التنقيح الرائع

لمختصر الشرائع

الفقيه الكبير والمحقق الشهير

جمال الدين مقداد بن عبد الله السيوري الحلي

المتوفى سنة ٨٢٦ هجرية

تحقيق

السيد عبد اللطيف الحسيني الكوه كمري

باهتمام

السيد محمود المرعشي

من مخطوطات
مكتبة آية الله المرعشي النجفي
(٩)

مرعشي نجفي قم بكتابخانه

التنقيح الرائع
لمختصر الشرائع

شبكة كتب الشيعة
shiabooks.net
mktba.net رابط بديل

الفقيه الكبير والمتكلم النحرير
جمال الدين مقداد بن عبد الله السيوري الحلي
المتوفى سنة ٨٢٦ هجرية

الجزء الأول

تحقيق
السيد عبد اللطيف الحسيني الكوه كمري

باهتمام
السيد محمود المرعشي

كتاب : التنقيح الرائع لمختصر الشرائع
تأليف : الفاضل المقداد السيورى الحلى
تحقيق : السيد عبداللطيف الكوهكمرى
نشر: مكتبة آية الله العظمى المرعشى
طبع : مطبعة الخيام ـ قم
التاريخ : ١٤٠٤ هـ
العدد: (٢٠٠٠)

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمدلله الذي أعلى أعلام العلماء وفضل مدادهم على دماء الشهداء ، وقوم قواعد الدين بجميل مساعي المجتهدين ، وشيد أركان الاسلام بهداية العباد الى الحلال والحرام . والصلاة والسلام على رسوله المصطفى وسفيره لمجتبى ، وعلى وصيه وخليفته المرتضى ، وعلى آله خير الورى . سيما ناموس الدهر وامام العصر صاحب زماننا ومالك رقابنا الحجة بن الحسن العسكري عليه السلام اللهم عجل فرجه الشريف وسهل مخرجه المنيف، واجعلنا من أعوانه وأنصاره. آمين .

وبعد : الفقه هو الضامن لسعادة حياة الانسان الدنيوية والاخروية ، لانه هو الباحث عن جزئيات أمورلها مساس بحياته الخاصة والاجتماعية من العبادات والمعاملات والاحكام والسياسات .

ولهذا اهتم العلماء والفقهاء في البحث عن هذا العلم الشريف من حين بدء الاسلام الى هذا الوقت اهتماماً بالغاً ، وبحثوا عن جزئياته وكلياته ، وبينوا شقوق مسائله ، وحلوا غوامض دقائقه ، وفسروا مستورات ظرائفه ، وكشفوا

مشكلات طرائفه . هذبوا أصول الاحكام ، ونقحوا شرائع الاسلام ، وشرحوا مبهمات الحرام والحلال بأدق دلائل كلام ذي الجلال، عرجوا الى نكت النهاية بهداية الانوار الجلالية ، وأتعبوا نفوسهم النفيسة في استنباط الاحكام الشرعية، واستخراج المسائل الفرعية . لله درهم وعلى صادع الشرع أجرهم .

وكان من نتاج الجهود المبذولة في تأسيس الاصول الفقهية وتفريع فروعها مدونات جليلة قديماً وحديثاً، وموسوعات ومختصرات مشهورة معروفة تداولتها العصور والقرون وخلفها الخلف للسلف والمتقدم للمتأخر.

ومن جلائل الاثار في الفقه كتابى «شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام» ومختصره « المختصر النافع » للفقيه الاجل نجم الدين جعفر بن الحسن بن يحيى المعروف بالمحقق الحلي المتوفى سنة ٦٧٦ ، فانهما من الاثار الفقهية المتلقاة بالقبول بين المتقدمين والمتأخرين ، وأثران متداولان مشهوران جمعا بين عمق البحث وجزالة اللفظ ، وقد أحرزا مكانة سامية بين الكتب الفقهية فأقبل عليهما أعلام الفقهاء بالشرح والتوضيح والتحشية والتعليق منذ تأليفهما حتى العصر الحاضر .

وقد اشتهر من بين شروح الثاني منهما كتاب « التنقيح الرائع لمختصر الشرائع» للفقيه الفاضل المقداد بن عبدالله السيوري الحلي المتوفى سنة ٨٢٦ ، وهو شرح ممتاز مرجوع اليه اعتنى به أساطين الفقه ونقلوا عنه كثيراً في كتبهم **الفقهية** .

وكان « التنقيح الرائع » مع شهرته واعتناء العلماء به لا يزال مخطوطاً لا تصل اليه الايدي بيسر، فرأيت من اللازم احياءه في طبع أنيق ييسر للمراجعين الاستفادة منه ، فبدأت بالعمل فيه مع تشجيع من ادارة المكتبة العامة التي أسسها سماحة المرجع الديني آية الله العظمى **السيد شهاب الدين النجفي المرعشي**

دام ظله الوارف .

واذ يخرج الكتاب في هذه الطبعة الانيقة أقدم شكري وتقديري للمؤازرين الذين كانت لهم اليد في هذا العمل وفي الاعمال المشابهة ، سائلا المولى جل جلاله أن يوفق الجميع ويهدينا الى الصراط المستقيم، وهو حسبنا ونعم الوكيل.

قدم **السيد عبداللطيف الكوهكمرى**

ترجمة المحقق الحلى

ولادته ووفاته :

ابوالقاسم نجم الدين جعفر بن الحسن بن ابى زكريا يحيى بن الحسن بن سعيد الحلي أوالمحقق الحلي . محقق الفقهاء ، ومدقق العلماء .

ولدسنة ٦٠٢ بحلة ، وتوفي بها في ربيع الاخرسنة ٦٧٦ .

قال الشيخ بهاء الدين محمد بن الحسين العاملي الحارثي في « توضيح

---

*) امل الامل ٢/ ٤٨ ، رياض العلماء ٥/ ٢١٦ ، الذريعة ١٣/ ٤٧ ، ١٤/ ٥٧ ، ... ريحانة الادب ٥/ ٢٣١ ، الروضات ٢/ ١٨٢ ، لؤلؤة البحرين ٢٢٧ ، بحار الانوار ـ الاجازات ـ ١٠٧/ ٦٣ ، اعيان الشيعة ١٥/ ٣٧١ ، الاعلام للزركلى ٢/ ١١٧ ، توضيح المقاصد ١٠ ، وقايع الشهور والايام للبيرجندى ١١١ ، الكنى والالقاب ٣/ ١٢٧ ، اعلام العرب ٢/ ٩٧ ، جامع الرواة ١/ ١٥١ ، سفينة البحار ١/ ١٥٩ ، تنقيح المقال ١/ ٢١٤ ، المقابس ١٢ ، مقدمة الشرائع ط سنة ١٣٨٩ بالنجف ، رجال ابن داود ٦٢ ط النجف ١٣٩٢ ، المهذب البارع ـ مخطوط ، كشف الظنون ٢/ ١٩٢٢ ، هدية العارفين ١/ ٢٥٤ ، مجالس المؤمنين ٢٢٠ ط طهران فى ١٢٦٨ .

المقاصد » ص ١٠ ط القاهرة توفي في ٢٣ شهرجمادى الثانية سنة ٦٧٦ ، وقيل ان تاريخ وفاته موافق بحساب الجمل « زبدة المحققين رحمه الله » . أقول وهو يوافق ٦٧٦ .

قال في رياض العلماء : كان ميلاده في سنة ثمان وثلاثين وستمائة، وتوفي ليلة السبت في عشرالمحرم سنة ست وعشرين وسبعمائة .

ثم قال بعيد هذا : ثم رأيت بخط بعض الافاضل ما عبارته : في صبح يوم الخميس ثالث شهرربيع الاخر سنة ست وسبعين وستمائة سقط الشيخ الفقيه ابوالقاسم جعفربن الحسن بن سعيد الحلي من أعلا درجة في داره فخرميتاً لوقته من غيرنطق ولاحركة .

وقال أيضاً : وقال في نظام الاقوال : توفي رحمه الله في شهرربيع الاخر سنة ست وسبعين وستمائة .

قال في لؤلؤة البحرين : وكان مولد المحقق على ما ذكره بعض الاجلاء من تلامذة شيخنا المجلسي سنة ثمان وثلاثين وستمائة ، وتوفي ليلة السبت في شهرمحرم الحرام سنة ست وعشرين وسبعمائة ، فعمره على هذا خمس وثمانون[1] تقريباً . والظاهر أنه لايخلو من اشكال كما يظهرلك انشاءالله تعالى .

ثم ذكرقول تلميذه الشيخ حسن بن داود أنه توفي ـ أي المحقق ـ سنة ست وسبعين وستمائة . هكذا نقله عنه جملة من الفضلاء ، منهم الشيخ الحرفي كتاب « أمل الامل » . ولا يخفى ما فيه بالنسبة الى ما قد منا ذكره من بعض الاجلاء .

ويؤيد ما ذكره ابن داود ما جاء في كتاب « مجالس المؤمنين »[2] أيضاً

---

١) بل يكون ثماني وثمانين سنة .

٢) هذا الكتاب للفقيه الكلامي القاضي السيد نورالله الشوشترى المستشهد سنة

حيث قال: ووفات أودرسال ششصد وهفتاد وشش واقع شد. وترجمته : ستمائة وسبعين وست. والعجب أن ذلك الفاضل[1] بعد ذكرما قدمناه عنه نقل عن ابن داود ما ذكرناه أيضاً ولم يتعرض لما فيه من المنافاة لما قدمه .

والاقرب هوماذكره ابن داود ، ولعل ما في النسخة التي نقلنا منها ما تقدم عن ذلك الفاضل كان غلطاً . ويؤيده أنه تقدم أن تاريخ موت العلامة « ره » كان سنة ٧٢٦ ، فيكون موته وموت المحقق في سنة واحدة ولاريب في بطلانه . وعلى تقدير ضم تاريخ الوفاة بما ذكر ابن داود الى تاريخ المولد المتقدم يكون عمر المحقق ثماني وثلاثين سنة تقريباً .

وقال في أعيان الشيعة بعد نقل كلام بعض الاجلاء في سبب موته وهو السقوط من أعلى الدرجة : فتفجع الناس لوفاته واجتمع لجنازته خلق كثير وحمل الى مشهد أمير المؤمنين عليه السلام ، وسئل عن مولده فقال سنة ٦٠٢ .

وفي « منهج المقال » بعد نقله : الشائع أن قبره بالحلة ، وهومزورمعروف وعليه قبة وله خدام يتوارثون ذلك أباً عن جد ، وقد خربت عمارته منذ سنين فأمر الاستاذ العلامة دام علاه ـ وهو البهبهاني ـ بعض أهل الحلة فعمروها، وقد تشرفت بزيارته قبل ذلك وبعده[2] . الى آخرما قال .

١٠١٩ في الهند وله تأليفات كثيرة منها « احقاق الحق » بالعربية في اصول الدين وفروعه ومنها هذا الكتاب بالفارسية وهو في ترجمة بعض مشاهير الشيعة من الصحابة والتابعين والرواة والمجتهدين والحكماء والمتكلمين والامراء والصلحاء والشعراء والعرفاء . طبع مكرراً .

١) والظاهر ان هذا الفاضل الذى هومن تلامذة المجلسى هو الميرزا عبدالله الافندى صاحب « رياض العلماء » لانه هو القائل بهذا القول كما ذكرناه لك .

٢) قال المامقانى فى رجاله بعد نقل هذا : واقول ان قبره فى الحلة كما ذكره الا ان المطلع على سيرة القدماء يعلم أنهم من باب التقية من العامة كانوا يدفنون الميت ببلد

أقول : يمكن أن يكون دفن بالحلة أولا ثم نقل الى النجف الاشرف كما جرى للسيدين المرتضى والرضي . والله أعلم .

ثم ذكر قول بعض أجلاء تلامذة المجلسي وقال : والظاهر أن تاريخ الوفاة اشتباه بتاريخ وفاة العلامة الحلي، فانه توفي بهذا التاريخ. والصواب في وفاته

موته ثم ينقلون جنازته خفية الى مشهد من المشاهد وقد دفنوا الشيخ المفيد عليه الرحمة فى داره ثم حمل بعد سنين الى الكاظمية ودفن عند ابن قولويه تحت رجل الجواد عليه السلام ودفنوا السيد المرتضى والسيد الرضى وابا هما بالكاظمية ثم نقلوهما خفية الى كربلا ودفنوهما بجنب قبر جدهما السيد ابراهيم هو فى رواق سيد الشهداء روحى فداه كما صرح بذلك العلامة الطباطبائى فى رجاله وكذا صرح فى حق المحقق على ما يبالى بنقل جنازته بعد حين الى النجف الاشرف وقبره هنا وان كان غير معروف الا ان المنقول عن بحر العلوم انه كان يقف بين باب الرواق وبابى الحرم المطهر فى وسط الرواق فسئل فقال : انى اقرأ الفاتحة للمحقق فانه مدفون هنا اى فى وسط الرواق بين الباب الاول وبين الاسطوانة التى بين بابى الحضرة المقدسة . والله العالم والامر سهل .

اقول : قال الفاضل السيد محمد تقى الحكيم عميد كلية الفقه فى مقدمة الشرائع ط ١٣٨٩ بالنجف الاشرف : وفى البابليات : وما زال قبر المحقق الحلى ـ حتى اليوم ـ فى محلة الجباوين من الحلة ماثل للعيان وعليه قبة مجصصه يتبرك الناس به خلفاً عن سلف وقد فتح اخيراً فى المحلة المذكورة ـ حيث محل قبره ـ شارع جديد يعرف باسم شارع المحقق حتى اليوم . وعند ما فتح هذا الشارع تصدى الوجيه الحاج عبدالرزاق مرجان لشراء قطعة مجاورة للمرقد وبناها ملحقة به وبنى عليه قبة جميلة من الحجر الكاشانى وكان ذلك سنة ١٣٧٥ هـ ـ ثم نقل حمل جسده الشريف الى المشهد العلوى عليه السلام عن اللؤلؤة ووجه جمعه عن صاحب الاعيان ـ وقال :

ولكن السيد الحسن صدر الدين الكاظمى كما فى هامش اللؤلؤة قال : « وحمل الى مشهد امير المؤمنين عليه السلام المعروف بمشهد الشمس بالحلة وقبره هناك وقد وهم بعض المتأخرين فظن انه حمل الى النجف الاشرف . . . » .

ثم قال سيدنا الصدر رحمه الله : «كذا وجدته بخط الشيخ زين الدين على بن فضل الله ابن هيكل تلميذ الشيخ احمد بن فهد» .

مامر عن ابن داود تلميذه والمعاصر والمواطن له الذي هو أعرف بوفاته من كل احد . أما تاريخ ولادته فالظاهر أن صوابه ٦٠٢ كما مر وان جعله ٦٣٨ اشتباه والله أعلم .

وقال في جامع الرواة: توفي في شهر ربيع الاخر سنة ست وسبعين وستمائة، له تصانيف حسنة .

ثم قال رحمه الله : محمد بن عمرو عن جعفر بن الحسن عن أبيه عن الحسين ابن أسد في نسخة وأخرى «اشد» في [التهذيب] في باب الدعاء بين الركعات .

أقول : وهذا اشتباه بين شتان بين المحقق وتأليف « التهذيب » . وأقول وفي نسخة أخرى . . . عن الحسين بن راشد . وهو العالم بحقائق الامور .

كلمات العلماء فيه :

قال تلميذه ابن داود في رجاله : شيخنا نجم الدين ابو القاسم المحقق المدقق الامام العلامة ، واحد عصره كان ألسن أهل زمانه وأقومهم بالحجة وأسرعهم استحضاراً ، قرأت عليه وربائي صغيراً وكان له علي احسان عظيم والتفات ، وأجازلي جميع ما صنفه وقرأه ورواه وكل ما يصح روايته عنه ، له تصانيف حسنة محققة محررة عذبة ـ الخ .

وقال العلامة الحلي رحمه الله في اجازة بني زهرة الكبيرة الموجودة في اجازات البحار ٦٣/١٠٧ : وهذا الشيخ كان أفضل أهل عصره في الفقه .

وقال الشيخ حسن ابن الشهيد الثاني : لو ترك التقييد بأهل زمانه كان أصوب اذ لا أرى في فقهائنا مثله .

وفي «أمل الامل» حاله في الفضل والعلم والثقة والجلالة والتحقيق والتدقيق والفصاحة والشعر والادب والانشاء وجمع العلوم والفضائل والمحاسن أشهر من

أن يذكر ، وكان عظيم الشأن جليل القدر رفيع المنزلة لا نظير له في زمانه .

وقال فيه: ونقل أن المحقق الطوسي نصير الدين حضر مجلس درسه وأمرهم باكمال الدرس ، فجرى في البحث في مسألة استحباب التياسر ، فقال المحقق الطوسي : لاوجه للاستحباب لان التياسر ان كان من القبلة الى غيرها فهو حرام وان كان من غيرها اليها فواجب. فقال المحقق في الحال : بل منها اليها . فسكت المحقق الطوسي، ثم ألف المحقق في ذلك رسالة لطيفة أوردها الشيخ احمد بن فهد الحلي في « المهذب » بتمامها وأرسلها الى المحقق الطوسي فاستحسنها .

أقول: قال في « المهذب البارع » : تذنيب : واعلم أنه اتفق حضور العلامة المحقق خواجة نصير الدين محمد بن محمد بن الحسن الطوسي قدس الله روحه مجلس المصنف طاب ثراه ودرسه ، فكان مما قرأ بحضوره درس القبلة ، فأورد اشكالا على التياسر فأجاب المصنف في الحال بما اقتضاه ذلك الزمان، ثم عمل في المسألة رسالة وبعثها اليه فاستحسنها المحقق حين وقف عليها ، وها أنا موردها بلفظها .

ثم أوردها بتمامها ، من أرادها فعليه ببحث الصلاة من الكتاب . نسأل الله سبحانه أن يوفقنا بتحقيقها واعدادها للطبع والنشر انه خير معين وموفق .

وقال في جامع الرواة ١٥١/١ : جعفر بن الحسن بن يحيى بن سعيد الحلي شيخنا نجم الدين ابو القاسم المحقق المدقق العلامة وحيد عصره وألسن أهل زمانه وأقومهم بالحجة وأسرعهم استحضاراً .

وقال في الروضات : الملقب بالمحقق على الاطلاق ، والمسلم في كل ما بهر من العلم والفهم والفضيلة في الآفاق ، يغني اشتهار مقاماته العالية بين الطوائف عن الاظهار، ويكفي انتشار افاداته المالئة درج الصحائف مؤنة التكرار، فاذاً الاولى اختصار الكلمة في نعت كماله والاقتصار على ما ذكره ابن أخته العلامة في شأن خاله في وصف حاله عند عده في اجازته الكبيرة لبني زهرة العلويين

من كبار مشائخه الحليين ، وهو أنه كان أفضل أهل عصره في الفقه . الى أن قال وقد اتفقت كلمة من علمناه من العصابة على كونه الافقه الافضل الى الان من جملة من كان قد تأخر عن الائمة والصحابة .

وقال في لؤلؤة البحرين ٢٢٧ : . . . كان محقق الفقهاء ومدقق العلماء ، وحاله في الفضل والنبالة والعلم والفقه والجلالة والفصاحة والشعر والادب والانشاء أشهر من أن يذكر وأظهر من أن يسطر .

وقال خير الدين الزركلي في الاعلام ١١٧/٢ :

جعفر بن الحسن بن يحيى بن الحسين بن سعيد الهذلي الحلي . نجم الدين ابو القاسم، فقيه امامي مقدم من أهل الحلة (في العراق) كان مرجع الشيعة الامامية في عصره ، له علم بالادب وشعر جيد . ثم ذكر تصانيفه .

وقال في الكنى والالقاب ١٢٧/٣ : الشيخ الاجل الاعظم شيخ الفقهاء بغير جاحد وواحد هذه الفرقة وأي واحد ، ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ابن يحيى بن سعيد الحلي ، حاله في الفضل والعلم والثقة والجلالة والتحقيق والتدقيق والفصاحة والبلاغة والشعر والادب والانشاء وجميع الفضائل والمحاسن أشهر من أن يذكر . الى آخر ما قال .

وقال الشيخ بهاء الدين العاملي في توضيح المقاصد ١٠ ط القاهرة في تعيين يوم وفاته وسنته : سلطان العلماء في زمانه نجم الدين جعفر بن سعيد الحلي قدس الله روحه . . . واليه انتهت رياسة الامامية . . . وحضر مجلس درسه بالحلة سلطان الحكماء والمتألهين خواجة نصير الدين الطوسي أنار الله برهانه وسأله نقض بعض المتكلمين . انتهى .

وقال في أعلام العرب ٩٧/٢ : نجم الدين ابو القاسم جعفر بن الحسن بن نجيب الدين ابي زكريا يحيى بن الحسن بن سعيد الهذلي المعروف بـ «المحقق

الحلي » من مشاهير الاعلام النحارير وأحد افراد اسرة اشهرت بالمنزلة العلمية والزعامة الدينية . الى آخر ما قال .

وقال الشيخ اسدالله في مقابس الانوار ١٢ : الشيخ الاعظم الرفيع الشان اللامع البرهان ، كشاف حقائق الشريعة بطرائف من البيان لم يطمثهن قبله انس ولاجان ، رئيس العلماء حكيم الفقهاء شمس الفضلاء بدر العرفاء المنوه باسمه وعلمه في قصة الجزيرة الخضراء الوارث لعلوم الائمة المعصومين وحجتهم في العالمين الشيخ ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن بن يحيى ابن سعيد الهذلي الحلي أفاض الله على روضته شآبيب لطفه الخفي والجلي واحله في الجنان المقام السني والمكان العلي . . .

وقال القاضى الشهيد التستري فى مجالس المؤمنين ما هذا نصه : الشيخ المحقق نجم الدين ابو القاسم جعفر بن سعيد الحلي أهل ديـن را نجم وحزب شياطين را رجم بود مجلس رفيعش ميقات افاضل وبازار عرض بضاعات فضائل نفس قدسش در استنباط شرائع اسلام توأم وحى والهام مى نمود وفهم دقائق پرسيش عقل كل را الزام وافحام مى فرمود قياس او باحنفى از استحسان عقل دور وتمثيل او بشافعى ومالك از مسالك علة مهجور است مالك يكى از خادمان حاشيه اوست وشافعى حامل غاشيه وحنفي راعى ماشيه او . . . الى آخره .

وقال السيد حسن الصدر الكاظمي في اجازته للشيخ محمد محسن الشهير بآغابزرك الطهراني كما في هامش « اللؤلؤة » على ماذكره في مقدمة الشرائع ط ١٣٨٩ بالنجف الاشرف مانصه : . . . هو أول من نبع منه التحقيق في الفقه وعنه أخذ وعليه تخرج ابن اخته العلامة الحلي وأمثاله ارباب التحقيق والتنقيح. وقال أيضاً كما في أعلام العرب : وبرز من عالي مجلس تدريسه أكثر من أربعمائة مجتهد جهابذة وهذا لم يتفق لاحد قبله .

مشايخه :

١ ـ السيد السند شمس الدين فخار بن معد بن فخار الموسوى الحائرى

٢ ـ الشيخ نجيب الدين محمد بن جعفربن ابى‌البقاء هبةالله بن نماالحلى المتوفى سنة ٦٤٥ .

٣ ـ والده الحسن بن يحيى بن الحسن بن سعيد .

٤ ـ الشيخ مفيد الدين محمد بن جهيم الحلى .

٥ ـ الشيخ تاج الدين الحسن بن الدربى[1] . ذكره فى « امل الامل » .

٦ ـ السيد محيى الدين ابوحامد محمد بن ابى القاسم عبدالله بن علي بن زهرة الحسينى الحلبى [الحلي] ذكره فى « الامل » .

٧ ـ السيد جمال الدين يوسف العريضي . قاله في « الامل » ٢/٣٥٠ .

٨ ـ الشيخ‌الفقيه سديدالدين سالم‌بن محفوظ بن عزيزة . قاله‌الشيخ حسن ابن الشهيد في اجازته الكبيرة .

---

١) هو الشيخ تاج الدين الحسن بن على بن الدربى . قال فى الرياض من اجلة العلماء وقدوة الفقهاء ومن مشائخ المحقق والسيد رضى الدين .

وقال صديقنا المعظم الفاضل الخبير المتتبع السيد احمد الحسينى الاشكورى سلمه الله تعالى فى‌حاشية «رياض‌العلماء» : رأيت على‌نسخة قديمة نفيسة جداً من‌كتاب «النهاية» للشيخ الطوسى حكاية توقيع المترجم له هكذا : « الحسن بن ابى الفضل بن الحسين بن الدربى » ولعل « ابوالفضل »كنية « على » والده انتهى . ثم قال فى‌الرياض : واعلم ان الدربى على ما ضبطه بعض العلماء فى‌نسخة من «اربعين» الشهيد وغيرها ايضاً بفتح الدال وسكون الراء المهملة ثم الباء الموحدة اخيراً ، وقد ضبطه بعضهم فى‌سائرالمواضع بضم الدال المعجمة وسكون الراء المهملة ثم الباء الموحدة اخيراً . فلاحظ . ثم من العجب ما وقع فى‌آخروسائل الشيعة للشيخ المعاصر بلفظ السندى مكان الدربى ولعله من‌تصحيف الناسخ . فتأمل .

٩ ـ السيد مجدالدين علي بن الحسن بن ابراهيم الحلبى العريضي ينتهي نسبه الشريف الى الامام الصادق عليه السلام .

١٠ ـ السيد الجليل احمد بن يوسف بن احمد العريضي العلوي الحسيني قاله في البحار ١١٠/١٥ .

تلاميذه والراوون عنه :

١ ـ الشيخ تقي الدين الحسن بن علي بن داود الحلي المتولد خامس جمادى الاخرى سنة ٦٤٧ .

٢ ـ الشيخ صفي الدين عبدالعزيز بن السرايا الحلي المتوفى سنة ٧٥٠ .

٣ ـ الوزير شرف الدين ابوالقاسم علي بن الوزير مؤيد الدين محمد ابن العلقمي .

٤ ـ الشيخ رضي الدين علي بن الشيخ سديدالدين يوسف بن المطهر الحلى أخو العلامة الحلى .

٥ ـ الشيخ صفي الدين محمد بن نجيب الدين يحيى بن احمد بن يحيى بن الحسن بن سعيد . ابن عم المحقق .

٦ ـ جلال الدين محمد بن على بن طاوس الحسني .

٧ ـ الشيخ جمال الدين ابوجعفر محمد بن على القاشي .

٨ ـ الشيخ جلال الدين محمد بن محمد بن احمد الكوفى الهاشمي الحارثي.

٩ ـ الشيخ جمال الدين يوسف بن حاتم الشامي العاملي .

١٠ ـ العلامة الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي ، ابن اخته .

١١ ـ السيد غياث الدين عبدالكريم بن احمد بن طاوس صاحب فرحة الغري .

١٢ ـ الشيخ عزالدين الحسن بن ابى طالب اليوسفي الابى صاحب « كشف الرموز » .

١٣ ـ الشيخ شمس الدين محفوظ بن وشاح بن محمد الحلي .

١٤ ـ شمس الدين محمد بن صالح السيبى القسيني .

١٥ ـ فخرالدين محمد بن الحسن بن يوسف ، فخرالمحققين .

١٦ ـ نجم الدين طمآن بن احمد العاملي الشامي .

آثاره العلمية ومؤلفاته الثمينة :

١ ـ شرائع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام .

٢ ـ المعتبر فى شرح المختصر .

٣ ـ المختصر النافع مختصرالشرائع .

٤ ـ رسالة التياسر فى القبلة .

٥ ـ شرح نكت النهاية ، ويقال له : نكت النهاية ـ او ـ حـل مشكلات النهاية .

٦ ـ المسائل العزية .

٧ ـ المسائل المصرية ـ او ـ المصريات .

٨ ـ المسلك فى اصول الدين .

٩ ـ المعارج فى اصول الفقه .

١٠ ـ نهج الوصول الى علم الاصول .

١١ ـ رسالة فى علم الاصول .

١٢ ـ شرح الكلمة الالهية .

١٣ ـ مختصرالمراسم للديلمى .

١٤ ـ مسلك الافهام . لعله هو المسلك في اصول الدين .

١٥ ـ الكهنة ـ او ـ الكهانة في المنطق. حكى عن الشيخ محمد السماوي ان في نسخة صحيحة من رجال ابن داود : « اللهنة » باللام .

١٦ ـ كنز المنطق ، قيل هو الكهنة .

١٧ ـ فهرست المصنفين . منسوب اليه . قاله في «الذريعة» ١٦/٣٩٥ .

١٨ ـ رسالة في الكلام . توجد في مكتبة راجة فيض آباد .

١٩ ـ مسألة فقهية سألها تلميذه الشيخ جمال الدين يوسف بن حاتم المشغري العاملي الشامي .

٢٠ ـ تلخيص فهرست الشيخ الطوسي . قاله في الريحانة . أقول : لعله فهرست المصنفين المذكور .

حول المختصر النافع

كتابه « المختصر النافع »[1] أو« النافع في مختصر الشرائع » اختصره من كتابه « شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام » ، وهو كأصله من أحسن

---

١) نسخة عتيقة منه عندنا موجودة كتبها برهان بن اسدالله الفيروزكوهي في يوم الاثنين رابع شهر ربيع الاخر سنة خمس وستين وتسعمائة وبهامشها حواشي وملكها محمد ابن حيدر وبضميمتها رسالات احداها حاشية الشيخ نورالدين على بن الحسين الكركي المتوفى ٩٤٠ . وهي حاشية على « الفرائض » من الكتاب ، واخرى أيضاً حاشية على « الفرائض » منه ومؤلفها غيرمعلوم .

والثالثة : فرائض النصيرية ويعبرعنه بـ « التحرير » للخواجه نصير الدين الطوسي المتوفى ٦٧٢ .

والرابعة : صيغ العقود والايقاعات للشهيد الثاني المستشهد ٩٦٧ وآخره ناقص . وقبل كل هذه الرسائل الضميمة رسالة في الصيد والذبائح بالفارسية تأليف « فيض الله » الفها للشاه طهماسب الصفوى . وتاريخ كتابتها ٤ ذى الحجة ٩٧٣ .

المتون الفقهية المتينة وقد ولع به أهل العلم من أول تأليفه الى الان ولا يزال من الكتب الدراسية في المدارس العلمية الشيعية. قال العلامة الطهراني في الذريعة ٥٧/١٤ : وهو من المتون الفقهية الجعفرية التى عول عليها كافة الفقهاء ودارت عليه رحى التدريس والتعليق والشرح من لدن عصر المؤلف حتى اليوم . ثم ذكر نبذة من الشروح التى ألفها الفقهاء حول الكتاب ، ونذكرهنا بعض ماذكره وما اطلعنا عليه من شروحه منها :

١ ـ شرح المختصر النافع اسمه «ايضاح النافع» للشيخ ابراهيم القطيفي معاصر المحقق الكركي .

٢ ـ شرحه : للشيخ ابراهيم بن محمد الغراوي المتوفى ١٣٠٤.

٣ ـ شرحه : المسمى بـ «المهذب البارع» للشيخ جمال الدين ابى العباس احمد بن محمد بن فهد الحلي الاسدي المتوفى ٨٤١ .

٤ ـ شرحه : للشيخ احمد بن محمد بن علي البحراني .

٥ ـ شرحه: للمولى محمدامين. فرغ من شرح كتاب الصوم في سنة ١٢٣٩.

٦ ـ شرحه : لاغا احمد بن الاغا محمد علي الكرمانشاهي .

٧ ـ شرحه : الموسوم بـ «طوالع اللوامع» للسيد محمدتقي بن عبدالرضا الخشتي فرغ منه عام ١٢٧٠ .

٨ ـ شرحه : الاغا محمدجعفر بن محمدعلي الكرمانشاهي المتوفى حدود نيف و ١٢٥٠ .

٩ ـ شرحه : للماتن نفسه ابى القاسم جعفر بن الحسن بن يحيى بن سعيد المتوفى ٦٧٦ ، سماه « المعتبر في شرح المختصر » .

١٠ ـ شرحه : للشيخ الفقيه الحسن بن ابى طالب الابى سماه «كشف الرموز » وهو اول شرح بعد شرح الماتن .

١١ـ شرحه : للعلامة الحسن بن يوسف بن علي بن المطهر الحلي. المتوفى سنة ٧٢٦ . قاله الشيخ محمد تقي في مقدمة المختصر النافع ط مصر.

١٢ ـ شرحه : للامير السيد حسن بن الامير السيد علي بن الامير السيد محمد باقر الاصفهاني تلميذ شريف العلماء وغيره .

١٣ ـ شرحه : للشيخ محمدرحيم البروجردي المجاوربالمشهد الرضوي المقدس والمتوفى به في نيف وثلاثمائة والف .

١٤ ـ شرحه : للسيد رضآ الشيرازى اسمه « الانوار الرضوية » .

١٥ ـ شرحه : للشيخ محمد رضا الكاشاني .

١٦ ـ شرحه : المسمى بـ «كنزالمسائل » للشيخ عبدالله بن عباس الستري البحراني المتوفى حدود سنة ١٢٧٠ .

١٧ ـ شرحه : للمولى عبدالصمد الهمداني الحائري المستشهد سنة ١٢١٦.

١٨ ـ شرحه : الموسوم بـ « كنز المنافع » للامير شرف الدين علي بن حجة الله الشولستاني ، فرغ منه سنة ١٠٦٠ .

١٩ ـ شرحه : للسيد العلامة علي بن عبدالحميد الحسني . ذكره الفقيه النراقي في بحث الاراضي المفتوحة عنوة « من المستند » .

٢٠ ـ شرحه : الموسوم بـ « رياض المسائل وحياض الدلائل » للعلامة السيد علي بن محمد علي بن ابى المعالى المتوفى ١٢٣١ .

٢١ ـ شرحه : ايضاً له مختصر من الاول ويقال له « الشرح الصغير » كما يقال للاول « الشرح الكبير» .

٢٢ ـ شرحه : الموسوم بـ « البرهان القاطع » للسيد علي بن محمد رضا آل بحر العلوم المتوفى ١٢٩٨ .

٢٣ ـ شرحه : للمولى علي اصغر بن المولى محمد حسن البيرجندي.

٢٤ ـ شرحه : للسيد الميرمحمد بـن السيد محمد علي الكاشاني المتوفى ١٢٩٤ . اسمه « تكميل الاحكام » .

٢٥ ـ شرحه : للشيخ علي بن ابراهيم بن سليمان القطيفي من أعلام القرن العاشر. سماه « شرح ترددات النافع في مختصر الشرائع » .

٢٦ ـ شرحه : اسمه « الضياء اللامع » للشيخ فخرالدين محمد بن احمد ابن طريح النجفي المتوفى ١٠٨٥ .

٢٧ ـ شرحه : للمولى فضل الله المعاصر للعلامة الحلي .

٢٨ ـ شرحه : لايـة الله السيد محسن الحكيم الطباطبائي فرغ من مبحث الدماء في سنة ١٣٣١ وهو اول ماكتبه في الفقه .

٢٩ ـ شرحـه : للسيد محمد بـن السيد حسن بن السيد محسن المقـدس الاعرجي الكاظمي المتوفى ١٢٩٩ .

٣٠ ـ شرحه : للسيد محمد بن علي بن ابى الحسن العاملي صاحب المدارك المتوفى ١٠٠٩ اسمه « غاية المرام » أو « نهاية المرام » أو « هدية الطالبين » .

٣١ ـ شرحه : اسمه « الصراط المستقيم » للسيد محمد الهنـدي النجفي المتوفى بها ١٣٢٣ ودفن في داره في محلة الحويش .

٣٢ ـ شرحه : للشيخ محمود الجابلقي من كبار تلاميذ المحقق الكركي.

٣٣ ـ شرحه : اسمه «غررالجامع» للسيد نورالدين العاملي اخي صاحب المدارك المتوفى ١٠٦٨ .

٣٤ ـ شرحـه المسمى بـ « جامع المدارك في شرح المختصر النـافع » للعلامة الاية الحاج السيد احمد الخونساري دام ظله .

٣٥ ـ شرحه : اسمه « التنقيع الـرائع لمختصر النافع » للفاضل المقداد وهوهذا الكتاب الشريف والسفر المنيف الذي بين يديك . اغتنم قدره .

وللكتاب حواشي كثيرة من الفقهاء والمجتهدين عد بعضها في الذريعة ١٩٣/٦ وقال : وعليه حواش منها :

١ ـ الحاشية عليه : للشيخ ابراهيم بن سليمان القطيفي النجفي المتوفى ٩٤٥.

٢ ـ الحاشية عليه : للشيخ احمد بن علي بن الحسين بن علي الحر العاملي.

٣ ـ الحاشية عليه : للشيخ السعيد زين الدين الشهيد في ٩٦٦ .

٤ ـ الحاشية عليه : للشيخ عبدالعالي بن المحقق علي بن عبدالعالي الكركي المتوفى ٩٩٣ .

٥ ـ الحاشية عليه : للشيخ عبدالنبي بن سعد الجزائري المتوفى ١٠٢١ .

٦ ـ الحاشية عليه : للشيخ علي بن سليمان بن درويش بن خانم القدمى ام الحديث المتوفى ١٠٦٤ .

٧ ـ الحاشية عليه : للشيخ نورالدين علي بن الحسين بن عبدالعالي الكركي المتوفى ٩٤٠ وهى على بحث الفرائض خاصة . أقول: نسخة منها عندنا موجودة بضميمة « النافع » مع غيرها .

٨ ـ الحاشية عليه : للشيخ علي بن عبدالعالي الكركي[1] المتوفى ٩٤٠

---

١) ذكر في الذريعة كلتا الحاشيتين هكذا ونسب الاولى لعلي بن الحسين بن عبدالعالى الكركى المتوفى ٩٤٠ والثانية لعلى بن عبدالعالى الكركى المتوفى ٩٤٠ والظاهر ان مؤلف الاولى هومؤلف الثانية .

وذكر فى « اعيان الشيعة » المؤلف بعنوان على بن الحسين بن عبدالعالى الكركى ويؤيد هذا اتحادهما ، وكذلك اتحاد تاريخ الوفاة أيضاً يؤيد هذا النظر. ويمكن ان تكون الحاشيتان متحدتين وكذلك يمكن ان تكون له حاشيتان على الكتاب .

وفى تاريخ وفاة المترجم له اختلاف ـ على ما ذكره صديقنا الاستاذ السيد احمد الحسينى فى هامش « امل الامل » ١٢٢/١ ـ قال : وفى هامش نقد الرجال « مات رحمه الله فى شهر جمادى الاولى سنة ثمان وثلاثين وتسعمائة » ـ منه . وقال فى الاعيان توفى

والظاهر أن المؤلف هو المذكور قبل هذا لان في « أعيان الشيعة » هكذا الشيخ نورالدين ابوالحسن علي بن الحسين بن عبدالعالي الكركي .

٩ ـ الحاشية عليه : للشيخ علي بـن الشيخ محمد سبط الشهيد وصاحب « الدر المنثور » المتوفى ١١٠٤ .

١٠ ـ الحاشية عليه : للشيخ الاغا احمدالقمي المتوفى سنة١٣٤٩ بطهران وذكره ابنه الشيخ محمد تقي القمي في مقدمة المختصر النافع ط بمصر.

وغيرها من الحواشي والشروح على الكتاب ، وهذا الاهتمام من الفقهاء العظام دليل واضح باتقان الكتاب وعظم مكانته عندهم .

وقام اخيراً رجال علمي في « القاهرة فحققوا الكتاب وعلقوا عليه فنشروه للتدريس والتدرس شكراًللفقه واداء لوظائفهم الوجدانية في مقابل العلم والعمل» سعيهم مشكور وعملهم مقبول انشاء الله المتعال .

وقال في الذريعة ٥٧/١٤: ولقدقيض الله سبحانه وتعالى بعدانقضاء العصور

سنة ٩٤٠ فى زمـن الشاه طهماسب فى التاسع والعشرين من ذى الحجة كما عـن « نظام الاقوال » لنظام الدين الساوجى متمم «الجامع العباسى» أو فى الثامن عشرمنه يوم الاثنين كما عن تاريخ وقايع السنين للامير اسماعيل الخاتون آبادى أو يوم السبت كما عن تاريخ حسن بك روملو الفارسى وكما فى تاريخ « عالم آرا » كلهم صرحوا بأن وفاته سنة ٩٤٠ ولكن فى الامل انه توفى سنة ٩٣٧ وقد زاد عمره على السبعين وكذلك فى المحكى عن رسالة لبعض تلامذته فيها تراجم جملة من العلماء انه مات بـالغرى من نجف الكوفة سنة ٩٣٧ وله من العمر ماينيف على الستين سنة قيل وكأنه من سهو القلم كما ان ما فى «الروضات» فى ترجمة الشهيد الثانى من ان المحقق الكركى توفى فى ١٢ ذى الحجة سنة ٩٤٥ الظاهر انه من سهو القلم أيضاً ، لانه صحح فى ترجمة المحقق الكركى ان وفاته كانت سنة ٩٤٠ قال وهو المطابق لما جعلوه تاريخاً لوفاته وهو «مقتداى شيعة» فانها تبلغ بحساب الجمل ٩٤٠ . . .

المظلمة عدة من رجال الدين النـابهين المتنورين المصلحين المجتهديـن في اتحاد كلمة المسلمين والدفاع عن دسائس المستعمرين فاتفقـوا على طبع هذا الكتاب « النـافـع » لكافة علماء الدين . . . على نفقة الأوقاف المصرية بعنايـة سعادة الوزير الباقوري وتقديم مقدمته الكاشفة عن خلوص نيته وقرروا التدريس فيه في الازهر الشريف كما يدرس فيه فقه المذاهب الاربعة . ومن شروح الكتاب «التنقيح الرائع لمختصر النافع» للفقيه المحقق الفاضل المقداد رحمة الله عليه .

ترجمة الفاضل المقداد

هو الفقيه الاصولي المتكلم الشيخ جمال الدين ابو عبدالله المقداد بن عبدالله ابن محمد بن الحسين بن محمد السيوري المعروف بالفاضل المقداد المتوفى سنة ٨٢٦ .

الفاضل المقداد عند اصحاب التراجم :

قال في أمل الامل : الشيخ جمال الدين المقداد بن عبدالله بن محمد بن

---

*) المصادر: امل الامل ٢/ ٣٢٥ ، اللؤلؤة ١٧٢ ، اعلام العرب ٢/ ٣٧ ، مقابس الانوار ١٤ ، بحار الانوار ١/ ٤١ ، الاعلام للزركلي ٨/ ٢٠٧ ، معجم المؤلفين ٢/ ٣١٨، ريحانة الادب ٤/ ٢٨٢ ، الروضة البهية للجابلقي ، مقدمة « اللوامع الالهية » للقاضي الطباطبائي التبريزي ، روضات الجنات ٧/ ١٧١ ، رياض العلماء ٥/ ٢١٦ ، ماضي النجف وحاضرها ١/ ١٢٥ ، فهرست كتابخانه فيضيه ١/ ٣٠ ، فهرست كتابخانه غرب همدان ٢٨٧ فهرست دوكتابخانه مشهد ٢/ ٤٥٣ و ٦٧٠ ، الذريعة ٤/ ٤٦٣ ، هدية العارفين ٢/ ٤٧٠ ، المستدرك ٣/ ٤٣١ ، ٤٣٥ ، الكنى والالقاب ٣/ ٧ ، مصفى المقال ٤٦١ ، تنقيح المقال ٣/ ٢٤٥ ، « اعلام الشيعة » مخطوط .

الحسين بـن محمد السيوري الحلي الاسدي ، كان عالماً فاضلا متكلماً محققاً مدققـاً .

وقال في لؤلؤة البحرين : وكان عالماً فاضلا متكلماً .

وقال الفقيه المحقق الشيخ اسدالله التستري في ديباجة كتاب « المقابس » ص١٤ : ومنها السيوري لتلميذه ـ يعني الشهيد ـ الشيخ الفاضل الفقيه المتكلم الوجيه المحقق المدقق النبيه جمال الدين وشرف المعتمدين ابى عبدالله المقداد ابن عبدالله [ابن عبدالله] بن محمد السيوري الاسدي الحلي الغروي أفاض الله على تربته سجال لطفه الروي .

وقال العلامة المجلسي في البحار ١/ ٤١ عند توثيق المصادر: وكذا الشيخ الاجل المقداد بن عبدالله من أجلة الفقهاء وتصانيفه في نهاية الاعتبار والاشتهار.

قال الاستاذ الدجيلي في « أعلام العرب » : الفاضل السيوري . . . ٨٢٦ شرف الدين ابـو عبدالله المقداد . . . الحلي الاسدي النجفي العالم المتكلـم المعروف بالفاضل السيوري من تلامذة الشهيد الاول ومن أساتذة الشيخ حسن ابن راشد الحلي صاحب المؤلفات المعروفة ، والشيخ زين الدين علي بن الحسن ابن علالة الذي أجازه السيوري في الثاني من جمادى الاخرة سنة ٨٢٢ .

كان الفاضل السيوري من أعيان المتكلمين واعلام المحققين ، وله مشاركة قوية في جملة من علوم التفسير والكلام والفقه والحديث وغيرها .

وقال خير الدين الزركلي في الاعلام : مقداد بن عبدالله بن محمد بن الحسين ابن محمد السيوري الحلي الاسدي، فقيه امامي من تلاميذ الشهيد الاول محمد ابن مكي ، وفاته بالنجف ، له كتب منها . . .

وقال عمر رضا كحالة في «معجم المؤلفين» : المقداد بن عبدالله بن محمد ابن الحسين بـن محمد السيوري الحلي الاسدي ، فقيـه أصولي متكلم مفسر،

أخذ عن الشهيد الاول محمد بن مكي وتوفي بالنجف . . .

قال العلامة المتتبع المدرس التبريزي الخياباني في ريحانة الادب ٤/٢٨٢:

فاضل مقداد ـ مقداد بن عبدالله ـ يا «عبيدالله» ـ بن محمد بن حسين بن محمد حلي سيوري الاصل اسدي القبيلة ابوعبدالله الكنية شرف الدين اللقب غروي الموطن والمدفن، عالمي است فقيه متكلم محقق مدقق معقولي منقولي ازاكابر علماى اماميه كه در كتب فقهيه اواخر متأخرين محض بجهت انتساب او بقرية « سيور » ـ بر وزن نزول ـ نامى از قراء حله به فاضل سيورى شهرت داشته واز اجلاء تلامذه شهيد اول ومجازين وى بوده ومحمد بن شجاع قطان حلى نيز از وى روايت مى كند . الى آخر ما قال .

قال السيد شفيع الجابلقي المتوفى ١٢٨٠ في « الروضة البهية في الطرق الشفيعية » ط الطهران : الشيخ العالم مقداد ، كان عالماً فاضلا متكلماً محققاً من الفقهاء الذين معتمد على فتاواهم . الى أن قال : والرجل من أعيان العلماء نقي الكلام حسن البيان كما يظهر بالتأمل في كلماته ، وهو يروي عن الشيخ الشهيد رضوان الله عليهم جميعاً .

أقول : وقدذكرغيرهم من أصحاب التراجم هذا الرجل العلمي الديني في دواوينهم ومصنفاتهم ، وقد اكتفينا بهذا القليل خوفاً من الاطناب والتطويل ، وعليك بكتب التراجم وتأليفات الاعاظم وهم ولو لم يؤدوا حق الرجل كما هوحقه كماقال السيد المتتبع القاضي الطباطبائي رحمه الله في مقدمة كتاب «اللوامع الالهية » للمترجم له ونعم ما قال : ان المترجمين للفاضل «رد» وان لم يفصلوا في شرح حاله وترجمة أحواله على نحو يليق بمقامه كما هو دأب أكثر القدماء والسالفين في أغلب تراجم رجال العلم وأصحاب الفضيلة من الاقتصار على اسم المترجم وبعض القابه ، ولكنهم لم يقصروا من الاطراء عليه والتصريح

بجميل فضله وعلمه المتدفق وسطوع فضله الغزير وكونه من العلماء المحققين .

ولادته ووفاته :

على رغم الفحص الكثير لم نظفر على تاريخ ولادته وأما تاريخ وفاته فقد قال العلامة السيد محمد الصادق بحر العلوم في حاشية « روضات الجنات » ١٧٥/٧ : وجدت في خزانة كتب آية الله المجاهد شيخنا الشيخ محمد الجواد البلاغي النجفي المتوفى سنة ١٣٥٢ نسخة من قواعد الشهيد الاول من موقوفات الشيخ محمد علي البلاغي رحمه الله ـ كما كتب عليها بخط الشيخ ابراهيم بن الحسين بن عباس بن حسن بن عباس بن محمد علي البلاغي ـ وهي منقولة عن نسخة كانت منقولة عن خط ولد المصنف الشيخ ضياء الدين علي بن محمد ابن مكي الشهيد الاول والكاتب هو الشيخ محمد علي بن سلوة النجفي في النجف الاشرف يوم السبت السابع والعشرين من جمادى الاولى سنة ٩٨٦ نقلها عن نسخة كتابتها في الثامن عشر من المحرم سنة ٨٣٧ وكتب على الهامش أنها قوبلت مع كتاب شيخنا الشيخ زين الدين ابن ادريس فروخ بحسب الجهد والطاقة . الى أن قال: وفي آخرها بخط غير كاتب النسخة لكنه عتيق نقلا عن خط الشيخ حسن بن راشد الحلي ما لفظه : توفي شيخنا الامام العلامة الاعظم ابو عبدالله المقداد بن عبدالله السيوري نضر الله وجهه بالمشهد المقدس الغروي على مشرفه أفضل الصلوات واكمل التحيات ضاحي نهار الاحد السادس والعشرين من شهر جمادى الاخرة سنة ٨٢٦ ودفن بمقابر المشهد المذكور. الى آخر ما قال .

وذكر هذا بعينه العلامة الحاج آقا بزرك الطهراني في موسوعته القيمة «اعلام الشيعة » المخطوط. وقال: ورأيت على ظهر نسخة من قواعد الشهيد كتابتها ٩٨٦ صورة خط الشيخ حسن بن راشد ـ الخ .

لقبه وكنيته ونسبته :

كان يلقب بشرف الدين ـ أوجمال الدين ـ ويكنى بأبي عبدالله ، ومنسوب الى « سيور » بضم السين والياء : قرية من توابع الحلة ونواحيها .

قال في تنقيح المقال : واحتمال كونه نسبة الى السيور التي هي جمع السير وهوما يقد من الجلود المدبوغة لمصارف السرج باعتبار كون احد آبائه معروفاً بصنع ذلك بعيد فيه وان صح في غيره .

وقال العلامة الطهراني في « أعلام الشيعة » : ويقال « السوراوي » وهو اصح لانها نسبة الى سورا على وزن بشرى مدينة بقرب الحلة مراصد الاطلاع ص ٢٢٧ . وفي معجم البلدان ٣/٢٨٤ قال: موضع بالعراق من ارض بابل وهو مدينة السريانيين وقد نسبوا اليها الخمر وهي قريبة من الوقف والحلة المزيدية ـ الخ .

اعقابه :

له ابن اسمه « عبدالله » كان عالماً فاضلا ويروي عن ابيه المقداد وهو يكنى به بـ « ابى عبدالله » .

اسلافه :

لم نجد من ترجمة اسلافه شيئاً الا أنه قال العلامة الطهراني في «أعلام الشيعة» رأيت على ظهر كتاب «الابحاث في تقويم الاحداث» تأليف المولى ركن الدين محمد بن علي الجرجاني أنه الجد الامي للفاضل المقداد . وقال الوحيد البهبهاني في التعليقة في آخر ترجمة علي بن محمد بن علي الخزاز القمي ما لفظه : ونقل

عن الشيخ محمد بن علي الجرجانى جد المقداد بن عبدالله السوراوي أنه كفاية الاثر لبعض القميين من أصحابنا .

مشايخه واساتيده :

١ ـ الشيخ شمس الدين ابوعبدالله محمد بن الشيخ جمال الدين مكي بن الشيخ شمس الدين محمد بن حامد بن احمد النبطي العاملي الجزيني المعروف بـ « الشهيد الاول » المستشهد ١٩ شهر جمادى الاولى سنة ٧٨٦ .

وقد ذكرنا كيفية شهادته وعلته في مقدمة كتاب « نضد القواعد » .

٢ ـ فخر المحققين محمد بن الحسن بن يوسف . ذكره في كتاب « ماضي النجف » .

٣ ـ السيد ضياء الدين عبدالله الاعرجى . ذكره أيضاً في كتاب « ماضي النجف » .

٤ ـ السيد عميدالدين . قاله الشيخ الطهراني فى « اعلام الشيعة » وقال : ذكر السيد الميرعلاء الملك المرعشي في آخر نسخة من الكشى التى كتبها بخطه في سنة ٩٧٢ ـ ٩٨٣ أنه نقله عن أصله الذي كان بخط ابن السكون وقرأه الفاضل الشيخ المقداد على السيد عميد الدين . انتهى .

أقول: لعله السيد عميدالدين عبدالمطلب بن عبدالكريم أخو السيد ضياءالدين الاعرجي الحسيني الحلي وهما ابنا اخت العلامة الحلي .

تلاميذه والراوون عنه :

١ ـ الشيخ تاج الدين الحسن بن راشد ـ أو الحسين بن راشد ـ الحلى صاحب « الجمانة البهية في نظم الالفية الشهيدية » قاله فى « اعلام الشيعة » مخطوط.

٢ ـ الشيخ عبدالله ابن المترجم له وبه يكنى بـ « ابى‌عبدالله » .

٣ ـ الشيخ زين الدين علي بن الحسن بن العلا ـ أو علالا .

٤ ـ الشيخ حسين بن علاء الدين مظفربن فخرالدين بن نصرالله القمي . قاله في « اعلام الشيعة » .

٥ ـ الشيخ محمد بن شجاع القطان .

٦ ـ الشيخ قاسم الدين . ذكره فى « اعلام الشيعة » .

٧ ـ السيد رضي الدين بن عبدالملك الواعظ القمي .

٨ ـ الشيخ الزاهد العالم جمال الدين ابوالعباس احمد بن شمس الدين محمد بن فهد الاسدى الحلي المتوفى سنة ٨٤١ .

٩ ـ الشيخ سيف الدين الشفرابى كما يظهر من بعض الاجازات . ذكره في « الرياض » .

١٠ ـ الشيخ شرف الدين مكى . قاله فى الروضات ٢/٣٢٠ .

١١ ـ الشيخ ظهيرالدين بن الحسام كما يظهر من اجازة الشيخ احمد بن نعمة الله بن خاتون العاملى الموجودة فى البحار ١٠٩/٩٢ .

١٢ـ شيخ مشايخ الشيعة في زمانه الشيخ ابوالحسن علي بن هلال الجزائري تلميذابن فهد وأجل مشايخ المحقق الكركي والمجيز له فى سنة ٩٠٩ .

وقيل[1]: روايته عنه بلاواسطة بعيدة لان تاريخ وفاة السيوري في سنة ٨٢٦

---

١) قال السيد المعاصر القاضى الطباطبائى التبريزى فى مقدمة « اللوامع الالهية » للفاضل المقداد : هـذا ذهول عجيب وغفلة ، فـان الشيخ الاجل على بن هلال الجزائرى الـذى كتب الاجازة للمحقق الثانى الشيخ على الكركى قدس سرهما سنة ٩٠٩ لـم يرو بلا واسطة عن الفاضل المقداد السيورى المتوفى سنة ٨٢٦ بل الجزائرى يروى عن الفاضل السيورى المصنف رحمه الله بـواسطة الشيخ العلامة صاحب المقامات العاليـة فى العلم والعمل وصاحب الدرجات السامية والخصال النفسانية التى لا توجد الا فى الاقل الفقيه

واجاز علي بن هلال للمحقق الثاني الكركي فى سنة ٩٠٩ فلايمكن أن يروي عن السيوري بلاواسطة ، بل روايته عن السيوري بواسطة الشيخ الزاهد العارف العالم ابى العباس احمد بن شمس الدين محمد بن فهد الاسدي الحلي المتوفى سنة ٨٤١ .

أقول : هذه الفاصلة من السنين بينهما لاتخل بالامر ، لانه يمكن أن يدرك ابن هلال الجزائري الفاضل المقداد في صغرسنه ويأخذ منه الاجازة كما اتفق ذلك للكثيرمن العلماء ، وكذلك يمكن أن يجيز للمحقق الكركي في آخرعمره أويطول عمرابن هلال الجزائري حتى يدركهما .

ويدل على رواية ابـن هلال عن السيوري بلاواسطة ما رواه فـي البحار ٩٢/١٠٩ عندذكراجازة الشيخ احمد بن نعمة الله بن احمد بن خاتون العاملي للمولى عبدالله بن حسين التسترى حيث قال :

. . . ومصنفات الشيخ الجليل المقداد بن عبدالله السيوري عن الجد عن شيخه الحسين بن الحسام عن أخيه ظهيرالدين عن المصنف. وعن شيخنا علي ابن عبدالعالي عن شيخه ابن هلال عن المصنف . وهذا صريح في المقصود .

وما فى « الروضات » ٣٥٧/٤ :

. . . ان للشيخ علي بن هلال الجزائري رواية عن الشيخ عبدالعالي جد

جمال الدين ابى العباس احمد بن شمس الدين محمد بن فهد الاسدى الحلى المتولد سنة ٧٥٧ والمتوفى سنة ٨٤١ المدفون فى البستان المتصل بالمكان المعروف بخيمكاه فى كربلاء المقدسة المتبرك بمزاره صاحب التصانيف الرائقة كالمهذب البارع فى الفقه وعدة الداعى والتحصين وغيرها .

الى ان قال : فعلى بن هلال الجزائرى يروى عن الفاضل المقداد السيورى بواسطة الشيخ ابن فهد الحلى وليس له الرواية عنه بلا واسطة .

تلميذه المحقق الشيخ علي عن احدولدي الشهيد . وبسند اعلى من الجميع . وعن الشيخ مقداد السيوري عن الشهيد . انتهى .

وما في « الرياض » ٤/٢٨٠ في ترجمة علي بن هلال الجزائري :

. . . ويروي بالسند العالي عن الشيخ مقداد السيوري عن الشهيد ويروي عن ابن فهد الحلي أيضاً ، ويروي أيضاً عن جد الشيخ علي الكركي عن أحد ولدي الشهيد كما يظهر هذه الثلاثة من اجازة الشيخ نعمة الله بن خاتون العاملي للسيد ابن شدقم المدني .

وأيضاً يظهر من «مواقع النجوم ومرسلة الدر المنظوم» للعلامة الميرزا حسين النوري صاحب «المستدرك» أنه ليس بينهما واسطة كما يظهر لك بالتأمل . وبعد هذا كله العلم عند الله وهو العالم بحقائق الامور .

ومن آثاره « مدرسة المقداد السيوري » :

قال العلامة المحقق الشيخ جعفر بن الشيخ باقر آل محبوبة رحمه الله في ماضي النجف وحاضرها ١/١٢٥ :

مدرسة المقداد السيوري ، هي احدى مدارس النجف المشهورة في عصرها ومن حسن الصدف أنني وقفت على كتاب مصباح المتهجد للشيخ الطوسي « ره » مخطوط عند الشيخ الامام العلامة الميرزا محمد حسين النائيني « ره » وفي آخرها مانصه : كان الفراغ من نسخه يوم السبت ثاني عشر من جمادى الاولى سنة ٨٣٢ على يد الفقير الى رحمة ربه وشفاعته عبدالوهاب بن محمد ابن جعفر بن محمد بن علي بن السيوري الاسدي عفي عنه بالمشهد الشريف الغروي على ساكنه السلام ، وذلك في مدرسة المقداد السيوري . انتهى .

وهذه المدرسة باقية حتى اليوم ولكن تغير اسمها فانها تعرف بالمدرسة

السليمية نسبة الى بانيها سليم خان ، فانها خربت مدة واشتراها هذا الرجل وعمرها مدرسة فنسبت اليه ـ كما حدثنا به العلامة الخبير السيد ابوتراب الخونساري « رد » .

آثاره العلمية وتأليفاته الثمينة :

١ ـ آداب الحج . ذكره في الذريعة ١٧/١ . لم يطبع الى الان .

٢ ـ الادعية الثلاثون. قال في الذريعة ٣٩٦/١ : قال فيه «وقبل الشروع في الغرض المعهود نذكر مقدمات نافعة في المقصود » ثم بعد ذكر المقدمات ذكر الادعية ، وهي ثلاثون دعاء عن النبي والائمة المعصومين عليهم صلوات الله وسلامه مرتباً الى آخرهم، رأيت نسخة منه بخط جعفر بن محمد بن بكة الحسيني سنة ٩٤٠ في كتب السيد محمد علي السبزواري بالكاظمية . لم يطبع الى الان .

٣ـ الاربعون حديثاً . رآه صاحب الرياض في أردبيل . ألفه لولده «عبدالله» قاله في الذريعة ٣٢٩/١ . لم يطبع الى الان .

٤ ـ ارشاد الطالبين الى نهج المسترشدين . قال في الذريعة ٥١٥/١ شرح لنهج المسترشدين في اصول الدين تأليف العلامة الحلي، وعناوينه «قال ـ أقول» فرغ منه آخر نهار الخميس الحادي والعشرين من شعبان سنة ٧٩٢ . نسخة منه عند السيد آقا التستري بخط جده السيد نعمة الله الجزائري . طبع بمبيء سنة ١٣٠٣ .

٥ ـ الاعتماد في شرح واجب الاعتقاد في الاصول والفروع. قال في الذريعة ٢٣١/٢ : وتسميته بمهج او [نهج][1] السداد كما عن بعض من سهو القلم . أقول قاله في « الروضات » .

---

١) « نهج السداد الى شرح واجب الاعتقاد » الموجود في مكتبة آية الله العظمى

٦ ـ الانوار الجلالية في شرح الفصول النصيرية . للخاجا نصيرالدين الطوسي بالفارسية ثم عربه المولى ركن الدين محمد بن علي الجرجاني الحلي الغروي تلميذ العلامة الحلي ، والمترجم له قدشرح هذاالمعرب بعنوان « قال ـ اقول » وصدره باسم الملك جلال الدين علي بن شرف الدين المرتضى العلوي الحسيني الاوي وسماه باسمه . ونسخ منه في « الخزانة الرضوية » موجودة برقم ٣٤٦ ـ ٣٤٨ ـ ٣٩٤ . ونسخة منه في « كتابخانه غرب » همدان موجودة أيضاً برقم : ١٠٩٨٦ كذا في فهرسته ص ٦٢ .

٧ ـ تجويد البراعة في شرح « تجريد البلاغة » في علمي المعاني والبيان المتن للشيخ الحكيم كمال الدين ميثم بن علي بن ميثم البحراني المتوفى سنة ٦٧٩ ، ويقال له « اصول البلاغة » .

٨ ـ التنقيح الرائع للمختصر النافع . قال في الروضات ١٩٣/٧ : وأما كتابه التنقيح الذي هوفي الحقيقة معلمة الوضيع ـ الخ ، وسنذكره انشاء الله بعيد هذا عند تعريف الكتاب .

المرعشي النجفي بقم برقم ١١٢٦ وهو تصنيف الامام العالم العامل الفاضل الكامل قدوة العارفين عبدالواحد بن الصفي النعماني قدس الله روحه الزكية وحشره مع العترة النبوية بمحمد وآله الطيبين الطاهرين . آمين .

كذا في ظهرالصحيفة الاولى من الكتاب والمصنف لم يذكر اسمه في أول الكتاب ولا في آخره . والنسخة عتيقة كتبها علي بن حسن بن علي بن حسين بن الصائم الحسيني العنقاني وذلك نهار السبت اول مستهل شهر جمادى الاخر من شهور سنة اثنتين وتسعمائة . وقال في « الذريعة » ٤١٩/٢٤ بعد ذكر هذه النسخة وانتقالها الى المكتبة : ونسخة اخرى عند « السماوي » وأخرى عند عباس الاقبال الاشتياني ونسخة مصححة في مكتبة امير المؤمنين للامينى التبريزي في النجف ونسخة عند الميرزا محمد علي الاردوبادي بالنجف معها « تحصيل السداد في شرح واجب الاعتقاد » .

٩ ـ تفسير مغمضات القرآن . ذكره في « ريحانة الادب » . لم يطبع .

١٠ـ الاسئلة المقدادية . ذكرها خير الدين الزركلي في «الاعلام» لم يطبع .

١١ ـ جامع الفوائد في تلخيص القواعد . تلخيص قواعد استاده الشهيد نسخة منه في « الخزانة الرضوية » برقم ٢٣١٣ .

١٢ ـ شرح سي فصل للخاجا نصير الدين الطوسي في النجوم والتقويم الرقمي ذكره في « ريحانة الادب » . لم يطبع الى الان .

١٣ ـ شرح ألفية الشهيد . ذكره في الذريعة ١١٤/١٣ .

١٤ـ شرح الباب الحادي عشر المسمى بـ «النافع يوم الحشر» . طبع مراراً وهو في علم الكلام ونسخه الخطية كثيرة جداً ورأيت منها جماً غفيراً .

١٥ ـ شرح مبادي الوصول لعلم الاصول للعلامة الحلي سماه «نهاية المأمول» في خزانة كتب السيد حسن الصدر الكاظمي موجود . لم يطبع الى الان .

١٦ ـ كنز العرفان في فقه القرآن . طبع .

١٧ ـ اللوامع الالهية في المسائل الكلامية، قال في «الروضات » ١٧٢/٧ من أحسن ما كتب في فن الكلام على أجمل الوضع وأسد النظام . ونسخ منه في « الخزانة الرضوية » بعدد ٢٦٣٣ ـ ٢٦٣٧ ـ ٦٥٣٧ موجودة . طبع بتبريز بتحقيق المحقق الكبير القاضي الطباطبائي التبريزي رحمه الله .

١٨ ـ الاجازات. منها اجازتان مختصرتان لتلميذه الشيخ زين الدين علي ابن الحسن بن علالة .

١٩ ـ نضد القواعد الفقهية على مذهب الامامية . طبع وله الحمد بتحقيقنا وتعليقنا بمؤنة « المكتبة العامة » للزعيم الديني آية الله العظمى النجفي المرعشي دام ظله الوارف باهتمام ابنه الاكبر صديقنا الفاضل الحاج السيد محمود المرعشي أدام الله توفيقه في نشر تراث الشيعة بمحمد وآله .

٢٠ ـ فتاوى متفرقة . قالها في الرياض .

التنقيح الرائع للمختصر النافع :

من أمتن شروح الكتاب وأحكمها ، شرحه بالادلة المعمولة عندالمحققين وكشف معضلاته وفسرمغمضاته وبين اصطلاحات المصنف من التردد والاشبه والاظهر والاشهر وغيرها .

قال العلامة الطهراني في موسوعته الكبيرة «اعلام الشيعة» المخطوط نقلا عن حسين بن راشد عند ذكرتأليفاته: شرح مختصرشيخنانجم‌الدين ابى‌القاسم ابن سعيد المسمى بالنافع شرحاً اكثر فيه الافادة وأظهرالاحكام والاجادة وبلغ الحسنى وزيادة ، ولا يشبه بغيره من الشروح البتة ، يعرف ذلك من وقف عليها وعليه .

قال في « الروضات » : وأما كتابه « التنقيح » الذي هو في الحقيقة معلمه الوضيع فهوأيضاً أمتن كتاب في‌الفقه الاستدلالي وأرزن خطاب‌ينتفع‌به الداني والعالي ، وفيه من الفوائد الخارجة شيء كثيرمن الزوائد النافجة نبذغفير، منها ما نقل فيه عن ابن الجوزي المشهور أنه قال في وجه تسمية أيام البيض : حتى أن بعض الفقهاء جرى في كتبه على طريق العامة في ذلك ، وهوخطأ فان الايام كلها بيض لكن العرب تسمي كل ثلاث ليال من الشهر باسم وسيأتي تفصيلها في النكاح . ثم ذكر في كتاب النكاح هكذا : العرب تسمي كل ثلاث ليال من الشهرباسم، فلها حينئذ عشرةاسماء : عزرثم نفل ثم‌تسع. فذكرالاسماء العشرة بتمامها . أقول : بينا معانى تلك الأسماء العشرة في تعليقتنا على كتاب النكاح في مكروهات الجماع والزواج ، فراجع هناك .

وقال في الذريعة ٤/٤٦٣ : و« التنقيح » شرح وبيان لوجه ترددات في « المختصر » الذي هو كأصله للمحقق الحلي المتوفى [٦٧٦] . . . وهو شرح تام من الطهارة الى الديات في مجلدين بعنون [قوله ـ قوله] ابتدأ فيه بمقدمات في تعريف الفقه وتحصيله والأدلة العقلية والعمل بخبر الواحد واقسامه وتفسير الاشهر والاظهر والاشبه وغير ذلك من مصطلحات المصنف . . . ونسخة عصر المؤلف توجد في الخزانة الرضوية كما في فهرسها كتبت في سنة ٨٢١ ، وفي «الرضوية» ايضاً نسخة بخط المولى عبدالسميع بن فياض الاسدي الحلي كتابتها في ٩١٨ وهو المؤلف لتحفة الطالبين . وفي مكتبة الشيخ هادي كاشف الغطاء المتوفى في ٩ محرم الحرام ١٣٦١ نسخة نفيسة بخط الشيخ محمد بن احمد بن علي بن احمد بن ابى جامع ، فرغ منها قرب الزوال من يوم الجمعة ٢ من ذى الحجة ٩٠٩ وابن هذا الكاتب هو الشيخ احمد المجاز من المحقق الكركي . انتهى قوله رحمه الله .

أقول: وفي الرضوية على مافي فهرسها خمس نسخ باعداد ٢٢٧٢ ، ٢٢٧٣ ، ٢٢٧١ ، ٦٦٤٥ و ٧٥٢٨ . ونسخة من أول الكتاب الى نبذة من باب النكاح موجودة في « مكتبة الغرب » بهمذان كما فهرسها ص ٢٨٧ .

ونسخة منها في مكتبة مدرسة النواب بالمشهد المقدس الرضوي برقم ١١ كما في « فهرست دو كتابخانه مشهد » ص ٤٥٣ .

ورأيت منها نسخة في « مكتبة مدرسة النمازي » بخوي والاسف ليست مشخصاته الان في ذكرى .

ونسخ الكتاب كثيرة جداً ، وهذه تنبيء عن علو مقام الكتاب عند الفقهاء والمجتهدين ، ومع هذا بقي الكتاب مستوراً فى الرفوف ومخزوناً فى خزانة

الكتب لاتصل اليه أيدي الطلاب بل لم تسمع بصيته آذانهم ، فأحببت أن يخرج الكتاب من الخفاء الى العيان لتعم فوائده، فشمرت الذيل واتعبت النفس على قدر الوسع والطاقة فحققته وصححته وعلقت عليه وخرجت الايات والاحاديث المذكورة فيه وأشرت الى مصادر الاقوال كثيراً حباً لنشر تراثنا وحفظاً لاثار علمائنا رضي الله عنهم ورضوا عنه .

تحقيق الكتاب

اعتمدنا في تحقيق الكتاب وتصحيحه على خمس نسخ موجودة في «المكتبة العامة » لاية الله العظمى السيد شهاب الدين المرعشي النجفي دام ظله العالي فى قم بهذه الخصوصيات :

١ ـ نسخة مخطوطة نفيسة قيمة جداً مقروة مصححة كتبها عزالدين السيد حسين بن السيد المرتضى ابراهيم الحسينى الساروي ، فرغ من نسخها في أول نهار الخميس ثامن شهرربيع الاخر سنة ٨٦٧ .

ثم قرأها على شيخه محمد بن احمد الشميطاوي وأجازله وكتبها المجيز في ظهر الصحيفة الاولى من الكتاب بخطه الشريف . وأيضاً للمجيز انهاء في آخر الكتاب بخطه بتاريخ منتصف شهررمضان المبارك سنة ٨٦٩ . والاسف انه قد ضاع آخره وكذلك ضاع آخر الاجازة وتاريخها ، وهي فى المكتبة موجودة برقم (٣٥٦٦) .

٢ ـ نسخة مخطوطة جيدة موجودة في المكتبه برقم (٣١٧٣) ناقصة الاخر ليس فيها اسم الكاتب ولا تاريخ الكتابة .

٣ ـ نسخة اخرى في المكتبة المذكورة بعدد (١٧٢٥) آخره ناقص ليس فيها اسم الكاتب ولا تاريخ الكتابة، وفي هامشها حواشي مختصرة من محرره « محمد امين » . وفي أولها تملك بـامضائه هكذا : محمد امين بـن رحمة الله دولت آبادي .

٤ ـ نسخة مخطوطة أيضاً في المكتبة برقم (٣٥٦٧) نسخت في أوائل شهر جمادى الثانية سنة ٩٥٦ وليس فيها اسم الكاتب .

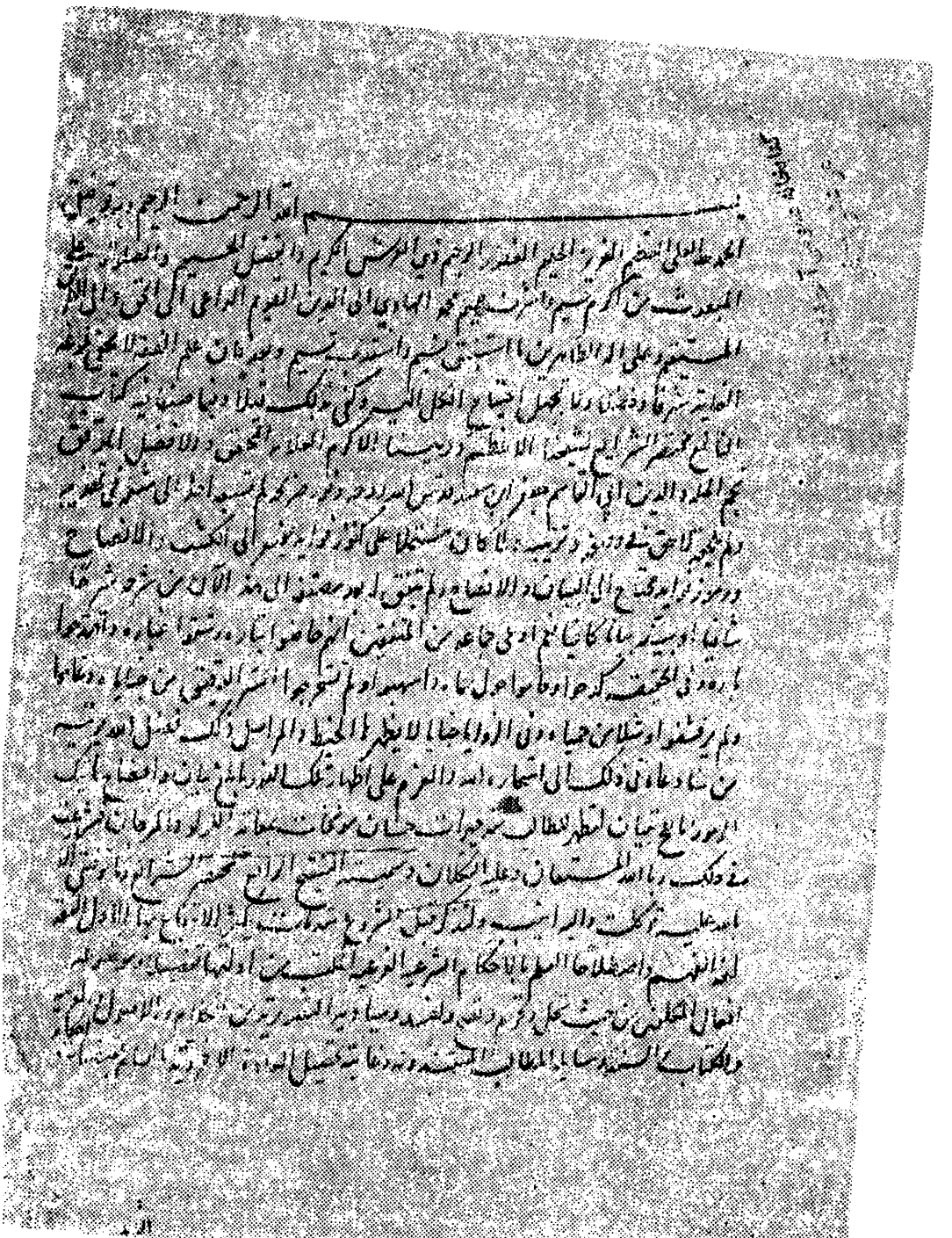
٥ ـ نسخة أولها ناقص وكتب في آخر المجلد الاول : قد فرغ من تسويدها في اليوم الثامن من شهر صفر الخير سنة ١١١٢ علي بن احمد بن محمد بن خميس الاحسائي . سقطت من آخر المجلد الثاني أوراق كتب تمام نقصها احمد بن زين الدين، والظاهر أنه الشيخ احمد الاحسائي مؤسس الفرقة الشيخية في شهر ذي قعدة الحرام سنة ١٢١٠ . ورقمها في المكتبة (٢٧٠١) .

وفي المكتبة العامرة المذكوره نسخ أخرى استفدنا من بعضها قليلا فلذلك لم نذكرها .

وجه الورقة الاولى من النسخة الاولى

الصفحة الاولى من النسخة الاولى

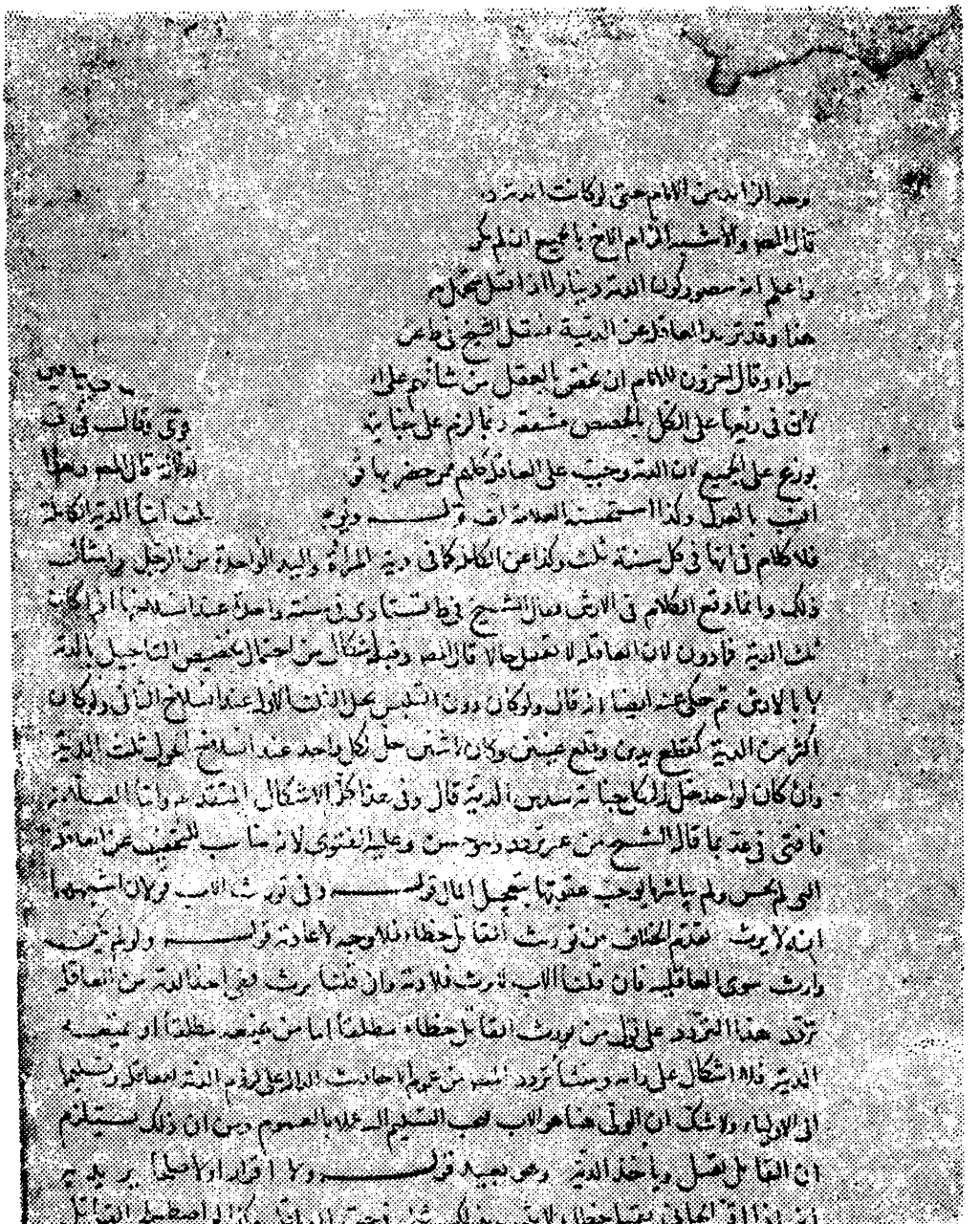
الصفحة الاخيرة من النسخة الاولى



الصفحة الاولى من النسخة الثانية

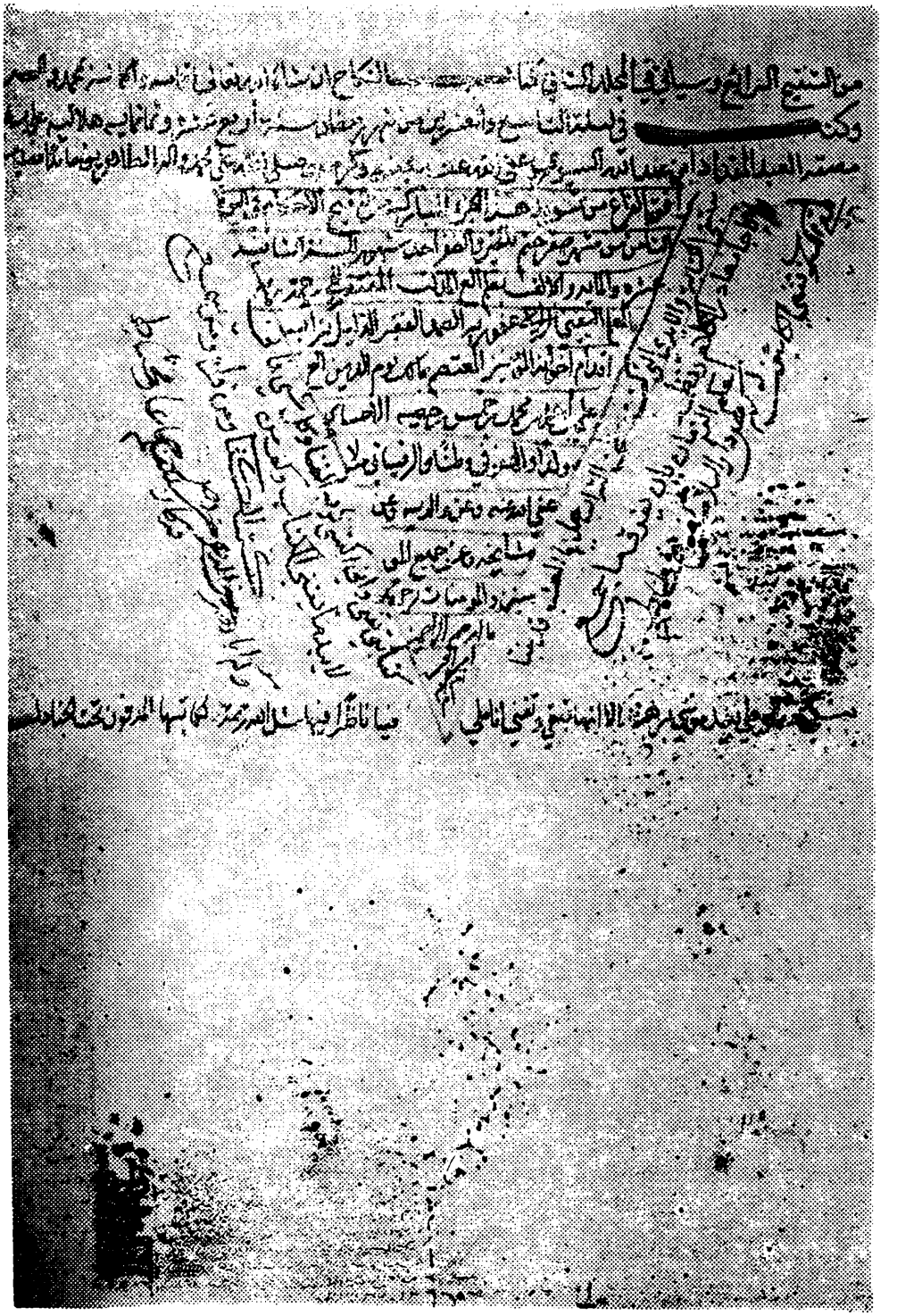
الصفحة الاخيرة من النسخة الثانية

الصفحة الاولى من النسخة الثالثة

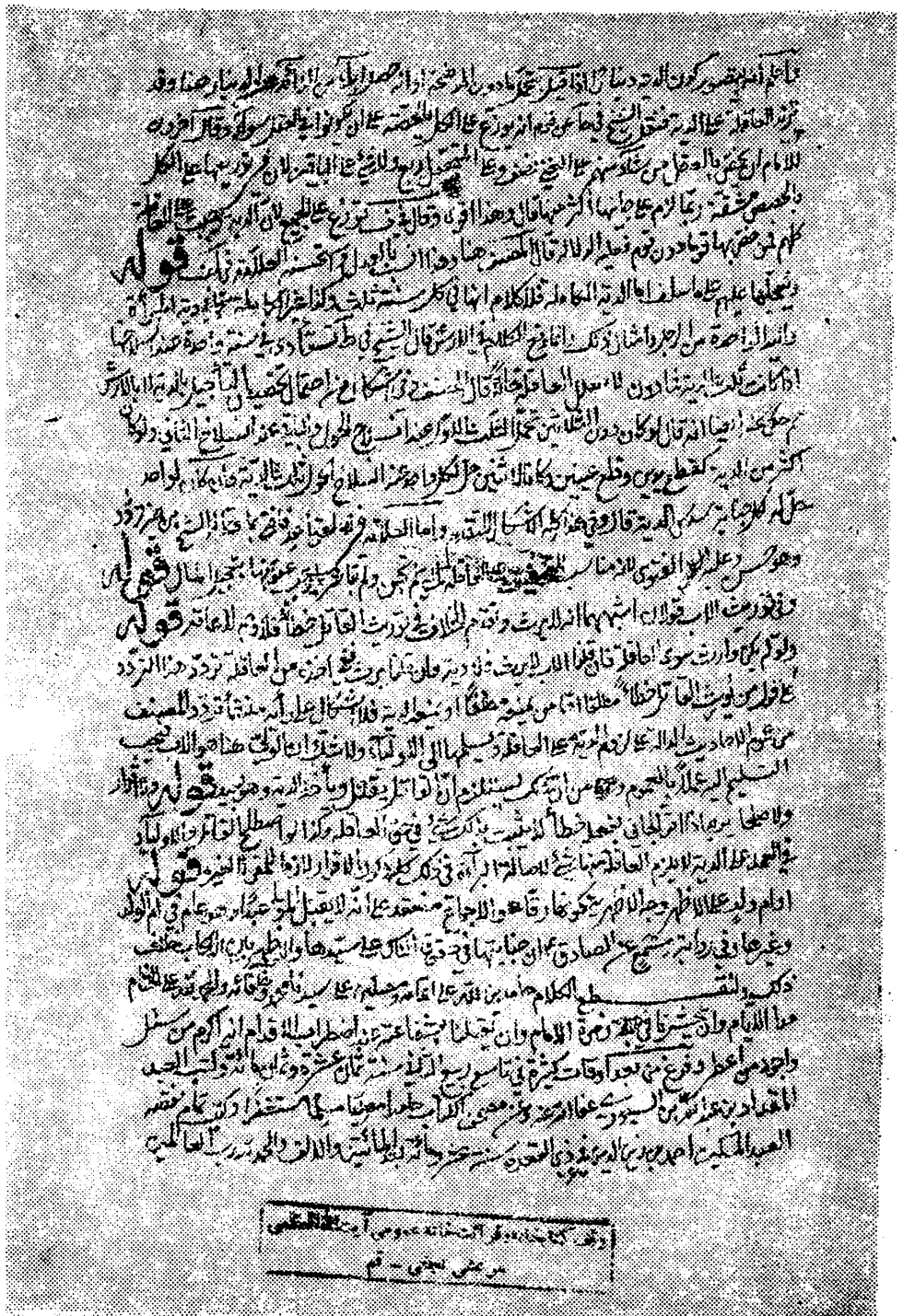


الصفحة الاخيرة من النسخة الثالثة

الصفحة الاولى من النسخة الرابعة



الصفحة الاخيرة من النسخة الرابعة



الصفحة الاخيرة من النسخة الرابعة

الصفحة الاولي من النسخة الخامسة

الصفحة الاخيرة من النسخة الخامسة

التنقيح الرائع

لمختصر الشرائع

للفقيه المتبحر والاصولي المتكلم

مقداد بن عبدالله السيورى الحلى

المتوفى سنة ٨٢٦

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله العلي العظيم ، العزيز الحكيم[1]، الغفور الرحيم ، ذي العرش الكريم ، والفضل الجسيم . والصلاة على المبعوث من أكرم خيم[2] ، وأشرف صميم، محمدالهادي الى الدين القويم، الداعي الى الحق والى طريق مستقيم[3]. وعلى آله الطاهرين ما استنشق[4] نسيم ، واستعذب تسنيم .

وبعد :

فان علم الفقه لا يخفى بلوغه الغاية شرفاً وفضلا ، ولا يجهل احتياج الكل اليه وكفى بذلك نبلا [5] . وفيما صنف فيه كتاب « **النافع مختصر الشرائع** » لشيخنا الاعظم ورئيسنا الاكرم العلامة المحقق والافضل المدقق نجم الملة

---

١) فى ب : الحليم .
٢) فى ب : حسيم .
٣) فى ب : والى الطريق المستقيم .
٤) فى ب : ما استنبق .
٥) فى ب : قيلا .

والدين أبي القاسم جعفر بن سعيد قدس الله روحه ونور ضريحه ، لم يسبق[1] أحد الى مثله في تهذيبه ، ولم يلحق لاحق في وضعه وترتيبه .

ولما كان مشتملا على كنوز فوائد تفتقر الى الكشف والايضاح ، ورموز فرائد تحتاج الى البيان والافصاح ، ولم يتفق له بعد مصنفه الى هذا الان من شرحه شرحاً شافياً ، أو بينه بياناً كافياً . نعم ادعى جماعة من المتفقهين أنهم خاضوا تياره[2]، وشقوا غباره ، واقتدحوا ناره[3]. وفي الحقيقة كدحوا وحاموا حول حماه وأسهبوا ولم يستخرجوا السر الدقيق من خباياه، ولم يرتشفوا وشلا من حمياه[4]، وفي الزوايا خبايا لا يظهرها الخبط والمراء ، بل ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء .

دعاني ذلك الى استخارة الله والعزم الى اظهار تلك الكنوز بأبلغ بيان ، وايضاح هاتيك الرموز بأنقح تبيان، ليظهر للطالب منه خيرات حسان، موشحات

---

١) فى ب : لم يسبقه .

٢) التيار مشددة : موج البحر الذى ينضج ، وقيل شدة الجريان وهو فيعال، وأصله « تيوار » ، فاجتمعت الواو والياء فأدغم بعد القلب. وبعضهم يجعله من « تير » فهو فعال.

٣) اقتدح بالزند : حاول اخراج النار منه. قال فى المجمع: القدحة بالكسر اسم للضرب بالمقدحة من اقتدح النار بالزند، والمقدحة الحديدة ، والقداح والقداحة الحجر.

وقال فى « ورا » وكانت العرب تقدح بعودين تحك باحداهما على الاخرى ويسمى الاعلى الزند والاسفل الزندة . اقتدحوا ناره أى أخرجوا ناره .كدحوا أى سعوا وجهدوا أنفسهم . حاموا أى داروا . وفى بعض النسخ : عاموا . أسهب الكلام أى أطال .

٤) رشف رشفاً من باب ضرب وقتل : استقصى فى شربه ولم يبق شيئاً فى الاناء ، والرشف أخذ الماء بالشفتين ، وهو فوق المص . الوشل محركة : الماء القليل يتحلب من جبل أوصخرة ولا يتصل قطره. وهومن الاضداد: الماء القليل والكثير والدمع القليل والكثير. يقال « فلان حامى الحميا » أى يحمى حوزته وما وليه . والحميا : شدة الغضب وأوله ، يقال « لاتكلمه فى حميا غضبه » أى فى أوله . والخمر وسؤرتها وشدتها .

بمعاقد اللؤلؤ والمرجان . فشرعت في ذلك وبالله المستعان وعليه التكلان ، وسميته « **التنقيح الرائع لمختصر الشرائع** » .

وما توفيقي الا بالله عليه توكلت واليه أنيب .

ولنذكر قبل الشروع مقدمات يكثر الانتفاع بها :

(الاولى) :

الفقه لغة الفهم ، واصطلاحاً العلم بالاحكام الشرعية الفرعية المكتسب من أدلتها تفصيلا .

وموضوعه أفعال المكلفين من حيث يحل ويحرم ويصح ويفسد ، ومبادئه التصورية والتصديقية[1] من الكلام والاصول والعربية والكتاب والسنة، ومسائله المطالب المثبتة فيه، وغايته تحصيل السعادة الاخروية بالقيام بمقتضيات أحكامه.

(الثانية) :

تحصيله على الوجه المذكور، واجب على الكفاية للاية[2] وليتم نظام النوع. ويجب عيناً على كل مكلف بحكم العلم به، اما استدلالا ان كان من أهله أو تقليداً ان لم يكن .

(الثالثة) :

أدلته عندنا الكتاب والسنة والاجماع ودليل العقل : أما الكتاب [3] فنصه

---

١) ليس « التصديقية » فى ب .

٢) وهى الاية ١٢٢ من سورة التوبة « فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا فى الدين » .

٣) قال فى المعتبر : أما الكتاب فأدلته قسمان: النص، والظاهر . والنص مادل على

وظاهره، وكذا السنة قولا كانت أوفعلا أو تقريراً[1]. هذا في النبوية، أما الامامية فكذلك الا مع احتمال التقية. وأما الاجماع فاما من كافة علماء الاسلام أو علماء الطائفة المحقة، وعلى التقديرين فهو حجة لدخول المعصوم . وأما العقلي فقد

المراد منه من غير احتمال ، وفى مقابلته المجمل ، وقد يتفق اللفظ الواحد أن يكون نصاً مجملا باعتبارين ، فان قوله تعالى « يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » [البقرة : ٢٢٨] نص باعتبار الاعتداد مجمل باعتبار ما يعتد به .

وأما الظاهر فهو اللفظ الدال على أحد محتملاته دلالة راجحة ولا ينفى معها الاحتمال وفى مقابلته المأول . والظاهر أنواع: «احدها» ماكان راجحاً بحسب العرف كدلالة الغائط على الفضلة . « الثانى » ما كان راجحاً بحسب الشرع كدلالة لفظ الصوم على الامساك عن المفطرات ، وهذان وان كانا نصين باعتبار الشرع والعرف الا أن احتمال ارادة الوضع لم تنتف انتفاء يقينياً. « الثالث » المطلق، وهو اللفظ الدال على الماهية، فهو فى دلالته على تعلق الحكم بها لا بقيد منضم دلالة ظاهرة. « الرابع » العام ، وهو الدال على اثنين فصاعداً من غير حصر، فانه فى دلالته على استيعاب الاشخاص ظاهر لا قاطع. أما المأول فهو اللفظ الذى يراد به المعنى المرجوح من محتملاته كقوله تعالى «ويبقى وجه ربك» [الرحمن:٢٧].

١) قال فى الذكرى : السنة وهى طريقة النبى صلى الله عليه وآله وسلم والامام عليه السلام المحكية عنه ، فالنبى بالاصالة والامام بالنيابة ، وهى ثلاثة : قول، وفعل ، وتقرير.

أما القول فأقسامه المذكورة فى الكتاب .

والفعل اذا علم وجهه أووقع بياناً فيتبع المبين فى وجوبه وندبه واباحته ، سواءكان البيان مستفاداً من الصريح مثل قوله صلى الله عليه وآله وسلم «صلوا كما رأيتمونى أصلى» ، و« خذوا عنى مناسككم » أو من القرينة كقطع يد السارق اليمنى . ويشترط فى الفعل أن لا يعلم أنه من خواصه صلى الله عليه وآله وسلم ،كتجاوز الاربع فى النكاح والوصال فى الصيام، ومالم يعلم وجهه. فالوقف بين الواجب والندب ان علم قصد القربة فيه والا فالقدر المشترك بينهما وبين الاباحة .

والتقرير يفيد الجواز لامتناع التقرير على المنكران علمه صلى الله عليه وآله وسلم والا فلاحجة فيه، مثل قول بعض الصحابى «كنا نجامع ونكسل فلا نغتسل» اذ مثله قديخفى والمفهوم من «كنا » مطابقة المتكلم وحده أو هو مع جماعة قد يخفى حالهم .

يكون ضرورياً وقد يكون استدلالياً ، واستخرج من الثاني أنواع :

الاول ـ الاستصحاب ، وهو الحكم على وجود الشيء أو عدمه في الحال للعلم بوجوده أو عدمه في الماضي ، فيقال : الاصل بقاء ما كان على ما كان .

الثاني ـ أصالة البراءة ، وهي حجة مالم يتحقق دليل خلافها .

الثالث ـ مفهوم الموافقة، وهو مايكون الحكم في المسكوت أولى، نحو « فلا تقل لهما أف »[1]في الدلالة على تحريم الضرب .

الرابع ـ التفريع، وهو المنصوص على علته،كقوله عليه السلام والصلاة « من أجل أنه اذا جف نقص »، فاذا وجدت العلة في غير المحل ثبت الحكم.

الخامس ـ اتحاد طريق المسألتين ، وهـو تعليق الحكم على وصف هو سبب التحريم، فيتعدى الى كل محل يوجد فيه ذلك الوصف، كالحكم بتحريم ذات البعل المزني بها لتحريم المعتدة الرجعية مع الزنا بها ، للنص على أنها بحكم الزوجة ، فالمزوجة أولى .

وهذه الثلاثة ليست مـن القياس ، بـل هي في حكم المنصوصة ، لقول [2] الصادق عليه السلام في رواية هشام بن سالم عنه عليه السلام: علينا ان نلقي اليكم الاصول وعليكم أن تفرعوا[3].

ومثله عن البزنطي عن الرضا عليه السلام[4].

(الرابعة) :

لما تشعبت الاهواء وتفرقت الاراء التزمنا بمذهب أهـل البيت الذين دل

---

١) سورة الاسراء : ٢٣ .

٢) فى ب : كقول .

٣) البحار ٢ / ٢٤٥ نقلا عن السرائر والغوالى .

٤) البحار ٢ / ٢٤٥ وفيه : ... وعليكم التفرع .

العقل على امامتهم وعصمتهم والنقل على الحكم بطهارتهم ووجوب التمسك بطريقتهم وانهم قرناء التنزيل ومحاة الاضاليل ، فأخذنا بما ثبت ولو عن واحد منهم وان كان بطريق واحد، لما ثبت في الاصول من جواز العمل بخبر الواحد.

ثم انهم عليهم السلام كانت أحوالهم مختلفة في الانبساط للفتوى بحسب ملوك زمانهم وحالهم معهم ، فكان أكثرهم فتوى هو الباقر وابنه جعفراً[1] عليهما السلام ، ويليهما الكاظم عليه السلام ، فلذلك كان الغالب في الرواية ما نقل عن هؤلاء الثلاثة .

ثم النقل عنهم قد يبلغ الى حد يفيد العلم فذاك متواتر، وقد لا يبلغ فيكون خبر واحد ، وهو يوصف بصفات :

« ١ » الصحيح ، وهو الذي يرويه المؤمن العدل عن مثله ، وهكذا الى أن يصل الى الامام .

« ٢ » الحسن، وهو الذي يرويه المؤمن الممدوح مدحاً لا يبلغ تعديله من غير ذكر ذم عن مثله وهكذا .

« ٣ » الموثق ، وهو ما يرويه المخالف العدل في مذهبه المعتقد تحريم الكذب المثني عليه بالثقة ، والشيخ رحمه الله كثيراً ما يحتج به في الكتابين.

« ٤ » الضعيف ، وهو ما يرويه المخالف المذموم أو غير العدل .

« ٥ » المسند، وهو الذي يذكر جميع رواته حتى يصل الى النبي صلى الله عليه وآله أو الامام .

---

١) في ب: جعفر بالضم بيان من « ابنه » الذى عطف على « الباقر » الذى هو خبر «هو» وجملة المبتدأ والخبر خبر «كان» ، هذا ان قرىء مضموماً واما منصوباً فيكون «هو» خبر كان و« الباقر » بياناً من « هو » و« ابنه » معطوفاً على « هو » و« جعفراً » بياناً منه .

« ٦ » المرسل ، وهو الذي لا يذكر جميع رواته أعم من أن لا يذكر أحد أو يذكر البعض ، وهذا قد يكون مقطوع الاول أو الوسط أو الاخير .

واعلم انه اذا أطلق في الرواية قولنا « قال صلى الله عليه وآله وسلم أوعليه السلام » فالمراد به النبي صلى الله عليه وآله ، واذا قيل « أحدهما » فالمراد به الباقر أو الصادق عليهما السلام ، اذ من الرواية ما روي عن كل منهما فيشتبه على الراوي فيسند اليهما ، واذا أطلق « أبوجعفر » فالمراد به الباقر ، واذا قيد بالثاني فالمراد « الجواد »، واذا أطلق « أبوعبدالله » فالصادق عليه السلام، واذا أطلق « أبوالحسن » فالكاظم ، واذا قيد « بالثاني » الرضا عليه السلام ، وبالثالث « الهادي » ، واذا أطلق « العالم » أو « الفقيه » أو « العبد الصالح » فالكاظم عليه السلام .

وقد يرقم بحرف اختصاراً ، فالصاد للصادق والقاف للباقر والظاء للكاظم والضاد للرضا عليهم السلام .

(الخامسة) :

اصطلح المصنف في كتابه على عبارات نذكر تفسيرها : ف «لاشهر» أي في الرواية ، و« الاظهر » في الفتوى ، و« الاشبه » أي بما دل عليه أصول المذهب من العمومات والاطلاقات في الادلة ، و « الاصح » أي ما لا يحتمل عند غير المذكور ، و« الاحوط » بمعنى أن العمل به تتيقن معه البراءة، و« الاكثر » أي القائل به أكثر ، و« الانسب » يرادف الاشبه ، و« الاولى » وهو ترجيح أحد القولين أو الاحتمالين على الاخر بوجه ما، و« التردد » ما تعارض فيه الدليلان من غير حصول مرجح، و« على قول » أي لم يجد عليه دليلا، و« قول مشهور » أي بين الفقهاء ولم يجد له دليلا .

والمراد بالشيخ هو الطوسي ، وبالشيخين هـو مع المفيد ، وبالثلاثة هما مع المرتضى، وعلم الهدى هوالمرتضى ولتسميته حكاية[1]وان علياً عليه السلام هو الذي سماه بذلك ، والخمسة هم الثلاثة مع ابني بابويه علي وابنه محمد[2] والمتأخر هو ابن ادريس .

(السادسة) :

وفيها فائدتان :

(الاولى) ان مباحث هذا الشرح تنحصر في قسمين :

أحدهما- ذكرمافي المسألة من الخلاف ووجهه ووجه الاظهرية والاشبهية والاصحية ومنشأ التردد وما شابه ذلك .

وثانيهما - ذكر مسألة مجملة تحتاج الى بيان وتفصيل ، أو قاعدة تحتاج الى تفريع وتذييل، أوذكر تعريف غير مذكور، أوبيان محترزات ماهو مذكور

---

١) قال الشهيد الثانى فى الاربعين : نقلت من خط السيد العالم صفى الدين محمد ابن محمد الموسوى بالمشهد المقدس الكاظمى عليه السلام فى سبب تسمية السيد المرتضى بعلم الهدى أنه مرض الوزير أبوسعيد محمد بن الحسين بن عبدالصمد فى سنة عشرين وأربعمائة ، فرأى فى منامه أمير المؤمنين على بن أبى طالب عليه السلام يقول له : قل لعلم الهدى يقرأ عليك حتى تبرأ . فقال : يا أمير المؤمنين ومن علم الهدى ؟ فقال عليه السلام : على بن الحسين الموسوى. فكتب اليه الوزير بذلك، فقال المرتضى: الله الله فى أمرى فان قبولى لهذا اللقب شناعة على . فقال الوزير : والله ماكتبت اليك الا بما لقبك به جدك أمير المؤمنين عليه السلام، فعلم القادر الخليفة بذلك فكتب الى المرتضى: ياعلى تقبل ما لقبك به جدك ، فقبل واسمع الناس .

٢) والستة هم مع ابن أبى عقيل ، والسبعة هم مع ابن الجنيد ، واتباع الثلاثة هم أبو الصلاح وسلار وابن البراج - كذا فى بعض الحواشى .

أوتفسير لفظ نذكر معناه اللغوي والاصطلاحي. وما عدا ذلك لم نتعرض لذكره لكونه جارياً مجرى المعاد أو ايضاح المتضح .

(الثانية) بيان ما أشرنا اليه من أسماء مشائخنا وطريقنا الى المصنف وغيره من الشيوخ :

فالعلامة هو الشيخ الاعظم جمال الدين الحسن بن المطهر[1].

والسعيد هو ولده فخرالدين[2].

والشريف هو السيد عميد الدين عبدالمطلب [بن][3] الاعرج الحسيني .

والشهيد هو شيخنا شمس الدين محمد بن مكي[4].

والقاضي ابن البراج[5].

والتقي هو أبوالصلاح[6].

---

١) جمال الدين أبومنصور الحسن بن يوسف بن على بن المطهر الحلى ، لا نظير له فى الفنون والعلوم العقليات والنقليات وفضائله ومناقبه أكثر من أن تحصى . ولد سنة ٦٤٨ ومات سنة ٧٢٦ .

٢) الشيخ أبوطالب فخرالدين محمد بن الحسن بن يوسف الحلى، كان فاضلا محققاً فقيهاً ثقة جليلا ، ويقال له « فخر المحققين » أيضاً.. توفى سنة ٧٧١ .

٣) ليس « ابن » فى ب . وهو السيد عميدالدين عبدالمطلب بن محمد بن على بن الاعرج الحسينى . قال ابن معية فيه : درة الفخر فريدة الدهر مولانا الامام الربانى . وهو ابن اخت العلامة ، وفى الاعيان ولد سنة ٦٨١ وتوفى سنة ٧٥٧ .

٤) محمد بن مكى بن محمد أبوعبدالله العاملى الجزينى، رئيس المذهب والملة ورأس المحققين والجلة ، أفقه الفقهاء وأوثق العلماء . استشهد سنة ٧٨٦ .

٥) القاضى سعدالدين عزالمؤمنين أبوالقاسم عبدالعزيز بن نحرير بن عبدالعزيز بن البراج ، وجه الاصحاب وفقيههم ، كان قاضياً بطرابلس . توفى ٩ شعبان سنة ٤٨١ .

٦) أبوالصلاح تقى الدين بن النجم الحلبى ، الشيخ الاقدم الفاضل ، كان ثقة عالماً فاضلا فقيهاً محدثاً ، قرأ على الاجل المرتضى والشيخ أبى جعفر الطوسى ، ويروى عنه

وقد يعبر بالعجلي عن ابن ادريس[1].

وبالحسن عن ابن أبي عقيل[2].

وأما طريقنا فهو عن الشهيد ، عن السعيد والشريف، كلاهما عن العلامة، عن المصنف .

وأما المشائخ غيره فبهذا الطريق اليه عن نجيب الدين بن نما[3]، عن ابن ادريس[4]، عن عربي بن مسافر العبادي[5]، عن الياس بن هشام الحائري[6]، عن الشيخ أبي علي[7]،

ابن البراج .

١) محمد بن أحمد بن ادريس العجلي الحلي المتوفى يوم الجمعة ٤ ذي الحجة الحرام من سنة ٥٩٨ ، فاضل فقيه ومحقق نبيه ، فخر الاجلة وشيخ فقهاء الحلة ، يروى عن خاله أبي على الطوسى بواسطة وغيرواسطة وعن جده لامه أبي جعفر الطوسى، وأم أمه بنت المسعود ورام وكانت فاضلة صالحة .

٢) أبو محمد الحسن بن على بن أبي عقيل العمانى، عالم فاضل متكلم فقيه عظيم الشأن وثقه العلامة والشيخ والنجاشى ، وهو أول من هذب الفقه واستعمل النظر وفتق البحث عن الاصول والفروع فى ابتداء الغيبة الكبرى وبعده الشيخ الفاضل ابن الجنيد. يروى عنه جعفر ابن محمد بن قولويه .

٣) محمد بن جعفر بن محمد بن نما بن على بن حمدون، نجيب الدين استاد المحقق الحلى، توفى فى رابع ذي الحجة الحرام سنة ٦٣٦ بالحلة وحمل الى مشهد الحسين الشهيد عليه السلام فدفن فيه .

٤) راجع التعليقة الاولى من هذه الصفحة .

٥) قال منتجب الدين : الشيخ عربى بن المسافر فقيه صالح بحلة . وفى الامل : العبادى فاضل جليل فقيه عالم ، يروى عن تلامذة الشيخ أبي على الطوسى كالياس بن هشام الحائرى وغيره ، ويروى الصحيفة الكاملة عن بهاء الشرف بالسند المذكور فى أولها .

٦) الشيخ الياس بن هشام الحائرى ، عالم فاضل جليل ، يروى عن الشيخ أبى على ابن الشيخ أبى جعفر الطوسى .

٧) الشيخ أبو على الحسن بن محمد بن الحسن بن على الطوسى ، كان عالماً فاضلا

عن والده أبي جعفر الطوسي[1]، عن المفيد[2] والمرتضى[3]. ثم المفيد عن محمد ابن بابويه الصدوق[4]، عن أبيه علي بن الحسين[5]، وعن محمد بن قولويه[6]، عن

فقيهاً محدثاً جليلا ثقة ، له تصانيف منها: كتاب الامالى، وشرح النهاية ، والمرشد الى سبيل المتعبد ، وغير ذلك .

١) أبو جعفر محمد بن الحسن بن على الطوسى عطر الله مرقده الشريف ، شيخ الطائفة رئيس الامامية جليل القدر عظيم المنزلة ثقة عين صدوق عارف بالاخبار والرجال والفقه والاصول والكلام والادب ، جميع الفضائل تنسب اليه ، صنف فى كل فنون الاسلام ، كان تلميذ الشيخ المفيد . ولد فى شهر رمضان ٣٨٥ وتوفى فى ليلة الاثنين ٢٢ محرم الحرام سنة ٤٦٠ بالمشهد المقدس الغروى على ساكنه آلاف التحية والثناء ودفن بداره .

٢) أبو عبدالله محمد بن محمد بن النعمان المعروف بابن المعلم والمفتخر بلقب «المفيد» من الامام العصر عجل الله تعالى فرجه الشريف ، رئيس الشيعة وشيخهم ، وفضله أشهر من ان يوصف ، فقيه متكلم مؤرخ ، أعلم عصره واوثقهم ، ولد فى ١١ شهر ذى القعدة الحرام من سنة ٣٣٨ بسويقة ابن البصرى من عكبرى منها الى بغداد عشرة فراسخ من ناحية الدجيل وتوفى ليلة الجمعة الثالث من شهر الله سنة ٤١٣ ، صلى عليه السيد المرتضى علم الهدى بميدان الاشنان مع جماعة كثيرة ودفن بداره ثم نقل بعد سنين الى مقابر قريش ودفن فى جوار الكاظمين عليهما السلام مما يلى الرجلين بقرب مدفن شيخه جعفر بن قولويه .

٣) الشريف أبو القاسم على بن الحسين بن موسى بن محمد بن موسى بن ابراهيم ابن موسى بن جعفر عليهما السلام ، الاجل المرتضى علم الهدى مقدم فى العلوم ، مولده فى رجب سنة ٣٥٥ وتوفى فى شهر ربيع الاول سنة ٤٣٣ .

٤) هو محمد بن على بن الحسين بن بابويه القمى، الصدوق الثقة العدل الشيخ الاقدم الفقيه المحدث المتكلم، شيخ الشيعة وركن الشريعة رئيس المحدثين فى عصره الذى ولد هو وأخوه أبو عبدالله الحسين بن على بدعاء امام الزمان صلوات الله عليه وعجل الله فرجه الشريف ولد بقم حدود سنة ٣٠٦ وتوفى برى فى سنة ٣٨١ ودفن بها .

٥) أبو الحسن على بن الحسين بن موسى بن بابويه القمى ، العالم الفقيه الجليل المحدث النبيل، شيخ القميين فى عصره وثقتهم وفقيههم، صاحب الدرجات الرفيعة والمقامات المنيعة . توفى سنة ٣٢٩ .

٦) والد جعفر بن محمد بن قولويه ؛ من اخيار أصحاب سعد ، وثقه ابن طاوس ،

محمد بن يعقوب الكليني[1] ، عن علي بن ابراهيم[2] ، وغيره مما تضمنه كتاب الكافي من الروايات عن الائمة الطاهرين عن سيد المرسلين صلوات الله عليهم أجمعين .

(السابعة) :

حصر العلماء الفقه بالمعنى المذكور في أربعة أقسام : عبادات ، وعقود ، وايقاعات ، وأحكام . وقرروا دليل الحصر بوجوه :

(الاول) أن المبحوث عنه فيه اما متعلق بالامور الاخروية وهو العبادات ، أوالدنيوية فاما ان لا يفتقر الى عبادة لفظية فهو الاحكام ، أو يفتقر فاما من اثنين غالباً وهو العقود ، أو أحد[3] وهو الايقاعات .

(الثاني) طريق الحكماء ، وهو أن يقال : كمال الانسان اما بجلب نفع أو رفع ضرر، والاول اماعاجل أوآجل، فجلب النفع العاجل بالمعاملات والاطعمة

يروى عن سعد بن عبدالله القمى وغيره ، ويروى عنه ابنه جعفر وأحمد بن داود أبوالحسين القمى .

١) أبوجعفر محمد بن يعقوب بن اسحاق الكلينى الرازى السلسلى البغدادى الاعور فقيه محدث ثقة وجه الشيعة وشيخهم ، هاجر من وطنه « الرى » الى بغداد وسكن فى درب السلسلة بباب الكوفة: ادرك زمان سفراء صاحب الزمان عليه السلام وروى عن كبار المحدثين ويروى عنه أعاظمهم ، وله تصنيفات منها تأليفه المعروف بالكافى الذى هوكاف للشيعة، قال النجاشى توفى سنة ٣٢٩ سنة تناثر النجوم، وقال الشيخ فى الفهرست مات فى سنة ٣٢٨، وقال الشيخ البهائى فى الوجيزة توفى ببغداد سنة ٣٢٩/٣٣٠ .

٢) على بن ابراهيم بن هاشم القمى أبوالحسن ، ثقة فى الحديث ثبت معتمد صحيح المذهب سمع وأكثر، روى عنه محمد بن يعقوب الكلينى وغيره من أكابر العلماء والمحدثين.

٣) فى ب « أو واحد » .

والاشربة والنكاح ، وجلب النفع الاجل بالعبادات، ودفع الضرر بالقصاص وما شابهه .

(الثالث) انالشرائع جاءت لحفظ المقاصد الخمسة، وهيالدين والنفس والمال والنسب والعقل، وهي التي يجب تقريرها في كل شريعة، فالدين يحفظ بقسم العبادات ، والنفس بشرع القصاص ، والنسب بـالنكاح وتوابعه الحدود والتعزيرات، والمالبالعقود وتحريمالغصب والسرقة، والعقلبتحريمالمسكرات ومـا في معناها وثبوت الحد والتعزير على ذلـك ، وحفظ الجميع بـالقضاء والشهادات وتوابعهما .

اذاتقررهذافلنشرع فيالمقصود ونبتدىء بخطبة الكتاب علىوجه مختصر.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي صغرت فى عظمته عبادة العابدين ، وحصرت عن شكر نعمته ألسنة الحامدين ، وقصرت عن وصف كماله أفكار العالمين ، وحسرت عـن ادراك جلاله أبصار العالمين « ذلكم الله ربكم لا اله الا هو فادعوه مخلصين له الدين » .

قوله : الحمد لله الذى صغرت فى عظمته عبادة العابدين

« الحمد » لغة يقتضي الذم ، واصطلاحاً قيل هو الثناء على الفعل الجميل الاختياري، وفيه نظر. والحق أنه الوصف بالجميل على جهة التعظيم والتبجيل.

ثم انه يكون للنعمة وغيرها ، واللام فيه قيل نحو «أرسلها العراك»[1]، وهو

---

١) العراك : ازدحام الابل على الماء ، واعتركت الابل فى الورد : ازدحمت، وماء معروك : أى مزدحم عليه . و« أرسلها العراك » أى أوردهـا جميعاً الماء ، أدخلوا الالف واللام على المصدر الذى فى موضع الحال ،كأنه قال : اعتراكاً ، أى معتركة .

تعريف الجنس ، ومعناه الاشارة الى مـا يعرفه كل أحـد أن « الحمد » ما هو و« العراك » ما هو من بين أجناس الافعال[1].

والتحقيق أن ذلك مستفاد من الاسم قبل اللام، فيكون اللام لتأكيد الجنس لاله ، واللام في « لله » للملك والاستحقاق ، أي هو مستحق له[2] خاصة لقدرته على أصول النعم وانتهائها اليه .

و« الله » قيل اسم غير صفة ، لانك تصفه ولا تصف به، ولان الالفاظ الدالة على صفاته لابدلها من موصوف تجري عليه .

وهل هو مشتق ؟ قيل نعم من « وله » ، وهو التحير من الشوق الى غائب يـرجى الوصول اليه . ومعناه على هذا أن الخلق متحيرون في وصف عظمته مشتاقون الى لقائه .

وفي الكل نظر ، والتحقيق أنـه اسم للذات الواجبة الموصوفـة بجميع الكمالات التي هي مبدأ لجملة الموجودات .

ولما كانت الجمل نكرات فاذا أريد جعلها صفات للاعلام توصف بالذي قال « الذي » الى آخره ، وقد وصفه بجمل أربع :

(الاولى) كـونه « صغرت في عظمته عبادة العابدين » . والصغر والعظمة متضايفان على جهة التقابل فلذلك قابل بينهما هنا ، وهو من محاسن البديع .

و« العبادة » لغة أقصى غاية الخضوع والتذلل ، ومنه « ثوب ذوعبدة »[3] اذا كان في غاية الصفاقة[4] وقوة النسج ، ولذلك لم تستعمل ان في الخضوع لله

---

١) فى ب : الفعال .

٢) فى ب : هو المستحق له .

٣) العبدة : البقاء ، يقال : ليس لثوبك عبدة أى بقاء وقوة .

٤) صفق الثوب صفاقة : كثف نسجه .

سبحانه .

واصطلاحاً هو المواظبة على فعل المأمور به شرعاً ، وقد تطلق على وجه أعم بحيث يدخل فيه المعارف العقلية .

وانما كانت عبادتهم صغيرة لتناهيها وعظمة الله غير متناهية ، ولذلك قال بعض الفضلاء :

الحمد لله بقدر الله لاقدروسع العبدذي التناهي

(الثانية) « وحصرت عن شكر نعمته » .

الحصر : العي ، يقال : حصر الرجل يحصر حصراً مثال تعب يتعب تعباً .

والشكر لغة الثناء على المحسن بما أولى له من المعروف ، يقال « شكرته وشكرت له » ، وباللام أفصح .

واصطلاحاً يقال على معنيين: عام وهو الاعتراف والاذعان للمنعم بالنعمة مع انتعظيم ، وخاص وهو صرف كل قوة من القوى الى ما خلقت له ، واليه الاشارة بقوله « وقليل من عبادي الشكور »[1].

وللشكر بالمعنى الاول موارد ثلاثة : القلب ، واللسان ، والاركان . قال الشاعر :

أفادتكم النعماء مني ثلاثة يدي ولساني والضمير المحجبا

والنعمة لغة اليد والصنيعة والمنة وما أسدي اليك ، وكذلك النعما بالضم والقصر ، فان فتحت النون مددت .

واصطلاحاًهي المنفعة الحسنةالواصلة من شخص الى آخر بقصدالاحسان اليه.

و « الالسنة » جمع لسان ، وهو حقيقة في الجارحة ، ويطلق مجازاً على

---

١) سورة سبأ : ١٣ .

اللغة ، ومنه « وما أرسلنا من رسول الابلسان قومه »[1].

واضاف الالسنة الى «الحامدين» لفائدتين : الاولى التنبيه على أن الحمد لا يكون الا باللسان ، الثانية الاشارة الى أظهر موارد الشكر . اذ الضمير خفي والعمل محتمل فالناص هـو اللسان ، ولذلك جاء في الحديث « الحمد رأس الشكر » .

وانما حصرت الالسنة عن الشكر المذكور لعدم تناهي نعمه، بدليل « وان تعدوا نعمة الله لا تحصوها »[2] ، وان كانت منحصرة كلياتها في قسمين: ظاهرة وهي الحواس[3] الخمس ومـا يدرك بها ، وباطنة وهي القوى الخمس ـ أعني الحس المشترك ، والخيال ، والوهم ، والحافظة ، والمفكرة ومـا أدرك بها ـ والعقل[4] والذهن يشتمل هذه الستة ، وهو لا يقف عند حد بـل يتصور جميع الاشياء ، فهي اذاً غير متناهية بسب الجزئيات ومتعلقاتها .

هذا مع أن الشكر على النعمة نعمة توجب شكراً كما ورد عـن داود عليه السلام «الهي كيف أشكرك وشكري لك نعمة توجب علي شكراً»[5] وكما قال بعضهم :

شكر الا لـه نعمة موجبة لشكره فكيف شكري بره وشكره من بره

(الثالثة) « وقصرت عن وصف كماله » الى آخره .

---

١) سورة ابراهيم : ٤ .

٢) سورة ابراهيم : ٣٤ .

٣) الحواس جمع حاسة ، وهى القوة المدركة اما فى الظاهر أو فى الباطن .

٤) فى القاموس: والحق انه نور روحانى به تدرك النفس العلوم الضرورية والنظرية وابتداء وجوده عند اجتنان الولـد ثم لا يزال ينمو الى ان يكمل عند البلوغ . وقال فى الذهن : بالكسر الفهم والعقل .

٥) بحار الانوار ١٤ / ٤٠ نقلا عن ارشاد القلوب للديلمى .

قصرت عن الشيء قصوراً : اذا عجزت عنه. ووصف الشيء هو اظهار ما هو عليه في حد ذاته، فهو هنا مصدر من قولك «وصفت الشيء وصفاً» اذا أظهرت حاله لغيرك .

والفكر[1] يقال لمعنيين : أحدهما القوة المودعة في مقدم الدماغ ، وثانيهما أثرها ـ أعني ترتيب أمور حاصلة في النفس ليتوصل بذلك الى ما ليس بحاصل ـ وذلك لا يكون الا للعلماء ، ولهذا يجب كسر اللام هنا .

وانما كانت الأفكار قاصرة عن ذلك لقيام البرهان على عدم الاطلاع على ماهيته وعدم الاحاطة بلوازم ذاته المقدسة كما بين في علم الكلام، ولقوله عليه السلام « يا من لا يعلم ما هو الاهو ».

(الرابعة) « وحسرت عن ادراك جلاله » .

حسر بصره يحسر حسوراً: أي كل وانقطع نظره من طول مدى فهو حسير ومحسور أيضاً . فالمراد هنا عدم الادراك ، اذ هو ملزوم للكلال .

واللام في « العالمين » هنا مفتوحة جمع عالم ، فان الكلال غير مختص بالعلماء . وفيه بالنسبة الى ما تقدم جناس محرف[2].

وانما كانت الابصار غير مدركة له لبراءته من الخمسة[3] ولواحقها ، ولقوله

---

١) في المصباح : الفكر بالكسر تردد القلب بالنظر والتدبر لطلب المعانى . ولى فى الامر فكر أى نظر وروية ، ويقال: الفكر ترتيب أمور فى الذهن يتوصل بها الى مطلوب يكون علماً أو ظناً .

٢) الجناس والتجنيس والمجانسة والتجانس كلها ألفاظ مشتقة من الجنس ، فالجناس مصدر جانس . وفى اصطلاح علماء البديع تشابه الكلمتين فى اللفظ ، أى فى التلفظ . وله أنواع ذكروها فى كتب البلاغة .

٣) فى ب : من الحسية . يعنى من الحواس الخمس .

تعالى «لا تدركه الابصار»[1] قوله « ذلكم الله ربكم »[2] الى آخره ، كأنه استشعر سائلا يسأل من هذا الموصوف بهذه الكمالات؟ فقال: ذلكم الله ربكم فادعوه.

والدعاء طلب الادنى من الاعلى .

والاخلاص الاتيان بالطاعة لله من غير ملاحظة شيء معه ، كما قال علي صلوات الله عليه «ما عبدتك خوفاً من نارك ولاشوقاً الى جنتك بل وجدتك أهلا للعبادة فعبدتك »[3].

قوله : وصلى الله ـ الى آخره

في عطف الفعل على الاسم نوع تسامح ، ويمكن أن يكون واو ابتداء أو عطفاً[4] للجملة .

والصلاة هنا قيل بمعنى الرحمة ، ويضعف بقوله « أولئك عليهم صلوات من ربهم ورحمة »[5]. والحق أنها بمعنى الرضوان[6].

---

١) سورة الانعام : ١٠٣ .

٢) سورة الانعام : ١٠٢ .

٣) البحار ٩/ ٥١١ ط الكمباني .

٤) في ب : أو عطف .

٥) سورة البقرة : ١٥٧ .

٦) في القاموس : الصلاة : الدعاء والرحمة والاستغفار وحسن الثناء من الله عزوجل على رسوله صلى الله عليه وآله وسلم ، وعبادة فيه ركوع وسجود .

وكذا في غيره من كتب اللغات، ولم أجد فيها «الصلاة» بمعنى الرضوان ولا في كتب التفاسير .

قال في مجمع البيان في تفسير الاية : أي ثناء جميل من ربهم وتزكية ، وهو بمعنى الدعاء ، لان الثناء يستحق دائماً ، ففيه معنى اللزوم ، كما أن الدعاء يدعى به مرة بعد مرة

فانه لما ارتضاه[1] رحمه وتولاه. وفي الحقيقة هي التنويه[2] بعظم الشأن والمنزلة.

ثم انه وصف النبي صلى الله عليه وآله وسلم بوصفين كونه «اكرم المرسلين وسيد الاولين والاخرين»، ولا شك في ثبوت هذين له: أما أولا فلما تقرر من جمعه لسائر الكمالات المتفرقة في الانبياء وغيرهم بقوله « أولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده »[3] عقيب ذكر الانبياء، وأما ثانياً فلقوله تعالى « تلك الرسل فضلنا بعضهم على بعض » الى قوله « ورفع بعضهم درجات»[4] قال المفسرون: المراد به نبينا صلى الله عليه وآله وسلم، وأما ثالثاً فلقوله صلى الله عليه وآله « أنا سيد ولد آدم ».

قوله : محمد خاتم النبيين

قال الجوهري : المحمد الذي كثرت خصاله المحمودة ، قال الشاعر :

الى الماجد القرم الجواد المحمد[5]

والنبيين جمع نبي، وهو مشتق من الانباء، والفرق بينه وبين الرسول من وجهين: الاول أن الرسول يكون من الملائكة بخلاف النبي، الثاني أن الرسول

ففيه معنى اللزوم . وقيل بركات من ربهم عن ابن عباس ، وقيل مغفرة من ربهم. وقال الرازى فى تفسيره : فاعلم ان الصلاة من الله هى الثناء والمدح والتعظيم .

١) فى ب :كما ارتضاه .

٢) نوه به تنويهاً : رفع ذكره وعظمه .

٣) سورة الانعام : ٩٠ .

٤) سورة البقرة : ٢٥٣ .

٥) هذا البيت للاعشى ، وأوله :

اليك أبيت اللعن كان كلالها الى الماجد القرم الجواد المحمد

وعلى عترتــه الطاهرين ، وذريته الاكرمين ، صـلاة تقصم ظهور الملحدين ، وترغم أنوف الجاحدين .

صاحب شريعة والنبي قد لا يكون اله شريعة بل يدعو الى شريعة غيره[1].

ونص آيـة الاحزاب [2] ظاهر في كونه صلى الله عليه وآلـه وسلم « خاتم النبيين ».

قوله : وعلى عترته الطاهرين

عترة الرجل نسله ورهطه الادنون ، والمراد هنا أصحاب الكساء . ودليل طهارتهم آية الاحزاب، وهي « انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس أهل البيت ويطهركم تطهيراً »[3].

قوله : وذريته الاكرمين

الذرية مـن ذرأ الله الخلق يـذرأهم ذروأ أي خلقهم ، وتستعمل في نسل الثقلين ، الا أن العرب تركت همزها ، والجمع الذراري . والمراد بذلك هنا الائمة الاحد عشر .

وقدم ذكر العترة ليدخل علي عليه السلام ، فانه أقرب الناس اليه .

قوله : صلاة تقصم ظهور ـ الى آخره

---

١) وقيل: ان الرسول هو المخبر عن الله بغير واسطة أحد من البشر وله شريعة له مبتدأة كآدم أو ناسخة كمحمد صلى الله عليه وآله وسلم، وهو الذى يسمع الصوت ويرى فى المنام ويعاين . والنبى يرى فى منامه ويسمع الصوت ولا يعاين الملك وليس له شريعة مبتدأة كانت أو ناسخة ، وغير ذلك من الاقوال .

٢) وهى الاية ٤٠ من سورة الاحزاب « ما كان محمد أبا أحد مـن رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين وكان الله بكل شيء عليماً » . أى هو آخر النبيين ختمت النبوة بـه فشريعته باقية الى يوم القيامة .

٣) سورة الاحزاب : ٣٣ .

أما بعد : فانى مورد لك في هـذا المختصر خلاصة المذهب المعتبر ، بألفاظ محبرة ، وعبارات محررة ، تظفرك بنخبه ، وتوصلك الى شعبه ، مقتصراً على ما بان لى سبيله ، ووضح لي دليله .

الصلاة هنا مصدر مؤكد لقوله « صل » والقصم[1]: الكسر ، ويستعمل في المستطيل . و« الفصم » في المستدير . و« الرغام » التراب ، وارغام الانف : الصاقه بالتراب كناية عن ذلته .

و« ألحد » الرجل في دينه : أي حاد[2] عنه وعدل .

و« الجحد » الانكار مع العلم ، لقولـه تعالى « وجحدوا بهـا واستيقنتها أنفسهم »[3].

قوله : اما بعد

يسمى هذه فصل الخطاب[4]، قيل أول من تكلم بها داود عليه السلام، لقوله تعالى « وآتيناه الحكمة وفصل الخطاب »[5]، وقيل علي عليه الصلاة والسلام ، وقيل قس بن ساعدة الايادي .

قوله : فانى مورد ـ الى آخر الخطبة

الايـراد : الاحضار ، يقـال : ورد فلان وروداً أي حضر ، وأورده غيره

---

١) قال فى اللسان : القصم : دق الشيء ، كسر الشيء الشديد ، قصمه أى كسره كسراً فيه بينونة . والفصم بالفاء : الكسر من غير بينونة .

٢) حاد عن الشيء يحيد : مال عنه وعدل .

٣) سورة النمل : ١٤ .

٤) فى القاموس : فصل الخطاب كلمة « اما بعد » ، والبينة على المدعى عليه ، أوهو أن يفصل بين الحق والباطل .

٥) سورة ص : ٢٠ .

فان أحللت فطنتك فى مغانيه ، وأجلت رويتك فى معانيه ، كنت حقيقاً أن تفوز بالطلب ، و تعد فى حاملى المذهب .

وأنا أسأل الله لى ولك الامداد بالاسعاد ، والارشاد الى المراد ، والتوفيق للسداد ، والعصمة مـن الخلل في الايراد ، انه أعظم من أفاد ، وأكرم من سئل فجاد .

واستورده أي أحضره . والمراد هنا محضر لك .

والاختصار: حذف ألفاظ كثيرة واقامة أقل منها مقامها مع دلالتها المقصود كنعم في جواب « أقام زيد » .

وخلاصة الشيء : جيده ، ومنه خلاصة السمن لما خلص من الثفل .

والمذهب[1] مفعل من الذهاب، وهو المرور، والمراد هنا المرور في الحق.

و« المعتبر» من اعتبرت الشيء لتعرف زيادته من نقيصته وصحته من سقمه.

و« التحبير » التحسين ، وتحبير الخط والشعر أو غيرهما تحسينه .

و« محررة » أي مقومة ، وتحرير الكتاب وغيره تقويمه .

و«الظفر» الفوز ، وقد ظفر بعدوه وظفره أيضاً مثل لحقه ولحق به فهو ظفر

و« النخبة » من الانتخاب ، وهو الاختيار . والجمع نخب كرطبة ورطب. يقال « جاء في نخب من أصحابه » أي في خيارهم .

و« الشعب » جمع شعبة[2] ، اما واحدة الشعب وهي الاغصان أو المسيل

---

١) فى القاموس : المذهب : المعتقد الذى يذهب اليه والطريقة.

٢) فى القاموس : الشعبة بالضم ما بين القرنين والغصنين ، والطائفة من الشيء وطرف الغصن ، والمسيل فى الرمل .

الصغير للوادي .

و« المغاني » جمع مغنى ، وهو الموضع الذي كان به أهله .

و« الاجالة » الادارة .

و« الروية » التفكر في الامر ، جرت في كلامهم بغير همز .

و« الطلب » مصدر بمعنى المطلوب .

و« الامداد » من أمددت الجيش : اذا بعثت اليه مدداً .

و« الاستمداد » طلب المدد .

و« الاسعاد » الاعانة .

و« الارشاد » ايجاد ما يوصل الى المطلوب .

و« التوفيق » حصول الشرائط وارتفاع الموانع .

و« السداد » الصواب والقصد من القول والعمل ، ورجل مسدد : اذا كان يعمل بالسداد والقصد .

و«العصمة» المنع لغة والمرادهنا اللطف المانع من الخطأ والخلل والنقص.

و« أفاد » من أفدت المال أي أعطيته غيري ، وأفدته أي استفدته .

قيل « الكريم » و« الجواد » مترادفان، وقيل بل الاول مع السؤال والثاني لامعه . وعند أهل التحقيق الجود افادة ما ينبغي لا لمقابلة عوض .

وهنا سؤالان :

(الاول) اذا كان لا يذكر الاما بان له طريقه ووضح له دليله فلم وقع التردد منه في مواضع ؟

أجيب بأن التردد لتعارض الامارتين، وذلك غير مناف لقوله « على مابان لي سبيله » .

وفيه نظر ، لانه يذكر « قيل » و« على قول مشهور » وكل ذلك عنده من

غير دليل .

(الثاني) ماأورده بعض السادة الفضلاء في حضرة المصنف وهو أن الجواد يعطي بغير سؤال عند الاكثر فكيف يقول « سئل فجاد » .

أجيب : اما أنه على القول بالترادف ، أو أنه يعطي فوق مـا يسأل ، فهو جواد باعتبار اعطاء الزائد .

كتاب الطهارة

وأركانه أربعة :

قوله :كتاب الطهارة ، وأركانه أربعة

هنا فوائد :

(الاولى) الكتاب لغة فعال من الكتب وهو الجمع ، ومنه كتبت القربة: اذا جمعتها بالخرز[1].

ثم يحتمل هنا أن يكون مصدراً بمعنى المفعول، نحو « هذا خلق الله » أي مخلوقه ، فيكون المراد المكتوب في الطهارة ، أو يكون بمعنى ما يفعل به كالنظام لما ينتظم به ، فيكون معناه هنا الشيء الجامع للطهارة .

وعرفاً كلام جامع لمسائل متحدة جنساً ومختلفة نوعاً .

(الثانية) الطهارة لها معنيان: لغوي، واصطلاحي. فالاول: النزاهة والنظافة

---

١) الخرز فى الجلد كالخياطة فى الثياب .

ومنه «ان الله اصطفاك وطهرك»[1] أي نزهك. والثاني: يراد بها الوضوء والغسل والتيمم .

ولم يتعرض المتقدمون لتعريف ماهيتها على وجه جامع، وأول من تعرض شيخنا الطوسي ، فعرفها في المبسوط[2]، بأنها ايقاع أفعال في البدن مخصوصة على وجه مخصوص .

وأورد عليه أنه ينطبق على أي فعل وقع في البدن على وجه مخصوص .

وقال في النهاية : انها اسم لما يستباح به الصلاة[3].

وأورد على طرده غسل الثوب والبدن من النجاسة وليس طهارة ، وعلى عكسه وضوء الحائض للجلوس فانه طهارة لصدق الوضوء عليه فيصدق الطهارة مع كونه لايستباح به الصلاة .

وأجيب بأنه تعريف لفظي لقوله « اسم » نحو العقار[4] هو الخمر ، فلا يرد اشتراط الطرد والعكس فيه .

هذا مع أن الباء في « به » للسببية ، فلا يرد الغسل المذكور طرداً ، اذ هو ازالة مانع لا سبب . وكذا لا يرد العكس ، اذ الصدق المذكور مجاز لقول الصادق عليه السلام في رواية الحلبي : اما الطهر فلا ، ولكن تتوضوأ وتجلس في مصلاها ذاكرة[5].

---

١) سورة آل عمران : ٤٢ .

٢) المبسوط ١ / ٤ .

٣) النهاية : ١ .

٤) العقار بالضم من أسماء الخمر لانها تعقل العقل .

٥) ليس المتن الذى رواه هنا من رواية الحلبى ، بل الرواية المذكورة فى الفقيه ١ / ٥٥ عن عبيدالله بن على الحلبى عن أبى عبدالله عليه السلام هكذا : قال وكن نساء النبى صلى الله عليه وآله لايقضين الصلاة اذا حضن ولكن يتحشين حين يدخل وقت الصلاة ويتوضأن

وعرفها المصنف في الشرائع بأنها اسم للوضوء أو الغسل أو التيمم على وجه له تأثير في استباحة الصلاة[1].

وأورد : أنه تعريف بالنوع فيدور ، وباستعمال « أو » المشككة ، وبالنقض بالوضوء المجدد فانه لا تأثير معه بل قبله ، وبأنه تخصيص بالصلاة مع عموم غايتها لغيرها كالطواف والصوم ودخول المسجد .

وعرفها العلامة في القواعد[2] بأنها غسل بالماء أومسح بالتراب متعلق بالبدن على وجه له صلاحية التأثير في العبادة .

فقوله « غسل بالماء » شامل للوضوء والغسل ، وقوله « أو مسح بالتراب » ليدخل التيمم ، وقولـه « متعلق بالبدن » ليخرج غسل الثياب ومسح الاواني بالتراب، وقوله « على وجه له صلاحية التأثير » ليخرج الوضوء غير المرتب وشبهه مما فقد شرط صحته ، ويدخل وضوء الحائض والمجدد فان كل واحد منهما بالنظر الى ذاته مع قطع النظر عما عرض له [3] وهو كونه وضوء حائض أو تجديد يصدق عليه أن له تأثيراً في العبادة ومرادنا بالصلاحية ليس الا هذا.

وقوله « في العبادة » ليشمل سائر غايات الطهارة ، وعليه سؤالات ثلاثـة مشهورة :

(الاول) ان الوضوء خارج عن التعريف، لانه ليس غسلا بالماء ولا مسحاً بالتراب، لان المركب من غسل ومسح ليس بغسل، اذلايصدق أن الدار جدار.

ثم يجلسن قريباً من المسجد فيذكرن الله عزوجل . وما ذكره المصنف « ره » من الحديث الذى رواه فى الكافى ١/ ١٠٠ عن محمد بن مسلم عن أبى عبدالله عليه السلام .

١) الشرائع ١/ ١ .

٢) القواعد : فى أول كتاب الطهارة .

٣) فى ب : عوض له .

أجيب : بأن ما تعبد فيه بالغسل لا ينافي أن يتعبد فيه بغيره .

(الثاني) أنه يخرج عنه التيمم بالثلج ، لانه ليس غسلا بالماء ولا مسحاً بالتراب .

أجيب : بأن المراد بالتراب ما يقابل الماء في الميعان، أو المراد به التراب أو ما يقوم مقامه شرعاً في الاستباحة .

وفيه نظر ، لان ارادة مالا يفهم من اللفظ غير جائز في التعريفات . سلمنا لكن اذا جاز أن يراد بالتراب التراب أو ما يقوم مقامه فليرد بالماء الماء أو ما يقوم مقامه ، فلا حاجة حينئذ الى التعرض لذكر التراب .

(الثالث) التعريف للايضاح والترديد يفيد التشكيك ، فبينهما تناف.

أجيب : المراد القدر المشترك الواقع فيهما ، وهو استعمال العنصر الثقيل مقيداً بالقيود الباقية ، فكأنه قال : هو المفهوم المتحقق في ضمن هذا النوع أو ذلك. وفي ذكر هذا النوع من الترديد في التعريف مع تكفله تحصيل المطلوب وهو معرفة المعرف .

فائدة أخرى :

هي الاشارة الى حقيقة أنواعه والتلويح[1] الى حصرها ، بخلاف ما ذكر فيه المعنى المشترك فانه لا ايماء فيه الى شيء من ذلك .

وللعلامة نصير الدين القاشي[2] قدس الله روحه على هذا التعريف سؤالات

---

١) في ب : البلوغ .

٢) هو علي بن محمد القاشي نصير الدين ، ولد بقاسان وعاش بحلة ، كان معاصراً للقطب الراوندي، وهو من أجلة متأخري المتكلمين وكبار الفقهاء، وكان دقيق النظر والطبع يشتغل في الحلة وبغداد بافادة العلوم الدينية والمعارف اليقينية، وله تآليف في الفقه والحكمة والكلام . توفي سنة ٧٥٥ بالمشهد المقدس الغروي . ورسالته هذه « سؤالات عشرون »

عشرون في جزءٍ مفرد لولا خوف الاطالة لذكرتها، واختار في تعريف الطهارة الشرعية ـ أي كل ماأمربه الشارع واجباًكان أومندوباً ـ أن يقال: هي استعمال طهور مشروط بالنية . فالاستعمال جنس ، والمراد بالطهور المـاء والتراب ، وقولنا « مشروط بالنية » يخرج منه ازالة النجاسة عن الثوب والبدن والانية ، فانه لاشيء من ذلك بمشروط[1] بالنية. وهذا أحسن ماقيل من التعريفات للطهارة.

(الثالثة) انما لم يعرف المصنف الطهارة هنا مع أن التصديق بالشيء مسبوق بتصوره ، لوجهين :

الاول : كونها معلومة لمن زاول[2] الفن ، فهي أظهر من أن تعرف .

الثاني: صعوبة تعريفها، خصوصاً اذا قلنا انها مقولة بالتشكيك على افرادها فان جمع الامور المختلفة في التعريف الواحد عسر[3].

(الرابعة) قوله « وأركانه أربعة » الضمير عائد الى الكتاب . و« الركن » قال الجوهري ركن الشيء جانبه الاقوى ، وقال الابى فى كشفه[4] : وهو هنا كذلك .

اعتراض على تعريف الطهارة فى كتاب « القواعد » للعلامة الحلى .

١) فى ب : مشروط .

٢) زاوله : طالبه ، حاوله .

٣) العسر : الصعب الشديد .

٤) قال الابى فى أول كشف الرموز عند البحث عن الطهارة: ركن الشيء جانبه الاقوى قال الله تعالى «اوآوى الى ركن شديد » [سورة هـود : ٨٠] فجعل هذه الاربعة أركاناً لكتاب الطهارة لانه لايتقوم بدون كل واحد منها .

أقول : الابى هو عز الدين الحسن بن أبى طالب اليوسفى المعروف بالفاضل الابى وابن زينب عالم فاضل محقق فقيه قوى الفقاهة شارح النافع وتلميذ المحقق شهرته دون فضله وعلمه أكثر مـن ذكره ونقله وكتابه «كشف الرموز »كتاب حسن مشتمل على فوائد كثيرة

الركـن الاول : في المياه ، والنظر فـي المطلق والمضاف والاسآر .

وليس بشيء والالزم أن يكون الكتاب مشتملا على غير الاربعة، لان «الاقوى» أمر اضافي لايعقل الامع شيء يضاف اليه . والحق أن الركن هنا على مصطلح العرف ، وهو مايقوم الشيء وان لم يكن أقوى .

وانما كانت أربعة لان الفقيه يبحث في الطهارة عن أمور خمسة: «١» ماهية الطهارة ، « ٢ » أقسامها ، « ٣ » ما يفعل به، « ٤ » مايبطلها، « ٥ » توابعها . ولما لم يذكر المصنف الاول بقيت أربعة ادرج بعضها في بعض وأوردها في أربعة أركان .

(الخامسة) انما قدم كتاب الطهارة على غيره لان أهم الفقه العبادات، اذهي المقصودة من ايجاد النوع الانساني، وأهمها الصلاة لتكرار ذكرها في الكتاب العزيز ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم : أول مـا يسأل العبد به الصلاة ، فان قبلت قبل سائر عمله وان ردت رد سائر عمله[1].

وصحتها مشروطة بالطهارة ، والشرط مقدم طبعاً فقدمه وضعاً لئلا يخالف الوضع الطبع ، فان ذلك في قوة الخطأ .

قوله: الركن الاول في المياه، والنظر في المطلق والمضاف والاسآر

وتنبيهات جيدة ولـه مع شيخه مباحثات ومخالفات في كثير من المواضع وهو ممن اختار المضايقة في القضاء وتحريم الجمعة في زمان الغيبة وحرمان الزوجة من الرباع وان كانت ذات ولد . وفرغ من تأليف كتابه سنة ٦٧٣.

١) راجع كنز العمال ٢٧٦/٧ الفصل الاول في الوجوب ، ٣/٨ الباب الاول في فضلها ووجوبها أخرج روايات في هذا المعنى .

ماء أصله ماه[1]، بدليل قولهم في جمعه أمواه ومياه. وانما جمعه هنا ـ وان كان اسم جنس ـ لانه اذا اعتبر له أقسام باعتبار عوارض يعرض له جاز جمعه، ولذلك قسمه الى مطلق ومضاف واسآر باعتبار أن لفظ «الماء» يطلق على الثلاثة لكن في المضاف بقيد اضافته الى جسم غير مقرة ولاممرة[2]، وفي السؤر باعتبار كونه بقية شرب حيوان، وفي المطلق لا باعتبار شيء يذكر معه.

ثم ان الماء له « حقيقة » وهـو الماء المطلق، و« حكم » وهو الطهارة، و« أثر » وهو الطهورية. وهذا الاثر تابع للحقيقة، والحكم عندنا وعند الشيخ تابع لهما ونثالث وهو عدم استعماله في طهارة مبيحة للصلاة من حدث أكبر.

اذا عرفت هذا فنقول: الفقيه يبحث في المطلق باعتبار أمور ثمانية: « ١ » باعتبار حقيقته، «٢» باعتبار طهارته، «٣» باعتبار طهوريته أي كونه مطهراً لغيره « ٤ » باعتبار ما يخرجه الى طهوريته وزاد بعض الفضلاء عن حقيقته، « ٥ » باعتبار ما يخرجه عن طهارته، « ٦ » ما يخرجه عن طهوريته، «٧» ما يرده الى طهارته، « ٨ » ما يعيده الى طهوريته. وزاد بعض الفضلاء ما يلزم أثر طهوريته كجواز استعماله في الاغسال المستحبة والغسلات المندوبة.

أما البحث عن الحقيقة فلم يتعرض له المصنف هنا، والبحث فيها: اما من حيث المعنى وهو العنصر الثقيل المائع، واما من حيث اللفظ فهو ما يستحق اطلاق الاسم عليه من غير قيد ولا يصح سلبه عنه. وأما باقي الاعتبارات فسيأتي كله في محله.

وهنا فوائد:

(الاولى) في قولنا «ما يستحق اطلاق الاسم» فائدة وهي انه لما اشتدت[3]

---

١) فى القاموس: وهمزة الماء منقلبة عن هاء، وسمع اسقنى ما بالقصر.

٢) كذا فى نسختين من الكتاب، وفى نسختين اخريين: غير موه ولا ثمرة.

٣) فى ب: اعتدت.

أما المطلق: فهو في الاصل طاهر ومطهر، يرفع الحدث ويزيل الخبث ،

الحاجة اليه اما للحياة كقوله تعالى « وجعلنا من الماء كل شيء حي »[1] ، أو للنبات لقوله تعالى «فأنبتنا به جنات وحب الحصيد»[2]، أوللطهارة لقوله تعالى « وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به »[3]وجب وضع لفظ بأزائه لما تقرر في الاصول .

(الثانية) البحث في المضاف أيضاً فى حقيقته : اما من حيث المعنى وهو ما استخرج من جسم أو مزج به مزجاً يخرجه عن الحقيقة السابقة، أو من حيث اللفظ وهو ما لا يستحق اطلاق الاسم عليه الامع القيد ويصح سلبه عنه .

(الثالثة) الاسآر جمع سؤر ، وهو البقية منه، ومنه قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم : اذا شربتم فاسأروا .

وحكم السؤر حكم الحيوان ان طاهراً فطاهراً وان نجساً فنجساً .

قوله : أما المطلق : فهو فى الاصل طاهر ومطهر يرفع الحدث ويزيل الخبث

هذا اشارة الى الموضع الثاني والثالث من الاعتبارات الثمانية، فان حكمه بكونه مطهراً يستلزم عيناً أو حكماً كونه طاهراً ، لاستحالة كون النجس مزيلا للنجاسة ، بل يزيد المحل نجاسة بملاقاته .

وأما بيان كونه طاهراً فلقوله تعالى « خلق لكم ما في الارض جميعاً »[4] ،

---

١) سورة الانبياء : ٣٠ .

٢) سورة ق : ٩ .

٣) سورة الانفال : ١١ .

٤) سورة البقرة : ٢٩ .

واللام لاختصاص النفع وانما يكون بالطاهر .

وأما بيان كونه مطهراً لغيره فلقوله تعالى « وأنزلنا من السماء ماء طهوراً»[1] والطهور هو المطهر لغيره لكونه من الاسماء المتعدية، ولقوله عليه السلام: جعلت لي الارض مسجداً وطهوراً[2] وهو نص في البيان[3]، اذ لو أراد الطاهر لم يكن له مزية في الكلام .

وهنا مزيد بحث ذكرناه في كنز العرفان في فقه القرآن[4].

وهنا فوائد :

(الاولى) في قوله «وهو في الاصل مطهر» اشارة الى أن هذا الحكم لاحق للماهية من حيث هي هي لا باعتبار وصف عارض ، وان النجاسة سبب طارىء عليه ، والاصل عدمه لانه حادث وعدم الحادث أولى ، والاصل فيه البقاء .

(الثانية) قيل الحدث ما لا يدرك بالحس والخبث ما أدرك بالحس . وفيه نظر ، فان البول اليابس عديم الرائحة خبث مع أنه لا يدرك بالحس .

وقيل : الحدث ما يفتقر الى النية والخبث بخلافه . وهو قريب .

(الثالثة) اتفقت الامة على أن الماء المطلق اذا بقي على صفات خلقته الثبوتية والسلبية ، فان من خواصه المطلقة أنه يرفع الحدث بانفراده لا بشرط فقد غيره رفعاً مستقراً الى أن يحصل حدث آخر .

فقولنا «باق على صفات خلقته» أي من صدق الاسم وعدم تغير اللون والطعم والرائحة ، وعدم الاستعمال على قول .

---

١) سورة الفرقان : ٤٨ .

٢) الخصال ١ / ٢٦٤ .

٣) في ب : في الباب .

٤) كنز العرفان ١ / ٣٧ .

وكله ينجس باستيلاء النجاسة على أحد أوصافه ، ولا ينجس الجارى منه بالملاقاة ، ولا الكثير من الراكد .

وقولنا « بانفراده » احتراز من قول بعض الفقهاء وهـو الاصم : ان النبيذ يرفع الحدث بشرط انضمام التيمم اليه .

وقلنا «لا بشرط فقد غيره» احترازاً من سعيد بن المسيب[1] ان ماء البحر لا يرفع الحدث الا عند فقد الماء المطلق غيره والتراب معاً .

وقلنا « رفعاً مستقراً » احترازاً من قول المرتضى بأن التيمم يرفع الحدث لكن لا رفعاً مستقراً الى حدث آخر ، بل لو وجد الماء وتمكن منه قبل حدث آخر ، فانه ينقض حكم التيمم ويثبت حكم الحدث الذي كان قبله .

قوله : وكله ينجس باستيلاء النجاسة على أحد أوصافه

هذا اشارة الى الموضع الخامس أي ما يخرجه عن طهارته وهو استيلاء النجاسة أي غلبتها عليه بحيث تصير قاهرة له في لونه أو طعمه أو رائحته وهي الاوصاف المشار اليها .

وفي قوله « وكله » اشارة الى أن له أقساماً ، فان كلا لا يؤكد بها الا ماله أجزاء يصح افتراقها حساً أو حكماً .

والاقسام الاربعة: الاول مانزل من السماء، الثاني ماأذيب من الثلج والجمد والبرد ، الثالث ما نبع من الارض ، الرابع ماء البحر .

قوله : ولا ينجس الجارى منه بالملاقاة ـ الى قوله ـ حال نزوله

هذا من تتمة الموضع الخامس، وتقريره: ان المطلق اذا لاقته النجاسة ولم

---

١) قال فى التذكرة ص١ : وعن سعيد بن المسيب اذا لجات اليه البحر التيمم أحب الينا . وقال فى الخلاف ص ٣ : وقال سعيد بن المسيب : يجوز التوضى به مع عدم الماء ولا يجوز مع وجوده .

وينجس القليل من الراكد بالملاقاة على الاصح .

وحكم ماء الحمام حكمه اذا كان له مادة ، وكذا مـاء الغيث حال نزوله .

تستول على شيء من أوصافه الثلاثة فله أقسام :

«١» أن يكون جارياً . فهذا يكون طاهراً كما كان أولا عملا بالاستصحاب. وهل يشترط كريته أم لا ؟ أطلق المصنف الحكم بطهارته وقيده العلامة بالكرية وهو أولى ليدخل تحت اطلاق قوله عليه السلام : اذا بلغ الماء كراً لم يحمل خبثاً[1] والاجماع على العمل بمفهومه .

وقال الشهيد: ان جرى عن مادة فلا يشترط الكرية ولا عنها بشرط دوامه. وهو حسن وعليه الفتوى .

« ٢ » الكثير من الراكد ، أي الواقف. وسيأتي تقريره . وهو طاهر أيضاً عملا بالحديث المذكور وغيره .

«٣» ماء الحمام ـ أي الحوض الصغير في الحمام ـ اذا كان له مادة متصلة به ، وهو طاهر أيضاً بشروط : الاول أن يكون له مادة ، الثاني كونها كراً على اختيار العلامة . وهو الاصح لما قلنا من العمل بالمفهوم، والمصنف أطلق ولم يشترط كريتها . الثالث أن لا ينقطع جريان المادة .

ثم اعلم أنه مع الشروط المذكورة لايشترط الحمام، بل متى حصلت ذلك في غيره فالحكم واحد . كذا قاله الشهيد ناقلا فيه الاجماع[2].

---

١) الكافي ٣/ ٢ وفيه: اذا كان الماء قدر كر لم ينجسه شيء. وكذا الاخبار التي ذكر في الوسائل ليس فيها ما في المتن ـ أي « لم يحمل خبثاً » ـ راجع الوسائل ١/ ١١٧ .

٢) الذكرى : ٨ .

« ٤ » ماء الغيث حال نزوله وتقاطره ساكباً ، ولم يشترط المصنف جريانه بل يكون طاهراً وان لم يجر لرواية هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام : السطح يبال عليه فتصيبه السماء فيكف[١] فيصيب الثوب ؟ فقال : لا بأس به ما أصابه من الماء أكثر منه[٢].

وأما الشيخ في التهذيب والمبسوط فقد شرط جريانه من الميزاب، لتقييده بالجريان في رواية هشام بن الحكم عن الصادق عليه السلام[٣]، ومثله رواية علي ابن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام[٤]. والاقوى الاول .

« ٥ » القليل من الراكد .

« ٦ » ماء البئر وسيأتي حكمها[٥].

قوله : وينجس القليل من الراكد بالملاقاة على الاصح

المراد به مانقص عن الكر ولوبجزء يسير كالدانق فما دونه وينجسه مذهب كافة العلماء الا ابن أبي عقيل منا ومالكاً من الجمهور ، فانهما ذهبا الى طهارته واحتجا بقوله صلى الله عليه وآله وسلم : خلق الماء طهوراً لا ينجسه شيء الاماغير أحد أوصافه[٦]. ولام الجنس اذا دخل على المفرد أفاد العموم .

والجواب : المنع من كون اللام هنا للجنس بل للعهد ، لانه عليه السلام

---

١) وكف البيت بالمطر والعين بالدمع وكفاً من باب وعد : سال قليلا قليلا .

٢) الفقيه ١/ ٧ .

٣) التهذيب ١/ ٤١١ ، الكافي ١/ ١٢ . حمل على ما اذا كان عند نزول المطر ولم يتغير الماء به ويكون في حال نزول الغيث .

٤) التهذيب ١/ ٤١١ ، قرب الاسناد : ٨٣ .

٥) في ب : حكمه .

٦) راجع سنن الترمذي ١/ ٩٥، سنن أبي داود ١/ ١٧، ١٨، سنن ابن ماجة ١/ ١٧٣. وفي هذه المصادر : الماء طهور لا ينجسه شيء .

وفي تقدير الكثرة روايات ، أشهرها ألف ومائتا رطل ، فسره الشيخان بالعراقي .

لمانزل على بئر بضاعة ـ بضم الباء وقيل بالكسر ـ فقال: آتوني بوضوء ـ بفتح الواو ـ فقيل: يارسول الله انها بقاعة الحيا[1]. فقال: خلق الماء[1] ـ الخ. أي هذا.

سلمنا لكن لا نسلم أن لام الجنس في المفرد يفيد العموم ، وقد بين في الاصول .

سلمنا لكنه منسوخ بقوله عليه السلام : اذا بلغ الماء كراً لم يحمل خبثاً[2]. وهذا مدني والاول مكي ، والمدني ناسخ .

قوله : وفي تقدير الكثرة روايات أشهرها ألف ومائتا رطل وفسره الشيخان بالعراقي

الروايات التي وقفنا عليها ست :

---

١) سنن أبي داود ١/ ١٧ ، ١٨ ، سنن الترمذي ١/ ٩٥ ، وفيهما : قيل يا رسول الله أنتوضأ من بئر بضاعة وهي بئر يلقى فيها الحيض ولحوم الكلاب والنتن ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : ان الماء طهور لا ينجسه شيء ـ واللفظ للترمذي .

ونسخ الكتاب في « بقاعة الحيا » مختلفة ، ففي نسخة «بضاعة الحي» ، وفي أخرى « فقاعة الحما » وفي نسختين أخريين « بقاعة الحراء » .

أقول : القاعة هي أرض واسعة سهلة مطمئنة مستوية حرة لاحزونة فيها ولا ارتفاع ولاانهباط تنفرج عنها الجبال والاكام ولاحصى فيها ولاحجارة ولا تنبت الشجر وما حواليها ارفع منها وهو مصب المياه ، و« الحيا » : الخصب والمطر لا حيائه الارض .

٢) على رغم الفحص الكثير لم نعثر على هذا الحديث بهذا اللفظ من مصادر الخاصة والعامة ، الا انه في سنن الترمذي ١/ ٧٩ وسنن أبي داود ١/ ١٧ هكذا: اذا كان الماء قلتين لم يحمل الخبث .

« ١ » رواية اسماعيل بـن جابر عن الصادق عليه السلام : ثلاثة أشبار في ثلاثة أشبار . وأفتى بها القميون[١].

« ٢ » روايته أيضاً عنه عليه السلام : ذراعان عمقه في ذراع وشبر سعته[٢].

« ٣ » عبدالله بن المغيرة عنه عليه السلام مرسلا قال : الكر من الماء نحو حبي هذا[٣].

« ٤ » محمد بن مسلم عنه عليه السلام : انه ستمائة رطل[٤].

« ٥ » أبوبصير عنه عليه السلام : ثلاثـة أشبار ونصف في مثله ثلاثة أشبار ونصف في مثله عمقاً[٥]. وأفتى بمضمونها السيد والشيخ، وفي طريقها عثمان بن عيسى وهو واقفي .

« ٦ » ابن أبي عمير مـرسلا عنه عليه السلام : ألف ومائتا رطل[٦]. وعليها الاصحاب .

وفسر الشيخان الرطل بالعراقي، وهو مائة وثلاثون درهماً جمعاً بين رواية أبي بصير وهذه فانهما متقاربتان، وكذا تقاربها رواية ابن مسلم لحمل الرطل على المكي لانه اذ ذاك رطلان بالعراقي .

وقال السيد والصدوق انه مدني مائة وخمسة وتسعون[٧] درهماً، لان السؤال

---

١) الكافي ٣/٣ ، التهذيب ٤٢/١ .

٢) التهذيب ٤١/١ ، الاستبصار ١٠/١ .

٣) التهذيب ٤٢/١ ، الكافي ٣/٣ ، الاستبصار ٧/١ .

٤) التهذيب ٤١٤/١ ، الاستبصار ١١/١ .

٥) التهذيب ٤٢/١ ، وفيه: ثلاثة أشبار ونصفاً في مثله ثلاثة أشبار ونصف في عمقه في الارض .

٦) التهذيب ٤١/١ .

٧) في ب : وسبعون .

وقع بالمدينة .

وما قاله الشيخان أقرب .

وهنا فوائد :

(الاولى) انه لا فـرق في ذلك بين كونه غديراً أو قليباً أو حوضاً أوآنية ، خلافاً للمفيد وسلار ، فانهما جعلا الآنية كالقليل في الانفعال بـالملاقاة وان كان ماؤها كراً[1]، والباقون على خلافه لعموم الحديث المقدم .

(الثانية) يشترط فيه الميعان لعدم صدق الماء عرفاً على الجامد ، فـانقطعة من الجمد لو لاقاها نجاسة ينجس ظاهرها خاصة سواء كانت كراً أوأقل، وطهرها بكشط[2] الملاقي أو غوصها في الكثير أو ملاقاته .

(الثالثة) التقدير المذكور تحقيق لا تقريب، سواء كان بالمساحة أو الوزن.

(الرابعة) ضبطه بالمساحة أن يكون كمية اثنين وأربعين شبراً وسبعة أثمان شبر، لان ضرب الطول في العرض حاصله اثنا عشر شبراً وربع شبر، وضرب العمق في ذلك حاصله ماذكرناه، اذ الثلاثة في اثني عشر ستة وثلاثون والنصف في اثني عشر ستة والثلاثة في الربع ستة اثمان والنصف في الربع ثمن .

---

١) قال الشيخ المفيد فى « المقنعة » متن التهذيب ص ٢١٧ : واذا وقع فى الماء الراكد شىء من النجاسات وكان كراً ـ وقدره ألف ومائتا رطل بالبغدادى ـ وما زاد على ذلك لم ينجسه شىء الا أن يتغير به كما ذكرناه فى المياه الجارية .

هذا اذا كان الماء فى غدير أو قليب ، فأما اذا كان فى بئر أوحوض أواناء فانه يفسد بسائر ما يموت فيه مـن ذوات الانفس السائلة وبجميع مايلاقيه من النجاسات ولا يجوز التطهر به حتى يطهر، وان كان الماء فى الغدران وقلبان دون ألف رطل ومائتى رطل جرى مجرى مياه الابار والحياض التى يفسدها ما وقع فيها من النجاسات ولم يجز الطهارة به.

٢) الكشط: رفعك شيئاً عن شىء قد غشاه . و« اذ السماء كشطت » أى قلعت كما يقلع السقف .

(الخامسة) ضبطه بالوزن اما بالدراهم فمائة ألف درهم وخمسون ألف درهم وستة آلاف درهم ، واما بالمثاقيل فمائة ألف مثقال وتسعة آلاف مثقال ومائتا مثقال . وانما احتجنا الى ذلك لان الرطل اختلف في الاستعمال زيادة ونقيصة ، فاحتجنا الي ضبطه بما لا يختلف .

قوله : وفي نجاسة البئر بالملاقاة قولان أظهرهما التنجيس

قيل البئر مجمع ماء نابع من الارض لايتعداها غالباً ولايخرج من مسماها عرفاً .

وفي الكلام حذف تقديره «نجاسة ماء البئر»، وقد تقدم كونه ينجس بانفعاله بالنجاسة .

واختلف في نجاسته بمجرد الملاقاة من غير انفعال ، فقال الثلاثة وابن ادريس [1] : ينجس لتظاهر الفتوى بالنزح عند ملاقاة النجاسة له من الصحابة ومن أهل البيت «ع» بطريقي السنة والاصحاب، ولقول الكاظم عليه السلام حين سئل عن ذلك فقال : يجزيك أن تنزح منها دلاء فان ذلك يطهرها انشاء الله [2].

---

١) قال الشيخ في النهاية ص ٦ : وأما مياه الابار فانها تنجس بكل ما يقع فيها من النجاسات ولا يجوز استعمالها قبل تطهيرها .

وقال المفيد في المقنعة ص ٩ : فأما ان كان في بئر أوحوض أو اناء فانه يفسد بسائر مايموت فيه من ذوات الانفس السائلة وبجميع ما يلاقيه من النجاسات ولايجوز التطهير به حتى يطهر .

وقال ابن ادريس في السرائر ص ٩ : وأما مياه الابار فانها تنجس بما يقع فيها من سائر النجاسات قليلا كان الماء أوكثيراً غيرت النجاسة الواقعة فيها أحد أوصاف الماء أو لم تغيره بغير خلاف بين أصحابنا .

٢) التهذيب ١/٢٣٧ ، الإستبصار ١/٣٧ .

منزوحات البئر :

وينزح – لموت البعير والثور وانصباب الخمر – ماؤها أجمع ،

والاجزاء يستعمل في الخروج عن الواجب . وقوله «يطهرها» يقتضي عدم طهرها قبل والا اجتمع الامثال وحصل الحاصل .

وقال ابن أبي عقيل والشيخ في التهذيب والعلامة وولده لا ينجس ، لقول الرضا عليه السلام : ماء البئر واسع لا يفسده شيء الا أن يتغير ريحه أو طعمه فينزح حتى يذهب الريح ويطيب طعمه لان له مادة[1]. حكم بنفي الافساد له الا بالتغير ، وعلله بالمادة والمعلل يقدم على غيره .

وحكى المصنف وغيره عن بعض الفقهاء القول بالطهارة مع وجوب النزح وهو ظاهر كلام الشيخ في التهذيب .

وهو غير بعيد جمعاً بين الادلة مع احتمال أدلة الاولين التأويل، فان الفتوى بالنزح لايستلزم وجوبه، وبتقدير وجوبه لايستلزم التنجيس لجواز كونه للتعبد.

وقوله « يطهرها » يحتمل الطهارة اللغوية وازالة البشاعة[2] والنفرة .

ثم الذي يؤيد القول بعدم التنجيس روايات كثيرة ، منها رواية علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام في الحسن قال: سألته عن بئر وقع فيها زبيل من عذرة رطبة أو يابسة أيصلح الوضوء منها ؟ قال : لا بأس[3].

قوله : وينزح لموت البعير والثور وانصباب الخمر ماؤها اجمع

هذا اشارة الى الموضع السابع ، وهو ما يرده الى طهارته .

---

١) التهذيب ١/ ٢٣٤ ، الاستبصار ١/ ٣٣ .

٢) البشع ككتف من الطعام: الطعام الكريه فيه جفوف ومرارة ، والكريه ريح الفم الذى لا يتخلل ولا يستاك . والمصدر البشاعة .

٣) التهذيب ١/ ٢٤٦ ، وفيه: زنبيل من عذرة رطبة أويابسة أو زنبيل من سرقين ...

ولنقدم هنا مقدمة ، وهي : ان كل ماء نجس فانه يطهر بالقاء كر عليه دفعة قليلا كان أو كثيراً بئراً كان أو غير بئر ، فان لم يكن متغيراً فذاك كاف في طهارته. وكذا ان كان متغيراً وزال التغير بذلك الالقاء ، وان لم يزل فلابد من القاء كر آخر فان زال فذاك والا فآخر وهكذا .

وكذا حكم الالقاء جريان النهر الى ذلك النجس أو وقوع الغيث ساكباً فيه واتصاله بكر اتصال امتزاج تام ، فان ذلك كله مطهر اجماعاً .

واذا لم يحصل شيء من الاربعة ففيه مسائل :

« ١ » الحمام وماشابهه اذا جرت المادة على القليل النجس وشاعت فيه فان ذلك يطهره أيضاً .

«٢» اذا تغير بعض النهر الجاري أو بعض الكثير الواقف وكان الباقي منه كراً فتموج النهر أو الكثير الواقف فزال بذلك التغير واستهلك فانهما يطهران.

« ٣ » ماء البئر بالنزح كما يجيء .

وهذه الثلاثة أيضاً اجماعية ، واختلف في مسائل :

«١» لو تمم القليل حتى بلغ كراً . قال المرتضى وابن ادريس والشيخ في أحد قوليه يطهر لقوله عليه السلام: اذا بلغ الماء كراً لم يحمل خبثاً. وقال الشيخ في قوله الآخر والمصنف والعلامة بعدمه استصحاباً للحال الاول ولان كل جزء اذا لاقى نجساً ينجس ، فالكل نجس . والمراد من الماء في الحديث الطاهر لانه الاصل فيه .

« ٢ » اذا زال التغير من قبل نفسه أو بطول مكثه قيل يطهر ، والحق عدمه لاصالة بقاء ماكان[1].

وانظر الاستبصار ١ / ٤٢ ، وفيه أيضاً : زنبيل .

١) قال في المعتبر : اذا زال التغير من نفسه أو ممازجة ما يزيله كالتراب أو تصفيق

« ٣ » الماء القليل في الكوز اذا علاه الكثير قيل لا يطهر لعدم الممازجة التامة ، وقيل يطهر للاتصال وصدق اسم الكثرة على الجميع .

اذا عرفت هذا فقد ظهر لك أن ماء البئر يباين سائر المياه في طهره بالنزح اجماعاً ويساويها فيما عدا ذلك من المطهرات .

ثم النزح تارة يكون للجميع وتارة يكون للبعض ، والاول موجبه سبعة : ثلاثة منها كلام المصنف يدل على عدم التوقف فيها، وهي البعير والثور والخمر فان الاكثر والاشهر هو ذلك . وقال بعضهم ان الثور اشتباه خطي بالبعير. وهو غلط ، فانه ورد في رواية عبدالله بن سنان صريحاً لا مشتبهاً . وقال الصدوق في المقنع : ينزح للخمر عشرون دلواً[1]، والاشهر خلافه بل ينزح الجميع.

فوائـد :

(الاولى) البعير اسم للذكر والانثى كالانسان للرجل والمرأة .

(الثانية) الثور اسم للذكر من البقر فلا يتناول الانثى مفرداً وان دخل في اسم النوع .

(الثالثة) لا فرق في الخمر بين قليله وكثيره حتى القطرة لصدق الاسم . وفي بعض نسخ الكتاب «وقوع الخمر»، وهو يدل على ماقلناه، وأما الانصباب فغير شرط .

قوله : وكذا قال الثلاثة فى المسكرات والحق الشيخ الفقاع والمنى والدماء الثلاثة

الرياح لم يطهر لاستقرار النجاسة والتغير .

١) المقنع : ١١ .

هذه الاربعة عند المصنف فيها توقف ، ولذلك نسبها الى القائل ، ويمكن أن يحتج لذلك :

أما المسكرات فبقوله عليه السلام : كل مسكر خمر[1]، وقول الكاظم عليه السلام : كل ما عاقبته عاقبة الخمر فهو خمر[2].

لكنه ليس صريحاً في الدعوى ، لان نسبة شيء بشيء مطلق لا يدل على الاتحاد من كل وجه بل من الوجه المراد من المشبه به ، كقولنا « زيد الاسد » أي مشبه في الشجاعة لا مطلقاً . والمراد من الخمر الشرب ، فيكون التشبيه مقصوراً عليه .

وأما الفقاع فلقول الصادق والرضا عليهما السلام: الفقاع خمر[3]. والكلام فيه كالاول .

وأما المني فلا دليل عليه سوى أن يقال : ان مالا تقدير له شرعاً يجب فيه نزح الجميع للاحتياط ولئلا يلزم التحكم في نزح البعض دون البعض .

وفيه نظر، لجواز أن يقال: لاينزح شيء لاصالة البراءة السالمة عن المعارض. أو نقول: ينزح أربعون لرواية ادعى الشيخ[4] وجودها، وهو قولهم « ينزح منها أربعون ان كانت مبخرة » بضم الميم وسكون الباء وكسر الخاء ومعناها المنتنة ويروى بفتح الميم والخاء أي موضع النتن .

---

١) البحار ٦٦/٤٨٧ نقلا عن دلائل الطبرى ٤٩٥ عن الدعائم ، الكافى ٦/٤٠٨، التهذيب ٩/١١١ ، معانى الاخبار : ٢٢٤ .

٢) التهذيب ٩/١١٢ ، الكافى ٦/٤١٢ .

٣) التهذيب ١/٢٨٢ .

٤) المبسوط ١/١٢ .

أما الدماء الثلاثة فلا حجة فيها الإكون الشارع غلظ الحكم بوجوب ازالة قليلها وكثيرها ، فيكون في النزح كذلك . لكنه محض القياس .

اذا عرفت هذا فالفتوى على نزح الجميع بالسبعة المذكورة لشهرته بين الاصحاب، والمراد بالمسكر ماكان مائعاً بحسب أصله، فلوعرض الجمود للخمر نزح الجميع ولو عرض الميعان للحشيش فلا نجاسة .

وأضاف القاضي الى السبعة عرق الجنب من الحرام وعرق الابل الجلالة والتقي بول وروث غير المأكول ، وبعضهم خروج الكلب والخنزير حيين ، وبعضهم الفيل .

قوله : فان غلب الماء تراوح عليها قوم اثنين اثنين يوماً

هذا لفظ الاصل ، وهو لحن في التركيب ، فان «اثنين» وقع حالا عن قوم وهو نكرة متقدمة على الحال ، ولا يكون في العربية صاحب الحال نكرة الا والحال متقدمة عليه كقول الشاعر :

لعزة موحشاً طلل قديم [عفاها كل أسحم مستديم](*)

ولا يرد ذلك على لفظ الحديث الوارد في هذا المعنى، وهو قول الصادق عليه السلام: فان غلب الماء فلينزف[1] يوماً الى الليل، يقام عليها قوم يتراوحون اثنين اثنين[2]. لان « اثنين » حال من الضمير في « يتراوحون » والضمير معرفة وان كان للنكرة .

---

*) لكثير عزة ، انظر تاج العروس (وحش) .

١) نزف دمه : استخرجه بالحجامة ، ونزفت البئر نزفاً : استخرجت ماء ها كله .

٢) التهذيب ١/٢٤٢ ، الاستبصار ١/٣٨ .

اذا عرفت هذا فالتراوح التناوب ، واشتقاقه من الراحة . وفي ذكر القوم اشعار بعدم اجزاء النساء منفردات ومنضمات وان جوزه في المعتبر ، فان لفظ « القوم » يقال للرجال خاصة ، قال الله تعالى « لا يسخر قوم من قوم عيسى أن يكونوا خيراً منهم ولانساء من نساء »[1].

وهنا فوائد :

(الاولى) اليوم هنا هو الشرعي من طلوع الفجر الثاني الى ذهاب الحمرة المشرقية ، ولا يجزي الليل ولا التلفيق . ولا فرق بين اليوم الطويل والقصير .

ويجب في جزء من الليل متقدماً ومتأخراً ليتحقق اليوم، لان مالا يتم الواجب الا به واجب .

(الثانية) يجوز لهم الصلاة جماعة ، ويقتصرون على الواجب والمندوب المعتاد .

وهل يجوز الاكل جماعة ؟ قال الشهيد نعم ، لانه مستثنى. والاولى عندي عدمه لجواز حصوله حال الراحة وهو[2] من تتمتها.

(الثالثة) لايجوز الاقتصار على اثنين دائبين ، وتجوز الزيادة على الاربعة لانه من المفهوم الموافق ، اذ لايحصل معه كلال بخلاف الدائبين .

قوله: ولموت الحمار والبغل [ينزح] كر، وكذا قال الثلاثة في الفرس والبقرة

أما الحمار والبغل فقال به ابنا بابويه واتباعهما ، لرواية عمرو بن سعيد بن

---

١) سورة الحجرات : ١١ .

٢) في بعض النسخ : اذ هو .

ولموت الانسان سبعون دلواً .

وللعذرة عشرة ، فان ذابت فأربعون أو خمسون .

هلال عن الباقر عليه السلام قال : سألت عما يقع في البئر حتى بلغت الحمار والجمل والبغل[1]. فقال : كر من ماء[2].

فأخرج الجمل لدخوله في البعير ، وهو ينزح له الكل لرواية الحلبي عن الصادق عليه السلام[3]. والحلبي لا طعن فيه .

وأما الفرس والبقرة فلم يرد فيهما حديث ولذلك أسنده الى الثلاثة .

ومساواة الجسمية غير كافية ، والا لكان الحاق البقرة بالثور أولى .

قوله : ولموت الانسان سبعون دلواً

هذا قول أكثر علمائنا من غير تفصيل .

وقال ابن ادريس: ينزح للكافر الجميع، لانه اذا باشرها حياً ينزح له الكل فكذا بعد موته .

أجيب : بأن زيادة نجاسته حياً بسبب اعتقاده وقد زال بموته .

قال العلامة[4]: ولو قلنا ينزح له أربعون لو باشرها حياً للرواية المذكورة أو ثلاثون ارواية كردويه لم يكن بعيداً ، لكن ابن ادريس بنى ذلك على أن ما لم يرد فيه نص ينزح له الجميع .

---

١) ليس « والبغل » فى التهذيب .

٢) التهذيب ١/٢٣٥ .

٣) التهذيب ١/٢٤٠ .

٤) راجع المختلف ١/٦ .

وفي الدم أقوال ، والمروي في دم ذبح الشاة من ثلاثين الى أربعين ، وفي القليل دلاء يسيرة .

ولموت الكلب وشبهه أربعون ، وكذا في بول الرجل .

وألحق الشيخان بالكلب موت الثعلب والارنب والشاة .

قوله : وفى الدم أقوال

« ١ » قول المفيد في القليل خمس والكثير عشر[١]، «٢» قول السيد من دلو الى عشرين، «٣» قول ابن بابويه والشيخ في القليل عشر وفي الكثير خمسون[٢] والمراد بالقلة والكثرة أنفسهما عرفاً. وقال الراوندي: بحسب البئر في الغزارة[٣] والنزارة. وهو غير بعيد، لظهور التأثير ولانهما اضافتان فجاز اعتبارهما بالاضافة الى المحل المنفعل عنهما .

قوله : وألحق الشيخان بالكلب موت الثعلب والارنب والشاة

في الكلب روايات : « ١ » ينزح منه دلاء[٤] « ٢ » خمس اذا لم يتغير وان تغير فحتى يذهب الريح[٥]، « ٣ » نزح الجميع[٦]، « ٤ » سبع دلاء[٧].

ووجه الالحاق رواية الحسين بن سعيد عن الصادق عليه السلام : أربعون

---

١) المقنعة : ٩ ، التهذيب ١/٢٤٤ .

٢) النهاية : ٧ .

٣) الغزارة: كثرة الماء، قناة غزيرة أى كثيرة الماء. ويقال: نزر الماء أى قل. النزير: القليل .

٤) التهذيب ١/٢٣٦ ، ٢٣٧ .

٥) التهذيب ١/٢٣٧ .

٦ و٧) التهذيب ١/٢٣٦ .

وروى في الشاة تسع أو عشر ، وللسنور أربعون ، وفي رواية سبع .

ولموت الطير واغتسال الجنب سبع ، وكذا للكلب لو خرج حياً ، وللفارة ان تفسخت ، والا فثلاث ، وقيل دلو .

ولبول الصبي سبع ، وفي رواية ثلاث .

للكلب وشبهه[1]. فحملا الشبهية على القدر في الجسمية ، واستضعفه المصنف.

قوله : وروى فى الشاة تسع

هذه رواية الصدوق عن علي عليه السلام[2].

قوله : وللسنور أربعون وفى رواية سبع

الاول رواية الحسين بن سعيد[3]، والثاني رواية عمر بـن سعيد عن الباقر عليه السلام[4].

قوله : وللفارة ـ الى قوله ـ وقيل دلو

قاله ابن بابويه[5].

قوله : ولبول الصبى سبع وفى رواية ثلاث

---

١) التهذيب ١/٢٣٥ .

٢) لعله الحديث الذى رواه الشيخ فى التهذيب ١/٢٣٧ ، وفيه : عن اسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه أن علياً عليه السلام كان يقول: ... فاذا كانت شاة وما أشبهها فتسعة أو عشرة . ولم أعثر عليه فى الفقيه .

٣) روى الشيخ فى التهذيب ١/٢٣٥ ـ ٢٣٦ حديثين عن الحسين بن سعيد وقدر للسنور فى أحدهما: عشرين أو ثلاثين أو أربعين دلواً . وفى ثانيهما قال: وان كان سنور او أكبر منه نزحت منها ثلاثين دلواً أو أربعين دلواً .

٤) التهذيب ١/٢٣٥ ، وفيه : عمرو بن سعيد بن هلال .

٥) المقنع : ١٠ .

ولو كان رضيعاً فدلو واحد ، وكذا في العصفور وشبهه .

ولو غيرت النجاسة ماءها تنزح كلها .

الاول قول الشيخين[1]، والثاني في رواية منصور. وقال المرتضى : ثلاث اذا أكل الطعام .

قوله : ولوكان رضيعاً فدلو واحد

لم يرد فيه نص لكنه مذهب الثلاثة . قال المصنف في المعتبر : قال ابن ادريس : الرضيع أن يكون في الحولين أكل الطعام أو لم يأكل ، والمشهور أنه من يغتذي باللبن في الحولين أو يغلب عليه وان لم يكن في الحولين ، فلو غلب غيره فليس برضيع .

ولنتم هذا البحث بفوائد :

(الاولى) الدلو ماجرت العادة باستعماله غالباً ، وقيل ما استعمل في تلك البئر . وقدر بعضهم بثلاثين رطلا ، وقال الجعفي أربعون .

(الثانية) يجب في الدلو تحقق مسماه المذكور، فلو نقص مايعتد به لم يعتد به . وكذا في الكر .

(الثالثة) قيل يشترط تعدد الدلو بالشخص لاشتماله على حكمة لا تحصل الا به ، وقيل لا لحصول المعنى، والاول أحوط. ويتفرع النزح بآلة تسع العدد دفعة ، فانه يكفي على الثاني لا الاول[2].

---

١) التهذيب ١/٢٤٣ . أقول: الاول قول الشيخين هو مافى رواية منصور بن حازم. وأما الثلاث فهو فى الفقيه ١/١٣ .

٢) أى يكفى النزح دفعة بآلة تسع العدد لحصول المعنى بها ، وهو نزح ثلاث دلاء أو سبع دلاء فى بول الصبى مثلا . واما ان كانت الحكمة فى التعدد فلا يكفى دفعة بل يجب نزح ثلاث أو سبع دلاء فى الفرض المذكور ولوكانت الدلو كبيرة.

ولوغلب الماء فالاولى أن تنزح حتى يزول التغير ، ويستوفى المقدر .

ولا ينجس البئر بالبالوعة ولو تقاربتا مـالم تتصل نجاستها ، لكن يستحب تباعدهما قدر خمس أذرع ان كانت الارض صلبة أو كانت البئر فوقها ، والا فسبع .

(الرابعة) حكم الصغير حكم الكبير ، وكذا الجزء كالكل ، ويتعدد النزح بتعدد الواقع اختلف أو تماثل ، أخذاً بالاحتياط وتعين البراءة .

(الخامسة) يحكم بالنجاسة عند وجدان المنجس وان تغيرت، لاصالة عدم التقدم ولقول الصادق عليه السلام في الفارة المنتفخة في انـاء استعملته : لعلها سقطت بتلك الساعة[1]. وقدر بعضهم بثلاثة أيام[2] وهو تحكم .

قوله : ولوغلب فالاولى ان ينزح حتى يزول التغير ويستوفى المقدر

فيه أقوال : «١» ينزح حتى يزول التغير قاله المفيد والحسن ، «٢» يتراوح أربعة رجال اذا تعذر نزح الجميع قاله ابن بابويه، «٣» نزح الجميع فان تعذر فحتى يزول التغير قاله الشيخ، «٤» ان كانت منصوصة فكقول الشيخ والافكقول ابن بابويه قال ذلك ابن ادريس ، « ٥ » ما قاله المصنف .

وفاعل « غلب » مضمر ، وهو عائـد الى الماء . و« الاولى » مبتدأ خبره محذوف تقديره : فالاولى النزح حتى يزول ـ الى آخره .

---

١) الفقيه ١/١٤ .

٢) وهو أبوحنيفة على ما نقل عنه فى المعتبر: ١٩ ، قال : عن أبى حنيفة فى الجيفة: ان كانت منتفخة أومتفسخة اعاد صلاة ثلاثة أيام ولياليها، والا اعاد صلاة يوم وليلة . ومستنده خيال ضعيف .

وأما المضاف : فهو مالا يتناولـه الاسم باطلاقه ، ويصح سلبه عنه ، كالمعتصر من الاجسام والمصعد والممزوج بما يسلبه الاطلاق. وكله طاهر لكن لا يرفع حدثاً .

وبيان هذا الوجه: أنه مع التغير وغلبة الماء ينزح حتى يزول التغير، ومع الملاقاة من غير تغير يستوفى المقدر ، فمع اجتماعهما يجتمع المسببان. وهو المطلوب .

ويمكن أن يقال على هذا الوجه: ان هذا ليس من قبيل التعبدات الشرعية بل من المطهرات، فالشارع ردد في الماء فقال ان لم يتغير فتطهيره بالمقدر وان تغير فتطهيره بزوال التغير ، لانه علة التنجيس فاذا زالت العلة زال المعلول ، فلا يجتمعان لانه مع عدم التغير يكون المطهر هـو المقدر ومع التغير يكون المطهر زوال التغير .

وقدر بعضهم كلام المصنف بأنه يعتبر أبعد الغايتين ، أعني المقدر وزوال التغير ، كأبعد الاجلين للحامل في عدة الوفاة . وهو محتمل .

قوله : واما المضاف فهو مالا يتناوله الاسم باطلاقه ـ الى آخره

المدعى أن المضاف لا يصدق عليه اسم الماء حقيقة بـل مجازاً ، لوجود خاصتي المجاز فيه :

الاول ـ صحة سلبه عنه ، كمـا يقال في الاستعارة « الـرجل الشجاع ليس بأسد » ، وهنا كذلك انه يصدق أنه ليس بماء .

الثاني ـ لا يتناوله الاسم باطلاقه، فانه اذا قال « اسقني ماء » فانه لا يحمل الا على المطلق .

قوله : وكله طاهر لكن لا يرفع حدثاً

وفي طهارة محل الخبث بـه قولان ، أصحهما : المنع ، وينجس بالملاقاة وان كثر .

قـال في الشرائع اجماعاً[1]، واعترضه العلامة بأن الصدوق يجوز ذلك . أجيب : بأن المخالف معلوم العين والنسب فلا يقدح . هذا مع أنه لم يجوز ذلك مطلقاً بل بماء الورد خاصة في السفر عند عدم المطلق .

قوله : وفي طهارة محل الخبث به قولان

قال السيد يرفع الخبث ، وقال الحسن يرفعه عند عدم المطلق ، والاكثر على خلاف ذلك ، لوجوه :

الاول ـ ان النجاسة متيقنة، فلاتزول الابما يتيقن معه الزوال، وهو المطلق.

الثاني ـ ان المضاف ينجس بملاقاة النجاسة ، والنجس لا يزيل النجاسة. ترك العمل بهذا في المطلق للاجماع والضرورة ، فيبقى الاول على حاله .

الثالث ـ ما احتج به العلامة ، وهو أنه تعالى خصص التطهير بالمطلق في معرض الامتنان في قوله «وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به»[2]، ولوحصل بغيره لكان الامتنان بالاعم أولى .

وفيه نظر ، اذ يكفي في صدق الامتنان كونه رافعاً للحدث . نعم لو قلنا ان المضاف يرفع الحدث والخبث تم دليله، لكن الفرض أنه يرفع الخبث لاغير.

احتج المرتضى بأن القصد زوال العين وقد حصل ، وباطلاق « وثيابك فطهر »[3].

---

١) الشرائع ص ٣ .

٢) سورة الانفال : ١١ .

٣) سورة المدثر : ٤ .

وكل ما يمازج المطلق ولم يسلبه الاطلاق لايخرج عن افادة التطهير وان غير أحد أوصافه .

ومايرفع به الحدث الاصغر طاهر ومطهر ، ومايرفع به الحدث الاكبر طاهر .

وأجيب : عن الاول بالمنع من أن ذلك هو القصد ، بل الازالة بطاهر والمضاف ينجس بالملاقاة. وعن الثاني بأنه مصادرة، لان كون المضاف مطهراً محل النزاع .

قوله : وكل ما يمازج المطلق ولم يسلبه الاطلاق لايخرجه عن افادة التطهير

هذا اشارة الى الموضع الرابع ، أعني ما يخرجه عن حقيقته . وكلام المصنف فيه ظاهر ، وتقديره أنه اذا خالطه شيء كالدقيق والزعفران مثلا ان كان بعد المخالطة يصدق اسم الاطلاق عليه فهو باق على حقيقته والا فلا، سواء كان ذلك الخليط منه بد كما قلنا في الدقيق والزعفران أو ليس منه بد كالطحلب [1] والتراب . أما لو خالطه موافق في الصفات كماء الورد عديم اللون والرائحة فقال الشيخ يعتبر في جواز التطهير به الاكثر منهما ، فان تساويا جاز استعماله.

وقال القاضي بالمنع مطلقاً أخذاً بالاصل والاحتياط .

واحتمل العلامة تقدير المخالفة كالحكومة في الحر ، فحينئذ يعتبر الوسط في المخالفة، فلايعتبر في الطعم حدة الخل ولافي الرائحة ذكاء المسك[2]. وينبغي اعتبار صفات الماء في العذوبة والرقة والصفاء وأضدادها ، فان بقي الاسم مع

---

١) الطحلب بضم الطاء واللام وفتحها كقنفذ وكزبرج : خضرة تعلو الماء .

٢) مسك ذكى : ساطع ريحه .

المخالفة فهو طهور والا فلا ، أو بتقدير قلة الا جزاء ، فان بقي الاسم مع القلة فطهور والا فلا .

قوله : وفي رفع الحدث به ثانياً قولان المروى المنع

هذا اشارة الى الموضع السادس ، وهو ما يخرجه عن الطهورية . واتفق الكل على أن ذلك هو استعماله . والمراد حينئذ بالماء المستعمل هو ماء قليل استعمل في طهارة مبيحة لعبادة .

فهنا فوائد :

(الاولى) انه طاهر باجماع علمائنا ومطهر من الخبث اجماعاً منهم أيضاً . وهل يطهر من الحدث ؟ أما المستعمل في الاصغر[1] فمطهر أيضاً اجماعاً ، وأما في الاكبر :

فقال المرتضى وابن ادريس والعلامة نعم ، لانه يمنع التيمم مع وجوده فيجب استعماله : أما الثانية فظاهرة ، وأما الاولى فلقوله تعالى « فلم تجدوا ماءاً فتيمموا »[2] علق التيمم على مطلق الماء الشامل للمستعمل وغيره ، فلو كان المستعمل غير مطهر لكان قد أخذ غير السبب مكانه .

وقال الشيخان وجماعة لا ، لانه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن اغتسال الجنب في الماء الراكد[3] . فأما لسلب الطهورية أو الطهارة وأيما كان فالمدعى

---

١) المراد من الاصغر الوضوء ومن الاكبر الغسل .

٢) سورة النساء : ٤٣ ، سورة المائدة : ٦ .

٣) قال الشيخ فى التهذيب ١ / ١٤٩ : ثم قال أيده الله ـ أى الشيخ المفيد ـ « ولا ينبغى له أن يرتمس فى الماء الراكد فانه ان كان قليلا أفسده » فالوجه فيه أن الجنب حكمه حكم النجس الى أن يغتسل ، فمتى لاقى الماء الذى يصح فيه قبول النجاسة فسد .

ثابت، ولان الصحابة في اعواز الماء لم يجمعوه لطهارة أخرى، ولرواية عبدالله ابن سنان عن الصادق عليه السلام: الماء الذي يغسل به الثوب أو يغتسل به الرجل من الجنابة لا يجوز أن يتوضأ منه[1].

والجواب عن الاول بحمل النهي على الكراهية، وعن الثاني ان عدم النقل لا يدل على العدم، وعن الثالث بالضعف فان في طريقها ابن فضال وأحمد بن هلال والاول واقفي والثاني غال ملعون، وبتقدير تسليمها معارضة بـرواية ابن مسكان[2] وغيرها.

(الثانية) ظهر من تعريف المستعمل أنه يدخل فيه وضوء غسل الحيض قبل أو بعد، ووضوء غسل الاستحاضة، وغسل مس الميت، وماء غسل الصبي المميز لو مس ميتاً. ويخرج منه وضوء جلوس الحائظ، والمستعمل في غسل أو وضوء مندوبين أو الغسلات المندوبة.

(الثالثة) قال العلامة: يصير مستعملا بنية اباحة عبادة كما قلنا.

وقال الشيخ: اما هذا أو ارتماس الجنب في البئر وان لم يكن بنية. وهو حكم مختص بالبئر، فلو ارتمس في قليل ولم ينو لم يثبت له ذلك الحكم.

(الرابعة) هل يعود الى الطهورية بصيرورته كراً اما بالالقاء أو التميم؟ قيل نعم، وهو الاصح. وتردد فيه الشيخ في الخلاف[3].

---

١) التهذيب ١/٢٢١.

٢) الكافي ٣/٤، التهذيب ١/١٤٩.

٣) الخلاف ١/٤٢، قال فيه: متى بلغ الماء المستعمل في غسل الجنابة كراً انه لا يجوز استعماله، لانه ثبت فيه المنع من استعماله قبل أن يبلغ كراً فاذا بلغ كراً يحتاج الى دليل في جواز استعماله، ويمكن ان يقال: اذا بلغ كراً جاز استعماله، لظاهر الايات والاخبار المتناولة لطهارة الماء، وما نقص عنه أخرجناه بدليل، ولقولهم عليهم السلام «اذا بلغ الماء كراً لم يحمل خبثاً».

وفيما يزال به الخبث اذا لـم تغيره النجاسة قولان ، أشبههما التنجس عدا ماء الاستنجاء .

ولا يغتسل بغسالة الحمام الا أن يعلم خلوها من النجاسة .

وتكره الطهارة بماء أسخن بالشمس في الانية ، وبماء أسخن بالنار في غسل الاموات .

(الخامسة) لايثبت له حكم الاستعمال حتى ينفصل عن البدن، وقال الشيخ يثبت له بمجرد استقراره على العضو ، فلو صرف الماء الذي على العضو الى لمعة لم يصبها غسل الجنابة صح عندنا لا عند الشيخ .

(السادسة) قول المصنف «فالمروي المنع» انانحصرت الروايات في المنع فالعبادة سديدة والا فلا ، اذ يلزم منه كون المبتدأ أعم من خبره وحمل الخاص على العام .

قوله : وفيما يزال بـه الخبث اذا لم تغيره النجاسة قولان اشبههما التنجيس

قـال في المبسوط هو نجس ، وقال في الخلاف بنجاسة الاولى وطهارة الثانية، وقال المرتضى اذا ورد الماء على النجاسة فهو طاهر، واذا وردت عليه لم يكن طاهراً .

والاولى تنجيسه لانه ماء قليل لاقى نجاسة فينجس هذا في الغسلة الواجبة اما المندوبة للاحتياط فان ماءها طاهر لملاقاته لمحل حكم بطهارته قبلها .

قوله : عدا ماء الاستنجاء

فرواية عبدالكريم بن عتبة الهاشمي عن الصادق عليه السلام[1].

---

١) الوسائل ١/١٦١ .

وشرط الفقهاء شروطاً: « ١ » عدم تغيره بالنجاسة ، «٢» عدم ملاقاة نجاسة بعدانفصاله، «٣» عدم تعدي المحل عند السعيد. وهو أحوط، اقتصاراً بالرخصة على محلها .

قوله : واما الاسآر فكلها طاهرة عدا [سؤر] الكلب والخنزير والكافر

الكافرقسمان[١]: حربي ولا خلاف في نجاسته، وملي واتفق الاصحاب على نجاسته الا المفيد في « العزية »[٢]فانه جعله مكروهاً وروايانا بخلافه .

وأما فرق المسلمين فقال ابن ادريس بنجاسة غير المؤمن والمستضعف ، وقال المصنف بطهارتهم الا الخوارج[٣] والغلاة ، وأضاف الشيخ المجبرة[٤] والمجسمة[٥].

احتج المصنف بعدم اجتناب النبي صلى الله عليه وآله وسلم أسآر المنافقين وكذا لم يجتنب علي عليه السلام بعد أسآر من خالفه ، ولا يحمل على التقية

---

١) الكافر على قسمين أصلى وهو من كان أبواه كافرين ، ومرتد وهو من كان ارتد من الاسلام الى الكفر. وهو أيضاً على قسمين: فطرى ، وملى . والكافر الحربى وهو غيرالذمى الذى هو فى ضمان المسلمين وعهدهم .

٢) العزية بتقديم العين المهملة على الزاى المعجمة المشددة، ذكره النجاشى: ٢٨٧ بعنوان « الرسالة العزية » . وما ضبطه بعض بالغين المعجمة والراء المهملة اشتباه منه .

٣) هم الذين خرجوا على على عليه السلام امام الحق. والغلاة جمع الغالى وهوالذى يقول فى أهل البيت عليهم السلام مالا يقولون فى أنفسهم، كمن يدعى فيهم الالوهية والنبوة.

٤) المجبرة الذين قالوا ليس لنا صنع ونحن مجبرون يحدث الله لنا الفعل عند الفعل وانما الافعال منسوبة الى الناس على المجاز لاعلى الحقيقة .

٥) المجسمة هم الـذين يقولون ان الله تعالى هو جسم . ذكر السيد بعض سخائفهم وأباطيلهم فى الطرائف.

الا مع الدلالة .

قوله : وفي سؤر مالا يؤكل لحمه قولان

القول بالنجاسة للشيخ في التهذيب والاستبصار[1]، وكذا قال في المبسوط الا أنه استثنى الطير والبهائم الوحشية ومالا يمكن التحرز عنه من الانسية كالهرة والفارة والحية ، وجعل سؤر ما يكره لحمه مكروهاً .

وقال في النهاية[2] والمرتضى في الانتصار بالطهارة ، وهو اختيار المصنف والعلامة لاصالة الطهارة ولرواية أبي الفضل العباس قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن فضل الهرة والشاة والبقرة والابل والحمار والخيل والبغال والوحش والسباع فلم أترك شيئاً الا سألته عنه . فقال : لا بأس، حتى انتهيت الى الكلب فقال : رجس نجس لا تتوضأ بفضله واصبب ذلك الماء واغسله بالتراب أول مرة ثم بالماء[3].

قوله : وكذا في سؤر المسوخ ٤)

القول بنجاستها للشيخ فكذا سؤرها، وحكاه المصنف عن بعض الاصحاب وقال ابن ادريس بالطهارة . وهو الحق للرواية المتقدمة .

---

١) التهذيب ١/٢٢٤ ، الاستبصار : في باب سؤر ما يؤكل لحمه ومالا يؤكل .

٢) النهاية : ٥ .

٣) التهذيب ١/٢٢٥ .

٤) المسخ تحويل صورة الى ما هو أقبح منها ، وجمعه المسوخ . وهي على ما في الروايات : القرد والخنزير والكلب والفيل والذئب والفارة والضب والارنب والطاوس والدعموس والجرى والسرطان والسلحفاة والوطواط والعنقاء والثعلب والدب واليربوع والقنفذ . قيل ان المسوخ لم تبق بعد مسخها الا ثلاثة أيام ثم ماتت ولم تتوالد ، وهذه الحيوانات على صورها ، سميت مسوخاً على الاستعارة . والله تعالى أعلم بحقائق الامور .

وكذا ما أكل الجيف مع خلو موضع الملاقاة من عين النجاسة ، والطهارة في الكل أظهر .

وفي نجاسة الماء بما لا يدركه الطرف من الدم قولان ، أحوطهما: النجاسة .

قوله : وكذا ما أكل الجيف

ظاهر كلامه أن فيه خلافاً، ولم نظفر به. نعم قيل ان المرتضى يقول بكراهته.

وفي قوله «مع خلو موضع الملاقاة من عين النجاسة» فائدة، هي أنه يكفي في طهارة فمه أو عضو منه زوال العين وان لم يرد عليه ماء مطهر .

قوله: وفي نجاسة الماء بما لا يدركه الطرف من الدم قولان أحوطهما النجاسة

قال الشيخ في المبسوط بطهارته ، لرواية علي بن جعفر عن أخيه الكاظم عليه السلام قال : سألته عن رجل رعف فامتخط[1] فصار بعض ذلك الدم قطعاً صغاراً فأصاب اناه هل يصلح له الوضوء منه ؟ فقال : ان لم يستبن في الماء فلا بأس ، وان كان شيئاً مبيناً فلا يتوضأ منه[2].

وعلي بن جعفر كان فقيهاً عالماً ، فلو لم يكن أصاب الماء لما اشتبه عليه الحكم ، فدل قوله « أصاب اناه » على اصابة الماء .

وقال باقي الاصحاب بالنجاسة ، لانه قليل لاقى نجاسة فتنجس . والرواية لادلالة فيها، لاحتمال اصابة الاناء ولم يصب الماء احتمالا راجحاً لكون الاناء

---

١) امتخط : أخرج مخاطه من أنفه .

٢) الكافي ٣ / ٧٤ ، التهذيب ١ / ٤١٢ ، وفيهما : فقال : ان لم يكن شيء يستبين في الماء فلا بأس ، وان كان شيئاً بيناً فلا يتوضأ منه .

ولو نجس أحد الاناءين ولم يتعين اجتنب ماءهما .

وكل ماء حكم بنجاسته لم يجز استعماله ، ولواضطر معه الى الطهارة تيمم .

مجاوراً للماء ، ويكون المراد في الرواية ان لـم يتحقق اصابة الماء يبني على أصالة الطهارة أو أصالة عدم الاصابة . وكونه فقيهاً غير مانع من سؤاله ، فان لسؤاله فائدة ، وهي أنه لا يكفي في الحكم بالنجاسة الظن بل اليقين ، لما هو رأي ابن ادريس، فان بين تيقن اصابته الماء وعدم تيقن اصابته واسطة هي ظن اصابته وهو محل السؤال ، فينفي عليه السلام الحكم بالنجاسة حينئذ .

قوله : ولو نجس أحد الانائين ولم يتعين اجتنب ماءهما

عندنا ضابط، وهوأنه كلما اشتبه محرم بمحلل وجب اجتنابهما مع الحصر لان اجتناب الحرام واجب ولايتم الاباجتنابهما، ولقوله عليه السلام : مااجتمع الحرام والحلال الاغلب الحرام الحلال[1]. كما لو اشتبهت الاجنبية بالزوجة ، واللحم المذكى بالميتة ، ومنه الماء النجس بالماء الطاهر ، اذ النجس يحرم استعماله والطاهر يحل .

قوله : ولو اضطر معه الى الطهارة تيمم

هل يفتقر الى الاراقة ؟

قال الشيخ نعم، والالكان مستعملا للتراب مع وجود الماء المطلق الطاهر.

قلنا : ذلك غير كاف ، بل مع عـدم المنع منه شرعاً ، فالفرض حصول المنع ،كما يمنع مـن المغصوب ويباح التيمم معه ، بـل ربما حرمت الاراقة لمكان الضرورة الى شربه مع العطش الشديد .

---

١) البحار ٢/٢٧٢ نقلا عن الغوالى .

الركن الثاني ـ في الطهارة المائية ، وهي وضوء وغسل .

الوضوء

فالوضوء يستدعي بيان أمور :

قوله : الركن الثاني في الطهارة المائية وهي وضوء وغسل

هذا تقسيم للطهارة الى أقسامها ، وتقديره ان الطهارة الشرعية لابد لها من مطهر شرعي ، وهو اما الماء أو التراب ، لقول الصادق عليه السلام : انما هو الماء والصعيد[1]، وانما للحصر . والثاني هـو التيمم وسيأتي ، والاول شامل للبدن وهو الغسل أو للبعض وهو الوضوء .

والوضوء مشتق من الوضاءة وهو الحسن والنظافة ، تقول فيه « وضوء[2] الرجل » أي صار وضيئاً ، وتوضأت للصلاة ولا تقل توضيت . وبعضهم يقوله. والوضوء بالفتح الماء الذي يتوضأ به ويقال أيضاً للمصدر من توضأت للصلاة مثل الولوغ والقبول. وقال اليزيدى: الوضوء بالضم المصدر وبه قال الاخفش ثم قال : زعموا أنهما لغتان .

والغسل بالضم اسم لافاضة الماء على جميع البدن، وتسكن السين وتضم وبالفتح المصدر ، وبالكسر ما يغتسل به كالخطمي وشبهه .

وهنا فائدة، وهي: ان الطهارة هل هي مقولة على الثلاثة بالاشتراك اللفظي أو المعنوي ؟ المفهوم من كلام الشيخ وغيره من المحققين هـو الثاني ، فعلى

---

١) التهذيب ١ / ١٨٨ .

٢) وضوء يوضؤ بضم العين وضاءة: صار وضيئاً أى صار نظيفاً وحسناً. قال الاصمعى: قلت لابى عمرو : ما « الوضوء » بفتح الواو ؟ فقال : الماء الذى يتوضأ بـه . قلت : فما « الوضوء » بضم الواو؟ قال: لا أعرفه . وعن أبى عبيد: لا يجوز الوضوء ـ بالضم ـ انما هو الوضوء ـ بالفتح ـ .

(الاول) في موجباته . وهي خروج البول والغائط والريح من الموضع المعتاد ،

ذلك هل هي مقولة بالتشكيك أوبالحقيقة على الاولين بالتواطي وعلى الثالث بالمجاز ؟ الاولى التشكيك، فلو نذر الطهارة اختص بالمائية على الثاني صرفاً للفظ الى حقيقته ، ويكون مخيراً بين الوضوء والغسل ، وعلى الاول يكفي التيمم مع عدم الماء بناء على أصالة عدم وجوب الزائد عن مسمى الواجب .

ويحتمل وجوب الغسل ليقين البراءة معه وعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم: اذا أمرتكم بأمر فأتوا منه بما استطعتم[1]. والاعلى[2] هنا مستطاع فيجب.

وكذا على الاشتراك اللفظي يحتمل الامران التيمم أو الغسل .

قوله : الاول فى موجباته

استعمال لفظ « الموجبات » هنا مجاز ، لان الموجب للوضوء الصلاة والطواف وغيرهما لا هذه المذكورات ، بل هي معدات أو شروط ، ولذلك عدل بعض الاصحاب الى لفظ «الاسباب» وقال في أسبابه ، فان السبب قد يكون تاماً وقد يكون ناقصاً . وعبارة الشيخ هنا بالنواقض أحسن العبارات .

قوله: من الموضع المعتاد

هذا شامل لامرين : « ١ » ما هو معتاد بحسب الطبيعة كما هو معلوم لكل أحد ، « ٢ » ما اتفق حصوله ثم صار معتاداً .

فان الكل منهما اذا خرجت منه الفضلة نقضت، سواء كان من فوق المعدة أولا ، وسواء كان من جرح أو غيره ، لشمول النص لذلك كله .

---

١) سنن ابن ماجة ١/ ٣ ، وفيه : فاذا أمرتكم بشيء فخذوا منه ما استطعتم .

٢) المراد من « الاعلى » الغسل ، فهو مستطاع فيجب .

ويرجع في العادة الى العرف، وقيل يحصل بمرتين، وقيل بثلاث. والحق الاول .

قوله : والنوم الغالب على الحاستين

الحاستان هما السمع والبصر، وقيده بذلك احترازاً من السنة، فانه لا يحصل معها ذلك .

واتفق الاصحاب على كون النوم ناقضاً، لقول الصادق عليه السلام: لا ينقض الوضوء الا حدث والنوم حدث[1]. وغير ذلك من الروايات .

نعم قال الصدوق : الرجل يرقد قاعداً لا وضوء عليه[2]. وانعقد الاجماع بعده على خلافه ، فانه ناقض في جميع الحالات .

وهنا فوائد :

(الاولى) النوم عندنا ناقض لكونه مظنة له، فلو أخبره معصوم بعدم خروج الحدث منه حالة النوم لم ينتقض وضوؤه على القول بالمظنة .

(الثانية) السكر والجنون والاغماء وأشباهها من المغيبات للتعقل نواقض بطريق الاولى ، فهو من باب التنبيه، اذ الذهول مع هذه أبلغ ، فكان الايجاب عندها أولى .

(الثالثة) النوم والسكر مغطيان للعقل اجماعاً، والجنون مزيل اجماعاً. وهل الاغماء مزيل؟ قيل لا، والحق كونه مزيلا، لعدم جوازه على الانبياء عليهم السلام مع النوم عليهم ، فالفرق حينئذ بينه وبين الجنون أنه يستلزم تعطيل الحواس

---

١) التهذيب ١/ ٦ .

٢) الفقيه ١/ ٣٨ .

والاستحاضة القليلة .

وفي مس باطن الدبر وباطن الاحليل قولان ، أظهرهما أنه لا ينقض .

(الثاني) في آداب الخلوة :

والواجب ستر العورة .

والجنون لا يستلزمه .

قوله : والاستحاضة القليلة

وانما قيدهـا بالقلة وان كان كل أقسامها يوجب الوضوء لان المراد هنا ما يوجب الوضوء وحده وذلك هو القليلة لا غير .

قوله : وفى مس باطن الدبر وباطن الاحليل قولان أظهرهما انه لا ينقض

الاحليل هـو الثقب دون سائر العضو . والقول بالنقض بالمس المذكور للصدوق[1]، وباقي الاصحاب على خلافه، والمستند قول الباقر والصادق عليهما السلام: لا ينقض الوضوء الا ماخرج من اسفليك اللذين أنعم الله بهما عليك[2].

[والنوم] والمس المذكور وغيره مماقيل بنقضه لايتناوله النص المذكور فلا نقض لاصالة العدم .

قوله : الثانى [فى]آداب الخلوة والواجب ستر العورة

---

١) قال فى الفقيه ١/ ٣٩ : واذا مس الرجل باطن دبره أو باطن احليله فعليه أن يعيد الوضوء ، وان كان فى الصلاة قطع الصلاة وتوضأ واعاد الصلاة ، وان فتح احليله أعاد الوضوء والصلاة . التهذيب ١/ ٣٤٨ .

٢) التهذيب ١/ ١٥ ، الفقيه ١/ ٣٧ .

أي عن من يراه لامطلقاً ، خلافاً لابن الجنيد فانه أوجب الستر مطلقاً . والمشهور الاول .

ولو قال ويجب ستر العورة لكان أولى ، والا لكان المبتدأ اعم من خبره . ولو قدر لفظ « فيها » لم يزل الايراد ، اذ يجب فيه غير ذلك من الانحراف عن القبلة وازالة الخبث .

قوله: ويحرم استقبال القبلة واستدبارها ولو كان في الابنية على الاشبه

هذا قول الشيخ والقاضي وابن ادريس ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم لعلي عليه السلام كما رواه علي: اذا دخلت المخرج فلا تستقبل القبلة ولا تستدبرها ولكن شرقوا أو غربوا[1].

والاصل في النهي التحريم ، ولانه مناسب لتعظيم الجهة ، وهو أعم من أن يكون في البنيان أو الصحاري ، لقوله عليه السلام : اذا ذهب أحدكم الى الغائط فلا يستقبل القبلة ولا يستدبرها بغائط ولا بول[2].

وقال ابن الجنيد بالكراهة مطلقاً ، والمفيد بالكراهة في الصحاري خاصة دون الابنية، لرواية ابن بزيع ان الرضا عليه السلام كان له كنيف مستقبل القبلة[3].

والجواب : أنه يجوز انحرافه بفرجه ، اذ المقابلة بالفرج هي المحرمة لا بالوجه والبدن، فلو ميل فرجه وبال لم يكن فاعلا حراماً. وقال سلار بالتحريم في الصحاري والكراهة في البنيان .

---

١) التهذيب ١/ ٢٥، الاستبصار في باب استقبال القبلة واستدبارها عند البول والغائط.

٢) لم أعثر على رواية بهذه العبارة، وفي معناها روايات وردت عن المعصومين عليهم السلام . راجع التهذيب ١/ ٢٦ و٣٥٢ ، الكافي ٣/ ١٥ ، الوسائل ١/ ٢١٢ .

٣) التهذيب ١/ ٢٦ ، ٣٥٢ .

ويجب غسل مخرج البول ويتعين الماء لازالته ، وأقل مايجزىء مثلا ما على الحشفة ، وغسل موضع الغائط بالماء ، وحده الانقاء فان لم يتعد المخرج تخير بين الاحجار والماء .

قوله: ويجب غسل مخرج البول ويتعين الماء لازالته وأقل مايجزى مثلا ما على الحشفة

هنا فوائد :

(الاولى) انه يجب غسل مخرج البول، لما ورد عنهم عليهم السلام ان أكثر عذاب القبر من رشاش البول .

(الثانية) تعين الماء لازالته، وذلك اجماعاً منا، ولقول الصادق عليه السلام: كان بنو اسرائيل اذا أصاب أحدهم قطرة بول قرضوا لحومهم بالمقاريض وقد وسع الله عليكم بأوسع مابين السماء والارض وجعل لكم الماء طهوراً فانظروا كيف تكونون[1].

(الثالثة) قال الشيخان[2] أقل المجزي مثلا ماعلى الحشفة، وقال التقي ماأزال العين ولم يقدره بقدر . والاول أولى ، لانه أحوط ، لان أحدهما لازالة العين والاخر للتطهير .

قوله: وغسل مخرج الغائط بالماء وحده الانقاء فان لم يتعد المخرج تخير بين الاحجار والماء

هنا فوائد :

(الاولى) هذا الفعل وماقبله يسمى استنجاء، أى استفعال من النجوة، وهو

---

١) التهذيب ١/ ٣٥٦ .

٢) المقنعة : ٤ ، النهاية : ١١ .

ولا يجزىء أقل من ثلاثة ولو نقى بما دونها .

ويستعمل الخزف بدل الاحجار .

ولا يستعمل العظم ولا الروث ولا الحجر المستعمل .

وسننها: تغطية الرأس عند الدخول . والتسمية. وتقديم الرجل اليسرى والاستبراء . والدعاء عند الدخول ، وعند النظر الى الماء وعند الاستنجاء وعند الفراغ . والجمع بين الاحجار والماء ، والاقتصار على الماء ان لم يتعد . وتقديم اليمنى عند الخروج .

(مكروهاتها) : ويكره الجلوس في الشوارع والمشارع ومواضع اللعن وتحت الاشجار المثمرة وفيء النزال ، واستقبال الشمس والقمر ، والبول في الارض الصلبة ، وفي مواطن الهوام ، وفي الماء جارياً وراكداً ، واستقبال الريح به ، والاكل والشرب والسواك ، والاستنجاء باليمين ، وباليسار وفيها خاتم عليه اسم الله تعالى ، والكلام الا بذكر الله أو لضرورة .

(الثالث) : في الكيفية .

ما ارتفع من الارض ، وأصله للسباع لانها تقصد النجوات عند الحاجة. وقيل من نجوت الشجرة اذا قطعتها ، لانه يقطع الاذى عن نفسه ويسمى « استطابة » لانها تطيب الجسد بازالة الخبث[1].

(الثانية) الغائط لغة ما انخفض من الارض ، ومنه الحديث، وهو أن رجلا

---

١) قال فى اللسان: والنجو ما يخرج من البطن من ريح وغائط، والاستنجاء الاغتسال بالماء من النجو والتمسح بالحجارة منه .

قال: يا رسول الله قل لاهل الغائط يحسنوا مخالطتي[1]. أراد أهل الوادي الذي كان منزله . ويسمى الحدث المعلوم غائطاً باسم ماكان يفعل فيه، لان الرجل من العرب كان اذا أراد الحاجة قصد الغائط[2]، ولذلك قال تعالى «أوجاء أحد منكم من الغائط»[3].

(الثالثة) الغسل هنا يختلف باعتبار الخارج، وذلك لانه اماأن يتعدى المحل أولا ، فان كان الاول تعين الماء فيه ولا يجزي غيره، لما قام الدليل من انحصار المطهر في الماء خرج منه ما خرج ، فيبقى الباقي على أصله . وان كان الثاني تخير بينه وبين ثلاثة أحجار امابالفعل أو بالقوة وماشابهها، وهو كل جسم جامد طاهر خشن غير محترم ولا مطعوم ولا عظم ولا روث .

(الرابعة) يجب في الماء الاجتهاد بازالة العين والاثر أي اللون، لانه عرض لا يقوم بنفسه ، فلا بدله من محل جوهري يقوم بـه ، اذ الانتقال على الاعراض محال ، فوجود اللون دليل على وجود العين فتجب ازالته .

ولا يلزم مثل ذلك في الرائحة ، لانها قد تحصل بتكيف الهواء، فوجودها لا يستلزم وجود العين .

وأما الاحجار وشبهها فلا يجب فيها ازالة الاثر لعسره .

(الخامسة) لواستعمل الحجر الممنوع من استعماله فان كان لنجاسته فلايجزي

---

١) راجع النهاية فى اللغة لابن الاثير ٣/٣٩٦ ، لسان العرب ٧/٣٦٥ .

٢) فى المصباح : الغائط المطمئن الواسع مـن الارض ، والجمع غيطان وأغواط وغواط ، ثم أطلق الغائط على الخارج المستقذر من الانسان كراهة لتسميته باسمه الخاص لانهم كانوا يقضون حوائجهم فى المواضع المطمئنة ، فهو من مجاز المجاورة، ثم توسعوا فيه حتى اشتقوا منه وقالوا : تغوط الانسان .

٣) سورة النساء : ٤٣ ، سورة المائدة : ٦ .

والفروض سبعة :

الاول : النية مقارنة لغسل الوجه ،

بل يجب تطهير المحل بالماء سواء كان نجساً بالغائط أو بغيره، وان كان لا لنجاسته فان لم تزل العين معه فلابد من غيره لازالتها ، وان زالت العين معه فالاصح الاجزاء لعدم استلزام النهي الفساد في غير العبادة، وهذا ليس عبادة والا لاشترطت فيه النية . وقال الشيخ[1] بعدم الاجزاء ، وليس بشيء .

قوله : والفروض سبعة [الاول] النية مقارنة لغسل الوجه

تنقيح البحث هنا بفوائد :

(الاولى) المراد من قولنا « النية واجبة في الوضوء » بمعنى الشرط ، أي لا يقع ولا يصح بدونها ، وسيأتي دليله .

(الثانية) النية لغة، قال الجوهري نويت نية ونواة أي عرفت[2] وعزمت على كذا عزماً وعزماً بالضم وعزيمة وعزيماً اذا أردت فعله وقطعت عليه .

واصطلاحاً اما عند المتكلمين فارادة من الفاعل للفعل مقارنة له، وزاد بعضهم قيد الحدوث فقال ارادة حادثة ، لتخرج ارادة الله فانه لا يصدق على ارادة الله تعالى أنها نية ، فيقال اراد الله ولا يقال نوى الله .

ولا حاجة الى ذلك : أما أولا ـ فلخروج ارادته تعالى بقيد المقارنة ، لان ارادة الله ليست مقارنة للفعل عند المتكلم ، أما عند القائل بقدمها فظاهر وأما

---

١) النهاية : ١٠ .

٢) ليس « عرفت » في لسان العرب حيث يذكر قول الجوهري ، وفيه : نويت نية ونواة أي عزمت . والظاهر ان « عرفت » مصحف «عزمت» . في المصباح: عزم على الشيء وعزمه عزماً من باب ضرب: عقد ضميره على فعله، وعزم عزيمة وعزمة: اجتهد وجد في أمره .

القائل بحدوثها كالسيد المرتضى رحمه الله فيقول: لايصدق على ارادة الله تعالى أنه نية بالاجماع .

وفرقوا بين النية والعزم ان العزم لابد وأن يكون مسبوقاً بتردد بخلاف النية فانه لايشترط فيها ذلك، فظهر حينئذ ان الارادة اما بعد تردد فذلك عزم أولا بعد تردد فاما مقارنة فتلك نية أو متقدمة فتلك ارادة بقول مطلق .

وأما عند الفقهاء فهي : ارادة مقارنة للفعل على الوجه المطلوب شرعاً .

وقلنا « المطلوب » ولم نقل «المأمور» ليشمل الواجب والندب، فان الامر عند المحققين للوجوب ، فالمأمور لا يكون الا واجباً .

وعرفها المصنف في الشرائع [1] بأنها ارادة تفعل بالقلب .

وأورد عليه العلامة لزوم التكرار ، فان الارادة لا تكون الا بالقلب .

أجيب: بأنه احتراز عن اللغوية، أو عن ارادته تعالى ، أو اشارة الى أنها ليست باللسان .

ونبه على مقدمتي دليلها بأنها ارادة ، وكل ارادة فانها تفعل بالقلب .

(الثالثة) لاخلاف في اشتراطها في الترابية، وأما المائية فلم يوجبها أبوحنيفة فيها ، لان الماء مطهر بنفسه فلا حاجة معه الى النية . وبسطه في المطولات .

واتفق أصحابنا على اشتراطها في الثلاثة وان لم يوجد لهم نص صريح بذلك ، واستدلوا على وجوبها في الوضوء بأنه عمل وكل عمل لابد له من نية أما الصغرى فظاهرة، والاستدلال بأنه نور وكل نور عمل، أما الصغرى فلقوله عليه السلام : وضوء على وضوء نور على نور [2] . وأما الكبرى فلقوله تعالى

---

١) الشرائع ١/٥ قال في المسالك ١/٥ : احترز بفعل القلب عن ارادة الله تعالى أو أراد به بيان الماهية ، كـ«طائر يطير بجناحيه» اذ ارادة العبادة لا تفعل الا به .

٢) الفقيه ١/٢٦ .

«نورهم يسعى بين أيديهم»[1] أي عملهم منظور فيه ، اذ النور هنا مجاز مع منع كلية الكبرى ان أريد الحقيقة ، فالاولى ما قلناه . وأما الكبرى فلوجوه :

« ١ » ان حصول الفعل مشروط بالارادة ، لتساوي نسبة القدرة الى الفعل والترك ، فلابد من مخصص وهو الارادة .

« ٢ » لطمة اليتيم ظلماً وتأديباً واحدة ، والمميز بينهما ليس الا النية ، لان نفس صدور الفعل لا يوجب الطاعة ، لانه أعم لوجوده في صورة الرياء ، ولا دلالة للعام على الخاص .

«٣» قوله صلى الله عليه وآله وسلم «انما الاعمال بالنيات»[2] وانما للحصر وكذا قوله عليه السلام « وانما لكل امرىء ما نوى »[3].

« ٤ » اختلف في كيفيتها ، فقال الشيخ نية القربة كافية[4] فيقول «أتوضأ قربة الى الله» لقوله تعالى « وما أمروا الا ليعبدوا الله مخلصين »[5]، وهومعنى القربة. فالزائد ان كان اخلاصاً كان تقريراً أو تأكيداً لا زيادة، وان لم يكن اخلاصاً كان مبائناً فيكون نسخاً .

أجيب : بأن الزائد فيه اخلاص فلا يكون منافياً .

وقال المصنف : لابد مع القربة من الوجوب أو الندب ، لان النية ارادة الفعل على الوجه المطلوب ، ووجه الفعل هو الوجوب أو الندب .

---

١) سورة التحريم : ٨ .

٢) التهذيب ١/٨٣ ، ٤/١٨٦ .

٣) التهذيب ٤/١٨٦ .

٤) قال فى النهاية ص ١٥ : ومتى نوى الانسان بالطهارة القربة جاز أن يدخل بها فى صلوات النوافل والفرائض .

٥) سورة البينة : ٥ .

وقال المرتضى: لابد مع ذلك من ذكر الاستباحة، لقوله تعالى « اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا »[1] أي لاجلها، لانه المتعارف من قولهم : اذا لقيت العدو فخذ سلاحك واذا لقيت الامير فخذ أهبتك[2]، أي لاجل لقائهما، فلابد من ارادة أنه للصلاة ، وهو المعني بالاستباحة .

وأيضاً ليتميز عن وضوء ليس كذلك ، كوضوء الجلوس .

وقال التقي: لابد مع ذلك من رفع الحدث اذا لم يكن دائم الحدث ليتميز عما ليس برافع ، كوضوء السلس وشبهه .

وقال العلامة: يكفي أحد الامرين اما رفع الحدث أو الاستباحة ، للتلازم بينهما وقصد الملزوم قصد اللازم .

وتظهر الفائدة في المجدد اذا تيقن ترك عضو من الاولة[3]، فانه يجزي عند الشيخ وعند المرتضى والتقي والعلامة لا يجزى[4]، وفي نية الوجوب وقت الندب أو بالعكس ، ودخول الوقت في أثناء المندوبة فانه يصح مثل ذلك عند الشيخ دون غيره .

قوله : ويجوز تقديمها عند غسل اليدين

للنية ثلاث محال :

---

١) سورة المائدة : ٦ .

٢) الاهبة كغرفة : العدة ، تأهب : استعد ، أخذ لذلك الامر اهبته أى عدته .

٣) فى بعض النسخ : من الاول .

٤) قال فى التذكرة فى بحث واجبات الوضوء : لوأخل بلمعة جاهلا ثم غسلها فى التجديد لم يرتفع حدثه ، لانه أوقع الواجب بنية الندب . وقال : وكذا لو جدد الطهارة ثم ظهر له أنه كان محدثاً .

« ١ » موسع مقيد ، كما أشار اليه المصنف ، أما التوسعة فلجواز التأخير وأما التقييد فلانه عند غسل اليدين المستحب، وانما يكون مستحباً اذا كان عقيب النوم أو البول أو الغائط أو الجنابة ، واراد الوضوء أو الغسل من ماء قليل في اناء يغترف منه بيده ، فان الغسل حينئذ مستحب قبل ادخالهما الاناء .

« ٢ » موسع مطلق ، وهو عند المضمضة والاستنشاق . ولم يذكره أحد من المتقدمين ، وتوقف فيه صاحب[١] البشرى ، وجزم به العلامة في تذكرته[٢] وتابعه المتأخرون .

« ٣ » مضيق مطلق ، وهو عند غسل الوجه .

قوله : واستدامة حكمها حتى الفراغ

فسر الفقهاء الاستدامة في النيات بأمر عدمي، وهو أن لا يأتي المكلف بأمر مبطل اما قلبي لا غير كنية ما ينافي ذلك الوجه الذي نواه ، أو بدني كنية فعل مبطل . وانما فعلوا ذلك لوجوه :

« ١ » ان استدامة عين النية عسر وحرج ، فيكون منفياً للاية[٣].

« ٢ » انه بناء على أصالة بقاء حكم النية وان الباقي مستغن عن المؤثر عند المتكلمين .

---

١) وهو السيد جمال الدين أبو الفضائل أحمد بن موسى بن طاوس الحسنى الحلى المتوفى سنة ٦٧٣ استاد الشيخ تقى الدين الحسن بن على بن داود صاحب الرجال ، واسم الكتاب « بشرى المحققين » أو « المخبتين »، وقال تلميذه ابن داود : انه فى ست مجلدات.

٢) قال فى التذكرة : ووقتها ـ أى النية ـ عند ابتداء غسل الوجه ، ويجوز أن تتقدم عند غسل اليدين المستحب لا قبله ولا بعد الشروع فى الوجه .

٣) سورة الحج : ٧٨ وهى « وما جعل عليكم فى الدين من حرج » .

والثاني: غسل الوجه، وطوله من قصاص شعر الرأس الى الذقن وعرضه ما اشتملت عليه الابهام والوسطى.

« ٣ » ان النية فعل قلبي، وضد الافعال القلبية يجب أن يكون قلبياً لامن أفعال الجوارح، فالمنا في للنية حينئذ نية أخرى تنافيها. وهذا مأخوذ من قول المتكلمين حيث قالوا: ضد الشيء يجب أن يكون من جنسه، فضد الارادة ارادة الضد حينئذ.

قوله: وغسل الوجه

هذا هو الواجب الثاني من واجبات الوضوء. واعلم أن المراد بالوجه هو من مبدأ التسطيح الى مجاور شعر الذقن طولا، لان ميل الرأس الى التدوير، ومن أول الجبهة يأخذ الموضع في التسطيح وتقع به المواجهة. فأما النزعتان ـ وهما البياضان المكتنفان للناصية أعني[1] الجبينين ـ فخارجان عنه لانهما في سمت الناصية وتبين جميعها في حد التدوير، وكذا مخرج موضع الصلع لانه فوق ابتداء التسطيح. ويخرج الصدغان وهما جانبا الاذن متصلان بالعذارين من فوق الاذنين. ولا عبرة بالاغم[2] فيدخل في حد الغسل موضع الغم لانه في تسطيح الجبهة.

وأما حده عرضاً فما دارت الابهام والوسطى عليه، والعذار والبياض المتخلل بينه وبين الاذن خارجان عن حد الوجه، لخروجهما عن المواجهة[3].

---

١) فى ب: أعلى الجبينين.

٢) غم الشخص غمماً من باب تعب: سال شعر رأسه حتى ضاقت جبهته وقفاه، ورجل أغم الوجه والقفا وامرأة غماء.

٣) للشيخ العلم العلام بهاء الدين محمد بن الحسين العاملى تحقيق رشيق فى المبحث ذكره فى شرح الحديث الرابع من « الاربعين » ان شئت الاطلاع عليه راجع هناك.

ولا يجب غسل ما استرسل من اللحية ولا تخليلها .

والثالث : غسل اليدين مع المرفقين مبتدئاً بهما .

قوله : ولا تخليلها

قال ابن الجنيد : اذا خرجت[1] ولـم تكثف فعلى المتوضىء الغسل حتى يصل الماء الى البشرة لانها لم تستر .

واختار العلامة في التذكرة[2] وجوب تخليل الشعر الخفيف، سواء كان الغالب فيه الخفة والكثافة نادرة كما عدا اللحية أولا كاللحية، وأوجب غسل الشعر الساتر ومنبته ، وحكم أن غسل أحدهما لا يجزي عن الاخر .

والحق أن حكم الاول حق، والثاني لا، لان الوجه اسم لما تقع به المواجهة والمواجهة هنا بما تحت الخفيف وظاهر الكثيف لا منبته .

قوله : وغسل اليدين مع المرفقين

اتفق الناس على أنه يجب ادخال المرفقين في الغسل، ثم اختلفوا في طريق وجوبه ، فقيل طريقه قوله تعالى « وأيديكم الى المرافق »[3]، و«الى» هنا بمعنى مع كقوله « من أنصاري الى الله »[4] أي مع الله، وقوله «ولا تأكلوا أموالهم الى أموالكم »[5]، فعلى هذا يجب غسلهما بالاصالة .

---

١) أى اذا خرجت اللحية .

٢) قال فيه: يجب أن يغسل ما تحت الشعور الخفيفة من محل العرض كالعنفقة الخفيفة والاهداب والحاجبين والسبال لانها غير ساترة فلا ينتقل اسم الوجه اليها ، ولو كانت كثيفة لم يجب غسل ما تحتها . الى آخر ما قال .

٣) سورة المائدة : ٦ .

٤) سورة آل عمران : ٥٢ .

٥) سورة النساء : ٢ .

وقيل : طريقه[1] توقف الواجب عليه، وبيانه أن «الى» بمعنى الغاية، كقوله « ثم أتموا الصيام الى الليل »[2]، والغاية تقتضي مخالفة مابعدها لما قبلها اذا كان منفصلا بمفصل محسوس ، وأما مالا فلا ، فيكون وجوب الغاية بالتبعية كما في هذه الصورة ، فانه يجب غسل اليد مطلقاً وهو متوقف على غسل المرفق ، لانه عبارة عن الحد المشترك بين آخر الزند وابتداء الساعد، والحدود المشتركة في المقادير المنفصلة[3] لا يتميز بمفصل محسوس . ولذلك توقف غسل اليد على غسل المرفق ، لان ما يتوقف عليه الواجب المطلق فهو واجب .

وتظهر الفائدة فيما اذا قطعت اليد من المرفق وبقي رأس الساعد ، فعلى الأول يجب غسله لانه وجب مع اليد من غير تلازم ، وعلى الثاني لايجب تبعاً لغسل اليد واذا سقط الاصل سقط تابعه .

قوله : ولو نكس فقولان اشبههما انه لا يجزى

قال الشيخ واكثر الاصحاب بعدم الاجزاء مع النكس في الوجه واليدين ، وهو أحد قولي المرتضى ، لرواية زرارة عن الباقر عليه السلام في حكاية وضوء رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم[4]، فلم ينكس وفعله حجة ، وهو أيضاً بيان للمجمل الواجب فيكون واجباً . ولقول النبي « ص » وقد أكمل وضوءه : هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة الا به[5]، أي بمثله .

---

١) فى بعض النسخ « الطريقة ». والمراد أن وجوب غسلهما طريقة لتحصيل اليقين على غسل ما وجب .

٢) سورة البقرة : ١٧٨ .

٣) فى النسخ الاخرى : المتصلة .

٤) الكافى ٣/ ٢٤ ، التهذيب ١/ ٧٥ ، الفقيه ١/ ٢٤ .

٥) الفقيه ١/ ٢٥ .

وأقل الغسل ما يحصل به مسماه ولو دهناً .

والرابع : مسح مقدم الرأس ببقية البلل بما يسمى مسحاً .

وقيل : أقله ثلاث أصابع مضمومة ، [ولو استقبل فالاشبه الكراهية] .

ويجوز على الشعر أو البشرة ، ولا يجزىء على حائل كالعمامة.

ووجه الدلالة أنه لا يجوز أن يكون قد نكس في غسل العضوين والا لكان النكس واجباً ويكون غيره غير مقبول ولا قائل به، فتعين خلافه وهو المطلوب.

وقال المرتضى في المصباح بكراهة النكس، واختاره ابن ادريس، ولادلالة في «وأيديكم الى المرافق» على واحد من القولين ، لانها اما بمعنى مع وعدم الدلالة حينئذ ظاهر، أو بمعنى الغاية وهي قدتكون للغسل وقد تكون للمغسول وحينئذ يحتمل ارادة الثاني فيكون مجملا حجته ببيانه عليه السلام .

قوله : وأقل الغسل ما يحصل به مسماه ولو دهناً

أقل الغسل أن يجري جزء من الماء على جزئين من البشرة ، اما بنفسه أو باجراء المكلف له، وهو المعني بالدهن، واكثره مايحصل به الاسباغ، فالمكلف مخير حينئذ بينهما .

قوله : ومسح مقدم الرأس

المسح على الرأس واجب بنص الكتاب ، بقي هنا مسائل :

(الاولى) هل يستوعب المسح الرأس أم لا؟ قال مالك نعم لان الباء للالصاق والرأس حقيقة في الكل ، واللفظ اذا أطلق يحمل على حقيقته .

قلنا : الباء للتبعيض ، لان هذا الفعل متعد بنفسه ، والفعل اذا تعدى بنفسه ودخلت الباء عليه أفادته التبعيض ، لما تقرر في الاصول .

(الثانية) هل يتعين موضعه ؟ قال الشافعي لا لكن الأفضل المقدم . وعندنا يتعين المقدم وجوباً لفعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم كما حكاه الصادق[1] عليه السلام لما سئل عن الوضوء فدعا بطشت وابريق وقال: هكذا وضوء رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم . وهو واقع في بيان الواجب فيكون واجباً .

(الثالثة) هل يقدر بقدر أم لا؟ قال أبو حنيفة يقدر بالربع، وقال الشيخ رحمه الله في النهاية وابن بابويه حده ثلاثة أصابع ، وقال باقي الاصحاب ما يصدق عليه الاسم، لان لفظ الشارع يحمل على الحقيقة الشرعية، فان تعذرت فالعرفية فان تعذرت فاللغوية ، والاولى والاخيرة منتفيتان فتعينت العرفية ، وكل مطلق مختلف فيه الافراد يحمل على أقله .

ولقول الباقر عليه السلام: اذا مسحت شيئاً من رأسك أو بشيء من قدميك ما بين كعبيك الى أطراف الاصابع فقد أجزأك[2].

(الرابعة) هل يجزي غيره عنه؟ عندنا لا، وعند الجمهور يجزي الغسل عنه.

(الخامسة) الممسوح به عندنا بقية نداوة الوضوء ، وعند الجمهور بماء مستأنف .

(السادسة) ما يمسح عليه عندنا البشرة أو الشعر المختص ، وعند بعض الجمهور يجوز على الحائل . لنا قوله « وامسحوا برؤسكم »[3].

(السابعة) هل يجوز المسح مستقبلا ؟ قال الشيخ في الخلاف بتحريمه[4] ، وهو ظاهر كلامه في التهذيب، وقال في المبسوط وابن ادريس والمصنف يكره.

---

١) الباقر عليه السلام كما مر .

٢) التهذيب ١/ ٩٠ ، الوسائل ١/ ٢٩٢ .

٣) سورة المائدة : ٦ .

٤) قال في الخلاف ١/ ١٢: استقبال شعر الرأس واليدين في المسح والغسل لايجوز.

والخامس: مسح الرجلين الى الكعبين وهماقبتا القدم، ويجوز منكوساً ، ولا يجوز على حائل من خف وغيره الا للضرورة .

وهو الحق، لصدق الامتثال وأصالة عدم التحريم ، ولقول الصادق عليه السلام : لا بأس بمسح الوضوء مقبلا ومدبراً[1].

قوله : ومسح الرجلين الى الكعبين وهما قبتا القدم

أما وجوب المسح الى الكعبين فباجماع علماء أهل البيت عليهم السلام ونص الكتاب في قوله تعالى « وأرجلكم الى الكعبين »[2] بالجر عطف على « رؤسكم » ، وقراءة النصب عطف على المحل كقول الشاعر :

معاوي انني بشر فأسجح فلسنا بالجبال ولا الحديدا[3]

وقولهم : انها معطوفة على أيديكم وقراءة الجر بالمجاور . ضعيف ، لان العطف على الاقرب أولى ، واعراب المجاورة ضعيف خصوصاً ولم يرو مع الواو . والذي جوزه قال : انه مشروط بعدم اللبس كما في قولنا « جحر ضب خرب » فانه لالبس ان الخرب صفة للجحر لا للضب .

وقال بقولنا من الصحابة عبدالله بن عباس، ومن الفقهاء أبو الغالية والشعبي والجبائي وابن جرير خيرا بين المسح والغسل .

وأما تفسير الكعبين فقال أصحابنا انهما قبتا القدم كما حكاه المصنف ، وبه قال محمد بن الحسن الشيباني . واحتجوا بقوله «الى الكعبين» ، فانه يدل على

---

١) التهذيب ١/ ٥٨ .

٢) سورة المائدة : ٦ .

٣) البيت لعقيبة بن هبيرة الاسدى شاعر مخضرم من أبيات قالها يخاطب بها معاوية ويشكو اليه جور العمال ويوبخه فيها .

والسادس : الترتيب ، يبدأ بـالوجه ثم باليمنى ثم باليسرى ثم بالرأس ثم بالرجلين ولا ترتيب فيهما .

أن في الرجل كعبين ، ولو أراد ملتقى الساق والقدم لقال « الى الكعاب » ، اذ لكل قدم كعبان فتكون أربعة .

وأيضاً هو مأخوذ من كعب ثدي المرأة أي ارتفع، فهو أنسب بالاشتقاق.

وقال أكثر الجمهور واختاره العلامة : انهما عظما الساقين ، لانها مسألة لغوية يقلد فيها أهل اللغة . قال الجوهري : الكعب هو العظم الناشز عند ملتقى الساق والقدم ، ونقل أن الاصمعي كان ينكر على من يقول انه في ظهر القدم .

وهنا فوائد :

(الاولى) لا يشترط استيعابهما بالمسح ، بل يكفي ولوبرأس الخنصر .

(الثانية) لايشترط اتصال الخط في المسح، فلو مسح ثم قطع ثم مسح من محاذيه كفى .

(الثالثة) لو كان محل المسح رطباً لم يجز المسح حتى تزول الرطوبة، الا أن تكون رطوبة المسح أغلب . وقال ابن ادريس يجوز مطلقاً ، والحق خلافه حذراً من المسح بماء جديد .

(الرابعة) يجب أن يكون المسح باليد في الموضعين، أعني الرأس والرجلين ولو بيد واحدة .

(الخامسة) يجوز المسح مقبلا ومدبراً كما تقدم، وفي الاية لغاية الممسوح لا المسح .

قوله : والترتيب يبدأ بالوجه ـ الى آخره

الواو وان لم يقتض الترتيب لكنه لا يقتضي عدمه ، فتكون الاية مجملة .

والسابع : الموالاة . وهي أن يكمل طهارته قبل الجفاف .

مسائل : والفرض في الغسلات مرة ،

والوضوء البياني منه عليه السلام حصل فيه الترتيب اجماعاً ، فيكون واجباً والا لوجب خلافه .

وكون الرجلين لا ترتيب فيهما ـ أي في الاجزاء ـ اما على جهة الفضل والكمال فاليمنى قبل اليسرى لنص الاصحاب عليه ولقوله عليه السلام: ان الله يحب التيامن[1].

وانما قلنا بالاجزاء في عدم الترتيب لقوله «وأرجلكم» فجمع بينهما . ولا يلزم مثله في اليدين ، لان الاخبار أوجبت الترتيب فيهما دون الرجلين .

هذا مع أن سلار وابن عقيل وابن الجنيد وابن بابويه ذهبوا الى وجوب الترتيب فيهما .

قوله : والموالاة

وهي واجبة باجماع علمائنا. واختلف في تفسيرها: فقال الشيخ هي المتابعة لقول الصادق عليه السلام: اتبع وضوءك بعضه بعضاً[2]، ولان النبي صلى الله عليه وآله وسلم والى بين أفعاله ، فتكون المتابعة واجبة .

وقال في الجمل : ان لايؤخر بقدر ما يجف ما تقدم .

وقال العلامة بالاول في حال الاختيار وبالثاني في حال الاضطرار .

واتفق الكل على أنه لو أخر ولم يجف ماتقدم لم يبطل وضوؤه، بل فائدة

---

١) ذكره في المعتبر : ٤١ .

٢) الكافي ٣ / ٣٤ .

والثانية سنة ، والثالثة بدعة ، ولا تكرار في المسح .

ويحرك ما يمنع وصول الماء الى البشرة وجوباً كالخاتم ، ولو لم يمنع حركه استحباباً .

والجبائر تنزع ان أمكن . والامسح عليها ولو في موضع الغسل.

ولا يجوز أن يولى وضوءه غيره اختياراً .

الخلاف تظهر في الاثم وعدمه ، فانه على الاول يأثم بالتأخير وعلى الثاني لا يأثم . وعلى القول الثالث بالتأخير مضطراً لايعد رخصة بل هو بدل اضطراري كخصال الكفارة المرتبة ، وعلى القول الاول يعد رخصة .

قوله : والثانية سنة والثالثة بدعة

قال الشيخ وابن ادريس الثالثة تحرم لانها ليست من الوضوء والا لاستحبت فتمنع من الموالاة الواجبة، ولقول الصادق عليه السلام: الثالثة بدعة[1] ـ الحديث. وجوزها ابن الجنيد والمفيد وابن أبي عقيل، لقول الصادق عليه السلام: الوضوء مثنى مثنى ومن زاد لم يؤجر عليه[2].

والاقوى الاول ، لعدم دليل المشروعية ، فيكون ادخالا في الدين ما ليس منه ، فهو رد .

قوله : ولا تكرار في المسح

أي ليس ذلك مستحباً فيه كما في الغسل مرتين . ويحتمل أن يريد النهي ، أي لايجوز . واليه ذهب ابن ادريس ، لعدم دليل المشروعية فتكون بدعة .

وعلى التقديرين لو كرر لم يبطل وضوؤه .

---

١ و٢) التهذيب ١/ ٨١ .

ومن دام بـه السلس يصلى كذلك ، وقيل يتوضأ لكل صلاة وهو حسن . وكذا المبطون ، ولو فجأه الحدث في الصلاة توضأ وبنى .

والسنن عشرة : وضع الاناء على اليمين ، والاغتراف بهـا ، والتسمية ، وغسل اليدين مـرة للنوم والبول ، ومرتين للغائط قبل الاغتراف ، والمضمضة ، والاستنشاق ، وأن يبدأ الـرجل بظاهر ذراعيه والمرأة بباطنهما ، والدعاء عند غسل الاعضاء ، والوضوء بمد ، والسواك عنده ، ويكره الاستعانة فيه والتمندل منه .

(الرابع) في الاحكام :

قوله: ومن دام به السلس يصلى كذلك، وقيل يتوضأ لكل صلاة وهو حسن

الاول للشيخ في المبسوط لاصالة البراءة ، وحمله على المستحاضة قياس. والثاني قوله في الخلاف .

وهوأولى، لقوله تعالى « اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا »[1]وهو عام في كل قيام ، خرج منه المتطهر للدليل فيبقى الباقي على عمومه ، ولان العلة الحاصلة في المستحاضة حاصلة هنا ، وبراءة الذمة معارضة بالاحتياط .

قوله : وكذا المبطون ، ولو فجأه الحدث فى الصلاة توضأ وبنى

هكذا دلت رواية ابن مسلم عن الباقر عليه السلام[2]. وقال العلامة: الوجه

---

١) سورة المائدة : ٦ .

٢) التهذيب ١ / ٣٥٠، قال عليه السلام: صاحب البطن الغالب يتوضأ ثم يرجع فى صلاته فيتم ما بقى .

أن عذره ان كان دائماً لاينقطع فانه يبني على صلاته من غير أن يجدد وضوءاً كصاحب السلس ، وان كان متمكناً من التحفظ قدر زمان الصلاة فانه يتطهر ويستأنف :

أماالاول فلانه لونقض الطهارة لابطل الصلاة، لان من شرط صحة الصلاة صحة[1] الطهارة ، أما الثاني فلتمكنه من فعل الصلاة كملا بطهارة صحيحة [2].

وفيه نظر ، اذ يلزم اطراح الرواية المذكورة من غير معارض مع صحتها ، فالاولى حينئذ تقدير قسم ثالث تحمل الرواية عليه، وهو أن لايدوم عذره وينقطع زماناً لايسع الصلاة ، فان تكليفه حينئذ : اما الوضوء والاستيناف ، وهو باطل لان تكليفه بالكون على الطهارة في مجموع الصلاة باطل، لان الغرض أن زمان الانقطاع لايسع الصلاة فلاوجه للاستيناف. أو تكليفه الاستمرار من غير وضوء وهو باطل أيضاً، لان الطهارة شرط صحتها وعدم الشرط ملزوم لعدم المشروط. وسقوط التكليف بالشرط بالنسبة الى المجموع لا يقتضي سقوطه بالنسبة الى بعضها، لان المجموع أخص من البعض. وسقوط الخاص لايستلزم سقوط العام. واذا بطل هذان القسمان تعين الوضوء والبناء كما هو مدلول الرواية، فتحمل عليه.

وقوله «لونقض الطهارة لابطل الصلاة» قلنا متى اذا وسع الزمان أو مطلقاً ممنوع، لكن الاول ليس محل النزاع والثاني يلزم منه البطلان مع استمرار العذر.

قوله : أو تيقنهما وجهل المتأخر تطهر

للاصحاب في تحقيق هذه المسألة أقوال :

---

١) في المختلف : استمرار الطهارة .

٢) راجع المختلف ١/٢٨ .

تطهر .

ولو تيقن الطهارة وشك في الحدث ، أو شك في شيء من أفعال الوضوء بعد انصرافه بنى على الطهارة . ولو كان قبل انصرافه أتى به وبما بعده .

ولو تيقن ترك عضو أتى به على الحالين وبما بعده ولو كان مسحاً.

ولو لم تبق على أعضائه نداوة أخذ من لحيته وأجفانه ، ولو لم تبق نداوة استأنف الوضوء .

ويعيد الصلاة لو ترك غسل أحد المخرجين ولا يعيد الوضوء ولو كان الخارج أحد الحدثين غسل مخرجه دون الاخر .

(الاول) قول الاكثر، وهو أنه يعيد الطهارة، لانه يجوز كون الحدث متأخراً فتبطل الطهارة فتبطل الصلاة ، ويجوز العكس فلا تبطل حينئذ، فالصلاة مترددة بين الصحة والبطلان لكنها ثابتة في الذمة يقيناً، فلا تبرأ الا تيقن حصول الشرط فتجب الطهارة .

(الثاني) قول المصنف في المعتبر[1] بعد تردده في قول الاصحاب ، وهو أن ينظر الى حاله قبل تصادم الاحتمالين: فان كان محدثاً بنى على الطهارة، لانه تيقن انتقاله عن تلك الحال الى الطهارة ولم يعلم تجدد الانتقاض ، فصار متيقناً للطهارة وشاكاً في الحدث ، فيبني على الطهارة. وان كان قبل التصادم متطهراً بنى على الحدث لعين ما ذكرنا من التنزيل[1].

(الثالث) قول العلامة ، وله فيه تقريران :

---

١) راجع المعتبر : ٤٥ .

الاول ـ في المختلف ، اذا تيقن عند الزوال أنه نقض طهارته وتوضأ عن حدث وشك في السابق فانه يستصحب حال السابق على الزوال ، فان كان في تلك الحال متطهراً فهو على طهارته ، لانه تيقن أنه نقض تلك الطهارة ثم توضأ ولا يمكن أن يتوضأ عن حدث مع بقاء تلك الطهارة ونقض الطهارة الثانية مشكوك فيه، فلا يزول عن اليقين بالشك. وان كان قبل الزوال محدثاً فهو الان محدث، لانه تيقن أنه انتقل عن الطهارة ثم نقضها، والطهارة بعد نقضها مشكوك فيها[1].

قيل عليه : يمكن تعقب الطهارة الطهارة كما في التجديد وتعقب الحدث الحدث، فقيدهما في «القواعد» بكونهما متحدين متعاقبين. وحكم باستصحاب السابق أي عمل بمثله .

الثاني ـ أنه اذا حصل له هذا الشك فلا يخلو: اما أن يعلم حاله في الزمان المتقدم على زمان الشك أولا يعلم ، فان كان الاول فان كان متطهراً فهو الان متطهر أيضاً فيبني على الطهارة، وان كان محدثاً فهو الان كذلك فيتطهر. وبيان ذلك أن نقول: التقدير أنه صدر منه طهارة وحدث متعاقبان ـ أي الطهارة رافعة للحدث والحدث رافع للطهارة ـ ومتحدان ـ أي الطهارة واحدة والحدث واحد فان كان قبل الزوال مثلا متطهراً فهو الان متطهر، لان السابق حينئذ لايجوز أن يكون الطهارة والا لكان طهارة عقيب طهارة وهو باطل لما قلناه ، فيكون السابق الحدث فتكون الطهارة بعده فيكون متطهراً. وان كان قبل الزوال محدثاً فهو الان محدث، لان السابق لا يكون الحدث والا لكان حدثاً بعد حدث وهو

---

١) راجع المختلف ١ / ٢٧ .

٢) قال في القواعد : ولو تيقن الحدث وشك في الطهارة تطهر دون العكس ولو تيقنهما متحدين متعاقبين وشك في المتأخر فان لم يعلم حاله قبل زمانهما تطهر والا استصحبه.

وفي جواز مس كتابة المصحف للمحدث ، قولان أصحهما المنع .

الغسل

وأما الغسل ففيه الواجب والندب . فالواجب منه ستة :

(الاول) غسل الجنابة ، والنظر في موجبه وكيفيته وأحكامه .

أما الموجب : فأمران :

خلاف الفرض ، فيكون السابق الطهارة، فيكون الحدث بعدها فيكون محدثاً. وان كان الثاني تطهر أيضاً ، لاحتمال أنه قد كان محدثاً ، فالطهارة بعده حينئذ والحدث بعدها فيتطهر .

قوله: وفي جواز مس كتابة المصحف للمحدث قولان أصحهما المنع

قال في المبسوط يكره، وبه قال ابن البراج وابن ادريس، وقال في الخلاف يحرم[1].

وهو أقوى لقوله « لا يمسه الا المطهرون »[2]، والمراد النهي لا الخبر والا لزم الكذب ، لعلمنا ضرورة أنه يمسه غير المتطهر . ولقول الصادق صلوات الله عليه لولده اسماعيل : اقرأ المصحف. فقال: اني لست على وضوء. فقال: لا تمس الكتاب ومس الورق واقرأه[3].

قوله : واما الغسل ـ الى آخره

---

١) قال في الخلاف ١/١٧: لايجوز للجنب والحائض والمحدث أن يمسوا المكتوب من القرآن .

٢) سورة الواقعة : ٧٩ .

٣) التهذيب ١/١٢٧ .

١ ـ انزال الماء يقظة أو نوماً ، ولو اشتبه اعتبر بالدفق وفتور البدن ، وتكفى في المريض الشهوة .

ويغتسل المستيقظ اذا وجد منياً على جسده أو ثوبه الذي ينفرد به.

الواجب من الغسل ستة ، خمسة بلا خلاف وواحد مختلف فيه ، وهو: غسل مس الميت ، وسيأتي بيانه .

الاول غسل الجنابة، وهي في اللغة البعد، ومنه قوله تعالى «والجار الجنب» وقول الشاعر :

أتانا حريث زائراً عن جنابة [1] وكان حريث عن عطائي حامدا

وسمي الجنب جنباً لبعده عن أحكام الطاهرين، ويقال أجنب الرجل وجنب ويجنب وأجنب من الجنابة ذكره الفراء . وقال الحريري : لايقال جنب ، لان معناه اصابته ريح الجنوب ، فأما من الجنابة فيقال أجنب . وجوز أبوحاتم السجستاني فيه جنب .

قوله : الذى ينفرد به

احتراز من المشترك، فانه لا يجب على أحد، لان كلا منهما متيقن الطهارة شاك في الحدث ومع ذلك لا وجوب كما تقدم. نعم لايصح منهما فعل يشترط فيه طهارتهما معاً[2]، ومع اغتسال المنفرد[3] يعيد كل صلاة لا يحتمل سبقها .

---

١) عن جنابة أى عن بعيد .

٢) كائتمام أحدهما للاخر تبطل صلاة المؤتم .

٣) أى يغتسل المنفرد الذى وجد فى ثوبه المختص به منياً ثم يعيد كل صلاة صلاها بعد هذه النومة التى رأى المنى بعدها. وبعبارة أخرى: يعيد كل صلاة لا يحتمل سبقها على رؤية المنى .

٢ــ الجماع في القبل. وحده غيبوبة الحشفة وان أكسل. وكذا في دبر المرأة على الاشبه .

قوله: وان اكسل ١)

أي خالط أهله ولم ينزل .

قوله : وكذا في دبر المرأة على الاشبه

قال السيد وابن ادريس والمصنف والعلامة بالوجوب ، وهو قول الشيخ في المبسوط ، لوجوه :

(الاول) قوله تعالى « أو لامستم النساء »[٢] والملامسة وان كانت لغة المس باليد لكنها يكنى بها عرفاً عن الجماع بشهادة الجوهري، وهو قول علي عليه السلام وابـن عباس . والجماع صادق على الوطي في الدبر ، فاذا كان مطلق المجامعة موجباً للتيمم كان موجباً للغسل لعدم الفرق اجماعاً .

(الثاني) كلما وجب على الواطي دبراً الحد وجب عليه الغسل، لكن المقدم حق اجماعاً فكذا التالي . وبيان الشرطية: ان الصحابة لما اختلفوا في وجوب الغسل بالتقاء الختانين من غير انزال واحتجت الانصار بقوله عليه السلام « انما الماء من الماء » أنكر عليهم علي عليه السلام بقوله: أتوجبون عليه الرجم والحد ولا توجبون عليه صاعاً من ماء ، فرجعوا عليه[٣].

(الثالث) قول الصادق عليه السلام : اذا أدخله فقد وجب الغسل والرجم والمهر[٤]. والادخال صادق في الدبر .

---

١) اكسل المجامع : نزع ولم ينزل ضعفاً كان أو غيره .

٢) سورة النساء : ٤٣ ، سورة المائدة : ٦ .

٣) راجع التهذيب ١/ ٨٤ ، ١١٩ .

٤) الكافي ٣/ ٤٦ ، التهذيب ١/ ١١٨ ، وفيهما : عن أحدهما عليهما السلام .

وفي وجـوب الغسل بوطء الغلام تردد، وجزم علم الهدى بالوجوب .

وأما كيفيته : فواجبها خمسة :

النية مقارنة لغسل الرأس أو متقدمة عند غسل اليدين. واستدامة حكمها .

غسل البشرة بما يسمى غسلا ولو كان كالدهن. وتخليل ما لا يصل الماء اليه الا به . والترتيب . يبدأ برأسه ، ثم ميامنه ، ثم مياسره. ويسقط الترتيب بالارتماس .

وقال ابـن بابويه والشيخ في النهاية لا يجب ، لقول الصادق عليه السلام حين سئل عن الرجل يصيب المرأة فيما دون الفرج أعليها غسل ان هو أنزل ولم تنزل هي ؟ قال : ليس عليها غسل وان لم ينزل هو فليس عليه غسل[1].

والجواب : ان الدبر يسمى فرجاً أيضاً لغة، لانه من الانفراج وهو حاصل فيه ، وعرفاً لقوله تعالى « والذين هم لفروجهم حافظون »[2] يريـد ذكر الرجل بمعنى الانفراج .

قوله : وفى وجوب الغسل بوطى الغلام تردد ٣) وجزم علم الهدى بالوجوب

منشأ التردد من أصالة البراءة من وجوب غسل وعدم نص صريح فيه، ومن وجود المعنى الموجب في دبر المرأة ، ولا فرق بينهما الا الانوثة، ولا مدخل

---

١) التهذيب ١/١٢٥ ، الكافى ٣/٤٧ .

٢) سورة المؤمنون : ٥ .

٣) قال المصنف فى المعتبر بعد « تردد » : أشبهه أنه لا يجب ما لم ينزل .

وسننها سبعة: الاستبراء، وهوأن يعصر ذكره من المقعدة الى طرفه ثلاثاً وينتره ثلاثاً، وغسل يديه ثلاثاً، والمضمضة، والاستنشاق وامرار اليد على الجسد وتخليل مايصل الماء اليه، والغسل بصاع. وأما أحكامه :

لها في العلية، فوجب الاشتراك.

والسيد رحمه الله جزم بالوجوب، وتمسك بالاجماع المركب، وتقريره: ان كل من قال بوجوب الغسل في دبر المرأة قال بوجوبه في دبر الغلام[1]، وكل من لم يقل بوجوبه هناك لم يقل بوجوبه هنا، فلو قلنا بوجوبه هناك ولم نقل بوجوبه هنا كان خرقاً للاجماع.

وأمثال هذه المسألة كثير، منها العمة والخالة اختلفت الامة في توريثهما، فمنهم من ورثهما معاً ومنهم من منعهما معاً، فلوقلنا بتوريث احداهما دون الاخرى كان خرقاً للاجماع.

قال المصنف: لم يثبت عندي أن كل من قال بالوجوب هناك قال بالوجوب هنا. والاقوى ماقاله المرتضى، وهواختيار العلامة[2]، لما قلنا من تعليل الوجوب بالحد والرجم هنا أبلغ.

قوله : مسنونها ٣) سبعة الاستبراء

قال الشيخ وجماعة بوجوبه، واستحبه السيد وابن ادريس والمصنف والعلامة لقضية الاصل وعدم تصريح الروايات بوجوبه بل باعادة الغسل لورأى

---

١) قال المصنف في المعتبر بعد نقل هذا القول عن السيد : ولم أتحقق الى الان ما ادعاه، فالاولى التمسك فيه بالاصل.

٢) راجع المختلف ١/ ٣١.

٣) في المتن المطبوع : وسننها.

فيحرم عليه قراءة العزائم ، ومس كتابة القرآن ، ودخول المساجد الا اجتيازاً ، عدا المسجد الحرام ومسجد النبي صلى الله وآله عليه وسلم .

ولو احتلم فيهما تيمم لخروجه. ووضع شيء فيها على الاظهر.

ويكره قراءة مازاد على سبع آيات ، ومس المصحف وحمله والنوم ما لم يتوضأ ، والاكل والشرب ما لم يتمضمض ويستنشق ، والخضاب .

ولو رأى بللا بعد الغسل أعاد الا مع البول أو الاجتهاد .

ولو أحدث في أثناء غسله ففيه أقوال ، أصحها : الاتمام

بللا ولم يستبرىء[1]. والاول أحوط. وعلى القولين انما هو للمنزل لا المولج من غير انزال .

قوله : ومس كتابة القرآن ودخول المساجد

اتفق الاصحاب على تحريمهما ، وكره القاضي الاول وسلار الثاني .

قوله : ووضع شيء فيها على الاظهر

لم نعرف فيه مخالفاً سوى سلار فانه قال بكراهته . والحق التحريم لقول الصادق عليه السلام حين سئل عن الجنب والحائض يتناولان من المسجد المتاع يكون فيه ؟ قال : نعم ولكن لايضعان في المسجد شيئاً[2].

قوله : ولو احدث في اثناء غسله ففيه أقوال ـ الى آخره

---

١) قال في المعتبر ٤٩ : ولا ينافي ذلك وجوب اعادة الغسل مع الاخلال به لو رأى بللا لانه لا لزوم بينهما .

٢) التهذيب ١/١٢٥ .

(الاول) قول المرتضى ـ واختاره المصنف ـ يتم الغسل ويتوضأ ، لان الحدث الاصغر موجب للوضوء وليس موجباً للغسل ولالبعضه، فتسقط الاعادة ولا يسقط الحدث بما بقي من الغسل بل بمجموع الغسل ولم يحصل .

وفيه نظر ، لان المدعى أن ذلك الحدث ناقض لما تقدم عليه ، اذ لو لم يكن ناقضاً لم يحتج الى الوضوء فيما بعد ، لان غسل الجنابة مغن عنه .

ان قلت : انما يغني عنه على تقدير عدم تجدد سبب الوضوء .

قلت : فيكون تأثير الغسل حينئذ مشروطاً بعدم تجدد الحدث ، والاجماع على أنه مؤثر وحده مطلقاً. على أنه يلزم التحكم، لانه اذا كان انما يؤثر بالشرط المذكور فأي فرق حينئذ بين حصول الحدث قبل أو في الاثناء .

(الثاني) قول ابن البراج وابن ادريس أنه يتم ولا شيء عليه .

ووجه هذا القول اتفاق أكثر الفقهاء على أن وجود الحدث الاكبر مانع من تأثير الحدث الاصغر في ايجاب الوضوء [والجنابة موجودة بعد غسل رأسه، وهي مانعة من تأثير الحدث الاصغر في الجنابة. ولو سلمنا أن لغسل الرأس تأثيراً ناقصاً][1] والجنابة مؤثر تام والناقص لا يعارض التام .

وفيه نظر ، لان قولهم « الحدث الاصغر لا حكم له مع الاكبر » ان أرادوا به أن غسل الجنابة يجزي عن الوضوء ، فهو مسلم لكن على تقدير الاتيان بالغسل كملا . وأما على تقدير أن يأتي ببعضه ، فهو محل النزاع ، ويلزمه أنه اذا بقي من الجانب الايسر نقطة لم يصبها الماء ثم أحدث أن يجتزي بغسلها عن الوضوء .

---

١) ما بين القوسين ليس في ب .

(الثالث) قول ابن بابويه والشيخ والعلامة أنه يستأنف .

ووجه هذاالقول موقوف علىمقدمة تقريرها: ان جزءالمؤثر التام له تأثير ناقص ، ومانع السبب التام مانع السبب الناقص ، ومبطل السبب التام مبطل السبب الناقص .

اذا تقرر هذا فنقول : اذا أحدث بعد غسل رأسه وغسل رأسه له تأثير ناقص وقد بطل تأثيره ، وكلما لم يؤثر الجزء تأثيراً ناقصاً لم يؤثر الكل ، لانه عكس قولنا «كلما أثر الكل أثر الجزء» .

وأيضاً المؤثر في رفع الحدث اما الباقي من الافعال أوالمجموع: والاول يلزم منه أن يكون بعض السبب التام سبباً تاماً، وهو محال. والثاني غير متحقق، اذ المجموع قد انتفى .

وفيه نظر أيضاً، لان مبنى هذاالوجه على أنالحدث الاصغر ناقض للطهارة الكبرى ومبطل لها ، وهو ممنوع ، بل هو موجب للطهارة الصغرى ، وبينهما فرق. على أنا نقول: لوكان ناقضاً للكبرى لكان اذا أحدث بعدالفراغ من الغسل يصير جنباً لانتقاض غسله ، والاولى اعادة الغسل لانه أحوط وابرأ للذمة .

وهنا فوائد :

(الاولى) يمكن انسحاب الاقوال الثلاثة لوحصل حدث في أثناء غسل الحيض أو غيره من الاغسال ، واختار العلامة هنا في نهايته الاجتزاء بالوضوء .

(الثانية) لو حصل بعد كمال الغسل قبل الوضوء أمكن أيضاً انسحاب[1] الاقوال ، لان الوضوء جزء . واستضعفه الشهيد، لمنع بقاء الحدث بعد الغسل وحكم الشارع بوجوب الوضوء لا يدل عليه . والاولى فيه أيضاً الاعادة .

---

١) سحبه وانسحب : جره فانجر ، والانسحاب : تعدية الحكم من مسألة الىأخرى .

ويجزىء غسل الجنابة عـن الوضوء ، وفي غيره تردد أظهره أنه لا يجزىء .

(الثالثة) لاكلام لوحدث بعد الوضوء المقدم قبل الغسل أنه يعاد الوضوء.

قوله: ويجزى غسل الجنابة عن الوضوء ، وفى غيره تردد أظهره انه لا يجزى

أما اجزاء غسل الجنابة عن الوضوء فباتفاق الاصحاب ولقوله تعالى «وان كنتم جنباً فاطهروا»[1]، فاما أن يريد به الوضوء وحده وهو باطل اتفاقاً ، ولان التفصيل قاطع للشركة ، أو الغسل والوضوء وهو باطل باجماع الامامية ، فلم يبق الا الغسل وحده ، وهو المطلوب .

ثـم نقول : قال تعالى في موضع آخر « لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا مـا تقولون ولا جنباً الا عابري سبيل حتى تغتسلوا »[2] وحتى هنا للغاية ، فقد جعل غاية المنع الاغتسال، فيجب أن لايمنع بعده لوجوب مخالفة ما بعد الغاية لما قبلها .

وأيضاً لو توقف على الوضوء لزم اقامة ما ليس بغاية غاية .

واما ماعداه من الاغسال فقد تردد المصنف، لتعارض الروايات واختلاف الاصحاب ، فان السيد وابن الجنيد ذهبا الى أن كل غسل كاف عن الوضوء ،

---

١) سورة المائدة : ٦. قال العلامة فى المختلف: اجمع علماؤنا على أن غسل الجنابة يكفى عن الوضوء ، واختلفوا فى غيره من الاغسال، والحق الاول . لنا قوله تعالى « يأيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم » أمر مريد القيام للصلاة مطلقاً بالوضوء وهو عام فيمن اغتسل وغيره، خرج الجنب بقوله تعالى «حتى تغتسلوا» وبقوله تعالى « وان كنتم جنباً فاطهروا » فانه يفهم أن الامر الاول لغيره وبالاجماع ، فيبقى الباقى على عمومه.

٢) سورة النساء : ٤٣ .

(الثاني) : غسل الحيض ، والنظر فيه وفي أحكامه .

وهو في الاغلب دم أسود أو أحمر غليظ حار له دفع .

فان اشتبه بالعذرة حكم لها بتطوق القطنة .

ولا حيض مع سن اليأس ولا مع الصغر .

وقال الشيخان وابن ادريس وابن بابويه انه لابد من الوضوء. والاولى وجوب الوضوء ، لان كل واحد من السببين سبب مستقل في ايجاب الطهارة ولا منافاة بينهما ، فيجب حصول أثرهما ترك العمل بهما في غسل الجنابة للاجماع فبقي الباقي .

قوله : الثانى غسل الحيض ـ الى آخره

الحيض[1] لغة السيل، يقال حاض الوادي أي سال. واصطلاحاً عرفه الفقهاء بتعريفين :

(الاول) معنوي ، وهو تعريف المصنف في الشرائع بأنه الدم الذي لـه تعلق بانقضاء العدة [ولقليله حد. فقوله « الدم » جنس شامل للدماء كلها، وقوله « لهتعلق بانقضاء العدة »][2] يخرج ماعدا ذلك من الدماء ، وقوله «ولقليله حد» يخرج النفاس . فقد ظهر من هذا أن للحيض خاصتين مطلقتين :

الاولى: أن له تعلقاً بانقضاء العدة، لان على قول من يفسر الاقراء بالاطهار يكون الحيض علامة على انقضاء العدة ، لان معنى القرء طهر بعد البلوغ ينتهي بالحيض ، وقيل طهر بين حيضتين ، فيكـون ابتداء الحيض الاخير علامة على انقضاء القرء، وعلى قول من يجعل القرء هو الحيض يكون تعلقه بانقضاء العدة

---

١) قال المبرد : سمى الحيض حيضاً من قولهم « حاض السيل » اذا فاض .

٢) ما بين القوسين ليس فى ب .

وهل يجتمع مع الحمل؟ فيه روايات ، أشهرها أنه لا يجتمع.
وأكثر الحيض عشرة أيام ، وأقله ثلاثة أيام .

تعلق السببية ، فانه يكون سبباً لانقضائها ، فقوله «له تعلق» ليشمل على القولين.

الثانية : ان لقليله حداً ، لان دم الحدث : اما أن لا يكون له حد بحسب الزمان قلة وكثرة وهو دم الاستحاضة. أوله حد بحسبه قلة وكثرة وهوالحيض أوكثرة لا غير وهو النفاس ، أو قلة لا غير ولم يوجد شرعاً .

فقد ظهر اشتراك الحيض والنفاس في الحد بحسب الكثرة واختصاص الحيض بحدالقلة، فالخاصة الثانية دائمة الثبوت لهوشاملة لكل أنواعه، والاولى ليست دائمة الثبوت له ولا شاملة لكل أنواعه .

(الثاني) حسي . أي يكون غايته ادراكاً حسياً ، وهو الدم الاسود الغليظ الحار الذي يخرج بحرقة وحرارة ويقذفه الرحم مع بلوغ المرأة وعدم يأسها لحكمة تربية الولد ، فان حملت صرفه الله الى تغذيته ، فاذا وضعت كساه الله صورة اللبن ليتغذى به مدة رضاعه ، فاذا فضل بقي مستقراً في الرحم فيخرج في أوقات مقدرة بحسب قوة الحرارة وضعفها ، ولذلك قد يفضل عن التغذيتين فيخرج أحياناً حالتيهما .

وفائدة هذاالتعريف يشمل عامة النساء، فيكون أنفع فيالاستعمال بخلاف الاول ، فانه تعريف للمتفقه .

قوله : وهل يجتمع مع الحبل ؟ فيه روايات أشهرها انه لا يجتمع

الضمير في قوله « فيه » يعود الى مصدر يجتمع ، أي في اجتماع الحيض روايات ، نظيره قوله « اعدلوا هو أقرب للتقوى » [1] ، أي العدل أقرب . وأما

---

١) سورة المائدة : ٨ .

الروايات :

« ١ » ـ رواية السكوني عن جعفر عن آبائه عليهم السلام قال: قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: ماجمع الله بين حيض وحبل[١]. وقال بها المفيد وابن الجنيد .

« ٢ » ـ رواية الحسين بن نعيم الصحاف عن أبي عبدالله عليه السلام : ان رأته في زمان حيضها فهو حيض والا فلا[٢]. وقال بها الشيخ في النهاية ، وهي حسنة موافقة للنظر .

« ٣ » ـ رواية عبد الرحمن بن الحجاج عن الكاظم عليه السلام : الحبلى ترى الدم ثلاثة أيام أو أربعة تصلي؟ قال: تمسك عن الصلاة[٣]. وفي معناها رواية ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام[٤] ، وأفتى بذلك ابنا بابويه والمرتضى ، واختاره العلامة في قواعده والشهيد في دروسه، وهو أولى لضعف السكوني.

واعلم أن الشيخ قال في الخلاف والمبسوط : ان الخلاف انما هو قبل استبانة الحمل ، وأما بعد استبانته فباجماع الفرقة انها لا تحيض. فعلى هذا قال بعض الفضلاء : كان على المصنف أن يقيد بما قبل الاستبانة. وعلى ما قلنا من امكان الاجتماع لا يرد ذلك ، ونقل الشيخ بناء على الغالب لا دائماً .

---

١) التهذيب ١/٣٨٧ ، وفيه : ما كان الله ليجعل حيضاً مع حبل .

٢) الكافي ٣/٩٥ ، التهذيب ١/٣٨٨ ، وفيهما : فاذا رأت الحامل الدم قبل الوقت الذى كانت ترى فيه الدم بقليل أو فى الوقت من ذلك الشهر فانه من الحيضة فلتمسك عن الصلاة عدد أيامها التى كانت تقعد فى أيام حيضها . الحديث .

٣) الكافي ٣/٩٧ ، التهذيب ١/٣٨٦ ، وفيهما : الحبلى ترى الدم وهى حامل كما كانت قبل ذلك فى كل شهر هل تترك الصلاة ؟ قال : تترك اذا دام .

٤) الكافي ٣/٩٧ ، التهذيب ١/٣٨٧ .

فلو رأت يوماً أو يومين فليس حيضاً ، ولو كمل ثلاثة في جملة عشرة فقولان ، المروى أنه حيض .

وما بين الثلاثة الى العشرة حيض وان اختلف لونه ، مالم يعلم أنه لعذر أو قرح . ومع تجاوز العشرة ترجع ذات العادة اليها .

والمبتدئة والمضطربة الى التميز ، ومع فقده ترجع المبتدئة الى عادة أهلها وأقرانها .

فان لـم يكن أو كن مختلفات رجعت هـي والمضطربة الى الروايات وهي ستة أو سبعة ، أو ثلاثة من شهر وعشرة من آخر .

وتثبت العادة باستواء شهرين في أيام رؤية الدم ،

قوله : ولو كمل ثلاثة فى جملة عشرة فقولان المروى انه حيض

اتفق الاصحاب على أن أقله ثلاثة ، ثم اختلفوا في اشتراط تواليها ، فقال باشتراطه الشيخ في الجمل والمبسوط ، وابن بابويه وابن الجنيد وابن حمزة وابن ادريس والعلامة . وهو الاجود ، لان الصلاة في الذمة بيقين فلا يرتفع التكليف الا بيقين ، ولان تقدير الحيض أمر شرعي ولـم يثبت هنا ، والرواية المشار اليها مرسلة . وقال الشيخ في النهاية بعدم اشتراطه[1].

قوله : ومع فقده ترجع المبتدأة الى عـادة أهلها واقرانها ، فان لم يكن أوكن مختلفات رجعت هى والمضطربة الى الروايات

---

١) قال فى النهاية ص ٢٦ : فان رأت الدم يوماً أو يومين فلتترك الصلاة والصوم ، فان رأت الدم اليوم الثالث أو فى ما بعدهما الى اليوم العاشر فذلك دم حيض، فان لم تر بعد ذلك الا بعد انقضاء العشرة الايام فان ذلك ليس بدم حيض ووجب عليها قضاء الصلاة والصوم فيما تركته .

الضمير في «فقده» عائد الى التميز، وسيأتي معناه. ولا خلاف في الرجوع الى الاهل حينئذ.

وأما الاقران فشيء ذكره الشيخ لكن بعد فقد الاهل، والمصنف عطفه وأطلق. وعلى التقديرين لاوجه له، لان القرابة مظنة توافق الطبيعة والمزاج وأما الاقران في السن فلا، ولذلك قال في الشرائع: قيل أو عادة ذوات أسنانها.

اذا تقرر هذا فمع اتفاق الاهل ترجع اليهن، ومع الاختلاف فيه أقوال:

« ١ » قول الشيخ في المبسوط: تتحيض عشرة أيام ثم تجعل طهراً عشرة أيام ثم حيضاً عشرة أيام وهكذا.

« ٢ » قول المرتضى: تتحيض في كل شهر ثلاثة أيام الى عشرة، وهي رواية سماعة[1].

« ٣ » في الاول بثلاثة وفي الثاني بعشرة، قاله القاضي ولم يجعلها مخيرة.

« ٤ » قول ابن الجنيد: في كل شهر ثلاثة أيام الا أنها تقضي صوم عشرة أيام في غير العشر الذي أفطرت فيه الثلاثة أيام من شهر رمضان.

« ٥ » قول الشيخ في النهاية[2]: في كل شهر سبعة أيام. ثم قال: وروي أنها تترك الصلاة والصوم في الشهر الاول عشرة وفي الثاني ثلاثة[3].

وأما الروايات فلم يذكر منها الا اثنتين: رواية يونس عن الصادق عليه السلام وهي الستة أو السبعة[3]، ورواية ابن بكير عنه عليه السلام[4] أيضاً.

---

١) الكافي ٣/٧٩، التهذيب ١/٣٨٠.

٢) النهاية: ٢٥.

٣) الكافي ٣/٨٣، التهذيب ١/٣٨١، وهي قضية حمنة بنت جحش اتت النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقالت: اني استحضت حيضة شديدة. فقال « ص »: احتشي كرسفاً. فقالت: انه أشد من ذلك، اني أشجه شجاً. فقال لها: تلجمي وتحيضي في كل شهر في علم الله ستة أيام أو سبعة أيام ثم اغتسلي غسلا. الحديث.

٤) التهذيب ١/٣٨١.

ولا تثبت بالشهر الواحد .

ولو رأت في أيام العادة صفرة أو كدرة ، وقبلها أو بعدها بصفة الحيض وتجاوز العشرة ، فالترجيح للعادة ، وفيه قول آخر .

وتترك ذات العادة الصوم والصلاة برؤية الدم .

وهما ضعيفتان : أما الاولى فلانفراد محمد بن عيسى بها عن يونس، وقال ابن بابويه ان ابن الوليد لايعمل بما ينفرد به. وأماالثانية فلان ابن بكير فطحي[1].

ويرد على لفظ المصنف أنه قال «وهي» ولم يذكر الا الاثنين فيلزم وقوع المثنى خبراً عن الجمع ، وهو ركيك .

قوله : ولا تثبت بالشهر الواحد

قيل تثبت بالشهر الواحد، وهو اماالمعهود وهو بين الهلالين أوأقل الحيض وأقل الطهر لقوله عليه السلام « دعي الصلاة أيام اقرائك » وهي أيام الحيض . وهذا الدم الذي رأته يمكن أن يكون حيضاً ، وكل دم يمكن أن يكون حيضاً فهو حيض .

قلنا : العبادة ثابتة في الذمة يقيناً ، فلا تزول الا بيقين. مع ان العادة مشتقة من العود فلابد من معنى المشتق منه ، وأقله مرتان .

قوله : ولو رأت فى أيام العادة صفرة وكدرة وقبلها وبعدها بصفة الحيض وتجاوز العشرة فالترجيح للعادة ، وفيه قول آخر

التميز هو اتصال دم قوي جامع لشرائط الحيض بضعيف يتجاوز مجموعهما

---

١) قال فى المعتبر: لكن لماكان الغالب فى عادة النساء الستة أوالسبعة قضينا بالغالب، والوجه عندى أن تتحيض كل واحدة منهما ثلاثة أيام لانه اليقين فى الحيض، وتصلى وتصوم بقية الشهر استظهاراً وعملا بالاصل فى لزوم العبادة .

وفي المبتدأة والمضطربة تردد، والاحتياط للعبادة أولى حتى يتيقن الحيض .

وذات العادة مع الدم تستظهر بعد عادتها بيوم أو يومين ثم تعمل ما تعمله المستحاضة ، فان استمر والاقضت الصوم .

العشرة ، وحينئذ نقول: اذا اجتمعت العادة والتميز، فان كان الزمان واحداً فلا بحث ، وان لم يكن ـ مثل أن ترى الدم في أيام العادة صفرة أو كدرة وقبلها أو بعدها أو قبلها وبعدها بصفة الحيض ـ فان لم يتجاوز العشرة فالكل حيض بلا خلاف، وان تجاوز فقال الشيخ في الجمل والمفيد والمرتضى ترجع الى العادة وقال في النهاية ترجع الى التميز ، لرواية حفص البختري عن الصادق عليه السلام: دم الحيض حار عبيط أسود له دفع [وحرارة ودم الاستحاضة أصفر بارد] فاذا كان للدم حرارة ودفع وسواد فلتدع الصلاة[1].

وأجيب : بأن ما يأتي خاص والخاص مقدم ، وهو القول المشار اليه .

وتردد الشيخ في المبسوط [والخلاف] .

والاول أجود، وهو اختيار العلامة ، لقوله عليه السلام: دعي الصلاة أيام أقرائك لما سألته فاطمة بنت جحش[2]. وأيام الاقراء هي أيام العادة، ولقوة العادة لانها تقيد العلم كالعلوم العادية أو الظن الغالب .

قوله : وفي المبتدأة والمضطربة تردد ، والاحتياط للعبادة أولى

منشأ التردد من اختلاف الاصحاب ، فان الشيخ قال: تترك الصلاة بمجرد

---

١) الكافي ٣/ ٩١ ، التهذيب ١/ ١٥١ .

٢) راجع الكافي ٣/ ٩١ ، التهذيب ١/ ٣٨١ .

وأقل الطهر عشرة أيام ولاحد لاكثره .

وأما الاحكام فلاينعقد لهاصلاة ولاصوم ولاطواف ، ولايرتفع لها حدث ، ويحرم عليها دخول المساجد الااجتيازاً عدا المسجدين ووضع شيء فيها على الاظهر ، وقراءة العزائم ، ومس كتابة القرآن.

ويحرم على زوجها وطؤها موضع الدم ولا يصح طلاقها مع دخوله بها وحضوره .

رؤية الدم ، لقولهم كل دم يمكن أن يكون حيضاً فهو حيض ، وهذا يمكن أن يكون حيضاً ، والعبادة في الحيض محرمة فيجب تركها لقوله عليه السلام : ما اجتمع الحرام والحلال الاغلب الحرام الحلال[1].

وقال المرتضى وابن ادريس والمصنف والعلامة: تحتاط للعبادة حتى تتيقن الحيض ، لان الصلاة في الذمة بيقين فلا تبرأ الا بيقين .

قوله : ويحرم على زوجها وطئها موضع الدم

وقال المرتضى والدبر أيضاً، والحق خلافه، لقوله تعالى «واعتزلوا النساء في المحيض»[2]، فاما أن يكون المراد زمان الحيض، وهو باطل باجماع المسلمين.

---

١) البحار ٢٧٢/١ نقلا عن الغوالى .

٢) سورة البقرة : ٢٢٢ ، قال الفاضل الجواد فى مسالك الافهام عند ذكر الاية الكريمة : أى اعتزلوا مجامعتهن ، وتقديم الاخبار بكونه اذى لترتب الحكم بوجوب الاعتزال عليه ، وذلك لان دم الحيض دم فاسد يتولد من فضلة تدفعها طبيعة المرأة من طريق الرحم حتى لواحتبست تلك الفضلة لمرضت المرأة، فذلك الدم جار مجرى البول والغائط فكان اذى وقذراً. ولا يرد دم الاستحاضة حيث لايوجب الاعتزال، لان ذلك دم صالح يسيل من دم عرق ينفجر من عنق الرحم . الى آخر ما قال رحمه الله .

ويجب عليها الغسل مع النقاء ، وقضاء الصوم دون الصلاة .

وهل يجوز أن تسجد لو سمعت السجدة ؟ الاشبه نعم .

وفي وجوب الكفارة بوطئها على الزوج روايتان أحوطهما

أو مكانه ، وهو المطلوب لانه القبل خاصة، ولاصالة الحل فلا يحرم غير القبل.

قوله : وقضاء الصوم دون الصلاة

اما الصوم فعلى اطلاقه ، وأمـا الصلاة فلا ، اذ يجب عليها قضاء ركعتي الطواف . قاله العلامة في القواعد .

قوله : وهل يجوز أن تسجد لو سمعت السجدة ، الاشبه نعم

قال في المبسوط : نعم ، وهو اختيار المصنف والعلامة .

ومـراده بالجواز هنا القدر المشترك بين الواجب والندب ، فـان سجود العزائم[1] واجب وغيره مندوب. ووجه ذلك قول الصادق عليه السلام: اذا قرىء شيء من العزائم وسمعتها فاسجد وان كنت على غير وضوء وان كنت جنباً وان كانت المرأة لا تصلي[2].

ولوجود المقتضي وعدم المعارض: أما المقتضي فظاهر ، وأما عدم المعارض فانه ليس الا كونه سجوداً، وهو ليس بمشروط بالطهارة مطلقاً، بل اذا كان جزءاً من الصلاة وليس . وقال الشيخ في النهاية لا يجوز[3].

قولـه : وفي وجوب الكفارة على الزوج بوطيها روايتان ، احوطهما الوجوب

---

١) العزائم أربع : حم السجدة ، والتنزيل، والنجم، واقرأ باسم ربك. وفي الرواية: فلا تكبر قبل سجودك ولكن تكبر حين ترفع رأسك . راجع الكافي ٣/٣١٧.

٢) الكافي ٣/٣١٨ .

٣) قال فيه ص ٢٥ : وان سمعت سجدة القرآن لا يجوز لها أن تسجد .

الوجوب .

وهي أي الكفارة دينار في أوله ، ونصف في وسطه ، وربع في آخره .

ويستحب لها الوضوء لوقت كل فريضة ، وذكر الله تعالى في

قال الشيخ في الجمل والمبسوط والمفيد والمرتضى وابن ادريس بالوجوب لقول الصادق عليه السلام: من أتى حائضاً فعليه نصف دينار[1]. واختاره المصنف.

وقال في النهاية يستحب، للاصل ولرواية العيص بن القاسم الصحيحة عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن رجل واقع امرأته وهي طامث . فقال : لا يلتمس فعل ذلك فقد نهى الله أن يقربها . قلت : فان فعل أعليه كفارة ؟ قال : لا أعلم فيه شيئاً ، يستغفر الله تعالى[2]. فلو كان فيه كفارة لعلمه الامام عليه السلام ، لاستحالة خفاء شيء من الشرع عليه .

قوله : وهي دينار في أوله ونصف في اوسطه وربع في آخره

هنا فوائد :

(الاولى) ماذكره قول الثلاثة، لرواية داود بن فرقد عن الصادق عليه السلام[3]. وقال الصدوق يتصدق على مسكين قدر شبعه ، وجعل الاول رواية[4].

---

١) التهذيب ١/١٦٣ .

٢ و٣) التهذيب ١/١٦٤ .

٤) قال رحمة الله عليه في الفقيه ١/٥٣: ومتى جامعها وهي حائض في أول الحيض فعليه أن يتصدق بدينار ، فان كان في وسطه فنصف دينار ، وان كان في آخره فربع دينار . وروى أنه : اذا جامعها وهي حائض تصدق على مسكين بقدر شبعه . انتهى .

وجعل رحمه الله الثاني رواية كما ترى . نعم عكس الامر في المقنع ص ١٧ وقال فيه كما ذكره الشارح رحمة الله عليه .

مصلاها بقدر صلاتها .

ويكره لها الخضاب ، وقراءة ماعدا العزائم ، وحمل المصحف ولمس هامشه ، والاستمتاع منها بما بين السرة والركبة ، ووطؤها قبل الغسل .

واذا حاضت بعد دخول الوقت فلم تصل مع الامكان قضت ،

(الثانية) الاول والوسط والاخير بحسب حيض المرأة ، فالاولان لذات الستة أول والثالث والرابع وسط والخامس والسادس آخر. وقال سلار الوسط ما بين الخمسة الى السبعة ، والراوندي اعتبر العشرة، وظاهر هذين امكان خلو بعض العادات عن الوسط والاخير . والعمل على الاول .

(الثالثة) لوتكرر الوطي تكررت مع تخلل التكفير أو تغاير الزمان، والا فواحدة . وتردد في المبسوط ، ورجح عدم التكرر . والوجه الاول .

(الرابعة) لاكفارة عليها ولا على الصبي الواطي حالة الصبا. ولا فرق بين الزوجة والاجنبية، أمأأمته فيتصدق بثلاثة أمداد من طعام. قاله الصدوق[1] والشيخ.

(الخامسة) لا تجزي القيمة ،لانه كفارة ومصرفه مستحق الزكاة لحاجته .

قوله : ووطيها قبل الغسل

هذا قول الثلاثة ، ومنعه الصدوق حتى تغتسل[2]. والاول أولى ، لاصالة الحل ولعموم قوله تعالى « الا على أزواجهم »[3] ولاختصاص المنع بمحل الدم

---

١) الفقيه ١/٥٣ .

٢) قال فى الفقيه : فان كان الرجل شبقاً وقد طهرت المرأة وأراد أن يجامعها قبل الغسل امرها أن تغسل فرجها ثم يجامعها .

٣) سورة المؤمنون : ٦ .

وكذا لو أدركت من آخر الوقت قدر الطهارة والصلاة وجبت أداء ومع الاهمال قضاء .

وتغتسل كاغتسال الجنب لكن لابد معه من الوضوء .

(والثالث) غسل الاستحاضة ، ودمها في الاغلب أصفر بارد رقيق .

لكن ما تراه بعد عادتها مستمراً أو بعد غاية النفاس وبعد اليأس وقبل البلوغ ومع الحمل على الاشهر ، فهو استحاضة ولو كان عبيطاً ، ويجب اعتباره .

فان لطخ باطن القطنة لزمها ابدالها والوضوء لكل صلاة .

لخروجه ، فمع زواله يثبت الحل .

وقراءة التشديد تحمل على الندب توفيقاً بين القراءتين .

ولا دلالة في قوله « فاذا تطهرن » ، لان المراد طهرن ، كما يقال : قطعت الحبل فتقطع .

قوله : وكذا لو أدركت من آخر الوقت قدر الطهارة والصلاة

الاولى هنا الاكتفاء بركعة لما يأتي .

قوله : في الاغلب

احترازاً مما تراه في العادة بهذه الصفات .

قوله : ولو كان عبيطاً

العبيط من الدم : الخالص الطري ـ قاله الجوهري[1] .

---

١) لحم عبيط : أي صحيح طرى ، ودم عبيط : طرى خالص لا خلط فيه .

وان غمسها ولم يسل لزمها مع ذلك تغيير الخرقة وغسل للغداة.

وان سال لزمها مع ذلك غسلان ، غسل للظهر والعصر ، تجمع بينهما ، وغسل للمغرب والعشاء تجمع بينهما ، وكذا تجمع بين صلاة الليل والصبح بغسل واحد ان كانت متنفلة ، واذا فعلت ذلك صارت طاهراً .

ولا تجمع بين صلاتين بوضوء واحد ، وعليها الاستظهار في منع الدم من التعدى بقدر الامكان .

وكذا يلزم من به السلس والبطن.

(الرابع) غسل النفاس ، ولا يكون نفاس الامع الدم ولوولدت تاماً .

ثم لا يكون الدم نفاساً حتى تراه بعد الولادة ،

قوله : ولا تجمع بين صلاتين بوضوء واحد

قال في المعتبر: هذا اذا كانت الاستحاضة غير سائلة، وأما اذا كانت سائلة فتكتفي بالاغسال الثلاثة عن الوضوء. وهو مذهب الشيخ في النهاية والخلاف.

وقال ابن ادريس وكثير من المتأخرين والعلامة لاتجمع بين صلاتين بوضوء في الاحوال الثلاثة . وهو أحد احتمالي الشيخ في المبسوط .

وأما ابن أبي عقيل فانه لم يوجب في القسم القليل وضوءاً وأوجب في الباقين الاغسال لا غير .

قوله : والنفاس

النفاس عندنا مشتق من النفس التي هي الدم ، قال الشاعر :

أو معها .

ولاحد لاقله ، وفي أكثره روايات أشهرها أنه لايزيد عن أكثر الحيض .

وتعتبر حالها عند انقطاعه قبل العشرة ، فان خرجت القطنة نقية اغتسلت ، والا توقعت النقاء أو انقضاء العشرة ، ولو رأت بعدها دماً فهو استحاضة .

والنفساء كالحائض فيما يحرم عليها ويكره ، وغسل كغسلها في الكيفية ، وفي استحباب تقديم الوضوء على الغسل وجواز تأخيره عنه.

تسيل على حد الظبات نفوسنا وليست على غير الظبات تسيل[1]

ومن هذا قولهم «مالانفس له سائلة» ، يقال نفست المرأة بضم الفاء وفتحها فهي نفساء[2]، والولد منفوس .

وعند الشافعي هو مشتق من النفس الانسانية .

قوله : أو معها

خلافاً للمرتضى، فانه خصه بما بعدها. ولاخلاف في أن ماقبلها ليس نفاساً.

قوله: ولاحد لاقله ، وفي أكثره روايات أشهرها انه لايزيد عن أكثر الحيض

هنا روايات :

---

١) الشعر للسموأل . الظبات بضم الظاء المؤلفة المعجمة جمع ظبة بالتخفيف : حد السيف .

٢) النفساء بضم النون وفتح الفاء : الوالدة والحامل والحائض ، والجمع: نفساوات ونفاس ونفاس ونفس .

(الخامس) غسل الاموات ، والنظر في أمور أربعة :

الاول الاحتضار :

والفرض فيه : استقبال الميت بالقبلة على أحوط القولين بأن

« ١ » رواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام : تقعد النساء ثمانية عشر سبعة عشر[1].

« ٢ » رواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام : تسع عشرة ليلة[2].

« ٣ » رواية ابن مسلم عن الباقر عليه السلام : ثمانية عشر يوماً . قال : ان أسماء بنت عميس أمرها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بذلك لما نفست من محمد بن أبي بكر[3]. وتطوف بالبيت وتصلي ودمها لم ينقطع بعد، وعمل بها المفيد والمرتضى وابنا بابويه .

« ٤ » رواية البزنطي : أحد وعشرون . وعمل بها ابن أبي عقيل .

وهنا روايات متروكة لم يعمل بها أحد من فقهائنا، وهي ثلاثون ، وأخرى أربعون ، وأخرى خمسون .

وأما الشيخ وابن البراج وأبو الصلاح وابن ادريس والمصنف فقالوا لا يزيد عن أكثر الحيض . لروايات ليست صريحة في مطلوبهم .

وقال العلامة في مختلفه : انها ترجع الى عادتها في الحيض ان كانت ذات عادة، عملا بالروايات التي ذكرها الشيخ على مدعاه، وان كانت مبتدأة صبرت ثمانية عشر عملا بروايتها ، وهو تفصيل حسن .

قوله : والفرض فيه استقبال الميت بالقبلة على أحوط القولين

---

١ و٢) التهذيب ١/١٧٧ .

٣) التهذيب ١/١٧٨ .

يلقى على ظهره ويجعل وجهه وباطن رجليه اليها .

والمسنون : نقله الى مصلاه ، وتلقينه الشهادتين ، والاقرار بالنبي صلى الله عليه وآله وسلم ، وبالائمة عليهم السلام ، وكلمات الفرج ، وأن تغمض عيناه ، ويطبق فوه وتمد يداه الى جنبيه ، ويغطى بثوب ، وأن يقرأ عنده القرآن ، ويسرج عنده ان مات ليلا ، ويعلم المؤمنون بموته ، ويعجل تجهيزه الامع الاشتباه . ولو كان مصلوباً لا يترك أزيد من ثلاثة أيام .

ويكره أن يحضره جنب أو حائض .

الاجود في العبارة أن يقال: استقبال القبلة بالميت، لان فعل الاستقبال انما يتعدى معنى الى الميت .

واعتذر بعضهم بأنه من باب القلب، وهو صناعة مشهورة، كما يقال عرضت الحوض على الناقة وعرضت الناقة على الحوض، وكذا ادخلت رأسي في القلنسوة وأدخلت القلنسوة في رأسي .

اذا تقرر هذا فاعلم أن المفيد والشيخ في النهاية وابن ادريس قالوا يجب الاستقبال ، لما روي عن علي عليه السلام قال : دخل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على رجل من ولد عبدالمطلب وهو في السوق[1] وقد وجه الى غير القبلة فقال : وجهوه الى القبلة فانكم اذا فعلتم ذلك أقبلت عليه الملائكة [2]. والامر

---

١) السوق بالفتح : النزع ، يقال ساق المريض سوقاً وسياقاً أى شرع فى النزع .

٢) الفقيه ١/٧٩، وتمام الحديث: واقبل الله عليه بوجهه فلم يزل كذلك حتى يقبض. وقال العلامة المجلسى الاول فى روضة المتقين ١/٣٤٢ : هذا الخبر صريح فى الاستقبال

وقيل يكره أن يجعل على بطنه حديد .

الثاني الغسل :

وفروضه : ازالــة النجاسة عنه ، وتغسيله بماء السدر ثـم بماء الكافور ثم بالقراح ، مرتباً كغسل الجنابة .

ولو تعذر السدر والكافور كفت المرة بالقراح .

حقيقة في الوجوب .

وقال المفيد في العزية والشيخ في الخلاف يستحب للاصل .

والاول أحوط ، لان الاصل يعدل عنه للدليل ، وقد بيناه .

قوله : وقيل يكره ان يجعل على بطنه حديد

ذكر ذلك الشيخان وأكثر الاصحاب ، وقال في التهذيب سمعناه مذاكرة من المشائخ . وقال ابن الجنيد يوضع على بطنه شيء يمنع من ربوها[1].

قوله : ولو تعذر السدر والكافور كفت المرة بالقراح

هنا مسائل :

(الاولى) كون الغسلات الثلاث مع حصول السدر والكافور واجبة مذهب

حال الاحتضار، لكن الخبر مرسل ولم نطلع عليه مسنداً صحيحاً، وذكره الصدوق في العلل ٢٩٧/١ بسند لا يخلو عن ضعف . وعلى تقدير الصحة فلا يدل على الوجوب ، بل ظاهره الاستحباب وان كان بلفظ الامر ، بقرينة الوعد فان الغالب استعماله في المندوب والوعيد في الواجب ، فالجزم بالوجوب مشكل ، ولكن الاحوط ان لا يترك . والظاهر انه كفائي كسائر أمور الميت، وان كان بالنسبة الى الحاضرين آكد سيما الاولياء .

الى أن قال : واقبال الملائكة عبارة عن استغفارهم له ، واقبال الله كناية عن الرحمة والفضل والمغفرة كأنه متوجه اليه بوجهه .

١) يمنع من ربوها أى من انتفاخها .

وفي وجوب الوضوء قولان ، والاستحباب أشبه .

ولو خيف من تغسيله تناثر جسده ، ييمم .

وسننه : أن يوضع على مرتفع موجهاً الى القبلة مظللا ، ويفتق جيبه وينزع ثوبه من تحته وتستر عورته وتلين أصابعه برفق ويغسل رأسه وجسده برغوة السدر ويغسل فرجه بالحرض .

ويبدأ بغسل يديــه ثم بشق رأسه الايمن ويغسل كل عضو منه ثلاثاً في كل غسلة ويمسح بطنه في الاوليين الا الحامل .

أكثر الاصحاب ، لروايات كثيرة منها رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام[1]، ورواية ابن مسكان عنه عليه السلام[2]. لم يخالف في ذلك الاسلار، فانه أوجب واحدة واستحب الباقيتين .

(الثانية) مع فقد السدر والكافور قيل تكفي الواحدة بالقراح ،كما اختاره المصنف هنا لاشتراط الوجوب بوجودهما .

والحق وجوب الثلاثة كما اختاره العلامة ، اذ لايسقط الميسور بالمعسور لوجوب الغسل بالماء مع أحدهما. ويمنع انتفاء الفائدة لو فقد الجواز حصول الفائدة ، وهي ازالة الدرن بتكرار الماء .

(الثالثة) الواجب من السدر والكافور مسماهما ، بحيث لايخرج الماء الى حد يصير مضافاً . والقراح هو البحت الخالص .

قوله : وفى وجوب الوضوء قولان

---

١) الكافى ٣/١٣٨ .

٢) الكافى ٣/ ١٣٩ .

ويقف الغاسل عن يمينه ، ويحفر للماء حفيرة ، وينشف بثوب ويكره اقعاده وقص أظفاره وترجيل شعره وجعله بين رجلى الغاسل وارسال الماء في الكنيف ، ولا بأس بالبالوعة .

الثالث في الكفن :

والواجب منه: مئزروقميص وازارمماتجوزالصلاة فيه للرجال.

ومع الضرورة تجزىء اللفافة ، وامساس مساجده بالكافور وان قل .

والسنن : أن يغتسل قبل تكفينه أو يتوضأ ، وأن يزاد للرجل حبرة يمنية عبرية غير مطرزة بالذهب ، وخرقة لفخذيه وعمامة تثنى عليه محنكاً ، ويخرج طرفا العمامة من الحنك ويلقيان على صدره.

ويكون الكفن قطناً وتطيب بالزريرة ويكتب على الحبرة والقميص واللفافة والجريدتين : فلان يشهد أن لا اله الا الله .

قال بعض الفضلاء: في عبارة المصنف تساهل، فانه لم يصرح أحد بالوجوب حتى يكون في وجوبه قولان، بل المفيد في كلامه أطلق من غير تصريح بالوجوب وعدمه ، وقال الشيخ في الاستبصار باستحبابه ، ونص في الخلاف على أنه لا وضوء فيه . والاستحباب أشبه لاصالة البراءة ، وحمل الروايات على الندب .

وكأن بعضهم تصور الوجوب لقولهم «كل غسل ماعدا غسل الجنابة ففيه الوضوء» ، وليس بشيء .

قوله : والواجب منه مئزر وازار وقميص

اقتصر سلار على وجوب لفافة واحدة ، والاخبار والاجماع بخلافه .

ويجعل بين اليتيه قطناً .

وتزاد المرأة لفافة أخرى لثدييها ونمطاً وتبدل بالعمامة قناعاً .

ويسحق الكافور بـاليد ، وان فضل عن المساجد ألقى على صدره .

وأن يكون درهماً أو أربعة دراهم ، وأكمله ثلاثة عشر درهماً وثلثاً .

ويجعل معه جريدتان ، احداهما من جانبه الايسر بين قميصه وازاره ، والاخرى مع ترقوة جانبه الايمن يلصقها بجلده ، وتكونان من النخل .

وقيل : فـان فقد فمن السدر ، والا فمن الخلاف ، والا فمن

قوله : وتزاد المرأة لفافة أخرى لثدييها ونمطاً

هو لغة ضرب من البسط ، والجمع أنماط. وقال في المعتبر هو ثوب فيه خطط ، مأخوذ من الانماط وهي الطرائق[1].

وجعله ابن ادريس الحبرة[2]، لدلالة الاسمين على الزينة. وأكثر الاصحاب على أنه مغاير لها ، ولم يفهم من كلامهم الا أنه لفافة أو ازار .

قوله : وقيل فان فقد فمن السدر والا فمن الخلاف

---

١) النمط بفتحتين : ثوب من صوف ذولون من الالوان، ولا يكاد يقال للابيض نمط والجمع انماط مثل سبب وأسباب .

٢) الحبرة كعنبة : ثوب يمانى مـن قطن أوكتان مخطط ، قال الازهرى : ليس حبرة موضعاً أو شيئاً معلوماً انما هو وشى معلوم أضيف الثوب اليه ،كما قيل ثوب قرمز بالاضافة والقرمز صبغة .

غيره من الشجر .

ويكره بل الخيوط بالريق ، وأن يعمل لما يبتدأ من الاكفان أكمام وأن يكفن في السواد .

وتجمير الاكفان أوتطييب بغير الكافور والزريرة ويكتب عليه بالسواد وأن يجعل في سمع الميت أو بصره شيء من الكافور.

قاله الشيخان الا أنهما قدما الخلاف[1] على السدر. وقال الشيخ في الخلاف من النخل أو غيرها من الاشجار ، وتبعه ابن ادريس وابن البراج .

واحتج الشيخ على الاول برواية سهل بن زياد[2]، وأما المصنف فاستضعف ذلك لضعف السند .

وهنا فوائد :

(الاولى) قدرهما الحسن بأربع أصابع ، والاكثر أنها بقدر عظم الذراع وفي بعض الاخبار شبر .

(الثانية) الخبر يدل على شقهما ، والعلة ـ وهو بقاء الرطوبة ـ تدل على عدمه . نعم لابد من الخضرة قطعاً .

(الثالثة) المشهور أن محلهما كما ذكر، وقال الجعفي احداهما تحت ابطه الايمن والاخرى نصف مما يلي الساق ونصف مما يلي الفخذ، وقال في المعتبر والجزم بصدق المشترك وهو جعلهما معه بأي صورة شئت[3].

---

١) الخلاف ككتاب شجر الصفصاف ، ويقال له بالفارسية : بيد .

٢) الكافى ٣/١٥٣ .

٣) فى المعتبر: ومع اختلاف الروايات والاقوال يجب الجزم بالقدر المشترك بينهما وهواستحباب وضعهما مع الميت فى كفنه أو فى قبره بأى هذه الصور .

وقيل يكره أن يقطع الكفن بالحديد .

الرابع الدفن :

والفرض فيه: مواراته في الارض على جانبه الايمن موجهاً الى القبلة .

فلو كان في البحر وتعذر البر ثقل أوجعل في وعاء وأرسل اليه.

ولو كانت ذمية حاملة من مسلم ، قيل: تدفن في مقبرة المسلمين يستدبر بها القبلة اكراماً للولد .

وسننه : اتباع الجنازة أو مع جانبيها وتربيعها وحفر القبر قدر قامة أوالى الترقوة ، وأن يجعل له لحد ، وأن يتحفى النازل اليه ويحل أزراره ويكشف رأسه ويدعو عند نزوله ، ولا يكون رحماً الا في المرأة .

ويجعل الميت عند رجلى القبر ان كان رجلا ، وقدامه ان كانت امرأة .

وينقل مرتين ويصبر عليه وينزل في الثالثة سابقاً برأسه ، والمرأة عرضاً .

ويحل عقد كفنه ويلقنه ويجعل معه تربة ويشرج اللحد ويخرج

قوله : وقيل ويكره ان يقطع الكفن بالحديد

ذكره الشيخان ، وقال في التهذيب سمعناه مذاكرة .

قوله: ولو كانت ذمية حاملا من مسلم قيل تدفن فى مقابر المسلمين

من قبل رجليه ويهيل الحاضرون بظهور الاكف مسترجعين ولا يهيل ذو الرحم .

ثم يطم القبر ولا يوضع فيه من غير ترابه .

ويرفع مقدار أربع أصابع مربعاً ، ويصب عليه الماء من رأسه دوراً . فان فضل ماء صبه على وسطه .

ويضع الحاضرون الايـدى عليه مترحمين ، ويلقنه الولي بعد انصرافهم .

ويكره فـرش القبر بالساج ـ الا مع الحاجـة ـ وتجصيصه

لا يجوز رفع «ذمية» لتكون اسماً لكان لانها نكرة غير مخصصة ، بل هي منصوبة خبراً عن اسم كان وهومضمر، أي كانت الميتة ذمية و« اكراماً » مفعول لـه ، والعامل فيه تدفن ويستدبر معاً لانه علة لهما معاً كما تقول « ضربت زيداً وأهنته اكراماً لك » .

ووجه كونه علة لهما معاً : انه لو لم تدفن في مقابر المسلمين لزم اخراج الولد المسلم عن مقبرتهم وهو اهانة له، ولو لم يستدبر بها القبلة بل استقبل لزم كون الولد مستدبراً ، لانه ـ كما قيل ـ وجهه الى ظهرأمه .

والقائل بذلك هو الشيخ ، واستدل برواية أحمد بن أشيم[1] .

والمصنف استضعف ذلك لضعف أحمد، ولعدم دلالتها على مطلوب الشيخ لتضمنها أن الولد يدفن معها ، وذلك لا يدل على دفنها في مقابر المسلمين ولا على استدبارها بالقبلة .

---

١) التهذيب ١/ ٣٣٤ .

وتجديده ، ودفن ميتين في قبر واحـد ، ونقل الميت الى غير بلد موته الا الى المشاهد المشرفة .

ويلحق بهذا الباب مسائل :

لكن قول الشيخ لابأس به ، وتوجيه الرواية ماذكرناه ، وهوقول أحمد بن حنبل .

قوله : وتجديده

قيل بالحروف الثلاثة[1]: أما الجيم فقول الشيخ في النهاية ، ومعناه ظاهر.

---

١) قال الصدوق عليه الرحمة فى الفقيه ١/ ١٢٠ : وقال أمير المؤمنين عليه السلام : من جدد قبراً أو مثل مثالا فقد خرج من الاسلام . واختلف مشائخنا فى معنى هـذا الخبر ، فقال محمد بن الحسن الصفار رحمة الله عليه هو «جدد» بالجيم لا غير . وكان شيخنا محمد ابن الحسن بن أحمد بن الوليد رضى الله عنه يحكى عنه انه قـال : لا يجوز تجديد القبر ولا تطيين جميعه بعد مرور الايام عليه وبعد ما طين فى الاول، ولكن اذا مات ميت وطين قبره فجائز أن يرم سائر القبور منغير أن يجدد . وذكر سعد بنعبدالله رحمه الله أنه كان يقول: انما هو « من حدد قبراً » بالحاء غير المعجمة يعنى بـه من سنم قبراً . وذكر عن أحمد بن أبى عبدالله البرقى انه قال : انما هو « من جدث قبراً » وتفسير الجدث بالقبر فلا ندرى ما عنى به. والذى اذهب اليه انه «جدد» بالجيم ومعناه نبش قبراً ، لان من نبش قبراً فقدجدده وأحوج الى تجديده وقد جعله جدثاً محفوراً .

وأقول : ان التجديد علىالمعنى الذى ذهب اليه محمد بن الحسن الصفار والتحديد بالحاء غير المعجمة الذى ذهب اليه سعد بن عبدالله والذى قاله البرقى مـن أنه جدث كله داخل فى معنى الحديث ، وان من خالف الامام عليه السلام فى التجديد والتسنيم والنبش واستحل شيئاً من ذلك فقد خرج من الاسلام .

ثم ذكر معنى الجملة الثانية وقال : يعنى به من أبدع بدعة ودعا اليها أو وضع ديناً فقد خرج من الاسلام .

ثم قال رحمه الله: وقولى فى ذلك قول ائمتى عليهمالسلام ، فان أصبت فمن الله على ألسنتهم وان اخطأت فمن عند نفسى . تم كلامه رفع الله تعالى مقامه .

(الاولى) كفن المرأة على زوجها ولو كان لها مال .

(الثانية) كفن الميت من أصل تركته قبل الوصية والدين والميراث .

وأما الحاء فقول سعد بن عبدالله ، أي جعله مسنماً ، وأما الخاء المعجمة فقول المفيد أي جعل خداً للميت لالحداً ، والخد لغة الشق .

وقال البرقي جدث بالثاء المثلثة أي جعله جدثاً لميت آخر . فعلى هذا يكون حراماً ، اذ يحرم نبش الموتى بعد دفنهم .

وأصل هذا الاختلاف رواية الاصبغ عن علي عليه السلام : من جدد قبراً أو مثل مثالا فقد خرج من الاسلام[1] . قال البرقي : ان معناه من خالف الامام في شيء مما ذكر مستحلا أو أبدع بدعة فقد خرج من الاسلام .

قوله : كفن المرأة ـ الخ

هنا فوائد :

(الاولى) هذا الحكم عليه اجماع الاصحاب ورواه السكوني عن الصادق عليه السلام[2] ، ولبقاء أثر الزوجية ولهذا جاز تغسيلها ونظرها ، ولانها زوجة لاية الارث فتجب مؤنتها ، وتجب أيضاً مؤنة التجهيز .

وقال الشيخ في التهذيب بعد نقل أقوال هؤلاء الاساطين : وكان شيخنا محمد بن محمد ابن النعمان رحمه الله يقول : ان الخبر بالخاء والدالين ، وذلك مأخوذ من قوله تعالى « قتل أصحاب الاخدود » والخد هو الشق ، يقال خددت الارض خداً أي شققتها ، وعلى هذه الروايات يكون النهي تناول شق القبر اما ليدفن فيه أو على جهة النبش على ما ذهب اليه محمد بن علي . وكل ما ذكرناه من الروايات والمعاني محتمل .

١) الفقيه ١ / ١٢٠ ، التهذيب ١ / ٤٥٩ .

٢) التهذيب ١ / ٤٤٥ .

(الثالثة) لا يجوز نبش القبر ولا نقل الموتى بعد دفنهم .

(الرابعة) الشهيد اذا مات في المعركة لا يغسل ولا يكفن ، بل يصلى عليه ويدفن بثيابه وينزع عنه الخفان والفرو .

(الخامسة) اذا مات ولد الحامل قطع وأخرج ،

(الثانية) لو أعسر عن الكفن كفنت من تركتها ـ قاله العلامة ، لان الارث بعد الكفن ، ولوأعسر بالبعض تمم من التركة .

(الثالثة) لا فرق بين الحرة والامة والرجعية ، فان عللناه بالنفقة لم تدخل الناشز ولا المتعة والا دخلتا ، وهو ظاهر الخبر .

(الرابعة) لو ماتا معاً لم يجب عليه ، وكذا لو أوصت به وهو حي موسراً ما لو مات بعدها . وليس الاكفن واحد اختص هو بـه ، لان مؤنته مقدمة حال حياته فكذا بعده .

ويحتمل اختصاصها به ، لسبق التعلق . وهو ضعيف ، لعدم تعلقه بالعين .

قوله : لا يجوز نبش القبر ولا نقل الموتى بعد دفنهم

لان ذلك هتك له ومثلة به، وعليه اجماع المسلمين. قال في المعتبر الا في صور : الاولى أن يقـع في القبر مـاله قيمة صيانة للمال ، الثانية أن يدفن في موضع مغصوب لانه عدوان ، الثالثة أن يكفن بمغصوب ، الرابعة لو دفن بغير غسل ولا كفن . والاولى هنا العدم ، لانه مثلة فـلا يستدرك بها الغسل والدفن أغنى عن الكفن ، أما الصلاة فلا نبش مع تركها عندنا .

قوله : اذا مات ولد الحامل قطع وأخرج

قال المصنف في المعتبر ونعم ماقال: ان أمكن التوصل الى اسقاطه صحيحاً بشيء والا توصل الى اخراجه بالارفق فالارفق، لاحترام اعضائه وثبوت الديات

ولو ماتت هي دونه يشق جوفها من الجانب الايسر وأخرج . وفي رواية : يخاط بطنها .

(السادسة) اذا وجد بعض الميت وفيه الصدر فهو كما لووجد كلـه .

وان لم يوجد الصدر غسل وكفن مافيه عظم ، ولف في خرقة ودفن ما خلا من عظم .

قال الشيخان: ولايغسل السقط الا اذا استكمل شهوراً أربعة ، ولوكان لدونها لف في خرقة ودفن .

(السابعة) لايغسل الرجل الا رجل ، وكذا المرأة .

ويغسل الرجل بنت ثلاث سنين مجردة ، وكذا المرأة .

ويغسل الرجل محارمه من وراء الثياب ، وكذا المرأة .

(الثامنة) من مات محرماً كان كالمحل ، لكن لايقرب الكافور.

فيها فلا يبادر الى قطعها .

قوله : ولو ماتت هى دونه شق جوفها

أماشق جوفها فلروايات كثيرة، وأماالتقييد بالجانب الايسر فذكره الشيخان ولم نقف على رواية به ، وأما رواية «ويخاط بطنها» فهي رواية ابن أبي عمير[1] عن ابن أذينة . والقول بها ليس بعيداً من الصواب حفظاً لحشوة الام .

قوله : قال الشيخان ولا يغسل السقط الا اذا استكمل شهوراً أربعة

هذا الكلام خارج عن عادته في أنه اذا لم يظفر بدليل الحكم أسنده الى

---

١) الكافى ٣/٢٠٦ .

(التاسعة) لايغسل الكافر ولايكفن ولايدفن بين مقبرة المسلمين.

(العاشرة) لو لاقى كفن الميت نجاسة غسلت ما لم يطرح فى القبر وقرضت بعد جعله فيه .

(السادس) غسل من مس ميتاً :

يجب الغسل بمس الميت الادمى بعد بـرده بالموت ، وقبل تطهيره بالغسل على الاظهر.

وكذا يجب الغسل بمس قطعة فيها عظم ،سواء أبينت من حى أوميت ،وهو كغسل الحائض .

القائل، وذلك لانه صرح به في المعتبر أنه مذهب علمائنا، وتدل عليه رواية أحمد ابن محمد عمن ذكره[1]، وكذا رواية زرارة عن سماعة عن الصادق عليه السلام[2].

قال: وانقطاع الاولى وضعف سماعة ينجبران بعمل الاصحاب وعدم معارض.

ويمكن أن يكون الحامل له على نسبته الى الشيخين القطع والضعف المذكورين .

قوله : يجب الغسل بمس الادمى ـ الى آخره

---

١) الكافى ٣/٢٠٦ ، لاحمد بن محمد فى الموضوع روايتان : احداهما مسندة عن الحسين بن موسى عن زرارة عن أبى عبدالله عليه السلام ، والثانية مقطوعة وهى التى ذكرها الشارح .

٢) لم أظفر على رواية رواها زرارة عن سماعة فى هذا الموضوع، الا أنه رواية فى السقط رواها زرعة عن سماعة عن أبى الحسن الاول عليه السلام قال: سألته عن السقط اذا استوى خلقه يجب عليه الغسل واللحد والكفن؟ فقال: كل ذلك يجب عليه. الكافى ٣/٢٠٨ ورواها الشيخ فى التهذيب ١/٣٢٩ عن زرعة عن سماعة عن أبى عبدالله عليه السلام .

وأما المندوب من الاغسال : فالمشهور غسل الجمعة .

ووقته ما بين طلوع الفجر الى الزوال ، وكلما قرب من الزوال كان أفضل .

وأول ليلة من شهر رمضان ، وليلة النصف منه ، وليلة سبع عشرة وتسع عشرة واحدى وعشرين وثلاث وعشرين ، وليلة الفطر ، ويومى العيدين . ويوم عـرفة . وليلة النصف من رجب . ويوم المبعث . وليلة النصف من شعبان ، والغدير ، ويوم المباهلة ، وغسل الاحرام ، وزيارة النبى صلى الله عليه وآله وسلم ، والائمة عليهم السلام ولقضاء الكسوف . وللتوبة . ولصلاة الحاجة . والاستخارة . ولدخول الحرم والمسجد الحرام . والكعبة . والمدينة ، ومسجد النبى صلى الله عليه

قال بوجوبه الشيخان وابنا بابويه وابن ادريس لروايات كثيرة، وقال السيد في المصباح باستحبابه للاصل ولرواية سعد بن خلف عن الصادق عليه السلام: الغسل في أربعة عشر موطناً واحد فريضة والباقي سنة[1].

والجواب : الاصل يعدل عنه للدليل ، وهو حاصل في الروايات ، والمراد بالسنة ما ثبت من جهة الرسول صلى الله عليه وآله وسلم لا مـن جهة القرآن والا لكانت الاغسال ما عدا الجنابة سنة .

قوله : وأما المندوب من الاغسال فالمشهور[2] ثمانية وعشرون

---

١) التهذيب ١ / ١١٠ .

٢) فى المختصر النافع : واما المندوب من الاغسال فالمشهور غسل الجمعة. وليس فيه « ثمانية وعشرون » . والظاهر أنه من قول الشارح .

وقال ابن بابويه غسل الجمعة واجب[1] لقول الرضا عليه السلام انه واجب[2] وهو محمول على شدة الاستحباب .

وكذا قال المرتضى والتقي بوجوب غسل السعي الى المصلوب ، وابن أبي عقيل بوجوب غسل الاحرام، وبعضهم بوجوب غسل التوبة وغسل المولود لكن المشهور هو ما ذكره المصنف .

ثم انها اما للزمان فلا يجوز قبله ، واما للفعل أو للمكان فيكون قبلهما ، الا ما كان للتوبة فانه بعدها، لان الاقلاع عن الذنب واجب مضيق لايجوز الاشتغال عنه بمندوب ، وكذا غسل السعي وترك الكسوف فانه بعدهما لوجوب تأخر المسبب عن السبب .

ثم اعلم أن لهذه الاغسال خواصاً خمساً :

(الاول) ليس لها بدل لان المقصود صورتها .

(الثاني) انها تجامع الحدث ، فلا ينقضها الحدث الا غسل الاحرام على قول .

(الثالث) الماء المستعمل فيها ليس له حكم المستعمل في الواجبة اجماعاً.

(الرابع) لا تأثير لها في الاباحة البتة .

(الخامس) لا يجزي واحد منها عن غيره ولو انضم اليها واجب خلافاً للشيخ .

---

١) قال في الفقيه ١/ ٦١ : وغسل يوم الجمعة واجب على الرجال والنساء في السفر والحضر الا أنه رخص للنساء في السفر لقلة الماء .

٢) الكافي ٣/ ٤١ ، التهذيب ١/ ١١١ .

التيمم

الركن الثالث : في الطهارة الترابية ، والنظر في أمور أربعة :

الاول : شرط التيمم عدم الماء ، أو عدم الوصلة اليه ، أو حصول مانع من استعماله ، كالبرد والمرض .

قوله : الركن الثالث في الطهارة الترابية

تسمى هذه الطهارة تيمماً لقولـه تعالى « فتيمموا صعيداً طيباً »[1]، والتيمم القصد لقوله « ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون »[2]، وقال امرؤ القيس :

ولمـا رأت ان الهجير[3] يكضهـا ... وان الحصا[4] من تحت أرجلها حافي

تيممت[5] العين التي دون ضـارج ... يفيء[6] عليها الظل عرمضها طامي

وكان التراب طهوراً لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : جعلت لي الارض مسجداً وترابها طهوراً[7]. وفي الشرع التيمم طهارة ترابية تراد لاباحة الصلاة .

---

١) سورة النساء : ٤٣ ، سورة المائدة : ٦ .

٢) سورة البقرة : ٢٦٧ .

٣) الهجير: هو نصف النهار عند اشتداد الحر، يكض لم أجدها في كتب اللغة والكض بالصاد المهملة : الصوت، كصيص الحرب أي صوتها . أقول : لعلها يكفها .

٤) الحصا : صغار الحجارة . الحافي هو الذي لا شيء في رجله من خف ولا نعل.

٥) تيممت العين أي قصدتها . ضارج : اسم موضع معروف .

٦) يفيء : أي يرجع ، الظل هو الفيء . وفي نسخة: الطلح . العرمض: الطحلب هو الاخضر مثل الخطمي يكون على الماء . قال الازهري : العرمض : الغلفق الاخضر الذي يتغشى الماء فاذا كان في جوانبه فهو طحلب. طمأ الماء يطمو طموأ ويطمي طمياً: ارتفع وعلا وملأ النهر فهو طام ، وطمى النبت : طال وعلا .

٧) الخصال ١٩٢/١ ، ٢٦٤ ، الفقيه ١٥٥/١ وفيهما « جعلت لي الارض مسجداً وطهوراً » ، الكافي ١٧/٢ ، المحاسن : ٢٣١ وفيهما «وجعل له الارض مسجداً وطهوراً».

ولولم يوجد الا ابتياعاً وجب وان كثر الثمن، وقيل: مالم يضر في الحال، وهو الاشبه.

ولو كان معه ماء وخشي العطش تيمم ان لم يكن فيه سعة عن قدر الضرورة.

وكذا لو كان على جسده نجاسة ومعه ما يكفيه لازالتها أو للوضوء أزالها وتيمم، وكذا من معه ماء لا يكفيه لطهارته.

واذا لم يوجد للميت ماء يمم كالحي العاجز.

الثاني: فيما يتيمم به، وهو التراب الخالص دون ما سواه من المنسحقة كالاشنان والدقيق، والمعادن كالكحل والزرنيخ.

قوله: ولو لم يوجد الا ابتياعاً وجب وان كثر الثمن، وقيل مالم يضر في الحال وهو الاشبه

اختلف الاصحاب في ذلك:

فقال بعضهم: يجب الشراء مطلقاً لان الصادق عليه السلام اشترى وضوءاً بمائة دينار[1]، ولانه يجب الوضوء لقوله تعالى «فاغسلوا وجوهكم»[2] الاية، ولا يتم الا بالشراء ومالايتم الواجب المطلق الا به فهو واجب، ولانه قد انتفى

---

١) الكافي ٣/٧٤، التهذيب ١/٤٠٦، الفقيه ١/٢٣ عن أبي الحسن الرضا عليه السلام سئل عنه عليه السلام عن رجل احتاج الى الوضوء للصلاة ولم يقدر على الماء فوجد ماء بقدر ما يتوضأ به بمائة درهم أو بألف درهم هل يجب عليه ان يشتريه ويتوضأ به أو يتيمم؟ فقال: بل يشترى، قد أصابني مثل ذلك فاشتريت وتوضأت وما يسوءني بذلك مال كثير. اللفظ للفقيه.

٢) سورة المائدة: ٦.

شرط التيمم وهوعدم وجدان الماء لانه واجد للثمن فيكون واجداً للماء، كالقادر على ثمن الرقبة في الكفارة المرتبة ، وحينئذ لا يجوز التيمم لانتفاء شرطه .

وقال بعضهم : لا يجب ، لانه لو خاف على المال من لص جاز له التيمم فكيف يجب عليه بذله .

وأجيب: بأنه لايلزم من جواز التيمم عند خوف اللص عدم وجوب الشراء اذ الفرق حاصل، فان ما أخذه اللص عوضه ثابت عليه وهو منقطع، وأما وجوب الشراء فالثواب ثابت عليه تعالى ، وهو دائم غير منقطع .

وقيل : ان لم يضر في الحال يجب الشراء والا لم يجب ، لقوله صلى الله عليه وآله : لا ضرر ولا اضرار في الاسلام[1]. وهو قوي .

بقي هنا فائدة ، وهي أن وجوب الشراء بشروط :

« ١ » أن يكون فاضلا عن دين عليه ، سواء كان حالا أو مؤجلا .

«٢» أن يكون فاضلا عن نفقته ونفقة عياله وحيوان محترم معه في ذلك اليوم.

« ٣ » قال بعض شيوخنا : يشترط أن يبتاعه حالا ، فلو بيع نسيئة لم يجب عليه وان كان قادراً وقت حلول الدين. وقال الشهيد يجب، اذا قدر عليه عند الاجل. وليس ببعيد .

قوله : ولا بأس بأرض النورة والجص

أي قبل الحرق، أما بعده فلا لكونه يصير معدناً فلا يجزي. ونقل عن بعضهم الاجزاء ، وهو غلط .

---

١) سنن ابن ماجة ٢ / ٧٨٤ ، وليس فيه « فى الاسلام » .

وفى جواز التيمم بالحجر تردد، وبالجواز قال الشيخان .

ومع فقد الصعيد تيمم بغبار الثوب واللبد وعرف الدابة، ومع فقده بالوحل .

الثالث : فى كيفيته :

ولا يصح قبل دخول الوقت ويصح مع تضيقه .

وفى صحته مع السعة قولان، أحوطهما التأخير.

قوله : وفى جواز التيمم بالحجر تردد وبالجواز قال الشيخان

منشأ التردد من ان اسم الارض صادق على الحجر والتحجر لايزيل الحقيقة عنه بل يؤكدها ، ومن قوله « فتيمموا صعيداً »[1]. قال الجوهري : الصعيد هو التراب، وهو يخالف الحجر اسماً وصورة، ولهذا ادعى ابن الجنيد بأن التحجر يزيله عن حقيقته الارضية .

وبالجواز قال الشيخان [2]، الا أن المفيد والشيخ في النهاية قيد الجواز بحال الاضطرار وفقد التراب، واختاره ابن ادريس[3]، وفي المبسوط [4] والخلاف[4] قال بالجواز مطلقاً ، واختاره العلامة[5] وعليه الفتوى .

قوله : وفى صحته مع السعة قولان أحوطهما التأخير

قبل دخول الوقت لا يصح اجماعاً ، ومع التضيق يصح اجماعاً. واختلف

---

١) سورة النساء : ٤٣ .

٢) المقنعة : ٨ ، النهاية : ٤٩ وهذا لفظه : ولا بأس بالتيمم بالاحجار ولا بالارض الجصية ولا بأرض النورة اذا لم يقدر على التراب .

٣) السرائر : ٢٦ .

٤) المبسوط ١ / ٣٢ ، الخلاف ١ / ٢٧ .

٥) المختلف ١ / ٤٨ .

في حال السعة :

فقال ابن بابويه يصح ، لقوله تعالى « فلم تجدوا ماء فتيمموا » ولم يذكر التأخير، ولرواية زرارة عن أحدهما عليهما السلام، وهو قول الجمهور واختاره العلامة في منتهى المطلب .

وقال الثلاثة واتباعهم لا يصح ، لقول أحدهما عليهما السلام في حديث زرارة: واذا لم يجد المسافر الماء فليطلب مادام في الوقت، فاذا خاف أن يفوته الوقت فليتيمم وليصل في آخر الوقت ، فاذا وجد الماء فلا قضاء عليه[1].

وقال ابن الجنيد : العذر اما أن يرجى زواله أولا ، فان كان الاول وجب التأخير ، وان كان الثاني جاز في أول الوقت . واختاره العلامة في قواعده[2].

واستدل على الحكم الاول بقوله تعالى « فلم تجدوا ماء فتيمموا »[3] شرط في جواز التيمم عدم وجدان الماء في الوقت الموسع ، وانما يتحقق بالعدم في جميع أجزائه ولا يعلم الا بالتأخير . وأما على الحكم الثاني فلانه مع العلم باستمرار العجز لا حاجة الى التأخير، لانه لا فرق بين عدم وجدان الماء وبين العلم بعدم التمكن من الاستعمال .

واختار الشهيد قول المصنف والثلاثة للاحتياط ، لانه متفق على صحته . وهو الاجود، لنقل المرتضى والشيخ الاجماع عليه، والاجماع المنقول بقول الواحد حجة .

قوله : وهل يجب استيعاب الوجه والذراعين بالمسح فيه روايتان

---

١) الكافي ٦٣/٣ ، التهذيب ١٩٢/١ وتمام الخبر : وليتوضأ لما يستقبل .

٢) القواعد ، الفصل الرابع من المقصد العاشر من كتاب الطهارة .

٣) سورة النساء : ٤٣ .

أشهرهما اختصاص المسح بالجبهة وظاهر الكفين .

وفى عدد الضربات أقوال ، أجودها للوضوء ضربة ، وللغسل اثنتان .

والواجب فيه النية : واستدامة حكمها . والترتيب: يبدأ بمسح الجبهة ثم بظاهر اليمنى ، ثم بظاهر اليسرى .

الرابع : فى أحكامه وهى ثمانية :

(الاول) لا يعيد ما صلى بتيممه .

أشهرهما اختصاص المسح بالجبهة وظاهر الكفين

أما رواية الاستيعاب فرواها سماعة[1]، وعمل عليها علي بن بابويه . وأما رواية عدم الاستيعاب فرواها الشيخ موثقاً عن زرارة عن الصادق عليه السلام[2] وعمل عليها الثلاثة واتباعهم ، وهو الاشهر وعليه العمل .

ويؤيد ذلك قوله تعالى «فامسحوا بوجوهكم وأيديكم»[3] والباء اذا دخلت على الفعل المتعدي أفادت التبعيض والا لزم زيادتها ، والاصل عدم الزيادة خصوصاً في القرآن . وانكار سيبويه وابن جني كون الباء للتبعيض لا يلتفت اليه، لمارواه ابن بابويه صحيحاً عن الباقر عليه السلام[4] في حديث طويل حاصله: انه علل فيه بكون الباء للتبعيض. والمصنف في المعتبر خير بين الحالين الاستيعاب وعدمه ، وكذا ابن أبي عقيل .

قوله : وفى عدد الضربات أقوال

---

١ و٢) التهذيب ١/٢٠٨ .

٣) سورة النساء : ٤٣ .

٤) الفقيه ١/٥٦ .

ولو تعمد الجنابة لم يجزىء التيمم ما لم يخف التلف .

فان خشى فتيمم وصلى ففى الاعادة تردد ، أشبهه أنه لا يعيد .

وكذا من أحدث فى الجامع ومنعه الزحام يوم الجمعة ، تيمم وصلى .

وفى الاعادة قولان ، الاجود الاعادة .

قال المرتضى وابن أبي عقيل ضربة واحدة مطلقاً ، وقال ابن بابويه ضربتان مطلقاً، وقال الشيخان واكثر الاصحاب بالتفصيل واحدة للوضوء واثنتان للغسل. وهو جمع بين الروايات ، وهو حسن .

قوله : ولو تعمد الجنابة لم يجزى التيمم مـا لم يخف التلف ، فان خشى فتيمم وصلى ففى الاعادة تردد اشهبه انه لايعيد

الاعادة عندالاصوليين الفعل الثاني لوقوع خلل في الاول اذا كان في الوقت والقضاء عندهم ما فعل بعد وقته المعين. والمراد بالاعادة هنا في قول المصنف ومصطلح الفقهاء ما فعل ثانياً ، سواء كان في الوقت أو خارجه .

اذا عرفت هذا فنقول : هل يعيد ما صلى بتيممه أم لا ؟ فيه أقوال :

(الاول) قول الشيخ الطوسي أنه يعيد في موضعين :

الاول ـ من تعمد الجنابة وخشي على نفسه من استعمال الماء يتيمم ويصلي، لقوله تعالى «ولاتلقوا بأيديكم الى التهلكة»[1] وقوله « وما جعل عليكم في الدين من حرج »[2]، ثم انه ليعيده لرواية جعفر بن بشير[3].

---

١) سورة البقرة : ١٩٥ .

٢) سورة الحج : ٧٨ .

٣) التهذيب ١/ ١٩٦ ، ورواه الفقيه ١/ ١٦٠ بطريقه عن عبدالله بن سنان .

(الثانى) يجب على من فقد الماء : الطلب فى الحزنــة غلوة سهم ،وفى السهلة غلوة سهمين .

والحق عدم الاعادة ، وهو قول ابن ادريس[1] والمصنف والعلامة. لاقتضاء الامر الاجزاء ، وشغل الذمة بالاعادة يفتقر الى دليل وليس ، والرواية ضعيفة ، لان جعفر رواها مرسلة تارة ومسندة أخرى ، وهو يـدل على شكه مع مخالفة الدليل لها .

الثاني ـ متى منعه زحام يوم الجمعة قال : يجوز لـه التيمم لتضيق وقت الجمعة فيجزيه ، لقوله عليه السلام : التراب كافيك ما لم تجد الماء[2]. ويعيد اذا زال عذره [يوم الجمعة] لرواية السكوني[3].

ونحن نمنع أيضاً الاعادة لما قلناه ، والسكوني ضعيف .

(الثاني) قال بعض الفقهاء: ان كان العذر نادراً كفقد الماء في الحضر أعاد الصلاة مع التمكن مطلقاً ، ونقل هذا عن الشيخ أيضاً .

(الثالث) قيل ان كان العذر المبيح بتقصيره أو محرماً أعاد، مثال الاول كما لو مر على الماء في أول الوقت ولم يتطهر ثم فقد الماء، ومثال الثاني كالعاصي بسفره . والحق عدم الاعادة مطلقاً .

قوله : يجب على من فقد الماء الطلب

الطلب واجب في الجملة باجماع علمائنا، ولقوله «فلم تجدوا ماء»، ولم[4]

---

١) السرائر : ٢٧ .

٢) التهذيب ١/ ١٩٤ ، الفقيه ١/ ٥٩ ، وفيهما : يا أبا ذر يكفيك الصعيد عشرسنين. سنن ابن ماجة ١/ ٢١٢ ، سنن الترمذى ١/ ٢١٢ .

٣) التهذيب ١/ ١٨٥ .

٤) فى ب : ولا يتحقق .

فان أخل فتيمم وصلى ثم وجد الماء، تطهر وأعاد .

(الثالث) لووجد الماء قبل شروعه تطهر اجماعاً ، ولو كان بعد فراغه فلا اعادة .

ولو كان في اثناء الصلاة فقولان، أصحهما البناء ولو كان على تكبيرة الاحرام .

يتحقق هذا الوصف الا بعد الطلب ، لامكان قرب الماء منه .

وانما الخلاف بين علمائنا في حده ، فقال المصنف والعلامة غلوة[1] سهم في الحزنة وسهمين في السهلة ، وهو قول المفيد في المقنعة والتقي. وقال في المبسوط غلوة سهم ولم يفصل .

قوله : ولوكان فى أثناء الصلاة فقولان

الاقوال هنا أربعة : «١» انه يرجع ما لم يركع قاله الشيخ في النهاية وابن أبي عقيل ، « ٢ » أنه يرجع ما لم يقرأ قاله سلار ، «٣» يرجع ما لم يركع في الثانية قاله ابن الجنيد ، « ٤ » لايرجع مطلقاً بعد تكبيرة الاحرام قاله المرتضى وابن ادريس والشيخ في المبسوط والخلاف والمصنف والعلامة. وهو الحق لقوله « ولا تبطلوا أعمالكم »[2].

والمصنف قال قولان امالكونه غير معتد بالخلاف الذي لم يشتهر أو أراد بالقولين ما فوق القول الواحد .

---

١) الغلوة بفتح الغين كشهوة والجمع غلوات كشهوات: الغاية، مقدار رمية سهم أبعد مايقدر عليه. عن الليث : الفرسخ التام خمس وعشرون غلوة، ويقال هى قدر ثلاثمائة ذراع الى أربعمائة .

٢) سورة محمد : ٣٣ .

(الرابع) لو تيمم الجنب ثم أحدث ما يوجب الوضوء أعاد بدلا من الغسل .

(الخامس) لاينقض التيمم الا ماينقض الطهارة المائية ، ووجود الماء مع التمكن من استعماله .

(السادس) يجوز التيمم لصلاة الجنازة مع وجود الماء ندباً.

(السابع) اذا اجتمع ميت ومحدث وجنب وهناك ماء يكفى أحدهم تيمم المحدث .

وهل يخص به الميت أو الجنب ؟ فيه روايتان أشهرهما أن يخص به الجنب .

قوله : لو تيمم المجنب ثم احدث ما يوجب الوضوء أعاد بدلا من الغسل

خلافاً للمرتضى ، فان عنده يعيده بدلا من الوضوء ، لكون التيمم عنده رافعاً للحدث . وهو ممنوع، لان صحابياً صلى بتيمم ثم أم قوماً، فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم : صليت بهم وأنت جنب[1]. سماه جنباً بعد تيممه ، فلا يكون رافعاً للحدث .

قوله : وهل يختص به الميت أو الجنب فيه روايتان

أما رواية تخصيص الجنب فرواية الحسن التفليسي عن أبي الحسن عليه السلام[2]، واختارها الشيخ في النهاية. وأما رواية تخصيص الميت فرواية محمد

---

١) انظر الخلاف ١ / ٣١ .

٢) التهذيب ١ / ١٠٩ .

ابن علي وهي مرسلة[1].

والاولى تخصيص الجنب ، وتؤيده رواية عبدالرحمن بن أبي‌نجران عن الكاظم عليه السلام[2].

وأمـا الشيخ في المبسوط فقال : ان كان ملكاً لاحدهم فهو أولى به ، والا تخيروا في‌استعماله . وما قاله حسن، لكن نقول مع عدم ملكية أحدهم الافضل تخصيص الجنب .

واعلم أن التحقيق هنا: ان مع ملكية أحدهم للماء يجب عليه استعماله ولا يجوز بذله لغيره، ومع عدم الملك- بأن كان مباحاً أو مبذولا للاولى به شرعاً- فحينئذ الافضل تخصيص الاحوج مـن ذوي الاعذار ، فيقدم خائف التلف ثم خائف المرض ثم الشين[3]ثم العطش الشديد ثم مزيل النجاسة ثم الاقوى حدثاً فيقدم حينئذ ذو الحدث الاكبر فالمحدث بالاصغر ليس له فيه شيء اجماعاً .

ويبقى لواجتمع ذوحدث أكبر كالجنب والميت، فقيل‌الميت أولى لفوات أمره فليختم[4]لـه بأكمل الطهارتين والحي يقدر عليها في ثاني الحال ، ولان القصد تنظيفه والتراب لايفيد ذلك وغرض‌الحي‌استباحة الصلاة واسقاط‌الفرض وهو يحصل بالتيمم . وقيل الجنب أولى، لانه مكلف متعبد[5]بالغسل مع وجود الماء والميت سقط عنه الفرض بالموت . وكذا الحكم لو كان بـدل الجنب حائضاً .

---

١) التهذيب ١/ ١١٠ .

٢) التهذيب ١/ ١٠٩ .

٣) الشين : هو مايعلو البشرة من الخشونة المشوهة للخلقة وربما بلغت تشقق الجلد وخروج الدم .

٤) فى بعض النسخ : فاليحكم له .

٥) فى بعض النسخ : يتعبد .

(الثامن) روى فيمن صلى بتيمم فأحدث في الصلاة ووجد الماء قطع وتطهر وأتم، ونزلها الشيخان على النسيان .

ثم أعلم أن هنا مسائل :

(الاولى) لواجتمع محدث وجنب فان أمكن الوضوء وجمع فضلته للغسل وجب والا فالجنب أولى .

(الثانية) لو اجتمع محدث وميت فالفرض كما تقدم .

(الثالثة) لواجتمع جنب وحائض قال الشيخ تخيرا في التخصيص لتعارض الموجبين ، ويحتمل أولويتها لغلظ حدثها فانه يحرم الوطي ويسقط خطاب الصلاة . وقال الشهيد الجنب أولى ، الا أن نقول بتوقف الوطي على الغسل فتكون هي أولى لقضائها حق الله وحق الادمي .

(الرابعة) حكم المستحاضة والنفساء والماس كالحائض .

قوله : روى فيمن صلى بتيمم فأحدث في الصلاة ووجد الماء قطع وتطهر واتم، ونزلها الشيخان على النسيان

هذه الرواية صحيحة رواها محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام[1] ، ورويت أيضاً بطرق متعددة لكن أصلها جميعاً محمد بن مسلم ، وكذلك رواها زرارة أيضاً .

وفيها اشكال من حيث أن الحدث مبطل للطهارة فتبطل الصلاة لبطلانها . والشيخان[2] أفتيا بها على تقدير كون الحدث نسياناً ولم ينحرف المصلي

---

١) التهذيب ١ / ٢٠٥ .

٢) المقنعة : ٨ ، النهاية : ٤٨ ، وفيه : فان أحدث في الصلاة حدثاً ينقض الطهارة ناسياً وجب عليه الطهارة والبناء على ما انتهى اليه من الصلاة ما لم يستدبر القبلة أو يتكلم بما يفسد الصلاة ، وان كان حدثه متعمداً وجب عليه الطهارة واستيناف الصلاة .

الركن الرابع : في النجاسات . والنظر في أعدادها وأحكامها:

وهي عشرة : البول ، والغائط مما لا يؤكل لحمه ويندرج تحته الجلال ، والمني والميتة مما يكون له نفس سائلة ، وكذا الدم والكلب والخنزير والكافر وكل مسكر والفقاع .

عن القبلة ولم يتكلم متعمداً . واستحسن ذلك المصنف في المعتبر ، قال : لان الرواية صحيحة مشهورة لاسبيل الى ردها ولا العمل على ظاهرها ، فلم يبق الا التأويل .

ويؤيده أن ماوقع من الصلاة وقع مشروعاً مع بقاء الحدث فلا يبطل بزوال الاستباحة كصلاة المبطون ، وليس كذلك في الطهارة المائية ، لانها رافعة للحدث فالحدث المتجدد رافع لها .

وفيه نظر ، فان الاجماع منعقد على أن استمرار الطهارة شرط لصحة الصلاة مطلقاً ، خرج المبطون للحرج فبقي الباقي .

والعلامة أول الرواية بحمل الركعة على الصلاة تسمية الكل بالجزء في قوله في الرواية « وصلى ركعة ثم أحدث فأصاب الماء . قال : يخرج ويتوضأ ثم يبني على ما مضى من صلاته التي صلى بالتيمم ». وبأن المراد ما مضى ماسبق من الصلوات السابقة على وجدان الماء .

هذا صورة ما قالوه في هذه الرواية ، ونقلنا عن الشهيد أن ابن أبي عقيل عمل بها مطلقاً من غير تأويل وابن ادريس ردها مطلقاً . وبالجملة العمل بها مشكل .

قوله : الركن الرابع في النجاسات

هذا البحث ليس مقصوداً بالذات في كتاب الطهارة بل هو من توابعها ، والعشرة المذكورة لاخلاف فيها عندنا ، فيكفي ذلك في الحكم بنجاستها .

ومستند الاجماع روايات مذكورة في المطولات، لكن اشتدت العناية بالبحث عن أشياء وقع الخلاف في نجاستها مع العامة :

(الاول) رجيع مأكول اللحم عندنا طاهر خلافاً للشافعي . لنا الاصل ، ولانه صلى الله عليه وآله وسلم أمر أهل عرينة[1] ان يشربوا أبوال الابل ولم يأمرهم بالغسل ، ولقول الباقر والصادق عليهما السلام : لا تغسل ثوبك من بول شيء يؤكل لحمه[2]. وبه قال مالك وأبو حنيفة .

(الثاني) بول النبي صلى الله عليه وآله وسلم عندنا أنه نجس للعموم، وقال الشافعي طاهر ، لان أم ايمن شربته ولم ينكر ذلك عليه السلام . قلنا روي أنه انكر. قالوا روي أنه لم ينكر. قلنا المثبت يقدم على النافي كما تقرر في الاصول.

(الثالث) كل حيوان نجس دمه فمنيه وميتته نجسان ، وينعكس بعكس النقيض كلياً . وقال الشافعي مني الانسان وميتته طاهران، محتجاً على الاول بأنه بدؤ خلق آدمي فيكون طاهراً كالطين، وبقول عائشة: كنت أفرك المني من ثوب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم[3]. قلنا ينتقض الاول بالعلقة ، فانها عنده نجسة مع ثبوت المبدأية ، والثاني غير معلوم الصحة مع امكان عدم علمه عليه السلام أو أنها تغسله فيما بعد ، اذ ليس في لفظها تصريح بعدم الغسل ، ولانه اخبار عن فعلها وهو ليس حجة .

هذا مع أنا نقول: انه رجز لقوله تعالى « ويذهب عنكم رجز الشيطان »[4].

---

١) عرينة بضم الاول وفتح الثانى بالتصغير : قبيلة ، فى سنن ابن ماجة ٢/١١٥٨ : ان اناساً من عرينة قدموا على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فاجتووا المدينة فقال صلى الله عليه وآله وسلم : لوخرجتم الى ذود لنا فشربتم من البانها وابوالها ففعلوا . انتهى .

٢) التهذيب ١/٢٦٤ ، الكافى ٣/٥٧ .

٣) سنن ابن ماجة ١/١٧٩ .

٤) سورة الانفال : ١١ . قال الفخر فى تفسيره الكبير: ان المراد منه الاحتلام ، لان

قال المفسرون : هو المني ، والرجز اما العذاب وليس مـراداً هنا أو النجاسة فالمني نجس ، ولا ثـالث باتفاق أهل اللغة ، ولرواية عمار عنه صلى الله عليه وآله وسلم : انما يغسل الثوب من المني والدم والبول[1]، وقوله صلى الله عليه وآلـه وسلم لعائشة : اغسليه رطباً وان كان يابساً فافركيه [2] كما رووه ، ولانه مستحيل عن الدم النجس والاستحالة عنده لا تطهر. وعلى الثاني بأنه لو نجس لما طهر بـالغسل كسائر الميتات ، ولقوله تعالى « ولقد كرمنـا بني آدم » [3] ، والتنجيس ينافي التكريم .

قلنا على الاول لا استبعاد في ذلك كما لا استبعاد في طهارة الخمر بالانقلاب ولان الطهارة تـابعة لحكم الشرع . وعلى الثاني نمنع منافـاة كرامته لنجاسته بعد موته ، ولم لا يكفي في كرامته بقوله الطهارة دون غيره من الميتات . مع أنا نقول لو لم ينجس لما أمر بغسله .

(الرابـع) أقوى ما استدل بـه على نجاسة الخمر بالاية ، أعني قوله « انما الخمر» الى قوله «رجس من عمل الشيطان»[4] من جهة وصفه بالرجس المرادف للنجاسة ، ولذلك يؤكد بها كقولهم رجس نجس ومن الامر بالاجتناب الموجب للتباعد المتناسب للنجاسة . وأما الاخبار فأكثرها ضعيفة اما في السند أو الدلالة، ولذلك قال الصدوق بطهارتها لاخبار ضعيفة [5] أيضاً ، فالاحتياط يقتضي الحكم

ذلك من وساوس الشيطان . وقـال الفيض فى الصافى : يعنى الجنابة ، وذلك لانهم احتلم بعضهم وغلب المشركون على الماء .

١ و٢) المعتبر : ١١٥ .

٣) سور: الاسراء : ٧٠ .

٤) سورة المائدة : ٩٠ .

٥) فى الفقيه ١/٤٣ : ولا بأس فى ثوب اصابه خمر ، لان الله عزوجل حـرم شربها ولم يحرم الصلاة فى ثوب أصابته .

بالنجاسة وكذا باقي المسكرات، لما تقدم من قوله : كل مسكر حرام وكل مسكر خمر[1].

ويرد عليه ما تقدم .

هذا مع أن المصنف قال في المعتبر: في دلالة الاية اشكال. ولم يبينه. ويمكن أن يكون منشأه من امكان ارادة العقاب ، فانه أحد معنييه ، أي هو سبب للعقاب ولذلك علله بكونه من عمل الشيطان وشرك بينه وبين مالا يوصف بالنجاسة من الميسر والانصاب والازلام .

(الخامس) أجمع أصحابنا على نجاسة الفقاع ، لما تقدم من قول الصادق والرضا عليهما السلام أنه خمر[2]، ولرواية يونس عن الصادق عليه السلام في واقعته لما ترك الصلاة لاصابة الفقاع ثوبه[3]، ولقول المرتضى رحمه الله روي عن بعضهم أن الغبيراء التي نهى عنها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم[4]، قال : وعن زيد بن أسلم الغبيراء التي نهى عنها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم هي الاسكركة[4]، وعن أبي موسى الاسكركة خمرة الحبشة[4]، وعن أبي هاشم الواسطي الفقاع نبيذ الشعير فاذا نش فهو خمر . لا يقال : الخمر من الستر لانه يستر العقل[5] ولا ستر في الفقاع . لانا نقول : التسمية ثابتة شرعاً والتجوز على خلاف الاصل فيكون حقيقة في القدر المشترك وهو مائع لنشيشه وغليانه، واذا ثبت أن الفقاع خمر فحكمه حكمه في التنجيس والتحريم .

---

١) الكافي ٦/٤٠٨ ، سنن ابن ماجة ٢/١١٢٤ ، سنن الترمذي ٤/٢٩٠ .

٢) الكافي ٦/٤٢٢ .

٣) الكافي ٦/٤٢٣ .

٤) المعتبر : ١١٨ .

٥) في المعتبر : وهو ستر العقل .

وفي نجاسة عرق الجنب من الحرام، وعرق الابل الجلالة، ولعاب المسوخ، وذرق الدجاج والثعلب والارنب والفأرة والوزغة اختلاف، والكراهية أظهر.

وأما أحكامها فعشرة :

(الاول) كل النجاسات يجب ازالة قليلها وكثيرها عن الثوب والبدن عدا الدم فقد عفى عما دون الدرهم سعة في الصلاة، ولم

قوله : وفي نجاسة عرق الجنب من الحرام ـ الخ

اعلم أن هذه الاشياء وقع الخلاف فيها، ونحن نحكي في ذلك في واحد واحد :

« ١ » عرق الجنب من الحرام . قال بنجاسته الشيخان وابن بابويه وابن البراج لرواية الحلبي[1] في الحسن . والحق الطهارة، وبه قال ابن ادريس وسلار، للاصل ولعدم دلالة الرواية على مدعائهم صريحاً .

« ٢ » عرق الابل الجلالة . والكلام فيها كما تقدم .

« ٣ » لعاب المسوخ، ذهب اليه الشيخ وابن حمزة، لانه يحرم بيعها ولا مانع سوى النجاسة . والمقدمتان ممنوعتان، ويؤيده جواز اتخاذ الامشاط من عظام الفيل مع أنه مسخ .

« ٤ » ذرق الدجاج . والمراد به غير الجلال، لانه لا خلاف في نجاسة ذرق الجلال، والقائل به الشيخان لرواية فارس قال: كتب اليه رجل يسأله عن ذرق الدجاج تجوز الصلاة فيه ؟ فكتب : لا[2]. وهي ضعيفة السند، لان المسئول

---

١) الفقيه ١/ ٤٠، التهذيب ١/ ٢٧١ .

٢) التهذيب ١/ ٢٦٦ .

يعف عما زاد عنه .

وفيما بلغ قدر الدرهم مجتمعاً روايتان ، أشهرهما وجوب الازالة.

ولو كان متفرقاً لم تجب ازالته ، وقيل تجب مطلقاً ، وقيل بشرط التفاحش .

مجهول مع اشتمالها على المكاتبة. وقال ابن بابويه وابن ادريس وسلار بالطهارة للاصل ولرواية وهب بن وهب عن الصادق عليه السلام عن أبيه أنه قال : لا بأس بخروء الدجاج والحمام يصيب الثوب[1].

« ٥ » الثعلب والارنب . نجسهما الشيخان وطهرهما المرتضى، وهو الحق لرواية الفضل بن العباس[2] في طهارة السؤر وقد تقدمت .

« ٦ » الفارة والوزغة ، نجسهما الشيخان ، وابن البراج نجس الوزغة ، وابن بابويه نجس الفارة. والحق طهارتهما للزوم الحرج لولاه لكثرة مزاولتهما الانسان والبيوت والحرج منفي، ولرواية الفضل. وانما اختار المصنف الكراهة للتفصي عن الخلاف ولاختلاف الروايات ، وهو حسن .

قوله: وفيما بلغ قدر الدرهم مجتمعاً روايتان أشهرهما وجوب الازالة

الاصل وجوب ازالة النجاسة مطلقاً لاجل الصلاة، لعموم قوله تعالى «وثيابك فطهر * والرجز فاهجر»[3] سواء كانت قليلة أو كثيرة، لكن عفي عن أشياء رخصة في الصلاة لالزوال نجاستها، وهي تنقسم أقساماً [انقساماً] : « ١ » باعتبار شخص بعينه كالمربية للصبي، «٢» بالنظر الى محل النجاسة كالعفو عن مالاتتم الصلاة

---

١) التهذيب ١ / ٢٨٣ .

٢) التهذيب ١ / ٢٢٥ . وهو الفضل أبو العباس .

٣) سورة المدثر : ٤ .

فيه منفرداً ، « ٣ » بالنظر الى صفة خاصة كالجروح التي لا ترقأ[١] ، « ٤ » بالنظر الى نوع النجاسة دون غيرها كالدم المخصوص[٢] فانه لم يعف عن نوع أخر غيره ، « ٥ » باعتبار قدر النجاسة وهو من الدم المذكور .

فهذا لا يخلو ، اما أن يكون قدر الدرهم أو انقص أو أزيد ، والثاني عفو بلاخلاف، والثالث مجتمعاً ليس عفواً بلاخلاف، والاول اما أن يكون مجتمعاً أو مفترقاً ، والاول فيه روايتان :

(الاولى) رواية عبدالله بن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام، ورواه جميل أيضاً عنه عليه السلام، وهما دالتان على وجوب الازالة[٣]، وهو مذهب الثلاثة واتباعهم.

(الثانية) رواية محمد بن مسلم ، وهي دالة على عدم الوجوب[٤]، وبه قال سلار ، والاول أحوط وأولى للاصل المذكور .

والمراد بالدرهم المذكور هو البغلي ، قال ابن ادريس وهو منسوب الى قرية قديمة قريبة من بابل نحو من فرسخين متصلة ببلد الجامعين يجدفيها الحفارون دراهم واسعة شاهدت [منها] درهماً سعته تقرب من أخمص الراحة . وغلط من نسبه الى ابن أبي البغل الكوفي لتقدم الدرهم عليه ، لان الدرهم كان في زمن النبي صلى الله عليه وآله وسلم .

وقدر ابن أبي عقيل الدرهم بسعة الدينار ، وابن الجنيد بسعة عقد الابهام الاعلى . والثاني وهو المتفرق والزائد على الدرهم متفرقاً ، واليه أشار بقوله : ولو كان متفرقاً ، فاختلف الاصحاب فيه على أقوال :

---

١) رقأ الدم : انقطع وجف .

٢) الدم المخصوص غير الدماء الثلاثة ، لانه لاعفو في هذا النوع من الدماء .

٣) التهذيب ١ / ٢٥٥ .

٤) الكافي ٣ / ٥٩ ، الفقيه ١ / ١٦١ .

(الثاني) دم الحيض : تجب ازالته وان قل .

وألحق الشيخ به دم الاستحاضة والنفاس .

وعفى عن دم القروح والجروح التى لا ترقأ ، فاذا رقأ اعتبر فيه سعة الدرهم .

(الثالث) يجوز الصلاة فيما لا يتم الصلاة فيه منفرداً مع نجاسته

(الاول) قول المبسوط[1] لا يجب الازالة ، قال: ولو قلنا بالوجوب لو جمع وبلغ درهماً كان أحوط . وتبعه ابن ادريس[1] .

(الثاني) قول سلار ، وهو وجوب الازالة مطلقاً .

(الثالث) قول الشيخ في النهاية[2] وجوب الازالة بشرط التفاحش ، ويعني به تجاوز الحد وشدة ظهوره على الثوب والبدن. واختار المصنف قول المبسوط أولا، ومقواه ومقوى العلامة ما احتاطه المبسوط ، وهو الصحيح للاصل المذكور وطريقة الاحتياط .

قوله : ودم الحيض تجب ازالته وان قل

الدم الذي ذكرناه أولا هو ما عدا دم الحيض اجماعاً ، واختلف في غيره: فقال الشيخ [3] تلحق به الاستحاضة والنفاس لتغليظ نجاستهما ، ولذلك أوجبا الغسل . وقال الراوندي وابن حمزة : وكذا دم الكلب والخنزير ، ولم يعللاه. والمصنف والعلامة نبها على تعليله بأنه يلاقي جسدهما فيكتسب نجاسة أخرى[4]

---

١) المبسوط ١/ ٣٦ ، السرائر : ٣٥ .

٢) النهاية : ٥١ .

٣) النهاية : ٥١ وقال فيه : وان اصاب الثوب دم وكان دم حيض أو استحاضة أو نفاس وجب ازالته قليلا كان أو كثيراً .

٤) فى المختلف ٥٩: لان المعفو عنه انما هو نجاسة الدم والدم الخارج من الكلب

كالتكة والجورب والقلنسوة .

(الرابع) يغسل الثياب والبدن من البول مرتين ، الا من بول الصبي ، فانه يكفي صب الماء عليه ، ويكفي ازالة عين النجاسة وان بقي اللون .

(الخامس) اذا علم موضع النجاسة غسل ، وان جهل غسل كل ما يحصل فيه الاشتباه .

فيخرج عن محل العفو وهو مجرد نجاسة الدم فتجب الازالة مطلقاً وهو المطلوب.

قوله : كالتكة والجورب والقلنسوة

هنا فوائد :

(الاولى) حصر الراوندي العفو في التكة والجورب [والخف] والقلنسوة. والحق خلافه ، بل هو عام لكل ما يحصل فيه المعنى ، وهو كونه لاتتم الصلاة فيه منفرداً ، فيدخل الخاتم والدملج وغيرهما .

(الثانية) هل يشترط كونه من الملابس؟ أطلق المصنف ولم يشترطه، واشترطه العلامة . ولا شك أنه أحوط ، واطلاق الرواية يدل على الاول ، وهو مناسب للاخذ[1] باليسر ورفع الحرج ، واختاره الشهيد .

(الثالثة) اشترط العلامة كونها في محالها فلو لم تكن كذلك لم يحصل العفو. وهو بناء على كونها ملابس .

والخنزير والكافر يلاقي اجسامها فيتضاعف نجاسته ويكتسب بملاقاة الاجسام النجسة نجاسة أخرى غير نجاسة الدم وتلك لم يعف عنها كما لو اصاب الدم المعفو عنه نجاسة غير الدم فانه يجب ازالته مطلقاً وان قل .

١) اشارة الى قوله تعالى «يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر» سورة البقرة: ١٨٥.

ولو نجس أحد الثوبين ولم يعلم عينه، صلى الصلاة الواحدة في كل واحد مرة . وقيل يطرحهما ويصلي عرياناً .

(السادس) اذا لاقى الكلب أو الخنزير أو الكافر ثوباً أو جسداً وهو رطب غسل موضع الملاقاة وجوباً ؛ وان كان يابساً رش الثوب بالماء استحباباً .

(الرابعة) يشترط عدم تعدي نجاستها الى شيء من بدن المصلي أو ثوبه والا لبطلت الصلاة بذلك الاعتبار .

(الخامسة) اشترط بعضهم عدم كون النجاسة مغلظة كالحيض وأخويه، وعدم كون الصلاة في مسجد ولم يشترطهما الشهيد ، والاول أحوط .

قوله : ولو نجس أحد الثوبين ولم يعلم عينه صلى الصلاة الواحدة في كل واحد مرة ، وقيل يطرحهما ويصلي عرياناً

الاول : قول الشيخ في النهاية والخلاف ، وهو اختيار المصنف والعلامة لوجوب الصلاة في الذمة يقيناً، ولا يتحقق الاتيان بها الا بتكرارها ، ومالا يتم الواجب المطلق الابه فهو واجب . ونظيره اشتباه القبلة . ولرواية صفوان بن يحيى عن الكاظم عليه السلام[1].

والثاني: قول ابن ادريس محتجاً بوجوب العلم بطهارة الثوب في ابتداء الصلاة لتصح وهو مفقود هنا، وحصوله بعد الفراغ غير كاف، لان المؤثر مقارن لامتأخر . وهو قوي ، ولهذا خير الشهيد بين الوجهين لتعارض وجوب التوقي من النجاسة ووجوب الستر .

قوله : رش الثوب بالماء

---

١) الفقيه ١/١٦١ ، التهذيب ٢/٢٢٥ .

(السابع) من علم النجاسة في ثوبه أو بـدنه وصلى عامداً أعاد في الوقت وبعده، ولو نسي في حال الصلاة فروايتان، أشهرهما: أن عليه الاعادة.

ولو لم يعلم وخرج الوقت فلا قضاء.

وهل يعيد مع بقاء الوقت؟ فيه قولان، أشبههما أنه لا اعادة.

ولو رأى النجاسة في أثناء الصلاة أزالها وأتم، أو طرح عنه ما

هنا ألفاظ ثلاثة:

« ١ » الغسل، وهو استغراق المحل بالماء وانفصاله عنه.

« ٢ » الصب، وهو استغراق المحل بالماء ولا يشترط انفصاله.

« ٣ » الرش، وهو اصابة المحل بالماء من غير استغراق ولا انفصال.

قوله: ولو نسي في حال الصلاة فروايتان أشهرهما انه عليه الاعادة

روى الاعادة أبوبصير عن الصادق عليه السلام[1] وكذا سماعة[2]، وروى عدم الاعادة العلا عنه عليه السلام أيضاً[3]. والاول مذهب الثلاثة واتباعهم، وهو اختيار المصنف والعلامة[4] والشهيد، وعليه الفتوى لاصالة وجوب التوقي وتفريطه في نسيانه، لانه يتمكن من التكرار الموجب للتذكار. وتحمل الرواية الثانية على نجاسة معفو عنها. وقال في الاستبصار: يعيد في الوقت لاخارجه.

قوله: ولو لم يعلم وخرج الوقت فلا قضاء وهل يعيد مع بقاء الوقت فيه قولان اشبههما لا اعادة

---

١) التهذيب ١/٢٥٤.

٢) التهذيب ١/٢٥٥.

٣) التهذيب ١/٢٢٤.

٤) القواعد، الفصل الثاني من المقصد الثالث في النجاسات.

هى فيه ، الا أن يفتقر ذلك الى ما ينافى الصلاة فيبطلها .

(الثامن) المربية للصبى اذا لم يكن لها الاثوب واحد اجتزأت بغسله في اليوم والليلة مرة واحدة .

(التاسع) من لم يتمكن من تطهير ثوبه ألقاه وصلى عرياناً ، ولو منعه مانع صلى فيه ، وفى الاعادة قولان ، أشبههما أنه لا اعادة .

لاخلاف في عدم الاعادة مع خروج الوقت ، وأما مع بقاء الوقت فقال في المبسوط[1] يعيد ، وقال في موضع من النهاية[2] والمفيد والمرتضى لا يعيد . وهو الاقوى ، لاتيانه بالصلاة مشروعة وبطلانها واعادتها يفتقران الى دليل ، وليس مع قبح تكليف الغافل . والروايات محمولة على النسيان وقت الصلاة، اذ العلم قد يطلق على الذكر أو محمولة على الاستحباب .

قوله : المربية للصبى ـ الخ

لا فرق بين المربي والمربية والصبي والصبية عملا بعلة الرخصة ولزوم الحرج بوجوب التطهير عند كل صلاة. نعم كل ذلك اذا لم يكن الاثوب واحد.

قوله: لم يتمكن من تطهير ثوبه القاه وصلى عرياناً ولومنعه مانع صلى فيه ، وفى الاعادة قولان اشبههما لا اعادة

أما جواز الصلاة فيه مع العذر وعدمه لامعه فذكره الشيخ واستشكله المصنف في المعتبر ، فان ستر العورة وطهارة الثوب شرطان في صحة الصلاة متساويان لا ترجيح لاحدهما ، فجزمه بجواز الصلاة عارياً مع عدم المانع ترجيح لاحد الجائزين على الاخر .

---

١) المبسوط ١/٣٨ .

٢) النهاية : ٥٢ .

قال : بل الوجه التخيير على تقدير التمكن من نزعه . وكلام الشيخ أوجه لوجوه :

(الاول) المنع من تساوي الشرطين ، ولذلك قيل بوجوب اعادة الصلاة على من صلى في ثوب نجس دون من صلى عارياً .

(الثاني) أن الصادق عليه السلام في رواية الحلبي[1] قيد جواز الصلاة في الثوب النجس بالاضطرار ، ولا اضطرار مع امكان النزع .

(الثالث) في رواية علي بن جعفر: يصلي فيه ولا يصلي عرياناً[2]. وهذا تأكيد ينافي الحكم بالتخيير .

وأما عدم الاعادة على تقدير الصلاة عرياناً فاجماع ، وأما اذا صلى فيه فقال الشيخ يعيد لرواية عمار عن الصادق عليه السلام[3] ، وقال ابن ادريس[4] وابن بابويه لا اعادة ، واختاره المصنف والعلامة ، وعليه الفتوى لاتيانه بالمأمور به فيخرج عن العهدة :

أما الاول ـ فلانه لو لم يكن مأموراً لزم اما تحمل الضرر بنزعه وهو باطل لقوله صلى الله عليه وآله : لا ضرر ولا ضرار[5]. وأما ارتفاع التكليف بالصلاة وهو باطل اجماعاً . وأما الثاني ـ فلما تقرر في الاصول . وحجة الشيخ ضعيفة لان عماراً فطحي لاعمل على روايته ، خصوصاً مع مخالفة النظر .

قوله: الشمس اذا جففت البوارى. الى قوله : وهل تطهر الاشبه نعم

---

١ و٢ و٣) التهذيب ٢ / ٢٢٤ .

٤) السرائر : ٣٧ .

٥) الكافي ٥ / ٢٨٠ ، ٢٩٢ ، الوسائل ١٧ / ٣٧٦ .

وتطهر الارض باطن الخف والقدم مع زوال النجاسة .

وقيل في الذنوب يلقى على الارض النجسة بالبول أنها تطهرها مع بقاء ذلك الماء على طهارته .

ويلحق بذلك النظر فى الاوانى ، ويحرم منها استعمال الاوانى الذهب ، والفضة ، فى الاكل وغيره ،

لاخلاف أن الشمس اذا جففت مالا صورة له من النجاسة بعد التجفيف في الحصر والبواري والارض وكل ثابت تجوز الصلاة عليها ، ولكن هل تكون طاهرة أم لا ؟

قال ابن الجنيد والراوندي: لا ، لعدم الملازمة بين جواز الصلاة وطهارتها لجواز الصلاة في موضع نجس غير متعد .

وقال الشيخان وأتباعهما تطهر ، وهو الحق للمنع من عدم الملازمة ، فان موضع الجبهة يشترط طهارته اتفاقاً، ولاطلاق الطهارة في رواية أبي بكر الحضرمي عن الصادق عليه السلام[1]، ولتأثير الشمس التسخين والتلطيف والاحالة، فتزول النجاسة اللطيفة بذلك .

قوله : وقيل فى الذنوب يلقى على الارض النجسة بالبول بأنها تطهر مع بقاء ذلك الماء على طهارته

الذنوب هو الدلو المملوء ماء، فلولم يكن ملاءناً فهو سجل ، ولولم يكن به ماء فهو دلو بقول مطلق .

هذا، والقائل هو الشيخ وابن ادريس، لما رواه أبوهريرة أن أعرابياً دخل المسجد فقال : اللهم ارحمني ومحمداً ولا ترحم معنا أحـداً . فقال رسول الله

---

١) التهذيب ١ /٢٧٣ .

وفي المفضض قولان أشبههما الكراهية .

وأوانى المشركين طاهـرة ما لم يعلم نجاستها بمباشرتهم أو بملاقاة نجاسة .

ولا يستعمل من الجلود الا ما كان طاهراً في حال حياته مذكى. ويكره مما لا يؤكل لحمه حتى يدبغ على الاشبه ،

صلى الله عليه وآله وسلم : ولقد تحجرت[1] واسعاً . قال : فما لبث حتى أنه بال في ناحية المسجد ، وكأنهم عجلوا اليه فنهاهم النبي « ص » ثم أمر بذنوب من ماء فأهريق عليه ثم قال : علموا ويسروا ولا تعسروا[2].

ولا شك أن هذه الرواية منافية لما تقرر من أن الماء القليل اذا لاقى نجساً ينجس والنجس لا يطهر ، مع أنها واردة من غير طرقنا . ويحتمل أن يكون الصب المذكور اما لازالة الرائحة أو لتبقى الرطوبة فتجف بالشمس .

قوله : وفي المفضض قولان اشبههما الكراهية

قال الشيخ في المبسوط بجوازه ، وفي الخلاف بتحريمه ، وللشيخ قول آخر بوجوب العزل عن موضع الفضة . وهذا غير بعيد ، بل هو أولى ، لقول الصادق عليه السلام: لا بأس أن يشرب الرجل من القدح المفضض واعزل فاك عن موضع الفضة[3]. وهو اختيار الشهيد في دروسه .

قوله : ويكره مما لا يؤكل لحمه حتى يدبغ على الاشبه

---

١) في سنن ابن ماجة في روايـة « ولا تغفر لاحد معنا » وفي أخرى « ولا تشرك في رحمتك ايانا أحداً » في رواية « لقد احتظرت واسعاً » وفي أخرى « لقد حظرت واسعاً ».

٢) سنن ابن ماجة ١/١٧٦، سنن الترمذي ١/٢٧٦. وفي متن الرواية اختلاف بينهما وبين ما في المتن .

٣) التهذيب ٩/٩١ .

وكذا يكره من اوانى الخمر ماكان خشباً أوقرعاً .

ويغسل الاناء من ولوغ الكلب ثلاثاً ، أو لاهن بالتراب على الاظهر .

اشارة الى قول الشيخ والمرتضى بتحريم الاستعمال قبل الدبغ ، وقال المصنف والعلامة بالكراهية . وهو أولى، لان التذكية سبب مستقل في الطهارة فلا تحتاج الى الدباغة والالكانت الدباغة واجبة في مأكول اللحم، وليس كذلك اتفاقاً .

قوله : وكذا يكره من أوانى الخمر ما كان خشباً أو قرعاً [1]

قال ابن الجنيد لا تطهر أمثال ذلك ، لرواية محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن الخشب والمزفت[2]. قال: وسألته عن الجرار[3] الخضر والرصاص. قال : لا بأس بها[4]. ولان للخمر حدة ونفوذاً فتستقر أجزاؤه في الاناء .

وقال الشيخ في المبسوط يكره ، اذ الواجب ازالة النجاسة وقد حصل ، ولان ما ينفذ فيه الخمر ينفذ فيه الماء . واختاره المصنف .

قوله : ويغسل الاناء من الولوغ ثلاثاً أوليهن بالتراب على الاظهر

هذا قول أكثر الاصحاب ، وقال ابن الجنيد يغسل سبعاً ، وقال المفيد

---

١) القرع : نوع من اليقطين وهو الدباء .

٢) المزفت : الدنان ، الراقود العظيم ، وهو اناء طلى بالزفت، وهو نوع من القار. قال فى الحدائق: والمزفت يعنى الزفت الذى يكون فى الزق ويصير فى الخوابى ليكون أجود للخمر . وقال فيه : المزفت هو الاناء الذى يطلى بالزفت بالكسر وهو القير.

٣) الجرة بفتح الجيم والراء المشددة: اناء من خزف كالفخار، وجمعها جر وجرار.

٤) الكافى ٦/٤١٨ ، التهذيب ١/٢٨٣ ، ٩/١١٥ .

ومن الخمر والفأرة ثـلاثاً ، والسبع أفضل ، ومن غير ذلك مرة ، والثلاث أحوط .

الوسطى[1] بالتراب . ويجوز أن تكون اشارة المصنف الى الخلافين معاً .

والحق ما قال المصنف ، أما انه ثلاث مرات فلاصالة عدم الزيادة ولرواية الفضل المتقدمة ، لقولـه عليه السلام فيها : اغسله بالتراب أول مـرة ثم بالماء مرتين[2] ، ورواية عماربالسبع[3] محمولة على الاستحباب. وأما على تقديم الغسلة الترابية فلوجود المعنى المطلوب من الغسل ضمناً ، وهوازالة اللعاب أولا وللرواية المذكورة .

بقي هنا بحث ، وهو أنه هل يفتقر الى مزج التراب بالماء أم لا ؟ قال ابن ادريس نعم والالزم المجاز في اطلاق اسم الغسل على التراب لانه لايسمى غسلا لغة ولا عرفاً .

وهو ضعيف ، لان المجاز لازم على قوله أيضاً ، وهو اطلاق التراب على الماء الممزوج بالتراب مع أنه مجاز ماله وجه، وهوتسمية الشيء باسم مجاوره. هذا مع أن الشهيد سوغ المزج المذكور .

قوله : ومـن الخمر والفارة ثلاثاً والسبع أفضل، ومن غير ذلك مرة والثلاث أحوط

هنا مسائل :

---

١) قال فى المقنعة ١/ ٢٢٤: واذا ولغ الكلب فى الاناء وجب أن يهراق مافيه ويغسل ثلاث مرات مرتين منها بالماء ومـرة بالتراب يكون فى أوسط الغسلات التراب ثم يجفف ويستعمل .

٢) التهذيب ١/ ٢٢٥ .

٣) التهذيب ٩/ ١١٦ .

(الاولى) الخمر[المذكور] فقال الشيخ[1] في النهاية والتهذيب يكفي الثلاث والسبع أفضل ، لحصول الانقاء بالثلاث . وقال المفيد[2] والشيخ في المبسوط[2] والجمل يغسل سبعاً ، والروايتان عن عمار فتحمل الثانية على الاستحباب .

(الثانية) الفارة، قال في النهاية سبع مرات لرواية عمار، وقال في المبسوط والجمل هو رواية . والاولى ثلاث مرات، لضعف عمار ولاتكون الفارة أعظم من الكلب .

(الثالثة) ما عدا هذين النوعين من النجاسات ، فقال في النهاية والمبسوط والخلاف ثلاث مرات، وروي مرة واحدة، واحتج برواية عمار أيضاً. والمصنف والعلامة اكتفيا بالمرة، لاطلاق الروايات وضعف عمار وأصالة البراءة .

---

١) النهاية: ٥ ، قال فيه : والفارة اذا ماتت في الاناء وجب اهراق مافيها وغسل الاناء سبع مرات وكذلك الخمر. وقال في ص٥٣: وان اصابها خمر أوشيء من الشراب المسكر وجب غسلها سبع مرات. وقال في كتاب الاطعمة والاشربة من النهاية ص ٥٨٩ : ولايجوز استعمال اواني الشراب المسكر الا بعد أن يغسل بالماء ثلاث مرات ويجفف. وراجع التهذيب ٢٨٣/١ .

٢) المقنعة : ١٠ ، المبسوط ١٥/١ .

كتاب الصلاة

والنظر فى المقدمات والمقاصد

والمقدمات سبع :

(الاولى) فى الاعداد :

والواجبات تسع : الصلوات الخمس ، وصلاة الجمعة ، والعيدين والكسوف ، والزلزلة ، والايات ، والطواف ، والاموات ، وما يلتزمه الانسان بنذر وشبهه .

وما سواه مسنون .

والصلوات الخمس سبع عشرة ركعة في الحضر ، واحدى عشرة ركعة في السفر ،

وهي لغة الدعاء ، قال الاعشى :

ونوافلها أربع وثلاثون ركعة على الاشهر فى الحضر.

ثمان للظهر قبلها، وكذا العصر، وأربع للمغرب بعدها، وبعد

وقابلها الريح في دنهـا [1] وصلى [2] على دنهـا وارتسم

وقال الاعشى أيضاً :

عليك مثل الذي صليت فاغتمضي [3] نوماً فان لجنب المرء مضطجعا [4]

وهي من المنقولات الشرعية الى حقيقة أخرى على قول من أثبت الحقائق الشرعية، أو مخصصة على قول من نفى الحقائق الشرعية.

وعرفها العلامة في تحريره بـأنها اذكار معهودة مقترنة بحركات وسكنات مخصوصة يتقرب بها الى الله.

أورد شيخنا الشهيد على التعريف المذكور النقض: طرداً باذكار الطواف وعكساً بصلاة الاخرس فانه لاأذكار فيها.

قلت: مرادالعلامة بالاقتران التلازم من الطرفين، وليس كذلك اذكارالطواف اذ لا تلازم بينها وبين الحركات والسكنات لانفكاكها عن الاذكار فلا يرد الطرد، ووجوب تحريك الاخرس لسانه قائم مقام الذكر فلا يرد العكس.

قوله : ونوافلها أربع وثلاثون ركعة على الاشهر

---

١) الدن بفتح الدال : ماعظم من الرواقيد، وهو كهيئة الحب الا أنه أطول مستوى الصنعة فى اسفله كهيئة القونس البيضة، والجمع الدنان. وقيل : الدن أصغر مـن الحب له عسعس فلا يقعد الا أن يحفر له.

٢) الصلاة: الدعاء والاستغفار. ارتسم الرجل: كبر ودعا. الارتسام: التكبيروالتعوذ.

٣) الغمض بضم الغين وسكون الميم : النوم، يقال : مـا اغتمضت عيناى وما ذقت غمضاً ولا غماضاً أى ما ذقت نوماً.

٤) مضطجع كانت هذه الطاء فى الاصل تاء ولكنه قبح عندهم أن يقولوا : اضتجع فأبدلوا التاء طاء فقالوا : اضطجع أى نام. وقيل : استلقى ووضع جنبه بالارض. فى لسان

العشاء ركعتان من جلوس تعدان بواحدة ، وثمان لليل ، وركعتان للشفع ، وركعة للوتر ، وركعتان للغداة .

ويسقط في السفر نوافل الظهرين ،

هذا هـو المشهور ، ومستنده ما رواه اسماعيل بـن سعد عـن الرضا عليه السلام قال : قلت له: كم الصلاة من ركعة ؟ قال: أحد وخمسون ركعة[1]. يعني الفرائض الخمس والنوافل .

ومثله رواية فضيل بن يسار عن الصادق عليه السلام[2].

وتفصيلها المذكور نص رواية حنان عن الصادق عليه السلام في صفة صلاة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم[3].

وهنا روايات أخر غير مشهورة تدل على نقصان ذلك ، وهي امـا اجمالا أو تفصيلا :

أمـا الاول فروايات : « ١ » رواية ابـن مسكان : ان الصلاة خمسون ركعة والساقطة الوتيرة[4]. «٢» أربع وأربعون عن ابن سنان[5]، «٣» وست وأربعون عن زرارة[6].

العرب وقول الاعشى يخاطب ابنته « فان لجنب المرء مضطجعاً » أى موضعاً يضطجع عليه اذا قبر مضجعاً على يمينه .

١) التهذيب ٢ / ٣ .

٢) التهذيب ٢ / ٤ .

٣) الكافى ٣ / ٤٤٣ ، التهذيب ٢ / ٤ ، وفيهما «خمسون ركعة» لم تذكر ركعتا الوتيرة اللتان بعد العشاء وتعدان ركعة واحدة .

٤) التهذيب ٢ / ٥ .

٥) التهذيب ٢ / ٦ .

٦) التهذيب ٢ / ٧ .

وفي سقوط الوتيرة قولان .

ولكل ركعتين من هذه النوافل تشهد وتسليم ، وللوتر بانفراده.

(الثانية) في المواقيت . والنظر في تقديرها ولواحقها :

أما الاول: فالروايات فيه مختلفة ، ومحصلها ، اختصاص الظهر

وأما الثاني فرواية ابن بابويه عن الباقر عليه السلام في صفة صلاة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم[1]، ورواية يحيى بن حبيب عن الرضا عليه السلام تسع وعشرون [2] باسقاط أربعة من نافلة العصر والوتيرة ، ورواية زرارة عن الصادق عليه السلام سبع وعشرون[3] باسقاط ركعتين من المغرب مع ما تقدم .

وكل ذلك يمكن حمله على المؤكد من الاستحباب، فلا تنافي بين الروايات.

قوله : وفي سقوط الوتيرة قولان

أما السقوط فقال الشيخ في الجمل والمبسوط والمفيد في المقنعة والمرتضى لرواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام : الصلاة في السفر ركعتان ليس قبلهما ولا بعدهما شيء الا المغرب فان بعدها أربع ركعات[4] . وقال في النهاية لا تسقط لرواية الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام[5] . والمشهور الاول .

الثانية في المواقيت

قوله : أما الاول فالروايات فيه مختلفة ومحصلها ـ الخ

---

١) الفقيه ١ / ١٤٦ .

٢) التهذيب ٢ / ٦ .

٣) التهذيب ٢ / ٧ .

٤) التهذيب ٢ / ١٤ .

٥) الفقيه ١ / ٢٩٠ ، عيون اخبار الرضا عليه السلام ٢ / ١١٣ .

عند الزوال بمقدار أدائها ، ثم يشترك الفرضان في الوقت .

والظهر مقدمة حتى يبقى للغروب مقدار أداء العصر فتختص به ثم يدخل وقت المغرب ، فاذا مضى مقدار أدائها اشترك الفرضان .

والمغرب مقدمة حتى يبقى لانتصاف الليل مقدار أداء العشاء فتختص به .

واذا طلع الفجر دخل وقت صلاته ممتداً حتى تطلع الشمس.

هذا الذي ذكره هو مذهب السيد وابن الجنيد وسلار وابن ادريس وابن زهرة ، ويدل عليه في الظهرين قوله تعالى « أقم الصلاة لدلوك الشمس الى غسق الليل »[1] .

والدلوك الزوال عند اكثر أهل اللغة والتفسير ويؤيده قول النبى « ص » أتاني جبرئيل لدلوك الشمس حين زالت فصلى بى الظهر[2] وهو من « الدلك » وهو الانتقال وعدم الاستقرار ، ومنه الدلك باليد ، وقيل لان الناظر اليها عند الزوال يدلك عينه ليدفع شعاعها . قال الجوهري : وما قيل ان الدلوك الغروب لم يثبت ، ولادلالة صريحة في قول الشاعر :

هذا مقام قدمي رباح [3] ذبب[4] حتى دلكت براح[5]

---

١) سورة الاسراء : ٧٨ .

٢) الفخر الرازى ٢١/٢٥ .

٣) قال فى اللسان : رباح بفتح الراء فى قول الشاعر « هذا مقام قدمى رباح » اسم ساق .

٤) فى اللسان : فى بعض النسخ « غدوة » وفى بعضها « بكرة » .

٥) براح : ان كان بفتح الباء فهو اسم الشمس ، وان كان بكسر الباء الجارة فهو

وبراح اسم الشمس .

وقال : « الغسق » هوأول ظلمة الليل عند غيبوبة الشمس، فيكون ما بين الزوال وغروب الشمس ظرفاً للفرضين جميعاً .

ولمادل الدليل على تقديم الظهر وجب اختصاصها من أوله بقدر أدائها وآخره بقدر أداء العصر ، وتؤيده رواية داود بن فرقد عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام [1] . وكذا نقول في العشائين للرواية المذكورة أيضاً .

وقال ابن بابويه بالاشتراك وعدم الاختصاص . وتظهر الفائدة فيما لوقدم العصرناسياً ووقعت في أول الوقت ، فانها تصح عند ابن بابويه لاغير . وكذا لوقدم العشاء ناسياً .

وأما الفجر فيدل عليه رواية زرارة عن الباقر عليه السلام : وقت صلاة الغداة ما بين طلوع الفجر الى طلوع الشمس[2] .

وعن الاصبغ عن علي عليه السلام : من أدرك من الغداة ركعة قبل طلوع الشمس فقد أدرك الغداة تامة [3] .

ثم ان ما ذكره من التحديد أجود الوجوه . وهناك أقوال وروايات ذكرها يوجب الاطالة ، فلنذكرها اجمالا :

« ١ » قال الشيخ في المبسوط[4] والجمل والخلاف[4] آخر وقت الظهر لغير

ـ كما في اللسان ـ : جمع راحة وهي الكف ، أى استريح منها ، يعنى أن الشمس قدغربت أوزالت فهم يضعون راحاتهم على عيونهم ينظرون هل غربت أوزالت . معان واحتمالات ذكرها في اللسان راجع هناك ان شئت مزيد الاطلاع .

١) التهذيب ٢ / ٢٥ .

٢) التهذيب ٢ / ٢٦ .

٣) التهذيب ٢ / ٣٨ .

٤) راجع المبسوط ١ / ٧٢ ، الخلاف ١ / ٧٥ .

ووقت نافلة الظهر حين الزوال حتى يصير الفيء على قدمين .

ونافلة العصر الى أربعة أقدام .

ونافلة المغرب بعدها حتى تذهب حمرة المغربية .

وركعتا الوتيرة تمتد بامتداد العشاء . وصلاة الليل بعد انتصافه وكلما قرب من الفجر كان أفضل .

وركعتا الفجر بعد الفراغ من الوتر ، وتأخيرها حتى يطلع

أصحاب العذر هو أن يصير ظل كل شيء مثله .

«٢» قال المفيد[1] : آخر وقت العصر أن يتغير لون الشمس باصفرارها للغروب وللمضطر والناسي الى مغيبها . وقال الشيخ : آخره أن يصير ظل كل شيء مثليه واختاره ابن البراج وسلار .

« ٣ » قال الشيخان[2] وابن بابويه والمرتضى في أحد قوليه : آخر وقت المغرب غيبوبة الشفق المغربي للمختار وللمضطر الى ربع الليل .

« ٤ » قال المفيد[3] : آخر وقت العشاء الاخرة ثلث الليل ، وكذا الشيخ في الخلاف[3] . ونقل عن بعض فقهائنا ـ أظنه ابو جعفر ابن بابويه ـ أن آخره طلوع الفجر .

«٥» قال ابن ابى عقيل : آخر وقت الصبح طلوع الحمرة المشرقية وللمضطر طلوع الشمس ، وللشيخ قولان .

قوله : ووقت نافلة الظهر ـ الى آخره

---

١) المقنعة : ١٤ .

٢) النهاية : ٥٩ ، المقنعة : ١٤ .

٣) المقنعة : ١٤ ، الخلاف ١ / ٧٨ .

الفجر الاول أفضل، ويمتد حتى تطلع الحمرة .

وأما اللواحق : فمسائل : ـ

(الاولى) يعلم الزوال بزيادة الظل بعد انتقاصه، وبميل الشمس الى الحاجب الايمن ممن يستقبل القبلة،

هنا فوائد :

(الاولى) قيل يمتد وقت النافلة بامتداد وقت الفريضة ، وقيل مادام وقت الاختيار ـ أعني المثل والمثلين . والثالث قول الشيخ في النهاية[1] وهو ماذكره المصنف .

(الثانية) المقياس قديقسم باثني عشر قسماً، فيسمى كل قسم اصبعاً ، وقديقسم بسبعة أو ستة ونصف ، ويسمى كل قسم قدماً ، وقد يقسم بستين ، ويسمى كل قسم جزء .

(الثالثة) قال الشيخ : المعتبر في زيادة الظل قدر الظل الاول لرواية يونس عن الصادق عليه السلام[2] لكنها مقطوعة . وقال غيره : المعتبر قدر الشخص لقول الصادق عليه السلام: اذا صار ظلك مثلك فصل الظهر واذا صار مثليك فصل العصر[3].

قوله : يعلم الزوال بزيادة الظل ـ الى آخره

زوال الشمس ميلها عن وسط السماء وانحرافها عن دائرة نصف النهار ، وذلك لان الشمس اذا طلعت وقع لكل شيء شاخص ظل في جانب المغرب طويلا ثم ينتقص بنسبة ارتفاع الشمس ، حتى اذا وصلت كبد السماء ـ وهي حال الاستواء ـ انتهى النقصان ، وقد لايبقى له ظل أصلا في بعض البلاد كمكة

---

١) النهاية : ٦٠ .

٢ و٣) التهذيب ٢ / ٢٤ .

ويعرف الغروب بذهاب الحمرة المشرقية .

(الثانية) قيل لايدخل وقت العشاء حتى تذهب الحمرة المغربية ولا تصلى قبله الا مع العذر ، والاظهر الكراهية .

(الثالثة) لا تقـدم صلاة الليل على الانتصاف الا لشاب تمنعه رطوبة رأسه أو لمسافر . وقضاؤها أفضل .

(الرابعة) اذا تلبس بنافلة الظهر ولو بركعة ثم خرج وقتها أتمها متقدمة على الفريضة ، وكذا العصر .

وأما نوافل المغرب فمتى ذهبت الحمرة ولم يكملها بدأ بالعشاء .

وصنعاء اليمن في أطول أيام السنة ولايكون الافي يوم واحد، واذا بقي فهو مختلف المقدار باختلاف البلاد والفصول . ثم اذا مالت الشمس الى جانب المغرب فان لم يبق ظل كما في الموضعين المذكورين حدث الان ظل من جانب المشرق وان بقي زاد الان وتحول الى المشرق ، فحدوثه أو زيادته هو الزوال .

وقد يعرف الزوال بالتوجه الى الركن العراقي ان كان بمكة ، فاذا وجد الشمس على حاجبه الايمن علم أنها قد زالت .

قوله : ويعرف الغروب بزوال الحمرة المشرقية

هذا قول المفيد والمرتضى وسلار والشيخ في النهاية ، لقول الصادق عليه السلام : وقت المغرب اذا ذهبت الحمرة مـن المشرق[1] . وقال الشيخ فـي المبسوط باستتار القرص . وقال: والاول أحوط لروايات كثيرة، والحق ما قاله المصنف .

قوله : قيل لا يدخل وقت العشاء حتى تذهب الحمرة ـ الى آخره

---

١) التهذيب ٢ / ٢٩ .

(الخامسة) اذا طلع الفجر الثانى فقد فاتت النافلة عدا ركعتى الفجـر.

ولو تلبس من صلاة الليل بـأربع زاحم بها الصبح ما لم يخش فوات الفرض.

ولو كان التلبس بما دون الاربع ثم طلع الفجر، بدأ بالفريضة وقضى نافلة الليل.

(السادسة) تصلى الفـرائض أداء وقضاء، ما لم يتضيق وقت الفريضة الحاضرة، والنوافل ما لم يدخل وقت الفريضة.

(السابعة) يكره ابتداء النوافل عدا طلوع الشمس، وغروبها، وقيامها نصف النهار، وبعد الصبح، والعصر، عند النوافل المرتبة، وماله سبب.

قاله الشيخان وابن ابى عقيل وسلار، وقال ابن ادريس والمصنف والعلامة بخلافه. وهو الصحيح، لرواية عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام: اذا غربت الشمس دخل وقت صلاتين[1].

وروى داود بن فرقد عنه عليه السلام: اذا مضى مقدار ما يصلى المصلي ثلاث ركعات فقد دخل وقت المغرب والعشاء الاخرة حتى يبقى من انتصاف الليل مقدار مايصلي المصلي أربع ركعات[2].

والاجود الكراهية جمعاً بين الادلة.

---

١) التهذيب ٢/٢٧.

٢) التهذيب ٢/٢٨.

(الثامنة) الافضل فی کل صلاة تقدیمها في أول أوقاتها ، الا ما نستثنیه في مواضعه ، ان شاء الله تعالی .

قوله : الافضل فی کل صلاة تقدیمها فی اول وقتها ١) الا ما نستثنیه

لا خلاف أن لكل صلاة وقتين، قال الشيخان وابن ابی عقيل وابوالصلاح الاول للمختار والثاني للمعذور ، وقال المرتضی وابن الجنيد وابن ادريس الاول للفضيلة والثاني للاجزاء . وهو الحق، لقوله عليه‌السلام : أفضل الاعمال الصلاة فی أول وقتها[٢]. وللاصل . قالوا : قال عليه‌السلام: أول الوقت رضوان الله وآخره عفوالله . وكذا رواه الصدوق عن الصادق عليه السلام : والعفو لا يكون الاعن الذنب[٣] .

قلنا : قد يستعمل عای ترك الاولی ، كما في قوله تعالی « عفا الله عنك لم أذنت لهم »[٤] . وتحصل الفضيلة بالشروع في مقدماتها وقيل تمتد الفضيلة الی نصف الوقت ، لان معظمه باق .

قوله «الا مانستثنيه» يريدالمفيض من عرفات الی حين وصوله الی المزدلفة . وكذا يستحب للمربية والمستحاضة وطالب الجماعة والمسافر المستوفز[٥] والمبرد بالظهر مطلقاً والمتنفل قدر النافله ، والعصر الی المثلين والعشاء الی

---

١) فی المختصر: فی اول اوقاتها .

٢) سنن الترمذی ١/ ٣٢٠ ،كنز العمال ٨/ ١١ ، وفيهما : سئل النبی صلی الله عليه وآله وسلم : أی الاعمال أفضل ؟ قال : الصلاة فی أول وقتها .

٣) الفقيه ١/ ١٤٠ .

٤) سورة التوبة : ٤٣ .

٥) الوفز بفتح الواو والفاء : العجلة ، المستوفزهوالذی قداستقل علی رجليه ولما يستو قائماً ، وقد تهيأ للافز والوثوب والمضی .

(التاسعة) اذا صلى ظاناً دخول الوقت ، ثم تبين الوهم ، أعاد ، الا أن يدخل الوقت ولم يتم ، وفيه قول آخر.

(الثالثة) فى القبلة :

وهي الكعبة مع الامكان ، والا فجهتها وان بعد .

ذهاب المغربية ، ونافلة الليل الى السحر ، وقاضي الفوائت ، والصائم اذا توقع افطاره أو مع المنازعة ، وللتمكن من استيفاء الافعال والمندوبات . وبالجملة كل من تعذر عليه كمالية الصلاة ويرجو حصولها يستحب له التأخير .

قوله : ١) ولوصلى ظاناً دخول الوقت ثم تبين الوهم اعاد الا ان يدخل الوقت ولمايتم ٢) وفيه قول آخر

الاول قول الشيخ والمفيد وابن ادريس ، لقول الصادق عليه السلام في رواية اسماعيل بن رياح : اذا صليت وأنت ترى أنك في وقت ولم يدخل الوقت فدخل وأنت في الصلاة فقد اجزأت عنك[٣] . ومعنى « ترى » هنا تظن .

والثاني وهو قول الاخر للمرتضى وابن ابى عقيل أنه تبطل صلاته مطلقاً عامداً كان أوناسياً لكون الوقت سبباً والمسبب لايتقدم على السبب ، ويؤيده رواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام: من صلى في غير وقت فلاصلاة له[٤] .

وقول المرتضى لايخلو من قوة، لكن المشهور الاول، للاتفاق على وجوب العمل على الظن مع تعذر العلم ، وهو الفرض هنا. واحتج العلامة عليه أيضاً

---

١) فى المختصر النافع : واذا صلى .

٢) فى المختصر: ولم يتم .

٣) الفقيه ١/١٤٣ ، الكافى ٣/٢٨٦ ، التهذيب ٢/٣٥ .

٤) الكافى ٣/٢٨٥ ، التهذيب ٢/٢٥٤ .

وقيل هى قبلة لاهل المسجد الحرام، والمسجد قبلة من صلى في الحرم ، والحرم قبلة أهل الدنيا ، وفيه ضعف .

بقوله عليه السلام : من أدرك ركعة فقد أدرك الصلاة[1].

وفيهما نظر :

أماالاول ـ فلان العمل بالظن معارض بدليل أصالة البراءة حتى يعلم سبب شغل الذمة وليس لانه الفرض .

وأما الثاني ـ فلان المراد آخر الوقت ، مع أنه يلزم على قوله لو دخل الوقت وقد بقي دون الركعة أنه لا تصح . والفتوى بخلافه ، لقول المصنف «ولما يتم» ، وهوأعم من الركعة ودونها .

وفي كلام المصنف فوائد :

(الاولى) أنه صلى بالظن لا بالعلم ، اذ العلم لا يظهر خلافه ، لوجوب مطابقته .

(الثانية) قوله «ثم تبين» أي علم احتراز من الظن، فلوظن لم يكن الحال كذلك بل كان فيه احتمالان : أحدهما العمل على الاول لعدم الترجيح، وثانيهما العمل على الثاني لاشتراط العمل على الاول بعدم النقيض . والاول أقوى .

(الثالثة) قوله « ثم تبين الوهم » اشارة الى فائدة ، وهي أن الظن شرطه الرجحان فاذا ظهر خلافه لايكون راجحاً بل مرجوحاً فيكون وهماً . والاقوى عندي العمل على قول المرتضى .

قوله : وقيل هى قبلة لاهل المسجد ـ الى آخره

القائل بكون الكعبة هي القبلة هوالمرتضى وابوالصلاح وابن ادريس[2]

---

١) الوسائل ٣/١٥٨ نقله عن الذكرى .

٢) السرائر: ٤٢ ، القواعد ، الفصل الثالث من مقدمات كتاب الصلاة .

ولوصلى في وسطها استقبل أى جدرانها شاء .

ولوصلى على سطحها ـ أبرز بين يديه شيئاً منها ولو كان قليلا وقيل يستلقى ويصلى مومياً الى البيت المعمور.

ويتوجه أهل كل اقليم الى سمت الركن الذى يليهم .

والعلامة لروايات منها رواية معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام قال : قلت متى صرف رسول الله « ص » وجهه الى الكعبة ؟ قال : بعد رجوعه من بدر[1] . ومثله عن ابى بصير عنه عليه السلام[2] .

هذا للمشاهد ، أما البعيد فالجهة للاية. والشطر الجهة كما فسره الجوهري والقائل بكونها قبلة لاهل المسجد الشيخان ومن تبعهما لروايات أيضاً ، لكن العمل على الاول أولى ، لانه مبرىء للذمة يقيناً ، ولان روايات الشيخ منها رواية الحجال[3] وهي مرسلة ، ومنها رواية المفضل بن عمر[4] وفيه ضعف .

قوله : ولوصلى فى وسطها استقبل اى جدرانها شاء . الى قوله : وقيل يستلقى ويصلى مومياً

هنا مسألتان :

(الاولى) الصلاة في جوف الكعبة منعه الشيخ في الخلاف ، لان الكعبة بجملتها هي القبلة ، وذلك غيرمقدور عليه في جوفها ، ولرواية ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام[5]. وجوزه في المبسوط والنهاية على كراهية. وهو الاولى لانا نمنع كون البنية قبلة بل جهتها وهي حاصلة، والرواية محمولة على الكراهية .

---

١ و٢) التهذيب ٢/٤٣ .

٣ و٤) التهذيب ٢/٤٤ .

٥) الكافى ٣/٣٩١ .

فأهل المشرق يجعلون المشرق الى المنكب الايسر ، والمغرب الى الايمن ، والجدى خلف المنكب الايمن ، والشمس عند الزوال محاذية لطرف الحاجب الايمن مما يلى الانف .

(الثانية) الصلاة على سطحها ، وهوجائز لكنه يبرزبين يديه شيئاً ليكون متوجهاً اليه . اختاره الشيخ في المبسوط ، وقال في الخلاف والنهاية وابن بابويه يصلي مستلقياً متوجهاً الى البيت المعمور في السماء عملا برواية عبد السلام عن الرضا عليه السلام[1] . والاول أولى ، لان المعلوم يقيناً وجوب ايقاع الافعال على الوجه المفروض[2] .

وهذه الرواية تدفعه مع ظنيتها فلا تعارض المعلوم ، بل هي مخالفة للنظر أيضاً، لان النظر يقتضي أن القبلة الجهة ولذلك صح صلاة من صلى على جبل ابى قبيس أوفي بئر .

قوله : فأهل المشرق ـ الى آخره

هنا فوائد :

(الاولى) المراد بالمشرق والمغرب هو زمان اعتدال الربيع والخريف لا مطلقاً .

(الثانية) ان الجدي لما كان ينتقل فانه عند طلوع الشمس مكان الفرقدين عند غروبها ، فلاتكون دلالته قوية بل الدلالة القوية هي القطب الشمالي وهو نجم خفي حوله أنجم دائرة والفرقدان في طرف منها والجدي الطرف الاخر ، فحينئذ يجعل العراقي القطب الشمالي خلف أذنه اليمنى دائماً، لعدم تغيره وان تغير كان يسيراً .

---

١) الكافى ٣/٣٩٢ .

٢) فى ب « على الوجه المقدر » .

وقيل يستحب التياسر لاهل المشرق عن سمتهم قليلا وهو بناء على أن توجههم الى الحرم .

واذا فقد العلم بالجهة والظن ، صلى الفريضة الى أربع جهات ومع الضرورة أو ضيق الوقت يصلى الى أى جهة شاء ، ومن ترك الاستقبال عمداً أعاد .

ولو كانا ظاناً أو ناسياً وتبين الخطأ لم يعد ماكان بين المشرق والمغرب .

(الثالثة) كون الشمس عندالزوال على الجانب الايمن انما هولاهل العراق خاصة مع تحقق الوقت .

قوله : وقيل يستحب التياسر لاهل المشرق عن سمتهم قليلا وهوبناء على ان توجههم الى الحرم

القائل بذلك الشيخان استناداً الى رواية المفضل بن عمرقال : سألت الصادق عليه السلام عن التحريف لاصحابنا ذات اليسارعن القبلة وعن السبب فيه . فقال : ان الحجر الاسود لما أنزل الله من الجنة ووضع في موضعه جعل أنصاب الحرم من حيث يلحقه[1] النور نور الحجر ، فهي عن[1] يمين الكعبة أربعة أميال وعن يسارها ثمانية أميال كلها اثنا عشر ميلا ، فاذا انحرف الانسان ذات اليمين خرج عن حد القبلة لقلة أنصاب الحرم ، واذا انحرف ذات اليسار لم يكن خارجاً عن حد القبلة[2] .

---

١) فى الفقيه : لحقه ، فهو.

٢) الفقيه ١ / ١٧٨ ، التهذيب ٢ / ٤٤ .

وظاهرعبارة الشيخين وجوب التياسر، والرواية مع ضعفها قاصرة الدلالة على الوجوب مع مخالفة الاصل .

واعترض المحقق الطوسي على المصنف بأن التياسر غيرمتحقق ، لانه أمر اضافي لا يتحقق الا بالاضافة الى ذي يسار متوجه الى جهة ، وحينئذ اما أن تكون تلك الجهة محصلة أولا تكون ، فمن الاول يلزم التياسر عن ما وجب التوجه اليه، وهوخلاف مدلول الاية ، ومن الثاني عدم امكان التياسر ، اذتحققه موقوف على تحقق الجهة التي تياسر عنها . ثم يلزم مع تحقق هذا الاشكال تنزيل التياسر على التأويل أوالتوقف فيه حتى يوضحه الدليل .

أجاب المصنف بما حاصله : لاشك أن هذا التياسر لايتأتى على قول من قال ان القبلة الكعبة ، بل يتأتى على القول الثاني . وحينئذ نقول : لاشك أن التياسرأمر اضافي ، وحينئذ نختار أن الجهة محصلة .

وبيان ذلك : ان الشرع نصب علامات أوجب محاذاة كل واحدة منها بشيء من أعضاء المصلي ، بحيث تكون الجهة المقابلة لوجهه حال محاذاة تلك العلامات هي جهة الاستقبال، فالتياسر حينئذ يكون عن تلك الجهة المقابلة لوجه المصلي ، وحينئذ لا يلزم الانحراف عن القبلة ، لانا بينا أن الفرض هو استقبال الحرم لاالكعبة وان العلائم قديحصل الخلل في مقياسها ، فالتياسر حينئذ يكون استظهاراً في مقابلة الحرم الذي يجب التوجه اليه ، وفي كلاحالي الاستقبال والتياسر يكون متوجهاً الى القبلة المأموربها . أما الاول فلانها جهة الاجزاء من حيث هومحاذ لجهة من جهات الحرم تغليباً ، وأما الثاني ـ أي حال التياسر ـ فلتحققه محاذاة جهة الحرم . فلهذا تحقق الاستقبال[1] لحصول الاستظهار .

---

١) فى ب : الاستحباب .

ويعيد الظان ماصلاه الى المشرق والمغرب في وقته لا ماخرج وقته ، وكذا لو استدبر القبلة ، وقيل يعيد وان خرج الوقت .

ولا يصلى الفريضة على الراحلة اختياراً ، ويرخص في النافلة سفراً حيث توجهت الراحلة .

(الرابعة) في لباس المصلى :

لا يجوز الصلاة في جلـد الميتة ولو دبغ ، وكذا ما لا يؤكل لحمه ولوذكي ودبغ ، ولا في صوفه وشعره ووبره ولوكان قلنسوة أو تكة . ويجوز استعماله لا في الصلاة . ولوكان مما يؤكل لحمه جاز في الصلاة وغيرها ، وان أخذ من الميتة جزاً أوقلعاً مع غسل موضع الاتصال نتفاً .

قوله : ويعيد الظان ما صلاه الى المشرق ـ الى آخره

الظان للقبلة فاقد العلم ثم يظهر فساد ظنه لايخلو عن أحوال ثلاثة :

(الاول) أن تكون صلاته ما بين المشرق والمغرب ، فان كان فيها استدار والا لم يعد مطلق لا في الوقت ولا في خارجه . وعليه الاجماع ، ولقوله عليه السلام : ما بين المشرق والمغرب قبلة .

(الثاني) أن تكون الى أحدهما ، فان كان الوقت باقياً أعاد والافلا ، وعليه الاصحاب أيضاً والروايات .

(الثالث) أن تكون مستدبراً ، فمع بقاء الوقت يعيد اجماعاً ، ومع خروجه قال الشيخان يعيد ، لرواية عمار عن الصادق عليه السلام[1] . وقال المرتضى

---

١) الكافي ٣/٢٨٥ ، التهذيب ٢/٤٨ .

ويجوز في الخز الخالص لا المغشوش بوبر الارانب والثعالب.
وفي فرو السنجاب قولان ، أظهرهما الجواز.

والمصنف وابن ادريس لايعيد ، لامتثاله الامر فيخرج عـن العهدة ، والعلامة والشهيد على الاول . وهوأولى ، لطريقة الاحتياط .

وهنا فائدة تحسن الاشارة اليها هي : انجهة الكعبة التي هي القبلة للنائي هي خط مستقيم يخرج من المشرق الى المغرب الاعتداليين ويمر بسطح الكعبة فالمصلي حينئذ يفرض مـن قطره خطاً يخرج الى ذلك الخط ، فان وقع عليه على زواية قائمة فذاك هو الاستقبال حقيقة، وان كان على حادة أومنفرجة فهو الى مابين المشرق والمغرب، وان لم يقع عليه بل وازاه فهو الى المشرق أو المغرب وان كان بضده فهو الاستدبار .

قوله : ويجوز فى الخز الخالص

لاخلاف في وبره ، وفي جلده تردد . والحق جوازه ، لقول الرضا عليه السلام : اذا حل وبره حل جلده[1] .

وهودابة بحرية يصاد من الماء وتموت بفقده ولاينجس بالموت .

قوله : وفى فروالسنجاب قولان أظهرهما الجواز

أطلق المرتضى وابن الجنيد وابو الصلاح وسلار وابن زهرة المنع في كل ما لايؤكل لحمه ، لرواية ابن بكير موثقاً عن زرارة عن الصادق عليه السلام انه أخرج كتاباً زعم أنه املاء رسول الله « ص » : ان الصلاة في وبر كل شيء حرام أكله فالصلاة في وبره وشعره وجلده وبوله وروثه وكل شيء منه فاسدة لاتقبل تلك الصلاة حتى يصلى في غيره مماأحل الله أكله . ثم قال : يازرارة

---

١) الكافى ٦/٤٥٢ ، التهذيب ٢/٣٧٢ .

هذا عن رسول الله « ص »[1] فاحفظ ذلك[2] .

وصرح الشيخ في النهاية في كتاب الاطعمة من النهاية[3] وابن ادريس وابن بابويه بالمنع من السنجاب للرواية المذكورة .

وقال في المبسوط بالجواز ، لرواية ابى علي بن راشد عن الباقر عليه السلام[4]، ورواية مقاتل عن الكاظم عليه السلام وقد سأل عن الصلاة في السمور وغيره فقال : لاخير في ذاكله ما خلا السنجاب فانه دابة لاتأكل اللحم[5] .

واختاره المصنف ، وتردد فيه العلامة . واختار الشهيد والشريف الجواز .

ولا شك أنه أقوى ، لكونه خاصاً والخاص مقدم على العام مع معارضته خصوصاً، ورواية المنع ضعيفة بابن بكير فانه فاسد العقيدة مع انتقاضها بالخز الخالص فانه غير مأكول اللحم مع الاجماع على جواز الصلاة في صوفه . لكن القول بالكراهة أجود كما هو رأي ابن حمزة .

قوله : وفى الثعالب والارانب روايتان أشهرهما المنع

رواية الجواز عن ابن ابى عقيل عن جميل عن الصادق عليه السلام[6] ، وكذا رواه صفوان عنه عليه السلام[7] ، ورواية المنع عن محمد بن مسلم عن

---

١) فى التهذيب « والله فاحفظ ذلك » .

٢) الكافى ٣/٣٩٧ ، التهذيب ٢/٢٠٩ .

٣) النهاية : ٥٨٧ فى الصيد والذبائح .

٤) الكافى ٣/٤٠٠ ، التهذيب ٢/٢١٠ .

٥) الكافى ٣/٤٠١ ، التهذيب ٢/٢١٠ .

٦) التهذيب ٢/٢٠٦ ، ٢٦٧ .

٧) التهذيب ٢/٣٦٧ .

ولا يجوز الصلاة في الحرير المحض للرجال الا مع الضرورة أو في الحرب .

وهل يجوز للنساء من غير ضرورة؟ فيه قولان أظهرهما الجواز.

وفي التكة والقلنسوة من الحرير تردد ، أظهره الجواز مع الكراهية.

الصادق عليه السلام[1] ، ورواية جعفر بن محمد بن ابى زيد عن الرضا عليه السلام[2] . وهذه أشهر بين الاصحاب ، اذ لم يعمل أحد منهم الجواز وحملوا الرواية الدالة عليه على التقية .

قوله : وهل يجوز للنساء من غير ضرورة فيه قولان أظهرهما الجوز

منعه ابن بابويه لعموم النهي ولرواية زرارة[3] ، والمشهور بين الاصحاب الجواز ، للاجماع على جواز اللبس لهن من غير تقييد بحال ، ورواية زرارة في طريقها موسى بن بكر وهو واقفي، أو يحمل النهي فيها على الكراهية . وقال في المبسوط : تنزههن عنه أفضل .

قوله : وفي التكة والقلنسوة من الحرير تردد اظهره الجواز على كراهية (٤

ينشأ من عموم المنع ، للاخبار المانعة من الصلاة فيه للرجال ، ومن أنه ممالا يصلى فيه منفرداً، فتجوز لقول الصادق عليه السلام : كل ما لا تجوز الصلاة فيه وحده فلا بأس بالصلاة فيه مثل التكة الابريسم والقلنسوة والخف[5] .

---

١) التهذيب ٢/٢٠٥ .

٢) التهذيب ٢/٢٠٦ .

٣) التهذيب ٢/٣٦٧ .

٤) فى المختصر النافع : مع الكراهية .

٥) التهذيب ٢/٣٥٧ .

وهل يجوز الركوب عليه والافتراش له ؟ المروى نعم ، ولا بأس بثوب مكفوف به .

ولا يجوز في ثوب مغصوب مع العلم ،ولا فيما يسترظهرالقدم ما لم يكن له ساق كالخف .

ويستحب فى النعـل العربية ، ويكره فى الثياب السود ما عدا العمامة والخف .

وفي الثوب الذي يكون تحته وبرالارانب والثعالب أوفوقه ، وفي ثوب واحد للرجال ،ولوحكى ما تحته لم يجز.

وأن يأتزر فوق القميص ، وأن يشتمل الصماء ، وفي عمامة لا حنك لها ،وأن يؤم بغيررداء ،وأن يصحب معه حديداً ظاهراً ،وفي ثوب يتهم صاحبه ، وفي قباء فيه تماثيل ، أوخاتم فيه صورة .

ويكره للمرأة أن تصلي في خلخال له صوت ، أو متنقبة .

ويكره للرجال اللثام ،

والاظهربين الاصحاب الجواز، لان مع تعارض العمومين يطرحان ويرجع الى الاصل ، لكن الكراهية أحوط .

قوله : وهل يجوز الوقوف عليه ، المروى نعم ١)

يريد الوقوف في حال الصلاة وغيرها ، والرواية عن علي بن جعفر عن

---

١) فى المختصر النافع : وهـل يجوز الركوب عليه والافتراش به المروى نعم . وفى نسخة بعد الافتراش : فيه تردد والمروى نعم .

وقيل يكره في قباء مشدود الا في الحرب .

مسائل ثلاث :

(الاولى) ما يصح فيه الصلاة يشترط فيه الطهارة ، وأن يكون مملوكاً أو مأذوناً فيه .

(الثانيـة) يجب للرجل ستر قبله ودبـره ، وستر ما بين السرة والركبة أفضل ، وسترجسده كله مع الرداء أكمل .

ولا تصلى الحرة الا في درع وخمارساترة جميع جسدها عدا الوجه والكفين ، وفي القدمين تردد ، أشبهه الجواز .

أخيه الكاظم عليه السلام قال : يفرشه ويقوم عليه ولايسجد عليه[1] .

وتردد فيه المصنف في المعتبر، نظراً الى عموم النهي . وهوضعيف، لان العمل بالخاص مقدم، مع أن المتبادر من النهي ـ وهو اللبس خصوصاً ـ وقد ورد في أكثر الاخبار .

قوله : وقيل تكره الصلاة فى قباء مشدود الافى الحرب

قال الشيخ : ذكر ذلك علي بن بابويه وسمعناه مذاكرة ، فلذلك أسنده المصنف الى قائله .

قوله : ويجزى الرجل سترقبله ودبره

هذا قول أكثر علمائنا ، وقال ابن البراج ما بين سرته الى ركبته عورة ، وقال التقي ما بين السرة الى نصف الساق . والاول أقوى، لاصالة عدم التكليف بالزائد الابدليل ولم يثبت .

قوله : وفى القدمين تردد

---

١) الكافى ٦/٤٧٧ ، التهذيب ٢/٣٧٣ ، قرب الاسناد : ٨٦ .

والامة والصبية تجتزئان بستر الجسد ، وستر الرأس مع ذلك أفضـل .

(الثالثة) يجوز الاستتار في الصلاة بكل مايستر العورة كالحشيش وورق الشجر والطين .

ولو لم يجد ساتراً صلى عرياناً قائماً مومياً اذا أمن المطلع ، ومع وجوده يصلى جالساً مومياً للركوع والسجود .

(الخامسة) في مكان المصلى :

يصلى في كل مكان اذا كان مملوكاً أو مأذوناً فيه .

ولا يصح في المكان المغصوب مع العلم .

ينشأ من ظهورهما عادة فلا يجب سترهما ، لقوله « الا ماظهر منها »[1] ، ومـن عموم قوله صلى الله عليه وآلـه : المرأة عورة . خرج الوجه للاجماع فيبقى الباقي .

وأما الكفان فالحاقهما بالوجه مذهب الشيخ في المبسوط واختاره ابـن ادريس ، لماروي عن ابن عباس في قوله « ولايبدين زينتهن الا ماظهرمنها »[1] قال الوجه والكفان . ولظهورهما عادة في الاخذ والعطاء .

وقال في الاقتصاد وابوالصلاح لاتكشف غيرالوحه . والاولى الجواز في الكل ، للاصل وعدم النهي .

قوله : ولولم يجد ساتراً صلى عارياً قائماً

ما ذكره هوقول الاكثر، وقال المرتضى يصلي جالساً مومياً مطلقاً، لرواية

---

١) سورة النور : ٣١ .

زرارة عن الباقر عليه السلام[1] .

وقال ابن ادريس : يصلي قائماً موميأً مطلقاً ، وهوروايةعلي بن جعفرعن أخيه عليه السلام[2] .

وقال في المعتبربالتخييربين القيام والقعود، لتعارض الروايتين المذكورتين

وأما ما ذكره هنا من التفصيل فهومدلول مرسلة ابن مسكان عن الصادق عليه السلام[3] ، لكنها مؤيدة بالشهرة ، خصوصاً مع كون الراوي ثقة .

هنا فوائد :

(الاولى) يجب الايماء بالرأس، لخبرزرارة ولمافيه من قرب الشبه بالركوع والسجود . وقال المصنف في المعتبر والعلامة في التذكرة[4] والنهاية[5] : يومي المريض برأسه فان تعذر فبالعينين .

(الثانية) قال الشيخ تجوز الصلاة كذلك مع السعة ، وأوجب المرتضى وسلار التأخير الى آخره ، وقال في المعتبر بالتفصيل لرجاء الحصول وعدمه لكنه مع حصول الظن الراجح لامطلقاً، وهوحسن. نعم يستحب التأخيرمطلقاً .

(الثالثة) هل السترشرط في الصحة مع امكانه مطلقاً أوحالة العمد ؟ ابن الجنيد على الاول والشيخ والمصنف على الثاني والعلامة في المختلف، لرواية علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام[6] .

ولاشك أن قول ابن الجنيد أحوط لكونه شرطاً[7]. نعم تخصيصه بالاعادة

---

١) الكافى ٣/٣٩٦ ، التهذيب ٢/٣٦٤ .

٢ و٣) التهذيب ٢/٣٦٥ .

٤) التذكرة ، الفصل الرابع من مقدمات كتاب الصلاة .

٥) النهاية : ١٣٠ .

٦) الوسائل ٣/٢٩٣ باب ٢٧ من أبواب لباس المصلى .

٧) قال في المختلف ٨٣ : احتج ابن الجنيد بأنه وجد ملزوم الاعادة فى الوقت

وفي جواز صلاة المرأة الى جانب المصلى قولان ، أحدهما المنع سواء صلت بصلاته أومنفردة محرماً كانت أوأجنبية ، والاخر الجواز على كراهية .

ولو كان بينهما حائـل ، أو تباعدت عشرة أذرع فصاعداً أو كانت متأخرة عنه ولو بمسقط الجسد صحت صلاتهما .

ولو كانا في مكان لا يمكن فيـه التباعد صلى الرجل أولا ثم المرأة .

في الوقت خاصة منظور فيه ، لانه مع شرطية كالطهارة .

(الرابعة) أوجب العلامة[1] الستر من تحت لو كان على سطح ترى عورته من تحته لابتدار الاعين اليه فترى عورته فتبطل ، وأما على الارض فلا لعسر التطلع حينئذ .

قوله : وفي جواز صلاة المرأة الى جانب المصلى قولان

قال الشيخان[2] وابن حمزة بالمنع لروايات كثيرة ، وقال المرتضى وابن

فثبت اللزوم (اللازم ن) : اما وجود الملزوم فلان الستر ان كان شرط للصلاة وقد انتفى فتنتفى الصلاة ، لكن المقدم حق اجماعاً فيثبت التالى وهوعدم الصلاة ، فيبقى فى عهدة التكليف ، اما خارج الوقت فانه يكون قضاء ، وهوانما يثبت بأمرجديد مغائرلامر التكليف به ابتداء .

والجواب: انا نمنع كون الستر شرطاً مطلقاً . نعم هوشرط مع الذكر ولايلزم من كونه شرطاً لعبادة خاصة وهى الصلاة مع الذكر كونه شرطاً لمطلق العبادة .

١) التذكرة ، آخر الفصل الرابع فى اللباس من كتاب الصلاة .

٢) المقنعة : ٥٢ ، قال فيه : ولا يجوز للرجل أن يصلى والمرأة الى جانبه أو فى صف واحد معه ، ومتى صلى وهى مسامتة له فى صفه بطلت صلاتهما ، النهاية : ١٠٠ .

ولايشترط طهارة موضع الصلاة اذا لم تتعد نجاسته ، ولاطهارة موضع السجدة عدا موضع الجبهة .

ويستحب صلاة الفريضة في المسجد الا في الكعبة ، والنافلة في المنزل .

ويكره الصلاة في الحمام ، وبيوت الغائط ، ومبارك الابل ، ومساكن النمل ، ومرابط الخيل والبغال والحمير ، وبطون الاودية ، وأرض السبخة والثلج ، اذا لم تتمكن جبهته من السجود ، وبين المقابر الا مع حائل ، وفي بيوت المجوس والنيران والخمور ، وفي جواد الطرق ، وأن يكون بين يديه نار مضرمة أو مصحف مفتوح أوحائط ينز من بالوعة ، ولا بأس بالبيع والكنائس ومرابض الغنم .

وقيل يكره الى باب مفتوح أو انسان مواجه .

(السادسة) فيما يسجد عليه :

لا يجوز السجود على ما ليس بأرض كالجلود والصوف ، ولا

ادريس والعلامة وولده بالجواز للاصل وللرواية أيضاً . ولاشك أن الكراهية أحوط ، ويزول المنع على القولين بالشروط المذكورة .

قوله : ولا يشترط طهارة موضع الصلاة اذا لم تتعد نجاسته

هذا مذهب الشيخ ، وقال المرتضى يشترط طهارته مطلقاً ، وقال التقي يشترط مواقع المساجد . والاجود قول الشيخ ، للاصل خرج موضع الجبهة للاجماع فيبقى الباقي ، وعموم « جعلت لي الارض مسجداً » .

قوله : وقيل تكره الى باب مفتوح اوانسان مواجه

يخرج باستحالته عن اسم الارض كالمعادن .

ويجوز على الارض وما ينبت منها ما لم يكن مأكولا بالعادة .

وفي الكتان والقطن روايتان ، أشهرهما المنع ، الامع الضرورة .

ولا يسجد على شيء من بدنه ، فان منعه الحر سجد على ثوبه .

ويجوز السجود على الثلج والقير وغيره مع عدم الارض وما ينبت منها . فان لم يكن فعلى كفه .

ولا بأس بالقرطاس ، ويكره منه ما فيه كتابة ، ويراعى فيه أن يكون مملوكاً أو مأذوناً فيه ، خالياً من نجاسة .

(السابعة) في الاذان والاقامة :

والنظر في المؤذن وما يؤذن له ، وكيفية الاذان والاقامة ولو احقهمـا .

أما المؤذن فيعتبر فيه العقل والاسلام ، ولا يعتبر فيه البلوغ .

والصبي يؤذن ، والعبد يؤذن ، وتؤذن المرأة للنساء خاصة .

ويستحب أن يكون عادلا صيتاً بصيراً بالاوقات متطهراً قائماً على مرتفع مستقبل القبلة ، رافعاً صوته ، وتسر به المرأة ، ويكره الالتفات به يميناً وشمالا .

قاله ابو الصلاح ولم يعلم له مستند . قال المصنف في المعتبر هو أحد الاعيان ولا بأس باتباع فتواه .

قوله : وفي القطن والكتان روايتان اشهرهما المنع

ولو أخل بالاذان والاقامة ناسياً وصلى، تداركهما ما لم يركع واستقبل صلاته. ولو تعمد لم يرجع.

وأما ما يؤذن له: فالصلوات الخمس لا غير، أداء وقضاء، استحباباً للرجال والنساء، والمنفرد والجامع، وقيل يجبان في الجماعة.

ويتأكد الاستحباب فيما يجهر فيه، وآكده الغداة والمغرب.

وقاضي الفرائض الخمس يؤذن لاول ورده، ثم يقيم لكل صلاة واحدة. ولو جمع بين الاذان والاقامة لكل فريضة كان أفضل.

ويجمع يوم الجمعة بين الظهرين بأذان واحد واقامتين.

ولو صلى في مسجد جماعة ثم جاء الاخرون، لم يؤذنوا ولم يقيموا مادامت الصفوف باقية، ولو انقضت أذن الاخرون وأقاموا.

ولو أذن بنية الانفراد ثم أراد الاجتماع استحب له الاستئناف.

الرواية المانعة لزرارة عن الباقر عليه السلام [1]، وهو فتوى الشيخين والمرتضى في الجمل والانتصار.

وحملوا رواية الجواز عن ياسر الخادم عن الكاظم عليه السلام[2] على التقية.

وقال المرتضى في الموصليات والمصريات بالجواز، وحمل المنع على الكراهية، واستحسنه المصنف في المعتبر. والاولى عدم الجواز الا في حال الضرورة، وهو قول العلامة.

قوله: وقيل يجبان في الجماعة

---

١) الكافي ٣/ ٣٣٠، التهذيب ٢/ ٣٠٣.

٢) الفقيه ١/ ١٧٤، التهذيب ٢/ ٣٠٨.

وأما كيفيته : فلا يؤذن لفريضة الا بعد دخول وقتها ، ويتقدم في الصبح رخصة ، لكن يعيده بعد دخوله .

وفصولهما على أشهر الروايات خمسة وثلاثون فصلا . والاذان

في الاذان والاقامة أقوال :

« ١ » استحبابهما في جميع الصلوات جماعة وفرادى، ذهب اليه الشيخ في الخلاف[1] والمرتضى في الناصرية .

« ٢ » أنهما واجبان مطلقاً ، قاله الشيخ[2] في اكثر كتبه والمفيد[3] .

« ٣ » قال ابن ابى عقيل من تركهما متعمداً بطلت صلاته الا في الظهرين والعشاء الاخرة فان الاقامة مجزية فيها .

« ٤ » قال ابن الجنيد والمرتضى في قوله الاخر يجبان على الرجال دون النساء في الفجر والمغرب اذا كانتا جماعة والجمعة ، وأوجبا الاقامة خاصة في كل فريضة .

ومستند الكل الروايات ، والمشهور هو الاول ، لان النبى « ص » جمع بين الصلاتين بغير أذان ، فلو كان فرضاً لزم تركه له ، وهو ممنوع .

قوله : وفصولهما على اشهر الروايات خمسة وثلاثون

---

١) الخلاف ١/ ٨٥ ، قال فيه : الاذان والاقامة سنتان مؤكدتان فى صلاة الجماعة ـ الى آخر ما قال .

٢) المبسوط ١/ ٩٥ ، قال فيه : الاذان والاقامة سنتان مؤكدتان فى الخمس صلوات المفروضات فى اليوم والليلة للمنفرد واشدهما تأكيداً الاقامة ، وهما واجبتان فى صلاة الجماعة . وقال فى النهاية ٦٤ : انهما سنتان مؤكدتان ولا يجوز تركهما معاً فى صلاة الجماعة فمن تركهما فلا جماعة له .

٣) المقنعة ١٥ ، قال فيه : وينبغى للانسان أن يؤذن لكل فريضة ، واذا كانت صلاة جماعة كان الاذان والاقامة لها واجبين ولا يجوز تركهما فى تلك الحال .

ثمانية عشر فصلا ، والاقامة سبعة عشر فصلا .

وكله مثنى عدا التكبير في أول الاذان فانه أربع ، والتهليل في آخر الاقامة فانه مرة ، والترتيب فيه شرط .

والسنة فيه الوقوف على فصوله ، متأنياً في الاذان ، هادراً في الاقـامة .

والفصل بينهما بركعتين أوجلسة أو سجدة ، أوخطوة ، خلا المغرب ، فانه لا يفصل بين أذانيها الا بخطوة ، أوسكتة ، أوتسبيحة.

ويكـره الكلام في خلالهما ، والترجيع الا للاشعار ، وقول : الصلاة خير من النوم .

وأما اللواحق : فمن السنة حكايته عند سماعه ، وقول مايخل به المؤذن ، والكف عن الكلام بعد قوله « قد قامت الصلاة » الا بما يتعلق بالصلاة .

مسائل ثلاث :

(الاولى) : اذا سمع الامام أذاناً جاز أن يجتزىء به فى الجماعة ولو كان المؤذن منفرداً .

(الثانية) : من أحدث في الصلاة أعادها ، ولا يعيد الاقامة الا مع الكلام .

(الثالثة) : من صلى خلف من لا يقتدى به أذن لنفسه وأقام .

ولوخشى فوات الصلاة اقتصرمن فصوله على تكبيرتين و« قد

قامت الصلاة » .

وأما المقاصد فثلاثة :

الاول : في أفعال الصلاة ، وهى واجبة ومندوبة .

فالواجبات ثمانية :

(الاول) : في النية ، وهى ركن ، وان كانت بالشرط أشبه ، فانها تقع مقارنة . ولابد من نية القربة والتعيين والوجوب أو الندب والاداء أو القضاء .

الذي ذكره في الاذان هو المشهور والمعمول عليه بين الاصحاب ، ونقل الشيخ فيه روايات كثيرة عن ثقات .

وأما الاقامة فروى زرارة والفضل بن يسار عن الباقر عليه السلام[1] أنه وصف لهما أذان جبرئيل واقامته في البيت المعمور ليلة معراج رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، ، فذكر الاذان مثنى مثنى ثم قال : الاقامة مثلها الا أن فيها « قد قامت الصلاة » مرتين .

ونقل الشيخ في النهاية روايات غير مشهورة فيهما :

« ١ » سبعة وثلاثون فصلا ، بزيادة تكبيرتين أول الاقامة .

« ٢ » ثمانية وثلاثون ، بزيادة تهليلة واحدة على ذلك آخر الاقامة .

« ٣ » اثنان وأربعون بزيادة تكبيرتين في آخر الاقامة وكذا في آخر الاذان على ثمانية وثلاثين[2] .

قوله : الاول النية

---

١) التهذيب ٢ / ٦٠ .

٢) قال في النهاية : فأما من روى سبعة وثلاثين فصلا فانه يقول في أول الاقامة أربع

وهي وان كانت بالشرط أشبه فانها تقع مقارنة .

اعلم أن الواجب في الصلاة اما شرط أو جزء على سبيل منع الخلو، والمراد بالشرط ما يتوقف عليه الشيء ويكون خارجاً عن ماهيته ، والمراد بالجزء ما يكون داخلا في ماهية الشيء ، ويسمى ركناً أيضاً باصطلاح الاصوليين .

ثم الجزء باصطلاح الفقهاء اما أن يبطل الصلاة بتركه عمداً وسهواً أولا والاول يسمى عندهم ركناً .

فظهر أن واجبات الصلاة تنقسم الى شرط والى جزء هو ركن والى جزء ليس بركن، فالنية هل هي شرط أو جزء هو ركن. ولم يقل أحدانها ليست بركن قيل بالاول لوجوه :

(الاول) وجود خاصة الشرط فيها، وهو أنه يكون معتبراً عند جميع الاجزاء أو يكون متقدماً كالطهارة .

(الثاني) انها لو كانت جزء لكان اذا نوى اما أن ينوي جميع أجزاء الصلاة أو بعضها، والاول يلزم أن تكون النية نية لنفسها وهو باطل، والثاني باطل اجماعاً.

(الثالث) التكبير أول الصلاة لقوله عليه السلام : تحريمها التكبير[1]. ولهذا تسمى تكبيرة الافتتاح ، فلو كانت النية جزء لكانت أول .

مرات « الله اكبر» ويقول في الباقي كما قدمناه ، ومن روى ثمانية وثلاثين فصلا يضيف الى ما قدمناه من قول « لا اله الا الله » مرة أخرى في آخر الاقامة ، ومن روى اثنين واربعين فصلا فانه يجعل في آخر الاذان التكبير أربع مرات وفي أول الاقامة أربع مرات وفي آخرها أيضاً مثل ذلك أربع مرات ويقول « لا اله الا الله » مرتين في آخر الاقامة ، فان عمل عامل على احدى هذه الروايات لم يكن مأثوماً .

١) الفقيه ١/٢٣ .

ويتعين استحضارها عند أول جزء من التكبير ، واستدامتها حكماً .

(الثاني) التكبير . وهو ركن في الصلاة ، وصورته «الله اكبر» ، مرتباً ، ولا ينعقد بمعناه ، ولا مع الاخلال ولو بحرف .

ومع التعذر تكفي الترجمة ، ويجب التعلم ما أمكن .

والاخرس ينطق بالممكن ، ويعقد قلبه بها مع الاشارة .

ويشترط فيها القيام ، ولا يجزىء قاعداً مع القدرة .

وللمصلي الخيرة في تعيينها من السبع .

وقيل بالثاني لقوله عليه السلام « الاعمال بالنيات » . والباء للسببية ، وليس المراد سبب الوجود بل سبب الماهية ، اذ لو كان المراد سبب الوجود لزم الاضمار والاصل عدمه . واذا كان سبب الماهية لاتكون الا جزءاً ، وهو المطلوب .

وتظهر فائدة الخلاف لو أعيدت النية سهواً بعد تكبيرة الاحرام ، فان قلنا انها جزء بطلت الصلاة لزيادة الركن ، وان قلنا انها شرط لم تبطل .

والمصنف اختار في الشرائع أنها جزء وهنا قال انها بالشرط أشبه أي أشد شبهاً منها بالجزء . والتوجيه ما ذكرناه مع حصول الاتفاق على أنه اذا أخل بها عمداً أو سهواً بطلت صلاته .

قوله : ويتعين استحضارها عند اول جزء من التكبير

لاخلاف في اشتراط مقارنة النية للتكبير ، لكن اختلفوا في كيفيته :

فقال المصنف هنا وفي الشرائع ايقاعها عند أول جزء منه ، وهو منقول عن بعض المتقدمين من الفقهاء .

وقيل ايقاعها من ابتداء التكبير الى آخره .

ومنع ابن ادريس كلا القولين : أما أولا فلتعذره على اكثر الناس فيلزم

وسننها: النطق بها على وزن «أفعل» من غير مد، واسماع الامام من خلفه ، وأن يرفع بها المصلي يديه محاذياً وجهه .

الحرج ، وأما ثانياً فلانه يلزم أن يكون بعض العبادة غير عبادة ، وهو الذي تقدم وجوده على وجود جملة النية .

والاولى تفسير المقارنة بما قاله شيخنا العلامة في القواعد ، وهو أن يكون آخر جزء من النية عند أول جزء من التكبير[1] .

قوله : والنطق بها على وزن افعل من غير مد

اما لفظ الجلالة فمتى مد فيها بحيث يصير استفهاماً فانها تبطل الصلاة . وأما «اكبر» فقال ابن ادريس لا يجوز لانه يصير جمع كبر بفتح الكاف والباء المنقطة تحت نقطة واحدة وهو الطبل الذي له وجه واحد. وهو اختيار الشهيد في دروسه[2] وظاهر كلام الشيخ في المبسوط[3] .

وهو الحق، لان الصلاة التي وقعت بياناً من النبي صلى الله عليه وآله وسلم ان كان فيها أحد المدين لزم وجوبه، واللازم باطل اجماعاً فكذا الملزوم، وان كان بترك المد لزم وجوب تركه .

ان قلت: انما يلزم ما ذكرت ان لو قصد الاستفهام أو الجمع، لكنه ممنوع .

قلت: ما وقع بياناً يجب اتباعه على وجهه لفظاً ومعنى ولا اعتبار بالقصد وعدمه

---

١) قال في القواعد : ويجب انتهاء النية مع ابتداء التكبير بحيث لا يتخللهما زمان وان قل .

٢) قال فيه : ولا يجوز مد همزة « الله » فيصير استفهاماً ولا مد باء « اكبر » فيصير جمع «كبر » ولا وصل الهمزتين بينهما .

٣) المبسوط ١/١٠٢ .

(الثالث) القيام : وهو ركن مع القدرة ، ولو تعذر الاستقلال اعتمـد .

ولوعجزعن البعض أتى بالممكن ، ولوعجز أصلا صلى قاعداً .

وفي حد ذلك قـولان ، أصحهما مراعاة التمكن ، ولو وجد القاعد خفة نهض قائماً حتماً .

ولوعجزعن القعود صلى مضطجعاً مومياً . وكذا لوعجزصلى مستلقياً .

ويستحب أن يتربع القاعد قارئاً ، ويثني رجليه راكعاً ،

قوله : القيام وهوركن

قـد فسرنا الركن بما[1] تقدم ، فيرد هنا سؤال ، وهو : أنـه لوترك القيام سهواً لم تبطل صلاته فلايكون ركناً .

والجواب : ان الركن في الصلاة منه ماهوبحسب نوعه ومنه ماهوبحسب شخصه، والقيام من القسم الاول ، فنوعه كاف في صحة الصلاة وان ترك شخصه سهواً أولعذر بحيث يقوم مقامه غيره ، فهوركن لابعينه .

وانما أخره عن النية والتحريمة لانه انما يصير جزءاً بهما ، وعلـة الشيء سابقة عليه ، فهومعهما ركن وقبلهما شرط وبعدهما جزء أوركن .

قوله : ولوعجز[2] صلى قاعداً وفي حد ذلك قولان

(الاول) قول المفيد : ان حد العجز أن لا يتمكن من المشي مقدار صلاته

---

١) راجع ص ٣١ .

٢) في المختصر النافع : ولوعجز أصلا صلى قاعداً .

وقيل يتورك متشهداً .

(الـرابع) القراءة : وهى متعينة بـ « الحمد » والسورة في كل ثنائية ، وفى الاوليين من كل رباعية وثلاثية .

ولا تصح الصلاة مع الاخلال بهـا عمداً ولو بحرف ، وكذا الاعراب ، وترتيب آياتها في « الحمد » والسورة ، وكذا البسملة

استناداً الى رواية سليمان بن حفص المروزي[1]. وبه قال الشيخ في النهاية .

وفيه نظر، لان كثيراً من يتمكن من المشي ولايتمكن من القيام قدر الصلاة وبالعكس ، فلايصلح ضابطاً .

(الثاني) قول الشيخ في المبسوط وابن ادريس والعلامة ـ وهو الحق ـ وهو أن يكون مراعياً لتمكنه لرواية ابن ابى عمير عن جميل عن الصادق عليه السلام قال ان الرجلا ليوعك[2] ويتحرج[3] ولكنه أعلم بنفسه [ولكن] اذا قوي فليقم[4] .

وعن الصادق عليه السلام أنه قال : بل الانسان على نفسه بصيرة[5] .

ويلزم على قول المفيد أنه لوقدر على المشي قدر زمان ثلاث ركعات انه يجوز له القعود . وهو باطل ، لانه يكون تاركاً للواجب مع قدرته عليه .

قوله : وقيل يتورك متشهداً

القائل الشيخ في المبسوط .

قوله : الرابع القراءة

---

١) الوسائل ٤/٦٩٩ ، التهذيب ٣/١٧٨ .

٢) الوعك : ادنى الحمى ووجعها ومغثها فى البدن والم من شدة التعب .

٣) فى الكافى « ويخرج » وفى التهذيب « ويجرح » .

٤) الكافى ٣/٤١٠ ، التهذيب ٣/١٧٧ .

٥) الفقيه ٢/٨٣ .

في « الحمد » والسورة ، ولا تجزىء الترجمة ، ولو ضاق الوقت قرأ ما يحسن بها . ويجب التعلم ما أمكن .

ولو عجز قــرأ من غيرها ما تيسر ، والا سبح الله وكبره وهلله بقدر القراءة .

ويحرك الاخرس لسانه بالقراءة ويعقد بها قلبه .

وفي وجوب سورة مع « الحمد » في الفرائض للمختار مع سعة الوقت وامكان التعلم قولان ، أظهرهما الوجوب .

لاخلاف في وجوب القراءة في الجملة، لقوله تعالى «فاقرأوا ما تيسر منه»[1] وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لاصلاة الابفاتحة الكتاب[2]. وقوله: كل صلاة لم يقرأ فيها بفاتحة الكتاب فهي خداج ـ قالها ثلاثاً[3].

واختلف في ركنيتها بالمعنى المتقدم ، فقال به ابن حمزة ، وقال الباقون بعدمه .

وتظهر الفائدة لو تركها نسياناً، فتبطل عند ابن حمزة وعند الباقين لاتبطل .

وعليه الفتوى، لاصالة الصحة وعموم «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان» خرج من ذلك ما وقع عليه الاجماع من ترك الركن فيبقى الباقي على عمومه .

قوله : وفي وجوب سورة مع الحمد فــي الفرائض للمختار مع سعة الوقت وامكان التعلم قولان اظهرهما الوجوب

---

١) سورة المزمل : ٢٠ .

٢) راجع كنز العمال : ٨/١٠٥ ـ ١١٥ ، سنن ابن ماجة ١/٢٧٣ . اما عن طريق اهل البيت عليهم السلام ما رواه الكليني في الكافي ٣/٣١٧ ، التهذيب ٢/١٤٦ و١٤٧.

٣) كنز العمال ٨/١١٤ ، سنن ابن ماجة ١/٢٧٤ وليس فيهما « قالها ثلاثاً » .

شرط لوجوب السورة شروطاً :

(الاول) أن يكون في الفرائض ، اذلاخلاف فيجوازالاقتصارعلى الحمد في النافلة .

(الثاني) للمختار ، اذلاخلاف أنه حال الاضطرار كالخوف يجزي الحمد وحدها .

(الثالث) مع سعة الوقت ، اذلاكلام أنه مع ضيقه عن قراءتها لايجب .

(الرابع) امكان التعلم بحيث لولم يبق معه زمان يقع فيهالتعلم لم يجب ، وهو راجع الى الثالث .

اذا تقرر هذا فهل ضم السورة حينئذ واجب أم ندب ؟ قال في الخلاف والجمل والمرتضى وابن ابى عقيل وابو الصلاح وابن البراج وابن ادريس بالاول وقال في النهاية وسلار وابن الجنيد بالثاني . ومستندهم الروايات الصحيحة الصريحة بجواز الحمد وحدها ، روى ذلك علي بن رئاب[1] والحلبى[2] وعمر ابن يزيد[3] كلهم عن الصادق عليه السلام . وحملها الاولون على حال الضرورة .

واستدلوا على الوجوب بمدلول رواية يحيى بن عمران الهمداني عن الباقر عليه السلام[4] على وجوب اعادة الصلاة لمن تركها ولولم تكن واجبة لما كان للاعادة وجه ، ولعموم « فاقرأوا ما تيسرمنه » ولقوة حجة الشيخ مع شهادة أصالة البراءة له. لم يقل المصنف أصحهما بل «أظهرهما»، لكون الفتوى

---

١ و٢) التهذيب ٢ / ٧١ .

٣) التهذيب ٢ / ٧١ قال : قلت لابى عبدالله عليه السلام : أيقرأ الرجل السورة الواحدة فى الركعتين من الفريضة ؟ فقال : لا بأس اذا كانت اكثر من ثلاث آيات . قال الشيخ : فمحمول على أنه يجوز له أن يكررها فى الركعة الثانية دون أن يفرقها فى الركعتين ، وهذا اذا لم يحسن غيرها ، فأما مع التمكن من غيرها فانه يكره ذلك .

٤) التهذيب ٢ / ٦٩ .

ولا يقرأ في الفرائض عزيمة ، ولا ما يفوت الوقت بقراءتها ، ويتخير المصلى في كل ثالثة ورابعة بين قراءة الحمد والتسبيح .

ويجهر من الخمس واجباً ، في الصبح وأولى المغرب والعشاء ويسر فى الباقى وأدناه أن يسمع نفسه . ولا تجهر المرأة .

ومن السنن: الجهر بالبسملة في موضع الاخفات من أول «الحمد» والسورة ، وترتيل القراءة ، وقراءة سورة بعد « الحمد » فى النوافل والاقتصار فى الظهرين والمغرب على قصار المفصل ، وفى الصبح على مطولاته ، وفي العشاء على متوسطاته .

بالوجوب أظهر بين الاصحاب .

قوله : ولا تقرأ فى الفرائض عزيمة

ذلك مبني على مقدمات : « ١ » أن سجودها واجب على الفور ، « ٢ » أنه لابدل لها ، « ٣ » أن زيادة السجود في الصلاة عمداً مبطل .

والثالثة اجماعية ، والاولتان مشهورتان . نعم خالف ابن الجنيد في الثانية حيث جعل لها بدلا ، وهو الايماء برأسه .

قوله : ومن السنن الجهر بالبسملة فى مواضع ١) الاخفات

قال ابن البراج : يجب الجهر بها فيما تخافت ، لمواظبة الصادق عليه السلام على ذلك . وقال ابو الصلاح بالوجوب في أولتي الظهر والعصر فـي الحمد والسورة . واطلق الشيخ في الجمل استحباب الجهر ، وأنكر ابن ادريس استحبابه في الاخيرتين ، واختار المصنف والعلامة قول الشيخ وعليه دلت الروايات .

---

١) فى المختصر : فى موضع .

وفي ظهرى الجمعة بها وبـ « المنافقين »، وكذا لوصلى الظهرجمعة على الاظهر.

ونوافل النهار، اخفات والليل جهر.

ويستحب اسماع الامام من خلفه قراءته ما لم تبلغ العلو، وكذا الشهادتين.

مسائل أربع :

قوله: وفي ظهرى الجمعة بسورتها[1] والمنافقين وكذا لوصلى الظهر جمعة على الاظهر

قال الصدوق بوجوب قراءتهما لرواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام من تركها متعمداً فلاصلاة له[2].

وخص المرتضى الوجوب بالجمعة دون الظهرين لقول الصادق عليه السلام من لم يقرأ في الجمعة بالجمعة والمنافقين فلاجمعة له[3]. وفي أخرى عنه عليه السلام : أعاد الصلاة في سفر أوحضر[4].

وقال الشيخ واكثر الاصحاب بالاستحباب، للاصل ولرواية علي بن يقطين عن أخيه[5] الحسين عن الكاظم عليه السلام وقد سأله عن الرجل يقرأ في صلاة الجمعة بغير سورة الجمعة متعمداً. قال: لابأس بذلك[5]، وغيرذلك من الروايات. وحملوا ما تقدم على شدة الاستحباب.

---

١) اى بسورة الجمعة. فى المختصر بها.

٢) التهذيب ٣/٦، الكافى ٣/٤٢٥.

٣) التهذيب ٣/٧.

٤) التهذيب ٣/٧، الكافى ٣/٤٢٦.

٥) التهذيب ٣/٧ وفيه « عن ابيه » وليس فيه « الحسين ».

واعلم أني لم أقف على رواية مما احتجوا به صريحة في قراءتهما في الظهرين بل الكل صريح في الجمعة الا رواية ابن مسلم المتقدمة فانها مطلقة، لقول الباقر عليه السلام فيها : ان الله أكرم المؤمنين بالجمعة فسنها رسول الله «ص» بشارة لهم والمنافقين توبيخاً للمنافقين ، ولا ينبغي تركهما ، فمن تركهما متعمداً فلا صلاة له .

نعم رواية حريز وربعي رفعاه الى الباقر عليه السلام قال : يستحب أن تقرأ في عتمة الجمعة سورة الجمعة والمنافقين، وفي الصبح مثل ذلك، وفي الجمعة مثل ذلك ، وفي العصر مثل ذلك[1] .

وروى ابو الصباح عن الصادق عليه السلام : فاقرأوا في المغرب بسورة الجمعة وقل هو الله أحد ، وفي العشاء الاخرة بالجمعة والاعلى ، وفي الغداة بالجمعة وقل هو الله أحد[2] .

اذا عرفت هذا فانه أورد بعض تلامذة المصنف عليه أنه قال في الاصل بها وبالمنافقين بأن الضمير عائد الى غير مذكور ، فانه لا يجوز عوده الى الجمعة المذكورة لانه اسم لليوم . فأجاب أنه مثل قول المعري :

وفقيه ألفاظه شدن للنعمان مالم تشده شعر زياد

فأورد بأنه يلزم استعمال المشترك في كلا معنييه وقد منع في الاصول، فأصلحه بقوله « بسورتها » .

قلت : الايراد بعد باق ، لكن عود الضمير الى غير المذكور جائز اذا دل عليه سياق الكلام ، نحو « انا أنزلناه في ليلة القدر » .

---

١) التهذيب ٣/٧ وفيه «العتمة» وليس «الجمعة» ، وفيه أيضاً «واذا جاءك المنافقون» وفي صلاة الصبح مثل ذلك ، وفي صلاة الجمعة مثل ذلك ، وفي صلاة العصر مثل ذلك .

٢) رواه في التهذيب ٣/٥ بسنده عن ابي الصباح الكناني عنه عليه السلام .

قوله : ويحرم قول آمين آخر الحمد وقيل يكره

اكثر الاصحاب على التحريم ، وهومؤيد نظراً ورواية : أما الاول فمن وجهين :

(الاول) أنها ليست بقرآن ولادعاء ، وكل ما ليس بقرآن ولادعاء مبطل للصلاة . أما الصغرى فلاتفاق الكل على أنهاليست قرآناً بل هي اسم للدعاء ، لان معناه استجب ، والاسم غير المسمى كما قرر في الاصول . وأما الكبرى فباجماع المسلمين .

(الثاني) أنها لامعنى لها الاعقيب دعاء ، فاماأن يقصد المصلي بقوله «اهدنا الصراط المستقيم» الى آخره الدعاء أوالقرآن أوهما معاً :

فعلى الاول يلزم بطلان الصلاة ، لانه يكون قد قصد بالقرآن غير القرآن فيبطل صلاته . وعلى الثاني كذلك ، لانتفاء فائدتها حينئذ . وعلى الثالث يلزم استعمال المشترك في كلامعنييه ، وقد منع منه محققو الاصوليين .

وأما الثاني فلرواية محمد بن سنان عن ابن مسكان عن محمد الحلبى عن الصادق عليه السلام قال : سألته أقول اذا فرغت من الفاتحة «آمين» ؟ قال : لا[1] والاصل في النهى التحريم .

ولقول النبى صلى الله عليه وآله وسلم: ان هذه الصلاة لايصلح فيهاشيء من كلام الادميين[2] . والتأمين من كلامهم .

وقوله صلى الله عليه وآله : انما هي التسبيح والتكبير وقراءة القرآن. وانما للحصر وليس التأمين أحدها .

---

١) التهذيب ٢ / ٧٤ .

٢) الخلاف ١ / ١٠٤ .

(الثانية) و « الضحى » و « ألم نشرح » سورة واحدة ، وكذا « الفيل » و« الايلاف »، وهل تعاد البسملة بينهما ؟ قيل : لا ، وهو الاشبه .

وأما القول بالكراهة فقيل انه للتقي ، ولم أجد ذلك في كتابه .

نعم قال المصنف في المعتبر : يمكن أن يقال بالكراهة لرواية الحسين بن سعيد عن ابن ابى عمير عن جميل عن الصادق عليه السلام أنه سأله عن قول الناس جماعة حين تقرأ فاتحة الكتاب «آمين». قال: ما أحسنها واخفض الصوت بها[1].

وهذا غريب من المصنف ، فانه لادلالة فيها على الكراهية ، بل الاولى حملها على التقية جمعاً بينها وبين رواية جميل نفسه أيضاً عن الصادق عليه السلام قال : اذا كنت خلف امام فقرأ الحمد وفرغ من قراءته فقل أنت « الحمد لله رب العالمين » ولاتقل «آمين »[2] .

وبعضهم قال في الاولى أن لفظها « ما أحسنها » بضم الهمزة وتشديد السين وكسرها على أن يكون للمتكلم، وكذلك «أخفض» بفتح الهمزة وضم الضاد .

وقال العلامة في التحرير انها تبطل الصلاة مطلقاً وان لم يكن آخر الحمد ، وقال : انه اجماع الامامية للنقل عن أهل البيت عليهم السلام .

قوله : والضحى والم نشرح سورة واحدة وكذلك الفيل والايلاف ، وهل تعاد البسملة بينهما ؟ قيل لا ، وهوالاشبه

أما كونهما سورة واحدة فذكره الثلاثة وابن بابويه ، واستدل الشيخ على ذلك فانه يحرم القرآن بين السورتين بعد الحمد عند أكثر الاصحاب مع ورود

---

١) التهذيب ٢/٧٥ .

٢) التهذيب ٢/٧٤ .

(الثالثة) يجزىء بدل « الحمد » من الاواخر تسبيحات أربع صورتها « سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله أكبر».

وروى تسع ، وقيل عشر ، وقيل اثنا عشر ، وهو الاحوط .

(الرابعة) لوقرأ في النافلة احدى العزائم سجد عند ذكره ، ثم يقوم فيتم ويركع .

ولو كان السجود في آخرها قام وقرأ «الحمد» استحباباً ، ليركع عن قراءة .

(الخامسة) الركوع : وهو واجب في كل ركعة مرة ، الا في الكسوف والزلزلة .

المنع من افراد هاتين السورتين ، وذلك دليل على أنهما سورة واحدة .

وفيه نظر ، لجواز أن تكون هذه السورة مستثناة من ذلك العموم .

وأما البسملة بينهما فمنع منه الشيخ في التبيان لانهما سورة واحدة والسورة الواحدة لها بسملة واحدة .

وفيه نظر : أما الاولى فلما تقدم ، وأما الثانية فلانها منقوضة ببراءة والنمل أما براءة فلابسملة فيها وأما النمل ففيها بسملتان .

والاولى وجوب البسملة ، وهو قول ابن ادريس والعلامة ، لانها كذلك في المصحف .

قوله : تجزى بدل الحمد فى اواخر تسبيحات أربع ـ الى آخره

هنا أقوال :

(الاول) قول ابن بابويه انها تسع « سبحان الله والحمد لله ولااله الا الله »

يكررها ثلاث مرات .

(الثاني) قول المرتضى والشيخ في الجمل والمبسوط[1] وابـن ادريس[1] عشريزيد على ما تقدم التكبير في الاخر .

(الثالث) اربع تسبيحات ما تقدم مـع التكبير مرة واحدة . قـال المفيد[2] والشيخ في التهذيب لرواية زرارة صحيحاً عن ابى جعفر عليه السلام[2] .

(الرابع) اثنا عشر، هي هذه المذكورة تعاد ثلاثاً. قاله الشيخ في النهاية[3] وجعلهالمصنف أحوط . وقال العلامة بوجوب الواحدة واستحباب الثلاث في القواعد[4]، والاولى التخيير بينالواحدة والثلاث فأيهماأوقعه قصدالوجوب .

وهنا فوائد :

(الاولى) أيما أفضل القراءة أم التسبيح ؟ قال الصدوق[5] وابن ابى عقيل وابن ادريس[5]التسبيح أفضل ، وقالالتقي القراءة أفضل، وقيل متساويان وهو قول الشيخ[6] في سائر كتبه ، وقيل الافضل للامام القراءة وللمنفرد التسبيح .

(الثانية) لونسي المصلي القراءة في الاوليين هلالتخييرعلىحاله؟ قال ابن ابى عقيل نعم ، للاصل ورواية زرارة عن الباقر عليه السلام ، وقـال الشيخان تتعين الفاتحة لئلاتخلو الصلاة عنها. والروايات محتملة ، فيكون هذا أحوط .

(الثالثة) هل يجوزالتفريقبأن يقرء في واحدة ويسبح فيأخرى ؟ لم أسمع لذلك منعاً ، فجوازه قوي .

---

١) المبسوط ١/١٠٦ ، السرائر: ٤٦ .

٢) المقنعة ١٨ ، التهذيب ٢/٩٨ ، الكافى ٣/٣١٩ .

٣) النهاية : ٧٦ .

٤) القواعد ، الفصل الرابع من المقصد الثانى من كتاب الصلاة .

٥) الفقيه ١/٢٠٣ ، السرائر: ٤٦ ، وظاهر قول الاخير لا يعطى الافضلية .

٦) الخلاف ١/١٠٦ .

وهو ركن في الصلاة .

والواجب فيه خمسة : الانحناء قدرماتصل معه كفاه الى ركبتيه ولوعجز اقتصرعلى الممكن والا أومأ .

والطمأنينة بقدرالذكرالواجب ، وتسبيحة واحدة كبيرةصورتها «سبحان ربى العظيم وبحمده» أو «سبحان الله» ثلاثاً ، ومع الضرورة تجزىء واحدة صغرى ، وقيل يجزىء الذكرفيه وفى السجود. ورفع الرأس . والطمأنينة في الانتصاب .

والسنة فيه : أن يكبر له رافعاً يديه ، محاذياً بهما وجهه ، ثم يركع بعد ارسالهما ويضعهما على ركبتيه ، مفرجات الاصابع ، راداً

(الرابعة) الاولى فـي هذا الذكر كونه مرتباً موالياً بالعربية اخفاتاً ، وان احتمل خلاف ذلك ، لكن ما قلناه أشد يقيناً للبراءة .

(الخامسة) يجب الاعراب فيه ، وكذا في باقى الاذكار الواجبة والتشهد والتسليم ، للامر بذلك .

قوله : وهو ركن فى الصلاة

لاخلاف في كونه ركناً لكنه يشتمل على الانحناء لغة فيكون كذلك شرعاً لاصالة عدم النقل، مع الاجماع على أن الركوع ركن فيكون الركن هو الانحناء ولان الطمأنينة لا تبطل الصلاة بتركها سهواً فلاتكون ركناً .

وقال الشيخ في الخلاف[1] بأنها ركن ، وليس بشيء .

قوله : وقيل يجزى الذكرفيه وفى السجود

---

١) الخلاف ١/ ١١٠ ، قال فيه : الطمأنينة فى الركوع ركن من أركان الصلاة .

ركبتيه الى خلفه ، مسوياً ظهره ، ماداً عنقه ، داعياً أمام التسبيح ، مسبحاً ثلاثاً كبرى ، فما زاد ، قائلا بعدانتصابه «سمع الله لمن حمده» داعياً بعده . ويكره أن يركع ويداه تحت ثيابه .

(السادس) السجود: ويجب في كل ركعة سجدتان، وهما ركن في الصلاة .

أي مطلق الذكر تسبيحاً كان أوغيره مما يتضمن تعظيم الله تعالى ـ قاله الشيخ في المبسوط وابن ادريس . وهوظاهر اختيار المصنف في المعتبر ، وبه قال العلامة ، لاصالة البراءة من التعيين ولصحيحة الهشامين عن الصادق عليه السلام أيجزي أن أقول مكان التسبيح في الركوع والسجود « لا اله الا الله والحمد لله والله اكبر » ؟ فقال : نعم كل هذا ذكر الله[1] .

وفيه ايماء الى التعليل ، فلولا الاجتزاء بالذكر مطلقاً لم يكن تسميته ذكراً دالا على الجواز. والواوفي الرواية اما بمعنى «أو» كقوله «مثنى وثلاث ورباع» أوأنها عاطفة والاشتراك في حكم الجواز لا الجمع قولا وزماناً .

وقال اكثر الاصحاب يتعين لفظ التسبيح لقوله تعالى « فسبح باسم ربك العظيم »[2] وقوله « سبح اسم ربك الاعلى »[3] رواه عقبة بن عامر عنه صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : لمانزلتا قال اجعلوهما في ركوعكم وسجودكم[4] .

---

١) الكافي ٣/ ٣٢١ ، ٣٢٩ .

٢) سورة الواقعة : ٧٤ .

٣) سورة الاعلى : ١ .

٤) سنن ابن ماجة ١/ ٢٨٧ ، العلل ٢/ ٣٣٣ .

ولرواية هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام[1] .

ثم هؤلاء منهم من أوجب ثلاث تسبيحات صغريات أو واحدة كبرى للمختار أو واحدة صغرى للمضطر والمستعجل والمريض ، وهو قول ابى الصلاح والمصنف .

ومنهم من أضاف فيها « وبحمده » ، والعمل على الاول ، اذ لا دلالة في رواياتها[2] على الوجوب .ويمكن حملها على الاستحباب .

وهنا فوائد :

(الاولى) انه وان كان الفتوى على اجزاء مطلق الذكر الا أن الاتيان بلفظ التسبيح أفضل لوروده في اكثر الروايات .

(الثانية) الاكثر على أن لفظ « وبحمده» ليس واجباً وان قلنا بمعطوفه ، ولذلك لم يذكرها المصنف هنا . نص في المعتبر على استحبابها .

---

١) علل الشرائع ٢/٣٣٢ ، الصدوق باسناده عن هشام بن الحكم عن ابى الحسن موسى عليه السلام قال : قلت له : لاى علة صار التكبير فى الافتتاح سبع تكبيرات أفضل، ولاى علة يقال فى الركوع « سبحان ربى العظيم وبحمده » ويقال فى السجود « سبحان ربى الاعلى وبحمده » ؟ قال : ياهشام ان الله تبارك وتعالى خلق السماوات سبعاً والارضين سبعاً والحجب سبعاً ، فلما أسرى بالنبى صلى‌الله عليه وآله وسلم وكان من ربه كقاب قوسين او أدنى رفع له حجاب من حجبه ، فكبر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وجعل يقول الكلمات التى تقال فى الافتتاح ، فلما رفع له الثانى كبر ، فلم يزل كذلك حتى بلغ سبع حجب وكبر سبع تكبيرات ، فلذلك العلة يكبر فى الافتتاح فى الصلاة سبع تكبيرات ، فلما ذكر ما رأى من عظمة الله ارتعدت فرائصه فابترك على ركبتيه وأخذ يقول « سبحان ربى العظيم وبحمده » ، فلما اعتدل من ركوعه قائماً نظر اليه فى موضع أعلى من ذلك الموضع خر على وجهه وجعل يقول « سبحان ربى الاعلى وبحمده » ، فلما قال سبع مرات سكن ذلك الرعب ، فلذلك جرت به السنة .

٢) فى ب : فى روايات هؤلاء .

وواجباته سبع: السجود على الاعضاء السبعة : الجبهة والكفين والركبتين، وابهامى الرجلين . ووضع الجبهة على مايصح السجود عليه . وألا يكون موضع السجود عالياً بما يزيد عن لبنة . ولوتعذر الانحناء رفع ما يسجد عليه .

ولو كان بجبهته دمل احتفرحفيرة ليقع السليم على الارض .

ولوتعذر السجود سجد على أحد الجبينين ، والا فعلى ذقنه ، ولوعجزأومأ ، والذكرفيه أو التسبيح كالركوع .

والطمأنينة بقدر الذكر الواجب . ورفع الرأس مطمئناً عقيب الاولى .

وسننه : التكبيرالاول قائماً ، والهوى بعد اكماله سابقاً بيديه ، وأن يكون موضع سجوده مساوياً لموقفه ، وأن يرغم بأنفه ، ويدعو قبل التسبيح . والزيادة على التسبيحة الواحدة . والتكبيرات ثلاثاً . ويدعو بين السجدتين . والقعـود متوركاً . والطمأنينة عقيب رفعه من الثانية . والدعاء . ثم يقوم معتمداً على يديه سابقاً برفع ركبتيه

(الثالثة) معنى قولنا « وبحمده » أي وبحمده أنزهه ، فالباء يتعلق بأنزهه. وقيل معناها والحمدله، وعليه يحمل قوله تعالى «ماأنت بنعمة ربك بمجنون»[1] أي والنعمة لربك .

قوله : واجباته سبع السجود على الاعضاء السبعة

---

١) سورة القلم : ٢ .

ويكره الاقعاء بين السجدتين .

(السابع) التشهد : وهو واجب فى كل ثنائية مرة ، وفى الثلاثية والرباعية مرتين .

وكل تشهد يشتمل على خمسة : الجلوس بقدره ، والطمأنينة ، والشهادتان ، والصلاة على النبى وآله .

وأقله « أشهد أن لا اله الا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله » .

ثم يأتى بالصلاة على النبى وآله .

وسننه . أن يجلس متوركاً . ويخرج رجليه . ثم يجعل ظاهر اليسرى الى الارض وظاهر اليمنى الى باطن اليسرى . والدعاء بعد الواجب . ويسمع الامام من خلفه .

هنا فوائد :

(الاولى) لايجب استيعاب الجبهة، بل المسمى فيها مع التمكين ، وقدره بعضهم بدرهم .

(الثانية) يجب في اليدين الاعتماد على باطنهما، وهما الراحتان دون الاصابع ولا يكفي رأس الزندين ، خلافاً للمرتضى .

وهل يجزي الاصابع وحدها ؟ استقرب العلامة ذلك .

(الثالثة) يجزي فى باقيها كما في الجبهة لكن يجب في الرجلين أطراف الاصابع .

(الرابعة) ما ذكرناه هو الواجب ، أما الاستيعاب فلاشك أنه أفضل .

(الثامن) التسليم : وهوواجب فى أصح القولين .

وصورته « السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين » ، أو « السلام عليكم ورحمة الله وبركاته» .

وبأيهما بدأ كان الثانى مستحباً .

والسنة فيه : أن يسلم المنفرد تسليمة الى القبلة ، ويومى بمؤخر عينيه الى يمينه . والامام بصفحة وجهه . والمأموم تسليمتين يميناً وشمالا .

(الخامسة) هل الارغام[1] بالانف بطرفه الاعلى أو الاسفل ؟ قال المرتضى بالاول ، وهو الوهدة[2] ، والظاهر جواز كل منهما .

قوله : الثامن التسليم وهوواجب فى اصح القولين

الوجوب قول المرتضى والتقي وابن ابى عقيل وسلار وابن زهرة والمصنف والعلامة في بعض كتبه . وهو الحق ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم في حديث علي عليه السلام : تحليلها التسليم[3] .

ووجه الاستدلال: انه ان لم يجز الخروج من الصلاة الا بالتسليم فانه يكون واجباً لوجوب الخروج من الصلاة اجماعاً ، وان جاز الخروج بدونه لزم أن يكون المبتدأ ـ وهو تحليلها ـ أعم من خبره وهو التسليم . وهو باطل ، اذ لا

---

١) الرغم : التراب ، الذل . يقال : ارغمته أى أهنته وألزقته بالتراب .

٢) الوهدة والوهد بفتح الواو وسكون الهاء : المطمأن من الارض والمكان المنخفض كأنه حفرة .

٣) الفقيه ١/٢٣ ، الكافى ٣/٦٩ .

يقال « الحيوان انسان »[1] ، ولمواظبة النبى صلى الله عليه وآله والائمة عليهم السلام والصحابة والتابعين على فعله .

والاستحباب قول الشيخين وابن البراج وابن ادريس والعلامة في أكثر كتبه لرواية زرارة فيمن أحدث قبل أن يسلم قال : تمت صلاته[2]. ولاصالة البراءة من الوجوب .

قال الشهيد في قواعده: هذا الحديث لا ينافي وجوبه مطلقاً بل اذا كان جزءاً منها ، أما اذا فرض واجباً لتحلة الخروج به أوبغيره من المنافيات فلادلالة فيه حينئذ على نفي الوجوب ، لجواز أن يكون واجباً غير جزء .

قوله: هذا مبني على أن الخروج من الصلاة يحصل بأحدامرين : اماالتسليم أواتفاق خروج حدث أوفعل مناف .

وفيه نظر من وجوه :

(الاول) ان ذلك مناف لماقرره وقررناه من دليل الوجوب، وهوانحصار المحلل في التسليم دون نقيضه الذي هوعدمه، ودون ضده الذي هواللعب واللهو والهزء ، ودون خلافه الذي هوالحدث وغيره .

---

١) قال فى المعتبر : لا يقال :كون التحليل بالتسليم لا يستلزم انحصار التحليل فيه بل يمكن أن يكون به وبغيره . لانا نقول : الظاهر ارادة حصر التحليل فيه ، لانه مصدر مضاف الى الصلاة ، فيتناول كل تحليل يضاف اليها . ولان التسليم وقع خبراً عن التحليل، فيكون مساوياً أو أعم من المبتدأ ، فلووقع التحليل بغيره لكان المبتدأ أعم من الخبر، ولان الخبر اذا كان مفرداً كان هو المبتدأ ، بمعنى أن الذى صدق عليه أنه تحليل للصلاة صدق عليه أنه التسليم .

وفى الجواهر ١٠/٢٨٤ اطنب البحث فى الموضوع فمن أراد الاطلاع فليراجع هناك .

٢) الكافى ٣/٣٤٧ ، وفيه « فقد مضت صلاته » .

(الثاني) انه لوحصل الخروج بالحدث لكان قبله اما في صلاة أولا ، فمن الاول يلزم حصول الحدث في أثناء الصلاة، وهو باطل. ومن الثاني يلزم الخروج بغيره وغير التسليم ، وهو خلاف الفرض .

(الثالث) ان القائل قائلان أنه اما واجب فهو جزء من الصلاة ولهذا حصروا الواجبات في ثمانية، أو غير واجب فيكون واحداً من مندوباتها . فالقول بكونه واجباً غير جزء خرق الاجماع ، وحينئذ لايتم حمله المذكور للرواية .

والاولى حملها على حصول الحدث قبل التسليم المندوب ، أعني الاتيان بالعبارة الثانية ، وذلك لان منطوقها قال : سألته عن رجل يصلي ثم يجلس فيحدث قبل أن يسلم . قال : تمت صلاته[1]. و« ثم » للترتيب والمهلة ، فتكون الصلاة قد تمت قبل الحدث .

ولو سلمنا عدم الترتيب بل كان الجلوس والحدث في الصلاة لكانت دلالتها مشتركة الالزام، اذليس فيها دلالة على أن الحدث بعد الصلاة على النبى صلى الله عليه وآله وسلم، لان الحدث قبل التسليم أعم من أن يكون بفصل أو بعدمه، فيلزم عدم وجوب الصلاة على النبى . وهو باطل .

اذا تقرر هذا فيجب الاتيان باحدى العبارتين المذكورتين لصدق اسم التسليم عليهما ، وأوجب المرتضى والتقي الثانية وجعلها متعينة للخروج ، ومنهم من أوجب الاولى . ثم منهم من أضاف الى الثانية «ورحمة الله» ومنهم من أضاف اليها « وبركاته » . وعلى التقادير يجب الاتيان بهذه الصيغ المذكورة من غير تغيير بوجه ، لانه خلاف النقل .

قوله : في المندوبات الاولى التوجه بسبع تكبيرات

---

١) الكافى ٣/٣٤٧ ، وفيه « فقد مضت صلاته » .

(الاول) : التوجه بسبع تكبيرات ، واحدة منها الواجبة ، بينها ثلاثة أدعية ، يكبر ثلاثاً ثم يدعو ، واثنتين ثم يدعو ، ثم اثنتين ويتوجه .

(الثانى) : القنوت فى كل ثانية قبل الركوع ، الا فى الجمعة ، فانه فى الاولى قبل الركوع ، وفى الثانية بعده . ولو نسى القنوت قضاه بعد الركوع .

(الثالث) : نظره قائماً الى موضع سجوده ، وقانتاً الى باطن كفيه ، وراكعاً الى مابين رجليه ، وساجداً الى طرف أنفه ، ومتشهداً الى حجره .

(الرابع) : وضع اليدين قائماً على فخذيه بحذاء ركبتيه ، وقانتاً تلقاء وجهه ، وراكعاً على ركبتيه ، وساجداً بحذاء أذنيه ، ومتشهداً على فخذيه .

(الخامس) : التعقيب ، ولا حصر له ، وأفضله : تسبيح الزهراء عليها السلام .

خاتمة

ويقطع الصلاة ما يبطل الطهارة ولو كان سهواً ، والالتفات

يريد بالندب هنا المجموع من حيث هومجموع ، ولايلزم منه استحباب كل فرد ولا عدمه ، فلاينافي ذلك وجوب الواحدة . بخلاف وجوب المجموع فانه يستلزم كل واحد والالزم التكليف بما لا يطاق .

ثم منهم من قال الاولى تقديم التحريمة ، ومنهم من عكس .

قوله : الثانى القنوت ـ الى آخره

دبراً ، والكلام بحرفين فصاعداً عمداً ، وكذا القهقهة ، والفعل الكثير الخارج عن الصلاة ، والبكاء لامور الدنيا. وفي وضع اليمين على الشمال قولان ، أظهرهما : الابطال .

ويحرم قطع الصلاة الا لخوف ضرر ، مثل فوات غريم ، أو تردى طفل .

أوجبه التقي والصدوق ، والاشهر الندب ، ويحمل ما ورد في وجوبه على شدة الاستحباب .

ثم قال الصدوق كله جهار، وجعله المرتضى تابعاً ، ويؤيده قوله صلى الله عليه وآله وسلم : صلاة النهار عجماء .

ويجوز الدعاء فيه للدنيا بالمباح وبغير العربية، ومن نسيه قضاه بعد الركوع فان نسي فبعد الصلاة .

قوله : وفي وضع اليمين على الشمال قولان اظهرهما الابطال

قال الثلاثة وابنا بابويه بتحريمه وابطال الصلاة بفعله ، وقال ابن الجنيد وابو الصلاح بكراهته . والاول أقوى ، لروايات كثيرة عنهم عليهم السلام ، ولما ورد أنه سنة المجوس[1] فيجب مخالفته ، لقوله عليه السلام « خالفوهم » والامر للوجوب ، ولانه لم يقع في بيان الواجب في فعل الرسول ، اذ لو وقع لكان واجباً ، والاجماع على خلافه .

واحتج من قال بكراهته بأصالة الجواز وعدم التحريم، وبأن الكراهة مستفادة من ثبوت استحباب وضع الكفين على الفخذين محاذيين للركتبين والتكفير

---

١) الكافي ٣/ ٢٩٩ ، ٣٣٧ ، التهذيب ٢/ ٨٤ .

وقيل: يقطعها الاكل والشرب، الا في الوتر لمن عزم على الصوم ولحقه عطش .

يستلزم رفع ذلك الاستحباب فيكون مكروهاً ، وحملوا الاخبار الواردة على الكراهية .

والجواب : باشتهار التحريم عند الاصحاب ، وأصالة حمل النهي على التحريم . وعدم الوضع على الفخذين أعم من وضع احداهما على الاخرى ، فيكون خاصاً والخاص مقدم .

قوله : وقيل يقطعها الاكل والشرب الا في الوتر

قاله الشيخ في المبسوط[1] والخلاف والنهاية ، لكنه في النهاية خصص الرخصة بالوتر وفي المبسوط والخلاف عمم النافلة . ويدل على قوله رواية سعيد الاعرج عن الصادق عليه السلام: اني أبيت وأريد الصوم فأكون في الوتر فأعطش فأكره أن أقطع الدعاء فأشرب واكره أن أصبح وأنا عطشان وأمامي قلة بيني وبينها خطوتان أوثلاثة . قال : تسعى اليها وتشرب منها حاجتك وتعود في الدعا[2] .

ففي الرواية قيود : «١» كونها صلاة الوتر ، «٢» أن يكون الباعث العطش « ٣ » العزم على الصوم الراجح ، « ٤ » كون الماء أمامه ، «٥» أن يكون البعد خطوتان أو ثلاثة ، « ٦ » أن يخاف طلوع الفجر .

اذا عرفت هذا فاعلم أن المصنف استضعف القول بابطالهما للصلاة ونسبه الى قائله جرياً على قاعدته، والعلامة قال ان كانا فعلا كثيراً أبطلا الصلاة فرضها

---

١) المبسوط ١/١١٨ ، قال فيه : والاكل والشرب يفسدان الصلاة ، وروى جواز شرب الماء في صلاة النافلة .

٢) التهذيب ٢/٣٣٠ .

ونفلها لعموم النهي عن الفعل الكثير ، وان لم يكونا فعلا كثيراً كابتلاع ما بين الاسنان أونزول نخامة فيبتلعها فلا يبطلان ، فانه لايزيد على العبث وقتل الحية والعقرب والبرغوث وغسل الرعاف وشبهه فانها جائزة اذا لـم يكونا[1] أفعالا كثيرة . وهو اختيار الشريف والشهيد .

وقال السعيد يلزم على هذا أن يكونا داخلين تحت الفعل الكثير ، فيكون ذكرهما تأكيداً ، وقد تقرر في الاصول أن التأسيس خيرمنه ، فلابد حينئذ من حمل كلام الفقهاء على فائدة، وهي كونهما مبطلين لخصوصيتهما، فحكم بابطالهما للصلاة كما يبطلان الصوم ولو بالقليل ، ولايذان ذلك بالاعراض عن الصلاة ومنافاته الخشوع فيها .

فـروع :

« ١ » لووضع سكرة في فيه فذابت حتى وصلت الى جوفه لم يبطل عند العلامة لعدم كونه فعلا كثيراً ، ويبطل عندالسعيد .

« ٢ » لووضع علكاً[2] في فيه متفتتاً فابتلعه مع الريق أبطل اتفاقاً ، لانه فعل كثيرووصل الجوف .

« ٣ » استثناء الوتر اجماع بالقيود المذكورة ، ويكون عـوده قهقرى[3] أويقف مكان شربه وهوأولى ، ولايتعدى الحكم الى غيره .

---

١) فى ب : اذا لم تكن .

٢) العلك مثل حمل :كل صمغ يعلك أى يمضغ من لبان وغيره فلا يسيل ، والجمع العلوك وأعلاك .

٣)كذا فى النسخ الاربعة .

قوله : وفى جواز الصلاة والشعر معقوص ١) قولان اشبههما الكراهية

قال الجوهري : عقص الشعر ضفره وليه[٢] على الرأس . قال الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف هوحرام ، وقال المفيد وسلار والتقي وابن ادريس هومكروه . واختاره المصنف والعلامة، لاصالةصحة الصلاة، ورواية مصادف[٣] ضعيفة لضعفه ، قال ابن الغضائري : انه ليس بشيء .

وأيضاً لو كانحراماً لمينفرد مصادف بنقله بل كانت تتوفر الدواعي على نقله ولان أبارافع قال : مربى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وأنا أصلي وقد عقصتشعري فأطلقه[٤] . ولو كان حراماً لنبهه على التحريم، لانه موضع الحاجة

---

١) عقص شعره يعقصه : ضفره وفتله . قال فى المعتبر : وهو جمع الشعر فى وسط الرأس وشده .

٢) لوى يلوى ليّاً الحبل : فتله وثناه .

٣) الكافى ٣/٤٠٩ ، التهذيب ٢/٢٣٢ .

٤) سنن ابن ماجة ١/٣٣١ ، وفيه : رأيت ابارافع مولى رسول الله صلى الله عليه وآله رأى الحسن بن على وهو يصلى وقد عقص شعره فأطلقه أو نهى عنه . وقال : نهى رسول الله «ص» أن يصلى الرجل وهو عاقص شعره . انتهى .

وفى سنن الترمذى ٢/٢٢٣ باسناده عن ابى رافع : أنه مر بالحسن بن على وهو يصلى وقد عقص ضفرته فى قفاه فحلها ، فالتفت اليه الحسن مغضباً فقال : أقبل على صلاتك ولا تغضب فانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول : ذلك كفل الشيطان . كنز العمال ٨/١٧٧ .

أقول : أما رواية ابن ماجة وروايــة سنن الترمذى تكذب نفسهما ، فان عمل السبط الاول روحى فداه دليل على جوازه ، لان عمله عليه السلام كقوله وتقريره حجة .

وفى المعتبر : رواية مصادف هذه ضعيفة ، لان مضمونها مما لوكان لازماً لما خفى ، فانفراد مصادف بنقلها يمنع العمل بظاهرها ، فتحمل على الكراهية ، لان المكروه قد لا تتوفر الدواعى الى نقله فأمكن أن ينفرد به الواحد .

ويكره الالتفات يميناً وشمالا ، والتثاؤب ، والتمطى ، والعبث ونفخ موضع السجود ، والتنخم ، والبصاق ، وفرقعة الاصابع ، والتأوه بحرف ، ومدافعة الاخبثين ، ولبس الخف ضيقاً .

ويجوز للمصلى تشميت العاطس ، ورد السلام ، مثل قوله : «السلام عليكم» ، والدعاء في أحوال الصلاة بسؤال المباح دون المحرم .

قوله : ويكره الالتفات يميناً وشمالا

قال السعيد ذلك بمؤخر عينيه ، فلو التفت بصفحة وجهه بطل وان بقي بدنه مستقبلا .

ويفهم من المعتبر أنه بصفحة وجهه اذا بقي بدنه مستقبلا ، ولو التفت بكله بطل لمفهوم رواية زرارة عن الباقر عليه السلام[1] . وهذا اختيار الشهيد .

وما قاله السعيد أولى ، لقول الباقر عليه السلام : اذا استقبلت القبلة بوجهك فلا تقلب وجهك عن القبلة فتفسد صلاتك . ورواه زرارة أيضاً[2] .

قوله : ويجوز للمصلى تسميت ٣) العاطس ورد السلام مثل قوله «سلام عليكم» والدعاء ٤) بالمباح دون المحرم

هنا فوائد :

(الاولى) الجواز في هذه العبارة بمعنى الرجحان مطلقاً ، لانه مرادف للمباح اذ ليس بشيء مما ذكره مباح بل الجميع راجح ، فيشمل الوجوب والندب .

(الثانية) لا كلام في استحباب تسميت العاطس ، ويقال بالسين المهملة

---

١ و٢) التهذيب ٢/٢٨٦ .

٣) في المختصر النافع : « تشميت » بالشين المعجمة .

٤) في المختصر النافع : والدعاء في أحوال الصلاة بسؤال المباح دون المحرم .

والمنقطة ، فقيل هما متراد فان . وقيل بينهما فرق وذكر وجهان[1] :

الاول ـ أن المهملة دعاء لامور الدنيا والمنقطة دعاء الشوامت ، وهو بعد الموت كالدعاء بالمغفرة .

الثاني ـ انه بالمعجمة من الشوامت[2] وهـي القوائم ، أي اقامك الله على شوامتك أي قوائمك ، وبالمهملة رده سمته أي رده عليه ، ومنه تسميت أهـل الكتاب لمن أذنب ذنباً لا تجوزمعاملته .

(الثالثة) اكثر الاصحاب على أن رد السلام في الصلاة جائز ، وليس في عبارتهم ما يشعر بوجوبه .وقال العلامة هوواجب ، لعموم قولـه تعالى « واذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أوردوها »[3] والا مرحقيقة في الوجوب . وهو اختيارالسعيد والشهيد ، وهوالحق .

وبتقدير وجوبه لوأخل به هل تبطل صلاته ؟ قـال العلامة نعم ، لان تلك الافعال التي اشتغل بها عن الرد منهي عنها ، لما تقرر أن الامر بالشيء مستلزم للنهي عنضده ، فتبطل الصلاة . وقال الشهيد يفعل حراماً ولاتبطلصلاته، لان

---

١) في المصباح : والتسميت ذكر الله تعالى على الشيء ، وتسميت العاطس الدعاء لـه . والشين المعجمة مثلـه . وقال في التهذيب : سمته بالسين والشين اذا دعا له ، وقـال ابوعبيد : الشين المعجمة أعلى وأفشى . وقال ثعلب : المهملة هى الاصل أخذاً من السمت وهو القصد والهدى والاستقامة ، وكل داع بخير فهو مسمت ، أى داع بـالعود والبقاء على سمته ، مأخوذ من ذلك .

٢) قال ابن الاثير: واشتقاقه من الشوامت وهىالقوائم ،كأنه دعاء للعاطس بالثبات على طاعة الله . وقيل معناه : أبعدك الله عن الشماتة وجنبك ما يشمت به عليك .

٣) سورة النساء : ٨٦ . قال فىالتذكرة فىالفصل الثالث فى التروك : اذا سلمعليه فىالصلاة وجب عليه الرد لفظاً عند علمائنا . وقال فىالقواعد فىالفصل الثامن فىالتروك: ويجب رد السلام بغير« عليكم السلام » .

ايقاع باقي الافعال واجب أيضاً على التضيق ، فتعارض واجبان مضيقان، لكن النهي عن ترك السلام خارج عن العبادة وعن الاجزاء داخل، فلاتبطل بمخالفة الاول بخلاف الثاني .

(الرابعة) هل يتعين لفظ « سلام عليكم » بتأخيرالجار والمجرور أم يجوز بجميع الالفاظ ؟ قال ابن ادريس[1] والعلامة[1] بالثاني ، وكلام الشيخ[2] والسيد يدل على الاول وأنه لايجوزبغيره ، لرواية عثمان بن عيسى موثقاً عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن الرجل يسلم عليه وهوفي الصلاة . قال : يرد «سلام عليكم» ولا يقول « وعليكم السلام » فان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كان قائماً يصلي فمربه عماربن ياسرفسلم عليه عمار فرد عليه النبى هكذا[3]. ولانه صيغة القرآن بخلاف غيره .

واحتج العلامة على قوله بأنه دعاء وان لم يكن من القرآن، والدعاء جائز في الصلاة بالاجماع ، والرواية ضعيفة لضعف عثمان فانه واقفي ، وعلى تقدير الصحة فيحمل النهي على الكراهية جمعاً بين الدليلين .

واختاره الشهيد في دروسه[4] لرواية محمد بن مسلم عن الباقرعليه السلام انه كان في الصلاة فقلت «السلام عليك» فقال « السلام عليك »[5]. ولكن الاتيان بالصيغة القرآنية أحوط .

---

١) السرائر: ٤٩ ، المختلف ١٠٢/١ .

٢) الخلاف ١٢٦/١ ، النهاية : ٩٥ ، قال فيه : واذا سلم عليه وهوفي الصلاة فليرد مثل ذلك ، يقول « سلام عليكم » ولا يقول « وعليكم السلام » .

٣) الكافى ٣٦٦/٣ ، التهذيب ٣٢٨/٢ .

٤) قال فيه : ورد السلام بغيـر« عليكم السلام » ، ويجوز بصيغتى القرآن وبقوله « السلام عليكم » لرواية محمد بن مسلم .

٥) التهذيب ٣٢٩/٢ .

المقصد الثاني : في بقية الصلوات ، وهي واجبة ومندوبة :

فالواجبات منها :

الجمعة

وهي ركعتان يسقط معها الظهر.

ووقتها ما بين الزوال حتى يصير ظل كل شيء مثله .

وتسقط بالفوات وتقضى ظهراً .

ولو لم يدرك الخطبتين أجزأته الصلاة ، وكذا لو أدرك مع الامام الركوع ولو في الثانية .

(الخامسة) يجوز الدعاء في أثناء الصلاة في كل حال منها بسؤال المباح دون المحرم ، بأي لفظ شاء وان لم يكن منقولا ولا عربياً . ونقل ابن بابويه[1] عن سعد بن عبدالله المنع من الفارسية ، وجوزه محمد بن الحسن الصفار قال واني أجوزه لقول الباقر عليه السلام : لا بأس أن يتكلم الرجل في صلاة الفريضة بكل شيء يناجي به ربه ، ولقول الصادق عليه السلام : كل شيء مطلق حتى يرد فيه نهي[1] .

« المقصد الثاني في بقية الصلوات . الى قوله : منها الجمعة »

سميت جمعة لاجتماع الناس فيها للصلاة في المكان الجامع ، وقيل لان الله تعالى جمع خلق آدم فيها ، ويسمى في اللغة القديمة عروبة[2] .

قوله : وتقضى ظهراً

---

١) الفقيه ١/٢٠٨ .

٢) يوم عروبة ويوم العروبة بفتح العين كلتاهما الجمعة ، والافصح أن لا يدخلها الالف واللام . قال السهيلي في الروض الانف : كعب بن لؤى جد سيدنا رسول الله صلى

ويدرك الجمعة بادراكه راكعاً على الاشهر.

ثم النظر في شروطها، ومن تجب عليه، ولواحقها، وسننها :

والشروط خمسة :

الاول : السلطان العادل .

الثاني: العدد، وفي أقله روايتان أشهرهما خمسة، الامام أحدهم.

الضمير في « تقضى » راجع الى وظيفة الوقت ظهراً ، لان وظيفة الوقت يوم الجمعة اما الجمعة أوالظهر ، لانه ان حصلت الشرائط فالجمعة والا الظهر وقال بعض الفقهاء انه راجع الى الجمعة ، وهو غلط، لان القضاء لا يزيد عن كمية الاداء .

قوله : ويدرك الجمعة بادراكه راكعاً على الاشهر

هذا مذهب المرتضى وأحد قولي الشيخ ، واختاره المصنف والعلامة ، لروايتي الحلبى[1] وسليمان بن خالد[2] عن الصادق عليه السلام . وقال الشيخ في النهاية والاستبصار لا يدرك الا اذا أدرك تكبيرة الركوع لرواية محمد بن مسلم[3] . وأجاب المصنف : بأن الاول مروي بعدة طرق واكثر الاصحاب على ذلك ، ويحمل رواية ابن مسلم على عدم الاعتداد بها في الفضيلة .

قوله : وفى أقله روايتان اشهرهما خمسة الامام احدهم

الله عليه وآله وسلم اول من جمع يوم العروبة ، ولم تسم العروبة الا مذ جاء الاسلام ، وهو أول من سماها الجمعة ، فكانت قريش تجتمع اليه فى هذا اليوم فيخطبهم ويذكرهم بمبعث النبى « ص » ويعلمهم أنه من ولده ويأمرهم باتباعه والايمان به .

١) الكافى ٣/٤٢٧ ، الفقيه ١/٢٧٠ .

٢) الكافى ٣/٣٨٢ .

٣) الكافى ٣/٣٨١ ، التهذيب ٣/٤٣ .

الثالث : الخطبتان ، ويجب في الاولى حمد الله والثناء عليه ، والوصية بتقـوى الله ، وقراءة سورة خفيفة ، وفي الثانيـة حمد الله تعالى والصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم وآله وأئمة المسلمين والاستغفار للمؤمنين والمؤمنات .

ويجب تقديمهما على الصلاة ، وأن يكون الخطيب قائماً مع القـدرة .

« ١ » رواية السبعة رواها محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام : الجمعة تجب على سبعة نفر من المسلمين ولا تجب على أقل منهم الامام وقاضيه والمدعي حقاً والمدعى عليه والشاهدان والذي يضرب الحدود بين يدي الامام[1] وعمل عليها الشيخ فـي النهاية[2] والقاضي وابن زهرة ، وحملوا روايـة الخمسة على الاستحباب .

« ٢ » رواية الخمسة رواها منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام[3] في الصحيح وابو العباس في الموثق عنه عليه السلام أيضاً[4] وزرارة في الحسن عن الباقر عليه السلام[5]. وهو أشهر بين الاصحاب وموافق الكتاب، فان قوله « اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله»[6] اقتضى ذلك أنه لابد من مناد

---

١) التهذيب ٣ / ٢٠ ، الفقيه ١ / ٢٦٧ .

٢) النهاية : ١٠٣ .

٣) التهذيب ٣ / ٢٣٩ .

٤) الكافى ٣ / ٤١٩ ، التهذيب ٣ / ٢١ .

٥) الكافى ٣ / ٤١٩ ، التهذيب ٣ / ٢٤٠ .

٦) سورة الجمعة : ٩ .

وفي وجوب الفصل بينهما بالجلوس تردد، أحوطه : الوجوب. ولا يشترط فيهما الطهارة .

وهو المؤذن، والمخاطبون جمع أقله ثلاثة والامام وبه قال المفيد[1] والمرتضى وابن ابى عقيل والتقي وابن ادريس[1] وابن الجنيد والمصنف والعلامة[1] واتباعه .

قوله : وفي وجوب الفصل بينهما بالجلوس تردد احوطه الوجوب

ينشأ من أصالة البراءة واحتمال الفعل المنقول الاستحباب أو الاستراحة ، ومن مواظبة الرسول صلى الله عليه وآله وسلم على ذلك ولو لم يجب لتركه حذراً من ايهام الامة الوجوب مع عدمه ، واذا وجب عليه وجب على غيره بدلالة التأسي . والاحوط الوجوب كما ذكره المصنف .

قوله : ولا يشترط فيهما الطهارة

الطهارة من الحدث والخبث لا من حيث أنه في المسجد هل هي شرط في الخطبتين أم لا ؟ قال المصنف وابن ادريس والعلامة في المختلف بالثاني الا من الخبث ان خطب في المسجد، واحتجوا بالاصل وبأنها ذكر الله وذكر الله حسن على كل حال . وقال الشيخ في المبسوط والخلاف بالاول، لتيقن البراءة وفعل الرسول صلى الله عليه وآله وسلم ومن بعده، ولانهما صلاة وكل صلاة تشترط فيها الطهارة : أما المقدمة الاولى فلرواية ابن سنان في الصحيح عن الصادق عليه السلام : انما جعلت الجمعة ركعتين من أجل الخطبيتن فهي صلاة حتى ينزل الامام[2] . وأما الثانية فاجماعية .

قيل : الضمير في قوله « فهي » يعود الى الجمعة للافراد .

قلت : يكون حينئذ تأكيداً وعلى قولنا يكون تأسيساً ، وهو أولى كما تقرر

---

١) المقنعة : ٢٧ ، السرائر: ٦٣ ، المختلف ١٠٣/١ .

٢) التهذيب ١٢/٣ .

وفي جواز ايقاعهما قبل الزوال روايتان، أشهرهما: الجواز.

ويستحب أن يكون الخطيب بليغاً، مواظباً على الصلاة متعمماً مرتدياً ببرد يمنى، معتمداً في حال الخطبة على شيء، وأن يسلم أولا، ويجلس أمام الخطبة، ثم يقوم فيخطب جاهراً.

الرابع: الجماعة، فلا تصح فرادى.

الخامس: ألا يكون بين الجمعتين أقل من ثلاثة أميال.

والذى تجب عليه: كل مكلف، ذكر حر

في الاصول، خصوصاً وصدر الحديث في حكم الخطبتين. والافراد هنا له وجه، وهو أنه توسط بين اسمين فيجوز مراعاة أيهما كان في المطابقة.

قوله: وفى جواز ايقاعهما قبل الزوال روايتان اشهرهما الجواز

أما رواية الجواز فعن ابن سنان عن الصادق عليه السلام قال: كان رسول الله صلى الله عليه وآله يصلي حين تزول الشمس قدرشراك ويخطب في الظل الاول فيقول جبرئيل: يا محمد قدزالت فانزل فصل. وأفتى بها ابن ابى عقيل وابوالصلاح والشيخ في النهاية والمبسوط.

وأما رواية عدم الجواز فعن محمد بن مسلم قال: سألته عن الجمعة فقال باذان واقامة، يخرج الامام بعد الاذان فيصعد المنبر ويخطب[1]. وهو اختيار المرتضى في المصباح وابن ادريس والعلامة، واستدل بقوله تعالى «اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكرالله»[2] أوجب السعي الى الجمعة بعد النداء

---

١) الكافى ٣/ ٣٢٤.

٢) سورة الجمعة: ٩.

سليم من المرض والعرج والعمى غيرهم ولا مسافر.

وتسقط عنه لو كان بينه وبين الجمعة أزيد من فرسخين.

ولو حضر أحد هـؤلاء وجبت عليه ، عدا الصبى والمجنون والمرأة .

وأما اللواحق فسبع :

لا قبله ، وذلك مستلزم للمطلوب ، ولانهما بدل من الركعتين فلا تتقدمان على الزوال كالمبدل .

وأجاب عن الرواية بأن المراد بالظل الاول، أي بعد زوال الشمس، ولاشك أن العمل بهذا أحوط .

قوله : سليم من المرض والعرج والعمى

لم يذكر المفيد العرج وجعله المرتضى رواية ، وقال الشيخ بالسقوط عنه قال في المعتبر : ان أراد المقعد فهو أعذر من المريض والكبير لانه ممنوع من السعي ، وان لم يرد ذلك فهو في موضع المنع . وهو تفصيل حسن .

قوله : وتسقط عنه لو كان بينه وبين الجمعة أزيد من فرسخين

لا خلاف في السقوط عمن زاد عن الفرسخين، وفي قدر الفرسخين روايتان السقوط رواية زرارة عن الباقر عليه السلام[1] وعدمه رواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام[2] ، وهي أشهر وأقرب وموافقة الكتاب لعموم الامر خرج ما زاد للاجماع فيبقى الباقي .

قوله : عدا الصبى والمجنون والمرأة

---

١) الكافى ٣/٤١٩ ، الفقيه ١/٢٦٦ ، التهذيب ٣/٢١ .

٢) الكافى ٣/٤١٩ ، التهذيب ٣/٢٤٠ .

(الاولى) اذا زالت الشمس وهوحاضرحرم عليه السفر، لتعين الجمعة، ويكره بعد الفجر.

(الثانية) يستحب الاصغاء الى الخطبة، وقيل يجب، وكذا الخلاف في تحريم الكلام معها.

اختلف في العبد والمسافر لوحضرا، قال في المبسوط لا تنعقد بهما ولا يجب لعدم كونهما من أهل فرضها، وقال في التهذيب تنعقد لرواية حفص[1]، لكنها تقتضي الوجوب على المرأة مع حضورها، وهو في موضع المنع مع أن حفصاً عامي.

قوله: يستحب الاصغاء الى الخطبة وقيل يجب، وكذا الخلاف فى تحريم الكلام معها

هنا مسألتان:

(الاولى) الاصغاء ـ أي الاستماع ـ للخطبة في حق من يمكن في حقه السماع بغير ضرورة هل هو واجب أم ندب؟ قال في المبسوط وموضع من الخلاف بالثاني لاصالة البراءة. وقال في النهاية والمرتضى والتقي وابن ادريس وابن حمزة بالاول، لقوله تعالى «واذا قرىء القرآن فاستمعوا له وأنصتوا»[2] ورد أنه في الخطبة، وسميت قرآناً لاشتمالها عليه[3]، ولرواية ابى هريرة عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم: اذا قلت لصاحبك أنصت يوم الجمعة والامام يخطب فقد

---

١) التهذيب ٣/ ٢١.

٢) سورة الاعراف: ٢٠٤.

٣) اى وردت رواية بأن المراد من «القرآن» الذى أمر باستماعه هو الخطبة لاشتمالها عليه، ولم أعثر على رواية تدل على هذا المعنى. نعم روايات فى الكافى والتهذيب والفقيه تدل على الانصات وكراهة التكلم بل على حرمته، رواها فى الوسائل ٣/ ٢٩.

(الثالثة) الاذان الثانى بدعة ، وقيل مكروه .

(الرابعة) يحرم البيع بعد النداء ،

لغوت[1]. واللغوالاثم ، لقوله تعالى « والذين هم عن اللغومعرضون »[2] ، ولانه لولا الوجوب لانتفت فائدتها ، اذ الوعظ لا يتم الا بالانصات . وقال العلامة[3] بالاول في المختلف وبالثاني في التذكرة ، وهو أولى .

(الثانية) هل يحرم الكلام حال ايراد الخطبة على الحاضرين ؟كل من قال بالثاني قال يكره وبالاول قال يحرم .

ثم انه هل يحرم الكلام على الخطيب ؟ قيل نعم ، لانها صلاة للحديث المتقدم وكل صلاة يحرم الكلام في أثنائها . وقيل لا ، لانه عليه السلام تكلم في أثناء خطبته ثلاث مرات :

« ١ » لما عثر الحسين عليه السلام بذيله فنزل صلى الله عليه وآله وسلم ورفعه واشار اليه والى أخيه الحسن عليهما السلام وقال : هذان وديعتاي عند المسلمين[4] .

« ٢ » لما جاءه رسول من بعض السرايا فردجوابه .

« ٣ » جواب من سأله عن الساعة فقال له : ماأعددت لها ؟ قال : حب الله ورسوله . فقال : أنت مع من أحببت .

قوله : الاذن الثانى بدعة وقيل مكروه

الاذان الثاني هوبعد نزول الامام من المنبر، قال ابن ادريس انه بدعة فيكون

---

١) سنن ابن ماجة ١/ ٣٥٢ ، سنن الترمذى ٢/ ٣٨٧ .

٢) سورة المؤمنون : ٣ .

٣) المختلف ١/ ١٠٤ ، التذكرة ، البحث السادس فى الخطبتين .

٤) سنن الترمذى ٥/ ٦٥٨ وليس فيه : واشار ـ الخ .

ولو باع انعقد .

(الخامسة) اذا لم يكـن الامام موجوداً وأمكن الاجتمـاع

حراماً، واختاره العلامة في مختلفه . وهوالحق ، لانه لميكن في زمن الرسول صلى‌الله عليه وآله وقال: صلوا كما رأيتموني أصلي[1] . ولم يكن في زمن ابى بكر ولاعمر ، وأول من أحدثه قيل عثمان ، وقال عطا فعله معاوية .

وقال الشيخ في المبسوط[2] انه مكروه ، للاصل . وكذاكره أذان العصر يوم الجمعة[2] . وقال فى النهاية[2] لا يجوز الاذان لصلاة العصر .

قوله : ولوباع انعقد

اختلف قولا الشيخ هنا ، فقال في الخلاف[3] لا ينعقد للنهي ، وقال فـي المبسوط[4] ينعقد . وهو الحق ، لكونه نهياً في المعاملة فلايقتضي فساداً كما تقرر في الاصول .

وهل يحرم ما شابه البيع كالاجارة وغيرها؟ قيل لالعدم النص فالحمل قياس وقيل نعم لاتحاد العلة وهوالشغل عن ذكرالله . وهوأولى .

قوله: اذالميكن الامام موجوداًوأمكن الاجتماع والخطبتان استحبت

---

١) كنز العمال ٧/ ٢٨١ .

٢) المبسوط ١/ ١٤٩-١٥١ ، النهاية ١٠٧ .

٣) الخلاف ١/ ٢٢٩ ، قال فيـه : اذا باع فى الوقت المنهى عنه لا يصح بيعه . وقال : والنهى يدل على فساد المنهى عنه .

٤) المبسوط ١/ ١٥٠ وقال فيه أيضاً : فـالظاهر أنه لا ينعقد البيع لانـه منهى عنه والنهى يدل على‌فساد المنهى عنه . وفى‌اصحابنا من‌قال : ينعقد العقد وان‌كان محرماً ويملك به ما يملكه بالعقد الصحيح . انتهى .

ويدل قولـه هذاكقوله فى الخلاف على عدم الانعقاد ، والقول بالانعقاد نسبه الى الاصحاب كما ترى .

والخطبتان استحب الجماعة ، ومنعه قوم .

(السادسة) اذا حضر امام الاصل مصراً ، لم يؤم غيره الا لعذر.

(السابعة) لو ركع مع الامام في الاولى ومنعه زحام عن السجود لم يركع مع الامام في الثانية .

فاذا سجد الامام سجد ونوى بهما للاولى .

ولو نوى بهما للاخيرة بطلت الصلاة . وقيل: يحذفهما ويسجد

الجمعة ومنعه قوم

الاول قول الشيخ في النهاية[1] والتقي ، وهو اختيار المصنف والعلامة[1] لقوله تعالى « اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله »[2] وعموم الروايات . والمانعون السيد وسلار وابن ادريس ، لان شرط انعقاد الجمعة بالامام أو من نصبه ، والمشروط عدم عند عدم شرطه .

ومبنى الخلاف أن حضور الامام هل هو شرط في ماهية الجمعة ومشروعيتها أم في وجوبها ؟ فابن ادريس على الاول وباقي الاصحاب على الثاني . وهو أولى ، لان الفقيه المأمون كما ينفذ احكامه حال الغيبة كذا يجوز الاقتداء به في الجمعة ، وموضع البحث انما هو استحباب الاجتماع لا ايقاع الجمعة فانه مع الاجتماع يجب الايقاع ويتحقق البدلية من الظهر .

قوله : لو ركع مع الامام في اولى ومنعه زحام عن السجود لم يركع مع الامام في الثانية، فاذا سجد الامام سجد ونوى بهما للاولى ولو نوى بهما للاخيرة بطلت الصلاة

---

١) النهاية ١٠٧ ، المختلف ١/١٠٨ .

٢) سورة الجمعة :٩ .

للاولى .

وسنن الجمعة : التنفل بعشرين ركعة ، ست عند انبساط الشمس وست عند ارتفاعها ، وست قبل الزوال ، وركعتان عنده . وحلق الرأس ، وقص الاظفار . والاخذ من الشارب . ومباكـرة المسجد

اذا سجد سجدتين المتروكتين اما أن ينوي بهما للاولى أوللثانية أويطلق ولم يقصد احداهما ، فالاول تصح صلاته اجماعاً ، والثاني تبطل صلاته عنـد الشيخ في النهاية وابن ادريس والمصنف والعلامة . وهو الحق ، لانه لم يأت بالمأموربه علىوجهه فيبقى في العهدة . فخروجه من العهدة اماباعادة السجدتين بنية أنهما للاولى ـ وهوزيادة في غيرمحلها وهي مبطلة اجماعاً ـ أوباعادة الصلاة وهوالمطلوب . وقال في المبسوط بالحذف ، لرواية حفص بن غياث[1]، وهي ضعيفة لضعفه مع عدم دلالتها على المطلوب .

والثالث قال ابن ادريس تصح صلاته ويكتفى باستدامة النية ، وقال العلامة تبطل لوأهمل نية أنهما للاولى لانه مأموم فتكون أفعاله تابعة لافعال الامام لكن الامام سجدالسجدتين بنية أنهما للثانية فيكون المأموم بحكمه، ولولم ينوأنهما للاولى انصرفت الى الثانية تحقيقاً للمتابعة . وقال الشهيد بقول ابـن ادريس .

قوله : وركعتان عنده

هنا أقوال :

« ١ » قول الشيخين كما قال المصنف اعتماداً على رواية ابن يقطين عـن الكاظم عليه السلام[2].

---

١) الفقيه ١ / ٢٧٠ ، الكافى ٣ / ٤٢٩ ، التهذيب ٣ / ٢١ .

٢) التهذيب ٣ / ١٢ ، ٢٤٦ .

على سكينة ووقار، متطيباً، لابساً أفضل ثيابه. والدعاء أمام التوجه.

ويستحب الجهر جمعة وظهراً، وأن تصلى في المسجد ولو كانت ظهراً، وأن يقدم المصلى ظهره اذا لم يكن الامام مرضياً.

ولو صلى معه ركعتين وأتمهما بعد تسليم الامام جاز.

ومنها:

« ٢ » قول المرتضى، وهو تأخير ست الى بعد الظهر، لرواية البزنطي عن الرضا عليه السلام[١]. وفي طريقها سهل بن زياد.

« ٣ » قول الحسن، وهو تأخير ست بعد الجمعة، وهو قريب من قول المرتضى.

« ٤ » قول الصدوق وأبيه، وهو تأخير الكل الى بعد الزوال، لرواية زرارة[٢] وعقبة بن مصعب[٣] ولذلك حكم في الشرائع بالتخيير.

قوله: يستحب الجهر جمعة وظهراً

أما الجمعة فاجماع العلماء عليه وأما الظهر فقال الشيخ يستحب ذلك اعتماداً على رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام[٤].

ومنعه المرتضى الا في جماعة، وبعض الاصحاب منعه مطلقاً لروايتي جميل ومحمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام[٥]، واختاره في المعتبر.

---

١) قرب الاسناد: ١٥٨.

٢) المقنع: ٤٥.

٣) التهذيب ٣/٢٤٦.

٤) الكافي ٣/٤٢٥.

٥) التهذيب ٣/١٥.

صلاة العيدين

وهى واجبة جماعة بشروط الجمعة ومندوبة مع عدمها جماعة وفـرادى .

ووقتها ما بين طلوع الشمس الى الزوال ، ولوفاتت لم يقض.

وهى ركعتان يكبر فى الاولى خمساً ، وفي الثانية أربعاً ، بعد قراءة « الحمد » والسورة في الركعتين . وقبل تكبير الركوع على الاشهر ، ويقنت مع كل تكبيرة بالمرسوم استحباباً .

وسننها : الاصحار بهـا ، والسجود على الارض ، وأن يقول المؤذن « الصلاة » ثلاثاً ، وخروج الامام حافياً ،

قوله : وهى واجبة جماعة بشروط الجمعة

لا خلاف عندنا فـي وجوبها وأنـه بشروط الجمعة ، لكن يقـع الفرق بينهما بوجوه :

« ١ » ان الخطبتين شرط في الجمعة لافي هذه .

« ٢ » تقديم الخطبة على الصلاة في الجمعة .

« ٣ » اختلاف الهيئة فان هنا تكبيراً زائداً .

« ٤ » أن الجمعة لها بدل مع فواتها وهذه لابدل لها .

« ٥ » أن الجمعة اختلف في استحبابهـا مع عدم الشرائط كلها والعيد ليس في ندبها خلاف .

قوله: يكبر فى الاولى خمساً وفى الثانية اربعاً بعد قراءة الحمد والسورة فى الركعتين وقبل تكبيرة الركوع على الاشهر

هنا مسألتان :

على سكينة ووقار ، وأن يطعم قبل خروجه في الفطر وبعد عوده في الاضحى مما يضحى به .

(الاولى) هل التكبير الزائد قبل القراءة في الركعتين معاً أوبعدها فيهما أو في الاولى قبل القراءة وفي الثانية بعدها ؟ قال علي بن بابويه بالاول ، وقال ابن الجنيد بالثالث، وقال الشيخان والمرتضى والتقي وابن زهرة واكثر الاصحاب بالثاني ، لروايتي يعقوب بن يقطين عن الكاظم عليه السلام[1] في الصحيح وابى بصير عن الصادق عليه السلام[2] .

وحمل الشيخ رواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام[3] ورواية اسماعيل ابن سعد الاشعري عن الرضا عليه السلام[4] الدالتين على قول ابن الجنيد على التقية لموافقتهما مذهب العامة .

(الثانية) قال المفيد يكبر في الاولى سبع تكبيرات مع تكبيرة الافتتاح والركوع ويقنت خمس مرات ، فاذا نهض الى الثانية كبر وقرأ ثم كبر أربع تكبيرات يركع بالرابعة ويقنت ثلاث مرات . واختاره المرتضى والتقي والقاضي وسلار .

وقال الشيخ وابن ابى عقيل وابن الجنيد وابن حمزة وابن ادريس كما ذكره المصنف والعلامة . وهو الاولى ، لرواية يعقوب بن يقطين عن الكاظم عليه السلام . الى أن قال : ثم يقوم فيقرأ ثم يكبر أربعاً ثم يركع بالخامسة .

قوله : على سكينة ووقار

السكينة[5] هيئة بدنية والوقار هيئة نفسانية .

---

١) التهذيب ٣ / ١٣٢ .

٢ و٣ و٤) التهذيب ٣ / ١٣١ .

د) السكينة : الوداعة والوقار ، والوادع : الساكن ، والوقار : الحلم والرزانة .

وأن يقرأ في الاولى بـ « الاعلى » ، وفي الثانية بـ « والشمس » .

والتكبير في الفطر عقيب أربع صلوات : أولها المغرب ، وآخرها صلاة العيد .

وفي الاضحى عقيب خمس عشرة : أولها ظهر يوم العيد لمن كان بـ « منى » ، وفي غيرها عقيب عشر.

يقول «الله أكبر الله أكبر ، لا اله الا الله ، والله أكبر ، الله أكبر على ما هدانا ، الله أكبر على ما رزقنا من بهيمة الانعام» .

وفي الفطر يقول « الله أكبر ثلاثاً ، لا اله الا الله ، والله أكبر الله أكبر ولله الحمد ، الله أكبر على ما هدانا » .

ويكره الخروج بالسلاح ، وأن يتنفل قبل الصلاة وبعدها الا بمسجد النبى صلى الله عليه وآله وسلم قبل خروجه .

مسائل خمس :

قوله : وفى الاولى بالاعلى وفى الثانية بالشمس

هذا قول الشيخ في المبسوط والنهاية وابن بابويه وابن حمزة وابن ادريس وقال المفيد والمرتضى وابن زهرة وابن البراج وابو الصلاح والشيخ في الخلاف الشمس في الاولى والغاشية في الثانية ، وقال علي بن بابويه في الاولى الغاشية وفي الثانية الاعلى ، وقال ابن ابى عقيل الغاشية في الاولى والشمس في الثانية .

وليس الخلاف في الاجزاء انما هو في الاستحباب ، واختار المصنف في الشرائع الاعلى في الاولى والغاشية في الثانية، والعلامة في المختلف قول المفيد

قوله : والتكبير ـ الى آخره

(الاولى) قيل : التكبير الزائد واجب ، والاشبه الاستحباب ، وكذا القنوت .

(الثانية) من حضر العيد فهو بالخيار في حضور الجمعة ، ويستحب

قال المرتضى هو واجب ، أما في الفطر فلقوله تعالى « ولتكملوا العدة ولتكبروا »[1] وأما في الاضحى فلقوله « واذكروا الله في أيام معدودات»[2] وقال الشيخ وباقي الاصحاب بالندب، للاصل وللرواية[3] . وحملوا الاية على الندب ثم إن الصدوق جعل التكبير في الفطر عقيب ست آخرها العصر.

قوله : قيل التكبير الزائد واجب والاشبه الاستحباب وكذا القنوت

الوجوب قول اكثر الاصحاب ، حتى أن المرتضى قال : انه مما انفردت به الامامية . وقال الشيخ بالاستحباب ، واختاره المصنف للتخيير في رواية زرارة عن الباقر عليه السلام ان شاء ثلاثاً وخمساً وان شاء خمساً وسبعاً[4] ، ولاصالة البراءة من الوجوب ، واختيار العلامة وجوبهما معاً . وهو الحق، لفعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم وقال : صلوا كما رأيتموني أصلي[5] . والامر للوجوب ، والرواية محمولة على التقية لانها موافقة لمذهب اكثرهم .

قوله : من حضر العيد فهو بالخيار في حضور الجمعة

---

١) سورة البقرة : ١٨٥ . والمراد من العدة الصيام .

٢) سورة البقرة : ٢٠٣ . وايام معدودات هي أيام التشريق وليس فيها ذكر مأمور به سوى التكبير وعرفة ليس منها . وروى محمد بن مسلم عن ابي عبدالله عليه السلام قال: التكبير في أيام التشريق عقيب صلاة الظهر يوم النحر ثم يكبر عقيب كل فريضة الى صبح الثالث من التشريق .

٣) قرب الاسناد : ١٠٠ .

٤) التهذيب ٣ / ١٣٤ .

٥) كنز العمال ٧ / ٢٨١ .

للامام اعلامهم بذلك .

(الثالثة) الخطبتان بعد صلاة العيدين . وتقديمهما بدعة ، ولا يجب استماعهما .

(الرابعة) لا ينقل المنبر بل يعمل منبر من طين .

(الخامسة) اذا طلعت الشمس حرم السفر حتى يصلى العيد ، ويكره قبل ذلك .

ومنهـا :

صلاة الكسوف

والنظر في سببها ، وكيفيتها ، وأحكامها :

قاله الشيخ في النهاية ، وقال التقي بوجوبهما معاً للاصل ، وقال المصنف في المعتبر بالسقوط عمن لم يكن من البلد دفعاًلمشقة العود . قال : وينبه على ذلك رواية اسحاق عن الصادق عليه السلام عن علي عليه‌السلام : من كان مكانه قاصياً فأحب أن ينصرف عن الاخر فقد أذنت له[1] .

وهل يسقط عن الامام ؟ ظاهرالشيخ ذلك، وقال المرتضى لايسقط للاصل ولقول علي عليه السلام : وأنا أصليهما جميعاً [2].

قوله : ومنها صلاة الكسوف

---

١) التهذيب : ٣/ ١٣٧ .

٢) التهذيب ٣/ ٣٧ ، الكافى ٣/ ٤٦١ ، وفيهما : عن أبان بن عثمان عن ابى‌عبدالله عليه السلام قال : اجتمع عيدان على عهد أمير المؤمنين صلوات الله عليه ، فخطب الناس ثم قال : هذا يوم اجتمع فيه عيدان فمن احب أن يجمع معنا فليفعل ومن لم يفعل فان له رخصة ــ يعنى من‌كان متنحياً ــ . هـذه الجملة من المؤلف أو الراوى وقيل عن الصادق عليه السلام . والله يعلم .

وسببها :كسوف الشمس ، أو خسوف القمر، والزلزلة .

وفي رواية تجب لاخاويف السماء .

ووقتها من الابتداء الى الاخذ في الانجلاء .

قال الجوهري :كسفت[1] الشمس تكسف كسوفاً وكسفها الله كسفاً يتعدى ولايتعدى . وقال الشاعر :

الشمس طالعة ليست بكاسفة تبكي عليك نجوم الليل والقمرا[2]

وكذا يقال «كسف القمر» الا أن الاجود فيه « خسف القمر» .

قوله : وفي رواية تجب لاخاويف السماء

عبارة الشيخ في الخلاف والمفيد والمرتضى في الجمل وابنى بابويه وابن ابى عقيل والقاضي وابن ادريس تدل على وجوبها لكل الايات والحوادث المخوفة واختاره العلامة لاشتراك الجميع في العلة ولرواية محمد بن مسلم وزرارة جميعاً عن الباقر عليه السلام قال :كل أخاويف السماء من ظلمة أوريح أوفزع فصل له صلاة الكسوف حتى يسكن[3] . والامر للوجوب .

والى هذه الرواية أشار المصنف، ولم يحصرها الا ابن حمزة في الكسوفين والزلزلة والرياح السود المظلمة .

قوله : ووقتها من الابتداء الى الاخذ فى الانجلاء

---

١) كسف القمر يكسف كسوفاً وكذلك الشمس كسفت تكسف: ذهب ضوؤها واسودت وكسفت الشمس وخسفت بمعنى واحد ، والكثير الكسوف للشمس والخسوف للقمر، وهو اختيار الفراء .

٢) البيت لجرير، ومعناه : انها طالعة تبكى عليك ولم تكسف ضوء النجوم ولا القمر لانها فى طلوعها خاشعة باكية لا نور لها .

٣) الكافى ٣/ ٤٦٤ ، التهذيب ٣/ ١٥٥ .

ولا قضاء مع الفوات، وعدم العلم، واحتراق بعض القرص.

ويقضى لو علم وأهمل، أو نسى، وكذا لو احترق القرص كله على التقديرات.

هذا قول الشيخين في النهاية والمبسوط والجمل والمقنعة وسلار، لرواية حماد بن عثمان عن الصادق عليه السلام قال: ذكروا عنده انكساف القمر وما يلقى الناس من شدته فقال عليه السلام: اذا انجلى منه شيء فقد انجلى[1] واختاره العلامة لزوال الحذر وحصول رد النور.

وقال في المعتبر الى تمام الانجلاء، لرواية معاوية عن الصادق عليه السلام اذا فرغت قبل أن ينجلي فأعد[2]. ولو كان يخرج بالاخذ لما استحبت الاعادة كما لا يستحب بعد الانجلاء. واختار الشهيد هذا.

وأما غير الكسوف فوقته حصول السبب، فان قصر الوقت سقطت في الكسوف ووجبت أداء في غيره.

قوله: ولا قضاء مع الفوات وعدم العلم - الى قوله - على التقديرات

تارك هذه الصلاة: اما أن يكون قد احترق القرص كله أو بعضه، والثاني اما أن يكون تركه عمداً أو نسياناً أو جهلا بها، فأقسامه أربعة «١» احترق كله عالماً كان أو ناسياً أو جاهلا، «٢» احترق بعضه وترك عمداً، «٣» احترق بعضه وترك ناسياً، «٤» احترق بعضه وترك جاهلا بحصوله. ففي الثلاثة الاول يجب القضاء ويستحب الغسل مع الاول خاصة والرابع لا يجب القضاء فيه.

ويدل على الاول قوله عليه السلام: من نام عن صلاة أو نسيها فليقضها اذا

---

١) الفقيه ١/٣٤٧، التهذيب ٣/٢٩١ فيه: ذكرنا انكساف...

٢) التهذيب ٣/١٥٦.

وكيفيتها : أن ينوى ويكبر ، ويقرأ « الحمد » ، وسورة أو بعضها ثم يركع .

فاذا انتصب ، قرأ «الحمد» ثانياً ، وسورة ان كان أتم فى الاولى والا قرأ من حيث قطع .

فاذا أكمل خمساً سجد اثنتين ، ثم قام بغير تكبيرة فقرأ وركع معتمداً ترتيبه الاول ثم يتشهد ويسلم .

ذكرها[1] . فمع العمد أولى .

وأما الرابع فلاستحالة تكليف الغافل الابالدليل .

وأما الوجوب في الاول وان كان جاهلا فلرواية زرارة ومحمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام : اذا انكسفت الشمس كلها واحترقت ولم تعلم ثم علمت بعد ذلك فعليك القضاء وان لم تحترق كلها فليس عليك قضاء[2] ومثله رواية حريز عنه عليه السلام في القمر[3] .

هذا الذي ذكرناه هو المشهور والذي يقتضيه النظر والنقل، وهنا أقوال أخر :

« ١ » قال في النهاية والمبسوط : لا قضاء مع النسيان .

« ٢ » قال المرتضى : لاقضاء مع احتراق بعض القرص .

« ٣ » قال المفيد : يقضى مع عدم العلم فرادى ان احترق بعضه وجماعة ان احترق كله .

قوله : وكيفيتها أن يكبر ـ الى آخره

---

١) الكافى ٣/٢٩٢ ، ٢٩٣ ، التهذيب ٣/١٥٩ .

٢) الكافى ٣/٤٦٥ ، التهذيب ٣/١٥٨ .

٣) التهذيب ٣/١٥٧ .

ويستحب فيها الجماعة ، والاطالة بقدر الكسوف ، واعادة الصلاة ان فرغ قبل الانجلاء ، وأن يكون ركوعه بقدر قراءته ، وأن يقرأ السور الطوال مع السعة ، ويكبر كلما انتصب من الركوع ، الا في الخامس والعاشر ، فانه يقول «سمع الله لمن حمده» ، وأن يقنت خمس قنوتات .

والاحكام فيها اثنان :

هذا الذي ذكر مذهب علمائنا أجمع ، وذهب ابن ادريس الى أنه اذا أكمل السورة لم يجب اعادة الفاتحة ، وهو خلاف كثير من الاصحاب ومارواه الرواة عن السيدين عليهما السلام[1] .

قوله : واعادة الصلاة ان فرغ قبل الانجلاء

هنا أقوال :

« ١ » قال التقي : تجب الاعادة ، وهو الظاهر من كلام المرتضى .

« ٢ » يستحب الاعادة ، وهو قول الشيخين وابني بابويه وابن الجنيد وابن حمزة .

« ٣ » قول ابن ادريس بعدمها لا وجوباً ولا استحباباً ، واختار المصنف والعلامة الثاني ، وهو الاجود لعدم اقتضاء الامر التكرار .

والوجوب المستفاد من روايتي معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام[2] وزرارة ومحمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام[3] الاصل عدمه فيحمل على

---

١) التهذيب ٣/١٥٥ .

٢) التهذيب ٣/١٥٦ .

٣) الكافي ٣/٤٦٣ ، التهذيب ٣/١٥٦ وفيهما : فاذا فرغت قبل أن ينجلي فاقعد وادعوالله عزوجل حتى ينجلي . وفي بعض النسخ : « فأعد » مكان « فاقعد » .

(الاول) اذا اتفق في وقت حاضرة ، تخير في الاتيان بأيهما شاء على الاصح ما لم يتضيق الحاضرة ، فيتعين الاداء .

ولو كانت الحاضرة نـافلة فالكسوف أولى ، ولو خرج وقت النـافلة .

الندب . نعم صورة النية الوجوب لا الندب كما في اعادة المنفرد جماعة .

وقول ابن ادريس بعدم الاعادة مطلقاً عجيب مع حصول النص .

قوله : اذا اتفق في وقت حاضرة ـ الخ

اذا اتفق كسوف وفريضة يومه[1] فأقسامه أربعة :

(الاول) ان اتسع الوقت لهما معاً فيتخير في أيهما شاء ابتدأ به ، وهو اختيار المصنف والعلامة، ويظهر ذلك من كلام المرتضى وابن ابى عقيل . ويدل عليه أنهما واجبان لا مزية لاحدهما على الاخر والوقت متسع لهما فيتخير المكلف اذ لو وجب أحدهما خاصة لزم اما تضيق ما فرض اتساعه أو كون ترك العبادة أولى من فعلها ، واللازم بقسميه باطل فكذا الملزوم . بيان الملازمة : ان الذي يعين منهما ان كان لضيق وقته لزم الامر الاول ، وان كان لقبح تقديم الاخر لزم الامر الثاني . نعم يستحب تقديم الحاضرة .

وقال الشيخ واكثر الاصحاب يجب تقديمها ، لما ورد من قطع الكسوف لصلاة الحاضرة في رواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام[2] .

والجواب : يحمل على تضيق وقت الحاضرة ونحن نقول به .

تفريـع : اذا قطعت للحاضرة وأتى بها هل يستأنف الكسوف أو يبني؟ قال

---

١) الضمير عائد الى المكلف . وفي ب « يومية » .

٢) التهذيب ٣/١٥٥ .

(الثانى) تصلى هذه الصلاة على الراحلة، وماشياً . وقيل بالمنع الا مع العذر وهو أشبه .

في المبسوط بالاول لاتيانه بفعل كثير ، وقال في النهاية يبدأ من حيث قطع ، واختاره العلامة والشهيد. قال بعض الفضلاء: هو حق على تقدير أن لايأتي بفعل غير الصلاة ، لان الصلاة لا تبطل كما اذا سبح ودعا .

(الثاني) أن يتضيق وقتاهما فتجب الحاضرة حتماً اجماعاً .

(الثالث) تتضيق الحاضرة لاغير فتتعين لما قلنا . ثم ان كان تأخير الكسوف لتفريطه وجب القضاء والا فلا .

(الرابع) يتضيق الكسوف فيتعين والالزم الاخلال بالواجب لالضرورة .

قوله : وتصلى هذه على الراحلة وماشياً وقيل بالمنع الامع العذر وهو أشبه

قال ابن الجنيد يستحب ايقاعها على الارض والا فبحسب حاله ، ونقل في المعتبر عن باقي الاصحاب الجواز اختياراً كالنوافل . والحق أن ذلك مشروط بالعذر وهو قول الشيخ في النهاية .

وتدل عليه رواية علي بن الفضل الواسطي قال : كتبت الى الرضا عليه السلام : اذا انكسفت الشمس أوالقمر وأناراكب لا أقدر على النزول . فكتب الي : صل على مركبك الذي أنت عليه[1] .

وروى عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال : قلت أيصلي الرجل شيئاً من الفروض على الراحلة . قال : لا[2] . والاولى مقيدة لهذه .

---

١) الكافى ٣/ ٤٦٥ ، التهذيب ٣/ ١٥٨ ، الفقيه ١/ ٣٤٦ .

٢) التهذيب ٣/ ٣٠٨ وتمامه : لا الا فى ضرورة .

ومنهـا :

صلاة الجنازة

والنظر فيمن يصلى عليه ، والمصلى ، وكيفيتها ، وأحكامها :

تجب الصلاة على كل مسلم ، ومن بحكمه

قوله : ومنها صلاة الجنائز

الجنازة واحد الجنائز ، والعامة تقول الجنازة بالفتح . والمعنى الميت على السرير . فاذا لم يكن عليه ميت فهوسرير ونعش . قاله الجوهري . وقال غيره بالفتح الميت وبالكسر السرير ، وقيل هما لغتان[1] .

قوله : وتجب الصلاة على كل مسلم

هذاقول الشيخ واكثر الاصحاب، ومنع المفيد من الصلاة على غير المؤمنين الا للضرورة ، وقال ابن ادريس لا يجب الا على المعتقد للحق ، وقال التقي لا تجوز على المخالف بجبر أوتشبيه أواعتزال أوانكار امامة الا لتقية فان فعل لعنه بعد الرابعة .

والفتوى على الاول، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : صلوا على كل من قال « لااله الاالله » . وقول الصادق عليه السلام : صل على من مات من أهل القبلة[2]. والمراد بالمسلم من أظهر الشهادتين ولم يجحد ما علم ثبوته من الدين

---

١) فى المصباح : جنزت الشيء سترته . والجنازة بالفتح والكسر والكسر أفصح، وقال الاصمعى وابن الاعرابى بالكسر الميت نفسه وبالفتح السرير، وروى ابوعمرالزاهد عن ثعلب عكس هذا فقال بالكسر السرير وبالفتح الميت نفسه .

٢) التهذيب ٣٢٨/٣ ، الفقيه ١٠٣/١، وفيه : صلوا على المرحوم من أمتى وعلى القاتل نفسه من أمتى ولاتدعوا أحداً من أمتى بلا صلاة . ورواه فى التهذيب فى الموضع المذكور آنفاً ، وفيه « قتال نفسه » .

ممن بلغ ست ستين ، ويستوى الذكر والانثى والحر والعبد .

ويستحب على من لم يبلغ ذلك ممن ولد حياً .

ويقوم بها كل مكلف على الكفاية .

وأحق الناس بالصلاة على الميت أولاهم بالميراث ، والزوج أولى بالمرأة من الاخ .

ولا يؤم الا وفيه شرائط الامامة ، والا استناب .

ضرورة .

قوله : ممن بلغ ست سنين

هذا قول الاكثر ، لحسنة زرارة عن الصادق عليه السلام قال قلت: متى تجب الصلاة عليه ؟ قال : اذا كان ابن ست سنين[1] .

ولم يوجبها الحسن الاعلى البالغ ، وأوجبها ابن الجنيد على المستهل ، وقال الصدوق : لا يصلى عليه حتى يعقل الصلاة .

والفتوى على الاول ، لان الصلاة استغفار ودعاء وشفاعة ، ومن لم يخاطب بالصلاة لا تتحقق فيه ذلك .

قوله : والزوج أولى من الاخ

قيل عليه الزوج أولى من الاخ والاب وجميع القرابة اجماعاً ، فلاوجه لتخصيص الاخ .

قلت : انما خصه بالذكر لانه روى أبان بن عثمان عن الصادق عليه السلام ان الاخ أولى[2] ، ومثله روى حفص بن البختري[2] . وهما ضعيفان ، اما ابان فكان

---

١) الكافي ٣/٢٠٦ ، الفقيه ١/١٠٤ .

٢) الوسائل ٢/٨٠٢ .

ويستحب تقديم الهاشمي ، ومع وجود الامام فهو أولى بالتقديم.

وتـؤم المرأة النساء ، وتقف في وسطهن ، ولا تبرز ، وكذا العارى اذا صلى بالعراة .

ولا يؤم من لم يأذن له الولى .

وهى خمس تكبيرات ، بينها أربعة أدعية ، ولا يتعين .

وأفضله أن يكبر ويتشهد الشهادتين ، ثم يكبر ويصلى على النبى وآله ، ثم يكبر ويدعو للمؤمنين .

وفي الرابعة يدعو للميت ، وينصرف بالخامسة مستغفراً .

وليست الطهارة من شرطها ، وهى من فضلها ، ولا يتباعد عن الجنازة بما يخرج عن العادة ، ولا يصلى على الميت الا بعد تغسيله وتكفينـه .

ولو كان عارياً جعل في القبر ، وسترت عورته ، ثم يصلى عليه.

وسننها : وقوف الامام عند وسط الرجل وصدر المرأة .

ناووسياً ، وأما حفص فلان بني أعين غمزوا عليه بلعب الشطرنج ، فنبه المصنف على ضعف الروايتين بذكر الاخ .

قوله : ويستحب تقديم الهاشمى

قال المفيد يجب على الولي تقديمه ، وقال التقي هو أحق بالتقديم ، والمشهور ما قال المصنف ، لانه حق للولي فيقدم من شاء ويحمل ما ورد على الاستحباب لعموم « وأولي الارحام بعضهم أولى ببعض » .

قوله : وقوف الامام عند وسط الرجل وصدر المرأة

ولو اتفقا جعل الرجل الى الامام، والمرأة الى القبلة، يحاذى بصدرها وسطه. ولو كان طفلا فمن ورائها.

ووقوف المأموم وراء الامام ولو كان واحداً.

وأن يكون المصلى متطهراً، حافياً، رافعاً يديه بالتكبير كله، داعياً للميت في الرابعة، ان كان مؤمناً وعليه ان كان منافقاً، وبدعاء المستضعفين مستضعفاً، وان يحشره مع من يتولاه ان جهل حاله.

وفي الطفل «اللهم اجعله لنا ولابويه فرطاً شفيعاً»، ويقف موقفه حتى ترفع الجنازة والصلاة في المواضع المعتادة.

هذا قول الاكثر من أصحابنا. وقال الشيخ في الخلاف: السنة أن يقف الامام عند رأس الرجل وصدر المرأة[1] وقال علي بن بابويه عند الصدر رجلا كان الميت أوامرأة. والمشهور الاول، لرواية عبدالله بن المغيرة عن الصادق عليه السلام: ان أمير المؤمنين علي عليه السلام أمر بذلك[2].

قوله: رافعاً يديه بالتكبير كله

اتفق الكل على استحباب الرفع في التكبير الاول، واختلف في الباقي، فقال علي بن بابويه بالرفع في الكل، وقال الشيخ في الاستبصار والمبسوط الفضل في الاولى والباقي جائز، ومنع البصروي الرفع فيما عدا الاول لرواية غياث بن ابراهيم عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام: كان يرفع يديه في أول التكبير ثم لا يعود حتى ينصرف[3].

---

١) الخلاف ١/٢٦٩.

٢) الوسائل ٢/٨٠٤، الكافي ٣/١٧٦، التهذيب ٣/١٩٠.

٣) التهذيب ٣/١٩٤، الوسائل ٢/٧٨٦.

وتكره الصلاة على الجنازة الواحدة مرتين .

وأحكامها أربعة :

(الاول) مـن أدرك بعض التكبيرات أتم ما بقى ولاء ، وان رفعت الجنازة ، ولوعلى القبر.

والفتوى على الرفع في الكل ، لـرواية عبدالرحمن العرزمي عن الصادق عليه‌السلام قال: صليت خلفه على جنازة فكبرخمساً يرفع يديه مع كل تكبيرة[1]

قال في المعتبر: ولان الرفع مراد في الاول، وهودليل اختصاصه بالرجحان فيكون مشروعاً في الباقي تحصيلا لتلك الارجحية .

وفيه نظر ، لمنع الدلالة على الرجحان في الباقي بجواز اختصاص الاول بنوع ترجيح لا نعلمه .

قوله : وتكره الصلاة على الجنازة الواحدة مرتين

اعلم أنه روى اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام أن رسول‌الله صلى الله عليه وآله وسلم صلى على جنازة ، فلما فرغ جاء قوم فقالوا: فاتتنا الصلاة عليها . فقال « ص » : ان الجنازة لا تصلى عليهـا مرتين ، أدعوا له وقولـوا خيراً[2] . ومثل ذلك روى وهب بن وهب[3]. واسحاق فطحي ، ووهب كذاب عامي .

هذا مع أن بأزاء خبريهما أخبار كثيرة بتكرار الصلاة ،كرواية عمارعـن الصادق عليه السلام : الميت يصلى عليه مالم يوار في التراب[4] .

---

١) التهذيب ٣/١٩٤ .

٢) التهذيب ٣/٣٢٤ .

٣) التهذيب ٣/٣٣٢ .

٤) التهذيب ٣/٣٣٤ .

ويونس بن يعقوب عنه عليه السلام : ان أدركتها قبل أن تدفن فصل عليها ان شئت[1] .

وعمروبن شمر عن الباقر عليه السلام : ان رسول الله صلى الله عليه وآله صلى على امرأة من بني النجار ، فوجد الحفـرة لم تتم فلم يجيء قوم الا قال لهم صلوا عليها[2] .

وكذا ما اشتهر من صلاته « ص » على حمزة سبعين تكبيرة[3].

وصلاة علي عليه السلام على سهل بن حنيف خمساً وعشرين[4] وقال : انه بدري عقبي أحدي من النقباء الاثني عشر .

اذا عرفت هذا فان اكثر عبارات فقهائنا كراهة التكرار مع ما تلونا عليك من الاخبار بتكرارها، ومع ذلك انها دعاء والله يحب الملحين في الدعاء. فلابد حينئذ من تقييد الكراهة بحال دون أخرى ، وذلك اما لمنافاة التكرار التعجيل فيكره لذلك أوتكون الكراهة لمن صلى عليها أولا لا لمن لم يصل أوالكراهة جماعة لا فرادى ، لما وردأن المسلمين صلوا على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فوجاً فوجاً وهوحمل ابن ادريس، أوالكراهة ان خشي على الميت التغيير لا اذا لم يخش أوالكراهة بعد جعله في القبر لا قبله .

وبالجملة القول بالكراهة مطلقاً لا عمل عليه ، وحينئذ نقـول : ان ايقاعها ثانياً يكون بنية الندب ، لجواز تركها لا الى بدل .

---

١) التهذيب ٣/٣٣٤ .

٢) التهذيب ٣/٣٢٥ .

٣) التهذيب ٣/١٩٨ .

٤) التهذيب ٣/١٩٨ و٣١٧ و٣٢٥ .

(الثاني) لو لم يصل على الميت صلى على قبره يوماً وليلة حسب.

(الثالث) يجوز أن يصلى هذه في كل وقت، ما لم يتضيق وقت حاضرة.

(الرابع) لو حضرت جنازة في أثناء الصلاة تخير الامام في الانمام على الاولى والاستئناف على الثانية، وفي ابتداء الصلاة عليهما.

قوله: لو لم يصل على الميت صلى على قبره يوماً وليلة حسب

روى يونس بن ظبيان عن الصادق عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى أن يصلى على قبر أو يجلس عليه[1].

وكذا روى عمار الساباطي عنه عليه السلام: لا تصلى على الميت بعد ما يدفن[2].

وهما ضعيفان، أما يونس فانه مخلط وضاع للحديث، وأما عمار ففطحي ملعون. والمشهور جواز ذلك، وبه أحاديث كثيرة.

ثم هنا مسألتان:

(الاولى) هل هذا لمن لم يصل عليه أوله ولمن لم يدرك الصلاة عليه؟ والفتوى بشموله القسمين معاً، لما قلناه من جواز التكرار، لكن فيمن لم يصل عليه يكون وجوباً وفي غيره ندباً.

(الثانية) هل لذلك زمان مقدر؟ المشهور وهو في عبارة اكثر الفقهاء ان زمان الاستدراك يوم وليلة وبعدهما لا استدراك. وقال ابن الجنيد ما لم يعلم تغيير صورته، وقال سلار ثلاثة أيام، وجعله الشيخ رواية.

---

١) التهذيب ٣/٢٠١ فيه: ... أو يقعد عليه أو يبنى عليه.

٢) التهذيب ٣/٢٠١

وأما المندوبات : فمنها صلاة الاستسقاء .

وهي مستحبة مع الجدب ، وكيفيتها كصلاة العيد ، والقنوت بسؤال الرحمة وتوفير المياه ، وأفضل ذلك : الادعية المأثورة .

ومن سننها : صوم الناس ثلاثاً ، والخروج في الثالث ، وأن يكون الاثنين أو الجمعة ، والاصحار بها ، حفاة ، على سكينة ووقار ،

قوله : وأما المندوبات : فمنها صلاة الاستسقاء

الاستسقاء طلب السقي ، وهو مشروع بنص الكتاب ، قال تعالى « واذ استسقى موسى لقومه »[1]. وفعل النبى صلى الله عليه وآله وسلم وعلي عليه السلام

قوله : صوم الناس ثلاثاً ٢)

لما ورد عنه صلى الله عليه وآله وسلم: ان دعوة الصائم لاترد. وقال الشيخ ويكون الثالث الاثنين[3] ، وقال التقي يكون الجمعة . ولعل ذلك لما روي أن العبد ربما سأل فتؤخر اجابته الى الجمعة .

---

١) سورة البقرة : ٦٠ .

٢) أقول : هذا للرواية التى ذكرها الشيخ فى التهذيب ١٤٨/٣ باسناده عن حماد السراج قال : أرسلنى محمد بن خالد الى ابى عبدالله عليه السلام أقول له : ان الناس قد اكثروا على فى الاستسقاء فما رأيك فى الخروج غداً ؟ فقلت ذلك لابى عبدالله عليه السلام ، فقال لى : قل له ليس الاستسقاء هكذا فقل له يخرج فيخطب الناس ويأمرهم بالصيام اليوم وغداً ويخرج بهم اليوم الثالث وهم صيام . قال: فأتيت محمداً فأخبرته بمقالة ابى عبدالله عليه السلام ، فجاء فخطب الناس وأمرهم بالصيام كما قال ابوعبدالله عليه السلام ، فلماكان فى اليوم الثالث ارسل اليه ما رأيك فى الخروج ؟ وفى غيرهذه الرواية انه أمره أن يخرج يوم الاثنين فيستسقى .

٣) الكافى ٤٦٢/٣ .

واستصحاب الشيوخ والاطفال والعجائز من المسلمين خاصة ، والتفريق بين الاطفال والامهات ، ويصلى جماعة ، وتحويل الامام الرداء ، واستقبال القبلة ، مكبراً ، رافعاً صوته ، والى اليمين مسبحاً ، والى اليسار مهللا ، واستقبال الناس داعياً ، ويتابعه الناس ، والخطبة بعد الصلاة ، والمبالغة في الدعاء ، والمعاودة ان تأخرت الاجابة .

ومنهـا :

نافلة شهر رمضان :

وفي أشهر الروايات استحباب ألف ركعة ، زيادة على المرتبة في كل ليلة عشرون ركعة : بعد المغرب ثمان ركعات ، وبعد العشاء اثنتا عشرة ركعة .

وفى العشر الاواخر ، في كل ليلة ثلاثون ، وفي ليالى الافراد في كل ليلة مائة زيادة على ماعين .

وفي رواية يقتصر على المائة ويصلى فى الجمع أربعون بصلاة

قوله : واستصحاب الشيوخ والاطفال والعجائز من المسلمين خاصة

أما الاصناف الثلاثة فلكونهم أهلا أن يرحموا ، وأما كونهم من المسلمين فلان أهل الكفر شأنهم أن يغضب عليهم .

قال المرتضى : ويخرج المنبر معه . قال في المعتبر : ولعله استناداً الى ما روي أن الصادق عليه السلام أمر محمد بن خالد بذلك[1] .

قوله : ومنها نافلة شهر رمضان

---

١) الكافى ٣/٤٦٢ .

علي وجعفر وفاطمة عليهم السلام .

وعشرون في آخر جمعة بصلاة علي «ع» .

وفي عشيتها عشرون بصلاة فاطمة عليها السلام .

ومنهـا :

صلاة ليلة الفطر:

وهي ركعتان، في الاولى مرة بـ «الحمد»، وبـ «الاخلاص» ألف مرة .

وفي الثانية بـ «الحمد» مرة وبـ «الاخلاص» مرة .

ومنهـا :

صلاة يوم الغدير:

وهي ركعتان ، قبل الزوال بنصف ساعة .

ومنهـا :

صلاة ليلة النصف من شعبان : أربع ركعات .

ومنهـا :

صلاة ليلة المبعث ويومها : وكيفية ذلك وما يقال فيه وبعده مذكور في كتب تخص به ، وكذا سائر النوافل فيطلب هناك .

المقصد الثالث ، في التوابع وهي خمسة :

(الاول) في الخلل الواقع في الصلاة، وهو اما عمد، أوسهو، أو شك .

أما العمد : فمن أخل معه بواجب أبطل صلاته ،

هنا مسائل :

(الاولى) المشهور بين الاصحاب استحباب اختصاص رمضان بزيادة صلاة ألف ركعة غير النوافل المرتبة ، لروايات كثيرة ضمنها الشيخ رحمه الله كتابيه التهذيب[1] والاستبصار .

وقال محمد بن بابويه: انه ليس فيه نافلة زائدة على غيره، لروايات معارضة بأكثر منها .

(الثانية) في كيفية التوزيع على الليالي، والمشهور ماذكره المصنف وذكره الشيخ في الخلاف والاستبصار والتقي وابن ادريس . وقال : هو أكثر وأعدل رواة وليس فيه حرج .

وقال المرتضى والمفيد وابن البراج وابن حمزة والشيخ في المبسوط والنهاية وسلار بالاقتصار على المائة في الافراد وتوزيع الفاضل على الجمع .

(الثالثة) رواية سعيد بن صدقة[2] ، تدل على أنه يصلى بعد المغرب ثماني ركعات واثنا عشر ركعة بعد العشاء . ورواية سماعة[3] بالعكس. وكذا في العشر الاواخر ثمانياً والباقي بعد العشاء ، ورواية سماعة بالعكس .

(الرابعة) تصلى هذه فرادى والجماعة فيها بدعة عندنا، للنقل عن أئمتنا عليهم السلام ، وانما أحدث ذلك عمر ، ولذلك كان يقول : نعمت البدعة .

وروى زيد بن ثابت : أن الناس اجتمعوا فلم يخرج رسول الله صلى الله

---

١) راجع التهذيب ٣/٥٧ .

٢) التهذيب ٣/٦٢ .

٣) التهذيب ٣/٦٣ .

شرطاً كان أوجزءاً أوكيفية ولوكان جاهلا، عدا الجهر والاخفات فان الجهل عذر فيهما .

وكذا تبطل لوفعل ما يجب تركه .

وتبطل الصلاة في الثوب المغصوب، والموضع المغصوب، والسجود على الموضع النجس مع العلم، لا مع الجهل بالغصبية والنجاسة .

وأما السهو: فان كان عن ركن وكان محله باقياً أتى به، وان كان دخل في آخر أعاد، كمن أخل بالقيام حتى نوى، أو بالنية حتى افتتح، أو بالافتتاح حتى قرأ أو بالركوع حتى سجد، أو بالسجدتين حتى ركع .

عليه وآله وسلم فرفعوا أصواتهم وحصبوا[1] الباب، فخرج مغضباً وقال : مازال بكم صنيعكم[2] حتى ظننت أنها ستكتب عليكم فعليكم بالصلاة في بيوتكم فان خير صلاة المرء في بيته الا المكتوبة[3] .

المقصد الثالث في التوابع

وهي خمسة : الاول في الخلل . الخلل فساد في الامر، والمراد هنا مايفسد الصلاة .

قوله : شرطاً كان ـ الى آخره

---

١) حصبه يحصبه حصباً من باب ضرب: رماه بالحصباء . اى رموه بالحصاة الصغيرة تنبيهاً له لظنهم انه صلى الله عليه وآله وسلم نسى .

٢) الصنيع : بمعنى المصنوع اى صلاتكم .

٣) شرح الكرمانى لصحيح البخارى ٢١/٢٣١ .

وقيل : ان كان فى الاخيرتين من الرباعية ، أسقط الزائد وأتى بالفائت .

ويعيد لو زاد ركوعاً أو سجدتين عمداً وسهواً .

تبطل الصلاة بتعمد الاخلال بكل ما يتوقف عليه صحة الصلاة ، شرطاً كان كالطهارة والاستقبال وستر العورة وايقاعها في الوقت أوجزءاً ، ركناً كان كالنية والتكبير والقيام والركوع والسجدتين معاً، أوغير ركن كالقراءة والتشهد أوكيفية أي صفة للفعل كالجهر والاخفات والطمأنينة ، لان الاخلال بالشرط اخلال بالمشروط وبالجزء اخلال بالكل ، والصفات متنزلة منزلة الاجزاء .

قوله : وقيل ان كان فى الاخيرتين من الرباعية اسقط الزائد وأتى بالفائت

اذا أخل بركن سهواً ولم يذكر حتى تجاوز محله بطلت صلاته ، لانه حيث دخل في آخر لو أعاد الاول زاد ركناً ولو لم يأت به نقص ركناً وكلاهما مبطل للصلاة .

وأيضاً الزائد ليس من الصلاة ، وهو فعل كثير، فيكون مبطلا وللروايات بذلك . وهذا مذهب المفيد والمرتضى وسلار والتقي والقاضي وابن ابى عقيل وابن ادريس .

وقال الشيخ : ان كان في الاخيرتين من الرباعية خاصة لا من ثالثة المغرب حذف المأتي به وأتى بالفائت ، لرواية محمد بن مسلم[1] وهي معارضة ببعض روايات البطلان .

---

١) التهذيب ٢ / ١٤٩ .

ولو نقص من عدد الصلاة ثم ذكر أتم ؛ ولو تكلم على الاشهر. ويعيد لو استدبر القبلة .

وان كان السهو عن غير ركن ، فمنه ما لا يوجب تداركاً ، ومنه ما يقتصر معه على التدارك ، ومنه ما يتدارك مع سجود السهو .

(فالاول) من نسى القراءة ، أو الجهر أو الاخفات ، أو الذكر في الركوع أو الطمأنينة فيه ، أو رفع الرأس منه ، أو الطمأنينة في الرفع ، أو الذكر في السجود ، أو السجود على الاعضاء السبعة ، أو الطمأنينة فيه ، أو رفع الرأس فيه ، أو الطمأنينة في الرفع من الاولى ، أو الطمأنينة في الجلوس للتشهد .

(الثانى) من ذكر أنه لـم يقرأ « الحمد » وهو فى السورة قرأ « الحمد » وأعادها أو غيرها .

ومن ذكر قبل السجود أنه لم يركع قام فركع ، وكذا من ترك السجود أو التشهد ، وذكر قبل ركوعه ، قعد فتدارك .

ومن ذكر أنـه لم يصل على النبى وآله عليهم السلام بعد أن سلم ، قضاهما .

قوله : ولو نقص من عدد الصلاة ثـم ذكر اتم ولو تكلم على الاشهر ويعيد لو استدبر القبلة ـ الى آخره

لو ذكر عقيب المبطل عمداً وسهواً كالحدث والاستدبار أعاد ، ولو ذكر عقيب المبطل عمداً لا غير كالكلام لم يبطل الصلاة وأتمها . قاله في المبسوط .

(الثالث) من ذكر بعد الركوع أنه لم يتشهد ، أوترك سجدة ، قضى ذلك بعد التسليم وسجد للسهو.

وأما الشك : فمن شك في عدد الثنائية أوالثلاثية أعاد ، وكذا من لم يدركم صلى أو لم يحصل الاوليين من الرباعية أعاد .

ولوشك في فعل ، فان كان في موضعه أتى به وأتم .

ولو ذكرأنه كان قد فعله ، استأنف صلاته ان كان ركناً ، وقيل فى الركوع اذا ذكر وهو راكع أرسل نفسه .

ومنهم من خصه بالاخريين ، والاشبه : البطلان . ولو لم يرفع رأسه ولوكان بعد انتقاله مضى في صلاته ، ركناً كان أوغيره .

فان حصل الاوليين من الرباعية عدداً وشك فى الزائد ، فان

وقال التقي وابـن ابى عقيل يعيد مطلقاً ، والاول اختيار العلامة لروايات كثيـرة بذلك ، والاولى أن الفعل الكثير كذهابه ومجيئه حتى يخرج عن كونه مصلياً يوجب الاعادة .

قوله : الثالث من ذكر بعد الركوع انه لم يتشهد ـ الى آخره

هذا القسم يوجب السجدتين حتماً عند المصنف ، وأمـا القسمان الاولان فعلى قول من يوجب السجدتين لكل زيادة ونقصان يجب لهما السجود أيضاً، وهو اختيار العلامة وعليه الفتوى .

قوله : وقيل فى الركوع اذا ذكر وهوراكع أرسل نفسه ، ومنهم من خصه بالاخيرتين ، والاشبه البطلان

(الاول) ـ وهوارسال نفسه ـ قول المرتضى والتقي وابن ادريس ، والثاني

غلب بنى على ظنه، وان تساوى الاحتمالان فصوره أربع :
أن يشك بين الاثنين والثلاث، أو بين الثلاث والاربع، أو بين

وهو اختصاص هذا الحكم بالاخيرتين ـ قول الشيخ في النهاية[1] ، والثالث ـ وهو البطلان ـ اختيار المصنف والعلامة ويظهر من كلام [ابن] ابى عقيل. وعليه الفتوى ، لانه زاد ركناً وكل من زاد ركناً تبطل صلاته : أما الكبرى فاجماعية ، وأما الصغرى فلان الركوع لغة الانحناء . قال الشاعر :

لا تهين الفقير علك أن تركع يوماً والدهر قد رفعه[2]

فيكون في الشرع كذلك ، لاصالة عدم النقل .

ووجوب رفع الرأس منه لا يدل على كونه جزء من الركوع لجواز كونه واجباً آخر .

ان قلت : الانحناء هنا لابد منه سواء ذكر أولم يذكر .

قلت : الانحناء تابع للقصد ، وحيث قصد الركوع هنا لم يكن انحناء للسجود والركن هو الاول .

قوله : فان تساوى الاحتمالان فصوره أربع

هذا الذي ذكره هو المشهور والمعمول عليه عند اكثر الاصحاب . وقال

---

١) قال فى النهاية ص ٨٨ : والركوع واجب فى كل ركعة ، فمن تركه متعمداً وجبت عليه الاعادة ، فان تركه ناسياً ثم ذكر فى حال السجود وجب أيضاً عليه الاعادة ، فان لم يذكر حتى صلى ركعة أخرى ودخل فى الثالثة ثم ذكر اسقط الركعة الاولى وبنى كأنه صلى ركعتين ، وكذلك ان كان قد ترك الركوع فى الثانية وذكر فى الثالثة أسقط الثانية وجعل الثالثة ثانية وتمم الصلاة ، فان لم يذكر اصلا مضى فى صلاته وليس عليه شىء.

٢) اراد ولا تهينن فجعل النون ألفاً ساكنة فاستقبلها ساكن آخر فسقطت . علك من لعل كلمة شك ورجاء وطمع ، وأصلها على واللام فى أولها زائدة ، أى لا تهينن الفقير لعلك يوماً أن تركع ـ الركوع الانحناء ـ وقد رفعه الدهر .

الاثنين والاربع ، أو بين الاثنين والثلاث والاربع .

ففي الاول بنى على الاكثر ويتم ، ثم يحتاط بركعتين جالساً أو ركعة قائماً على رواية .

وفي الثاني كذلك .

وفي الثالث بركعتين من قيام .

وفي الرابع بركعتين من قيام ، ثم بركعتين من جلوس .

كل ذلك بعد التسليم .

ولا سهو على من كثر سهوه ،

ابن الجنيد ومحمد بن بابويه هو مخير بين البناء على الاقل ولا شيء عليه من الاحتياط ، وبين البناء على الاكثر وحكمه ما ذكر .

قوله : ففي الاول بنى على الاكثر ويتم ثم يحتاط ـ الى آخره

لا يصح البناء المذكور والاحتياط الا أن يكون الشك بعد اكمال السجدتين الا في الشك بين الثلاث والاربع وانها تصح مطلقاً .

قوله : على رواية ـ الى آخره

هي رواية جميل عن الصادق عليه السلام[1] ، وكذا رواية عبدالرحمن بن سيابة[2] . ويشير المصنف الى خلاف ابن بابويه كما حكيناه .

قوله : ولا سهو على من كثر سهوه

في تفسير الكثرة أقوال :

(الاول) قول الشيخ في المبسوط هو أن يسهو ثلاث مرات متوالية، واختاره

---

١ و٢) التهذيب ٢ / ١٨٤ .

ولا على من سها في سهو ، ولا على المأموم ، ولا على الامام اذا حفظ عليه من خلفه ، ولو سها في النافلة تخير في البناء .

وتجب سجدة السهو على من تكلم ناسياً ، ومن شك بين الاربع

ابن حمزة .

(الثاني) قول ابن ادريس أن يسهو في شيء واحد أو في فريضة واحدة ثلاث مرات ، فيسقط بعد ذلك حكمه أو يسهو في اكثر الخمس فرائض، أعني ثلاث صلوات من الخمس كل منهن قام اليها فسها فيها فسقط بعد ذلك حكم السهو ولا يلتفت الى سهو في الفريضة الرابعة .

(الثالث) قول المصنف والعلامة أنه ما يسمى كثيراً في العادة ، لدلالة الاحاديث على الاكثر ، ولم ينص الشارع على تفسيرها فيرجع الى العادة .

واختار الشهيد أنه يحصل بالتوالي ثلاثاً وان كان في فرائض ، فيبنى على وقوع ما شك فيه .

ورواية ابن ابى عمير عن محمد بن ابى حمزة عن الصادق عليه السلام : اذا كان الرجل ممن يسهو في ذلك ثلاثاً فهو ممن يكثر عليه السهو[1] ، يمكن أن يكون حجة له في هذا الباب .

قوله : ولا على من سهى فى سهو

له تفسيران : « ١ » أن يشك فيما يوجبه الشك كالاحتياط وسجود السهو ، « ٢ » أن يشك هل شك أم لا وكلاهما لاحكم له . ويبني في الاول على الاكثر لانه فرضه .

قوله : ومن شك بين الاربع والخمس

---

١) الفقيه ١/ ٢٢٤ .

والخمس ، ومن سلم قبل اكمال الركعات ، وقيل لكل زيادة أو نقصان . وللقعود فى موضع قيام ، وللقيام في موضع قعود .

روى عبدالله بن سنان في الحسن عن الصادق عليه السلام قال : اذا كنت لا تدري أربعاً صليت أم خمساً فاسجد سجدتي السهو بعد تسليمك ثم سلم بعدهما [1].

وليس في هذه ـ كما ترى ـ تفصيل، وعمل بها المرتضى والشيخ في المبسوط وابن ابى عقيل وابن البراج وابن ادريس ، لكن المتأخرون فصلوا هنا تفصيلا وهو أنه لا يخلو : اما أن يكون هذا الشك وهو قائم قبل الركوع، سواء كان قد قرء اولا أو يكون ما بين الركوع وآخر السجود أو يكون بعد كمال السجدتين ففي الاول قالوا يجب عليه الجلوس والتشهد ويحتاط بركعة قائماً أو ركعتين جالساً ، لانه شك بين الثلاث والاربع . والثاني تبطل صلاته ، لجواز كونها خامسة ، فتبطل الصلاة بزيادتها وكونها رابعة فتبطل بقطعها . وهو قول العلامة وقال المصنف في فتاواه بالصحة تنزيلا للركعة على الركوع والباقي تابع .

وتجويز الزيادة لا ينفي ماهو ثابت بالاصالة ، اذ الاصل عدم الزيادة ، وفي الثالث قالوا يجب سجود السهو وعليه [صبوا][2] الرواية .

قوله : وقيل لكل زيادة اونقصان وللقعود فى موضع قيام والقيام فى موضع قعود

أما الاول فحكاه الشيخ في الخلاف فقال : وفي أصحابنا من قال عليه سجدتا السهو في كل زيادة ونقصان .

والمفيد ذكر في الرسالة العزية: اذا شك هل زاد أو نقص تجب عليه السجدتان

---

١) الكافى ٣/٣٥٥ ، الوسائل ٥/٣٢٦ .

٢) ليس « صبوا » فى ب . ولعله : حملوا الرواية .

وهما بعد التسليم على الاشهر ، عقيبهما تشهد خفيف وتسليم.
ولا يجب فيهما ذكر.
وفي رواية الحلبي : أنه سمع أباعبدالله عليه السلام يقول فيهما

للسهو ، وكذا أبوجعفر ابن بابويه . واختار العلامة وجوبهما للزيادة والنقيصة المشكوكة وغيرها .

وأما الثاني ـ وهوالقعود في موضع قيام ـ فهوقول المرتضى وابن بابويه خلافاً لاكثر الاصحاب . ولاشك أن الاولى العمل بهذين القولين ، لانه أحوط وابرأ للذمة .

قوله : وهما بعد التسليم على الاشهر

هذا قول ابن ابى عقيل، سواء كانتا للزيادة أوالنقصان ، وهواختيار الشيخ في المبسوط ، وعليه دلت رواية عبدالرحمن بن الحجاج في الصحيح عن الصادق عليه السلام[1]. وكذارواية عبدالله بن ميمون القداح موثقاً عن الصادق عليه السلام عن أبيه عن علي عليه السلام[2] .

وقال ابن الجنيد : ان كان السهو للزيادة كانتا بعد التسليم وان كان للنقصان كانتا قبل التسليم. وعليه دلت رواية سعدبن سعدالاشعري عن الرضا عليه السلام[3]. حملها الشيخ وابن بابويه على التقية ، فانها مذهب مالك وأحد قولي الشافعي .

قوله : ولايجب فيهماذكروفي رواية الحلبي٤) الى قوله: والحق رفع منصب الامامة عن السهو في العبادة

الاصحاب جميعاً عاملون بهذه الرواية ، لكن الشيخ في المبسوط وابن

---

١) الكافى ٣/٣٥٦ ، التهذيب ٢/ ١٩١ .
٢ و٣) التهذيب ٢/١٩٥ .
٤) الفقيه ١/٢٢٦ ، التهذيب ٢/١٩٦ ، الوسائل ٥/٣٣٤ .

« باسم الله وبالله وصلى الله على محمد وآله » .

وسمعه مرة أخرى يقول « باسم الله وبالله ، السلام عليك ايها النبى ورحمة الله وبركاته» .

والحق رفع منصب الامامة عن السهو فى العبادة .

(الثانى) فى القضاء :

من أخل بالصلاة عمداً او سهواً او فاتته بنوم ، او سكر ، مع بلوغه وعقله واسلامه ، وجب القضاء ،

ادريس[1] قالا بالعبارة الثانية، وابو الصلاح بالعبارة الاولى والمفيد[2] وابن بابويه خيرا بين العبارتين .

وهل هذا الذكر واجب ؟ الاشهر ذلك بين الاصحاب ولم يوجبه العلامة في مختلفه[3] . والمصنف في المعتبر أوجب التشهد والتسليم عقيبهما ولم يوجب الذكر ، والاحوط وجوبه .

ثم ان المصنف قال : ان رواية الحلبي يتضمن ما يخالف المذهب ، وهو

---

١) المبسوط ١/١٢٥ ، السرائر : ٥٥ : والمراد من العبارة الثانية هى « بسم الله وبالله والسلام عليك أيها النبى ورحمة الله وبركاته » . وما نسب اليهما صادق فى الاول ، وأما الثانى فظاهر كلامه التخيير بين العبارتين لانه قال فيه : والذى يقال فى كل واحدة منهما « بسم الله وبالله وصلى الله على محمد وآله » ، وان شاء قال مكان ذلك « بسم الله وبالله والسلام عليك أيها النبى ورحمة الله وبركاته » .

٢) المقنعة : ٤٢ .

٣) المختلف ١/١٤٣ ، قال فيه : والاقرب ان ذلك كله للاستحباب بل الواجب فيه النية لا غير .

عدا ما استثنى .

ولاقضاء مع الاغماء المستوعب للوقت ، الا أن يدرك الطهارة والصلاة ولو بركعة ، وفي قضاء الفائت لعدم ما يتطهر بـه تردد ، أحوطه : القضاء .

سهو الامام، فالعمل بها مشكل . والحق أن ذلك غير لازم، لجواز أن يكون مراده بقوله فيهما ، أي على وجه الافتاء لا أنه سها وقال فيهما .

وأمـا الطهارة والاستقبال فقال بعض الاصحاب بوجوبهما فيهما ، لانهما وجبتا جبراً وتكميلا للصلاة التي يشترط فيها ذلك، فالمكمل والجابر أولى وقيل لا يجبان ، للاصل . والاول أحوط .

قوله : عدا ما استثنى

يريد بذلك صلاة الحائض والنفساء والعيد والجمعة والكسوف في بعض موارده .

قوله : وفي قضاء الفائت لعدم ما يتطهر به تردد احوطه القضاء

ينشأ من قوله عليه السلام: من فاتته صلاة فليقضها اذا ذكرها[1]. وهو عام يتناول صورة النزاع، واختاره الشيخ في المبسوط[2] والمرتضى وابن ادريس[2] .

ومن أن القضاء تابع للاداء ولا اداء ، لان الطهور شرط في صحة الصلاة ، لقوله عليه السلام : لاصلاة الا بطهور. والشرط منتف فكذا المشروط والا لزم التكليف بالمحال ، واذا لم يجب الاداء لم يجب القضاء. وهو منسوب الى المفيد واختاره المصنف والعلامة .

---

١) راجع الكافي ٣/ ٢٩١ ، التهذيب ٢/ ١٧١ ، سنن ابن ماجة ١/ ٢٢٧ .

٢) المبسوط ١/ ١٢٦ ، السرائر: ٥٨ .

وتترتب الفوائت كالحواضر، وفي الفائتة على الحاضرة ، وفي وجوب ترتيب الفوائت على الحاضرة تردد ، أشبهه الاستحباب .

ولوقدم الحاضرة مع سعة وقتها ذاكراً أعاد ، ولايعيد لوسها .

ويعدل عن الحاضرة الى الفائتة لو ذكر بعد التلبس .

ولوتلبس بنافلة ثم ذكرفريضة أبطلها ، واستأنف الفريضة .

وجعل المصنف هنا الاول أحوط ، وهو اختيار الشهيد في دروسه .

قوله: ويترتب الفوائت والحواضر والفائتة على الحاضرة وفي وجوب ترتيب الفوائت على الحاضرة تردد أشبهه الاستحباب

هنا مسألتان :

(الاولى) ان الحواضر يجب ترتيبها اجماعاً كما هومشهور، وكذا الفوائت بعضها على بعض باجماع أصحابنا ، وبه قال احمد وابوحنيفة ، وقال الشافعي لايجب قياساً على قضاء صوم رمضان .

دليلناقوله عليه السلام : من فاتته صلاة فليقضها كما فاتته . ولاكلام في أنها فاتت مرتبة فليقضها كذلك عملا بالحديث .

(الثانية) في ترتب ما فات على الحاضر أقوال :

« ١ » يجب مطلقاً ، وهو قول الثلاثة وأتباعهم وابن ادريس .

« ٢ » يجب ترتب الفائتة الواحدة لاغير، فلوكان اكثرلم يجب ، وهوقول المصنف سواء كان ليوم أولاكثر .

« ٣ » يجب ترتب فائت اليوم واحدة كانت أوأكثر، كمالوكان عليه صبح وظهر وعصرجمع أوواحدة منها لاتصح له صلاة المغرب حتى يقضي ما تقدم قاله العلامة .

ويقضى مافات سفراً قصراً ، ولو كان حاضراً ، ومافات حضراً تماماً ، ولو كان مسافراً ، ويقضى المرتد زمان ردته .

« ٤ » لا يجب الترتب مطلقاً، وهو قول ابن بابويه. ولكل من هذه الاقوال حجة هي بالمطولات أشبه .

ومنشأ تردد المصنف من قوله عليه السلام : من فاتته صلاة فوقتها حين يذكرها[١] . وقوله عليه السلام : من نام عن صلاة أونسيها فليقضها اذا ذكرها فذلك وقتها[٢] .

ووجه دلالتها تقييد وقت الفائتة بحين الذكر فيكون مضيقاً والمضيق مقدم على الموسع ، ومن احتمال أن يكون حين الذكر تعلق الوجوب بالذمة أعم من أن يكون على الفور أو التراخي، والعام لادلالة له على الخاص. وأيضاً التضيق حرج وعسر فيكون منفياً .

ثم انه رحمه الله بعد ذلك جمع بين الادلة باستحباب تقديم الفوائت ، للتفصي من الخلاف والجمع بين الاخبار .

ويمكن أن يقال : الحق أنه عند أمارة الموت تجب المبادرة بالقضاء مطلقاً ومع عدمها ان كان ذا عذر لم يتأكد في حقه استحباب التقديم ، وان لم يكن ذا عذر تأكد استحباب التقديم ، لاطلاق قوله تعالى « وسارعوا الى مغفرة من ربكم »[٣] أي الى ما هو سبب لها .

قوله : ويقضى ما فات سفراً قصراً

قال بعض الجمهور : الذي يفوت في السفر ان قضى في السفر تخير بين

---

١) انظر سنن ابن ماجة ١/٢٢٧ ، والوسائل ٥/٣٤٨ .

٢) التهذيب ٢/١٧١ ، الكافي ٣/٢٩١ ، سنن ابن ماجة ١/٢٢٧ .

٣) سورة آل عمران : ١٣٣ .

ومن فاتته فريضة من يوم ولا يعلمها ، صلى اثنين وثلاثاً وأربعاً .

ولو فاتته ما لم يحصه ، قضى حتى يغلب الوفاء .

ويستحب قضاء النوافل المؤقتة ، ولو فاتته بمرض لم يتأكد القضاء.

ويستحب الصدقة عن كل ركعتين بمد ، فان لم يتمكن ، فعن كل يوم بمد .

(الثالث) في الجماعة والنظر في أطراف :

الاول : الجماعة مستحبة في الفرائض ، متأكدة في الخمس .

ولا تجب الا في الجمعة والعيدين ، مع الشرائط ، ولا تجمع في نافلة عدا ما استثنى .

الاتمام والقصر ، لان عندهم ان التقصير رخصة لا عزيمة ، وان قضى في الحضر قضى تماماً ، وحالات الرخصة يقتصر بها على محلها .

ويدل على قولنا قوله عليه السلام : فليقضها كما فاتته[1] . فيدل على وجوب القصر قوله : من فاتته فريضة من يوم لا يعلمها صلى اثنين وثلاثاً وأربعاً .

هذا قول اكثر الاصحاب ، لان معه تحصل البراءة فلا تكليف بالزائد .

وقال التقي يصلي خمساً ، وهو أحد قولي الشيخ ، لوجوب تعيين الفريضة في النية .

وأجيب : بأنه سقط ، لعدم العلم به مع أصالة البراءة من الزائد .

قوله : ولاتجمع في نافلة عدا ما استثنى

أما الاول فلنقل الاصحاب أنه صلى الله عليه وآله وسلم قال : لا جماعة

---

١) الوسائل ٥ / ٣٥٩ .

ويدرك المأموم الركعة بادراك الركوع ، وبادراكه راكعاً على تردد .

وأقل ما تنعقد ، بالامام ومؤتم .

ولا تصح وبين الامام والمأموم ما يمنع المشاهدة ، وكذا بين الصفوف .

ويجوز في المرأة .

في نافلة [1] . وأما الثاني فلاجماعهم على جواز العيد المندوب والاستسقاء في جماعة [2] .

قوله: ويدرك المأموم الركعة بادراك الركوع وبادراكه راكعاً على تردد

أما الاول فبالاجماع ، وأما الثاني فقد تردد المصنف فيه ، ومنشأ تردده اختلاف الرواية ، وقد تقدم بيانه في الجمعة .

والتحقيق أن نقول : ان الركوع ان كان عبارة عن فعل الانحناء فقد فاته لانه أدركه بعد ويلزم من فواته فوات الركعة ، وان كان عبارة عن كون المصلي مستقراً على هيئة الانحناء على الوجه المأمور فقد أدرك .

ويتفرع عليه من شك في الركوع وهو قائم وانحنى مستدركاً فذكر قبل استقراره أنه كان ركع ، فانه يبطل على الاول دون الثاني . ولا شك أن عند المصنف أنه عبارة عن الاول ، فينبغي القول بعدم ادراك الركعة .

قوله : ولا يمنع المشاهدة

أي في جميع الاحوال ، فلو منع في بعضها لم يضر .

---

١) الوسائل ، الباب العاشر من ابواب نوافل شهر رمضان .

٢) راجع الوسائل ٥ / ٣٧٠ .

ولا يأتم بمن هو أعلى منه ، بما يعتد به كالابنية على رواية عمار. وتجوز لو كانا على أرض منحدرة ، ولو كان المأموم أعلى منه صح. ولا يتباعد المأموم بما يخرج عن العادة ، الا مع اتصال الصفوف.

قوله: ولا يأتم بمن هو أعلى منه بما يعتد به كالابنية على رواية عمار ١)

أما جواز كون المأموم أعلى فاجماع، وأما العكس فللشيخ قولان : « ١ » المنع في النهاية والمبسوط ، « ٢ » الكراهية في الخلاف . وهو مذهب ابى حنيفة وأحد قولي أحمد .

وقال ابن الجنيد : ان كان المأمومون أضراء جاز والا فلا . ووجه الفرق أن فرض البصراء الاقتداء بالنظر وفرض الاضراء بالسماع .

ويدل على التحريم مطلقاً قضية عمار ورواية عمار ، أما الاولى فقد روى الجمهور أن عمار بن ياسر صلى بالمدائن على دكان والناس أسفل منه ، فتقدم حذيفة فأنزله ، فلما فرغ قال له : ألم تسمع قول النبى صلى الله عليه وآله وسلم اذا أم الرجل القوم فلا يقوم في مقام أرفع من مقامهم. قال عمار: فلذلك اتبعتك وروي أن حذيفة أم فأنزله ابن مسعود .

وأما الثانية فمن طريق الاصحاب، وهو ما روى عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام قال : ان كان الامام على شبه الدكان أو على موضع أرفع من موضعهم لم يجز صلاتهم، ولو كان أرفع منهم بقدر اصبع الى شبر، أو كان أرضاً مبسوطة أو في موضع فيه ارتفاع وقام الامام في الموضع المرتفع الا أنهم في موضع منحدر فلا بأس[٢] وهذا الحكم شامل للبصراء والاضراء فلا وجه لتفصيل ابن الجنيد.

قوله : ولا يتباعد المأموم بما يخرج عن العادة

---

١) الكافى ٣/٣٨٦ .

٢) راجع الوسائل : ٥/٤٦٣ فيه باختلاف يسير .

وتكره القراءة خلف الامام فى الاخفاتيــة على الاشهر، وفى الجهرية لو سمع ولو همهمة ، ولو لم يسمع قرأ .

ويجب متابعة الامام، فلو رفع قبله ناسياً عاد، ولو كان عامداً استمر. ولا يقف قدامه ، ولابد من نية الاتمام .

ولو صلى اثنان وقال كل منهما :كنت مأموماً أعادا، ولوقال : كنت اماماً لم يعيدا .

ولا يشترط تساوى الفرضين .

قال التقي حد ذلك أن لا يتخطى ، ولم يجوز أن يكون بين الصفوف ما لا يتخطى ولا حائل من ماء أونهر ، والمشهور ما قاله المصنف .

قوله : وتكره القراءة خلف الامام فى الاخفاتية على الاشهر ، وفى الجهرية لوسمع ولوهمهمة

الصلاة اما اخفاتية أوجهرية ، فالاولى فيها قولان : «١» لاقراءة في الاولتين قاله المرتضى واستحبه في الاخيرتين أوالتسبيح . « ٢ » استحباب الحمد مطلقاً وهوقول الشيخ لرواية ابن سنان[١] وابى خديجة[٢] .

والثانية لها حالات :

(الاولى) أولاها اذاسمع ولوهمهمة أسقطهاالكل ، فبعض أوجب الانصات كابن حمزة والباقون سنوه، مع أن الظاهرمن كلام الشيخين تحريم القراءة في هذه الحالة .

(الثانية) أولاها مع عدم السماع، أباحها الشيخان والمرتضى وابوالصلاح

---

١) الوسائل ٥/٤٢٣ .

٢) الوسائل ٥/٤٢٦ .

ويقتدى المفترض بمثله وبالمتنفل ، والمتنفل بمثله وبالمفترض .

ويستحب أن يقف الواحد عن يمين الامام والجماعة خلفه .

ولا يتقدم العارى أمام العراة ، بل يجلس وسطهم بارزاً بركبتيه.

ولو أمت المرأة النساء وقفن معها صفاً .

ولو أمهن الرجل وقفن خلفه ولو كانت واحدة .

ودليل الحكمين رواية عبدالرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام: انما أمر بالجهر لينصت من خلفه ، فاذا سمعت فأنصت وان لم تسمع فاقرأ[1] فحمل الشيخان الامر هنا على الوجوب والمصنف حمله على الندب للاصل وجمعاً بينها وبين رواية ابن يقطين عن الكاظم عليه السلام[2] .

(الثالثة) اخيرتاها ، قال المرتضى وابو الصلاح: تستحب القراءة أو التسبيح وظاهر الشيخين استحباب قراءة الحمد، وأما سلار وابن ادريس فأسقطا القراءة في الكل لصحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام قال: كان امير المؤمنين عليه السلام يقول : من قرأ خلف امام يأتم به فمات بعث على غير الفطرة[3].

ثم ان سلار نص على استحباب الترك وروى القول بالتحريم ، وأما ابن ادريس فنفى القراءة ، والعلامة اختار ما قاله المصنف . ولا شك أن ما ذكره الشيخان في الكل أحوط .

قوله : ويقتدى المفترض بمثله وبالمتنفل ـ الى آخره

ضابط مايصح فيه الجماعة أن يكون فرضاً أو أصله فرضاً أو العيدين والاستسقاء

---

١) الوسائل ٥/٤٢٣ .

٢) الوسائل ٥/٤٢٥ .

٣) الوسائل ٥/٤٢٢ .

ويستحب أن يعيد المنفرد صلاته اذا وجد جماعة ، اماماً أو مأموماً ، وأن يخص بالصف الاول الفضلاء ، وأن يسبح المأموم حتى يركع الامام ان سبقه بالقراءة ، وأن يكون القيام الى الصلاة اذا قيل « قد قامت الصلاة » .

ويكره أن يقف المأموم وحده الا مع العذر ، وأن يصلى نافلة بعد الاقامة .

(الطرف الثانى) : يعتبر فى الامام العقل ، والايمان ، والعدالة وطهارة المولد ، والبلوغ على الاظهر.

ولايؤم القاعد القائم ، ولا الامى القارىء ، ولا المئوف اللسان بالسليم ،

والغدير على قول .

قوله : والبلوغ على الاظهر

جوزابن الجنيد امامة غيرالبالغ اذا كان سلطاناً مستخلفاً بخلاف غيره ، وقال الشيخ في النهاية والتهذيب لايجوز مطلقاً ، وقال في المبسوط والخلاف والمرتضى في الجمل يجوز اذا كان مراهقاً مميزاً .

والحق ما قاله المصنف والعلامة ، لاشتراط العدالة التي لا تحصل الا في حالة البلوغ ، ولعلمه بعدم المؤاخذة فجاز اخلاله بشرط من شروط الصلاة فتبطل صلاته ، ولقول الباقرعليه السلام : لابأس أن يؤذن الغلام قبل أن يحتلم ولا يؤم حتى يحتلم[1] .

---

١) راجع الوسائل ٥/٣٩٧ و٤/٦٦١ .

ولا المرأة ذكراً ، ولا خنثى .

وصاحب المسجد والمنزل والامارة أولى من غيره ، وكذا الهاشمي .

واذا تشاح الائمة ، قدم من يختاره المأموم .

ولو اختلفوا قدم الاقرأ ، فالافقه ، فالاقدم هجرة ، فالالسن ، فالاصبح وجهاً .

ويستحب للامام أن يسمع من خلفه الشهادتين .

ولو أحدث قدم من ينوبه ، ولو مات أو أغمى عليه قدموا من يتم بهم .

ويكره أن يأتم الحاضر بالمسافر ، والمتطهر بالمتيمم ، وأن يستناب المسبوق ، وأن يؤم الاجذم ، والابرص والمحدود بعد توبته

وقول ابن الجنيد ضعيف ، لانه ان أراد صاحب الامامة العظمى صح ، فان الفرق ظاهر بينه وبين غيره ، فان العصمة حاصلة له من أول عمره ، فلا يدخل في جملة الصبيان حتى يدخل في التقسيم ، وان أراد غيره فهو باطل لما قلناه .

قوله : ولا المرأة ذكراً ولا خنثى

هنا ضابط : كل من تمكن أن يكون امرأة لا يجوز أن يأم من يكون رجلا .

قوله : واذا تشاح الائمة ـ الى آخره

هنا فوائد :

(الاولى) قدم المرتضى الاسن على الافقه ، لرواية ابى عبيدة عن الصادق

والاغلف، ومن يكرهه المأمومون، والاعرابى المهاجرين.

(الطرف الثالث) فى الاحكام ومسائله تسع:

(الاولى) لوعلم فسق الامام أو كفره أوحدثه بعدالصلاة لم يعد

عليه السلام عنه صلى الله عليه وآله وسلم[1]. وقال الشيخان بالعكس، وهو أولى، لان العلم بالفقه أهم والرواية متروكة.

(الثانية) منع الشيخ في النهاية أن يأم العبد غيرمواليه، لرواية السكوني عن علي عليه السلام[2]، وجوز فى الخلاف والمبسوط لرواية العلا ومحمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام[3].

(الثالثة) منع الشيخ امامة الاعرابى بالمهاجر، وهومحمول على من يجهل محاسن الاسلام أوترك الهجرة مع وجوبها، والا فهومكروه لان المهاجرأفضل

(الرابعة) منع السيد والشيخ امامة الاجذم والابرص. والوجه جوازه، للاصل ورواية ثعلبة بن ميمون عن الصادق عليه السلام[4].

(الخامسة) منع ابن ادريس امامة المسافر في مختلف عدد الركعات، والحق جوازه.

(السادسة) المحدود بعد توبته يكره امامته، لانه وان زال فسقه لكن لم يزل نقصه.

قوله: والاغلف

منع التقي امامة الاغلف بالمطهر، وجوزه بمثله. والحق التفصيل، وهو

---

١) الوسائل ٥/٤١٩.

٢) التهذيب ٣/٢٩، الوسائل ٥/٤٠١.

٣) التهذيب ٣/٢٩، الاول يروى عن احدهما عليهما السلام والثانى عنه عليه السلام.

٤) الوسائل ٥/٣٩٩.

ولو كان عالماً أعاد .

(الثانية) اذا خاف فوت الركوع عند دخوله فركع جاز أن يمشي راكعاً ليلحق .

(الثالثة) اذا كان الامام في محراب داخل ، لم تصح صلاة من الى جانبيه في الصف الاول .

(الرابعة) اذا شرع في نافلة فأحرم الامام قطعها ان خشي الفوات.

ولو كان في فريضة ، نقل نيته الى النفل وأتم ركعتين استحباباً .

ولو كان امام الاصل ، قطعها واستأنف معه .

ولو كان ممن لا يقتدى به ، استمر على حالته .

(الخامسة) مايدركه المأموم يكون أول صلاته ، فاذا سلم الامام أتم هو ما بقي .

(السادسة) اذا أدركه بعد انقضاء الركوع ، كبر وسجد معه .

أنه اما صبي أو بالغ ، والاول لاتجوز امامته مطلقاً لما تقدم ، والثاني اما أن يكون متمكناً من الاختتان مفرطاً فيه فذاك فاسق لا تجوز امامته ، أو غير متمكن فاما أن يكون متمكناً من كشف الغلفة ويطهر ما تحتها ولم يفعل فذاك أيضاً لا تجوز امامته ، والاجاز لمثله على كراهية .

قوله : جاز أن يمشي راكعاً ليلحق

بشرطين : « ١ » أن لايفعل فعلا كثيراً خارجاً عن العادة ، « ٢ » أن يكون ذلك الموضع الذي ركع فيه لووقف فيه صحت صلاته .

قوله : اذا ادركه بعد انقضاء الركوع ـ الى آخره

فاذا سلم الامام، استقبل هو، وكذا لو أدركه بعد السجود.

(السابعة) يجوز أن يسلم قبل الامام، مع العذر، او نية الانفراد.

(الثامنة) النساء يقفن من وراء الرجال. فلو جاء رجال، تأخرن وجوباً، اذا لم يكن لهم موقف أمامهن.

(التاسعة) اذا استنيب المسبوق فانتهت صلاة المأمومين أو مأ اليهم ليسلموا ثم يتم ما بقى.

خاتمة

يستحب أن تكون المساجد مكشوفة، والميضات على ابوابها والمنارة مع حائطها، وأن يقدم الداخل يمينه، ويخرج بيساره ويتعاهد نعله، ويدعو داخلا وخارجاً، وكنسها، والاسراج فيها واعادة ما استهدم.

ويجوز نقض المستهدم خاصة، واستعمال آلته في غيره من المساجد.

ويحرم زخرفتها، ونقشها بالصور، وأن يؤخذ منها الى غيرها من طريق اوملك، ويعاد لو اخذ، وادخال النجاسة اليها، وغسلها فيها، واخراج الحصى منها، ويعاد لو اخرج.

وتكره تعليتها، وان تشرفت، وأن تجعل محاريبها داخلة، او تجعل طريقاً.

وتكره فيها البيع والشراء، وتمكين المجانين، وانفاذ الاحكام

وتعريف الضوال ، واقامة الحدود ، وانشاد الشعر ، وعمل الصنائع والنوم ، ودخولها وفي الفم رائحة الثوم او البصل ، وكشف العورة والبصاق ، فان فعله ستره بالتراب .

(الرابع) في صلاة الخوف :

وهي مقصورة سفراً وحضراً جماعة وفرادى .

واذا صليت جماعة والعدو في خلاف القبلة ولا يؤمن هجومه وامكن أن يقاومه بعض ، ويصلي مع الامام الباقون ،

قد بينا أنه اذا لحق الامام راكعاً أدرك الركعة ، بقي هنا لو جاء بعد رفع الامام ، فاما أن يكون قبل السجود أوبعده ، وعلى التقديرين يكبر ويتابعه لادراك الفضيلة على الاقوى ، والا لانتفت فائدة الامر . ثم بعد ذلك ان كان قد سجد معه استقبل صلاته ـ أي استأنفها ـ لزيادته فعلا في غير محله ، وان لم يكن سجد قام وبنى على تكبيرة الاول وأتم صلاته .

وهذا الحكم عام في كل ركعة الاخيرة وغيرها ، وعبارة المصنف تدل على أنه لا فرق بين الحكمين ، أي بين سجوده معه وعدمه . وفيه نظر ، والتحقيق ما قلناه .

قوله : وهي مقصورة سفراً وحضراً جماعة وفرادى

هنا أقوال :

« ١ » نقل في المبسوط[1] عن بعض أصحابنا أنه لاقصر في هذه الا في السفر

---

١) المبسوط ١ / ١٦٣ ، قال فيه : واختلف اصحابنا ، فظاهر أخبارهم تدل على انها يقصر مسافراً كان أوحاضراً ، ومنهم من قال : لا يقصر الا بشرط السفر .

جاز أن يصلوا بصلاة ذات الرقاع .

وفي كيفيتها : روايتان ، اشهرهما رواية الحلبى عن ابى عبدالله عليه السلام : قال يصلى الامام بالاولى ركعة ويقوم فى الثانية حتى

« ٢ » قال في المبسوط[1] انها تقصر جماعة لا فرادى ، وأطلق .

« ٣ » قول ابن الجنيد ، وهو كما قاله المصنف واختاره العلامة ، وهو المشهور وعليه الفتوى . دليله قوله تعالى « واذا ضربتم في الارض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة ان خفتم »[2] الاية .

ووجه الاستدلال أنه علق التقصير على وصفين السفر والخوف ، فاما أن يكون كل واحد منهما سبباً مستقلا أولا ، والثاني اما أن يكون المجموع هو السبب أو أحدهما بشرط الاخر . والكل باطل عدا الاول ، أما الملازمة فظاهرة ، وأما بطلان الثاني فلانه يستلزم اشتراط التقصير في السفر بالخوف وهو باطل اجماعاً ، وأما بطلان الثالث فلاستلزامه الترجيح من غير مرجح .

وتؤيده رواية زرارة عن الباقر عليه السلام قال: قلت صلاة الخوف وصلاة السفر تقصران ؟ قال : نعم ، وصلاة الخوف أحق أن تقصر من صلاة السفر الذي لاخوف فيه[3] .

قوله : جاز أن يصلوا صلاة ذات الرقاع ـ الى آخره

في هذه المسألة فوائد :

---

١) المبسوط ١/١٦٥ ، قال فيه : هذا الترتيب كله اذا أرادوا ان يصلوا جماعة ، فأما اذا انفرد كل واحد منهم وصلى منفرداً كانت صلاته ماضية ويبطل حكم القصر الا فى السفر .

٢) سورة النساء : ١٠١ .

٣) الفقيه ١/٢٩٤ ، التهذيب ٣/٣٠٢ ، وبينهما اختلاف يسير.

يتم من خلفه ، ثـم تأتى الاخرى ، فيصلى بهم ركعة ثم يجلس ، ويطيل حتى يتم من خلفه ثم يسلم بهم .

وفى المغرب يصلى بالاولى ركعة ، ويقف بالثانية حتى يتموا ثم تأتى الاخرى فيصلى بهم ركعتين ، ثم يجلس عقيب الثالثة حتى يتم من خلفه ، ثم يسلم بهم .

(الاولى) شرائط هذه الصلاة أربعة : « ١ » كون العدو في غير جهة القبلة ، « ٢ » أن يكون في العدو قوة يخاف هجومه بغتة ، «٣» أن يكون في المسلمين كثرة يمكنهم أن يفترقوا فرقتين يقاوم كل فرقة العدو ، وهـل المراد بالمقاومة هنا الشرعية وهو ثبات الواحد للاثنين أو العقلية وهو من فيه منعة [1] ؟ الاقوى الثاني ، « ٤ » أن لا يحتاجوا الى اكثر من فرقتين .

(الثانية) في كيفية هذه الصلاة ، قال المصنف فيه روايتان ، وظاهر عبارته أن الروايتين في مطلق الصلاة .

قال بعض الشارحين : وليس كذلك ، بل في المغرب خاصة : « ١ » رواية الحلبى كما ذكره[2] ، « ٢ » رواية فضل ومحمد بن مسلم وزرارة يصلى بالاولى ركعتين وبالثانية ركعة .

والحق أن يراد في مطلق الصلاة روايتان : « ١ » رواية الحلبى كما ذكره

---

١) المنعة بفتح الميم والنـون وسكونها وكسر الميم مع سكونها ، يقال : هم قوم منعة أى ذوقوة تمنع من يريدهم بسوء . وقيل : هى بفتح الميم والنون جمع مانع مثل كافر وكفرة وفاسق وفسقه .

٢) الكافى ٣/ ٤٥٥ ، التهذيب ٣/ ١٧١ ، الوسائل ٥/ ٤٨٠ : وكذا رواية فضل ومحمد بن مسلم وزرارة فى الوسائل ، الباب ٢ من أبواب آداب صلاة الخوف .

« ٢ » ما نقله الصدوق عن محمد بن الحسن قال: رويت عن الصادق عليه السلام وقد سئل عن الاية « واذا ضربتم في الارض » الى آخرها ، قال : هذا تقصير ثان وهو أن يرد الرجل الركعتين الى ركعة [١] . وقد رواه حريز عن الصادق عليه السلام أيضاً في الصحيح [١] .

وافتى به ابن الجنيد، وهو وقول نادر مرجوح بما هو أشهر منه عملا ونقلا كما قلناه من رواية الحلبي ورواية عبدالرحمن بن ابي عبدالله عن الصادق عليه السلام [٢]

(الثالثة) تخالف هذه الصلاة غيرها في أمور : «١» وجوب انفراد المؤتم ولذلك يلحقهم حكم السهو بعد المفارقة، «٢» انتظار الامام اتمام المؤتم، « ٣ » ايتمام القائم بالقاعد .

(الرابعة) قيل الافضل في المغرب الرواية الاولى [٣] وهو فعل علي عليه السلام ليلة الهرير ، ووجه أفضليته التأسي بـه عليه السلام ولفوز الفرقة الثانية بالقراءة المتعينة وبما يوازي فضيلة تكبيرة الاحرام والتقدم، وذلك يحصل بادراك الركعتين واختاره العلامة في التذكرة .

وبعض العامة رجح الثاني واختاره في القواعد ، لئلا تكلف الثانية زيادة جلوس في التشهد ، وهي مبنية على التخفيف . قال الشهيد : هذا الجلوس لابد منه ومن استدعائه زماناً ، فلا يحصل التخفيف بايثار الاولى به .

(الخامسة) في تسمية هذا المكان بذات الرقاع وجوه :

الاول : ان القتال كان في سفح جبل فيه جدد حمر وصفر كالرقاع .

الثاني : قيل كانوا حفاة فشدوا على أرجلهم الجلود والخرق لئلا تحترق .

---

١) الفقيه ١ / ٢٩٥ .

٢) الكافي ٣ / ٤٥٦ .

٣) أي رواية الحلبي .

وهل يجب أخذ السلاح ؟ فيه تردد ، أشبهه : الوجوب ، ما لم يمنع أحد واجبات الفرض .

وهنا مسائل :

(الاولى) اذا انتهى الحال الى المسايفة والمعانقة ، فالصلاة بحسب الامكان واقفاً أوماشياً أوراكباً ، ويسجد على قربوس سرجه والا موميأ .

ويستقبل القبلة ما أمكن والا بتكبيرة الاحرام .

ولو لم يتمكن من الايماء اقتصر على تكبيرتين عن الثنائية وثلاثة عن الثلاثية .

الثالث: قال صاحب المعجم: سميت برقاع كانت في ألويتهم، وقيل الرقاع اسم شجرة في موضع الغزاة . قال : وفسرها مسلم في صحيحه بأن الصحابة تعبت[1] أرجلهم من المشي فلفوا عليها الخرق، وهي على ثلاثة أميال من المدينة عند بئر أرما[2]. وقال : وبين الهجرة وهذه الغزاة أربع سنين وثمانية أيام .

قوله : وهل يجب أخذ السلاح ، فيه تردد أشبهه الوجوب

ينشأ من قوله تعالى «وليأخذوا اسلحتهم»[3]، وبه قال في المبسوط والخلاف

---

١) في المعجم : لان اقدامهم نقبت من المشي فلفوا عليها الخرق .

٢) في المعجم : بئر أرما بفتح الهمزة من أرما وسكون الراء وميم والف مقصورة بئر على ثلاثة أميال من المدينة عندها كانت غزاة ذات الرقاع .

أقول : وكانت بعد هذه الغزوة بشهرين غزوة دومة الجندل وفي غزوة ذات الرقاع صلى النبي «ص» صلاة الخوف .

٣) سورة النساء : ١٠٣ .

ويقــول في كل واحدة « سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله أكبر » فانه يجزىء عن الركوع والسجود .

(الثانية) كل أسباب الخـوف يجوز معها القصر والانتقال الى الايماء مع الضيق ، والاقتصار على التسبيح ان خشى مع الايماء ولو كان الخوف من لص أو سبع .

(الثالثة) الموتحل والغريق يصليان بحسب الامكان ايماء ولا يقصر أحدهما عدد صلاته الا في سفر أو خوف .

(الخامس) في صلاة المسافر ، والنظر فى الشروط والقصر .

أما الشروط فخمسة :

(الاول) المسافة ، وهى أربعة وعشرون ميلا .

والميل أربعة آلاف ذراع ، تعويلا على المشهور بين الناس أو قدر مد البصر من الارض ، تعويلا على الوضع .

ومن أصالة البراءة واحتمال أن يكون الامر للاستظهار في التحفظ ، فيكون للارشاد كما في قوله « وأشهدوا اذا تبايعتم »[1] .

والاول أولى ، لان ظاهر الامر الوجوب كما تقرر في الاصول .

قوله : الاول المسافة

لاصحابنا في تقدير المسافة روايات :

(الاولى) رواية ابى ايوب عن الصادق عليه السلام بريدان أوبياض يوم[2].

---

١) سورة البقرة : ٢٨٢ .

٢) التهذيب ٣/ ٢١٠ ، الوسائل ٥/ ٤٩٢ .

ولو كانت اربع فراسخ وأراد الرجوع ليومه قصر.

ولابد من كون المسافة مقصودة .

فلو قصد مادونها ثم قصد مثل ذلك أولم يكن له قصد فلا قصر ولو تمادى في السفر.

(الثانية) رواية علي بن يقطين عن الكاظم عليه السلام مسيريوم[1] .

(الثالثة)رواية سماعة ثمانية فراسخ[2]. وهذه هي المشهورة، حملا للمجمل على المبين .

والفرسخ حده أهل اللغة والشرع بثلاثة أميال ، واختلف في الميل اللغة والعرف : أماالغة فذكرصاحب الصحاح أنه قدر مدالبصر من الارض المستوية عن ابن السكيت ، وأما العرف فأربعةآلاف ذراع ، والذراع أربعة وعشرون اصبعاً ،كل اصبع سبع شعيرات ، وقيل ست شعيرات ،كل شعيرة سبع شعرات من شعر البرذون .

والمصنف ذكرالتقديرين معاً ، وقدم العرفي على اللغوي لتقدمه عليه عند التعارض كما تقررفي الاصول .

قوله : ولوكانت اربعة فراسخ واراد الرجوع ليومه ـ الى آخره

مذهب أكثرالاصحاب أنه اذا قصد أربعة فراسخ فصاعداً وأراد الرجوع ليومه أوفي ليلته فانه يقصرمع اتصال السفرولوقطعه بالمبيت انقطع الترخص لحصول الراحة . وقال الشيخ في التهذيب : يتخيرفي القصر .

والاول أقوى ، لقول الصادق عليه السلام : بريد ذاهباً وبريد جائياً ، لما

---

١) التهذيب ٣/٢٠٩ .

٢) التهذيب ٣/٢٠٧ .

ولو قصد مسافة فتجاوز سماع الاذان ثم توقع رفقة قصر ما بينه وبين شهر ، ما لم ينو الاقامة ، ولو كان دون ذلك أتم .

(والثاني) ألا يقطع السفر بعزم الاقامة .

فلو عزم مسافة وله في أثنائها منزل قد استوطنه ستة أشهر ، أو

سأله معاوية بن وهب عن أدنى ما تقصر فيه الصلاة[1] .

وأما اذا لم يرد الرجوع ليومه ، فقال المفيد وابن بابويه يتخير في صلاته وصومه ، والشيخ في النهاية يتخير في صلاته خاصة ، وقال المرتضى يتحتم التمام مطلقاً . وهو أقوى ، لان الشرط قصد المسافة أو الاربعة بشرط الرجوع ، والمشروط عدم عند عدم شرطه .

قوله : ولو قصد مسافة فتجاوز سماع الاذان ثم توقع رفقة

اذا خرج من بلده ثم نزل منزلا يتوقع فيه الرفقة فاما أن يكون ذلك المنزل على رأس مسافة أولا ، والثاني اما أن يكون قد تجاوز الى حد التقصير من خفاء الجدران والاذان أولا ، وعلى التقديرين الاولين اما أن ينوي الاقامة هناك أولا ، والثاني اما أن يكون جازماً بالسفر وان لم تحصل الرفقة أولا .

فهنا أقسام : «١» أن يكون موضع التوقع على رأس مسافة ولم ينو الاقامة فيقصر قطعاً ، « ٢ » أن يقصر عن المسافة ويخفى الجدار وهو جازم بالسفر بدونها ولم ينو الاقامة كذلك ، « ٣ » الصورة أيضاً بحالها لو نوى الاقامة « ٤ » الصورة بحالها وهو غير جازم بالسفر ، «٥» الصورة أيضاً بحالها ولم يخف الجدار فهذه الصور الثلاث لا يقصر فيها .

قوله : وله في أثنائها منزل قد استوطنه ستة أشهر

---

١) التهذيب ٣ / ٢٠٨ .

عزم في أثنائها اقامة عشرة ايام ، أتم .

ولــو قصد مسافة فصاعداً وله على رأسها منــزل قد استوطنه القدر المذكور ، قصر في طريقه وأتم في منزله .

واذا قصر ثم نوى الاقامة لم يعد ، ولو كان في الصلاة أتم .

(الثالث) أن يكون السفر مباحاً .

فلا يترخص العاصي ، كالمتبع للجائر ، واللاهي بصيده .

ويقصر لو كان الصيد للحاجة .

اشترط التقي والشيخ واتباعه استيطان المنزل، واختاره المصنف، والضمير في « استوطنه » عائد اليــه . وخالف العلامة في ذلك واكتفى باستيطان البلد ولو لم يكن الملك صالحاً للسكنى كالنخلة والبئر بعد أن يكون غير منتقل عادة .

ورواية ابن بزيع عن الرضا عليه السلام[1] تدل على قول الاولين ، ورواية علي بن يقطين عن الكاظم عليه السلام[2] ظاهرة في قول العلامة ، وأمــا رواية عمار بن موسى في الموثق عن الصادق عليه السلام[3] فصريحة بقول العلامة ، لقوله فيها « ولو لم يكن [له] الا نخلة واحدة » .

وهذا أجود، لان المناسب لحكم الاتمام هو الاستيطان ووجود الملك، فكأنه في دار اقامته . وقيد كونه في الملك لا مدخل له .

ورواية ابن بزيع بناء على الغالب ، مع أن الاستيطان في الملك يستلزمه في

---

١) التهذيب ٣/٢١٣ .

٢) التهذيب ٣/٢١٢ .

٣) التهذيب ٣/٢١١ ، الوسائل ٥/٥٢١ .

ولو كان للتجارة قيل : يقصر صومه ويتم صلاته .

(الرابع) ألا يكون سفره أكثر من حضره ، كالراعي ، والمكاري والملاح ، والتاجر ، والامير ، والرائد ، والبريد ، والبدوي .

وضابطه : ألا يقيم في بلده عشرة ، ولو أقام في بلده أو غير بلده ذلك قصر.

وقيل : هذا يختص المكاري ، فيدخل فيه الملاح والاجير .

البلد . وايراد بعض أفراد العام لايخصص ، لما تقرر في الاصول في شاة ميمونة .

قوله : ولو كان للتجارة قيل يقصر صومه ويتم صلاته

القائل الشيخان وأتباعهما ، وقال ابن ادريس خرجت هذه المسألة عن الحكم للاجماع عليها . وأطلق المرتضى والحسن وسلار التقصير مع اباحة السفر ولم يفصلوا ، واختاره العلامة والمصنف ، لقول الصادق عليه السلام في خبر طويل عن معاوية بن وهب : اذا قصرت أفطرت واذا أفطرت قصرت[1] .

ولانه سفر مباح لانتفاء وجوه القبح لانه الفرض ، وكل سفر مباح يجب فيه التقصير مطلقاً ، لان مناط الترخص فيهما واحد ، وهو قصد المسافة مع الاباحة ، وهو ثابت باتفاق المانع ، فيجب القصر وهو المطلوب .

هذا كله اذا كان للتجارة ، وأما اذا كان للحاجة فلا خلاف في اباحته مطلقاً واذا كان للهو فلا كلام في منعه مطلقاً .

قوله: وضابطه ألا يقيم في بلده عشرة . الى قوله : وقيل هذا يختص بالمكاري

الضابط المذكور قول الشيخ في النهاية ، وقال المرتضى ضابطه كون سفره

---

١) التهذيب ٣ / ٢٢٠ ، الفقيه ١ / ٢٨٠ ، الوسائل ٥ / ٥٢٨ .

أكثر من حضره .

أورد عليه المصنف اشكالا ، وهو : أنه يلزمه لوأقام عشرة في بلده وسافر عشرين أن يتم صلاته ، لان سفره أكثر من حضره ولم يقل به أحد ، فلذلك عدل الى قول الشيخ ثم حكى قولا ان ذلك مختص بالمكاري، ولم نسمع من الشيوخ قائله ، ولكن قال بعض الفضلاء كأنه هو نفسه القائل . وقال الشهيد انه احتمال عنده ، لكنه موجود في رواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام[1] .

وهنا فائدتان :

(الاولى) روى محمد بن مسلم صحيحاً عن أحدهما عليهما السلام قال: المكاري والملاح اذا جدبهما السفر فليقصروا[2] . ومثله روى المفضل بن عبدالملك موثقاً عن الصادق عليه السلام[2] .

قال الشيخ والكليني المراد به من يجعل المنزلين منزلا واحداً فليقصر في الطريق ويتم في المنزل ، لما دلت عليه رواية عمران بن محمد بن عمران الاشعري عن بعض أصحابنا رفعه الى الصادق عليه السلام[3] .

(الثانية) قال ابن ادريس : لا تكفي السفرة الواحدة في صدق الاسم وان لم يقم عشرة ، بل لابد من التكرار حتى يصدق عليه ذلك عرفاً ، وأقله ثلاث مرات . لكنه أفسد ذلك بقوله : أما صاحب[4] الصنعة من المكاريين والملاحين ومن يدور في تجاورته وفي امارته فلايجري مجرى من لاصنعة له ممن سفره أكثر

---

١) الوسائل ٥/٥١٩ ، الفقيه ١/٢٨١ ، التهذيب ٣/٢١٦ .

٢) الوسائل ٥/٥١٩ ، التهذيب ٣/٢١٥ ، الكافى ٣/٤٣٧ .

٣) التهذيب ٣/٢١٥ .

٤) السرائر: ٧٦ ، قال فيه : فأما صاحب الصنعة من المكارين والملاحين ومن يدور فى تجارته من سوق الى سوق ومن يدور فى امارته يجرون مجرى من لا صنعة له ممن سفره اكثر من حضره . الى آخر ما قال .

ولو أقام خمسة قيـل : يقصر صلاته نهاراً ويتم ليلا ، ويصوم شهر رمضان على رواية .

(الخامس) أن تتوارى جدران البلد الذى يخرج منه ، أو يخفى أذانه فيقصر في صلاته وصومه. وكذا فى العود من السفر على الاشهر.

من حضره ، ولا يعتبر فيهم ما اعتبر من الدفعات ، بل يجب عليهم التمام بنفس خروجهم الى السفر ، لان صنعتهم تقوم مقام من لا صنعة له ممن سفره اكثر من حضره . وهذا غلط [وتناقض] .

قوله: ولو أقام خمسة قيل يقصر صلاته نهاراً ويتم ليلا ويصوم شهر رمضان على رواية

القائل هو الشيخ في النهاية والمبسوط، واختاره القاضي وابن حمزة والرواية المشار اليها رواها عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام[1] .

وقال العلامة : لا فرق بين الحكمين في الصلاة والصوم كما تقدم . وهو الاقوى .

قوله : كذا فى العود على الاشهر

يشير الى قول علي بن بابويه : فانه لم يشترط خفاء شيء من الجدار ولا الاذان . والاولى أنه لابد من خفائهما معاً، لرواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام[2] الدالة على اعتبار خفاء الجدار ، ورواية ابن سنان[3] على اعتبار خفاء الاذان ، وبه قال المرتضى والشيخ في الخلاف ، واكتفى في المبسوط

---

١) الفقيه ١/ ٢٨١ ، الوسائل ٥/ ٥١٩ .

٢) الوسائل ٥/ ٥٠٥ ، الكافى ٣/ ٤٣٤ .

٣) الوسائل ٥/ ٥٠٦ .

وأما القصر فهو عزيمة ، الا في أحد المواطن الاربعة : مكة ، والمدينة ، وجامع الكوفة ، والحاير. فانه مخير في قصر الصلاة . والاتمام أفضل .

وقيل : من قصد أربع فراسخ ولم يرد الرجوع ليومه تخير فى

بأحدهما ، وتبعه القاضي .

وكذا نقول فى العود لايزول عنه حكم القصر الا برؤية الجدار أوسماع الاذان ، والخلاف أيضاً مع علي بن بابويه .

قوله : وأما القصر فهو عزيمة الا فى أحد المواطن الاربعة

أما كونه عزيمة ـ أي واجباً ـ فباجماع الاصحاب، ومستنده الكتاب في قوله « واذا ضربتم » وقد تقدم وجه الاستدلال ، وفعل النبى صلى الله عليه وآله وسلم واتفاق علماء أهل البيت عليهم السلام .

وأما كونه الا في أحد المواطن الاربعة فهو قول اكثر الاصحاب ، وخالف ابو جعفر ابن بابويه . والاقوى قول الاصحاب ، لانها أماكن شريفة فناسب كثرة الطاعات فيها ، ولروايات كثيرة بذلك[1].

هذا في الصلاة ، وأما الصوم فقال الشهيد لم أقف فيه على نص ولا فتوى وقضية الاصل يعطي بقاء حكم الفطر ، وهو المطلوب .

ثم ان السيد وابن الجنيد جعلا مجموع المشاهد داخلة فـي هذا الحكم ، والفتوى على خلافه .

قوله : وقيل من قصد اربع فراسخ

---

١) راجع الوسائل ٥/٥٣٨ .

القصر والاتمام ، ولم يثبت .

ولو أتم المقصر عامداً أعاد ولو كان جاهلا لم يعد ، والناسى يعيد فى الوقت لا مع خروجه .

ولو دخل وقت الصلاة فسافر والوقت باق قصر على الاشهر .

وكذا لو دخل من سفره أتم مع بقاء الوقت .

ولو فاتت اعتبر حال الفوات ، لا حال الوجوب .

واذا نوى المسافـر الاقامة في غير بلده عشرة أيام أتم . ولو نوى دون ذلك قصر .

ولو تردد ، قصر ما بينه وبين ثلاثين يوماً . ثم أتم ، ولو صلاة .

ولو نوى الاقامة ثم بدا له ، قصر

قد تقدم الكلام فيه .

قوله : ولو دخل وقت الصلاة فسافر والوقت باق قصر على الاشهر ، وكذا لو دخل من سفره اتم مع بقاء الوقت

المصنف اعتبر حال الاداء في دخوله وخروجه ، وبه قال المفيد وعلي بن بابويه وابن ادريس والمرتضى . وقال ابن ابى عقيل والشيخ في النهاية ومحمد ابن بابويه ان أدرك الوقت حاضراً مقدار الطهارة والصلاة أتم والا قصر ، وقال الشيخ في الخلاف جاز له التقصير ويستحب الاتمام .

والعلامة اعتبر حال الوجوب في الخروج وحال الاداء في الدخول : أما الاول فلان السفر لايؤثر فيما وجب قبله وبدخول الوقت حاضراً وجبت الاربع فلو جاز القصر لزم تأثير السفر في ما وجب قبله ، وهو محال . وأما الثاني فلان

ما لم يصل على التمام ولو صلاة .

ويستحب أن يقول عقيب الصلاة « سبحان الله والحمدلله ولا اله الا الله والله اكبر » ثلاثين مرة ، جبراً .

ولو صلى المسافر خلف المقيم لم يتم ، واقتصرعلى فرضه ، وسلم منفرداً .

ويجمع المسافر بين الظهر والعصر ، وبين المغرب والعشاء .

ولوسافر بعد الزوال ولم يصل النوافل ، قضاها سفراً وحضراً .

شرط تأثير السفر في القصر بقاؤه الى وقت يصلح لابتداء الاداء ، لاستحالة تأثير الشيء حال عدمه، فاذا حضرفي الوقت وقد بقي مقدار الطهارة وأداء ركعة زال شرط القصر، فيزول المشروط ، ولوبقي وقت أقل من ركعة لم يبق وقت يصلح لابتداء الاداء فيجب القصر. والضابط عنده وعندولده ان من أدرك جزء من الوقت وهو في البلد وجب الاتمام .

ويتفرع على ذلك أنه لوصلى في السفينة وسارت ودخل البلد وهو يصلي قبل اتمام التقصير وجب الاتمام ، ولوصلى في السفينة وهي سائرة ثم قبل الاتمام خرجت عن مبدء التقصير وجب الاتمام عنده .

قوله : ما لم يصل على التمام

أي يكون قد صلى بعدنية الاقامة صلاة تقصير لا غيرها ، فالشرط حينئذ أمران: أن يكون قد صلى فرضاً يقصر، وان يكون بنية التمام . وعلى ذلك دلت رواية ابى ولاد عن الصادق عليه السلام[1].

---

١) الفقيه ١/ ٢٨٠ ، التهذيب ٣/ ٢٢١ ، الوسائل ٥/ ٥٣٢ .

فيتفرع حينئذ فروع :

(الاول) أنيكون قدشرع فيصوم فيحتمل كونه كالصلاة لترتبه على المقام فيكون عملامنهياً عن ابطاله ، ويحتمل العدم لعدم الصلاة التي هي شرط .

(الثاني) لوخرج الوقت ولم يصل عمداً أونسياناً فباعتبار ثبوتها في الذمة فيكون قد صلى ومن عدم الفعل .

(الثالث) لوصلىقبل الرجوع بنيةالقصرفأتم أربعاًسهواً وذكربعدالخروج فمن حيث اجزائها فهوقد صلى ومن عدم نية التمام فلم يصل .

(الرابع) لوصلى فرضاً تماماً ناسياً قبل نية الاقامة وخرج الوقت لميعتبر .

(الخامس) لورجعفيالاثناء فثالث الاقوال ان كان بعد ركوع الثالثة فكمن صلى والا فلا .ويقوى عندي فيالصوم أنه ان كان الرجوع بعد الزوال فكمن صلى وان كان قبله فلا .

كتاب الزكاة

وهى قسمان :

الاول : زكاة المال . وأركانها أربعة :

(الاول) من تجب عليه ، وهو كل بالغ عاقل حر مالك للنصاب متمكن من التصرف .

فالبلوغ يعتبر فى الذهب والفضة اجماعاً .

نعم لو اتجر من اليه النظر أخرجها استحباباً .

ولو ضمن الولى واتجر لنفسه كان الربح له ، ان كان ملياً ، وعليه الزكاة استحباباً .

وهي مصدر زكى يزكو أي طهر ونما ، ومنه قوله تعالى« ذلكم أزكى لكم وأطهر» [1] أي أنمى ، و « غلاماً زكياً » [2] أي طاهراً .

---

١) سورة البقرة : ٢٣٢ .

٢) سورة مريم : ١٩ .

وشرعاً عرفها المصنف في المعتبر بأنها اسم لحق يجب في المال يعتبرفي وجوبه النصاب .

قيل : ينتقض طرداً بخمس الكنز والغوص ، وعكساً بالمندوبة .

وقال السعيد : هي صدقة راجحة مقدرة بأصل الشرع ابتداءاً ، فبالصدقة يخرج الخمس ، وبالراجحة ليشمل الواجبة والمندوبة ، وبالمقدرة ليخرج بر الاخوان ونحوه، وبالاصالة تخرج المنذورة وشبهها ، وبالابتداء تخرج الكفارة وعرفها الشهيد بأنهاصدقة بنصاب بالاصالة . وتعريف السعيد أحسن وأسد.

قوله : ولولم يكن ملياً ولاولياً ـ الى آخره

الذي يتجرفي مال الطفل اما أن يكون ملياً ولياً أولايكون ولياً ولاملياً أويكون ولياً غيرملي أوبالعكس . وعلى التقادير الاربعة امـا ان يضمن ويتجرلنفسه أو للطفل ، فالاقسام حينئذ ثمانية :

(الاول) أن يكون ولياً ملياً ويتجرلنفسه، فيضمن مايتلف من المال والربح له والزكاة عليه .

(الثاني) المسألة بحالها ويتجر للطفل والربح للطفل والـزكاة المستحبة يخرجها من مال الطفل ولا ضمان عليه لوتلف المال .

(الثالث) أن يكون ولياً غيـر ملي ويتجر للطفل ، فلا ضمان عليه والزكاة المستحبة على الطفل والربح له .

(الرابع) أن يكون ولياً غيرملي ويتجر لنفسه ، فان اشترى بالعين فالربح للطفل ولازكاة هنا والمال مضمون ، وان اشترى في الذمة ونقدالمال فالربح له والزكاة المستحبة عليه والمال مضمون .

(الخامس) أن يكون ملياً غير ولي ويتجر للطفل ، فالربح للطفل ولازكاة

وفي وجوب الزكاة في غلات الطفل روايتـان ، أحوطهما : الوجوب .

وقيل : تجب في مواشيهم ، وليس بمعتمد .

والمال مضمون .

(السادس) المسألة بحالها ويتجر لنفسه فحكمه حكم الرابعة .

(السابع) أن لا يكـون أحدهمـا ويتجر للطفل ، فالربح للطفـل ولازكاة والمال مضمون .

(الثامن) المسألة بحالها ويتجر لنفسه ، فكحكم الرابعة والسادسة .

قوله: وفي وجوب الزكاة في غلات الطفل روايتان احوطهما الوجوب

رواية الوجوب عن زرارة ومحمد بن مسلم عن الباقر والصادق عليهما السلام[1] ورواية عدمه عن ابى بصير عن الصادق عليه السلام[2] ، وكذا رواية يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام : اذا وجبت عليهم الصلاة وجبت الزكاة[3].

وعمل بالاولى الشيخان ومن تبعهما ، وبالثانية المرتضى والحسن وسلار، واختاره العلامة . وهو الاقوى ، لان الزكاة تكليف ولا شيء مـن الصبى بأهل للتكليف ، والمقدمتان ظاهرتان ، ولعموم قولـه عليه السلام : رفع القلم عـن ثلاثة ـ الحديث . ولان الزكاة للتطهير عن الذنب ، لقوله « يطهرهم ويزكيهم بها » والصبى لاذنب له .

قوله : وقيل تجب في مواشيهم وليس بمعتمد

قال الشيخان وابن حمزة ، ولـم يوجد لهم دليل ناص على المطلوب ولا

---

١) التهذيب ٤/ ٢٩ ، الكافى ٣/ ٥٤١ .

٢) الكافى ٣/ ٥٤١ ، التهذيب ٤/ ٢٩ باختلاف بينهما .

٣) الكافى ٣/ ٥٤١ ، التهذيب ٤/ ٢٧ .

ولا تجب في مال المجنون ، صامتاً كان أوغيره .

وقيل : حكمه حكم الطفل ، والاول أصح .

والحرية معتبرة في الاجناس كلها . وكذا التمكن من التصرف.

فلا تجب في مال الغائب ، اذا لـم يكن صاحبه متمكناً منه ، ولوعاد اعتبر الحول بعد عوده .

ولو مضت عليه أحوال زكاه لسنة استحباباً .

ظاهرسوى العمومات كقوله : في خمس من الابل شاة[1] . وغيرذلك والمصنف قال انه غيرمعتمد . وهوالحق للاصل ، ولما قلنا أولا. والعمومات ليست حجة والا لوجبت الزكاة في مالهم الصامت لدخوله تحت العموم وليس به اجماعاً ، ويؤيده رواية محمد بن الفضل عن الكاظم عليه السلام : لازكاة على يتيم[2] . والنكرة في سياق النفي للعموم .

قوله : ولا تجب فى مال المجنون صامتاً كان أوغيره ، وقيل حكمه حكم الطفل والاول اصح

القائل هوالشيخان حملاله على الصبى لاشتراكهما في عدم العقل .

قلنا : قياس لا نقول به ، سلمنالكن الحكم في الاصل ممنوع . سلمنا لكن الجامع عدمي[3] لا يصلح للعلية . سلمنا لكن الفرق حاصل، فان الصبى له غاية معلومة يحصل معها العقل بخلاف المجنون ، ومع الفرق لا يتم القياس .

---

١) الكافى ٣/ ٥٣١ .

٢) الكافى ٣/ ٥٤١ ، التهذيب ٤/ ٢٧ ، ٣٠ باختلاف بين الكتابين وفيهما الراوى هومحمد بن القاسم بن الفضيل والمروى عنه الامام ابوالحسن الرضا عليه السلام .

٣) أى عدم العقل الجامع بينهما .

ولا فى الدين ، وفي رواية: الا أن يكون صاحبه هو الذى يؤخره.

وزكاة القرض على المقترض ان تركه بحاله حولا .

ولو اتجر به استحب .

(الثانى) فيما تجب فيه وما يستحب .

تجب فى الانعام الثلاثة : الابل والبقر والغنم . وفى الذهب والفضة .

وفى الغلات الاربع : الحنطة ، والشعير ، والتمر ، والزبيب ، ولا تجب فيما عداها .

قوله : [ولازكاة] فى الدين وفى رواية الا أن يكون صاحبه هو الذى يؤخره

هذه رواية درست عن الصادق عليه السلام[1] . وأفتى بها الشيخان ، وقال الحسن وابن ادريس لازكاة فيه ، واختاره المصنف والعلامة . وهو الحق ، للاصل ولعدم ملك الدين ملكاً تاماً لكونه كلياً لم يتشخص بعد، لرواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام : لا صدقة على الدين ولا على المال الغائب عنك حتى يقع في يديك[2]. وكذا رواه الحلبى عن الصادق عليه السلام[3].

قوله : وزكاة القرض على المقترض ان تركه بحاله حولا

هذا مذهب الاصحاب ، لكن قال الشيخ في النهاية : ان شرط الزكاة على

---

١) التهذيب ٤ / ٣٢ ، الكافى ٣ / ٥١٩ وفيه : درست عن عمر بن يزيد عن ابى عبدالله عليه السلام .

٢) التهذيب ٤ / ٣١ .

٣) التهذيب ٤ / ٣٢ ، وفيه : محمد بن على الحلبى عن ابى عبدالله عليه السلام قال: قلت له : ليس فى الدين زكاة ؟ فقال : لا .

ويستحب في كل ماتنبته الارض ، ممايكال أويوزن ، عدا الخضر .

وفي مال التجارة قولان ، أصحهما : الاستحباب .

وفى الخيل الاناث ، ولاتستحب في غيرذلك ، كالبغال والحمير والرقيق .

ولنذكر ما يختص كل جنس ان شاء الله تعالى .

القول في زكاة الانعام ، والنظر فى الشرائط واللواحق .

والشرائط أربعة :

(الاول) فى النصب .

وهى فى الابل : اثنا عشر نصاباً ، خمسة ، كل واحد خمس ، وفي كل واحد شاة .

فاذا بلغت ستاً وعشرين ففيها بنت مخاض .

فاذا بلغت ستاً وثلاثين ففيها بنت لبون .

المقرض وجبت عليه دون المستقرض ، حملا لرواية منصوربن حازم عن الصادق عليه السلام[1] الدالة على أنه ان أدى المقرض فلازكاة على المقترض على ذلك وليس بشيء ، لان حملها على ذلك أولى من حملها على التبرع عنه .

هذا مع أن الزكاة تابعة للملك والمقترض قد ملك ، والشرط غيرلازم لانه شرط في العبادة على غيرمن وجب عليه .

قوله : وفى مال التجارة قولان أصحهما الاستحباب

قال ابنا بابويه بالوجوب . والمعتمد الاول ، لروايات كثيرة ، منها رواية

---

١) الكافى ٣/ ٥٢٠ ، التهذيب ٤/ ٣٢ .

واذا بلغت ستاً وأربعين ففيها حقة .

فاذا بلغت احدى وستين ففيها جذعة .

فاذا بلغت ستاً وسبعين ففيها بنتا لبون .

فاذا بلغت احدى وتسعين ففيها حقتان .

ثم ليس فى الزائد شيء حتى يبلغ مائة واحدى وعشرين ، ففي كل خمسين حقة ، وفى كل أربعين بنت لبون دائماً .

وفى البقر نصابان :

ثلاثون : وفيها تبيع أو تبيعة ، وأربعون وفيها مسنة .

وفى الغنم خمسة نصب :

أربعون ، وفيها شاة .

ثم مائة واحدى وعشرون ، وفيها شاتان .

ثم مائتان وواحدة ، ففيها ثلاث شياة .

زرارة في الصحيح قال : كنت عند الباقر عليه السلام وليس عنده غير ابنه جعفر عليه السلام فقال : يازرارة ان أباذر وعثمان تنازعا في عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، فقال عثمان : كل مال من ذهب أو فضة يدار به ويعمل به ويتجر به ففيه الزكاة اذا حال عليه الحول ، فقال ابوذر : أما ما اتجر به أو دير وعمل به فليس فيه زكاة ، انما الزكاة فيه اذا كان ركازاً أو كنزاً موضوعاً ، فاذا حال عليه الحول فعليه الزكاة ، فاختصما في ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم

فاذا بلغت ثلاثمائة وواحدة فروايتان، أشهرهما : أن فيها أربع شياه حتى يبلغ أربعمائة فصاعداً، ففي كل مائة شاة . ومانقص فعفو.

وتجب الفريضة في كل واحد من النصب، ولا يتعلق بما زاد.

وقد جرت العادة بتسمية ما لا يتعلق به الزكاة من الابل شنقاً، ومن البقر وقصاً، ومن الغنم عفواً .

الشرط الثاني : السوم . فلا تجب فى المعلوفة ولو في بعض الحول .

(الثالث) الحول . وهو اثنا عشرهلالا ، وان لم يكمل أيامه .

وليس حول الامهات حول السخال، بل يعتبرفيها الحول كما فى الامهات .

ولوتم ما نقص عن النصاب في أثناء الحول استأنف حوله من

فقال : القول ما قال ابوذر[1] .

ومعتمد ابن بابويه على رواية ابى الربيع الشامي عن الصادق عليه السلام[2] وهي محمولة على الاستحباب .

قوله: اذا بلغت ثلاثمائة وواحدة فروايتان أشهرهما أن فيها أربع شياة

رواية الاربع رواها زرارة ومحمدبن مسلم وابوبصيروبريدالعجلى والفضيل

---

١) الوسائل ٦/٤٨ . وتمام الحديث : فقال ابوعبدالله عليه السلام لابيه : ما تريد الا أن يخرج مثل هذا فليكف الناس ان يعطوا فقراءهم و مساكينهم . فقال ابوه : اليك عنى لا أجد منها بداً .

٢) الوسائل ٦/٤٦ .

ابن يسار عن الباقر والصادق عليهما السلام[1]، وعمل عليها الشيخ في كتبه وابن الجنيد والتقي والقاضي، والاخرى رواها محمد بن قيس عن الصادق عليه السلام اذا زادت الغنم عن مائتين ففيها ثلاث شياة الى ثلاثمائة ، فاذا كثرت الغنم ففي كل مائة شاة[2]، وعمل بها المرتضى والحسن وابنا بابويه وسلار وابن ادريس قالوا والكثرة يصدق بزيادة واحدة .

والاقوى الاول، لان ابن قيس مشترك بين جماعة منهم الضعيف ، ولو كان هو القوي لم يكن معارضاً للمخبتين[3] النجباء الامناء بنص الصادق عليه السلام. ثم ان صدق الكثرة بالواحدة مستبعد عرفاً ، مع أن الكثرة غير منحصرة في عدد ، فيمكن أن يكون أراد أربعمائة وبينه في الرواية الاخرى .

اذا عرفت هذا فاعلم أنه تظهر الفائدة بين القولين في الوجوب والضمان أما الوجوب فظاهر ، اذ يجب على المذهب الاول أربع وعلى الثاني ثلاث وأما الضمان فانه لو تلف مائة شاة من ثلاثمائة وواحدة بلا تفريط يجب على قول المرتضى شاتان وعلى قول الشيخ يسقط من الاربع بقدر التالف فيجب عليه شاتان ومائتا جزء من ثلاثمائة وجزء من شاة .

---

١) الكافي ٣/٥٣٤ ، التهذيب ٤/٢٥ ، الوسائل ٦/٧٨ .

٢) التهذيب ٤/٢٥ ، الوسائل ٦/٧٨ .

٣) أخبت الرجل اخباتاً : خضع لله وخشع قلبه . واخرج الشيخ المفيد رحمه الله في الاختصاص ص : ٦٦ بسنده عن سليمان بن خالد الاقطع قال : سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول : ما أجد أحداً أحيا ذكرنا وأحاديث ابى عليه السلام الا زرارة وابو بصير المرادى ومحمد بن مسلم وبريد بن معاوية ، ولولا هؤلاء ماكان أحد يستنبط هدى ، هؤلاء حفاظ الدين وامناء أبى عليه السلام على حلال الله وحرامه ، وهم السابقون الينا فى الدنيا وفى الاخرة . وأخرجه الكشى فى رجاله ص ٩٠ .

وبوجه آخر : لوتلفت واحدة بلاتفريط بعدالحول فعلى قول الشيخ يقسط أربع شياة على ثلاثمائة جزء وجزء واحد ويسقط منه جزء واحد وهو أربعة أجزاء من ثلاثمائة جزء وجزء واحداً من شاة ، فبقي الواجب عليه ثلاث شياة ومائتا جزء وسبعة وتسعون جزءاً من ثلاثمائة جزء وجزء من شاة . وعلى القول الاخر لا يقسط الثلاث على ثلاثمائة جزء وجزء ، لان الواحدة الزائدة شرط في تغيير الفرض وليست جزءاً من محل الوجوب .

قوله : ولوملك مالاآخر كان له حول بانفراده

تنقيح هذا الكلام بمسائل :

(الاولى) لوملك مالا آخر من غير جنس ما عنده لا كلام أن له حولا آخر

(الثانية) لوملك مالا آخر في أثناء الحول من جنس ما عنده وهو نصاب مستقل لا تعلق له بالاول كخمس من الابل بعد خمس فله أيضاً حول بانفراده .

(الثالثة) أن يكون الثاني غير نصاب مستقل بل مع الاول يصير نصاباً ثانياً، كمالوملك ثلاثين بقرة ثم عشراً بعد ستة أشهر، الاقوى استيناف حول الجميع بعد تمام الاول . لكن هذا يجب أن يكون المملوك ثانياً أحد عشر حتى يتم الاربعين ، لان الفقراء ملكوا من الثلاثين واحدة عند تمام حولها. وأما غير ذلك من الاحتمال كوجوب التبيع وربع المسنة[1] دائماً فلا يتأتى الا على القول بالوجوب في الذمة لا العين .

---

١) قال العلامة في القواعد : ولو ملك ثلاثين بقرة وعشراً بعد ستة أشهر فعند تمام حول الثلاثين تبيع أو تبيعة ، وعند تمام حول العشر ربع مسنة ، فاذا تم حول آخر على الثلاثين فعليه ثلاثة أرباع مسنة ، واذا حال آخر على العشر فعليه ربع مسنة وهكذا . ويحتمل التبيع وربع المسنة دائماً وابتداء حول الاربعين عند تمام حول الثلاثين .

ولو ثلم النصاب قبل الحول سقط الوجوب .

وان قصد الفرار ـ ولو كان بعد الحول ـ لم يسقط .

(الرابع) ألا تكون عوامل .

وأما اللواحق فمسائل :

(الاولى) الشاة المأخوذة فى الزكاة ، أقلها الجذع من الضأن أو الثنى من المعز . ويجزىء الذكر والانثى .

وبنت المخاض هى التى دخلت فى الثانية . وبنت اللبون ، هى التى دخلت فى الثالثة . والحقة هى التى دخلت فى الرابعة . والجذعة ، هى التى دخلت فى الخامسة . والتبيع من البقر : هو الذى يستكمل سنة ويدخل فى الثانية .

والمسنة : هى التى تدخل فى الثالثة .

قوله : لو ثلم النصاب . الى قوله : وان قصد الفرار

هذا قول الشيخ في التهذيب والمفيد والمرتضى وهو الحق لانتفاء المشروط بانتفاء شرطه .

وقال في النهاية : اذا قصد الفرار بالثلم وجبت الزكاة .

قوله : الجذع من الضان

وهو ماله دون السنة الى سبعة أشهر ، والثني ما دخل في الثانية ، والربى[1]

---

١) الربى بضم الراء وتشديد الباء على وزن فعلى هى العنز الوالد عن قرب ، وجمعها رباب ، وهى فى العنز كنفساء فى المرأة . وربما اطلقت الربى على الشاة والناقة أيضاً . والمانع من اخراجها المرض ، لان النفساء مريضة ومن ثم لا يقام عليها الحد ، فلا يجزى اخراجها وان رضى المالك . ويحتمل المانع الاضرار بولدها ، فلو رضى باخراجها جاز .

ولا تؤخذ الربى ولا المريضة ولا الهرمة ولا ذات العوار ولا تعد الاكولة ولا فحل الضراب .

(الثانية) من وجب عليه سن من الابل وليست عنده ، وعنده أعلى منها بسن دفعها ، وأخذ شاتين أوعشرين درهماً ، ولوكان عنده الادون دفعها ومعها شاتان أوعشرون درهماً .

ويجزىء ابن اللبون الذكر ، عن بنت المخاض مع عدمها من غير جبر .

ويجوز أن يدفع عما يجب فى النصاب من الانعام وغيرها من غير الجنس بالقيمة السوقية ، والجنس أفضل . ويتأكد فى النعم .

(الثالثة) اذاكانت النعم مراضاً لم يكلف صحيحة .

ويجوز أن يدفع من غير غنم البلد ولوكانت أدون .

هي التي تربى ولدها الى خمسة عشر يوماً وقيل خمسين يوماً ، فهي فى هذه الحالة بمنزلة النفساء من بنى آدم ، والاكولة السمينة المعدة للاكل .

قوله : ومن وجب عليه سن ـ الخ

هذا اذاكان التفاوت بسنة واحدة ، أما لوكان سنتين فهل يتضاعف الضميمة قيل نعم ، لان مساوي المساوي مساوي ، وقيل لا لانه قياس .

قوله ويجزى ابن اللبون [الذكر] عن بنت المخاض مع عدمها

الفتوى على الاجزاء مطلقاً اختياراً واضطراراً لكونه أكبرمنها سناً .

قوله : والجنس أفضل

وقال المفيد يتعين الجنس في النعم ، والفتوى على الافضلية .

(الرابعة) لايجمع بين متفرق فى الملك، ولا يفرق بين مجتمع فيه، ولا اعتبار بالخلطة.

القول في زكاة الذهب والفضة:

ويشترط فى الوجوب النصاب، والحول، وكونهما منقوشين بسكة المعاملة.

قوله: ولا يجمع بين متفرق فى الملك ولا يفرق بين مجتمع فيه ولا اعتبار بالخلطة

هذه عبارة حديث مروي عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم[1]، الا أنه زاد فيه لفظة «في الملك»، اذ هوالمراد عندنا، فصرح به على وجه التفسير، وقصد بذلك الرد على الشافعي حيث أنه يعتبر الخلطة، وشرائطها عنده اتحاد المرعى والراعي والمراح والمحلب والفحل، ويوجب الزكاة على الملاك في النصاب الواحد بتلك الشروط اتفقت أموالهم أو اختلف كما تجب على المالك الواحد.

ويبطل ما ذكره أن نقول: لو نزل الحديث على الاجتماع في المكان كما قاله لزم أن لايجمع بين مال مالك واحداذا تفرق في المكان، لكن اللازم باطل اجماعاً فكذا الملزوم، والملازمة ظاهرة. وأيضاً روى أنس عنه صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: اذا كانت سائمة الرجل ناقصة عن أربعين فليس فيها صدقة الا أن يشاء ربها[2]. وقال «ص»: من لم يكن له الا الاربع من الابل فليس

---

١) سنن ابن ماجة ١/٥٧٦، ٥٧٧، ٥٧٨، سنن الترمذى ٣/١٧، كنز العمال ١٦/٥٢٨.

٢) كنز العمال ١٦/٥٢٨.

وفي قدر النصاب الاول من الذهب روايتان ، أشهرهما : عشرون ديناراً ، ففيها عشرة قراريط .

فيها صدقة[1] .

وأما رواية سعيد عنه « ص » : الخليطان ما اجتمعا فـي الحوض والفحل والراعي[2]. فليس فيه حجة ، لانا انسلمنا الحديث نطالبه باستلزام اسم الخلطة وجوب الزكاة الذي هومحل النزاع لا في صدق اسم الخلطة .

قوله : وفي قدر النصاب الاول من الذهب روايتان اشهرهما عشرون

هذه هـي المشهورة بين الاصحاب وعمل عليها أكثرهم ، ورواتها عـدة من أصحابنا عن الصادق عليه السلام . ورواها محمد بن ابى العلا[3] عن الصادق عليه السلام أيضاً وزرارة عن الباقر عليه السلام[4] . وهو مذهب الفقهاء الاربعة والرواية الاخرى رواها ابوبصير ومحمد بن مسلم وبريد العجلي والفضيل بن يسار عن الباقر والصادق عليهما السلام[5] مضمونها ليس في أقل من أربعين شيء لكن الاولى أشهر واكثر رواة ، وهي مطابقة لعموم القرآن كقوله «وأنفقوا مما رزقناكم »[6] ، خرج عنـه ما عدا الزكاة ومـا نقص عن عشرين بالاجماع فيبقى الباقي .

---

١) سنن ابن ماجة ١/ ٥٧٤ ، وفيه : ليس فيما دون خمس من الابل صدقـة ولا فى الاربع شيء .

٢) كنز العمال ١٦/ ٣٣١ .

٣) كذا فى النسخ ، وأما فى التهذيب والوسائل : يحيى بن ابى العلاء .

٤) راجع التهذيب ٤/ ٦ والوسائل ٦/ ٩٢ .

٥) التهذيب ٤/ ١١ ، الوسائل ٦/ ٩٤ .

٦) سورة المنافقون : ١٠ .

ثم كلما زاد أربعة ففيها قيراطان . وليس فيما نقص عن أربعة زكاة .

ونصاب الفضة الاول مائتا درهم ففيها خمسة دراهم ، ثم كلما زاد أربعون ففيها درهم ، وليس فيما نقص عن أربعين زكاة .

والدرهم ستة دوانيق . والدانق ثمانى حبات من الشعير يكون قدر العشرة سبعة مثاقيل .

ولا زكاة فى السبائك ، ولا فى الحلى ، وزكاته اعارته .

ولو قصد بالسبك الفرار قبل الحول لم تجب الزكاة . ولو كان بعد الحول لم تسقط . ومن خلف لعياله نفقة قدر النصاب فزائداً لمدة ، وحال عليها الحول وجبت عليه زكاتها لو كان شاهداً ، ولم تجب لو كان غائباً .

ولا يجبر الجنس بالجنس الاخر.

قوله : ثم كل مازاد اربعة ففيها قيراطان

هذا هو المعمول عليه بين الاصحاب، وخالف علي بن بابويه وجعل النصاب الثاني أربعين مثقالا ، وأكثر الروايات على الاول .

قوله : ومن خلف لعياله نفقة بقدر النصاب ـ الى آخره

هذا قول الشيخ في النهاية، ورواه اسحاق بن عمار عن الكاظم عليه السلام[1] وابو بصير عن الصادق عليه السلام[2] ، وخالف ابن ادريس[3] فـي ذلك وقال :

---

١) الكافى ٣/٥٤٤ ، التهذيب ٤/٩٩ .

٢) الكافى ٣/٥٤٤ ، التهذيب ٤/٩٩ ، الفقيه ٢/١٥ ، الوسائل ٦/١١٨ .

٣) السرائر : ١٠٣ .

القول في زكاة الغلات :

لا تجب الزكاة في شيء من الغلات الاربع حتى تبلغ نصاباً . وهوخمسة أوسق ، وكل وسق ستون صاعاً ، يكون بالعراقى ألفين وسبعمائة رطل .

ولا تقدير فيما زاد ، بل تجب فيه وان قل .

اذا كان غائباً فحكمه حكم المال الغائب ، فما كان في يدالوكيل أوالودعي أو مدفوناً ويقدر على التصرف فيه تجب فيه الزكاة نفقة كان أوغيرها .

والجواب : الفرق حاصل بين النفقة وغيرها ، فانها معرضة للاتلاف فلا يكون ملكاً تاماً كالمرهون . وليس كذلك اذا كان حاضراً ، فانه لم يخرج عن ملكه وهوقادر عليه وعلى أخذه . وحيث قلنا بسقوطها عن المالك حال الغيبة لا تجب على أهله أيضاً لوتركوه بحاله حولا لعدم التملك ، فان النفقة تجب يوماً فيوماً .

قوله : خمسة أوسق

الوسق بالكسر ستون صاعاً . وقال الخليل هوحمل البعير . والوقر حمل البغل أوالحمار . والصاع كما يجيء تسعة أرطال. والرطل مائة وثلاثون درهماً وبالمثاقيل أحد وتسعون مثقالا .

فيكون قدرالنصاب بالرطل ألفي رطل وسبعمائة رطل، وبالدراهم ثلاثمائة ألف درهم واحدى وخمسين ألف درهم ، وبالمثاقيل مائتي ألف مثقال وخمسة وأربعين ألف مثقال وسبعمائة مثقال . فعلى هذا يكون الدرهم نصف وخمس مثقال .

ويتعلق به الزكاة عند التسمية حنطة أوشعيراً أو زبيباً أوتمراً .

وقيل : اذا احمرثمرالنخل أو اصفر أو انعقد الحصرم .

ووقت الاخراج اذا صفت الغلة ، وجمعت الثمرة .

ولا تجب فى الغلات الا اذا نمت فى الملك ، لا ما يبتاع حباً أويستوهب ، وما يسقى سيحاً

قوله : ويتعلق به الزكاة عند تسميته حنطة أو شعيراً أوتمراً أوزبيباً ، وقيل اذا احمر أو اصفر ـ الى آخره

الاول قول المصنف ، لم نعلم قائلاله قبله ، لكن مفهوم النهاية يدل عليه.

والثاني هوالمشهور عند اكثر الاصحاب ، وهو اختيار العلامة واتباعه واحتج بأنه يسمي تمراً لغة ، والاعتبار بتسمية أهل اللغة لا العرف .

ويدل على الاول قول صاحب الصحاح : التمر[1] أوله طلع[2] ثم خلال ثم بلح[3] ثم رطب ثم تمر .

وفيه نظر ، أما أولا فللمنع من التسمية بـل مراده مقدماته ومقدمة الشيء ليست من ذلك الشيء والا لكان الطلع تمراً وكان البلح تجب فيه الزكاة . وان

---

١) التمر من ثمر النخل كالزبيب من العنب ، وهواليابس باجماع أهل اللغة ، لانه يترك على النخل بعد ارطابه حتى يجف أويقارب ثم يقطع ويترك فى الشمس حتى ييبس .

٢) الطلع بالفتح مايطلع من النخلة ثم يصير ثمراً انكانت أنثى ، وانكانت النخلة ذكراً لم يصرثمراً بل يؤكل طرياً ويترك على النخلة أياماً معلومة حتى يصير فيه ابيض مثل الدقيق وله رائحة ذكية فيلقح به الانثى .

٣) البلح ثمر النخل مادام أخضر قـريباً الى الاستدارة الى أن يغلظ النوى ، وهو كالحصرم من العنب . وأهل البصرة يسمونه الخلال ، فاذا أخذ فى الطول والتلـون الى الحمرة أو الصفرة فهو بسر، فاذا خلص لونه وتكامل ارطابه فهو الزهو.

أو بعلا أو عذيا ففيه العشر.

وما يسقى بالنواضح والدوالى ففيه نصف العشر.

ولو اجتمع الامران حكم للاغلب.

ولو تساويا أخذ من نصفه العشر، ومن نصفه نصف العشر، والزكاة بعد المؤونة.

سلمنا التسمية لكنه مجاز من باب تسمية الشيء بمايؤل اليه. وانما قلنا ذلك لصدق السلب، اذ يصدق سلب التمرعنه.

وأما ثانياً فللمنع من كون الاعتبار لتسمية أهل اللغة بل أهل العرف، لما تقرر في الاصول أن الحقيقة العرفية مقدمة على اللغوية.

وفائدة الخلاف يظهر اذا باع المالك أوفرط قبل صدق اسم التمر، فانه لاوجوب ولا ضمان على قول المصنف ويكون في المبيع الزكاة على المشتري وعلى قول العلامة يكون الوجوب على البائع والضمان حاصلا.

قوله: أو عذياً أو بعلا

قال ابوعمرو البعل والعذي واحد، وهو ما سقته السماء. وقال الاصمعي العذي ما سقته السماء والبعل يشرب بعروقه من غيرسقي ولا سماء.

هنا فائدة جليلة، هي: ان الزكاة اذا كانت بعد اخراج المؤن كما يجيء فأي فرق بين ما يسقى سيحاً وما يسقى بالدوالي وشبهها.

أجيب: أنه لا شك أن الفارق أولا النص والاحكام الشرعية لايجب تعليلها ظاهراً. وثانياً ان الفرق من تعجيل اخراج الدراهم في اصلاح السقي وتكلف المشاق في مزاولته، فناسب ذلك التخفيف عن المالك.

قوله: والزكاة بعد المؤن

يريد بذلك أجرة السقي والعمارة والحافظ والمساعد في حصاد وجداد[1] قاله الشيخان في النهاية والمقنعة وابن بابويه . وقال في المبسوط والخلاف المؤن على المالك دون الفقراء ، وهومذهب الفقهاء الاربعة .

واحتج المصنف على الاول في المعتبر بأن المؤنة سبب زيادة المال فيكون على الجميع كالخرج على غيره من الاموال المشتركة ، ولان الزام المالك ذلك حيف عليه وضرر فيكون منفياً لقوله تعالى « لا يسألكم أموالكم »[2] .

وهنا فوائد :

(الاولى) حكم الخراج حكم المؤن في كون الزكاة بعد اخراجه، وقال به أكثر علماء الاسلام .

(الثانية) صاحب الارض والعامل اذا لم يكن لهما حصة في البذر وبلغ نصيب كل منهمانصاباً تجب عليه الزكاة ، ومنعه ابن زهرة محتجاً بأن ذلك أجرة عن الارض والعمل فلاتجب فيهما زكاة كما في صورة الاجرة .

ورد عليه ابن ادريس والمتأخرون ، والاقوى أن نقول : مع صحة العقد تجب الزكاة فلاوجه لكلامه ، ومع الفساد فالحق ما قاله .

(الثالثة) اذااستدان مالك الارض أو البذر ديناً لاجل اصلاح الزرع فلم يحصل لكل منهما ما يزيد عن دينه وجبت الزكاة مع بلوغ ذلك نصاباً ، اذالدين لايمنع الزكاة عندنا .

---

١) جد يجد جداً من باب قتل : قطع ، وأجد النخل بالالف: حان جداده وهوقطعه.

٢) سورة محمد : ٣٦ . قال فى الصافى : جميع أموالكم بل يقتصرعلى جزء يسير كالعشر ونصف العشر وربع العشر .

يشترط في مال التجارة الحول ، وأن يطلب برأس المال أو الزيادة فى الحول كله ، وأن يكون قيمته نصاباً فصاعداً ، فيخرج الزكاة حينئذ عن قيمته دراهم أو دنانير. ويشترط فى الخيل حؤول الحول ، والسوم ، وكونها اناثاً .

فيخرج عن العتيق ديناران ، وعن البرذون دينار.

وما يخرج من الارض مما تستحب فيه الزكاة ، حكمه حكم الاجناس الاربعة في اعتبار السقى وقدر النصب وكمية الواجب .

الركن الثالث : في وقت الوجوب .

اذا أهل الثاني عشر وجبت الزكاة ، وتعتبر شرائط الوجوب فيه كله .

وعند الوجوب يتعين دفع الواجب .

ولا يجوز تأخيره الا لعذر ، كانتظار المستحق وشبهه .

قوله : مال التجارة ـ الى آخره

تقدم الخلاف فيه ، لكن لابد من ذكر شروط أخر تظهر من تعريفه هنا ، وهو أن المراد به ماملك بعقد معاوضة مالية للاكتساب عند التملك مستمراً الى آخر الحول ، فخرج ملك لا بعقد كالارث والحيازة أو بغير عقد معاوضة كالهبة أو عقد معاوضة غير مالية محضة كالنكاح أو لم ينو الاكتساب كما لو نوى القنية[1] حال الشراء . وبالاستمرار يخرج مانوى به القنية بعد نية الاكتساب في أثناء الحول .

---

١) يقال : اقتنيته أى اتخذته لنفسى قنية لا للتجارة .

وقيل : اذا عزلها جاز تأخيرها شهراً أوشهرين .

والاشبه : أن جواز التأخير مشروط بالعذر فلا يتقدر بغير زواله.

ولو أخر مع امكان التسليم ضمن .

والشهيد يكتفي فى الاستحباب بتجدد قصد التكسب وان لم يكن حاصلا حال العقد ، لكن المشهور الاول .

تفريع : لو اجتمعت هذه الشرائط في العينية كأربعين سائمة الاقوى وجوب العينية عندنا ، ولا تجتمع الزكاتان[1] لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لاثنى في الصدقة .

قوله : وقيل اذا عزلها جاز تأخيرها شهراً أوشهرين والاشبه ان جواز التأخير مشروط بالعذر

اخراج الزكاة واجب فوراً ، لتعاضد النصوص على ذلك ، لكن ذلك حال الاختيار أما حال الضرورة الى التأخير فسائغ كعدم المستحق أو الخوف من ظالم وشبهه .

وقال الشيخان في المبسوط والمقنعة يجوز التأخير شهراً أوشهرين وان لم يكن عذر ، واستدلا برواية حماد بن عثمان[2] ويونس بن يعقوب كلاهما عن الصادق عليه السلام[3] . والمصنف جعل ذلك مقدراً بالعذر فيطول الزمان

---

١) يعنى لو ملك بالتجارة أربعين شاة مثلا لم تجب عليه الزكاتان ، زكاة المال وزكاة التجارة ـ بل سقطت زكاه التجارة لقول النبى صلى الله عليه وآله : لاثنى فى صدقة . والثنى بكسر الثاء وقصر الاخر: الامر يعاد مرتين ، أى لا تؤخذ الصدقة فى السنة مرتين . والحديث فى كنز العمال ٦/٣٣٢ ، ٤٦٦ .

٢) التهذيب ٤/٤٤ ، الوسائل ٦/٢١٠ .

٣) الكافى ٣/٥٢٢ ، الوسائل ٦/٢١٤ ، التهذيب ٤/٤٥ .

ولا يجوز تقديمها قبل وقت الوجوب على أشهر الروايتين .

ويجوز دفعها الى المستحق قرضاً واحتساب ذلك عليه من الزكاة ، ان تحقق الوجوب وبقى القابض على صفة الاستحقاق.

ولو تغير حال المستحق استأنف المالك الاخراج .

ولو عدم المستحق في بلده نقلها ، ولم يضمن لو تلفت ، ويضمن لو نقلها مع وجوده ، والنية معتبرة في اخراجها وعزلها .

الركن الرابع : في المستحق والنظر في الاصناف والاوصاف واللواحق .

أما الاصناف فثمانية :

الفقراء والمساكين .

ويقصر بحسبه .

قوله : ولا يجوز تقديمها قبل وقت الوجوب على أشهر الروايتين

هذا قول المفيد ، ويدل عليه أنها عبادة موقتة فلا تقدم على وقتها كالصلاة والصوم. وتؤيده الرواية المشار اليها عن عمر بن يزيد عن الصادق عليه السلام[1] والرواية الاخرى عن معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام[2]. وحملها الشيخ على القرض ، لكن المصنف لم يرتض حمل الشيخ فجعل الترجيح شهرة الاولى .

والتحقيق أن نقول : الزكاة غير المشروطة بالحول لا يتصور فيها خلاف

---

١) الكافي ٣/٥٢٣ ، التهذيب ٤/٤٣ ، الوسائل ٦/٢١٢ .

٢) التهذيب ٤/٤٤ ، الوسائل ٦/٢١٠ .

وقد اختلف في أيهما أسوأ حالا ولا ثمرة مهمة في تحقيقه .

والضابط : من لا يملك مؤونة سنة له ولعياله ، ولا يمنع لو ملك الدار والخادم ، وكذا من في يده مايتعيش به ويعجز عن استنماء الكفاية ، ولو كان سبعمائة درهم .

ويمنع من يستنمى الكفاية ولو ملك خمسين ، وكذا يمنع ذو الصنعة اذا نهضت بحاجته .

ولو دفعها المالك بعد الاجتهاد فبان الاخذ غير مستحق ارتجعت.

كالغلات ، لان التعجيل: اما قبل الانعقاد فباطل لانه تقديم على الملك ، أوبعده فجائز لانه بعد الوجوب .

وأما الحولية فقال الشيخ يجوز بشرط حصول الشرائط كلها سوى تمام الحول ، وقال غيره لا يجوز . وتظهر الفائدة في مسائل :

(الاولى) لوتم بها النصاب لا ينثلم عنده وعندنا ينثلم .

(الثانية) لوبقي النصاب والمالك بشرائط الوجوب ولم يبق المستحق بشرائطه لم تجز عندنا وعنده تجزي .

(الثالثة) عنده لا يفتقر الى نية الاحتساب عند تمام الحول وعندنا يفتقر .

(الرابعة) عنده لا تجوز للمالك استعادتها ولا بدلها وعندنا تجوز .

ثم الذى يدل على عدم جواز التقديم زيادة على ماتقدم أن كونها زكاة يقتضي ملك الفقير لها ، فتخرج عن ملك المالك ، فلينثلم النصاب لاشتراط ملكية المالك طول الحول .

قوله : وقد اختلف فى أيهما اسوء حالا ، ولا ثمرة مهمة فى تحقيقه

قال في المبسوط والجمل الفقراء أسوأحالا ، لوجوه: «١» لانه ابتدأ به في

فان تعذر فلا ضمان على الدافع .

والعاملون ، وهم جباة الصدقة .

الاية ومن قواعدهم الابتداء بالاهم ، « ٢ » انه صلى الله عليه وآله وسلم تعوذ من الفقر وسأل المسكنة[١] ، « ٣ » قوله تعالى «أما السفينة فكانت لمساكين »[٢].

وبه قال ابن حمزة وابن البراج وابن ادريس ، وقال في النهاية المسكين أسوأحالا لوجوه : الاول للتأكيد به ، الثاني قوله « مسكيناً ذامتربة »[٣] الثالث النقل عن ابى بصير عن الصادق عليه السلام : الفقير الذى لايسأل والمسكين أجهد منه والبائس أجهدهم[٤]. وكذا قال أهل اللغة .

قال ابن السكيت رجل فقير أي له بلغة[٥] ، ومسكين أي لا شيء له . وكذا قال ابوزيد وابن دريد وغيرهم ، ولهذا قيل لاعرابى : أفقير أنت ؟ فقال : لا والله بل مسكين . وهذا اختيار ابن الجنيد والمفيد والشهيد .

وتظهر الفائدة في النذر والوصية والكفارة .

أما الزكاة فكلاهما مستحقان ، لكون الضابط في ذلك عدم ملك مؤنة السنة كما هو المشهور عند الاصحاب ، وهو مذهب الشافعي. ونقل في المبسوط عن بعض أصحابنا هو من ملك نصاباً ، وهو مذهب ابى حنيفة .

---

١) سنن ابى داود ١ / ٣٥٤ ، والرواية هكذا : اللهم انى اعوذ بك من الكفر والفقر اللهم احينى مسكيناً وتوفنى مسكيناً واحشرنى فى زمرة المساكين .

٢) سورة الكهف : ٧٩ .

٣) سورة البلد : ١٦ .

٤) تفسير العياشى ٢ / ٩٠ .

٥) البلغة : ما يتبلغ به من العيش ولا يفضل ، يقال تبلغ به اذا اكتفى به وتجزأ ، وفيه بلاغ وبلغة وتبلغ أى كفاية .

والمؤلفة ، وهم الذين يستمالون الى الجهاد بالاسهام فى الصدقة وان كانوا كفاراً .

وفى الرقاب وهم المكاتبون والعبيد الذين تحت الشدة ، ومن وجب عليه كفارة ولم يجد ما يعتق . ولو لم يوجد مستحق جاز ابتياع العبد ويعتق .

قوله : والمؤلفة قلوبهم وهم الذين يستمالون الى الجهاد

هذا قول الشيخ ، قال ولا يعرف أصحابنا مؤلفة أهل الاسلام . أما المفيد فجعلهم قسمين مشركين ومسلمين، أما المشركون فضربان : « ١ » من لهم قوة وشوكة يستعان بهم لذلك، «٢ » من لهم شرف وقبول . وأما المسلمون فأربعة « ١ » من لهم نظراء فاذا أعطوا رغب نظراؤهم[1] ، « ٢ » قوم في نياتهم ضعف فيعطون لتقوي نياتهم، «٣» قوم من الاعراب في طرف الاسلام وبأزائهم مشركون فاذا أعطوا رغب الاخرون، «٤» قوم بأزائهم أرباب صدقات اذا أعطوا جمعوا تلك الصدقات وان لم يجمعوا احتاج الامام الى تعب لذلك فيحتاج الى مؤنة[2] .

وقال فى المعتبر: ولست أرى بذلك بأساً ، فان فيه مصلحة ونظر المصلحة موكول الى الامام . واختار العلامة في القواعد هذا القول ، وليس بعيداً من الصواب .

قوله : ومن وجب عليه كفارة ولم يجد ما يعتق

---

١) اى سادات من المسلمين لهم نظراء من المشركين لو أعطوا رغب نظراؤهم المشركون فى الاسلام .

٢) قال الفاضل الجواد : والحق ان دخول هؤلاء فى قسم المؤلفة نظر، اذ يمكن رد ما عدا الاخير الى سبيل الله والاخير الى العمالة . وهل هذا الحكم ثابت بعد النبى«ص» أم لا ؟ والمروى عن الباقر عليه السلام : من شرطه أن يكون هناك امام عادل يتألفهم على ذلك.

والغارمون ، وهم المدينون في غير معصية دون من صرفه في المعصية .

ولو جهل الامران قيل يمنع ، وقيل لا ، وهو أشبه ، ويجوز مقاصة المستحق بدين في ذمته ، وكذا لو كان الدين على من يجب الانفاق

هذا القسم رواه علي بن ابراهيم في تفسيره عن العالم عليه السلام[1] ، وأفتى به الشيخ في النهاية[2] .

وقال في المبسوط[2]: الاحوط عندي أن يعطى ثمن الرقبة لكونه فقيراً فيشترى هو ويعتق عن نفسه .

وقال المصنف في المعتبر[3]: عندي انه أشبه بالغارم ، لان القصد ابراء ذمته ويمكن أن يعطى من سهم الرقاب ، فان القصد به اعتاق الرقبة .

أما ابن ادريس[4] فحصر الرقاب في المكاتبين والعبيد تحت الشدة لاغير . وسمعنا في المذاكرة عنه أنه لا وجه للاعطاء في الكفارة ، لانها ان كانت مرتبة وقد عجز فينتقل الى الصوم وان كانت مخيرة فلاضرورة لا مكان غير العتق. وفيه نظر ، لمنع الحصر ، لامكان كفارة الجمع .

قوله : ولو جهل الامران قيل يمنع وقيل لا وهو الاشبه

المانع هو الشيخ في النهاية ، لرواية محمد بن سليمان عن رجل من أهل

---

١) تفسير على بن ابراهيم : ١٦٣ ، ورواه عنه فى التهذيب ٤/٤٩ .

٢) النهاية ١٨٤ ، المبسوط ١/٢٥٠ .

٣) المعتبر : ٢٨٠ .

٤) السرائر : ١٠٦ ، قال فيه : « وفى الرقاب » وهم العبيد عندنا والمكاتبون بغير خلاف .

عليه جاء القضاء عنه حياً وميتاً .

وفي سبيل الله وهو كل ما كان قربة أو مصلحة ، كالحج ، والجهاد

الجزيرة يكنى ابا محمد عن الرضا عليه السلام[1] .

وقال في المبسوط لا يمنع ، وهو اختيار ابن ادريس والمصنف والعلامة لضعف الرواية ووجود المقتضي وهو الدين وانتفاء المانع الذي هو العلم بصرفه في المعصية ، ولظاهر حمل تصرفات المسلم على الصحة ، مع أن تتبع مصارف الاموال عسر فيكون منفياً .

وهنا فوائد :

(الاولى) المنفق في المعصية لو تاب أعطي من سهم الفقراء اجماعاً ، وهل يعطى من سهم الغارمين ؟ قال المصنف لم أمنع منه .

قلت : ويحتمل المنع استصحاباً ، لما تقدم ولوجود علة المنع وهو الصرف في المعصية .

(الثانية) لو صرف الغارم ما أخذه في غير دينه استعيد ، لانه ملك على وجه مخصوص وقد خالفه . وقال في المبسوط والخلاف لا يستعاد ، لملكه اياه . وهو ممنوع .

(الثالثة) يجوز القضاء عن الغارم حال غيبته وبعد موته ، ومنع احمد وجماعة منهم في الميت ، اذ ليس له قابلية الملك .

قلت : ليس الغرض التمليك بل اخلاء الذمة وهو حاصل حالتي الحياة والموت ورواية عبدالرحمن عن الصادق عليه السلام[2] تؤكده .

---

١) الكافي ٥/٩٣ ، التهذيب ٥/١٨٥ ، الوسائل ١٣/٩١ .

٢) الكافي ٣/٥٤٩ ، التهذيب ٤/١٠٢ ، الوسائل ٦/٢٠٤ .

وبناء القناطر ، وقيل يختص بالجهاد .

وابن السبيل ، وهو المنقطع به ، ولو كان غنياً في بلده ، والضيف. ولو كان سفرهما معصية منعا .

وأما الاوصاف المعتبرة في الفقراء والمساكين ، فأربعة :

الايمان : فلا يعطى منهم كافر ، ولا مسلم غير محق .

(الرابعة) لو ابر أالغارم أوقضى عنه تبرعاً أومن غير مال له لم يجز له أن يأخذ العوض من الزكاة لفوات المصرف .

(الخامسة) يجوز القضاء عنه وان كان الدين مؤجلا أوحالا غير مطالب به أومفلساً فتقصر أمواله عن ديونه .

قوله : وقيل يختص بالجهاد

قاله الشيخان في النهاية والمقنعة ، لانه المفهوم عند الاطلاق . وما ذكره في الكتاب قوله في المبسوط والخلاف ، واختاره العلامة .

وهو الحق ، لان السبيل لغة الطريق ولم يثبت نقله الى معنى آخر شرعاً ولا عرفاً . فيحمل على معناه اللغوي والمعنى اللغوي حقيقة ومجاز ، وليس المراد هنا الحقيقة لتعذره فيحمل على مجازه القريب ، وهو كل ما يتوسل به الى الله لاضافته اليه ، والامر بالكلي الطبيعي تخيير بين الجزئيات .

قوله : وابن السبيل وهو المنقطع

الاصحاب يذكرون ابن السبيل والضيف ، وأكثر عباراتهم يدل على أن ابن السبيل هو الضيف أوأن الضيف قسم منه. والثاني هو الظاهر، وحينئذ يكون الفرق بينهما مانقل عن بعض الفضلاء أن الضيف نزيل عليك بخلاف ابن السبيل ، ويشتركان في اعتبار السفر ، لقولهم يشترط اباحة سفرهما .

وفي صرفها الى المستضعف مع عدم العارف تـردد ، أشبهه : المنع وكذا فى الفطرة ، ويعطى أطفال المؤمنين .

ولوأعطى مخالف فريضة ثم استبصر ، أعاد .

وحينئذ نقول : الضيف ان كان منقطعاً به في غيربلده أعطي ، وان لم يكن منقطعاً به فنحن من وراء المنع لاستحقاقه الا أن يكون فقيراً .

وهنا فوائد :

(الاولى) قال ابن الجنيد المنشىء سفراً داخل في ابن السبيل . وليس بشيء بل هو المجتاز لا غيـر ، وكذلك قال ابن الجنيد لا يدخل المسافر سفراً مباحاً بل اما واجباً أومندوباً . ومنعه الشيخ في المبسوط . وهو الحق ، بل لايمنع الا العاصي بسفره .

(الثانية) قال الشيخ لونوى عشرة خرج عن ابن السبيل ومنع ولذلك لـم يقصر ، ومنعه ابن ادريس والعلامة . وهو الحق ، ولايلزم من انتفاء موجب القصر انتفاء مطلق السفر .

(الثالثة) لوصرف ابن السبيل ماأخذ في غيرمؤنة سفره استعيد لانتفاء غرض الشارع . وقال في الخلاف لا يستعاد ، لان علة الاستحقاق هي السفر وهو باق وهو ممنوع والا لاستحق كل مسافر وليس . نعم السفر جزء علة .

وعلى القولين يعيد الفاضل ، لانتفاء العلة .

(الرابعة) يقبل قوله في الحاجة ودعوى التلف ، وقال في المبسوط تكلف البينة . وفيه نظر ، لان تكليف البينة اضرار به ، اذ قديخفى تلف ماله .

قوله : وفي صرفها الى المستضعف مع عدم العارف تردد أشبهه المنع

ينشأ من أنه ليس بمؤمن ، اذ الايمان التصديق وهو منفي عنه ، ولقولهم

(والثاني) العدالة وقد اعتبرها قوم ، وهو أحوط .

واقتصر آخرون على مجانبة الكبائر.

(الثالث) ألا يكون ممن تجب نفقته كالابوين وان علوا ، والاولاد وان نزلوا ، والزوجة ، والمملوك ، ويعطى باقي الاقارب .

(الرابع) ألا يكون هاشمياً ، فان زكاة غير قبيلته محرمة عليه دون زكاة الهاشمي ،

عليهم السلام : انما موضعها أهل الولاية[1] . ومن عموم قوله عليه السلام : على كل كبد حرى أجر[2] ، يخرج الكافر والناصب فيبقى الباقي . ولقول الكاظم عليه السلام في رواية يعقوب بن شعيب : فان لم تجدهم فلمن لا ينصب[3] .

والاشبه المنع ، لاجماع الامامية على تضليل من خالفهم ، ولاجماعهم على اعادة المخالف زكاته لو استبصر من غير تفصيل .

قوله : والعدالة وقد اعتبرها قوم وهو احوط ، واقتصر آخرون على مجانبة الكبائر

هنا أقوال :

(الاول) اعتبار العدالة مطلقاً، وهو قول الثلاثة واتباعهم وابن ادريس ، لانه مقبول القول في الفقر فيشترط عدالته ، ولرواية داود بن فرقد : يمنع شارب

---

١) الكافي ٣/٥٤٥ ، التهذيب ٤/٥٤ ، الوسائل ٦/١٤٨ .

٢) العوالي ١/٩٥ ، قال في الهامش : فيها دلالة على أن الاحسان لا يضيع وانه جائز بالنسبة الى مجموع خلق الله ممن يتصف بالحياة من حيوان ، وفيه مماثلة لما ثبت من قوله عليه السلام : الشفقة على خلق الله .

٣) التهذيب ٤/٤٦ ، وفيه : يدفعها الى من لا ينصب . قلت : فغيرهم ؟ قال : ما لغيرهم الا الحجر . الوسائل ٦/١٥٣ .

ولو قصر الخمس عن كفايته، جاز أن يقبل الزكاة ولو من غير الهاشمي.

وقيل لا يتجاوز قدر الضرورة، وتحل لمواليهم.

والمندوبة لا تحرم على هاشمي ولا غيره.

والذين يحرم عليهم الواجبة: ولد عبد المطلب.

الخمر[1]، ولا قائل بالفرق.

(الثاني) قول ابن الجنيد اعتبار اجتناب الكبائر.

(الثالث) عدم اعتبارها مطلقاً، وهو قول ابن بابويه، واختاره العلامة لعموم الاية وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: اعط من وقعت في قلبك الرحمة له[2]. وعلى كل كبد حرى أجر[3]. خرج من عدا أهل الاعتقاد الصحيح فيبقى الباقي داخلا، ولما تقدم من قول الصادق والباقر عليهما السلام انما موضعها أهل الولاية. والفرض أن الفاسق كذلك، لما تقرر في الاصول أن العمل ليس جزء من الايمان. نعم لا شك أن اعتبارها أحوط كما قال المصنف، خصوصاً في فاسق يصرف الزكاة في جهة محرمة فان صنع هذا اولى. أما من يصرفها في جهة سائغة فيجوز أن يعطى، لان اعطاء الاول اعانة على فسقه.

قوله: ولو قصر الخمس عن كفايتهم. الى قوله: وقيل لا يتجاوز قدر الضرورة

القائل هو الشيخ، لكون هذا زكاة غير هاشمي لانه الغرض، وكل زكاة

---

١) الكافي ٣/٥٦٣، التهذيب ٤/٥٢.

٢) الكافي ٤/١٤، التهذيب ٤/١٠٧.

٣) البخاري، كتاب المظالم باب الابار على الطريق، وكتاب الادب باب رحمة الناس والبهائم، وفيه: في كل ذات كبد رطبة أجر. سنن ابن ماجة ٢/١٢١٥، وفيه: في كل ذات كبد حرى أجر. وراجع الوسائل ٦/٣٣٠، الكافي ٤/٥٧، التهذيب ٤/١١٠.

وأما اللواحق فمسائل :

(الاولى) يجب دفع الزكاة الى الامام اذا طلبها ، ويقبل قول المالك لو ادعى الاخراج ، ولو بادر المالك باخراجها أجزأته .

ويستحب دفعها الى الامام ابتداء ، ومع فقده الى الفقيه المأمون من الامامية ، لانه أبصر بمواقعها .

(الثانية) يجوز أن يخص بالزكاة أحد الاصناف ولو واحداً .

وقسمتها على الاصناف أفضل .

واذا قبضها الامام أو الفقيه برئت ذمة المالك ولو تلفت .

(الثالثة) لو لم يجد مستحقاً استحب عزلها والايصاء بها .

(الرابعة) لو مات العبد المبتاع من مال الزكاة ولا وارث له

غير هاشمي لا يحل لهاشمي الا عند الضرورة لاجماع الاصحاب ، فكل ما لا يباح الاعند الضرورة يقصرفيه على سدالرمق للاجماع أيضاً .

والمصنف والعلامة جوزاالاخذ مطلقاً ، لانه يباح لهأخذالزكاة ، وكل من أبيح له أخذ الزكاة لم يقدر بضرورة : أما الاول فلان الفرض حال الضرورة ، وأما الثانية فلقول الباقر عليه السلام : اذا أعطيت فأغنه[1] .

ويمكن أن يجاب : هذا في غير الهاشمي ، أما الهاشمي فقد خرج عن هذا الاطلاق بما تقدم من الدلالة .

قوله: ولومات العبد المبتاع بمال الزكاة ولاوارث له ورثه ارباب الزكاة وفيه وجه آخر هذا أجود

---

١) الكافي ٣/٥٤٨ ، التهذيب ٤/٦٤ ، الوسائل ٦/١٧٩ .

ورثته أرباب الزكاة ، وفيه وجه آخر ، وهذا أجود .

الاول قول الشيخين وابني بابويه ، لانـه اشتري بمالهم فكان ولاؤه لهم . ويؤيده رواية عبيد بن زرارة [1] وبه قال ابن ادريس .

والثاني للمصنف ، لانه سائبة[2] لا ولاء عليه ، وكل من كان كذلك فهـو للامام[3] .

وقيل في الاول نظر ، لانهم لم يملكوا بعد لعدم دفعه اليهم . وكذا الثاني لانه في معارضة النص .

مع أنا نمنع عدم ملكهم ونمنع أيضاً توقف الارث على الملك . وللشهيد هنا تفصيل حسن بل هو الاقوى ، وهو أنه ان اشتري لعدم المستحق يرثه أرباب الزكاة ، لانه يكون مصروفاً مـن حق الفقراء . ويحمل عليـه الرواية المشعرة بذلك ، ويكون تسليط المكلف على الشراء موجباً للولاء لهم وان كان شراؤه من سهم الرقاب كالعبد تحت الشدة ورثه الامام ، لانه لم يشتر بمالهم .

---

١) الكافي ٣/٥٥٧ ، التهذيب ٤/١٠٠ ، الوسائل ٦/٢٠٣ .

٢) السائبة : العبد يعتق ولا يكون لمعتقه عليه ولاء فيضع ماله حيث شاء .

٣) في المعتبر: لو مات العبد المبتاع من الزكاة ولا وارث له فماله لارباب الزكاة وعليه علماؤنا ، وحجتهم مارواه عبيد بن زرارة قال: سألت اباعبدالله عليه السلام عن رجل أخرج زكاة ماله فلم يجد لها موضعاً فاشترى به مملوكاً فأعتقه هل يجوز ذلك ؟ قال : نعم لا بأس بذلك . قلت : فانه اتجر واحترف فأصاب مالا ثم مات وليس له وارث فمن يرثه قال : يرثه الفقراء الذين يستحقون الزكاة ، لانه انما اشترى بمالهم .

ويمكن أن يقال : تـركته للامام ، لان الفقراء لا يملكون العبد المبتاع بمال الزكاة لانه أحد مصارفها ، فتكون كالسائبة . وتضعف الرواية بأن في طريقها ابن فضال وهو فطحي وعبيدالله بن بكير وفيه ضعف ، غير أن القول بها عندي أقوى لمكان سلامتها عن المعارض واطباق المتحققين منا على العمل بها .

(الخامسة) أقل ما يعطى الفقير ما يجب فى النصاب الاول ، وقيل : ما يجب فى الثاني ، والاول أظهر ، ولاحد للاكثر فخير الصدقة ما أبقت غنى .

(السادسة) يكره أن يملك ما أخرجه فى الصدقة اختياراً ، ولا بأس أن يعود اليه بميراث وشبهه .

والعلامة توقف في مختلفه وأفتى في ارشاده وقواعده بالثاني .

قوله : أقل ما يعطى الفقير ما يجب فى النصاب الاول ، وقيل ما يجب في الثانى ، والاول أظهر

الاول قول الشيخين واكثر الاصحاب، ولذلك قال « أظهر » . ومعتمدهم رواية ابى ولاد عن الصادق عليه السلام[1] .

والثاني قول ابن الجنيد وسلار ، لرواية محمد بن ابى الصهبان[2] . وأما السيد وابن ادريس فلم يقدرا شيئاً ، وهو مذهب المخالف .

هذا في القلة ، وأما الكثرة اذاكانت دفعة واحدة فلاحد لهالما ذكره، وهو اشارة الى لفظ الحديث النبوي : خيرالصدقة ما أبقت غنى[3] أحد تفسيريه انها تبقي غنى على المتصدق عليه وعليه الاستدلال ، والتفسير الاخر أن تبقي غنى على المتصدق لكراهة الصدقة بجميع ما يملك .

ويؤيد الاول قول الباقر عليه السلام : اذا أعطيت فأغنه .

---

١) الكافى ٣/٥٤٨ ، الوسائل ٦/١٧٧ ، التهذيب ٤/٦٢ ، الاستبصار ٢/٣٨ .

٢) التهذيب ٤/٦٣ ، الوسائل ٦/١٧٨ .

٣)كنز العمال ٦/٣٩٦ .

(السابعة) اذا قبض الامام أو الفقيه الصدقة دعا لصاحبها استحباباً على الاظهر.

(الثامنة) يسقط مع غيبة الامام سهم السعاة والمؤلفة ، وقيل : يسقط سهم السبيل ، وعلى ما قلناه لا يسقط .

قوله : اذا قبض الامام الصدقة دعا لصاحبها استحباباً على الاظهر

قال في الخلاف يجب ، وفي المبسوط يستحب . ومنشأ الخلاف قوله تعالى « وصل عليهم »[1]. ولا شك أن الامر حقيقة في الوجوب ، ولذلك أفتى به المصنف في المعتبر ، ولعطفه على الواجب وهو « خذ » ، ولتعليله باللطفية بقوله تعالى « ان صلاتك سكن لهم » . واختار العلامة في مختلفه الندب للاصل وفي ارشاده الوجوب .

ثم انه هل يتعين لفظ « الصلاة » ؟ يحتمل ذلك لصورة الامر ، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم : اللهم صل على ابى أوفى وعلى آل ابى أوفى[2] ، لما اتاه بصدقته .

وقيل بل يقول «آجرك الله فيما أعطيت وبارك لك فيما أبقيت » ونحو ذلك لان الصلاة لغة الدعاء والاصل عدم النقل .

قوله : يسقط مع غيبة الامام سهم السعاة والمؤلفة وقيل يسقط معهم السبيل وعلى ما قلناه لايسقط

هنا فوائد :

(الاولى) حيث أن الساعي يبعثه الامام بجباية الصدقة، فاذا فرض غيبة الامام

---

١) سورة براءة : ١٠٤ ، والاية هكذا « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وصل عليهم ان صلاتك سكن لهم والله سميع عليم » .

٢) سنن ابن ماجة ١/٥٧٢ .

(التاسعة) ينبغي أن يعطى زكاة الذهب والفضة أهل المسكنة وزكاة النعم أهل التجمل، والتوصل الى المواصلة بها ممن يستحيي من قبولها .

القسم الثاني في زكاة الفطر.

وأركانها أربعة :

الاول : فيمن تجب عليه .

لم تكن السعاية متحققة فيسقط نصيبها . وفيه نظر ، لانا لوفرضنا امكان انفاذ المجتهد ساعياً لكان سائغاً ، وحينئذ لا يكون سهمه ساقطاً .

(الثانية) قال في المعتبر الظاهر بقاء حكم المؤلفة وانه لم يسقط بعد النبى صلى الله عليه وآله وسلم ، لانه كان يعتمده[1] الى حين وفاته ولا نسخ بعده .

وحيث أن الامام قائم مقامه يكون السهم أيضاً باقياً ، لان الغرض منه حاصل زمان الامام ، أما في حال الغيبة فان قلنا بقول المفيد يكون باقياً اذا فرض امكان انفاذ المجتهد الى أهل القسم الرابع ويقرر لهم نصيباً من الصدقة، وأما اذا قلنا بمقالة الشيخ ومقالة ابن الجنيد ـ وهو أن المؤلفة هم المنافقون ـ فلا شك في سقوطه .

(الثالثة) قال الشيخ يسقط سهم السبيل حال الغيبة ، اذ لاجهاد حينئذ وعلى ما قلنا من التفسير فحكمه باق ، وهو ظاهر .

(الرابعة) اذا كان التخصيص بأحد الاصناف جائزاً فهو ثابت حال الظهور وحال الغيبة ، وحينئذ يجوز الصرف الى الاربعة الاخرى أوالى أحدها حال الظهور ، فلا يكون هناك شيء يثبت حال الظهور لا الغيبة . قلنا الكلام فيما لو

---

١) يعتمده اى يفعله .

انما تجب على البالغ العاقل الحر الغنى .

يخرجها عن نفسه وعياله : من مسلم وكافر وحر وعبد ، وصغير وكبير ، ولو عال تبرعاً .

ويعتبر النية في أدائها ، وتسقط عن الكافر لو أسلم .

وهذه الشروط تعتبر عند هلال شوال .

فلو أسلم الكافر أو بلغ الصبى أو ملك الفقير القدر المعتبر قبل الهلال وجبت الزكاة .

ولو كان بعده لم تجب ، وكذا لو ولد له أو ملك عبداً ، وتستحب لو كان ذلك ما بين الهلال وصلاة العيد .

والفقير مندوب الى اخراجها ، عن نفسه ، وعن عياله . وان قبلها ومع الحاجة يدبر على عياله صاعاً ثم يتصدق به على غيرهم .

(الثاني) : في جنسها وقدرها .

والضابط اخراج ما كان قوتاً غالباً كالحنطة والشعير والتمر والزبيب والارز والاقط واللبن .

وأفضل ما يخرج التمر ، ثم الزبيب ، ويليه ما يغلب على قوت بلده .

قلنا بوجوب البسط أو مع قصد الافضلية .

قوله : الغنى

قال في المبسوط هو من يملك أحد النصب الزكاتية ، قال المفيد من لا تحل

وهى من جميع الاجناس صاع ، وهو تسعة أرطال بالعراقى ، ومن اللبن أربعة أرطال ، وفسره قوم بالمدنى .

ولا تقدير في عوض الواجب ، بل يرجع الى قيمة السوقية .

له الزكاة . وهو الاشبه ، لان وجود الكفاية مما يمنع من أخذها ، لقوله عليه السلام : من حلت له فلا تحل عليه ومن حلت عليه فلا تحل له[1] .

قوله : وهى من جميع الاصناف صاع وهوتسعة ارطال

فيه قولان :

(الاول) انها تسعة من الكل ، وهو اطلاق اكثر الاصحاب وهو الاجود ، لانه أحوط ولتيقن براءة الذمة معه . ويؤيده رواية عبدالله بن مغيرة في الصحيح عن الصادق عليه السلام[2] وغيرها ، فانها تتضمن كون الاقط صاعاً[3] والاقط جوهر اللبن ولا يجزي منه الا الصاع فاللبن أولى . واختاره في المعتبر.

(الثاني) قول الشيخ في النهاية أنه من اللبن أربعة وأطلق، وفى المبسوط قيده بالمدني . وقال ابن ادريس: ان الصاع تسعة أرطال بالبغدادي وستة بالمدني الا اللبن فانه ستة بالبغدادي وأربعة بالمدني .

وقد تقدم تفسير الرطل فالصاع حينئذ بالعراقي اما ألف ومائة وسبعون درهماً أوثمانمائة وتسعة عشر مثقالا .

قوله : ولا تقدير فى عوض الواجب

---

١) التهذيب ٤ / ٧٣ ، وفيه : ومن حلت له لم تحل عليه ومن حلت عليه لم تحل له .

٢) التهذيب ٤ / ٨٠ .

٣) فى المصباح المنير: الاقط قال الازهرى يتخذ من اللبن المخيض يطبخ ثم يترك حتى يمصل ، وهو بفتح الهمزة وكسر القاف ، وقد تسكن القاف للتخفيف مع فتح الهمزة وكسرها مثل تخفيف كبد .

(الثالث) : في وقتها .

ويجب بهلال شوال ، ويتضيق عند صلاة العيد . ويجوز تقديمها في شهر رمضان ، ولو من أوله أداء .

ولا يجوز تأخيرها عن الصلاة الا لعذر ، أو انتظار المستحق .

وهى قبل صلاة العيد فطرة ، وبعدها صدقة ، وقيل يجب القضاء وهو أحوط .

قال الشيخ في النهاية[1] قدره درهم ، وقال جماعة أربعة دوانيق فضة . والحق ما قاله المصنف .

قوله : ويجب عند هلال شوال

قاله الشيخ وابن ادريس ، وقال المفيد والتقي والقاضي وسلار وابن زهرة عند طلوع الفجر . والاول أجود ، لانها زكاة الفطرة فتجب عند المخاطبة به .

قوله : ويجوز تقديمها فى شهر رمضان ولو من اوله

كذا أطلق كثير من الاصحاب ، لوجود ذلك في روايات صحيحة . والاولى أنه على وجه القرض كما صرح به التقي وابن ادريس ، لانها عبادة موقتة فلا تقدم على وقتها لاستحالة تقدم المسبب على سببه ، والرواية محمولة على القرض

قوله : وهى قبل صلاة العيد فطرة وبعدها صدقة ، وقيل يجب القضاء وهو أحوط

الاول قول ابني بابويه والتقي والقاضي وابن زهرة ، وحسنه المصنف في المعتبر . والمراد بالقبلية قبل الزوال ، لان الصلاة لا تنضبط الا بالوقت وهو الزوال . وحجتهم قول ابن عباس : هي قبل الصلاة زكاة مقبولة وبعد الصلاة

---

١) النهاية : ١٩١ .

واذا عزلها وأخر التسليم لعذر، لم يضمن لو تلفت ، ويضمن لو أخرها مع امكان التسليم .

ولا يجوز نقلها مع وجود المستحق، ولو نقلها ضمن، ويجوز مع عدمه ، ولا يضمن .

(الرابع) : في مصرفها .

وهو مصرف زكاة المال، ويجوز أن يتولى المالك اخراجها .

صدقة من الصدقات[1] . ومن طرقنا رواية ابراهيم بن ميمون عن الصادق عليه السلام : وان كان بعد ما يخرج فهي صدقة[2] . والتفصيل قاطع للشركة .

والثاني قول الشيخ وابن حمزة وابن ادريس والعلامة، لعموم الدليل على اخراجها ، وخروج الوقت لا يقتضي السقوط كالدين والزكاة المالية والخمس والتفصيل المذكور أولا ليس حجة لهم، لجواز كون التفصيل قاطعاً للشركة في التسمية بالزكاة لا في الوجوب والندب أو لكثرة الثواب ، فان العبادة في وقتها اكثر ثواباً .

بقي هنا فائدة، وهي : أنه هل تجب نية القضاء أو يكون أداء، نص ابن ادريس على الثاني . والاقرب الاول ، لتعين وقتها وقد فرض خروجه فيجب القضاء ، ولهذا يتعين عند آخر وقت الصلاة، ولم يجب على من بلغ أو اسلم بعد الزوال .

قوله : واذا عزلها وأخر التسليم لعذر لم يضمن

المراد بالعزل تعيينها في مال خاص بالنية لوقتها ، ويحتمل اشتراط كونه

---

١) سنن ابن ماجة ١/٥٨٥ .

٢) التهذيب ٤/٧٦ ، الكافي ٤/١٧١ .

وصرفها الى الامام أو من نصبه أفضل، ومع التعذر الى فقهاء الامامية .

ولا يعطى الفقير أقل من صاع ، الا أن يجتمع من لا تتسع لهم ويستحب أن يخص بها القرابة ، ثم الجيران مع الاستحقاق .

بقدرها أوأنقص ، فلوعين الصاع في صاعين أمكن كونه غيرعزل ، لتحقق بقاء الشركة في ماله ، خصوصاً لولم يملك الا الصاعين، ولانه لوكفى لكفت النية في جميع ماله ، وهو مخالف لعرف العزل .

وظاهر كلام المصنف والعلامة أن الخلاف المتقدم مع عدم العزل ، وأنه لاكلام في الوجوب مع العزل . وقال شيخنا الشهيد : وهما مطالبان بوجه التخصيص ، فان الروايات والعبارات لا تساعد على ما ذكراه .

كتاب الخمس

وهـو يجب في غنائم دار الحرب ، والكنائـز ، والمعادن ، والغوص ، وأرباح التجارات ، وأرض الذمى اذا اشتراها من مسلم وفى الحرام اذا اختلط بالحلال ولم يتميز .

قوله : يجب فى غنائم دارالحرب

ذكرأن محل وجوبه سبعة أقسام :

(الاول) غنائم دارالحرب ، وهي كل ما أخذ بالغلبة والقهر من دارالحرب سواء كان أناسي أوأرضين أو ما عداهما مما يصح تملكه .

(الثاني) المعادن ، والمراد به ما استخرج من الارض ، سواء كان منطبعاً[1] أومائعاً أوجامداً .

(الثالث) الغوص ، وهو كل ما أخرج بالغوص من البحر .

---

١) أى مايلين بالنار كالذهب والفضة والرصاص والحديد والصفر والنحاس وغيرها وما لا ينطبع كالكحل والزرنيخ والياقوت وغيرها .

(الرابع) حاصل أنواع التكسبات من التجارة والصناعة والزراعة ، وزاد ابوالصلاح ماملك بارث وصدقة وهبة ، ومنعه ابـن ادريس[1] وغيره ، لاصالة البراءة . وكذلك زادالشيخ[2] العسل المأخوذ من الجبال، واختاره ابن ادريس والعلامة[2] في مختلفه ، وهو قريب . وكذلك الشيرخشك وأمثاله ، لدخوله في مسمى الغنيمة .

(الخامس) أرض الذمي اذااشتراها من مسلم، ولم يذكرها كثير من الاصحاب وذكر الشيخ[3] واتباعه واختاره ابن ادريس[3] ، وحكاها المصنف عن المفيد وقال الظاهر أن المراد أرض المزرعة لا المساكن .

(السادس) كل مال حلال اختلط بحرام ، وتقسيم مسائله أربع : الاولى أن يعلم المالك والمقدار فيوصله اليه لا غير ، الثانيـة أن يعلم المالك لا المقدار فيصالحه ، الثالثة أن يعلم المقدار لاالمالك فيتصدق به ، الرابعة لايعلمهما معاً . وهو المراد هنا .

(السابع) الكنز ، ولم يذكره المصنف الا في الاحكام ، وكأنه أدرجه في المعدن . والمراد بالكنز كل مال مذخور تحت أرض ، ويقال له الركاز أيضاً . وتقسيم مسائله أربع : الاولى كنزدارالحرب ولا اثر للاسلام فيه ، الثانية كنز دارالحرب وعليه أثرالاسلام ، الثالثة كنز دارالاسلام ولا أثر للاسلام عليه وهذه الثلاثة تخمس وتكون للواجد وهو المراد هنا، والمرادبأثرالاسلام سكة اسلامية اماالشهادة لمحمد صلى الله عليه وآله وسلم بالرسالة أواسم سلطان مسلم، الرابعة كنزدار الاسلام وعليه أثره ، فقال في المبسوط انـه لقطة لصدق تعريف اللقطة عليه ولحرمة مال المسلم الابطيب نفس منـه ، واختاره العلامة والمصنف وعليه

---

١) السرائر: ١١٤ .

٢) المبسوط ١/٢٣٧ ، المختلف ١/٣١ ، السرائر: ١١٣ .

٣) النهاية : ١٩٧ ، السرائر: ١١٣ .

ولا يجب في الكنز حتى تبلغ قيمته عشرين ديناراً. وكذا يعتبر في المعدن على رواية البزنطي، ولا في الغوص حتى تبلغ ديناراً، ولا في أرباح التجارات الا فيما فضل منها عن مؤونة السنة له ولعياله ولا يعتبر في الباقية مقدار.

الفتوى. وقال في الخلاف يخمس، وتبعه ابن ادريس وليس بجيد.

والمراد بهذه ألاتوجد في ملك الغير. والمفيد والمرتضى والحسن أطلقوا وجوب الخمس في الكنز ولم يفصلوا، ولا شك أن الروايات مطلقة، ويمكن أن يحتج بها لقوله في الخلاف، ويجاب بأنها تقييد بالدليل وهو عصمة مال المسلم.

قوله: ولا يجب في الكنز. الى قوله: عن مؤنة السنة

ماعدا هذه الاربعة مما تقدم ليس له نصاب وهذه لها نصاب عند الاكثر:

(الاول) الكنز، ذكره الثلاثة واتباعهم، ومعتمدهم قوله عليه السلام: ليس فيما دون خمسة أواق من الورق صدقة[1] وليس فيما دون عشرين مثقالا صدقة[2]

(الثاني) المعدن، قال في النهاية لايجب فيه شيء حتى يبلغ عشرين ديناراً واختاره العلامة، ومستنده رواية احمد بن ابى نصر البزنطي عن الرضا عليه السلام[3] وقال التقي يكفي بلوغ دينار، وأطلق المفيد والمرتضى وابن زهرة وسلار وابن الجنيد والحسن.

(الثالث) الغوص، اتفق الاصحاب على اعتبار دينار كما دلت عليه رواية محمد

---

١) سنن ابن ماجة ١/ ٥٧١، كنز العمال ٦/ ٣٢٥، اواق جمع أوقية ويقال لها الوقية وهى أربعون درهماً، وخمسة اواق مائتا درهم.

٢) التهذيب ٤/ ٦ و ٧.

٣) التهذيب ٤/ ١٣٨، الوسائل ٦/ ٣٤٤.

ويقسم الخمس ستة أقسام على الاشهر : ثلاثة للامام ، وثلاثة لليتامى والمساكين وأبناءالسبيل ممن ينتسب الى عبدالمطلب بالاب

ابن علي بن ابى عبدالله عن الكاظم عليه السلام[1].

(الرابع) الارباح بعد مؤنة السنة له ولعياله الواجبى النفقة[2] من غير اسراف ولا تقتير ، فلو أسرف حسب عليه ولو قتر حسب له .

قوله : ويقسم ستة أقسام على الاشهر

كذا ذكر الثلاثة واتباعهم ، وهو أشهر الروايتين ، رواه الصفار[3] ويونس وغيرهما . وروي خمسة أقسام باسقاط سهم الله رواه ربعي بن عبدالله في الصحيح[4] وهو موافق لمذهب الشافعي، وهو حكاية فعل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم. ولعله أخذ دون حقه تفضلا ، مع ان حكاية الحال لا تعم .

بقي هنا مسألة ، وهي : ان المشهور عند أصحابنا أن ذا القربى هو الامام ، فيكون سهمه له بالاصالة . ونقل المرتضى عن بعض أصحابنا ـ والظاهر أنه ابن الجنيد ـ ان ذا القربى أقارب رسول الله من بني هاشم وبنى المطلب .

وأما الثلاثة الباقية فلا كلام عند علمائنا أنهم ولد عبدالمطلب بن هاشم ، لكن ان الجنيد أضاف اليهم بنى المطلب وانه اذا فضل عنهم صرف الى باقي المسلمين من يتيم ومسكين وابن سبيل، ووافقه المفيد في بنى المطلب في الرسالة العزية . وما ذكرناه أولا أحوط ومبرىء للذمة يقيناً .

اذا عرفت هذا فاعلم أنه يجب حمل الخمس اليه عليه السلام ابتداء يأخذ

---

١) الفقيه ٢ / ٢١ .

٢) راجع الوسائل ٦ / ٣٤٨ .

٣) التهذيب ٤ / ١٢٦ .

٤) التهذيب ٤ / ١٢٨ ، الوسائل ٦ / ٣٥٦ .

نصفه ويقسم على الاصناف الثلاثة الباقي على قدر كفايتهم، فان فضل شيء فهوله وان أعوز[1] فعليه القسمة، لرواية احمد بن محمد[2] ورواية حماد بن عيسى عن الكاظم عليه السلام[3] .

وخالف ابن ادريس هنا بأن منع أخذ الفاضل واتمام المعوز ، محتجاً على الاول بأن النصف لهم فلايجوز تناوله ، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه[4]. وعلى الثاني بأن أسباب النفقة محصورة وليس هذا منها ، وعلى الجملتين بأنه لوكان كذلك لم تبق للتقدير بأن له النصف ولهم النصف فائدة .

والجواب عن الاول بمنع الاستحقاق مطلقاً بل لاجل الاحتياج لدوارنه معه وجوداً وعدماً فاذا فضل شيء فالامام أولى به .

وعن الثانى بأنا لانسلم أن الاتمام يستلزم وجوب النفقة بل لاجل الكفاية ، ولهذا يعطى كل منهم قدر كفايته وان زاد عن صاحبه الاخر أو نقص مع عدم وجوب النفقة بعضهم على بعض .

وعن الثالث بأن التقدير ليس لاجل الاستحقاق بل لبيان المستحقين كما في الزكاة .

وأما قوله « ان الراية الاولى مجهولة المسؤل والثانية مرسلة » فانا نقول : انهما مؤيدتان بعمل الاصحاب وفتيا الفضلاء .

---

١) عوز الشيء : عز فلم يوجد . وأعوزت الشيء : احتجت اليه فلم اجده .

٢) التهذيب ٤/١٢٦ .

٣) الكافى ١/٥٣٩ ، التهذيب ٤/١٢٨ ، الوسائل ٦/٣٦٣ .

٤) الكافى ٧/٣٧٤ ، عوالى اللئالى ٢/١١٣ .

وفي استحقاق من ينتسب اليه بالام قولان، أشبههما : أنه لايستحق.

وهل يجوز أن تخص به طائفة حتى الواحد، فيه تردد. والاحوط بسطه عليهم ، ولو متفاوتاً .

ولا يحمل الخمس الى غير بلده ، الا مع عدم المستحق فيه .

قوله : وفي استحقاق من ينسب اليه بالام قولان

الاستحقاق قول المرتضى، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم للحسنين عليهما السلام : هذان ولداي امامان قاما أوقعدا [1] . والاصل في الاطلاق الحقيقة .

وقال الشيخ واتباعه وابن ادريس بعدمه ، لقوله تعالى «أدعوهم لابائهم»[2] ورواية حماد بن عيسى عن الكاظم عليه السلام : من كانت أمه من بني هاشم وأبوه من سائر قريش فان الصدقة تحل له وليس له من الخمس شيء[3] .

قوله : وهل يجوز ان يخص به طائفة حتى الواحد فيه تردد

ينشأ من أن ظاهر اللام في الاية التملك والاختصاص ، ولهذا قال الشيخ لا يخص فريقاً منهم دون فريق . ومن رواية البزنطي في الموثق عن الرضا عليه السلام قال : ذاك الى الامام عليه السلام[4] .

وفيه نظر ، اذ الرواية لا تدل على التخصيص بل على جواز التفاوت ، وهو غير التخصيص . والاحوط بسطه على الاصناف كما قال المصنف ، وهو اختيار ابن ادريس .

---

١) عال الشرائع ٢١١/١٤ .

٢) سورة الاحزاب : ٥ .

٣) التهذيب ١٢٨/٤ ، الكافي ٥٣٩/١ ، الوسائل ٣٥٨/٦ .

٤) الكافي ٥٤٤/١ ، قرب الاسناد : ١٧٠ ، الوسائل ٣٦٢/٦ .

ويعتبر الفقر فى اليتيم ، ولا يعتبر في ابن السبيل .

ولا تعتبر العدالة ، وفي اعتبار الايمان تردد ، واعتباره أحوط.

ويلحق بهذا الباب مسائل :

(الاولى) مايخص به الامام من الانفال ، وهو مايملك من الارض بغير قتال ، سلمها أهلها ، أو انجلوا .

والارض الموات التى باد أهلها ، أو لم يكن لها أهل ، ورؤس الجبال ، وبطون الاودية والاجام ، وما يختص به ملوك أهل الحرب من الصوافى ، والقطائع غير المغصوبة وميراث من لا وارث له .

وفي اختصاصه بالمعادن ، تردد أشبهه : أن الناس فيها شرع .

قوله : ويعتبر الفقر فى اليتيم

وجه ذلك أن الخمس جبر ومساعدة فيخص به أهل الخصاصة[1] . ولانه عوض الزكاة فلا يعطى الغني .

وقال الشيخ لا يعتبر ، لعموم الاية ولانه يلزم تداخل الاقسام فلا فائدة في ابرازه لدخوله تحت المساكين .

قلنا : ابرازه للاهتمام به ولذلك قدمه لعدم الكافل ، فمع وجود المال هو أنفع له .

قوله : وفى اعتبار الايمان تردد

ينشأ من عموم الاية ومن الحكم بضلالة من خالفنا فاعانتهم محرمة منهي عنها ، واعتباره أحوط بل أحق .

قوله : وفى اختصاصه بالمعادن تردد

---

١) الخصاصة بالفتح : الفقر، الحاجة .

وقيل : اذا غزا قوم بغير اذنه ، فغنيمتهم له ، والرواية مقطوعة .

(الثانية) لا يجوز التصرف فيما يختص بـه مع وجوده ، الا باذنه ، وفي حال الغيبة لا بأس بالمناكح ، وألحق الشيخ المساكن والمتأجر.

(الثالثة) يصرف الخمس اليـه مع وجوده ، وله ما يفضل عن كفاية الاصناف من نصيبهم ، وعليه الاتمام لو أعوز.

ومع غيبته يصرف الى الاصناف الثلاثة مستحقهم .

لاكلام في اختصاصه لما هوفي أرضه ، وأما ما عداه ففيه تردد : من اطلاق الشيخين أن المعادن للامام من غيرتفصيل ، ومن أصالة الاباحة وحصول الغاية من ايجادها وهو انتفاع الناس بها المنافي للاختصاص . ولهذا قال « أشبهه ان الناس فيهـا شرع » أي سواء ، والـراء تحرك وتسكن ويستوي فيـه الواحد والمؤنث والجمع .

قوله : وقيل اذا غزى قوم بغيراذنه فغنيمتهم له

والرواية مقطوعة، القائل هوالثلاثة وأتباعهم، والروايةرواها العباس الوراق عـن رجل سماه عن الصادق عليه السلام[1] . وهي مشهورة بيـن الاصحاب وعملهم عليها .

قوله : وفى حال الغيبة لا بأس بالمناكح

وألحق الشيخ المساكن والمتاجر ، منع التقي من التصرف في حقه عليه السلام مطلقاً ، وجوز سلارالتصرف في الانفال حال الغيبة مطلقاً ، وقيد المفيد المناكح .

---

١) التهذيب ٤/١٣٥ ، الوسائل ٦/٣٦٩ .

وألحق الشيخ المساكن والمتاجر مستدلا برواية سالم بن مكرم عن الصادق عليه السلام قال : قال له رجل وأنا حاضر : حلل لي الفروج . ففزع ابوعبدالله فقال له رجل: ليس يسألك أن يعترض الطريق انما يسألك خادماً يشتريها أوامرأة يتزوجها أوميراثاً يصيبه أوتجارة اوشيئاً اعطاه. فقال: هذا لشيعتنا حلال الشاهد منهم والغائب والميت منهم والحي ومايولد منهم الى يوم القيامة ، وهو لهم حلال ، أما والله لا يحل الا لمن أحللنا له[1] .

وكذلك في رواية مسمع بن عبدالملك عن الصادق عليه السلام أيضاً : كل ما في أيدي شيعتنا من الارض فهم فيه محللون ، محلل لهم ذلك الى أن يقوم قائمنا[2] .

والمصنف كأنه يستضعف قول الشيخ نظراً الى أصالة منع التصرف في مال الغير والى قول الرضا عليه السلام وقد سأله بعض مواليه الاذن في الخمس: ان الخمس عوننا على ديننا وعلى عيالنا وعلى موالينا وما نبذله ونشتري من أعراضنا ممن نخاف سطوته فلاتزووه[3] عنا ولاتحرموا أنفسكم دعانا ما قدرتم عليه فانه اخراجه مفتاح رزقكم وتمحيص ذنوبكم وما تمهدون لانفسكم ليوم فاقتكم ، والمسلم من يفي لله بماعاهده وليس المسلم من أجاب باللسان وخالف بالقلب والسلام[4] .

والعلامة والشهيد اختارا ما ذهب اليه الشيخ .

ثم ان الشهيد أفاد تفصيل هذه الثلاثة :

---

١) التهذيب ٤/١٣٧ ، الوسائل ٦/٣٧٩ .

٢) التهذيب ٤/١٤٤ ، الوسائل ٦/٣٨٢ .

٣) زوى عنه حقه اى منعه اياه .

٤) الكافى ١/٥٤٧ ، التهذيب ٤/١٣٩ ، الوسائل ٦/٣٧٥ .

وفي مستحقه عليه السلام أقوال، أشبهها : جواز دفعه الى من يعجز حاصلهم من الخمس، عن قدر كفايتهم على وجه التتمة لاغير.

أما المناكح فهو الامة المسبية التي يسبيها الظالم ، ولايجب اخراج خمسها وليس من باب التحليل بل تمليك للحصة أوالجميع من الامام ، وكذلك مهور النساء يستثنى من الارباح .

وأما المساكن فهو مما يختص بالامام من الاراضي أومن الارباح ، بمعنى أنه يستثني مسكناً فمازاد مع الحاجة .

وأما المتاجر فعند ابن الجنيد على العموم ، لرواية يونس بـن يعقوب[1]، وعند ابـن ادريس هوأن يشتري متعلق الخمس ممن لا يخمس ، فلايجب عليه اخراج الخمس الا أن يتجرفيه ويربح . ولا شك أن العمل بهذا القول أخذ باليسر ورفع للحرج اللازم وجمع بين الروايات .

قوله: وفي مستحقه عليه السلام اقوال اشبهها جواز دفعه الى من يعجز حاصلهم من الخمس عن كفايتهم على وجه التتمة

هذا الوجه الذي ذكره المفيد في الرسالة العزية واختاره المصنف والعلامة لان عليه اعطاء الاصناف من حقه على وجه التتمة حال الحضور كما تقدم ، وكذا حال الغيبة لان مـا وجب بحق لا يسقط بغيبته لكن يتولى ذلك مـن له النيابة في الحكم .

ونقل المفيد هنا أقوالا أخر :

« ١ » اسقاطه حال الغيبة ، محتجاً بأحاديث الرخص في اباحة الخمس .

---

١) الفقيه ٢/٢٣ ، التهذيب ٤/١٣٨ ، الوسائل ٦/٣٨٠ .

« ٢ » كنزه ، لما ورد أن الارض تخرج له كنوزها .

« ٣ » عزله والايصاء به حتى يصل اليه .

« ٤ » صلة الذرية وفقراء الشيعة على وجه الاستحباب. ثم قال: ولست أدفع قرب هذا القول من الصواب .

كتاب الصوم

وهو يستدعى بيان أمور:

(الاول) الصوم وهوالكف عن المفطرات مع النية ،

قوله : الصوم هوالكف عن المفطرات مع النية

الصوم له معنيان لغوي واصطلاحي :

أما الاول فيقال هوقيام بلاعمل ، ويقال صام الفرس اذا قام على غير اعتلاف

قال النابغة :

خيل صيام وخيـل غير صائمة تحت العجاج وأخرى تعلك اللجما[1]

وصام[2] النهار صوماً : اذا قام قائم الظهيرة واعتدل .

---

١) العجاج كسحاب : الغبار والدخان . علكه يعلكه : مضغه . واللجام : حركة فى فيه . واللجم جمع اللجام ككتاب وكتب .

٢) قال فى المبسوط : الصوم فى اللغة هو الامساك والكف ، يقال : صام الماء اذا سكن وصام النهار اذا قام فى وقت الظهيرة وهو أشد الاوقات حرارة . وفى الشرع هو امساك مخصوص على وجه مخصوص ممن هوعلى صفة مخصوصة .

وأما الثاني فعرفه الشيخ بأنه امساك عن أشياء مخصوصة .

فأورد عليه بأن الامساك عدمي والتكليف لايقع الا بوجودي ، فلذلك عدل المصنف الى قوله هوالكف ـ الى آخره .

ويرد عليه وجوه: « ١ » ان الكف المذكور أعم من أن يكون ليلا أونهاراً والمراد هوالثاني فكان ينبغي تقييده ، « ٢ » ان كف الكافروالحائض ليس بصوم ولومع النية فكان ينبغي اخراجه ، « ٣ » ان أراد بالمفطر ما ورد النهي عن فعله في زمان الصوم من حيث ذاته لزم أن يكون كل من كف عن ذلك يكون صائماً هذا خلف، وان أريد بهذلك الشيء بقيدكونه مفطراً فتعريف الصوم به تعريف دوري ، لان المفطر من حيث هومفطر تتوقف معرفته على معرفة الصوم ، فاذاأخذ في تعريفه لزم الدور .

وأكثر التعريفات في هذا الباب منظور فيه .

قوله : ويكفى فى رمضان نية القربة وغيره يفتقر الى التعيين

هنا مسألتان :

(الاولى) ان رمضان يكفي فيه نية القربة . وهومتفق عليه عندنا ، لكن في تفسير نية القربة اختلاف ، قال الشيخ[١] هوأن يقتصر على أنه صائم متقرباً الى الله من غيرأن يتعرض لقيدآخرمن رمضان أووجوب أوغيره، وبه فسرالمصنف[٢] في الشرائع والمعتبر . وقال ابن ادريس[٣] هوأن ينوي أنه يصوم واجباً متقرباً

١) المبسوط ١/ ٢٧٦ .

٢) الشرائع ١/ ٥١ ، المعتبر: ٢٩٨ .

٣) السرائر: ٨٣ .

الى الله فزاد نية الوجوب ، واختاره العلامة[1] .

ويترجح الاول بأن الاكتفاء بالقربة دون التعيين ان كان لكونه زماناً لا يقع فيه غيره فلاحاجة الى التعيين فيه، فكذا يقال لا حاجة الى ذكر الوجوب لكونه زماناً لايقع فيه مندوب، وان كان العلة غير ذلك فلابد من ذكره مع أنه لم يذكر سوى الاول، فيلزم حينئذ الترجيح من غير مرجح أو ذكرهما معاً، ولم يقل أحد بالثاني

ويمكن أن يترجح بأن الغرض من النية التمييز ، وذلك لا يحصل بمجرد القربة ، ولانه قد يقع صومه غير واجب كما اذا قدم بعد الزوال أو برأ من مرضه

(الثانية) ان غير رمضان ممالم يتعين يفتقر الى التعيين ، وهذا ممالم أعرف فيه خلافاً أيضاً .

ويستدل عليه بأن الزمان صالح لانواع متعددة فلابد من تمييز بعضها بالقصد اليه مشخصاً بصفاته الخاصة به .

ومراد المصنف بغيره مالم يتعين ، والا ورد عليه المعين لكونه غيره أيضاً

قوله : وفي النذر المعين تردد

التردد في أنه هل يكفي فيه نية القربة أم لا . ومنشأه من مساواته لرمضان ، وهو عدم جواز وقوع صوم آخر في ذلك الزمان شرعاً بعد تحقق الوجوب . وهذا اختاره ابن ادريس[2] ناقلا له عن المرتضى .

ومن أنه لولا النذر كان يجوز أن يقع فيه غيره بخلاف رمضان ، وهذا

---

١) المختلف ٢ / ٤١ .

٢) السرائر: ٨٣ ، قال فيه : والصحيح ما ذهب اليه المرتضى أن كل زمان يتعين فيه الصوم كشهر رمضان والنذر المعين بيوم أو ايام لا يجب فيه نية التعيين بل نية القربة فيه كافية حتى لو نوى صومه عن غيره لم يقع الا عنه . الى آخر ما قال .

ووقتها ليلا ، ويجوز تجديدها في شهر رمضان الى الزوال ، وكذا فى القضاء ، ثم يفوت وقتها .

اختاره الشيخ[1] والعلامة[1] والمصنف في الشرائع[1] والشهيد فـي دروسه[1] ، وهوالاقوى .

قوله : ووقتها ليلا

وانما كان كذلك لان النية انما تؤثر فيما يأتي لا في الماضي ، ويقع الفعل بحسبها لانهاارادة والارادة لاتتعلق بالماضي والالزم تحصيل الحاصل. وحينئذ يجب سبقها على زمان الصوم وهوالليل الا ما أخرجه الدليل كما يأتي .

الا أنالمفيد قال : وقتها قبل وقت الصوم فيكون حينئذ آخر الليل ، والشيخ جعله من أول الليل الى طلوع الفجر وتتضيق عنده ، وقال المرتضى من طلوع الفجر الى قبل الزوال .

قوله : ويجوز تجديدها فى شهر رمضان الى الزوال

يريد بذلك الناسي كما صرح به في الشرائع لا العامد ، وظاهر ابن ابى عقيل عدم جواز التجديد مطلقاً للعامد والناسي .

قوله : وكذا فى القضاء

يريد به أنه تجب نيته ليلا ويجوز التجديد للناسي لا غير .

وقال العلامة يجوز تجديدها للعامد ، واستدل بـأن القضاء لاتتعين في ذلك اليوم فجازله ترك الصوم فيه ولايجب عليه صومه فلا تجب نيته ، واذا لم ينوفي صدر النهارلم يكن مأثوماً ويكون حكمه حكم الساهي في رمضان في تسويغ ترك النية الى الزوال ، فاذا نوى قبله صح ، وكذا هنا . أما رمضان فانه يتعين

---

١) المبسوط ١/٢٧٧ ، المختلف ٢/٤١ ، الشرائع ١/٥١ ، الدروس اول كتاب الصـوم .

صومه فتجب فيه النية مع العمد ، فاذا ترك النية مع العمد يكون قد ترك شرعاً للواجب فيكون تاركاً له .

واختاره الشهيد ، وليس ببعيد من الصواب . وتؤيده رواية عبدالرحمن ابن الحجاج في الصحيح قال : سألته عن الرجل يبدو له بعد ما يصبح ويرتفع النهار في صوم ذلك اليوم ليقضيه من شهر رمضان ولم يكن نوى ذلك من الليل قال : نعم ليصمه وليعتد به اذا لم يكن احدث شيئاً[1] .

وكذا روى هو أيضاً عن الكاظم عليه السلام : الرجل يصبح ولم يطعم ولم يشرب ولم ينو صوماً وكان عليه يوم من شهر رمضان ألـه أن يصوم ذلك اليوم وقد ذهب عامة النهار ؟ فقال : نعم له أن يصوم ويعتد به من شهر رمضان[2] .

ويريد قضاء شهر رمضان ، والمضاف محذوف بقرينة ذكره في السؤال.

قوله : وفي وقتها للمندوب روايتان اصحهما مساواة الواجب

ذكر في المعتبر الروايتين :

احداهما ـ ماورواه الاصحاب عن علي عليه السلام ورواه الجمهور أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم كان يدخل على أهله فيقول : هل عندكم شيء ؟ فان كان عندهم شيء أتوه به والاصام عليه السلام[3] .

وثانيتهما ـ رواية هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام : ان نوى الصوم قبل أن تزول الشمس حسب له يومه، وان نواه بعد الزوال حسب له من الوقت

---

١) الكافي ٤/١٢٢ ، التهذيب ٤/١٨٦ . بتفاوت ما بينهما .

٢) التهذيب ٤/١٨٧ .

٣) التهذيب ٤/١٨٨ ، وفيه : كان اميرالمؤمنين عليه السلام يدخل الى أهله ويقول: عندكم شيء والاصمت ، فان كان عندهم شيء اتوه به والاصام، وانظر سنن الترمذي ٣/١١١.

الذي نوى[1] .

وليس في ظاهرهاتين الروايتين تعارض حتى يقول فيه روايتان .

ثم انه قال أصحهما مساواة الواجب فيجوز التجديد حينئذ الى الزوال ، وأما بعد الزوال فأجاز تجديدها السيد والشيخ في المبسوط وابن حمزة ، ومنع ابن ابى عقيل والشيخ في الخلاف والمصنف والعلامة .

ولا شك أن مقتضى النظر أنه لا يجوز تأثير النية فيما سبق عليها ، لكن خولف ذلك قبل الزوال للنصوص الدالة عليه فيبقى الباقي على أصله .

وأيضاً يمكن الفرق بين الحالين بأنه قبل الزوال يكون الباقي اكثر من الماضي ، والشارع يعتبر الاكثرية في كثير من الاحكام ويغلبها على الاقلية ، كمن طاف أربعاً ثم قطع لغرض ، فانه يبني على ما طاف بخلاف ما لو طاف ثلاثاً ، وكذا من صام شهراً ويوماً من المتتابعين وأفطر الباقي فانه يبني على ما تقدم .

لا يقال : نمنع اقتضاء النظر ذلك ، بل يقتضي سبقها على عبادة هي فعل والصوم ترك فعل . سلمنا لكن النص ورد على الجواز أيضاً فليعتبر ، واعتبار الاكثرية غير مطرد ولذلك شرط بالنية . وانما اطرح النص الثاني لمخالفة النظر واعتبار الاطراد غير لازم بل يكفي حصوله في مادة ما في الجملة .

قوله : وقيل يجوز تقديم نية شهر رمضان على الهلال

هذا قول الشيخ في المبسوط والنهاية والجمل ، مستدلا بأن مقارنة النية ليست بشرط في الصوم ، لجواز أن يتخلل الاكل والشرب بين النية والصوم ، وجواز أن يقدم من أول الليل ، فكذلك يجوز أن يتقدم اكثر من ذلك بيوم أو اكثر .

---

١) التهذيب ٤ / ١٨٨ .

ويجزىء فيه نية واحدة .

ويصام يوم الثلاثين من شعبان بنية الندب .

واستضعفه ابن ادريس والمصنف والعلامة ، لان التقديم في ليلة الصوم مستفاد من قول عليه السلام : من لم يبيت الصيام من الليل فلا صيام له[1] .

ولما تعذر اتصالها بالفجر ومقارنتها به لم يكلف به واكتفى بظرفية الليل لها وليس كذلك تقدمها على الشهر بيوم أو اكثر ، لحيلولة النهار بين النية وزمان الصوم

قوله : وتجزى فيه نية واحدة

هذا الكلام ظاهره أنه عطف على ما قبله ، أي وقيل تجزي . والقائل به الثلاثة وسلار والتقي ، حتى أن المرتضى ادعى عليه اجماع الامامية . قال : ولا استبعاد في ذلك ، لان الشهر بمثابة عبادة واحدة وحرمته حرمة واحدة لاتصال بعض أجزائه ببعض ، ومقارنة النية لزمان الصوم ليس بشرط والا لم يصح فعل النية في أول الليل ، وكذلك عدم تخلل الاكل والشرب وباقي المفطرات ليس بشرط والا لم يصح فعل المفطر في الليل بعد النية .

ووجه ضعف هذا القول : انا نمنع كونه كعبادة واحدة ، فان صوم كل يوم مستقل بنفسه لا تعلق له بما قبله وما بعده ، ولذلك تتعدد الكفارة بتعدد الايام . ولا يبطل الشهر كله ببطلان صوم بعض أيامه بخلاف الصلاة الواحدة ، فان بطلان بعض أجزائها يقتضي بطلان كلها ، والحمل انما يتم على تقدير عدم الفرق ونحن فقد بيناه .

قوله: ويصام يوم الثلاثين من شعبان . الى قوله: ولو صام بنية الواجب لم يجز ، وكذا لو رددنيته وللشيخ قول آخر

يوم الثلاثين من شعبان ويسمى يوم الشك لا يخلو صومه من أقسام ثلاثة :

---

١) كنز العمال ٨/٤٩٣ .

ولو اتفق من رمضان أجزأ ، ولو صام بنية الواجب لم يجز . وكذا لو ردد نيته ، وللشيخ قول آخر.

ولو أصبح بنية الافطار فبان من رمضان جدد نية الوجوب ، ما لم تزل الشمس وأجزأه ، ولو كان بعد الزوال أمسك واجباً ، وقضاه .

(الثاني) فيما يمسك عنه [الصائم] وفيه مقصدان :

(الاول) يجب الامساك عن تسعة : الاكل والشرب

(الاول) أن يصام بنية الندب . وهو سائغ وعليه عمل الاصحاب ، خلافاً للقوم ، فان ظهر أنه من رمضان اجزأ لان رمضان لا يقع فيه غيره ، فان كان بعد اليوم فلا بحث وان كان في أثنائه جدد النية ، سواء كان قبل الزوال أوبعده . قال الصادق عليه السلام : صمه فان يكن من شعبان كان تطوعاً وان يكن من رمضان فيوم وفقت له[1] .

(الثاني) أن يصام بنية الواجب ، أي من شهر رمضان ، وذلك حرام لقول زين العابدين سلام الله عليه في رواية الزهري عنه : يوم الشك أمرنا بصومه ونهينا عنه ، أمرنا أن نصومه على أنه من شعبان ونهينا أن نصومه على أنه من شهر رمضان[2] .

فلو صامه كذلك ثم ظهر أنه من رمضان هل يجزيه أم لا ؟ قال الشيخ في اكثر كتبه والمرتضى وابنابابويه والتقي لا يجزيه، وقال الحسن وابن الجنيد يجزيه واختاره الشيخ في الخلاف .

---

١) الكافى ٤/ ٨٢ ، التهذيب ٤/ ١٨١ .

٢) التهذيب ٤/ ١٨٣ ، وتمام الحديث : وهو لم ير الهلال .

والحق الاول ، لانه مشتمل على وجه قبح ، وهو جعل مـا ليس بواجب واجباً اذالفرض انه لم يعلم وجوبهوكل ما اشتمل على وجه قبح فهو منهي عنه والنهي في العبادات يدل على البطلان كما تقرر في الاصول .

(الثالث) أن يصام على الترديد ، بمعنى أنـه ان كان من رمضان فلوجوبه وان كان من شعبان فلندبه. قال الشيخ في المبسوط والخلاف وابن حمزة والعلامة في مختلفه يجزي ، وقال الشيخ في باقي كتبه وابن ادريس والمصنف لايجزي.

وهو الحق ، لان النية انما شرعت للتمييز بين الافعال، فمع الترديد لايحصل ذلك فيكون منافياً لغرض مشروعية النية .

وفيه نظر ، لان الترديد انما يكون منافياً على تقدير العلم بالوجه ، وأما على تقدير عدمه فلا ، ولذلك جاز صلاة الربـاعية المرددة بين كونها ظهراً أو عصراً أوعشاءاً ، وكذا لونوى عن ماله الغائب ان كان سالماً فهذه زكاته وان كان تالفاً فنافلة ، فانه يصح كونها نافلة على تقدير تلفه .

ويمكن أن يجاب عنه : بأن الفرق حاصل بين ما نحن فيـه وبين ما مثلتم به ، فان الصلاة في المثال الاول علم شغل الذمة بها واشتبه علم عينها، وكذلك المال في المثال الثاني الاصل بقاؤه على كمالية النصاب مستجمعاً بشرائطه فيكون الوجوب معلوماً ، بخلاف ما نحن فيه فان الاصل بقاء شعبان ، ومع الفرق لا يتم القياس .

قوله : المعتاد وغيره

قال المرتضى غير المعتاد ينقض الصوم ولا يبطله[1]، ونقل عن بعض الاصحاب

---

١) قال السيد المرتضى ـ على ما فى المختلف : ان تحريـم الاكل والشرب انما ينصرف الى المعتاد لانه المتعارف فيبقى الباقى على اصل الاباحة .

أنه يوجب القضاء دون الكفارة ، محتجاً بأن التحريم انما ينصرف الى ما هو المتعارف لا ما لا يعتاد ، لما تقرر في الاصول من تقديم الحقيقة الشرعية ثم العرفية ثم اللغوية والاكل والشرب في قوله تعالى « وكلوا واشربوا »[1] الاية ، وان عما المعتاد وغيره لغة لكن خص عرفاً بمايعتاد اغتذاؤه .

وقال العلامة : العادة ليست قاضية على الشرع والالـزم استناد التحريم والتحليل الشرعيين الى اختيار المكلفين، واللازم باطل فكذا الملزوم . وبيان الشرطية : ان العادة قد تختلف باختلاف الاشخاص والازمان والاصقاع ، فلو اعتاد قوم أكل شيء بعينه كان التحريم مختصاً به بالنسبة اليهم ، ولو اعتاد قوم آخرون أكل غيـره كان الاول حلالا بالنسبة اليهم والثانـي حراماً ، وبطلان التالي ظاهر ، لان الاحكام منوطة بالمصالح الخفية عن العباد والشرع كاشف لهـا [2].

قوله : والجماع قبلا ودبراً على الاشهر

الخلاف في الجماع دبراً مع عدم الانزال، قال في المبسوط الاحوط القول بالافطار وايجاب القضاء والكفارة ، وادعى الاجماع في الخلاف على وجوبهما ولا شك أن ذلك مبني على وجوب الغسل وقد تقدم وجوبه .

وقوله « على الاشهر » اشارة الى أن فيه روايتين : أما روايـة الافساد فلم نقف عليها ، وأما رواية عدمه فعن احمد بن محمد عن بعض الكوفيين يرفعه الى الصادق عليه السلام في الرجل يأتي المرأة في دبرها وهي صائمة . قال : لاينقض

---

١) سورة البقرة : ١٨٧ .

٢) المختلف ، الجزء الثانى ٤٦ .

والاستمناء، وايصال الغبار الى الحلق متعدياً، والبقاء على الجنابة حتى يطلع الفجر، ومعاودة النوم جنباً، والكذب على الله ورسوله والائمة عليهم السلام،

صومها وليس عليها غسل[1]. وهي مرسلة ولا عمل على مثلها.

ولو قال هنا «على الاشبه» أو «على الاظهر» كما قال في الشرائع[2] لكان أنسب، لان ذلك معلولات وجوب الغسل لاشتراط الصوم بالطهارة.

قوله: وفي فساد الصوم بوطي الغلام تردد وان حرم وكذا في الموطوء

تقدم وجه تردده في وجوب الغسل على الواطي والموطوء، وفساد الصوم تابع للغسل.

(فائدة) هل وطي البهيمة مبطل مع عدم الانزال، قال الشيخ في الخلاف[3] لا نص لاصحابنا فيه لكن يقتضي المذهب ان عليه القضاء، لانه لاخلاف فيه، وأما الكفارة فلا لان الاصل براءة الذمة.

ورد عليه ابن ادريس ذلك وحكم بعدم القضاء، واختار العلامة في القواعد الاول، وهو مقرب الشهيد. وعليه الفتوى، لتعلق ما هو أعظم من الفطرية من التعزير والتغريم والفسق والغسل على قول.

قوله: وايصال الغبار الى الحلق

قاله الشيخ والاصحاب، وخالف الجمهور في ذلك.

لنا: أنه أوصل الى جوفه ما ينافي الصوم فأفسده، وتؤيده رواية سليمان

---

١) التهذيب ٤/ ٣١٩، الوسائل ١/ ٤٨١.

٢) الشرائع ١/ ٥١.

٣) الخلاف ١/ ٣٤٩.

الجعفري قال: سمعته يقول: اذاشم رائحة غليظةأوكنس بيتأفدخل في أنفه وحلقه غبار فان ذلك له فطر مثل الاكل والشرب والنكاح[1] .

قال في المعتبر: فيها ضعف، لان القائل غير معلوم، وليس الغبار كالاكل .

قلت : هي مؤيدة بعمل الاصحاب . وهنا فوائد :

(الاولى) قيدالشيخ وغيره الغباربالغليظ، ولم يقيده المصنف، والاول أجود

(الثانية) هل هو موجب للقضاء لاغير كقول التقي والعجلي أوله والكفارة كقول الشيخ ؟ الاقوى الثاني .

(الثالثة) قال الشيخ في النهاية الرائحة الغليظة مفطرة ، اعتماداً على الرواية المذكورة ، وكرهها المفيد . وهو الاجود ، لعدم الانفكاك عنها غالباً .

(الرابعة) الدخان لا يفطر، لرواية عمرو بن سعيد عن الرضا عليه السلام : الصائم يدخن بعود أوبغيرذلك فيدخل الدخنة في حلقه. قال: لابأس، وسألته عن الصائم يدخل الغبار في حلقه . قال : لا بأس[2] .

قلت : والمراد به غير الغليظ جمعاً بين الروايتين .

قوله : والارتماس فى الماء وقيل يكره

الارتماس ملاقاة الرأس لمائع غامردفعة ولوبقي البدن خارجاً ولو كان دفعات فكذلك يصدق ما لاجله نهي عن الارتماس ، فانه لونزل الماء الى حلقه لم يكن عليه شيء بخلاف مالوغمس رأسه حينئذ .

---

١) التهذيب ٤/٢١٤ ، وفيه سليمان بن حفص المروزى ، الوسائل ٧/٤٨ وفيه سليمان بن جعفر(حفص) المروزى .

٢) التهذيب ٤/٣٢٤ .

اذا عرفت هذا فاعلم أن فيه أقوالا : «١ »كراهيته ، قاله الشيخ[١] والحسن وابن ادريس . «٢» تحريمه وايجاب القضاء خاصة ، قاله التقي . « ٣ » ايجاب القضاء والكفارة ، قاله الشيخان والقاضي والمرتضى في الانتصار. «٤» تحريمه لا غير ، وهو قول المصنف والعلامة ، وهو الحق .

أما تحريمه فلروايات كثيرة : منها رواية ابن مسلم صحيحاً عن الباقر عليه السلام: لايضر الصائم ماصنع اذا اجتنب ثلاث خصال الطعام والشراب والنساء والارتماس في الماء [٢].

وأما عدم ايجابه شيئاً فلاصالة البراءة ، ويكفي في الضر الاثم .

قوله : وفى السعوط ومضغ العلك تردد أشبهه الكراهية

أما السعوط[٣] فمنشأ التردد من احتمال وصوله الى الدماغ ومنه الى الحلق ولذلك قال المفيد وسلار بايجاب القضاء والكفارة ، ونقله المرتضى عن قوم من أصحابنا . ومن أصالة صحة الصوم وعدم كون مثل هذا مفطراً ، ولذلك قال ابن ادريس أنه لا يوجب قضاء ولا كفارة . وقال التقي والقاضي بايجاب القضاء خاصة ، والمصنف اختار الكراهية وعلل في المعتبر بعدم تعديه الى المعدة فلا

---

١) الخلاف ١ / ٣٦١ ، قال فيه : من ارتمس فى الماء متعمداً أوكذب على الله أو على رسوله أو على الائمة عليهم السلام متعمداً أفطر وعليه القضاء والكفارة . وفى النهاية ١٥٤ عد الارتماس من جملة مفسدات الصوم وموجبات القضاء والكفارة . وقال فى المبسوط ١ / ٢٧٠ : والارتماس فى الماء على أظهر الروايات ، وفى اصحابنا من قال : انه لا يفطر. وأنت ترى ان قوله فى الكتابين الاولين ظاهر فى المفطرية ، وقال فى الاخير على الاظهر.

٢) التهذيب ٤ / ٢٠٢ ، الفقيه ٢ / ٦٧ .

٣) السعوط كرسول : دواء يصب فى الانف .

وفى الحقنة قولان ، أشبههما : التحريم بالمائع.

والذى يبطل الصوم انما يبطله عمداً اختياراً .

فلا يفسد بمص الخاتم ومضغ الطعام للصبى وزق الطائر.

وضابطه ما لا يتعدى الحلق ، ولا استنقاع الرجل فى الماء ،

ينقض ، وتؤيده رواية غياث بن ابراهيم عن الصادق عليه السلام عن آبائه عن علي عليه السلام أنه كره السعوط للصائم[1]. وقال العلامة : ان وصل الى الحلق متعمداً وجب القضاء والكفارة والا فلا .

وأما العلك فمنشأ التردد فيه من وصول طعمه الى الحلق وليس ذلك الا بسبب وصول بعض أجزائه المتحللة، لامتناع انتقال الاعراض، وبه قال الشيخ . ومن أصالة صحة الصوم لجواز تكيف الريق بكيفيته ويصل الى الحلق من دون تحلل شيء من أجزائه ، والاعراض لا تفطر والا لافطر بالرائحة الغليظة . وهذا وهو الصحيح لقول الصادق عليه السلام : لايضر الصائم ما صنع[2] الحديث .

قوله : وفى الحقنة قولان أشبههما التحريم بالمائع

أطلق المفيد افساد الصوم بالحقنة ، وكذا التقي أطلق ايجابها القضاء ولم يفصل .

وقال الشيخ بكراهة الجامد وتحريم المائع ، وأوجب به في الجمل والاقتصاد والمبسوط القضاء خاصة ، وفي النهاية والاستبصار لم يوجب قضاء ولا كفارة ، واختاره ابن ادريس ونقله عن المرتضى .

---

١) التهذيب ٤/٢١٤ .

٢) الفقيه ٢/٩٧ ، التهذيب ٤/١٨٩ ، ٢٠٢ وتمام الحديث : اذا اجتنب ثلاث خصال : الطعام والشراب والنساء والارتماس فى الماء .

والسواك فى الصوم مستحب ولو بالرطب .

ويكره مباشرة النساء تقبيلا ولمساً وملاعبة ، والاكتحال بما فيه صبر أو مسك ، واخراج الدم المضعف ، ودخول الحمام كذلك وشم الرياحين ، ويتأكد فى النرجس ، والاحتقان بالجامد ، وبل

واختار المصنف قول الشيخ محتجاً : أما على عدم تحريم الجامد فبالاصل ولقول الكاظم عليه السلام وقد سئل عن التلطف [1] يستدخله الانسان وهو صائم فكتب : لا بأس بالجامد[2]. فأما على تحريم المائع فرواية ابى نصر عن الرضا عليه السلام : الصائم لايجوز له ان يحتقن[3] .

والعلامة أوجب القضاء بمطلق الاحتقان لهذا الحديث، فان تعليق الحكم على الوصف مشعر بالعلية، فتكون بين الصوم والاحتقان الذي هو نقيض المعلول[4] منافاة ، وثبوت أحد المتنافيين يقتضي عدم الاخر ، ولذلك يوجب عدم الصوم عند ثبوت الاحتقان فوجب القضاء. وهذا ان تم أمكن حمله على المائع للحديث المتقدم بجواز الجامد ، ولا يضر المكاتبة فان خطوطهم كأقوالهم .

قوله : والسواك فى الصوم مستحب

أجاز ذلك الشيخان وابن بابويه مطلقاً أول النهار وآخره بالرطب واليابس

---

١) فى القاموس : الطف فلان بعيره : ادخل قضيبه فى حياء الناقة . والتلطف: ادخال الشيء فى الفرج .

٢) الكافى ٤/ ١١٠ ، التهذيب ٤/ ٢٠٤ وفيه : فى التلطف بالاشياف ، الوسائل : ٧/ ٢٦ وفيه : ما تقول فى اللطف .

٣) الفقيه ٢/ ٦٩ ، التهذيب ٤/ ٢٠٤ ، الوسائل ٧/ ٢٧ ، الكافى ٤/ ١١٠ وفيه روى مضمراً .

٤) فى بعض النسخ : هو يقتضى المعلول .

الثوب على الجسد ، وجلوس المرأة فى الماء .

المقصد الثاني : وفيه مسائل :

(الاولى) تجب الكفارة والقضاء بتعمد الاكل والشرب والجماع قبلا ودبراً على الاظهر ، والامناء بالملاعبة والملامسة وايصال الغبار الى الحلق .

وفى الكذب على الله والرسول والائمة عليهم السلام .

وفى الارتماس قولان ، أشبههما : أنه لاكفارة .

ومنع الحسن منه بالرطب لرواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام[1] ، وكذا محمد بن مسلم عنه عليه السلام[2] .

والحق الاول ، لثبوت استحبابه في الشريعة مطلقاً من غيرتقييد ، ولرواية الحلبى عن الصادق عليه السلام: سألته أيستاك الصائم بالماء والعود الرطب يجد طعمه ؟ قال : لا بأس[3]. وهى معارضة للروايتين ، واذا تعارضتا تساقطتا ويبقى الاستحباب مطلقاً سالماً عن المعارض .

قوله : قبلا ودبراً على الاظهر

تقدم الخلاف في ذلك .

قوله : وفى الكذب على الله والرسول والائمة والارتماس قولان اشبههما أنه لاكفارة

أما الارتماس فقدتقدم ، وأماالكذب فقال الشيخان والتقي والقاضي بافساده الصوم وايجابه القضاء والكفارة ، واختاره المرتضى في الانتصار . واعتمدوا

---

١ و٢) التهذيب ٤/٢٦١ .

٣) التهذيب ٤/٣٢٣ .

وفي تعمد البقاء على الجنابة الى الفجر روايتان ، أشهرهما : الوجوب .

وكذا لو نام غير ناو للغسل حتى طلع الفجر.

(الثانية) الكفارة عتق رقبة ، أو صيام شهرين متتابعين ، أو اطعام ستين مسكيناً ،

فيه على رواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام : الكذبة تنقض الوضوء وتفطر الصائم[1] ، وفسره بالكذب على الله ورسوله .

وقال في الجمل انه ينقض الصوم وان لم يبطله، واختاره ابن ادريس وسلار والحسن والعلامة . وهو الحق ، لاصالة الصحة ، ورواية ابى بصير ضعيفة لمخالفة متنها ما أجمع على خلافه ، وهو نقض الوضوء بالكذب .

قوله : وفى تعمد البقاء على الجنابة الى الفجر روايتان أشهرهما الوجوب

رواية الوجوب رواها ابو بصير موثقاً عن الصادق عليه السلام[2]. وروايات أخر غيرها وعمل بها الثلاثة واتباعهم .

ورواية عدمه وعدم الفطر أيضاً به رواها حبيب الخثعمي عن الصادق عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فعله[3] . وعمل بها الصدوق في المقنع والحسن .

والاقوى الاول ، لشهرته بين الاصحاب ، ولان تعمد الانزال نهاراً يوجب

---

١) الكافى ٤/ ٨٩ ، التهذيب ٤/ ٢٠٣ ، وفيه : وتفطر الصيام .

٢) التهذيب ٤/ ٢١٢ .

٣) التهذيب ٤/ ٢١٣ .

وقيل هى مرتبة .

وفي رواية يجب على الافطار بالمحرم كفارة الجمع.

(الثالثة) لاتجب الكفارة في شيء من الصيام عدا شهر رمضان والنذر المعين وقضاء شهر رمضان بعد الزوال

القضاء والكفارة ، فكذا استصحاب حكم الانزال بل هو آكد ، لان الاول قد انعقد الصوم في ابتدائه وهنا لم ينعقد .

والخبر المروي عن تأخير رسول الله صلى الله عليه وآله محمول على الفجر الاول وانتهاء الغسل مع طلوع الفجر ، أوكون التأخير لعذر .

قوله : وقيل هى مرتبة

هذا قول الحسن لرواية البزنطي ورواية عبدالمؤمن الانصاري عن الباقر عليه السلام في حكاية الانصاري الذي جاء الى النبى صلى الله عليه وآله وسلم[1].

والمشهور بين الاصحاب التخيير، لاصالة عدم التكليف بالترتيب، ورواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام[2] وغيرها . والترتيب في الذكر لا يقتضي الترتيب فى الحكم .

قوله : وفى رواية يجب عن الافطار بالمحرم كفارة الجمع

هذه رواها الصدوق عن عبدالسلام الهروي قال: قلت للرضا عليه السلام : يابن رسول الله روي عن آبائك : ان من جامع في شهر رمضان أوأفطر فيه ثلاث كفارات ، وروي عنهم أيضاً كفارة واحدة ، فبأي الخبرين نأخذ ؟ قال : بهما جميعاً ، فمتى جامع الرجل حراماً أوأفطر على حرام في شهر رمضان فعليه ثلاث

---

١) الفقيه ٢/ ٧٢ ، الوسائل ٧/ ٣٠ .

٢) الفقيه ٢/ ٧٢ ، الكافى ٤/ ١٠١ ، التهذيب ٤/ ٢٠٦، ٣٢١ ، الوسائل ٧/ ٢٨ .

كفارات عتق رقبة ـ الى أن قال ـ وان كان نكح حلالا أوأفطر على حلال فعليه كفارة واحدة[1] . قال الصدوق : اني أفتي بذلك ، لوجود ذلك في روايات ابى الحسين الاسدي فيما ورد عليه من العمري [2].

وهذا هوالاقوى ، وبه قال ابن حمزة ، والشيخ أيضاً قائل بذلك لانه قال في تأويل رواية سماعة[3] الدالة على وجوب الثلاثة مطلقاً بأنها محمولة اما على من أفطر على شيء محرم اوأن « او »[4] بمعنى الواو .

اذا عرفت هذا فهاهنا فوائد :

(الاولى) لا فرق بين كون المحرم أكلا أووطئاً أوغيرذلك .

(الثانية) لا فرق أيضاً بين كون المحرم حراماً لذاته كالخمر والزنا أولعارض

---

١) التهذيب ٤/٢٠٩ ، الوسائل ٧/٣٥ .

٢) قال فى الفقيه ٢/٧٣ : وأما الخبر الذى روى فيمن أفطر يوماً من شهر رمضان متعمداً ان عليه ثلاث كفارات ، فانى أفتى به فيمن أفطر بجماع محرم عليه أو بطعام محرم عليه لوجود ذلك فى روايات ابى الحسين الاسدى رضى الله عنه فيما ورد عليه من الشيخ ابى جعفر محمد بن عثمان العمرى قدس الله روحه .

٣) التهذيب ٤/٢٠٨ .

٤) فى العبارة تقديم وتأخير، والصحيح : اوان الواو بمعنى أو لان الخبر هكذا : سألته عن رجل أتى أهله فى شهر رمضان متعمداً . فقال : عليه عتق رقبة واطعام ستين مسكيناً وصيام شهرين متتابعين وقضاء ذلك اليوم ، وأنى له مثل ذلك اليوم .

قال الشيخ فى ذيله : فيحتمل أن يكون المراد بالواو فى الخبر التخيير دون الجمع لانها قد تستعمل فى ذلك ، قال الله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » وانما أراد : مثنى أو ثلاث أو رباع ولم يرد الجمع . ويحتمل أيضاً ان يكون هذا الحكم مخصوصاً بمن أتى أهله فى حال يحرم الوطء فيها مثل الوطىء فى الحيض أو فى حال الظهار قبل الكفارة ، فانه متى فعل ذلك لزمه الجمع بين الكفارات الثلاث لانه قد وطىء محرماً فى شهر رمضان .

والاعتكاف على وجه .

(الرابعة) من أجنب ونام ناوياً للغسل حتى طلع الفجر ، فلا قضاء ولا كفارة ، ولو انتبه ثم نام ثانياً فعليه القضاء .

ولو انتبه ثم نام ثالثة ، قال الشيخان : عليه القضاء والكفارة .

(الخامسة) يجب القضاء دون الكفارة في الصوم الواجب المتعين بسبعة أشياء : فعل المفطر والفجر طالع ظاناً بقاء الليل مع القدرة على مراعاته .

وكذا مع الاخلاد الى المخبر ببقاء الليل مع القدرة على المراعاة والفجر طالع .

وكذا لو ترك قول المخبر بالفجر لظنه كذبه ويكون صادقاً .

وكذا لو أخلد اليه في دخول الليل فأفطر وبان كذبه مع القدرة

كالمغصوب والوطي في الحيض .

(الثالثة) لا فرق بين رمضان وغيره من الواجبات ذات التكفير .

(الرابعة) لو عجز عن الثلاث فحكمه حكم العاجز عن التكفير كما يجيء

(الخامسة) لو عجز عن بعضها يحتمل سقوطه كالعجز عن الاكل ، ويحتمل تضعيف الميسور أو مراعاة الترتيب كفارة الظهار. والاول قوي والثاني احتياط .

قوله : والاعتكاف على وجه

أي بأن يكون واجباً وسيأتي تفصيله .

قوله : من أجنب ونام ناوياً للغسل

وهنا ثلاث مسائل :

على المراعاة ، والافطار للظلمة الموهمة دخول الليل .

ولوغلب على ظنه دخول الليل لم يقض، وتعمد القيء ، ولو ذرعاً لم يقض ، وايصال الماء الى الحلق متعدياً لا للصلاة .

وفي ايجاب القضاء بالحقنة قولان ، أشبههما : أنه لا قضاء .

(الاولى) أجنب ونام ناوياً للغسل حتى طلع الفجر لاشيء عليه عملا بأصالة براءة الذمة وبرواية معاوية بن عمار[1] .

(الثانية) أجنب ونام ناوياً للغسل ثم انتبه ونام حتى أصبح كان عليه القضاء عملا بالرواية المذكورة ورواية ابن ابى يعفور[2] .

(الثالثة) اذا انتبه ثالثة ونام حتى أصبح، قال الشيخان عليه القضاء والكفارة وتمسكا بروايات ليست صريحة في المطلوب فلذلك نسبه اليهما .

قوله : وتعمد القيء

فيه أقوال : «١» نقل المرتضى عن بعض أصحابنا أن تعمده يوجب القضاء والكفارة . « ٢ » نقل هو أيضاً عن بعضهم أنه ينقض الصوم ولا يبطله ، قال وهو الاشبه ، واختاره ابن ادريس . « ٣ » المشهور أنه يوجب القضاء ، وهو قول الشيخين والحسن والقاضي والتقي ، وتدل عليه رواية الحلبى عن الصادق عليه السلام[3] .

قوله : ولو ذرعه

أي سبقه وغلبه فلا شيء عليه لاصالة صحة الصوم .

قوله : وفى ايجاب القضاء بالحقنة قولان اشبههما أنه لا قضاء

---

١) التهذيب ٤/ ٢١٢ .

٢) التهذيب ٤/ ٢١١ .

٣) الكافى ٤/ ١٠٨ ، التهذيب ٤/ ٢٦٤ ، الوسائل ٧/ ٦٠ .

وكذا من نظر الى امرأة فأمنى .

(السادسة) تتكرر الكفارة مع تغاير الايام .

وهل تتكرر بتكرر الوطء في اليوم الواحد؟ قيل: نعم ، والاشبه: أنها لا تتكرر. ويعزر من أفطر لا مستحلا ، مـرة وثانية ، فان عاد ثالثة قتل .

تقدم القول فيه .

قوله : وكذا من نظر الى امرأة فأمنى

هنا أقوال : «١» قال الشيخان وسلار ان كان الى محرم فأمنى وجب القضاء والى محلل فـلا شيء ، « ٢ » المرتضى تعمد استنزال المني يوجب القضـاء والكفارة وان كان بغير جماع، وتابعه القاضي فعلى هذا يلزم هنا القضاء والكفارة « ٣ » ابـن ادريس لا شيء عليه سواء كان الى محرم أو الى محلل ، واختاره المصنف في المعتبر ، والعلامة تردد في ذلك في كتبه .

والذي أقوله ان هنا تفصيلا ، وهو أنه ان قصد بالنظر الانزال أبطل صومه مطلقاً الى محلل أو محرم ووجب القضاء والكفارة ، وان لم يقصد الانزال وتعمد النظر فاما أن يكون من عادته ذلك أنه اذا نظر أنزل ويعلم أنه اذا نظر وتخيل صورة الوقاع حصل الانزال فكذلك سواء كان الى محرم أو محلل لانه فعل سبب الامناء وفاعل السبب فـاعل المسبب ، وان لم يكن مـن عادته ذلك لكن اتفق الانزال فان كان الى محرم وجب القضاء وان كان الى محلل لم يجب شيء ، وان لم يتعمد النظر فلا شيء مطلقاً .

قوله : تتكرر الكفارة مع تغاير الايام ، وهل تتكرر بتكرر الوطى في اليوم الواحد ؟ قيل نعم ، والاشبه انها لا تتكرر

هنا مسألتان :

(الاولى) مع تغاير الايام لاخلاف في التكرر عند أصحابنا ، وبه قال الشافعي ومالك واحمد خلافاً لابى حنيفة .

(الثانية) مع اتحاد اليوم، وقدجعل المصنف موضع البحث الوطي ولم يتعرض لغيره . قال الشيخ ليس لاصحابنا فيه نص ، قال المصنف في المعتبر انه وهم ، لانه روي عن الرضا عليه السلام أن الكفارة تتكرر بتكرر الوطي . ثم اختار عدم التكرر لان الوطي الثاني لم يقع في صوم صحيح فلايتكرر به الكفارة . وهواختيار الشيخ وابن حمزة .

وقال المرتضى تتكرر الكفارة ، وهو الاقوى لنقل المصنف الرواية المذكورة عن الرضا عليه السلام[1] .

ولا نسلم أن الكفارة لاجل الصوم لاغير حتى لايلزم وجوبها ، لوقوعه في صوم فاسد كما قال، لجواز أن تكون لاجل هتك حرمة رمضان .

ولمحققي مشائخنا هنا تفصيل جيد ، وهو أن المتكرر اما أن يكون من جنس واحد أومن جنسين ، والثاني مثل أن يأكل ويشرب فانها تتكرر سواء كفر عن الاول أولا ، لان كل واحد سبب مستقل في ايجاب الكفارة فلايخرج عن ذلك بانضمامه الى غيره . وأيضاً انه بعد الافطار يجب عليه الامساك بقية النهار ويحرم عليه فعل المفطر فتجب الكفارة .

والاول مثل أن يأكل ثم يأكل ، فاما أن يكون قد كفر عن الاول أولا ، فان كفر تكررت لما قلناه من العلة ، وان لم يكفر لم يتكرر لان وجوبها معلق على الجنس الشامل لهما ، وهوغير متعدد فلا يتعدد مقتضاه .

قوله : من وطىء زوجته مكرهاً لها لزمته كفارتان

---

١) عيون الاخبار ١/ ٢٥٤ ، الخصال ٢/ ٢١٦ ، الوسائل ٧/ ٣٦ .

دونها .

ولوطاوعته ، كان على كل منهما كفارة ، ويعزران .

(الثالث) من يصح منه :

ويعتبر في الرجل العقل والاسلام ، وكذا في المرأة مع اعتبار الخلو من الحيض والنفاس .

فلا يصح من الكافـر ، وان وجب عليه ، ولا من المجنون ،

هذا هو المشهور، الا أن ابن ابى عقيل قال : ان عليها مع الاكراه القضاء وحـده . والمشهور خلافه ، لصحة صومها ، اذ لايبطل الصوم الا فعل المفطر اختياراً .

ومستند الاصحاب رواية المفضل بن عمر عن الصادق عليه السلام[1] ، وهي وان كانت ضعيفة لضعفه وضعف الطريق اليه وقول ابن بابويه أنه لم يروها غير المفضل، لكن ادعى أصحابنا في هذا الحكم الاجماع واشتهر بينهم نسبة الفتوى الى الائمة عليهم السلام .

ثم هنا فروع :

(الاول) لو أكره أجنبية قال الشيخ حمله على الزوجة قياس لا نقول بـه ؛ ثم قال: لو قلنا بالحمل لعظم الاثم كان أحوط . واستشكله العلامة . والحق الحمل لان الحكم في المسكوت عنه أولى من المنطوق .

(الثاني) لو اكره أمته قال ابن ادريس لا يتحمل لانه قياس ، وقال العلامة الامة تسمى امرأة فتدخل في الاول .

وفيه نظر ، لان أمة الرجل لا تسمى امرأته عرفاً وان سميت لغة ، والعرف

---

١) الكافى ٤/١٠٣ ، الفقيه ٢/٧٣ ، التهذيب ٤/٢١٥ ، الوسائل ٧/٣٧ .

والمغمى عليه ولو سبقت منه النية على الاشبه ، ولا من الحائض والنفساء، ولو صادف ذلك أول جزء من النهار أو آخر جزء منه، ولا يصح من الصبى غير المميز .

ويصح من الصبى المميز ، ومن المستحاضة مع فعل ما يجب

مقدم على اللغة ، والاولى الدخول لما قلناه من العلة .

(الثالث) لو أكره غلاماً فكذلك أيضاً ، لانه هنا أبلغ في المنع .

(الرابع) لو أكره الرجل أو اكرها معاً هل يتحمل المكره الكفارة أم لا ؟ فيه نظر من عدم النص ومن ثبوت العلة .

(الخامس) لو أكرهته امرأة على الجماع هل تتحمل عنه الكفارة ؟ فيه نظر واختار الشهيد هنا التحمل للعلة المذكورة .

(السادس) لو كانت امرأته نائمة هل حكمها حكم المكرهة ؟ قال الشيخ في الخلاف نعم، وأنكره المصنف . واستشكله العلامة ، لانه قياس مع وجود الفارق أو عدم الجامع ، لان الحكم في الاصل المعنى غير موجود في الفرع ، لان الاكراه لا يتحقق الا مع عدم ارادة المكره ، وذلك غير معلوم لجواز أنها لو كانت مستيقظة لرضيت .

(السابع) لو اكرهها على التمكين مثل أن يضربها لتمكنه ، قال تفطر ويلزمها القضاء دون الكفارة ، وقال ابن ادريس لا قضاء ولا كفارة ، واختاره المصنف والعلامة لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : رفع عن أمتي ـ الحديث[1] .

قوله : ولا المغمى عليه وان سبقت منه النية على الاشبه

وجه الاشبهية أنه زائل العقل فلا يكون مكلفاً بشيء من العبادات، أما المقدمة

---

١) الخصال ٢ / ١٨٤ .

عليها من الاغسال . ويصح من المسافر في النذر المعين المشترط سفراً وحضراً على قول مشهور ، وفي ثلاثة أيام لدم المتعة وفي بدل البدنة لمن أفاض من عرفات قبل الغروب عامداً .

ولا تصح في واجب غير ذلك على الاظهر ، الا أن يكون سفره

الاولى فلما تقدم انه كالجنون، وأما المقدمة الثانية فلان مناط التكليف هو العقل وقد بينا زواله عن المغمى عليه .

وقال المفيد والمرتضى والشيخ في الخلاف ان أدرك النية في وقتها ثم أغمي عليه واستمر فلاقضاء عليه لصحة صومه بسبب سبق النية ، وان لم يدرك النية في زمانها صحيحاً فعليه القضاء لعدم صحة صومه بسبب فوات النية كأنهم جعلوه بمنزلة النوم ، وقد بينا الفرق بينهما .

قوله : ويصح من المسافر في النذر المعين المشترط سفراً وحضراً على قول مشهور

قاله الشيخان واتباعهما استناداً الى رواية ابراهيم بن عبدالحميد عن الكاظم عليه السلام[1] الدالة على الصوم سفراً أبداً وحملها الشيخ على ما اذا شرط ذلك في نذره لرواية علي بن مهزيار[2] على المنع من ذلك ، ولذلك نسب المصنف هذا القول الى الشهرة لعدم ظفره بنص صريح فيه . والمرتضى أفتى بمضمون الرواية الاولى من غير تأويل وجوز صوم النذر المعين سفراً .

قوله : ولا يصح في واجب غير ذلك على الاظهر

خلافاً للمفيد، فان له قولا بأن جميع أنواع الصيام الواجب جائز في السفر

---

١) الكافي ٤/١٤٣ ، التهذيب ٤/٢٣٥ ، قال : سألته عن الرجل يجعل لله عليه صوم يوم مسمى ؟ قال : يصومه أبداً في الحضر والسفر.

٢) التهذيب ٤/٢٣٥ .

أكثر من حضره ، أو يعزم الاقامة عشرة .

والصبي المميز يؤخذ بالواجب لسبع استحباباً مع الطاقة ، ويلزم به عند البلوغ الى نفسه .

فلا يصح من المريض مع التضرر به ، ويصح لو لم يتضرر ، ويرجع في ذلك .

(الرابع) في أقسامه :

وهي أربعة : واجب ، وندب ، ومكروه ، ومحظور.

فالواجب ستة : شهر رمضان ، والكفارة ، ودم المتعة ، والنذر وما في معناه ، والاعتكاف على وجه ، وقضاء الواجب المعين .

أما شهر رمضان فالنظر في علامته وشروطه وأحكامه :

(الاول) أما علامته ، فهي رؤية الهلال .

فمن رآه وجب عليه صومه ، ولو انفرد بالرؤية .

ولو رؤي شائعاً ، أو مضى من شعبان ثلاثون ، وجب الصوم عاماً .

ولو لم يتفق ذلك ،

الاصيام شهر رمضان . وهو ضعيف ، لان صوم رمضان آكد من غيره ووجب افطاره فافطار غيره أولى ، ولعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : ليس من امبر امصيام في مسفر[1] . ولقول الصادق عليه السلام في رواية معاوية بن عمار:

---

١) ابن ماجة ١/٥٣٢ ، الترمذي ٣/٩٠ ، كنز العمال ٨/٥٠٣ ، ٥٠٥ وفيه لفظ الحديث ، التهذيب ٤/٢١٨ .

قيل : يقبل الواحد احتياطاً للصوم خاصة ، وقيل لا يقبل مع الصحو الا خمسون نفساً ، أو اثنان من خارج .

وقيل يقبل شاهدان كيف كان ، وهو أظهر .

لا يحل له الصوم في السفر فريضة كان أوغيره ، والصوم في السفر معصية[1].

أما المندوب فمنعه المفيد الاثلاثةأيام للحاجة الاربعاء والخميس والجمعة عند قبرالنبى «ص» أوأحد الائمة عليهم السلام ، وقالالشيخ يكره مطلقاً وروى جوازه . قال ابنابابويه لا يصوم في السفرتطوعاً ولا فرضاً الا ثلاثة أيام للحاجة وصوم الاعتكاف في المساجد الاربعة ، واختار ابـن ادريس والقاضي والعلامة الكراهة مطلقاً لظاهر الروايات المانعة من الصوم في السفر .

قال الشيخ : لوخلينا وظاهرها لحرمناه لكن عـدلنا الى الكراهة لاحاديث الرخصة فيذلك، لقول الصادق عليه السلام حين أفطررمضان بعد أن كان صائماً في شعبان في السفر ، فقيل له في ذلك فقال : شعبان الـي ان شئت صمت وان شئت لا وشهر رمضان عزم من الله علي الافطار[2] .

قوله : قيل يقبل الواحد احتياطاً للصوم خاصة ـ الخ

لا خلاف في ثبوته مع أحد الامور الثلاثة : « ١ » الشياع بحيث لو سئل قالرأيته ولا يشترط فيهم العدالة والا الذكورة . « ٢ » مضي ثلاثين من شعبان « ٣ » أن يراه المكلف بنفسه .

---

١) فى التهذيب ٤/٣٢٨ رواه عن عمار الساباطى : سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يقول « لله على ان اصوم شهراً أواكثر من ذلك أواقل » فعرض له أمر لابدله من ان يسافر أيصوم وهو مسافر؟ قال : اذا سافرفليفطر لانه لايحل له الصوم فى السفر...

٢) الكافى ٤/١٣٠ ، التهذيب ٤/٢٣٦ ، الوسائل ٧/١٤٥ .

وأما مع فقدها فقيل أقوال :

« ١ » قبول الواحد احتياطاً للصوم ، قاله سلار محتجاً بقول علي عليه السلام : اذا رأيتم الهلال فأفطروا أوشهد عليه عدل من المسلمين[١] .

وأجيب : بأن لفظ « عدل » مصدر في الاصل فيجوز اطلاقه على المثنى والجمع ، يقال رجل عدل ورجال عدل ، مع أن راويها محمد بن قيس ، وهو مشترك بين الضعيف وغيره .

« ٢ » قال الصدوق في المقنع والشيخ في الخلاف لا يقبل مع الصحو الا خمسون نفساً أواثنان من خارج لرواية حبيب عن الصادق عليه السلام[٢]. وهي مع صحة سندها محمولة على الريبة بالشهود لا مع ثبوت عدالتهم .

« ٣ » قال الشيخ في النهاية : ان كان في السماء علة لم يثبت الابشهادة خمسين من البلد أوعدلين من خارجه ، وان لم يكن هناك علة وطلب فلم يرلم يجب الصوم الا أن يشهد خمسون من خارج .

« ٤ » قال المفيد والسيد وابن ادريس والمصنف والعلامة يقبل شاهدان عدلان مطلقاً لما علم من قاعدة الشرع العمل بذلك في سائر القضايا الا نادراً ، ولقول الصادق عليه السلام في رواية منصور بن حازم : فان شهد عندك شاهدان مرضيان بأنهما رأياه فاقضه[٣] ولقول علي عليه السلام: لا أجيز في الطلاق والهلال الا رجلين[٤]. وغيرهما من الروايات .

(فائدة) لو ثبت بعدلين أول رمضان ولم يرليلة أحد وثلاثين مع الصحو

---

١) الفقيه ٢/ ٧٧ ، التهذيب ٤/ ١٥٨ .

٢) التهذيب ٤/ ١٥٩ ، الوسائل ٧/ ٢١٠ .

٣) التهذيب ٤/ ١٥٧ ، الوسائل ٧/ ٢٠٨ .

٤) التهذيب ٤/ ٣١٧ ، الوسائل ٧/ ٢٠٩ .

ولا اعتبار بالجدول ، ولا بالعدد ، ولا بالغيبوبة بعد الشفق ، ولا بالتطوق ولا بعد خمسة أيام من هلال الماضية .

قال المصنف في المعتبر يلزم الفطر لان شهادة عدلين يثبت بهـا الصوم فيثبت بها الفطر . وللشافعي قولان : أحدهما ترك الشهادة لان عدم الرؤية تعين[1] مـع الصحو والحكم بالشهادة ظن واليقين مقدم ، وثانيهما كما قال المصنف .

وهو أولى : أما أولا فللعمل بالشهادة ، وأما ثانياً فلما علم من قاعدة الشرع في الاهلة ، وأما ثالثاً فلجواز حصول مانع غير مدرك .

قوله: ولا اعتبار بالجدول ولا بالعدد ولا بالغيبوبة بعد الشفق ولا بالتطوق ولا بعد خمسة ايام من هلال الماضية

هذه طرق قيل بثبوت الشهر بها ، وهي ممنوعة عند المصنف :

« ١ » الجدول ، أعني التقويم ، قـال الشيخ : ذهب شاذ من أصحابنا الى اعتباره ، والاجماع منعقد على عدم اعتبار قول المنجم في الاحكام الشرعية ، مع أنه قال « ص » : من صدق كاهناً أو منجماً فهو كافر بما أنزل على محمد صلى الله عليه وآله وسلم[2] .

« ٢ » العدد ، ومعناه أن يعد شهر تاماً وشهر ناقصاً من السنة الماضية ويبنى عليه رمضان الحاضر . وقد اعتبره قوم من أصحابنا بناء على أن رمضان لم ينقص أبداً وان شعبان لـم يتم أبداً ، وهو باطل بالحس وبقول الرضـا عليه السلام : شهر رمضان شهر من الشهور يصيبه ما يصيب الشهور من الزيادة والنقصان فصوموا للرؤية وافطروا للرؤية[3] .

---

١) في بعض النسخ : يقين .

٢) الوسائل ٧/٢١٥ ، ١٢/١٠٤ نقلا عن المعتبر والتذكرة والشهيدين .

٣) التهذيب ٤/١٦٦ ، الوسائل ٧/١٩٠ .

« ٣ » الغيبوبة بعد الشفق ، قال الصدوق في المقنع : اذا غاب قبل الشفق فهو لليلته ، وان غاب بعد الشفق فهو لليلتين ، واذا رأي فيه ظل الرأس فهو لثلاث لرواية اسماعيل بن الحسن عن الصادق عليه السلام[1] .

قال الشيخ في المبسوط : لا اعتبار بذلك كله ، لان ذلك يختلف باختلاف المطالع والعروض .

« ٤ » التطوق، لرواية محمد بن مرازم عن الصادق عليه السلام : اذا تطوق الهلال فهو لليلتين[2] . وحملها الشيخ على تقدير وجود العلة من غيم أوغيره .

« ٥ » عد خمسة أيام من هلال الماضية ، لرواية عمران الزعفراني عن الصادق عليه السلام[3]. قال الشيخ عمران مجهول الحال ولا عمل برواية مثله ، مع أن ابن الجنيد قال به واختاره العلامة في المختلف والتحرير محتجاً بقضاء العادة بذلك.

ثم ان من الاصحاب من أطلق عد خمسة ومنهم من قيد ، وذكروا طريقين :

(الاول) انه فيما عدا الكبيسة خمسة وفيها ستة ، ذكره ابن الجنيد . قال : والكبس في كل ثلاثين سنة احد عشر يوماً مرة في السنة الثالثة ومرة في الثانية .

(الثاني) ذكر بعض علماء الهيئة أن السنة الهلالية ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوماً وسدس يوم ، يعود القمر الى النقطة التي سار منها بحركته الخاصة هذه المدة ، فاذا كان أول السنة الماضية الجمعة كانت المستقبلة الثلثاء ، لان آخر ثلاثمائة وخمسين يوماً يوم الخميس، فاذا كمل العدد بأربعة أيام صادف آخرها

---

١) الفقيه ٢/٧٨ ، الكافي ٤/٧٨ ، التهذيب ٤/١٧٨ ، الوسائل ٧/٢٠٤ . في الثلاثة الاول : اسماعيل بن الحر، وفي الاخير: اسماعيل بن الحسن (بحر) لعل بحراً نسخة بدل عن الحسن .

٢) الكافي ٤/٧٨ ، التهذيب ٤/١٧٨ وفيهما : محمد بن مرازم عن ابيه عن ابي عبدالله عليه السلام .

٣) الكافي ٤/٨٠ ، التهذيب ٤/١٧٩ ، الوسائل ٧/٢٠٥ .

وفى العمل برؤيته قبل الزوال تردد .

ومن كان بحيث لايعلم الاهلة ، توخى صيام شهر ، فان استمر الاشتباه أجـزأه ، وكذا ان صادف ، أوكان بعده ، ولوكان قبله استأنف .

ووقت الامساك طلوع الفجر الثاني ، فيحل الاكل والشرب حتى يتبين خيطه، والجماع حتى يبقى لطلوعه قدر الوقاع والاغتسال

ووقت الافطار ذهاب الحمرة المشرقية .

ويستحب تقـديم الصلاة على الافطار الا أن تنازع نفسـه أو يكون من يتوقع افطاره .

أما شروطه فقسمان :

(الاول) شرائط الوجوب :

وهى ستة : البلـوغ ، وكمال العقل فلو بلغ الصبى ، أو أفاق المجنون، أوالمغمى عليه ، لم يجب على أحدهم الصوم، الا ماأدرك فجره كاملا ، والصحة من المرض ، والاقامة أو حكمها . ولو زال

الاثنين ، فيكون أول المستقبلة الثلثاء ، ثم في السنة الخامسة من السنة المفروضة أولا بعد سنة من الماضية . وعلى هذا في كل خمس سنين .

قوله : وفى العمل برؤيته قبل الزوال تردد

ينشأ من احتمال كونه للماضية ، لروايتي حماد بن عثمان[1] وعبيد بن زرارة

---

١) الكافى ٤/٧٨ ، التهذيب ٤/١٧٦ .

السبب قبل الـزوال ، ولم يتناول ، أمسك واجباً وأجزأه . ولو كان بعد الزوال أو قبله ، وقد تناول أمسك ندباً وعليه القضاء . والخلو من الحيض والنفاس .

(الثاني) شرائط القضاء :

وهي ثلاثة : البلـوغ ، وكمال العقل ، والاسلام . فلا يقضي ما فاته لصغر، أوجنون ، أو اغماء ، أوكفر.

والمرتد يقضي مافاتـه ، وكذاكل تارك ، عدا الاربعة ، عامداً أو ناسياً .

وأما أحكامه ففيه مسائل :

(الاولى) المريض اذا استمر به المرض الى رمضان آخرسقط

عن الصادق عليه السلام[1] ، وبه قال المرتضى في المسائل الناصرية . ومن احتمال كونـه للمستقبلة كما دلت عليه رواية العدلين ، وبه قال الشيخ فـي الخلاف ، والعلامة جعله في مختلفه لليلة الماضيـة في الصوم دون الفطر : أمـا الاول فلانه أحوط وحصول زمان النيـة فيتعين الصوم ، لما دلت عليه الروايات مـن الامر بالصوم. وأما الثاني فكذلك للاحتياط أيضاً للعبادة ، وتؤيده رواية جراح المدائني عن الصادق عليه السلام قال : من رأى هلال شوال بنهار في رمضان فليتم صيامه[2] وهذا تفصيل حسن .

قوله : والمريض اذا استمر بـه المرض الى رمضان آخر سقط القضاء

---

١) التهذيب ٤/١٧٦ .

٢) التهذيب ٤/١٧٨ .

القضاء على الاظهر.

وتصدق عن الماضي ، عن كل يوم بمد .

ولو بـرىء وكان في عزمه القضاء ولم يقض صام الحاضـر وقضى الاول ولا كفارة .

ولو ترك القضاء تهاوناً صام الحاضر وقضى الاول ، وكفر عن كل يوم منه بمد .

(الثانية) : يقضى عن الميت أكبر ولده ماتركه من صيام لمرض وغيره ، مماتمكن من قضائه ولم يقضه ، ولومات في مرضه لم تقض عنه وجوبـاً ، واستحب .

على الاظهر

المريض المفطر في رمضان اما أن يستمر به المرض الى رمضان آخر أولا ، والثاني اما أن يترك القضاء قبل رمضان الثاني لعذر أو تهاوناً ، فالاقسام حينئذ ثلاثة :

(الاول) ان يستمر المرض الى رمضان آخر ، الاظهر في فتاوى أصحابنا سقوط القضاء. ذكره الشيخ في النهاية والمبسوط والمفيد في المقنعة وابنابابويه في الرسالة والمقنع والقاضي وابن الجنيد وابن حمزة ، لان العذر استوعب وقت الاداء وهو ظاهر ووقت القضاء لانقطاعه عند رمضان الثاني فتجدده بعده يحتاج الى دليل، ولان القضاء يثبت بأمرجديد وعلم الامر به الى رمضان الثاني ولم يعلم بعده فينتفي بالاصل ، وللروايات بذلك .

وقال الحسن والتقي وابن ادريس ونقله المصنف عن الصدوق في معتبره

ان القضاء ثابت ، لعموم قوله تعالى « فعدة من أيام أخر»[1] ولرواية سماعة[2].

وأجيب : بأن العام مخصوص بالروايات ، وسماعة ضعيف ، مع أنه لم يسندها الى امام ولم يذكرفيها استمرارالمرض الذى هومحل النزاع مع امكان الحمل على الندب .

(الثاني)ان يبرأ بينهما ويترك القضاء لعذر فيجب القضاء خاصةدون الصدقة ذكره الشيخان والتقي . أما القضاء فلعموم الاية ، وأما عدم الصدقة فلان تعليق حكم الصدقة على التواني كما يجيء مؤذن بالعلية ، فحيث لا تواني لا صدقة استدلالا بعدم العلة على عدم المعلول .

(الثالث)ان يبرأ ويتركه تهاوناً من غير عذر ، فهذا يجب عليه القضاء والصدقة معاً ، وهومذهب الاصحاب عدا ابن ادريس فانه لم يوجب الصدقة .

لنا أما على القضاء فلعموم الاية ، وأما على الصدقة فرواية محمد بن مسلم في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام : ان برىء ثم توانى قبل أن يدركه الصوم الاخرصام الذي أدركه ويتصدق عن كل يوم بمد من طعام على مسكين وعليه القضاء[3] .

وهنا فوائد :

(الاولى) المراد بالتهاون هوأن لا يكون عازماً على القضاء أويكون عازماً على تركه أويكون عازماً عليه ويتضيق وتعمد الافطار .

مثال هذا الثالث : شخص عليه عشرة أيام مثلا وعزم على قضائها حتى بقي من شعبان عشرة فأفطر متعمداً ، فهذا متهاون أيضاً ، أما لو كان عزمه القضاء فترك حتى بقي قدر زمان ما عليه فعرض مرض أوحيض فذلك غيرمتهاون .

---

١) سورة البقرة : ١٨٥ .

٢) التهذيب ٤/٢٥٢ ، الوسائل ٧/٢٤٥ .

٣) التهذيب ٤/٢٥٠ ، الكافى ٤/١١٩ ، الوسائل ٧/٢٤٥ .

(الثانية) ماذكره من الصدقة بمد عن كل يوم مذهب ابنى بابويه وابن الجنيد والمصنف والعلامة، لرواية محمد بن مسلم المذكورة ولقوله تعالى « فدية طعام مسكين »[1] والغالب أن مسكيناً واحداً يكفيه مد .

وقال الشيخ في النهاية والقاضي مدان ، لان نصف صاع في كفارة الصيد بدل عن اليوم لكن هنا آكد ، لان يوماً من رمضان أفضل من غيره .

وأجيب : بأنه اجتهاد في مقابلة النص فلا يعتبر .

(الثالثة) حكم مازاد على رمضانين حكم رمضان الواحد في سقوط القضاء مع الاستمرار وفي اتحاد الصدقة . صرح به الشيخ وابن الجنيد ، وكلام ابن بابويه محتمل .

(الرابعة) ان الشيخ قال في الخلاف : ان الاحكام المذكورة لا تختص بالمرض بل كل عذر مرضاً كان أوغيره . وهو ظاهر كلام الحسن ، ولم يستبعده العلامة ، وتردد المصنف فيه في المعتبر من اختصاص النص بالمرض فالتعدي عنه قياس .

وتظهر الفائدة في وجوب الفدية على القادر لو أفطر رمضان لغير المرض كالمسافر مثلا ، وسقوط القضاء عن العاجز عنه كما لو استمر به السفر الى الثاني . والاولى الاطراد في وجوب الفدية ، فيجب على المسافر المفرط بالقضاء ضمها اليه وعدم الاطراد لو استمر به السفر فلا يسقط عنه القضاء .

قوله : وروى القضاء عن المسافر ولومات في ذلك السفر

هذه رواية منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام ، وكذا رواه العلاء

---

١) سورة البقرة : ١٨٤ .

٢) التهذيب ٤/٢٤٧ ، الوسائل ٧/٢٤٣ .

والاولى مـراعاة التمكن ليتحقق الاستقرار، ولو كان وليان قضيا بالحصص، ولو تبرع بعض صح، ويقضى عن المرأة ما تركته على تردد.

ابن محمد عنه عليه السلام ايضاً [1]. وهوقول الشيخ في التهذيب.

ولقائل أن يقول: القضاء عن الميت مع التمكن خلاف الاصل، ولولا النص وعمل الاصحاب لم نقل به لعموم «ولاتزروازارة وزرأخرى»[2] «وان ليس للانسان الاماسعى»[3].

وأيضاً ان وجوب القضاء على الولي فرع وجوبه على الميت، والفرض أنه غيرواجب، اذالفرض أنه مات في سفره والقضاء ليس ثابتاً بالامرالاول بل بأمرجديد ولم يحصل. وبه قال الشيخ فى الخلاف.

قوله: ويقضى عن المرأة ما تركته على تردد

ينشأ من الاشتراك في العلة، وهوابراء ذمة الميت الوالد بل هنا أبلغ لوفور حق الام وتأكيد الامربه في قوله صلى الله عليه وآله وسلم حين سأله سائل لمن أخص بري؟ قال: بأمك. ثم قال: من. قال: بأمك. ثم قال: من. قال: بأبيك[4] ولرواية العلاء بن محمد[5]، وبه قال الشيخ في النهاية والمبسوط، ومن أصالة عدم الوجوب.

---

١) التهذيب ٤/٢٤٩، الوسائل ٧/٢٤٣.

٢) سورة الانعام: ١٦٤.

٣) سورة النجم: ٣٩.

٤) الكافى ٢/١٥٩.

٥) لم أجد «العلاء بن محمد» فى كتب الرجال، لعله العلاء عن محمد، لان العلاء يروى عن محمد بن مسلم. فكيف كان لم اعثرعلى روايته أيضاً.

(الثالثة) : اذا كان الاكبر أنثى فلاقضاء ، وقيل يتصدق من التركة عن كل يوم بمد .

وقول ابن ادريس الحاق المرأة بالرجل يفتقر الى دليل ولم يثبت ، بل الاجماع على الوالد . والاول أولى، لان الاجماع على ثبوت القضاء عن الاب لا ينفي ثبوت الحكم في المتنازع .

قوله : واذا كان الاكبر انثى فلاقضاء

قاله الشيخ ، لاصالة البراءة خولف في الولد الذكر للنص والاجماع [و] لاختصاصه بالحباء[1] يبقى الباقي على أصله . وتؤيده رواية حماد بن عثمان عمن ذكره عن الصادق عليه السلام[2] . وقال المفيد اذا لم يكن له ولي من الذكور قضى وليه من النساء .

قوله : وقيل يتصدق من التركة عن كل يوم بمد

قاله الشيخ والمرتضى ، وانكره ابن ادريس ، ولعدم نص صريح به نسبه المصنف الى قائله . نعم في رواية ابى مريم عن الصادق عليه السلام : اذا كان له ما تصدق عنه مكان كل يوم بمد، فان لم يكن له مال صام عنه وليه[3] . وليس فيها دلالة على الفتوى من الشيخ ، بل صريحها تقديم الصدقة على صوم الولي

وكذلك قال السيد اذا لم يكن هناك مال صام الولي ، وقال التقي يخرج من مال الميت الى من يقضي عنه كالحج . وهو ضعيف لكونه قياساً، فكيف مع

---

١) حبوت الرجل حباء بالكسر والمد: اعطيته الشيء بغير عوض، والاسم منه الحبوة بالضم ، ومنه بيع المحابـاة ، وهو ان يبيع شيئاً بدون ثمن مثله ، فالزائد من قيمة المبيع عن الثمن عطية ، يقال : حابيته فى البيع محاباة .

٢) الكافى ٤/١٢٤ ، التهذيب ٤/٢٤٦ ، الوسائل ٧/٢٤١ .

٣) الكافى ٤/١٢٣ ، التهذيب ٤/٢٤٨ ، الوسائل ٧/٢٤١ .

ولو كان عليه شهـران متتابعان جاز أن يقضي الولى شهراً ، ويتصدق عن شهر .

(الرابعة) : قاضى رمضان مخيرحتى تزول الشمس ، ثم يلزمه المضى . فـان أفطر لغير عذر أطعم عشرة مساكين ، ولوعجزصام ثلاثة أيام .

(الخامسة) من نسى غسل الجنابة حتى خرج الشهر ، فالمروى

وجود الفرق ، فان الحج لم يجب على الولي بخلاف الصوم .

قوله: ولوكان عليه شهران متتابعان جازأن يقضى الولى شهراً ويتصدق عن شهر

هذا عطف على قوله « وقيل » ، القائل هو الشيخ في النهاية عملا برواية الوشاء عن الرضا عليه السلام[1] . وفي طريقها سهل بن زياد ، وضعفه النجاشي وابن الغضائري .

وأطلق المفيد وجوب القضاء لكل صوم فرط فيه ، وقال ابن ادريس : ان كان الشهران نذراً تمكن الميت منه وجب على وليه قضاؤهما ، وان كانا كفارة مخيرة تخيرفيها الولي في الصوم أوالتكفير من مال الميت قبـل قسمة التركة ، ولا يتعين عليه الصوم ولا يجزيه من الكفارة الاجنس واحد . واختاره العلامة فى المختلف .

قوله : من نسىغسل الجنابة حتى خرج الشهرفالمروى قضاء الصلاة والصوم والاشبه قضاء الصلاة حسب

اللام في قوله « الشهر » للعهد، أي شهررمضان ، والرواية عن الحلبى عن

---

١) الكافى ٤/١٢٤ ، التهذيب ٤/٢٤٩ ، الوسائل ٧/٢٤٤ .

قضاء الصلاة والصوم ، والاشبه : قضاء الصلاة حسب .

وأما بقية أقسام الصوم فستأتى في أماكنها ان شاء الله تعالى .

والندب من الصوم ، منه ما لا يختص وقتاً ،

الصادق عليه السلام[1] في الصحيح ، وكذا رواية ابراهيم بن ميمون عنه عليه السلام[2] . وعمل بها الشيخ في النهاية والمبسوط وابن الجنيد ، ووجه المصنف هذا القول في المعتبر بأن فتوى الاصحاب ان معاودة النوم بعد انتباهة أو اثنتين مفسد للصوم ، وقد حصل هنا تكرر النوم مرة بعد أخرى، فيلزم القضاء خصوصاً مع تصريح الرواية الصحيحة المشهورة به .

وأورد على نفسه : أن القضاء انما وجب مع ذكر الغسل والتفريط فيه . وأجاب : بأن النصوص خالية عن اشتراط ذكره كرواية ابن ابى يعفور عن الصادق عليه السلام[3] .

وأورد جواز اختصاصه بالتكرار في الليلة الواحدة. وأجاب : بأنه لما عمل بتلك الاخبار في الليلة الواحدة وان لم يتعمد البقاء على الجنابة جاز أن يعمل بهذا الخبر في الليالي المتعددة ، ولا استبعاد الا أن يستبعد في ذاك .

وأورد لزوم الكفارة . وأجاب : بأن لزوم الكفارة مع تكرار النوم لم يثبت واقتصرنا على القضاء لا غير في الموضعين .

وهذا تنزيل حسن الا أنه مع تسليمه يلزم أن لا يجب قضاء أول يوم أجنب فيه ، ولم يقل به أحد .

---

١) التهذيب ٤/ ٣١١ ، الوسائل ٧/ ١٧١ .

٢) الفقيه ٢/ ١٧٠ ، الكافى ٤/ ١٠٦ ، الوسائل ٧/ ٤٤ .

٣) الوسائل ٧/ ٤١ .

وكذا رجحه العلامة في المختلف محتجاً بأنه أخل بشرط الصوم ، وهو الطهارة من الجنابة في ابتداء النهار مع علمه بالحدث ، فكان عليه القضاء .

وفيه نظر ، لانه ان أراد أن الطهارة المذكورة في ابتداء النهار مع علمه بالجنابة شرط صحة الصوم في الجملة فهوعين محل النزاع ،كيف ولو كان كذلك لوجب القضاء اذا أجنب ونام ناوياً للغسل حتى يطلع الفجر، ولم يجب اجماعاً . وان أراد أن ذلك شرط مع علمه بالجنابة في ابتداء النهار ، فهومسلم لكن محل النزاع ليس كذلك، لان الفرض أنه ناس في ابتداء كل نهار والناسي غيرعالم في حال نسيانه .

ويمكن أن يجاب باختيار الثاني ونقول : امكان العلم قائم مقام العلم كما يجيء . وبه يفرق بينه وبين الغافل مطلقاً ، فان الثاني لا يحسن تكليفه كما تقرر في الاصول .

وأما ماذكره هنا من سقوط القضاء فهومذهب ابن ادريس محتجاً بوجوه :

(الاول) ضعف خبرالواحد .

(الثاني) الطهارة شرط في الصوم اختياري وحال النسيان عذر : أما الاول فلصحة الصوم من الجنب حال عجزه عن استعمال الماء، وأما الثاني فلان النسيان غيرمقدور .

(الثالث) عموم « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان » ، وهو متلقى بالقبول ، وليس المراد رفعهما بل المؤاخذة والقضاء مؤاخذة .

وأجيب عن الاول : بما تقرر في الاصول أنه حجة .

وعن الثاني : بالمنع من المقدمتين : أما أولا فلانا نمنع صحة الصوم حينئذ، فان بعضهم أوجب التيمم هنا. وأما ثانياً فلانه متمكن من تكراره الموجب لتذكارد .

فان الصوم جنة من النار ، ومنه ما يختص وقتاً .

والمؤكد منه أربعة عشرة: صوم أول خميس من الشهر ، وأول أربعاء من العشر الثاني ، وآخر خميس من العشر الاخير ، ويجوز تأخيرها مع المشقة من الصيف الى الشتاء ، ولو عجز تصدق عن كل يوم بمد .

وعن الثالث : بمنع عمومه ، فان المؤاخذة ثابتة في الاموال والجنايات فاذاً القول الاول أقوى وأحوط .

قوله : فان الصوم جنة من النار

هذا لفظ الحديث النبوي[1] . والجنة بضم الجيم: ما استترت به من سلاح والجنة السترة والجمع الجنن ، يقال استجن بجنة أي استتر بسترة ، ومنه الحديث القدسي : كل عمل ابن آدم له الا الصوم فانه لي وأنا أجزي به[2]. قيل في توجيه هذا وجوه :

(الاول) اختصاصه بترك الشهوات في الفرج والبطن ، وذلك أمر عظيم شريف . وعورض بالجهاد فانه ترك الحياة فضلا عن الشهوات ، وبالحج فان ذلك فيه أيضاً .

(الثاني) ان خلاء الجوف تشبه بصفة العمدية . وعورض بالعلم فانه تشبه بأجل صفات الربوبية ، وكذلك الاحسان وسائر التشبه بأخلاق الرب .

(الثالث) ان جميع العبادات وقع التقرب بها الى غير الله الا الصوم فانه

---

١) ابن ماجة ١/٥٢٥ ، الترمذى ٣/١٣٦ واللفظ له ، كنز العمال ٨/٤٤٣ ، الكافى ٤/٦٢ ، التهذيب ٤/١٥١ .

٢) الكافى ٤/٦٣ ، التهذيب ٤/١٥٢ .

وصوم أيام البيض ، ويـوم الغدير ، ومولد النبى عليه الصلاة والسلام ومبعثه ، ودحو الارض ، ويوم عرفة ، لمن لم يضعفه الدعاء مع تحقق الهلال ، وصوم عاشورا حزناً ، ويوم المباهلة ، وكل خميس وجمعة ، وأول ذى الحجة ، ورجب كله ، وشعبان كله .

ويستحب الامساك في سبعة مواطن :

المسافر اذا قدم أهله (بلده) أو بلداً يعزم فيه الاقامة بعدالزوال أوقبله ، وقد تناول ، وكذا المريض اذا برىء ، وتمسك الحائض

لم يتقرب به الاالى الله . ونقض بأنه يفعله أصحاب استخدام الكواكب .

(الرابع) أنه موجب صفاء العقل والفكربواسطة ضعف القوى الشهوانية ، وذلك يوجب حصول المعارف الربانية ، ولهذا قـال عليه السلام : لا تدخل الحكمة جوفاً ملئ طعاماً . والمعارف الربانية أشرف أحوال النفس الانسانية . وعورض بأن سائرالعبادات كذلك اذا واظب عليها ، ولذلك قال عليه السلام : من أخلص لله أربعين صباحاً ظهرت ينابيع الحكمة من قلبه على لسانه[1] .

(الخامس) انه أمر خفي لا يطلع عليه . وعورض بالايمان .

وكل هذه المعارضات مدخولة ، فان أكثرها يخرج بقوله عمل ، فان العلم والمعارف والايمان ليست أعمالا في الاصطلاح . وغيربعيد أن يكون مجموع هذه الامور الخمسة مختصاً به فارقاً بينه وبين غيره .

قوله : وصوم أيام البيض

في الكلام حذف الموصوف تقديره أيام ليالي البيض . قال بعض الفضلاء

---

١) البحار ٧٠/٢٤٢ ، ٢٤٩ .

والنفساء والكافـر والصبى والمجنون والمغمى عليـه ، اذا زالت أعذارهم في أثناء النهار ، ولو لم يتناولوا .

ولا يصح صوم الضيف ندباً من غير اذن مضيفه ، ولا المرأة من غير اذن الزوج ، ولا الولد من غير اذن الوالد ، ولا المملوك بدون اذن مولاه .

ومن صام ندباً ودعى الى طعام ، فالافضل الافطار.

والمحظور صوم العيديـن وأيام التشريق لمن كان بـ « منى » ، وقيـل : القاتل في أشهر الحرم يصوم شهرين منها ، وان دخل فيهما العيد وأيام التشريق لرواية زرارة ، والمشهور : عموم المنع .

قال ابن الجوزي في تقويم اللسان : أيام البيض سميت بذلك لبياض لياليها ، والعامة تقول الايام البيض ، حتى أن بعض الفقهاء جرى في كتبه على طريقة العامة في ذلك ، فهو خطأ فان الايام كلها بيض لكن العرب تسمي كل ثلاث ليال من الشهور باسم ، وسيأتي تفصيلها في النكاح انشاء الله .

وقيل في استحباب صوم هذه : ان آدم على نبينا وآله وعليه السلام لما أكل من الشجرة اسود لونه ، فلما تاب ابيض لونه في كل يوم منها ثلث بدنه ، فندب الصوم شكراً لذلك[1] .

قوله : وقيل القاتل فـى اشهر الحرم يصوم شهرين منها وان دخل فيهما العيد وايام التشريق

قاله الشيخ في المبسوط والاستبصار ، والرواية عن الباقر عليه السلام[2]

---

١) الوسائل ٣١٩/٧ .

٢) الكافى ١٣٩/٤ ، التهذيب ٢٩٧/٤ ، الوسائل ٢٧٨/٧ .

وصوم آخر شعبان بنية الفرض ، ونذر المعصية ، والصمت والوصال وهوأن يجعل عشاءه سحوره ، وصوم الواجب سفراً عدا ما استثنى .

والحق أنها لا تصلح مخصصة للنصوص العامة في تحريم صوم العيد وأيام التشريق ، لان في طريقها سهل بن زياد وضعفه النجاشي وابن الغضائري وذكر أن احمدبن محمد بن عيسى شهد عليه بالغلو والكذب وأخرجه من قم الى الري ولذلك ضعفه الشيخ في عدة مواضع .

قوله : والصمت والوصال

الصمت فيه ترك الكلام صائماً ، واختلف في الوصال في موضعين : « ١ » تحريمه وهو المشهور بين الاصحاب ، ويظهر من كلام ابن الجنيد كراهيته . « ٢ » في تفسيره ، فقال الشيخان هوأن يجعل عشاءه سحوره وهوفي رواية الحلبي[1]، وقال ابن ادريس هوأن يصوم يومين من غير أن يفطر بينهما ليلا ، ويظهر ذلك من كلام ابن الجنيد لرواية محمد بن سليمان عن الصادق عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : لا وصال في صيام ، ونعني أن لا يصوم الرجل يومين متواليين من غير افطار[2] .

قال المصنف في المعتبر: لعل هذا التفسير أولى . وكأنه قصد بكونه أولى أنه مطابق للوضع اللغوي والاصل عدم النقل .

قوله : عداما استثنى

ذلك ستة : « ١ » النذر المشروط سفراً وحضراً ، « ٢ » الثلاثة بدل الهدي

---

١) الكافي ٤/ ٩٥ ، التهذيب ٤/ ٢٩٨ ، الوسائل ٧/ ٣٨٨ .

٢) الكافي ٤/ ٩٢ ، التهذيب ٤/ ٣٠٧ ، الوسائل ٧/ ٣٦٨ .

(الخامس) في اللواحق ، وهي مسائل :

(الاولى) المريض يلزمه الافطار مع ظن به الضرر، ولو تكلفه لم يجزه .

(الثانية) المسافر يلزمه الافطار، ولوصام عالماً بوجوبه قضاه، ولوكان جاهلا لم يقض .

(الثالثة) الشروط المعتبرة في قصر الصلاة ، معتبـرة في قصر الصوم ، ويشترط في قصر الصوم تبييت النية .

وقيل : الشرط خروجه قبـل الزوال ، وقيل : يقصر ولو خرج قبل الغروب .

وعلى التقديرات لا يفطر الا حيث يتوارى جدران البلد الذي يخرج منه ، أو يخفى أذانه .

« ٣ » ثمانية عشر بدل البدنة، « ٤ » صوم كثير السفر، « ٥ » مع نية الاقامة عشراً « ٦ » كفارة الصيد على قول .

قوله : ويشترط في قصر الصوم تبييت النية وقيل الشرط خروجه قبل الزوال وقيل يقصر ولوخرج قبل الغروب

لاكلام في حصول شرائط قصر الصلاة كما تقدم، وهل يشترط زائد عليها أم لا ؟ قال علي بن بابويه والحسن والمرتضى وقواه ابن ادريس لا يشترط ، وهـو القول الثالث فيمـا حكاه المصنف . وحجتهم عموم قوله تعالى « أوعلى سفر »[1] .

---

١) سورة البقرة : ١٨٤ .

(الرابعة) الشيخ والشيخة اذا عجزا تصدقا عن كل يوم بمد . وقيل : لا يجب عليهما مع العجز، ويتصدقان مع المشقة .

وقال الشيخان يشترط ، ثم اختلفا فقال الطوسي يشترط تبييت النية من الليل وهو القول المختار في الكتاب ، وحجته رواية رفاعة بن موسى عن الصادق عليه السلام[1] ، ورواية علي بن يقطين عن الكاظم عليه السلام[2] .

وقال المفيد يشترط خروجه قبل الزوال تبيت النية أولا ، واختاره العلامة وولده والشريف والشهيد ، وهو الاقرب : أما اباحة الفطر قبل الزوال فلعموم الاية ، وأما منعه بعد الزوال فلعموم « ثم أتموا الصيام الى الليل »[3] .

وكما وجب اعتبار بقية اكثر النهار في جواز نية الصوم كذلك وجب اعتباره في نية السفر ، ويدل على التفصيل المذكور أيضاً صريح رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام[4] رواه الشيخ في الحسن وابن بابويه في الصحيح ، وكذا رواية محمد بن مسلم عنه عليه السلام صحيحاً[5] .

قوله : الشيخ والشيخة اذا عجزا تصدقا عن كل يوم بمد من طعام ، وقيل لا يجب عليهما مع العجز ويتصدقان مع المشقة

الاول ـ وهو سقوط الصوم عنهما أداء وقضاء مع العجز ووجوب الفدية ـ قاله الشيخ في النهاية والمبسوط والحسن والقاضي وابنا بابويه وابن الجنيد ، للاحاديث الدالة على ذلك .

---

١) التهذيب ٤/٣٢٧ .

٢) التهذيب ٤/٢٢٨ .

٣) سورة البقرة : ١٧٨ .

٤) الكافي ٤/١٣١ ، الفقيه ٢/٩٢ ، التهذيب ٤/٢٢٨ ، الوسائل ٧/١٣١ .

٥) الكافي ٤/١٣١ ، التهذيب ٤/٢٢٩ ، الفقيه ٢/٩٢ ، الوسائل ٧/١٣١ .

والثاني ـ وهو انهما لا يجب عليهما الفدية أيضاً مع العجزبل انما يجب مع الطاقة بمشقة عظيمة ـ قاله المفيد والمرتضى وسلاروابن ادريس ، واختاره العلامة[في المختلف] محتجاًبقوله تعالى«وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين»[1] وهذا يدل بمفهومه على سقوط الفدية على الذي لا يطيقه ، ولان الكفارة اما بدل عن فعل واجب أومسقطة لذنب ، وهما منتفيان هنا ، لعدم وجوب الصوم عليهما والالزم تكليف مالا يطاق ، ولعدم الذنب عليهما اذ الفرض ذلك .

وأجاب عن أحاديث الشيخ بأنها غيرصريحة في مطلوبه، اذ اكثرها يتضمن الضعف عن الصوم، والفرق حاصل بين الضعف والعجز، فان الضعف قدتجتمع مع القدرة بخلاف العجز .

ثم ان الصدقة هل هي مد أومدان ؟ قال المفيد والحسن والمرتضى وابنا بابويه وابن ادريس بالاول ، واختاره المصنف والعلامة ، وتدل عليه الروايات وظاهر قوله « اطعام مسكين » ، والغالب كفاية المد . وفيه نظر ، لانه قرىء « مساكين » فيكون المفرد جنساً ، وحينئذ لادلالة .

وقال الشيخ بالثاني ، محتجاً برواية محمد بن مسلم[2] ، وحملت على الاستحباب .

قوله : وذوالعطاش يفطرويتصدق عن كل يوم بمد ثم ان برأقضى

ذوالعطاش اي صاحب العطاش، وهومرض يصيب الانسان بحيث لايصبر عن شرب الماء، وابتلي به انس بن مالك بدعوة علي عليه السلام به مع البرص

---

١) سورة البقرة : ١٨٤ .

٢) راجع الوسائل ٧ / ١٥٠ .

لما أنكر شهادته يوم غديرخم ، فقال علي عليه السلام : اللهم ان كان كاذباً فارمه بحرفي جوفه وبياض في وجهه [1].

ثم ان صاحبه لا يخلو من قسمين :

(الاول) ان يرجى زواله ، فهذا يفطر واذا برىء قضى . وهل عليه كفارة ؟ قال الشيخ واتباعه نعم كالشيخ العاجز، وقال المرتضى والمفيد وابن ادريس لا، واختاره العلامة . وهو الحق ، لاصالة البراءة .

(الثاني) أن لايرجى زواله ، ففيه الاحكام الثلاثة :

« ١ » اباحة الفطر ، للضرورة ولرواية عمار عن الصادق عليه السلام[2] ، لكن في الرواية النهي عن تمليه من الماء .

« ٢ » وجوب الكفارة ، وهومذهب اكثر الاصحاب خلافاً لسلار ، وقال ابن حمزة في الكفارة قولان . والفتوى على الاول ، لرواية محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام[2] .

« ٣ » عدم القضاء ، وهو مشهور لعجزه ولرواية ابن مسلم[3] أيضاً .

وفي عبارة المصنف تسامح، فان قوله « ذوالعطاش » ان أرادالاول فثبوت الكفارة ممنوع ، وان أراد الثاني فثبوت القضاء ممنوع . لكنه في المعتبر جزم بالقضاء مطلقاً ، لانه مرض وقدزال فيقضي كغيره من الامراض .

وفيه نظر اذ الامراض مختلفة فجاز اختلاف أحكامها ، ولذلك تثبت الصدقة في بعضها دون بعض .

---

١) البحار ٩ / ٣٧٨ .

٢) الكافي ٤ / ١١٧ ، الفقيه ٢ / ٨٤ ، التهذيب ٤ / ٢٤٠ ، الوسائل ٧ / ١٥٢ .

٣) الكافي ٤ / ١١٦ ، الفقيه ٢ / ٨٤ ، التهذيب ٤ / ٢٣٨ ، الوسائل ٧ / ١٤٩ .

والحامل المقرب والمرضع القليلة اللبن، لهما الافطار، ويتصدقان عن كل يوم بمد ويقضيان .

(الخامسة) لا يجب صوم النافلة بالشروع فيه ، ويكره افطاره بعد الزوال .

(السادسة) كل ما يشترط فيه التتابع اذا أفطر لعذر، بنى .

وان أفطر لا لعذر استأنف ، الا ثلاثة مواضع :

من وجب عليه صوم شهرين متتابعين فصام شهراً ومن الثاني شيئاً .

ومن وجب عليه شهر بنذر فصام خمسة عشر يوماً .

قوله: والحامل المقرب والمرضعة القليلة اللبن لهما الافطار وتتصدقان لكل يوم بمد وتقضيان

هذا الحكم مشهور بين الاصحاب ، ووجهه : اما اباحة الفطر فلخوفهما الضرر على الولد بالصوم ، فجاز دفعاً للضرر وللزوم الحرج المنفي بالقرآن لولاه . وأما الصدقة فجبراً لاخلالهما بالصوم مع الطاقة ، وتؤيده رواية ابن مسلم عن الباقر عليه السلام[1] .

وأما القضاء فلامكانه كالمريض ، ولم يخالف فيه الاعلي بن بابويه ، فان ظاهر كلامه سقوطه عن الحامل ، ورواية ابن مسلم تدفعه .

قوله : كلما يشترط فيه التتابع ـ الى آخره

قاعدة كل الصوم يشترط فيه التتابع الأربعة : «١» النذر أو العهد أو اليمين

---

١) الفقيه ٢/٨٤ ، التهذيب ٤/٢٣٩ ، الكافي ٤/١١٧ ، الوسائل ٧/١٥٣ .

وفي الثلاثة الأيام عن هدى التمتع، اذا صام يومين وكان الثالث العيد، أفطر وأتم الثالث بعد أيام التشريق ان كان بـ « منى » .

ولا يبنى لو كان الفاصل غيره .

المجرد عن ذكره ، «٢» سبع الهدي ، «٣» جزاء الصيد ، «٤» قضاء الواجب .

كتاب الاعتكاف

والنظر في شروطه وأقسامه وأحكامه

أما الشروط فخمسة :

(١) النية .

(٢) والصوم: فلايصح الا في زمان يصح صومه ممن يصح منه.

(٣) والعدد : وهو ثلاثة أيام .

هو لغة افتعال من العكف بمعنى الحبس ، يقال عكفه أي حبسه ووقفه يعكفه عكفاً ، ومنه قوله تعالى « والهدي معكوفاً ان يبلغ محله »[1] . والاعتكاف[2] في المسجد الاحتباس فيه . وشرعاً لبث في مسجد من الاربعة ثلاثة أيام فصاعداً صائماً تعبداً .

قوله : والعدد وهو ثلاثة أيام

أقل الاعتكاف ثلاثة أيام لا أنقص ولا أزيد ، وهو اجماع من أصحابنا لم

---

١) سورة الفتح : ٢٥ .

٢) عكفت الشيء : حبسته ، ومنه الاعتكاف ، لانه حبس النفس عن التصرفات العادية .

يوافقنا عليه أحد من الجمهور ، فان اباحنيفة لا يصح عنده أقل من يوم بليلته ، ومالك لايصح عنده أقل من عشرة أيام ، والشافعي عنده ساعة واحدة لانه عنده غيرمشروط بالصوم فهوبمنزلة الصدقة يجوز في زمان قليل وكثير .

اذا تقرر هذا فنقول على قول أصحابنا : هل الثلاثة بليلتين بينهما أوبثلاث ليال ؟كلام المصنف فيالمعتبر يدل على الاول ، وهوقول الشيخ ، وهومبني على أن الليالي غيرداخلة في الايام ولا أحدهما مفهوم من الاخر عند الاطلاق الابالقرينة ، فان اليوم عبارة عن مقدارما بين طلوع الفجرالى غروب الشمس .

ونقل المصنف عنالشيخ أيضاً أنه قال في بعض عباراته بالثاني ، لانه قال أقل الاعتكاف ثلاثة أيام بلياليهن .

ولا شك ان عبارات الاصحاب والروايات ليس فيها تقييد بأحد القيدين بل أقله ثلاثة ايام ، وحينئذ لقائل أن يقول : تحقيق هذا المقام أن نقول : الليل اما أن يكون داخلا في مفهوم اليوم كما قيل ان اليوم عبارة عن أربعة وعشرين ساعة ، والنهار عبارة عما بينالطلوع والغروب ، والليل عبارة عمابين الغروب والطلوع ، أولا يكون داخلا. فان كانالاول لزم أن تكون الليالي الثلاث داخلة لما قلنا من دلالة الاقوال والروايات على ثلاثةأيام ، وان كان الثاني فاما أن يلزم من اطلاق أحد الاسمين فهم الاخر كما قاله ابوحنيفة ولهذا قال « ثلاثة ايام الا رمزاً »[1] وقال في سورة أخرى « ثلاث ليال سوياً »[2] والقصة واحدة ، ولما أراد فصل أحدهما عن الاخر قال « سخرها عليهم سبع ليال وثمانية أيام حسوماً »[3] أولا يلزم، فان كان الاول فهوأيضاً كما قلنا أولا، وان كان الثاني لزم أن يختص

---

١) سورة آل عمران : ٤١ .

٢) سورة مريم : ١٠ .

٣) سورة الحاقة : ٧ .

(٤) والمكان : وهو كل مسجد جامع .

الاعتكاف بالنهار لاختصاصه بالصوم دون الليل ، لعدم دخول الليل في مسمى اليوم ولا هو مفهوم منه عند الاطلاق . لكن اللازم باطل بالاجماع ، لما تقرر من دخول الليلتين قطعاً فالملزوم مثله ، فثبت دخول الليالي الثلاث في الاعتكاف على كل واحد من التقادير المذكورة .

والجواب : انانختار التقدير الثالث وتكون دخول الليلتين من وجوب استدامة اللبث الى آخر الاعتكاف ومن دلالة القرائن النص على أنه متى جامع ليلا لزمته الكفارة ، فعلى هذا تكون النية قبل طلوع الفجر .

فوائد :

(الاولى) ذكر الشيخ في موضع من الخلاف اذا شرط التتابع وجبت الليلتان والاوجب ثلاث بلياليهن . وهو متروك .

(الثانية) لو نذر اعتكاف رجب مثلا هل تجب الليلة الاولى أم لا ؟ وجهان من دخولها في مسمى الشهر ومن اشتراط الاعتكاف بالصوم الذي محله النهار والاولى الاول .

(الثالثة) لو نذر اعتكاف أقل من ثلاثة ، فان قال لا أزيد بطل والا فلا ويضم اليه تتمة الثلاثة .

(الرابعة) لو نذر ثلاثة غير متتابعة بطل نذره .

تكفي في نية واحدة ان كان واجباً ، وفي المندوب ينوي ليلة الثالث بعد غروب شمس الثاني .

قوله : المكان وهو كل مسجد جامع وقيل لا يصح الا في احد المساجد الاربعة مكة والمدينة وجامع الكوفة والبصرة

وقيل لا يصح الا في أحد المساجد الاربعة : مكة ، والمدينة ، وجامع الكوفة ، والبصرة .

(٥) والاقامة في موضع الاعتكاف .

فلوخرج أبطله الا لضرورة ، أوطاعة ، مثل تشييع جنازة مؤمن أوعيادة مريض ، أوشهادة .

ولا يجلس لوخرج ، ولا يمشي تحت ظل ، ولا يصلي خارج المسجد الا بمكة .

وأما أقسامه ـ فهو واجب ، وندب .

فالواجب ما وجب بنذر وشبهه ، وهو ما يلزم بالشروع .

والمندوب ما يتبرع به ، ولا يجب بالشروع .

للاصحاب في مكان الاعتكاف أقوال :

(الاول) قول ابن ابى عقيل ، وهو كل مسجد لعموم « وأنتم عاكفون في المساجد »[1] ، وهوجمع معرف باللام ، فيعم لما تقررفي الاصول .

(الثاني) قول المفيد[2] ، وهو كل مسجدجامع ، والمراد بالجامع هوالاعظم ولو كان في البلد مسجداد كذلك جاز في كل منهما . واختاره المصنف هنا وفي باقي كتبه ، وكذا اختاره الشهيد[3] .

(الثالث) قول اكثر الاصحاب ، وهو أنه لايصح الا في أحد المساجد الاربعة

---

١) سورة البقرة : ١٨٧ .

٢) المقنعة ٥٨ ، قال فيه : ولا يكون الاعتكاف الا فى المسجد الاعظم .

٣) قال فى الدروس : الاعتكاف هواللبث فى مسجد جامع .

وهوقول الشيخ[1] والمرتضى والصدوق[1] والتقي والقاضي وسلار وابن ادريس[1] الأن علي بن بابويه جعل مسجد المدائن رابعاً ومسجد البصرة جعله رواية وجعل ابنه مسجد المدائن خامساً .

ثم هؤلاء اختلفوا في تعليل الحصر في هذه : فقيل العلة أنه لا يصح الافي مسجد صلى فيه الامام العام للمسلمين نبياً كان أووصياً جمعة .

ويخرج بقولنا «العام» امام خاص وبقولنا «للمسلمين» يخرج بيت المقدس اذ لم يثبت أن النبى صلى الله عليه وآله وسلم صلى فيه الصلاة المعتبرة .

ولا عبرة بالجماعة من دون الجمعة، وهوقول الصدوق والمرتضى والشيخ واتباعه وابن ادريس، وقيل تكفي الجماعة من الامام المذكوروان لم يكن جمعة وهوقول علي وابنه في المقنع ، ولذلك أدخلنا مسجد المدائن لكون الحسن عليه السلام صلى فيه جماعة .

والعلامة[2] وتلاميذه على قول الشيخ . وهوأحوط ، لانه متفق عليه ولان الاعتكاف عبادة شرعية لاتستفاد الامن جهة الشرع ولم يثبت فعل النبى صلى الله عليه وآله وسلم وأوصيائه الافي هذه فيقتصر عليها . ويؤيده قول الصادق عليه السلام في رواية عمر بن يزيد : لااعتكاف الا في مسجد جماعة صلى فيه امام عدل[3] .

ولان المطلق والمقيد اذا تعارضا وجب العمل بالمقيد كما تقرر في الاصول وجعل ابن ابى عقيل هذا على الافضل ، واختاره بعض الفضلاء ، وعلله بأنه

---

١) المبسوط ١/ ٢٨٩ ، النهاية : ١٧١ ، الخلاف ١/ ٣٦٤ ، المقنع : ٦٦ ، قال فيه : لا يجوز الا فى خمسة مساجد ، السرائر: ٩٧ .

٢) المختلف ٢/ ٨١ .

٣) التهذيب ٤/ ٢٩٠ .

فاذا مضى يومان ففي وجوب الثالث قولان ، المروى: أنه يجب.

على طريقة « لاصلاة لجار المسجد الافي المسجد »[1] و« لانكاح الابولي »[2] و« شاهدي عدل »[3] والمراد لااعتكاف كاملا الافي أحد المساجد، ولا يلزم من نفي الكمال نفي الحقيقة .

وفيه نظر ، لان أقرب المجاز الى نفي الحقيقة هو نفي الصحة ، فيتعين الحمل عليها ، لما تقرر في الاصول من وجوب مراعاة أقرب المجازات .

قوله: فاذا مضى يومان ففي وجوب الثالث قولان، المروى أنه يجب

لا خلاف في أن الواجب يلزم بالشروع ، وانما الخلاف في الندب ، وفيه أقوال :

(الاول) انه لا يجب بالشروع مطلقاً ، وهو قول المرتضى وابن ادريس[4] والعلامة في المختلف[4] ، للاصل ولحمله على سائر التطوعات ، ويخرج الحج بالاية .

(الثاني) انه يلزم بالشروع اذا لم يشترط على ربه [على نفسه] قاله الشيخ في المبسوط[5]. ويقرب منه قول التقي للنهي عن ابطال العمل في قوله « ولاتبطلوا أعمالكم »[6] .

---

١) الوسائل ٣/٣٧٨ .

٢) سنن ابن ماجة ١/٦٠٥ .

٣) صحيح البخاري ، راجع شرح الكرماني ١١/١٦٩ .

٤) السرائر: ٩٧ قال فيه : فالمندوب لا يجب المضى فيه بعد الدخول والتلبس به بل أى وقت اراد المكلف الرجوع فيه جازله ذلك ويكون الصوم فيه بنية الندب ـ الى آخر ما قال . المختلف ٢/٨٢ .

٥) المبسوط ١/٢٨٩ .

٦) سورة محمد : ٣٣ .

وقيل : لو اعتكف ثلاثاً فهو بالخيار فى الزائد ، فان اعتكف يومين آخرين وجب الثالث .

(الثالث) اذا مضى يومان وجب اتمامه ، وهوقول الشيخين[1] واتباعهما ، وهومختار الشهيد[2] ، وهوالمعتمد لاشتهاره ووجود الروايات به كرواية محمد ابن مسلم عن الباقر عليه السلام[3] وكذا رواية ابى عبيدة عنه عليه السلام[4] . وغيرهما .

قوله: وقيل لواعتكف ثلاثاً فهوبالخيار فى الزائد، فان اعتكف يومين آخرين وجب الثالث

وهذا قول ابن الجنيد والشيخ والتقي ، ومستندهم رواية ابى عبيدة عن الباقر عليه السلام . وهذه المسألة من فروع القول بالثالث[5] وقد تقدم .

فوائد :

(الاولى) لونذر اعتكاف أربعة لا خلاف في عدم وجوب الزائد .

(الثانية) لونذرخمسة هل يجب السادس كما قلنا في الندب ؟ قيل نعم حملا على الندب أذهوأصله ، وقيل لا للحكم بصحته في الاربعة فكذا هنا ، ولعدم الفصل بينه وبين الثلاثة بخلاف الندب لوقوع الفصل بالثالث لوجوب نيته واجباً وهوظاهر اختيار الشريف ، وليس بعيداً من الصواب .

---

١) المبسوط ١/ ٢٨٩ ، النهاية : ١٧١ .

٢) الدروس ، كتاب الاعتكاف .

٣) الفقيه ٢/ ١٢١ ، الكافى ٤/ ١٧٧ ، التهذيب ٤/ ٢٨٩ ، الوسائل ٧/ ٤٠٤ .

٤) الفقيه ٢/ ١٢١ ، الكافى ٤/ ١٧٧ ، التهذيب ٤/ ٢٨٨ ، الوسائل ٧/ ٤٠٤ .

٥) اى القول بوجوب الثالث .

وأما أحكامه فمسائل :

(الاولى) : يستحب للمعتكف أن يشترط كالمحرم ، فان شرط جاز له الرجوع ولم يجب القضاء .

ولو لم يشترط ثم مضى يـومان وجب الاتمام على الرواية ، ولوعرض عارض خرج فاذا زال وجب القضاء .

(الثانية) : يحرم على المعتكف الاستمتاع بالنساء ، والبيع ، والشراء وشم الطيب .

(الثالثة) لونذر سبعة جرى فيه الاحتمالان .

قوله: يستحب للمعتكف أن يشترط كالمحرم، فان شرط جاز له الرجوع ولم يجب القضاء ، ولولم يشترط ثم مضى يومان وجب الاتمام على الرواية ولوعرض عارض خرج فاذا زال وجب القضاء

هذا الكلام يتضح بمسائل :

(الاولى) يستحب للمعتكف أن يشترط ، لرواية عمروبن يزيد عن الصادق عليه السلام قال : لا يكون اعتكاف أقل من ثلاثة أيام ، واشترط على ربك في اعتكافك كما تشترط عند احرامك[1] .

ثم هذا الاشتراط قديكون مطلقاً فيجوز الرجوع متى شاء ، وقديكون مقيداً بالعارض فيرجع عند حصوله ، واذا رجع وخرج لم يجب القضاء والالم يكن للاشتراط فائدة .

(الثانية) انه اذا لـم يشترط لم يكن له الرجوع عند مضي يومين ويجب عليه الاتمام عملا بالرواية المتقدمة ، وهي رواية محمد بن مسلم ، ولذلك عرفها

---

١) التهذيب ٤/٢٨٩ ، الوسائل ٧/٤٠٥ .

المصنف بلام العهد ليعلم أنها هي المذكورة . وقد تقدم الخلاف فيه .

(الثالثة) انه اذا عرض عارض وقد مضى يومان وهوغيرمشترط خرج فاذا زال العارض وجب القضاء لعدم اتيانه بالواجب على وجهه .

(الرابعة) الاشتراط قد يكون في النذر والعهد واليمين ويكون حكمه كما تقدم من جواز الرجوع ، أما لولم يقع الشرط في النذر بل في ابتداء الشروع فليس له حكمه .

(الخامسة) الاشتراط اذا وقع في النذر فاما أن يكون الزمان معيناً أولا ، فالاول لا يجب فيه القضاء مع الرجوع اجماعاً ، والثاني قال في المعتبر[1] يجب القضاء ، وقال ابن ادريس[1] اذا شرط التتابع ولم يعين الزمان وشرط على ربه فخرج فله البناء والاتمام دون الاستيناف وان لم يشترط استأنف . قال الشهيد : لعله أراد أنه شرط على ربه في التتابع لا في أصل الاعتكاف . وفيه نظر .

قوله : قيل يحرم عليه ما يحرم على المحرم ولم يثبت

هذا قول الشيخ في الجمل ، ولم يوجد له حجة به ، وجعله في المبسوط رواية . قال : وذلك مخصوص بما قلناه ، لان لحم الصيد لايحرم عليه وكذا المخيط وتغطية الرأس وغيرها .

ثم اعلم أن الجماع لا خلاف في تحريمه وافساده ، لقوله تعالى « ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد »[2]، والمباشرة في العرف هو الجماع .

---

١) المعتبر: ٣٢٢ ، السرائر: ٩٧ .

٢) سورة البقرة : ١٨٧ .

(الثالثة) يفسد الاعتكاف مـا يفسد الصوم ، ويجب الكفارة بالجماع فيه ، مثل كفارة شهر رمضان ، ليلاكان أو نهاراً .

ولوكان في نهار شهر رمضان لزمه كفارتان .

وأما الاستمتاع بهن تقبيلا ولمساً فصرح المصنف في المعتبر بأنه كالجماع وهومذهب ابن الجنيد والشيخ في الخلاف، وقال في كتابى الاخبار أنه لايفسد واختاره العلامة وان حرم .

وأماالبيع والشراء فذكره الشيخ في المبسوط والنهاية، لان الاعتكاف لبث للعبادة فينافي غيرها . وتؤيده رواية ابى عبيدة عن الصادق عليه السلام[1] .

وأما شم الطيب فللشيخ قولان احدهما الجواز ذكره في المبسوط ، وثانيهما التحريم ذكره في الخلاف والنهاية . وهومذهب ابـن الجنيد وابن ادريس ، وهوالمختار، لرواية ابى عبيدة المذكورة ، لكن لايفسده الا الجماع حسب .

قوله: يفسد الاعتكاف ما يفسد الصوم وتجب الكفارة بالجماع ـ الى آخره .

لا خلاف في فساده بفساد الصوم عندنا، لان الصوم شرط ومع فساد الشرط يفسد المشروط .

ولاخلاف أيضاً في وجوب الكفارة بالفساد بالجماع ليلاكان أونهاراً، وكذا لاخلاف في تكرار الكفارة لوكان في نهار رمضان ، وهل تتكرر في نهار غير رمضان ؟ قال ابن ادريس نعم ، وأما الشيخ في النهاية فقيد التكرر بنهار رمضان واختاره المصنف .

وأطلق الشيخ في غيره وكذا باقي الاصحاب التكرر نهاراً، حجة المصنف

---

١) الكافى ٤/١٧٧ ، التهذيب ٤/٢٨٨ ، الفقيه ٢/١٢١ .

ولو كان بغير الجماع مما يوجب الكفارة في شهر رمضان ، فان وجب بالنذر المعين لزمت الكفارة ، وان لم يكن معيناً ، أو كان تبرعاً فقد أطلق الشيخان لزوم الكفارة . ولو خصا ذلك بالثالث كان أليق بمذهبهما .

أن الجماع في نهار رمضان سبب مستقل بوجوب الكفارة اجماعاً وكذا في نهار الاعتكاف للروايات ، فاذا اجتمع السببان تكررت وليس كذلك في غيره ، لعدم اجتماع السببين ، ولمفهوم رواية عبدالاعلى عن الصادق عليه السلام[1] .

وأما العلامة فقال: تتكرر نهاراً مع تعيين الاعتكاف بنذر وشبهه، سواء كان رمضان أوغيره ، ومع عدم تعينه فكفارة واحدة .

أقول : أما الاول فدليله ظاهر ، لاجتماع السببين وهو الجماع في زمان الاعتكاف وخلف النذر بفساد شرط الاعتكاف. وأما الثاني فهو مسلم في غير رمضان وأما في رمضان فممنوع ، لما قلنا من اجتماع السببين .

ثم ان الكفارة هنا هل هي مخيرة كرمضان أومرتبة ؟ قال الثلاثة ومن تبعهم بالاول ، وهو اختيار المصنف ، وقال ابن بابويه بالثاني ، وبه رواية صحيحة ، لكن رواية التخيير أوضح وأشهر عند الاصحاب .

قوله : ولو كان بغير الجماع . الى قوله : وان لم يكن معيناً أوكان تبرعاً ، وقد أطلق الشيخان لزوم الكفارة، ولوخصا ذلك بالثالث كان أليق بمذهبهما .

يريد بغير الجماع سائر مفسدات الصوم كالاكل والشرب وغيرهما ، وحينئذ لاكلام في وجوب الكفارة في المتعين كما قلنا، وأما في غير المتعين والمندوب

---

١) الفقيه ٢ / ١٢٢ ، التهذيب ٤ / ٢٩٢ .

فقد حكى المصنف عن الشيخين اطلاقهما وجوب الكفارة، وكذا يفهم من ظاهر كلام المرتضى .

وكأن وجه ذلك ما قاله الشيخ في المبسوط من لزوم الاعتكاف بالشروع فيه ولو كان ندباً ، واطلاق الروايات وجوب الكفارة بالجماع. وكذا قوله « ولا تبطلوا أعمالكم » مقتضى لتحريم الابطال فيؤدي الى تعينه .

وأما المصنف فقال : لوخصا ذلك بالثالث كان أليق بمذهبهما من وجوب الثالث اذا مضى يومان ولزوم الاتمام ، فيكون الكفارة وجه حينئذ من حيث تحتم اتمامه المقتضي لتحريم ابطاله الموجب للكفارة .

كتاب الحج

والنظر فى المقدمات والمقاصد

المقدمة الاولى : الحج ، اسم لمجموع المناسك المؤداة فى المشاعر المخصوصة .

المقدمة الاولى : الحج [1] اسم لمجموع المناسك المؤداة فى المشاعر المخصوصة ، الحج له معنيان لغوي واصطلاحي ، أما الاول فهو القصد ، قال الشاعر :

ألم تعلمي يا ام عمرة أنني تخاطانى ريب المنون الاكثرا

---

١) فى المهذب : يقال رجل محجوج أى مقصود ، ومنه سمى الطريق محجة ، لانه يوصل الى المقصود . وقال الخليل بن احمد : الحج كثرة القصد الى من يعظمه ، وسمى الحج حجاً لان الحاج يأتى قبل الوقوف بعرفة الى البيت ثم يعود اليه لطواف الزيارة ثم ينصرف الى منى ثم يعود اليه لطواف الوداع . وفيه لغتان فتح الحاء وكسرها .

وأشهد من عوف حلولا كثيرة يحجون سب الزبرقان المزعفرا[1]

وأما الثاني فقال الشيخ[2] انه في الشريعة كذلك ، أي القصد لكنه استعمل في قصد خاص الى البيت الحرام لاداء مناسك عنده .

ولم يرتضه المصنف لوجهين :

« ١ » أنه يلزم أن من قصد البيت لاداء المناسك ولم يؤدها أن يكون حاجاً اذ طرده يقتضي ذلك .

« ٢ » أنه يلزم خروج عرفة من التعريف لتقييد القصد بالبيت فيقتضي عكسه خروج عرفة ، وقال عليه السلام : الحج عرفة[3] .

وعرفه المصنف بأنه اسم ـ الى آخره . وفيه نظر من وجوه :

(الاول) أن الاتي بالبعض التارك للبعض الذي لامدخل له في البطلان يصدق عليه اسم الحاج ، وانما يكون كذلك لمعنى حصول معنى الحج فيه فلا يكون

---

١) الشعر للمخبل السعدى . فى بعض النسخ « تخطانى » . خطأه وتخاطأه : نسبه الى الخطأ ، وقال له اخطأت . ريب المنون حوادث الدهر ، وفى بعض النسخ « ريب الزمان » . فى اللسان . لاكبرا . وأشهد بضم الدال ، وقال ابن برى : صواب انشاده « وأشهد » بالنصب بدليل البيت الاول . والحلول الاحياء المجتمعة ، وهوجمع حال مثل شاهد وشهود . يحجون : يطلبون الاختلاف اليه لينظروه . السب : العمامة والاست ، قيل: لينظروا عمامته أو استه . الزبرقان بكسر الزاء والراء وسكون الباء الموحدة : ليلة خمس عشرة من الشهر ، والزبرقان من سادات العرب ، وهو الزبرقان بن بدر الفزارى ، سمى بذلك لتسميتهم اباه بدراً ، وقيل: سمى بالزبرقان لصفرة عمامته واسمه حصين، وقيل سمى به لانه يصفر استه . المزعفر : الملون بالزعفران ، وكانت سادة العرب تصبغ عمائمها بالزعفران .

٢) المبسوط ١/٢٩٦ .

٣) كنز العمال ٥/٦٣ ، ٦٤ ، وتمامه : من جاء قبل طلوع الفجر من ليلة جمع فقد أدرك الحج أيام منى ثلاثة ، فمن تعجل فى يومين فلا اثم عليه ومن تأخر فلا اثم عليه .

وهوفرض على المستطيع من الرجال ، والخناثى ، والنساء .
ويجب بأصل الشرع مرة . وجوباً مضيقاً .
وقد يجب بالنذر وشبهه ، وبالاستيجار

اسماً للمجموع .

(الثاني) ان أريد بالمناسك الصحيحة فلا حاجة الى قوله « المؤداة » الى آخره ، لان الصحيح لا يكون الاكذلك ، وان أريد الاعم دخل فيه الفاسد .

(الثالث) انه غيرمانع لدخول العمرة فيه .

ويترجح قول الشيخ بأنه تخصيص وقول المصنف نقل والتخصيص خير من النقل كما تقرر في الاصول ، لكن يفتقرالى اصلاح ليدخل فيه ما خرج عنه وهو ما عرفه بهالعلامة في القواعدأنه القصد الى بيتالله بمكة مع أداء مناسك مخصوصة عنده .

لكنهذا يدفع ما ورد علىالشيخ ثانياً ولا يدفع ماوردأولا ، فان الوقوفين ومناسك منى من أفعال الحج وليست عند البيت .

قوله : وهوفرض على المستطيع

لقوله تعالى « ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا »[1] .

قوله : ويجب بأصل الشرع

أي بغيرواسطة المكلف «مرة» واحدة، لعدم اقتضاء الامرالتكرار كما تقرر في الاصول، « وجوباً مضيقاً » اي علىسبيل الفور لا التوسعة لحصول الضرر المظنون بتركه . وكل ما كان كذلك فهوواجب فوراً :

أما الاولى فلقوله صلى الله عليه وآله وسلم : من مات ولم يحج فلايبالي

---

١) سورة آل عمران : ٩٧ .

والافساد .

ويستحب لفاقد الشرائط : كالفقير والمملوك مع اذن مولاه .

المقدمة الثانية : في شرائط حجة الاسلام ، وهى ستة : البلوغ والعقل ، والحرية ، والزاد ، والراحلة ، والتمكن من المسير.

ويدخل فيه الصحة وامكان الركوب وتخلية السرب .

فلا تجب على الصبى ، ولا على المجنون .

ويصح الاحرام من الصبى المميز ، وبالصبى غير المميز ، وكذا يصح بالمجنون ، ولوحج بهما لم يجزئهما عن الفرض .

ويصح الحج من العبد مع اذن المولى . لكن لا يجزئه عن الفرض ، الا أن يدرك أحد الموقفين معتقاً .

أن يموت يهودياً أونصرانياً[1] والموت متوقع في كل وقت فيحصل له ما يحصل للكافر من العذاب ، ولانه تعالى عبرعن تركه بالكفر في قوله « ومن كفر » أي ترك .

وأما الثانية فلما تقرر في الكلام من وجوب التحرز عن الضرر .

وأما وجوبه بغير أصل الشرع فهواما بنذر أوعهدأويمين أواستيجار ، ولو قال « تحمل » لكان أعم ليدخل في ذلك مايكون بغير الاستيجار كصلح أواشتراط في عقد .

قوله : والافساد

سواء كان الحج المفسد واجباً أومندوبا .

---

١) انظر الوسائل ١٩/٨ .

ومن لا راحلة له ولا زاد لوحج كان ندباً ، ويعيد لواستطاع .

ولو بذل له الزاد والراحلة صار مستطيعاً .

ولوحج به بعض اخوانه أجزأه عن الفرض .

قوله : ولو بذل له الزاد والراحلة صار مستطيعاً

اكثرالاصحاب أطلقوا القول بوجوب الحج بمجردالبذل مع قولهم بعدم الوجوب لووهب الزاد والراحلة، وفرقوابينهما بأن الهبة عقد مفتقرالى ايجاب وقبول، والقبول اكتساب والاكتساب للحج ليس بواجب اذالواجب المشروط لا يجب تحصيل شرطه ، وأما البـذل فيكفي نفس الايقاع في حصول القدرة والتمكن .

والاصل ان الاستطاعة على هـذا التقدير ليست ملك الزاد والرحلة بـل القدرة على الانتفاع بهما بالاباحة الشرعية، وهي تحصل بمجرد الايجاب بقوله « بذلت » .

وبعضهم اشترط في الوجوب التمليك والالزم تعليق الواجب بالجائز ، اذ للباذل الرجوع في البذل قطعاً .

وفيه نظر : أما أولا فلان ظاهر النقل يدفع ذلك ، وأما ثانياً فلا فتقاره الى القبول حينئذ فلم يبق فرق بينه وبين الهبة .

وبعضهم اكتفى وجوب البذل بنذروشبهه تفصياً من تعليق الواجب بالجائز .

والحق أنـه لا حاجة الى ذلك كله ، فان الوجوب هنـا مشروط لا مطلق ، والمحال تعليق الواجب المطلق بالجائز .

ثم ان ابن ادريس[1] القائل باشتراط التمليك اشترط أيضاً فيمن له عائلة أن

---

١) السرائر: ١٢١ .

ولابد من فاضل عن الزاد والراحلة يمون به عياله حتى يرجع .

ولو استطاع فمنعه كبر أو مرض أو عدو ، ففي وجوب الاستنابة قولان .

المروى أنه يستنيب .

ولو زال العذر حج ثانياً .

ولو مات مع العذر أجزأته النيابة .

يبذل له أيضاً ما يمون عائلته ذاهباً وعائداً أو يكون له ما يمون عائلته ، قال العلامة هو[1] صحيح ولاحاجة الى ذكره ، لانه معلوم مما سبق ، ونقل عن الشيخ أنه ذكره في المبسوط[2] .

وهذا الكلام يعطي اشتراط تحققه ، وليس ببعيد والالزم الاضرار بالعيال لوأوجبا الحج بمجرد البذل .

قوله: ولواستطاع فمنعه كبر أومرض أوعدوففي وجوب الاستنابة قولان والمروى انه يستنيب

كلام العلامة في المختلف يدل على أن الخلاف فيمن لم يسبق له الوجوب وأما من سبق له الوجوب وأهمل ثم عرض له المانع فانه يجب عليه الاستنابة وكذا قال الشهيد رحمه الله في تصانيفه وفتاواه .

والقولان المشار اليهما :

أحدهما الموجب للاستنابة، وهو قول الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف

---

١) المختلف ٢ / ٨٧ .

٢) المبسوط ١ / ٢٩٨ ، قال فيه : اذا بذل له الاستطاعة قدر ما يكفيه ذاهباً وجائياً ويخلف لمن عليه نفقته لزمه فرض الحج لانه مستطيع .

وفي اشتراط الرجوع الى صنعة أو بضاعة قولان ، أشبههما : أنه لا يشترط .

ولا يشترط في المرأة وجود محرم ، ويكفي ظن السلامة .

محتجاً برواية معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام أن علياً صلوات الله عليه رأى شيخاً لم يحج قط ولم يطق الحج من كبره ، فأمره أن يجهز رجلا فيحج عنه[1] . وكذا روايـة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : كان علي عليه السلام يقول : لو أن رجلا أراد الحج فعرض له مرض أو خالطه سقم فلم يستطع الخروج فليجهز رجلا من ماله ثم ليبعثه مكانه[2] .

وثانيهما غير الموجب للاستنابة ، وهـو قـول ابن ادريس واختاره العلامة محتجاً بأصالة البراءة وبفقد الاستطاعة التي هي الشرط، فيزول الوجوب قضية للشرط ، وبمفهوم روايـة حفص الكناسي عن الصادق عليه السلام فـي تفسير الاستطاعة في الآية . قال : من كان صحيحاً في بدنه مخلى سربه له زاد وراحلة فهو ممن يستطيع الحج[3]. وحمل الروايات الواردة بالاستنابة على من سبق في حقه الوجوب أو على الاستحباب .

ويظهر من كلام المصنف اختيار قول الشيخ ، وبه أفتى الشهيد رحمه الله تعالى .

قوله : وفي اشتراط الرجوع الى صنعة أو بضاعة قولان اشبههما انـه لا يشترط .

يجب أن تكون الاستطاعة زائداً على دار السكنى وثياب البدن وعبد الخدمة

---

١) الفقيه ٢/ ٢٦٠ ، الكافي ٤/ ٢٧٣ ، التهذيب ٥/ ١٤ ، الوسائل ٨/ ٤٤ .

٢) الكافي ٤/ ٢٧٣ ، التهذيب ٥/ ١٤ ، الوسائل ٨/ ٤٤ .

٣) التهذيب ٥/ ٣ ، الكافي ٤/ ٢٦٧ .

ومع الشرائط لوحج ماشياً ، أو في نفقة غيره أجزأه .
والحج ماشياً أفضل اذا لم يضعفه عن العبادة .

وفرس الركوب ، قال الشهيد وكتب علمه .

ثم انه اما أن يفتقر الى قطع المسافة أولا ، والثاني لايعتبر فيه زائد ، والاول ينقسم الى ثلاثة : « ١ » استطاعته للممر الى الحج، وهذا شرط باجماع المسلمين « ٢ » استطاعته للرجوع الى وطنه، وهو شرط باجماع الامامية ، وقال الشافعي ان كان ذا وطن وانساب اشترط والا فلا. «٣» الرجوع الى كفاية، وهو المبحوث عنه هنا، فأجمعوا أنه لايشترط الرجوع الى كفاية بالفعل، وهل يشترط الرجوع الى كفاية بالقوة ؟ قال الشيخ والمفيد واتباعهما نعم، لرواية ابى الربيع الشامي قال سئل الصادق عليه السلام عن قوله « ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا »[1] فقال : مايقول الناس ؟ قال : الزاد والراحلة . فقال الصادق عليه السلام : قد سئل أبو جعفر عليه السلام عن هذا فقال : هلك الناس اذاً لان كل من كان له زاد وراحلة قدر ما يقوت عياله ويستغني به عن الناس ينطلق اليهم فيسلبهم اياه ، لقد هلكوا اذاً . فقيل : فما السبيل ؟ فقال : السعة في المال اذا كان يحج ببعض ويبقي بعضاً لقوت عياله ، أليس قد فرض الله الزكاة فلم يجعلها الاعلى من ملك مائتي درهم[2].

وقال السيد والحسن وابن ادريس واختاره المصنف والعلامة وتلاميذه لايشترط . وهو الحق، لقوله «من استطاع اليه سبيلا» ، ولرواية حفص الكناسي وقد تقدمت .

---

١) سورة آل عمران : ٩٧ .

٢) التهذيب ٥/٢ ، الفقيه ٢/٢٥٨ ، الكافى ٤/٢٦٧ ، وفيه : ينطلق اليه ، الاعلى من يملك مائتى درهم .

واذا استقر الحج فأهمل ، قضى عنه من أصل تركته ، ولو لم يخلف سوى الاجرة قضى عنه من أقرب الاماكن . وقيل من بلده مع السعة .

ومن وجب عليه الحج لا يحج تطوعاً .

ولا تحج المرأة ندباً الا باذن زوجها ، ولا يشترط اذنه في الواجب .

وجواب حجة الشيخ ظاهر ، فان منطوقها أنه عليه السلام أنكر كون مؤنة العيال يجعل في الاستطاعة ، هو أن المؤنة ليست شرطاً، ونحن لا نقول بذلك بل نقول بزائد على المؤنة .

وربما زاد المفيد في الرواية : ثم يرجع فيسأل الناس بكفه . فيكون ظاهراً في اشتراط الرجوع الى كفاية .

وهذا ليس بشيء ، بل انكار لعدم اشتراط الاستطاعة الايابية التي ذكرنا الخلاف فيها مع الشافعي ، اذ الرجوع صريح فيها .

هذا مع أن هذه الرواية قاصرة عن معارضة القرآن والاخبار الصحيحة المصرحة بعدم اشتراط الرجوع الى كفاية .

قوله: واذا استقر الحج فأهمل قضى عنه من أصل تركته، ولو لم يخلف سوى الاجرة قضى عنه من اقرب الاماكن ، وقيل من بلده مع السعة

هنا مسائل :

(الاولى) استقرار الحج هو مضي زمان يتمكن فيه من مباشرة الحج بجميع أفعاله مستجمعاً للشرائط ولم يفعل ثم يموت أو يزول عنه الامكان .

وقلنا « بجميع أفعاله » احترازاً من مضي زمان يمكن فيه البعض كالاحرام

ودخول الحرم مثلا ، فانه غير كاف في تحقق الاستقرار وان كان مع ادراكه يجزي .

(الثانية) انه يجب القضاء عمن استقر الحج عليه وان لم يوص به باجماع الامامية ، وبه قال الشافعي ، وقال ابوحنيفة ومالك لايجب كالصلاة ولوأوصى به خرج من الثلث .

اما قوله صلى الله عليه وآله وسلم للخثعمية وقد سألته ان أبى مات ولم يحج أفأحج عنه ؟ فقال : أرايت لو كان على أبيك دين اكنت تقتضينه . قالت : نعم . قال : فدين الله أحق أن يقضى[1] .

(الثالثة) هل يجب القضاء من بلده أومن أقرب الاماكن ؟ قال الشيخ في المبسوط والخلاف بالثاني، وهو ظاهر المصنف واختيار العلامة في اكثر كتبه لان قطع المسافة ليس جزء من الحج فلا يجب الاستيجار من بلده، فان الواجب عليه انما هو الحج ، ولذلك لو اتفق له الحضور بعض المواقيت لالقصد الحج اجزأه الحج من ذلك الميقات فكذا لوقضى عنه .

وقال الشيخ في النهاية وابن ادريس: ان كان في المال سعة فمن بلده والا فمن الاقرب، لانه لو كان حياً لوجب عليه نفقة الطريق من بلده والمباشرة ببدنه

---

١) هذا الحديث اخرجه محدثو اهل السنة والجماعة عن ابن عباس قال : جاءت امرأة من خثعم عام حجة الوداع قالت : يا رسول الله ان فريضة الله على عباده فى الحج أدركت ابى شيخاً كبيراً لا يستطيع أن يستوى على الراحلة فهل يقضى عنه ان احج عنه . قال : نعم .

راجع شرح البخارى للكرمانى ٥٤/٩ ، سنن ابن ماجة ٩٧٠/٢ ، الترمذى ٢٦٧/٣ اسد الغابة ٦٣٩/٥ واللفظ للبخارى .

وهذا كما ترى دليل المسألة التى مرت سابقاً ، وهى : لو استطاع فمنعه كبر أومرض. وليس فيه « ان ابى مات ولم يحج » .

وكذا في العدة الرجعية .

مسائـل :

(الاولى) اذا نذر غير حجة الاسلام لم يتداخلا .

ولو نذر حجاً مطلقاً ، قيل : يجزىء ان حج بنية النذر عن حجة الاسلام .

ولا تجزىء حجة الاسلام عن النذر ، وقيل : لا تجزىء احداهما عن الاخرى ، وهو أشبه .

فلمامات سقط البدن فبقي المال .

وأجيب : بأنه ان أردت الوجوب الشرعي ـ بمعنى أنه يعاقب على تركه ـ فممنوع وسنده ما ذكرناه ، وان أردت الوجوب بمعنى المقدمة فمسلم ولكن ذلك المعنى زال بموته . وبالجملة هو كجزء من الليل الذي يتوقف عليه صوم النهار ، فمن أوجبه أوجبه ومن لم يوجبه لم يوجبه . وتحقيقه في الاصول .

قوله : وكذا في العدة الرجعية

أي لا يصح المندوب الا باذن الزوج ، ولا يشترط اذنه في الواجب .

قوله : اذا نذر أن يحج غير حجة الاسلام لم يتداخلا ، ولو نذر أن يحج مطلقاً قيل يجزى ان يحج بنية النذر عن حجة الاسلام ولا تجزى حجة الاسلام عن النذر ، وقيل لا تجزى احداهما عن الاخرى ، وهو اشبه

أقسام النذر ثلاثة :

(الاول) أن ينذر حجة الاسلام . ولا كلام في عدم وجوب أخرى بل يكتفى بحجة واحدة .

وهذا مبني على صحة النذر الواجب ، وخالف فيها ابن ادريس ، وسيأتي

انشاء الله تعالى تحقيقه .

(الثاني) أن ينذر حجة غيرحجة الاسلام . ولاكلام أيضاً في وجوب حجة أخرى غيرحجة الاسلام .

(الثالث) أن ينذر أن يحج ويطلق لفظاً ونية ولم يقيده بأحد القيدين . فقال الشيخ في الخلاف والتهذيب : انحج بنيةالنذر أجزأ عن حجةالاسلام ، لرواية ابن ابى عمير عن رفاعة بن موسى عـن الصادق عليه السلام[1] ، وهي محمولة على أنه نذر حجة الاسلام .

وقال في النهاية ان حج عن الاسلام لم يجزه عن النذر ، وقال فـي الجمل لا يجزي احداهما عـن الاخرى ، واختاره ابن حمزة والقاضي وابـن ادريس والمصنف والعلامة . وهوأشبه ، لانهما فرضان سببهما مختلف فلم يجزأحدهما عن الاخر ، اذ مع تغاير الاسباب تتغاير المسببات .

وللعلامة في مختلفه تفصيل وتحقيق ، وهو : ان النذر اما أن يتعلق بوقت معين أومطلق ، والاول ان حصلت الشرائط في ذلك الوقت اما أن يكون نذره بعد حصولها فلم ينعقد لانه زمان يجب صرفه في حجة الاسلام فلا يجوز صرفه في غيرها ، والنهي فـى العبادة يدل على فسادها ، أويكون نذره قبـل حصولها وجب حج النذر ، لان الزمان قد استحق له فلايجوزصرفه فيغيره ، وبالحقيقة لم تحصل شرائط حج الاسلام ، لعدمزمان يقع فيه . والثانى يجب مع حصول الشرائط صرف الزمان الى حج الاسلام ، لانـه مضيق والنذر غيرمقيد بوقت فيكون موسعاً ، واذا اجتمعا قدم المضيق . فلوقدم حج النذر لم يجز عن النذر ولاعن الاسلام : أماعن النذر فللنهي عنه والنهي في العبادة يستلزم الفساد ، وأما

---

١) التهذيب ٥ / ١٣ ، الكافى ٤ / ٢٧٧ .

(الثانية) اذا نذر أن يحج ماشياً وجب، ويقوم في مواضع العبور.

فان ركب طريقه قضى ماشياً، وان ركب بعضاً قضى ومشى ما ركب، وقيل يقضي ماشياً لاخلاله بالصفة.

ولو عجز قيل يركب، ويسوق بدنة، وقيل يركب ولا يسوق بدنة.

وقيل ان كان مطلقاً تـوقع المكنة، وان كان معيناً بسنة يسقط لعجـزه.

عن الاسلام فلعدم النية وقال صلى الله عليه وآله وسلم: انما لكل امرىء مانوى[1].

قوله: واذا نذر أن يحج ماشياً وجب. الى قوله: وان كان معيناً بسنة سقط لعجزه

لا خلاف في انعقاد نذر الحج ماشياً، لانه طاعة مشقة فيجب الوفاء لعموم قوله «ص»: من نذر أن يطيع الله فليطعه[2].

ثم في كلام المصنف مسائل:

(الاولى) انه يقوم في موضع العبور، وهو في رواية السكوني عن الباقر عليه السلام عن آبائه عن علي عليهم السلام أنه سئل عن رجل نذر أن يمشي الى البيت فمر بمعبر. قال: فليقم في المعبر قائماً حتى يجوز[3].

قال المصنف يحتمل الوجهين:

الاول ـ الـوجوب لوجوب المشي المستلـزم لوجوب القيام والحركـة لاشتماله عليهما، وسقوط أحدهما وهو الحركة للتعذر لا يقتضي سقوط الاخر.

---

١) التهذيب ٤/١٨٦.

٢) سنن ابن ماجة ١/٦٨٧، سنن الترمذي ٤/١٠٤، سنن ابي داود ٣/٢٣٢.

٣) الكافي ٧/٤٥٤، التهذيب ٨/٣٠٤، الوسائل ٨/٦٤.

الثاني- الاستحباب، لان نذر المشي ينصرف الى مايصح المشي فيه فيكون موضع العبور مستثنى بالعادة .

والاحتمال الاول أولى : اما أولا فلصيغة الامر وهي حقيقة في الوجوب، وأما ثانياً فلقربه من قصد الناذر .

(الثانية) هذا الناذر للمشي لوركب مختاراً جميع الطريق قضاه لاخلاله بصفة النذر ، ولوركب في البعض قال الشيخ في المبسوط قضاه ومشى مقدار ماركب ، وقال ابن ادريس قضاه ماشياً جميع الطريق والالزم الاخلال بالصفة المنذورة فيحتاج الى حج آخر ماشياً ، واختاره المصنف في الشرائع .

وقال العلامة: ان كان الحج مشروطاً بوقت معين وجب عليه القضاء والكفارة وان كان غير مشروط بوقت معين وجب الاستيناف ماشياً .

أقول : ويظهر لي أنه مع تعين الوقت لوأخل بالمشي كل الطريق أوبعضه أجزأه الحج ولم يحتج الى القضاء ، لانه اذا نذر الحج ماشياً في وقت معين وجب عليه شيئان الحج والمشي ، وليس المشي جزء من الحج ولاشرطاً في صحته شرعاً ، فمع الاخلال به لا يبطل الحج . نعم يجب عليه الكفارة لخلف النذر .

(الثالثة) لوعجز عن المشي سقط وجوبه اجماعاً ، وهل يحتاج الى سياق هدي جبراً ؟ قال الشيخ نعم ، لرواية ذريح عن الصادق عليه السلام[1] ، ومثله رواية الحلبي عنه عليه السلام[2]. وقال المفيد لالسقوطه بالعجز فلا اثم. وهو أولى ويحمل السياق في الرواية على الندب .

وأما ابن ادريس ففصل وقال : ان كان معيناً بسنة سقط الوجوب لعجزه وان

---

١) التهذيب ٥/٤٠٣ ، الوسائل ٨/٦٠ .

٢) الوسائل ٨/٦٠ ، التهذيب ٨/٣١٥ .

(الثالثة) المخالف اذا لم يخل بـركن ، لم يعد لو استبصر ، وان أخل أعاد .

القول فى النيابة :

ويشترط فيه : الاسلام ، والعقل ، وألا يكون عليه حج واجب .

كان مطلقاً توقع المكنة .

وقال العلامة : ان كان معيناً بسنة فعجز ركب ولاشيء عليه ، وان كان مطلقاً توقع المكنة . وهو تفصيل حسن يظهر وجهه مما ذكرنا فى المسألة الثانية .

قوله : المخالف اذا لم يخل بركن لم يعدلو استبصر وان اخل أعاد

هذا قول الشيخ وابن ادريس والمصنف والعلامة لاتيانه بالمأمور به على وجهه فيخرج عن العهدة ، والمقدمتان ظاهرتان . نعم يستحب له الاعادة .

وقال ابن الجنيد انه يعيد مطلقاً ، لعدم الايمان الذي هوشرط في العبادة . وهوضعيف ، لانانمنع اشتراطها . نعم الثواب مشروط بالموافاة وقد حصلت لانها الغرض .

وتؤيد ما قلناه روايات كثيرة عن الائمة عليهم السلام .

(فرع) اذاكان هذانائياً عن مكة بمقدارمايجب به التمتع وجب عليه التمتع قطعاً ، فلوحج مفرداً أوقارناً ـ بمعنى سياق الهدي من غيرضرورة ـ صح مع استبصاره ، ولاتجب الاعادة لعدم اخلاله بركن واتيانه بحج صحيح. أما لوقرن بين الحج والعمرة بنية وجبت الاعادة ، لاتيانه بحج باطل .

قوله : وان لايكون عليه حج واجب

يريد بذلك مع استمرار المكنة من ايقاعه، أما لووجب عليه الحج فأهمل ثم تجدد له العجز فانه يجوز نيابته والحال هذه . ومراده بالحج الواجب أعم

فلا تصح نيابة الكافر ، ولا نيابة المسلم عنه . ولا عن مخالف الا عن الاب ، ولا نيابة المجنون ،

من أن يكون حجة الاسلام أوغيرها .

قوله : ولاتصح نيابة الكافر ولانيابة المسلم عنه ولاعن مخالف الاعن الاب .

صحة النيابة موقوفة على أمرين :

(الاول) يرجع الى النائب ، وهوصحة مباشرته للفعل شرعاً . ولما وقع الاجماع على عدم صحة الحج من الكافر لم تصح نيابته، ولان نية القربة شرط وهي غير صحيحة منه .

وقال المصنف في الشرائع[1] لاتصح نيابة الكافر لعجزه عن نية القربة. وفيه تساهل ، لان الكافر ليس بعاجز من كل وجه بل هوقادر على الاسلام ، لماثبت في علم الكلام من امتناع الجبر وثبوت الاختيار . وامتناع القربة منه في حال كفره ليس امتناعاً ذاتياً بل لغرض الكفر ، فهوامتناع لاحق .

(الثاني) يرجع الى المنوب، وهوامكان وقوع الحج له بمعنى اجزائه عن فرضه . وله تفسيران: أحدهما زوال الاثم عنه فلايعذب على الترك في الاخرة ، وثانيهما حصول الثواب له .

اذا تقرر هذا فلا تصح عن الكافر قطعاً ، لعدم سقوط العقاب وعدم امكان الثواب .

وهل تصح عن المخالف ام لا ؟ أطلق اكثر الاصحاب المنع الاعن الاب ومنع ابن ادريس مطلقاً وأجاز الشهيد مطلقاً الا أن يكون ناصبياً ، وعليه صب المنع في الروايات . وتؤيده صحة حجه لواستبصر اذا لم يخل بركن، بخلاف

---

١) الشرائع ١/٦٣ .

ولا الصبى غير المميز .

ولابد من نية النيابة ، وتعيين المنوب عنه فى المواطن بالقصد ولا ينوب من وجب عليه الحج .

ولولم يجب عليه جاز ، وان لم يكن حج .

وتصح نيابة المرأة عن المرأة والرجل .

ولو مات النائب بعد الاحرام ودخول الحرم أجزأه .

الكافر فانه لاتصح منه ولولم يخل بركن .

والتحقيق أنه ان قلنا بالتفسير الاول للاجزاء فلاكلام في الصحة ، وان قلنا بالثاني فان قلنا بانقطاع عقابه ـ كما هو رأي بعض اصحابنا ـ صح أيضاً ، لامكان ايصال الثواب اليه ، وان قلنا بدوامه ـ كما هو المشهور ـ فلا .

وأما صحة النيابة عن الاب فظاهر على التفسير الاول ، وأما على الثاني فهو من قبيل البر به والصحبة بالمعروف المأمور بهما شرعاً .

قوله : ولاالصبى غير المميز

أما المميز هل تصح نيابته ؟ تردد المصنف والعلامة فيه من حيث تمكنه من ايقاع الافعال وصحة مباشرته الحج ندباً ومن اتصافه بما يوجب رفع القلم عنه المقتضي لعدم الوثوق بايقاعه الافعال على الوجه الصحيح ، لاعتقاده عدم مؤاخذته بذلك ، ولان النائب يجب عليه الحج بالعقد فيكون مكلفاً به ، ولاشيء من المميز بمكلف ولاشيء من النائب بمميز ، وهو الاصح .

قوله : ولومات النائب بعد الاحرام ودخول الحرم اجزأ عنه

هذا مما لا أظن فيه خلافاً من الاصحاب . أما لو مات بعد الاحرام خاصة فالمشهور عدم الاكتفاء به في الاجزاء ، لاصالة عدم قيام الجزء مقام الكل خرج

ويأتي النائب بالنوع المشترط ، وقيل يجوز أن يعدل الى التمتع ، ولا يعدل عنه .

الاول بالاتفاق فيبقى الباقي على أصله . ولان الاصيل لايكتفى فيه بالاحرام ، لرواية بريد بن معاوية عن الصادق عليه السلام[1] فكذا النائب .

وقال ابن ادريس يكفي الاحرام في الاصيل والنائب، وبه قال الشيخ في الخلاف . وهوضعيف ، لما قلناه .

ثم انه على تقديردخول الحرم لايستعاد الاجزة قطعاً، وأما مع عدم دخول الحرم فقال الشيخ يحتمل استعادة الاجرة ، لان الاجارة وقعت على أفعال الحج ولم يفعل شيئاً منها . والاقوى استحقاقه الاجرة لقطع المسافة ، لان الاجارة وقعت على قطع المسافة كما وقعت على أفعال الحج ، ويستعاد الباقي .

قوله : ويأتي النائب بالنوع المشترط ، وقيل يجوز ان يعدل الى التمتع ولايعدل عنه

أما وجوب اتيانه بالنوع المشترط فللاصل ، وأما القائل بجواز العدول الى التمتع فهوالشيخ ، لرواية ابى بصير عن أحدهما عليهما السلام[2] .

قال ابن ادريس هذا صحيح اذاكان المنوب قدحج حجة الاسلام لا مطلقاً فان من كان فرضه أحد الانواع الثلاثة لا يجوز له العدول الى غيره وان كان أفضل في نفسه ، فكذا النائب لا يعدل الى غيره .

وقال العلامة : ان كان المستأجر عنه قد لزمه القران أوالافراد اما لكونه مكياً أوللنذر فلايجوز العدول الى التمتع ، لانه استؤجر لابراء ذمة المستأجر

---

١) الكافى ٤/٢٧٦ ، الفقيه ٢/٢٦٩ ، التهذيب ٥/٤٠٧ ، الوسائل ٨/٤٧ .

٢) الكافى ٤/٣٠٧ ، الفقيه ٢/٢٦١ ، التهذيب ٥/٤١٥ ، الوسائل ٨/١٢٨ .

وقيل : لوشرط عليه الحج على طريق ، جاز الحج بغيرها .

وانما يبرأ [ان] لوأتى بما وجب عليه شرعاً والفرض أنه لم يفعل فيبقى في العهدة وتؤيده رواية الحسن بن محبوب [1] ، وان كانت مقطوعة لكنها مؤيدة بالنظر.

وأما اذا كان المستأجر لم يلزمه نوع وذلك يقع في صورتين :

« ١ » أن يكون مندوباً . فانه يجوز العدول الى التمتع، لانه أتى بالافضل من المشترط فيخرج من العهدة ، لقوله « ما على المحسنين من سبيل »[2] ، فان من اشتري من غيره سلعة فأتاه بأجود من الموصوف وجب عليه القبول .

« ٢ » أن يكون مخيراً في الانواع الثلاثة كصاحب المنزلين أومن نذر حجاً مطلقاً فاستؤجر عنه للتمتع فقرن النائب أو أفرد وبالعكس . ففي الاجزاء عن المنوب نظر، ومع القول بالاجزاء ففي استحقاق الاجير شيئاً من الاجرة نظر.

قلت : هذا تفصيل حسن ، ومنشأ النظر الاول من حيث اتيانه بما هو مبرىء لذمة المنوب فيجزي ومن عدم اتيانه بما استؤجر له لاقتضاء العقد القيام بما تضمنه . والنظر الثاني من كونه أتى بالمجزي عن الميت فقد ساوى المستأجر عليه فيستحق الاجرة ، ومن أنه لايلزم من الاجزاء الاستحقاق فان المتبرع يجزي فعله ولايستحق وهذا متبرع بهذا النوع المأتي به ، وهو الاقوى .

والحق أنه ان علم من قصد المستأجر العدول الى الافضل في غير المتعين جاز والافلا .

قوله : وقيل لوشرط عليه الحج على طريق جاز أن يحج بغيرها

قاله الشيخ واتباعه ، والمصنف كأنه يستضعفه . واعتماد الشيخ على رواية

---

١) التهذيب ٥/٤١٦ ، الوسائل ٨/١٢٨ .

٢) سورة التوبة : ٩١ .

ولا يجوز للنائب الاستنابة الا مع الاذن .

ولا يؤجر نفسه لغير المستأجر في السنة التى استؤجر لها .

ولو صد قبل الاكمال استعيد من الاجرة بنسبة المتخلف .

ولا يلزم اجابته ، ولو ضمن الحج على الاشبه .

ولا يطاف عن حاضر متمكن من الطهارة ، لكن يطاف به .

حريز بن عبدالله عن الصادق عليه السلام[1] .

ووجه استضعاف المصنف أنه انما يتم أن لولم يتعلق غرض بالطريق ، أما على تقديره فنمنع جواز العدول . وتحمل الرواية على الاول . وهل يسترد من النائب ما قابل تفاوت الطريق ؟ الحق ذلك ، وعلى قول الشيخ لا يسترد .

قوله : ولوصد قبل الاكمال أستعيد من الاجرة بنسبة المتخلف ولا يلزم اجابته ولوضمن الحج على الاشبه

الاجيراذا صداما أنيكون ذلك بعد فعل شيء من أعمال الحج أولا وعلى التقديرين اما أن تكون الاجارة متعلقة لسنة معينة أولا . فهنا أقسام أربعة :

(الاول)أن يكون ذلك بعدفعل شيء من الاعمال والسنة معينة، فهذا يستحق أجرة ما فعل ويستعاد منه أجرة الباقي من الافعال ويتمع الفسخ . ولايجب اجابته لوضمن الحج في القابل ، لعدم تناول العقد لغير تلك السنة .

وقال الشيخان يستعاد منه الاجرة للباقي الا أن يضمن الحج في القابل . وهوضعيف ، لما قلناه . نعم لوضمن الحج في القابل بعقد جديد لم يستعد منه فان أرادا ذلك فصحيح .

---

١) الكافى ٤ / ٣٠٧ ، الفقيه ٢ / ٢٦١ ، وفيه : وروى الحسن بن محبوب عن على بن رئاب عن ابى عبدالله عليه السلام ، واسقط «حريز» . التهذيب ٥ / ٤١٥ .

ويطاف عمن لم يجمع الوصفين .

ولوحمل انساناً فطاف به احتسب لكل واحد منهما طواف .

(الثاني) أن يكون بعد فعل شيء والسنة غير معينة ولم يفعل شيئاً . فهذا لا ينفسخ الاجارة ويلزم الاجير الحج في القابل .

وهل للمستأجر الفسخ أو للاجير؟ قال الشهيد ملكا الفسخ في وجه قوي، وعلى تقدير الفسخ له أجرة ما فعل قطعاً .

(الثالث) أن يكون السنة معينة ولم يفعل شيئاً . فان الفسخ يقع بلا كلام ، لكن هل يستحق الاجرة لقطع المسافة أم لا ؟ قال في النهاية نعم استحق بقدر ما قطع من المسافة وأطلق ، وهو قول التقي والقاضي .

وقال في المبسوط : اذا استؤجر للحج وأطلق لم يستحق أجرة ، لانه لم يفعل شيئاً من أفعاله ، وان استؤجر لقطع المسافة والحج معاً استحق بقدر ماقطع وهو الصحيح ، اختاره العلامة وابن ادريس .

(الرابع) أن تكون السنة غير معينة ولم يفعل شيئاً . فهذا لا فسخ فيه ولا استعادة بل يلزمه الحج . وهل لهما أو لاحدهما الفسخ ؟ تقدم قول الشهيد فيه .

ويظهر لي أن الفسخ في صورة الاطلاق ان ظهرت فيه مصلحة للميت وكان المستأجر وارثاً أو متبرعاً أو وصياً فوض اليه الفسخ جاز والا فلا .

قوله : ويطاف عمن لم يجمع الوصفين

أي بأن يكون غائباً أو مبطوناً . وهل تستنيب الحائض ؟ عندي فيه نظر ، من حيث مساواتها للمبطون في تعذر الطهارة، ومن أن زوال عذرها متوقع بخلاف المبطون . وليس ببعيد ترجيح الاول اذا اشتمل المنع على ضرر عظيم ومشقة شديدة والثاني اذا لم يشتمل .

قوله : ولوحمل انساناً فطاف به احتسب لكل منهما طواف

ولو حج عن ميت تبرعاً برىء الميت .

ويضمن الاجير كفارة جنايته في ماله .

ويستحب أن يذكر المنوب عنه في المواطن ، وأن يعيد فاضل الاجرة ، وأن يتمم له ماأعوزه . وأن يعيد المخالف حجه اذا استبصر وان كانت مجزئة .

اكثر الاصحاب أطلقوا ذلك ، وابن الجنيد قيده بعدم الاجرة ، ومعها لا احتساب للحامل .

وتردد العلامة فيه من حيث استحقاق قطع المسافة عليه بعقد الاجارة فلم يجزله صرفه الى نفسه كما لو آجر نفسه للحج ، ومن أن العقد وقع على نفس الحمل فلاينافي ارادة الطاعة بخلاف الاستيجار للحج .

واختار السعيد الاحتمال الاول ، وقال الشهيد يحتسب له الا أن يستأجر على حمله لا في طوافه . وهو تفصيل حسن ، فانه اذا استؤجر على حمله لا في طوافه تكون منافعه مملوكة للمستأجر فلايجوز له صرفها الى غيره ، أما في طوافه فانه يكون من المعلوم عدم استحقاق جميع منافعه بل الحمل لا غير .

قوله : ويستحب أن يذكر المنوب عنه فى المواطن

أي في اللفظ في جميع الافعال، فيقول «اللهم ماأصابني من تعب أولغوب أونصب فأجر فلان بن فلان وأجرني فى نيابتي عنه »[1].

أما ذكره قصداً فلازم قطعاً عند كل فعل .

---

١) تعب تعباً فهو تعب : اعيا وكل ، ويتعدى بالهمزة . و«لغب» من باب قتل : تعب واعيا . و « نصب » ايضاً بمعناهما .

ويكره أن تنوب المرأة الصرورة .

مسائـل :

(الاولى) من أوصى بحجة ولم يعين ، انصرف الى أجرة المثل.

(الثانية) لو أوصى أن يحج عنه ، ولم يعين فان عرف التكرار حج عنه حتى يستوفى ثلثه ، والا اقتصر على المرة .

قوله : ويكره ان تنوب المرأة الصرورة ١)

منع الشيخ من ذلك في اكثر كتبه، وكذا القاضي لرواية زيد الشحام عن الصادق عليه السلام[٢] ، وكذا رواية مصادف عنه عليه السلام[٣] .

وجوزه المفيد في جواب مسائل ، وكذا ابن حمزة وابن ادريس والعلامة لاطلاق روايتي رفاعـة صحيحاً [٤] ومعاوية بن عمار حسناً عـن الصادق عليه السلام[٥] .

والمصنف جوزه لتمكنها من الحج لنفسها فكذا لغيرها وجعله مكروهاً تفصياً من الخلاف وجمعاً بين الروايات .

---

١) الصرورة بالفتح : الذى لم يحج . وهذه الكلمة من النـوادر التى وصف بها المذكر والمؤنث مثل ملولة وفروقة .

٢) التهذيب ٥/٤١٤ ، الوسائل ٨/١٢٥ .

٣) التهذيب ٥/٤١٣ بسنده عن مصادف قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام أتحج المرأة عن الرجل ؟ قال : نعم اذا كانت فقيهة مسلمة وكانت قد حجت ، رب امرأة خير من رجل ، الكافى ٤/٣٠٦ باختلاف يسير.

٤) التهذيب ٥/٤١٣ ، الكافى ٤/٣٠٧ ، وفيهما فرق فى آخر الخبر فى الاول : وقال : تحج المرأة عن ابيها . وفى الثانى : عن ابنها ـ بدل عن ابيها ـ الوسائل ٨/١٢٤.

٥) الكافى ٤/٣٠٧ ، التهذيب ٥/٤١٣ ، الوسائل ٨/١٢٤ .

(الثالثة) لو أوصى أن يحج عنه كل سنة بمال معين فقصر جمع ما يمكن به الاستئجار ولو كان نصيب أكثر من سنة .

(الرابعة) لو حصل بيد انسان مال لميت ، وعليه حجة مستقرة وعلم أن الورثة لا يؤدون ، جاز أن يقتطع قدر أجرة الحج .

(الخامسة) من مات وعليه حجة الاسلام وأخرى منذورة أخرجت حجة الاسلام من الاصل ، والمنذورة من الثلث ، وفيه

قوله : جاز أن يقتطع قدراجرة الحج

هنا فوائد :

(الاولى) الحصول يعم كل أسبابه من وديعة وأمانة أوعارية أوثمن مبيع أو غيرذلك .

(الثانية) انه يخرج كل واجب على الميت مما يعلم عدم أداء الوارث له لانه حسبة .

(الثالثة) ان المراد بالجواز هنا الوجوب ، لانه من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر، فيجب على الفور ، فيضمن لوأخر أوسلمه الى الوارث .

(الرابعة) الحق أنه لا يشترط اذن الحاكم ولوقدر عليه . نعم لو كان بعض الورثة يؤدى اشترط لاعلامه . اللهم الا أن يكون يؤدي الى علم المانع فيحصل المنع .

(الخامسة) الحق عندي أنه يجوز أن يستأجر أويجعل جعالة ، لان الشارع جعل له ولاية التصرف فيعم .

قوله : من مات وعليه حجة الاسلام وأخرى منذورة أخرجت حجة الاسلام من الاصل والمنذورة من الثلث ، وفيه وجه آخر

وجه آخر.

المقدمة الثالثة : في أنواع الحج ، وهى ثلاثة : تمتع ، وقران وافراد .

فالمتمتع هوالذي يقدم عمرته أمام حجه ناوياً بها التمتع ، ثم ينشىء احراماً آخر بالحج من مكة .

وهذا فرض من ليس حاضرى مكة .

الاول قول الشيخ ، لرواية ضريس بن اعين عن الباقر عليه السلام[1] .

والوجه المشار اليه هوأن تكون الحجتان معاً من الاصل تساويهما في شغل الذمة وكون كل منهما ديناً فيكون من الاصل ، وهواختيار ابن ادريس . وهو الحق .

قوله : وهى ثلاثة تمتع وقران وافراد

وجه الحصر أن الحاج اما أن يقدم عمرته أويؤخرها :

والاول التمتع ويسمى به لان التمتع لغة الانتفاع، ومنه « يأكلون ويتمتعون» وهذا حيث أنه يحل عقيب العمرة بحيث ينتفع بأشياء كانت محرمة عليه كان حرياً باسم التمتع . والثاني ـ اما أن يقرن باحرامه سياق هدي أولا ، والاول القران . هذا على المشهور والمختار عندنا من تفسير القران ، وعند ابن ابى عقيل منا والشافعية هو أن يعقد باحرام واحد حجاً وعمرة من نوع واحد بوجه واحد من شخص واحد. وتسميته بالقران على التفسيرين ظاهر والثاني الافراد وعلى التفسير الاخر للقران هوما خالفه ولوبانتفاء أحدالقيود .

---

١) الفقيه ٢/٢٦٣ ، التهذيب ٥/٤٠٦ ، الوسائل ٨/٥١ .

وحده : من بعد عنها ثمانية وأربعون ميلا من كل جانب ، وقيل اثنى عشر ميلا فصاعداً من كل جانب .

قوله : وحده من بعد عنها بثمانية واربعين ميلا من كل جانب ، وقيل باثنى عشر ميلا فصاعداً

هنا مسألتان :

(الاولى) ان التمتع عندنا فرض عين على من ليس من حاضري مكة. دليلنا اجماع الفرقة ورواياتهم، ويؤيده قوله تعالى « ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام »[1] .

حكي عن بعض فضلاء العربية أن لفظ « ذلك » اشارة الى التمتع ، وقال الشافعي انه اشارة الى الهدي . والاول أولى ، لانه أتم فائدة ، لشموله التمتع والهدي الذي هو من أحكامه .

ويتفرع على هذا : هل يجب على المكي التمتع ضرورة هدي أم لا ؟ الحق نعم، لعموم قوله تعالى « فمن تمتع » ، وقال الشيخ لا لقوله « ذلك لمن لم يكن أهله » ، والاشارة الى الهدي لقربه . والجواب بالمنع بل الى التمتع ويؤكده أنها مع اللام للبعيد كما نص النحاة[2] .

---

١) سورة البقرة : ١٩٦ .

٢) قال الفاضل الجواد الكاظمي : « ذلك » اشارة الى جميع ما تقدم من أحكام التمتع ، فان « ذلك » اشارة الى البعيد وهو هنا التمتع لا وجوب الهدى والصوم اذا عجزعنه فانه متوسط في الكلام . وقد وافقنا على ذلك جماعة من العامة ، وحكم الشافعية برجوعه الى الهدى أو الصوم مع العجزعنه . وعلله القاضي بأنه أقرب . وفيه نظر، فان ذلك اشارة الى البعيد وقدصرح النحاة بذلك وفصلوا بينه وبين الرجوع الى البعيد والمتوسط في الاشارة فقالوا في القريب « ذا » وفي المتوسط « ذاك » وفي البعيد « ذلك » كما يعلم من كلامهم .

ولا يجوز لهؤلاء العدول عن التمتع الى الافراد والقران، الا مع الضرورة.

وشروطه أربعة: النية، ووقوعه في أشهر الحج، وهي شوال وذوالقعدة وذوالحجة، وقيل: وعشر من ذى الحجة. وقيل: تسع

(الثانية) حدالبعد الذي هومناط التمتع، قال الشيخ في النهاية وابنا بابويه ثمانية وأربعون ميلا، وقال في الجمل والمبسوط والاقتصاد اثنا عشر، واختار المصنف هنا والعلامة في التحرير والشهيد الاول، لصحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام: كل من كان أهله دون ثمانية وأربعين ميلا ذات عرق وعسفان[1] كما يدورحول مكة فهوممن دخل في هذه الاية، وكل من كان أهله وراء ذلك فعليه المتعة[2]. وكذا رواه الحلبى عن الصادق عليه السلام[3].

وأما الشيخ في المبسوط فكأنه نظر الى توزيع المذكور على جوانب الاربع وهو توزيع من غيردليل، فاذاً الاول أولى.

قوله: ولايجوز لهؤلاء العدول

هذا من لوازم كونه فرض عين، وهو اجماعي. وهل يجوز العدول الى التمتع ممن فرضه الاخران أم لا؟ يجيء بيانه.

قوله: وهوشوال وذوالقعدة وذوالحجة، وقيل وعشرة من ذى الحجة وقيل تسعة

الاول قول الشيخ في النهاية والصدوق، وهو أولى، لقوله تعالى «الحج

---

١) ذات عرق: موضع اول تهامة وآخر العقيق على نحو مرحلتين من مكة. و«عسفان» كعثمان موضع على مرحلتين من مكة.

٢) التهذيب ٥/٣٣.

٣) التهذيب ٥/٣٢ و٣٣.

وحاصل الخلاف انشاء الحج في الزمان الذى يعلم ادراك المناسك فيه، ومازاد يصح أن يقع فيه بعض أفعال الحج، كالطواف والسعى والذبح، وأن يأتى بالحج والعمرة في عام واحد، وأن يحرم بالحج له من مكة.

وأفضله المسجد، وأفضله مقام ابراهيم، وتحت الميزاب.

ولوأحرم بحج التمتع من غير مكة لم يجزئه، ويستأنفه بها.

ولو نسى وتعذر العود أحرم من موضعه، ولو بعرفة.

ولو دخل مكة بمتعة وخشى ضيق الوقت جاز نقلها الى الافراد ويعتمر بمفردة بعده.

وكذا الحائض والنفساء لومنعهما عذرهما عن التحلل وانشاء الاحرام بالحج.

والافراد: وهوأن يحرم بالحج أولا من ميقاته ثم يقضى مناسكه وعليه عمرة مفردة بعد ذلك.

أشهـر معلومات »[1] والجمع أقله ثلاثة، وصدق الشهر على الكل حقيقة وعلى بعضه مجازلايصار اليه لغير ضرورة، ولصحيحة معاوية عن الصادق عليه السلام[2] وحسنة زرارة عن الباقر عليه السلام[3].

---

١) سورة البقره: ١٩٧.

٢) الكافى ٤/٢٨٩.

٣) الكافى ٤/٢٨٩، وراجع الوسائل ٨/١٩٦.

وهذا القسم والقران فرض حاضري مكة .

ولوعدل هـؤلاء الى التمتع اختيـاراً ففي جوازه قـولان ، أشبههما : المنع وهو مع الاضطرار جائز.

وشروطه : النيـة ، وأن يقع في أشهر الحج من الميقات ، أو من دويرة أهله ان كانت أقرب الى عرفات .

والثاني قول الحسن والسيد وسلار، والثالث قول الشيخ في الجمل والاقتصاد والقاضي ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الحج عرفة[1] . فقد وقع فيه أعظم أركانه ، ولقوله تعالى « فمن فرض فيهن الحج » أي أوجب الاحـرام لا يكون بعد التاسع ، ولقوله سبحانه «فلارفث ولافسوق ولا جدال في الحج» ، وذلك كله جائز يوم العاشر ، لامكان التحلل في أوله .

وهنا رابع ، وهو الى طلوع شمس العاشر ، قاله ابن ادريس . وخامس ، وهو الثامن ، قاله التقي .

والتحقيق أن الخلاف اما باعتبار انشاء الحج، والضابط فيه مايعلم ادراك المناسك فيه في أول أوقاتها المحدودة لهـا ، وذلك يختلف بحسب اختلاف المكلفين في القوة والضعف والمكنة. واما لا باعتبار الانشاء، فان عنى بها مايفوت الحج بفواته فليس بكمال ذي الحجة بل بعضه فهو التاسع أو العاشر، وان عنى ما يقع فيه أفعال الحج فهو جميع ذي الحجة .

قوله : ولوعدل هؤلاء الى التمتع اختياراً ففي جوازه قولان اشبههما المنـع .

العدول اما قبل الشروع أو بعده ، فهنا مسألتان :

---

١) كنز العمال ٥ / ٦٣ .

والقارن كالمفرد ، غير أنه يضم الى احرامه سياق الهدى .

واذا لبى استحب له اشعار ما يسوقه من البدن بشق سنامه من الجانب الايمن ويلطخ صفحته بالدم ، ولو كانت بدناً دخل بينها وأشعرها يميناً وشمالا .

والتقليد أن يعلق في رقبته نعلا قد صلى فيه ، والغنم تقلد لاغير.

(الاولى) قبل الشروع في الفرض العيني . فقال الشيخ في النهاية والحسن والقميان والعجلي والعلامة والمصنف بالمنع، لقوله تعالى « ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام » ، والاشارة الى التمتع ويفهم منه المطلوب . ودلالة المفهوم وان كانت ضعيفة لكن ائمتنا عليهم السلام احتجوا بها كما في رواية الحلبي وابي بصير عن الصادق عليه السلام قال : ليس لاهل مكة متعة لقوله تعالى « ذلك لمن » الاية[1] . ومثله رواية علي بن جعفر عن أخيه[2] ، وقولهم حجة .

وقال الشيخ في المبسوط والخلاف بالجواز لوجوه :

« ١ » ان التمتع أفضل ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لو استقبلت من أمري ما استدبرت لما سقت الهدي[3] . ولا تتحقق المفاضلة في حق من ليس من حاضري مكة، لعدم جواز غير التمتع له اجماعاً، فيكون في حق حاضريها وذلك يستلزم المطلوب .

« ٢ » أن المتمتع يأتي بصورة الافراد الذي هو فرضه وزيادة غير منافية ،

---

١) التهذيب ٥ / ٣٢ ، والاية في سورة البقرة : ١٩٦ .

٢) التهذيب ٥ / ٣٢ .

٣) كنز العمال ٣ / ٤٦ .

ويجوز للمفرد والقارن الطواف قبل المضى الى عرفات ، لكن يجددان التلبية عند كل طواف لئلا يحلا .

وقيل : انما يحل المفرد . وقيل : لا يحل أحدهما الا بالنية ، ولكن الاولى تجديد التلبية .

فيكون مجزياً .

« ٣ » رواية عبدالرحمن بن الحجاج وابن أعين صحيحاً عن الكاظم عليه السلام وقال : ما أزعم أن ذلك ليس له والاهلال بالحج أحب الي[1] .

وأجيب عن الاول : بالحمل على المتطوع أومن نذرحجاً مطلقاً .

وعن الثاني : بالمنع من اتيانه بصورة الافراد لاخلاله بالاحرام من ميقاته للحج وجعل العمرة مكانه ، وليس ذلك عين المأمور فلايجزي .

وعن الثالث : بالمنع من الدلالة على المطلوب لجواز كون التمتع تطوعاً .

(الثانية) بعد الشروع ، وسيأتي بحثه .

قوله : ويجوز للمفرد والقارن الطواف قبل المضى الى عرفات لكن يجددان التلبية عند كل طواف لئلا يحلا ، وقيل انما يحل المفرد ، وقيل لايحل أحدهما الا بالنية ، لكن الاولى تجديد التلبية

هنا مسألتان :

(الاولى) انه لاخلاف في جواز طوافهما ندباً ، واختلف في الواجب الذي هوجزء النسك ، فجوزه الشيخ واتباعه بل هوالمشهور بين الاصحاب، لدلالة الاصل ولان قصدالبيت أهم النسك، لقوله تعالى« ولله على الناس حج البيت »[2]

---

١) التهذيب ٣٣/٥ ، الوسائل ١٨٩/٨ .

٢) سورة آل عمران : ٩٧ .

والنسك المختص به هوالطواف حوله فناسب جواز تقديمه ، ولرواية حماد صحيحاً عن الصادق عليه السلام[1] وزرارة موثقاً عن الباقر عليه السلام[2] .

ومنعه العجلي مراعاة لوجوب الترتيب فيحرم التقديم. قلنا مع النقل لا تحريم

(الثانية) قال الشيخ في المبسوط والنهاية اذا فرغا من الطواف لبيا لينعقد احرامهما والاحلا وبطلت حجتهما ، لدلالة رواية معاوية حسناً عن الصادق عليه السلام[3] وكذا رواه زرارة عن الباقر عليه السلام : من طاف بالبيت وبالصفا والمروة أحل أحب أوكره[4] . واختاره الشهيد .

وقال في التهذيب : يحل المفرد خاصة لو أخل بالتلبية ، لرواية يونس بن يعقوب مرسلا عن الكاظم عليه السلام ماطاف بين هذين الحجرين الصفا والمروة أحد الأحل الاسائق الهدي[5] .

وقال المفيد والمرتضى يحل القارن خاصة . ولم أجد لهما مستنداً .

وقال المتأخرون لايحل لاحدهما لو أحل بها لعدم قصدهما بالطواف التحلل وقال صلى الله عليه وآله وسلم : لكل امرىء مانوى .

واستضعفه الشهيد بأنه ان أريد ان التحلل لايكون بغير نية فهو ممنوع لقوله عليه السلام « أحب أوكره» ، لان مايجعله الشارع محللا أقوى مما يفعله العبد ، ولهذا يخرج المصلي بالحدث والكلام عمداً وان نوى التحريم ، وكذا الصائم يفطر بأحد المفطرات وان نوى الصوم . وقوله « لا بأس به » لانه أحوط ، لان ماذكر من الروايات وان دل على التحليل بالطواف الا أنه أعم من أن تكون معه

---

١) الكافي ٤/٤٥٩ ، الوسائل ٨/٢٠٤ .

٢) الكافي ٤/٤٥٩ .

٣) الكافي ٤/٢٩٨ ، التهذيب د/٤٤ .

٤ و٥) الكافي ٤/٢٩٩ ، التهذيب ٥/٤٤ .

ويجوز للمفرد اذا دخل مكة العدول بالحج الى المتعة .

لكن لا يلبى بعد طوافه وسعيه .

ولو لبى بعد أحدهما بطلت متعته وبقى على حجه على رواية.

ولا يجوز العدول للقارن .

والمكى اذا بعد ثم حج على ميقات أحرم منه وجوباً .

والمجاور بمكة اذا أراد حجة الاسلام وخرج الى ميقاته فأحرم منه ، ولو تعذر خرج الى أدنى الحل ، ولو تعذر (أي الخروج الى أدنى الحل) أحرم من مكة .

تلبية أولا ، ومرادهم هو الثاني. اللهم الا أن ينضم الى ذلك صحيحة عبدالرحمن ابن الحجاج عن الصادق عليه السلام حين قال له : أليس كل من طاف وسعى فقد أحل؟ فقال : انك تعقد بالتلبية. ثم قال : كلما طفت وصليت ركعتين فاعقد طوافاً بالتلبية[1] وجهها أنه عليه السلام أقره على قوله « أليس كل من طاف » الى آخره وأمره بالعقد ، ومع عدم العقد يتحقق الحل .

فظهر من هذه الاقوال أن تجديد التلبية ندب عند المتأخرين وفرض عند غيرهم .

قوله : ويجوز للمفرد اذا دخل مكة العدول بالحج الى المتعة لكن لايلبى بعد طوافه وسعيه ، ولولبى بعد أحدهما بطلت متعته وبقى على حجه على رواية

هذا هو العدول بعد الشروع ، ولا كلام في عدم جوازه للقارن اجماعاً. أما المفرد فعندنا يجوز له ذلك في الندب، والواجب المنذور مطلقاً أوفي حق ذى

---

١) الكافى ٤/ ٣٠٠ ، الوسائل ٨/ ٢٠٦ .

المنزلين ، لقوله عليه السلام لما دخل مكة في حجة الوداع : من ساق فليمسك ومن لم يسق فليعدل ، فعدل جماعة وطافوا وسعوا وكان عمرممن لم يسق فقال له النبى صلى‌الله عليه وآله وسلم : هلاعدلت ؟ قال : كرهت أن أحل وأقارب النساء وأنت أشعث أغبر . فقال صلى الله عليه وآله وسلم : انـي سقت الهدي ولا ينبغي لسائق الهدي أن يحل حتى يبلغ الهدي محله [1] .

وهل يجوز العدول المذكور في فرض العين ؟ قال الشيخ نعـم ، وتبعه جماعة واختاره الشهيد بعموم النص المذكور . ومنعه العلامة وتلاميذه ، لان فرض العين لايعدل عنه كما تقدم وحمل النص على غيرفرض العين .

اذا عرفت هذا فهنا فائدتان :

(الاولى) انه اذا عدل المفرد الى العمرة وطاف وسعى لايلبى بعد ذلك لئلا ينعقد احرامه بالتلبية ، لان عمرة التمتع لاتلبية فيها بعد دخول مكة ، ولولبى بطلت متعته لرواية اسحاق بن عمار عـن ابى بصير قال : قلت للصادق عليه السلام : الرجل يفرد الحج ثم يطوف بالبيت ويسعى بين الصفا والمروة ثـم يبدوله أن يجعلها عمرة . قال : ان كان لبى بعد مـا سعى قبـل أن يقصر فلا متعة له [2] .

وأفتى بذلك الشيخ في النهاية والتهذيب، لكن يبقى على حجه الذي عدل عنه لاصالة بقاء النية والعدول كان مشروطاً بعدم التلبية .

ولا ينـافي ذلك الطواف او السعي ، لمـا تقدم من جواز تقديـم الطواف

---

١) انظر سنن ابى داود ٢/١٥٢ الى ١٦٠ ، ١٨٢ ، سنن ابـن ماجة ٢/١٠٢٢ ، البخارى ٩/١٧٧ بشرح الكرمانى ، ذكروا انه صلى الله عليه وآله وسلم أمرهم بالعدول الا من ساق منهم ، ولم يذكروا « وكان عمر ممن لم يسق » الى آخره .

٢) الفقيه ٢/٢٠٤ ، التهذيب ٥/٩٠ .

والسعي للمفرد على الوقوف بعرفات .

(الثانية) هذا العدول الذي ذكرناه هو الذي منعه عمر في خلافته بقوله: متعتان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنا محرمها ومعاقب عليهما[1]. وتابعه الجمهور على ذلك وادعوا النسخ للنص المتقدم .

وهو باطل، لان النبى صلى الله عليه وآله وسلم مات على ذلك وليس لاحد بعده أن يغير الاحكام . ويدل على أن ذلك ليس من النبى «ص» قول ابى موسى لعمر : ما هذا الذي بلغني انك أحدثت في النسك ؟ فقال : نأخذ بكتاب الله ، فان الله تعالى يقول « وأتموا الحج والعمرة »[2] .

وقال الصادق عليه السلام : ان هذا رأي رآه عمر .

قوله : ولو اقام سنتين انتقل

قال في المبسوط : لا ينتقل حتى يتم ثلاثاً ، لاصالة عدم الانتقال ، ترك

---

١) كنز العمال ١٦/٥١٩ ، ٥٢١، احكام القرآن للجصاص ١/٣٤٢، ٣٤٥، وفيات الاعيان ٢/٣٥٦ ، تفسير الفخر الرازى ١٠/٥٠ فى تفسير الاية الشريفة « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن » سورة النساء : ٢٤ ،مجمع البيان للطبرسى ٣/٣٢ ،كتاب الحيوان للجاحظ ٤/٢٧٤ ، البيان والتبيين ٢/٢٨٢ .

وفى سنن الترمذى ٣/١٨٤ باسناده عن سالم بن عبدالله انه سمع رجلا من أهل الشام وهو يسأل عبدالله بن عمر عن التمتع بالعمرة الى الحج ، فقال عبدالله بن عمر: هى حلال فقال الشامى : ان اباك قد نهى عنها . فقال عبدالله بن عمر : ارأيت ان كان ابى نهى عنها وصنعها رسول الله صلى الله عليه وسلم ،أمر أبى نتبع ام امر رسول الله ؟ فقال الرجل : بل امر رسول الله . فقال: لقد صنعها رسول الله . قال : وفى الباب عن على وعثمان وجابر وسعد واسماء بنت ابى بكر وابن عمر. وقيل : اول من نهى عنها معاوية بن ابى سفيان .

٢) سورة البقرة : ١٩٦ . وانظر سنن ابن ماجة ٢/٩٩٢ وليس فيه « فقال : نأخذ » الى آخره ،كنز العمال ٥/١٦٣ .

ولو كان له منزلان : بمكة وناء ، اعتبر أغلبهما عليه .

ولو تساويا تخير في التمتع وغيره .

ولايجب على المفرد والقارن هدى ، ويختص الوجوب بالتمتع .

ولا يجوز القران بين الحج والعمرة بنية واحدة ، ولا ادخال أحدهما على الاخر .

العمل في السنتين لاجماعنا فيبقى الباقي على المنع . وهوضعيف ، لان مع النقل لا اعتبار بالاصل .

قوله : ولايجوز القران بين الحج والعمرة

يشيربذلك الى تفسير ابن ابى عقيل للقران ، فانه فسره بمعنيين : احدهما ما قلناه من عقد الاحرام بسياق الهدي ، وثانيهما الجمع بين الحج والعمرة بنية واحدة .

ويحتج على بطلان هذا الثاني برواية معاوية بن وهب عن الصادق عليه السلام أنه قال : لا يكون قران الا بسياق الهدي[1] ورواية منصور بن حازم[2] والحلبى[3] عنه عليه السلام .

قوله ولاادخال أحدهما على الاخر

صورة الادخال أن يحرم بعمرة مفردة ثم يحرم بالحج قبل الفراغ منها أو يحرم بالحج ثم يدخل عليه العمرة قبل قضاء مناسكه . وكلاهما باطل باجماع الاصحاب ، ولدلالة قوله تعالى « وأتموا الحج والعمرة » على وجوب اتمام

---

١) التهذيب ٥ / ٤١ ، الكافى ٤ / ٢٩٦ وفيه عن معاوية بن عمار، الوسائل ٨ / ١٤٩.

٢) الكافى ٤ / ٢٩٥ ، التهذيب ٥ / ٤٢ ، الوسائل ٨ / ١٥٦ .

٣) التهذيب ٥ / ٤٢ ، الوسائل ٨ / ١٥٤ .

كل واحد منهما ومع الادخال لا اتمام .

ويستثنى من ذلك صور : « ١ » حال الضرورة كنقل المتمتع العمرة الى الافراد ، « ٢ » نقل المفرد الحج الى المتعة كما تقدم ، « ٣ » نقل من فاته الحج وسقطت عنه أفعاله الى عمرة مفردة يتحلل بها .

وأطبق الجمهور على جواز ادخال الحج على العمرة ، وأما ادخال العمرة على الحج بعد عقد نية الافراد لهم قولان: جوزه ابو حنيفة وهو احد قولي الشافعي وقوله الاخر المنع .

قوله : وهى ستة

فهذه وقتها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقال : هن لاهلهن ولمن مربهن .

وهنا فوائد :

(الاولى) العقيق واد بظاهر المدينة، وكل مسيل شقه ماء السيل فوسعه فهو عقيق . والمسلح واحد المسالح ، وهي المواضع العالية ، كأنه مأخوذ من السلاح وهو ما شهر من آلة الحرب[1] . وسميت غمرة[2] غمرة لزحمة الناس فيها

---

١) فى المجمع : والمسالح جمع مسلحة بفتح الميم، وهى الحدود والاطراف من البلاد يرتب فيها أصحاب السلاح كالثغور يسوقون العدو. وقيل : المسلخ بالخاء المعجمة وهو موضع النزع ، لانه ينزع فيه الثياب للاحرام ، فتكون التسمية حينئذ متأخرة عن وضعه ميقاتاً .

٢) غمرة بالغين المعجمة والراء المهملة والميم الساكنة : منهل من مناهل مكة ، وهو فصل ما بين نجد وتهامة كما عن الازهرى .

وذات عرق[1] لانه كان بها عرق من الماء أي قليل. يقال لمسجد الشجرة ذو الحليفة[2] لانه اجتمع فيه ناس وتحالفوا . والجحفة[3] كانت مدينة جحفها السيل ، وعنهم عليهم السلام : نحن نسميها المهيعة[4] . يقال يلملم[5] والملم وهو ميقات أهل اليمن ، وكأنه مأخوذ من اللمم وهو الجمع . قرن المنازل[6] أورده ابن ادريس بفتح الراء ونسبه الى الجوهري فانه قال هو ميقات أهل نجد، ومنه اويس القرني وقال ابن سعيد بسكون الراء ، وكذا أورده الصغاني في مجمع البحرين ورد على الجوهري قوله وقال ان أويساً منسوب الى قبيلة .

---

١) ذات عرق : جبل صغير أو قليل من الماء أو قرية خربت ، وهو عن مكة نحو مرحلتين ، ويقال هو من نجد الحجاز .

٢) ذوالحليفة : ماء من مياه بنى جشم ثم سمى به الموضع ، وهو ميقات أهل المدينة نحو مرحلة عنها ، ويقال على ستة أميال .

٣) وهى موضع على سبع مراحل من المدينة وثلاث عن مكة وبينها وبين البحر ستة اميال ، وقيل ميلان ، وقيل منزل ما بين مكة والمدينة قريب من رابغ بين بدر وخليص . قاله فى المصباح . وانما سميت الجحفة لاجحاف السيل بها وبأهلها .

٤) راجع التهذيب ٥/٥٥ ، وفيه : وهى عندنا مكتوبة مهيعة . وهى بسكون الهاء وفتح البواقى يقال: ارض مهيعة مبسوطة . والجحفة بها كانت تعرف فلما ذهب السيل بأهلها سميت جحفة وكانت بعد ذلك داراً لليهود ، ولهذا دعا النبى عليها بنقل وباء المدينة اليها ومنه يعلم جواز الدعاء على الكفار بالامراض .

٥) يقال : يلملم والملم ويرمرم ، وهو على مرحلتين من مكة ، وقال ياقوت : جبل من جبال تهامة على ليلتين من مكة ، والياء فيه بدل من الهمزة وليست مزيدة ، وقد اكثر من ذكره الشعراء فقال ابو دهبل :

فما نام من راع ولا ارتد سامر من الحى حتى جاوزت بى الملما

٦) قرن بالتحريك يقال للجبل الذى يقرن به البعير . قرن والقرن السيف والنبل ، يقال رجل قارن اذا كانا معه ، وهو جبل مشرف على عرفات على مرحلتين من مكة . وما قاله الجوهرى من أن اويس القرنى منه اشتباه فانه من بنى قرن بطن من مراد .

وآخره « ذات عرق » .

ولاهل المدينة « مسجد الشجرة » وعند الضرورة « الجحفة » وهى ميقات لاهل الشام اختياراً .

ولليمن « يلملم » .

ولاهل الطائف « قرن المنازل » .

وميقات المتمتع لحجه ، مكة .

وكل من كان منزله أقرب من الميقات فميقاته منزله .

وكل من حج على طريق فميقاته ميقات أهله ، ويجرد الصبيان من فخ .

قوله : وآخره ذات عرق

هذا هو المشهور ، لكن الشيخ في النهاية وعلي بن بابويه قالا لايجوز التأخير الى ذات عرق الا لمريض أو لتقية .

لنا قول الصادق عليه السلام في رواية ابى بصير في حد العقيق : أوله المسلح وآخره ذات عرق[1] .

قوله : ويجرد الصبيان من فخ

مراده مع عقد الاحرام بهم من الميقات وتأخير التجريد رخصة من الشارع لضعفهم عن الحر والبرد .

وفخ اسم بئر على قريب من فرسخ عن مكة وعندها قتل الحسين بن علي ابن الحسن بن الحسن عليه السلام احد دعاة الزيدية ، قتل في زمن الهادي بن

---

١) التهذيب ٥ / ٥٦ .

وأحكام المواقيت تشتمل على مسائل :

(الاولى) لا يصح الاحرام قبل الميقات الا لناذر . بشرط أن يقع في أشهر الحج ، أو العمرة المفردة في رجب لمن خشى تقضيه .

(الثانية) لايجاوز الميقات الامحرماً ، ويرجع اليه لولم يحرم منه . فان لم يتمكن فلا حج له ان كان عامداً .

ويحرم من موضعه ان كان ناسياً ، أوجاهلا ، أو لايريد النسك .

ولو دخل مكة خرج الى الميقات ، ومع التعذر من أدنى الحل ومع التعذر يحرم من مكة .

موسى بن المهدي العباسي وحمل رأسه اليه ، نقل البخاري النسابة عن الجواد عليه السلام أنه قال : لم يكن لنا بعد الطف مصرع أعظم من فخ .

قوله : لايصح الاحرام قبل الميقات الالناذر ـ الى آخره

هذا قول الشيخ وسلار وابن حمزة ، لرواية ابى بصير[1] وعلي بن ابى حمزة[2] عن الصادق عليه السلام. ومنعه الحسن والمرتضى والعجلي مطلقاً ولم يستثنوا الناذر لاصالة عدم الجواز ، لرواية ابن مسكان صحيحاً عن ميسر عن الصادق عليه السلام[3] ورواية زرارة عن الباقر عليه السلام : ليس لاحد أن يحرم قبل الوقت الذي وقت رسول الله « ص » ، وانما مثله مثل من صلى في السفر أربعاً وترك الثنتين[4] . ولما كانت الزيادة مبطلة ولا ينعقد نذرها فكذا صورة

---

١) التهذيب ٥/٥٤ ، الوسائل ٨/٢٣٧ .

٢) التهذيب ٥/٥٣ .

٣) الفقيه ٢/١٩٩ ، التهذيب ٥/٥٢ ، الوسائل ٨/٢٣٥ .

٤) التهذيب ٥/٥١ ، الكافى ٤/٣٢١ ، الوسائل ٨/٢٣٤ .

(الثالثة) لو نسى الاحرام حتى أكمل مناسكه، فالمروى : أنه لا قضاء .

وفيه وجه بالقضاء مخرج .

المقصد الاول : في أفعال الحج : وهى الاحرام والوقوف بعرفات ، وبالمشعر ، والذبح بـ « منى » ، والطواف وركعتاه ، والسعى ، وطواف النساء ، وركعتاه .

النزاع .

والجواب يحمل المطلق على المقيد ، ورواياتهم مطلقة فتحمل على غير المنذور . وعدم انعقاد نذر الاربع سفراً لايرد علينا ، لصريح التحريم فيه دون ما نحن فيه .

قوله : لونسى الاحرام حتى اكمل مناسكه فالمروى أنه لا قضاء ، وفيه وجه بالقضاء مخرج

هنا يحتاج الى بيان أمرين :

(الاول) ما الاحرام ؟ فقيل هو بسيط ، وهو ظاهر كلامه في المبسوط والجمل لانه عبارة عن النية . ولم يجعل التلبية ركناً ولو كان لها مدخل في الاحرام لكانت جزء ، فيتحقق الاخلال بالاحرام عند الاخلال بها .

وقال الشهيد : انه توطين النفس على ترك المنهيات المعهودة الى أن يأتي بالمناسك، وجعل التلبية رابطة لذلك التوطين، فحينئذ اطلاقه بالحقيقة ليس الا على ذلك التوطين ، فيكون بسيطاً ايضاً .

وقيل هو مركب ، فقال ابن ادريس في سرائره انه عبارة عن النية والتلبية ولا مدخل للبس الثوبين فيه .

والعلامة قال في المختلف : الاحرام ماهية مركبة من النية والتلبية ولبس الثوبين ، فعلى هذا لاشك في عدم المركب بعدم احد أجزائه .

اذا تقررهذا فنقول : الاحرام المنسي على قول الشيخ هوترك النية ، وعلى قول ابن ادريس ترك النية والتلبية ، وعلى قول العلامة يتحقق بأي جزء كان . والحق أن المراد بالاحرام هوالتوطين المذكور وان المنسي هوالتلبية كما تدل عليه الرواية الاتية ، ويكون اطلاق اسم الاحرام عليها فى عبارة الفقهاء مجازاً باعتبار توقف التوطين عليها أوباعتبار أنها أظهر آثاره وشروطه .

(الثاني) ماحكم تارك الاحرام ناسياً ؟ قال الشيخ واكثرالاصحاب باجزاء النسك ، وهوالحق لوجوه :

«١» ـ ان سائرأركان الحج لوترك نسياناً لم يبطل الحج بتركها، فكذا هنا.

« ٢ » ـ عموم قوله عليه السلام : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان .

« ٣ » ـ ان الناسي مأمور بايقاع الافعال حالته ، والامريقتضي الاجزاء .

« ٤ » ـ استلزام عدم الاجزاء الحرج ، اذالنسيان كالطبيعة الثانية والحرج منفي بالقرآن .

« ٥ » ـ رواية علي بن جعفر عن أخيه الكاظم عليه السلام قال : سألته عن رجل كان متمتعاً خرج الى عرفات ونسي أن يحرم يوم التروية بالحج حتى يرجع الى بلده ماحاله ؟ قال : اذا قضى المناسك كلها فقدتم حجه[1] .

« ٦ » ـ رواية جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام في رجل نسي الاحرام أوجهل وقد شهد المناسك كلها وطاف وسعى . قال :

---

١) التهذيب ٥/ ١٧٥ ، وفيه : سألته عن رجل نسى الاحرام بالحج فذكره وهو بعرفات ماحاله ؟ قال : يقول « اللهم على كتابك وسنة نبيك » فقدتم احرامه ، فان جهل أن يحرم يوم التروية بالحج حتى رجع الى بلده ان كان قضى مناسكه كلها فقدتم حجه .

وفي وجوب رمى الجمار والحلق أوالتقصير تردد ، اشبهه : الوجوب .

وتستحب الصدقة امام التوجه ، وصلاة ركعتين ، وان يقف على باب دار ويدعو ، او يقرأ فاتحة الكتاب امامه ، وعن يمينه وشماله ، وآية الكرسي كذلك ، وان يدعو بكلمات الفرج ، وبالادعية المأثورة .

القول في الاحرام : والنظر في مقدماته وكيفيته واحكامه :

تجزيه نيته اذا كان قد نوى ذلك فقد تم حجه وان لم يهل[1] . وهذه الرواية المشار اليها، لان الاهلال هو رفع الصوت ـ قاله الهروي فى الغريبين والجوهري في الصحاح ، وهو المشهور من تفسير الفقهاء . وقد يراد به نفس التلبية .

وقال ابن ادريس بالبطلان ووجوب القضاء استسلافاً ان الاحرام هو النية أوهي جزؤه ، ومع فقد النية يبطل ، لدلالة النص على أنه لاعمل الابنية، فيصير باقي الافعال في حكم المعدوم، لعدم صحة ايقاعها من المحل ولعدم اتيانه بالعبادة على وجهها ، ولان الرواية من الاحاد مع منافاتها للاصل .

والجواب : عن الاول قد بينا أن المراد التلبية ، وعن الثاني بأنه منقوض بناسي غيره من الاركان ، وعن الثالث قد بينا في الاصول وجوب العمل بخبر الواحد .

قوله : وفى وجوب رمى الجمار والحلق أو التقصير تردد ، أشبهه الوجوب

هنا مسألتان :

---

(١) الكافي ٤/٣٢٥ ، التهذيب ٥/٦١ .

ومقدماته كلها مستحبة .

وهي توفير شعر راسه من اول ذي القعدة ، اذا اراد التمتع ، ويتأكد اذا اهل ذوالحجة ، وتنظيف جسده ، وقص اظافره ، والاخذ من شاربه ، وازالة الشعر عن جسده وابطيه بالنورة ، ولو كان مطلياً اجزأه ما لم يمض خمسة عشر يوماً ، والغسل .

ولو اكل او لبس ما لا يجوز له اعاد غسله استحباباً .

(الاولى) الرمي قال في الجمل والتهذيب صريحاً والقاضي وابن الجنيد أنه مسنون ، وهو ظاهر المبسوط والنهاية. وصرح سلار والتقي والسيد بالوجوب واختاره العجلي وادعى عليه اجماع الامة ، وحمل كلام الشيخ واتباعه على أنه علم من السنة لا من الكتاب .

وتردد المصنف لما حكينا من الخلاف وجعل الوجوب أشبه ، لاحتمال قول الشيخ بتأويل العجلي ، ولرواية عبدالله بن جبلة عن الصادق عليه السلام : من تركه لايحل له النساء وعليه الحج من قابل[1] . وهو آية الوجوب ، ولطريقة الاحتياط ولنقل ابن ادريس الاجماع .

(الثانية) الحلق أوالتقصير ، قال في النهاية والجمل بالاستحباب واختاره العجلي ، وقال المفيد وسلار بالوجوب ، وهو ظاهر المبسوط وابن بابويه في المقنع . والقاضي أوجب التقصير وندب الحلق ، والمصنف اختار الوجوب للاحتياط ولانه عليه السلام فعله وأمر به وقال : خذوا عني مناسككم . والامر للوجوب .

---

١) التهذيب ٥ / ٢٦٤ .

وقيل يجوز أن يقدم الغسل على الميقات لمن خاف عوز الماء ويعيده لو وجده .

ويجزىء غسل النهار ليومه . وكذا غسل الليل ما لم ينم .

ولو أحرم بغير غسل أو بغير صلاة أعاد .

وأن يحرم عقيب فريضة الظهر أو عقيب فريضة غيرها ، ولو لم يتفق فعقيب ست ركعات .

وأقله ركعتان يقرأ في الاولى « الحمد » و« الصمد » وفي الثانية « الحمد » و« الجحد » ، ويصلي نافلة الاحرام ولو في وقت الفريضة ما لم يتضيق .

وفيهما نظر : أما الاول فلمعارضته أصالة البراءة ، وأما الثاني فلانه يدل على وجوب الاخذ عنه لا على وجوب كل ما أخذ عنه والالكان المندوب المأخوذ عنه واجباً ، وهو باطل .

قوله : وقيل بجواز تقديم الغسل على الميقات لمن خاف عوز [1] الماء ويعيده لو وجده

القائل هو الشيخ وأتباعه استناداً الى روايتي علي بن ابى حمزة[2] وابن ابي عمير[3] لكنهما مطلقتان في جواز التقديم، والشيخ قيدهما بالخوف . وهو جيد اذ العمل باطلاقهما لم يقل به قائل ، وعدم العمل بهما يبطله وجوب العمل بخبر الواحد فلم يبق الا التقييد .

---

١) عوز الشيء عوزاً من باب تعب : عز فلم يوجد .

٢) التهذيب ٥/٦٣ ، الكافي ٤/٣٢٨ .

٣) التهذيب ٥/٦٣ .

وأما الكيفية : فتشتمل الواجب والندب .

والواجب ثلاثـة : النية وهى أن يقصد بقلبه الى الجنس من الحج أوالعمرة ،والنوع من التمتع أوغيره ، والصفة من واجب أو غيره ، وحجة الاسلام أوغيرها .

ولو نوى نوعاً ونطق بغيره ، فالمعتبر النية .

(الثاني) التلبيات الاربع ، ولاينعقد الاحرام للمفرد والمتمتع الا بها .

وله نظير، وهوتقديم غسل الجمعة يوم الخميس لمن خاف العوز في الوقت .

قوله : وأما الكيفية . الى قوله : فالواجب ثلاثة النية ـ الى آخره

حيث أن النية وضعت لتميز الافعال المشتركة في مطلق الفعلية وجب أن يحصل فيها كل ما يحصل به التمييز ، فيجب هنا قصد أمور ثلاثة :

(الاول) الجنس . كالحج أوالعمرة وكانا جنسين لمقوليتهما على مختلفات بالحقيقة شرعاً ، اذ الحج مقول على التمتع وهوما تتقدم عمرته ، وعلى الافراد والقران وهوما تتأخر عمرتهما ، فهي مختلفات حقيقة حينئذ . وكذلك العمرة تقال على المفردة والمتمتع بها . وسيأتي بيان وجه اختلافهما .

(الثاني) النوع . كالتمتع والافراد والقران وكانت أنواعاً لاتفاق افرادها ، لوجود الاحرام والطواف والسعي وغيرها في كل واحد منها .

(الثالث) الصنف . وقد عبر المصنف عنه بالصفة لكون الصنف عندهم هو النوع المقيد بأعراض كلية كالتركي والزنجي لصنفين من أصناف الانسان. وهنا حقيقة التمتع مثلا موجودة في الواجب والندب ، والواجب اما للاسلام أوللنذر أوالعهد أواليمين فانما يختلف حينئذ بأعراض تتقيدبها الحقيقة ، فتقييدها تمييزاً

ذهنيـاً .

وهنا فروع :

(الاول) لايجب الترتيب بين الجنس والنوع وان وجب في التعريفات تقديم الاعم لحصول التميز ولوبوجه ما الحاصل بتقديم الاخص .

(الثاني) يجب العلم بهذهالامور قبل الشروع والالم يتم احرامه ولم ينعقد والعلم بها تصور وتصديق : أما التصورفلمفهوماتها المذكورة ، وأما التصديق فالاذعان والاعتقادلوجوب الواجب وندب المندوب استدلالا من المجتهد وتقليداً من غيره له بواسطة أووسائط كما تقدم .

(الثالث) يجب حصول النية بالقلب كماتقدم، سواءضم اللفظ أولا ، وسواء كان اللفظ موافقاً للقلب أولا ، بل العبرة بالقلب ولهذا قال المصنف : ولونوى نوعاً ونطق بغيره فالمعتبر النية . وخص المصنف ذكرالنوع دون ذكرالجنس لانه قلما يغلط فيه .

(الرابع) يختص الاحرام من بين العبادات أنه لا يشترط في صحته استدامة النية حكماً ، للنص على أنه لورفض احرامه لـم يبطل ووجب الاتيان بالافعال وصح النسك وأجزأه .

قوله : اما القارن فله ان يعقد بها أوبالاشعارأوالتقليد على الاظهر

لاخلاف في أن المتمتع والمفرد لاينعقد احرامهما الابالتلبية . واختلف في القارن: فقال المرتضى أيضاً كذلك للاجماع على دخوله في الاحرام معها بخلافه مع عدمها ، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم : أتاني جبرئيل عليه السلام فقال مرأصحابك بأن يرفعوا أصواتهم بالتلبية فانها من شعائرالله[1] . وقال الشيخ وابن

---

١) انظر سنن ابى داود ٣/١٦٣ ، سنن الترمذى ٣/١٩١ ، سنن ابن ماجة ٢/٩٧٥

وصورتها : لبيك اللهم لبيك لا شريك لك لبيك .

وقيـل يضيف الى ذلك : ان الحمد والنعمة لك والملك ، لا شريك لك .

الجنيد وسلار والتقي انه مخير بينهما وبين الاشعار أو التقليد، لرواية معاوية بن عمار صحيحاً عـن الصادق عليه السلام : يوجب الاحرام ثلاثة أشيـاء التلبية والاشعار والتقليد، فاذا فعل شيئاً من هذه فقد احرم[1] . وكذا رواية عمر بن يزيد عنه عليه السلام : من أشعر بدنة فقد أحرم وان لم يتكلم بقليل ولا كثير[2] .

وهذا هو الاظهر في فتاوى الاصحاب، وجواب حجة المرتضى : ان ذلك مخصوص بالتمتع والمفرد للدليل المذكور .

قوله : وصورتها «لبيك اللهم لبيك ، لبيك لاشريك لك لبيك» وقيل يضيف الى ذلك « ان الحمد والنعمة لك والملك لاشريك لك »

القائل بالاضافة هو الشيخ ومن تبعه والتقي وعلي بن بابويه ، ولاشك أنـه

كنز العمال ٥ / ٣١ . قال الكرماني فى شرح البخارى : قال سيبويه : « لبيك » كلمة مثناة للتكثير لا أنها لحقيقة التثنية بحيث لا تتناول الا فردين فقط ، ودليل كونه مثنى قلب الالف ياء مع المظهر. وقال يـونس هو اسم مفرد وانقلاب الالف لاتصالها بالضمير. وأما اصله فقيل انه من « لب » اذا أحب أو من « اللباب » وهو الخالص أو من « لب بالمكان » اذا قام به ، فمعناه اتجاهى اليك أو محبتى لك أواخلاصى لك أو اقامتى على اجابتك مرة بعد اخرى . قال القاضى عياض : وهذه اجابة لقوله تعالى لابراهيم «واذن فى الناس بالحج».

وفى الفقيه ٢ / ٢١٠ ، الكافى ٤ / ٣٣٦ ، التهذيب ٥ / ٩٢ : ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لما أحرم اتاه جبرئيل عليه السلام فقال له : مر أصحابك بـالعج والثج . والعج : رفع الصوت بالتلبية . والثج : نحر البدن .

١) التهذيب ٥ / ٤٣ ، الوسائل ٨ / ٢٠٢ .

٢) التهذيب ٥ / ٤٤ ، الوسائل ٨ / ٢٠٢ .

أحوط والعمل به مبرىء للذمة يقيناً ، فالقول بوجوبه أولى لاشتهاره عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم والائمة عليهم السلام .

والمصنف لمالم يجد له دليلا ناصاً على وجوب الاضافة سوى رواية معاوية ابن عمار المحتملة لعدم الوجوب نسبه الى قائله ، واعتمد فيما اختاره على رواية ابن عمار عن الصادق عليه السلام صحيحاً قال : التلبية أن تقول « لبيك اللهم لبيك ، لاشريك لك لبيك » . الى قال : فان تركت بعض هذه فلايضرك غير أن تمامها أفضل[1] .

واعلم أنه لابد لك من التلبيات الاربع التي هى في أول الكلام ، وهي التوحيد وبها أتى المرسلون .

وهنا فوائد :

(الاولى) هل التلبية ركن أم لا ؟ قال في النهاية والمرتضى والقاضي وابن حمزة بالاول ، واختاره العلامة . وقال في المبسوط والجمل وسلار والعجلي والتقي ليست ركناً .

احتج العلامة على الاول بقول الصادق عليه السلام كما تقدم : فاذا فعل شيئاً من هذه الثلاثة فقدأحرم . وتعليق الحكم على الوصف دليل العلية، فعدمه يدل على عدم الاحرام ، وعدمه عمداً مبطل ولانعني بالركن الاذلك. ولانه ذكر واجب في عبادة واجبة أفتتحت به فكان ركناً كتكبيرة الاحرام في الصلاة .

وفيه نظر: أما الرواية فلعدم دلالتها على الركنية لجواز الشرطية ، والفرق حاصل بينهما . وأما الثاني فلانه قياس فلايقوم حجة عندنا .

---

١) التهذيب ٥ / ٩١ ، الكافى ٤ / ٣٣٥ ، الوسائل ٩ / ٥٣ .

ولوعقد احرامه ولم يلب لم يلزمه كفارة بما يفعله .

والاخرس يجزئه تحريك لسانه والاشارة بيده .

(الثالث) لبس ثوبى الاحرام ، وهما واجبان .

والمعتبر ما يصح الصلاة فيه للرجل .

(الثانية) التلبية اما من « ألب بالمكان » اذا قام به، فمعناها حينئذ اقامة على طاعتك بعد اقامة واقامة على اعتقاد توحيدك بعد اقامة، أومن قولهم « داري تلب دارفلان » أي تقابلها، فمعناها حينئذ أقابلك بالطاعة والتوحيد بعد مقابلة . وعلى التقديرين هومصدر مثنى لفظاً مفيد للتكثير معنى .

(الثالثة) اضافة« ان الحمد والنعمة لك والملك » في كسران وفتحها وجهان جائزان غيرأن الكسرأجود استعمالا، وكذلك قال بعض أهل اللغة من كسر فقد عم ومن فتح فقد خص . وبيان ذلك : أن مع الفتح يقدرحرف الجر ، أي لان الحمد والنعمةلك ، فيفيد حصول التلبية لهذا الغرض، وهونوع خصوص ومع الكسر يفيد ابتداء جملة غيرمقيدة بحال ، فيفيد عموماً .

قوله : ولوعقد احرامه ولم يلب لم يلزمه كفارة

لفظ « العقد » هنـا مجاز ، اذ معناه استحضار النية بالقلب من غيـر تلفظ بالتلبية . وأما الحقيقي فلا يكون الابتمام التلبية المقارن للنية ، سواء قلنـا ان التلبية ركن أوشرط .

قوله : والمعتبرما يصح فيه الصلاة للرجال

في هذه العبارة فوائد :

(الأولى) ان تقدير الكلام المعتبر وجوب ليس مايصح فيه الصلاة للرجال وهوعام شامل للرجل والمرأة ، ولذلك قال فيما بعد : وفي جوازلبس الحرير

الى آخره . وهوفي قوة الاستثناء مما تقدم .

(الثانية) ان هذه العبارة يلزمها بطريق عكس النقيض أن كلما لا يصح فيه الصلاة للرجال لا يكون لبسه معتبراً في الوجوب ، بمعنى أنه لايكون آتياً بالواجب. ولايلزم من عدم اتيانه بالواجب اتيانه بالمبطل، فيفهم منه حينئذ أمران أحدهما أنه لو لبس ما لايصح فيه الصلاة لايكون آتياً بالواجب لكن لا يبطل احرامه بذلك ، وثانيهما أنه لو لم يلبس شيئاً أصلا بل أحرم عارياً صح احرامه .

وخالف ابن الجنيد في هذين المفهومين وجعل اللبس المذكور شرطاً في صحة الاحرام أوجزء منه . والحق خلافه ، لصدق اسم الاحرام بالنية ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : انما الاعمال بالنيات[1] ، ولقول الصادق عليه السلام يوجب الاحرام ثلاثة . الى قوله : فاذا فعل شيئاً من هذه الثلاثة فقد أحرم[2] .

ان قلت : اذا كان الاحرام يصح بدون اللبس فأي معنى للوجوب فيه .

قلت : الواجب في الشيء على قسمين : واجب في ماهيته أي في تحققها، وواجب في تشخصه أي في تميزه خارجاً . فاللبس من القسم الثاني ، ولهذا قال المصنف فالواجب ثلاثة ولم يقل فيه ثلاثة ، أونقول لما حرم المخيط ووجب ستر العورة كان لبسهما واجباً لذلك .

(الثالثة) هل المراد مما يصح فيه الصلاة ماهية وعوارض أوماهية لاغير؟ قال ابن البراج المراد الاول ، فيشترط عنده في صدق اللبس الواجب الطهارة في الثوبين . والحق عدمه ، بل المراد الثاني ، اذ هو المتبادر الى الفهم من النص .

---

١) العوالى ٢/ ١١ ، صحيح البخارى ، باب كيف بدأ الوحى .

٢) الوسائل ٥/ ١٧ الحديث ٥ من باب ١٤ من ابواب الاحرام ، وفيه : لانه قد يوجب الاحرام ثلاثة اشياء : الاشعار والتلبية والتقليد ، فاذا فعل شيئاً من هذه الثلاثة فقد أحرم ـ الخ .

ويجوز لبس القباء مع عدمهما مقلوباً .

وفي جواز لبس الحرير للمرأة روايتان أشهرهما : المنع .

ويجوز أن يلبس اكثر من ثوبين ، وأن يبدل ثياب احرامه ولا يطوف الا فيهما استحباباً .

والندب : رفع الصوت بالتلبية للرجل ، اذا علت راحلته البيداء ان حج على طريق المدينة .

قوله : ويجوز لبس القباء مع عدمهما مقلوباً

اختلف في معنى القلب هنا، فقال الشيخ في المبسوط هو أن لا يدخل يديه في كميه . وناقشه ابن ادريس وقال : يجب أن يقال « منكوساً » ، بل معناه ان يجعل ذيله على اكتافه ، ولهذا فسره المصنف في الشرائع بقوله : ويجعل ذيله على كتفيه . قال ابن ادريس : وصرح بذلك البزنطي في نوادره .

والظاهر أن كلامنهما جائز، وهو اما أن يجعل ظاهره باطناً وباطنه ظاهراً ولا يدخل بدنه في كميه ، أو يجعل ذيله على كتفيه . وانما قلنا بذلك لورود المعنيين في احاديث الائمة عليهم السلام ، فجاء الاول في حديث الحلبي عن الصادق عليه السلام[1] ، والثاني في حديث عمر بن يزيد عنه عليه السلام[2] . أيضاً رواها الشيخ في التهذيب وكذا ابن بابويه . ولو جمع بينهما كان أولى .

(فرع) لا يجب فداء باللبس مقلوباً للاضطرار ، وقال الشافعي يجب ، قال الشيخ رحمه الله : متى توشح به كالرداء فلا شيء عليه اجماعاً .

قوله : وفي جواز لبس الحرير للمرأة روايتان أشهرهما المنع

رواية المنع عن صفوان بن يحيى عن العيص صحيحاً عن الصادق عليه السلام

---

١ و٢) التهذيب ٥ / ٧٠ ، الوسائل ٩ / ١٢٤ .

وان كان راجلا فحيث يحرم .

ولو أحرم من مكة رفع بها اذا اشرف على الابطح ، وتكرارها الى يوم عرفة عند الـزوال للحاج ، وللمعتمر بالمتعة حتى يشاهد بيـوت مكة ، وبالمفردة اذا دخل الحرم ان كان أحرم من خارجه حتى يشاهد الكعبة ان أحرم من الحرم .

وقيل بالتخيير وهو اشبه .

المحرمة تلبس ماشاءت من الثياب غير الحرير والقفازين[1]. ورواية الجوازعن يعقوب بن شعيب صحيحاً عن الصادق عليه السلام أيضاً[2] .

وبالاول عمل الشيخ وبالثاني المفيد في كتاب أحكام النساء .

واختار العلامة الجواز على كراهة ، وابن بابويه في المقنع حمـل الاول على الحرير المحض والثانـي على الممزوج ، لقوله عليه السلام فـي رواية سماعة : لايصلح لها أن تلبس حريراً محضاً لاخلط فيه[3] . وهوجمع حسـن ، اذ الرواية بالمنع أشهر ، فالعمل بها أحوط .

قوله: وللمعتمر بالمتعة حتى يشاهد بيوت مكة وبالمفردة حتى يدخل الحرم ان كان أحرم من خارجه، واذا شاهد الكعبة ان أحرم من الحرم وقيل بالتخيير وهو أشبه

التفصيل مذهب الشيخ وابن الجنيد وابن ابى عقيل ، والتخيير مذهب ابن

---

١) الكافي ٤/٣٤٤ ، التهذيب ٥/٧٤ ، الوسائل ٩/٤٢ . فى المصباح : القفاز كتفاح : شيء تتخذه نساء الاعراب ويحشى بقطن يغطى كفى المرأة وأصابعها ، وزاد بعضهم وله ازرار على الساعدين كالذى يلبسه حامل البازى .

٢) التهذيب ٥/٧٤ ، الوسائل ٩/٤١ .

٣) الفقيه ٢/٢٢٠ ، الوسائل ٩/٤٢ .

والتلفظ بما يعزم عليه ، والاشتراط أن يحله حيث حبسه .

وان لم تكن حجة فعمرة .

وأن يحرم في الثياب القطن وافضله البيض .

واما احكامه فمسائل :

(الاولى) المتمتع اذا طاف وسعى ثم أحرم بالحج قبل التقصير ناسياً ، مضى في حجه ولا شيء عليه ، وفي رواية عليه دم .

ولو احرم عامداً بطلت متعته على رواية ابي بصير عن ابي عبدالله عليه السلام .

بابويه . ومستند التفصيل والتخيير الروايات المختلفة ، فبحسب اختلافها فصل بعض وخير آخرون . وهو اختيار المصنف ، لما فيه من السهولة وفي التفصيل من التضييق والاصل عدمه ، ويؤيده « ماجعل عليكم في الدين من حرج »[1].

قوله: المتمتع اذا طاف وسعى ثم احرم بالحج قبل التقصير ناسياً مضى في حجه ولاشيء عليه وفي رواية عليه دم . ولو احرم عامداً بطلت متعته على رواية ابي بصير عن ابي عبدالله عليه السلام ٢)

لاخلاف في صحة حج الناسي ، وأما الرواية بالدم فرواها اسحاق بن عمار عن الكاظم عليه السلام[3] ، وعمل بها الشيخ وابن بابويه والقاضي . وأنكر ذلك سلار والعجلي والعلامة ، وهو ظاهر كلام المصنف .

---

١) سورة الحج : ٧٨ .

٢) التهذيب ١٥٩/٥ ، الوسائل ٧٣/٩ .

٣) الفقيه ٢٣٧/٢ ، التهذيب ١٥٨/٥ .

(الثانية) اذا احرم الولى بالصبى فعل به مايلزم المحرم ، وجنبه ما يتجنبه المحرم ، وكل ما يعجز عنه يتولاه الولى .

ولو فعل ما يوجب الكفارة ضمن عنه .

ولو كان مميزاً جاز الزامه بالصوم عن الهدى ، ولو عجز صام الولى عنه .

وهو أقوى ، لعموم « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان »[1] فلا اثم ولا كفارة ، لكن الحمل على الاستحباب أولى جمعاً بين الرواية والدليل .

وأما العامد فقال ببطلان متعته الشيخ للرواية المذكورة ، وقال ابن ادريس يبطل ذلك الاحرام للنهي عنه ويبقى على الاحرام الاول لعدم تحلله منه ولا تبطل متعتـه .

ورد عليه بعض الفضلاء بأن الاخلال بالتقصير متعمداً مبطل للعمرة ، فلا يلزم ادخال الحج على العمرة حتى يكون احراماً منهياً عنه .

وفيه نظر : أما الاول فلانه انمـا يبطل العمرة لو وجب التقصير على الفور عقيب السعي بلا فصل وهو في موضع المنع ، وأما الثاني فلما قلنا من بقاء حكم العمرة فيتحقق الادخال المنهي عنه . وقول ابن ادريس لا يخلو من قوة .

(فائدة :) على قول الشيخ هنا فرعان :

(الاول) مع بطلان متعته تصير حجته مفردة اجماعاً ممن قال ببطلان عمرته .

(الثاني) على تقدير أن تصير حجته مفردة هل تقع مجزية عن حجة الاسلام أم لا ؟ يحتمل الاجزاء لعدم الامر بالاعادة ، فلو وجبت لتأخر البيان عن وقت الحاجة أو الخطاب . والاولى عدم الاجزاء ، اذ فرضه التمتع ولا ضرورة هنا

---

١) الخصال ٢ / ١٨٤ ، العوالى ١ / ٢٣٢ ، البحار ٥ / ٣٠٣ .

(الثالثة) لو اشترط في احرامه ثم حصل المانع تحلل.

ولا يسقط هـدى التحلل بالشرط ، بل فائدتـه جواز التحلل للمحصور من غير تربص .

ولا يسقط عنه الحج لو كان واجباً .

ومن اللواحق : التروك : وهى محرمات ، ومكروهات .

فالمحرمات أربعة عشر: صيد البر امساكاً وأكلا ، ولو صاده محل ، واشارة ، ودلالة ، واغلاقاً ، وذبحاً ، ولو ذبحه كان ميتة ، حراماً على المحل والمحرم ، والنساء ، وطئاً ، وتقبيلا ، ولمساً ، ونظراً بشهوة ، وعقداً له ولغيره ، وشهادة على العقد ، والاستمناء ،

توجب الاحرام فلا يصح العدول ، وبه قال صاحب الجامع[1].

قوله : لواشترط فى احرامه ثم حصل المانع تحلل ، ولايسقط هدى التحلل بالشرط بل فائدته جوازالتحليل للمحصور من غيرتربص، ولايسقط عنه الحج لوكان واجباً

أجمع الكل على استحباب الاشتراط في حال عقد الاحرام استناداً الى روايـة عائشة أن النبى صلى الله عليه وآله وسلم دخل على ضباعة بنت الزبير فقالت : يا رسول الله اني أريد الحج وأنا شاكية . فقال النبى «ص» : أحرمي واشترطي وقولي « اللهم فحلني حيث حبستني »[2].

ثم انه لا خلاف في عـدم سقوط الحج مع الاشتراط لو كان واجباً وفي

---

١) هو يحيى بن سعيد ابن عم ابى القاسم نجم الدين جعفر بن سعيد . كان زاهـداً وعالماً مات سنة ٦٩٠ .

٢) سنن الترمذى ٣/٢٧٨ ، ابن ماجة ٢/٩٧٩ .

والطيب .

وقيل لا يحرم الأربع: المسك، والعنبر، والزعفران، والورس. وأضاف في « الخلاف» الكافور والعود،

سقوطه ان كان ندباً . وهل للاشتراط فائدة هي سقوط هدي التحلل أم لا ؟ قال المرتضى نعم يسقط بذلك الهدي مطلقاً حصراً وصداً، وخص قوله «فان أحصرتم فما استيسر من الهدي »[1] بعدم الاشتراط . وقيل فائدته سقوط هدي التحلل في المصدود وتعجيل التحلل بالهدي في المحصور، وقيل لا فائدة له في المصدود بل في المحصور وهو جواز التحلل .

وقال الشيخ : فائدته جواز التحلل ، اذ لو لا الشرط لم يجز التحلل ولم يسقط الهدي ، لعموم الاية وأصالة عدم التخصيص وعدم صلاحية الاشتراط للمخصصية ، لعدم المنافاة بين الاشتراط ووجوب الهدي .

قال العلامة : يجوز أن تكون الفائدة أن التحلل من غير اشتراط رخصة ومع الاشتراط مباح بالاصل ، فلا يسقط الهدي عن المحصور والمصدود ولا يباح التعجيل للمحصر بل ينتظر أصحابه الى يوم المواعدة ، وحينئذ لا يكون له فائدة غير ما ذكرناه من الرخصة أو العزيمة . وهذا هو أولى .

وتوهم ابن ادريس المنافاة في كلام الشيخ ، ولذلك ذهب الى أن فائدة الاشتراط سقوط الهدي ، ولم يزد على كلام المرتضى غير التشنيع على الشيخ لعدم فهمه مراده .

قوله : والطيب ، وقيل لا يحرم الا أربعة المسك والعنبر والزعفران والورس ، وأضاف فى الخلاف الكافور والعود

الحق تحريم الطيب على وجه العموم ، وبه قال الثلاثة والتقي والعجلي

---

١) سورة البقرة : ١٩٦ .

وابن ابى عقيل وابن الجنيد ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم في محرم وقصت به ناقته فمات : لا تقربوه طيباً فانه يحشر يوم القيامة ملبياً [1].

والطيب هنا نكرة في سياق النفي ، فيكون عاماً . واذا حرم بتوهم الاحرام حال الموت فتحققه حال الحياة أولى ، وهو من باب التنبيه بالمفهوم لا قياس.

لا يقال : المراد به الكافور فقط لقرينة أن ماعدا الكافور محرم على الميت فلا فائدة في ارادة تحريمه .

لانا نقول: ماذكرتم غير صالح للتخصيص ، مع أن التأكيد مطلوب شرعاً ويؤيد هذا الحديث قول الصادق عليه السلام في رواية حريز صحيحاً : لايمس المحرم شيئاً من الطيب[2]. وأيضاً أنه قول الاكثر والعمل به أحوط .

والقائل بالاربعة الشيخ في التهذيب ، وبالستة هنا أيضاً في النهاية والخلاف وجعل ما عدا الستة مكروهاً . وحجته في ذلك رواية معاوية بن عمار وغيره[3].

والجواب : تخصيص المذكورات لكونها أغلظ حرمة ، كما قال الشيخ في المبسوط الاغلظ خمسة .

وهنا فوائد :

(الاولى) الطيب كل جسم ذي ريح مستلذة بالنسبة الى معظم الامزجة أو

---

١) الترمذى ٣/٢٨٦ ، البخارى ٩/٥١ من شرح الكرمانى . وقصت الناقة براكبها من باب وعد : رمت به فدقت عنقه .

وفى حديث عن على عليه السلام أنه قضى فى القارصة والقامصة والواقصة بالدية أثلاثاً ، يقال هن ثلاث جوارکن يلعبن فتراكبن فقرصت السفلى الوسطى فقمصت أى وثبت فسقطت العليا فوقصت عنقها واندقت ، فجعل ثلث دية العليا على السفلى والوسطى وأسقط ثلثها لانها أعانت على نفسها .

٢) الكافى ٤/٣٥٣ ، التهذيب ٥/٢٩٧ ، الوسائل ٩/٩٥ .

٣) الكافى ٤/٣٥٣ ، التهذيب ٥/٣٠٤ مع اختلاف بينهما ، الوسائل ٩/٩٤.

الى مزاج المستعمل له غير الرياحين .

(الثانية) التحريم لا يختص بـالشم بل لمطلق التطيب ، وكذا لا يختص بالجامد بل يعم المائع وغيره .

(الثالثة) الورس قيل انـه نبت أحمرشبيه الزعفران المسحوق يوجد على قشور شجرة ينحت منها . وقال الجوهري : هو نبت أصفر يكون باليمن يتخذ منه الحمرة للوجه [1] .

(الرابعة) حرم المفيد والعلامة في المختلف شم الرياحين ، وهوظاهر كلام ابن الجنيد الا نبت الحرم كالشيح[2] والخزامى والاذخر والقيصوم لانـه نوع تـرفه ، وللاحتياط ولان معنى الطيب موجود فيـه ، وهوعلة التحريم بالمناسبة والدوران ، فيثبت التحريم هنا .

وبرواية حريزالمتقدمة فانه يقول في آخرها : ولا الريحان ولايتلذذ ، ومن ابتلي بشيء من ذلك فليتصدق بقدر ما صنع بقدر شبعه من الطعام .

وبرواية ابن ابى عميرصحيحاً عن بعض أصحابه عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن التفاح والاترج والنبق وماطاب ريحه . فقال : تمسك عن شمه وتأكله[3].

وصرح الشيخ في النهايـة وتبعه ابن ادريس بكراهة الريـاحين للاصل ،

---

١) فى بعض النسخ : الغمرة .

٢) الشيح : نبات معروف انواعه كثيرة كلها طيب الرائحة .

الخزامى بـألف التأنيث كحبارى : نبات برى . قال الفارابى : هو خيرى البر، قال الازهرى : لها نـور كنور البنفسج . والاذخر بكسر الهمزة والخاء : نبات معروف عـريض الاوراق طيب الرائحة . والقيصوم : نبات برى معروف .

٣) الفقيه ٢/٢٢٥ ، الكافى ٤/٣٥٦ ، التهذيب ٥/٣٠٥ فى الاخير: فقال «يمسك على شمه ويأكله » .

ولبس المخيط للرجال .

وفي النساء قولان ، أصحهما : الجواز .

واختـار الشهيد أرجحية الكراهية لصحيحة معاوية بن عمار عـن الصادق عليه السلام : لا بأس أن يشم الاذخر والقيصوم والخزامى والشيح وأشباهه وأنت محـرم[1].

قال العلامة في المختلف يحمل على رياحين الحرم لعدم الانفكاك منها كخلوق الكعبة . ولا شك أن الفتوى بقول العلامة أحوط .

قوله : ولبس المخيط للرجال ، وفي النساء قولان اصحهما الجواز

لاخلاف في تحريمه على الرجال ، واختلف في النساء ، فقال الشيخ يحرم أيضاً لعموم المنع ، وقال المفيد وابن ابي عقيل وابن ادريس بالجواز ، واختاره المصنف والعلامة لوجوه :

(الاول) انقراض المخالف وحصول الاجماع اليوم على الجواز فيكون حجـة .

(الثاني) ان المرأة عورة يجب عليها سترجسدها ، ولايحصل ستره جميعاً الا بالمخيط .

(الثالث) رواية يعقوب بن شعيب صحيحاً عن الصادق عليه السلام : المرأة تلبس القميص تزره عليها وتلبس الحرير والخز والديباج . فقال : نعم لا بأس به وتلبس الخلخالين والمسك[2].

وأما حجة الشيخ فمع ثبوت العموم فهو مخصص بما ذكرناه من الوجوه .

---

١) الكافي ٤/٣٥٥ ، الفقيه ٢/٢٢٥ ، التهذيب ٥/٣٠٥ .

٢) التهذيب ٥/٧٤ ، الوسائل ٩/٤١ . والمسك بفتح الاول والثاني : اسورة من ذبل أو عاج . والذبل كفلس : شيء كالعاج ، وقيل هو ظهر السلحفاة البحرية .

ولا بأس بالغلالة للحائض تتقى بها على القولين .

ويلبس الرجل السروال اذا لم يجد ازاراً .

ولا بأس بالطيلسان، وان كان له ازرار فلا يزره عليه .

ولبس مايسترظهر القدم كالخفين والنعل السندى وان اضطرجاز وقيل يشق عن القدم .

والفسوق ، وهو الكذب ، والجدال ، وهـ والحلف . وقتل هوام الجسد ، ويجوز نقله .

ولا بأس بالقاء القراد والحلم .

ويحرم استعمال دهن فيه طيب .

ولا بأس بما ليس بطيب مع الضرورة .

ويحرم ازالة الشعر ، قليله وكثيره ولا بأس به مع الضرورة .

وتغطية الرأس للرجل دون المرأة وفي معناه الارتماس .

قوله : ولا بأس بالغلالة

الغلالة ثوب رقيق يلبس على الجسد تحت الثياب .

قوله : ولا بأس بالطيلسان

قال الجوهري : هوبفتح اللام واحد الطيالسة ، والهاء في الجمع للعجمة لانه فارسي معرب ، والعامة تقول الطيلسان بكسر اللام .

قوله : فان اضطرجاز وقيل يشق على ١) ظهر القدم

أي اذا اضطر الى لبس ما يستر ظهر القدم هل يشق ذلك الملبوس أم لا ؟

---

١) فى المختصر النافع : وقيل يشق عن القدم .

ولو غطى ناسياً ألقاه واجباً ، وجدد التلبية استحباباً .

وتسفر المرأة عن وجهها ، ويجوز أن تسدل خمارها الى أنفها.

ويحرم تظليل المحرم سائراً ، ولا بأس به للمرأة ، وللرجل نازلا ، فان اضطرجاز .

ولو زامل عليلا أو امرأة اختصا بالظلال دونه .

ويحرم قص الاظفار وقطع الشجر والحشيش الا أن ينبت في ملكـه .

ويجوز خلع الاذخر ، وشجر الفواكه والنخل .

قال في المبسوط والخلاف نعم ، واختاره العلامة في المختلف محتجاً بأن الستر منهي عنه ولا يمكن الاحتراز عنه الا بالشق لانه الفرض وما لا يتم الواجب الا به فهوواجب ، ولرواية محمد بن مسلم صحيحاً عن الباقرعليه السلام : المحرم يلبس الخف اذا لم يكن له نعل . قال : نعم لكن يشق ظهر القدم [1].

وقال ابن ادريس بالمنع ، وكذا ابن ابى عقيل ، لانه اتلاف ولاصالة عدم الوجوب ، ولرواية رفاعة بن موسى قال : سألته عن المحرم يلبس الجوربين. قال : نعم والخفين اذا اضطر اليهما [2].

والجواب : مع حصول الثواب لا منع في الاتلاف ، والاصل يعدل عنه مع وجود دليل وقد بيناه ، والرواية مطلقة وما ذكرناه مقيد فيحمل المطلق على المقيد لما ثبت في الاصول .

---

١) الفقيه ٢/٢١٨ ، الوسائل ٩/١٣٥ .

٢) الفقيه ٢/٢١٧ ، الوسائل ٩/١٣٤ .

وفي الاكتحال بالسواد ، والنظر في المرآة ، ولبس الخاتم للزينة ، ولبس المرأة ما لم تعتده من الحلى ، والحجامة لا للضرورة ودلك الجسد ، ولبس السلاح لا مع الضرورة ، قولان ، أشبههما: الكراهية .

والمكروهات : الاحرام في غير البياض .

ويتأكد في السواد وفي الثياب الوسخة ، وفى المعلمة ، والحناء للزينة ، والنقاب للمرأة ، ودخول الحمام ، وتلبية المنادى ، واستعمال الرياحين .

ولا بأس بحك الجسد ، والسواك ما لم يدم .

مسألتان :

(الاولى) لا يجوز لاحد أن يدخل مكة الا محرماً الا المريض أو من يتكرر ، كالحطاب والحشاش .

ولوخرج بعد احرامه ثم عاد في شهرخروجه أجزأه .

وان عاد في غيره احرم ثانياً .

قوله : وفى الاكتحال بالسواد والنظر فى المرآة ولبس الخاتم للزينة ولبس المرأة ما لم تعتده من الحلى والحجامة الا للضرورة ودلك الجسد ولبس السلاح الا مع الضرورة قولان اشبههما الكراهية

لما فرغ من الاشياء المجمع على وجوب تركها ذكرمافيه خلاف ، ويتم بحثه بمسائل :

(الاولى) الاكتحال بغير السواد كالتوتيا وغيره جائز اجماعاً ، لان استعماله

اما لضرورة أو لاستحبابه فيكون جائزاً . وأما بالسواد فقال الشيخان وسلار والعجلي وابن بابويه في المقنع بتحريمه ، واختاره العلامة لانه أحوط ، ولرواية معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام صحيحاً قال : لايكتحل الرجل والمرأة المحرمان بالكحل الاسود الا من علة [1]. والنهي للتحريم . ولرواية زرارة وحريز عنه عليه السلام : لا تكتحل المرأة المحرمة بالسواد ان السواد زينة [2].

وقال في الخلاف بالكراهة ، لاصالة الجواز وحمل النهي على الكراهة .

والاقوى عندي التفصيل ، وهو ان استعمل للزينة فحرام قطعاً لما قلنا من الروايات ، وان كان لالها فان كان فيه طيب فكذلك لعموم النهي عن استعمال الطيب ، وان لم يكن فيه طيب فان قصد به السنة فجائز على كراهية ، وان لم يقصد السنة ولاالزينة فحرام اما للعبثية أولصرفه الى أغلب مقاصده .

(الثانية) النظر في المرآة قال في النهاية والمبسوط والتقي وابن بابويه في المقنع والعجلي بتحريمه لانه متعرض للزينة ، واختاره العلامة لما رواه حماد عن الصادق عليه السلام صحيحاً: لاتنظر في المرآة وأنت محرم فانها من الزينة[3] ومثله رواية معاوية عنه عليه السلام[4] .

وقال في الخلاف والقاضي وابن حمزة بالكراهة للاصل ، وحمل النهي على الكراهة . واختاره المصنف .

---

١) التهذيب ٥/٣٠١ ، الوسائل ٩/١١١ .

٢) التهذيب ٥/٣٠١ .

روى هذه عن الحسين عن حماد عن حريز عن ابى عبدالله عليه السلام ، وأما ما رواه بسنده عن حريز عن زرارة عنه عليه السلام قال : تكتحل المرأة المحرمة بالكحل كله الا الكحل الاسود للزينة .

٣) التهذيب ٥/٣٠٢ ، الوسائل ٩/١١٤ .

٤) التهذيب ٥/٣٠٢ .

والاقوى الاول، لانه أحوط ، فتعارض الاصل والدليل المذكور، خصوصاً في قوله صلى الله عليه وآله وسلم: الحاج أشعث أغبر . وهو خبر في معنى الامر والنظر في المرآة ينافيه .

(الثالثة) لبس الخاتم للسنة جائز اجماعاً ، وأما للزينة فالمشهور المنع منه ولا أعرف القائل بعدمه .

(الرابعة) لبس المرأة الحلي امـا أن يكون للزينة فحرام قطعاً ، واما لالها فمع عدم اعتياده فكذلك ومع اعتياده يحرم اظهاره للزوج ، وأما مع عدم اظهاره يكون جائزاً بل مستحباً ، لما ورد مـن كراهة صلاتها عطلاء . ولـم أقف على خلاف في هذا التفصيل لاحكيه .

(الخامسة) الحجامة وما في معناها من الفصد وادماء الجسد والحك والسواك على وجه يدميان اما أن يكون لضرورة فجائز ذلك كله اجماعاً ، لمـا ورد أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم احتجم حال احرامه[1]. وكذا ابن عباس .

واما أن لايكون لها فقال الشيخ في النهاية والمفيد والمرتضى والتقي واتباعهم بالتحريم، واختاره العلامة لرواية الحسن الصيقل عن الصادق عليه السلام المحرم يحتجم ؟ قال : لا ، الا أن يخاف على نفسه التلف ولا يستطيع الصلاة[2].

وقال الشيخ في الخلاف وابن حمزة بالكراهية، واختاره المصنف للاصل ولرواية حريز عـن الصادق عليه السلام : لابأس أن يحتجم المحرم مالم يحلق أو يقطع الشعر[3] .

والاقوى الاول، والاصل معارض بالرواية والاحتياط، ورواية حريز محمولة على الضرورة .

---

١) سنن الترمذى ٣/١٩٨ ، سنن ابى داود ٢/١٦٧ ، سنن ابن ماجة ٢/١٠٢٩ .
٢) التهذيب ٥/٣٠٦ .
٣) التهذيب ٥/٣٠٦ ، المقيه ٢/٢٢٢ ، وفيه « أو يقلع الشعر » .

(الثانية) احرام المرأة كاحرام الرجل ، الا ما استثنى .

ولا يمنعها الحيض عن الاحرام لكن لا تصلى له .

ولو تركته ظناً أنه لا يجوز رجعت الى الميقات ، واحرمت منه ، ولو دخلت مكة ، فان تعذر احرمت من أدنى الحل ، ولو تعذر احرمت من موضعها .

القول في الوقوف بعرفات : والنظر في المقدمة والكيفية واللواحق .

أما المقدمة فتشتمل مندوبات خمسة :

الخروج الى «منى» بعد صلاة الظهرين يوم التروية ، الا لمن يضعف عن الزحام .

(السادسة) دلك الجسد اما في الحمام أوفي حال الوضوء أوالغسل هل هو حرام أومكروه ؟كلام الشيخ يحتملهما .

والحق أنه مع ادمائه حرام ومع عدمه مكروه حذراً من وقوع شيء من الشعر فهومظنة ، فكره لذلك .

(السابعة) لبس السلاح لضرورة جائز اجماعاً، ولالها قال الشيخ وابن حمزة والقاضي والتقي والعجلي بتحريمه ، ونقل المصنف الكراهية واختارها للاصل والاولى الاول ، لكثرة القائل ، والاصل معارض بالاحتياط .

قوله : احرام المرأة كاحرام الرجل الا ما استثنى

المستثنى خمسة : تغطية الرأس ، ولبس المخيط ، والتظليل سائراً، وعدم استحباب رفع الصوت بالتلبية لها ، ولبس الحرير على أحد القولين .

والامام يتقدم ليصلى الظهر بـ « منى » ، والمبيت بها حتى يطلع الفجر.

ولا يجوز وادى محسر حتى تطلع الشمس .

ويكره الخروج قبل الفجر الا لمضطر ، كالخائف والمريض.

ويستحب للامام الاقامة بها حتى تطلع الشمس ، والدعاء عند نزولها ، وعند الخروج منها .

وأما الكيفية ، فالواجب فيها النية ، والكون بها الى الغروب.

ولو لم يتمكن من الوقوف نهاراً اجزأه الوقوف ليلا ، ولو قبل الفجر .

ولو أفاض قبل الغروب عامداً عالماً بالتحريم ، لم يبطل حجه وجبره ببدنة .

ولو عجز صام ثمانية عشر يوماً ، ولا شيء عليه لو كان جاهلا أو ناسياً .

و « نمرة » و « ثوية » و « ذوالمجاز » و « غرنة » و « الاراك » حدود ، لا يجزىء الوقوف بها .

والمندوب : أن يضرب خباءه بنمرة ، وأن يقف فى السفح مع ميسرة الجبل في السهل ، وأن يجمع رحله ، ويسد الخلل به وبنفسه ، والدعاء قائماً .

ويكره الوقوف في اعلى الجبل ، وقاعداً ، أو راكباً .

وأما اللواحق فمسائل :

(الاولى) الوقوف ركن ، فان تركه عامداً بطل حجه .

ولو كان ناسياً تداركه ليلا ، ولو الى الفجر .

ولو فات اجتزأ بالمشعر .

(الثانية) لو فاته الوقوف الاختيارى وخشى طلوع الشمس لو رجع ، اقتصر على المشعر ليدركه قبل طلوع الشمس .

وكذا لو نسى الوقوف بـ «عرفات» اصلا اجتزأ بادراك المشعر قبل طلوع الشمس .

ولو اذرك « عرفـات » قبل الغروب ولم يتفق له المشعر حتى طلعت الشمس اجزأه الوقوف به ، ولو قبل الزوال .

(الثالثة) لو لم يدرك « عرفات » نهاراً وأدركها ليلا ولم يدرك

(**فائدة**) احرام المرأة بكشف وجهها دون رأسها فيجب عليها كشف وجهها كما يجب على الرجل كشف رأسه . نعم تسدل خمارها لكن مـع وقاية عـن اصابته لوجهها .

وهل يجب على الرجل كشف وجهه ؟ قيل نعم لانه من الرأس ، وقيـل لا لعدم النص . وعلى الاول لو غطاه فعـل حراماً وكفارته طعام مسكين في يـده لرواية الحلبى[1] .

قوله: ولو لم يدرك عرفات نهاراً وادركها ليلا ولم يدرك المشعر حتى طلعت الشمس فقد فاته الحج ، وقيل يصح حجه ولو ادركه قبل الزوال

---

١) التهذيب ٥ / ٣٠٨ ، الوسائل ٩ / ١٣٨ .

المشعر حتى طلعت الشمس فقد فاته الحج .

وقيل : يصح حجه ولو ادركه قبل الزوال .

القول في الوقوف بالمشعر ـ والنظر في مقدمته وكيفيته ولواحقه.

والمقدمة : تشتمل على مندوبات خمسة :

الاقتصاد في السير ، والدعاء عند الكثيب الاحمر.

وتأخير المغرب والعشاء الى المزدلفة ولو صار ربع الليل والجمع بينهما بأذان واحد واقامتين ، وتأخير نوافل المغرب حتى يصلى العشاء .

وفي الكيفية ـ واجبات ومندوبات .

فالواجبات : النية ، والوقوف به .

وحده ما بين المأزمين الى الحياض ، الى وادى محسر.

ويجوز الارتفاع الى الجبل مع الزحام ، ويكره لا معه.

ووقت الوقوف ما بين طلوع الفجر ، الى طلوع الشمس ، للمضطر الى الزوال .

ولو أفاض قبل الفجر عامداً عالماً جبره بشاة ، ولم يبطل حجه ان كان وقف بـ « عرفات » .

ويجوز الافاضة ليلا للمرأة والخائف .

والمندوب : صلاة الغداة قبل الوقوف والدعاء ، وأن يطأ الصرورة المشعر برجله .

وقيل : يستحب الصعود على قزح ، وذكر الله عليه .

ويستحب ـ لمن عدا الامام ـ الافاضة قبل طلوع الشمس والا يجاوز وادى محسر حتى تطلع والهرولة في الوادى ، داعياً بالمرسوم ولو نسى الهرولة رجع فتداركها .

والامام يتأخر بجمع حتى تطلع الشمس .

واللواحق ـ ثلاثة :

(الاول) الوقوف بالمشعر ركن ، فمن لم يقف به ليلا ولا بعد الفجر عامداً بطل حجه ، ولا يبطل لو كان ناسياً .

ولو فاته الموقفان بطل ولو كان ناسياً .

(الثاني) من فاته الحج سقطت عنه أفعاله ، ويستحب له الاقامة

لكل من الموقفين اختياري واضطراري ، فالحاج بالنسبة الى ادراكهما له أحوال يرجع الى طرفين ووسائط ، لانه امـا أن يدرك عرفات أو جمعاً أوهما ، وعلى التقديرين اما أن يكون اختيارياً أو اضطرارياً أو مركباً منهما ، فالاقسام ثمانيـة :

« ١ » اختيار عرفة لاغير .

« ٢ » اختياري جمع[1] لا غير .

---

١) فى المجمع : وجمع بالفتح فالسكون : المشعر الحرام ، وهو أقرب الموقفين الى مكة المشرفة ، قيل سمى به لان الناس يجتمعون فيه ويزدلفون الى الله تعالى أى يتقربون اليه بالخير والعبادة والطاعة . وقيل لان آدم اجتمع فيها مع حواء ، وقيل لانه يجمع فيه بين المغرب والعشاء . قال فى مستند الشيعة : فى الوقوف بالمشعر ويقال له الجمع لاجتماع الناس فيها ويقال له : المزدلفة أيضاً .

بـ «منى» الى انقضاء أيام التشريق، ثم يتحلل بعمرة مفردة ثم يقضي الحج ان كان واجباً .

(الثالث) يستحب التقاط الحصى من جمع وهو سبعون حصاة.

« ٣ » اضطراري عرفة .

« ٤ » اضطراري جمع .

« ٥ » اختياريهما .

« ٦ » اضطراريهما .

« ٧ » اختياري عرفة واضطراري جمع .

« ٨ » اختياري جمع واضطراري عرفة[1] .

فخمسة مجزية بلاخلاف ، وهي الاولان والخامس والسابع والثامن. تبقى ثلاثة اضطراري أحدهما لاغير فهو اما عرفة أو جمع ، فأجمع الاصحاب على

---

١) قال في مستند الشيعة : « تذنيب » اعلم أنه قد ظهر مما ذكر أن اوقات الوقوفين خمسة : اختياري عرفة وهو ما بين الزوال يوم عرفة الى غروب شمسه ، واضطراريه وهو ما بين غروب شمسه الى طلوع فجر يوم النحر، واختياري مشعر المحض وهو ما بين طلوعي فجر يوم النحر وشمسه ، واختياريه المشوب بالاضطراري وهو اضطراري عرفة ، واضطراري المحض وهو من طلوع شمسه الى زوالها .

واعلم أن من ترك الوقوفين جميعاً فقد بطل حجه ، سواء كان ذلك عن عمد أو نسيان أو جهل . ويدل عليه اجماع علماء الاسلام واخبار نفي الحج عن اصحاب الاراك وعمن فاتته المزدلفة ولو ادرك شيئاً من الوقوفين ، فأقسامه بالنسبة الى انقسام كل منهما الى الاختياري والاضطراري ثمانية ، ولو جعل الوقوف الليلي للمشعر قسماً على حدة يصير الاقسام أحدعشر، خمسة مفردة وهي اختياري عرفة واضطراريها واختياري المشعر وليلته واضطراريه وستة اخرى مركبة من هذه الخمسة الاختياريان والاضطراريان واختياري كل مع اضطراري الاخر واختياري عرفة مع ليلي المشعر واضطراريها معه .

فوات الحج وعدم ادراكه فيهما الا ما يظهر من كلام ابن الجنيد . قال بعض مشائخنا انه لاخلاف في عدم اجزاء اضطراري عرفة ، وان ابن الجنيد انما قال باجزاء اضطراري جمع لا غير ، قال وبه أيضاً قال الصدوق ، وعلى التقديرين فالاجماع منعقد اليوم على عدم اجزاء الواحد من الاضطراريين ، لانقراض ابن الجنيد ومن قال بمقالته .

وانما وقع الخلاف في السادس الذي هو مذكور في المتن، فقال الشيخان وابن ابى عقيل بفوات الحج ، واختاره المصنف اعتماداً على رواية محمد بن سنان قال : سألت ابا الحسن عليه السلام عن الذي اذا أدركه الانسان فقد ادرك الحج. قال : اذا أتى جمعاً والناس بالمشعر الحرام قبل طلوع الشمس فقد أدرك الحج ولا عمرة له ، وان أدرك جمعاً بعد طلوع الشمس فهي عمرة مفردة ولا حج له ، وان شاء أن يقيم بمكة أقام وان شاء أن يرجع الى أهله رجع وعليه الحج من قابل[1] . ومثله رواية اسحاق بن عبدالله عن ابى الحسن عليه السلام[2] .

وقال المرتضى بصحة الحج ، واختاره العلامة في المختلف اعتماداً على حسنة جميل عن الصادق عليه السلام قال : من ادرك المشعر الحرام يوم النحر من قبل زوال الشمس فقد أدرك الحج[3] .

ورواية عبدالله بن المغيرة في الصحيح قال : جاءنا رجل بمنى فقال : اني لم أدرك الناس بالموقفين جميعاً . فقال له عبدالله بن المغيرة : فلاحج لك ، وسأل اسحاق بن عمار فلم يجبه ، فدخل اسحاق على ابى الحسن عليه السلام

---

١) التهذيب ٥ / ٢٩٠ ليس فيه « من قابل » ، الوسائل ١٠ / ٥٧ .

٢) التهذيب ٥ / ٢٩٠ ، الوسائل ١٠ / ٥٨ .

٣) الكافى ٤ / ٤٧٥ ، التهذيب ٥ / ٢٩١ ، الوسائل ١٠ / ٥٩ ، الفقيه ٢ / ٢٤٣ ، وفيه « من أدرك الموقف بجمع يوم النحر » .

فسأله عن ذلك فقال له : اذا أدرك مزدلفة فوقف بها قبل أن تزول الشمس يوم النحرفقد أدرك الحج[1] .

ولاشك أن ظاهرهاتين الروايتين يدل على اجزاء من أدرك المشعر اضطراراً وهوأعم من أن يكون قد أدرك عرفة مع ذلك اختياراً أواضطراراً ولم يدركها مطلقاً، لكن لما كان الاول لاخلاف في اجزائه والثالث قدانقرض القائل باجزائه حملهما السيد والعلامة على الثاني وهوادراك اضطراري عرفة اضطراري المشعر، وللجمع بينهما وبين رواية الحسن العطارعن الصادق عليه السلام قال: اذا أدرك الحاج عرفات قبل طلوع الفجرفأقبل من عرفات ولم يدرك الناس بجمع ووجدهم قدأفاضوا فليقف قليلا بالمشعر الحرام وليلحق الناس بمنى ولاشيء عليه[2] .

واستدل العلامة أيضاً على اجزائهما بأن كل واحد له بدل حال الاضطرار يجزى بانفراده عنه ، فيجزىء حال الاجتماع تحقيقاً للبدلية .

وفي هذاالوجه نظر، لانه لايلزم من اجزائه عنه مع انضمامه الى الاختياري اجزاؤه مع انضمامه الى الاضطراري ، لجواز أن يكون مجزياً على التقدير الاول ويكون بدلا على تقديره لابد لنفي ذلك من دليل .

واعلم أن الشيخ في الخلاف استشهد هذين الحدثين اللذين اعتمد عليهما المرتضى والعلامة وقال ليس بهما قائل، وحملهما في الاستبصار على أن المراد ادراك فضل الحج لااجزاؤه . وبالجملة عندي في اجزاء الاضطراريين توقف .

وهنا فوائد :

(الاولى) اختياري عرفة من زوال شمسها الى غروبها ، واضطراريها من غروب شمسها الى طلوع فجرالنحر ، واختياري المشعر من طلوع فجره الى

---

١) التهذيب ٥/٢٩١ ، الوسائل ١٠/٥٨ .

٢) التهذيب ٥/٢٩٢ ، الوسائل ١٠/٦٢ .

طلوع شمسه ، واضطراريه من طلوع شمسه الى زوالها . وفهم ابن ادريس من كلام المرتضى أنه جملة يوم النحر ، وهوغلط .

(الثانية) الواجب من الوقوف في الاختياريين هومن مبدأهما الى آخرهما لكن الركن من ذلك هو كون مطلق في أي جزء من أجزاء زمانه حصل حصل الركن ، فلوأخل بشيء منهما عمداً فان حصل بهما في آخر جزءٍ من زمانهما فقد أجزأ حجه ولاشيء عليه ، وان خلاأوله أووسطه من الكون عمداً لكنه مأثوم .

أمالو كان قد خرج من عرفة قبل غروبها ولم يعد صح حجه وجبره ببدنة ، ولو خرج من المشعر قبل طلوع شمسه بعد الحصول به بعد فجره أثم وأجزأ حجه ولا شيء عليه .

(الثالثة) لو وقف بالمشعر ليلا نـاوياً به النسك ثم أفاض قبل طلوع فجره صح حجه وأثم وجبره بشاة . وعلى ذلك اكثرالاصحاب ان كان قد وقف بعرفة اختياراً بلاخلاف واضطراراً على ما تقدم من الخلاف .

(الرابعة) لايجب في الاضطراري منهما استيعاب وقته بالوقوف بل يكفي فيه مسمى الكون . وهومعلوم من ظاهرراوية العطار ، وقد تقدمت .

(الخامسة) الوقوف بالمشعرعندنا أعظم من عرفات ، وأخبار أهل البيت شاهدة بذلك .

وأما رواية « الحج عرفة » فليس من طرقنا .

ويؤكد ما ذكرناه ما جاء في الكتاب من الامربالذكرعنده ووصفه بكونه حراماً ، أي محترماً . خصوصاً أنه لم يقل بوجوبه أحد من الجمهور، واختص اصحابنا بالقول بوجوبه ، وهودليل أعظميته .

(السادسة) سميت عرفات لان ابراهيم عليه السلام عرفها بعد وصفها له ، أولان آدم عليه السلام عرف حوابها، أولاعترافه بذنبه فيها ، أولعلوها وارتفاعها

ويجوز من أي جهات الحرم شاء ، عدا المساجد .

وقيل : عدا المسجد الحرام ومسجد الخيف .

ويشترط أن يكون أحجاراً من الحرم أبكاراً .

ويستحب أن تكون رخوة برشاً بقدر الانملة ملتقطة منقطة .

ويكره الصلبة والمكسرة .

القول في مناسك « منى » يوم النحر ، وهى رمى جمرة العقبة ، ثم الذبح ، ثم الحلق .

أما الرمى : فالواجب فيه النية ، والعدد وهوسبع والقاؤها بما يسمى رمياً ، واصابة الجمرة بفعله .

فلو تممها حركة غيره لم يجز.

والمستحب : الطهارة ، والدعاء .

ولا يتباعد بما يزيد عن خمسة عشر ذراعاً ، وأن يرمى خذفاً والدعاء مع كل حصاة ، ويستقبل جمرة العقبة ، ويستدبر القبلة .

ومنه عرف الديك لارتفاعه .

والمشعرمفعل من الشعارة وهي العلامة، لانه معلم للعبادة . ويقال له مزدلفة من ازدلف أي دنا، لان الناس يقرب بعضهم من بعض. ويقال أيضاً جمع لاجتماع آدم وحواء به أو للجمع بين الصلاتين .

قوله : ويجوز من اى جهات الحرم شاء عدا المساجد ، وقيل عدا المسجد الحرام ومسجد الخيف

الاول اختيار المصنف والعلامة للنهي عن اخراج الحصا من المسجد مطلقاً

وفي غيرها يستقبل الجمرة والقبلة .

وأما الذبح ففيه أطراف :

(الاول) في الهدى ، وهو واجب على المتمتع خاصة ، مفترضاً ومتنفلا ، ولو كان مكياً ، ولا يجب على غير المتمتع .

ولو تمتع المملوك كان لمولاه الزامه بالصوم ، او أن يهدى عنه.

ولو أدرك أحد الموقفين معتقاً لزمه الهدى مع القدرة ، والصوم مع التعذر.

وتشترط النية في الذبح ، ويجوز أن يتولاه بنفسه وبغيره .

والنهي يدل على الفساد في العبادات. والثاني اختيار الشيخ والتقي وابن حمزة وابن بابويه والعجلي ، تمسكاً برواية حيان عن الصادق عليه السلام : يجوز الا من مسجد الحرام ومسجد الخيف[1]. ورواية حنان بن سدير عنه عليه السلام أيضاً الامن المسجد الحرام[2] .

وأما روايتا زرارة[3] وحريز عنه عليه السلام[4] بجواز أخذ الحصا من سائر

---

١) الكافى ٤/٤٧٨ ، التهذيب ٥/١٩٦ ، فى الاول « حنان » وفى الثانى «حان» وفيهما كذا « عن ابى عبدالله عليه السلام قال : يجوز أخذ حصى الجمار من جميع الحرم الا من مسجد الحرام ومسجد الخيف » .

٢) الفقيه ٢/٢٨٤ ، وفيه : روى حنان بن سدير عن ابى عبدالله عليه السلام قال : يجزيك ان تـأخذ حصى الجمار من الحرم كله الا من المسجد الحـرام ومسجد الخيف . والروايتان كلتاهما فى الوسائل ١٠/٥٣ .

٣) الكافى ٤/٤٧٧ ، التهذيب ٥/١٩٦ ، الوسائل ١٠/٥٣ .

٤) الكافى ٤/٤٧٨ ، التهذيب ٥/١٩٦ ، الوسائل ١٠/٥٣ .

ويجب ذبحه بـ « منى » .

ولا يجزىء الواحد الا عن واحد في الواجب .

وقيل : يجزىء عن سبعة ، وعن سبعين عند الضرورة ، لاهل الخوان الواحد ، ولا بأس به في الندب .

ولا يباع ثياب التجمل في الهدى .

ولو ضل فذبح لم يجز ، ولا يخرج شيئاً من لحم الهـدى عن « منى » ويجب صرفه في وجهه .

ويذبح يوم النحر وجوباً ، مقدماً على الحلق ، ولوقدم الحلق أجزأه ، ولوكان عامداً ، وكذا لو ذبحه في بقية ذى الحجة .

(الثاني) في صفته : ويشترط أن يكون من النعم ثنياً غير مهزول.

ويجزىء من الضأن خاصة ، الجذع لستة ، وأن يكون تاماً.

فلا يجوز العوراء ، ولا العـرجاء ، ولا العضبا ، ولا ما نقص منها شيء كالخصى .

الحرم فمطلقتان فتحملان على خبري الشيخ لما ثبت في الاصول أن مع تعارض الخبرين وأحدهما خاص يتعين العمل بالخاص ، لكن العمل بقـول المصنف والعلامة أولى للاحتياط ولضعف حيان وحنان ، فـان الاول كيساني والثانـي واقفي وان كان قد قيل انه ثقة .

قوله : ولايجزى الواحد الاعن واحد فى الواجب ، وقيل يجزى عن سبعة وعن سبعين عند الضرورة لاهل الخوان الواحد، ولابأس به فى الندب

الاول قول العجلي ، وهو قول الشيخ في موضع من الخلاف . دليله قوله

ويجزىء المشقوقة الاذن، والا تكون مهزولة بحيث لايكون على كليتيها شحم .

لكن لو اشتراها على أنها سمينة فبانت مهزولة ، أجزأته .

فالثنى من الابل ما دخل في السادسة ، ومن البقر والمعز ، ما دخل في الثانية .

« فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج »[1] أوجب الانتقال الى الصوم حال عدم الوجدان ولم يجوز الاشتراك ، فلو كان سائغاً لذكره .

والثاني قول الشيخ في المبسوط والنهاية والجمل والاقتصاد والقاضي وابن بابويه ، لانه جاء في رواية الحلبى عـن الصادق عليه السلام : تجزي البقرة ، والبدنة في الامصار عن سبعة ولاتجزى بمنى الا عن واحد[2] .

وفي الصحيح عن محمد بن مسلم عـن أحدهما عليهما السلام : لاتجزي البقرة والبدنة الاعن واحد بمنى[3] .

وجاء أيضاً في رواية وهيب بن حفص عن ابى بصير عن الصادق عليه السلام البدنة والبقرة يضحى بها تجزى عن سبعة اذا اجتمعوا من أهل بيت واحد ومن غيرهم[4] . وكذا غيرها من الروايات الاجزاء عن سبعين، فجمع الشيخ بينهما

---

١) سورة البقرة : ١٩٦ .

٢) التهذيب ٥/٢٠٧ ، الوسائل ١٠/١١٣ .

٣) التهذيب ٥/٢٠٨ ، الوسائل ١٠/١١٣ ، واللفظ للوسائل وفيه «البدنة» مقدم على « البقرة » .

٤) التهذيب ٥/٢٠٨ ، الفقيه ٢/٢٩٤ ، وفيه : تجزيان عن سبعة نفراذا كانوا من أهل بيت أو من غيرهم . وليس فيه « عن ابى بصير » فى السند .

بأن الاول حال الاختيار والثاني حال الضرورة .

وفيه نظر، لانه ليس حمله على حال الضرورة أولى من حمله على الاضحية المندوبة ، بل حمله على الاضحية أولى ، لان الاول مخالف للكتاب .

وأيضاً ان الاحرام ملزوم لسائر الافعال مع انعقاده ، ومن جملتها الاهداء . وسقوط الواجب عن شخص بفعل غيره وقيام الجزء مقام الكل خلاف الاصل فيهما .

ان قلت : لم لايمكن ذلك حال الضرورة .

قلت : مع النص على البدلية لاوجه للامكان المذكور .

فوائد :

(الاولى) قول المصنف « في الواجب » أي في الحج الواجب ، وليس مراده الهدي الواجب : أما أولا فلركة العبارة ، اذ البحث في الواجب . وأما ثانياً فلدخول ما وجب بنذر وشبهه فيه مع أنه لاقائل فيه بالاشتراك .

ومراده بقوله « ولابأس به في الندب » أي في ندب الهدي بنفسه لاتبعية الحج كالاضاحي، لاالحج المندوب فان الهدي فيه واجب كما قلناه . فعلى هذا التقدير يكون المراد بالحج الواجب أعم من أن يكون مبدؤه واجباً أوندباً ، ويكون الوصف للحج في قولنا « الحج الواجب » للتوضيح لاالتخصيص .

(الثانية) الضميرفي « به » يرجع الى مصدر يجزي ، أي الاجزاء ، كما في قوله تعالى « اعدلوا وهوأقرب للتقوى » [1] أي العدل . أومصدر « قيل » أي القول .

(الثالثة) المراد بالخوان قال الجوهري هو ما يؤكل عليه ، وهومعرب .

---

١) سورة المائدة : ٨ .

ويستحب أن تكون سمينة تنظـر في سواد وتمشي في سواد ، وتبرك في مثله ، أي لها ظل تمشى فيه .

وقيل : أن يكون هـذه المواضع منها سوداً ، وأن يكون مما عرف به ، اناثاً من الابل أوالبقر ، ذكراناً من الضأن أوالمعز ، وأن ينحر الابل قائمة مربوطة بين الخف والركبة ، ويطعنها من الجانب الايمن وأن يتولاه بنفسه . والا جعل يده مع يد الذابح ، والدعاء ، وقسمته أثلاثاً : يأكل ثلثه ، ويهدى ثلثه ،

وقال الحريري يقال له «خوان» الى أن يوضع عليه الطعام فيسمى حينئذ «مائدة»

قوله: ويستحب أن تكون سمينة تنظر فى سواد وتمشى فى سواد وتبرك فى مثله اى لها ظل يمشى فيه ، وقيل أن تكون هذه المواضع سوداً

السمن قسمان : واجب وهو كون الهدي على كليتيه شحم ، وندب وهو كون الشحم منبثاً في أعضائه .

وعبرعن ذلك بملزومه من باب الاستعارة والكناية . فقد روى عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال : يضحي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بكبش أقرن فحل ينظرفي سواد ويمشي فى سواد[1] ، ومثله رواية محمد بن مسلم[2] وزاد الكليني : ويأكل في سواد . وفي رواية أخرى : وتبعرفي سواد .

واختلف في تفسير هذه الكنايات على أقوال :

---

١) الفقيه ٢/٢٩٦ ، وفيه : وذبح رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كبشاً ـ الخ التهذيب ٥/٢٠٥ ، الوسائل ١٠/١٠٧ .

٢) التهذيب ٥/٢٠٥ ، الوسائل ١٠/١٠٧ .

(الاولى) ان يكون له ظل أي يكون من عظمه وسمنه يمشي في ظله ويبرك في فيء شحمه .

(الثاني) ان تكون هذه المواضع سوداً ، واختاره ابن ادريس .

(الثالث) أن تكون ترعى وتمشي وتبرك في خضرة ، فان السواد يعبر به عن الخضرة . وقال بعض الفقهاء : ان المصنف أطلق القول في الهدي ، وهذا الاشتراط انما ورد في الغنم لامطلقاً . وفيه نظر ، لانا نمنع اختصاصه بالغنم فان التفسير الاول والثالث يطلقان على غير الغنم .

والاول من التفاسير أولى وان اشتركت كلها في ارادة السمن ، لان كونه ينظر في سواد ويمشي في سواد يستلزم سمنه ، فاستعمل الملزوم مكان لازمه. وهو احسن وجوه المجاز واكثرها وروداً .

قوله : ويطعم القانع والمعتر ثلثه

قال الجوهري : القانع الراضي بما يعطى من غير سؤال، من قنع[1] بالكسر يقنع قناعة فهو قانع . وقيل من قنع يقنع بفتح العين فيهما قنوعاً فهو قانع اذا خضع وسأل . فالمعتر[2] على الاول المتعرض للسؤال بل السائل وعلى الثاني المتعرض من غير سؤال .

وفي رواية معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام : القانع الذي يقنع

---

١) في المصباح : قنع يقنع بفتحتين قنوعاً : سأل ، فالقانع السائل ، وقنعت به قنعاً من باب تعب وقناعة : رضيت وهو قنع وقنوع .

٢) وقال : والمعتر الذى يطيف ولا يسأل . وفى اللسان : عراه عروا واعتراه ، كلاهما: غشيه طالباً معروفه . وسمع عن ابن الاعرابى يقول : اذا أتيت رجلا تطلب منه حاجة قلت: عروته وعررته واعتريته واعتررته .

وقيل : يجب الاكل منه .

وتكره التضحية بالثور والجاموس والموجوء .

(الثالث) في البدل ، فلو فقد الهدى ووجد ثمنه ، استناب في شرائه ، وذبحه طول ذى الحجة ،

بما أعطيته ، والمعتر الذي يعتريك من غير سؤال[1] .

قوله : وقيل يجب الاكل منه

هذا قول ابن ادريس ، وهو اختيار العلامة، لقوله تعالى «فكلوا منها» والامر للوجوب . ولرواية معاوية عن الصادق عليه السلام : اذا ذبحت أو نحرت فكل وأطعم كما قال الله تعالى « فكلوا منها وأطعموا القانع والمعتر »[2] .

وظاهر كلام الشيخ وابى الصلاح والقاضي وابن ابى عقيل الاستحباب للاصل وحمل الامر على الندب .

وأجيب عن الاول بأنه خرج بالدليل والامر حقيقة في الوجوب كما تقرر في الاصول .

فوائد :

(الاولى) يجب كون الصدقة بالثلث فما زاد على الاقرب .

(الثانية) لا قدر للمأكول منه بل يجزى ولو فلذة[3] . ويستحب كونه الكبد .

---

١) التهذيب ٥/٢٢٣ ، الوسائل ١٠/١٤٢ ، الفقيه ٢/٢٩٤ ، الكافى ٤/٥٠٠ . وليس فيهما « من غير سؤال » .

٢) سورة الحج : ٣٦ .

٣) الفلذة : القطعة من الشى ، والجمع فلذ مثل سدرة وسدر .

وقيل ينتقل فرضه الى الصوم .

ومع فقد الثمن يلزمه الصوم ، وهو ثلاثة أيام في الحج متواليات وسبعة في أهله .

(الثالثة) يشترط في القانع والمعتر الايمان والفقر ، وان كان بائساً ـ وهو البالغ في الجهد ـ كان أفضل ، لقوله « فأطعموا البائس الفقير »[1] .

قوله : وقيل ينتقل فرضه الى الصوم

الفاقد للهدي قسمان : فاقد للهدي وللثمن معاً فهذا لاخلاف في انتقال فرضه الى الصوم ، وفاقد له وواجد للثمن فهذا فيه خلاف .

قال الشيخان وابن بابويه والمرتضى والتقي والقاضي وابن حمزة واختاره المصنف والعلامة والشهيد ان كان مقيماً والاخلف ثمنه عند ثقة يذبحه عنه طول ذي الحجة ، فان طلع ذوالحجة ولم يوجد أخره الى وجدانه في القابل . حجتهم أن واجد الثمن كواجد العين كما في العتق في الكفارة ، والانتقال مشروط بعدم الوجدان فلايجوز الانتقال بدونه ، ولمارواه حريز في الحسن عن الصادق عليه السلام في متمتع يجد الثمن ولايجد الغنم ؟ قال: يخلف الثمن عند بعض أهل مكة ويأمر من يشتري له ويذبح عنه وهو يجزى عنه، فان مضى ذوالحجة اخر ذلك الى قابل من ذي الحجة[2] .

وقال ابن ادريس الاظهر والاصح أنه ينتقل فرضه الى الصوم لانه لاواسطة بين فقدان الهدي ووجوب الصوم في الاية ، فمن أوجب الانتظار فقد أثبت الواسطة فيحتاج الى دليل . وبرواية ابى بصير عن أحدهما عليهما السلام قال :

---

١) سورة الحج : ٢٨ .

٢) الكافى ٤/٥٠٨ ، التهذيب ٥/٣٧ ، الوسائل ١٠/١٥٣ .

ويجوز تقديم الثلاثة من أول ذى الحجة ، بعد التلبس بالحج ولا يجوز قبل ذى الحجة .

ولوخرج ذوالحجة ولم يصم الثلاثة ، تعين الهدى في القابل بـ « منى » .

سألته عن رجل تمتع فلم يجد ما يهدي حتى اذا كان يوم النفر وجد ثمن شاة أيذبح أويصوم ؟ قال : بل يصوم فان أيام الذبح قد مضت[1] .

والجواب : بالمنع من ثبوت الواسطة ، فان الانتظارترقب لحصول العين فليس واسطة . وقدبينا أن وجود الثمن كوجود العين .

وأماالرواية فمحمولة على من شرع في الصوم أوصام ثم وجد الهدي، فانه لايجب عليه الهدي ، لرواية حماد بن عثمان صحيحاً عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن متمتع صام ثلاثة أيام في الحج ثم أصاب هدياً يوم خرج من منى . قال : اجزأه صيامه[2] .

وأما ابن الجنيد فحكم بالتخييربين تخليف الثمن وبين الصوم . وهوغير بعيد من الصواب ، بل هوأقوى .

قوله : ويجوز تقديم الثلاثة من اول ذى الحجة بعد التلبس بالحج ، ولا يجوز قبل ذى الحجة

هنا أقوال :

(الاول) ما ذكره المصنف وهوالمشهور ، فهومشروط بشرطين: أن يكون قد تلبس بالحج ، وان يدخل ذوالحجة . فلوانتفيا أوأحدهما لم يصح صومها .

---

١) التهذيب ٥/٣٧ ، الكافى ٤/٥٠٩ ، الوسائل ١٠/١٥٣ .

٢) الكافى ٤/٥٠٩ ، التهذيب ٥/٣٨ ، الوسائل ١٠/٥١٤ .

ولوصام الثلاثة في الحج ثم وجد الهدى لم يجب، لكنه أفضل.

ولا يشترط في صوم السبعة التتابع .

ولو أقام بمكة انتظر أقل الامرين من وصوله الى اهله ومضى شهر.

نعم يستحب تأخير صومها الى السابع فيبتدىء به وينتهي بالتاسع .

(الثاني) نقل ابن ادريس أنه لايجوز صومها قبل السابع وتاليه .

(الثالث) جوز بعض الفقهاء صومها في احرام العمرة، وهو بناء على وجوب الصوم بالعمرة . وينافيه ما يأتي من قول الشيخ .

(الرابع) قال في الخلاف: لايجب الهدي قبل احرام الحج بلاخلاف ويجوز الصوم قبل احرام الحج . وفيه اشكال من حيث كونه تقديماً للواجب على وقته فهو تقديم المسبب على سببه .

ولعل الشيخ يجعله كالزكاة المعجلة ، فانه يجوز تقديمها على حولان الحول .

قوله : ولوصام الثلاثة في الحج ثم وجد الهدى لم يجب لكنه أفضل

هنا تفصيل ، وهو اما أن يجده بعد صوم الثلاثة أوفي أثناء صومه ، فان كان الاول لم يجب عليه الهدي بل يستحب، وان كان الثاني فاما ان يجده في وقت الذبح أوبعده ، فان كان الثاني فكالاول ، وان كان الاول ـ كما لوصام الثامن والتاسع ثم وجد الهدي في العاشر ـ فيحتمل عدم وجوبه، لانه بشروعه فيها آت بها وهو بدل مشروع ، فلولم يسقط التعبد به لم تكن الثلاثة بدلا . هذا خلف ويحتمل وجوبه ، لانه مأمور بالذبح في وقت وهو متمكن منه فيه فيجب . وجواز تقديم الصوم انما كان بناء على ظنه ، وقد تبين خطأه . وهذا أولى .

قوله : ولايشترط في صوم السبعة التتابع

لاخلاف في وجوب التتابع في الثلاثة الا أن يكون الثالث العيد . واختلف في السبعة ، فقال المفيد وابن زهرة بوجوبه أيضاً فيها قضية للعطف على الثلاثة

ولومات ولم يصم صام الولى عنه الثلاثة وجوباً ، دون السبعة.

ومن وجب عليه بدنة في كفارة أو نذر ، وعجز ، أجزأه سبع شياه.

ولو تعين عليه الهدى ومات ، أخرج من اصل تركته .

(الرابع) في هدى القارن : ويجب ذبحه أو نحره بـ «منى» ان قرنه بالحج ، وبـ « مكة » ان قرنه بالعمرة .

وأفضل مكة فناء الكعبة بالحزورة .

ولو هلك لم يقم بدله ، ولو كان مضموناً لزمه البدل .

ولو عجز عن الوصول نحره أو ذبحه وأعلمه .

ولو أصابه كسر جاز بيعه والصدقة بثمنه أو اقامة بدله .

ولا يتعين الصدقة الا بالنذر وان أشعره أو قلده .

ولو ضل فذبح عن صاحبه أجزأه .

وقال الشيخ بعدمه للاصل . وتؤيده رواية اسحاق بن عمار عن ابى الحسن عليه السلام الى قوله : أفرقها ؟ قال : نعم[1] . وهو اختيار المصنف والعلامة وعليه الفتوى .

قوله : ولومات ولم يصم صام الولى عنه الثلاثة وجوباً دون السبعة

هذا قول الشيخ وابن حمزة وابن بابويه في المقنع وقال في غيره باستحباب صوم العشرة .

---

١) التهذيب ٥ / ٢٣٣ ، الوسائل ١٠ / ١٧٠ قال : قلت لابى الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام انى قدمت الكوفة ولم أصم السبعة الايام حتى فزعت فى حاجة الى بغداد قال : صمها ببغداد . قلت : أفرقها ؟ قال : نعم .

ولو ضل فأقام بدله ثم وجده فان ذبح الاخير استحب ذبح الاول.

ويجوز ركوبه وشرب لبنه ما لم يضر بولده.

ولا يعطى الجزار من الهدى الواجب، كالكفارات، والنذور ولا يأخذ الناذر من جلودها، ولا يأكل منها فان أخذ ضمنه.

ومن نذر بدنة فان عين موضع النحر والا نحرها بمكة.

(الخامس) الاضحية، وهي مستحبة.

ووقتها بـ «منى» يـوم النحر وثلاثة بعده، وفي الامصار يوم النحر ويومان بعده.

ويكره أن يخرج من أضحيته شيئاً عن «منى» ولا بأس بالسنام ومما يضحيه غيره.

ويجزىء هدى التمتع عن الاضحية والجمع أفضل.

ومن لم يجد الاضحية تصدق بثمنها.

فان اختلف أثمانها جمع الاول والثانى والثالث وتصدق بثلثها.

ويكره التضحية بما يـربيه وأخذ شيء من جلودها واعطاؤها الجـزار.

احتج الشيخ بحسنة الحلبى عن الصادق عليه السلام: رجل تمتع بالعمرة ولم يكن له هدي فصام ثلاثة أيام فى ذى الحجة ثم مات بعد ما رجع الى أهله قبل أن يصوم السبعة الايام أعلى وليه أن يقضي عنه؟ قال: ما أرى عليه قضاء[1].

---

١) الكافى ٤/٥٠٩، التهذيب ٥/٤٠، الوسائل ١٠/١٦١. فى الكافى «رجل يتمتع» و «فصام ثلاثة أيام فى الحج».

وأماالحلق : فالحاج مخير بينه وبين التقصير ، ولو كان صرورة أو ملبداً على الاظهر . والحلق أفضل .

وقال ابن ادريس والمصنف في الشرائع بوجوب صوم العشرة ، لصحيحة معاوية عن الصادق عليه السلام: من مات ولم يكن له هدي لمتعته فليصم عنه وليه[1].

واختاره العلامة محتجاً بخبر الخثعمية : فدين الله أحق أن يقضى .

والتحقيق هنا أن نقول : المسألة مفروضة في من مات ولم يصم شيئاً من العشرة ، فاما أن يكون موته بعد خروج ذي الحجة أوقبله، فان كان الاول فذلك يتعين فيه الهدي من قابل من تركة الميت ان كان له مال وجوباً ، وان لم يكن له مال يستحب لوليه الاهداء عنه . وان كان الثاني فاما أن يكون الموت بعد تمكنه من صوم العشرة ـ بأن يكون قدمات بعد وصوله أهله ـ فذاك يجب على وليه صوم العشرة لعموم تكليف الولي بقضاء ما على الميت من الصيام مما تمكن من أدائه وبخبر الخثعمية ، وان لم يكن الموت بعد تمكنه من السبعة صام الولي الثلاثة وجوباً والسبعة ندباً .

ويتفرع على هذا أنه لو وصل أهله وتمكن من صوم بعضها صام الولي ذلك البعض خاصة على القول باللزوم، لان القضاء على خلاف الاصل فيقتصر على المتيقن .

قوله : واما الحلق فالحاج مخير بينه وبين التقصير ولو كان صرورة أو ملبداً [2] على الاظهر

---

١) التهذيب ٥/٤٠ ، الكافى ٤/٥٠٩ ، الوسائل ١٠/١٦١ .

٢) اللبد وزان حمل ما يتلبد من شعر أوصوف ، ولبد الشيء من باب تعب أى لصق ولبدت الشيء تلبيداً: الزقت بعضه ببعض حتى صار كاللبد، ولبد الحاج شعره بخطمى ونحوه كذلك حتى لا يتشعث ولا يتقمل .

والتقصير متعيـــن على المرأة ، ويجزىء ولو قـــدر الانملة .

والمحل بـ « منى » ، ولو رحل قبله عاد للحلق أو التقصير.

ولو تعذر حلق أو قصر حيث كان وجوباً ، وبعث بشعره الى « منى » ليدفن بها استحباباً .

ومن ليس على رأسه شعر ، يجزيه امرار الموسى .

والبدء برمى جمرة العقبة ثم بالذبح ، ثم بالحلق ، واجب . فلوخالف أثم ولم يعد .

ولا يزور البيت لطواف الحج الا بعد الحلق أو التقصير.

فلوطاف قبل ذلك عامداً لزمه دم شاة . ولو كان ناسياً لم يلزمه شيء ، وأعاد طوافه .

ويحل من كل شيء عنـــد فراغ مناسكه بـ « منى » عدا الطيب والنساء والصيد .

فاذا طاف لحجه حل له الطيب. واذا طاف طواف النساء حل له.

ويكره المخيط حتى يطوف للحج. والطيب حتى يطوف طواف النساء .

ثم يمضى الى مكة للطواف ، والسعى ليومه ، أو من الغد .

ويتأكد في جانب المتمتع .

ولو أخر أثم ، وموسع للمفرد والقارن طول ذى الحجة على كراهيـــة .

ويستحب لـه اذا دخل مكة الغسل ، وتقليم الاظفار ، وأخذ الشارب ، والدعاء عند باب المسجد .

القول في الطواف : والنظر في مقدمته وكيفيته وأحكامه :

أما المقدمـة : فيشترط تقديم الطهارة ، وازالة النجاسة عن الثوب والبدن ، والختان في الرجل .

ويستحب مضغ الاذخر قبل دخول مكة ، ودخولها من أعلاها حافياً على سكينة ووقار ، مغتسلا من بئر « ميمون » أو « فخ » .

ولو تعذر اغتسل بعد الدخول ، والدخول من باب بني شيبة ، والدعاء عنده .

وأما الكيفية : فـواجبها النية ، والبداءة بالحجر ، والختم به والطواف على اليسار ، وادخال الحجر في الطواف ، وأن يطوف سبعاً ، ويكون بين المقام والبيت .

ويصلي ركعتين في المقام ، فان منعه زحام صلى حياله ، ويصلي النافلة حيث شاء من المسجد .

ولو نسيهما رجع فأتى بهما فيه ولو شق صلاهما حيث ذكر .

ولو مات قضى عنه الولي .

تقدم معنى الصرورة ، وأما الملبد فهو الذي يأخذ العسل والصمغ ويجعلهما في رأسه لئلا يقمل .

اذا عرفت فان الشيخ في الجمل والقاضي والعجلي قالوا بالتخيير ، وقال الشيخ في النهاية وابن حمزة يتعين الحلق على الصرورة والملبد ، وكذا ابن الجنيد وأضاف اليهما من كان مضفوراً [1] أو معقوصاً من الرجال ، وابن ابى عقيل اقتصرعلى الملبد ، والمفيد اقتصرعلى الصرورة ، واختاره المصنف .

والعلامة الاول لقوله تعالى « لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله آمنين محلقين رؤسكم ومقصرين »[2] وليس المراد الجمع بل اما التخييرأوالتفصيل ، والثاني بعيد والالزم الاجمال فتعين الاول ، ولرواية حريزصحيحاً عن الصادق عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يوم الحديبية : اللهم اغفر للمحلقين مرتين ، قيل : وللمقصرين يا رسول الله . قال : وللمقصرين[3].

وفي هذا نظر ، أما الاية فلان الجمع بالنسبة الى كل شخص مسلم أنه غير مراد ، وأما بالنسبة الى صنف الحاج فلم لا يكون مراداً . وأما التخيير فان ارادته يستلزم الاتيان بأو وكون الواو بمعناها عدول عن الحقيقة من غيرضرورة ولا وجه له .

فلم يبق الا التفصيل وكونه مستلزماً للاجمال مسلم ، لكن مع البيان من جهة السنة لاوجه لمنعه وقدوقع في القرآن كثيراً ، فعلى هذا يكون تقدير الكلام محلقين على تقدير الصرورة والتلبيد ومقصرين على تقديرغيرهما .

وتؤيد ماقلناه رواية ابى بصيرعن الصادق عليه السلام قال : على الصرورة

---

١) ضفرت الشعر ضفراً من باب ضرب : جعلته ضفائركل ضفيرة على حدة بثلاث طاقات فمافوقها. والضفيرة : الذؤابة . والعقيصة للمرأة : الشعرالذى يلوى ويدخل اطرافه فى أصوله ، وعقصت المرأة شعرها عقصاً : فعلت به ذلك .

٢) سورة الفتح : ٢٧ .

٣) التهذيب ٥/٢٤٢ ، الوسائل ١٠/١٨٦ .

والقران مبطل في الفريضة على الاشهر، ومكروه في النافلة .

ولوزاد سهواً أكملها أسبوعين، وصلى ركعتى الواجب منهما قبل السعى وركعتى الزيادة بعده .

ويعيد من طاف في ثوب نجس ، ولا يعيد لولم يعلم .

ولوعلم في أثناء الطواف أزاله وأتم .

ويصلى ركعتيه في كل وقت ما لم يتضيق وقت حاضرة .

ولو نقص من طوافه وقد تجاوز النصف أتم .

ولو رجع الى أهله استناب .

ولو كان دون ذلك استأنف .

وكذا من قطع الطواف لحدث أو لحاجة .

ان يحلق رأسه ولا يقصر، انما التقصير لمن حج حجة الاسلام[1].

وفي الصحيح عن معاوية عنه عليه السلام قال : اذا لبد شعره أوعقصه فان عليه الحلق وليس له التقصير[2].

وأما الحديث ـ فانه وان أفاد التساوي بين الحلق والتقصير الذي هوأمارة التخيير ـ لكن جاز أن يكون من العمومات المخصوصة لمن ليس بصرورة ولا ملبد : فاذاً القول بالتفصيل أولى وأحوط .

قوله : والقران مبطل فى الفريضة على الاشهر مكروه فى النافلة

القران لغـة فعال من قرنت البعيرين أوغيرهما بحبل أوغيره اذا جمعتهما

---

١) التهذيب ٥/٢٤٣ ، الكافى ٤/٥٠٣ ، الوسائل ١٠/١٨٦ .

٢) التهذيب ٥/٢٤٣ ، ٤٨٤ ، الكافى ٥/٥٠٢ ، الوسائل ١٠/١٨٥ .

بحيث لا يتقدم أحدهما على الاخر . والمراد هنا هو أن يطوف اسبوعين ولا يفصل بينهما بركعتين .

ولا خلاف في جوازه في النافلة لكن على كراهية ، وأما في الفريضة فهل هوحرام مبطل أو مكروه ؟ قال الشيخ بالاول في اكثر كتبه ، وهو الاشهر في الروايات الصحيحة . وقال في النهاية واختاره ابن ادريس بالثاني .

والاول أقوى وعليه الفتوى ، لان روايات الجواز منها ما يراد بالكراهة فيه التحريم ، كرواية زرارة الصحيحة عن الصادق عليه السلام : انما يكره أن يجمع الرجل بين أسبوعين والطوافين في الفريضة ، فأما في النافلة فلا بأس[1] ذكر نفي البأس في مقابلة الكراهة ، وهوأمارة التحريم .

ومنها ماورد تقية ، فان جوازالقران مذهب القوم ، تدل عليه رواية صفوان ابن يحيى واحمدبن محمد بن ابى نصر قالا : سألناه عن قران الطواف الاسبوعين والثلاثة . قال : انما هوسبوع وركعتان . وقال : كان ابى يطوف مع محمدبن ابراهيم فيقرن ، وانما كان ذلك منه حال التقية[2].

ومنها ما هوضعيف ، فان الشيخ أورد حديثين في الجواز أحدهما في طريقه محمد بن سنان عن ابن مسكان [3] والاخر في طريقه محمد بن الوليد [4] ، وابن

---

١) الفقيه ٢/ ٢٥١ ، الكافى ٤/ ٤١٨ ، التهذيب ٥/ ١١٥ ، الوسائل ٩/ ٤٤٠ .

٢) التهذيب ٥/ ١١٥ ، الوسائل ٩/ ٤٤١ .

٣) وهى الرواية الاولى التى عرفناك من الفقيه والكافى والتهذيب والوسائل .

٤) وهى التى روى الكلينى فى الكافى ٤/ ٤١٩ عن احمد بن محمد عن محمد بن احمد النهدى عن محمد بن وليد عن عمر بن يزيد قال : سمعت اباعبدالله عليه السلام يقول: انما يكره القران فى الفريضة فأما النافلة فلا والله ما بـه بأس . وروى عنه فى التهذيب ٥/ ١١٥ ، والوسائل ٩/ ٤٤١ .

سنان نقل الشيخ وابن الغضائري الطعن عليه بالغلو، وكذا محمد بن الوليد قال الكشي انه فطحي .

فـروع :

(الاول) القران المبطل هوعلى جهة العمد لا السهو .

(الثاني) الطواف الاول اذا كان فـريضة فقرن معه غيره أبطله ، سواء كان الثاني فريضة أو نافلة .

(الثالث) الطواف الثاني المقرون بـالاول تشترط فيه النية له ، أما لو زاد شوطاً سهواً ثم ذكر استحب له اكمال اسبوعين وليس ذلك بقران . نعم عند الصدوق[1] يعاد الطواف لوزاد شوطاً سهواً ، لظاهرروايةابي بصير[2] ويعارضها غيرها بما هو أشهر وأصح . وعند ابن الجنيد وعلي بن بابويه أن الثاني منهما هو الفريضة ، ويفهم من كلامهما أنـه قران مبطل ، وظاهر الاصحاب والفتوى خلافه وان الفريضة هوالاول والا لوجب الاكمال .

(الرابع) الفريضة أعم مـن أن يكون واجباً تبعاً للنسك أو بـاستقلاله بنذر وشبهه فانه يبطله القران .

(الخامس) لونذر أن يطوف ويقرن لم ينعقدنذره ، لانه اما حرام أومكروه وكلاهما لاينعقد بالنذر ، اذ شرطه الراجحة .

---

١) المقنع ٨٥ ، قال فيه : فان طفت بالبيت المفروض ثمانية اشواط فأعد الطواف .

٢) الوسائل ٥ / ٤٣٦ عن محمد بن يعقوب باسناده عن ابى بصير قال: سألت اباعبدالله عليه السلام عن رجل طاف بالبيت ثمانية أشواط المفروض . قال : يعيد حتى يثبته .

ولوقطعه لصلاة فريضة حاضرة صلى، ثم أتم طوافه . ولو كان دون الاربع ، وكذا للوتر.

ولو دخل في السعى فذكرأنه لم يطف استأنف الطواف ، ثم استأنف السعى .

ولو ذكرأنـه طاف ولم يتم قطع السعى وأتم الطواف ثم تمم السعى .

ومندوبه : الوقوف عند الحجر والدعاء ، واستلامه ، وتقبيله .

فان لم يقدر أشار بيده ، ولوكانت مقطوعة فبموضع القطع .

ولو لم يكن له يـد أشار ، وأن يقتصد في مشيه ، ويذكر الله سبحانه في طوافه ، ويلتزم المستجار ، وهو بحذاء الباب من وراء الكعبة ، ويبسط يديه وخده على حائطه ، ويلصق بطنه به ، ويذكر ذنوبه ، ولو جاوز المستجار رجع والتزم .

وكذا يستلم الاركان .

وآكدها ركن الحجر ، واليمانى .

قوله : ولوقطعه لصلاة فريضة حاضرة صلى ثماتم طوافه ولوكان دون الاربع وكذا للوتر

قال التقي يجوز البناء على شوط اذا قطعه لصلاة فريضة ، وهونادر. وكذا فتوى المصنف به هنانادرة ، وكذااضافته الوتر، بل الاظهرفي فتاوى الاصحاب أنه تجب الموالاة فيه وأنه لوقطعه لما دون الاربع بطل وأعاده ، سواء كان احدث

أوخبث أو دخول البيت أوصلاة فريضة أونافلة أوحاجة له أولغيره أولا بل انما يباح ذلك بعد كمال الاربع .

وانما قلنا بالبطلان في الاول لاصالة وجوب اكمال العمل ، ولقوله « ولا تبطلوا أعمالكم »[1] ، خرج من ذلك ما وقع الاجماع على جوازه فيبقى الباقي على أصله .

فروع :

(الاول) اذا عاد بنى من موضع قطعه ، فلوشك فيه أخذ بالاحتياط .

(الثاني) لوبدا من الركن وكان القطع بعد مجاوزته قيل جاز، وكذا لو استأنف من رأس استناداً الى رواية ذكرها الصدوق . والاولى عدمه ، بل يبني من موضع قطعه والالزم الزيادة عمداً وهي مبطلة في الفريضة .

(الثالث) هذه الموالاة واجبة في طواف الفريضة ، أعم من أن يكون وجوبه تبعاً للنسك أوباستقلاله ، أما النافلة فيبني فيها مطلقاً .

قوله: ويتطوع بثلاثمائة وستين طوافاً فان لم يتمكن جعل العدة اشواطاً

هكذا رواه الكليني والشيخ في التهذيب عن معاوية بن عمار[2] وابى بصير[3] عن الصادق عليه السلام .

أورد بعض المتأخرين أحد الامرين لازم ، اما كون الطواف ثلاثة اشواط

---

١) سورة محمد : ٣٣ .

٢) الكافي ٤/٤٢٩ ، التهذيب ٥/٤٧١ ، الفقيه ٢/٢٥٥ .

٣) التهذيب ٥/٤٧١ باسناده عن ابى بصير عن ابى عبدالله عليه السلام قال : يستحب أن يطاف بالبيت عدد ايام السنة كل اسبوع لسبعة ايام فذلك اثنان وخمسون اسبوعاً .

ويقرأ في ركعتي الطواف ، بـ «الحمد» و« الصمد » في الاولى وبـ «الحمد» و«الجحد» في الثانية . ويكره الكلام فيه ، بغير الدعاء والقراءة .

وأما أحكامه فثمانية : ـ

(الاول) الطواف ركن ، ولو تركه عامداً بطل حجه ، ولو كان ناسياً أتى به .

ولو تعذر العود استناب فيه ، وفي رواية : لو على وجه جهالة أعاد وعليه بدنة .

(الثاني) من شك في عدده بعد الانصراف ، فلا اعادة عليه .

أو الزيادة على السبع ، والاول خلاف المشروع والثاني مكروه فلا يكون مستحباً وبيان اللزوم : ان ثلاثمائة وستين شوطاً يكون احدى وخمسين اسبوعاً وثلاثة اشواط .

وأجيب بوجوه : «١» أن ذلك منصوص في أخبارهم عليهم السلام فلا يرد عليه ما قال ، « ٢ » أن الزيادة هنا تكون مغتفرة وتكون مخصصة لعموم الكراهية « ٣ » ما قاله السيد ابن زهرة أنه يزاد اربعة أشواط حذراً من الكراهية وليوافق عدد أيام السنة الشمسية فانها عندهم ثلاثمائة وأربعة وستين يوماً .

قوله : الطواف ركن لو تركه عمداً بطل حجه ، ولو كان ناسياً أتى به ولو تعذر العود استناب فيه ، وفي رواية ان كان على وجه جهالة اعاده وعليه بدنة

هنا فوائد :

(الاولى) قد تقدم أن الركن هنا غير الركن الذي في الصلاة ، فانه في الصلاة

ولو كان في أثنائه وكان بين السبعة ومازاد ، قطع ولا اعادة .

ولو كان فى النقيصة أعاد فى الفريضة ، وبنى على الاقل فى النـافلة .

ولو تجاوز الحجر فى الثامن وذكر قبل بلوغ الركن قطع ولم يعد (الثالث) لو ذكر أنه لم يتطهر ، أعاد طواف الفريضة ، وصلاته . ولا يعيد طواف النافلة ، ويعيد صلاته استحباباً .

يبطل بتركه عمداً وسهواً وهنا عمداً لاغير .

(الثانية) كل طواف واجب في نسك ركن فيه الا طواف النساء فانه واجب غير ركن فلايبطل النسك بتركه عمداً بل يجب الاتيان به ويحرم النساء قبل ذلك حتى العقد على الاولى ويجب العود له . ولو تركه ناسياً استناب ولو اختياراً .

(الثالثة) لو ترك الطواف الذي هو ركن ناسياً وجب العود له والاتيان به ويحرم من أيضاً قبله ، فان تعذر استناب فيه . وهل المراد بالتعذر عدم الامكان عرفاً أو المشقة الكثيرة أو فقدان الاستطاعة المعهودة ؟ يحتمل الثالث ، لانه المعهود لانه جزء من كل فيعتبر فيه ما يعتبر في كله . ويحتمل الثاني ، أي المشقة الكثيرة المستلزمة للحرج ، لقوله « وما جعل عليكم في الدين من حرج »[1] .

الاولى أنه عدم الامكان عرفاً ، لعدم النص وعدم انضباط المشقة ، فيكون العرفي أولى ، فقد حصل الفرق بينه وبين طواف النساء من وجهين :

(الاول) ان ترك الثاني عمداً غير مبطل بخلاف الاول .

---

١) سورة الحج : ٧٨ .

(الثاني) انه تجوز الاستنابة في الثاني اختياراً لو تركه سهواً بخلاف الاول

(الرابعة) لو ترك الطواف الركن عمداً على وجه جهالة ، ففي الرواية المشار اليها وهي رواية عبدالرحمن بن الحجاج عن علي بن يقطين قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل جهل أن يطوف بالبيت طواف الفريضة . قال : ان كان على وجه جهالة في الحج أعاد الحج وعليه بدنة[1] . يريد أعاد الحج لتطابق رواية حماد بن عيسى عن علي بن ابى حمزة قال : ان كان على وجه جهالة في الحج أعاد الحج وعليه بدنة[2] . فقد اشتملنا على حكمين : أحدهما اعادة الحج وهوموافق للدليل ، وثانيهما وجوب البدنة .

وهذا فيه نظرمن حيث أصالة عدم الوجوب أولا ، ومن هجران الروايتين ثانياً لعدم القائل بهما ، ومن ضعفهما ثالثاً فانابن ابى حمزة واقفي ، قال الكشي هو احد عمد الواقفية لعنه الرضا عليه السلام ، وعبدالرحمن بن الحجاج رمي بالكيسانية لكنه قيل انه رجع الى الحق وهوالاشهر .

(الخامسة) لو عملنابالرواية وأوجبنا البدنة على الجاهل فهل يجب على العالم نظرمن حيث الاولوية ومن أصالة البراءة وعدم النص ، وهوأولى .

قوله : ولو نسي طواف الزيارة حتى رجع الى اهله وواقع اعاد واتى به ، ومع التعذر يستنيب فيه ، وفي الكفارة تردد اشبهه انها لاتجب الامع الذكر .

---

١) التهذيب ١٢٧/٥ ، الوسائل ٤٦٦/٩ .

٢) التهذيب ١٢٩/٥ ، الفقيه ٢٥٦/٢ وفيه : وروى على بن ابى حمزة عن ابى الحسن عليه السلام انه سئل عن رجل سها أن يطوف بالبيت حتى يرجع الى اهله . فقال: اذا كان على وجه الجهالة أعاد الحج وعليه بدنة .

ومع التعذر يستنيب فيه .

وفي الكفارة تردد ، أشبهه : أنها لا تجب الا مع الذكر .

ولو نسي طواف النساء استناب ، ولو مات قضاه الولي .

(الرابع) من طاف فالافضل له تعجيل السعي ، ولا يجوز تأخيره الى غده .

(الخامس) لا يجوز للمتمتع تقديم طواف حجه وسعيه على الوقوف وقضاء المناسك ، الا لامرأة تخاف الحيض أو مريض أو هم .

التردد في وجوب الكفارة بالوطي قبل الطواف ، ومنشأه من حيث رواية علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام[1] ورواية معاوية في الحسن عن الصادق عليه السلام[2] وكذا رواية عيص بن القاسم في الصحيح عن الصادق عليه السلام[3] ومن كون الناسي مرفوعاً عنه القلم فلا يجب عليه كفارة .

وهو أولى ، ولهذا اختار المصنف عدم الوجوب . اللهم الا أن يذكر قبل الوطي أنه لم يطف فانها حينئذ يجب عليه وعليه تحمل الرواية .

قوله : من طاف فالافضل له تعجيل السعي ولا يجوز تأخيره الى غده

هنا حكمان :

(الاول) أفضلية تعجيل السعي ويفهم منه جواز تأخيره ساعة أو ساعتين ، بل جواز تأخيره الى آخر النهار وبذلك قال الشيخ واتباعه جمعاً بين الروايات وللامر بالمسارعة الى أسباب المغفرة .

---

١) التهذيب ٥/١٢٨ ، قرب الاسناد : ١٠٧ ، الوسائل ٩/٤٦٧ .

٢) الوسائل ٩/٢٦٤ ، التهذيب ٥/١٢٨ ، ٢٥٥ ، ٢٥٦ .

٣) التهذيب ٥/٣٢١ ، الوسائل ٩/٢٦٤ .

وفي جواز تقديم طواف النساء مع الضرورة روايتان، أشهرهما: الجواز.

ويجوز للقارن والمفرد تقديم الطواف اختياراً، ولا يجوز تقديم طواف النساء لمتمتع ولا لغيره.

ويجوز مع الضرورة والخوف من الحيض.

(الثاني) عدم جواز تأخيره الى غده كما دلت عليه الروايات وهو المشهور اللهم الا لضرورة، فلو أخر لالها أثم واجزأ.

وقال المصنف في الشرائع[1] بجواز تأخيره الى الغد ولا يجوز عن الغد، ولا أعلم مستنده في ذلك، بل الروايات تدل على ما ذكرناه[2].

قوله: وفي جواز تقديم طواف النساء مع الضرورة روايتان اشهرهما الجواز.

منع ابن ادريس من تقديم الطوافين والسعي على الموقفين وعلى أحدهما

---

١) الشرائع ١/ ٧٤، قال فيه: من طاف كان بالخيار في تأخير السعي الى الغد ثم لا يجوز مع القدرة.

٢) قال في الجواهر ١٩/ ٣٩٠ في شرح قول المحقق: بلا خلاف اجده فيه للاصل وصحيح ابن مسلم سأل أحدهما عليهما السلام عن رجل طاف بالبيت فأعيى ايؤخر الطواف بين الصفا والمروة. فقال: نعم.

وصحيح ابن سنان على ما في التهذيب سأل ابا عبدالله عليه السلام عن رجل يقدم حاجاً وقد اشتد عليه الحر فيطوف بالكعبة أيؤخر السعي الى أن يبرد؟ فقال: لا بأس به وربما فعلته. قال: وربما رأيته يؤخر السعي الى الليل.

ورواه في الكافي والفقيه الى قوله عليه السلام «وربما فعلته» ولكن في الثاني منهما وفي حديث آخر «الى الليل». وعلى كل حال هو دال بناء على ظهوره في دخول الغاية على جواز فعله في الليل الداخل فيه مسماه أجمع حتى يتحقق صدق اسم الغد. الى آخر مقاله.

لوجوب الترتيب بين الافعال مطلقاً ، وجوز الشيخ تقديم طواف الحج وسعيه على الوقوف لضرورة كما مثل بـه المصنف بقوله « الا لامرأة تخاف الحيض أومريض أوهم »[1] .

وهل يجوز لهؤلاء تقديم طواف النساء مع الضرورة ؟ قـال المصنف : فيه روايتان ، أما المجوزة فهي رواية محمد بن عيسى عن الحسن بن علي عن أبيه قال : سمعت أبا الحسن الاول عليـه السلام يقول : لابأس بتعجيل طواف الحج وطواف النساء قبل الحج يوم التروية قبل خروجه الـى منى ، وكذلك لابأس لمن خاف الامر لايتهيأله الانصراف الى مكة أن يطوف ويودع البيت ثم يمر كما هومن منى اذا كان خائفاً[2] .

واما المانعة فرواية صفوان بن يحيى عن اسحاق بن عمار قال: قلت لابى الحسن عليه السلام : المفرد بالحج اذا طـاف بالبيت والصفا والمروة أيعجل طواف النساء ؟ قال : لا انما طواف النساء بعد مايأتي منى[3].

والشيخ جمـع بينهما ، فحمل الاخير على المختار والاول على المضطر وحينئذ في كلام المصنف تسامح لعدم اختصاص الروايتين بحال الضرورة ولا بالمتمتع وكلامه في المتمتع المضطر. وأما منع ابن ادريس فلاوجه له مع ورود الاحاديث بذلك ، وقد جمع الشيخ بينهما جمعاً حسناً .

---

١) الهم بكسر الهاء وتشديد الميم : الشيخ الفانى . والمؤنث : الهمة .

٢) التهذيب ١٣٣/٥ ، الوسائل ٤٧٣/٩ .

٣) التهذيب ١٣٢/٥ ، الكافى ٤٥٧/٤ ، الوسائل ٢٠٥/٩ .

(السادس) قيل : لا يجوز الطواف وعليه بـرطلة . والكراهية أشبه ، ما لم يكن الستر محرماً .

(السابع) كل محرم يلزمه طواف النساء ، رجلا كان أو امرأة ،

قوله : قيل لايجوز الطواف وعليه برطلة والكراهية اشبه ما لم يكن الستر محرماً .

البرطلة قلنسوة طويلة يلبسها اليهود ، والقائل بالمنع هو الشيخ ومسنده رواية زياد بن يحيى الحنظلي عن الصادق عليه السلام قال : لاتطوفن بالبيت وعليك برطلة[1] . والنهي للتحريم .

وصرح في التهذيب بالكراهية ، لرواية يزيد بن خليفة قال: رآني الصادق عليه السلام أطوف حول الكعبة وعلي برطلة فقال لي بعد ذلك : فقد رأيتك تطوف حول الكعبة وعليك برطلة، لاتلبسها حول الكعبة فانها من زي اليهود[2] .

وهذا أولى ، لاصالة عدم التحريم في الاول فيحمل على الكراهية لدلالة تعليله بأنها زي اليهود .

وقال ابن ادريس واختاره المصنف والعلامة : ان كان في طواف العمرة فهو حرام وعليه تحمل الرواية الاولى لان الستر حينئذ محرم ، وان كان في طواف الحج فهو مكروه لجواز الستر حينئذ . ويحتمل أن يكون التحريم غير معلل بالستر وعدمه بل يكون حراماً تعبداً . وبالجملة على التقديرين لو لبس البرطلة لايبطل طوافه بذلك كما لو لبس المخيط .

قوله : كل محرم يلزمه طواف النساء

هنا فوائد :

---

١) التهذيب ٥/ ١٣٤ ، الكافي ٤/ ٤٢٧ .

٢) التهذيب ٥/ ١٣٤ ، الفقيه ٢/ ١٥٥ .

أو صبياً ، أو خصياً ، الا فى العمرة المتمتع بها .

(الثامن) من نذرأن يطوف على أربع قيل : يجب عليه طوافان. وروى ذلك في امرأة نذرت .

وقيل : لا ينعقد ، لانه لا يتعبد بصورة النذر .

القول فى السعى . والنظر في مقدمته ، وكيفيته ، وأحكامه .

أما المقدمة ـ فمندوبات عشرة :

الطهارة ، واستلام الحجر ، والشرب من زمزم ، والاغتسال من الدلو المقابل للحجر ، والخروج من باب الصفا ، وصعود الصفا واستقبال ركن الحجر ، والتكبيرة والتهليل سبعاً ، والدعاء بالمأثور.

(الاولى) انما قال «كل محرم» ليشمل الحاج والمعتمر .

(الثانية) انما قال « يلزمه » ولم يقل يجب عليه ليدخل الصبي فانه يلزمه الاتيان به على[1] أمر الولي، ولايخاطب الصبى بالوجوب لانه تكليف والصبى غيرمكلف ، فاللزوم قدر مشترك .

(الثالثة) انما خص طواف النساء فلايدخل حينئذ المرأة والصبى، والامر بخلاف ذلك بل هولازم لهما وانما الاضافة الى النساء لان حلهن يحصل عقيبه بالنسبة الى من يمكن ذلك في حقه فليست الاضافة للتخصيص .

قوله : من نذران يطوف على أربع قيل يجب عليه طوافان ، وروى ذلك فى امرأة نذرت ، وقيل لاينعقد لانه لايتعبد بصورة النذر

القائل بالاول هو الشيخ في النهاية ، ومستنده رواية النوفلي عن السكوني

---

١) فى ب : مع امر الولى .

وأما الكيفية ـ ففيها الواجب ، والندب .

فالواجب أربعة : النية ، والبداءة بالصفا ، والختم بالمروة ، والسعى سبعاً .

يعد ذهابه شوطاً ، وعوده آخر.

والمندوبات أربعة أشياء :

المشى طرفيه ، والاسراع ما بين المنارة الى زقاق العطارين.

ولونسى الهرولة رجع القهقرى وتدارك ، والدعاء ، وأن يسعى ماشياً ، ويجوز الجلوس في خلاله للراحة .

وأما الاحكام ـ فأربعة :

(الاول) السعى ركن ، يبطل الحج بتـركه عمداً ، ولا يبطل سهواً ويعود لتداركه ، فان تعذر العود استناب فيه .

(الثاني) يبطل السعى بالزيادة عمداً ، ولايبطل بالزيادة سهواً.

ومن تيقن عدد الاشواط وشك فيما بدأ به ، فان كان فى الفرد على الصفا أعاد ، ولوكان على المروة لم يعد.

وبالعكس لوكان سعيه زوجاً ، ولو لم يحصل العدد أعاد.

ولوتيقن النقصان أتى به .

عن الصادق عليه‌السلام قال : قال علي عليه السلام في امرأة نذرت أن تطوف على أربع . قال: تطوف اسبوعاً ليديها وأسبوعاً لرجليها[1]. ومثله رواية ابى الجهم

---

١) الكافى ٤/٤٣٠ ، التهذيب ٥/١٣٥ ، الوسائل ٩/٤٧٨ ، الفقيه ٢/٣٠٨ .

(الثالث) لوقطع سعيه لصلاة أو لحاجة ، أو لتدارك ركعتى الطواف أوغير ذلك ، اتم ولو كان شوطاً .

(الرابع) لوظن اتمام سعيه فأحل وواقع اهله ، أوقلم اظفاره ثم ذكرأنه نسى شوطاً ، اتم ، وفى الروايات : يلزمه دم بقرة .

عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام[1] .

والقائل بالثاني هوابن ادريس والعلامة لانه كيفية غيرمشروعة وشرط انعقاد النذر المشروعية . وهوأقوى .

هذا مع أن الرواية ضعيفة لضعف السكوني ، ومنهم من عمل بها .

وأوجب الجمهور على موضع الورود وهوالمرأة وأبطل النذر في حق الرجل .

قوله : لوقطع سعيه لصلاة أولحاجة أولتدارك ركعتى الطواف أوغير ذلك أتم ولوشوطاً

هذا الذي ذكره هوظاهرقول الاكثر والاخبار ، وهو البناء مطلقاً من غير مراعاة تجاوزالاربع كما في الطواف . ورواية ابن فضال[2] مصرحة بالبناء على شوط اذا قطعه للصلاة ، وعمل بها ابن الجنيد .

وقال المفيد وسلار والتقي تعتبرالموالاة المعتبرة في الطواف كما قلناه . ولاشك أنه أحوط ، واختاره الشهيد في بعض تصانيفه .

قوله : لوظن اتمام سعيه فأحل وواقع اهله اوقلم اظفاره ثم ذكر انه نسى شوطاً اتم ، وفى الروايات يلزمه دم بقرة

أتى باللام العهدية اشعاراً بأن ذلك الحكم مذكور في روايات اتمام السعي

---

١) الكافى ٤/٤٢٩ ، التهذيب ٥/١٣٥ .

٢) الفقيه ٢/٢٥٨ ، التهذيب ٥/١٥٦ ، الوسائل ٩/٥٣٤ .

القول في أحكام «منى»:

بعد العود يجب المبيت بـ «منى» ليلة الحادي عشر والثاني عشر.

ولو بات بغيرها، كان عليه شاتان، الا أن يبيت بمكة مشتغلا بـالعبادة.

ولو كان ممن يجب عليه المبيت الليالي الثلاث لزمه ثلاث شياه.

وحد المبيت أن يكون بها ليلا حتى يجاوز نصف الليل.

ولولا اللام لظن المغايرة، وذلك مارواه صفوان بن يحيى وعلي بن النعمان عن سعيد بن يسار قال: قلت للصادق عليه السلام: رجل متمتع يسعى بين الصفا والمروة ستة أشواط ثم رجع الى منزله وهويرى أنه قد فرغ منه فقلم أظافيره وأحل ثم ذكر أنه سعى ستة اشواط. فقال لي: يحفظ انه قدسعى ستة اشواط، فان كان يحفظ أنه سعى ستة أشواط فليعد وليتم شوطاً وليرق دماً. فقلت: دم ماذا؟ قال: دم بقرة[1]. ومثله روى محمد بن سنان عن ابن مسكان عنه عليه السلام[2].

وعلى ذلك فتوى الشيخ في النهاية والمبسوط والمفيد وابن ادريس، وقالوا ان تركه ناسياً يتم بلا كفارة وهو حسن، لان الناسي مرفوع القلم، وأما الرواية فمختصة بالظان.

قوله: ولو كان ممن يجب عليه المبيت الليالي الثلاث لزمه ثلاث شياه

لزوم ثلاث شياه ورد مطلقاً وعمل به الشيخ، والمصنف فصل وهو أنه ان غربت الشمس يوم الثاني عشر وهو بمنى وجب عليه مبيت الثالثة عشر فيجب

---

١) التهذيب ٥/١٥٣، الوسائل ٩/٥٢٩، وتمام الخبر: قال: وان لم يكن حفظ انه سعى ستة فليعد فليبتدأ السعي حتى يكمل سبعة اشواط ثم ليرق دم بقرة.

٢) الفقيه ٢/٢٥٦، التهذيب ٥/١٥٣، الوسائل ٩/٥٢٩.

وقيل : لا يدخل مكة حتى يطلع الفجر.

ويجب رمى الجمار في الايـام التى يقيم بها : كل جمرة بسبع حصيات مرتباً ، يبدأ بالاولى ، ثم الوسطى ثم جمرة العقبة .

ولو نكس أعاد على الوسطى وجمرة العقبة .

ويحصل الترتيب بأربع حصيات على الوسطى وجمرة العقبة.

ووقت الرمى مابين طلوع الشمس الى غروبها .

ولو نسى رمى يوم ، قضاه من الغد مرتباً .

ويستحب أن يكون ما لامسه غدوة ، وما ليومه بعد الزوال .

ولا يجوز الرمى ليلا الا لعذر ، كالخائف ، والرعاة ، والعبيد ويرمى عن المعذور كالمريض .

ولو نسى جمرة وجهل موضعها رمى على كل جمرة حصاة .

عليه عن كل ليلة شاة فيلزمه ثلاث شياه لوبات بغير منى ، وان لـم يكن كذلك فلزوم الثلاث شياه ممنوع لعدم وجوب الثالثة حينئذ فلايجب عليه عنها شيء .

وقيل في توجيهه غيرذلك ، وهـو أن غيرالمتقي يجب عليه مبيت الثلاث الليالي . وفسر[1] بمن ترك واجباً فيصدق عليه الاسم بترك مبيت ليلـة واحدة حينئذ .

قوله : وقيل لايدخل مكة حتى يطلع الفجر

قاله الشيخ ، وبه رواية غيرصريحة ، وحمل ذلك على الافضل .

---

١) قوله « وفسر» يعنى : فسرغير المتقى بمن ترك واجباً .

ويستحب الوقوف عند كل جمرة ، ورميها عن يسارها مستقبل القبلـة .

ويقف داعياً عدا جمرة العقبة فانه يستدبر القبلة ، ويرميها عن يمينها ولا يقف .

ولو نسى الزمن حتى دخل مكـة ، رجع وتدارك ، ولوخرج فلا حرج .

ولوحج في القابل استحب القضاء ، ولو استناب جاز .

وتستحب الاقامة بـ « منى » أيام التشريق . ويجوز النفـر فى الاول وهوالثاني عشرمن ذىالحجة لمن اتقى الصيد والنساء . وان شاء فى الثاني ، وهوالثالث عشر.

ولو لم يتق تعين عليه الاقامة الى النفر الاخير . وكذا لوغربت الشمس ليلة الثالث عشر.

ومن نفرفي الاول ، لاينفر الا بعد الزوال وفي الاخير يجوزقبله.

ويستحب للامام أن يخطب ويعلمهم ذلك .

والتكبير بـ « منى » مستحب ، وقيل يجب .

ومن قضى مناسكه فله الخيرة في العود الى مكة .

والافضل العود لوداع البيت. ودخول الكعبة خصوصاً للصرورة.

قوله : والتكبير بمنى مستحب وقيل يجب

الاول قول الشيخ في المبسوط وابن ادريس والعلامة لرواية سعيد النقاش

ومع عوده تستحب الصلاة في زوايا البيت ، وعلى الرخامة الحمراء ، والطواف بالبيت واستلام الاركان والمستجار والشرب من زمزم والخروج من باب الحناطين ، والدعاء ، والسجود مستقبل القبلة ، والدعاء والصدقة بتمر يشتريه بدرهم .

ومن المستحب التحصيب والنزول بالمعرس على طريق المدينة وصلاة ركعتين به ، والعزم على العود .

عن الصادق عليه السلام قال : اما أن في الفطر تكبيراً ولكنه مسنون[1] . وكل من قال بذلك في الفطر قال بـه في الاضحى ، فالفرق احداث قول ثالث يرفع مـا أجمع عليه .

والثاني قول ابن الجنيد والمرتضى والشيخ في الجمل والمصباح وابـن حمزة ، لوجوه :

«١» ـ قوله تعالى « ولتكبروا الله على ماهديكم »[2] اللام فيه للفرض فيجب ايقاع مراد الله تعالى ، ولانه غاية الذبح الواجب فيجب . والمراد بالتكبير هو المعهود ، وقال الطبرسي قيل انه « الله اكبر على ما هدانا » .

« ٢ » ـ شيء من الذكر في الايام المعدودات واجب ولاشيء من الذكر غير المدعى بواجب فيجب الذكر المدعى : أما الصغرى فلقوله تعالى « واذكروا الله في أيام معدودات »[3] والامر للوجوب ، والايام المعدودات هي أيام التشريق

---

١) الكافي ٤/١٦٦ ، وفيه « ولكنه مستور » ، الفقيه ٢/١٠٨ .

٢) سورة البقرة : ١٨٥ .

٣) سورة البقرة : ٢٠٣ .

ومن المكروهات : المجاورة بمكة ، والحج على الابل الجلالة ومنع دور مكة من السكنى ، وأن يرفع بناء فوق الكعبة .

والطواف للمجاور بمكة أفضل من الصلاة وللمقيم بالعكس.

واللواحق أربعة : ـ

(الاول) من أحدث ولجأ الى الحرم لم يقم عليه حد بجنايته ولا تعزير ، ويضيق عليه في المطعم والمشرب ليخرج . ولو أحدث في الحرم قوبل بما تقتضيه جنايته .

عند اكثر المفسرين ، وادعى عليه الشيخ في الخلاف الاجماع . وأما الكبرى فبالاجماع ولرواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام حيث سأله عن معنى الاية فقال : انه التكبير في ايام التشريق[1] .

« ٣ » ـ ان القول بالوجوب أحوط .

وأجيب عن الاول بأن المندوب مراد فيدخل في الفرض ، ولانسلم أنه غاية في الذبح الواجب ، بل ظاهره أنه غاية في التسخير لانه أقرب . ولو سلم منعنا أنه المعهود ، لجواز أن يراد به معنى التعظيم للامر المسخر .

وعن الثاني بالحمل على الندب توفيقاً بينه وبين غيره .

وعن الثالث بمعارضته بأصالة البراءة ، وبأنه لامع الاعتقاد لايفيد ومعه قد لا يطابق فيكون خطأ .

قوله : ومن المكروهات المجاورة بمكة

هنا سؤال : مكة أشرف البقاع لتظافر الروايات بذلك فلا يناسب كراهة المجاورة بها .

---

١) الكافي ٤/٥١٦ .

جواب : الكراهية ليست باعتبارنفس المجاورة بل باعتبارات أخر، وذكر وجوه : «١» خوف الملالة وقلة الاحترام ، «٢» حذرملابسة الذنب فان الذنب بها أعظم ، قال الصادق عليه‌السلام : كل الظلم فيه الحاد حتى ضرب الخادم[١] قال : ولذلك كره الفقهاء سكنى مكة ، «٣» ليدوم شوقه اليها اذا أسرع خروجه منها، ولهذا ينبغي الخروج منها عند قضاء المناسك . « ٤ » روي أن المقام بها يقسي القلب .

هذا وقد روى ابن بابويه عن الباقر عليه السلام من جاوربمكة سنة غفرالله له ذنبه ولاهل‌بيته ولكل من استغفرله ولعشيرته ولجيرانه ذنوب تسع سنين قد مضت ، وعصموا من كل سوء أربعين ومائة سنة[٢] .

وروي : ان الطاعم بمكة كالصائم فيما سواها، وصيام يوم بمكة يعدل صيام سنة فيما سواها[٢] .

ومن ختم القرآن بمكة من جمعة الى جمعة أواقل أو اكثر كتب الله له من الاجر والحسنات من اول جمعة كانت في الدنيا الى آخر جمعة تكون وكذلك ان ختمه في سائر الايام[٢] .

والاصح استحباب المجاورة بها للواثق من نفسه بعدم هذه المحذورات ، وبه يجمع بين الروايات الدالة على الاستحباب والكراهية .

ومنهم من قال ان جاور للعبادة استحبت وان جاور للتجارة كره ، وهو أيضاً جمع حسن بين الروايات .

---

١) الكافى ٤/٢٢٧ ، الفقيه ٢/١٦٤ ، التهذيب ٥/٤٢٠ .

٢) الفقيه ٢/١٤٦ .

(الثاني) لوترك الحجاج زيارة النبى صلى الله عليه وآله وسلم أجبروا على ذلك ، وان كان ندباً لانه جفاء .

(الثالث) للمدينة حرم. وحده من عاير الى وعير لا يعضد شجره. ولا بأس بصيده ، الا ما صيد بين الحرتين .

(الرابع) يستحب الغسل لدخولها وزيارة النبى صلى الله عليه وآله وسلم استحباباً مؤكداً ، وزيارة فاطمة عليها صلوات الله والسلام في الروضة والائمة عليهم السلام بالبقيع والصلاة بين المنبر والقبر وهو الروضة . وأن يصام بها الاربعاء ويـوم بعده للحاجة . وأن يصلى ليلة الاربعاء عند اسطوانة أبى لبابة وليلة الخميس عند الاسطوانة التى تلى مقام الرسول صلى الله عليه وآله وسلم والصلاة في المساجد واتيان قبور الشهداء خصوصاً قبر حمزة عليه السلام .

المقصد الثاني في العمرة :

وهى واجبة في العمر مرة على كل مكلف بالشرائط المعتبرة في الحج .

وقد تجب بالنذر وشبهه وبالاستئجار والافساد

قوله : لوترك الحجاج زيارة النبى صلى الله عليه وآله وسلم أجبروا على ذلك وان كانت ندباً لانه جفاء

لاريب أن زيارة النبى « ص » من السنن المؤكدة ، وهل يجبر الناس عليها كما يجبرون على الحج اذا ترك ؟ قال الشيخ في النهاية والتقي في الكافى نعم

وقال ابن ادريس لايجبرون لانها مندوبة ولاشيء من المندوب يجبر على فعله لوترك .

وأجاب المصنف وغيره بأن تركالزيارة ملزومللجفاء ، لقوله صلىالله عليه وآله: من حج ولميزرني فقد جفاني[1]. والجفاء له محرم فتركه واجب فيجبر على تركه بفعل الزيارة .

وفي الجواب عندي نظر :

أما أولا فلان ذلك مقتض لوجوبها ، لان الوجوب والحرمة يتعاكسان في طرفي النقيض فما حرم تركه وجب فعله وبالعكس ، والفرض انها ندب . هذا خلف .

وأما ثانياً فلان قوله « من حج » الىآخره ليس كلياً بل هومهملة في قوة الجزئية ، فلايصدق كل من ترك زيارته « ص » فقد جفاه فيجبر .

ان قلت : ان « من » من صيغ العموم فيفيد الكلية .

قلت : ذلك لايمنع استعمالها فى البعض للقرينة والدليل، فانه ليس كل من ترك زيارته يكون جافياً له بجوازكون الترك بسبب غيرذلك .

والاولى فيالجواب أننمنع كبرىدليله، فانتركالمندوباذاآذنبالاستهانة يجبرعلىفعله . ولاشك أناجماع الحاج علىترك زيارته لالعذرمؤذن بالاستهانة بحرمه الشريف ومحل قبره المنيف فيجبرون على زيارته .

ان قلت : الجبر عقاب ، ومـا يعاقب على تركه فهوواجب ، لان العقاب على الترك لازم الوجوب .

قلت : الجبر عقاب دنيوي ولازم الوجوب العقاب الاخروي فافترقا .

---

١) الكافى ٤/٥٤٨ ، الفقيه ٢/٣٣٨ ، التهذيب ٦/٤ ، الوسائل ١٠/٢٦١ .

والفوات وبدخول مكة عدا من يتكرر والمريض .

وأفعالها ثمانية : النية ، والاحرام ، والطواف ، وركعتاه ، والسعي ، وطواف النساء وركعتاه ، والتقصير أوالحلق .

وتصح في جميع أيام السنة ، وافضلها رجب .

ومن أحرم بها في اشهر الحج ودخل مكة ، جاز أن ينوى بها التمتع ، ويلزمه الدم .

ويصح الاتباع اذاكان بين العمرتين شهر ، وقيل عشرة ايام .

وقيل : لا يكون فى السنة الا عمرة واحدة . ولم يقدر « علم الهدى » بينهما حداً .

والتمتع بها يجزىء عن المفردة . وتلزم من ليس من حاضرى

قوله : والفوات وبدخول مكة

أماالفوات فمعناه أنهاذا فاتهالحج وكان قدأحرم وفاته الموقفان فانه يتحلل بعمرة ويسمى عمرة الفوات ، وأما الدخول ـ أي الواجب ـ فانه لو لم يجب لم تجب العمرة . نعم وجوبها حينئذ تخييرى لانه لو دخل بحج كفى ذلك في اباحة دخوله .

قوله : عدا من يتكرر والمريض

ان أرادالحصر فممنوع لسقوطها عن من دخل لقتال مباح أوعقيب احلال ولم يمض له شهر . وبالجملة لودخل بغيرعمرة أساء ولايجب عليه قضاء .

قوله : ويصح الاتباع اذا كان بين العمرتين شهر، وقيل عشرة ايام ، وقيل لاتكون فى السنة الاعمرة واحدة ولم يقدر علم الهدى بينهما حداً

الاول قول الشيخ في النهاية ، لرواية معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام

المسجد الحرام .

ولا تصح الا أشهر الحج . ويتعين فيها التقصير ، ولو حلق قبله لزمه شاة .

وليس فيها طواف النساء .

واذا دخل مكة متمتعاً كره له الخروج لانه مرتبط بالحج .

ولو خرج وعاد في شهره فلا حرج ، وكذا لـو أحرم بالحج وخرج بحيث اذا أزف الوقوف عدل الى عرفات .

ولو خرج لا كذلك وعاد في غير الشهر جدد عمرة وجوباً ويتمتع بالاخيرة دون الاولى .

المقصد الثالث في اللواحق : وهي ثلاثة :

الاول ـ في الاحصار والصد .

المصدود من منعه العدو . فاذا تلبس بالاحرام فصد ، نحر هديه وأحل من كل شيء .

ويتحقق الصد مع عدم التمكن من الوصول الى مكة أو الموقفين بحيث لا طريق غير موضع الصد ، أو كان ، لكن لا نفقة .

ولا يسقط الحج الواجب مع الصد . ويسقط المندوب .

قال : كان علي عليه السلام يقول : لكل شهر عمرة [1] . وغيرها من الروايات .

والثاني قوله في المبسوط والجمل ، لرواية علي بن ابى حمزة عن ابى الحسن

---

١) التهذيب ٥ / ٤٣٤ ، الكافى ٤ / ٥٣٤ ، الوسائل ١٠ / ٢٤٥ .

وفي وجوب الهدى على المصدود قولان، أشبههما : الوجوب.
ولا يصح التحلل الا بالهدى ونية التحلل .

عليه السلام: لكل شهر عمرة . قال : فقلت يكون أقل ؟ قال : تكون لكل عشرة أيام عمرة[1] . وابن ابى حمزة قد تقدم كونه ملعوناً .

والثالث لابن ابى عقيل ، لرواية عبدالله الحلبى عن الصادق عليه السلام وجميل بن دراج عن الباقر عليه السلام قال : لاتكون في السنة عمرتان[2] وهو محمول على المتمتع بها ، فانها لاتكون في السنة الاعمرة واحدة .

والرابع قول المرتضى وسلار وابن ادريس ، لقول النبى صلى الله عليه وآله وسلم : العمرة الى العمرة كفارة لما بينهما[3] . ولم يقدر سنة ولاشهراً ولاأقل ولااكثر .

والتحقيق عندي أنهم ان أرادوا بهذا التحديد نفي الصحة فهو ممنوع. والحق ما قاله المرتضى ، للاصل ولعدم دلالة الروايات على خلافه . وان ارادوا نفي الوجوب فكذلك لعدم القائل بوجوب عمرة في كل شهر أوعشرة أوسنة ولاصالة عدم الوجوب . وان أرادوا نفي الاستحباب فالقول ما قاله الشيخ في النهاية وهو الشهر، بمعنى تأكد الاستحباب، وذلك لانمنع من صحتها قبله واستحبابها .

قوله : وفي وجوب الهدى على المصدود قولان اشبههما الوجوب

قال ابن ادريس لايجب للاصل ولان الاية مخصوصة بالمحصر .

أجيب : بأن الاصل معارض بالاحتياط ، والاية لاتمنع من وجوبه على

---

١) الكافى ٤/٥٣٤ ، التهذيب ٥/٤٣٤ ، الفقيه ٢/٢٧٨ وصدره فى : ٢٣٩ .

٢) التهذيب ٥/٢٣٥ .

٣) سنن ابن ماجة ٢/٩٦٤ ، سنن الترمذى ٣/٢٧٢ وفيه « العمرة الى العمرة تكفر ما بينهما » ، البخارى ـ انظر شرح الكرمانى ٩/٢ .

وهل يسقط الهدى لوشرط حله حيث حبسه ؟ فيه قولان ، أظهرهما : أنه لا يسقط .

وفائدة الاشتراط جواز التحلل من غير توقع .

وفي اجزاء هدى السياق عن هدى التحلل قولان ، أشبههما : أنه يجزىء .

غير المحصر . وقال الشيخ وأتباعه والمصنف والعلامة بالوجوب .

واحتج على ذلك بعض الفقهاء من تلامذة المصنف بأن الهدي وجب بالاحرام ولا دليل على سقوطه عن المصدود ، وبأن النبى « ص » لما صده المشركون بالحديبية نحر وأحل ورجع الى المدينة وقال : خذوا عني مناسككم . فتجب متابعته .

وفيه نظر ، لان كون الاحرام موجباً للهدي مطلقاً ممنوع والالوجب الهدي على من فاته الحج ويحلل بعمرة ، ونحر النبى «ص» الهدي لا يدل على وجوبه الاعلى قول من يجعل مجرد فعله دليلا على الوجوب ، وهو خلاف الفتوى .

وقوله « خذوا عني مناسككم » لا يفيد وجوب الاخذ بكل ما فعله والالزم نفي الاستحباب وانحصار المناسك كلها في الوجوب . وهو ممنوع ، فاذاً الاولى التمسك في الوجوب بالاجماع فان الاجماع انعقد على وجوبه وخلاف الواحد غير قادح .

قوله : وهل يسقط الهدى لوشرط حله حيث حبسه ـ الى آخره

تقدم القول في ذلك وأن الحق عدم السقوط .

قوله : وفي اجزاء هدى السياق عن هدى التحلل قولان اشبههما انه يجزى

قال ابنا بابويه بعدم الاجزاء وقواه العجلي ، وقال الشيخ واتباعه بالاجزاء

والبحث في المعتمر ـ اذا صد عن مكة ـ كالبحث في الحاج.

والمحصر هو الذي يمنعه المرض .

وهو يبعث هديه لو لم يكن ساق .

ولو ساق اقتصر على هدى السياق . ولا يحل حتى يبلغ الهدى محله ، وهو « منى » ان كان حاجاً ، و« مكة » ان كان معتمراً .

فهناك يقصر ويحل الا من النساء ، حتى يحج في القابل ، ان كان واجباً ، أو يطاف عنه للنساء ان كان ندباً .

ولو بان أن هديه لم يذبح ، لم يبطل تحلله ، ويذبح في القابل .

وهل يمسك عما يمسك عنه المحرم ؟ الوجه : لا .

ولو أحصر فبعث ثم زال العارض التحق ، فان أدرك أحد

واختاره المصنف لقوله تعالى « فان أحصرتم فما استيسر من الهدي »[1] وهذا مستيسر فيكون مجزياً .

والاقوى ما قاله ابن الجنيد واختاره العلامة ، وهو أنه ان كان هدي السياق واجباً عليه بسبب ما فلا يجزي لتعين وجوبه بسبب غير الحصر والصد، ومع تعدد الاسباب فتعدد المسببات ، وان لم يكن واجباً بسبب ما أجزأ لبقائه على ملكه ولظاهر الاية .

قوله : ولو بان ان هديه لم يذبح لم يبطل تحلله ويذبح في القابل، وهل يمسك عما يمسك عنه المحرم ؟ الوجه لا

أي هل يمسك هذا الذي ظهر له أن هديه لم يذبح عنه عما يجتنبه المحرم

---

١) سورة البقرة : ١٩٦ .

الموقفين صح حجه . وان فاتاه ، تحلل بعمرة .

ويقضي الحج ان كان واجباً ، ولا ندباً .

والمعتمر يقضي عمرته عند زوال المنع . وقيل : في الشهر الداخل .

وقيل لو أحصر القارن حج في القابل قارناً وهو على الافضل

الى القابل أم لا ؟ قال الشيخ في النهاية والتهذيب نعم يمسك لرواية معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام[1] . قال المصنف وابن ادريس لا يمسك لحكم الشارع بتحلله وليس يحرم فلا يحرم عليه المخيط والجماع وغيرهما ، وليس في الحرم فلا يحرم عليه الصيد .

وهو أقوى . نعم يستحب له الامساك وعليه تحمل الرواية المذكورة لكونها من الصحاح .

قوله : وقيل في الشهر الداخل

الثاني قول الشيخ في النهاية بناء على أن أقل مايكون بين العمرتين شهر والاول ـ وهو قضاؤها عند زوال المانع ـ قوله في التهذيب ، لما رواه صفوان عن معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام : ان الحسين عليه السلام خرج معتمراً فمرض في الطريق فبلغ علياً عليه السلام فخرج في طلبه فأدركه ودعا ببدنة فنحرها وحلق رأسه ورده الى المدينة ، فلما برأ من وجعه اعتمر[2] . وفيه دلالة على قول المرتضى من نفي التحديد بين العمرتين . والعجب من ابن ادريس قال بقول المرتضى وتابع الشيخ هنا .

قوله : ولو احصر القارن حج في القابل قارناً وهو على الافضل

---

١) الكافي ٤ / ٣٦٩ ، التهذيب ٥ / ٤٢١ ، ٤٢٣ ، ٤٦٤ باختلاف بينهما .

٢) التهذيب ٥ / ٤٢١ ، الكافي ٤ / ٣٦٩ .

الا أن يكون القران متعيناً بوجه .

وروى استحباب بعث الهدى ، والمواعدة لاشعاره ، وتقليده واجتناب ما يجتنبه المحرم ، وقت المواعدة ، حتى يبلغ محله .

ولا يلبى لكن يكفر لو أتى بما يكفر له المحرم استحباباً .

القائل هو الشيخ وابن حمزة ، تمسكاً برواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام وابن ابى عمير عن الصادق عليه السلام : يدخل بمثل ما خرج منه[1] .

وقال ابن ادريس يدخل بماشاء من تمتع أوقران أوافراد الأن يكون القران متعيناً ، واختاره المصنف والعلامة ، وعليه تحمل الرواية .

قوله: روى استحباب بعث الهدى والمواعدة لاشعاره او تقليده واجتناب مايجتنبه المحرم وقت المواعدة حتى يبلغ محله ، ولايلبى لكن يكفر لو أتى بما يكفر له المحرم استحباباً

قال بعض الفقهاء وبعض الفضلاء ممن اعتنى بهذا الكتاب : ان هذه رواية الحسن بن سعيد عن الحسن عن زرعة قال: سألته عليه السلام عن رجل أحصر في الحج . قال : فليبعث بهديه اذا كان مع أصحابه . ومن تمام الخبر : وانما عليه ان يعدهم لذلك يوماً[2] .

وهذا سهو منهما في شرح كلام المصنف ، بل الحق أن كلام المصنف ليس عن المحصر وبعثه للهدي، بل انه يستحب ابتداء لمن هو في أفق من الافاق بعث هدي والمواعدة لاشعاره ـ الى آخر الكلام ـ كما روي أن علياً عليه السلام وابن عباس كانا يبعثان هديهما من المدينة ثم يتجردان وان بعثا بهما من أفق من

---

١) التهذيب ٥/٤٢٣ ، روضة المتقين ٥/٢١٠ .

٢) التهذيب ٥/٤٢٣ .

الثاني ـ في الصيد ، وهو الحيوان المحلل الممتنع .

ولا يحرم صيد البحر وهو ما يبيض ويفرخ فيه ، ولا الدجاج الحبشي .

ولا بأس بقتل الحية والعقرب والفأرة ، ورمي الغراب والحدأة

الافاق وواعدا أصحابهما بتقليدهما واشعارهما يوماً معلوماً ثم يمسكا عن كل ما يمسك عنه المحرم ويجتنبان كل ما يجتنب منه الا أنه لايلبى ، وروى ذلك عن عبدالله بن سنان في الصحيح عن الصادق عليه السلام ، رواه الصدوق في الفقيه والشيخ في التهذيب[1] وكذا عن معاوية ابن عمار عن الصادق عليه السلام[2] . وافتيا بذلك وتابعهما القاضي .

نعم منع ذلك ابن ادريس لانه من اخبار الاحاد . وهو خطأ منه ، فان فتوى الجماعة المذكورين كاف في المشروعية ، مع ما رووه من الروايات الدالة عليه .

قوله: الثاني في الصيد وهو الحيوان المحلل الممتنع ولا يحرم صيد البحر وهو ما يبيض ويفرخ فيه

لاشك أن تعريف الشيء انما هو بحسب الباعث على العلم به ، والباعث هنا على معرفة الصيد انما هو باعتبار تحريمه على المحرم في حج أو عمرة ، وحينئذ تعريفه له بأنه الحيوان المحلل الممتنع منظور فيه ، لانه يحترز بالمحلل عن المحرم فيفهم منه عدم تحريم المحرم ، وهو خلاف ما ذكره من تحريم الثعلب والارنب والضب واليربوع والقنفذ والزنبور ، بل خلاف ما قال غيره ، فان

---

١) التهذيب ٥ / ٤٢٤ .

٢) الفقيه ٢ / ٣٠٦ .

الحلبى حرم قتل جميع الحيوان مالم يكن حية أوعقرباً أو فارة أوغراباً ولـم يذكر له فداء .

وقوله : الممتنع

فيه أيضاً تساهل ، فان مراد ما هوممتنع بالاصالة والالحرم النعم والخيل المستوحشة . وليس كذلك ، فكان ينبغي أن يقيده بها .

هذا ولما كان مراده بالصيد الحرام على المحرم أوفي الحرم انما هوالبرى لاغير ، فذكرالبحري وعرفه بقوله « وهوما يبيض ويفرخ فيه » أي فـى البحر فيعلم من ذلك معرفة البري وهومايبيض ويفرخ فى البر، لان تعريف احدالضدين ضد تعريف الاخر .

ومرادنا بقولنا « مـا يبيض ويفرخ فيه » انه لايحصل لـه البيض والافراخ الافيه ، والبط وان كان لازم الماء فانـه بري لعدم بيضه فيه ، وكذا الجراد بري أيضاً لانه لايعيش في الماء .

فـروع :

(الاول) لواستأنس الوحشي ولم يمتنع لايخرج عن التحريم، وكذاالاهلي لواستوحش وامتنع لم يخرج عن الاباحة .

(الثاني) لوتولد حيوان من محرم على المحرم ومحلل لـه روعي الاسم ، فان صدق المحلل فمحلل وان صدق المحرم فمحرم. ولوانتفتا تعارض أصلاالحل والبراءة ، لكن الاحتياط يقتضي التحريم فهوأولى .

(الثالث) لايحرم الدجاج وان كان حبشياً، ولايجوزقتل الحدأة[1] والغراب

---

١) فى المصباح : الحدأة مهموز مثل عنبة : طائـرخبيث . والجمع الحداء بحذف الهاء وحدآن أيضاً مثل غزلان .

ولاكفارة في قتل السباع .

وروى فى الاسدكبش اذا لم يرده ، وفيها ضعف .

ولاكفارة في قتل الزنبورخطأ ، وفي قتله عمداً صدقة بشيء من طعام .

ويجوز شراء القمارى والدباسى ، واخراجها من مكة لاذبحها.

وانما يحرم على المحرم صيد البر.

وينقسم قسمين :

الاول : ما لكفارته بدل على الخصوص ، وهوخمسة :

(الاول) النعامة . وفي قتلها بدنة ، فان لم يجد فض ثمن البدنة على البر وأطعم ستين مسكيناً كل مسكين مدين .

ولا يلزمه مازاد عن ستين ، ولا ما زاد عن قيمتها .

فان لم يجد ، صام عن كل مدين يـوماً . فان عجزصام ثمانية عشر يوماً .

(الثاني) في بقرة الوحش ، بقرة أهلية .

بل الجائز رميهما لاغير .

قوله : ولاكفارة فى قتل السباع ، وروى فى الاسدكبش[1] اذا لـم يرده ، وفيها ضعف

الاول قول الشيخ في المبسوط وابن ادريس ، والثاني قوله في النهاية وابن

---

١) الوسائل ٩/٢٣٤ .

فان لم يجد أطعم ثلاثين مسكيناً ، كل مسكين مدين .

ولو كانت قيمة البقرة أقل اقتصر على قيمتها .

فان لم يجد صام عن كل مسكين يوماً .

فان عجز صام تسعة أيام .

وكذا الحكم في حمار الوحش على الاشهر.

(الثالث) الظبى ، وفيه شاة .

فان لم يجد فض ثمن الشاة على البر وأطعم عشرة ، كل مسكين مدين . ولو قصرت قيمتها اقتصر عليها .

فان لم يجد ، صام عن كل مسكين يوماً . فان عجز صام ثلاثة أيام.

حمزة . ووجه الضعف أن راويها ابو سعيد المكاري وهو فاسد العقيدة ، وان صحت حملت على الاستحباب .

قوله : وكذا الحكم فى حمار الوحش على الاشهر

قال الصدوق: في الحمار بدنة لرواية ابى بصير صحيحاً [1]. وخير ابن الجنيد بينهما وبين البقرة ، فقول المصنف « وكذا الحكم » يريد به وجوب البقرة ، ومع العجز الاطعام ، ومع العجز الصيام المذكور .

فوائـد :

(الاولى) قال المفيد في النعامة والبقرة والحمار: ان في صغارها من صغار الابل فى سن النعامة ومن صغار البقرة في سن البقرة أو الحمار .

---

١) الفقيه ٢/٢٣٣ ، الكافى ٤/٣٨٥ ، الوسائل ٩/١٨٣ .

والابدال في الاقسام الثلاثة على التخيير، وقيل: على الترتيب وهو أظهر.

(الثانية) قال في الخلاف: يصوم عن كل مد يوماً في النعامة والبقرة، وقال الحلبي مع العجز عن العين يتصدق بالقيمة فان عجز فضها[1] على البر.

(الثالثة) المماثلة المذكورة في قوله تعالى «فجزاء مثل ما قتل من النعم»[2] ان أريد بها النوعية فليس الحمار من نوع البقرة، وكذا ان أريد الشخصية فلايكون الحمار مماله مثل. اللهم الأن يراد في الجثة والخلقة فيكون الحمار له مثل، ولذلك اختلف الاصحاب فيه. ونسب المصنف القول فيه الى الشهرة.

قوله: والابدال في الاقسام الثلاثة على التخيير وقيل على الترتيب وهو الاظهر

الاول قول الشيخ في الجمل والخلاف وابن ادريس لقوله تعالى «فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذواعدل منكم هدياً بالغ الكعبة أوكفارة طعام مسكين أوعدل ذلك صياماً»[2] ولفظة أووضعت لاحد الشيئين تخييراً.

والثاني قوله في المبسوط والمرتضى والمفيد وابن بابويه وابن ابى عقيل والتقي، لرواية ابن محبوب عن ابن رئاب عن ابى عبيدة عن الصادق عليه السلام[3].

قال المرتضى: يجوز العدول عن ظاهر القرآن للدلالة، كما عدلنا في قوله «فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع»[4] عن مدلول الواو وهو الجمعية الى التخيير.

---

١) فض الشيء فضاً: فرقه فانفض، وفي التنزيل «لانفضوا من حولك».

٢) سوره المائدة: ٩٥.

٣) الكافي ٤/٣٨٧، التهذيب ٥/٣٤١، الوسائل ٩/١٨٣.

٤) سورة النساء: ٣.

وفى الثعلب والارنب شاة . وقيل : البدل فيهما كالظبى .

(الرابع) في بيض النعام اذا تحرك الفرخ ، فلكل بيضة بكرة. وان لم يحرك أرسل فحولة الابل في اناث بعدد البيض . فما نتج كان هدياً للبيت .

فان عجز فعن كل بيضة شاة ، فان عجز فاطعام عشرة مساكين ، فان عجز صام ثلاثة أيام .

وفيه نظر ، لانا نمنع أنه عدول عن الظاهر بل عدول عن النص وهو غير جائز ، لان لفظة « أو » يحتمل أمرين : احدهما أظهر وهو التخيير بل هو نص في التخيير كما قال علماء العربية ، سلمنا لكن نمنع وجود الدلالة الموجبة للعدول عن الظاهر لجواز أن يراد بالترتيب في الرواية الافضلية لا الوجوب ، والتخيير في الاية لا ينافي أفضلية الترتيب . وكذا نقول في آية النكاح ، لان الواو وان اقتضت الجمع لكن في الحكم لا في الزمان، كما تقول « رأيت زيداً في بغداد والكوفة والبصرة » مع استحالة الجمع في الرؤية في زمان واحد ، كذلك الجمع بين المرأتين والثلاث والاربع في حكم النكاح في أزمنة متعاقبة لا في حكم واحد . فاذاً القول بالتخيير أقوى .

قوله : وفى الثعلب والارنب شاة

هذا مما لا نعلم فيه خلافاً .

قوله : وقيل البدل فيهما كالظبى

هذا قول الثلاثة، وكأن المصنف لم يجد له دليلا . ويمكن أن يحتج له بأن المقتضي لوجوب البدل في الظبى وجوب جزاء الشاة مع فقدانه، وهو حاصل في الثعلب والارنب ، فوجب فيهما أيضاً البدل عملا بوجود المقتضي .

(الخامس) في بيض القطاة والقبج اذا تحرك الفرخ، من صغار الغنم .

وفي رواية ، عن البيضة مخاض من الغنم .

وان لم يتحرك أرسل فحولة الغنم في اناث بعدد البيض، فما نتج كان هدياً .

وفي هذا نظر ، لانه عين القياس وهو ليس مذهبنا .

ومنهم من احتج له برواية ابى عبيدة عن الصادق عليه السلام قال: اذا أصاب المحرم الصيد ولم يجد مايكفر من موضعه الذي أصاب فيه الصيد قوم جزاءه من النعم دراهم ثم قومت الدراهم طعاماً لكل مسكين نصف صاع ، فان لم يقدر على الطعام صام لكل نصف صاع يوماً[1] .

قوله : في بيض القطاة والقبج[2] اذا تحرك الفرخ من صغار الغنم وفي رواية عن البيضة مخاض من الغنم

الرواية عن سليمان بن خالد في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال : من أصاب بيضة [قطاة] فعليه مخاض من الغنم[3] . وحملها الشيخ على كون الفرخ متحركاً .

وروى هذا سليمان أيضاً ومنصور بن حازم في الصحيح عن الصادق عليه السلام قالا : سألناه عن محرم وطىء بيض القطاة فشدخه . قال : يرسل الفحل

---

١) مرت قبيل هذا .

٢) القبج : الحجل ، الواحدة قبجة مثل تمر وتمرة ، وتقع على الذكر والانثى ، فان قيل يعقوب اختص بالذكر.

٣) التهذيب ٥/٣٥٧ ، الوسائل ٩/٢١٧ .

ولوعجز كان فيه ، ما في بيض النعام .

الثاني : ما لا بدل لفديته ، وهوخمسة :

الحمام ،

في مثل عدة البيض من الغنم كما يرسل الفحل في عدة البيض من الابل[1]. فحمل الشيخ الاولى على كون الفرخ متحركاً والثانية على كونه غير متحرك جمعاً بينهما.

وأما ماذكره المصنف فدليله رواية سليمان بن خالد في الصحيح عن الصادق عليه السلام في كتاب علي عليه السلام في بيض القطاة بكارة من الغنم[2] . فان قصد المصنف أن كل بيضة صغيراً من صغار الغنم فالمخالفة بينه وبين رواية المخاض بوجه واحد ، وان قصد أن في البيض مطلقاً ولو كبيراً من صغار الغنم وهو الظاهر فالمخالفة بوجهين .

وأما ابن ادريس وابن حمزة فتبعا الشيخ في لزوم المخاض في كل بيضة الا ابن ادريس قال : المراد بالمخاض[3] ما يمكن أن يكون ماخضاً لا الماخض أي الحامل بالفعل ، واختاره العلامة .

قوله : ولوعجز كان فيه ما في بيض النعام

يريد أن مع عجزه عن الارسال يكون عليه عن كل بيضة شاة كما في النعام وهوقول الشيخ وابن ادريس . قال : ولا يمتنع ذلك اذا قام عليه الدليل .

وقال المفيد مع العجز فعليه لكل بيضة شاة ، فان لم يجد أطعم عن كل بيضة عشرة مساكين ، فان لم يجد صام عن كل بيضة ثلاثة أيام .

---

١) التهذيب ٥/٣٥٦ ، الوسائل ٩/١١٨ .

٢) الكافي ٤/٣٨٩ ، التهذيب ٥/٣٥٥ ، الوسائل ٩/٢١٧ .

٣) في المصباح والقاموس : المخاض وجع الولادة ، ومخضت المرأة وكل حامل دنا ولادتها واخذها الطلق ، فهي ماخض بغير هاء .

وهو كل طائر يهدر ويعب الماء ، وقيل : كل مطوق .

ويلزم المحرم في قتل الواحدة شاة ، وفي فرخها حمل ، وفي بيضها درهم .

وعلى المحل فيها درهم ، وفي فرخها نصف درهم ، وفي بيضها ربع درهم .

ولو كان محرماً في الحرم اجتمع عليه الامران كفارتان .

ويستوى فيه الاهلى وحمام الحرم ، غير أن حمام الحرم يشترى بقيمته علفاً لحمامه .

وفى القطاة حمل قد فطم ورعى الشجر ، وكذا فى الدراج وشبههما .

وفيه اشكال ، لان القطا نفسه لايزيد جزاؤه عن الحمل ، وفرخه أضعف منه والمتحرك في البيض اضعف من الفرخ ، وغير المتحرك أضعف من المتحرك ، فكيف يتصورفي حكمة الشارع أن يكون فداء ما هو أضعف بمراتب أقوى من فداء الاقوى بمراتب .

فان قلت : روى سليمان بن داود عن الصادق عليه السلام قال : في كتاب علي عليه السلام في بيض القطا كفارة مثل ما في بيض النعام .

قلت : التمثيل في أصل الكفارة لايقتضي المثلية في القدر .

وقال ابن حمزة : وان عجز عن الارسال تصدق عن كل بيضة قطاة بدرهم ولم نقف له على مستند .

قوله : وهو كل طائر يهدر ويعب الماء ، وقيل كل مطوق

هدر الحمام هديراً أي صوت ، وهدر البعير أي ردد صوته في حنجرته .

وفي رواية دم .

وفى الضب جدى ، وكذا فى القنفذ واليربوع .

وفى العصفور مد من طعام ، وكذا فى القنبرة والصعوة .

وفى الجراد كف من طعام ، وكذا فى القملة يلقيها عن جسده وكذا قيل في قتل [الشاة] .

والعب[1] شرب الماء من غير مص ، وفي الحديث « الكباد من العب »[2] أي وجع الكبد . قال الجوهري: الحمام يشرب الماء عباً كما يعب الدواب .

وأما القول المحكي فذكره الجوهري عن العرب، قال : ويقع على الذكر والانثى لان الهاء انما دخلت على أنه واحد من جنس لا التأنيث . قال : وعند العامة انها الدواجن فقط ، الواحدة حمامة، قال الاموي: والدواجن التي تستفرخ فى البيوت[3] .

قوله : وفى رواية دم

هي ما رواه سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام : ان في كتاب علي عليه السلام : من أصاب قطاة أوحجلة أودراجة أونظيرهن فعليه دم[4] .

قوله : وكذا قيل فى قتل العظاة ٥)

---

١) عب الماء عباً من باب قتل : شربه من غير تنفس ، وعب الحمام : شرب من غير مص كما تشرب الدواب ، وأما باقى الطير فانها تحسوه جرعاً بعد جرع .

٢) المحاسن : ٤٧٢ وفيه : مصوا الماء مصاً ولا تعبوه عباً فانه يأخذ منه الكباد .

٣) دجن بالمكان دجناً من باب قتل ودجوناً : اقام به ، وأدجن بالالف مثله ، ومنه قيل لما يألف البيوت من الشاة والحمام ونحوه دواجن ، وقد قيل داجنة بالهاء .

٤) الكافى ٤/ ٣٩٠ ، التهذيب ٥/ ٣٤٤ ، الوسائل ٩/ ١٩٠ .

٥) فى المختصر النافع المطبوع بمصر «الشاة» بدل «العظاة» وجعلها بين القوسين هكذا [الشاة] .

ولو كان الجراد كثيراً فدم شاة .

ولو لم يمكن التحرز منه فلا اثم ولا كفارة .

ثم أسباب الضمان : اما مباشرة ، واما امساك ، واما تسبب .

أما المباشرة ، فمن قتل صيداً ضمنه ، ولو أكله ، أو شيئاً منه لزمه فداء آخر ، وكذا لو أكل ما ذبح في الحل ، ولو ذبحه المحل ولو أصابه ولم يؤثر فيه فلا فدية .

وفي يديه كمال القيمة وكذا في رجليه ، وفي قرنيه نصف قيمة .

ولو جرحه أو كسر رجله أو يده ورآه سوياً فربع الفداء .

ولو جهل حاله ففداء كامل ،

قاله الشيخ في التهذيب والصدوق في من لايحضره الفقيه والمقنع استناداً الى رواية معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام قال : قلت محرم قتل قطاة قال : كف من طعام[1] وقال ابن الجنيد كف من تمر أو طعام .

قوله : لو جهل حاله ففداء كامل

لان الاصل ترتب اثر السبب عليه وعدم ترتبه خلاف الاصل ، فلو رجحنا عدم ترتب الاثر على السبب لزم ترجيح خلاف الاصل . ولا تعارضه أصالة براءة الذمة ، لان أصل البراءة أضعف من أصل ترتب المسبب على السبب ، وذلك لان نسبة المسبب الى السبب على سبيل الوجوب واصل البراءة بناء على العدم

---

١) التهذيب ٥ / ٣٤٥ ، المقنع : ٧٩ وفيهما «عظاية» . قال في المصباح : العظاءة بالمد لغة اهل العالية على خلقة سام ابرص ، والعظاية لغة تميم . وجمع الاولى عظاء والثانية عظايات .

قيل : وكذا لو لم يعلم حاله ، أثرفيه أم لا .

وقيل في كسر يد الغزال نصف قيمته ، وفي كل واحدة ربع ، وفي المستند ضعف .

الاصلي وهومما يحسب استمراره ، ولاتفاق أهل الاصول على أن خلاف الاصل اذا ثبت سببه صارهو الاصل وبطل حكم الاصل الذي يخالفه .

قوله : قيل وكذا لولم يعلم اثرفيه ام لا

اذا رمى صيداً فاما أن يعلم الاصابة والتأثير فلا كلام في ضمانه ، أويعلم الاصابة ويجهل التأثير، فهذا قال الشيخ في النهاية[1] يضمن، واستضعفه المصنف لعدم وقوفه على مستنده ولاصالة عدم التأثير .

ولقائل أن يقول: اذا تحقق الاصابة وشك في التأثير يبني على التأثير ويضمنه لان أصالة عدم التأثير على تقدير الشك في الاصابة لاعلى تقدير اليقين فيها ، وأقل مراتب التأثير الجراحة والجراحة تستلزم وجوب ربع الفداء ، ولما تقدم في المسألة السابقة .

أويعلم الاصابة ويتحقق عدم التأثير فهذا لايضمنه بلا كلام ، أولايعلم الاصابة فهذا أيضاً لايضمنه لاصالة براءة الذمة وعدم الاصابة . وقال القاضي عليه الفداء وليس بشيء .

قوله : وقيل في كسر يد الغزال نصف قيمته

وفي يديه كمال القيمة وكذا في رجليه ، وفي قرنيه نصف قيمته ، وفي كل واحد ربع . وفي السند ضعف ـ قاله الشيخ لرواية سماعة عن ابى بصير[2] ،

---

١) النهاية ٢٢٨ ، قال فيه : فان لم يعلم هل اثر فيه أولا ومضى على وجهه كان عليه الفداء .

٢) التهذيب ٥/ ٣٨٧ ، الوسائل ٩/ ٢٢٣ .

ولو اشترك جماعة في قتله لزم كل واحدة منهم فداء .

ولوضرب طيراً على الارض فقتله لزمه ثلاث قيم .

وقال الشيخ : دم وقيمتان :

ولوشرب لبن ظبية ، لزمه دم وقيمة اللبن .

وأما اليد: فاذا أحرم ومعه صيد زال عنه ملكه ووجب ارساله.

ولوتلف قبل الارسال ضمنه .

ولوكان الصيد نائياً عنه لم يخرج عن ملكه .

ولوأمسكه محرم فى الحل وذبحه بمثله لزم كلا منهما فداء .

ولوكان أحدهم محل ، ضمنه المحرم .

وما يصيده المحرم فى الحل ، لا يحرم على المحل .

وأما التسبب : فاذا أغلق على حمام وفراخ وبيض ، ضمن بالاغلاق .

الحمامة بشاة ، والفرخ بحمل ، والبيضة بدرهم ، ولو أغلق قبل احرامه ضمن الحمامة بدرهم ، والفرخ بنصف ، والبيضة بربع.

وضعف السند بسماعة لانه واقفي .

وقال علي بن بابويه والمفيد وسلار لو كسر قرنه تصدق بشيء ، وقال العلامة عليه الارش لانه جعله معيباً . وهوحسن .

قوله : ولوضرب طيراً على الارض فقتله لزمه ثلاث قيم ، وقال الشيخ دم وقيمتان

أما الاول فلرواية معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام في محرم اصطاد

طيراً في الحرم فضرب به الارض فقتله . قال : عليه ثلاث قيمات[1] .

وأما قول الشيخ[2] فلم يوجد له مستند ، لكن العلامة في القواعد[3] تبعه في ذلك فأوجب الدم والقيمة لكونه محرماً في الحرم فيجتمع عليه الفداء والقيمة ، أما القيمة الاخرى فلاستصغاره اياه في الحرم .

وقال المصنف في الشرائع[4] : ومن ضرب بطير على الارض كان عليه دم وقيمة للحرم وأخرى لاستصغاره اياه . فان جعلنا الضمير راجعاً الى الحرم فيلزم أن المحل في الحرم اذا ضرب بطير على الارض يلزمه قيمتان ، وان جعلناه راجعاً الى الطير لزم المحرم في الحل أن يكون عليه فداء وقيمتان .

وهل يتعدى الى غير الطير كالظبي ؟ اشكال من عدم النص وأصالة البراءة ، ومن حصول العلة المقتضية .

قوله : وشرط الشيخ ٥) مع الاغلاق الهلاك

نسبه الى الشيخ استضعافاً له، بل المشهور أن نفس الاغلاق موجب للضمان الا أن يطلقها سليمة ، وعليه الفتوى .

---

١) التهذيب ٥ / ٣٧٠ ، الوسائل ٩ / ٢٤٢ ، وتمام الخبر: قيمة لاحرامه وقيمة للحرم وقيمة لاستصغاره اياه .

٢) النهاية : ٢٢٦ ، قال فيه : ومن ضرب بطير على الارض وهو محرم في الحرم فقتله كان عليه دم وقيمتان .

٣) القواعد ، البحث الثاني من المطلب الاول من الفصل الثالث في الكفارات من كتاب الحج .

٤) الشرائع ١ / ٨٠ .

٥) النهاية : ٢٢٤ .

وقيل : اذا نفرحمام الحرم ولم يعد فعن كل طير شاة .

ولوعاد فعن الجميع شاة .

ولو رمى اثنان فأصاب أحدهما ، ضمن كل واحد منهما فداء.

ولوأوقدجماعة ناراً فاحترق فيها حمامة أوشبهها ، لزمهم فداء.

ولوقصدوا ذلك ، لزم كل واحد فداء .

ولو دل على صيد ، أوأغرى كلبه فقتل ، ضمنه .

ومن أحكام الصيد مسائل :

(الاولى) ما يلـزم المحرم فى الحل ، والمحل فى الحـرم . يجتمعان على المحرم فى الحرم ما لم يبلغ بدنة .

قوله: وقيل اذانفرحمام الحرم ولم يعدفعن كل طيرشاة ولوعاد ففى الجميع شاة

القائل هوالشيخان[1] واتباعهما ، قال في التهذيب[2] : لـم أجد بـه حديثاً مسنداً ، وانما ذكره علي بن بابويه فيرسالته . والمصنف حيث لم يجد دليلا له أسنده الى قائله .

وقال ابن الجنيد لكل طيرربع قيمته ، قال العلامة[3] : يريداذارجعت لانها اذا لم ترجع كان كالمتلف فيكون عليه عن كل واحد شاة .

وهنا فروع :

(الاول) لو كانت واحدة فعادت يحتمل ثبوت الشاة ، لصدق اسـم الحمام

---

١) النهاية : ٢٢٤ ، المقنعة : ٦٩ .

٢) التهذيب ٥ / ٣٥٠ .

٣) المختلف ٢ / ١١٠ .

(الثانية) يضمن الصيد بقتله عمداً أوسهواً أوجهلا .

واذا تكررخطأ دائماً ، ضمن .

ولوتكرر عمداً ، ففي ضمانه فى الثانية روايتان ، أشهرهما : أنه لا يضمن .

اذ هواسم جنس ويحتمل لاشيء والالتساوى الضمان حال الاتلاف وعدمه وهو ينافي بحكمة الشارع .

(الثاني) لوشك في العدد بنى على المتيقن ، وهوالاقل لاصالة براءة الذمة من الزائد . ولوشك في العود فكتيقن عدمه فيضمن كل واحدة بشاة .

(الثالث) لايشترط كون العود بفعله ، بل حصول العود كاف بأي سبب كان .

(الرابع) هل يجب الفداء والقيمة على المحرم في الحرم مع التنفير سواء حصل العود أولا ؟ فيه نظر من عدم التنصيص ، ومن أن التنفير اتلاف به .

(الخامس) هل ينسحب الحكم الى تنفير الظباء وغيرها ام لا ؟ فيه نظر من عدم النص ولاصالة البراءة وضعف المتمسك ، لقول الشيخ لم أجد به حديثاً ، ومن قصد الفاعل وتنزيل التنفير منزلة الاتلاف .

قوله: الثانية يضمن الصيد بقتله عمداً اوسهواً اوجهلا، واذا تكررخطأ دائماً ضمن ، ولوتكرر عمداً ففى ضمانه فى الثانية روايتان

اذا تكرر الصيد خطأ لاخلاف في تكرر الكفارة معه ، وانما الخلاف في التكرر عمداً ، فقال الشيخ في النهاية والصدوق في المقنع والفقيه والقاضي لا تتكرر ، لقوله تعالى « ومن عاد فينتقم الله منه »[1] جعل مجازاة العود الانتقام ولم يوجب غيرذلك ، فينتفي عملا بالاصل السالم ، ولرواية ابن ابى عمير في

---

١) سورة المائدة : ٩٥ .

الصحيح عن الصادق عليه السلام[1] وان كانت مرسلة فهي حجة لاجماع الاصحاب على العمل بمراسيله .

وقال الشيخ في المبسوط والخلاف وابن ادريس والظاهر من كلام المرتضى تكرر الكفارة لوجوه :

(الاول) وجود المقتضي وعدم المعارض : أما الاول فقوله تعالى « ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل »[2] فانه يتناول الابتداء والتكرار لعموم الصيغة، وأما الثاني فانه ليس الا قوله «من عاد فينتقم الله منه» وهو غير صالح لذلك، لعدم المنافاة بين الانتقام ووجوب الجزاء .

(الثاني) رواية ابن ابى عمير في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : محرم أصاب صيداً . قال : عليه الكفارة . قلت : فانه عاد . قال: عليه كلما عاد كفارة[3] . وترك الاستفصال يدل على عموم المقال في العمد والخطأ .

(الثالث) في حسنة معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام أيضاً : عليه الكفارة في كلما أصاب[4] .

واعلم أن الصيغة الاولى - وهي قوله «فمن قتله» - عامة بحسب الاشخاص والثانية التي في رواية ابن ابى عمير عامة بحسب الأزمان ، والثالثة في حسنة معاوية بن عمار عامة بحسب الاحوال ان كانت مما مصدرية وبحسب أشخاص الصيد ان كانت موصولة أو موصوفة . والاولى التكرار، لانه اذا وجب التكرار في الخطأ كان بالاولى وجوبه في العمد كتحريم الضرب لتحريم التأفيف[5] .

---

١) الكافى ٤/ ٣٩٤ ، الوسائل ٩/ ٢٤٣ .

٢) سورة المائدة : ٩٥ .

٣) التهذيب ٥/ ٣٧٢ ، الوسائل ٩/ ٢٤٤ .

٤) الكافى ٤/ ٣٩٤ ، التهذيب ٥/ ٣٧٢ ، الوسائل ٩/ ٣٤٣ ، الاستبصار ٢/ ٢١٠.

٥) اشارة الى قوله تعالى « ولا تقل لهما اف » .

وكون الكفارة لايسقط الذنب لعظمه مبنية على كونها مسقطة دائماً . وهو ممنوع ، لجواز أن تكون عقوبة فلا تكون منافية لعظم الذنب بل مناسبة له .

ثم هنا فوائد تحسن الاشارة اليها :

(الاولى) التكرار المشار اليه في البحث هو الحاصل في احرام واحد وان تباعد بينهما زماناً ، أما الواقع في احرامين في عامين فليس مختلفاً فيه بل يتكرر الكفارة قطعاً . أما لو تكرر في احرامين في عام واحد : فاما أن يكون بينهما ارتباط كعمرة التمتع مع حجة فيقوى انسحاب[1] الحكم ويكون من المتخلف فيه أولا يكون بينهما ارتباط كعمرة الافراد مع حجه فيقوى أنه ليس من المتخلف فيه وأنه تتكرر الكفارة بلاخلاف لتحقق الاخلال بينهما وعدم الارتباط .

(الثانية) نعني بالعمد والسهو في التكرار، سواء كان السابق عمداً أو سهواً ، فتتكرر الكفارة على الساهي ولو سبقه العمد بلاخلاف ، ويجري الخلاف في العامد ولو سبقه السهو .

(الثالثة) فسر العمد بتفسيرين : « ١ » قصد القتل مع الشعور بأنه صيد، «٢» هذا المعنى مع اضافة علم الحكم والسهو مقابلة فيهما . ويتفرع ناسي الحكم وجاهل التحريم ، فانهما عامدان على الاول دون الثاني .

(الرابع) اعلم أن ظاهر الاية الشريفة والروايات يدل على المحرم ، وأما المحل في الحرم فيمكن استثناؤه من الخلاف والاولى فيه التكرار كلما صاد .

(الخامسة) يعزر قاتل الصيد عمداً ويفسق بذلك ، فان تعمد قتله في الكعبة ضرب دون الحد .

---

١) سحبته على الارض سحباً أى جررته فانسحب ، والسحاب معروف ، سمى بذلك لانسحابه في الهواء .

(الثالثة) لواشترى محل بيض نعام لمحرم فأكله المحرم ضمن كل بيضة بشاة ، وضمن المحل عن كل بيضة درهماً .

(الرابعة) لا يملك المحرم صيداً معه ، ويملك ما ليس معه .

قوله : لواشترى محل بيض نعام لمحرم فأكله المحرم ضمن كل بيضة بشاة وضمن المحل عن كل بيضة درهماً

هنا فوائد :

(الاولى) هذه رواية الحسن بن محبوب عن علي بن رئاب عن ابى عبيدة عن الباقر عليه السلام[1] .

(الثانية) ان هـذا الضمان مع كون البيض مطبوخاً أو مكسوراً أو كسره المحل قبل تسليمه الى المحرم، فلو كسره المحرم لزمه ارسال الفحولة كما تقدم منضماً الى الشاة لوجوبها بالاكل .

(الثالثة) لو كان المشتري محرماً فالحكم ثابت بطريق الاولى. نعم يحتمل أن عليه شاة لمكان احرامه تغليظاً. ويحتمل درهماً لاقلية جنايته وأصالة البراءة .

(الرابعة) لافرق في وجوب الدرهم على المحل أوالمحوم بين الشراء أوالاتهاب أوالبذل والتمكين بأى سبب كان .

(الخامسة) لواشتراه المحرم لنفسه احتمل بعض شيوخنا لزوم الدرهم مع الشاة . وليس بشيء ، لانه بمنزلة الاصطياد ولم يقل أحد بوجوب شيء بمجرد الاصطياد من غير اتلاف ولا اعانة .

(السادسة) لواشترى له بيض قطاة أوقبج أوغيرذلك من المحرمات على المحرم فأكله، ففي انسحاب الحكم نظر من عدم النص ومن حصول علة الاعانة

---

١) الكافي ٤/ ٣٨٨ ، التهذيب ٥/ ٣٥٥ ، الوسائل ٩/ ٢١٧ ، ٢٥٢ .

(الخامسة) لو اضطر الى أكل صيد وميتة، فيه روايتان، أشهرهما: يأكل الصيد ويفديه.

وقيل: اذا لم يمكنه الفداء أكل الميتة.

(السادسة) اذا كان الصيد مملوكاً ففداؤه للمالك، ولو لم يكن مملوكاً تصدق به.

وحمام الحرم يشترى بقيمته علفاً لحمامه.

(السابعة) ما يلزم المحرم يـذبحه أو ينحره «بمنى» ولو كان معتمراً «فبمكة».

(الثامنة) من أصاب صيداً فداؤه شاة.

وان لم يجد أطعم عشرة مساكين، فـان عجز صام ثلاثة أيام في الحج.

ويلحق بهذا الباب صيد الحرم، وهو بريد في بريد.

من قتل فيه صيداً ضمنه ولو كان محلا.

والتمكين، ولانه أبلغ من الدلالة الموجبة للضمان.

(السابعة) لو كان المحرم في الحرم تعدد الجزاء عليه فيجب الشاة والقيمة وكذا تجب القيمة منضمة الى الارسال.

(الثامنة) لو تعدد المشتري تعدد الدرهم وان اتحد المحرم.

قوله: لو اضطر الى اكل صيد وميتة فيه روايتان أشهرهما يأكل الصيد ويفديه، وقيل ان لم يمكنه الفداء اكل الميتة

روى الحلبي في الحسن عن الصادق عليه السلام قال: يأكل الصيد امـا

يجب أن يأكل من ماله . قلت : بلى . قال : انما عليه الفداء فليأكل وليفده[1]. ومثلها عن منصوربن حازم[2]، وعمل بمضمونها الثلاثة واتباعهم وابن الجنيد .

وروى اسحاق في الصحيح عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام أن علياً صلوات الله وسلامه عليه كان يقول : اذا اضطرالمحرم الى اكل الصيد والى الميتة فليأكل الميتة التي أحل الله له[3] .

واختارمضمونها ابن ادريس ونقله عن بعض من تقدمه وعن الشيخ في الاستبصار، واحتج لقوة هذا الوجه بأنه مضطراليها ولاكفارة عليه في أكلها ، ولحم الصيد ممنوع لاجل الاحرام على كل حال ، لان اكله مع لزوم الكفارة لاوجه له ، لان الاصل براءة الذمة من الكفارة .

واحتج غيرابن ادريس بهذا الوجه أيضاً بأن التحريم في الصيد ثبت من وجوه : « ١ » تناول الصيد وامساكه حرام ، « ٢ » قتل الصيد حرام ، «٣» أكل الصيد حرام بخلاف الميتة بأن التحريم ثبت فيها من وجه واحد وهوأكلها وما كثرت جهات حرمته أولى بالاجتناب مماقل جهات حرمته .

وأجيب عن قول ابن ادريس : بالمنع من أنه مضطرالى الميتة مع وجود الصيد والفداء ، وبراءة الذمة من لزوم الفداء ، وان كان أصلا لكن عدل عنه للدليل .

وعن قول غيره : بأنا نفرض أنالمحرم وجد صيداً مذبوحاً مشوياً فليس فيه تحريم الامن وجه واحد ولاقائل بالفصل . وأيضاً نفرض شاة غصبت وضربت وجرت حتى ماتت ، فتكون محرمة من وجوه متعددة ، فيكون مرجوحاً بالنسبة

---

١) الكافي ٤/٣٨٣ ، التهذيب ٥/٣٦٨ ، الاستبصار٢/٢٠٩ ، الوسائل ٩/٢٣٨ .
٢) الوسائل ٩/٢٣٩ ، التهذيب ٥/٣٦٨ ، الاستبصار٢/٢٠٩ .
٣) التهذيب ٥/٣٦٨ ، الاستبصار٢/٢٠٩ ، الوسائل ٩/٢٤٠ .

الى الصيد . ولاقائل بالفرق ، وحينئذ يترجح القول الاول لوجوه :

(الاول) ان تحريم أكل الصيد عارض لعروض الاحرام ويحرم ، بخلاف الميتة فان تحريمها لازم مع عدم الضرورة . ولاشك أن التحريم العارض أسهل من التحريم اللازم ، كالنكاح في الحيض والزنا بالمحرمة .

(الثانى) ان الصيد له بدل وهو الفداء يسقط به اثمه بخلاف الميتة .

(الثالث) ان جواز أكل الميتة مشروط بـالضرورة ولا ضرورة مع وجود الصيد والالتزام بالفداء كما جاء في الرواية .

(الرابع) ان القائل به اكثر والرواية به أشهر فيكون أرجح .

(الخامس) ان الصيد قيل فيـه انه ليس بميتة وأكله مبـاح بخلاف الميتة فيكون أرجح .

واعلم أن هنا قولين آخرين اشار المصنف الى أحدهما ، وهو التفصيل بأنه ان لم يمكنه الفداء يأكل الميتة وان أمكنه الفداء اكل الصيد . وهو منسوب الى الشيخ ، ورجحه بعض الفضلاء بأن جواز أكل الصيد مشروط بالفداء كما جاء في الرواية ، وعدم الشرط يستلزم عدم المشروط فيتحقق الاضطرار فتحل الميتة .

قلت : في هذا الترجيح نظر ، فانه على تقدير تمامه أي فارق بينه وبين الوجه المتقدم وهو الاكل والفداء ، فان جواز الاكل اذا كان مشروطاً بالمكنة من الفداء لايكون هنا قول آخر فيه تفصيل بل يكون القولان قولا واحداً ، والذي يظهر من كلام المصنف وغيره أنهما قولان أحدهما هو الاكل مطلقاً ولزوم الفداء لذمته سواء قدر عليه فى الحال أولا ، وثانيهما جواز الاكل مع امكان الفداء .

ويمكن أن يجاب بأن الفرق بينهما فرق ما بين الرخصة والعزيمة ، فان الاكل في القول الاول رخصة وفي الثاني عزيمة . وثاني القولين وهو التخيير بين أكل الميتة وبين أكل الصيد والفداء وهو قول الصدوق في من لايحضره الفقيه ، وهو

وهل يحرم وهو يؤم الجرم ؟ الاشهر: الكراهية .
ولو أصابه فدخل الجرم ومات لم يضمن على أشهر الروايتين.

قوي غير بعيد من الصواب .

قوله : وهل يحرم وهو يؤم الحرم الاشهر الكراهية

أما رواية التحريم فرواها مسمع في الحسن عن الصادق عليه السلام وكذا رواه عقبة بن خالد عنه عليه السلام[1] . وأما رواية الكراهة فرواها ابن ابى عمير عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام قال : يكره أن يرمي الصيد وهو يؤم الحرم[2] وعمل الشيخ في النهاية والمبسوط بالاول ، والمشهور هو الثاني لانتفاء مقتضى التحريم وهو الاحرام والكون في الحرم .

وأجيب عن الاول بحمل الرواية على كون الرجل في الحرم، وكذا الثاني بحملها على الاستحباب ، اذ هي غير متضمنة للتحريم بل قال « يفديه » فيمكن الامر بالفداء استحباباً ، وهو غير مناف لمقتضى الكراهة بل هو موافق .

واعلم أن الصدوق والعجلي نفيا التحريم ولم يصرحا بالكراهة، ولعل مستندهما رواية الصدوق في الصحيح عن عبدالرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام فيما حكاه عن الصورة فقال : ليس عليه جزاء[3] .

والجواب: نفي الجزاء لاينفي استحبابه ، لجواز ان يكون تقدير الكلام ليس عليه جزاء على الوجوب .

قوله : ولو اصابه فدخل الحرم ومات لم يضمن على اشهر الروايتين

اما رواية عدم الضمان فهي رواية ابن الحجاج المذكورة آنفاً ، وأما رواية

---

١) الكافى ٤/٣٩٧ ، التهذيب ٥/٣٩٠ ، الاستبصار ٢/٢٠٦ ، الوسائل ٩/٢٢٤.
٢) التهذيب ٥/٣٥٩ ، الاستبصار ٢/٢٠٦ ، الوسائل ٩/٢٢٣ .
٣) العلل ٢/٤٥٤ .

ويكره الصيد بين البريد والحرم .

ويستحب الصدقة بشيء لو كسر قرنه أو فقأ عينه .

والصيد المربوط في الحل يحرم اخراجه ، لو دخل الحرم .

ويضمن المحل لو رمى الصيد من الحرم فقتله في الحل ، وكذا لو رماه من الحل فقتله في الحرم .

ولو كان الصيد على غصن في الحل وأصله في الحرم ضمنه القاتل.

ومن أدخل الحرم صيداً وجب عليه ارساله ، ولو تلف في يده ضمنه .

وكذا لو أخرجه فتلف قبل الارسال .

ولو كان طائراً مقصوصاً حفظه حتى يكمل ريشه ثم أرسله .

وفي تحريم حمام الحرم في الحل تردد ، أشبهه : الكراهية .

ومن نتف ريشة من حمام الحرم فعليه صدقة يسلمها بتلك اليد.

وما يذبح من الصيد في الحرم ميتة .

الضمان فهي عن الحلبي عن الصادق عليه السلام[1] وعمل بمضمونها الشيخ في المبسوط والنهاية ، وهي محمولة على الاستحباب بناء على كراهية الرمي .

ويؤيد الاولى قولهم « ان ما لا يضمن بجنايته لا يضمن بسرايته » ، ويؤيد الثانية ان حرمة الحرم شاملة فيؤخذ بأشق احواله .

قوله : وفي تحريم حمام الحرم في الحل تردد اشبهه الكراهية

منشأ التردد استواء الاحتمالين : أما احتمال التحريم فلكونه حمام الحرم

---

١) الاستبصار ٢ / ٢٠٧ ، التهذيب ٥ / ٣٦١ .

ولا بأس بما يذبح المحل في الحل .

وهل يملك المحل صيداً في الحرم ؟ الاشبه : أنه يملك ، ويجب ارسال ما يكون معه .

الثالث ـ في باقي المحظورات :

وهي تسعة : الاستمتاع بالنساء .

وله حرمة ليست لغيره ، وتؤيده رواية علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال لايصاد حمام الحرم حيث كان اذا علم أنه من حمام الحرم[1] . وأما عدم التحريم فللاصل ولانتفاء السبب وهو الاحرام والحرم .

وبالاول قال الشيخ في النهاية وفي موضع من المبسوط والتهذيب ، وقال العلامة في المختلف انه أولى . وبالثاني قال الشيخ في الخلاف وصيد المبسوط واختاره ابن ادريس . وقال المصنف الاشبه الكراهية عملا بالاصل وحذراً من اطراح الرواية الصحيحة .

قوله : وهل يملك المحل صيداً في الحرم، الاشبه انه يملك ويجب [عليه] ارسال ما يكون معه

الاحرام والحرم محرمان للصيد موجبان لارساله بغير خلاف ، وهل ذلك لعدم قبول المحرم والحاصل في الحرم للملك أو هو قابل مالك لكن يجب عليه ارساله تعبداً . اختار المصنف في الشرائع الاول وفي هذا الكتاب الثاني .

ووجه الاول كونه يجب ارسال مايكون معه ، فلو كان قابلا للملك لما نافاه استدامة اليد . ووجه الثاني وجود اسبابه من البيع والشراء والارث وغيرها ، وعدم المانع فانه ليس الا الاحرام والحرم ووجوب الارسال ، وذلك غير مانع

---

١) التهذيب ٥/٣٤٨ .

فمن جامع أهله قبل أحد الموقفين ، قبلا أو دبراً ، عامداً عالماً بالتحريم ، أتم حجه ولزمه بدنة والحج من قابل ، فرضاً كان حجه أو نفـلا .

وهل الثانية عقوبة ؟ قيل : نعم والاولى فرضه ، وقيل : الاولى فاسدة والثانية فرضه ، والاول هوالمروى .

لجواز وجوب الارسال تعبداً . ويؤيده ما تقدم من قول الصادق عليه السلام امايحب أن يأكل من ماله. وانمايكون من ماله ان لو كان مالكاًله وهوالمطلوب .

واعلم ان عبارة الشيخ في هذا الباب هكذا : اذا انتقل الصيد اليه بالميراث لايملكه ويكون باقياً على ملك الميت الى أن يحل ، فاذا حل ملكه . قال: ويقوى في نفسي أنه ان كان حاضراً معه فانه ينتقل اليه ويزول ملكه ، وان كان في بلده يبقى في ملكه .

وفي هذا الكلام تناقض، لان قوله « انتقل الصيد اليه » يستلزم ملكه ، لان انتقاله اليه هوملكه . وقوله « لايملكه » مناقض له .

ثم قوله أيضاً «ويكون باقياً على ملك الميت» سهو أيضاً، فان الميت لايملك بعد موته ، ولو قال ويكون باقياً على حكم مال الميت كان أولى وأليق بمذهبه في اكثر كتبه .

قوله : فمن جامع اهله قبل احد الموقفين قبلا اودبراً عالماً بالتحريم اتم حجه ولزمه بدنة والحج من قابل فرضاً كان حجه أو نفلا ، وهل الثانية عقوبة قيل نعم ، والاولى فرضه ، وقيل الاولى فاسدة والثانية فرضه ، والاول هوالمروى .

هنا أبحاث :

(الاول) لاخلاف عندنا في أنه اذا جامع قبل عرفة فسد حجه ولزمه اتمامه

ولو أكرهها وهي محرمة، حمل عنها الكفارة، ولا حج عليها في القابل.

ولو طاوعته لزمها ما يلزمه، ولم يتحمل عنها كفارة.

وعليهما الافتراق اذا وصلا موضع الخطيئة حتى يقضيا المناسك

والبدنة والحج من قابل.

(الثاني) هل الجماع بعد وقوف عرفة قبل الوقوف بالمشعر كذلك أم لا. قال المفيد والتقي وسلار والمرتضى في الجمل ليس عليه الحج من قابل بل البدنة لاغير، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: الحج عرفة [1]. ويقتضي ذلك أن من أدرك عرفات فقد تم حجه.

وقال الشيخ وابنا بابويه وابن الجنيد والقاضي وابن حمزة والعجلي والمرتضى في الانتصار أنه أيضاً كذلك، لرواية معاوية بن عمار في الصحيح عن الصادق عليه السلام: اذا وقع الرجل بامرأته دون المزدلفة أو قبل أن يأتي مزدلفة فعليه الحج من قابل [2]. وهو المختار. وما ذكره المفيد من غير طريقنا وان صح حمل على أن معظم الحج عرفة لا كله.

(الثالث) هل حكم الدبر حكم القبل في ما ذكرناه ام لا؟ قال الشيخ في المبسوط نعم، واختاره العجلي والعلامة، لما تقدم من عدم الفرق بينهما في الغسل والصوم وغير ذلك.

وقال الشيخ في النهاية والخلاف: اذا جامع فيما دون الفرج كان عليه بدنة دون الحج من قابل، لرواية معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام [3].

---

١) السنن للبيهقي ٥/١٧٣.

٢) التهذيب ٥/٣١٩، الكافي ٤/٣٧٩.

٣) التهذيب ٥/٣١٨، الاستبصار ٢/١٩٢، الوسائل ٩/٢٦٢.

وأجيب بأن الدبر أيضاً فرج لغة من الانفراج ، فيكون الفرج اسم جنس يصدق على الموضعين .

(الرابع) هل حكم المملوكة والاجنبية بل والغلام كذلك ام لا ؟ فيه اشكال من عدم النص ونفي المساواة في العلة في المملوكة ، ومن الاولوية في العقوبة في الاجنبية والغلام . وعليه الفتوى .

وقال الحلبي : في الدبر بدنة لاغير ، أما وطي البهيمة فليس منه . ونقل الشيخ الافساد به ، وبه قال ابن حمزة .

(الخامس) لافرق بين كون الحج واجباً بأي سبب كان أوندباً ، ووجوب الحج من قابل تابع في الفورية وعدمها لاصله ان فوراً ففوراً وان تراخياً فتراخياً .

(السادس) حكم الموطوء حكم الواطي مع المطاوعة في وجوب كل ما قلنا بوجوبه، اما المكره فلا . نعم لوأكره زوجته تحمل عنها البدنة لاغير لبقاء صحة حجها ، ولوأكرهته زوجته ففي تحملها نظر من حيث أنه هل يتحقق هنا اكراه أم لا ، وعلى تقديره هل تتحمل أم لا من حيث عدم النص ومن استناد فعله اليها .

ولوأكره أمته تحمل عنها الكفارة ولايجب الحج بها، خلافاً لابن الجنيد نعم قال الشهيد يحتمل وجوب تمكينها قوياً .

ولوأكرها على الجماع أوأحدهما فلاشيء على المكره في سائر الاقسام .

(السابع) اختلف الاصحاب في أنه هل الحجة الثانية عقوبة والاولى فرضه وتسميتها فاسدة مجازاً وبالعكس . قال الشيخ بالاول ، لانه قبل الجماع كانت فرضه فكذا بعده ، عملا بالاستصحاب وعدم دليل يعارضه ، ولرواية زرارة في الصحيح قال : سألته عن محرم غشي امرأته ـ الى أن قال ـ قلت: فأي الحجتين

لهما . قال : الاولى التي أحدثا فيها ما أحدثا ، والاخرى عليهما عقوبة[1] .

وقال في المبسوط والخلاف واختاره ابن ادريس بالثاني ، لان الاولى فاسدة وكل ما كان فاسداً لايجزي ولا تبرىء به الذمة ، والمقدمتان اجماعيتان واختاره العلامة .

قال بعض الفضلاء : صغرى قياس ابن ادريس ممنوعة، اذلم يرد في حديث فساد حجه وان اشتهرفي عبارات الاصحاب وان ثبت حمل على نقصان فضله لافساد أصله وتجبره الكفارة والحج من قابل للعقوبة .

(الثامن) تظهر فائدة هذا الخلاف المذكور في مواضع :

الاول ـ الاجير ، فانه اذا استؤجر لسنة معينة فحج وأفسد فيها ، فان قلنا الاولى فرضه فقد أتى بما استؤجر له فلا تنفسخ الاجارة : فاذا أتى بالحج ثانياً برئت ذمته . وان قلنا الاولى عقوبة انفسخت الاجارة لعدم اتيانه بما استؤجر له في وقته . ويحتمل في الاولى الانفساخ أيضاً ، لعدم اتيانه بحج صحيح .

الثاني ـ في كفارة خلف النذر لوعينه بتلك السنة ، فان قلنا الاولى عقوبة لزمت الكفارة لاخلاله بالمنذور في وقته عمداً ، وان قلنا هي فرضه لم تلزمه كفارة .

الثالث ـ في العبد اذا أعتق في الحج الفاسد قبل الوقوف اجزأه مع القضاء عن حجة الاسلام ، ولو كان العتق بعد الوقوف وقلنا الاولى فرضه لم يجزوتجب حجة الاسلام بعد حجة القضاء ، وان قلنا انها العقوبة اجزأه القضاء عن حجة الاسلام لصدق عتقه قبل الوقوف .

الرابع ـ اذا صد بعد الافساد جاز له التحلل ، فاذا أراد التحلل وجب عليه بدنة الافساد ودم التحلل، فاذا تحلل سقط عنه وجوب الاتمام وبقي وجوب الحج

---

١) الكافي ٤/٣٧٣ ، التهذيب ٥/٣١٧ ، الوسائل ٩/٢٥٧ .

ومعناه ألا يخلوا الا مع ثالث .

ولـو كان ذلك بعد الوقوف بالمشعر لم يلزمـه الحج من قابل وجبره ببدنة .

ولو استمنى بيده لزمته البدنة حسب ، وفي رواية: الحج من قابل.

المستأنف . فعلى القول بأن الاولى حجة الاسلام والثانية عقوبة اذا كان ذلك في حجة الاسلام ، لايكفيه حج واحد في هذه الصورة . لان حج الاسلام لم يحصل للتحلل بالصد والعقوبة لا تجري ، فيجب عليه حجان حج الاسلام مقدم وحج العقوبة بعده .

وعلى القول بأن الاولى عقوبة فاذا صد بعد الافساد والتحلل فهل يجب قضاء العقوبة أم لا ؟ فيه قولان ، فعلى الاول لا يكفيه حج واحد بـل حجان أحدهما للاسلام مقدماً والاخر للعقوبة بعده ، وعلى الثاني يجزىء حج واحد وهو حج الاسلام وتسقط العقوبة .

(التاسع) لو أفسد قضاء الفاسد لزمه ما لزم في الاول مـن وجوب الاتمام والقضاء ولـو كان الاول ندباً ، وهكذا لا الى نهاية . أما الجماع المتكرر بعد الافساد ففيه الكفارة لاغير ، سواء كفر عن الاول أولا .

قوله : ومعناه ألايخلو الامع ثالث

قيده العلامة بقوله «ثالث محترم» احترازعن صغير أو مجنون غير متعقل ويستمر الافتراق الى آخر المناسك ، ولو حجا على غير تلك الطريق فلا تفريق .

وقال ابن الجنيد يستمر التفريق في الحجة الاولى ويحرم الجماع الى أن يعود الى مكان الخطيئة ، وان كان قد احلا ، فاذا مضيا وبلغا الموضع لم يجتمعا حتى يبلغ الهدي محله .

قوله : ولواستمنى بيده لزمه البدنة حسب وفى رواية والحج من قابل

ولوجامع أمته المحرمة باذنه محل لزمه بدنة أو بقرة أو شاة .

ولو كان معسراً ، فشاة أوصيام ثلاثة أيام .

ولوجامع قبل طواف الزيارة لزمه بدنة ، فان عجز فبقرة أوشاة.

ولوطاف من طواف النساء خمسة أشواط ، ثم واقع ، لم يلزمه الكفارة وأتم طوافه .

وقيل : يكفى فى البناء مجاوزة النصف .

ولوعقدالمحرم لمحرم على امرأة ودخل ، فعلى كل واحد كفارة.

أماالرواية فرواها اسحاق بن عمار في الحسن عن ابى الحسن عليه السلام[1] وعمل بهاالشيخ في النهاية والمبسوط اذاكان قبل المشعر، وتبعه القاضي وابن حمزة . قال الشهيد لم أجدلها معارضاً .

وأمااختيارالمصنف فهوقول ابن ادريس لاصالة صحةالحج وضعف الرواية فان اسحاق قيل انه فطحي، لكن قال ابن الجنيد هوفي حديث الكليني عن مسمع ابن عبدالملك عن الصادق عليه السلام، ومسمع ممدوح مدحه الصادق عليه السلام يلقب بكردن بكسر الكاف ، فانجبر ضعف رواية ابن عمار بهذه ، مع أن القائل بها اكثر والعمل بها أحوط .

قوله : وقيل يكفى فى البناء مجاوزة النصف

قاله الشيخ لرواية الصدوق عن ابى بصير عن الصادق عليه السلام[2] ولمفهوم رواية حمران بن أعين عن الباقر عليه السلام : اذاطاف من طواف النساء ثلاثة

---

١) الاستبصار ٢/١٩٢ ، الكافى ٤/٣٧٦ ، التهذيب ٥/٣٢٤ ، الوسائل ٩/٢٧٢.

٢) الفقيه ٢/٢٤٦ ، الوسائل ٩/٤٦٩ .

وكذا لو كان العاقد محلا على رواية سماعة .

ومن جامع في احرام العمرة قبل السعي فعليه بدنة وقضاء العمرة .

ولو أمنى بنظره الى غير أهله فبدنة ان كان موسراً ، وبقرة ، ان كان متوسطاً ، أوشاة ، ان كان معسراً .

ولو نظر الى أهله لم يلزمه شيء الا أن ينظر اليها بشهوة فيمنى فعليه بدنة . ولو مسها بشهوة ، فشاة ، أمنى أو لم يمن .

اشواط ثم خرج فغشى فقد أفسد حجه وعليه بدنة[1] . دل بمفهومه على أنه لو طاف أربعاً لم يفسد حجه .

والاولى ما قاله المصنف ، وهو اشتراط تمام الخمسة ، لان الاجماع منعقد على وجوب الكفارة بالجماع قبل طواف النساء عاماً خرج من ذلك اذا طاف خمسة أشواط لرواية الصدوق عن حمران عن الباقر عليه السلام[2] فيبقى الباقي على أصله ، مع أن روايتي الشيخ ضعيفتان : أما الاولى فلان في طريقها سهل ابن زياد وهو ضعيف ، وأما الثانية ففي طريقها علي بن ابى حمزة وهو واقفي لعنه الله مع أن دلالتها بدليل الخطاب وليس بحجة . وأيضاً لم يفت احد بمضمونها لاشتمالها على ذكر فساد الحج ولم يقل به أحدمنا .

وأما ابن ادريس فحكم بوجوب الكفارة ولو بقي شوط واحد ، عملا بالاجماع على أن من جامع قبل طواف النساء فعليه الكفارة .

قوله : وكذا لو كان العاقد محلا على رواية سماعة

هذا سماعة واقفي ، لكن انجبر ضعف روايته بعمل الاصحاب .

---

١) التهذيب ٥/٣٢٣ ، الكافي ٤/٣٧٩ ، الوسائل ٩/٢٦٧ .

٢) راجع صدر الرواية التي مرت آنفاً .

ولوقبلها بشهوة كان عليه جزور ، وكذا لوأمنى عن ملاعبة .

ولو كان عـن تسمع على مجامع ، أو استماع الى كلام امرأة من غير نظر ، لم يلزمه شيء .

والطيب : ويلزم بـاستعماله شاة ، صبغاً واطلاء وبخوراً وفى الطعام .

ولا بأس بخلوق الكعبة وان مازجه الزعفران .

والقلم : وفي كل ظفر مد من طعام .

وفي يديه ورجليه شاة اذا كان فى مجلس واحد .

ولو قلم كل واحد منهما في مجلس فدمان .

ولوأفتاه بالقلم فأدمى ظفره فعلى المفتي شاة .

والمخيط : يلزم به دم ، ولواضطرجاز . ولولبس عدة في مكان .

وحلق الشعر : فيه شاة أواطعام ستة مساكين لكل مسكين مدان أوعشرة ، لكل مسكين مد ، وصيام ثلاثة أيام مختاراً ، أومضطراً .

وفي نتف الابطين شاة . وفي أحدهما اطعام ثلاثة مساكين .

ولو مس لحيته أو رأسه وسقط من رأسه شعر تصدق بكف من طعـام .

ولو كان بسبب الوضوء للصلاة فلا كفارة .

والتظليل : فيه سائراً شاة ، وكذا في تغطية الرأس ولوبالطين

قوله : والتظليل فيه سائراً شاة

أو الارتماس أوحمل ما يستره .

والجدال: ولا كفارة فيما دون الثلاث صادقاً. وفي الثلاث شاة. وفي المرة كذباً شاة . وفي المرتين بقرة . وفي الثلاث بدنة .

هنا فوائد :

(الاول) يحتمل أن يكون التظليل بمعنى الستر، ويحتمل أن يكون ما يفوت به الضحى ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : اضح لمن أحرمت له[1] والفائدة فيمن جلس في المحمل بارزاً للشمس وفيمن تظلل بالمحمل وليس هو فيه ، فان الاول يصدق فيه المعنى الاول دون المعنى الثاني ، والثاني بالعكس .

وقال الشيخ في الخلاف: لاخلاف أن للمحرم الاستظلال بثوب نفسه مالم يمسه فوق رأسه ، وقضيته اعتبار المعنى الاول .

(الثانية) لاخلاف في جوازه للمريض ومن لا يطيق الشمس وللنساء وعند النزول مطلقاً ، والقائل بالتحريم خصه بالرجل سائراً اختياراً . وقال ابن الجنيد يستحب تركه ، وروى علي بن جعفر[2] جوازه مطلقاً ويكفر ، وفي مرسلة عن

---

١) في اللسان : وفي الحديث : ان ابن عمر رأى رجلا محرماً قد استظل فقال : اضح لمن احرمت له ، اى اظهر واعتزل الكن والظل ، هكذا يرويه المحدثون بفتح الالف وكسر الحاء من اضحيت ، وقال الاصمعي : انما هو اضح لمن احرمت له بكسر الهمزة وفتح الحاء من ضحيت اضحى ، لانه انما امره بالبروز للشمس، ومنه قوله تعالى « وانك لا تظمأ فيها ولا تضحى » .

٢) التهذيب ٥ / ٣٣٤ ، الوسائل ٩ / ٢٨٧ ، رواه الشيخ باسناده عن موسى بن القاسم عن على بن جعفر قال : سألت اخى عليه السلام : اظلل وانا محرم ؟ فقال : نعم وعليك الكفارة . قال : فرأيت علياً اذا قدم مكة ينحر بدنة لكفارة الظل . قال فى الوافى : يعنى بعلى ابا الحسن عليه السلام . انتهى .

أقول : ولعل المراد منه على بن جعفر والقائل الراوى عنه . والله يعلم الحقائق .

الرضا عليه السلام[1] جوازه لشريك العليل ، والاشهر اختصاصه بمن ذكرناه .

(الثالثة) اختلف في كفارته ، فقال الحسن فدية من صيام أوصدقة أونسك كالحلق لاذى ، وقال الصدوق بكل يوم مد ، وقال الحلبى للمختار لكل يوم شاة والمضطر بجملة المدة شاة ، وروى ابوعلى بن راشد[2] جوازه لمن تؤذيه الشمس وعليه دم لكل نسك وبها أخذ الشيخ ، وروى سعد بن سعد[3] فيمن يؤذيه حر الشمس يظلل ويفدي ، وروى ابن بزيع[4] شاة للتظليل لاذى المطر والشمس . والروايتان صحيحتان ، والاولى قول الحلبى وبه أفتى الشهيد رحمه الله بحضورنا .

(الرابعة) يجوز المشي تحت الظلال وفي ظل المحمل ، لعدم صدق التظليل فيهما عرفاً .

قوله : وقيل فى الدهن الطيب ٥) شاة ، وكذا قيل فى قلع الضرس

أما القول الاول فللشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف ، واختاره ابن ادريس سواء كان مختاراً أومضطراً . وهوجيد من حيث أنه استعمل الطيب وكفارة استعمال الطيب شاة .

واستضعاف المصنف لاوجه له ، فان الفرق بين الدهن الطيب والطيب

---

١) التهذيب ٥/٣١١ ، الاستبصار٢/١٨٥ ، الوسائل ٩/١٥٣ .

٢) التهذيب ٥/٣١١ .

٣) الاستبصار٢/١٨٦ ، التهذيب ٥/٣١٠ ، الوسائل ٩/٢٨٧ .

٤) الفقيه ٢/٢٢٦ ، الكافى ٤/٣٥١ ، التهذيب ٥/٣١١ ، الاستبصار ٢/١٨٦ ، الوسائل ٩/٢٨٨ .

٥) في المختصر النافع ط بمصر: وقيل فى دهن للتطييب شاة .

مسائل ثلاث :

(الاولى) في قلع الشجر مـن الحرم الاثم ، عدا ما استثنى ، سواء كان أصلها فى الحرم أوفرعها . وقيل : فيها بقرة . وقيل : فى الصغيرة شاة . وفى الكبيرة بقرة .

(الثانية) لو تكرر الوطء تكرر الكفارة .

ولو كرر اللبس ، فـان اتحد اللبس لم يتكرر ، وكذا لو كرر الطيب .

ويتكرر مع اختلاف المجلس .

(الثالثة) اذا أكل المحرم أولبس مايحرم عليه ، لزمه دم شاة .

فرق ضعيف .

وقال الشيخ في الجمل انه مكروه . وليس بشيء .

وأما الثاني فهوقوله في النهايةاستناداً الى مارواه محمد بن عيسى عن عدة من أصحابنا عن رجل مـن خراسان أن مسألة وقعت في الموسم لم يكن عنـد مواليه فيهـا شيء [وهو] محرم قلـع ضرسه فكتب يهريق دماً [1]. واستضعفها المصنف لجهالة السائل والمسئول وكونها مكاتبة ، وهواستضعاف حسن . نعم قال ابن بابويه وابن الجنيد لابأس به مع الحاجة ، ولم يوجبا شيئاً .

قوله : فى قلع شجرة من الحرم الاثم عدا ماستثنى سواء كان اصلها فى الحرم اوفرعها ، وقيل فيها بقرة ، وقيل فى الصغيرة شاة وفى الكبيرة بقـرة .

مراده الاثم خاصة مـن غير كفارة ، والمستثنى هوشجر النخل والفواكه

---

١) التهذيب ٥/٣٨٥ ، الوسائل ٩/٣٠٢ .

والاذخروعودي المحالة[1] وما ثبت في ملكه . ومستند ذلك روايات كثيرة .

وأما القائل بالبقرة مطلقاً فهو الشيخ في النهاية والتهذيب وتبعه القاضي ، ومستنده رواية مرسلة رواها موسى بن القاسم[2] .

وأما التفصيل بين الصغيرة والكبيرة فقاله الشيخ في المبسوط والخلاف ، واختاره ابن حمزة . ولم نعلم له مستنداً ، ولاجل ضعف مستند الثاني أسند المصنف الحكم الى قائله .

---

١) فى التهذيب ٥ / ٣٨١ باسناده عن زرارة عن ابى جعفرعليه السلام قال : رخص رسول الله صلى الله عليه وآله فى قطع عودى المحالة ـ وهى البكرة التى يستقى بها ـ من شجر الحرم والاذخر.

٢) التهذيب ٥ / ٣٨١ ، الوسائل ٩ / ٣٠١ .

كتاب الجهاد

والنظر في أمور ثلاثة : ـ

(الاول) من يجب عليه ، وهو فرض على كل من استكمل شروطاً ثمانيه : البلوغ ، والعقل ، والحرية ، والذكورة ، وألا يكون هماً ولا مقعداً ، ولا أعمى ، ولا مريضاً يعجز عنه .

وانما يجب مع وجـود الامام العادل ، أو من نصبه لـذلك ، ودعائه اليه .

ولا يجوز مع الجائر الا أن يدهم المسلمين من يخشى منه على بيضة الاسلام أو يكون بين قوم ويغشاهم عدو فيقصد الدفع عن نفسه في الحالين لا معاونة الجائر.

ومن عجز بنفسه وقدر على الاستنابة وجبت ، وعليه القيام بما يحتاج اليه النائب ، ولو استناب مع القدرة جاز أيضاً .

والمرابطة : ارصاد لحفظ الثغر ، وهى مستحبة ، ولو كان الامام مفقـوداً .

لانها لا تتضمن جهاداً ، بل حفظاً واعلاماً .

ولو عجز جاز أن يربط فرسه هناك .

ولو نذر المرابطة وجبت مع وجود الامام وفقده .

وهو [الجهاد] لغة فعال مـن الجهد وهو المشقة البالغة ، وأصله المبالغة في الاستخراج ، ومنه جهد البئر اذا بالغ في استخراج مائها . وقيل سمي جهاداً من اللبن المجهود[1] ، وهو الذي أخذ زبده ، وكذلك الجهاد يستخرج لشدته قوة القوى كما يؤخذ زبد اللبن .

وشرعاً بذل النفس والمال في اعلاء كلمة الله ، يدخل فيـه قتال المشركين وجهاد الباغين . وهو من أعظم أركان الاسلام ، قال الله تعالى «ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة »[2] وقال صلى الله عليه وآله وسلم : فوق كل ذى بر برحتى يقتل في سبيل الله فليس فوقه بر[3] وقال علي عليه السلام

---

١) قال الاصمعى : كل لبن شد مذقه بالماء فهو مجهود . وجهدت اللبن فهو مجهود اى اخرجت زبده كله ، وجهدت الطعام أى اشتهيته .

وقال فى المصباح : جهدت اللبن جهداً : مزجته بالماء ومخضته حتى استخرجت زبده فصار حلواً لذيذاً ، فى الحديث عنه صلى الله عليه وآله وسلم «اذا جلس بين شعبها وجهدها» مأخوذ من هذا ، شبه لـذة الجماع بلذة شرب اللبن الحلو كما شبهه بـذوق العسل بقوله « حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك » .

٢) سورة التوبة : ١١١ .

٣) التهذيب ٦/١٢٢ ، الكافى ٥/٥٣ ، وفيه : فاذا قتل فى سبيل الله فليس فوقه بر.

وكذا لونذرأن يصرف شيئاً الى المرابطة وان لم ينذره ظاهراً ولم يخف الشنعة ، ولا يجوز صرف ذلك في غيرها من وجوه البر على الاشبه .

الجهاد باب من أبواب الجنة فتحه الله لخاصة أوليائه [1] .

وهو فرض كفاية على من حصلت فيه شرائطه ، وله خاصتان :

(الاولى) أنه لايقبل النيابة الامع حياة المنوب لامع موته ، بخلاف باقي العبادات فان منها مالا يصح حال الحياة كالصلاة والصوم ، ومنها ما يصح حال الحياة والموت كالزكاة، ومنها مالايصح في الحياة الامع الضرورة كالحج ويصح في حال الموت .

(الثانية) انه متى جاز فعله وجب فعله ، فوجوبه لاينفك عن جوازه ، فالاولى مطلقة والثانية اضافية والاخيرة شأن كل واجب على الكفاية .

قوله : وكذا لونذرأن يصرف شيئاً الى المرابطة وان لم ينذره ظاهراً اولم [2] يخف الشنعة، ولايجوز صرف ذلك في غيرها من وجوه البر على الاشبه

نذر صرف شيء الى المرابطة اما في حال ظهور الامام أوغيبته ، والثاني اما أن يكون نذره ظاهراً ويخاف الشنعة بتركه ولاخلاف في وجوب الوفاء به في هذه الاحوال، أما لو كان الامام غائباً ونذر خفية أولم يخف شنعة فقال الشيخ هذا لايجب الوفاء به ويصرف في وجوه البر ، ومستنده رواية علي بن مهزيار قال: كتب رجل من بني هاشم الى ابي جعفر الثاني عليه السلام انه كتب في جواب مسألته بخطه وقرأته : ان كان سمع منك أحد من المخالفين فالوفاء به ان كنت

---

١) الكافي ٤/٥ ، التهذيب ١٢٣/٦ وليس فيه « من ابواب الجنة » .

٢) في المختصر النافع ط بمصر: ولم يخف .

وكذا لو أخذ من غيره شيئاً ليرابط له لم تجب عليه اعادته وان وجده ، وجاز له المرابطة أو وجبت .

تخاف شنعته والا فاصرف مانويت من ذلك في ابواب البر[1] . وتابعه القاضي.

قال المصنف : وهذا ضعيف، لان المرابطة لاتستلزم جهاداً فلايتوقف على بسط يد الامام ، بل هي ارصاد لحفظ الثغر ، وهو الحد المشترك بين دار الشرك ودار الاسلام ، وذلك الحفظ واجب على المسلمين على الكفاية مطلقاً من غير شرط ظهور الامام ، وحينئذ يجب الوفاء بالنذر لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم: من نذر أن يطيع الله فليطعه[2] . وأما الرواية فأول ما فيها أنها مكاتبة وذلك موجب لضعفها، والثاني جهالة السائل، والثالث أن النذران كان صحيحاً وجب الوفاء به والا يكون باطلا الا أنه يصرف في وجوه البر.

ثم ان المصنف حمل الرواية على تقدير صحتها على نذر معتقد[3] غير ملفوظ به فانه لاينعقد وتستحب الوفاء به ، والعلامة حملها على المرابطة في ثغر لاتجب المرابطة فيه .

وفي الحملين نظر : أما الاول فلان النذر حقيقة في المنعقد وهو الملفوظ ، والاطلاق ينصرف اليه . وأما الثاني فلان الكلام في نذر المرابطة لافي موضع المرابطة ، والوفاء بالنذر على تقدير انعقاده واجب .

قوله : وكذا لو اخذ من غيره شيئاً ليرابط لم تجب عليه اعادته عليه وان وجده وجازت له المرابطة اووجبت

قال الشيخ بناء على مذهبه أنه لو أخذ شخص من شخص شيئاً ليرابط به وجب

---

١) التهذيب ٦/١٢٦ .

٢) ابن ماجة ١/٦٨٢ ، سنن الترمذي ٤/١٠٤ .

٣) في بعض النسخ : منعقد .

النظر الثاني ـ فيمن يجب جهادهم وهم ثلاثة :

(الاول) البغاة : يجب قتال من خرج على امام عادل اذا دعا اليه هوأو من نصبه . والتأخرعنه كبيرة .

ويسقط بقيام من فيه غنى ، ما لم يستنهضه الامام على التعيين.

والفرار منه في حربهم كالفرار في حرب المشركين .

ويجب مصابرتهم حتى يفيئوا أو يقتلوا .

ومن كان له فئة أجهز على جريحهم وتبع مدبرهم ، وقتل أسيرهم.

ومن لا فئة له يقتصر على تفريقهم .

فلا يذفف على جريحهم ولا يتبع مدبرهم ولا يقتل أسيرهم ولا يسترق ذريتهم ولا نساءهم ولا تؤخذ أموالهم التى ليست فى العسكر.

اعادته على ذلك المالك ان وجده ولايجوز المرابطة به وان لم يجده وجب عليه الوفاء به ولزمت المرابطة .

وهذا ضعيف : اما اولا فلماذكرنا من مشروعيتها حال الغيبة وهي قابلة للنيابة فلاوجه للمنع منها، وحينئذ لايجب رد المال على صاحبه وتكون المرابطة واجبة على الاخذ ان كان بعقد اجارة وجائزة ان كان بعقد جعالة .

ثم ان في كلام الشيخ نوع تناقض ، فان كلامه يدل على أن مع وجدان صاحب المال لايجب الوفاء بالمرابطة ويعاد عليه ماله ومع عدم وجدانه يجب الوفاء بها، والوجدان لادخل له فى وجوب الوفاء بها وعدمه ، فكأنه قال يجب الوفاء بها ولايجب الوفاء بها ، وهو تناقض .

وهل يؤخذ ما حواه العسكر مما ينقل ؟ فيه قولان ، أظهرهما: الجواز .

وتقسم كما تقسم أموال الحرب .

(الثاني) أهل الكتاب: والبحث فيمن تؤخذ الجزية منه وكميتها وشرائط الذمة .

وهي تؤخذ من اليهود والنصارى ، وممن له شبهة كتاب ، وهم المجوس .

ويقاتل هؤلاء كما يقاتل أهل الحرب حتى ينقادوا لشرائط الذمة فهناك يقرون على معتقدهم .

واعلم أن الضمير في قول المصنف « لم يجب عليه » عائد الى فاعل أخذ وهو المؤجر نفسه ، وفي « اعادته » عائد الى « شيئاً » وفي « عليه » الثانية عائد الى «غيره» وهو المستأجر، وفي « وجده » عائد الى « المستأجر » وهو صاحب ضمير « عليه » الثانية .

قوله : وهل يؤخذ ما حواه العسكر مما ينقل ؟ فيه قولان اظهرهما الجواز .

الجواز مذهب الشيخ في النهاية والخلاف والمرتضى في التنزيه وابن ابى عقيل وابن الجنيد والقاضي والتقي ، واختاره المصنف والعلامة لوجوه :

(الاول) انه أظهر في الفتيا بين الاصحاب .

(الثاني) ما رواه ابو حمزة الثمالي عن علي بن الحسين عليهما السلام قال: سار علي عليه السلام والله في أهل البصرة بسيرة رسول الله صلى الله عليه وآله

وسلم يوم الفتح[1] . وهو يدل على قسمة أموالهم .

(الثالث) قوله صلى الله عليه وآله : حربك ياعلي حربي[2]. أي مثله، وحرب الرسول « ص » يؤخذ فيه الاموال فكذا هنا .

ان قلت : حرب النبي صلى الله عليه وآله وسلم يتبع فيه المدبر ويجهز فيه على الجريح .

قلت : ذلك بالدليل فيبقى الباقي على عمومه .

(الرابع) ماروا ه ابن ابي عقيل مرسلا ومثله لا يرسل الا عن ثقة خصوصاً اذا عمل بالرواية : ان رجلا من عبدالقيس قام يوم الجمل فقال : ياأمير المؤمنين ماعدلت حيث تقسم بيننا أموالهم ولاتقسم بينا نساءهم وأولادهم . فقال له أمير المؤمنين عليه السلام : ان كنت كاذباً فلا أماتك الله حتى تدرك غلام ثقيف ، وذلك أن دار الهجرة حرمت مافيها ودار الشرك أحلت مافيها فأيكم يأخذ أمه في سهمه[3].

وعدم الجواز مذهب الشيخ في المبسوط والسيد في الناصريات وابن ادريس لما رواه ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : المسلم أخ المسلم لايحل له دمه وماله الابطيب من نفسه[4] ولماروي أن علياً عليه السلام لما هزم الناس يوم الجمل قالوا له : ياأمير المؤمنين الاتأخذ اموالهم ؟ قال : لا لانهم تحرموا بحرمة الاسلام فلاتحل اموالهم في دار الهجرة[5] . وماروي أيضاً عن ابي قيس أن علياً عليه السلام نادى : من وجد ماله فليأخذه ، فمر بنا رجل فعرف قدراً نطبخ فيها ، فسألناه ان يصبر حتى ينضج فلم يفعل ورمى برجله فأخذها[6].

---

١) الكافي ٥/٣٣ ، التهذيب ٦/١٥٥ .

٢) كفاية الاثر: ١٥٧ ، ١٨٤ ، مجمع البيان ٢/٩٥ .

٣) المختلف ١/١٦٧ وفيه « ولا ابناؤهم » بدل « ولا اولادهم » .

٤) المختلف ١/١٥٩ ، ١٦٧ .

٥ و٦) المختلف ١/١٦٧ .

ولاتؤخذ الجزية من الصبيان والمجانين والبله والنساء والهم على الاظهر.

ومن بلغ منهم ، أمر بـالاسلام أو التزام الشرائط ، فان امتنع صار حربياً ، والاولى ألا يقذ الجزية فانه أنسب بالصغار.

وكان علي عليه السلام يأخذ من الغنى ثمانية وأربعين درهماً ، ومن المتوسط أربعة وعشرين ، ومن الفقير اثنى عشر درهماً ، لاقتضاء المصلحة ، لا توظيفاً لازماً .

والجواب : ان رواية ابـن عباس مسلمة لكنها مخصصة بالدليل ، مع أنا نمنع اسلامهم مع حصول حربهم وأما باقي الروايات فغيرمعلومة الصحة .

وللشيخ قول آخربالتفصيل ، وهوأن من رجع الى طاعة الامام لايجوزأخذ ماله ومن لم يرجع يؤخذ ماله .

قوله: ولايؤخذ الجزية من الصبيان والنساء والبله والهم على الاظهر

الخلاف في الهم وهوالرجل الكبير ، فقال ابن الجنيد لاجزية عليه ، وقال الشيخ تؤخذ ، وتبعه القاضي وابن حمزة عملاباطلاق قوله تعالى « حتى يعطوا الجزية عن يد »[1]، ولرواية حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام[2]، وحفص وان كان عاميـاً لكن اطلاق الاية يؤكد مضمون روايته ، ولان الهم قد يكون غنياً ذا رأي فيعينهم بماله ويدبرهم برأيه[3] ، وقد ورد في كلام علي عليه السلام رأي الشيخ أحب الي من مشهد الغلام .

---

١) سورة التوبة : ٢٩ .

٢) التهذيب ٦/١٥٦ .

٣) المنقول انه انكان ذا رأى أوقتال اخذت منه والا فلا .

ويجوز وضع الجزية على الرؤس أو الارض .

وفي جواز الجمع قولان ، أشبههما : الجواز.

واذا أسلم الذمي قبل الحول سقطت الجزية .

ولو كان بعده وقبل الاداء فقولان ، أشبههما : السقوط .

وتؤخذ من تركته ، لومات بعد الحول ذمياً .

قوله: ويجوز وضع الجزية على الرؤس أوالارض، وفي جوازالجمع قولان اشبههما الجواز

أي الجمع بين الرؤس والارض ، بأن تؤخذ منه جزية عن نفسه وعن أرضه أخرى .

قال ابن الجنيد والتقي يجوز الجمع ، لانه انسب بالصغار ولاصالة اباحة أموالهم ، ولان تقديرها منوط بنظر الامام فاذارأى الجمع جاز .

وقال الشيخ في النهاية والقاضي وابن حمزة والعجلي بعدم جوازه ، لرواية محمد بن مسلم في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال : ان شاء الامام وضع ذلك على رؤسهم وليس على أموالهم شيء وانشاء فعلى أموالهم وليس على رؤسهم شيء[1] .

والاقوى أن نقول : اذا اتفقوهم والامام على قدرفأراد الامام بعدذلك تقسيطه على الرؤس وعلى الاموال جاز ، وأما اذا أراد جعل جزية أخرى على الارض فلايجوز للرواية المذكورة .

قوله : واذا اسلم الذمي قبل الحول سقطت الجزية ، ولوكان بعده قبل الاداء فقولان اشبههما السقوط

---

١) الكافي ٣/٥٦٧ ، الاستبصار ٢/٥٣ ، التهذيب ٤/١١٨ ، الوسائل ١١/١١٤.

أما الشروط فخمسة : قبول الجزية ، وألا يؤذوا المسلمين ، كالزنا بنسائهم أو السرقة لاموالهم ، وألا يتظاهروا بالمحرمات كشرب الخمر ، والزنا ، ونكاح المحارم ، وألا يحدثوا كنيسة ولا يضربوا ناقوساً ، وأن تجرى عليهم أحكام الاسلام .

ويلحق بذلك : البحث فى الكنائس والمساجد والمساكن .

ولا يجوز استئناف البيع والكنائس في بلاد الاسلام ، وتزال لو استحدثت .

ولا بأس بماكان عادياً قبل الفتح ، وبما أحدثوه في أرض الصلح ، ويجوز رمتها .

ولا يعلى الذمى بنيانه فوق المسلم ، ويقر ما ابتاعه من مسلم على حاله .

ولو انهدم لم يعل به .

ولا يجوز لاحدهم دخول المسجد الحرام ولا غيره ، ولو أذن له المسلم .

مسألتان :

(الاولى) يجوز أخذ الجزية من أثمان المحرمات كالخمر .

(الثانية) يستحق الجزية من قام مقام المهاجرين فى الذب عن الاسلام من المسلمين .

(الثالث) من ليس لهم كتاب ويبدأ بقتال من يليه الامع اختصاص

الابعد بالخطر.

ولايبدؤن الا بعدالدعوة الى الاسلام، فان امتنعوا حل جهادهم.

ويختص بدعائهم الامام، أو من يأمره.

وتسقط الدعوة عمن قوبل بها وعرفها.

وان اقتضت المصلحة المهادنة جاز، لكن لايتولاها الاالامام أو من يأذن له، ويذم الواحد من المسلمين للواحد، ويمضى ذمامه على الجماعة ولوكان أدونهم.

ومن دخل بشبهة الامان فهوآمن حتى يرد الى مأمنه.

لو استذم فقيل: لا نذم، فظن أنهم أذنوا فدخل وجب اعادته الى مأمنه نظراً فى الشبهة.

هذاقول الشيخين فى النهاية والمقنعة والقاضي وابن ادريس، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: الاسلام يجب ماقبله[1]. وقوله: لاجزية على مسلم[2]. ولان لازم الجزية الصغار ولازم الاسلام الاعزاز، وهما متنافيان فتنافى ملزومهما.

وقال الشيخ في النهاية والتقي بعدم سقوطها، لاستقرارها بحول الحول كالزكاة.

والجواب: بالمنع من المساواة وبحصول الفرق، فان الزكاة تجب في

---

١) تفسيرعلى بن ابراهيم فى تفسير الاية: ٩٠ من الاسراء «وقالوا لن نؤمن لك حتى تفجرلنا من الارض ينبوعاً» وعنه تفسير البرهان ٢/٥٠٤، نور الثقلين ٣/٢٢٦، البحار ٢١/١٠٦.

٢) سنن الترمذى ٣/٢٧.

ولا يجوز الفرار اذا كان العدو على الضعف أو أقل ، الا لمتحرف أو متحيز الى فئة ، ولو غلب على الظن العطب على الاظهر ، ولو كان أكثر جاز .

ويجوز المحاربة بكل ما يرجى به الفتح : كهدم الحصون ، ورمى المناجيق ، ولا يضمن ما يتلف بذلك المسلمين بينهم .

ويكره بالقاء النار ،

العين والجزية في الذمة .

قوله : ولا يجوز الفرار اذا كان العدو على الضعف أو أقل الا لمتحرف لقتال أو متحيز الى فئة ، ولو غلب على الظن العطب [1] على الاظهر

هنا فوائد :

(الاولى) كان في مبدأ الاسلام يجب ثبات المائة للالف ، ثم نسخ ذلك بوجوب ثبات المائة للمائتين والالف للالفين . وذلك هو الضعف ، بأن يكون المسلمون على النصف من المشركين أو اكثر . وهذا مما لا خلاف فيه .

واستثني من هذا اثنان : متحرف لقتال ، ومتحيز الى فئة .

أما المتحرف فالمراد به المستعد للقتال ، بأن يصلح لامته [2] ويطلب ماءاً لمكان عطشه أو مأكولا لمكان جوعه أو لكون الشمس في مقابلته . والتحرف لغة الميل الى حرف أو طرف ، ومنه التحرف في طلب الرزق وهو الميل الى جهة يظن حصول الرزق فيها ، وقوله « لقتال » أي لا يكون تحرفه للفرار .

---

١) عطب عطباً من باب تعب : هلك .

٢) اللامة بالهمزة الساكنة ويجوز تخفيفها : الدرع ، والجمع لام مثل تمرة وتمر ولؤم مثل غرف .

وأما المتحيز فهو المائل الى حيز. والفئة الجماعة من الناس المنقطعة عن غيرها ، ويشترط كونها صالحة للاستنجاد قريبة كانت أو بعيدة . اللهم الا أن يفرط البعد بحيث يعد فراراً [1].

(الثانية) لو غلب على الظن العطب في الحالة المذكورة هل يجب الثبات حينئذ أم لا ؟ قال في المبسوط : فيه قولان ، أحدهما الجواز لقوله « ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة » [2]، وثانيهما عدمه لقوله « واذا لقيتم فئة فاثبتوا » [3].

واختاره المصنف ، للامر بالثبات مطلقاً ولجواز كذب ظنه ، لقوله تعالى « ان يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين »[4] وهذا أجود ، لان التغرير بالنفس ليس منافياً للجهاد بل مقصود فيه .

(الثالثة) حيث قلنا بوجوب ثبات الجملة للجملتين كالمائة للمائتين والالف للالفين ، فهل ينسحب الحكم الى الاحاد بمعنى وجوب ثبات الواحد للاثنين وتحريم فراره منهما أم لا ؟ قال الشيخ في النهاية نعم ، وقال في المبسوط لا .

وتؤيد الاول رواية الحسن بن صالح عن الصادق عليه السلام قال : من فر من رجلين في القتال فقد فر ومن فر من ثلاثة من الزحف فلم يفر[5].

والاجود الثاني ، لان الهيئة الاجماعية لها تأثير من المراقبة والمعاضدة ،

---

١) قال في مجمع البيان « الا متحرفاً لقتال » أي الا تاركاً موقفاً الى موقف آخر اصلح للقتال من الاول ، وقيل معناه : الا منعطفاً مستطرداً كأنه يطلب عورة يمكنه اصابتها فيتحرف عن وجهه ويرى انه يفر ثم يكر والحرب كر وفر. «أومتحيزاً الى فئة» أي منحازاً الى جماعة من المسلمين يريدون العود الى القتال ليستعين بهم .

٢) سورة البقرة : ١٩٥ .

٣) سورة الانفال : ٤٦ .

٤) سورة الانفال : ٦٥ .

٥) التهذيب ٦/ ١٧٤ ، الكافي ٥/ ٣٤ ، الوسائل ١١/ ٦٣ .

ويحرم بالقاء السم ، وقيل يكره .

ولو تترسوا بالصبيان والمجانين أو النساء ولم يمكن الفتح الا بقتلهم جاز .

وكذا لو تترسوا بالاسارى من المسلمين فلا دية .

وفى الكفارة قولان .

وذلك لا يحصل في الواحد فيجوز فرار الواحد من الاثنين . والرواية ضعيفة، لان الحسن بن صالح زيدي اليه نسب الصالحية منهم .

قوله : ويحرم بالقاء السم وقيل يكره

الاول قول الشيخ في النهاية وابن ادريس ، لرواية السكوني عن الصادق عليه السلام عن أبيه عن علي عليه السلام : ان النبى صلى الله عليه وآله وسلم نهى أن يلقى السم في بلاد المشركين[1] .

والثاني قوله في المبسوط وابن الجنيد ، لانه في معنى ارسال الماء عليهم واحراقهم بالنار ورميهم بالمناجيق، وكل ذلك جائز وان كان فيهم النساء والصبيان والشيوخ وأسارى المسلمين والتجار. وللعلامة القولان ، واختار الشهيد الاول.

وفيه نظر، لضعف السكوني وامكان حمل النهي على الكراهية .

قوله : وكذا لو تترسوا[2] بالاسارى من المسلمين فلا دية وفى الكفارة قولان

القولان للشيخ قال في النهاية لم يلزم الدية وسكت عن الكفارة ، وظاهره أنها ليست واجبة والا لذكرها . وقال في المبسوط يلزم الكفارة لا الدية ،

---

١) الكافى ٥/٢٨ ، التهذيب ٦/١٤٣ ، الوسائل ١١/٤٦ .

٢) الترس بضم التاء وسكون الراء : صفحة من الفولاذ أوالجلود مستديرة تحمل للوقاية من السيف ونحوه ، وتترس : تستر بالترس .

ولا يقتل نساؤهم ولوعاون ، الا مع الاضطرار.

ويحرم التمثيل بأهل الحرب والغدر والغلول منهم .

ويقاتل في أشهر الحرم من لا يـرى لها حرمة ، ويكف عمن يرى حرمتها .

ويكره القتال قبل الزوال ، والتبييت ، وأن تعرقب الدابة ، والمبارزة بين الصفين بغير اذن الامام .

واحتج بقوله تعالى «وان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة»[1] ، واختاره ابن ادريس .

قال بعض الفضلاء : انه ليس بشيء ، لان الكفارة على تقدير الذنب ولا ذنب على القاتل مع اباحة قتلهم .

وعندي فيه نظر، لانـا نمنع أن الكفارة على تقدير الذنب والا لما وجب على القاتـل خطأ كفارة والنص والاجماع بخلافه . مع أنه لا ذنب فيه ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان ـ أي ذنبهما واثمهما ولا نسلم أن قتل الترس مباح مطلقاً بل يجب تحري العدول عنه ماأمكن ، فاذاً الحق ما قاله ابن ادريس .

قـوله : ويكره القتال قبل الزوال والتبييت وان تعرقب ٢) الدابـة والمبارزة بين الصفين بغير اذن الامام

هذه مكروهات أربعة :

---

١) سورة النساء : ٩٢ .

٢) عرقب الدابة : قطع عرقوبها . وتعرقبها : ركبها من خلفها وهو هنا بمعنى عرقب. والعرقوب : عصب مؤتر خلف الكعبين .

النظر الثالث فى التوابع ـ وهى أربعة :

(الاول) في قسمة الفيء : يجب اخـراج ما شرطه الامام أولا كالجعائل، ثم بما تحتاج اليه الغنيمة كأجرة الحافظ والراعى ، وبما يرضخ لمن لا قسمة له كالنساء والكفار والعبيد .

(الاول) القتال قبل الزوال لئلا يشتغلوا به عن الصلاة ، بل عند الزوال بعد الصلاة ، لان تفتح عنده أبواب السماء وتنزل الرحمة والنصر وهو أقرب الى الليل وأقل للقتال .

(الثاني) التبييت ، وهـو الهجوم عليهم ليلا لئلا يقع القتل فيمن لا يجوز قتله من مسلم وامرأة وصبى ، ولو دعت الضرورة الى حد ذلك جاز.

(الثالث) ان تعرقب الدابة . اللهم ان يرى الفارس ذلك صلاحاً كما فعل جعفر بن ابى طالب بموتة . قال بعضهم : هذا يفعله الفارس اذا عرف أنه مغلوب لئلا يتقوى المشركون بها . وانما قلنا بكراهته لا لمصلحة لانه يؤول الى هلاكها ونهى رسول الله «ص» عن قتل الحيوان لغير مأكلة [1].

(الرابع) المبارزة بين يدي الامام بغير اذنه . وتحرير القول هنا : انها قد تكون واجبة مع الزام الامام بها ، وقد تكون محرمة مع نهيه عنها ، وقد تكون مستحبة مع دعائـه اليها لا مع التعيين والالزام ، وقد تكون مكروهة اذا خلت عن هذه الاسباب ومع استيذان الامام تزول الكراهية .

قوله : وبما يرضخ لمن لاقسمة له كالنساء والكفار

الرضخ هو العطاء اليسير ، وأصله اليسير من كل شيء ، ومنه قولهم «كان سلمان رحمه‌الله يرتضخ لكنة فارسية ، وكان صهيب يرتضخ لكنة رومية ، وكان

---

١) الكافى ٥ / ٣٩ ، التهذيب ٦ / ١٣٨ ، الوسائل ١١ / ٤٣ .

ثم يخرج الخمس، ويقسم الباقي بين المقاتلة ومن حضر القتال وان لم يقاتل حتى الطفل ولو ولد بعد الحيازة قبل القسمة.

وكذا من يلتحق بهم من المدد، للراجل سهم وللفارس سهمان.

وقيل: للفارس ثلاثة.

ولو كان معه أفراس أسهم للفرسين دون ما زاد.

بلال يرتضخ لكنة حبشية»[1].

قوله: ثم يخرج الخمس

قيل اخراج الخمس قبل هذه المذكورات من أصل الغنيمة، لقوله تعالى «واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه»[2] والضمير عائد الى «ما» وهي للعموم، وهو قول الشيخ في الخلاف.

وقيل بل بعد هذه، لان الغنيمة في الحقيقة هو ما حصل واستقر ملك الغانمين عليه، وذلك [هو] ما بعد هذه المذكورات، وبه قال في المبسوط. وهو الوجه.

قوله: للراجل سهم وللفارس سهمان، وقيل للفارس ثلاثة

الاول قول الشيخ وابن ابى عقيل والتقي والقاضي وابن حمزة وابن ادريس

---

١) رضخت له رضخاً من باب نفع: اعطيته شيئاً ليس بالكثير. والرضخ والرضخة: الشيء اليسير تسمعه من الخبر من غير أن تستبينه. قال المبرد: يقال فلان يرتضخ لكنة عجمية اذا نشأ مع العجم يسيراً ثم صار مع العرب فهو ينزع الى العجم في ألفاظ من ألفاظهم لا يستمر لسانه على غيرها ولو اجتهد. قال وفي حديث صهيب «كان يرتضح لكنة رومية، وكان سلمان يرتضخ لكنة فارسية» أي كان هذا ينزع في لفظه الى الروم وهذا الى الفرس ولا يستمر لسانهما على العربية استمراراً.

٢) سورة الانفال: ٤١.

وكذا يقسم لو قاتلوا فى السفن وان استغنوا عن الخيل ؛ ولا سهم لغير الخيل ، ويكون راكبها فى الغنيمة كالراجل .

والاعتبار بكونه فارساً عند الحيازة لا بدخول المعركة .

والجيش يشارك سريته ولا يشاركها عسكر البلد .

وصالح النبى عليه السلام الاعراب عن ترك المهاجرة بأن يساعدوا اذا استنفر بهم ، ولانصيب لهم فى الغنيمة .

لرواية حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام[1] وهي وان كانت ضعيفة بحفص وكونها مكاتبة أيضاً لكن عمل الاصحاب جبروهنها .

والثاني قول ابن الجنيد والمرتضى ، لرواية اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام : ان علياً عليه السلام كان يجعل للفارس ثلاثة وللراجل سهماً[2] وحمل الشيخ هذه على أن يكون له اكثر من فرس واحد ، لرواية احمد بن النضر عن الحسين بن عبدالله عن ابيه عن جده عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال : اذا كان مع رجل أفراس لايسهم الا لفرسين[3] .

قوله: وصالح النبى صلى الله عليه وآله وسلم الاعراب عن ترك المهاجرة بأن يساعدوا اذا استنفر بهم ولانصيب لهم فى الغنيمة

هذا قول الشيخ رحمه الله ، وخالف ابن ادريس في ذلك وقال : بل يسهم لهم ، للاجماع على أن كل من قاتل من المسلمين فهو من جملة المقاتلة وان الغنيمة للمقاتلة .

---

١) الكافى ٥/٤٤ ، التهذيب ٦/١٤٥ ، الاستبصار ٣/٣ ، الوسائل ١١/٧٧، ٧٨.

٢) التهذيب ٦/١٤٧ ، الاستبصار ٣/٤ ، الوسائل ١١/٨٨ .

٣) الكافى ٥/٤٤ ، التهذيب ٦/١٤٧ ، الاستبصار ٣/٤ ، الوسائل ١١/٨٨ .

ولوغنم المشركون أموال المسلمين وذراريهم ثم ارتجعوها لم تدخل فى الغنيمة .

ولوعرفت بعد القسمة فقولان ، أشبههما : ردها على المالك.

ويرجع الغانم على الامام بقيمتها مع التفرق ، والا فعلى الغنيمة .

(الثاني) فى الاسارى : والاناث منهم والاطفال يسترقون ، ولا يقتلـون .

ولو اشتبه الطفل بالبالغ ، اعتبر بالانبات .

والذكور البالغون يقتلون حتماً . ان أخذوا والحرب قـائمة ما لم يسلموا .

والامام مخير بين ضرب أعناقهم وقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وتركهم حتى ينزفوا .

وان أخذوا بعد انقضائها لم يقتلوا ، وكان الامام مخيراً بين المن والفداء والاسترقاق ، ولا يسقط هذا الحكم لوأسلموا .

ولا يقتل الاسير لوعجزعن المشى ولا يعد الذمام له

وفيه نظر ، لان مع الصلح على ذلك يسقط الاستحقاق .

قوله : ولوغنم المشركون اموال المسلمين وذراريهم ثم ارتجعوها لم تدخل فى الغنيمة ، ولو عرفت بعد القسمة فقولان اشبههما ردها على المالك ويرجع الغانم على الامام بقيمتها مع التفرق والافعلى الغنيمة

اذا غنم المشركون أموال المسلمين لم تخرج عـن ملكهم ، لاصالة بقاء الملك على مالكه ، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: لايحل مال امرىء مسلم

الاعن طيب نفس منه[1] . فلوغنمها المسلمون بعد ذلك فاما أن يعرف قبل القسمة أوبعدها، فان كان الاول أعطيت لمالكها، وان كان الثاني قال الشيخ في المبسوط هي لمن حصلت في نصيبه ويعطى الامام أربابها أثمانها من بيت المال لئلا تنتقض القسمة . واختاره ابن ادريس والعلامة .

وقال المصنف بل ترد على أربابها مع قيام البينة بذلك ، لما ذكرناه من أصالة بقاء الملك ويأخذ الغانم قيمة ذلك من الغنيمة ان بقي فيها شيء والافمن الامـام .

وهذا هوالحق ، وتؤيده رواية الحسن بن محبوب في كتاب المشيخة عن علي بن رئاب عن طربال عن الباقر عليه السلام[2] .

وهنا اقوال أخر :

(الاول) قول الشيخ في النهاية[3] أنها تجعل في سهام المقاتلة ويعطى الامام أثمانها من بيت المال ولم يفصل .

(الثانى) قول التقي: الرقيق قبل القسمة لمالكه وبعد القسمة لاسبيل له عليه وغير الرقيق ممايملك فهو للمقاتلين ان دخل في حرز الكفار وتملكهم على ظاهر الحال والافهو لاربابه من المسلمين .

---

١) الكافى ٣٧٤/٧ ، العوالى ١١٣/٢ ، الوسائل : الباب الثالث من أبواب مكان المصلى .

٢) التهذيب ١٦٠/٦ ، الاستبصار ٦/٣ ، الوسائل ٧٥/١١ .

٣) النهاية : ٢٩٥ ، قـال فيه : ومتى اغار المشركون على المسلمين فأخذوا منهم ذراريهم وعبيدهم وأموالهم ثم ظفر بهم المسلمون فأخذوا منهم ماكانوا أخذ منهم المشركون فان اولادهم يردون اليهم بعد أن يقيموا بذلك بينة ولايسترقون ، فأما العبيد فانهم يقومون فى سهام المقاتلة ويعطى الامام مواليهم اثمانهم من بيت المال ، وكذلك الحكم فى امتعتهم واثاثاتهم على السواء .

ويكره أن يصبرعلى القتل .

ولا يجوز دفن الحربى ويجب دفن المسلم .

ولو اشتبهوا قيل : يوارى من كان كميشاً كما أمرالنبى صلى الله عليه وآله وسلم في قتلى بدر.

وحكم الطفل حكم أبويه ، فان أسلما أو أسلم أحدهما لحق بحكمه .

ولوأسلم حربى في دار الحرب حقن دمه وماله مما ينقل دون العقارات والارضين ، ولحق به ولده الاصاغر.

(الثالث) قول ابن الجنيد : المماليك تجعل في سهام المقاتلة ويدفع الامام أثمانها من بيت المال الى أربابها ، ولم يفصل ولم يذكر غير المماليك .

(الرابع) قول القاضي وصورته : أما ما عدا الاولاد فان كانت عينه باقية وعلم أوقامت له البينة أنه لمن يدعيه سلم اليه . وهوقريب من قول المصنف .

هذا كله فيما عدا الذراري ، أما الذراري من المسلمين فلا كلام ولا خلاف في عدم دخولهم في الغنيمة .

قوله : ويكره أن يصبرعلى القتل

معناه أن يحبس الاسير للقتل .

قوله : ولواشتبهوا قيل يوارى من كان كميشاً كما أمرالنبى صلى الله عليه وآله وسلم فى قتلى بدر

القائل هوالشيخ، والمستند رواية ابى بصيرعن حماد بن يحيى عن الصادق عليه السلام عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم قال : لاتواروا الاكميشاً وهو

ولو أسلم عبد في دار الحرب قبل مولاه ملك نفسه .

وفي اشتراط خروجه تردد ، المروى : أنه يشترط .

(الثالث) في أحكام الارضين. وكل أرض فتحت عنوة وكانت محياة فهى للمسلمين كافة ، والغانمون فى الجملة ، لاتباع ولاتوقف ولا توهب ولا تملك على الخصوص .

والنظر فيها الى الامام ، يصرف حاصلها فى المصالح .

وماكان مواتاً وقت الفتح فهو للامام لا يتصرف الا باذنه .

وكل أرض فتحت صلحاً على أن الارض لاهلها ، والجزية فيها ، فهى لاربابها ولهم التصرف فيها .

ولو باعها المالك صح ، وانتقل ماكان عليها من الجزية الى ذمة البائع .

ولو أسلم سقط ما على أرضه أيضاً ، لانه جزية .

صغير الذكر - وقال : لايكون ذلك الافي كرام الناس[1] .

وقال ابن ادريس : يقرع فمن أخرجته القرعة أنه مسلم دفن والالم يدفن .

ولو قيل يدفن الكل احتياطاً كان حسناً ، اما مع التأذي بهم يدفن الجميع .

قوله : ولو اسلم عبد فى دار الحرب قبل مولاه ملك نفسه، وفى اشتراط خروجه تردد المروى أنه يشترط

منشأ التردد من حيث اسلامه المانع من استيلاء الكافر عليه ، لقوله تعالى «ولن

---

١) التهذيب ٦/١٧٢ ، الوسائل ١١/١١٢ .

ولو شرطت الأرض للمسلمين كانت كالمفتوحة عنوة، والجزية على رقابهم.

وكل ارض اسلم اهلها طوعاً فهي لهم.

وليس عليهم سوى الزكاة في حاصلها، مما تجب فيه الزكاة.

وكل ارض ترك اهلها عمارتها فللامام تسليمها الى من يعمرها وعليه طسقها لاربابها.

وكل ارض موات سبق اليها سابق فأحياها فهو احق بها.

وان كان لا مالك فعليه طسقها له.

(الرابع) الامر بالمعروف والنهي عن المنكر.

يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا »[1] وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: الاسلام يعلو ولايعلى عليه[2]. ومن رواية السكوني في الموثق عن الصادق عليه السلام عن آبائه أن النبي « ص » حيث حاصر أهل الطائف قال: أيما عبد خرج الينا قبل مولاه فهو حر، وأيما عبد خرج الينا بعد مولاه فهو عبد[3]. ولانه اذا خرج قهر مولاه على نفسه فيملكها بخلاف ما اذا لم يخرج.

وبالاول قال الشيخ في المبسوط، وبالثاني قال في النهاية وابن الجنيد وابن ادريس والعلامة، واختاره المصنف في الشرائع وعليه الفتوى.

قوله: الرابع الامر بالمعروف والنهي عن المنكر وهما واجبان على الاعيان في اشبه القولين.

---

١) سورة النساء: ١٤١.

٢) الوسائل ١٧/٣٧٦.

٣) التهذيب ٦/١٥٢، الوسائل ١/٨٩.

وهما واجبان على الاعيان في اشبه القولين .

والامر بالواجب واجب وبالمندوب مندوب ،

لاخلاف في وجوبهما ، وانما الخلاف في أنه هل هوعلى الاعيان أوعلى الكفاية . فقال الشيخ[1] وابـن حمزة بالاول ، لعموم آيات القرآن الدالـة على وجوبهما مطلقاً، ولتواترالاخبار كذلك . وقال المرتضى والتقي والقاضي وابن ادريس[2] بالثاني ، لان غرض الشارع وقوع المعروف وارتفاع المنكرمن أي شخص اتفق لامن مباشرمعين ، فيكون على الكفاية لانـه معناه ، ولقوله تعالى «ولتكن منكم أمة يدعون الى الخيرويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر»[3] ووجه دلالتها أن « من » في « منكم » لاجائزأن تكون مبينة ، لانها لاتتقدم على الاسم المبهم المحتاج الى البيان وقد تقدمت في الاية ، فتكون للتبعيض لعدم احتمال غيرها ، وهوالمطلوب . واختاره العلامة[4].

وأجيب عن حجةالشيخ بمنع عمومالقرآن والاخبار، بل دلالتهما من حيث الاطلاق ولاعموم للمطلق .

اذا عرفت هذا فهل معلوميتهما عقلية أوسمعية ؟ قـال الشيخ وابـن ادريس بالاول لانهما لطفان وكل لطف واجب ، والمقدمتان ظاهرتان .

وقـال المرتضى والتقي بالثاني ، واختاره العلامة محتجاً بـأن وجوبهما

---

١) النهاية : ٢٩٩ ، قال فيه : الامر بالمعروف والنهى عن المنكرفرضان منفرائض الاسلام ، وهما فرضان على الاعيان لا يسع احداً تركهما والاخلال بهما .

٢) السرائر: ١٥٦ ، قال فيه : وهو من فروض الكفايات ، ومعنى ذلك انه اذا أقام به من فى قيامه كفاية وغناء عن الباقين .

٣) سورة آل عمران : ١٠٠ .

٤) المختلف ٢/١٦٨ .

والنهي عن المنكر كله واجب .

ولا يجب احدهما ما لم يستكمل شروطاً اربعة :

العلم بأن ما يأمر به معروف ، وما ينهى عنه منكر.

وأن يجوز تأثير الانكار ، وألا يظهر من الفاعل امارة الاقلاع .

والا يكون فيه مفسدة .

لو كان عقلياً لزم اما اخلال الله بالواجب أووقوع كل معروف وارتفاع كل منكر واللازم بقسميه باطل فكـذا الملزوم . بيان الملازمة : ان المـراد بالامر الحمل وبالنهي المنع، فلووجبا عقلالوجبا عليه تعالى ، لان الواجب العقلي لايختلف لانه انمـا وجب لوجه وجوبه ووجه الوجوب مشترك . واذا وجبا عليه تعالى فان فعلهما لزم الامر الثاني وان لم يفعلهما لزم الاول . وأمابطلان اللازم فلاستحالة القبيح عليه تعالى ولوقوع اكثر المنكر وارتفاع اكثر المعروف .

وفيه نظر، لاحتمال اختلاف الوجوب بالنسبة الينا واليه تعالى، فان الواجب يختلف باختلاف الامر والناهي فان القادر يجب عليه بالقلب واللسان واليد والعاجز يجب عليه بالقلب لاغير ، واذا كان كذلك بالنسبة الينا جاز أيضاً اختلافه بالنسبة الينا واليه تعالى ويكون الواجب عليه التخويف والانذار لئلا يبطل التكليف .

سلمنا عدم اختلافه، لكن أي شيء نعني بالحمل والمنع، هل هوما يؤدي الى الالجاء وذلك باطل لانه مناف للتكليف أوما لايؤدي اليه وذلك مسلم لكن لايلزم منه وقوع كل معروف وارتفاع كل منكر لووجبا عليه تعالى، وفعلهما لان اللطف مقرب لاملجيء .

قوله : والنهي عن المنكر كله واجب

هذه العبارة تابع المصنف فيها الشيخ . وفيها نظر ، لانه ان أراد بالمنكر

مايجب عليه تركه لم يكن كلامه حاصراً للاحكام الاربعة المغايرة للمباح ضرورة خروج المكروه ، وان أراد اخراج ماكان تركه راجحاً أعم من أن يكون مانعاً من النقيض أولا كان كلامه حاصراً لكن حكمه أن النهي كله واجب ممنوع ، لان أحد قسميه مكروه وليس النهي عنه واجباً بل مندوب .

والاولى أن يقول : ان النهي أيضاً ينقسم الى قسمين : واجب وهو النهي عن الحرام ، ومندوب وهو النهي عن المكروه . وهو قول التقي وابن حمزة .

قوله : وينكر بالقلب ثم باللسان ثم باليد

للاصحاب في ترتيب كيفيات الانكار عبارات : «١» ما قاله المصنف واختاره العلامة [1] « ٢ » عبارة الشيخ يجب أولا باللسان ثم باليد ثم بالقلب «٣» عبارة سلار وهو يترتب باليد أولا فان لم يمكن فباللسان فان لم يمكن فبالقلب .

قال العلامة : التحقيق أن هذا نزاع لفظي ، لان القائل بتقديم اللسان يريد أنه يعظه بالقول ويزجره ، فان أفاد والاضربه وأدبه ، فان خاف وعجز عن ذلك كله اعتقد وجوب المعروف وتحريم المنكر وذلك مرتبة القلب . والقائل بتقديم القلب يريد أنه يعتقد الوجوب ثم يأمر به باللسان أو ينهى عنه ، والقائل بتقديم اليد يريد أنه يفعل المعروف ويتجنب المنكر بحيث يقتدى به ، فان أفاد ذلك والا وعظ وزجر وخوف باللسان ، فان عجز عن الجميع اعتقد الوجوب . هذا آخر كلامه .

وفيه نظر :

أما أولا ـ فلان اعتقاد الوجوب ليس من الامر والنهي في شيء ، والتقسيم

---

١) القواعد ، المطلب الخامس من كتاب الجهاد .

ولا ينتقل الى الاثقل الا اذا لم ينجح الاخف .

ولوزال باظهار الكراهية اقتصر ، ولو كان بنوع من اعراض .

ولو لم يثمر انتقل الى اللسان .

ولو لم يرتفع الا باليد ، كالضرب جاز .

لمراتب الامر والنهي فلايكون القلب منهما . على أنا نقول : اعتقاد الوجوب لايكفي في وظيفة القلب، بل وظيفته الابتهال الى الله بقلبه أن يوفق ذلك الشخص ويهديه الى فعل المعروف والانتهاء عن المنكر حتى يكون له مدخل في الامر والنهي وان لم يكن منهما .

وأما ثانياً ـ فلان فعل المعروف والتجنب عن المنكر لايختص باليد بل يشمل الجوارح كلها ، فلو كان مرادهم ذلك لم ينسبوا الامر والنهي الى اليد فقط .

وأما ثالثاً ـ فلانه يلزم القائل بتقديم اليد على ذلك التوجيه أنه اذا لم ينجع الفعل والتجنب المذكورين ان ينتقل الى اللسان، فان لم ينجع[1] لزمه أن ينتقل ثانياً الى اليد بالتأديب ، لان التأديب من مراتب الامر والنهي اتفاقاً ، وذلك يخل بالترتيب .

وأما رابعاً ـ فلان ماذكر تخمين لادليل عليه، فلايكون النزاع لفظياً وحينئذ فالاحسن عبارة المصنف وسيأتي في المقالة الثالثة معناه .

قوله : ولاينتقل الى الاثقل الااذا لم ينجع الاخف

لاشك أن كل مرتبة من المراتب المتقدمة يمكن أن يعتبر فيها ثقل وخفة ، وحينئذ ينبغي أن يكون مراد المصنف أنه لاينتقل في كل مرتبة من المراتب المذكورة الى الاثقل الا اذا لم ينجع الاخف فنقول : مرتبة القلب أخفها اعتقاد

---

١) أى فان لم يظهر اثر، يقال : نجع الدواء والعلف والوعظ : ظهر اثره .

أما لـو افتقر الى الجراح أو القتل لم يجز الا باذن الامام أو من نصبه .

وكذا الحدود لا ينفذها الا الامام أو من نصبه .

الوجوب وسؤال الله التوفيق وتوجيه الهمة منه الى ذلك ، فاذا لم ينجع انتقل الى اظهار الكراهية والاعراض وقلة المعاشرة بل عدمها ، فاذا لم ينجع انتقل الى اللسان بالقول اللين والوعظ الهين، فاذا لم ينجع انتقل الى الامر على جهة الاستعلاء والغلظة بالقول، فاذا لم ينجع شيء من ذلك انتقل الى اليد من عرك[1] الاذن وضرب الخد ، فاذا لـم ينجع انتقل الى كثير الضرب وشديده مالم يؤد الى التبريح[2] كالجرح والكسر .

قوله : اما لوافتقر الى الجرح اوالقتل لم يجز الا باذن الامام

قال الشيخ في الاقتصاد : الظاهر من مذهب شيوخنا الامامية أن هذا الجنس من الانكار لايكون الا للائمة عليهم السلام اوأن يأذن له الامام فيه .

ثم قال : وكان المرتضى يخالف في ذلك ويقول : يجوز فعل ذلك بغير اذنه لان ما يفعل باذنهم يكون مقصوداً وهذا غير مقصود بل المقصود المدافعة والممانعة لا الجرح والقتل .

ثم ان الشيخ في التبيان وافق المرتضى ، وهو قول التقي وابن ادريس . وقال في النهاية كقوله في الاقتصاد ، وهو اختيار سلار والقاضي ، وتابع العلامة المرتضى عملا باطلاق الامر بالمعروف والنهي عن المنكر .

قوله : وكذا الحدود لاينفذها الا الامام أومن نصبه ، وقيل يقيم الرجل الحد على زوجته وولده

---

١) عركه : دلكه وحكه .

٢) برح به الضرب تبريحاً : اشتد وعظم ، وهذا أبرح من ذاك أي أشد .

وقيل : يقيم الرجل الحد على زوجته وولده .

وكذا قيل : يقيم الفقهاء الحدود في زمان الغيبة اذا أمنوا ، ويجب على الناس مساعدتهم .

ولو اضطر الجائر انساناً الى اقامة حد جاز ما لم يكن قتلا محرماً فلا تقية فيه .

ولو أكرهه الجائر على القضاء ، اجتهد في تنفيذ الاحكام على الوجه الشرعي ما استطاع .

وان اضطر عمل بالتقية ما لم يكن قتلا .

القائل هو الشيخ في النهاية وتابعه القاضي ومنعه سلار ، وقال ابن ادريس لايجوز الاعلى عبده فقط ، لخصوص ما استفاض من النقل به . واختار العلامة قول الشيخ بشرط أن يكون فقيهاً ، وهو جيد لما يأتي .

قوله: وكذا قيل يقيم الفقهاء الحدود في زمان الغيبة اذا أمنوا ويجب على الناس مساعدتهم

القائل هو الشيخان ، وكذا قال سلار ما لم يكن قتلا أو جرحاً، ومنع منه ابن ادريس ، قال : وهو رواية شاذة .

واختار العلامة قول الشيخين محتجاً بأن تعطيل الحدود يفضي الى ارتكاب المحارم وانتشار المفاسد وذلك مطلوب الترك في نظر الشرع، وبما رواه عمرو بن حنظلة عن الصادق عليه السلام في حديث طويل يقول فيه : ينظران الى من كان منكم ممن قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا فليرضوا به حكماً فاني قد جعلته عليكم حاكماً ، فاذا حكم بحكمنا فلم يقبله منه فانما استخف

بحكم الله وعلينارد والراد علينا راد على الله تعالى وهوعلى حدالشرك بالله[1] .

وهذا تؤيده العمومات والنظر :

أما العمومات فقوله صلى الله عليه وآله وسلم : العلماء ورثة الانبياء[2] ، ومعلوم أنهم لم يرثوا من المال شيئاً فيكون وراثتهم العلم أوالحكم . والاول تعريف المعرف فيكون المراد هوالثاني ، وهوالمطلوب .

وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : علماء أمتي كأنبياء بنى اسرائيل. ومعلوم أن أنبياء بني اسرائيل لهم اقامة الحدود .

وأما النظرفهوأن المقتضي لاقامة الحد قائم في صورتي حضورالامام وغيبته وليست الحكمة عائدة الى مقيمه قطعاً ، فتكون عائدة الى مستحقه أو الى نوع المكلفين . وعلى التقديرين لابد من اقامتها مطلقاً .

* * *

تم قسم العبادات بحمدالله وعونه . ويليه قسم التجارات .

في المجلد الثاني بحسب تجزئتنا

---

١) الكافى ١/ ٦٧، ٧/ ٤١٢ ، التهذيب ٦/ ٣٠١ ، الفقيه ٣/ ٥ ، الاحتجاج ٢/ ١٠٦.

٢) الكافى ١/ ٣٢ .

فهرس الكتاب

مقدمة شارح الكتاب ٣

مقدمات يكثر الانتفاع بها ٥

مقدمة مؤلف الكتاب ١٦

(كتاب الطهارة ٢٨ - ١٥٩)

معنى الكتاب والطهارة ٢٨

تقسيم الماء الى مطلق ومضاف وأسآر ٣٣

الماء المطلق وأحكامه ٣٥

في تقدير الكر والماء الكثير ٤٠

أحكام البئر ومنزوحاته ٤٣

الماء المضاف وأحكامه ٥٥

الاسآر طاهرة عدا سؤر الكلب وأخويه ٦١

بعض أحكام الاواني ٦٤

الوضوء ومعناه في اللغة والاصطلاح	٦٥
في موجبات الوضوء	٦٦
في آداب الخلوة	٦٨
كيفية الوضوء وآدابه	٧١
نية الوضوء	٧٣
غسل الوجه وحده	٧٨
غسل اليدين وحده	٧٩
مسح الرأس ومقداره	٨١
مسح الرجلين وأحكامه	٨٣
الترتيب والموالاة في أفعال الوضوء	٨٤
أحكام الوضوء المتفرقة	٨٧
أحكام غسل الجنابة	٩١
أحكام غسل الحيض	١٠٠
أحكام غسل الاستحاضة	١١١
أحكام غسل النفاس	١١٢
أحكام غسل الاموات	١١٤
مسائل ملحقة بأحكام الاموات	١٢٣
أحكام غسل من مس ميتاً	١٢٧
الطهارة الترابية ـ أحكام التيمم	١٣٠
عدالنجاسات العشرة	١٤٢
أحكام النجاسات	١٤٦
الاواني وما يحرم منها ومالا يحرم	١٥٥

عدالصلوات وعدد ركعاتها	١٦٠
مواقيت الصلوات الخمس وتحديدها	١٦٣
لواحق أحكام المواقيت ومسائلها	١٦٧
القبلة وهي الكعبة	١٧١
في لباس المصلي	١٧٧
مسائل من أحكام لباس المصلي	١٨٢
أحكام الاذان والاقامة	١٨٧
أفعال الصلاة الواجبة	١٩١
الاول ـ النية	١٩١
الثاني ـ التكبير	١٩٣
الثالث ـ القيام	١٩٥
الرابع ـ القراءة	١٩٧
الخامس ـ الركوع	٢٠٤
السادس ـ السجود	٢٠٧
السابع ـ التشهد	٢١٠
الثامن ـ التسليم	٢١١
أحكام قواطع الصلاة	٢١٤
أحكام صلاة الجمعة	٢٢٢
بعض سنن يوم الجمعة وصلاته	٢٣٢
أحكام صلاة العيدين	٢٣٤

صلاة الكسوف والخسوف ٢٣٨
أحكام صلاة الجنازة ٢٤٥
من الصلوات المندوبة صلاة الاستسقاء ٢٥٢
ومنها نافلة شهر رمضان ٢٥٣
صلاة الفطر والغدير وغيرهما ٢٥٤
الخلل الواقع في الصلاة ٢٥٤
أحكام السهو والشك ٢٥٦
قضاء الصلوات الفائتة ٢٦٥
استحباب صلاة الجماعة وأحكامها ٢٦٩
أحكام الامام والمأموم في الجماعة ٢٧٤
مسائل من أحكام الجماعة ٢٧٦
صلاة الخوف وأحكامها ٢٧٩
صلاة المسافر وأحكامها ٢٨٤

(كتاب الزكاة ٢٩٥ ـ ٣٣٥)

من تجب عليه زكاة المال ٢٩٥
فيما تجب الزكاة فيه وما تستحب ٢٩٩
شروط وجوب الزكاة ٣٠٠
لواحق مسائل الزكاة ٣٠٥
القول في زكاة الذهب والفضة ٣٠٧
القول في زكاة الغلات ٣١٠
القول فيما تستحب فيه الزكاة ٣١٣

الاصناف الثمانية من المستحقين للزكاة ٣١٦
الاوصاف المعتبرة في الفقراء والمساكين ٣٢٢
مسائل من أحكام الزكاة ٣٢٦
أحكام زكاة الفطرة ٣٣٠
من تجب عليه الفطرة ٣٣٠
جنس زكاة الفطرة وقدرها ٣٣١
وقت دفع زكاة الفطرة ٣٣٣

(كتاب الخمس ٣٣٦ ـ ٣٤٥)

فيما يجب فيه الخمس وهو سبعة أشياء ٣٣٦
ما يعتبر في وجوب الخمس ٣٣٨
يقسم الخمس ستة أقسام ٣٣٩
لواحق تقسيم الخمس ٣٤٢
لمن يدفع سهم الامام عليه السلام ٣٤٥

(كتاب الصوم ٣٤٧ ـ ٣٩٧)

معنى الصوم وحدوده ٣٤٧
وقت الامساك للصوم ٣٥٠
صوم يوم الشك ٣٥٣
يجب الامساك عن تسعة أشياء ٣٥٤
ما يفسد الصوم من المبطلات ٣٦٠
المكروهات للصائم ٣٦١

ما يجب فيه الكفارة والقضاء ٣٦٢
كفارة افساد الصوم ٣٦٣
محل وجوب الكفارة ٣٦٤
يجب القضاء في الصوم الواجب ٣٦٦
تتكرر الكفارة مع تغاير الايام ٣٦٨
شرائط صحة الصوم ٣٧٠
في أقسام الصوم ٣٧٣
علامة شهر رمضان رؤية الهلال ٣٧٣
شرائط وجوب الصوم ٣٧٨
بعض أحكام الصائم ٣٧٩
المندوب من الصوم ٣٨٦
يستحب الامساك في سبعة مواطن ٣٨٩
المحظور من الصوم ٣٩١
لواحق أحكام الصائمين ٣٩٢

(كتاب الاعتكاف ٣٩٨ ـ ٤٠٩)

شروط صحة الاعتكاف خمسة ٣٩٨
الاعتكاف الواجب والمندوب ٤٠١
بعض احكام الاعتكاف ٤٠٥

(كتاب الحج ٤١٠ ـ ٥٦٧)

تعريف الحج ووجوبه ٤١٠

شرائط حجة الاسلام ستة	٤١٣
اذا نذر غيرحجة الاسلام لم يتداخلا	٤٢٠
اذا نذر أن يحج ماشياً وجب	٤٢٢
المخالف لم يعد الحج لو استبصر	٤٢٤
القول في نيابة الحج وأحكامها	٤٢٤
مسائل من الحج عن الميت	٤٣٢
انواع الحج تمتع وقران وافراد	٤٣٤
شروط حج التمتع	٤٣٦
شروط حج القران	٤٣٨
كيفية حج المجاور بمكة المكرمة	٤٤٢
المواقيت للاحرام ستة	٤٤٦
بعض أحكام المواقيت	٤٤٩
القول في الاحرام	٤٥٢
في مستحبات الاحرام	٤٥٣
واجبات الإحرام ومندوباته	٤٥٥
الاول ـ النية	٤٥٥
الثاني ـ التلبيات الاربع	٤٥٥
الثالث ـ لبس ثوبى الاحرام	٤٥٩
بعض أحكام الاحرام	٤٦٣
لبس المخيط للنساء والرجال	٤٦٩
لا يجوز دخول مكة الا محرماً	٤٧٢
احرام المرأة كالرجل الا ما استثنى	٤٧٥

القول في الوقوف بعرفات	٤٧٥
القول في الوقوف بالمشعر	٤٧٨
مستحبات التقاط الحصى للرمي	٤٨٠
الهدي وأحكامه	٤٨٥
ما يستحب في الهدي	٤٨٩
أحكام بدل الهدي	٤٩١
أحكام هدي القارن	٤٩٥
بعض أحكام الاضحية	٤٩٦
أحكام الحلق	٤٩٧
ما يستحب عند دخول مكة المكرمة	٤٩٩
بعض ما يتعلق بالطواف	٥٠٤
كيفية صلاة الطواف	٥٠٦
الشك في عدد الطواف بعد الانصراف منه	٥٠٦
حكم طواف غير المتطهر	٥٠٧
طواف المتمتع	٥٠٩
أحكام طواف النساء	٥١٢
مندوبات السعي بين الصفا والمروة	٥١٣
أحكام السعي	٥١٤
القول في أحكام منى	٥١٦
لواحق أحكام التمتع	٥٢٠
العمرة وأحكامها	٥٢٢
حكم الاحصار والصد	٥٢٥

الصيد وأحكامه ٥٣١
كفارات أنواع الصيد ٥٣٣
بقية أحكام الصيد ٥٤٤
احكام صيد الحرم ٥٥٠
بقية محظورات الاحرام ٥٥٥
حرمة النساء على المحرم والاستمتاع منهن ٥٥٦
حرمة استعمال الطيب على المحرم ٥٦٣
كفارة لبس المخيط والحلق والتظليل ٥٦٣
مسائل من أحكام الكفارات ٥٦٦

(كتاب الجهاد ٥٦٨ ـ ٥٩٧)

من يجب عليه الجهاد ٥٦٨
في نذر المرابطة ٥٦٩
فيمن يجب جهادهم ٥٧٢
الاول ـ البغاة ٥٧٢
الثاني ـ أهل الكتاب ٥٧٣
الثالث ـ من ليس لهم كتاب ٥٧٧
يجوز المحاربة بكل ما يرجى به الفتح ٥٧٩
في قسمة الفيىء ٥٨٣
أحكام الاسارى ٥٨٦
أحكام الارضين ٥٨٩
الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ٥٩٠

التنقيح الرائع

لمختصر الشرائع

الفقيه الكبير والمحقق الشهير

جمال الدين مقداد بن عبد الله السيوري الحلي

المتوفى سنة ٨٢٦ هجرية

تحقيق

السيد عبد اللطيف الحسيني الكوه كمري

باهتمام

السيد محمود المرعشي

من مخطوطات
مكتبة آية الله المرعشي العامة

المرعشي النجفي
١٣٥

التنقيح الرائع

لمختصر الشرائع

شبكة كتب الشيعة

الفقيه الكبير والمتكلم النحرير
جمال الدين مقداد بن عبد الله السيوري الحلي
المتوفى سنة ٨٢٦ هجرية

shiabooks.net
mktba.net رابط بديل

(الجزء الثاني)

تحقيق
السيد عبد اللطيف الحسيني الكوه كمري

باهتمام
السيد محمود المرعشي

كتاب : التنقيح الرائع لمختصر الشرائع
تأليف : الفاضل المقداد بن عبدالله السيورى
نشـر : مكتبة آية الله المرعشى
طبـع : مطبعة الخيام ـ قم
العدد : (٢٠٠٠)
التاريخ : ١٤٠٤ هـ
الطبعة : الاولى

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب التجارة ، وفيه فصول :

الفصل الاول : فيما يكتسب به

كتاب التجارة ، وفيه فصول : الفصل الاول فيما يكتسب به

قدتقدم تعريف التجارة[1] وأنها عقدمعاوضة مالية محضة للاكتساب . وقيل هي انتقال عين مملوكة من شخص الى آخر بعوض مقدر على جهة التراضي للاكتساب .

فعلى التعريف الاول يكون بين البيع والتجارة عموم من وجه ، يجتمعان في البيع للاعيان المقصود بها التكسب ، ويصدق البيع بدونها كما في تملك أعيان القنية ، ويصدق التجارة بدون البيع كما في التكسب بالمنافع .

وعلى الثاني يكون بينهما عموم مطلق ، فان البيع أعم من أن يقصد به التكسب أو القنية أوالصدقة أو الاكل وغير ذلك . والتجارة هو الاول لاغير .

والاكتساب اما أن يكون من جهة البائع والمشتري أومن جهة أحدهما ، فان كان الاول كان مال تجارة من الطرفين ، ويستحب فيهالزكاة ويثبت فيه أحكام

---

١) راجع اول باب الزكاة : وهو ان المراد به ماملك بعقد معاوضة مالية للاكتساب عندالتملك .

مال التجارة . وان كان الثاني كان مال تجارة بالنسبة الى أحدهما دون الاخر .

ثم التكسب فيه فضل كثير، قال النبى صلى الله عليه وآله وسلم : الكاد على عياله كالمجاهد في سبيل الله[1]. وغير ذلك من الاخبار .

قوله : والمحرم منه انواع

اعلم أن التجارة تنقسم بانقسام الاحكام الخمسة :

« ١ » الواجب ، وهو ما اضطر الانسان اليه في معاشه ، فانه خلق لا كغيره من الحيوانات بل يفتقر الى المأكل والملبس والمسكن ، فاذا لم يحصل الا بالمعاوضة وجب حصولها بالعقود الشرعية واذا غلب على ظنه البقاء مدة متطاولة وعلم عدم تمكنه من التجارة وقتاً آخر وجب عليه التجارة في هذا الوقت لتحصيل مايحتاج اليه في تلك المدة .

ولايجوز له ترك السعي اعتماداً على التوكل، ولاسؤال الخلق مع تمكنه من السعي ، لان الصدقة الواجبة تحرم عليه والمندوبة تكره .

ولو لم يتمكن من السعي وجب السؤال ولم يجز الاتكال .

« ٢ » المندوب ، وهو مالم يضطر اليه بل قصد التوسعة على العيال أو اعانة ذوي الحاجة ، وعلم أو ظن عدم حصول هذين الا بالسعي، فانه يستحب له حينئذ .

« ٣ » المباح ، وهو مالم يضطر اليه ولاقصد به التوسعة والاعانة بل مجرد التزيد في المال ولم يشمل على جهة من جهات القبح، فان ذلك يكون مباحاً .

« ٤ » المكروه ، وهو ما اشتمل على نهي الشرع عنه نهي تنزيه وسيأتي .

« ٥ » المحرم ، وهو مانهى الشارع عنه مانعاً من نقيضه ، وذلك اما لاينيته أي وجوده - كالبيع من المعتكف والبيع بعد النداء للجمعة ، أو لغايته كالتجارة

---

١) الكافى ٨٨/٥ ، الوسائل ٤٢/١٢ .

(الاول) الاعيـان النجسة ، كالخمر ، والانبـذة والفقاع ، والميتة ، والدم ، والارواث ، والابوال مما لا يؤكل لحمه .

وقيل بالمنع من الابوال مما لا يؤكل لحمه ، وقيل بالمنع من الابوال الا ابوال الابل ، والخنزير والكلاب عداكلب الصيد .

لتكسب مايشرب به الخمرأو يقارف[1] به المعاصي ، أولموضوعه كالتجارة في الاعيان المحرمة وما لاينتفع به وما هومشتمل على نوع من الضرر، وغيرذلك .

ولم يذكر المصنف القسمين الاولين هنا : أما الاول فلتقدمه في باب الجمعة والاعتكاف ، وأما الثاني فاعتماداً على ما تقرر في الاصول من تحريم الوسائل بتحريم المقاصد . واقتصر على الثالث .

قوله : الاول الاعيان النجسة كالخمر والانبذة

انما حرم بيعها لانها محرمة الانتفاع وكل محرمة الانتفاع لايصح بيعه : أما الصغرى فاجماعية ، وأما الكبرى فلقول النبى صلى الله عليه وآله وسلم « لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها »[2]، علل استحقاق اللعنة ببيع المحرم فيتعدى الى كل محرم الانتفاع به ، ولمارواه ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم : ان الله اذاحرم شيئاً حرم ثمنه[3] .

قول : وقيل بالمنع من الابوال الا ابوال الابل

هذا قول الشيخ رحمه الله، وعلل ذلك باستخباثها وعدم الانتفاع بها بخلاف

---

١) قرف لاهله من باب ضرب واقترف : وهو ما استفدت من مال حلال اوحرام .

٢) سنن ابن ماجة ٢/٧٣٢ ، سنن الترمذى ٣/٥٩١ وفيهما : قاتل الله اليهود ان الله حرم عليهم الشحوم فأجملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه ، وسنن البيهقى ٦/١٣، كنز العمال ٤/٨٠ .

٣) الخلاف ١/٢٢٥ ط طهران ١٣٧٠ ، كنز العمال ٤/٨٠ .

أبوال الابل ، فانه ورد الاذن بالانتفاع بها ، كما روي أن أهل عرنة شكوا الى النبي « ص » الجوع والمرض فمنحهم ابلا وقال : كلوا من ألبانها واستشفوا بأبوالها ، فأخذوها وهربوا ، فطلبهم النبي صلى الله عليه وآله وسلم وأخذهم ومثل بهم[1] .

وقال المرتضى وابن ادريس بجواز بيع أبوال مايؤكل لحمه ، لانها أعيان طاهرة ينتفع بهـا انتفاعاً محللا فجاز بيعها ، أما الطهـارة فلاجماع الاصحاب وأما الانتفاع فلانه التقدير ، وأما جواز البيع حينئذ فلان المانع ليس الا النجاسة وعدم الانتفاع والفرض عدمهما .

وهل حكم العذرات حكم الابوال ؟ الحق أنـه لافرق بينهما ، لماعللنا به . وهو مذهب الشيخ في الخلاف وابن ادريس والعلامة في المختلف .

ومنع المفيد وسلار بيع العذرة والابوال كلهـا الابول الابل ، لـرواية يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام أنه قال: ثمن العذرة من السحت[2] .

أجاب الشيخ بحملها على عذرة الانسان لنجاستها، لما رواه محمد بن مضارب عن الصادق عليه السلام قال : لابأس ببيع العذرة[3] .

قوله : وفي كلب الماشية والحائط والزرع قولان

منع الشيخان من بيع هذه الثلاثـة ، وتبعهما القاضي ، لمـا رواه الوليد

---

١) سنن ابن ماجة ٢/١١٥٨ ، سنن الترمذى ٤/٢٨١ وفيهما : ان اناساً من عرينة قدموا المدينة فاجتووها ، فبعثهم النبي صلى الله عليه وآله وسلم فـي ابل الصدقة وقال : اشربوا من أبوالها وألبانها . اللفظ للترمذى .

٢) التهذيب ٦/٣٧٢ ، الاستبصار ٣/٥٦ ، الوسائل ١٢/١٢٦ .

٣) التهذيب ٦/٣٧٢ ، الاستبصار ٣/٥٦ ، الوسائل ١٢/١٢٦ .

العماري قال : سألت الصادق عليه السلام عن ثمن الكلب الذي لايصيد. فقال : سحت[1] . ومثله رواه السكوني[2] .

وأجيب بضعف السند وعدم عموم لفظ « الكلب » فيهما ، فيحمل على كلب الهراش .

والحق جواز بيعها كما هو مذهب ابن الجنيد وابن ادريس وابن حمزة ، واختاره العلامة لان العلة المبيحة لبيع كلب الصيد هي الانتفاع المحلل ، وهو حاصل هنا عملا بالمقتضي وانتفاء المانع ، ولاصالة الاباحة ، ولان لها ديات مقدرة شرعاً .

ويجوز اجارتها باتفاق الشيخ أيضاً فيجوز البيع لعدم الفارق . وأيضاً قال الشيخ في المبسوط : وروي جواز بيع كلب الماشية والحائط . ومثله لايرسل الاعن ثقة .

قوله : والمائعات النجسة عداالدهن لفائدة الاستصباح

المائعات التي عرض لهاالنجاسة اما أن يكون دهناً أوغيره، والاول يجوز بيعه لفائدة الاستصباح به تحت السماء ، والثاني اما أنيكون قابلا للتطهير أولا والاول يجوز بيعه أيضاً ، والثاني لايجوز .

نعميشترط في جواز البيع فيالاولين الاعلام للمشتري بذلك ، ومع عدم اعلامه يكون قد فعل حراماً والعقد صحيح ويملك البائع الثمن .

---

١) الكافي ١٢٧/٥، التهذيب ٣٦٧/٦ ، الوسائل ٨٣/١٢ وفي الاخير : محمد بن الحسن عن احمد بن ابي عبدالله عن محمد بن علي عن عبدالرحمن بن القاسم عن القاسم ابن الوليدعن الوليد العماري قال : سألت . . . وليس « الوليد العماري » في التهذيب .
٢) الكافي ١٢٦/٥ .

ولا يباع ولا يستصبح بما يذاب من شحوم الميتة وألبانها .

(الثانى) الالات المحرمة كالعود والطبل والزمر وهياكل العبادة المبتدعة ، كالصنم والصليب ، وآلات القمار ، كالنرد والشطرنج .

(الثالث) ما يقصد به المساعدة على المحرم كبيع السلاح لاعداء الدين فى حال الحرب ، وقيل مطلقاً ،

واذا عرف المشتري ذلك فيما بعد كان له الفسخ مع عدم التصرف ، ومع التصرف يكون له الارش .

بقي هنا سؤال، وهو أن دخان الاعيان النجسة عندنا طاهر فأي فائدة لاشتراط تحت السماء ؟ جواب ذلك تعبد شرعي لاغير .

قوله : كبيع السلاح لاعداء الدين فى حال الحرب وقيل مطلقاً

الاول قول ابن ادريس ، واختاره العلامة ، لرواية ابى بكر الحضرمي عن الصادق عليه السلام وقد سأله حكم السراج عما يحمل الى الشام من السروج وآلاتها . فقال : لابأس ، أنتم اليوم بمنزلة أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، انكم في هدنة فاذا كانت المبائنة حرم عليكم أن تحملوا السلاح اليهم[1] .

ومثله في رواية هند السراج عن الباقر عليه السلام التي يقول فيها : احمل اليهم ، فان الله يدفع بهم عدونا وعدوكم ـ يعني الروم ـ فاذا كان الحرب بيننا فمن حمل الى عدونا سلاحاً يستعينون به علينا فهو مشرك[2] .

---

١) التهذيب ٦/٣٥٤ ، الكافى ٥/١١٢ ، الاستبصار ٣/٥٧ ، الوسائل ١٢/٦٩ .

٢) التهذيب ٦/٣٥٤ ، الكافى ٥/١١٢ ، الاستبصار ٣/٥٧ ، الوسائل ١٢/٦٩ .

واجـارة المساكن والحمولات للمحرمات ، وبيع العنب ليعمـل خمراً ، والخشب ليعمل صنماً ، ويكره بيعه ممن يعمله .

(الرابع) ما لاينتفع به كالمسوخ ، برية كانت كالدب والقرد أو بحرية كالجرى والسلاحف وكذا الضفادع والطافى .

وقال الشيخان والتقي وسلار بالثاني ، وحمل الشيخ الرواية الاولى على ما اذا علمنا أنهم يستعملونها في قتال الكفار كما دلت عليه الرواية الثانية .

وفيه نظر ، لان القيد غيرمذكور في الاولى والثانية دلت على الجواز عند القيد ولم تدل على التحريم عند عدمه الابدليل الخطاب ، وهوضعيف .

فوائـد :

(الاولى) اعداءالدين أعم من أن يكونوا مشركين أوبغاة، بل أعم من ذلك فلوباعه على قطاع الطريق وشبههم حرم أيضاً، لان العلة قصدالاعانة على الحرام وهو موجود .

(الثانية) لابد في التحريم من قصد المساعدة ، فلولم يكن ثم قصد كان مكروهاً. وكذا الكلام في بيع العنب ليعمل خمراً والخشب ليعمل صنماً وآلة لهو أوغير ذلك ممايقصد به الحرام .

ويكره الامع القصد اذا كان المشتري ممن يظن استعماله في الحرام .

(الثالثة) لوباع الاشياء المذكورة مع القصد قد قلنا بالتحريم وثبوت الاثم لكن هل يكون العقد صحيحاً ويملك البائع الثمن أم لا ؟ فيه نظر، الاصح صحة العقد وتملك الثمن وثبوت الاثم .

قوله : ما لاينتفع به

ولا بأس بسباع الطير والهر والفهد .
وفى بقية السباع قولان ، أشبههما الجواز .

كل واحد من الاعيان المبيعة لايخلواما أن لايكون فيه نفع بوجه ما من الوجوه أويكون، فان كان الاول فلايجوز بيعه كالخنافس والديدان ، وان كان الثاني فاماأن يكون كل منافعه محللةأوكل منافعه محرمة أويكون بعضها محللا والبعض الاخر محرماً .

فالاول يجوزبيعه اجماعاً، والثاني لايجوز اجماعاً وألحق بمعدوم المنافع والثالثاما أن يعلم أن المقصود منه فينظرعقل المعاش والمعاوضة هوالمنافع المحللة فيجوز [تبعاً] كالعنب أوالمحارم المحرمةفلايجوز كالخمرلالاستخلال وان لم يعلم شيء من ذلك أشكل الامر وتوقف الفقيه حتى يظهر له وجه يعمل عليه .

قولـه : ولابأس بسباع الطير والهر والفهد ، وفى بقية السباع قولان أشبههما الجواز .

يريد بباقي السباع ماعداالثلاثة المذكورة ، فقال المفيد والشيخ فيالنهاية وسلار وابن الجنيد بالتحريم ، اما لتحريم اللحم أو عدم الانتفاع أوالنجاسة . والكل ضعيف .

وقالالشيخ فيالمبسوط بالجوازبشرط الطهارة حالالحياة وامكان الانتفاع وتابعه ابنادريس والمصنف والعلامة . وهوالحق ، لعموم « وأحل الله البيع » ولوجودالمقتضي وهو الطهارة والانتفاع لانه الغرض، وانتفاء المانع فانه ليس الاالنجاسة أوعدم الانتفاع والفرض خلاف ذلك ، فانا انما جوزنا بيعها على تقديرالانتفاع بشيءمن أعضائهاجلدهاأوعظمهاأوشحمهالمداواةبعض الامراض .

(الخامس) الاعمـال المحرمة ، كعمل الصور المجسمة ، والغناء عدا المغنيـة لزف العرايس ، اذا لم تغن بالباطل ولم تدخل عليها الرجال ، والنوح بالباطل . أما بالحق فجايز .

قوله : كعمل الصور المجسمة

تحريمه بشرطين : أحدهما أن يكون مجسماً ، فلو كان غير مجسم كالمنقوش على الجدار والبساط فلا بأس ، وثانيهما أن يكون صورة لذي روح ـ أي لحيوان من الحيوانات ـ فلو كان صورة نخلة أو شجرة لم يحرم . هذا قول الشيخين ورأي المتأخرين .

وطرد القاضي التحريم في غير المجسم ، والتقي حرم التماثيل وأطلق ، وروى ابو بصير عن الصادق عليه السلام : لا بأس بما يبسط منها ويفترش ويوطأ انما يكره منها ما نصب منها على الحائط والسرير[1] وسأله عن الوسائد فيها التماثيل فقال : الق عليها شيئاً اذا صليت[2].

قوله : عدا المغنية لزف العرائس ـ الخ

المراد بالغناء ما سمي في العرف غناء ، وقيل هو مد الصوت المشتمل على الترجيع مع الاطراب . والاول أولى .

وأما استثناء المغنية للعرس فهو مذهب الشيخين ، وكرهه القاضي وحرمه ابن ادريس والعلامة في تذكرته ، لعموم النهي عن الغناء .

قال الشهيد : الاباحة اصح طريقاً وأخص دلالة ، وهي رواية ابي بصير عن الصادق عليه السلام[3].

---

١) التهذيب ٦/ ٣٨١ ، الوسائل ١٢/ ٢٢٠ .

٢) راجع الوسائل ٣/ ٣١٧ الباب ٤٥ من ابواب لباس المصلي .

٣) التهذيب ٦/ ٣٥٧ ، الكافي ٥/ ١٢٠ ، الاستبصار ٣/ ٦٢ ، الوسائل ٢/ ٨٤ .

وهجاء المؤمنين، وحفظ كتب الضلال ونسخها لغير النقض، وتعلم السحر والكهانة والقيافة والشعبذة والقمار والغش بما يخفى، وتدليس الماشطة، ولا بأس بكسبها مع عدمه .

والاحوط قول ابن ادريس ، ولو قلنا بقول الشيخين فهو مشروط بالشرطين المذكورين .

قوله :وحفظ كتب الضلال ونسخها لغير النقض

كتب الضلال أعم من أن يكون من الملل المنسوخة والمحرفة كالتوراة والانجيل أو من النحل المتقدمة على هذه الملة الشريفة كمذاهب الحكماء وغيرهم ، أو من البدع في هذه الملة ككتب أهل الخلاف . فان كتابة ذلك كله وحفظه واعتقاده محرمة. اللهم الا لقصد النقض والمعارضة أو للاحتجاج به على الخصم أو للتقية ليكون مستحضراً مذاهب أهل الخلاف في كيفية تعبداتهم .

قوله :وتعلم السحر والكهانة والقيافة والشعبذة والقمار

أما السحر فهو كلام يتكلم به الساحر أو يكتبه أو رقية أو يعمل شيئاً يؤثر في بدن المسحور أو قلبه أو عقله من غير مباشرة .

وعرفه بعضهم بأنه علم يستفاد منه حصول ملكة نفسانية يقتدر بها على أفعال غريبة بأسباب خفية. وقد يوجه على وجه يدخل فيه علم الطلسمات والنيرنجيات وغيرها ، وذلك بأن يقال : هو استحداث الخوارق امابمجرد التأثيرات النفسانية وهو السحر ، أو بالاستعانة بالفلكيات فقط وهو دعوة الكواكب ، أو على سبيل تمزيج القوى السماوية بالقوى الارضية وهو الطلسمات ،أو على سبيل الاستعانة بالارواح الساذجة وهو العزائم . والكل حرام في شريعة الاسلام ومستحله كافر .

وأما الكهانة فالمشهور أن الكاهن هو الذي له رئى[1] ـ أي صاحب من الجن ـ يأتيه بالاخبار بالمغيبات ، كما كان لعمرو بن لحي[2] رئي من الجن، وهو أول من بحر البحائر وسيب السوائب وغير دين اسماعيل عليه السلام .

وعند الحكماء ان من النفوس مايقوى على الاطلاع على ماسيكون من الامور ، فان كانت خيرة فاضلة فتلك نفوس الانبياء والاولياء، وان كانت شريرة فهي نفوس الكهنة .

وأما القيافة فهي التفرس لالحاق الابناء بالاباء بسبب اتفاقهم في صفة من الصفات ،وهو حرام عندنا .وقال بعض أهل السنة بجوازه ،لان النبي صلى الله عليه وآله وسلم سئل عن شخص ابن من هو ؟ فقال : ابن فلان . قالوا لقائف كان في ذلك الزمان ، فقال كما قال النبي صلى الله عليه وآله ، فجاقا اليه وقالوا له ذلك ، ففرح النبي «ص» فقالوا : لو كان حراماً لما أعجبه . قلنا : جاز أن يكون فرحه من حيث ظهور صدقه لا من جهة القائف .

وبالجملة القيافة حرام ، سواء استعملت في الحاق الانساب أو قفو الاثار

---

١) الرئى : الجني يراه الانسان . وقيل : جني يتعرض للرجل يريد كهانة وطباً . وهو فعيل أو فعول ، سمي به لانه يتراءى لمتبوعه ، أو هو من الرأى من قولهم « فلان رئى قومه » اذا كان صاحب رأيهم .

٢) في بعض النسخ « عمر بن يحيى » في اللسان : اول من بحر البحائر وحمى الحامي وغير دين اسماعيل عمرو بن لحى بن قمعة بن جندب . والبحر : الشق . والبحيرة ، الشاة اذا ولدت خمسة أبطن فكان آخرها ذكراً بحروا أذنها اى شقوها وتركت فلايمسها احد . وقال الفراء: البحيرة هي ابنة السائبة،وقيل السائبة هي الناقة التي ولدت عشرة ابطن وكلهن اناث سيبت فلم تركب ولم يشرب لبنها الاولدها أوالضيف حتى تموت ، فاذا ماتت اكلها الرجال والنساء جميعاً وبحرت اذن بنتها الاخيرة فتسمى البحيرة ، وهي بمنزلة امها في أنها سائبة .

وغيرذلك ، وكل مايتكسب منها حرام أيضاً . وأما الشعبذة فهي حركات سريعة جداًبحيث يخفى على الحس الفرق بين الشيء وشبهه لسرعة الانتقال من الشيء الى شبهه، وكذايحرم صناعة السيمياء[1]، وظاهرها تصرف في الخيال، وكذلك زغل الكيمياء[2]، وأماصنعتها على وجه يسلب الاجساد خواصها ويفيدها خاصة أخرى حقيقية فغير مستبعد وقوعه وجوازه عقلا وشرعاً . والله أعلم .

وأما القمار فهو اللعب بالنرد والشطرنج والاربعة عشر ، وهي المسمى بالبقيرى[3] والبقارة حتى لعب الصبيان بالجوز والبيض والخاتم والخطة ، وكل مايؤخذ بسبب ذلك حرام .

قوله : وتزيين الرجل بما يحرم عليه

١) قد يطلق هذا الاسم على ما هوغيرالحقيقى من السحر وهو المشهور ، وحاصله احداث مثالات خيالية فى الجولا وجود لها فى الحس . وقديطلق على ايجاد صورها فى الحس، فحينئذ يظهر بعض الصورفى جوهر الهواء فتزول سريعة لسرعة تغير جوهر الهواء ، ولامجال لحفظ ما يقبل من الصورة فى زمان طويل لرطوبته ، فيكون سريع القبول وسريع الزوال .

واما كيفية احداث تلك الصوروعللها فأمرخفى لااطلاع عليه الا لاهله . قيل : هو لفظ عبرانى معرب اصله « سيميه » اى اسم الله .

٢) وهوعلم يعرف به طرق سلب الخواص من الجواهر المعدنية وجلب خاصة جديدة اليها . قال الصفدى فى شرح لامية العجم : وهذه اللفظة معربة من اللفظ العبرانى واصله «كيميه » معناه انه من الله .

٣) البقيرى بضم الباء وفتح القاف والراء وسكون الياء : لعبة الصبيان ، وهى كومة من تراب وحولها خطوط ، يأتون الى موضع قد خبىء لهم فيه شيء فيضربون بأيديهم بلاحفر يطلبونه .

وزخرفة المساجد والمصاحف ، ومعونة الظالم ، وأجرة الزانية .

(السادس) الاجرة على القــدر الواجب من تغسيل الاموات وتكفينهم وحملهم ودفنهم ، والرشا في الحكم ، والاجرة على الصلاة بالناس ، والقضاء .

ولا بأس بالرزق من بيت المال ، وكذا على الاذان .

ولا بأس بالاجرة على عقد النكاح .

والمكروه : اما لافضائه الى المحرم غالباً كالصرف وبيع

ذلك كالحرير المحض والذهب كثيره وقليله حتى جزء لايتجزى ، وكذا تزيين المرأة بما يحرم عليها كاتخاذ المنطقة والسيف لها . ولاأدري لم أهمل المصنف ذلك ؟.

قوله : والاجرة على القدر الواجب

احتراز من القدر المندوب من هذه الاشياء ، فانه يجوز أخذ الاجرة عليه كما لواستؤجر في الغسل على الغسلات المندوبة وفي الدفن على تعميق القبر زائداً على الواجب وفى الحمل الى أبعد من ظاهر يمكن فيه الدفن . أما ثمن الكفن والكافور والماء فليس بحرام .

قوله : وكذا على الاذان

عطف القضاء في تحريم الاجرة على فعله وجواز الرزق من بيت المال .

قوله : ولابأس بالاجرة على عقد النكاح

وكذا غيره من العقود ، بأن يكون العاقد وكيلا عن أحد المتعاقدين .

أما تعليم الصيغة والقاؤها على المتعاقدين فلايجوز أخذ الاجرة عليه . نعم يجوز أخذ الاجرة على الخطبة والخطبة في الاملاك .

قوله : والمكروه ـ الخ

الاكفان، والطعام، والرقيق، والصباغة، والذباحة، وبيع ما يكن من السلاح لاهل الكفر، كالخفين والدرع.

واما لضيعته كالحياكة والحجامة اذا شرط الاجرة، وضراب الفحل.

ولا بأس بالختانة وخفض الجوارى.

واما لتطرق الشبهة، ككسب الصبيان ومن لايجتنب المحارم.

ومن المكروه الاجرة على تعليم القرآن ونسخه، وكسب القابلة مع الشرط ولا بأس به لو تجرد.

الصنائع الدنية انما تكون مكروهة اذا لم يقصد بها الوجوب أو الندب، كتحصيل القوت أو التوسعة على العيال، فان ذلك يخرجها عن الكراهة. نعم اذا اضطر الى تحصيل القوت أو التوسعة وتعارض صنعتان أحداهما من المكروهات والاخرى ليست منها كره له اختيار الاولى، وأما اذا لم يحصل الا الاولى فان الكراهة تزول حينئذ.

قوله: ككسب الصبيان ـ الخ

فان الصبى اذا عرف رفع القلم عنه جاز أن يجترىء على ماليس له فيأخذه فتدخل الشبهة على كسبه من هذه الجهة. نعم لايجوز الشراء منه للحجر عليه، بل الكراهة مع الشراء من وليه.

قوله: ومن المكروه الاجرة على تعليم القرآن ونسخه

انما قال «ومن المكروه» ولم يعطفه على ما تقدم لان هذين ليسا داخلين في الاقسام الثلاثة المتقدمة بل هما مكروهان برأسهما، وانما كره أخذ الاجرة عليهما

لانهما عبادة فلاينبغي أن يؤخذ عليهانفع دنيوي بل يوقع على سبيل الاخلاص لله تعالى .

واعلم أن ما ذكرناه من الكراهة قول الشيخ في النهاية والقاضي وابن ادريس ، لانه يجوز أن يجعل القرآن مهراً اجماعاً فيجوز أخذ الاجرة عليه .

ويؤيده ما رواه الفضل بن ابى قرة قال : قلت للصادق عليه السلام : ان هؤلاء يقولون ان كسب المعلم سحت. فقال: كذبوا أعداء الله، أرادوا أن لايعلموا القرآن ، ولو أن المعلم أعطاه رجل دية ولده لكان للمعلم مباحاً[1] .

وقال الشيخ في الاستبصار : يحرم مع الشرط ويكره بدونه . وأطلق التقي تحريم الاجر على تلقين القرآن وتعليم المعارف والشرائع وكيفية العبادات والفتوى ، محتجاً برواية زيد بن علي عن أبيه عن آبائه عن علي عليهم صلوات الله وسلامه أنه اتاه رجل فقال: اني أحبك في الله. فقال : ولكني أبغضك لله . فقال : ولم ؟ قال : لانك تبغي على الاذان وعلى تعليم القرآن أجراً[2] . وحمل الشيخ النهي على الشرط كما قلناه عنه .

والحق التفصيل ، وهو أن تعلم القرآن منه واجب ومنه مندوب، والواجب منه ما هو واجب على الاعيان[3] عيناً وهو فاتحة الكتاب، ومنه واجب على الاعيان تخييراً وهو سورة تصح بها الصلاة وما يدل على التوحيد ، ومنه واجب على الكفاية على عدد كثير لايجزي أقل منه وهو القرآن كله حفظاً للمعجز تواتراً ، ومنه واجب على الكفاية على كل واحد وهو القرآن أيضاً بعد حفظ المعجزة كيلا يقل ذلك العدد، ومنه واجب على الكفاية عينياً وهو مايتعلق بالاجتهاد في الاحكام الشرعية، ومنه واجب على الكفاية تخييراً وهو ما اذا اتفق آيتان في الدلالة

---

١) الكافي ٥/١٢١، التهذيب ٦/٣٦٤ ، الاستبصار ٣/٦٥، الوسائل ١٢/١١٢ .

٢) التهذيب ٦/٣٧٦ ، الاستبصار ٣/٦٥ .

٣) في بعض النسخ : ما هو واجب عيناً .

ولا بأس بأجرة تعليم الحكم والاداب .

وقد يكره الاكتساب بأشياء أخر تأتى ان شاء الله تعالى .

مسائل ست :

الاولى : لا يؤخذ ما ينثر فى الاعراس الا ما يعلم معه الاباحة.

الثانية : لا بأس ببيع عظام الفيل واتخاذ الامشاط منها .

الثالثة : يجوز أن يشترى من السلطان ما يأخذه باسم المقاسمة واسم الزكاة من ثمرة وحبوب ونعم . وان لم يكن مستحقاً له .

على حكم شرعي . والمندوب ما عدا ذلك .

اذا عرفت هذا فالمعلم للقرآن ان كان معلماً لشيء من الاقسام الواجبة عينياً فاما مع تعيين التعليم عليه بأن لايوجد غيره ممن يقوم بذلك ، فهذا لايجوز له أخذ الاجرة على ذلك التعليم ، لانه مؤد لفرض عليه ، وان لم يكن جاز لكن على كراهية ، وعليه يحمل ماورد من النهي ، أي على الواجب .

قوله : يجوز أن يشترى من السلطان مايأخذه باسم المقاسمة واسم الزكاة من ثمرة وحبوب ونعم وان لم يكن مستحقاً له

أفعال سلطان الجور كلها عندنا فاسدة ولايجوز اتباعها الافي صورتين : احداهما المقاسمة ، وثانيتهما الزكاة .

أما المقاسمة فهو أن يأخذ من الغلات باسم المقاسمة عن الارض ومن الاموال باسم الخراج عن حق الارض ، وأما الزكاة فهو أن يأخذ من الانعام والغلات والذهب والفضة باسم الزكاة . فقولنا باسم المقاسمة واسم الخراج واسم الزكاة معناه أن يأخذ ما لو كان الامام العادل ظاهراً لاخذه من غيرزيادة ،

أما الزكاة فهي أمور مضبوطة في كتب الفقه .

وأما المقاسمة والخراج فان علم لها تقدير في نظر الشرع وكتب الفقه فذلك هو المباح ، والا فما يتراضى عليه السلطان في ذلك الزمان وملاك الارضين ، فلو أخذ الجائر زيادة عن ذلك كله حرم ذلك الزائد بعينه ان تميز والاحرام الكل .

وانما قلنا بجواز الشراء من الجائر مع كونه غير مستحق للنص الوارد عنهم عليهم السلام بذلك والاجماع وان لم يعلم مستنده ، ويمكن أن يكون مستنده أن ما يأخذ الجائر حق لائمة العدل وقد أذنوا لشيعتهم في شراء ذلك ، فيكون تصرف الجائر كتصرف الفضولي اذا انضم اليه اذن المالك .

فوائد :

(الاولى) لافرق في جواز الشراء بين قبض الجائر لها أو وكيله أو عدم القبض فلو أحاله بها وقبل الثلاثة أو وكله في قبضها أو باعها وهي في يد المالك أو في ذمته جاز التناول ، لان دليل الاباحة شامل لهذه الصور كلها .

(الثانية) لايجب رد المقاسمة وشبهها على المالك ، بل يحرم عليه منعها اذا انتقلت الى الغير ، ولايمنع تظلم المالك من الشراء .

(الثالثة) كما يجوز الشراء يجوز بسائر المعاوضات والهبة والصدقة والوقف مع صدور ذلك كله من الجائر ، ولايجوز التناول بغير ذلك .

(الرابعة) جوائز الظالم والعامل من قبله يجوز قبولها والتصرف فيها الا أن يعلم الظلم بعينه فلايجوز أخذه . قال ابن ادريس : وينبغي اخراج خمسها والصدقة على اخوانه منها . والظاهر أن مراده الاستحباب في الصدقة .

(الخامسة) ترك أخذ الجائزة من الظالم أفضل ، وكذا لو ترك معاملته أيضاً ولايكون ما بيده من الاموال محرماً بمجرد ظلمه ، لجواز أن يتملك شيئاً لاعلى

الرابعة : لودفع اليه مالا ليصرفه فى المحاويج وكان منهم فلا يأخذ منه الا باذنه على الاصح .

جهة الظلم، فلايحرم حينئذ معاملته لقول الصادق عليه السلام : كل شيء فيه حلال وحرام فهو حلال حتى تعرف الحرام بعينه[1] . نعم يكره ذلك مع الاختيار ، أما حال الضرورة فجائز .

ولايعارض الاول أخذ الحسنين عليهما السلام جوائز معاوية لعنه الله ، لان ذلك حقهم بالاصالة .

قوله : لودفع اليه مالا ليصرفه فى المحاويج وكان منهم فلايأخذ منه الا باذنه على الاصح

للشيخ هنا قولان ولابن ادريس قولان وللمصنف قولان :

أما الشيخ فأجاز في النهاية ومنع في المبسوط ، وأما ابن ادريس فأجاز في باب المكاسب ومنع في باب الزكاة ، وأما المصنف فمنع هنا وأجاز في الشرائع .

دليل المنع رواية عبدالرحمن بن الحجاج قال : سألته عن رجل أعطاه رجلا مالاليقسمه في محاويج أومساكين وهو محتاج أيأخذ منه لنفسه ولايعلمه؟ قال: لايأخذ منه شيئاً حتى يأذن له صاحبها[2] . وحمل الشيخ ذلك على الكراهية لدليل الاباحة ، وهو أصالة الجواز للعلة المذكورة في العبارة ، وهو كونه للفقراء ولرواية أخرى صحيحة .

---

١) التهذيب ٧/٢٢٦، ٩/٧٩، الفقيه ٣/٢١٦، البحار ٢/٢٨٢، الوسائل ١٦/٤٩٥

٢) الكافى ٣/٥٥٥ ، التهذيب ٤/١٠٤ ، الوسائل ٦/٢٠٠ ، والحديث هكذا : قال سألت ابا الحسن عليه السلام عن الرجل يعطى الرجل الدراهم يقسمها ويضعها فى مواضعها وهو ممن تحل له الصدقة. قال: لابأس ان يأخذ لنفسه كما يعطى غيره. قال: ولايجوز له ان يأخذ اذا أمره ان يضعها فى مواضع مسماة الا باذنه .

ولوأعطى عياله جاز اذاكانوا بالصفة ، ولو عين له لم يتجاوز.

الخامسة : جوائز الظالم محرمة ان علمت بعينها ، والا فهى حـلال .

السادسة : الولايـة من العادل جائزة ، وربما وجبت ، وعن الجائر محرمة الا مع الخوف .

نعم لو تيقن التخلص من المآثم والتمكن من الامر بالمعروف والنهى عن المنكر استحبت .

ولو أكره لا مع ذلك أجاب دفعـاً للضرر ، وينفذ أمره ولو كان محرماً ، الا فى قتل المسلم .

ولبعض الفضلاء هنا تفصيل ، وهوأنه اذا أعطاه وقال هو للفقراء مثلا وكان الاخذ فقيراً جاز له أن يأخذ منه ، وان قال اعطه للفقراء : فلايخلو اما أن يعلم المعطي فقر الاخذ أولا ، فان كان الاول لم يجزله أن يأخذ منه ، لان المالك لوأراد ذلك لخصصه بالذكر ، وان كان الثاني جازله أن يأخذ على كراهية ، بشرط أن لا يتخصص بزيادة في الكمية أو الوصف .

وفيه نظر ، لان قوله « لان المالك لوأراد ذلك لخصصه بالذكر » ممنوع لجواز أن يريده ولايخصصه بالذكر ، لجواز أن يعلم منه ترفعاً عن القبول فلا يخاطبه بالاخذ ويجعل قوله « اعطه للفقراء » قرينة على جواز أخذه منه بل على كونه كله له لابد لدفع هذا الاحتمال من دليل .

ومنهم من فصل غير ذلك فقال: اذا قال اصرفه في الفقراء أوضعه أوفرقه فيهم جاز أن يأخذ منه ، واذا قال ادفع هذا الى الفقراء لم يسغ له الاخذ . ففرق بين

الفصل الثانى

(فى البيع وآدابه)

أما البيع ـ فهو الايجاب والقبول اللذان تنتقل بهمـا العين المملوكة من مالك الى غيره بعوض مقدر ، وله شروط :

الاول : يشترط فى المتعاقدين كمـال العقل والاختيار ، وأن يكـون البائع مالكاً أو ولياً كالاب والجد للاب والحاكم وأمينـه والوصى ، أو وكيلا .

« الى الفقراء » و« في الفقراء » فبفى يكون منهم وبالى لايكون . قال : وذلك معلوم بدليل المفهوم .

وفيه أيضاً نظر ، لان الفهم السليم لايكاد يفرق بين العبارتين بدخوله فـي احداهما وخروجه عـن الاخرى ، خصوصاً على الفتوى ، لجواز تولي طرفي القبض . والاحوط عدم جواز أخذه منه شيئاً الا مع قرينة حالية أو مقالية تبيح ذلـك .

قوله :اما البيع فهوالايجاب والقبول اللذان ينتقل بهماالعين المملوكة من مالك الى غيره بعوض مقدر

للاصحاب في تعريف البيع عبارات لاتخلو من نظر :

(الاول) قول الشيخ في المبسوط انه انتقال عين مملوكة من شخص الى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي .

وفيه نظر ، لان الانتقال ثمرة البيع لانفسه ، وذلك لان البيع عقد لفظي لا انتقال معنوي . وتابع ابن ادريس الشيخ في هذا التعريف .

(الثاني) قول ابن حمزة أنه عقد يدل على انتقال عين أوما هو في حكمها من شخص الى غيره بعوض مقدر على جهة التراضي .

وفيه أيضاً نظر ، لانتقاضه بالهبة المعوضة .

(الثالث) قول المصنف في الشرائع[1] أنه اللفظ الدال على نقل الملك بعوض معلوم .

وفيه نظر من وجوه :

الاول : ان قولك « بعت » أو« اشتريت » اخبار لاانشاء يدخل في الحد دون المحدود .

الثاني : انه غيرمانع لدخول الاجارة ،لانه أيضاً لفظ دال على نقل الملك بعوض ، فان الملك أعم من أن يكون عيناً أومنفعة .

الثالث : ان العلم بقدرالعوض شرط للبيع ، وشرط الشيء غيرداخل في حقيقته بل خارج ، فلايكون له دخل في معرفة ماهية البيع .

وان سلمنا ذلك لكن العين أيضاً يشترط فيها المعلومية وكان ينبغي ذكر معلوميتها بل ذكر باقي شرائط البيع من كمال المتعاقدين وغير ذلك والالزم التخصيص من غيرمخصص .

(الرابع) قول المصنف هنا وقد تقدم ، فالايجاب والقبول جنس للعقود كلها وهو جنس قريب أحسن من قوله في الشرائع أنه اللفظ لانه جنس بعيد.

وقوله « ينتقل بهما العين » فصل يخرج به الاجارة، فان عقدها ايجاب وقبول

---

١) الشرائع ١/ ٩٤ قال فيه : هو اللفظ الدال على نقل الملك من مالك الى آخر بعوض معلوم .

ينتقل بهما المنفعة لا العين .

وقوله « بعوض مقدر » يخرج بـه الهبة ، فانها ايجاب وقبول ينتقل بهما العين ولكن لابعوض .

وفيه نظر ، لانه غير جامع لخروج بيع الوكيل والولي فانهما غير مالكين ولو قال مـن مالك أو حكمه لدخل أمثال ذلك . فالاولى أن يقال انه الايجاب والقبول الصادران من كامل الدالان على نقل العين المعاومة بعوض معلوم على جهة التراضي، وأردنا بالكامل الجنس الشامل للواحد واكثر ليدخل فيه من يتولى طرفي العقد. ولايرد البيع الضمني كقولك « اعتق عبدك عني وعلي دينار » فيقول «عبدي حر» لانه بيع مجازاً لاحقيقة . وكذا بيع الحاكم عن المماطل والمفلس فانه لارضاء فيه لان رضا الحاكم قائم مقامه .

وهنا فوائد :

(الاولى) يشترط الاتيان بهما لفظاً بصيغة الماضي لانه انشاء والماضي أقرب شبهاً به ، فيقول البائع « بعت » أو «شريت» أو « ملكت » ، ويقـول المشتري «قبلت » أو « ابتعت » أو« اشتريت » أو« شريت » أو « تملكت » . ولاينعقدان بلفظ الامر ولا المستقبل لما قلناه .

(الثانية) قيل لايشترط فيهما الترتيب ، وهوقول القاضي ، واختاره الشهيد كما في النكاح وعصمة الفرج أقوى من عصمة المال فيجوز هنا بطريق أولى .

والاولى خلافه ، لاصالة بقاء الملك ولم يثبت بدليل زواله مع تقدم القبول مع الاجماع على حصوله مع تأخره ، فيكون أولى . وفرق بينه وبين النكاح ، فان حياء المرأة يمنع من تقدم قبولها .

(الثانية) يشترط فيهما التطابق زماناً ومعنى : أما الاول فان لايتأخر القبول بحيث لايعد جواباً، ولايضر تخلل آن وتنفس أوسعال، وأما الثاني فاتفاق مدلولهما

ولو باع الفضولى فقولان ، أشبههما وقوفه على الاجازة .

ولو باع مالا يملكه مالك كالحر ، وفضلات الانسان ، والخنافس والذيدان لم ينعقد .

ولو جمع بين ما يملك وما لا يملك فى عقد واحد كعبده وعبد غيره صح فى عبده ، ووقف الاخر على الاجازة .

فلو قال « بعتك بألف » فقال « اشتريت بخمسمائة » أو نصفه بها أو بخمسمائة لم يصح ، وكذا لو قال « بعتكما العبدين بألف » فقبل واحد أحدهما بخمسمائة ، لان الايجاب لم يقع للقابل الاعلى نصف العبد قضية للاشاعة .

(الرابعة) لايكفي مجرد الرضا في حصول الملك بدونهما في الجليل والحقير لحصر الشارع أسباب الملك في العقود، فالمعاطاة تفيد اباحة لاغير. نعم لو ذهبت احدى العينين أو انتقلت عنه ملكت الاخرى .

قوله : ولو باع الفضولى فقولان اشبههما وقوفه على الاجازة

هذا قول الشيخين وابن الجنيد وابن حمزة لرواية عروة البارقي ان النبى صلى الله عليه وآله وسلم أعطاه ديناراً يشتري به شاة فاشترى به شاتين ثم باع احداهما بدينار في الطريق . قال: فأتيت النبى صلى الله عليه وآله وسلم بالدينار والشاة فأخبرته، فقال : بارك الله في صفقة يمينك[1] ولان المقتضي لصحة البيع وقوعه عن أهله في محله وقد حصل ، والمعارض ليس الاعدم الاذن وقد انتفى لان الاذن قد حصل بعد البيع . واشتراط كونه قبل البيع ممنوع .

وقال الشيخ فى المبسوط والخلاف واختاره ابن ادريس وشيخنا السعيد يبطل ان لم يحصل اذن سابق ، لرواية حكيم بن حزام عن النبى صلى الله عليه

---

١) المستدرك للنورى ٢ / ٤٦٢ ، سنن الترمذى ٣ / ٥٥٩ .

وآله وسلم أنه نهى عن بيع ما ليس عنده[1] .

ولمارواه عمربن شعيب عن أبيه عن جده عـن النبى صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : لاطلاق الا فيما تملك ولا عتق الا فيما تملك ولابيع الا فيما تملك[2] .

والجواب عن الاول أن النهي في المعاملات لايستلزم الفساد، وحينئذ يكون بيع الفضولي صحيحاً وان كان منهياً عنه كالبيع بعد النداء . أويحمل على من باع سلعة غيره لنفسه لاللمالك ثم يمضي الى المالك فيشتريها منه .

وعن الثاني أن النفي اذا دخل على حقيقة أريد به نفي صفة من صفاتها ، فيكون المراد بقوله صلى الله عليه وآله وسلم « لابيع الافيما تملك » لالزوم للبيع الافيما تملك ، والالزم بطلان بيـع الوكيل والولي والوصي ، فيكون المراد لابيع الا في ما هوملك أوكالملك بسبب الاذن وقد حصل .

فـروع : على القول بالصحة مع الاجازة :

(الاول) لايشترط في الصحة حضور المجيز في الحال لخبر البارقي ، فانه أعلم النبى « ص » بعد وصوله اليه ، ولايشترط كون المجيز جائز التصرف حين العقد، فيصح اجازة الصبى والمجنون بعد الكمال، وكذا نقول فيمن باع ملك غيره ثم انتقل اليه فأجاز .

(الثاني) هل الاجازة جزء المملك أوكاشفة عن الملك حال العقد ؟ الاصح الثاني والالزم وقوع البيع بالكناية ويترتب النماء ، فعلى الاول يكون للبائع وعلى الثاني يكون للمشتري ، وهوالاصح .

---

١) اخرجه فى اسد الغابة ٢/ ٤١ ، الوسائل ١٢/ ٢٦٦ ، سنن ابن ماجة ١/ ٧٣٧ ، الترمذى ٣/ ٥٣٤ .

٢) سنن ابى داود ٢/ ٢٥٨ ، كنز العمال ٩/ ٦٤١ .

أما لو باع العبد والحر ، أو الشاة والخنزير صح فيما يملك وبطل في الاخر ، ويقومان ثم يقوم أحدهمـا ويسقط من الثمن ما قابل الفاسد .

(الثالث) لايشترط الفورية في الاجازة، لما قلنا في خبر البارقي فله الاجازة مالم يرد أولا . ولايكفي فيها السكوت ولو كان حاضراً ، بل لابد من لفظ يدل عليها ، لانها كالبيع في استقرار الملك .

(الرابع) لو قبض الفضولي الثمن قال الشيخ وقع للمالك عند الاجازة، واشترط العلامة اجازة القبض . وهو حسن ان كان الثمن في الذمة، أما لو كان البيع بالعين الحاضرة فأجازة البيع اجازة القبض .

(الخامس) لافرق بين كون الفضولي غاصباً أو غيره في توقف بيعه على الاجازة، فلو كان غاصباً وباع بالعين الحاضرة وقبض البائع فأجاز المالك صارت يده يد أمانة .

قوله : ويقومان ثم يقوم احدهما ويسقط من الثمن ما قابل الفاسد

بيان المسألة أن البائع باع الحر والعبد في صفقة واحدة مثلا بأربعين ثم علم المشتري أن أحدهما حر وبيعه فاسد ولم يفسخ البيع فكيف يسترد ما قابل الفاسد ، فطريقه أن يقوما معاً ثم يقوم كل واحد منهما على انفراده كما تقول قيمتهما معاً خمسون ثم نقوم الحر بثلاثين والعبد بعشرين، فنسبة العشرين الى الخمسين فانها خمسان ، ونسبة الثلاثين فانها ثلاثة أخماس ، فعلم أن خمسي الثمن الذي وقع عليه العقد ـ وهو أربعون ـ في مقابلة العبد وهو ستة عشر ، وثلاثة أخماسه ـ وهو أربعة وعشرون ـ في مقابلة الحر .

وانما افتقرنا الى تقويمها مرة ثانية لانه لو بني على التقويم الاول ثم قوم الحر على الانفراد أمكن أن يكون بالثمن كله ، فلايكون شيء في مقابلة العبد

الثاني : الكيل أو الوزن أو العدد .

فلو بيع ما يكال أو يوزن أو يعد لا كذلك بطل .

ولو تعسر الوزن أو العدد اعتبر مكيال واحد بحسابه .

ولا يكفي مشاهدة الصبرة ولا المكيال المجهول .

ويجوز ابتياع جزء مشاع بالنسبة من معلوم وان اختلفت اجزاؤه.

الثالث : لا تباع العين الحاضرة الا مع المشاهدة أو الوصف.

ولو كان المراد طعمها أو ريحها فلا بد من اختبارها اذا لم يفسد به.

ولو بيع ولما يختبر فقولان ، اشبههما : الجواز ، وله الخيار لو خرج معيباً ، ويتعين الارش بعد الاحداث فيه .

وهو باطل . وكذا الكلام في عبده وعبد غيره .

قوله : وان اختلفت اجزاؤه

مختلف الاجزاء هو ما لا يساوي جزؤه كله في الحد والاسم ومتفقها ما يساوي جزؤه كله في الحد والاسم . مثال الاول الثوب والعبد والفرس ، ومثال الثاني كالسمن والعسل والفضة والذهب .

قوله : ولو بيع ولما يختبر فقولان اشبههما الجواز

ما يراد طعمه وريحه ولم يكن اختباره مؤدياً الى افساده هل يصح بيعه من غير اختبار ولا وصف بناء على أن الاصل الصحة أولا ؟ ذهب التقي والقاضي وسلار الى أنه لا يصح ، لانه مجهول فهو بيع غرر وقد نهى النبي «ص» عن بيع الغرر[1] . وذهب المصنف والعلامة والمتأخرون الى الصحة ، لانه معلوم الوصف من

---

١) الترمذي ٣/٥٣٢ ، ابن ماجة ٢/٧٣٩ ، ابوداود ٣/٢٥٤ ، الوسائل ١٢/٣٣٠

ولو أدى اختباره الى افساده كالجوز والبطيخ جاز شراؤه .

ويثبت الارش لوخرج معيباً لاالرد، ويرجع بالثمن انلم يكن لمكسوره قيمة .

وكذا يجوز بيع المسك في فأره وان لم يفتق .

حيث الصورة النوعية لانها علة في ترتب الاثارالمختصة بذلك النوع ، والعلم بالعلة ـ أي الطبيعة النوعية ـ يستلزم العلم بالمعلول وهو الصفة المقصودة من تلك الطبيعة ، والاصل عدم سبب خارجي مزيل لحكم الطبيعة ، فلاغرر حينئذ فان خرج معيباً تخير المشتري بين الرد وبين الامساك مع الارش .

قال الشيخان اذا بيع من غير اختبار كان غير صحيح والمتبايعان فيه بالخيار ان تراضيا لم يكن به بأس .

وفي كلامهما نظر ، لان عدم الصحة مع ثبوت الخيار ممالا يجتمعان،لانه لاخيار في البيع الفاسد اجماعاً . وأيضاً مع الصحة لاوجه لخيار البائع فيه .

قال بعض من تابع الشيخين في البطلان أنه قد روى الشيخ في التهذيب في باب الزيادات عن محمد بن العيص قال : سألت الصادق عليه السلام عن رجل يشتري مايذاق أيذوقه قبل أن يشتريه؟ قال: نعم فليذقه ولايذوقن مالايشتري[1] ان الامر بالذوق يقتضي البطلان مع عدمه .

وفي قوله نظر ، لانا نمنع دلالتها على محل النزاع وهو البطلان مع عدم الذوق ، والامر به لايقتضي اشتراطه ، لجواز أن يكون على سبيل الارشاد الى مصلحته واحتياطه في شرائه .

---

١) التهذيب ٧/ ٢٣٠ .

ولا يجوز بيع سمك الاجام لجهالته ولو ضم اليه القصب على الاصح ، وكذا اللبن في الضرع ولو ضم اليه ما يحتلب منه ، وكذا أصواف الغنم مع ما في بطونها ، وكذا كل واحد منها منفرداً ، وكذا ما يلقح الفحل ، وكذا مايضرب الصياد بشبكته .

قوله : ولايجوز بيع سمك الاجام لجهالته وان ضم اليه القصب على الاصح، وكذا اللبن في الضرع ولوضم اليه ما يحلب (١) منه وكذا اصواف الغنم مع ما في بطونها

قال الشيخ والقاضي وابن حمزة أن المجهول اذا ضم الى معلوم كالامثلة المذكورة يجوز بيعه ، ومستندهم روايات بعضها مقطوعة وبعض عن سماعة وهو واقفي[٢] ، مع مخالفة الجميع للاصول ، فلا اعتماد عليها . فلذلك قال « على الاصح » ، وهذا مذهب ابن ادريس والعلامة وعليه الفتوى .

قوله : وكذا كل واحد منهما منفرداً

يريد به القصب وحده والسمك وحده واللبن في الضرع وحده وما حلب وحده والاصواف على الظهور وحدها وما في البطون وحده ، لايصح بيع شيء من ذلك للجهالة .

وفي اطلاقه نظر ، فان القصب مع مشاهدته والصوف على الظهر مع مشاهدته يمنع عدم جواز بيعهما ، والالما جاز بيع الثمرة عن الشجرة . واللازم باطل اجماعاً فكذا الملزوم ، والملازمة ظاهرة .

وهذا مذهب المفيد واحد قولي ابن ادريس واستحسنه المصنف في النكت وتابع المصنف هنا وفي الشرائع الشيخ واتباعه في عدم الجواز ، وهو عجيب

---

١) في المختصر النافع ط بمصر « يحتلب » .

٢) راجع الوسائل الابواب : ١٠ ، ١١ ، ١٢ من ابواب عقد البيع وشروطه.

الرابع : تقدير الثمن وجنسه .

فلو اشتراه بحكم أحدهما فالبيع باطل، ويضمن المشترى تلف المبيع مع قبضه ونقصانه، وكذا في كل ابتياع فاسد .

من الشيخ مع تجويزه البيع مع الضميمة الى السمك وما في البطون .

قوله : فواشتراه بحكم احدهما فالبيع باطل

شراؤه بحكم أحدهما هو تفويض تقدير الثمن الى البائع خاصة أو المشتري خاصة بل والى ثالث . وعلى التقادير يكون الثمن مجهولا حال العقد ، فيدخل تحت الغرر ، وقد تقدم أنه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن الغرر[1] .

وقال ابن الجنيد[2] لو قال بسعرما بعت مع جهالة المشتري صح ويكون للمشتري الخيار ، وفي رواية رفاعة[3] جواز تحكيم المشتري فنلزمه القيمة .

وجوز المرتضى كون مال السلم مشاهداً وان لم يكن معلوماً ، وجوز ابن الجنيد أيضاً بيع الصبرة مع المشاهدة جزافاً بثمن جزاف مع تفاوت الجنس . ومال في المبسوط الى صحة بيع الجزاف ، وفي صحيحة الحلبي كراهة بيع الجزاف[4]. والفتوى على خلاف ذلك كله .

قوله : ويضمن المشترى تلف المبيع مع قبضه ونقصانه وكذا في كل ابتياع فاسد .

لما بين فساد البيع مع جهالة الثمن أشار الى حكم المبيع الفاسد على

---

١) راجع ص ٢٨ من هذا الجزء .

٢) فانه قال : لو وقع البيع على مقدار معلوم بينهما والثمن مجهول لاحدهما جاز اذا لم يكن يواجبه كان للمشترى الخيار اذا علم وذلك كقول الرجل : بعني كر طعام بسعر ما بعت ، فأما اذا جهلا جميعاً قدر الثمن وقت العقد لم يجز وكان البيع منفسخاً .

٣) التهذيب ٦٩/٧ ، الكافي ٢٠٩/٥ ، الفقيه ٧٦/٣ ، الوسائل ٢٧١/١٢ .

٤) التهذيب ٣٦/٧ ؛ الكافي ١٧٩/٥ .

ويرد عليه مازاد بفعله كتعليم الصنعة والصبغ على الاشبه ، واذا أطلق النقد انصرف الى نقد البلد ، وان عين نقداً لزم .

وجه كلي فقال : اذا تلف المبيع أو نقص بعد قبض المشتري له بالعقد الفاسد يكون مضموناً عليه .

واختلف في قدر المضمون ، فقال المفيد في المقنعة والشيخ في النهاية قيمته يوم البيع الا أن يحكم على نفسه بالاكثر فيجب أو يكون البائع حاكماً فيحكم بالاقل فيتبع. واختاره الشاميان . وقال ابن ادريس عليه الاعلى من يوم القبض الى يوم التلف .

والحق أنه ان كان مثلياً ضمنه بمثله ، وان كان قيمياً فبقيمته يوم تلفه ، لان ذلك هووقت تعلقه بذمته . والاصل براءة الذمة من الزائد .

وينبغي أن يقرأ قول المصنف « ونقصانه » بالنصب ليكون عطفاً على تلف المبيع لابالجرعطفاً على قبضه، فانه غلط .

هذا، وأما منافعه فهي مضمونة مع التفويت ، خلافاً لابن حمزة محتجاً بأن الخراج بالضمان ونقض بالغاصب مع ضمانه قطعاً ، وأما مع الفوات فوجهان من أصالة البراءة ومن أنها منافع عين مضمونة فتضمن .

قوله : ويرد عليه مازاد بفعله كتعليم الصنعة والصبغ على الاشبه

هذا حكم آخر للمبيع الفاسد وهومتعلق بزيادته في يدالمشتري .

واختلف في تلك الزيادة مع حصولها بفعل المشتري وجهله بالفساد ، فقال الشيخ في المبسوط لاترد مطلقاًبل يكون للبائع لانها نماء ملكه ، وقال في النهاية والمفيد في المقنعة يرد عليه مطلقاً لانها أثرفعله غيرمتبرع بها فيكون له .

وفصل ابن ادريس فقال : ان كانت الزيادة عيناً كالصبغ رد عليه ان أمكن فصله ، والا كان شريكاً بالنسبة من قيمته ، وان كانت صفة كتعليم الصنعة فلا يرد

ولو اختلفا في قدر الثمن فالقول قول البائع مع يمينه ، ان كان المبيع قائماً ، وقول المشترى مع يمينه ان كان تالفاً .

بل تكون تابعاً للعين فتكون للبائع .

والحق ما اختاره المصنف، وهو الرد عليه . وأما ما لا تكون بفعله فانه للبائع وان كان منفصلا ، لانه نماء ملكه من غير مشاركة أحد فيكون له .

قوله : ولو اختلفا في قدر الثمن فالقول قول البائع مع يمينه ان كان المبيع قائماً وقول المشترى مع يمينه ان كان تالفاً

للاصحاب هنا أقوال ثلاثة :

(الاول) ماذكره المصنف من التفصيل، وهو قول الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف . وتبعه القاضي .

ومستنده رواية محمد بن احمد بن ابى نصر عن بعض أصحابه عن الصادق عليه السلام في الرجل يبيع الشيء فيقول المشتري هو بكذا وكذا بأقل مما قال البائع ؟ قال : القول قول البائع مع يمينه اذا كان الشيء قائماً بعينه[1].

وهو يدل بالمفهوم على أن القول قول المشتري مع التلف .

وفيها نظر : أما أولا فلان دلالتها على قول المشتري بدليل الخطاب وليس بحجة . وأما ثانياً فلمخالفتها الاصول المقررة ، وهو كون البينة على المدعي واليمين على من أنكر ، وهنا قد حكم للبائع بقوله مع كونه مدعياً .

(الثاني) قول ابن الجنيد ان القول قول من كانت في يده ، ونقل ابن ادريس عن التقي مثله واختاره . ودليله أنه اذا كانت السلعة في يد البائع فالمشتري يدعي انتزاعها بذلك الثمن والبائع ينكر استحقاقه بذلك ، فالقول قوله . وان كانت

---

١) الكافي ٥/١٧٤ ، الوسائل ١٢/٣٨٣.

في يد المشتري فقد سلم له استحقاق السلعة وادعى ثبوت زائد في ذمته وهو منكر له ، فالقول قوله .

وفيه نظر، لان النزاع ليس في انتزاع العين، فانه أمر متفق عليه بين المتبايعين أنه حق للمشتري، وانما النزاع في تقدير الثمن، فالبائع يدعي الزيادة والمشتري منكر ، فالقول قوله مطلقاً .

(الثالث) قول العلامة ، وهو التحالف وبطلان البيع ، وذلك لان كلا منهما مدع ومنكر ، فان البائع يدعي البيع بعشرين مثلا والمشتري ينكر ذلك ، والمشتري يدعي الشراء بعشرة والبائع ينكر ذلك. أو نقول ان العقد بقيد كونه بعشرة غير بقيد كونه بعشرين ، وكل منهما يدعي وقوع عقد والاخر ينكره فيحلفان .

(الرابع) قول آخر للعلامة يشتمل على تفصيل، وهو أن الثمن: اما أن يكون معيناً أو في الذمة، فان كان الاول فاما أن يكون الاول وهو مدعي المشتري مغايراً لاجزاء الاكثر أولا، فان كان مغايراً تحالفا وفسخ البيع للتداعي من الطرفين ، وان لم يكن مغايراً فالقول قول المشتري ، وان كان الثاني فالقول قول المشتري أيضاً ، وذلك لكونه منكراً لما يدعيه البائع من الزيادة . وهو تفصيل حسن لاغبار عليه .

وهنا فروع :

(الاول) لو اختلفا في وصف الثمن فكذلك لا فرق بينهما وينسحب الاقوال فيه .

(الثاني) لو اختلف الوارثان أو أحدهما مع وارث الاخر فالبحث كما هو بين المتبايعين .

(الثالث) لو اختلفا في تعيين الثمن على وجه يكون العقد صحيحاً على قول واحد وفاسداً على قول الاخر ـ كما لو قال بعتك بعبد فقال الاخر بل بحر ـ

ويوضع لظروف السمن والتمر ماهو معتاد لامايزيد .

الخامس : القدرة على تسليمه :

فلو باع الابق منفرداً لم يصح ، ويصح لو ضم اليه شيئاً .

فالقول قول مدعي الصحة ، أوقال بعتك بصبرة فقال بل بمكوك[1].

(الرابع) لوقال بعتك بمال في ذمتك فقال بل بمال في ذمة زيد ، فالقول قول البائع لاصالة ثبوت الثمن في ذمة المشتري . ويحتمل التحالف لتغاير الثمن بالمحل ، والاول أقوى .

قوله : فلو باع الابق منفرداً لم يصح ويصح لو ضم اليه شيئاً

بيع الابق مع الضميمة يصح اجماعاً ،ولامعها فاما أن يقدر المشتري على تحصيله أولا ، والثاني لايصح الامعها أيضاً . واختلف في الاول ، وهو ما اذا قدر المشتري على تحصيله، فقال المرتضى يصح من غير ضميمة واختاره العلامة وهوحسن لكونه عيناً مملوكة معلومة يمكن قبضها فيصح بيعها لعموم « وأحل الله البيع » .

ومنع الشيخ من ذلك الامعها مستنداً في الموضعين الى رواية سماعة قال سألته عن رجل يشتري العبد وهو آبق من أهله . فقال : لايصلح الا أن يشتري معه شيئاً آخر ، فيقول اشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا، فان لم يقدر

---

١) المكوك بفتح الميم وضم الكاف المشددة : مكيال معروف لاهل العراق، والجمع مكاكيك ومكاكي على البدل كراهية التضعيف. وهو صاع ونصف، وهو ثلاث كيلجات والكيلجة مناً وسبعة اثمان مناً، والمن رطلان ، والرطل اثنتا عشرة أوقية ، والاوقية استار وثلثا استار والاستار اربعة مثاقيل ونصف، والمثقال درهم وثلاثة اسباع درهم، والدرهم ستة دوانيق والدانق قيراطان ، والقيراط طسوجان ، والطسوج حبتان ، والحبة سدس ثمن درهم وهو جزء من ثمانية وأربعين جزءاً من درهم .

على العبد كان ثمنه الذي نقد في الشيء[1]. وهذا أعم من أن يكون مقدوراً على قبضه أولا .

وهذه الرواية وان كانت ضعيفة ، أما أولا فبسماعة ، وأما ثانياً فلعدم تعيين المسؤول فيها ، وأما ثالثاً فلكونها مخالفة للنظر من حيث أن جواز هذه المسألة مع كون الثمن في مقابلة الضميمة ومنع بيع المجهول منضماً الى معلوم ولايكون الثمن في مقابلة المعلوم ممالا يجتمعان ، وذلك لان الجهل ببعض المبيع كما يستلزم الجهل بكله كذلك تعذر التسليم في بعض المبيع يستلزم تعذر تسليم كله من حيث الكل ، لكنها مؤيدة بالعمل من الاصحاب حتى أنه اجماع منهم .

فوائد :

(الاولى) لاخيار للمشتري مع العلم باباقه ، أما مع عدم علمه فله الخيار . ولايكون الثمن في مقابلة الضميمة حينئذ .

(الثانية) لو جعل العبد الابق ثمناً هل يصح ويفتقر الى الضميمة أم لا؟ يحتمل البطلان ، لانه خلاف النص والنظر. ويحتمل الصحة ، وهو الاقرب، اذلاتغاير بين العوضين الاباعتبار عارض. وعلى هذا يجوز أن يكون أحد الابقين ثمناً والاخر مثمناً مع الضميمة الى كل منهما .

(الثالثة) يشترط في الضميمة شرائط صحة البيع فيها من الملكية والمعلومية ومقدورية التسليم ، فلايصح كونها آبقاً آخر .

(الرابعة) لو تعددت العبيد كفت ضميمة واحدة ثمناً كانت أومثمناً .

(الخامسة) الابق مادام آبقاً ليس مبيعاً في الحقيقة ولاجزء مبيع لكنه مشروط

---

١) الكافى ٥/٢٠٩ ، التهذيب ٧/١٢٤ اللفظ للكافى ، وفى التهذيب ذيله هكذا : كان الذى نقده فيما اشترى منه ، الوسائل ١٢/٢٦٣ .

وأما الاداب : فالمستحب التفقه فيه والتسوية بين المتباعين والاقالة لمن استقال ، والشهادتان ، والتكبير عند الابتياع ، وان يأخذ لنفسه ناقصاً ويعطى راجحاً .

والمكروه : مدح البائع ،وذم المشترى ، والحلف ، والبيع في موضع يسترفيه العيب ، والربح على المؤمن الامع الضرورة وعلى من بعده بالاحسان ، والسوم مابين طلوع الفجر الى طلوع الشمس ، ودخول السوق أولا ، ومبايعة الادنين وذوى العاهات والاكراد ، والتعرض للكيل أوالوزن اذا لم يحسن ، والاستحطاط بعد الصفقة ،

الملكية للمشتري ، كمن اشترى الحامل وشرط الحمل لـه ، فان الحمل ليس مبيعاً ولاجزء مبيع : أما أنه ليس مبيعاً بانفراده فظاهر، واما أنه ليس جزء مبيع فلانه ليس له شيء من الثمن ، فلوتلف قبل قبضه لم ينقص شيء من الثمن.

(السادسة) لوظهرفي الضميمة عيب فالمقسط لاجل الارش كل الثمن على هذه الضميمة ولااعتبار بالابق .

(السابعة) لو كان في الابق عيب لم يعلم به المشتري لم يكن له بـه أرش ولارد ، ولا ينقص شيء من الثمن بسبب عيبه .

(الثامنة) اذاردت الضميمة بعيبأوبخيار تبعها الابق، ولو كان البيع فاسداً من أصله تبعها الابق أيضاً .

(التاسعة) لاينفرد للابق حكم البتة الااذا غصبه غاصب أوجنى عليه جان . فانالارش أوالقيمة للمشتري، فلولم يتمكن المشتري منأخذ الجناية لمينقص من الثمن شيء ، ولويتمكن المشتري من استيفاء ذلك صار جـزء من المبيع . وكذا اذا جاءه العبد وتمكن منه ، فانه يصير جزء من المبيع ويكون له قسط من

الثمن لزوال العلة التي هي العجزعن قبضه .

قوله : ودخوله فى سوم اخيه

الدخول في السوم اما بأن يرغب البائع في ثمن أعلى يبذله له ، أويرغب المشتري في سلعة أجود من المسومة بذلك الثمن أومثلها بأنقص منه . كلاهما منهي عنه .

وهل ذلك على سبيل التحريم أوالكراهية ؟ قال في المبسوط بالاول، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لايسوم الرجل على سوم أخيه[1]. وهذا خبريراد به النهي ، كقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لاتنكح المرأة على عمتها ولاعلى خالتها[2]. والنهي للتحريم .

وقال المصنف والعلامة بالثاني، لاصالة الجوازوالنهي المذكور محمول على الكراهة .

وهنا فوائد :

(الاولى) العقد الواقع عقيب السوم صحيح وان قلنا بالتحريم ، ويحصل الملك به ، لان النهي خارج عن المعاملة .

(الثانية) الدخول في السوم لايختص بالبيع بل هومنهي عنه في سائر المعاوضات والعقود ولوكانت جائزة ، كالمضاربة بالسدس وقد تقررالثلث من العامل وبالعكس من المالك .

(الثالثة) قد يتصورالدخول في السوم وانلم يكن معاوضة كالعارية المطلقة فيقول « أعرني وأنالها ضامن » أوالادانة من غير رهن فيطلبها مع بذلالرهن .

---

١) ابن ماجة ٢/٧٣٤ ، الوسائل ١٢/٣٣٨.

٢) ابن ماجة ١/٦٢١ ، الترمذى ٣/٤٣٢ ، ابوداود ٢/٢٢٤.

وأن يتوكل الحاضر للبادى ، وقيل يحرم . وتلقى الركبان ، وحده أربعة فراسخ فما دون ، ويثبت الخيار ان ثبت الغبن،

قوله : وان يتوكل الحاضر للبادى وقيل يحرم ١)

التوكل المذكور منهي عنه، سواء كان لبائع أو لمشتر. ويحتمل أيضاً دخوله في سائر العقود كما قلنا في الاول للعلة المتحدة في الكل، وعموم « دعوا الناس بغفلاتهم يرزق الله بعضهم من بعض »[٢].

اذا تقرر هذا فالشيخ في المبسوط والخلاف قائل بالتحريم ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: لايتوكل حاضر لباد[٣]. والمصنف والعلامة على الكراهية والتقرير كما تقدم .

قوله : وتلقى الركبان وحده اربعة فراسخ فما دون، و يثبت الخياران ثبت الغبن

فوائـد :

(الاولى) التلقي المذكور مكروه مع القصد لاما وقع اتفاقاً .

---

١) قال فى المسالك: المراد بالبادى الغريب الجالب للبلد، اعم من كونه من البادية أو قروياً ، ومعناه أن يحمل البدوى أو القروى متاعه الى بلد فيأتيه البلدى ويقول : انا أبيعه لك بأعلا مما تبيعه به وقبل ان يعرفه السعر ويقول : انا ابيع لك واكون سمساراً ، وقد ورد النهى عنه أيضاً ، قال صلى الله عليه وآله وسلم : لايبيع حاضر لباد دعوا الناس يرتزق بعضهم من بعض .

٢) الكافى ١٦٨/٥ ، التهذيب ١٥٨/٧ ، الوسائل ٣٢٧/١٢ .

٣) الكافى ١٦٨/٥ ، التهذيب ١٥٨/٧ ،الوسائل ٣٢٧/١٢ ، ولفظ الحديث فى هذه الاصول: لايبيع حاضر لبادى . وأيضاً ذكره الترمذى ٥٢٥/٣ بهذا اللفظ . وفى الخلاف لايجوز ان يبيع حاضر لباد سواء كان بالناس حاجة الى ما معهم أولم يكن لهم حاجة فان خالف اثم ،دليلنا عموم الخبر فى النهى عن ذلك من قوله صلى الله عليه وآله وسلم: لايبيعن حاضر لباد .

(الثانية) الكراهة شاملة للبائع والمشتري لعموم العلة ، وهو غفلة البادي عن أحوال البلد وأسعاره .

(الثالثة) يثبت الخيار مع الغبن الفاحش لا بدونه .

(الرابعة) اختلف في هذا الخيار هل هو على الفور أم لا ؟ قال العلامة بالاول حذراً من الاضرار المنفي لو تصرف الغابن، وقال الشيخ بالثاني لكن حده بثلاثة أيام حملا على الحيوان. واختار المصنف في الشرائع والسعيد بقاؤه الى حين اسقاطه لانه حق متملك فلا يسقط بالتأخير كغيره من الحقوق كخيار العيب ، وهو قوي .

(الخامسة) قول المصنف في الشرائع « ولا يثبت للبائع الخيار الا أن يثبت الغبن » يعطي اختصاصه بالبائع . وهو غير سديد، بل هو شامل له وللمشتري كما قلناه ، وعبارته هنا شاملة ، فهي أسد .

قوله : والزيادة في السلعة مواطاة للبائع وهو النجش

النجش لغة الاستتار للمخاتلة[1]، ومنه نجش الصيد اذا استتر له ليختله فكأن الناجش يستتر ليخدع المشتري باغرائه له بالزيادة واخفائه عدم رغبته .

وشرعاً قال المصنف هنا أنه الزيادة في السلعة مواطاة للبائع ، وقال في الشرائع : هو أن يزيد لزيادة من واطاه البائع. ولاشك أن بينهما فرقاً، وهو أنه على العبارة الاولى صفة للغار وهو المواطي للبائع، وعلى الثانية هو صفة للمغرور وغير المواطي . ولاشك أن المتبادر الى الفهم هو الاول لانه مكروه ، ولاشيء من فعل المغرور بمكروه ، ينتج أنه لاشيء من فعله بنجش وهو المطلوب .

---

١) ختله يختله : خدعه . ختل الذئب الصيد: تخفى له ، فهو خاتل وختول . وخاتله مخاتلة : خادعه .

والاحتكار ـ وهو حبس الاقوات ، وقيل يحرم .

وانما يكون في الحنطة والشعير ، والتمر والزبيب ، والسمن وقيل : وفي الملح ، وتتحقق الكراهية اذا استبقاه لزيادة الثمن ، ولم يوجد بائع غيره .

وقيل : أن تستبقيه في الرخص أربعين يوماً ، وفي الغلاء ثلاثة .

ويجبر المحتكر على البيع . وهل يسعر عليه ؟ الاصح : لا .

فعبارته هنا أسد .

هذا ، والكلام في الكراهية وثبوت الخيار وفوريته أو عدمها كالتلقي .

ثم يحتمل هنا عندي أيضاً عدم اختصاص النجش بالبيع ، بل يشمل الاجارة والمزارعة والمساقاة وما يشبهها .

قوله : الاحتكار وهو حبس الاقوات وقيل يحرم

الى آخر الفصل .

الاحتكار لغة قال الجوهري : احتكار الطعام هو جمعه وحبسه يتربص به الغلاء وهو الحكرة بالضم .

اذا عرفت هذا فهنا مسائل :

(الاولى) عرفه المصنف هنا بأنه حبس الاقوات ، والمراد بالقوت هنا ما يكون مقصوداً بالتغذية ، وأما ما لايكون مقصوداً فهو فاكهة أو خضراوات .

ثم المقصود بالتغذية به غالباً هو هذه الخمسة ، أعني الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن ، وماشابهه من الزيت والشبرج . وأضاف الشيخ في المبسوط الملح ، وكأن المصنف يستضعفه لعدم معنى القوتية فيه أولا ولعدم الوقوف على دليل ثانياً .

(الثانية) الحبس المذكور هل هو حرام أو مكروه ؟ قال الشيخان بالثاني ، للاصل، ولعموم «الناس مسلطون على أموالهم»[1]، ولقول الصادق عليه السلام يكره أن يحتكر الطعام ويترك الناس ليس لهم طعام[2].

وقال ابن بابويه محمد بالاول ، واختاره العلامة لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: لايحتكر الطعام الاخاطىء[3]، وقول الصادق عليه السلام: المحتكر ملعون[4] وللاضرار بالناس المنهي عنه بقوله « ص » : لاضرر ولاضرار في الاسلام[5]. وهو أقوى .

ويجاب عن الاول بأن الاصل يخرج عنه بالدليل وقد بيناه ، وعن الثاني بأن الخاص يقدم وهو دليلنا، وعن الثالث بالحمل على التحريم جمعاً بين الادلة وللتقي القولان .

(الثالثة) يشترط في التحريم أو الكراهية أمران: « ١ » كون الاستبقاء للزيادة في الثمن لالقصد القوت أو الزرع أو غير ذلك .«٢» أن لايوجد باذل ، فلو وجد زال التحريم أو الكراهية . نعم يكره لكونه طعاماً يطلب في بيعه الغلاء غالباً . وقال الشيخ حد الاستبقاء في الغلاء ثلاثة أيام وفي الرخص أربعون يوماً، والمعتمد ما قلناه .

(الرابعة) لانعلم خلافاً في جبر المحتكر على البيع، وهو دليل على تحريمه نعم مع الجبر هل يسعر عليه ؟ فيه أقوال :

« ١ » قول الشيخ بعدمه مطلقاً ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : السعر

---

١) البحار ٢/٢٧٢ ، الغوالي ١/٤٥٧.

٢) الكافي ٥/١٦٥، التهذيب ٧/١٦٠، الوسائل ١٢/٣١٣، الاستبصار ٣/١١٥

٣) الوسائل ١٢/٣١٤، التهذيب ٧/١٥٩، الاستبصار ٣/١١٤، ابن ماجة ٢/٧٢٨

٤) الكافي ٥/١٦٥ ، التهذيب ٧/١٥٩، الاستبصار ٣/١١٤، الوسائل ١٢/٣١٣

٥) الوسائل ١٧/٣٧٦ .

الفصل الثالث

(في الخيار والنظر في اقسامه واحكامه)

واقسامه ستة :

(الاول) خيار المجلس ، وهو ثابت للمتبايعين في كل مبيع لم يشترط فيه سقوط مالم يفترقا .

الى الله يرفعها اذا شاء ويضعها اذا شاء [1] ، ولعموم قوله «ص» : الناس مسلطون على أموالهم [2] .

« ٢ » قول المفيد بالتسعير والالجاز أن يطلب الشطط [3] فتنتفي فائدة الجبر

« ٣ » قول ابن حمزة ، وهو التسعير ان أفرط في طلب الزيادة والافلا . وهذا قريب لكن مع الافراط يباع عليه .

قوله : في الخيار

الخيار والخيرة بمعنى واحد، وهو المشية في ترجيح أحد الطرفين الجائزين وشرعاً هو عبارة عن ملك اقرار العقد وازالته بعد وقوعه مدة معلومة ، وهو أقسام :

منها خيار المجلس ، ودليل ثبوته قوله صلى الله عليه وآله : البيعان بالخيار حتى يفترقا [4] ، وفيه فوائد :

« ١ » اختصاصه بالبيع ، فلا يثبت في غيره من العقود .

« ٢ » ثبوته للمتعاقدين معاً ، أي لكل منهما ذلك .

« ٣ » انه سمى المشتري بيعاً تغليباً للفظ البائع كالعمرين والقمرين ، وانما

---

١) التهذيب ٧/١٦١ ، الاستبصار ٣/١١٤ ، الفقيه ٣/١٦٨ ، الوسائل ١٢/٣١٧

٢) البحار ٢/٢٧٢ .

٣) شط في السوم : افرط .

٤) الكافي ٥/١٧٠ ، الوسائل ١٢/٣٤٥ .

(الثانى) خيار الحيوان ، وهو ثلاثة أيام للمشترى خاصة ، على الاصح .

غلب البائع لانه الاصل في الخيار لجواز ندمه غالباً .

« ٤ » ما هنا بمعنى المدة ، أي مدة عدم افتراقهما ، فلايقدر بزمان .

« ٥ » الافتراق هنا ليس باللفظ كما يقول ابوحنيفة بل بالابدان ولو بخطوة وذلك لانه لما كان الاجتماع على التساوم وانما هو بالابدان كان الافتراق بالابدان أيضاً . وأصله من الفرق ، وهو قسم الشعر وابعاد بعضه عن بعض .

« ٦ » هل عدم الافتراق هنا بمعنى السلب أو عدم الملكة ، أي عدم الافتراق عما من شأنه ، كلاهما محتمل . وتظهر الفائدة في العاقد عن اثنين كالاب والجد فانه على السلب يثبت الخيار مالم يشترط سقوطه أو يلتزم به عنهما بعد العقد أو تفارق المجلس وهو قول الشيخ في المبسوط ، وعلى الثاني ـ وهو عدم الملكة ـ لم يثبت لعدم تحقق الافتراق الابين اثنين .

قوله : خيار الحيوان وهو ثلاثة ايام للمشترى خاصة على الاصح

هنا مسألتان :

(الاولى) هل الخيار هنا لكل من المتبايعين أم للمشتري خاصة ؟ المرتضى على الاول ، لرواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام : المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا[1] . والبيعان حقيقة في البائع والمشتري كما تقدم تقريبه من التغليب ، أو لكون كل منهما بائعاً لغة .

والشيخان وابن الجنيد وسلار والصدوق وابن ادريس على الثاني ، لاصالة لزوم البيع خرج المشتري للاجماع عليه فيبقى البائع على الاصل ، ولصحيحة الحلبى عن الصادق عليه السلام : في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري وهو

---

١) التهذيب ٧/٢٤ ، الوسائل ١٢/٣٤٩ .

بالخيار ان اشترط أولم يشترط[1].

ان قلت: نفي خيار البائع مستفاد من الرواية بالمفهوم وليس حجة عندنا.

قلت: ليس كذلك، بل الرواية دلت على المشتري، وأما البائع فمنفي بالاصل. وهذا هو المشهور وعليه الفتوى.

وأما رواية محمد بن مسلم فحملها العلامة على كون العوضين حيواناً عملا بالمقتضي لثبوته للمشتري، وهو خفاء حال الحيوان.

(الثانية) وقع الاتفاق على كون الخيار هنا ثلاثة أيام، لكن اختلف هل مبدأها العقد أو حين الافتراق؟ قيل بالثاني والالزم اما اجتماع المثلين أو اجتماع العلتين على معلول واحد شخصي، وكلاهما منفي. بيان[2] الملازمة أن مدة خيار المجلس اما أن يكون الثابت فيها خيارين أو واحداً، فان كان الاول لزم اجتماع المثلين، وان كان الثاني لزم اجتماع العلتين على المعلول الواحد.

وقيل بالاول. وهو الحق، لانه العلة، فلو تأخر عنه لتأخر المعلول عن علته.

والجواب عن الاول: لانا نختار ثبوت خيارين ونمنع كونهما مثلين، لان أحدهما خيار المجلس وهو ثابت للمتبايعين والاخر خيار الحيوان وهو ثابت للمشتري خاصة. أو واحد ولا يلزم ماذكرتم، لان علل الشرع معرفات لا مؤثرات.

وتظهر فائدة الخلاف أنه على تقدير كون مبدئه العقد يكون الخياران ثابتين، فلو أسقط أحدهما بقي الاخر، بخلاف ما لو قلنا بثبوت خيار واحد وهو خيار المجلس، فانه لا يلزم من اسقاط أحدهما بقاء الاخر في ذلك الزمان.

وكذا الكلام في خيار الشرط والخلاف فيه أيضاً. والحق أيضاً أن مبدأه العقد، لان اطلاق المدة يقتضي الاتصال. وايضاً لو تأخر الى حين التفرق

---

١) التهذيب ٧/٢٤، الفقيه ٣/١٢٦، الوسائل ١٢/٣٤٩.

٢) في بعض النسخ: بيان اللزوم.

ويسقط لو شرط سقوطه ، أو أسقطه المشترى بعد العقد ، أوتصرف فيه المشترى ، سواء كان تصرفاً لازماً كالبيع أوغير لازم كالوصية والهبة قبل القبض .

(الثالث) خيار الشرط وهو بحسب مايشترط .

ولا بد أن تكون مدته مضبوطة .

ولو كانت محتملة لم تجز كقدوم الغزاة وادراك الثمرات .

ويجوز اشتراط مدة يرد فيها البائع الثمن ويرتجع المبيع .

لزم جهالة المدة . وهذا قول ابن ادريس ، وقال الشيخ في المبسوط والخلاف وابن زهرة مبدؤه التفرق .

قوله : خيار الشرط وهوبحسب ما يشترط

يريد أن خيار الشرط ليس لازماً بالاصل بل هو تابع لارادة المتبايعين ، وهذه الجملة تشمل مسائل :

(الاولى) أنه يكون لكل من المتبايعين ولاحدهما خاصة .

(الثانية) انه قد لايكون للمتبايعين بل للاجنبي خاصة وله مع أحد المتبايعين ومعهما معاً .

(الثالثة) أن المدة فيه ليس لها مقدر شرعي بل بحسب اشتراطها لكن مع الضبط بحيث لاتحتمل زيادة ونقصاناً .

وخالف جماعة من الجمهور هنا حيث قيدوا المدة بثلاثة أيام . لنا على ذلك كله قوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم[1] .

قوله : ويجوز اشتراط مدة يرد فيها البائع الثمن ويرتجع المبيع

هذه المسألة توهم التكرار ، وليس به بل هو اشارة الى تفصيل خيار الشرط

---

١) التهذيب ٧/٢٢ .

فلو انقضت ولما يرد لزم البيع .

ولو تلف في المدة تلف من المشترى . وكذالو حصل له نماء كان له .

(الرابع) خيار الغبن . ومع ثبوته وقت العقد بما لا يتغابن فيه غالباً وجهالة المغبون يثبت له الخيار في الفسخ والامضاء .

وذلك لانه تارة يذكر الخيار في فسخ العقد خاصة سواء أحضر الثمن أولا . وتارة يكون مع شرط احضار الثمن. وهو هذه المسألة، فلو لم يحضر الثمن وفسخ لم يكن لفسخه تأثير بل العقد باق على لزومه .

قوله : خيار الغبن ـ الخ

هنا فوائد :

(الاولى) ان هذا النوع من الخيار لم يذكره كثير من المتقدمين بل ذكره المتأخرون عملا بقوله صلى الله عليه وآله : لاضرر ولاضرار في الاسلام[1] . وبقوله : فقل اذا ابتعت لاخلابة[2].

(الثانية) انه ثابت في كل معاوضة مالية محضة كالبيع والاجارة والمزارعة والمساقاة والصلح وغيرها من المعاوضات المالية عملا بالعلة .

(الثالثة) أنه لايثبت به أرش ، بل اما الرد أو الالتزام بمقتضى العقد لزوال الضرر بذلك وأصالة لزوم مقتضي العقد وعدم الالزام بشيء ، ولانه ليس بعيب والارش في مقابلة العيب .

---

١) الوسائل ١٧/ ٣٧٦ ، الكافي ٥/ ٢٩٢.

٢) كنز العمال ٤/ ٦١ وفيه : بع وقل لاخلابة ، ٩١ : اذا انت بايعت فقل : لاخلابة ١٥٥ من بايعت فقل: لاخلابة . والخلابة بكسر الخاء المعجمة: المخادعة ، وقيل :الخديعة باللسان ، سنن ابى داود ٣/ ٢٨٢ ، البخارى بشرح الكرمانى ١٠/ ١٢ .

(الخامس) من باع ولم يقبض الثمن ولا قبض المبيع ولا اشترط التأخير فالبيع لازم ثلاثة أيام . ومع انقضائها يثبت الخيار للبائع .

فان تلف ، قال المفيد : يتلف في الثلاثة من المشتري ، وبعدها من البائع .

والوجه تلفه من البائع في الحالين لان التقدير أنه لم يقبض .

ولو اشترى مايفسد من يومه ، ففي رواية يلزم البيع الى الليل ، فان لم يأت بالثمن فلا بيع له .

(السادس) خيار الرؤية :

(الرابعة) انه هل يسقط هذا الخيار بالتصرف أم لا ؟ اختلف عبارة العلامة في ذلك ، وأما المصنف فقال في الشرائع لايسقط ذلك الخيار بالتصرف اذا لم يخرج عن المالك أو يمنع مانع من رده كالاستيلاء في الامة والعتق .

والتحقيق هنا أن نقول : ان كان المغبون هو البائع لم يسقط بتصرف المشتري مطلقاً ، لاصالة بقاء حقه وعدم بطلانه بتصرف المشتري ، وان كان هو المشتري لم يسقط بتصرفه الا أن يخرج عن ملكه أو يمنع منه مانع .

قوله: من باع ولم يقبض الثمن ولا قبض المبيع ولا اشترط التأخير فالبيع لازم ثلاثة ايام

هنا مسائل :

(الاولى) هذا النوع من الخيار من خواص أصحابنا ، لم يقل به أحد من الجمهور . وشروطه ثلاثة : « ١ » عدم قبض الثمن ، أي كله ، فلو قبض البعض فالحكم كما لو لم يقبض . « ٢ » عدم تقبيض المبيع كذلك ، أي كله أيضاً ، فتقبيض

وهو يثبت في بيع الاعيان الحاضرة من غير مشاهدة .

ولا يصح حتى يذكر الجنس والوصف .

فان كان موافقاً لزم ، والا كان للمشترى الرد .

وكذا لو لم يره البائع واشترى بالوصف كان الخيار للبائع لو كان بخلاف الصفة .

وسيأتي خيار العيب ان شاء الله تعالى .

وأما الاحكام : فمسائل :

البعض كلاتقبيض . «٣» عدم اشتراط التأخير في الامرين، أعني الثمن والمثمن احترازاً من النسيئة والسلف .

(الثانية) لو تلف المبيع فاما من الثلاثة أو بعدها، فان كان بعدها فمن البائع اجماعاً ، وان كان الاول فقال المفيد يكون من المشتري لانه ملكه وهو أحق به ولان التأخير لمصلحته . وقال الشيخ ـ وهو اختيار المصنف ـ أنه يكون من البائع أيضاً ، لقوله صلى الله عليه وآله : كل مبيع تالف قبل قبضه فهو من مال بائعه ، وهنا كذلك .

(الثالثة) لو كان المبيع والحالة هذه لايبقى ثلاثة أيام فكثير من الاصحاب عبر بالخيار الى الليل .

وأما المصنف فقال في الشرائع : لو اشترى ما يفسد من يومه فان جاء بالثمن قبل الليل والافلا بيع له . وهو يدل على عدم ثبوت الخيار . قال الشهيد وهو حسن لموافقته الرواية عن الصادق عليه السلام: ان جاءه بالثمن فيما بينه وبين الليل والافلا بيع له . والتحقيق أن الفساد ليومه ليس ضابطاً بل الى أن يشرف على الهلاك .

(الاولى) خيار المجلس، يختص البيع دون غيره.

(الثانية) التصرف يسقط خيار الشرط.

(الثالثة) الخيار يورث، مشروطاً كان أو لازماً بالاصل.

(الرابعة) المبيع يملك بالعقد. وقيل: به وبانقضاء الخيار.

ثم ان تسمية هذا خياراً مجاز من باب تسمية الشيء باسم مايؤل اليه.

قوله: التصرف يسقط خيار الشرط

هنا فوائد:

(الاولى) يريد بالتصرف هنا مالم يكن على وجه الاختبار، كذوق الطعام وركوب الدابة لدفع الجموح[1] وللنقل وأمثاله، فانه غير مسقط للخيار، بخلاف التصرف الناقل أومايؤذن باستقرار الملك.

(الثانية) انه لافرق بين خيار الشرط أو غيره فيما ذكرناه، فلاوجه حينئذ لتخصيصه بخيار الشرط.

(الثالثة) لو كان الخيار لهما وتصرف أحدهما سقط خياره خاصة، ولو كان بأذن الاخر سقط الخياران.

قوله: المبيع يملك بالعقد، وقيل: به وبانقضاء الخيار

الاول هوالحق، وبه قال المحققون من الاصحاب لوجوه:

«١» ـ قوله تعالى «ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الاأن تكون تجارة عن تراض منكم»[2]، علق اباحة التصرف بالتجارة على التراضي أعني البيع، فلولم يكن مقيداً للملك لماجاز التعليق عليه.

---

١) جمح الفرس براكبه يجمح جماحاً بالكسر وجموحاً: استعصى حتى غلبه فهو جموح بالفتح وجامح.

٢) سورة النساء: ٢٩.

واذا كان الخيار للمشترى، جاز له التصرف، وان لم يوجب البيع على نفسه .

« ٢ » ـ قدتقررفي الاصول أن الصحة عبارة عن ترتب الاثر ، فحال وقوع العقد ان وصف بالصحة ثبت المطلوب وان لم يوصف فلاخيار لترتبه على العقد الصحيح والفرض عدمه .

« ٣ » ـ ان المقتضي للملك ـ وهو العقد ـ موجود، لانه السبب الشرعي لنقل العين هنا، ولذلك عرفوه بأنه انتقال عين أوتمليك عين. والمانع مفقود ، اذليس هنا الاثبوت الخيار وهوغيرمناف للملك كخيار العيب ، فيكون الملك حاصلا وهوالمطلوب .

« ٤ » ـ انه لولم ينتقل بالعقد الى المشتري لكان موقوفاً، وحينئذ لم يكن فرق بين بيع المالك وبيع الفضولي . واستحالة اللازم ظاهرة .

والثاني قول الشيخ في الخلاف ، واحتج بأن البيع مع الخيار قاصر عن البيع من غير خيار ، والقصور ليس الالعدم افادة الملك، لانه لوأفاده لما كان قاصراً بل مساوياً . هذا خلف .

والجواب: بالمنع من كون القصور ليس الالعدم افادة الملك، لجواز أن يكون لعدم اللزوم ، وذلك كاف في الفرق.

ثم ان فائدة الخلاف تظهرفيما لووقع الفسخ بعد حدوث النماء ، فانه على الملك بالعقد يكون للمشتري لكونه حدث على ملكه ، وعلى قول الشيخ يكون للبائع لتوقف انتقال الاصل عنه على انقضاء الخيار ولم يحصل .

وعلله في المبسوط في ضمان البائع فيكون النماء له ،وفيما لوزاد في الثمن أونقص في مدة الخيار فان ذلك لازم عند الشيخ حتى أنه يلزم الشفعة به .

قوله: واذا كان الخيار للمشترى جازله التصرف وان لم يوجب البيع على نفسه

(الخامسة) اذا تلف المبيع قبل قبضه، فهو من مال البائع وكذا بعد قبضه وقبل انقضاء خيار المشترى ، مالم يفرط، ولو تلف بعد ذلك كان من المشترى .

(السادسة) لواشترى ضيعة رأى بعضها ووصف له سائرها كان له الخيار فيها أجمع، ان لم يكن على الوصف .

الفصل الرابع

(في لواحق البيع وهي خمسة)

(الاول) النقد والنسيئة .

هذا فرع على القول بالملك بالعقد وعدمه ، فانه على الاول يجوز التصرف لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الناس مسلطون على أموالهم[1] . وعلى الثاني لايجوز الاعلى تقدير ايجاب البيع على نفسه. ومعنى ايجاب البيع هو الالتزام بمقتضى العقد ورفع جميع الخيار، ولما كان مذهب المصنف الملك بالعقد قال بجواز التصرف وان لم يوجب البيع على نفسه .

قوله : الاول النقد والنسيئة

البيع بالنسبة الى تعجيل الثمن والمثمن أربعة أقسام : لانه اما أن يقع مطلقاً أو يشترط تعجيلهما أولا، والاولان هو بيع النقد، والثالث اما أن يشترط تأخيرهما ويسمى بيع الكالي بالكالي وهو باطل اتفاقاً، أو اشترط تأخير الثمن وهو بيع النسيئة أو تأخير المثمن وهو بيع السلف. فالبيع الصحيح حينئذ ثلاثة نقد ونسيئة وسلف .

---

١) البحار ٢/٢٧٢.

من ابتاع مطلقاً فالثمن حال ، كمالو شرط تعجيله .

ولو شرط التأجيل مع تعيين المدة صح .

ولو لم يعين بطل . وكذالو عين أجلا محتملا كقدوم الغزاة .

وكذالو قال : بكذا نقداً ، وبكذا نسيئة ، وفي رواية: له أقل الثمنين نسيئة . ولو كان الى أجلين بطل .

ويصح أن يبتاع ماباعه نسيئة قبل الاجل بزيادة ونقصان بجنس الثمن غيره ، حالا ومؤجلا اذا لم يشترط ذلك .

أما تسمية الاولين نقداً فمن قولهم درهم نقد أى وازن جيد ، وأما تسمية الثاني لان البائع والمشتري كلامنهما يكلأ صاحبه أى يراقبه لاجل ماله عليه[1] فيكون اسم فاعل . وفي الكلام حينئذ اضمار ، أي بيع مال الكالي بمال الكالي لاستحالة ورود البيع على العاقدين . ويجوز أن يكون اسم مفعول كالدافق ، وحينئذ لااضمار .

وعلى التقديرين هو مجاز من تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه ، لان حال العقد ليس هناك كالي .

ومنهم من فسره ببيع دين بدين[2]، وحينئذ يكون حقيقة .

وأما النسيئة فمن قولك نسأت الشيء نسيئاً : أي أخرته . والسلف يأتي .

قوله : وكذا لو قال بكذا نقداً وبكذا نسيئة ، وفي رواية له اقل الثمنين نسيئة

---

١) اى لاجل ماله الذى فى ذمته .

٢) قال ابوعبيد: صورته ان يسلم الرجل الدراهم فى طعام الى أجل فاذا حل الاجل يقول الذى عليه الطعام ليس عندى طعام ولكن بعنى اياه الى اجل فهذه نسيئة انقلبت الى نسيئة ،فلو قبض الطعام ثم باعه منه اومن غيره لم يكن كالئاً بكالى.

ولو حل فابتاعه من المشترى بغير جنس الثمن أو بجنسه من غير زيادة ولا نقصان صح .

ولو زاد عن الثمن أو نقص ففيه روايتان ، أشبههما : الجواز .

هذا عطف على قوله «ولولم يعين بطل» فان التأخير غرض مقصود فيكون له دخل في الثمن زيادة ونقصاناً، فمع عدم ضبطه لايعلم قدر الثمن فيبطل [العقد] وكذا اذالم يعين لزوم التأخر أوعدمه يستلزم تجهيل الثمن فيبطل أيضاً، ولعدم الجزم ببيع واحد فكان باطلا كما لوقال « بعتك هـذا أوهذا » ، ولانه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيعين في بيعة[1].

وهذا فتوى الشيخ في المبسوط والقاضي وابن حمزة وابن ادريس، أما الرواية المشار اليها فهي عن محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام عـن علي عليه السلام[2]، ومثلها رواية السكوني عن الصادق عن علي عليهما السلام[3].

وعمل بذلك الشيخ في النهاية اعتماداً على الروايتين وعلى أنه يجوز أن خطته فارسياً فدرهم ورومياً فدرهمان ، وان خطته اليوم فكذا وغداً فكذا .

والجواب : أما عن الروايتين فبضعفهما ، لان محمد بن قيس مشترك بين الضعيف وغيره ، وهوغير متعين في الرواية من هو، والسكوني عامي. وأما عن الاستدلال فلانه قياس مع أن أصله ممنوع كما يجيء ، وان سلم صحته كان اللازم فيه أقل الاجرتين في أجود العملين أوأبعدهما اجلا ولايقولون به .

قوله : ولوزاد عن الثمن اونقص ففيه روايتان أشبههما الجواز

---

١) الترمذى ٣/٥٣٣ ، التهذيب ٧/٢٣٠ .

٢) الكافي ٥/٢٠٦ ، الفقيه ٣/١٧٩ .

٣) التهذيب ٧/٥٣.

ولا يجب دفع الثمن قبل حلوله وان طلب . ولو تبرع بالدفع لم يجب القبض، ولو حل فدفع وجب القبض .

ولو امتنع البائع فهلك من غير تفريط من الباذل تلف من البائع. وكذا في طرف البائع لو باع سلماً .

أما رواية المنع فعن الحلبي عن الصادق عليه السلام[1]، وعمل بها الشيخ في النهاية . وأما رواية الجواز فعن ابان بن عثمان عن عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام[2].

وعمل بها المفيد وابن ادريس والعلامة ، وعليها الفتوى ، لانها وان كانت موثقة والاولى حسنة ، لكن النظر يؤيدها، لاصالة الصحة ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الناس مسلطون على أموالهم[3] . وتحمل الاولى على الكراهية .

قوله : ولو امتنع البائع فهلك من غير تفريط من الباذل تلف من البائع وكذا في طرف البائع لو باع سلماً

هذا قول الشيخ في النهاية، وقال في المبسوط يجب تسليم الحق في الصورتين الى الامام ليحفظه لمستحقه مع امتناعه من قبضه أو ابراء ذمة من عليه .

ويؤيد الاول أصالة براءة الذمة من ذلك الوجوب ، ومن عليه الحق قد قام بما وجب عليه وهو التمكين التام ، ويؤيد الثاني كونه ولي من لا ولي له وقائماً مقام صاحب الحق ، ولا يجب على من عليه ابقاء ذلك الحق عنده بل دفعه الى من هو له أو الى من يقوم مقامه. فالاولى حينئذ التفصيل، وهو أنه مع امكان الحاكم ودفعه اليه

---

١) التهذيب ٧/٥٦ ، الكافي ٥/١٩٥ ، الوسائل ١٢/٣٩٢ .

٢) الكافي ٥/١٨٦ ، التهذيب ٧/٣٣ ، الوسائل ١٣/٧١ .

٣) البحار ٢/٢٧٢ .

ومن ابتاع بأجل وباع مرابحة فليخبر المشترى بالاجل .
ولو لم يخبره، كان للمشترى الرد أو الامساك بالثمن حالا .
وفى رواية : للمشترى من الاجل مثله .

يجب ذلك والافالواجب تمكينه منه لاستلزام عدمه اضرار من عليه الحق ، وقال صلى الله عليه وآله وسلم: لاضرر ولااضرار في الاسلام[1] وكذا البحث في كل من عليه حق حال أوعنده أمانة امتنع صاحبها من قبضها .

قوله : ومن ابتاع بأجل وباع مرابحة فليخبر المشترى بالاجل ولولم يخبره كان للمشترى الرد أو الامساك بالثمن حالا وفى رواية للمشترى من الاجل مثله .

هنا فوائد :

(الاولى) البيع ينقسم بالنسبة الى رأس المال اربعة: لانه لايخلو اما أن يخبر برأس المال أولا ، والثاني يسمى مساومة من الاسامة ، وهـو الارسال لارسال البيع وعدم ذكر رأس ماله ، والاول لايخلو اما أن يبيع بذلك أوبزيادة أوبنقيصة والاول يسمى تولية ، والثاني مرابحة ، والثالث مواضعة . والتسمية ظاهرة .

(الثانية) يجب في كل واحد من الاقسام الثلاثة الاخيرة ذكر رأس المال كما هو من غير زيادة ولانقيصة والالكان خديعة وخيانة، والاجل وان لم يكن جزء من رأس المال لكنه كالجزء لاختلاف الاغراض باختلافه في زيادة الثمن ونقيصته فيجب ذكره حينئذ .

(الثالثة) لوباع مااشتراه بأجل مرابحة ولم يخبر المشتري بالاجل كان باخساً له ، فللمشتري حينئذ الخيار بين الفسخ واسترجاع الثمن وبين الامساك للمبيع

---

(١) الكافى ٥/٢٩٢ ، الوسائل ١٧/٣٧٦ .

بجملة الثمن الذى وقع عليه العقد .

أماالاول فللخيانة المذكورة ، وأما الثاني فلانه عقد على مبيع معلوم بثمن معلوم حال العقد مقرون ذلك بالرضا منهمافيكون صحيحاً ، فيملك البائع جملة الثمن بذلك واخفاء الاجل لايوجب أن يكون للمشتري مثله ، غاية مافي الباب يوجب له التخيير كالعيب اذالم يعلم به.وهذا قول الشيخ في المبسوط والخلاف وابن ادريس والعلامة .

(الرابعة) الرواية المشار اليها هي عن هشام بن الحكم عن الصادق عليه السلام[1] ومثلها عن ميسر بياع الزطي عن الصادق عليه السلام : اذابعته مرابحة كان له من النظرة مثل مالك . قال : فاسترجعت وقلت هلكنا ، فلمارأى ماشق علي قال: أفلا افتح لك باباً يكون لك خرج منه قل قام علي بكذا وأبيعك بزيادة كذا ولا تقل بربح كذا[2].

وأجاب العلامة بأنها محمولة على ما اذا باعه بمثل ما اشتراه وأخفى عنه النسيئة ولم يشترط النقد، فانه والحال هذه يكون له من الاجل مثل ما كان للبائع .

وفيه نظر : أماأولا فلان قوله «باعه بمثل مااشتراه » ان أراد به أنه هكذا وقع العقد من غير تعيين كمية الثمن فالعقد باطل ، وان أراد مع تعيين الكمية ولم يدع حلولا ولاعدمه فهو المسألة المبحوث عنها، والرواية تدل على خلافه فلا تكون هي محملا ، وان كان مع دعوى الحلول ثم يظهر خلافه فيكون له من الاجل مثله امكن أن يكون ذلك محملا للرواية لكن لاتكون مسألة أخرى غير المبحوث عنها هى محمل للرواية ، فان المسألة المبحوث عنها شاملة للقسمين ، لانها عبارة عن أن يشتري سلعة بأجل ويبيع مرابحة ولم يخبر بالاجل وذلك أعم من أن يدعى الحلول

---

(١) الكافي ٥/٢٠٨ .

(٢) الكافي ٥/١٩٨ ، التهذيب ٧/٥٦ ، الفقيه : انظر روضة المتقين ٧/٨٣ .

مسألتان :

(الاولى) اذا باع مرابحة فلينسب الربح الى السلعة .

ولو نسبه الى المال فقولان ، أصحهما : الكراهية .

وعدمه ، فمحمل الرواية لاوجودله .

وأماثانياً فلانه لو كان كما قال لما استرجع السائل ولما احتاج الى المخلص الذي ذكره الامام عليه السلام في الرواية الثانية .

وأماثالثاً فلان قوله « ولم يشترط النقد » لامعنى له ، اذ اطلاق العقد ينصرف الى النقد لا الى النسيئة ، فلافرق بين اشتراط النقد وعدمه الا في تسلط البائع على الفسخ لوشرط النقد و لم يحصل .

واعلم أنه قد يرجح العمل بالرواية نظراً الى وضع المرابحة وحذراً من اطراحها مع صحتها . لكن العمل بها مشكل : أما أولا فللدليل المذكور أولا ، وأما ثانياً فلان الرواية الثانية تضمنت مالا وجه له ، وهو أنه فرق بين قوله « أبيعك بزيادة كذا » وبين « أبيعك بربح كذا » ولم نر أحداً فرق بينهما .

قوله : اذا باع مرابحة فلينسب الربح الى السلعة ولو نسبه الى المال فقولان اصحهما الكراهية

نسبة الربح الى السلعة هو أن يقول: رأس مالي في هذه السلعة كذا وبعتك اياها بذلك وبربح كذا، ونسبته الى المال هو أن يقول: بعتك اياها بذلك وبربح درهم في كل عشرة مثلا .

والاول لاخلاف في صحته ، وأما الثاني فقال الشيخان في النهاية والمقنعة

(الثانية) من اشترى أمتعة صفقة ، لم يجز بيع بعضها مرابحة سواء قومها أو بسط الثمن عليها وباع خيارها .

ولو أخبر بذلك جاز لكن يخرج عن وضع المرابحة .

لا يجوز لرواية الحلبي عن الصادق عليه السلام[1] وهي قاصرة عن مرادهما ، وان سلم فهي محمولة على الكراهية ، لرواية أبان عن محمد عن الصادق عليه السلام : اني اكره عشرة بأحد عشرة وعشرة باثني عشرة[2]. وماحكي عن ابن عباس أنه قال : اكره أبيع ده يازده وده دوازده لانه بيع الاعاجم .

قوله : من اشترى امتعة صفقة لم يجز بيع بعضها مرابحة سواء قومها أوبسط الثمن عليها وباع خيارها، ولواخبر بذلك جاز لكن يخرج عن وضع المرابحة

هنا فوائد :

(الاولى) مراده بالصفقة أي في عقد واحد، ويسمى العقد الواحد صفقة اعتباراً بما كانوا يصنعونه من وضع أحد هما يده في يد صاحبه حالة البيع ، أو أنه يصفق أحدهما على يد الاخر عند انتهاء العقد .

(الثانية) انما لم يجز بيع بعضها مرابحة لان المرابحة لابد فيها من الاخبار برأس المال، وهو غير حاصل لانه لم يشترتلك السلعة وحدها بشيء حتى يخبر به ولم نعلم في ذلك خلافاً الامن ابن الجنيد ، وحيث جوز ذلك اذا كانت الامتعة لاتفاضل بينها . وما ذكره المصنف هو اختيار ابن ادريس والعلامة .

(الثالثة) أنه كما لايجوز البيع في ذلك مرابحة كذا لايجوز مواضعة وتولية عملا بالعلة .

---

(١) التهذيب ٧/ ٥٤ ـ ٥٥ ، الكافي ٥/ ١٩٧ .

(٢) الكافي ٥/ ١٩٧ ، التهذيب ٧/ ٥٥ .

ولو قوم على الدلال متاعاً ولم يواجبه البيـع وجعل له الزائد أو شاركه فيه أو جعل لنفسه منه قسطاً وللدلال الزائد، لم يجز بيع ذلك مرابحة .

ويجوز لو أخبر بالصورة كما قلناه فى الاول، ويكون للدلال الاجرة .

والفائدة للتاجر ، سواء كان التاجر دعاه أو الدلال ابتدأه .

ومن الاصحاب من فرق .

(الرابع) لواستأجر أمكنة صفقة أوتقبل بأعمال صفقة وقلنا بجواز الايجار بالزيادة مطلقاً هل له هذا الايجار على صفة المرابحة أم لا؟ يحتمل ذلك، والاقوى عدمه عملا بالعلة ، سواء قوم أو بسط .

(الخامسة) لو باعه عشرة أثواب مثلا كل ثوب بخمسة مـع تساويها أو كل جيد منها بسبعة وكل ردىء بخمسة وكانا معلومين، فالظاهر جواز الاخبار حينئذ لكن مـع الاشارة الى كل واحد حال البيع لانه فـي حكم العقود المتعددة . وكذا البحث في استيجار الامكنة المتعددة. ويحتمل ضعيفاً عدمه فيهما، والاول أجود في المسألتين .

قوله : لوقوم على الدلال متاعاً. الى قوله : ومن الاصحاب من فرق

ما ذكره المصنف هو قول ابـن ادريس ، وتقريره : انا نمنع كون الزائد للدلال لان مجرد التقويم ليس ببيع ولا اجارة ولا جعالة لجهالة العوض، بل الزائد للتاجر لانه ثمن متاعه وعليه أجرة المثل للدلال ، لانه أمره بعمل له أجرة بالعادة .

وأما الفارق بين الصورتين فهو الشيخان ، فانهما قالا ان كان التاجر ابتدأ

(الثاني) فيما يدخل في المبيع .

من باع أرضاً لم يدخل نخلها ولا شجرها الا أن يشترط .

وفي رواية: اذا ابتاع الارض بحدودها وما أغلق عليه بابها فله جميع ما فيها .

بالقول مع الدلال وقوم عليه المتاع بقدروقال ان بعته بزيادة فهي لك وان بعته بالقدر المعين فلاشيء فانه يلزم التاجر ذلك ، ولوباعه بنقيصة لزم الدلال التتمة وان كان الدلال هوالذي ابتدأ بالقول لم يلزم التاجر شيء ويكون الزائد له .

واستدلا على الحكم الاول برواية محمدبن مسلم في الصحيح عن الصادق عليه السلام أنه قال في رجل قال لرجل «بع ثوبي بعشرة دراهم فما فضل فهو لك» قال : ليس به بأس[1]. ومثله زرارة عنه عليه السلام[2].

وأما الحكم الثاني فلم نجدلهما به نصاً ، بل النظر أداهما اليه . واعتذر العلامة لهما بأنه في الحكم الاول يحتمل أن يكون على وجه الجعالة ، لانه انما منع من جهالة مال الجعالة اذا أدى الى التنازع ، وهوهنا منفي ، اذالدلال اذا زاد في الثمن مهمازادكانت الزيادة له، والا فلاشيء له لانهما تراضيا على ذلك بخلاف الجهالة المجهولة العوض المؤدية الى التنازع .

وفيه نظر ، لانا نمنع أن أداءه الى التنازع هوالعلة في المنع ، لجواز أن يكون حصول الغرر للدلال ، وهو هنا ممكن لجواز توهمه قدراً يزيد على ذلك ولم يحصل فيقع في الغرر المنهي عنه .

قوله : من باع ارضاً لم يدخل نخلها ولاشجرها الا ان يشترط ، وفي رواية اذا ابتاع الارض بحدودها وما اغلق عليه بابها فله جميع ما فيها

---

١) الكافي ٥/ ١٩٥ ، التهذيب ٧/ ٥٤.

٢) التهذيب ٧/ ٥٤ .

لو باعه أرضاً بها شجر أو نخل فهو على ثلاثة أقسام :

(الاول) أن يقول «بعتك هذه الارض بكذا» فهذا لا كلام ولا خلاف في عدم دخول النخل والشجر .

(الثاني) أن يقول « بعتك هذه الارض بحدودها وحقوقها بكذا » فالاصح عدم دخول النخل والشجر ، اذ ليس ذلك من حقوق الارض ، لعدم دلالة الارض عليه بشيء من الدلالات ولحصول مفهومها والانتفاع بها بدون ذلك .

خلافاً للشيخ في المبسوط حيث قال بالدخول استدلالا بالرواية المشار اليها وهي مكاتبة محمد بن الحسن الصفار عن العسكري عليه السلام[1] .

وقوله ضعيف ، لعدم دلالة الرواية على ما ذهب اليه الشيخ ، لان الامام عليه السلام وقع بخطه الشريف فيها : اذا ابتاع الارض بحدودها وما أغلق عليه بابها فله جميع ما فيها . وهذا حق لدلالتها بمفهومها على أنه اذا لم يذكر وما أغلق عليه بابها لم يدخل شيء من ذلك ، وهذا المفهوم يؤيده النظر .

وابن ادريس تابع الشيخ في قوله، وفسر قوله عليه السلام « وما أغلق عليه بابها» بأنه جميع حقوقها . وتفسيره ممنوع .

(الثالث) أن يقول «بعتكها بحدودها وحقوقها وما أغلق عليه بابها» ولا كلام حينئذ في دخول النخل والشجر لدلالة الرواية عليه .

وهنا فوائد :

(الاولى) حق الشيء ما يتوقف عليه مفهومه لغة أو عرفاً أو شرعاً ، أو يتوقف الانتفاع به كذلك عليه، ويقدم الشرع ثم العرف ثم اللغة .

(الثانية) ليس المراد بقولنا « ما أغلق عليه بابه » ما هو كذلك بالفعل حتى يشترط وجود باب وغلق ، بل ما هو أعم من ذلك، أعني ما لو كان له جدار وباب

---

١) التهذيب ٧/ ١٥٥ .

ولو ابتاع داراً ، دخل الاعلى والاسفل ، الا أن تشهد العادة للاعلى بالانفراد .

ولو باع نخلا مؤبراً ، فالثمرة للبائع ، الا أن يشترط .

لاغلق عليه .

(الثالثة) ما هومن المنقولات وليس بثابت في الارض ولامتصل بها لايكون داخلا في الارض، ولوقال «وما أغلق عليه بابها» الامع قضاء العرف به أووقعت المساومة عليه أوما أشبه ذلك .

(الرابعة) قال في المبسوط: لوباع أرضاً بها زرع تبقى عروقه ويجزمرة بعد أخرى، فان كان مجزوزاً فهو للمشتري، وان لم يكن مجزوزاً وكان ظاهراً فالجز الاول للبائع والباقي للمشتري . والحق خلافه ، بل الزرع كله للبائع وعليه قلعه لاصالة بقاء الملك وعدم تناول الاسم له .

(الخامسة) قال أيضاً في المبسوط ان النخل والشجر يدخلان في بيع الدار لانه من حقوقها ، وليس بشيء لما تقدم .

(الساسة) قال أيضاً تدخل الخوابي المدفونة لانها مخازن كالخزائن، وتدخل الرحى فوق وأسفل. والكل ممنوع لما تقدم .

(السابعة) ماء البئر يدخل في بيع الدار على الاصح لتبعيته للبئر التابعة للدار وتسليمه بتسليمها وهو التخلية . وجهالة مقداره لاتمنع كأس الجدار .

(الثامنة) منع الشيخ في المبسوط من بيع ماء البئر منفرداً، لان له مدداً فهو معه مجهول وبيع الموجود غير سائغ لعدم امكان التسليم لاختلاطه بالنابع .

وتبعه القاضي، وجوز العلامة بيع الموجود وتسليمه كتسليم المشاع . وهو قريب ، لكن الاولى هنا الصلح لا البيع .

قوله : ولو باع نخلا مؤبراً فالثمرة للبائع

وكذالو باع شجرة مثمرة أو دابة حاملا على الاظهر .

ولو لم تؤبر النخلة فالطلع للمشترى .

(الثالث) فى القبض :

اطلاق العقد يقتضى تسليم المبيع والثمن .

لعدم تناول اسم النخل له ، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: من باع نخلا مؤبراً فثمرته للبائع الأن يشترطه المشتري[1].

قوله : وكذا لو باع شجرة مثمرة أو دابة حاملا على الاظهر

أما الشجرة فلم نعلم فيها خلافاً، وأما الدابة فقال الشيخ في المبسوط والقاضي في الجواهر بدخول الحمل لانه جزء منها . وهو ممنوع .

وقال في النهاية وابن زهرة واختاره المصنف والعلامة بعدم الدخول بل هو للبائع، لعدم دلالة اللفظ عليه بشيء من الدلالات الثلاث. وهو الاظهر .

قوله : اطلاق العقد يقتضى تسليم المبيع والثمن

هنا فوائد :

(الاولى) اطلاق العقد هو عدم تقييده بما يخالف مقتضاه من شرط أو صفة أو غير ذلك مما تتعلق به الاغراض من الامور السائغة ، ومراده هنا ما لم يشتمل على اشتراط تأخير لاحد العوضين .

(الثانية) الحق عندنا أن اطلاق العقد بالمعنى المذكور يقتضي وجوب التسليم على كل من البائع والمشتري للبيع والثمن من غير أولوية تقديم، خلافاً

---

(١) الترمذى ٣/٥٤٦ ، ابن ماجة ٢/٧٤٥ ، شرح الكرمانى للبخارى ١٠/٥٩ ، التهذيب ٧/٨٧.

والقبض هو التخلية فيما لاينقل كالعقار . وكذا فيما ينقل .
وقيل : في القماش هو الامساك باليد، وفي الحيوان هو نقله .

لبعض الجمهور فانه أوجب تسليم المبيع أولا لمستحق به الثمن .

وليس بشيء ، اذلقائل ان يقول يجب تسليم الثمن أولا ليستحق به البيع .

هذا والمراد بالثمن قيل هو النقدان اتفق والا هو مايقرن بالباء ، وقيل هو مااتصل بالباء مطلقاً ، وقيل النقد مطلقاً . وتظهر الفائدة في بيع حيوان بحيوان أوبيع نقدبحيوان والثاني أقوى ، لقولهم في التقسيم يصح بيع الاثمان بالاثمان والاعواض بالاعواض والاعواض بالاثمان وبالعكس .

(الثالثة) لوتعاسر المتعاقدان في التسليم أولاأجبرامعاً . لان وقت الانتقالين واحد وبه قال ابن ادريس ، وقال الشيخ في الخلاف يجبر البائع أولاوليس بشيء

(الرابعة) لومنع أحدهما من تسليم ماوجب عليه تسليمه مع بذل الاخر كان غاصباً ضامناً لماعنده بأعلى القيم لوتلف لحصول الملك بنفس العقد .

(الخامسة) لواشترط أحدهما تأخيرما عنده وجب على الاخر البذل ، ولو امتنع أجبر ، ولوأجبر وتلف والحال هذه كان غاصباً .

قوله : والقبض هوالتخلية فيما لاينقل كالعقار وكذا فيماينقل ، وقيل في القماش هو الامساك باليد وفي الحيوان هو نقله

اختلف في حقيقة القبض على قولين :

«١» ـ أنه التخلية مطلقاً، وهوقول الشيخ في المبسوط ، واختاره المصنف محتجاً بأنه استعمل في التخلية اجماعاً فيما لاينقل ويحول فيجب أن يكون كذلك في غيره ويكون حقيقة في المعنى المشترك ، اذلو استعمل في المنقول بمعنى

آخر لكان اما حقيقة فيهما فيلزم الاشتراك أو مجازاً في الاخر فليزم المجاز ، وكلاهما على خلاف الاصل .

« ٢ » ـ أنه التخلية فيما لاينقل والنقل في الحيوان والامساك في اليد فى غيره من المنقولات غير المكيلة والموزونة والكيل أو الوزن في المكيل أو الموزون وما في حكمهما . وهوقول الشيخ في الخلاف ، واختاره العلامة محتجاً بأنه لغة وعرفاً هو الامساك باليد وانما نقل الى التخلية فيما لاينقل لتعذر ذلك فيه . ولايلزم من ذلك اطراده في كل المبيعات لعدم اطراد العلة فيها أعني التعذر .

وأيضاً كلما كان النقل عن الموضوع الاصلي أقل كان أولى . وهذا هو الحق وعليه الفتوى ، لوجوب حمل اللفظ على الحقيقة العرفية مع عدم الشرعية .

اذا عرفت هذا فللقبض حكمان :

الاول : زوال الضمان عن البائع معه والدخول في ضمان المشتري ودركه وهذا في غير المنقول ظاهر ، أما المنقول فهل يخرج عن الضمان بالتخلية خاصة أم لا ؟ قال العلامة فى القواعد لالعدم حصول مسمى القبض فيه مع دلالة النص على أنه في ضمان البائع ، وقال الشيخ الشهيد نعم ، وهو الاقوى .

الثاني : اباحة التصرف بالبيع من المشتري في المبيع مع حصول القبض فانه بدونه مكروه أوحرام على ماسيجيء بيانه آنفاً .

قوله : ويجب تسليم المبيع مفرغاً فلوكان فيه متاع فعلى البائع ازالته

يريد بالمفرغ كونه غير مشغول بمايمنع انتفاع المشتري به ، ويختلف ذلك بحسب اختلاف المبيعات وبحسب اختلاف الانتفاعات . والمرجع في ذلك كله الى الحكم العرفي ، لكن لو سلمه البائع غير مفرغ وقبضه المشتري دخل في ضمانه وخرج عن عهدة البائع وان كان غير منتفع به لصدق مسمى القبض

ولا بأس ببيع مالم يقبض، ويكره فيما يكال أو يوزن .

وتتأكد الكراهية في الطعام، وقيل يحرم .

وفي رواية لاتبيعه حتى تقبضه، الا أن توليه .

عليه خلافاً لبعض العامة . نعم له الزام البائع بازالة الشاغل على الفور .

قوله : ولا بأس ببيع ما لم يقبض ويكره فيما يكال أو يوزن وتتاكد الكراهية في الطعام ، وقيل يحرم وفي رواية لاتبعه حتى تقبضه الا ان توليه

هنا فوائد :

(الاولى) لم يسمع خلافاً بين أصحابنا وغيرهم في جواز بيع الامانات قبل قبضها لتمام الملك وعدم كونها مضمونة على من هي في يده وكذا المملوك بالارث الا أن يكون المورث ملكه بالشراء ولم يقبضه . وكذا لو اشترى من مورثه ثم مات البائع قبل قبضه والمشتري وارث لجميع ماله فانه أيضاً يجوز بيعه قبل قبضه لانه بحكم المقبوض .

(الثانية) لم نسمع خلافاً أيضاً بين أصحابنا في جواز بيع مامملك لغير بيع كالصلح وغيره من العقود قبل قبضه .

(الثالثة) ظاهر أصحابنا أيضاً ـ ويكاد أن يكون اجماعاً ـ أن مامملك بالبيع يجوز التصرف فيه ونقله قبل قبضه بماعدا البيع من النواقل والتصرفات كالصلح والاجارة والمزارعة والمساقاة والكتابة والعتق والوقف والرهن والاصداق والتزويج والصدقة والاقراض، الامانقل عن الشيخ في المبسوط من منع الاجارة والكتابة .

(الرابعة) لاخلاف أيضاً أن غير المكيل والموزون لاحجر فيه على حال الا ما قلنا من منع الشيخ من كتابة العبد .

(الخامسة) محل الخلاف انما هو لو ملك المكيل أو الموزون بالبيع هل له

التصرف فيه بالبيع قبل قبضه أم لا ؟ فيه أقوال :

« ١ » ـ للمفيد والشيخ في المبسوط يكره مطلقاً .

« ٢ » ـ للشيخ في المبسوط ان كان طعاماً لم يجز بيعه حتى يقبضه لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه[١]. وللقاضي القولان .

« ٣ » ـ نقل الشهيد عن كثير من الأصحاب منهم ابن ابى عقيل القول بالتحريم مطلقاً طعاماً وغيره ، قال وردت أحاديث في ذلك عامة .

« ٤ » ـ الرواية المشار اليها ، وهو أنه يجوز تولية لاغيرها من أنواع البيع هي ماروا ه معاوية بن وهب عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه . فقال : مالم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه الا أن يوليه الذي قام عليه[٢]. ومثلها رواية منصور بن حازم عنه عليه السلام أيضاً[٣].

والأولى الكراهية ، لأصالة الجواز ولرواية جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام في الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه . قال : لابأس[٤] .

نعم الكراهية في الطعام أشد لما ورد من المنع فيه صريحاً ، فجمع بين الروايات بشدة الكراهية فيه .

تتمة :

لو باع في موضع المنع وقلناه بالتحريم هل يكون البيع صحيحاً أم لا ؟ صرح ابن ابى عقيل بالبطلان. قال الشهيد ولو قلنا بالمنع فهو باطل لتحقق النهي عنه لمصلحة لايتم الا بابطاله. وقال العلامة في المختلف لايلزم من النهي البطلان.

---

١) التهذيب ٧ / ٢٣١ ، ابن ماجة ٢ / ٧٤٩ وفيه: من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه

٢) التهذيب ٧ / ٣٥ .

٣) الوسائل ١٢ / ٣٨٧ ، التهذيب ٧ / ٣٥ .

٤) الكافي ٥ / ١٧٩ ، التهذيب ٧ / ٣٦.

ولو قبض المكيل وادعى نقصانه فان حضر الاعتبار فالقول قول البائع مع يمينه .

وان لم يحضره فالقول قوله مع يمينه .

وكذا القول في الموزون والمعدود والمذروع .

(الرابع) في الشروط :

وهو الحق ، لماتقرر من كون النهي في المعاملات لايقتضي فساداً بنفسه .

قوله : ولو قبض المكيل وادعى نقصانه ـ الخ

الفرق بين حضوره وعدم حضوره أنه اذا حضر فالظاهر أنه لايستوفي المبيع الا كاملا ، فاذا ادعى نقصانه كان مدعياً خلاف الظاهر ، فيكون القول قول البائع مع يمينه ، لانه مدعى عليه الا أن يكون له بينة تشهد بما يوافق دعواه . واذا لم يحضر كان البائع مدعياً توفية حقه وهو ينكر ، فيكون القول قوله لانه مدعى عليه .

قوله : الرابع في الشروط ـ الخ

عقد البيع قابل للشرط لا للتعليق على الشرط : أما الاول فلقوله صلى الله عليه وآله وسلم: المؤمنون عند شروطهم[1] ، ولادلة وجوب الوفاء بالعهد. وأما الثاني فلانه يعتمد الرضا ، لقوله «الا أن تكون تجارة عن تراض منكم»[2] ولا رضا الا مع الجزم ، ولا جزم مع التعليق ، لانه يعرضه عدم الحصول ، ولو قدر علم حصوله كالمعلق على الوصف ، نحو« ان طلعت الشمس أو جاء الشهر » ، لان الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه وأفراده ، فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الافراد .

---

١) التهذيب ٧/٢٢ .

٢) سورة النساء : ٢٩ .

ويصح منها ماكان سائغاً داخلا تحت القدرة كقصارة الثوب.

ولا يجوز اشتراط غير المقدور ، كبيع الزرع على أن يصيره سنبلا .

ولا بأس باشتراط تبقيته .

ومع اطلاق الابتياع ، يلزم البائع ابقاؤه الى ادراكه ، وكذا الثمرة مالم يشترط الازالة .

اذا تقرر هذا فنقول : الشرط اما أن يقتضيه العقد أولا ، فالاول ذكره تأكيد والثاني اما أن يكون من مصلحة البائع أوالمشتري من حيث هما كذلك كشرط رهن وضمين بالدرك واشهاد وخيار زائد فذلك جائز اجماعاً ، أولايكون من مصلحتهما من حيث هما كذلك، فاما أن يكون منافياً لمقتضى العقد لذاته كشرط أن لابيع أولايطأ أولايقبض المبيع فذلك فاسد ومفسد الااشتراط العتق كما يجيء لخبر بريرة[1] ، واما أن لايكون منافياً بل تعلق به غرض لهما أولاحدهما فذلك صحيح عندنا ، وهو المشار اليه في كلام المصنف .

ومنه نفي خيار المجلس والحيوان ، فانه عندنا صحيح ، لان لزوم العقد هو المقصود بالاصل والخيار عارض ، ولذلك قيدنا في المنافي لمقتضى العقد بقولنا « لذاته » .

وهذا القسم له شروط :

« ١ » ـ أن يكون داخلا تحت القدرة، فلو لم يكن كذلك فسد .

« ٢ » ـ أن يكون معلوماً ، لانه كالجزء من أحد العوضين فجهالته يستلزم جهالتهما فيفسد .

---

١) الوسائل ١٦/٤٧ .

«٣» ـ أن يكون سائغاً شرعاً، فلومنع منه كتاب أوسنة فسد. ثم انه يشترط في لزوم هذا الشرط ذكره في متن العقد ما بين الايجاب والقبول ، فلوتقدم او تأخرفلااثر له .

قوله : ويصح اشتراط العتق والتدبير والمكاتبة

لما كان العتق مبنياً [مبتنياً] على التغليب ـ بمعنى تعلق غرض الشارع بحصوله ـ صح اشتراطه ، ولقضية بريرة كما قيل ، ولعموم « المؤمنون عند شروطهم »[1].

ثم هنا فوائد :

(الاولى) هل هذا العتق واجب على المشتري فعله بحيث لولم يفعل أجبره الحاكم أوغيرواجب؟ يحتمل الاول عملابالشرط ووجوب الايفاء بمقتضى العقد ويحتمل الثاني . وهوالاصح، لانه غيرواجب عليه بالاصل وانما فائدة اشتراطه سوغان الفسخ من البائع لولم يفعل لاوجوبه ، لعموم « الناس مسلطون على أموالهم »[2] والفرض أنه ملكه بالعقد .

ويتفرع على الاحتمالين أنه حق لله على الاول وللبائع على الثاني ، وهو الاصح .

(الثانية) ايقاع العتق هنا حق للبائع ، فلولم يوقعه المشتري تخير البائع ، فان وجده أخذه والا فان أتلفه المشتري أخذ قيمته ورد الثمن ، فان تساويا جنساً تقاصا .

وهل القيمة يوم التلف لان به يتعين الرجوع اليها ، أويوم قبضه لانه وقت

---

١) التهذيب ٢٢/٧ .

٢) البحار ٢٧٢/٢ .

دخوله في ضمان المشتري، أو الاعلى لان الرجوع عند الفسخ في العين ، أو قيمتها شامل لجميع الاحوال التي من جملتها وقت الزيادة ؟ الاصح الأول .

ثم المقوم هل هو عبد واجب العتق أو مجرد ؟ يحتمل الاول لان التقدير ، ويحتمل الثاني لان الشرط لم يحصل فهو كلا شرط كما في الرجوع مع بقائه ويؤيده عدم القول بوجوب عتقه ، اذ لو رجع بقيمة المشروط لم يفد الفسخ غالباً ، ولو أتلفه غيره رجع بالقيمة يوم الاتلاف قطعاً على المتلف ، وبالزيادة[1] لو قلنا به على المشترى .

(الثالثة) هل له الرجوع بما يقتضيه شرط العتق ولا فسخ . قيل نعم ، وحكاه في المبسوط قولا .

وفي تصويره وجهان : الاول أن يرجع بالتفاوت بين القيمتين كائناً ما كان ، الثاني أن تنظر قيمته لو بيع مطلقاً وليكن مائة وقيمته لو بيع بشرط العتق وليكن ثمانين فالتفاوت ربع فيزاد على ما وقع عليه العقد فرجع على المشتري بقدر ربع ما وقع عليه العقد. وهو اختيار العلامة في القواعد ، وجعله في التحرير احتمالا .

(الرابعة) لو مات العبد قبل العتق فللبائع الخيار أيضاً لوجود المقتضي، وهو الشرط الذي لم يحصل وانتفاء المانع ، اذ ليس الا الموت. وليس بمانع لجواز أن يتعلق غرضه بموته على ملكه فيحصل له العوض الزائد على الله تعالى، وحينئذ يرد الثمن على المشتري لو كان قد قبضه .

(الخامسة) لو تعيب عند المشتري بما يوجب العتق قبل العتق فكالتلف عنده وقد وتقدم حكمه .

ولو تعيب بما لا يوجبه جاز اعتاقه لبقاء الرق، ولو تفرق فيه ببيع أو وقف أو هبة

---

١) في ب : « وبالزائد » .

أو كتابة أوغيرها من النواقل فالخيار باق في الفسخ والامضاء .

(السادسة) العتق لووقع كان عن المشتري لاالبائع لثبوت ملك المشتري بالعقد وانتفائه عن البائع، وحينئذ يكون الولاء للمشتري، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الولاء لمن اعتق[1]. ولوشرطه البائع له لم يصح .

قوله : لوشرط ان لايعتق أولايطأ الامة قيل يبطل الشرط دون البيع

اذافسدالشرط مطلقاً هل يلزم من فساده فسادالعقد المتضمن له أم لا ؟ قال الشيخ بالثاني، وهو الذي أشار اليه المصنف بقوله «قيل» . امابطلان الشرط فلمخالفته الكتاب والسنة ، وأما عدم بطلان العقد ببطلانه فلاصالة الصحة ولقوله « أوفوا بالعقود»[2]، ولان عائشة اشترت بريرة بشرط أن تعتقها ويكون ولاؤها لمواليها فأجاز النبى صلى الله عليه وآله وسلم البيع وابطل الشرط [3].

وقال العلامة بالاول، لان الشرط له حظ من الثمن كالاجل فانه يزيد وينقص بحسبه ، فاذا كان فاسداً لاحكم له بطل بأزائه جزء من الثمن غير معلوم ، فيكون الثمن مجهولا عن غير تراض ، فيبطل البيع . ولان الرضا بالثمن انما يحصل لاجل الشرط ، فاذا بطل بطل الرضا، فتكون تجارة عن غير تراض فيبطل . ولان قضية الشرط أنه اذابطل بطل المشروط به والالم يكن شرطاً .

وأجيب عن حجة الشيخ :

أما عن الاول ـ فلان الاصل يعدل عنه الدليل وقد بيناه .

---

١) الكافى ١٩٧/٦ ، الوسائل ٤٧/١٦ .

٢) سورة المائدة : ١ .

٣) الوسائل ٤٧/١٦ ، ابن ماجة ٨٤٢/٢ .

ولو شرط في الامة ألا تباع ولا توهب فالمروى : الجواز .

ولو باع أرضاً جر باناً معينة فنقصت فللمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء بالثمن .

وعن الثاني ـ بأن العقد الواجب الوفاء به هو الصحيح ، ونحن نمنع صحة هذا العقد، فيكون التمسك بالاية مصادرة على المطلوب .

وعن الثالث ـ بأن رواة الخبر غير معلومين ، مع أنه قد روى أخذ عائشة لبريرة على غير ذلك الوجه ، وهو انما كاتبها مواليها فطلبت من عائشة الاعانة على أداء مال الكتابة فقالت عائشة : ان أحب أهلك أن أعدلهم مالهم ويكون ولاؤك لي فعلت ، فذهبت بريرة اليهم ورجعت وقالت : أبوا الا أن يكون الولاء لهم . فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم : خذيها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن أعتق . وليس في ذلك دلالة على الشراء وقوله صلى الله عليه وآله « خذيها » لايدل على أخذها بالبيع والكلام فيه .

قلت : وفي الجواب عن خبر بريرة نظر، فان المشهور أنهم باعوها وشرطوا على عائشة أن تعتقها ويكون ولاؤها لهم لأنهم كاتبوها كما ذكر في الرواية .

قوله : ولو شرط في الامة ان لاتباع ولا توهب فالمروى الجواز

رواه الشيخ في التهذيب عن صفوان بن سنان عن الصادق عليه السلام[1] وفي معناها رواية حماد عن الحلبي عنه عليه السلام[1] .

واختار الشيخ في المبسوط بطلان الشرط دون البيع . والحق بطلانهما معاً كما تقدم .

---

١) التهذيب ٦٧/٧ ، الكافي ٢١٢/٥ ، الوسائل ٤٣/١٣ .

وفي رواية ، له أن يفسخ أو يمضي البيع بحصتها من الثمن.
وفي الرواية : ان كان للبائع أرض بجنب تلك الارض لزم البائع أن يوفيه منها .

قوله : وفي رواية له ان يفسخ أو يمضي البيع بحصتها من الثمن وفي الرواية ان كان للبائع ارض بجنب تلك الارض لزم البائع ان يوفيه منها

هذه رواها عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام[1] واستضعفها المصنف هنا ، لان في طريقها داود بن الحصين ، وقال الشيخ انه واقفي .

لكن الشيخ عمل بها في النهاية وابن ادريس والمصنف في الشرائع والعلامة لان الثمن في مقابلة جملة المبيع ، فاذا فات منه جزء سقط من الثمن مقابله ، ولانه وجده ناقصاً في القدر فكان له أخذه بقسطه من الثمن ، كما لو اشترى الصبرة[2] على أنها عشرة فبانت تسعة ، وكالمعيب له امساكه وأخذ أرشه. نعم له الخيار لتبعض الصفقة عليه .

وقال الشيخ في المبسوط ـ وهو ظاهر اختيار المصنف هنا انه مخير بين الفسخ أو الاخذ بجملة الثمن ، لان العقد انما وقع على هذه الجملة المعينة فكان صحيحاً ، ويكون مجموع الثمن في مقابلة مجموع المبيع ، ونقصان الارض لا يقتضي نقصان الثمن بل يقتضي خيار المشترى .

وفيه نظر ، لان قوله «نقصان الارض لا يقتضي نقصان الثمن» ممنوع. وسند المنع ما ذكرناه من مقابلة الثمن لاجزاء المبيع . نعم الرواية المشار اليها ضعيفة لما ذكرناه أولا ، ولاشتمالها على ما لم يلزم المشتري من وجوب توفية البائع من

---

(١) التهذيب ١٥٣/٧ ، الفقيه ١٥١/٣ ، الوسائل ٣٦١/١٣ .

(٢) اشتريت الشيء صبرة كغرفة اى بلا كيل ولا وزن . وجمعها صبر كغرف .

أرض له أخرى بجنب تلك الارض ثانياً، لعدم تناول العقد لذلك، فيمكن حملها على مالو كان البيع واقعاً في الذمة لا على العين ، واللام في الرواية للعهد ، لكن أولها يؤيد بالنظر وبعمل الاصحاب المذكورين .

فائدتان :

(الاولى) لو انعكس الحال فان زادت عن وصف البائع ، قال الشيخ في المبسوط يحتمل البطلان ، لان صحته يستلزم اجبار البائع على تسليم جملة المبيع لو امتنع . واللازم باطل ، لان الزائد ملكه ولا اجبار على تسليم ملكه ، فيبطل الملزوم وهو صحة البيع .

ويحتمل تخيير البائع بين الفسخ والاجازة الجملة المبيع بالثمن ، لانه عكس المسألة السابقة ، وهناك الخيار للمشتري فيكون هنا للبائع .

وهذا خيرة القاضي وابن حمزة ، وقال ابن ادريس بل يتخير المشتري لعدم ملكه الزائد فيكون البائع شريكاً والشركة عيب ولم يكن عالماً بحال العقد .

والوجه ثبوته لهما : أما المشترى فلما قلناه ، وأما البائع فلانه لايجب عليه بذل الزائد مجاناً ، فلو بذله يحتمل زوال خيار المشترى لعدم العيب وثبوته لاشتماله على المنة .

(الثانية) لاكلام أن متساوي الاجزاء مع الزيادة يردها المشتري ، ومع النقيصة يتخير بين الرد والاخذ بالقسط ، لان نسبة الثمن الى الاجزاء واحد .

قوله : ويجوز ان يبيع مختلفين صفقة وان يجمع بين سلف وبيع

أما المختلفان في الصفقة[1] الواحدة فتعني بهما المختلفين في الاحكام كثمرة

(١) صفقته على رأسه صفقاً من باب ضرب اي ضربته باليد ، وصفقت له بالبيعة اى ضربت بيدى على يده ، وكانت العرب اذا وجب البيع ضرب احدهما يده على يد صاحبه ثم استعملت الصفقة في العقد فقيل : بارك الله في صفقة يمينك . وتكون للبائع والمشترى.

(الخامس) في العيوب :

وضابطها ما كان زائداً عن الخلقة الاصلية أو ناقصاً .

واطلاق العقد يقتضي السلامة .

فلو ظهر عيب سابق تخير المشترى بين الرد والارش ولاخيرة للبائع .

ويسقط الـرد بالبراءة من العيب ولو اجمالا ، وبالعلم به قبل العقد ، وبالرضا بعده ، وبحدوث عيب عنده ، وباحداثه فـى المبيع حدثاً ، كركوب الدابة والتصرف الناقل ولو كان قبل العلم بالعيب .

أما الارش فيسقط بالثلاثة الاول ، دون الاخيرين .

ويجوز بيع المعيب وان لم يذكر عيبه ، وذكره مفصلا أفضل .

ولو ابتاع شيئين فصاعداً صفقة فظهر العيب فى البعض ، فليس له رد المعيب منفرداً ، وله رد الجميع أو الارش .

وثوب وحيوان وصبرة مكيلة أوموزونة ، وأما السلف والبيع فصورته أن يقول « بعتك هذا الثوب وكارة من الحنطة الى شهر بعشرة » .

وكذايجوز أيضاً أن يجمع بين بيع واجارة ، كأن يبيعه هذا الثوب ويؤجره الدارسنة بعشرة ، وبين بيع ومهر كأن يبيعه هذه الدار ويزوجه ابنته أوامته بألف ، ويكون العوض فى الجميع مقسطاً على ثمن المثل وأجرته ومهره .

قوله : فليس له رد المعيب منفرداً وله رد الجميع أو الارش

هذا حكم عام في سائر المبيعات متساويها ومختلفها ، وسواء بين في العقد

ولو اشترى اثنان شيئاً صفقة فلهما الرد بالعيب أو الارش .

وليس لاحدهما الانفراد بالرد على الاظهر .

والوطء يمنع رد الامة الا من عيب الحبل، ويرد معها نصف عشر قيمتها .

قسط كل واحد من الثمن أولم يبين ، وذلك لان الصفقة واحدة ، فلورد المعيب وحده يجهل ثمن كل واحد منهما فيقع النزاع .

وقال ابن الجنيد: ان بين في العقد قسط كل واحد من الثمن كان المشتري مخيراً بين بذل تلك المعيبة بنظيرة لها وبين ردها بثمنها .

وفيه نظر ، لان بيان قسط كل واحد لايستلزم تعدد الصفقة ، ومع اتحادها لايتوزع أجزاء الثمن على أجزاء المبيع وان بينه البائع مالم يقع عقد مستقل على تلك العين .

قوله : ولو اشترى اثنان شيئاًصفقة فلهما الردبالعيب اوالأرش وليس لاحدهما الانفراد بالرد على الاظهر

هذا قول اكثر الاصحاب ، لانه لو جاز لاحدهما الرد لزم تبعض صفقة واحدة وهو باطل ، ولانه لو حدث عيب بعد الصفقة منع من الرد . وانفراد أحدهما يوجب الشركة بين البائع والمشتري الاخر والشركة عيب فتمنع الرد .

وقال الشيخ في موضع من المبسوط والخلاف واختاره القاضي وابن ادريس : لاحدهما الرد وللاخر الارش ، للمنع من كون الصفقة واحدة بل متعددة بتعدد القابلين ، وعيب الشركة حادث بعد الرد لاقبله ، فلا يكون مانعاً للرد والا لزم تأخر العلة عن معلولها ، وبقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الناس

وهنا مسائل :

(الاولى) التصرية تدليس ، يثبت بها خيار الرد ، ويرد معها مثل لبنها أو قيمته مع التعذر . وقيل صاع من بر .

مسلطون على أموالهم [1] ، ولا يجب على أحد اسقاط مصلحتـه لايجاد مصلحة غيره ، فلكل منهما أن ينفرد وان استلزم ضرر البائع ، لانه أدخله على نفسه ، لعلمه بأن المشتري اثنان وان لكل منهما أن ينفرد لان الاغراض مختلفة .

قوله : التصرية تدليس يثبت بها خيار الرد ويرد معها مثل لبنها أوقيمته مع التعذر ، وقيل صاع من بر

فى هذه المسألة فوائد :

(الاولى) التصرية لغة جمع الماء ، ومنه الصراة اسم لموضع يجتمع فيه الماء ، وصرى الرجل الماء في فقار ظهره . والمصطراة هي الشاة أو الناقة هي التي تربط أخلافها ثم يترك من الحلب اليوم واليومين والثلاثة حتى يجتمع لبنها فيراه المشتري كثيراً فيزيد في ثمنهـا لذلك . وتسمى أيضاً محفلة من التحفيل وهو الجمع [2].

(الثانية) ان هذا الفعل ـ وهو التصرية ـ تـدليس ، أخـذاً من الدلس وهو الظلام ، فكأن المدلس أتى بالشيء المدلس فيه في ظلام . والمرادبه هنا اخفاء صفة غير مقصودة واظهار غيرها .

والعيب خروج عن المجرى الطبيعي زيادة أونقصاناً فوقع الفرق بينهما.

(الثالثة) مدة اعتبار التصرية وعدمها ثلاثة أيام ، بمعنى أنه لونقص في مدة

---

١) البحار ٢/٢٧٢ .

٢) حفلت الشاة بالتشديد : تركت حلبها حتى اجتمع اللبن فى ضرعها فهى محفلة .

الثلاثة عن الاول ثبت له الخيار وان صار عادة بعدها ، أما لو لم ينقص في الثلاثة ـ بمعنى أنه حلبها وهي مصراة ثم حلبها ثانياً فلم ينقص عن الأول ثم حلبها ثالثاً كذلك بحيث صار اللبن عادة لها لتغير المرعى أولغيره قبل انقضاء الثلاثة ـ زال خياره لزوال العيب الموجب للفسخ. قاله الشيخ في المبسوط ، وقوى في الخلاف عدم السقوط عملا بعموم الاذن في الرد .

(الرابعة) قال الشهيد : لو لم يحلبها وعلم كونها مصراة قبل الحلب وبعد العقد ثبت له الخيار على الفور ، سواء حلبها ثانياً أنقص من الاول وثالثاً كالاول أولا وان كان في الثلاثة ، ولا يتربص آخر الثلاثة .

والتحديد بالثلاثة في النص لمصلحته لتجويز أن تحلب في اليومين حلباً متساوياً ثم ينقص عنه في الثالث ، فانه يثبت له الخيار .

(الخامسة) ليس له مع ثبوت التصرية الامساك وطلب تفاوت الثمن ، لان ذلك من أحكام المعيب لا المدلس ، بل اما أن يلتزم بها بجملة الثمن أويردها .

(السادسة) اللبن الموجود حال العقد جزء من المبيع يجب رده معها مع وجوده وعدم نقص صفة فيه ، ومع النقص أرشه . ومع عدمه مثله ، ومع عدم المثل القيمة وقت التعذر .

أما المتجدد في الثلاثة قبل الرد فهل يجب رده مع وجوده وقيمته مع فقده أم لا ؟ اشكال مبني على أن الفسخ هل هو رفع للعقد من أصله أو من حينه ، فعلى الأول يرده ، وعلى الثاني لا . وهو الحق ، لحصول الملك بالعقد فهو حادث على ملكه .

(السابعة) المراد بالقيمة عند التعذر هي السوقية كباقي المقومات المضمونة . وهو قول المفيد وابن ادريس والقاضي . وقال في النهاية ثلاثة أمداد من طعام ، وقيل صاع من تمر أو بر كما وردبه النص عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم[1]،

---

١) الوسائل ١٢/ ٣٦٠ .

(الثانية) الثيوبة ليست عيباً .

نعم لو شرط البكارة فثبت سبق الثيوبة كان له الرد .

ولو لم يثبت التقدم فلارد ، لان ذلك قد يذهب بالنزوة .

وقيل درهم . والمعتمد الاول ، والنص محمول على كون القيمة ذلك .

(الثامنة) ثبوت حكم التصرية في الشاة قطعي ، أما الناقة والبقرة فقد تردد المصنف فيهما في الشرائع ، وكذا العلامة في اكثر تصانيفه من حيث أصالة لزوم البيع وعدم الخيار خصوصاً مع التصرف ، فلا يثبت الا في محل الوفاق وهو الشاة ، ومن أن المقتضي للخيار موجود في صورة النزاع فيتحقق الحكم ، ولادعاء الشيخ الاجماع عليه ، وهو مذهب ابن الجنيد والقاضي وابن ادريس والعلامة في التحرير ،ولم يذكر المفيد غير الشاة، وابن الجنيد يثبتها في كل حيوان آدمياً وغيره . قال العلامة بعد تردده في المختلف : لم أقف على نص من طرف الاصحاب في المصراة .

قوله : الثيوبة ليست عيباً ـ الخ

لقائل أن يمنع كونها ليست عيباً،لانها خارجة عن الخلقة الطبيعية بالنقصان وينقص ثمن الجارية بسببها ، ولا نص على أنها ليست عيباً ، فما المانع من جعلها عيباً . نعم روى احمد بن محمد عن الحسين عن زرعة عن سماعة قال : سألته عن رجل باع جارية على أنها بكر فلم يجدها على ذلك . قال : لاترد عليه ولا يجب عليه شيء لانه يكون يذهب في حال المرض أو أمر يصيبها[1].

وهذا لايدل على عدم كونها عيباً ، لجواز أن يكون عدم الرد سببه عدم

---

١) الكافي ٥/٢١٥ فيه : ولايوجب عليه شيء ، التهذيب ٧/٦٥ ، الاستبصار ٣/٨٢ الوسائل ١٢/٤١٨ .

(الثالثة) لايرد العبـــد بالاباق الحادث عند المشترى. ويرد بالسابق .

(الرابعة) لواشترى أمة لا تحيض فى ستة أشهر فصاعداً ومثلها تحيض ، فله الرد ، لان ذلك لايكون الا لعارض .

(الخامسة) لايرد البزر والزيت بما يوجد فيه من الثفل المعتاد. نعم لو خرج عن العادة جاز رده ، اذا لم يعلم .

ثبوت سبقها كما حكى الشيخ في المبسوط بقوله : روى أصحابنا أنه ليس له خيار وله الارش .

واختياره القاضي في المهذب يدل على كونها عيباً ، لان الارش لايكون الا في العيب .

واعلم أن الشيخ في النهاية قال : لارد فيها ولا أرش ، لانه قد يذهب من العلة . واختاره القاضي في الكامل ،وقال ابن ادريس له الارش ، ثم قوى الخيار بينه وبين الرد لانه تدليس .

والاولى أنه مـع علم السبق يتخير بينهما ان لم يتصرف والا فالارش ، والرواية بالارش تحمل على التصرف. وقول الشيخ في النهاية يحمل على عدم ثبوت السبق ، وهذا اختيار العلامة في المختلف .

قوله : لو اشترى أمة لاتحيض فى ستة أشهر فصاعـداً ومثلها تحيض فله الرد لان ذلك لايكون الالعارض

هذا الحكم ذكره الشيخ، ومستنده رواية داود بن فرقد[1]، ومنعه ابن ادريس وهو خطأ ، أما أولا فللرواية المـذكورة ، وأما ثانياً فلما علم من القـواعد

---

١) الكافى ٥/٢١٣ ، التهذيب ٧/٦٥ ، الوسائل ١٢/٤١٣ .

(السادسة) لو تنازعا فى التبرى من العيب ولا بينة ، فالقول قول منكره مع يمينه .

(السابعة) لو ادعى المشترى تقدم العيب ولا بينة ، فالقول قول البائع مع يمينه ما لم يكن هنا قرينة حال تشهد لاحدهما .

(الثامنة) يقوم المبيع صحيحاً ومعيباً ، ويرجع المشترى على البائع بنسبة ذلك من الثمن .

الطبية أن ذلك مرض فيكون عيباً .

قوله : لو تنازعا فى التبرى من العيب ولا بينة فالقول قول منكره مع يمينه

الضمير في «منكره» عائد الى التبري ، وذلك هو المشتري لا البائع ، لانه لامصلحة له في انكاره .

وصورة التبري أن يقول « بعتك بالبراءة من العيب ان لا يلزمني دركه برد أو أرش » .

وهو قديكون اجمالا كقوله « من سائر العيوب » ، وقديكون تفصيلا كقوله « بالبراءة من عيب كذا وعيب كذا » .

ولا كلام في صحته مع التفصيل ، وأما مع الاجمال فمنعه ابن الجنيد ، لان الاجمال يستلزم كون المبيع مجهولا ، ضرورة اختلاف الثمن باختلاف العيوب فيبطل البيع . ومنع العلامة الجهالة لحصول المشاهدة . وقول ابن الجنيد لايخلو من قوة ، لان من العيوب مالا يعلم بالمشاهدة بل بالخبرة الكاملة .

قوله : يقوم المبيع صحيحاً ومعيباً ويرجع المشترى على البائع بنسبة ذلك من الثمن

ولو اختلف أهل الخبرة رجع الى القيمة الوسطى .

(التاسعة) لو حدث العيب بعد العقد وقبل القبض ، كان للمشترى الرد .

وفي الارش قولان ، أشبههما الثبوت .

يشير الى معرفة كيفية أخذ الارش ، وقال بعض العامة أرش المعاوضة هو نقص قيمة العيب عن الصحيح . فأورد عليهم الشيخ: أنه يلزم في بعض الصور أن يكون الارش كل الثمن ، كمالو كانت قيمة المبيع مائة فاشتراه بخمسين ، وان كانت قيمته صحيحاً مائة ومعيباً خمسين فان النقص خمسون وهو كل الثمن ، فالا ولى حينئذ أن يقال : هو جزء من أحد العوضين ، وهو العوض الصحيح نسبته اليه كنسبة نقص قيمة العوض الاخر عنه صحيحاً. وكلام المصنف يرجع الى ما قلناه .

قوله : لو حدث العيب بعد العقد وقبل القبض كان للمشترى الرد ، وفى الارش قولان اشبههما الثبوت

القولان للشيخ :

« ١ » ـ في النهاية[1] ، وتابعه التقي ، وهو الخيار بين الرد والامساك مع الارش ، لانه لو تلف جملة المبيع قبل القبض كان من ضمان البائع ، فأبعاضه وبعض صفاته أولى بالضمان .

« ٢ » ـ في المبسوط، وهو الخيار بين الرد والامساك من غير أرش ،لاصالة لزوم البيع. وانما تخير بين الرد والامساك لامر غير حاصل هنا، وهو دفع الضرر

---

١) النهاية ٣٩٥ ، قال فيه : ومن اشترى شيئاً ولم يقبضه ثم حدث فيه عيب كان له رده وان اراد أخذه وأخذ الارش كان له ذلك .

وكذا لو قبض المشترى بعضاً وحدث فى الباقى كان الحكم ثابتاً فيما لم يقبض .

الفصل الخامس

(فى الربا)

وتحريمه معلوم من الشرع .

حتى ان الدرهم منه أعظم من سبعين زنية .

الحاصل بايجاب القبول .

والجواب : بالمنع من كون العلة ما ذكر والا لاكتفى الشارع بأحد الامرين مطلقاً ، لان الضرر يندفع بأحدهما . لكن ليس كذلك ، بل العلة دفع احتياج المشتري الى السلعة مع انتفاء الضرر عنه ، فالحكمة في تخييره أن حاجته ان اشتدت الى السلعة أخذ الارش والا الرد ، وهذه العلة موجودة قبل القبض، فتخير بين الرد والارش ، وهو المطلوب .

قوله : وكذالو قبض المشترى بعضاً وحدث فى الباقى عيب كان الحكم ثابتاً فيما لم يقبض

يريد بالحكم هو الخيار بين الرد والارش ، لكن مع الرد يرد الجميع وليس له رد المعيب وحده .

قوله : الفصل الخامس فى الربا

الربا أصله الزيادة ، يقال ربا الشيء يربو : اذا كثر وارتفع مقداره ، وكأنه من الربوة ، وهو ما ارتفع عن وجه الارض ، فكأن المال ارتفع بالربا عن مقداره الاصلي .

ويثبت في كل مكيل أو موزون مع الجنسية .

وضابط الجنس مايتناوله اسم خـاص ، كالحنطة بالحنطة ، والارز بالارز .

ويشترط في بيع المثلين التساوي في القدر .

فلو بيع بزيادة حرم نقداً ونسيئة .

وفي الشرع غالباً هو بيع أحد المتساويين جنساً بالاخر مع التفاضل حساً أو حكماً ، مع شرائط تذكر في موضعها .

وتحريمه معلوم من الشرع لاغير ، اذ لادليل عقلي يدل على تحريمه ، ودلالته الشرعية من الكتاب والسنة والاجماع :

أما الكتاب فقوله تعالى « أحل الله البيع وحرم الربا » [1] .

وأما السنة فقوله صلى الله عليه وآله وسلم : اجتنبوا السبع الموبقات . وقيل : يا رسول الله ما هي ؟ قـال : الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله الا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات [2] .

ولعن رسول الله صلى الله عليه وآله الربا و آكله وبائعه ومشتريه وكاتبه وشاهديه [3] .

وقال الصـادق عليه السلام : درهم ربا أشـد من سبعين زنية كلها بذات محرم [4] .

---

١) سورة البقرة : ٢٧٥ .

٢) الخصال ٢/١٢٢ .

٣) التهذيب ٧/١٥ ، الفقيه ٣/١٧٤ ، الوسائل ١٢/٤٣٠ .

٤) التهذيب ٧/١٤ ، الكافي ٥/١٤٤ ، الفقيه ٣/١٧٤ ، الوسائل ١٢/٤٢٢ .

ويصح متساوياً يداً بيد ، ويحرم نسيئة .

ويجب اعادة الربا مع العلم بالتحريم .

فان جهل صاحبه وعرف الربا تصدق به ، وان عرفه وجهل الربا صالح عليه .

وان مزجه بالحلال وجهل المالك والقدر تصدق بخمسه .

ولو جهل التحريم كفاه الانتهاء .

وهذا هو الحديث المشار اليه في كلام المصنف .

وأما الاجماع على تحريمه فظاهر ، حتى أنه من الضروريات الشرعية .

قوله : ويصح متساوياً يداً بيد ويحرم نسيئة

يريد بيع أحد المتماثلين بالاخر مع التساوي قدراً يصح نقداً، وهو المراد بقوله « يداً بيد » اجماعاً . وأما نسيئة فجزم هنا بتحريمه ، وقال في الشرائع : على الاظهر ، لقول صلى الله عليه وآله : انما الربا في النسيئة[1]. ولان النسيئة يستلزم التفاضل ، ضرورة أن المعجل يزيد على المؤجل وقد انتقص ثمن السلعة معجلا عن ثمنها مؤجلا .

وقال الشيخ في الخلاف يكره ذلك ، ويمكن أن يريد التحريم ، اذ هو يطلق المكروه على المحرم كثيراً .

قوله : ولو جهل التحريم كفاه الانتهاء

أي من غير رد الربا على من أخذه منه ، يؤيد ذلك قوله تعالى « فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف »[2].

---

١) ابن ماجة ٢/٧٥٨ .

٢) سورة البقرة : ٢٧٥ . وفي الخبر : الموعظة : التوبة .

وان اختلفت أجناس العروض جاز التفاضل نقداً .

وفي النسيئة قولان ، أشبههما : الكراهية .

والحنطة والشعير جنس واحد في الربا ، وكذا مايكون منهما كالسويق والدقيق والخبز .

وقيل بل لابدمن رده اليه ، لظاهر قوله تعالى «وان بتم فلكم رؤس أموالكم»[1].

والاول قول الشيخ واتباعه والصدوق في المقنع . والثاني قول ابن ادريس واختاره العلامة وهو الحق ، لاصالة بقاء الملك على صاحبه وعدم انتقاله الابسبب مبيح والفرض عدمه . والمراد من الاية سقوط الاثم بالتوبة التي هي الانتهاء ، أي فله ما سلف من الاثم لا أنه عليه .

قوله : وفي النسيئة قولان أشبههما الكراهية

قال الشيخ في النهاية وابن ادريس بالجواز لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : اذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم[2]. وللاصل .

وقال المفيد وسلار وابن زهرة والكيدري بالمنع ، لقوله صلى الله عليه وآله: انما الربا في النسيئة[3].

والاشبه الكراهية جمعاً بين الدليلين كما قال المصنف .

قوله : والحنطة والشعير جنس واحد في الربا

لاخلاف في كونهما جنسين في الزكاة ، بمعنى أنه لا يجبر جنس بالاخر في اعتبار النصاب . وأما في الربا فقال ابن الجنيد وابن ابي عقيل وابن ادريس

---

(١) سورة البقرة : ٢٧٩ .

(٢) المستدرك ٢/ ٤٨٠ .

(٣) ابن ماجة ٢/ ٧٥٨.

وثمرة النخل وما يعمل منها جنس واحد، وكذا ثمرة الكرم وما يكون منه .

واللحوم تابعة للحيوان في الاختلاف .

وما يستخـرج من اللبن جنس واحـد، وكذا الادهان تتبع مايستخرج منه .

ومالا كيل ولا وزن فيه فليس بربوى كالثوب بالثوبين والعبد بالعبدين .

همـا كذلك لاختلافهما حساً وطعماً واسماً وادراكاً وطبيعة ، وقال الشيخان والتقي وسلار والقاضي والمصنف والعلامة هما جنس واحد لشمول اسم الطعام لهما واختصاص أحدهما لا يوجب الاختلاف كالبرني[1] والطبرزد ، وكونهما جنسين في الزكاة لايوجب كونهما كذلك في كل الاحكام ، لانهمـا حكمان شرعيان تابعان للمصالح لالمحل الحكم .

وقولهم « انهما يختلفان حساً وطعماً » الخ ، معارض باختـلاف أصناف التمر ، وان سلمنا العدم لكن لم لايجوز أن يكون لهما حكم الجنس الواحد وان اختلفا بالاشياء المذكورة لدلالة الشرع. هذا والروايات متظافرة [بماذكرناه] والخاص مقدم .

قوله : وثمرة النخل وما يعمل منها جنس واحد

جزم الشيخ في النهاية بمنع بيع الشيء بأصله كما في التمر والعنب بدبسهما

---

(١) البرنى : نوع من اجود التمر، ونقل السهيلى انه اعجمى ومعناه حمل مبارك. قال: «بر» حمل و «نى» جيد . والطبرزد يقال لنوع من التمر لحلاوته، وقال ابو حاتم: الطبرزد : نخلة بسرتها صفراء مستديرة .

وفي النسيئة خلاف والاشبه : الكراهية .

وفي ثبوت الربا في المعدود تردد ، أشبهه : الانتفاء .

ولو بيع شيء كيلا أو وزناً في بلد وفي بلد آخر جزافاً ، فلكل بلد حكمه .

والسمسم بالشيرج ، الا أن يقوم كل واحد منهما على انفراده . واختاره ابن ادريس .

وقال العلامة في المختلف : الحق أنه لايجوز بينهما التفاضل ويجوز المساواة ، لانهما اما متساويان في الجنس فيباع أحدهما بمساويه في المقدار أو مختلفان فيباع أحدهما بالاخر مطلقاً .

وفيه نظر ، لان عشرة من السيلان لو بيع بعشرة من التمر زاد السيلان قطعاً لوجود الغش في التمر ، وان زيد في التمر ليكون الزائد في مقابلة الغش لم يعلم التماثل . وكذا نقول في العنب والسمسم وأمثالهما .

قوله : وفي النسيئة خلاف والاشبه الكراهية ، وفي ثبوت الربا في المعدود تردد اشبهه الانتفاء

المسألتان في الحكم واحدة ، ومنشأ التردد والخلاف من أصالة الجواز المعتضدة بعموم « وأحل الله البيع »[1] ، ومن قوله صلى الله عليه وآله وسلم : انما الربا في النسيئة[2]،ومن اشتراط الربا بالكيل والوزن اجماعاً ، فلذلك قال الشيخ في النهاية بالمنع ، وقال المصنف في الشرائع انه أحوط ، وقال في الخلاف بالجواز ، واختاره المصنف هنا . وهو أجود ، لرواية محمدبن مسلم عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن الثوبين الرديين بالثوب المرتفع والبعير

---

١) سورة البقرة : ٢٧٥ .

٢) ابن ماجة ٢/٧٥٨ .

بالبعيرين والدابة بالدابتين . فقال : كره ذلك علي عليه السلام فنحن نكرهه الا أن يختلف الصنفان [1]. وهو صريح في الكراهية . ورواية منصوربن حازم عن الصادق عليه السلام : اذا كان لايكال ولا يوزن فليس به بأس اثنان بواحد[2].

قوله : وقيل يغلب تحريم التفاضل

ماعلم أنه كان في زمن النبى صلى الله عليه وآله وسلم مكيل أو موزون فهو ربوي اجماعاً ، وما علم أنه غير مكيل ولا موزون فليس بربوي اجماعاً ، وما لم يعلم حاله فان اتفقت البلدان على كيله أو وزنه فهو ربوي ، وان اتفقت على عدمه فليس بربوي .

فخلص من هذا التقرير قسم خامس ، وهو المجهول حاله في زمنه « ص » واختلف البلدان فيه ، فقال الشيخ في المبسوط لكل بلد حكمه لما ثبت من تحكيم العرف والعوائد حيث لانص شرعي ، والالزم الخطاب بما لايفهم .

ويتفرع على هذا القول لو اختلف حال البلد الواحد ، بأن يبيع تارة جزافاً وتارة مكيلا او موزوناً ان يعتبر الاغلب ولو تساويا فكالبلدين . وقال في النهاية يغلب جانب التحريم ، لانه أحوط ، ولقوله صلى الله عليه وآله : ما اجتمع الحرام والحلال الاغلب الحرام الحلال [3]، ولصدق كونه مكيلا أو موزوناً في الجملة .

أقول : ولو قيل عند اختلاف البلدان يعتبر اكثر البلدان كان قوياً .

---

١) التهذيب ٧/ ١٢٠ ، الاستبصار ٣/ ١٠١ .

٢) التهذيب ٧/ ١١٩ ، الاستبصار ٣/ ١٠١ .

٣) البحار ١/ ٢٧٢ نقلا عن الغوالى .

وفي بيع الرطب بالتمر روايتان ، أشهرهما المنع .

وهل تسري العلة في غيره كالزبيب بالعنب ، والبسر بالرطب؟

الاشبه : لا .

قوله : وفي بيع الرطب بالتمر روايتان أشهرهما المنع

أما رواية الجواز فعن سماعة عن الصادق عليه السلام [1]، وأما رواية المنع فعن ابن ابي عمير عن الصادق عليه السلام : لايصلح التمر اليابس بالرطب من أجل ان اليابس يابس والرطب رطب فاذا يبس نقص [2].

وعمل ابن ادريس بالاول ، محتجاً بأنه لو حرم لزم تحريم العنب بالزبيب لاشتراكهما في العلة ، واللازم باطل فكذا الملزوم .

وأجيب بالمنع من بطلان اللازم ، بل نلتزم منعه أيضاً كما يجيء .

وعمل الشيخ في النهاية وابن ابي عقيل والقاضي وابن الجنيد بالثاني ، وعليه الفتوى ، لصحة الرواية وتأييدها بعمل الاكثر، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم وقد سئل : أيباع الرطب بالتمر ؟ فقال : أينقص اذا جف . فقالوا : نعم . فقال : فلا اذن [3].

ولقول الصادق عليه السلام في رواية الحلبي عنه : لايصلح بيع الرطب بالتمر من أجل أنه اذا جف نقص [4]. وغير ذلك من الروايات .

قوله : وهل تسري العلة في غيره كالزبيب بالعنب والبسر بالرطب ؟ الاشبه لا

---

١) التهذيب ٧/٩٧ ، الكافي ٥/١٩٠ .

٢) الوسائل ١٢/٤٤٥ .

٣) ابن ماجة ٢/٧٦١ .

٤) الوسائل ١٢/٤٤٥ .

لو باع حنطة يابسة بمبلولة أو لحماً طرياً بمقدد أو بسراً برطب أو غير ذلك مما له حالتان هل يسري المنع اليه كما في التمر بالرطب . قال المصنف لا ، لانه قياس لانقول به، وهو قول الشيخ في المبسوط ، فانه قال : لانص لاصحابنا فيه والاصل الجواز.

وقال ابن ابى عقيل وابن الجنيد والقاضي بالسراية ، وهو اختيار العلامة وعليه الفتوى ،لانه وان لم يكن منصوصاً عليه لكنه مستلزم للمبطل على كل تقدير فيكون باطلا، ولانه منصوص على علته وهي الموجودة في الجميع، والقياس[1] اذا كانت علته منصوصة نقول به لانه في الحقيقة يعود الى المنصوص ، والقياس المنكور هو ما استخرجت علة الحكم فيه بالسبر[2] والتقسيم والطرد[3] والشبه[4] وغيرها كما بين في الاصول .

---

١) القياس هو اثبات الحكم فى محل بعلة لثبوته فى محل آخر بتلك العلة . ولا خلاف بين الشيعة فى عدم حجيته مالم ينص على العلة، مثل أن يقول «حرمت الخمر لاسكاره» فهل يجوز القول بتحريم غيره من المسكرات بمجرد ذلك أولا ؟ اختلاف بين الاصحاب .

٢) سبرت القوم سبراً من باب قتل أو ضرب : تأملتهم واحداً بعد واحد لتعرف عددهم . ومن طرق العلم بالعلة عند القايسين : السبر والتقسيم ، وهو حصر الاوصاف الموجودة فى الاصل الصالحة للتعليل فى عدد ثم ابطال بعضها وهو ماسوى الذى يدعى أنه العلة ، كما يقال فى قياس الذرة على البر فى الربوية ان الاوصاف الصالحة للعلية فى البر ليس الا القوت والطعم والكيل لكن القوت والطعم لايصلح للعلية فتعين الكيل .

٣) الطرد هو أن يكون الوصف بحيث يوجد الحكم بوجوده ويعدم بعدمه ، وهو المسمى بالدوران .

٤) الشبه هو كل قياس الحق الفرع فيه بالاصل بجامع يشبهه فيه . وقيل فى تعريفه غير ذلك من التعريفات وكذلك أخواته المذكورة ، ومن اراد التفصيل فعليه بكتاب « نهاية الوصول الى علم الاصول » للعلامة الحلى رحمه الله تعالى وشرح مختصر الاصول وغيرهما من الكتب الموضوعة فى علم الاصول .

ولا يثبت الربا بين الوالد والولد ، ولا بين الزوج والزوجة، ولا بين المملوك والمالك ، ولا بين المسلم والحربي .

قوله : ولا ربا(١ بين الوالد وولده ـ الخ

نفي الربا بين هؤلاء الاربعة[٢] ومضائفهم[٣] وان كان مخالفاً لعموم القرآن الا أن الاصحاب أجمعوا على ذلك وخصصوا القرآن بالاحاديث الواردة عن الائمة عليهم السلام . والمرتضى رحمه الله حيث لايقول بأخبار الاحاد ولا يخصص بها القرآن حكم بثبوت الربا في الموصليات ، وأول الاحاديث على تقدير عمله بها بأن المراد بقولهم « لاربا » النهي وان كان بصورة الخبر ، لورود ذلك كقوله تعالى «لارفث ولا فسوق ولا جدال في الحج» ثم ذكر أنه رجع الى قول الاصحاب لما رآهم مجمعين[٤] على ذلك والاجماع يصلح

---

١) في المختصر النافع المطبوع بمصر : ولايثبت الربا بين الوالد والولد .

٢) ان هؤلاء الاربعة : الوالد مع الولد، والزوج مع الزوجة ، والمملوك مع المالك والمسلم مع الحربي .

٣) في بعض النسخ : ومضافيهم .

٤) قال في الجواهر ٢٣ / ٣٧٨ عند ذكر المسألة : اجماعاً محكياً مستفيضاً ان لم يكن متواتراً صريحاً وظاهراً ، بل يمكن تحصيله اذ لا خلاف فيه الا من المرتضى في الموصليات لكن في الانتصار بعد ان ذكر مما انفردت به الامامية القول بأنه لا ربا بين الولد ووالده ولا بين الزوج وزوجته ولا بين الذمي والمسلم ولا بين العبد ومولاه وخالف باقي الفقهاء قال : وقد كتبت قديماً في جواب مسائل وردت على من الموصل وتأولت الاخبار التي يرويها اصحابنا المتضمنة لنفي الربا بين ما ذكرناه على ان المراد بذلك وان كان بلفظ الخبر معنى الامر كأنه قال : يجب أن يقع بين من ذكرناه ربا كما قال تعالى « من دخله كان آمنا » آل عمران ٩٧ ، وكقوله تعالى « فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج » البقرة ١٩٧ ، وقوله صلى الله عليه وآله : العارية مردودة والزعيم غارم . ومعنى ذلك كله الامر ـ الى أن قال ـ واعتمدنا في نصرة هذا المذهب على عموم ظاهر القرآن ثم لما

لتخصيص القرآن والاصل عدم التأويل .

ويمكن أن تكون العلة في النفي المذكور كون مال الولد في حكم مال الوالد وان للوالد حكماً على الولد ، ولانه مأمور بالاحسان . والزوجة في حكم الزوج لاشتداد الاتحاد بينهما ، ومال الحربى مباح للمسلم فكيف لايحل بعضه، والعبد ومايملك لمولاه . ولنتمم هذا البحث بفوائد :

(الاولى) هل يثبت بين الجد وولد الولد ؟ اشكال من كون الجد والداً مجازاً أوحقيقة ، والاولى ثبوت الربا بينهما .

(الثانية) يثبت الربا بين الام وولدها ، للاصل وعدم شمول النص لها .

(الثالثة) التعاكس في الاقسام كلها ثابت الا الحربى فانه لايأخذ الفضل سواء في ذلك دار الحرب ودار الاسلام .

(الرابعة) قيد ابن الجنيد العبد بكونه مختصاً ، فلو كان مشتركاً ثبت . واختاره العلامة وهو حسن .

(الخامسة) الزوجة بالمنقطع يمكن شمول النفي لها ، اذلا مانع عقلا ولا شرعاً ، لصدق اسم الزوجة مع احتمال ثبوته ، لعدم قوة الاتحاد بينهما ، اذ لاتوارث ولا انفاق ، ولفهم الدائم مع الاطلاق مع أصالة عموم الاية .

قوله : وهل يثبت بينه وبين الذمي فيه روايتان اشهرهما أنه يثبت

تأملت ذلك رجعت عن هذا المذهب لاني وجدت أصحابنا مجمعين على نفي الربا بين من ذكرنا وغير مختلفين فيه في وقت من الاوقات واجماع هذه الطائفة قدثبت انه حجة ويخص به ظاهر القرآن . قال صاحب الجواهر بعد نقله : هذا وهو كما ترى بعد اعترافه بالخطأ وانه مخالف للاجماع في فتواه السابقة لايقدح في تحصيل الاجماع بل هو مؤكد له . الى آخر مقاله رفع الله درجاته .

ويباع الثوب بالغزل ولو تفاضلا .

ويكره بيع الحيوان باللحم ولو تماثلا .

وقديتخلص من الربا بأن يجعل مع الناقص متاع من غيرجنسه مثل درهم ومد من تمر بمدين ، أو يبيع أحدهما سلعته لصاحبه ويشترى الاخرى بذلك الثمن .

أما رواية عدم الثبوت فرواها ابن بابويه عن الصادق عليه السلام : ليس بين المسلم والذمي ربا[1]. وأما رواية الثبوت فلم نقف عليها صريحاً ، الا أن الشيخ في الاستبصار ذكر رواية زرارة عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : قلت المشركون بيني وبينهم ربا . قال : نعم [2] . فحملها على الذمي لئلا يلزم طرحها مع صحتها، ويؤيدها اطلاق الاية ، ولان اموال أهل الذمة معصومة .

وبه قال الشيخ وابن ادريس والقاضي ، وبالاول قال المفيد والمرتضى . والعمل على الثاني ، وتحمل الرواية الاولى على ذمي محارب له جمعاً بين الروايات .

قوله : ويكره بيع الحيوان باللحم ولو تماثلا

بيع اللحم الحاضر بالحيوان المخالف له جنساً جائز اجماعاً ، وبيعه بالحيوان المماثل له جنساً مختلف فيه . قال بالمنع الشيخ في النهاية ، وتبعه المصنف في الشرائع ، لرواية غياث بن ابراهيم عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام[3] .

---

١) الوسائل ١٢/٤٣٧ .

٢) الاستبصار ٣/٧١ ، الوسائل ١١/٤٣٦ .

٣) الوسائل ١٢/٤٤١ .

ومن هذا الباب، الكلام فى الصرف .

وهو بيع الاثمان بالاثمان .

ويشترط فيه التقابض فى المجلس، ويبطل لو افترقا قبله على الاشهـر .

وقال بالجواز ابن ادريس لعدم المانع ، اذ الحيوان الحي غير مكيل ولا موزون ، وشرط ثبوت الربا كون العوضين كذلك مع التساوي جنساً .

وقال المصنف هنا بالكراهية ، لقوة حجة ابن ادريس وضعف الرواية ،لان غياث المذكور بتري[1]، فان كان ولابد فتحمل على الكراهية .

قوله : ومن هذا الباب الكلام فى الصرف

الصرف لغة الصوت ، وسمي هذا النوع من البيع به لحصول التصويت في تقليب كل من النقدين .

قوله : ويبطل لو افترقا قبله على الاشهر

روايات البطلان كثيرة ، وعليها انعقد عمل الاصحاب ، لم يخالف الا ابن بابويه معتمداً على روايات ضعيفة كرواية عمار الساباطي[2] وهو فطحي وغياث بن ابراهيم وهو بتري فاسد العقيدة .

---

١) البترية بضم الباء وسكون التاء قسم من الزيدية وهم اصحاب كثير النواء والحسن بن صالح بن حي وسالم بن ابى حفصة والحكم بن عتيبة وسلمة بن كهيل وابى المقدام وثابت الحداد وهم الذين دعوا الى ولايـة على عليه السلام ثم خلطوها بولاية ابى بكر وعمر ويثبتون لهما امامتهما ويبغضون عثمان وطلحة والزبير وعائشة ويرون الخروج مع بطون ولد على بن ابى طالب وقالوا كل من خرج من ولده فهـو امام . وقيل منسوبون الى مغيرة بن سعيد الابتر .

٢) راجع الوسائل ٤٥٨/١٢ باب ٢ من ابواب الصرف .

ولو قبض البعض صح فيما قبض .

ولو فارقا المجلس مصطحبين لم يبطل .

ولو وكل أحدهما فى القبض فافترقا قبله بطل .

ولواشترى منه دراهم ثم اشترى بها دنانير قبل القبض لم يصح الثـانى .

قوله : ولو اشترى منـه دراهم ثم اشترى بها دنانير قبل القبض لم يصح الثانى

هـذه ذكرها الشيخ في النهاية ، وعللها المصنف في النكت بأن الصرف مشروط بالتقابض ، فاذاً لايملك الدراهم حتى يقبضها ، فاذا اشترى بها دنانير فقد اشترى بمالايملك .

ويردعليه أنه اختار فيما تقدم أن المبيع يملك بالعقد مطلقاً من غير تخصيص بشيء ، واختار أيضاً أنه يجوز بيع مالم يقبض وان كان مكيلا أوموزوناً ، وهيهنا قدرجع حيث قال : لم يصح الثاني لانه اشترى بثمن غير مملوك له ، لان الثاني فرع على صحة البيع الاول بأنه لايملك المبيع بمجرد العقد مطلقاً .

وأما ابن ادريس فرد على الشيخ وحكم بالصحة ان كانت الدراهم معينة وان لم يحصل قبض الدنانير التى هي ثمن الـدراهم الاولى المبتاعة في المجلس ، وان لم تكن الدراهم معينة بل تكون في الذمة لم يصح البيع ، لانه بيع دين بدين . وحينئذ لنا أن نقول على تعليل المصنف : ان بطلان البيع بالتفرق قبل القبض ، وذلك لايستلزم عدم تملك المشتري ، لجواز تملكه ملكاً متزلزلا كالمبيع زمن الخيار فان قبض لزم والابطل ، واذا ملك صح البيع الثاني لانه اشترى بثمن مملوك له ، وصح البيع الاول أيضاً لانه وان لم يقبض الدراهم لكن قبض عوضها

ولو كان له عليه دنانير فأمره ان يحولها الى الدراهم وساعره فقبل صح وان لم يقبض ، لان النقدين من واحد .

ولا يجـوز التفاضل فى الجنس الواحد منهما ، ويجوز فى المختلف .

ويستوى فى اعتبار التماثل : الصحيح، والمكسور ، والمصوغ.

واذا كان فى احدهما غش لم يبع بجنسه الا أن يعلم مقدار ما فيه ، فيزاد الثمن عن قدر الجوهر بما يقابل الغش .

وهو الدنانير وقبض العوض كقبض المعوض .

قوله : ولو كان له عليه دنانير فأمره ان يحولها الى الدراهم وساعره فقبل صح وان لم يقبض لان النقدين من واحد

هذه رواية اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام[1]، وعمل بها الشيخ . وردها ابن ادريس ، لانه صرف فلا يجوز . وكـذلك الشيخ في المبسوط في باب السلم منه منع وعلل بأنه صرف .

والحق أنه وان كان صرفاً لكنه في حكم التقابض ، لكون النقدين من واحد كما علله الامام عليه السلام في الـرواية وأمره بأن يحولها توكيل له فهو بائـع ومشتر باعتبارين، كالولي الذي يشتري مال الصغير .وحينئذ نقول: هذا موقوف على مقدمات : «١» أنه يصح للانسان الواحد أن يتولى طرفي العقد ، «٢» أنه يصح أن يتولى طرفي القبض ، «٣» ان مافي الذمة مقبوض ، « ٤ » انهذا البيع ـ وهوبيع مافي ذمته للغير من الدين بثمن في ذمته ـ ليس بيع دين بدين . فاذا

---

١) الوسائل ١٢/٤٦٣ .

ولا يبـاع تراب الذهب بالذهب ، ولا تراب الفضة بالفضة ويباع بغيره .

ولو جمعا جاز بيعه بهما .

ويباع جوهر الرصاص والنحاس بالذهب أو الفضة وان كان فيه يسير من ذلك .

ويجوز اخراج الدراهم المغشوشة اذا كانت معلومة الصرف .

ولو لم تكن كذلك لم يجز الا بعد بيانها .

مسائل :

(الاولى) اذا دفع زيادة عما للبائع صح ، وتكون الزيادة أمانة .

وكذا لو بان فيه زيادة لا يكون الا غلطاً أو تعمداً .

ولو كانت الزيادة مما يتفاوت به الموازين لم تجب اعادته .

(الثانية) يجوز أن يبدل لـه درهماً بدرهم ، ويشترط صياغة خاتم ، ولا يتعدى الحكم .

تقررت هذه المقدمات صحت المسألة .

قوله : يجوز ان يبدل له درهماً بدرهم ويشترط صياغة خاتم ، ولا يتعدى الحكم

روى ابو الصبـاح الكناني قال : سألت الصادق عليه السلام عن الرجل يقول للصائغ صغ لي هذا الخاتم وأبدل لك درهماً طازجاً بدرهم غلة . قال : لابأس[1].

والمراد بالدرهم الطازج هو الجديد ، وهو معرب من تازا ، وهو الطري

---

١) الكافي ٥/٢٤٩ .

من كل شيء باللغة الفارسية ، والغلة هوالعتيق الذي هجر في المعاملة .

اذا عرفت هذا فهنا مسألتان :

(الاولى) ان الشيخ[1] جوز بيع درهم بدرهم مع اشتراط البائع على صياغة خاتم ، اعتماداً على هذه الرواية. وعلله ابن ادريس[2] بأن الربا الممنوع زيادة في العين مع اتحاد الجنس ، والصياغة هنا ليست زيادة في العين بل في الصفة .

ومنعه المصنف وقال الربا هو الزيادة مطلقاً ، أعم منه في العين أو الصفة ، ولذلك منعنا بيع أحد المتساويين بالاخر نسيئة ، ولذلك استضعف العمل بالرواية . وقال في الشرائع[3] بلفظ روي .

وأما العلامة[4] فمنع من جوازه وأجاب عن الرواية بأنه ليس فيها دلالة على البيع بل جعل ابدال الدرهم بالدرهم شرطاً في العمل ، فلا تكون دلالة على مراد الشيخ من البيع .

(الثانية) لو قيل بفتوى الشيخ هل يتعدى الحكم بأن يبيع ديناراً بدينار أودراهم بدراهم ويشترط عملا أم لايتعدى ؟ يحتمل التعدي طرداً للعلة ، وهو فتوى الشيخ. قال العلامة : لان الزيادة ان أوجبت الربا لزم التحريم في الجميع والا فلا في الجميع .

وأما المصنف فجزم هنا بعدم التعدي ، وقال في الشرائع بذلك على الاشبه، نظراً الى عموم المنع والاقتصار على مورد النص ، اذ تجويزه في غيره قياس

---

١) النهاية : ٣٨١ .

٢) السرائر : ٢١٨ .

٣) الشرائع ١٠٧/١ .

٤) المختلف ١٨٠/٢ ، وفي القواعد كالشرائع .

ويجوز أن يقرضه الدراهم ويشترط أن ينقدها بأرض أخرى .

(الثالثة) الاوانى المصوغــة من الذهب والفضة ان أمكن تخليصها لم يبع بأحدهما ، وان تعذر وكان الغالب أحدهما بيعت بالاقل ، وان تساويا بيعت بهما .

(الرابعة) المراكب والسيوف المحلاة .

ان علم مقدار الحلية بيعت بالجنس مع زيادة تقابل المراكب أو النصل نقداً .

ولو بيعت نسيئة نقد من الثمن ما قابل الحلية .

وان جهل بيعت بغير الجنس .

وقيل : ان أراد بيعها بالجنس ضم اليها شيئاً .

وهو باطل عندنا .

وابن حمزة منع مطلقاً اعتماداً على عموم المنع للاية والروايات ، وتردد ابن ادريس في العمل بالرواية . وقول ابن حمزة عندي قوي ، والرواية لادلالة لها الاعلى ما ذكره العلامة .

قوله : وقيل : ان اراد بيعها بالجنس ضم اليها شيئاً

قال الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف . ونظر فيه ابن ادريس ولم يبين وجه نظره ، ويمكن أن يكون وجهه أن الثمن ان علم أنه أزيد من الحلية فى الجملة لم يحتج الى الضميمة، اذ تلك الزيادة تكون في مقابلة السيف أو المركب، وان لم يعلم لم يكن في الانضمام فائدة سواء علم نقصان الثمن أو مساواته ، بل يجب أن يضم الى الثمن لتكون الفضة في معاملة السيف والمضموم في مقابلة

(الخامسة) لا يجوز بيع شيء بدينار غير درهم ، لانه مجهول.

(السادسة) ما يجتمع من تراب الصياغة يباع بالذهب والفضة، أو بجنس غيرهما ويتصدق به ، لان أربابه لا يتميزون .

الحلية لينتفي الربا .

وتؤيده رواية ابى بصير قال : سألته عن السيف المفضض يباع بدراهم . قال : اذا كانت فضته أقل من النقد فلا بأس ، وان كانت اكثر فلا يصلح[1] .

قوله : لايجوز بيع شيء بدينار غير درهم لانه مجهول

هذه المسألة لاتختص بالصرف ، ولهذا قال المصنف لايجوز بيع شيء . والتحقيق هنا أن نقول : الثمن على تقدير الاستثناء المذكور اما حال أومؤجل، وعلى التقديرين اما أن يكون الاستثناء من النقد الموجود حال العقد أو من نقد يتجدد ، وعلى التقادير اما أن يعلم النسيئة من الدينار أولا. فالاقسام حينئذ ثمانية:

« ١ » ـ الثمن حال والاستثناء من الموجود حال العقد والنسيئة معلومة ، فيصح .

« ٢ » ـ الصورة بحالها والنسيئة مجهولة ، فيبطل .

« ٣ » ـ من المتجدد والنسيئة معلومة ، فيصح .

« ٤ » ـ من المتجدد والنسيئة مجهولة ، فيبطل .

« ٥ » ـ الثمن مؤجل والاستثناء من الموجود حال العقد والنسيئة معلومة ، فيصح .

« ٦ » ـ الصورة بحالها والنسيئة مجهولة ، فيبطل .

« ٧ » ـ من المتجدد والنسيئة معلومة ، فيصح .

« ٨ » ـ من المتجدد والنسيئة مجهولة ، فيبطل .

---

١) التهذيب ١١٣/٧ ، الاستبصار ٩٨/٣ .

الفصل السادس

(في بيع الثمار)

لا يصح بيع ثمرة النخل قبل ظهورها ولا بعد ظهورها ما لم يبد صلاحها .

اذا عرفت هذا فالشيخ أطلق القول بعدم الصحة لو باع بدينار غير درهم للجهالة ، وابن الجنيد قال يجوز نقداً لانسيئة لانه لايعلم قدره وقت الحلول. وأما العلامة فحكم في الصورة كلها بما قلناه الا الثالث والسابع فانه حكم فيهما بالبطلان . وما قلناه أقرب .

قوله : لايجوز بيع ثمرة النخل قبل ظهورها ـ الخ

بيع ثمرة النخل على أقسام :

« ١ » ـ قبل الظهور عاماً واحداً لايصح اجماعاً .

« ٢ » ـ بعد ظهورها عامين يصح اجماعاً .

« ٣ » ـ بعد ظهورها مع بدوصلاحها يصح اجماعاً .

« ٤ » ـ بعد ظهورها ولم يبد صلاحها لكنه مع ضميمة أويشترط القطع أو مع أصولها يصح اجماعاً .

« ٥ » ـ قبل ظهورها عامين فصاعداً ، فيه تردد من أنه غرر وهو منهي عنه شرعاً ، ومن الرواية لونقصت سنة تمت في أخرى[1] فيجوز . ويؤيده عموم قوله

---

١) الوسائل ٣/١٣ ـ ٧ .

«وأحل الله البيع »[1] والاصل الدال على الجواز تركالعمل به فيالعام الواحد للاجماع علىمنعه فيبقى معملا فيالباقي . قال المصنف فيالشرائع : والمروي الجواز ، يشير الى رواية يعقوب بن شعيب عنالصادق عليه السلام[2] وغيرها من الروايات .

« ٦ » ـ بعد ظهورها عامأواحداً لامع أحدالامور الثلاثة ولميبد صلاحها، فيه أقوال ثلاثة :

الاول : قول الشيخ فيالنهاية والمبسوط والخلاف لايصح ، معتمداً على رواية ابىالربيع الشامي[3] وغيرها .

الثاني : قول المفيد وابنادريس والشيخ فيكتابى الاخبار والعلامة ، وهو الصحة على كراهية ، لعموم « وأحل الله البيع »[1] و« الا أن تكون تجارة عن تراض منكم»[4]، وهو أيضاً جمع الروايات وأماالمصنف فظاهر اختياره الاول.

ويتم البحث بفوائد :

(الاولى) بدو الصلاح هو الاحمرار والاصفرار ، وقال في الشرائع أو يبلغ مبلغاً تؤمن عليه العاهة . وكلاهما موجود فيالروايات :

أما الاول ففي رواية علي بن ابى حمزة عن الصادق عليه السلام[5] ، وقد علقالبيع علىالزهو ، فسأله عنه فقال: حتى يتلون. وفيحديث الوشا عنالرضا عليهالسلام[6] تفسيراً له يحمر ويصفر ، وهو أيضاً مروي عن النبى صلىالله عليه

---

١) البقرة : ٢٧٥ .

٢) التهذيب ٨٧/٧ ، الاستبصار ٨٦/٣ .

٣) التهذيب ٨٧/٧ ، الاستبصار ٨٦/٣ .

٤) سورة النساء : ٢٩ .

٥) التهذيب ٨٤/٧ ، الاستبصار ٨٦/٣ ، الكافى ١٧٦/٥ .

٦) التهذيب ٨٥/٧ ، الاستبصار ٨٦/٣ ، الكافى ١٧٥/٥ .

وهو أن يحمر أو يصفر على الاشهر .

نعم لوضم اليها شيء أو بيعت أزيـد من سنة أوبشرط القطع جاز .

ويجوز بيعها مع أصولها وان لم يبد صلاحها .

وكذا لايجوز بيع ثمرة الشجر حتى تظهر ويبدو صلاحها وهو أن ينعقد الحب .

وآله وسلم[1] ، وكذلك فسره بهأهل اللغة .

وأما الثاني ففي رواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام[2]، ورواه ابوسعيد الخدري عنه صلى الله عليه وآله : لايباع الثمرة حتى يبدو صلاحها . قالوا : وما بدوصلاحها؟ قال: تذهب عاهتها ويخلص طيبها[3]. قال المصنف هنا: والاول أشهر.

(الثانية) يشترط فى الضميمة أن يصح بيعها منفردة ، فلو ضم مالا يصح بيعه لم يجز .

(الثالثة) بيعها مع القطع مشروط بامكان الانتفاع ، فلوخلا عنه لم يجز.

(الرابعة) العام اشارة الى زمن الثمرة ، أي ثمرة عام أو عامين .

(الخامسة) كل موضع قلنا لايصح البيع فيه يصح أن تجعل مشروطة التملك في عقد آخر كما يصح اشتراط الحمل .

قوله : وكذا لايجوز بيع ثمرة الشجر حتى تظهر ويبدو صلاحها وهو ان ينعقد الحب

---

١) الترمذى ٥٢٩/٣ ، ابن ماجة ٧٤٧/٢ .

٢) التهذيب ٨٨/٧ ، ٩١ ، الاستبصار ٨٦/٣ ، ٨٨ .

٣) ابن ماجـة ٧٤٦/٢ ، الترمذى ٥٢٩/٣ ، شرح الكـرمانى لصحيح البخارى ٥٤/١٠ .

واذا أدرك ثمرة بعض البستان جاز بيع ثمرته أجمع .

وان أدرك ثمرة بستان ففي جواز بيع بستان آخر لم يـدرك منضماً اليه تردد ، والجواز أشبه .

ويصح بيع ثمرة الشجر ولو كان في أكمامه منضماً الى أصوله ومنفرداً .

وكذا يجوز بيع الزرع قائماً وحصيداً .

ويجوز بيع الخضر بعد انعقادها لقطة ولقطات .

وكذا يجوز ، كالرطبة جزة وجزات .

وكذا مايخرط كالحناء والتوت خرطة وخرطات .

اختلف أيضاً في بدو صلاح ثمرة الشجر على قولين :

« ١ » ـ ماذكره المصنف ، وهوانعقادالحب وتناثر الورد، وهوالمشهور.

« ٢ » ـ قول الشيخ في المبسوط انه لابد من الثمرة أي جريان الماء الحلو فيما يقتضي الحلاوة وطيب الاكل مثل التفاح والنضج في مثل البطيخ والتلون فيما يتلون وصفاء لونه . قال المصنف في الشرائع : والاول أشبه ، لاصالة عدم اشتراط زائد واقتصار على مورد النقل.

قوله : ففي جواز بيع بستان آخر لم يدرك منضماً اليه تردد والجواز اشبه

ينشأ من أن بعض المبيع مجهول وهو مقصود بالبيع فلا يصح ، وبه قال في المبسوط، ومن أصالة الصحة وعموم الاية والرواية عن الصادق عليه السلام[1].

---

١) وهو عموم الروايات التي اوردها في التهذيب ٧/ ٨٤ ، ٨٥ .

ولو باع الاصول من النخل بعد التأبير فالثمرة للبائع .

وكذا الشجر بعد انعقاد الثمرة مالم يشترطها المشترى ، وعليه تبقيتها الى أو ان بلوغها .

ويجوز أن يستثنى البائع ثمرة شجرات بعينها ، أوحصة مشاعة أو أرطالا معلومة .

ولو خاست الثمرة سقط من الثنيا بحسابه .

ولا يجوز بيع ثمرة النخل بثمر منها وهى المزابنة .

والجواز أشبه ، لأنا بينا أن غير المذكور يصح بيعه مع الضميمة ، وبينا أن الضميمة شيء يصح بيعه منفرداً والبستان المدرك يصح بيعه منفرداً ، فلزم من هذه المقدمات الجواز وهوالمطلوب .

قوله : بعد التأبير فالثمرة للبائع

لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : من باع نخلا مؤبراً فثمرته للبائع[1] . واتفق الكل على أن دلالة المفهوم هنا حجة ، وهو أنه اذا لم يؤبر يكون الثمرة للمشتري وان أطلع ، ولم يذكر في متن العقد الا أن يشترطه البائع ، كما أنه في الصورة الاولى يكون للبائع الا أن يشترطه المشتري .

ويتفرع على ذلك أنه لو أبر بعض البستان ثم باعه كان ثمرة المؤبر له وثمرة مالم يؤبر للمشتري عملا بالمقتضي .

وهنا فوائد :

(الاولى) الابار لغة التلقيح ، قال الجوهري أبر فلان نخله أي لقحه ، ومنه

---

١) الوسائل ١١/٤٠٧ الباب ٣٢ من ابواب احكام العقود .

وهل يجوز بثمر من غيرها فيه قولان ، أظهرهما : المنع .
وكذا لايجوز بيع السنبل بحب منه ، وهى المحاقلة .

سكة مأبورة .

(الثانية) يجب على المشتري تبقية الثمرة المؤبرة الى أوان قطعها ، والمرجع العادة في أخذ الثمرة .

(الثالثة) لوانتقل النخل بغير البيع لم تكن الثمرة للمنقول اليه وان لم يؤبر، سواء كان بعقد معاوضة أولا .

(الرابعة) لو انتقل غير النخل من أنواع الشجر بالبيع فالثمرة للناقل أبرت أولا ، اقتصاراً على مافهم من النقل .

(الخامسة) لوانتقل النخل باشتراطه في عقد بيع ولم يكن مؤبراً فهل ثمرته للمنتقل اليه أم لا ؟ فيه اشكال ، ينشأ من كون سبب الملك هنا هو البيع ، ومن اختصاص السبب بمتعلقه وملك الاخر بالشرط والانتقال أقوى . والصلح ان قلنا انه فرع فكالبيع والا فلا . وهو الاقوى .

قوله : وهل يجوز بثمر من غيرها ؟ فيه قولان اظهرهما المنع

ورد شائعاً أنه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن المزابنة والمحاقلة[1].

أما المزابنة فهي لغة من الزبن ، وهو الدفع ، ومنه الزبانية لانهم يدفعون الناس الى النار . والمتبايعان كل منهما يدفع عن نفسه غبن صاحبه لووقعا في هذا البيع لاشتماله على الغبن غالباً .

وشرعاً هو بيع التمر على رؤس النخل بتمر ، فهل يشترط في النهي أن يكون منهما أم لايشترط حتى لوباعها بتمر موضوع على الارض كان منهياً عنه ؟

---

١) التهذيب ٧/١٤٣ ، الكافى ٥/٢٧٥ ، الاستبصار ٣/٩١ .

فيه قولان. قال الشيخ في النهاية والقاضي بالاول ، فعندهما يجوز بتمر من غيرها، لعموم « وأحل الله البيع » ، ولان التمر على النخل ليس بمكيل ولا موزون فهو غير ربوي فيجوز ، ولرواية ابى الصباح عن الصادق عليه السلام : ان رجلا كان له على رجل خمسة عشر وسقاً من تمر وكان له نخل فقال له خذ مافي نخلي بتمرك ، فأبى أن يقبل فأتى النبى صلى الله عليه وآله وسلم فأمره بأخذه فامتنع وقال : يارسول الله لايفي بمالي[1] ولو كان محرماً لما أمره النبى «ص» .

وقال المفيد والشيخ في المبسوط وابن ادريس وابن حمزة والقاضي في المهذب بالثاني ، لرواية عبدالرحمن عن الصادق عليه السلام قال : نهى رسول الله « ص » عن المزابنة والمحاقلة . قلت : وما هو ؟ قال : أن تشتري حمل النخل بالتمر والزرع بالحنطة[2] وهذا هو الحق .

والتحقيق أن نقول : ان المزابنة والمحاقلة لاتكونان الا بأن يكون الثمن تمراً أوحباً ، فان قيدا بأصلهما الموجودين فذلك غير مملك ، لان الثمن لابد أن يكون مغائراً للمثمن ، وعلى هذا الشرط يتحدان. وان لم يقيدا فهو المطلوب، سواء تقيد بغير أصلهما أو أطلقا .

وأما حجة الاول فضعيفة ، لان العموم يخصص للدليل كما خص في غيره، ونمنع كونهما غير ربويين .

وأما الرواية فلا دلالة فيها على الجواز ، لان الاخذ المأمور به ليس ببيع فجاز أن يكون صلحاً أو قبضاً عن دين ، وكلاهما غير ممنوع . هذا مع أن الرواية ضعيفة السند ، لان في طريقها الحسن بن محمد بن سماعة ، وهو واقفي .

---

١) الاستبصار ٣/٩٢ ، التهذيب ٧/٩١ .

٢) التهذيب ٧/١٤٣ ، الكافي ٥/٢٧٥ ، الاستبصار ٣/٩١ .

وفي بيعه بحب من غيره قولان ، أظهرهما : التحريم .

ويجوز بيع العرية بخرصها ، وهي النخلة تكون في دار آخر فيشتريها صاحب المنزل بخرصها تمراً .

ويجوز بيع الـزرع قصيلا وعلى المشترى قطعه ، ولو امتنع فللبائع ازالته .

ولو تركه كان له أن يطالبه بأجرة أرضه .

قوله : وفي بيعه بحب من غيره قولان اظهرهما التحريم

الكلام في المحاقلة كالكلام في المزابنة ، فلا وجه لاعادته . وهي مأخوذة من الحقل[1] ، وهو القراح ، لحصول البيع على ذلك الوجه في القراح .

قوله : ويجوز بيع العرية بخرصها تمراً ، وهي النخلة تكون في دار آخر يشتريها صاحب المنزل يخرصها تمراً

قال أهل اللغة: العرية النخلة تكون لانسان في بستان غيره أو في داره فيشق عليه دخوله اليها فيبتاعها منه بخرصها تمراً ، وأصله من التعرية، وهو ابراز الجسد عرياناً ، فكأن الرطب اذا أخذ من النخل عري منه فقيل للنخل عرايا جمع العرية .

وفي الشرع هي كذلك ، لكن يمكن أن يكـون تسميتها عرية لتعريها عن حكم المزابنة أو عن حكم الربا . اذا عرفت هذا فاعلم أن لبيعها شروطاً :

« ١ » ـ أن تكون واحدة ، فلو كانت اكثر لم يجز . اللهم الا أن تكون في كل دار أو بستان واحدة .

---

١) الحقل : الارض القراح وهى التى لاشجر بها، وقيل هو الزرع اذا تشعب ورقه ومنه اخذت المحاقلة وهى بيع الزرع فى سنبله بحنطة وجمعه حقول مثل فلس وفلوس .

ويجـوز أن يبيع ما ابتاعه من الثمرة بـزيادة عن الثمن قبل قبضها على كراهية .

« ٢ » ـ أن يباع بالحلول لا بالتأخير .

« ٣ » ـ أن يكون الثمن تمراً من غيرها ، فلو كان منها لم يجز .

« ٤ » ـ أن يكون من النخل ، فلا عرية في الشجر .

وخالف الشافعي في الاول والرابع، وشرط بلوغها خمسة أوسق . والحق خلافه تمسكاً بالنص في بيع العرية وتمسكاً بتحريم المزابنة فيما فوق الواحدة.

نعم شرط الشيخ خامساً ، وهو التقابض قبل التفرق كالصرف . ومنعه ابن ادريس . وهو الحق ، لاصالة عدم الاشتراط وعدم الدليل الدال على مـدعاه . نعم الحلول شرط كما قلناه لانه مزبون .

وقال المصنف والعـلامة يحتمل الجـواز في بيعها بتمر منها، عملا باذن المطلق .

وفيه نظر ، لانا نقيده بالدليل العقلي ، وهو وجوب مغايرة الثمن والمثمن. وبه قال ابن حمزة .

وقال بعض الفقهاء : يجب أن يماثل في الخرص بين ثمرتها عند الجفاف وثمنها . وليس بشيء ، للاصل وعملا بظاهر الخبر الدال على بيعها مطلقاً .

قوله : ويجوز ان يبيع ما ابتاعـه من الثمرة بزيادة عن الثمن قبل قبضها على كراهية

يمكن أن تكون هذه المسألة من فروع جواز بيع الشيء قبل قبضه ، وقد تقرر أنه جائز على كراهية ، خلافاً لمن منع ذلك مطلقاً أو في المكيل والموزون والثمرة حيث انها والحالة هذه غير مكيلة ولا موزونة يمكن خروجها عن المنع،

ولو كان بين اثنين نخل فتقبل أحدهما بحصة صاحبه من الثمرة بوزن معلوم صح .

واذا مر الانسان بثمرة النخل جـاز له أن يأكل مالم يضر أو يقصد .

فأشار المصنف الى عدمه لان جنسها مكيل وموزون .

قوله : ولو كان بين اثنين نخل فتقبل احـدهما بحصة صاحبـه من الثمرة بوزن معلوم صح

هذا قول الشيخ رحمه‌الله اعتماداً على رواية يعقوب‌بن شعيب عن‌الصادق عليه‌السلام[1]، ورواية الحلبي عنه عليه‌السلام[2] أيضاً عن آبائه في قضية رسول‌الله صلى‌الله عليه وآله وسلم مع أهل خيبر، ويكون‌ذلك التقبيل مشروطاً بالسلامة .

وقال ابن ادريس: ان كان ذلك بيعاً فهومزابنة ، وان‌كان على وجه الصلح فان كان بثمرة في ذمة الشريك فهي لازمة لـه سواء بقيت الثمرة أوتلفت ، وان كان بثمرة منها فهوصلح باطل لانه غرر .

ويمكن أن يجاب بأنه ليس بصلح ولابيع حتى يلزم ما ذكره ، وانما هو مراضاة غيرلازمة من الطرفين يستحب الوفاء بهالكل منهما، لقوله صلى‌الله عليه وآله وسلم: المؤمنون عند شروطهم[3] ولذلك قال المصنف‌رحمه الله « صح » ولم يقل لزم .

---

١) الفقيه ٣/١٤٢ ، الكافي ٥/١٩٣ ، التهذيب ٧/٩١ .

٢) التهذيب ٧/١٩٣ ، الكافي ٥/٢٦٦ .

٣) التهذيب ٧/٢٢ .

ولا يجوز أن يأخذ معه شيئاً .

وفي جواز ذلك في غير النخل من الزرع والخضر تردد .

قوله: وفي جواز ذلك في غير النخل من الزرع والخضر تردد

روى الشيخ وابن بابويه عن محمد بن مروان قال: قلت للصادق عليه السلام أمر بالثمرة فآكل منها . قال : كل ولا تحمل . قلت : جعلت فداك ان التجار قد اشتروها ونقدوا أموالهم فيها . قال : اشتروا ما ليس لهم[1].

وعن محمد بن ابى عمير عن بعض أصحابنا عنه عليه السلام : الرجل يمر بالنخل والسنبل والثمر فيجوز له أن يأكل منها من غير اذن صاحبها من ضرورة وغير ضرورة . قال : لا بأس[2].

فأفتى الشيخ في النهاية والمبسوط وكتابى الاخبار والقاضي بجواز الاكل من الثمرة وعداه الى الشجر والزرع ، وقال في المسائل الحائرية بالتخصيص بالثمرة لتخصيص النص المذكور بها ، وهي تختص عرفاً بثمرة النخل .

والمصنف تردد في الزرع والخضر من كلامي الشيخ في الموضعين. نعم الزرع مذكور في رواية ابن ابى عمير .

وأما العلامة فمنع في الكل . وهو الاجود ، لاصالة عدم جواز التصرف في مال الغير الا باذنه ، ولـرواية الحسن بن يقطين صحيحاً قال : سألت ابا الحسن عليه السلام عن الرجل يمر بالثمرة من الزرع والنخل والكرم والشجر والمباطخ وغير ذلك من الثمر أيحل له أن يتناول منه شيئاً؟ قال: لا يحل له أن يأخذ منه شيئاً[3].

---

١) التهذيب ٧/ ٨٩ ، الاستبصار ٣/ ٩٠ .

٢) التهذيب ٧/ ٩٣ ، الاستبصار ٣/ ٩٠ .

٣) التهذيب ٧/ ٩٢ ، الاستبصار ٣/ ٩٠ .

الفصل السابع

(في بيع الحيوان)

اذا تلف الحيوان في مدة الخيار فهو من مال البائع ، ولو كان بعد القبض ، اذا لم يكن بسببه ولا عن تفريط منه .

ولا يمنع العيب الحادث من الرد بالخيار .

ووجه الدلالة أن يأخذ في تقدير مصدر منكر وقع في سياق النفي، فيعم الاخذ والاكل والحمل وغير ذلك ، والتخصيص يحتاج الى دليل .

ان قلت: لم لا يحمل الاخذ هنا على الحمل فلا يكون منافياً لقول الشيخ ولرواية ابن مروان .

قلت : لو كان المراد الحمل لكان أخص من السؤال ، فان السؤال وقع عن التناول وهو أعم من الحمل والاكل كما قلناه ، والاخص ليس بجواب تام . نعم قد يقع الاخص جواباً مع دلالته على المراد بالسؤال عن الاعم ، كما اذا سئل عن استعمال ماء البحر فيجاب بجواز الوضوء منه ، فانه لا فرق بين الوضوء وغيره . وهنا ليس كذلك .

وأما الروايتان المذكورتان فحملهما العلامة على ما اذا علم بشاهد الحال الاباحة . وهو حسن .

قوله : ولا يمنع العيب الحادث من الرد بالخيار

يريد به الحادث في الثلاثة لا يمنع من الرد بأصل خيار الحيوان ، ونقل المصنف في درسه عن شيخه ابن نما أن الرد بالعيب . وتظهر فائدة الخلاف

واذا بيعت الحامل فالولـد للبائع على الاظهر ، مالم يشترطه المشترى .

في جوازالرد بعد الثلاثة ان جعلناه بالعيب ، وكذا لوسقط الخيار الاصلي يجوز عنده الرد بالعيب .

قوله: واذا بيعت الحامل فالولد للبائع على الاظهر مالم يشترطه المشترى

هنا فوائد :

(الاولى) قدتقدم أن مااختاره المصنف هوقول الشيخ رحمه الله في النهاية وعليه الفتوى ، وهو قول المفيد والتقي وسلار والقاضي في الكامل . وقال فـي المبسوط والقاضي فـي الجواهر وابن حمزة أنه مـع الاطلاق للمشتري لانه عضومنها .

قلنا : الفرق ظاهر بين الجنين والعضو ، ولذلك تصح الوصية له لو كان ولد أمة وتلحقه أحكام شرعية بخلاف العضو .

(الثانية) على قول المبسوط لايصح افراد الحامل بالبيع عن الولد ، فيبطل البيع لواستثناه البائع وكذايبطل عنده لو كان الحمل جزء . وهوبعيد بل يصح بيعها مع الولد ومنفردة ولايصح بيعه منفرداً عنها .

(الثالثة) حيث يدخل فـي البيع فهومضمون تبعاً لامه ، فلواجهضت[1] قبل القبض أوفي خيار المشتري فله الرجوع بتفاوت مـا بين الحمل والاجهاض . وعند الشيخ لايرجع المشتري على البائع شيء بل له رد المبيع .

ومثار القولين أن الشيخ عنده أن المبيع قبل قبضه مضمون وكذاكل جزء منه يفرد بالبيع ، ومـا لايفرد بالبيع لايكون مضموناً الاتبعاً لضمان مجموع

---

١) اجهضت النـاقة والمرأة ولدها اجهاضـاً : اسقطته ناقص الخلق فهى جهيض ومجهضة .

ويجوز ابتياع بعض الحيوان مشاعاً .

ولو باع واستثنى الرأس أوالجلد ففي رواية السكوني ، يكون شريكاً بنسبة قيمة ثنياه .

العين ، ولمالم يكن الحمل يفرد بالبيع لم يكن مضموناً . وعند العلامة إن المبيع وكل صفاته التي لها جزء من الثمن يسمى ما قابلها أرشاً أوجزء بالتقسيط وان لم يفرد بالبيع .

(الرابعة) في قول المصنف مالم يشترط المشتري فائدة ، وهو أن الحمل وان لم يفرد بالبيع يصح اشتراطه في بيع صحيح ، كما لو باع سلعة وشرط في البيع كون حمل دابة أوأمة للمشتري وان لم يكن الام مبيعة .

قوله : ويجوز ابتياع بعض الحيوان مشاعاً

كما يصح بيع كل الحيوان كذا يصح بيع بعضه لكن بشرطين :

(الاول) كونه مشاعاً ، فلايصح معيناً كرأسه ورجله ، لان مقدورية التسليم وعدم الضرر شرطان في المعاملة الصحيحة، وهما غير حاصلين مطلقاً على تقدير كون المبيع جزء معيناً لجواز مطالبة المشتري بحقه .

(الثاني) كونه معلوماً بالنسبة كالربع والثلث ، اذ الجهالة ملزومة للغرر المنهي عنه .

اذا عرفت هذا فاعلم أنه كلما صح بيعه صح استثناؤه ، فيصح بيع الدابة الاربعها مشاعاً ، ومالايصح بيعه لايصح استثناؤه فلا يصح بيعها الا رأسها ، اذ الاجزاء غير معلوم وان كان مشاعاً . هذا كله في الحيوان الحي ، أما المذبوح فيصح فيه بيع جزء المشاع والمعين بشرط المعلومية فيهما .

قوله : ولوباع واستثنى الرأس اوالجلد ففي رواية السكوني يكون

شريكا بنسبة قيمة ثنياه [1])

هذه رواية النوفلي عن السكوني عن الصادق عليه السلام قال: اختصم الى علي عليه السلام رجلان اشترى أحدهما من الاخر بعيراً واستثنى البائع الرأس والجلد ثم بدا للمشتري أن يبيعه ، فقال للمشتري: هو شريكه في البعير على قدر الرأس والجلد[2]. فعمل بها الشيخ في كتبه ومن تابعه .

وأما المفيد والمرتضى والتقي وابن الجنيد وابن ادريس فقالوا بصحة الاستثناء من غير شركة ، وفصل العلامة فجوز الاستثناء المذكور في المذبوحة أو مشترطة الذبح ، ومنعه في غيرهما لما تقدم من لزوم الغرر .

وأما الشهيد فوافق العلامة في اختياره في الاستثناء وخالفه في مامنعه في غير المذبوحة، وقال فيه بمقالة الشيخ من أنه شريك بنسبة القيمة وقال في مشروط الذبح ان ذبح فالشرط لازم والاتخيربين الفسخ والشركة بالقيمة .

وأما سلار فقال بمقالة المفيد والمرتضى وزاد جواز استثناء اللحم بالوزن ومنعه ابن الجنيد لتفاوته .

وبعض الفضلاء المتأخرين قال: ان كان المستثنى الجلد أوما منه الجلد فهو باطل لجهالته ، لان الجلد يتفاوت ثمنه بتفاوته في الثخن والرقة ، لكن لايبطل البيع لان جهالة المستثنى في هذه الصورة لاتستلزم جهالة المبيع فيكون البائع شريكاً بنسبة قيمة المستثنى كما دلت عليه الرواية ، وان كان المستثنى هو الرأس وحده أو الرأس والقوائم فهو صحيح لانه استثناء معلوم من معلوم. والضرر الذي ذكره العلامة معارض باستثناء الجزء المشاع ، فانه جائز اتفاقاً مع أن الضرر المدعى حاصل فيه .

---

١) الثنيا بضم الثاء والثنوى بالفتح اسم من الاستثناء ، وفي الحديث: من استثنى فله ثنياه اى ما استثناه ، فالاستثناء هو صرف العامل عن تناول المستثنى .

٢) الكافي ٥/٣٠٤، التهذيب ٧/٨١ .

ولو اشترك جماعة فى شراء حيوان واشترط أحـدهم الرأس والجلد بماله ، كان له منه بنسبة مانقد لا ما شرط .

ولو قال : اشتر حيواناً بشركتي صح ، وعلى كل واحد نصف الثمن .

ولو قال : الربح لنا ولا خسران عليك ، لم يلزم الشرط .

وفى رواية : اذا شارك فى جارية وشرط الشريك الربح دون الخسارة جاز .

قلت : وعندي في كلام هذا الفاضل نظر :

أما أولا : فلان حكمه بجهالة المستثنى مستلزم لجهالة قيمته فكيف يكون البائع شريكاً بقدرها ، لانه رجوع الى جهالة .

وأما ثانياً : فلمنع المعارضة بالمشاع ، اذالفرق حاصل بينه وبين المعين فانه مع المعين للمشتري المطالبة بحقه لتعيينه فيتضرر لوأجبرعلى ابقائه . وأما المشاع فليس له المطالبة به لعدم تعيينه بل هوشائع في كل جزء .

قوله : وفى رواية اذا شارك فـى جارية وشرط الشريك الربح دون الخسارة جاز

هذه رواها الشيخ في التهذيب والكليني عن ابن محبوب عن رفاعة عـن الكاظم عليه السلام[1]. وأفتى بمضمونها الشيخ والقاضي ، ونصره العلامة فـي المختلف بدلالة « أوفوا بالعقود »[2] والمؤمنون عند شروطهم[3] وبأصالة الجواز.

---

١) الكافى ٥/٢١٢ ، التهذيب ٧/٧١ .

٢) سورة المائدة : ١ .

٣) التهذيب ٧/٢٢ .

ويجوز النظر الى وجه المملوكة ومحاسنها اذا أراد شراءها .

ويستحب لمن اشترى رأساً أن يغير اسمه ويطعمه شيئاً حلواً ويتصدق عنه بأربعة دراهم . ويكره أن يريه ثمنه في الميزان .

ويلحق بهذا الباب مسائل :

(الاولى) المملوك يملك فاضل الضريبة، وقيل : لايملك شيئاً .

وفيه نظر ، لانه انطرد الحكم في غيرهذه الصورة المذكورة فهوخلاف الاجماع والاكان الفرق محتاجاً الى دليل ، والعمومات المذكورة لادلالة لها عليه . وأما الرواية فان منطوقها أنه سأله عن رجل شارك رجلا في جارية وقال ان ربحنا فلكنصف الربح وان كانت وضيعة فليس عليك شيء . قال عليه السلام لا أرى بهذا بأساً اذا طابت نفس صاحب الجارية . ونحن نقول بموجبها ، اذ معناها أنه اذا شرط عدم الخسران عليه جاز له أن يفي بقوله . وهـو صحيح ، اذالناس مسلطون على أموالهم[1]، فاذاترك ماله لاحرج عليه فيه . وأما لزوم الشرط وأنه لايجوز له مخالفته فلادلالة للرواية عليه ، ولذلك أردف نفي البأس بقوله « اذا طابت نفس صاحب الجارية » .

وابن ادريس منع الرواية لمخالفتها أصول المذهب من أن الخسران على رؤوس الاموال بغيرخلاف .

قال الشهيد: لانسلم أن تبعية المال لازم لمطلق الشركة بل للشركة المطلقة ثم قال : والاقرب تعدي الحكم الى غيرالجارية من المبيعات .

قوله : المملوك يملك فاضل الضريبة ، وقيل لايملك شيئاً

الاول للشيخ في النهاية ، لرواية ابن محبوب عن عمربن يزيد عن الصادق

---

١) البحار ٢ / ٢٧٢ .

عليه السلام[1]. وقال أيضاً يملك ارش الجناية ، لرواية اسحاق بن عمار عنه عليه السلام[2].

والثاني قوله في الخلاف ، محتجاً بوجوه :

(الاول) قوله تعالى « ضرب الله مثلا عبداً مملوكاً لايقدر على شيء »[3]، وليس المراد نفي القدرة على الفعل لبطلانه ، فيكون المراد نفي الملك مجازاً لتعذر الحقيقة ، فلايلزم من تنكير العبد المملوك جواز تملك غيره من العبيد ، لان الحكم المعلق على الوصف يستلزم كونه علة للحكم ، كقولك «اكرم العلماء وأهن الجهال» ، فانه يدل على أن علة الاكرام والاهانة العلم والجهل ، فكذا في الاية علق عدم القدرة بوصف الملك .

(الثاني) قوله تعالى «ضرب لكم مثلا من أنفسكم هل لكم مما ملكت أيمانكم من شركاء فيما رزقناكم فأنتم فيه سواء »[4] وجه الاستدلال أنه شبه حاله مع عباده في نفي المشاركة في الملك بحال السادات مع مماليكهم ، ومعلوم أن عباده لايشاركون الله في الملك فكذا المماليك .

(الثالث) لو ملك العبد لزم التناقض في الاحكام، واللازم كالملزوم في البطلان بيان الملازمة : أنه لو ملك لجاز أن يملك عبداً وجاز أن يملك عبده مالا ، فجاز أن يشتري مولاه من سيده ، فيكون كل منهما عبداً سيداً معاً ، وهو تناقض .

وفيه نظر ، اذ لايلزم من جواز تملكه مطلقاً جواز تملك خاص ، فانه لايلزم من جواز تملك الحر مطلقاً جواز تملكه لابويه وأولاده .

---

١) التهذيب ٨/٢٢٤ ، الفقيه ٣/٧٤ .

٢) التهذيب ٨/٢٢٥ .

٣) سورة النحل : ٧٥ .

٤) سورة الروم : ٢٨ . وتمام الاية الكريمة « تخافونهم كخيفتكم انفسكم كذلك نفصل الايات لقوم يعقلون » .

واعلم أن بعض مخالفينا قال بجواز تملكه ، ولهم عليه أدلة أشرنا اليها في «كنز العرفان» وأجبنا عنها فليطلب هناك[1].

نعم الفتوى على القول بعدم تملكه، وهو قول العجلي والعلامة. وأما المصنف

---

١) قال في كنز العرفان ٢/ ١١١ : وقال ـ اي الشافعي ـ في القديم : يملك اذا ملكه مولاه ، وقال مالك يملك وان لم يملكه مولاه . ووجه ما قلناه أنه ليس المراد من الاية « ضرب الله مثلا عبداً مملوكاً لايقدر على شي » النحل ٧٥ نفي القدرة على الفعل ، لانه معلوم البطلان ضرورة ، فيكون المراد أنه لايملك وهو المطلوب . وأيضاً نفى عنه القدرة عموماً ، لان النكرة في النفي يعم خرج من ذلك ما أخرجه الدليل فيبقى الباقي على النفي .

ان قلت : ان النفي وان كان عاماً لكنه متعلق بعبد منكر ، وهو لايدل على العموم فلا يلزم عدم تملك العبيد كلهم .

قلت : تعليق الحكم على المشتق يدل على كون المشتق منه علة في الحكم ، كقولك « اكرم العلماء » فانه يدل على أن علة اكرامهم علمهم فيعم أينما وجد المشتق منه . وصورة النزاع كذلك ، فيعم أينما وجد الملك .

الى أن قال : احتج من قال بملكه بقوله تعالى « وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله » النور ٣٢ . وجه الدلالة أنه لو يصح تملكهم لم يصح اغناؤهم لكن صح فصح . وبما روى ان سلمان كان عبداً فأتى النبى صلى الله عليه وآله وسلم بشيء فقال هو صدقة ، فرد فأتاه ثانياً وقال هذه هدية فقبله ، فلو كان لايملك لما قبله منه .

وأجاب الشيخ عن الاول بجواز أن يريد الله ان يغنيهم الله بالعتق ، وعن الثانى بالمنع من كون سلمان مملوكاً حقيقة بل كان محكوماً عليه من غير التملك الشرعي . وان سلم جاز أن تكون الهدية باذن سيده وعلم النبى صلى الله عليه وآله وسلم ذلك فقبلها .

وفي الجواب الاول نظر ، لانه ان توجه فانما يتوجه على تقدير تزويج العبيد والاماء بالاحرار ، لانه ربما يؤدى الى عتقهم بسبب اولادهم ، وأما اذا زوجوا بأمثالهم فلا .

وأيضاً لو كان العتق غنى كان الرق فقراً ، وحينئذ كان فقر العبد متحققاً فيكون حجة لنا وكلمة « ان » وان كان محلها المحتمل لكن جاز استعمالها فى المتحقق ، مثل قوله تعالى « وان يك صادقاً يصبكم بعض الذى يعدكم » المؤمن : ٢٨ .

(الثانية) من اشترى عبداً له مال ، كان ماله للبـائع ، الا مع الشرط .

(الثالثة) يجب على البائع استبراء الامة قبل بيعها بحيضة ، ان كانت ممن تحيض ، وبخمسة وأربعين يوماً ، ان لم تحض وكانت في سن من تحيض .

وكذا يجب الاستبراء على المشترى اذا لم يستبرئها البائع .

ويسقط الاستبراء على الصغيرة واليـائسة والمستبرأة ، وأمة المرأة .

ويقبل قول العدل اذا أخبر بالاستبراء .

فقال في الشرائع انه يملك لكنه محجور عليه .

والتحقيق أن نقول: ان أريد بالملك جواز الانتفاع فلاشك أنه يملك بهذا المعنى ، لان له الانتفاع بما يخصه به سيده ، ولهذا جـاز تحليل أمته لعبده . وأيضاً يجوز تمكينه من الهدي في الحج اجماعاً. وان أريد بالملك ما ليس لغيره منعه فهو غير مالك بهذا المعنى، لان جميع مايخصه به مولاه له منعه منه. والحاصل أنه يملك ملكاً غير تام .

قوله : وامة المرأة ويقبل قول العدل اذا اخبر بالاستبراء

هذا قول الشيخ في النهاية ، واختاره العلامة ، لان الغرض من الاستبراء العلم بفراغ الرحم، ومع كونها للمرأة لاوطي في البين ظاهراً ، فيحصل الظن بالفراغ وكذا مع اخبار العدل، وتؤيده رواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام[1].

---

١) التهـذيب ٨/١٧٢ ، الكافي ٥/٤٧٣ ، الاستبصار ٣/٣٥٨ .

ولا توطأ الحامل قبلا حتى تمضى لحملها أربعة أشهر .

ولو وطئها عزل . ولو لم يعزل كره له بيع ولدها ، واستحب أن يعزل له من ميراثه قسطاً .

(الرابعة) يكره التفرقة بين الاطفال وأمهاتهم حتى يستغنوا . وحـده سبع سنين . وقيل : أن يستغنى عن الرضاع . ومنهم من حرم .

ونازع ابن ادريس في المسألتين، فأوجب فيهما الاستبراء ، لان فعل البائع لايسقط عن المشتري ما وجب عليه ، ولرواية ابـن سنان الاخرى[1]، وحملها العلامة على الكراهية .

قوله : ولاتوطأ الحامل قبلاحتى تمضى لحملها اربعة اشهر ـ الخ

هذا الكلام ليس على اطلاقه ، فان الحمل اذا كان من مولى أوزوج أومحلل له فلايجوز مطلقاً حتى تضع ولودبراً، وان كان من شبهة فكذلك للحوقه بالصحيح وكذا المجهول الحال . فلم يبق حينئذ الاتقييد ما ذكره بالزنا ، اذ هو وان لم يكن محترماً لكن هذا الحكم مشهور بين الاصحاب وليس له محمل الاعليه، فيكون هوالمراد .

نعم قال في الشرائع أربعة أشهروعشراً، وعليه الفتوى، وذلك على التحريم أما بعد المدة المذكورة قبل الوضع فهومكروه ، ولوفعل عزل ، وان لم يعزل كره بيع الولد .

قوله: ويكره التفرقة بين الاطفال وامهاتهم حتى يستغنوا، وحده سبع سنين ، وقيل ان يستغنوا عن الرضاع ، ومنهم من حرم

---

١) التهـذيب ٨/٢١٢ ، الفقيه ٣/٢٨٢ .

هنا مسألتان :

(اولاهما) لاخلاف أنه لايحرم التفرقة المذكورة بعد الاستثناء المذكور ، أما قبله ففيه قولان : أحدهما الكراهية وهوقول الشيخ في النهاية في باب العتق واختاره العجلي والمصنف والعلامة، للاصل ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم الناس مسلطون على أموالهم[1] . وثانيهما التحريم ، وهوقوله في النهاية في البيع والمفيد والقاضي وابن الجنيد . وهو الحق لقوله صلى الله عليه وآله : بيعوهما جميعاً أوأمسكوهما جميعاً[2]، لما باعوا جارية من السبي كانت أمهاتهم معهم حين نفدت نفقاتهم ، فسمع النبي « ص » أمها تبكي . والامر الدال على الامساك يقتضي تحريم ضده ، ولرواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام[3] ، ورواية سماعة عنه عليه السلام[4] أيضاً المصرحة بالتحريم . قال العجلي حد الاستغناء سبع سنين ، وقال الثلاثة مدة الرضاع[5] ، والاول اقرب .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) اذا قلنا بالتحريم كان البيع فاسداً ، قاله في المبسوط، وهوظاهر الاخبار . وهوالحق، لان النبي « ص » بعث ثمن الجارية وأتي بها[6]، فلو كان البيع صحيحاً لاقره واشترط الرضا من المشتري في الرد .

(الثانية) لو رضيت الام والولد بالتفرقة فلا تحريم ولا كراهية ، للتصريح بذلك في رواية ابن سنان .

---

١) البحار ٢/٢٧٢ .
٢) التهذيب ٧/٧٣ ، الكافي ٥/٢١٨ ، الفقيه ٣/١٢٧ .
٣) الكافي ٥/٢١٩ .
٤) الكافي ٥/٢١٨ ، التهذيب ٧/٧٣ .
٥) والمشهور مدة الرضاع في الذكر وسبع سنين في الانثى .
٦) هي رواية معاوية بن عمار السالفة آنفاً .

(الخامسة) اذا وطىء المشترى الامة ثم بان استحقاقها انتزعها المستحق .

وله عقرها نصف العشر ان كانت ثيباً والعشر ان كانت بكراً .

وقيل : يلزمه مهر أمثالها وعليه قيمة الولد يوم سقط حياً .

ويرجع بالثمن وقيمة الولد على البائع .

(الثالثة) طرد في المبسوط الحكم في أم الولد ، وابن الجنيد طرده في من يقوم مقام الام في الشفقة وأفسد البيع في السبايا وكره ذلك في غيرهم. وخص الشيخ في النهاية الحكم بالام ، وعليه الحليون .

(الرابعة) ظاهر الاصحاب أن التفرقة بعد الاستغناء مباحة ، وقيل يكره أيضاً ويقرب التفصيل وهو أنه مع التميز والاضطلاع[1] بالقيام بالضروريات لا كراهية والا فالكراهية .

(الخامسة) لا يختص المنع من التفرقة بالبيع بل يعم كل انتقال باختيار المالك اما لو ظهر استحقاق أحدهما بوجه شرعي فانتزعه المستحق فلا منع من ذلك .

قوله : وله عقرها (٢ نصف العشر ان كانت ثيباً والعشر ان كانت بكراً ، وقيل يلزمه مهر أمثالها

الاول قوله في المبسوط لانها جارية موطوءة بالشبهة وقد نقصت قيمتها بالوطي فيكون للمولى قدر النقصان ، كما يثبت ذلك في غيره من المواضع . قال في الشرائع انه مروي .

---

١) في بعض النسخ : والا صلاح بالقيام .

٢) العقر بضم العين المهملة : دية فرج المرأة اذا غصبت على نفسها ثم كثر ذلك حتى استعمل في المهر .

وفي رجوعه بالعقر قولان ، أشبههما : الرجوع .

(السادسة) يجوز ابتياع ما يسبيه الظالم وان كان للامام بعضه أو كله .

وكأنه اشارة الى رواية طلحة بن يزيد عن الصادق عليه السلام عن الباقر عليه السلام عن علي عليه السلام[1] . لكن طلحة ضعيف .

والثاني قول ابن ادريس ، ولاأعرف له وجهاً سوى الحمل على الحرة الموطوءة بالشبهة . قيل انه قياس مع وجود النص على خلافه . قلت : نمنع كون ذلك قياساً ، بل هومن اتحاد طريق المسألتين .

قوله : وفي رجوعه بالعقر قولان اشبههما الرجوع

لاخلاف في رجوعه بالثمن وقيمة الولد . وفي العقر قولان : قال ابن ادريس لارجوع لحصول العوض في مقابلته وهوالانتفاع بالبضع، وقال غيره ـ وهوالاصح ـ له الرجوع، لان البائع أباحه بغير عوض فهو حينئذ مغرور فيكون الغارضامناً .

هذا البحث كله على تقدير الجهل من المشتري، أما لو كان عالماً باستحقاقها فلارجوع له بشيء من العقر ولاالثمن مع تلفه في يد البائع والولدرق لسيدها فان كان حاصلا عن وطي اكراه كان للسيد مهرأمثالها على الواطي .

قوله : يجوز ابتياع ما يسبيه الظالم وان كان للامام بعضه أوكله

لافرق بين كون الظالم مسلماً أو كافراً، فان ذلك كله مباح للشيعة حال الغيبة سواء كان كله للامام كما اذا كان غزوالسرية بغير اذنه أوبعضه له كما في صورة

---

١) التهـذيب ٧/ ٢٨١ ، الفقيـه ٣/ ٢٦٦ . وطلحة بن زيد بترى الا أنه قال في الفهرست : عامي المذهب الا ان كتابه معتمد .

ولــو اشترى أمة سرقت من أرض الصلح ردها على البــائع واستعاد ثمنها .

فان مات ولا عقب له سعت الامة فى قيمتها على رواية مسكين السمان .

وقيل : يحفظها كاللقطة .

ولو قيل : يدفع الى الحاكم ولا تكلف السعى ، كان حسناً .

وجوب الخمس فيه فان نصفه للامام ، وذلك كالمأخوذ سرقة لامجاهرة .

قوله : ولواشترى امة سرقت من ارض الصلح ردها على البائع واستعاد ثمنها ، فان مات ولا عقب له سعت الامة فى قيمتها على روايــة مسكين السمان، وقيل يحفظها كاللقطة ، ولوقيل تدفع الى الحاكم ولاتكلف السعى كان حسنــاً .

صورة رواية مسكين عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل اشترى جارية سرقت من أرض الصلح . قال: فليردها على الذي اشتراها منه ولايقربها ان قدر عليه أو كان موسراً . قلت : جعلت فداك فانه قدمات ومات عقبه . قال فليستسعها[1] . وعمل بها الشيخ في النهاية كما صدر به المصنف المسألة ، ولاشك أنها مخالفة للاصول من وجوه :

(الاول) ردها على البائع ، وذلك غير جائز، لان غير مالك لها والرد انما هو على المالك أووارثه ، اذ الفرض أنها مملوكة لكن أموال أهل الذمة لهم .

(الثاني) انه يردها على الوارث مع عدم البائع ويأخذ الثمن منه . وهذا أيضاً مخالف للاصل ، بل يؤخذ من التركة ان وجدت .

---

١) التهذيب ٨٣/٧ .

(الثالث) انه اذا تعذر الوارث استسعيت في الثمن، وهو أيضاً باطل، لانها مال لغير من عليه الثمن فلايؤدى من كسبها المملوك لمالكها على غيره. فلذلك أفتى ابن ادريس بأنها يجب حفظها وردها على مالكها كاللقطة ولاتكلف السعي والمصنف قال تدفع الى الحاكم لجهالة مالكها، وكذا أفتى به العلامة مع أنه قال في المختلف : ان مسكين السمان لا يحضرني الان حاله وباقي رواتها لا مطعن فيهم .

وأما شيخنا الشهيد فاختار أقربية العمل بالرواية ، وأجاب عن المخالفة للاصل ، أما ردها على البائع فلانه مكلف بردها على أهلها ، اما لانه السارق أولانه ترتبت يده عليه ، وأما استسعاؤها فللجمع بين حق المشتري وحق صاحبها والاصل فيه أن مال الحربي فيء في الحقيقة ، وبالصلح صار محترماً احتراماً عرضياً ، فلايعارض ذهاب مال محترم في الحقيقة .

قلت : في كلامه نظر من وجوه :

(الاول) انه كما يكلف البائع بردها الى أربابها فكذا يكلف المشتري أيضاً، لكونها مالا حصل بيده بغير رضاً ولاعلم من مالكه فيجب عليه رده اليه .

ان قال : للبائع يد سابقة فهو مخاطب بالرد أولاً .

قلت : لاأثر لتقدم هذه اليد والا لكان الغاصب من الغاصب يجب عليه الرد على الغاصب لو تعذر المالك ، وهو باطل اجماعاً .

(الثاني) ان ذلك البائع اما أن يكون سارقاً أولاً، والاول لايجوز الرد عليه لخيانته وعدم أمانته فيجوز أن يبيعها ثانياً وهو باطل، والثاني لايجوز أيضاً لانه ليس وكيلا للمالك ولا ولياً له ، مع أنه يلزمه أن يقول بذلك في كل مبيع يظهر استحقاقه ، وهو باطل اجماعاً .

(الثالث) ان قوله في الاستسعاء انه جمع بين حق المشتري وحق مالكها

(السابعة) اذا دفع الى مأذون مالا ليشترى نسمة ويعتقها ويحج ببقية المال فاشترى أباه وتحاق مولاه ومولى الاب وورثة الامر بعد العتق والحج ، وكل يقول : اشترى بمالى ، ففى رواية ابن أشيم مضت الحجة ويرد المعتق على مواليه رقاً .

ثم أى الفريقين أقام البينة ، كان له رقاً ، وفى السند ضعف وفى الفتوى اضطراب .

ويناسب الاصل الحكم بامضاء ما فعله المأذون مالم يقم بينة تنافيه .

غلط اذ لاضرورة ماسة الى ذلك « ولاتزر وازرة وزرأخرى»[1]، اذ الفرض أن الثمن لازم لذمة البائع وان أهل الذمة يجب الدفع عنهم مع القيام بشرائط الذمة والذب عن اموالهم ، مع أنه يلزم شيخنا رحمه الله ان كل مؤمن تلف له مال أوغصب منه وتعذر الرجوع على المتلف والغاصب أنه يجوز دفع عوضه من أموال اهل الذمة . وهو باطل اجماعاً ، فاذاً الاجود ما قاله المصنف والعلامة .

قوله: اذا دفع الى مأذون مالا ليشترى نسمة ويعتقها ويحج ببقية المال فاشترى اباه وتحاق مولاه ومولى الاب وورثه الامر بعد العتق والحج وكل يقول اشترى بمالى ـ الى آخره

هذه المسألة ذكرها الشيخ في النهاية وتبعه القاضي ، وصورة الرواية أن علي بن احمد بن اشيم ـ بضم الهمزة واسكان الياء وقيل بفتح الهمزة والياء مهموزة ـ روى عن الباقر عليه السلام : سئل عن عبدلقوم مأذون له في التجارة

---

(١) سورة النجم : ٣٨ .

دفع اليه رجل ألف درهم وقال له اشتر بها نسمة وأعتقها عني وحج عني بالباقي ثم مات صاحب الالف فانطلق العبد واشترى أباه فأعتقه عن الميت ودفع اليه الباقي ليحج عن الميت، فحج عنه فبلغ ذلك موالى ابيه وموالية وورثة الميت جميعاً فاختصموا جميعاً في الالف فقالوا موالى معتق العبد انما اشتريت اباك بمالنا ، وقال الورثة انما اشتريت اباك بمالنا ، وقال موالي العبد انما اشتريت أباك بمالنا . فقال الباقر عليه السلام : أما الحجة فقد مضت بمافيها لاترد ، وأما المعتق فهورد في الرق لموالي أبيه ، وأي الفريقين بعد أقاموا البينة أنه اشترى أباه من أموالهم كان لهم رقاً[1] .

قال المصنف: والعمل بالرواية مشكل : أما أولافلضعف ابن اشيم، لنبزه بالغلو، ذكرذلك الشيخ والنجاشي. وأما ثانياً فلان الفتوى فيها اضطراب من حيث أن رد العبد الى مولاه رقاً مع حصول الشراء منه وعدم البينة بالمنافي لا وجه له، وكذا الحكم بمضي الحجة لتفرع صحتها على صحة العتق والاستيجاز المنافيين لرد العبد رقاً .

ووجه الشهيد رد العبد الى مولاه بأنه مال تصادمت الدعاوي المتكافئة فيه فيرجع الى أصالة بقاء الملك على مالكه . قال: ولايعارضه فتواهم بتقديم دعوى الصحة على الفساد ، لان دعوى الصحة هنا مشتركة بين متقابلين متكافئين فتساقطا .

اذا عرفت هذا اختلف المتأخرون في المسألة ، فقال ابن ادريس القول قول سيد المأذون ، لان الاصل أن جميع مابيد عبده له وقول عبده غير نافذ في حقه ، فالعتق باطل . واختاره المصنف في الشرائع والعلامة في كتبه ، وحمل الرواية على انكار أصل البيع .

---

١) التهذيب ٧/ ٢٣٤ .

(الثامنة) اذا اشترى عبداً فدفع البائع اليه عبدين ليختار أحدهما فأبق واحد ، قيل : يرتجع نصف الثمن .

ثم ان وجده تخير ، والا كان الاخر بينهما

وفيه نظر، لانه ينافي منطوقها من وقوع العقد وادعاء فساده . وقال المصنف هنا يمضي قول المأذون في الشراء والعتق ، لان قوله مقبول ، ولصحة تصرف العاقل .

وفي القولين نظر: أما الاول فلانه ليس على اطلاقه، بل اذا لم يسلم المولى الاذن في تولي مال الغير، أما مع حصول تسليم الاذن في ذلك فلا. وأما الثاني فلان قول المأذون ليس مقبولا مطلقاً ، بل فيما يتعلق بالتجارة من كيل أو وزن أووقوع عقد أوعدمه . أما في اخراج مابيده عن ملك سيده فلا ، بل يدالعبد يد سيده واقراره عليه غيرمقبول الامع تصديقه عتقاً كان أوغيره ، وحينئذ فالتحقيق أن المولى ان سلم الاذن في تولي مال الغير فالقول قول المأذون لكونه أميناً مأذوناً له في التوكل ، وان لم يسلم ذلك فالقول قوله والمال له .

هذا كله مع عدم البينة لاحد المتنازعين، أما مع حصول البينة : فأما الواحد فالحكم له ، وأما لكل واحد فقال العلامة في القواعد ان رجحنا بينة ذى اليد فالحكم كالاول ـ أي يقضى به لسيد المأذون ـ ولم نرجح صاحب اليد فالاقرب ترجيح بينة الدافع عملا بمقتضى صحة البيع ، مع احتمال تقديم بينة مولى الاب لادعائه ما ينافي الاصل وهو الفساد، فتكون بينته واقفة على مالم يقف عليه باقي البينات من ثبوت الفساد ، فترجح لذلك .

قوله: اذا اشترى عبداً فدفع البائع اليه عبدين ليختار أحدهما فأبق واحد قيل يرتجع نصف الثمن ثم ان وجده تخير والا كان الاخر بينهما

نصفين ، وفى الرواية ضعف .

ويناسب الاصل أن يضمن الابق ويطالب بما أبتاعه .

نصفين ، وفـى الرواية ضعف ، ويناسب الاصل أن يضمن الابق ويطالب بما ابتاعه .

ذكر الشيخ في النهاية المسألة وتبعه القاضي وأفتيا بماحكاه المصنف اعتماداً على رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام[1] المتضمنة لذلك، ومنع ذلك ابن ادريس : أما أولا فلانها خبرواحد ، وأما ثانياً فلمنافاتها أصول المذهب لانه مبيع مجهول، وأما ثالثاً فلان ارتجاع نصف الثمن لاوجه له لان المبيع ان كان هوالابق فهوبكماله للمشتري والا فهوللبائع فكيف يكون الباقي بينهما نصفين قال : وانما أورد ذلك شيخنا ايراداً ورجع عنه في كتاب السلم من الخلاف .

وأما المصنف فحكم بضعف الرواية ، لان في طريقها ابن ابى حبيب وفيه كلام ولاضطرار فيها كما قاله ابن ادريس ، وحكم بضمان التالف، لانه مقبوض بالسوم ، وكذا حكم بضمانه على المشتري الاأنه قيد الضمان بكونه مورد العقد ولولم يكن المعقود عليه فلاضمان .

وحقق الشهيد وغيره موضوع المسألة بأنه اشترى عبداً موصوفاً في الذمة فدفع اليه البائع عبدين ليختار أحدهما بناء على تساويهما في القيمة ومطابقتهما في الوصف وانحصار حقه فيهما ، وعدم ضمان المشتري هنـا لانه لايزيد على المبيع المعين الهالك في مدة الخيار ، فانه من ضمان البائع .

وقال بعض الفضلاء : التحقيق هنا أن نقول : ان الشيخ لم يحكم بجواز بيع عبدغيرمعين من عبدين ولا الرواية تدل عليه، بل بجواز عبد موصوف كما قلناه ، وتخيير البائع فـي أخذ أحد العبدين لايستلزم أن يكون واقعاً في نفس

---

١) الكافى ٥/٢١٧ ، التهذيب ٧/٨٢ .

العقد ، وكذا انحصار حق المشتري فيهما ليس من العقد بل من رضا المشتري بأحدهما بعد العقد . وكما أنه اذا رضي بأحدهما بعينه ينحصر حقه فيه فكذلك اذا رضي بأحدهما لابعينه ، وكذلك يصير العبدان مشتركين بينهما ، فيجب أن يرد البائع نصف الثمن على المشتري ويكون العبد الموجود بينهما نصفين ، وكذا الابق .

هذا اذا أبق قبل الاختيار ، وأما اذا أبق بعد الاختيار ، فان كان اختياره للابق فهو من ضمانه والموجود للبائع ، وان كان اختياره للموجود فهو له وعليه اليمين ان ادعاه البائع . وحينئذ لايلزمه الابق الامع التعدي أو التفريط .

وقول المصنف بضمانه مطلقاً ممنوع لعدم الدليل ، وكذا قوله يطالب بمنا ابتاعه ، فانه انما يطالب قبل رضاه بأحدهما لامع رضاه كما قلنا .

قلت : وعندي في قوله « فكذلك اذارضي بأحدهما لابعينه وكذلك يصير العبدان مشتركين بينهما » نظر :

أماأولا : فلان انحصارحق المشتري فيهما لانسلم أنه منوط برضاه بل بحصر البائع حقه فيهما ، اذالغرض أن كلا منهما موصوف بما وقع عليه العقد والواجب على البائع دفع ما وقع عليه العقد .

وأما ثانياً : فلانا لانسلم أنه اذا رضي بأحدهما بعينه وانحصر حقه فيه أنه يلزم مثله لواختار أحدهما لابعينه : أما اولا فلانه لادلالة عليه في الرواية ولافي كلام البائع ، وأما ثانياً فلان ذلك يستلزم الشركة المقتضية للتعيب والضرر الممنوعين شرعاً الابرضاالبائع ، وأما ثالثاً فلانه خلاف موضوع المسألة ، وهو أنه باعه عبداً موصوفاً في الذمة بقيد الافراد الاتل الى التشخص الخارجي ، لا أنه باعه عبداً مشتركاً في عبدين .

وحينئذ نقول : التحقيق هنا أنه اذاباعه شيئاً موصوفاً في الذمة ولم يتشخص

ولو ابتاع عبداً من عبدين لم يصب، وحكى الشيخ في الخلاف: الجواز.

تخير البائع في دفع أي جزئيات الكلي الواقع عليه البيع بصفات ما وقع عليه البيع، فاذا دفع ذلك لم يكن للمشتري الابدال الامع عيب أواختلاف صفة لابدونهما، سواء رضي أولا، بل الخيار للبائع، فلولم يعين البائع بل دفع اليه شخصين من ذلك الكلي لتخيير أحدهما فلايتعين المبيع الابتعيين المشتري لاحدهما، فاذا قبضهما لتخيير أحدهما فان اختار أحدهما لزم وان تلف أحدهما قبل الاختيار كان مضموناً عليه، لكن لابمعنى أنه المبيع بل لقبضه بالسوم، ولا يلزم المشتري رده والمطالبة ببدله وان كان بالصفات وكان للبائع أن يبيعه وليس للمشتري الخيار، ولو كان ناقصاً صفة من الصفات جاز للمشتري رده ووجب على البائع ابداله.

اذا تقرر هذا فنقول: اذا اشترى عبداً موصوفاً على الوجه المذكور فدفع اليه عبدين ليختار أحدهما، فاما أن يكونا بالصفة أو لايكونا بالصفة أويكون أحدهما بالصفة دون الاخر، ففي الاول الحكم كما قلناه، وفي الثاني يضمن التالف بقيمته ويطالب بحقه، وفي الثالث لم يلزمه اختيار التالف بل يضمن قيمته ويرد الباقي ان كان بخلاف الصفة ويطالب بحقه. ولا فسخ له، لان المبيع غير معين، وان كان الباقي بالصفة ضمن التالف بقيمته وله أن يختاره لكنه يكون تبرعاً منه، وللبائع حينئذ الزامه بالباقي لكونه بالصفة التي لزمته بالعقد.

وبهذا التحقيق يظهر لك عدم الفرق بين العبيد وغيرها كالثياب، أو كون المدفوع للخيار اثنين أواكثر وحصول التلف بالاباق وغيره.

قوله: ولوابتاع عبداً من عبدين لم يصح، وحكى الشيخ في الخلاف الجواز.

(التاسعة) اذا وطىء أحد الشركين الامة سقط عنه من الحد ما قابل نصيبه وحد بالباقي مع انتفاء الشبهة .

ثم ان حملت قومت عليه حصص الشركاء .

وقيل : تقوم بمجرد الوطء وينعقد الولد حراً .

وعلى الواطىء قيمة حصص الشركاء منه عند الولادة .

انما لم يصح ذلك لانه مجهول ، وبه قال الشيخ في الخلاف في باب السلم وحكى في موضع آخر منه جوازه .

قيل انه استخراج من الرواية المذكورة. وليس بشيء ، لانه ليست صريحة فيه .

قال العلامة : ويمكن القول بجواز ذلك اذا كانا متساويين من كل وجه ، فانه لااستبعاد في بيع أحدهما لابعينه ، كما لوباعه قفيزاً من الصبرة .

قلت : الاستبعاد في وقوع هذا الفرض لافي البيع على تقدير وقوع الفرض فانه جائز على الثاني .

قوله : وقيل تقوم بمجرد الوطى

قاله الشيخ في النهاية[1] استناداً الى رواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام[2] ومضمونها أن عليه اكثر الامرين من قيمتها يوم التقويم وثمنها الاصلي .

وقال ابن ادريس: الصحيح أنه لايلزم مع عدم الحبل الابعض الحد وبعض أرش البكارة ان كانت بكراً والا فلاارش ولامهر الأن تكون مكرهة فيلزمه قدر

---

١) النهاية : ٤١٠ .

٢) التهذيب ٧/٧٢ ، الكافي ٥/٢١٧ .

(العاشرة) المملوكان المأذون لهما في التجارة اذا ابتاع كل منهما صاحبه حكم للسابق :

ولو اشتبه مسحت الطريق وحكم للاقرب .

فان اتفقا بطل العقدان . وفي رواية يقرع بينهما .

حصص الشركاء منه ومع الاحبال يلزمه حصتهم يوم جني عليها .

واختاره المصنف عملا بأصالة البراءة ، وبأن التقويم على خلاف الاصل ترك العمل به في صورة الاحبال فبقي معمولا به في غيرها . نعم لو كانت بكراً لزمه الارش ، وهو مابين القيمتين .

وقال العلامة ـ ونعم ما قال ـ يلزمه أعلى القيم من حين الاحبال الي حين التقويم، وقيمة الولد يوم سقوطه حياً ان لم تقوم عليه حبلى، والمهر مع الاكراه ولا يدخل فيه أرش البكارة بل يلزم الامران ، ثم انه يسقط من ذلك كله قدر نصيب الواطي. ولو أراد بعض الشركاء أخذها بقيمتها فله ذلك الامع الاحبال، فانه صارت أم ولد .

قوله: المملوكان المأذون لهما في التجارة اذا ابتاع كل منهما صاحبه حكم للسابق ، ولو اشتبه مسحت الطريق وحكم للاقرب ، فان اتفقا بطل العقدان ، وفي رواية يقرع بينهما

كون الحكم للسابق ومع الاشتباه بمسح الطريق رواه ابوخديجة عن الصادق عليه السلام[1] وأما رواية القرعة بينهما[2] فهي مرسلة ذكرها الشيخ في التهذيب وعمل بها في النهاية والاستبصار على تقدير اتفاق العقدين .

---

١) التهذيب ٧/ ٧٢ ، الاستبصار ٣/ ٨٢ ، الكافي ٥/ ٢١٨ وفيه « ابوسلمة » بدل « ابي خديجة » .

٢) الكافي ٥/ ٢١٨ ، التهذيب ٧/ ٧٣ ، الوسائل ١٣/ ٤٦ .

وأما المصنف وابن ادريس فحكما ببطلان العقدين على تقدير اتفاقهما ، اذ القرعة فيما تستعمل فيما يمكن وقوعه صحيحاً، وعلى تقدير اقترانهما لايمكن صحتهما والا لتناقضا ، ولاصحة أحدهما والا لزم الترجيح من غير مرجح ، فلم يبق الابطلانهما .

وأجاب المصنف عن هذا في النكت لجواز ترجيح أحدهما في نظر الشرع فيقرع .

قال الشهيد : وهذا يشكل بأن التكليف منوط بأسبابه الظاهرة والا لزم التكليف بالمحال، وليس كالقرعة في العبيد ، لان الوصية بالعتق بل نفس العتق قابل للابهام ، بخلاف البيع وسائر المعاوضات[1].

وقال العلامة في المختلف : التحقيق أن نقول : ان اشتبه السبق أو السابق حكم بالقرعة ، وان علم الاقتران ـ بأن قد اشترى كل واحد منهم لنفسه وقلنا انه يملك ـ بطل العقدان ، وان قلنا انه لايملك وان كلا منهما اشتراه لمولاه فان كانا وكيلين صح العقدان وكان كل واحد منهما عبداً لمولى الاخر ، وان كانا مأذونين فالاقرب ايقاف العقدين على الاجازة، فان اجاز المولیان صح العقدان وانتقل كل واحد منهما الى مولى الاخر ، لان كل واحد منهما قد بطل اذنه ببيع مولاه له ، فاذا اشترى الاخر لمولاه كان كالفضولي، وان فسخه المولیان بطلا[2] .

أقول : تظهر من كلامه رحمه الله فوائد في بعضها نظر :

(الاولى) ان السابق بالعقد يصح عقده وان المسبوق يبطل عقده .

وفيه نظر ، لانه لانسلم أن المسبوق يبطل عقده مطلقاً ، بل اذا اشترى كل

---

١) قاله الشهيد في الدروس :

٢) المختلف ٢/٢٠٥ .

منهما لنفسه وقلنا العبد لايملك ، اما اذا اشتريا للموليين فان عقدالسابق يصح مطلقاً وعقد المسبوق يكون موقوفاً على اجازة مولاه كما حكم به في الاقتران وكذا نقول اذا اشترى أحدهما لنفسه والاخر لمولاه وقلنا العبد لايملك ، فان السابق اذا اشترى لنفسه يبطل عقده والمسبوق اذا اشترى لمولاه يصح عقده .

(الثانية) حكمه أن مع اشتباه السبق أوالسابق يحكم بالقرعة يستلزم طرح رواية المساحة بالكلية .

وفيه نظر ، لانها مع دلالتها على السبق لاوجه للقرعة ، كما اذا كان طريق أسرعهما عدواً أقصر أومساوياً أوتساويا عدواً وتفاوتا طريقاً ، فانه يتعين العمل بها ، وأما مع عدم دلالتها ـ بأن يكون طريق أسرعهما عدواً أطول وطريق ابطأهما أقصر ـ فلاشك أن العمل بالقرعة أولى هنا .

(الثالثة) فرقه بين كونهما وكيلين أومأذونين وان الثاني يتوقف على الاجازة دون الاول . مشكل فان الاقتران ان اقتضى بطلان الاذن فليقتض بطلان الوكالة وان لم يقتض لم يقتض بطلان الوكالة .

ويمكن أن يجاب عن هذا بأن العادة جارية باختصاص الاذن بالمملوك ، أما الوكالة فلالجوازها لعبد غيره .

(الرابع) انه لم يذكر حكم مالو كان أحدهما وكيلا والاخر مأذوناً ، فنقول حكمه على ما ذكر صحة شراء الوكيل مطلقاً ، وأما المأذن فان تقدم شراؤه للاخر على شراء الاخر له صح والا بطل .

وفيه نظر ، بل يكون موقوفاً على الاجازة كما قلناه .

الفصل الثامن

(في السلف)

وهو ابتياع مضمون الى أجل بمال حاضر أو في حكمه .

قوله : وهوابتياع مضمون الى أجل بمال حاضراوفي حكمه

الابتياع كالجنس، وبقوله « مضمون » يخرج ابتياع عين حاضرة ، ومراده ابتياع شيء مضمون ، حذف الموصوف وأقام الصفة مكانه، وهومجرور باضافة ابتياع اليه . وكان ينبغي أن يقول « مضمون في الذمة » ، اذكل مبيع مضمون على بائعه حتى يسلمه .

وقوله « الى أجل » يخرج بيع الموصوف في الذمة حالا ، فانه لايسمى سلفاً .

وقوله «بمال حاضر» يخرج بيع الكالي بالكالي .

وقوله « أوفي حكمه » ليشتمل المنفعة لوجعلت ثمناً فانها ليست حاضرة وقت العقد ، وكذا يشتمل مالا غائباً عن المجلس ثم أحضر وقبض ، وكذا ما كان ديناً على البائع على خلاف فيه . ولم يقيد المبيع والثمن بالمعلومية اعتماداً على ما سبق في عقد البيع .

نعم يرد عليه ذكر معلومية الاجل، وكذا يرد أنه جعله صفة للمشتري ، ولو قال « وهوعقد على مضمون في الذمة موصوف بمال معلوم مقبوض في المجلس الى أجل معلوم » كان أجود .

ويسمى هذا العقد سلفاً وسلماً وعينة[1] ، وهومشروع بالنص والاجماع .

وهنا فوائد :

(الاولى) ايجاب هـذا العقد يصدر من كل من المتعاقدين ويقبل الاخر ، فايجاب المسلم « أسلمت اليك » و« أسلفتك كذا في كذا » وايجاب المسلم اليه اما لفظ « البيع » أو « التمليك » كما تقدم أو « استسلفت » أو« استسلمت فيك في كذا » ، فيقول الاخر « قبلت » وشبهه [مثل رضيت] .

(الثانية) لوعري عن ذكر الاجل قال الشيخ في النهاية يبطل ، محتجاً برواية ابن عباس عنه صلى الله عليه وآله : من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم[2] .

وأجيب بالقول بموجبه ، ولا يلزم من بطلان السلم بطلان مطلق البيع ، فيصح حينئذ بيعاً لاسلماً . وقال في الخلاف : يصح ويلزم التسليم حالا ويكون

---

١) في القاموس : عين التاجر اى باع سلعة بثمن الى اجل ثم اشتراها منه بأقل من ذلك الثمن .

وفي مجمع البحرين : العينة بالكسر السلعة وقد جاء ذكرها في الحديث ، واختلف في تفسيرها ، فقال ابن ادريس في السرائر : معناها في الشريعة هو أن يشترى سلعة بثمن مؤجل ثم يبيعها بدون ذلك الثمن نقداً ليقضي ديناً عليه لمن حل له عليه ، ويكون الدين الثاني وهو العينية من صاحب الدين الاول مأخوذ من ذلك العين وهو النقد الحاضر .

وفي المصباح : العينة بالكسر ، وفسرها الفقهاء بأن يبيع الرجل متاعه الى اجل ثم يشتريه في المجلس بثمن حال ليسلم به من الربا ، وقيل لهذا البيع عينة لان مشترى السلعة الى اجل يأخذ بدلها عيناً أي نقداً حاضراً .

٢) سنن الترمذى ٦٠٢/٣ ، شرح الكرماني للبخـارى ٨٥/١٠ ، سنن ابن ماجة ٧٦٥/٢ .

بيعاً مطلقاً[1]. واختاره ابن ادريس والعلامة، وعليه الفتوى لاصالة الصحة ولرواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام[2].

(الثالثة) لاحد للاجل قلة وكثرة بل ما تراضيا عليه مع معلوميته. وقال ابن الجنيد لايجوز أقل من ثلاثة أيام ولاثلاثة سنين فصاعداً، فأقله عنده يومان وأكثره سنتان ان قيد بالسنين، ويجوز عنده سنتين وأشهراً. والاجماع والروايات على خلافه.

(الرابعة) قال الشيخ لو جعل محله في يوم كذا أوفي شهر كذا أوفي سنة كذا جاز ولزمه بدخول اليوم والشهر والسنة.

قال العلامة: فيه نظر، من حيث أنه جعل الاجل مدة الشهر أومدة السنة ولم يعينا جزءاً مضبوطاً، فكان البطلان أقرب.

وفي نظره نظر، اذ قول الشيخ لايخلومن قوة، فانه فسرمزاده بالاجل بقوله «ولزمه بدخول اليوم»، الا أن يكون قصدهما ما ذكره العلامة فيبطل.

(الخامسة) قال في الخلاف: من شرائطه ذكر موضع التسليم، وقال في المبسوط لايجب الا اذا كان لحمله مؤنة، وتبعه ابن حمزة وقال الحسن وفي النهاية ليس بشرط، واختاره العجلي وادعى عليه الاجماع ونسب قوله في الخلاف الى الشافعي وانه لم يقل به أحد منا ولاورد به حديث.

والحق التفصيل، وهو أنه ان وقع العقد في موضع قصدهما مفارقته كبرية

---

١) قال في الخلاف: السلم لايكون الا مؤجلا ولا يصح ان يكون حالا قصر الاجل ام طال ـ انتهى. وليس فيه ما نقله الشارح عنه.

وقال العلامة في المختلف بعد نقل هذا القول عن الخلاف: والتحقيق أن نقول ان قصد السلم وجب الاجل، اما لو قصد الحال مثل ان يقول «اسلمت اليك هذا الدينار في هذا الكتاب او في قفيز حنطة» فالاقرب الصحة وينعقد بيعاً لا سلماً.

٢) اخرجه الفقيه، انظر روضة المتقين ٧/٢٢٨، الوسائل ١٣/٧٥.

والنظر فى شروطه وأحكامه ولواحقه .

الاولى ـ الشروط . وهى خمسة : ـ

(الاول) ذكر الجنس والوصف .

فلا يصح فيما لايضبطه الوصف كاللحم والخبز والجلود .

ويجوز فى الامتعة والحيوان والحبوب وكل مايمكن ضبطه .

(الثانى) قبض رأس المال قبل التفرق ، ولو قبض بعض الثمن ثم افترقا صح فى المقبوض .

أوبلد غربة فلابد من ذكره ، والابطل لعدم أولوية بعض الامكنة دون بعض ، ولادائه الى النزاع لولم يذكر ، لانه ربما يؤدي الى مؤنة حمل أوخوف في الطريق .

قوله : وكل ما يمكن ضبطه

يريد به من الامتعة لامطلقاً ، فانه لايجوز في النقدين وان ضبطا، ولهذا يجوز اسلاف الاعراض بعضها في بعض واسلاف الاعراض في النقود وبالعكس ، ولايجوز النقد في مثله .

ومنع الحسن من اسلاف غير النقدين ، وكذا منع ابن الجنيد من عرض في عرض اذا كانا مكيلين أوموزونين أومعدودين كالسمن في الزيت، ومنع أيضاً من اسلاف الجارية . والكل ضعيف .

قوله : الثانى قبض رأس المال قبل التفرق١)

---

١) قال فى الخلاف : من شرط صحة السلم قبض راس المال قبل التفرق . وقال : دليلنا انا اجمعنا على انه من قبض الثمن صح العقد ولم يدل دليل على صحته قبل قبض الثمن فوجب اعتبار ما قلناه .

ولو كان الثمن ديناً على البائع صح على الاشبه لكنه يكره .

(الثالث) تقدير المبيع بالكيل أو الوزن ، ولا يكفى العدد ولو كان مما يعد، ولا يصح فى القصب أطناناً ولا فى الحطب حزماً ولا فى الماء قرباً .

وكذا يشترط التقدير فى الثمن ،وقيل : تكفى المشاهدة .

هذا هو المشهور بين الاصحاب، وقال ابن الجنيد لا اختار تأخر قبضه اكثر من ثلاثة أيام . وهذا يدل على أنه يجوز تأخيره .

وتوقف صاحب البشرى، ولعله لعدم نص صريح يدل عليه، مع أن الاصل عدم الوجوب ، والعمل على المشهور .

قوله : ولو كان الثمن ديناً على البائع صح على الاشبه لكنه يكره

الصحة قول الشيخ ، لانه كالمقبوض ، ومنعه ابن ادريس محتجاً بأنه بيع دين بدين . وهو غير صواب ، لان المبيع انما يصير ديناً بعد البيع لا قبله . نعم يكره لانه يشبه بيع الدين بالدين .

قوله : وقيل تكفى المشاهدة

الثمن اما أن يكون من شأنه الاعتبار بكيل أو وزن أو غير ذلك عرفاً أولا ، والثاني لا خلاف في الاكتفاء بالمشاهدة فيه ، وأما الاول ففيه خلاف ، والقائل هو المرتضى محتجاً بقوله صلى الله عليه وآله وسلم في رواية ابن عباس عنه : من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم[1] . ولم يذكر تقدير الثمن . فلو كان شرطاً لذكره كما ذكر غيره .

---

١) سنن الترمذى ٦٠٢/٣ ، سنن ابن ماجة ٧٦٥/٢ ، شرح الكرمانى لصحيح البخارى ٨٥/١٠ .

(الرابع) تعيين الاجل بما يرفع احتمال الزيادة والنقصان .

(الخامس) أن يكون وجوده غالباً وقت حلـوله ، ولوكان معدوماً وقت العقد .

(الثانى) فى أحكامه . وهى خمسة مسائل :

الاولى ـ لايجوز بيع السلم قبل حلوله ويجوز بعده وان لم يقبضه، على كراهية فى الطعام على من هو عليه وعلى غيره .

وأجيب بأنه « ص » نهى عن الغرر قبل ذلك ، ولاشك أن عـدم تقدير الثمن غرر .

وتوقف العلامة في الاكتفاء بها في المذروع، وقطع الشيخ باشتراط ذرعه وفيه نظرمن حيث عدم الاشتراط في بيعه وكذا هنا .

قوله : لايجوز بيع السلم قبل حلوله ويجوز بعده وان لم يقبضه على كراهية فى الطعام على من هوعليه وعلى غيره

نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عـن بيع السلم قبـل حلوله ، والمراد بيع المسلم فيه ، سماه سلماً تسمية الشيء بالمصدر . وانعقد الاجماع على ذلك .

وأما بعد حلوله : فأما مع قبضه فيصح اجماعاً ، وأما مع عدم قبضه فيصح على من هوعليه اجماعاً ، وأما على غيره ففيه خلاف: قال الشيخ يصح ، ومنعه ابن ادريس محتجاً بأنه مجهول لانـه ليس بحاضر ولا يعرفه البائع حتى يبيعه بالوصف .

وهذا كلام في غاية السقوط، لان المشتري لابدأن يكون قداشتراه بالوصف والا لماصح بيعه، وحينئذ يبيعه بذلك الوصف، وهو المطلوب. وقد تقدم البحث

وكذا يجوز بيع بعضه وتولية بعضه . وكذا بيع الدين .

فان باعه بما هو حاضر صح . وكذا ان باعه بمضمون حال .

ولو شرط تأجيل الثمن قيل : يحرم ، لانه بيع دين بدين .

وقيل يكره ، وهو الاشبه .

أما لو باع ديناً في ذمة زيد ، بدين المشترى فى ذمة عمرو فلا يجوز لانه بيع دين بدين .

الثانية ــ اذا دفع دون الصفة وبرضى المسلم صح .

في بيع مالم يقبض فلاوجه لاعادته .

قوله : وكذا بيع الدين ، فان باعه بما هوحاضر صح وكذا ان باعه بمضمون حال ، ولوشرط تأجيل الثمن قيل يحرم لانه بيع دين بدين ، وقيل يكره وهو الاشبه

المشهورأن الدين المؤجل لايجوز بيعه قبل حلوله مطلقاً . قال ابن ادريس لاخلاف في تحريم بيعه على من هوعليه ويلزمه بطريق التنبيه تحريم بيعه على غيره بطريق الاولى .

وجوز العلامة بيعه على من هوعليه فيباع بالحال لابالمؤجل .

أما الدين الحال فيجوز بيعه بالعين الحاضرة وكذا بالدين الحال ، وهو الذي أشارااليه المصنف بقوله «بمضمون حال» ، أمابيعه بالمؤجل ففيه القولان المشارااليهما ، والاول قول ابن ادريس وهو التحريم ، والثاني قول الشيخ واختاره المصنف ، لاصالة الصحة وضعف حجة ابن ادريس كما مثله في بيع الدين بالدين . نعم يكره ذلك لشبهه ببيع الدين بالدين .

ولو دفع بالصفة وجب القبول، وكذا لو دفع فوق الصفة، ولا كذا لو دفع أكثر.

الثالثة ـ اذا تعذر عند الحلول أو انقطع فطالب، كان مخيراً بين الفسخ والصبر.

قوله : ولاكذا لودفع اكثر

الفرق بين وجوب قبول الاجود وعدم وجوب قبول الاكثر أن الزيادة العينية تحتاج في تملكها الى عقد غير العقد الواقع على الناقص ولايجب قبوله، ولانه اما بعوض أوبغير عوض، والاول معاوضة جديدة وليس البحث فيها، والثاني يكون هبة فيحتاج الى عقد الهبة، فان فعل فهو تملك بعقد ولايجب قبوله أيضاً ولاشتماله على المنة وان لم يفعل كان اباحة ولايجب قبولها أيضاً، ولاشتمالها على المنة.

وأما الزيادة في الصفة فلايحتاج الى عقد، بل هى تابعة للعقد الاول والمدفوع جزء من جزئيات ماوقع عليه العقد اذا لم يشتمل على نقص يجب قبولها بدفع البائع فمن ثم وقع الفرق.

قوله : اذا تعذر عند الحلول اوانقطع فطالب كان مخيراً بين الفسخ والصبر.

هذا قول الشيخ معتمداً على روايتى عبدالله بن سنان في الحسن عن الصادق عليه السلام[1] وعبدالله بن بكير في الصحيح عنه عليه السلام أيضاً[2].

نعم لاينفسخ العقد بمجرد التعذر، لاصالة بقائه على ماكان ولان تناول التسليم

---

١) الكافي ٥/١٨٥، التهذيب ٧/٢٨، الوسائل ١٣/٦٨.

٢) التهذيب ٧/٣١، الاستبصار ٣/٧٤، الوسائل ١٣/٧٢.

هذه السنة لقضية الاجل وانما مورد العقد ما في الذمة، وانما حصل الخيار لمكان التعذر حذراً من الضرر المنفي بالحديث .

وقال ابن ادريس لاخيار، محتجاً بأن العقد ثابت ففسخه يحتاج الى دليل وبقوله تعالى « أوفوا بالعقود »[1].

والجواب قد بينا ذلك .

وهنا فوائد :

(الاولى) الخيار هنا ليس على الفور، لان تأخيره انتظار وتأجيل، والاجل لا يلحق بعد العقد، بخلاف خيار الغبن كما تقدم . نعم لو صرح بالامهال يبطل خياره؟ نظير من تجدد حقه حالا فحالا فهو كخيار المولى منها ولانها كتأخير الدين المؤجل ، ومن أن الامهال أحد قسمي ما خير فيه وقد ارتضاه، فيلزم اما لو صرح بابطال خياره فانه يبطل بطريق الاولى .

(الثانية) لو مات المسلم اليه قبل وجود المسلم فيه كان الخيار ثابتاً لحلول الدين بموت من عليه .

(الثالثة) انه مع الفسخ يرجع الى الثمن الذي وقع عليه العقد لاغيره من القيمة الزائدة فيما بعده .

(الرابعة) لو علم الانقطاع قبل الاجل هل له الخيار والحالة هذه أم لا ؟ وجهان : من العلم لحصول العلة الموجبة للتخيير فيثبت، ومن عدم استحقاق المطالبة حينئذ .

(الخامسة) لو كان يوجد في بلد آخر لم يجب نقله لا مع المشقة ولا مع عدمها اذا كان قد عين البلد والا وجب .

(السادسة) لو عاوض المستحق لمن هو عليه عن حقه بعد انقطاعه جاز بغير

---

١) سورة المائدة : ١ .

الرابعة ـ اذا دفع من غير الجنس ورضى الغريم ولم يساعره ، احتسب بقيمة يوم الاقباض .

الخامسة ـ عقد السلف قابل لاشتراط ما هو معلوم .

فلا يبطل باشتراط بيع ، أو هبة ، أو عمل محلل، أو صنعة .

ولو أسلف في غنم وشرط أصواف نعجات بعينها قيل: يصح . والاشبه : المنع ، للجهالة .

الجنس مطلقاً، أما بالجنس فمع التساوي يجوز، ومع عدمه خلاف منعه الشيخ محتجاً بالروايات، وجوزه المفيد والحليون للاصل وعدم ما يدل على المنع اذ المبيع هو السلعة الثابتة في ذمة البائع لا الثمن ، فلا يكون رباً . وتؤيده رواية ابن ابى عمير عن الصادق عليه السلام مرسلا[1] ، وحملوا الاول على الكراهية .

(السابعة) لو تعذر البعض قبض الموجود وتخير في الباقي وطالب بحصته من الثمن لو فسخ ، وهل للمسلم اليه حينئذ خيار ؟ يحتمل ذلك لتبعض الصفقة عليه ، أما لو كان التعذر بتفريطه فلا خيار له .

قوله: ولو اسلف في غنم وشرط أصواف نعجات بعينها قيل يصح والاشبه المنع للجهالة

القائل بالصحة الشيخ، ويكون الصوف شرطاً لا معقوداً عليه ، فان المعقود عليه لا يكون الا ديناً. ولو كان جزء من المبيع جاز أيضاً وتكفي مشاهدته ويكون العقد مشتملا على بيع وسلف ان شرط الاجل في الجزء الاخر .

وابن ادريس منع ذلك، واختاره المصنف وعلله بالجهالة لكون الصوف

---

١) الكافي ٥/١٨٥ ، التهذيب ٧/٣٠ ، الوسائل ١٣/٦٩ ، الاستبصار ٣/٧٥ .

ولو شرط ثوباً من غـزل امرأة معينة أوغلة من قراح بعينه لم يضمن .

النظر الثالث : في لو احقه وهي قسمان :

(الاول) في دين المملوك ، وليس له ذلك الا مع الاذن ، ولو بادر لزم ذمته يتبع به اذا أعتق ولا يلزم المولى .

ولو أذن له المولى لزمه دون المملوك ان استبقاه أو باعه .

ولو أعتقه فروايتـان : احداهما يسعى في الدين ، والاخرى لايسقط عن ذمة المولى وهو الاشهر .

مجهولا ، وقد تقدم بطلان قولهما .

قوله : ولوشرط ثوباً من غزل امرأة معينة أوغلة مـن قراح[1] بعينه لم يضمن

من شرائط صحة عقدالسلم استناد المسلم فيه الى مالايحيل عادة، فلو استنده الى قراح بعينه أوبستان بعينه أوقرية قليلة الزرع بطل العقد . ولا كذا لو استنده الى رستاق كبير ، فانه يصح .

وقول المصنف «لم يضمن» يدل على أنه صحيح لكنه غيرلازم للمسلم اليه وليس بشيء ، بل الاجود ما ذكرناه .

قوله: ولواعتقه فروايتان احداهما يسعى في الدين والاخرى لايسقط عن ذمة المولى ، وهوالاشهر

أمارواية السعي فعن عجلان عن الصادق عليه السلام[2] ومثلهارواية الاكفاني

---

١) القراح : المزرعة التي ليس فيها بناء ولا شجر، والجمع اقرحة .

٢) التهذيب ٢٤٨/٨ .

عنه عليه السلام[1] أيضاً . وعمل على ذلك الشيخ في النهاية[2].

وأمارواية لزوم المولى فلم نقف عليها بخصوصها، لكنه فتوى الشيخ في الاستبصار[3] ، واختاره ابن حمزة وابن ادريس. نعم روى ابوبصيرعن الباقر عليه السلام قال : قلت له : الرجل يأذن لمملوكه في التجارة فيصيرعليه دين . قال : ان كان أذن له أن يستدين فالدين على مولاه ، وان لم يكن أذن له أن يستدين فلاشيء علىالمولى ويستسعى العبد فيالدين[4] فانكان اشارة المصنف الى هذه ففيه نظر ، لانه تقرر في الاصول تخصيص المطلق بالمقيد اذا تعارضا ويعمل بالمقيد ، فوجب حمل رواية ابى بصير على ما عدا العتق .

قال ابن ادريس : اذنه له في الاستدانة جارمجرى التوكيل ، ولاكلام أن الوكيل في الاستدانة لايلزمه الدين .

قال العلامة في المختلف : محل الخلاف اذا استدان العبد لنفسه لالمولاه وأما اذا استدان لمولاه فلاخلاف فيأنه لازم لمولاه . واختارفيه قول الشيخ في النهاية عملابرواية عجلان .

وحمل الشيخ في الاستبصار رواية عجلان والاكفاني على عدم الاذن في الاستدانة ، وحينئذ تكون رواية ابىبصيرمؤيدة لذلك . وبالجملة في المسألة اشكال من اذن السيد في الاستدانة المقتضي للزوم الدين له عملابالاصل، ومن روايتى عجلان وأختها .

---

١) الكافى ٣٠٣/٥ ، التهذيب ١٩٩/٦ .

٢) فى النهاية ٣١١: وان كان مأذوناً له فىالاستدانة لزم مولاه ماعليه من الدين ان استبقاه مملوكاً او أراد بيعه ، فان اعتقه لم يلزمه شيء مما عليه وكان المال فىذمة العبد .

٣) فى الاستبصار ١١/٣ : انما يلزم المولى او ورثته دين العبد اذاكان قد اذن له فى الاستدانة فاما اذا لم يكن اذن له فى اكثرمن الشراء والبيع فلا يلزمه ذلك .

٤) الكافى ٣٠٣/٥ ، التهذيب ٢٠٠/٦ ، الاستبصار ١١/٣ .

ولو مات المولى كان الدين في تركته .

ولو كان له غرماء كان غريم المملوك كأحدهم .

ولو كان مأذوناً في التجارة فاستدان لم يلزم المولى .

وهل يسعى العبد فيه ؟ قيل : نعم . وقيل : يتبع به اذا اعتق وهو الاشبه .

قوله : ولو كان مأذوناً في التجارة فاستدان لم يلزم المولى ، وهل يسعى فيه العبد ؟ قيل نعم ، وقيل يتبع به اذا اعتق ، وهو اشبه

الاول قوله في النهاية[1] والثاني في المبسوط والخلاف ، وبه قال التقي والعجلي ، وقال ابن حمزة ان علم أن الدين ليس باذن المولى فهو لازم للعبد يتبع به وان لم يعلم يستسعى العبد .

وقال العلامة[2] ان استدان لضروريات التجارة لزم المولى والا لزم العبد ويتبع به بعد العتق .

قيل عليه : ان الاذن في التجارة ان استلزم الاذن في الاستدانة لضرورياتها فهو خلاف الغرض ، لان الغرض أنه غير مأذون في الاستدانة ، وان لم يستلزم فلا نسلم أنه يلزم المولى حينئذ ، لانه نفس المتنازع .

قلت : محل النزاع هو عدم حصول الاذن صريحاً لا عدم حصوله مطلقاً ، وبينهما فرق .

---

١) قال في النهاية ٣١١ : وان كان مأذوناً له في التجارة ولم يكن مأذوناً له في الاستدانة فما يحصل عليه من الدين استسعى فيه ولم يلزم مولاه من ذلك شيء .

٢) قال في المختلف في كتاب الديون : والمعتمد ان نقول ان استدان لمصلحة التجارة لزم المولى اداءه كالاجنبي وان لم يكن لمصلحتها لم يلزم مولاه منه شيء ويتبع به بعد العتق عملا باصالة براءة ذمة المولى ولانه فعل غير مأذون فيه .

القسم الثاني ـ في القرض .

وفيه أجر ينشأ من معونة المحتاج تطوعاً.

قوله : وفيه أجر ينشأ من معونة المحتاج تطوعاً

لاشك أن القرض من المروة والمعروف ومن التعاون على البر ، وقال تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى »[1] . وسماه الصادق عليه السلام معروفاً[2].

وهو أفضل من الصدقة العامة، ففي الحديث عنه صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : رأيت على باب الجنة مكتوباً الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر[3] وعلل ذلك بأن القرض يرد فيقرض دائماً ، والصدقة ينقطع .

ويحتمل عندي وجه آخر ، وهو أن القرض أعم نفعاً ، لان كثيراً من يرى قبول القرض ولايقبل الصدقة . وأيضاً أنه يكون للغني والفقير والصدقة غالباً لا تكون الا للفقير .

ان قلت : قد ورد في الحديث ان القرض مرتين بمثابة الصدقة مرة ، وهو خلاف ما تقدم .

قلت : يمكن حمل الصدقة هنا على الخاصة كالصدقة على الارحام والعلماء والاموات ، فان الاولى بأربعة وعشرين والثانية بسبعين والثالثة بسبعمائة كما ورد في الرواية .

---

١) سورة المائدة : ٢ .

٢) البحار ١٠٣ / ١٤٠ ، تفسير العياشي ١ / ٢٧٥ .

٣) البحار ١٠٣ / ١٣٩ .

ويجب الاقتصار على العوض ولو شرط النفع ولو زيادة في الصفة حرم .

نعم لو تبرع المقترض بزيادة في العين أو الصفة لم يحرم .

قوله : ويجب الاقتصار على العوض ولوشرط النفع ولو بزيادة ١) الوصف حرم

يريد بالعوض المثل من غير زيادة ، سواء كانت عيناً أوصفة : أما العين فلانه الربا بعينه ، وأما الصفة فللنهي عن القرض إذا جرنفعاً . وقال صلى الله عليه وآله وسلم : اذا جرالقرض نفعاً فهوربا[٢].

وهنا مسائل :

(الاولي) اذا جعل القرض شرطاً في البيع أوغيره ولم يشمل على محاباة فليس بحرام ، أما مع المحاباة فتردد المصنف في ذلك في بعض تصانيفه . وللعلامة قولان بمنعه لوشرط عليه رهناً بدين آخر أوكفيلا أو بيعاً أو اجارة بدون عوض المثل ، وللمصنف والعلامة في ذلك كلام واحتجاج من الطرفين لايحسن ذكره هنا لطوله .

(الثانية) قال الشيخ في النهاية والتقي والقاضي بجواز اشتراط اعطاء الصحاح بدل المكسرة والغلة [أي الدراهم العتيقة] بدل الجديد، محتجين برواية يعقوب ابن شعيب عن الصادق عليه السلام : الرجل يقرض الرجل الدراهم الغلة فيأخذ منه الدراهم الطازجة بطيب نفس منه . قال : لابأس[٣].

ومنع ذلك ابن ادريس والمصنف والعلامة، لرواية الحلبي في الحسن عن

---

١) في المختصر النافع : ولو زيادة في الصفة حرم .

٢) المستدرك ٢/٤٩٢ ، الجامع الصغير ٢/٩٤ .

٣) التهذيب ٦/٢٠١ ، الكافي ٥/٢٥٤ .

ويقترض الذهب والفضة وزناً ، والحبوب كالحنطة والشعير كيلا ووزناً ، والخبز وزناً وعدداً .

الصادق عليه السلام: اذا اقرضت الدراهم ثم أتاك بخير منها فلابأس ان لم يكن بينكما شرط[1].

والجواب عن رواية ابن شعيب القول بموجبها ، اذ ليس فيها ذكر الشرط وكذا في روايته عن الصادق عليه السلام: خير القرض ما جر نفعاً، بأنه محمول على المتبرع به .

(الثالثة) لو أسقط السلطان الدراهم المقترضة وأجرى غيرها ، قال الشيخ والقاضي والعجلي ليس له الا الاولى ، لرواية يونس صحيحاً عن الرضا عليه السلام[2] ، وقال الصدوق في المقنع له الجائز بين الناس[3] لرواية محمد بن عيسى عن يونس عن الرضا عليه السلام[4].

والاقوى الاول ، وان تعذر فقيمتها من غير الجنس حذراً من الربا، ويكون ذلك وقت الدفع لا وقت التعذر أو القرض .

وقال الشيخ في النهاية وقت القرض . وفيه نظر ، لان الثابت في الذمة في المثلي المثل ولاينتقل الى قيمته الا وقت تعذره .

قوله : والخبز وزناً وعدداً

هذا بشرط أن لايتفاوت ، ومع التفاوت فلابد من الوزن .

---

١) التهذيب ٦/٢٠١ ، الكافي ٥/٢٥٤ .

٢) التهذيب ٧/١١٧ ، الاستبصار ٣/٩٩ .

٣) قال فيه ١٢٤ : فان استقرضت من رجل دراهم ثم سقطت تلك الدراهم وتغيرت ولا يباع بها شيء فلصاحب الدراهم الدراهم التي تجوز بين الناس .

٤) التهذيب ٧/١١٦ ، الكافي ٥/٢٥٢ ، الاستبصار ٣/١٠٠ .

ويملك الشيء المقترض بالقبض، ولا يلزم اشتراط الاجل فيه.

ولا يتأجل الدين الحال مهراً كان أو غيره .

فلو غاب صاحب الدين غيبة منقطعة نوى المستدين قضاءه وعزله عند وفاته موصياً به .

قوله : ويملك الشيء المقترض بالقبض

خالف الشيخ في المبسوط والخلاف في ذلك، وقال لايملك الابالتصرف وهو ممنوع ، لان اباحة التصرف فرع الملك ، فلايكون الملك مشروطاً به والالزم الدور المحال .

ويتفرع على القولين أن له الامتناع من رد العين لو كانت موجودة بعينها، بل يدفع المثل في المثلي والقيمة في القيمي . ولورد العين في المثلي وجب القبول ، أما لورد القيمي بعينه من غير تغير نقص قال الشيخ يجب القبول . وفيه نظر ، اذ الاصح أن اقراضه موجب لثبوت قيمته في ذمة المقترض ، فالمدفوع ليس عين الحق فلايجب قبوله .

قال الشهيد يحتمل قبولها ان تساوت القيمة أوزادت وقت الرد، وان نقصت فلا . وفيه نظر ينشأ من أنها ليست عين الحق . نعم ان قلنا ان قرضه يوجب ثبوت مثله مشخصاً بصفاته الخاصة له وجب القبول .

قوله : ولايؤجل ١) الدين الحال مهراً كان أوغيره

هذا اذا لم يحصل أحد أمور : « ١ » اشتراط تأجيله في عقد لازم ، « ٢ » الايصاء بالصبر الى مدة معينة ، « ٣ » النذر أوالعهد أواليمين . فان الانظار طاعة فيلزم بأحد هذه الثلاثة .

---

١) في المختصر النافع : ولا يتأجل .

ولولم يعرفه اجتهد في طلبه ، ومع اليأس قيل :يتصدق به عنه .

ولا يصح المضاربة بالدين حتى يقبض . ولو باع الذمي ما لا يملكه المسلم وقبض ثمنه جاز أن يقبضه المسلم عن حقه .

ولو أسلم الذمي قبل بيعه قيل يتولاه غيره ، وهوضعيف .

قوله : ومع اليأس قيل يتصدق به عنه

قاله الشيخ ، ولايعلم له مستند صريح في ذلك . وقال ابن ادريس اذا لم نعلم له وارثاً دفعه الى الحاكم ، فان قطع على أن لاوارث له كان للامام .

وهو الحق لكن على تقدير العلم بموته وعدم وارثه يكون للامام، أما اذا انتفى العلم بذلك فحفظه أولى حتى يظهر خبره أوخبر وارثه .

قوله : ولاتصح المضاربة بالدين

لان الدين لايتعين لصاحبه الابعد قبضه ، فقبل القبض يكون ماهية كلية . ومال المضاربة يجب أن يكون معيناً لتلحقه أحكام المضاربة من اشتراك النماء وكونه أمانة لاتضمن الابتعدأوبتفريط أوغير ذلك، فيصدق دليل هكذا : لاشيء من الدين قبل قبضه يتعين لمالكه، وكل مال مضاربة يجب تعيينه لمالكه، فلاشيء من الدين بمال مضاربة .

قوله : ولواسلم الذمي قبل بيعه قيل يتولاه غيره ، وهوضعيف

لانعلم القائل به، لكن للشيخ قول في النهاية أنه اذا مات الذمي وعليه دين وله خمرأوخنزير جاز أن يتولى بيعه من ليس بمسلم .

نعم روى في التهذيب رواية[1] مقطوعة تدل على ما قاله المصنف. والعمل بها باطل ، لانه لايخلو اما أن يخرج الخمر عن ملك الذمي باسلامه أولا ، فان

---

١) التهذيب ٧/ ١٣٨ ، الكافي ٥/ ٢٣٢ .

ولو كان لاثنين ديون فاقتسماها ، فما حصل لهما ، وما توى منهما .

كان الاول فلايجوز بيعه حياً وميتاً لابنفسه ولا بغيره، لان فعل الوكيل فعل الموكل وان كان الثاني جاز له بيعه بنفسه لكنه باطل اجماعاً .

قوله : ولو كان لاثنين ديون فاقتسماها فما حصل لهما وماتوى[1] منهما

لما كانت القسمة تمييز حقوق الملاك لم يكن لقسمة الديون أثر في الاستحقاق لعدم تعيين ما في الذمة فلاتمييز فيه . وحينئذ نقول: اذا دفع المديون الى أحدهما شيئاً فلايخلو اما أن يدفعه على أنه لهما أوعلى أنه من أصل الدين ويطلق أو يقول « هذا قدر نصيبك » ، فان كان الاولين فلايخلو اماأن يكون ذلك القابض وكيلا لشريكه في القبض فيقع القبض لهما أولا يكون وكيلا ، فاما أن يقبضه كذلك فيقع القبض لنفسه بقدر حصته مشاعاً والباقي قبضه يتوقف على الاجازة فان اجاز الشريك أخذ حصته منه ، وان لم يجز كان الشريك مخيراً بين الرجوع على شريكه أوعلى الدافع ، ويكون ذلك القدر أمانة بيد القابض لانه وكيل للدافع في الايصال الى شريكه ، أويقبضه لنفسه مضموناً عليه لانه يضمن بصحيحه فيضمن بفاسده، وان كان الثالث فاماأن يقبضه كذلك ـ أي لنفسه ـ فيقع صحيحاً في قدر حصته والباقي لشريكه المطالبة به أويرجع على المديون بمقابله ولا يكون مضموناً على القابض ان كان الدافع عالماً بفساد القبض، وان كان جاهلا ضمن ، وان قبضه على أنه له ولشريكه [وكان] وكيلا وقع القبض موقعه ، وان لم يكن وأجاز الشريك فكذلك ، وان لم يجز كان مضموناً عليه ان جهل الدافع

---

١) التوى وزان الحصى وقد يمد : الهلاك .

والا فلا .

اذا عرفت هذا فلوأراد اختصاص كل واحد منهما بواحد من تلك الديون فلهما وسائل :

« ١ » ـ أن يصطلحا على اختصاص أحدهما بما على زيد والاخر بما على عمروعلى الاقرب .

« ٢ » ـ أن يبيع أحدهما الاخرسلعة بقدر حصته من الدين علىزيد فيقبل ثم يبيع القابل عليه تلك السلعة بقدرحصته على عمروفيقبل، فيختص القابل الاول بما على زيد والثاني بما على عمرو .

« ٣ » ـ أن يبيع كل منهما حصته من الدين على صاحبه بمال معين أودين حال ويحيل به على الغريم الاخر .

« ٤ » ـ قـال العلامة ان يحيل كل منهما صاحبه بحصته ويقبل المدينان صـح[1] .

وفيه نظر،لانه اذا لم يسبق دين فلا أثرله، لانه توكيل في المعنى، وان سبق دين فهوالقسم الثالث .

وهذا البحث بطوله متفرع علىقول الشيخ واتباعه من أنه اذا باع الشريكان سلعة فما قبض من الثمن لهما . وابن ادريس منع ذلك ، بل اذا قبض أحدهما حصته وقعت له كما لوأبرأأووهب أوصالح، فان حقه يسقط ويبقى حق صاحبه .

قال العلامة: الفرق حاصل، فان ماذكره اسقاط بخلاف القبض فان المقبوض عين المال المشترك .

قوله : ولو بيع الدين بأقل منـه لم يلزم الغريم ان يدفع اكثر مما

١) راجع كتاب الدين من القواعد .

دفع على تردد

منشأه من قول الشيخ والقاضي بذلك، لرواية محمد بن الفضيل قال: قلت للرضا عليه السلام: رجل اشترى ديناً على رجل ثم ذهب الى صاحب الدين فقال له ادفع الي ما لفلان عليك فقد اشتريته منه . فقال : يدفع اليه قيمة ما دفع الى صاحب الدين وبرأ الذي عليه المال من جميع ما بقي عليه[1].

ومثله رواية ابى حمزة عن الباقر عليه السلام[2].

ومن قول ابن ادريس أن الدين ان كان ذهباً أو فضة فلا يجوز أن يشتري بأقل منه من جنسه ، وكذا لا يجوز بغير جنسه ، لان التقابض في المجلس شرط في الاثمان ، وان كان الدين من غير الاثمان فلا يتقدر فيه الاقلية والاكثرية . وأيضاً البيع ان كان صحيحاً فقد ملك المشتري جميع ما على المديون ، وان لم يكن صحيحاً لم يلزمه شيء مطلقاً .

واختار العلامة وجوب دفع المديون جميع ما عليه الى المشتري نظراً الى صحة البيع وأجاب عن الرواية بحمل البيع على الضمان مجازاً أو كونه فاسداً ، فلا يجب على الغريم حينئذ أن يدفع الى المشتري الا ما دفع الى البائع ويبرأ منه ويدفع الزائد الى البائع .

واستضعف شبهة ابن ادريس بأن الدين جاز أن يكون من الاثمان ويشتري بغيرها من الامتعة والعروض، وان كان من غيرها جاز أن يشتري بالذهب والفضة بلا خلاف فيه . ولا نسلم أن الاقلية والاكثرية لا يتقدران حينئذ بالنسبة الى القيمة .

---

١) الكافي ٥/١٠٠ ، التهذيب ٦/١٩١ .

٢) الكافي ٥/١٠٠ ، التهذيب ٦/١٨٩ .

خاتمة

أجرة الكيال ووزان المتاع على البائع .

وكـذا أجرة بائع الامتعة وأجـرة النـاقد ووزان الثمن على المشترى . وكذا أجرة مشترى الامتعة .

ولو تبرع الواسطة لم يستحق أجرة .

واذا جمع بين الابتياع والبيع فأجرة كل عمل على الامر به ، ولا يجمع بينهما لواحد .

أقول: في كلام العلامة جواباً عن الرواية نظر: بأن حمل البيع على الضمان على تقدير جوازه مجازاً لايوجب أن يدفع المديون ما عليه لاكله ولا بعضه ، لكونه ضماناً حصل بغيراذنه كما دلت عليه الرواية، وكذاعلى تقدير الفساد، فان المشتري العالم بالفساد أدى دينه بغيراذنه فليس له الرجوع عليه. نعم مع جهله له الرجوع على البائع ، ومع التعذر يأخذ من المديون قصاصاً قدر ما دفع .

وأما استضعافه للشبهة فجيد ، والاولى عندي حمل الرواية على أن البائع شرط على المشتري ابراء المديون من الزائد أوشرط عليه أخذ قيمة المدفوع ثمناً لاغير، والشرط أملك، وانما يبتاع لنا هذا الحمل جمعاً بين عموم « وأحل الله البيع » المقتضي لتملك المبيع جملة وبين صحة الرواية القابلة للتأويل ، والشرط غيرممتنع حصوله . وهوأولى من حملها على الضمان أوالفساد .

قوله : ولو جمع[1] بين الابتياع والبيع فأجرة كل عمل على الامر به ولايجمع بينهما لواحد

---

١) فى المختصر النافع : واذا جمع .

ولا يضمن الدلال ما يتلف في يده مالم يفرط .

ولواختلفا فى التفريط ولا بينة ، فالقول قول الدلال مع يمينه .

وكذا لو اختلفا فى القيمة .

في بعض نسخ الكتاب «ولايجمع بينهما الواحد» أي لايجمع بين الشراء والبيع الشخص الواحد فيكون موجباً قابلا . والمشهور « لواحد » بغير الف، وله حينئذ تفسيران : أحدهما أنه لايجمع بين الاجرتين لشخص واحد، بمعنى أنه لايأخذ أجرة البيع من الاذن فيه كلها ولاأجرة الشراء من الاذن فيه كلها بل يأخذ من كل واحد أجرة ما فعل له ، فيأخذ أجرة الايجاب من الاذن في البيع وأجرة القبـول من الاذن في الشراء . وثانيهما أنهما اذا أمراه بالبيع والابتياع فالاجرة على السابق ، وان اقترنا وكان الغرض تولية طرفي العقد فالاجرة عليهما وكذا ان تلاحقا وكان الغرض مجرد العقد ، وان لم يكن الغرض مجرد العقد بل السمسرة لكل واحد منهما فللواسطة أجرتان على قدر العملين .

كتاب الرهن

وأركانه أربعة :

الاول ـ في الرهن : وهو وثيقة لدين المرتهن . ولابد فيه من الايجاب والقبول .

قوله : كتاب الرهن

وهو لغة اما مصدر رهنت الشيء عند فلان ورهنته اياه ، ولايقال أرهنته[1] الا في لغة قليلة ، أواسم للشيء المرهون . والثاني يجمع على رهان مثل جبل وجبال، وقال ابو عمرو رهن أيضاً جمع، وقال الاخفش هي قبيحة لانه لايجمع فعل على فعل الاقليلا شاذاً كسقف وسقف ، بل هو جمع للرهان فرهن حينئذ جمع الجمع وقرىء بهما .

---

١) قال في المصباح : ارهنته لغة قليلة ومنعها الاكثر ، وقالوا وجه الكلام أرهنت زيداً الثوب اذا دفعته اليه ليرهنه عند أحد ، ورهنت الرجل كذا ورهنته عنده اذا وضعته عنده ، فان اخذته منه قلت ارتهنته منه ، ثم اطلق الرهن على المرهون ، وجمعه رهون مثل فلس وفلوس ورهان مثل سهم وسهام ، والرهن بضمتين جمع رهان مثل كتب جمع كتاب .

وهل يشترط الاقباض ؟ الاظهر : نعم .
ومن شرطه أن يكون عيناً مملوكاً يمكن قبضه .
ويصح بيعه منفرداً كان أو مشاعاً .

وبالجملة هو مأخوذ من رهن أي ثبت ودام ، والرهن الثابت ، ومنه نعمة راهنة .

وشرعاً عرفه المصنف بأنه «وثيقة لدين المرتهن» ، ولوقال «لدين المدين» كان أحسن ، لان الرهن والمرتهن متضائفان في الاشتقاق فلا يؤخذ أحدهما في تعريف الاخر . واختلف في معنى الوثيقة هنا : فقيل معناه ليستوفي دينه به وقيل ليستوفي دينه منه .

وتظهر الفائدة في رهن ما لايصح بيعه كأم الولد ، فعلى الاول يصح رهنها لان منع المالك من التصرف فيها وامكان بيعها في الجملة لجواز زوال المانع يدعو المالك الى القضاء ، وعلى الثاني لايصح رهنها لعدم صحة بيعها والحالة هذه . وكذا في الرهن على الاعيان المضمونة على الاول يصح ، وعلى الثاني لايصح لعدم امكان استيفاء تلك الاعيان لانحصار حق المالك فيها .

اذا عرفت هذا فالرهن جائز بالنص والاجماع ، والحكمة المعاشية تدعو الى مشروعيته ، فانه قد يضطر الى الاستدانة ولا يوثق بالمديون فيؤخذ الرهن على الدين .

قوله : وهل يشترط الاقباض الاظهر نعم

لاخلاف أن دوام القبض ليس شرطاً ، وانما الخلاف في شرطيته في لزوم العقد ، فقال الشيخ في النهاية والمفيد وابن الجنيد والتقي والقاضي والمصنف والشهيد نعم لوجهين : «١» قوله تعالى «فرهان مقبوضة»[1] ، « ٢ » رواية محمد

---

١) سورة البقرة : ٢٨٣ .

ابن قيس عن الصادق عليه السلام : لارهن الامقبوضاً[1].

وقال الشيخ في الخلاف وابن ادريس والعلامة وولده ليس بشرط لوجوه :

(الاول) أصالة عدم الاشتراط .

(الثاني) عموم « أوفوا بالعقود »[2].

(الثالث) لو كان شرطاً كالايجاب والقبول لكان قوله « مقبوضة » تكراراً ، كما أنه لايحسن فرهن مقبولة . ولو سلمنا ذلك لم يلزم الاشتراط ، لان الآية سيقت ارشاداً الى حفظ المال، وهو انما يتم بالقبض كما أنه لايتم الابالارتهان فالاحتياط يقتضي القبض كما أنه يقتضي الرهن، وكما أن الرهن ليس شرطاً في جواز الادانة فكذا القبض .

(الرابع) لودلت الاية على الاشتراط لكانت دلالتها من حيث دليل الخطاب وليس بحجة .

(الخامس) ان الحديث المذكور ضعيف بضعف محمد بن قيس[3] ، فلا حجة فيه .

أجاب الاولون عن « الاول » بأن الاصل يخالف للدليل، وعن « الثاني »

---

١) التهذيب ١٧٦/٧ .

٢) سورة المائدة : ١ .

٣) محمد بن قيس مشترك بين اشخاص مجاهيل وثقات : اما هذا الرجل من الثقات بقرينة الراوى عنه وهو عاصم بن حميد الحناط .

قال النجاشي : محمدبن قيس ابوعبدالله البجلي ثقة عين كوفي ، روى عن ابي جعفر وابي عبدالله عليهما السلام ، له كتاب القضايا المعروف ، رواه عنه عاصم بن حميد الحناط.

وقال الشيخ في رجاله : محمدبن قيس البجلي كوفي اسند عنه ، صاحب المسائل التي يرويها عنه عاصم بن حميد ، مات سنة ١٥١ . وقال في الفهرست : انه عين ثقة .

أن الوفاء بالعقـد واجب اذا حصل شرطه لامطلقاً والالوجب الوفاء بالفاسد ، وعن « الثالث » بالمنع من كون الايجاب والقبول شرطين بل هما نفس الرهن فلايكون مشروطاً بنفسه أوأحدهما جـزء ولايوصف الشيء بجزئه ، وان سلمنا المغائرة وعدم الجزئية فلانسلم عدم حسن مقبولة .

والحق أن القبض أمرخارج عن حقيقة الرهن شرط فيه بخلاف الايجاب والقبول ، ولذلك يصح وصفه بالقبض للتأكيد كقوله تعالى « الهين اثنين »[1] « ونفخة واحدة »[2] ، ولم يصح وصفه بالايجاب والقبول لكونهما جزئية .

قوله : وكما أن الرهن ليس شرطاً في جواز الادانة ـ الخ

الملازمة ممنوعة اذا لم يدل عليها دليل . على انانقول: حفظ المال واجب فنجب مقدمته .

وعن الرابع بأنالم نستدل بدليل الخطاب بل بالاصل ، وذلك أن شرعية الرهن ولزومه ثبتا مع القبض ولـم يثبتا مع عدمه ، فمدعيه يحتاج الى دليل وليس .

وعن الخامس فان ضعفه وان ثبت لكنه انجبر بعمل الاصحاب وتلقيه بالقبول واضمار الصحة فيه أولى .

وللشيخ في المبسوط القولان، ولاشك أن القبول بالاشتراط أحوط، لكن عدم اشتراط دوامه يقتضي عدم حصول الحكمة في الوثيقة ، وحينئذ لافرق بين القبض وعدمه .

ويمكن الجواب بأن المنع من صحة التصرف كاف في الاستيثاق .

---

١) سورة النحل : ٥١ .

٢) سورة الحاقة : ١٣ .

ولو رهن مالا يملك وقف على اجازة المالك .

ولو كان يملك بعضه مضى فى ملكه . وهو لازم من جهة الراهن .

ولو شرطه مبيعاً عند الاجل لم يصح .

ولايدخل حمل الدابة ولاثمرة النخل والشجر فى الرهن . نعم لو تجدد بعد الارتهان دخل . وفائدة الرهن للراهن .

قوله : ولوشرطه مبيعاً عند الاجل لم يصح

أي لم يصح البيع لتعلقه على المدة، ويكون مضموناً لقبضه بالبيع الفاسد .

قوله : ولايدخل حمل الدابة ولاثمرة النخل والشجر فى الرهن. نعم لوتجدد بعد الارتهان دخل

لاخلاف في عدم دخول الزوائد الحاصلة عند الارتهان الامع اشتراطها ، وان كان ابن الجنيد قال بدخولها مطلقاً ، فان الاجماع انعقد بعده على عدم الدخول . وانما الخلاف في ماتجدد منفصلا كالولد والصوف لامتصلا كالسمن والطول ، فانه لاخلاف في دخوله .

ولو تجدد فقال الشيخ في النهاية والمفيد وابن الجنيد والتقي والقاضي وابن حمزة وابن ادريس بدخول المنفصل المتجدد، ولم نجدلهم دليلا سوى ادعاء بعضهم الاجماع .

واحتج بعض الفضلاء على الدخول بأنا اذا شككنا في مالك النماء في غير هذه الصورة أهوزيد أوعمرو حكمنا بتبعيته لاصله ودخوله في ملك مالك أصله ولهذا حكم الاصحاب أن حمل المدبرة بعد التدبير مدبر كانه عند الاطلاق ، ولاقائل بالفرق .

ولو رهن رهنين بدينين ثم أدى عن أحدهما لم يجز امساكه بالاخر .

ولو كان دينان ، وبأحدهما رهن لم يجز امساكه بهما .

ولم يدخل زرع الارض في الرهن سابقاً كان أو متجدداً .

الثاني ـ في الحق : ويشترط ثبوته في الذمة مالا كان أو منفعة .

قلت : فيه نظر ، اذ لايلزم من تبعيته في الملك بتبعيته في تعلق الرهن به ، وأما حمل المدبرة فتغليب لجانب العتق .

وقال الشيخ في المبسوط والخلاف بعدم دخوله ، واختاره العلامة . وهو الاقوى ، لاصالة عدم الدخول .

قوله : ولايدخل زرع الارض في الرهن سابقاً كان اومتجدداً

لم نسمع في ذلك خلافاً ، لكن لو تجدد الزرع هل يجبر الراهن على ازالته قال الشيخ لا ، لانه تصرف في المنافع وهي غير داخلة في الرهن ، ولاصالة عدم الجبر . وقيل نعم ، لان بقاء الزرع تصرف في الارض ، وهو ممنوع كالمتاع في الدار ، ولتضرر الدائن لو أراد بيع الارض المشغولة فيقل الراغب ، واختاره المصنف في الشرائع .

قوله : ويشترط ثبوته في الذمة مالا كان أومنفعة

للحق المرتهن عليه شرطان :

(الاول) ثبوته في الذمة ، فلو لم يكن ثابتاً في الذمة كالامانات بأسرها لم يصح الارتهان عليها ، وكذا ما حصل سببه ولم يثبت بعد في الذمة كالدية قبل استقرار الجناية .

ثم الثابت في الذمة قد يكون مالا وهو ما يلحقه الملك قائماً بذاته كالدنانير

ولو رهن على مال ثم استدان آخر فجعله عليهما صح .

الثالث ـ في الراهن : ويشترط فيه كمال العقل وجواز التصرف .

وللولي أن يرهن لمصلحة المولى عليه .

والدراهم والحبوب وغيرها ، وقد يكون منفعة وهوما يلحقه الملك قائماً بغيره كالمنافع المطلقة .

(الثاني) مكان استيفائه من الرهن ، فلايصح على مالا يمكن استيفاؤه منه ، كالاجارة المتعلقة بعين المؤجر ، فان مايؤخذ الرهن عليه يصح ضمانه ويصح الابراء منه ولاشيء من الاجارة المذكورة كذلك.

قوله : ولورهن على مال ثم استدان آخر فجعله عليهما صح

هذا اذا كان الدينان لواحد ، أما لو كان الثاني لغير الاول كان موقوفاً على اجازة الاول ، ومع اجازته يحتمل بطلان رهانته ، لان لازم الرهن اختصاص المرتهن وتقدمه بدينه ، وتنافي اللوازم يستلزم تنافي الملزومات، وحيث أجاز الاول الرهن الثاني فقد أبطل رهنه .

ويحتمل البطلان فيما قابل دين الثاني ، اذ المقصود استيفاء الدين وهو ممكن هنا فلامنافاة .

ويحتمل عدم البطلان مطلقاً ، وهو الاصح ، لعدم الدلالة مطابقة وتضمناً وهوظاهر ، وكذ التزاماً لانه لامانع من تعلق دينين بعين واحدة ويقدم أحدهما أويشتركان فيه وتكون الفائدة أنه لوقضى الراهن حق الثاني أوابرأ منه أوأسقط حق الرهانة بقي حق الاول .

وليس للراهن التصرف في الرهن باجارة ولاسكنى ولا وطء، لانه تعريض للابطال ، وفيه رواية بالجواز مهجورة .

ولو باعه الراهن وقف على اجازة المرتهن .

وفي وقوف العتق على اجازة المرتهن تردد ، اشبهه : الجواز.

قوله : وفيه رواية بالجواز مهجورة

هي ما رواه الشيخ عن حماد عن الحلبى عن الصادق عليه السلام في رجل رهن جاريته عند قوم أيحل له أن يطأها ؟ قال : ان الذين ارتهنوها يحولون بينه وبين ذلك. قلت: ارأيت ان قدر عليها خالياً ؟ قال : نعم لاأرى هذا عليه حراماً[1] .

ورواها أيضاً ابن بابويه في من لايحضره الفقيه والكليني عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، والسندان صحيحان الأن الاصحاب هجروهما لمنا فاتهما لاصول المذهب ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف .

بقي هنا مسألة ، وهي لووطى فعل حراماً ولحق به الولد وصارت أم ولد ، وهل يبطل الرهن ؟ الاصح لالسبقية الرهن على الاستيلاد ، وبه قال في المبسوط وابن ادريس، وقال في الخلاف ان كان مؤسراً ألزم قيمة الامة تكون مكانها رهناً لحرمة الولد ، وان كان معسراً كانت بحالها رهناً . ولادليل على هذا التفصيل فالفتوى على الاول .

قوله : وفي وقوف العتق على اجازة المرتهن تردد أشبهه الجواز

ينشأ من قولي الشيخ ومن أنه نوع تصرف وهو منهي عنه والنهي يدل على

---

١) التهذيب ١٦٩/٧ ، الكافي ٢٣٥/٥ ، ٢٣٧ ، الفقيه ٢٠١/٣ .

(الرابع) فى المرتهن : ويشترط فيه كمال العقل وجواز التصرف .

ويجوز اشتراط الوكالة فى الرهن ، ولو عزل له لم ينعزل .

وتبطل الوكالة بموت الموكل دون الرهانة .

ويجوز للمرتهن ابتياع الرهن .

والمرتهن أحق من غيره باستيفاء دينه من الرهن ، سواء كان الراهن حياً أو ميتاً . وفى الميت رواية أخرى .

الفساد ، فلاتؤثر فيه الاجازة اللاحقة لتأخرها ، وهو قوله في المبسوط . ومن أن المانع تعلق حق المرتهن وحيث أجاز فقد زال المانع لدلالة الاجازة على الرضا .

والاشبه الجواز لابتناء العتق على التعليق مع حصول شرطه .

وهنا فوائد :

(الاولى) لوباع الراهن أوآجر ولم يجز المرتهن واتفق فك الرهن فهل تكون العقود لازمة أم لا ؟ يحتمل المنع ، لعدم الشرط واللزوم لانتفاء المانع وهو اختيار العلامة .

(الثانية) لوباع المرتهن فيغيرموضع البيع فأجاز الراهن صح والابطل .

(الثالثة) لوعتق المرتهن تردد المصنف في الشرائع من حصول الاجازة ومن حيث النهي . والاقوى البطلان ، لعدم الملك الذي هوشرط .

قوله : وفى الميت رواية اخرى

هذه رواها الصدوق في الفقيه عن محمد بن عيسى عن سليمان بن حفص

ولو قصر الرهن عن الدين ، ضرب مع الغرماء بالفاضل .

والرهن أمانة في يد المرتهن ، ولا يسقط بتلفه شيء من ماله مالم يتلف بتعد أو تفريط .

وليس له التصرف فيه ، ولو تصرف من غير اذن ضمن العين والاجرة .

ولو كان الرهن دابة قام بمؤنتها وتقاصا .

وفي رواية : الظهر يركب والدر يشرب ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة .

وللمرتهن استيفاء دينه من الرهن ان خاف جحود الوارث .

قال : كتبت الى الكاظم عليه السلام ـ وساق القول الى أن قال ـ فكتب عليه السلام : جميع الديان فيه سواء يتوزعون بينهم بالحصص[1].

وكذا روى الشيخ في التهذيب بهذا السند وبسند آخر منه ابو عمران الارمني عن عبدالله بن الحكم عن الصادق عليه السلام[2].

وهما ضعيفان ، لان الشيخ ضعف ابن عيسى والارمني في كتابه . هذا مع مخالفتهما للاصول ، فان فائدة الرهن التقدم به على الغرباء والالماكان وثيقة ، مع اشتمال الاول على المكاتبة .

قوله : وفي رواية الظهر يركب والدر يشرب وعلى الذي يركب ويشرب النفقة

---

١) التهذيب ٧/١٧٨ ، الفقيه ٣/١٩٨ .

٢) التهذيب ٧/١٧٧ ، الفقيه ٣/١٩٦ .

ولو اعترف بالرهن وادعى الدين ولا بينة فالقول قول الوارث.

وله احلافه ان ادعى عليه العلم .

ولو باع الرهن وقف على الاجازة .

ولو كان وكيلا فباع بعد الحلول صح .

ولو اذن الراهن في البيع قبل الحلول لم يستوف دينه حتى يحل .

ويلحق به مسائل النزاع . وهي أربع : ـ

هذه رواية السكوني موثقاً عن الصادق عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم : الظهر يركب اذا كان مرهوناً وعلى الذي يركبه نفقته والدر يشرب اذا كان مرهوناً وعلى الذي يشربه نفقته[1].

وأفتى بمضمونها الشيخ في النهاية والتقي . وقال ابن ادريس : لايجوز للمرتهن التصرف فيه بالركوب ولاغيره ، للاجماع على أن الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف ، وأما الانفاق فان يتبرع به المرتهن فلا رجوع به والا فله الرجوع .

أقول: الحق أن الكلام ليس كما قاله الشيخ على اطلاقه ولا كما قاله ابن ادريس :

أما الاول فلانه ان أراد الشيخ أن مع عدم امكان استيذان الراهن أو من قام مقامه في الانفاق وفي التصرف يكون للمرتهن ذلك ولايكون ثم زيادة على أحدهما فهو حق ، وعليه تحمل الرواية ، وان كان مع امكان ذلك والتفاوت فممنوع ،

---

١) الفقيه ٣/ ١٩٥ ، التهذيب ٧/ ١٧٥ .

(الاولى) يضمن المرتهن قيمة الرهن يوم تلفه .

وقيل : أعلى القيم من حين القبض الى حين التلف .

ولو اختلفا ، فالقول قول الراهن . وقيل القول قول المرتهن ، وهو أشبه .

لما تقدم من منع المرتهن من التصرف وأصالة عدم استباحة مال المسلم الاعن طيب نفسه منه .

وأما الثاني فلان الانفاق لابد منه ولايجب التبرع به ، وربما يتعسر المالك الراهن ومن قام مقامه ، فلو لم يجز للمرتهن الركوب والشرب لزم تفويت المنفعة على الراهن مع لزوم الانفاق له والرجوع عليه به .

قوله : يضمن المرتهن قيمة الرهن يوم تلفه ، وقيل اعلى القيم من حين القبض الى حين التلف

الاول قول الشيخين في النهاية والمقنعة، والثاني قوله في المبسوط. وقال ابن الجنيد يلزمه الاعلى من حين التلف الى أن يحكم عليه بقيمته. وقال العلامة حكمه كالغاصب في القيمة من حين تفريطه الى حين تلفه ، وان كان من ذوات الامثال وجب المثل ، ومع تعذر القيمة وقت الاداء .

وهذا هو الحق وعليه الفتوى . وفي قول المبسوط نظر ، لانه غير مضمون عليه قبل التفريط ، وكذا في قول ابن الجنيد ، لان وقت الحكم عليه لادخل له في كمية المضمون ، لان الحكم عليه انما هو بالخروج الى الخصم من حقه فالخروج متأخر، فلو زادت القيمة حينئذ كانت مضمونة ان كان قيمياً وان كان مثلياً فالحكم انما هو بالخروج بالمثل ، وانما ينتقل الى قيمته حال ارادة الخروج وذلك وقت الاداء .

قوله : ولو اختلفا فالقول قول الراهن ، وقيل القول قول المرتهن وهو أشبه

(الثانية) لو اختلفا فيما على الرهن فالقول قول الراهن .

وفي رواية القول قول المرتهن مالم يدع زيادة عن قيمة الرهن.

(الثالثة) لو قال القابض : هو رهن ، وقال المالك : هو وديعة فالقول قول المالك مع يمينه . وفيه رواية أخرى متروكة .

(الرابعة) لو اختلفا في التفريط فالقول قول المرتهن مع يمينه .

الاول قول الشيخين وابن الجنيد والقاضي والتقي وسلار وابن حمزة نظراً الى كون المرتهن صار خائناً فيخرج عن الامانة فلايقبل قوله . والثاني قول ابن ادريس ، لالكونه أميناً بل لكونه غارماً ومدعى عليه ، ولاصالة براءة الذمة من الزائد عما يدعيه .

قوله : لواختلفا فيما على الرهن فالقول قول الراهن ، وفي رواية القول قول المرتهن مالم يدع زيادة عن قيمة الرهن

ما ذكره هو قول اكثر الاصحاب ، وتؤيده أصالة براءة الذمة من الزائد . وكذا ورد في رواية محمد بن مسلم صحيحاً عن الباقر عليه السلام[1] ، وفي رواية عبيد بن زرارة موثقاً عن الصادق عليه السلام[2].

وأما الرواية المشار اليها فهي عن السكوني عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن علي عليه السلام[3]، وعمل عليها ابن الجنيد، وهي ضعيفة بالسكوني ومنافاتها للاصل .

قوله : لوقال القابض هو رهن وقال المالك هو وديعة فالقول قول المالك مع يمينه ، وفيه رواية أخرى متروكة

---

١) الكافي ٥/٢٣٧ ، التهذيب ٧/١٧٤ .

٢) التهذيب ٧/١٧٤ .

٣) الفقيه ٣/١٩٧ ، التهذيب ٧/١٧٥ .

ما ذكره هوقول اكثر الاصحاب، لاصالة عدم الرهن ولكون المالك منكراً وذي اليد مدعياً والقول قول المنكر مع يمينه . وتؤيده رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام[1]: البينة على الذي عنده الرهن ، وان لم تكن له بينة فعلى الذي له الرهن اليمين .

وأما الرواية فرواها الشيخ في الموثق عن عباد بن صهيب عن الصادق عليه السلام[2] مضمونها أن القول قول الذي يقول هو رهن ، ومثلها رواية ابن ابي يعفور عن الصادق عليه السلام[3] أيضاً .

وهما ضعيفتان : أما الاولى فلان عباد بتري، وأما الثانية ففي طريقها الحسن ابن محمد بن سماعة وهو واقفي ، وعمل الشيخ بهما في الاستبصار وشنع عليه ابن ادريس .

قال العلامة قول الشيخ ليس ببعيد : أما أولا فللروايات ، وأما ثانياً فلانه صاحب اليد فيسمع قوله اذ ليس يده عارية ، وأما ثالثاً فلانه يدعي الظاهر لان الظاهر احتياط صاحب الدين على ماله ولان المالك اعترف له بالامانة وجعله أميناً فقدم قوله في التلف .

أقول : كلام العلامة هذا تعصب على ابن ادريس ونصرة لسهو الشيخ : أما أولا فلان الروايات قد عرفت ضعفها فلايحسن الاعتماد عليها ، وأما ثانياً فلانا لانسلم أن صاحب اليد يقبل قوله مطلقاً وان كانت غير عادية بل اذا لم يخالفه الدليل والا لقبل قول المرتهن في زيادة الدين كما تقدم لكن ليس فليس ، وأما ثالثاً فلان الظاهر هنا معارض بالاصل وهو عدم الرهن ولانسلم أن المالك اعترف

---

١) التهذيب ٧/ ١٧٤ ، الكافي ٥/ ٢٣٧ ، الاستبصار ٣/ ١٢١ .

٢) التهذيب ٧/ ١٧٦ ، الكافي ٥/ ٢٣٨ ، الفقيه ٣/ ١٩٥ .

٣) التهذيب ٧/ ١٧٤ ، الاستبصار ٣/ ١٢٢ ، الكافي ٥/ ٢٣٧ ، الفقيه ٣/ ١٩٩ .

له بالامانة مطلقاً بل لو لم يدع الارتهان. أما مع ادعائه فعنده أنه غاصب خصوصاً لو كان الدين مؤجلا لم يحل بعد .

ولابن حمزة هنا تفصيل استحسنه بعضهم، وهو أنه ان اعترف المالك بالدين فالقول قول مدعي الارتهان عملا بالقرينة، وان أنكر فالقول قوله في عدم الرهن .

كتاب الحجر

المحجور هوالممنوع من التصرف فى ماله .

وأسبابه ستة ، الصغر،والجنون ،والرق ،والمرض ،والفلس ، والسفه .

قوله : المحجور هوالممنوع من التصرف فى ماله

قال الجوهري الحجر مصدر قولك حجر عليه القاضي يحجر حجراً اذا منعه من التصرف في ماله . وعرفه المصنف بذلك شرعاً ، ويرد عليه وجوه :

(الاول) ان العبد لايملك على قول الاكثر فلامال له فلايدخل في المحجور مع أنه عد الرق في أسباب الحجر .

(الثاني) ان اراد بقوله « في ماله » كل ماله ورد المريض فانه محجور على ما قاله مع أنه غير محجور عليه في كل ماله بل في بعضه وهو مازاد على الثلث وان أراد بعضه فليس في لفظه دلالة عليه ، مع أنه يرد عليه الصبى والمجنون فانهما ممنوعان في الكل .

ولا يزول حجر الصغير الا بوصفين :

(الاول) البلوغ . وهو يعلم بانبات الشعر الخشن على العانة ، أو خروج المنى الذى منه الولد من الموضع المعتاد . ويشترك فى هذين الذكور والاناث .

أو السنى وهو بلوغ خمس عشرة .

وفى رواية ، من ثلاث عشرة الى أربع عشرة .

وفى رواية أخرى ، بلوغ عشرة ، وفى الانثى بلوغ تسع .

(الثالث) ان أراد بالتصرف أي تصرف كان لم يدخل أحد من المحجور عليهم في تعريفه ، لان كل واحد منهم لابد أن يأكل ويلبس من ماله ، وذلك تصرف غير ممنوع منه . وان أراد التصرف الناقل للملك بعوض ، ورد عليه المريض فانه لو باع ماله كله بعوض المثل لم يمنع . وان أراد التصرف الناقل بغير عوض ورد عليه بيع الصبى بالعوض ومحاباة المريض .

هذا والحجر مما تدعو الحكمة اليه مراعاة لمصالح العباد، ودل على مشروعيته النص والاجماع .

قوله : وفى رواية من ثلاثة عشر الى اربع عشرة ، وفى اخرى ببلوغ عشرة .

أما الاولى فرواها ابو حمزة الثمالي عن الباقر عليه السلام قال : قلت له : جعلت فداك في كم تجري الاحكام على الصبيان؟ قال: في ثلاثة عشر سنة وأربع عشرة سنة . قلت: فان لم يحتلم فيها ؟ قال: وان لم يحتلم ، فان الاحكام تجري عليه[1].

---

١) اخرجه العلامة فى المختلف فى بحث الحجر ، التهذيب ٦ / ٣١٠ .

وفي معناها رواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام[1].

وأفتى بمضمونها ابن الجنيد.

وقال الابي في شرحه عندحكمه بأن البلوغ يحصل بخمسة عشر : لعل ما ورد بدون ذلك من الروايات يحمل على أنه احتلم اوأنبت ، وكأنه لم يقف على هذه الرواية أوأن الحسن قد يغلط.

وأما العلامة فقال انها ضعيفة السند ، فان في طريقها عبدالله بن جبلة وفيه قول[2]. وفيه سندي بن الربيع ويحيى بن المبارك ولاأعرف حالهما.

ان قلت : يمكن حملها على الاستحباب - بمعنى أنه يستحب له التكاليف في ذلك السن.

قلت: فيه نظر ، فان في الرواية الثانية وجب عليه ما يجب على المحتلمين احتلم أولم يحتلم. مع ان هذا الحمل ليس ببعيد ، وحينئذ يحمل الوجوب المذكور على شدة الاستحباب.

وأما رواية العشر فرواها جماعة عن الصادق عليه السلام[3] عبدالرحمن[4] بن ابى عبدالله وابوبصير وابوايوب ومنصوربن حازم[4] ، لكنها في الوصية لاغير والمصنف جعلها رواية في البلوغ ، لان جواز وصيته يدل على رفع الحجر عنه.

---

١) التهذيب ٩/١٨٣ ، الكافى ٧/٦٩ ، الفقيه ٤/١٦٣ .

٢) قال فى المختلف : وهو وان كان ثقة الا ان فيه قولا وفى الطريق ايضاً سندى . الى آخره .

٣) راجع الوسائل ١٣/٤٢٨ الباب ٤٤ من الوصايا .

٤) كذا فى النسخ . وفى نسخة : فرواها جماعة عن عبدالرحمن ابى عبدالله و . . .

(الثانى) الرشد . وهو أن يكون مصلحاً لما له .

وفى اعتبار العدالة تردد .

ومع عدم الوصفين أو أحـدهما يستمر الحجر ولـو طعن فى السن .

ويعلم رشد الصبى باختباره بما يلائمه من التصرفات . ويثبت بشهادة رجلين فى الرجال ، وبشهادة الرجال أو النساء فى النساء .

والسفيه هو الذى يصرف الاموال فى غير الاغراض الصحيحة .

فلو باع والحال هذه لم يمض بيعه . وكذا لو وهب أو أقر بمال .

ويصح طلاقه وظهاره واقراره بما لايوجب مالا .

قوله : وفى اعتبار العدالة تردد

ينشأ من عدم دليل يدل على ذلك وخلو كلام المفسرين من اعتبارها ، ومن قول الشيخ رحمه الله باعتبارها وضعف شبهته في ذلك وقد بيناها في كتابنا «كنز العرفان في فقه القرآن »[1] وبينا ضعفها .

والتحقيق هنا أن نقول: لاشك أن المفهوم من الرشد عرفاً هو اصلاح المال وعدم الانخداع في المعاملات ، ولم يرد عن الشارع في تحديد الرشد زائد على ذلك فيحمل عليه . نعم ان استلزم الفسق اتلاف المال كان زواله معتبراً والا فلا .

---

١) كنز العرفان ٢/١٠٣ .

والمملوك ممنوع من التصرفات الا باذن المولى .

والمريض ممنوع من الوصية بما زاد على الثلث . وكذا فى التبرعات المنجزة على الخلاف .

والاب والجد للاب يليان على الصغير والمجنون ، فان فقدا فالوصى ، فان فقد فالحاكم .

قوله : وكذا فى التبرعات المنجزة على الخلاف

سيأتي انشاءالله ذكر الخلاف في ذلك في كتاب الوصية .

كتاب الضمان

وهو عقد شرع للتعهد بنفس أو مال . وأقسامه ثلاثة :

(الاول) ضمان المال .

ويشترط فى الضامن التكليف ، وجواز التصرف .

قوله : كتاب الضمان

وهو عقد شرع للتعهد بنفس أومال، قال الجوهري : ضمنت الشيء ضماناً كفلت به فأنا ضامن وضمين ، وضمنته الشيء تضميناً فتضمنه عني مثل عرفته .

وشرعاً يقال على معنيين : عام وهو التعهد بالنفس أوالمال ، وخاص وهو التعهد بالمال ممن ليس عليه مثله ، فان كان عليه مثله فهو الحوالة . وأما التعهد بالنفس فهو الكفالة .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) قوله « عقد » يستلزم حصول الايجاب من الضامن والقبول من المضمون له ، اذ كل عقد هذا شأنه فايجابه « ضمنت» أو«تعهدت» أو«التزمت» وقبوله « قبلت » و« رضيت » وشبهه . وهل يشترط فوريته؟ نظر من كونه عقداً لازماً والفورية شرط فيه ، ومن أن الغرض الاهم رضاه .

ولابد من رضا المضمون له ولا عبرة بالمضمون عنه .
ولو علم فأنكر لم يبطل الضمان على الاصح .

(الثانية) انه عقد لازم وليس للضامن فسخه ، وكذا المضمون له ليس له أيضاً فسخه والرجوع على المضمون عنه .

(الثالثة) يجب أن يعتبر فيه ما يعتبر في العقود اللازمة من المطابقة للايجاب واعتبار العربية اختياراً .

قوله : ولابد من رضا المضمون له ولا عبرة بالمضمون عنه ، ولو علم فأنكر لم يبطل الضمان على الاصح

رضا الضامن شرط اجماعاً لاستحالة اثبات مال في ذمة شخص بغير رضاه بقي هنا مسائل :

(الاولى) هل يشترط رضا المضمون له أم لا ؟ قال الشيخ في المبسوط والخلاف نعم ، ثم تردد من حيث أنه اثبات حق له في ذمة شخص فلابد من رضاه . وتؤيده رواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء. فقال: اذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمة الميت[1] وهو يدل بمفهومه على أنهم اذا لم يرضوا لم تبرأ ذمته .

ومن رواية ابي سعيد الخدري قال : كنا في جنتارة فلما وضعت قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : هل على صاحبكم من دين ؟ قالوا: نعم درهمان فقال : صلوا على صاحبكم. فقال علي عليه السلام: يارسول الله أنا لهما ضامن فصلى عليه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، ثم أقبل على علي عليه السلام

---

١) الكافي ٥/٩٩ ، ٧/٢٥ ، التهذيب ٦/١٨٧ ، ٩/١٦٧، الفقيه ـ روضة المتقين ٦/٥٤٠ .

فقال : جزاك الله عن الاسلام خيراً وفك رهانك كما فككت رهان أخيك[1].

فلو كان رضاه شرطاً لاستأذنه رسول الله « ص » .

وجـزم المصنف باعتبار رضاه ، وقضية علي عليه السلام لادلالة فيها على عدمه ، لاحتمال حضوره ورضاه . وأيضاً عدم اعتبار رضاه في الميت لايدل على عدم اعتباره مطلقاً ، لجواز خصوصية الميت . مع أن حكاية الحال لاتعم .

(الثانية) رضا المضمون عنه هل هو شرط أم لا .

ويتفرع أنه لو علم وأنكر فجزم الشيخ في الكتابين[2] بعدم اعتباره ، وقال في النهاية والمفيد في المقنعة أنه لو علم فأنكر لم يصح الضمان .

وفيه دلالة على وجوب اعتبار رضاه، والاصح الاول لعموم قوله صلى الله عليه وآله : الزعيم غارم[3]، ولانه كقضاء الدين لايشترط فيه اذن المديون.

قال الاوي[4] : ان المال بالضمان انتقل الى ذمة الضامن فاعادته الى ذمة المضمون عنه يحتاج الى دليل .

وفيه نظر، لانه مصادرة على المطلوب، لان انتقال المال عن ذمة المضمون عنه يتوقف على صحة الضمان فكيف يجعل مقدمة في اثبات الصحة .

---

١) اخرجه مجملا في الخلاف ٢/١٣٣ ، ١٣٤ ، الوسائل ١٣/١٥١ .

٢) المبسوط ٢/٣٢٣ قال فيه: فالمضمون عنه لايحتاج الى رضاه لان ضمان دينه بمنزلة القضاء عنه ، الخلاف ٢/١٣٣ .

٣) اخرجه في الخلاف ٢/١٣٥ ، سنن ابن ماجة ٢/٨٠٤ .

٤) وهو الشيخ الفقيه العالم الجليل الحسن بن ابي طالب اليوسفي صاحب « كشف الرموز » في شرح المختصر النافع ويقال له : « الابي » ايضاً منسوب الى آبة بليدة قرب ساوة تعرف عند العامه بآوة قالها في معجم البلدان وقال اهلها شيعة واهل ساوة سنة لاتزال الحروب بين البلدتين قائمة على المذهب .

وينقل المال من ذمة المضمون عنه الى الضامن وتبرأ ذمة المضمون عنه .

(الثالثة) هل يشترط معرفة الضامن بالمضمون له وعنه ؟ قال في الخلاف[1] لايشترط عملا بقضية علي عليه السلام ، وقال في المبسوط يشترط معرفتهما : أما المضمون له فلانه لولاه لزم الغرر لجواز رداءة معاملته وصعوبة اقتضائه ، وأما المضمون عنه فليعرف هل يستحق عليه شيء أم لا .

وتابعه العلامة في الاول لا الثاني، لانه لابد من تمييزه عند الضامن وتخصيصه عن غيره ليقع الضمان عنه .

والاقوى قوله في المبسوط : اما اذا لم يكن الضمان تبرعاً فظاهر ، وأما اذا كان تبرعاً فلانه احسان لابد في عقل المعاش من معرفة محله والالجاز وضع ذلك في غيره ، وقد ورد النهي عن وضع المعروف عند غير أهله كما قال علي عليه السلام : وليس لواضع المعروف في غير أهله الا محمدة اللئام[2] . وليس في ضمان علي عليه السلام دلالة على عدم ذلك ، لجواز معرفتهما ولم ينقل .

قوله: و[هل][3] ينقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن وتبرأ ذمة المضمون عنه

هنا فوائد :

(الاولى) قال الجمهور ان الضمان ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه

---

١) الخلاف ٢/١٣٣ .

٢) نهج البلاغة « الفيض » ٤٢٢ ، الكافي ٤/٣١ : وليس لواضع المعروف في غير حقه وعند غير اهله من الحظ فيما اتى الا محمدة اللئام وثناء الاشرار ومقالة الجهال مادام منعماً عليهم . الى آخرها . واللفظ للنهج .

٣) ليس « هل » في المختصر النافع ط بمصر .

فيجوز له حينئذ مطالبة أيهما شاء . وقال اكثر أصحابنا بأنه نقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن فليس للمضمون له مطالبة المضمون عنه، ولو أبراه لم يبرأ الضامن ، ولو أبرأ الضامن برئا معاً .

وهو الحق ، لرواية الخدري في فعل علي عليه السلام ، ورواية جابر بن عبدالله الانصاري أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كان لايصلي على رجل عليه دين ، فأتي بجنازة فقال : هل على صاحبكم دين ؟ فقالوا : نعم ديناران . فقال : صلوا على صاحبكم . فقال ابوقتادة : هما علي يارسول الله، فلما فتح الله على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: انا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن ترك مالا فهو لورثته ومن ترك ديناً فعلي[1] . فانهما يدلان على نقل المال من ذمة المضمون عنه والا لما بقي فرق بين الحالين .

(الثانية) ضمان عهدة الثمن ضم ذمة الى ذمة على القولين ، ومعنى ضمان عهدة الثمن انه اذا باع انسان شيئاً وخشي أن يخرج الثمن مستحقاً أو المبيع كذلك فيضمن شخص آخر عهدة الثمن في الحالين ، فالمضمون له الرجوع على من شاء من الضامن والمضمون عنه والرجوع يكون بأقل الامرين من المضمون ومما دفع .

(الثالثة) الاعيان المضمونة كالغصب والمقبوض بالبيع الفاسد والسوم والعارية المضمونة هل يصح ضمان شيء من ذلك أم لا ؟ أما على القول بأنه ضم ذمة فيصح قطعاً ، وأما على القول بأنه نقل فيحتمل ضمانها لانه ثبت في ذمة المضمون : أما العين أو قيمتها ، فيجوز انتقال ذلك الى الضامن . ومن أن حق المالك منحصر في العين ولا تثبت في الذمة قيمتها الا مع تعذر العين، فيكون ضمان مالم يجب ، لان الفرض أن العين موجودة .

---

١) الوسائل ١٣ / ١٥١.

ويشترط فيــه الملاء أو علم المضمون له باعساره . ولو بان اعساره كان المضمون له مخيراً .

والضمان المؤجل جــائز . وفي المعجل قولان ، أصحهما : الجواز .

ويرجع الضامن على المضمون عنــه ، ان ضمن بسؤاله ، ولا يؤدى أكثر مما دفع .

قوله : والضمان المؤجل جائز وفي المعجل قولان أصحهما الجواز

الدين اما حال أومؤجل ، وعلى التقديرين فالضمان اما حال أومؤجل . فالاقسام أربعة :

(الاول) أن يكون حالا ويضمن مؤجلا ، فيصح اجماعاً .

(الثاني) أن يكون مؤجلا ويضمن حالا ، وهذا منعه الشيخ فــي النهاية[1] والمفيد في المقنعة، لان الضمان وضع للارفاق وهذا لاارفاق فيه، فانه لوطالبه حالا لوجب على الضامن الاداء وحينئذ له الرجوع على المديون فيفوت الغرض.

وفيه نظر، لانه ان ضمن بسؤاله فهو أدخل الضرر على نفسه ، وان لم يضمن بسؤاله فليس له المطالبة بما أداه . واختار المصنف والعلامة الصحة ، لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : الزعيم غارم[2] .

(الثالث) أن يكون مؤجلا ويضمن مؤجلا ، فالاجل الثاني ان كان أزيــد صح اجماعاً وان كان مساوياً فكذلك على الاقوى ، وان كان أنقص منــه أومنا

---

١) النهاية ٣١٥ قال فيه : ولا يصح ضمان مال ولا نفس الا بأجل .

٢) الخلاف ١٣٥/٢ ، سنن ابن ماجة ٨٠٤/٢ .

ولو وهبه المضمون له أو أبرأه لم يرجع على المضمون عنه بشيء ولو كان باذنه .

واذا تبرع الضامن بالضمان فلا رجوع .

ولو ضمن ما عليه صح وان لم يعلم كميته على الاظهر .

ويثبت عليه ما تقوم به البينة ، لا ما يثبت في دفتر وحساب ، ولا ما يقربه المضمون عنه .

بقي منه ففيه الخلاف كما سبق . والاقوى الصحة .

(الرابع) أن يكون حالا ويضمن حالا ، فعند الشيخ لايصح أيضاً ،وعند المصنف والعلامة يصح . وهوالاقوى .

قوله : ولوضمن ما عليه صح وان لم يعلم كميته على الاظهر

هذا قول الشيخ في النهاية وابن الجنيد والتقي وسلاروابن زهرة والقاضي في الكامل ، واختاره العلامة ، لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : الزعيم غارم . وقوله « ولمن جاءبه حمل بعير وأنا به زعيم »[1]، ولرواية عطا عن الباقر عليه السلام: ان من مات وعليه دين فرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كافله[2].

وقال الشيخ في المبسوط والخلاف وتبعه ابن ادريس بعدم صحته ، لان ذلك غرر وهومنهي عنه .

أجاب العلامة[3]: بأن الغرر انما هوفي المعاوضات التي تفضي الى التنازع

---

١) سورة يوسف: ٧٢ .

٢) التهذيب ٦/ ٢١١ .

٣) راجع المختلف ، الضمان من كتاب الديون وتوابعها .

أما مثل الاقرار والضمان فلا، لان الحكم فيهما معين ، وهو الرجوع الى المقر في الاقرار والى البينة في الضمان فلاغرر هنا .

قلت : للشيخ أن يقول : الحظر لايزول بقيام البينة ، لجواز قيامها بمال يعجز عنه الضامن، فلوألزمناه لادى الىضرره المنفي بقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لاضرر ولا ضرار[1] . نعميمكن أن يجاب بأن الضامن أدخل الضررعلى نفسه بعدم احتياطه .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) اذا ضمن والحال هذه يلزمه ما قامت به البينة بتاريخ سابق على الضمان لافيما بعده ، لإن ذلك غيرثابت وقت الضمان .

(الثانية) لوأقر المضمون فان كان ذلك في تاريخ سابق على الضمان لزم الضامن والا فلا . وثبوت اقراره اما بالبينة أوبتصديق الضامن على السبق .

(الثالثة) لولم تقم بينة بشيء من مال ولااقرار وأنكر المضمون فتوجهت عليه اليمين فردها على المضمون له فحلف فهل يلزم الضامن ما حلف عليه أم لا؟ قال الشيخ والقاضي ان حلف برضاالضامن لزمه والا فلا، ويظهر من كلام المفيد لزومه وان لم يرض . والتحقيق ان جعلنا يمين الرد كالبينة لزمه وان جعلناها كالاقرار افتقرالى رضاه والا فلا ، وهذا أقوى .

(الرابعة) لاخلاف أنه مع عدم البينة والاقرار لايلزمه ما يوجد في دفتر وحساب ، ويظهر من كلام التقي لزوم ما يقر به الغريم وقد تقدم أن ذلك ليس على اطلاقه .

---

١) الكافي ٥/٢٩٢ ، الوسائل ١٧/٣٧٦ .

القسم الثاني : الحوالة :

وهي مشروعة لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله .

القسم الثاني الحوالة[1]

قوله : وهي مشروعة لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله.

هنا فوائد :

(الاولى) ذهب الشيخ في المبسوط والقاضي وابن حمزة الى اشتراط شغل ذمة المحال عليه ، واختاره المصنف ، وبنوا ذلك على أنها معاوضة .

وقال في المبسوط أيضاً بعدم الاشتراط، واختاره العلامة لاصالتي الصحة وعدم الاشتراك لكنه أشبه شيء بالضمان .

ويتفرع على القولين أنه لو أدى المحال عليه المال ثم ادعى على المحيل به فادعى المحيل شغل ذمته فأنكر فالقول قول المحيل على الاول وقول المحال عليه على الثاني .

(الثانية) قال الشيخ في المبسوط: انما تصح الحوالة بذوات الامثال لا بما لا مثل له كالثياب والحيوان اذا ثبت في الذمة بالقرض ، وأما لو ثبت بالخيار جاز كأرش الموضحة[2] .

وقال ابن الجنيد تصح بكل ما يصح السلم فيه، واختاره العلامة. وهو الحق لكونه معلوماً ثابتاً في الذمة قابلا للنقل .

---

١) قال في المبسوط ٢/٣١٢ : والحوالة مشتقة من تحويل الحق من ذمة ، ويقال احاله بالحق عليه يحيله احالة، واحتال الرجل اذا قبل الحوالة ، فالمحيل الذى عليه الحق والمحتال الذى يقبل الحوالة والمحال عليه هو الذى عليه الحق للمحيل والمحال به هو الدين نفسه .

٢) الموضحة هي الجراحة التي تبلغ العظم وتوضحه اى تكشفه ، ديتها خمسة ابعرة وصاحبها مخير بين أخذ الدية والقصاص .

ويشترط رضاء الثلاثة ،وربما اقتصر بعض على رضاء المحيل والمحتال .

(الثالثة) على قول المصنف اذا اتحد الحقان جنساً ونوعاً وصفة صحت الحوالة قطعاً ، أما لواختلفا في واحد منها فهل تصح أم لا ؟ يظهر من اشتراط المثلية عدمه ، ولانه لايجب على المحال عليه اذا ماليس عليه . وهوأحد قولي الشيخ في المبسوط ، وقال في موضع آخر منه بالصحة .

واختاره العلامة لاصالة الجوازولصحتها على البرىء ، فعلى من عليه حق مخالف أولى .

أقول : ان اشترطنا رضا المحال عليه فالحق الاخير لايلزمه لوقوع العقد برضاه ، وان لم نشترط فالحق الاول. نعم يرد على المصنف أنه يشترط رضا الثلاثة ويشترط أيضاً اتحاد الحقين ، وبينهما منافاة .

(الرابعة) شرطالشيخ فيالمبسوط كون الحقالمحال به مما يصح فيه أخذ البدل قبل قبضه، لان الحوالة نوع معاوضة فلاتصح الاحيث تصح المعاوضة . وتبعه القاضي وابن حمزة ، ولذلك قالوا لاتصح الحوالة بالمسلم فيه قبل قبضه ، ثمرجع الشيخ عن ذلك وقوى أنها عقدآخر غير البيع فلا يترتب عليه مايترتبعلى البيع ، واختاره العلامة .

قوله : ويشترط رضا الثلاثة ، وربما اقتصر بعض على رضا المحيل والمحتال

أما الاول فهوالمشهور ، واحتج عليه الشيخ بأنه لادليل على الصحة مع عدم رضا المحال عليه . وأيضاً اثبات مال في ذمة الغير مع اختلاف الغرماء فيشدة الاقتضاء وسهولته تابع لرضاه. وأماالثاني فهوقول التقي وقواه العلامة في المختلف محتجاً بأنه لوباعه بغيررضاه صح فكذا الحوالة لعدم الفارق .

ولا يجب قبول الحوالة ولو كان على ملىء . نعم لو قبل لزمت.
ولا يرجع المحتال على المحيل ولو افتقر المحال عليه .
ويشترط ملاءته وقت الحوالة أو علم المحتال باعساره .
ولو بان فقره رجع ويبرأ المحيل وان لم يبرئه المحتال .
وفى رواية : ان لم يبرئه فله ا لرجوع .

قال : ولم أقف على خبر يتضمن اعتبار رضاه كما قاله الاصحاب .

أقول : الحق أن نقول : ان اعتبرنا شغل ذمته والحوالة بمثل ما عليه فلا يشترط رضاه قطعاً ، اذ للشخص استيفاء ماله بنفسه وبغيره. وأما اذا لم نشترط الشغل أو كانت الحوالة بالمخالف فلابد من رضاه قطعاً : اذ قد يستلزم ذلك اضراره غالباً ، وقال صلى الله عليه وآله وسلم: لاضرر ولاضرار[1].

قوله : ولا يرجع المحتال على المحيل ولوافتقر المحال عليه

اكثر علمائنا على هذا ، سواء قبض من الحوالة شيئاً أولا . وقال سلار ان أخذ شيئاً من الحوالة فليس له الرجوع ، وان لم يأخذ فله الرجوع .

والحق الاول ، لاصالة لزوم العقد وعدم اشتراط القبض ، فلا يرجع عن الاصلين الابدليل وليس .

قوله: ويبرأ المحيل وان لم يبرئه المحتال ، وفى رواية ان لم يبرئه فله الرجوع

الرواية ذكرها الشيخ والكليني بطريق حسن الى زرارة عن أحدهما عليهما السلام في الرجل يحيل الرجل بما كان له على رجل آخر فيقول الذي احتال برأت من مالي عليك . قال : اذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه، وان لم يبرئه

---

١) الكافى ٥/٢٩٢ ، الوسائل ١٧/٣٧٦ ، سنن ابن ماجة ٢/٧٨٤ .

فله أن يرجع على الذي أحاله[1].

وعمل بمضمونها الشيخ في النهاية والقاضي والتقي وابن حمزة وابن الجنيد والمفيد ، وقال ابن ادريس والمصنف انه يبرأ بنفس الحوالة وان لم يبرئه وليس عليه رجوع ، واختاره العلامة محتجاً بأن الابراء اما أن يكون قبل الانتقال من ذمة المحيل أو بعده، والاول يستلزم تحصيل الحاصل لان ذمته برئت بالحوالة فلاحاجة الى ابراء آخر ، ولان الحوالة عقد قائم بنفسه يفيد تحويل الحق من ذمة الى أخرى ، فاذا تحققت وجب تحقق المعنى المشتق منه ، ولما رواه عقبة ابن جعفر عن الكاظم عليه السلام قال: سألته عن الرجل يحيل الرجل بمال على الصيرفي ثم يتغير حال الصيرفي أيرجع على صاحبه اذا احتال ورضي ؟ فقال : لا[2] . وهو يدل بعمومه على صورة النزاع .

قلت فيه نظر :

أما أولا ـ فلان هذا مبني على انتقال المال بالحوالة ، وهو عين النزاع، بل الحوالة اثبات حق المحيل الذي ثبت على المحال عليه للمحتال . وأما سقوط حق المحتال الثابت في ذمة المحيل فلا تقتضيه الحوالة الا على القول بأنها عقد معاوضة ، والعلامة لايقول به بل عنده انها اسقاط ، فلابد حينئذ من الابراء لاسقاط حقه .

وأما ثانياً ـ فلان قوله اشتقاق الحوالة من التحويل[3] فلايجتمع الحقان للمحتال فممنوع لاحتمال التجوز ثم صار في الشرع حقيقة في غير ذلك كما في النسخ فان الاشتقاق يقتضي أن يكون الناسخ قد نقل المكتوب الى كتابه ، وليس

---

١) التهذيب ٦/ ٢١١ ، الكافي ٥/ ١٠٤ .

٢) التهذيب ٦/ ٢١٢ .

٣) في ب « من التحول » .

القسم الثالث : الكفالة :

وهى التعهد بالنفس .

ويعتبر رضاء الكافل والمكفول له دون المكفول عنه .

وفى اشتراط الاجل قولان .

وان اشترط أجلا فلابد من كونه معلوماً .

واذا دفع الكافل الغريم فقد برىء .

وان امتنع كان للمكفول له حبسه حتى يحضر الغريم ، أو ما عليه .

كذلك بل هومجاز بمعنى اثبات مثل صورة المكتوب في كتابه .

ان قلت : الاصل عدم المجاز .

قلت : مسلم لكنه لازم قطعاً ، لان أحد الحقين ليس هوالاخر حقيقة حتى يتحقق التحويل بل غيره، خصوصاً مع عدم اشتراط اتحادالحقين جنساً ونوعاً وصفة ، فيكون مجازاً أيضاً .

وأما ثالثاً ـ فلان الرواية غيرمعلومة الصحة ، لان عقبة مجهول الحال .

قوله : وفى اشتراط الاجل قولان

قال الشيخ في النهاية والمفيد وابن حمزة وسلار والقاضي في أحد قوليه لابد من الاجل ، وقال الشيخ في المبسوط واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة[1] تجوز حالة لاصالة الجواز وعدم المعارض .

---

١) قال فى المختلف : وسوغ فى المبسوط الحالة وبه قال ابن ادريس وهوالمعتمد لنا الاصل الدال على الجواز وعدم الاشتراط .

ولو قال : ان لم احضره الى كذا كان علي كذا ، كان كفيلا أبداً ولم يلزمه المال .

ولو قال : على كذا الى كذا ان لم احضره ، كان ضامناً للمال ان لم يحضره في الاجل .

قوله : ولو قال ان لم أحضره الى كذا كان على كذا كان كفيلا أبداً ولم يلزمه المال، ولو قال على كذا الى كذا ان لم احضره كان ضامناً للمال ان لم يحضره في الاجل

هذه المسألة ذكرها الاصحاب في كتبهم، ومعتمدهم رواية الشيخ في التهذيب وابن بابويه في الفقيه عن داود بن الحصين عن ابى العباس عن الصادق عليه السلام عن رجل يكفل بنفس الرجل الى أجل فان لم يأت به فعليه كذا وكذا درهماً . قال : ان جاء به الى الاجل فليس عليه مال وهو كفيل بنفسه أبداً الا أن يبدأ بالدراهم ، فان بدأ بالدراهم فهو له ضامن ان لم يأت به الى الاجل الذي أجله[1] . ورواها في التهذيب بطريق آخر الى ابى العباس عن الصادق عليه السلام[2] .

اذا عرفت هذا فاعلم أنه لم يذكر الشيخ واتباعه وجه الفرق بين المسألتين بل أفتوا بمضمونها جامدين عليها ، وليس في اللغة العربية وجه للفرق ، فانه لافرق عندهم من حيث المعنى بين تقديم الجزاء وتأخير الشرط ، فان الجزاء وان تقدم فالمراد به التأخير، فاذا قلت « اكرمك ان جئتني » فهو في المعنى «ان جئتني اكرمك » .

وبذلك يظهر ضعف كلام ابن ادريس في الفرق بأنه يلزمه ضمان النفس

---

١) الفقيه ٣/ ٤٥ ، التهذيب ٦/ ٢٠٩ .

٢) التهذيب ٦/ ٢١٠ ، الكافي ٥/ ١٠٤ .

حيث بدأ بضمانها ويلزمه ضمان المال حيث بدأ بضمان المال. وهذا تعليل بنفس الدعوى ، فالسؤال بعد باق ، فالاولى حينئذ اما الجمود على النص أو نقول :

أما الصورة الاولى فالعبارة المطابقة للرواية أن يقول « تكفلت نفس فلان الى شهر مثلا فان لم آت به فعلي مائة درهم مثلا » ، ولاشك أن الجملة الاولى صريحة في الكفالة والجملة الثانية وهي قوله « فان لم آت به » الخ ليست بضمان بل هي أمر لازم للكفالة وان لم يذكره ، فانه لا كلام أن الكفيل يلزمه عند الاجل اما احضار الغريم أو اداء ما عليه .

وذكر لازم الشيء غير مناف له بل مؤكد له ، لو لم يذكر الكفالة أولا في عبارته بل قال « ان لم آت بفلان الى مدة كذا كان علي كذا » لكان أيضاً كفالة ، لان لزوم المال على تقدير عدم احضاره لازم للكفالة ، فجاز اطلاق اللازم وارادة الملزوم .

وأما قوله في الرواية « وهو كفيل بنفسه أبداً » فالمراد به القطع بأنه كفيل لاضامن ، بمعنى أن المال يلزمه من أول الوقت ، بل لا يتصور الا أنه كفيل ولا يلزم المال الا مع انقضاء الاجل وعدم احضاره .

وأما الصورة الثانية ـ وهي أن يقول « علي مائة درهم الى شهر ان لم أحضره فيه » فهي ضمان مشروط بعدم احضاره ، فان قلنا بصحة الضمان المشروط فالضمان والشرط صحيحان وينتقل المال الى ذمته بعد الاجل وعدم احضاره ، وان قلنا ببطلانه فلا كلام لو تقدم الشرط أنه باطل . وليس ذلك منطوق الرواية حتى يكون مخالفاً لها وان تأخر الشرط كما هو المستفاد من الرواية ، فنقول :

ان الضمان قد انعقد بقوله كذا الى كذا ، ويكون ذكر الشرط بعده كالمنافي لانعقاده ، فلا يكون مسموعاً ، كما لو قال « له علي مائة من ثمن خمر » ، فان المال يثبت في ذمته بأول كلامه ولا يسقط بقوله « من ثمن خمر » فكذا هنا .

ومن خلى غريماً من يد غريمه قهراً لزمه اعادته أو أداء ماعليه .
ولو كان قاتلا أعاده أو يدفع الدية .
وتبطل الكفالة بموت المكفول .

وتظهر من هذا الفرق بين الصورتين فائدة أخرى، وهي أنه لو مات المكفول في الصورة الاولى قبل الاجل برىء الكفيل من الكفالة ولا يلزمه المال ، وأما في الصورة الثانية فان المال لازم له وان مات قبل الاجل . وهذا فرق حسن لم يذكره أحد من الاصحاب .

قوله : وتبطل الكفالة بموت المكفول

هذا هو المشهور بين الاصحاب ، ويظهر من كلام ابن الجنيد أنه اذا شرط أن عليه ما عليه ان لم يحضره حياً وميتاً لزمه المال .

قال العلامة : الكفالة تبطل بالموت مطلقاً شرط أو لم يشرط ، لان ذلك مقتضى الكفالة .

وفيه نظر، لان كون ذلك مقتضى الكفالة مسلم لكن مع الاطلاق، وأما مع الشرط فلا ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم[1].

---

١) التهذيب ٢٢/٧ ، الكافي ١٨٧/٦ .

كتاب الصلح

وهو مشروع لقطع المنازعة .

ويجوز مع الاقرار والانكار الا ماحرم حلالا ، أو حلل حراماً .

قوله : وهومشروع لقطع المنازعة ، ويجوز مع الاقرار والانكار الاما حرم حلالا أوحلل حراماً

هنا فوائد :

(الاولى) ان الصلح عقد مستقل بنفسه ليس ببيع ولايفرع على غيره من العقود كما هوالمشهور لاصالة عدم الفرعية ، ولانه لو كان بيعاً أوفرعاً عليه لما صح الاحيث يصح ، واللازم باطل فكذا الملزوم. والملازمة ظاهرة، وأما بطلان اللازم فانه يصح مع الجهل ومع الانكار .

والمشيخ هنا قولان : أحدهما أنه بيع ، والاخرأنه فرع على عقود خمسة هي البيع والصرف والاجارة والعارية والهبة وعلى الابراء، وذلك لانه ان اقتضى اسقاطاً فهوفرع الابراء، وان اقتضى تمليكاً فاما لعين أولمنفعة ، وعلى التقديرين

فاما بعوض أوبغيره . فهذه أربعة، وتمليك العين بعوض اما أن يكون العوضان من الاثمان أولا ، فالاقسام حينئذ خمسة :

« ١ » ـ تمليك بعوض ، وهما من الاثمان ، وهوفرع الصرف .

« ٢ » ـ تمليك بعوض وليسا من الاثمان ، وهوفرع البيع بقول مطلق .

« ٣ » ـ تمليك العين بغيرعوض ، وهوفرع الهبة .

« ٤ » ـ تمليك المنفعة بعوض ، وهوفرع الاجارة .

« ٥ » ـ تمليك المنعة بغيرعوض، وهوفرع العارية .

وليس للشيخ دليل على الفرعية الاكونه يترتب عليه فائدة هذه العقود ، وذلك ليس بدليل على الفرعية .

ثم انه بنى على قوله في المبسوط مسألتين :

احداهما ـ لوأتلف عليه ثوباً قيمته دينار فأقرله به وصالحه على دينارين لم يصح لانه ثبت له في ذمته قيمته وهي دينار ، فلوصالحه على دينارين كان رباً . وجوز ذلك ابن ادريس والمصنف والعلامة بناء على نفي الفرعية وعلى أنه صلح على الثوب لاالدينار .

وفيه نظر ، من أن القيمي يضمن بقيمته على الاصح فلايصح .

وثانيهما ـ اذا ادعى على رجل بدراهم أودنانير فاعترف له بها ثم صالحه بدراهم أودنانير وتفرقا قبل القبض لم يصح لانه فرع الصرف، وكذا لوصالحه على بعضها مع اتفاق الجنس لانه ربا، أما لوقبض بعضها وابرأه من الباقي صح لانه فرع الابراء .

(الثانية) قوله « مشروع لقطع المنازعة » يشير الى غاية هذا العقد اللازمة

له غالباً، سواء تقدمت خصومة أولم تتقدم[1]، بل يقدرأنه لولاه لحصلت كالصلح على العين المجهولة للمتصالحين، فانالنزاع يحصل فيها غالباً لولا عقد الصلح لحصول الحظر هنا .

وهل يشترط عدم امكان العلم ؟ الظاهر نعم ، أما لوتعذرالمكيال أوالميزان ومست الحالة الىالانتقال ، فالاقرب الجواز لمساس الحاجة .

(الثالثة) قوله « ويجوز مع الاقرار والانكار » هذا مما انفردت به الامامية، فان اباحنيفة لايجوزه الامع الانكار ، والشافعي لايجوزه الامع الاقرار .

حجة أصحابنا : عموم قوله تعالى « والصلح خير »[2] وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الصلح جائز بين المسلمين الاصلحاً أحل حراماً أوحرم حلالا[3].

(الرابعة) ذكرفي تفسيرالتحليل والتحريم المذكورين وجوه :

« ١ » : ما قاله المصنف التحليل هوان يصطلحا علىأن يشريا أواحدهما، الخمرأويزنيا أوأحدهما ، والتحريم انيصطلحا على أن لايطأ أحدهما أوكلاهما الحليلة أوالمملوكة .

« ٢ » ـ أن يصطلحا على معاملة تؤدي الى الربا أو على جارية يأخذها أحدهما بشرط أن لايطأها .

« ٣ » ـ أن يدعي شخص عيناً في يدآخر ويعلم أن صاحب اليد يستحقها

---

١) قال فى المسالك : لكنه عندنا قد صار عقداً مستقلا بنفسه لايتوقف على سبق خصومة بل لو وقع ابتداءاً على عين بعوض معلوم كان كالبيع فى افادة نقل الملك وعلى منفعة كان كالاجارة الى غير ذلك من احكامه لاطلاق النصوص بجوازه من غير تقييد بالخصومة كقول النبى صلى الله عليه وآله وسلم: الصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً احل حراماً اوحرم حلالا. وقول الصادق عليه السلام: الصلح جائز بين الناس.

٢) سورة النساء : ١٢٨ .

٣) الوسائل ١٣ / ١٦٤ .

ويصح مع علم المصطلحين بما وقعت المنـازعة فيـه . ومع جهالتهما ديناً تنازعا أوعيناً . وهولازم من طرفيه ، ويبطل بالتقايل.

ولو اصطلح الشريكان على أن الخسران على أحدهما والربح له وللاخر رأس ماله صح .

وانما يدعيها ليصالحه المالك على بعضها أوعلى مال، فان هذا الصلح اذا وقع حرم الحلال وأحل الحرام . وهذا بالنسبة الى المدعي لابالنسبة الى الحاكم، لانه انما يحكم بالظاهر . وكل واحد من التفسيرات حسن .

قوله : ومع جعلهما[1])

أما مع علم أحدهما وجهل الاخر ـ كما لوعلم شخص شغل ذمتـه بمائة مثلا لزيد ولم يعلم زيد فصالحه على أقل ـ وان لـم يكن ربوياً لم يصح ، لان ذلك من قسم ما يحلل الحرام .

قوله: ولواصطلح الشريكان على ان الخسران على احدهما[2]) وللاخر رأس ماله صح

قال الشهيد ذلك جائزعند ارادة الفسخ ، للرواية الصحيحة عن الحلبى عن الصادق عليه السلام[3]، ولوجعلا ذلك في ابتداء الشركة فالاقرب المنع لمنافاته موضوعها والرواية لم تدل عليه .

أقول : أما الحكم الاول فهومسلم لكن ليس على اطلاقه بل مع جهلهما بحال المال عند الفسخ أومع علمهما ، أما لوجهل أحدهما وعلم الاخروكان

---

١) فى المختصر النافع : ومع جهالتهما .

٢) فى المختصر النافع المطبوع : على ان الخسران على احدهما والربح له وللاخر راس ماله صح .

٣) التهذيب ٢٠٧/٦ ، الكافى ٢٥٨/٥ .

ولو كان بيد اثنين درهمان فقال أحدهما : همالى ، وقال الاخر : هما بينى وبينك ، فلمدعى الكل درهم ونصف ، وللاخر مابقى .

وكذالو أو دعه انسان درهمين وآخر درهماً فامتزجت لا عن تفريط وتلف واحد فلصاحب الاثنين ، درهم ونصف ، وللاخر مابقى .

هو الرابح فانه لايصح لانه من قسم ما أحل الحرام . وأما الثاني فسيأتي الخلاف فيه .

قوله: لوكان بيداثنين درهمان فقال احدهما همالى وقال الاخرهما بينى وبينك فلمدعى الكل درهم ونصف وللاخر مابقى

وكذا لو أودعه انسان درهمين وآخردرهماً فامتزجت لاعن تفريط وتلف واحد[1] ، فلصاحب الاثنين درهم ونصف وللاخر مابقي .

هنا مسألتان :

(الاولى) الخالية من الايداع اما أن يكون الدرهمان بيدهما أوبيد أحدهما أوبيد ثالث ، فان كان الثاني فان كانا بيد مدعيهما حلف للاخر وكاناله ، وان كانا بيد مدعى أحدهما كان له درهم وعليه اليمين للاخر واعطاه درهماً ، وان كان الثالث فالثالث ان كذبهما حلف لهما وأقر الدرهمان بيده ، وان صدق أحدهما فكما تقدم وعليه اليمين للاخر . وان كان الاول فاما أن يقول مدعي أحدهما ان لي درهماً معيناً منهما أويدعي الاشاعة فيهما ، فان كان الاول فالعمل كما قال المصنف ، وهو مدلول الرواية المشهورة ، وان كان الثاني فالاقوى قسمتهما

---

١) فى بعض النسخ : احدهما .

ولو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً ، وللاخر ثوب بثلاثين فاشتبها ، فان خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه والا بيعا وقسم الثمن بينهما أخماساً .

نصفين ويحلف مدعي الدرهم للاخر. وكذا كل مشاع حصل فيه التداعي هكذا

(الثانية) ذات الايداع فان كان التلف عن تفريط غرم المستودع التالف ، سواء اذنا في المزج أولا، وان كان لاعن تفريط وكان المزج بغير اذنهما فكذلك وان كان باذنهما أو حصل المزج بغير اختيار المستودع ففي الرواية عن السكوني[1] لصاحب الدرهم نصف وللاخر الباقي . والعمل بها مشهور .

ولايمكن هنا دعوى الاشاعة كما في الاولى ، لان ذلك خلاف الغرض ، لكن السكوني ضعيف والشهرة ليست حجة ، فالاجود حينئذ أن نقول : ان كان ذلك في أجزاء ممزجة قسم الباقي أثلاثاً ، وان كان في غير المتمزج فالعمل كما في الرواية .

وقال العلامة في التحرير: يقسم الباقي على نسبة المالين كما قلنا في الممتزج وهو بعيد . نعم لو قيل بالقرعة هنا لم يكن بعيداً .

بقي هنا سؤال ، وهو أنه هل في العمل بمدلول الروايتين في المسألتين يمين أم لا ؟ فنقول : لم يذكر الاصحاب فيهما يميناً وذكروهما في باب الصلح فجاز أن يكون الصلح قهرياً وجاز أن يكون اختيارياً ، فان امتنعا فاليمين .

قوله : ولو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً ولاخر ثوب بثلاثين فاشتبها فان خير احدهما صاحبه فقد انصفه والا بيعا وقسم الثمن بينهما اخماساً .

---

١) التهذيب ٦/٢٠٨ ، الفقيه ٣/٢٣ فيه : يعطى صاحب الدينارين ديناراً ويقتسمان الدينار الباقى بينهما نصفين .

كذا روى اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام[1] . وعلى ذلك عمل الشيخ واتباعه .

وقال ابن ادريس العمل بالقرعة هنا أولى ، ورده العلامة بأن القرعة مع الاشكال ولا اشكال مع النقل. وأيضاً هذا المجموع بضاعة لشخصين لكل واحد منهما قدر معين فيباع ويبسط الثمن على نسبة المالين كغيرها من الاموال وكما لو اشتراهما بالشركة مع الاذن، فان الشركة قد تحصل ابتداء وقد تحصل بالمزج والموجب للاشتباه كما هو هنا . واذا كانا شريكين كان لكل منهما بقدر رأس المال الذي له كما في الطعامين لو امتزجا .

أقول : على تقدير تسليم الشركة فوجوب البيع وقسمة الثمن كما ذكر ممنوع، اذ مع امكان القسمة عيناً ولو بالتعديل لا وجه لوجوب البيع، خصوصاً مع تعلق غرضهما أو أحدهما ببقاء الثوبين أما للقنية أو للكسوة ، فان اجبارهما على البيع منفردين أو مجتمعين حينئذ ضرر منفي بالخبر .

هذا مع أن قسمة الثمن أخماساً مع امكان شراء أحدهما بعشرين أو ان الرخص وشراء الاخر بثلاثين أوان الغلاء مع تساويهما في الكم والكيف لا وجه لها ، اذ لا يحل مال امرىء مسلم الا عن طيب نفس منه . فالاولى حينئذ أن الثوبين ان تساويا من كل الوجوه الممكنة أعطي كل واحد منهما ثوب ، وان تفاوتا فالذي يقتضيه عقل المعاش غالباً أن الاجود يكون لصاحب الثلاثين والاخر لصاحب العشرين . وما ذكر من الاحتمال نادر.

هذا وقول العلامة اذا كانا شريكين كان لكل منهما بنسبة رأس المال الذي له كما في الطعامين ، مسلم اذا كانت الشركة في الثمن ، أما اذا كانت الشركة في السلعة فممنوع ، والا لزم أنه لو اشترى واحد كراً من الطعام بمائة وآخر كراً

---

١) التهذيب ٦/٢٠٨ ، الكافي ٧/٤٢١ .

بمائتين مع تساويهما في الصفة ثم امتزجا طوعاً أوكرهاً ثم بيع الكران أن يقسم الثمن اثلاثاً على نسبة المالين . لكن ذلك قول باطل لم يقل به قائل .

ان قلت : فعلى أي شيء تحمل الرواية .

قلت : تحمل على أمرين :

أحدهما ـ على امتزاج المالين قبل الشراء ، فان لفظ الرواية لايدفع هذا الاحتمال،فان منطوقها الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهماً في ثوب وآخر عشرين درهماً في ثوب فبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هـذا ثوبه . فقال عليه السلام : يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن والاخر خمسي الثمن. قال: قلت فان صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين اخترأيهما شئت . قال عليه السلام : قد أنصفه[1] .

ثانيهما ـ حملها على الاستحباب ، فان ذلك تطيباً لنفس كل منهما ودفع ضرر الانغبان .

قوله : واذا ظهر استحقاق أحد العوضين بطل الصلح

هذا اذا كانا معينين أواحدهما وظهر استحقاقه ، أما لو صالحه على عين بدين في ذمته ثم دفع اليه شيئاً فظهر استحقاقه فان الصلح لايبطل بل رجع مال الصلح الى الذمة كما كان .

---

١) هي رواية اسحاق بن عمار التي مرت آنفاً .

كتاب الشركة

وهى اجتماع حق مالكين فصاعداً فى الشىء على سبيل الشياع.

قوله : وهى اجتماع حق مالكين فصاعداً فى الشىء على سبيل الشياع

هنا فوائد :

(الاولى) الشركة قد تقع صفة للمكلف فيقال شرك يشرك شركة فهو شريك وقد تقع صفة للمال فيقال اشترك يشترك اشتراكاً فهو مشترك. فان أريد الاول هنا كان المناسب أن يقال « جمع حق » الى آخره ، وان أريد الثاني فالمناسب أن يقال اجتماع كما قال المصنف . وهو حسن لان المقصود من هذا الباب هو ذلك، ولذلك قال فيما بعد وتصح مع امتزاج ـ الى آخره .

(الثانية) انما قال « حق » ولم يقل مال ليشمل الشركة في المنافع وفي الحقوق ، كحق القصاص والولاء والخيار والشفعة .

(الثالثة) ان الشركة أمر حادث، وكل حادث لابد له من سبب ، والسبب هنا قد يكون ارثاً وقد يكون حيازة ، كما لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماء[1] بآنية ، وقد

---

١) فى بعض النسخ : ماء دفعة بآنية .

ويصح مع امتزاج المالين المتجانسين على وجه لايمتاز أحدهما عن الاخر .

ولاينعقد بالابدان والاعمال .

ولو اشتركا كذلك كان لكل واحد أجرة عمله .

ولا أصل لشركة الوجوه والمفاوضة .

يكون مزجاً كما اذا امتزجت الاجزاء المتساوية المتصغرة بحيث لايمتاز جزء عن جزء كالادقة والادهان لا كالحنطة والذرة والدخن والسمسم والدراهم الجدد والعتق ، وقد تكون عقداً كما لو اشتريا سلعة في عقد أو باع أحدهما نصف سلعته المخالفة بنصف الاخرى ، كنصف الدار بنصف الخان أو نصف الفرس بنصف الحمار .

(الرابعة) انما قيد الاجتماع على وجه الشياع احترازاً عن اجتماع لايحصل فيه ذلك ، والمراد بالشياع أن لايفرض جزء الا وفيه حق لهما .

قوله: وتصح مع امتزاج المالين المتجانسين على وجه لايمتاز احدهما عن الاخر

لايتوهم أنه يلزم من قوله هذا انها لايتحقق الامع الامتزاج، فان ذلك التوهم من باب دليل الخطاب وليس حجة .

وكذا عبارة الشيخ في الخلاف : لاتنعقد الشركة الافي مالين متساويين. فيها تساهل ، ومراده لاتنعقد الشركة في الاموال الافي مالين ـ الى آخره .

ثم الامتزاج قد يكون اختيارياً وهو ظاهر، وقد يكون قهرياً كما لو فعله غير المالك بغير اذنه .

قوله : ولا تنعقد بالابدان والاعمال ، ولو اشتركا كذلك كان لكل واحد أجرة عمله ، ولا اصل لشركة الوجوه والمفاوضة

الشركة أربعة أقسام :

(الاول) شركة العنان ، وهي المذكورة أولا ، وتلك هي المعتبرة شرعاً وصحتها اجماعية . وانما سميت بذلك لتساويهما في التصرف، كالفارسين اذا تساويا في السير، فان عنانيهما يكونان سواء . وقال الفراهي : مأخوذة من عن الشيء اذا عرض ، يقال عنت لي حاجة اذا عرضت ، وسميت الشركة بذلك لان كل واحد عنت له شركة صاحبه . وقيل من المعانة ، يقال عاننت فلاناً اذا عارضته بمثل ماله وفعاله ، وكل من الشريكين عارض صاحبه بمثل ماله وفعاله .

(الثاني) شركة الابدان والاعمال، وهماشيء واحد، وهي عقد لفظي يدل على تراضيهما واتفاقهما على اشتراكهما في حاصل الاعمال التي تصدر عنهما على حسب الشرط كالدلالين والحمالين والخياطين، سواء كانا متفقين في السبب كخياطين أومختلفين فيه كخياط ونساج .

وجوزها ابوحنيفة مطلقاً ، ومالك مع الاتفاق ، وجوز احمد في الصنائع ومنعها الشافعي . واتفقت الامامية على بطلانها ، فاما أن يتميز عمل كل واحد منهما فلكل منهما أجرة عمله أولايتميز فالحاصل لهما يصطلحان .

(الثالث) شركة الوجوه ، ولها تفسيرات :

الاول ـ أن يشترك وجيهان فيبتاع كل منهما في ذمته الى أجل على أن ما يبتاعه كل واحد على انفراده يكون بينهما ويبيع كل منهما مااشتراه ويؤدي منه الثمن وما فضل بينهما .

الثاني ـ أن يبتاع وجيه في الذمة ويفوض مبيعه الى خامل والربح بينهما .

الثالث ـ يشترك وجيه لامال له وخامل ذومال، فالعمل من الوجيه والمال من الخامل ودوفي يدالخامل لايسلمه الى الوجيه .

الرابع ـ أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له .

واذا تساوى المالان فى القدر فالربح بينهما سواء . ولو تفاوتا فالربح كذلك ، وكذا الخسران بالنسبة .

ولوشرط أحدهما فى الربح زيادة . فالاشبه : أن الشرط لايلزم .

ومع الامتزاج ليس لاحد الشركاء التصرف الا مع الاذن من الباقين .

ويقتصر فى التصرف على ماتناوله الاذن ولو كان الاذن مطلقاً صح .

وجوزها أيضاً ابوحنيفة والشافعي وابن الجنيد منا ، وحصل الاجماع بعده على بطلانها .

والتحقيق أنه ان حصل اذن كل لصاحبه أن يشتري لهما واشترى كذلك وقع الشراء لهما وتحققت الشركة في السلعة . هذا في التفسير الاول، وأما الثلاثة فان الحاصل لرب المال وللاخر الاجرة .

(الرابع) شركة المفاوضة، وهي عقد لفظي يدل على اتفاقهما على اشتراكهما في كل غنم وغرم يحدث لهما وعليهما، بأن يقولا « اشتركنا شركة المفاوضة » أو« تفاوضنا » ، أو يوجب أحدهما بهذا اللفظ ويقبل الاخر . وجوزها ابوحنيفة أيضاً ، وهي عندنا وعند الشافعي ومالك واحمد باطلة .

وحجة أصحابنا على بطلان الجميع اجماعهم على ذلك أولا، وعدم الدليل ثانياً ، وأنها غرر والغرر منهي عنه ثالثاً ، وأصالة بقاء حق كل واحد منهما على ملكه فانتقاله يحتاج الى دليل وليس رابعاً .

قوله: واذا تساوى المالان فى القدر فالربح بينهما سواء ، ولو تفاوتا فالربح كذلك وكذا الخسران بالنسبة ، ولوشرط احدهما فى الربح زيادة فالاشبه ان الشرط لايلزم

ولو شرط الاجتماع لزم .

وهي جائزة من الطرفين . وكذا الاذن في التصرف .

وليس لاحد الشركاء الامتناع من القسمة عند المطالبة الا أن يتضمن ضرراً .

ولا يلزم أحد الشريكين اقامة رأس المال ، ولا ضمان على أحد الشركاء مالم يكن بتعد أو تفريط .

ظاهر هذا الكلام أن الشركة تكون صحيحة لكن الشرط غير صحيح ، بمعنى أنه لايجب الوفاء به . وهذا قول التقي ، وقال الشيخ في المبسوط والخلاف[1] ببطلان الشركة والشرط ، اذ لادليل على صحة ما هذا شأنه .

وقال المرتضى بصحتهما ، واختاره العلامة[2] محتجاً بعموم قوله « أوفوا بالعقود »[3] وقوله « الا أن تكون تجارة عن تراض »[4] ، والتراضي انما وقع على ما شرطاه ، وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم[5] .

ويقوى في نفسي أن المشروط له الزيادة ان كان مباشراً للعمل أوله خيرة زائدة ، فالقول ما قاله المرتضى والافالقول ما قاله الشيخ ، والالكان أكلا للزيادة

---

١) قال في الخلاف ٢ / ١٤٠ : لايجوز ان يتفاضل الشريكان في الربح مع التساوي في المال ولا ان يتساويا فيه مع التفاضل في المال ومتى شرطا خلاف ذلك كانت الشركة باطلة .

٢) راجع المختلف ٢ / ٢١ .

٣) سورة المائدة : ١ .

٤) سورة النساء : ٢٩ .

٥) التهذيب ٧ / ٢٢ ، الكافي ٦ / ١٨٧ .

ولا تصح مؤجلة، وتبطل بالموت .

وتكره مشاركة الذمي، وابضاعه ، وايداعه .

بالباطل ، وهوخلاف الاية . وهذا مفهوم من كلام صاحب الوسيلة .

قوله : ولا تصح مؤجلة

قال الشيخان الشركة بالتأجيل باطلة ، ومرادهما بالبطلان بطلان التأجيل لاالشركة ، ولذلك قال المفيد بعدذلك: ولكل واحد من الشريكين فراق صاحبه وكذا قال التقي .

قال العلامة : والتحقيق أن للتأجيل فائدة، وهي منع كل منهما عن التصرف بعد الاجل الاباذن جديد وان لم يكن له مدخل في الامتناع من الشركة ولكل منهما الفسخ قبل الاجل .

قوله : وتبطل بالموت

مراده يبطل التصرف المأذون فيه ، والا فالمال مشترك لهم يقسم فكيف تبطل الشركة .

كتاب المضاربة

وهى أن يدفع الانسان الى غيره مالا ليعمل فيه بحصة من ربحه. ولكل منهما الرجوع سواء كان المال ناضاً أو مشتغلا .

قوله :كتاب المضاربة

يقال مضاربة وقراض، فالاول لغة أهل العراق مأخوذ من الضرب في الارض وهو السفر فيها لانها تقع غالباً في السفر ، ومن قولهم ضرب مع أصحابه بسهم لان كلا من المالك والعامل يضرب في الربح بسهم . والثاني لغة الحجاز، اما من القرض، وهو القطع ، لان صاحب المال اقتطع بعض ماله ودفعه الى العامل ، واما من المساواة كما يقال تقارض الشاعران اذا وازن كل منهما صاحبه بشعره ، فكأن المالك باخراج ماله وازن العامل بعمله .

قوله: وهى ان يدفع الانسان الى غيره مالا ليعمل فيه بحصة من ربحه

هنا فوائد :

(الاولى) اذا دفع الانسان الى غيره مالا ليعمل فيه بالاسترباح : فاما أن يشترط الربح فيه للمدفوع اليه فذاك قرض في المعنى ويكون المال مضموناً على القابض ، أويشترط الربح لنفسه خاصة دون العامل فذاك بضاعة ، فان قال

مع ذلك « ولا أجرة لك » فهوتوكيل في الاسترباح من غيررجوع عليه بأجرة وان قال « ولك أجرة كذا » فان عين عملا مضبوطاً بالمدة أوالعمل فذاك اجارة وان لم يعين فجعالة . وان سكت فان تبرع العامل بالعمل فلا أجرة له ، وان لم يتبرع وكان ذلك العمل له أجرة عرفاً فله أجرة مثله، أويشترط الربح مشتركاً فذاك أقسام :

« ١ » ـ أن يعين حصة العامل بالجزئية المعلومة كالنصف والثلث ، فذاك المضاربة الصحيحة .

« ٢ » ـ أن يعين حصة المالك خاصة وسكت عن قدرحصة العامل ، فذاك مضاربة فاسدة .

«٣» ـ أن يقول الربح مشترك بيننا فذاك مضاربة صحيحة ويقضي بالنصف لكل منهما . ومثله لوقال مشترك على النصفية .

«٤» ـ أن يقول لك منه ألف ولي ألف والباقي مشترك ، ففاسدة أيضاً لعدم الوثوق بحصول الزيادة فلااشتراك حينئذ .

« ٥ » ـ أن يقول لك ربح نصفه ، تردد الشيخ في الخلاف في ذلك[1] ، وحكي عن الشافعي البطلان وعن ابى حنيفة الجواز. ولم يفرق في المبسوط بين نصف ربحه وربح نصفه في الجواز، وبه أفتى المصنف في الشرائع[2] والعلامة في القواعد[3] .

والتحقيق أنه ان لم يعين النصف فهي صحيحة ، اذ لافرق بين العبارتين ،

---

١) قال في الخلاف ٢/١٩٩ : اذا قال خذ القأقراضاً على ان لك نصف ربحها صح بلا خلاف ، وان قال : على ان لك ربح نصفها كان باطلا .

٢) في الشرائع ١٢٩ : ولوقال لك نصف ربحه صح وكذا لو قال ربح نصفه .

٣) في القواعد في آخر الشرط الرابع من شروط الربح من كتاب القراض : ويصح لوقال على ان لك ربح نصفه اونصفه ربحه .

ولا يلزم فيها اشتراط الاجل . ويقتصـر على ما تعين له من التصرف .

ولو أطلق ، تصرف فى الاستثمار كيف شاء . ويشترط كون الربح مشتركاً .

وان عين نصفاً بعينه فذاك المعين له ربحه ويكون قرضاً والاخر بضاعة .

« ٦ » ـ أن يجعل لغلامه منه حصة والباقي بينهما ، أويقول مع ذلك « ولك حصة كذا » فتصح سواء عمل الغلام أولا ، ويراد بالغلام هنا المملوك .

« ٧ » ـ أن يجعل لاجنبى حصة والباقي بينهما، أويقول «ولك حصة كذا» فان كان الاجنبى عاملا فصح والافسد . وفيه وجه بالصحة لاعمل عليه .

(الثانية) المضاربة عقد لابد فيه من الايجاب من المالك، كقوله «قارضتك» أو« ضاربتك » أوما أدى معناه، والقبول من العامل كقوله « قبلت » أو «رضيت» وشبه ذلك ، وحينئذ في قول المصنف « وهي أن يدفع » تساهل .

(الثالثة) هذا العقد صحيح شرعـاً للاجماع والاحاديث ، وهو جائز مـن الطرفين لكل منهما الفسخ سواء كان المال ناضاً[1] وهو أن يكون دراهم أودنانير أومشتغلا وهو أن يكون به عروض، فان كان الفاسخ العامل ولم يظهر ربح فلاشيء له ، وان كان المالك فالحق أنه يضمن للعامل أجرة المثل الى ذلك الوقت، أما لوظهر ربح في الصورتين فهو على الشرط لاغير .

قوله : ولواطلق تصرف فى الاستنماء[2] كيف شاء

---

١) فى المصباح : واهل الحجاز يسمون الدراهم والدنانير نضاً وناضاً قال ابوعبيد انما يسمونه ناضاً اذا تحول عينا بعد ان كان متاعاً لانه يقال مانض بيدى منه شيء اى ماحصل.

٢) فى المختصر النافع : فى الاستثمار .

ويثبت للعامل ما شرط له من الربح مالم يستغرقه .
وقيل للعامل أجرة المثل .

المقصود بالذات من هذا العقد هو التصرف بالاسترباح ، فالمالك اما أن يعين له نوعاً من التصرف أو يطلق، فان كان الاول فاما ان يكون منافياً للاسترباح اولا، فان كان الاول فسدت المضاربة فان كان الثاني صحت واقتصر على ما أذن له ، وان أطلق له التصرف قال المصنف تصرف في الاستنماء كيف شاء وليس على اطلاقه بل مع مراعاة المصلحة لانه وكيل فى الحقيقة وفعل الوكيل منوط بها، وقال الشيخ في المبسوط والخلاف[1] لو قال رب المال تصرف فيه كيف شئت لم يكن له أن يشتري الا بنقد البلد بثمن المثل.

وفيه نظر ، لان المصلحة لو اقتضت الشراء بغير نقد البلد أو البيع بغيره أي مانع يمنع من ذلك ، أما الشراء بثمن المثل فانه لازم قطعاً لان الشراء بالزائد خلاف المصلحة . اللهم الا أن يمكن تصور مصلحة استقبالية ، فيكون حينئذ جائزاً .

قوله : ويثبت للعامل ما شرط له من الربح مالم يستغرقه وقيل للعامل اجرة المثل

الاول هو المشهور المفتى به . قاله الشيخ في المبسوط والخلاف وابن الجنيد وابن حمزة وابن ادريس وعليه أدلة عامة كقوله تعالى « أوفوا بالعقود »[2] كقوله: المؤمنون عند شروطهم[3] وخاصة وهي روايات كثيرة :

---

١) فى الخلاف ٢/١٩٦ : اذا دفع اليه مالا قراضاً فقال له اتجر به اوقال له اصنع ماترى اوتصرف كيف شئت فانه يقتضى ان يشترى بثمن مثله نقداً بنقد البلد .

٢) سورة المائدة : ١ .

٣) التهذيب ٧/٢٢ ، الكافى ٦/١٨٧ .

منها : رواية ابي بصير عن الصادق عليه السلام في الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة وينهاه أن يخرج به الى أرض أخرى فعصاه. فقال: هو له ضامن والربح بينهما اذا خالف شرطه وعصاه[1] .

ومنها : رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضيعة شيء الا أن يخالف أمر صاحب المال[2].

والثاني قول الشيخ في النهاية والمفيد وسلار والقاضي والتقي، ولم نقف لهم على رواية تدل على مدعاهم ، وان كان قد وقف أحد على شيء فيمكن حمله على مضاربة فاسدة .

وان احتجوا بأن النماء يتبع الاصل وبأنها معاملة على مجهول ، أجبنا بأن الاصل يخالف للدليل والجهالة لاتضر كالمساقاة .

قوله : وينفق العامل في السفر من الاصل كمال النفقة

هذا قول الشيخ في النهاية والخلاف وابن الجنيد وابن ادريس والقاضي وابن حمزة، واختاره العلامة متحجاً بأنه مشغول بالعمل في مال القراض، فكانت النفقة على المال كالعبد المستغرق وقته في خدمة سيده . وبما رواه علي بن جعفر عن أخيه الكاظم عليه السلام قال : في المضاربة ما انفق في سفره فهو من جميع المال واذا قدم بلده فما انفق فهو من نصيبه[3] .

---

١) التهذيب ٧/١٨٧ .

٢) التهذيب ٧/١٨٧ ، الاستبصار ٣/١٢٦ .

٣) التهذيب ٧/١٩١ ، الكافي ٥/٢٤١ وليس فيه «فهو» الفقيه ٣/١٤٤ بسند آخر.

وقال الشيخ في المبسوط : ان نفقته من ماله سفراً وحضراً، لانه دخل على أن يكون له من الربح سهم معلوم ، فليس له أكثرمن ذلك، لانه ربما لايربح المال اكثرمن هذا .

وعبارة المصنف تحتمل أمرين :

أحدهما ـ اختياره الاول ، لان قوله « كمال النفقة » يكون من باب اضافة الصفة الى موصوفها ، أي النفقة الكاملة .

وثانيهما ـ أن يريد أنه ينفق الزائد عـن نفقة الحضر والباقي يكون من مالـه .

واختار هذا بعض الفضلاء محتجاً عليه بأصالة بقاء مال المضاربة على ملك صاحبه خرج منه القدر المشترط للعامل من الحصة فيبقى الباقي على أصله فلا تكون النفقة منه . نعم الزائد باعتبار السفر يكون منه، لانه كالاجرة اللاحقة بسبب الحمل وغيره .

وفيه نظر، لان الاصل يخالف للدليل ، فالحق اذاً الاول للرواية المذكورة فان « ما » من أدوات العموم، فتعم كل ما أنفقه في سفره. نعم دليل العلامة الاول قياس لانقول به ، وعلى تقدير القول به فكون المشترك المذكور علة ممنوع . سلمنا لكن الفرق حاصل، فان عمل العبد لخاصة سيده وعمل العامل مشترك .

وهنا فوائد :

(الاولى) على قول المبسوط لوشرط للعامل النفقة لزم، و[على] قول النهاية لوشرط عدمها لزم .

(الثانية) النفقة اللازمة بالسفر تعم المأكل والمشرب والملبس والمركب فما يفضل معه يرده الى المال .

ولا يشترى العامل الا بعين المال .

ولواشترى فى الذمة وقع الشراء له والربح له .

ولو أمر بالسفر الى جهة فقصد غيرها ضمن ، ولو ربح كان الربح بينهما بمقتضى الشرط .

(الثالثة) يراعى في ذلك الاقتصاد والاقتصار على نفقة أمثاله ، فلو أسرف حسب عليه الزائد .

(الرابعة) ليس المراد بالسفر هنا الشرعي، وهو مايجب فيه التقصير بل العرفي فلو أقام وأتم صلاة فله النفقة .

(الخامسة) لو انقضى غرضه سفراً فأقام لالضرورة فنفقة تلك المدة من خاصته .

(السادسة) لو كان معه مال آخر لنفسه أو لغيره قسطت النفقة .

قوله : ولايشترى العامل الابعين المال ، ولواشترى فى الذمة وقع الشراء له والربح له

لاكلام أن اطلاق العقد يقتضي أن يشتري نقداً بعين المال [لانه لو اشترى في الذمة فاما فى ذمته أوذمة المالك، والاول محال لاستحالة أن يملك الانسان شيئاً وثمنه على غيره ، والثاني يقتضي اثبات دين على المالك من غيرضرورة ، فلم يتناوله العقد مطابقة ولاتضمناً ولاالتزاماً ، ولان المضاربة انما وقعت على العين والدين غير العين ، فلواشترى في ذمة المالك اشترى بغيرمال المضاربة، لان المضاربة يقتضي التصرف في المال الذي وقع عليه عقد المضاربة ولايقتضي التصرف في الذمة][1]، ولان خلافه غرر وخطر فيكون منافياً للاسترباح المقصود

---

١) مابين القوسين ليس فى بعض النسخ .

وكذا لوأمره بابتياع شيء فعدل الى غيره .
وموت كل واحد منهما يبطل المضاربة .

هنا ، فلواشترى كذلك واتفق تلفها انفسخ البيع والمضاربة وكان المبيع لمالكه سواء كان التلف قبل الشراء أوبعده .

ولواشترى في الذمة فلايخلو اما أن يكون باذن رب المال أولا ، والثاني اما أن يضيف حال الشراء في العقد أنه لرب المال أولا ، والثاني اما أن ينوي الشراء لرب المال أولا، والثانياما أن يطلق أوينوي لنفسه . فهنا اقسام خمسة :

« ١ » ـ أن يشتري بأذنه ، فيقع للمضاربة ويلزم أداء الثمن من مال المضاربة ، فلوتلف قبل التسليم من غير تفريط من العامل لزم المالك دفع بدله ويكون المالان مال قراض . وهو قول الشيخ في المبسوط ، وحكى فيه وفي الخلاف هنا أقوالا غيرمحصلة لافائدة بذكرها .

« ٢ » ـ أن يكون بغيراذنه ويضيف الشراء له لفظاً ، فهو كالفضولي ان أجاز فهو كالاول والابطل .

« ٣ » ـ بغيراذنه ولم يضف لفظاً بل نية ، فيقع للعامل ظاهراً .

« ٤ » ـ بغيراذنه وقيل مطلقاً ، فيقع له شرعاً .

« ٥ » ـ بغيراذنه وأضاف العامل الى نفسه ، فيقع له قطعاً .

وفي الاخيرين الربح له كله ولودفع مال القراض فيهماثمناً كان مضموناً عليه وفي الثالث لودفع الثمن من مال القراض وأجاز المالك الشراء والدفع فالمبيع مال قراض والافهو للعامل والثمن عليه .

قوله : وموت كل واحد منهما يبطل المضاربة

اذا كان الميت العامل ولم يظهرربح فلاكلام في البطلان ولا شيء لوارثه

ويشترط في مال المضاربة أن يكون عيناً: دنانير أو دراهم . ولا تصلح بالعروض .

ولو قـوم عروضاً وشرط للعامل حصـة من ربحه كان الربح للمالك ، وللعامل الاجرة .

وكذا اذا كان المالك ولم يظهر ربح ولاشيء للعامل . ولو ظهر ربح والحالة هذه كان للعامل قدر نصيبه، ويكون معنى بطلانها عدم جواز التصرف الا باذن الوارث وحينئذ هنا مسائل :

(الاولى) هل يصح تقرير الوارث للعامل أم لا؟ الحق ان كان المال نقداً صح وان كان عروضاً فلا .

(الثانية) فهل في صورة الجواز يصح بلفظ التقرير ؟ الاولى لا .

(الثالثة) لانفقة للعامل من حين موت المالك ، لحصول البطلان ظهر ربح أولا .

(الرابعة) لو مات والعامل في بلد آخر أو في بلده فسافر كان ضامناً علم بالموت أولا. وقال القاضي لاضمان لو كان في بلد غير صاحب المال فسافر وخص الضمان كانا سواء وكذا اذا لم يكن .

(الخامسة) لو مات المالك والعامل في غربة فان وجد وكيلا للوارث سلمه اليه ، فان تعذر فالحاكم ، فان تعذر فنفقة . هذا مع اضطراره الى السفر ، والا فلايجوز التسليم . ولو سلم كان ضامناً ،وكذا لو خالف الترتيب في الاول .

قوله : ولاتصح١) بالعروض

انما لاتصح لانه لايتميز الربح حينئذ، لانه ربما ترتفع قيمتها فيستغرق الربح

---

١) في المختصر النافع : ولا تصلح .

ولا يكفى مشاهدة رأس مال المضاربة مالم يكن معلوم القدر، وفيه قول بالجواز .

ولو اختلفا فى قدر رأس المال فالقول قول العامل مع يمينه .

أوتنقص قيمتها فيصير رأس المال ربحاً، فلووقع العقدعلى العروض كانت فاسدة والربح لرب المال وللعامل الاجرة ولانفقة له في سفره .

قوله : ولاتكفى مشاهدة رأس مال المضاربة مالم يكن معلوم القدر وفيه قول بالجواز

قال الشيخ في الخلاف واتباعه لابد من العلم به، وقال في المبسوط تبطل اذا لم يكن معلوماً[1] ، وحكى فيه عن قوم أنـه تكفي المشاهدة ويكون القول قول العامل في قدره، فان أقامابينتين فالحكم لبينة المالك لانه الخارج. ثم قال هذا هوالاقوى عندي .

ولعل القول المشارإليه هوهذا ، ومراد الشيخ بقوله « ويكون القول قول العامل في قدره » أنه شرط ذلك في العقد .

قال العلامة فيالمختلف : ماقواه الشيخ هوالاجود، لاصالة الصحة ولقوله عليه السلام : المؤمنون عند شروطهم ، وقد وجد شرط سائغ فيحكم به[2].

وفيه نظر ، لانه غيرمطابق ، لان الكلام في أصل العقد وقـد فسد والعقد غيرالشرط .

وذكر الابى في كشفه ناقلا عن المصنف في الدروس أن القول للمرتضى والعهدة على الراوي .

---

١) فيب : معلوم القدر .

٢) المختلف ٢/٢٥ .

ويملك العامل نصيبه من الربح بظهوره وان لم ينض .

ولا خسران على العامل الا عن تعد أو تفريط .

وقوله مقبول في التلف ، ولا يقبل في الرد الا ببينة على الاشبه .

قوله : ويملك العامل نصيبه من الربح بظهوره وان لم ينض[1]

وقيل لا يملك الا بالانضاض. وتظهر الفائدة في العامل اذا اشترى أباه ، فان قلنا بالظهور فحال ما يحصل فيه ربح ينعتق عليه قدر نصيبه ويسعى الاب في الباقي[2] وان قلنا بالانضاض فلا . واتفق القائلان أنه اذا ظهر الربح ومات العامل انتقل نصيبه الى وارثه .

قوله : ولا يقبل في الرد الا ببينة على الاشبه

وجه الاشبهية أنه مدع ، فيكون كغيره من المدعيين، فلا يقبل قوله الا ببينة وقال الشيخ في المبسوط يقبل قوله في الرد ، لانه أمين .

قلنا : أمانته ليست خالصة بل مشوبة بمنفعة نفسه كالمرتهن ، فلا يقبل قوله كالوكيل بجعل بخلاف من أمانته مشوبة بنفع نفسه كما في الودعي والوكيل تبرعاً ، فان قولهما مقبول لكن مع اليمين في الجميع .

---

١) اهل الحجاز يسمون الدراهم والدنانير نضاً وناضاً ، قال ابوعبيد انما يسمونه ناضاً اذا تحول عيناً بعد ان كان متاعاً .

٢) قال في التحرير ١/٢٧٨ : اذا اشترى العامل ابانفسه فان لم يكن فيه ربح صح الشراء للقراض وجاز بيعه ، فان بيع قبل ظهور الربح فلا بحث وان بقي في يده حتى ظهر ربح وقلنا انه يملك الحصة بالظهور ـ وهو الاقوى ـ عتق عليه قدر ما ملكه ويستسعى العبد في الباقي وهل يقوم على العامل مع يساره ؟ قال الشيخ نعم ؛ والاقرب انه يستسعى العبد وان كان العامل موسراً . وان اشتراه وكان فيه ربح فالوجه صحة الشراء أيضاً وان قلنا انه يملك الحصة بالقسمة لم ينعتق عليه نصيبه .

ولو اشترى العامل أباه فظهر فيه ربح عتق نصيب العامل من الربح وسعى العبد في باقي ثمنه .

ومتى فسخ المالك المضاربة صح وكان للعامل أجرته الى ذلك الوقت .

ولو ضمن صاحب المال العامل صار الربح له .

قوله : ولواشترى العامل اباه ـ الى آخره

قد تقدم مبنى هذه المسألة ، أما لواشترى أب المالك أوابنه مثلا للمضاربة فاما أن يكون بغيراذنه أوباذنه : والاول لاتصح لان عقد المضاربة وكالة في التجارة للاسترباح فيتناول الاذن في كل تصرف يمكن فيه الاسترباح ولو بالامكان الاستقبالي، ولاشيء من الاب يمكن فيه ذلك فلايتناوله الاذن. وهل يكون موقوفاً على الاجازة ؟ قيل لا لانه أمر بمنافيه، لان الامر بمافيه الاسترباح ينافيه ما لايمكن فيه الاسترباح ، والامر بالشيء نهي عن منافياته أومستلزم لها . وقيل بل يقف ، لانه فضولي وعقد الفضولي موقوف على الاجازة .

والثاني كما اذا قال « اشترابى بهذا المال » ، فاذا اشتراه ملكه المالك في آن ثم انعتق عليه بعده، فمن حين ما وقع عليه الشراء وجد علة منافية للمضاربة فانفسخت وبطلت ، وكلما أبطل المالك المضاربة لزمه أجرة المثل كما تقدم ، فيلزم المالك حينئذ أجرة المثل للعامل سواء كان فيه ربح أولا .

قوله : ولوضمن صاحب المال العامل صار الربح له

ضمن بتشديد الميم أي جعله ضامناً، فان بذلك يصير المال قرضاً على العامل فيكون ملكاً له فربحه له .

ولا يطأ المضارب جارية القراض، ولو كان المالك أذن له. وفيه رواية بالجواز متروكة.

قوله: ولايطأ المضارب جارية القراض ولوكان المالك اذن له، وفيه رواية بالجواز متروكة

المضارب بكسر الراء هو العامل، وأما المالك فلم يشتق له من المضاربة اسم. نعم اشتق له من القراض اسم، فيقال لرب المال مقارض بكسر الراء وللعامل مقارض بفتحها.

اذا عرفت هذا فلو اشترى العامل جارية من مال القراض: فاما أن يظهر فيها ربح أولا، فان كان الاول فاما أن نقول يملك بالظهور فلايجوز له وطأها وان اذن المالك الا أن نقول بصحة الوطى باباحة الشريك فيجوز هنا، وسيأتي انشاء الله تحقيق هذه المسألة. وان قلنا لايملك بالظهور أولم يظهر ربح أصلا فيصح وطيها باذن المالك له بعد الشراء، لانها اباحة صدرت من أهلها في محلها.

أما لواذن له قبل الشراء فلايصح، لانه لم يصادف ملكاً ولا ينهض عقداً وحل الفرج منحصر في العقد أو الملك.

ونقل عن الشيخ جواز الوطى بالاذن السابق اعتماداً على الرواية المشار اليها، وهي ما رواها الكاهلي عن ابى الحسن عليه السلام قال: قلت رجل سألني أن اسألكم أن رجلا أعطاه مالا مضاربة يشتري له ما يرى من شيء وقال: اشتر جارية تكون معك والجارية انما هي لصاحب المال ان كان فيها وضيعة فعليه وان كان فيها ربح فله للمضارب أن يطأها. قال: نعم[1].

قال المصنف: ان الرواية متروكة.

---

١) التهذيب ٧/١٩١.

ولايصح المضاربة بالدين حتى يقبض .

ولوكان فى يده مضاربة فمات ، فان عينها لواحـد بعينه أو عرفت منفردة والا تحاص فيه الغرماء .

أقول : لاشك أن كلام المصنف هنا خال عن ضبط أقسام هـذه المسألة ، لان ظاهره أنه لايجوز وطي جارية القراض وان أذن المالك ، ولم يقيد الاذن بكونه قبله أو بعده ولا يكون الربح ظهر أولا ، وقد عرفت ما ذكرنا من أقسام المسألة .

ثـم قوله « وفيه رواية بالجواز متروكة » يدل على أن الرواية تـدل على نقيض ما ذكره ، ولاشك أن الرواية ليس فيها دلالة على ذلك .

أماأولا ـ فلانه ليس فيها اذن في الوطى،لان قوله «اشترجارية تكون معك» ليس فيه تصريح بالاذن ، لان كونها معه لايستلزم وطيها .

وأما ثانياً ـ فلان السائل لم ينبه على الاذن في سؤاله، بل قال « فللمضارب أن يطأها » ولم يقل بالاذن السابق أوبالاذن المذكور .

وأما ثالثاً ـ فلانا ولوسلمنا دلالتها على الاذن في الوطي لكن ليس فيهـا دلالة على أنها مال مضاربة، لانه قال « والجارية انما هي لصاحب المال ان كان فيها وضيعة فعليه وان كان فيها ربح فلـه » ، وذلك صريح فـي أنها ليست مال مضاربة، لان مال المضاربة لايختص المالك بربحه وعلى تقدير كونها مال مضاربة تبطل المضاربة ، لاشتراطه الاختصاص بربح بعض المال .

واذا كان هذا حال الرواية فكيف تكون حجة هنا . هذا مع أن في طريقها سماعة ، فهي حقيقة بالاعراض عنها طريقاً ومفهوماً .

قوله : ولاتصح المضاربة بالدين حتى يقبض

لاخلاف في ذلك فأحكيه . نعم قال الشيخ في المبسوط : لوقال للمديون «اقبض لي الدين من نفسك وأفرده من مالك فاذا فعلت ذلك فقدقارضتك عليه » لم يصح القبض ولم ينفع التمييز وذمته مشغولة كما كانت ، والمال المميز باق على ملك المديون ، لان الانسان لا يكون وكيلا لغيره في القبض له من نفسه.

قال العلامة : الوجه عندي صحة التوكيل وصحة الافراد، وأما القراض فلا شك في بطلانه .

أقول : لاشك أنه اذا لم يكن وكيلا في مقارضة نفسه يكون القراض باطلا لتعليقه على الشرط ولعدم المال حال العقد . وأما لو كله في عقد القراض مع نفسه وعين له مقدارما يجعل لنفسه فأي مانع يمنع من صحة ذلك اذا قبض وأوقع العقد مع نفسه كما أمره .

كتاب المزارعة والمساقاة

أما المزارعة : فهى معاملة على الارض بحصة من حاصلها .

وتلزم المتعاقدين ، لكن لو تقايلا صح ولاتبطل بالموت .

وشروطها ثلاثة :

(١) أن يكون النماء مشاعاً ، تساويا فيه أو تفاضلا .

(٢) وأن تقدر لها مدة معلومة .

(٣) وأن تكون الارض مما يمكن الانتفاع بها .

قوله :كتاب المزارعة [والمساقاة] :

الاولى مفاعلة من الزرع ، وقد يسمى مخابرة من الخبار[1]. وهي الارض اللينة .

والثانية مفاعلة من السقي ، سميت بذلك لكثرة احتياجهم الى ذلك في الحجاز .

قوله : المزارعة فهى معاملة على الارض بحصة من حاصلها

---

١) فى المصباح : خبرت الارض شققتها للزارعة فانا خبير ، ومنه المخابرة وهى المزارعة على بعض مايخرج من الارض .

قوله « معاملة » يشمل الاجارة ، وبقوله « بحصة من حاصلها » خرجت . وكان ينبغي ذكر أمور : أحدها معلومية الحصة بالجزء كالثلث مثلا ، وثانيها مشاعيتها في كل مايحصل ، وثالثها تقدير المدة .

فصورة عقدها الصحيح اجماعاً أن يقول مالك الارض « زارعتك على هذه الارض مدة كذا لتزرع فيها كذا أو ماشئت على أن يكون لك النصف مثلا من جميع حاصلها بعد المؤن » ، فيقول العامل « قبلت » أو « رضيت » وماعدا ذلك أقسام :

(الاول) تجهيل الحصة كجزء أونصيب ، فيبطل العقد .

(الثاني) عدم ضبط المدة ، فيبطل أيضاً .

(الثالث) تعيين الحصة لا بالجزء بل بالوزن المعلوم كألف رطل مثلا سواء كان الباقي بينهما أولا ، فانه يبطل أيضاً على الاقوى ، لجواز أن لايحصل غير ذلك المعين فيحصل الانغبان والضرر والخطر، ويظهر من كلام العلامة في المختلف جواز ذلك .

(الرابع) تعيين الحصة المشاعة لكن بعد اخراج البذر، قال الشيخ يصح ذلك . والفتوى على خلافه، لجواز أن لايفضل شيء بعد البذر فيحصل الغرر.

(الخامس) لو زارع على أن يكون الحاصل قدر معلوم في ذمة المالك ولا ينسبه الى حاصل الارض . قال الشيخ وابن حمزة يجوز ذلك على كراهية ، قال العلامة ان قصدا المزارعة فهو ممنوع وان قصدا الاجارة فهو حق .

وفي كلامه تساهل، لان ترديده لاوجه له، لان الظاهر أن مرادهم المزارعة، اذلو قصدا الاجارة لماكانت مكروهة، لان اجارة العامل نفسه بالحنطة أوالشعير أوبغيرهما لم يقل أحد بكراهته . نعم اجارة الارض للمزارعة بالحنطة أوالشعير مكروهة كما يأتي . فالحق حينئذ بطلان هذا الحق ، ولا تصح مزارعة لكون

وله أن يزرع الارض بنفسه وبغيره ومع غيـره الا أن يشترط عليه زرعها بنفسه ، وأن يزرع ماشاء الا أن يعين له .

وخـراج الارض على صاحبها الا أن يشترط على الزارع . وكذا لو زاد السلطان زيادة .

ولصاحب الارض أن يخرص على الزارع ، والزارع بالخيار في القبول ، فان قبل كان استقراره مشروطاً بسلامة الزرع .

وتثبت أجرة المثل في كل موضع تبطل فيه المزارعة .

وتكره اجارة الارض للزراعة بالحنطة أو الشعير .

الاجرة في الذمة ولا اجارة لعدم الاتيان بلفظها وشرائطها .

قوله : ولصاحب الارض أن يخرص على الزارع ـ الى آخره

تقدم في باب الثمار كلام الشيخ وابن ادريس ، فلاحاجة الى اعادته . نعم قال العلامة انه صلح وجاز مـع الجهل ، لان الجهالة لاتنافي عقد المزارعة . واستشكل ان الزائد اباحة أم لا : من حيث عدم الفائدة لو لم يكن مباحاً فلايفتقر الى عقد جديد مملك ، ومن أنه عقد فاسد فيحتاج الى اباحة جديدة .

هذا كله اذا لم نقل بمقالة الشيخ .

قوله : وتكره اجارة الارض للزراعة بالحنطة أوالشعير

لاتخلو هذه الاجارة اما أن تقع مقيدة بما يخرج من تلك الارض فذلك لا يجوز قطعاً ، لرواية الفضيل بن يسار عن الصادق عليه السلام[1] ، واما أن يقع مطلقة أو بقيد كون ذلك من غيرها ، وكلاهما جائز على كراهية .

---

١) التهذيب ١٩٥/٧ ، الكافي ٢٦٥/٥ ، الاستبصار ١٢٨/٣ .

وأن يؤجرها بأكثر مما استأجرها به الا أن يحدث فيها حدثاً، أو يؤجرها بغير الجنس الذى استأجرها به .

وأما المساقاة : فهى معاملة على الاصول بحصة من ثمرها . ويلزم المتعاقدين كالاجارة .

وقال القاضي انه كالاول ، محتجاً برواية الحلبى عن الصادق عليه السلام صحيحاً قال : لاتستأجر الارض بالحنطة ثم تزرعها حنطة[1].

وأجيب بالحمل على الكراهية أوبالحمل على ما يخرج منها .

قوله : وان يوجرها بأكثر مما استأجرها به الا ان يحدث فيها حدثاً اويؤجرها بغير الجنس

الكراهية مذهب المفيد وسلار وابن ادريس لروايات كثيرة ، وقال الشيخ في النهاية[2] بالمنع، لما رواه عن الصادق عليه السلام: اذا تقبلت أرضاً بذهب أوفضة فلاتقبلها بأكثر مما تقبلتها[3] .

أجيب بالحمل على الكراهية جمعاً بين الروايات .

قوله : واما المساقاة فهى معاملة على الاصول بحصة من ثمرها

العقد الصحيح هنا اجماعاً أن يقول المالك للعامل « ساقيتك على هذا البستان أوالبستان الفلاني مدة كذا على أن تعمل فيه كذا ويكون لك من ثمرته الثلث

---

١) التهذيب ٧/ ١٩٥ ، الكافى ٥/ ٢٦٥ ، الاستبصار ٣/ ١٢٨ .

٢) النهاية ٤٣٩ : ومن استأجر ارضاً بالنصف اوالثلث او الربع جاز له ان يوجرها غيره بأكثر من ذلك واقل، وان استأجرها بالدراهم والدنانير لم يجز له ان يوجرها بأكثر من ذلك الا ان يحدث فيها حدثاً ـ الى ان قال ـ : ومتى استأجرها بالحنطة والشعير جاز له ان يوجرها بالدراهم والدنانير بما شاء .

٣) الكافى ٥/ ٢٧٣ ، التهذيب ٧/ ٢٠٤، الاستبصار ٣/ ١٣٠ ، الوسائل ١٣/ ٢٦١.

أو الربع » بحسب ما تراضيا عليه ، فيقبل العامل . ويشترط في الصحة ماتقدم في المزارعة .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) لوساقاه على بستان على أن يساقيه على آخر ، قال الشيخ في المبسوط لايصح ، والحق الصحة لانه أمرمشروع فجاز اشتراطه .

(الثانية) قال ابن الجنيد : لاأجيز ايقاع المساقاة على قطع متفرقة مختلفة في مشقة العمل صفقة واحدة . والحق خلافه اذا كان العمل معلوماً .

(الثالثة) قال الشيخ في المبسوط : اذا ساقاه بالنصف على أن يعمل رب المال معه فالمساقاة باطلة ، لان موضوعها أن من رب المال المال ومن العامل العمل كالقراض . والحق الصحة ، كما لوشرط أن يعمل معه غلامه وأن يكون على المالك بعض العمل ، وهذاكذلك بل هونفسه .

(الرابعة) بستان بين اثنين ساقى أحدهما الاخرعلى أن له أزيد من النصف وعين الزائد صح ، وان شرط النصف أومادون بطل ، لانه مساقاة بغير عوض فلوعمله كانت الثمرة نصفين .

قال الشيخ في المبسوط : وللعامل أجرة المثل ، وقال العلامة لاشيء لانه دخل على ذلك .

(الخامسة) المشهور أنه لابد من المدة المعينة هنا، وقال ابن الجنيد يصح وان لم يحصرالمدة، بل اذا ضبطت بالثمرة فان ذلك يغني عن الاجل ، محتجاً برواية يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام : سألته الرجل يعطي الرجل أرضه فيها الرمان والنخل فيقول اسق من هذا الماء واعمره ولك نصف ماخرج. قال : لابأس[1].

---

١) التهذيب ١٩٨/٧، الكافي ٢٦٨/٥ واللفظ للتهذيب .

ويصح قبل ظهـور الثمرة وبعـدها اذا بقى للعامل عمل فيه المستزاد .

ولاتبطل بموت أحدهما على الاشبه الأن يشترط تعيين العامل.

وتصح كل على أصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه .

وأجيب : بـأن نفي البأس على تقدير ضبط المدة أوعلى وجه المراضاة لا اللزوم .

قوله : ولايبطل بموت احدهما على الاشبه لاصالة اللزوم

وخالف الشيخ في ذلك وحكم بالبطلان كالاجارة ، وسيأتي تمام البحث فى الاجارة . ونقول هنا : اذا ماتامعاً قام ورثة كل واحد مقام مورثهم فيما يجب عليه ، وان مات المالك قام العامل بمـا يجب عليه ، وان مات العامل فان قام الورثة بالعمل فلهم ذلك والااستأجر الحاكم من التركة من يقوم بتمام العمل .

هذا كله مع الاطلاق، أما مع اشتراط تعيين العامل فانها تبطل لو مات ويكون لورثته أجرة ما سلف اذا لم تطلع الثمرة ومعه تكون مشتركة .

قوله : وتصح على كل اصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه

هنا فوائد :

(الاولى) يحترز بقوله أصل ثابت عن مثل البقل والرطبة[1] ، خلافاً للشيخ فانه قال بجواز المساقاة على البقل الذي يجز[2] مرة بعد أخرى، نظراً الى أن كل

---

١) الرطبة بفتح الراء : روضة النصفصة مادامت خضراء وقيل : هى النصفصة نفسها وجمعها رطاب .

٢) الجز : القطـع فى الصوف وغيره، واجز البر والشعير بالالف جان جزازه اى حصاده .

ويشترط فيها المـدة المعلومة التى يمكن حصول الثمرة فيها غالباً .

ويلزم العامل من العمل ما فيه مستزاد الثمرة .

وعلى المالك بناء الجدران وعمل النواضح ، وخراج الارض الا أن يشترط على العامل .

ماله فائدة نافعة يقال له ثمرة ، فيصح على البقول لان أصولها لها فائدة .

(الثانية) لاتصح المساقاة على الغرب[1] وشبهه ، اذلا ثمرة له .

(الثالثة) هل تصح على الحناء والتوت والورد ؟ اشكال من صدق الثمرة بالمعنى المذكور ، ومن أصالة عدم الصحة لانها معاملة على مجهول، فيقتصر على محل الوفاق .

(الرابعة) لايشترط وجود الثمرة بالفعل بل يكفي ولوبالامكان الاستقبالي ، فلوساقاه على ودى[2] أول غرسه صح مع تقدير المدة بما يمكن فيه اطلاعه غالباً وان لم يطلع .

قوله: ويشترط فيها المدة المعلومة

تقدم الخلاف في ذلك من ابن الجنيد ، فلاحاجة الى اعادته .

قوله: ويلزم العامل من العمل ما فيه مستزاد الثمرة وعلى المالك بناء الجدران وعمل النواضح وخراج الارض

ما يجب على العامل له ضابطان :« ١ » ما فيه مستزاد الثمرة ، « ٢ » ماكان

---

١) الغـرب بالتحريك : ضرب من الشجر ، واحدته غربة وهو « الاسبيـد دار » بالفارسية .

٢) الودى بالياء المشددة : هوصغار النخل قبل ان يحمل ، الواحدة ودية ، ومنه لو ساقاه على ودى غير مغروس ففاسد .

ولابد أن تكون الفائدة مشاعة ، فلو اختص بها أحـدهما لم يصح . وتملك بالظهور .

واذا اختل أحدشروط المساقاة كانت الفائدة للمالك ، وللعامل الاجرة .

ويكره أن يشترط المالك مع الحصة شيئاً من ذهب أوفضة .

ويجب الوفاء به لو شرط مالم تتلف الثمرة .

متكرراً كل سنة . ومايجب على المالك له أيضاً ضابطان: « ١ » مايفتقرالى بذل المال ، « ٢ » مالا يتكررغالباً ويعد في الاصول .

واختلف في أمور :

(الاول) الكش[1]، قال الشيخ على المالك، وقواه العلامة لاصالة براءة ذمة العامل ولانه عين ، والذى يجب على العامل العمل . وقال ابن ادريس انه على، العامل ونسب الاول الى بعض المخالفين[2].

(الثاني) قال ابن ادريس يلزم العامل مع الاطلاق آلات السقي من الدلاء والنواضح والبقر ، وقال الشيـخ لايلزمه ذلك مع الاطلاق بل مع الشرط ، واختاره العلامة .

(الثالث) قال ابـن الجنيد : اذا بلغت الثمرة حالا يأمـن عليها الفساد كان العامل شريكاً ، فلايلزمه حينئذ من العمل الابقسطه الامع الشرط . وقال الشيخ:

---

١) الكش بضم الاول وتشديد الشين : الذى يلقح به النخل .

٢) قال فى المختلف : وهو خطأ من ابن ادريس ، فان الشيخ أجل من ان يقلد مؤالفاً فكيف يقلد مخالفاً ، وقوله « لادليل عليه » خطأ ، فان الدليل قائم وهو أصالة البراءة ولان العامل يجب عليه العمل لاغير وهذا عين مال فلا يجب عليه .

يلزم العامل مع الاطلاق جميع مافيه صلاح الثمرة وان بلغت ذلك المبلغ من لقاط وتشميس وجداد ونقل وحفظ الى وقت القسمة الامع الشرط، والاول قوي[1].

(الرابع) قال الشيخ : اذا شرط أن تكـون أجرة الاجراء من الثمرة فسد العقد ، لان وضع المساقاة أن من المالك المال ومن العامل العمل ، فاذا كانت أجرتهم على المالك لزم أن يكون من المال والعمل معاً . وهو باطل .

وهذا مسلم اذا فوض العامل العمل كله الى الاجراء ، وأما اذا عمل بعضاً واستأجر في بعض صح العقد، كما اذا شرط أن يكون بعض العمل على المالك نعم يشترط تعيين ما يعمل بنفسه ومايستأجر فيه لئلا يفسد العقد .

(الخامس) قال ابن الجنيد : ليس لصاحب الارض أن يشترط على العامل احداث أصل يأتي به من غرس أو حفر بئر ولا يكون للعامل في ثمرته شيء ولو جعل له على ذلك عوضاً في قسطه ، لان ذلك بيع الثمرة قبل خروجها. هذا عبارته ، وأطلق الشيخ في المبسوط جواز اشتراط بعض ما يلزم المالك على العامل ، واختاره العلامة[2].

---

١) في ب : اقوى .

٢) راجع المختلف ٢ / ١٤ .

كتاب الوديعة والعارية

أما الوديعة : فهى استنابة فى الاحتفاظ . وتفتقر الى القبول قولا كان أو فعلا . ويشترط فيهما الاختيار .

قوله : كتاب الوديعة والعارية

الوديعة مأخوذ من ودع يدع اذا سكن واستقر، وقال الكسائي يقال أودعته اليه مالا أي دفعته يكون وديعة عنده ، وأودعته أيضاً اذا دفع اليك مالا يكون وديعة عندك فقبلتها . وهو من الاضداد . واستودعته وديعة أي استحفظته اياها ، قال الشاعر :

استودع العلم قرطاس فضيعها فبئس مستودع العلم القراطيس

والعارية مأخوذة من عار الشيء يعير: اذا ذهب وجاء ، وشددت الياء لانها منسوبة الى العارة ، وهو اسم من قولك أعرته المتاع اعارة . فالعارة الاسم والاعارة المصدر .

وقال الجوهري : العارية بالتشديد كأنها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب . قل : والعارة مثل العارية ، واستعاره ثوباً فأعاره .

قوله : أما الوديعة فهى استنابة فى الاحتفاظ

وتحفظ كل وديعة بما جرت به العادة .

ولو عين المالك حرزاً اقتصر عليه ، ولو نقلها الى أدون أو أحرز ضمن الا مع الخوف.

يريد أنها استنابة في الاحتفاظ لاغير ، والا فالوكالة والمضاربة والاجارة استنابة أيضاً في الاحتفاظ لكن مع التصرف .

قوله : ويحفظ كل وديعة بما جرت به العادة

أي في عرف العقلاء في المعاش ، فان النقد لايوضع في الاصطبل والدابة لاتوضع في البيت الداخل .

قوله: ولوعين المالك حرزاً اقتصر عليه ، ولو نقلها الى أدون أو احرز ضمن الا مع الخوف

اذا لم يعين المالك حرزاً فقل كما قلنا أولا من جعلها فيما جرت العادة به، وان عين فاما أن يقول مع ذلك « لاتخرجها منه » أولايقول ، فالاول لايجوز اخراجها الى مساو بل ولا الى احرز اجماعاً ، فلو فعل ضمن الا أن يطرأ خوف أو سبب تلف . والثاني ان نقلها الى أدون ضمن ، وكذا لونقلها الى مساو او احرز عند المصنف .

وبه قال العلامة محتجاً : بأن الامر بالشيء يستلزم النهي عن ضده ، والاكوان متضادة فأمره بالكون في موضع معين يستلزم النهي عن الكون في غير ذلك الموضع .

وقال الشيخ في المبسوط : اذا نقلها الى مماثل لم يضمن ويلزم أنه لونقل الى أحرز لم يضمن أيضاً بطريق الاولى، محتجاً بأن صاحبها قد رضي بأن تكون في ذلك الموضع وما هو مثله ، كمالو استأجر أرضاً ليزرعها طعاماً فان له أن يزرع ما يكون مماثلا في الضرر .

وهى جائزة من الطرفين . وتبطل بموت كل واحد منهما .

وقـوى بعضهم قول الشيخ بأن خصوصيه المكان المأمور به اما أن تكون مثل خصـوصية المكان الاخر في حفظ الوديعة أولا ، والثاني خلاف الفرض لانهما حينئذ غير متماثلين ، والاول لايتعلق به غرض المالك لان أقوال العقلاء وأفعالهم يجب أن تحمل على الاغراض الصحيحة .

كيف ، ولولزم الضمان بنقلها الى مكـان مثله لزم الضمان بتحريكها الى حرز ملاصق للحرز المأمور به ، لعين ما قاله العلامة ، وهو أمر شنيع موجب للجرح .

ويرد على قوله « ان الامر انما يستلزم النهي المذكور » لولم يغفل الامر حال الامرعن ضده. فلم قلتم أنه لم يغفل سلمنا لكن على تقدير كون الامرمقيداً بالدوام أو بأمد معين يكون مستلزماً لكنه غير محل النزاع ، اذ النزاع فيما اذا أطلق الامر ولم يقيد . وحينئـذ نقول : انه مستازم النهي في زمان يحصل فيه الامتثال ، وهو أقل جزء من الزمان ، فجاز الاتيان بضده في غير ذلك الزمان ، كما أنه اذا أمره بالقعود في مكان مطلقاً فامتثل آناً ثم انتقل الى غيره فانه يعد ممتثلا. فكذا هنا ، فان الودعى وان لزم نهيه عن الجعل في غير المأمور لكن لا دائماً بل في زمان حصول الامتثال ، فجاز جعله في مكان آخر بعده .

ان قلت : ان الامر وان كان مطلقاً لفظاً لكنه مقيد بأمد ارادة ، وهو من وقت التسليم الى وقت المطالبة .

قلت : ان أردت أن الأمر المقيد بالامد المذكور في المكان المأموربه فهو نفس النزاع ، وان أردت أعم من أن يكون في ذلك المكان أو غيره فهو غير مانع ، لانه عين مدعى الشيخ .

قوله : وتبطل بموت كل واحد منهما

ولوكانت دابة وجب علفها وسقيها ، ويرجع به على المالك .
والوديعة أمانة لايضمنها المستودع الا مع التفريط أوالعدوان.
ولو تصرف فيها باكتساب ضمن ، ، وكان الربح للمالك .
ولا يبرأ بردها الى الحـــرز . وكذا لو تلفت فى يده بتعد أو تفريط فرد مثلها الى الحرز .

معنى بطلانها خروجها عـن حكم الاستيمان الاول وتصير أمانة شرعية ، وتترتب عليها أحكام :

« ١ » ـ وجوب المبادرة الى أعلام الوارث لولم يكن عالماً .

« ٢ » ـ عدم قبول قول الودعي في الرد .

« ٣ » ـ لوكان الميت المستودع وجب على الوصي أو الوارث المبادرة الى اعلام المالك .

«٤» ـ لوكان المالك قدرضي بحرزأدون ثم مات وتعذراعلام وارثه وجب المبادرة الى جعلها في حرزأمثالهما .

«٥» ـ لوكان المالك قد وكل في قبضها ثم مات قبل التسليم لم يجز التسليم الى الوكيل لبطلان وكالته .

واعلم أن في حكم الموت خروج المالك عن أهلية التكليف والتصرف كما اذا طرأعليه جنون أواغماء أوسفه أوفلس ، فيجب اعلام الحاكم حينئذ .

قوله : والوديعة امانة لايضمنها المستودع الامع التفريط أوالعدوان

التفريط اهمال سبب الحفظ ، والعدوان مخالفة المالك فيما أمربه .

قوله : ولوتصرف فيها باكتساب ضمن وكان الربح للمالك

التصرف في الوديعة بالاكتساب أن يدفعها عوضاً عن عين مبتاعة للاسترباح

وهذا لايخلو : اما أن يقع العقد على العين، بأن يبيعه هذه بهذه، أويقع على ما في الذمة ، بأن يشتري سلعة بثمن معين مطلق ثم يدفع الوديعة قضي عن ذلك الثابت في ذمته .

فهنا يكون الملك للمستودع والربح له وعليه ضمان المدفوع ، والاول يكون العقد موقوفاً على اجازة المالك ، فان أجاز فالملك والربح له والا كان البيع فاسداً في نفسه وربح كل ملك لمالكه .

هذا تحقيق هذه المسألة، فقول المصنف ضمن وكان الربح للمالك وكذلك قول الشيخين والتقي والقاضي وسلار فيه مساهلة، وليس على اطلاقه بل ينصب على صورة شرائه بالعين ويجيز المالك .

وأما رواية مسمع عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : اني استودعت رجلا مالا فجحدنيه وحلف لي عليه ثم أنه جاءني بعد سنتين بالمال الذي استودعته اياه فقال : هذا مالك فخذه وهذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك واجعلني في حل ، فأخذت المال وأبيت أن آخذ الربح منه وأوقفته المال الذي كنت استودعته أتيتك حتى استطلع رأيك فماترى. قال: فخذ نصف الربح منه واعطه الباقي وحله ، ان هذا الرجل تائب والله يحب التوابين[1].

فقد دلت على أمور :

« ١ » ـ أن الحالف اذا تاب واعترف بالمال جاز أخذه .

« ٢ » ـ صحة عقود الغاصب مع اجازة المالك .

« ٣ » ـ استحباب اعطائه نصف الربح وجعل ذلك كالمضاربة . وانما قلنا بالاستحباب لتعليله عليه السلام بأنه تائب والله يحب التوابين .

والشيخ عمل بهذه الرواية في الدين ، أي لو كان المجحود ديناً . وهو مع

---

١) التهذيب ٧/ ١٨٠ ، الوسائل ١٣/ ٢٣٥ .

بل لا يبرأ الا بالتسليم الى المالك أو من يقوم مقامه .

ولا يضمنها لو قهره عليها ظالم ، لكن ان أمكنه الدفن وجب .

ولو أحلفه أنها ليست عنده حلف مورياً . وتجب اعادتها الى المالك مع المطالبة .

بعده خلاف منطوق الرواية .

وقال ابن الجنيد : لو تعدى فيها بالتجارة كان الربح لصاحب المال، الا أن يكون صاحبها خيره على أنه ضمنه اياه ولو خيره على ذلك ولم يتجر فيها ولا انتفع بها ولا تعدى لم يلزمه ضمانه اياها .

قال العلامة : ولا بأس بهذا القول ، لان التضمين وان لم يكن لازماً الا أنه يفيد الاذن في التصرف، وحينئذ يكون الربح للودعي، لانه في الحقيقة استدانة[1] وما قاله حسن ، وقد تقدم في المضاربة مثله .

قوله : ولا يضمنها لو قهره عليها ظالم لكن ان امكنه الدفع وجب

هذا هو المشهور والمفتى به، كما اذا خاف لو لم يدفعها حصول قتل أو ضرب أو ذهاب مال .

وقال التقي ان سلمها بيده ضمن وان خاف التلف . وهو ممنوع ، لاصالة البراءة وحصول الضرر بترك التسليم ، والضرر منفي بالحديث .

قوله : وتجب اعادتها على المالك مع المطالبة

ويكون ذلك على الفور ، ولا يصح معها الاشتغال بعبادة واجبة موسعة . ولو فعل كان ضامناً للوديعة ، حتى أنه لو كان كافراً وجب الرد اليه .

نعم قال التقي ان كان المودع حربياً وجب على المستودع أن يحمل ما أودعه الى سلطان الاسلام العادل. وهو حسن، ولا ينافيه رواية الفضيل عن الكاظم

---

١) راجع المختلف ١/١٦٧ .

ولو كانت غصباً منعه وتوصل في وصولها الى المستحق .

ولو جهله ، عرفها كاللقطة حولا ، فان وجده والا تصدق بها عن المالك ان شاء . ويضمن ان لم يرض .

عليه السلام[1] وجوب ردها على الخارجي ، لان الخارجي أظهر كلمة الاسلام فلا يحل ماله .

قوله: ولو كانت غصباً منعه وتوصل في وصولها الى المستحق، ولو جهله عرفها كاللقطة حولا فان وجده والا تصدق بها عن المالك ان شاء ويضمن ان لم يرض

هذا قول الشيخ معتمداً على رواية حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام[2] وهو ضعيف ، لكن النظر يؤيد روايته ، فانه مال مجهول المالك فيكون لقطة فيعمل به ما يعمل بها .

وقال المفيد وسلار : اذا لم يعرف المالك أخرج خمسها لاربابه وتصدق بالباقي على فقراء المؤمنين .

وقال التقي : بل يحملها الى الامام العادل ، فان تعذر فعليه حفظها الى حين تمكنه من ايصالها الى مستحقها والوصية بها الى من يقوم مقامه ، ولا يجوز ردها الى الظالم مع الاختيار .

وهو اختيار ابن ادريس والعلامة . وهو الاقوى ، وكلام المصنف لا يدفع هذا القول، لانه قال تصدق بها ان شاء فاذا لم يشأ عمل كما قال التقي حتماً .

---

١) التهذيب ٧/ ١٨١ .

٢) التهذيب ٧/ ١٨٠ ، الكافي ٥/ ٣٠٨ ، الاستبصار ٣/ ١٢٤ ، الفقيه ٣/ ١٩٠ . ليس في الكافي « حفص بن غياث » ومكانه « رجل » .

ولو كانت مختلطة بمال المودع ردها عليه ان لم يتميز .

واذا ادعى المالك التفريط ، فالقول قول المستودع مع يمينه .

قوله : ولو كانت مختلطة بمال المودع ردها عليه ان لم يتميز

اذ لو لم يردها والحالة هـذه لزم منـع مال الغير ، وهو باطل . واستشكله العلامة في القواعد[1] من حيث استلزام ذلك رد المال المغصوب الى الغاصب وهو باطل ، ومن نقل ابن ادريس الاجماع على وجوب رده اليه .

والاجود ان أمكن الحاكم سلمه اليه والا رده الى الغاصب عملا بالاجماع المذكور ، لان الاجماع المنقول بخبر الواحد حجة .

قوله : ولو ادعى المالك التفريط فالقول قـول المستودع مع يمينه

اذا تلفت الوديعة فاما أن يدعي المستودع تلفها بسبب خفي كالسرقة ، ولا خلاف في أن القول قوله لمكان أمانته وتعذر اقامة البينة على مثل ذلك، أو يدعي سبباً ظاهراً كالحريق والغريق والنهب . فالذي يظهر من كلام الشيخ عدم قبول قوله بل يفتقر الى البينة لامكان اقامتها على مثل ذلك، وقال العلامة يقبل قوله في الظاهر والخفي ، لرواية الحلبي عن الصادق عليه السلام : ان صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان[2].

وهل يفتقر الى يمين؟ قال الصدوق لا مستدلا برواية مرسلة عن الصادق عليه السلام قال : وروي في حديث آخر عنه عليه السلام أنه قال : لم يخنك الامين

---

١) قال في القواعد : ولو مزجها الغاصب بماله فان تميزت وجب ردها على مالكها دون المودع على اشكال.

٢) الكافي ٥/٢٣٨ ، التهذيب ٧/١٧٩ ، الاستبصار ٣/١٢٤ ، الفقيه ٣/١٩٣ .

ولو اختلفا في مال ، هل هو وديعة أودين ، فالقول قول المالك مع يمينه أنه لم يودع اذا تعذر الرد أو تلف العين .

ولكنك ائتمنت الخائن[1] . وبه قال الشيخ في النهاية[2] ، الأن يدعي المالك التفريط ولابينة فان القول قول المودع مع يمينه .

والاشهر أن عليه اليمين في الموضعين لانه مدع، فاذا لم تكن عليه البينة فلا أقل من اليمين . وقال ابن الجنيد والتقي لايمين عليه الامع التهمة .

اذا عرفت هذا فلواتفقا على التلف لكن ادعى المالك التفريط والمستودع عدمه كان القول قوله ، لما قلنا من أمانته وأصالة براءة ذمته من الضمان .

قوله : ولواختلفا فى مال هل هووديعة اودين فالقول قول المالك مع يمينه انه لم يودع اذا تعذر الرد اوتلفت العين

هذا قول الشيخ في النهاية[2] وابن الجنيد ، وهو مؤيد نظراً ورواية :

أما الاول: فلان ذااليد أقربوصول المال اليه ، وهومحتمل للاقتراض وعدمه كالاستيداع ولامرجح لاحد الاحتمالين على الاخر . ثم انه يدعي ما يزيل الضمان عنه فعليه البينة ومع عدمها على المالك اليمين .

وأما الثاني : فعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : على اليد ما أخذت حتى تؤدي[3] . ورواية اسحاق بن عمار قال : سألت الكاظم عليه السلام عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت، فقال الرجل كانت عندي وديعة وقال الاخر انما كانت عليك قرضاً . قال عليه السلام : المال لازم له الأن يقيم البينة أنها

---

١) الكافى ٥/٢٩٩ ، الوسائل ١٣/٢٣٤ .

٢) النهاية : ٤٣٦ .

٣) سنن الترمذى ٣/٥٦٦ ، سنن ابى داود ٣/٢٩٦ ، سنن ابن ماجة ٢/٨٠٢ .

ولواختلفا فى القيمة فالقول قول المالك مع يمينه .

وقيل : القول قول المستودع ، وهو أشبه .

ولو اختلفا فى الرد فالقول قول المستودع .

كانت وديعة[1] .

وقال ابن ادريس : هذا صحيح اذا أقرأولا بوصول المال اليه ثم ادعى بعد ذلك أنه وديعة فلايقبل الا بالبينة، وأما اذالم يقرأولا بقبض المال وأجاب دعواه بأنه كانت وديعة فيكون حينئذ القول قوله مع يمينه لانه لم يصدق دعواه بل انكرها ثم قال : وليلحظ ذلك ، فان فيه غموضاً .

والحق ما قاله الشيخ وأنه لا غموض في هذه المسألة ، وأنه لافرق بين العبارتين .

قوله: ولواختلفا فى القيمة فالقول قول المالك مع يمينه، وقيل قول المستودع ، وهواشبه

الاول قول الشيخين ، لان المستودع لخيانته خرج عن كونه أميناً فلايقبل قوله . والثاني قول التقي وابن ادريس ، لانا انما نقبل قوله مع يمينه اذا عجز المالك عن البينة على القدر الزائد ، وهوحينئذ منكروغارم فيكون القول قوله لا لانه أمين.

قوله : ولواختلفا فى الرد فالقول قول المستودع

هذا هو المشهور، واستشكله العلامة في القواعد وارشاده من حيث أمانته فيقبل قوله ومن حيث كونه مدعياً فالقول قول المالك لانه منكر. والفتوى على الاول، لابتناء الايداع على الاخفاء ، ولانه لولاه لامتنعت هذه الوظيفة التى فيها ارفاق

---

١) التهذيب ٧/١٧٩ ، الفقيه ٣/١٩٤ ، الكافى ٥/٢٣٩ .

ولومات المودع وكان الوارث جماعة دفعها اليهم أو الى من يرتضونه . ولو دفعها الى البعض ، ضمن حصص الباقين .

وأما العارية : فهي الاذن في الانتفاع بالعين تبرعاً وليست لازمة لاحد المتعاقدين .

ويشترط في المعير كمال العقل وجواز التصرف .

ومعونة مع صعوبة الاشهاد غالباً . وهل يفتقر الى اليمين ؟ تقدم الخلاف .

قوله : ولودفعها الى البعض ضمن ـ الى آخره

قال الشيخ في النهاية[1] أويعطى كل ذي حق حقه .

وهذا ليس بجيد على الاطلاق ، اذليس له القسمة .

واعتذر له العلامة بأن مراده تسليمها اليهم مشاعاً . وليس بشيء ، والا لزم تداخل الاقسام، لانه قال بهذه العبارة لم يسلمها الا الى جماعتهم أوواحد يتفقون عليه أويعطي كل ذي حق حقه، وانما يصح لو كان وصياً أوحاكماً والورثة صغار.

قوله : وليست لازمة لاحد المتعاقدين

هذا حكم كل عقد جائز ، غير أن هنا مسائل خرجت عن ذلك ، فبعضها متفق عليه وهو الاعارة للدفن بعد الطم[2] والباقي وقع فيها نزاع .

(الاولى) قال الشيخ: اذا أعاره جداراً ليضع عليه خشبة وطرفه الاخر على حائط المستعير لم يكن له بعد الوضع الازالة وان ضمن الارش، لانه يؤدي الى قلع جذعه من ملكه قهراً ، بخلاف الغرس لانه في ملك غيره .

---

١) النهاية : ٤٣٨ .

٢) قال في القواعد : لو رجع في الاعارة للدفن بعد وضع الميت في القبر قبل الطم جاز .

وللمستعير الانتفاع بما جرت به العادة .

ولا يضمن التلف ولا النقصان لو اتفق بالانتفاع .

بل لايضمن الا مع تفريط أو عدوان أو اشتراط ، الا أن تكون العين ذهباً أو فضة فالضمان يلزم وان لم يشترط .

(الثانية) قال أيضاً : لوأعاره أرضاً للزرع لم يكن له الزامه بالقلع قبل ادراكه له ، لان له وقتاً ينتهي اليه ولودفع الارش . وتبعه ابن ادريس في الحكمين معاً . وقال العلامة بجواز الرجوع كغيره من العواري وتخريب ملك الغير مجبور بالارش .

(الثالثة) قال ابن الجنيد: لوأعارقراحاً[1] للبناء أوالغرس مدة معلومة لم يكن له اخراجه عن بنائه أوغرسه كرهاً قبل انقضاء المدة ، فان فعل كان غاصباً عليه ما على الغاصب ، وان كانت الاعارة غيرموقتة جازذلك مع الارش . والحكم الثاني مسلم، وأما الاول فممنوع، لان اشتراط المدة لايخرج العارية عن حقيقتها ويصيرها لازمة وضرر المستعير ينجبر بالارش .

(الرابعة) الاعارة للرهن على الدين المؤجل بعد رهن المستعير وقبض المرتهن لازمة قبل الحلول وليس للمعير المطالبة بالفك حينئذ. وقال الشيخ في المبسوط له ذلك ، وتبعه العلامة في التذكرة .

قوله : ولا يضمن التلف ولاالنقصان لواتفق بالانتفاع ، بل لايضمن الامع تفريط اوعدوان اواشتراط الاان تكون العين ذهباً اوفضة فالضمان يلزم وان لم يشترط

روى زرارة في الحسن عن الصادق عليه السلام قال: قلت العارية مضمونة

---

١) القراح : المزرعة التى ليس فيها بناء ولا شجر والجمع اقرحة .

فقال: جميع ما استعرته فتوى فلايلزمك [ما] تواه ، الاالذهب والفضة فانهما يلزمان الاأن يشترط أنه متى ماتوى لم يلزمك تواه، وكذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك لزمك ، والذهب والفضة لازم لك وان لم يشترط عليك[1] .

اذا عرفت هذا فاعلم أن المشهور بين الاصحاب ما ذكره المصنف، وهو مفهوم من الرواية المذكورة وتفصيله بفوائد :

(الاولى) الضمان بالتعدي والتفريط ، وهواجماعي .

(الثانية) ضمان الذهب والفضة مطلقاً الاأن يشترط عدمه .

(الثالثة) الضمان مع الشرط، وهوعام في الكل ويكون في النقدين تأكيداً .

(الرابعة) عدم ضمان ماعدا النقدين مع الاطلاق .

(الخامسة) التالف بالاستعمال غير مضمون مع الاطلاق وعدمه ، خلافاً للتقي فانه أوجب مع شرط الضمان ضمان التالف بالاستعمال والنقص. والفتوى على الاول ، لانه مأذون في اذهابه .

وفيه نظر ، لانا لانسلم أنه مأذون في اذهابه ، لان شرط العين أن ينتفع بها مع بقائها، فلايكون الاذهاب مأذوناً فيه بل منهياًعنه، فيقوى حينئذ كلام التقي .

(السادسة) هل حكم المصوغ حكم النقدين في الضمان مع الاطلاق أم لا ؟ وجهان: أحدهماالضمان لاطلاق النص، وثانيهماالعدم لان العلة في ضمان النقدين ضعف منفعتهما مع بقاء عينهما فأشبه اعارتهما القرض فلذلك ضمنا ، بخلاف الحلي فان الانتفاع به قوي وهواللبس وما يضاهيه .

(السابعة) الحق ابن الجنيد الحيوان بالنقد في الضمان مع الاطلاق الامع اشتراط سقوطه ، لقوله عليه السلام : على اليد ماأخذت حتى تؤديه[2]. ورواية

---

١) الكافي ٥/٢٣٨ ، التهذيب ٧/١٨٣ ، الاستبصار ٣/١٢٦ .

٢) سنن ابن ماجة ٢/٨٠٢ ، سنن الترمذي ٣/٥٦٦ ،سنن ابي‌داود ٣/٢٩٦ .

ولو استعار من الغاصب مع العلم ضمن . وكذا لو كان جاهلا لكن يرجع على المعير بما يغترم .

وكل ما يصح الانتفاع به مع بقائه تصح اعارته . ويقتصر المستعير على ما يؤذن له .

ولو اختلفا في التفريط ، فالقول قول المستعير مع يمينه .

ولو اختلفا في الرد ، فالقول قول المعير .

ولو اختلفا في القيمة فقولان ، اشبههما : قول الغارم مع يمينه .

وهب عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام : من استعار عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن ، ومن استعار حراً صغيراً فعيب فهو ضامن[1].

وأجيب عن الاول بأنها عامة وما رويناه عن زرارة خاص فيقدم، وعن الثاني بضعف وهب أولا وبحملها على التفريط ان صحت ثانياً . هذا وقد ذكرنا العلة في ضمان النقدين وليست حاصلة في الحيوان .

قوله : ولو اختلفا في التفريط فالقول قول المستعير مع يمينه

هذا قول الشيخ والتقي وابن حمزة والقاضي وابن ادريس، لكونه منكراً للتفريط فيكون عليه اليمين مع عدم البينة. وقال المفيد وسلار القول قول المالك ولا وجه له .

قوله : ولو اختلفا في القيمة فقولان اشبههما قول الغارم مع يمينه

قال الشيخان والتقي والقاضي وابن حمزة القول قول المالك لان امانة

---

1) الكافي ٥/٣٠٢ ، التهذيب ٧/١٨٥ ، الاستبصار ٣/١٢٥ .

ولو استعار ورهن من غير اذن المالك ، انتزع المالك العين ويرجع المرتهن بماله على الراهن .

المستعير بطلت، وقال ابن ادريس القول قول المستعير لا لانه أمين بل لانه منكر وغارم، واختاره العلامة والمصنف ، وعليه الفتوى .

كتاب الاجارة

وهى تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم .

ويازم من الطرفين وتنفسخ بالتقايل .

ولا تبطل بالبيع ولا بالعتق .

قوله :كتاب الاجارة

وهي تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم. قال الجوهري: آجرته الدار أكريتها والعامة تقول واجرته .

وشرعاً ما قاله المصنف، فالتمليك جنس وتقييده بالمنفعة يخرج البيع ، وكونها بعوض يخرج السكنى فانها تمليك منفعة بغيرعوض. وينتقض بالجعالة اذا كانت بالمنفعة ،كقوله « من رد عبدي له خدمته مدة كذا » .

هذاالتمليك لابد له من ايجاب من المؤجر أومن قام مقامه كقوله «آجرتك أواكرتيك أوملكتك سكنى الدار أوركوب الدابة مدة كذا»، وقبول من المستأجر كقوله « قبلت » وشبهه .

قوله : ولاتبطل بالبيع ولابالعتق

هنا فوائد :

(الاولى) لاكلام أنه لوآجرالعين ثم باعها علىغير المستأجر فانه لاتبطل الاجارة لسبقية حق المستأجر . ثم المشتري ان كان عالماً فلاخيارله والا كان له الخيار في فسخ البيع وامضائه والصبرحتى تنقضي مدة الاجارة .

(الثانية) لوباعها علىالمستأجرهل تبطل ويرجع المشتري بأجرة باقيالمدة أم لا ؟ فيه احتمالان :

أحدهما : نعم للمنافاة بين البيع والاجارة ، اذالبيع وارد على محلها ، ضرورة تبعية المنفعة للعين المملوكة بالبيع، ولايمكن بقاء الاجارة والااجتمع علىالمعلول الشخصي علتان،كما لايمكن الجمع بينالملك الحادث والنكاح واختاره العلامة في الارشاد، لان ملك الرقبة مقتضلحدوث المنفعة على ملكه بالتبعية ، واذا ملكت لم يبق عليها عقد اجارة فتبطل .

وثانيهما: لا لان البيع وان اقتضىملكالمنفعة الاأنه هنا تخلف لمانعوهو سبق ملكها ، فكان كما لوباع على أجنبي . واختاره في القواعد اجراء للمنفعة مجرى الثمرة غير الموبرة[1] المتقدم ملكها على ملك الاصل ، فانه لولا التقدم لاقتضاهاملكالاصل. والتمثيل بالنكاح ثمالملك، فانالنكاح يزولبحدوثالملك غيرتام ، فان مورد البيع وان كان هوالرقبة فيالموضعين الاأنه فيالنكاح أقوى، ولهذا يجوز للسيد حبسالامة المزوجة نهاراً وان قبضالصداق بخلافالاجارة ومن ثم لوغصب البضع بالزنا قهراً ووطئت بالشبهة كان المهر للسيد لاللزوج، بخلاف غصبالعينالمستأجرة فان منفعتها وعوضها للمستأجروهذا هوالاقوى .

---

١) فيالهامش : كمالو اشترى ثمرة سنتين بعد بدوصلاحها ثم باع المالك الاصل فيالسنة الثانية بعد ظهور الثمرة وبعد تأبيرها فانها تخلفت هنا عن تبع الاصل لمانع وهو سبق ملك المشترى .

وهل تبطل بالموت . قال الشيخان : نعم وقال المرتضى : لا تبطل ، وهو أشبه .

(الثالثة) لو آجر العبد ثم أعتقه فهل يرجع على المولى بأجرة باقي المدة حكى في المبسوط قولين: أحدهما نعم لدخول المدة في ملكه فيضمنها له السيد للحيلولة ، وثانيهما لا لانتقال المنفعة الى المستأجر وثبوت ملكه عليها وملك المؤجر على الاجرة ، ولان السيد انما ملكه نفسه مسلوب المنفعة ، فكان كما لو شرط عليه الخدمة . وهذا أقوى .

(الرابعة) نفقة العبد في باقي المدة ليس على المستأجر ، ولا يمكن العبد تحصيلها لاستغراق وقته في الخدمة، فيحتمل حينئذ ثبوتها في ذمة السيد لاستيفائه عوض المنفعة وعدمه لزوال الملك حينئذ كونها في بيت المال .

قوله: وهل تبطل بالموت، قال الشيخان نعم وقال المرتضى لاتبطل وهو اشبه

وافق الشيخين على البطلان مطلقاً بموت أيهما كان سلار والقاضي وابن حمزة وهو مذهب ابى حنيفة .

واحتج الشيخ عليه في الخلاف[1] باجماع الفرقة وأحاديثهم، وبأن المستأجر دخل على أن يستوفي المنفعة من ملك المؤجر فكيف يستوفي من ملك غيره .

وأجيب عن الاجماع بعدم تحققه ، وعن الاحاديث بعدم الوقوف عليها ، وعن الثالث بمنع توقف استيفاء المنفعة على ملك الاصل والا لبطلت الاجارة من الاصيل ، أعني المستأجر الأول وان لم يمت أحدهما ، واللازم باطل فكذا الملزوم . وحينئذ نقول: ان المستأجر قد استحق جملة المنافع في حياة المؤجر فلا يستحقها وارث المؤجر وان استحق الاصل ، واستحقاق الاصل غير مانع

---

١) راجع الخلاف ٢/٢٠٧ .

من استحقاق المستأجر المنافع ، لما بيناه على أن ذلك لا يدل على البطلان مطلقاً .

ووافق المرتضى في عدم البطلان التقي وابن ادريس والمصنف والعلامة . وهو الاقوى ، لاصالة بقاء ما كان على ما كان .

وهنا قولان آخران :

(الاول) نقل عن الشيخ في المبسوط البطلان بموت المستأجر دون موت المؤجر .

(الثاني) نقل القاضي عن المرتضى أنه سوى بينهما في ذلك ، بأن بين أن الوجه فيهما واحد . والظاهر أن المرد أنه سوى بين المؤجر والمستأجر في البطلان، وحينئذ نسبة القول بالصحة مطلقاً الى المرتضى ـ كما نقل ابن ادريس منظور فيه . نعم كلامه في الناصريات في المسألة المائتين يدل على عدم البطلان بموت المستأجر .

قوله : وكل ما تصح اعارته تصح اجارته

يريد به كل ما يصح الانتفاع بـه مع بقائه تصح اعارته وتصح اجارته . واطلاق هذه القاعدة لا يتم على مذهب كل من الشيخ وابن ادريس :

أما الاول ـ فلانه منع فـي المبسوط والخلاف اجارة حائط مـزوق[1] أو محكم للنظر اليه والتفرج والتعلم منه، لان المنع منه قبيح فاجارته قبيحة . وهذه العلة لاتسري في العارية ، وجوز ابن ادريس ذلك اذا كان الغرض التعلم ، كما

---

١) زوقته تزويقاً مثل زينته وحسنته .

يجوز اجارة كتاب فيه خط جيد للتعلم منه . ورجح العلامة[1] قول الشيخ، لانها منفعة ليس للمالك منعها فلا يصح اجارتها كالاستظلال بالحائط ، وليس كذا الكتاب لان المستأجر يتصرف فيه بالقبض والتقليب بخلاف الحائط .

وفيه نظر، لان تزويق الحائط انما يكون غالباً الى جهة ملك مالكه لا الى الدرب وشبهه ، فله منعه واجارته للغرض الذي قاله ابن ادريس .

وأما الثاني ـ أعني عدم تمامها على قول ابن ادريس[2] ـ فان الدراهم والدنانير تصح اعارتها عنده ولم تصح اجارتها ، على ما قواه أخيراً محتجاً بأنها عرفاً لاينتفع بها الاباذهاب أعيانها ،وكذا لايصح وقفها ولو صحت اجارتها لصح وقفها . نعم تصح اجارة المصاغ منها. وأيضاً لو كانت لها منفعة مقصودة شرعاً لالزم الغاصب لها بعوضها ، لكن لايلزم اتفاقاً بل بأعيانها لاغير .

قال العلامة : هذا خطأ: أما أولا فللمنع من الملازمة بين الوقف والاجارة فان الوقف تصح اجارته ولايصح وقفه . وأما ثانياً فبالمنع من عدم الزام الغاصب بالاجرة .

والتحقيق أن نقول: ان كان لها منفعة مقصودة حكمية صحت اجارتها والافلا[3] .وفيه أيضاً نظر :

أما الاول ـ فان الملازمة صحيحة ضرورة، فان المصحح لهما شيء واحد وهو جواز الانتفاع مع بقاء العين. وكون الوقف لايصح وقفه مع صحة اجارته لايقدح في الملازمة بل يثبتها، لانه لو لم يصح وقفه لما كان وقفاً ، وانما لم يصح وقفه ثانياً لان الوقف الثاني ان تعلق بعين ما تعلق به الوقف الاول فهو تحصيل

---

١) المختلف : الجزء الثالث ٨ .

٢) السرائر : ٢٧٤ ، ٢٧٥ .

٣) المختلف : الجزء الثالث ٧ .

الحاصل والا لكان نقضاً للوقف لاوقفاً. وأيضاً انما لم يصح وقفه ثانياً لان شرط الوقف وروده على عيـن مملوكة ملكاً تاماً والموقوف ليس كذلك ، بخلاف الاجارة فانه ليس من شرطها ملك العين كماتقدم. ومرادابن ادريس بقوله «لوصح اجارتها لصح وقفهـا » العين من حيث هي هي لاهي مع قيد كونها موقوفة أو موجرة، فلا منافاة حينئذ بين قولنا العين بقيد كونها موقوفة لايصح وقفها ويصح اجارتها وبين قولنا كل عين تصح اجارتها يصح وقفها ، لتغاير المحكوم عليه فيهما، كما لامنافاة بين قولنا الجسم بقيد كونه أسود لايقبل السواد ويقبل الحركة وبين قولنا الجسم من حيث هو يقبل السواد والحركة .

وأما الثاني فللاجماع على عدم الزام الغاصب بالاجرة ، فمنعه مكابرة .

ثم قوله «ان كان لها منفعة» الى آخره ، شك والشك بمعزل عن التحقيق .

ثم الذي يؤيد قـول ابـن ادريس أن الدراهم والدنانير منفعتهما الحكمية دورانهما أثماناً للاعواض ، فكل ماينافي ذلك يكون باطلا . ولما كان الوقف للتأبيد والاجارة غير منحصرة في مدة فجاز طولها سنين كانا متنافيين ، ولذلك توعد على كنزهما وأمر بانفاقهما. وليس كذلك العارية، لانها عقد جائز لالازم ، فلايلزم من الاعارة الجنس المنافي للحكمة المذكورة .

فائدتان :

(الاولى) تصح اجارة المصوغ من النقدين، لقوة الانتفاع باللبس ولعدم وقوعهما أثماناً غالباً . وكذا يصح وقفه لكن ان وقف حلي النساء على النساء وحلي الرجال على الرجال .

(الثانية) قال الشيخ بناء على صحة اجارة النقدين انه لولم يعين جهة الانتفاع بهما بطلت الاجارة وكانا قرضاً، لان العادة في دنانير الغير ودراهمه أن لاينتفع بها الاعلى جهة القرض ، فاذا أطلق الانتفاع رجع الى المعتاد .

واجارة المشاع جائزة . والعين أمانة لايضمنها المستأجر ولا ما ينقص منها ، الا مع تعد أو تفريط ، وشرائطها خمسة :

قال ابن ادريس : لانسلم البطلان على تقدير صحة الاجارة ، لانه وان أطلق جهة الانتفاع فان قيد الاجارة يمنع من اذهاب العين .

قال العلامة اعتذاراً للشيخ : فانه عول في ذلك على العرف وقد ثبت في العرف الشرعي انصراف الاجارة الى الاعيان فيما الغالب فيه تناولها دون المنافع، كاستيجار المرضعةوالشاة للحلب وأجرة الحمام ، فكذا هنا لما كانت المنفعة المقصودة الانتفاع بأعيانها كانت الاجارة قاضية لجواز اتلافها، وحينئذ تصير قرضاً بالاتلاف .

وفي هذا الاعتذار نظر :

أما أولا : فلانه على تقدير انصراف الاجارة فيماذكره الى الاعيان لايلزم مثله هنا ، لان انصراف الاجارة الى اللبن في المرضعة والماء في الحمام لعدم امكان الاستباحة بالبيع أوالقرض لعدم الضبط ، أما هنا فلا ، اذيمكن الاستباحة بالقرض أوالبيع فلاضرورة الى صرف الاجارة الى اتلاف العين .

على أنه قدقيل : ان الاجارة في المرضعة على وضع الثدي في الفم وفي الحمام على اللبث واللبن والماء تابعان .

وأما ثانياً : فلان الاجارة فيما ذكره ليس فيها اذهاب العين المعقود عليها بل استباحة العين ، بخلافه في محل النزاع .

قوله واجارة المشاع جائزة

لاصالة الجواز ، ويكون المستأجر شريكاً في المنفعة .

قوله : والعين امانة لايضمنها المستأجر ولا ما ينقص منها الامع تعد اوتفريط

تنقيح هذا البحث بفوائد :

(الاولى) لاخلاف في عدم ضمان العين مدة الاجارة الامع التعدي أو التفريط اما بعد انقضائها وتلفها في يد المستأجر بغير تعد ولاتفريط هل يضمن أم لا ؟ قال الشيخ في المبسوط نعم ، لانه زمان غير مأذون له في امساكها ، ومن أمسك شيئاً بغير اذن مالكه وأمكنه الرد ولم يرده ضمنه . قال : ومن الناس من قال لايضمن .

وقال ابن ادريس: الاقوى عدم الضمان ولايجب الرد الا مع مطالبة المالك لانها أمانة لايجب ردها الابعد المطالبة كالوديعة. قال وما ذكره الشيخ معارض بالرهن ، فانه لاخلاف في عدم ضمانه لو أدى الدين ولم يطالب الراهن به .

وتردد العلامة في المختلف ولم يرجح شيئاً .

والاقوى الضمان ، لان الامساك موقت فلابد من استيناف اذن بعد الاستيفاء أو الرد أو العرض على المالك مع امكان ذلك لاحتمال النسيان من المالك. اللهم الامع علم المالك بذلك واهماله الطلب . وليس كذلك الوديعة والرهن ، لان الامساك مأذون فيه مطلقاً من غير مانع، ولهذا لو مات المودع أو الراهن مع أداء الدين ولم يعلم الوارث بالوديعة والرهن وجب الاعلام فوراً والا ثبت الضمان .

(الثانية) لاخلاف في ضمان الصانع لو تلفت العين بخيانته بصنعته ، أما لو تلفت في يده لامن قبله ففيه قولان : قال المرتضى والمفيد بالضمان الامع اشتهار السبب كالحريق والغريق أو قيام البينة بأن التلف من غيره، واحتجا بقوله صلى الله عليه وآله وسلم : على اليد ما أخذت حتى تؤدي[1] ، ورواية مسمع عن الصادق عليه السلام[2].

---

١) سنن ابى داود ٣/ ٢٩٦ ، ابن ماجة ٢/ ٨٠٢ ، سنن الترمذى ٣/ ٥٦٦ .

٢) التهذيب ٧/ ٢١٦ ، الكافى ٥/ ٢٤٤ .

وقال الشيخ[1] بعدمه، واختاره ابن ادريس والعلامة[1] لكونه أميناً، ولرواية بكير بن حبيب عن الصادق عليه السلام: لايضمن القصار الا ما جنت يداه وان اتهمته أحلفته[2] . ومثله رواية معاوية عنه عليه السلام[3].

وأجاب العلامة عن حجة الاولين بأن قوله صلى الله عليه وآله وسلم « على اليد ما أخذت » مجمل ، لاحتمال أن يراد به يجب أو يستحب اوينبغي ، وعلي تقدير الوجوب نقول به، فان اليد يجب عليها رد ما أخذت مع وجوده، والاحاديث محمولة على التعدي والتفريط .

وفيه نظر ، لان « على » ظاهره الوجوب ، كما يقال على فلان مال وعليه صلاة أو زكاة أو ضمان ، فلايكون مجملا . نعم هو عام مخصوص بمالم يكن فيه استيمان من المالك والا لضمنت الوديعة ، وهو باطل .

(الثالثة) لاخلاف في الضمان مع التفريط أو التعدي ، وقد تقدم معناهما. نعم شرط الضمان بالتفريط الانفراد عن يد المالك ولايشترط ذلك مع التعدى، فلو تعدى وشارك المالك ضمن بقسطه ولو انفرد عن المالك اختص بالضمان . وتفصيل هذه الجملة بصور :

« الاولى » لو نزل بالدابة في مسبعة أو مهلكة مع موافقة المالك فلاضمان ولو كان لامع موافقته فهو ضامن .

« الثانية » لو حمل على الدابة زائداً عن المشترط وباشر التحميل من دون حضور المالك فتلفت ضمن قيمتها أجمع .

« الثالثة » لو كال الطعام المحمول وزاد في الكيل عن المشترط ولم يعلم

---

١) راجع النهاية ٤٤٦ ، والقواعد الفصل الرابع من كتاب الاجارة في الضمان .

٢) التهذيب ٧/ ٢٢١ ، الاستبصار ٣/ ١٣٣ ، وفيهما : بكر بن حبيب .

٣) التهذيب ٧/ ٢٢٠ ، الاستبصار ٣/ ١٣٢ .

(١) أن يكون المتعاقدان كاملين جائزي التصرف .

(٢) وأن تكون الاجرة معلومة ، كيـلا أو وزناً . وقيل تكفي المشاهدة ولو كان مما يكال أو يوزن .

المالك وحمل المالك الحمل على الدابة بيده ضمن المستأجر الذي كال قسط الزيادة .

(الرابعة) اختلف الفقهاء في تقدير قسط الزيادة في الصورة المذكورة: فقيل النصف، لان الدابة تلفت بسببين أحدهما مباح والاخر محرم ، ومثاله في الجناية مالو جرح واحد مائة جرح وآخر جرحاً واحداً فسرى الكل كان على كل واحد نصف . وقيل يضمن بالنسبة ، لان التلف مستند الى الجملة ولا ترجيح باسناد الضمان الى واحد ، فلو ضمن الاقل مثل الاكثر أو بالعكس لزم تساوي الزائد والناقص وهو محال فيسقط ضمان المأذون ويبقى الزائد ، فلو كان المستأجر له مائة فزاد عشرة ضمن جزء من أحد عشر ، وفرق بين المحمول والجراحات عدم ضبط آثارها بخلاف المحمول .

(الخامسة) لو كانت الدابة لمالكين فاستأجرها لحمل مائة وزاد عشرة وحملها المالكان، فان كانت الدابة في يده ويد المالكين ضمن الثلث لانه صاحب يد ثالث وصار بالتعدي يده يد ضمان لما يده عليه والدابة اذا كانت في يد ثلاثة ففي يد كل واحد ثلثها، فالمستأجر في يده ثلث فيضمن الثلث بالتعدي لانه صير يده يد ضمان فيما في يده وهو الثلث ، وان لم يكن في يده شيء ضمن على أحد الاحتمالين النصف وعلى الاخر جزء من أحد عشر .

قوله : وقيل تكفي المشاهدة ولو كان مما يكال او يوزن

هذا قول الشيخ في المبسوط . والحق خلافه ، للزوم الغرر المنهي عنه

وتملك الاجرة بنفس العقـد معجلة مع الاطلاق أو اشتراط التعجيل .

ويصح تأجيلها نجوماً ، أو الى أجل واحد .

والمشاهدة لاتدفعه .

ولما علم من عادة الشرع أن عقد المعاوضة على المكيل والموزون لايصح الابعد اعتبارهما بالكيل أوالوزن ، ولان الجهالة تؤدي الى النزاع والغبن .

قولـه : وتملك الاجرة بنفس العقد معجلة مـع الاطلاق اواشتراط التعجيل .

هنا مسألتان :

(الاولى) ان الاجرة تملك بنفس العقد كما تملك المنفعة به ، وسيجيء تقريـره .

(الثانية) انه اذا ملكت بنفس العقد هل يجب تسليمها مـع الطلب أم لا . نقول : لايخلو اما أن تقع الاجارة على عين كسكنى الدار أوركوب الدابة أو على عمل كخياطة يوم أوثوب، فان كان الاول يجب التسليم بتسليم العين ، فاذا استوفى المستأجر المنفعة استقرملك المالك على الاجرة ، وان كان على عمل لايجب التسليم الا بعد العمل .

وهل يشترط تسليمه ؟ قيل لامطلقاً واختاره المصنف فـي الشرائع ، وقال الشيخ في المبسوط ان كان الاجيرفي دارالمستأجر ويعمل بين يديه لايشترط لانه في تسليمه ، وان كان في بيت الاجير اشترط تسليمه .وقيل يشترط ، وهوالاقوى: لانها عقد معاوضة كالبيع ، وكما لايجب تسليم أحـد العوضين فيه قبل تسليم الاخرفكذا هنا .

ولواستأجر من يحمل له متاعاً الى موضع في وقت معين بأجرة معينة ، فان لم يفعل ، نقص من أجرته شيئاً معيناً صح ، مالم يحط بالاجرة .

وتظهر فائدة الخلاف فيما لو تلف العمل قبل التسليم ، فانه كتلف المبيع فان شرطنا تسليمه فلاأجرة.

قوله : ولواستأجر من يحمل له متاعاً الى موضع في وقت معين بأجرة معينة فان لم يفعل نقص من أجره شيئاً معيناً صح مالم يحط بالاجرة

هذه المسألة ذكرها الشيخ في الخلاف وابن الجنيد والقاضي واختارها المصنف والعلامة، ومستندهم رواية محمد الحلبي موثقاً عن الباقر عليه السلام[1]. وفي معناها رواية محمد بن مسلم أيضاً عنه عليه السلام[2]، ويؤيده قوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم[3].

ومنع ابن ادريس ذلك وقال: العقد صحيح والشرط باطل لانه غير شرعي ولم يدل عليه كتاب ولا سنة متواترة ولا اجماع ، بل لم يورده غير الشيخ في النهاية .

وكلامه ضعيف: أما أولا فلما ذكرنا من الدلالة، وأما ثانياً فلا نسلم أنه شرط باطل وانما الباطل ما يخالف الكتاب والسنة وهذا لايخالفهما ، وأما ثالثاً فلانه لو بطل لابطل العقد أيضاً لان بطلان الشرط يقتضي بطلان المشروط عقلا واللازم باطل باعترافه فكذا الملزوم، وأما رابعاً فلانه ليس الشرط الباطل مالا يدل عليه

---

١) التهذيب ٧/ ٢١٤ ، الفقيه ٣/ ١٦٢ ، الكافي ٥/ ٢٩٠ .

٢) التهذيب ٧/ ٢١٤ ، الكافي ٥/ ٢٩٠ ، الفقيه ٣/ ٢١ .

٣) التهذيب ٧/ ٢٢، الكافي ٦/ ١٨٧ ، اخرجه في الفقيه «روضة المتقين» ١٣/ ١٨ . وفيه المسلمون .

كتاب ولاسنة بـل الذي يدل الكتاب والسنة على بطلانه ، لان الاصل الجواز ولادلالة للكتاب والسنة على بطلانه بل على صحته كما ذكرناه .

ويتفرع على المسألة فرعان :

(الاول) لوقال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته في الغد فلك نصف درهـم .

(الثاني) لوقال ان خطته رومياً وهومايكون بدرزين فلك درهمان وان خطته فارسياً وهو الذي يكون بدرزواحد فلك درهم ، فمنع ابن ادريس ذلك وحكم ببطلان العقد في الصورتين ، واختاره العلامة في المختلف[1] محتجاً بأنه عقد واحد واختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير فلايصح، كما لوقال بعتك بدرهمين نقداً وبدرهم نسيئة ، وبأنه مجهول فلايصح .

وفرق بين صورة النقل وصورة النزاع، لان الاولى أوجب عليه أن يوافي به في يوم بعينه وشرط ان لم يفعل ينقص مـن أجره شيئاً ، وصورة النـزاع لم يوجب عليه شيئاً معيناً فتطرقت الجهالة اليه ، بخلاف الاول .

وأماالشيخ فلم يفرق في الخلاف بين الجميع في الصحة، وقال في المبسوط ان خاط في اليوم الاول فله الدرهم وان خاطه في الغدفله أجرة المثل وهو ما بيـن الدرهم والنصف ولاينقص عـن النصف ولا يبلـغ الدرهم . وهو مذهب ابى حنيفة .

قال ابن ادريس: ولوقلنا بصحة ذلك جعالة أمكن. ورده العلامة بأن الجعالة يشترط فيها تعيين الجعل أيضاً فيبطل .

قال الشهيد : ويشكل بأن الجعل معلوم على كل واحد من التقديرين غايته الجهل بوقوع أحد العملين تعييناً ، وذلك لايخرج الجعالة عن الصحة ، فـان

---

١) راجع المختلف ٢/ ٨ .

(٣) وأن تكون المنفعة مملوكة للمؤجر أو لمن يؤجر عنه .
وللمستأجر أن يؤجر الا أن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه.

مناطها الجهالة في العمل .

والاجود ما قاله الشيخ في الخلاف، لعدم الفرق بين صورة الوفاق والنزاع الا في شيء لامدخل له في البطلان ، لان قوله ان خطته غداً فلك نصف في معنى ان لم تخطه اليوم ينقص من أجرتك نصفها، الا أنه عين ظرف هذا الشرط والتعيين لايقتضي البطلان .

وما ذكره العلامة من الفرق ضعيف، لان قوله « وصورة النزاع لم يوجب شيئاً معيناً » ممنوع ، بل عينه بالنسبة الى اليوم وحده وكذا بالنسبة الى الغد وفوض الاختيار الى الخياط كما فوضه الى المؤجر في الصورة المنصوصة ، وحمل هذه الصورة على صورة البيع قياس أصله فيه خلاف .

قوله : وللمستأجر أن يؤجر الا ان يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه

أما الثاني فاتفاقي ، وأما الاول فان آجر بمثل ما استأجر جنساً وقدراً صح أيضاً اتفاقاً، وكذا لو خالف وعمل في العين زائداً. أما لو خالف مع عدم الاحداث فخلاف منعه الثلاثة والتقي وابن الجنيد وسلار والصدوق في المقنع والقاضي في المهذب ، وجوزه المفيد وابن ادريس على كراهية ، واختار المصنف في الشرائع الاول[1] لكنه خصصه بالمسكن والخان والاجير ، والعلامة[2] اختار الثاني .

---

١) الشرائع ١٣٨/١ قال : ولايجوز ان يوجر المسكن ولا الخان ولا الاجير بأكثر مما استأجره الا ان يوجر بغير جنس الاجرة او يحدث ما يقابل التفاوت .

٢) راجع المختلف ٣/٢ .

وهو الحق ، لان المستأجر ملك المنفعة فله أن يؤجرها كيف شاء ، لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : الناس مسلطون على أموالهم[1] ، ولرواية ابى المغرا في الحسن عن الصادق عليه السلام[2] ومثله رواية ابى الربيع الشامي عنه عليه السلام[3] أيضاً وغيرهما من الروايات .

واحتج المانع بأنه ربا ، وبرواية اسماعيل بن الفضل الهاشمي عن الصادق عليه السلام[4] ، ورواية الحلبى عنه عليه السلام[5] أيضاً .

والجواب عن الاول بمنع لزوم الربا، اذ محله بيع أحد المقدرين المتساويين جنساً بالاخر . وعن الثاني بالحمل على الكراهية ، لما رواه ابو بصير قال : قال الصادق عليه السلام : اني لاكره أن استأجر رحى وحدها ثم أوجرها بأكثر مما استأجرتها به الان يحدث فيها حدثاً أو تغرم فيها غرامة[6] .

وهنا فوائد :

(الاولى) جوز الشيخ رحمه الله أن يؤجر بعضها بأكثر مال الاجارة ويتصرف هو في الباقي بجزء من ذلك وان قل، لرواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام : الرجل يستكري بمائة دينار فيكرى بقيتها بخمسة وتسعين ديناراً ويعمر هو بقيتها . قال : لابأس[7].

---

١) البحار ٢/٢٧٢ .

٢) الكافى ٥/٢٧٢، التهذيب ٧/٢٠٣ ، الاستبصار ٣/١٢٩، الوسائل ١٣/٢٦٠.

٣) الكافى ٥/٢٧١ ، التهذيب ٧/٢٠٣ ، الاستبصار ٣/١٢٩ ، الفقيه ٣/١٥٧ ، الوسائل ١٣/ ٢٥٩ .

٤) التهذيب ٧/٢٠٣، الكافى ٥/٢٧٢، الفقيه ٣/١٥٧، الاستبصار ٣/١٢٩ و ١٣٠.

٥) التهذيب ٧/٢٠٤ ، الكافى ٥/٢٧٣ .

٦) الكافى ٥/٢٧٣ ، التهذيب ٧/٢٠٤ .

٧) التهذيب ٧/٢٠٥ ، الاستبصار ٣/١٣١ فيه : فيكرى نصفها . وليس « هو » فى الاول .

(٤) وأن تكون المنفعة مقدرة بنفسها كخياطة الثوب المعين ، أو بالمدة المعينة كسكنى الدار .

(الثانية) قيل انما اقتصر المصنف في الشرائع على المسكن والخان والاجير لدلالة الروايات عليها دون غيرها .

وفيه نظر ، لاني لم أجد المنع صريحاً الافي الاجير والخان ، فان رواية ابى المغرا وابى الربيع عن الصادق عليه السلام: ان فضل الاجير والحانوت حرام . هذا مع أنه ورد المنع في الارض الامع الحدث في رواية اسماعيل ابن الفضل .

(الثالثة) اذا قيل بالتحريم فمن قال النهي فى المعاملة يفيد المفساد كان العقد فاسداً ، ومن قال بعدمه ـ وهـو الحق ـ كان صحيحاً . ويحتمل الفساد ، لتعلق النهي بجزء المعاوضة . أما مع القول بالكراهية فالعقد صحيح قطعاً .

قوله : وان تكـون المنفعة مقدرة فى نفسها كخياطة الثوب المعين أوبالمدة المعينة كسكنى الدار .

لاخلاف في صحة تقديرها بالعمل المعين خاصة من غير زمان أو بالزمان المعين خاصة من غير تقدير العمل فيه، واختلف في تقديرها بهما كخياطة الثوب المعين في اليوم المعين ، فقال الشيخ وابن ادريس بالبطلان لان استيفاء العمل في المدة قد لايتفق ، وقيل يصح لامكانه .

والحق الاول ، للزوم الغرر، اذيجوز أن يوقع ذلك العمل فى بعض المدة، فيبقى الزمان خالياً عن العمل ، فيدخل الضرر على المستأجـر ، أولايتمكن من عمله في تلك المدة فيحتاج الى صرف مدة أخرى ، فيدخل الضرر على الاجير فاذاً لايخلو من غرر على أحدهما .

وهنا مسائل :

(الاولى) ان اطلاق عقد الاجارة هل يقتضى الاتصال الزماني، مثل أن يقول « آجرتك هذه الدار شهراً بأجرة كذا» هل يقتضي أن يكون أوله متصلا بالعقد فيصح العقد حينئذ أولا يقتضى ذلك فيكون شهراً مجهولا فيبطل العقد ؟

كلام الشيخ فى المبسوط والخلاف[1] متردد بينهما ، فانه قال فيهما ببطلان العقد فى هذه الصورة، وانما يبطل على تقدير عدم تعين الشهر وانما لم يتعين اذا لم يكن العقد مقتضياً للاتصال .

وقال في موضع آخر اذا آجره داراً شهراً مستقبلا ولم يدخل بعد لم يصح، وانما لم يصح لاقتضاء العقد الاتصال ، فيكون قد شرط ماينافي مقتضى العقد فيبطل فجاء التردد في كلامه والتناقض .

وحكم القاضى وابن ادريس بعدم الاقتضاء وصحة العقد في الصورة الثانية ، واختاره العلامة واحتج بأن شرط الاتصال يقتضي عدمه فيكون باطلا :

أما الاول فلان كل واحد من الازمنة التى يشتمل عليها مدة الاجارة معقود عليها وليست متصلة بالعقد ، فاتصال الجزء الاول منها يقتضي عدم اتصال الاخير به .

وفيه نظر ، لان الزمان عرفاً غير قار الذات يستحيل اجتماع أجزائه دفعة واحدة كالحركة ، والاجزاء التي لم تتصل بالعقد اتصلت بالجزء المتصل به ، فتكون متصلة أيضاً ، اذ المراد بالاتصال هو عدم تخلل زمان لايتناوله العقد لامطلق الزمان .

والتقي حكم بوجوب الاتصال الزماني في سائر العقود .

---

١) الخلاف ٢ / ٢٠٩ قال: اذا قال آجرتك هذه الدار شهراً ولم يقل من هذا الوقت واطلق فانه لايجوز ، وكذلك اذا آجره الدار فى شهر مستقبل بعد ما دخل فانه لايجوز . وقال : دليلنا ان عقد الاجارة حكم شرعى ولا يثبت الا بدلالة شرعية وليس على ثبوت ما قاله دليل فوجب ان لايكون صحيحاً .

ويمكن أن يحتج له بأن العقود كلهـا انشاءات والانشاءات علل الاحكام والعلل تقتضي الاتصال الزماني ، ولذلك قالوا ان اطلاق عقد البيع يقتضى تسليم العوضين في الحال ولو قيد بزمان مستقبل فيهما بطل .

(الثانية) قال الشيخ : اذا استأجر سنة رجع الى الهلالية ، فان وافق أول الهلال كانت السنة كلها أهلة ، وان لم يوافق ذلك أول الهلال عدا الباقي من ذلك الشهر وكان ما عداه بالاهلة ثم يكمل ذلك الشهر الاول من الاخير ثلاثين يوماً ، وان قلنا انه يكمل بقدر ماضى من ذلك الشهر كان قوياً .

وهو يدل على تردد، والاجود هنا وفي السلف الاول مع احتمال كون الاشهر كلها بالعدد .

(الثالثة) قال الشيخان اذا قال «آجرتك كل شهر بكذا »[1] ولم يعين صح في شهر وبطل في الزائد ولزم فيه أجرة المثل، وقال ابن ادريس يبطل في الكل ويلزم أجرة المثل .

وهو الحق ، لانه كلما انتفى شرط الصحة انتفت الصحة لكن المقدم حق فالتالي مثله والملازمة ظاهرة ، وأما حقيقة المقدم فلان العلم بقدر المنفعة شرط في العقد اجماعاً ، وهي انما تعلم هنا بالمدة وهي مجهولة فتجهلت المنفعة . ولا يلزم من مقابلة كل جزء من أجزاء المدة المجهولة بعوض معلوم صيرورة المدة معلومة .

قوله : وتملك المنفعة بالعقد

---

١) قال في النهاية ٤٤٤: ومتى استأجر الانسان داراً او مسكناً مشاهرة بأن يقول: كل شهر بكذا وكذا لم تنعقد الاجارة الا على شهر واحد وكان مازاد عليه يلزمه فيه اجرة المثل. وقال في الخلاف ٢/ ٢٠٧ : اذا قال: آجرتك هذه الدار كل شهر بكذا كانت اجارة صحيحة.

واذا مضت مدة يمكن استيفاء المنفعة والعين في يد المستأجر استقرت الاجرة ولولم ينتفع .

واذا عين جهة الانتفاع لم يتعدها المستأجر ويضمن مع التعدي.

لايقال : المنفعة معدومة ، ولاشيء من المعدوم يتعلق به الملك ، فلا شيء من المنفعة يتعلق به الملك ، أما الصغرى فظاهرة ، اذ المعقود عليه هو المنافع المستقبلة . وأما الكبرى فلان الملك نسبة بين مالك ومملوك يتوقف ثبوته على ثبوت المنتسبين .

لانا نقول: الجواب موقوف على تقرير مقدمة، وهي ان الموجود المركب على قسمين : أحدهما موجود توجد اجزاؤه دفعة واحدة كالجسم ، وثانيهما موجود توجد أجزاؤه شيئاً فشيئاً كالزمان وما توجد فيه من الحركة . ويسمى الاول دفعي الوجود ، والثاني تدريجي الوجود . والمنافع من القسم الثاني ، وهي وان كانت معدومة في الحال الا أن لها قسطاً من الوجود في الجملة وليست معدومة على الاطلاق . والشارع اعتبر هذا النحو من الموجود وجعل حكمه حكم الموجود الاول في اجراء الاحكام عليه اذا وجد جزء منه لامطلقاً ، ولم يعتبر وجوده بجميع اجزائه لاستحالته ، وذلك كما في الوصية بالمنفعة ، فانها حين الوصية ليست موجودة بجميع أجزائها بل تتجدد شيئاً فشيئاً .

وحينئذ نقول : قوله « المنفعة معدومة » ان أرادبها ما كان معدوماً بجميع أجزائه فممنوع ، وان أراد ببعض أجزائه فمسلم ، وقوله في الكبري « ولا شيء من المعدوم» يتعلق به الملك، وان أرادبه الاول فمسلم، وان أرادالثاني فممنوع وسند المنع ما ذكرناه من اعتبار الشارع ما هذا شأنه .

ولو تلفت العين قبل القبض أو امتنع المؤجر من التسليم مدة الاجارة بطلت الاجارة . ولو منعه الظالم بعد القبض لم تبطل وكان الدرك على الظالم .

اذا عرفت هذا فكل من قال بملكية المنفعة بالعقد قال بملكية الاجرة به دفعة ، لان الاجارة عقد معاوضة مالية محضة، وكل عقد معاوضة مالية انما يملك للعوضان فيها معاً ولا يتقدم ملك أحدهما على الاخر وهوحكم اجماعي . ومن قال بعدم ملكها ـ وهو ابوحنيفة ـ بل يتملكها تدريجاً قال ان الاجرة كذلك لا يملكها المؤجر الاتدريجاً بحسب استيفاء المستأجر للمنفعة . والحق الاول لما عرفت .

قوله : ولوتلفت العين قبل القبض اوامتنع الموجر من التسليم مدة الاجارة بطلت الاجارة

اذاتعلقت الاجارة بالعين ثم تلفت قبل القبض فلاخلاف في بطلانها والرجوع على المؤجر بالاجرة مع الاقباض، أما مع المنع فان كان قبل القبض فللمستأجر الخيار في الفسخ والالزام بالتسليم ، وان كان بعده فالمانع غاصب يلزمه ما يلزم الغاصب .

وعبارة المصنف تدل على البطلان مع المنع . وليس بشيء ، لانه ملك بالعقد فله الالزام بالتسليم وله الخيار لتضرره بالمنع .

نعم قال القاضي : لومنعه بعض المدة ثم سلم في الباقي فليس للمستأجر الامتناع من قبضها باقي المدة . وليس بشيء أيضاً ، بل له خيار الفسخ لتبعض الصفقة .

ولوانهدم المسكن تخير المستأجر في الفسخ وله الزام المالك باصلاحه .

ولا يسقط مال الاجارة لو كان الهدم بفعل المستأجر .

(٥) وأن تكون المنفعة مباحة .

فلو آجره ليحمل الخمر وليعلمه الغناء لم تنعقد .

ولا تصح اجارة الابق .

ولا يضمن صاحب الحمام الثياب الا أن يودع فيفرط .

قوله: ولوانهدم المسكن [اوعاب] تخير المستأجر في الفسخ وله الزام المالك باصلاحه

وكذا لو انهدم بعضه مما يفوت به الانتفاع، أما لو استأجر دارين صفقة فانهدم احدهما أو داراً وعبداً صفقة فمات العبد أو انهدمت الدار ، قال القاضي كان الباقي لازماً له بحصة . وليس بشيء بل له الفسخ لتبعض الصفقة وله الالتزام بالحصة .

قوله : ولايسقط مال الاجارة لوكان الهدم بفعل المستأجر

هذا اذا كان على جهة الانتفاع فاتفق الهدم، أما لو كان تعدياً فان المستأجر ضامن ويتقاصان .

قوله : ولا تصح اجارة الابق

لعدم القدرة على التسليم ، وهل تصح مع الضميمة كالبيع ؟ نظر من عدم التنصيص ومن جوازه في نقل العين الذي هو أقوى ، ففي المنافع أولى بالجواز .

قوله : ولايضمن صاحب الحمام الثياب الاان يودع فيفرط

ولو تنازعا في الاستيجار فالقول قول المنكر مع يمينه .

ولو اختلفا في رد العين فالقول قول المالك مع يمينه . وكذا لو كان في قدر الشيء المستأجر .

ولو اختلفا في قدر الاجرة فالقول قول المستأجر مع يمينه . وكذا لو ادعى عليه التفريط .

هذا اشارة الى مذهب بعض العامة أظنه مالكاً، وهو أن صاحب الحمام يضمن الثياب مطلقاً فرط أولا . وهو باطل ، لاصالة البراءة وعموم ثبوت السبب .

قوله : ولو تنازعا في الاستيجار فالقول قول المنكر مع يمينه

أما ان يكون هذا التنازع قبل استيفاء المنفعة فيحلف المنكر ولا شيء في البين ، أو بعد استيفاء المنفعة فيحلف أيضاً ويثبت على المستوفي أقل الامرين من أجرة المثل وما ادعاه المؤجر ان كان هو المدعي ، واكثر الامرين من أجرة المثل وما ادعاه المستأجر ان كان هو المدعى .

قوله : ولو اختلفا في قدر الاجرة فالقول قول المستأجر مع يمينه

هنا أقوال :

(الاول) قول الشيخ في الخلاف تستعمل القرعة فمن خرج اسمه حلف وحكم له .

(الثاني) قوله في المبسوط ان كان الاختلاف قبل مضي المدة تحالفا وان كان بعدها في يد المكتري لم يتحالفا وكان القول قول المكتري ، كما في البيع القول قول المشتري اذا كانت السلعة تالفة . ونقل هذا القول عن قوم، وقال هو الذي يقتضيه مذهبنا ، وهو مذهب ابن الجنيد .

(الثالث) قول القاضي ان لم تكن بينة تحالفا، فان نكل أحدهما عن اليمين

وتثبت أجرة المثل في كل موضع تبطل فيه الاجارة .

ولو تعدى بالدابة المسافة المشترطة ضمن ، ولزمه في الزائد أجرة المثل .

كان القول قول الاخر مع يمينه ، فان حلفا جميعاً أونكلا جميعاً انفسخ العقد في المستقبل وكان القول قول المالك مع يمينه في الماضي، فان لم يحلف كان له أجرة المثل .

(الرابع) ما قاله ابن ادريس واختاره المصنف والعلامة ، سواء كان قبل المدة أو بعدها . ولا وجه للقرعة ، لانه لاشكال هنا ، لانهما اتفقا على الاجارة وعلى مطلق الاجرة ، وانما اختلفا في قدر الاجرة والمؤجر يدعي زيادة ينكرها المستأجر، فيكون على المدعي البينة فان عجز حلف المستأجر وبرىء من تلك الزيادة. هذا كله اذا لم تكن بينة لاحدهما ، فلو كانت لاحدهما حكم بها مطلقاً .

ولو أقام كل منهما بينة فاحتمالات : « ١ » تقديم قول المدعي ، لان القول قول المنكر فلاحكم لبينته . « ٢ » التحالف ، لان كلامنهما مدع باعتبار ومنكر باعتبار . « ٣ » القرعة ، لان الاشكال حاصل مع البينة .

قوله : ولو تعدى بالدابة المسافة المشترطة ضمن ولزمه في الزائد اجرة المثل

ان لم تتلف الدابة ولم تنقص لزمه أجرة المثل في الزائد مع المسمى، وان تلفت أونقصت قال القاضي يلزم مع التلف القيمة لاغير ومع النقص اما الاجرة أوقيمة الناقص .

والحق خلافه ، بل يلزمه القيمة للنقص والاجرة معاً، لاصالة عدم التداخل

وان اختلفا في قيمة الدابة أو أرش نقصها فالقول قول الغارم. وفي رواية ، القول قول المالك .

ويستحب أن يقاطع من يستعمله على الاجرة ويجب ايفاؤه عند فراغه .

ولا يعمل أجير الخاص لغير المستأجر .

ولان كلامنهما يثبت بسبب النقص بالجناية[1] والاجرة باستيفاء المنفعة .

قوله : ولواختلفا في قيمة الدابة اوارش نقصانها فالقول قول الغارم وفي رواية القول قول المالك

ما أفتى به قول ابن ادريس، لان المستأجر غارم ومنكر لزيادة يدعيها المالك وأما الرواية فهي ما رواه احمد بن محمد عن ابن محبوب عن ابى ولاد عن الصادق عليه السلام قال: اما أن يحلف هو ـ أي صاحبها ـ على القيمة فيلزمك فان رد اليمين عليك حلفت على القيمة ولزمه ذلك ، أو يأتي صاحب البغل ببينة[2] .

وعمل الشيخ عليها في النهاية[3] في الدابة، وقال: والحكم فيما سوى الدابة مما يقع فيه الخلاف كون البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه. والحق الاول .

قوله : ولايعمل الاجير الخاص لغير المستأجر

الاجير قسمان: خاص وهو الذي يستأجر مدة معينة بالزمان لاي عمل تصح

---

١) في بعض النسخ : بالخيانة .

٢) الكافي ٥/ ٢٩٠ ، التهذيب ٧/ ٢١٥ ، الاستبصار ٣/ ١٣٤ .

٣) النهاية: ٤٤٦ .

الاجارة عليه ، ومشترك وهـو الذي يستأجر لعمل معين مطلق أو لزمان مطلق مضبوط .

اذا عرفت هذا فالحر له ذمة تتعلق بها الحقوق اجماعاً وليس لـه رقبة تتعلق بها الحقوق اجماعاً الا في القصاص ، وهل له منافع يستحقها الغير بالعقد أم لا قولان ، قيل لاوالا لساوى العبد في تملك منافعه ، وقيل نعـم لصحة المعاوضة عليهـا .

وتظهر فائدة الخلاف في الاجير الخاص كما قلناه ، ان قلنا بتملك منافعه فتملك الاجارة كذلك ، وان قلنا لا تملك منافعه يكون ذلك العمل مستحقاً فـي ذمته . وعلى التقـديرين يكون عمله لغير المستأجر فـي ذلك الزمان حراماً ، لاستلزامه اسقاط حق مضيق يجب اداؤه لمستحقه .

ويترتب على ذلك أنه لو آجر الاجير الخاص نفسه في ذلك اليوم لغير المستأجر فهنا حكمان :

« ١ » ان قلنا بتملك منافعه كان المستأجر الاول مخيراً بين ان يأخذ المسمى الثاني من المستأجر الثاني وبين ان يأخذ أجرة مثـل ذلك العمل ولوزاد على أجرته الاولى ، وان قلنا انه حق ثابت في ذمته كانت الاجرة الثانية للاجير ويضمن للمستأجر الاول قسط ذلك الزمان ـ أي أجرة مثله .

« ٢ » ان قلنا بتملك منافعه تخير المستأجر الاول فـي الرجوع بقيمة تلك المنافع على أيهما شاء من الاجير والمستأجر الثاني لكون ذلك غصباً ، وان قلنا انه حق ثابت في الذمة فليس لـه مطالبة المستأجر الثاني بشيء بـل مطالبة الاجير خاصة .

وأما الاجير المشترك فيصح عمله لغير المستأجر وله أجرة عمله من غير تعلق للمستأجر الاول بها .

(**فائدة**) العبد له منافع تتعلق بها الحقوق اجماعاً ، وكذا له رقبة تتعلق بها الجنايات اجماعاً ، وليس له ذمة بالنسبة الى مولاه اجماعاً . وهل له ذمة بالنسبة الى غيرمولاه ؟ قيل لا بل عندالاتلاف يستحق المستحق أن يستحق عليه عند حريته، وليس له مال على القول الاصح من عدم تملكه حتى تتعلق به الحقوق وعلى القول بتملكه تتعلق الحقوق بأمواله .

كتاب الوكالة

وهى تستدعى فصولا :

(الاول) الوكالة ، عبارة عن الايجاب والقبول الدالين على الاستنابة فى التصرف .

قوله : كتاب الوكالة

يقال وكلته توكيلا ، والاسم الوكالة بفتح الواووكسرها. والوكيل القائم بالوكالة . ويقال له الجرىء أيضاً .

والتوكيل اظهار العجز والاعتماد على غيرك ، والاسم التكلان[1] .

قوله : الوكالة عبارة عن الايجاب والقبول الدالين على الاستنابة فى التصرف

---

١) والتكلان بضم التاء المبدلة من الواو . فان اصل اتكلت اوتكلت قلبت الواو ياء لانكسارماقبلها ثم ابدلت منها التاء فأدغمت فى تاء الافتعال، ثم بنيت على هذا الادغام اسماء من المثال، وان لم تكن فيها هذه العلة توهماً ان التاء اصلية ، لان هذا الادغام لايجوز اظهـاره فى حال ، فمن تلك الاسماء التكلة والتكلان والتخمة والتهمـة والتجأة والتراث والتقوى ، واذا صغرت قلت تكيلة وتخيمة ولا تعيد الواو لان هذه الحروف الزمت البدل فبقيت فى التصغير والجمع .

في هذا التعريف نظرمن وجوه :

(الاول) ان كانالوكالة لغة صفة قائمةبالوكيل والاستنابةصفة قائمة بالموكل فالمقصود بالتعريف : اما المفهوم اللغوي فهوصفة قائمة بالوكيل كما عرفت ، فلايجوزتعريفها بالاستنابة التي هيصفة قائمة بالموكل لتباينهماأوالعقد الشرعي وذلكهوالتوكيل والتوكيل هوالاستنابة، فيبقىتقديرالكلامالتوكيلهوالايجاب والقبول الدالين على التوكيل ، فيكون تعريفاً للشيء بنفسه . اللهم الا أن نعني بالايجاب والقبول لفظهما وبالاستنابة معناها فلايفسد .

(الثاني) ان الوكالةكما تكون في الافعال كذا تكون فيالاقوال، وكثيرمن الاقوال لايطلق عليه التصرف عرفاً حقيقة بلمجازاً، والتعريفات تصان عنذلك.

(الثالث) ان التصرف أعم منالصحيح وهوظاهر والفاسدكالغصب وشراء الخمر والعقود الفاسدة . والمقصود هوالاول ، فيكون تعريفاً غيرمانع .

والاجود في تعريفها أنها عقد يفيد نيابة الغيرفي شيء للمستنيب أن يتولاه بنفسه وبغيره . فالشيء يعم الاقوال والافعال ، وتقييده بماله ان يتولاه يخرج الفاسد من الاقوال والافعال . وقولنا « وبغيره » احتراز عماليس له أن يتولاه بغيره كالواجبات العينية والنذور والايمان وغيرذلك .

وهنا فوائد :

(الاولى) الايجاب هنا « وكلتك » أو« استنبتك » أو الاستيجابكقوله « وكلتني » فيقول نعم، أوأمره بالبيع أوالشراء والقبول: اما لفظاًكقوله «قبلت» وشبهه أوفعلا كايقاع ما وكل فيه .

(الثانية) لايشترط في القبول الفورية ، فيجوز تأخره ، فان الغائب يوكل والقبول يتأخر .

(الثالثة) لايشترط وقوعهما باللفظ العربي وكذا سائرالعقود الجائزة . نعم

ولا حكم لوكالة المتبرع .

ومن شرطها أن تقع منجزة . فلايصح معلقة على شرط ولاصفة .

لوشهدالشاهدان بانشائهمااشترط اتفاقهما على صيغة واحدة، أما لوشهدابالاقرار فلايشترط . وكذا يشترط في الانشاء اتحاد الزمان لافي الاقرار .

قوله : ولاحكم لوكالة المتبرع

قيل معناه أن الوكالة عبارة عن الاستنابة ، وهي ثلاثة جعل وأجرة وتبرع وحكمها أنه اذا فعل ما استنيب فيه استحق الجعل معه والاجرة مع عدمه مالم يكن قد تبرع فانه لاشيء له .

وفيه اشارة الى أن الاستنابة تقتضي استحقاق أجرة على العمل ، لانه عمل محلل من مسلم محترم باذن الموكل .

ويحتمل أن الوكالة بمعنى التوكيل ، وحينئذ ان عنى بانتفاء الحكم كونها باطلة في نفس الامر نافى ذلك فتواه بوقوع عقدالفضولي موقوفاً ان عقدالفضولي ليس باطلا مطلقاً ، وان عنى عدم نفوذها بل تكون موقوفة على اجازة الموكل عنه فمسلم لكن العبارة لاتفيد ذلك .

وهذا أولى من التفسير الاول ، لانه في غير محله ، فيكون ذكره كالاجنبي، بخلاف التفسير الثاني. وحينئذ يمكن أن يريد به انتفاء لزوم فعله للموكل عنه .

قوله : ومن شرطها ان تقع منجزة فلا تقع[1]) معلقة على شرط ولاصفة

الشرط ما يمكن وقوعه عادة ، كقوله « ان دخلت الدار فقد وكلتك » ، والصفة ما يجب وقوعه عادة كقوله « اذا طلعت الشمس فقد وكلتك » .

---

١) في المختصر النافع : فلا تصح .

ويجوز تنجيزها وتأخير التصرف الى مـدة . وليست لازمة لاحدهما .

ولا ينعزل مالم يعلم العزل وان أشهد بالعزل على الاصح .

وتصرفه قبل العلم ماض على الموكل .

قوله : ويجوز تنجيزها وتاخير التصرف الى امد

كقوله « وكلتكت الان ولا تتصرف الا في الوقت الفلاني » .

قوله: ولاينعزل مالم يعلم العزل وان اشهد بالعزل على الاصح وتصرفه قبل العلم ماض على الموكل

هذا قول ابن الجنيد والشيخ في الخلاف[1] ، واختاره المصنف والعلامة في بعض كتبه . وهو فتوى الفاضل والشهيد لوجوه :

(الاول) لو انعزل ولما يعلم لزم تكليف الغافل، لانه حكم شرعي والحكم الشرعي لو لزم المكلف قبل علمه لزم تكليف الغافل. واللازم باطل فكذا الملزوم.

(الثانى) لو انعزل قبل العلم لزم الحرج والاضرار ، وهما منفيان بالكتاب والسنة : أما الملازمة فلجواز أن يبيع ثوباً فيفصله المشتري أو داراً فيهدمها أو غير ذلك مما يستلزم بطلان التصرف فيه الضرر .

(الثالث) مااحتج به الشيخ في الخلاف ، وهو أن النهي لايتعلق حكمه بالمنهي الا بعد علمه ، ولذلك لما سمع أهل قبا وهم في الصلاة أن القبلة قد

---

١) الخلاف ٢ / ١٤٥ قال فيه : ومن راعى العلم استدل على ذلك بأن قال : ان النهى لايتعلق به حكم فى المنهى الا بعد حصول العلم به وهكذا أبواب نواهى الشرع كلها ، ولهذا لما بلغ اهل قبا ان القبلة قد حولت الى الكعبة وهم فى الصلاة داروا وبنوا على صلاتهم ولم يؤمروا بالاعادة ، فكذا نهى الموكل وكيله عن التصرف ينبغى ان لايتعلق به حكم فى حق الوكيل الا بعد العلم .

حولت الى الكعبة داروا اليها ولم يعيدوا صلاتهم .

(الرابع) الروايات كرواية هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام : ان الوكيل اذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبداً ، والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه أو شافهه بالعزل عن الوكالة[1] . ومثله رواية ابى هلال الرازي عن الصادق عليه السلام[2] . وفي حديث العلاء بن سيابة عن الصادق عليه السلام: ان علياً عليه السلام قضى بذلك[3].

وقال الشيخ في النهاية[4] وابن حمزة والتقي والقاضي والقطب وابن ادريس والعلامة في القواعد[5] انه ينعزل بالعلم أو الاشهاد ، لكونه عقداً جائزاً ، ولانه لولاه لزم لزومها في ذلك وهو باطل ، ولانه لو أعتق العبد الذي وكله في بيعه أو عتقه أو باعه لانعزل ، فاذا لم يعتبر العلم في العزل الضمني ففي صريح العزل أولى .

والذي يظهر لي أنه ان أمكنه للموكل الاعلام ولم يعلمه فلا ينعزل الا بالاعلام ، وأما اذا لم يمكنه الاعلام وظهر له مصلحة في عزله فانه ينعزل بالعزل وان لم يعلم ، لكن مع امكان الاشهاد يجب الاشهاد .

وانما قلنا ذلك لئلا يلزم تحمل الضرر الحاصل تبعاً وكالته وصيرورة الجائز لازماً ليس مقتضى ذلك ، والروايات نحملها على تمكنه من الاعلام ولم يعلمه .

وقولهم : يلزم تكليف الغافل . قلنا : ممنوع ، لان العلم بكونها عقداً جائزاً

---

١) التهذيب ٦/٢١٣ ، الفقيه ٣/٤٩ .

٢) التهذيب ٦/٢١٤ ، الكافي ٦/١٢٩ ، الاستبصار ٣/٢٧٨ ، الفقيه ٣/٤٨ .

٣) التهذيب ٦/٢١٤ ، الفقيه ٣/٤٨ .

٤) النهاية : ٣١٨ .

٥) المختلف ١/١٥٨ .

وتبطل بالموت والجنون والاغماء وتلف ما يتعلق به .

ولو باع الوكيل بثمن فأنكر الموكل الاذن بذلك القدر ، فالقول قول الموكل مع يمينه .

وبامكان تغير المصالح يمنع ذلك ، وكذا قولهم يلزم الحرج والضرر.قلنا معارض بأمرين :

« ١ » أنه لوظهر المبيع مستحقاً وقد أتلفه المشتري أو غيره عن صورته ،

« ٢ » ضرر الموكل بعدم العزل اذا فاتته مصلحة ضرورية ، ولا يلزم ذلك في صورة تمكنه من الاعلام لانه هو الذي أدخل الضرر على نفسه .

وقول الشيخ في أهل قبا انهم لم يعتدوا . قلنا : التكليف مشروط بالعلم ولما انتفى علمهم بالتحويل سقط بتكليفهم بالاعادة وأجزأهم مافعلوه وليس كذلك الوكالة ، بل هي مثل الطلاق الذي لايشترط في وقوعه علم الزوجة .

قوله : ولو باع الوكيل بثمن فأنكر الموكل الاذن بذلك القدر فالقول قول الموكل مع يمينه

هذا قول الشيخ في المبسوط وحكم باستعادة العين كما ذكره المصنف . وقال في النهاية[1] يلزم الدلال اتمام ماحلف عليه المالك .

قال العلامة والوجه الاول ، لانه بيع ظهر بطلانه فكان للمالك العين . ويحمل قول الشيخ في النهاية على تعذر استعادة العين من المشتري والقيمة

---

١) النهاية ٤٠٧ قال فيه : واذا اختلف الواسطة وصاحب المتاع فقال الواسطة قلت لى : بعه بكذا وكذا وقال صاحب المال : بل قلت : بعه بكذا واكثر من الذى قال ولم يكن لاحدهما بينة على دعواه كان القول قول صاحب المتاع مع يمينه بالله ، وله أن يأخذ المتاع ان وجده بعينه ، وان كان قد احدث فيه ماينقصه أو استهلك ضمن الواسطة من الثمن ماحلف عليه صاحب المتاع .

ثم تستعاد العين ان كانت موجودة ، ومثلها ان كانت مفقودة ، أوقيمتها ان لم يكن لها مثل . وكذا لوتعذر استعادتها .

(الثاني) ما تصح فيه الوكالة .

وهو كل فعل لايتعلق غرض الشارع فيه بمباشر معين ، كالبيع ، والنكاح .

وتكون القيمة مساوية لما ادعاه المالك[1].

وكذا القول قول المالك لو وكل في شراء عبد فقال الوكيل اشتريته بمائة وقال المالك بثمانين ، لانه غارم .

وقال الشيخ في المبسوط : القول قول الوكيل كما يقبل قوله في الرد والتلف .

وهو أجود ، لان قوله مقبول فيما هو وكيل فيه ، أما لو ادعى عدم الاذن في الشراء بمائة بل بثمانين مثلا فالقول قوله لما تقدم .

قوله : ماتصح فيه الوكالة ، وهو كل فعل لايتعلق غرض الشارع فيه بمباشر معين

هذا ضابط حسن لايختل بشيء ، ولابد فيه من شرائط ثلاثة (الاول) ان يكون مملوكاً للموكل ، بمعنى امكان وقوعه منه شرعاً في حال توكيله (الثاني) أن يكون قابلا للنيابة (الثالث) أن يكون معلوماً نوعاً من العلم لينتفي معظم الغرر.

وتفصيله: أنه سائر العقود لازمة كانت أوجائزة وكذا سائر الفسوخ والايقاعات الا الظهار والايلاء والمعان والنذر والعهد واليمين ، وتصح أيضاً في طلب الحقوق

---

١) المختلف ١/ ١٦١ ، وذكر فيه عن النهاية عين ما في المتن ، ولم اجد هذه العبارة في النهاية لا في التجارة ولا في الوكالة بل فيه ماذكرته لك .

مالية كانت وغيرها واستيفائها ، ولاتصح فيما تعلق غرض الشارع بوقوعه من مباشر بعينه كالعبادات البدنية حال الحياة والقسمة بين الزوجات وفعل المعاصي ويصح في الجهاد حال الحياة اختياراً أوالحج مع العجز .

ووقع الخلاف في أشياء نذكرها :

(الاول) منع الشيخ منها فى الاحتطاب والاحتشاش وحيازة المباحات ، وجوزها في احياء الموات . وتبعه ابن ادريس . قال العلامة وفي الجمع بين الحكمين نظر من حيث اشتراك الكل في الاباحة وان الناس فيه شرع فالتخصيص ترجيح من غير مرجح .

والحق جواز ذلك في الكل ، لان المباحات الاصح أن تملكها تفتقر الى النية .

(الثاني) منع الشيخ وابن ادريس منها في اثبات الحدود الاحدود القذف قالا لان الدعوى في غير القذف غير مسموعة. قال العلامة: فيه نظر، لامكان استتباع الدعوى حقوقاً غير الحد كالمهر مع الاكراه والارش وفسخ النكاح .

(الثالث) منع الشيخ فى المبسوط الوكالة في الجهاد، لان كل من حضر الصف وجب عليه الجهاد وكيلا كان أوغيره . وقدروي أنه تدخله النيابة، وقال القاضي تدخله الوكالة ، واختاره العلامة ، وقوى بعض الفضلاء كلام الشيخ بأنه مع الحضور يصير فرض عين وفرض العين لا تدخله النيابة وحمل الرواية المحكية على الاجارة، لان الاجارة عقد لازم فلزومها يمنع من انقلاب الفرض. وهو حسن.

(الرابع) جوز الشيخ[1] الاستنابة في صب الماء في الطهارة على كراهية للقادر ومعه القاضي وقال انه الظاهر من المذهب .

وليس بجيد، لان الظاهر من المذهب هو تحريم التوكيل في فعل الطهارة

---

١) النهاية : ١٧ .

للقادر ، وأما الصب فلا لانه غير جزء من الطهارة لامكانها بدونه فيجوز النيابة فيـه .

(الخامس) قال الشيخ [1] يجوز لمستحقي الزكاة التوكيل لمن يقبض لهم سهماتهم ، ومنعه القاضي وابن ادريس [2] لوجهين :

«الاول» ـ ان الزكاة في الذمة بيقين ولايقين بالبراءة مع دفعها الى الوكيل لانه ليس من الاصناف الثمانية .

«الثاني» ـ [المستحق] لايملك قبل القبض فلايملك المطالبة فلايصح التوكيل لما تقدم من أن شرطها ملكية الموكل لما يوكل فيه .

أجيب عن الاول : بأن يدالوكيل يد موكله، فاذا دفع اليه بعدثبوت وكالته برئت ذمته بيقين كغيرها من الحقوق ، وعن الثاني ان النزاع ان كان في بعض المستحقين فمن اختار المالك الدفع اليه بعينه فقد شارف التملك فتجوز لـه المطالبة بنفسه وتوكيله ، وان كان ممن لم يختر المالك الدفع بـل الى غيره فذلك لانزاع في عدم جواز توكيله وان كان النزاع في جملة المستحقين الحاضرين في البلد ، فلانسلم أنهم لايملكون المطالبة ، وذلك لوجوب انتفرقة فيهم حين الوجوب وتحريم النقل عنهم خصوصاً مع عـزل المالك لها ، وحينئذ تكفي مشارفة الملك في جواز المطالبة .

قوله : وتصح الوكالة في الطلاق للغائب والحاضر على الاصح

هذا أيضاً مما وقع فيه الخلاف ، وتحريره : انه يصح التوكيل في الطلاق للغائب قطعاً ، وهل يصح للحاضر ان يوكل ؟ أما مع العجز عن النطق فتصح

---

١) المبسوط ٢ / ٣٦١ قال فيه : ويصح من اهل السهممين التوكيل في قبضها .

٢) السرائر : ١٧٤ .

أيضاً قطعاً، وانما النزاع في حال الاختيار، فمنعه الشيخ والتقي والقاضي لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الطلاق بيد من أخذ بالساق[1]، ولرواية زرارة عن الصادق عليه السلام: لاتجوز الوكالة في الطلاق[2]. فحملت على الحاضر لئلا ينافي روايات جواز الوكالة في الطلاق مطلقاً .

وفيه نظر، لان المراد باليد القدرة والمكنة وهي حاصلة للموكل، والرواية ضعيفة لان في طريقها الى زرارة ابن سماعة وجعفر بن سماعة وهما واقفيان، مع مخالفتها للاجماع .

وقال في الخلاف والمبسوط والمفيد في المقنعة وابن ادريس بالجواز ، للاجماع على أن الحكمين في الشقاق اذا طلقا جاز مع حضور الزوج في البلد ، ولانه لولم تجز الوكالة للحاضر لم تجز للغائب ، واللازم كالملزوم في البطلان والملازمة ظاهرة، فان مالاتجوز الوكالة فيه ومالا تجوز لايختلف حكمه بالغيبة والحضور .

(**فائدة**) ومنع الشيخ أيضاً في المبسوط من توكيل الزوجة في طلاق نفسها قال : وهو مذهب الفقهاء . وللاصحاب فيه خلاف ، والاظهر أنه لاتصح، وتبعه ابن ادريس. وقال العلامة الوجه الجواز ، لانه فعل تدخله النيابة ، ولانه صدر من أهله ، لان فعل الوكيل فعل الموكل ، وصادف محله فيكون واقعاً ، وهو المطلوب .

قوله : ويقتصر الوكيل على ما عينه الموكل

انما يجب ذلك مع تساوي ما عينه وصده في وجه المصلحة أواختصاص

---

١) كنز العمال ٩ / ٦٤٠ .

٢) الكافي ٦ / ١٣٠ .

ما عينه بها ، أما لوصار ما عينه مرجوحاً في جانب المصلحة عرفاً أوشرعاً فانه لايجب الاقتصار على المعين بل لايجوز، كما لو أمره بالبيع بعشرة فباع بعشرين أوالشراء بعشرة فاشترى بخمسة ، فان كل ذلك صحيح ولوخالف ضمن .

ولنتمم هذا البحث بفوائد :

(الاولى) لوأمره بالبيع حالا فباعه نسيئة خوفاً على الثمن لوقبضه من خطر صح ولا لذلك يبطل لانه غرر ومخالفة .

(الثانية) لوأمره بالبيع نسيئة خوفاً على الثمن فباع حالا وقبض الثمن ضمن لوتلف .

(الثالثة) لوأمره بشراء ثوب بدينارفاشترى ثوبين به كل واحديساوي ديناراً صح. ويدل عليه ما رواه الشيخ في الخلاف في قضية رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم مع عروة البارقي في الشاتين[1].

(الرابعة) ليس من هذا لوأمره بشراء خمر للاكتساب فاشترى خلافان الوكالة في شراء الخمر باطلة ، اذ لايملك المسلم فعل ذلك حتى يوكل فيه . وحينئذ يكون شراؤه للخل فضولا اما باطل أوموقوف على الخلاف .

(الخامسة) لووكله في البيع الى أجل مجهول كقدوم الغزاة أوالشراء اليه فهل يملك البيع الصحيح أوالشراء كذلك أم لا؟ قال الشيخ في الخلاف لايملكه[2] وهو مذهب الشافعي . والاقوى أنه يملكه ، وهو مذهب ابى حنيفة ، لانه أمره بشيء مركب من شيئين البيع والاجل، والاجل لايدخل في حقيقة البيع، وحينئذ

---

١) الخلاف ٢/ ١٤٩ .

٢) الخلاف ٢/ ١٥٠ قال فيه : اذا قال ان قدم الحاج اوجاء رأس الشهر فقد وكلتك فى البيع فان ذلك لايصح . وقال فى ١٤٩: اذا وكله فى بيع فاسد مثل ان يوكله فى البيع والشراء الى اجل مجهول مثل قدوم الحاج وادراك الثمار لم يملك بذلك التوكيل البيع الصحيح وبه قال الشافعى وقال ابوحنيفة يملك بذلك البيع الصحيح .

فساد أحدهما لايستلزم فساد الاخر، كما اذا أمره بشراء شاة وخنزير . فاذاً يكون مالكاً للبيع المطلق ، فاذا باع مطلقاً صح وانصرف الى الحال ، لان اطلاق العقد يقتضي ذلك .

(السادسة) في الصورة المذكورة هل يملك البيع الى أجل معلوم؟ يحتمل أن يقال : ان باع الى أجل هو أقل مما يحتمله الاجل المجهول المأ موربه صح والابطل . اللهم الا أن يكون الثمن المأ موربه الى الاجل المجهول أزيد منه الى الاجل الاقل ، فانه لايصح . أما لوتساوى الثمنان أوزاد في الاقل المعين فانه يصح . وأما صورة الشراء الى الاجل المجهول فانه لايصح له الشراء حالا لان مصلحة الحلول مرجوحة بالنسبة الى الموكل. ويحتمل أن يملك اكثر أجل يحتمله الاجل المجهول كما قلناه في البيع ، لكن مع مساواة الثمن أو اقليته والا فلا .

(السابعة) لوأمره أن يصالح عن الدم بخمر فصالح به صح وحصل العفو ، ولا كذا لوصالح بخنزير: أما الاول فلان العفو عن القصاص مبني على التغليب وأما الثاني فلمخالفته أمر الموكل ، ولان الخمر مضمون لو كان للكافر ومحترم لو كان المقصود بابقائه التخليل .

قوله : ولوعمم الوكالة صح الا ما يقتضيه الاقرار

تعيين ما فيه الوكالة امابحسب الشخص كقوله «وكلتك في بيع هذا الثوب» أوبحسب الصنف كقوله « وكلتك في بيع [كل] مالي بيعه » أو بحسب النوع كقوله « وكلتك في كل معاملاتي السالية أوكل مالي المعاملة به من أموالى » . ولاخلاف في صحة هذه الثلاثة .

أما لو أطلق كما لو قال «أقمتك مقامي في كل مالي فعله من كل قليل وكثير» قال الشيخ في الخلاف لاتصح[1]، وهو قول جميع الفقهاء الا ابن ابى ليلى محتجاً بأنه غرر عظيم ، لانه ربما ألزمه بالعقود مـا لايمكنه الوفاء بـه ، ومايؤدي الى ذهاب أمواله مثل أن يزوجه بأربع حرائر ثم يطلقهن قبل الدخول فيلزمه نصف المهر ثم يزوجه بأربع اخر وهلم جراً ، ويشتري له من الارضين والعقارات مالا حاجة له به ، وفي ذلك غرر عظيم.

وقال في النهاية والمفيد والقاضي وسلار وابن ادريس تصح ويكون ذلك مقيداً بالمصلحة . وبه يجاب عن حجة الشيخ في الخلاف . قال المصنف في الشرائع[2] : وهو بعيد عن موضع الفرض ، يريد أن الاطلاق يتناول جميع ما يضر وينفع ، والعقد اذا استلزم مثل هذا الضرر كان فاسداً وصرفه الى مـا هو مصلحة خارج عن مقتضـى العقد الذي أوقعه ، لان مقتضى العقد أعم مـن ذلـك .

وجوزه هنا الا في الاقرار ، فانه لايصح أن يقر عن موكله مطلقاً . وهو قول المفيد وأحد قولي الشيخ ، فانهما قالا اذا وكل الانسان غيره في الخصومة عنه والمطالبة والمحاكمة وقبل الوكيل ذلك يجب له ما يجب لموكله ويجب عليه مايجب على موكله، الا ما يقتضيه الاقرار من الاداب والحدود والايمان، وحسن تخصيص المستثنى لاجل تخصيص المستثنى منه .

وهذا هو المفتى به : اما لانه لايدخله النيابة، لان حكمه يختص بالمتكلم اذا أنبأ عن نفسه كما قال صلى الله عليه وآله وسلم : اقرار العقلاء على أنفسهم

---

١) الخلاف ٢/١٤٨ .

٢) الشرائع ١/١٤٣ .

جائز[1] . وعلى غيرهم لا ، أولانه خلاف المصلحة ونحن قد شرطنا في تعميم الوكالة مراعاة المصلحة .

هذاكله اذا لم يصرح له بالاقرارعنه ، أما لوصرح بالاقرارعنه فقال الشيخ في الخلاف يصح اقراره ويلزم الموكل ما أقربه الوكيل، فان كان معلوماً لزم وان كان مجهولا رجع في تفسيره الى الموكل دون الوكيل .

واحتج عليه بأنه لامانع من ذلك، والاصل جوازه . وأيضاً قوله صلى الله عليه وآله وسلم: المؤمنون عند شروطهم وهذا شرط انه يلزمه ما يقربه الوكيل فيجب أن يكون جائزاً[2].

واستشكل ذلك العلامة في القواعد[3] من أنه اخبار عن حق على الموكل ولا يلزم الغير خبرالغير الاعلى وجه الشهادة ، وهذاكما لوقال « رضيت بما يشهد به علي فلان » فانه لايلزمه ، ولان الوكالة في الانشاء لافي الاخبار ، ومن أنه قول يلزم به الحق صدر باذنه فأشبه الشراء وسائر الاقوال . وللشافعي فى ذلك قولان .

ثم اختلف القائلون بعدم الصحة في أنه هل يكون بالتوكيل مقراً أم لا ؟ قيل نعم ، لانه أخبرعن حق عليه لتضمن وكالته ذلك. وقيل لا ، لان التوكيل في الشيء لايكون اثباتاً لنفس ذلك الشيء والا لكان التوكيل في البيع بيعاً . هذا خلف ، ولان الامر بالامرليس أمراً .

وهذا هوالحق، لانالتوكيل فيه انشاء والاقراراخبار واللفظالواحد لايكون

---

١) الوسائل ١٦/١٣٣ وفيه : وروى جماعة من علمائنا فى كتب الاستدلال عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم انه قال...

٢) الخلاف ٢/١٤٥ .

٣) راجع القواعد ، آخر الشرط الثانى من الركن الرابع من كتاب الوكالة .

(الثالث) الموكل :

ويشترط كونه مكلفاً جائز التصرف .

ولا يوكل العبد الا باذن مولاه ، ولا الوكيل الا أن يؤذن له .

وللحاكم أن يوكل عن السفهاء والبله .

ويكره لذوى المروءات أن يتولوا المنازعة بنفوسهم .

اخباراً وانشاء معاً لاستلزام الاخبار سبق النسبة ، فان طابقها فصادق والافكاذب والانشاء لايستلزم ذلك بل هو احداث للنسبة الواقعة .

قوله : الثالث الموكل ، ويشترط كونه مكلفاً جائز التصرف

لو اقتصر على قوله « جائز التصرف » لم يحتج الى ذكر المكلف، لان كونه جائز التصرف يشمل الجميع، فان الصبى غير مكلف ولا جائز التصرف، والسفيه والمفلس والعبد مكلفون مع عدم جواز تصرفهم، فقد اشترك الكل في عدم جواز التصرف ، فكان ذكره وحده كافياً .

قوله : ولا يوكل العبد الا باذن مولاه ولا الوكيل الا ان يؤذن له

يجوز هنا كسر كاف «يوكل» وفتحها: أما الاول فمعناه لايجوز للعبد والوكيل أن يوكلا الا باذن السيد والموكل، وأما الثاني فمعناه لايجوز للانسان أن يوكل عبد غيره ولا وكيل غيره الا بالاذن . لكن ذلك غير متوجه في الوكيل الا أن يكون خاصاً بجعل فانه يكون أجيراً خاصاً، وقد تقدم أن الاجير الخاص لايعمل لغير المستأجر . والاول أنسب لسياق الكلام .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) انما لم يصح توكيل العبد لغيره لانه اما غير مالك كما هو الاصح أو يملك لكنه محجور عليه ، فلايصح توكيله حينئذ مطلقاً .

وفيه نظر ، لانه يجوز توكيله فيما لـه فعله كطلاق زوجته اجماعاً ، وكذا

(الرابع) الوكيل :
ويشترط فيه كمال العقل .

في استيفاء التعزير لوقذف ، أوفي الدعوى على سيده بحق من حقوقه عليه .

(الثانية) على التفسير الثاني هل يجوز أن يتوكل لغيره بغير اذن مولاه اذالم يستلزم ابطال حق المولى أم لا ؟ يحتمل الجواز، لما قلناه ، والمشهور المنع .

(الثالثة) لووكله غيره في شراء نفسه لموكله من مولاه ، قال الشيخ في المبسوط: فيه وجهان الصحة كما لووكله في شراء عبدآخر باذن سيده ، وعدمها لان يده يدسيده وايجابه وقبوله باذن سيده بمنزلة مباشرة السيد فيكون موجباً قابلا معاً وهوباطل . ثم قوى الاول .

واختار القاضي الثاني ان لم يأذن له سيده والاول ان أذن. والاصح الاول مطلقاً، لان بيع السيد يتضمن رضاه ويجوز كون الشخص الواحد موجباً قابلا لما تقدم مراراً .

(الرابعة) منع الشيخ من توكيل الوكيل غيره مطلقاً ، وجوزه ابن الجنيد اذا كان الموكل غائباً وأراد الوكيل الغيبة ومنعه في غير ذلك الا بالاذن .

والحق التفصيل لاتفصيل ابن الجنيد، وهوأن نقول: لايجوز الامع التصريح أوالقرينة الدالة على ذلك،امالاتساع ما وكل فيه أوارتفاع الوكيل عن المباشرة عرفاً ، ومع عدم ذلك لايصح .

(الخامسة) هل يجوز للوكيل تولي طرفي العقد، بأن يشتري من نفسه أويبيع على نفسه؟ منعه في الخلاف مطلقاً وجوزه في المبسوط مطلقاً، وفي النهاية يجوز مع الاذن . وهوالاقوى للاصل والظاهر ، ولان المخاطب لا يدخل في أمر المخاطب اياه بأمر غيره الا بدليل خارج ، فكذا هنا لايجوز الا بالاذن .

قوله : الرابع الوكيل ، ويشترط فيه كمال العقل

ويجوز أن تلى المرأة عقد النكاح لنفسها ولغيرها .

والمسلم يتوكل للمسلم على المسلم والذمى ، وللذمى على الذمى .

وفى وكالته له على المسلم تردد .

والذمى يتوكل على الـذمى للمسلم والذمى ولا يتوكل على مسلم .

هذا الشرط مما لاخلاف فيه، وقال التقي والقاضي لايجوز للمسلم أن يوكل الاالمسلم العاقل الامين الحازم البصير بلحن حجته العالم بمواقع الحكم العارف باللغة التي يحاوربها .

والحق أن اشتراط الاسلام انما يجب اذا كان الغريم مسلماً ، وأما اذا كان كافـراً فلا ، لاصالة الصحة وعـدم المانع . وأما باقي الصفات فالمشهـور استحبابها .

قوله: والمسلم يتوكل للمسلم على المسلم والذمى للذمى على الذمى وفى وكالته له على المسلم تردد ، والذمى يتوكل على الـذمى للمسلم والذمى ولا يتوكل على مسلم

الصور ثمان : « ١ » مسلم لمسلم على مسلم ، « ٢ » مسلم لذمي على ذمي « ٣ » مسلم لمسلم على ذمي، « ٤ » مسلم لذمي على مسلم « ٥ » ذمي لذمي على ذمي « ٦ » ذمي لمسلم علـى مسلم ، « ٧ » ذمي لمسلم على ذمي ، « ٨ » ذمي لذمي على مسلم.

صورتان فاسدتان اجماعاً ، وهما السادسة والثامنة . وواحدة مختلف فيها

والوكيل أمين لايضمن الا مع تعد أو تفريط .

(الخامس) فى الاحكام وهى مسائل :

(الاولى) لوأمره بالبيع حالا فباع مؤجلا ولو بزيادة لم تصح ووقف على الاجازة . وكـذا لوأمره ببيعه مؤجلا بثمن فباع بأقل حالا .

ولو باع بمثله أو أكثر صح الا أن يتعلق بالاجل غرض .

ولو أمره بالبيع فى موضع فباع فى غيره بذلك الثمن صح .

ولا كذا لو أمره ببيعه من انسان فباع من غيره فانه يقف على الاجازة ولو باع بأزيد .

وهي الرابعة ، فقال الشيخان في المقنعة والنهاية[1] بالبطلان وقال سلار بالصحة وقال الشيخ في الخلاف[2] والمبسوط بالكراهة ، واختاره ابن ادريس وهو حسن .

والخمسة الباقية صحيحة اجماعاً، وتردد المصنف من حيث منع الشيخين ولانه نوع سلطة ، اذيد الوكيل يدالموكل الكافر فلايصح عملا بالاية ، ومن أصالة الجواز وأنه لا خلاف في أن للذمي المطالبة بأي نوع كان اما بنفسه أوبغيره .

قوله : ولوامره بالبيع فى موضع فباع فى غيره بذلك الثمن صح ، ولاكذا لوامره ببيعه من انسان فباع من غيره فانه يقف على الاجازة ولو باع بازيد

---

١) النهايه : ٣١٧ . قال فيه : ولا يتوكل للذمى على المسلم .

٢) الخلاف ٢/١٤٨ قال : يكره ان يتوكل مسلم لكافر على مسلم .

(الثانية) اذا اختلفا فى الوكالة، فالقول قول المنكر مع يمينه .

ولو اختلفا فى العزل أو فى الاعلام أو فى التفريط فالقول قول الوكيل . وكذا لو اختلفا فى التلف .

ولو اختلفا فى الرد فقولان :

أحدهما : القول قول الموكل مع يمينه .

والثانى : القول قول الوكيل مالم يكن بجعل، وهو أشبه .

الفرق بين الصورتين ان المكان لايتعلق به غرض لذاته، فاذا حصل المقصود منه في غيره جاز . بخلاف الاشخاص الانسانية ، فانه قد يتعلق غرض صحيح بمعاملة شخص اما لسهولته في المعله أو لتوقيه[1] الشبهات فيها فتطلب معاملته لذلك .

ويحتمل أيضاً أن يكون قد وعده المالك بالبيع عليه والوفاء بالوعد حسن.

قوله : ولواختلفا فى الرد فقولان ، احدهما القول قول الموكل مع يمينه ، والثانى القول قول الوكيل ما لم يكن بجعل ، وهواشبه

الاول قول ابن ادريس، واختاره العلامة[2]، والمصنف في الشرائع[3]، لاصالة عدم الرد ولان الوكيل مدع والمالك منكر فيكون القول قوله عملا بالحديث .

والثاني قول الشيخ ، لانه أمين ، ولانه قبض المال لمصلحة غيره فجرى مجرى الودعي. وأما اذا كان بجعل فقول الموكل، لان قبض الوكيل لمصلحته فهو كالمرتهن والمستعير . وهذا حسن .

---

١) فى بعض النسخ : اولتوجيه الشبهات فيها .

٢) المختلف ١/ ١٦٠ .

٣) الشرائع ١/ ١٤٥ .

(الثالثة) اذا زوجه مدعياً وكالتـه فأنكر الموكل فالقول قول المنكر مع يمينه ،وعلى الوكيل مهرها . وروى نصف مهرها لانه ضيع حقها .

وعلى الزوج أن يطلقها سراً ان كان وكل .

قوله : اذا زوجه مدعياً وكالته فأنكر الموكل فالقول قول المنكرمع يمينه وعلى الوكيل مهـرها ، وروى نصف مهرها لانه ضيـع حقها وعلى الزوج ان يطلقها [سراً] ان كان وكل

هنا أقوال :

(الاول) قول الشيخ في النهاية[1] أنه مع عدم البينة يحلف المنكر ويلزم الوكيل المهر كملا للزوجة بالعقد وتفريط الوكيل بترك الاشهاد ولا يتنصف الا بالطلاق وليس .

(الثاني) قول الشيخ في المبسوط ، وهوما ذكرالا أنه يلزم الوكيل النصف لانه فسخ قبل الـدخول فيجب معه النصف كالطلاق ، وللرواية المشار اليها ، وهي رواية عمربن حنظلة عن الصادق عليه السلام[2] .

(الثالث) نقل المصنف في الشرائع[3] الحكم ببطلان العقـد ظاهراً ولا شيء على الوكيل ولا الموكل ، لان الانكار مقتض لرفع العقد ولزوم المهـر مقتض لثبـوته فلا يجتمعان ، ولان المهر عوض البضع والوكيل لم يصل اليه شيء . وهو فتوى العلامة ، ونقله عن بعض علمائنا ولم نقف عليه .

والذي يقتضيه النظر أن العقد لما بطل ظاهراً بانكار الخـروج فلا يترتب

---

١) النهاية : ٣١٩ ، وليس فيه حلف المنكر.

٢) التهذيب ٦/٢١٣ ، الفقيه ٣/٤٩ .

٣) الشرائع ١/١٤٦ .

عليه حكم الا مع قيام البينة والفرض عدمها ، ولا نسلم أن الوكيل فرط بل الزوجة مفرطة بقبول قوله بغير بينة . نعم ان كان قد ضمن المهر لزمه ، وعلى ذلك تحمل .

ثم الموكل ان كان يعرف من نفسه الكذب وجب عليه باطناً أن يطلقها ويسوق اليها نصف المهر.

وهنا فوائد :

(الاولى) لورد الموكل اليمين على الوكيل قيل ان حلف ثبت العقد والمهر على الزوج .

وفيه نظر، اذ لايحلف لاثبات مال لغيره. ويمكن أن يقال: ان يمينه لاسقاط الغرم عن نفسه ، وحينئذ ينبغي أن تحلف المرأة على القول بلزوم المهر له .

(الثانية) لو ضمن الوكيل ماذا يلزمه ؟ الحق انه المهر كملا الا أن يطلق الموكل فيلزمه النصف .

(الثالثة) لوطلق الموكل عند شاهدين وسمى المرأة كان اعترافاً منه بالعقد فيلزمه النصف ظاهراً ، ولو لم يسمها لزمه باطناً خاصة .

(الرابعة) للمرأة أن تتزوج في ظاهر الامر الا أن تعلم صدق الوكيل بطريق، وحينئذ لولم يطلقها الموكل يحتمل تسلطها على الفسخ للضرورة .

(الخامسة) لو كان الوكيل صادقاً وضمن المهر لزمه ذلك للمرأة وكان له مقاصة الموكل بعد الاداء ان كان ضمن باذنه .

كتاب الوقوف والصدقات والهبات

أما الوقف : فهو تحبيس الاصل واطلاق المنفعة .

ولفظه الصريح « وقفت » وماعداه يفتقر الى القرينة الدالة على التأبيد .

قوله : أما الوقف فهو تحبيس الاصل واطلاق المنفعة، ولفظه الصريح « وقفت » وماعداه يفتقر الى القرينة الدالة على التأبيد

هنا فوائد :

(الاولى) قال الجوهري وقفت الدار للمساكين وقفاً وأوقفتها بالالف لغة ردية ، وليس في الكلام أوقفت الا حرف واحد أوقفت عن الامر الذي كنت فيه أي أقلعت ، وحكى ابوعمرو كلمتهم ثم اوقفت أي سكت ، وكل شيء تمسك عنه تقول أوقفت .

(الثانية) في الحديث عنه صلى الله عليه وآله وسلم : اذامات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث: صدقة جارية، وعلم ينتفع به، وولدصالح يستغفرله[1].

قال العلماء : الصدقة الجارية هي الوقف ، ولذلك عرفه بعض مشائخنا بأنه الصدقة الجارية .

---

١) سنن ابى داود ٣ /١١٧ ، سنن الترمذى ٣ /٦٦٠ .

(الثالثة) عرفه المصنف بأنه تحبيس الاصل واطلاق المنفعة . والمراد بالتحبيس المنع من نقله عن جهته ، واطلاق المنفعة اباحة التصرف فيها لمستحقها كيف أراد من التصرفات .

وهذا تعريف بالغاية ، فان غاية الوقف هوذلك ، وهومأخوذ من الحديث، أعني قوله عليه السلام : حبس الاصل وسبل المنفعة[1] . وفي الحقيقة هو العقد الدال على التحبيس والاطلاق المذكورين .

(الرابعة) ألفاظ ايجاب هذا العقد ثلاثة : « ١ » نص وهوما لايحتمل غير المعنى ، « ٢ » صريح وهو ما يرجح المعنى فيه بحيث يحمل عند الاطلاق عليه : وقد يحمل غيره بقرينة قريبة فيكون مجازاً في غيره ، « ٣ » كناية وهو المجمل الذي تساوى فيه المعنى وغيره، فيحمل على الوقف بقرينة بحيث يصير المجموع منها ومن اللفظ :أحد الاولين أي النص أو الصريح .

(الخامسة) وقفت صريح هنا، فان ضم اليه قيد مؤبداً لايباع ولا يوهب ولا يورث فكان نصاً ، وذلك اتفاقي ، وتصدقت وحرمت لاغير كناية اتفاقاً ، فان ضم اليه صدقة لاتباع ولا توهب صار صريحاً ، كما ورد في صورة وقف علي عليه السلام « هذا ما تصدق به علي بن ابى طالب وهو حي سوي تصدق بداره التي في بنى زريق صدقة لاتباع ولا توهب حتى يرثهاالله الذي يرث السماوات والارض، وأسكن هذه الصدقة خالاته ماعشن وعاش عقبهن، فاذا انقرضوا فهي لذوي الحاجة من المسلمين»[2].

واختلف في حبست وسبلت ، فقال الشيخ في الخلاف[3] انهما صريحان

---

١) المستدرك ٢/ ٥١١ ، ابن ماجة ٢/ ٨٠١ ، فى الاول : « وسبل الثمرة » وفى الثانى : احبس اصلها وسبل ثمرتها .

٢) التهذيب ٩/ ١٣١ ، الاستبصار ٤/ ٩٨ ، الفقيه ٤/ ١٨٣ .

٣) الخلاف ٢/ ٢٢٨ .

ويعتبر فيه القبض .

ولو كان مصلحة كالقناطر أو موضع عبادة كالمساجد قبضه الناظر فيها .

ولو كان على طفل قبضه الولى، كالاب والجد للاب أو الوصى.

ولو وقف عليه الاب أو الجد صح ، لانه مقبوض بيده .

والنظر اما فى الشروط أو اللواحق :

والشروط أربعة أقسام :

كوقفت وان ما عداهما كناية تفتقر الى القرينة ، وتبعه ابن زهرة والكيدري ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : حبس ـ الحديث .

واقتصر في المبسوط على لفظ وقفت وما عداه يفتقر الى دليل ، وقواه ابن ادريس واختاره المصنف والعلامة. وهو الحق، لان لفظ وقفت يحصل به اليقين بثبوت الوقف وما عداه مشترك بينه وبين غيره من حيث المعنى، واللفظ الدال على معنى مشترك لايدل على جزء من جزئياته بشيء من الدلالات ، فلا يثبت الوقف لاصالة بقاء الملك على مالكه مطلقاً .

(السادسة) لو نوى بتصدقت وحرمت الوقف من دون قرينة لفظية دين بنيته فان اقرأنه قصد ذلك حكم عليه بظاهر الاقرار . قال الشهيد : وظاهر عبارتهم أنهما صيغة واحدة لاتغني الثانية عن الاولى وتغني الاولى وحدها مع القرينة، ولو قال جعلته وقفاً أو صدقة محرمة مؤبدة كفى .

(السابعة) لابد هنا من ايجاب وهو ما تقدم، وقبول كقبلت وشبهه مطابقاً مقارناً وقصد وتقرب .

قوله : ويعتبر فيه القبض

(الاول) فى الوقف :

ويشترط فيه التنجيز والدوام ، والاقباض واخراجه عن نفسه فلو كان الى أمد كان حبساً .

هنا فوائد :

(الاولى) القبض شرط فيه اجماعاً وصفته كما في البيع اما التخلية أو الامساك باليد أو النقل بحسب حال الموقوف .

(الثانية) لايشترط فوريته ، فلو تأخر عن العقد جاز . نعم لو مات قبله بطل، خلافاً للنقي فانه قال بصحته مع الاشهاد قبل الموت اذا كان على مصلحة أو مسجد وان كان على من يصح قبضه أو قبض وليه فهي وصية ، ورواية زرارة[1] مصرحة بأن الموت قبل القبض يبطله، وهو يدل على كونه شرطاً في الصحة. وقال الشيخ في الخلاف[2] هو شرط في اللزوم .

(الثالثة) لابد فيه من اذن الواقف، فلايقع موقعه لو كان بغير اذنه. وقال ابن حمزة اذا كان الناظر الواقف فليس القبض شرطاً .

(الرابعة) القبض في المسجد صلاة مسلم صلاة صحيحة، وفي المقبرة دفنه. وهل يكفي قبض الحاكم عنهما ؟ الاجود نعم، لكونه قائماً مقام الموقوف عليهم وهم المسلمون .

قوله : الاول فى الوقف ، ويشترط فيه التنجيز والدوام

التنجيز هنا له معنيان:

« ١ » عدم تعليقه على شرط أو صفة استقباليين، فلو علقه على حاصل وهو

---

١) التهذيب ٩/١٣٧ و ١٤٥ ، الاستبصار ٤/١٠٢ . والرواية عن عبيد بن زرارة عنه عليه السلام .

٢) الخلاف ٢/٢٢٧ .

ولوجعله لمن ينقرض غالباً صح ، ويرجع بعد موت الموقوف عليه الى ورثة الواقف طلقاً .

وقيل : ينتقل الى ورثة الموقوف عليه . والاول مروى .

عالم بوقوعه لم يبطل ، كقوله « ان كان اليوم الجمعة فهووقف » .

« ٢ » عدم اشتراط الخيار فيه ، فلوشرطه بطل ، وأما الدوام فهوشرط في الوقف الحقيقي ، وهوما حكم فيه بتأبيد مصرفه بحيث يعلم عادة الاستمرار فيه أما لولم يعلم ذلك بل وقف على من ينقرض غالباً ففي صحته قولان ، نقل في المبسوط عن قوم من أصحابنا بطلانه ، وقال قوم يصح حبساً وعليه الفتوى .

قوله : ولوجعله لمن ينقرض غالباً صح ويرجع بعد موت الموقوف عليه الى ورثة الواقف طلقاً ، وقيل ينتقل الى ورثة الموقوف عليه ، والاول مروى

اختار المصنف صحة الوقف على المنقرض غالباً ، وهو مذهب الشيخ[1] وابن حمزة وابن ادريس والعلامة[1] ، لان استحقاق البطن السابق شرط في استحقاق البطن اللاحق ، لوجوب اتصال الوقف كما يجيء ، فلوجعل الدوام شرطاً لزم كون استحقاق المسبوق شرطاً في استحقاق السابق ، وهودور .

وأيضاً لولم يصح التمليك الى أمد لم تصح الاجارة والسكنى ، واللازم باطل فكذا الملزوم. واذا صح حبساً فاذا انقرض المحبوس عليه لمن يكون؟ فيه قولان كما قال المصنف :

« ١ » ـ قول الشيخ والقاضي وسلار وابن حمزة حيث جعله كالعمرى ، واختاره العلامة لاصالة بقاء الملك وعدم انتقاله ، وانتقال المنافع لايستلزم انتقال الاصل فيكون له ولورثته . ولما قلنا أنه كالسكنى والعمرى ، وتؤيده

---

١) الخلاف ٢ / ٢٢٩ ، المختلف ٢ / ٣٤ .

الرواية المشار اليها وهي رواية الحسن بن محبوب عن ابن رئاب عن جعفر بن حنان عن الصادق عليه السلام[1]. نعم هي ضعيفة الدلالة والسند لكنها مؤيدة بالنظر.

« ٢ » ـ قول المفيد وابن ادريس ، لانتقاله عن الواقف كما هو الفرض ، فرجوعه اليه يحتاج الى دليل ، ولان الموقوف عليه ملكه فيجري ارثه فيه . والجواب بمنع الانتقال والملك المذكورين ، وانما ذلك في الوقف المؤبد .

وهنا فوائد :

(الاولى) تردد الشيخ في المبسوط في ذلك ولم يرجح ، وما حكيناه هو قوله في الخلاف والنهاية .

(الثانية) قال ابن زهرة في هذه المسألة انه يصرف في وجوه البر . قال العلامة في المختلف : ولا بأس به ، لانتقاله عن الواقف وزوال ملكه عنه .

وفيه نظر ، لما عرفت من حكمه بعدم انتقاله .

(الثالثة) على القول الاول لومات الواقف قبل الموقوف عليه [ثم مات الموقوف عليه] قد قلنا برجوعه الى ورثة الواقف ، فهل هو الى ورثته حين موت الموقوف عليه ؟ يحتمل الاول ، لما قلنا أنه ملكه فينتقل رقبته الى وارثه ويسترسل فيه الى أن يصادف الانقراض المذكور، ويحتمل الثاني كالولاء فانه للورثة حين موت العتيق . ويظهر من الشهيد اختيار هذا، والاول عندي قوي وفرق بينه وبين الولاء ، فان الولاء لايورث بل يورث به ، بخلاف الحبيس فانه موروث كما نقل أن علياً عليه السلام حكم برد الحبيس وانفاذ المواريث[2].

قوله : ولوشرط عوده عند الحاجة فقولان أشبههما البطلان

١) التهذيب ٩/١٣٣ ، الفقيه ٤/١٧٩ ، الاستبصار ٤/٩٩ ، الكافي ٧/٣٥ فيه : عن جعفر بن حيان .

٢) التهذيب ٩/١٤٠ ، الكافي ٧/٣٤ ، الفقيه ٤/١٨١ .

يريدأنه اذا وقف وحصلت جملة شرائطه الاأنه شرط عوده اليه عندالحاجة فهل يبطل بذلك أويكون صحيحاً وله شرطه ، قال المرتضى بالثاني، وقال انه مما انفردت به الامامية[1] . ونقله العلامة في المختلف[1] عن المفيد والشيخ في النهاية[2] والقاضي وسلار ، واختاره واحتج له بالاصل وبقوله تعالى « أوفوا بالعقود »[3] وبقوله صلى الله عليه وآله وسلم: المؤمنون عند شروطهم[4] . يقول العسكري عليه السلام : الوقوف على حسب ماوقفها أهلها ، رواه محمد بن الحسن الصفارعنه مكاتبة[5].

وقال الشيخ في المبسوط وابن ادريس وابن حمزة وابن الجنيد بالاول ، وهو الاشبه عند المصنف ، لمنافاته الوقف ، لان من شرطه اخراجه عن نفسه ، ولان الوقف ناقل الى الموقوف عليه فرجوعه يحتاج الى دليل ، ولانه صدقة ولاشيء من الصدقة يجوز الرجوع فيها والمقدمتان اجماعيتان .

والجواب عن حجة العلامة بأن الوفاء بالعقد والشرط انما يلزم مع صحتها لا مطلقاً ، والشرط المذكور نمنع صحته ، فانه نفس المتنازع .

وهنا فوائد :

(الاولى) قال العلامة في القواعد يصح الشرط ويصير حبساً ويبطل وقفاً ويرجع

---

١) المختلف ٢/٣٢ .

٢) النهاية ٥٩٥ قال فيه : ومتى شرط الواقف انه متى احتاج الى شيء منه كان له بيعه والتصرف فيه كان الشرط صحيحاً وكان له ان يفعل ما شرط الا انه اذا مات والحال ماذكرناه رجع ميراثاً ولم يمض الوقف .

٣) سورة المائدة : ١ .

٤) التهذيب ٧/٢٢ ، الكافي ٦/١٨٧ ، الفقيه ـ روضة المتقين ١٣/١٨ .

٥) التهذيب ٩/١٢٩ ، الكافي ٧/٣٧ ، الفقيه ٤/١٧٦ .

(الثانى) فى الموقوف :

ويشترط أن يكـون عيناً مملـوكة ينتفع بها مع بقائها انتفاعاً محللا .

ويصح اقباضها ، مشاعة كانت أو مقسومة .

(الثالث) فى الواقف :

ويشترط فيه البلوغ وكمال العقل وجواز التصرف .

وفـى وقف من بلغ عشراً تردد ، المروى : جواز صدقتـه والاولى : المنع .

اليه عند الحاجة ويورث[1] . وهذا هو الاقوى عندي .

(الثانية) يحتمل في الحاجة المذكورة تفسيرها بقصور ماله عن سنة لدخوله في اسم الفقر والمسكنة ، ويحتمل بقصوره عن يوم أو بسؤال غيره . والثاني قريب .

(الثالثة) لو لم يشرط عوده عند الحاجة ثم انه وقفه على الفقراء فصار فقيراً فانه يشارك في الحاصل عند المصنف ، وكذا لو وقف على الفقهاء وأطلق وهو فقيه حينئذ فانه يشارك ، لحصول المعنى المذكور في المصرف ، فهو حينئذ راجع بدليل من خارج لا بالوقف الصادر عنه .

قوله : وفى وقف مـن بلغ عشراً تردد ، والمروى جواز صدقته ، والاولى المنع

ينشأ من كونه محجوراً عليه فلا يصح منه ، ومـن فتوى الاصحاب بجواز

---

١) القواعد ، اواخر المطلب الاول من كتاب الوقوف .

صدقته والوقف صدقة كما تقدم فتكون داخلا. والرواية المشار اليها عن زرارة عن الباقر عليه السلام[1]، ومثلها عن زرعة عن سماعة عن الصادق عليه السلام[2].

ولم ترد رواية بالصريح في جواز وقفه ، ولذلك قال المصنف والمروي جواز صدقته . والحق ما قاله المصنف ، وهو المنع من وقفه : أما أولا فلكون الوقف تصرفاً مالياً والحجر عليه يمنع ذلك ، وأما ثانياً فلضعف سماعة ، وأما ثالثاً فلانه ليس في الروايات لفظ العشر[3] ، وانما قال الشيخ في الاستبصار وقد حد ذلك بالعشر[4] ، وانما في الرواية لفظ « الغلام » ، قال : سألته عن طلاق الغلام [قبل] أن يحتلم وصدقته . فقال : اذا هو طلق للسنة ووضع الصدقة في موضعها وحقها فلا بأس وهو جائز[5] فيحتمل أن يكون قد بلغ بالسن أو الانبات ولم يحتلم .

قوله : ويجوز ان يجعل الواقف النظر لنفسه على الاشبه

وجه الاشبهية أن النظر لا يستلزم التملك والمنافاة للوقف . فجاز اشتراطه

---

١) الكافي ٧/ ٢٨ ، التهذيب ٩/ ١٨١ ، الفقيه ٤/ ١٤٥ .

٢) الاستبصار ٣/ ٣٠٣ .

٣) الا رواية زرارة عن الباقر عليه السلام قال : اذا اتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له في ماله ما اعتق وتصدق واوصى على حد معروف وحق فهو جائز . ورواية عبدالرحمن بن ابي عبدالله عن الصادق عليه السلام في الوصية وكذا رواية ابي بصير عنه عليه السلام فيها رواها في الكافي ٧/ ٢٨ .

٤) الاستبصار ٣/ ٣٠٣ قال فيه : وقد حد ذلك بعشر سنين فصاعداً على اوردناه في كتابنا الكبير .

٥) التهذيب ٨/ ٧٦ ، الكافي ٦/ ١٢٤ ، الاستبصار ٣/ ٣٠٣ ، ليس « قبل » في التهذيب .

وان أطلق فالنظر لارباب الوقف .

(الرابع) فى الموقوف عليه :

ويشترط وجوده وتعيينه .

لنفسه كما جاز اشتراطه لغيره . ولم نسمع فيه خلافاً الا ان ابن ادريس جعل من شرائط الوقف أن لا يتولى الواقف الوقف بنفسه ، وما ينفرد به ليس به اعتبار.

قوله : وان اطلق فالنظر لارباب الوقف

يجيء قريباً أن الوقف هل ينتقل الى المـوقوف عليـه أوالى الله تعالى ؟ فعلى الاول يكون النظر مع الاطلاق للموقوف عليه لانه ملكه ، ولما كان ذلك هو مذهب المصنف قال ان النظر للموقوف عليه . وعلى الثاني يكون النظر للحاكم .

هذا في الوقف الخاص ، أما العام ـ كالوقف على الفقراء ـ فالنظر للحاكم قطعاً ، وكذا الوقف على المسجد مع عدم الناظر.

قوله : ويشترط وجوده وتعيينه

هذان شرطان :

« ١ » ـ كون الموقوف عليه موجوداً ، وهذا شرطه في ابتداء الوقف لافي دوامه ، فان الوقف على الموجود وبعده على من سيوجد جائز .

« ٢ » ـ كونه معيناً ، فلو وقف على رجل من بني آدم أو على أحد هذين بطل ، وكذا لو وقف على أحد المشهدين أو المسجدين من غير تعيين .

وهنا فوائد :

(الاولى) لو وقف على معدوم ابتداء للشيخ قولان: أحدهما الصحة لانه ذكر نوعين أحدهما يصح فيه والاخر لايصح في من يصح ويبطل في الاخر، وثانيهما

وأن يكون ممن يملك ، والا يكون الوقف عليه محرماً .

فلو وقف على من سيوجد لم يصح .

ولو وقف على موجود وبعده على من يوجد صح .

والوقف على البر يصرف الى الفقراء ووجه القرب .

البطلان وهو اختيار المصنف والعلامة. وعليه الفتوى، لان الوقف انشاء والانشاءات علل الاحكام والعلل يجب اتصالها بمعلولاتها زماناً والمعلول هنا استحقاق منافع الوقف فوجب أن يكون المستحق حاصلا حال الوقف لكنه غير حاصل في الحال : أما الاول فلان الفرض عدمه ، وأما التابع له فلان استحقاقه في الحال مخالف لشرط الواقف، فانه شرط أن يكون الاستحقاق بعد انقراض الاول .

(الثانية) تقدم حكم منقطع الاخير، كما لو وقفه على من ينقرض غالباً بقي لو انقطع وسطه ، كما لو وقف على زيد ثم على العنقاء ثم على المساكين . فيه أيضاً احتمالان البطلان والصحة في الطرفين. وتصرف غلته في الوسط الى الواقف أو وارثه وقيل الى ورثة الطرف الاول، وقيل الى الاخير لتملكهم، وقيل الى الفقراء .

(الثالثة) لو وقف على موجود ومعدوم معاً احتمل اختصاص الموجود به ، لان العطف يقتضي تساوي النسبة والموقوف وهو المجموع، فهو يقتضي ثبوته لكل واحد واحد ، لكن ثبوته للمعدوم باطل فيكون للموجود . واحتمل أن يكون للموجود النصف ، لاقتضاء العطف التشريك ، ولانه اضافة الى المجموع من حيث هو مجموع فلا يعطى لواحد . والثاني أقرب .

قوله : وان يكون ممن يملك

هنا فوائد :

(الاولى) لا كلام في تملك الموقوف عليه المنافع ، وحينئذ يشترط كونه

ممن يملك، فلووقف على الجدار أوالدابة أوعلى من لايمكن نسبة الملك اليه كجبريل والجن بطل .

(الثانية) لووقف على الحمل أمكن الصحة لتملكه الوصية والبطلان لعدم القطع بحياته ولانه لم يثبت ملكه ابتداء الافي الوصية. وفرق بينها وبين الوقف لان الوقف يملك في الحال والوصية تملك في المآل .

(الثالثة) اختلف في الوقف الخاص هـل ينتقل الى الموقوف عليه أوالى الله تعالى أويبقى في ملك الواقف ؟ قال الشيخ في المبسوط بالاول ، واختاره ابـن ادريس والعلامة في المختلف ، محتجاً بـأن الوقف سبب قطع تصرف الواقف فـي الرقبة والمنفعة فوجب أن يزول ملكه عنـه كالعتق وينتقل الى الموقوف عليه لانه مال لثبوت أحكام المالية فيه. ولهذا يضمن بالقيمة [فكان ملكاً] كأم الولد[1] ، وليس للواقف لما بيناه ولا لغيره مـن الناس اجماعاً ، فيكون للموقوف عليه .

وفيه نظر، لانتقاضه لحصر المسجد وبواريه، فانها مال يضمن وليست ملكاً لغير الله .

ونقل ابن ادريس القول الثاني واحتج من قال به بأنه صدقة وكل صدقة فهي لله تعالى ، ولانه ازالة ملك على وجه القربة لتلك المنفعة فانتقل الى الله تعالى، وبأن لازم الملك جواز البيع لقوله صلى الله عليه وآله : الناس مسلطون على أموالهم[2]. وهو منفي هنا فالملك منفي .

وفيه أيضاً نظر :

أما الاول: فلمنع الكبرى، وسند المنع قوله « انما الصدقات للفقراء »[3]

---

١) المختلف ٢/٣٣ .

٢) البحار ٢/٢٧٢ .

٣) سورة التوبة : ٦٠ .

ولا يصح وقف المسلم على البيع والكنائس .

ولو وقف على ذلك الكافر صح ، وفيه وجه آخر .

الاية . وأما الثاني: فلان الانتقال الى الله نفس النزاع . وفرق بينه وبين العتق فان المعتق ليس لاحد عليه تسلط بخلاف الوقف .

وأمـا الثالث : فلمنع كون جواز التصرف لازماً للملك ، لان الرهن ملك الراهن ولايجوزله بيعه، فكذلك الوقف ملك البطن الاول ولايجوزله بيعه لتعلق حق الباقين به .

وهذا القول حكاه الشيخ فـي المبسوط أيضاً ، والثالث قاله النقي واحتج بقوله صلى الله عليه وآله وسلم : حبس الاصل وسبل الثمرة[1].

وفيـه نظر ، لمنع دلالة الحديث عليه ، لجواز الحبس على الموقوف عليه . والاقوى الاول استدلالا بالمعلول على العلة ،ولاختصاصه بأرش الجناية . والنقض ممنوع ،لان ذلك ليس خاصاً .

(الرابعة) الوقف العام ان كان مسجداً فهو فك ملك كالعتق، وان كان على جهة عامة فالاقرب أنه لله لتساوي نسبته الى الكل واستحالة ملك واحد بعينه والا لزم الترجيح من غير مرجح ، مع احتمال انتقاله الى المسلمين لانه في الحقيقة وقف عليهم .

(الخامسة) لو وقف على من لايملك ابتداء ثم على من يملك فهو منقطع الاول وقد تقدم حكمه .

قوله: ولايصح وقف المسلم على البيع والكنائس ولووقف على ذلك الكافر صح ، وفيه وجه آخر

---

١) المستدرك ٢/ ٥١١ ، ابن ماجة ٢/ ٨٠١ .

البيوت ثلاثة أقسام :

« ١ » بيوت عبادة الله باقية الحكم كالكعبة والمساجد. فهذه يصح الوقوف عليها مطلقاً.

« ٢ » بيوت يعبد فيها غير الله كبيوت البدة[١] والنيران والكواكب ، فتلك لايصح الوقف عليها مطلقاً لامن مسلم ولا كافر .

« ٣ » بيوت عبادة منسوخة كالكنيسة لليهود والبيعة للنصارى، فتلك لايصح وقف المسلم عليها قطعاً لمـا فيه من تشييد المذهب الباطل . ولا أعرف مخالفاً في ذلك. وهل يصح وقف الذمي عليها؟ الحق نعم لجواز ابقائها ورقها[٢] ولاقرارهم على دينهم فلابدلهم من متعبد .

قال المصنف وفيه وجه آخر ، قال الابى[٣] اني سألت المصنف عنه فقال : هو عدم الصحة لتعذر نية القربة من الكافر وهي شرط في الوقف .

وفيه نظر ، لانا لانسلم تعذر نية القربة من الكافر مطلقاً ، لقوله تعالى « وما نعبدهم الا ليقربونا الى الله زلفى »[٤]. نعم ذلك متعذر في حق المعطلة كأرباب الطبيعة والدهرية .

وأورد بعض الفضلاء على المصنف أنه جوز الوقف على الذمي كما يجيء

---

١) البد بضم الاول : بيت فيه اصنام وتصاوير وهو معرب « بت » بالفارسية . وقال ابن دريد : البد الصنم نفسه الذى يعبد لااصل له فى اللغة فارسى معرب والجمع البدة.

٢) اى اصلاحها .

٣) راجع كشف الرموز : كتاب الوقوف والصدقات . قال فيه : سألت المصنف عن ذلك فأجاب بأنه يمكن ان يقال ان نيـة القربة شـرط فى الوقف ولا يمكن ذلك فى الكافر فلا تصح منه الوقف .

٤) سورة الزمر : ٣ .

ولا يقف المسلم على الحربي ولو كان رحماً ويقف على الذمي ولو كان أجنبياً .

ولو وقف المسلم على الفقراء انصرف الى فقراء المسلمين .

ولو كان كافراً انصرف الى فقراء نحلته .

ومنع منه على البيع والكنائس ، فما الفرق اذا لوقف على المتعبد هو وقف في الحقيقة على المتعبد فيه .

وفيه نظر ، لوجود الفرق بأن الوقف على الذمي صدقة عليه وهي جائزة وعلى البيعة والكنيسة تشييد للمذهب الباطل وهو معصية ، حتى أنه لو وقف على الذمي لكونه ذمياً بطل ، لانه اعانة له على كفره فيكون معصية .

قوله: ولايقف المسلم على الحربي ولوكان رحماً ويقف على الذمي ولوكان أجنبياً

أما الاول فلان الحربي يجب قتله فلايجوز اعانته، ولانه لايملك مال المسلم وشرط الوقف امكان الملك، ولان الوقف نوع مودة وهو ظاهر ولامودة للحربي لقوله تعالى «ولا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الاخر يوادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا آباؤهم أو أبناؤهم اواخوانهم اوعشيرتهم»[1].

وأما الثاني فيه أقوال :

« ١ » الجواز مطلقاً ، كما اختاره المصنف لانه نوع صدقة .

« ٢ » المنع مطلقاً ، وبه قال سلار والقاضي ، اذ لايتقرب بمثل ذلك مع امكان غيره مما هو أعظم منه .

---

١) سورة المجادلة : ٢٢ .

« ٣ » قول الشيخين[١] والتقي وابن حمزة بجوازه في حق الاقارب ، وهو الاولى للحث على صلة الرحم .

ولابن ادريس هنا اضطراب: فتارة خص الجواز بالوالدين لقوله «وصاحبهما في الدنيا معروفاً»[٢] وتارة جوزه في الرحم مطلقاً للحث على المذكور .

قوله : والمسلمون من صلى الى القبلة

هذه عبارة سلار، وقال الشيخ في النهاية[٣] من أقر بالشهادتين وأركان الشريعة وبه قال القاضي . وكذا عبارة المفيد ، الا أنه يظهر من عبارته أن فعل الصلاة جزء من الاسلام وقال ابن حمزة من أقر بالشهادتين ومن هو بحكمه من أطفالهم ومجانينهم ، والتقي يظهر من كلامه أنه لايجوز الوقف لغير المؤمن ، وقال ابن ادريس اذا كان الواقف مؤمناً محقاً فالمسلم يراد به المؤمن عملا بالقرينة .

والتحقيق أن الاسلام هو التلفظ بالشهادتين مع الاقرار بكل ماجاء به محمد صلى الله عليه وآله وسلم ، فان كان الواقف خالياً عن الاعتقاد انصرف الى ما ذكرناه ، وان كان معتقداً لمذهب من المذاهب الاسلامية انصرف الى معتقده .

---

١) قال في الخلاف ٢ / ٢٣٠ : يجوز الوقف على اهل الذمة اذا كانوا اقاربه .وقال في النهاية : ٥٩٧ : ولا بأس ان يقف المسلم على والديه او ولده او من بينه وبينه رحم وان كانوا كفاراً .

٢) سورة لقمان : ١٥ .

٣) النهاية: ٥٩٧ .

واعلم أن الغلاة[1] والخوارج[2] والنواصب[3] غيرداخلين فيإسم الاسلام

---

١) هم الـذين غلوا فى القول حتى قالوا ان الائمة آلهة وملائكـة وانبياء ورسل واعتقـدوا التناسخ فى الارواح والدور والكور فى هذه الدار وابطال القيامة والبعث والحساب والجنة والنار، وزعموا ان لا دار الا الدنيا وان القيامة خروج الروح من بدن ودخوله فى بدن آخران خيراً فخيروان شراً فشرمسرورون فى هذه الابدان اومعذبون فيها ان كانوا اهل خيـر ينقلون فى الاجسام الانسية المنعمة وان كانوا اهل شرينقلون الى الاجسام الردية المشوهة من كلاب وقردة وخنازير وغيرها . المقالات والفرق : ٤٤ .

وقال فى ص ٦٢ : وحكى محمدبن عيسى بن عبيدبن يقطين عن يونس بن عبدالرحمن ان الغلاة يرجعون على اختلافهم الى مقالتين هما اصلهم فى التوحيد :

فاحدى المقالتين انهم يقولون ان الله يتراءى لما شاء فيما شاء كيف شاء فى عدله اذ يرى من نفسه مايرى من خلقـه فلم يجز ان يتراءى لهم فى مثل ما يعرفونه لكى يكونوا آنسين بهم ولما يدعوهم اليه اسرع فلقوله اقبل فيريهم فى مرأى العين نفسه انساناً وليس هو بانسان من جهة اقتداره على ما أراهم نفسه به .

والمقالة الثانية انهم قالوا انه فى ذاته وكنهه روح القدس ساكن فى مسكـون فيه والمسكون حجابه ولا يوجد ابداً الا بصفته وصفة غيره غيرانه فى وقت احتجابه على خلقه لم يجد بداً من ان يتغيرعن ذاته وهيأته بآلة معروفة جسدانية، والدليل على ذلك انه لانطق معروف معقول الا بجسد معروف فمن ادرك الله بغيرالله فقد ادركه . الخ .

٢) قال فى المقالات والفـرق ٥ : ثم خرجت فرقة ممن كان مع علـى عليه السلام وخالفته بعدتحكيم الحكمين بينه وبين معاوية واهل الشام وقالوا : لاحكم الالله وكفرواعلياً عليه السلام وتبرأوا منه وامروا عليهم ذا الثـدية وهم المارقـون فخـرج على عليه السلام فحاربهم بنهروان فقتلهم وقتل ذاالثدية فسموا الحرورية لوقعـة « حرورا » وسموا جميعاً « الخوارج » .

٣) قال فى مجمع البحرين : قال بعض الفضـلاء اختلف فى تحقيق الناصبى فزعم البعض ان المراد من نصب العداوة لاهل البيت صلـوات الله عليهم وزعم آخرون انه من نصب العدارة لشيعتهم، وفى الاحاديث مايصرح بالثانى فعن الصادق عليه السلام ليس الناصب من نصب لنا اهل البيت لانك لاتجد رجلا يقول انا أبغض محمداً وآل محمد ولكن الناصب من نصب لكم وهو يعلم انكم تولونا وانتم من شيعتنا .

والمؤمنون الاثنا عشرية وهم الامامية . وقيل : مجتنبو الكبائر خاصة . والشيعة : الامامية والجارودية .

لاعتقادهم ما علم بطلانه من دين محمدصلى‌الله عليه وآله وسلم ضرورة ،وكذا قيل يخرج المجبرة والمشبهة .

قوله : والمؤمنون الاثنا عشرية وكذا الامامية ، وقيل مجتنبو الكبائر

لاكلام أن الامامية يراد به الاثنا عشرية، أعني المعتقدين لامامة الاثني‌عشر وعصمتهم والنص عليهم والقول بوجوب الامامة في كل زمان ، لوقوع الاتفاق على أن هذا الاسم لايطلق الاعلى من اعتقد هذا الاعتقاد سواء كانت مجتنبى الكبائر أولا .

وأما المؤمنون فهل‌هم من ذكرناه أولا بد مع ذلك من اجتناب الكبائر ؟ قال سلار وابن ادريس والمصنف والعلامة بالاول، وهوالحق لما ثبت في علم الكلام[1]. وقال الشيخان[2] والقاضي وابن حمزة بالثاني، والخلاف مبني على أن العمل ثلث الايمان أوثمرته لا جزؤه . وقد حققنا ذلك في كتاب اللوامع .

قوله : والشيعة الامامية والجارودية[3]

---

١) قال الخاجا نصيرالدين الطوسى فى تجريد الكلام : والايمان التصديق بالقلب واللسان ولا يكفى‌الاول‌لقوله تعالى«وجحدوا بها واستيقنتها انفسهم» ونحوه، ولايكفى‌الثانى لقوله تعالى قل لم تؤمنوا ـ الى ان قال ـ : والفاسق مؤمن لوجود حده فيه . وقال العلامة الحلى فى شرحه : والحق ما ذهب اليه المصنف وهو مذهب الامامية والمرجئة واصحاب الحديث وجماعة الا شعرية من انه مؤمن والدليل عليه ان حد المؤمن موجود فيه .

٢) النهاية ٥٩٧ قال فيه : فان وقف على المؤمنين كان ذلك خاصاً لمجتنبى الكبائر من اهل المعرفة بالامامة دون غيرهم .

٣) فى‌المقالات والفرق ١٨ : الجارودية اصحاب ابى الجارود زياد بن المنذر بن زياد الاعجمي فقالوا بتفضيل علـى عليه السلام ولم يروا مقامه لاحد سواء وزعموا ان من

للناس في تفسير التشيع أقوال :

« ١ » قال الفخر الرازي: الشيعة جنس تحته أربعة انواع: الامامية، والزيدية والغلاة ، والاسماعيلية .

وهو بمعزل عن التحقيق ، لان الغلاة والاسماعيلية خارجون عن الاسلام فضلا عن التشيع ، وكذا الصالحية والسليمانية من الزيدية لاعتقادهم خلافة الشيخين ليس لهم في التشيع نصيب.

« ٢ » أنه اسم لمن شايع علياً عليه السلام في الامامة بغير فصل ، وقد جعلهم ابن نوبخت هم المسلمين وكمل منهم الفرق الثلاث والسبعين .

«٣» أنه اسم للامامية والجارودية لاغير، وهو قول الشيخين وسلار والقاضي وابن حمزة ، واختاره المصنف والعلامة .

والذي يظهر أن التشيع لايطلق في الحقيقة الا على الامامية كما بيناه في اللوامع وأما في الوقف فانه يتبع ما يعتقده الواقف ، ان كان ممن ليس له اطلاع على المذاهب والاقوال والاتبع الاسم . ولاشك أن كل من قال بامامة علي عليه السلام بعد النبى صلى الله عليه وآله وسلم بلافصل يدعي أنه شيعي فيصرف اليه .

قوله : والزيدية من قال بامامة زيد

الزيدية في التحقيق كل من قال بامامة علي والحسنين عليهم السلام وامامة كل من خرج من نسل أحد الحسنين عالماً زاهداً شجاعاً داعياً الى نفسه ، فلذلك قالوا بامامة زيد ولم يقولوا بامامة أبيه سيد العابدين عليه السلام لعدم قيامه .

رفع علياً عن هذا المقام فهو كافر وان الامة كفرت وضلت فى تركها بيعته ثم جعلوا الامامة بعده فى الحسن ثم فى الحسين عليهما السلام ثم هى شورى بين اولادهما فمن خرج منهم وشهر سيفه ودعا الى نفسه فهو مستحق للامامة .

والفطحية : من قال بالافطح . والاسماعيلية : من قال باسماعيل ابن جعفر عليه السلام . والناووسية : من وقف على جعفر بن محمد. والواقفية من وقف على موسى بن جعفر عليهما السلام . والكيسانية : من قال بامامة محمد بن الحنفية .

ولو وصفهم بنسبة الى عالم ، كان لمن دان بمقالته ، كالحنفية .

ولو نسبهم الى أب ، كان لمن انتسب اليه بالابناء دون البنات على الخلاف ، كالعلوية والهاشمية . ويتساوى فيه الذكور والاناث.

وقومه أهل لغته ، وعشيرته الادنون فى نسبه .

وما أطرف قول الابى في شرحه انهم يقولون بامامة علي بن الحسين عليهما السلام، وكأنه لم يقف على شيء من كتب المذاهب والمعتقدات .

اذا عرفت هذا فعند ابن ادريس ان كان الواقف زيدياً انصرف وقفه الى من ذكرناه ، وان كان امامياً لم يصح وقفه .

وفيه نظر ، لانه يصح الوقف على الذمي فكيف لايصح على الزيدي .

قوله : ولو نسبهم الى أب كان لمن انتسب اليه بالابناء دون البنات على الخلاف

تقدم الخلاف في ذلك ، ويؤيد ما قاله قول الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الاباعد

وقد يحتج المخالف بأن عيسى ابن آدم عليهما السلام والحسنين ابناء رسول الله « ص » .

قوله : وقومه أهل لغته وعشيرته الادنون فى نسبه

مسألتان :

(الاولى) القوم ، والاكثرعلى أنهم أهل لغته ، ثم انه هل يستوي فيذلك الذكور والاناث أويختص الذكور ؟ عبـارة سلار تـدل على الاول ، واطلاق المصنف يقتضي ذلك . وقال الشيخان[1] والقاضي وابن حمزة بالثاني ، وقال التقي ان علم قصده لشيء أتبع والاأتبع عرف قومه فـي ذلك الاطلاق ، وقال ابن ادريس لووقف على قومه يصرف الى الرجال من قبيلته ممن يقضي العرف بأنهم اهله وعشيرته ويشهد بذلك العرف وفحوى الخطاب . قال دريد :

قومي هم قتلوا أميم اخي فاذا رميت يصيبني سهمي

وهو المختار، لان اللغة لامدخل لها في ذلك. وانماقلنا باختصاص الرجال لان اسم القوم لغة يتناولهم ، ولقوله تعالى « لايسخرقوم من قوم ولا نساء من نساء »[2] ، وقال زهير :

فماأدري ولست[3] أخال أدري أقـوم آل حصن أم نساء

ومستمسك الشيخين الرواية، وهي ان صحت تحمل على كل عشيرة لرجل لهم لغة يختصون بهـا لا مطلقاً ، فانه كم من عشيرة رجل يشارك عشيرة غيره في اللغة .

(الثانية) العشيرة قال الشيخان[4] هم الخاص من قومه الذين هم أقرب الناس اليه ، وبه قال القاضي وسلار وابن ادريس ، وفصل التقي كما تقدم ، وهو أحد

---

١) النهاية ٥٩٩ : وان وقف على قـومه ولم يسمهم كان ذلك على جماعة اهل لغته من الذكور دون الاناث .

٢) سورة الحجرات : ١١ .

٣) فى بعض النسخ : وسوف اخالى .

٤) النهاية ٥٩٩ : فان وقفه على عشيرته كان على الخاص من قومه الذين هم اقرب الناس اليه فى نسبه .

ويرجع بالجيران الى العرف ، وقيل بمن يلى داره الى أربعين ذراعاً ، وقيل الى أربعين داراً . وهو مطرح .

قولي الكيدري ، وفي الاخر أنه لافرق بينهم وبين القوم .

والاولى أنهم الذرية والخاص من قومه . وحصرهم ابن زهرة في الذرية، وهوضعيف فان العرف يدفعه .

(فائـدة):

العترة قال الجوهري عترة الرجل نسله ورهطه الادنون، وقال ابن ادريس هم الاخص من قومه وعشيرته استدلالا بقول تغلب وابن الاعرابى ، وقال ابن زهرة والكيدري هم الورثة . وما قاله الجوهري أجود ، فهي أعم من الذرية وأخص من العشيرة .

قوله : ويرجع فى الجيران الى العرف ، وقيل بمـن يلى داره الى اربعين ذراعاً ، وقيل الى اربعين داراً ، وهومطرح

الاول قول المصنف، والثاني للشيخين[1] والتقي وأتباعهم، والثالث منقول عن عائشة عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم[2]. ويمكن حمله على أربع جهات فيكون كل جهة عشرة دورفيقارب اربعين ذراعاً[3] من كل جهة . والفتوى على الثاني ، لان العرف ليس له تقدير مخصوص فلايناط به حكم شرعي .

وهنا فوائد :

---

١) النهاية ٥٩٩ قال : كان مصروفاً الى اربعين ذراعاً من اربع جوانبها وليس لمن بعد عن هذا الحد شيء .

٢) المغنى لابن قدامة ٦/٥٥٦ طبع دارالكتب العربية بيروت سنة ١٣٩٠ .

٣) وكل ذراع اربعـة وعشرون اصبعاً، وقيل : الذراع ست قبضات والقبضة اربع اصـابع .

ولو وقف على مصلحة فبطلت قيل يصرف الى البر .

واذا شرط ادخال من يوجد مع الموجود صح .

ولو أطلق الوقف وأقبض لم يصح ادخال غيرهم معهم ، أولاداً

(الاولى) الذراع هنا هو الشرعي ، وقد تقدم ذكره في تحديد المسافة .

(الثانية) ان ذلك معتبر من كل جهة من الاربع .

(الثالثة) هل يعطى من هو على رأس الاربعين ، بمعنى أنه غاية الذراع الى جداره أم لا . ومبنى ذلك على دخول الغاية فى المغيى. وصرح القاضي بدخوله، قال الشهيد وهوقوي. والاجود عدمه، لان المفصل محسوس لايدخل في مغياه .

قوله : ولووقف على مصلحة فبطلت قيل يصرف الى البر

القول للشيخين[1] وابن ادريس ، والمصنف يستضعف ذلك . وبيانه : ان مذهب الشيخ أن الوقف على من ينقرض غالباً يرجع الى الواقف أووارثه بعد الانقراض ، فلم لايكون هنا كذلك .

قلت : في ذلك نظر ، اذ للشيخ ان يجيب بأن الوقف على المسجد مثلا أوالقنطرة وقف في الحقيقة على المسلمين فاذابطلت لم ينقرض المسلمون فيصرف الى مصالحهم في غيرها لكن الى ما هوأقرب تشبهاً بتلك المصلحة ، كما اذا وقف على مسجد فبادأهله أوعلى قنطرة فانقطع الماء فانه يصرف الى مسجد آخر أوقنطرة أخرى ، لانه لايلزم من زوال الشخص زوال الصنف، لجواز تعلق غرض الواقف به أو بنوعه ، فلايتعدى الى الجنس مع امكان الاقرب .

قوله : ولواطلق الوقف واقبض لم يصح ادخال غيرهم معهم اولاداً

---

١) النهاية ٦٠٠ : واذا وقف المسلم شيئاً على مصلحة فبطل رسمها جعل فى وجه البر.

كانوأوأجانب. وهل له ذلك مع أصاغر ولده؟ فيه خلاف ، والجواز مروى . أما النقل عنهم فغير جائز .

كانوا اواجانب ، وهل له ذلك مع اصاغر ولده ؟ فيه خلاف والجواز مروى اما النقل عنهم فغير جائز

هنا مسائل :

(الاولى) لاخلاف أن مع اطلاق الوقف والموقوف عليهم بالغون وحصلت الشرائط كلها لايجوز ادخال غيرهم. نعم عند المفيد أنه لو حدث في الموقوف عليه حدث يمنع الشرع من معونته والصدقة عليه والتقرب الى الله بصلته جاز التغيير لان الوقف صدقة فلا يستحقه من لايستحقها ، فاذا حدث في الموقوف عليه كفر أوفسق بحيث يستعان بذلك المال عليهما جاز حينئذ للواقف التغيير والادخال . وليس بعيداً من الصواب وان منعه ابن ادريس وغيره .

هذا مع حدوث المانع أما لو كان حاصلا حال الوقف فلا .

(الثانية) لووقف على أولاده الصغار وأطلق وقبض عنهم هل له أدخال غيرهم معهم ؟ قال الشيخ في النهاية[1] نعم، للرواية المشار اليها، وهي عن عبدالرحمن ابن الحجاج عن الصادق عليه السلام في الرجل يجعل لولده شيئاً وهم صغار ثم يبدوله أن يجعل معهم غيرهم من ولده . قال: لابأس[2].

ومثله عن محمد بن سهل عن ابيه عن الرضا عليه السلام عن الرجل تصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده قال : لابأس به[3].

---

١) النهاية : ٥٩٦ .

٢) الكافي ٧/ ٣١ ، التهذيب ٩/ ١٣٥ ، الاستبصار ٤/ ١٠٠ .

٣) التهذيب ٩/ ١٣٦ ،الاستبصار ٤/ ١٠١ .

وأطلق الباقون المنع من ذلك للزوم الوقف ولقول العسكري عليه السلام الوقوف على ما وقفها أهلها[1] ، وهو يفيد الوجوب. ولرواية جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام: رجل تصدق على ولده بصدقة وهم صغار أله أن يرجع فيها ؟ قال : لا الصدقة لله عزوجل[2].

وأجابوا عن الاولى بأنه لادلالة فيها على الوقف، لجواز أن يكون وصية وكذا عن الثانية. وأيضاً الصدقة لايستلزم الوقف مع الاطلاق كما تقدم، وحينئذ تكون صدقة جائزة النقل فيتقبل بعضها ثم ينقله الى أولاده الاخر .

(الثالثة) اتفق الكل على أنه لايجوز النقل عن الاصاغر وغيرهم، لما تقدم من لزوم الوقف وقول العسكري عليه السلام .

(الرابعة) لو شرط الواقف وصفاً كمالياً كصلاح وفقه وغير ذلك فزال جاز النقل، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: المؤمنون عند شروطهم[3]. وحينئذ نقول اذا زال ذلك الوصف في الجملة فهنا مسائل :

« الاولى » أن يزول عن بعضهم فيكون للباقين ، « الثانية » أن يزول عن الكل ويوجد في البطن التي يليهم فيكون لهم، « الثالثة » أن لايوجد في البطن الثانية يصرف في البر، « الرابعة » اذا صرف في البر وعاد الوصف الى البطن الاولى عاد الاستحقاق، «الخامسة» صرف في البر ولم يعد الوصف في الاولى انتظر البطن الاخرى فان وجدت وفيها الوصف بطل البر واستحقت وهكذا .

ويحتمل ان مع زوال الوصف عن احد البطون يكون الحاصل للغاية الابدية

---

١) الكافي ٧/٣٧ ، التهذيب ٩/١٢٩ ، الفقيه ٤/١٧٦ ، الوسائل ١٣/٢٩٥ .

٢) الكافي ٧/٣١ ، التهذيب ٩/١٣٥ ، الاستبصار ٤/١٠٢ .

٣) التهذيب ٧/٢٢ ، الكافي ٦/١٨٧ ، الفقيه ـ روضة الواعظين ـ ١٣/١٨ وفيه : المسلمون .

وأما اللواحق فمسائل :

(الاولى) اذا وقف فى سبيل الله ، انصرف الى القرب ، كالحج ، والجهاد ، والعمرة ، وبناء المساجد .

(الثانية) اذا وقف على مواليه دخل الاعلون والادنون .

المتناسبة لا أي بر كان ، كما لو كانت الغاية الابدية الصرف في حج أوغزوأو زوارأوغير ذلك من أصناف البر، فانه يختص بها دون باقي الاصناف . وكأن هذا أقوى .

قوله : اذا وقف فى سبيل الله انصرف الى القرب كالحج والجهاد والعمرة وبناء المساجد

خصه الشيخ في المبسوط والخلاف[1] بالحج والعمرة والجهاد، وابن حمزة بالجهاد. والحق أنه لادليل على هذا التخصيص بل كل ما يتوسل به الى شيء فهوسبيل الى ذلك الشيء ، وحينئذ يكون كل ما يتوسل به الى الله فهو سبيل اليه تعالى.

وللشيخ في المبسوط تفصيل وافق فيه الشافعي، وهوأن سبيل الله هوما تقدم وسبيل الثواب هوالفقراء والمساكين ويبدأ بأقاربه ، وسبيل الخيرهو الاصناف الخمسة الفقراء والمساكين وابن السبيل والغارمون لمصلحتهم والمكاتبون . ثم قال : ولوقيل بتداخلها كان قوياً . وهوالاصح الامع معرفة قصد الواقف .

قوله : اذا وقف على مواليه دخل الاعلون والادنون

المولى يقال لغة على معنيين : « ١ » المعتق بكسر التاء وهوالمولى الاعلى « ٢ » المعتق بفتح التاء وهوالمولى الادنى .

---

١) الخلاف ٢/ ٢٢٩ قال : اذا وقف وقفاً وشرط ان يصرف منفعته فى سبيل الله جعل بعضه للغزاة المطوعة دون العسكر المقاتل على باب السلطان وبعضه فى الحج والعمرة لانهما من سبيل الله .

فاذا وقف الواقف على مواليه فلايخلومن أحوال ثلاثة : « ١ » أن يكون له المولى الاعلى لاغيرفينصرف الاطلاق اليه، « ٢ » أن يكون له الاسفل لاغير فينصرف أيضاً الاطلاق اليه ، « ٣ » أن يكون له المولیان معاً .

فان وجدت قرينة حالية أومقالية اتبعت ، وان لم توجد قرينة قال الشيخ في المبسوط والخلاف[1] وابن ادريس والمصنف دخلا معاً واستحقا . واستدل عليه في الخلاف بأن ذلك ليس ببعيد ، كما أن الوقف على الاخوة مع الاطلاق يتناول الاخوة المتفرقين . واستدل عليه بأنه جمع مضاف فيعم كغيره .

وقال العلامة[2]: مع انتفاء القرينة واللفظ مفرد يبطل الوقف وان كان جمعاً ومنعنا من اطلاق المشترك على جميع معانيه يبطل أيضاً كالمفرد . قال : وانما قلنا ذلك لان لفظ « الموالى» مشترك بين معان متضادة كالمعتق والمعتق، وقدثبت في الاصول امتناع اطلاق المشترك على جميع معانيه .

وأجاب عن حجة الشيخ بأن الفرق حاصل بين الموالى والاخ ، لان الاخ مقول بالتواطي، وعن الثانية بأن العام لفظ مستغرق لجميع ما يصلح له بوضع واحد والمشترك ليس كذلك فلايكون المتنازع عاماً .

أقول : ويمكن أن ينتصر للشيخ بوجهين :

« ١ » - انا لانسلم أن تسميتهما مولى باعتبار العتق حتى يكون مشتركاً بين ضدين، لاحتمال أن يكون باعتبار معنى موجود فيهما وهو الولاية : أما وجودها في السيد قبل العتق فظاهر، وأما بعده فلثبوت الولاية عليه ، وأما في العبد فلان له الولاية على نفسه بعد العتق. فيكون الاشتراك معنوياً وتكون لفظة «المولى»

---

١) الخلاف ٢ / ٢٣٠ قال : اذا وقف على مولاه وله موليان مولى من فوق ومولى من اسفل ولم يبين انصرف اليهما. وقال : لان اسم المولى يتناولهما فوجب صرفه اليهما.

٢) المختلف ٢ / ٣٨ .

(الثالثة) اذا وقف على أولاده ، اشترك أولاده البنون والبنات ، الذكور والاناث بالسوية .

مفعلا بمعنى الفاعل .

« ٢ » ـ سلمنا أن الاشتراك لفظي لكن الممنوع في الاصول على الخلاف هو الاستعمال على طريق الحقيقة ، أما على المجاز فلا خلاف في جوازه .

ان قلت : المجاز يستدعي قرينة فأي قرينة هنا ؟

قلت : القرينة اما في المفرد فيتعذر حمله على الحقيقة ، وأما في الجميع فنقول : اذا تعدد المولى من الطرفين أواتحد من طرف وتعدد من الاخر فانه يحمل على الجميع مجازاً ، والقرينة اما استحالة الترجيح من غير مرجح كما في الاول أوتعذر الحقيقة كما في الثاني أوامكان ارادة الجمع والمفرد فلاتتيقن البراءة الابالحمل على الكل فتحمل .

واعلم أن لابن حمزة هنا تفصيلا استحسنه العلامة في المختلف[1] وهو أنه قال : اذا وقف على مولاه اختص بمولى نفسه دون موالي أبيه وبمولاه الذي أعتقه دون مولى نعمته ، الا اذا لم يكن له مولى عتق وكان له مولى نعمة، وان قال « على موالي » دخل فيه مولى العتاقة ومولى النعمة .

قال السعيد : وهو مبني على أن لفظة « المولى » مقولة بالتشكيك المعنوي ومقوليتها على الذي اعتقه هو أولى من ولي نعمته وانه يحمل لفظ الجمع عليهما .

قلت: هذا يستلزم الاشتراك المعنوي كما قلناه ، اذ التشكيك أحد أقسامه .

قوله : اذا وقف على أولاده اشترك اولاده البنون والبنات الذكور والاناث بالسوية

---

١) المختلف ٢ / ٣٨ .

هذه الجملة تقتضي مسائل :

(الاولى) اذا وقف على أولاده ولم يقل لصلبى هل يدخل فيه أولادهام لا، وكذا لوقال على أولادي وأولادأولادي هل يختص بالبطنين أم يدخل فيه البطن الثالث والرابع وهكذا ؟

قال المفيد والنقي والقاضي وابن ادريس تدخل أولاد الاولاد في الاولى والبطن الثالث والرابع وهكذا في الثانية. واحتجوا بالاستعمال كقوله « يا بني آدم » « يا بنى اسرائيل يوصيكم الله في أولادكم »[1] وغيرذلك من الايات ، وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : ارموابنى اسماعيل فان اباكم كان رامياً[2] . وقوله صلى‌الله عليه وآله وسلم للحسنين عليهما السلام: هما ولداي[3].

وقال الشيخ وابن الجنيد بخلاف ذلك في المسألتين ، لان اسم الولد لا يصدق حقيقة الاعلى من ولد من صلبه ، فان أطلق على ولدالولد فمجاز لصحة سلبه عنه، تقول «هذاليس ولدي بل ولد ولدي» ، ولايحمل الكلام على المجاز الامع القرينة .

وبه يجاب عن حجة المفيد ، فان الاطلاق فيما ذكره مجاز للقرينة .

واختار المصنف هنا مذهب المفيد والعلامة مذهب الشيخ ، وهوأقوى .

(الثانية) اذا قلنا بدخول أولاد الاولاد هل تدخل أولا دالبنات ؟ الحق ذلك ويقع الفرق بين قوله « اولاد أولادي » وقوله « من انتسب الي » فتدخل أولاد البنت في الاول وفي الثاني خلاف تقدم .

---

١) سورة النساء : ١١ .

٢) ابن ماجة ٢/ ٩٤١ فيه : رمياً بنى‌اسماعيل فان اباكم‌كان رامياً. اخرجه البخارى ـ شرح الكرمانى ١٢/ ١٦٤ .

٣) قاله صلى‌الله عليه وآله وسلم مراراً . انظر كنز العمال ١٢/ ١١٢ ، ١٣/ ٦٥٨ وما بعدهما .

(الرابعة) اذا وقف على الفقراء انصرف الى فقراء البلد ومن يحضره .

وكذا كل قبيل متبدد كالعلوية والهاشمية والتميمية .

ولا يجب تتبع من لم يحضره .

(الخامسة) لايجوز اخراج الوقف عن شرطه ، ولا بيعه الا أن يقع خلف يؤدى الى فساده على تردد .

(الثالثة) اذا أطاق الاولاد وأولاد الاولاد اشترك الذكور والاناث بالسوية عند اكثر الاصحاب ، لاصالة عدم التفصيل . وقال ابن الجنيد للذكر مثل حظ الانثيين كالارث . والحق الاول كالوصية والاقرار .

(الرابعة) لووقف على أولاده أوالمنسوب اليه دخل الخنثى قطعاً، أما لوقال على البنين أوالبنات يحتمل عدم الدخول . والاقرب القرعة ، لانها في نفس الامرمن أحد الصنفين .

قوله : ولايجب تتبع من لم يحضره

أي في جميع الصور بل يصرف الى الحاضرين وقت القسمة ، لاصالة استحقاقهم وأصالة عدم وجوب التتبع . وهنا مسائل :

(الاولى) هل يجوز النقل الى بلدآخر؟ قال الشهيد لوتتبعه جاز ولاضمان في الاقرب، والاولى أنه مع وجود المستحق لايجوز النقل ويجوز مع عدمه ولاضمان.

(الثانية) لايجزي اعطاء أقل من ثلاثة مراعاة لاقل الجمع .

(الثالثة) لايجب التسوية في الوقف العام المنتشربل يجوز ولومتفاوتاً، أما الخاص المنحصر فيجب فيه التساوي ، خصوصاً على القول بملكهم .

قوله: ولايجوز اخراج الوقف عن شرطه ولابيعه الاان يقع خلف فيؤدى الى فساده على تردد

أما الاول فلما تقدم من خبر العسكري عليه السلام[1] ، فلوخرب المسجد لم تخرج العرصة عن الوقف لرجاء عمارته وعمارة القرية أوصلاة المارة به ، وكذا لوخربت الدار أوالقرية .

وأما الثاني ـ وهو عدم جواز بيعه ـ فقال ابـن ادريس لايجوز بيعه مطلقاً سواء خرب أولا وسواء وقع فتنة بين أربابه أولا، محتجاً برواية ابى علي بن راشد عن الكاظم عليه السلام : لايجوز شراء الوقف[2].

وقال الثلاثة بجوازبيعه اذاآل الى الخراب، وزاد المفيد والمرتضى وسلار وابن حمزة أوتكون لهم حاجة ضرورية داعية الى بيعه. واحتجوا برواية علي ابن مهزيار عن ابى جعفرعليه السلام[3] وانه كتب بخطه جواباً لسؤاله : ان رائى له ان كان قد علم الاختلاف مـا بين أصحاب الوقف أن بيع الوقف أمثل فانه ربما جاء في الاختلاف تلف الاموال والنفوس .

وفصل التقي والقاضي وابن بابويه فقالوا ان كان مؤبداً لايجوز بحال وان كان حبساً جازبيعه بالشرط الذي ذكروه واحتجوابرواية جعفربن حنان عن الصادق عليه السلام : ادا رضواكلهم وكان البيع خيراًلهم باعوا[4] . فان مفهومها يدل على عدم التأبيد وبأنه جمع بين الروايتين الاولتين .

ومنشأ تردد المصنف الخلاف المذكور. والحق أنه في صورة الحبس لا يجوز للمحبوس عليهم البيع ، لانه ليس ملكاًلهم لما تقدم. اللهم الااذا اتفقوا

---

١) الكافى ٣٧/٧ ، التهذيب ١٢٩/٩ .

٢) التهذيب ١٣٠/٩ ، الكافى ٣٧/٧ ، الاستبصار ٩٧/٤ .

٣) التهذيب ١٣٠/٩ ، الفقيه ١٧٨/٤ ، الكافى ٣٦/٧ ، الاستبصار ٩٨/٤ .

٤) التهذيب ١٣٣/٩ ، الاستبصار ٩٩/٤ ، الكافى ٣٥/٧ ، وفيه عن جعفربن حيان الفقيه ١٧٩/٤ .

مع الحابس أووارثه على البيع ، فانه جائزلبقائه على ملك الحابس أووارثه . وأما المؤبد فلا يجوز بيعه قطعاً في صورة كونه أنفع ، لمنا فاتـه قصد الواقف ومفهوم الوقف ولعدم اختصاصهم بتملكه بل هوملك أيضاً لباقي البطون، والرواية منافية فلايعمل بهـا . وأمـا اذاآل الى الخراب لاجل الاختلاف بحيث يتعطل ولا ينتفع به أصلا فيجوز بيعه والالكان ابقاؤه اتلافاً واضاعة للمال وهـو منهي عنه شرعاً .

ثم هنا فوائد :

(الاولى) اذا بيع وأمكن شراء غيره يكون وقفاً وجب لكونه أوفق لقصد الواقف ، فانه اذا لم يكن تأبيده بحسب الشخص فليكن بحسب النوع .

(الثانية) اذا أمكن شراء مثله يكون أولى ، لما قلناه من كونه أشبه بغرض الواقف .

(الثالثة) ان كان ثـم ناظر شرعي تولى البيع والشراء المذكورين والا فالحاكم .

(الرابع) هل بمجرد الشراء بالعين يصير وقفاً أويفتقر الى ايقاع صيغة شرعية الظاهر الثاني .

(الخامسة) لوانكسرت خشبة من الوقف بحيث لايمكن الانتفاع بها الا للنار جاز بيعها واشترى بثمنها ما يصير وقفاً كما قلناه .

قوله : اطلاق الوقف يقتضى التسوية فان فضل لزم

تقدم خلاف ابن الجنيد، أمالوقال «على كتاب الله» فانه يكون للذكر سهمان وللانثى سهم ، ولونص معه الواقف على العكس جاز .

قوله : اذا وقف على الفقراء وكان منهم جازان يشركهم

هنا أقوال :

(الاول) قول الشيخ في المبسوط اذا وقف عاماً ـ مثل أن يقف على المسلمين جاز له الانتفاع به بلا خلاف ، لانه يعود الى أصل الاباحة فيكون هو وغيره فيه سواء .

(الثاني) قال ابن الجنيد : اذا وقف ولم يخرجه من يده جازله أن يأكل وينتفع به ويكون رجوعاً ، وان لزم الوقف بالاخراج أو كان في واجب عليه وكان ما تصدق به غير مخصوص به أحداً بل عام كالمسجد جازله أن يصلي فيه وأن يأكل عند الحاجة اليه منه وكره له الاكل مع الغناء .

(الثالث) قول ابن ادريس الذي يقوى عندي أن الواقف لايجوزله الانتفاع بما وقفه على حال، لانه لايصح أن يقف الانسان على نفسه بالاجماع وقد خرج عن ملكه فلايجوز عوده اليه بحال .

وقول الشيخ حق ، لان الوقف العام كالمسجد وخان السبيل ازالة الملك لا تمليك الغير فيكون حكمه حكم سائر المباحات الواقف وغيره فيه سواء ، بخلاف الوقف الخاص كبني فلان فانه تمليك لهم فلا يجوز للواقف أن يدخل معهم .

أما قول المصنف « وكان منهم جاز أن يشركهم » فيه نظر ، لانه قد تقدم في كلامه أنه اذا وقف على الفقراء ينصرف الى فقراء بلده ، فانه حينئذ يكون قد ملكهم اياه ، فلم يعد اليه ولايدخل فيهم ، وان عمه اللفظ لخروجه بالقرينة ـ وهو امتناع وقف الانسان على نفسه ـ سواء خص نفسه أوأدرجه تحت العام.

قوله : مسائل السكنى والعمرى[1])

يعبرعن هذا الحكم بثلاث عبارات :

« ١ » السكنى ، وهي مشتقة من الاسكان ، ويختص بالدار والبيت ، فان لم يقيد بمدة اكتفى في حصولها صدق مفهومها ، وان قيدهما بمدة لزمت قدرها .

« ٢ » العمرى، وهي مشتقة من العمر ، ولا تختص شيئاً بل بكل عين ينتفع بها مع بقائها، وصورتها أن تقول «أعمرتك هذه الدار مدة حياتك أو مدة حياتي» ويقتصر .

«٣» الرقبى ، وصورتها «أرقبتك هذه الدار أو هذا العبد مدة كذا» واشتقاقها امامن الارتقاب أومن رقبة الملك ، ويجمعها كلها حدواحد ، وهو تمليك الغير منفعة عين معينة مدة مخصوصة بغيرعوض .

وهنا فوائد :

(الاولى) لابد من تعيين المدة في غير العمرى ومطلق السكنى ، لما علم من قاعدة الشرع أن كل ما يكون الى أجل لابد أن يكون معيناً مضبوطاً .

خالفنا ذلك في العمرى بحكم الاشتقاق . نعم لوقال « أعمرتك » وأطلق بطل لجهالة صرفه الى عمر أحدهما . ويحتمل كونه كالاسكان المطلق . والاول أقوى للفرق .

(الثانية) لاتخرج العين بالاعمار أوالاسكان أوالارقاب عن ملك صاحبها،

---

١) قيل فى الفرق بين السكنى والعمرى والرقبى : العمرى ان يجعل منفعة داره او ضيعته لغيره مدة حياته ، والرقبى ان يجعلها مدة معلومة ، والسكنى ان يجعل سكناها لغيره مدة عمر احدهما . وقيل : العمرى ان يسكنه فيها طول عمر المعمر اى الغير،والرقبى ان يسكنه فيها مدة حياة المالك ، والسكنى انيجعل منفعة سكناها لغيره مدة معلومة.

وهى تفتقر الى الايجاب والقبول والقبض .

وفائدتهما التسليط على استيفاء المنفعة تبرعاً مع بقاء الملك للمالك . وتلزم لوعين المدة ، وان مات المالك .

بل ترجع اليه أوالى ورثته بعد انقضاء الامد المعلق به ذلك .

(الثالثة) لوقال « هي لك عمرك ولعقبك » لم يملكها المعمر ، لاصالة بقاء الملك كما قلناه وترجع بعد موت العقب الى المالك . فظاهر الشيخ عدم الرجوع لخبر جابر عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم: أيمارجل أعمرعمرى له ولعقبه فانما هي للذي أعطاها لاترجع للذي أعطاها[1] . فانه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث .

قوله : وهى تفتقرالى الايجاب والقبول والقبض

هنا فوائد :

(الاولى) يشترط في الايجاب والقبول كونهما لفظين متطابقين ، وصورة الايجاب تقدم والقبول « قبلت » و « رضيت » وشبههما.

(الثانية) اذا حصل الايجاب والقبول والقبض لزم العقد ، وقال الشيخ[2] لا يلزم، وقال التقي يلزم مع القربة . والاول أشهرلرواية الحلبى عن الصادق عليه السلا[3].

---

١) اخرجه فى كنزالعمال ١٦/٢٤٤ .

٢) قال فى الخلاف ٢/٢٣٤ : العمرى عندنا جائزة ومعناها اذا قال الرجل لغيره : اعمرتك هذه الدار مدة حياتك اومدة حياتى اواسكنتك او جعلت لك هذه الدار فى حياتك فان هذه الالفاظ اذا اتى بواحدة منها واقبضه فقد ازم العمرى . وقال : وتسمى عندنا ايضاً سكنى .

٣) الكافى ٧/٣٤ ، الفقيه ٤/١٨٦ ، التهذيب ٩/١٤٠ ، الاستبصار ٤/١٠٤ ، الوسائل ١٣/٣٢٥ .

وكذالو قال له : عمرك ، لم تبطل بموت المالك .

وتبطل بموت الساكن. ولوقال: حياة المالك ، لم تبطل بموت الساكن وانتقل ماكان له الى ورثته .

وان أطلق ولم يعين مدة ولا عمراً تخير المالك فى اخراجه مطلقاً .

ولو مات المالك ـ والحال هذه ـ كان المسكن ميراثاً لورثته وبطلت السكنى .

ويسكن الساكن معه من جرت العادة به كالولد والزوجة والخادم .

(الثالثة) شرط العلامة في القواعد[1] نية التقرب ، والاقوى عدم اشتراطها . نعم معها تصير صدقة .

قوله : وكذا لوقال له عمرك لم تبطل بموت المالك

هذا قول الاكثر ، لانه عقد منجزمع صحة العاقد فلم تبطل بموته . وقال ابن الجنيد ان كانت العين تقصر عن الثلث لم يكن للورثة اخراج الساكن ، وان زادت كان لهم ذلك ، محتجاً برواية خالد بن نافع البجلي عن الصادق عليه السلام[2] وليس فيها دلالة على أن المالك اسكنه في حياته فتحمل على الوصية مع أن في فقهها اضطراباً ، لان العين اذا لم تنتقل الى المعمر لاوجه لتقويمها، فان كان ولابد تقوم المنفعة .

قوله : ويسكن الساكن من جرت العادة به كالولد والزوجة والخادم

---

١) قال فى القواعد فى المقصد الثانى من كتاب الوقوف : السكنى ولابد فيها من ايجاب وقبول وقبض ونية التقرب .

٢) الكافى ٣٨/٧ ، التهذيب ١٤٢/٩ ، الفقيه ٨٦/٤ ، الاستبصار ١٠٥/٤ .

وليس له ان يسكن غيره الاباذن المالك

هذا قول الشيخ في النهاية[1] والقاضي، وقال ابن ادريس : للساكن الاجارة واسكان الغير وان لم يكن ولداً ولازوجة سواء اذن له المالك أولا ، لانه ملك المنفعة وصارت من حقوقه فله استيفاءها كيف شاء بنفسه وبغيره .

والمشهور قول الشيخ، وعليه الفتوى، لان المنفعة من كل وجه كانت للمالك ولادليل على انتقالها من كل وجه ، فان مفهوم عقد السكنى جعل الغير ساكناً في الدار ، فلايملك غيرذلك من الاجارة واسكان الاجنبى .

ان قلت : لولم يملكها الساكن من كل وجه لكان للمالك أن يسكن معه غيره ، لعدم المنافاة بين الساكنين حينئذ . لكن اللازم باطل اجماعاً فكذا الملزوم ، والملازمة ظاهرة ، فان الملك من وجه لا ينافي عدم تمليكها من وجه آخر .

قلت : نمنع الملازمة ، وانما تصح لولم يستلزم ذلك اضرار الساكن، أما معه فلا . والفرق قاض بالاضرار .

ولنتمم البحث بفوائد:

(الاولى) هل للساكن ادخال الضيف ؟ الظاهر نعم مالم يطل زمانه بحيث يعد عرفاً أنه غيرضيف .

(الثانية) هل له أن يحرز[2] فيها طعاماً أوادخال دابة أودواب؟ الظاهرفي الطعام

---

١) النهايه ٦٠١ : لم يجز للساكن ان يسكن معه غيره الا ولده واهله ولا يجوز له سواهم، ولا يجوز للساكن ايضاً ان يؤاجره ولا ان ينتقل عنه فيسكن غيره الا باذن صاحب المسكن .

٢) احرز المتاع : جعله في الحرز اى المكان الذى يحفظ فيه .

جواز احرازقدر الحاجة لاغير ، وأما الدابة فان كان ذلك المسكن جعل لمثلها جازوالافلا .

(الثالثة) لوأعمره أوأرقبه أرضاً شأنها الزرع أودابة شأنها الحرث أوالعمل عليها أو خاناً كان للمعمر ان يؤجر أمثال ذلك للعرف القاضي بذلك وأصالة الجواز .

(الرابعة) لو أجاز المالك في موضع المنع جاز ، أوشرط له التخصيص موضع الجواز لزم .

قوله: لو باع المالك الاصل لم تبطل السكنى ان وقتت بأمد أوعمر

فائدة قوله « ان وقتت » الى آخره أنها اذا لم توقت بأمد أوعمربل اسكنه مطلقاً يكون بيع المالك رجوعاً ، بخلاف الاول فان الساكن ملك منفعة العين بالعقد . ثم المشتري ان كان عالماً فلا خيار له ووجب عليه الصبر والاتخيربين الفسخ والصبر ، وهو اجماع ومستنده رواية الحسين بن نعيم عن الكاظم عليه السلام عن الصادق عليه السلام عن الباقر عليه السلام[1] .

(فوائد) :

(الاولى) زاد ابن الجنيد أنه اذا دفع المالك الى الساكن عوضاً عما بقي من المدة جازذلك . وهرم نوع الابرضى الساكن للزوم العقد .

(الثانية) استشكل العلامة صحة البيع لوكانت معلقة بالعمر ، لجهالة وقت الانتفاع ولانهم منعوا بيع المسكن الذي تعتد فيه المطلقة بالاقراء لجهالة وقت الانقضاء وهذا المعنى موجود هنا .

---

١) الكافى ٣٨/٧ ، التهذيب ١٤١/٩ ، الفقيه ١٨٥/٤ ، الاستبصار ١٠٤/٤ .

ويجوز حبس الفرس والبعير فى سبيل الله ، والغلام والجارية فى خدمة بيوت العبادة .

ويلزم ذلك مادامت العين باقية .

وأما الصدقة : فهى التطوع بتمليك العين بغير عوض .

ولا حكم لها مالم تقبض باذن المالك .

وفيه نظر، لان بيع الاصل غيرمشروط بعلم قدر منافعه بل بعلم الاصل وان جهل منافعه كبيع الشاة ذات اللبن مع جهالة قدر الحلب .

ويمكن أن يجاب بالفرق بين العلمين ، فان العلم بالكم من حيث الزمان شرط لاالعلم بمقدار المنتفع به .

(الثالثة) هل تصح اجارتها مدة معلومة على القول بجواز تأخر المدة عن العقد أم لا ؟ الظاهرأنه مع تقديرها بالمدة تصح، أما مع التقديربالعمرفلا، لان الاجارة تمليك منفعة معلومة والفرض عدمه ، ولانه يجب فيهاتسليم المنفعة وهو غيرمعلوم زمان القدرة عليه .

قوله : ويجوزحبس الفرس . الى قوله : ويلزم ذلك ما دامت العين باقية

هذا صحيح لاغبار عليه . نعم يقع الفرق بين الحبيس المذكور وبين الحبيس على الانسان أن الاول يخرج عن ملك الحابس بخلاف الثاني بل يعود اليه أوالى وارثه ، لما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام أن علياً عليه السلام قضى برد الحبيس وانفاذ المواريث[1] .

قوله : وأما الصدقة فهى التطوع بتمليك العين بغير عوض

---

١) الكافى ٧/ ٣٤ ، التهذيب ٩/ ١٤٠ ، الفقيه ٤/ ١٨١ .

في هذه العبارة مساهلة، فان التطوع لايصدق الاعلى المندوب ، لما تقرر في الاصول أنه مرادفه ، ومراده هنا أعم من ذلك بحيث يشمل الفرض ، لقوله فيما بعد « ومفروضها محرم » ـ الخ . فالاولى أن يقال هي العطية المقرونة بالقربة .

قوله : وتلزم بعد القبض وان لم يعوض عنها

وجه اللزوم حصول الثواب في مقابلها ، ، وهوعوض أخروي ثابت دائم، فيكون أقوى في اللزوم من العوض الدنيوي الزائل .

قوله : وان لم يعوض عنها

عوض دينوي ولاخلاف فيذلك فيالمفروضة، وأماالمندوبة فقال الشيخ[1] يجوز فيها الرجوع كالهبة في موضع يجوز الرجوع .

والاقوى العدم كالمفروضة ، لرواية الحلبي عن الصادق عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: انما مثل الذي يرجع فيصدقته كالذي يرجع في قيئه[2].والرجوع في القيء حرام فكذا الرجوع في الصدقة .

وقال الشيخ والمفيدأيضاً لايجوزرجوعها اليه ببيع ولاهبة، لرواية منصور ابن حازم عن الصادق عليه السلام: اذا تصدق الرجل بصدقة لم يحل له أن يشتريها

---

١) في محكي المبسوط : ان صدقة التطوع عندنا بمنزلة الهبة في جميع الاحكام ـ الى ان قال ـ وكل من له الرجوع في الهبة له الرجوع في الصدقة عليه . انتهى . وقال فيالنهاية ٦٠٣ : وما تصدق الانسان به لوجهالله فلا يجوز له ان يعود اليه بالبيع اوالهبة اوالصدقة، وان رجع اليه بالميراث كان جائزاً، واذا اخرج الانسان شيئاً لوجه الله يتصدق به ففاته من يريد اعطاءه فليتصدق به على غيره ولا يرده في ماله .

٢)التهذيب ٩/ ١٥٥ ، الاستبصار ٤/ ١٠٩ .

ومفروضها محرم على « بنى هاشم » الا صدقة أمثالهم أو مع الضرورة ، ولا بأس بالمندوبة .

والصدقة سراً أفضل منها جهراً الا أن يتهم .

وأما الهبة : فهى تمليك العين تبرعاً مجرداً عن القربة.

ولابد فيها من الايجاب والقبول والقبض .

ويشترط اذن الواهب فى القبض .

ولايستوهبها ولايستردها الافي ميراث[1]. وحملت على الكراهية وبه قال في الخلاف ومنع ابن ادريس لتملك العين فله بيعها على من شاء .

أما الانتقال بميراث فلا خلاف في جوازه، لانه تملك من غير قصد ، ولما ذكر في الرواية .

قوله : ومفروضها محرم على بنى هاشم

أما الزكاة فلا كلام فيها ، وهل تحرم الواجبة بنذر أوعهد أويمين؟ الظاهر لا لمبادرة الاولى ، لكونها أوساخ الناس ، ولاصالة الحل مع الحاجة .

قوله : واما الهبة فهى تمليك العين تبرعاً مجرداً عن القربة

التمليك جنس وتعلقه بالعين تخرج منه الاجارة، وبقيد التبرع خرج البيع وشبهه، وبقيد التجرد عن القربة خرج الصدقة . وينتقض بالوصية ، فكان ينبغي أن يزاد « منجزاً » .

قوله: ولابد فيها عن الايجاب والقبول والقبض، ويشترط اذن الواهب فى القبض

هنا فوائد :

(الاولى) ايجاب هذا العقد « وهبتك » و« ملكتك » و« أهديت اليك »

---

١) التهذيب ٩/ ١٥٠ .

و« نحلتك » و«أعطيتك » و« هذا لك» مع القصد في ذلك كله . وقبوله« قبلت» و« رضيت » وشبههما .

(الثانية) هل القبض شرط في صحتها أو لازومها ؟ قال التقي بالاول ، وقال ابن ادريس هوقول اكثر علمائنا ، ونقله الشيخ في الخلاف[1] عن بعض أصحابنا واختاره المصنف، واحتج بأنه لما وقع الخلاف ينبغي أن يرجع الى الاصل وهوبقاء الملك على مالكه . وتؤيده رواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام: الهبة لاتكون أبداً هبة حتى يقبضها[2]. ورواية ابان بن عثمان عنه عليه السلام : ان الهبة والنحلة اذا لم تقبض ومات صاحبها فهي بمنزلة الميراث[3].

وانما قال بمنزلة الميراث لان الورثة لوأجازوالم يكن ميراثاً. وظاهر كلام الشيخين يدل على الثاني، واختاره القاضي وابن حمزة وسلار وابن ادريس ، ولذلك قال الشيخ في الخلاف[4]: لوهب قبل الهلال عبداً فقبله وماقبضه الابعد الهلال ففطرته لازمة للموهوب له دون الواهب .

واختار العلامة في القواعد[5] الاول ، وفى المختلف الثاني . واحتج فيه عليه بأنه عقد يقتضي التمليك فلايشترط في صحته القبض كغيره من العقود، ولانه تبرع فلايعتبر في صحته القبض كالوصية ، ولان القبض خارج عن مسمى الهبة ولهذا يبرأ الحالف بمجرد العقد ، ولما رواه ابو بصير صحيحاً عن الصادق عليه السلام: الهبة جائزة قبضت أولم تقبض قسمت أولم تقسم، والنحل لايجوز

---

١) لم نجد فى الخلاف نقله عن بعض اصحابنا بل قال فيه : ٢٣٣ : الهبة لاتلزم الا بالقبض وقبل القبض للواهب الرجوع فيها .

٢) التهذيب ٩/ ١٥٩ ، الاستبصار ٤/ ١٠٧ .

٣) التهذيب ٩/ ١٥٥ .

٤) الخلاف ١/ ٣٣١ .

٥) قال فى القواعد فى بحث الهبة : الثالث القبض وهو شرط فى صحة الهبة .

ولو وهب الاب أو الجد للولد الصغير لزم ، لانه مقبـوض بيد الولى .

وهبة المشاع جائزة كالمقسوم .

حتى يقبض ، وانما أراد الناس ذلك فأخطأوا[1].

وفيه نظر: أما الوجهان الاولان فلانهما قياس لانقول به ، ولانتقاض الاول بالصرف والسلم فانهما يقتضيان التمليك ويشترط القبض في صحتهما. وأما الثالث فلانه لايلزم من خروجه عدم كونه شرطاً في الصحة ، وأما الرواية فلادلالة فيها على المدعى وانما هي حكاية قول الناس وخطأهم فيه ولم يتبين فيها الحق .

(الثالثة) لابد في القبض من اذن الواهب ، فلو قبض المتهب من غير اذن لم يقع موقعه ، والهبة كلاهبة لاصالة بقاء الملك ، خصوصاً على اشتراطه فى الصحة .

(الرابعة) هل يشترط فوريته أم لا ؟ أما على القول بأنه شرط في اللزوم فلا يشترط الفورية ، وأما على القول باشتراطه فاستشكله العلامة في القواعد[2] من حيث أصالة عدم الاشتراط ، ومن أنه لايتقين البقاء على باقي الاجزاء مع عدمه والحق اشتراط فوريته .

(الخامسة) لووهب المغصوب للغاصب أوالوديعة للمستودع أووهب الولي الطفل شيئاً فى يده لايشترط تجديد قبض ، وهل يشترط مضي زمان يمكن فيه القبض لوأراده ؟ يظهر من كلام الشيخ في المبسوط ذلك ، والحق عدمه .

---

١) المختلف ٢/٢٨ . والرواية فى التهـذيب ٩/١٥٦ ، الاستبصـار ٤/١١٠ . ونحلته اى اعطيته شيئاً من غيرعوض بطيب نفس .

٢) راجع القواعـد المطلب الثالث من الفصل الثالث فى الهبة . وقال فيه : ولا يشترط فورية الاقباض على اشكال.

ولا يرجع فى الهبة لاحد الوالدين بعد القبض ، وفى غيرهما من ذوى الرحم على الخلاف .

قوله : ولايرجع فى الهبة لاحدالوالدين بعد القبض ، وفى غيرهما من ذوى الرحم على الخلاف

كل موضع لايصح الرجوع في هبة الاجنبى كذا لايصح في هبة القريب، وأما ما يصح فيه الرجوع فهوينقسم في القريب الى قسمين :

« ١ » ما لاخلاف في عدم الصحة فيه ، فقال ابن حمزة انـه العمودان معاً علوا أو نزلوا ، وكلام المصنف يشعر بأنه الوالدان فقط ، وكلام العلامة فـي المختلف[1] يدل على أنه الاولاد فقط . والفتوى على قول ابن حمزة، ولاينافي ذلك نقل الفاضلين .

« ٢ » ما فيه خلاف ، وهوما عدا ذلك من ذوي الرحم ، فقال الشيخ فـي المبسوط والخلاف[2] والتهذيب والمرتضى وابن الجنيد وابن ادريس للواهب الرجوع وان أقبض ، لرواية داود بن الحصين عـن الصادق عليه السلام قال : سألته هل لاحد أن يرجع فيصدقته أوهبته ؟ قال: أما من تصدق به لله فلا، وأما الهبة والنحلة فيرجع فيها حازهاأولم يحزها وان كانت لذوي قرابة[3] ومثله رواه المعلى بن خنيس عنه عليه السلام[4].

---

١) المختلف ٢/ ٢٦ قال فيه : اذا وهب الاب ولـده الصغير او الكبير واقبضه لم يكن للاب الرجوع فىالهبة اجماعاً .

٢) الخلاف ٢/ ٢٣٧ ، التهذيب ٩/ ١٥٧ .

٣) التهذيب ٩/ ١٥٧ ، الاستبصار ٤/ ١٠٦ .

٤) التهذيب ٩/ ١٥٨ ، الاستبصار ٤/ ١٠٧ .

وقال المفيد والشيخ في النهاية[1] وسلار والقاضي ليس له ذلك ، واختاره العلامة . وعليه الفتوى .

أما أولا فلوجود العلة في الاولاد وهو الصلة .

وأما ثانياً فلان المتهب ملك العين بالاجماع فعودها الى الواهب يفتقر الى دليل .

وأما ثالثاً فالروايات ، كرواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : الهبة والنحلة يرجع فيهما صاحبهما ان شاء حيزت اولم تحز الالذي رحم فانه لايرجع فيه[2]. ورواية عبدالرحمن بن ابى عبدالله وعبدالله بن سنان[3] عن الصادق عليه السلام قالا : سألناه عن الرجل يهب الهبة أيرجع فيها ان شاء؟ قال: تجوز الهبة لذوي القربى والذي يثاب من هبته ويرجع في غير ذلك ان شاء[3]. ومراده عليه السلام بقوله « تجوز » أي تلزم ، لوجوه :

« ١ » ان السؤال وقع عن الرجوع فلو لم يرد به ذلك لتأخر البيان عن وقت الحاجة .

«٢» انه فرق بين القسمين الاولين وبين غيرهما . وأجاب في الثاني بجواز الرجوع فيكون الاول بخلافه والالم يبق للتفصيل معنى .

«٣» انه مع ثبوت الثواب لاخلاف في اللزوم وقد شركه مع هبة القريب فيكون حكمهما واحداً قضية للعطف .

قال بعض الفضلاء : يحتمل ارادة الجواز من طرف المتهب لاطرف الواهب

---

١) النهاية ٦٠٢ قال فيه : كل هبة وهبها الانسان لذى رحمه ولداً كان اوغيره ليس له فيه رجوع اذا كان مقبوضاً . وقال العلامة فى القواعد : انكان ذارحم لم يجز الرجوع بعد الاقباض .

٢) التهذيب ٩/ ١٣٥ ، ١٥٦ ، الكافى ٧/ ٣١ ، الاستبصار ٤/ ١٠١ ، ١٠٨ .

٣) التهذيب ٩/ ١٥٥ فيه : وعبدالله بن سليمان ، الاستبصار ٤/ ١٠٨ وايضاً فى التهذيب ٩/ ١٥٨ عن عبدالله بن سنان وليس فيه عبدالرحمن بن ابى عبدالله .

ولو وهب أحـد الزوجين الاخـر ففي الرجوع تردد أشبه : الكراهية .

ويرجع في هبة الاجنبي مادامت العين باقية مالم يعوض عنها . وفي الرجوع مع التصرف قولان ، أشبههما : الجواز.

فكأنه عليه السلام قسم الهبة الى جائز من الطرفين وهو القسم الثاني والى جائز من طرف المتهب وهو الاول .

وفيه نظر، لان الرجوع من طرف المتهب لامعنى له في القسمين، لحصول ملكه فلا يزول عنه الا بناقل شرعي ، ولان السؤال وقع عن رجوع الواهب لا المتهب .

قوله : ولو وهب أحـد الزوجين الاخر ففي الرجوع تردد اشبهه الكراهية

ينشأ التردد مـن أصالة عـدم الرجوع لحصول الملك بالعقد الصحيح ، ولرواية ابن محبوب عن علي بن رئاب عن زرارة عن الصادق عليه السلام أنه لايرجع الرجل اذا وهب لزوجته ولاالمرأة فيما وهبت زوجها[1]. ومـن كونها ليست بذي رحم فيجوز الرجوع، لما تقدم من الروايات. وبه قال الشيخ ، في النهاية[2] ، واختاره ابن ادريس، والمصنف جمع بين الاحتمالين بالكراهية .

قوله : ويرجع في هبة الاجنبي ما دامت العين باقية مالم يعوض عنها وفي الرجوع مع التصرف قولان اشبههما الجواز

---

١) التهذيب ٩/١٥٢ ، الكافي ٧/٣٠ ، الاستبصار ٤/١١٠ .

٢) النهاية ٦٠٣ قال فيه : ويكره ان يرجع الانسان فيما يهبه لزوجته وكذلك يكره للمرأة الرجوع فيما تهبه لزوجها .

هبة الاجنبى لها أحوال : « ١ » المقرونة بالقربة ، « ٢ » المعوض عنها ، « ٣ » التالف عينها ، « ٤ » الباقية العين لكن جرت عليها العقود الناقلة، « ٥ » الباقية العين ولم يجر عليها النقل ولم يتصرف المتهب ، « ٦ » الباقية وتصرف المتهب .

ولاخلاف في عدم جواز الرجوع في الاحوال الاربعة ، وفي جوازه في الخامس ، واختلف في السادس فقال سلار والتقي بجوازه واختاره المصنف لرواية ابن سنان المتقدمة ورواية الحلبى صحيحاً عن الصادق عليه السلام : اذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع والافليس له[1] .

وقال الشيخ في النهاية[2] والمفيد والقاضي وابن ادريس وابن حمزة بعدم جوازه . ولابن حمزة تفصيل ، وهو أن التصرف ان غير العين كالخشب يعمل باباً والثوب يقصر أو يفصل قميصاً والغزل ينسج فلارجوع، والافله ذلك كالعبد يرهنه أو يكاتبه مكاتبة مشروطة .

واختار العلامة قول الشيخ في النهاية[3] ، واحتج عليه بوجوه :

« ١ » ـ ان المتهب ملك بالعقد والقبض وظهر أثر ذلك بالتصرف فقوى وجود السبب فيكون ملكاً تاماً فيحتاج انتقالها عنه الى سبب حادث وليس . والرجوع ليس بسبب والالكان سبباً في غيره من العقود .

« ٢ » ـ أصالة لزوم الملك لانتقاله الى المتهب، فدخل تحت عموم « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل »[4].

---

١) التهذيب ٩/١٥٣ ، الكافى ٧/٣٢ ، الاستبصار ٤/١٠٨ .
٢) النهاية : ٦٠٣ .
٣) المختلف : ٢/٢٨ .
٤) سورة البقرة : ١٨٨ .

« ٣ » ـ راية ابراهيم بن عبدالحميد عن الصادق عليه السلام قال : أنت بالخيار في الهبة ما دامت في يدك فاذا خرجت الى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها . وقال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه[1].

وفي الكل نظر :

أما الاول ـ فلان الملك مسلم لكن لزومه ممنوع والالزم مع عدم التصرف، وكون التصرف سبباً للزومه عين المتنازع، فلايكون مقدمة والالكان مصادرة على المطلوب .

وأما الثاني ـ فللمنع من كون اللزوم أصلا والالكفى مع عدم التصرف .

وأما الثالث ـ فلان الرواية ان سلم سندها فهي تدل على اللزوم بالقبض مطلقاً وانتم لاتقولون به .

واعلم أن تردد المصنف من تعارض الاحتمالين كما قلناه .

---

١) التهذيب ٩/ ١٥٨ ، الاستبصار ٤/ ١٠٧ .

كتاب السبق والرماية

ومستند هما قوله عليـه السلام : لاسبق الا فى نصل أوخف أو حافر.

ويـدخل تحت النصل ، السهام والحراب والسيف . وتحت الخف الابل . وتحت الحافر الخيل والبغال والحمير ، ولا يصح فى غيرها .

قوله : كتاب السبق والرماية. ومستندهما قوله صلى الله عليه وآله وسلم لاسبق ١) الافى نصل أوخف أوحافر. ويدخل تحت النصل السهام والحراب والسيف ، وتحت الخف الابـل ، وتحت الحافر الخيل والبغال والحمير ولايصح فى غيرها

هنا فوائد :

(الاولى) الاستباق والمراماة كانا في الجاهلية، وهما من جملة الازلام والقداح ثم ان الشارع سوغهما ووقع الاجماع على مشروعيتهما، فلابد من أمر يعدهما

---

١) فى مجمع البحرين : اختلف المحدثون فى ان السبق فى هذا الحديث هل هو بسكون الباء ليكون مصدراً بمعنى المسابقة او بفتحها بمعنى المال المبذول للسابق ، فعلى الاول لاتصح المسابقة فى غيرهذه الثلاثة وعلى الثانى وهو الاصح رواية على مانقله بعض العلماء تصح ولكن اخذ العوض حرام .

عـن القداح فيفتقر الى بيان أمرين : « ١ » وجـه الشبه للقداح ، « ٢ » بيان الفرق .

أما الاول ـ فالاكثر على أن وجه الشبه كون كل واحد من المتقاسمين اما أن يغنم أويغرم، وكل واحد من المتسابقين مردد بينهما. وقال ابن حيران هو كون كل واحد[1].

وأما الثاني ـ فاختلف فيـه : فعندنا هو نص الشارع على التسويغ لاغير ، وعند الشافعي هودخول المحلل في موضع يكون المال من المتسابقين . وأما اذا كان من بيت المال أومن ثالث فيكفي ذلك في الفرق ولاحاجة الى المحلل .

وقال ابن خيران منهم : هو أنه اذا سبق أحدهما والمحلل أحـرز السابق مال نفسه لاغير وكان مال المسبوق للمحلل ، وكذا اذا لم يسبق معه المحلل. والاصح ما قاله الاصحاب .

(الثانية) ينبغي أن يكون الباعث عليهما التأهب للقتال والمدافعة عن الدين والنفس والمال والحرم ، فان توقف الجهاد الشرعي عليهما وجبا على الكفاية لوجوب المتوقف عليهما واستحبا على الاعيان .

(الثالثة) مستند الاجماع على مشروعيتهما الحديث المذكور ، وكذا قـول ائمتنا عليهم السلام : ان الملائكة لتنفر عند الرهان وتلعن صاحبه ما خلا الحافر والخف والريش والنصل[2].

(الرابعه) قال الجوهري: النصل نصل السهم والسيف والسكين والرمح ، والجمع نصول ونصال ، ونصل السهم اذا خرج منه النصل ، ومنه قولهم « رماه

---

١) كذا فى الاصل وكتب بعده : هنا بياض بقدر نصف السطر .

٢) الوسائل ١٣ / ٣٤٧ .

بأفوق ناصل[1] . ويقال أيضاً نصل السهم اذا ثبت نصله في الشيء فلم يخرج ، وهومن الاضداد .

والخف واحد أخفاف البعير ، والحافر واحد حوافر الدابة ، وقد استعاره الشاعر في القدم : « على البكريمريه بساق وحافر»[2]. والريش للطائر الواحدة ريشة ويجمع على أرياش، والريش بالفتح مصدر قولك رشت السهم اذا الزقت عليه الريش فهومريش ، ومنه قولهم « ماله قذ ولامريش » أي ليس له شيء ، ورشت فلاناً : أصلحت حاله وهوعلى التشبيه .

(الخامسة) قال الشيخ[3] الذي تجوز المسابقة عليه النصل[4] والحافر والخف فالنصل ضربان نشابة وهي للعجم والاخر السهم وهو للعرب . والمزاريق[5] وهي الردينيات والرماح والسيوف .

---

١) السهم الافوق : المكسور الفوق ، المنزوع النصل. والفوق : موضع الوتر من السهم ومدخله يقال : نصل السهم اذا خرج منه النصل فهو ناصل ، وهذا مثل يضرب لمن استنجد بمن لاينجده . ومنه قول علي عليه السلام : ومن رمى بكم فقد رمى بأفوق ناصل : اى بسهم منكسر الفوق لانصل فيه . راجع النهج ـ الفيض ـ ١/ ٩٣ ، ١٥٤ . وشرح ابن ابى الحديد : ٢/ ١١١ ، ٦/ ١٠٢ .

٢) وهو لجبيهاء الاسدى « الاشجعى » يصف ضيفاً طارقاً اسرع اليه . قال :

فأبصرنارى وهى شقراء اوقدت ... بليل فلاحت للعيون النواظر

فما رقد الولدان حتى رأيته ... على البكر يمريه بساق وحافر

معنى يمريه : يستخرج ماعنده من الجرى . وقد استعار عن الحافر فى القدم .وقيل : ويقولون للقدم حافراً اذا ارادوا تقبيحها قال الشاعر:

اعوذ بالله من غول مغولة ... كأن حافرها فى ... ظنبوب

٣) المبسوط ٦/ ٢٩٠ .

٤) النصل والنصلان: حديدة السهم والرمح والسكين والسيف مالم يكن له مقبض .

٥) المزاريق جمع المزراق وهو رمح قصير وهو اخف من العنزة . والردينة بضم الراء وفتح الدال وسكون الياء اسم امرأة ، والرماح الردينية منسوبة اليها .

وأما الخف فضربان ابل وفيلة ، وأما البغال والحمير فقال قوم لا تجوز المسابقة عليها لانها لاتكر ولاتفر فهي كالبقر، وقال آخرون وهو جائز. وهو الاقوى للعموم . وقال ابن الجنيد[1] المجمع عليه ما يكون به القوة على حرب الاعداء في الدين والنكاية بهم والرهبة وما به يصل النـاس اليهم بأي وجـه كان الخيل والابل من الحيوان والرمي على القوس بذي النصل من السهام، وقد أجازه قوم بالبراذين والبغال والحمير وغيرها من الحيوان . وهذا يدل على تردده في ذلك قال العلامة[1] والوجه ما قاله الشيخ للعموم .

أقول : الحق اتباع النص ، لما علم أن هذه المعاملة على خلاف الاصل ، فيتبع ما دل النص عليه . وحيث لم يعلم من الشرع غير الالفاظ المذكورة فان لم يكن لها حقائق في العرف حملت على المعاني اللغوية وقد عرفتها .

نعم في الرواية الثانية ذكر الريش ، والمراد بـه النشاب . وعطف النصل عليه لايدفع ذلك، لان ايراده لاصالته في المراماة ، وسماه ريشاً مجازاً من تسمية الشيء بجزئه .

(السادسة) قوله « لايصح في غيرها » يشير الى المسابقة بالطيور والسفن والاقدام والمصارعة ورفع الاحجار، ولاخلاف في عدم صحة المسابقة بها مع المال . وهل تحرم مع عـدم المال ؟ الاصح نعم ، لانها لعب وعبث خال عن فائدة، ولان قوله صلى الله عليه وآله وسلم « لاسبق » روي بسكون الباء وفتحها، فعلى الاول هل يضمر المشروعيـة أي لاسبق مشروع لانه أقرب الى الحقيقة وحينئذ يكون دالا على تحريمها ، أو يكون مجملا محتملا للمشروعية والفضيلة وحينئذ يكون الاحتياط مقتضياً للتحريم أيضاً . وعلى الثاني وهو فتح الباء يدل على تحريم العوض لاعلى تحريمها .

---

١) راجع المختلف ٢/٢٦ وفيه : الرمي على القسي .

(السابعة) في تفسير الالفاظ المستعملة في هذا الباب :

أما في المسابقة فالسبق بسكون الباء المصدر وبالفتح العوض وهو الخطر[1] والندب والرهن، يقال سبق بتشديد الباء اذا أخرج السبق واذا أحرزه، والسابق[2] المتقدم . ويقال المجلي والثاني المصلى لانه يحاذي رأسه صلوى[3] المجلى ، والصلوان عظمان ناتئان عن يمين الذنب وشماله ، والتالي [4] الثالث ، والبارع الرابع ، والمرتاح الخامس ، والحظى السادس، والعاطف السابع ، والمؤمل الثامن ، واللطيم التاسع ، والسكيت العاشر ، والفسكل الاخير .

---

١) الخطر: الاشراف على الهلاك وخوف التلف، والخطر: السبق الذى يتراهن عليه يقال اخطرت المال اخطاراً : جعلته خطراً بين المتراهنين . والندب بالتحريك كالخطر وزناً ومعناً . وقال ابن الاعرابى : السبق والخطر والندب والقرع والوجب : كله الذى يوضع فى النضال والرهان فمن سبق اخذه ـ ويقال مشدداً اذا اخذه .

٢) فى التذكرة : السابق هو المتقدم بالعنق والكتد انتهى . اقول : وهو بفتح التاء وكسرها وهو العالى بين اصل العنق والظهـر ويعبر عنه بالكاهل. ويقال له المجلى لانه جلى عن نفسه اى اظهرها اوجلى عن صاحبه واظهر فروسيته اوجلى همه حيث سبق .

٣) وسط الظهر من الانسان ومن كل ذى اربع وقيل هوما انحدر من الوركين وقيل: الفرجة بين الجاعرة والذنب .

٤) وقيل : التالى هو الرابع بل الثالث: المسلى . والعاطف هوالسادس . والحظى هو السابع وقال فى المسالك : والتالى للمصلى هو الثالث ويليه البارع لانه برع المتأخر عنه اى فاقه، والمرتاح هو الخامس سمى به لان الارتياح النشاط فكأنه نشط فلحق بالسوابق والسادس الحظى عند صاحبه حين لحق بالسوابق اى صار ذو حظوة عنده الى نصيب اى فى مال الرهان، والسابع العاطف لانه عطف على السوابق اى مال اليها اوكر عليها فلحقها والثامن المؤمل لانـه يؤمل اللحوق بالسوابق، والتاسع اللطيم وزان فعيل لانه يلتطم اذا اراد الدخول الى الحجرة الجامعة للسوابق والعاشر السكيت مصغراً مخففاً ويجوز تشديده سمى به لسكون ربه اذا قيل لمن هذا او لانقطاع العذر عنده وقيل ان السكيت هو الفسكل وهو آخر فرس يجيء فى الرهان .

والمحلل الذي يدخل بين المتراهنين ان سبق أخذ وان سبق لم يغرم. وسمي محللا لانه يحلل العقد اجماعاً ويحل المال بسببه أيضاً .

والغاية[1] مدى السباق . والمناضلة[2] المسابقة والمراماة .

وأما في المراماة فالرشق بفتح الراء الرمي وبكسرها عدده ، ويوصف السهم بالحابى[3] وهوما وقع بين يدي الغرض ثم وثب اليه فأصابه وهو المزدلف والخاصر وهو ما أصاب أحد جانبى الغرض ومنه الخاصرة ، والخاصل[4] وهو المصيب للغرض كيف ما كان ، والخازق وهو ماخدشه ثم وقع بين يديه[5] ، والخاسق[6] وهوما فتح الغرض وثبت فيه، والمارق وهوما نفذ الغرض ووقع من ورائه ، والخارم وهو الذي يخرم حاشيته .

والغرض ما يقصد اصابته ، وهو الرقعة المتخذه من قرطاس أوجلد أورق أوخشب ، والهدف ما يجعل فيه الغرض[7].

---

١) غاية الشيء منتهاه ، والمراد بمدى السباق هنا منتهاه لامجموع مسافته كما يظهر من المدى .

٢) المناضلة مفاعلة من النضل وهو الرمى، قال الجوهرى ناضله اى راماه .

٣) حبا السهم الى الغرض اى يقع على الارض دون الهدف ثم يحبو الى الغرض فيصيبه مأخوذ من حبو الصبى على الارض فهو حاب وجمعه الحوابى. قال فى التذكرة :لو انصدم السهم بالارض ثم وثب منها واصاب الغرض فهو المزدلف وقد اختلف الفقهاء فى انه هل يعد اصابة اولا .

٤) قال فى المبسوط ٦/٢٩٧ : والخواصل اسم للاصابة اى اصابة كانت .

٥) قال ابن الاثير : يقال خزق السهم وخسق اذا اصاب الرمية ونفذ فيها . وفى المصباح : خزق السهم القرطاس: نفذ منه.

٦) فى المصباح : خسق السهم الهدف خسقاً اى لم ينفذ نفاذاً شديداً وقال ابن فارس: خسق : اذا ثبت فيه وتعلق .

٧) فى التذكرة : الهدف تراب يجمع او حائط يبنى لينصب فيه الغرض والغرض هو جلداوشن وهو الجلد البالى اوقرطاس يدور عليه شنين وقيل ما ينصب فى الهدف يقال

ويفتقر انعقادها الى ايجاب وقبول. وفي لزومها تردد ، أشبهه: اللزوم .

ويصح أن يكون السبق عيناً أو ديناً .

ولو بذل السبق غير المتسابقين جاز ، وكذا لو بذل أحدهما ، أو بذل من بيت المال .

قوله : ويفتقر انعقادها الى ايجاب وقبول ، وفي لزومها تردد اشبهه اللزوم

هنا مسألتان :

(الاولى) هل هذا العقد لازم كالاجارة أو جائز كالجعالة ؟ تردد فيه المصنف من كونه عقداً على عمل مقصود لقوله تعالى «وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة»[1] وفسر النبي صلى الله عليه وآله وسلم: القوة بالرمي، فيكون اجارة فيكون لازماً ومن كون العامل غير معلوم والعمل غير معلوم الحصول وجواز بذل المال من الاجنبي فيكون جعالة فيكون جائزاً . واختار المصنف هنا اللزوم ، وهو مختار العلامة في القواعد[2] وفي المختلف الجواز[3].

له القرطاس سواء كان من كاغذ او غيره وما تعلق في الهواء فهو الغرض، والرقعة عظم ونحوه في وسط الغرض وقد يجعل في الشن نقش كالهلال يقال له الدائرة وفي وسطها نقش يقال له الخاتم وهذه الدائرة هي الغاية في المقصود من حذف الرماة . اذا عرفت هذا فينبغي ان يرتب موضعاً للاصابة اهو الهدف او الغرض المصوب في الهدف او الشن في الغرض او الدائرة في الشن او الخاتم في الدائرة .

١) سورة الانفال : ٦٠ . والحديث في الكافي ٥ / ٤٩ ، الوسائل ١٣ / ٣٤٨ .

٢) القواعد ، المطلب الثاني من الباب الاول من بحث السبق والرماية .

٣) المختلف ٢ / ٢٦ قال فيه : الاصل عدم اللزوم ولانه نوع جعالة فان قوله من سبق فله كذا هو الجعالة .

ولا يشترط المحلل عندنا .

ويجوز جعل السبق للسابق منهما ، وللمحلل ان سبق .

وتفتقر المسابقة الى تقـدير المسافة والخطر وتعيين مايسابق عليه وتساوى ما به السباق فى احتمال السبق .

(الثانية) هل يكفي فيه الايجاب وحده أم لابد من القبول ؟ ان قلنا بالجواز كفى الايجاب ، وان قلنا باللزوم لابد من القبول .

وفي عبارة المصنف مساهلة ، لانه قال أولا ان انعقادها يفتقر الى الايجاب والقبول ثم تردد في اللزوم . ولاوجه لـه ، لان الافتقار الى الايجاب والقبول معلوم اللزوم فلاوجه لتسليم المعلول مع الشك في العلة .

قوله : ولايشترط المحلل عندنا

قد تقدم أنه عند الشافعي شرط فـي اباحة هذا العقد ، وأمـا أصحابنا فلا خلاف عندهم أنه اذا كان السبق من أحدهما أومن ثالث أنه لايشترط المحلل ، وأما اذا كان من المستبقين وقالا من سبق فلهالعوضان فقال ابن الجنيد لايصح الابالمحلل وكذا شرطه فى النضال ، وقال الشيخ[1] لايشترط أيضاً . وهوالحق لاصالة عدم الاشتراط في الاباحة .

قوله : وتساوى ما به السباق فى احتمال السبق

يريد أنه لو كان أحد ما يسابق عليه من الخيل أوغيره يؤمن أن يسبق وصاحبه واثق به لايجوز السباق عليه، لانه قمار كما دلت عليه رواية ابى زهرة عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم : من أدخل فرساً بين فرسين وهو آمن أن يسبق فهو قمار ، ومن أدخل فرساً بين فرسين وهولايأمن أن يسبق فليس بقمار[2]. وأما

---

١) المبسوط ٦/٢٩٣ .

٢) سنن ابن ماجة ٢/ ٩٦٠ .

وفى اشتراط التساوى فى الموقف تردد .

ويتحقق السبق بتقدم الهادى .

اذا احتمل كل واحد منهما أن يكون سابقاً أومسبوقاً لتقاربهما في القوة والعدو جاز السباق عليه .

قوله : وفى اشتراط التساوى فى الموقف تردد

ينشأ من أنه اولا التساوي في الموقف لتحقق أحدهما وهو الاقرب الى الغاية أن يكون سابقاً ، فيكون قماراً لوجوب اشتراط تساويهما في احتمال السبق، ومن أصالة عدم الاشتراط، ولابتنائه على التراضي، ولجواز كون أحدهما ـ وهو المتأخر ـ أسرع نهضة من الاخر واحسن رياضة. وللشيخ القولان، واختار المصنف في الشرائع[1] الثاني .

قوله : ويتحقق السبق بتقدم الهادى

اختلف فيما به يتحقق السبق على أقوال : « ١ » بالعنق، وهو قول الاكثر. « ٢ » الاذن، لقوله صلى الله عليه وآله: بعثت والساعة كفرسي رهان كادأن يسبق أحدهما الاخر باذنه[2] . « ٣ » الكتد ، وهو ما بين أصل العنق الى الظهر ، قاله الشيخ[3] في المبسوط والخلاف وابن ادريس[3]. « ٤ » أن يخط في النهاية خط معترض فأيهما خرج بطرف أذنه قبل صاحبه حكم لصاحبه بالسبق ، وهو قول ابن الجنيد ، رواه عن علي عليه السلام عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم . وهوقريب من القول الثاني بل هو هو.

والاجود أنـه حصل شرط عند العقد وجب اتباعه ، والا ان صح حديث

---

١) الشرائع : ١٥٣ .

٢) اخرجه في المبسوط ٦/٢٩٥ ، وفى كنزالعمال ١٤/١٩١ هكذا : مثلى ومثل الساعة كفرسى رهان .

٣) المبسوط ٦/٢٩٥ ، الخلاف ٣/٢٧٣ ، السرائر:٣٧٦ .

وتفتقر المراماة الى شروط تقدير الرشق وعدد الاصابة وصفتها وقدر المسافة والغرض والسبق .

وفي اشتراط المبادرة والمحاطة تردد .

ولا يشترط تعيين السهم ولا القوس .

ويجوز المناضلة على الاصابة وعلى التباعد

ولو فضل أحدهما الاخر فقال : اطرح الفضل بكذا ، لم تصح لانه مناف للغرض من النضال .

الاذن فهو المتعين لصدق الاسم عليه لغة ، والا رجع الى عرف المتراهنين .

قوله : وعدد الاصابة وصفتها

يريد بصفتها ما ذكرناه من الحابى والخاصروغيرهما ، وفائدة معرفتها أنه لوشرط أحدها وجب اتباعه .

قوله : وفي اشتراط المبادرة والمحاطة تردد

المبادرة[1] هي أن يبادر أحدهما الى الاصابة مع التساوي في الرشق ، والمحاطة اسقاط ماتساويا فيه من الرشق ويفضل لاحدهما عدد الاصابة فيكون ناضلا .

ومنشأ التردد من تفاوت الاغراض في كل واحد منهما ، فالاشتراط يزيل

---

١) قال في المسالك : المراماة قسمان مبادرة ومحاطة والمراد من الاول ان يتفقا على رمي عدد معين كعشرين سهماً مثلا فمن بدر الى اصابة عدد معين منها كخمسة فهو ناضل لمن لم يصبه اواصاب مادونها . والمراد من المحاطة بتشديد الطاء ان يقابل اصاباتهما من العدد المشترطة ويطرح المشترك من الاصابات فمن زاد فيها بعدد معين كخمسة مثلا فناضل الاخر فيستحق المال المشروط في العقد . الى آخره .

النزاع . ومن أصالة عدم الاشتراط، ولان السبق يتحقق بالمبادرة فان من حصل له الاصابة المشروطة قبل صاحبه مع تساويهما في السهام فقد سبقه ومع التحقق يستحق المال .

ويؤكد الاول أن هذا العقد انما شرع لبعث العزم على الاستعداد للنضال، وذلك انما يكون واقعاً على الوجه الاكمل اذا شرط فيه ، اما المبادرة أو المحاطة ،اذبهما يحصل بلوغ الغاية في الحذق للرمي على أبلغ نظام، لكونها أشق اقسام الرمي .

كتاب الوصايا

وهى تستدعى فصولا :

(الاول) الوصية تمليك عين أو منفعة ، أو تسليط على تصرف بعد الوفاة .

قوله : الوصية تمليك عين اومنفعة اوتسليط على تصرف بعد الوفاة

الوصية لغة مأخوذة من وصى يصى اذا وصل ، ويسمى تصرف الانسان المتعلق بموته بذلك لانه وصل تصرفه حياً بتصرفه ميتاً[1].

وشرعاًيقال على سبيل الاشتراك على معنيين مختلفين، فلذلكردد المصنف في تعريفه ، لان الحقائق المختلفة لاتجتمع في تعريف واحد :

« ١ » ـ تمليك عين أومنفعة بعد الوفاة . وهوتعريف لها بحسب الغايةكما يقال الكوز ما يشرب به الماء والفاس ما ينجربه الخشب ، ولوعرفها بأجزائها [وعليتها] لقال هي الايجاب والقبول الدالان علىتمليك عين أومنفعة بعد الوفاة فالتمليك كالجنس، وتقييده بما بعد الوفاة تخرج الهبة والسكنى فانهما يملكان

---

١) قال فى الجواهر: والاولى نقلها من الوصية بمعنى مطلق العهد، يقال : اوصاه ووصاه توصية عهد اليه الى خصوص ما يعهده الانسان بعد وفاته بل الوصية بمعنى التمليك الصق بهذا المعنى من الاول كما هو واضح .

ويفتقر الى الايجاب والقبول .

وتكفى الاشارة الدالة على القصد ، ولاتكفى الكتابة ، مالم تنضم القرينة الدالة على الارادة .

العين أوالمنفعة حال الحياة . و« أو » في قولنا « أو منفعة » للتقسيم لا للترديد .

« ٢ » ـ التسليط على تصرف بعد الوفاة. فالتسليط كالجنس وتقييده بما بعد الوفاة تخرج الوكالة والابضاع[1] ، فان التسليط فيهما مقيد بالحياة . وهو أيضاً تعريف بالغاية ، ولوعرفها بأجزائها وغايتها لقال هي الايجاب والقبول الدالان على تسليط على تصرف بعد الوفاة .

واعلم أن الوصية مخالفة للاصول من وجوه :

(الاول) انها تعليق للتصرف في المستقبل .

(الثاني) أنها تعليق تصرف المالك في المال أوالوالي في ولاية حال زوال الملك والولاية .

(الثالث) أن القبول فيها لايشترط في تأثيره اتصاله بالايجاب حال الحياة بل عند بعضهم بحسب تأخره الى بعد الوفاة، لان التمليك بعدها فكيف يقبل قبلها .

قوله : وتفتقرالى الايجاب والقبول

يجوز عودالضمير المستكن في « تفتقر » الى الوصية، فيكون افتقار الكل الى اجزائه . ويجوز عوده الى التمليك أو التسليط ، فيكون افتقار المعلول الى علته .

---

١) الابضاع : هو ان يدفع الانسان الى غيره مالا ليبتاع به متاعاً ولا حصة له فى ربحه بخلاف المضاربة .

وهنا فوائد :

(الاولى) الوصية ان كانت في جهة عامة أو للفقراء أو بالعتق وشبهه فلا تفتقر الى القبول لتعذره من الجميع ولم يتعين واحد ليكتفي بقبوله فيسقط، والا فلابد من القبول، اذ الاصل في العقود ذلك ، ولانه تمليك لغير[1] فلا يسبق ملكه قبوله كسائر العقود، ولان الموصى له لورد الوصية بطلت ، فلو ملك بمجرد الايجاب لم يزل الملك كما بعد القبول . هكذا قال العلامة[2].

قيل عليه ان الحقيقة الواحدة لا تختلف باختلاف متعلقاتها ، وقد ثبت أنها الايجاب والقبول في حق المعين ، فيكون كذلك في [حق] غير المعين. ولا يلزم من تعذر القبول في الجهة العامة والفقراء تعذره مطلقاً ، لجواز قبول الناظر في تلك المصلحة أو الحاكم أو بعض الفقراء الحاضرين كالطبقة الاولى من الوقف .

(الثانية) قال السيد ابن زهرة يجب كون القبول بعد الوفاة. واختاره العلامة في المختلف[3]. واستدل عليه بعض المتأخرين بأنه يجب اتصال العقود بأحكامها لكونها انشئت فهي علل ، ولاريب أن الملك يحصل بعد الموت فكذا سببه ، وان حصل قبله كان اخباراً عن قبوله بعد الموت لا انشاء .

---

١) كذا في الاصل وفي بعض النسخ : تمليك لمعنى . وفي بعضها : تمليك العين . اقول: والظاهر انه « تمليك لمعين » فلم يسبق الملك القبول فلابد منه كسائر العقود .

٢) قال في القواعد : ولو كانت الوصية لغير معين كفى في التمليك الايجاب والموت ولا يتوقف على القبول . وقال في المختلف ٢/ ٥٢ : والمعتمد ان نقول : الوصية ان كانت لغير معين كالفقراء ... لم يفتقر الى قبول ولزمت بمجرد الموت .. وان كانت لمعين افتقرت الى القبول ولا يحصل الملك قبله ـ الخ .

٣) في المختلف ٢/ ٥١ : وهل يشترط وقوع القبول بعد الموت نقل ابن ادريس عن بعض علمائنا ذلك بخلاف الوصية لانها عقد منجز في الحال فجاز القبول فيها بخلاف

وقال ابن ادريس بجواز حصوله بعد الموت وقبله[1]، واختاره المصنف والعلامة في غير المختلف[2]. وعليه الفتوى، لانا لانسلم أنه لو حصل قبله كان اخباراً والا لكان الايجاب اخباراً وهو باطل .

هذا ، وقد تقدم مخالفة هذا العقد للاصول، فيجوز فيه مالا يجوز في غيره.

(الثالثة) اختلف في ملك الموصى له متى يحصل ، قال الشيخ في المبسوط والخلاف[3] يحصل بالموت، وهو قول الشافعية فانهم قالوا يدخل في ملك الموصى له بغير اختياره كالميراث فالقبول كاشف. وقال ابن ادريس[4] انه بالموت والقبول معاً ، وحكاه الشيخ في المبسوط قولا .

ويظهر منه في الخلاف اختياره، لانه قال في كتاب الفطرة : لو أوصى بعبد ومات قبل الهلال ولم يقبل الموصى له الا بعده لم يلزم أحداً فطرته[5]. وعلى الاول فطرته على الموصى له .

وقال في المبسوط قولا ثالثاً حكاه عن بعضهم انه يكون مراعى أن قبل الموصى

قبول الموصى له فانه لايعتد به الا بعد الوفاة لان الوصية تقتضى تمليكه فى تلك الحال فتأخر القبول اليها. واظنه قصد بذلك السيد ابن زهرة لانه نقل كلامه قال ابن ادريس ولا ارى بأساً بقبوله قبل الموت وبعده وعلى كل حال لانه لا مانع منه والوجه عندى الاول لانه اوجب له بعد موته فقبله ليس محلا للقبول فأشبه قبل الوصية .

١) السرائر : ٣٨٣ ونقلنا نص قوله قبيل هذا .

٢) قال فى القواعد : وقبول ـ اى وتفتقر الى قبول ـ بعد الموت ولا اثر له لو تقدم . وقال فى التحرير ١/ ٢٩٢ : ولو قبل قبل الوفاة جاز وبعد الوفاة آكد وان تأخر القبول عن الوفاة جاز مالم يرد . الى آخر قوله .

٣) الخلاف ٢/ ٣١٣ .

٤) السرائر ٣٨٧ قال فيه : والذى يقوى فى نفسى انه لاينتقل بالموت بل بانضمام القبول من الموصى له لا بمجرد الموت ، لانه بالرد بعد الموت يعود الى الورثة .

٥) الخلاف ١/ ٣٣٠ .

ولا يجب العمل بما يوجد بخط الميت .

وقيل ان عمل الورثة ببعضها لزمهم العمل بجميعها ، وهو ضعيف .

له علمنا أنه انتقل اليه بالموت انتقالا غير مستمرو بالقبول استقروان لم يقبل علمنا أنه انتقل بالموت الى الوارث .

واختار المصنف في الشرائع الثاني[1]، واختار العلامة[2] في المختلف والقواعد الاول وفي الذكرة الثالث. ولكل فريق استدلال مذكور في المطولات ذكرنا بعض ذلك في «كنز العرفان»[3]، ونحن أيضاً فيما بعد من الشرح .

(الرابعة) لورد الموصى له الوصية في حياة الموصى فليس لرده أثر بل له القبول بعد الموت مع بقاء الموصى على وصيته ، واما لورد بعد الموت فله أحوال :

« ١ » ـ أن يرد قبل القبول ، فتبطل الوصية .

« ٢ » ـ بعد القبول والقبض ، فلاأثر للرد اجماعاً بل الملك له .

« ٣ » ـ بعد القبول وقبل القبض ، ففيه قولان مبنيان على أن القبض شرط في اللزوم كالوقف أوالصحة كالهبة أوليس شرطاً مطلقاً كالبيع . فقوى الشيخ الاول ، وهوالبطلان ، والحق خلافه لاصالة عدم اشتراط الملك بالقبض .

(الخامسة) القبول هنالايشترط كونه لفظاً بل يكفي الفعل الدال على الرضا صريحاً ، كالاخذ والتصرف فيه لنفسه وعرضه على المتبايعين وشبهه .

قوله : ولايجب العمل بما يوجد بخط الميت، وقيل ان عمل الورثة ببعضها لزمهم العمل بجميعها ، وهوضعيف

---

١) الشرائع : ١٥٤ قال : ولا ينتقل بالموت منفرداً عن القبول على الاظهر.

٢) المختلف ، الجزء الثالث : ٥١ .

٣) كنز العرفان ٢ / ٩٤ .

القول للشيخ في النهاية[1] استناداً الى رواية ابراهيم بن محمد الهمداني قال كتبت الى ابى الحسن عليه السلام : رجل كتب كتاباً بخطه ولم يقل لورثته هذه وصيتي ولم يقل اني قد اوصيت الا أنه كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصي به هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك ؟ فكتب عليه السلام ان كان له ولد ينفذون كل شيء يجدونه في كتاب أبيهم في وجه البر وغيره[2].

وقال ابن ادريس: الوجه أن الورثه ان أقروا بما في الكتاب يلزمهم العمل به، وان اقروا ببعضه لم يلزمهم الا العمل بما أقروا به دون كله. وهذا هو الصحيح والرواية لاتدل على ماقاله الشيخ كما ترى. وقوله «ينفذون» صفة لولد وجواب الشرط محذوف تقديره ان كان له أولاد ينفذون ما وجدوه في كتاب أبيهم فلهم ذلك ، أي على وجه الاستحباب لا اللزوم .

ان قلت : يحتمل أن يكون قوله « ينفذون » خبراً يراد به الامر، مثل قوله «والوالدات يرضعن أولادهن »[3] أي ليرضعن، وكذا هنا يكون تقديره لينفذوا.

قلت: ذلك مجاز والاصل عدمه، وعلى تقديره هل تدل على وجوب العمل بكل ما يجدونه ولم يقل به الشيخ ولاغيره، فالعمل بمدلولها متروك بالاجماع .

وهنا فوائد :

(الاولى) لاتكفي الكتابة للقادر على اللفظ وان اشار أو أشهد بما فيها من وجوب العمل .

(الثانية) لو قال للشاهد « اشهد علي بما في هذا الكتاب فاني عالم به » لم يصر متحملا حتى يقرأه عليه فيقربه أو يتلفظ المشهد به.

وقيل اذا حفظ الشاهد الكتاب عنده تسلط على الشهادة في الحياة والممات.

---

١) النهاية : ٦٢١ .

٢) الوسائل ١٣ / ٤٣٧ .

٣) سورة البقرة : ٢٣٣ .

ولا تصح الوصية بمعصية كمساعدة الظالم. وكذا وصية المسلم للبيعة والكنيسة.

(الثاني) في الموصى: ويعتبر فيه كمال العقل والحرية.

وفي وصية من بلغ عشراً في البر تردد، والمروى: الجواز.

وهو بعيد لانه غرر وخطر لجواز غفلة الكاتب حال كتابته فيزيد حرفاً أو كلمة أوينقصهما بحيث يختلف المعنى المراد له.

(الثالثة) لاخلاف أنه لو كان أخرس أوعاجزاً عن النطق تصح الشهادة عليه بالكتابة أوالاشارة مع القرينة الدالة على فهمه وارادته.

قوله: وفي وصية من بلغ عشراً في البر تردد، والمروى الجواز

ينشأ من الحجر عليه مطلقاً فلايمضى تصرفه براً كان أوغيره، ومن فتوى الشيخين[1] وابن بابويه والقاضي وسلار بجواز وصيته في البر اذا بلغ عشراً اعتماداً على الروايات[2].

واعلم أن في تصرفات الصبى في المعروف أقوالا:

«١» - قول ابن ادريس[3] بالمنع مطلقاً.

«٢» - قول ابن الجنيد اذا وصى الصبى وله ثمان سنين والجارية ولها سبع سنين بما يوصى به البالغ الرشيد جاز.

«٣» - قول الشيخ بجواز تصرفه في المعروف من وقف وهبة ووصية وصدقة[4].

---

١) النهاية: ٦١١.

٢) راجع الوسائل ١٣/٤٢٨ الباب ٤٤ من كتاب الوصايا.

٣) السرائر: ٣٨٨.

٤) قال في النهاية: ٦١١: وكذلك يجوز صدقة الغلام اذا بلغ عشر سنين وهبته وعتقه اذاكان بالمعروف وفي وجه البر. ولم يذكر فيه «الوقف».

« ٤ » ـ مثله قول المفيد[1] الاالهبة .

« ٥ » ـ قول سلار مثله الاالهبة والوقف .

« ٦ » ـ قول التقي لاتمضي وصية من لم يبلغ عشرسنين والمحجور عليه الا ما تعلق بأبواب البر .

وأما الروايات : فالاولى رواية ابن بابويه عن عبدالرحمن بن ابى عبدالله عن الصادق عليه السلام : اذا بلغ الغلام عشرسنين جازت وصيته[2].

« الثانية » زرارة عن الباقرعليه السلام : اذا أتى على الغلام عشرسنين فانه يجوزله في ماله ما أعتق أوتصدق وأوصى على حد معروف وحق فهوجائز[2].

« الثالثة » ابى بصيرعن الصادق عليه السلام صحيحاً : اذا بلغ الغلام عشر سنين فأوصى بثلث ماله جازت وصيته، واذاكان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسيرفي حق جازت وصيته[2].

« الرابعة » محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام صحيحاً : ان الغلام اذا حضره الموت فأوصى ولم يدرك جازت وصيته لذوي الارحام ولم يجز للغرباء[2].

وروى الشيخ روايات أخرتضمن هذا المعنى قال العلامة: هذه الروايات وان كانت متظافرة والاقوال مشهورة لكن الاحوط عدم انفاذ وصيته مطلقاً حتى يبلغ ، لعدم كونه أهلا للتصرف في الاموال[3] .

---

١) المقنعة ١٠٢ قال فيه : واذا بلغ الصبى عشر سنين جازت وصيته فى المعروف من وجوه البر ـ الى ان قال ـ : ولا يجوز وصية الصبى والمحجور عليه فيما يخرج من وجوه البر والمعروف وهبتهما باطلة ووقفهما وصدقتهما كوصيتهما جائزة اذا وقعا موقع المعروف .

٢) الوسائل ١٣/ ٤٢٩ .

٣) المختلف ٢/ ٦٢ .

ولوجرح نفسه بما فيه هلاكها ثم أوصى لم تقبل، ولو أوصى ثم جرح قبلت .

أقول : التحقيق هنا أن قوة التمييز والتعقل ليس حصولها مشروطاً بزمان البلوغ الشرعي ، وهو أحد الثلاثة المتقدمة ، لجواز الحصول قبل ذلك ، ولهذا كان الدليل مقتضياً لتكليفه بالتكاليف العقلية عند حصول تلك القوة واستحقاق الثواب في مقابل القيام بتلك التكاليف . واذا كان كذلك فلم لايجوز أن يحصل له داع عقلي الى فعل الخير في ذلك الزمان ، فلومنعناه مع الحجر عليه حال حياته من التصرف لزم المنع من الالطاف المقربة الى تحصيل الثواب، وهو قبيح عقلا . فاذاً قول الشيخين لابأس به وتعضده الروايات المتظافرة .

وقول العلامة « الاحوط عدم انفاذ وصيته » ممنوع ، بل الاولى أن تنفذ خصوصاً اذا كانت لجهة عامة ، فينبغي لوارثه انفاذها احتياطاً لبراءة ذمته، اذ الروايات تقتضي ذلك ، فيكون الاحوط له الانفاذ .

قوله : ولوجرح نفسه بما فيه هلاكها ثم اوصى لم تقبل، ولواصى ثم جرح قبلت

أما الحكم الاول فهومذهب الشيخين[1] والتقي والقاضي ، ومستنده رواية ابى ولاد عن الصادق عليه السلام : ان كان أوصى بوصية بعد ما أحدث في نفسه من جراحة أوقتل لعله يموت لم تجز وصيته[2].

واختلف في تعليله : فقيل ان المنع لمكان سفهه، اذ لا يصدر مثل ذلك عن عاقل ، وقيل لعدم استقرار حياته .

---

١) المقنعة ١٠٣ ، التهذيب ٩/٢٠٧ .

٢) الفقيه ٤/١٥٠ ، الكافى ٧/٤٥ ، التهذيب ٩/٢٠٧ .

وتظهر الفائدة في من أوصى وهورشيد لكنه غيرمستقر الحياة، فان وصيته تبطل على الثاني لاالاول .

لكنه ممنوع ، فان اكثرالوصايا يصدرحال المرض المدنف الذي يحصل معه الاشراف على الموت غالباً ، ولان الرواية أعم من ذلك .

وقال ابن ادريس[1] ان كان عقله ثابتاً فالوجه صحة وصيته كما يصح في باقي تصرفاته ، ولعموم وجوب العمل بالوصية وتحريم مخالفتها ، بدلالة قوله تعالى «فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه»[2].

قال العلامة في المختلف ولابأس بذلك[3].

وفيه نظر ، لانا سلمنا أن ثبات عقله هو المناط لصحة تصرفاته، لكن ثبات عقله هنا ممنوع فان جراحته نفسه بما فيه هلاكه دليل على اختلال عقله . وأما الحكم الثاني ـ أعني أنه لوأوصى ثم جرح نفسه تصح وصيته ـ فلاصالة صحة تصرفاته والاختلال انما حصل بعد ذلك .

وهنا فوائد :

(الاولى) هل تصح وصية السفيه ؟ ظاهر ابن حمزة عدم الصحة مطلقاً والمفيد وسلار والقاضي جوازها في البر كالصبى، والعلامة منعها تارة مطلقاً وأجازها أخرى مطلقاً . والاولى الصحة في المعروف خاصة .

---

١) السرائر ٣٨٦ قال فيه : والذى يقتضيه اصولنا وتشهد بصحته ادلتنا ان وصيته ماضية صحيحة اذا كان عقله باقياً ثابتاً عليه .

٢) سورة البقرة : ١٨١ . وراجع السرائر: ٣٨٦ .

٣) المختلف ٢/٥٧ قال : وقول ابن ادريس لابأس به . وقال قبيل هذا : والوجه الاول ـ اى وصيته مردودة ـ لنا انه سفيه فلا ينفذ تصرفه ، ولانه فى حكم الاموات فلا يتصرف فى مال غيره ، ولانه قاتل نفسه فلا يتصرف فى ماله ، كالوارث لوقتله منع منه ، ولما رواه ابوولاد عن الصادق عليه السلام .

وللموصى الرجوع فى الوصية متى شاء .

(الثالث) فى الموصى له : ويشترط وجوده . فلا تصح لمعدوم، ولا لمن ظن بقاؤه وقت الوصية فبان ميتاً .

وتصح الوصية للوارث ـ كما تصح للاجنبى ، وللحمل بشرط وقوعه حياً .

(الثانية) المفلس تصح وصيته قطعاً لعدم مصادفتها المال المحجور عليه ، ولانها بعد اداء الدين اجماعاً .

(الثالثة) لايشترط في الموصى الاسلام، فتصح من الكافر لمثله مطلقاً وللمسلم لكن بما يجوز تملكه له .

قوله : وللموصى الرجوع فى الوصية متى شاء

لانها عقد جائز. ثم الرجوع قديكون لفظاً اما صريحاً كرجعت أولا تعطوه شيئاً وأمثاله ، أولزوماً كالوصية لغيره بذلك الشيء ، أوصدور تصرف يستلزم ثبات ملكه عليه كالبيع والعتق والهبة . وغير لفظ كفعل يستلزم تغيير اسمه ، كما لو أوصى بحب فزرعه أوبيض فأحضنه[1] أودقيق فخبزه أوخبز فدقه فتيتاً .

قوله : وللحمل بشرط وقوعه حياً

شرح هذه الجملة بمسائل :

(الاولى) انه يشترط مع وقوعه حياً أن يكون لدون ستة أشهر من حين الوصية ليتحقق وجوده حالتها ، ولو وضعته ما بين الستة الى السنة وهي خالية من زوج أو مولى صحت الوصية وملك . ولو كان لها أحدهما : قيل لايستحق لاحتمال

---

١) حضن الطائر بيضه : ضمه تحت جناحه، احضن الطائر بيضه : اذا جثم عليه .

تجدده، وقيل بل يستحق عملا بالعادة الغالبة من الوضع في هذه المدة . وهو اختيار المصنف ، ولذلك أطلق هنا وفي الشرائع[1].

(الثانية) الحمل المذكور سواء كان له أو لغيره، وسواء كان لرشدة[2] أو لغيرها الا أن يقصد كونه للزنا فتبطل .

(الثالثة) ان اتحد الحمل فالكل له ، وان تعدد قسم بالسوية ، وان اختلفوا في الذكورة والانوثة .

(الرابعة) قال ابن ادريس: يشترط قبول وليه بعد انفصاله حياً[3]. قال العلامة في المختلف[4]: يمكن عدم اشتراطه لوجوب ذلك على الولي مع المصلحة ، فاذا امتنع سقطت ولايته وصارت الولاية للشارع وقد حصل بالايجاب . قال الشهيد : وفي هذه المقدمات منع ظاهر .

أقول : يريد بالمقدمات :

« ١ » ـ وجوب القبول على الولي ، ومستنده وجوب الاكتساب عليه ، ووجه المنع أصالة عدم وجوب التكسب عليه .

« ٢ » ـ كونه اذا لم يقبل سقطت ولايته . وهو ممنوع بل يجبره الحاكم ، اذ الفرض أن القبول واجب عليه ، وكل من أخل بواجب أجبر على فعله .

« ٣ » ـ كون ايجاب الشارع قبولا ممنوع ، اذ لا دليل عليه .

---

١) الشرائع ١/١٥٨ قال : وتصح الوصية للحمل الموجود وتستقر بانفصاله حياً ولو وضعته ميتاً بطلت الوصية .

٢) في المصباح : وهو لرشدة اى صحيح النسب بكسر الراء والفتح لغة . وللسيد المحقق الحكيم الميرداماد في هذه الكلمة واختها « لغية » تحقيق من أراد الاطلاع عليه فليراجع كتابه « الرواشح السماوية » : ٨١ . ونقلناه أيضاً في تعليقتنا على « نضد القواعد » ص ٢٨٠ .

٣) السرائر : ٣٩٠ .

٤) المختلف ٢/٦٠ .

ويمكن ان يجاب عن الاول بأن التكسب واجب قدر الحاجة فيمكن أن تكون حاصلة حينئذ، وعن الثاني أن ذلك موجب لفسقه المسقط لولايته، وعن الثالث بأنه لم يصرح بكونه قبولا . نعم يكون حينئذ كالوصية للجهة العامة .

(الخامسة) لومات الحمل بعداستهلاله انتقل ما أوصى له به الى وارثه ان قبل الولي أوقلنا لاحاجة الى القبول. ويمكن أن يقال يقبل الوارث على أحد الاحتمالين .

(السادسة) قال في المبسوط[1]: اذا أوصى لحمل المرأة من فلان فأنكره ونفاه باللعان صحت الوصية ، قيل عليه أنه انما أوصى لابن فلان ولم يثبت كونه له فتكون الوصية لمعدوم فلاتصح. والتحقيق أن تعلق غرض الموصى بالانتساب الى الاب المذكور فنفاه بطلت والا فلا .

قوله : وللذمي ولوكان أجنبياً ، وفيه اقوال

(الاول) قول الشيخ في المبسوط لا تصح الوصية للكافر الاجنبي[2].

(الثاني) قوله في الخلاف[3] لاتصح للحربي وتجوز للذمي . قال : ومنا من يقيدها بذي القرابة خاصة.

(الثالث) قوله في النهاية[4] تجوز لاحد أبويه وبعض قراباته وان كانوا كفاراً .

---

١) المبسوط ٤/١٣ .

٢) المبسوط ٤/٦٢ قال : وعندنا يصح للذمي اذاكانوا اقاربه . وقال في ص ٦٣: تصح الوصية للذمي اذا كانوا اقاربه ولا تصح لاهل الحرب وفيه خلاف.

٣) الخلاف ٢/٣١٦ .

٤) النهاية : ٦٠٩ .

(الرابع) قول المفيد[1] يجب دفع الموصى به الى الموصى له ولو كان كافراً .

(الخامس) قول القاضي الصحيح أن لايوصى للكافر.

(السادس) سلارلاتجوز الوصية للاجنبى الضال عن الدين .

(السابع) التقي تجوز الوصية للكافر ان كانت مكافأة على مكرمة دنيوية أومبتدأ بها .

(الثامن) قول ابن ادريس[2] الوصية تصح للكافرذارحم كانأواجنبياً ، لانها عطية وليس من شرطها القربة .

وعبارة المصنف تؤذن بأن الخلاف فيالذمي دون الحربى. وليس الامر كذلك ، لما تلوناه من هذه الاقوال الدالة صريحاً على أن الخلاف في مطلق الكافر. اللهم الاأن يكون المراد من الكافرفيعبارتهم هوالذمي اطلاقاً للعام على الخاص واستسلافاً لماتقرر عندهم أن مال الحربى غيرمعصوم وأنه لايدخل في ملكه مالالمسلم، فلوصحتالوصية له لوجب دفعها اليه عملابقوله تعالى « فمن بدله بعدما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه »[3]. لكن لايجب ، لماقلناه من الاجماع على جوازالاستيلاء عليه .

اذا عرفت هذا فوجه ما قاله المصنف مارواه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام في رجل أوصى بماله في سبيل الله . قال: اعط لمن أوصى له به وان كان يهودياً أونصرانياً ، ان الله يقول « فمن بدله بعد ما سمعه » الاية[4].

---

١) المقنعة : ١٠٢ .

٢) السرائر : ٣٨٦ .

٣) سورة البقرة : ١٨١ .

٤) الكافى ٧/ ١٤ ، التهذيب ٩/ ٢٠١ ، الفقيه ٤/ ١٤٨ ، الاستبصار ٤/ ١٢٨ .

ولا تصح للحربي ، ولا لمملوك غير الموصى ولو كان مدبراً أو أم ولد .

نعم لو أوصى لمكاتب قد تحرر بعضه مضت الوصية في قدر نصيبه من الحرية .

قوله : ولالمملوك غيرالموصى ولوكان مدبراً اوام ولد. نعملواوصى لمكاتب قد تحرربعضه مضت الوصية في قدر نصيبه من الحرية

هنا مسائل :

(الاولى) مملوك الغيرلاتصح الوصية له اجماعاً، ولعموم قول أحدهما عليهما السلام :لاوصية لمملوك[1]. ولان الموصى له يملك ولاشيء من العبد يملك على الاقوى فلاتصح الوصية له .

ان قلت : الكبرى منقوضة بعبد الموصى .

قلت : خرج ذلك بالاجماع فيبقى الباقي على أصله .

(الثانية) مدبر الغير جوز المفيد[2] وسلار الوصية له، وجعله الشيخ في المبسوط حكم القن في المنع ، وكذا ابن حمزة وابن ادريس . وهو الاشبه .

(الثالثة) أم الولد للغير ولانعرف خلافاً في منع الوصية لها .

(الرابعة) مكاتب الغير جوزها المفيد[2] وسلار مطلقاً، ويظهر من[3] الشهيد اختيار هذا لانها نوع اكتساب والمكاتب غير ممنوع منه. وهو قوي ومنعها الشيخ وابن حمزة وابن ادريس مطلقاً ، وفصل المصنف بالمنع للمشروط والمطلق غير

---

١) التهذيب ٩/ ٢١٦ ، الاستبصار ٤/ ١٣٤ .

٢) المقنعة : ١٠٢ .

٣) الدروس : كتاب الوصية .

وتصح لعبد الموصى ومدبره ومكاتبه وأم ولده .

ويعتبر ما يوصى به لمملوكه بعد خروجه من الثلث .

فان كان بقدر قيمته أعتق ، وكان الموصى به للورثة .

وان زاد أعطى العبـد الزائد ، وان نقص عن قيمته سعى فى الباقى .

وقيل : ان كانت قيمته ضعف الوصية بطلت ، وفى المستند ضعف .

المؤدي، وأما المؤدي فتصح له بقدرما تحرر منه وتبطل بقدر الرقية . والحجة في ذلك كله ما تقدم .

قوله: وتصح لعبد الموصى ومدبره ومكاتبه وام ولده، ويعتبر ما أوصى به لمملوكه بعد خروجه من الثلث فان كان بقدر قيمته اعتق وكان الموصى به للورثة ، وان زاد اعطى العبد الزائد ، وان نقص عن قيمته سعى فـى الباقى . وقيل ان كانت قيمته ضعف الوصية بطلت ، وفى المستند ضعف

لاخلاف في صحتها لهؤلاء الاربعة: أما ام الولد فسيأتي حكمها ، وكذا المكاتب ، يبقى القن والمدبر ولهما أحوال ثلاثة :

« ١ » ـ أن تكون الوصية بقدر قيمتهما فيصرف ذلك الى عتقهما ويكون ما أوصى لهما به للورثة .

« ٢ » ـ أن تزيد على القيمة، وحكمه كما تقدم الأن الزائد يكون للعبد .

« ٣ » ـ أن تكون قيمتهما زائدة عن الوصية فيعتق منه بقدرها وسعى فـي الباقي من قيمته ويعتق، وهو مذهب الشيخ في الخلاف[1] والتقي وعلي بن بابويه

---

١) الخلاف : ٢/٣١٢ .

وابن ادريس[1] واختيار المصنف .

وقال الشيخان في النهاية[2] والمقنعة : ان كانت القيمة ضعف الوصية بطلت ومستندهما رواية الحسن بن صالح بن حي عن الصادق عليه السلام في رجل أوصى لمملوك له بثلث ماله . فقال : يقوم المملوك بقيمة عادلة ثم ينظر ما ثلث الميت فان كان الثلث أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد في ربع القيمة وان كان الثلث أكثر من قيمة العبد أعتق العبد ودفع اليه ما فضل من الثلث بعد القيمة[3].

وهي دالة بمفهومها على المدعى ، وذلك لانه عليه السلام حكم بالاستسعاء اذا كان الثلث بأزاء ثلاثة أرباع العبد وبالعتق واعطاء الفاضل ان فضل ، وذلك يستلزم العتق ان ساوى والاستسعاء ان زاد على ثلاثة الارباع بطريق الاولى وعدم الاستسعاء ان نقص عن ثلاثة الارباع. وذلك يستلزم بطلان العتق، لان الاستسعاء لازم لعتق بعض العبد في الاكثر ، وانتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم فينتفي عتق ذلك البعض . وظاهر انتفاء عتق الباقي ، لعدم احتمال المال له .

وهذا كله ان تم ، الا أنه لايلزم منه التحديد بالضعف ، فانه متى نقص عن ثلاثة الارباع كان وافياً بالمفهوم .

وهذا الاستدلال ضعيف : أما أولا فلان الحسن بن صالح زيدي . وأما ثانياً فلما ثبت في الاصول من بطلان دلالة المفهوم .

وللعلامة[4] هنا تفصيل، وهو أنه ان أوصى له بجزء مشاع من تركته كسدس أو ربع مثلا صحت الوصية والحكم كما تقدم، لان الجزء المشاع يتناول نفسه

---

١) السرائر: ٣٨٦ .

٢) النهاية : ٦١٠ .

٣) التهذيب ٩/٢١٦ ، الاستبصار ٤/١٣٤ .

٤) المختلف ٢/٥٧ .

ولو أعتقه عند موته وليس غيره وعليه دين ، فان كان قيمته بقدر الدين مرتين صح العتق ، والا بطل ، وفيه وجه آخر ضعيف .

أوبعضها ، لانه من جملة الثلث المشاع والوصية له بنفسه صحيحة . والفاضل يستحقه بالوصية، لانه يصير حراً فيملك الوصية فيصير كأنه قال اعتقوا عبدي من ثلثي واعطوه ما يفضل منه . وتؤيده الرواية المذكورة .

وان أوصى لـه بشيء معين بطلت الوصية ، لانه قصد اعطاء عين فلايجوز التخطي الى غيرها ، لانه تبديل وهـو غير جائز للاية[1] ، ولانه عبد ليس له أهلية التمليك .

ولا يجوز له أن يحرر من قيمته العين ، لانه تبديل أيضاً ، ولقول أحدهما عليهما السلام : لاوصية لمملوك[2] . وهو أعم من أن يكون للموصى أولغيره . وهو تفصيل حسن .

قوله : ولوأعتقه عند موته وليس له غيره وعليه دين فان كانت قيمته بقدر الدين مرتين صح العتق والابطل . وفيه وجه آخر ضعيف

يريد بصحة العتق عدم بطلانه مطلقاً ، والالو كان صحيحاً مطلقاً لما استسعى العبد في قدر الدين وفي ثلثى الباقي بعد الدين .

وتحرير البحث هنا أن نقول: اذا نجز عتق العبد المستوعب للتركة وعليه دين وقلنا ان المنجزات من الاصل صح العتق مطلقاً ولاحق للديان فيه ولا استسعاء وان قلنا هي من الثلث ـ كما هو الفتوى ـ فان كان الدين أكثر من القيمة أومساوياً فالعتق باطل قطعاً ، وان كان أقل بالنصف ـ كمـا لو كان الدين ثلاثين والقيمة

---

١) سورة البقرة : ١١٨ .

٢) التهذيب ٩/ ٢١٦ ، الاستبصار ٤/ ١٣٤ .

ستين ـ فانه ينفذ العتق في سدسه وهو مقدار عشرة ويسعى في خمسة اسداسه وهي خمسون ثلاثون للديان وعشرون للوارث .

وهذا مما لاخلاف فيه ، أما اذا كان أقل بالثلث أوالربع أوالسدس مثلا : فقال الشيخان[1] في النهاية والمقنعة يبطل العتق مطلقاً ، ومستندهما رواية جميل عن زرارة عن الصادق عليه السلام : ان كانت قيمته مثل الذي عليه ومثله جاز عتقه والالم يجز[2] . ورواية عبدالرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام : قال : قلت رجل مات وترك عبداً ولم يترك مالا غيره وقيمة العبد ستمائة درهم ودينه خمسمائة فأعتقه عند الموت كيف يصنع فيه ؟ قال : يباع فيأخذ الغرماء خمسمائة وتأخذ الورثة مائة. ثم قال: قلت فان كانت قيمته ستمائة ودينه أربعمائة؟ قال: كذا يباع العبد فيأخذ الغرماء أربعمائة وتأخذ الورثة مائيتن ولايكون للعبد شيء . قال: قلت فان كانت قيمته ستمائة ودينه ثلاثمائة ؟ قال : فضحك ثم قال بعد كلام :فالان يوقف العبد ويستسعى ، ويكون نصفه للغرماء وثلثه للورثة ويكون له السدس[3].

والوجه هنا أن الفاضل عن الدين منه يستحق المريض فيه ثلثه فيصرف ذلك الى العتق المذكور ويسعى العبد في الزائد من ذلك للوارث . وهذا هو الوجه المشار اليه بالضعف ، وينسب الى ابن ادريس .

وأما وجه ضعفه فقال الابى: انه توهم أنه وصية وليس في الرواية دلالة على ذلك بل هو منجز .

أقول: وهذا ليس مما يوجب ضعفه ، لأن المنجزات اذا فرض خروجها

---

١) النهاية : ٦١٠ ، المقنعة ١٠٣ .

٢) التهذيب ٩/٢١٨ ، الكافي ٧/٢٧ ، الفقيه ٤/١٦٦ ، الاستبصار ٤/٧ .

٣) الكافي ٧/٢٦ ، التهذيب ٩/٢١٧ ، الاستبصار ٤/٨ .

ولوأوصى لام ولده صح، وهل تعتق من الوصية أو من نصيب الولد ؟ قولان .

فان اعتقت من نصيب الولدكان لها الوصية .

وفى رواية أخرى تعتق من الثلث ولها الوصية .

من الثلث فلا فرق بينها وبين الوصية في التأخر عن الدين وصرفها الى ثلث الباقي .

والحق ما قاله ابن ادريس ، وتؤيده الادلة المتظافرة بصرف المنجزات والوصايا الى ثلث الباقي بعد الدين .

قوله : ولواوصى لام ولده صح، وهل تنعتق من الوصية اومن نصيب الولد؟ فيه قولان، فان اعتقت من نصيب الولدكان لها الوصية، وفى رواية اخرى تعتق من الثلث ولها الوصية

لاخلاف عندناأنه مع عدم الوصية تعتق من نصيب الولد ، أما مع وجودها فقال الشيخ[2] هوأيضاً كذلك وتعطى الوصية، واحتج عليه بما في كتاب العباس أنه تعتق من نصيب ولدها ويعطى من ثلثه ما أوصى لها به[1].

---

١) النهاية : ٦١١ .

٢) فى كتاب العباس ـ الى آخره ـ ذيل الحديث الذى فى الكافى ٧ / ٢٩ ، التهذيب ٩ / ٢٢٤ عن جميل بن صالح عن ابى عبيدة قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل كانت له ام ولد وله منها غلام فلما حضرته الوفاة اوصى لها بألفى درهم او اكثر للورثة ان يسترقوها . قال : فقال لابل تعتق من ثلث الميت وتعطى من ثلثه ما اوصى لها به . وفى كتاب العباس : تعتق ـ الى آخره . وقال فى الجواهر : وكأن المراد انه قدروى الخبر المزبور فى كتاب العباس على هذا النحو .

واختاره العلامة محتجاً بأن التركة تنتقل بالموت الى الوارث فيثبت ملك الولد على جزء منها فتعتق عليه[1].

وقال ابن ادريس[2] بل تعتق من الوصية لتأخر استحقاق الوارث عن الوصية والدين فتملك قبل ملك ولدها فيصرف الى عتقها ، كما لو أوصى لعبده بشيء فانه يصرف الى عتقه .

وأجاب عنه العلامة بأن استقرار ملك الوارث متأخر لأصل الملك[3] .

وقال ابن الجنيد يتخير الوارث ، فانه قال الوصية لام الولد جائزة وتعتق من وصيتها أو من نصيب ولدها وتعطى بقية الوصية. يريد أنه ان عتقت من الوصية وفضل منها فتعطى ذلك الباقي .

قوله : وفي رواية اخرى ـ الى آخره

اشارة الى رواية ابى عبيدة عن الصادق عليه السلام سأله عن رجل كانت له أم ولد له منها غلام فلما حضرته الوفاة أوصى لها بألفي درهم أو اكثر أللورثة أن يسترقوها . قال : لابل تعتق من ثلث الميت ويعطى ما أوصى لها به[4].

وبمعناها رواية احمد بن محمد بن ابى نصر عن الرضا عليه السلام[5]. وهما صحيحتان .

---

١) المختلف ٢/٥٨ .

٢) السرائر : ٣٨٦ .

٣) راجع المختلف ٢/٥٨ ، التذكرة في البحث الثاني في الوصية للعبد وشبهه من كتاب الوصية ، مسألة يصح ان يوصى الانسان لام ولده .

٤) مرت قبيل هذا .

٥) اخرجها في الكافي ٧/٢٩ ، التهذيب ٩/٢٢٤ .

وفى الوصيـة لاخواله وأعمامه روايـة بالتفضيل كالميراث والاشبه : التسوية .

وأولهما العلامة بأنه اعتقها وأوصى لها فتعتق من الثلث حينئذ ولها الوصية وأولهما غيره بأن المراد بقوله « تعتق من الثلث » أي من الوصية ويعطى ما فضل من الوصية على تقدير الفضل .

والتحقيق أن التأويل هو ترجيح الاحتمال المرجوح بدليل ، فمالم يحتمله اللفظ لايجوز التأويل به . ولاشك ان التأويلين المذكورين ليس للفظ الرواية عليهما دلالة . اللهم الا ان يقال: انما اضطرنا الى التأويل انعقاد الاجماع على عدم العمل بهما لكنهما صحيحتان ، فاضطررنا الى حملهما على وجه سائغ .

قوله : وفـى الوصية لاخواله وأعمامه رواية بالتفضيل كالميراث ، والاشبه التسوية

الرواية ذكرها الصدوق في الفقيه والشيخ في النهذيب عن زرارة عن الباقر عليه السلام في رجل أوصى بثلث ماله في أخواله وأعمامه . قال : لاعمامه الثلثان ولاخواله الثلث[1].

وأفتى بها الشيخ في النهاية[2] ، ومنعه ابن ادريس[3] وقال هي من الاحاد والحمل على الميراث قياس. وعليه الفتوى. أما لو قال « على كتاب الله » أو علم من قصده التفضيل اتبع .

---

١) الكافى ٧/ ٤٥ ، التهذيب ٩/ ٢١٤ ، الفقيه ٤/ ١٥٤ ، الوسائل ١٣/ ٤٥٤ .

٢) النهاية : ٦١٤ قال : واذا اوصى الانسان بشيء معين لاعمامه واخواله كان لاعمامه الثلثان ولاخواله الثلث .

٣) السرائر: ٣٨٩ .

واذا أوصى لقرابته فهم المعروفون بنسبه .

وقيل : لمن يتقرب اليه بآخرأب فى الاسلام.

قوله : ولوأوصى لقرابته فهم المعروفون بنسبه ، وقيل لمن يتقرب اليه بآخراب فى الاسلام

ذكر الشيخ في المبسوط[1] أنه ليس لاصحابنا نص عن الائمة عليهم السلام هنا ، وحكى أقوالا أربعة :

(الاول) لمن تقرب اليه بآخرأب في الاسلام دون من تقرب اليه بأب في الكفر، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: قطع الاسلام أرحام الجاهلية[2] واختاره في النهاية[3].

وفيه نظر لمنع صحة السند أولا والدلالة ثانياً ، ومنع مساواة باقي اقسام الكفر للكفر الجاهلية ، ولهذا قال في الشرائع : وهوغيرمستند الى شاهد[4] .

(الثاني) للمحرم من ذوي الارحام لاغير المحرم كبني الاعمام .

(الثالث) للوارث دون غيره من الاقارب .

(الرابع) لمن يصدق عليه عرفاً أنه من أقاربه وان لم يكن وارثاً ولامحرماً واختاره في المبسوط والخلاف[5] ، وهومذهب الشافعي واختاره ابن ادريس[6]

---

١) المبسوط ٤/ ٤٠ .

٢) لم اجده بعد الطلب من مظانه . وهوالهادى .

٣) النهاية : ٦١٤ قال : واذا اوصى بثلث ماله لقرابته ولم يسم احداً كان ذلك فى جميع ذوى نسبه الراجعين الى آخراب له وام له فى الاسلام ويكون ذلك بين الجماعة بالسوية .

٤) الشرائع ١/ ١٥٨ .

٥) المبسوط ٤/ ٤٠ ، الخلاف ٢/ ٣١٥ .

٦) السرائر : ٣٨٩ .

ولو أوصى لاهل بيته دخل الاولاد والاباء .

والقول فى العشيرة والجيران والسبيل والبر والفقراء كمامر فى الوقف .

وعليه الفتوى ، للقاعدة الاصولية ، وهي الحمل على العرف اذا لم يكن نص شرعي .

ولابن الجنيد قول خامس، وهوأن لايتجاوز بالتفرقة ولدالاب الرابع، لان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لم يتجاوز ذلك في تفرقة سهم ذي القربى من الخمس .

قوله : ولواوصى لاهل بيته دخل الاولاد والاباء

وكذا لوقال لاهل بيت فلان كان لاولاده وآبائه. وقال المصنف في الشرائع والعلامة في التحرير[1] يدخل في أهل البيت الاباء والاولاد والاجداد .

وفيه نظر ، فان علياً عليه السلام سيد أهل البيت وليس من الاقسام الثلاثة فالاولى اضافة الاعمام والاخوال كما نقل العلامة في القواعد[2].

ويدخل في ذلك الذكور والاناث سواء تقربوا بالاب أوبالام أوبهما معاً . واختصاص أهل البيت بالخمسة في النص القرآني لمكان اختصاصهم باذهاب الرجس والتطهير المقتضي ذلك لعصمتهم عليهم السلام والصلاة[3].

---

١) الشرائع ١٥٨/١ ، التحرير ٣٠١/١ .

٢) القواعد ، المطلب الثالث فى الموصى له من كتاب الوصية ، قال فيه : .. والاعمام والاخوال واولادهم .

٣) اشارة الى الاية ٣٣ من سورة الاحزاب وهى قوله تعالى « انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس اهل البيت ويطهركم تطهيراً » .

واذا مات الموصى له قبل الموصى انتقل ماكان الى ورثته ، مالم يرجع الموصى على الاشهر.

ولولم يخلف وارثاً رجعت الى ورثة الموصى ، واذا قال : أعطوا فلاناً دفع اليه يصنع به ما شاء .

قوله : واذا مات الموصى لـه قبل الموصى انتقل ما كان للموصي له الى ورثته مالم يرجع الموصى على الاشهر، ولولم يخلف وارثأرجعت الى ورثة الموصى

هنا فوائد :

(الاولى) لاخلاف أنه مع رجوع الموصى تبطل الوصية ، سواء كان قبل الموت أوبعده .

(الثانية) الاكثرعلى أنه اذالم يكن للموصى له وارث فانهاترجع الى الموصى أوورثته ، وقال ابن ادريس تكون للامام لانه وارث مع عدم الوارث .

(الثالثة) لومات وله وارث ولم يرجع الموصى قال الاكثر تكون لوارثه مع القبول سواءكان موته قبل الموصى أوبعده، لرواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام في قضاء علي عليه السلام[1].

وقال ابن الجنيد تبطل الوصية ، واختاره العلامة في المختلف[2]، محتجاً برواية ابى بصيرومحمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام صحيحاً قالا : سئل عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصي. قال ليس بشيء[3]ومثله في رواية منصوربن حازم موثقاً عنه عليه السلام[3]. وبأنا قد قلناان الوصية تفتقر

---

١) الكافى ٧/ ١٣ ، الفقيه ٤/ ١٥٦ ، التهذيب ٩/ ٢٣٠ ، الاستبصار ٤/ ١٣٧ ، الوسائل ١٣/ ٤٠٩ .

٢) المختلف ٢/ ٦٥ .

٣) التهذيب ٩/ ٢٣١ ، الاستبصار ٤/ ١٣٨ ، الوسائل ١٣/ ٤١٠ .

الى القبول ولااعتبار به الابعد موت الموصي .

وفي القولين نظر :

أماالاول:فلان محمد بن قيس مشترك بين ضعيف وغيره وذلك مما يضعف الرواية ، ولان الورثة اماأن تتلقى الملك عن الموصى له وهوباطل لعدم دخوله في ملكه الابالقبول والوفاة ولم يحصلا ، أوعن الموصى وهوباطل أيضاً لعدم قصدهم بالوصية .

وأما الثاني : فلجواز حمل الروايتين على عدم الوارث أوعلى عدم قبوله أوعلى رجوع الموصى ونمنع عدم اعتبار القبول قبل الموت، لجواز حصول الملك به متزلزلا، لجوازرجوع الموصى كما للمشتري الرجوع في مدة الخيار سلمنا انه بعد الموت ، لكن لم لايكون قبول الوارث قائماً مقام قبول مورثهم ويكون القبول موروثاً كالخيار .

(الرابعة) حيث ظهرضعف القولين مطلقاً قال المصنف في فتاواه بأنه اذا مات قبل الموصى بطلت وان مات بعده قبل القبول قام الوارث مقامه . ويمكن أن يقال أيضاً : ان علم تعلق غرض الموصى بالموروث بطلت بموته والا فلا ويقوم الوارث مقامه .

(الخامسة) اذا مات قبل الموصى لم يدخل الموصى به في ملكه، وان مات بعده ففي دخوله وجهان مبنيان على مايحصل به الملك. وقدتقدم حكاية الخلاف فيه .

فعلى القول بدخوله في ملكه بالوفاة يدخل هنا وتلزمه أحكامه من قضاء ديونه ووصاياه والعتق عليه اوكان الموصى به ممن ينعتق عليه والارث أيضاً. والشيخ منع الارث والالزم الدور بناء على القول بالمراعاة ، فان استقرار الملك معتبر بقبوله والارث معتبر بملكه المستقر فيعتبر قبوله فيدور .

ويستحب الوصية لذوى القرابة ، وارثاً كان أوغيره .

(الرابع) فى الاوصياء : ويعتبر التكليف والاسلام .

قال الشهيد : أجيب بأن المعتبر قبول الوارث في الحال .

هذا وعلى القول بأنه لايدخل فى ملكه الا بالوفاة والقبول معاً لايثبت شيئاً من ذلك .

قوله : وتستحب الوصية لذى القرابة وارثاً كان أوغيره

كان ذلك واجباً في مبدأ الاسلام ثم نسخ بآية الارث، وقد تقرر في الأصول أن الوجوب اذا ارتفع بقي الجواز مع أنه جمع بين الصلة والوصية، وسواء كان القريب وارثاً أوغيره للعموم .

وأما الحديث المروي عنه صلى الله عليه وآله وسلم وهو: لاوصية لوارث فباطل[1] عندنا ، ولوصح حمل على نفي الوجوب المنسوخ تأكيداً، أي لاوصية واجبة .

قوله : ويعتبر التكليف والاسلام

هذا ليس على اطلاقه بل التكليف شرط في الوصي المنفرد ، لما يأتي من صحة الوصية الى الصبى منضماً الى البالغ، وكذا الاسلام شرط اذا كان الموصى مسلماً أوالموصى عليه مسلماً ، فلوأسلمت الزوجة تبعها ولدها في الاسلام ولا يصح لابيه الكافر أن يوصى عليه كافراً بل مسلماً .

---

١) سنن ابن ماجة ٢/٩٠٥ ، سنن الترمذى ٤/٤٣٣ . اقول : وروى من الشيعة الحسن بن شعبة فى « تحف العقول » : ٨ الطبع السابق و٣٤ الطبع الجديد عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم فى خطبة الوداع أنه قال : ايها الناس ان الله قد قسم لكل وارث نصيبه من الميراث ولا تجوز وصية لوارث بأكثر من الثلث . كما قال الصدوق : والخبر الذى روى انه لاوصية لوارث معناه انه لاوصية لوارث بأكثر من الثلث كما لايكون لغير الوارث بأكثر من الثلث.

وفى اعتبار العدالة تردد ، أشبهه أنها لاتعتبر .

أما لو أوصى الى عدل ففسق بطلت وصيته .

قوله : وفى اعتبار العدالة تردد اشبهه انها لاتعتبر

ينشأ من كونها امانة ولاشيء من الفاسق بأهل الامانة، ومن أنها استنابة تابعة لاختيار المستنيب فيجوز الى الفاسق كما يجوز توكيله وايداعه. واختار المصنف الثاني لاصالة عدم الاشتراط .

والحق اشتراطها ، لانه مركون اليه في الانفاق على الطفل وفى اخراج الحقوق ، ولاشيء من الفاسق بمركون اليه لقوله تعالى « ولاتركنوا الى الذين ظلموا »[1].

ونمنع مساواتها للوكالة والايداع ، لانهما حق يختص بالموكل والمودع بخلاف الوصية فان للغير بها تعلقاً، اذهو اما اليتيم المولى عليه أوأرباب الحقوق والامانات فيجب اعتماد المصلحة في ذلك .

قوله : اما لوأوصى الى عدل ففسق بطلت وصيته

هذا قول الشيخ في المبسوط[2] . وهوحق ، لان الظاهرأنه لم يوص اليه الالمكان عدالته فتزول الوصية لزوال الباعث ، ولانه اذا خالف المشروع في تصرفاته عزل واستبدل به غيره فكذا اذا فسق.

وقول ابن ادريس[3] بعدم بطلان وصيته، لان بطلانها تبديل منهي عنه. خطأ لان فسقه هوعين التبديل لمخالفته غرض الموصى في البطلان ونصب غيره رفع للتبديل المنهي عنه ورفع المنهي عنه لايكون منهياً عنه .

---

١) سورة هود : ١١٣ .

٢) المبسوط ٤/٥٢ .

٣) راجع السرائر: ٣٨٤ .

ولايوصى الى المملوك الا باذن مولاه .

ويصح الى الصبى منضماً الى كامل لامنفرداً .

ويتصرف الكامل حتى يبلغ الصبى ، ثم يشتركان.

وهنا فوائد :

(الاولى) لوفسق ثم عادت عدالته بالتوبة هل تعود وصيته ؟ الحق لا، لان حدوث الوصية يفتقر الى فاعل ولافاعل الاالحاكم وتوليته ليست وصية .

(الثانية) لوفسق ولما يعلم فسقه هل تكون تصرفاته ماضية في نفس الامرأم لا ؟ يظهر من كلام العلامة[1] والشهيد البطلان . وعندي لوتصرف والحالة هذه حسبة نفذ في الضروريات لاغيرها .

(الثالثة) لوأوصى الىفاسق فتابقبل موتهاستمرت وصيته، سواء علم فسقه أولا لحصول الشرط حال المباشرة .

قوله : ولايوصى الى المملوك الاباذن مولاه

لافرق بين القن والمدبر والمكاتب فياشتراط اذن المولى ، أما لوأوصى الى عبدنفسهأومدبره أومكاتبه فمنعهاالشيخ[2] وجوزهاالمفيد[3] وسلارالى المدبر والمكاتب مطلقاً. وليسذلكبعيداً منالصواب، لحريةالمدبرحالالمباشرة ولزوم الكتابة وجوازتصرف المكاتب من غيرحجرعليه .

---

١) القواعد ، الفصل الرابع فىالوصية بالولاية ... قال فى شروط الوصى : الشرط الرابع العدالة وفىاعتبارها خلاف الاقرب ذلك. الى ان قال: نعم لو اوصى الى العدل ففسق بعد موته عزله الحاكم ونصب غيره .

٢) المبسوط ٤/٦١ قال فيه : اذا اوصى لعبد نفسه اولعبد ورثته صحت الوصية عندنا لان الوصية للوارث صحيح .

٣) المقنعة ١٠٣ ، ١٠٤ .

وليس له نقض ما أنفذه الكامل بعد بلوغه .

ولا تصح الوصية من المسلم الى الكافر وتصح من مثله .

وتصح الوصية الى المرأة .

ولو أوصى الى اثنين وأطلق ، أوشرط الاجتماع ، فليس لاحدهما الانفراد.

قوله : وليس له نقض ما انفذ الكامل قبل بلوغه

هنا فوائد :

(الاولى) يشترط في ما أنفذه الكامل المشروعية، فلو كان غير مشروع كان للصبى نقضه .

(الثانية) لومات الصبى أوبلغ غيرأهل للوصية هل ينفرد الكامل؟ قيل نعم لثبوت ولايته وعدم حصول مايزيلها. وهوحسن، لان الموصى رضي به منفرداً ويحتمل العدم ، لدلالة لفظ الموصى على الضم في وقت امكانه عادة .

(الثالثة) عكسه ، أي لوبلغ الصبى رشيداً ومات الكامل أوفسق الاولى هنا عدم انفراد البالغ الرشيد بل يضم اليه الحاكم .

قوله : وتصح الوصية الى المرأة

نقل الشيخ[1] الاجماع هنا على ذلك ، وروى السكوني عن علي عليه السلام[2] المنع من الوصية اليها وهي مع ضعفها محمولة على التقية أوالكراهية .

قوله : ولواوصى الى اثنين واطلق اوشرط الاجتماع فليس لاحدهما الانفراد

---

١) المبسوط ٤/ ٥٢ قال : واما المرأة فتصح ان تكون وصياً بلا خلاف الامن عطاء فانه لم يجزها .

٢) التهذيب ٩/ ٢٤٥ ، الفقيه ٤/ ١٦٨ ، الاستبصار ٤/ ١٤٠ ، الوسائل ١٣/ ٤٤٢.

ولو تشاحا لم يمض الا مالا بدمنه ، كمؤونة اليتيم .

وللحاكم جبرهما على الاجتماع .

فان تعذر جاز الاستبدال ، ولو التمسا القسمة لم يجز ، ولو عجز أحدهما ضم اليه .

أما لوشرط لهم الانفراد تصرف كل واحد منهما ، وان انفرد ، ويجوز أن يقتسما .

ولو تشاحا لم يمض الا ما لابد منه كمؤنة اليتيم وللحاكم جبرهما على الاجتماع ، فان تعذرجازالاستبدال . ولوالتمسا القسمة لم يجز ، ولو عجز احدهما ضم اليه . أما لوشرط لهما الانفراد تصرف كل واحد منهما وان انفرد ، ويجوزان يقتسما

شرح هذا الكلام يتم بفوائد :

(الاولى) يجوز كون الوصي واحداً واكثر: أما الاول فلامكان قيامه بالغرض المقصود منه ، فلوعلم عدم قيامه بذلك لعجزه أوبلاهته أوسفهه لم تجز الوصية اليه . وأما الثاني فلانه أعون وأضبط لمصلحة التركة والايتام .

(الثانية) لوأوصى الى اكثرمن واحد وخصص كل واحد بنوع من التصرف لم يتعد أحدهم ما عين له ولم يداخل غيره اجماعاً .

(الثالثة) اذا كانوا جماعة وشرط عليهم الاجتماع في كل تصرف لم يجز لواحد الانفراد بشيء وكان تصرفه منفرداً باطلا. وهواجماعي أيضاً .

(الرابعة) لولم يتفق هؤلاء لم يمض تصرف أحد منهم الافيما كان ضرورياً كنفقة اليتيم وحفظ المال من التلف وتحصيله من غريم مماطل أوسيء المعاملة وأمثال ذلك .

(الخامسة) مع التشاح المذكور قال الشيخ[1] واتباعه يجبرهم الحاكم على الاتفاق على التصرف فيما تظهر فيه المصلحة ، وهو المشهور وعليه الفتوى . وقال التقي يردهم الحاكم الى رأي أعلمهم بذلك التصرف وأقواهم فيه .

قال العلامة[2] فيه اشكال من حيث أنه تخصيص لاحدهم بالتصرف وقد منعه الموصي .

وفيه نظر ، اذ لامنافاة بين القولين ، لان ردهم الى رأي الاعلم الاقوى ، هو نفس الاجبار على الاجتماع ، وفيه حسم لمادة الاختلاف .

(السادسة) لو أوصى الى الجماعة أو الاثنين وأطلق فهل حكمه حكم ما لو نص على الاجتماع أم لا ؟ قال الشيخ[3] في المبسوط والخلاف والتقي وابن حمزة وابن ادريس[3] وعلي بن بابويه نعم ، وهو اختيار المصنف والعلامة[4] . وعليه الفتوى ، لان التشريك في الوصية يستلزم عدم جواز الانفراد ، وتؤيده رواية محمد بن الحسن الصفار عن العسكري عليه السلام قال : كتبت اليه : رجل أوصى الى رجلين أيجوز لاحدهما أن ينفرد بنصف التركة والاخر بالنصف

---

١) النهاية : ٦٠٦ قال : واذا وصى الانسان الى نفسين وشرط ان لايمضيا الوصية الا بعد ان يجتمعا لم يكن لكل واحد منهما الاستبداد بما يصيبه ، فان تشاحا فى الوصية والاجتماع لم ينفذ شيء مما يتصرفان فيه الا مايعود بمصلحة الورثة والكسوة لهم والمأكول وعلى الناظر فى امر المسلمين حملهم على الاجتماع على تنفيذ الوصية او الاستبدال بهم ان رأى ذلك اصلح فى الحال ، وان لم يكن الموصى قد اشترط عليهما ذلك جاز لكل واحد منهما ان يستبد بما يصيبه ويطالب صاحبه بقسمة الوصية .

٢) المختلف ٢ / ٦٤ .

٣) المبسوط ٤ / ٥٤ ، الخلاف ٢ / ٣٢٠ ، السرائر : ٣٨٤ .

٤) المختلف ٢ / ٦٤ .

الاخر؟ فوقع عليه‌السلام : لايجوز لهما أن يخالفا الميت وأن يعملا على حسب ما أمرهما انشاء الله[1].

وقال الشيخ في‌النهاية[2] وتبعه القاضي لابل يجوز لكل منهما أن يستبد بما يصيبه ويطالب صاحبه بالقسمة ، معتمداً على رواية بريد بن معاوية : ان رجلا مات وأوصى الي والى آخر أوالى رجلين ، فقال احدهما خذ نصف ما ترك واعطني النصف مما ترك ، فأبى عليه الاخر ، فسألوا أباعبدالله عليه السلام عن ذلك فقال : ذلك له[3].

والجواب أن قوله « ذلك له » اشارة الى مصدر «ابى» ، أي الاباء له ، أي للمطلوب له منه، وليس اشارة الى‌الطلب ولاالضمير في «له» عائداً الى الطلب كذا قاله الشيخ في التهذيب والاستبصار وهوحسن .

ولي فيه نظر، فان اللام في‌اسم الاشارة للبعيد لاللقريب كما نص عليه أهل اللغة ، فيكون عائداً الى الطلب .

(السابعة) قدعرفت أن‌حكم‌الاطلاق حكم‌النص على‌الاجتماع، فلوتشاجرا فالحكم ما تقدم، فلووكل أحدهما الاخرهل يصح ؟ الاقوى لا : أما مع النص على الاجتماع فظاهر ، وأما مع الاطلاق فلما قلنا من أن حكمه حكمه .

---

١) الكافى ٤٦/٧ ، التهذيب ١٨٥/٩ ، الفقيه ١٥١/٤ ، الوسائل ٤٤٠/١٣ .

٢) النهاية : ٦٠٦ .

٣) الكافى ٤٧/٧ ، التهذيب ١٨٥/٩ ، الفقيه ١٥١/٤ ، الاستبصار ١١٨/٤ ، الوسائل ٤٤٠/١٣ . قال الشيخ فى التهذيب : ذكر ابوجعفر محمد بن على‌بن الحسين بن بابويه رحمه‌الله ان هذا الخبرلااعمل عليه ولا افتى به وانما اعمل على‌الخبرالاول ظناً منه انهما متنافيان وليس الامر على ماظن لان قوله عليه السلام « ذلك له » ليس فى صريحه ان ذلك للمطالب الذى طلب الاستبداد بنصف التركة وليس يمتنع ان يكون المراد بقوله عليه السلام « ذلك له » يعنى الذى ابى على صاحبه الانقياد الى ما اراده فيكون تلخيص الكلام ان له ان‌يأبى عليه ولا يجيبه الى ملتمسه . وعلى هذا الوجه لاتنافى بينهما على حال.

وللموصى تغيير الاوصياء، وللموصى اليه رد الوصية، ويصح ان بلغ الرد.

ولو مات الموصى قبل بلوغه لزمت الوصية، واذا ظهر من الوصى خيانة استبدل به.

والوصى أمين لايضمن الا مع تعد أو تفريط.

(الثامنة) لوتعذراجتماعهما جاز للحاكم عزلهما ونصب غيرهما، أما واحداً أواكثربحسب ما يراه من نصب من فيه كفاية وله عزل أحدهما ويضم الى الاخر أميناً وليس له جعله منفرداً.

(التاسعة) لوعجز أحدهما أومات أوفسق هل يضم الى الاخر أميناً أم لا ؟ جزم المصنف هنا وفي الشرائع[1] بالضم مع العجز، وتردد في الموت والفسق من حيث أن العدل أوالحي وصي فلا ولاية للحاكم معه، ومن أن الميت لم يوص اليه منفرداً بل مع آخرفيجب الضم، فيكون مفوضاً الى تعيين الحاكم لانه منصوب للمصالح. وهوالاقوى.

(العاشرة) انه ظهرمماقررناه أنه ليس لاحدهم الانفراد الامع النص عليه، فيجوز حينئذ قسمةالتركة والايتام بينهم، ويجوزاستبداد واحد بالكل ولوجعل لاحدهم الانفراد دون الباقين فالحكم كما تقدم.

قوله : ولومات الموصى قبل بلوغه لزمت الوصية

هنا فوائد :

(الاولى) لاخلاف أنه لايجب قبول الوصية بل يجوز الرد في حياة الموصى.

---

١) الشرائع ١/١٥٩.

نعم يستحب ذلك لمن يثق مـن نفسه بالكفاية والامانة ، لانه من باب التعاون والتناصر .

(الثانية) لا خلاف انـه أذا رد الوصية وبلغ الرد الموصى أنه لا يلزمه القيام بها .

(الثالثة) لاكلام أنه مع عجزه وعدم كفايته أنه لايجب عليه بل ولايستحب لعدم حصـول الغرض ، خصوصاً اذالم يثق من نفسه بالامانة فانها تحرم قطعاً .

(الرابعة) اذا لم يعلم بهاوردها ولم يبلغ الرد الى الموصى قبل موته وكان الوصي ذاكفاية وأمانة هـل يجب عليه القيام بها ويحرم ردها ؟ المشهور بين الاصحاب ذلك ، ومستندهم رواية منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام قال اذا أوصى الرجل الى أخيه وهوغائب فليس له أن يـرد عليه وصيته لانه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره[1].

ورواية محمد بن مسلم عنه عليه السلام أيضاً قال: اذا أوصى رجل الى رجل وهوغائب فليس له أن يرد وصيته ، وان أوصى اليه وهوفي البلد فهوبالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل[2].

وقال العلامة في المختلف[3] : الوجه عندي ذلك ان كان قبل الوصية أولا وان لم يكن قبل ولاعلم جاز له الرجوع ، للاصل ولازالة الضرر غير المستحق الواصل اليه بالتحمل . قال : وتحمل الاحاديث على حصول القبول أولا ، لانه عقد لابد فيه من القبول . قال : وقد نبه الشيخ[4] عليه في المبسوط والخلاف ،

---

١) الكافى ٦/٧ ، التهذيب ٢٠٦/٩ ، الفقيه ١٤٥/٤ ، الوسائل ٣٩٨/١٣ .
٢) الكافى ٦/٧ ، التهذيب ٢٠٥/٩ ، الفقيه ١٤٤/٤ ، الوسائل ٣٩٨/١٣ .
٣) المختلف ٦٤/٢ .
٤) المبسوط ٣٧/٤ .

قال: اذا قبل الوصية له أن يردها ما دام الموصي حياً، فان مات فليس له ردها استدل باجماع الفرقة وبأن الوصية قد لزمته بالقبول .

وفي كلام العلامة نظر :

أما أولا : فلان الاصل يرجع عنه للدليل وقد بينوه .

وأما ثانياً: فلانه ان أراد بالضرر مطلق المشقة فلانسلم أن ذلك موجب للرد فان التكاليف كلها ملزومة للمشقة، وان أراد ما يؤدي الى تلف نفس أومال فذلك داخل في قسم العجزوقد بينا عدم الوجوب معه .

وأماثالثاً: فلان حمله الاحاديث غيرموجه بأنه تأويل لايحتمله لفظ الحديث لان الواوفي قوله « وهوغائب » للحال ، فيقيد الايصاء بغيبة الوصي فلا يتقدر قبوله قبل الموت بناء على الظاهر ، وانما يتقدرلو كان حاضراً فأوصى اليه وقبل ثم سافرورد في غيبته ، لكن ذلك لايحتمله لفظ الحديثين .

والتحقيق أن نقول: ان تحقق الاجماع على ذلك فذلك هوالمعتمد ، فلعل مستنده غيرما ذكر ، والا فالروايتان قاصرتان عن الدلالة على وجوب القبول : أما الرواية الاولى فلامكان حمل النهي فيهـا على الكراهية ،كما نبه عليه فيها بأنه لوكان شاهدألطلب غيره. وأما الثانية فلانها دلت على أن القبول حال الحياة غيرواجب وانه مخيرفي ذلك فيكون كذلك بعد الموت، اذ الحكم الواحد لا يختلف باختلاف الاحوال، غاية ما في الباب أنه يدل على استحباب القبول بعد الموت وكراهية الرد .

(الخامسة) قال الصدوق[1]: اذاأوصى الى ولده وجب عليه القبول، وكذا الى اجنبى اذا لم يجد غيره . وهما مرويان وفيهما قوة : أما الاول فلان خلافه

---

١) المقنع ١٦٤ قال فيه : واذا دعا رجل ابنه الى قبول وصيته فليس له ان يأبى . وليس فيه « وكذا الى اجنبى » الى آخره . نعم نقله العلامة فى المختلف عنه .

ويجوز أن يستوفى دينه مما فى يده ، وأن يقوم مال اليتيم على نفسه ، وأن يقترضه اذا كان مليئاً .

عقوق ، وأما الثاني فلانه حسبة يجب عيناً مع عدم قيام الغيربها اجماعاً .

(السادسة) صيغة الوصية « أوصيت اليك » أو« فوضت » أو«جعلتك وصياً» أو « اقمتك مقامي فيامرأولادي أوحفظأموالى » أوكذا وكذا . ولوقال « أنت وصي » واقتصرولم يذكر المتعلق ، فان كان هناك قرينة حال حملت عليه، وان لم تكن أمكن البطلان لاحتماله أموراً متعددة من غيرترجيح. ويحتمل التصرف فيما لابد منه كمؤنة اليتيم وحفظ المال من المتلفات .

قوله : ويجوز ان يستوفى دينه مما فى يده

يريد سواء أمكن اثباته عندالحاكم أولا. وقال الشيخ في النهاية[1] لاتجوز أن يأخذ من تحت يده الا ما تقوم به البينة . وتبعه القاضي وقال ابن ادريس[2] ان كان له بينة فلايجوز الامع اثباته عند الحاكم والاجاز .

والحق الاول، أعني قول المصنف لانه يأخذ حقه محسن وما على المحسنين من سبيل[3] ، سواء أمكن اثباته أولا .

وهل له ايفاء دين غيره اذا كان عالماً به؟ قيل لابل لابد من اثباته عند الحكم وحكم الحاكم به. والحق أنه لايفتقرالى الاثبات اذاكان الوصي عالماً به. نعم لابد من احلافه على بقاء الحق ان كان ممكناً في حقه القبض أوالابراء ، أما من لايمكنان في حقه كالصبى والمجنون فلايفتقرالى الاحلاف بل يكفي علمه، لان علمه يقينى وشهادة الشاهدين ظنية .

قوله : وان يقوم مال اليتيم على نفسه وان يقترضه ان كان مليئاً

---

١) النهاية : ٦٠٨ .

٢) السرائر: ٣٨٤ .

٣) سورة التوبة : ٩١ .

وتختص ولايـة الوصى بما عين له الموصى ، عموماً كان أو خصوصاً .

ويأخذ الوصى أجرة المثل ، وقيل قدر الكفاية ، هذا مع الحاجة.

هنا مسألتان :

(الاولى) جواز شرائه مال اليتيم وبيع ماله عليه ، وهومذهب الشيخ فـي النهاية[1] والقاضي ، واختاره العلامة في المختلف[2] ، لانه بيع صدر مـن أهله فـي محله فيكون جائزاً ، والملازمة ظاهرة . وأما المقدمة الاولى فلانه جـائز التصرف يصح أن يبيع على غيره قطعاً فيجوزعلى نفسه، اذ لامانع ومنع ذلك ابن ادريس[3] والالكان موجباً قابلا وذلك غيرجائزالاللاب أوالجد له للاجماع فلايقاس عليه غيره . وهو قول الشيخ فـي الخلاف[4] . والاجود الاول ، لان المغايرة بالاعتبار كافية ، وليس الحمل على الاب قياساً بل من اتحاد الطريق .

(الثانية) هل يجوزأن يقترض مال اليتيم؟ الخلاف هناكما في الاول والحق فيه أنه اذا لم[5] يكن ملياً فلايجوز ذلك ، وان كان ملياً جعل الرهن وأشهد بـه والافلا .

قوله: ويأخذ الوصى اجرة المثل وقيل قدرالكفاية هذا مع الحاجة

هنا فوائد :

---

١) النهاية : ٦٠٨ .

٢) المختلف ٢/٦٣ .

٣) السرائر: ٣٨٥ قال : والذى يقتضيه مذهبنا انه لايجوزله ان يشتريه لنفسه بحال لان الانسان لايكون موجباً قابلا فى عقد واحد . الى آخرما قال .

٤) الخلاف ٢/١٤٦ .

٥) فى ب : ان لم يكن .

واذا أذن له فى الوصية جاز، ولولم يؤذن فقولان، أشبههما : أنه لايصح .

(الاولى) اذا جعل الموصى للوصي شيئاً لحق سعيه ، فان كان أجرة مثله من غيرزيادة صح بلاخلاف ، وان زاد فان خرجت الزيادة من الثلث صح أيضاً والااعتبرت اجازة الوارث .

(الثانية) لوأطلق ولم يعين له شيئاً وهوملي هل يجوزأن يأخذ أجرة المثل اذا لم يتبرع بالعمل أم لا ؟ قال ابن ادريس لايجوز ويجب العفة للاية ولاصالة عدم استباحة مال الغيرالا بدليل وليس . وقال الشيخ وابن الجنيد يجوز على كراهية وتستحب العفة ، واختاره العلامة لقرينة العفـة . والحق الاول ، لقوله تعالى « ولاتقربوا مـال اليتيم الابالتى هـي أحسن »[1] ، ولاشك أن التصرف تبرعاً أحسن .

(الثالثة) المسألة بحالها لكنه محتاج ، ولاخلاف فـي جواز أخذه شيئاً . واختلف في قدره على أقوال: « ١ » أجرة المثل، قاله الشيخ واختاره المصنف، ويدل عليه رواية ابن ابى عمير عن هشام بن الحكم عن الصادق عليه السلام[2] « ٢ » قدرالكفاية، قاله ابن ادريس. « ٣ » أقل الامرين، نقله الشيخ في الخلاف وهوأولى ، لانه احسن .

قوله : واذا اذن له فى الوصية جاز، ولولم يأذن فقولان اشبههما انه لايصح

هنا مسألتان :

---

١) سورة الانعام : ١٥٢ .

٢) التهذيب ٦/٣٤٣ ، الوسائل ١٢/١٨٦ .

(الاولى) للوصي أن يستنيب في حال حياته في ماجرت العادة فيه بالاستنابة اجماعاً ، وهل له ذلك في ما يمكنه مباشرته عادة ؟ قيل لا، لاصالة عدم الجواز والاقوى الجواز ، لقيامه مقام الولي في كل ماله مباشرته .

(الثانية) هل له أن يوصي الى غيره فيما كان وصياً فيه ؟ أما مع الاذن فجائز اجماعاً، ومع المنع لايجوز اجماعاً . والخلاف مع الاطلاق، فقال الشيخ في النهاية[1] والقاضي وابن الجنيد بالجواز وجعله في الخلاف رواية ، والظاهر أنها رواية الصفار عن العسكري عليه السلام ، فانه كتب اليه رجل كان وصي رجل فمات وأوصى الى رجل هل يلزم الوصي وصية الرجل الذي كان هذا وصيه ؟ فكتب عليه السلام : يلزمه بحقه ان كان له قبله حق انشاء الله تعالى[2] . وليست صريحة في المطلوب .

قال في النهاية : المراد بالحق حق الايمان[3] . وليس بشيء، بل الظاهر أن المراد بالحق الاذن في الايصاء .

وقال المفيد[4] والتقي وابن ادريس[4] بالمنع . وهو الاشبه، لاصالة منع التصرف في مال الغير الا باذنه ولم يحصل الاذن الا للاول، وهو غير مستلزم للاذن والالكان اذا شرط عليه أن لايوصي مناقضة وليس .

قوله : ومن لاوصى له فالحاكم ولى تركته

---

١) النهاية : ٦٠٧ قال : واذا حضر الوصي الوفاة واراد ان يوصي الى غيره جاز له ان يوصي اليه بماكان يتصرف فيه من الوصية ويلزم الموصى اليه القيام بذلك .

٢) التهذيب ٩/٢١٥ ، الفقيه ٤/١٦٨ .

٣) لم اعثر عليه فيه بعد الفحص .

٤) المقنعة ١٠٣ ، السرائر ٣٨٤ .

هنا فوائد :

(الاولى) قال ابن الجنيد للام الرشيدة الولاية بعد الاب . وهوشاذ ، فلو أوصت كانت وصيتها في الولاية لاغية وفي غيرها من اخراج حق أوقضاء دين أوصدقة جائزة .

(الثانية) قال الشيخ من أوصى بالولاية على ولده وله أب كانت لاغية ، قيل ويحتمل صحتها في ثلث ماله ، لان له اخراجه فله التولية فيه لمن شاء . وليس بشيء . نعم لوأوصى باخراج حقوق أوقضاء ديون الى غيرأبيه جاز .

(الثالثة) قال الشيخ في النهاية[1] : اذا مات انسان من غيروصية كان على الناظر في أمور المسلمين أن يقيم له ناظراً ينظر في مصلحة الورثة فان لم يكن السلطان الذي يتولى ذلك جاز لبعض المؤمنين أن ينظر في ذلك من قبل نفسه ويستعمل فيه الامانة ويكون فعله صحيحاً .

ومثله قال القاضي ، وقال ابن ادريس[2] : الصحيح أنه اذا لم يكن سلطان يتولى ذلك فالامرفيه الى فقهاء شيعته من ذوي الرأي والصلاح ، فانهم عليهم السلام قد ولوهم هذه الامور ، ولا يجوز لمن ليس بفقيه أن يتولى ذلك وان كان ثقة .

والحق أنه ان كان مراد الشيخ بالناظر في أمور المسلمين الامام المعصوم فالحق ما قاله ابن ادريس، وان كان مراده أعم اما هو أونوابه فيدخل الفقهاء فيهم وحينئذ نقول: مع عدم الفقيه أوعدم تمكنه من نصب ناظرفي أموال الايتام يجوز للثقة غير الفقيه تولى ذلك حسبة .

واعلم أنه اذا كان الامر الى الحاكم فله نصب أمين اما دائماً أوفي وقت

---

١) النهاية : ٦٠٨ .

٢) السرائر : ٣٨٥ .

(الخامس) فى الموصى به ، وفيه أطراف :

(الاول) فى متعلق الوصية : ويعتبر فيه الملك .

فلا تصح بالخمر ولا بآلات اللهو . ويوصى بالثلث فمانقص .

ولو أوصى بزيادة عن الثلث صح فى الثلث وبطل الزائد .

معين أوشغل معين ، ويشترط عدالته وكفايته ، وللحاكم عزله واستبدال غيره متى شاء .

قوله : ويوصى بالثلث فما نقص ، ولواوصى بزيادة عن الثلث صح فى الثلث وبطل فى الزائد

هنا فوائد :

(الاولى) ان ماذكره من بطلان الزائد فيه مساهلة في العبارة ، بل كان ينبغي أن يقول وقف في الزائد على الاجازة لا أنه باطل .

(الثانية) انعقد الاجماع على ما ذكره المصنف ، ولم يخالف فيه أحد الا علي بن بابويه ، فانه قال ان أوصى بالثلث فهوالغاية فـي الوصية ، فان أوصى بماله كله فهوأعلم ومـا فعله ويلزم الوصي انفاذ وصيته ، ومستنده رواية عمار الساباطي عن الصـادق عليه السلام[1] ، ورواية أخرى رواها ابنه فـي المقنع مرسلـة .

وهذا قول باطل ، لانعقاد الاجماع على خلافه وانقراض القائل به. وأيضاً ضعف عمار، فانه فطحي ملعون . وكذاالثانية مع قبولهما التأويل ، فان الوصية بجميع المال جائزة لكن موقوفة على اجازة الورثة أوأنهاجائزة مع عدم الوارث حال الغيبة ـ كذا تأوله الصدوق. هذا مع انهما معارضتان بروايات كثيرة تبلغ التواتر.

---

١) الكافى ٧/٧ ، التهذيب ١٨٦/٩ ، الفقيه ١٤٩/٤ ، الوسائل ٢٧٠/١٣ .

فان أجاز الورثة بعـد الوفاة صح ، وان أجاز بعض صح فى حصته .

وان أجازوا قبل الوفاة ففي لزومه قولان ، المروى : اللزوم .

(الثالثة) ان الوصية كلما كانت أقل كان أفضل، فبالخمس أفضل من الربع وبالربع أفضل من الثلث، والثلث هو الغاية . كذا ورد عن علي عليه السلام[1].

وقال ابن حمـزة : ان كانت الورثة أغنياء فبالثلث أولى ، وان كانوا فقراء فبالخمس أولى، وان كانوا متوسطين فبالربع. وليس له مستند في هذا التفصيل مع وجود النص على خلافه .

قوله : ولو أجازوا قبل الوفاة ففى لزومه قولان المروى اللزوم

لاخلاف في اللزوم مع الاجازة بعد الموت ، واختلف في الواقع قبـل الموت : فقال الشيخ[2] بلزومه لرواية محمد بن مسلم في الحسن[3] ومنصور بن حازم فى الصحيح[3] ، وهو مذهب ابن الجنيد ويفهم من اطلاق الحسن . وقال المفيد[4] لايلزم لعدم ملكهم حينئذ فاجازتهم كاجازة الاجنبى .

والاول أقوى ، وعليه الفتوى وتكفي مشارفة الاستحقاق . وأيضاً المعتبر في الاجازة مطلق الاستحقاق، والمنفي هو الاستحقاق في الحال. وهو استحقاق خاص فنفيه لايستلزم نفي المطلق ، ولهذا يجوز الابراء من الدين المؤجل وان

---

١) الكافى ٧/ ١١ ، التهذيب ٩/ ١٩٢ ، الفقيه ٤/ ١٣٦ ، الاستبصار ٤/ ١١٩ .

٢) فى النهاية : ٦٠٨ : فان اوصى بأكثر من الثلث ورضى به الورثة لم يكن لهم بعد ذلك امتناع من انفاذها لا فى حال حياته ولا بعد وفاته .

٣) الكافى ٧/ ١٢، التهذيب ٩/ ١٩٣، الاستبصار ٤/ ١٢٢ ، الفقيه ٤/ ١٤٧ و١٤٨.

٤) المقنعة ١٠٢ قال فيه : فان امضوه فى الحياة كان لهم الرجوع فيه بعد الموت وان امضوه بعد الموت لم يكن لهم الرجوع فيه بعد ذلك .

لم يستحقه المبرىء ، فحصل الفرق بينه وبين الاجنبي.

وهنا فوائد :

(الاولى) هل الاجازة مطلقاً تنفيذ لفعل الموصي أو ابتداء عطية؟ الاكثر على الاول ، وقال بعض بالثاني . فتظهر الفائدة في مواضع :

« ١ » ـ افتقارها الى الايجاب والقبول على الثاني دون الاول .

« ٢ » ـ عدم الولاء للورثة على الاول في اجازة العتق وثبوته لهم على الثاني .

« ٣ » ـ لو كان المجيز مريضاً لايعتبر في اجازته خروجها من الثلث على الاول ويعتبر على الثاني . وقال العلامة : ومع ذلك اعتبر الخروج من الثلث في المريض ، وكأنهما متنافيان[1].

(الثانية) لو أجاز بعض دون بعض نفذ في قدر حصة المجيز دون صاحبه ، فلو كان له ابن وبنت وأوصى بالنصف فان أجاز فمن ستة وان رد فمن تسعة ، وان أجاز واحد ضربت الوفق من احداهما ـ وهو الثلث ـ في الاخرى تبلغ ثمانية عشر ، وان شئت ضربت نصيب من أجاز في وفق مسألة الرد ونصيب من رد في وفق مسألة الاجازة .

(الثالثة) المعتبر بالثلث حين الوفاة لاحين الوصية ولا ما بين الحالتين ، فلو افتقر واستغنى فالاعتبار بحال وفاته لانه حال استقرار الملك لكل من الوارث والموصى له .

قوله : ويملك الموصى به بعد الموت

---

١) في الهامش : لعدم دخول ملك الموصى به في ملك المجيز على التنفيذ واذا لم يدخل في ملكه فكيف يعتبر الثلث في حقه .

وتصح الوصية بالمضاربة بمال ولده الاصاغر.

ولوأوصى بواجب وغيره، أخرج الواجب من الاصل والباقى من الثلث.

ولوحصر الجميع فى الثلث بدىء بالواجب.

وقد تقدم الخلاف فيما به يحصل ملك الموصى به، وعبارة المصنف هنا يشمل الكل، لان تملكه بعد الموت أعم من أن يكون بالموت وحده أوبه وبالقبول اذ العام لاينافي الخاص.

حجة الاول: ان ملك الميت زال بالموت والوارث يتأخر ملكه عن الوصية للاية[1]، فلولم يدخل في ملك الموصى له بقي بلا مالك، وهومحال.

وحجة الثاني: أن القبول اما سبب الملك أوجزء السبب أوشرطه، وعلى التقادير لايقع الملك قبله. ونمنع عدم ملك الميت، فانه يملك الدية لوقتل أو الصيد لووقع في الشبكة بعد موته، ولذلك يقضى منهما دينه والاية فيها اضمار أي وصية مقبولة.

قوله: وتصح الوصية بالمضاربة بمال ولده الاصاغر

هذا مدلول رواية خالد بن بكير الطويل قال: دعاني ابى حين حضرته الوفاة فقال: يابني اقبض مال اخوتك الصغار واعمل به وخذنصف الربح واعطهم النصف وليس عليك ضمان. الى أن قال: فدخلت على ابى عبدالله عليه السلام فقصصت عليه قصتي فقال: أما فيما بينك وبين الله فليس عليك ضمان[2].

ومثله رواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن رجل

---

١) سورة النساء: ١١.

٢) الكافى ٧/ ٦١، التهذيب ٩/ ٢٣٦، الفقيه ٤/ ١٦٩، الوسائل ١٣/ ٤٧٨.

أوصى الى رجل بولده وبمال لهم فأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال ويكون الربح بينه وبينهم. فقال: لابأس به[1].

وعمل بذلك الشيخ في النهاية[2] الاأنه لم يقيد الورثة بالصغار بل قال: اذا أمر الموصي الوصي أن يتصرف في تركته لورثته ويتجر لهم بها ويأخذ نصف الربح كان جائزاً. وتبعه القاضي.

قال ابن ادريس[3]: الوصية لاتنفذ الا في ثلث المال قبل موته والربح تجدد بعد موته فكيف تنفذ وصيته فيه. قال: وفي الرواية نظر.

قال العلامة في المختلف[4] الوجه ماقاله الشيخ عملا بالرواية المناسبة للاصول فان العادة قاضية بهذه المعاملة فأشبه أجرة المثل.

قلت: لاشك أن ماقاله الشيخ صحيح، اذ الوصية بالمنفعة والانتفاع جائزة وهذه المسألة من ذلك القسم. الاأن التحقيق أن الوصية بالمضاربة ان كان فيها نوع محاباة، فالزائد عن المعتاد يكون من الثلث، كما أنه لو كان في العادة أن الحصة في مثل ذلك المال وفي مثل تلك التجارة تكون بالربح مثلا وأوصى الميت بالنصف فان الزائد يكون من الثلث، وان لم يكن فيها محاباة كانت جائزة مطلقاً، اذ لاضرر على الورثة في ذلك، والربح حصل بعمل الوصي العامل فليس مخرجاً من التركة حتى يكون معتبراً من الثلث مطلقاً.

ثم هنا فوائد:

---

١) الكافي ٦٢/٧، التهذيب ٢٣٦/٩، الفقيه ١٦٩/٤، وتمامه: من اجل ان اباه قد اذن له في ذلك وهو حي.

٢) النهاية: ٦٠٨.

٣) السرائر: ٣٨٤.

٤) المختلف ٦٣/٢.

ولو أوصى بأشياء تطوعاً ، فان رتبه بدىء بالاول فالاول حتى يستوفى الثلث ، وبطل مازاد .

وان جمع أخرجت من الثلث ووزع النقص .

(الاولى) الوصية المذكورة جائزة ولو كان العامل غير الوصي لكن بالشرط المذكور في مراعاة المحاباة .

(الثانية) لاشك أن الوصية المذكورة بمال الولد الاصاغر جائزة لمكان الولاية عليهم ، أما غير الاصاغر فيراعى الثلث من قدر رأس المال أوفي قدر المجعول، فأيهما اتفق من الثلث كان جائزاً .

(الثالثة) اذا كان الورثة صغاراً فالوصية نافذة ماداموا صغاراً، ومع البلوغ فلا تصرف الا باذنهم ، وان كانوا كباراً وأطلق اعتبر صدق اسم المعاملة عرفاً، وان قيد بزمان اتبع مالم يستلزم زيادة على الثلث .

(الرابعة) في قول الصادق عليه السلام في رواية خالد « أما فيما بينك وبين الله فليس عليك ضمان »

(فائدة):هي جواز عمل الوصي بما يعمله اما لنفسه او لغيره وان لم يعلم به أحداً أما مع اظهار ذلك وعدم تصديق الوارث فلابد من البينة .

(الخامسة) المضاربة الواقعة من المالك في مرض موته يراعى فيها عدم المحاباة كما قلناه ، ومع المحاباة يراعى الثلث .

قوله : ولوأوصى بأشياء تطوعاً فان رتب بدىء بالاول فالاول حتى يستوفى الثلث وبطل مازاد ، وان جمع اخرجت من الثلث ووزع النقص

لاخلاف في أنه لو أوصى بواجب كحج أوزكاة أوخمس أودين انه يقدم مطلقاً ، وان تأخر عن المندوبات والتبرعات اما مع عدم الواجب والوصايا كلها

مندوبة وذكرت مرتبة فالمشهور الترتيب ، بأن يبدأ باخراج الاول فالاول حتى يستوفي الثلث ويقف الزائد على اجازة الوارث. والمستند في ذلك رواية حمران ابن أعين عن الباقر عليه السلام أنه سأله عن رجل أوصى عند موته اعتقوا فلاناً وفلاناً وفلاناً حتى ذكر خمسة فنظرت في ثلثه فلم يبلغ أثمان المماليك الخمسة التي أمر بعتقهم . قال : ينظر الى الذين سماهم ويبدأ بعتقهم فيقومون وينظر الى ثلثه فيعتق منه أول [من[1] سمى] ثم الثاني ثم الثالث ثم الرابع ثم الخامس، وان عجز الثلث كان ذلك في الذي سمى أخيراً لانه أعتق بعد مبلغ الثلث مالا يملك فلا يجوز له ذلك[2].

واعلم أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون الترتيب بالفاء أو ثم أو الواو، ولا خلاف في الاولتين، وقال بعضهم مع الواو لا ترتيب بل هو جمع لانه كذلك لغة والاصح خلافه ، لدلالة الرواية المذكورة والشرع ناسخ للغة .

هذا ، وقال ابن حمزة ان رتبهم في وقت واحد بواو العطف فهو كذلك، وان أعتق كل واحد في وقت ـ مثل أن يعتق واحداً غدوة والاخر ضحوة والاخر ظهراً وهكذا ـ ولم يخرج الجميع من الثلث ، فليس الحكم كذا بل يقدم الاخير .

وقال العلامة[3] : ان نص على التشريك قسم الموصى به عليهم بالنسبة لئلا يلزم مخالفة الوصية وتبديلها وهو منهي عنه ،والا قدم الاول فالاول .

---

١) في الكافي والتهذيب : « اول شيء » وكذا في الوسائل بزيادة « ذكر » .

٢) الكافي ٧/١٩ ، التهذيب ٩/٢٢١ ، الوسائل ١٣/٤٥٧ ، الفقيه ٤/١٥٧ .

٣) راجع المختلف ٢/٥٧ وفيه : والمعتمد ان نقول : ان نص الموصي على عدم التقديم للاول وامر بالتشريك قسم الموصى به عليهم بالنسبة وان لم ينص على ذلك قدم الاول فالاول ، لنا ان التنصيص على التشريك يوجب عدم التقديم . الى آخر ما قال .

والتحقيق[1] أن نقول: أما مع عدم اتحاد الوقت والعطف فلا كلام في الترتيب لان الظاهر أن الارادة واحدة مستمرة . وأما مع اختلاف الوقت وعلم الموصى بقدر ماله وقيمة ما أوصى به وقصور الثلث عن الملك وعلمه بأنه ليس له تصرف في الزائد على الثلث ، فان القول ماقاله ابن حمزة ، لان الظاهر أن مع العلوم المذكورة يكون الاخير منافياً للاول ، فيكون رجوعاً عنه وتغييراً لارادة الاولى .

وهنا فوائد :

(الاولى) مع اشتباه الترتيب يقرع فيقدم ما تخرجه القرعة .

(الثانية) منطوق الرواية وان كان في العتق لكن حكمها شامل له ولغيره للاجماع .

(الثالثة) لو ادعى أحدهم التقدم ولا بينة فلا اعتبار بتصديق الوارث لاتهامه. نعم له على المنكر اليمين .

(الرابعة) اذا جمع بين الوصايا - بأن ينص على التشريك وعدم الترتيب اتبع ووزع النقص على الكل بالنسبة .

(الخامسة) لو علم الترتيب ثم نسي أرجىء التنفيذ لرجاء التذكر، فان أيس منه أقرع .

قوله : واذا اوصى بعتق مماليكه دخل فى ذلك المنفرد والمشترك

يريد أنه أمر وصيه بايقاع صيغة العتق، وحيث أن « مماليكه » جمع مضاف

---

١) فى الهامش : انما يتأتى هذا التحقيق مع الوصية بالعتق اما لو عتق اعتق الاول بلا توقف وقد صور ان قول ابن حمزة فى العتق والعلامة فى المختلف حكى قول ابن حمزة انه الوصية بالعتق لا العتق، ولعله من سهو القلم .

(الثاني) في المبهمة : من أوصى بجزء من ماله ، كان العشر ، وفي رواية السبع ، وفي أخرى سبع الثلث .

وقدتقرر في الاصول أنه للعموم فيدخل المختص والمشترك ، لكن اذا أعتقت الحصة من المشترك هل يسري على المعتق مع احتمال الثلث للقيمة أم لا . قال الشيخ في النهاية[1] وتبعه القاضي نعم ، واحتج له العلامة[2] بأنه أوجد السبب ، اذ العتق في الحقيقة مستند اليه ولذلك كان ولاؤه له فيوجد المسبب وهو السراية ولرواية احمد بن زياد عن الكاظم عليه السلام قال: ان كان ما له يحتمل ثم فهم احرار[3].

وقال ابن ادريس[4] لا لانه لايملك بعد موته شيئاً .

وهذا أقوى، ونمنع ايجاد السبب للسراية ان عنى التام، اذ من تمامه ايسار المعتق والفرض عدمه بعد الموت، وان عنى السبب الناقص فغيرنافع. والرواية لاتدل على المطلوب صريحاً، لاحتمال انصراف العتق الى ما يخصه، ضرورة أنه اذا لم يحتمل الثلث جميع عبيده المختصة والمشتركة لم تعتق الابقدر الثلث . نعم لوأوصى بعتق الباقي بعد شرائه من الشريك واحتمله الثلث وجب انفاذه .

قوله : من اوصى بجزء من ماله كان العشر ، وفي رواية السبع، وفي اخرى سبع الثلث

---

١) النهاية : ٦١٦ قال : واذا اوصى الانسان بعتق جميع مماليكه وله مماليك يخصونه ومماليك بينه وبين غيره اعتق من كان في ملكه وقوم من كان في الشركة واعطى شريكه حقه ان كان ثلثه يحتمل فان لم يحتمل اعتق منهم بقدر ما يحتمله .

٢) المختلف ٢/٦١ .

٣) الكافي ٧/٢٠ ، التهذيب ٩/٢٢٢ ، الفقيه ٤/١٥٨ ، الوسائل ١٣/٤٦٣ .

٤) السرائر، ٣٩٠ قال : والذي يقوى عندي انه لايقوم من في الشركة بل يعتق

الاول قاله الشيخ في التهذيب والاستبصار وعلي بن بابويه استناداً الى رواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام ، وفيها : ان الله أمر ابراهيم عليه السلام وقال «اجعل على كل جبل منهن جزء» وكانت الجبال عشرة[1]. ومثله رواية ابان ابن تغلب عن الباقر عليه السلام[2].

والثاني قول الشيخ[3] في المبسوط والنهاية والمفيد[4] وابن الجنيد وسلار والقاضي وابن حمزة ، استناداً الى رواية ابن ابى نصير صحيحاً قال : سألت ابا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله فقال : واحد من سبعة ، ان الله يقول «لها سبعة أبواب لكل باب منهم جزء مقسوم»[5] . ومثله رواية اسماعيل ابن همام عن الرضا عليه السلام[6].

والثالث رواية الحسين بن خالد عن الكاظم عليه السلام[7].

والمصنف جزم بالاول ، لاصالة بقاء الملك على الورثة، خولف في العشر

منهم بقدر مايملكه ولا يعطى شريكه ثمن حصته وان كان ثلثه يحتمل ذلك لان بعد موته لايملك الثلث اذا لم يوص به لان الموت يزول به ملكه الا ما استثنى من ثلثه وهذا ما استثنى شيئاً .

١) التهذيب ٩/٢٠٨ ، الاستبصار ٤/١٣١ .

٢) التهذيب ٩/٢٠٩ ، الاستبصار ٤/١٣٢ .

٣) المبسوط ٤/٨ قال فيه : واصحابنا قالوا فى الجزء انه سهم من سبعة وقالوا ايضاً سهم من عشرة . وراجع النهاية : ٦١٣ وقال فيه : اذا اوصى الانسان بجزء من ماله ولم يبينه كان ذلك سبعاً من ماله ، وقد روى انه يكون العشر والاول اوضح .

٤) المقنعة: ١٠٣.

٥) الاية الشريفة : ١٥ من سورة الحجر ، والحديث فى التهذيب ٩/٢٠٩ ، الاستبصار ٤/١٣٢ .

٦) التهذيب ٩/٢٠٩ ، الاستبصار ٤/١٣٢ .

٧) التهذيب ٩/٢٠٩ ، الاستبصار ٤/١٣٣ ، الفقيه ٤/١٥٢ .

للرواية فبقي الباقي على أصله . ولولا الرواية لحملناه على أقل ما يتمول ، كما لو أوصى بمثل نصيب أحد الورثة حمل على أقلهم نصيباً .

والعلامة جزم في القواعد[1] والارشاد بالثاني ، وفي المختلف[2] بالاول . ويترجح هـذا للنص القرآني[3] على كونه سبعاً . والشيخ حمـل السبع على الاستحباب، بمعنى أنه يستحب للورثة اعطاء ذلك لحصول يقين البراءة معه، وهو أيضاً جمع بين الروايات .

وهنا فوائد :

(الاولى) ان هذا الخلاف انما هو في الوصية، وأما في الاقرار فالتفسير الى المقر أو وارثه.

(الثانية) لو أضيف الجزء الى شيء كان حكمه كما ذكر ، كقوله جزء ثلثي أو جزء هذه الدار .

(الثالثة) لو قال بجزء جزء كان الموصى به اما عشر العشر أو سبع السبع .

قوله : ولو اوصى بسهم كان ثمناً ، ولو كان بشيء كان سدساً

أما الاول ففيه أقوال :

« ١ » ـ الثمن، قاله الشيخان[4] وابن الجنيد والقاضي وسلار وابن ادريس[4] لرواية السكوني عن الصادق عليه السلام[5]. ومثلها رواية صفوان عـن الرضا عليه السلام[5].

---

١) القواعد ، المطلب الثاني في الاحكام المعنوية .

٢) المختلف ٢/٥٣ .

٣) اى للاية الشريفة : ٥٠ من سورة الحجر .

٤) راجع المقنعة : ١٠٣ ، النهاية : ٦١٣ ، السرائر: ٣٨٨ .

٥) الفقيه ٤/١٥٢ ، الكافي ٧/٤١ ، التهذيب ٩/٢١٠ ، الاستبصار ٤/١٣٣ .

ولو أوصى بوجوه فنسى الوصى وجهاً صرف فى البر ، وقيل : يرجع ميراثاً .

« ٢ » ـ العشر ، لرواية طلحة بن زيد عن الباقر عليه السلام[1]. وطلحة ضعيف .

« ٣ » ـ السدس ، قاله الشيخ[2] في المبسوط والخلاف ، وبه قال علي بن بابويه .

« ٤ » ـ قال الصدوق في الفقيه[3]: ان قال سهم من سهام الميراث فالسدس والا فاثمن .

والاظهر الاول، وإليه جزم به المصنف. وأما الثاني فلم أقف له على مستند الهم الا أن يحمل على أسهم الخمس ، وفيه ما فيه .

قوله : ولو أوصى بوجوه فنسى الوصى وجهاً صرف فى البر، وقيل يرجع ميراثاً

الاول فتوى الشيخين[4] والقاضي وابن بابويه، واختاره المصنف والعلامة[5] وعليه الفتوى ، لمكاتبة الهادي عليه السلام الى محمد بن ريان[6]، ولانه قد علم خروجه عن ملك الوارث فلا يعود الا بدليل، ولان الغالب قصد القربة فيصرف الى البر والالزم التبديل المنهي عنه ، وتعذر خصوصية لايستلزم تعذر غيرها .

---

١) التهذيب ٩/ ٢١١ ، الاستبصار ٤/ ١٣٤ .

٢) المبسوط ٤/ ٨ ، الخلاف ٢/ ٣١٠ وقال فى الاول : وفيه خلاف .

٣) الفقيه ٤/ ١٥٢ قال فيه : متى اوصى بسهم من سهام الزكاة كان السهم واحداً من ثمانية، ومتى اوصى بسهم من سهام المواريث فالسهم واحد من ستة .

٤) المقنعة : ١٠٣ ، النهاية : ٦١٣ .

٥) المختلف ٢/ ٥٩ .

٦) التهذيب ٩/ ٢١٤ ، الفقيه ٤/ ١٦٢ ، الكافى ٧/ ٥٨ .

ولو أوصى بسيف وهو في جفن وعليه حلية ، دخل الجميع في الوصية على رواية ، يجبر ضعفها الشهرة .

وكذا لو أوصى بصندوق وفيه مال ، دخل المال في الوصية.

وكذا قيل : لو أوصى بسفينة وفيها طعام استناداً الى فحوى رواية .

والثاني قول ابن ادريس[1]، ونقله عن الشيخ في الحائريات ، قال ونعم ما قال وأجاب، فان كان على الرواية التي ذكرها في النهاية اجماع والا فالاولى أن تعود الباب المنسية ميراثاً . وفيه ضعف ظاهر .

قوله : ولو اوصى بسيف وهو في جفن[2]) وعليه حلية دخل الجميع في الوصية على رواية تجبر ضعفها الشهرة ، وكذا لو اوصى بصندوق وفيه مال دخل المال في الوصية ، وكذا قيل لو اوصى بسفينة وفيها طعام استناداً الى فحوى رواية

أفتى بمضمون هذه الاحكام الشيخان[3] وابن الجنيد وابن بابويه والتقي والقاضي، ومستندهم في ذلك أما في السيف والصندوق فرواية ابن ابى جميلة عن الرضا عليه السلام قال : سألته عن رجل أوصى لرجل بسيف وكان في جفن وعليه حلية فقال له الورثة انما لك النصل وليس لك المال . فقال : لا بل السيف بما فيه له . قال : فقلت له : رجل أوصى لرجل بصندوق وكان فيه مال فقال

---

١) السرائر: ٣٨٩ قال : قال شيخنا في جواب الحائريات اذا انسى الوصي جميع ابواب الوصية فانها تعود ميراثاً للورثة . فنعم ما قال واجاب رحمه الله فان كان على تلك الرواية اجماع والا فالاولى ان تعود الباب المنسية ميراثاً للورثة .

٢) الجفن : غطاء العين من اعلاها واسفلها ، وجفن السيف : غلافه .

٣) المقنعة : ٦٠٣ ، النهاية : ٦١٣ .

الورثة انمالك الصندوق وليس لك المال . قال :فقال ابوالحسن عليه السلام: الصندوق بما فيه له[1].

وأما في السفينة فرواية عقبة بن خالد عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن رجل قال : هذه السفينة لفلان ولم يسم ما فيها وفيها طعام أيعطاها الرجل ومـا فيها ؟ قال : هي للذي أوصى لـه بهـا الأن يكون صاحبها متهماً وليس للورثة شيء[2].

« وابوجميلة » ضعيف كان يضع الحديث ، واسمه « المفضل بن صالح ». و« عقبة » لااعرف حاله. نعم قال العلامة في المختلف[3] لم يثبت عندي صحة شيء من هذه الروايات ، والمصنف وافق الجماعة في السيف والصندوق : أما أولا ضعف الرواية انجبر بالشهرة والعمل . وأما ثانياً فلقضاء العادة بأن الجفن يكون لصاحب السيف وكذا الصندوق يكون بما فيه لصاحبه .

وأما السفينة فكأنه يستضعف حكمها: أماأولا فلضعف الرواية لجهالة « عقبة ابن خالد » ، وأما ثانياً فلعدم دلالتها على الحكم صريحاً، فان قوله « هي للذي أوصى له بها » انما يدل على السفينة فقط بالمطابقة، وانما توهم دخول ما فيها في الحكم لفحوى الكلام لان السؤال وقع عما في السفينة لاعن نفسها ، وأما ثالثاً فلان الاكثر في العادة أن يكون ما في السفينة لغير صاحبها وتكون هي مستأجرة أومستعارة أومغصوبة .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

---

١) الكافي ٧/ ٤٤ ، التهذيب ٩/ ٢١١ ، الفقيه ٤/ ١٦١ .

٢) الكافي ٧/ ٤٤ ، التهذيب ٩/ ٢١٢ ، الفقيه ٤/ ١٦١ .

٣) المختلف ٢/ ٦٠ .

(الأولى) قال الشيخ في النهاية[1] بعد حكمه بدخول الاشياء المذكورة ما هذه عبارته : هذا اذا كان الموصى عدلا مأموناً، فان لم يكن عدلا وكان متهماً لم تنفذ الوصية في اكثر من ثلثه من الصندوق والسفينة والسيف والجراب وما فيها. وكأن منشأ حكمه هذا رواية « عقبة » المذكورة.

ونازع ابن ادريس في ذلك[2] . والحق معه ، لان العدالة غير معتبرة في الوصية مع أن الوصية لاتمضي في اكثر من الثلث سواء كان الموصى عدلا مأموناً أولا. واعتذر العلامة[3] للشيخ بأنه أراد بالوصية الاقراروانه اوصى بتسليم ذلك اليه لأنه ابتداء عطية .

(الثانية) قيد المفيد[4] الصندوق بكونه مقفلا والجراب بكونه مشدوداً والوعاء بكونه مختوماً ، وكذا التقي .

(الثالثة) استشكل العلامة في المختلف[5] دخول هذه الاشياء ، لانها ليست أجزاء من المنسوبة اليه ولا لازمة لمعانيها ، وحكم بأنه ان وجدت قرينة حالية أو مقالية تقتضي دخول ما ذكر دخل والا فلا .

(الرابعة) النص قد عرفت أنه ورد في السيف والصندوق والسفينة ، وهل

---

١) النهاية : ٦١٤ .

٢) السرائر : ٣٩٨ قال : كان ... بما فيه للموصى له سواء كان الموصى عدلا او فاسقاً متهماً على الورثة اوغير متهم لانا لانراعى فى الموصى العدالة بل ثبوت العقل فاذا كان عاقلا تمضى وصيته فى ثلث ماله ولا تمضى فى اكثر من ثلث ماله سواء كان عدلا او فاسقاً . الى آخرما قال .

٣) المختلف ٢/ ٦٠ .

٤) المقنعة : ١٠٣ .

٥) المختلف ٣/ ٦٠ .

ولايجوز اخـراج الولد من الارث ولو أوصى الاب ، وفيه رواية مطرحة .

يعم الكيس والجراب والحقة والزبيل[1] وأمثال ذلك، وكذا يعم المركب المحلي والسكين ذات القراب أم لا ؟ اشكال من الاقتصار في المنصوص على محله ومن اطراد العلة .

قال ابن الجنيد: اذا أوصى بشيء يشتمل اسمه على أعيان متصلة به كان جميعه للموصى له . وعـد الامور المذكورة وزاد : اذا أوصى بدارلها روشن دخل ، ولو قال ما في الجوالق لم تكن الجوالق له . قال: وقال ابو محمد الحسن لو أوصى بضيعة ولها ماء من وادي كان الماء تبعاً للضيعة . ومثل ذلك قال القاضي وتابع الشيخ في القول بالعدالة كما تقدم .

(الخامسة) الحكم في الاقرار كالحكم في الوصية من غير فرق. والحق فيه أيضاً العمل بالقرينة كما قاله العلامة .

قوله : ولايجوز اخراج الولد من الارث ولواوصى الاب ، وفيه رواية مطرحة

أما الاول فلانه مخالف للنص القرآني في قوله «يوصيكم الله في أولادكم»[2] ولانها وصية بخلاف المعروف . وأما الرواية فهي في كتاب الصدوق عن وصي علي بن السري قال : قلت لابى الحسن عليه السلام : ان علي بن السري توفي فأوصى الي . فقال : رحمه الله. قلت: وان ابنه جعفر بن علي وقع على أم ولد له فأمرني أن أخرجه من الميراث ، فقال لي : اخرجه فان كنت صادقاً فسيصيبه

---

١) الزبيل ككريم : المكتل وهو بكسر الميم : الزنبيل وهو ما يعمل من الخوص يحمل فيه التمر وغيره .

٢) سورة النساء : ١١ .

(الطرف الثالث) في أحكام الوصية . وفيه مسائل :

(الاولى) اذا أوصى بوصية ثم عقبها بمضادة لها عمل بالاخيرة ولولم يضادها عمل بالجميع .

فان قصر الثلث ، بدىء بالاول فالاول حتى يستوفى الثلث .

خبل[1] . قال : فرجعت فقدمني الى ابى يوسف القاضي فقال له : أصلحك الله انا جعفر بن السري وهذا وصي ابى فمره فليدفع الي ميراثي. فقال : ما تقول فقلت : أريد أن أكلمك . قال : فادن ، فدنوت حيث لايسمع أحد كلامي فقلت له : هذا وقع على أم ولد لابيه فأمرني ابوه وأوصى الي أن أخرجه من الميراث ولا أورثه ، فأتيت موسى بن جعفر عليهما السلام بالمدينة فأخبرته وسألته فأمرني أن اخرجه من الميراث ولا أورثه شيئاً. فقال: الله ان ابا الحسن امرك. فقلت : نعم . فاستحلفني ثلاثا ثم قال : انفذ ما أمرك به ابو الحسن فالقول قوله[2].

فحكم الصدوق بمضمونها اذا حصل الحدث المذكور والافلا. وقال الشيخ في الاستبصار انها مقصورة على الواقعة فلايتعدى .

ومنهم من خص العمل بها في الثلث، لان له التصرف فيه كيف شاء . والاولى البطلان، لان اخراجه أعم من الوصية لباقي الوراث، والعام غير مستلزم للخاص، ولان القصد معتبر في الوصية وهنا لاقصد .

قوله : اذا أوصى بوصية ثم عقبها بمضادة لها عمل بالاخيرة ، ولولم يضادها عمل بالجميع، فان قصر الثلث بدىء بالاول فالاول حتى يستوفى الثلث

هذا الحكم مما لاخلاف فيه عند الاصحاب: الا أن تحريره بفرض مسائل ثلاث :

---

١) الخبل : الجنون وشبهه كالهوج والبله .

٢) الكافي ٧/ ٦١ ، التهذيب ٩/ ٢٣٥ ، الفقيه ٤/ ١٦٢ ، الاستبصار ٤/ ١٣٩ .

(الاولى) ما هومضاد اجماعاً كقوله « عبدي فلان لزيد » ثم يقول هو بعينه لعمرو ، أو يقـول « ثلث مالي لزيد » ثـم يقول الثلث الموصى به لعمرو ، أو يضيف الثلث الى نفسه لا الى المال كقوله « ثلثي لزيد » ثم يقول ثلثي لعمرو .

(الثانية) ماهوغير مضاد اجماعاً، كأن يقول«سدس مالي لزيد» ثم يقول سدس مالي لعمرو، أو يقول « عبدي قنبر لزيد » ثم يقول عبدي سعيد لعمرو ، ولم تزد قيمتهما عن ثلث ماله .

(الثالثة) مااختلف فيه ، كأن يقول « ثلث مالي لزيد » ثم يقول ثلث مالي لعمرو ، ولم ينص على أن الثلث الثاني هو الاول أو غيره . فقال الشيخ[1] فـي المبسوط والخلاف ان الثانية مضادة للاولى ناسخة لها ولم يفرق بينها وبين قوله « عبدي الذي أوصيت به لزيد اوصي الان به لعمرو » . وفي أن الثانية رجوع عن الاولى. قال : ومنهم من قال لايكون رجوعاً، وكأنه اشارة الى ابن الجنيد ويتفرع على الخلاف فرعان :

(الاول) لوأجاز الورثة يكون لكل واحد ثلث على القول الثاني اجماعاً لاالاول ، وقال الشيخ[2] لكل ثلث .

(الثاني) لورد الموصى لـه الاول فعلى قول الشيخ لاتأثيرله لانها وصية باطلة بدون الرد، وعلى قول ابن الجنيد له تأثير. ولورد الثاني فعلى قول الشيخ لاوصية في البين لبطلان الاولى بالثانية وبطلان الثانية بالرد ، وعلى قول ابن الجنيد الاولى باقية الحكم .

اذا عرفت هذا فاعلم أن ابن ادريس[3] اختار قول الشيخ، محتجاً بأنه لايستحق

---

١) المبسوط ٤/٤٢ ، الخلاف ٢/٣١٧ .

٢) راجع المبسوط ٤/٤٢ .

٣) السرائر: ٣٨٥ .

من ماله بعدوفاته الاثلثه ، فاذا أوصى به لانسان ثم أوصى به لاخرفقدرجع عن الاول . ثم قال : أما اذا أوصى بعين ولم يقل بثلثي ثم أوصى بشيء آخر ولم يذكر الثلث ،فان مذهب اصحابنا أن يبدأ بالاول فالاول والنقص يلحق الاخير ، لانه ظن أن ثلثه يفي بالكل لأنه رجع عن الاول .

واختار العلامة[1] قول ابن الجنيد عملا بالاستصحاب وعدم المنافاة ، لانه لادلالة له الا المطابقة أوالتضمن أوالالتزام ، والثلاثة منتفية هنافالدلالة منتفية .

وأجاب عن قول ابن ادريس بأن كونه لايملك أزيد من الثلث غيرمناف لجواز الوصية بالزائد عنه ، فان مع اجازة الورثة تنفذ اجماعاً ، لان الاجازة ليست ابتداء عطية بل تنفيذ لفعل الموصى . قال : ولوسلم كونه لايملك أزيد من الثلث فكونه رجوعاً ممنوع ، لانه يعلم أن مع الاجازة تنفذ الوصية فيجوز أن يوصي مستنداً الى تجويز الاجازة . وفرقه[2] بين المطلق والمعين ضعيف ، الا أن يعلم اتحاد الثلث .

ثم ان العلامة استشكل قول الشيخ بأن مع الاجازة يكون لكل واحد ثلث فانه لوأوصى لزيد بشيء ثم رجع رجوعاً يقيناً وأجاز الورثة ثم يملك الموصى له ما أوصى به ، فكذا هنالوكان رجوعاً لكان الموصى له الاول ثم يملك شيئاً ولم تنفع الاجازة لانها تنفيذ ، فاذا رجع فكأنه لم يفعل .

ثم حكى عن الشيخ في المبسوط والخلاف ما يدل على رجوعه ، وهو قوله: لوأوصى لرجل بكل ماله ولاخر بثلث ماله فأجاز الورثة أخذالاول جميع المال وسقط الاخر، ولوبدىء بصاحب الثلث وأجازوا أعطي الاول الثلث وصاحب الكل الثلثين .

---

١) المختلف ٢/ ٥٦ .

٢) في ب : وتفريقه .

(الثانية) تثبت الوصية بالمال بشهادة رجلين ، وبشهادة أربع نساء ، وبشهادة الواحدة فى الربع .

وفى ثبوتها بشاهد ويمين تردد .

أما الولاية فلا تثبت الا بشهادة رجلين .

(الثالثة) لو أشهد عبدين له على أن حمل المملوكة منه ثم ورثهما

قوله : وفى ثبوتها بشاهد ويمين تردد

جزم في الشرائع[1] بثبوتها بالشاهد واليمين ، وجعل التردد في ذلك فى الوصية بالولاية . وهو كلام حسن موافق للقاعدة الشرعية من أن كلما هو مال أوالمقصود منه مال فانه يثبت بالشاهد واليمين ، فتردده هنا لاأعرف له وجهاً . نعم استشكل العلامة في القواعد[2] في ثبوت النصف أوالربع في شهادة الرجل الواحد من غيريمين من قيامه مقام امرأتين فيثبت النصف ، ومن أن الحكم بشهادة الواحدة هنا خلاف الاصل وحينئذ لولم يثبت بشهادته شيء لزم زيادة مرتبتها فيثبت الربع ، اذلاأقل من المساواة .

وأما تردده في الشرائع فينشأ من أن ذلك حكم شرعي فيقف على دليل وليس ، ولانه ليس مالا ولا يقصد به المال، ومن أنه ارفاق وتيسير فيكون مراداً للاية والحديث ، ولانه قد يستفيد مالاكما لو كان فقيراً ليأخذ الاجرة .

قوله : لو اشهد عبدين له على ان حمل المملوكة منه ثم ورثهما

---

١) الشرائع ١/١٥٧ قال فيه : وتقبل فى الشهادة بالمال شهادة واحد مع اليمين اوبشاهد وامرأتين . الى ان قال : ولا تثبت الوصية بالولاية الا بشاهدين ولا تقبل شهادة النساء فى ذلك وهل تقبل شهادة شاهد مع اليمين فيه تردد واظهره المنع .

٢) القواعد ، الفصل الخامس فيما به تثبت الوصية .

غير الحمل فأعتقا فشهـدا للحمل بالبنـوة صح وحكم له . ويكره له تملكهما .

(الرابعة) لاتقبل شهـادة الوصى فيما هو وصى فيه ، وتقبل للموصى فى غير ذلك .

(الخامسة) اذا أوصى بعتق عبده ،أو أعتقه عند الوفاة وليس له سواه انعتق ثلثه .

ولو أعتق ثلثه عند الوفاة وله مال ، أعتق الباقى من ثلثه .

غير الحمل فأعتقا فشهدا للحمل بالبنوة صح وحكم له وكره له تملكهما

هذه المسألة مبنية على حكم شهادة العبد هل هي مقبولة أم لا ؟ ولما كان ذلك البحث يأتي فـي باب الشهادات وكلنا ذكرها الى ذلك الباب وسيأتي انشاءالله تعالى .

قوله : لاتقبل شهادة الوصى فيما هووصى فيه وتقبل للموصى فـى غير ذلك

لاخلاف في قبولها فيما ليس له فيه ولاية ، أما ماله فيه ولاية تقبل ـ كما لوشهد بمال اليتيم ـ فالمشهور عدم القبول .وقال ابن الجنيد تقبل ،ودفع بأنه متهم بالالوية على المال .

قال الشهيد : وفي تأثير هذه التهمة نظر ، وخصوصاً في حال لا أجرة له على حفظه .

قلت: منشأ النظر من أنالولايةتابعة للملك فليست مقصودة بالذات، ولانها قد لاتبقى بعدالاستيفاء فهي كشهادة الغرماء للمديون قبل الحجر، ومن أن التابع مساولمتبوعه وظاهرالفتوى عدم القبول .

قوله : ولواعتق ثلثه عند الوفاة وله مال اعتق الباقى من ثلثه

ولو أعتق مماليكه عند الوفاة أو أوصى بعتقهم ولا مال سواهم أعتق ثلثهم بالقرعة .

ولو رتبهم أعتق الاول فالاول حتى يستوفى الثلث ، وبطل مازاد.

(السادسة) اذا أوصى بعتق رقبة ، أجزأ الذكر والانثى ، الصغير والكبير .

ولو قال : مؤمنة لزم ، فان لم يجد أعتق من لايعرف بنصب .

الضمير في ثلثه الاول عائد الى العبد قطعاً وفي ثلثه الاخير فيحتمل امرين :

« ١ » ـ عوده الى المال ، ولا كلام فيه ، وهو الظاهر في العبارة . ومعناه ان الباقي من العبد معتق كله ان وسعه الثلث والاعتق منه بقدر تمام الثلث شيء بالمباشرة وشيء بالسراية بناء على أن التبرعات الواقعة في مرض الموت من الثلث ، ولو قلنا انها من الاصل عتق كله ثلثه بالمباشرة وثلثاه بالسراية .

« ٢ » ـ عوده الى العبد كما قال بعض الفضلاء . وفرع عليه أنه ان قلنا ان التبرعات من الاصل فلا كلام في عتق الباقي بالسراية ، وان قلنا انها من الثلث روعي في الباقي ما تقدم .

وفي هذا الاحتمال نظر :

أما أولا: فلان ثلثه انعتق قطعاً بالمباشرة فلم يبق منه شيء حتى يحكم عليه بالعتق ، أي من العبد لاما ذكر .

وأما ثانياً : فلان رأي المصنف هنا ليس هو اعتاق الباقي مطلقاً بل من الثلث لاغير ، والباقي بعد الثلث موكول الى العبد ان شاء سعى في فكه وان شاء بقي متبعضاً كما يجيء .

قوله : فان لم يجد اعتق من لايعرف بنصب

ولو ظنها مؤمنة فأعتقها ، ثم بانت بخلافه أجزأت .

(السابعة) اذا أوصى بعتق رقبة بثمن معين ، فان لم يجد توقع ، وان وجد بأقل أعتقها ودفع اليها الفاضل .

قيل في تعريف الناصب[1] وجوه :

« ١ » ـ انه الخارجي الذي يقول في علي عليه السلام ما قال .

« ٢ » ـ انه الذي ينسب الى أحد المعصومين عليهم السلام مايثلم العدالة .

« ٣ » ـ من اذا سمع فضيلة لعلي عليه السلام أو لغيره من المعصومين أنكرها .

« ٤ » ـ من اعتقد أفضلية غير علي عليه السلام عليه .

« ٥ » ـ من سمع النص على علي عليه السلام من النبى صلى الله عليه وآله وسلم أوبلغه تواتراً أوبطريق يعتقد صحته فأنكره .

والحق صدق النصب على الجميع ، أما من يعتقد امامة غيره للاجماع أو لمصلحة ولم يكن من أحد الاقسام الخمسة فليس بناصب ، والمرتضى رحمه الله وابن ادريس أطلقاه على غير الاثني عشرية .

---

١) فى المجمع : والنصب ايضاً المعاداة ، يقال نصبت لفلان نصباً اذاعاديته ومنه الناصب وهوالذى يتظاهربعداوة اهل البيت اولمواليهم لاجل متابعتهم لهم.وفى القاموس: والنواصب والناصبية واهل النصب المتدينون ببغضة على عليه السلام لانهم نصبوا له اى عادوه . وقال ايضاً فى المجمع : اختلف فى تحقيق الناصبى فزعم البعض ان المراد من نصب العداوة لاهل البيت عليهم السلام وزعم آخرون انه من نصب العداوة لشيعتهم وفى الاحاديث ما يصرح بالثانى فعن الصادق عليه السلام انه ليس الناصب من نصب لنا اهل البيت لانه لاتجد رجلا يقول انا ابغض محمداً وآل محمد ولكن الناصب من نصب لكم وهو يعلم انكم تولونا وانتم من شيعتنا .

(الثامنة) تصرفات المريض .

ان كانت مشروطة بالوفاة فهى من الثلث ، وان كانت منجزة وكان فيها محاباة وعطية محضة فقولان ، أشبههما : أنها من الثلث.

قوله : تصرفات المريض ان كانت مشروطة بالوفاة فهى من الثلث وان كانت منجزة وكان فيها محاباة اوعطية محضة فقولان اشبههما انها من الثلث

شرح هذا الكلام يتبين بمسائل :

(الاولى) أنه لاخلاف أن كل تصرف علق بالوفاة فانه من الثلث .

(الثانية) لاخلاف أنه اذا برىء المريض فان تصرفاته لازمة من الاصل وأنه لاخيارله ولالورثته فيها وان مات في مرض آخر .

(الثالثة) أنه لاخلاف في صحة بيع المريض جميع تركته بثمن مثلها أوبحيث لاغبن عرفاً .

(الرابعة) كل حالة ليست مرضاً وان كانت مخوفة كحال المراماة وطلق المرأة وهيجان البحر والتحام الحرب فانه لاحكم فيها ، لكون الحكم منوطاً بوصف المرض فلايكفي وجود الحكم بدونه ، كما لولم يثبت القصرفي الحضر من غيرخوف وان حصلت المشقة ، وكذا لووجد المرض وانتفت الحكمة ، كما لولم يكن له وارث فان الحكم أيضاً ثابت .

(الخامسة) هل يشترط في المرض كونه مخوفاً غالباً أويكفي حصول الموت فيه وان لم يكن مخوفاً . قال في المبسوط[1] بالاول ، لما فهم من رواية ابن يقطين[2] من قوله « عند الموت » ، وذلك لايكون الا بأمارات الموت . وقال

---

١) المبسوط ٤/٤٣ .

٢) لعل مراده الرواية التى اخرجها الشيخ فى التهذيب فى الزيادات ٩/٢٤٢ عن

المصنف والعلامة[1] بالثاني . وهوالحق للعموم في لفظ الروايات فيعم الحكم ودلالة المفهوم ضعيفة مع أن ذكربعض افراد العام لاتخصيص[2].

(السادسة) محل الخلاف في التبرعات المحضة كالهبة والوقف والاسكان وأمثال ذلك ،أوماكان فيه محاباة كبيع الشيء بأقل من قيمته عرفأبحيث يوجب خيار الغبن أوالشراء للشيء بأكثر من ثمنه كذلك لاغير .

اذا عرفت هذا فنقول : قال الشيخان في النهاية والمقنعة والقاضي وابن ادريس تلك التصرفات من الاصل ولاخيار للورثة فيها ، لوجوه :

(الاول) أصالة الجواز .

(الثاني) قوله صلى الله عليه وآله وسلم: الناس مسلطون على أموالهم[3].

(الثالث) لولا صحتها من الاصل لما لزمت بالبرء ، والتالي باطل فكذا المقدم .

(الرابع)رواية عمار: الرجل أحق بماله مادام فيه الروح ان أوصى به كله فهوجائز[4].

(الخامس) رواية سماعة عن ابى بصيرعن الصادق عليه السلام قال : قلت له : الرجل يكون له الولد أيسعه أن يجعل ماله لقرابته ؟ قال : هوماله يصنع به ماشاء الى أن يأتيه الموت ، ان لصاحب المال أن يعمل بماله ما شاء مادام حياً

علىبن يقطين قال :قال سألت ابا الحسن عليه السلامما للرجل من ماله عند موته؟ قال الثلث والثلث كثير .

١) المختلف ٢/ ٦٦ .

٢) اى لاتخصيص له .

٣) البحار ٢/ ٢٧٢ .

٤) الكافى ٧/ ٧ ، التهذيب ٩/ ١٨٧ ، الفقيه ٤/ ١٥٠ ، الاستبصار ٤/ ١٢١ ، الوسائل ١٣/ ٣٧٠ .

ان شاء وهبه وان شاء تصدق به وان شاء تركه الى ان يأتيه الموت، فان أوصى به فليس له الا الثلث الاأن الفضل في أن لايضيع من يعوله ولايضر بورثته[1].

وفيه نظر ، اذالاصل يعدل عنه للدليل ، والعموم مخصوص ، ولايلزم من الصحة اللزوم .

ان قلت : لولاصحتها في الحال لما لزمت بالبرء. قلت : جاز كون الموت كاشفاً عن الفساد والبرء كاشفاً عن الصحة، والروايتان ضعيفتان لفساد عقيدة عمار فانه فطحي وسماعة فانه واقفي .

وقال الشيخ[2] في المبسوط والخلاف وابن الجنيد والصدوق هي من الثلث واختاره المصنف والعلامة[3] ، لوجوه :

« ١ » ـ ان حكمة حصر الوصية في الثلث موجودة هنا وهو الاضرار بالورثة فوجب اتحاد الحكم فيها لئلا تختل الحكمة .

« ٢ » ـ لولا ذلك لالتجأ كل من يريد اضرار ورثته الى المنجزات في مرضه فتفوت فائدة حصر الوصية في الثلث .

« ٣ » ـ الروايات كرواية علي بن عقبة عن الصادق عليه السلام في رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً ليس له غيره فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك كيف القضاء فيه؟ قال: مايعتق منه الاثلثه، وسائر ذلك الورثة أحق بذلك ولهم ما بقي[4] .

---

١) الكافي ٨/٧ ، التهذيب ١٨٨/٩ ، الفقيه ١٤٩/٤ ، الاستبصار ١٢١/٤ . قال في الوافي: يعني انما الفضل في مثل هذه الميراث التي هي مظان الفضل من الهبة والصدقة والوصية بالثلث اذا لم تتضمن ضياع العيال وضرار الورثة فاذا تضمن شيئاً من ذلك فلا فضل فيه بل هو حرام كمامر وجاز للوصي رده الى الحق .

٢) المبسوط ٤٣/٤ ، الخلاف ٣١٢/٢ .

٣) القواعد ، الفصل الثالث في تصرفات المريض ، المختلف ٦٢/٢ ، ٦٦ ، ٦٩ .

٤) التهذيب ١٩٤/٩ ، الاستبصار ١٢٠/٤ . واخرجه ايضاً في التهذيب ٢١٩/٩ بطريق آخر عن عقبة بن خالد عن ابي عبدالله عليه السلام الا انه ليس فيه « وساير ذلك

أما الاقرار للاجنبي فان كان متهماً على الورثة فهو من الثلث. والا فهو من الاصل .

وللوارث من الثلث على التقديرين .

ومنهم من سوى بين القسمين .

وعن ابى ولاد قال : سألت الصادق عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه الدين فتبرئه منه في مرضها. قال : بل تهبه له فيجوز هبتها له ويحتسب ذلك من ثلثها ان كانت تركت شيئاً[1].

وعن علي بن يقطين عن الكاظم عليه السلام[2] . والفتوى على هذا .

قوله : اما الاقرار للاجنبى فان كان متهماً على الورثة فهو من الثلث والا فهو من الاصل وللوارث من الثلث على التقديرين ، ومنهم من سوى بين القسمين

هنا أقوال :

(الاول) قول الشيخ في النهاية[3] انه مع التهمة تكون من الثلث ومع عدمها

الورثة احق بـذلك ولهم مابقى » وفى نسخة عندنا من الاستبصار بزيادة « للورثة » بين « ذلك – و – الورثة » فيكون هكذا : وسايرذلك للورثة والورثة احق بذلك ولهم مابقى.

وبهامشها :لفظة « للورثة » ليست فى التهذيب وعلى تقدير وجودها يحتمل ان يكون كلاماً مستأنفاً استفهاماً ويكون الاشارة راجعة الى الاباء ويحتمل ان يكـون متعلقاً بالقضاء فتأمل .

١) التهذيب ٩/١٩٥ ، الاستبصار ٤/١٢٠ .

٢) التهذيب ٩/٢٤٢ .

٣) النهاية : ٦١٨ قال : فان كان غير موثوق به وكان متهماً طولب المقر له بالبينة فان كانت معه بينة اعطى من اصل المال وان لم يكن معه بينة اعطى من الثلث ان بلغ ذلك فان لم يبلغ فليس له اكثرمنه .

(التاسعة) أرش الجـراح ودية النفس ، يتعلق بهما الديون والوصايا كسائر أموال الميت .

يكون من الاصل ، سواء كان المقرله وارثاً أواجنبياً استناداً الى رواية منصور ابن حازم عن الصادق عليه السلام قال :سألته عن رجل أوصى لبعض ورثته انله عليه ديناً. فقال : ان كان الميت مرضياً فاعطه الذي أوصى له[1] . وتبعه القاضي

(الثاني) قول المفيد[2] انه مع التهمة لم يقبل اقراره مطلقاً ومع عدمهايكون من الاصل ، سواء كان المقرله وارثاً اوأجنبياً .

(الثالث) قول سلار وابن ادريس[3] انه من الاصل مطلقاً ، أي لوارث كان أولغيره متهماً أوغيرمتهم ديناً كان المقربه أوعيناً ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : اقرار العقلاء على أنفسهم جائز[4] . ووقع الاجماع على عمومه .

(الرابع) قول المصنف رحمه الله، وهوأنه من الثلث ان كان لوارث متهماً أوغيرمتهم ، وان كان لاجنبى فمع التهمة من الثلث ومع عدمها من الاصل . ولم يعرف له قائلا غيره ،وكأنه نظرفي طرف الوارث الى رواية اسماعيل بن جابر عن الصادق عليه السلام : عن امرأة استودعت رجلا ما لا فلما حضرها الموت قالت لـه ان المال الذي دفعته اليك لفلانة فماتت المرأة فأتى أولياؤها

---

١) الكافى ٧/ ٤١ ، التهذيب ٩/ ١٥٩ ، الاستبصار ٤/ ١١١ ، الفقيه ٤/ ١٧٠ .

٢) المقنعة : ١٠١ ، باب الاقرار فى المرض .

٣) السرائر: ٣٩١ قال: ويكون ماأقربه من اصل المال سواءكان عدلا اوفاسقاً متهماً على الورثة اوغيرمتهم وعلى كل حال سواءكانت مع المقرله بينة اولم تكن لاجماع اصحابنا المنعقد ان اقرار العقلاء جائزفيما يوجب حكماً فى شريعة الاسلام .

٤) الوسائل ١٦/ ١٣٣ وقال : وذكرجماعة من علمائنا فى كتب الاستدلال عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم انه قال : اقرار العقلاء على انفسهم جائز، وظهورهذا الكلام يشعر ان هذا ليس فى كتب الحديث .

الرجل فقالوا له انه كان لصاحبتنا مال لانراه الاعندك فاحلف لنا مالنا قبلك شيء أيحلف لهم ؟ قال : ان كانت مأمونة عنده فليحلف وان كانت متهمة فلايحلف ويضع الامر على ما كان فان لها من مالها ثلثه[1].

وهنا فوائد :

(الاولى) قول المصنف « ومنهم من سوى بين القسمين »يحتمل أن يكون اشارة الى قول الشيخ أنه لافرق بين الوارث والاجنبى، والى قول ابن ادريس لافرق بين التهمة وعدمها ، وان يكون اشارة اليهما معاً ، فان العبارة محتملة للجميع .

(الثانية) المراد بالتهمة هـو العلم أوالظن المتآخم له بقرينة حالية أومقالية بارادة تخصيص المقرله دون الوارث ، وانه ليس الاقرار على ما هو في نفس الامر .

(الثالثة) لاخلاف أيضاً في نفوذ الاقرار المذكور لووقع في الصحة ثـم عرض الموت ومات فيه ، وكذا لوبرأ ثم مات في غيره .

(الرابعة)لواختلف في التهمة فادعاها الوارث وأنكرها المقرله فالاصل عدمها فعلى المدعى لها البينة وعلى المنكر اليمين مع عدمها .

(الخامسة) يكفي يمين المقرله أنه لايعلم التهمة لاأنها ليست حاصلة في نفس الامـر ، لابتناء الاقرار على الظاهر وتجويز حصول السبب المقتضي لثبوت الاستحقاق .

* * *

وليكن هذا آخر المجلد الاول من « التنقيح الرائع » وسيأتي في المجلد

---

١) الكافى ٤٦٢/٧ ، التهـذيب ٢٩٤/٨ ، الفقيه ١٧٠/٤ ، الاستبصار ١١٢/٤ كلهم اخرجوها عن عبدالله بن مسكان عن علاء بياع السابرى عن الصادق عليه السلام .

الثاني كتاب النكاح انشاء الله تعالى، ونسأل الله التوفيق لاتمامه واكماله بمحمد وآله . وكتب في ليلة التاسع والعشرين من شهر رمضان من سنة أربع عشر وثمانمائة على يد مصنفه العبد المقداد بن عبد الله السيوري عفا الله عنه بمنه وكرمه . والحمد لله وحده ، والصلاة على محمد وآله الطاهرين .

فهرس الكتاب

(كتاب التجارة ٣ ـ ١٦٢)

فيما يكتسب به وتعريف التجارة	٣
ما يمنع بيعه من الاعيان النجسة	٥
الالات المحرمة وما يقصد به المساعدة على المحرم	٨
ما لاينتفع به لايجوز بيعه	٩
أجرة الاعمال المحرمة	١١
الاجرة على الاعمال الواجبة	١٥
مسائل فيما يكتسب به	١٨
في بعض آداب البيع	٢٢
ما يشترط في البيع	٢٢
يشترط في المتبايعين العقل والاختيار	٢٢
يشترط في البيع الكيل أوالوزن أوالعدد	٢٨
يشترط في البيع تقدير الثمن وجنسه	٣١

يشترط في البيع القدرة على تسليم المبيع	٣٥
آداب البيع المستحبة والمكروهة	٣٧
في خيار المجلس	٤٣
في خيار الحيوان	٤٤
في خيار الشرط	٤٦
في خيار الغبن	٤٧
في خيار القبض والرؤية	٤٨
بعض أحكام الخيارات	٥٠
أحكام النقد والنسيئة	٥٢
أحكام بيع المرابحة	٥٨
أحكام بيع الصفقة	٥٩
أحكام المبيع	٦١
القبض في البيع وأحكامه	٦٤
في شروط البيع	٦٩
العيوب في السلعة المبيعة	٧٧
التدليس في المبيع وأحكامه	٧٩
البكارة والثيبوبة في المرأة	٨١
مسائل متفرقة من أحكام الرد في البيع	٨٢
تحريم الربا وبعض أحكامه	٨٥
الصرف وأحكامه	٩٧
مسائل من الربا والصرف	١٠٠
بيع الثمار وأحكامه	١٠٤
في بيع الحيوان	١١٥

مسائل من بيع الحيوان ١٢٠
بيع السلف ومعناه وأحكامه ١٤٠
شروط بيع السلف وأحكامه ولواحقه ١٤٣
دين المملوك على من هو ؟ ١٥٠
أحكام القرض وثوابه ومسائله ١٥٣
أجرة الكيال ووزان المتاع ١٦١

(كتاب الرهن ١٦٣ ـ ١٧٧)

معنى الرهن وما يشترط فيه ١٦٣
الحق وثبوته في الذمة ١٦٨
الراهن وما يشترط فيه ١٦٩
المرتهن وما يشترط فيه ١٧١
مسائل النزاع من أحكام الرهن ١٧٣

(كتاب الحجر ١٧٨ ـ ١٨٢)

الحجر وأسبابه ١٧٨
زوال حجر الصبى بالبلوغ والرشد ١٧٩
حجر السفيه ١٨١
حجر المملوك ١٨٢
ولاية الاب والجد على الطفل ١٨٢

(كتاب الضمان ١٨٣ ـ ١٩٨)

معنى الضمان وبيان أقسامه ١٨٣
الاول ـ ضمان المال ١٨٣
الثاني ـ الحوالة ١٩١

الثالث ـ الكفالة ١٩٥

(كتاب الصلح ١٩٩ ـ ٢٠٦)

مشروعية الصلح لقطع المنازعة ١٩٩
ما يصح فيه الصلح ومالا يصح ٢٠٠
صلح الشريكين على كيفية تقسيم الارباح ٢٠٢
الشركة في بعض الاموال والصلح عليها ٢٠٤

(كتاب الشركة ٢٠٧ ـ ٢١٢)

معنى الشركة ٢٠٧
ما يصح فيه الشركة ٢٠٨
الشركة عقد جائز من الطرفين ٢١١
من يكره معه المشاركة ٢١٢

(كتاب المضاربة ٢١٣ ـ ٢٢٧)

معنى المضاربة ٢١٣
جواز الرجوع فى المضاربة ٢١٣
ما يثبت للعامل في عقد المضاربة ٢١٦
يشترط في مال المضاربة أن يكون عيناً ٢٢١
لايطأ المضارب جارية القراض ٢٢٥
لايصح المضاربة بالدين حتى يقبض ٢٢٦

(كتاب المزارعة والمساقاة ٢٢٨ ـ ٢٣٦)

معنى المزارعة والشروط المعتبرة فيها ٢٢٨
ما يكره في المزارعة ٢٣٠
معنى المساقاة وأحكامها ٢٣٠

ما يشترط في المساقاة ٢٣٤
الشرائط المكروهة في المساقاة ٢٣٥

(كتاب الوديعة والعارية ٢٣٧ ـ ٢٥١)

معنى الوديعة والشرائط المعتبر فيها ٢٣٧
الوديعة جائزة من الطرفين ٢٣٩
بعض أحكام الوديعة ٢٤٠
معنى العارية وما يشترط في المعير ٢٤٧
الاستعارة والرهن من غيراذن المالك ٢٥١

(كتاب الاجارة ٢٥٢ ـ ٢٧٧)

معنى الاجارة ولزوم عقدها ٢٥١
هل تبطل الاجارة بالموت ٢٥٤
أحكام اجارة المشاع وشرائطها ٢٥٨
في منافع العبد ٢٧٧

(كتاب الوكالة ٢٧٨ ـ ٢٩٨)

معنى الوكالة ٢٧٨
شرائط الوكالة ٢٨٠
عزل الوكيل وتصرفاته ٢٨١
ما تصح فيه الوكالة وما لا تصح ٢٨٤
كيفية تصرف الوكيل في ما وكل فيه ٢٨٧
الموكل وشرائطه ٢٩٢
الوكيل وما يشترط فيه من العقل وغيره ٢٩٣
مسائل متفرقة من أحكام الوكالة ٢٩٥

(كتاب الوقوف والصدقات والهبات ٢٩٩ ـ ٣٤٦)

معنى الوقف وصيغته ٢٩٩
ما يعتبر في الوقف من القبض وغيره ٣٠١
شرائط الوقف وأحكامه ٣٠٢
شرائط الموقوف والواقف ٣٠٦
في الموقوف عليه ٣٠٨
بعض النحل الاسلامية ٣١٣
الشرط في الوقف والاطلاق فيه ٣٢١
مسائل من أحكام الوقف ٣٢٤
مسائل السكنى والعمرى ٣٣٢
الصدقة وبعض أحكامها ٣٣٧
بعض أحكام الهبة ٣٤١

(كتاب السبق والرماية ٣٤٧ ـ ٣٥٧)

مستند السبق وما يتسابق فيه ٣٤٧
ما يعتبر في انعقاد عقد السبق ٣٥٣
تفتقر المسابقة الى تقدير المسافة ٣٥٤
بعض شرائط السبق وأحكامه ٣٥٥

(كتاب الوصايا ٣٥٨ ـ ٤٢٨

في معنى الوصية ٣٥٨
ما يتحقق به الوصية ٣٥٩
ما يوجد بخط الميت من الوصية ٣٦٢
ما يعتبر في الموصي ٣٦٤

ما تصح فيه الوصية للعبيد وأمثالهم	٣٧٣
اطلاق الوصية تقتضي التسوية فيها	٣٧٨
في الاحكام المتعلقة بالاصياء	٣٨٤
موت الموصي قبل بلوغ الوصية الى الوصي	٣٩١
استيفاء الوصي دينه مما في يده	٣٩٤
من لاوصي له فالحاكم وصي تركته	٣٩٧
في أحكام الموصى به	٣٩٩
ما يعتبر في متعلق الوصية	٣٩٩
شرح الوصايا المبهمة	٤٠٧
في أحكام ومسائل الوصية	٤١٥
تثبيت الوصية والاشهاد عليها	٤١٨
في شهادة الوصي	٤١٩
كيفية الوصية بعتق الرقبة	٤٢٠
في تصرفات المريض ووصاياه	٤٢٢
ارش الجراح ودية النفس المتعلقات بالميت	٤٢٦

التنقيح الرائع

لمختصر الشرائع

الفقيه الكبير والمحقق الشهير

جمال الدين مقداد بن عبد الله السيوري الحلي

المتوفى سنة ٨٢٦ هجرية

تحقيق

السيد عبد اللطيف الحسيني الكوه كمري

باهتمام

السيد محمود المرعشي

من مخطوطات
مكتبة آية الله المرعشي العامة

(٩)

التنقيح الرائع

لمختصر الشرائع

شبكة كتب الشيعة
shiabooks.net
mktba.net رابط بديل

الفقيه الكبير والمتكلم النحرير
جمال الدين مقداد بن عبد الله السيوري الحلي
المتوفى سنة ٨٢٦ هجرية

(الجزء الثالث)

تحقيق
السيد عبد اللطيف الكوهكمري

باهتمام
السيد محمود المرعشي

كتاب : التنقيح الرائع لمختصر الشرائع
تأليف : الفاضل المقداد بن عبدالله السيورى
نشر : مكتبة آية الله المرعشى
طبع : مطبعة الخيام ـ قم
العدد : (٢٠٠٠)
التاريخ : ١٤٠٤ هـ
الطبعة : الاولى

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

وأقسامه ثلاثة :

الاول : فى الدائم وهو يستدعى فصولا :

(الاول) فى صيغة العقد وأحكامه وآدابه .

أما الصيغة : فالايجاب والقبول .

قال الجوهري: النكاح[1] الوطىء، وقد يكون العقد، تقول نكحتها ونكحت هي أي تزوجت .

ثم انه ورد في الكتاب تارة بمعنى العقد كقوله تعالى «يا أيها الذين آمنوا اذا

---

١) فى الرياض : النكاح هو فى اللغة الوطىء على الاشهر كما نقل ، بل عليه الاجماع فى المختلف ، وهو الظاهر من الجوهرى كغيره من اهلها ، الا أن المحكى عن الراغب استحالته وعن ابى القاسم الزجاج اشتراكه بينه وبين العقد وهو الظاهر من غيره أيضاً .

وربما قيل بمجازيته فيهما ، لاخذهما من الضم والاختلاط والغلبة . ورد بعدم منافاة التجوز باعتبار أصله الحقيقة فيهما أو فى أحدهما فى عرف اللغة ، مضافاً الى كون اطلاقه على الوطىء باعتبار وجود احد المعانى فيه ، وهو لاينافى الحقيقة .

ويتوجه على الاول ان عدم المنافاة فرع وجود الدليل على الدعوى وليس فالاصل عدم النقل ، وعلى الثانى انه يتوقف صحته على ارادة ما ذكر من حاق اللفظ والخصوصية

نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فمالكم عليهن من عدة »[1] وتارة بمعنى الوطىء كقوله تعالى « حتى تنكح زوجاً غيره »[2]، فهل هو شرعاً مشترك بينهما أو حقيقة في الاول مجاز في الثاني ؟

قيل بالاول، لان الاصل في الاستعمال الحقيقة، وقيل بالثاني . وهو الاقرب لما تقرر في الاصول من أولوية المجاز عند التعارض مع الاشتراك ، وحيث

من الخارج وليس الكلام فيه بل هو في استعماله في المركب منهما وهو غير الاصل فيكون مجازاً .

وفي الشرع العقد خاصة على الاشهر كما حكى، بل عن الشيخ والحلي والايضاح دعوى الاجماع عليه ، وهو الحجة فيه مع أصالة عدم النقل ان قلنا باتحاد اللغة معه وغلبة استعماله في الشرع كذلك ، حتى قيل انه لم يرد في القرآن بذلك الا قوله تعالى « حتى تنكح زوجاً غيره » لاشتراط الوطىء في المحلل وفيه نظر وهي امارة الحقيقة ، لا يراثها التبادر لا لصحة النفي في مثل « هذا سفاح وليس بنكاح » لاحتمال الاعتماد على القرينة كما فيه . وقيل بالعكس للاصل بناء على كونه لغة كذلك، وقيل بالاشتراك بينهما للاستعمال والاصل فيه الحقيقة ولقوله « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم » لدخول المرين فيه .

ويضعف الاول بعد تسليم الثبوت اذ كذلك بتخصيص الاصل بمامر، والثاني بأعمية الاستعمال وعدم الدليل على ارادتهما معاً مع الاية وتساويهما في الحكم على تقدير تسليمه غير ملازم لذلك .

هذا على القول بجواز استعمال المشترك في معنييه والا فهو باطل من اصله . انتهى قوله رحمه الله .

أقول : قال الراغب في نكح : اصل النكاح للعقد ثم استعير للجماع ، ومحال ان يكون في الاصل للجماع ثم استعير للعقد ، لان اسماء الجماع كلها كنايات لاستقباحهم ذكره كاستقباح تعاطيه ، ومحال ان يستعير من لا يقصد فحشاً اسم ما يستفظعونه لما يستحسنونه ، قال تعالى « وانكحوا الايامى » « اذا نكحتم المؤمنات فانكحوهن باذن اهلهن » الى غير ذلك من الايات .

١) سورة الاحزاب : ٤٩ .

٢) سورة البقرة : ٢٣٠ .

غلب استعماله في العقد بالاستقراء وصح نفيه عن الوطىء ، اذ يقال « هذا سفاح وليس بنكاح »، وهما من علائم الحقيقة كان حقيقة في العقد، فهو اذاً عقد لفظي مملك للوطىء ابتداء .

واحترزنا بالابتداء عن شراء الامة واتهابها ، فانه أيضاً مملك للوطىء لكن لا ابتداء بل تبعاً لملك العين .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) قيل النكاح ينقسم بانقسام الاحكام الخمسة : فالواجب ما خيف مع عدمه الوقوع في الزنا ، والحرام ما منع منه كنكاح الخامسة وما اشتمل على ترك واجب ، والمكروه كنكاح القابلة المربية ومن ولد من الزنا ، والمندوب هو ماحصلت معه القدرة على المؤنة والشهوة غير المخوف معها الزنا وهو اجماع، والمباح عند الشيخ في المبسوط[1] هو ما لم تحصل معه الشهوة وان حصلت القدرة . وعند ابن حمزة من المكروه ما انتفى فيه الشهوة والقدرة معاً فان انتفى أحدهما فهو مباح .

(الثانية) الاقرب أنه مستحب مطلقاً ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : ما استفاد امرؤ مسلم فائدة بعد الاسلام أفضل من زوجة مسلمة تسره اذا نظر اليها وتطيعه اذا أمرها وتحفظه اذا غاب عنها في نفسها وماله[2]. وغير ذلك من الاحاديث .

---

١) المبسوط ٤/ ١٦٠ قال فيه : النكاح مستحب في الجملة للرجل والمرأة ليس بواجب خلافاً لداود . والناس ضربان ضرب مشته للجماع وقادر على النكاح وضرب لايشتهيه . فالمشتهى يستحب له ان يتزوج والذى لايشتهيه المستحب ان لايتزوج لقوله تعالى « وسيداً وحصوراً » ، فمدحه على كونه حصوراً وهو الذى لايشتهى النساء وقال قوم هو الذى يمكنه ان يأتى ولكن لايفعله . انتهى .

أقول : ظهور كلامه هذا استحباب ترك النكاح لمن لايشتهيه .

٢) الكافى ٥/ ٣٢٧ ، التهذيب ٧/ ٢٤٠ ، الفقيه ٣/ ٢٤٦ ، الوسائل ١٤/ ٢٣ .

ويشترط النطق بأحـد ألفـاظ ثلاثة : زوجتك ، وانكحتك ، ومتعتك . والقبول وهو الرضاء بالايجاب .

واحتجاج الشيخ بأنه مدح عيسى عليه‌السلام بالحصور وهو الذي لايقارب النساء يـدل على أفضلية الترك . ضعيف ، لجواز كونه مـن خواص الانبياء اذا منعهم عن كمال التبلـغ ، أو أنـه في الشريعة السابقة كذلك ، ولذلك كان عيسى عليه‌السلام غيرموصوف به مطلقاً ، ولايلزم مثله في حق نبينا عليه السلام لجواز اختصاصه من الله بمزيد عناية يقدرمعه على كمال التبليـغ من غيرمعارضة النكاح له . مـع اشتمال النكاح على تكثيرالنسل المفيد لتكثير اشخاص النوع، ولما فيه من رياضة النفس وتسكين الشهوة عن معارضة القوة العاقلة .

(الثالثة) لوتعارض التخلي للعبادة المندوبة والنكاح بحيث لايحصل كمال التخلي الامع تركه هل هوأفضل أم التخلي ؟ الحق الاول، لما قلناه من الحديث ولكونه أيضاً عبادة لمـا تقرر من فضيلته فـي نفسه ، قال عليه السلام : رذال موتاكم العزاب[1] . وقال : ركعتان يصليهما المتزوج أفضل مـن سبعين ركعة يصليها أعزب[2].

قوله : ويشترط النطق بأحد ألفاظ ثلاثة زوجتك وانكحتك ومتعتك

---

١) الكافى ٥/٣٢٩ ، التهذيب ٧/٢٣٩ ، الفقيه ٣/٢٤٢ وفى الاخير « اراذل » وهو جمع رذل بمعنى ردأ فهورذل ، ويجمع على ارذل مثل كلب واكالب واكلب ،والانثى رذلة والرذال بالضم والرذالة بمعناه وهوالذى انتفى جيده وبقى ارذله .

والعزاب جمع عزب بفتحتين يقال للرجل اذا لم يكن له اهل، ويقال : وامرأة عزب أيضاً .

٢) الكافى ٥/٣٢٨ ، الفقيـه ٣/٢٤٢ ، التهـذيب ٧/٢٣٩ فى الاخير: يصليهما الاعزب .

أما الاولان فلاخلاف في وقوعه بهما ، ولقوله تعالى « فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها »[1] وقوله « حتى تنكح زوجاً غيره »[2].

وأما الثالث فلاخلاف أيضاً فى وقوع المنقطع به لكونه صريحاً فيه، وهل يقع به الدائم ؟ قيل نعم ، واختاره المصنف هنا ، لما ورد أنه مع الاخلال بالاجل ينقلب دائماً ، مع أنه قد تقرر وقوع المنقطع به فجاز حينئذ وقوع الدائم به .

وفيه نظر ، لان انعقاده دائماً مبني على جوازانعقاد الدائم بلفظ « متعت » فلوبني الجواز عليه دار . والاقوى عدم الوقوع به لوجهين :

« ١ » ـ أصالة عصمة الفرج ، خرج منه موضع الاجماع فيبقى الباقي على أصله .

«٢» ـ لاكلام في كون «متعت» حقيقة في المنقطع فيكون مجازاً في الدائم والالزم الاشتراك، ولايجوز استعمال الالفاظ المجازية في العقود والالزم الاشتمار وعدم انحصار الالفاظ ، وهومنفي بالاجماع .

ويترتب على ذلك فوائد :

(الاولى) انه لايصح وقوعه بغير العربية الامع العجز .

(الثانية) لايصح بالمرادف من الالفاظ العربية .

(الثالثة) يجب توقي اللحن المخل بالمقصود .

(الرابعة) حيث أن القبول كالمعلول والاثر للايجاب فلفظ الايجاب يدل عليه ، فلايشترط فيه لفظ معين بل كل ما دل على الرضا صح وقوعه به .

---

١) سورة الاحزاب : ٣٧ .

٢) سورة البقرة : ٢٣٠ .

وهل يشترط وقوع تـلك الالفاظ بلفظ المـاضى ؟ الاحوط نعم ، لانه صريح فى الانشاء .

ولو أتى بلفظ الامر كقوله للولى : زوجنيها ، فقال : زوجتك ، قيل : يصح كما فى قصة سهل الساعدى .

ولو أتى بلفظ المستقبل كقوله : أتزوجك ، قيل : يجوز كما فى خبر ابان عن الصـادق عليه السلام فى المتعة : أتزوجك ، فاذا قالت : نعم ، فهى امرأتك .

قوله : وهل يشترط وقوع تلك الالفاظ بلفظ الماضى ؟ الاحوط نعم لانه صريح فى الانشاء

علم من استقراء قواعد الشرع استعمال الماضي في الانشاءات ليكون نصاً في الوقوع لدخول الماضى في الوجود ، لان المستقبل محتمل للوعد ، فمـع جوازه ان أوقع عقداً آخر بلفظ المستقبل عاد الكلام فيـه كالاول وهلم جراً ، بخلاف الماضي فانه نص في الانشاء ، لانه ان علم عـدم سبق صيغة فهو الانشاء والافهو اقرار يفيد فائدة الانشاء. ومراد المصنف بقوله «تلك الالفاظ» ما هو أعم من ألفاظ الايجاب أو القبول، والا لما كان لايراد الخبرين وجه لانهما في القبول لا الايجاب ، ولو قال الاجود أو الاقوى نعم كان أولى .

قوله : ولو اتى بلفظ الامر كقوله للولى زوجنيها . الى قوله : ولو اتى بلفظ المستقبل كقوله اتزوجك ـ الى آخره

هذا اشارة الى ما قاله الشيخ في « المبسوط »[1] مـن صحة وقوع القبول بلفظ الامر أو الاستقبال .

---

١) المبسوط ٤/١٩٤ .

ولو قال زوجت بنتك من فلان فقال نعم فقال الزوج قبلت . صح ، لانه يتضمن السؤال .

أما الاول فلخبر سهل الساعدي : ان امرأة أتت النبى صلى الله عليه وآله فوهبته نفسها فلم يقبل ذلك، فقال له رجل: زوجنيها يا رسول الله . فقال : على أي شيء . فقال : على ازاري هذا . قال : ان أعطيتها اياه جلست ولا أزار لك فالتمس غيره . فقال : ما أجد شيئاً .فقال له : هل معك شيء من القرآن . قال : نعم سورة كذا وسورة كذا وسماهما . فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : زوجتكها بما معك من القرآن[1].

وفيها دلالة على أمور: « ١ » جواز تقدم القبول ، «٢» وقوع تعليم القرآن مهراً ، « ٣ »كون التمكن من النفقة ليس شرطاً في الحال ، « ٤ »كون النبى صلى الله عليه وآله وسلم أولى بالمؤمنين من أنفسهم[2] ، « ٥ »كون الخطبة للنكاح غيرواجبة والا لما تركها صلى الله عليه وآله وسلم ويجوز تركه للندب تعليماً لجوازه، « ٦ » وقوع القبول بلفظ الامر . وفيه نظر، لامكان الاعادة بلفظ الماضي وعدم النقل لايستلزم العدم .

وأما الثاني فلخبر أبان بن تغلب عن الصادق عليه السلام[3] في المتعة . وفيه أيضاً النظر المتقدم أواضمار تقديره فهي امرأتك ان قبلت ،واطلاق اسم امرأتك تجوز تسمية الشيء باسم ما يؤل اليه .

قوله: ولوقال زوجت بنتك من فلان فقال نعم فقال الزوج قبلت صح لانه يتضمن السؤال

---

١) المستدرك الباب ٢ من ابواب المهور ، السنن للبيهقى ٧/ ٢٤٢ ، كنزالعمال ١٦/ ٥٣٩ مع اختلاف فى هذه المصادر .

٢) اشارة الى الاية الشريفة ٦ من سورة الاحزاب .

٣) الكافى٥/ ٤٥٥ ، التهذيب ٧/ ٢٦٥ ، الاستبصار٣/ ١٥٠، الوسائل ١٤/ ٤٦٦.

ولا يشترط تقديم الايجاب .

هذا الحكم ذكره الشيخ[1] ، ووجهه أن « نعم » صريحة في اعادة ما تقدم من السؤال أعني زوجت ، وزوجت صريح والصريح في الصريح صريح .

وفيه نظر، لان «هل زوجت » بفتح التاء استخبار فهوانشاء و«نعم زوجت» بضم التاء خبر ، لانه لوكان انشاء لـم يصلح أن يكون جواباً للاستخبار ، لان معناه هل وقع منك زواج في الزمن الماضي أم لا، فيكون الجواب وقع أولم يقع ، فان كان قد وقع صح ورجع القبول من الزوج الى الانشاء السابق، وان لم يقع لم يكن الخبر المعبر عنه بنعم للايجاب بل لابد من اعادة الايجاب .

نعم يحكم عليه لكونه اقراراً ، لكن الاقرار لايصلح لتحليل البضع ، لانه ليس سبباً بل كاشف عن السبب . والاولى عـدم الوقوع ، وهو اختيار العلامة في المختلف وولده .

قوله : ولايشترط تقديم الايجاب

هذا هوالمشهور، قال الشيخ في المبسوط[2] انه بغيرخلاف وجعل الحجة في ذلك خبري سهل وابان . وقد عرفت ما فيهما .

فالاولى أن يقال : لاشك أن الاصل يقتضي تقديـم الايجاب لكونه كالعلة والمؤثر المتقدمين على المعلول أوالاثر طبعاً، وعدل عن ذلك فى النكاح لان حياء المرأة يمنعها من الابتداء به .

---

١) المبسوط ٤/١٩٣ .

٢) المبسوط ٤/١٩٤ قال فيه : فاذا تعاقدا فان تقـدم الايجاب على القبول فقال زوجتك فقال قبلت التزويج صح وكذلك اذا تقدم الايجاب فى البيع على القبول صح بلا خلاف ،واما ان تأخر الايجاب وسبق القبول فان كان فى النكاح فقال الزوج زوجتنيها فقال زوجتكها صح وان لم يعد الزوج القبول بلا خلاف لخبرسعد الساعدى .الى آخرماقال .

ولا تجزى الترجمة مع القدرة على النطق وتجزى مع العذر ، كالاعجم وكذا الاشارة للاخرس .

وأما الحكم فمسائل :

(الاولى) لاحكم لعبارة الصبى ولا المجنون ولا السكران .

وفى رواية : اذا زوجت السكرى نفسها ثم أفاقت فرضيت به أو دخل بها وأقرته كان ماضياً .

قوله : ولاتجزى الترجمة مع القدرة على النطق

هذا قول الشيخ في المبسوط[1] وادعى عليه الاجماع ، وجعل ابن حمزة ايقاع العقد بالعربية من المستحبات،وهويستلزم جوازايقاعه بلغة أخرى محتجاً بأن المقصود هوالمعنى بالذات واللفظ مقصود بالعرض، لان الغرض منه كونه آلة لايصال المعنى الى الذهن ، فأي لفظ أدى ذلك كفى .

وفيه نظر ، لانا نمنع عدم تعلق الغرض بخصوص اللفظ ، بل الخصوص مقصود والالجاز المرادف فيلزم الاشتمار .

قوله : وفى رواية اذا زوجت السكرى نفسها ثم افاقت فرضيت او دخل بها فافاقت واقرته كان ماضياً

هذه رواية محمدبن اسماعيل بن بزيع في الصحيح عن الصادق عليه السلام[2]

---

١) المبسوط ٤/١٩٤ قال فيه : فان عقدا بالفارسية فان كان مع القدرة على العربية فلا ينعقد بلا خلاف وان كان مع العجز فعلى وجهين احدهما يصح وهو الاقوى والثانى لايصح .

٢) الفقيه ٣/٢٥٩ ، التهذيب ٧/٣٩٢ عن محمدبن اسماعيل بن بزيع قال: سألت الرضا عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب نبيذ فسكرت فزوجت نفسها رجلا فيسكرها ثم افاقت فأنكرت ذلك ثم ظنت انه يلزمها فودعت منه ـ فى التهذيب : ففرعت منه ـ

(الثانية) لايشترط حضور شاهدين ولا ولى ، اذاكانت الزوجة بالغة رشيدة على الاصح .

وعمل بها الشيخ في النهاية[1] والقاضي ومنعها ابن ادريس[2].

والاولى العمل عليها لصحتها ، لكنها محمولة على سكرلم يسلب أهليـة الايجاب لعدم زوال عقلها بالكلية، فان عملنا بها على الوجه المذكورانسحب الحكم في الزوج لوكان سكراناً أوكانا معاً سكرانين لحصول القصد .

قوله : لايشترط حضورشاهدين ولاولى اذا كانت الزوجة بالغة رشيدة على الاصح

هذا قول الاصحاب جملة ، ولم يخالف فيه غيرابن ابى عقيل ، فانه جعل ذلك شرطاً في الدائم خاصة ، محتجاً برواية المهلب الدلال عـن الكاظم عليه السلام[3] . لكنها مشتملة على المكاتبة مـع أن رجالها غيرمعلومة فلايعول عليها مـع اجماع الاصحاب على خلافها ، وكفى بذلك دليل .

فأقامت مـع الرجل عـلى ذلـك التزويج أحلال هـولها اوالتزويج فاسد لمكان السكر ولاسبيل للرجل عليها ـ فى التهذيب : للزوج عليها ـ فقال :اذا اقامت معه بعد ماافاقت فهو رضاها ـ فى التهذيب: رضا منها ـ فقلت :وهل يجوزذلك التزويج عليها؟ ـ ليس « هل » فى التهذيب ـ فقال : نعم .

١) النهاية : ٢٦٨ قال فيه : واذاعقدت المرأة على نفسها وهى سكرى كان العقد باطلا،فان افاقت ورضيت بفعلها كان العقد ماضياً ،وان دخل بها الرجل فى حال السكر ثم افاقت الجارية فأقرته على ذلك كان ذلك ماضياً .

٢) السرائر : ٢٩٨ قال فيه بعـد نقل قول الشيخ بالصحة : والذى يقوى عندى ان هذا العقد باطل، فاذاكان باطلا فلايقف على الرضا والاجازة لانه لوكان موقوفاً وقف على الفسخ والاجازة وشيخنا قال كان العقـد باطلا ، فاذا كان باطلا فكيف يكون فى نفسه بعد الافاقة والرضا ماضياً ـ الى آخرماقال رحمه الله .

٣) التهذيب ٧/ ٢٥٥ ، الاستبصار ٣/ ١٤٦ .

(الثالثة) لوادعى زوجية امرأة وادعت أختها زوجيته، فالحكم لبينة الرجل الا أن يكون مع المرأة ترجيح من دخول أو تقديم تاريخ.

ولوعقد على امرأة وادعى آخر زوجيتها لم يلتفت الى دعواه الا مع البينة .

وأما ما رواه الجمهور من قوله صلى الله عليه وآله وسلم: لانكاح الابولي وشاهدي عدل[1] . فان فيه اضماراً ضرورة، وهو اما الجواز أوالصحة ، وليس ذلك بأولى من اضمارالافضلية ولاكلام فيها ويكون كقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لاصلاة لجارالمسجد الا في المسجد[2] ولاصدقة وذورحم محتاج[3] ، وكذا ما رووه من قوله صلى الله عليه وآله وسلم : ايما امرأة نكحت بغيراذن وليها فنكاحها باطل[4] محمول على الصغيرة، ويعارض بقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الايم أحق بنفسها من وليها[5] . وبقوله : ليس للولي مع الثيب أمر[6].

قوله: لوادعى زوجيةامرأة وادعت اختهازوجيته فالحكم لبينة الرجل الا أن يكون مع المرأة ترجيح من دخول أوتقدم تاريخ

---

١) كنزالعمال ٣٠٨/١٦ بلفظ :« لانكاح الابولى وشاهدين »وفى اخرى « وشاهدى عدل »، سنن ابن ماجة ٦٠٥/١ ، سنن الترمذى ٤٠٧/٣ ليس فى كليهما « وشاهدى عدل » الا انه فى الثانى انعقد باباً « باب ماجاء لانكاح الا ببينة » واخرج عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم قال : البغايا اللاتى ينكحن انفسهن بغير بينة .

٢) راجع الوسائل ٤٧٨/٣ الباب ٢ من ابواب احكام المساجد .

٣) الاحتجاج ٣١٤/٢ ، اخرجه عن الحميرى هكذا : لايقبل الله الصدقة وذورحم محتاج .

٤) سنن الترمذى ٤٠٨/٣ ، سنن ابن ماجة ٦٠٥/١ ، كنزالعمال ٣٠٩/١٦.

٥) كنز العمال ٣١٠/١٦ .

٦) كنز العمال ٣١١/١٦ وفى رواية : الثيب احق بنفسها من وليها اخرجه فى كنز العمال ٣١٢/١٦ .

هنا فوائد :

(الاولى) اذا فرض حصول الصورة المفروضة فلايخلو الحال : اما أن لا يقيما معاً بينة أويقيما معاً بينة أويقيم احدهمابينة دون الاخر ، واذا أقاما بينة فاما أن يكونا مطلقتين أومؤرختين أواحداهما مطلقة والاخرى مؤرخة ، واذا كانتا مؤرختين فاما أن يتقدم تاريخ بينته أو تاريخ بينتها او اقترنا ، فالاقسام حينئذ أربعة عشر :

« ١ » ـ أن لايقيما بينة ولايكون قد دخل ، فالقول قوله عملا بالقاعدة[1].

« ٢ » ـ المسألة بحالها ويكون قد دخل بالمدعية ، فالقول قولها لتصديقه اياها بفعله الذي الاصل فيه الصحة .

« ٣ » ـ أن يقيم أحدهما البينة دون الاخر، فالحكم لصاحب البينة ان لم يكن قد دخل .

« ٤ » ـ المسألة بحالها ويكون قد دخل فالحكم كذلك .

« ٥ » ـ أن يقيما بينتين مطلقتين ويدخل ، فالحكم لبينتها .

« ٦ » ـ المسألة بحالها ولم يدخل ، فيقدم بينته للنص .

«٧» ـأن تكون احداهما مطلقة والاخرى مؤرخة ويكون قد دخل، فالحكم لبينتهـا .

« ٨ » ـ المسألة بحالها ولم يدخل ، فالحكم لبينته .

« ٩ » ـ أن تكونا مؤرخين ويدخل مع تقدم تاريخ بينته ، فالحكم لبينتها وهوعلى خلاف الاصل ، لان مقتضى القاعدة سقوط متأخرالتاريخ لكن النص والرواية عليه .

---

١) والقاعدة المشار اليها هى « البينة على المدعى واليمين على من انكر» وهومنكر دعواها .

(الرابعة) لو كان لرجل عدة بنات فزوج واحدة ولم يسمها ثم اختلفا في المعقود عليها فالقول قول الاب، وعليه أن يسلم اليه التي قصدها في العقد ان كان الزوج رآهن .

« ١٠ » ـ المسألة بحالها ولم يدخل ، فالحكم لبينته .

« ١١ » ـ أن يتقدم تاريخ بينتها ويكون قد دخل ، فالحكم لبينتها .

« ١٢ » ـ المسألة بحالها ولم يدخل ، فالحكم لبينتها .

« ١٣ » ـ اقترنا ولم يدخل ، فالحكم لبينته. وهذا أيضاً بالنص، لان مقتضى القاعدة أن مع اتحاد التاريخ التساقط .

« ١٤ » ـ اقترنا وقد دخل ، فالحكم لبينتها للنص أيضاً .

(الثانية) اذا كان المقدم في الصورة المذكورة سابق التاريخ لم يحتج الى اليمين قطعاً، واذا كان المقدم غير سابق التاريخ فهل يحتاج مع ذلك الى اليمين أم لا ؟ يحتمل الاحتياج ، لكون ذلك خلاف الاصل فيضعف فيقوى باليمين . ويحتمل العدم، لعدم اشتراط ذلك في النص، فلو اشترطناه لزم اقامة جزء السبب مقامه . وهو باطل .

(الثالثة) هل يتعدى الحكم في الصورة المذكورة لو كان المدعي الام والبنت استشكله العلامة في القواعد[1] من أنه على خلاف الاصل فيقتصر به على محله ومن اتحاد الصورة وهو كل مرأتين لا يجمع بينهما في النكاح ولا مدخل للاجنبية في الحكم . والحق عدم التعدي ، لانه القياس بعينه .

قوله: لو كان لرجل عدة بنات فزوج واحدة ولم يسمها ثم اختلفا في المعقود عليها فالقول قول الاب، وعليه أن يسلم اليه التي قصدها في العقد ان كان الزوج رآهن

---

١) القواعد ، اواخر الفصل الاول من الباب الثاني .

وان لم يكن رآهن فالعقد باطل .

وأما الاداب فقسمان :

(الاول) آداب العقد .

ويستحب له أن يتخير من النساء البكر العفيفة الكريمة الاصل، وأن يقصد السنة لا الجمال والمال فربما حرمهما .

ويصلي ركعتين ويسأل الله تعالى أن يرزقه من النساء أعفهن وأحفظهن وأوسعهن رزقاً وأعظمهن بركة .

ويستحب الاشهاد والاعلان والخطبة أمام العقد وايقاعه ليلا.

ويكره والقمر فى العقرب ، وأن يتزوج العقيم .

(القسم الثانى) فى آداب الخلوة :

وان لم يكن رآهن فالعقد باطل

أصل هذه المسألة رواية ابى عبيدة عن الباقر عليه السلام[1] . وأفتى الشيخ في النهاية[2] بمضمونها ، وتبعه القاضي .

وقال ابن ادريس[3] الشيخ رجع عن ذلك في المبسوط[4] وحكم ببطلان العقد وان رآهن الزوج ، لان امتياز المعقود عليها شرط في صحة العقد وهو مفقود هنا . وأيضاً أي دخل لرؤية الزوج في صحة العقد وعدمها في عدم الصحة .

---

١) التهذيب ٣٩٣/٧ ، الفقيه ٢٦٧/٣ ، الكافى ٤١٢/٥ .

٢) النهاية : ٤٦٨ .

٣) السرائر: ٢٩٩ .

٤) المبسوط ١٩٢/٣ .

يستحب صلاة ركعتين اذا أراد الدخول ، والـدعاء ، وأن يأمرها بمثل ذلك عند الانتقال ، وأن يجعل يده على ناصيتها ويكونا على طهر ، ويقول : اللهم على كتابك تزوجتها الى آخر الدعاء ، وأن يكون الـدخول ليـلا ، ويسمى عند الجماع ، وأن يسأن الله تعالى أن يرزقه ولداً ذكراً .

واختار المصنف والعلامة[٢] قول الشيخ في النهاية والعمل بالرواية ، لانه لابعد في أن الزوج لما رآهن فوض اختيار واحدة منهن الى الاب ، وأنه راض بتعيينـه .

اذا نوى الاب معينة منهن قبل قوله لانه وكيل فيقبل قوله فيما وكل فيه ، بخلاف ماذا لم يرهن الزوج أو رآهن ولم نيو الاب معينة. بأن العقد باطل حينئذ لعدم التعيين لفظاً ونية أو لعدم التوكيل فيه .

قوله : ويقول اللهم على كتابك تزوجتها ـ الى آخر الدعاء

صورة الدعاء « اللهم على كتابك تزوجتها وفي أمانتك اخذتها وبكلماتك استحللت فرجها ، فان قضيت فـي رحمهـا ولداً فاجعله مسلماً سوياً ولا تجعله شرك شيطان[٣] .

---

٢) القواعد ، الباب الثاني في العقد . قال فيه : ولو كان له عدة بنات فزوجه واحدة منهن ولم يذكر اسمها حين العقد فان لم يقصد معينة بطل وان قصد صح فان اختلفا في المعقود عليها فان كان الزوج قد رآهن كلهن فالقول قول الاب لان الظـاهر انه وكل التعيين اليه وعليه ان يسلم اليه المنوية ولو مات قبل البيان اقرع وان لم يكن رآهن بطل العقد .

٣) الكافي ٥/٥٠١ ، التهذيب ٨/٤٠٧ .

ويكره الجماع ليلة الخسوف ويوم الكسوف، وعند الزوال، وعند الغروب حتى يذهب الشفق، وفى المحاق، وبعدالفجر حتى تطلع الشمس، وفى أول ليلة من كل شهر الا شهر رمضان، وفى ليلة النصف، وفى السفر اذا لم يكن معه ماء للغسل، وعند الزلزلة والريح الصفـراء والسوداء، ومستقبل القبلة ومستـدبرها، وفى السفينة، وعارياً، وعقيب الاحتلام قبل الغسل أوالوضوء.

قوله: وفى المحاق

يقال بضم الميم وكسرها، وهوالثلاث الاخيرمن الشهر، والعرب تسمى كل ثلاث ليال باسم، فلها حينئذ عشرة أسماء: غرر[1] ثم نقل ثم تسع[2] ثم عشر

---

١) الغرر والغر يقال لثلاث ليال من الشهر. وذلك لبياضها وطلوع القمر فى اولها وقد يقال ذلك للايام أيضاً. وبعده النفل وهى الليلة الرابعة والخامسة والسادسة من الشهر لكونها زيادة للاصل الذى هوالغررالتىكان بياضها قليلاكغرة الفرس فزاد فىهذه الليالى.

٢) التسع كضرر: الليلة السابعة والثامنة والتاسعة من الشهـر وهى بعد النفل يقال لها لان اخر ليلة منها هـى التاسعة. والعشر وهى بعد التسع وهى الليالى العاشرة والحادية عشر والثانية عشر. والبيض الثلاث عشرة واربع عشرة والخمس عشرة. والليالى الـدرع والدرع كعرد وقفل: الثالثة عشرة والرابعة عشرة والخامسة عشر فالبيض والدرع معناهما واحد.

وقال ابوعبيدة: الليالى الدرع هى اسود الصدور البيض الاعجاز من آخر الشهر والبيض الصدور الشود الاعجاز من اول الشهر فاذا جاوزت النصف من الشهر فقد ادرع وادراعه سواد اوله وكذلك غنم درع للبيض المآخير السود المقاديم.

ثم بيض ثم درع ثم ظلم[1] ثم حنادس ثم دآدى[2] ثم محاق. فالغرر لان غرة كل شهر أوله ، والنفل من النفل وهو الزياة لزيادة الهلال فيها، والتسع باسم آخرها والعشر أولها والبيض لبياض جملتها، والدرع من قولهم شاة درعاء التي رأسها اسود وباقيها أبيض وقياسه على هذا درع بسكون الراء لكنه حرك على غير قياس والظلم لظلامها، والحنادس لشدة سوادها، والدآدى واحدها دأداء يقصر ويمد من الدئداء وهو أشد عدو البعير وقد دأدأ دأدأة وديداء، قال ابو عمرو الديداء والداداء من الشهر آخره، والمحاق من محقه يمحقه محقاً أي ابطله ومحاه وذلك لبطلان الشهر معها .

(فائدتان) :

(الاولى) هل الكراهية مختصة بالجماع أو به وبالعقد ؟ ظاهر كلامهم أنه هو الاول ، ويحتمل الثاني لرواية الكليني عن الكاظم عليه السلام : من تزوج في محاق الشهر فليسلم لسقط الولد[3].

(الثانية) ليلة السابع والعشرين ليست من المحاق وان جاء الشهر ناقصاً لانها من الدآدىء .

---

١) قال الجوهرى: يقال لثلاث ليال من ليالى الشهر اللائي يلين الدرع ظلم لاظلامها على غير قياس لان قياسه ظلم بالتسكين لان واحدتهما ظلماء .

والحندس : الظلمة والليل الشديد الظلمة . والحنادس: ثلاث ليال من الشهر لظلمتهن ويقال دحامس .

٢) الدأداء والدؤدؤ والدؤداء والدئداء : آخر ايام الشهر وقيل : ليلة خمس وست وسبع وعشرين وفى الصحاح : الدآدىء : ثلاث ليال من آخر الشهر قبل ليالى المحاق .

والمحاق بضم الميم وكسرها: سمى محاقاً لانه طلع من الشمس فمحقته فلم يره احد. وقال ابو عبيد وابن الاعرابى : الثلاث التى هى آخر الشهر .

٣) الكافى ٥/ ٤٩٩ ، التهذيب ٧/ ٤١١ ، الفقيه ٣/ ٢٥٤ .

والجماع ، وعنده من ينظر اليه ، والنظر الى فرج المرأة ، والكلام عند الجماع بغير ذكر الله تعالى .

مسائل :

(الاولى) يجوز النظر الى وجه امرأة يريد نكاحها وكفيها .

وفى رواية الى شعرها ومحاسنها .

قوله : والجماع وعنده من ينظر اليه

سواء كان الناظر أجنبياً أو غيره والزوجة حرة أولا. وقال المفيد[1] في الزوجة الحرة لايجوز ، فان أراد التحريم فالمسألة خلافية والافلا . والظاهر أن مراده شدة الكراهية .

قوله : والنظر الى فرج المرأة

يريد به حال الجماع لا مطلقاً ، وكراهيته مشهورة، وروى سماعة لابأس الا انه يورث عمى الولد[2]. وعده ابن حمزة من المحرمات لاستقباح النظر الى العورة ، فالاولى الكراهية .

قوله : وفى رواية الى شعرها ومحاسنها

هذه رواها عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام[3]، والى حدها من وراء الثياب. اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) ان هذا الجواز مشروط بارادة النكاح ، سواء كان دائماً أو منقطعاً لكن لابد من كونه ممكناً شرعاً وعرفاً، فلو حصل مانع شرعي أو عرفي لم يجز.

---

١) المقنعة : ٨٠ قال فيه : ولا يجوز للرجل ان يجامع زوجته وله زوجة اخرى حرة تراه . ولا بأس بذلك في الاماء وملك اليمين .

٢) التهذيب ٧/ ٤١٤ .

٣) التهذيب ٧/ ٤٣٥ ، الفقيه ٣/ ٢٦٠ .

وكذا الى أمة يريد شراءها . والى أهـل الذمة لانهن بمنزلة الاماء ما لم يكن لتلذذ .

(الثانية) ان مـع الامكان المذكور لايشترط اذنها ولاعلمها بارادة نكاحها ويجوزتكراره قائمة وماشية .

(الثالثة) ورد جوازالنظرالى وجه الاجنبية وان لم يردنكاحها وان كان عمداً لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لكم أول نظرة فلاتتبعوها بالثانية[1]. وحينئذ يقع الفرق بوجهين: الاول عدم كراهيته لمن يريدالنكاح وكراهية هذا ، الثاني جوازتكرار الاول وعدم جواز تكرار الثاني .

قوله : والى اهل الذمة لانهن بمنزلة الاماء مالم يكن لتلذذ

قاله الشيخان[2] في النهاية والمقنعة والقاضي، وقال ابن ادريس[3] الذي يقوى في نفسي ترك هذه الرواية ،لقوله تعالى « قل للمؤمنين يغضوامن أبصارهم »[4] واختاره العلامة في المختلف[5] ، وهوحسن .

---

١) الفقيه ٣/ ٣٠٤ فيه : اول نظرة لك والثانية عليك ولالك والثالثة فيها الهلاك . سنن الترمذى ٥/ ١٠١ ، سنن ابى داود ٢/ ٢٤٦ وفيهما : ياعلى لاتتبع النظرة النظرة فان لك الاولى وليست لك الاخرة .

٢) النهاية : ٤٨٤ قال فيه : والنظـر الى نساء اهل الكتاب وشعورهن لابأس به لانهن بمنزلة الاماء اذا لم يكن النظر لريبة اوتلـذذ فأما اذا كان كذلك فلا يجوز النظر اليهن على حال .والمقنعة : ٨١ .

٣) السرائر : ٣٠٨ .

٤) سورة النور : ٣٠ .

٥) المختلف ٢/ ٨٦ .

وينظر الى جسد زوجته باطناً وظاهراً ، والى محارمه ماخلا العورة .

قوله : والى محارمه ماخلا العورة

المحرم هو كل امرأة ملك وطأها أوحرم بنسب أورضاع أومصاهرة بعقد أوملك يمين ، أما التي ملك وطأها فيجوز النظر اليها كالزوجة باطناً وظاهراً ، وأما من حرم وطأها فيباح النظرمنهن الى الوجه والكفين والقدمين اجماعاً ، ويحرم النظر الى القبل والدبر لغير ضرورة من مباشرة علاج واشهاد ايلاج اجماعاً .

وأما غيرذلك من البدن فعلى ثلاثة أقسام : الاول الثدي حال الارضاع ، وهويلحق بالوجه لشدة الحاجة الى ظهوره في أغلب الاوقات . الثاني الثدي لافي حال الارضاع. الثالث: سائرالبدن غيرما ذكرنا وفي هذين القسمين خلاف قيل بالاباحة لقوله تعالى« ولايبدين زينتهن الالبعولتهن أوآبائهن أوآباء بعولتهن اوأبنائهن »[1] الاية، وقيل بالتحريم لعموم«قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم»[2].

قال السعيد :[3] والاحوط أنه يحرم ما عدا الوجه والكفين والقدمين وما يظهر عادة بحسب اكثر الاوقات ، لان جسد المرأة كله عورة ويحرم النظر الى العورة .

---

١) سورة النور : ٣١ .

٢) سورة النور : ٣٠ .

٣) الايضاح ٩/٣ قال فيه : يباح النظر الى الوجه والكفين والقدمين من المحارم المذكورين باجماع الامامية ـ الى ان قال ـ واما غير ذلك من البدن فأقسام ثلاثة : (الف) الثدى حال الارضاع وهو ملحق بالوجه لشدة الحاجة اليه ومشقة الاحتراز عنه اختاره والدى وبه افتى انا (ب) الثدى لافى حال الارضاع (ج) سائرالبدن غير ماذكرناه وفى هذين القسمين خلاف ، قيل : بالاباحة لقوله تعالى « ولا يبدين زينتهن الا لبعوتهن او

(الثانية) الوطء في الدبر، فيه روايتان، أشهرهما الجواز على الكراهية.

قوله: الوطء في الدبر فيه روايتان اشهرهما الجواز على كراهية

أما رواية التحريم فعن سدير قال: سمعت الصادق عليه‌السلام يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: محاش النساء على أمتي حرام[1]. عمل بها القميون وابن حمزة.

وأما رواية الجواز فعن عبدالله بن ابي‌يعفورعن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يأتي المرأة في دبرها. قال: لابأس اذا رضيت[2]. وبالاصل.

وأفتى بمضمونها اكثر علمائنا كالشيخين[3] والمرتضى واتباعهما، ويؤيده الكتاب العزيزفي قوله «نساؤكم حرث لكم فأتواحرثكم انى شئتم»[4] ولفظ «انى» للمكان كأين، تقول اجلس أنى شئت أي أي موضع شئت. وقد انهينا القول فيها في «كنزالعرفان»[5].

وتحمل الرواية الاولى على التقية، فان التحريم مذهب المخالفين الامالكاً فانه قال: ما أدركت احداً اقتدي به في دينى يشك أن وطىء المرأة في دبرها حلال، ثم قرأ الاية المذكورة. أوتحمل على الكراهية كما قال المصنف.

وتدل عليه رواية صفوان بن يحيى عن الرضا عليه السلام أنه قال: فنحن

آبائهن اوابناء بعولتهن» النور: ٣١، وقيل: بالتحريم لعموم قوله تعالى «قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم» النور: ٣٠، واختار والدى فى التذكرة الاول وهو الاباحة، وهو الاقوى عندى.

١) الفقيه ٣/٢٩٩، التهذيب ٧/٤١٦.

٢) التهذيب ٧/٤١٤، الاستبصار ٣/٢٤٢.

٣) المبسوط ٤/٢٤٣.

٤) سورة البقرة: ٢٢٣.

٥) كنزالعرفان ٢/٢٢٩.

(الثالثة) العزل عن الحرة بغير اذنها ، قيل يحرم وتجب بهدية النطفة عشرة دنانير ، وقيل مكروه وهو أشبه ، ورخص فى الاماء .

لانفعل ذلك[1] . وفي رواية اخرى عنه عليه السلام : أنهى عنه أهلي وخواص اصحابى . وكثيراً ما يعبرعلى الكراهية الشديدة بالتحريم .

قوله : العزل عن الحرة بغيراذنها قيل يحرم وتجب بـه دية النطفة عشرة دنانير ، وقيل مكروه وهواشبه

العزل هـوأنه لما يقرب الىالانزال يخرج ذكره ولا يدعه ينزلالمني منه في فرج المرأة .

اذا عرفت هذا فالتحريم قول الشيخ فـي المبسوط[2] محتجاً بالروايات ، وبه قال ابن حمزة . والكراهية قول المرتضى وسلاروابن ادريس[3]، لانه حقه يضعه حيث يشاء ، ولرواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال : ذلك الى الرجل يصرفه حيث شاء[4]. والاقوى الاول، لاشتراك الفائدة بين الزوجين فلا يجوز الامع اذنها ، أو الاشتراط عليها فـي العقد ، وهـو مذهب العلامة[5] والشهيد .

---

١) التهذيب ٧/ ٤١٥ ، الكافى ٥/ ٥٤٠ ، الاستبصار ٣/ ٢٤٣ .

٢) المبسوط ٤/ ٢٦٧ قال فيه : وانكانت ـ الزوجة ـ حرة فان اذنت له فلا بأس وان لم تأذن فهل له العزل على وجهين احدهما ليس له ذلك وهو الاظهر فىرواياتنا لانهم اوجبوا فى ذلك كفارة والثانى انه مستحب وليس بمحظور.

٣) السرائر: ٣٠٨ قال فيه : ويكره للرجل ان يعزل عن امرأته الحرة فان عزل لم يكن بذلك مأثوماً غير انه يكون تاركاً فضلا على الصحيح من اقول اصحابنا والاظهر فى رواياتهم . الى آخر ماقال .

٤) الكافى ٥/ ٥٠٤ .

٥) المختلف ٢/ ٨٦ . وراجع شرح اللمعة ٢/ ٥٢ قال فىالمتن : ولا يجوز العزل

(الرابعة) لايدخل بالمرأة حتى يمضى لها تسع سنين . ولو دخل قبل ذلك لم تحرم على الاصح .

وهنا فوائد :

(الاولى) على القول بالتحريم لاكلام في وجوب دية النطفة عشرة دنانير يعطيها المرأة ، وكذا على القول بالكراهية .

(الثانية) الخلاف المذكور في النكاح الدائم لافي المنقطع وملك اليمين فلو فعله فيهما فلاتحريم. نعم هو مكروه قطعاً، لمنافاته قصد التناسل المطلوب شرعاً .

(الثالثة) لودفعته عن نفسها فأنزل خارجاً فلا تحريم عليه وكان التحريم أو الكراهية منسوبين اليها .

(الرابعة) لوأزعجهما اوأزعج[1] احدهما مزعج وجبت الدية للزوج والمرأة يقتسمانها .

(الخامسة) لوكان الازعاج عن أمة فهوحرام ووجب به نصف الدية للسيد أوالزوج لوكان الواطىء زوجاً .

قوله : لايدخل بالمرأة حتى يمضى لهـا تسع سنين ، ولودخل قبل ذلك لم تحرم على الاصح

هنا فوائد :

(الاولى) تحريم الدخول قبل التسع شامل للزوجة دائماً ومنقطعاً حرة أوأمة بالملك أوالعقد أوالتحليل، وهواجماع .

(الثانية) لودخل كذلك هل تحرم أبداً أم لا ؟ قال الشيخ[2] نعم مطلقاً، وقال

عن الحرة بغير شرط .

١) ازعجته عن موضعه ازعاجاً : ازلته عنه .

٢) النهاية : ٤٨١ .

ابن ادريس[1] وجماعة لاتحرم الامع الافضاء، تمسكاً بعصمة العقد الصحيح خرج ما لو أفضاها للاجماع فيبقى الحل فيما عداه .

(الثالثة) مع عدم الافضاء يحرم تكرار الوطى لا غيره من التقبيل والعناق والتفخيذ .

(الرابعة) الافضاء هو تصيير مسلك البول ومسلك الحيض ـ وهو مدخل الذكر ـ واحداً. وقيل مسلك البول والغائط، وهو بعيد لبعد ما بين المسلكين.

(الخامسة) مع الافضاء المذكور هل تبين من الزوج بمجرد ذلك؟ قال ابن حمزة نعم ولايفتقر الى طلاق، وقال ابن ادريس[2] تحرم عليه مؤبداً وكان مخيراً بين امساكها وتطليقها . أما المفيد[3] وابن الجنيد فقالا مع الافضاء تجب الدية والقيام بها الى حين موت أحدهما ولم يذكرا تحريماً، وأما العلامة فتوقف في ذلك في المختلف[4].

وقال في القواعد[4]: هل ينفسخ نكاحها أو يتوقف تزويجها بغيره على طلاقه الاقرب الثاني وعليه الفتوى، لاصالة بقاء العقد الذي ثبت أولا والتحريم لعارض لايستلزم بطلانه .

فلو طلقها وتزوجت هل تسقط نفقتها عن الاول ، استشكله أيضاً في القواعد من زوال الزوجية التي هـي علة وجوب الانفاق فيزول المعلول ، ولان العلة لوجوب الانفاق تعطلها من الازواج وعدم الرغبة فيها وقد زالت ، من اطلاق النص بوجوب الانفاق حتى يموت أحدهما .

---

١) السرائر: ٢٨٨ .

٢) السرائر : ٢٨٨ .

٣) المقنعة : ١١٨ قال فيه: والرجل اذا جامع الصبية ولها دون تسع سنين فأفضاها كان عليه دية نفسها والقيام بها حتى يفرق الموت بينهما .

٤) المختلف ٢/٧٧ ، القواعد ، الفصل الثالث فى باقى الاسباب .

(الخامسة) لايجوز للرجـل ترك وطء المرأة أكثر من أربعة أشهر .

(السادسة) يكره للمسافر أن يطرق أهله ليلا .

(السابعة) اذا دخل بالصبية لم تبلغ تسعاً فأفضاهـا حرم عليه وطؤها مؤبداً ولم تخرج عن حبالتـه ،ولم يفضها لم يحرم على الاصح .

الفصل الثانى

(فى اولياء العقد)

لا ولاية فى النـكاح لغيـر الاب ، والجد للاب وان علا ، والوصى ، والمولى ، والحاكم .

وولاية الاب والجد ثابتـة على الصغيرة ولو ذهبت بكارتهـا بزنى أوغيره .

ولايشترط فىولاية الجدبقاء الاب ،وقيل يشترط وفىالمستند ضعف .

ونمنع كون العلة هي الزوجية أوالتعطيل وعدم الرغبة ، لجوازكون ذلك من جملة دية الجناية المخصوصة .

(السادسة) لواندمل الموضع وصلح للوطىءيحتمل عودالحل لزوال السبب فيزول مسببه، والاولى عدم العود لحكم الشرع بالتحريم والاصل بقاؤه خصوصاً على قول ابن حمزة .

قوله : ولايشترطفى ولاية الجد بقاء الاب، وقيل يشترط،وفى المستند ضعـف

الاول قول المفيد[1] والمرتضى وسلار وابـن ادريس[2] والعلامة . وعليه الفتوى، لانه كلما لم تكن ولاية الاب مشروطة بوجودالجدلم تكن ولاية الجد مشروطه بوجودالاب ، والملزوم حق بالاجماع فكذا اللازم .

بيان الملازمة: ان ولاية الجدأقوى من ولاية الاب، ولهذا قال «اذا زوجاها في وقت واحد قدم عقد الجد» كما يأتي . والاقوى لايكون مشروطاً بالاضعف ولرواية عبدالله بن سنان صحيحاً عن الصادق عليه السلام قال:الذي بيده عقدة النكاح هوولي أمرها[3] . ولاخلاف في أن الجد ولي أمرها فـي المال ، ولان ولايته غيرمشروطة بوجود الاب في المال فكذا في النكاح .

والثاني قول الشيخ في النهاية[4] والصدوق والقاضي والتقي، لرواية الفضل ابن عبدالملك عن الصادق عليه السلام : انه اذا زوج ابنة ابنه وكان ابوها حياً

---

١) لم اعثر فى المقنعة على نص المسألة ولعلها استفيدت من اطلاق كلامه كما قال العلامة فى المختلف ٨٧/٢ : الجد للاب كالاب فى ولاية النـكاح سواء كان الاب حياً او ميتاً ـ الى ان قال ـ : وهوالظاهر من كلام المفيـد والسيد المرتضى وسلار حيث اطلقوا الولاية للجد من غير اشتراط وجود الاب . انتهى . وقال فى المقنعة ٧٩ : ليس لاحد ان يعقد على صغيرة سوى ابيها اوجدها لابيها . انتهى . لعل مراد العلامة من الاطلاق اطلاق كلامه هذا .

٢) السرائر : ٢٩٥ قال فيه : لاولاية على النساء الصغار اللاتى لم يبلغن سبع سنين الا للاب والجد من قبله الا ان لولاية الجد رجحاناً واولوية هنا بغير خلاف بين اصحابنا الامن شيخنا ابى جعفر فى نهايته ـ الى ان قال ـ : والصحيح ان ولايتـه ـ الجد ـ بعد الاب باقية ثابتة فى مالها وغيره ـ الى آخر مقاله رفع الله فى درجاته .

وقال العلامة فى القواعد فى الفصـل الثانى فى الاولياء : وانما تثبت ـ الولاية ـ للاب والجد للاب وان علا وهل يشترط فى ولاية الجد بقاء الاب الاقرب لا .

٣) التهذيب ٣٩٢/٧ .

٤) النهاية : ٤٦٦ ، الفقيه ٢٥١/٣ ، وانظر التهذيب ٣٩٠/٧ .

ولا خيار للصبية مع البلوغ، وفي الصبي قولان، أظهرهما : أنه كذلك .

وكان الجد مرضياً جاز[1].

وأجيب بضعف السند، فان في طريقها الحسن بن محمد بن سماعة وجعفر ابن سماعة وهما واقفيان، ولان دلالتها بطريق الخطاب وهوليس بحجة .وابن ابى عقيل جعل الولاية للاب دون غيره ولم يذكرالجد .

قوله : وفي الصبي قولان أظهرهما انه كذلك

أي انه لاخيار له بعد بلوغه ، قال الشيخ[2] في التهذيب والاستبصار : لانه لوكان له خيار لـم يبق للولي مزية على غير الولي ، فانه اذا زوجه كان لـه الخيـار .

وقال الشيخ في النهاية[3] والقاضي وابن حمزة وابن ادريس[4] له الخيار، لرواية يزيد الكناسي عن الباقر عليه السلام : الغلام اذا زوجه أبوه ولـم يدرك كان له الخياراذا أدرك[5] ومثله رواية محمد بن مسلم عنه عليه السلام[6]. لكنها تتضمن ثبوت الخيار للصبية أيضاً .

وأولهما الشيخ[7] بجواز أن يريد بالخيارايقاع الطلاق، فانه بيده بعدبلوغه

---

١) الكافي ٥/ ٣٩٦ ، التهذيب ٧/ ٣٩١ .

٢) راجع التهذيب ٧/ ٣٨٢ و٣٨٤ ، الاستبصار ٣/ ٢٣٦ .

٣) النهاية : ٤٦٦ ، ٤٦٧ قال فيه : ومتى عقد الرجل لابنه على جارية وهوغير بالغ كان له الخيار اذا بلغ .

٤) السرائر : ٢٩٧ .

٥) الفقيه ٣/ ٢٣٧ ، التهذيب ٧/ ٣٨٣ .

٦) التهذيب ٧/ ٣٨٢ ، الاستبصار ٣/ ٢٣٦ .

٧) راجع التهذيب ٧/ ٣٨٢ .

ولوزوجاها فالعقد للسابق ، فان اقترنا ثبت عقد الجد .

ويثبت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله ذكراً كان أو أنثى ولاخيار له لوأفاق .

والثيب تزوج نفسها ، ولا ولاية عليها لاب ولالغيره .

ولوزوجها من غير اذنها وقف على اجازتها .

أما البكر البالغة الرشيدة فأمرها بيدها .

ولو كان أبوهاحياً قيل:لها الانفرادبالعقد دائماً كان أومنقطعاً .

وقيل : العقد مشترك بينها وبين الاب فلا ينفرد أحدهما به .

وقيل أمرها الى الاب وليس لها معه أمر .

ومن الاصحاب من أذن لها فى المتعة دون الدائم ،ومنهم من عكس ،والاول أولى .

ومطالبة المرأة بالطلاق أومايجري مجراه مما ينفسخ به العقد . وهذا التأويل ضعيف .

قوله : اما البكرالبالغة الرشيدة فأمرها بيدها، ولوكان ابوها حياً قيل لهاالانفراد بالعقد دائماً كان اومنقطعاً، وقيل العقد مشترك بينها وبين الاب فلاينفرداحدهما به، وقيل امرها الىالاب وليسلها معه امر،ومنالاصحاب من اذن لها فى المتعة دون الدائم ، ومنهم من عكس ، والاول اولى

يفهم من كلام المصنف هنا أن الخلاف المذكورفي حياة الاب، وأما مع موته فلاولاية لاحد عليها جداً كان أوغيره. ويفهم أيضاً أن الجد ليس له معها ولاية ، لان الاب حقيقة في الولد القريب ، مع أن كلامه في الشرائع[1] أنه

---

١) الشرائع ١٦٥/٢ .

لافرق بينهما .

اذا عرفت هذا فالقول الاول للمفيد في أحكام النساء والمرتضى وسلار وابن ادريس[1] والشيخ في الخلاف . وهوالحق ، لوجوه :

(الاول) قوله تعالى « حتى تنكح زوجاً غيره »[2] اسند النكاح اليها مطلقاً.

(الثاني) روى الفضيل بن يسار ومحمد بن مسلم وزرارة وبريد بن معاوية عن الباقر عليه السلام قال : المرأة التي ملكت نفسها غيرالسفيهة ولاالمولى عليها تزويجها بغيرولي جائز[3].

(الثالث) روى منصور بن حازم صحيحاً عن الصادق عليه السلام : تستأمر البكروغيرها ولاتنكح الابأمرها[4] وغيرذلك من الروايات .

(الرابع) ان ولاية المالزالت منها فكذا ولايةالنكاح ، لانهما معاً منوطان بالبلوغ والرشد ، وزوال أحد المعلولين يستلزم زوال الاخر .

والثاني للمفيد في المقنعة[5] والتقي ، لرواية صفوان موثقاً عن الكاظم عليه السلام فقال :افعل ويكون ذلك برضاها فان لها في نفسها نصيباً[6].

وأجيب : بالحمل على الاولوية ، لئلا يقع العقد موقوفاً على رضاها ويكون ثابتاً .

---

١) السرائر: ٢٩٥ ، الخلاف ٢/٣٥٨ .

٢) سورة البقرة : ٢٣٠ .

٣) الكافي ٥/٣٩١ ، التهذيب ٧/٣٧٧ ، الاستبصار ٤/٢٣٢ .

٤) التهذيب ٧/٣٨٠ .

٥) المقنعة : ٧٩ قال فيه : وان عقدت على نفسها بعد البلوغ بغيراذن ابيها خالفت السنة وبطل العقد الا ان يجيزه الاب.

٦) التهذيب ٧/٣٧٩ .

ولوعضلها الولى سقط اعتبار رضاه اجماعاً.

ولو زوج الصغيرة غير الاب والجد وقف على رضاها عند البلوغ ، وكذا الصغير .

وللمولى أن يزوج المملوكة ، صغيرة وكبيرة بكراً وثيباً ، عاقلة ومجنونة ولا خيرة لها ، وكذا العبد .

ولا يزوج الوصى الا من بلغ فاسد العقل مع اعتبار المصلحة، وكذا الحاكم .

والثالث للشيخ في النهاية[1] والحسن والقاضي وابن بابويه ، محتجاً بروايات تتضمن انها ليس لها مع الاب أمر ، ولان البكرلا معرفة لها بأحوال الرجال فالحكمة تقتضي أن يناط نكاحها بنظرابيها لئلايدخلها الضرر .

وأجيب بحمل الروايات على الصغيرة وعلى الاستحباب ، وعن الثاني ان الحكمة غيرمنضبطة فلايعلق بها الحكم، ولجوازذكائها واستخبارها عن احوال الرجال وسفاهة ابيها .

والرابع للشيخ[2]. والخامس لا أعلم قائله مع أن هذين القولين لا دليل عليهما .

قوله : ولوعضلها الولى سقط اعتبار رضاه اجماعاً

العضل[3] بالضاد، وهوأن لايزوجها من كفومع رغبتها فيه وارادتها. وهولغة الحبس والتضيق، ومنه عضلت الدجاجة اذا نشب بيضها فلم يخرج .

قوله : ولايزوج الوصى الا من بلغ فاسد العقل مع اعتبار المصلحة

---

١) النهاية : ٤٦٥ .

٢) فى الهامش : فى كتابى الاخبار جمعاً بين الادلة .

٣) فى المصباح : عضل الرجل حرمته عضلا من باب قتل وضرب : منعها التزويج .

ويلحق بهذا الباب مسائل :

(الاولى) الوكيل فى النكاح ، لايزوجها من نفسه .

ولو أذنت فى ذلك فالاشبه الجواز . وقيل : لا ، وهى رواية عمار .

(الثانية) النكاح يقف على الاجازة فى الحر والعبد .

ويكفى فى الاجازة سكوت البكر ، ويعتبر فى الثيب النطق .

هذا مما لاخلاف فيه ، واختلف فيما لوزوجه قبل بلوغه ، فقال الشيخ في المبسوط[1] بالجواز مطلقاً ، وبعضهم منع مطلقاً، ومنهم من فصل بأنه يجوزمع الاذن من الموصي لابدونه. وهوغيربعيد، لان الحاجة قدتدعوالى ذلك فاقتضت الحكمة مشروعية ذلك تحصيلا للمصلحة .

قوله : الوكيل فى النكاح لايزوجها من نفسه ، ولوأذنت فى ذلك فالاشبه الجواز ، وقيل لا وهى رواية عمار

هذا قول الشيخ في المبسوط[2] وابن الجنيد ، واختاره العلامة والمصنف ولاامتناع من كونه موجباً قابلا لحصول المغايرة بالاعتبار . والقول بالمنع لا أعلم الان لمن هو ، والرواية به ضعيفة ، لما عرفت من أن عماراً فطحي، وفي طريقها عمربن سعيد ومصدق بن صدقة وهما أيضاً فطحيان .

قوله : النكاح يقف على الاجازة فى الحروالعبد، ويكفى فى الاجازة سكوت البكرويعتبرفى الثيب النطق

هذا هوالمشهور بين الاصحاب خلافاً للشيخ فـي المبسوط والخلاف ، فانه جعله بغيراذن من له الاذن باطلا،والدليل على الاول وجوه :

---

١) المبسوط ٤/ ٦٠ .

٢) المبسوط ٤/ ١٨٠ .

(الاول) رواية ابن عباس : ان جارية بكراً أتت النبى صلى الله عليه وآله وسلم فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة ، فخيرها النبى صلى الله عليه وآله وسلم[1] .

(الثانى) في خبر آخر: ان رجلا زوج ابنته وهي كارهة فجاءت الى النبى صلى الله عليه وآله وسلم فقالت: زوجني ابى ونعم الاب من ابن اخيه يريد أن يرفع خسيسته ، فجعل النبى أمرها اليها فقالت : أجزت ماصنع ابى وانما أردت ان أعلم النساء ان ليس الى الاباء من أمر النساء شيء[2]. والمراد في هذين زواج من هي بالغة ، اذ لو كانت صغيرة لم يتوقف على رضاها .

(الثالث) رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في رجل زوجته أمه وهو غائب. قال: النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل وان شاء ترك، فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لامه[3].

(الرابع) عن علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن علي صلوات الله وسلامه عليه انه أتاه رجل بعبده فقال: ان عبدي تزوج بغير اذني. فقال علي عليه السلام لسيده: فرق بينهما . فقال السيد لعبده ياعدو الله طلق. فقال علي: كيف قلت . قال قلت: له طلق. فقال علي عليه السلام للعبد: الان فان شئت طلق وان شئت فأمسك . فقال السيد : ياأمير المؤمنين أمر كان بيدي ثم جعلته بيد غيري. قال: ذلك لانك حيث قلت له طلق أقررت له بالنكاح[4]. ومثله رواه زرارة[5].

(الخامس) روى زرارة في الحسن عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن مملوك

---

١) سنن ابن ماجة ٦٠٣/١ .

٢) سنن ابن ماجة ٦٠٢/١ باختلاف يسير فى اللفظ .

٣) الكافى ٤٠١/٥ .

٤) التهذيب ٣٥٢/٧ ، الوسائل ٥٢٦/١٤ .

٥) التهذيب ٧/ ٣٥١ ، الكافى ٤٧٨/٥ ، الفقيه ٣٥٠/٣ .

تزوج بغيراذن سيده ، فقال : ذلك الى سيده ان شاء أجازه وان شاء فرق بينهما فقلت: أصلحكالله ان الحكم بن عيينة وابراهيم النخعي وأصحابهمايقولون ان أصل النكاح فاسد فلاتحل اجازة السيد له . فقال ابوجعفرعليه السلام : انـه لم يعص الله انما عصى سيده ، واذا أجازه فهوله جائز[1].

واحتج الشيخ بأن العقد الشرعي تفتقر صحته الـى دليل ولادليل هنـا فوجب الحكم بالبطلان . ويؤيده ماتقدم من رواية عائشة : أيماامرأة نكحت بغيراذن وليها فنكاحها باطل[2]. وغيرذلك مما تقدم .

والجواب : قد بينا الدليل عن الصحة وأجبنا عن رواية عائشة .

وهنا فوائد :

(الاولى) ان كان المعقود عنه من لاولاية عليه كفت اجازته ، وان كان من عليه ولاية كفى اجازة وليه ان وجد أواجازته بعدزوال الولاية عنه ان لم نعتبر كون العقد له مجيزاً في الحال ، وان اعتبرنا ذلك فالحق البطلان .

(الثانية) يكفي فى اجازة البكرسكوتها ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم البكرتستأمر فاذنها صماتها والثيب يعرب عنها لسانها[3]. أى يتبين ، يقال أعرب الرجل عن صاحبه أي أبان .

(الثالثة) في الحديث الرابع اشارة الى أن نكاح العبد بغيراذن سيده لايقع باطلا بل يكون موقوفاً، لقوله عليه السلام «فرق بينهما»، فليس المراد ايجاب التفريق بل ظاهره ان له التفريق، ولقوله « أمر كان بيدي » وهواشارة الى مشية

---

١) التهذيب ٧/ ٣٥١ ،الكافى ٥/ ٤٧٨ ، الفقيه ٣/ ٣٥٠.

٢) مرت عن سنن الترمذى ٣/ ٤٠٨، سنن ابن ماجة ١/ ٦٠٥، كنز العمال ١٦/ ٣٠٩ .

٣) راجع الوسائل ١٤/ ٢٠٤ الباب ٤ ، ٢١٣ الباب ٩ وغيرهما . وسنن ابن ماجة ١/ ٦٠١ وسنن الترمذى ٣/ ٤١٥ ، سنن ابى داود ٢/ ٢٣٢/ ٢٣٣ .

(الثالثة) لاينكـح الامة الا باذن المولى ، رجلاكان المولى أوامرأة .

وفى رواية سيف : يجوز نكاح أمة المرأة من غيراذنها متعة ، وهى منافية للاصل .

الفرقة والامساك ، ولرجوع الضمير في قوله « ثم جعلته » الى الامرالذي هـو المشية المذكورة ، وهوالمعني بالوقوف .

(الرابعة) فيهأيضاًاشارة الىأن الاعتراف بالتابعأواللازمالمساوي اعتراف بالمتبوع والملزوم ،كما اذا طلب منكرالبيع الاقالة أوطلب قبض الثمن، لقوله عليه السلام : الان فان شئت فطلق .

(الخامسة) فيه أيضاً اشارة الى أن الاجازة ليست علىالفوربل له أن يجيز مالم يفسخ ، لان قوله « طلق » كان بعدمكث .

وفيه نظر ، لانا نمنع منافاة ذلك للفورية ، فان ذلك تمهيد لطريقها .

(السادسة) فيه أيضاً اشارة الى أن الجهل بالحكم لا يمنع من اجزائه على المقر به .

(السابعة) فيالحديث الخامس اشارة الىأن النكاح ليس عبادة محضة بل اما معاملة اوجانب المعاملة فيهأغلب، لقواه عليه السلام « انه لم يعص الله وانما عصى سيده »[1] ، وان النهي في المعاملة يستلزم الفساد .

قوله : وفى رواية سيف[2]) يجوز نكاح امة المرأة من غيراذنها متعة

---

١) عن التهذيب ٧/ ٣٥١ ، الكافى ٥/ ٤٧٨،الفقيه ٣/ ٣٥٠.

٢) هوسيف بن عميرة النخعى الكوفى من اصحاب الصادق والكاظم عليهما السلام وثقه النجاشى والعلامة فى الخلاصة والشيخ فى الفهرست . وكان واقفياً له كتاب . قـال الشهيد فى شرح الارشاد فى نكاح الامة باذن المولى: وربما ضعف بعضهم سيفاً والصحيح

وهي منافية للاصل ، وقوله تعالى « فانكحوهن باذن أهلهن »[1] صريح في أنه لافرق بين أمة المرأة وامة الرجل في وجوب استيذانهما . والنظر يقتضي ذلك أيضاً ، فان التصرف في مال الغير بغير اذنه قبيح عقلا وشرعاً ذكراً كان أو أنثى وهو فتوى الشيخ في المسائل الحائريات وابن ادريس[2].

وأما في النهاية[3] والتهذيب[4] فأجاز نكاح امة المرأة متعة ، لرواية سيف بن عميرة عن علي بن مغيرة قال: سألت الصادق عليه السلام عن الرجل يتمتع بأمة المرأة بغير اذنها . فقال : لابأس به[4].

ولاشك أن سيفاً هذا لم أقف فيه على طعن في عدالته، والرواية من الصحيح لكن العمل بها مشكل من وجوه :

(الاول) منافاته للدليل العقلي .

(الثاني) لمنافاتها للكتاب العزيز .

(الثالث) اضطرابها في اسنادها ، فان سيفاً تارة رواها عن علي بن المغيرة عن الصادق عليه السلام، وتارة رواها عن داود بن فرقد عن الصادق عليه السلام وأخرى عن الصادق عليه السلام بغير واسطة ، وفي كل واحدة بلفظ غير اللفظ الاخر . وهذا الاختلاف وان كان ممكن الحصول لجواز سماعه من الصادق عليه السلام تارة بغير واسطة وتارة بالواسطة لكن ذلك يضعف الظن بصحتها .

قال الشهيد : ويمكن أن يكون هذا الحكم مما استثني من الاصول ، اما

انه ثقة . انتهى .

١) سورة النساء : ٢٥ .

٢) السرائر : ٣٠٤ .

٣) النهاية : ٤٩٠ ، قال فيه : فان كانت الامة لامرأة جاز له التمتع بها من غير اذنها والافضل الايتمتع بها الا باذنها .

٤) التهذيب ٢٥٧/٧ ، ٢٥٨ ، الكافي ٤٦٤/٥ ، الاستبصار ٢١٩/٣ .

(الرابعة) اذا زوج الابوان الصغيرين صح وتوارثا ، ولاخيار لاحدهما عند البلوغ .

ولو زوجهما غير الابوين وقف على اجازتهما .

فلو ماتا أو مات أحدهما بطل العقد.

ولو بلغ أحدهما فأجاز ثم مات عزل من تركته نصيب الباقى فاذا بلغ وأجاز أحلف أنه لم يجز للرغبة وأعطى نصيبه .

لعلة خفية أولمكان اضطرار الامة للمشقة اللاحقة لها بترك الوطى، لكون مالكتها امرأة فسوغ لها المتعة لذلك ، لكن ينبغي في ذلك لوقيل به أن يكون في أقل زمان تزول به الضرورة . ثم انه قال : والمشهور بل المعتمد عليه تحريم ذلك كأمة الرجل ، وهوالحق وعليه الفتوى .

قوله : ولوبلغ احدهما فأجازثم مات عزل مـن تركته نصيب الباقى فاذا بلغ واجازاحلف انه لم يجزللرغبة واعطى نصيبه

يتم هذا البحث بفوائد :

(الاولى) لولم يرض الباقي بعد بلوغه لم يرث شيئاً ، وكذا لوبلغ ورضي ولكن نكل عن اليمين .

(الثانية) لونكل عن اليمين بعد الرضا هل يلزمه المهر لوكان هوالزوج أم لا ؟ اشكال من اعترافه بصحة العقد فيلزمه توابعه ومن جملتها المهر ، ومن توقف لزوم النكاح على اليمين والالورث بدونه والمهر تابع للنكاح اللازم . والاقوى الاول .

(الثالثة) على تقدير لزومه هل يرث منه أم لا ؟ اشكال من أنهما معلولا علة واحدة هي النكاح ولزومه ، وثبوت أحد المعلولين يستلزم ثبوت الاخر لاستحالة

(الخامسة) اذا زوجها الاخوان برجلين ، فان تبرعا اختارت أيهما شاءت .

وان كانا وكيلين وسبق أحدهما فالعقد له .

وجود المعلول بدون علته واستحالة تخلف المعلول عن علته، فثبوت المهر وعدم ارثه منه مما لايجتمعان، ومن توقف الارث على اليمين والنص ولم يحلف ،وأنه لوورث منه لورث من غيره لعدم فرق الامة بينهما . والاقوى سقوط نصيبه منه عنه، لانه ان صح النكاح وجب الارث فيسقط عنه قدر نصيبه وان بطل سقط الكل فسقوط قدر نصيبه لازم على التقديرين ، ولو كان المدعى عيناً تحققنا ملكه لقدر نصيبه .

(الرابعة) لو لم ينكل بعد رضاه لكن مات قبل اليمين الاقوى عدم ارثه، لان ارثه مع اليمين على خلاف الاصل، وكلما هو على خلاف الاصل فانه يقتصر فيه على مورد النص، ولم يرد نص على الارث بدون اليمين . ويحتمل الارث لاعترافهما ـ أعني الاول والثاني ـ بالصحة فيلزمها الارث .

(الخامسة) لو بلغا معاً ولم يرضيا فلا عقد ولا يلزم الفضولي شيء على الاصح وقال ابن حمزة يلزمه مع التعيين وليس بشيء .

(السادسة) لو كان المعقود عنهما فضولا بالغين هل تنسحب الاحكام المتقدمة بمعنى أنه لو بلغ أحدهما العقد فأجاز ثم مات ـ الى آخر البحث ؟ اشكال من حصول المعنى وهو عقد الفضولي ، ومن عدم النص لكون ذلك على خلاف الاصل فلا يتعدى ، وهو اختيار السعيد[1].

---

١) قال في الايضاح ٣/٢٩ في شرح قول ابيه رحمهما الله تعالى « وفي انسحاب الحكم في البالغين اذا زوجهما الفضولي اشكال اقربه البطلان » أقول : ينشأ من ان الحكم في الصغيرين باعتبار مباشرة الفضولي للعقد وهو هنا ثابت ومن عدم النص عليه والاصح عدم الانسحاب وبطلان العقد بموت احدهما بعد اجازته وقبل اجازة الاخر لانه على خلاف الاصل فلا يتعدى محل النص . انتهى قوله رحمه الله .

ولو دخلت بالاخر لحق به الولد وأعيدت الى الاول بعد قضاء العدة ولها المهر للشبهة وان اتفقا بطلا ، وقيل : يصح عقد الاكبر .

قوله : وان اتفقا بطلا ، وقيل العقد[1] عقد الاكبر

أما البطلان فلان الحكم بصحتهما معاً باطل والحكم بصحة أحدهما دون الاخر مع ثبوت وكالتهما ترجيح من غيرمرجح ، فتعين البطلان .

قال العلامة: لا يبعد عندي أن يجعل لها الخيارفي امضاء أي العقدين شاءت اذ عقد كل واحد منهما قد قارن زوال ولايته، لانها حالة عقد الاخرفبطلت هيئة عقد كل منهما وهو اللزوم ويبقى كل منهما كأنه فضولي .

وفيه نظر، لان العقدين مع وقوعهما دفعة متنافيان مطلقاً ويلزم البطلان مطلقاً أعم من بطلان الهيئة وبطلان نفس العقد، والعام لادلالة له على الخاص، فيبقى العقد مشكوكاً في صحته. ولانعني بالبطلان الاذلك، لان الموقوف على الاجازة يكون معلوم الوقوع .

وأما القائل بأن العقد عقد الاكبر فهو الشيخ في النهاية[2] والقاضي، حملا على الجد واعتماداً على رواية ، والحمل المذكور قياس لانقول به . والرواية لادلالة فيها على مراده، لان فيهاأن الاول أحق بها فحمل الشيخ ذلك على الاكبر وظاهر أنه ليس كذلك، وهي رواية الوليد بياع الاسقاط[3] عن الصادق عليه السلام[4] .

---

١) كذا في متن « الرياض » وفي المختصر النافع ط بمصر « يصح عقد الاكبر » .

٢) النهاية : ٤٦٦ .

٣) الاسقاط : الردى من المتاع . وهو وليدبن مسكان . وفي الكافي والتهذيب بياع الاسقاط اقول: السقط بفتحتين : ردىء المتاع. والسفط : مايخبأ فيه الطيب والجمع اسفاط ولعله هو الانسب في المقام . والله هو العالم بالحقائق .

٤) الكافي ٥/ ٣٩٦ ، التهذيب ٧/ ٣٨٧ .

(السادسة) لاولاية للام .

فلوزوجت الولد فأجازصح ، ولو أنكر بطل .

وقيل : يلزمها المهر . ويمكن حمله على دعوى الوكالة عنه .

قوله: لاولايةللام فلوزوجت الولد فأجازصح، ولوانكر بطل، وقيل يلزمها المهر ويمكن حمله على دعوى الوكالة عنه

لاخلاف في عدم لزوم العقد وبطلانه مع الانكار، وانما الكلام في لزوم المهر للام . والحق عدم اللزوم ، لان الباطل لايستلزم شيئاً ، لما تقرر في الاصول أن معنى البطلان عدم ترتب الاثر على العقد .

هذا ، مع أصالة براءة ذمتها فشغلها يحتاج الى دليل ، ولانها كالاجنبي في انتفاء الولاية ان رضي بعقدها صح ولزمه المهر والافلا .

وقال الشيخ[1] يلزمها المهر ، لرواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام وقد سئل عمن زوجته أمه قال : ان شاء قبل وان شاء ترك فان ترك فالمهر لازم لامه[2] وهي ضعيفة ، لمخالفتها الاصول مع ضعف بعض رجالها .

قال المصنف: ويمكن حملها على ادعاء الوكالة فيلزمها المهر، لانها غارة بتلك الدعوى فيجب عليها المهران أوجبناه على الوكيل .

وفيه نظر، أما أولا فلخلوها عن ذكر الوكالة، وأما ثانياً فلانا نمنع الغرور بل التفريط حاصل من جهة الزوجة . وقد تقدم في الوكالة تتمة البحث .

---

١) النهاية : ٤٦٨ .

٢) الكافي ٥ / ٤٠١ .

ويستحب للمرأة أن تستأذن أباها بكـراً أوثيباً ، وأن توكل أخاها اذا لم يكن لها أب ولا جد وأن تعول على الاكبر ،وأن تختار خيرته من الازواج.

الفصل الثالث

فى اسباب التحريم وهى ستة :

(الاول) النسب: ويحرم به سبع : الام وان علت ، والبنت وان سفلت ، والاخت وبناتها وان سفلن ، والعمة وان ارتفعت ، وكذا الخالة ، وبنات الاخ وان هبطن .

(الثانى) الرضاع : ويحرم منه من النسب . وشروطه أربعة :

(الاول) أن يكون اللبن عن نكاح .

قوله : والعمة وان ارتفعت وكذا الخالة

يريدبالارتفاع عمته وعمةأبيه وعمة جده،وهكذا عمة أمه وعمةأبيها وعمة أجدادها وكذا خالته وخالة أبيه اوخالة أمه أوخالة آبائهما .

وليس مراده بالارتفاع عمة عمته وخالة خالته، لان عمةالعمة وخالة الخالة قد لاتحرمان ،كما اذا كان لزيد عمة هي أخت أبيه من أمه ولها عمة هي أخت أبيها ، فان هذه لا تحرم على زيد وان كانت عمة لعمته . وكذا لوكان له خالة هي أخت أمه لابيها ولها خالة هي أخت أمها ، هذه أيضاً لاتحرم على زيد وان كانت خالة لخالته ، لانه لانسب له معها .

قوله : الاول ان يكون فى اللبن عن نكاح .

فلودرأو كان عن زنى لم ينشر .

(الثانى) الكمية .وهى ما أنبت اللحم وشد العظم، أورضاع يوم وليلة .

ولا حكم لمـا دون العشر ، وفى العشر روايتان ، أشهرهما : أنها لاينشر .

ولورضع خمس عشرة رضعة تنشر .

فلودر[1]) اوكان عن زنا لم ينشر

هذا قول ابـن ادريس[2]، وهوالذي يقتضيه النظر ، لان كلام الشيخ يجب حمله على عرفه . ولاريب أن الزنا لم يعبر الشارع في شيء مـن الأحكام سوى وجوب الحد على فاعله فكذا ما هومن توابعه .

وخالف ابن الجنيد في ذلك ، والشيخ في المبسوط أيضاً حيث لـم يعتبر النكاح الشرعي ، وحرما بلبن الزنا . واختاره العلامة في المختلف عملا بالعموم واطلاق النص . وليس بشيء ، لمـا قلناه من وجوب حمل كلام الشارع على عرفـه .

قوله : الثانى الكمية ، وهى ما انبت اللحم وشد العظم اورضاع يوم وليلة ، ولا حكم لما دون العشر، وفى العشرروايتان اشهرهما انه لاينشر ولو رضع خمسة عشررضعة نشر

اختلف في أقل ما يحصل به الرضاع المحرم على أقوال :

(الاول) قول ابن الجنيد ، وهوما يصدق عليه اسم الرضعة ، وهوما ملأ بطن

---

١) اى فلودر اللبن عن الخالية عن الوطى الصحيح ولوكان شبهة على المشهور .

٢) السرائر: ٢٨٠ قال فيه : ومن شرط تحريم الرضاع ان يكون لبن ولادة من عقد اوشبهة عقد لالبن دراولبن نكاح حرام بدليل اجماعنا .

الصبى امابالمص أوبالوجور[1]، محتجاًبرواية علي بن مهزيار صحيحاً أنه كتب الى ابى الحسن عليه السلام عما يحرم من الرضاع ، فكتب : قليله وكثيره حرام[2].

وعن زيد بن علي بن الحسين عليهما السلام عن آبائه عن علي عليهم السلام أنه قال : الرضعة الواحدة كالمائة رضعة لا تحل له أبداً[3].

وأجيب بانقراض القائل به وبالحمل على التقية .

(الثاني) قول ابن بابويه[4] ما أنبت اللحم وشد العظم ، قال : وروي أنه لا يحرم الارضاع خسمة عشريوماً ولياليهن ليس بينهن رضاع. قال: وبه كان يفتي شيخنا محمد بن الحسن . قال: وروي أنه لا يحرم من الرضاع الاماكان حولين كاملين[5]. قال: وروي أنه لايحرم من الرضاع الاماارتضع من ثدي واحد سنة[6] وانما قال « ثدي واحد » جرياً على قاعدة العرب من تعبير المثنى اذا لم ينفك أحدهما عن صاحبه بعبارة الواحد ،كقول الشاعر: « لمن عينان تنهل » البيت.

---

١) الوجور بفتح الواوكرسول : الدواء يصب فى الحلق . والمراد هنا ان يصب اللبن فى حلق الصبى اى شرب لبنها من غيرثديها .

٢) التهذيب ٣١٦/٧ ، الاستبصار ١٩٦/٣ .

٣) التهذيب ٣١٧/٧ ، الاستبصار ١٩٧/٣ .

٤) المقنع : ١١٠ فيه : ولايحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم وشد العظم، وسئل الصادق عليه السلام هل لذلك حد ؟ فقال: لايحرم من الرضاع الارضاع يوم وليلة اوخمسة عشررضعة متواليات لايفصل بينهن .

٥ و٦) الفقيه ٣٠٧/٣ وليس فيه : قول ابن بابويه ـ الى وبه كان يفتى شيخنا محمد ابن الحسن .

وقال ابن فهد فى المهذب : قال الصدوق فى المقنع: روى انه لايحرم من الرضاع الاخمس عشرة يوماً ولياليهن. قال وبه كان يفتى شيخنا محمد بن الحسن رحمه الله . الى آخر ما قال رحمه الله . اقول : ليست هذه العبارة فيه أيضاً كالفقيه .

وروايـة الحولين عن زرارة عـن الصادق عليه السلام[1]، وحملها الشيخ[2] على أن الرضاع في الحولين لا بعدهما ، ورواية الثدي الواحد سنة عن العلا ابن رزين عن الصادق عليه السلام[3]. قال الشيخ انه متروك ولاقائل به ، فلو كان صحيحاً لزم خروج الحق عن الامة .

(الثالث) قول المفيد[4] والمرتضى والتقي والقاضي وابن حمزة وابن ابى عقيل عشررضعات ، واختاره العلامة في المختلف[5] محتجاً بوجوه :

« ١ » اطلاق النص .

« ٢ » رواية الفضيل بن يسار صحيحاً عن الباقر عليه السلام قال : لايحرم من الرضاع الاالمخبور. قال : قلت وما المخبور ؟ قال: أم تربى أوظئرتستأجر أوامة تشترى ثم ترضع عشررضعات يروي الصبى وينام[6].

« ٣ » ـ عشر رضعات تنبت اللحم والدم، وكلما أنبت اللحم والدم يحرم فعشررضعات محرمة . أما الصغرى فلرواية عبيد بن زرارة صحيحاً عن الصادق عليه السلام . الى أن قال : وما الذي ينبت اللحم والدم . قال : كان يقال عشر رضعات[7].

وعن عمربن يزيد قال: سألت الصادق عليه السلام عن الغلام يرتضع الرضعة والثنتين . فقال : لا يحرم ، فعددت عليه حتى كملت عشر رضعات ، فقال : اذا

---

١) التهذيب ٣١٧/٧ ، الفقيه ٣٠٧/٣ .

٢) راجع التهذيب ٣١٧/٧ .

٣) التهذيب ٣١٨/٧ . قال فيه : فهذاالخبرنادر مخالف للاحاديث كلها وماكان هذا سبيله لايعترض به الاخبار الكثيرة .

٤) المقنعة : ٧٨ .

٥) المختلف ٧٠/٢ .

٦) الفقيه ٣٠٧/٣ ، التهذيب ٣١٥/٧ باختلاف يسير بينهما .

٧) التهذيب ٣١٣/٧ ، الكافي ٤٣٩/٥، الاستبصار ١٩٤/٣.

كانت متفرقة فلا[1] . دلت بمفهومها على التحريم مع عدم التفريق .

وأما الكبرى فلرواية حماد بن عثمان عن الصادق عليه السلام صحيحاً قال: لايحرم من الرضاع الا ما أنبت اللحم والدم[2] . ونحوه عن ابى الحسن عليه السلام[3] ، ونحوه عن عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام[4].

وأجيب عن الاول: ان الاطلاق معارض بأصالة عدم التحريم، وعن الثانى والثالث بالحمل على الكراهية جمعاً بين الادلة، مع أن في طريق الثاني محمد ابن سنان وفيه قول ، ومع أن قوله كان يقال حكاية القول وليس بفتوى، ورواية عمر بن يزيد دلالتها بالمفهوم وليس حجة .

(الرابع) قول الشيخ[5] في النهاية والمبسوط وكتابى الاخبار أنه خمسة عشر رضعة ، محتجاً برواية زياد بن سوقة قال : قلت لابى جعفر عليه السلام: هل للرضاع حد يؤخذ به؟ قال : لايحرم الرضاع أقل من رضاع يوم وليلة أو خمس عشرة رضعات متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد لم يفصل بينها رضعة امرأة غيرها ، ولو أن امرأة ارضعت غلاماً وجارية عشر رضعات من لبن فحل واحد وأرضعتها امرأة أخرى من لبن فحل آخر عشر رضعات لم يحرم نكاحهما[6] وعلى قوله رحمه الله الفتوى .

ثم مما يدل على أن العشر لايحرم رواية عبيد بن زرارة موثقاً عن الصادق

---

١) التهذيب ٣١٤/٧ ، الكافى ٤٣٩/٥، الاستبصار ١٩٤/٣.

٢) التهذيب ٣١٢/٧ ، الكافى ٤٣٨/٥، الاستبصار ١٩٣/٣.

٣ ، ٤) التهذيب ٣١٢/٧ .

٥) النهاية: ٤٦١ قال فيه بعد الحكم بانبات اللحم وشد العظم : فان علم بذلك والا كان الاعتبار بخمس عشرة رضعة متواليات لم يفصل بينهن برضاع امرأة اخرى .

وفى المبسوط ٢٠٤/٤: فان ارضع المولود من هذا اللبن عندنا خمس عشرة رضعة متوالية لم يفصل الخ .

٦) التهذيب ٣١٥/٧ ، الاستبصار ١٩٢/٣ .

ويعتبر في الرضعات قيود ثلاثة: كمال الرضعة ، وامتصاصها من الثدي ، وألايفصل بين الرضعات برضاع غيرالمرضعة .

عليه‌السلام قال: سمعته يقول: عشررضعات لايحرمن شيئاً[1]. ومثله عن عبدالله بن بكيرموثقاً عنه عليه السلام[2].

وعن علي بن رئاب صحيحاً عن الصادق عليه السلام قال : قلت ما يحرم من الرضاع ؟ قال : ما أنبت اللحم وشد العظم . قلت : فيحرم عشر رضعات ؟ قال : لا لانها لاتنبت اللحم ولاتشد العظم عشررضعات[3].

اذا عرفت هذا فالمصنف تردد بين أحد الامورالثلاثة ، واستفيد الاول من رواية ابن رئاب هذه ، والثاني من رواية زياد بن سوقة، والثالث منها أيضاً .

وأيضاً انه اذا لم يكن العشرمحرمة كان التحريم‌بالخمس عشرة ، اذ لاقائل من المحققين بعددآخر غيرهما ، وشد اللحم والعظم وان كان رجوعاً الى غير معلوم لكنه‌ليس حاصلا بالعشر، لما دلت عليه الرواية، فيكون حاصلا بالخمس عشرة توقيفاً وتقريباً .

قوله : ويعتبرفي الرضعات قيود ثلاثة :كمال الرضعة، وامتصاصها من الثدي، وان لايفصل بين الرضعات برضاع غيرالمرضعة

أما الكمالية فللشيخ[4] فيها قولان :

---

١) التهذيب ٣١٣/٧ ، الاستبصار ١٩٥/٣ .

٢) التهذيب ٣١٣/٧ ، الاستبصار ١٩٥/٣ .

٣) التهذيب ٣١٣/٧ ، الاستبصار ١٩٥/٣ .

٤) المبسوط ٢٩٤/٥ قال فيه : فالمرجع في ذلك الى العرف فماكان فـي العرف رضعة فهورضعة وما ليس في‌العرف برضعة فليس برضعة ـ الى ان قال ـ غيران اصحابنا خاصة قدروا الرضع بما يروى الصبي منه ويمسك منه .

(الثالث) أن يكون في الحولين ، وهو يراعى في المرتضع دون ولد المرضعة على الاصح .

أحدهما : المرجع الى العرف ، لان كل لفظ أطلقه الشارع ولم يعين له حداً يرجع فيه الى العرف .

وثانيهما : أن يروى الطفل ويصدر من قبل نفسه ، فلو ترك الثدي ثم عاود فان كان للتنفس أو لالتفات الى ملاعب أو الانتقال الى ثدي آخر أو الراحة أو منع منه فالكل رضعة ، وان كان للاعراض فالاولى رضعة مستقلة .

وأما الامتصاص من الثدي فلم يشترطه ابن الجنيد كما تقدم ، وللشيخ في المبسوط كلام مختلف يدل على تردده فيه . والحق ماقاله المصنف ، لان التحريم معلق على وصف الارضاع والوجور ليس بارضاع ، لان الامتصاص جزء من الرضاع دون الوجور ، فلا يتعدى الحكم اليه تمسكاً بأصل الاباحة .

ان قلت : المعتبر هو ما أنبت اللحم وشد العظم ، سواء كان بالامتصاص أو الوجور ، فالخصوصية التي بها يمتاز الرضاع عن الوجور لا اعتبار بها حينئذ.

قلت : لانسلم أن الخصوصية لا مدخل لها ، فان الامتصاص انما يكون باقتضاء الطبيعة والطبيعة لاتكذب ، فعلم قطعاً ان المشروب صار جزءاً من بدن المرتضع ، بخلاف الوجور فانه يحتمل أن يكون على خلاف مقتضى الطبيعة فلا تعلم صيرورة المشروب جزءاً .

وأما عدم الفصل فقد دل عليه رواية زياد بن سوقة ، وقد تقدمت .

قوله : الثالث ان يكون في الحولين، وهو يراعى في المرتضع دون ولد المرضعة على الاصح

هنا فوائد :

(الاولى) أجمع الاصحاب على أنه لو حكم للرضاع بعد الحولين في الجملة

حتى أنه لوخرج الحولان في أثناء الرضعة الاخيرة لم ينشرحرمة .

وقال ابن الجنيد اذا حصل بعد الحولين ولم يتوسط بين الرضاعين فطام نشرالحرمة، محتجاً بروايةابن الحصين عن الصادق عليه السلام أنه قال: الرضاع بعد الحولين قبل أن يفطم يحرم[1].

والحق الاول للاجماع، ولقول الصادق عليه السلام : لارضاع بعد فطام . قال الراوي وهوحماد بن عثمان : قلت: وما الفطام ؟ قال: الحولان اللذان قال الله تعالى[2] . ورواية ابن الجنيد محمولة على التقية .

(الثانية) المشهورأن الرضاع في الحولين ينشرالحرمة، سواء كان قد فطم وأكل الطعام أولا .

وقال ابن ابي عقيل الشرب بعد الفطام لا يحرم . فان أراد به بعد الفصال الشرعي ـ وهوانقضاء الحولين ـ فلا مخالفة حينئذ، والا فهومخالف لما عليه الاصحاب .

(الثالثة) أطلق الشيخان[3]وغيرهما أن الرضاع انما يعتبرفي الحولين ، ولم يتعرضوا لولد المرضعة الا التقي ، فانه نص على أن ذلك معتبر في الراضع والمرتضع من لبنه ، وتبعه ابن زهرة وابن حمزة ، وهومحكي عن ابن بكير ، محتجين باطلاق النص في أنه لارضاع بعد فصال .

وقال ابن ادريس[4] : بل ذلك يعتبر في الراضع دون المرتضع من لبنه ، محتجاً بعموم الاية ، فانه يصدق عليها بعد الحولين انها ارضعت .

---

١) الفقيه ٣/٣٠٦ ، التهذيب ٧/٣١٨ ، الاستبصار ٣/١٩٨ .

٢) التهذيب ٧/٣١٨ ، الكافي ٥/٤٤٣ . والمراد من قوله تعالى الاية ٢٣٣ من سورة البقرة وهي « الوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين » .

٣) المقنعة : ٧٨ ، النهاية : ٤٦١ ، المبسوط ٥/٢٩٣ .

٤) السرائر : ٢٨٥ .

(الرابع) أن يكون اللبن لفحل واحد .

فيحرم الصبيان يرتضعان بلبن واحد ولواختلفت المرضعتان.

ولا يحرم لورضع كل واحد من لبن فحل آخر ، وان اتحدت المرضعة .

ويستحب أن يتخير للرضاع المسلمة الوضيئة العفيفة العاقلة

ولـو اضطر الى الكافرة استرضع الذمية ، ويمنعها من شرب الخمر ولحم الخنزير .

ويكره تمكينها من حمل الولد الى منزلها .

ويكره استرضاع المجوسية ، ومن لبنها عن زنى .

وفى رواية : اذا احلها مولاها طاب لبنها .

وتوقف العلامة في المختلف[1]. والفتوى على ما قاله ابن ادريس.

قوله : ولايحرم لورضع كل واحد مـن لبن فحل آخر وان اتحدت المرضعة

قال ابوعلي الطبرسي صاحب التفسير: تكون بينهم اخوة للام، وهي تحرم التناكح . وهو غلط ،فان الاخوة المذكورة مسلمة لكن كونها محرمة للتناكح ممنوع ، اذ شرط التحريم المذكور اتحاد الفحل . على أنا نمنع الاخوة أيضاً لما يأتي أنه لاتتحقق الاخوة الامع كمال الشرائط .

قوله : ويكره استرضاع المجوسية ومن لبنها عن زنا ، وفى رواية اذا احلها مولاها طاب لبنها

انما كره ذلك لان الرضاع يغير الطباع ويؤثر في البدن تأثيراً عظيماً، ولذلك

---

١) المختلف ٢ / ٧١.

وهنا مسائل .

(الاولى) اذا اكلمت الشرائط صارت المرضعة أماً ، وصاحب اللبن أباً ، وأختها خالة وبنتها أختاً .

ويحرم أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعاً على المرتضع وأولاد المرضعة ولادة لارضاعاً .

(الثانية) لاينكح أب المرتضع فى أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعاً لانهم فى حكم ولده .

نشر التحريم . والرواية المذكورة نقلها الكليني عن ثقات عن محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام في امرأة الرجل يكون لها الخادم قد فجرت فيحتاج الى لبنها . قال : مرها فتحللها يطيب اللبن[1].

ومثله روى البزنطي في جامعه عن اسحق بن عمار عنه أيضاً عليه السلام[2] وأفتى بمضمون ذلك الشيخ في النهاية[3]، وهو مشكل لان التحليل لايؤثر في الماضي بل في المستقبل .

قوله: لاينكح ابو المرتضع فى اولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعاً لانهم فى حكم ولده

هذا ذكره الشيخ[4] في النهاية والخلاف، وعليه اتباعه ولم نسمع فيه خلافاً

---

١) الكافى ٥/ ٤٧٠ و ٦/ ٤٣ الوسائل ١٥/ ١٨٤ والرواية فيهما عن هشام بن سالم وجميل ابن دراج وسعد بن ابى خلف جميعاً عن ابى عبدالله عليه السلام . وفيهما «فلتحللها» .

٢) الكافى ٦/ ٤٣ ، التهذيب ٨/ ١٠٩ ، الاستبصار ٣/ ٣٢١ .

٣) النهاية: ٥٠٤ ، قال فيه: وان كانت له امة قد ولدت اوكانت ولدت من الزنا واحتاج الى لبنها فليجعلها فى حل من فعلها ليطيب بذلك لبنها .

٤) النهاية : ٤٦٢ .

وهل تنكح أولاده الذين لم يرتضعوا في أولاد هذه [المرضعة وأولاد فحلها] . قال فـي الخلاف : لا ، والوجه الجواز .

ومستنده رواية علي بن مهزيار قال : سأل ابن جعفر أبا جعفر الثاني عليه السلام عن امرأة ارضعت لي صبياً هل يحل لي أن أتزوج بنت زوجها؟ فقال: ما أجود ما سألت من ههنا يؤتى ان يقول الناس حرمت عليه امرأته من قبل لبن الفحل هذا هو لبن الفحل لاغيره . فقلت له: فان الجارية ليست بنت المرأة التي أرضعت لي هي بنت غيرها. فقال: لو كن عشراً متفرقات ما حل لك منهن شيء وكن في موضع بناتك[1].

ومثله رواية الشيخ في التهذيب عن ايوب بن نوح قال: كتب علي بن شعيب الى ابي الحسن عليه السلام : امرأة أرضعت بعض ولدي هل يجوز لي أن أتزوج بعض ولدها . فكتب عليه السلام : لايجوز لك ذلك لان ولدها صارت بمنزلة ولدك[2].

قوله : وهل ينكح اولاده الذين لم يرتضعوا في اولاد هذا الفحل[3] قال في الخلاف لا، والوجه الجواز

ما قاله في الخلاف[4] هو أيضاً مذهبه في النهاية[4]. ويمكن أن يحتج له بأنهم اذا حرموا على الأب لانهم صاروا بمنزلة ولده فقد صاروا أخوة لولده فلا يجوز النكاح في الاخوة .

---

١) الكافي ٥/٤٤٢ ، التهذيب ٧/٣٢٠ ، الاستبصار ٣/١٩٩ .

٢) التهذيب ٧/٣٢١ ، الفقيه ٣/٣٠٦ ، الاستبصار ٣/٢٠١ .

٣) كذا في متن الرياض واما ما في « المختصر النافع ط مصر » : فـي اولاد هذه المرضعة واولاد فحلها .

٤) الخلاف ٣/٦٧ ، النهاية : ٤٦٢ .

والجواز قول ابن ادريس[1] والمصنف ، ووجهه أنه لايحرم بالرضاع الا ما يحرم بالنسب كما قال صلى الله عليه وآله وسلم : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب[2]. ومثل هذا لايحرم من النسب، كما اذاتزوج زيد مثلا بزينب ولزيد ابن من غيرها ولزينب بنت من غيرزيد فانه يجوز أن يتزوج ابن زيد بنت زينب التي من غيرابيه وان كان لزيد من زينب أولاد التي نسبتهم الى زيد وزينب بالولادة كنسبة المرتضع الى صاحب اللبن وأم المرتضع بالرضاع .

وهنا فوائد :

(الاولى) قال الشيخ في المبسوط[3] للفحل أن يتزوج بأم المرتضع وأخته ويجوز لوالد هذاالمرتضع ان يتزوج بالتي ارضعته لانه لانسب بينهما ولارضاع ولانه لما جاز ان يتزوج ام ولده من النسب فانه يجوز ان يتزوج ام ولده من الرضاع الاولى .

وقال ابن ادريس[4]: لايجوز أن يتزوج بأخت المرتضع ، لانه في النسب لايجوز أن يتزوج الانسان بأخت ابنه .

(الثانية) قال الشيخ أيضاً في المبسوط[5] يجوز للفحل أن يتزوج بجدة المرتضع .

قال : ان قيل أليس انه لايجوز له أن يتزوج بأم ولده من النسب فكيف جاز أن يتزوج بأم أم ولده من الرضاع، وقد قلتم انه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ؟ .

وأجاب : بأن أم أم ولده من النسب انما حرمت بالمصاهرة لا بالنسب ،

---

١) السرائر : ٢٩٣ .
٢) الوسائل ١٤/ ٢٨٠ .
٣) المبسوط ٥/ ٢٩٢ .
٤) السرائر : ٢٩٤ .
٥) المبسوط ٥/ ٢٩٢ .

(الثالثة) لوتزوج رضيعة فأرضعتها امرأته حرمتا ان كان دخل بالمرضعة والا حرمت المرضعة حسب .

والحديث انما دل على التحريم بالنسب لابالمصاهرة .

قال ابن ادريس: وذلك أيضاً غيرجائز ، لانا لانجوز في النسب أن يتزوج الانسان بأم امرأته بحال، وانما علل ذلك الشافعي بالمصاهرة. وليس هنا مصاهرة قال: والذي يقتضيه مذهبنا تحريم أم أم ولده من الرضاع كتحريم أم أم ولده من النسب.

واختاره العلامة في المختلف[1] وقال انه المعتمد. وقال: ان قول الشيخ وان كان قوياً الأن رواية ابن مهزيار المذكورة على خلافه ، فان الامام عليه السلام قد حكم فيها بتحريم أخت الابن من الرضاع وجعلها بمنزلة البنت ، ولاريب أن أخت البنت انما تحرم بالنسب لو كانت بنتاً أو بالنسب لو كانت بنت الزوجة فالتحريم هنا باعتبار المصاهرة وجعل الرضاع كالنسب في ذلك . قال : ولولا هذه الرواية لقلت بقول الشيخ .

قال : ونسبة ابن ادريس هذا القول الى الشافعي لايضر الشيخ . وقوله « لا يجوز أن يتزوج بأخت ابنه ولا بأم امرأته وليس هذا مصاهرة » غلط لانهما انما حرمتا بالمصاهرة، وهذا قوله في المختلف واعتمد في الارشاد والتلخيص على قول الشيخ ، واختاره الشهيد .

(الثالثة) قال ابن الجنيد : لايحرم الجمع بين الاختين بالرضاعة بنكاح ولا ملك. ولم نقف لغيره على كلام في ذلك ، والاحوط التحريم، لاطلاق قوله تعالى « وأن تجمعوا بين الاختين »[2].

---

١) المختلف ٢ / ٧٢ ، قال فيه : وقول الشيخ في غاية القوة ولولا هذه الرواية الصحيحة لاعتمدت على قول الشيخ ونسبة ابن ادريس هذا القول الى الشافعي غير ضائر للشيخ .

٢) سورة النساء : ٢٣ .

ولو كان له زوجتان فأرضعتها واحدة حرمتا مع الدخول .
ولو أرضعتها الاخرى فقولان ، أشبههما : أنها تحرم أيضاً .

قوله : ولو كان له زوجتان فأرضعتها واحدة حرمتا مع الدخول ولو ارضعتها الاخرى فقولان اشبههما انها تحرم أيضاً

يريد لو كان لرجل زوجتان كبيرتان وزوجة صغيرة رضيعة فأرضعت احدى الكبيرتين تلك الرضيعة، فان كان قد دخل بالكبيرة المرضعة حرمتا أي الكبيرة والصغيرة : أماالكبيرة فلانها أمزوجته فيدخل تحت عموم «وأمهات نسائكم»[1] وأما الصغيرة فلانها بنت زوجة مدخول بها فتكون من الربائب المحرمات مع الدخول بأمهاتهن، وان لم يكن دخل حرمت الكبيرة حسب .

ثم نقول في الصورة الاولى ـ أي صورة الدخول وحرمة الزوجتين ـ لو أن زوجته الكبيرة الاخرى أرضعت تلك الصغيرة التي قد حرمت فهل تحرم أيضاً أم لا ؟ للشيخ قولان :

قال في النهاية[2] لاتحرم ، وبه قال ابن الجنيد ، لرواية علي بن مهزيار عن الجواد عليه السلام ، قيل له : ان رجلا تزوج بجارية صغيرة فأرضعتها امرأته ثم أرضعتها امرأة له اخرى فقال ابن شبرمة حرمت عليه الجارية وامرأتاه. فقال عليه السلام : اخطأ ابن شبرمة ، حرمت عليه الجارية وامرأته التي أرضعتها أولا فأما الاخيرة فلم تحرم عليه لانها أرضعت ابنته[3].

---

١) سورة النساء : ٢٣ .

٢) النهاية : ٤٥٦ قال فيه : وان ارضعت الجارية ـ اى الصغيرة المعقودة على الزوج ـ امرأتان له حرمت عليه الجارية والمرأة التى ارضعتها اولا ولم تحرم عليه التى ارضعتها ثانياً .

٣) الكافى ٥/٤٤٦ ، التهذيب ٧/٢٩٢ .

ولو تزوج رضيعتين فأرضعتهما امرأته حرمن كلهن ان كان دخل بالمرضعة ، والا حرمت المرضعة .

(السبب الثالث) فى المصاهرة : والنظر فى الوطء والنظر واللمس .

وقال في المبسوط[1] تحرم، واختاره ابن ادريس[2] والمصنف، لانها أم من كانت زوجته ، اذ لايشترط في صدق المشتق بقاء المعنى ، فيدخل تحت قوله تعالى « وأمهات نسائكم » .

والعلامة في المختلف[3] قال في الاول انه قوي ، وقال في الثاني انه جيد لان الرضاع كالنسب ، وكما أن النسب يحرم سابقاً ولاحقاً فكذا ما ساواه .

وهنا فوائد :

(الاولى) لو كان له اكثر من زوجتين مدخول بهن فأرضعتها احداهن ثم أخرى ثم أخرى وهكذا حرم الكل على القول بالتحريم .

(الثانية) لو كان له زوجة كبيرة مدخول بها وزوجتان رضيعتان فأرضعت الكبيرة احداهما حرمتا ، فلو أرضعت الاخرى جرى الخلاف كما تقدم ، لان الصغيرة الثانية بنت من كانت زوجته .

(الثالثة) لافرق في الكبيرة المدخول بها بين المنكوحة بالعقد دائماً ومنقطعاً وبين الموطوأة بالملك أو التحليل .

قوله : السبب الثالث المصاهرة

---

١) راجع المبسوط ٥/٢٩٨ فانه ذكرهناك شقوق المسألة مفصلة .

٢) السرائر : ٢٩٤ .

٣) المختلف ٢/٧٣ .

(أما الاول) فمن وطىء امرأة بالعقد أوالملك حرمت عليه أم الموطوءة وان علت وبناتها وان سفلن، سواء كن قبل الوطء أوبعده. وحرمت الموطوءة على أبي الواطىء وان علا وأولاده وان نزلوا. ولو تجرد العقد عن الوطء حرمت أمها عليه عيناً على الاصح وبنتها جمعاً لاعيناً .

المراد بالمصاهرة هو وطىء امرأة أوعقد عليها أولمس أونظر بشهوة على قول فيهما، فيحرم على غير الواطىء أوالعاقد نكاحها أوعليه نكاح امرأة اخرى تحريماً مؤبداً .

قوله: ولو تجرد العقد عن الواطي حرمت أمها على الوطي عيناً على الاصح وبنتها جمعاً لاعيناً

كأنما زل قلم المصنف رحمه الله فأراد أن يكتب حرمت أمها على العاقد فكتب على الواطىء ، والا فاذا تجرد العقد عن الوطي كيف يكون واطئاً حتى يقال حرمت عليه أم لا. وجل من لايسهو .

اذاعرفت هذافهل تحرم الام بمجرد العقد على بنتها أم لا ؟ قال الشيخان[1] والتقي وسلاروجماعة بالاول، وهوالاصح عندالمصنف. وقال ابن ابي عقيل وابن بابويه بالثاني ، وكلام ابن الجنيد مشتبه فيه ، ومثار القولين الاحتمال في قوله تعالى « وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن »[2] فانه تحتمل الدلالة على التحريم لانه عمم أمهات نسائكم في التحريم وقيد الربائب بالدخول بأمهاتهن ، وذلك لما تقرر في الاصول من وجوب عود

---

١) المبسوط ٤/١٩٦ ، المقنعة : ٧٨ .

٢) سورة النساء : ٢٣ .

الوصف والشرط والاستثناء بعد الجمل الى الاخيرة على الرأي الاقوى .

ثم وان سلمنا العود الى الكل لكن ذلك عند عدم القرينة ، أما معها فلا ، والقرينة هنا للاخيرة ، وذلك لانه قال « من نسائكم » وأمهات نسائنا ليس من نسائنابل نساؤنا منهن، ولذلك لما أفتى ابن مسعود بالاباحة قال له علي عليه السلام من أين أخذته ؟ قال: من قوله « وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ». فقال علي عليه السلام: ان هذه مستثناة وهذه مرسلة[1] .

وفي حديث آخر عنه عليه السلام أنه قال : ابهموا ما أبهم الله[2].

ويحتمل الدلالة على التحليل ، لان كل واحدة من الجملتين يحتاج الى البيان والوصف صالح لبيانهما معاً ، فيكون اشتراط الدخول عائداً الى الكل منهما . ويؤيد الاول اطباق اكثر الاصحاب عليه وتظافر رواياتهم ، ويؤيد الثاني حديثان :

أحدهما : عن جميل بن دراج وحماد بن عثمان عن الصادق عليه السلام أنه قال : الام والبنت سواء اذالم يدخل بها ـ يعنى اذا تزوج المرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها فانه ان شاء تزوج أمها وان شاء ابنتها[3].

وثانيهما: عن محمد بن اسحاق بن عمارقال : قلت له : رجل تزوج امرأة ودخل بها ثم ماتت أيحل له أن يتزوج أمها . قال : سبحان الله كيف تحل له أمها وقد دخل بها . قال : قلت له : رجل تزوج امرأة فهلكت قبل أن يدخل بها أتحل له أمها ؟ قال : وما الذي يحرم عليه منها ولم يدخل بها[4].

---

١) الكافى ٥/٤٢٢ ، التهذيب ٧/٢٧٤ .

٢) التهذيب ٧/٢٧٣ ، الاستبصار ٣/١٥٧، مجمع البيان ٤/٢٩ .

٣) التهذيب ٧/٢٧٣ ، الكافى ٥/٤٢١ ، الاستبصار ٣/١٥٧ .

٤) التهذيب ٧/٢٧٥ ، الاستبصار ٣/١٥٨ .

فلوفارق الام حلت البنت .

ولا تحرم مملوكة الابن على الاب بالملك ، وتحرم بالوطء وكذا مملوكة الاب .

ولايجوزلاحدهماأن يطأمملوكة الاخرمالم يكن عقدأوتحليل .

نعم يجوز أن يقوم الاب مملوكة ابنه الصغيرعلى نفسه ثم يطأها.

ومن توابع هـذا الفصل تحريم أخت الزوجة جمعاً لاعيناً ، وكذا بنت أخت الزوجة وبنت أخيها ، فان أذنت احداهما صح .

وأجاب الشيخ[1] عنهما بأنهما شاذان مخالفان للكتاب فيطرحان ، اوأنهما خرجا للتقية فانه مذهب بعض الفقهاء. مع أن الحديث الثاني غيرمستند الى امام فجاز أن يكون المسؤول غيرامام فلايجب المصيرالى قوله .

قال العلامة : في جواب الشيخ نظر، فانا نمنع كونهما معارضتين للكتاب فان الاصل في الوصف والشرط وان كان الرجوع الى الاخيرة الا أنه يمكن عودهما الى الجملتين معاً . قال: والحديثان قويان لايبعد عندي العمل بهما [وما ذكره من تعذرالرجوع الى الجملتين ضعيف] وبالجملة فنحن في هذه المسألة من المتوقفين الا أن الترجيح للتحريم عملا بالاحتياط وبفتوى اكثرالاصحاب[2].

قلت : وغيربعيد أن يكون البيان بالوصف للجملة الاولى، لان الربائب لا يكن في حجورنا الا بعد دخولنا بأمها تهن ، فلايحتاج الى البيان .

قوله : وكذا بنت اخت الزوجة وبنت اخيها فان اذنت احداهما صح

أجمع العلماء على أنه اذا لم تأذن العمة أوالخالة لايجوز نكاح بنت الاخ

---

١) راجع التهذيب ٧/ ٢٧٥ .

٢) راجع المختلف ٢/ ٧٤ .

ولابنت الاخت ، أما مع اذنهما فقال الجمهور انه أيضاً كذلك، لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها[1] .

وهومذهب الصدوق في المقنع[2] وكذا عنده أيضاً لايجوز ادخال العمة أوالخالة على بنت الاخ أوبنت الاخت .

وقال باقي الاصحاب بالجوازفي الصورتين، محتجين برواية محمد بن مسلم صحيحاً عن الباقر عليه السلام قال : لاتزوج ابنة الاخت على خالتها الا باذنها وتزوج الخالة على ابنة الاخت بغيراذنها[3] .

وحيث لم يفرق أحد بين العمة والخالة كانت هذه الرواية أيضاً حجة في العمة وبنت أخيها .

احتج الصدوق برواية ابى الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام: لايحل للرجل أن يجمع بين المرأة وعمتها ولابين المرأة وخالتها[4] . ورواية ابى عبيدة الحذاء قال : سمعت الصادق عليه السلام يقول : لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على أختها من الرضاعة[5] .

وأجيب: بأن هذين مطلقان وروايتنا مقيدة فيحملان عليها لماتقرر في الاصول من وجوب حمل المطلق على المقيد .

وأما ابن الجنيد فجعل ما منعه الاصحاب مكروهاً .

---

١) اخرجه ابن ماجة ١/٦٢١ .

٢) المقنع : ١١٠ ، قال فيه : ولاتنكح امرأة على عمتها ولاعلى خالتها ولاعلى ابنة اختها ولاعلى ابنة اخيها .

٣) الوسائل ١٤/٣٧٦ ، التهذيب ٧/٣٣٢ ، الكافي ٥/٤٢٤ باختلاف يسير .

٤) التهذيب ٧/٣٣٢ ، الوسائل ١٤/٣٧٦ .

٥) الفقيه ٣/٢٦٠ ، التهذيب ٧/٣٣٣ ، الاستبصار ٣/١٧٨ .

ولاكذا لوأدخل العمة أوالمخالة على بنت الاخ والاخت .

ولو كان عنـده العمة أوالخالة فبادر بالعقد على بنت الاخ أو الاخت كان العقد باطلا .

وقيل: تتخير العمة أوالخالة بين الفسخ والامضاء أوفسخ عقدها.

قوله : وكذا[1] لوأدخل العمة أوالخالة على بنت الاخ أوالاخت

هذا عطف على قوله « صح » ، أي وكذا صح ادخال العمة أوالخالة على بنت الاخ أوالاخت وان لم يرض المدخول عليها بل يشترط رضاى الداخلة .

وهنا فوائد :

(الاولى) قد عرفت خلاف الصدوق[2] في هذه المسألة كما تقدم .

(الثانية) لافرق بين العمة الدنيا والعليا في ذلك ، وكذا الخالة .

(الثالثة) لافرق أيضاً بين العمة والخالة نسباً أورضاعاً .

(الرابعة) الحكم ثابت في ملك اليمين ،كما لوملك العمة وبنت أخيها والخالة وبنت أختها ، فيشترط رضى العمة والخالة في الوطي لاالملك .

قوله : ولو كان عنده العمة أو الخالة فبادر بالعقد على بنت الاخ او الاخت كان العقد باطلا، وقيل تتخير العمة أوالخالة بين الفسخ والامضاء اوفسخ عقدها

الاول قول ابن ادريس[3] ، لانه منهي عنه فيكون فاسداً . قيل عليه بمنع الكبرى المضمرة كما بين في الاصول .

نعم قال السعيد[4] ان جعلنا رضاهما شرطاً في صحة العقد على الداخلتين

---

١) في المختصر النافع ط : ولاكذا .

٢) راجع التعليقة المنقولة آنفاً عن المقنع .

٣) السرائر :٢٩٢ .

٤) ايضاح الفوائد ٣/ ٨١ .

فالحق البطلان أوالمشروط عدم عند عدم شرطه ، وان جعلنا عدم الرضا مانعاً فالحق عدمه لاصالة عدم المانع . لكن الظاهر الاول فيبطل .

ثم ابن ادريس مع حكمه بالبطلان حكم بمسائل :

(الاولى)انه جعل للمدخول عليها الخيار في فسخ عقدها. وفيه نظر، لان المقتضي لفسخ عقدها هو الجمع ومع البطلان لاجمع. هذا مع أن عقدها وقع صحيحاً ولا دليل على بطلانه فيحكم بصحته ولزومه عملا بالاستصحاب ، ولان النهي انما تعلق بعقد الداخلة فيختص الحكم به[1] .

ثم الذي يدل على بطلان عقد الداخلة رواية علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال : تزوج العمة والخالة على ابنة الاخ وبنت الاخت ولا تزوج بنت الاخ والاخت على العمة والخالة الا برضاء منهما ، فمن فعل فنكاحه باطل[2] . وحمل البطلان هنا على عدم اللزوم والوقوف على الاجماع خلاف الظاهر .

وروى السكوني أيضاً عن الصادق عليه السلام أن علياً عليه السلام أتي برجل تزوج امرأة على خالتها فجلده وفرق بينهما[3] . وليس ذلك مع الاذن اجماعاً منا فيكون مع عدم الاذن وهو المطلوب .

(الثانية) انه قال : اذا رضيت المدخول عليها بعدالعقد يحتاج الى عقد ثان للداخلة لوقوع الاول باطلا . وهذا غيربعيد على القول بالبطلان .

(الثالثة) انهااذالم ترض واعتزلت واعتدت كان ذلك فراقاً بينها وبين الزوج ومغنياً عن الطلاق، ولاتستحق في هذه العدة نفقة لانهافسخ وله أن يتزوج بأختها فى الحال ، ولايجوز أن يستبيح وطىء بنت الاخ أوبنت الاخت الابعقد مستأنف لان العقد الاول وقع فاسداً .

---

١) فى بعض النسخ : فيه .

٢) التهذيب ٣٣٣/٧ ، الاستبصار ١٧٧/٣ .

٣) التهذيب ٣٣٢/٧ ، الاستبصار ١٧٧/٣ ، الوسائل ٣٧٦/١٤ .

وفى تحريم المصاهرة بوطء الشبهة تردد، أشبهه : أنه لايحرم.

قال العلامة[1] : في افتقار الاباحة الى عقدثان اشكال ، لاصالة الصحة ، وتجدد البطلان بتجددالفسخ لايدل على وقوعهفاسداً والا لاتوقف على الفسخ.

وفي الاشكال نظريعلم مما تقدم، وهوأن الاذن شرط فيالصحة ولم يحصل أولا فيبطل .

والقول الثاني للشيخين ، ولم أقف له على مستند . وابن حمزة والقاضي تابعاللشيخين[2] الاأنهمالم يجعلا لهماالخيارفيفسخ عقدالداخلة بل قالا مع عدم الرضا تكون مخيرة بين الرضا وبين فسخ عقدها والاعتزال عن الزوج بغير طلاق ويفرق بينهما حتى تخرج العمة أوالخالة من العدة .

وفيه نظر، لانه اذا قيل بأن لها فسخ نكاحها كان بائناً كسائر الفسوخ فلايجب ارتقاب انقضاء عدتها للبينونة .

قوله : وفى تحريم المصاهرة بوطى الشبهة تردد اشبهه انه لا يحرم

ينشأ من أصالة الحل وعموم « وأحل لكم ما وراء ذلكم »[3] ، ومن اجماع الاصحاب على تنزله منزلة الصحيح في الحاق النسب وحرمة النسب الحاصلة منه على ابنتها وأختها ، ولان الزنا ينشر حرمة المصاهرة كما يجيء فالشبهة أولى .

والاول قول ابن ادريس[4] ، والثاني قول الشيخ في المبسوط[5] . وهوأولى

---

١) المختلف ٢/ ٨٠ .

٢) النهاية : ٤٥٩ ، المقنعة : ٧٨ .

٣) سورة النساء : ٢٤ .

٤) السرائر : ٢٨٩ ، قال فيه : فأما عقد الشبهة ووطء الشبهة فعندنا لاينشر الحرمة ولايثبت به تحريم المصاهرة بحال .

٥) المبسوط ٤/ ٢٠٨ قال فيه: الوطى بالنكاح وبالملك وبالشبهة يحرم وينشر الحرمة بلاخلاف .

للاحتياط في استباحة الفرج[1] .

قوله : واما الزنا فلا يحرم الزانية ولاالزوجة وان اصرت على الاشهر

هنا مسألتان :

(الاولى) الزانية ذات بعل أوفي عدة رجعية تحرم على الزاني اجماعاً ، وهل تحرم على غيره أوعليه اذا لم تكن في الحالين[2] وعلى غيره أم لا ؟ قال في النهاية[3] نعم الا ان تتوب وحد توبتها أن تدعى الى الزنا فتمتنع ، محتجاً برواية ابى بصير[4] ورواية عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام[5] .

وتابعه القاضي ، وهومذهب التقي والظاهر من كلام المفيد[6] . وقد يستدل بقوله تعالى « والزانية لاينكحها الازان »[7] الدال على الحرمة مع قوله « وحرم ذلك »[7] أي النكاح لاالزنا لانه تأكيد والاول تأسيس .

وأجيب : بمنع العموم والجملة مهملة .

---

١) قال ابـن فهد في المهذب : (فرع) يشترط فـي تشرالحرمة بالشبهة السبق ، فلوطلى الاب زوجة الابن لشبهة لم يحرم على الابن زوجته لسبق الحل. وقال في المبسوط بالتحريم لقوله تعالى « ولا تنكحوا مانكح آباؤكم من النساء » . وأجيب بأن دلالة الاية في هذا الباب ظنية فلاترفع الحل المتيقن .

٢) اى اذا لم تكن ذات بعل وذات عدة رجعية .

٣) النهاية : ٤٥٨ .

٤) الفقيه ٣/٢٦٤ ، التهذيب ٧/٣٢٧ .

٥) الكافي ٥/٣٥٥ ، التهذيب ٧/٣٢٨ .

٦) المقنعة : ٧٨ .

٧) سورة النور : ٣ .

وهل تنشر حرمة المصاهرة ؟ قيل : نعـم ان كان سابقاً ، ولا تنشر ان كان لاحقاً ، والوجه : أنه لاينشر .

وقال في الخلاف[1] والاستبصار واختاره ابن ادريس[2] بعـدم التحريم . وهوالحق ، لعدم المنافاة بين زناها والعقد عليها والا لحرمت زوجته اذا زنت بعد العقد. وهوباطل كما يجيء ، ولاصالة الحل ، وتؤيدهرواية الحلبى صحيحاً عن الصادق عليه السلام قال : أيمارجل فجربامرأة حراماً ثم بداله أن يتزوجها حلالا فـاذا أوله سفاح وآخره نكاح ، فمثله كمثل النخلة أصاب الرجل مـن تمرها حراماً ثم اشتراها بعد فكانت له حلالا[3] . ومـا ذكره الشيخ محمول على الكراهية .

(الثانية) لاتحرم الزوجة بمجرد زناها اجماعاً ، وهل تحرم مع الاصرار عليه؟ الظاهرمن كلام المفيد[4] وسلاروابن حمزة ذلك حذراً من اختلاط النسب. والاولى عدمه، لاصالة الحل، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: لايحرم الحرام الحلال[5] . وقول المصنف «على الاشهر» يدل على أن فيه رواية تستلزم التحريم ولم نقف عليها .

قوله : وهل ينشرحرمـة المصاهرة ؟ قيل نعم ان كان سابقـاً ولاينشر [ان كان] لاحقاً ، والوجه انه لاينشر

---

١) الخلاف ٢/٣٧٨ ، الاستبصار ٣/١٦٨ .

٢) السرائر : ٢٩١ .

٣) الكافى ٥/٣٥٦ ، التهذيب ٧/٣٢٧ .

٤) لانه قال فى المقنعة ٧٨ : فان فجربها وهى غيرذات بعل ثم تاب من ذلك واراد أن ينكحها بعقد صحيح جاز له ذلك بعد أن تظهرمنها التوبة أيضاً والافلا .

٥) الوسائل ١٤/٣٢٤ ، ٣٢٥ بعبارات مختلفة : « ما حرم حرام حلالا قط » و« ان

البحث في الزنا بالنسبة الى التحريم على ثلاثة أقسام :

(الاول) تحريم المزني بها بالنسبة الى الزاني ، وقد تقدم آنفاً وتجيء تتمتـه .

(الثاني) بالنسبة الى الولد الحاصل من الزنا، ولا كلام في عدم ثبوت نسبه لكن هـل تحرم البنت الحاصلة منه على الزاني وعلى أبيه وابنه وأخيه وعمه وخاله ام لا ؟ الحق نعم تبعاً للغة ، فانه ثبت لغـة فيدخل تحت قوله « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنـات الاخت »[1].

وابن ادريس[2] حرمها لا من هذه الجهة بل لانها كافرة، استسلافاً للحكم بكفر ولد الزنا .

وهو في موضع المنع. اذ لا دليل يدل عليه، وكونه لا ينجب كما قال صلى الله عليه وآله وسلم «ولد الزنا لا ينجب» لا يستلزم الحكم بكفره، اذ يكفي في الحكم بعدم نجابته عدم كماليته في أحكام ولد الرشدة وهو حاصل ، فانا لا نقبل شهادته ولا نصلي خلفه ولا نلحق نسبه ونحكم بكراهة سؤره ، الى غير ذلك من أحكام ولد الرشدة[3] . فعلى قوله يصح انكاحها من الكافر وعندنا لا يصح .

(الثالث) بالنسبة الى تحريم المصاهرة كتحريم أمهـا وبنتها على الزاني وتحريمها على ابيه فصاعداً وابنه فنازلا . واختلف الاصحاب في ذلك ، فقال

الحرام لا يفسد الحلال » و« ان الحرام لا يحـرم الحلال » و« لا يحرم الحرام الحلال » . واخرج ابن ماجة في سننه باللفظ الاخير، راجع ١/ ٦٤٩.

١) سورة النساء : ٢٣ .

٢) السرائر : ٢٨٧ .

٣) الرشدة بفتح الراء وكسرها وسكون الشين ، يقال هذا ولد رشدة اذا كان النكاح صحيحاً ، كما يقال في ضده ولد زنية بكسر الزاى . للمحقق الداماد تحقيق فـي اللفظين اوردناه في حاشيتنا على مجمع البحرين .

المرتضى والصدوق في المقنع[1] وسلاروابن ادريس[2] واختاره المصنف بعدم التحريم مطلقاً سابقاً ولاحقاً، لقوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم »[3] وعموم « فانكحوا ما طاب لكم من النساء »[4] ، وبمارواه هشام بن المثنى قال : كنت عند الصادق عليه السلام فدخل عليه رجل فسأله عن الرجل يأتي المرأة حراماً أيتزوجها ؟ قال: نعم وأمها وبنتها[5] .

وعنه أيضاً عليه السلام قال له : رجل فجر بامرأة اتحل له ابنتها ؟ قال : نعم ان الحرام لايفسد الحلال[6].

وبرواية حنان بن سدير قال : كنت عند الصادق عليه السلام اذ سأله سعيد عن رجل تزوج امرأة سفاحاً أتحل له ابنتها ؟ قال : نعم ، ان الحرام لا يحرم الحلال[7].

وقال الشيخ[8] والتقي والقاضي وابن زهرة وابن حمزة أنه يحرم سابقاً لا

---

١) المقنع : ١٠٨ ، قال فيه : فان زنى بأمها فلابأس ان يتزوجها بعد امها وابنتها واختها .

٢) السرائر ٢٨٦ ، قال فيه : وقال بعض اصحابنا تحرم ام المزنى بها وابنتها والاظهر الاصح من المذهب ان المزنى بها لاتحرم امها ولا ابنتها للادلة القاهرة من الكتاب والسنة والاجماع .

٣) سورة النساء : ٢٤ .

٤) سورة النساء : ٣ .

٥) التهذيب ٣٢٦/٧ ، الاستبصار ١٦٥/٣ فيهما هاشم بن المثنى وفى بعض النسخ « هشام بن المثنى » كما فى الكتاب .

٦) التهذيب ٣٢٨/٧ ، الاستبصار ١٦٥/٣ .

٧) التهذيب ٣٢٨/٧ ، الاستبصار ١٦٥/٣ .

٨) تعرض للمسألة فى النهاية : ٤٥٨، الخلاف ٣٨١/٢، المبسوط ٢٠٢/٤ ، التهذيب ٣٢٦/٧ ، الاستبصار ١٦٥/٣ .

لاحقاً، واختاره العلامة في المختلف[1] محتجاً بوجوه :

(الاول) قوله «وامهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم[2] ووجه التمسك أن المزني بها يصدق عليها اسم نسائكم، ولان الاضافة يكفي في جوازها أدنى ملابسة ، ولذلك يقول أحد حاملي الخشبة «خذ طرفك» أي طرف الخشبة التي تليك، وقال الشاعر:

اذا كوكب الخرقاء لاح بسحرة سهيل اذاعت غزلها في القرايب

فأضاف الكوكب اليها لجدها في العمل عند طلوعه[3].

وفيه نظر ، لان ذلك مجاز لاحقيقة . سلمنا لكن ذلك حقيقة لغة لاعرفاً ، واذا دار اللفظ بين اللغة والعرف حمل على العرف لكونه طارئاً . سلمنا الحمل على اللغوي لكن يلزمه الحرمة لو كانت بينهما نسبة أخرى غير العقد والوطى كالصداقة والنسب غير المحرم لعين ما ذكره من جواز الاضافة بأدنى ملابسة .

(الثاني) رواية محمد بن مسلم صحيحاً عن أحدهما عليهما السلام أنه سئل عن رجل يفجر بالمرأة أيتزوج بابنتها ؟ قال : لا ولكن ان كانت عنده امرأة ثم فجر بأمها أو اختها لم تحرم عليه التي عنده[4].

---

١) المختلف ٢/ ٧٤ .

٢) سورة النساء : ٢٣ .

٣) البيت لم يسم قائله ، والخرقاء كحمراء مؤنث اخرق بمعنى احمق . اسم امرأة كان في عقلها نقصان وكانت لاتتهيأ اسباب الشتاء في الصيف . فلما طلع « سهيل » واصاب البرد فرقت قطنها بين نساء اقاربها وجاراتها ليساعدنها في الغزل لتتهيأ لباس شتائها، في المهذب البارع : فنسب الكوكب اليها لشدة اهتمامها عند ظهوره . وفي المختلف: فأضاف الكوكب اليها لشدة سيرها فيه .

٤) التهذيب ٧/ ٣٢٩ ، الاستبصار ٣/ ١٦٥ .

(الثالث) رواية العيص بـن القاسم قال : سألت الصادق عليه السلام عن رجل باشر امرأة فقبل غير أنه لم يفض اليها ثم تزوج ابنتها. قال: اذا لم يكن أفضى الى الام فلابأس ، وان كان أفضى اليها فلايتزوج ابنتها[1] .

(الرابع) منصور بن حازم صحيحاً عن الصادق عليه السلام في رجل كان بينه وبين امرأة فجور هل يتزوج ابنتها ؟ قـال : ان كان قبلة أوشبهها فليتزوج ابنتها ان شاء ، وان كان جماعاً فلايتزوج ابنتها ويتزوجها هي[2].

(الخامس) التحريم من جهة الرضاع ثابت فيثبت من جهة النسب بالطريق الاولى ، والملزوم ثابت لرواية محمد بـن مسلم صحيحاً عـن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن رجل فجر بامرأة أيتزوج أمها من الرضاعة أو ابنتها ؟ قال: لا[3] فيثبت اللازم، لان النسب أصل الرضاع ويمتنع ثبوت صفة للفرع من حيث كونه فرعاً مع عدم ثبوتها لاصله .

وأجاب عن حجة الاولين :

أما الكتاب فان المتنازع داخل فيما تقدم، أعني «أمهات نسائكم»، والمراد بما طاب ماحل .

وفيهما نظر، لانا بينا عدم الدخول، وحمل « ماطاب » على المباح خلاف الظاهر ، بل يفهم منه ماطاب طبعاً .

وأما الروايات فبالقول بالموجب وحمل الفجور على مـا دون الوطىء . وفيه أيضاً نظر ، لانه خلاف المفهوم منه لغة وعرفاً وشرعاً فلايصار اليه .

---

١) التهذيب ٧/ ٢٣٠ ، الكافى ٥/ ٤١٥ .

٢) الكافى ٥/ ٤١٦ ، التهذيب ٧/ ٣٣٠ وليس فى الاول « هى » وفى الثانى « ان شاء » .

٣) الكافى ٥/ ٤١٦ ، التهذيب ٧/ ٣٣١ ، الاستبصار ٣/ ١٦٧ .

والمختارالتحريم بالسابق، لانه أحوط وأقرب للتوقي من الشبهات. ولنتم هذا البحث بمسائل :

(الاولى) قال الشيخ[1] ومن تابعه أولا تحرم الزانية على أب الزاني وابنه. ونقل ابن ادريس[2] عن المفيد والسيد الاباحة وأفتى بها .

والحق الاول، للاجماع المركب ، فان كل من قال بتحريم أم المزني بها وبنتها قال بالتحريم هنا ومن اباح هناك اباح هنا، فالفرق احداث قول ثالث ، وهوباطل لما تقرر في الاصول .

(الثانية) لوعقد الاب أوالابن على امرأة ثم زنى بها الاخر لم تحرم على العاقد، سواء دخل العاقد قبل الزنامن الاخرأولم يدخل، لاصالة الاباحة وعموم لايحرم الحرام الحلال .

وشرط ابن الجنيد في الاباحة الوطىء قبل الزنا ، فلوعقد ولم يدخل ثم زنا الاخر حرمت على العاقد مؤبداً ، محتجاً بعموم « ولاتنكحوا ما نكح آباؤكم » ، ولافرق بين الاب والابن عند أحد ، وبرواية عمار عن الصادق عليه السلام[3] .

وأجيب بأن النكاح حقيقة شرعية في العقد والزنا لاعقد فيه، والرواية ضعيفة لضعف عمار .

(الثالثة) قال الشيخ في النهاية[4]: اذا ملك الرجل جارية فوطئهاابنه قبل أن الايطأها حرم على الاب وطئها، فان وطئهابعد وطىء الاب وطئهالم يحرم ذلك على

---

١) النهاية : ٤٥٢ قال فيه : واذا زنا الرجل بامرأة حرم على ابنه وابيه العقد عليها .

٢) السرائر : ٢٨٦ .

٣) الكافي ٥/ ٤٢٠ ، التهذيب ٧/ ٢٨٢ ، الاستبصار ٣/ ١٦٤ .

٤) النهاية : ٤٥٢ .

ولوزنى بالعمة أوالخالة حرمت عليه بناتهما .

وطئها. وبه قال ابن الجنيد والقاضي، واحتجوا برواية عمار عن الصادق عليه السلام[1].

وقال ابن ادريس[2] : لافرق في عدم التحريم بين أن يطأ قبل وطى الاب أوبعده . وتوقف العلامة في المختلف[3].

والاولى بناؤه على ما تقدم من عدم التوقف ، بل الفتوى بقول الشيخ ، للروايات الدالة على التحريم بالزنا السابق .

قوله : ولوزنا بالعمة اوالخالة حرمت عليه بناتهما

اللام في العمة والخالة عوض من الضمير ، أي بعمته وخالته كما في قوله تعالى « وأما من خاف مقام ربه ونهى النفس عن الهوى * فان الجنة هي المأوى » أي مأواه .

اذا تقرر هذا فما ذكره المصنف مذهب الثلاثة وأتباعهم استناداً الى رواية ابى ايوب عن الصادق عليه السلام قال : سأله محمد بن مسلم وأنا جالس عن رجل نال من خالته وهوشاب ثم ارتدع أيتزوج بنتها؟ قال: لا. قال : انه لم يكن أفضى اليها انما كان شيء دون ذلك . قال : كذب[4] .

ولم نسمع من غيرهم خلافاً لذلك الا عن ابن ادريس[5] فانه قال بالاباحة مستدلا بما حاصله وخلاصته أصالة عدم التحريم، ولادليل عليه من كتاب أوسنة أو عقل وهو ظاهر ، فان كان عليه اجماع فهو الحجة ولا مخالفة فيه ، لكن

---

١) التى مرت آنفاً .

٢) السرائر : ٢٨٧ .

٣) المختلف ٢ / ٧٦ .

٤) التهذيب ٧ / ٣١١ ، الكافى ٥ / ٤١٧، وفى آخر الحديث بينهما اختلاف ، ففى الكافى : قلت : انه لم يكن أفضى اليها انما كان شيء دون شيء . فقال: لايصدق ولاكرامة .

٥) السرائر : ٢٨٨ .

لااجماع لان القائل معلوم باسمه ونسبه فلا نعلم دخول المعصوم في جملتهم فلايكون حجة .

قال العلامة[1] : هذا يدل على توقفه فيه ، لانه قال : ان كان عليه اجماع .

والحق انه لم يتوقف ، لانه رددفيه أولا ثم اختارأنه لااجماع ثم بينه على مقتضى المذهب .

ثم ان العلامة توقف في هذا الحكم مع حكمه واختياره في المختلف نشر حرمة المصاهرة بالزنا . وهوعجيب، فان هذا من جزئيات ذلك الحكم الكلي مع ثبوت خصوصيةالعمة والخالة لكونهما من المحارم، فان لم يكن لهما تأثير في قوة التحريم فلاأقل من أن لايكون لها تأثير في ضعفه .

وأما نفي ابن ادريس الاجماع النطقي فمسلم لكن السكوتي حاصل، فان بعض الاصحاب أفتى بالتحريم وبعض سكت ، والاجماع السكوتي[2] وان لم يكن حجة لكنه صالح للترجيح مع الرواية الواردة بذلك الحكم .

ولايستبعدكون عظم الذنب موجباً للتحريم كما في العاقد في العدة والاحرام مع العلم[3] [والوطء] فانه موجب للتحريم المؤبد، قال تعالى « فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم »[4].

---

١) المختلف ٢ / ٧٦ .

٢) ذكره العلامة في نهاية الاصول في الفصل الثالث من بحث الاجماع وقال: اذا قال بعض اهل العصرقولان وكان الباقون حاضرين لكنهم سكتوا ولم ينكروا فيه ، اختلف الناس في ذلك، فقال الشافعي وجماعة من الفقهاء وداودالظاهري والسيد المرتضى وجماعة من الحنفية وابوعبدالله البصري انه ليس باجماع ولاحجة وهوالحق، وقال ابوعلي الجبائي وجماعة من الفقهاء وبعض الشافعية انه اجماع وحجة .

٣) في الهامش : صوابه « مع العلم اوالجهل والوطء » .

٤) سورة النساء : ١٦٠ .

وأماااللمس والنظر بمالا يجوزلغيرالمالك فمنهم نشربهالحرمة على أب اللامس والناظر وولده .

ومنهم من خص التحريم بمنظورة الاب . والوجه الكراهية فى ذلك كله .

ولايتعدى التحريم الى أم الملموسة والمنظورة ولابنتيهما .

قوله : واما اللمس والنظر بما لا يجوز لغير المالك فمنهم من نشربه الحرمة علىاب اللامس والناظروولده، ومنهم منخص التحريم بمنظورة الاب، والوجه الكراهية فى ذلك كله، ولايتعدى التحريمالى ام الملموسة والمنظورة ولابنتهما

تنقيح هذا الكلام يتم بفوائد :

(الاولى) المراد باللمس والنظر المذكورين هوأن يكونللفرج، أي يلمس الفرج بشهوة أوينظره بشهوة أويقبل بشهوة أيضاً ، فلونظرالوجه أوالكفين وان كان بشهوةأونظرالفرج لعلاج أولحاجة أوبغيرقصدأوقبل لابشهوة بلرأفة [رقة ن] ورحمة لم يكن ذلك كله موجباً للتحريم اجماعاً.

(الثانية) اختلف في المنظورة أوالملموسة المذكورتين اذا حصل ذلك عن الاب أوالابن كل الى مملوكته هل يكون ذلك موجباً للتحريم على الاخر أم لا ؟ قال الشيخ[1] واتباعه نعم، واختاره العلامة فيالمختلف[2]محتجاً بوجوه:

(الاول) قوله تعالى « وحلائل ابنائكم »[3]رخج الملكالمجرد عن الوطىء والنظرواللمس والقبلة اجماعاً فيبقى الباقي على عمومه .

---

١) النهاية : ٤٥١ .

٢) المختلف ٢ / ٧٦ .

٣) سورة النساء : ٢٣ .

وفيه نظر، بمنع صدق الحلائل على المملوكة ، لان المتبادر هو المعقود عليهـا .

(الثاني) أن النظر واللمس بشهوة أقوى في نشر الحرمة من العقد المجرد، وقد ثبت التحريم مع العقد المذكور فيثبت معهما، وهو المطلوب.

وفيه أيضاً نظر ، لانه قياس ، مع أنا نمنع الاولوية المذكورة .

(الثالث) رواية محمد بن اسماعيل بن بزيع صحيحاً عن الصادق عليه السلام وقد سأله عن الرجل تكون له الجارية فيقبلها هل تحل لولده ؟ فقال : بشهوة . قلت: نعم. فقال: ما ترك شيئاً اذا قبلها بشهوة. ثم قال ابتداء منه: ان جردها ونظر اليها بشهوة حرمت على ابيه وابنه . قلت: اذا نظر الى جسدها . فقال: اذا نظر الى فرجها وجسدها بشهوة حرمت عليه[1].

(الرابع) رواية محمد بن مسلم عـن الصادق عليه السلام قـال : اذا جرد الرجل الجارية ووضع يده عليها فلا تحل لابنه[2] . وقال ابن ادريس[3] لا تحرم على أحدهما لو نظر الاخر أو لمس ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد[4]، لاصالة الحل وعموم «وأحل لكم ما وراء ذلكم»[5] و«ما طاب لكم من النساء»[5] « اوملكت ايمانكم »[6].

وفيه نظر، لان الاصل يعدل عنه للدليل وقد بيناه ، والعام يخص بغيره وقد

---

١) الكافي ٥/٤١٨ ، التهذيب ٧/٢٨١ .

٢) الكافي ٥/٤١٩ ، التهذيب ٧/٢٨٢ .

٣) السرائر : ٢٨٧ .

٤) القواعد ، الفصل الثاني من القسم الثاني من الباب الثاني من كتاب النكاح .

٥) سورة النساء : ٢٤ .

٦) سورة النساء : ٣ .

رويناه . وقال المفيد[1] التحريم على ابن الناظر دون أبيه ، وقول الشيخ احوط .

(الثالثة) النظر أواللمس أوالقبلة المذكورات هل تحرم بنت المعقود عليها أوأمها أوبنت المملوكة أوأمهاأم لا ؟ قال ابن الجنيد به والشيخ في الخلاف[2] محتجاً باجماع الفرقة والاحتياط ، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ان الله لا ينظر الى رجل نظرالى فرج امرأة وابنتها[3].

والحق خلافه، لقوله تعالى «فان لم تكونوا دخلتم بهن فلاجناح عليكم»[4] والمذكورات ليست دخولا .

هذا في البنت وأما الام فلعدم القائل بالفرق .

(الرابعة) النظر المذكور أواللمس بالشهوة هل يحرم البنت أوالام ؟ قال الشيخ في الخلاف[5] نعم ، والحق عدمه للاصل .

(الخامسة) النظر واللمس المذكوران للاجنبية عمداً هل يحرمهما كل من لم يحرم بالزنا لميحرم بهما، ومن حرم به سابقاً اختلفوا على قولين، والاقوى العدم للاصل .

---

١) المقنعة : ٧٨ .

٢) الخلاف ٢ / ٣٨١ .

٣) رواها في الخلاف مع رواية اخرى وهي : وقال صلى الله عليه وآله وسلم : من كشف قناع امرأة حرمت عليه امها وبنتها .

٤) سورة النساء :٢٣.

٥) قال فيه: اذانظرالى فرجها تعلق به تحريم المصاهرة. وقال في المسألة السابقة على هذه : اللمس بشهوة مثل القبلة واللمساذاكان مباحاً اوبشبهة ينشر التحريم وتحرم الام وان علت والبنت وان نزلت .

ويلحق بهذا الباب مسائل .

(الاولى) لوملك أختين فوطىء واحدة حرمت الاخرى .

ولووطىء الثانية أثم ولم تحرم الاولى .

واضطربت الروايـة ، ففى بعضها تحرم الاولى حتى تخرج الثانية عن الملك لاللعود .

وفى أخرى : ان كان جاهلا لم تحرم ، وان كان عالماً حرمتا عليـه .

قوله : لوملك اختين فوطىء واحدة حرمت الاخرى ، ولو وطىء الثانية اثم ولـم تحرم الاولى عليه ، واضطربت الرواية ففى بعضها تحرم الاولى حتى تخرج الثانية عن ملكه لاللعود، وفى الاخرى ان كان جاهلا لم تحرم وان كان عالماً حرمتا

ما صدر المسألة به وجعله فتياه هومذهب ابن ادريس[1] ، أما تحريم الثانية فلجمعه بين الاختين، وأما عدم تحريم الاولى وطىء الثانية فلسبق الحل وعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : لايحرم الحرام الحلال[2].

وأما الرواية المشار اليها بالاضطراب فهي عن الحلبى حسناً وابى الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام[3] ، ومثلها رواية علي بن ابى حمزة عن الكاظم عليه السلام[4].

---

١) السرائر : ٢٩٠ .

٢) التهذيب ٣٢٨/٧ ، الاستبصار ١٦٥/٣ .

٣) الروايتان فى التهذيب ٢٩٠/٧ ، الكافى ٤٣٢/٥ .

٤) التهذيب ٢٩٠/٧ ، الكافى ٤٣٢/٥ .

وأفتـى بمضمونها الشيخ في النهاية [1] والقاضي وابن حمزة ، واختاره العلامة في المختلف [2] وقال : لاامتناع في اقتضاء وطى الثانية تحريم الاولى، واذا وجدت الرواية الخالية عن المعارض بذلك وجب الحكم بها .

وأما الرواية الثانية المقتضية لعدم تحريم الاولى مع جهله وتحريمهما معاً مع علمه فهي رواية الحلبى عن الصادق عليه السلام . قال الشيخ معنى حرمتا جميعاً ، أي مادامتا فيملكه ، فاذا زال ملك احداهما فقد حلت الاخرى .

وهنا فوائد :

(الاولى) على قول ابن ادريس والمصنف يـزول تحريم الثانية بخروج الاولى عن ملكـه أوموتها ، سواء أخرجها للعود الى الثانية أولا ، عالماً كان أوجاهلا .

(الثانية) على قول الشيخ بتحريم الاولى حتى تخرج الثانية عن ملكه يكفي اما البيع أو الهبة أو غيرهما من المملكات .

(الثالثة) هل يكفي رهنها أوتزويجها أوكتابتها كتـابة مطلقة أم لا ؟ نص العلامة في التحرير على الاكتفاء بالكتابة دون الرهن ، واستشكله في القواعد [3] من حيث تقييد النص بالخروج عن الملك ، قال أمير المؤمنين عليه السلام: من وطىء احدى الاختين فلا يطأ الاخرى حتى تخرج الاولى عن ملكه . والفرض هنا عدم الخروج فلا يزول التحريم والا لم تكن الغاية غاية، ومن أن المقصود تحريم الوطىء وقد حصل .

وجزم في التذكرة أنه لايكفـي الرهن ، لان المنع فيه لحق المرتهن لا

---

١) النهاية : ٤٥٥ .

٢) المختلف ٢/٧٨ .

٣) القواعد ، الفصل الاول من المقصد الثاني في التحريم غير المؤبد .

(الثانية) يكره أن يعقد الحرعلى الامة ، وقيـل : يحرم الامن يعدم الطول ويخشى العنت .

لتحريمها ولهـذا يحل له مع اذنه ، ولانه يقدر على فكها بأداء الدين متى شاء بخلاف التزويج والكتابة فانه لايقدر معهما على زوال المنع .

(الرابعة) الاحكام المذكورة تابعة لوطىء الاولى لاغير ذلك من التقبيل بشهوة أولمس الفرج بشهوة أونظره كذلك .

(الخامسة) لووطىء أمته جازله أن يتزوج بأختها فتحرم الموطوءة مادامت الثانية زوجة ، ولا يشترط في اباحة نكاحها خـروج الموطوءة عن ملكه لان النكاح أقوى من الوطى بالملك ، فمـع اجتماعهما فالحكم للاقوى سواء كان النكاح لاحقاً كما قلنا أوسابقاً ، فيجوز أن يشتري الاخت بعده لكن لايطأها .

قوله: يكره ان يعقد الحرعلى الامة وقيل يحرم الا ان يعدم الطول[1] ويخشى العنت

الاول قول الشيخ[2] في النهاية والتهـذيب والاستبصار ، لاصالة الاباحة . والثاني قوله في الخلاف[3] والمبسوط والمفيد في المقنعة[4] وابن ابى عقيل ، لقوله تعالى « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما

---

١) الطول بفتح الطاء وسكون الواو : الغنى والسعة . والعنت : قال ابـن فارس : والعنت فى قوله تعالى «لمن خشى العنت منكم» الزنا وقال الازهرى نزلت فيمن لايستطيع طولاى فضل ما ينكح بـه حرة فله ان ينكح الامة . وتعنته : ادخل عليه الاذى ، واعنته : اوقعه فى العنت وفيما يشق عليه تحمله .

٢) النهاية : ٤٧٦ ، التهذيب ٧ / ٣٣٤ .

٣) الخلاف ٢ / ٣٨٣ ، المبسوط ٤ / ٢١٤ .

٤) المقنعة : ٧٨ .

ملكت ايمانكم»الى قوله«ذلك لمن خشي العنت منكم»[1] جعل عدم الأستطاعة وخوف العنت شرطين في اباحة نكاحهن ، والمشروط عدم عند عدم شرطه ، ولرواية ابى بصيرعن الصادق عليه السلام قال: لابأس اذا اضطر اليها[2]، ومثله رواية محمدبن مسلم عن الباقر عليه السلام [3].

وأجيب بمنع الدلالة الا من حيث الخطاب وليس بحجة ، وعلى تقدير حجتيه فهو أعم من التحريم والكراهية ، وتترجح الكراهية باطلاق « ولامة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم »[4] .

وهنا فوائد :

(الاولى) الطول لغة السعة ، وشرعاً مهر الحرة ونفقتها ووجودها وامكان وطئها قبلا . و« العنت » لغة المشقة الشديدة ، وشرعاً الزنا ، لانه سبب المشقة بالحد في الدنيا والعقاب في الاخرة. وخوف العنت يتحقق بقوة الشهوة وضعف التقوى .

(الثانية) يقبل قوله في حصول المشقة وعدم الطول ، ولو كان بيده مال وادعى أنه ليس له او أن عليه ديناً يستغرقه قبل أيضاً .

(الثالثة) لو تجدد أحد الشرطين أوهما لم يرتفع النكاح السابق ولو كان العقد خاصة من دون الوطى ، وكذا له الرجعة في الرجعية .

(الرابعة) تظهرفائدة الخلاف أنه مع حصول الشرطين معاً تجوز الواحدة قطعاً، وعلى التحريم تحرم الثانية، لانتفاء احد الشرطين، وعلى الكراهية تكره، وأما الثالثة فلا خلاف في تحريمها .

---

١) سورة النساء : ٢٥ .

٢) الكافى ٥/ ٣٥٩ ، التهذيب ٧/ ٣٣٤ .

٣) التهذيب ٧/ ٣٨٤ .

٤) سورة البقرة : ٢٢١ .

(الثالثة) لايجوز للعبد أن يتزوج اكثر مـن حرتين ، أوحرة وامتين أوأربع اماء .

(الرابعة) لايجوز نكاح الامة على الحرة الاباذنها .

ولوبادركان العقد باطلا .

وقيل :كان للحرة الخيرة بين اجازته وفسخه .

وفى رواية : لها أن تفسخ عقد نفسها وفى الرواية ضعف .

(الخامسة) مع حصول الشرطين تباح الواحـدة اجماعاً ، والترك أفضل لقوله تعالى « وان تصبروا خير لكم »[1].

(السادسة) لوتزوج اثنتين دفعة جازعلى القول بالكراهية ، وعلى التحريم قال الشيخ في النهاية والقاضي وابن الجنيـد يتخير واحدة ، كما لوجمع بين الاختين أوالخمس في عقـد . وقال ابن حمزة وابن ادريس يبطل للنهي عنه . والاقوى البطلان على القول في التحريم ، لاستحالة الترجيح بغير مرجح .

قوله : لايجوز نكاح الامة على الحرة الا باذنها ولو بادركان العقـد باطلا ، وقيل كان للحرة الخيرة بين اجـازته وفسخه ، وفى رواية لها ان تفسخ عقد نفسها وفى الرواية ضعف

الاول قول الشيخ في المبسوط والخلاف[2] وابن ابى عقيل وابن الجنيد، واختاره ابن ادريس[3] والمصنف، لرواية الحلبى في الحسن عن الصادق عليه السلام[4].

---

١) سورة النساء : ٢٥ .

٢) المبسوط ٤/٢١٤ ، الخلاف ٢/٣٨٣ .

٣) السرائر : ٢٩٢ .

٤) الكافى ٥/٣٥٩ ، التهذيب ٧/٣٤٤ .

وكذا رواية حذيفة بن منصور عنه عليه السلام أيضاً قال : يفرق بينهما . قال : قلت عليه أدب ؟ قال : نعم اثنا عشر سوطاً ونصف ثمن حد الزاني وهو صاغر[1] .

والثاني قوله في النهاية[2] والمفيد والقاضي وسلار وابن حمزة ، وهي رواية سماعة[3]. وهي وان ضعفت بسماعة لكن ذلك مؤيد بأصالة صحة العقد لصدوره من أهله، ولا يقتضي لعدم صحته الاعدم الرضا، للاجماع على أنه لو سبق الرضا صح فكذا مع تأخره كعقد الفضولي ، والنهي في غير العبادة لايقتضي الفساد. واختار السعيد الاول والشهيد الثاني[4] .

وأما الرواية المشار اليها بأن لها فسخ عقد نفسها فهي عن سماعة ، وهي مع ضعفها منافية للنظر بصحة عقدها ولزومه شرعاً فيحكم ببقاء العصمة عملا بالاستصحاب .

ويتفرع هنا فروع :

(الاول) على القول بالبطلان لو رضيت بعده لايكفي العقد السابق بل يفتقر الى عقد جديد للاية .

(الثاني) على قول الشيخ اذا فسخت الحرة نكاح الامة لاتفتقر الى طلاق بل تبين بالفسخ .

(الثالث) على القول بأن للحرة فسخ عقد نفسها اذا فسخته تبين بغير طلاق.

---

١) التهذيب ٧/ ٣٤٤ ، الاستبصار ٣/ ٢٠٩ .

٢) النهاية : ٤٥٩ ، المقنعة : ٧٨ .

٣) الكافي ٥/ ٣٥٩ ، التهذيب ٧/ ٣٤٥ .

٤) ايضاح الفوائد ٣/ ٩٠ ، وراجع شرح اللمعة ٢/ ٧٠ .

ولوأدخل الحرة على الامة جاز .

وللحرة الخيار ان لم تعلم ، ان كانت الامة زوجة .

ولوجمع بينهما فى عقد صح عقد الحرة دون الامة .

قوله : واذا ادخل الحرة على الامة جاز وللحرة الخيار ان لم تعلم

هنا مسألتان :

(الاولى) أنه مع الادخال المذكور لايبطل عقد الامة ولا الحرة . وهو اجماع منا ومن الفقهاء الا ابن حنبل ، فانه أبطل عقد الامة .

واحتج الشيخ[1] على ماقلنا في النهاية والخلاف بما روي عن علي عليه السلام وابن عباس : اذا تزوج بأمة ثم تزوج بحرة بعد ذلك فلا يبطل نكاح الامة .

(الثانية) اذا لم تعلم الحرة بأن عنده أمة بالعقد كان لها الخيار بين الصبر وبين الاعتزال . وقال في كتبه الا الخلاف فانه فيه خيرها بين ثلاثة أمور : الاجازة ، وفسخ عقد نفسها ، وفسخ عقد الامة .

وجعله ابن حمزة رواية ، ومنعه ابن ادريس بل خيرها بين الاولين فقط . وهو الصحيح ، وتدل عليه بعد الاجماع رواية يحيى بن الازرق عن الصادق عليه السلام[2].

قوله : ولوجمع بينهما فى عقد صح عقد الحرة دون الامة

هذا قول الشيخ[3] ، ومستنده رواية ابى عبيدة الصحيحة عن الباقر عليه

---

١) النهاية : ٤٥٩ ، الخلاف ٢/ ٣٨٤ . والخبررواه في الخلاف .

٢) التهذيب ٧/ ٣٤٥ .

٣) النهاية : ٤٥٩ .

(الخامسة) لايحل العقد على ذات البعل ولاتحرم به .

نعم لوزنى بها حرمت ، وكذا فى الرجعية خاصة .

(السادسة) من تزوج امرأة فى عدتها جاهلا ، فالعقد فاسد .

ولودخل حرمت أبداً ولحق به الولد ولها المهربوطء الشبهة .

وتتم العدة للاول وتستأنف أخرى للثانى ، وقيل : تجزى عدة واحدة .

ولو كان عالماً حرمت بالعقد .

السلام[1]. واختاره المصنف والعلامة في التحرير ، وقال في المختلف[2] للحرة الخيار في فسخ عقد الامة وامضائه . والاقرب أنه لها فسخ عقد نفسها هنا ، لان العقد واحد وقع متزلزلا ولا اولوية . وقال في القواعد[3] صح عقد الحرة وكان عقد الامة موقوفاً أو باطلا .

قوله : من تزوج امرأة فى عدتها جاهلا فالعقد فاسد ، ولو دخل حرمت ابداً ولحق به الولد ولها المهر بوطى الشبهة ، وتتم العدة للاول وتستانف اخرى للثانى ، وقيل تجزى عدة واحدة ولوكان عالماً حرمت بالعقد

ما اختاره من الاتمام والاستيناف قول الشيخ في النهاية[4] لرواية الحلبى عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن المرأة يموت عنها زوجها فتضع

---

١) الفقيه ٣/٢٦٦ ، التهذيب ٧/٣٤٥ .

٢) المختلف ٢/٨١ .

٣) القواعد ، المقصد الثانى فى التحريم غيرالمؤبد .

٤) النهاية : ٤٥٣ .

وتزوج قبل أن يمضي لها أربعة أشهر وعشر. فقال: اذاكان دخل بها فرق بينهما ثم لاتحل له أبداً واعتدت بما بقي عليها من الاول .الى أن قال : وهوخاطب من الخطاب[1].

قيل : وفيه نظر ، لان قوله « بما بقي » صريح في الاكتفاء بواحدة ، وان جعلت الباء بمعنى مع وقدر متعلق آخر لاعتدت كان على خلاف الاصل فلا يصار اليه .

قلت : لم لايجوز أن يكون قوله « واعتدت » امراً بالاعتداد ولا يفتقرالى تقدير وتكون الباء بمعنى مع ، أي اعتدت مع مابقي . والنظر اقتضى ذلك ، لان عدة الاول لابد منها لوجود سببها[2] المعين ، وعدة الثاني لابد منها أيضاً لانها نتيجة وطى شبهة ، ومع تغاير الاسباب يتغاير المسبب .

وأما الاكتفاء بواحدة فلا أعلم القائل به لكنه في رواية زرارة عن الباقر عليه السلام في امرأة تزوجت قبل أن تنقضي عدتها . فقال : يفرق بينهما وتعتد عدة واحدة منهما جميعاً[3] .

وهي غير صريحة بالمدعى ، لانه لم يذكرفيها أنه دخل بها الذي هو محل الحكم ، وحينئذ جاز أن يكون غير مدخول بها ولا شك أن تلك لاعدة عليها .

نعم يمكن ان يحتج لهذا القول بأن حكم العدة استبراء الرحم، وهو يحصل باتمام العدة .

وفيه نظر من وجهين : الاول أن ذلك الغرض لايتم فيمن تعتد بالاشهر

---

١) التهذيب ٧/ ٣٠٦ ، الكافي ٥/ ٤٢٧ ، الاستبصار ٣/ ١٨٦ واللفظ للاول .

٢) في بعض النسخ : نسبتها .

٣) التهذيب ٧/ ٣٠٨ ، الاستبصار ٣/ ١٨٨ .

كالمستدابة . الثاني لودخل بها وقد بقي يوم واحد فان العلم بالاستبراء لايتم بالاتمام المذكور لجواز العلوق من الثاني .

وهنا فوائد :

(الاولى) لوعقد عالماً بالتحريم حرمت أبداً ولاعدة ولودخل ، اذهو زان والزنا لاحرمة له[1] .

(الثانية) لوعقد على ذات البعل هل حكمه كالمعتدة فيما تقدم من التحريم المؤبد أم لا ؟ قال المصنف لا ، وقد اشار اليه في المسألة السابقة . واستشكله العلامة من عدم التنصيص وأصالة الحل ومن أولوية الحكم ، لان ذات البعل أشد محذوراً فيكون التحريم أولى. واختار السعيد[2] الاقتصار على محل النص، وهو أولى .

(الثالثة) هل حكم وطيء الامة في زمان الاستبراء كما في العدة ؟ اشكال من أنه عدة للامة فيكون كالعدة، ومن اختصاصه باسم لم يتناوله النص والاصل عدم التحريم ، ولان وصف السببية الشرعية لاتثبت الا بالنص لاغير فيقتصر على محله . وهو اختيار السعيد[3] .

قوله : ولو تزوج محرماً عالماً حرمت وان لم يدخل، ولوكان جاهلا

---

١) قال ابن فهد فى المهذب : (فرع) لوعقد جاهلا فى العدة ووطىء بعد خروجها لم يحرم لان الحكم فى الجاهل متعلق بالوطى لا العقد وقد حصل بعد العدة وحينئذ لافرق بين ان تتحدله العلم بعد العدة اوقبلها اذا كان الوطى بعد العدة .

٢) ايضاح الفوائد ٣/ ٦٩ .

٣) ايضاح الفوائد ٣/ ٧٠ .

فسد ولم تحرم ولو دخل

أما الاول : فاجماع الاصحاب عليه ، وتـؤيده رواية زرارة عن الصادق عليه السلام[1] .

وأما الثاني : وهو عدم التحريم مع الدخول والجهل فأطلق في النهاية[2] عدم التحريم مع الجهل ولم يفصل بين الدخول وعدمه، وتبعه القاضي، وأطلق الصدوق[3] التحريم المؤبد ولم يفصل الى العالم والجاهل ولا الدخول وعدمه، وكذا المفيد[4] لم يتعرض للجاهل بعد الحكم بالتحريم المؤبد مع العلم .

ورواية زرارة المذكورة تدل بمفهومها على ماقاله المصنف ، لانه قال : والمحرم اذا تزوج وهو يعلم أنه حرام عليه لاتحل له أبـداً . وقال الشيخ في الخلاف[5] انها تحرم مع الدخول والجهل ، واختاره ابن ادريس[6] . وهوغير بعيد ، لما عرفت أن الاحتياط للفروج أولى ، ودلالة المفهوم ضعيفة .

---

١) الكافي ٥/٤٢٦ ، الوسائل ١٤/٣٧٨ .

٢) النهاية ٤٥٣، قال فيه : فان لم يكن عالماً بذلك فرق بينهما فاذا احلا وارادا ان يستأنفا العقد فعلا وليس عليهما شيء.

٣) المقنع : ١٠٩ ، قال فيه : واذا تزوج فى احرامه فرق بينهما ولايحل له ابداً .

٤) المقنعة: ٧٨ ، قال فيه : ومن عقد على امرأة وهومحرم مع العلم بالنهى عن ذلك فرق بينهما ولم تحل له ابداً .

٥) الخلاف ٢/٣٨٦ .

٦) السرائر : ١٣٥ ، قال فيه : من تزوج امرأة وهو محرم فرق بينهما ولم تحل له ابداً سواء كان قد دخل بها اولم يدخل اذا كان عالماً بتحريم ذلك عليه فان لم يكن عالماً به جازله ان يعقد عليها بعد الاحلال . انتهى .

أقول : قوله رحمه الله « فى صورة الجهل » مطلق ولم يقيده بعدم الدخول .

(السابعة) من لاط بغلام فـأوقبه حرمت عليه أم الغلام وبنته وأخته .

قوله : من لاط بغلام فأوقبه حرمت عليه ام الغلام واخته وبنته

هنا فوائد :

(الاولى) يقال : وقب الشيء يقب وقباً أي دخل ، ووقبت الشمس اذا غابت ودخلت موضعها ، ووقب الظلام دخل على النـاس ، ومنه قـوله تعالى « ومن شرغاسق اذا وقب »[1] ، وقال الحسن اذا دخل على النـاس . وأوقبت الشيء أدخلته فـي الوقبة . والمراد هنا ادخال الذكر ولو بعض الحشفة .

(الثانية) هذا الحكم اجماع من أصحابنا عليه تظافر رواياتهم لم يوافقهم في ذلك أحد الا المزني فانه حرم البنت لاغير لانها بنت مدخول به .

(الثالثة) لوسبق العقد لم يحرم شيء من الثلاث ، وانما يحرمن مع تقدم الايقاب. وتحرم الام وان علت والبنت وان نزلت ، لابنت الاخت لعدم تناول النص لها .

(الرابعة) لافرق بين من ينسب منهن بالنسب وبالرضاع لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : يحرم من الرضاع مايحرم من النسب[2] .

(الخامسة) لافرق بين كون المفعول به غـلاماً أورجلا ، أما الفاعل فهل يشترط بلوغه؟ يحتمل ذلك، لانه تكليف لقوله في النص « حرام على الموقب». ويحتمل العدم ، للعموم لان من في المجازاة والاستفهام كذلك .

وهو الاقرب ، لانه من الاسباب فهو من باب الوضع ، ولهـذا لوزوجه

---

١) سورة الفلق : ٣ .

٢) الفقيه ٣/ ٣٠٥، الكافي ٥/ ٤٣٩، التهذيب ٧/ ٣١٣ .

(السبب الرابع) فى استبقاء العدد :

اذا استكمل الحر أربعاً بالغبطة حرم عليه مازاد .

ويحرم عليه من الاماء ما زاد على اثنتين .

واذا استكمل العبد حرتين أو أربعاً من الاماء غبطة حرم عليه مازاد .

ولكل منهما أن يضيف الى ذلك بالعقد المنقطع وبملك اليمين ما شاء .

واذا طلق واحدة من الاربع حرم عليه مازاد غبطة حتى يخرج من العدة أو تكون المطلقة بائنة .

وكذا لوطلق امرأة وأراد نكاح أختها .

ولوتزوجهما فى عقد بطل وقيل : يتخير ، والرواية مقطوعة .

الولي فانه يحرم عليه أم زوجته ، بمعنى أنه يحرم على الولي انكاحه اياها وبعد البلوغ يتعلق به فحال الفعل وجد الاثر.

قوله : ولو تزوجها فى عقد بطل ،وقيل يتخيروالرواية به مقطوعة

أما الاولوهو البطلان فهوقول ابن حمزة وابن ادريس[1] والمصنف والعلامة في القواعد[2] ، وأفتى به السعيد [3] والشهيد[4] وهو الحق ، لان العقد على كل واحدة تحرم لنكاح الاخرى ومبطل للعقد عليهما ، ونسبتهما اليهما واحدة فيلزم

---

١) السرائر: ٢٨٦ ، قال فيه: لانه عقد منهى عنه والنهى يدل على فساد المنهى عنه.

٢) القواعد ، المقصد الثانى فى التحريم غيرالمؤبد .

٣) الايضاح ٣/٨٥ .

٤) راجع شرح اللمعة ٢/٦٩ .

بطلانه بالنسبة الى كل واحـدة منهما والالزم الترجيح بغير مرجح ، ولان أثر العقد الاباحة ، فلو أثر فامالهما أو لاحداهما بعينها أولا بعينها .

والكل باطل: أما الاولان فبالضرورة ، وأما الاخيرفلان الاباحة أمر معين فلايحل في محل غيرمين فينفس الامر ، واذا لم يؤثرالعقد باطل ، لما عرف من معنى البطلان في الاصول .

والثاني قول الشيخ في النهاية[1] والقاضي وابن الجنيد ، لرواية محمد بن علي بن محبوب عن علي بن السنـدي عن ابن ابى عمير عن جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام في رجل تزوج اختين في عقدة واحدة. قال : هوبالخيار أن يمسك أيتهما شاء ويخلي سبيل الاخرى[2] . وهى مقطوعة كما ترى .

واختاره العلامة فـي المختلف[3] محتجاً بأن المقتضي للاباحة ثابت وهو العقد ،اذالعقد عليهما عقد على كل واحدة منهما، والمعارض لايصلح للمعارضة لانه ليس الانضمام العقد على الاخت الاخرى اليه لكن لايقتضي تحريم المباح كمالوجمع بين محرمة عيناً وأجنبية محللة عيناً في عقد واحد، اذ لافرق بينهما الا الاطلاق أوالتعيين . ولا اثرلهما فـي التحريم ، اذ فـي التعيين تحرم واحدة معينة فيبطل العقد عليها وتحل اخرى معينة فيحل العقد عليها وفي الاطلاق تحل واحدة مطلقة وتحرم أخرى مطلقة وقد عقد عليهما معاً فقد خالف في العقد،اذلا وجود للكلي الا فى جزئياته .

وفيه نظر ، لانالانسلم أن العقد عليهما عقد على كل واحدة منهما ،لانه انما

---

١) النهاية : ٤٥٤ .

٢) الكافى ٥/ ٤٣١ ، التهذيب ٧/ ٢٨٥ .

٣) المختلف ٢/ ٧٨ .

يكون كذلك لو لم يكن العقد على كل منهما مشروطاً بانتفاء العقد على الاخرى واللازم باطل فكذا الملزوم ؛ وبيان الملازمة ظاهر .

وكذلك نقول في انتفاء المعارض ، فان الفرق حاصل بين انضمام الاجنبية المحللة الى المحرمة عيناً وبين انضمام الاخت، فان العقد على الاجنبية ليس مشروطاً بانتفاء العقد على المحرمة عيناً . ولانسلم أيضاً أنه لاأثر للاطلاق والتعيين في التحريم ، ومستنده ما تقدم .

وهنا فوائد :

(الاولى) المراد بالجمع بين الاختين انما هو في العقد الواحد، بأن تذكرا معاً في الايجاب فيقبل نكاحهما ، لا أن تذكر احداهما فيقبل ثم تذكر الاخرى فيقبل ثانياً، فان ذلك ترتيب لاجمع .

(الثانية) لو رتب بينهما كما قلناه كان عقد الثانية باطلا قطعاً. وقال ابن الجنيد الترتيب يحصل بالخطبة واجابة الولي . وليس بشيء ، لعدم تمامية النكاح بالخطبة والاجابة .

(الثالثة) لو رتب كما قلناه فوطيء الثانية فرق بينه وبينها ولم تحرم الاولى . قال ابن ادريس[1] : وهو الذي يقتضيه أصول المذهب ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لايحرم الحرام الحلال[2].

وقال الشيخ في النهاية[3] لايرجع الى الاولى حتى تخرج التى وطئها من عدتها ، وتبعه القاضى وابن حمزة .

وقال ابن الجنيد : لوتزوج بأخت امرأة وهولا يعلم فرق بينهما ان كان لم يدخل بالثانية ، فان دخل بالاخيرة خيرأيتهما شاء ولايقرب التي يختار حتى

---

١) راجع التعليقة السالفة من السرائر .

٢) التهذيب ٣٢٨/٧ ، الاستبصار ١٦٥/٣ .

٣) النهاية : ٤٥٤ .

تنقضي عدة التي فارق ، فان أحب العود الى التي فارقها لم يكن له أن يعقد حتى يفارق التي كانت في حباله ، اما بطلان بائن أوخلع تبين به عصمتها ثم لا يكون له عليها رجعة أوتموت .

وفيه نظر، لانه لاوجه للتخيير لتحقق عقد الاولى وتعلق النهي بعقد الثانية، لانه به يتحقق الجمع. وتؤيده رواية زرارة عن الباقر عليه السلام صحيحاً قال: سألته عن رجل تزوج امرأة بالعراق ثم خرج الى الشام فتزوج امرأة أخرى فاذا هي أخت امرأته التي بالعراق . قال : يفرق بينه وبين التي تزوجها بالشام ولايقرب المرأة حتى تنقضي عدة الثانية[1].

قلت : لاشك أن العدة غير مانعة لانها بائنة ، وحينئذ يحمل قوله « ولايقرب المرأة » الى آخره على أنه يكره له المقاربة .

(الرابعة) لواشتبه السابق منهما منع منهما معاً ، لان احداهما محرمة قطعاً فيجب اجتنابها ولايتم الاباجتنابهما ، ومالايتم الواجب الابه فهوواجب .

قال العلامة في القواعد[2] : والاقرب الزامه بطلاقهما ، ووجهه أن طلاقهما واجب ، لان حقوق الزوجية واجبة ويجب تحصيل براءة الذمة من الواجب ولايتم الابالطلاق فيكون واجباً ، وكل واجب يلزم تاركه بايقاعه ، لان ذلك لطف. ويحتمل العدم ، لان طلاق المكره لايقع عندنا .

وفيه نظر ، لان الاكراه الشرعي غير مبطل ، ولايجب مواجهة كل منهما بالطلاق بل يكفي قوله « زوجتي منهما طالق » . ولاينافي ذلك اشتراطنا تعيين المطلقة ، لان ذكره كونها زوجته صفة معينة لها في نفس الامر ويجب عليهما معاً العدة ان كانتا غير آئستين ، ولا يعقد على واحدة منهما الا بعد انقضاء العدتين .

---

١) الفقيه ٣/ ٢٦٤ ، التهذيب ٧/ ٢٨٥ ، الكافي ٥/ ٤٣١ .

٢) القواعد ، المقصد الثاني في التحريم غير المؤبد .

ولو كان معه ثلاث فتزوج اثنتين فى عقد، فان سبق باحداهما صح دون اللاحقة ، وان قرن بينهما بطل فيهما . وقيل يتخير أيتهما شاء .

وفى رواية جميل لو تزوج خمساً فى عقد واحد يتخير أربعـاً ويخلى باقيهن .

(الخامسة) لودخل بهما مع العلم من الثانية بالترتيب والتحريم فلامهرلها لانها بغي ، ومـع جهلها بالعقد على اختها أوبتأخرها أوبتحريم الجمع فلها المهر .

قال الشيخ هوالمسمى في عقدها ، وقال العلامة مهرالمثل . وهوالاقوى ، اذ الفاسد لايستلزم شيئاً .

ومع اشتباه السبق والجهل منهما فان تساوى المسميان ومهرالمثل فلاكلام ومع اختلاف المسمى ومهرالمثل قدراً يحتمل القرعة أوالايقاف حتى يصطلحا ومع عدم الدخول وعلم الترتيب فلاشيء للثانية، ومع اشتباه الترتيب والطلاق احتمالان : « ١ » القرعة فيمن يستحق المهرمنهما لانه مشكل ، فمن خرجت القرعة عليها فلها نصف مهرها . « ٢ » أن مع اتفاق المهرين قدراً وجنساً يثبت لهما ربع المهرين تقتسمانه ، ومع اختلافهما اما القرعة أوقسمة ربع كل منهما بينهما أوايقافه حتى تصطلحا .

قوله : ولو كان معه ثلاث فتزوج اثنتين فى عقد فان سبق باحداهما صح دون اللاحقة ، وان قرن بينهما بطل فيهما ، وقيل يتخير ايتهما شاء ، وفى رواية جميل لوتزوج خمساً فى عقد واحد يتخير أربعاً ويخلى باقيهن

القائل بالبطلان أولا في الاختين قائل به هنا ، والقائل بالتخيير هناك قائل به أيضاً هنا، ورواية جميل رواها الصدوق في الفقيه عن محمد بن الحسن عن

واذا استكملت الحرة طلقات ثلاثاً حرمت حتى تنكح زوجاً غيره ولو كانت تحت عبد .

واذا استكملت الامة طلقتين حرمت حتى تنكح زوجاً غيره ، ولو كانت تحت حر .

والمطلقة تسعاً للعدة تحرم على المطلق أبداً .

الحميري عن ايوب بن نوح وابراهيم بن هاشم ومحمد بن عبدالجبار عن محمد ابن ابى عمير عن جميل عن الصادق عليه السلام في رجل تزوج أختين في عقدة واحدة قال: يمسك أيتهما شاء ويخلي سبيل الاخرى. قال: فرجل تزوج خمساً في عقدة واحدة . قال : يخلي سبيل أيتهن شاء ويمسك الاربع[1].

وقد عرفت أن الاولى البطلان، ودليله تقدم .

بقي هنا فائدة لابد من التنبيه عليها ، وهى تصوير قوله « فان سبق باحداهما صح دون اللاحقة » كيف صورة السبق ؟ ذكر له أمثلة :

« ١ » ـ أن يكون العاقد وكيلا لاحدى الزوجتين فضولياً بالنسبة الى الاخرى وعقد عليهما عقداً واحداً، فان السابقة هي التي عقدها لازم عن وكالة وتبطل الاخرى .

«٢»ـ أن يكون العاقد وكيلا للزوج في واحدة بعينها منهما وزوجه الاخرى فضولا عنه في عقد واحد فعقد المأذون فيهما سابق .

« ٣ » ـ أن تكون احداهما صغيرة والاخرى كبيرة فيزوجها ولي الصغيرة فانه لازم في حقها فهو سابق وفضول في حق الكبيرة فهو لاحق .

قوله : والمطلقة تسعاً للعدة تحرم على المطلق أبدا

---

١) الفقيه ٣/٢٦٥ وليس فيه : ويمسك الاربع .

(السبب الخامس) اللعان. ويثبت بـه التحريم المؤبد . وكذا قذف الزوج امرأته الصماء أو الخرساء بما يوجب اللعان .

(السبب السادس) الـكفر . ولا يجوز لـلمسلم أن ينكح غير الكتابية اجماعاً .

هنا فوائد :

(الاولى) هذه المسألة من خواص مذهبنا ولم يقل به أحد من الفقهاء، ودليلنا على ذلك اجماع الاصحاب وتظافر رواياتهم .

(الثانية) طلاق العدة هو أن يطلق الزوج على الشرائط ثم يراجع في العدة فيطأ ثم يطلق في طهر آخر ثم يراجع في العدة ويطأ ثم يطلق الثالثة فينكحها بعدها رجل آخر ثم يطلقها وتنقضي العدة منه ويتزوجها الزوج الاول ثالثاً ويفعل كما فعل أولا ثم يطلقها الثانية فينكحها بعدها رجل آخر ثم يطلقها فتقضي عدتها فيتزوجها الزوج الاول ثالثاً ويفعل كفعله أولا وثانياً . فتحرم عليه حينئذ أبداً كما قلناه ، فالشرط حينئذ أن يطلقها تسعاً وينكحها بينها رجلان .

(الثالثة) نبه العلامة على أن التسمية هنا مجاز ، لان الثالثة من كل ثلاث لايحصل فيها المعنى المذكور وهو الرجعة في العدة والوطء . ثم المجاز يحتمل أن يكون من باب تسمية الشيء بمجاوره كقولهم « سال الميزاب » أو من تسمية الشيء بأكثر أجزائه .

وتظهر الفائدة فيما لو طلق الاولى للعدة والثانية للسنة. فالثالثة ليست للعدة حقيقة لما قلناه ولامجازاً لانتفاء المعنى الاول . وهو ظاهر ، وكذا الثاني ، اذ لا اكثرية هنا . ولو كانت الاولى للسنة والثانية للعدة فالثالثة على الاول للعدة للمجاورة .

وعلى الثانى قال العلامة الاقوى انها ليست للعدة ، لان النص انمـا ورد بتبعية الثالثة للاولتين، فالمعتبرهو للاكثرية ولااكثرية. ولوقلنابالمجاورة فكذلك اذ لا اطراد في المجاز ،لما تقرر في الاصول لامتناع محله للحائط .

واختاره السعيد، لان بتبعية الطلقة لغيرها على خلاف الاصل، ولان الاصل الاباحة فالتحريم المؤبد على خلافـه ، ولوجوب الاقتصار بالاسباب الشرعية على محل النص .

(الرابعة) التسع بالمعنى المذكورظاهرة الحكم في الحرة، أما الامة ففيها ثلاثة أوجه :

الاول ـ عدم التحريم المؤبد لابالتسع ولابأقل ولااكثر، لعدم تناول النص كما صورناه ، والقول بلانص تحكم .

الثاني ـ التحريم في السادسة ، لان كل طلقتين قائمة مقام ثلاث في الحرة فالست قائمة مقام التسع .

الثالث ـ التحريم في التسع ، لانه أولى ، لان محرم الامة أقل مـن محرم الحرة، ولان النص وردبصيغة العموم، والتقييد بأنه ينكحها بينها رجلان يتناول الحرة والامة، فانه اذا نكح الامة اكثر من رجلين بينها فقد نكحها رجلان ، اذ النص لم ينف الزيادة .

(الخامسة) على تقدير التحريم بالست ان قلنا ان التسمية للمجاورة فالست كافية وان قلنا لاعتبار الاكثرية هنـا ، فالمعتبرحينئذ الست حقيقة لتعذر المجاز فتحصل في اثني عشرطلقة وعلى التحريم بالتسع والتسمية للاكثرية والفرض عدمها أوللمجاورة . والمجاز لايطرد فلايحصل في أقل مـن ثماني عشرة طلقة اذ المعتبرحينئذ الحقيقة ولاتحصل الا في العدد المذكور .

وفى الكتابية قولان ، أظهرهما : أنه لايجوزغبطة ، ويجوز متعة ، وبالملك فى اليهودية والنصرانية .

قوله : وفى الكتابية قولان أظهرهما انـه لايجوز غبطة ويجوز متعة وبالملك

كثيراً يطلق المصنف وغيره فـي المسألة الخلافية أن فيها قولين وظاهره أقسام القولين للحكم في نفس الامرنفياً واثباتاً ، مع أنه قد تكون في المسألة أقوال. وكأن مرادهم بالقولين ما فوق القول الواحدكهذه المسألة ، فان فيها أقوالا :

(الاول) اباحة النكاح مطلقاً بسائر أنواعه ، وهوقول ابني بابويه[1] وابـن ابى عقيل، لظاهرقوله تعالى «وأحل لكم ما وراء ذلكم»[2] وقوله « والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم»[3] .

ورواية ابى مريم الانصاري عن الباقرعليه السلام قال : كانت تحت طلحة يهودية[4]، ومثله روى محمد بن مسلم عنه عليه السلام[4]، ورواية معاوية بن وهب عن الصادق عليه السلام قـال : ان فعل فليمنعها من شرب الخمر واكل لحم الخنزير[5].

(الثاني) التحريم مطلقاً ، وهوقول المرتضى والشيخ في كتابى الاخبار[6]،

---

١) المقنع : ١٠٢ .
٢) سورة النساء : ٢٤ .
٣) سورة المائدة : ٥ .
٤) التهذيب ٧/٢٩٨ ، الاستبصار ٣/١٧٩ .
٥) الكافى ٥/٣٥٦ ، التهذيب ٧/٢٩٨ ، الفقيه ٣/٢٥٧ .
٦) التهذيب ٧/٢٩٦ ، الاستبصار ٣/١٧٨ .

وظاهرقوله في المبسوط[1] والخلاف ، فانه جعله مذهب المحصلين من أصحابنا وهو أحد قولي المفيد[2] وقواه ابن ادريس[3] ، واختاره السعيد[4] ونقله عن والده وهو الحق لوجوه :

« ١ » ـ انهـن مشركات وكل مشركات نكاحهن حـرام فنكاح اليهوديات والنصرانيات حرام : أمـا الصغرى فلقوله تعـالى « وقالت اليهود عزير ابـن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله » الى قوله سبحانه « عمايشركون »[5] ، وأمـا الكبرى فلقوله تعالى «ولاتنكحواالمشركات حتى يؤمن»[6] ، والجمع المعرف بلام الجنس للعموم .

ان قلت : الصغرى ممنوعة ، اذ لا قائل اليوم مـن اليهود بذلك ، بل كان شرذمة وانقرضوا فلايتناول الحكم الموجودين اليوم .

قلت : الحجة في قوله تعالى لافي قولهم ، وقد أخبرالله تعالى عنهم بذلك اذالجمع المحلى باللام للعموم كما تقررفي الاصول. سلمنا لكن الحكم لحقهم جميعاً ، فان بعض القوم اذا صدرعنه خطيئة ولم ينكرعليه الباقون لحق الحكم الكل كقوم ثمود . سلمنا لكن الاجماع المركب دل على تحريم الجميع، فان

---

١) المبسوط ٢٠٩/٤ ، الخلاف ٣٨٢/٢ .

٢) المقنعة: ٧٩ قال فيه : وينكح بملك اليمين اليهودية والنصرانية ولايجوزله ذلك بعقد النكاح .

٣) السرائر: ٢٨٧ ، ٢٩١ وقال في الموضع الثاني : وقد قدمنا انه لايجوز للرجل المسلم ان يعقد على الكافرات على اختلافهن فان اضطرالى العقد عليهن عقد على اليهودية والنصرانية وذلك جائزعند الضرورة على ما روى في بعض الاخبار .

٤) ايضاح الفوائد ٢٢/٣ .

٥) سورة التوبة : ٣٠ .

٦) سورة البقرة: ٢٢٠ .

كل من قال بتحريم نكاح القائلين بأن عزيراً ابن الله قال بتحريم نكاح باقي اليهود ، فالفرق خرق الاجماع .

« ٢ » ـ النكاح تمسك بعصمة وكل تمسك بكل واحدة واحدة من عصم الكوافرحرام، أما الصغرى فظاهراذ بين الزوجين عصمة ، وأما الكبرى فلقوله تعالى « ولاتمسكوا بعصم الكوافر »[١] ، والجمع المضاف للعموم .

«٣» ـ ان النكاح مستلزم للمودة لقوله تعالى «وجعل بينكم مودة ورحمة»[٢] وكل مودة لكل كافرحرام لقوله تعالى « لاتجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الاخر يوادون من حادالله ورسوله »[٣] الاية وقوله « لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم »[٤] منسوخ الحكم .

« ٤ » ـ اباحة الدوام اضطراراً والمتعة اختياراً ، وهو قول الشيخ في النهاية[٥] والقاضي وابن حمزة .

« ٥ » ـ جوازه بالملك لابالعقد مطلقاً ، وهوالقول الاخر للمفيد[٦] .

« ٦ » ـ تحريم الدائم واباحة المنقطع وملك اليمين ، وهو قول التقي وسلار .

« ٧ » ـ تحريم نكاحهن مطلقاً اختياراً وجوازه مطلقاً اضطراراً ، قاله ابن الجنيد . وكأن مستند هذه الاقوال الجمع بين الروايات والايات، فانه قد تقرر في الاصول ان التخصيص خيرمن النسخ ، ونحن قد اخترنا في كنزالعرفان في

---

١) سورة الممتحنة : ١٠ .
٢) سورة الروم : ٢٠ .
٣) سورة المجادلة : ٢٢ .
٤) سورة الممتحنة : ٨ .
٥) النهاية : ٤٥٧ .
٦) المقنعة : ٧٩ .

وفى المجوسية قولان ، أشبههما : الجواز .

فقه القرآن[1] حمل أدلة الاباحة على المنقطع والملك حال الضرورة .

ويجاب عن أدلة الشيخين مطلقاً بحمل الايات على ما تقدم، وحمل رواية ابى مريم ومحمد بن مسلم على جواز الوطىء اذاكان العقد حال الكفرثم يسلم الزوج فانه يبقى على نكاح الكتابية اجماعاً، وعليه يحمل كون طلحة في صحبة يهودية . ورواية معاوية محمولة على المتعة حال الضرورة الشديدة كما تباح الميتة للمضطر، وحينئذ الاولى وجوب العزل عنها لاندفاع الضرورة بذلك.

قوله : وفى المجوسية قولان اشبههما الجواز

كل من حرم نكاح الكتابيات مطلقاً حرم نكاح المجوسيات ، ومن أباحه على وجه اختلفوا على أقوال:

(الاول) قول المفيد[2] بالتحريم مطلقاً، وتبعه التقي وسلار وابن ادريس[3].

(الثاني) قول علي بن بابويه يجوز بالملك لابالعقد .

(الثالث) جوز الشيخ في النهاية[4] المتعة وملك اليمين .

(الرابع) كره القاضي المتعة والملك وحرم الدائم .

والحق التحريم مطلقاً، لتناول أدلة التحريم السالفة لهن، بل هنا أولى لعدم تحقق كتابهم .

وقول المصنف « أشبههما الجواز » فيه نظر ، لانه ان أراد الجواز مطلقاً فانه ممنوع، اذ لادليل عليه ، لانهن مشركات قطعاً، وان أراد المتعة والملك كما

---

١) كنز العرفان ٢/١٩٨، ١٩٩ .

٢) المقنعة ٧٩ ، قال فيه : ولايجوز وطى المجوسية والصابئة والوثنية على حال .

٣) السرائر : ٢٩١ .

٤) النهاية : ٤٥٧ ، قال فيه : ويكره له وطى المجوسية بملك اليمين وعقد المتعة وليس ذلك بمحظور .

تقدم لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : سنوا بهم سنة أهل الكتاب[1] . فممنوع أيضاً ، لانه ان سلم صحة الحديث فعمومه ممنوع . هذا مع أنه قد ورد في بعض روايات الحديث المذكور « غيرناكحي نسائهم ولاآكلي ذبائحهم » .

وهنا فوائد :

(الاولى) لاشكأن السامرة يدعون أنهم من اليهود، فمنهم منأباح نكاحهم ومنهم من منع . والتحقيق أن نقول : ان خالفوا اليهود في أصول دينهم حرم نكاحهم قطعاً لانهم خرجوا عن أهل الكتابين ، وان خالفوهم في الفروع فهم منهم فيجوز منهم ما يجوز في اليهود .

(الثانية) الصابئون[2] جمهورهم يقولون بوحدانية الصانع ، ومنهم من يجعل معه هيولى قديمة صنع منها العالم ، وكانت عندهم الاصل ويعتقدون في الفلك والكواكبالحياة والنطق وأنها مدبرة في هذاالعالم، وعظموا الكواكب السبعة وعبدوها ، وسماها بعضهم ملائكة وجعلها بعضهم آلهة وبنوا لها بيوتاً للعبادة . وهؤلاء لاتحل مناكحتهم أيضاً وان قلنا بجوازها فيالكتابيين، ولذلك قال الشيخان[3] انهم غيرالنصارى ، لانهم يعبدون الكواكب السبعة[4] . وقال بعضهم انها قبيلة من النصارى ولهذا يقرون على دينهم .

والتحقيق كما قلنا في السامرة من المخالفة في الاصول والفروع ، وطريق

---

١) الوسائل ١١/٩٧ ، ٩٨ .

٢) الصابئة بالصاد بعدهاالالف وبعدهاالباء المكسورة: قوم دينهمالتعبد للروحانيات اى الملائكة وضدالحنفاء الذين دعوتهم الفطرة . ذكرهم ابن النديم فى الفهرست مفصلا وذكرمذاهبهم وشرائعهم وعقائدهم من الاصول والفروع، فراجعه ص ٣٨٣ ودائرة معارف وجدى ٥/٤٢٦ .

٣) الخلاف ٢/٣٨٥ .

٤) الكواكب السبع: الشمس والقمروالمريخ والعطاردوالمشترى والزهرة وزحل.

ولو ارتد أحد الزوجين قبل الدخول وقع الفسخ في الحال .

ولو كان بعد الدخول وقف على انقضاء العدة ألا أن يكون الزوج مولوداً على الفطرة فانه لا يقبل عوده وتعتد زوجته عدة الوفاة.

واذا أسلم زوج الكتابية فهو على نكاحه ، سواء كان قبل الدخول أو بعده .

ولو أسلمت زوجته دونه ، انفسخ في الحال ، ان كان قبل الدخول ووقف على انقضاء العدة ان كان بعده .

وقيل : ان كان بشرائط الذمة كان نكاحه باقياً . ولا يمكن من الدخول عليها ليلا ، ولا من الخلوة بها نهاراً .

ذلك بسؤال علماء القبيلتين ويرجع اليهم في ذلك .

(الثالثة) من تهود بعد بعثة نبينا محمد صلى الله عليه وآله وسلم لايقرولا يصح مناكحته اجماعاً، وهل الحكم كذلك بعد بعثة عيسى عليه السلام ؟ العلامة استشكله في القواعد[1] من الدخول في دين منسوخ بعد نسخه فلايقر ، ومن عموم النص باقرار اليهود على دينهم خرج من ذلك التهود بعد بعثة النبي صلى الله عليه وآله وسلم فيبقى الباقي على أصله . والحق الاول، لعموم قوله تعالى « ومن يبتغ غير الاسلام ديناً فلم يقبل منه »[2].

قوله: وقيل ان كان بشرائط الذمة كان نكاحه باقياً ولايمكن من الدخول عليها ليلا ولا من الخلوة[3] بها

---

١) القواعد ، الفصل الثالث في الكفر من المقصد الثاني من كتاب النكاح .

٢) سورة آل عمران : ٥٨ .

٣) في النهاية ٤٥٧ من الخلو بها، وفي المختصر النافع ط بمصر من الخلوة بها نهاراً.

هذا قول الشيخ في النهاية[1] مستنداً الى رواية جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام[2] ، ورواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام[3] . وهوضعيف، لان الاولى مرسلة والثانية معارضة برواية السكوني عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام في مجوسية أسلمت قبل زوجها. فقال له علي عليه السلام: أتسلم ؟ قال: لافرق بينهما ثم قال: ان أسلمت قبل انقضاء عدتها فهي امرأتك وان انقضت قبل أن تسلم ثم أسلمت فأنت خاطب من الخطاب[4] .

هذا مع أن ما اختاره المصنف من انفساخ النكاح مذهب الشيخ في الخلاف[5] والقاضي وابن ادريس[6] وغيرهم من المحققين ، وهوالذي يقتضيه النظر :

أما أولا فلما تقدم من تحريم النكاح بين أهل الذمة والمسلمين كما بين أهل الشرك .

وأما ثانياً فلانه لولا الانفساخ لزم ثبوت السبيل للكافر على المسلم ، وهو باطل لقوله تعالى «ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا»[7] .

---

١) النهاية : ٤٥٧ .

٢) التهذيب ٧/ ٣٠٠ ، الاستبصار ١/ ١٨٣ .

٣) التهذيب ٧/ ٣٠٢ ، الكافى ٥/ ٣٥٨ ، الاستبصار ٣/ ١٨٣ .

٤) التهذيب ٧/ ٣٠٤ ، الاستبصار ٣/ ١٨٢ .

٥) الخلاف ٢/ ٣٨٧ قال فيه : فأيهما اسلم فان كان قبل الدخول بها وقع الفسخ فى الحال وان كان بعده وقف على انقضاء العدة ، فان اسلما قبل انقضائها فهما على النكاح وان انقضت العدة انفسخ النكاح .

٦) السرائر : ٢٩١ .

٧) سورة النساء : ١٤١ .

وأما ثالثاً فلرواية البزنطي في الصحيح عن الصادق عليه السلام : الرجل تكون له الزوجة النصرانية فتسلم هل يحل لها أن تقيم معه ؟ قال : اذا أسلمت لم تحل له. قلت : جعلت فداك فانالزوج أسلم بعد ذلك أيكونان على النكاح قال : لا الابتزويج جديد[1].

ولابن ادريس[2] هنا تشنيع على قول الشيخ في النهاية[3] مما تضحك منه الثكلى ، فانها ان كانت زوجته فلايحل أن يمنع منها وان منع منها فلانفقة لها لعدم التمكين . وهذا جهل أوتجاهل منه ، لوجوه :

« ١ »ـ أن الشيخ عامل بخبرالواحد، والنهايةكتاب الروايات منها ما يعمل به ومنها مالايعملبه.

« ٢ » ـ ان ما قاله الشيخ ليس بمستبعد ، واولا الروايات الاخر لما عدلنا عنه، لانالعقد سبق اسلامها فلايستبعد جوازه،كما لوأسلم هودونها. ولا مقتضى لبطلان العقد هنا سوى انتفاء السبيل للكافر على المسلمة ، فاذا حيل بينه وبينها على الوجه المذكورارتفع المقتضي فيبقى العقد سالماً ، وليس سبيله عليها من لوازم صحة العقد حتى يرتفع العقد لارتفارع السبيل بـل هو حكم عارض له .

« ٣ » ـ قوله ان كانت زوجته فلايحل أن يمنع منها جهل ، فانكثيراً من الزوجاتيمنعزوجها منها معبقاءالعقد،كما فيالردة والعدة والحيض والاحرام والظهار والايلاء .

« ٤ » ـ ان قوله اذا منع منها فلانفقة لها لعدم التمكين جهل أيضاً ، لان المنع في الحقيقة اما من الزوج لتقصيره في نفسه بعدم الاسلام فلاتسقط النفقة

---

١) التهذيب ٧/ ٣٠٠ ، الاستبصار ٣/ ١٨١ .
٢) السرائر : ٢٩١ .
٣) النهاية : ٤٥٧ .

وغير الكتابيين يقف على انقضاء العدة باسلام أيهما اتفق .

ولو أسلم الذمي وعنده أربع فما دون لم يتخير .

ولو كان عنده أكثر من أربع تخير أربعاً .

وروى عمار عن أبي عبدالله عليه السلام: أن اباق العبيد بمنزلة الارتداد .

فان رجع والزوجة في العدة فهو أحق بها .

وان خرجت من العدة فلا سبيل له عليها ، وفي الرواية ضعف .

كزمان سفره ومرضه أو من الشارع كزمان الحيض فتجب النفقة. وبالجملة لو تأمل ابن ادريس كلامه لكان كلامه في حق الشيخ هو الذي تضحك منه الثكلى .

قوله: وروى عمار عن ابي عبدالله عليه السلام ١) ان اباق العبد بمنزلة الارتداد فان رجع والزوجة في العدة فهو احق بها وان خرجت من العدة فلا سبيل له عليها ، وفي الرواية ضعف

أفتى الشيخ في النهاية[٢] بذلك محتجاً بالرواية وبأن الارتداد هو خروج العبد عن طاعة مولاه، وهذا المعنى حاصل في الابق، فانه كما يجب على الحر المكلف طاعة الله كذلك يجب على العبد طاعة سيده، فلا استبعاد في اتحاد الحكم لاتحاد علته .

وليس في الرواية ولا في فتوى الشيخ أن الزوجة أمة أو حرة بل هي مطلقة وقيد ابن حمزة بكونها أمة غير سيده وتزوجها باذن السيدين ثم أبق ـ وساق الكلام الى آخره .

---

١) التهذيب ٨/٢٠٧ ، الفقيه ٣/٢٨٨ .

٢) النهاية : ٤٩٨ .

مسائل سبع :

(الاولى) التساوى فى الاسلام شرط فى صحة العقد .

وهل يشترط التساوى فى الايمان ؟ الاظهر : لالكنه يستحب ويتأكد فى المؤمنة .

نعم لايصح نكاح الناصب ولا الناصبة بالعداوة لاهل البيت عليهم السلام .

وقال ابن ادريس : الذي يقتضيه الاصل أن الزوجية باقية ونفقة العبد ثابتة على مولاه ، لعدم دليل قاطع على خلاف ذلك . وما قاله جيد وحجة الشيخ ضعيفة، فان عماراً فطحي ولا عمل على ماينفرد به مع مخالفته للاصل، ولانسلم أن الارتداد الشرعي هومخالفة طاعة المولى بل مخالفة طاعة الخالق، بل ولامخالفة الخالق مطلقاً بل مع اعتقاد المخالفة ، أما مع المخالفة والاعتراف بالخطيئة فلا. وليس مخالفة السيد كذلك والالوجب قتل الابق كما يقتل المرتد وليس كذلك.

قوله: وهل يشترط التساوى فى الايمان؟ الاظهر لا لكنه يستحب ويتأكد فى الزوجة[1])

وذهب المفيد[2]) الى أن المسلمين متكافئون، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: اذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه الا أن تفعلوه تكن فتنة في الارض وفساد كبير[3] رواه عيسى بن عبدالله عن جده عن علي عليه السلام ، واختاره المصنف وجعل التساوي في الايمان أفضل خصوصاً من جهة الزوجة .

---

١) فى المختصر النافع المطبوع بمصر : « المؤمنة » بدل « الزوجة ».

٢) المقنعة : ٧٩ .

٣) التهذيب ٧/ ٣٩٤ .

وقال الشيخ[1] يشترط في تزويج المؤمنة ايمان الزوج، وتبعه القاضي وابن حمزة وابن ادريس[1] واختاره العلامة . وهوالاقوى لوجوه :

(الاول) انه لايؤمن أن يخدعها عن دينها، فان المرأة تأخذ من دين بعلها.

(الثاني) مارواه محمد بن يعقوب مرسلا عن الصادق عليه السلام ان رجلا قال للنبى صلى الله عليه وآله وسلم وهوعلى المنبر يحث الناس على تزويج البنات بقوله : هـذا جبرئيل يقول لي : ان البنات كالثمر والثمر اذا أدرك ولم يقطف فسد ، والبنات اذا أدركن ولم يزوجن فسدن. فقال الرجل : يارسول الله ممن نزوج ؟ فقال : الاكفاء . قال : يارسول الله من الاكفاء؟ فقال : المؤمنون بعضهم اكفاء بعض[2]. دل بمفهومه على أن غير المؤمن ليس كفواً .

(الثالث) ان المخالف غيرمرضي دينه ، وكل زوج مرضي دينه كل زوج غيرمخالف : أما الصغـرى فظاهرة والالم يكن مخالفاً ممقوتاً ، وأما الكبـرى فللحديث المتقدم .

واعلم أن العلامة[3] جوزللمؤمن أن ينكح المرأة المخالفة ، وحينئذ لقائل أن يقول : اما أن يكون مجرد الخلاف مانعاً من التناكح كالشرك فليكن أيضاً كذلك عملا بالعلة فلايجوزحينئذ النكاح المذكور، أومع خوف الفتنة لضعف عقل المرأة وسرعة انخداعها للشبهة. فلقائل ان يقول: اذا فرضت المرأة عارفة قوية الاعتقاد جميلة محبوبة عند زوجها والزوج مستضعفاً لاعناد عنـده فليكن نكاحه لها سائغاً عملا بانتناء العلة .

---

١) النهاية : ٤٦٣ ، السرائر : ٢٩٥ ، القواعد : المطلب الرابع فى الكفاءة مـن الفصل الثانى من كتاب النكاح .

٢) الكافى ٣٣٧/٥ ، التهذيب ٣٩٧/٧ .

٣) القواعد ، المطلب الرابع فى الاكفاء من الفصل الثانى من كتاب النكاح .

ولا يشترط تمكن الزوج من النفقة .

ولا يتخير الزوجة لوتجدد العجز عن الانفاق .

قوله : ولا يشترط تمكن الزوج من النفقة، ولا تتخير الزوجة لوتجدد العجز عن الانفاق

هنا مسألتان :

(الاولى) اختلف في التمكن من النفقة على أقوال : « ١ » قول الشيخ فى المبسوط[١] أنه شرط ، « ٢ » قول النهاية[٢] وابن الجنيد والقاضي وابن حمزة والمصنف والعلامة[٣] انه غيرشرط ، « ٣ » قول ابن ادريس[٤] أنه غيرشرط لكن للمرأة الخيار مع عدم العلم بفقره ، واختاره العلامة في المختلف[٥] .

والاقوى الثاني ، لقوله تعالى «ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله»[٦] ولا فائدة في الاية مع اشتراط الغناء أومع تسلط المرأة على الفسخ، ولعموم الحدثين المتقدمين ، فانه فسر الكفؤ بما تقدم ، ولا يجوز التعريف بالاعم بل بالمساوي.

(الثانية) اذا قلنا بأن اليسار بالنفقة شرط لاكلام في ثبوت الخيار للمرأة لوتجدد العجز. وأما اذا لم نقل به هل تتخير مع تجدد العجز أم لا ؟ نقل ابن ادريس عن بعض علمائنا بثبوته، واختاره العلامة في المختلف ، لانه ضرر عظيم

---

١) المبسوط ٤/١٧٩، قال فيه : واليسار عندنا شرط وحده ما أمكنه معه القيام بنفقها لااكثر من ذلك .

٢) النهاية : ٣٦٣ .

٣) القواعد ، المطلب الرابع فى الاكفاء .

٤) السرائر : ٢٩٥ .

٥) المختلف ، الجزء الرابع : ٢٥ .

٦) سورة النور : ٣٢ .

ويجوز نكاح الحرة العبد، والهاشمية غير الهاشمي، والعربية العجمي وبالعكس.

على المرأة ولا سبيل لها الى زواله بدون الفسخ، فلولم يجعل لها الخيار لزم الاضرار، وهو منفي بالاجماع والخبر.

وقال المصنف والعلامة في القواعد بالعدم، لان النكاح عقد لازم والاصل البقاء، ولعموم قوله « وان كان ذوعسرة فنظرة الى ميسرة »[1].

ونقل المصنف عن بعض علمائنا أن الحاكم يبينها، لقوله تعالى « فامساك بمعروف أوتسريح باحسان »[2]، ومع تعذر الانفاق لايكون الامساك بمعروف فيتعين التسريح، فاذا تعذرصدوره من الرجل فسخ الحاكم لانه الولي، ولرواية ربعي والفضيل بن يسار جميعاً عن الصادق عليه السلام: ان أنفق عليها مايقيم حياتها مع كسوة والا فرق بينهما[3]. وليس هذا بعيداً من الصواب.

قوله: ويجوز نكاح الهاشمية غير الهاشمي

هذا هو المشهور عندنا، وعليه الاجماع اليوم وقبله من العصور. ويدل عليه مع الاجماع رواية معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم زوج ضبيعة[4] بنت الزبير بن عبدالمطلب من المقداد

---

١) سورة البقرة: ٢٨٠.

٢) سورة البقرة: ٢٢٩.

٣) الوسائل، الباب الاول من ابواب النفقات.

٤) وهي: ضباعة بنت الزبير بن عبدالمطلب بنت عم النبي صلى الله عليه وآله وسلم، ذكرها ابن الاثير الجزري في اسد الغابة ٥/ ٤٩٥ وقال بعد سرد نسبها ما لفظه: القرشية الهاشمية ابنة عم النبي صلى الله عليه وآله وسلم، كانت زوج المقداد بن عمرو فولدت له عبدالله

واذا خطب المؤمن القادر على النفقة وجب اجابته وان كان اخفض نسباً ، وان منعه الولى كان عاصياً .

ابن عمرو فتكلمت في ذلك بنوهاشم فقال : انما أردت أن تتضع المناكح[1]. وعموم الكتاب أيضاً يدل عليه .

ويظهرمن كلام ابن الجنيد المنع من ذلك ، وليس بشيء .

قوله: واذا خطب المؤمن القادر على النفقة وجب اجابته وان كان اخفض نسباً ، وان منعه الولى كان عاصياً

هنا فوائد :

(الاولى) قد تقدم الخلاف في شرطية الايمان والقدرة على النفقة في صحة النكاح ، واذا اتفق الايمان والقدرة فلا خلاف في وجوب الاجابة وحرمة الامتناع ، لكن مع العدالة أما مع الايمان والفسق فلا يجب الاجابة بل يكره .

(الثانية) لو كان مؤمناً عدلا قادراً لكنه أخفض نسباً الوجوب على حاله ، ويرجع في خفض النسب الى العرف ، اذلادلالة شرعية في ذلك الا في قوله صلى الله عليه وآله وسلم : سادات العرب قريش وسادات قريش بنو هاشم . فيمكن حينئذ أن يراد بخفض النسب كونه غير قرشي ولا هاشمي والزوجة من أحد القبيلتين .

(الثالثة) في قوله « ولومنعه الولي كان عاصياً » مطلقاً نظر، لانه انما يكون عاصياً مع انحصارالكفو في الخاطب ، أما على تقدير مماثل له أو للعدول الى

وكريمة ، قتل عبدالله يوم الجمل مع عائشة . ثم ذكرعنها باسناد عن رسول الله صلى الله عليه وآله كيفية التلبية فى الحج . انتهى .

١) التهذيب ٧/ ٣٩٥ .

ويكره أن يزوج لفاسق ، ويتأكد في شارب الخمر ، وان تزوج المؤمنة المخالف .

ولا بأس بالمستضعف والمستضعفة ومن لا يعرف بعناد .

(الثاني) اذا انتسب الى قبيلة وبان من غيرها ففي رواية الحلبي تفسخ النكاح .

الافضل مع وجوده فلا يكون عاصياً . وينبغي أن يكون المراد بالولي هنا أعم من الاب والجد لـه بل كل من رأيها منوط باختياره لمزيد عقل ودين ومعرفة بالامور.

(الرابعة) يظهر من كلام التقي أنهـا اذا وضعت نفسها في غير موضعها أو عقدت على غير كفو فلابيها وجدها فسخ العقد وان كانت ثيباً .

وفيه نظر ، لانه ان أراد بالوضع في غير موضعها بمعنى أن الرجل أدون نسباً فلا نسلم أن للولي الخيار حينئذ، لما قلنا من جواز نكاح أدنى نسب ، وان أراد بجواز الفسخ لكونه بغير رضاه فهو مسلم في الصغيرة وغير الرشيدة لا في الثيب فلا يتم .

قوله : وان كانت ثيباً . وكذا قوله : اوعقدت على غير كفو .

ان أراد الكفو الشرعي فالعقد على غيره باطل لايحتاج الى فسخ الولي ، وان أراد الكفو العرفي فلا نسلم أن له الفسخ كما تقدم .

قوله : واذا انتسب الى قبيلة وبان من غيرها ففي رواية الحلبي تفسخ النكاح

روى الحلبي في الصحيح في رجل تزوج المرأة فيقول أنا من بنى فلان فلا يكون كذلك . قال : تفسخ المرأة ـ أو قال ترد[1].

---

١) الوسائل ١٤/٦١٤ .

وأفتى به الشيخ في النهاية[1] وابن الجنيد وابن حمزة ، وجعله القاضي في كتابيه رواية . وقال الشيخ في المبسوط الاقوى أنه لاخيار لها ، ومن الناس من قال لها الخيار، وقد روي ذلك في أخبارنا .

واختاره ابن ادريس أولا ثم قال : انه تدليس يرد به من حيث التدليس ، سواء كان أعلى أو أدون .

وقال العلامة في المختلف : لها الخيار اذا بان أنه أدنى . وهو الاقوى ، لكن اذا شرط في نفس العقد والا فلا فسخ تمسكاً بأصالة بقاء اللزوم وعموم قوله « أوفوا بالعقود » .

وهنا فوائد :

(الاولى) هل يسرى[2] الحكم في طرف الزوجة ؟ الاقرب نعم . وهوقول ابن الجنيد وابن حمزة .

(الثانية) هل حكم الصناعة والاعمال لوشرطت كذلك ؟ الاقرب أيضاً نعم عملا بالشرط ، وبه قال ابن الجنيد . ويدل عليه أيضاً مفهوم ما روي أن رجلا تزوج أنه بياع الدواب فبان بياعاً للسنانير فلم يفسخ بذلك علي عليه السلام وقال : السنانير دواب[3].

(الثالثة) لو انتسب الى بلد أو مذهب وقلنا بجواز نكاح المسلم فخرج بخلاف ذلك ، الاقوى أيضاً ثبوت الخيار خصوصاً في المذهب .

---

١) النهاية : ٤٨٩ ، قال فيه : واذا انتمى رجل الى قبيلة بعينها وتزوج فوجد على خلاف ذلك ابطل التزويج .

٢) فى بعض النسخ : هل يسرى .

٣) الكافى ٥/٥٦١ ، التهذيب ٧/٤٣٣ .

(الثالث) اذا تزوج امرأة ثم علم أنها كانت زنت فليس له الفسخ ولاالرجوع على الولى بالمهر .

وفى رواية لها الصداق بما استحل من فرجها ، ويرجع به على الولى ، وان شاء تركها .

قوله : اذا تزوج امرأة ثم علم انها كانت زنت فليس له الفسخ ولا الرجوع على الولى بالمهر ، وفى رواية لها الصداق بما استحل من فرجها ويرجع به على الولى وان شاء تركها

الرواية عن ابن ابى عمير عن حماد بن عثمان عن الحلبى عن الصادق عليه السلام ، الا أنه قال : ان شاء زوجها ان يمسكها فلا بأس[1]. وبمعناه روى عبدالرحمن عن الصادق عليه السلام الا أنه قال : ان شاء تركها[2].

وأفتى بمضمونها الشيخ في النهاية[3] فى باب الكفاءة وباب التدليس ، الا أنه ليس في الروايتين ولافي كلام الشيخ دلالة على الفسخ، فلذلك قال المصنف ليس له الفسخ . نعم اذا حدث بالزنا ففي الفسخ خلاف يأتي .

وأما الرجوع بالمهر ففي اطلاق المصنف عدمه نظر : أما اولا فللروايتين المذكورتين، لانفيهما المرأة تزني لايعلم بذلك غيروليها ، واذاكان عالماً كان تدليساً . وأما ثانياً فلانه لوشرط البكارة فبان ذهابها بالزنا، فان للزوج التسليط على الفسخ والرجوع بالمهر. والحق أنه ليس له الرجوع الا مع شرط البكارة فتبين الخلاف .

---

١) الكافى ٥/٤٠٨ .

٢) التهذيب ٧/٤٢٥ ، الاستبصار ٣/٢٤٥ ، ٢٤٦ .

٣) النهاية : ٤٦٤ .

(الرابعة) لايجوز التعوّيض بـالخطبة لذات الـعدة الرجعية ويجوز فى غيرها ، ويحرم التصريح فى الحالين .

قوله : لايجـوز التعريض بالخطبة لذات العدة الرجعية ويجـوز فى غيرها ، ويحرم التصريح فى الحالين

هنا فوائد :

(الاولى) الخطبـة بكسر الخاء مستحبة ، لما فـي ذلك من اظهار الرغبة والتؤانس، وهي قسمان تعريض وتصريح ، فالاول هوالخطاب بما يحتمل غير النكاح كقوله : رب راغب فيك ، أو مستطلع اليك ، أو حريص على قربك ، أوانك علي كريمة ، أولاتبقى بلازوج واشباهه . والثاني الخطاب بما لايحتمل الا النكاح ، مثل أريد أن أتزوجك ، أوانكحك .

(الثانية) النوعان المحرمان لذات البعل أوذات العدة الرجعية أو المحرمة أبداً كالمطلقة تسعاً والملاعنة واشباههما والخالية من بعل وعدته يجوز النوعان معاً . نعم لاتجوز المواعدة سراً بما فيه فحش ، كقوله عندي جماع يرضيك وشبهه ، لقوله تعالى « ولكن لا تواعدوهن سراً الا أن تقولوا قولا معروفاً »[1].

(الثالثة) المطلقـة ثلاثاً لايجـوز التصريح فيها مطلقاً من الزوج وغيره ، ويجوز التعريض منهما . وان كان بائناً لايحتاج الى محلل جاز التصريح فيـه من الزوج خاصة والتعريض منه ومن غيره . وعدة الوفاة لايجوز فيها التصريح ويجوز التعريض ، وبعد انقضائها يجوزان .

(الرابعة) كل موضع قلنا فيه بالتحريم يحرم فيه الاجابة، وكل موضع قلنا بالجواز يجوزفيه الاجابة ، فيجوزلها التعريض فيما يجوزفيه التعريض ويحرم فيها التصريح فيما يحرم فيه التصريح .

---

١) سورة البقرة : ٢٣٥ .

(الخامسة) اذا خطب فأجابت كره لغيره خطبتها ولا تحرم .

(السادسة) نكاح الشغار باطل، وهوأن تتزوج امرأتان برجلين على أن مهر كل واحدة نكاح الاخرى .

(الخامسة) لايلزم من تحريم الخطبة لووقعت تحريم النكاح بعدها ، لاصالة الصحة وعدم تعلق النهي بالنكاح .

قوله : اذا خطب فأجابت كره لغيره خطبتها ولا تحرم

خالف الشيخ فيه وقال تحرم على غير المجاب الخطبة لكونه دخولا في السوم وقد نهي عنه . والحق الجواز للاصل، والنهي محمول على الكراهية .

وعلى التقديرين لو فعل كان النكاح صحيحاً ، أما لو امتنعت أوسكتت أورضيت ولم تصرح بالاجابة مثل «ماأنت الارضي» أو«مافيك عيب» لم يحرم على الغيرالخطبة ولم تكره .

قوله : نكاح الشغار باطل ، وهو ان تزوج امرأتان برجلين على ان مهر كل واحدة نكاح الاخرى

هنا فوائد :

(الاولى) يقال شغر الكلب يشغر اذا رفع احدى رجليه ليبول[1]، ومنه قول زياد لبنت معاوية وهو يضربها بالدرة اشغر أوفجر لما افتخرت على أبيه عبيد.

قال الجوهري : والشغار بكسر الشين نكاح كان في الجاهلية ، وهو أن يقول الرجل لاخر زوجني ابنتك أواختك على أن ازوجك اختي أو ابنتى ، وعلى ان صداق كل واحدة منهما بضع الاخرى ، كأنهما رفعا المهر وأخليا البضع عنه، وفي الحديث : لاشغار فى الاسلام .

(الثانية) قد عرفت أنه عبارة عن جعل نكاح امرأة مهر أخرى ، فتارة يدور

---

١) وقيل رفع احدى رجليه بال اولم يبل .

(السابعة) يكره العقد على القابلة المربية وبنتها، وأن يزوج ابنه بنت زوجته اذا ولدتها بعد مفارقته لها ، ولا بأس بمن ولدتها قبل ذلك . وأن يتزوج بمن كانت ضرة لامه مع غير أبيه .

ويكره الزانية قبل أن تتوب .

و هو أن يجعل نكاح كل منهما مهراً للاخرى ، وتارة لايدور بل يجعل النكاح مهراً لواحدة منهما ولم يجعل للاخرى شيئاً . فمع الدور يبطل النكاحان معاً ، ولا معه يبطل نكاح الممهورة خاصة .

وكذا يبطل لوجعل النكاح جزء من المهر، كما لوقال: زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ويكون بضع كل منهما مع عشرة دنانير مهراً للاخرى ، أو بضع واحدة مع العشرة مهراً للاخرى . ولم يجعل للاخرى شيئاً فتبطل الممهورة .

(الثالثة) لوشرط كل من الوليين تزويج الاخرى بمهر معلوم صح العقدان وبطل المسمى ، لانه شرط معه تزويج وهو غير لازم ، والنكاح لا يقبل الخيار فيثبت مهر المثل . وكذا يصح العقدان لوشرط أن ينكحه ابنته ولم يذكر مهراً، ويثبت مهر المثل لكل منهما .

قوله : يكره العقد على القابلة المربية وبنتها

هذا هوالمشهور ، اذ لانسب بينه وبينهما ولا رضاع . وقال الصدوق في المقنع[1] بعدم الحل فيهما، محتجاً برواية ابي‌بصير عن الصادق عليه‌السلام: لا يتزوج المرأة التي قبلته ولا ابنتها[2]. ومثله عن جابرعن الباقر عليه السلام فيه :

---

١) المقنع : ١٠٩ ، قال فيه : ولاتحل القابلة للمولود ولاابنتها وهي كبعض امهاته.
٢) التهذيب ٤٥٥/٧ ، الاستبصار ١٧٣/٣ .

القسم الثاني: في النكاح المنقطع
والنظر في أركانه وأحكامه :
وأركانه أربعة :

وهي من بعض أمهاتة[1] .

والمختار أنها ان قبلت ولم ترب حلت من غير كراهية ، لرواية البزنطي قال : قلت للرضا عليه السلام : يتزوج الرجل المرأة التي قبلته . فقال : سبحان الله ما حرم الله عليه من ذلك[2] وهو استفهام على جهة الانكار .

وان قبلت وربت كره نكاحها، لرواية ابراهيم بن عبدالحميد عن الكاظم عليه‌السلام : ان كانت قبلته وربته وكفلته ، فاني أنهى عنها نفسي وولدي، وفي خبر آخبر : وصديقي[3] .

وان كان مع ذلك ارضاع فلا كلام في التحريم ، ويمكن حمل رواية المنع على ذلك أوعلى شدة الكراهية .

قوله : القسم الثاني في النكاح المنقطع[4]

---

١) الكافي ٥/٤٤٧ ، الاستبصار ٣/١٧٦ .

٢) التهذيب ٧/٤٥٥ ، الاستبصار ٣/١٧٦ .

٣) التهذيب ٧/٤٥٥ ، الاستبصار ٣/١٧٦ .

٤) قال العلامة الخوئي دام ظله في البيان في تفسير القرآن ٣٣٣ في ذيل الاية الشريفة « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة» النساء ٢٤ : فقد اشتهر بين علماء اهل السنة أن حلية المتعة قد نسخت وثبت تحريمها الى يوم القيامة ، وقد أجمعت الشيعة الامامية على بقاء حلية المتعة وان الاية المباركة لم تنسخ ، ووافقهم على ذلك جماعة من الصحابة والتابعين .

قال ابن حزم : ثبت على اباحتها – المتعة – بعد رسول الله صلى‌الله عليه وآله وسلم ابن مسعود ومعاوية وابوسعيد وابن عباس وسلمة ومعبد ابنا امية بن خلف وجابر وعمرو بن

لاخلاف عند أهل البيت عليهم السلام في مشروعيته واجماعهم على ذلك مع دلالة الكتاب على حله واجماع المسلمين على أنه كان في مبدأ الاسلام ثم ادعى عمر رفعه[1]. وهو مطالب بصحة دعواه.

وقد ذكرنا في « كنزالعرفان » الدلالة على اباحته على وجه أبسط من هذا فليراجع هناك[2].

حريث ورواه جابر عن جميع الصحابة : « مدة رسول الله صلى عليه وآله وسلم وابى بكر وعمر الى قرب آخر خلافة عمر ».

ثم قال : ومن التابعين طاووس وسعيد بن جبير وعطاء وسائر فقهاء مكة . ونسب شيخ الاسلام المرغيناني القول بجواز المتعة الى مالك مستدلا عليه بقوله : « لانه ـ نكاح المتعة كان مباحاً فيبقى الى ان يظهر ناسخه ».

ونسب ابن كثير جوازها الى احمد بن حنبل عند الضرورة فى رواية . وقد تزوج ابن جريح احد الاعلام وفقيه مكة فى زمنه سبعين امرأة بنكاح المتعة .

ثم بعد اثباته ـ دام ظله ـ عدم نسخ الاية الشريفة قال : وحاصل ما تقدم : ان آية التمتع لاناسخ لها وان تحريم عمر وموافقة جمع من الصحابة له على رأيه طوعاً اوكرهاً انما كان اجتهاداً فى مقابل النص وقد اعترف بذلك جماعة . وانه لادليل على تحريم المتعة غير نهى عمر الا انهم رأوا ان اتباع سنة الخلفاء كاتباع سنة النبى صلى الله عليه وآله وسلم وعلى أى فما اجود ماقاله عبدالله بن عمر : «أرسول الله احق أن تتبع سته ام سنة عمر» .

وما احق ما قاله الشيخ محمد عبده فى تفسير قوله تعالى « الطلاق مرتان » تم كلامه دام ظله .

١) فى رواية جابر بن عبدالله الانصارى: تمتعنا مع رسول الله صلى الله عليه وآله ومع ابى بكر ، فلما ولى عمر خطب الناس فقال: ان رسول الله « ص » هذا الرسول وان القرآن هذا القرآن وانما كانتا متعتان على عهد رسول الله وانا انهى عنهما واعاقب عليهما، احداهما متعة النساء ولااقدر على رجل تزوج امرأة الى اجل الاغيبته بالحجارة . سنن البيهقى ٢٠٦/٧ . وغيرها من الروايات التى صرحت على تحريم عمر المتعتين .

٢) كنز العرفان ١٤٢/٢ .

(الاول) الصيغة . وهو ينعقد بأحد الالفاظ الثلاثة خاصة .

وقال « علم الهدى » : ينعقد فى الاماء بلفظ الاباحة والتحليل

(الثانى) الزوجة : ويشترط كونها مسلمة أو كتابية .

ولا يصح بالمشركة والناصبة .

ويستحب اختيار المؤمنة العفيفة وأن يسألها عن حالها مع التهمة وليس شرطاً .

ويكره بالزانية وليس شرطاً .

قوله: وهوينعقد بأحدالالفاظ الثلاثة خاصة، وقال المرتضى ينعقد فى الاماء بلفظ الاباحة والتحليل

يريد بالالفاظالثلاثة «زوجتك» و«أنكحتك» و« متعتك » ، فاللام هنا للعهد ولاخلاف في ذلك .

وزاد المرتضى بناء على قوله أن تحليل الامة من قبيل المتعة أنه ينعقد « أبحت » و« حللت » ، فيكونان أيضاً من ألفاظ المتعة وسيأتي ذلك ان شاء الله تعالى .

قوله : ويشترط كونها مسلمة أوكتابية ولايصح بالمشركة

قد تقدم حكاية الخلاف فينكاحالكتابية . ثم ان من الروايات ما فيه تصريح بجواز نكاحها متعةكرواية زرارة عن الصادق عليه السلام ، ورواية محمد بن سنان عن الصادق عليه السلام[1] وغيرها ، فلذلك اختارالمصنف الجواز هنا من غير تردد ، وقد تقدم ماهو الاقوى .

---

١ ، ١) التهذيب ٢٥٦/٧ ، الاستبصار ١٤٤/٣ .

وأن يستمتع ببكر ليس لها أب فـان فعل فلا يفتضها ، وليس محرماً .

قوله: وان يستمتع ببكر ليس لهاأب، فان فعل فلايفتضها وليس محرماً

كراهية الاستمتاع بالبكر مطلقاً وان كان لهـا أب مذهب الشيخ في النهاية[1]، الا أنه لايجوز له أن يفضي اليهـا ، والافضل أن لا يتزوج الاباذن أبيها على كل حال . ومثله قال القاضي وابن ادريس[2] .

والمستند عموم رواية سعدان بن مسلم عن رجل عن الصادق عليه السلام : لابأس بتزويج البكر اذا رضيت بغير اذن ابيها[3] .

وقال التقي والصدوق لايجوز التمتع بالبكر الاباذن أبيها، لرواية ابى مريم عن الصادق عليه السلام قال : العذراء التي لها أب لا تتزوج متعة الاباذن أبيها[4] .

والمختار الكراهية جمعاً بين القولين والروايتين .

واذا كره مع وجود الاب فمع عدمه أولى ، وأيضاً لـرواية حفص بـن البختري عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج البكر متعة. قال: يكره للعيب على أهلها[5] وحينئذ لاوجه لتقييد المصنف بعدم الاب .

وأما كراهية الافتضاض فلما رواه ابو سعيد القماط عمن رواه عن الصادق

---

١) النهاية ٤٩٠ ، قال فيه عند ذكره المتعة : وان كانت بالغاً وقد بلغت حدا البلوغ وهو تسع سنين الى عشر جاز له العقد عليها من غير اذن ابيها الا انه لايجوز له ان يفضى اليها والافضل الا يتزوجها الا باذن ابيها على كل حال .

٢) السرائر : ٢٩٦ ، ٣١١ .

٣) التهذيب ٧/ ٣٨٠ ، الاستبصار ٣/ ٢٣٦ .

٤) الفقيه ٣/ ٢٩٣ .

٥) الفقيه ٣/ ٢٩٣ ، التهذيب ٧/ ٢٥٥ ، الكافي ٥/ ٤٦٢ ، الاستبصار ٣/ ١٤٦ .

ولا حصر في عددهن .

ويحرم أن يستمتع أمة على حرة الا باذنها ، وأن يدخل على المرأة بنت أخيها أو بنت أختها ما لم تأذن .

عليه السلام قال: واتق موضع الفرج[1]. لما في ذلك من جعلها غير مرغوب فيها فيحصل الغضاضة على أهلها .

قوله : ولاحصر في عدد هن

هذا هو المشهور ، وادعى ابن ادريس[2] عليه الاجماع. وأيضاً روى زرارة عن الصادق عليه السلام قال : ذكر له المتعة أهي من الاربع؟ قال: تزوج منهن ألفاً فانهن مستأجرات[3] .

وقال القاضي لايجوز للمتزوج متعة أن يزيد على أربع من النساء . قال : وذكر أن له أن يتزوج ما شاء .

والاحوط ما ذكرناه، ومستنده رواية البزنطي عن ابى الحسن عليه السلام[4] . وحملها الشيخ[5] على الاحتياط ، لما رواه البزنطي أيضاً صحيحاً عن ابى الحسن عليه السلام قال : قال ابوجعفر عليه السلام : اجعلوهن من الاربع . فقال له صفوان بن يحيى : على الاحتياط . قال: نعم[6].

---

١) التهذيب ٢٥٤/٧ .

٢) السرائر: ٣١٢ ، قال فيه : ويجوز الجمع بغير خلاف بين اصحابنا في هذا النكاح بين اكثر من اربع لانهن بمنزلة الاماء عندنا .

٣) الكافي ٤٥٢/٥ ، التهذيب ٢٥٨/٧ ، الاستبصار ١٤٧/٣ .

٤) التهذيب ٢٥٨/٧ ، الاستبصار ١٤٨/٣ .

٥) النهاية : ٤٩٢ .

٦) التهذيب ٤٥٩/٧ ، الاستبصار ١٤٨/٣ .

(الثالث) المهر. وذكره شرط ويكفى فيه المشاهدة، ويتقدر بالتراضى ولو بكف من بر .

ولولم يدخل ووهبها المدة فلها النصف ويرجع بالنصف عليها لوكان دفع المهر، واذا دخل استقر المهر تماماً . ولو أخلت بشيء من المدة قاصها .

ولو بان فساد العقد فلا مهر ان لم يدخل ، ولو دخل فلها ما أخذت وتمنع ما بقى .

قوله : ويتقدر بالتراضى ولوبكف من بر

هذا هوالمشهوروتؤيده رواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال : سألته كم المهر يعني في المتعة؟ قال: ما تراضيا عليه الى ماشاء من الاجل[1] .

وقال ابن بابويه [2]: ادنى مايجزى في المتعة درهم فما فوقه ، ويروى كف من بر، لرواية ابى بصير عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن متعة النساء. قال : حلال فانه يجزي الدرهم فما فوقه[3] . ورواية سعيد الاحول عن الصادق عليه السلام : أدنى ما يتزوج به المتعة كف من بر[3] .

وأجيب بحمل تقدير القلة على الاستحباب ، بمعنى أنه يكره أن يكون أقل من ذلك.

قوله: ولوبان فسادالعقد فلامهران لم يدخل، ولودخل فلها مااخذت وتمنع مابقى

---

١) الوسائل ١٤/ ٤٧١ .

٢) المقنع : ١١٣ وفيه : وروى كفين من بر .

٣) الكافى ٥/ ٤٥٧ .

والوجه أنها تستوفيه مع جهالتها ويستعاد منها مع علمها .
ولوقيل بمهر المثل مع الدخول وجهلها كان حسناً .
(الرابع) الاجل . وهو شرط في العقد .

والوجه أنها تستوفيه مع جهالتها ويستعاد منها مع علمها. ولوقيل بمهر المثل مع الدخول وجهلها كان حسناً

الاول قول الشيخ في النهاية[1]، ومستنده رواية حفص بن البختري في الحسن عن الصادق عليه السلام قال : اذا بقي عليه شيء من المهر وعلم أن لها زوجاً فما أخذت فلها بما استحل من فرجها ويحبس عنها ما بقي عنده[2] .

وفيه نظر ، لانها اما أن تستحق شيئاً أولا ، فمن الثاني يلزم أن لاتعطى شيئاً لا المأخوذ ولا غيره بل استعاد ماأخذته، وأما الاول فلادلالة فيه على أن المقبوض قدر استحقاقها فكان ينبغي التقييد بذلك .

والوجه الثاني اختاره العلامة في المختلف والقواعد[3] ، ووجهه أنها مع جهلها تكون موطوأة بالشبهة فيكون لها شيء مقابل ذلك، وأما مع علمها فانها بغي ونهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن مهر البغي[4] .

وفي اطلاق هذا الوجه نظر، لانه اذا علم الفساد وقد بقي بعض الاجل وجب عليه مفارقتها فكيف تستحق جميع المهر على تقدير الجهالة، لان المهر في مقابلة مجموع الاجل يزيد وينقص بحسب الوفاء لجملة الاجل أوببعضه فكان

---

١) النهاية: ٤٩١، قال فيه: فان تبين بعدالدخول بها ان لها زوجاً كان لها ما اخذت منه ولايلزمه ان يعطيها ما بقى عليه .
٢) الكافى ٥/ ٤٦١ .
٣) المختلف ٤/ ١٢ ، القواعد ، الباب الرابع فى باقى اقسام النكاح .
٤) سنن البيهقى ٦/ ٦ .

ويتقدر بتراضيهما كاليوم والسنة والشهر، ولا بد من تعيينه.

ينبغي التقييد بما اذا علم الفساد بعد انقضاء الاجل، وأما اذا علم في الاثناء فلها مع الجهل قدر ما مضى منه لاغير. وعلى هذا يمكن تأويل الرواية بما اذا كان مقبوضها قدر مامضى من الاجل ويحبس عنها الباقي .

والوجه الثالث أحسن الوجوه ، لانها مع عدم الدخول لاتستحق شيئاً لان الاستحقاق اما بالعقد مع انقضاء الاجل عند الزوج أو بالدخول مع الجهل، والاول باطل لان العقد قد بان فساده فلايستحق به شيء ، وكذا الثانى لان الغرض عدمه. وحينئذ يكون استحقاقها مع الدخول والجهل هو مهر المثل في تلك المدة الماضية لمثل تلك المرأة في حسنها وجمالها .

نعم لوقيل كان استحقاقها أقل الامرين من مهر المثل لتلك المدة وقسط ما مضى من المسمى لم يكن بعيداً من الصواب .

قوله : ويتقدر بتراضيهما كاليوم والسنة والشهر ولابد من تعيينه

هنا فوائد :

(الاولى) لاخلاف في أن الاجل هنا لايتقدر قلة ولا كثرة الا ابن حمزة قال: وقدر المدة من طلوع الشمس الى نصف النهار والى سنين متطاولة . فان كان مراده التمثيل بتقدير الاجل قلة وكثرة فهو صحيح ولايكون مخالفاً للا جماع ، والايكون مخالفاً. وانما قال من طلوع الشمس الى نصف النهار تنبيهاً على ضبطه والمثال المذكور ضابط معلوم .

(الثانية) لاخلاف أيضاً في وجوب كونه مقدراً بما لايحتمل الزيادة والنقيصة فيبطل لوقال الى قدوم الحاج أو ادراك الثمرات . وبه قال الشيخ في الخلاف وقال في النهاية لوذكر المدة مبهمة كان العقد دائماً لايزول الا بالطلاق . وهو

١) النهاية : ٤٨٩ .

بناء على قوله بالانقلاب دائماً مع الاخلال بذكر الاجل ولا يكون مخالفاً للاجماع .

(الثالثة) قال في النهاية[1] ومتى عقد عليها شهراً ولم يذكر الشهر بعينه ومضى عليها شهر ثم طالبها بعد ذلك بما عقد عليها لم يكن له عليها سبيل . وهذا أيضاً ليس بمناف لوجوب التعيين ، لان مراده أن الشهر اذا أطلق ولم يعين اقتضى الاتصال بالعقد فيتعين .

وهو الحق بناء على العرف، وهو على ما تقرر أن العقد يستلزم اتصال الاحكام المتصلة به زماناً لكونه علة لها والعلة متصلة بمعلولها زماناً .

وقول ابن ادريس[2] ببطلان العقد للجهالة ليس بشيء، لما قلنا من اقتضائه الاتصال ، وهو معلوم فيصح .

(الرابعة) لو عين زماناً متأخراً صح. اختاره العلامة[3] في القواعد والمختلف لاصالة الصحة وعدم المانع ، وتؤيده رواية بكار بن كردم قال : قلت للصادق عليه السلام: الرجل يلقى المرأة فيقول لها زوجيني نفسك شهراً ولا يسمى الشهر بعينه ثم يمضي فيلقاها بعد سنين. فقال: له شهره ان كان سماه وان لم يكن سماه فلا سبيل له عليها[4].

وقال بعضهم لا يصح ذلك بل يشترط اتصاله بالعقد، لما قلناه أولا. وأيضاً

---

١) النهاية : ٤٩١ .

٢) السرائر : ٣١٢ .

٣) القواعد، الباب الرابع في باقي اقسام النكاح، قال فيه : وان عين المبدأ تعين وان تأخر عن العقد والا اقتضى اتصاله به فان تركها حتى خرج خرجت من عقده ولها المسمى .

٤) الكافي ٥/٤٦٦ ، التهذيب ٧/٢٦٧ ، الفقيه ٣/٢٩٧ .

ولا يصح ذكر المرة والمرات مجردة عن زمان مقدر . وفيه رواية بالجواز ، فيها ضعف .

وأما الاحكام فمسائل :

لوصح ذلك لصح العقد عليها لغير العاقد فيما بين الاجل والعقد وهو باطل ، ويصح تجديد العقد عليها قبل انقضاء أجلها وهو أيضاً باطل لما يأتي .

وفيهما نظر: أماالاول فلانه انما لم يصح لكونها ذات زوج وان كان ممنوعاً منها كالمعتدة فانه لايجوز العقد عليها لكونها فى حكم المزوجة ، وأما الثاني فنمنع بطلانه كما هو رأي ابن حمزة ويأتي بحثه.

قوله: ولا يصح بـذكر[1] المرة والمرات مجردة عن زمان مقدر ، وفيه رواية بالجواز فيها ضعيف

انما لم تصح لعدم الانضباط فيؤدي الى الغرر والنزاع ، والرواية رواها ابن فضال عن القاسم بن محمد عن رجل سماه عن الصادق عليه السلام قال : سألته عـن الرجل يتزوج المرأة على عرد واحد . فقال : لابأس لكن اذا فرغ فليحول وجهه ولا ينظر[2].

وضعفها من فساد عقيدة ابن فضال فانه واقفي ، ومن جهالة الرجل ، وعن مخالفتها للنظر كما قلناه .

---

١) فى المختصر النافع ط مصر : ولايصح ذكر المرة .

٢) الكافى ٥/ ٤٦٠ ، التهذيب ٧/ ٢٦٧ ، الاستبصار ٣/ ١٥١ . فى التهذيب « عود واحد » بالواو . قال فى مجمع البحرين : المراد بالعرد المرة الواحدة من المواقعة ، قال فى القاموس : عرد جاريته : جامعها ، وشيء عرد اى صلب . قال فى اللسان: والعرد : ذكر الانسان ، وقيل : وهو الذكر الصلب الشديد وجمعه اعراد، وقيل : العرد : الذكر اذا انتشر وانمهل وصلب .

(الاولى) الاخلال بذكر المهر مع ذكر الاجل يبطل العقد .
وذكر المهر من دون الاجل يقلبه دائماً .

قوله: الاخلال بذكر المهر مع ذكرالاجل يبطل العقد وذكر المهر من دون الاجل يقلبه دائماً

أما الاول فلاخلاف فيبطلان العقد معه، وأما الثانيفقال الشيخ[1]والقاضي والتقي وابن زهرة واختاره المصنف بانقلابه دائماً ، لرواية عبد الله بن بكير موثقاً عن الصادق عليه السلام قال : ان سمى الاجل فهو متعة وان لم يسم فهو نكاح بات[2].

وقال ابن ادريس[3]: انكان العقد بلفظ « زوجت » و« انكحت » فهو كما قال الشيخ ، وان كان بلفظ « متعت » بطل العقد ، لان متعت ليس من ألفاظ ايجاب العقد الدائم فلا ينعقد دائماً. والاجل شرط المتعة وقد أخل به فلاينعقد متعة . وهو قريب .

وقال العلامة[4] بالبطلان مطلقاً بأي لفظ كان ، ونقله عن والده محتجاً بأن المتعة شرطها الاجل فاذا فات بطل العقد. وأما الاولى فاجماعية ولرواية زرارة عن الصادق عليه السلام صحيحاً : لايكون متعة الا بأمرين أجل مسمى وأجر مسمى[5].

---

١) النهاية : ٤٨٩ ، قال فيه : فان عقد عليها متعة ولم يذكر الاجل كان التزويج دائماً .

٢) الكافي ٥/٤٥٦ ، التهذيب ٧/٢٦٢ . البات اى الدائم ، وفى الحديث الرجل يتزوج المرأة متعة ايحل ان يتزوج ابنتها بتاتاً يعنى دائماً .

٣) السرائر: ٢٩٣.

٤) المختلف ، الجزء الرابع ٨ .

٥) التهذيب ٧/٢٦٢ ، الاستبصار ٣/١٤٩ ، الكافي ٥/٤٥٥ .

(الثانية) لاحكم للشروط قبل العقد ويلزم لو ذكرت فيه .

ورواية اسماعيل بن الفضل الهاشمي قال: سألت الصادق عليه السلام عن المتعة فقال : مهرمعلوم الى اجل معلوم[1] وغيرهما .

وأما الثانية فظاهرة قضية للشرط ، وأيضاً الاحكام تابعة للقصد من اللفظ ، والدوام هنا غير مقصود فلا يقع ، والمنقطع فات شرطه فلا يقع أيضاً قيل . عليه لايلزم من بطلان المتعة بطلان الدائم الذي هو المتنازع ، وانما يلزم لو كان شرطاً في مطلق النكاح فاذا بطل المطلق بطل جزئياته .

وان سلم اشترك العقدين في معنى شامل لهما فالمنع ألزم، لانه لايلزم من بطلان الشيء بطلان ما يباينه . ونمنع أيضاً أن ألفاظ العقود تؤخذ بالارادة بل بمقتضى اللفظ يحكم على صاحبه به والالزم اختلال كثير من القواعد الشرعية، كأن يقول العاقد وانما أردت الى أجل وأهملته ، أويذكر الاجل والمهرويدعي ذكر الاجل سهواً فانه يحكم عليه بمقتضى اللفظ ولا يلتفت الى دعواه كذلك هنا .

واعلم أن الشهيد[2] اختار قول الشيخ محتجاً برواية أبان بن تغلب عن الصادق عليه السلام وقد سأله عن المتعة وقال : اني لاستحيى أن أذكر شرط الايام. فقال: ذلك أضرعليك لانك اذالم تشترط كان تزويج مقام[3].وهذه أجود.

وما احتج به للقول بالانقلاب ، وفيها ايماء الى ماأوردناه على كلام العلامة.

قوله : لاحكم للشروط قبل العقد ويلزم لوذكرت فيه

---

١) التهذيب ٧/٢٦٢ .

٢) راجع « شرح اللمعة » ٢/٨٢ .

٣) الكافي ٥/٤٥٥ ، التهذيب ٧/٢٦٥ ، الاستبصار ٣/١٥٠ ، وآخرها : لزمتك النفقة في العدة وكانت وارثة ولم تقدر على ان تطلقها الاطلاق السنة .

(الثالثة) يجوز اشتراط اتيانها لـيلا أو نهاراً، وألا يطأها فى الفرج ، ولو رضيت به بعد العقد جاز . والعزل من دون اذنها . ويلحق الولد وان عزل ، لكن لو نفاه لم يحتج الى اللعان .

المراد بذكرها فيه أن يكون بين الايجاب والقبول، وبه قال ابن ادريس[1] والعلامة[1]، والشيخ[2] قال لااعتبار بما ذكر قبل العقد بل بما ذكر بعده .

نعم اذا أعيد الشرط المذكورقبل العقد بعده لزم والا لم يلزم، سواء ذكر قبل القبول أولا. ومستنده رواية عبدالله بن بكيرحسناً عن الصادق عليه السلام قال : ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح وماكان بعد النكاح فهو جائز[3].

وحمله العلامة على ما اذا ذكـر بعد الايجاب قبل القبول ، فأطلق العقد وأريد به الايجاب تسمية للجزء باسم الكل. وهو محمل حسن .

قوله : يجوز اشتراط اتيانها ليلا أونهاراً وان لايطأها فـى الفرج ،ولو رضيت بعد العقد جاز

كل شرط سائغ يجوز اشتراطه للاصل ، وهل يلزم الوفاء به ؟ قال الشيخ في النهاية نعم[4]، وقال ابن ادريس[5] لايلزم .

والمختاراللزوم، لقوله تعالى «أوفوابالعقود»[6] ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم[7]. فلو شرط أن لايطأها في الفرج لزم الشرط،

---

١) السرائر : ٣١٢ ، المختلف الجزء الرابع ١٢ .
٢) النهاية : ٤٩٣ .
٣) الكافى ٤٥٦/٥ ، التهذيب ٢٦٢/٧ .
٤) النهاية : ٤٩١ ، ٤٩٣ .
٥) السرائر : ٣١٢ .
٦) سورة المائدة : ١ .
٧) الكافى ١٨٧/٦ ، الفقيه راجع روضة المتقين ١٨/١٣ ، التهذيب ٢٢/٧ .

(الرابعة) لايقع بالمتعة طلاق اجماعا ، ولا لعان على الاظهر . ويقع الظهار على تردد .

فاذا رضيت بعد ذلك جاز .

واختاره المصنف، ومستنده رواية عماربن مروان عن الصادق عليه السلام، فانه يقول في آخرها : ليس له الا ما اشترطه[1] .

ومنع ابن ادريس[2] ذلك وقال : لايلزمه عدم وطئها . وجعل قول الشيخ رواية ، واختاره العلامة في المختلف [3].

قوله : ولا لعان على الاظهر

يريد به لعان القذف بالزنا لالنفي الولد، لما يجيء أنه لايفتقر الى لعان. ووجه عدم وقوع الاول أصالة عدم سقوط الحد وتظافر الروايات .

وبه قال الشيخ والتقي وابن ادريس[4] وخالف المرتضى هنا وقال بوقوعه بها لدخولها تحت عموم و« الـذين يرمون أزواجهم »[5] الاية . وأجيب بأنه مخصوص بما تقدم .

قوله : ويقع الظهار على تردد

ينشأ من عموم «والذين يظاهرون من نسائهم»[6] وهذه من نسائهم، وبه قال السيد والتقي وابن زهرة ، واختاره المصنف في باب الظهار كما يجيء .

---

١) الكافي ٥/٤٦٧ ، التهذيب ٧/ ٢٧٠ .

٢) السرائر : ٣١٢ .

٣) المختلف ، الجزء الرابع : ١٢ .

٤) النهاية : ٥٢٣ ، السرائر : ٣١٢ .

٥) سورة النور : ٤ .

٦) سورة المجادلة : ٣ .

(الخامسة) لايثبت بالمتعة ميراث بين الزوجين .

وقال المرتضى : يثبت ، ما لم يشترط السقوط . نعم لو شرط الميراث لزم .

ومن أصالة عدم الوقوع ، ورواية ابن فضال عمن أخبره عن الصادق عليه السلام انه كالطلاق[1]. والاصل في التشبيه العموم والطلاق لايقع هنا فكذا الظهار ولان لازم الظهار جواز المرافقة والالتزام بالفيئة . وكلاهما منفيان هنا. وانتفاء اللازم مستلزم لانتفاء الملزوم. واختاره ابن بابويه وابن الجنيد وابن ادريس[2].

قوله : لايثبت بالمتعة ميراث ، وقال المرتضى يثبت ما لم يشترط السقوط . نعم لواشترط الميراث لزم

في المسألة أقوال :

(الاول) نفي التوارث بينهما وهو اطلاق المفيد وابن بابويه، واختاره التقي وابن ادريس[3]. ولوشرطا ذلك وهوفتوى العلامة[4] لاصالة العدم ولرواية سعيد

---

١) الكافى ٦/ ١٥٤ ، التهذيب ٧/ ١٣ ، الفقيه ٣/ ٣٤٠ ، الاستبصار ٣/ ٢٦١ .

والخبرهكذا : « لايكون الظهار الاعلى مثل موضع الطلاق »، قال فى الوافى: يعنى الاعلى شرائط الطلاق. انتهى .

اقول : ليس « مثل » فى الفقيه . وقال المجلسى عليه الرحمة فى روضة المتقين ٩/ ١٥٤ بعد نقل الخبرالشريف عن الشيخين فى الموثق كالصحيح: اى لايشترط فيه شروط الطلاق من كونه غيرمغضب وغيرمكره ويكون بمحضر العدلين وتكون المرأة طاهراً من غير جماع ، الى آخرما تقدم منها وسيجىء أيضاً فى ضمن الاخبار مفصلا . انتهى كلامه اعلى الله مقامه .

٢) السرائر : ٣١٢ .

٣) السرائر : ٣١٢ .

٤) المختلف ، الجزء الرابع ٩ .

ابن يسارعن الصادق عليه وقد سأله عن المتمتع بها اذا لم يشترطالارث. قال: ليس بينهما ميراث اشترط أولم يشترط[1].

ورواية جميل عن الصادق عليه السلام وقد سأله عن المتعة ماحدها. قال : حدودها أن لاترثك ولاترثها[2] جعل نفي الميراث من مقتضى الماهية .

(الثاني) نفي الميراث لكن لـو شرط لزم ، وبه قال الشيخ[3] وابن حمزة والكيدري ، لرواية البزنطي عن الرضـا عليه السلام : ان اشترطت الميراث كان وان لم يشترط لم يكن[4]. ورواية ابن مسلم عن الصادق عليه السلام : فان اشترطت الميراث فهما على شرطهما[5] .

(الثالث) ثبوته مطلقاً أي ماهية العقد تقتضيه ولوشرط سقوطه بطل الشرط، وبه قال القاضي لانها زوجة والا لم تحل وكـل زوجة تورث وترث ونقضت الكبرى بالذمية والقاتلة .

(الرابع) ثبوته باطلاق العقد الخالي عنشرط يقتضيه، أعنيالماهية بشرط لاشيء فحينئـذ يثبت الارث مالم يشترط سقوطه فينتفي . وهو قول المرتضى وابن ابى عقيل. أما الثبوت فلانها زوجة، وأما الانتفاء مع الشرط فلقوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم[6].

---

١) التهذيب ٢٦٤/٧ ، الاستبصار ١٥٠/٣ ، وفى الكافى ٤٦٥/٥ : وروى أيضاً ليس بينهما ميراث اشترط أولم يشترط .

٢) التهذيب ٢٦٥/٧ ، الاستبصار ١٥٠/٣ .

٣) النهاية : ٤٩٢ قال فيه : وليس فى نكاح المتعة توارث شرط نفى الميراث اولم يشرط ، اللهم الاان يشرط ان بينهما التوارث فان شرط ذلك ثبتت بينهما الموارثة .

٤) التهذيب ٢٦٤/٧ ، الكافى ٤٦٥/٧ .

٥) التهذيب ٢٦٤/٧ .

٦) التهذيب ٢٢/٧ ، الفقيه ١٢٧/٣ ، الكافى ١٨٧/٦ .

(السادسة) اذا انقضى أجلها فالعدة حيضتان على الأشهر ، وان كانت ممن تحيض ولم تحض فخمسة وأربعون يوماً .

والاقوى والذي عليه الفتوى هوالاول، لكن لوشرط التوارث جازويكون بمنزلة الوصية ، وحينئذ يتفرع فروع :

« الاول » ـ اعتباره من الثلث .

«الثانى» ـ أنه لورجع المشترط بطل ، اذ هو وصية يجوز الرجوع فيها.

«الثالث »ـ قد يكون من الطرفين فيكون وصية فيهما، وقد يكون من طرف واحد فيكون وصية من جهته .

« الرابع » ـ أن قدر النصيب يكون مقدماً على الميراث ، ولا تزاحم الزوجة الدائمة في الربع أوالثمن الى غيرذلك من فروع الوصية .

قوله : اذا انقضى اجلها فالعدة حيضتان على الاشهر، وان كانت ممن تحيض ولم تحض فخمسة واربعون يوماً

هذا قول الشيخ في النهاية[1] قال: وكذا اذا وهبها باقى الاجل، ومستنده رواية محمد بن النفيل عن ابى الحسن الماضي عليه السلام قال : طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان[2] .

وقال التقي وابن حمزة قرآن ، لرواية زرارة فى الحسن عن الباقر عليه السلام : ان كان تحته أمة فطلاقها تطليقتان وعدتها قرآن[3].

وروى زرارة أيضاً عنه عليه السلام صحيحاً الى ان قال : وكذلك المتعة عليها ماعلى الامة[4] .

---

١) النهاية : ٤٩٢ .

٢) التهذيب ٨/ ١٣٥ ، الاستبصار ٣/ ٣٣٥ .

٣) الكافى ٦/ ١٦٧ ، التهذيب ٨/ ١٣٤ ، الاستبصار ٣/ ٣٣٥ .

٤) الفقيه ٣/ ٢٩٦ ، التهذيب ٨/ ١٥٧ ، الاستبصار ٣/ ٣٥٠ .

ولومات عنها ففي العدة روايتان أشبههما : أربعة أشهر وعشرة أيام .

وقال ابن بابويه في المقنع[1] عدتها حيضة ونصف ، ، لرواية عبدالرحمن ابن الحجاج عن الصادق عليه السلام[2].

وقال ابن ابى عقيل حيضة أو خمسة وأربعون يوماً ، لرواية ابن ابى عمير عن ابن أذينة عن زرارة عن الصادق عليه السلام : عدة المتعة ان كانت تحيض فحيضة والا فشهر ونصف[3].

وقال المفيد[4] وابن ادريس[4] والعلامة[4] طهران للمستقيمة الحيض وخمسة وأربعون يوماً اذا كانت لاتحيض .

قوله : ولومات عنها ففي العدة روايتان اشبههما اربعة اشهر وعشرة ايام

هذه رواية زرارة عن الباقر عليه السلام ويقول فيها : كل النكاح اذا مات الزوج فعلى المرأة حرة كانت أوامة وعلى أي وجه كان النكاح متعة أوتزويجاً أوملك يمين فالعدة أربعة أشهروعشراً[5] .

وأفتى بها الشيخ في النهاية[6] والتقي والقاضي وابن ادريس[6] والصدوق في المقنع[6] . وقال المفيد[7] والمرتضى وسلاروابن ابى عقيل شهران وخمسة

---

١) المقنع : ١١٤ .
٢) التهذيب ٨/١٥٧ ، الفقيه ٣/٢٩٦ ، الاستبصار ٣/٣٥٠ .
٣) التهذيب ٨/١٦٥ ، الكافى ٥/٤٥٨ .
٤) المقنعة : ٨٤ ، السرائر : ٣٣٩ ، المختلف : الجزء الرابع : ١١ .
٥) الفقيه ٣/٢٩٦ ، التهذيب ٨/١٥٧ ، الاستبصار ٣/٣٥٠ .
٦) النهاية : ٤٩٢ ، السرائر : ٣٣٩ ، المقنع : ١١٤ .
٧) المقنعة : ٨٤ .

(السابعة) لايصح تجديد العقد قبل انقضاء الاجل .
ولو أراده وهبها ما بقى من المدة واستأنف .

أيام ، لرواية الحلبى عن أبيه عن رجل عن الصادق عليه السلام[1] .

واختارالمصنف مضمون الاولى ، لانها أصح وأشبه بظاهرالقرآن. وتؤيد أيضاً رواية عبدالرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام في الصحيح : ان عدتها أربعة أشهروعشرة أيام[2] .

هذاكله فيالحرة، وأما الامة فقالالشيخ[3] عدتها شهران وخمسة أيام حملا للرواية الثانية على الامة .

وهومشكل لمخالفتها رواية زرارة مع كونها مقطوعة . والاولىأنها كالحرة كما قال ابن ادريس .

قوله : لايصح تجديد العقد قبل انقضاء الاجل ، ولو أراده وهبها ما بقى واستأنف

هذا قول الشيخ[3] والقاضي وابن ادريس[4] ، لرواية ابان بـن تغلب عـن الصادق عليه السلام[5] . وقال ابن حمزة ان أراد أن يزيد في الاجل جاز وزاد في المهر ، وجعل الاول رواية .

قالالعلامة في المختلف[6] : لابأس بقول ابن حمزة، لاصالة الجوازالسالم

---

١) التهذيب ٨/١٥٨ ، الاستبصار ٣/٣٥١ .
٢) التهذيب ٨/١٥٧ ، الاستبصار ٣/٣٥٠ ، الفقيه ٣/٢٩٦ .
٣) النهاية : ٥٣٦ .
٤) النهاية : ٤٩٢ ، السرائر : ٣١٢ .
٥) الكافى ٥/٤٥٨ ، التهذيب ٧/٢٦٨ .
٦) المختلف، الجزء الرابع ١٣ .

القسم الثالث : في نكاح الاماء

والنظر اما في العقد واما في الملك :

أما العقد فليس للعبد ولا للامة أن يعقدا لانفسهما نكاحاً ما لم بأذن المولى .

ولـو بادر أحدهما ففي وقوفه على الاجازة قولان ، ووقوفه على الاجازة أشبه .

عن معارضة شغلها بعقد غيره وكونها مشغولة بعقده لايمنع من العقد عليها مدة أخرى كما لو كانت مشغولة بعدته .

قيل عليه : لوجازذلك لجاز العقد عليها لغيره قبل انقضاء الاجل .

قلت : الجواب ذلك غيرلازم، لانه عقدعلى ذات بعل فلايجوز. والتحقيق ان قلنا باشتراط اتصال الاجل بالعقد فلايجوز التجديد والاجاز .

قوله : فليس للعبد ولاللامة ان يعقدالانفسهما نكاحاً مالم يأذن المولى ولوبادراحدهما ففي وقوفه على الاجازة قولان ووقوفه علىالاجازة اشبه

القولان للشيخ[1] : قال في النهاية موقوف، وقل في الخلاف باطل. وقال ابن ادريس[2] أولا بالاول وثانياً بالثاني، مستدلابأنه منهي عنه والنهي يدل على الفساد . قال : وقيل الاجازة تختص بعقد العبد دون الامة .

واختيارالمصنفأفتىبه العلامة[3] وحجةابن ادريسضعيفة اذكبراها ممنوعة

---

١) النهاية : ٤٧٦ – ٤٨٠ ، الخلاف ٢/ ٣٦١ و٣٦٤ .

٢) راجع السرائر : ٢٩٦ ، ٣٠٥ .

٣) المختلف ، الجزء الرابع ١٥ .

وان أذن المولى ثبت في ذمة مولى العبد المهر والنفقة ، ويثبت لمولى الامة المهر .

ولو لم يأذنا فالولد لهما .

ولو أذن أحدهما كان للاخر .

وولد المملوكين رق لمولاهما .

ولو كانا لاثنين فالولد بينهما بالسوية مالم يشترطه أحدهما .

والدليل على وقوفه ما تقدم من وقوف عقد الفضولي وعدم بطلانه ، والعبد هنا فضولي، لان ولاية العقد لسيده . وأيضاً ما تقدم من رواية زرارة عن الباقر عليه السلام .

قوله : واذا اذن المولى ثبت في ذمة مولى العبد المهر والنفقة

للاصحاب هنا أقوال :

(الاول) قول ابن ادريس[1] والمصنف والعلامة في القواعد[2] ، وهو الثبوت في ذمة السيد ، لان الاذن في الشيء يلزمه توابعه ، ولان النفقة واجبة لايمكن أن يكون في ذمة العبد بعد عتقه قطعاً وهو اجماعي ، فيكون لوجوبها محل في الحال ، وليس مال العبد اذ لاملك له فيستحيل أن يوجب الله عليه شيئاً ويسلبه أهلية التملك، فتعين كونها من مال السيد والوجوب عليه يخرجه من أين شاء . وكذا الكلام في المهر .

(الثاني) قول الشيخ في المبسوط[3] ، وهو أنه في كسب العبد ، بمعنى أنه

---

١) السرائر : ٣١٦ .

٢) القواعد ، المقصد الثاني في نكاح الاماء من كتاب النكاح .

٣) المبسوط ٤/١٦٦ ، ١٦٧ .

يجب على العبد الاكتساب لاداء المهر والنفقة . قال: فان لم يكن مكتسباً قال قوم يتعلق برقبته لان الوطى في النكاح بمنزلة الجناية ، ومنهم من قال يتعلق بذمته لانه حق لزمه باختيار من له الحق فكان في ذمته كالقرض .

قال : والاول أليق بمذهبنا ، فمن قال يتعلق برقبته على ما اخترناه قال ان أمكن أن يباع منه كل يوم بقدر ما يجب عليه من النفقة فعل ، وان لم يكن بيع كله كما قيل في الجناية ووقف ثمنه فينفق عليها منه وقد انتقل ملك سيده عنه الى سيد آخر . هذا لفظه .

وفيه نظر، لانه بعد البيع صار لغير البائع فلاينفق من ماله عند اجازة الثاني للنكاح ، وانما يتصور ذلك في النفقة السالفة الواجبة في ملكه، ولفظه : لايعطى ذلك وان لم يجز الثانى فلانكاح ولانفقة .

(الثالث) قول ابن حمزة، وهو أنه ان كان العبد مكتسباً تخير السيد بين جعلها في كسبه أوفي خالص ماله ، وان لم يكن مكتسباً فعلى السيد . واختاره العلامة في المختلف .

(سؤال) : هل بين هذا القول والقول الاول فرق أم لا ؟ « جواب » يمكن الفرق من وجوه :

« الاول » ـ أن يكون على الاول المهر والنفقة ثابتين في الذمة ابتداء ، وعلى الثالث لابل مع عدم الكسب .

« الثانى » ـ أنه على الثالث يكون للسيد الخيار في التعيين ، فمع تعيينه في الكسب لم يكن للزوجة أو لسيدها الامتناع، وعلى الاول لها الامتناع والمطالبة للسيد .

« الثالث » ـ أنه على الثالث لو عين في الكسب ومكنه منه حتى أخل العبد بالتكسب مهانة لم يكن السيد عاصياً وللحاكم اجبار العبد على التكسب لحق الزوجة مع سؤالها ذلك ، وعلى الاول الزام السيد لو امتنع العبد .

واذا كان أحد الابوين حراً فالولد حر الا أن يشترط المولى رقيته ، على تردد .

قوله: واذاكان احدالابوين حراً فالولدحرالاان يشترط المولى رقيته على تردد

هنا مسألتان :

(الاولى) اكثرالاصحاب بل الاجماع حاصل اليوم على أنه اذا كان أحد الابوين حراً انعقد الولدحراً تبعاً لاشرف الطرفين ، لاصالة عدم الرقية خرج منه ولدالمملوكين بالاجماع فيبقى الباقي على أصله، ولرواية جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام : اذا تزوج العبد الحرة فولده أحرار واذا تزوج الحر الامة فولده أحرار[1] . ومثله رواية اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام[2] وكذا رواية ابن ابى عميرعن بعض اصحابنا عنه عليه السلام أيضاً[3] .

وقال ابن الجنيد : انه رق الاأن يشترط الحرية ، لانه نماء المملوك فيتبعه في الملك ، واذا اجتمع حقان في شيء غلب حق العبد على حق الله تعالى ، ولرواية ابى بصير[4] .

وفيه نظر ، لانه أيضاً نماء الحرفيرجح لاشرفيته ، والرواية مقطوعة .

(الثانية) لواشترط مولى المملوك رقيته يصيررقاً أم لا ؟ تردد المصنف، من

---

١) الاستبصار ٣/٢٠٣ ، التهذيب ٧/٣٣٦ ، الكافى ٥/٤٩٢ .

٢) التهذيب ٧/٣٣٦ ، الاستبصار ٣/٢٠٣ .

٣) التهذيب ٧/٣٣٦ ، الكافى ٥/٤٩٣ ، الفقيه ٣/٢٩١ .

والرواية هكذا فى الاخير : الرجل الحريتزوج بأمة قوم الولد مماليك اوأحرار ؟ قال : الولداحرار . ثم قال : اذا كان احدوالديه حراً فالولد حر. وليس «الحر» فى الاول وايضاً ليس « الولد احرار » بعد قال فى الاولين . وايضاً فيهما « فالولداحرار » .

٤) التهذيب ٧/٣٣٦ ، الاستبصار ٣/٣٠٢ .

ولو تزوج الحر أمة مـن غير اذن مالكها ، فان وطئها قبل الاجازة عالماً فهوزان والولد رق للمولى وعليه الحد والمهر .

ويسقط الحد لو كان جاهلا دون المهر ، ويلحقه الولد ، وعليه قيمته يوم سقط حياً .

وكذا لوادعت الحرية فتزوجها على ذلك .

وفى رواية : يلزمه بالوطء عشر القيمـة ان كـانت بكراً ، ونصف العشر لو كانت ثيباً .

ولوأولدها فكهم بالقيمة .

عموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم[1] . ومن قول الصادق عليه السلام: لايملك ولد حر[2] بالرفع والتنوين فيهما .

وقدنص عليه ابن ادريس، ومن أضاف فقدوهم. ولانه نوع من التمليك، وكما لايصح أن يملك الانسان ولده غيره لانه لايملكه ، فكذا صورة النزاع لعدم الفرق بينهما.

قوله: ولوتزوج الحرامة من غيراذن مالكها فان وطئها قبل الاجازة عالماً فهوزان والولد رق للمولى وعليه الحد والمهر، ويسقط الحد لوكان جاهلا دون المهر، ويلحقه الولد وعليه قيمته يوم سقط حياً. وكذالوادعت الحرية فتزوجها على ذلك، وفى رواية يلزمه بالوطى عشرالقيمة ان كانت بكراً ونصف العشر لوكانت ثيباً ، ولواولدها[3]) فكهم بالقيمة

---

١) الكافى ١٨٧/٦ ، التهذيب ٢٢/٧ .

٢) التهذيب ٣٥٠/٧ ، الاستبصار ٢١٧/٣ .

٣) اى ولواولدها اولاداً وجب عليه فكهم بالقيمة ، وهى قيمة يوم سقوطهم حياً .

ولوعجز سعى فى قيمتهم ، ولو أبى عن السعى قيل : يفديهم الامام ، وفى المستند ضعف . ولولم يدخل بها فلا مهر .

ولو عجز سعى فى قيمتهم ، ولوابى عن السعى قيل يفديهم الامام ، وفى المستند ضعف . ولولم يدخل بها فلامهر

تنقيح هذا الكلام يتم بمسائل :

(الاولى) كون الواطى قبل الاجازة عالماً ، وهوينقسم أقساماً :

«١»ـ يكون عالماً بالرقية والتحريم وهى أيضاً عالمة، ولاكلام في كونهما زانيين والولدرقاً وفي ثبوت الحد عليهما. وهل عليه مهرأم لا ؟ أطلق المصنف ثبوته ، ولاكلام فيه مع اكراهها ، أمـا مع المطاوعة ففيه نظر من كونه عوضاً للبضع المملوك للسيد فيجب، ومن كونها بغياً ومهرالبغي منهي عنه . وهوالحق **وعليه الفتوى.**

«٢» ـ عالماً بالرقية دون التحريم . وهذا قال ابن حمزة انه غيرزان فيلحق معه النسب ويلزم المهر وقيمة الولد . والحق أنه ان كان الجهل ممكناً في حقه فهو كما قال والافهو كالقسم الاول .

« ٣ » ـ كونه عالماً بالرقية والتحريم وهـي جاهلة ، فمع اكراهها لاكلام في الحد والمهروكذا مع المطاوعة .

(الثانية) كونه جاهلا، ويسقط مع ذلك الحد دون المهرويلحقه الولد وعليه قيمته يوم سقط حياً ، فان كانت هي مع ذلك جاهلة لم يتغير الحكم، وان كانت عالمة فلاكلام في المهر مع الاكراه ومع المطاوعة فلامهر لكونها بغياً .

لكونه كالمتلف مال غيره من دون طيب نفسه والولد نماء الجارية وتابع لها . واما لوسقط ميتاً ليس مالا .

(الثالثة) قوله لو ادعت الحرية فتزوجها على ذلك . ظاهره العطف على الصورة الاخيرة، وهي صورة الجهل، ولا كلام في ثبوت الاحكام المذكورة. ويحتمل عطفه على جملة مـا تقدم ، فمن ذلك كونه عالماً بالرقية والتحريم فتدعي هـي الحرية ببينة ثم يظهر أنهما شاهدا زور. فالحكم أيضاً كذلك ، لحصول الشبهة أما لو بنى على ظاهر دعواها لامكان صدقها فهل يكون شبهة ؟ الاقوى عدمه بل هو كصورة العلم .

(الرابعة) ان المصنف حكم بثبوت المهر في التقادير المذكورة وأطلق ، والمراد به على ذلك الاطلاق هو المثل الافي صورة دعواها الحرية فانه المسمى فيـه .

ثم ذكر أنه العشر أو نصفه على تقديري البكارة وعدمها، وهذا مذهب الشيخ في النهاية[1] والقاضي وابن حمزة ، والرواية في التهذيب عن محمد بن يعقوب رفعها الى الوليد بن صبيح عن الصادق عليه السلام الى أن قال : وان كان زوجها اياه ولي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه ، ولمواليها عليه عشر قيمتها ان كانت بكراً وان كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها[2] .

والاولى أنه يلزمه أقل الامرين، تمسكاً في نفي الزائد بالاصل وعدم الدليل على خلافه .

(الخامسة) أنه لو عجز عن قيمة الولد سعى الاب، ومع امتناعه يفكهم الامام من سهم الرقاب. وهو قول الشيخ في النهاية[3] والقاضي، والمستند رواية سماعة عن الصادق عليه السلام التي يقول فيها : فان أبى الاب السعي فعلى الامام أن

---

١) النهاية : ٤٧٧ .

٢) الكافي ٥/٤٠٤ ، التهذيب ٧/٣٤٩ ، الاستبصار ٣/٢١٦ .

٣) راجع المصدر السابق من الكتاب .

ولو تزوجت الحرة عبداً مع العلم فلا مهر وولدها رق ، ومع الجهل يكون الولد حراً ولا يلزمها قيمته .

ويلزم العبد مهرها ان لم يكن مأذوناً ويتبع به اذا تحرر .

ولوتسافح المملوكان فلا مهروالولد رق لمولى الامة ، وكذا لوزنى بها الحر .

يفديهم ولايملك ولد حر[1] .

ومنع ابن ادريس، لان السهم مختص بالعبيد وهم غير عبيد، ولضعف سماعة قال : بل الحق أن القيمة في ذمة الاب لانه هوالذي حال بين مولى الجارية وبينهم .

واعلم أن الرواية لا تدل على ما قاله الشيخ ، وفهمه ابن ادريس وزيفه ، لانها تضمنت مجرد الافتداء، وهوأعم من كونه من سهم الرقاب أوغيره، فيجوز أن يكون من بيت المال لانه من المصالح .

ثم ان استسعاء الاب مع عجزه منظورفيه ، لانه دين ثبت في ذمته فينظربه مع العجز، لعموم « فنظرة الى ميسرة »[2] قال العلامة : المدفوع الى المولى عوض عن رقبة من شأنها أن تقوم وتزال يد المولى عنها فيدخل تحت قوله تعالى« وفي الرقاب »[3] .

قوله : ولوتزوجت الحرة عبداً مع العلم فلامهر وولدها رق ، ومع الجهل يكون الولد حراً ولايلزمهاقيمته ويلزم العبد مهرهاان لم يكن مأذوناً ويتبع به اذا تحرر

---

١) التهذيب ٧/ ٣٥٠ ، الاستبصار ٣/ ٢١٧ .

٢) سورة البقرة: ٢٨٠ .

٣) سورة البقرة : ١٧٧ ، سورة التوبة : ٦٠ .

ولو اشترى الحر نصيب أحد الشريكين من زوجته بطل عقده .

ولو أمضى الشريك العقد لـم يحل وطؤها ، وبالتحليل رواية فيها ضعف .

هذه المسألة تخالف ما قبلها في أمرين : « الاول » في سقوط الحد مـع العلم بالرقية مع كون العقد ليس بمجرده شبهة مع العلم بحصول الفرق بينهما لضعف عقلها وعدم مخالطتها أهل الشرع فيكون العقد شبهة بالنسبة اليها فـي سقوط الحد . « الثانى » فى عـدم لزوم القيمة لهـا مـع الجهل ، وذلك لاصالة براءة الذمة وكون الحر لايملك، فلايكون له قيمة .

وتوافقها فـي رق الولد لمولى العبد مع العلم ، لانه نماء ملكه فيتبعه لعدم صلاحية حرية الام للمعارضة بسبب علمها، ولذلك لم يكن لها مهرفي ذمته يتبع به لانها ضيعت حقها بسبب علمها بعدم صلاحية ذمته للتعلق .

قوله : ولو اشترى الحر نصيب احد الشريكين من زوجته بطل عقده ولوامضى الشريك العقد لم يحل وطؤها وبالتحليل رواية فيها ضعف

أما الاول ـ وهوبطلان العقد مع الشراء ـ فلئلا يلزم تبعض البضع بحيث يستبيح بضعها بالعقد وبالملك ، والبضع لايتبعض بل يستباح اما بالعقد لاغير أوالملك لاغير، لقوله تعالى « الاعلى أزواجهم أوما ملكت أيمانهم »[1] حصر الاباحة في الامرين على سبيل منع الخلوفي الاستباحة ومنع الجمع بينهما .

وأما الثاني ـ وهوأنها هل تحل بامضاء الشريك ذلك العقد أم لا ـ قال الشيخ في النهاية[2] وتبعه القاضي أنه اذا رضي مالك نصفها بالعقد صح ويكون

---

١) سورة المؤمنون : ٦ .

٢) النهاية : ٤٨٠ .

وكذا لو كان بعضها حراً .

ولو هايأهـا مولاها على الزمان ففي جواز العقد عليها متعة في

عقداً مستأنفاً. وقال ابن ادريس[1] لايجوز ذلك بل كان ينبغي أن يقول « أو يرضى مالك نصفها بأن يبيحه وطى مايملكه منها فيطأها بالملك والاباحة » .

ومنعه المصنف بأن علة التبعيض حاصلة ، فان الملك غير الاباحة. وهو قول ابن الجنيد .

وفيه نظر، فانا نمنع التبعيض في الملك والاباحة، بل ذلك حاصل في الملك والعقد لاختلاف الحكم فيهما، فان العقد يتبعه المهر والحصر والقسمة والطلاق والعدة وغير ذلك ولايتبع الملك شيء من ذلك فاختلفا . وليس كذلك الملك والاباحة ، فانه لااختلاف بينهما في هذه الاحكام . وأيضاً الاباحة نوع تمليك والالم تجز فتدخل تحت الملك، فلايكون تبعض في المعنى ولافي الحكم .

وتؤيده الرواية المشار اليها، رواها الصدوق في الفقيه عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : سألته عن جارية بين رجلين دبراها جميعاً ثم أحل أحدهما فرجها لشريكه . فقال: هي حلال له[2] . قال المصنف: انها ضعيفة بسبب ضعف بعض رجالها . قلنا : ينجبر ضعفها بموافقة النظر .

قوله : وكذا لو كان بعضها حراً

هذا عطف على قوله « لم يحل » ، أي لو كان بعضها حراً واحلته نفسها لم يحل ، وهو اجماعي .

قوله : لو هاياها[3]) مولاها على الزمان ففي جواز العقد عليها متعة في

---

١) السرائر : ٣٠٦ .

٢) الفقيه ٣/ ٢٩٠ .

٣) تهايأ القوم تهايوءاً: اذا جعلوا لكل واحد هيئة معلومة والمراد النوبة . وهايأته

زمانها تردد ، أشبهه : المنع .

ويستحب لمن زوج عبده أمته أن يعطيها شيئاً .

ولو مات المولى كان للورثة الخيار فـي الاجازة والفسخ ، ولا خيار للامة .

ثم الطوارىء ثلاثة : العتق ، والبيع ، والطلاق .

زمانها تردد اشبهه المنع

اللام في « العقد » بدل من الضمير ، يعني جوازعقده ، والضمير راجع الى مولاها .

ومنشأ التردد مـن فتوى الشيخ بالجواز اعتماداً على الرواية المذكورة آنفاً، فان في آخرها « فان أحب أن يتزوجها متعة في ذلك اليوم الذي تملك نفسها فليفعل »، ومن لزوم التبعض المتقدم، ولانه لم يخرج عن كونه مالكاً بالمهاياة. وهو يمنع من العقد ، لاستحالة العقد على ملكه .

ان قلت : انها في تلك الايام مالكة لمنا فعها فصح العقد عليها سيما طلبـاً للفائدة كما صح اجازتها للعمل .

قلت: نمنع دخول منفعة البضع تحت المهاياة، والالصح أن تتمتع بغيره في أيامها ، وهو باطل .

قوله : ويستحب لمن زوج عبده امته ان يعطيها شيئاً

هنا مسألتان :

مهايئة وقد تبدل للتخفيف فيقال هايبته مهاياة والمهاياة في كسب العبد انهما يقتسمان الزمان بحسب ما يتفقان عليه ويكون كسبه في كل وقت لمن ظهر له بالقسمة .

أما العتق: فاذا أعتقت الامة تخيرت فى فسخ نكاحها وان كان الزوج حراً على الاظهر .

(الاولى) قال الشيخان [1] والتقي والقاضي وابن حمزة ذلك زواج حقيقي وقال ابن ادريس [2] انه غيرحقيقي بل مجاز من قبيل الاستعارة والالروعي فيه الايجاب والقبول من موجب وقابل بألفاظ ينعقد بها النكاح وليس كذلك .

والحق الاول، لان الاصل في الاطلاق الحقيقة ، والاصل أيضاً في استباحة الفرج هو العقد ، فيكون زواجاً يفتقر الى الايجاب والقبول ، وكل من العبد والامة محل قابل له . وتؤيد ذلك الرواية عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام عن الرجل كيف ينكح عبده أمته ؟ قال : يجزيه أن يقول « أنكحتك فلانة »[3] .

(الثانية) قال الجماعة المذكورون يجب أن يعطي السيد أمته شيئاً فيكون مهراً ، ومنع ابن ادريس الوجوب استسلافاً لكونه غير نكاح حقيقي فلايقتضي مهراً .

والحق استحبابه لما قال، بل الاصالة عدم الوجوب وعدم ملك الامة للمهر بل هو ملك سيدها ولايثبت للشخص شيء فى ذمة نفسه . نعم يستحب ذلك جبراً لقلب الامة وتطييباً له ورفعاً من منزلة العبد عندها ، فيكون جبراً أيضاً لقلبه .

قوله : فاذا اعتقت الامة تخيرت فى فسخ نكاحها وان كان الزوج حراً على الاظهر

---

١) النهاية : ٤٧٨ ، المقنعة : ٧٩ .

٢) السرائر: ٣٠٦ .

٣) الفقيه : ٢٨٤ .

هنا فوائد :

(الاولى) الاصل في فسخ الزوجة الامة اذا أعتقتأن بريرة كانت أمة لقوم فاشترتها عائشة وأعتقتها وكانت مزوجة بشخص اسمه معتب، فقال لهاالنبى صلى الله عليه وآله وسلم : ملكت بضعك فاختاري[1] .

(الثانية) ثبوت هذا الخيارمن حكمة الشارع، لان الولاية عليها وانكاحها ولاية اجبارية، فلولم يكن لها خياربعد عتقها لزم اضرارها، خصوصاً ونكاحها ليس لها فيه مهر .

(الثالثة) لاخلاف في ثبوت الخيار مع كون الزوج عبداً ، أما اذا كان حراً فهل لها خيار أم لا ؟ قال الشيخ[2] في المبسوط والخلاف بعدمه ، لان العقد قد ثبت والخيار يحتاج الى دليل . نعم خرج العبد للاجماع فيبقى الباقي على أصله .

وقال في النهاية[3] والقاضي والمفيد وابن الجنيد وابن ادريس[3] بثبوته ، واختاره المصنف والعلامة[4] وهوالحق لوجوه :

« الاول » ـ ان المقتضى للخيار مطلقاً هوأنها ملكت نفسها لاغير، لما قلنا من لفظ الحديث . واختلاف الحرية والرقية لادخل له في الخيار ، لان اتفاق الزوجين فيهما ليس شرطاً اجماعاً ورضى الحرة شرط في العقد اجماعاً ، وهذا المقتضي ثابت فيما اذا كانت تحت حرفيكون لها الخيار .

« الثانى » ـ ان رضي الحرشرط في صحة العقدابتداء فكذا في أثناء العقد، لاتفاق العلة وهي لزوم ضررها .

---

١) راجع الوسائل ١٤/٥٥٩ .

٢) المبسوط ٤/٢٥٨ .

٣) النهاية : ٤٧٩ ، السرائر : ٣٠٦ .

٤) المختلف ، الجزء الرابع : ١٤ .

« الثالث » ـ ان الخيار يثبت للمشتري ولا مقتضي له سوى تجدد ملكه وأنه قد ملك نفسها ، فكذا اذا أعتقت على وجه الاولى ، لان ملكها نفسها أقوى من ملك المشتري لها ، للزوم الاول وعروض الثاني .

« الرابع » ـ الروايات الدالة على ذلك ، كرواية ابى الصباح صحيحاً عن الصادق عليه السلام : ايما امرأة أعتقت فأمرها بيدها ان شاءت قامت معه وان شاءت فارقته[1] . وهو عام في الحر والعبد .

ورواية ابن بكير عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام في رجل حر نكح أمة مملوكة ثم أعتقت قبل أن يطلقها . قال: هي أملك ببضعها[2]

وعن محمد بن آدم عن الرضا عليه السلام[2] بمعناه ، وكذا عن زيد الشحام عن الصادق عليه السلام[2] .

« الخامس » ـ ان زوج بريرة كان حراً فيكون نصاً في الباب : أما الاول فلما رواه ابراهيم عن الاسود عن عائشة أنها قالت : خير رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بريرة وكان زوجها حراً .

لايقال : روى ابن عباس أنه كان عبداً أسود يقال له معتب، كأني انظر اليه يطوف خلفها يبكي ودموعه تجري على لحيته ، فقال النبى صلى الله عليه وآله وسلم للعباس : ياعباس ألا تعجب من حب معتب بريرة ومن بغض بريرة معتباً. فقال له النبى : لو راجعته فانه أبو ولدك . فقالت : يارسول الله تأمرني بأمرك . فقال: لا انما أنا شافع . فقالت: لاحاجة لي فيه[3] .

---

١) التهذيب ٧/ ٣٤١ .

٢) التهذيب ٧/ ٣٤٢ .

٣) سنن ابن ماجة ١/ ٦٧٠ ، ٦٧١ ، وفيه « مغيث » بالميم وبعده الغين مع الياء التحتانية وآخره الثاء المثلثة، و« بريرة » بفتح الباء وكسر الراء بعده الياء التحتانية وبعده الراء المفتوحة .

وقال الشيخ في الخلاف[1] : روي عن عائشة في خبر بريرة أن زوجها كان عبداً وأنها قالت لو كان حراً لم يخيرها .

لانانقول : هذان الحديثان تضمنا رفع الحرية والاول أثبتها والمثبت مقدم على النافي كما تقرر في الاصول ، مع أن الحرية هى الاصل . وأيضاً خبر ابن عباس ليس فيه دلالة على اختصاص الحكم بالعبد ونحن لا ننفيه .

اذا عرفت هذا فللمسألة فروع هي بالمطولات أنسب لكننا نذكر أهمها :

(الاول) ان هذا الفسخ فوري ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : ملكت بضعك فاختاري ، أتى بالفاء المقتضية للتعقيب. قيل استشفع بالنبى « ص » فشفع فلم تقبل وهو يستلزم التأخير . أجيب بالمنع ولو سلم فالتأخير لجهلها بالخيار ، لقولها « أشافع انت أم آمر » .

(الثاني) لو أخرت الخيار لجهل العتق لم يبطل خيارها اجماعاً .

(الثالث) لو علمت العتق وأخرت لجهل أصل الخيار احتمل السقوط، لان جاهل الحكم لايعذر. ويحتمل عدمه، وهو الحق لانه حكم خفي فلو لم يعذر فيه لزم الحرج .

(الرابع) لو علمت العتق والخيار وأخرت لجهل الفورية احتمل المساواة لجهل أصل الخيار، لاتحاد طريق المسألتين ،فانه انما عذرت ثمة لجهل الحكم ، فالفورية كذلك لانه أخفى ، وان لم يعذر لجهل الحكم سقط في المسألتين . فعلى المساواة يحتمل السقوط في المسألتين وعدم السقوط فيهما .

ويحتمل الفرق، وهو العذر بجهل الخيار وعدمه لجهل الفورية، لان التأخير مع جهل الخيار لايعد اهمالا بخلاف العلم بالخيار وجهل الفورية فانه يعد تقصيراً.

---

١) الخلاف ٢/٣٩٩ .

ولاخيرة للعبد لوأعتق ولالزوجته ولوكانت حرة .

وكذا تتخير الامة لوكانا لمالك فأعتقا أوأعتقت .

ويجوز أن يتزوجها ويجعل العتق صداقها .

ويشترط تقديم لفظ «التزويج» فى العقد .

وقيل : يشترط تقديم العتق .

وأم الولد رق وان كان ولدها باقياً ، ولومات جازبيعها .

وتنعتق بموت المولى من نصيب ولدها .

قوله : ولاخيرة للعبد لوأعتق ولالزوجته ولوكانت حرة .

هذا هوالمشهوربين الاصحاب. وقال ابن الجنيد بثبوت الخيارهنا أيضاً قياساً على الامة . وهوباطل .

وقال ابن حمزة ان كان سيده خيره على النكاح فله الخيار اذا أعتق والافلا . وهوأيضاً فاسد ، لان عقد المجبر ان كان صحيحاً فلا فرق بينه وبين غيره والا فلانكاح فلاخيار، فاذاً الحق هوالمشهورتمسكاً بأصالة بقاءالعقد وعدم المعارض وأيضاً رضيته عبداً فبالاحرى أن ترضاه حراً.

هذا مع أن الحكمة في فسخ الامة ليست حاصلة هنا لكون الفراق مقدوراً له اذ الطلاق بيد من أخذ بالساق .

ان قلت : اذا كان الطلاق بيده فقد ثبت أن له الخيار.

قلت : ليس الكلام في الطلاق بل في حدوث الخيار بسبب العتق كما حدث للامة .

قوله : ويجوز ان يتزوجها ويجعل العتق صداقها ويشترط تقديم لفظ التزوج ، وقيل يشترط تقديم العتق

أجمع أصحابنا على أن هذا الحكم من القواعد المشروعة العامة وأنه غير مختص بالنبى صلى الله عليه وآله وسلم ، خلافاً لاكثر الجمهور فانهم جعلوه من خصائصه «ص» ، لما فعل ذلك في صفية بنت حيى بن أخطب حيث اصطفاها من غنيمة خيبر ثم أعتقها وتزوجها وجعل عتقها صداقها بعد أن حاضت حيضة . اذا تقرر هذا فهنا فوائد :

(الاولى) كيفية الصيغة هنا، فقال المفيد[1] والتقي: وصيغته مع تكامل الشروط أن يقول سيدها «قد أعتقتك وتزوجتك وجعلت عتقك صداقك لوجه الله تعالى» وظاهر عبارات باقي الاصحاب أنه يكتفى في عتقها أن يقول « تزوجتك وجعلت مهرك عتقك » كما أنه لو قال لها « تزوجتك وأصدقتك هذا الثوب » فانها تملكه بالقبول، فكذا اذا جعل العتق مهراً فانها تملك نفسها فتعتق .

ويترجح قول المفيد بأن العتق لا يصح الا بالصيغة الصريحة وهي التحرير أو الاعتاق ،ولاصالة بقاء الملك الى علم السبب. وأيضاً ملكها نفسها غير متحقق، لان الملك نسبة لابد فيه من تغاير المضافين بالذات لا بالاعتبار . قال السعيد[2]: والحق أن المهر هنا فك ملك لا تمليك .

(الثانية) قال الشيخ[3] في النهاية والخلاف وابن بابويه والقاضي وابن حمزة وابن ادريس يشترط تقديم التزويج على العتق والامضى العتق وكان لها الخيار بين الرضا بالعقد والامتناع من قبوله . وتؤيده رواية ابن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: سألته عن رجل قال لامته «اعتقتك وجعلت مهرك عتقك» . فقال:

---

١) المقنعة : ٨٦ .

٢) الايضاح ٣/ ١٥٥ .

٣) المبسوط ٤/ ١٧٥ ، قال فيه : وانما ينعقد اذا قال تزوجتك وجعلت عتقك مهرك فيصح العقد وينفذ العتق .

عتقت وهي بالخياران شاءت تزوجته وان شاءت فلا، فان تزوجته فليعطها شيئاً ، وان قال «قد تزوجتك وجعلت مهرك عتقك» فان النكاح واقع ولايعطيها شيئاً[1]

وقال الشيخ في الخلاف يشترط تقديم العتق . وهو ظاهر المفيد والتقي ، واختاره العلامة والاكان عاقداً على أمته وهوباطل ، ولعموم الروايات .

ولانسلم ثبوت الخيار، لان الكلام لايتم الابآخره، كما اذا قال « أعتقتك وعليك خدمة سنة » فانه يلزمها الخدمة وان تأخرت عن العتق.

وأجاب عن رواية ابن جعفر بالقول بموجبها، فانه ليس فيها عقد النكاح بل قال « أعتقتك وجعلت صداقك عتقك »، وهذا لاينعقد به النكاح فيمضي العتق وتكون مخيرة بين الرضا والامتناع ، وأما اذا قال «أعتقتك وتزوجتك وجعلت مهرك عتقك » فلايثبت لها الخيار .

(الثالثة) هل يشترط قبولها أم لا؟ استشكله العلامة في القواعد[2] من أنه عقد لفظي وكل عقد لفظي لابد فيه من القبول لفظاً، ولان حريتها مقدرة حال النكاح لامتناع تزويج الانسان بجاريته ، فالحرية شرط للنكاح والشرط متقدم بالطبع، فاعتبر قبولها . ولان الصادر من المولى قبول النكاح فيعتبر ايجابها ، والقبول منها وان كان في اللفظ قبولا فهوايجاب في الحقيقة ، وقبولها كاشف عن صحة العتق وصحة قبول السيد. ومن أن سبب الحرية تزويج السيد والمسبب لايتقدم على السبب ونكاح الامة بيد السيد ، فقوله « تزوجتك » لفظ يدل صريحاً بصيغة شرعية على رضا من اعتبر رضاه في قبول النكاح وايجابه، فاجتمع فيه الوجهان باعتبارين . وصح تزويج الامة في هذه الصورة بالنص واجماعنا ، لانها تؤل الى الحرية بلافصل .

---

١) قرب الاسناد: ١٠٩ ، الفقيه ٣/ ٢٦١ ، الاستبصار ٣/ ٢١٠ ، التهذيب ٨/ ٢٠١.

٢) القواعد، المطلب الاول في العتق من الفصل الثاني من المقصد الثاني من كتاب النكاح .

ولان سبب العتق جعله مهراً وسببه العقد ، فيتقدم العقد عليه بالعلية وهو شرط اعتبار قبولها فيتأخر عنه بالطبع ، فلو شرط فيه دار.

واختار في المختلف عدم الاشتراط . وهو الحق ، لان النبى صلى الله عليه وآله وسلم لما فعل ذلك في صفية لم ينقل قبولها ، اذ لو قبلت لنقل.

ان قلت : انه من خصائصه .

قلت : لو كان كذلك لوجب بيانه والا لوجب الاقتداء به ، لعموم دليل التأسي .

(الرابعة) لوطلقها قبل الدخول قال الشيخ رجع نصفها رقاً واستسعت فيه، فان أبت السعي كان له يوم ولها يوم ، محتجاً بالروايات ، كرواية يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام[1] ورواية ابى بصير[2] ورواية عباد بن كثير كلاهما أيضاً عنه عليه السلام[3] .

وقال ابن الجنيد وابن بابويه والقاضي وابن ادريس يمضي عتقها ويرجع عليها سيدها بنصف قيمتها ، لان الحر لايعود رقاً . وهو الحق .

واختاره العلامة ، قال : تؤيد ما اخترناه رواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: رجل أعتق مملوكة له وجعل صداقها عتقها ثم طلقها قبل أن يدخل بها. قال : قد مضى عتقها وترد على السيد نصف قيمة ثمنها تسعى فيه ولا عدة عليها[4] . وأجاب عن روايات الشيخ : بأن يونس كان فطحياً ، ورواية ابى بصير مرسلة ، وعباد عامي .

قلت: ويمكن الحكم بتخيير المولى بين الامرين، لانه ملك نصفها بالطلاق

---

١) التهذيب ٤٨٢/٧ ، ٢٠١/٨ ، الفقيه ٢٦١/٣ .

٢) التهذيب ٢٠٢/٨ ، الاستبصار ٢١٠/٣ .

٣) التهذيب ٢٠٢/٨ ، الاستبصار ٢١١/٣ .

٤) الفقيه ٢٦١/٣ ، التهذيب ٤٨٢/٧ .

كما لو أصدقها زوجته ، «والناس مسلطون على اموالهم »[1] ، وملكها نفسها بالعتق لوسلم فهو ملك متزلزل وانما يستقر بالدخول ، والذى يمتنع عوده رقاً من الاحرار ما استقرت حريته لامطلقاً .

نعم الاولى ما قاله العلامة ، خصوصاً اذا شرطنا تقدم صيغة العتق ، كماقال المفيد والتقي وان ذلك فك ملك لاتمليك .

(الخامسة) أفاد المصنف في النكت هنا سؤالات :

« ١ » ـ ان العقد يمتنع لايمكن تصوره ، لانها مملوكة البضع بغيره .

« ٢ » ـ أن المهر يجب تحققه قبل العقد ، وهو غير متحقق على تقدير تقديم التزويج الذي هو مذهب الاكثر .

« ٣ » ـ يلزم منه الدور، لان العقد يتوقف على المهر الذي هوالعتق هنا ، ويمتنع العتق الا بعد العقد .

وأجاب عن الاول بأنه بتقدير منا فاتها الاصول يجب المصير اليها ، لتحقق مشروعيتها بالنقل المستفيض عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم وأهل البيت عليهم السلام . وزاد العلامة أنه لااستبعاد في صيرورة هذه المسألة أصلا مستقلا كما صار ضرر الدية على العاقلة كذلك .

ثم قال المصنف: انما نمنع من العقد على مملوكته مع بقاء الرقية وليست باقية هنا ، لان العتق والعقد متقارنان، ولانه كما جاز أن يعقد لغيره عليها لعدم ملك ذلك الغير جاز أن يعقد عليها لنفسه لعدم استقرار ملكه ، لانها تصير حرة.

وأجاب عن الثانية بمنع وجوب تحقق المهر قبل العقد والسند المفوضة، فان أريد بالتحقق وجود شيء ماله صلاحية الاصداق قلنا بموجبه وهنا العتق له صلاحية ذلك ثم ان العتق يقارن العقد يجري مجرى الموجود .

---

١) البحار ٢/٢٧٢ .

ولوعجز النصيب سعت فى المتخلف .

ولا يلزم الولد السعى على الاشبه .

وتباع مع وجود الولد فى ثمن رقبتها ان لم يكن غيرها .

ولو اشترى الامة نسيئة فأعتقها وتزوجها وجعل عتقها مهرهـا فحملت .

وعن الثالثة بأن الدور غير لازم ، لانا نمنع توقف العقد على المهر وان استلزمه ، فان العقد عليها في نفسه جائز ولها صلاحية الاصداق بغيرها ، فلم لا يجوز جعلها أوجعل فك ملكها مهرألها .

قوله : ولو عجز النصيب سعت فى المتخلف، ولا يلزم الولد السعى على الاشبه

هذا قول ابن ادريس[1] ، لعدم الدليل على وجوب السعي على ولدها مع أصالة البراءة من ذلك .

وقال الشيخ في النهاية[2] يلزمه السعي، لرواية يونس بن يعقوب[3]. وليس فيها دلالة على مراده، وانما قال «فيها وان كان لها ولد وله مال فأدى عنها نصف قيمتها واعتقت»، وهذه العبارة لاتدل على الالزام بل على التبرع ولا نزاع فيه. ويوافق مضمونها عبارة ابن الجنيد ، وهي : ان كان لها ولد فأدى نصف قيمتها أعتقت .

قوله : ولـو اشترى الامة نسيئة فأعتقها وتزوجها وجعل عتقها مهرها فحملت

---

١) السرائر : ٣٤٨ .

٢) النهاية : ٥٤٧ .

٣) قدمرت قبل صحيفتين .

ثـم مات ولـم يترك ما يقوم بثمنها فالاشبه: أن العتق لا يبطل ولا يرق الولد .

وقيل : تباع فى ثمنها ويكون حملها كهيئتها لرواية هشام بـن سالم .

ثم مات ولم يترك مايقوم بثمنها فالاشبه أن العتق لايبطل ولا يرق الولد ، وقيل تباع فى ثمنها ويكون حملها كهيئتها لرواية هشام بن سالم

الاول ـ وهوما أفتى به المصنف ـ قول ابن ادريس[1]، لان الشراء صحيح فيكون العتق والنكاح أيضاً صحيحين فلاترد رقاً، وكذا الولد حاصل من حرين فيكون حراً .

والثاني قـول الشيخ في النهاية[2] وابن الجنيد واتباعهما ، اعتماداً على رواية هشام بن سالم عن ابى بصير قال : سئل الصادق عليه السلام وأنا حاضر عن رجل باع من رجل جارية بكراً الى سنة فلما قبضها المشتري أعتقها من الغد وتزوجها وجعل مهرها عتقها ثم مات بعد ذلك بشهر. فقال الصادق عليه السلام: ان كان الذي اشتراها الى سنة له مال أو عقدة[3] تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها ، فان عتقه ونكاحه جائز وان لم يملك مالا أو عقـدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها كان عتقه ونكاحه باطلا لانه اعتق مالا يملك وأرى انه رق لمـولاها الاول . قيل له : فان كانت قد علقت من الذي أعتقها وتزوجها ما

---

١) السرائر : ٣٤٨ .

٢) النهاية : ٥٤٧ .

٣) العقدة بالضم : موضع العقد ، وهوما عقد عليه العقدة. وأيضاً : الضيعة ، وبمعنى المكان الكثير الشجر أو النخل أيضاً . وفى المثل «اءلف من غراب عقدة» لانه لايطير، ويقال للرجل اذا سكن غضبه : قد تحللت عقده .

حال ما في بطنها ؟ فقال : الذي في بطنها مع أمه كهيئتها[1].

لكن عبارة المصنف في نقل هذا القول ليست موافقة للرواية ولا لقول الشيخ في النهاية وابن الجنيد ، فانه ليس في شيء من ذلك أنها تباع في ثمن رقبتها ، بل قال في الرواية « ان عتقه ونكاحه باطل لانه عتق مالا يملك » ، وكذا في عبارة الشيخ في النهاية فانه قال : كان العتق والعقد فاسدين وترجع الامة الى مولاها رقاً. وكذا ابن الجنيد ، بل قال ذلك تأويلا لقول الشيخ والرواية فان ام الولد اذا كانت في الرق تباع في ثمن رقبتها اذالم يكن سواها .

اذا عرفت هذا فلاشك أنهذه الرواية مع صحتها مخالفة للاصول الشرعية المقررة ، فيجب تأويلها ان أمكن التأويل أو اسقاطها ، اذ ليست دليلا قطعياً بل هي من الاحاد . فالمصنف قال : ان مع تسليمها يمكن استثناء هذا الحكم من الاصول لعلة غيرمعقولة ، لكنها خبرواحد لايعضده دليل، فالرجوع الى الاصل أولى. وغيره من المتأخرين أولوها،واختلفوا في تأويلها على وجوه نقلها الشهيد قدس الله روحه :

(الاول) تأويل العلامة ، وهوالحمل على وقوع التزويج والعتق في مرض الموت ، فان المنجزات تبطل مع وجود الدين المستغرق . قيل عليه : ان ذلك وان تم في الامة لكن لايتم في الولد ، لان غاية ما في الباب بطلان عتقها فتكون أمته ، واذا وطىء أمته لاينقلب ولده رقاً .

(الثاني) الحمل على فساد البيع وعلم المشتري به فيكون زانياً فتلحقه الاحكام المذكورة . وفيه أيضاً نظر ، فان في الرواية اذا خلف ما يقوم بقضاء ما عليه يكون العتق والنكاح صحيحين ومع فساد البيع لايتم ذلك .

---

١) التهذيب ٨/ ٢٠٢/ ٢١٣، الكافي ٦/ ١٩٣ ، الاستبصار ٤/ ١٠ .

(الثالث) تأويل بعض المتفقهة أن العتق لم يقع للقربة بل مضارة ، ولا يتم أيضاً في الولد. قال السعيد[1] ليس في الرواية ما يدل على رقية الولد، اذ ليس فيها الا أنه كهيئتها ، وهو أعم من أن يكون كهيئتها حال الحكم بحريتها قبل ظهور عجزه عن الثمن فيكون حراً أو بعـده فيكون رقاً ، ولا دلالة للعام على الخاص باحدى الدلالات .

قال الشهيد ونعم ما قال : المفهوم من قوله « كهيئتها » ليس الا أن حكمه حكمها حال السؤال ، وقد حكم قبل ذلك أنها رق فتكـون رقاً ، فهو دال على الرقية بالمطابقة .

أقول: لاشك أن الامام قال « الذي في بطنها مع أمه كهيئتها » ، وهوصريح في أنه اذا حكم بحريتها كان حراً واذا حكم برقيتها كان رقاً ، والا لم تتم المعية وأنه كهيئتها والفرض أنه كذلك .

ويخطر لي هنا أن بائـع الامة ان علم أن المشتري لايملك شيئاً أصلا وظن موته بأمارة من مرض مخوف وشبهه فباعه على هذه الحال فقدأتلف ماله وصح الشراء والعتق ولا ترد الجارية اليه رقاً، وان لم يعلم فقره أوعلم ولم يحصل له أمارة ثبوت المشتري فـلا يخلو : ا ا أن يحصل للمشتري مع علمه بفقر نفسه أمارة الموت من مرض مخوف وشبهه أولا ، فان كان الاول لم يصح عتقه ولا تزويجه لانه اضرار بالبائـع وسعي في اتلاف ماله وعليه تحمل الرواية ، وان كان الثاني فالاولى صحة الشراء والعتق والتزويج لانه على رجاء من حصول مايؤدي به دينه .

---

١) الايضاح ٣/ ١٦٠ .

وأما البيع : فاذا بيعت ذات البعل تخير المشترى فـى الاجازة والفسخ تخيراً على الفور .

وكذا لو بيع العبد وتحته أمة. وكذا قيل لو كان تحته حرة لرواية فيها ضعف .

قوله : واما البيع فاذا بيعت ذات البعل تخير المشترى فى الاجازة والفسخ تخيراً على الفور ، وكذا لوبيع العبد وتحته امة ، وكـذا قيل لو كان تحته حرة لرواية فيها ضعف

لم نعلم خلافاً في ثبوت الخيار لمشتري الامة ، ومستنده رواية ابن مسلم صحيحاً عن أحدهما عليهما السلام قال: طلاق الامة بيعها أوبيع زوجها[1].

وكذا لو بيع العبد وتحته امة، أما لو كان تحته حرة فقال ابن ادريس بعدمه تمسكاً بأصالة لزوم العقد وعدم التسليط على فسخه، ولتعلق حق الحرة به تعلقاً شرعياً ، ولا دليل على زواله . وحمله على الامة قياس باطل .

وطرد الشيخ ثبوت الخيار ، وتبعه القاضي وابن حمزة ، لما رواه الشيخ في الاستبصار عن موسى بن بكر عن محمد بن علي عن ابى الحسن عليه السلام قال: اذا تزوج المملوك حرة فللمولى أن يفرق بينهما، وان زوجه المولى حرة فله أن يفرق بينهما[2].

وليس التفريق بالطلاق ، لان الطـلاق بيـد الزوج فيكون بالبيـع ، وهو المطلوب .

قال ابن ادريس : انهـا شاذة أوردها الشيخ ايراداً لا اعتقاداً ، وقـد رجع

---

١) الفقيـه ٣ / ٣٥١ ، الكافى ٥ / ٤٨٣ ، التهذيب ٧ / ٣٣٧ ، الاستبصار ٣ / ٢٠٨ .
٢) التهذيب ٧ / ٣٣٩ ، الاستبصار ٣ / ٢٠٦ .

عنها في المبسوط، فقال: وان كان للعبد زوجة فباعه مولاه فالنكاح باق بالاجماع.

والمصنف استضعفها بأن موسى واقفي .

واختار العلامة في المختلف قول الشيخ محتجاً مع الرواية المذكورة بأن تجدد الملك اما أن يقتضي الخيار أولا، وعلى التقديرين تلزم مساواة العبد الامة في الثبوت أوعدمه ، لكن المساواة في عدم الخيار بينهما باطلة اجماعاً فتثبت المساواة في الخيار ، وهوالمطلوب .

ولانا لانسلم أنه قياس ، ولانه لوفقد النص لكان حكم العبد مساوياً لحكم الامة، لان الشارع لم يفرق بينهما في مثل هذه الاحكام كما لم يفرق في التقويم وغيره .

وقول الشيخ في المبسوط ليس رجوعاً عما قاله في النهاية، لان بقاء النكاح لاينافي الخيار للمشترى . وفيه نظر :

أما اولا: فلضعف الرواية كما عرفت ومنع دلالتها، لاحتمال أن يراد بالتفريق أمر العبد بالطلاق . ولااستبعاد فيه ، فان طاعة مولاه واجبة عليه مطلقاً الا زمان أداء الفريضة . وأيضاً لانسلم أن البيع تفريق ، لجواز امضاء المشتري العقد فيثبت .

وأماثانياً: فلان قوله «بأن تجدد الملك اما أن يقتضي الخيار أولا» الى آخره أنا نمنع اقتضاء الثبوت أوعدمه مطلقاً، لجواز أن يكون لخصوصية الامة مدخل في الاقتضاء ولخصوصية العبد منع منه ، فلابد من الدلالة على نفي هذين .

وأماثالثاً: فلانه اذا لم يكن قياساً فلابد له من دليل، وليس العقل ولاالاصل ولا الاستصحاب، فلابد من نص وليس الارواية ابن بكروقد عرفت حالها أو رواية ابن مسلم ولاشك أن ظاهرها غيرمراد ، لوجهين :

« الاول » ـ أنه يستلزم انحصار طلاقها في بيع أحدهما والالكان المتبدأ

ولو كانا لمالك فباعهما لاثنين فلكل منهما الخيار. وكذالو باع أحدهما لم يثبت العقد مالم يرض كل واحد منهما .

أعم من خبره، وهوباطل باجماع النحاة ، لكنه غيرمنحصراجماعاً .

« الثانى » ـ ان بيـع أحدهما لو كان طلاقاً لـم يكن للمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء بـل كان يحتاج فـي الامضاء الى عقد جديد ، واذا لـم يكن ظاهره مراداً لم يكن نصاً .

وأما رابعاً : فلان قوله «بقاء النكاح لاينافي الخيار» قلنا: ممنوع بل ينافيه، لان المشتري لوفسخ لـم يبق النكاح فلايجوز الحكم ببقائه مطلقاً . والحاصل ان قول ابن ادريس غيربعيد من الصواب .

قوله: وكذا لوباع أحدهما لم يثبت العقد مالم يرض كل واحد منهما

الضمير في « أحدهما » للعبد والامة ، ولذلك يقرأ بفتح الدال ، والضمير في « منهما » للبائـع والمشتري ، أي برضاكل واحد مـن البائـع والمشتري . هكذا قال الشيخ في النهاية وتبعه القاضي .

وقال المفيد يكون للمشتري الخيار ، ولم يذكر حكم الاخر ، وكذا ابن حمـزة .

وقال ابن ادريس في مسألة ماكان للمالكين فيبيـع أحدهما بضم الدال لأرى لرضا الذي لم يبـع وجهاً ، لعدم تجدد ملكه ووقوع العقد منه أوبرضاه ، وانما أوجبنا الخيار للمشتري لانه انتقل الملك اليه وليس له بموجب ولاقابل ، وان كان المخالفون لايجعلون للمشتري أيضاً الخيار .

فعلى قوله لايشترط رضا البائـع في مسألة الكتاب ، وعند الشيخ لابد مـن رضا البائـع في مسألة الكتاب والذي لم يبـع في مسألة المالكين فيبيـع احدهما.

واختاره العلامة مستدلا بأن الاغراض تختلف باختلاف الملاك، فربما يرضا ببقاء النكاح مـع شريك دون شريك آخرفيشترط رضاه، وعلى قوله رحمه الله

ويملك المولى المهر بالعقد ، فان دخـل الزوج أستقر ، ولا يسقط لو باع .

أما لو باع قبل الدخول سقط ، فـان أجاز المشترى كان المهر له ، لان الاجازة كالعقد .

الفتوى .

قوله : ويملك المولى المهر بالعقد، فان دخل الزوج استقر ولايسقط لو باع، أما لو باع قبل الدخول سقط، فان اجاز المشترى كان المهر له لان الاجازة كالعقد

هذا مضمون كلام ابن ادريس ، فانه قال : اذا بـاع المولى الجارية ، قبل الدخول بها لم يكن له المطالبة بشيء من المهر لان الفسخ جاء مـن قبل مولى الجارية، وكل فسخ جاء من قبل النساء قبل الدخول بهن فانه يبطل مهورهن . وكذا ليس لمشتريها أيضاً المطالبة بالمهر الا أن يرضى بالعقد ، فان رضي كان رضاه كالعقد المستأنف ، فله المطالبة بالمهر ، فـان طلقها الزوج بعد الدخول استحقه كله، فان كان الزوج قد دخل قبل أن يبيعها مولاها الاول فان المهر للاول يستحقه جميعه ، لانه بالدخول يستقر وله المطالبة به، فان رضي الثاني بالعقد لم يكن له مهر على الزوج ، لان عقداً واحداً لايستحق به مهران ، وان لـم يرض بالعقد الاول انفسخ النكاح وكان للمولى الاول المطالبة بكمال المهر ان لم يكن استوفاه .

وهذا كلام سديد لاغبار عليه. وقال الشيخ في النهاية: اذا قدم الزوج من المهر شيئاً ثم باع السيد الجارية لم يكن له المطالبة بباقي المهر ولا لمن يشتريها الا أن يرضى بالعقد . وتبعه القاضي .

وقال في المبسوط : فان كان الزوج قد دخل بها فقد استقرالمهر، فان كان السيد الاول قبضه فذلك له والا كان للثاني المطالبة به ، وان لم يكن دخل بها لم يجب على الزوج تسليم المهر ، وان كان قد قبضه استرده . ومعتمده رواية سعدان بن مسلم عن ابى بصيرعن أحدهما عليهماالسلام في رجل زوج مملوكته من رجل على أربعمائة درهم فعجل له مائتي درهم ثم أخرمنه مائتي درهم فدخل بها زوجها ، ثم ان سيدها باعها بعد من رجل لمن يكون المائتان المؤخرتان عنه؟ فقال : ان لم يكن أوفاها بقية المهرحتى باعها فلاشيء له عليه ولالغيره[1] .

وأولها العلامة بحمل الدخول على الخلوة بها دون الايلاج ، وحمل قوله « ان لم يكن أوفاها » أي ان لم يكن فعل الدخول الذي باعتباره يجب أن يوفيها المهر .

وفيه نظر: أما أولا فلانه تأويل بعيد لا يدل اللفظ عليه فيكون باطلا، وأما ثانياً فلانه يقتضي عدم مطابقة الجواب السؤال ، فان السؤال عن حكم الدخول والجواب عن عدم الدخول .

نعم أولها بعضهم بأن البيع حيلولة من المولى بين الزوج وبين البضع المملوك له بالعقد والمهر ، فلولزم الزوج مالم يقبضه من المهر لزم اضراره .

وفيه أيضاً نظر ، لان المهر يستقر بوطئة واحدة كما يجيء فلايكون المولى حائلا بينه وبين شيء يكون المهر موزعاً عليه حتى يكون غارماً ومضراً به ، وقد تضمنت الرواية الدخول صريحاً ، فيكون المهر مستقراً بذلك ، فالاولى حينئذ اطراحها لمنافاتها الاصول المقررة .

---

١) التهذيب ٨/٢٠٩ ، الفقيه ٣/٢٨٨ .

وأما الطلاق : فاذا كانت زوجة العبد حـرة أوأمة لغير مولاه فالطلاق بيده وليس لمولاه اجباره .

قوله: اذاكانت زوجة العبد حرة اوامة لغير مولاه فالطلاق بيده وليس لمولاه اجباره

هذا هوالمشهور بين الاصحاب وعليه الفتوى، ومستنده ما تقدم من حديث علي بن جعفرعن علي عليه السلام[1] . وما رواه ليث المرادي عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن العبد هل يجوز طلاقه؟ فقال: ان كانت أمتك فلا، ان الله تعالى يقول « عبداً مملوكاً لايقدر على شيء »[2]، وان كانت أمة قوم آخرين أو حرة جازطلاقه[3] .

وهونص في الباب ، وخالف في ذلك فريقان :

(الاول) قول من منع من طلاقه وجعله الى السيد، وهوابن ابى عقيل وابن الجنيد، لرواية زرارة عن الباقروالصادق عليهماالسلام أنهما قالا: المملوك لايجوز طلاقه ولانكاحه الاباذن سيده . قلت : فان السيد كان زوجه بيد من الطلاق ؟ قال بيدالسيد «ضرب الله مثلاعبداً مملوكاً لايقدرعلى شيء» الشيء الطلاق[4]. وبمعناه رواية يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام[5] .

(الثاني) قول من قال ان لسيده جبره على الطلاق ، وهـو قول التقي ومن تابعه ، لوجوه :

---

١) التهذيب ٣٥٢/٧ .

٢) سورة النحل : ٧٥ .

٣) التهذيب ٣٤٨/٧ .

٤) الاية الشريفة ٧٥ من سورة النحل ، والحديث فى التهذيب ٣٤٧/٧ .

٥) التهذيب ٣٤٧/٧ وفيه : شعيب بن يعقوب العقرقوفى .

« الاول » ـ ان وجوب طاعته لمولاه على العموم الا زمـان أداء الفرائض وما لابد منه ، اما أن يكون ثابتاً أولا ، فان كان الاول لزم المطلوب ، وان كان الثاني لم يكن للمولى اجباره على النكاح لكن له ذلك فيلزم المطلوب أيضاً .

« الثاني » ـ اما أن يكون للمولى مدخل في تفريقهما أولا، فان كان الاول لزم المطلوب ، وان كان الثاني لزم أن لايقع التفريق بالبيع . والخصم يقول بوقو ع التفريق بالبيع اذا لم يمض المشتري العقد ، وهوالزام .

« الثالث » ـ رواية زرارة ، وقد تقدمت .

« الرابع » ـ لاريب أن العبد لايملك ملكاًتاماً اجماعاً، بل اما أن لايملك شيئاً أويملك ملكاً ناقصاً. فان قلنابالاول فالمطلوب لازم، لانالجمع بينالحكم بأنه لايملك شيئاً وبين الحكم بأن الطلاق بيده وليس للمولى فيـه دخل ممالا يجتمعان . وان قلنا بالثاني فكذلك يلزم المطلوب ، لانه لا معنى لنقصان ملكه الاأن لمولاه مدخلا فيما يملكه ، فلايصح امساك زوجته مع أمرمولاه بالطلاق.

ان قلت : فمانصنع برواية علي بن جعفرعن علي عليه السلام ورواية ليث عن الصادق عليه السلام .

قلت : أما الاولى: فقضية في واقعة ، فلايتعدى لاحتمال وجود ما يخصص الحكم بتلك الواقعة . وأيضاً اذا تعارضت روايتان وجب الرجوع الى الاصل والنظر، ولاريبأنالنظريقتضيما قلناه كما تقدم. وأماالثانية فغيرمنافية لما قررناه لان جوازطلاق العبد أعم من أن يكون على وجه اجبارالمولى له أولا، والعام لادلالة له على الخاص .

(فائدة) لوكانت زوجة العبد حرة فباعه سيده قبل الدخول : قال الشيخ بتنصيف المهرويثبت فيذمة المولى، وتبعه القاضي وابن حمزة. ومستنده رواية

ولو كانت أمة لمولاه كان التفريق الى المولى ، ولايشترط لفظ الطلاق .

علي بن ابى حمزة عن الكاظم عليه السلام[1] .

وقال ابن ادريس يجب عليه كمال المهر لثبوته في ذمته بمجرد العقد، ولا دليل على سقوطه بالبيع، وحمله على الطلاق قياس. وهو حسن خصوصاً مع ضعف الرواية ، فان علي بن ابى حمزة واقفي ملعون .

قوله : ولو كانت أمة لمولاه كان التفريق الى المولى ولايشترط لفظ الطلاق

هنا فوائد :

(الاولى) ان تزويج المولى عبده بأمته هل هو عقد أو تمليك للمنفعة اذلا ثالث اجماعاً ، لكنه ليس بعقد والا لاستحق به المهر ، لكن لايستحق به شيء والالكان له مستحق ومستحق عليه ، لان المهر للمولى كما تقدم ، فالمستحق عليه ليس العبد لاستحالة أن يستحق المولى في ذمة عبده شيئاً ولافي رقبته أو منفعته، لانهما مملوكان للمولى قبل التزويج ، ولا المولى لاستحالة أن يستحق الشخص في ذمة نفسه شيئاً ، وانتفاء لازم الشيء يستلزم لانتفائه فلايكون عقداً .

وأيضاً أجمعوا على أنه لايتعين هنا لفظ الطلاق مع أن النكاح الدائم لا يرتفع الا بالطلاق أو بالفسخ ، اما لزوال الملك أو لعيب أو لاختلاف الدين، ولا واحد من ذلك حاصل هنا فلايكون عقداً ولا تمليكاً ، لان العبد لايملك .

أجيب : بأنا نختار أنه عقد بالنسبة الى المولى غير مستقر بل له فسخه متى شاء ، والفسخ لايعتبر فيه الطلاق .

---

١) التهذيب ٨ / ٢١٠ ، الفقيه ٣ / ٢٨٩ .

(الثانية) اذا حصل التفريق بلفظ الطلاق ولا كلام في كونه مشروطاً بشرائطه وأنه يعد في الطلقات لدخول ذلك تحت عموم الادلة على الحكمين المذكورين أما اذا حصل بلفظ التفريق أو الاعتزال هل يكون طلاقاً فيكون مشروطاً ويعد في الطلقات أم لا؟ فنقول: ان قيل انه اباحة أو تمليك لايكون طلاقاً ولايعتبر شرائطه فيه ولايعد من الطلاق، وان قيل انه عقد فوجهان: أحدهما نعم لانه مساو للطلاق وقائم مقامه وحكم أحد المتساويين حكم الاخر، ولان الفسخ لم يعهد الا بواسطة من حدوث ملك أو ثبوت عيب أو تدليس أو ردة كما تقدم ، وهنا هو رفع بغير واسطة فيكون كالطلاق . وثانيهما أنه غير طلاق ، اذ لو كان طلاقاً لزم وقوعه بالكتابة ، وهو باطل اجماعاً منا . وهو فتوى ابن ادريس والمصنف والعلامة. وهو الحق .

(الثالثة) لو أمر المولى العبد في الطلاق هل يكون بمجرده فسخاً كما لو أمره بالاعتزال أم لا ؟ يحتمل الاول ، لانه متضمن للامر بالاعتزال الذي هو فسخ ، ولان العصمة هنا ضعيفة يكفي في رفعها أدنى عبارة . ويحتمل الثاني ، وهو الحق لوجوه :

« الاول » ـ أن الامر بالطلاق يتوقف على بقاء الزوجية الى حين ايقاعه لان الطلاق رفع النكاح ، فلو كان مرتفعاً بمجرد الامر لما حصل شرط الطلاق فيكون محالا فيكون الامر باطلا فلايقع به فسخ . وهو المطلوب .

« الثانى » ـ أنه جعل رفع النكاح الى العبد بصيغة واقعة منه ولم يحصل فلايكون مرتفعاً .

« الثالث » ـ أن الامر بالطلاق تقرير للنكاح كما تقدم في رواية ابن جعفر فلو كان فسخاً لاجتمع النقيضان .

(الرابعة) لو أمره بالطلاق فطلق ، ان قلنا ان الامر بمجرده فسخ لم يقع

النظر الثانى فى الملك . وهونوعان :

(الاول) ملك الرقبة ولا حصرفى النكاح به .

واذا زوج أمته حرمت عليه وطئاً ولمساً ونظراً بشهوة ما دامت في العقد .

وليس للمولى انتزاعها ، ولوباعها تخيرالمشترى دونه .

ولايحل لاحد الشريكين وطء المشتركة .

لعدم مصادفته محلا ، وان قلنا ليس بفسخ فان قلنا ان العقد اباحة فكذلك لان الطلاق تابع للعقد ولاعقد فلاطلاق. ويحتمل كونه فسخاً، لان المولى استنابه فيه ولوصدر من المولى كان فسخاً فكذا من نائبه . وان قلنا انه عقد صح، لانه طلاق من أخذ بالساق ، ولان المانع حق المولى وقدزال باذنه. ويحتمل عدمه لرواية ليث وقد تقدمت . والاصح الاول ، أعني كونه طلاقاً ، لان العبد كالوكيل .

(الخامسة) لوطلق العبد بغيراذن سيده ألحق البطلان ، لما تقدم من رواية ليث ورواية زرارة، ولرواية يعقوب[1] بن شعيب عن الصادق عليه السلام لماسئل عن طلاق العبد وقال: ليس له طلاق ولانكاح. وليس المراد نفي الحقيقة لبطلانه فتحمل على اقرب المجازات وهونفي الصحة .

قوله : وهونوعان الاول ملك الرقبة ، ولا حصر فى النكاح به

وهنا فوائد :

(الاولى) يدل على اباحة نكاح المملوكة مع الاجماع نص قوله تعالى « أوماملكت أيمانكم »[2] .

---

١) قدمرعن التهذيب انه شعيب بن يعقوب .

٢) سورة النساء : ٢ .

(الثانية) انه لايحتاج الى عقد، لان السيد مالك لجميع منافعها وهو مستلزم لملك بضعها ، فالعقد عليها تحصيل للحاصل .

ان قلت : المرأة مالكة لجميع منافع عبدها فهلا ملكت مباضعته فكانت حلالا له.

قلت : خرج ذلك بالنص والاجماع . وأيضا يدل على تحريمها عليه وجهان :

« الاول » ـ أنه يشترط في الواطى أن يكون مالكاً للبضع ملكاً تاماً، والعبد اما أن نقول انه لايملك شيئاً فالتحريم ظاهر، أو يملك ملكاً ناقصاً فلا يستبيح لنقص الملك ، ولذلك لايجوز لاحد الشركاء في الامة وطؤها.

« الثاني » ـ لوملكته بضعها لزم أن يكون كل واحد منهما حاكماً محكوماً عليه معاً ، وهو ضد الحكمة المرادة له تعالى بقوله « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض »[1].

(الثالثة) هل يكون العبد محرماً لمالكته ، بمعنى جواز النظر اليها والخلوة معها والسفر أم لا ؟ قال في المبسوط[2] قيل فيه وجهان : أحدهما وهو الظاهر أنه يكون محرماً لقوله تعالى « أو ماملكت أيمانهن »[3] عطفاً على من أبيح اظهار الزينة له ، وثانيهما وهو الاشبه بالمذهب أنه لايكون محرماً فحلاكان أو خصياً. قال : وهو الذي يقوى في نفسي ، وروى أصحابنا في تفسير الاية أن المراد بما ملكت الاماء دون الذكران .

---

١) سورة النساء : ٣٤ .

٢) المبسوط ٤/١٦١ .

٣) سورة النور : ٣١ .

ويجوز ابتياع ذوات الازواج من أهل الحرب وأبنائهم وبناتهم.

وكذا اختار في الخلاف[1] فحلا كان أو خصياً أو مجبوباً، محتجاً باجماع الفرقة والاحتياط .

واحتج في التهذيب بما رواه عن احمد بن اسحاق عن ابى ابراهيم عليه السلام قال: قلت له: يكون للرجل الخصي يدخل على نسائه ويناولهن الوضوء فيرى شعورهن . فقال : لا[2].

وحمل رواية ابن بزيع[3] بالاباحة على التقية .

وقال ابن الجنيد بالكراهية، محتجاً بما رواه في كتابه عن الصادق والكاظم عليهما السلام كراهية رؤية الخصيان الحرة من النساء حراً كان أومملوكاً .

قوله : ويجوز ابتياع ذوات الازواج من اهل الحرب وابنائهم

أي يجوز أن يشتري المسلم المرأة المزوجة من أهل الحرب وان كان البائع زوجها ، وكذا أن يشتري أبناءهم وبناتهم وان كان البائع القريب ، لانه يجوز تملكهم بدون ذلك بل بمجرد الاستيلاء ، فلا يكون توسط البيع مانعاً من صحة الاستيلاء ، لانه في الحقيقة استنقاذ . ولهذا لاتلحق ذلك العقد أحكام البيع من الخيار والغبن على الاصح .

---

١) الخلاف ٢/ ٣٥٨ ، قال فيه : اذا ملكت المرأة فحلا اوخصياً اومجبوباً لايكون محرماً لها ولايجوز له ان يخلو بها ولايسافر معها .

٢) التهذيب ٧/ ٤٨٠، الفقيه ٣ / ٣٠٠ ، الكافى ٥/ ٥٣٢، وفى الاخيرين « محمد ابن اسحاق » وفى الفقيه بزيادة « بن عمار » .

٣) الكافى ٥/ ٥٣٢، التهذيب ٧/ ٤٨٠، فى الاول زيادة وهى: قلت فكانوا احراراً؟ قال : لا . قلت : فالاحرار يتقنع منهم ؟ قال : لا .

ولو ملك الامة فأعتقها حل له وطؤها بالعقد وان لم يستبرئها ، ولا تحل لغيره حتى تعتد كالحرة .

ويملك الاب موطوءة ابنه وان حرم عليه وطؤها وكذا الابن .

(النوع الثاني) : ملك المنفعة .

وصيغته أن يقول: أحللت لك وطأها أو جعلتك في حل من وطئها ولم يتعدهما الشيخ .

واتسع آخرون بلفظ الاباحة ، ومنع الجميع لفظ العارية .

قوله : ولو ملك الامة فأعتقها حل له وطؤها بالعقد وان لم يستبرءها

يشير بذلك الى خلاف بعض الجمهور، فانه قال لابد من الاستبراء. والحق خلافه، لانه مع العتق لا تكون مملوكة حتى يجب استبراؤها .

قوله : النوع الثاني ملك المنفعة ، وصيغته ان يقول «احللت لك وطئها» أو «جعلتك في حل من وطئها» ، ولم يتعدهما الشيخ واتسع آخرون بلفظ الاباحة ، ومنع الجميع لفظ العارية

هنا فائدتان :

(الاولى) ان هذا النوع ـ أعني تحليل الانسان أمته لغيره ـ هل هو سائغ أم لا ؟ المشهور عند أصحابنا الاول ، ونقل في المبسوط[1] وابن ادريس قولا نادراً بمنعه ، كما هو مذهب اكثر الجمهور .

واحتج المسوغ بعموم قوله تعالى « أو ماملكت أيمانكم »[2]، ولفظ « ما »

---

١) المبسوط ٤/ ٢٤٦ ، السرائر : ٣١٣ .

٢) سورة النساء : ٣ .

لما لايعقل، فيكون المراد بها ملك المنافع ، أعم من أن يكون ذلك تبعاً لملك الاصل أو لم يكن . خرج من ذلك ماكان بالاجارة والعارية فيبقى الباقي على عمومه . ولو أراد المملوكات لقال « من ملكت » ، لان لفظ « من » وضع لمن يعقل . وبتظافرالروايات عن أهل البيت عليهم السلام، كرواية محمد بن مسلم وابى بصير وابن بزيع وغيرها[1] .

واحتج المانع بقوله « فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون »[2] والتحليل خارج عن قسمي الازواج والملك فيكون عدواناً ، وبرواية الحسين ابن علي بن يقطين صحيحاً قال : سألته عن الرجل يحل فرج جاريته ؟ قال : لا أحب ذلك[3]. ورواية عمار عن الصادق عليه السلام في المرأة تقول لزوجها جاريتى لك . قال : لايحل له فرجها الا أن تبيعه أو تهب له[4] .

وأجيب عن الاية بما تقدم ، وعن الرواية الاولى أنها تدل على الكراهية ، وعن الثانية بضعفها أولا وبالقول بموجبها ثانياً ، فان قولها « جاريتي لك » لايدل على التمليك، فلا يفيد الحل الا مع سبب الملك من البيع أوالهبة للعين أو التحليل للمنفعة .

(الثانية) في الصيغة ، قال الشيخ[5] في النهاية والتهذيب : ينبغي أن يراعى في ذلك لفظ التحليل ، وهو أن يقول المالك « قد جعلتك في حل من وطىء هذه الجارية » أو « أحللت لك وطيها » ، ولا يجوز لفظ العارية .

---

١) راجع الوسائل ١٤/ ٥٣١ الى ٥٣٩ .
٢) سورة المؤمنون : ٧ .
٣) الوسائل ١٤/ ٥٣٣ .
٤) الوسائل ١٤/ ٥٣٥ .
٥) النهاية : ٤٩٤ .

وهل هو اباحة أو عقد ؟ قال « علم الهدى » : هو عقد متعة .

وقال ابن ادريس[1] : هذه العبارة لاتمنع من جواز « أبحتك وطيها » ، وانما منع لفظ العارية لشناعة المخالفين على أصحابنا أنهم يعيرون الفروج. قال: وذهب الشيخ في باب العارية من المبسوط[2] الى ما اخترناه، فقال: لايجوز اعارة الجارية للاستمتاع بها لان البضع لايستباح بالاعارة ، وحكى عن مالك جواز ذلك . وعندنا يجوز ذلك بلفظ الاباحة ولا يجوز بلفظ العارية .

واختار العلامة في المختلف[3] أيضاً الجواز بلفظ الاباحة. والمختار الاقتصار على المتفق عليه، وهو لفظ التحليل دون الاجارة والعارية والاباحة والتمليك ، وان كانت متفقة أو متقاربة في المعنى ، تمسكاً بأصالة حرمة فرج جارية الغير خرج عنه الجواز بلفظة التحليل بالنص والاجماع فيبقى الباقي على أصله .

وأيضاً لوجاز بلفظة الاباحة لكونها بمعنى التحليل كما قاله العلامة لجاز أيضاً بلفظ العارية لكونها في معنى الاباحة ، واللازم باطل اتفاقاً فكذا الملزوم، والملازمة ظاهرة. وتؤيده رواية ابى العباس البقباق قال: سأل رجل عن الصادق عليه السلام ونحن عنده عن عارية الفرج . فقال: حرام ، ثم مكث قليلا وقال: لكن لابأس بأن يحل الرجل جاريته لاخيه[4].

قوله : وهل هو اباحة او عقد ؟ قال علم الهدى هو عقد متعة

لوقال هل هو عقد أو تمليك لكان أولى ، لان مايبيح الفروج منحصر فيهما،

---

١) السرائر : ٣١٤ .

٢) المبسوط ٣/٥٧ .

٣) المختلف ، الجزء الرابع ٢٠ .

٤) التهذيب ٧/٢٤٤ ، الكافى ٥/٤٧٠ .

فان فسر الاباحة بالتمليك كان تطويلا من غير فائدة ، وان لم يكن الترديد في كونه اباحة أوعقداً صحيحاً بل ولا حاصراً لان ملك العين ليس داخلا حينئذ في العقد والاباحة .

اذا عرفت هذا فاعلم أنه لما انحصرالمبيح للبضع فيالعقد أوالملك لقوله تعالى «والذين لفروجهم حافظون* الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم»[1] وجب رجوع هذا التحليل الى واحد منهما والا لكان فاسداً .

فقالعلم الهدى: انه عقد متعة ، اذهوليس بتمليك، لانالمملكات محصورة وليس شيء منها بحاصل هنا فيكون عقداً ، وليس بدائم اتفاقاً لان رفعه يحصل وان كره الزوج فيكون عقد متعة .

واختار الشيخ أنه ليس بعقد وانما احتاج الى مدة معلومة ، وانما هوتمليك منفعة مع بقاء الاصل على المالك ، كسكنى الدار واعمارها .

وهذا هو الحق، لما بينا من دخوله في الملك . ويلزم المرتضى رحمهالله أن لايكون تحليل الا بأجل معلوم ومهرمعلوم. وليس كذلك، للروايات الدالة على اباحته مطلقاً . نعم شرط الشيخ في المبسوط تعيين المدة ممنوع ، وعلى التقديرين لابد فيه من القبول .

قوله : وفى تحليل امته لمملوكه تردد ، ومساواته بالاجنبى اشبه

منشأ التردد النظرالى منع الشيخ رحمه الله فيالنهاية[2] محتجاً برواية علي ابن يقطين عن الكاظم عليه السلام أنه سئل عن المملوك أيحل له أن يطأ الامة

---

١) سورة المؤمنون : ٥ ، ٦ .

٢) النهايه : ٤٩٤ .

ولوملك بعض الامة فأحلته نفسها لم يصح .

وفى تحليل الشريك تردد والوجه : المنع .

ويستبيح ما يتناوله اللفظ .

فلوأحل التقبيل اقتصر عليه ، وكذا اللمس .

لكن لوأحل الوطء حل له مادونه ، ولوأحل الخدمة لم يتعرض للوطء .

وكذا لايستبيح بتحليل الوطء .

من غير تزويج اذا أحل له مولاه ؟ قال : لايحل له[1]. والى قول ابن ادريس[2] أنه لا مانع منه من كتاب ولا سنة ولا اجماع ، والاصل الاباحة ، ويؤيده قوله تعالى « فانكحوهن باذن أهلهن »[3]، ولانه يملك وطؤها بالعقد اجماعاً فيملك أيضاً بالتحليل لتساويهما في السببية .

وقول الشيخ أولى ، لضعف تملك العبد ، وللرواية المذكورة والنكاح في الاية يراد به العقد . ودعواه أنه حقيقة في الوطىء يعارضه ترجيح المجاز على الاشتراك . ولو سلم الاشتراك لكنه لايصلح للحجة الا مع القرينة ، وليست حاصلة هنا .

قوله: ولوملك بعض الامة فأحلته نفسها لم يصح، وفى تحليل الشريك تردد والوجه المنع

---

١) التهذيب ٢٤٣/٧ ، الاستبصار ١٣٧/٣ .

٢) السرائر : ٣١٤ .

٣) سورة النساء : ٢٥ .

وولد المحللة حر .

فان شرط الحرية فى العقد فلاسبيل على الاب. وان لم يشترط ففى الزامه قيمة الولد روايتان ، أشبههما : أنها لاتلزم .

ولابأس أن يطأ الامة وفى البيت غيره ، وأن ينام بين أمتين.

ويكره فى الحرائر ، وكذا يكره وطء الفاجرة ومن ولدت من الزنا .

ويلحق بالنكاح ، النظرفى أمور خمسة :

(الاول) فى العيوب والبحث فى أقسامها وأحكامها :

تقدم مثل هذه المسألة ، ومنشأ التردد من قول الشيخ[1] بالجواز للرواية[2] ومن لزوم تبعض سبب البضع الممنوع منه .

والتحقيق أن نقول: ان جعلنا التحليل عقداً فلا شك في التبعيض فلا يصح، وان جعلناه تمليكاً صح، لان الملك له أسباب كالشراء والارث والاتهاب وأمثال ذلك ومن جملتها التحليل الا أنه سبب ملك منفعة البضع وتبعض سبب الملك غيرضاروالا لزم تحريم بعضها اذا ملك بعضها بالشراء وبعضها بالارث، واللازم باطل اتفاقاً .

قوله: وولد المحللة حر فان شرط الحرية فى العقد فلا سبيل على الاب، وان لم يشترط ففى الزامه قيمة الولد روايتان اشبههما انها لاتلزم

ماذكره اختيار المرتضى والشيخ في الخلاف وابن ادريس والعلامة[3].

---

١) النهايه : ٤٩٤ .

٢) راجع الوسائل ١٤/٥٤٥ .

٣) السرائر : ٣١٢ ، القواعد : المطلب الثانى من الفصل الثالث فى الملك .

وهو الحق، لأصالة الحرية وأصالة براءة الذمة من القيمة، والاجماع على أن الولد يتبع أشرف الطرفين، ولان مبنى الحرية على التغليب والسراية، ولهذا لوأعتق جزءاً من مائة الف جزء من الرقيق سرى عليه العتق في الجميع. والسرأن الولد مخلوق من ماء الرجل والمرأة فتساوت نسبته الى الابوين، وترجحت الحرية بالاصل، وتؤيده الرواية عن اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: الرجل يحلل جاريته لاخيه أوحرة حللت جاريتها لاخيها؟ قال: يحل له من ذلك ما أحل له. قلت: فجاءت بولد. فقال: يلحق بالحر من أبويه[1].

وبمعناها رواية زرارة عن الباقر عليه السلام: الرجل يحل جاريته لاخيه. قال: لابأس. قال: قلت فانها جاءت بولد. قال: يضم اليه ولده وترد الجارية على صاحبها[1].

وقال الشيخ في النهاية[2] انه اذا لم يشرط الحرية لزمته القيمة، محتجاً برواية ضريس عن الصادق عليه السلام: الرجل يحل لاخيه فرج جاريته وهي تخرج في حوائجه. قال: هي له حلال. قلت: أرايت ان جاءت بولد منه ما يصنع به؟ قال: هو لمولى الجارية الا أن يكون قد اشترط عليه حين أحلها له ان جاءت بولد فهو حر[3].

والجواب: ان الاولى أوضح طريقاً وأوفق للنظر كما بيناه فتتعين للعمل.

١، ١) التهذيب ٧/٢٤٧، الاستبصار ٣/١٣٩.

٢) النهاية: ٤٩٤، قال فيه: ومتى جعله في حل من وطئها واتت بولد كان لمولاها وعلى ابيه ان يشتريه بماله ان كان له مال، وان لم يكن له مال استسعى في ثمنه فان شرط ان يكون الولد حراً كان على ما شرط.

٣) التهذيب ٧/٢٤٨، الاستبصار ٣/١٤٠.

قوله : عيوب الرجل أربعة الجنون والخصاء والعتق والجب

هنا فوائد :

(الاولى) الاكثر على أن عيوب الرجل هذه الاربعة، وبه قال القاضي في الكامل، وزاد في المهذب الجذام والبرص والعمى ، ولم يعد الخصى عيباً فيه . وهو الظاهر من كلام ابن الجنيد . وهو قوي عندي لوجوه :

« ١ » ـ ان هذه الثلاثة عيوب في طرف المرأة اجماعاً ، ففي طرف الرجل أولى لانها أشد اضراراً بالمرأة ، لان الرجل لولا حكم الفسخ لامكنه التخلص بالطلاق، بخلاف المرأة فانها اذا ابتليت بواحد منها لم يمكنها التخلص

« ٢ » ـ اطلاق رواية الحلبى عن الصادق عليه السلام : انما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل[1] .

« ٣ » ـ في الجذام قول النبى صلى الله عليه وآله وسلم : فر من المجذوم فرارك من الاسد[2] .

احتج الاكثر بأصالة بقاء العقد وعدم فسخه ، وبرواية غياث الضبى عن الصادق عليه السلام الى أن قال : والرجل لايرد من عيب[3] . خرج ما خرج

---

١) الفقيه ٣/٢٧٣ ، الكافى ٥/٤٠٦ ، التهذيب ٧/٤٢٤ ، ٤٢٦ العفل والعفلة : شيء يخرج من قبل النساء فيضيق فرجها حتى يمنع الايلاج، وقيل هو ورم يكون بين مسلكيها وقيل هو القرن .

٢) الفقيه ٣/٣٦٣ .

٣) الكافى ٥/٤١٠ ، التهذيب ٧/٤٣٠ ، الفقيه ٣/٣٥٧ وفيه : والرجل لايرد من عنن، وفى الاول : « عباد » بدل « غياث » .

من هذا النفي بالاجماع فيبقى الباقي على النفي .

والجواب : ان الاصل يخالف للدليل وقد بيناه ، والرواية متروكة الظاهر اجماعاً ، وهي مع مخالفتها للنظر ضعيفة .

(الثانية) الجنون[1] زوال العقل بحيث لايميز صاحبه الحسن من القبيح ، والخصاء هوسل الانثيين[2] ، وفي معناه الوجاء [3] وهورضهما بحيث يبسان ، والجب هو قطع المذاكير بحيث لم يبق له مايمكن الجماع ، والعنن مرض يعجز معه عن الايلاج لعدم انتشار العضو ، والاسم العنة من «عن» اذا اعترض و«العنن» الاعتراض لان الذكر يعترض اذا أراد الايلاج ، وقال الحريري لانه يعترض للنكاح ولايقدر عليه، قال : ولايقال «عنة» بل «عينية» لان العنة[4] هي

---

١) في الجواهر ٣١٨/٣٠ : الجنون هومرض في العقل يقتضى فساده وتعطيله عن افعاله واحكامه ولوفي بعض الاوقات، من الجنان اوالجن بالكسر اوالجن بالفتح، فالمجنون من اصيب جنانه أي قلبه، أواصابته الجن أوحيل بينه وبين عقله فسترعقله. نعم لاعبرة بالسهو الكثير السريع الزوال ولاالاغماء الذى يكون عن هيجان المرة أوغلبة المرض أونحوذلك مما لايصدق معه اسم المجنون ـ الى آخر مقاله رفع الله مقامه .

٢) يقال سلت انثياه : أى نزعت خصيتاه .

٣) وجأته اوجؤه مهموز من باب نفع ، وربما حذفت الواو في المضارع فيقال : يجأكما يقال يسع ويطأويهب. وذلك اذا ضربته بسكين ونحوه فيأى موضع كان ، والاسم « الوجاء » مثل كتاب . ويطلق أيضاً على رض عروق البيضتين حتى تنفضخا من غير اخراج فيكون شبيهاً بالخصاء .

اقول: الرض : الدق. والفضخ :كسرالشيء الاجوف ، يقال: فضخت رأسه فانفضخ اى ضربته فخرج دماغه .

٤) العنة بالضم ثم النون المفتوحة المشددة : الحظيرة من الخشب أوالشجر تجعل للابل والغنم تحبس فيها ، وقيد في الصحاح فقال : لتتدرأبها من بردالشمال . قال ثعلب : العنة الحظيرة تكون على باب الرجل فيكون فيها ابله وغنمه .

وعيوب المرأة سبعة : الجنون والجذام والبرص والقرن والافضاء والعمى والاقعاد.

وفى الرتق تردد أشبهه : ثبوته عيباً لانه يمنع الوطء .

ولاترد بالعورولابالزنا ولوحدت فيه ، ولابالعرج على الاشبه.

وأما الاحكام فمسائل :

الحظيرة من الخشب وتقول العرب للعنين السريس[1] .

(الثالثة) سيجيء أنه لافسخ بالمتجدد فيما عدا الجب ، وأما الجب فهل يفسخ به لوتجدد بعد الوطى أم لا ؟ قال الشيخ في موضع من المبسوط لها الخيار مدعياً للاجماع، وتبعه القاضي لفوات الاستمتاع وليس بيدها طلاق فلولا الخيار لزم الحرج والضرر المنفيان بالكتاب والسنة . وقال في موضع آخر[2] منه وفي الخلاف لاخيار لها لاصالة بقاء العقد . واختاره ابن ادريس[3] .والاجود الاول لليأس من زواله بخلاف غيره .

قوله : وعيوب المرأة سبعة الجنون والجذام والبرص والقرن والافضاء والعمى والاقعاد ، وفى الرتق تردد اشبهه ثبوته عيباً لانه يمنع الوطى ، ولاترد بالعور ولابالزنا ولوحدت فيه ، ولابالعرج على الاشبه

تقدم معنى الجنون فلاحاجة الى اعادته، والجذام مرض يظهر معه يبس الاعضاء وتناثر اللحم ولايكفي قوة الاحتراق ولاتعجر الوجه ولااستدارة العين .

---

١) السريس: الذى لايأتى النساء ، العنين من الرجال، ويقال: فحل سرس وسريس اذا كان لايلقح .

٢) المبسوط ٤/٢٥٢ ، الخلاف ٢/٣٩٧ .

٣) السرائر : ٣٠٩ .

والتعجر اما من العجرة وهي العقدة ، فيكون التعجر التعقد ، أومن العجر وهو النتو[1]. ويثبت بشهادة عدلين عارفين أنه جذام ، فان لم يتفق فعلى المنكر اليمين .

والبرص وهو البياض الظاهر على صفحة البدن لغلبة البلغم ، وقد يشتبه بالبهق . وحكمه في الثبوت كما في الجذام .

والقرن والغالب في عبارة الفقهاء فتح الراء، وفي لسان أهل اللغة بسكونها. واختلف في ماهيته : فقيل انه عظم ينبت في الرحم يمنع الوطىء ، وقيل انه لحم ينبت في الرحم يسمى العفل . والقولان حكاهما في المبسوط . قال السعيد[2] : ان اعتبر الوضع اللفظي فهومسألة من علم اللغة ، وان اعتبرت الحقيقة فهومسألة من علم التشريح ، فالفقيه يتسلمها ويبحث عن القدر المشترك وهو كلما يمنع الوطىء يثبت به الخيار لفوات غاية النكاح والافلا ، ويبحث عن وجه التغاير من حيث أنه لورضي بأحدهما دون الاخر .

والافضاء قيل هوذهاب الحاجزبين مخرج البول والحيض ـ قاله ابن ادريس[3] . وقال غيره هو ذهاب الحاجز بين مدخل الذكر ومخرج الغائط . وكلاهما عيب .

والعمى هوذهاب البصرمن العينين معاً .

والرتق التحام الشفرين[4] بحيث يمنع من الايلاج .

---

١) العجربفتح الاول والثانى وهوالنتو، وهوورم العضوفهونات .

٢) الايضاح ٣/ ١٧٦ .

٣) السرائر : ٣٠٩ .

٤) شفر كل شيء حرفه، ومنه شفرالعين ، وهوالذى ينبت عليها الشعر . وشفرالفرج: حرفه .

اذا تقررَ هذا فهنا مسائل :

(الاولى) الاظهر في فتاوى الاصحاب أن العمى عيب ، ذكره الشيخ في النهاية[1] والمفيد والمرتضى وابن الجنيد والقاضي والتقي وسلاروابن ادريس وابن حمزة ، وجعله الشيخ[2] في المبسوط والخلاف قولا محكياً ، وجعله ابن بابويه[3] رواية .

والدليل على كونه عيباً رواية داود بن سرحان صحيحاً عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أوبرصاء أوعرجاء . قال: ترد على وليها ويكون لها المهرعلى وليها[4] .

وروى ابن بابويه في الفقيه عن محمد بن مسلم عن الباقرعليه السلام قال : ترد العمياء والبرصاء والجذماء والعرجاء[5] .

ولم يجعله الصدوق في المقنع عيباً، محتجاً برواية الحلبى المتقدمة : انما يرد النكاح[6] ـ الى آخره . وانما للحصر .

وأجيب : بأنه مع التعارض يجب الرجوع الى النظر ، وهويقتضي كونه عيباً ، لانه اضرار بالرجل ولاضرار في الاسلام ، ولانه عيب لم يعلمه العاقد فيتسلط على الردكالبيع، والقياس وان لم يكن حجة لكن له صلاحية الترجيح.

(الثانية) تردد المصنف في الرتق من حيث عدم النص الصريح بذلك ،

---

١) النهاية : ٤٨٥ ، المقنعة : ٨١ ، السرائر : ٣٠٩ .

٢) المبسوط ٤/٢٤٩ ، الخلاف ٢/٣٩٦ .

٣) المقنع : ١٠٤ .

٤) التهذيب ٧/ ٤٢٤ ، الاستبصار ٣/٢٤٦ .

٥) الفقيه ٣/٢٧٣ ، التهذيب ٧/٤٢٤ وليس فيه « الجذماء » .

٦) التهذيب ٧/٤٢٦ .

ومن اقتضاء النظر الرد به لكونه مانعاً من الايلاج الذي هو مراد من المرأة للالتذاذ والنسل، فترد به كالقرن.

ان قلت : هذا قياس وهو عندكم ليس بحجة .

قلت : انه ليس بقياس في الحقيقة ، لان الخصوصية التي يمتاز بها القرن عن الرتق يعلم قطعاً أنه لامدخل لها في الحكم، فيكون الحكم معلقاً على المشترك فيكون الرتق من جزئيات ذلك المشترك .

والتحقيق أنه اذا لم يقبل العلاج فهو عيب ، وكذا ان قبل وامتنعت والا فلاعيب .

وهل يعتبر رتقها بالنسبة الى أصغر الالات أو الى معتدلها أولى آلة الزوج ؟ الاقرب الاول، وحينئذ نقول: هل لها الخيار اذا كان كبير الالة بالنسبة الى فرجها بحيث يخشى بالوطىء الافضاء ؟ فيه تردد، من عدم الوقوف على نص فيه ، ومن اقتضاء النظر الفسخ دفعاً للضرر، وهو قريب ، ويكون حكمه حكم الخصاء والجب ، لان امتناع الوطىء من قبله .

(الثالثة) انه لارد بالعور ، اذ ليس مانعاً من كمال الالتذاذ ولاضرر فيه فلا موجب للرد .

(الرابعة) قال المفيد[1] وسلار والقاضي والتقي وابن الجنيد : ان المحدودة بالزنا ترد لكونه عاراً. وقال الشيخ في النهاية وابن ادريس[2] لاترد الا أنه يرجع على وليها العالم بحالها بالمهر وليس له فراقها الا بالطلاق .

والحق أنها لاترد ولايرجع على الولي بشيء :

أما الاول : فلاصالة لزوم العقد وكونها محدودة غير مانع من الالتذاذ ،

---

١) المقنعة : ٨١ .

٢) النهاية : ٤٨٦ ، السرائر : ٣٠٩ .

ولزوم العارممنوع لقدرته على ازالته بالطلاق . وتؤيد ما قلناه رواية رفاعة بن موسى عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن المحدود والمحدودة هل يرد من النكاح ؟ قال : لا[1] .

وأما الثاني : فلان الرجوع على وليها بالمهر وعدم ردها كالجمع بين النقيضين، لان كونها محدودة ان كان عيباً استلزم الرد والالم يكن موجباً للرجوع على الولي بشيء .

(الخامسة) قال الشيخ في النهاية[2] وابن الجنيد وسلار والقاضي في الكامل والتقي وابن حمزة العرج عيب ترد به المرأة، لرواية داود بن سرحان صحيحاً عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء . قال : ترد على وليها ويكون لها المهر على وليها[3] .

وجعله الصدوق[4] في الفقيه والمقنع رواية، ولم يذكره الشيخ في المبسوط والخلاف ، وجعله ابن ادريس قولا محكياً . والحق ما فصله العلامة ، وهو أنه ان بلغ الاقعاد فهو عيب والا فلا . واختاره المصنف، لقول الصادق عليه السلام في رواية داود بن سرحان في الصحيح : وان كان بها زمانة لا يراها الرجل أجيز شهادة النساء عليها .

---

١) التهذيب ٧/٤٢٤ ، الكافي ٥/٤٠٧ ، الاستبصار ٣/٢٤٥ .

٢) النهاية : ٤٨٥ .

٣) التهذيب ٧/٤٢٤ ، الاستبصار ٣/٢٤٦ .

٤) الفقيه ٣/٢٧٣ روى فيه عن عبدالحميد عن محمد بن مسلم قال: قال ابو جعفر عليه السلام: ترد العمياء والبرصاء والجذماء والعرجاء. وقال في المقنع: ١٠٤ روى في الحديث ان العمياء والعرجاء ترد .

(الاولى) لايفسخ النكاح بالعيب المتجدد بعد الدخول .

وفى المتجدد بعد العقد تردد عداالعنن .

وقيـــل تفسخ المرأة بجنون الرجل المستغرق لاوقات الصلاة وان تجدد .

(الثانية) الخيار فيه على الفور ، وكذا فى تدليس .

قوله: ولايفسخ النكاح بالعيب المتجدد بعد الدخول، وفى المتجدد بعد العقد تردد عدا العنن ، وقيـــل تفسخ المرأة بجنون الرجل المستغرق لاوقات الصلاة وان تجدد

تنقيح هذا البحث بمسائل :

(الاولى) في حدوث العيب بعد العقد وقبل الدخول قولان ، قال الشيخ[1] في المبسوط والخلاف ترد به لعموم الاحاديث المتقدمة ، فانه لـم يفصل فيها بين كون العيب قبل العقد أوبعده . وقال ابن ادريس[2] لاترد به . وهوالظاهرمن كلام ابن حمزة ، واختاره العلامة[3] محتجاً بـأن العقد وقع صحيحاً خالياً عن التدليس ولايثبت بهالخيارفيكون لازماً كما لوتجدد بعدالدخول، ولانه لم يوجد منها تدليس ويمكنه التخلص بالطلاق فلايثبت له خيار، كما لوأعتق وتحته أمة لم يثبت له خيار ، ولوكان شرط حريتها في الابتداء ثبت له الخيار .

وأما المصنف فتردد فيما عدا العنن ، نظراً الى الخلاف واطلاق الروايات فترد، وكون الاصل لزوم العقد فثبوت الخيار يحتاج الى دليل ولم يوجد فلاترد. والفتوى على ما قاله العلامة .

---

١) المبسوط ٢٥٢/٤ ، الخلاف ٣٩٧/٢ .

٢) السرائر : ٣٠٨ ، ٣٠٩ .

٣) المختلف ، الجزء الرابع ص ٣ .

(الثانية) لاخلاف في أن العنة يرد بها سواء كانت قبل العقد أو بعده ، وهل يردبها لوحدثت بعد الدخول أم لا ؟ منعه الشيخ[1] وابن الجنيد والقاضي وابن ادريس[2] وابن حمزة .

وقال المفيد[3] يردبها ، وتبعه ابن زهرة . قال الشيخ: انما حمله على ذلك عموم الاخبار واطلاقها . ثم قال: والاولى عندي الاخذ بالخبر الذي رويناه عن اسحاق بن عمارعن جعفرعن أبيه عن علي « ع » أنه كان يقول : اذا تزوج الرجل بامرأة فوقع عليها مرة ثم أعرض عنها فليس لها الخيار لتصبرفقد ابتليت وليس لامهات الاولاد ولا للاماء مالم يمسها من الدهر الامرة واحدة خيار[4] .

وعن غياث الضبى عن الصادق عليه السلام قال في العنين: اذا علم أنه عنين لم يأت النساء فرق بينهما ، واذا وقع عليها وقعة واحدة لم يفرق بينهما[5] .

قال العلامة[6] : والاشهرقول الشيخ تمسكاً بمقتضى العقد اللازم وبما تقدم من الروايات، وان كان قول المفيد لايخلو أيضاً من قوة ، لما فيه من دفع الضرر بفوات فائدة النكاح . قال : ونحن في ذلك من المتوقفين .

قلت : وقول الشيخ مع شهرته أقوى ، لما ثبت في الاصول من وجوب العمل بالخاص أوالمقيد مع معارضة العام أوالمطلق ، ولاريب أن الخبر الذي أورده الشيخ أخص وأقوى دلالة، ونمنع لزوم الضرر، اذوجوب الانفاق عليها ربما حمله على الطلاق .

---

١) المبسوط ٤/٢٦٤ ، النهاية : ٤٨٧ .

٢) السرائر : ٣٠٩ .

٣) المقنعة : ٨١ .

٤) التهذيب ٧/٤٣٠ ، الاستبصار ٣/٢٥٠ .

٥) الفقيه ٣/٣٥٧ ، التهذيب ٧/٤٣٠ ، الاستبصار ٣/٢٥٠ ، الكافي ٥/٤١٠ .

٦) المختلف ، الجزء الرابع ص٤ .

(الثالثة) الفسخ فيه ليس طلاقاً ، فلا يطرد معه تنصيف المهر.

(الثالثة) قال الشيخ [1] في النهاية والمبسوط والخلاف والمفيد اذا حدث بالرجل جنون لايعقل معه أوقات الصلوات كان للمرأة الفسخ . ولاأرى لهذا القيد فائدةبعد تحقق الجنون ، ولهذا لن يجعل القاضي لهذا القيد مدخلا في ثبوت الخيار .

واختاره العلامة في المختلف[2] وقال : الوجه التسلط على الفسخ سواء عقلأوقات الصلوات أولا، لما فيه من الضررالمنفي بالاصل، لفوات ثمرةمنافع العقد من كمال الاستمتاع ، ولما رواه علي بن أحمزة قال : سئل ابوابراهيم عليه السلام عن امرأة يكون لها زوج قد أصيب في عقله بعدما تزوجها أو عرض له جنون . قال : لها أن تنزع نفسها منه ان شاءت[3] .

(الرابعة) يظهر من كلام ابن حمزة أن الجنون الموجب للخيارفي الرجل والمرأة هو الذي لايعقل معه أوقات الصلاة ، سواء كان متقدماً على العقد أو متأخراً عنه ، وكلام باقي الاصحاب يدل على أن قيد عدم التعقل المذكورمختص بالجنون الحادث بالرجل كما قاله المصنف لابما كان قبل العقد ولابجنون المرأة.

(الخامسة) هل الجنون الحادث بعد الدخول حكمه حكم القديم؟ الظاهرمن كلامهم عدم الفرق .

قوله : الفسخ فيه ليس طلاقاً فلا يطرد معه تنصيف المهر

هنا فوائد :

---

١) النهاية : ٤٨٦ ، المبسوط ٤/٢٥٢ ، الخلاف ٢/٣٩٧ ، المقنعة : ٨١ .

٢) المختلف ، الجزء الرابع ٢ .

٣) التهذيب ٧/٤٢٨ ، الفقيه ٣/٣٣٨ .

(الرابعة)لايفتقر الفسخ بالعيوب الى الحاكم ،ويفتقر فى العنن لضرب الاجل .

(الاولى) لاخلاف في أن الفسخ بغير الجنون لايفتقر الى الطلاق، وهل يفتقر في الجنون المتجدد الى الطلاق لوفسخت به المرأة ؟ ظاهر كلام الشيخ[1] ومن تابعه غير ابن ادريس[2] أنه يفتقر اليه ويكون من وليه ، والاجود مساواته لباقي العيوب فلا يفتقر الى الطلاق .

(الثانية) ان الفسخ بالعيب مطلقاً ليس حكمه حكم الطلاق في المهرو لافي غيره من اشتراط شهادة عدلين أوالطهرمن الحيض أوغير ذلك .

(الثالثة) لايطرد مع الفسخ أنه ان كان قبل الدخول فاللازم نصف المهر وان كان بعده فالمهر كملا ، لان حمله على الطلاق قياس لانقول به . وسيأتي تفصيل مايلزمه من المهر ومالايلزمه مع الفسخ قريباً انشاء الله تعالى .

قوله : لايفتقر الفسخ بالعيوب الى الحاكم ويفتقر فى العنن لضرب الاجل

هنا فوائد :

(الاولى) مذهب المخالفين أن الفسخ هنا يحتاج الى الحاكم وليس لاحدهما الانفراد به ، وبه قال ابن الجنيد .

(الثانية) قال الشيخ في المبسوط[3] بهذه العبارة : أما الفسخ فالى الحاكم لانه مختلف فيه ، ولو قلنا على مذهبنا أن له الفسخ بنفسه كان قوياً ، والاول أحوط لقطع الخصومة .

---

١) النهاية : ٤٨٦ .

٢) السرائر : ٣٠٨ .

٣) المبسوط ٤/٢٦٣، قال فيه : ولايجوزان يفسخ بغيرحاكم لانه فسخ مختلف فيه.

(الخامسة) اذا فسخ الزوج قبل الدخول فلا مهر. ولو فسخ بعده فلها المسمى ويرجع به الزوج على المدلس.

واذا فسخت الـزوجة قبل الدخول فلا مهر الافي العنن، ولو كان بعده فلها المسمى.

ولو فسخت بالخصاء ثبت لها المهر مع الخلوة ويعذر.

وقال[1] قبل ذلك: لايمتنع عندنا أن يفسخ الرجل بنفسه أو المرأة، لان الاخبار مطلقة في هذا الباب.

قال العلامة في المختلف[2] هذا الحكم يدل على تردده.

(الثالثة) الذي ذكره المصنف مـن عدم الافتقار الى الحاكم هـو مذهب الاصحاب لم نسمع فيه خلافاً الاما حكيناه، وقول ابن الجنيد غيرقادح، لانه واحد مع انعقاد الاجماع بعده على ماادعيناه. وقول الشيخ في المبسوط ليس فيه تردد كما قاله العلامة، لامكان لجمع بين كلامه بأن يكون الترافع الى الحاكم على سبيل الاستحباب لا للوجوب لانه حق لكل واحد من الزوجين فله الاستبداد به كغيره من الحقوق، لكن رفعه الى الحاكم أحوط قطعاً للنزاع، فان تعذر فالاشهاد.

قولـه: اذا فسخ الزوج قبل الدخول فلا مهر، ولـو فسخ بعده فلها المسمى ويرجع بـه الزوج على المدلس، واذا فسخت الزوجـة قبل الدخول فلا مهرالا فى العنن، ولـو كان بعده فلها المسمى، ولو فسخت بالخصاء ثبت لها المهرمع الخلوة ويعذر.

---

١) المبسوط ٤/٢٤٩.

٢) المختلف، الجزء الرابع: ٦.

يحتاج بسط هذا الكلام الى مباحث :

(المبحث الاول) اذا وقع الفسخ قبل الدخول سواء كان من الرجل أو المرأة فلا مهر الا في الخصاء أو العنن، لانها انما تستحقه اما بالعقد أو الدخول، والعقد قد انفسخ والدخول لم يحصل .

(المبحث الثاني) اذا وقع الفسخ بعد الدخول استحقت المهر في الجملة على المشهور، خلافاً لابن حمزة فانه قال : يسقط المهر ان كان الفاسخ هو المرأة .

وفيه نظر ، لان الانتفاع بالبضع لابد له من عوض .

وقال الشيخ في المبسوط[1] يسقط المسمى ويجب مهر المثل ، سواء كان الفاسخ هو الرجل او المرأة . وقال: كل نكاح فسخ بعيب موجود حال العقد فان حكمه حكم النكاح الفاسد في الاصل يتعلق به جميع أحكام النكاح الفاسد ، ان كان قبل الدخول سقط المسمى ولا يجب شيء منه ولا المتعة ولا نفقة العدة ، وان كان بعد الدخول فلها مهر المثل .

وفيه أيضاً نظر ، لانا نمنع أن حكمه حكم النكاح الفاسد، ولهذا لو أمضى من له الفسخ النكاح لزم العقد ويثبت المسمى .

(المبحث الثالث) اذا وجب على الزوج المهر بعد الدخول والفسخ فهنا أقوال :

الاول : قول الشيخ في النهاية[2] والقاضي وابن ادريس أنه ان دلست نفسها وقبضته استعاده الزوج، وان لم تدلس نفسها غرمه وعاد به على وليها ان دلسها . ويظهر من كلام المصنف اختيار هذا القول .

---

١) المبسوط ٤/ ٢٥١ .

٢) النهاية : ٤٨٤ ، السرائر : ٣٠٩ .

القول الثاني : قوله في المبسوط[1] انه يجب مهر المثل. وهل يستقر أو يرجع به على من غره ودلس عليه بالعيب؟ قولان: أحدهما يرجع به على الغار وهو المروي في أحاديثنا، والثاني يستقر عليه .

فاذا قيل بالرجوع فان كان الولي يعرف أمرها فالرجوع عليه لانه الغار ، وان لم يعرف كان الرجوع عليها لانها الغارة .

وكل موضع قلنا بالرجوع عليها فبكم يرجع ؟ قيل بالكل الا القدر الذي يجوز أن يكون مهراً لئلا يعرى الوطىء عن العوض، وقيل بالكل. والاول اقوى واختاره العلامة ، وهو جيد الا أنه ينبغي أن يكون القدر الذي يستقر لها في مقابلة الوطى هو أقل مهر المثل في النكاح المؤجل لا الدائم لأقل مايكون مهراً في الجملة لانه لاحد له . وانما قلنا ذلك لان سبب الرجوع هو الغرر ولايتحقق الغرر الافي الزائد على ذلك .

القول الثالث : قول التقي ان وطئها قبل العلم بحالها فلها ما أخذته ويرجع به على من دلسها، وان كانت هي المدلسة نفسها لم يرجع عليها بشيء مما أخذت بعد الوطىء .

القول الرابع: قول ابن الجنيد يرجع على الولي بأقل من مهر مثلها الا أن يكون العيب مما لايظهر وقد خفي عاى الولي ، فيكون لها أقل صداق مثلها والباقي مردود من مالها على زوجها وحكمها حكم وليها ان كانت هي العاقدة على نفسها .

(المبحث الرابع) يدل على الرجوع على الغار في الجملة مارواه ابو عبيدة صحيحاً عن الباقر عليه السلام في رجل تزوج امرأة من وليها فوجدبها عيباً بعدما دخل بها . قال : فقال اذا دلست العفلاء نفسها والبرصاء والمجنونة والمفضاة

---

١) راجع التعليقة السالفة من المصدر .

وما كان بها من زمانة ظاهرة فانها ترد على أهلها من غير طلاق ويأخذ الزوج المهر من وليها الذي كان دلسها. الى أن قال عليه السلام: وان أصاب الزوج شيئاً مما أخذت منه فهوله وان لم يصب شيئاً فلاشيء له[1] .

وعن رفاعة بن موسى عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن البرصاء . قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة زوجها وليها وهي برصاء وان لها المهر بما استحل من فرجها وان المهر على الذي زوجها ، وانما صار المهر عليه لانه دلسها ، ولو أن رجلا تزوج امرأة أو زوجها رجلا لايعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء وكان المهر يأخذه منها[2] .

(المبحث الخامس) قد تقدم معنى الخصاء وأنه عيب يرد به، سواء قدر على الجماع أولا . وقد حكينا عن القاضي عدم الرد به مطلقاً وجعل الرد به قولا محكياً .

وقال الشيخ في الخلاف[3] : ان كان يقدر على الجماع فليس بعيب .

ويدل على كونه عيباً مطلقاً مارواه عبدالله بن بكير موثقاً عن أحدهما عليه السلام في خصي دلس نفسه لامرأة مسلمة فتزوجها. قال: يفرق بينهما ان شاءت المرأة ويوجع رأسه ، وان رضيت به وأقامت معه لم يكن لها بعد رضاها به ان تأباه[4] .

اذا عرفت هذا فهل يلزمه مهرها مع فسخها أم لا ؟ قال الشيخ في النهاية[5]

---

١) التهذيب ٤٢٦/٧ ، الكافي ٤٠٨/٥ ، الاستبصار ٢٤٧/٣ .

٢) التهذيب ٤٢٤/٧ ، الكافي ٤٠٧/٥ ، الاستبصار ٢٤٥/٣ .

٣) الخلاف ٤٠١/٢، قال فيه: اذا تزوجت برجل فبان انه خصي اومسلول اوموجوء كان لها الخيار .

٤) الكافي ٤١٠/٥ ، التهذيب ٤٣٢/٧ ، الفقيه ٢٦٨/٣ .

٥) النهاية : ٤٨٧ .

(السادسة) لو ادعت عننه فأنكر فالقول قوله مع يمينه .

ومع ثبوته يثبت لها الخيار ولو كان متجدداً ، اذا عجز عـن وطئها قبلا ودبراً وعن وطء غيرها.

ولو ادعى الوطء فأنكرت ، فالقول قوله مع يمينه .

نعم ، وتبعه القاضي. وقال ابنابابويه[1] يلزمه نصف المهر، وقال ابن ادريس[2] لايلزمه شيء لعدم الدليل عليه والاصل براءة الذمة، وأجمع الكل على تعزيره لئلا يعود الى مثله .

واختارالمصنف الاول للزوم المهر بالعقدكملا وعدم الدليل على سقوطه، وتؤيده رواية عبدالله بن مسكان صحيحاً قال: بعثت بمسألة مع ابن‌اعين قلت : سله عن خصي دلس نفسه لامرأة ودخل بها فوجدته خصياً . قال : يفرق بينهما ويوجع ظهره ويكون لها المهربدخوله عليها[3] ومثله روى سماعة عن الصادق عليه السلام[4] .

قولـه : لوادعت عننه فأنكر فالقول قوله مع يمينه، ومع ثبوته يثبت لها الخيار ، ولو كان متجدداً اذا عجز عـن وطئها قبلا ودبراً وعن وطيء غيرها . ولوادعى الرطيء فأنكرت فالقول قوله مع يمينه .

هنا مسائل :

---

١) قال في المقنع ٤٠٠: وإن دلس خصي نفسه لامرأة فرق بينهما وتأخذ منه صداقها ويوجع ظهره . اقول : وظاهرهذا اخذ تمام الصداق .

٢) السرائر : ٣١٠ .

٣) التهذيب ٧/١٣٢ .

٤) الكافي ٥/٤١٠ ، التهذيب ٧/٤٣٢ .

(الاولى) لواختلف الزوجان في حصول العنة وعدمها، قال الشيخ[1] وابن ابى عقيل والقاضي وابن ادريس والصدوق في المقنع القول قول الرجل مع يمينه، عملابعموم قوله عليه السلام: واليمين علىمن أنكر. وانما خص بالرجل لاصالة السلامة والزوجة تدعي خلافه ، فكان القول قول الزوج .

وقال علي بن بابويه عليها البينة لانها المدعية وعليه اليمين اذا عجزت .

وقال الشيخ في الخلاف[2] : يحشوا قبلها خلوقاً فان كان على ذكره أثر الخلوق علم انه أصابها وان لم يكن علم أنه لم يصبها . وتبعه الكيدري .

وقال علي أيضاً في رسالته وابنه في المقنع[3] يقعد الرجل في الماء البارد ، فان استرخى ذكره فهوعنين وان تشنج فهو ليس بعنين . وبه قال ابن حمزة .

واحتج الشيخ في الخلاف باجماع الطائفة ، وبما رواه عبدالله بن الفضل الهاشمي عن بعض مشيخته قال : قالت امرأة للصادق عليه السلام أوسأله رجل : رجل تدعي امرأته عليه أنه عنين وينكر الرجل . قال : تحشوها القابلة بالخلوق ولايعلم الرجل ويدخل عليها الرجل فان خرج على ذكره الخلوق صدق وكذبت والاصدقت وكذب[4] .

وفي قول علي نظر، لان البينة يتعذر اقامتهاهنا. اللهم الا ان تكون الشهادة على أثر الخلوق أوالاسترخاء أوالاقرار . وقول الشيخ فى الخلاف غير بعدالا أن الرواية مرسلة .

---

١) النهاية : ٤٨٧ ، قال فيه : وان كانت المرأة ثيباً كان القول قول الرجل مع يمينه بالله تعالى .

٢) الخلاف ٢/ ٤٠١ .

٣) المقنع : ١٠٧ .

٤) التهذيب ٧/ ٤٢٩ ، الكافى ٥/ ٤١١ ، الاستبصار ٣/ ٢٥١ .

(السابعة) ان صبرت مع العنن فلا بحث وان رفعت أمرهاالى الحاكم أجلها سنة من حين الترافع .

فان عجز عنها وعن غيرها فلها الفسخ ونصف المهر .

وقال ابن ادريس : لايعلم ذلك الابالاقرار. وفيه نظر، لان الكلام مع عدم الاقرار .

واختار المصنف والعلامة قول النهاية ، لما تقدم ولرواية ابى حمزة قال : سمعت الباقرعليه السلام يقول: اذا تزوج المرأة الثيب التي تزوجت زوجاً غيره فزعمت أنه لايقربها منذ دخل بها فان القول في ذلك قول الزوج وعليه أن يحلف بالله لقد جامعها لانها المدعية[1] .

وفيه أيضاً نظر ، اما أولا فلان الحكم بيمين المنكر عند تعذر البينة مسلم على تقدير عدم طريق آخر أقوى من اليمين لامطلقاً، والطريق موجود وهو حشو الخلوق ، وقد ادعى الشيخ عليه الاجماع . وأما ثانياً فلان رواية أبى حمزة نقول بموجبها الاأنها غير محل النزاع، فان دعوى عدم الدخول لايستلزم دعوى العنة .

(الثانية) أنه مع ثبوت العنة يثبت لها الخيار وان كان متجدداً، لكن مع العجز عنها وعن غيرها ، لانه لو لم يعجز عن غيرها لما كان ذلك أمراً طبيعياً بل أمراً خيالياً ، فلا يكون موجباً للفسخ .

(الثالثة) لو ادعى بعد ثبوت العنة أنه وطئها فالخلاف هنا كما تقدم .

قوله : ان صبرت مع العنة فلا بحث ، وان رفعت امرها الى الحاكم أجلها سنة من حين الترافع، فان عجزعنها وعن غيرها فلها الفسخ ونصف المهر .

---

١) التهذيب ٧/ ٤٢٩ .

هذا الحكم هو المشهور بين الاصحاب ، ومستنده رواية محمد بن مسلم صحيحاًعن الباقرعليه السلام قال: العنين يتربص به سنة ثم ان شاءت امرأته تزوجت وان شاءت أقامت[1] .

وخالف ابن الجنيد في موضعين :

«الاول» ـ أنه جعل التأجيل المذكور مختصاً بما اذا ادعى الزوج حدوث ذلك به بعد العقد ، وجعل السابق على الدخول يوجب الفسخ ان اختارت المرأة ، محتجاً برواية غياث المضى عن الصادق عليه السلام في العنين اذا علم أنه عنين لايأتي النساء فرق بينهما ، واذا وقع عليها وقعة واحدة لم يفرق بينهما[2] .

والتحقيق هنا أن نقول: ان كانت الحكمة في التأجيل أن يعالج نفسه فالقول ماقاله الاصحاب ، وتؤيده رواية ابى الصباح : اذا تزوج الرجل المرأة وهو لايقدر على النساء أجل سنة حتى يعالج نفسه[3] . وان كانت الحكمة حصول العلم بالعنة فمتى حصل العلم بذلك لاحاجة الى التأجيل، واذا لم يحصل العلم أجل ، وبذلك يجمع بين الروايات .

« الثاني » ـ أنه أوجب المهر كملا ، وهو بناء على أصله من لزوم المهر كملا بالخلوة .

بقي هنا سؤال: وهو أنكم أوجبتم في الخصاء كمال المهر وفي العنين النصف، فما الفرق ؟

والجواب : ان النظر كان يقتضي أن لامهر في العنين ، لانه فسخ وقع من الزوجة قبل الدخول فلايستعقب شيئاً، وانما أوجبنا النصف لاطلاعه على محارمها

---

١) التهذيب ٧/ ٤٣١ ، الاستبصار ٣/ ٢٤٩ .

٢) التهذيب ٧/ ٤٣٠ .

٣) التهذيب ٧/ ٤٣١ ، الاستبصار ٣/ ٢٤٩ .

(تتمـــة)

لوتزوج على أنها حرة فبانت أمة فله الفسخ ، فلا مهر لو لم يدخل ، ولو دخل فلها المهر على الاشبه ويرجع به على المدلس . وقيل: لمولاها العشرا ونصف العشر ان لم يكن مدلساً .

وخلوته بها مدة وليس كذلك الخصاء: أما أولا فلانه قديطأ، وأما ثانياً فلتجريه على الخداع والدخيلة فألزم المهر كملا ردعاً لامثاله، وأما ثالثاً فللنص الوارد بذلك .

قوله : لوتزوج على انها حرة فبانت امة فله الفسخ فلا مهر لولم يدخل ولودخل فلها المهر على الاشبه ويرجع بـه على المدلس ، وقيل لمولاها العشرأ و نصف العشر ان لم يكن مدلساً .

لاخلاف أنه لو فسخ قبل الدخول أنه لامهر، اما مع الدخول ففي المسألة اقوال :

الاول: قول الشيخ[1] في النهاية والمفيد والقاضي، وهوما اختاره المصنف.

الثاني : قول ابـن الجنيد أنه ان دلست نفسها واخذت مهرها فان كانت عينة باقية استعادها الزوج والافلا .

الثالث : قول ابـن حمزة ان دلسها مولاهـا سقط المهر المسمى ولزم مهر المثل ورجع به على سيدها ، وان دلسها الشاهدان رجع بالمهرعليهما ، وكذا ان دلسها أجنبى رجع عليه بالمهر ولسيدها العشر ان كانت بكراً ونصفه إن كانت ثيباً وأرش العيب ان عابت بالولادة .

---

١) النهاية : ٤٨٤ ، المقنعة : ٨١ .

الرابع : قول الكيدري ان كان المدلس مولاها كان ذلك اقراراً لها بالحرية ويسقط خيار الزوج .

الخامس : قول الصدوق في المقنع[1] انه مع الفسخ للسيد عشر قيمتها ان كانت بكراً ونصفه ان كانت ثيباً، وهوقول ابن الجنيد .

والتحقيق هنا ان نقول: ان دلست نفسها بطل المهر المسمى لفساد العقد في نفس الامر، اذ هوتصرف في ملك الغير ، ولزمه مهر المثل لمولاها وأرش ما يحدث بها من عيب ، وتبعت بذلك كله بعد عتقها . ثم ان كان أعطاها شيئاً من المهر استعاده ان كانت عينة باقية والامثله أو قيمته، لان بضعاً واحداً لايكون له مهران بعقد واحد أوشبهة عقد . وان دلسها أجنبي رجع عليه بما غرمه للسيد الا أقل ما يكون مهراً في تلك المدة متعة ، وان دلسها مولاها يحكم عليه بحريتها ان تلفظ بما يقتضيها وحينئذ لاخيار والافلا لكن له من المهر أقل مايمكن فرضه في تلك المدة ويسقط الباقي مقاصة .

ويظهر من ذلك وجه الاشبهية في كلام المصنف ، لكنه لم يوجب على الواطىء شيئاً في مقابلة وطئه ، ولابد من ذلك لئلا يخلو وطىء غير زان من عوض .

هذا ولوفرض حصول ولد من ذلك الوطىء ففيه أيضاً أقوال :

الاول : قال الصدوق[2] ان أقام الرجل بينة على أنه تزوجها على أنها حرة أعتق ولدها وذهب المولى بأمته، وان لم يقم بينة أوجع ظهره واسترق ولده .

الثاني : قال ابن الجنيد ان دلست نفسها كان ولدها عبداً ، وان دلسها ولي كان عليه قيمة الولد لمولاها ويلحق الولد بأبيه .

---

١) المقنع : ١٠٤ .

٢) المقنع ١٠٤ ، قال فيه : فان جاءت بولد فهوحراذا كان النكاح بغيراذن المولى.

وكذا تفسخ هى لو بان زوجها مملوكاً .

ولا مهر قبل الدخول ولها المهر بعده .

ولو اشترط كونها بنت مهيرة فبانت بنت أمة فله الفسخ ولامهر ويثبت لو دخل .

الثالث : قال ابـن حمزة ان دلسها أجنبى أو شاهدان أو مولاها أو دلست نفسها كان الولد حراً ، وان تزوجها بظاهر الحال علـى الحرية كان الولد رقاً للمولى وعليه ان يبيعه من أبيه ، وان عجز استسعى في قيمته ، وان لم يسع دفع الامام قيمته من سهم الرقاب، ومع فقده يبقى رقاً الىأن يبلغ ويسعى في فك رقبته .

والتحقيق أنـه لاحق بأبيه وعليه قيمته يوم سقط حياً ، ويرجع بذلك على المدلس ان وجد والا اختص الغرم بالاب .

قوله : وكذا تفسخ هى لوبان زوجها مملوكاً ولامهر قبل الدخول ولهاالمهر بعده

اذا زوجت الحرة نفسها برجل على أنه حرثم ظهرأنه عبد فلها الخيارأيضاً كما تقدم ، وكذا لمولى العبد الخيار ، ولايثبت العقد الا برضاهما معاً ويلزم المولى حينئذ المهر، وان لم يتفقا علىالرضا انفسخ العقد، فانكان قبل الدخول فلا مهر وانكان بعده فلا يخلو : اما أن يكون قد دلسه أحد أولا، فانكان الاول فالمهر على المدلس، فانكان المدلس مولاه حكم بحريته ان تلفظ بما يقتضيها والا فلا ، والمهر على التقديرين على الزوج يتبع به . وان كان الثاني فكذلك ولوحصل ولد كان حراً ، فان كان ثـم مدلس ضمن قيمته للمولى والا فلا قيمة على الام اجماعاً ، ولا على الزوج اذ لايثبت للمولى على عبده شيء .

قوله: ولواشترط كونها بنت مهيرة فبانت بنت امة فله الفسخ ولامهر ويثبت لودخل

هنا فوائد :

(الاولى) قال الجوهري المهيرة الحرة، والاشتقاق يقتضي كونها من تنكح بمهر، لكن نص أهل اللغة على انها الحرة . وثبت في الاصول أصالة عدم النقل يقتضي أن المراد بها شرعاً هو الاول .

(الثانية) هل يراد بالحرة من هي في الاصل كذلك أو من هي حرة الان ؟ وتظهر الفائدة لو كانت معتقة استشكله العلامة[1] من أنها حرة، والاصل في الاطلاق الحقيقة ، ومن أنها ليست في الاصل كذلك بل أمة وهو نقص ، لكن الفتوى على الاول الا أن يعلم قصد من كانت حرة في الاصل .

(الثالثة) ذكر الشيخ في النهاية[2] هذه المسألة وقال : اذا عقد الرجل على بنت رجل على أنها بنت مهيرة ـ الى آخره . الا أنه قال : ان لم يكن دخل بها لم يكن لها عليه شيء وكان المهر على أبيها .

وتبعه القاضي والكيدري وابن ادريس[3] الا أنهم جعلوا كون المهر على أبيها رواية، وهي مارواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : سألته عن رجل خطب الى رجل بنتاً له من مهيرة، فلما كانت ليلة دخولها على زوجها أذخل عليه بنتاً له أخرى من أمة. قال : ترد على أبيها وترد عليه امرأته ويكون مهرها على أبيها[4] . ووجه الدلالة أنه اذا كان ضامناً في هذه الصورة لزم الضمان في صورة النزاع لعدم الفرق بينهما .

قال العلامة[5] : انما كان المهر على أبيها اذا كان مدلساً لكونه فوت عليها البضع كالوكيل .

---

١) القواعد ، الفصل الثالث من فصول مقاصد الباب الخامس في توابع النكاح .

٢) النهاية : ٤٨٥ .

٣) السرائر : ٣٠٩ .

٤) التهذيب ٧/ ٤٣٥ .

٥) قال في القواعد في الفصل الثالث من الباب الخامس من كتاب النكاح : ولا مهر

ولو تزوج بنت مهيرة فأدخلت عليه بنت الامة ردها ولها المهر مع الوطء للشبهة ويرجع به على من ساقها ، وله زوجته .

وفيه نظر ، لانا نمنع كونه مفوتاً ، وانما يكون ذلك ان لو لم ينفسخ العقد ولم يلزم المهر . والحق أن المهر غير لازم للاب، لانه انما يلزم اما بالعقد والفرض انفساخه أو بالدخول ولم يحصل .

(الرابعة) فهم المصنف والعلامة من عبارة الشيخ أنها غير دالة على اشتراط كونها بنت مهيرة، فلذلك قالا في تصانيفهما لو اشترط كونها بنت مهيرة . وهو ممنوع بل عبارته تدل على الاشتراط ، كقوله تعالى «هل أتبعك على أن تعلمني مما علمت رشداً »[1] ، فان «على» اذا تعقبها «ان» كانت من أدوات الشرط عند الشيخ .

قوله : ولو تزوج بنت المهيرة فأدخلت عليه بنت الامة ردها ولها المهر مع الوطىء للشبهة ويرجع به على من ساقها وله زوجته .

هذه أيضاً ذكرها الشيخ في النهاية[2]، ومستنده الرواية[3] المذكورة آنفاً . وتبعه القاضي .

والتحقيق أن المسوقة الاولى ان كانت عالمة أنها ليست هي المعقود عليها كانت زانية لا مهر لها ، والافلها مهر أمثالها لا المسمى ، بل هو لبنت المهيرة ، فان قبضته الاولى أخذمنها الفاضل عن مهر المثل وللزوج الرجوع على أبيها ان كان هو السائق أوعلى من ساقها بمهر المثل لتغريره اياه .

قبل الدخول وبعده يرجع على المدلس أبا كان اوغيره .

١) سورة الكهف : ٦٦ .

٢) النهاية : ٤٨٥ .

٣) وهي رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام وقد مرت آنفاً عن التهذيب .

ولو تزوج اثنان فأدخلت امرأة كل منهما على الاخر ، كـان لكل موطوءة مهر المثل على الواطىء للشبهة وعليها العدة وتعاد الى زوجها وعليه مهرها الاصلي .

قوله: ولوتزوج اثنان فأدخلت امرأة كل منهما على الاخر كان لكل موطوءة مهر المثل على الواطىء للشبهة وعليهـا العدة وتعاد على زوجها وعليه مهرها الاصلي .

هـذا مضمون رواية جميل بن صالـح عن بعض أصحاب الصادق عليه السلام[1] ، وذكره الشيخ في النهاية[2] وقال : ان كان الولي تعمد ذلـك أغرم الصداق ولايقرب كل واحد منهما امرأته حتى تنقضي عدتها، فان ماتتاقبل انقضاء العدة فليرجع الزجان بنصف الصداق على ورثتهما ويرثانهما الزوجان، وان مات الزوجان وهما في العدة فانهما ترثانهما ولهما المسمى .

واعترض عليه ابن ادريس[3] بأن موت أحد الزوجين لايسقط من المهر شيئاً سواء دخل بها أولا .

وأجيب : بأن كلام الشيخ لايدل على تنصيف المهر ولا الرواية تدل عليه، فان عبارتها هكذا : قيل له: فان ماتتا قبل انقضاء العدة . فقال: يرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما وترثانهما . وهذا لايدل على المطلوب ، لجواز أن يكون التنصيف من جهة الميراث لعدم الولد، فان الزوج له من تركة زوجته النصف مع عدم الولد مهراً كان أوغيره . وقوله «ويرثانهما» لايدل على تنصيف

---

١) التهذيب ٤٣٤/٧ ، الفقيه ٢٠٧/٣ ، الكافي ٤٠٧/٥ .

٢) النهاية : ٤٨٨ .

٣) السرائر : ٣١٠ .

ولوتزوجها بكراً فوجدها ثيباً فلا رد .

وفى رواية ينقص مهرها .

(النظر الثانى) فى المهر . وفيه أطراف :

المهر، لجواز أن يكون افراده بالذكر لدفع وهم من يتوهم أن الزوج لايرث من المهر .

وهنا فوائد :

(الاولى) لوعلمت كل منهما أنها ليست زوجة للداخلة عليه كانت زانية ولا مهر لها .

(الثانية) لولم يحصل الوطىء لكل منهما ردت كل منهما الى زوجها ولا مهرولا عدة ، ولووطئت احداهما اختصت بالمهروالعدة .

(الثالثة) لوعلم الزوج أن المسوقة ليست زوجته وجهلت هي كان لها المهر ولايرجع به على السائق لعدم تغريره .

(الرابعة) في قول الشيخ «ان كان الولي تعمد ذلك» نظرينشأ من أن اتلاف منفعة البضع لايشترط فيها القصد كالرضاع ولاالمباشرة بل يكفي التسبيب.

قوله : ولو تزوجها بكراً فوجدها ثيباً فلارد ، وفى رواية ينقص مهرها

هنا فوائد :

(الاولى) لاخلاف أنه لوتزوجها ولم يشترط كونها بكراً أنه لاخيار له ولا نقص من مهرها لوظهرت ثيباً لان الثيوبة ليست عيباً وقد لاتكون مقصودة .

(الثانية) لو اشترط كونها بكراً فوجدها ثيباً ، قال التقى ليس له الفسخ . وهوالمشهوربين الاصحاب ، لامكان تجدده .

وفصل العلامة بـأنه ان ثبت سبق الثيوبة على العقد كان له الفسخ لفوات مااشترط ، لان كل مايذكر بين الايجاب والقبول مـن الصفات الكمالية يثبت

بعدمه حال الشرط التدليس والغرور ، فيكون له الفسخ ، والايخرج الشرط عن كونه شرطاً وهوباطل. والثبوت اما بالبينة أوتصديقها ، وان لم يثبت ذلك فلا خيار .

(الثالثة) اذا لم يثبت السبق أو ثبت وقلنا لاخيارهل له أن ينقص من مهرها شيئاً أم لا ؟ قال التقي لاينقص لثبوت المهربالعقد ، والاصل البقاء على ماكان .

وقال الشيخ في النهاية[1] والقاضي نعم ينقص استناداً الـى الرواية المشار اليها ، وهي مارواه محمد بن جزك ـ بالجيم والزاي المعجمة والكاف ـ قال: كتبت الى ابى الحسن الهادي عليه السلام ـ لانه من رجاله ـ أسأله رجل تزوج جارية بكراً فوجدها ثيباً هل يجب لها الصداق وافياً أوينتقص. قال : ينتقص[2].

(الرابعة) اختلف القائلون بالنقص على أقوال :

الاول : قول الشيخ والقاضي أنـه ينقص شيء مطلقاً ، ولم يقدراه تعويلا على الرواية المذكورة .

الثاني : قول الراوندي أنه السدس ، لانه لابد من اضمارشيء لصدقه على كل مايضمر، والشيء في عرف الشرع هوالسدس كما في الوصية.

وفيه نظر، لان اللازم اضمار منكر كلي صادق على القليل والكثير ولادلالة للعام على الخاص ، وكون الشيء في الوصية السدس لايطرد والالكان كذلك في الاقرار والامر، مع أن قوله تعالى «ولايحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً»[3] يبطله، فانه ليس المراد به السدس .

الثالث: قول ابن ادريس[4] انه ينقص مابين مهرها بكراً وثيباً، وذلك يختلف

---

١) النهاية : ٤٧٥ ، قال فيه : ومتى تزوج الرجل بامرأة على انها بكرفوجدها ثيباً فانه يجوز له ان ينتقص من مهرها شيئاً .

٢) التهذيب ٤٢٨/٧ ، الكافى ٤١٣/٥ .

٣) سورة البقرة : ٢٢٩ .

٤) السرائر : ٣٠٢ .

(الطرف الأول) كل ما يملكه المسلم يكون مهراً، عيناً كان أو ديناً أو منفعة كتعليم الصنعة والسورة، ويستوى فيه الزوج و الاجنبى.

باختلاف الجمال والسن والشرف وغير ذلك. وهو جيد، لان الرضا بالمهر المعين انما حصل بناء على بكارتها ولم يحصل، فيكون تمليكاً على وجه مخصوص، فلا يلزم بانتفاء الخصوصية.

نعم أورد على عبارته أنه ربما استغرق فخلا النكاح من مهر.

وأجيب: بأن المراد نسبة نقص مهر مثلها الثيب عن مهر مثلها البكر.

الرابع: استحسن المصنف احالة تقدير ذلك الى نظر الحاكم، فان اللفظ المجمل اذا عري عن تفسير شرعي أو لغوي رجع فيه الى نظر الحاكم.

(الخامسة) اذا فسخ ودفع المهر رجع به على المدلس وان كانت هي المدلسة الا بأقل مايمكن أن يكون مهراً. نعم هل يشترط زوال البكارة بالوطىء أو مطلقا؟ فيه نظر، الظاهر الاول.

قوله: الطرف الاول كلما يملكه المسلم يكون مهراً[1] عيناً كان أو ديناً أو منفعة كتعليم الصنعة والسورة، ويستوى فيه[2] الزوج والاجنبى

هنا فوائد:

(الاولى) قال الجوهري المهر الصداق، وقال ابوزيد مهرت المرأة مهرها مهراً وأمهرتها، وأنشد:

---

١) قال فى المصباح: المهر: صداق المرأة، والجمع مهورة، مثل بعل وبعولة وفحل وفحولة. وقال فى اللسان جمعه: مهور.

٢) ضمير «فيه» يرجع الى «التعليم» اى يستوى فى التعليم الزوج والاجنبى. ولاخلاف فى الاجنبى وفى الزوج اذا لم يكن مراد منه بنفسه مقدراً بمدة معينة بل علق بذمته

اخذن اغتصاباً خطبة عجرفية وأمهرن أرماحاً من الخط ذبلا[1]

وقد يعبر عنه بالصدقة والنحلة والاجر والفريضة والعقر والحباء والعلائق[2].

(الثانية) المهر مال يجب بعقد نكاح وبوطىء غير زنا من المرأة ولاملك يمين . وذكره غير شرط الا في المتعة .

ثم المال قد يكون عيناً كهذه الدابة أو الدراهم أو الثوب ، وقد يكون ديناً كمائة درهم أو دينار ، وكذا من الحنطة أو السمن ويوصف في الجميع بصفات السلم ، وقد يكون منفعة كبناء دار وخياطة ثوب وتعليم صنعة كذا وسورة كذا مع ضبط الجميع بما يرفع الجهالة .

(الثالثة) قوله «ويستوي فيه الزوج والاجنبي» أي في تعليم الصنعة والسورة،

اعم من ان يأتيه بنفسه او بغيره فيصح هنا قطعا وفاقاً وقد حكاه جماعة. كذا قال في الرياض.

١) الغصب: اخذ مال الغير ظلماً وعدواناً. والخطبة بكسر الخاء وسكون الطاء المهملة وفتح الباء هو اسم من خطب الرجل أو المرأة الى القوم: اذا طلب ان يتزوج منهم. العجرفية: الجفوة في الكلام، والخرق في العمل والسرعة في المشى . والمهر : الصداق .

الارماح جمع الرمح بضم الراء وسكون الميم: سلاح معروف . الخط: لعل المراد منه مكان معروف تنسب اليه الرماح الخطية .

والذبل كركع جمع ذابل، يقال قنى ذابل أى رقيق لاصق باللقيط. فى تاج العروس نسب هذا البيت لساعدة بن جؤية وقال اوله :

اذا مهرت صلباً قليلا عراقه تقول ألا اديتنى فتقرب

٢) العقر بضم الاول وسكون الثانى: دية فرج المرأة اذا غصبت على نفسها ، ثم كثر ذلك حتى استعمل فى المهر ، ومنه « ليس على عقر » أى مهر . والعقر ما تعطاه المرأة على وطىء الشبهة .

والنحلة : الهبة كأن المهور هبة من الله تعالى للنساء ، يقال : نحله اى اعطاه ووهبه من طيب نفس بلاتوقع عوض .

وحبوت الرجل حباء بكسر الحاء ومد آخره : أعطيته الشيء بغير عوض .

أما لو جعلت المهر استئجاره مدة فقولان، أشبههما : الجواز.

لان الغرض حصول التعليم والحذق[1] لتلك الصنعة والسورة، سواء كان التعليم منه أومن غيره .

لكن لو شرط تعليم السورة من الاجنبي ففي صحة الشرط نظر : من أن الغرض الحذق ، ومن حيث اشتماله على سماع صوتها المحرم على الاجنبي.

قوله : اما لوجعلت[2] المهر استيجاره مدة فقولان اشبههما الجواز

قد تقدم أن كل ما ينتفع به من عين أو منفعة أو تعليم صنعة أو سورة جاز كونه مهراً .

قال الشيخ في الخلاف[3] : استثنى أصحابنا من ذلك الاجارة ، ونحوه قال في المبسوط والنهاية[4] ، وتبعه القاضي في الكامل ، واحتجا برواية احمد ابن محمد قوياً عن ابى الحسن عليه السلام قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة ويشرط اجارة شهرين . فقال : ان موسى قد علم أنه سيتم له شرطاً فكيف لهذا بأن يعلم أنه سيبقى حتى يفي[5] .

وقال ابن الجنيد والمفيد وسلار وابن ادريس[6] بالجواز للاصل، ولما تقدم

والفريضة فعيلة بمعنى مفعولة ، والجمع فرائض . قيل هومن الفرض بمعنى التقدير، وفى الاية الشريفة « فرضتم لهن فريضة » [البقرة : ٢٣٧] اى أوجبتم لهن مهراً وقد رتم لهن صداقاً .

١) حذق الرجل فى صنعته حذقاً : مهر فيها وعرف غوامضها ودقائقها .

٢) اى اما لوجعلت الزوجة المهر استيجار الزوج مدة معينة .

٣) الخلاف ٢/٤٠٤ .

٤) المبسوط ٤/٢٧٣، النهاية: ٤٦٩ .

٥) التهذيب ٧/٣٦٦ .

٦) السرائر : ٣٠٠ .

ولا تقدير للمهر في القلة ولا في الكثرة عاى الاشبه بل يتقدر بالتراضى .

ولابد من تعيينه بالوصف أو الا شارة ، ويكفى المشاهدة عن كيله ووزنه .

من رواية سهل في جعل تعليم القرآن مهراً . وهذا هو الاشبه . ورواية احمد ابن محمد محمولة على الكراهية، والتعليل يدل على ذلك. كيف والتعليل سار في سائر الاجارات المعينة وان لم يكن مهراً ولاقائل بالمنع .

قال العلامة في المختلف[1]: يحتمل منع كون الاجارة المعينة مهراً، لتعذر الرجوع الى العوض ولزوم عراء البضع عن العوض ، وتمسك برواية احمد المذكورة .

وفيه نظر، لانا نمنع تعذر الرجوع الى العوض، لجواز الرجوع الى قيمته كما يرجع الى قيمة غير المثلي لوتعذر .

قوله : ولاتقدير للمهر في القلة ولا في الكثرة على الاشبه بل يتقدر بالتراضى

أما الاول ـ وهو عدم تقدره قلة ـ فاجماعي . وأما الثاني وهو عدم تقدره كثرة مع تراضيهما بذلك فهو قول الشيخين[2] وابن ابى عقيل والتقي والقاضي وسلار وابن ادريس[3]، وظاهر كلام الصدوق في المقنع[3] . وعليه الفتوى

---

١) المختلف ٢/٩٤ .

٢) المقنعة : ٧٩ ، المبسوط ٤/٢٧٢ .

٣) السرائر : ٣٠٠ ، المقنع ٩٩، قال فيه : واذا تزوجت فانظران لايتجاوز مهرها مهر السنة .

والاجماع اليوم ، ويؤيده قوله تعالى « وآتيتم احداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً»[1].

ومارواه الوشا عن الصادق عليه‌السلام قال: سمعته يقول: لوأن رجلاتزوج امرأة وجعل مهرها عشرين ألفاً وجعل لابيها عشرة آلاف كان المهر جائزاً والذي جعله لابيها فاسداً[2] .

وما روى[3] أن عمر تزوج ام كلثوم وأصدقها أربعين ألف درهم ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ، وحكى الشيخ ان الحسن بن علي عليه السلام تزوج امرأة وأصدقها مائة جارية مع كل جارية ألف درهم[4] .

وقال المرتضى لاتجوز الزيادة على مهر السنة ولوزادرداليه، محتجاًبالاجماع وعدم الدليل على جواز الزيادة شرعاً ، وبرواية المفضل بن عمر قال : دخلت على الصادق عليه‌السلام فقلت له: أخبرني عن مهر المرأة الذي لايجوز للمؤمنين أن يجوزوه. قال: فقال السنة المحمدية خمسمائة درهم ، فمن زاد على ذلك رد الى السنة ولاشيء عليه اكثر من الخمسمائة درهم[5] .

وأجيب : بمنع الاجماع ، بل الاجماع على نقيضه ، وبمنع عدم الدليل، كيف والايات القرآنية تدل على جوازه كالاية المذكورة وعموم « فنصف ما فرضتم »[6] و «آتوا النساء صدقاتهن نحلة»[7] . وان سلم عدم الدليل فذلك غير

---

١) سورة النساء : ٢٠ .

٢) الكافي ٥/ ٣٨٤ .

٣) السرائر : ٤٩١ ، الوسائل ١٥/ ٢٠ ، المبسوط ٤/ ٢٧٢ .

٤) المبسوط ٤/ ٢٧٢ ، الوسائل ١٥/ ١٩ .

٥) التهذيب ٧/ ٣٦١ ، الاستبصار ٣/ ٢١٤ .

٦) سورة البقرة : ٢٣٧ .

٧) سورة النساء : ٦٦ .

ولو تزوجها على خادم فلم يتعين ، فلها وسطه . وكذا لو قال : دار أو بيت .

ولو قال على السنة كان خمسمائة درهم .

ولو سمى لها مهراً ولابيها شيئاً سقط ما سمى له .

ولو عقد الذميان على خمر أو خنزير صح .

ولو أسلما أو أحدهما قبل القبض فلها القيمة عيناً أو مضموناً .

دال على عدم الجواز، لان الاصل في كل شيء الجواز مالم يقم دليل على منعه . والرواية ضعيفة ، لان في طريقها محمد بن سنان ونقل الشيخ الطعن عليه ورماه الغضائري بالغلو. وعلى تقدير تسليم صحتها فهي محمولة على الاستحباب.

قوله : ولو تزوجها على خادم ولم يتعين فلها وسطه ، وكذا لو قال : دار أو بيت

هكذا قال الشيخ في النهاية[1] وتبعه ابن ادريس ، وقيل بل الاقل عملا بالمتيقن. واستضعف القولين العلامة في القواعد[2] واختار السعيد[3] بطلان المهر والرجوع الى مهر المثل . وهو الاقوى .

قوله : ولو سمى لها مهراً ولابيها شيئاً سقط ما سمى له

هذا الكلام يحتمل وجهين :

(الاول) أنه سمى لها مهراً ولابيها شيئاً آخر غير مهرها . وهذا لاخلاف في

---

١) النهاية : ٤٧٣ .

٢) القواعد ، الفصل الاول من المقصد الثاني من الباب الخامس من كتاب النكاح .

٣) الايضاح ١٩٥/٣ ، قال فيه : قوله « قيل » اشارة الى قول الشيخ في النهاية وتبعه ابن ادريس ، وقيل الاقل . والاقوى بطلان المهر والرجوع الى مهر المثل .

أنه لايلزم ماسمى لابيها ، لان الاستحقاق بسبب البضع وهوغيرمتحقق في حق الاب ، ولرواية الوشا المتقدمة[1] .

نعم قال ابن الجنيد : ان الوفاء بذلك أحوط .

قال العلامة : الوجه أن نقول ان كان قد جعل للواسطة شيئاً على فعل مباح وفعله لزم ولم يسقط منه شيء بالطلاق ، وان لم يكن على جهة الجعالة بل ذكره في العقد لم يكن عليه منه شيء .

وفيه نظر ، لانه لاكلام في لزوم المجعول مع القيام بما جعله عليه، وانما الكلام في لزوم ماسمى للولي لا على وجه الجعالة على فعل شيء . والحق استحباب الوفاء به كما قال ابن الجنيد .

(الثاني) أن يسمى لها مهراً ولابيها من ذلك المهرشيئاً . فهذا لا يخلو: اما أن يكون ابتداء منه أو بأمرها واشترطها ذلك ، فالاول لايلزم ماذكره لابيها بل الجميع لها بغيرخلاف، والثاني قال ابن الجنيد انه من جملة الصداق فيكون لازماً له ، فلو سلمه وطلق رجع بنصفه . وهوصحيح ، لان رضاها بالعقد انما حصل على ذلك التقدير فيكون من جملة المهر .

والمصنف في الشرائع[2] جعل ذلك قولا محكياً .

وهنا فوائد :

(الاولى) اذا قلنا باستحباب الوفاء كما قال ابن الجنيد في القسم الاول لا يكون ذلك جزء من المهرفلا يرجع بنصفه لوطلق .

(الثانية) هل يلزمها الوفاء بما شرطت لابيها من المهر ؟ الاقرب لا ، بل يستحب لان ذلك مجرد وعد من قبلها فلا يجب الوفاء به .

---

١) الكافي ٥ / ٣٨٤ .

٢) الشرائع : ١٨٢ .

ولا يجوز عقد المسلم على الخمر، ولو عقد صح.
ولها مع الدخول مهر المثل، وقيل: يبطل العقد.

(الثالثة) يشترط في استحباب الوفاء بلوغها ورشدها، أما مع الحجر عليها لو سمى الزوج ذلك مع اتفاق الولي فلا يصح، لان الولي يجب عليه فعل المصلحة أو الاصلح ولايجوز أخذ العوض على الواجب.

(الرابعة) لافرق بين الاب والاجنبي في صورة اللزوم وعدمه.

(الخامسة) اذا قلنا باستحباب وفائها وسلم ذلك باذنها لم يكن لها رجوع لانها عطية ذي رحم ان كان أباً أو غيره من ذوي الارحام، وان كان أجنبياً فلها الرجوع مع شرائطه المتقدمة في الهبة.

قوله: ولايجوز عقد المسلم على الخمر، ولو عقد صح ولها مع الدخول مهر المثل، وقيل يبطل العقد

هنا فوائد يتنقح بها هذا الكلام:

(الاولى) لايجوز عقد المسلم على الخمر، للاجماع على وجوب كون المهر مالا بالنسبة الى الزوجين، ولاشيء من الخمر بمال بالنسبة الى المسلم فلا يجوز له أن يعقد عليه.

(الثانية) لو عقد المسلم عليه هل يكون العقد صحيحاً أم لا؟ قال ابن الجنيد والشيخ[1] في المبسوط والخلاف وابن حمزة وابن زهرة وابن ادريس[2] نعم، لوجوه:

« الاول » ـ أصالة الصة لصدوره من أهله في محله.

---

١) المبسوط ٤/٢٧٢، الخلاف ٢/٤٠٣.
٢) السرائر: ٣٠٠.

«الثاني» ـ وجود المقتضي لها وهو الايجاب والقبول وانتفاء المانع ، اذ ليس الاعدم مالية الخمر ، وهو غيرمؤثرفي البطلان لصحة عرائه عن المهربل يصح أيضاً مع شرط عدمه فلايكون ذكره فاسداً أبلغ من اشتراط عدمه .

«الثالث» ـ المهر والعقد غير أن لا تلازم بينهما ، ففساد أحدهما لايستلزم فساد الاخر. وقال المفيد في المقنعة[1] والشيخ في النهاية[2] والتقي والقاضي لا بل يبطل به لوجوب اقتران الرضا بالعقد والرضا لم يقع الا على الباطل فيبطل النكاح لبطلان شرطه، ولقول الباقر عليه السلام: المهرماتراضيا عليه قل أو كثر[3]. وينعكس بعكس النقيض الى قولنا : ان مالم يتراضيا عليه لايكون مهراً ، فنقول ماتراضيا عليه لايصح أن يكون مهراً شرعاً ، ومالم يتراضيا عليه لايكون مهراً ، فيخلو البضع عن العوض فيبطل .

ولانه عقد معاوضة ، وكل عقد معاوضة يفسد بفساد العوض ، فيبطل هنا : أما الصغرى فلقوله تعالى « فآتوهن أجورهن »[4] ولانه معلوم من قولنا زوجتك فلانة بكذا . وأما الكبرى فللحمل على البيع وغيره من المعاوضات .

وتوقف العلامة في المختلف[5] . والاقرب الاول ، لضعف حجة الثانى : أما الاول فلان كون الرضا بالمهر الصحيح شرطاً باطل لانه مصادرة على المطلوب ، وأما الثاني فللمنع من كون مالم يتراضيا عليه لايكون مهراً ، وسنده مهر المثل مع التفويض فانه مهر ولم يتراضيا عليه . وأما الثالث فلانه قياس ، ومع جوازه فهوعار عن جامع .

---

١) المقنعة : ٧٩ .

٢) النهاية: ٤٦٩ .

٣) التهذيب ٣٥٣/٧ ، الكافى ٣٧٩/٥ بتفاوت بينهما .

٤) سورة النساء : ٢٤ .

٥) المختلف ٩٣/٢ .

(الثالثة) اذا قلنا بالصحة ماالذي يلزم حينئذ ؟ قال الشيخ في الخلاف وابن حمزة وظاهر قول ابن ادرس أنه مهرالمثل ، لان التسمية هنا كلا تسمية لابطال الشارع اياها فيجب العوض وهومهرالمثل .

وقال الشيخ في المبسوط يلزمه قيمته عند مستحيله، لانها أقرب الى ماتراضيا عليه، لانهما لما تراضيا على المحرم تضمن شيئين : أحدهما الرضا بخصوصية العين ، والثاني اعتبارالمالية ، لان الزوجين قدرا ذلك مالا فاذا فقد اعتبارالعين بقي اعتبارالمالية .

ولانه لوعقد عليها على عين فظهرت مستحقة ولـم يكن لها مثل فانه يلزمه قيمة تلك العين، كذلك صورة النزاع، لانه لايملك العين ومثلها في حكم العدم، لانه لايملكه ايضاً فوجب الانتقال الى القيمة.

ولانه لوعقد على الخمروهو ذمي فأسلم قبل القبض فانه يلزمه القيمة فكذا هنا .

وفي ماقاله نظر :

أما الاول فلان تقدير المالية بالنسبة الى الزوجين هنـا ممتنعة ، فليلغو كما لغى التعيين . وفائدة ذكره قصد الفرض [العوض ن] وعدم التفويض .

وأما الثاني فللفرق بين الخمروالعين المستحقة، فان قصد المالية في العين ظاهروهوغيرممتنع ولاملغى في نظرالشرع، وأنما عروض الاستحقاق منع من وجوب تسليمها فانتقل الى قيمتها .

وكذا الثالث، فان فرض المالية بالنسبة الى الذمي غيرممتنعة، فمع الاسلام تزول خصوصية العين، فيبقى القيمة .

ونقل السعيد[1] عن الشيخ في المبسوط أنه فرق بين الحر والخمر اعتباراً

---

١) الايضاح ٣/٢٠٢، وانظرالمبسوط ٤/٢٩٠ .

بتقدير المالية في الخمر لاالحر لاستحالتها ، فأوجب في الخمر القيمة وفي الحر مهر المثل .

(الرابعة) ان المصنف والعلامة قيدا وجوب مهر المثل هنا بالدخول، فمفهوم كلامهما أنه لايجب قبل الدخول . فعلى هذا لو طلق قبله أو مات أحدهما فلا شيء .

وفيه بحث، لاحتمال وجوبه بنفس العقد كغيره من المهور المذكورة في العقود . فعلى هذا يتنصف بالطلاق ويستقر بالموت والدخول . أويقال تجب المتعة ، لانه بمنزلة عدم الفرض .

وفي هذا نظر، لان المتعة مشروطة بعدم الفرض وهنا فرض .

(الخامسة) لو عقد على مال من حيث الاسم لا في نفس الامر ـ كما لو أصدقها هذا الخل وفي زعمه أنه خل فبان خمراً أوهذا العبد وفي زعمه أنه عبد فبان حراً ـ ففيه احتمالات :

الاول: ما ذكره الشيخ[1] في المبسوط والخلاف أنه يثبت قيمة الخمر عند مستحليه ، لان الخمر لامثل لها فيلزم مثلها .

ولايقال: لو كان الخمر خلا كم قيمته، فان مثله لايكون خلا . ولا يمكن نقله الى مهر المثل كما هو مذهب الشافعي ، لعدم الدليل عليه فلم يبق الاقيمته عند مستحليه .

قال العلامة[2] : هذا لايخلو من قوة ، لان الاغراض تتعلق بالاشخاص كما تتعلق بكلياتها لكن الشخص هنا لايمكن المعاوضة عليه فوجب الانتقال الى قيمته عند مستحليه .

---

١) المبسوط ٤/ ٢٩٠ ، الخلاف ٢/ ٤٠٦ .

٢) المختلف ٢/ ٩٩ .

الثاني : الانتقال الي مهرالمثل ، لان الكلي غير مرضي به الا في الجزئي المشترط ولم يسلم فقد شرطاً عوضاً لم يسلم لهما فوجب الانتقال الىمهرالمثل كما لوتعاقدا على الخمرمع العلم بكونه خمراً .

الثالث : ماقاله ابن ادريس[1] واختاره العلامة أن عليه مثل الخل لانه مثلي فمن نقل الى قيمة الخمر فعليه الدليل . وكذا من أوجب مهرالمثل ، لانه عقد على مهرمسمى مما يحل للمسلمين تملكه .

وهذا هوالمختار ، لان الرضا انما حصل بالمشار اليه على تقدير أن يكون خلا ، والخصوصية التي يمتازبها هذا المشارإليه على تقديركونه خلا عنغيره من الخلولالمشاركة له في الماهية وصفاتهاالذاتية ليست بمقصودة للعقلاء، مثل كونه في هذا المكان أوهذا الظرف أومن عنب بستان فلان أو من عصيرفلان ، فاذا لم تكن هذه المشخصات مقصودة وجب الانتقال الى مثله من خل آخر مشارك له في تمام ماهيته وصفاتها المطلوبة منها على تقديرأن يكون خلا .

ان قلت : ان المماثلة انما تتحقق بين موجودين والمشار اليه ليست خلية موجودة حتى يقاس عليه خل آخر .

قلت: المماثلة بالنسبة الىما في ذهنالمتعاقدين. والحاصل هنا أنه لما وقع التراضي بالمشارإليه على تقديركونه خلا فقد حصل أمران : أحدهماكلي وهو الخل المقدر، وثانيهما جزئي شخصي وهوالمشارإليه ، فيحتمل تغليب الجزئى لانه المقصود بالذات والكلي بالتبعية، وقد عدم الجزئي المقصود بالذات فيعدم تابعه ، فلهذا حكم اما بالقيمة عند مستحليه لانها أقرب اليه عند تعذره، واما بمهر المثلبطلان الكلي بتغليب الجزئى عليه وبطلان الجزئي لخروجه عن المالية.

---

١) السرائر: ٣٠٤، المختلف ٢/٩٩ .

(الطرف الثانى) التفويض . لايشترط فى الصحة ذكر المهر .

فلو أغفله أو شرط ألا مهر لها فالعقد صحيح .

ولو طلق فلها المتعة قبل الدخول ، وبعده لها مهر المثل .

ويعتبر فى مهر المثل حالها فى الشرف والجمال ، وفى المتعة حاله .

قوله : الطرف الثانى : التفويض ١)

الفويض لغة من فوض اليه الامرأي رده اليه. قال الجوهري: التفويض في النكاح التزويج بلا مهر، وعند الفقهاء اخلاء العقد عن ذكر المهر بأمر يستحقه .

وهوقسمان تفويض البضع وتفويض المهر، فالاول هوأن لايذكرفي العقد مهراً أصلا، مثل ان يقول زوجتك فلانة اوتقول هي زوجتك نفسي فتقول قبلت، والثاني هوأن يذكراجمالا ويفوض تقديره الى أحد الزوجين أوغيرهما كقوله زوجتك فلانة أو زوجتك نفسي بما تحكم به أو احكم انا أو يحكم فلان أو فلانة .

قوله: ويعتبر فى مهر المثل حالها فى الشرف ٢) وفى المتعة حاله .

---

١) فى الرياض : التفويض هولغة رد الامر الى الغير ثم الاهمال ، وشرعاً رد امر المهرأوالبضع الى احد الزوجين أوثالث اواهمال ذكره فى العقد . تم كلامه .

ثم اعلم ان التفويض قسمان : تفويض للبضع، وتفويض للمهر . فالاول اخلاء العقد عن ذكر المهر بفعل الزوجة أومن يقوم مقامها ، مثل زوجتك نفسى أوفلانة فيقول قبلت ، وهوعقد صحيح اجماعاً . الثانى وهوان يذكر المهرفى العقد اجمالا ويفوض تقديره فيه الى احد الزوجين اواليهما معاً ولااشكال فى جوازه ايضاً .

والحق بعض الفقهاء جعله لاجنبى غيرهما ، لانه وان لم يكن منصوصاً بخصوصه الا انه فى معنى التوكيل وقدتراضيا عليه .كذا فى المسالك .

٢) فى المختصر النافع المطبوع « فى الشرف والجمال » .

فالغنى يتمتع بالثوب المرتفع أو عشرة دنانير فأزيد .
والفقير بالخاتم أو الدرهم . والمتوسط بينهما .
ولو جعل الحكم لاحدهما فى تقدير المهر صح .
ويحكم الزوج بما شاء وان قل .
وان حكمت المرأة لم تتجاوز مهر السنة .

هنا فوائد :

(الاولى) يحتاج الى معرفة مهرالمثل في مواضع :

« الاول » ـ مع الوطىء في المفوضة .

« الثاني » ـ فساد المسمى .

« الثالث » ـ فساد التفويض .

« الرابع » ـ اطلاق الوكالة في المهروالتزويج .

« الخامس » ـ تقسيط الجملة عليه فيما اذا جمع بين امرأتين في مهر أو جمع نكاحاً مع بيع أواجارة أوغيرذلك وقلنابالصحة والتقسيط على مهرالمثل، وهوالاصح .

«السادس» ـ الوطىء بالشبهة .

«السابع» ـ الوطىء كرهاً .

«الثامن» ـ اختلافهما في تعيين المهراذا تحالفا .

«التاسع» ـ تلف الصداق المعين قبل القبض ولايعلم قدره .

«العاشر» ـ ظهورالصداق معيباً مع تعينه فيفسخ للعيب، والاصح وجوب مثله أوقيمته صحيحاً أواخذ الارش.

(الثانية) تعتبرفي مهرالمثل حال المرأة بغيرخلاف ، لكن اختلف في تلك الحال: فقال المفيد[1] جمالها وشرفها، وزاد التقي السن والتحصين، وقال الشيخ في المبسوط[2] كل أمريختلف المهر لاجله فانه يعتبربه ، وقال ابن حمزة يعتبر كلما يختاف المهرلاجله من العقل والجمال والديانة واليساروالبكارة ومقابلاتها من الحمق والقباحة وعدم التدين والاعسار والثيوبة . وهذا في الحقيقة تفصيل لماذكره الشيخ .

وعبارة المصنف شاملة لجميع ذلك ، فان كل خصلة من هذه اذا وجدت في المرأة كانت بها أشرف من فاقدتها في نظر العقل المعاشي . وزاد القاضي اعتبارالبلدة ولم يعتبرها غيره ، وهوالاصح اذ لاتعلق للبلد في شرف المرأة .

(الثالثة) لاشك أن النسب من الامورالمهمة في شرف المرأة ، واختلف في المعتبرمنه : فقال الشيخ في المبسوط والخلاف[3] الاقارب مطلقاً كالام والاخت ومن هو من جهتهما ، وقال ابن حمزه يعتبرنساء أهلها من كلاالطرفين الاقرب فالاقرب ، وقال القاضي قرابة الاب من الاناث دون الام ، وحكاه الشيخ في المبسوط عمن تقدمه .

والحق أن أي طرف اتفق شرفه كفى من الاب أوالام أوكليهما ، لانا نعلم قطعاً أن المرأة اذاكانت شريفة من جهة الام فقط أو الاب فقط فانها أشرف من فاقدة الشرف من الطرفين . وتدل على ذلك رواية الحلبى صحيحاً قال : سألته عن رجل تزوج امرأة قد دخل بها ولم يفرض لها مهراً ثم طلقها . فقال : لها

---

١) المقنعة : ٧٩ .

٢) المبسوط ٤/ ٢٩٩ .

٣) المبسوط ٤/ ٢٩٩ ، الخلاف ٢/ ٤١١ .

مهرمثل مهورنسائها[1] . ولفظ «نسائها» شامل للعصبات وغيرهن ، وبمعناهارواية منصوربن حازم[1] وعبد الرحمن بن ابى عبدالله عن الصادق عليه السلام[2] .

(الرابعة) لوزاد مهرالمثل عن مهرالسنة ،قال اكثرالاصحاب يرد الىالسنة، جمعاً بين اطلاق الروايات وبين رواية ابى بصيرعن الصادق عليه السلام قال : سألته عن رجل تزوج امرأة فوهم أن يسمى صداقها حتى دخل بها . قال: السنة والسنة خمسمائة درهم[3] .

ونقل العلامة[4] عـن بعض علمائنا عـدم تقدره بقدر لاطلاق الروايـات ، واستقرب في القواعد[5] عدم تقدره بقدر في مـا أشبه الجناية ، كالنكاح الفاسد ووطىء الشبهة والاكراه ، لانـه فـي الحقيقة قيمة متلف فلا يتقدر بالسنة ، لان المتقدر المهر وهذا في الحقيقة ليس بمهر كما قلناه، وكل متلف مضمون ليس بمثلي فضمانه بقيمته . أما مهر المفوضة فمتفق عليه .

(الخامسة) لواتفقا علىالفرض فيمفوضة البضع لزم المفروض زادأونقص، ولو طلقها حينئذ كان لها نصفه قبل الدخول وكله بعده ، ولو لم يتفقا فطلق قبل الدخول كان لها المتعة ، وهي مال يعطاه المفوضة مع طلاقها قبل الدخول .

ولاخلاف في الرجوع فيكميته الى حال الزوج ، لنص الكتاب في قوله « ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقترقدره »[6] .

---

١) التهذيب ٣٦٢/٧ ، الاستبصار ٢٢٥/٣ .

٢) الكافى ٣٨١/٥ .

٣) التهذيب ٣٦٢/٧ ، الاستبصار ٢٢٥/٣ ، الوسائل ٢٤/١٥ .

٤) المختلف ١٠١/٢ .

٥) القواعد ، الفصل الثالث فى التفويض .

٦) سورة البقرة : ٢٣٩ .

ولو مات الحاكم قبل الدخول وقبل الحكم فالمروى لها المتعة .

(الطرف الثالث) فى الاحكام وهى عشرة :

أما لوحصلت الفرقة بالموت قبل الدخول، ان كان فرض لها مهراً فلها، وان لم يكن فرض لها مهراً فلامهر .

ان قلت: لم لايلزم العوض هنا بالعقدكما يجيء أنها تملك المهربالعقد .

قلت: ذاك اللزوم في المهرالمذكورفي العقد ، والمتعة لزمت بالطلاق ولا طلاق هنا .

قوله: ولومات الحاكم قبل الدخول وقبل الحكم فالمروى لها المتعة

هذا من أحكام القسم الثاني ، وهوتفويض المهر الى حكم أحدهما . ولا خلاف أيضاً أنه اذا حكم من فوض اليه الحكم لزم ما يحكم به ، لكن في جانب الرجل لايراعى قدراً لرضاها بذلك . أما في جانب المرأة فلامراعاة في طرف القلة أيضاً ، وفي الكثرة يراعى عدم تجاوزه مهرالمثل .

ومع الحكم بالشرط المذكور يلزم المحكوم به أيضاً بلاخلاف، ويستقر بالموت وينتصف بالطلاق .

أما لوحصلت الفرقة قبله فاما بطلاق أوموت ففي الاول يلزم من اليه الحكم بالحكم ويلزم ما يحكم به ويكون لها اما نصفه أوكله، وفي الثانى للاصحاب هنا أقوال :

(الاول) قول الشيخ في النهاية[1] والقاضي وابن حمزة أن لها المتعة ، والمستند الرواية المشارإليها، وهي ما رواها محمد بن مسلم صحيحاً عن الباقر

---

١) النهاية : ٤٧٢ .

عليه السلام أنـه قال فـي رجل تزوج امرأة على حكمها أوعلى حكمه فمات أوماتت قبل أن يدخل بهـا . فقال : لها المتعة والميراث ولامهرلها[1] . ولانه لا يجوز حلرالنكاح من عوض ومهرالمثل تابـع للدخول ولم يحصل ، وليس هنا مسمى فتجب المتعة .

(الثاني) أن لها مهرالمثل .

(الثالث) أنه لامهر ، وحكاهما الشيخ في المبسوط[2] واختار الاخير ، وهو ظاهر قوله في الخلاف .

(الرابع) قول ابن ادريس[3] ، وهو أنه ان كان الحاكم الزوج وماتت هي لزمه جميـع ما يحكم به ، وان كانت هي الحاكمة وماتت قبل الحكم لم يلزمه شيء بعد أنه قال : الحاق غيرالمطلقة بالمطلقة قياس لانقول بـه ، ومهر المثل تابـع الدخول ولادخول .

واختار العلامة في المختلف[4] قـول النهاية ، وهو الظاهر أيضاً من كلام المصنف .

وللشهيد هنا تحقيق ، وهوأن صورالموت خمس: «١» موتهما جميعاً، «٢» موت الزوج الحاكم وحده ، « ٣ » موت الزوجة الحاكمة وحدها، «٤» موت الزوج المحكوم عليه وحده ، « ٥ » موت الزوجـة المحكوم عليها وحدهـا . فالمقتضي لسقوط المهرأصلا أوالرجوع الى المتعة أومهرالمثل اما تعذرالحاكم أوالمحكوم عليه أوتعذرهما معاً ، فان كل واحد محتمل لكن لاسبيل الى واحد منها فلامقتضي، اما انتفاء السبيل فلان المهر مذكورغايته أنه مجهول فاذاتعذرت

---

١) الكافي ٥/ ٣٧٩ ، التهذيب ٧/ ٣٦٥ ، الفقيه ٣/ ٢٦٢ ، الوسائل ١٥/ ٣٢ .

٢) المبسوط ٤/ ٢٩٦ ، الخلاف ٢/ ٤٠٩ .

٣) السرائر : ٣٠٣ .

٤) المختلف ٢/ ٩٦ .

(الاول) تملك المرأة المهر بالعقد ، وينتصف بالطلاق . ويستقر بالدخول ، وهوالوطء قبلا أو دبراً.

ولا يسقط معه لو لم يقبض ، ولا يستقر بمجرد الخلوة على الاشهر .

معرفته وجب الرجوع الى مهرالمثل، لكن النص صحيح الا أنه ليس بصريح في جميع الصوربل دل على أنه اذا مات أحدهما قبل الدخول فلها المتعة ، الا أنه لايشمل جميع الصوربالنصوصية، فيمكن حمله على موت الحاكم، ولهذا فرضه المصنف والعلامة في موت الحاكم . وأما الصورتان الاخرتان فلم لا يحكم الباقي وهو الحاكم ، اذ لايشترط حضور المحكوم عليه عند الحكم ، ولكن مع صحة النقل جاز أن يكون الموت سبباً في انتفاء الحكم ، بل في الاسقاط فلاتجب معرفة الحكمة فيه .

وفي هذا التحقيق نظر، لانا لانسلم أن مع تعذرمعرفته بموت الحاكم يجب الرجوع الى مهرالمثل ، لجواز الرجوع الى وارثه ، فان كثيراً ما يرجع الى الوارث في تعيين المجملات المتعلقة بالميت في الحقوق المالية .

ويظهر من هذا أن لاوجه لكون الموت سبباً في انتفاء الحكم أوالاسقاط وحينئذ لنا أن نقول : اذا تعذر الحاكم رجع الى القائم مقامه ، الاأنه لايقبل حكمه الابأقل الامرين من مهر المثل أوالمتعة . وعليه تحمل الرواية .

قوله : تملك المرأة المهر بالعقد وينتصف بالطلاق ويستقربالدخول وهوالوطء قبلا أودبراً، ولايسقط معه لولم تقبض، ولايستقر بمجرد الخلوة على الاشهر

هنا مباحث :

(الاول) ان المرأة تملك المهر بنفس العقد ملكاً غيرمستقر ، وهوالمشهور

بين الأصحاب، بل المجمع عليه عندهم اليوم وقبله من العصور بعد ابن الجنيد. وسند اجماعهم وجوه :

« ١ » ـ اطلاق الامر في قوله تعالى « وآتوا النساء صدقا تهن نحلة »[1] فان ظاهر اضافة الصدقات اليهن يفيد الملك، اذ هو الحقيقة والاصل في الاضافة . ولم يقيد الامر بالدخول وعدمه ، فيثبت الكل الا ما أخرجه الدليل .

« ٢ » ـ كلما ملكت نماء الصداق بنفس العقد وجب أن تملك أصله كله به ، لكن المقدم حق فكذا التالي والملازمة ظاهرة : أما حقية المقدم فلرواية عبيد بن زرارة موثقاً عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : رجل تزوج امرأة ومهرها مهراً فساق اليها غنماً ورقيقاً فولدت عندها فطلقها قبل أن يدخل بها . قال : ان كان ساق اليها ما ساق وقد حملن عنده فله نصفها ونصف ولدها، وان كن حملن عندها فلاشيء له من الاولاد[2] .

« ٣ » ـ ان الصداق في مقابلة البضع فلما ملك الرجل البضع بنفس العقد وجب أن تملك المرأة أيضاً صداقها به كالمتبايعين .

وقال ابن الجنيد الذي يوجبه العقد النصف والنصف الاخر بالوقاع، محتجاً بأنه لو ملكته أجمع به لاستقر ، لاصالة بقاء ما كان على ما كان ، لكن لم يستقر فلم تملكه به، ولرواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سألته متى يجب المهر؟ قال : اذا دخل بها[3] . وهو يقتضي عدم الوجوب قبل الدخول. ورواية يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام أنه قال : لايوجب المهر الا الوقاع في الفرج[3] .

والجواب عن الاول : انه انما يتم لو أريد الملك التام ، لكن ليس كذلك

---

١) سورة النساء : ٤ .

٢) التهذيب ٧/ ٣٦٨ ، الكافي ٥/ ١٠٦ واللفظ للاول .

٣ ، ٣) التهذيب ٧/ ٤٦٤ ، الاستبصار ٣/ ٢٢٦ ، الوسائل ١٥/ ٦٦ .

بل الناقص ، كملك المشتري في زمن الخياروالاجنبى الهبة قبل التعويض . وعن الروايتين بأن المراد الايجاب المستقر .

ويتفرع على القولين : أنه لوانفسخ النكاح بالرضاع قبل الدخول لامن جهة المرأة ، فعلى الثاني يجب نصف المهر ، لان الموجب للكل اما الدخول أوالموت ولم يحصلا ، وعلى الاول اختلف القائلون به على قولين : أحدهما أنه انمايتشطرط بالطلاق خاصة وحينئذ يجب الكل، وثانيهما انه يتشطر بكل فرقة حصلت فى حياة الزوجين قبل الدخول لامن جهة المرأة، وحينئذ يجب النصف.

(الثاني) لاخلاف في أنه ينتصف بالطلاق، لدلالة قوله تعالى «فان طلقتموهن من قبل أن تماسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم»[1]، فهل ينتصف بغيرذلك ؟ قد تقدم أن الفسخ بالعنة يوجب تنصفه .

وقال الشيخ في النهاية[2] ان موت الزوجة قبل الدخول بها كالطلاق في تنصيف المهر، محتجاً برواية يونس المذكورة آنفاً، وبأن الفرقة بالموت أقوى من الفرقة بالطلاق ، لان الطلاق باختيار الزوج بخلاف الموت .

وأجيب عن الرواية: بأنها وردت في مقابلة توهم الاستقرار بالخلوة، وعن الثاني بأنه نوع قياس . والحق أنه يستقر بالموت ، لما بينا من تملكه بمجرد العقد ، والاصل البقاء الا ما أخرجه الدليل ولم يخرجه الادليل الطلاق .

وهوفتوى ابن حمزة وابن ادريس[3]، قال ان الموت عند محصلي أصحابنا يجري مجرى الدخول في استقرار المهر جميعه ، وهواختيار شيخنا المفيد في أحكام النساء ، وتابعه الشيخ في النهاية[4] والقاضي والكيدري . وقال الصدوق

---

١) سورة البقرة: ٢٢٧ .
٢) النهاية : ٤٧١ .
٣) السرائر : ٣٠٢ .
٤) قد مر آنفاً في التعليقة السابقة .

في المقنع[1] ان موت الرجل ينصف المهر .

(الثالث) يستقر المهر بأمور أربعة : « ١ » الدخول كما يجيء بيانه وهو اجماعي ، « ٢ » موت الزوج ، « ٣ » موت الزوجة وقد عرفت الخلاف فيهما « ٤ » الردة من الزوج .

وقوله: « ولا يسقط معه لو لم تقبض » كأنه اشارة الى رواية مهجورة رواها محمدبن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: انها مع الدخول ليس لها المطالبة اذا لم تطالبه أولا[2].

(الرابع) اختلف في الدخول الذي يستقر به المهر ، فقال ابن ابى عقيل اذا اغلق الباب وأرخى االستروجب لها المهر ولا عدة عليها ، وقال اذا تزوج الرجل المرأة ثم خلا بها فأغلق باباً اوأرخى ستراً ثم طلقها فقد وجب الصداق وخلاؤه بهادخول، وبمعناه روى اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام عن ابيه عن علي عليه السلام[3]. وقال الاكثر: هو الوطىء قبلا أو دبراً .

قال الشيخ[4] في المبسوط والخلاف هو الظاهر في روايات الاصحاب ، يشير الى رواية يونس بن يعقوب المتقدمة : ولا يوجب المهر الا الوقاع في الفرج[5]، ورواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام وقد سأله متى يجب المهر؟ قال : اذا دخل بها[5].

---

١) المقنع : ١٢٠ .

٢) قال فى الجواهر ٣١/٧٢ فى شرح « وفيه رواية اخرى مهجورة» : وعلى كل حال فالرواية التى اشار اليها المصنف هى خبرمحمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام : فى الرجل يتزويج المرأة ويدخل بها ثم تدعى عليه مهرها.قال: اذا دخل بها فقدهدم العاجل. راجع الوسائل ١٥/١٤ .

٣) التهذيب ٧/٤٦٤ ، الاستبصار ٣/٢٢٧ ، الوسائل ١٥/٦٧ .

٤) المبسوط ٤/٢٧٦ ، الخلاف ٢/٤١٨ .

٥ ، ٥) التهذيب ٧/٤٦٤ ، الاستبصار ٣/٢٢٦ ، الوسائل ١٥/٦٦ .

والمراد من الدخول هوالوطيء عرفاً وغيرذلك من الروايات، ويؤيد هذا القول قوله تعالى « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم »[1]، والمراد من المس هوالجماع. وفي المسألة أقوال أخر:

الاول: قال في النهاية[2] ان أرخى الستر كالدخول، الا أنه قال لايحل للمرأة ان تأخذ منه أكثر من نصف المهر مالم يدخل بها ، وتبعه القاضي والكيدري .

الثاني: قال الصدوق في المقنع[3]: اذا تزوج الرجل المرأة وأرخى الستر وأغلق الباب ثم أنكرا جميعاً المجامعة فلا يصدقان، لانها تدفع عن نفسها العدة ويدفع هو عن نفسه المهر .

الثالث: قال ابن حمزة : اذا دخل بها وأرخى الستر وادعى الرجل أنه لم يواقعها وأمكنه اقامة البينة وأقامها قبلت منه، وان لم يمكنه كان له أن يستحلفها، فان استحلفها والا لزمه توفية المهر. واستحسنه العلامة[4].

الرابع: نقل الشيخ[5] عن ابن ابى عمير أنه قال: ان الاحاديث قد اختلفت في ذلك ، والوجه في الجمع بينها أن على الحاكم أن يحكم بالظاهر، ويلزم الرجل المهر كله اذا أرخى الستر، غيرأن المرأة لايحل لها فيما بينها وبين الله أن تأخذ الا نصف المهر.

واستحسن الشيخ ذلك وقال : لاينا فى ذلك ما قد مناه ، لانا انما أوجبنا

---

١) سورة البقرة : ٢٣٧ .

٢) النهاية: ٤٧١ .

٣) المقنع: ١٠٩.

٤) المختلف ٢/ ٩٦ .

٥) التهذيب ٧/ ٤٦٧ ، الكافى ٦/ ١١٠ ، وقال الكلينى أيضاً مثل ما ذكره الشارح فى الكتاب عن الشيخ .

نصف المهر مع العلم بعدم الدخول ومع التمكن من معرفة ذلك ، وأما مع ارتفاع العلم وارتفاع التمكن فالقول ما قاله ابن ابى عمير.

ثم استدل برواية يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه فأغلق الباب وأرخى الستر وقبل ولمس من غير أن يكون وصل اليها بعد ثم طلقها على تلك الحال ؟ قال : ليس عليه الانصف المهر[1] .

الخامس : قال الشيخ جنواباً عن روايتي زرارة واسحاق[2] : الوجه فيهما أن تحملا على أنه اذا كانا متهمين بعد خلوهما وأنكرا المواقعة فلا يصدقان على ذلك ، ويلزم الرجل المهر كاملا والمرأة العدة بظاهر الحال ، ومتى كانا صادقين أو كان هناك طريق يمكن أن يعرف به صدقهما فلا يوجب المهر الا المواقعة . واستدل برواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : الرجل يتزوج المرأة فيرخي عليه وعليها الستر أو يغلق الباب ثم يطلقها فتسأل المرأة هل اتاك ؟ فتقول ما أتاني ، ويسأل هو هل أتيتها فيقول لم آتها . قال : فقال لايصدقان ، وذلك لانها تريد أن تدفع العدة عن نفسها ويريد هو أن يدفع المهر[3].

واختار العلامة[4] بعد نقل هذه الاقوال أنه انما يجب له المهر كاملا بالدخول لابارخاء الستر ، لكن لما كانت الخلوة مظنة له بحيث لاينفك عنه غالباً وجب أن لاينفك عن ايجاب كمال المهر المستند الى الدخول غالباً ، فمدعيه حينئذ

---

١) التهذيب ٧/٤٦٧ ، الاستبصار ٣/٢٢٩ .

٢) وهما فى التهذيب ٧/٤٦٤ ، والجواب ذكره الشيخ بعدهما فارجع هناك .

٣) التهذيب ٧/٤٦٥ ، الكافى ٦/١١٠ ، الاستبصار ٣/٢٢٧ .

٤) المختلف ٢/٩٦ .

(الثانى) قيل اذا لم يسم لها مهراً وقدم لـها شيئاً قبل الدخول كان ذلك مهراً ما لم يشترط غيره .

(الثالث) اذا طلق قبل الدخول رجع بالنصف ان كان أقبضها أوطالبت بالنصف اذا لم يكن أقبضها .

يدعي الظاهرومنكره يدعي خلافه فيحكم للمدعى به مع اليمين قضاء للظاهر، أما مع تصديق المرأة بعدمه فلا يجب الكمال قطعاً .

وفيه نظر ، لانا لانسلم أن مدعيه يدعي الظاهر ، لان الخلوة قد تنفك عن الوقاع غالباً أيضاً : اما لعارض من مرض أو عنة أو عدم الانتشار المستند الى الربط كما هو مشهور ، فلا يكون حينئذ مدعيه مدعياً للظاهر .

هذا ، مع أن دعواه معارضة بأصالة عدم الوقاع وأصالة براءة الذمة من كمال المهر ، فالحق اذاً أن على مدعيه البينة ، فان أقامها والا كان القول قول المنكر مع يمينه .

قوله : قيل اذا لم يسم مهراً وقدم لها شيئاً قبل الدخول كان ذلك مهرها مالم تشترط غيره

هذا قول الشيخين[1] والقاضي وسلار وابن ادريس[2]، والمستند رواية ابى عبيدة والفضيل في الصحيح عن الباقر عليه السلام[3] .

---

١) المقنعة: ٧٩، النهاية: ٤٧٠ .

٢) السرائر: ٣٠١.

٣) التهذيب ٣٥٩/٧ ، الكافى ٣٨٥/٥، الاستبصار٢٢٢/٣ والسند فى الاول: عن ابى عبيدة عن الفضيل عن ابى جعفر عليه السلام . وفى الثانى : عن ابى عبيدة وجميل بن صالح عن الفضيل عن ابى جعفر عليه السلام . وفى الثالث : عن ابى عبيدة وعن الفضيل عن ابى جعفرعليه السلام : فى رجل تزوج امرأة فدخل بها فأولدها ثم مات عنها

وقال المفيد لانها لولم ترض به مهراً ما مكنته من نفسها حتى تستوفي تمامه أو توافقه على ذلك وتجعله ديناً عليه فى ذمته .

وأما ابن ادريس فادعى عليه الاجماع . والمصنف استضعف هذا القول ، لعدم الدلالة على أن ماقدمه هو المهر بشيء من الدلالات الثلاث . وعلى تقدير تسليم كونه مهراً لادلالة على كونه كمال المهر، لجواز كونه قدراً يسيراً ومهر أمثالها شيء كثير أوبالعكس . والرواية ليس فيها أن المهر غير مسمى في العقد، بل هي مبنية على مجرى العادة، فانه قيل ان العادة فيما تقدم من الزمان أن الرجل لايدخل بزوجته الا بعد تقديم مهرها والان العادة بخلاف ذلك .

وقول المفيد أنها لو لم ترض به مهراً ما مكنته من نفسها ، ممنوع لجواز تمكينها ومطالبتها بالمهر كما في صورة ما لولم يقدم شيئاً ولم يكن سمى أولا. ودعوى الاجماع ممنوعة .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) التحقيق في المسألة أن الزوجين ان اتفقا على أن المقدم هدية فلا بحث في لزوم مهر غيره، وان اتفقا على أنه مهر أومن المهر فلا نزاع أيضاً، وان اختلفا بعد اتفاقهما على التفويض فقال الزوج هو مهر وقالت الزوجة هدية ، فالقول قول الزوج ، لانه أعرف بنيته ، وكذا الكلام لوحصل التقديم في صورة التسمية .

(الثانية) لو حلف الزوج وكان مهر المثل أكثر من المقدم كان لها التتمة ،

فادعت شيئاً من صداقها على ورثة زوجها فجاءت تطلبه منهم وتطلب الميراث . فقال : أما الميراث فلها ان تطلبه ، وأما الصداق فان الذى اخذت من الزوج قبل ان يدخل عليها فهو الذى حل للزوج به فرجها قليلا كان أو كثيراً اذا هى قبضته وقبلته ودخلت عليه فلاشيء لها بعد ذلك .

وان كان أقل كان الزائد اباحة ، لو نلف عندها لم يكن مضموناً ، ومع بقائه له الرجوع به . ولو نكل عن اليمين أو رد اليمين عليها حلفت في الصورتين وكان لها المطالبة بالمهر لو تلف المقدم عندها ، ومع وجوده لها الاحتساب به مع اتحاد الجنس ، ومع الاختلاف يفتقر الى المراضاة .

(الثالثة) قال الشيخ في النهاية[1] يستحب للرجل أن لا يدخل بامرأته حتى يقدم لها مهرها ، وان لم يفعل قدم بعضه أو شيئاً آخر هدية يستبيح به فرجها .

وناقشه ابن ادريس[2] في قوله « ويستبيح به فرجها » ، لان فرجها يستباح بالعقد والمهر يكون في الذمة . وهذه مناقشة لفظية ، فان الشيخ قصد شدة الاستحباب. ومستنده رواية ابي بصير عن الصادق عليه السلام: اذا تزوج الرجل المرأة فلا يحل له فرجها حتى يسوق اليها شيئاً درهماً فما فوقه أو هدية من سويق أو غيره[3].

وبذلك يجمع بين هذه وبين رواية عبد الحميد الطائي قال: قلت للصادق عليه السلام : أتزوج المرأة وأدخل بها ولا أعطيها شيئاً. فقال : نعم يكون ديناً عليك[3] .

أو تحمل الرواية الاولى على ما اذا لم يعزم على أدائه ، فان الفرج يكون حراماً أو مكروهاً كراهة شديدة ، لما ورد في الحديث : من استدان ديناً ولم ينو قضاه فهو سارق[4]، ومن تزوج امرأة ولم ينو أداء مهرها فهو زان[5].

---

١) النهاية : ٤٦٩ .

٢) السرائر : ٣٠١ .

٣ ، ٣) التهذيب ٣٥٧/٧ ، الاستبصار ٣/ ٢٢٠ .

٤) الكافي ٥/ ٩٩ ، وفيه : كان بمنزلة السارق .

٥) الوسائل ١٥/ ٢١ .

ولا يستعيد الـزوج ما تجدد من النماء بين العقد والطلاق ، متصلا كان كاللبن أو منفصلا كالولد .

ولو كان النماء موجوداً وقت العقد رجع بنصفه كالحمل .

وابن الجنيد قائل بقول الشيخ، قال: لئلا يكون الفرج موطوءاً بغير عوض، ولا سيما ان كان والي البلد يرى أن الدخول ابراء من المهر .

قـوله : ولا يستعيد الزوج ما تجـدد من النماء بين العقد والطلاق ، متصلا كان كالسمن[1] أو منفصـلا كالولد ، ولو كان النماء موجوداً وقت العقد رجع بنصفه كالحمل

أما المنفصل فلا خلاف في عدم الرجوع به ، وأما المتصل كالسمن وتعلم الصنعة فقال الشيخ في المبسوط[2] تكون مخيرة بين اعطاء النصف مع الزيادة وبين أن تمسكه وتعطيه نصف القيمة . ثم قوى الاول ، لقـوله تعالى « فنصف مافرضتم »[3] .

وقال في النهاية[4] : لو جعل مملوكاً مهراً ثم زاد ثمنه عنـدها وطلقها قبل الدخول رجع بنصف ثمن المملوك يوم التسليم ، وليس له من الزيادة شيء، وتبعه القاضي فيه .

وقال ابن ادريس[5]: لافرق بين المنفصل والمتصل في أنه لايرجع الا بمثل قيمة العين وقت التسليم ، لان هذه النماء حدث في ملكها دون ملكه ، لان ملكه لايتجدد الا بعد الطلاق. وهو اختيار المصنف ، وهو الذي عليه الفتوى .

---

١) فى المختصر النافع المطبوع بمصر « كاللبن » .
٢) المبسوط ٤/٢٧٨ .
٣) سورة البقرة: ٢٣٧ .
٤) النهاية : ٤٧٣ .
٥) السرائر: ٣٠١ .

واحتجاج الشيخ بالاية ضعيف ، لان المفروض قد زاد ، فلا يمكن أخذ نصفه منفرداً عن الزيادة التي ملكتها بالعقد .

وهنا فوائد :

(الاولى) لاخلاف أنه لوزادت القيمة لا لزيادة عين ولا صفة ، بل لزيادة السوق في أنه يرجع بنصف العين . نقل ذلك ابن ادريس[1] ، وذلك لان تلك الزيادة في معرض الزوال ، ولهذا لو نقصت القيمة السوقية عن يوم التسليم لم يكن النقص مضموناً عليها .

(الثانية) قال الشيخ في المبسوط[2]: ان الطلع قبل التأبيروبعده نماء متصل كالسمن لها امساكها بجملتها ومنعه من الرجوع في النصف ويكون حقه في القيمة ، فان اختارت رد نصف العين أجبر على القبول . ومنهم من فرق بين ما قبل التأبير وما بعده . وقيل اذا أبر فهو منفصل كالولد لايجبر الرجل على قبول نصف العين . قال : والمذهب أنه لافرق بينهما .

وقال العلامة : الوجه أن له الرجوع في نصف العين ، سواء كان الطلع مؤبراً أوغير مؤبر والثمرة للمرأة لتجددها في ملكها وعلى الزوج الصبر الى وقت الجذاذ ، لان الثمرة في الاصل بحق فليس له قطعها ولا الرجوع بالقيمة ولا يجبر عليها . وهذا هوالصحيح .

(الثالثة) اذا حصل نقص القيمة عندها للسوق وقد بينا عدم ضمانه، أما لو كان لفوات عين كالعور أوصفة كنسيان الصنعة ، قال الشيخ[3] يتخير مع طلاقها قبل الدخول بين أخذ نصف العين أونصف القيمة .

---

١) السرائر : ٣٠١ .

٢) المبسوط ٤/٢٧٩ .

٣) المبسوط ٤/٢٧٧ .

وقال القاضي : ان كان من فعلها أو من أمر سماوي يتخير بين أخذ نصفه ناقصاً وبين تضمينها نصف القيمة يوم القبض ، وان كان من أجنبي لم يكن له سبيل على المهر ويضمنها نصف القيمة يوم قبضه .

وقال العلامة[1]: الوجه أن يجبر الزوج على أخذ نصف العين مع الارش، وليس له المطالبة بنصف القيمة الابرضاها، لانحصارحقه في العين مع وجودها، لقوله تعالى « فنصف مافرضتم » ، والعيب لايخرج العين عن حقيقتها، والنقص ينجبر بدفع الارش . قال : وتفصيل القاضي من منع الزوج من أخذ نصف العين لو كان العيب من أجنبي وأخذ النصف منها ناقصاً لو كان العيب من فعلها لا وجه له ، لان العيب اذا كان من فعلها كان مضموناً عليها ، لانه تلف اما لبعضه أو لوصفه في يد ضامن ، فكان الارش لازماً له ، كما لو تلفت العين بكما لها . قيل عليه : لانسلم اجبار الزوج على ماقلت .

قوله « لانحصار حقه في العين » . قلنا : ممنوع ، وانما يكون كذلك لو بقيت العين بكمالها ، والفرض خلافه لان الماهية اذا نقص جزء منها من مائة ألف جزء صدق عليها أنها غير الماهية الاولى ولايدل عليه قوله تعالى « فنصف ما فرضتم »[2]، لان المراد ان كان غير الشخص فلم يصلح للاحتجاج ، وان كان الشخص فكذلك لعدم بقائه بكماله .

قوله « والعيب لايخرج العين عن حقيقتها » قلنا : مسلم ، لكن اللازم منه تخيير الزوج بين أشخاص تلك الحقيقة ولم يقل به ، بل حكم بانحصار الحق في العين . وان أراد بحقيقتها شخصها فهو ممنوع ، لان الشخص لم يبق مع العيب في التخيير المذكور.

---

١) المختلف ٢/١٠٢ .

٢) سورة البقرة: ٢٣٧.

قوله « واذا كان العيب من فعلها كان مضموناً عليها » قلنا : ممنـوع ، لانها ملكت العين بالعقد، ولا يضمن الانسان جناية في ملكه لغيره، ولذلك لم يوجب القاضي عليها الارش بل خيره بين أخذه ناقصاً وبين تضمينها نصف القيمة يوم القبض . نعم يصح ما قاله العلامة على رأي ابن الجنيـد أنها لاتملك بالعقد الا نصف الصداق ، لكنه لم يقل بذلك .

قوله « ثم منع القاضي من أخذ الزوج العين لو كان العيب من أجنبي لا وجه له » قلنا : بل له وجه ، وذلك لانه اذا لم يرض بالمعيب لم يكن له الرجوع الى الاجنبي، لانه لم يجن على العين الا وهي ملك المرأة ولا الى المرأة لانها لم تجن عليها ، فلذلك ينتقل الى القيمة .

(الرابعة) قد بينا أن المرأة تملك الصداق كله بالعقد لكنه مضمون على الزوج حتى يسلمه اليها ، ولهذا لو كان المهر من ذوات القيم وقبضها اياه ثم طلقها قبل الدخول وتلف في يدها لم تضمن له الا أقل الامرين من نصف القيمة من حين تقبيضها أوحين العقد ، أما لوطلقها والمهر في يده وحصل فيه نقصان عين أو صفة ، فقال الشيخ[1] تخيرت بين أخذ نصف العين أو نصف القيمة ، وقال القاضي ان كان العيب من غير فعله تخيرت كذلك وان كان من فعله تخيرت بين أخذ نصفه ناقصاً وقيمة نصف النقصان وبين تركه وتضمينه نصف القيمة ، وان كان من أجنبي تخيرت بين أخذ نصفه ناقصاً واتباع الجاني بنصف النقص وبين اخذ نصف القيمة من الزوج .

وقال العلامة[2] هنـا أيضاً : انها تجبر على أخذ نصف العين مع الارش ، لانه أقرب من القيمة الى الحقيقة ، ولانها استحقت العين بالعقد ، ولا خيار هنا

---

١) المبسوط ٤ / ٢٧٨ .

٢) المختلف ٢ / ١٠٣ .

لانه أقرب الى المسمى من مهر المثل. قال : وتفصيل القاضي لاوجه له، وأي فرق بين أن يكـون العيب من فعل الزوج أو من فعل الاجنبى ، وكما أوجب الضمان على الاجنبى كذا ينبغي ايجابه على الزوج .

قيل عليه هنا أيضاً : نمنع الاجبار ، وسنده عدم بقاء الشخص كما تقدم .

قوله « ولانه أقرب من القيمة الى الحقيقة » قلنا : مسلم لكـن لانسلم أن لازمه هوالاجبار، ولم لايجوز أن يكون لازمه هوالتخيير المذكور، وذلك لانه يجوز تعلق الفرض بكمال العين ولم يبق الكمال فلذلك جاء التخيير.

قوله « وتفصيل القاضي لاوجه له وأي فرق » الى آخره . قلنا : لم يفرق الرجل بينهما ، بل قال بوجوب الارش على الزوج والاجنبى معاً ، فان قـوله « وبقيمة نصف النقصان » هو الارش ، فالحق هنا ما قاله القاضي .

(الخامسة) لوكان النماء موجوداً حال العقد كان جزء من المهر يرجع بنصفه بالطلاق كما يرجع بنصف الاصل، لانه من جملة مافرض ، فلوكان دابة حاملا أوأمة كذلك فأجهضت في يده أو يدها ضمن من كانت في يده التفاوت ما بين قيمتها حاملا أومجهضاً . فلو طلق قبل الدخول وهي في يده كان لها نصف العين ونصف التفاوت، وان كانت في يدها يرجع اليه نصف العين ونصف التفاوت. ولو ولدت عنده أو عندها ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصف الام قطعاً .

وهل يرجع بنصف الولد ؟ ذكر العلامة في القواعد[1] احتمالين: أحدهما الرجوع به لما تقدم، وثانيهما العدم لانه زيادة ظهرت بالانفصال عن ملكها لان قبله لم يفرد بالتقويم .

قال الشيخ : ولم تعرف ملكيته ولم يقابله قسط من الثمن، فالزيادة ظهرت في ملكها، فيكون للزوج أرش مابين كونها حاملا ومجهضاً. واختاره السعيد[2].

---

١) القواعد ،آخر الفرع الاول من فروع الفصل الرابع فى التنصيف والعفو .
٢) الايضاح ٣/٢٢٨ .

ولو كان تعليم صنعة أو علم فعلمها رجع بنصف أجرته .

قوله : ولو كان تعليم صنعة او علم فعلمها رجع بنصف اجرته

هذا صحيح، وكذلك رجعت هي بنصف الاجرة اذا لم يعلمها وطلقها قبل الدخول. وقال الشيخ في المبسوط والخلاف[1]: اذا أصدقها تعليم سورة وطلقها قبل الدخول وقبل التعليم جاز له أن يلقنها النصف ، لان الـذي ثبت لها تعليم نصف ما وقع عليه العقد وايجاب غيره يحتاج الى دليل .

ورده العـلامة[2] : بأن تنصيف التعليم غير ممكن ، لاختلاف الايات فـي السهولة والصعوبة فيختلف التعليم باختلاف ذلك . وأوجب عليه نصف أجرة المثـل .

قيل عليه: انه اذا أمكن تقويم كل السورة أمكن تقويم بعضها، واذا أمكن تقويم بعضها أمكن تنصيف تعليمها بالضرورة .

وفيه نظر، لجواز امكان التقويم بالنسبة الى المجموع من حيث هو مجموع وعدم امكانه بالنسبة الى البعض، ولانه اذا اختلفت الايات في السهولة والصعوبة جاز أن تكون آية واحدة مساوية لباقي السورة ، فلو علمها الاية أو الباقي لا يكون نصف المفروض حقيقة ، فلا يشمله قوله تعالى «فنصف ما فرضتم »[3].

نعم ويرد على الشيخ أيضاً أنها مـع الطلاق تبين منه فلا تكون محرماً له فكيف يعلمها ؟

ان قلت : يعلمها من وراء حجاب .

---

١) المبسوط ٤/٢٧٥ ، الخلاف ٢/٤٠٥ .

٢) المختلف ٢/٩٩ .

٣) سورة البقرة : ٢٣٧ .

ولو أبرأته من الصداق رجع بنصفه.

قلت: سماع الصوت وتكرار القراءة الحرف[1] عورة محرم عليه فلا يبيحها الحجاب ، فالاولى اذاً ماقاله العلامة .

قوله : ولو ابرأته من الصداق رجع بنصفه

هنا فوائد :

(الاولى) جاء في اسقاط المهر ألفاظ ثلاثة: الهبة ، والعفو، والابراء . فان كان المهر ديناً أو اتلفه الزوج بعد العقد صح منها اسقاطه بكل من الثلاثة ، ولا يفتقر الى قبول لانه ابراء في الحقيقة فهو اسقاط لما في ذمته فيحصل وان لم يقبل ، وان كان عيناً صح بلفظ الهبة اجماعاً ويفتقر الى القبول ولا يصح بلفظ الابراء اجماعاً ، وهل يصح بلفظ العفو؟ اشكال من اطلاق قوله تعالى « الا أن يعفون »[2] الشامل للعين والدين، ومن اختصاص العفو عرفاً باسقاط ما في الذمة. وهو الاقرب .

(الثانيه) اذاوهبته العين في يده ثم طلقها رجع عليها بالنصف اجماعاً لتصرفها الموجب لضمانها، أما الدين عليه لو ابرأته منه ثم طلق فهل يرجع عليها أم لا ؟ ظاهر عبارة المصنف وغيره نعم، لان الابراء تصرف فيه واتلاف له، لانه ثابت قبل الابراء في ذمته ويصح نقله وتمليكه ، فيكون اسقاطها له تصرفاً موجباً للضمان ، فيرجع عليها بالنصف .

واحتمل العلامة في القواعد[3] العدم ، لعدم أخذها منه شيئاً . وهو ظاهر ولا نقلت اليه مالا ، لاستحالة ان يستحق الانسان في ذمة نفسه شيئاً فلا يتحقق نقله

---

١) في بعض النسخ : للحفظ .

٢) سورة البقره: ٢٣٧ .

٣) القواعد ، الفصل الرابع في التنصيف والعفو .

اليه . ولا أتلفت عليه شيئاً ، لأنها لم يصدر منها الا ازالة الاستحقاق لما في ذمته وليس ذلك اتلافاً فلا تكون ضامنة .

ونبه على ذلك بأنه لورجع الشاهدان بدين في ذمة زيد لعمرو بعد حكم الحاكم عليه وقبل الاستيفاء ثم ابراء المشهود له المشهود عليه لم يرجع على الشاهدين بشيء ، فلو كان الابراء اتلافاً على من في ذمته غرما له ، أما لوقبضه ثم وهبه منه فغرما له .

وأجيب بالفرق بين الصورتين ، فان المشهود بـه لم يثبت أصلافالبراءة مستمرة فلا اثر للابراء ، بخلاف الصداق فانه ثبت وأزيل[1] .

(الثالثة) لووهبته النصف ثم طلقها قبل الدخول، فان كان الصداق ديناًبرىء من الكل وجهاً واحداً ، وان كان عيناً ففيه احتمالان : أحدهما ان لـه الباقي بأجمعه. لانصراف هبتها الى ماتملكه مستقراً منه وتجدد ملكه للباقي بالطلاق . وثانيهما أن يكون لـه نصف النصف الموجود وبذل النصف الموهوب ، لان هبتها له بمنزلة الا تلاف ، واذا تلف نصف المهروبقي نصفه كان الباقي بينهما، فتضمن قيمتة النصف التالف ـ أعني الموهوب .

والحاصل من هذا أن الهبة وردت على مطلق النصف فيشيع فيستقر له نصف النصف بالطلاق ونصف النصف الاخربالهبة ويكون لها النصف الباقي شائعاً وعليها قيمة النصف .

والحق الاول، لاصالة انصراف الهبة الى ملكها المستقر، وأصالة عدم تضرره الحاصل بالتبعيض .

(الرابعة) قال الشيخ في النهاية : اذا ابرأته في مرضها ولم تملك غيره لم يصح الا الثلث .

---

١) راجع الايضاح ٣/٢٣٢ .

(الرابع) لو أمهرها مدبرة ثم طلق صارت بينهما نصفين . وقيل يبطل التدبير بجعلها مهر ، وهو أشبه .

وقال ابن ادريس[1] يسقط جميع المهر، لانه ليس بوصية . وقد تقدم تمام البحث في الوصايا .

فعلى قول الشيخ لوطلقها بعد الابراء وقبل الدخول والموت برىء من النصف بالطلاق ومن السدس بالرجوع بالضمان ومن سدس آخر بالابراء ويبقى عليه سدس للورثة ، وعلى قول ابن ادريس برىء من الكل وماتت مديونة بالنصف .

(الخامسة) قال الشيخ[2] في المبسوط والخلاف اذا وجب لها مهر المثل ولم تعلم مقداره لم يصح الابراء لجهالته، وكذا ضمان المجهول . وبمثله قال ابن الجنيد ، وكذا ابن حمزة ، الاأنه قال اذا ابرأته مما استحقت عليه صح .

وقال العلامة في المختلف : الوجه عندي جواز الابراء والضمان معاً، لان الابراء اسقاط الحق فلا تؤثر فيه الجهالة، للاجماع على صحة الصلح على المجهول ، فاذا صح وهو يتضمن الابراء بعوض كانت صحته مع عدم العوض أولى ، والضمان قد تقدم جوازه .

قلت : ذكر العلامة في القواعد وتصح البراءة من المجهول ، ولو علمه المديون وخشي عدم الابراء لو أظهره لم يصح الابراء . فعلى هذا يمكن أن يقال : ان كان الزوج عالماً بقدر مهر المثل وهي جاهلة به ويخشى من علمها عدم ابرائها لم يصح الابراء ، ولو كانت عالمة وهو جاهل أو كانا جاهلين صح .

قوله : لو أمهرها مدبرة ثم طلق صارت بينهما نصفين ، وقيل يبطل التدبير بجعلها مهراً ، وهو اشبه

---

١) السرائر : ٣٠٣ .

٢) المبسوط ٣١٢/٤ ، الخلاف ٤١٦/٢ .

(الخامس) لو أعطاها عوض المهر متاعاً أو عبداً آبقاً وشيئاً ثم طلق رجع بنصف المسمى دون العوض .

في المسألة قولان :

(الاول) قول الشيخ[1] والقاضي بعدم بطلان التدبير بالامهار ، وأنها تعتق بموت المدبر، وأنه لو طلق قبل الدخول كان الخدمة بين الزوج والمرأة لها يوم وله يوم ، ولو ماتت المدبرة ولها مال كان نصفه للرجل ونصفه للمرأة. ومستنده رواية المعلى بن خنيس عن الصادق عليه السلام[2] .

(الثاني) قول ابن ادريس[3] ببطلان التدبير بذلك، لانه وصية تبطل بالاخراج عن ملك الموصي قبل موته. وقول قال: الشيخ «اذا ماتت المدبرة ولها مال كان نصفه للزوج ونصفه للمرأة» غير صحيح ، لانها رق لا تملك شيئاً ، الا ان يكون التدبير واجباً بالنذر فلا يكون له الرجوع ، فيصح حينئذ قوله. قال العلامة: والمعتمد بطلان التدبير بالاصداق وتأويله قول الشيخ بالنذر . ليس بجيد لبطلان جعلها مهراً حينئذ .

قلت : يمكن أن يجاب عن تأويل ابن ادريس : بأن حاصل كلام الشيخ ومدلوله أن الامهار ينصرف الى الخدمة ، فاذا كان التدبير واجباً بالنذر لم يصح الرجوع فيه ، فاذا انصرف الامهار الى الخدمة توجه انعتاقها بموته ، وأنه اذا طلقها كان لها يوم وله يوم ، لان الخدمة هي المهر . ويكون مراده بما تركت المدبرة ليس هو الميراث حقيقة بل ما حصل من كسبها زمان خدمتها المشتركة ، فانه يكون بين الزوج والمرأة كالخدمة .

---

١) المبسوط ٤/ ٢٩٠ .

٢) الكافي ٥/ ٣٨٠ ، التهذيب ٧/ ٣٦٧ .

٣) السرائر: ٣٠٣ .

(السادس) اذا شرط في العقد ما يخالف المشروع فسد الشرط دون العقد والمهر .

كمالوشرطت ألايتزوج أولا يتسرى .

والحاصل ان تأويل ابن ادريس متوجه على قول الشيخ ، والحق والاشبه بأصول المذهب ما قاله ابن ادريس .

نعم عبارة المصنف غيرصريحة بقول الشيخ حتى يفهم منها عـدم بطلان التدبير، لانه قال «صارت بينهما نصفين» وهوظاهرفي رقيتها لافي خدمتها .

نعم قال في الشرائع[1] صارت بينهما ، فاذا مات تحررت . وهو أيضاً غير سديد ولاصريح في الخدمة، بل ظاهره كونها نصفين ببطلان التدبير بالاصداق وملك الزوجة لها بالعقد ورجوع نصفها الى الرجـل بالطلاق ، فيكون بينهما نصفين .

قوله : اذا شرط في العقد ما يخالف المشروع فسد الشرط دون العقد والمهر، كما لوشرطت الا يتزوج أولايتسرى ، وكذا لوشرطت تسليم المهر في أجل فان تأخرعنه فلا عقد

الشرط قسمان: مشروع ، وغيرمشروع. فالاول ذكره في العقد يفيد تأكيداً سواءكان من مقتضيات العقد كالمهر والنفقة وغيرها أوليس كذلك كتسليم المهر وان لم تطالبه أو الوطىء في الفرج . والثاني كاشتراط عدم المهر والنفقة وان لايطأها .

---

١) الشرائع ٢ / ١٨٤ قال فيه: اذا امهرها مدبرة ثم طلقها صارت بينهما نصفين فاذا مات تحررت، وقيل بل يبطل التدبير بجعلها مهراً كما لوكانت موصى بها وهواشبه .

وكذا لوشرطت تسليم المهر في اجل ، فان تأخرعنه فلاعقد.

فهذا قال الشيخ في المبسوط[1] يكون الشرط باطلا والعقد صحيحاً، وتبعه ابن ادريس[2] والمصنف . ثم قال الشيخ : ان كان الشرط يعود بفساد العقد ـ مثل أن تشرط الزوجة أن لايطأها ـ فالنكاح باطل ، لانه شرط يمنع المقصود بالعقد .

وهذا يدل على أن كل شرط يخالف مقتضى العقد فهوباطل ومبطل للعقد ، وأما الشرط الذي لايخالف مقتضى العقد ولا الشرع ـ مثل أن لايخرجها من بلدها وان لايلبسها الا الحرير أو الكتان ـ فهو جائز يجب الوفاء به اذا ذكر في متن العقد والا استحب .

وأما العلامة[3] فقال في القسم الثاني انه يبطل الشرط خاصة لاالعقد ، لان فساد العوض لايؤثر فيه ففساد الشرط أولى . وهل يبطل الطلاق ؟ فيه وجهان : احدهمالالانه في مقابل الوطىء خاصة ولااعتباربالشرط، وثانيهما نعم لان الشرط كالعوض المضاف الى الصداق ويتعذر الرجوع الى قيمة الشرط فيبطل المهر ويثبت مهر المثل .

قوله : وكذا لوشرطت ـ الى آخره

هذا أيضاً مما يخل بالمقصود من النكاح ، فالشرط باطل اجماعاً .

يبقى الكلام في أمرين العقد والمهر، فقيل ببطلان النكاح ، لانه أتى بلفظ يثبت النكاح وبآخر يرفعه وينافي صحته، وليس ترجيح نسبة الصحة على البطلان أولى من العكس، فيتعارضان فيرجع الى أصل بقاء عدم النكاح. وقيل بالصحة،

---

١) المبسوط ٤/٣٠٣ .

٢) السرائر: ٣٠٣.

٣) القواعد ، الفصل الثانى من المقصد الثانى فى المهر .

أما لوشرطت ألايفتضها صح ، ولوأذنت بعده جاز .
ومنهم من خص جوازالشرط بالمتعة .

لما تقدم . وهو الاولى .

وأما المهرفقيل يفسد لانهما انماتراضيا به على هذاالوجه فيثبت مهرالمثل، وقيل لايفسدلانه عقد وشرط لاعقدبشرط والا لكان باطلا، ولان الموجب لثبوت الشرط العقد، فلوكان الشرط شرطاً في صحته لزم الدور ، واذا لم يصلح العقد بسببية ايجاب الشرط بطل الشرط ولم يؤثر في العقد. وهوالاقوى عندالسعيد[1].

قوله : اما لوشرطت ان لايفتضها فصح ولو أذنت بعده جاز ، ومنهم من خص جواز الشرط بالمتعة

الاول قول الشيخ في النهاية[2] استناداً الى رواية اسحاق بن عمارعن الصادق عليه السلام قال : قلت رجل تزوج بجارية عاتق على أن لايقتضها[3] ثم أذنت له بعد ذلك . قال : اذا أذنت له فلا بأس[4] . ومثله رواية سماعة عنه عليه السلام[5] .

والثاني قوله في المبسوط ، قال: ويبطل في الدائم النكاح والشرط . وتبعه ابن حمزة والكيدري، واختاره العلامة في المختلف. وقال القاضي وابن ادريس

---

١) الايضاح ٣/٢٠٧ .

٢) النهاية: ٤٧٤.

٣) قضنت الخشبة قضاً من باب قتل : ثقبتها ، ومنه القضة بالكسروهى البكارة ، يقال : اقتضضها اذا أزلت قضتها ، ويكون الاقتضاض قبل البلوغ وبعده ، وأما « ابتكرها » و« اختضرها » و« ابتسرها » بمعنى الاقتضاض فالثلاثة مختصة بما قبل البلوغ .
اقول : وفض البكارة بالفاء اى ازالها ، وهومن فض الخاتم اى كسره .

٤) الفقيه ٣/٢٩٧ ، التهذيب ٧/٣٦٩ .

٥) التهذيب ٧/٣٦٩ .

(السابع) لوشرط ألايخرجها من بلدها لزم .

ولوشرط لها مائة ان خرجت معه ، وخمسين ان لم تخرج ، فان أخرجها الى بلد الشرك فلاشرط له ولزمته المائة .

وان أرادها الى بلد الاسلام فله الشرط .

ببطلان الشرط فيهما .

والاجود قول المبسوط، لان الغرض الاقصى في المتعة الالتذاذ دون التناسل فلذلك جاز اشتراط عدم الاقتضاض ، وأما الدائم فعلى العكس ، ولان تجويزه يخل بالقاعدة المتقدمة أن كلما يخالف مقتضى العقد فهوباطل ومبطل .

واللام في الشرط في قول المصنف « جواز الشرط » للعهد ، أي الشرط المذكور لا للجنس .

قوله : لو شرط ان لايخرجها من بلدها لزم ، ولو شرط لها مائة ان خرجت معه وخمسين ان لم تخرج فان أخرجها الى بلاد الشرك فلاشرط له ولزمته المائة ، وان ارادها الى بلد الاسلام فله الشرط

هنا فوائد :

(الاولى) لو شرط أن لايخرجها من بلدها هل يلزم أم لا ؟ قال الشيخ في النهاية[1] والقاضي وابن حمزة نعم ، واختاره المصنف . والمستند رواية ابى العباس في الصحيح عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة ويشترط أن لا يخرجها من بلدها . قال : يفي لها بذلك ـ أوقال يلزمه ذلك [2] .

وقال الشيخ في الخلاف وابن ادريس[3] لايلزم ، لانه تجب عليها طاعة

---

١) النهاية : ٤٧٤ .

٢) الكافى ٥/٤٠٢ ، التهذيب ٧/٣٧٢ ، الوسائل ١٥/٤٩ .

٣) الخلاف ٢/٤١٤ ، السرائر : ٣٠٣ .

زوجها والخروج معه الى حيث شاء والاكانت عاصية لله ناشزة وتسقط نفقتها . وقال : ان الرواية المذكورة أوردها الشيخ ايراداً لااعتقاداً .

واختار السعيد[1] قول ابـن ادريس وحمل الروايـة على الاستحباب ، لان مقتضى النكاح تسلط الرجل على المرأة بالاستمتاع والاسكان .

والاقوى اختيار المصنف، لانه شرط لايخالف المشروع فيجب الوفاء به عملا بالحديث، ولانه أمريتعلق به غرض العقلاء، فان حب الوطن من الايمان، وجاز اشتماله على مصلحة لاتحصل في غيره من البلدان أوحصول ضرربسكنى غيره أوبالحركة الى ذلك الغير .

وقول ابن ادريس «تجب عليها طاعة زوجها» قلنا: متى اذا أمرها بأمرسائغ في الشرع غيرممنوع منه أومطلقاً، والاول مسلم لكن مع شرط عدم الاخراج لايكون الاخراج سائغاً فلاتجب الطاعة فيه ، والثاني ممنوع والاوجب عليها طاعته اذا أمرها بمعصيةالله تعالى وهو باطل .

(الثانية) لوشرط لها مهراً ان أخرجها الـى بلاده ونصفه ان لم تخرج هل لذلك حكم أملا ؟ قال ابن ادريس[2] ليس لذلك حكم بل تجب عليها طاعته الى أي بلدأراده ويلزمه مهرالمثل لجهالة المذكورفي العقد، وقال الشيخ في النهاية[3] والقاضي وابن حمزة ان الشرط له حكم ان طلبها الى بلد الاسلام وان طلبها الى بلاد الشرك فلاحكم له ولاتجب عليها طاعته ولها المهرالاعلى . والمستند رواية علي بن رئاب في الحسن عن الكاظم عليه السلام قال : سئل وأنا حاضر عنده عن ذلك. فقال: ان أراد أن يخرج بهاالى بلادالشرك فلا شرط له ولها مائة

---

١) الايضاح ٣/٣٠٩ .

٢) راجع التعليقة السالفة منه آنفاً .

٣) راجع التعليقة السالفة منه آنفاً ايضاً .

(الثامن) لواختلفا فى أصل المهر فالقول قول الزوج مع يمينه ولو كان بعد الدخول، وكذا لوخلا فادعت المواقعة.

دينارالتي أصدقها اياها، وان أراد أن يخرج بها الى بلاد المسلمين ودارالاسلام فله ما اشترط عليها والمسلمون عند شروطهم، وليس له أن يخرج بهاالى بلاده حتى يؤدي لها صداقها أو ترضى منه ذلك بما رضيت وهو جائزله[1].

ان قلت: اذا لم يلزم الوفاء لوطلبها الىبلاد الشرك فلم وجب عليه المائة؟

قلت: لان العقد وقع عليها، لان أول الرواية: رجل تزوج امرأة علىمائة دينارعلىأن تخرج معه الى بلاده، فان لم تخرج معه فان مهرها خمسون ديناراً وسقوط نصفها مشروط بشرط باطل وهو الخروج الى بلد الشرك.

هذا، والمصنف تردد في الشرائع[2]، وكذا العلامة في القواعد[3] قالفيه نظر. والمنشأ فيهما من عموم «المؤمنون عند شروطهم»[4]، ولانه شرط يتعلق به غرض صحيح، ومن أنه مخالف لمقتضى العقد فلايصح.

(الثالثة) الشرط المذكور في المسألتين تعلق بالبلد، فعلى تقدير صحة الشرط لو تعلق بمنزلها هل حكمه حكم البلد؟ نظرمن عموم «المؤمنون عند شروطهم». ولتعلق الغرض كما تقدم، ومن أن النكاح سبب شرعي في سلطنة الزوج على المرأة في اسكانها حيث يشاء خرج البلد للنص فيبقى الباقي على أصله. والاولى الاول عملا بالعلة واتحاد الطريق.

قوله: لواختلفا فىاصل المهرفالقول قول الزوج مع يمينه، ولوكان بعد الدخول وكذا لوخلا فادعت المواقعة

---

١) الكافى ٥/٤٠٤، قرب الاسناد: ١٢٤، التهذيب ٧/٣٧٣.

٢) الشرائع ٢/١٨٤.

٣) القواعد، الفصل الثانى فى الصداق الفاسد من المقصد الثانى فى المهر.

٤) الكافى ٦/١٨٧، ٥/٤٠٤، التهذيب ٧/٢٢، الفقيه روضة المتقين ١٣/١٨.

(التاسع) يضمن الاب مهر ولده الصغير ان لم يكن له مال وقت العقد ، ولو كان له مال كان على الولد .

هنا مسائل :

(الاولى) اختلفا في التسمية فقال الزوج عقدت بغير مهر وقالت المرأة بل بذكر مهر، فالقول قول الزوج ، اما لانه منكر والقول قول المنكر، أولان الاصل معه وهو عدم ثبوت المهر .

وهذا الحكم سواء كان قبل الدخول أو بعده، لكن مع الدخول يلزمه مهر المثل .

(الثانية) اختلفا في القدر أو الصفة بعد الاتفاق على التسمية ، فالقول قوله أيضاً لما قلناه أولا .

(الثالثة) اختلفا في الاستحقاق فقالت هى انى استحق عليك مهراً وقال هو لاتستحقين قبلي شيئاً، فان كان قبل الدخول فالقول قوله لامكان التفويض والمتعة انما تجب بالطلاق ولم يقع فالقول قوله، وان كان بعده فيحتمل أن يكون كذلك لامكان براءة ذمته من المهر، كما لو زوجه الاب وهو صغير فقير أو السيد وهو رق لكنه نادر فلا يلتفت اليه ، وحينئذ يلزم بجواب سديد .

(الرابعة) اختلفا في حصول سبب كمال الاستحقاق، وهو الدخول الذي هو المواقعة ، فالقول قوله أيضاً . وقد تقدم تحقيق البحث .

(الخامسة) اختلفا في القبض ولا بينة ، فالقول قولها لاصالة عدم التقبيض ، وأصالة بقاء ما كان على ما كان .

(العاشر) للمرأة أن تمتنع حتى تقبض مهرها .

وهل لها ذلك بعدالدخول ؟ فيه قولان ـ أشبههما: أنه ليس لها ذلك .

(النظر الثالث) فى القسم والنشوز والشقاق .

قوله: للمرأة ان تمتنع حتى تقبض مهرها ، وهل لهاذلك بعدالدخول فيه قولان اشبههما انه ليس لها ذلك

قال الشيخ في النهاية [1] لها الامتناع حتى تقبض، وأطلق ولم يفصل. وتبعه القاضي، وفصل في المبسوط[2] بأن لها الامتناع قبل الدخول لابعده . ثم حكى عن قوم أن لها ان تمتنع حتى تقبض . قال: وهو الذى يقوى في نفسي .

وهذا يدل على أن اطلاق النهاية هوالحكم الكلي الشامل لما قبل الدخول ولما بعده .

وقال في الخلاف بالتفصيل المذكور، وبه قال التقي والمرتضى وابن حمزة وابن ادريس[3] والمصنف .

وهو المختار ، لان البضع حق للزوج فليس لها الامتناع منه بحق لها عليه بل تسلم اليه حقه وتطالبه بحقها. ولايلزم من جواز امتناعها قبل الدخول جوازه بعده ، لان البضع وان ملكه الزوج بالعقد لكن ملكاً ناقصاً ، وانما يتم بالقبض والقبض هنا الوطىء . كذا قال الشيخ. ولايلزم من امتناع تسليم الملك الناقص امتناع تسليم الملك التام .

---

١) النهاية : ٤٧٥ .

٢) المبسوط ٤/٣١٣ .

٣) السرائر : ٣٠٣ .

أما القسم: فللزوجة الواحدة ليلة، وللاثنتين ليلتان ، وللثلاث ثلاث .

والفاضل من الاربع له أن يضعه حيث شاء .

ولو كن أربعاً فلكل واحدة ليلة .

ولا يجوز الاخلال الامع العذر أوالاذن .

والواجب المضاجعة لاالمواقعة .

قوله، أما القسم فللزوجة الواحدة ليلة وللاثنتين ليلتان وللثلاث ثلاث والفاضل من الاربع له يضعه حيث شاء ، ولو كن أربعاً فلكل واحدة ليلة

هنا فوائد :

(الاولى) القسم بفتح القاف مصدرقسمت الشيء فانقسم ، وبالكسر الحظ والنصيب من الخير، مثل طحنت طحناً بفتح الطاء مصدروالطحن بالكسر الدقيق. قال يعقوب : يقال هو يقسم أمره قسماً أي يقدره وينظرفيه كيف يفعل .

والقسمة بين الزوجات ان أخذت من الاول فهي باعتبار تقسيم الزمان عليهن ، وان أخذت من الثاني فهي باعتبارتقدير الزمان والنظرفيه كيف يصرف اليهن .

(الثانية) القسم واجب في الجملة لمن يجب الانفاق عليها ، لقوله تعالى «وعاشروهن بالمعروف»[1] . وان النبى صلى الله عليه وآله وسلم مات عن تسع وكان يقسم لثمان ، لان سودة بنت زمعة وهبت ليلتها لعائشة[2] . والتأسي به واجب ، لما تقررفي الاصول، وفى الحديث دلالة على جواز هبة الليلة .

---

١) سورة النساء: ١٩ .

٢) سنن البيهقى ٢٩٦/٧ ، المبسوط ٣٢٤/٤ .

(الثالثة) هل هي واجبة ابتداء أواذا أراد الابتداء بواحدة وجب أن يقسم ؟ المشهور هوالاول ، لانه حق مشترك بين الزوجين لاشتراك ثمرته فلها المطالبة بحقها منه، ولأن الاحاديث بوجوبه مطلقة من غيراشتراط ابتداء. وقال الباقرعليه السلام : يقسم للحرة الثلثين من ماله ونفسه وللامة الثلث من ماله ونفسه[1] .

وقال الشيخ في المبسوط[2] بالثاني ، واختاره المصنف في الشرائع[3] ، لاصالة عدم الوجوب، ولانتفاء الدليل عليه خرج مابعد الابتداء للاجماع فيبقى الباقي على أصله، ولانه بعدالابتداء لولم يقسم لزم الترجيح من غيرمرجح لاشتراك الجميع في الزوجية، ولانه يكون حينئذ ميلا منهياً عنه بقوله تعالى « ولاتميلوا كل الميل »[4] فيكون حراماً .

(الرابعة) ان قلنا بالوجوب ابتداء لزم وجوب القرعة والالزم الترجيح بلا مرجح، وان قلنا بعدمه جاز الابتداء بمن أراد. والشيخ في المبسوط[5] وان قال بالثاني لكنه أوجب القرعة .

(الخامسة) لاتجوز القسمة أقل من ليلة لانه تنغيص[6] ، وهل يجوز اكثرمن ليلة اختياراً ؟ قيل نعم مطلقاً لعدم التفاوت ، وقيل لا الابالرضا لما في ذلك من بعد العهد المستلزم لضعف المودة .

وقال الشيخ في المبسوط[7] يجوز ثلاث ليال بغيررضاهن، أما الزائد فلابد

---

١) التهذيب ٧/ ٤٢١، الوسائل ١٥/ ٨٧ .
٢) المبسوط ٤/ ٣٢٥ .
٣) الشرائع ٢/ ١٨٦ .
٤) سورة النساء: ١٢٩ .
٥) المبسوط ٤/ ٣٢٦ .
٦) نغص عليه العيش تنغيصاً : كدره، وتنغصت معيشته: تكدرت
٧) المبسوط ٤/ ٣٢٩ .

ويختص الوجوب بالليل دون النهار ، وفى رواية الكرخى : انما عليه أن يكون عندها فى ليلتها ويظل عندها فى صبيحتها .

من الرضا. واختار المصنف في الشرائع[1] الثاني . وهوأولى .

هذا مع التساوي فى الاستحقاق ، أمامع التفاوت فيه كما يجيء فقد يضطر الى القسمة أزيد من ليلة فلا يشترط الرضا .

قوله : ويختص الوجوب الليل [دون النهار] ، وفى رواية الكرخى انما عليه أن يكون عندها فى ليلتها ويظل عندها فى صبيحتها

لما قرر أن الواجب في القسمة هوالمضاجعة لاالمواقعة ـ لانها انما تجب في كل أربعة اشهرمرة ـ قال : ويختص وجوب المضاجعة بالليل . ولا خلاف فيه .

وأيضاً ان النهار للمعاش ، فوجوب كونه عندها فيه يستلزم الحرج ولاحرج في الدين . اللهم الا أن يكون معاشه بالليل كالحارس والبزار فانه حينئذ يقسم نهاراً .

وقال ابن الجنيد: العدل بين النساء اذا كن حرائر مسلمات الايفضل احداهن على الاخرى في الواجب لهن من مبيته بالليل وقيلولة صبيحة تلك الليلة ، كان[2] ممنوعاً من الوطىء أولا .

والرواية المشار اليها رواها ابراهيم الكرخي قال: سألت الصادق عليه السلام عن رجل له أربع نسوة فهو يبيت عند ثلاث منهن في لياليهن ويمسهن فاذا نام عند الرابعة في ليلتها لم يمسها فهل عليه في هذا اثم؟ فقال : انما عليه أن يكون

---

١) الشرائع ٢ / ١٨٦ .

٢) اى سواء كان ممنوعاً من الوطى ام لا .

ولو اجتمعت مع الحرة أمة بالعقد فللحرة ليلتان وللامة ، ليلة والكتابية كالامة .

ولاقسمة للموطوءة بالملك.

ويختص البكر عند الدخول بثلاث الى سبع ، والثيب بثلاث.

ويستحب التسوية بين الزوجات فـي الانفاق واطلاق الوجه والجماع ، وأن يكون فى صبيحة كل ليلة عند صاحبتها .

عندها في ليلتها ويظل عندها في صبيحتها[1] . وهي مشعرة بقول ابن الجنيد . والاولى حمل ذلك على الاستحباب .

قوله : فاذا اجتمع مع الحرة أمة بالعقد فللحرة ليلتان وللامة ليلة ، والكتابية كالامة

قيد الامة بكونها بالعقد لتخرج الامة بالملـك فانها لا قسمة لها ، وكـلام المفيد[2] مشعر بأنه لاتستحق الامة قسمة سواء وطئت بالعقد أوبالملك، والمشهور الاول ، استناداً الى رواية محمد بن مسلم صحيحاً عن أحدهما عليهما السلام قال : اذا كانت تحته امرأة مملوكة فتزوج عليها حرة قسم للحرة مثلي مايقسم للمملوكة[3] .

وكون الكتابية كالامة في القسم ذكره ابن الجنيد والشيخ في المبسوط[4]، وهـو حسن لنقصها بسبب الكفر فـلا تساوي الحرة المسلمة ، وكذلك الامـة

---

١) الفقيه ٣/ ٢٧٠ ، الكافي ٥/ ٥٦٤ ، التهذيب ٧/ ٤٢٢ .

٢) المقنعة : ٨٠ .

٣) التهذيب ٧/ ٤٢١ .

٤) المبسوط ٤/ ٣٢٧ .

الكتابية لاتساوي الامة المسلمة لعلوهذه على تلك بالاسلام، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الاسلام يعلو[1] .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) اجتماع الامة مع الحرة اما بالاذن من الحرة ان كانت الحرة سابقة أوللرضا ان كانت لاحقة.

(الثانية) نكاح الكتابية قد تقدم أنه لايجوز غبطة ابتداء بـلا استدامة ، كما لوأسلم الكتابى عن كتابية فانه يستبيحها بالعقد الاول ان كانت حرة مطلقاً ، وان كانت أمة فمع رضا الحرة .

(الثالثة) قدتقدم أنه لايجوز للحر المسلم اكثرمن أمتين وان كان معهما شيء من الحرائرفحرتين، وحينئذ لواجتمع عنده مع الحرة المسلمةأمةأوكتابية حرة أوأمة تكون القسمة اكثرمن ليلة ، لما تقدم أنه لايجوز أقل من ليلة . والمساواة وترك حقه ممتنعان شرعاً ، فوجب القسمة على وجـه لايقع فيه ظلم ولا مخالفة شرعية للشرع .

والدورالشرعي بحسب النصاب الشرعي أربع ليال لاغير ، وحينئذ لابدمن دورآخرتقع فيه القسمة على وجه ترتفع معه المحذورات .

(الرابعة) صور الاجتماع على ذلك التقدير أقسام :

« ١ » ـ حرة مسلمة وأمـة مسلمة ، الدور ثمان للحرة ليلتان وللامة ليلة ويبقى له خمس .

« ٢ » ـ حرة مسلمة وحرة كتابية كذلك .

« ٣ » ـ حرتان مسلمتان وامة مسلمة كذلك ويبقى له ثلاث .

« ٤ » ـ حرتان مسلمتان وكتابية كذلك .

---

١) عوالى اللئالى ١/ ٢٢٦ .

« ٥ » ـ حرتان وأمتان، الدورثمان أيضاً ويبقى له ليلتان .

« ٦ » ـ حرتان مسلمتان وكتابيتان حرتان كذلك .

« ٧ » ـ حرتان مسلمتان وأمة وكتابية كذلك .

« ٨ » ـ ثلاث حرائر مسلمات وأمة مسلمة كذلك ويبقى له ليلة .

« ٩ » ـ ثلاث حرائر مسلمات وكتابية حرة كذلك .

« ١٠ » ـ حرة مسلمة وثلاث كتابيات حرائر كذلك ويبقى له ثلاث .

« ١١ » ـ حرة مسلمة وأمة كتابية، الدور ستة عشر للحرة أربع وللامة ليلة ويبقى له أحد عشر .

« ١٢ » ـ حرة مسلمة وأمة مسلمة وأمة كتابية، للحرة المسلمة أربع وللامة المسلمة ليلتان وللامة الكتابية ليلة ويبقى له تسع .

« ١٣ » ـ حرة مسلمة وحرة كتابية وأمة كتابية كذلك .

« ١٤ » ـ العدد المذكور ويزيد أمة مسلمة، الحكم كذلك ويبقى له سبع.

« ١٥ » ـ حرتان مسلمتان وأمة كتابية كذلك .

« ١٦ » ـ ثلاث حرائر مسلمات وامة كتابية ، لكل حرة أربع وللامة ليلة ويبقى له ثلاث . والضابط أن للحرة المسلمة جزء وللامة المسلمة أو الحرة الكتابية نصف جزء وللامة الكتابية ربع جزء .

(الخامسة) المشهور أن المتعة لاقسمة لها . وقال ابن ابى عقيل : قيل انه اذا كان له أمرأتان متعة واعلان[1] فله أن يقسم لاحداهما ليلة وللاخرى ثلاث ليال ، لان له أن يتزوج منهن أربعاً . والظاهر أنه لم يرد القسمة الواجبة ، بل مراده أن زوجة الغبطة ليس لها الا ليلة واحدة والثلاث يضعها أين شاء اما المتمتعة أو غيرها .

---

١) امرأة اعلان : اى دائمة . وكذا زوجة الغبطة وهى أيضاً : الدائمة .

وأما النشوز : فهوارتفاع أحد الزوجين عن طاعة صاحبه فيما يجب له .

فمتى ظهرمن المرأة أمارة العصيان وعظها ، فان لم ينجع هجرها فى المضجع .

قوله : واما النشوز[1] فهوارتفاع احد الزوجين عن طاعة صاحبه فيما يجب له

هذه عبارة علي بن بابويه في رسالته ، فانها صريحة في كون النشوزيكون من كل واحد من الزوجين .

وعبارة الشيخ في النهاية[2] تدل على أنه مختص بالرجل ، لانه قال : وأما النشوز فهو أن يكره الرجل المرأة وتريد المرأة القيام[3] معه وتكره مفارقته ويريد الرجل طلاقها . وهذه العبارة تقتضي انحصار النشوز في الرجل والالزم كون المبتدأ اعم من خبره وهوباطل.

وكذا فهمه ابن ادريس[4] وقال : قول ابن بابويه أقوى من قول الشيخ . وهو صحيح ، لان القرآن صريح في نسبة النشوز الى المرأة ، لقوله تعالى « واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن »[5] الاية .

---

١) قال فى المصباح : نشزت المرأة من زوجها نشوزاً من بابى قعد وضرب: عصت زوجها وامتنعت عليه . ونشزالرجل من امرأته نشوزاً بالوجهين : تركها وجفاها .

٢) النهاية: ٣٥٠ .

٣) فى النهاية : المقام معه .

٤) السرائر : ٣٣٨ .

٥) سورة النساء : ٣٤ .

وصورته أن يوليها ظهره في الفراش .

فان لم تنجع ضربها مقتصراً على ما يؤمل معــه طاعتها مالم يكن مبرحاً .

ولو كان النشوز منه فلها المطالبة بحقوقها .

ولو تركت بعض ما يجب أو كله استمالة جاز له القبول .

وأما الشقاق : فهو أن يكره كل منهما صاحبه .

فاذا خشي الاستمرار بعث كل منهما حكماً من أهله ، ولو امتنع الزوجان بعثهما الحاكم ، ويجوز أن يكونا أجنبيين .

قوله : وصورته ان يوليها ظهره في الفراش

هــذا أيضاً تفسير ابني بابويه في الرسالة والمقنع[1] ، وقــال الشيخ فــي المبسوط[2] : الهجران أن يعتزل عــن فراشها . واختاره ابن ادريس[3] . والحق الاخذ على الاول ، فان لم ينجع[4] انتقل الى الثاني .

قوله : واما الشقاق فهو ان يكره كل منهما صاحبه

الشقاق لغة الخلاف والعداوة ، وشرعاً خلاف يقــع بين الزوجين ويلزمه كراهة كل منهما لصاحبه . فالمصنف عرفه بكراهة كل منهما صاحبه ، لان «ان» مع الفعل في تقدير المصدر ، فهو من باب اطلاق اللازم على الملزوم .

قوله: فان خشي الاستمرار بعث كل منهما حكماً من اهله ، ولو امتنع الزوجان بعثهما الحاكم . ويجوز ان يكونا اجنبيين

---

١) المقنع : ١١٧ .

٢) المبسوط ٣٣٨/٤ .

٣) راجع التعليقة السالفة منه .

٤) نجع الدواء والوعظ : ظهر أثره .

هنا مسائل :

(الاولى) ان المصنف جعل الباعث للحكم الزوجين ، وهوخلاف الظاهر من قول الاصحاب ان الباعث هوالحاكم. ويدل عليه قوله تعالى «فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها»[1]، فانه خاطب الحكام بقوله « فان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها »[1] وأتى بضميري الزوجين غائبين ، ولو كان المراد كما قال المصنف لقال فلينصب كل منهما حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، فان الانسان لايبعث أحداً الى نفسه .

نعم قال ابنا بابويه في الرسالة والمقنع[2] يختار الرجل رجلا والمرأة رجلا. وهذا لايدل على أنهما الباعثان ، لجواز أن يريد ان الباعث هوالحاكم لكن لا يبعث الامن اختاره الزوجان .

(الثانية) مع امتناع الزوجين من البعث على رأي المصنف يجب على الحاكم ذلك حسبة، وعلى قول الاكثر ان الباعث هو الحاكم لايحتاج الى تقييده بالامتناع .

(الثالثة) قال المصنف يجوز كونهما أجنبيين، وهوالمشهورعند الاصحاب. وقيل لايجوز : أما أولا فلظاهر الكتاب ، وأما ثانياً فلان الاهل أعرف بمصالح الزوجين وأخلاقهما وما يقتضيه المصلحة بينهما بخلاف الاجانب .

وقال المصنف في الشرائع[3] كونهما من الاهل على الاولى، أما مع تعذر الاهل فلا كلام في جواز الاجانب حينئذ .

---

١) سورة النساء : ٣٥ .

٢) المقنع : ١١٨ .

٣) الشرائع ١٨٨/٢ .

وبعثهما تحكيم لاتوكيل، فيصلحان ان اتفقا ، ولايفرقان الا مع اذن الزوج فى الطلاق والمرأة فى البذل .

ولواختلف الحكمان لم يمض لهما حكم .

(النظر الرابع) فى أحكام الاولاد .

قوله : وبعثهما تحكيم لاتوكيل ، فيصلحان ان اتفقا ولايفرقان الامع اذن الزوج فى الطلاق والمرأة فى البذل، ولواختلف الحكمان لم يمض لهما حكم

هنا فوائد :

(الاولى) هـل بعثهما تحكيم أوتوكيل ؟ قال الشيخ فـي المبسوط[1] وابن ادريس[2] والقاضي في المهذب بالاول ، لانه خاطب الحكام بالبعث وسماهما حكمين ولوكان توكيلا لخاطب الزوجين، ولانهما ان رأيا الاصلاح فعلاه من غير استيذان وليس لهما التفريق الاباذنهما ، ولوكان توكيلا لكان ذلك تابعـاً للوكالة .

وقال القاضي فـي الكامل بالثاني ، محتجاً بأن البضع حق الزوج والمال حق للمرأة فليس لاحدالتصرف فيهما الاباذنهما على وجه التوكيل لعدم الحجر عليهما .

وفيه نظر، لان كثيراً ما يحجر شرعاً على البالـغ الرشيد وتثبت الولاية عليه كالمماطل[3] والمفلس .

---

١) المبسوط ٤/٣٣٩ .

٢) السرائر : ٣٣٨ .

٣) مطله بدينه : اذا سوفه بوعدالوفاء مرة بعد اخرى .

(الثانية) ان الحكمين ان رأيا الاصلاح مصلحة فعلاه من غير افتقار الى مراجعة والا لما كانا حكمين . هذا خلف ، ولانه تعالى قرن ارادتهما الاصلاح بالتوفيق فلايفتقر الى أمرزائد .

وأما ان رأيا التفريق أصلح ، فقال الاكثرانهما لايفعلاه الا بعد استيذان الرجل في الطلاق والمرأة في البذل ، لدلالة رواية الحلبى عن الصادق عليه السلام[1] على ذلك .

وقال ابن حمزة : ان جعل الحاكم الاصلاح والطلاق اليهما أنفذا مارأياه صلاحاً من غيرمراجعة، وان أطلق القول لهمالم يجز التفريق الابعد مراجعتهما.

وهوحسن ، وهومبني على ان بعثهما باختيار الزوجين واذنهما، فان الاذن أولا كالاذن أخيراً . وتؤيد ذلك رواية سماعة عن الصادق عليه السلام[2] .

(الثالثة) لواختلف الحكمان ـ بأن رأى واحد الاصلاح خيراً ورأى الاخر التفريق خيراً ـ لم يمض لهما حكم، لان امضاء حكم أحدهما ترجيح من غير مرجح ، وامضاء حكمهما جمع بين النقيضين لاختلافهما ، فلم يبق الاعدم الامضاء . وذلك هوالمطلوب .

---

١) الكافى ٦/١٤٦، التهذيب ٨/١٠٣، الفقيه ٣/٣٣٧، فى الاخير بعد نقل الرواية قال: قال مصنف هذا الكتاب ـ رحمه الله ـ لما بلغت هذا الموضع ذكرت فصلالهشام بن الحكم مع بعض المخالفين فى الحكمين بصفين عمرو بن العاص وابى موسى فأحببت ايراده وان لم يكن من جنس ما وضعت له الباب، قال المخالف: ان الحكمين لقبولهما الحكم كانا مريدين للاصلاح بين الطائفتين. فقال هشام : بل كانا غيرمريدين للاصلاح بين الطائفتين . فقال المخالف : من أين قلت هذا ؟ قال هشام : من قول الله عزوجل فى الحكمين حيث يقول « ان يريدا اصلاحاً يوفق الله بينهما » [النساء : ٢٤] . فلما اختلفا ولم يكن بينهما اتفاق على أمرواحد ولم يوفق الله بينهما علمنا أنهما لم يريدا الاصلاح. روى ذلك محمد بن ابى عميرعن هشام بن الحكم ـ انتهى .

٢) التهذيب ٨/١٠٤ ، الكافى ٦/١٤٧ .

ولدالزوجة الدائمة يلحق به مع الدخول ومضى ستة أشهرمن حين الوطء ووضعه لمدة الحمل أو أقل ، وهى تسعة أشهر ، وقيل عشرة أشهروهوحسن ، وقيل سنة وهومتروك .

فلواعتزلهاأوغاب عنها عشرة أشهر فولدت بعدها لم يلحق به.

ولوأنكر الدخول فالقول قوله مع يمينه .

ولواعترف به ثم أنكرالولد لم ينتف عنه الا باللعان .

ولواتهمها بالفجور أوشاهد زناها لم يجزله نفيه .

ويلحق به الولد ولونفاه لم ينتف الابااللعان. وكذالواختلفا فى مدة الولادة .

قوله: ولد الزوجة الدائمة يلحق به مع الدخول ومضى ستة أشهرمن حين الوطى ووضعه لمدة الحمل اواقل وهى تسعة اشهر، وقيل عشرة اشهر وهوحسن، وقيل سنة ، وهو متروك

هنا فوائد :

(الاولى) للحوق الولد شرائط ثلاث : « ١ » الوطىء بسبب غيرباطل من عقد أوملك أوشبهة ، « ٢ » مضي ستة اشهرفمازاد من حين الوطىء الى حين الولادة ، « ٣ » عدم تجاوز أقصى الحمل . فلولم يحصل الوطىء لم يلحق ، وان تقدم عقد أوحصل وطىء وعقد وجاء لدون الستة لم يلحق أيضاً ، وكذا لوجاء زائداً على الستة وتجاوز الاقصى لم يلحق . كل ذلك اجماعاً منا .

(الثانية) هذه الشرائط غيرمختصة بولد الدائم ، بل هي شرائط أيضاً لولد المتعة والملك والشبهة، وحينئذ لاوجه لتخصيص ذلك بالزوجة الدائمة . اللهم الأن يقال: انها اذا حصلت في ولدالدائمة ألحقت ولونفاه لم ينتف الابااللعان ،

ولوزنى بامرأة فأحبلها لم يجز الحاقه به وان تزوج بها. وكذا لوأحبل أمة غيره بزنى ثم ملكها .

ولوطلق زوجته فاعتدت وتزوجت غيره وأتت بولدلدون ستة أشهر فهوللاول .

ولوكان لستة فصاعداً فهوللاخير .

ولولـم تتزوج فهو للاول مالم يتجاوز أقصى الحمل ، وكذا

بخلاف باقي الاقسام فانها اذا حصلت الشرائط في واحد منها لحق الولد لكن لونفاه أثم ولم يفتقرالى لعان .

(الثالثة) لاخلاف أن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، ومستنده مالزم من نص قوله تعالى «وحمله وفصاله ثلاثون شهراً»[1] ومن نص قوله تعالى « وفصاله في عامين »[2] ، فاذا اسقط الحولان من الثلاثين بقي ستة وهوالمطلوب .

فلوأتت بالولد لدون الستة هل يجب نفيه أويجوز الحاقه ؟كلام الشيخين في النهاية والمقنعة[3] يـدل على الثاني ، وقـال ابن ادريس[4] واكثر الفقهاء بالاول .

وهوالحق، لانه ليس بولد له، ويسقط حكم الفراش لحصول العلم بخلافه شرعاً . وأيضاً حذراً من اختلاط النسب ومن الشبهة ووضع الميراث في غير موضعه ووجوب النفقة وغيرذلك .

---

١) سورة الاحقاف : ١٥ .

٢) سورة لقمان : ١٤ .

٣) المقنعة : ٨٤ ، النهاية : ٥٠٥ .

٤) السرائر : ٣٢٠ .

الحكم فى الامة لوباعها بعد الوطء.

وولد الموطوءة بالملك يلحق بالمولى ويلزمه الاقرار به.

لكن لونفاه انتفى ظاهراً ، ولا يثبت بينهما لعان.

ولواعترف به بعد النفى ألحق به ، وفى حكمه ولد المتعة.

وكل من أقربولد ثم نفاه لم يقبل نفيه.

(الرابعة) لاخلاف عندنا أنه لاتزيد مدة الحمل عن سنة، واختلف في دونها فقال الشيخان[1] في النهاية والخلاف والمقنعة والسيد في جواب الموصليات والقاضي وسلار وابن ادريس[1] تسعة أشهر، ومستنده الرواية عن العبد الصالح عليه السلام: انما الحمل تسعة أشهر[2] . وكذا رواه عنه عليه السلام عبدالرحمن ابن الحجاج في المطلقة تدعي الحمل تنتظر تسعة أشهر، فان ولدت والاعتدت بثلاثة اشهر ثم قد بانت منه[3] .

وقال الشيخ في المبسوط[4] عشرة أشهر، واستحسنه المصنف لكثرة وقوعه. وذكره سلار وابن حمزة رواية .

وأما السنة فمنسوب الى المرتضى في الانتصار . والعمل على الأول ، وقد يعمل على العشرة اذا خيف الرمي بالزنا ،كمن غاب عن زوجته فولدت لعشرة من وطئه فانه يلحق به والالزم الرمي بالزنا من غيرتيقن ، فان العشرة وان لم تكن اكثرية فهي كثيرة .

---

١) النهاية : ٥٠٥ ، الخلاف ٣/ ٦٥ ، المقنعة : ٨٤ ، السرائر : ٣١٨ .

٢) الكافى ٦/ ١٠١ .

٣) الكافى ٦/ ١٠١ ، التهذيب ٨/ ١٢٩ ، الفقيه ٣/ ٣٣٠ .

٤) المبسوط ٨/ ٣٠٥ .

ولو وطئها المولى وأجنبي حكم به للمولى ، فان حصل فيه أمارة يغلب معها الظن أنه ليس منه لم يجزله الحاقه ولا نفيه ، بل يستحب أن يوصى له بشيء ولا يورثه ميراث الاولاد .

ولووطئهاالبائع والمشترىفالولد للمشترى ، الاأنيقصرالزمان عن ستة أشهر .

ولووطئها المشتركون فولدت وتداعوه أقرع بينهم وألحق بمن يخرج اسمه ويغرم حصص الباقين من قيمته وقيمة أمه .

ولا يجوز نفى الولد لمكان العزل ، ولا مع التهمة بالزنى .

والموطوءة بالشبهة يلحق ولدها بالواطىء.

ولوتزوج امرأة لظنه خلوها من بعل فبانت محصنة ردت على الاول بعد الاعتداد من الثانى ، وكانت الاولاد للواطىء مع الشرائط .

قوله : فان حصلت فيه امارة يغلب معها الظن انه ليس منه لم يجزله الحاقه ولانفيه ، بل يستحب ان يوصى له بشيء

هذا قول الشيخ في النهاية[1] والقاضي وابن حمزة والشيخ يحيي، لرواية عبدالله بن سنان عنالصادق عليهالسلام[2] فيقضية الانصاريالذي وجد مملوكه على بطن زوجته .

وتوقف في ذلك المصنف فيغيرهذا الكتاب، والعلامة[3] لانه اما أن يكون

---

١) النهاية : ٥٠٦ .

٢) الكافى ٥/٤٨٨ ، التهذيب ٨/١٧٩ ، الفقيه ٤/٢٤٠ .

٣) القواعد : المقصد الرابع فى الولادة .

ويلحق بذلك أحكام الولادة ، وسننها استبداد النساء بالمرأة وجوباً الامع عدمهن ، ولابأس بالزوج وان وجدن .

ويستحب غسل المولود ، والاذان فى اذنه اليمنى ، والاقامة فى اليسرى ، وتحنيكه بتربة الحسين عليه السلام ، وبماء الفرات ، ومع عدمه بماء فرات ، ولولم يوجد الا ماء ملح خلط بالعسل أوالتمر .

ويستحب تسميته الاسماء المستحسنة ، وأن يكنيه .

ويكره أن يكنى محمداً بأبى القاسم ، وأن يسمى حكماً ، أوحكيماً ، أوخالداً ، أوحارثاً ، أو مالكاً ، أوضراراً .

ويستحب حلق رأسه يوم السابع مقدماً على العقيقة ، والتصدق بوزن شعره ذهباً أوفضة ، ويكره القنازع .

ويستحب ثقب أذنه وختانه فيه ، ولوأخرجاز .

ولوبلغ وجب عليه الاختتان .

وخفض الجارية مستحب ، وأن يعق عنه فيه أيضاً . ولاتجزىء الصدقة بثمنها ، ولوعجز توقع المكنة .

سبب الالحاق موجوداً أولا ، فمن الاول يجب الحاقه ومن الثاني يحرم ولاواسطة بينهما .

قوله : وان يعق عنه فيه أيضاً ـ الى آخره

هذا عطف على المستحبات يوم السابع ، وهو مذهب الشيخين[1] وابن ادريس[1] ، لاصالة البراءة وحمل ماورد على شدة الاستحباب .

---

١) المقنعة : ٨١ ، الخلاف ٣/٢٦٣ ، السرائر : ٣١٨ .

ويستحب فيهـا شروط الاضحية، وأن تخص القابلة بالرجل والورك، ولو كانت ذمية أعطيت ثمن الربع.

ولو لم تكن قابلة تصدقت به الام، ولو لم يعق الوالد استحب للولد اذا بلغ. ولو مات الصبي في السابع قبل الزوال سقطت، ولو مات بعد الزوال لم يسقط الاستحباب.

ويكره أن يأكل منها الوالدان، وأن يكسر شيء من عظامها، بل يفصل مفاصل الاعضاء.

ومن التوابع: الرضاع والحضانة. وأفضل ما رضع لبن أمه.

وقال المرتضى وابن الجنيد بالوجوب، لظاهر الروايات، كقوله صلى الله عليه وآله وسلم: أهريقوا عنه دماً[1]. والامر للوجوب. وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: كل مولود مرتهن بالعقيقة[2] وغير ذلك.

قوله: وافضل ما رضع لبان امه

قال الجوهري: اللبان بالكسر كالرضاع، يقال هو أحق بلبان أمه. قال ابن السكيت: ولا يقال بلبن أمه، انما اللبن الذي يشرب. وقال الحريري: الصواب أن يقال ارتضع بلبانه لان اللبن هو المشروب، واللبان مصدر «لابنه» أي شاركه في شرب اللبن.

وانما كان أفضل لان لبنها وفق لمزاجه لتغذيته به وهو في الرحم لما كان دماً.

---

١) سنن ابي داود ٣/١٠٦، صحيح البخاري ـ شرح الكرماني ٢٠/٧٤، كنز العمال ١٦/٤٣١، سنن ابن ماجة ٢/١٠٥٧ في بعضها: كل غلام مرتهن بعقيقته.

٢) الكافي ٦/٢٤، التهذيب ٧/٤٤١، الفقيه ٣/٣١٢.

ولاتجبرالحرة على ارضاع ولدها ويجبرالامة مولاها .

وللحرة الاجرة على الاب ان اختارت ارضاعه . وكذا لوأرضعته خادمتها .

ولوكان الاب ميتاً ، فمن مال الرضيع .

ومدة الرضاع حولان . ويجوز الاقتصار على أحـد وعشرين شهراً لاأقل ، والزيادة بشهر أو بشهرين لاأكثر .

ولا يلزم الوالد أجرة ما زاد عن حولين .

وأما اللباء بكسر الفاء وفتح العين ومد اللام وهو أول اللبن في النتاج فقال العلامة فـي القواعد[1] ان الام تجبر على ارضاعه ، لان الولد لايعيش بدونه . وتبعه الشهيد في بعض تصانيفه .

وهذه العبارة تدل على الوجوب مع أنه قال : ولها الاجرة عنه .

وفيه نظر ، لانا نمنع أن الولـد لايعيش بدونه أولا ليكون واجباً عليها ، ونمنع استحقاق الاجرة على فعل الواجب ثانياً ، اذ هـو خلاف المعهود من قواعد الشرع .

قوله : ولاتجبر المرأة على ارضاع ولدها ويجبر الامة مولاها وللحرة الاجرة على الاب ان اختارت ارضاعه

هنا مسائل ثلاث :

(الاولى) ان الحرة لاتجبر على ارضاع ولدها ، وهـو ظاهر ، لعدم وجوبه عليها ، للاصل ولقوله تعالى « وان تعاسرتم فسترضع له أخرى »[2] ، ولو كان واجباً عليها لم يقل فسترضع له أخرى .

---

١) القواعد ، الفصل الثالث فى الرضاع من المقصد الرابع فى الولادة .

٢) سورة الطلاق: ٦٥ .

(الثانية) ان الامة يجبرهـا مولاها على الارضاع ، لانـه منفعة من منافعها المملوكة فجازله الاجبار .

(الثالثة) ان الحرة اذا اختارت ارضاعه ولم تتبرع لها الاجرة على الاب ، لانذلك منلوازم عدم الوجوب. وبه قالالشيخ فىالنهاية[1] واتباعه والمرتضى وابن ادريس[1] .

وقال فيالمبسوط[2] انكانت في حباله لاتستحق أجرة، لان منافعها مستحقة له بعقد النكاح ، فلا يصح عقد الاجارة عليها، كالاجيرالخاص فانه لواستأجره المستأجر لذلك العمل ثانياً بطل ، فكذا هنا . أما اذاكانت بائنة عنه فيجوز عقد الاجارة عليها للارضاع وغيره ، لانها ملكت منافعها بالبينونة .

أجـاب العلامة[3] بالمنع من ملكه جميع منافعها ، بل وجـوه الاستمتاع لاغير.ويؤيد ذلكالاصل وظاهرقوله تعالى «فانأرضعنلكم فآتوهن أجورهن»[4] فانه لم يفرق بينكونها في حباله أولا .

وهذا جواب حسن .

ان قلت : بل هو مالك لجميع منافعها ، ولهذا وجبت نفقتها عليه وكان له منعها من الخروج من بيته .

قلت :نمنع الملازمة بين وجوب النفقة وملك المنافع ، لانفكاك كل منهما عن الاخر، فانالقريب تجب نفقته ولاتملك منافعه ، والاجيرالخاصيملك منافعه ولاتجب نفقته ، واذا كانكذلك فلادلالة .

ولانسلم أيضاً أن المنع من الخروج يستلزم ملك المنافع جملة ، بل ذلك

---

١) النهاية : ٥٠٣ ، السرائر : ٣١٨ .

٢) المبسوط ٦/٣٦ .

٣) المختلف ، الجزء الخامس ٢٦ .

٤) سورة الطلاق : ٦ .

والام أحق بارضاعه اذا تطوعت أو قنعت بما تطلب غيرها ، ولوطلبت زيادة عن ما قنع غيرها فللاب نزعه واسترضاع غيرها.

لازم لملك الاستمتاع مطلقاً بحيث لا يخص زماناً ولامكاناً .

قوله: والام أحق بارضاعه اذا تطوعت اوقنعت بما يطلب غيرها، ولو طلبت زيادة عما قنع غيرها فللاب نزعه واسترضاع غيرها

هنا أقوال :

(الاول) ماذكره المصنف واختاره العلامة[1] وهو كونها أحق بالولد مع تبرعها أورضاها بما يرضى به الغيروالاكان للاب انتزاعه ، سواءكانت في حباله أو بائنة منه .

(الثانية) قول الشيخ[2] بأن الحكم المذكوريختص بالبائنة عنه ، بناء على مذهبه ، وهوعدم جواز استيجارمن هي في حباله .

(الثالثة) قول ابى حامد من الشافعية أنـه ليس للاب نقله عن الام الا اذا امتنعت من الارضاع ويلزمه أجرة المثل اذا لم تمتنع، واحتج بقوله تعالى « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن »[3]، فانه تعالى أوجب لهن الاجرة اذا أرضعته ولم يفصل بين وجود المتبرعة وعدمها، فلايجوزنقله عنها الى المتبرعة .

وقواه ابن ادريس .

وأجاب الشيخ[4] عن الاية بأن مقتضاها وجوب الاجرة اذا ارضعت، وليس النزاع فيه بل فيما اذا أرادت ارضاعه بالاجرة هل يجوزأخذه منها ودفعه الى المتبرعة أم لا؟

---

١) القواعد، الفصل الثالث فى الرضاع من المقصد الرابع فى الولادة .

٢) المبسوط ٦/ ٣٨ ، ٣٩ .

٣) سورة الطلاق : ٦ .

٤) المبسوط: ٣٧ .

وأما الحضانة :

ثم احتج بقوله تعالى «فان تعاسرتم فسترضع له أخرى»[1] ، فانها اذا طلبت الاجرة ويريد أبوه عدمها فقد تعاسرا .

قلت : لابى حامد أن يقول : المراد من قوله «فان أرضعن لكم » ان أردن الارضاع لكم ، ومن قوله « وان تعاسرتم » أي فـي الارضاع وعدمه ، أي ان امتنعت من الارضاع فسترضع له أخرى ، لانها اذا طلبت الاجرة .

فان قال الشيخ حمل الارضاع على ارادته مجاز والاصل الحقيقة . فلابى حامد أن يقول : المجاز لابد من ارتكابه عندكم أيضاً ، لان الاجرة عندكم يلزم بنفس العقد ولايتوقف على العمل، فاذا أجريتم « أرضعن » على ظاهره لزمكم أن تقولوا : ان الاجرة لاتستحق الابكمال العمل وليس ذلك مذهباً لكم .

وللشيخ أن يجيب: ان لزوم الاجرة بعد الارضاع لا يستلزم عدمه قبله الا بدليل الخطاب ، وليس بحجة عندنا ، والتعاسروان احتمل كونه في الارضاع فكذا يحتمل أن يكون فـي الاجرة وكميتها، فليحمل علـى المعنيين معاً دفعاً للترجيح من غيرمرجح وحملا لكلامه تعالى على أكمل الفوائدكما قال صلى الله عليه وآله وسلم : أوتيت جوامع الكلم[2] .

قوله : واما الحضانة

هي لغة من حضن[3] بيضه يحضنه: اذا ضمه الى نفسه تحت جناحه، وكذلك

---

١) سورة الطلاق : ٦ .

٢) صحيح البخاري ـ شرح الكرماني ٢٤/١١٧ ، وفيه : بعثت بجوامع الكلم .

٣) الحضن ما دون الابط الى الكشح، واحتضنت الشيء جعلته فى حضنى ، والجمع احضان مثـل حمل واحمال ، ويعدى الى المفعول الثانى بالهمزة فيقال : احضنت الطائر البيض : اذا جثم عليه .

فالام أحق بالولد بمدة الرضاع اذا كانت حرة مسلمة .

واذا فصل فالحرة أحق بالبنت الى سبع سنين ، وقيل الى تسع سنين ، والاب أحق بالابن .

المرأة اذا حضنت ولدها، وحاضنة الصبى التي تقوم عليه في تربيته .

وشرعاً[1] ولاية وسلطنة تستحقها الام مدة معلومة ، فمع اجتماع الزوجين لا كلام في كون الولد بينهما بحيث يقوم كل منهما بما يجب عليه في تربيته . ومع افتراقهما وتنازعهما في تولي أحواله وتربيته ، فان كان بالغاً رشيداً فأمره الى نفسه ينضم الى من شاء، سواء كان ذكراً أو انثى، الا أنه يكره للانثى مفارقة أمها حتى تتزوج . وان كان بعد في الطفولية فسيأتي تفصيله .

قوله : فالام أحق بالولد مدة الرضاع اذا كانت حرة مسلمة ، فاذا فصل فالحرة احق بالبنت الى سبع سنين ، وقيل الى تسع سنين والاب احق بالابن

الام أحق بالولد مدة الرضاع بلا خلاف ذكراً كان أو أنثى ، أما اذا فصل ففيه أقوال :

(الاول) ما اختاره المصنف ، وهو مذهب الشيخ فى النهاية[2] والقاضي في الكامل وابن حمزة وابن ادريس[2].

---

١) قال فى المسالك : واما الحضانة هى بفتح الحاء ولاية على الطفل والمجنون لفائدة تربيته وما يتعلق بها من مصحلته من حفظه ، وجعله فى سريره ورفعه وكحله ودهنه وتنظيفه وغسل خرقه وثيابه ونحو ذلك، وهى بالانثى أليق منها بالرجل لمزيد شفقتها وخلقها المعد لذلك بالاصل .

٢) النهاية : ٥٠٣ ، السرائر: ٣١٩ .

(الثاني) قول المفيد[1] ان الام أحق بالبنت الى تسع .

(الثالث) قول الشيخ في المبسوط والخلاف [2] ان الام أولى بالولد الى أن يصيرمميزاً ، وهو سبع سنين أوثمان ، واذا صارمميزاً فالذي رواه أصحابنا أن الاب أولى بالذكروالام أولى بالانثى .

(الرابع) فول ابن بابويه المرأة أحق بالولد مالم تتزوج .

(الخامس) قول ابن الجنيد الام أحق بالصبى الى سبع سنين، ولوجاوزها وهومعتوه كان حكمه حكم الطفل في استحقاق الام اياه، وأما البنت فالام أولى بها مالم تتزوج الام .

(السادس) قول القاضي في المهذب: الام أولى الى أن يميز، وبعد التميز الام أولى أيضاً بالابن الى سبع سنين وبالبنت الى تسع .

واعلم أنالعلامة[3] أفتى بقول الشيخ في النهايةكما أفتى به المصنف جمعاً بين الروايات ، والا فليس ثم رواية صحيحة صريحة بقول من هذه الاقوال .

والتحقيق أن نقول : لاشك أن الباري سبحانه تعلقت عنايته بتربية الولد غيرالمميز ، ولهذا أن كلما قربت حاجته الى التربية يزيد الله في محبة الابوين له وبقدرنقصان الحاجة اليهما ينقص محبتهما له. ولاريب أن محبة الام للطفل أكمل وأزيد من محبة الاب، وليس ثم حكمة لتلك الزيادة الاللتربية ، فتكون تلك الزيادة المرجحة لحضانة الام . وحينئذ يكون قول الشيخ[4] في المبسوط والخلاف قريباً الى الصواب بل هوأولى بالصواب .

---

١) المقنعة : ٨٣ .

٢) المبسوط ٦/ ٣٩ ، الخلاف ٣/ ٨٢ .

٣) القواعد ، الفصل الرابع فى الحضانة من المقصد الرابع فى الولادة .

٤) راجع التعليقة السالفة آنفاً .

ولو تزوجت الام سقطت حضانتها .

ان قلت : روى داود بـن الحصين عن الصادق عليه السلام أنه قال : الولد في الرضاع هو بين الابوين بالسوية ، فاذا فطم فالاب أحق به من الام[1] ، فاذا مات الاب فالام أحق به من العصبة . وهي صريحة بأن الاب أحق بـه من الام بعد الفطام .

قلت : ليس فيها أن الاب أحق بالحضانة ، وحينئذ يحتمل أن يكون الاب أحق بالولاية والانفاق والتأديب والتعليم لا الحضانة .

قوله : ولو تزوجت الام سقطت حضانتها

هذا مما لا خـلاف فيه ، واستدل الشيخ عليه برواية حفص بن غياث عـن الصادق عليه السلام، وكذا رواه عن المنقري عمن ذكره، ورواه أيضاً ابوهريرة عنه عليه السلام : الام أحق بحضانة ابنها مالم تتزوج[2] .

وكذا رواه عبدالله بـن عمر ان امرأة قالت : يارسول الله ان ابنى هذا كان له بطني وعاء وثديي لـه سقاء وحجري له حواء وان أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال لها النبى صلى الله عليه وآله وسلم : انت أحقي به مالم تنكحي[3] .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) اذا تزوجت وطلقها زوجها الثاني بائناً هل تعود حضانتها أم لا؟ قال الشيخ في المبسوط والخلاف نعم[4] وقال ابن ادريس [5] لا لخروج الحق عنها

---

١) الكافى ٦/ ٤٥ ، الفقيه ٣/ ٢٧٤ ، التهذيب ٨/ ١٠٤ ، الاستبصار ٣/ ٣٢٠ .
٢) الكافى ٦/ ٤٥ ، الفقيه ٣/ ٢٢٤ ، التهذيب ٨/ ١٠٥ ، الاستبصار ٣/ ٣٢٠ .
٣) كنز العمال ٥/ ٥٨١ .
٤) المبسوط ٦/ ٤١ ، الخلاف ٣/ ٨٣ .
٥) السرائر : ٣١٩ .

ولو مات الاب فالام أحق بـه من الوصى . وكذا لو كان الاب مملوكاً أو كافراً كانت الام الحرة أحق به ولو تزوجت .

فان أعتق الاب فالحضانة له .

(النظر الخامس) فى النفقات :

وأسبابها ثلاثة : الزوجية ، والقرابة ، والملك .

بالتزويج فعوده يحتاج الى دليل وليس ، ولانه صلى الله عليه وآله وسلم جعل التزويج غاية استحقاقها في الحضانة ، فلا حضانة بعدغايتها .

والاول أولى، لان المقتضي للحضانة ـ وهي التربية ـ والحاجة الى التربية باق والمانع وهو التزويج يرتفع ، فتكون الحضانـة عـائدة بالضرورة . وهو المطلوب فقد وجه الدليل .

(الثانية) كما تزول الحضانة بتزويج الام كذا ترتفع بنقصها، بأن تكون كافرة أوأمة والاب مسلم أوحر، وكذا بالعكس لو كان الاب كافراً أورقاً والام مسلمة أوحرة فهي أولى. ولوحصل الاسلام أوالحرية من كل منهما عادت حضانته .

(الثالثة) اذا انتقلت الحضانة الى الاب اما لتزويج الام أولانقضاء المدة لم يمنع من الاجتماع بأمه ، فالذكر يذهب الى أمه والبنت تأتي أمها اليها من غير اطالة ولاابساط في بيت مطلقها . وكذا لومرض الولد لم تمنع الام من مراعاته [اعادته ن] وتمريضه ، وان مرضت هي لم يمنع ولدها من التردد اليها ذكراً كان أوانثى . والموت كالمرض بل هوأولى بالحضورفيه .

قوله : ولومات الاب فالام احق به من الوصى ، وكذا لو كان الاب مملوكاً اوكافراً كانت الام الحرة احق به. ولوتزوجت الام فان اعتق الاب فالحضانة له

هنا فوائد :

(الاولى) قد تقدم أن التزويج رافع للحضانة لكن مع وجود الاب ، أما مع موته فهي أولى، لان المقتضى لها ـ وهو الامومية ـ موجود والمانع ـ وهو وجود الاب ـ مرتفع فتكون أولى .

(الثانية) قد بينا أن الام المسلمة الحرة أولى بالولد مع كفر الاب أورقه ، ونقول هنا أيضاً : هى أولى وان تزوجت، لما ذكرنا من الحجة ، ولرواية داود الرقي عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن امرأة حرة نكحت عبداً فأولدها [ـ الى ان قال ـ] : وقال : انا أحق بهم منك ان تزوجت . فقال: ليس للعبد أن يأخذ منها ولدها وان تزوجت حتى يعتق هي أحق بولدها منه مادام مملوكاً، فاذا أعتق فهو أحق بهم منها[1] .

(الثالثة) اذا فقدت الام فالحضانة للاب أولمن يختاره. وينبغي له أن يختار من يمت الى الولد من جهة الام من النساء كالاخت والجدة والخالة دون عصباته .

وكذا لوفقد الاب ينبغي للوصي أوالحاكم أن يختار من يمت الى الولد من جهة الام أيضاً من النساء لاالعصبات ، لان النبى صلى الله عليه وآله وسلم حكم لخالة بنت حمزة بالحضانة دون علي عليه السلام وجعفر ، وعلل ذلك بأن الخالة ام[2] .

(الرابعة) لووجدت الاخت من الابوين فهي أولى من الاخت لاحدهما ، ولوفقدت ووجدتا فهل الاخت من الاب أولى من الاخت من الام؟ قال الشيخ[3] في المبسوط والخلاف نعم ، قال : ولوقلنا انهما سواء ويقرع بينهما كان قوياً .

---

١) الوسائل ١٥/ ١٨١ ، الكافى ٦/ ٤٥ ، التهذيب ٨/ ١٠٧ ، الاستبصار ٣/ ٣٢١.
٢) الوسائل ١٥/ ١٨٢ .
٣) المبسوط ٦/ ٤٢ ، الخلاف ٣/ ٨٤ .

وقال ابـن الجنيد : قرابة الام أولى بالانثى من قرابة الاب ، لقضية بنت حمزة وتوقف فيه العلامة .

وقول ابن الجنيد ليس بعيداً: لان الام أولى من الاب ، فان فقد فمن يمت بالام أولى .

(الخامسة) قال الشيخ في المبسوط[1] : اذا لم تكن أم ولارجال من القرابة فكل امرأة هي أولى بالميراث فهي أولى بالحضانة ، وان تساويا فـي الدرجة ولامزية فهـو بينهما ، كأختين متساويتين أوخالتين أو جدتين فيقرع بينهما . وقال : والعمة والخالة سواء فيقرع بينهما ، وأم الاب أولى من الخالة .

وقال المفيد[2]: اذا مات الاب قامت أمه مقامه في كفالة الولد، فان لم تكن له أم وكان له أب قام مقامه في ذلك ، فان لم يكونا كانت الام التي هـي الجدة أحق به من البعداء .

وقال ابن ادريس[3] : ماذكره الشيخ من تخريجات المخالفين ، ومعظمه قول الشافعي ، وبناؤهم على القول بالعصبة ، وذلك عندنا بـاطل ، ولاحضانة عندنا الا للام نفسها وللاب ، وأما غيرهمـا فليس لاحد عليه ولاية سوى الجد من قبل الاب خاصة .

وماذكره ابن ادريس حق لكن اذاآلت الولاية الىالجد للاب فمع عدمه فالى الوصي ومع عدمه فالى الحاكم ، وحينئذ ينبغي لكل من الاب والجد والوصي والحاكم أن يختار للحضانة من يصلح لها . ويستحب له تقديم قرابة الام، لان فيقول النبى صلى الله عليه وآله وسلمفيبنت حمزة ايماء الى ذلك. ومـع عدمهم يختار من يراها أصلح شفقة وأمانة وديانة ومحبة ، ولااعتبار

---

١) المبسوط ٦/٤٣ .

٢) المقنعة : ٨٣ .

٣) السرائر : ٣١٩ .

أما الزوجية فيشترط فى وجوب نفقتها شرطان :

العقد الدائم ، فلا نفقة لمستمتع بها . والتمكين الكامل ، فلا نفقة لناشزة .

ولو امتنعت لعذر شرعى لـم تسقط كالمرض والحيض وفعل الواجب .

أما المندوب: فـان مـنعها منه فـاستمرت سقطت نفقتها ، وتستحق الزوجة النفقة .

بمراتب الارث والالكان الاخ أولى من الخالة وليس .

قوله : أما الزوجة فيشترط فى وجوب نفقتها شرطان : العقد الدائم فلا نفقة لمستمتع بها ، والتمكين الكامل فلا نفقة لناشزة . ولوامتنعت لعذر شرعى لم تسقط كالمرض والحيض وفعل الواجب، اما المندوب فان منعها منه واستمرت سقطت نفقتها

هنا فوائد :

(الاولى)ان المراد بالتمكين التام هوطاعتها لزوجها عند طلب مباشرتها قبلا أودبراً أي وقت أراد وأي مكان أراد مما يجوزفيه الاستمتاع شرعاً وعرفاً ، فلو طلبها فيحال يضاد فعل الواجب المضيق أوالموسع المأذون في الشرع فيه مما يبطله المباشرة وامتنعت لم تخرج عن التمكين ولم تسقط نفقتها، وكذالوطلب ذلك في ملاء مـن الناس أوحـال يستنكف فيها من ذلك أوهي مريضة مرضـاً تضره المباشرة .

(الثانية) هـل التمكين سبب كالعقد أوشرط والسبب هـو العقد ؟ تردد فيه

المصنف في الشرائع[1] ، والعلامة في القواعد[2] استشكله، والمنشأفيهما واحد، وهواحتمال النص لكلا الامرين .

وتظهرالفائدة في أمور :

منها : انه اذا اختلفا في النشوز فان قلنا التمكين شرط فعلى الزوج البينة لانه يدعي خلاف الاصل ، وان قلنا انه سبب فعليها البينة لان الاصل عدم التمكين .

ومنها : انه اذا عقد ولم يدخل ومضت مدة على ذلك وهي ساكتة تجب عليه النفقة على تقديرالشرطية لعدم العلم بنشوزها ، وعلى تقدير السببية لاتجب لعدم العلم بالتمكين اوطلبها. الىغيرذلك من الفوائد .

(الثالثة) قال الشيخ[3] في المبسوط والخلاف وابن الجنيد الصغيرة لانفقة لها سواءكان زوجها صغيراً أوكبيراً. واختاره المصنف في الشرائع[4] قال: وان أمكن الاستمتاع بها بما دون الوطىء ، لانه استمتاع نادر لايرغب فيه غالباً .

وفيه نظر، لانها اذا كانت في حصن زوجها يستمتع بها بما دونالوطىء فقد مكنت من نفسها، اذ لانعني بالتمكين الاطاعته وقد حصلت ، وامتناع الوطىء عذرشرعي كالمرض. وظاهرعبارته هنا يدل على الوجوب، لانه قال « لوامتنعت لعذرشرعي لم تسقط » ، وهذا عذرشرعى .

وقال العلامة[5]: لاتجب النفقة ان جعلنا التمكين شرطاً. وهويدل بمفهومه

---

١) الشرائع ٢/١٩٠ .

٢) القواعد ، المقصد الخامس من كتاب النكاح .

٣) المبسوط ٦/١٢ .

٤) الشرائع ٢/١٩٠ .

٥) المختلف ، الجزء الخامس ٢٩ .

ولو كانت ذمية أو أمة . وكذا تستحقها المطلقة الرجعية دون البائن والمتوفى عنها زوجها الا أن تكون حاملا فتثبت نفقتها فـي الطلاق على الزوج حتى تضع ، وفى الوفاة من نصيب الجمل على احدى الروايتين .

على الوجوب ان جعل سبباً .

وفيه نظر أيضاً، لان الصغر ان كان عذراً شرعياً فالنفقة لازمة على التقديرين، وان لم يكن عذراً شرعياً لم تكن لازمة على التقديرين .

واختار ابن ادريس[1] وجوب النفقة . وهو قريب مع التمكين من طرفها .

ولو انعكس الفرض ـ بأن كان الزوج صغيراً وهي كبيرة ـ قال الشيخ[2] لا نفقة لها لاصالة البرءاة ، ولان الصبى ليس أهلا للاستمتاع فلا أثر للتمكين في حقه لان التمكين شرطه الامكان .

وقال ابن الجنيد : تجب النفقة ، لان الامكان من طرفها متحقق وانما تعذر من جهته فلم تسقط ، كما لو كان الزوج كبيراً وهو غائب أو مريض أومحرم ، ولان الشـرط اما عـدم النشوز أو حصـول التمكين ، و كلاهما متحقق مـن جهتها فتجب لها النفقة . وهو الاقوى ، واختاره المصنف فـي الشرائع[3] بعد استشكاله .

قوله : وكذا تستحقها المطلقة الرجعية دون البائـن والمتوفى عنها زوجها ، الاأن تكون حاملا فتثبت نفقتها فى الطلاق على الزوج حتى تضع وفى الوفاة فى نصيب الحمل على احدى الروايتين

---

١) السرائر: ٣٢٠.

٢) المبسوط ٦/١٢ .

٣) الشرائع ١٩٠ .

لما كان العلة في وجوبِ النفقة على الزوج هو تسلطه على منافعها في جميع أزمان امكان انتفاعه بها ، فكلما وجدت العلة وجبت النفقة ، كالمعتدة رجعياً فان له الاعتراض عليها بمطالبة نفسها بعد الرجعة في جميع زمان العدة ، وكلما انتفت كما في البائن انتفى الوجوب . وتخرج من ذلك صورتان :

«الاولى» ـ المطلقة بائناً اذا كانت حاملا ، للنص على ذلك، ولدخولها في عموم « وأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن »[1] .

« الثاني » ـ الحامل المتوفى عنها زوجها. وفيها روايتان : احداهما لانفقة وهي رواية حماد عن الحلبى عن الصادق عليه السلام قال في الحبلى المتوفى عنها زوجها : انه لانفقة لها[2] . ومثلها رواية ابى الصباح عنه عليه السلام أيضاً[3].

وأفتى بها المفيد في المقنعة وابن ابى عقيل والشيخ في الخلاف[4] .

وثانيتهما وجوب النفقة من مال الحمل، وهي رواية محمد بن الفضيل عن ابى الصباح عن الصادق عليه السلام قال : المرأة الحبلى المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها الذي في بطنها[5] .

وأفتى بها الشيخ في النهاية[6] والتقي ومن تابعهما . واختار المصنف والعلامة[7] الاول، وعليه الفتوى لاشتهار الرواية به ولاصالة البراءة من الوجوب.

---

١) سورة الطلاق : ٦ .

٢) الكافى ٦/١١٤ ، التهذيب ٨/١٥١ ، الاستبصار ٣/٣٤٥ .

٣) الكافى ٦/١١٥، التهذيب ٨/١٥٠، الاستبصار ٣/٣٤٤ .

٤) الخلاف ٣/٥٧ .

٥) الكافى ٦/١١٥ ، التهذيب ٨/١٥٢ .

٦) النهاية: ٥٣٧.

٧) القواعد فى الرابع من المقصد الخامس من كتاب النكاح ، المختلف ، الجزء الخامس ص ٦٢ .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) هل النفقة في الحامل المطلقة بائناً للحمل أولها ؟ اختار الشيخ في المبسوط[1] الاول للدوران ، فان الوجوب دائر مع الولد وجوداً وعدماً ويقاس ماقبل الولادة على مابعدها، فانه لاخلاف في أن النفقة للولد بعد الولادة وليس لها ، وكذا قبلها لوجود الولد في الحالين ولنص الاصحاب على أنه ينفق عليها من مال الحمل . وتبعه القاضي .

وقال آخرون بالثاني ، واختاره ابن زهرة لعدم وجوبها على الجد مع فقر الاب أوموته . وأيضاً لو كانت للحمل لسقطت بيساره اما بالارث أوبالوصية له وقبول الاب ، واللازم باطل فكذا الملزوم . وتظهر فائدة الخلاف في صور :

«١» لو كان الزوجان مملوكين، فمن قال النفقة للحمل كانت على سيد الولد ومن قال النفقة لها كانت على سيد الزوج أو في كسبه على الخلاف .

« ٢ » لو كان الزوج عبداً وهي حرة ، فان قلنا للحمل فالنفقة على أمه ، والافعلى السيد أو كسبه .

« ٣ » لو أخل بالنفقة فان قلنا للحمل لاتقضى والاقضيت .

(الثانية) لو ادعت البائن الحمل قبل منها ، لانه أمر لايعلم الامن جهتها ، سواء كانت ثقة أولا. ولكن لايجب الدفع الايوماً فيوماً، فان ظهر صدقها فلا كلام والا استعيدت لظهور عدم استحقاقها .

(الثالثة) الحائل المتوفى عنها زوجها لانفقة لها، قيل السبب انقطاع العصمة بينهما بالموت .

وفيه نظر، اذ لو كان كذلك لما جاز لها تغسيله اختياراً، ولما كان كفنها عليه لوماتت ، واللازمان باطلان فكذا الملزوم. والاولى أن نقول : لو وجبت لكان

---

١) المبسوط ٦/٢٨ .

ونفقة الزوجة مقدمة على نفقة الاقارب وتقضى لوفاتت .

وأما القرابة : فالنفقة على الابوين والاولاد لازمة .

وفيمن علا من الاباء والامهات تردد ، أشبهه : اللزوم .

محلها اما ذمه الميت و هو باطل لانه لاذمة له بعد موته ، أو التركة وهو باطل أيضاً لانتقالها الى الوارث فـلا وجوب . وأيضاً انها مؤدية لواجب عليها فـلا تستحق عوضاً عليه .

قوله : ونفقة الزوجة مقدمة على نفقة الاقارب ، وتقضى لوفاتت

لما كانت نفقة الزوجة أقوى لكونها تجب لهـا مطلقاً ـ أى غنية كانت أو فقيرة ولكونها جزء مـال المعاوضة اذ النكاح عقد معاوضة ـ اختصت بهـاتين الخاصتين: «الاولى» كونها مقدمة على نفقة القريب كما يقدم الدين على الصدقة ، « الثانية » كونها تقضى كما تقضى الحقوق الواجبة مطلقاً. بخلاف نفقة القريب، فانها لسد الخلة[1] فلا تقضى بعد وقتها ، لزوال ماعلقت عليه .

نعم لو أمر المنفق أوالحاكم القريب بـالاستدانة لسد خلته وجب القضاء وكانت مزاحمة لنفقة الزوجة، بل للديون في توزيع مال المفلس وتركة الميت .

قوله : وفيمن علا من الاباء والامهات تردد أشبهه اللزوم

اتفق الاصحاب على وجوب الانفاق على الاباء والاولاد، لتواتر الاحاديث ودلالة الكتاب على ذلك .

وهل ذلك مختص بالقريب من الصنفين أم لا ؟ تـردد المصنف والعلامة[2]

---

١) الخلة بفتح الخاء : الفقر والحاجة ، والخليل : الفقير .

٢) القواعد، الفصل الثانى من المقصد الخامس فى النفقات من كتاب النكاح .

ولا تجب على غيرهم من الاقارب ، بل تستحب وتتأكد في الوارث .

ويشترط في الوجوب الفقر والعجز عن الاكتساب .

فيه ، والمنشأ من أنه تعالى سمى الاجداد آباء في قوله « ملة أبيكم ابراهيم »[1] وقوله.« واتبعت ملة آبائي ابراهيم واسحاق ويعقوب »[2] وابناء الابناء ابناء في قوله « يابني آدم » « يابني اسرائيل »، والاصل في الاطلاق الحقيقة. ومن امكان ارادة المجاز في الاطلاق ، لصدق النفي الـذي هو من دلائل المجاز . ويعضد الثاني اصالة البراءة .

والاولى الاحتياط وحصول الحاجة المقتضية للوجوب مع صدق المعنى الذي لاجله وجب الانفاق ، وهو كون الاب أصلا والولد فرعاً ، ولذلك اختار المصنف اللزوم .

قوله: ولاتجب على غيرهم من الاقارب بل تستحب وتتأكد في الوارث

الاقوال في وجوب الانفاق على القريب ثلاثة لاغير : «الاول» قول اكثر الامامية والشافعية أنها على العمودين لاغير كما تقدم ، « الثاني » قول الشيخ وابن حنبل وهو كل وارث، « الثالث » قول ابى حنيفة كل ذي رحم ولم يقل به أحد منا.

والحق الاول ، لاصالة البراءة ، وحمل ماورد على شدة الاستحباب ، لما جاء من الحث على صلة الارحام .

قولـه : ويشترط في الوجوب الفقر والعجز عن الاكتساب

---

١) سورة الحج : ٧٨ .

٢) سورة يوسف: ٣٨.

قيل كان ينبغي أن يقول أيضاً « وقدرة المنفق على الانفاق » ، وذلك لانه مع تساوي المنفق والمنفق عليه في العجز لو كلف أحدهما بالانفاق على الاخر لزم الترجيح بلامرجح أو تكليف مالايطاق ، وكلاهما محال .

قلت : ذلك غير وارد، لان الكلام يدل على اعتبار قدرة المنفق، فان وصف أحد المضايفين بصفة يستلزم اعتبار صدقها في المضايف الاخر والا لما حسن ذكرها .

اذا تقرر هذا فهنا مسائل :

(الاولى) جعل العلامة في القواعد[1] العجز عن الاكتساب أقرب الاحتمالين، لان القدرة على الاكتساب كالغنى ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لاصدقة لغني ولالذي مرة سوي[2]. ويحتمل الوجوب مع عدم المال وان قدر لصدق اسم الفقر عليه ، والاول أولى .

(الثانية) المراد بالاكتساب المانع من الوجوب هو مايليق به فلاتجب على ذي المروة والعالم التعرض للكنس والايقاد[3] .

(الثالثة) لايشترط زائد على ماتقدم كنقص الخلقة بأن يكون أعمى أومقعداً أوأشل ، أونقص الحكم بأن يكون صغيراً أومجنوناً أوكافراً ، بل يجب الانفاق على البصير وصحيح الاعضاء مع عجزه عن التكسب، وكذا يجب على الكبير والعاقل والمسلم .

---

١) القواعد ، الفصل الثانى فى نفقة الاقارب من المقصد الخامس فى النفقات .

٢) الكافى ٣/٥٦٣ ، وفيه : ان الصدقة لاتحل لغنى ولالذى مرة سوى . فقال ابوعبدالله عليه السلام : لاتصلح لغنى . أقول : المرة : القوة والسوى : من اعتدل خلقته ، والصحيح الاعضاء .

٣) فى الهامش : الختان .

ولا تقدير للنفقة بل يجب بذل الكفاية من الطعام والكسوة والمسكن .

(الرابعة) لايشترط في المنفق زيادة على القدرة من تكليف أو اسلام ، بل يجب في مال الصغيروالمجنون وعلى الكافرنفقة القريب وان كان كبيراً أوعاقلا أومسلماً .

(الخامسة) لاكلام في وجوب التكسب لنفقة نفسه وزوجته ، وهل يجب لنفقة القريب اوعدم المال بالفعل أم لا ؟ اشكال مبني على أنه واجب مشروط أو مطلق. يحتمل الاول، لقوله «وذوسعة من سعته». ولاصالة عدم الوجوب. ويحتمل الثاني لقوله : « وعلى المولود له رزقهن »[1] وقوله « لاتقتلوا أولادكم خشية املاق »[2] . فعلى الاول لايجب وعلى الثاني يجب .

ثم المراد من الاكتساب هنا هو اللائق أيضاً كما تقدم .

قوله : ولا تقدير للنفقة بل يجب بذل الكفاية من الطعام والكسوة والمسكن

ظاهر كلامه أن هذه الثلاثة في نفقة القريب ، لانه ذكرها في سياق نفقة الاقارب . ويحتمل عوده الى الكل ، لذكره بعده . وهوأولى .

فلنذكر شرح ماقاله ثم نتبعه بفوائد يتم بها الكلام :

(الاول) الطعام ، وقدره الشيخ في الخلاف[3] بمد ، وقال في المبسوط[4]

---

١) سورة البقرة : ٢٣٣ .

٢) سورة الاسراء : ٣١ .

٣) الخلاف ٣/٧٤ .

٤) المبسوط ٦/٦ .

ونفقة الولد على الاب ، ومع عدمه أو فقره فعلى أب الاب و ان علا مرتباً ، ومع عدمهم تجب على الام وآبائها الاقرب فالاقرب .

ان نفقة الزوجة مقدرة بحسب حال الزوج ، فعلى الموسر مدان والمتوسط مد ونصف والمعسرمد ، فيكون كذلك عنده في نفقة القريب . واختاره القاضي .

والحق ماقاله المصنف، وهو مذهب ابن ادريس[1] ان الواجب سد الخلة زاد عن ماقاله الشيخ أو نقص ، لان دليل الوجوب لاتقتضي زيادة على ذلك والنقص عنه مناف لحكمة الله تعالى فيتعين ماذكرناه .

ويرجع في جنسه الى غالب قوت ذلك البلد ، ولايتعين الخبز أو الدقيق أوالحب ، بل اما الخبزأوالاخيرين مع مؤنة الاصلاح.

ويجب ضم الادم في الزوجة بحسب العادة أيضاً، وعليه اللحم في الاسبوع مرة ، ولواعتادت دوامه وجب .

وهل يجب الادم في نفقة القريب؟ لم ينص عليه أحد من الاصحاب، والظاهر استحبابه لاندفاع الخلة بالقوت .

وكذا لم يذكر الاصحاب الماء في القسمين ، والاولى اعتباره في موضع لايوجد فيه مباحاً ، وحينئذ يعتبر اما عيناً أوقيمة .

(الثاني) الكسوة، وهي بحسب الزمان ، ففي الصيف القميص والسراويل والمقنعة والنعل، ويزيد في الشتاء الجبة لليقظة والمحاف للنوم، ويجب الفراش

---

١) السرائر ٣٢٠ ، قال فيه: نفقات الزوجات عندنا غيرمقدرة بلا خلاف الامن شيخنا ابى جعفر فى مسائل خلافه فانه ذهب الى انها مقدرة ومبلغها مد وقدره رطلان وربع ، ثم استدل باجماع الفرقة واخبارهم وهذا عجيب منه ـ الى آخرقوله .

ولا تقضى نفقة الأقارب لوفاتث .

وأما المملوك فنفقته واجبة على مولاه، وكذا الامة .

ويرجع فى قدر النفقة الى عادة مماليك أمثال المولى .

أيضاً بحسب الوقتين من بارية وحصير للصيف أوزلية للشتاء[1].

ويرجع في جنس الكسوة بالنسبة الى الزوجة الى عادة أمثالها ، فالمعسر عنه يبقى ديناً عليه ، وفي القريب الى عادة المنفق وحاله .

(الثالث) المسكن ، ولابـد من كونه كافياً في دفـع ضرورة الحر والبرد والارتفاق . نعم يرجع في هيئته في الزوجة الى عادة أمثالها، وفي القريب الى أمثال المنفق .

ومن توابع المسكن آلة الاستقاء كالرشاء والدلوان لم يكن الماء جارياً فيه، وآلة الاستعمال كالجرة والكوز والقدر والمغرفة[2] والغضارة سواء كان القريب والزوجة .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) تزيد في نفقة الزوجة أمور :

« ١ » ـ ثياب التجميل ان كانت من أهله ، ويرجع فيها الى عادة أمثالها .

« ٢ » ـ الاخدام ان كانت من أهله ، اما بنفسه أوبخادم يشتريه أويستأجره

---

١) الزلية بالكسر كجنية واحد الزلالى معرب زيلو .

٢) المغرفة بكسر الميم : ما يغرف به للطعام والجمع المغارف . والغضارة : القصعة والصحفة المتخذة من الطين الحر . وقال ابن سيده وغيره : الغضارة : الطين الحروقيل : الطين اللازب الاخضر، والغضار: الصفحة المتخذة منه .

ويجوز مخارجة المملوك على شيء ، فما فضل يكون له ، فان كفاه والا أتمه المولى .

وتجب النفقة على البهائم المملوكة ، فان امتنع مالكها أجبر على بيعها أو ذبحها ان كانت مقصودة بالذبح .

أو يستعيره ، ولا يجب اكثر من الواحد ومؤنته عليه ، وان لم تكن من أهله خدمت نفسها الاحال المرض والعجز ، اما القريب فلا يجب اخدامه الا حالة العجز والمرض .

« ٣ » ـ آلة التنضيف والزينة كالمشط والمدهن وآلة الطيب والكحل وازالة الصنان [1] . قال العلامة [2] : ولا يجب الكحل والطيب ولا الدواء للمرض ولا أجرة الحجامة ولا أجرة الحمام الا مع شدة البرد .

(الثانية) يجب في المطعوم التمليك ، ويكفي في المسكن الامتاع بغير خلاف فيهما . أما الكسوة فهل يجب فيها التمليك أو يكفي الامتاع ؟ يحتمل الاول ، لعطفها على الرزق في قوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن » [3] ، فيكون حكمه حكم قضية العطف . واختاره العلامة في القواعد [4] .

ويحتمل الثاني ، لحصول الغاية ، وهي الستر بالامتاع كالسكنى ، ولاصالة براءة الذمة من وجوب التمليك . واختاره في الارشاد . وهو الاولى .

وتظهر فائدة الخلاف أنه لو طلقها آخر المدة المضروبة لها والكسوة باقية

---

١) الصنان : الزفر تحت الابط وغيره اى رائحة تحت الابط وغيره .

٢) القواعد ، المطلب الثانى فى قدر النفقة من المقصد الخامس فى النفقات .

٣) سورة البقرة : ٢٣٣ .

٤) القواعد ، المطلب الثالث فى كيفية الانفاق من المقصد الخامس فى النفقات من كتاب النكاح .

فهي لها على الاول وله على الثاني ، وكذا لو مات ، وكذا لو ضرب للكسوة مدة فانقضت وهي ممكنة والكسوة باقية فهي لها على التمليك وله على الامتاع. الى غير ذلك من الفوائد .

(الثالثة) لو كانت من أهل البادية كفت الخيمة أوبيت الشعر ، ولو جرت عادتهم بالنقلة وجب الحمولة من ابل أوبقر أوحمر أوآلة الانتقال من راوية أوقربة وعدل أوعلبة[1] .

---

١) العلبة : محلب من جلد ، والجمع علب وعلاب .

كتاب الطلاق

والنظر فى أركانه أقسامه ولواحقه :

(الركن الاول) فى المطلق: ويعتبر فيه البلوغ والعقل والاختيار والقصد .

يقال : طلق[1] الرجل امرأته تطليقاً ، وطلقت هـي بفتح اللام تطلق طلاقاً ، فهي طالق وطالقة . وقال الاخفش : لايقال طلقت بضم اللام .

ولفظ الطلاق اسم للتطليق أوالاطلاق بمعنى ازالـة القيد ، ثم خص شرعاً بازالة قيد النكاح أونقل الى ذلك .

والاول أولى ، لما تقررفي الاصول .

ثم اعلم أنه مـع حصول شرائطه في الاصل الشرعـي مباح ، بمعنى رفع

---

١) طلق الرجل امرأته تطليقاً فهومطلق ، فان كثر تطليقه للنساء قيل : مطليق ومطلاق . فهى طالق. ولا تدخله الهاء ، لانه اذاكان النعت منفرداً به الانثى دون الذكر لم تدخله الهاء نحوطالق وطامث وحائض، لانه لايحتاج الى فارق لاختصاص الانثى به. قاله ابن الانبارى. وقال الجوهرى يقال طالق وطالقة .

فلا اعتبار بطلاق الصبى . وفيمن بلغ عشراً رواية بالجواز فيها ضعف .

ولوطلق عنه الولى لم يقع الأأن يبلغ فاسد العقل .

الحرج من فعله ، لكنه مكروه لمنافاته النكاح المستحب ، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: أبغض الحلال الى الله تعالى الطلاق[1]. خصوصاً مع كون الاخلاق ملتئمة بين الزوجين .

وقد يخرج الى الاستحباب، كما اذا لم تكن الاخلاق ملتئمة ولم يقم كل منهما بحق صاحبه ولم ينجع العذل[2] والتوبيخ .

وقد تكون واجباً لكن لاعلى التعيين ، كطلاق المولى من زوجته ، فانه بعد انقضاء المدة يلزم بالفيئة أوالطلاق .

قوله : فلااعتباربطلاق الصبى، وفى من بلغ عشراً رواية بالجوازفيها ضعف

أطلق سلاروالتقي وابن ادريس[3] المنع من طلاق الصبى، واختاره المصنف والعلامة[4] : فالحجرعليه في تصرفاته، وأما ثانياً فلقوله صلى الله عليه وآله سلم: رفع القلم عن ثلاثة الصبى حتى يحتلم[5] الحديث. وأما ثالثاً فلرواية ابى الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام قال : ليس طلاق الصبى بشيء[6] .

---

١) سنن ابن ماجة ١/ ٦٥٠ .

٢) العذل : اللوم ، يقال : عذلته عذلا من بابى ضرب وقتل : لمته فاعتذل اى لام نفسه ورجع .

٣) السرائر : ٣٢٢ .

٤) المختلف ، الجزء الخامس : ٣٨ .

٥) الخصال ٢/ ١٨٤ ، البحار ٥/ ٣٠٣ .

٦) الكافى ٦/ ١٢٤ ، الاستبصار ٣/ ٣٠٣ ، التهذيب ٨/ ٧٦ .

ولايصح طلاق المجنون ، ولاالسكران ، ولاالمكره ، ولا المغضب ، مع ارتفاع القصد .

(الركن الثاني) فى المطلقة : ويشترط فيها الزوجية والدوام والطهارة من الحيض والنفاس ، اذا كانت مدخولا بها ، وزوجها حاضراً معها .

وقال الشيخ في النهاية[1] والقاضي وابن حمزة وابن الجنيد وابن بابويه يصح طلاقها اذا بلغ العشر، ومستندهم الرواية المشارإليها ، وهي مارواه ابن فضال عن ابن بكيرعن الصادق عليه السلام: قال: يجوز طلاق الصبى اذا بلغ عشر سنين[2]. وضعفها بضعف ابن فضال وابن بكير فانهما واقفيان ، مع أنها معارضة بما تقدم من الادلة ، وبأن الطلاق يحتاط فيه اكثرمن غيره لاجل النسل والنسب ، فلاتكفي في صحته رواية واحدة ضعيفة .

قوله: ولايصح طلاق المجنون ولاالسكران ولاالمكره ولاالمغضب مع ارتفاع القصد

تنقيح هذا الكلام بمباحث :

(الاول) لاخلاف فيعدم الاعتباربطلاق المجنون، وهل لوليه أن يطلق عنه مع الغبطة أم لا ؟ قال الشيخ في النهاية[3] وابن الجنيد وعلي بن بابويه بالاول،

---

١) النهاية: ٥١٨ .

٢) التهذيب ٨/ ٧٥ نقله عن الكافى ولم نعثرعليه فيه ، قيل لعله سقط عنه. وهوالعالم بحقائق الاحوال .

٣) النهاية : ٥٠٩ .

وقال في الخلاف[1] وابن ادريس[2] بالثاني ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: الطلاق بيد من أخذ بالساق[3] .

والفتوى على الاول، لاستلزامه دفع الضرر عن الزوجين فيكون جائزاً: أما الأول فلرفعه عن الزوج ضرر الانفاق وعن الزوجة ضرر النكد[4] بالصبر على سوء العشرة ، وأما الثاني فلقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لاضرر ولاضرار في الاسلام[5] ولان جواز ذلك جمع بين رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام[6] الدالة على عدم صحة طلاق المجنون، ورواية ابى بصير عنه عليه السلام[7] أيضاً الدالة على جوازه ، فان الاولى تحمل على توليه بنفسه والثانية على أن يتولاه وليّه .

ويؤيد ذلك مارواه ابوخالد القماط حسناً عن الصادق عليه السلام في الرجل الاحمق الذاهب العقل يجوز طلاق وليه عنه . قال : ولم لايطلق هو . قلت : لايؤمن ان هو طلق أن يقول غداً لم أطلق أولا يحسن أن يطلق . قال : ماأرى وليه الابمنزلة السلطان[8] . وروى ابن بابويه : الابمنزلة الامام[9] .

---

١) الخلاف ٢/٤٣٧ ، قال فيه : ليس للولى ان يطلق عمن له عليه ولاية لابعوض ولابغيرعوض .

٢) السرائر : ٣٢٤ .

٣) المستدرك ، مقدمات الطلاق، الباب ٢٥ الخبر ٣ .

٤) النكد : العسر ، يقال نكدنكداً من باب تعب اى تعسر ، ونكد العيش نكداً أى اشتد .

٥) الكافى ٥/٢٩٢ ، ٢٨٠ .

٦) الوسائل ١٥/٣٢٨ .

٧) الوسائل ١٥/٣٢٨ .

٨) الكافى ٦/١٢٥ .

٩) الفقيه ٣/٣٠٢ ، وفيه : الابمنزلة السلطان .

وأما حجة ابن ادريس فغيرمانعة من ذلك، لان المراد باليد القدرة والا لم يجز طلاق الوكيل ، واذا جازمن الوكيل فليجزمن الولي ، لان الشارع نصبه ليقوم بمصالحه .

(الثاني) انما يجوزطلاق الولي عنه مع ظهور الغبطة له في ذلك، وكون الجنون مطبقاً لايعلم زواله ، أما مع عدم الغبطة ـ كما لوانتفع ببقاء الزوجية ـ فلا ، وكذا لوكان أدواراً فان افاقته متوقعة ، فهو كالصبي المعلوم زوال عذره فلا يجوز الطلاق عنه .

(الثالث) لوأفاق ذو الادواروامتنع من الطلاق مع أن غبطته فيه هل يجوز طلاق وليه عنه حال جنونه مع بقاء الغبطة أم لا ؟ استشكله العلامة في القواعد[1] من كونه مجنوناًطلق عنه وليه لمصلحته فيصح ومن التزامه بالنكاح وقت الافاقة وجنونه متوقع الازالة فهو كالصبى لايجوزالطلاق عنه . وهوالاولى .

(الرابع) السكرالذي لايزول معه القصد لايمنع من مباشرة الطلاق ، وأما مايزول معه القصد ولايميز صاحبه بين الحسن والقبيح فهو كالجنون لايصح معه المباشرة للطلاق، لكن لايجوزلوليه الايقاع عنه لعود عقله اليهسريعاً فهو كذوي الادوار .

(الخامس) المكره لايقع طلاقه عندنا لعدم قصده ، ولرواية ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه[2] . وليس مراده صلى الله عليه وآله وسلم ارتفاع هذه الاشياء ، فان الضرورة قاضية بخلافه فيكون مراده ارتفاع الحكم وهوالمطلوب .

وتؤيده رواية عائشة عنه صلى الله عليه وآله وسلم : لاطلاق ولاعتاق في أغلاق[3] . قال ابوعبيد : الاغلاق الاكراه ، وهو مذهب علي عليه السلام وابن

---

١) القواعد ، الفصل الاول من المقصد الاول من كتاب الفراق .

٢) الخصال ٢/ ١٨٤ ، البحار ٥/ ٣٠٣ .

٣) سنن ابن ماجة ١/ ٦٦٠ . فسربعضهم الاغلاق بالغضب ، يقال غلق : اذا غضب

ولو كان غائباً صح وفى قدر الغيبة اضطراب ، محصله :انتقالها من طهر الى آخر .

ولو خرج فى طهر لم يقربها فيه صح طلاقها من غير تربص ولواتفق فى الحيض.

عمر وابن عباس. وحكم المغضب حكم المكره مع ارتفاع قصده لاشتراكهما في العلة .

قوله : ولو كان غائباً صح ، وفى قدر الغيبة اضطراب محصله انتقالها من طهر الى آخر

هنا فوائد :

(الاولى) أجمع الكل على تحريم الطلاق في الحيض ، لكن عند أصحابنا كما يحرم لايقع لاجماع الطائفة وتظافر أخبارهم ، ولقوله تعالى « فطلقوهن لعدتهن »[1]. قال علماء التفسير: المراد الطلاق في الطهر الذي لاجماع فيه. وقد حققت ذلك في الكنز[2] وذكرت حجة الجمهور على وقوعه والجواب عنها .

ويؤيده أيضاً ماروي من طرقهم عن ابن عمر أنه قال : طلقت امرأتي ثلاثاً وهي حائض ، فسألت النبى صلى الله عليه وآلـه وسلم : فردها علي ولم يرها شيئاً[3] .

غضباً شديداً ، لكن اهل الغريب فسروه غالباً بالاكراه وقالوا :كأن المكره أغلق عليه الباب حتى يفعل .

١) سورة الطلاق : ١ .

٢) كنز العرفان ٢/ ٢٥٠ .

٣) سنن ابن ماجة ١/ ٦٥١ ، ٦٥٢ مع اختلاف فى اللفظ .

(الثانية) شرط أصحابنا في التحريم وعدم الوقوع كونها مدخولا بها وزوجها حاضراً ، فلو كانت غير مدخول بها أو كان زوجها غائباً صح طلاقها وان صادف ذلك حيضها .

(الثالثة) اختلفت الروايات في قدر الغيبة التي يسوغ معها الطلاق ، فروى جميل بن دراج صحيحاً عن الصادق عليه السلام : الرجل اذا خرج عن منزله الى السفر فليس له أن يطلق حتى تمضي ثلاثة أشهر[1] .

وروى محمد بن مسلم صحيحاً عن أحدهما عليهما السلام قال : سألته عن الرجل يطلق امرأته وهو غائب. قال: يجوز طلاقه على كل حال وتعتد امرأته من يوم طلقها[2] .

وروى اسماعيل الجعفي عن الباقر عليه السلام قال : خمس يطلقهن الرجل على كل حال : الحامل ، والتي لم يدخل بها ، والغائب عنها زوجها ، والتي لم تحض ، والتي قد يئست من المحيض[3] .

وروى اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام قال : الغائب اذا أراد أن يطلقها تركها شهراً[4] .

وروى اسحاق بن عمار أيضاً قال : قلت لابى ابراهيم عليه السلام : الغائب الذي يطلق كم غيبته ؟ قال : خمسة أشهر أو ستة أشهر. قلت : حد فيه دون ذلك . قال : ثلاثة أشهر[5].

---

١) التهذيب ٨/٦٢ ، الاستبصار ٣/٢٩٥ .

٢) التهذيب ٨/٦٠ ، الكافى ٦/٨٠ ، الاستبصار ٣/٢٩٤ .

٣) الكافى ٦/٧٩، التهذيب ٨/٦١، الفقيه ٣/٣٣٤ ، الاستبصار ٣/٢٩٤ .

٤) الكافى ٦/٨٠ ، التهذيب ٨/٦٢ ، الفقيه ٣/٣٢٥ ، الاستبصار ٣/٢٩٥ .

٥) الفقيه ٣/٣٢٥ ، التهذيب ٨/٦٢ ، وفى الاخير ليس « فيه » .

(الرابعة) لما اختلفت الروايات كما حكيناه اختلفت الفقهاء على أقوال :

الاول : قول الشيخ في النهاية أنه يتربص شهراً فصاعداً ، وهو اختيار ابن حمزة .

الثاني : قوله أيضاً في النهاية[1] اذا غاب عنها في طهرقد قربها فيه بجماع لا يطلقها حتى يمضي مابين شهر الى ثلاثة أشهر ثم يطلقها بعد ذلك أي وقت شاء . واختاره القاضي .

الثالث: أطلق المفيد[2] وسلاروابن ابى‌عقيل وعلي بن‌بابويه والتقي جواز الطلاق ولم يقدروا له تقديراً .

الرابع : قول ابـن الجنيد الغائب لايطلق حتى يعلم ان المرأة برأت من الحمل أوهى حامل ، فاذا علم ذلك فأوقع الطلاق على شرائطه وقع. ثم قال : وينتظرالغائب بزوجته من آخرجماع أوقعه ثلاثة أشهراذاكانت ممن تحمل، وان كانت آيسة أولم تبلغ الى حال الحمل طلقها اذا شاء .

الخامس : قول الصدوق في الفقيه[3] اذا أراد الغائب أن يطلق زوجته فكل غيبته التى اذا غابها كان لـه أن يطلق متى شاء اقصاه خمسة أشهر أوستة أشهر وأوسطه ثلاثة أشهروأدناه شهر . وقول ابن ادريس أنـه متى ظن الغائب انتقال زوجته من طهرجامعها فيه الى طهرآخرجازطلاقها حينئذ . وحمل اختلاف هذه الروايات على اختلاف عادات النساء في الحيض ، فان الازواج لايخفى عليهم عادات نسائهم في الحيض .

---

١) النهاية : ٥١٧ .

٢) المقنعة : ٨٢ .

٣) الفقيه ٣/ ٣٢٥. نسخ التنقيح فى اللفظ الذى وقع بعد زوجته وقبل غيبته مختلفة جداً : ففى بعضها « فكل »كما اثبتناه ، وفى اخرى « وكل » ، وفى بعضها الاخر «رداء» . وفى الفقيه « فحد » .

(الخامسة) اختار المصنف مذهب ابن ادريس، وعنى بالاضطراب الاختلاف المذكور في الروايات والاقوال. وربما عنى المصنف بالاضطراب مخالفة بعض الاقوال لبعض الروايات .

واختار العلامة في المختلف[1] قول ابن الجنيد وقال: نعم ماقال ابن الجنيد واحتج برواية جميل المذكورة المتضمنة لثلاثة أشهر ، وقال : هذا قدر اعتبره الشارع في عدة غير الحائض اذا كان مثلها تحيض ليعلم بذلك فراغ رحمها فكذا هنا .

وفيه نظر ، لانه كان ينبغي له أن يبين وجه الملازمة ولم يبينه ، مع أن في كلام ابن الجنيد نظراً ، لانه ان قال بعدم جواز طلاق الحامل للسنة ويجوز للعدة لزمه أن لايصح طلاق الغائب للحامل مطلقاً لا للسنة لما قال ولا للعدة لعدم تمكنه من الوطيء، وكلامه يدل على خلاف ذلك. وان قال بجوازه فلايتوقف طلاقه على العلم بحملها أو عدم حملها ، مع أن الكلام في غائب لايصل اليه خبر زوجته فكيف يعلم أنها حامل أو غير حامل .

وان أراد بتربصه ثلاثة اشهر للاستظهار ، لاحتمال أن يكون قد علقت والتربص ليستبين حملها ويحصل العلم بانقطاع حيضها . فذلك لايتوقف على العلم بحملها وان كان يذهب الى امتناع طلاق الغائب للحامل ، لعدم الوقوف بالطهر ، فهو مخالف للمذهب ، وعبارته تدل على خلاف ذلك .

وفي الجملة كلامه لاوجه له فضلا عن أن يستحق الثناء عليه، فالاولى حينئذ أن نقول : لما جاءت الروايات مختلفة مع كون اكثرها صحيحاً ينبغي الجمع بينها على وجه غير مناف للمذهب ولا متناقض ، فنقول :

---

١) المختلف ، الجزء الخامس : ٣٦ .

والمحبوس عن زوجته كالغائب .

ويشترط رابع ، وهوأن يطلق فى طهر لم يجامعها فيه .

ويسقط اعتباره فى الصغيرة واليائسة والحامل .

الغائب انغاب في طهر لم يواقعها فيه طلقها أي وقت شاء لاصالة عدم التقدير. وعليه تحمل رواية التقدير[1]، وان غاب في طهر واقعها فيه يستحب له التربص زماناً يظن فيه استبانة الحمل انلوعلقت، طلباً ليقين ارتفاع حيضها. وعليه تحمل رواية جميل واسحاق بن عمار ، ولذلك خير الامام عليه السلام.

ولوطلق قبل ذلك بعد تربصه زماناً يظن فيه انتقالها الى طهر آخر كان جائزاً لكنه مكروه ، وان غاب فـي زمان حيضها يتربص زماناً يظن فيه انتقالها الى الطهر ثم يطلق.

قوله : والمحبوس عن زوجته كالغائب

هذا قول الشيخ في النهاية[2]، وتبعه ابن حمزة والقاضي ، والمستند رواية عبدالرحمن بن الحجاج عن الكاظم عليه السلام[3].

ومنعه ابن ادريس[4]، اذ الأصل بقاء الزوجية ، ولا دليل على وقوع هـذا الطلاق اذا اتفق في زمان الحيض وهي مدخول بها. وحمله على الغائب قياس .

---

١) قوله : « وعليه تحمل رواية التقدير » فى هامش النسخة الاولى : صوابه عدم التقدير ، أى تحمل عليه رواية عدم التقدير .

٢) لم اعثر عليه فيه بخصوصه الا انه قال فـى ص ٥١٨ : ومتى كان للرجل زوجة معه فى البلد غير انه لا يصل اليها فهو بمنزلة الغائب عن زوجته. فاذا اراد طلاقها فليصبر الى ان يمضى ما بين شهر الى ثلاثة اشهر ثم يطلقها ان شاء .

٣) الكافى ٦/ ٨٤ ، الفقيه ٣/ ٣٣٣ ، التهذيب ٨/ ٦٩ . وعنوان الحديث الشريف الذى لا يصل اليها ، وهو اعم من المحبوس .

٤) السرائر: ٣٢٧.

أماالمسترابة · فان تأخرت الحيضة صبرت ثلاثة أشهر ولايقع طلاقها قبله .

واختار العلامة[1] الاول ، مستدلا بوجود المقتضي لوقوع الطلاق وهو الصيغة الصادرة من أهلها وانتفاء المعارض ، اذ هوليس الا الوقوع في الحيض، وهو غيرمعلوم بل مظنون العدم ، اذ التقدير ذلك .

وفيه نظر، لانا نمنع وجود المقتضي، فان وجود الصيغة من أهلها غير كاف بل لابد من وقوعها في محلها، وهي المرأة الخالية من الحيض اذا كانت مدخولا بها ، وذلك غير حاصل ، اذ الغرض أن الخلو من الحيض غير معلوم بل غايته أنه مظنون ، والظن غير كاف الا في الغائب للاجماع عليه ، فحمله عليه قياس . والرواية يمكن حملها على العلم بمصادفة الطلاق الطهر، وأما مع عدم العلم بالمصادفة فلايتهجم على اباحة الفروج بخبر الواحد المحتمل للصدق متنأودلالة، فالاحوط اذاً ماقاله ابن ادريس .

قوله : واما المسترابة فان تأخرت الحيضة صبرت ثلاثة اشهر ولا يقع طلاقها قبله

هنا فوائد :

(الاولى) المراد بالمسترابة[2] من هي في سن من تحيض لكن لاترى حيضاً، وذلك اما الرضاع أوحمل غالباً أو مرض حابس للدم أوغير ذلك .

(الثانية) هذه وان لم تر الدم لكنه غير ممتنع في حقها فجاز أن تراه ،

---

١) القواعد، القسم الثانى الشرائط الخاصة من الفصل الثانى من المقصد الاول من كتاب الفراق .

٢) المسترابة هى التى لاتحيض وهى فى سن من تحيض ، سميت بذلك لحصول الريب والشك بالنسبة اليها باعتبار توهم الحمل أوغيره .

وفي اشتراط تعين المطلقة تردد .

وحينئذ نقول: ان اتفق لها الدم قبل مضي ثلاثة أشهر لم يحتج الى مضيها ، بل مع طهرها من ذلك يصح طلاقها ، وهذا هو المراد من قول المصنف « فان تأخرت الحيضة » أي لم ترها في مدة الثلاثة الاشهر.

قوله « ولا يقع طلاقها قبله » أى قبل مضي ثلاثة أشهر على تقدير تأخر الحيضة .

(الثالثة) الحكمة في وجوب التربص ثلاثة اذا لم تر الحيض أنه يجب وقوع الطلاق في طهر لم يقع فيه المواقعة حذراً من اختلاط المياه ، ولما لم يكن للمستراية حيض يعلم به فراغ رحمها من الماء وجب أن يتربص بها تلك المدة، لانه اذا مضت تلك المدة ولم يستبن حملها علم بذلك فراغ رحمها فيصح طلاقها ، وكذا لو استبان حملها يصح طلاقها لحصول الغرض بالحمل .

(الرابعة) يجب كون تلك المدة خالية من جماعه ويكون أولها بعد جماع سبق منه .

قوله : وفي اشتراط تعيين [تعين ن] المطلقة تردد

ينشأ من أصالة عدم الاشتراط ، وتستخرج المطلقة بالقرعة ، كما لو أعتق عبداً من عبيده غير معين . ولان احداهما زوجة وكل زوجة يصح طلاقها . وهذا قول الشيخ في المبسوط[1]، وتبعه القاضى والعلامة في القواعد[2].

ومن أصالة بقاء عصمة العقد ، ولا دليل على وقوعه من غير تعيين ، ولان الطلاق أمر معين فلا بدله من محل معين لاستحالة حلول المعين في المبهم . ولان توابع الطلاق من العدة وغيرها لابد لها من محل معين . وهو القول

1) المبسوط ٥/٧٨ .

2) القواعد ، الفصل الثانى من المقصد الاول من كتاب الفراق .

(الركن الثالث) في الصيغة: ويقتصر على طالق تحصيلا لموضع الاتفاق .

الاخر للشيخ والمفيد والمرتضى وابن ادريس والعلامة في المختلف[1] . وعليه الفتوى .

ثم اختلف القائلون بالصحة في أن الصيغة المبهمة هل هي سبب مؤثر في البينونة في الحال أم له صلاحية التأثير عند التعيين ؟ ويتفرع على ذلك أنه على الاول يحرم الكل من الزوجات حتى يعين واحدة ، وعلى الثاني الكل زوجات يباح نكاحهن الى أن يعين فالتحريم بعد التعيين .

ويتفرع أيضاً أنه على الاول تكون العدة من حين الطلاق لا من حين التعيين ، وعلى الثاني يكون المبدأ من حين البيان .

واعلم أن هنا فروعاً كثيرة على اشتراط التعيين وعدمه هي بالمطولات أنسب .

قوله: الركن الثالث في الصيغة[2]) ويقتصر على طالق تحصيلا لموضع الاتفاق

هنا فوائد :

(الاولى) عبر سبحانه العزيز في كتابه عن ازالة قيد النكاح بألفاظ ثلاثة : الطلاق في قوله « الطلاق مرتان »[3] ، والسراح في قوله « وسرحوهن سراحاً

---

١) المختلف ، الجزء الخامس : ٤١ .

٢) الصيغة اصلها بالواو مثل القيمة، وصيغة الله خلقته، والصيغة العمل والتقدير، وهذا صوغ هذا اذا كان على قدره، وصيغة القول كذا اى مثاله وصورته على التشبيه بالعمل والتقدير.

٣) سورة البقرة: ٢٢٩ .

جميلا »[1] ، والفراق في قوله « وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته »[2] .

(الثانية) اتفق الكل من الفقهاء أن لفظ الطلاق صريح، واختلف في الباقيين، فقال أصحابنا انهما غير صريحين بل كنايتان، والمراد بالصريح هو لفظ حقيقي شرعي دال بالمطابقة على ازالة قيد النكاح ، وقيل هو الذي لايتوقف وقوع الطلاق به على النية. وقيل هومايحكم بوقوع الطلاق بمجرد وقوعه من مكلف مختار عالم بوضعه على زوجة يصح ايقاع الطلاق بها . وكيف قلنا فالكناية مقابله .

(الثالثة) اتفق الكل من أصحابنا أنه اذا عبر عن الزوجة بلفظ دال على شخصها وحمل عليه لفظ « طالق » وقعت الفرقة ، كقوله « أنت أوفلانة أو هذه طالق » .

واختلف في غيرهذه اللفظة مما يشتق من الطلاق، كقوله « مطلقة » أو« من المطلقات » أوعبر فيه بنفس المصدر كقوله « أنت طلاق » أو « الطلاق » أوقال « طلقت فلانة » بلفظ الماضي .

قال الشيخ في المبسوط[3] يقع بذلك كله ، وقال في الخلاف[4] لايقع بشيء من ذلك. وهو الاصح، لان المذكورات اما غيرصريحة أودالة بالمجاز، ولا شيء من هذين يقع به الطلاق عندنا . ويؤيد ذلك ما رواه محمد بن ابى صر في كتاب « الجامع » عن محمد بن سماعة عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في رجل قال لامرأته : أنت علي حرام أوبائنة أوبتة أوخلية أوبرية

---

١) سورة الاحزاب: ٤٨ .

٢) سورة النساء: ١٢٩ .

٣) راجع المبسوط ٥/٢٥ .

٤) الخلاف ٣/٤٤٥ ، ٤٤٧ .

فقال: هذاكله ليس بشيء وانما الطلاق أنيقول لها فيقبل العدة [وبعد ما تطهر من حيضها] قبل أن يجامعها أنت طالق [اواعتدي ويريد بذلك الطلاق] ويشهد على ذلك رجلين عدلين[1] .

ووجه الدلالة أن « انما » للحصر كما بينت في الاصول، فيجب أن لايقع الطلاق بغير لفظة طالق، قضية للحصر، فلذلك حكم المصنف بوجوب الاقتصار على طالق .

قوله : وكذا لو قال اعتدى

الاكثر من أصحابنا على عدم الوقوع بهذه اللفظة وان نوى بها الطلاق ، لما تقدم ولعدم ورودها في القرآن .

وقال ابن الجنيد يقع بها ، محتجاً برواية الحلبى في الحسن عن الصادق عليه السلام : الطلاق ان يقول لها اعتدي أو يقول لها أنت طالق[2].

وأجيب بأن صريح « اعتدي » امر بالاعتداد والامربه ليس بانشاء للطلاق بل الاعتداد أمر يتعقب الطلاق ، ولذلك يصح أن يقول لها « طلقتك فاعتدي »، ولا يجوز أن يكون منقولا الى انشاء الطلاق : أما أولا فلعدم الدليل على هذا النقل والاصل عدمه ، وأما ثانياً فلان الامر انشاء ونقل الانشاء الى انشاء آخر غير معهود في كلام العرب .

والاولى حمل الرواية على سبق الطلاق كما قاله الشيخ ، لان الاعتداد معلول له ولا يوجد المعلول بدون علته ، فتمام اعتدي بتقديم الطلاق، لان لها

---

١) التهذيب ٨/٤٧ ، الكافى ٦/٦٩ ، الاستبصار ٣/٢٧٧ .

٢) الكافى ٦/٦٩ ، التهذيب ٨/٣٧ ، الاستبصار ٣/٢٧٧ .

أن تقول : لم أعتد ؟ فيقول : لاني طلقتك . فالامر بالاعتداد كاشف عن لزوم حكم الطلاق ، فلا يكون هو والا لزم الدور .

وهنا فوائد :

(الاولى) أطلق الشيخ في النهاية[1] جواز وقوعه بغير العربية ، وتبعه ابن حمزة . ولعل مستنده رواية حفص عن أبيه عن عاي عليه السلام أنه قال : كل طلاق بكل لسان فهو طلاق[2].

وقال القاضي وابن ادريس بجوازه مع العجز. وهو الحق ، لما تقدم. فان قصد الشيخ بالاطلاق ذلك فلا خلاف والاجاء الخلاف . وتوقف العلامة في المختلف .

(الثانية) جوزه في النهاية أيضاً للغائب اذا كتب بخطه لاخط غيره، وأطلق المنع في الخلاف ، وقيده في المبسوط بالعجز عن النطق ولو كان حاضراً ، وجعل قول النهاية رواية ، وكأنه اشارة الى مارواه ابو حمزة الثمالي صحيحاً قال: سألت الصادق عليه السلام عن رجل قال لرجل أكتب يافلان الى امرأتي بطلاقها أو اكتب الى عبدي بعتقه يكون ذلك طلاقاً أو عتقاً . فقال : لايكون طلاق ولا عتق حتى ينطق به لسانه أو يخطه بيده وهو يريد به الطلاق أوالعتق ويكون ذلك بالاهلة والشهود ويكون غائباً عن أهله[3].

وقال القاضي في الكامل بقول النهاية، وفي المهذب بقول المبسوط . وجوز ابن حمزة للغائب والاخرس معاً اذا كتب بخطه .

---

١) النهاية: ٥١١.

٢) التهذيب ٨/ ٣٨، اخرجه عن وهب بن وهب عن جعفر عن ابيه عن علي عليهم السلام.

٣) الكافي ٦/ ٦٤ ، التهذيب ٨/ ٣٨ ، واللفظ للثاني . وفي الاول : لايكون طلاقاً ولاعتقاً .

والحق ما قاله ابن ادريس والعلامة وهو عدم الوقوع حالة القدرة، سواء الغائب والحاضر، ووقوعه بها حالة العجز لهما، لان الشارع علق الاحكام على العبارة والكتابة ليست عبارة وان أفادت فائدتها، فلا يعدل عما قرره الشارع الى غيره وان أفاد فائدته الا مع العجز والا لزم الاشتمار وارتفاع التوقيف.

وتؤيده رواية زرارة حسناً قال: قلت لابى جعفر عليه السلام: رجل كتب بطلاق امرأته أو بعتق غلامه ثم بداله فمحاه. قال: ليس ذلك بطلاق ولاعتاق حتى يتكلم به[1].

ويتأول رواية الثمالي بالحمل على العاجزعن النطق بمعارضة رواية زرارة لها مع تأيدها بالنظر، ويكون «أو» في قوله «أويخطه بيده» للتفصيل لا للتخيير ويكون قوله «ويكون غائباً عن أهله» كناية عن ترك الوقاع في الطهر كما يكنى عن ذلك بشد المئزر، كما ورد أنه صلى الله عليه وآله وسلم كان اذا دخل العشر الاخير من رمضان شد المئزر[2]، ولا يكون قيداً في عدم البطلان بالكتابة.

ثم إنا لو جوزنا ذلك للغائب حالة القدرة لزم جوازه للحاضر، وهو باطل اتفاقاً. وبيان الملازمة بوجود ما هو قائم مقام العبارة في الحالتين، وبأن الغيبة عنها بالسفر ليست مانعة عن النطق بالطلاق وهو ظاهر.

(الثالثة) ذهب الشيخ[3] والقاضي وابن الجنيد وابن ادريس[4] والمصنف والعلامة[5] الى أن طلاق الاخرس بالاشارة، لرواية محمد بن ابى نصر قال:

---

١) الكافى ٦/٦٤، التهذيب ٨/٣٨.

٢) سنن ابن ماجة ١/٥٦٢.

٣) النهاية: ٥١١.

٤) السرائر: ٣٢٥.

٥) القواعد، الفصل الثالث الصيغة من المقصد الاول من كتاب الفراق.

ويقع لوقال هل طلقت فلانة فقال : نعم .

سألت الصادق عليه السلام عن الرجل يكون عنده المرأة ثم يصمت فلايتكلم، قال : يكون اخرس . قلت : نعم فيعلم منه بغض لامرأته وكراهته لها أيجوز أن يطلق عنه وليه ؟ قال: لاولكن يكتب ويشهد على ذلك . قلت : أصلحك الله انه لايكتب ولايسمع كيف يطلقها . قال : بالذي يعرف منه من فعاله مثل ما ذكرت من كراهته أوبغضه لها[1] .

وقال ابنابابويه[2] انه بالقاء القناع على رأسها ثم يعتزلها. ومثله رواية ابى بصيرعنه عليه السلام[3] .

والحق أنه ان كان كاتباً تعينت الكتابة لطلاقه، لانها أقوى دلالة بعد العبارة لعدم الاحتمال فيها ، ولذلك قدمها في رواية البزنطي . وان كان أمياً فبالاشارة ومن جملتها القاء القناع ، فهواشارة فعلية فانه كناية حسنة عن تحريمها عليه ، فان جواز النظر من لوازم الزوجية فيكون تحريم النظر من لوازم ارتفاعها ، فهواستدلال بنفي اللازم على نفي الملزوم . فعلى هذا لاخلاف ، لعدم المنافاة بين العام والخاص، لما تقرر في الاصول ، ولذلك خيرابن حمزة بين الإشارة والقاء القناع .

قوله : ويقع لوقال هل طلقت فلانة فقال نعم

هذا قول الشيخ في النهاية[4] والقاضي وابن حمزة، لرواية السكوني عن

---

١) الكافى ٦/١٢٨ ، الفقيه ٣/٣٣٣ ، التهذيب ٨/٧٤ ، الاستبصار ٣/٣٠١ واللفظ للاول .

٢) المقنع : ١١٩ .

٣) الوسائل ١٥/٣٠١ .

٤) النهاية : ٥١١ .

ويشترط تجريده عن الشرط والصفة .

الصادق عليه السلام عن أبيه عن علي عليه السلام في الرجل يقال له طلقت امرأتك فيقول نعم . قال : قد طلقها حينئذ[1] .

وقال ابن ادريس[2] ذلك اقرار منه بطلاق شرعي ، وقال العلامة : التحقيق أن نقول : ان قصد الاقراربطلاق سابق حكم عليه ظاهراً ودين به بنيته في نفس الامر ، وان قصد بذلك الانشاء فهل يصح ؟ ظاهر كلام النهاية نعم، وظاهر ابن ادريس المنع .

وكلام هذا العلامة كما تراه ليس فيه تحقيق بل اعادة لذكر الخلاف . والحق ما قاله ابن ادريس ، وتؤيده رواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام في قوله : انما الطلاق ان يقول لها ـ الى آخرها[3] .

قوله : ويشترط تجريده عن الشرط والصفة

أجمع أصحابنا على عدم جواز التعليق في الطلاق وأنه لوعلق لم يكن واقعاً ، مستدلين بوجوه :

الاول: انحكم الزوجية مستفاد من الشرع فلا يرتفع الا بحكم شرعي، ولا دليل في الشرع على وقوع ذلك فيجب الحكم ببقاء الحكم الاول. وهو المطلوب.

الثاني : تظافر روايات عن أئمتهم عليهم السلام بذلك .

الثالث: أن الشارع جعل التلفظ بالطلاق سبباً للفرقة مع صدوره من أهله في محله في وقته ،كما جعل الزوال سبباً لوجوب الظهر ، وذلك من باب

---

١) التهذيب ٨/٣٨ .

٢) السرائر : ٣٢٥ .

٣) التهذيب ٨/٣٦ ، الكافي ٦/٦٩ ، الاستبصار ٣/٢٧٧ .

خطاب الوضع ، فلوعلق الطلاق كان اخراجاً للسبب عن السببية وهوباطل ، ويكون كمن علق كون زوال الشمس سبباً لوجوب الظهر على أمرمن الامور . ولاتأثيرفي الفرق ، لكون السبب صادراً بعد تسليم كون التلفظ بالطلاق على الوجه المذكور سبباً .

ان قلت: التعليق ليس لكون السبب سبباً بل لترتب أثره عليه ، فان السبب جازأن يتوقف تأثيره على أمر، فلايترتب أثره عليه الاعند حصول ذلك الامر ، وهوالمراد بالتعليق .

قلت: ان كان التلفظ بالطلاق سبباً تاماً لزمكم ترتب أثره عليه وان لم يحصل الاثر المعلق عليه ، وان جعلتموه سبباً ناقصاً وبوقوع المعلق عليه يتم لزمكم أن يقع الطلاق حال تجرده عن التعليق لنقصان سببيته وأنتم لاتقولون به .

ان قلتم : هذا ينعكس عليكم بالابطال، فانه يلزمكم وقوع الطلاق ، سواء وقع المعلق عليه أولا ، بل سواء علق أولا، وأنتم لاتقولون به .

قلنا : ذلك لايلزمنا، لان القصد الى الطلاق عندنا جزء السبب التام ، ولم يحصل ذلك القصد في زمان التعليق ولا في زمان وجود المعلق عليه ، لان القصدالمعلق ليس بقصد تام وهوضروري، فيقع اللفظ لاغياً لانه غير كاف بدون القصد التام . واما أنتم فيلزمكم ذلك لانكم لاتعتبرون القصد ، حيث قلتم ان الطلاق الصريح لايحتاج الى نية الطلاق، والنية والقصد واحد، فان منعتم كون القصد معتبراً لاصالة عدم اعتباره قلنا اعتباره معلوم في سائر العقود والايقاعات شرعاً ، ولهذا لااعتبار بعبارة الساهي والنائم .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) المراد بالشرط ما يجوز وقوعه وعدم وقوعه عادة ، كقوله « ان خرجت من الدارفأنت طالق » ، والمراد بالصفة ما يجب وقوعه عادة ،كقوله «اذاطلعت الشمس فأنت طالق» وكلاهما لايقع الطلاق مع التعليق عليهماعندنا.

(الثانية) لايلزم من عدم جواز التعليق عدم جواز التعليل ، فلو قال «أنت طالق ان دخلت الدار» بفتح الهمزة في « ان » وقع لانه ليس تعليقاً بل تعليلا تقديره لإن دخلت الدار ، بخلاف قوله « ان دخلت الدار » بكسر الهمزة .

(الثالثة) يجيء فيما بعد ان شاءالله تعالى أن الاستثناء بالمشية في اليمين يوقفها ، فهل هو كذلك في الطلاق ؟

قال الشيخ في الخلاف[1] في كتاب الطلاق نعم يدخل في الطلاق والعتاق قال: وان كان بصفة لايصح عندنا، وأما في اليمين بهما وفي الاقرار وفي اليمين بالله توقف الكلام ولا يلزم مخالفة حكمه .

وقال ابن ادريس[2] : أجمع اصحابنا على أن الاستثناء بالمشية لايدخل الا في اليمين بالله حسب ، اذ لاأحد يجسرأن يقول انه لوعقب الاقرار بقوله ان شاءالله أنه لايلزمه ما أقربه . قال: وأما ما ذكره الشيخ في الخلاف[3] فقد رجع عنه في كتاب الايمان من الخلاف[4] وقال لايدخل الاستثناء بمشيةالله الا في اليمين فحسب ، وبه قال مالك ، وأما ابوحنيفة فيدخله في اليمين بالله وفي الطلاق والعتاق والنذر والاقرار .

قال العلامة : التحقيق أن نقول : مقصود الشيخ بقوله الأول قبول الطلاق والعتق بالايقاف بالمشية فيبطل الايقاع ولولم يقبلاه كان الاستثناءباطلا والطلاق والعتق ماضيين ، وهوباطل اجماعاً . ومقصوده بقوله الثاني انه يتوقف حكم الطلاق والعتاق ويبطلان معه فلايبقى للدخول مع صحتهما امكان .

---

١) الخلاف ٢/ ٤٥٥ .

٢) السرائر : ٣٢٩ .

٣) راجع التعليقة السابقة .

٤) الخلاف ٣/ ٢٨٢ .

قلت : الاحسن في توجيه كلام الشيخ أن نقول : ان الاستثناء يدخل في الطلاق والعتاق على وجه ولايدخل على وجه آخر ، فالاول ابطالهما به كما هو رأي الاصحاب، والوجه الثاني عدم توقيفهما كما هو رأي المخالفين .

هذا ، وقال ابن الجنيد : اذا قال المكلف ذلك سئل عن نيته وقوله فيجاز منه ما أجازته السنة ويرد منه ما ردته . ومراده أنه ان قصد الشرط لم يقع وان قصد التبرك صح .

وليس هذا بعيداً من الصواب ، لكن التحقيق هنا أن نقول ان الاستثناء بالمشية ينبغي أن لايدخل الا في الاخبار عن المستقبل ، كما قال تعالى « ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غداً الا أن يشاءالله »[1] ، وذلك لان فعل المستثنى في المستقبل موقوف على بقاءالفاعل وبقاؤه موقوف على مشية الله، والموقوف على الموقوف على الشيء موقوف على ذلك الشيء .

وأما في الاخبار عن الماضي فقال بعض الفضلاء: ان كان ذلك علمياً أو كان انشاء فلايدخله التعليق طلاقاً كان أوعتاقاً أواقراراً أوغيرها من الانشاءات، وذلك لان الشارع جعل الانشاءات أسباباً لاحكام مخصوصة، فايقاعها مع اعتقاد شرعيتها يستلزم مشية الله تعالى فتوقيفها على المشية تناقض، لان العلم بمشيته سبب شيء يناقضه التردد في سبب ذلك الشيء وفي الاقرار بخصوصه ، لانه اخبار عن الماضي فتعليقه بالمشية يستلزم التناقض أيضاً ، سواء كان التعليق لنفس الخبر أوالمخبرعنه ، لان الخبر قد وقع قطعاً والمخبرعنه مقطوع بوقوعه بالنظر الى المخبر ، لان الاخبار علمي فيناقضهما التوقيف لانه تردد . وان كان غيرعلمي ولاانشائي جاز تعليقه على المشية ، الاأنه في الاقرار لايكون مقبولا ان كان متأخراً ويلزمه حكم الاقراروكون التعليق كالانكار بعد الاعتراف ولوتقدم، مثل

---

١) سورة الكهف : ٢٣ .

ولوفسر الطلقة باثنين أوثلاث صحت واحدة و بطل التفسير.
وقيل : يبطل الطلاق .
ولوكان المطلق يعتقد الثلاثة لزم.

« ان شاءالله لزيد علي كذا » ، فلايلزمه حكم الاقرار لعدم الجزم به .

قلت : هذا كله مسلم لوقصد التعليق الوجودي ، أما لوقصد التبرك أو الانقطاع الى الله تعالى وكون الافعال والاحكام موكولة الى مشيته وارادته فلايرد شيء من ذلك .

على أنا نقول :ان الشرط اذا ورد على السبب لايخرجه عن سببيته بل يمنع تنجيز حكمه ، فجاز توقف السبب على شرط هومن فعل الله تعالى يكون تأثير السبب موقوفاً عليه في بعض المواضع فقصده المتكلم .

قوله : ولوفسرالطلقة باثنتين أوثلاث صحت واحدة وبطل التفسير، وقيل يبطل الطلاق ولوكان المطلق يعتقد الثلاث لزمه

هنا فوائد :

(الاولى) أنه مع التفسير المذكور تقع واحدة ويلغومافسرت به ، وبه قال الشيخ فى النهاية والمبسوط[1] والقاضي في كتابيه وابن زهرة وابن ادريس[2] والمصنف ، واختاره العلامة[3] محتجاً بأن المقتضي لذلك ـ وهولفظ الطلاق على الوجه الخاص ـ موجود والمانع ليس الاالتفسيرالمذكور وهوغيرصالح للمانعية ، لعدم المنافاة بين الكل وجزئه، فانه اذا قصد الكل فقد قصد الواحدة

---

١) النهاية : ٥١٢ ، المبسوط ٦/٥ .

٢) السرائر : ٣٢١ ، ٣٢٣ ، ٣٢٥ .

٣) المختلف ، الجزء الخامس : ٣٥ .

فتقع ويلغوالضميمة وهوالمطلوب . وبما رواه جميل بـن دراج صحيحاً عن أحدهما عليهما السلام قال : سألته عن الذي يطلق في حال طهرفي مجلس ثلاثاً فقال: هي واحدة[1] .

ومارواه بكير بن أعين عن الباقرعليه السلام قال : ان طلقها للعدة اكثرمن واحدة فليس الفضل على الواحدة بطلاق[2] .

وفيه نظر ، لمنع انتفاء المانع .

قوله[3] « لعدم المنافاة بين الكل وجزئه » . قلنا : مسلم لكن المنافاة هنـا ليست بين الكل والجزء بل بين الواحد والكثير، وقد تقررفي الكلام حصول التنافي بينهما . وتحقيقه : ان الشيء يؤخذ باعتبارات ثلاثة : الاول من حيث هوهو، الثاني بشرط شيء، الثالث بشرط لاشيء . فالثاني ان نسب الى الاول فهوالكل وان نسب الى الثالث فهوالكثير ، فاذا نسبناهما اليه كان الاول جزء والثالث واحداً ، وقد عرفت أن الاول ليس معه اشتراط شيء ولاعدمه والثالث معه اشتراط العدم، فبينهما حينئذ منافاة، فالاتي بأحدهما غيرآت بالاخر. ولاشك أن المأمور به هوالثالث فالاتي بالاول غيرآت بالمأمور وهوالمطلوب .

وأما رواية جميل فيحمل عودالضمير- أعني قوله «هى واحدة» - الى الطلقة المشروعة لاالى الثلاث ، لان الثلاث لاتكون واحدة ، ولايلـزم الاضمار قبـل الذكرلانها مذكورة معنى. ولوقيل: انالمرادالواقعة واحدة كان تأويلا، والاصل عدمه الالدليل وليس .

وأما رواية بكيرفان دلالتها من حيث الخطاب ، وهوضعيف .

---

١) الكافي ٦/ ٧١، رواه جميل عن زرارة عن احدهما عليهما السلام، التهذيب ٥٢/٨.
٢) التهذيب ٥٣/٨ ، الاستبصار ٢٨٢/٣ .
٣) اى قول العلامة .

(الثانية) ذهب المرتضى وابن ابى‌عقيل الى بطلان الطلاق المذكورجملة واختاره ابن‌حمزة وسلار، واحتجوا برواية ابى بصيرصحيحاً عن الصادق عليه السلام قال : من طلق ثلاثاً في مجلس‌فليس بشيء ، من خالف كتاب الله رد الى كتاب الله[1] .

ومارواه علي بن اسماعيل قال : كتب عبدالله بن محمد الى ابى الحسن عليه السلام : جعلت فداك روى أصحابنا عن ابى عبدالله عليه السلام في‌الرجل يطلق امرأته ثلاثاً بكلمة واحدة على طهر بغير جماع بشاهدين أنه يلزمه تطليقة واحدة. فوقع بخطه عليه السلام : اخطأ على ابى عبدالله عليه السلام، أنه‌لايلزمه الطلاق ويرد الى الكتاب والسنة ان شاء الله تعالى[2] .

ومارواه عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام : اياكم والمطلقات ثلاثاً في مجلس واحد ، فانهن ذوات أزواج[3] .

وقد يحتج له بأن الكثرة هنا منهي عنها بالاجماع ، والروايات والنهي عن الكثرة يستلزم الامربالوحدة، ضرورة كون النهي عن‌أحد الضدين يستلزم الامر بالضد الاخر ، كالنهي عن الحركة يستلزم الامر بالسكون ، فالاتي بالكثرة لايكون‌آتياً بالوحدة والالزم اجتماع الضدين ، واذا لم يأت بوحدة الطلاق المأمور به لايقع الطلاق .

وفيه‌أيضاً نظر: أما الروايات فان الاولى‌تحمل على‌أن المراد ليس‌المجموع بشيء وذلك‌لاينافي اعتبارالواحدة، والثانية مشتملة على‌المكاتبة وهي من أسباب الضعف ، والثالثة راويها مهمل فالاولى التوقف في ذلك .

---

١) التهذيب ٨/ ٥٤ ، الاستبصار ٣/ ٢٨٧ .

٢) التهذيب ٨/ ٥٦ ، الاستبصار ٣/ ٢٨٩ .

٣) التهذيب ٨/ ٥٦ .

(الركن الرابع) في الاشهاد : ولا بد من شاهدين يسمعانه . ولا يشترط استدعاؤهما الى السماع ، ويعتبر فيهما العدالة . وبعض الاصحاب يكتفى بالاسلام .

ولو طلق ولم يشهد ثم أشهد ، كان الاول لغواً. ولاتقبل فيه شهادة النساء .

(الثالثة) أطبق أصحابنا على أن من طلق طلقتين أوثلاثاً في مجلس واحد من غيرتخلل رجوع ـ مثل أن يقول « أنت طالق اثنتين أوثلاثاً » ـ فعل حراماً وانها لايقع المجموع. والخلاف قد عرفته في وقوع الواحدة .

وقال ابوحنيفة ومالك بالتحريم أيضاً، وقال الشافعي واحمد واسحاق وابو ثور بالكراهية ويستحب الترك له . نعم أجمع الكل من الفريقين على الوقوع وان حرم أوكره .

فعلى هذا لوكان المطلق يعتقد الوقوع لزمه ذلك كما صرح به المصنف، بمعنى أنه لايحل له الامع نكاح غيره . وهل يباح للواحد منانكاحها ؟ يظهر من اطلاق كلام المصنف وغيره ذلك، ويؤيده « ألزموهم بما ألزموابه أنفسهم » . ويحتمل المنع لقولهم « اياكم والمطلقات ثلاثاً في مجلس واحد فانهن ذوات أزواج » فان الخطاب توجه الى شيعتهم .

قوله: ولابد منشاهدين يسمعانه ولايشترط استدعاءهما الىالسماع ، ويعتبرفيهما العدالة، وبعض الاصحاب يكتفى بالاسلام

الضميرفي قوله « يسمعانه » عائد الى لفظ الطلاق، أي يسمعانتلفظ الزوج به. وانما قالىسمعان ولميقل يسمع كل منهما لئلايتوهم الاكتفاءبسماع كل منهما منفرداً مع التعاقب ، لان كلا للافراد ، بل الشرط انما هو سماعهما معاً دفعة

واحدة ، فلو سمع واحد ثم أعيد اللفظ فسمع الاخرلم يكف .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) اجمع الاصحاب على أن سماع الشاهدين على الوجه المذكور شرط في صحة الطلاق وانه يبطل بدون ذلك ، مستدلين بتظافر الروايات عن أئمتهم عليهم السلام، ويؤيده قوله تعالى « ياأيها النبى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن »[1] الى قوله « وأشهدوا ذوي عدل منكم »[2] .

قال أصحابنا ان الاشهاد عائد الى الطلاق، وقد بينا ذلك مستوفى في «كنز العرفان »[3] . وأجمع المخالف على عدم اشتراطه ، مستدلين بعود الحكم الى الرجعة ، وقد بينا في الكتاب ضعفه .

(الثانية) أنه لايشترط استدعاء الشاهدين ولاقصدهما الى السماع ، بل لو سمعا ذلك اتفاقاً صح وكفى في الشرطية . وعليه اجماع أصحابنا، ويؤيده قوله تعالى « وأشهدوا ذوي عدل منكم » ولم يقل واستشهدوا .

(الثالثة) انه يشترط عدالتهما حالة السماع، لمنطوق الاية والروايات. وقال الشيخ في النهاية[4] يكفى الاسلام ، لرواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: طلاق السنة ان يطلقها تطليقة يعني على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين[5]. ومثله رواية ابى بصير[6] . وهما مطلقتان غير مقيدتين بالعدالة .

---

١) سورة الطلاق : ١ .

٢) سورة الطلاق : ٢ .

٣) كنز العرفان ٢/٢٥٣ .

٤) النهاية : ٥١٠ ، قال فيه : ومتى طلق ولم يشهد شاهدين ممن ظاهره الاسلام كان طلاقه غير واقع .

٥) الكافى ٦/٦٤ ، التهذيب ٨/٢٥ .

٦) الكافى ٦/٦٦ ، التهذيب ٨/٢٧ .

النظر الثاني في أقسامه : وينقسم الى بدعة وسنة :

فالبدعة طلاق الحائض مع الدخول وحضورالزوج أو غيبته دون المدة المشترطة وفي طهرقدقربها فيه ، وطلاق الثلاث المرسلة.

وأجيب : بحمل المطلق على المقيد كما تقرر في الاصول .

(الرابعة) لوطلق من غيراشهاد ثم أشهد فيما بعد ، قال المصنف كان الاول لغواً . وفيه دلالة على أن الثاني ـ أي الذي معه الاشهاد ـ لايكون لغواً بل صحيحاً . وليس كذلك ، بل يشترط اعادة الصيغة الانشائية، أما لولم يعدها وأتى بصيغة اخبارية فانهما لايقعان معاً : أما الاول فلعدم الاشهاد ، وأما الثاني فلعدم الصيغة .

(الخامسة) لوأخبرالزوج بوقوع الطلاق منه صحيحاً حكم عليه به ظاهراً ، فان كان كذلك في نفس الامرفالحكم صحيح ظاهراً وباطناً، والالم تبن منه حتى يأتي بالطلاق الصحيح الجامع للشرائط .

قوله : وينقسم الى بدعة وسنة

للاصحاب في تقسيم الطلاق عبارات كل منها لايخلو من مناقشة :

الاولى: عبارة الشيخين[1] أنه ينقسم الى طلاق السنة وطلاق العدة، والاول ينقسم الى بائن ورجعي .

ويرد: عليهما أنه ان أريدبالسني ماقابل البدعي لم يكن قسيماً للعدي، لان العام لايكون قسيماً للخاص ، لان الفرض أن العدي ليس ببدعي . وان أريد به المعنى الاخص ـ وهو أن يطلق على الشرائط ويتركها حتى تخرج العدة ويعقد عليها عقداً جديداً ـ ورد على ذلك أنه لوراجع في العدة وطلق قبل المواقعة كان طلاقاً شرعياً وليس للعدة لعدم المواقعة ولا للسنة للمراجعة قبل خروج العدة.

---

١) النهاية : ٥٠٨ ، المقنعة: ٨٢ .

الثانية : عبارة المصنف أنه ينقسم الى بدعي وطلاق سنة، والثاني الى بائن ورجعي وللعدة .

ويرد عليه لزوم التداخل، لان الاولتين في طلاق العدة داخلتان في الرجعي والثالثة داخلة في البائن .

الثالثة : عبارة العلامة[1] ، وهو ينقسم الى البدعي والشرعي، وقسم الشرعي الى طلاق السنة وطلاق العدة، وفسر العدي بما فسره المصنف والسني بماذكرناه في عبارة الشيخين من المعنى الاخص .

ويرد عليه ماورد على الشيخين. وأيضاً لوتزوج وطلق قبل الدخول لم يكن طلاق عدة ولاطلاق سنة .

الرابعة : عبارة ابن ادريس[2] ، وهو انقسامه الى بدعي وسني، ولم يشترط في السني المواقعة ولاخروجها من العدة ، وهي عبارة حسنة .

ويمكن أن يجاب عن التداخل في عبارة المصنف بأن يفسر العدي بأنه طلاق بائن يؤدي الى التحريم المؤبد وهو الثلاث معاً أو الثالثة والسادسة والتاسعة على الوجه المذكور، وتفسير البائن الذي هو قسيم العدي بأنه البائن الذي لايؤدي الى التحريم المؤبد ، فيكون التقسيم هكذا :

الطلاق الشرعي اما أن تصح معه المراجعة بغير عقد جديد أولا، والاول هو الرجعي ، والثاني اما أن يكون وسيلة الى تحريم المراجعة ولو بالعقد أولا والاول طلاق العدة والثاني طلاق البائن . والمصنف قد جعل قسمي الرجعي قسيمين له .

وان كان المراد بالعدي كل واحد من الثلاث يكون التقسيم هكذا :

---

١) القواعد ، المقصد الثانى من كتاب الفراق .

٢) السرائر : ٣٢٢ .

وكله لايقع .

وطلاق السنة ثلاث : بائن ، ورجعي ، وللعدة .

فالبائن مالا يصح معه الرجعة ، وهو طلاق اليائسة على الاظهر ، ومن لم يدخل بها ، والصغيرة ، والمختلعة ، والمبارأة مالم ترجع في البذل ، والمطلقة ثلاثاً بينها رجعتان .

والرجعي مايصح معه الرجعة ولو لم يرجع .

الطلاق اما أن يكون وسيلة الى التحريم المؤبد أولا ، والاول العدي ، والثاني اما أن تصح معه المراجعة بغير عقد جديد أولا . والاول الرجعي والثاني البائن .

وان كان المراد بالعدي كل واحدة من الطلقتين الاولتين كان التقسيم هكذا :

الطلاق اما أن تصح معه المراجعة بغير عقد جديد أولا ، والثاني البائن ، والاول ان كان وسيلة الى التحريم المؤبد فهو العدي وان لم يكن فهو الرجعي . وهذا الاحتمال أقرب الاحتمالات .

قوله : وكله لايقع

قيل عليه انه قائل بأن طلاق الثلاث المرسلة تقع واحدة ، وذلك مناف لحكمه بعدم الوقوع .

أجيب : بأن المراد الكل المجموعي ، والكل المجموعي أخص من كل واحد ، ولايلزم من عدم وقوع الخاص عدم وقوع العام ، فلا يلزم عدم وقوع شيء من الطلقات .

قوله : طلاق الايسة على الاظهر

يشير الى الخلاف الواقع بين الاصحاب في الايسة هل عليها عدة أم لا . وسيأتي تحقيقه ، فمن قال لاعدة عليها فطلاقها بائن وهو قول الشيخ ، ومن قال

وطلاق العدة ما يرجع فيه ويواقع ثم يطلق .

فهذه تحرم فى التاسعة تحريماً مؤبداً .

وما عداها تحرم فى كل ثالثة حتى تنكح غيره .

وهنا مسائل خمسة :

(الاولى) لايهدم استيفاء العدة تحريم الثلاثة .

عليها العدة فطلاقها رجعي وبه قال السيد .

قوله : لايهدم استيفاء العدة تحريم الثالثة

مراده أن المطلق اذا لم يراجع في العدة بل يتركها حتى تخرج ثم يتزوجها بعقد جديد ، وهكذا ثانياً وثالثاً تحرم عليه حتى تنكح زوجاً غيره ، ولاتأثير لاستيفاء عدتها في هدم تحريم الطلقة الثالثة، وكذا لو استوفت العدة في الاولى دون الثانية أوالثانية دون الاولى .

وعليه اجماع الاصحاب ، لاصالة عدم الهدم ، ولعموم قوله تعالى « فان طلقها » أي الثالثة « فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره»[1] .

ولم يخالف في ذلك الاعبدالله بن بكير[2] حيث روى عن الباقر عليه السلام ان استيفاء عدتها يهدم تحريم الثالثة . وهي ضعيفة : أما أولا فلفساد عقيدته فانه فطحي، وأما ثانياً فلمخالفتها نص الكتاب، وأما ثالثاً فانه سئل عنها فأسندها الى زرارة عن الباقر عليه السلام ثم سئل مرة أخرى فقال هذا مما رزقني الله من الرأي . قال الشيخ فى الاستبصار : ماكان عليه من المذهب أفحش من هذا الكذب[3] .

---

١) سورة البقرة : ٢٣٠ .

٢) التهذيب ٨/ ٣٠ ، الاستبصار ٣/ ٢٧١ ، الكافى ٦/ ٧٧ ، ٧٨ مع زيادة فيه .

٣) ليست هذه العبارة فى الاستبصار ، والعبارة هناك : والغلط فى ذلك أعظم من

(الثانية) يصح طلاق الحامل للسنة كما تصح للعدة على الاشبه.

(الثالثة) يصح أن يطلق ثانية فى الطهر الذى طلق فيه وراجع فيه ، ولم يطأ لكن لا يقع للعدة.

(الرابعة) لو طلق غائباً ثم حضر و دخل بها ثم ادعى الطلاق لم تقبل دعواه ولا بينته ، ولو أولدها لحق به .

قوله: يصح طلاق الحامل للسنة كما يصح للعدة على الاشبه

قد عرفت معنى طلاق العدة فيما سبق ، وكذا عرفت طلاق السنة بالمعنى الاخص. وأجمع الاصحاب على جواز طلاق الحامل للعدة، الا أن ابن الجنيد شرط في طلاقها ثانياً مضي شهر من حين المواقعة وكذا في الثالثة، معتمداً على رواية يزيد الكناسي عن الباقر عليه السلام[1] . واختلفوا في طلاقها للسنة على أقوال :

(الاول) قول الشيخ في النهاية[2] والقاضي وابن حمزه بالمنع، بمعنى أنه اذا طلقها وراجعها ولم يواقعها فليس له طلاقها حتى تضع مافي بطنها ، لرواية اسماعيل الجعفي عن الباقر عليه السلام : طلاق الحامل واحدة [3] . ومثله روى ابوبصير[4] والحلبى عن الصادق عليه السلام[5] .

الغلط فى اسناد فتيا يعتقد صحته لشبهة دخلت عليه الى بعض أصحاب الائمة عليهم السلام. الى آخره .

١) الكافى ٨٢/٦ ، التهذيب ٧٢/٨ ، الاستبصار ٣٩٨/٣ .

٢) النهاية : ٥١٧ .

٣) التهذيب ٧٠/٨ ، الكافى ٨١/٦ .

٤) الكافى ٨١/٦

٥) الكافى ٨٢/٦ .

(الثاني) قول ابنى بابويه[1] انـه اذا راجعها قبل الوضع أو قبل مضي ثلاثة أشهرفليس له طلاقها حتى تضع وتطهر، واطلقا ولم يفصلا .

(الثالث) قول المصنف وابن ادريس[2] والعلامة بالجواز ، لاصاله الصحة وعدم مانع من ذلك من كتاب أوسنة ، بل عموم الكتاب دال على جوازه .

قال العلامة في المختلف[3] : التحقيق أن طلاق العدة والسنة واحد، وانما يصيرللسنة بترك المراجعة وترك المواقعة ، والعدة بالرجعة في العدة والمواقعة فاذا طلقها لم يظهر أنه للسنة أوللعدة الا بعد وضع الحمل ، لانه ان راجع قبله كانطلاق العدة وانتركها كان طلاق السنة، فان قصد الشيخ ذلك فهوحق وتحمل الاخبار عليه .

ومثله قال المصنف في النكت .

أقول : الحق أن الخلاف مبني على تفسير طلاق السنة ، فان فسر بما قاله الشيخ واختاره العلامة بالمعنى الاخص فالقول قول الشيخ ، وان فسرنا بأعم من ذلك ـ وهـو أن لايشترط فيها المواقعة ولا خروج العدة ـ كما فسره ابن ادريس فالقول ماقاله المصنف وابن ادريس. وحينئذ يصح طلاقها للسنة كمايصح للعدة، بل يصح أن يطلقها للسنة في مجلس واحد عدة طلقات يتخللها رجعتان، كما دلت عليه رواية اسحاق بن عمارعن الكاظم عليه السلام[4] . وتحمل رواية الجعفي وابى بصير على الاحتياط ، وكذا رواية الكناسي .

قال بعض تلامذة المصنف : لوقال يصح طلاق الحامل للعدة كما يصح للسنة كان أجود ، لان طلاق السنة لاخلاف في جوازه وانما الخلاف في طلاق

---

١) المقنع ١/١١٦

٢) السرائر : ٣٢٨ .

٣) المختلف ، الجزء الخامس : ٣٧ .

٤) التهذيب ٨/٧١ ، الفقيه ٣/٣٣١ ، الاستبصار ٣/٢٩٩ .

(الخامسة) اذا طلق الغائب وأراد العقد على أختها أوعلى خامسة تربص تسعة أشهراحتياطاً .

النظر الثالث : فى اللواحق وفيه مقاصد :

(الاول) يكره طلاق المريض ، ويقع لوطلق . ويرث زوجته فى العدة الرجعية ، وترثه هى ولو كان الطلاق بائناً الى سنة ، ما لم تتزوج أويبرأ من مرضه ذلك .

العدة ، فان المفيد وابن بابويه منعا منه عملا بالروايات الناطقة بأن طلاق الحبلى واحد وانما جوزه المتأخر ، والمصنف قال : وقول الشيخ في النهاية لايجوز طلاقها للسنة حتى تضع ، أي لايتقدرذلك ولايتصور حتى تضع، معناه المراجعة بعدالعدة ولاتخرج من العدة حتى تضع لأنه لايجوزشرعاً. فتدبره ففيه نوع غموض . هذاآخر كلامه .

وفيه نظر، لانه خلاف ما قاله الفقهاء المعتبرون ، وأما تأويله لكلام الشيخ فبعيد .

قوله : يكره طلاق المريض ويقع لو طلق ويرث زوجته فى العدة الرجعية وترثه هى ، ولوكان الطلاق بائناً الى سنة مالم تتزوج او يبرأمن مرضه ذلك

هنا فوائد :

(الاولى) انماكره لانه خلاف النكاح المندوب الى استمراره، ولان مقصوده به حرمان الارث المقرر شرعاً .

(الثانية)أجمع أصحابنا على ثبوت ارثهامنه مع حصول الشرائط المذكورة، ناقلين ذلك عن أئمتهم عليهم السلام، للتهمة المذكورة ومعارضته بنقيض مطلوبه كما عورض القاتل بنقيض مطلوبه من عدم الارث ، فانه لولاأرثها الافي الرجعية

لتوسل كل زوج الى حرمان زوجته بطلاقها في مرض موته . وأما عدم ارث الزوج منها الافي الرجعية فلعدم التهمة من قبلها ، اذ الطلاق ليس في يدها .

(الثالثة) ذهب الشيخ فـي المبسوط[1] والخلاف الى ماقلناه من عدم ارث الزوج منها الا فـي الرجعية ، واختاره ابـن ادريس[2] والقاضي وابـن حمزة لانقطاع العصمة بينهماوعدم الحكمة المذكورة. وتؤيده رواية الحلبي في الحسن في أنه سئل عن الرجل يحضره الموت فيطلق امرأته هل يجوز طلاقه [طلاقهان] قال: نعم وان مات ورثته وان ماتت لم يرثها[3]. وليس ذلك في الرجعي للاجماع.

ورواية زرارة موثقاً عن الباقرعليه السلام قال: سألته عن رجل يطلق امرأته قال : ترثه ويرثها مادامت له عليها رجعة[4] .

وذهب الشيخ في النهاية الى عدم الفرق في ارثه منها في العدة بين أن تكون التطليقة هي الاولى أو الثانية أوالثالثة ، وسواء كان لـه اليها رجعة أولم يكن ، محتجاً برواية عبدالرحمن عن الكاظم عليه السلام قال: سألته عن رجل يطلق امرأته آخر طلاقها . قال: نعم يتوارثان في العدة[5] .

وأجيب : بأن المراد التوارث في الرجعية ، فان الطلاق الواقع في مرض الموت يصدق عليه أنـه آخر طلاق ، وليس المراد بـه الثالثة . وتؤيده رواية محمد بن مسلم موثقاً عن الباقرعليه السلام قال : سألته عن الرجل يطلق امرأته تطليقتين ثم يطلقها ثالثة وهومريض . قال : هي ترثه[6] . والتخصيص بها لابدله

---

١) المبسوط ٥/٦٨ ، الخلاف ٢/٤٥٦ .

٢) السرائر : ٣٢٤ .

٣) الكافي ٦/١٢٣ ، التهذيب ٨/٧٩، الفقيه ٣/٣٥٤ ، الاستبصار ٣/٣٠٤ .

٤) التهذيب ٨/٨١ ، الاستبصار ٣/٣٠٨ .

٥) التهذيب ٨/٨٠ ، الاستبصار ٣/٣٠٧ .

٦) التهذيب ٨/٨٠ ، الاستبصار ٣/٣٠٧ .

من فائدة ، وليس هي اختصاص الارث بها .

(الرابعة) لوانتفت التهمةاما لسؤالها الطلاق ثلاثاً فطلقها أولكونها مختلعة أومبارأة حكى في المبسوط والخلاف فيه قولين ارثها وعدم ارثها، واختارفيهما الاول ، لعموم الاخبار، وتابعه ابن ادريس . واختارفي الاستبصار الثاني وتابعه العلامة ، لانتفاء مقتضى الارث وهوالتهمة، ولما رواه محمد بن القاسم الهاشمي قال : سمعت الصادق عليه السلام يقول : لاترث المختلعة والمبارأة والمستأمرة في طلاقها من الزوج شيئاً اذاكان ذلك منهن في مرض الزوج ، وان مات في مرضه لان العصمة قد انقطعت منهن ومنه[1] .

(الخامسة) لو كانت الزوجة أمة أو كتابية فطلقها في مرضه ثم اعتقت أو أسلمت في العدة أوبعدها في ارثها وجهان : الارث لعموم النص، وعدمه لانتفاء التهمة .

أما لووقع العتق أوالاسلام في العدة قبل الطلاق ولما يعلم الزوج ذلك فطلقها في مرض الموت ، قال ابن الجنيد ان قال امرأتي الذمية أو الامة طالق فلاترثانه ، وان قال زوجتي فلانة ولم يقل الذمية ولاالمملوكة ورثتاه . قال : وكذا ان ابتدأ طلاقه في المرض بالتي لم يدخل بها فانها ترثه .

واستحسن كلامه العلامة ، وهو حسن ان كان المراد بعدم الارث عدمه في البائن أوبعد العدة في الرجعي لعدم التهمة بسبب عدم علم المطلق بزوال مانع الارث، وأمافي العدة الرجعية فترثانه ويرثهمالمصادفة الموت محلا قابلا للارث ولاعبرة بعلم الزوج ولاعدمه في زوال مانع الارث .

ويجيء على قول الشيخ في المبسوط والخلاف ارثهما هنا، لعموم الاخبار بارث المطلقة في مرض الموت .

---

١) التهذيب ٨/ ١٠٠ .

المقصد الثانى : فى المحلل :

ويعتبر فيه البلوغ والوطء فى القبل بالعقد الصحيح الدائم .

وهنا فرعان :

الاول : لوادعت الاسلام بعد الطلاق في العدة قبل الموت ولابينة فأنكر الوارث ، فالقول قوله لاصالة عدم الارث .

الثاني: لوأقامت بينة حكم لها بالارث. وهل تحلف على أن اسلامها ليس للرغبة في الارث ، فيه تردد من عدم النص فيه وعموم ثبوت ارث من أسلم في العدة من مساواتها من زوج فضولا كما تقدم .

قوله : ويعتبر فى المحلل البلوغ

وهل يكفي كونه مراهقاً أم لا ؟ تردد المصنف في ذلك في الشرائع[1] ، ومنشأه من كونه زوجاً فيدخل تحت اطلاق قوله تعالى « حتى تنكح زوجاً غيره»[2]، وبه قال ابن الجنيد، ومن كونه وطئه ليس كاملامطلوباً للشارع والتحريم معلوم فلا يرتفع الابمعلوم . ثم قال : أشبهه أنه لايحلل ، وجه الاشبهية قوله صلى الله عليه وآله وسلم: حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك[3] . والعسيلة اللذة والمراهق لالذة له حقيقة .

قوله : بالعقد الصحيح الدائم

فلووطىء بالملك أوبالعقد الفاسد أوبالعقد المنقطع أوبالتحليل لم يحلل.

---

١) الشرائع ٢/١٩٨ .

٢) سورة البقرة : ٢٣٠ .

٣) رويت هذه العبارة من الطريقين راجع الوسائل ابواب اقسام الطلاق ٧/٣٥٧ ٣٦١ ، ٣٦٦ ، ٣٦٧ ، صحيح البخارى ٢/٧٩٢ ، ٨٠١ ، سنن ابن ماجة ١/٦٢١، ٦٢٢ سنن ابى داود ٢/٢٩٤ .

وهل يهدم مادون الثلاث ؟ فيه روايتان أشهرهما : أنه يهدم .

نعم هل يشترط مع العقد الصحيح الدائم كون الوطىء سائغاً أم لا؟ قال الشيخ في الخلاف[1] نعم محتجاً بأصالة بقاء التحريم فلا يعلم زواله بوطىء محرم كالوطي في الاحرام أوالصوم أو الحيض ، ولان المحرم لايكون مراداً فلا يكون هو المأموربه، ولان العقد يشترط صحته فكذا الوطىء والالزم التحكم، ولان النهي يستلزم الفساد فلايحلل . وهوقول ابن الجنيد .

وقال العلامة في المختلف: لايشترط فتحل الحامل بالوطىء المحرم لعارض لانه تعالى جعل نهاية التحريم نكاح زوج غيره وقد حصل فلاتحريم بعد نهايته، ولانه لواشترطت الاباحة لزم عدم التحليل لووطىء عند تضيق صلاة الفريضة، واللازم منفي اجماعاً فكذا الملزوم .

وعلى قوله رحمه الله الفتوى .

ويجاب عن حجة الشيخ: اما عن الاول فان الاصل يرجع عنه للدليل وقد بيناه ، وعن الثاني بأن المحرم له اعتباران من حيث ذاته هومراد فيقع مأموراً به ولااعتبار بالعارض كما قلناه ، وعن الثالث بأنه قياس فيكون باطلا مع أن الفارق موجود، فان فساد العقديخرج الواطىء عن كونه زوجاً فلايتناوله النص وحرمة الوطىء لاتخرجه والا لكان زانياً، وعن الرابع بأن النهي في غير العبادة لايستلزم الفساد كما بين في الاصول وهوهنا كذلك كالبيع وقت النداء .

قوله : وهل يهدم مادون الثلاث فيه روايتان اشهرهما انه يهدم

معنى الهدم أنه لوتزوجت بعد الطلقة الاولى أوالثانية ثم طلقها الزوج الثاني وخرجت عدتها فتزوجها الاول ، هل تبقى معه في الاول على طلقتين وفي الثاني

---

١) الخلاف ٣/ ٥ .

ولوادعت أنهـا تزوجت ودخل وطلقها فالمروى : القبول اذا كانت ثقة .

على واحدة ولاهـدم أو تبقى على ثلاث مستأنفات ويكون الزوج هـادماً لما تقدم ؟ .

فيه روايتان : الاولى رواية الهدم عـن رفاعة بن موسى عن الصادق عليه السلام[1]، الثاني رواية عدم الهدم عن صفوان عن منصور عن الصادق عليه السلام[2] ومثلها عن ابن مسكان عن الحلبى عنه عليه السلام[3] .

وعمل الاصحاب على الاولى ، وعمل الشيخ على الثانية على كون العقد منقطعاً أوعلى عدم الوطىء. ويؤيد عمل الاصحاب اشتهار الهدم أولاوثانياً رواية عبدالله بن عقيل بن ابى طالب : ان عمر قضى أنها تبقى على مابقي من الطلاق فقال أمير المؤمنين عليه السلام : سبحان الله أيهدم ثلاثاً ولا يهدم واحدة[4] .

قوله : ولوادعت انها تزوجت ودخل وطلـق [وطلقها] فالمروى القبول اذا كانت ثقة

هذه رواية الحسين بن سعيد عن الصادق عليه السلام[5]. وعمل الاكثر على ذلك وان كان الاصل يقتضي خلافه لكونها مدعية يفتقر الـى البينة بدعواها ، لكن الفتوى على العمل بقولها ، لان العلم بذلك قد يتعذر ، ولان الوطىء شرط في التحليل وانما يرجع فيها اليها . نعم يشترط كونها ثقة ، بمعنى ايمانها وعدالتها في دينها ومضي زمان يمكن فيه حصول ذلك .

---

١) الكافى ٦/٧٧ ، التهذيب ٨/٣٠ .

٢ ـ ٣) التهذيب ٨/٣٢ .

٤) التهذيب ٨/٣٤ ، الاستبصار ٣/٢٧٥ .

٥) التهذيب ٨/٣٤ ، الاستبصار ٣/٢٧٥ .

المقصد الثالث : في الرجعة :

تصح نطقاً ، كقوله ، «راجعت»، وفعلا كالوطء والقبلة واللمس بالشهوة .

قوله : في الرجعة وتصح نطقاً كقوله راجعت

حقيقة الرجعة هي الرد الى النكاح ، وهوأمرحادث لم يكن ، وكل حادث لابد له من سبب، والسبب هنا ماجعله الشارع دليلا على حصولها ، وهوامالفظ أوفعل . فالاول أقسام :

الاول : صريح اتفاقاً ، وهو « رجعت » و « راجعت » و « ارتجعت » مع اتصالها باسم ظاهر، كقوله « راجعت فلانة » أو«ارتجعت فلانة» أومضمر كقوله « راجعتك » أو « ارتجعتك » ، ولايكفي من دون الاتصال المذكور .

الثاني : رردت فلانة أورددتك هل هو صريح أم لا ؟ قيل نعم لقوله تعالى « وبعولتهن أحق بردهن »[1] ، وفي الحديث « أرددهـا » أي راجعها ، وقيل لا لعدم اشتهارذلك شرعاً في الاستعمال .

الثالث: أمسكت فلانةأو أمسكتك، قيل صريح لقوله تعالى «فامساك بمعروف أوتسريح باحسان »[2] وفسربالرجعة .

الرابـع : رددت فلانة الى النكاح أوأمسكت نكاحها مع نية الرجوع ، ان قلنا ان الرد والامساك صريحان فلاكلام في الصحة، وان قلنا انهما كنايتان فهل مع الاضافة الى النكاح يصيران صريحين أم لا ؟ يحتمل ذلك لافادتهما معنى الصريح قطعاً فيكونان مرادفين له، ويحتمل العدم لان الاسباب متلقاة من الشرع ولم يرد ذلك .

---

١) سورة البقرة : ٢٢٨ .

٢) سورة البقرة : ٢٢٩ .

ولوأنكر الطلاق كان رجعة .

ولايجب فى الرجعة الاشهاد بل يستحب .

ورجعة الاخرس بالاشارة ، وفى رواية بأخذ القناع .

ولوادعت انقضاء العدة فى الزمان الممكن قبل .

الخامس : تزوجت فلانة أونكتحها أوتزوجتك اونكحتك ، في كون ذلك صريحاً اشكال من صلوحية ذلك لابتداء النكاح فالرد اليه أولى ،لان القول ايجاد معدوم والثاني ادامة موجود، ومن انه انما يواجه به الاجنبية والرجعة للزوجة، ولان التزويج يشترط فيه الرضا من الزوجة ، والرجعة لايشترط فيها ذلك فتغايرا .

والاجود أن جميع ذلك رجعة، لدلالة الكل على ارادة النكاح.

والثاني كل فعل يدل على ارادة النكاح كالوطىء والقبلة واللمس بالشهوة لكن مع صدوره عن قصد ، فلووطىء نائماً أوظنها غيرها لم تكن رجعة .

قوله : ولو انكر الطلاق كان رجعة

علله المصنف في الشرائع[1] بأنه يتضمن التمسك بالزوجية .

ان قلت : انه صريح في تكذيب من شهدبه فلايكون رجعة .

قلت : أجيب بأن انكاره لوقوعه ارادة لابطال حكمه .

قوله : ورجعة الاخرس بالاشارة ، وفى رواية بأخذ القناع

هذه رواية السكوني عن الصادق عليه السلام[2] ، وقد تقدمت وذلك غير مناف للاشارة كما قدمنا من قبل.

---

١) الشرائع ٢/١٩٨ .

٢) التهذيب ٨/ ٧٤ ، الاستبصار ٣/ ٣٠١ ، الكافى ٦/ ١٢٨ .

المقصد الرابع : في العدد ، والنظر في فصول :

(الاول) لاعدة على من لم يدخل بها عداالمتوفى عنها زوجها.

ونعني بالدخول الوطء قبلا أودبراً ، ولاتجب بالخلوة .

(الثانى) فى المستقيمة الحيض ، وهى تعتد بثلاثة أطهار على الاشهر اذا كانت حرة . وان كانت تحت عبد .

قوله : المقصد الرابع فى العدد ـ الى آخره

العدد جمع عدة، وهي شرعاً زمان مقدر يقتضيه رفع النكاح بعقد اما بالموت فمطلقاً أوبغيره فبعد الدخول اووطىء غير محرم ظاهراً لاجنبية ، ولها احكام :

« ١ » ـ أنه يحرم فيها على المرأة نكاح غير من هي عنه .

« ٢ » ـ أنها ان كانت رجعية ملك الزوج فيها الرجعة .

« ٣ » ـ أن وجوبها اما تعبد محض كعدة غير المدخول بها في الوفاة أو تعبد واستبراء ، وهو أقسام : « ١ » ما يكون الاستبراء فيه أقوى وهوما اذا كانت بالحمل، «ب» مايستويان فيها وهوماكان بالاقراء، « ج » مايضعف فيه الاستبراء وهوما يكون بالشهور لمن لايجوز حبلها .

قولـه : ولاتجب بالخلوة

خلافاً للشيخ في بعض كتبه اعتماداً على رواية ابن بكير وهي ضعيفة، وعمل الاكثر على ماذكره المصنف ، وسنده رواية ابن ابى عمير وغيرها . وقد تقدم تحقيق القول في أن الدخول لايكفي فيه مجرد الخلوة .

قوله: الثانى مستقيمة الحيض، وهى تعتد بثلاثة اطهار على الاشهر اذا كانت حرة وان كانت تحت عبد

هنا فوائد :

(الاولى) يريد بمستقيمة الحيض من ترى الدم في سن تحيض ولها عدة مستقرة،

وقد تقدم بيان ذلك . ويحترز بذلك عـن المضطربة ، فانها مع استمرار الدم تعمل على التمييزومع تعذره ترجع الى عادة نسائها وتجعل ذلك عدة لها وزمان الاستحاضة طهر فتجعله عدة ، ومع عـدم النساء أواختلافهـن تعتد بالاشهر .

(الثانية) دلت الاية الكريمة على الاعتداد بثلاثة اقراء. وكأن القرء لغة يطلق تارة على الطهروتارة على الحيض لاشتراك بينهما، فاختلفت الصحابة والفقهاء في المراد من الاية ، فقال اكثر أصحابنا انه الطهر اعتماداً على روايات كثيرة كرواية زرارة عن الباقر عليه السلام: الاقراء هى الاطهار[1]، ومثله رواية محمد ابن مسلم عنه عليه السلام[1] وغير ذلك . وهو مذهب مالك والشافعي واحمد .

وفي رواية عبدالله بن مسكان والحلبى عن الصادق عليه السلام انه الحيض فجمع المفيد بين الروايات بأن الطلاق ان وقع في أول الطهر فالعدة بالاطهار وان وقع في آخره فالعدة بالحيض . واستحسنه الشيخ .

وليس بشيء، فانه لادلالة في الروايات على ذلك، فالاولى حمل الروايتين على التقية ان صحتا ، فان مذهب ابى حنيفة وابى يوسف والثوري والاوزاعي أن القرء الحيض . ويبطل ذلك قوله تعالى « فطلقوهن لعدتهن »[2] أي في وقت عدتهن ، كقوله « ونضع الموازين القسط ليوم القيامة »[3] أي في يوم القيامة .

والطلاق في الحيض ليس بمأموربه اجماعاً لتحريمه، واتيانه بالهاء في ثلاثة وهو يختص بالمذكر والطهر مذكر والحيضة مؤنثة . وقد بينا في كنزالعرفان[4] تحقيق القول فى ذلك .

---

١) راجع الوسائل ١٥/٤٢٤ .

٢) سورة الطلاق : ١ .

٣) سورة الانبياء : ٤٧ .

٤) كنزالعرفان ٢/٢٥٥ .

وتحتسب بالطهر الذى طلقها فيه ، ولـو حاضت بعد الطلاق بلحظة .

(الثالثة) ان ما ذكرناه مـن ثلاثة الاطهار اذا كانت المرأة حـرة سواء كان زوجها حراً أوعبداً ، أما الامة فعدتها طهران وان كان زوجها حراً ، وعلى ذلك الاجماع .

قوله : وتحتسب بالطهر الذى طلقها فيه ولوحاضت بعد الطلاق بلحظة

قال الشيخ في المبسوط[1] : اذا قال لها « أنت طالق » ثـم حاضت عقيب هذا اللفظ فهذا عند بعضهم طلاق محرم ولا يعد ما بعده قرألانه صادف الطلاق حالة الحيض ، وقال بعضهم يكون مباحاً لانه وقع في حال الطهر . ويقوى في نفسي أن الطلاق يقع ، لانه وقع فـي حال الطهر ، الاأنه لايعتد بالطهر الذي يلي الحيض ، لانه ما بقي هنا جزء يعتد به .

قـال ابن ادريس[2] : قوله «الاأنه لايعتد بالطهر الذي يلي الحيض» عجيب ، وكيف لايعتد به وهوأول أقرائها. وقوله «لانه ما بقي هنا جزء يعتد به» مناقضة .

واعتذر العلامة[3] للشيخ بأن الضمير في «يلي» محذوف ، أي يليه الحيض ويكون معنى يلي يتعقب حينئذ .

قلت: ويمكن أن يكون معناه ليس كما ظناه، بل معناه يلاصقه ويلاقيه، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : كل مما يليك[4]. وحينئذ يكون كلام الشيخ صحيحاً وقوله «لانه ما بقي جزء» قرينة دالة على ذلك، فلاوجه لكلام المورد ولاحاجة الى عذر المعتذر.

---

١) المبسوط ٥/٢٣٥ .

٢) السرائر : ٣٤٣ .

٣) المختلف ، الجزء الخامس : ٦٦ .

٤) صحيح البخارى ٢/٨١٠ ، سنن الترمذى ٤/٢٨٨ ، سنن ابن ماجة ٢/١٠٨٧.

وتبين برؤية الدم الثالث .

وأقل ماتنقضي به عدتها ستة وعشرون يوماً ولحظتان، وليست الاخيرة من العدة بل دلالة الخروج .

قوله : وتبين برؤية الدم الثالث

هذا قول الشيخ في النهاية والخلاف[1] ، وقال في المبسوط[2] قال قوم لاتبين الابعدانقضاء أقل ايام الحيض. ثم اختار فيه أنه ان سبق لها عادة مستقيمة فالانقضاء بأول الدم وان لم يسبق فالانقضاء بمضي الثلاثة وجعلها من العدة .

واختار ابن ادريس[3] هذا التفصيل مفتياً بـه محتجاً باختلاف الروايات ، ولاوجه لذلك الاالتفصيل المذكور والفتوى على ما قاله في النهاية . لكن التحقيق أنه ان لم يسبق لها عادة فلايعلم الانقضاء الابمضي الثلاثة ويكون ذلك كاشفاً عن الانقضاء بأول الدم ، وليس هذا تفصيل ابن ادريس . فتدبره .

نعم قال الشيخ في بعض كتبه : ان الانقضاء وان حصل لكن يستحب لها ترك التزويج حتى تغتسل. قال: وهومذهب الحسن بن سماعة وعلي بن ابراهيم وأما جعفربن سماعة فانه ذهب الى الانقضاء بأول الدم لكن لايحل لها التزويج عنده الابعد الغسل . والحق أن ذلك على الكراهية ، ومنشأ الخلاف في ذلك اختلاف الروايات .

قوله : وأقل ما تنقضي به عدتها ستة وعشرون يوماً ولحظتان

كذا ذكرالشيخ[4] ، وبيانـه : أن ترى الدم بعد الطلاق بلحظة ثلاثة أيام،

---

١) النهاية: ٥٣٢ ، الخلاف ٣/ ٥١ .

٢) المبسوط ٥/ ٢٣٥ .

٣) السرائر : ٣٦٣ .

٤) المبسوط ٥/ ٢٣٦ ، الخلاف ٣/ ٥١ .

(الثالث) فى المسترابة : وهى التى لاتحيض ، وفى سنها من تحيض ، وعدتها ثلاثة أشهر .

ثم تطهرعشرة أيام، ثم تحيض ثلاثة ، ثم تطهر عشرة ، ثم ترى الدم الثالث . فأول لحظة تراه تعلم انقضاء العدة، لكن هل هي من العدة أم لا؟ يظهر من كلام الشيخ الاول ، وقال المرتضى وابن ادريس[1] وابـن الجنيد بالثاني . وتظهر الفائدة فى مواضع :

الاول : لووقعت الرجعة فيها ، فعند الشيخ يصح وعند غيره لا .

الثانى : لوتزوجت فيها ، فعند الشيخ لايصح وعند غيره يصح .

الثالث : لومات أحدهما فيها ، فعند الشيخ يتوارثان وعند غيره لا . الى غيرذلك من الفوائد .

قوله: الثالث فى المسترابة وهى التى لاتحيض وفى سنها من تحيض وعدتها ثلاثة اشهر

الذي يقتضيه التفقه أن من تعتد بالاشهر أربع :

« ١ » ـ من هي في سن من تحيض ولايجيئها الدم أصلا .

« ٢ » ـ من تباعد حيضها فلم ترفي كل ثلاثة أشهـر أوستة شهر أوسبعة الامرة .

« ٣ » ـ التي تأخرت حيضها عن عادتها شهراً فصاعداً .

« ٤ » ـ التي انقطع حيضها بسبب معلوم كالارضاع والمرض .

وعبارة المصنف لتفسيرالمسترابة لاتشمل الاالاولى، فان لم تكن المسترابة عنده الاالاولى كان ينبغي له ذكرالباقيات والايأتي بعبارة أعم .

---

١) السرائر : ٣٤٢ .

اذا تقرر هذا فهنا فوائد :

(الاولى) لاخلاف في أن عدة المسترابة ثلاثة أشهر اذا لـم تسبق حيضها عدتها، ومستنده قوله تعالى « واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر»[1] ، والمعنى اذا يئسن من المحيض لانقطاعه ، و« ارتبتم » أي شككتم في عوده لكونهن في سن من تحيض فعدتهن ثلاثة اشهر .

(الثانية) الشهر حقيقة لغوية في العدة ما بين الهلالين ، فاذا وقع الطلاق في أول جزء منه ـ أعني حال رؤية الهلال ـ فلاخلاف أيضاً في أن أول العدة ذلك وتبين برؤية الهلال الرابع .

(الثالثة) يطلق الشهر عرفاً على ما تقدم وعلى ثلاثين يوماً، فاذا وقع الطلاق بعد مضي شيء من الشهر بالمعنى الاول اختلف في كيفية اعتدادها ، فقيل تعتد بالشهر بالمعنى الثاني، بأن تعد تسعين يوماً من حين طلاقها وهو قول بعض الشافعية وقيل تعتد بالشهر بالمعنى الاول وتقضي ما فاتها من الشهر الاول في الشهر الرابع واختاره ابو حنيفة ، وقيل بل يسقط اعتبار الهلال فـي الشهر الاول وتعتبر بعده هلالين ثم تتم ثلاثين من الرابع، وبه قال الشيخ في الخلاف[2] وابن ادريس[3] والعلامة[4] .

وعليه الفتوى ، لان الشهر كما قلنا يصدق لغة وشرعاً على الهلالي ، لقوله تعالى « هي مواقيت للناس والحج »[5] ، وعرفاً على المعنيين، فاذا تعذر اعتبار الاول اعتبر الثاني .

---

١) سورة الطلاق : ٤ .

٢) الخلاف ٣/٥٣ .

٣) السرائر : ٣٤٢ .

٤) القواعد ، المطلب الثانى من الفصل الثانى من المقصد الرابع فى العدد .

٥) سورة البقرة : ١٨٩ .

وهذه تراعى الشهور والحيض وتعتد بأسبقهما .

أما لو رأت فى الثالث حيضة وتأخرت الثانية أو الثالثة ، صبرت تسعة أشهر لاحتمال الحمل ثم اعتدت بثلاثة أشهر .

وفى رواية عمار: تصبر سنة ثم تعتد بثلاثة أشهر .

(الرابعة) قوى الشيخ في المبسوط[1] قول ابى حنيفة ، وتظهر الفائدة بين القولين فيما اذا نقص الشهر الاول ، كما اذا كان الطلاق في العشرين من الشهر الاول ، فعلى قول الخلاف تضم الى التسعة المتخلفة أحداً وعشرين يوماً، وأما على قول المبسوط تضم عشرين لاغير .

قوله : وهذه تراعى الشهور والحيض وتعتد بأسبقهما

هذه عبارة وجيزة حسنة ، وهي اشارة الى قول الشيخ رحمه الله ، فانه لما ذكر الروايات الدالة على الاشهر قال : انها انما تعتد بثلاثة أشهر اذا مرت بها لاترى فيها الدم اصلا وانها تبين بذلك ، وأما اذا رأت الدم قبل انقضاء ثلاثة أشهر ولو بيوم كان عدتها بالاقراء وان بلغ ذلك الى خمسة عشر شهراً ، لما رواه زرارة عن الباقر عليه السلام حسناً قال : أمران أيهما سبق اليها بانت به المطلقة المسترابة التى تستريب الحيض ان مرت بها ثلاثة أشهر بيض ليس فيها دم بانت بها[2] ـ الخ .

قوله : اما لو رأت فى الثالث حيضة وتأخرت الثانية او الثالثة صبرت تسعة اشهر لاحتمال الحمل ثم اعتدت بثلاثة اشهر ، وفى رواية عمار تصبر سنة ثم تعتد بثلاثة اشهر

---

١) راجع المبسوط ٥/ ٢٣٩ .

٢) الفقيه ٣/ ٣٢٢ ، الاستبصار ٣/ ٣٢٤ .

ما اختاره المصنف هوقول الشيخ في الاستبصار[1] ، وأفتى به العلامة . والمستند رواية سورة بن كليب عن الصادق عليه السلام[2] .

وأما رواية عمار الساباطي فرواها عن الصادق عليه السلام[2] أيضاً. وأفتى به الشيخ في النهاية على تقدير أن يتأخر عنها الدم الثالث، وحملها في الاستبصار على الاحتياط .

وهنا فائدة ، وهي: انها لو ارتابت بالحمل بعد الطلاق هل حكمها حكم المستريبة اذا رأت الدم في العدة ثم انقطع ؟ قال في النهاية نعم تصبر تسعة أشهر ثم تعتد بثلاثة اشهر ، ومستنده رواية عبدالرحمن بن الحجاج عن الكاظم عليه السلام : اذا طلق الرجل امرأته فادعت حبلا انتظر تسعة أشهر فان ولدت والا اعتدت بثلاثة أشهر[3] .

وقال ابن ادريس : لاحاجة الى ذلك، لسبق تسع بيض فحصل الغرض من العلم بفراغ الرحم، ولانه اما أن يظهر الحمل أولا فان كان الاول فعدتها بالوضع وان كان الثاني فقد دخلت الثلاثة في التسعة .

وأجاب العلامة بأن الاشهر التسعة للاستبراء فتجب العدة بعدها . وأيضاً الحمل قد يلبث سنة فيجب الصبر .

وفيه نظر ، فان العدة والاستبراء معناهما واحد لاتحاد الغاية من شرعهما والحكم لايتغير بتغير الالفاظ . والقول بلبث الحمل سنة متروك كما تقدم .

والتحقيق أن نقول: ان ادعى ابن ادريس الفرق بين العدة والاستبراء فالفرق

---

١) الاستبصار ٣/٣٢٣ .

٢) التهذيب ٨/١١٩ .

٣) التهذيب ٨/١٢٩ ، الكافي ٦/١٠١ ، الفقيه ٣/٣٣٠ ، وتمام الخبر : ثم قد بانت منه .

ولا عدة على الصغيرة ، ولا اليائسة على الاشهر .

ممنوع والافقوله غير بعيـد ، لان العلم بالحمل وعدمه يحصل بدون التسعـة فلاحاجة اليها، والرواية يمكن حملها على الاستحباب والاحتياط .

قوله : ولاعدة على الصغيرة ولااليائسة على الاشهر

هذا هوالاشهر بين الاصحاب ، وعليه دلت حسنة زرارة عن الصادق عليه السلام[1] ، وموثقة عبدالرحمن عنه عليه السلام أيضاً[1]، ورواية محمد بن مسلم عـن الباقر عليه السلام[2] . وعلـى ذلك أفتى الشيخان وابنـا بابويه[3] والتقي والقاضي وسلار وابن حمزة وابن ادريس[4] .

وقال المرتضى عدتها ثلاثة أشهر، محتجاً بقوله «واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لـم يحضن »[5] أي لم يبلغن المحيض عدتهن ثلاثة أشهر حذف الخبر لدلالة ما تقدم. قال: والارتياب ليس في اليأس وعدمه بل في العدة ، لما روي أن ابي بن كعب قال: يا رسول الله ان عدداً من عدد النساء لم تذكر في الكتاب الصغار والكبار وأولات الاحمال فنزلت[6]. ولانه لو أراد الشك في ارتفاع الحيض لقال ان ارتبن، لان المرجع في الحيض

---

١) الكافى ٦/٨٥ ، التهذيب ٨/١٣٧ .

٢) التهذيب ٨/١٣٨ ، الكافى ٦/٨٥ .

٣) الخلاف ٣/٥٠ ، المبسوط ٥/٢٣٤ ، المقنعة : ٨٣ ، المقنع : ١١٦ .

٤) السرائر : ٣٣٨ .

٥) سورة الطلاق : ٤ .

٦) سنن البيهقى ٧/٤١٤ ، ، ٤٢٠ . وقال الرازى فـى التفسير الكبير ٣٠/٣٥ : وروى ان معاذبن جبل قال: يا رسول الله قد عرفنا عدة التى تحيض فما عدة التى لم تحض ـ الخ .

وفى حداليأس روايتان ، أشهرهما : خمسون سنة .

ولورأت المطلقة الحيض مرة ثـم بلغت اليأس أكملت العدة بشهرين .

اليهن ، وبرواية محمد بن مسلم صحيحاً عن احدهما عليهما السلام[1] ، ومثلها رواية ابى بصير[2] وتابعه ابن زهرة .

وأجيب عن الاول : أنه تأويل ، وليس بأولى من أن المراد فلم يحضن ، أي ارتفع حيضهن بسبب كالمرض والرضاع . ويجوز أن يكون بسبب الحمل ويكون الواو في « وأولات الاحمال » للحال ، أي وهن أولات الاحمال .

قلت: فيه نظر، لجوازأن يكون النفي للسلب لا للعدم، فان الاول أعم فائدة والواو حقيقة في العاطفة .

وعن الثاني : أنه لو كان الارتياب في العدة لقال ان جهلتم . لان أبياً لم يشك بل جهل ، ولم يسند اليهن لان اليأس هو ترجيح انقطاع الحيض على عدمه وهو مسند اليهن ، فلو اسند الارتياب اليهن لزم التناقض ، وهو ترجيح الانقطاع من حيث اليأس وعدمه من حيث الارتياب ، فان الارتياب هو الشك والشك لاترجيح فيه .

وحينئذ يكون المراد ان النساء اللائي حصل لهن الانقطاع وسألنكم عن ذلك ، اذ المرأة تكلف بعلها الاستفتاء غالباً أو تستفتيه ، فحصل لكم شك في كون الانقطاع لكبر أو لعارض فأفتوهن بالاعتداد بالثلاثة عملا بأصالة ذلك.

وعن الثالث : وهوالرواية بالحمل على التقية ، اذ هو مذهب المخالفين .

قوله : وفى حد اليأس روايتان اشهرهما خمسون سنة

---

١) الكافى ٦/٩٩ .

٢) الكافى ٦/٨٥ ، التهذيب ٨/١٣٨ .

ولو كانت لاتحيض الا في خمسة أشهر أوستة اعتدت بالاشهر.

(الرابع) في الحامل: وعدتها في الطلاق بالوضع ولو بعد الطلاق بلحظة ، ولو لم يكن تاماً مع تحققه حملا .

ولو طلقها فادعت الحمل تربص بها أقصى الحمل .

هذه رواية عبدالرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام[1]، والاخرى رواية[2] [بياض في النسخ] .

قوله : وعدتها في الطلاق بالوضع ولو بعد الطلاق بلحظة ولو لم يكن تاماً مع تحققة حملا

هنا فوائد :

(الاولى) كون عدة الطلاق وضع الحمل قل الزمان أو كثر هو المشهور بين الاصحاب بل هو المجمع عليه اليوم، ومستنده قوله تعالى «وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن »[3] و« ان » مع الفعل في تأويل المصدر، أي وضع حملهن ، وهو نص في الباب . ومثله رواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام[4] .

(الثانية) ذهب الصدوق وابن حمزة الى أن عدة الحامل في الطلاق أقرب

---

١) الكافي ٦/٨٥ .

٢) والظاهر هي روايته التي رواها في الوسائل ٢/٥٨١ ، ١٥/٤٠٩ ، التهذيب ٧/٤٦٩ : عن عبدالرحمن بن الحجاج قال : سمعت اباعبدالله عليه السلام يقول : ثلاث يزوجن على كل حال التي قد يئست من المحيض ومثلها لاتحيض . قلت: ومتى تكون كذلك؟ قال : اذا بلغت ستين سنة فقد يئست من المحيض ومثلها لاتحيض . الخ .

٣) سورة الطلاق : ٤ .

٤) راجع الوسائل ١٥/٤١٧ ففيه اخبار في الموضوع عن اصحاب الائمة عليهم السلام الاعن عبدالله بن سنان .

ولو وضعت توأماً بانت بـه على تردد . ولاتنكح حتى تضع الاخر .

ولوطلقها رجعياً ثم مات استأنفت عدة الوفاة .

ولوكان بائناً اقتصرت على اتمام عدة الطلاق .

الاجلين من وضع الحمل وثلاثة الاشهر ، وحكاه ابن ادريس ، وحكاه أيضاً المرتضى الا أنه أقرب الاجلين من الوضع والاقراء الثلاثة بناء على أن الحامل ترى الدم .

والقولان محجوجان بالاية، فان المبتدأ والخبر مع كونهما معرفتين يفيدان الحصر ، مع أنه تعالى بعد ذكر الاشهر ذكر الحامل وان أجلها الوضع ، والتفصيل يقطع الشركة .

(الثالثة) الحمل الموضوع لايشترط أن يكون تاماً بالاجماع . نعم عند المخالفين يشترط مضي ثمانين يوماً من حين الوطىء ، واختاره الشيخ في المبسوط ، لعدم النص فيه وتبعه القاضي .

وقال ابن الجنيد أقله ستون يوماً لصيرورته مضغة حينئذ ، وقال ابن حمزة أربعون ، واختاره العلامة لصيرورته علقة وذلك مبدأ خلقة آدمي .

وهو قوي ، الا أن ماذكره الشيخ أحوط ، لتحقق صورة الانسان حينئذ ، والمبدأية غير كافية والا لكفت النطفة لانها مبدأ أيضاً ، لكنها غير كافية اجماعاً ، وانما الاعتبار بصدق الحمل ، وانما يصدق حقيقة بعد التخلق ، فلذلك قال المصنف مع تحققه حملا .

قوله : ولو وضعت توأماً بانت به على تردد، ولا تنكح حتى تضع الاخر .

أتأمت المرأة اذا وضعت اثنين فى بطن ، فهى متئم . فاذا كان ذلك عادتها فهي متآم والولدان توأمان، يقال هذا توأم. هذا على فوعل، وهذه توأمة والجمع توائم مثل قشعم وقشاعم وتؤام أيضاً .

اذا عرفت هذا فلا خلاف أنها لاتنكح حتى تضع الولد الاخير ، ولكن هل تبين بوضع الاول أم لا ؟ قال الشيخ في النهاية[1] نعم ، وتبعه القاضي وابن حمزة، والمستند رواية عبدالرحمن بن عبدالله البصري عن الصادق عليه السلام قال: تبين بالاول ولا تحل حتى تضع ما في بطنها[2]. وفي طريقها الحسن وجعفر ابنا سماعة وهما واقفيان .

وقال في الخلاف[3]: لاتنقضي عدتها حتى تضع الثاني منهما ، وهو قول عامة أهل العلم .

وأما ابن الجنيد فقال : تنقضي عدتها بوضع أحدهما وسكت عن جواز التزويج. والمصنف تردد، لما تلونا من الخلاف وعدم النص الصريح في ذلك.

والحق ماقاله في الخلاف ، وبه أفتى ابن ادريس[4] والعلامة ، لانها اذا لم تضع الاخير صدق عليها أنها لم تضع حملها فلا تدخل تحت عموم « وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن »[5].

اذا تقرر هذا فهنا فوائد :

---

١) النهاية ٥٣٤ ، قال فيه: وان كانت حاملا باثنين ووضعت واحداً فقد ملكت نفسها غير انه لايجوز لها أن تعقد على نفسها الابعد وضع جميع ما فى بطنها .

٢) الكافى ٦/ ٨٢ .

٣) الخلاف ٣/ ٥٣ .

٤) السرائر: ٣٣٨ ، القواعد ، الشرط الثانى من الفصل الثالث من المقصد الرابع فى العدد من كتاب الطلاق .

٥) سورة الطلاق : ٤ .

(الخامس) فـي عدة الوفاة : تعتد الحرة بأربعة أشهر وعشرة أيام اذا كانت حائلا ، صغيرة كانت أو كبيرة دخل بها أولم يدخل. وبأبعد الاجلين ان كانت حاملا .

(الاولى) تظهر فائـدة الخلاف في وجـوب النفقة على الزوج فيما بين الوضعين وفي حصول الرجعة أو الموت قبل الوضع ، فان النفقة لاتجب على قول النهاية ولا تقع الرجعة ولا يحصل التوارث، وعلى قول الخلاف بالعكس من ذلك .

(الثانية) قيد في الخلاف أن يكون بين الوضعين أقل من ستة أشهر . وهو حسن ، لامكان تجدد الثاني فلا يشمله اسم الحمل الذي وقع فيه الطلاق .

(الثالثة) لافرق بين كون الحمل اثنين أو اكثر ، فانها لاتبين ولا تنـكح حتى تضع الاخير.

قوله : تعتد الحـرة بأربعة اشهر وعشرة ايام اذا كانت حائلا صغيرة كانت أو كبيرة دخل بها أو لم يدخل

هذا مما لاخلاف فيه لنص القرآن على ذلك، واتفق أصحابنا وكافة الفقهاء الا الاوزاعي على أنـها تنقضي عدتها بغروب الشمس من اليوم العاشر ، وقال الاوزاعى بطلوع فجره ، محتجاً بحذف التاء من عشر .

واجيب : بالاجماع على خلافـه ، والحذف جرياً على عادتهم من التعبير بالليالي ، لانها غرر الشهور والايام ، ولذلك لايستعملون التذكير في مثله ، بل يقولون صمت عشراً مع أن الصوم نهاري .

قوله : وبأبعد الاجلين ان كانت حاملا

الاجلان هما وضع الحمل أو انقضاء الاربعة الاشهر والعشر، أيهما تأخر كان هو العـدة . وعلى ذلك اجماع أصحابنا ، وهـو قول علـي عليه السلام

ويلزمها الحداد وهو ترك الزينة دون المطلقة ، ولا حداد على أمـــة .

(السادس) فى المفقود : لاخيار لزوجته ان عرف خبره أو كان له ولى ينفق عليها .

وابن عباس .

وقال الفقهاء عـدتها بوضع الحمل ، لعموم « وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن » .

قلنا : يعارض ذلك عموم « والذين يتوفون منكم ويـذرون أزواجاً »[1] ، فالحامل كما تدخل في الاولى فهي داخلة في الثانية فلا وجه للجمع الا القول بأبعد الاجلين . ولانه أحوط .

ولنا انانقول أيضاً: ان آية الوضع مختصة بالمطلقات لذكرها بعد الطلاق فلا تشمل عدة الوفاة .

قوله : ويلزمها الحداد ، وهو ترك الزينة دون المطلقة ، ولا حـداد على الامة

هنا فوائد :

(الاولى) قال الجوهري : أحدت المرأة أي امتنعت من الزينة والخضاب بعد وفاة زوجها ، وكذلك حدت تحد وتحد بضم الحاء وكسرها حداداً وهـي حاد . ولم يعرف الاصمعي الا أحدت فهي تحد .

(الثانية) المراد شرعاًترك الحلي [التحلي ن] والتطيب والتزين في البدن والثياب ، ويرجع فـي تفصيل ذلك الى العرف ، فيجب تـرك الذهب والفضة

---

١) سورة البقرة : ٢٣٤ .

واللؤلؤ وسائر أنواع الطيب والخضاب والاسفيذاج في الوجه والوسمة والكحل الاسود والدهن في الرأس مطلقاً والطيب فى البدن ولبس المصبغات الا الاسود والازرق وترك الحرير وفاخر الثياب ، الى غير ذلك .

ولا يحرم التنظيف ودخول الحمام والسواك وتقليم الاظفاروتسريح الشعر ولا سكنى المواضع الطيبة ولا الجلوس على الفرش النفسية .

(الثالثة) انما يجب الحداد في عدة الوفاة، وعليه اجماع العلماء . وخلاف الشعبى والحسن البصري لااعتبار به ، لسبق الاجماع عليهما وحصوله بعدهما ولا يجب في شيء من العدد غيرها .

(الرابعة) لاخلاف فيوجوبه على الحرة الكبيرة ، واختلف فيالصغيرة : فمنعه ابن ادريس[1] لانه تكليف ولا تكليف عليها ، وأوجب الشيخ[2] في المبسوط والخلاف علىالولي تجنيبها مايجب علىالكبيرة مستدلا بعموم الخبر وبالاحتياط، وبرواية ام سلمة ان امرأة اتت النبى « ص » فقالت: ان ابنتي توفي عنهازوجها وقد اشتكت عينها فأكحلها. فقال: لا[3]. ولم يستفصل حالها أصغيرة أم كبيرة ،وترك الاستفصال في البيان يدل على العموم .

وتبعه القاضي ، ولا شك انه أحوط .

(الخامسة) اختلف في وجوبه على الامة ، نفاه الشيخ في النهاية[4] وتبعه القاضي، وهومذهبابن الجنيد ومتقدمي أصحابنا. واختارهالمصنف والعلامة[5]، لاصالة عدم الوجوب ، ولرواية زرارة عن الباقر عليه السلام: ان الحرة والامة

---

١) السرائر : ٣٤٠ .

٢) المبسوط ٥/٢٦٥ ، الخلاف ٣/٥٩ .

٣) راجع الخلاف ٣/٥٩ ، وفيه « ولم يسأل » بدل « ولم يستفصل » .

٤) النهاية : ٥٣٧ .

٥) القواعد ، الفرع الرابع من الفصل الرابع فى عدة الوفاة .

ثم ان فقد الامران ورفعت أمرها الى الحاكم أجلها أربع سنين. فان وجده والا أمرها بعدة الوفاة ثم أباحها النكاح .

فان جاء في العدة فهو أملك بها .

كلتيهما اذا مات عنهما زوجاهما في العدة سواء الا أن الحرة تحد والامة لا تحد[1] .

وأوجبه في المبسوط ، واختاره ابن ادريس محتجاً بقوله صلى الله عليه وآله وسلم: لاتحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الاخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام الا على زوجها أربعة أشهر وعشراً[2]. وهي رواية ام حبيبة وزينب بنت جحش وهو عام .

أجيب بضعف الرواية : أما أولا فلارسالها ، وأما ثانياً فلكونها ليست من طريقنا ، وأما ثالثاً فلضعف دلالتها اذ هي مطلقة وروايتنا مفصلة .

قوله : ثم ان فقد الامران ورفعت أمرها الى الحاكم أجلها اربع سنين ، فان وجده والا امرها بعدة الوفاة ثم اباحها النكاح

هنا فوائد :

(الاولى) المراد بالامرين أن تعرف خبره أويكون له ولي ينفق عليها .

(الثانية) التأجيل المذكور يتعلق بالحاكم فلا يجوز من غيره ، ومبدؤه من حين الرفع اليه لامن وقت انقطاع الخبر .

(الثالثة) الاعتداد لابد فيه من أمر الحاكم ، فلا يكفي اعتدادها بعد المدة من دونه .

---

١) التهذيب ٨/١٥٣ ، الاستبصار ٣/٣٤٧ ، الكافي ٦/١٧٠ .

٢) راجع سنن ابن ماجة ١/٦٧٤ .

(الرابعة) هل يجب على الحاكم بعد الاجل الطلاق قبل العدة أم لايجب؟ قال ابن الجنيد وابن بابويه في المقنع[1] وابن حمزة نعم استناداً الى رواية عمر ابن أذينة عن بريد العجلي عن الصادق عليه السلام[2]، ورواية الحلبى أيضاً عنه عليه السلام[3].

ولم يـذكره الشيخان والقاضي وابن ادريس ، بل اقتصروا على ضرب الاجل والامر بالاعتداد ، لرواية محمدبن يعقوب عن سماعة[4].

والاقرب الاول ، لما ذكرنا من الرواية الصحيحة ، ولانه احتياط حسن ، لانه ان كان ميتاً لم يضر الطلاق وان كان حياً تحقق سبب الفرقة ، لان الحاكم قائم مقامه ، فلا منافاة حينئذ بين الطلاق وعدة الوفاة ، لان الاحتياط يعمل فيه بالاحتمالات وان كانت مرجوحة لتحصيل يقين البراءة .

(الخامسة) الرفع الى الحاكم والاعتـداد ليس واجباً على الفـور عقيب انقطاع الخبر، بل لوصبرت مدة ثم رفعت أمرها فعل معها ذلك ، وكذا الاعتداد بعد الرفع والضرب . نعم الترتيب واجب .

(السادسة) ان قلنا ان عدة الوفاة فيها انفاق وجب هنا، وان لم نقل ـ وهو الحق وعليه الفتـوى ـ فلا نفقة لها على الغائب ولا غيره . نعم هل ترجع عليه بالنفقة لوحضر في العدة ؟ اشكال من كونها عدة بينونة فلا نفقة ومن كونها في حباله ولا نشوز منها فتجب النفقة . وهو الاولى، وهل عليها الحداد اشكال من كونها عدة وفاة فتجب، ومن أصالة البراءة وعدم يقين الموت الذي هوالسبب

---

١) المقنع : ١١٩ .
٢) الفقيه ٣/٣٥٤ .
٣) الكافى ٦/١٤٧ .
٤) الكافى ٦/١٤٨ .

وان خرجت وتزوجت فلاسبيل له .

وان خرجت ولم تتزوج فقولان ، أظهرهما : أنه لاسبيل لـه عليها .

وانما وجبت احتياطاً . والاجود الاخير .

قوله : وان خرجت ولم تتزوج فقولان اظهرهما انه لاسبيل له عليها

قال الشيخ في الخلاف والنهاية[1] والقاضي هو أولى بها، وقال في المبسوط[2] وسلار وابن ادريس لاسبيل له عليها ، لانها بانت منه والا لما جاز نكاحها.

والتحقيق هنا أن نقول : ان وجب الطلاق على الحاكم قبل العدة فالحق الثاني، وان لم يجب كان الاول أولى. وحينئذ يرد على المصنف أنه لم يشترط الطلاق ، فلا يكون الاشبه أن الزوج أحق بها ، لبطلان ظن موته وعدم وقوع الطلاق .

لكن الحق ما اختاره المصنف والعلامة[3] ، وهو أنه لاسبيل له عليها : اما على الطلاق فظاهر، وأما على عدمه فلان حكم الشارع بالبينونة بمنزلة الطلاق.

لايقال : ان كانت العدة عدة بينونة فلا سبيل له عليها ، وان جاء في العدة لكن الاجماع على خلافه، وان لم يكن بطل قولكم انها عدة بينونة، لانا نختار أنها عدة بينونة ، ولا ينافي ذلك أحقيته بها في العدة لانقلابها رجعية كما في العدة المختلعة مع رجوعها في البذل فيها فان له الرجوع ، فكذا هنا .

اذا عرفت هذا فقال العلامة في القواعد والتحرير لوطلقها الغائب أوظاهر منها أوآلى وقع الجميع وان كان في العدة ، وكذا لومات أحدهما فيها توارثا.

---

١) الخلاف ٣/ ٦١ ، النهاية : ٥٣٨ .

٢) المبسوط ٥/ ٢٧٩ .

٣) القواعد، الفرع الثاني من الفصل الخامس من المقصد الرابع من كتاب الطلاق.

(السابع) فى عدد الاماء والاستبراء :

عدة الامة فى الطلاق مــع الدخول قرءان ، وهما طهران على الاشهر .

وهذا يتم اذا قلنا انها عدة رجعية أو لها حكم الرجعية والا فلا يتم .

قوله : السابع فى عدة الاماء والاستبراء

يقال استبرأت الجارية واستبرأت ماعندك واستبريت أيضاً، وكلاهما يحتمل أن يكون من السبر ، يقال سبرت الجرح أسبره اذا نظرت ما غوره ، وكل امر رزته فقد سبرته . ويحتمل ان يكون من السبور وهو التجربة والاختبار[1].

وشرعاً هوتربص بسبب ملك حدوثاً وزوالا، والاصل فيه أن منادي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نادى بعد سبى أوطاس : لاتوطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض[2]. ومن ثم كان الاستبراء بالحيض والعدة بالاطهار.

قوله : عدة الامة فى الطلاق مع الدخول قرءان ، وهما طهران على الاشهر

لاحاجة الى قوله « مع الدخول » ، لما تقدم أنه لاعدة على من لم يدخل، لكنه من طغيان القلم .

والقرء مفتوح القاف ولم نسمع ضمه . ولا خلاف أن عدتها في الطلاق

---

١) استبرأ وهو من الاستبراء من البرأ والبراءة وهولغة : طلب البراءة . ومنه استبراء الرجل الجارية المشتراة أوالمسبية ، واستبراء الرحم من الحيض. والاستبراء فى الاستنجاء هواستنقاء المخرج من البول ، ويكون السبر من هذا الباب : الاستسبار ولم اجده من هذا الباب فى اللغة . نعم جاء من الافتعال « الاستبار » وهو الامتحان والاختبار .

٢) سنن ابى داود ٢/٢٤٧ و ٢٤٨ .

مع عدم الحمل وعدم الاستبراء قرءان ، وهومنقول عن علي عليه السلام وكفى بذلك حجة. ولم يخالف في ذلك أحد من المسلمين الا داود ، فانه جعل عدتها ثلاثة أقراء، وهومسبوق بالاجماع وملحوق به ومحجوج بقول علي عليه السلام، فان الحق معه يدور حيث ما دار .

نعم اختلف هل هما طهران أو حيضان : فقال ابن الجنيد بالثاني معتمداً على رواية محمد بن الفضيل عن الكاظم عليه السلام قال : طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان[1]. ومثله رواية سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام[2] .

والاكثر على الاول، ولم أقف على رواية تدل على ذلك في الامة ،وحينئذ كان ينبغي للمصنف أن يقول على الاشبه لا الاشهر ، فانه خلاف اصطلاحه .

وقال ابن ابى عقيل : انها طهران وحيضة مستقيمة ، فاذا رأت الدم في الحيضة الثانية فقد حلت للازواج . فان أراد بالحيضة كمالها فكلا القولين واحد، لان الحيضة الثانية اذا كان لابد منها لم يبق فرق بين الطهرين والحيضين على قوله .

نعم تظهر الفائدة بعد اللحظة الاولى من الحيضة الثانية، فان جعلنا القرأين طهرين فقد انقضت عدتها والا لم تنقض الا عند اللحظة الاولى من الطهر الثالث ، فأقل عدتها على القول بأنهما طهران ثلاثة عشر يوماً ولحظتان ، وعلى القول بأنهما حيضتان ستة عشر يوماً ولحظة سابقة على ذلك ولحظة أخرى هي أول الحيضة الثانية وأول الطهر الثالث . وقد عرفت الخلاف في أن اللحظة الاخيرة هل هي من العدة أم لا .

---

١) التهذيب ٨/ ١٣٥ .

٢) الكافي ٦/ ١٧٠ ، التهذيب ٨/ ١٥٣ ، الاستبصار ٣/ ٣٤٨ .

ولو كانت مستراباة فخمسة وأربعون يوماً ، تحت عبد كانت أوتحت حر .

ولواعتقت ثم طلقت لزمها عدة الحرة ، وكذا لوطلقها رجعياً ثم اعتقت في العدة ، أكملت عدة الحرة .

ولوطلقها بائناً أتمت عدة الامة .

وعدة الذمية كالحرة في الطلاق والوفاة على الاشبه .

قوله : ولو كانت مستراباة فخمسة واربعون يوماً

هذا هو المشهور ، وعليه دلت رواية محمد بن الفضيل المتقدمة[1] .

وقال ابن الجنيد : لو اعتدت شهرين كان عندي أحوط ، فان استرابت بالحمل انتظرت ثلاثة أشهر .

قال العلامة : الوجه أنها مع الريبة تنتظر تسعة أشهر كالحرة لتساويهما في زمان الحمل ، وقد تقدم أنه لا حاجة الى هذه التسع، لان العلم بالحمل وعدمه لايتوقف على مضي أقصى غايته .

ولو قلنا بذلك في الحرة فلا تحمل الامة عليها ، بل يكتفي بثلاثة أشهر ، لانه بمضي ذلك تعلم الحمل ، فعدتها بوضعه او عدمه فعدتها بالاشهر .

قوله : وعدة الذمية كالحرة في الطلاق والوفاة على الاشبه

هذا هوالمشهور والاشبه بأصول المذهب ، لدلالة العمومات القرآنية عليه من غيرمخصص . وعلى ذلك دلت رواية ابن محبوب عن يعقوب السراج عن الصادق عليه السلام[2] . ووردت رواية أنها عدتها كالامة ، وهي متروكة .

---

١) قد مرت آنفاً .

٢) التهذيب ٨/١٥٨ ، الكافي ٦/١٧٥ .

وتعتد الامة من الوفاة بشهرين وخمسة أيام.

ولو كانت حاملا اعتدت مع ذلك بالوضع.

وأم الولد تعتد من وفاة الزوج كالحرة.

ولو طلقها الزوج رجعية ثم مات وهي في العدة استأنفت عدة الحرة.

ولو لم تكن أم ولد استأنفت عدة الامة للوفاة.

قوله: وتعتد الامة في الوفاة بشهرين وخمسة ايام

هذا قول الشيخين[1] والتقي والقاضي وسلار وابن ابي عقيل وابن الجنيد، واختاره المصنف والعلامة[2]. والمستند رواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام[3]، ورواية الحلبي عن الصادق عليه السلام[3].

وقال الصدوق[4] وابن ادريس[5] كالحرة، مستدلين بعموم الكتاب ورواية زرارة عن الباقر عليه السلام[6]. وقد تقدمت.

والجواب: الخاص مقدم كما تقرر في الاصول، ويمكن حمل الرواية على أم الولد كما يجيء.

قوله: وام الولد تعتد من وفاة الزوج كالحرة

---

١) النهاية: ٥٣٦، المقنعة: ٨٤.

٢) القواعد، الفصل السادس من المقصد الرابع من كتاب الطلاق.

٣) راجع الوسائل ١٥/٤٧٣.

٤) المقنع: ١٢١، قال فيه: وعدة الامة اذا توفي عنها زوجها اربعة اشهر وعشراً وروى شهران وخمسة ايام.

٥) السرائر: ٣٣٩.

٦) الكافي ٦/١٧٠، التهذيب ٨/١٥٣، الاستبصار ٣/٣٤٧.

ولومات زوج الامة ثم اعتقت أتمت عدة الحرة، تغليباً لجانب الحرية.

ولووطىء المولى أمته ثم أعتقها اعتدت بثلاثة أقراء.

ولو كانت زوجة الحر أمة فابتاعها بطل نكاحه، ولـه وطؤها من غير استبراء.

هنا مسألتان :

(الاولى) لو زوج المولى أم ولده ثم مات زوجها فعـدتها من موته أربعة أشهر وعشر. قاله الاكثر، والمستند رواية وهب بن عبد ربه عن الصادق عليه السلام[1]. وقيل بل عدتها على النصف كما تقدم لكونها أمة، وفتوى الشهيد[2] على الاول.

(الثانية) لولم يزوجها ومات هو عنها. قال التقي عدتها كالزوجة الحرة، وهو ظاهر كلام ابن حمزة، واختاره الشهيد، والمستند رواية سليمان بن خالد صحيحاً عن الصادق عليه السلام الى أن قال : ان علياً عليـه السلام قال في أمهات الاولاد : ولا تزوجهن حتى يعتددن أربعة أشهر وعشراً وهن اماء[3].

ومنـع ذلك ابن ادريس تمسكاً بالبراءة وعـدم الدليل. قال العلامة فـي المختلف : لابأس بقوله، وحمل الرواية على ما اذا أعتقها السيد. والفتـوى على قول التقي، لانه أحوط للبراءة.

قوله : ولو وطىء المولى امته ثم أعتقها اعتدت بثلاثة اقراء

---

١) الكافي ٦/١٧٢، التهذيب ٨/١٥٣، الاستبصار ٣/٣٤٨.

٢) راجع شرح اللمعة ٢/١٣١.

٣) الكافي ٦/١٧٠، التهذيب ٨/١٥٣.

(تتمـــة)

لايجوز لمن طلق رجعياً أن يخرج الزوجة من بيته الأأن تأتى بفاحشة ، وهوما يجب به الحد .

وقيل أدناه أن توذى أهله .

كذا قال الشيخ[1] الا أنه قال «أوثلاثة أشهر»، يريد أنه لولم تكن مستقيمة الحيض اعتدت بالاشهر ، وهو مفهوم من كلام ابن حمزة أيضاً .

وقال ابن ادريس : لاعدة هنا لانه لاطلاق في البين، والدليل الشرعي انما دل على العدة في الطلاق ، فاثبات الحكم المذكور يفتقر الى دليل ولا دليل . اللهم الا أن يكون ثم اجماع فيكون هو الحجة .

والشيخ رحمه الله احتج برواية الحلبى عن الصادق عليه السلام قال: قلت له : الـرجل تحته السرية فيعتقها . فقال : لايصلـح لها أن تنكح حتى تنقضي عدتها ثلاثة أشهر ، وان توفي عنها مولاها فعدتها أربعة أشهر وعشر[2].

ورواية زرارة عن الباقر عليه السلام : الامة اذاغشيها سيدها ثـم أعتقها فان عدتها ثلاث حيض ، وان مات عنها فأربعة أشهر وعشر[3].

قوله : لايجـوز لمن طلق رجعياً ان يخـرج الزوجة من بيته الا ان تأتى بفاحشة ، وهو ما يجب به الحد ، وقيل ادناه ان تؤذى اهله

---

١) النهاية : ٥٣٦ .

٢) الكافى ١٧١/٦ ، التهذيب ١٥٦/٨ ، الاستبصار ٣٤٩/٣ .

٣) التهذيب ١٥٥/٨ ، الكافى ١٧١/٦ ، الاستبصار ٣٤٩/٣ .

ولاتخرج هى فان اضطرت خرجت بعدانتصاف الليل وعادت قبل الفجر .

هنا فوائد :

(الاولى) لايجوز للمطلق رجعياً اخراج المطلقة من البيت الذي طلقت فيه ، وكذا لايجوز لها هي أيضاً الخروج . ودليل الحكم في الموضعين قوله تعالى « لاتخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة » [1] ، والاضافة في البيوت للملابسة والاختصاص نحو « جل الفرس » .

(الثانية) دل الاستثناء المذكورعلى اباحة الاخراج والخروج مع الفاحشة، وهي لغة ما يستنكر قولا كان أو فعلا ، وشرعاً فيه قولان :

أحدهما : انها الزنا أو ما يجب به الحد ، فتخرج لاقامته قاله الشيخان[2] والقاضي وابن الجنيد . ولم أقف له على مستند على الخصوص .

وثانيهما : أن تؤذيه أو تؤذي أهله ، وجعله في النهاية[2] رواية . وهو قول ابن مسعود والحسن وأحد قولي ابن عباس ، والاخر أنه كل معصية . والمنقول عن أئمتنا عليهم السلام أنه اذى لاهل الرجل وسوء خلقها . وروى الشيخ في الخلاف أن النبى « ص » أخرج فاطمة بنت قيس لما بدت على بيت احمائها وشتمتهم[3] .

وقال التقي : أيهما وقع منها جاز اخراجها . وهو المختار ، لما قلنا من معناها لغة ولقول ابن عباس الثاني. ولا ينافيه قول الصادقين عليهم السلام، لان

---

١) سورة الطلاق : ١ .

٢) المقنعة : ٨٣ ، النهاية : ٥٣٤ .

٣) الخلاف ٣/٥٨ .

ولايلزم ذلك فى البائن ولاالمتوفى عنها زوجها ، بـل تبيت كل واحد منهما حيث شاءت .

وتعتـد المطلقة من حين الطلاق حاضراً كان المطلق أوغائباً

ماذكروه أيضاً فاحشة ولا دليل على الحصر .

(الثالثة) اذا فعلت الفاحشة فأخـرجت فان كان للاذى فلا يجب عليه ردها اجماعاً ، وان كان لاقامة الحد فأقيم هل يجب الرد؟ قال التقي وابن حمزة وابن زهرة نعم ، لقيام الدليل على وجوب السكنى مدة العدة خـرج من ذلك زمان الاقامة فيبقى الباقي على وجوبه . وقال ابن ادريس لايجب ، لان الوجوب يفتقر الى دليل ولم يوجد. ولم يتعرض الشيخان لردها ، والاولى ما قاله التقي، ومع الرجوع يجب الانفاق عليها .

(الرابعة) لو تابت من الاذى هل يجب ردها ؟ الحق عدمه ، لعدم الوثوق ببقاء التوبة ، لانهن ناقصات عقل ودين وحظ . نعم يجوز الرد ، فان استمرت والا أخرجت .

(الخامسة) لو اضطرت الى الخروج لاقامة واجب أولدفع ضرر أولحصول أذى في البيت أو هدم أو غير ذلك من الضروريات جاز ، والحكم تابع للعلة وجوداً وعدماً .

قوله : ولا يلزم ذلك فى البائن ولا المتوفـى عنها زوجها بل تبيت كل منهما حيث شاءت

هذا مما لم نسمع فيه خلافاً ، الا أن التقي قال : البائن لا تبيت خـارجة عن دار سكناها . ولا أدري من أين أخذه .

قوله : وتعتد المطلقة مـن حين الطلاق حاضراً كان المطلق أوغائباً

اذا عرفت الوقت .

وفى الوفاة من حين يبلغها الخبر .

اذا عرفت الوقت، وفى الوفاة حين يبلغها الخبر

هـذا مذهب الشيخين[1] والقاضي وسلار وابـن حمزة ، لروايات كثيرة ، كرواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام[2] صحيحاً، ورواية البزنطي عن الصادق عليه السلام[2] حسناً ، ورواية زرارة عـن الباقر عليه السلام صحيحاً[2] وغيرذلك .

ووجه الفرق بيـن الحكمين وجوب الحداد على المتوفـى عنهـا دون المطلقة .

وقال التقي : كلاهما تعتدان من حين بلوغ الخبر، لان العدة عبادة تحتاج الى النية .

وقال ابـن الجنيد : ان كانتا عالمتين بوقت الموت والطلاق فمـن ذلك الوقت والافحين بلوغهما الخبر ، فان كان قـد خرج وقت العدة عنهـا فلاعدة عليهـا ان كان يمكن علمهـا بذلك قبـل علمها ، وان كانت المسافة لايحتمل ذلك فمن يـوم بلوغهما الخبر . ومستنده أيضاً روايات . والفتوى والمشهور ما قاله المصنف .

نعم يفهم من كلام المصنف أنه اذا لم تعلما الوقت تكون عدتهما من حين بلوغ الخبر ، فيكون ذلك اختياراً لقول ابن الجنيد . وهو غيربعيد .

ثم ان بلوغ الخبرفي الوفاة لايشترط فيه قيام البينة العادلة حتى تجب عليها

---

١) النهاية : ٥٣٧ ، المقنعة : ٨٤ .

٢) الكافى ٦/ ١١٠ ، ١١١ وراجع الوسائل ١٥/ ٤٤٣ - ٤٤٥ .

كتاب الخلع والمباراة

والكلام فى العقد والشرائط واللواحق.

وصيغة الخلع أن يقول: خلعتك أوفلانة مختلعة على كذا .

العدة ، بل يكفي اخبار الواحد ، لان التكليف يكفي فيـه الظن . نعم لايجوز نكاحها الامع الثبوت الشرعى .

قوله :كتاب الخلع ١) والمباراة

يقال لهذاالايقاع افتداء[٢] وخلع: أما الاول فلقوله تعالى « فلاجناح عليهما فيما افتدت به »[٢]، كأنها لمكان كراهتها له مأسورة فافتدت منه بشيء. وأماالثاني فلان الخلع بفتح الخاء النزع، أعني خلع الثوب، ولماعبرسبحانه عن الزوجين باللباس في قوله « هن لباس لكم وأنتم لباس لهن » فكأنهما مـع هذا الفراق

---

١) قال فى الجواهر ٢/٣٣ : بضم الخاء، من الخلع بفتحها الذى هوبمعنى النزع لغة . وشرعاًازالة قيد النكاح بفدية من الزوجة وكراهة منها له خاصة دون العكس، وكأنه لان كلا منهما لباس الاخر كما قال سبحانه « هن لباس لكم وانتم لباس لهن » البقرة ١٨٧ فخلعه اياها نزع منه لها ، والمخالعة بينهما تكون بذلك منه وبفدائها نفسها وكراهتها له .

٢) قال فى ايضاح الفوائد ٣/٣٧٥ ويسمى الخلع افتداء لان المرأة تفتدى نفسها من زوجها ببذله، والاصل فيه قوله تعالى « فان خفتم ألايقيما حدود الله فلاجناح عليهما فيما افتدت به » البقرة ٢٢٩ .

وهل يقع بمجرده ؟ قال « علم الهدى » نعم. وقال « الشيخ »: لاحتى تتبع بالطلاق .

ينزع كل منهما صاحبه. والخلع بالضم اسم لهذا الخلع .

وعرفه العلامة فـي القواعد[1] بأنه ازالة قيد النكاح بفدية ، أي فدية لازمة لماهيته لئلايرد عليه الطلاق بعوض .

وأول خلع وقع في الاسلام خلع ثابت بـن قيس زوجته جيبة بنت سهـل على حديقة كان أصدقها اياها وكان ذلك بحضرة النبى صلى الله عليه وآله وسلم فقال « ص » : هي واحدة[2] .

وهنا فائدة ، قال ابن الجنيد: يشترط في وقوعه حضور الحاكم الشرعي لقوله تعالى « فـان خفتم ألايقيما حدود الله فلاجناح عليهما »[3] الاية . الخطاب للحاكم [للحكام ن] ، ولرواية زرارة عـن الباقر عليه السلام : لايكون ذلك الاعند سلطان[4] .

وباقي الاصحاب لم يشترطوا ذلك، للاصل والاية خرجت مخرج الغالب فان الغالب تولي الحكام ذلك . والرواية متروكة الظاهر، لانعقاد الاجماع بعد ابن الجنيد على عدم الاشتراط .

قوله : وهل يقع بمجرده ، قال علم الهدى نعم، وقال الشيخ لاحتى يتبع بالطلاق

مع حصول البذل من الزوجة أووكيلها ليخلعها يقول الزوج أووكيله فوراً

---

١) القواعد ، الباب الثانى من كتاب الطلاق فى الخلع .

٢) سنن ابى داود ٢٦٨/٢ ، وليس فيه قوله صلى الله عليه وآله وسلم: هى واحدة.

٣) سورة البقرة: ٢٢٩ .

٤) التهذيب ٩٨/٨ ، الاستبصار ٣١٨/٣ .

« فلانة أوزوجتي على ما بذلت مختلعة » . وهل يكفي هذا أو لابد من اتباعه بالطلاق فيقول « فهي طالق » ؟ قال المرتضى وابن الجنيد وابن ابى عقيل وابن بابويه وسلار وابن حمزة بالاول ، لوجوه : الاول ما تقدم من قول النبى صلى الله عليه وآله في خلع ثابت بن قيس : هى واحدة . الثاني رواية الحلبى عن الصادق عليه السلام أنه قال : خلعها طلاقها . الثالث رواية زرارة ومحمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام : الخلع تطليقة بائنة .

وقال الشيخ[1] بالثاني ، قال : وهومذهب جعفروالحسن ابنا سماعة وعلي ابن رباط وابن حذيفة من المتقدمين وعلي بن الحسين من المتأخرين. وتبعه القاضي، وهوظاهر كلام التقي وابن ادريس لوجهين: الاول ما رواه موسى بن بكرعن الكاظم عليه السلام قال : المختلعة يتبعها الطلاق ما دامت في عدتها[2]. الثاني ان الخلع قابل للشرط مثل قوله «ان رجعت فيمابذلت فأنا أملك بنفسك» وكلما كان قابلا للشرط لاتقع به البينونة كالطلاق .

وأجابوا عن الروايات المذكورة بحملها على التقية ، لانه مذهب العامة ، لما رواه عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام قال: ما سمعت مني يشبه قول الناس فيه التقية ، وماسمعت مني لايشبه قول الناس فلاتقية فيه[3] . والقول بأنه لايشترط اتباعه بالطلاق يشبه قول الناس فيكون تقية .

أجاب الاولون عن الاولى : بأن موسى بن بكرواقفي ، وفي طريقها ابن فضال وهوواقفي أيضاً. ولوسلمتفتحمل علىجواز ايقاع الطلاق بعد المراجعة وبعد الخلع من الثلاث ، فيكون عليهم لالهم .

---

١) النهاية ٥٢٨ ، قال فيه: الخلع والمباراة مما يؤثران فى كيفية الطلاق ، وهوأن كل واحد منهما متى حصل مع الطلاق كانت التطليقة بائنة .

٢) التهذيب ٨/٩٧ ، الاستبصار٣/٣١٧ .

٣) التهذيب ٨/٩٨ ، الاستبصار ٣/٣١٨ .

ولو تجرد كان طلاقاً عند « المرتضى » ، وفسخاً عند «الشيخ» لوقال بوقوعه مجرداً .

وما صح أن يكون مهراً ، صح فدية فـى الخلع ، ولا تقدير فيه ، بل يجوز أن يأخذ منها زائداً عماوصل اليها منه .

ولابد من تعيين الفدية وصفاً أواشارة .

أمـا الشرائط : فيعتبر فـى الخالع البلوغ ، وكمال العقل ، والاختيار ، والقصد .

وعن الثانية: بالمنع من كون ما ذكره شرطاً مانعاً ، لانه مقتضى الخلع ، ومقتضى الشيء لاينافيه . سلمنا لكن نمنع من كونه كالطلاق بعد المراجعة في عدم البينونة ، اذ هوعين النزاع .

وعن الثالثة ـ وهو الحمل على التقية ـ بالمنع ، لعدم التعارض ، لما عرفت من ضعف المتمسك لما عرفت ، وليس في رواية زرارة دلالة على أن جميع مايسمع منه مشابهاً لقولهم تقية . وهوظاهر ، لقوله « فيه التقية » والالزم مخالفته للعامة في كل الاحكام ، وليس كذلك .

قوله : ولو تجرد كان طلاقاً عند المرتضى وفسخاً عند الشيخ لوقال بوقوعه مجرداً

هذا تفريع على الخلاف المذكور ، وتقريره : انه لووقع به البينونة مع تجرده عن الطلاق هل يكون فسخاً أوطلاقاً ؟ قال الشيخ[1] بالاول تفريعاً على

---

١) المبسوط ٤/٣٤٤ ، الخلاف ٢/٤٢٨ .

وفى المختلعة مع الدخول ، الطهر الذى لم يجامعها فيه ، اذا كان زوجها حاضراً ، وكـان مثلها تحيض . وأن يكون الكراهية منها خاصة صريحاً .

ولايجب لوقالت : لادخلن عليك من تكره بل يستحب .

ويصح خلع الحامل مع الدم لوقيل انها تحيض .

ويعتبرفى العقد حضورالشاهدين عدلين وتجريده عن الشرط.

ولابأس بشرط يقتضيه العقد، كما لوشرط الرجوع ان رجعت.

وأما اللواحق فمسائل :

(الاولى) لوخالعها والاخلاق ملتئمة لم يصح ولم يملك الفدية.

القول بوقوعه ، محتجاً بأنه فرقة عريت عـن صريح الطلاق فكان فسخاً كسائر الفسوخ . وقال المرتضى بالثاني . وهوالحق ، لما تقدم من الوجوه .

ويجاب عن حجة الشيخ بأنه فسخ خاص فلا استبعاد في مساواته الطلاق ، وخصوصاً مع اشتراطه بشروط الطلاق . نعـم الاولى اتباعه بالطلاق ، لفتوى الاصحاب وعملهم به .

قوله : ولايجب لوقالت لادخلن عليك من تكره بل يستحب

قد عرفت أن الطلاق في الاصل مباح ، بمعنى رفع الحرج في فعله ، وقد يخرج الى حد الوجوب أوالاستحباب ، فهل الخلع كذلك .

قال الشيخ[1] والتقي والقاضي وابن زهرة نعم قديجب، كما اذاقالت «لادخلن عليك مـن تكره » أو« لاوطين فراشك مـن لاتحب » أو « لاأطيع لـك أمراً » ،

---

١) النهاية : ٥٢٩ .

(الثانية) لارجعة للمخالع· نعم لورجعت فى البذل رجع ان شاء. ويشترط رجوعها فى العدة ، ثم لارجوع بعدها .

(الثالثة) لوأراد مراجعتها ولم ترجع فى البذل افتقرالى عقـد جديد فى العدة أوبعدها .

لان ذلك منكرلايمكن دفعه الابالخلع فيجب .

وقال باقي الاصحاب لايجب بل يستحب، لاصالة عدم الوجوب . ونمنع عدم امكان الدفع الابه ، لان له تأديبها وزجرها .

لكن الاولى أنـه يستحب حينئذ مؤكداً ، لان الغيرة والحشمة تمنعان من المقام معها على ذلك التقدير .

قوله: لارجعة للمخالع. نعم لورجعت فى البذل رجع ان شاء ويشترط رجوعها فى العدة ثم لارجوع بعدها

بذل الزوجة ليس بلازم بل لها الرجوع فيه اتفاقاً مع بقاء العدة واشتراط ذلك في الايقاع : اما مع الاطلاق فقال ابن حمزة ليس لها ذلك الامع رضا الزوج وبقاء العدة ، فلولم تكن ثم عدة أوكان وخرجت أوبقيت ولم يرض الزوج الرجوع فلارجوع .

والمشهور ما قاله الشيخ واكثراتباعه أن لهاالرجوع فيالعدة رضي الزوج أولا. واحتج بعض الفضلاء بقول ابن حمزة بأنه عقد معاوضة فلايصح رجوع أحدهما الابرضا الاخر كالاقالة فـي البيع وشبهه ، ولانه لولا اعتبار رضاه لزم اضراره، بأن ترجع فيالعدة ولما يعلم حتى تخرج العدة فيفوت محل رجوعه ولاضرار في الاسلام .

وأجيب عن الاول : بالمنع من كونه عقد معاوضة ، والسند الاجماع على

(الرابعة) لاتوارث بين المختلعين ولو مات أحدهما في العدة لانقطاع العصمة بينهما .

والمباراة : هوأن يقول : بارأتك على كذا .

وهي تترتب على كراهية الزوجين كل منهما صاحبه .

ويشترط اتباعها بالطلاق على قول الاكثر .

والشرائط المعتبرة في الخالع والمختلعة مشترطة هنا .

ولارجوع للزوج الاأن ترجع هي في البذل .

جواز الوقوع خالياً عن العوض فيما اذا رضي الزوج ، ولانه لو كان معاوضة لاعتبرأن يقول « رجعت في كذابكذا » كسائر المعاوضات ، وليس كذلك اجماعاً . قاله الشهيد .

وعن الثاني : بالمنع من لزوم الاضرار ، لان ذلك باختياره حيث دخل على جواز رجوعها . وأيضاً له طريق الى نفيه بالرجوع في الوقت المحتمل والاشهاد بذلك .

قوله : ويشترط اتباعها بالطلاق على قول الاكثر

قال الشيخ[1] في سائر كتبه ان ذلك اجماع من أصحابنا ، وكذا المصنف نفسه قال في الشرائع [2] انه اتفاق منا . وقوله هنا يؤذن بوجود قائل بخلاف ذلك وليس .

نعم ورد حديثان يدلان على عدم الاشتراط : أحدهما عن حمران عن

---

١) المبسوط ٤/٣٧٣، قال فيه : فرق اصحابنا بين الخلع والمباراة فلم يختلفوا في ان المباراة لايقع الابلفظ الطلاق .

٢) الشرائع ٢/٢٠٧ .

واذا خرجت من العدة فلا رجوع لها.

ويجوز أن تفاديها بقدر ما وصل اليها منه فما دون ، ولايحل له ما زاد عنه .

الباقر عليه السلام[1]، وثانيهما عن جميل عن الصادق عليه السلام[1] . حملهما الشيخ على التقية .

قال بعض الفقهاء من تلامذته: لوقال « على الاشهر » لكان أنسب بقاعدته. وهو حسن ، لانه أشهر في الروايات .

قوله : ويجوز أن يفاديها بقدر ما وصل اليها منه فما دون ، ولايحل له ما زاد عنه

لاخلاف في جواز الاقل وعدم جواز الاكثر ، واختلف في المساوي ، فجوزه المفيد[2] وسلار وابن ادريس[3] ومنعه ابن بابويه في الرسالة وابنه في المقنع[4] والشيخ في النهاية[5] وابن ابى عقيل. ومستندهم رواية زرارة مرسلا[6] عدم جوازه مع قصور الدلالة .

والحق الاول، لعموم قوله «فلاجناح عليهما فيما افتدت به»[7] ورواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام[8] . وأيضاً الاصل الجواز ، وانما منع الزائد لاشتراكهما في الكراهية .

---

١) التهذيب ٨/١٠٢ ، الاستبصار ٣/٣١٩ .

٢) المقنعة : ٨٣ .

٣) السرائر : ٣٣٦ .

٤) المقنع: ١١٧ .

٥) النهاية : ٥٣٠ .

٦) التهذيب ٨/١٠١ .

٧) سورة البقرة : ٢٢٩ .

٨) التهذيب ٨/١٠٠ .

كتاب الظهار

يقال ظاهر مـن امرأته وتظهر من امرأته وظهر منها تظهيراً ، كله بمعنى . والاسم الظهار. واشتقاقه من الظهر[1]، لانه قول الرجل لامرأته « أنت علي كظهر أمي » .

وشرعاً تشبيه الزوج المكلف منكوحته ولو مطلقة رجعية فـي العدة . وقيل تشبيه مـن ملك نكاحها بعقد دائـم بظهر محرمة عليه تأبيداً بنسب أو رضاع أو مصاهرة .

وكان طلاقاً فـي الجاهلية وجاء الاسلام بتحريمه ، لقوله تعالى « وانهم ليقولون منكراً مـن القول وزوراً »[2] ويقع مغفوراً مـع الكفارة ، وله أحكام

---

١) وانما خصوا الظهر دون البطن والفخذ والفرج ـ وهـذه اولى بالتحريم ـ لان الظهر موضع الركوب والمرأة مركوبة اذا غشيت ، فكأنه اذا قال «انت على كظهر أمى» ارادركوبك للنكاح علىحرام كركوب امى للنكاح، فأقام الظهرمقام الركوب، لانه مركوب واقام الركوب مقام النكاح لان الناكح راكب . وهذا من لطيف الاستعارات للكناية .

وقد كانت العرب تطلق نساءها فى الجاهلية بهذه الكلمة، وكان الظهار فى الجاهلية طلاقاً فلما جاء الاسلام نهواعنه وأوجبت الكفارة على من ظاهر من امرأته .

٢) سورة المجادلة : ٢ .

وينعقد بقولـه : أنت على كظهر أمـى ، وان اختلفت حرف الصلة .

وكذا يقع لوشبهها بظهر ذوى رحم نسباً ، ورضاعاً .

ولوقال كشعر أمى أويدها لـم يقع ، وقيل : يقـع . برواية فيها ضعف .

وشرائط يأتى ذكرهما مفصلا .

قوله: وينعقد بقوله «انت على كظهر أمى» وان اختلفت حروف الصلة وكذا يقع لوشبهها بظهر ذى رحم نسباً اورضاعاً ، ولوقال كشعر امى اويدها لم يقع ، وقيل يقع لرواية فيها ضعف

تفصيل هذه الجملة وشرحها يتم بفوائد :

(الاولى) لابد هنا من مشبه ومشبه به: أما الاول فهو الزوجة أو المملوكة على قول وسيجيء، وأما المشبه به فهو المذكور بعد الكاف ، فقد يكون مضافاً الى الجملة المحرمة وسيجيء أيضاً، وقد يكون مفرداً كقوله كأمي أوأختي، فان قصد الكرامة أوالتعظيم أوكبر المنزلة أوغير ذلك من صفات لايفيد معنى المقصود بالحرمة لم يكن شيئاً ، وان قصد المعنى المقصود :

فقال الشيخ في المبسوط[1] يقع مع نيته، محتجاً بأن التشبيه بالشعر والبطن وغيرهما واقع ، لرواية سدير عن الصادق عليه السلام[2] ، فالتشبه بالجملة واقع للتنبيه بالادنى على الاعلى .

وفيه نظر ، لضعف الرواية ، اذ في طريقها سهل بن زياد وغياث بن ابراهيم

---

١) المبسوط ٥/١٤٩ .

٢) التهذيب ٨/١٠ .

وهما ضعيفان . هذا مع منع الأولوية ، لان الاسباب الشرعية انما تستفاد من الشارع .

وقال ابن الجنيد لايقع ، وهو اختيار العلامة[1] وعليه الفتوى ، لاشتقاقه من « الظهر » كما قلناه ، وصدق المشتق يستلزم اعتبار المشتق منه. ولان الصورة الواقعة في زمانه صلى‌الله عليه وآله وسلم التي هي سبب النزول وقعت كذلك ، ولرواية زرارة عن الصادق عليه السلام وقد سئل عن كيفيته فقال : يقول الرجل لامرأته وهي طاهر في غير جماع « أنت علي حرام مثل ظهر أمي »[2] .

(الثانية) المذكور مضافاً ، ولاخلاف في لفظ الظهر ، واختلف في غيره كقوله كشعر أمي أويدها. قال الشيخ[3] والصدوق في المقنع[4] يقع للرواية المذكورة ، وقد عرفت ضعفها . وقال المفيد والمرتضى وابن الجنيد وابن ابى عقيل والتقي وسلار وابن زهرة بالعدم . وهو الحق ، وقد تقدم الحجة .

(الثالثة) المضاف اليه ، ولاخلاف في الام لنص القرآن عليه، واختلف في غيرها ، فقال الاكثر بوقوعه بالمحرمات المؤبدة للاشتراك في المعنى المقصود ، ولرواية زرارة عن الباقر عليه السلام[5] وجميل بن دراج عن الصادق عليه السلام[6]. وقصر ابن ادريس[7] الحكم على الام وقال: انه قول الاكثر . وليس بشيء .

---

١) القواعد ، الباب الثالث فى المباراة من كتاب الفراق .

٢) التهذيب ٨/ ٩ .

٣) الخلاف ٣/ ١٣ .

٤) لم اجده فى النكاح وبحث الظهار من كتاب المقنع .

٥) قد مرت آنفاً .

٦) التهذيب ٨/ ٩ ، الفقيه ٣/ ٣٤٣ .

٧) السرائر : ٣٣٣ .

نعم قال الشيخ في الخلاف[1] فيه روايتان ، يشير الى رواية سيف التمار عن الصادق عليه السلام : انماذ كرالله الامهات[2] .

واحتج الشيخ على وقوعه بغير الام بقوله تعالى « وانهم ليقولون منكراً من القول وزوراً »[3] والمنكرموجود في غير الام . والفتوى على الاول .

(الرابعة) المحرمات المؤبدة امابالنسب فلا كلام في تعلق الحكم بهن ، واما بالرضاع فالاكثر أيضاً على ذلك . قال الشيخ في المبسوط[4] : وهوالذي يقتضيه مذهبنا ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : يحرم من الرضاع مـا يحرم من النسب .

وبه قال ابن الجنيد ، وتبعه القاضي في المهذب ، وكذا منع المحرمات بالمصاهرة. والشيخ في المبسوط [5] ألحقهن بالنسب . وهو المختار ، للاشتراك في العلة : أما المحرمات لاعلى التأبيد كأخت الزوجة وابنة أختها وأختها والمطلقة ثلاثاً فقال في المبسوط[6] لاخلاف في عدم وقوع الظهار بذلك .

(الخامسة) قال الشيخ في المبسوط[7] لوشبه عضواً من أعضاء زوجته بعضو من أعضاء أمه كقوله « رجلك علي كرجل أمي » أو « بطنك » أو « فرجك » وماأ شبهه ونوى به الظهار كان مظاهراً .

وقال ابن الجنيدلايكون مظاهراً . وهوالمختار ، لان بعض محل الحكم

---

١) الخلاف ٣/ ١٤ .
٢) التهذيب ٨/ ١٠ .
٣) سورة المجادلة : ٢ .
٤) المبسوط ٥/ ١٤٩ .
٥) المبسوط ٥/ ١٥٠ .
٦) المبسوط ٥/ ١٤٩ .
٧) المبسوط ٥/ ١٤٩ .

وفى صحته مع الشرط روايتان ، أشهرهما : الصحة .

لايستلزم أن يكون محلاله ، كمالوطلق عضواً من أعضائها ، فيحكم ببقاء حكم التحليل تمسكاً بأصالة الحل عن المعارضة .

(السادسة) لـم يقل أحد من أصحابنا أنه لوشبهها بجزء غير الظهر من المحرمات جاز ، الاابن الجنيد فانه قال: ان قال « أنت علي كفرج أختي » لزمه الظهار ، وكذاان ذكر جزء آخران قصد به التحريم للوطىء .

وقول المصنف «وان اختلفت حروف الصلة» يريد به في قوله « أنت علي أومني أوعندي أومعي » الى غير ذلك .

قوله : وفى صحته مع الشرط روايتان اشهرهما الصحة

رواية الوقوع عن حريز صحيحاً عن الصادق عليه السلام[1] ، ومثلها رواية عبد الرحمن بـن الحجاج عنه عليه السلام[2] . وعمل بها الشيخ[3] فـي النهاية و المبسوط والخلاف وابـن بابويه [4] وابـن حمزة . واختاره المصنف ، لعموم الاية، فانه كما يتناول المطلق يتناول المشروط. ورواية العدم عن القاسم بن محمد الزيات عن الصادق عليه السلام[5]، ومثلها رواية ابن بكير عن الكاظم عليه السلام[6].

وعمل بمضمونها المرتضى في الانتصار والقاضي في كتابيه والتقي وسلار وابن زهرة ، وحكاه ابن ادريس[7] عن المفيد واختاره .

وهو قوي ، لما تقدم في الطلاق أنه لايقع مع الشرط ، والروايتان وان

---

١ ، ٢) التهذيب ٨/١٢ .

٣) النهاية: ٥٢٥، المبسوط ٥/١٥٠ ، ١٥٢ ، الخلاف ٣/١٦ .

٤) المقنع : ١١٨ .

٥ ، ٦) التهذيب ٨/١٣ .

٧) السرائر : ٣٣٣ .

ولا يقع في يمين ولا اضرار ولا غضب ولا سكر .

ويعتبر في المظاهر البلوغ ، وكمال العقل ، والاختيار والقصد.

وفي المظاهرة طهر لم يجامعها فيه ، اذا كان زوجها حاضراً ومثلها تحيض .

وفي اشتراط الدخول تردد ، المروى الاشتراط .

ضعفتا الا انهما موافقتان للاصل ومؤيدتان بالنظر ، والروايتان الاوليان محمولتان على استحباب الكفارة .

ونمنع تناول عموم القرآن المعلق على الشرط ، لان تعليق الشيء على شرط ليس بايقاع لذلك الشيء والا لوقع الطلاق المعلق ، اذ عموم القرآن على ذلك التقدير يتناوله .

قوله : ولا اضرار

لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لا ضرار ولا اضرار[1] . فينتفي كل ما هو علته فيه. وقيل يقع ، لعموم الاية[2] خصوصاً مع قوله فيها «وتشتكي» فانه صريح في ضررها .

قوله : وفي اشتراط الدخول تردد المروى الاشتراط

منشأ التردد من عموم « والذين يظاهرون من نسائهم»[3]، والاضافة صادقة مع عدم الدخول ، اذ يكفي فيها أدنى ملابسة ككوكب الخرقاء . واختاره المفيد والمرتضى وسلار وابن زهرة وابن ادريس ، ومن رواية محمد بن مسلم

---

١) الكافي ٥/٢٩٣ ، ٢٨٠ .

٢) سورة المجادلة : ١ ، ٢ .

٣) سورة المجادلة : ٣.

وفـى وقوعه بالمتمتع بها قولان ، أشبههما : الوقوع ، وكذا الموطؤة بالملك ، والمروى : أنها كالحرة .

وههنا مسائل :

عن أحدهما عليهما السلام[1] صحيحاً ورواية الفضيل بن يسارعن الصادق عليه السلام[1] صحيحاً أيضاً . واختاره الشيخ فى النهاية والمبسوط والخلاف وابن بابويه وابن الجنيد والقاضي في كتابيه .

والتحقيق هنـا أن نقول : ان صح تخصيص عموم الكتاب بخبرالواحد فالاقوى اشتراط الدخول والا فلا، لكن ثبت التخصيص به في الاصول فيشترط. وهو الاولى .

قوله : وفى وقوعه بالمتمتع بها قولان اشبههماالوقوع

تقدم ذلك في النكاح .

قوله: وكذا الموطوءة بالملك، والمروى انها كالحرة

يريد بقوله «وكذا» أي فيها قولان، قال المفيد[2] والتقي والقاضي في كتابيه وسلار لايقع بالامة ظهار، وقال ابن الجنيد والصدوق[3] لايقع الاموقع الطلاق واختاره ابن ادريس[4] ناقلا له عـن المرتضى ، محتجاً بأنه كان طلاق العرب في الجاهلية والطلاق لايقع على الامة فكذا الظهار. وبرواية حمزة بن حمران عـن الصادق عليه السلام فى رجل جعل جاريته عليه كظهر أمه . قـال : يأتيها

---

١) التهذيب ٨ / ٢١ .

٢) المقنعة : ٨٢ .

٣) الفقيه ٣ / ٣٤٠ .

٤) السرائر : ٣٣٣ .

(الاولى) الكفارة تجب بالعود وهو ارادة الوطء .
والاقرب أنه لااستقرار لوجوبها .

وليس عليه شيء[1] .

وفيه نظر ، لان فعل الجاهلية لاحجة فيه ، والرواية في طريقها ابـن فضال وابن بكيروهما ضعيفان .

وقال الشيخ في النهاية والخلاف[2] وابن ابى عقيل وابن حمزة أنها كالحرة في الوقوع بها ، سواء كانت قناً أوام ولد أومدبرة . ونقله الشيخ في الخلاف عن علي عليه السلام، وبه روايات كرواية ابن ابى يعفور عن الصادق عليه السلام[3] ورواية الكليني عـن أحدهما عليهما السلام[4] وكلاهما فـي الصحيح ، ورواية اسحاق بن عمار موثقاً عن الكاظم عليه السلام[5] .

وألزم ابن ابى عقيل الاولين بأنها ان لم تدخل تحت الاية لزم اباحة نكاح أمها، لعدم كونها من أمهات النساء حينئذ، واللازم باطل باتفاق الخصم فكذا الملزوم.

قوله : والكفارة تجب بالعود وهو ارادة الوطىء ، والاقرب انـه لا استقرار لوجوبها

هنا فائدتان :

(الاولى) قال الاصحاب ان المراد بالعود في قوله تعالى « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا »[6] هو ارادة الوطىء ، ولم يخالف فيـه الاابن

---

١) التهذيب ٨/٢٤ ، الاستبصار ٣/٢٦٤ .
٢) النهاية: ٥٢٧ ، الخلاف ٣/١٣ .
٣) التهذيب ٨/٢٤ ، الاستبصار ٣/٢٦٤ .
٤) الكافى ٦/١٥٦ .
٥) التهذيب ٨/٢٤ ، الاستبصار ٣/٢٦٤ ، الفقيه ٣/٣٤٦ ، الكافى ٦/١٥٦ .
٦) سورة المجادلة : ٣ .

(الثانية) لوطلقها وراجع فى العدة لم تحل حتى يكفر .

ولوخرجت فاستأنف النكاح ، فيه روايتان ، أشهرهما : أنه لاكفارة .

الجنيد، فانه قال هو الامساك بالعقد الاول، وبه قال الشافعي ، وبالاول قال مالك واحمد. وللمفسرين والفقهاء فيه أقوال ذكرتها في الكنز[1]، وما ذكره الاصحاب عليه الفتوى .

(الثانية) حيث أن الكفارة تجب بالعود الذي هو ارادة الوطىء هل تستقر بمجرد الارادة المذكورة ؟ قال المصنف: الاقرب لا، بل معنى وجوبها حينئذ أنه لايسوغ الوطىء الامع فعلها بأحدالانواع الثلاثة. هكذا ينبغي أن يفسر كلام المصنف . وقال بعض الفضلاء : هل تستقر بمعنى أنها تجب بمجرد الظهار أم لابمعنى أنها انما تجب اذا أراد الوطىء .

وذهب مجاهد والثوري الى الاول، وابوحنيفة وأصحابه الى الثانى. واستدل بأن الوجوب معلق في ظاهر العبارة على مجموع الظهار والعود وهو ارادة الوطىء فلاوجوب قبلها .

وفيه نظر ، لان ذلك لايطابق عبارة المصنف ، لانه حكم بأن الوجوب حاصل بالعود وهوالارادة ثم قال « انه لااستقرار لوجوبها » أي الحاصل بالعود ولوأراد الوجوب بالظهار لقال والاقرب انه لااستقرار لوجوبها بالظهار ولم يقل .

قوله : لوطلقها وراجع فى العدة لم تحل حتى يكفر ، ولوخرجت فاستأنف النكاح فيه روايتان اشهرهما أنه لاكفارة

---

١) كنزالعرفان ٢/٢٨٨ .

(الثالثة) لوظاهرمن أربع بلفظ واحدلزمه أربع كفارات . وفى رواية كفارة واحدة . وكذا البحث لوكررظهار الواحدة .

أما رواية الكفارة فعن علي بن جعفرعن أخيه الكاظم عليه السلام[1]، وعمل بها التقي وسلار، وحملها الشيخ على التقية لانه مذهب بعض العامة. وأما رواية السقوط فعن يزيد الكناسي عن الباقر عليه السلام[2] ، ومثلها عن يزيدبن معاوية عنه عليه السلام[3] . وعمل بها الشيخ فـي النهاية[4] والقاضي وابن زهرة وابن ادريس[5] واختاره العلامة[6] .

وهـو الحق ، لاصالة البراءة والخـروج عن العهـدة بالطلاق وصيرورته كالاجنبى. واستباحة الوطىء ليس بالعقد الاول الذي لحقه حكم التحريم بالظهار بل بعقد ثان لم يلحقه حكم الظهار .

ويمكن حمل روايـة الثبوت على الاستحباب جمعاً بين الروايتين وعملا بظاهر الكتاب والاستصحاب ، بأن الاصل بقاء الخطاب بالكفارة .

وابن ابى عقيل وان قال بمقالة الشيخ الا أنه قال : اذا أخرج الجارية عن ملكه فليس عليه كفارة الظهار ، فان عادت اليه وجبت الكفارة .

قوله : لو ظاهر من أربع بلفظ واحـد لزمه أربع كفارات ، وفـى رواية كفارة واحدة ، وكذا البحث لو كرر ظهار الواحدة

هنا مسألتان :

---

١) الكافى ٦/١٥٩ ، التهذيب ٨/١٩ ، الاستبصار ٣/٢٦٦ .

٢) التهذيب ٨/١٦ ، الكافى ٦/١٦١ .

٣) الفقيه ٣/٣٤٢ .

٤) النهاية : ٥٢٦ .

٥) السرائر : ٣٣٤ .

٦) القواعد ، المقصد الثانى من الباب الثالث من كتاب الفراق .

(الاولى) لوظاهر من أربع بلفظ واحد ـ بأن قال انتن أوزوجاتي علي كظهر أمي ـ لزمه عن كل واحدة كفارة واحدة . قاله الشيخان[1] والتقي والقاضي وابن ادريس[2] . والمستند رواية حفص البختري حسناً عن الصادق والكاظم عليهما السلام[3]. وروى غياث بن ابراهيم عن الصادق عن الباقر عن علي عليهم السلام في رجل ظاهر من أربع نسوة قال : عليه كفارة واحدة[4]. وهي المشار اليها في كلام المصنف .

وأجيب بالطعن في السند، فان غياثاً غال، أو الحمل على الوحدة الجنسية لا الشخصية .

(الثانية) لو كرر في الزوجة الواحدة قال في المبسوط[5] ان قصد التأكيد لم تتكرر الكفارة بل هي واحدة والا تكررت سواء كان في وقت واحد أو اوقات متفرقة . وتبعه ابن حمزة .

وقال في النهاية[6] ، بتكرير الكفارة وأطلق ، وتبعه القاضي وابن ادريس[7]. وهو مذهب ابن ابى عقيل واختاره المصنف . والمستند رواية محمد بن مسلم صحيحاً عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرات أو اكثر . فقال : قال علي عليه السلام : مكان كل مرة كفارة[8] . وبمعناه

---

١) المقنعة : ٨٢ ، النهاية : ٥٢٦ ، المبسوط ١٥٢/٥ .

٢) السرائر : ٣٣٤ .

٣) التهذيب ٢١/٨ ، الكافى ١٥٦/٦ .

٤) التهذيب ٢١/٨ ،الفقيه ٣٤٥/٣ ، الاستبصار ٢٦٣/٣ .

٥) المبسوط ١٥٢/٥ .

٦) النهاية : ٥٢٦ .

٧) السرائر : ٣٣٤ .

٨) التهذيب ٢٢/٨ ، الكافى١٥٦/٦، الفقيه ٣٤٣/٣. وفى الاول: بدل «احدهما»

رواية الحلبي صحيحاً عن الصادق عليه السلام[1].

وقال ابن الجنيد : ان كرره مع اتحاد المحرمة المشبه بها فواحدة ومع تغائرها كأمه ثم أخته تكررت ، محتجاً على الاول بأصالة البراءة وبتعليقها على مطلق الظهارالشامل للوحدة والكثرة، وبرواية عبدالرحمن بن الحجاج صحيحاً عن الصادق عليه السلام في رجل ظاهرمن امرأته أربع مرات في مجلس واحد. قال : عليه كفارة واحدة[2] . وعلى الثانى بأنه بكل محرمة سبب مستقل مغائر الاول فتجب به الكفارة .

واختار العلامة مذهب النهاية، محتجاً بأن كل مرة سبب مستقل لوجوبها، وكل ماكان كذلك تكررت : أما الاولى فلما رواه ابو بصير عن الصادق عليه السلام قال : جاء رجل الى النبى صلى الله عليه وآله وسلم فقال : يارسول الله ظاهرت من امرأتي . قال: اذهب فكفر[3]. وأما الثانية فلانه لو اتحدت الكفارة مع تعدد السبب لزم اما تخلف المعلول عن علته التامة أو اجتماع العلل على معلول واحد ، وكلاهما محال .

وفيه نظر، لانا نمنع كون الظهار سبباً تاماً في وجوب الكفارة ، اذ ظاهر القرآن يمنع ذلك : فانه قال « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا »[4] ، فظاهره أن الكفارة بالظهار والعود معاً وهو ارادة الوطىء وهي لم تتكرر.

«عن ابى جعفرعليه السلام» وليس فيه «قال على عليه السلام » .

١) الكافى ١٥٦/٦ .

٢) التهذيب ٢٣/٨ ، الاستبصار ٢٦٣/٣ .

٣) التهذيب ١٥/٨ ، الكافى ١٥٥/٦ ، الفقيه ٣٤٤/٣ ، الاستبصار ٥٧/٤ .

٤) سورة المجادلة : ٣ .

(الرابعة) يحرم الوطء قبل التكفير .

فلووطيء عامداً لزمه كفارتان . ولوكرر لزمه بكل وطء كفارة

نعم لوفسرنا العود بالعود الى الظهارلصح ما قاله ، لكن ذلك ليس مذهباً لنا . والحق ما قاله في المبسوط .

أما اتحاد الكفارة مع التأكيد فلعدم كون الظهار الثاني مستقلا بنفسه بل هوالاول بعينه فتتحد الكفارة، وأما مع عدم ارادة التأكيد فلان الارادة للوطيء مع انضمامها الى كل واحد من الظهارات المتكررة تصيره سبباً تاماً في الوجوب فتتعدد .

قوله : يحرم الوطيء قبل التكفير ، فلو وطيء عامداً لزمه كفارتان ولو كرر لزمه بكل وطيء كفارة

هنا فوائد :

(الاولى) لاخلاف في حرمة الوطيء قبل التكفير ، لقوله تعالى « فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا »[1] .

(الثانية) لووطيء قبل التكفير عامداً هل تجب عليه كفارة أخرى للوطيء أم لا ؟ قال الثلاثة واتباعهم نعم، والمستند رواية الحلبى صحيحاً عن الصادق عليه السلام[2]، وبمعناها رواية الحسن الصيقل عنه عليه السلام[3].

وقال ابن الجنيد : انما تجب لو وطيء ثانياً ولا تجب بالمرة الاولى ، وكذا لاتجب مع عجزه عن العتق والصيام دون الاطعام وان عاد ثانياً ، لانه تعالى شرط في العتق والصيام أن يكون قبل العود ولم يشرط ذلك في الاطعام.

---

١) سورة المجادلة : ٣ .

٢) الكافى ٦/١٥٦ .

٣) التهذيب ٨/١٤ ، الاستبصار ٣/٢٦٠ .

فالحاصل من كلامه أنه لاتجب بالمرة الاولى كفارة ، وأما الثانية فلا تجب فيها الا مع القدرة على العتق والصيام ، وأما الاطعام فلا تجب في الثانية أيضاً وان كان قادراً عليه . ولم نجد له حجة على هذا التفصيل .

نعم في رواية الحلبى حسناً عن الصادق عليه السلام قلت : فان واقع قبل التكفير. قال: يستغفرالله ويمسك حتى يكفر. وليس في ذلك دلالة على وحدة الكفارة ولا كثرتها ويجوز ارادة التكرار . وأما عدم الاشتراط في الاطعام فلكونه بدلا عن العتق والصيام ، فالقيد فيهما قيد فيه .

(الثالثة) لوكررالظهار وقلنا بتكرر الكفارة بتكرره لو وطىء قبل التكفير فيه ، هل يلزم عن كل ظهار كفارة أم تكفي واحدة للوطىء وان وجب عليه كفارات الظهار المتكرر ؟ الحق الثاني ، لاصالة براءة الذمة من الزائد .

(الرابعة) لوكررالوطىء قبل التكفير لزمه بكل وطىء كفارة ، سواء كفر عن الوطىء الاول أولا ، لوجود المقتضي وهو الوطىء ولرواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام[1] . وقال ابن حمزة ان كفرعن الاولى تكررت والا فلا .

(الخامسة) هل يحرم قبل التكفير عن الوطىء من ضروب الاستمتاعات كالقبلة واللمس بشهوة أم لا ؟ قال الشيخ في المبسوط[2] نعم ، لصدق اسم المسيس عليه حقيقة لغوية والاصل عدم النقل. ومنعه ابن ادريس[3]، لان المراد به هنا الوطىء ، لانه المتعارف والمفهوم من النص ، وأصالة عدم النقل انما يتبع لولم يثبت دليله .

---

١) الكافى ٦/١٥٥ .

٢) المبسوط ٥/١٥٤ .

٣) السرائر : ٣٣٣ .

(الخامسة) اذا اطلق الظهار حرمت مجامعتها حتى يكفر ، ولو علقه بشرط لم تحرم حتى يحصل الشرط .

وقال بعض الاصحاب : أويواقع وهو بعيد ، ويقرب اذا كان الوطء هو الشرط .

واختار العلامة في المختلف[1] الثاني وفي القواعد[2] الاول ، ولا شك انه أحوط للبراءة .

وأما النظر وما لا ملاقاة فيه بشيء من بدنها لبدنه فجائز اجماعاً .

(السادسة) التحريم ثابت في حقه لا في حقها، فلو تشبهت عليه أواستدخلت ذكره من حيث لايشعر لم تفعل حراماً ، لثبوت الحل لها والاصل بقاؤه .

قوله : اذا اطلق الظهار حرمت مجامعتها حتى يكفر، ولوعلقه بشرط لم تحرم حتى يحصل الشرط ، وقال بعض الاصحاب او يواقع وهو بعيد ، ويقرب اذا كان الوطيء هوالشرط

القائل هو الشيخ في النهاية[3] معتمداً على رواية عبدالرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام[4].

وحمل المصنف ذلك على أن يكون الوطيء هو الشرط ، أما اذا لم يكن هو الشرط فلا يحرم الوطيء حتى يقع الشرط ، فحينئذ يستقر الظهار .

بقي هنا فائدة هي : انه لو كان الوطيء هو الشرط فوطيء واستقر الظهار ، قال الشيخ[5] تستقر الكفارة بأول آن من صدق الوطيء بناء على أن الاستمرار

---

١) المختلف ، الجزء الخامس : ٤٩ .

٢) القواعد ، المقصد الثانى من الباب الثالث من كتاب الفراق .

٣) النهاية : ٥٢٥ .

٤) التهذيب ٨/١٢ ، الاستبصار ٣/٢٦٠ .

٥) الخلاف ٣/١٦ ، المبسوط ٥/١٥٤ .

(السادسة) اذا عجز عن الكفارة قيل يحرم وطؤها حتى يكفر. وقيل تجزى بالاستغفار وهو أشبه.

(السابعة) مدة التربص ثلاثة أشهر من حين المرافعة. وعند انقضائها يضيق عليه حتى يفيء أو يطلق.

وطيء ثان. واستضعفه العلامة، فان الوطيء من ابتدائه الى النزع واحد عرفاً، والاطلاق انما يحمل على العرف، والمشروط انما يقع بعد وقوع شرطه.

قوله: اذا عجز عن الكفارة قيل يحرم وطؤها حتى يكفر وقيل تجزى بالاستغفار وهو اشبه

تنقيح هذا البحث يتم بفوائد:

(الاولى) المراد بالكفارة هنا هو الخصال الثلاث العتق والصيام والاطعام، واذا حصل العجز عنها هل لها بدل يقوم مقامها في حل الوطيء أم لا؟

قال المفيد[1] وابن الجنيد لابل يحرم عليه الوطيء الى أن يقوم بالواجب لان نص القرآن انما جاء بهذه الخصال. وتابعهما الشيخ في بعض أقواله وقال يفرق بينهما الحاكم حينئذ، محتجاً على التفريق برواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام: كل من عجز عن الكفارة فالاستغفار كفارته ماخلا يمين الظهار فانه اذا لم يجد ما يكفر به حرمت عليه أن يجامعها وفرق بينهما الا أن ترضى المرأة أن يكون معها ولا يجامعها[2].

(الثانية) قال كثير من فقهائنا لها بدل، واختلفوا فقال الشيخ في النهاية

---

1) المقنعة: ٨١.

2) التهذيب ٨/١٦.

اذا عجز عن الاطعام صام ثمانية عشريوماً ، فان عجز عنها كان حكمه ما قدمناه من التحريم الى أن يكفر[1].

و قال ابن بابويه يتصدق بما يطيق ، و كذا قال ابنه في المقنع ، و قال فيه وروي أنه اذالم يطق اطعام ستين مسكيناً، صام ثمانية عشر يوماً ،فان عجز تصدق عن كل يوم بمدين من طعام .

واحتج الشيخ على الثمانية عشريوماً برواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل ظاهر من امرأته فلم يجد ما يعتق ولا ما يتصدق به ولايقوى على الصيام. قال: يصوم ثمانية عشريوماً لكل عشرة مساكين ثلاثة ايام[2].

(الثالثة) اذا عجز عن البدل الذى تقدم ذكره هل يجزيه الاستغفار ليباح له الوطىء ؟ فعلى قول المفيد وابن الجنيد لاوقال ابن حمزة وابن ادريس يجزيه، واختاره المصنف والعلامة، محتجاً برواية اسحاق بن عمار في الموثق عن الصادق عليه السلام: ان الظهار اذا عجز صاحبه عن الكفارة فليستغفر الله ولينو أن لايعود قبل أن يواقع ثم ليواقع وقداجزأ ذلك عنه عن الكفارة[3].

(الرابعة) مع الاستغفار واباحة الوطىء لوقدر على الكفارة فيما بعد هل تجب عليه ؟ قال ابن ادريس[4] نعم عملابالاستصحاب السابق، وبرواية اسحاق المذكورة ، فانه يقول في آخرها : فاذا وجد السبيل الى ما يكفر به يوماً من الايام فليكفر، وان تصدق بكفه وأطعم نفسه وعياله فانه يجزيه اذاكان محتاجاً، وان لم يجد ذلك فليستغفر الله ربه وينوي أن لايعود فحسبه بذلك والله كفارة[5].

---

١) النهاية : ٥٢٧ .

٢) التهذيب ٨/ ٢٣ .

٣) التهذيب ٨/ ٣٢٠ ، الكافى ٧/ ٤٦١ .

٤) السرائر : ٣٣٤ .

٥) التهذيب ٨/ ٣٢٠، الكافى ٧/ ٤٦١ ، الاستبصار ٤/ ٥٦ .

(الخامسة) الاستغفار المشار اليه ليس عبارة عن قوله « استغفر الله » فحسب بل هو التوبة المشتملة على الندم على ما صدر منه مـن الظهار المحرم والعزم على تركه أبداً من غير معاودة، والاستغفار باللسان كاشف عن ذلك الندم والعزم المذكورين .

كتاب الايلاء

ولا ينعقد الا باسم الله سبحانه .

ولو حلف بالطلاق أو العتاق لم يصح ، ولا تنعقد الا فى الاضرار.

قوله : كتاب الايلاء [1]

يقال آلى يولي ايلاء وألية فهو مؤل ، وجمع ألية ألايا، ويقال أيضاً تألى يتألى بالتاء فهو متأل، ومنه قوله عليه السلام: من يتأل على الله يكذبه[2]. ويقال ائتلى يأتلي ايتلاء فهو مؤتل، ومنه قوله تعالى « ولا يأتل أولوا الفضل منكم والسعة »[3] على أحد الوجهين، والجميع بمعنى الحلف.

ويقال شرعاً الحلف على ترك وطىء الزوجة الدائمة صريحاً أو حكمه مطلقاً

---

١) الالوة بفتح الهمزة وضمها وكسرها وسكون اللام وفتح الواو ، والالية كعطية على فعيلة ، والالياكله : اليمين ، والجمع ألايا . والفعل آلى يولى ايلاء : حلف . وتألى يتألى تألياً .

٢) فى اللسان ١٤/ ٤٠ وفى الحديث « من يتأل على الله يكذبه » اى من حكم عليه وحلف .

٣) سورة النور : ٢٤ .

فلوحلف لصلاح لم ينعقد، كما لوحلف لاستضرارها بالوطء أو لاصلاح اللبن .

ولا يقع حتى يكون مطلقاً أوأزيد من أربعة أشهر .

ويعتبرفي المولى البلوغ، وكمال العقل، والاختيار، والقصد. وفي المرأة الزوجية، والدخول .

أومؤبداً أومدة تزيد على اربعة أشهرأو معلقاً على فعل لا يحصل عادة الافي مدة تزيد على الاربعة، والاصل فيه قوله تعالى «للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر »[1] الاية .

اذاعرفت هذا فهنا فوائد:

(الاولى) لا ينعقد هذا الا بما ينعقد به غيره من الايمان المطلقة ، وسيأتي تحقيقه انشاء الله تعالى .

(الثانية) الاتيان في المحلوف عليه بلفظ صريح فيه ينعقد اجماعاً ، وذلك هو « آليتك »، اوأدخال الفرج في الفرج قاصداً ناوياً ، فلواتى بذلك حال الغفلة أوالنوم أوالسكرلم يقع.

وجعل الشيخ في الخلاف[2] من الصريح قوله «والله لاجامعتك أولاوطئتك»، وجعله المصنف في الشرائع[3] من المحتمل ان قصدبه الايلاء صح والا فلا .

وقال الصدوق[4] وابن ابي عقيل: الايلاء أن يقول الرجل لامرأته «والله لاغيظنك

---

١) سورة البقرة : ٢٢٦ .

٢) الخلاف ٣/٨ .

٣) الشرائع ٢/٢١٣ .

٤) المقنع: ١١٨ . وفيه: والله لاغيظنك ولاشق عليك ولاسؤنك ولا اجامعك الى كذا وكذا .

وفي وقوعه بالمتمتع بها قولان ، المروى : أنه لايقع .

ولاسؤنك أولا أجامعك »ولم يفرقا بين الصريح وغيره ولاذكرا اشتراط القصد .

وقال ابن ادريس[1]: ان تلفظ بألفاظ صريحة مثل « لاوطئتك » «ولاجامعتك » وقصد بها الايلاء انعقد ، وان لم يقصد لم ينعقد ، وان تلفظ بألفاظ غيرصريحة نحو « والله لا جامع رأسي ورأسك مخدة » أو « لاساقفتك » أو « لاطيلن غيبتي عنك » لم ينعقد وان نوى به الايلاء . وهو قول الشيخ في الخلاف[2] . وقال في المبسوط[2] ينعقد بذلك مع القصد .

(الثالثة) هل يشترط تجريده عن الشرط أو الصفة أم لا ؟ قال الشيخ في الخلاف[3]نعم ، وتبعه ابن حمزة وابن ادريس[4] وابن زهرة. وقال في المبسوط يقع معلقاً عليهما. واختاره العلامة لعموم القرآن السالم عن المعارض ، واختار المصنف في الشرائع الاول، لاصالة عدم الوقوع الافي المتفق عليه وعليه الفتوى.

قوله : وفي وقوعه بالمتمتع بها قولان المروى انه لايقع

قال الشيخ[5] والسيد وابن ابي عقيل وابن ادريس[6] بعدم الوقوع، وقال التقي بالوقوع . ومستند القولين القرآن ، وهو قوله « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة اشهر»[7] والمستمتع بها من النساء فيقع بها، ولما عقبه بقوله «وان عزموا الطلاق

---

١) السرائر : ٣٣٦ .

٢) المبسوط ١١٦/٥ ، الخلاف ٨/٣ .

٣) الخلاف ٩/٣ .

٤) السرائر : ٣٣٦ .

٥) النهاية : ٥٢٨ .

٦) السرائر : ٣٣٨ .

٧) سورة البقرة : ٢٢٦ .

واذا رافعته أنظره الحاكم أربعة أشهر .

فان أصر على الامتناع ثم رافعته بعد المدة ، خيره الحاكم بين الفيئة والطلاق .

فان امتنع حبسه وضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يكفر ويفيء ، أو يطلق .

فان الله سميع عليم »[1] والطلاق انما هو للدائمات فلم يقع بالمستمتع بها ايلاء. وهو مبني على ان رجوع الضمير الى بعض أفراد العام مخصص، وقد حقق في الاصول .

والرواية المشار اليها هي ما رواه ابن ابي يعفور عن الصادق عليه السلام قال: لا ايلاء على الرجل من المرأة التي يتمتع بها[2]. وعليها فتوى الشيخ والمصنف والعلامة .

قوله : واذا رافعته انظره الحاكم اربعة اشهر

هنا فوائد :

(الاولى) المشهور أن مدة التربص من حين المرافعة ، قاله الشيخان[3] والتقي والقاضي وابن حمزة وابن ادريس[4]. ولم نقف لهم على مستند ، الا أن ضرب المدة الى الحاكم .

وقال ابن ابي عقيل وابن الجنيد انها من حين الايلاء ، واختاره العلامة في المختلف[5] . ولظاهر القرآن وهو قوله « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة

---

١) سورة البقرة : ٢٢٧ .

٢) التهذيب ٨/٨ .

٣) المقنعة : ٨١ ، الخلاف ٦/٣ .

٤) السرائر : ٣٣٥ .

٥) المختلف ، الجزء الخامس : ٥٤ .

أشهر » ، وكون ضرب المدة الى الحاكم لاينافي ذلك ، لجواز أن يضرب الحاكم المدة ويحسبها من حين الايلاء . والروايات أيضاً ظاهرة في ذلك، كرواية بريد بن معاوية حسناً عن الباقر والصادق عليهما السلام قال : لايكون ايلاء الا اذا آلى رجل أن لا يقرب امرأته ولا يمسها ولا يجمع رأسه ورأسها فهو في سعة ما لم تمض أربعة أشهر ، فاذا مضت أربعة أشهر وقف ، فاما أن يفيء فيمسها واما أن يعزم على الطلاق[1] .ونحوه رواه الحلبي عن الصادق عليه السلام[2] ، وابن بكير عنهما[3] وابو بصير عن الصادق عليه السلام[4].

(الثانية) ان واقعها في مدة التربص فلا خلاف في وجوب الكفارة ، امالو واقع بعدها فالشيخ قولان . قال في النهاية والخلاف بعدم السقوط ، وقال في المبسوط بالسقوط ، وقال لقوله تعالى « فان فاؤا فان الله غفور رحيم »[5] ، ويؤيد قوله تعالى « ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم »[6] من غير تفصيل .

(الثالثة) مع المرافعة وانقضاء المدة يخيره الحاكم بين الفئة والطلاق ولا يجبره على أحدهما ، لان طلاق المكره عندنا باطل .

(الرابعة) مع حصول عذر شرعي أو عرفي ليس للحاكم الزام بالفئة الا مع زواله .

---

١) الكافي ٦/ ١٣٠ ، التهذيب ٨/ ٣، وفيهما: بريد بن معاوية قال سمعت اباعبدالله عليه السلام يقول في الايلاء . . . والتي روى بريد عنهما عليهما السلام اخرجه في الكافي ٦/ ١٣١ وهي غيرهذه الرواية .

٢) الكافي ٦/ ١٣٠ ، التهذيب ٨/ ٢ ، الفقيه ٣/ ٣٣٩ ، الاستبصار ٣/ ٢٥٢ .

٣) لم اجد رواية ابن بكير، واظن انه بكير بن اعين الذي روى هو وبريد بن معاوية عنهما عليهما السلام .

٤) اخرجه الوسائل عن تفسير علي بن ابراهيم راجع المصدر ١٥/ ٥٤١ .

٥) سورة البقرة : ٢٢٦ .

٦) سورة المائدة : ٨٩ .

واذا طلق وقع رجعياً ، وعليها العدة من يوم طلقها .

ولو ادعى الفيئة فأنكرت فالقول قوله مع يمينه .

وهل يشترط فى ضرب المدة المرافعة ؟ قال الشيخ : نعم والروايات مطلقة .

ولنتبع ذلك بذكر الكفارات ، وفيه مقصدان :

(الاول) فى حصرها: وتنقسم الى مرتبة ومخيرة ، وما يجتمع الامران ،وكفارة الجمع .

قوله: وهل يشترط فى ضرب المدة المرافعة قال الشيخ نعم والروايات مطلقة

ماقاله الشيخ هو المشهور بين الاصحاب ، لم يخالف في ذلك الا ابن ابى عقيل وابن الجنيد كما حكيناه عنهما . وأما الروايات المشار اليها فهي ماحكيناه آنفاً، ولاشك في اطلاقها وعدم اشتراطها بالمرافعة .

وتؤيد قول الشيخ وجوه : الاول : ان ذلك حقها فيتوقف على مطالبتها . الثاني : أصالة عدم التسلط على الزوج بحبس أوغيره الا مع تحقق السبب .

الثالث : ان اطلاق الروايات قابل التقييد بالمرافعة فتحمل عليه .

قوله : ولنتبع ذلك بذكر الكفارات

هنا فوائد :

(الاولى) انما ذكر الكفارات هنا لتقدم سببين لها وهما الظهار والايلاء ، فناسب ذلك ذكرها .

(الثانية) الكفارة مشتقة من الكفر بفتح الكاف ، وهو التغطية، وقد كفرت الشيء اكفره بالكسر كفراً أي سترته ، وسميت بذلك هنا لانها تستر الذنب. قال

فالمرتبة :كفارة الظهار . وهى عتق رقبة ، فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فان لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً . ومثلها كفارة قتل الخطأ .

الجوهري : وتكفير اليمين فعل مايجب بالحنث فيها، والاسم الكفارة .

(الثالثة) الكفارة شرعاً طاعة مخصوصة مسقطة لعقوبة ذنب أومخففةله غالباً والتقييد بالاغلبية لتدخل كفارة قتل الخطأ فانها ليست عقوبة عن ذنب . وفي التحقيق انها قد تكون عقوبة محضة ككفارة قتل العمد والافطار على المحرم ، وقد تكون مخففة للذنب ككفارة الايلاء والظهار لذكر الغفران والرحمة مع فعلهما ، وقد تكون محتملة لهما نحو كفارة افطار رمضان ، وقد تكون تأديباً ككفارة قتل الخطأ .

(الرابعة) الكفارة واجبة على الفور ، لانها كالتوبة من الذنب التي هي واجبة على الفور لوجوب الندم على كل قبيح أو اخلال بواجب .

(الخامسة) الكفارة عقوبة كانت أومخففة لاتكفي في سقوط العقاب ، بل لابد مع ذلك من التوبةالمشتملة على الندم والعزم على عدم المعاودة، وكذلك الحدود والتعزيرات فان الجميع توابع للتكليف بفعل الواجب وترك القبيح لانهامسقطة للعقاب عن المعاصي .

قوله : ومثلها كفارة قتل الخطأ

المماثلة هي في ترتيب خصائلها، وبه قال اكثر فقهائنا. والمستند ظاهر القرآن فانه قال «ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة»[1] ثم قال «فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين »[2] ،وكذا رواية عبدالله بن سنان صحيحاً عن الصادق عليه السلام:

---

١ و٢) سورة النساء : ٩٢ .

وكفارة من أفطر يوماً من قضاء شهر رمضان بعد الزوال عامداً اطعام عشرة مساكين ، فان لم يجد صام ثلاثة أيام متتابعات .

والمخيرة : كفارة شهر رمضان ، وهـي عتق رقبة ، أو صيـام شهرين متتابعين ، أو اطعام ستين مسكيناً .

فان لم يجد صام شهرين متتابعين فان لم يستطع اطعم ستين مسكيناً مداً مداً [1] .

وقال سلارهي مخيرة، وكأنه تبع المفيد حيث قال : عليه كفارة من افطر يوماً من شهر رمضان، ونص على ان كفارة رمضان مخيرة. والفتوى على الاول.

قوله :وكفارة من افطر يوماً من قضاء شهر رمضان بعد الزوال عامداً اطعام عشرة مساكين ، فان لم يجد صام ثلاثة ايام متتابعات

في هذه الكفارة أقوال ثمانية :

« الاول » ـ ماذكره المصنف ، وهو قول الشيخين [2] في النهاية والمقنعة ورواه ابن ابي عمير عن هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام [3] وكذا رواه عن ابن بابويه عن بريد العجلي عن الباقر عليه السلام [4] وعليه الفتوى .

« الثاني » ـ انها كفارة رمضان مخيرة، قاله ابن بابويه [5] والقاضي ، ورواه حريز عن زرارة وهـي ضعيفة ، لان في طريقها ابن فضال . وحملها الشيخ [5] على من أفطر تهاوناً واستخفافاً .

---

١) التهذيب ٣٢٢/٨ .

٢) النهاية ١٦٤ ، المقنعة : ٨٩ .

٣) الاستبصار ١٢٠/٢ ، التهذيب ٢٧٩/٤ .

٤) الفقيه ٩٦/٢ ، المقنع : ٦٣ .

٥) التهذيب ٢٧٩/٤ ، الاستبصار ١٢١/٢ .

ومثله كفارة من أفطر يوماً منذوراً على التعيين، وكفارة خلف العهد على التردد .

أما كفارة خلف النذر ففيه قولان، أشبههما : أنه لصغيرة .

« الثالث » ـ أنها كفارة يمين . قاله الشيخان[1] أيضاً والتقي وسلار وابن ادريس[2] لانها أعلى رتبة من الاول .

« الرابع » ـ التخيير بين كفارة اليمين وبين ما ذكر أولا، وهو قول المفيد[3] في باب الكفارات .

« الخامس » ـ انها كفارة يمين فان لم يجد صام ثلاثة أيام، وهو قول الشيخ في كفارات النهاية[4] .

« السادس » ـ أن عليه قضاء يومين يوماً لرمضان ويوماً لقضائه، ذكره ابن ادريس[5] بعد تردده .

« السابع » ـ صوم ثلاثة أيام أو اطعام عشرة مساكين، ذكره التقي.

« الثامن » ـ لا شيء عليه سوى القضاء، ذكره ابن ابى عقيل، لرواية عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام[6] . وفي طريقها ابن فضال ويمكن حملها على العاجز .

قوله : ومثله كفارة من افطر يوماً منذوراً على التعيين وكفارة خلف العهد على التردد، وأما كفارة خلف النذر ففيه قولان أشبههما انها لصغيرة

---

١) المقنعة : ٥٧ ، النهاية : ٥٧٢ .

٢) السرائر : ٩٢ .

٣) المقنعة : ٨٩ ، وقوله هيهنا كقوله فى باب قضاء شهر رمضان ص ٥٧ .

٤) النهاية : ٥٧٢ .

٥) السرائر : ٩٢ .

٦) التهذيب ٤/ ٢٨٠ ، الاستبصار ٢/ ١٢١ .

وما فيه الامران :كفارة يمين ، وهى عتق رقبة أواطعام عشرة مساكين أوكسوتهم، فان لم يجد صام ثلاثة أيام متتابعات.

وكفارة الجمع : كقتل المؤمن عمداً عدواناً ، وهى عتق رقبة وصيام شهرين متتابعين واطعام‌ستين مسكيناً .

في كفارة خلف النذر والعهد أقوال :

(الاول) قال الشيخان[1] والتقي والقاضي وابن حمزة كفارة رمضان مطلقاً، ومعتمدهم رواية ابى بصير عن أحدهما عليهما السلام[2] ورواية علي بن جعفر عن‌أخيه عليه‌السلام[3]. ولاشك أن منطوقهما في‌العهد، لكن الشيخان قالا العهد نذر في المعنى وان اختلفا في اللفظ ، فيكون حكمهما واحداً في الكفارة .

وتؤيده رواية عبدالملك بن عمرو صحيحاً عن الصادق عليه السلام : من جعل‌لله عليه أن لايركب محرماً سماه فركبه . قال: ولااعلم الا قال: فليعتق رقبة أوليصم شهرين متتابعين أوليطعم ستين مسكيناً[4].

(الثاني) قول الصدوق في المقنع[5] كفارة يمين فيهما مطلقاً ، معتمداً على رواية حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن كفارة النذورفقال كفارة النذور كفارة اليمين[6] ومثلها عن الحلبى عنه حسناً[7] .

---

١) المقنعة : ٨٨ ، النهاية : ٥٧٠ .

٢) التهذيب ٨/٣١٥ ، الاستبصار ٤/٥٤ .

٣) التهذيب ٨/٣٠٩ ، الاستبصار ٤/٥٥ .

٤) التهذيب ٨/٣١٤ ، الاستبصار ٤/٥٤ .

٥) المقنع : ١٣٧، قال فى النذر : فان خالف لزمته الكفارة صيام شهرين متتابعين وروى كفارة يمين .

٦) التهذيب ٨/٣٠٧ ، الاستبصار ٤/٥٤ .

٧) التهذيب ٨/٣٠٦ .

مسائل ثلاث :

(الاولى) قيل من حلف بالبراءة لزمه كفارة ظهار .

ومن وطىء في الحيض عامداً لزمه دينارفي أوله ونصف في وسطه وربع في آخره .

وأجيب عنه : بضعف حفص ، وتحمل الثانية على العجز عن الكبيرة .

(الثالث) قول آخر للمفيد وسلاروهو كفارة قتل الخطأ. ولاأعرف المستند.

(الرابع) نقل ابن ادريس[1] عن المرتضى في الموصليات ، وعن ابن بابويه ان الحنث في الصوم كرمضان وفي غيره كفارة يمين .

ويظهر من كلام المصنف اختيار هذا لكنه تردد في العهد دون النذر ، ولعل منشأ الفرق عنده بينهما أن روايات الكفارة الكبيرة صريحة في العهد ، و رواية الكفارة الصغيرة في النذر ، لكن ذلك يوجب عدم تردده في العهد .

قوله : قيل من حلف بالبراءة لزمه كفارة ظهار

هنا فوائد :

(الاولى) البراءة لغة من قولك: برأت منك ومن الديون والعيوب براءة ، ومعناه المفارقة والمبائنة، ويقال عرفاً بمعنى نفي التعلق لسائر الوجوه.

والمفهوم من البراءة هنا من الله ومن رسوله أومن احدالائمة نفي التعلق بهم دنياً وديناً . ولاخلاف في تحريم ذلك، ولذلك جاء عنهم عليهم السلام : اذا عرضتم على البراءة منا فمدوا الاعناق[2] .

(الثانية) المتلفظ بذلك انعلقه على محال لايخرج به من الاسلام، لانحكم

---

١) السرائر : ٣٥٧ .

٢) راجع الوسائل ١١/٤٧٨ ، ٤٨١ .

المعلق حكم المعلق بـه ، وان علقه على ممكن فهل يخرج به من الاسلام أم لا ؟ الحق نعم لقيام الدليل على وجوب الثبات على الاعتقاد الصحيح وامتناع الانتقال عنه، فاذاعلق على ممكن والممكن جائزالوقوع فيقع المعلق عليه . نعم ان كان المتلفظ يعلم معنى التعليق كفر في الحال والافلا .

(الثالثة) لاخلاف في تحريم اليمين بالبراءة المذكورة وأنه لاينعقد اليمين بها ولا يجب العمل بمقتضاها ، وهو اجماعي أيضاً .

(الرابعة) قال الصدوق : تجب الكفارة بمجرد ذكر[1] التلفظ، وكذا الشيخ والقاضي . أما المفيد وسلار فرتباها على المخالفة ، وكذا ابن حمزة والتقي رتباها على كل منهما . وقال ابن ادريس والشيخ في الخلاف والمبسوط لا تجب من الاصل ، ولان وجوب الكفارة لازم لانعقادها . وهو منفي كما تقدم . ويلزم القائل بالوجوب بالمخالفة انعقادها ، وهو باطل ، اذ لايمين الا بالله .

(الخامسة) اختلف القائلون بالكفارة في كميتها: فقال المفيد وسلار كفارة ظهار فان عجز فكفارة يمين ، وقال الصدوق انه يصوم ثلاثة أيام ويتصدق على عشرة مساكين ، وقال ابن حمزة كفارة النذر، وقال العلامة في المختلف اطعام عشرة مساكين لكل مسكين مد ويستغفرالله، لرواية محمد بن الحسن الصفار عن العسكرى عليه السلام فيما كتبه اليه[2] .

وأما المصنف فيستضعف ذلك كله ، قال في النكت: الحق عندي انه لاكفارة في شيء من ذلك، لان ماذكره الشيخان لم يثبت وما تضمنته الرواية المذكورة نادر ولا تنهض المكاتبة بالحجة لمايتطرق اليها من الاحتمال .

---

١) فى بعض النسخ « ذلك » بدل « ذكر » .

٢) الوسائل ١٥/٥٧٢ .

ومن تزوج امرأة في عدتها فارقها وكفر بخمسة أصواع من دقيق .

قوله : ومن تزوج امرأة في عدتها فارقها وكفر بخمسة اصوع من دقيق

قاله الشيخان في النهاية والمقنعة ، وليس في عبارة الشيخين الوجوب . وصرح ابن حمزة به وأنكره ابن ادريس ، ومعتمد الشيخين رواية ابي بصير عن الصادق عليه السلام[1].

وأما المرتضى فقال: من تزوج بذات بعل جاهلا بالزوجية كفر بخمسة دراهم قال الشهيد: وهو غريب، ويمكن ان يكون قولا بالاول ويكون قيمة الصاع درهماً .

وهنا فوائد :

(الاولى) العدة أعم من الرجعية والبائن وعدة الوفاة دخل أولا حرمت مؤبداً أولا، وكذا لافرق في التزويج بين الدائم والمنقطع وكون المرأة امة أوحرة .

(الثانية) الدقيق هنا من جنس مايخرج في الكفارة ، وهو الحنطة والشعير لاغيرهما .

(الثالثة) الصاع تقدم قدره، ولجمعه صيغتان أصوع باسكان الصاد والواو المضمومة ، واصبع بدل الواو المضمومة همزة، ولايجوز أصع بغير واو ولا همزة ، فانه لحن عند الاصمعي .

وتوهم ابن ادريس أن ذلك بخط الشيخ في النهاية فلحنه ، وليس بذلك بل هي اصبع بالهمزة كما قلناه . وحكى الشهيد انه وجدها بخط الشيخ كذلك .

---

١) الوسائل ١٥/ ٥٨٥ .

ومن نام عـن العشاء الاخرة حتـى جاوز نصف الليل أصبح صائماً . والاستحباب فى الكل أشبه .

(الثانية) فى جز المرأة شعر رأسها فى المصاب كفارة شهر رمضان وقيل كفـارة مرتبة ، وفى نتفه فى المصاب كفارة يمين . وكذا فى خدش وجهها . وكذا فى شق الرجل ثوبه بموت ولـده أوزوجته .

قـوله : ومن نام عن العشاء الاخـرة حتى جاوز نصف الليل اصبح صـائماً

قاله الثلاثة واتباعهم ، والمستند رواية عبدالله بن المغيرة عمن حدثه عن الصادق عليه السلام[1] .

قوله : والاستحباب فى الكل اشبه

وجه الاشبهية أصالة البراءة وعدم الوجوب وعدم دلالة الرواية على ذلك. ويـريد بالكل المسائل الاربع المذكورة[2] . وظاهـره ينافي ماذكره في باب الحيض من قوله « الاحوط الوجوب » .

ويمكن أن يجاب بأن الاخذ بالاحوط مستحب .

قوله : فى جز المرأة شعر رأسها فـى المصاب كفارة شهر رمضان ، وقيل كفارة مرتبة ، وفى نتفه فى المصاب كفارة يمين ، وكذا فى خدش وجهها ، وكذا فى شق الرجل ثوبه بموت ولده او زوجته

هذه الاحكام الاربعة ذكرها الثلاثة وأتباعهم، وادعى المرتضى وابن ادريس

---

١) الوسائل ١٥٧/٣ ، الباب ٢٩ من ابواب المواقيت .

٢) وهى الحلف بالبراءة والتزوج فى العدة والنوم عن العشاء الاخرة والوطى فى الحيض عامداً . وقال المصنف فـى الاخير ص ١٠ : وفـى وجوب الكفارة بوطئها على الزوج روايتان احوطهما الوجوب .

فيها الاجماع . ومستند الكل رواية خالد بن سدير عن الصادق عليه السلام[1] في حديث طويل .

والقائل بأنها كفارة مرتبة الشيخان ، فانهما قالا كفارته كفارة قتل الخطأ، وفسرا خصالها بلفظة « أو » ، وهي ظاهرة في التخيير . وهذا يحتمل أمرين : « ١ » أنه بيان الاجناس على التفصيل لا التخيير ، « ٢ » أن يكون كفارة الخطأ على التخيير كما هو رأي سلار .

وهنا فوائد :

(الاولى) الجز والنتف في غير المصاب هل يلحقه الحكم المذكور ؟ الظاهر نعم من باب التنبيه ، لان حال المصاب ربما رفع القصد فغيره أولى بالتكفير .

(الثانية) لافرق أيضاً بين الكل والبعض فيهما ولا بين الحلق والاحراق بالنار أوالازالة بالنورة، ولا يشترط قطع الجلد بأسره، بل لو قطع ظاهره كفى في الحكم . وكذا لاكفارة في خدش غيره من الجسد ولا في اللطم على الوجه ولا على الرجل ولوخدش وجهه اقتصاراً على مورد النقل وعملا بأصالة البراءة .

(الثالثة) المشهور جواز شق الرجل والمرأة الثوب لموت الاب والاخ، كما دلت عليه رواية خالد المذكورة ، ولما ورد أن موسى عليه السلام شق ثوبه على هارون والحسين على الحسن عليهما السلام[2]. ومنع ذلك ابن ادريس، لما فيه من اضاعة المال المنهي عنها ، والرواية خبر واحد ، والفتوى على المشهور .

---

١) التهذيب ٨/٣٢٥ .

٢) وليس فيها : « والحسين على الحسن عليهما السلام » بل فيها : ولطمن الخدود الفاطميات على الحسين بن على عليهما السلام وعلى مثله تلطم الخدود وتشق الجيوب .

(الثالثة) من نذر صوم يـوم فعجز عنه ، تصدق عنـه باطعـام المسكين مدين من طعام ، فان عجزعنه تصدق بما استطاع ، فان عجز استغفر الله .

المقصد الثانى : فى خصال الكفارة .

وهى العتق والاطعام والكسوة والصيام .

(الرابعة) لافرق بين الولد للصلب وغيره ذكراً كان أوأنثى ، وكذا لافرق بين كون الزوجة دائماً ومتعة . أما لو شق على أمته فالاثم ولا كفارة .

(الخامسة) فيرواية[1] حنان: لا بأس بشق الثوب علىالقريب وشق المرأة على زوجها. والاولى الاقتصارعلى الاب والاخ .

ولا كفارة على المرأة مطلقاً ، ولا على الرجل فيغير الولد والزوجة وان حرم على غير من ذكر .

قوله : من نذر صوم يوم فعجز عنه تصدق باطعام مسكين مدين من طعام ، فان عجز عنه تصدق بما استطاع ، فان عجز استغفرالله تعالى

هذا قـول الشيـخ في النهاية ، الا أنه لم يـذكر « فان عجز تصـدق بما استطاع » . ووجه هذه الزيادة أنه لايسقط الميسور بالمعسور .

أما المفيد فقال يقضـي ولا كفارة عليه ، وقال ابن ادريس ان رجى زوال العجز أفطر ويقضي من غير كفارة .

وفي الكل نظر ، لان ذلك اليـوم اما معين أو غيره ، والثاني يأتي بـه أي وقت شاء ولا كفارة ، والاول لا اثم فيه مع العجز ، فلا وجه لوجوب الصدقة

---

١) لم اعثر على رواية حنان واظن انها رواية اخيه خالد واشتبه الامر .

أما العتق فيتعين على الواحد فى المرتبة .
ويتحقق ذلك بملك الرقبة أوالثمن مع امكان الابتياع .
ولا بد من كونها مؤمنة أومسلمة .

والاستغفار . والحق حمل ما قيل على الاستحباب ليكـون جبراً لفوات فضيلة المنذور .

قوله : ولابد من كونها مؤمنة او مسلمة

هنا فوائد :

(الاولى) لا خلاف في اعتبار الايمان في كفارة القتل ، واختلف في غيره، فقال الشيخ[1] في الخلاف والمبسوط وابن الجنيد باجزاء الكافر ، لعدم التقييد الا في القتل فيبقى ما عداه على أصل الاجزاء ، ولرواية حسين بن سعيـد عن رجاله عن الصادق عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: كل العتق يجوز له المولود الا في كفارة القتل ، فان الله تعالى يقول « فتحرير رقبة مؤمنة »[2].

وفيه نظر ، اذ المطلق يحمل على المقيد كما تقرر في الاصول ، والرواية ضعيفة مع عدم دلالتها على المراد ، اذ المولود جاز أن يكون من مسلم .

وقال المرتضى والشيخ في النهاية[3] وابن ادريس[4] بعدم الاجزاء . وهو الحق، لعدم يقين البراءة بعتقه ، وانه خبيث لايتقرب بالانفاق منه ، لقوله تعالى « ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون »[5].

---

١) المبسوط ٦/٢١٢ ، الخلاف ٣/١٨ .
٢) سورة النساء : ٩١ . والحديث فى التهذيب ٨/٣٢٠ .
٣) النهاية : ٥٦٩ .
٤) السرائر : ٣٦٠ .
٥) سورة البقرة: ٢٦٧.

(الثانية) اكثر الاصحاب اكتفوا بالتلفظ بالشهادتين، وهو اختيار المصنف. وقال ابن ادريس لايكفي ذلك بل لابد من الايمان الاثنا عشرى، واختاره العلامة[1]. وهو الحق، لما قلناه من عدم يقين البراءة بغيره.

(الثالثة) يكفي في الايمان التبعية للابوين خاصة مطلقاً، وقال ابن الجنيد لايجزي في القتل الا البالغ الحنث[2]. لرواية الحسين بن سعيد ورواية معمر ابن يحيى عن الصادق عليه السلام[3]، وهو محمول على الندب. والمراد بالحنث الطاعة والمعصية أي يكتبان عليه.

والاقوى الاول، لقوله تعالى «وأتبعناهم ذرياتهم بايمان ألحقنا بهم ذرياتهم»[4]، ومعنى الاتباع في الايمان هو الحاق أحكامه بهم.

(الرابعة) من قال بكفر ولد الزنا لايجزي عتقه عنده، ومن قال بايمانه اذا وصف الايمان قال باجزائه. وهو الحق، لانه مؤمن فيدخل تحت النص، لرواية سعيد بن يسار عن الصادق عليه السلام: لا بأس بأن يعتق ولد الزنا[5].

نعم يشترط في ايمانه المباشرة ولا يكفي التبعية، اذ لا نسب هنا، فيشترط حينئذ البلوغ. ولا يكفي اسلام المراهق مطلقاً، لرفع القلم عنه. نعم تجب التفرقة بينه وبين من يخشى أن يستزله عن عزمه.

(الخامسة) الاخرس المتولد من كافرين مع بلوغه وعقله تكفي اشارته الدالة

---

١) المختلف، الجزء الخامس: ١١٥.

٢) بلغ الغلام الحنث اى الادراك والبلوغ. وقيل: اذا بلغ مبلغاً جرى عليه القلم بالطاعة والمعصية.

٣) الكافي ٧/ ٤٦٢، ورواية الحسين بن سعيد قد مرت قبيل هذا.

٤) سورة الطور: ٢١، والاية هكذا «والذين آمنوا واتبعتهم ذريتهم بايمان الحقنا بهم ذريتهم وما التناهم من عملهم من شيء كل امرىء بما كسب رهين».

٥) التهذيب ٨/ ٢١٨، الفقيه ٣/ ٨٦، الكافي ٦/ ١٨٢.

وان تكون سليمة من العيوب التى تعتق بها .

وهـل يجزى المدبر ؟ قال فـى « النهاية » : لا ، وفى غيرها بالجواز ، وهوأشبه .

على ايمانه .

قوله : وان تكون سليمة من العيوب التى تعتق بها

العيوب التى تعتق [بها] هي العمى والاقعاد والجذام والتنكيل، أما ماعداها من سائر أنواع العيوب كالمرض المدنف[1] والعور والعرج فيجزي العتق في الكفارة معه .

وقال ابن الجنيد لايجزي الخصي والاصم والاخرس ، وقال الشيخ فـي الخلاف[2] يجزى مقطوع اليدين والرجلين واحدى اليدين واحدى الرجلين، محتجاً بقوله تعالى « فتحرير رقبة مؤمنة »[3]. والحق أن مقطـوع الرجلين معاً غير مجز لاقعاده وما عداه مجز .

قوله : وهل يجزى المدبر ، قال فى النهاية لا وفى غيرها بالجواز ، وهو اشبه

لاكلام في اجزائه مع تقدم نقض تدبيره ، أما مع عدمه فقال في النهاية[4] لايجزي اعتماداً على رواية ، وقال ابن ادريس[5] والمصنف والعلامة يجزي . وهو أشبه ، لحصول الملك الذي هو شرط فـى الصحة وانتفاء المانع ، اذ ليس الا التدبير ، وهو يبطل بقصد العتق عن الكفارة لانه وصية يجوز الرجوع

---

١) الدنف بالتحريك : المرض الملازم، والمريض المدنف اى المثقل فى المرض .

٢) الخلاف ٣/٢٢ .

٣) سورة النساء : ٩١ .

٤) النهاية : ٥٦٩ .

٥) السرائر : ٣٦٠ ، والقواعد ، الطرف الثانى من المقصد الثالث فى الكفارات.

ويجزىء الابق مالم يعلم موته ، وأم الولد .

فيها صريحاً أو فحوى .

وكذا اختلف في اجزاء المكاتب المشروط والمطلق الذي لم يؤد شيئاً ، فقال الشيخ[1] لايصح لعدم تمامية الملك، وقال ابن ادريس[2] بالصحة لانه مملوك وكل مملوك يصح عتقه، واختار العلامة في المختلف الاول وفي القواعد الثاني. وهو الحق .

أما المطلق المؤدي بعض كتابته فلا يجزي لسبق حرية بعضه فلا يكون العتق لرقبة كاملة .

قوله : ويجزى الابق مالم يعلم موته

هذا هو المشهور، ذكره الشيخ في النهاية والمبسوط وابن ادريس ، قالا وعليه دلت أخبار أصحابنا المتواترة .

وقال في الخلاف : ان علم حياته اجزأ عتقه ، وان لم يعلم لم يجز. وبين القولين فرق، وهو أن المشكوك في حياته مجز على قوله الاول وغيرمجز على قوله الثاني .

والحق ما اختاره العلامة في المختلف ، وهو عدم الاجزاء عند الشك في حياته ، لان الاحكام الشرعية منوطة بالعلم أو الظن ، وحيث يفقدان لم يجز أن يناط فيهما حكم شرعي ، والاستصحاب حجة مع عدم المعارض .

قوله : وام الولد

لا أعرف هنا مخالفاً ، الا ابن الجنيد فانه قال الاجود أنه لايجزي. والحق خلافه ، لانها مملوكة يصح بيعها فيجوز عتقها ، اذ لا قائل بالفرق . وتؤيده

---

١) النهاية : ٥٦٩ .

٢) السرائر : ٣٦١ .

وأما الصيام : فيتعين مع العجز عن العتق في المرتبة .

ولا تباع ثياب البدن ، ولا المسكن في الكفارة ، اذا كان قدر الكفاية ، ولا الخادم .

ويلزم الحر في كفارة قتل الخطأ أو الظهار صوم شهرين متتابعين والمملوك صوم شهر .

رواية السكوني عن الصادق عن الباقر عن زين العباد عليهم السلام قال : أم الولد تجزي في الظهار[1] .

قوله واما الصيام ـ الى قوله : اذا كان قدر الكفاية

الضمير في « كان » عائد الى المسكن ، يريد أنه اذا لم يشتمل على زيادة لا يباع ، أما مع الزيادة فيباع الفاضل ويصرف في الرقبة مع وفائه بأقل رقبة مجزية ، وكذا لا يباع لو لم يزد وان غلا ثمنه وأمكن الاستبدال بالرخيص عنه مع بقاء فضلة تفي بالرقبة، لاصالة البراءة وشمول النص للغالي وعدم وجوب تحصيل شرط الواجب المشروط وارتفاع القيمة لا يعد مالا يناط به التكليف.

قوله : والمملوك صوم شهر

هذا قول الشيخين والقاضي اعتماداً على رواية محمد بن حمران صحيحاً عن الصادق عليه السلام: عليه نصف ما على الحر صوم شهر وليس عليه كفارة من صدقة ولا عتق[2]. والتقي وابن زهرة وابن ادريس لم يفرقوا بينه وبين الحر في ايجاب الشهرين لعموم الاية .

وأجيب : بأن الخاص مقدم .

---

١) التهذيب ٣١٩/٨ ، الفقيه ٣٤٦/٣ ، وفيهما عن علي عليه السلام .

٢) التهذيب ٢٤/٨ ، الفقيه ٣٤٦/٣ ، الكافي ١٥٦/٦ .

فاذا صام الحر شهراً ومن الثانى شيئاً ولو يوماً أتم .

ولو أفطر قبل ذلك أعاد الا لعذر كالحيض ، والنفاس ، والاغماء والمرض ، والجنون .

قوله : فاذا صام الحر شهراً ومن الثانى ولو يوماً اتم ، ولو افطر قبل ذلك أعاد الا لعذر كالحيض والنفاس والاغماء والمرض والجنون

هنا فوائد :

(الاولى) لاخلاف أنه او أفطر خلال الشهر الاول لغير عذر أنه يستأنف الصيام ، بخلاف ما او كان لعذر ، فانه يبني عند زواله .

وذكر المصنف من الاعذار خمسة ، ويزيد على ذلك كل سفر ضروري بحيث يشمل عدمه على تلف نفس أو مال أو مرض ، وكذا السفر الواجب .

أما لواكره على الافطار فقال الشيخ ان وجر في حلقه فهو معذور بخلاف من ضرب حتى أفطر ، والوجه عدم الفرق في كون ذلك عذراً .

(الثانية) لوعلم طريان ما يقطع التتابع لم يجز له الصوم بل يجب التأخر الى زمان يسلم فيه الشهر واليوم .

(الثالثة) لوصام من الثاني يوماً كفى في التتابع، ولوصام باقيه متفرقاً اجزأ. وهل يكون مأثوماً؟ تردد فيه المصنف في الشرائع[1] من وجوب المتابعة فالمخل بها آثم الا لعذر ولا منافاة بين جواز البناء والاثم، ومن أن جواز التفريق دليل على عدم الاثم والا لم يكن التفريق جائزاً . هذا خلف .

ونقل عن المفيد وابن الجنيد وابن زهرة الاول ، والفتوى على الثاني لتعلق النهي بالافطار .

(الرابعة) العبد اذا تابع خمسة عشر يوماً كفاه ولوفرق الباقي أجزأه .

---

١) الشرائع ٢/ ٢١١ .

وأما الاطعام : فيتعين فى المرتبة مع العجز عن الصيام .

ويجب اطعام العدد لكل واحد مـد من طعام ، وقيل مدان مع القدرة. ولايجزى اعطاؤه لما دون العدد .

ولا يجوز التكرار من الكفارة الواحدة مع التمكن ، ويجوز مع التعذر .

(الخامسة) المراد بالشهر اما العدة بين الهلالين أو ثلاثون يوماً ، فالصائم في أثناء شهر يصوم الهـلالي بعده ويكمل الاول بثلاثين على الاقوى ، لا أن يصوم قدر الفائت ، فان ذلك ليس شهراً بأحد التفسيرين .

(السادسة) لو جامع المظاهر نهاراً كان افطاراً قطعاً فيبطل التكفير لو كان في الشهر الاول اجماعاً ، أما لوجامع ليلا مطلقاً أو في نهار الثاني بعد أن صام منه يوماً فهل تبطل الكفارة ويجب الاستيناف ؟ قال الشيخ في المبسوط نعم ، واختاره العلامة . وهوالحق ، لقوله تعالى « فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا »[1] وهذا قد ماس قبل الشهرين فلم تقع الكفارة على الوجه المأمور فلا تجزي فيلزمه كفارتان .

وقال ابن ادريس لايجب الاستيناف بل كفارة واحدة أخرى ، لكونه وطئاً قبل التكفير التام . والفتوى على الاول .

قوله : لكل واحد مد من طعام وقيل مدان مع القدرة

الاول قول ابن بابويه، واختاره الحليون، لما رواه [فى رواية ن] عبدالله ابن سنان عن الصادق عليه السلام صحيحاً : أطعم ستين مسكيناً مداً مداً[2] .

---

١) سورة المجادلة : ٤ .

٢) التهذيب ٨/٣٢٢ .

والثاني قول الشيخ في النهاية والمبسوط[1]، محتجاً بالاجماع والاحتياط. والاجماع ممنوع والاحتياط معارض بأصالة البراءة .

وقال التقي والمفيد[2] وسلار بحد الاشباع ، فحينئذ قد يجزي أقل من مد اذا حصل المعنى .

وهنا فوائد :

(الاولى) يجب اطعام مايسمى طعاماً كالحنطة والشعيرودقيقهما وخبزهما، ويجوز التمر والزبيب والدخن لانها تقتات .

(الثانية) قيل يجب في كفارة اليمين أن يطعم من أوسط ما يطعم أهله ، وحمل على الافضيلة . وكذا الافضل أنيطعم مايغلب علىقوته منالمذكورات.

(الثالثة) لايجوز دفع القيمة بل العين لاغير ، فلوأراد الرفق دفع مداً ثم اشتراه ودفعه الىآخر وهكذا. لكنه مكروه .

(الرابعة) قال ابن الجنيد : لو دفع حباً وجب دفع مؤنة طحنه وخبزه . وكذا قال : يجب الغداء والعشاء . والفتوى على خلافه فيهما .

(الخامسة) يجب في المستحق شرائط أخذ الزكاة . نعم هل يجزي الفقير هنا أم لا ؟ والحق ان قلنا انه اسوأ حالا أجزأ والا فلا .

وكذا لايجزي ابن السبيل والغارم والغازي مع ملكهما مؤنة السنة .

وقال الشهيد : ان أمكن ابن السبيل الاستدانة منع والا أعطي .

وفي المكاتب خلاف : منعه الشيخ لانه قسم للمساكين ، وجوزه العلامة

---

١) النهاية : ٥٦٩ ، المبسوط ١٧٧/٥ .

٢) المقنعة : ٨٨ ، وقال فيه : اواطعامهم لكل مسكين شبعة في يومه ولايكون في جملتهم صبي صغيرولاشيخ كبيرولا مريض، وادنى ما يطعم كل واحد منهم مد من طعام ، وهو رطلان وربع .

ويطعم ما يغلب على قوته ، ويستحب أن يضم اليه أدماً أعلاه اللحم ، وأوسطه الخل ، وأدناه الملح .

ولايجزى اطعام الصغار منفردين ، ويجوز منضمين .

ولوانفردوااحتسب الاثنان بواحد .

كالزكاة. والاقوى عندي الاقتصار على منطوق النص، وهو الحصر في المساكين ليقين البراءة معه .

قوله : ويستحب أن يضم اليه اداماً[1] ـ الى آخره

قال المفيد[2] يجب الضم ، والمراد بالادم ماجرت العادة بأكله مع الخبز مائعاً كان كالزيت والدبس أو جامداً كالجبن واللحم . وتابعه سلار مستندين الى رواية ابى بصير عن الباقر عليه السلام[3] وابـى جميلة عن الصادق[4] عليه السلام ، وحملنا على الاستحباب ، للاصل ولانه غير مذكور في رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام[5].

قوله: ولا يجزى اطعام الصغار منفردين ويجوز منضمين، ولو انفردوا احتسب الاثنان بواحد

هنا فوائد :

(الاولى) ما ذكره المصنف هو قول الشيخ في النهاية[6] والقاضي، استناداً

---

١) فى المختصر النافع المطبوع: أدماً. الادام مايؤتدم به مائعاً كان أوجامداً، وجمعه أدم مثل كتاب وكتب .

٢) المقنعة : ٨٨ .

٣) الوسائل ١٥/٥٦٦ .

٤) الوسائل ١٥/٥٦٥ .

٥) الوسائل ١٥/٥٦٥ .

٦) النهاية : ٥٦٩ .

الى رواية الحلبى عن الصادق عليه السلام[1]. وقال المفيد[2] لايجوز أن يكون فيهم صغير ولا شيخ كبير ولا مريض، معتمداً على رواية غياث عن الصادق عليه السلام[3]. وحملها الشيخ على كونهم منفردين[4]. وقال ابن الجنيد وابن بابويه في المقنع[5] لايجوز الصغار في كفارة اليمين.

(الثانية) احتساب الاثنين بواحد في الاطعام لا في الدفع، فلو سلم اليهم سلم الى الصغير مثل الكبير. نعم يشترط في الصغير اذن الولي. وظاهر الشيخ في الخلاف[6] أنه لايشترط اذنه في التسليم أيضاً. والفتوى على خلافه.

(الثالثة) قال الشيخ[7]: اذا لم يجد المؤمنين ولاأطفالهم أطعم المستضعف معتمداً على رواية يونس عن ابى الحسن عليه السلام[8]، ومنعه ابن ادريس[9]. وهو الحق، لان مصرفها مصرف الزكاة. وقال القاضي ونعم ما قال: اذا لم يجد المؤمنين ولاأولادهم تبقى في ذمته الى أن يجدهم.

---

١) والظاهر هو الحديث الذى مر آنفاً، واخرجه فى الوسائل عن الحلبى عن ابى عبدالله عليه السلام فى قول الله عزوجل «من اوسط ما تطعمون اهليكم» قال: هو كما يكون ان يكون فى البيت من يأكل المد ومنهم من يأكل اكثر من المد ومنهم من يأكل أقل من المد فبين ذلك. الخ.

٢) المقنعة: ٨٨.

٣) الوسائل ١٥/ ٥٧٠.

٤) الاستبصار ٤/ ٥٣.

٥) المقنع: ١٣٦.

٦) الخلاف ٣/ ٢٧.

٧) النهاية: ٥٧٠.

٨) التهذيب ٨/ ٢٩٧.

٩) السرائر: ٣٦١.

مسائل :

(الاولى) كسوة الفقير ثوبان مع القدرة . وفـــى رواية يجزى الثوب الواحد ، وهوأشبه .

وكفارة الايلاء مثل كفارة اليمين .

قوله : كسوة الفقير ثوبان مع القدرة، وفى رواية يجزى الثوب الواحد وهو اشبه

روى الحلبى عن الصادق عليه السلام: ان الكسوة ثوبان[1]. وروى ابوبصير عنه عليه السلام : ثوب واحد[2] ، فاختلف الاصحاب في الجمع بينهما على أقوال :

(الاول) قول الشيخ[3] أن الثوبين للقادر والثوب الواحد للعاجز ، وكذا فصل التقي .

(الثاني) قول ابن الجنيد أن الثوبين يعطاهما المرأة ، لانه لاتصح صلاتها الا في درع وخمار ، والثوب الواحد يعطاه الرجل لصحة صلاته فيه .

(الثالث) حمل رواية الثوبين على الندب والواحد على الوجوب ، وهو الاجود وعليه الفتوى .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) يكفي في الثوب مسماه ولوازاراً أورداء أوسراويل ، ولايجزي المنطقة والدرع والنعل .

---

١) الوسائل ١٥/٥٦٧ .

٢) الوسائل ١٥/٥٦٦ .

٣) النهاية : ٥٧٠ .

(الثانية) من عجز عن العتق فدخل في الصيام ثم تمكن من العتق لم يلزمه العود وان كان أفضل .

(الثالثة) كل من وجب عليه صـوم شهرين متتابعين فعجز صام ثمانية عشر يوماً .

فان لم يقدر تصدق عن كل يوم بمد من طعام ، فان لم يستطع استغفر الله سبحانه .

(الرابعة) يشترط في المكفر البلوغ ، وكمال العقل ، والايمان ونية القربة ، والتعيين .

(الثانية) لايشترط كونه جديداً بل يكفي ولوغسيلا بقيت اكثر منفعته . نعم الجديد أفضل .

(الثالثة) على قدر المكسو ان كان صغيراً فيكفي ما يواريه ولو كانوا منفردين وكذا في الرجل القصير والطويل ، فلو أعطي الكبير ما يواري الصغير فالاشبه عدم الاجزاء لانتفاء المعنى المشروع لاجله .

(الرابعة) يجب كونه من جنس ما يصلى فيه المكسو ، فيجوز القطن والكتان والصوف والشعر والوبر من المأكول والفرومنه والحرير للنساء لا للرجال .

(الخامسة) لايجوز هنا أيضاً اعطاء القيمة بل العين كما تقدم .

قوله : ونية القربة والتعيين

هنا مسألتان :

(الاولى) من نية القربة لكون التكفير عبادة مشروطة بالاخلاص الذي هو معنى التقرب ، ولان العتق والصوم والاطعام تحتمل وجوهاً من العبادة ، فلا يختص بأحدها الا بالنية .

ويلزم من اشتراط القربة أن يكون مجرداً عن العوض والا لم يكن مخلصاً فلو أعتق عبده عن كفارته وشرط عليه عوضاً لم يجز لعدم تمحض المعتق للقربة. وكذا لو قال له أجنبي أعتق عبدك عن كفارتك ولك علي كذا لم يجز، لما قلناه من عدم التمحض للقربة. وكذا لايقع أيضاً عن غير الكفارة لعدم القصد.

(الثانية) اختلف في اشتراط التعيين، فقال الشيخ في النهاية والخلاف[1] يشترط التعيين مع الاختلاف، وقال في المبسوط[2] لايشترط، وقال المصنف في الشرائع [3] يعتبر نية التعيين ان اجتمعت أجناس مختلفة على الاشبه، واستشكل اشتراط التعيين لو كانت من جنس واحد. ووجه الاشبهية ما تقدم من أن النية وضعت لتمييز المشتركات، ووجه الاشكال من أن كل واحد منهما عمل يشترط تعيينه، ومن أن التكفير جنس شامل فيتناول جملة ما تحته من الجزئيات.

والمراد بالتجانس في كلامه التجانس في السبب لا في كيفية الكفارة، فالقتل والظهار حينئذ جنسان.

وأما العلامة فقال في القواعد[4] يجزي الاطلاق مع اتحاد السبب كافطار يومين أوقتلي خطأ لامع اختلافه، وقال في المختلف[5] يشترط التعيين ان كان السبب مختلفاً والحكم مختلفاً ككفارة الظهار ورمضان والا لايشترط:

أما الاول فلانه اذا أعتق من غير تعيين لم يكن صرفه الى احدى الكفارتين بأولى من الاخرى، لكن صرفه الى الظهار يبقى التخيير بين الخصال الثلاث وصرفه الى كفارة رمضان يقتضي تعيين العتق مرة ثانية، وهما مختلف فلاأولوية

---

١) الخلاف ٣/٢١.

٢) المبسوط ٦/٢٠٩.

٣) الشرائع ٢/٢١٠.

٤) القواعد، المطلب الثاني من الطرف الثاني من المقصد الثالث من كتاب الايمان.

٥) المختلف، الجزء الخامس: ١١٤.

فلايدرك الحكم الواجب على المكلف .

وأما الثاني فلانه اذا نوى الكفارة ارتفعت كفارة مطلقة بقيت الاخرى، اما يتعين فيها العتق ثانياً ان كان كفارة ظهار وقتل الخطأ أويخير فيها بين الخصال ككفارتي يمين. وما ذكره المصنف هنا من اشتراط التعيين مطلقاً أولى لحصول يقين البراءة به .

كتاب اللعان

والنظر فى أمور أربعة :

قوله :كتاب اللعان

اللعان[1] لغة مطلق المباهلة ، وشرعاً مباهلة بين الزوجين لازالة حد أوقطع نسب ولد بلفظ مخصوص عند الحاكم ، وهو فعال من اللعن ، وهـو الطرد والابعاد .

ومشروعيته بالكتاب في قوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الأأنفسهم »[2] وبالسنة في قضية هلال بن امية لمارمى زوجته بشريك بن سحماء فنزلت الايات[3]، وقضية عويمر العجلاني حين جاء الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال: يارسول الله الرجل يجد مع امرأته رجلا فقتله فتقتلونه وان هوصبرصبر على أمرمن العلقم وان ذهب ليجيء بالبينة بلغ مراده منها .

---

١) قال فى الشرح الكبير : هو لغة المباهلة المطلقة اوفعال من اللعن ، وهـو الطرد والابعاد من الخير، والاسم اللعنة . وشرعاً المباهلة بين الزوجين بكلمة مخصوصة فى ازالة حد اونفى ولد عند الحاكم . الى آخر ما قال .

٢) سورة النور : ٦ .

٣) سنن ابى داود ٢/٢٧٦ ، سنن ابـن ماجة ١/٦٦٨ ، مجمع البيان ٧/١٣٨ ، التفسير الكبير للفخر الرازى ٢٣/١٥٣ ، ١٦٤ ، ١٦٦ .

الاول : ــ السبب ، وهو أمران :

(الاول) قذف الزوجة بالزنى مع ادعاء المشاهدة وعدم البينة. ولا يثبت لو قذفها فى عدة بائنة ، ويثبت لو قذفها فى رجعية .

(الثانى) انكار من ولد على فراشه لستة أشهر فصاعداً من زوجة موطؤة بالعقد الدائم ، مالم يتجاوز أقصى الحمل .

فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك قرآناً فاذهب فأت بها فتلاعنا[1] .

والاية وان نزلت في هلال لكن تقرر في الاصول أن خصوص السبب لا يخصص، مع قوله صلى الله عليه وآله وسلم: حكمي على الواحد حكمي على الجماعة[2] .

قوله: الاول السبب وهوامران «الاول» قذف الزوجة بالزنا مع ادعاء المشاهدة وعدم البينة

هنا فوائد :

(الاولى) قيدالمصنف في الشرائع الزوجة بكونها محصنة، فلايثبت لو كانت مشهورة بالزنا حد ولالعان .

(الثانية) لولم يدع المشاهدة فهوقاذف ان أقام البينة فلاشيء عليه والاحد للقذف ، وكذا لوكان أعمى .

(الثالثة) هل يثبت اللعان مع وجود البينة ؟ قال الاكثر لانظراً الى قوله

---

١) صحيح البخارى ٢/٧٩٩ ، سنن ابى داود ٢/٢٧٣ ، سنن ابن ماجة ١/٦٦٧. اسدالغابة ٤/١٥٨ ، الاصابة ٥/٤٥ .

٢) عوالى اللئالى ٢/٩٨ .

تعالى « ولم يكن لهم شهداء الأأنفسهم »[1]، ولرواية ابن عباس: ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال لهلال بن امية : البينة والافخذ في ظهرك[2] .

وقال الشيخ في الخلاف[3] نعم، واختاره العلامة فى المختلف[4] ، محتجاً بـأن الاية خرجت مخرج الاغلب ، والحكم المقيد بالوصف الخارج مخرج الاغلب لايدل على نفيه عماعداه .

واختار المصنف في الشرائع الاول[5] ، وجعله أشبه . وهوالاقرب ، لان اللعان أمرشرعي يتوقف ثبوته على حكم الشارع ولم يثبت الامع عدم البينة، ولايستدل بمفهوم الاية ليكون من باب دليل الخطاب .

(الرابعة) هل الاعتبار بالزوجية حال القذف أوحال الزنا؟ قال الشيخ في المبسوط بالاول[6]، لعموم « والذين يرمون المحصنات»[7] الاية، ولانه لوقذف المسلمة بزنا اضافه الى زمن الكفر عزر ، ولواعتبر حال القذف لحد .

وفيهما نظر : أما الاية فلتخصيصها بآية اللعان ، وأما الثاني فلمنع التعزير أيضـاً .

(الخامسة) هذاالسبب ـ أعني القذف بالزنا ـ ذكره الثلاثة وأتباعهم وعلي ابن بابويه وابن الجنيد، ومستنده سبب النزول كما قلناه .

---

١) سورة النور : ٦ .

٢) سنن ابى داود ٢/٢٧٦ ، سنن ابـن ماجة ١/٦٦٨ وفيهما « البينة او حد فى ظهرك » .

٣) الخلاف ٣/٣١ .

٤) المختلف ، الجزء الخامس : ٥٧ .

٥) الشرائع ٢/٢١٥ .

٦) المبسوط ٥/١٩٣ .

٧) سورة النور : ٤ .

وكذا لو أنكره بعـد فراقها ولم تتزوج ، أوبعد أن تزوجت وولدت لاقل من ستة أشهر منذ دخل .

الثانى : فى الشرائط .

ويعتبر فى الملاعن البلوغ وكمال العقل .

وفى لعان الكافر قولان أشبههما : الجواز ، وكذا المملوك .

والصدوق في المقنع[1] حصره في نفي الولد، محتجاً برواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام : لايكون اللعان الابنفي الولد[2].

وأجيب : بأن في طريقها عبدالكريم بن عمرو وهو واقفي، مع أن حصرها منفي بالاية .

قوله : وفى لعان الكافر قولان اشبههما الجواز ، وكذا المملوك

هنا مسألتان :

(الاولى) ان الكافر هل يقع منـه اللعان أم لا ؟ قال الشيخ[3] فـي النهاية والمبسوط والخلاف والصدوق في المقنع[4] والتقي والقاضي نعم، لعموم الاية ولرواية الحلبى حسناً عن الصادق عليه السلام[5] .

وقال المفيد[6] وسلار وابن الجنيد لا ، لرواية ابن سنان عن الصادق عليه

---

١) المقنع : ١٢٠ .

٢) التهذيب ٨/ ١٨٥ ، الاستبصار ٣/ ٣٧١ .

٣) النهاية: ٥٢٣، المبسوط ٥/ ١٨٢ ، الخلاف ٣/ ٣١ .

٤) المقنع : ١٢٠ .

٥) التهذيب ٨/ ١٩٥ .

٦) المقنعة : ٨٥ .

وفى الملاعنة البلوغ، وكمال العقل، والسلامة من الصمم والخرس.

ولو قذفها مع أحدهما بما يوجب اللعان حرمت عليه.

وأن يكون عقدها دائماً.

وفى اعتبار الدخول قولان، المروى أنه لايقع قبله.

وقال ثالث بثبوته بالقذف دون النفى للولد.

السلام[1]، ولان اللعان شهادة لقوله «ولم يكن لهم شهداء الاأنفسهم»[2]. ويشترط فيه لفظ الشهادة، فيشترط فيه الاسلام. وفصل ابن ادريس[3] فجوزه لنفي الولد لا للقذف.

(الثانية) هل يقع من المملوك؟ قال الشيخ والصدوق والتقي والقاضي وابن الجنيد نعم للعموم، ومنع المفيد وسلار، وفصل ابن ادريس[3] كما تقدم والحجة للكل ما تقدم.

قوله: وفى اعتبار الدخول قولان، المروى انه لايقع قبله، وقال ثالث بثبوته بالقذف دون نفى الولد

قال الشيخ[4] والقاضي والتقي وابن زهرة يشترط الدخول، لرواية محمد ابن مضارب عن الصادق عليه السلام قال: لايكون ملاعناً حتى يدخل بها[5].

---

١) التهذيب ٨/١٨٨، الفقيه ٣/٣٤٧، الاستبصار ٣/٣٧٣.

٢) سورة النور: ٦.

٣) السرائر: ٣٣٠.

٤) النهاية: ٥٢٢.

٥) التهذيب ٨/١٩٧.

ويثبت بين الحر والمملوكة، وفيه رواية بالمنع، وقول ثالث بالفرق.

وكذا في رواية ابى بصيرموثقاً عن الصادق عليه السلام[1] وهوالظاهر من كلام ابن الجنيد.

ونقل ابن ادريس[2] قولا بعدم اشتراطه عملابعموم الاية، ثم انه فصل وأحسن في تفصيله بأنه يشترط في نفي الولد الدخول، لانه قبل الدخول غير لا حق به، أما الرمي بالزنا فلايشترط فيه. وهوالقول الثالث المشارإليه. قال ابن‌ادريس: وبهذا التفصيل يرتفع الخلاف، لان‌القائل الاول أراد به نفي‌الولد والثاني أراد القذف.

قال السعيد[3]: وهذا صلح من غيرتراض من الخصمين.

قلت: لان دعوى الارادة مع صريح التعميم غيرمعلوم من القائل. نعم لوقال وبهذا التفصيل يجمع بين القولين كان أنسب.

قوله: ويثبت بين الحروالمملوكة، وفيه رواية بالمنع، وهو قول ثالث بالفرق

أما الثبوت فلعموم الاية، ولرواية محمد بن مسلم عن أحدهما[4] عليهما السلام صحيحاً، وهو قول الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف والصدوق[5]،

---

١) التهذيب ٨/١٩٢، الفقيه ٣/٣٤٦.

٢) السرائر: ٣٣٠.

٣) الايضاح ٣/٤٤٤، قال فيه بعد نقل تفصيل ابن‌ادريس: والتفصيل حسن‌لكن نقله عن الاصحاب صلح من غيرتراض الخصمين.

٤) التهذيب ٨/١٨٨، الفقيه:٣/٣٤٧، الاستبصار ٣/٣٧٣.

٥) النهاية: ٥٢٣، المبسوط ٥/١٨٢، الخلاف ٣/٣١، المقنع: ١٢٠.

ويصح لعان الحامل ، لكن لايقام عليها الحد حتى تضع .

الثالث : ـ الكيفية : وهو أن يشهد الرجل أربعاً بالله ، انه لمن الصادقين فيما رماها به ، ثم يقول « ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين » ثم تشهد المرأة أربعاً انه لمن الكاذبين فيما رماها به .

وابن الجنيد ، واختاره العلامة في المختلف[1] .

وأما الرواية بالمنع فهى رواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام صحيحاً: لايلاعن الحر الامة[2] الحديث . وبها قال المفيد[3] .

وأجيب : بالحمل على المنكوحة بالملك، جمعاً بينها وبين رواية ابن مسلم المتقدمة .

وأما القول الثالث ـ وهو الفرق بثبوته في نفي الولد دون القذف ـ فوجهه أنه لاحد في قذف الرق .

وفيه نظر ، لانه وان لم يكن حد لكنه يثبت التعزير ، فلم لايثبت اللعان لاسقاطه .

قوله : ويصح لعان الحامل لكن لايقام عليها الحد حتى تضع

لاخلاف أنه لو اعترفت أو نكلت لايقام عليها الحد الابعد الوضع ، لكن المفيد[4] منع من لعانها قبل الوضع ، وتبعه سلار والتقي ، لرواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام انه قال : يلاعن في كل حال الا أن

---

١) المختلف ، الجزء الخامس : ٥٤ .

٢) التهذيب ٨/١٨٨ ، الاستبصار ٣/٣٧٣ ، الفقيه ٣/٣٤٧ .

٣) المقنعة : ٨٥ .

٤) المقنعة : ٨٥ .

ثم تقول : ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين .

والواجب فيه النطق بالشهادة ، وأن يبدأ الرجل بالتلفظ باللفظ العربى مع القدرة . والمستحب أن يجلس الحاكم مستد بر القبلة ، وأن يقف الرجل عن يمينه ، والمرأة عن يساره ، وأن يحضرمن يسمع اللعن .

تكون حاملا[1] ، ولان وضع الحمل قد يعلم به صدق أحدهما اذا علم وقت الدخول بها فيؤخر اللعان لذلك .

وقال الشيخ يصح لعانها لعموم الاية ، والحمل غيرصالح للتخصيص، فان وجوب الحد لونكلت لايستلزم اقامته حتى يخصص العموم به .

قوله : والواجب فيه النطق بالشهادة

هنا فوائد :

(الاولى) يجب هنا النطق بالشهادة كما ذكر، فلوغيرأوبدل ما يفيد المعنى لم يجز .

(الثانية) يجب ذكر اللعن في الرجل والغضب في المرأة ، فلوعكس أو أتى بالمرادف اوأتى بالظاهر بدل الضمير كقوله «على نفسي» أو «على فلان» وذكراسمه لم يجز .

(الثالثة) لوكان أخرس أشاربما يفهم منه ،كما في الاحكام من اقرار وشهادة وغيرهما. وتوقف ابن ادريس[2] لعدم العلم باشارته. فليس بشيء، لسماع اقراره بالقتل بمجرد اشارته المعقولة فهنا أولى .

قوله : والمستحب ان يجلس الحاكم مستدبرالقبلة وان يقف الرجل عن يمينه والمرأة عن يساره

---

١) التهذيب : ٨/ ١٩٠ ، الاستبصار ٣/ ٣٧٥ .

٢) السرائر : ٣٣٠ .

ووعظ الرجل بعد الشهادة قبل اللعن ، وكذا المرأة قبل ذكر الغضب .

الرابع : فى الاحكام وهى أربعة :

(الاول) يتعلق بالقذف وجوب الحد على الزوج، وبلعانه سقوطه وثبوت الرجم على المرأة ان اعترفت أو نكلت، ومع لعانها سقوطه عنها ، وانتفاء الولد عن الرجل ، وتحريمها عليه مؤبداً .

ولو نكل عن اللعان ، أو اعترف بالكذب حد للقذف .

(الثانى) لواعترف بالولد فى أثناء اللعان لحق به وتوارثا وعليه الحد .

ولو كان بعد اللعان لحق به وورثه الولد ولم يرثه الاب ومن لايتغرب به ، ويرثه الام ، ومن يتغرب بها .

هنا فائدتان :

(الاولى) المشهور أن اللعان انما يقع عند الامام أونائبه ، للاحتياج الى معرفة أحكام يحتاج فيهما الى الامام أومن يقوم مقامه من نائب أومجتهد حال الغيبة . وقال الشيخ في المبسوط انه يقع عند من يرضى به الزوجان .

(الثانية) الاكثر على أن المرأة تكون قائمة في حال تلفظ الرجل ، لرواية عبدالرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام فى حكاية اللعان زمن النبى الى أن قال : فأوقفهما رسول الله «ص» ثم قال للرجل : اشهد ـ الى آخره[1] .

---

١) التهذيب ٨/١٨٤ ، الفقيه ٣/٣٤٩ .

وفى سقوط الحد هنا روايتان ، أشهرهما : السقوط .
ولواعترفت المرأة بعداللعان بالزنى لم يثبت الحد الا أن تقر

وقال الشيخ وابنا بابويه وابـن ادريس تكون قاعدة لرواية البزنطي عن الرضا عليه السلام[1] .

قوله : وفى سقوط الحد هنا روايتان اشهرهما السقوط

رواية عدم السقوط عن محمدبن الفضيل عن الكاظم عليه السلام[2]، وعمل بها المفيد[3] وابن ابى عقيل والشيخ في المبسوط[4] والخلاف والعلامة فـي القواعد[5]، لما في اللعان من تأكيد القذف وتكراره واشتهاره، فكان أولى بثبوت الحد ، لانه اقر بأنه كذب فيه .

ورواية السقوط عن الحلبى عن الصادق عليه السلام[6] ، وعمل بها الشيخ في النهاية[7] والعلامة فـي المختلف ، وهو اختيار المصنف . ويريد بقـوله هنا الاعتراف بعد اللعان .

قوله : ولو اعترفت المرأة بعد اللعان بالزنا لم يثبت الحد الا ان تقر

---

١) الوسائل ١٥/٥٨٧ ، اخرج عن الكافى بطريقه عن ابن ابى نصر عن جميل عن محمد بن مسلم قال : سألت ابا جعفرعليه السلام عن الملاعن والملاعنة كيف يصنعان ؟ قال: يجلس الامام مستدبرالقبلة يقيمهما بين يديه مستقبل القبلة بحذائه ويبدأ بالرجل ثم ا مرأة. الـخ .

٢) التهذيب ٨/١٩٤ ، الاستبصار ٣/٣٧٦ .

٣) المقنعة : ٨٥ .

٤) المبسوط ٥/١٨٨ .

٥) القواعد ، المقصد الثالث من الباب الخامس فى اللعان .

٦) التهذيب ٨/١٩٢ ، الفقيه ٣/٣٤٨ .

٧) النهاية : ٥٢١ .

أربعاً على تردد .

(الثالث) لو طلق فادعت الحمل منه فأنكر ، فاذا أقامت بينة انه أرخى عليها الستر لاعنها وبانت منه ، وعليه المهر كملا . و هى رواية على بن جعفر عن أخيه .

وفى «النهاية» وان لم تقم بينة لزمه نصف المهر وضربت مائة سوط . وفى ايجاب الجلد : اشكال .

اربعاً على تردد

ينشأ من قوله في الشرائع[1] « ويدرأعنها العذاب أن تشهد أربع شهادات » وهذه قد شهدت والعذاب هو الحد فلا موجب لعوده ، ومن أنها أقرت أربعاً ، وكل من اقرأربعاً ثبت الحد عليه فهوسبب متجدد . واختاره الشيخ في النهاية وابن ادريس[2] .

قوله : لو طلق فادعت الحمل منه فأنكر فان اقامت بينة انه ارخى عليها الستر لاعنها وبانت منه وعليه المهر كملا ، وهى رواية على بن جعفر عن اخيه عليه السلام٣) ، وفى النهاية وان لم تقم بينة لزمه نصف المهر وضربت مائة سوط ، وفى ايجاب الحد [الجلد ن] اشكال

توجيه الرواية أن خلوة الشاب الصحيح المزاج بعرسه مظنة الدخول ، فيكون قولها موافقاً للظاهر، فيكون القول قولها ، فاذا أنكر الزوج فقد أنكر الظاهر فاحتاج الى اللعان لانها فراشه في الظاهر ، فيجب المهر كملا لالتحاق

---

١) الشرائع ٢/٢١٦ ، ٢١٧ .
٢) النهاية : ٥٢١ ، السرائر : ٣٣١ .
٣) التهذيب ٨/١٩٣ .

(الرابع) اذا قذفها فماتت قبل اللعان فله الميراث وعليه الحد للوارث .

وفي رواية « ابي بصير » ان قام رجل من أهلها فلاعنه فلا ميراث له .

وقيل : لايسقط الارث لاستقراره بالموت ، وهو حسن .

الولد به المستلزم للوطىء.

وفيه نظر، لانا نمنع أن كل شاب صحيح المزاج خلى بعرسه تكون خلوته مظنة للدخول، لما شاع وذاع من وقوع السبب المسمى بالربط، فانه يقع كثيراً.

قال ابن ادريس[1] ونعم ما قال : الرواية مبينة على أن الخلوة دخول ، والصحيح عند المحصلين من أصحابنا أن الخلوة لاتأثير لها، فالقول قول الزوج، ولا يلزمه سوى نصف المهر ولا لعان بينهما .

هذا كله مع اقامة البينة بالخلوة، اما مع عدم الاقامة فلاريب في عدم لزوم المهر كملا ، لعدم ثبوت موجبه وهو الدخول .

وأما قول الشيخ[2] بوجوب جلدها لعدم ثبوت دعواها فتكون زانية. فليس بشيء، لان عدم اقامة البينة لايستلزم كذبها في نفس الامر وثبوت زناها الموجب لجلدها ، ولانها ادعت امراً ممكناً ، فتكون شبهة مسقطة للحد كما دل عليه الحديث المشهور.

قوله : اذا قذفها فماتت قبل اللعان فله الميراث وعليه الحد للوارث وفي رواية ابي بصير[3]) ان قام رجل من اهلها فلا عنه فلا ميراث له، وقيل لايسقط الارث لاستقراره بالموت ، وهو حسن

---

١) السرائر : ٣٣١ .

٢) النهاية : ٥٢٣ .

٣) التهذيب ٨/ ١٩٠ .

أماالاول وهوثبوت الميراث فلبقاء الزوجية الىحين الموت وعدم المسقط وهو اللعان ، وأما الثاني: وهو ثبوت الحد فلان القذف موجب للحد ولايسقط مع عدم التصديق أو العفو الا بالبينة أو اللعان والفرض انتفاؤهما ، فللوارث المطالبة به .

وهل له اسقاطه باللعان؟ قال العلامة في القواعد[1] نعم ، ولا يفتقر الى لعان الوارث ، لعموم الاية ولانه شهادات للاية والشهادة لايشترط فيهاحياة المشهود عليه .

وفيه نظر ، لعدم ورود اللعان الا بين الزوجين والفرض خلافه .

وأما الرواية فعمل بها الشيخ في النهاية[2] قال : وان لم يقم أحد يلاعنه فله الميراث ويحد ثمانين سوطاً . وتبعه القاضي وابن حمزة ، والرواية مقطوعة فلا يعمل بها، ومثلها رواية أخرى عن زيد بن علي عن ابيه عن علي عليه السلام[3] فرجالهما امازيدي أوعامي فلا عمل عليها أيضاً .

مع أن لعان الوارث غير متصور لكونه مستلزماً للقطع بكذب الزوج الذي لااطلاع له عليه ، وايراده على صورة نفي العلم تغيير لصورة اللعان .

قال ابن ادريس : رجع الشيخ عن قوله هذا في المسبوط والخلاف وقال الاحكام الاربعة ـ أعني سقوط الحد عن الزوج وانتفاء النسب ـ وزوال الفراش والتحريم المؤبد ـ لاتتعلق الابلعان الزوجين معاً ، فما لم يحصل اللعان بينهما لايثبت شيء من هذه الاحكام على مقتضى مذهبنا .

وهوالحق وعليه الفتوى .

---

١) القواعد ، المقصد الثالث من الباب الخامس فى اللعان .

٢) النهاية : ٥٢٣ .

٣) التهذيب ٨/١٩٤ ، الفقيه ٣/٣٤٨ .

وقول المصنف « وقيـل لا يسقط الارث لاستقراره بالموت » كأنه ايراد على الرواية ، تقريره : انا او فرضنا قيام رجل من أهلها وجواز حصول اللعان بينهما لماكان ذلك موجباً لقطع الارث لاستقراره بالموت وتأخراللعان. وهو ايراد حسن .

كتـاب العتق

والنظر فى الرق وأسباب الازالة :

أما الرق فيختص بأهـل الحرب دون أهل الذمة ، ولو أخلوا بشرائطها جاز تملكهم .

ومن أقر على نفسه بالرقيـة مختاراً فى صحة من رأيه ، حكم برقيتـه .

واذا بيع فى الاسواق ثم ادعى الحرية لم يقبل منه الا ببينة .

قوله: كتاب العتق

العتق لغة الحريـة ، وكذلك العتاق بالفتح والعتاقة ، يقال عتق العبد يتعق بالكسر عتقاً وعتاقاً وعتاقـة فهو عتيق وعاتق ، واعتقته أنا ، قيل هو مأخوذ من الخلوص، ومنه عتاق الخيل وعتاق الطيراي خالصها، وسمي البيت الحرام عتيقاً لخلوصه من أيدي الجبابرة[1].

---

١) قال فى المهذب : قيل ـ فى تسمية البيت عتيقاً ـ لانـه اعتق من الغرق ، أى خلـص .

ولا يملك الرجل ولاالمرأة أحد الابوين وان علوا، ولاالاولاد وان سفلوا. وكذا لايملك الرجل ذوات الرحم من النساء المحرمات كالخالة والعمة وبنت الاخت وبنت الاخ ، وينعتق هؤلاء بالملك ويملك غيرهم من الرجال والنساء على كراهية ، ويتأكد فيمن يرثه.

وشرعاًتخليص الرقبة من الرق وقيل ازالة قيدالرق من أهله في محله منجزاً بصيغة مخصوصة تقرباً الى الله تعالى .

وهومعلوم من الكتاب في قوله « واذتقول للذي أنعم الله عليه وانعمت عليه»[1] قال المفسرون نعمة الله بالاسلام ونعمة الرسول صلى الله عليه وآله وسلم بالعتق .

ومن السنة في قوله صلى الله عليه وآله : من أعتق مؤمناً أعتق الله العزيز الجبار بكل عضو منه عضواً له من النار[2] وهودليل فضيلته أيضاً.

ولما كان تخليصاً من الرق فلابد من البحث في الرق وأسباب ازالته ، فلذلك قدم البحث فيهما .

قوله : ولايملك الرجل ولاالمرأة احد الابوين وان علواولا الاولاد وان سفلوا

هنا فوائد :

(الاولى) في قوله « ولايملك الرجل » الى آخره ، مناقشة فانه لولم يملك لماعتق عليه ، فان سبب العتق الملك كمايجيء ، ونفيه بسبب العتق نفي للعتق، لان عدم سبب شيء سبب لعدم ذلك الشيء كماتقررفي الكلام أن عدم المعلول مستند الى عدم علته. نعم لايملك ملكاً مستقراً، فلوقال ولايستقر ملك الرجل الى آخر

---

١) سورة الاحزاب : ٣٧ .

٢) التهذيب ٨/ ٢١٦، وفيه « مسلماً» بدل « مؤمناً » ، وفيه أيضاً : عضواً من النار .

وهل ينعتق عليه بالرضاع من ينعتق بالنسب ؟ فيه روايتان ، أشهرهما : انه ينعتق . ولا ينعتق على المرأة سوى العمودين .

واذا ملك أحدالزوجين صاحبه بطل العقد بينهما وثبت الملك.

أما ازالة الرق فأسبابها أربعة : الملك ، والمباشرة ، والسراية والعوارض ، وقد سلف الملك .

الكلام زالت المناقشة .

(الثانية) اختلف الفقهاء في أن العتق يقع بعدالملك بعدية زمانية أومعه ، بمعنى أن الشراء سبب للعتق من غير دخول في الملك .

ذهب الى كل من الاحتمالين قوم،لاحتمال النص لهما. والحق أن الايجاب والقبول سبب في الملك والملك سبب في العتق ، فيكون العتق مع الملك بالزمان وبعده بالذات ، كحركة الخاتم مع حركة الاصبع . أو نقول : يقع الملك في أول آنات العتق ثم يقع العتق في باقيها .

(الثالثة) قيل عتق القرابة مستفاد من قوله تعالى «ان دعو اللرحمن ولداً * وما ينبغي للرحمن أن يتخذولداً * ان كل من في السماوات والارض الا آتي الرحمن عبداً»[1] جعل بين البنودية والنبوة منافاة ، لانه نفى البنوة وأثبت العبودية ، فلا يجتمعان والالكان المثبت عين المنفي. وفيه بحث ذكرناه في الكنز.

قوله: وهل ينعتق عليه بالرضاع من ينعتق بالنسب؟ فيه روايتان اشهرهما انه ينعتق

رواية ابي بصير وابي العباس وعبيد كلهم عن الصادق عليه السلام[2] تدل على

---

١) سورة مريم : ٩٣ ، ٩٤ .

٢) الفقيه ٣/٦٦ ، التهذيب ٨/٢٤٣ ، الاستبصار ٤/١٧ .

أما المباشرة : فالعتق ، والكتابة ، والتدبير ، والاستيلاد .

وأما العتق : فعبارته الصريحة التحرير ، وفي لفظ العتق تر دد، ولا اعتبار بغير ذلك من الكنايات وان قصد بها العتق ، ولا تكفي الاشارة ولا الكتابة مع القدرة على النطق .

العتق ، وعمل بذلك الشيخ والصدوق في المقنع [1] ويؤيده قوله صلى الله عليه وآله وسلم: يحرم من الرضاع مايحرم من النسب[2] ورواية عبدالله بن سنان عنه عليه‌السلام[3] تدل على عدمه، وكذارواية الحلبي عن الصادق عليه‌السلام ، ورواية ابن مسلم عن أحدهما عليهما‌السلام، وأفتى بمضمونها المفيدوالتقي وابن ادريس .

والمشهور قول الشيخ ، ورواياته مع ضعف مارواه المفيد ، أماالاولى ففي طريقها سماعة ومحمد بن زياد ، وأما الثانية ففي طريقها ابن فضال .

قوله : اما المباشرة فالعتق والكتابة والتدبيروالاستيلاد

في جعل الاستيلاد سبباً مستقلا نظر ، لانه لو كان كذلك لانعتق بمجرده، وهو باطل اجماعاً منا ، بل انما ينعتق لدخولها في ملك ولدها فيكون داخلا في قسم الملك لاسبباً برأسه .

ولوقيل: ان الاستيلاد سبب للملك فيكون سبباً في الجملة. قلنا: موت السيد سبب له أيضاً ، فكان ينبغي أن يعد سبباً . ويمكن أن يجاب بأن الاستيلاد سبب مباشر بخلاف الموت فانه من جهته تعالى .

قوله : وفي لفظ العتق تردد

---

١) النهاية : ٥٤٠ ،المقنع : ٩ ١.

٢) سنن ابن ماجة ١/ ٦٢٣ ، التهذيب ٧/ ٢٩١ ، ٨/ ٢٤٤ ، الوسائل ١٤/ ٢٨٠ .

٣) التهذيب ٨/ ٢٤٥ .

ولا يصح جعله يميناً . ولابد من تجريده عن شرط متوقع أوصفة .

قيل منشأه من أن العتق كناية عن الحرية أومرادف لها ، فيكون صريحاً .

وفيه نظر، فان العتق صريح فيازالة الرق لغة وعرفاً، وهماظاهران ، وشرعاً أيضاً للاتفاق على صحته في « أعتقتك » «وتزوجتك» و« جعلت عتقك مهرك »، وكذا في صورة عتق الصادق عليه السلام : هذا ما أعتق جعفر بن محمد غلامه لوجه الله تعالى[1] .

ولا خلاف أن الكتابة لا يقع بها التحرير عندنا ، فلا يخفى ذلك على المصنف ، بل الاولى أن يكون المنشأ من أن عبارات الاصحاب أكثرها تدل على الحصر في التحرير، كقول الشيخ في الخلاف[2] العتق لايقع الابقوله « أنت حر » مع القصد الى ذلك والنية ، وقول التقي انه يفتقر الى لفظ مخصوص وقصد ، ثم قال : واللفظ قوله « أنت حر لوجه الله تعالى » وقول القاضي اللفظ ان يقول « أنت حر » وان لم يتلفظ به لم يقع . وهذه العبارات تعطي الحصر .

ومن أنه مرادف للتحرير ، وحكم المترادفين واحد كما تقرر في الاصول، فحصل التردد وهو تردد ضعيف ، لان مرادهم بالحصر ليس الا منع الوقوع بألفاظ الكنايات لانه لايقع بلفظ « أعتقت » لكونه مرادفاً فيكون صريحاً .

قوله: ولايصح جعله يميناً، ولابد من تجريده عن شرط متوقع اوصفة

---

١) التهذيب ٨/ ٢١٦، وفيه هكذا: وعنه عن ابراهيم بن ابي البلاد قال: قرأت عتق ابي عبدالله عليه السلام فاذا هو: هذا ما اعتق جعفر بن محمد أعتق غلامه فلاناً لوجه الله لايريد منه جزاء ولاشكوراً على ان يقيم الصلاة ويؤتي الزكاة ويحج البيت ويصوم شهر رمضان ويتولى اولياء الله ويتبرأ من اعداء الله . شهد فلان وفلان وفلان ثلاثة .

٢) الخلاف ٣/ ٣٧٢ .

ويجوز أن يشترط مع العتق شيء، ولرشوط اعادته فـي الرق ان خالف فقولان، المروي اللزوم .

اصطلح الفقهاء على أن المعلق عليه العتق ان قصدالزجرعنه ، نحو«انشربت الخمر فعبدي حر » سمي يميناً ، وانلم يقصد الزجرعنه فان جاز وقوعه وعدمه عادة سمي شرطاً نحـو « ان دخلت الدار فعبدي حر » وان وجب وقوعه عادة سمي صفة نحو « اذا دخل الشهرفهو حر » ، والكل عندنا لايقع العتق معه .

قوله : ويجوز ان يشترط مع العتق شيء ، ولوشرط اعادته في الرق ان خالف فقولان المروى اللزوم

العتق قابـل للشرط لاللتعليق على الشرط : أما الاول فلعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم[1] وأما الثاني فلاجماعنا الداخل فيه قول المعصوم عليه السلام .

اذاعرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) لوشرط السيد على العتيق نوعاً من الاعمال ـ كأن يقول « أنت حروشرطت عليك أنتخدمني سنة » مثلا أواكثرصح ، وهل يلزم الشرط ويجب على العبد القيام به ؟ قيل لا بل يستحب . والاولى اللزوم ، للحديث المتقدم .

نعم يشترط سوغان العمل المشترط، فلوشرط عليه عصرالخمربطل الشرط .

(الثانية) لوجعل العتق معلقاً على ذلك العمل ـ كأن يقول « انخدمتني سنة أوخطت لي الثوب الفلاني » بطل العتـق والشرط لمكان التعليق . ومثله لوقال «ان أعطيتني ألفأفأنت حر» وقيل يكون كتابة لمساواتهما فى المعنى، وهوباطل .

(الثالثة) لو شرط عليه ان لم يقم بالشرط اعاده في الرق ، قال الشيخ في النهاية[2] والقاضي لزم ، وكان له اعادته في الرق عملا بالشرط ، ولرواية اسحاق

---

١) التهذيب ٢٢/٧ ، الكافى ١٨٧/٦ ، الفقيه : روضة المتقين ١٨/٣ .

٢) النهاية : ٥٤٢ .

ويشترط في المعتق جواز التصرف ، والاختيار ، والقصد ، والقربـة .

وفي عتق الصبي اذا بلغ عشراً رواية بالجواز حسنة . ولا يصح

ابن عمار وغيره عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن الرجل يعتق مملوكه ويزوجه ابنته ويشترط عليه أن هو أغارها أن يرد في الرق. وقال : له شرطه[1].

وقال ابن ادريس[2]: اذا أعتقه صار حراً والحر لا يعود رقاً فيكون شرطاً مخالفاً للكتاب والسنة فيكون باطلا .

وهل يبطل العتق ؟ يلوح من كلامـه العدم ، وقال العلامـة في المختلف[3] بالبطلان واختاره المصنف في الشرائع[4].

وأجيب عن الرواية بالحمل على تعليق العتق على الشرط فيبطل حينئذ فيكون له شرطه ، وهو الرد في الرق .

قوله : وفي عتق الصبي اذا بلغ عشراً رواية بالجواز حسنة

هذه الرواية رواها الشيخ في التهذيب عن موسى بن بكر عن زرارة عن الباقر عليه السلام قال : ان أتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له من ماله ما أعتق وتصدق على وجه المعروف فهو جائز[5] .

وافتى بمضمونها هو واتباعه ، وخالف ابن ادريس[6] نظراً الى كونه محجوراً

---

١) الكافي ٦/ ١٧٩ . اغار عليها اى تزوج عليها .
٢) السرائر : ٣٤٥ .
٣) المختلف ، الجزء الخامس : ٧٣ .
٤) الشرائع ٢/ ٢١٩ .
٥) التهذيب ٨/ ٢٤٨ .
٦) السرائر : ٣٤٧ .

عليه ، واختاره العلامة[1] ، وهو ظاهر قول ابن الجنيد .

والمصنف استحسن العمل بالرواية ، وقدتقدم في الوصايا وجه حسن العمل بها مع أنه قال في النكت انها موقوفة على زرارة . وهو سهو القلم ، لتصريح الشيخ وغيره باسنادها الى الباقر عليه السلام .

قوله : وفي وقوعه من الكافر تردد

ينشأ من تعذر القربة في حقه التي هي شرط في الصحة، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لاعتق الا ما أريد به وجه الله[2] . ومن أنه فك رقبة وازالته ، وهو غير ممنوع منه .

وبالاول أفتى ابن ادريس[3] وبالثاني أفتى الشيخ في الخلاف[4] وقال : لكن لايرث بالولاء الا بعد الاسلام .

وللعلامة[5] تفصيل حسن ، وهو : أن الكافر ان جحد الذات الالهية فعتقه باطل لتعطيله وعدم حصول القربة منه ، وان لم يكن كذلك بل كان كفره لجحد نبي أو امام أو شريعة معلومة فعتقه صحيح لحصول التقرب الى الله منه ، فيستحق اعواضاً بنسبة الثواب فيسقط عنه بها جزءاً من عقابه .

---

١) القواعد ، الركن الثاني من الفصل الاول من المقصد الاول من كتاب العتق .

٢) التهذيب ٨/٢١٧ اخرج عن ابي عبدالله عليه السلام .

٣) السرائر : ٣٤٤ .

٤) الخلاف ٣/٣٦٩ . وقال فيه : اذا اعتق كافر مسلماً ثبت له عليه الولاء الا انه لا يرثه مادام كافراً .

٥) المختلف ، الجزء الخامس : ٧٧ .

يكون مملوكاً حال العتق مسلماً ، ولا يصح لو كان كافراً ، ويكره

قوله : ولايصح لوكان كافراً

اختلف الاصحاب في عتق العبد الكافر ، فمنعه المرتضى وقال فيه اجماع الامامية ، خلافاً لباقي الفقهاء، وبه قال الشيخ[1] في التهذيب والاستبصار، وتابعه سلار وابن ادريس[2] واختاره العلامة في القواعد والسعيد[3] لقوله تعالى «ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون »[4] والعتق انفاق .

وقال الشيخ في المبسوط[5] بالصحة مطلقاً ، لرواية الحسن بن صالح عن الصادق عليه السلام: أن علياً عليه السلام أعتق عبداً له نصرانياً فأسلم حين أعتقه[6]. قيل لادلالة فيها ، لجواز علمه باسلامه بعد العتق .

قيل فيه نظر ، اذ الشرط متقدم . وفيه نظر ، لان معلومه عليه السلام في حكم الواقع لان علمه اما عن نص أو الهام ، والاولى حملها على ظهور امارة الاسلام منه والوعد على اظهاره بالعتق فيكون لطفاً مقرباً .

وقال في النهاية بجوازه مع النذر ، جمعاً بين الرواية المذكورة ورواية سيف عن الصادق عليه السلام[7] بالمنع .

وتوقف العلامة في المختلف[8]، والاولى قول المرتضى لنقله الاجماع ، ولما في عتقه من الاعانة على الكفر .

---

١) التهذيب ٨/٢١٧ ، الاستبصار ٤/٢ .

٢) السرائر : ٣٤٤ .

٣) الايضاح ٣/٤٦٣ .

٤) سورة البقرة : ٢٦٩ .

٥) المبسوط ٦/٧٠ .

٦) التهذيب ٨/٢١٩ ، الاستبصار ٤/٢ ، الكافي ٦/١٨٢ .

٧) الفقيه ٣/٨٥ ، التهذيب ٨/٢١٨ ، الاستبصار ٤/٢ .

٨) المختلف ، الجزء الخامس ٧٠ .

لو كان مخالفاً . ولو نذر عتق أحدهما لزم . ولو شرط المولى على المعتق الخدمة زماناً معيناً صح ، ولو أبق ومات المولى فوجد بعد المدة فهل للورثة استخدامه ؟ المروي : لا .

قوله : ولونذر عتق أحدهما لزم

يريدبذلك المخالف والكافر . وفيه نظر ، لانه حكم بعدم صحة عتق الكافر فيكون حراماً وكراهة عتق المخالف ، ولايصح نذر فعل الحرام ولا المكروه .

قوله: ولوشرط المولى على المعتق الخدمة زماناً معيناً صح، ولوابق ومات المولى فوجد بعد المدة فهل للورثة استخدامه ؟ المروى لا

أما اشتراط الخدمة فلامانع منه، لما تقدم من كون العتق قابلا للشرط. وتؤيده الرواية المشار اليها، وهي ماروا ه يعقوب بن شعيب صحيحاً عن الصادق عليه السلام في رجل أعتق جارية وشرط عليها أن تخدم خمس سنين فأبقت ثم مات الرجل فوجدها ورثته ألهم أن يستخدموها ؟ قال:لا[1]. ولان السيد قبل العتق مالك للعبد ومنافعه فيكون اشتراط الخدمة استثناء منها .

وهل يشترط رضى العبد ؟ قيل نعم ، لانه كالكتابة المشروط فيها القبول ، لماقلنا من كونه استثناء مما كان ملكاًله . وقيل لايشترط في الخدمة ، أما لوشرط عليه مالا فلابد من رضاه . والفرق أن الخدمة استثناء والمال مغفود .

قال ابن الجنيد : تجب نفقته وكسوته على السيد حال الخدمة ، لانه منعه من الكسب . وهو قريب .

وأما كونه اذا أبق مدة الخدمة فهل للورثة استخدامه أم لا ؟ قال الشيخ[2] لا

---

١) التهذيب ٨/٢٢٢ ، الفقيه ٣/٦٩ ، الكافى ٦/١٧٩ .
٢) النهاية : ٥٤٢ .

واذا طلب المملوك البيع لم تجب اجابته .

ويكره التفريق بين الولد وأمه . وقيل : يحرم . واذا أتى على المملوك المؤمن سبع سنين يستحب عتقه ، وكذا لو ضرب مملوكه ما هو حد .

مسائل سبع :

(الاولى) : لونذر تحرير أول مملوك يملكه فملك جماعة تخير فى أحدهم ، وقيل : يقرع بينهم ، وقال ثالث : لايلزمه عتق .

لمادلت عليه الرواية المذكورة . وبه قال ابن الجنيد ، ولم يذكرا غيرذلك .

وقال ابن ادريس[1] واختاره العلامة[2] في المختلف والقواعد ان لهم الاجرة عن تلك المدة ، فأما نفس الخدمة فليس لهم عليه ذلك : أما أولا فلاختصاص الخدمة بالميت ، وأماثانياً فلفوات وقتها المعين ، ولذلك قيدها المصنف بقوله « زماناً معيناً »، والرواية ليس فيها منع للاجرة ، لان نفي الاستخدام لايستلزم نفي الاجرة .

قوله : ويكره التفريق بين الولد وامه ، وقيل يحرم

تقدم في البيع تقرير ذلك ، فلا وجه لاعادته .

قوله: لونذرتحرير أول مملوك يملكه فملك جماعة تخير فى احدهم وقيل يقرع بينهم ، وقال ثالث لايلزمه عتق

الاول قول ابن الجنيد، ويظهرمن المصنف اختياره. والمستند رواية الحسن

---

١) السرائر : ٣٤٥ .

٢) المختلف ، الجزء الخامس ٧٤ ، القواعد : الفصل الثانى من المقصد الاول من كتاب العتق .

الصيقل عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن رجل قال : أول مملوك أملكه فهو حر فأصاب ستة . قال : انما كان نيته على واحد فليختر أيهم شاء فليعتقه[1].

قال ابن الجنيد : فان مات أومنع عن بيان ارادته أقرع وأعتق من تخرجه القرعة .

قال العلامة[2]: الحسن لاأعرفه مع أن في طريقها اسماعيل بن يسار الهاشمي وهو ضعيف .

والثاني قول الشيخ[3] وابن بابويه والقاضي ، والمستند رواية الحلبى عن الصادق عليه السلام في رجل قال :أول مملوك أملكه فهو حر فورث سبعة جميعاً قال : يقرع بينهم ويعتق الذي خرج اسمه[4] وبمعناه روى عبدالله بن سليمان[5] .

والثالث قول ابن ادريس[6]، محتجاً بأن « اول » اذا أضيف الى العام أفاد العموم وان أضيف الى الخاص أفاد الخصوص ، ومملوك نكرة لايعم،فكأنه قال : اذا ملكت واحداً هو « أول » فاذا ملك جماعة لم يحصل الشرط فلم يجب العتق.

وفيه نظر ،لان الشرط وان لم يحصل بالنسبة الى كل واحد من الباقين لكنه حاصل بالنسبة الى مايملكه . فكما أنه اذا ملك واحداً يعتق عليه لانه أول فكذا اذا ملك جماعة دفعة .

واختار العلامة[7] والسعيد قول الشيخ ، لان الاول يعتبر فيه قيد سلبى وقيد ايجابى

---

١) الفقيه ٣/٩٢ ، التهذيب ٨/٢٢٦ ، الاستبصار ٤/٥ .

٢) المختلف ، الجزء الخامس ٧٥ .

٣) النهاية ٥٤٣ قال فيه: اقرع بينهم فمن اخرج اسمه اعتقه وقد روى انه مخير فى عتق ايهم شاء .

٤) التهذيب ٨/٢٢٥ فيه : ويعتق الذى قرع .

٥) التهذيب ٨/٢٢٦ ، الاستبصار ٤/٥ .

٦) السرائر : ٣٤٦ .

٧) الايضاح ٣/٤٨٠ .

(الثانية) لونذر عتق اول ماتلده ، فولدت توأمين عتقا .

والسلبى هوأنه لم يسبقه غيره ، والايجابى أنه يسبق غيره ، والاول يعتبرفيه الفعل والثاني يكفي فيه الامكان ان سبقه على آخر يمكن أن يملكه ، فكل واحد أول حينئذ وليس أحدهم أولى من الاخر ، فتجب القرعة .

واحتمل العلامة في القواعد[1] عتق الجميع ، لحصول صفة الاولية بالنسبة الى كل واحد ، كمالوقال « من سبق فله عشرة » قال : وفيه ضعف ، لعدم العموم في محل النزاع ، فان « مملوكاً » للخصوص بخلاف المثال فان «من »للعموم .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) لونذر عتق أول أمة يملكها فملك اماءاً دفعة فالحكم كما تقدم .

(الثانية) لونذر لاول داخل شيئاً فدخل جماعة دفعة فالحكم كذلك .

(الثالثة) لونذر عتق آخر [واحد ن] مملوك يملكه فالوجوه الثلاثة جارية فيه الا أن يشترط تعقب موت المالك له ، بمعنى أنه لا يتخلل بين ملكه وبين الموت ملك آخر .

(الرابعة) حكم العهد واليمين حكم النذر في ذلك كله ، وان لم يكن الثلاثة مذكورة في الرواية فالحكم فيهما من دلالة الاقتضاء .

(الخامسة) لو قصد بالمملوك أوالداخل الجنس أمكن تغير الحكم ويكون حكمه حكم أول مايملك كما يجيء .

قوله : لونذر عتق اول ما تلده فولدت توأمين عتقا

قد عرفت من قبل أن لفظة «اول » ان أضيفت الى العام عمت وان أضيفت الى الخاص خصت وماهنا من أدوات العموم فيعم المضاف اليها ، فلذلك عتق

---

١) القواعد ، الفصل الثانى من المقصد الاول من كتاب العتق .

التوأمان ولم تعتق المماليك جميعاً . قيل عليه : ان الحكم يلحق المضاف دون المضاف اليه ، فانك تقول « غلام زيد قائم » فالقائم هو الغلام لازيد .

واكتساء «افعل» عموم المضاف اليه ممنوع، لانك تقول «جاءني أفضل الناس» وان لم يكن الجائي الا رجل واحد، وحينئذ لاوجه للفرق بين المسألتين الا ماقاله ابن ادريس[1] من التأويل ، وهو أن يكون المراد بأول ماتلده أول ماتحمله حتى يصح عتق التوأمين جميعاً ، وان أراد أول ولد تلده فالوجه عتق الاول دون الثاني ، لعدم اتصافه بالاولية . لكن هذا لايعلم منه المراد اذا كان الناذر ميتاً ، لان الضمائر غير معلومة الا لله سبحانه .

اذا عرفت هذا فاعلم أن الشيخ واتباعه ذكروا هـذه المسألة ، ومستندهم رواية عبدالله بن الفضل الهاشمي مرفوعاً قال : قضى علي عليه السلام في رجل نكح وليدة رجل أعتق ربها أول ولد تلده فولدت توأماً. فقال : اعتق كلاهما[2].

وفيه نظر ، لان الرواية غير مطابقة للفرض ، لانه فرق بين أول ماتلده وبين أول ولد، لعموم اول على زعمهم دون الثاني، فلفظها مناف للحكم المستند اليها.

نعم قال في المبسوط[3] اذا قال أول من يدخل من عبيدي حر فدخل اثنان لم يعتق أحدهما ، لانه لاأول بينهما. قال: وقد روي في أحاديثنا أن الاثنين يعتقان، لانهم يروون انه اذا قال « أول ما تلده الجارية فهو حر » فولدت توأمين أنهما يعتقان، فان كان ذلك اشارة الى الرواية فقد عرفت ما فيها ، وان كان الى غيرها فيمكن أن يكون مما فيه دلالة على ذلك الحكم .

---

١) السرائر : ٣٤٦ .

٢) التهذيب ٨/ ٢٣١ ، الكافي ٦/ ١٩٥ .

٣) المبسوط ٦/ ٢٤٨ .

(الثالثة): لواعتق بعض مماليكه فقيل له: هل أعتقت مماليكك؟ فقال : نعم ، لم ينعتق الا من سبق عتقه .

(الرابعة): لونذر أمته ان وطأها صح فان أخرجها عن ملكه انحلت اليمين وان عادت بملك مستأنف .

قوله : لواعتق بعض مماليكه فقيل هل اعتقت مماليكك فقال نعم لم ينعتق الا من سبق عتقه

هنا مقدمات :

(الاولى) العتق لايحصل الا مع قصدانشاء العتق بصيغة وضعها الشارع لانشائه .

(الثانية) نعم وضعت للاخبار والا لم تقع جواباً للاستخبار ، لكنها تقع جواباً له فيكون للاخبار ، وهو المطلوب .

(الثالثة) انه لاشيء من الاخبار بانشاء لان الاخبار يستدعي سبقية نسبة والانشاء لايستدعي ذلك بل هومحدث للنسبة بنفسه، فلايكون أحدهما قائماًمقام الاخر .

اذا عرفت هذاظهرلك بأدنى فكرأن قوله«نعم» عقيب الاستخبارلايقتضي عتقاً بل ان حصل شيء فذاك سهوالواقع والا فلا عتق في نفس الامرلكن في الظاهر يقضى عليه بعتق من يتناوله لفظ السؤال ، فان كان مفرداً حكم عليه بعتق واحد وان كان جمعاً فهل يحكم عليه بعتق ما يصدق عليه أقل الجمع وهو ثلاثة أو يكفي الواحد ؟ وجهان مبنيان على أنه هل يشترط في تخصيص العام بقاء كثرة أم لا . وتحقيقه فى الاصول .

قوله: لونذر عتق امتا ان وطئها [1]) فخرجت عن ملكه انحلت اليمين وان عادت بملك مستأنف

---

١) فى المختصر المطبوع بالقاهرة : ان وطئها صح فان اخرجها عن ملكه .

(الخامسة) : لو نذر عتق كل عبد قديم في ملكه أعتق من كان له في ملكه ستة اشهر فصاعداً .

هذه رواية صحيحاً عن أحدهما عليهما السلام[1] ، وليس فيها ذكر النذر بل مجرد التعليق، وحملها الاصحاب عليه لاجماعهم على منع العتق المعتلق على شرط . نعم هنا حكمان :

الاول : الاكثر على الحل بخروجها عن ملكه وان عادت لقرينة الحال في تخصيصه بملكه وقدزال ، والتنبيه عليه في الرواية فانها خـرجت عـن ملكه . وتوقف هنا ابن ادريس والعلامة ، اذ لامانع من النفوذ في ملك الغير ، أما لو عمم فلا كلام في عدم الحل بالخروج ، كقوله « متى وطئت » وشبهه .

الثاني : استدل الشهيد بها على انحلال اليمين لوخالف المكلف مقتضاه سهواً أوجهلا أواكراهاً ، وانه لوخالف مقتضاه بعد ذلك لم يحنث وان تعمد .

وفيه نظر: أماأولا فلمنع دلالة الرواية على ذكره بوجه منوجوه الدلالات وأما ثانياً فلوجوب العمل بمقتضى اليمين، خرج مادل عليه الحديث وهو رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه، فيبقى الباقي على عمومه . وأما الايلاء فخرج للاجماع عليه .

قوله : لونذر عتق كل عبد قديم في ملكه اعتق من كان له في ملكه ستة اشهر فصاعداً

مستند هـذا الحكم رواية داود الرقي عـن بعض أصحابنا عن الرضا عليه

---

١) الفقيه ٣/٦٨ ، التهذيب ٨/٢٢٦ ، والرواية هـذه : محمد عـن احدهما عليهما السلام قال: سألته عنالرجل تكون له الامة فيقول « متىآتيها فهى حرة » ثم يبيعها من رجل آخرثم يشتريها بعد ذلك. قال : لابأس بأن يأتيها قد خرجت من ملكه .

السلام[1]، وهي وان كانت ضعيفة للكنها مؤيدة بالشهرة وبالكتاب في قوله تعالى « حتى عاد كالعرجون القديم »[2] .

وهنا فائدتان :

(الاولى) هل يتعدى الحكم الى غيرذلك من الصدقة بمال قديم أوالوصية بمال قديم أو الاقرار بمال قديم ؟ استشكله العلامة[3] من احتمال كونه حقيقة فيتناوله لذلك عنداطلاقه، ولهذا حمله الاصحاب عليه، وذلك من خواص الحقيقة واذا كان حقيقة تعدى الى الكل. ومن احتمال المجاز ، لانه لغة حقيقة فيما قدم زمانه وعرفاً فيمالاأول لوجوده . وهما غير مرادين هنا اجماعاً فيكون فيها ذكر مجازاً، لاصالةعدم النقل، ولاشيء من المجاز بمطرد بنفسه الابنقل صريح وليس.

(الثانية) لوقصرت مدة كل واحد من عبيده عن الستة الاشهر احتمل بطلان العتق لعدم شرطه وأصالة بقاء الملك، واحتمل عتق من ملكه أولالتعذر الحمل على الشرعي فيحمل على العرفي جرياً على القاعدة الاصولية . وهو مقرب العلامة في القواعد .

هذا مع ترتبهم وقصر الزمان عن الستة ، أما لوملكهم دفعة وقصرت المدة احتمل عتقهم كلهم لوجودالمعنى، وهوعدم سبق غيرهم عليهم وسبقهم على من سيتجدد اذ لامكان كاف في الكل .

واحتمل عدم عتق أحد لعدم القديم بالمعنى الشرعي ، والمعنى عدم في الترتيب . واختار السعيد[4] البطلان ، لاصالة بقاء الملك .

---

١) التهذيب ٨/ ٢٣١ ، الكافي ٦/ ١٩٥ ، الفقيه ٣/ ٩٣ . عن داود النهدى .

٢) سورة يس : ٣٩ .

٣) القواعد ، الفصل الثانى من المقصد الاول من كتاب العتق .

٤) الايضاح ٣/ ٤٨٢ ، ٤٨٣ .

(السادسة) : مال المعتق لمولاه وان لم يشترط. وقيل: ان لم يعلم به فهوله ، وان علم ولم يستثنه ، فهوللعبد .

(السابعة) : اذا عتق ثلث عبيده استخرج الثلث بالقرعة.

قوله : مال المعتق لمولاه وان لم يشترطه. وقيل ان لم يعلم به فهوله وان علم ولم يستثنه فهوللعبد

الاول قول ابن ادريس[1]، واختاره المصنف والعلامة[2] بناء على عدم ملكه وقد تقدم .

والثاني قول الشيخ في النهاية[3] وابن الجنيد وابن بابويه والتقي، ومستندهم رواية ابي جرير صحيحاً عن الكاظم عليه السلام[4]، وهـو بناء على أنه يملك . نعم التفصيل الى كونه معلوماً للسيد ولم يستثنه فيكون للعبد ، والى كونه غير معلوم للسيد فيكون له ، فمستندهـم فيه رواية زرارة صحيحاً عـن الباقر عليه السلام[5] ، ورواية عبدالرحمن بن ابى عبدالله[5] .

والفتوى على الاول ، لان العبد اما أن لايملك فـي نفس الامر فالذي معه لسيده ،واما انيملك فالمال له . ولا أثر للعلم في الصورتين ، لان العلم لايصير من ليس بمالك مالكاً ،وعدم الاستثناء ليس دليلا على التمليك ، غايته أنه يدل على الاباحة ولانزاع فيها ، فان العبد أهل للاباحة قبل عتقه . وبعد عتقه

قوله : اذا اعتق ثلث عبيده استخرج الثلث بالقرعة

---

١) السرائر : ٣٤٦ .

٢) القواعد ، الفصل الثانى من المقصد الاول من كتاب العتق .

٣) النهاية : ٥٤٣ .

٤) الفقيه ٣/٩٣ ، التهذيب ٨/٢٢٤ ، الاستبصار ٤/١١ .

٥) الفقيه ٣/٧٠ ، التهذيب ٨/٢٢٣ .

اذا أعتق ثلث عبيده ولم يعين أوأعتقهم كلهم في مرض الموت ولامال سواهم ولم يجز الورثة عتق الثلث منهم في الصورتين : أما الاولى فاجماع ، وأما الثانية فعلى الاصح ، لماتقدم في الوصايا . وكذا لوأوصى بعتقهم ولامال سواهم ، ولا اجازة ينعتق[1] الثلث بالقرعة ، فهنا فوائد :

(الاولى) ثبتت القرعة هنا بفعل النبى صلى الله عليه وآله وسلم، لماورد في الخبر المشهور عن عمران بن الحصين أن رجلا من الانصار أعتق ستة مماليك في مرضه ولامال له غيرهم ،فجزأهم رسول الله« ص »ستة أجزاء فأعتق اثنين وأرق أربعاً[2]. وهو نص في أمرين :احدهما استعمال القرعة ، وثانيهما جمع الجزئية لا انه مجزء فى الكل . وأيضاً ثبت عنهم عليهم السلام : كل مجهول فيه القرعه[3] . واذا حكم بالعتق وعدم التعيين جاءت الجهالة .

(الثانية) محل القرعة اما للتعيين ، كما اذا قال « أحد عبيدي حر » أو للتنفيذ كما في المريض والوصية كما تقدم ، أو لرفع اشتباه المعين في نفس الامر ، كما لو أعتق معيناً ثم نسيه وأيس من التذكر ، أو أعتق المريض مرتباً واشتبه . والقرعة فى هذين كاشفة لما هو معين في الواقع .

(الثالثة) اذا أمكن التعديل عدداً وقيمة معاً فلا اشكال فيه ،كمالو كانوا ثلاثة قيمة كل واحد مائة، وأما اذا لم يتفق ذلك بل اذا عدلوا قيمة اختلف العدد وان عدلوا عدداً اختلف القيمة فأيهما المعتبر ؟

قال قوم : يعتبر الاول وهو القيمة ، واختاره الشيخ . وهو الاقوى ، لان العبيد مال من الاموال ، وكما أنه اذا أوصى بثلث ماله يستخرج الثلث بتقويم

---

١) فى بعض النسخ : ويعتبر .

٢) سنن البيهقى ١٠/ ٢٨٥ ، المستدرك الباب ١٦ الجزء ٢ من كتاب الوصية .

٣) التهذيب ٦/ ٢٤٠ ، الفقيه ٣/ ٥٢ .

أ جناسه المختلفة لا بالعدد، فكذا هنا. وأيضاً الدار اذا لم يمكن قسمتها بالمساحة يعدل بالقيمة فكذا هنا .

وقال قوم بالثاني ، استناداً الى فعل النبـى صلى الله عليه وآله وسلم كما تقدم ، ولان الثلث مضاف الى العبيد لا الى قيمتهم ، فتقدير القيمة على خلاف الظاهر .

وأجيب عن الاول : بأنه اتفق فيها القيمة والعدد فلا دلالة على أحدهما . وعن الثاني: انا لانقول ان القيمة مضاف يقدر حتى يكون على خلاف الاصل، وكيف يكون كذلك والعتق انما تعلق بالعبيد لا بقيمتهم ، بل نقول : ان الثلث مضاف الى العبيد باعتبار ماليتهم لا باعتبار عددهم واشخاصهم ، وثلث المالية لا يتحقق الا باعتبار القيمة .

(الرابعة) اذا لم يمكن التعديل عدداً وقيمة معاً اعتبرنا القيمة كما تقدم ، فهنا وجوه :

الاول : ان يختلفوا قيمة يمكن التعديل بها من غير احتياج الى جزء ، كما اذا كانوا أربعة قيمة اثنين مائة وقيمة كل واحد من الباقين مائة أو ستة قيمة واحد مائة واثنين مائة وثلاثة مائة .

الثانى : ان يتفقوا قيمة ويحتاج الى الجزء كخمسة قيمة كل واحد مائة .

الثالث: انيختلفوا قيمة ويحتاج الى الجزء، كثلاثة قيمة واحد مائة وواحد مائة وخمسون والثالث مائتان وخمسون .

(الخامسة) في كيفية القرعة . قال الشيخ[1] انه مخير بين اخراج الاسماء على الرقية والحرية وبين اخراج الرقية والحرية على الاسماء ، أما الاول بأن يكتب ثلاث رقاع في كل رقعة اسم كل ثلث أما واحد أو اثنان أو غير ذلك ،

---

١) المبسوط ٦/٥٨ .

وأما السراية : فمن أعتق شقصاً من عبده أعتق كله ، ولو كان له شريك قوم عليه نصيبه ان كان موسراً ، وسعى العبد فى فك باقيه ان كان المعتق معسراً. وقيل: ان قصد الاضرار فكه ان كان موسراً وبطل العتق ان كان معسراً ، وان قصد القربة لم يلزمه فكه ، وسعى العبد فى حصة الشريك ، فان امتنع العبد استقر ملك الشريك على

فان شئت أخرجت رقعة على الحرية فمن خرج فهو حر ، وان شئت أخرجت على الرقية ، فلابد من رقعتين فمن بقي فهو حر . وأما الثاني بأن يكتب أيضاً ثلاث رقاع في رقعة منها حرية وفي كل من الباقيتين رقية ثم يخرج باسم ثلث، فان خرجت الحرية كفت بذلك والا احتجت الى رقعة أخرى لثلث آخر، فمن بقي فهو حر .

قيل عليه : ان جواز كتبه اثنين في رقعة اذا كانا هما الثلث مثلا مبني على أن حكم الله سبحانه بالحرية تابع للقرعة، أما اذا قلنا ان القرعة كاشفة عن الحكم ينبغي أن يكتب لكل عبد رقعة ، لانه لو جمع بين عبدين في رقعة جاز أن يكون أحدهما حراً في حكم الله سبحانه والاخر عبداً ، فلا تكون القرعة كاشفة عن الحكم .

قوله : واما السراية فمن اعتق شقصاً ١) من عبده عتق كله ، ولو كان له شريك قوم عليه نصيبه ان كان موسراً وسعى العبد فى فك باقيه ان كان المعتق معسراً، وقيل ان قصد الاضرار فكه ان كان موسراً وبطل العتق ان كان معسراً، وان قصد القربة لم يلزمه فكه وسعى العبد فى حصة الشريك ، فان امتنع العبد استقر ملك الشريك على حصته

---

١) الشقص كحمل: النصيب فى العين المشتركة من كل شيء والجمع اشقاص كأحمال.

الاول ـ وهو اختيار المصنف ـ قول المفيد وابن بابويه[1] والمرتضى وسلار ، والمستند رواية الحلبي صحيحاً عن الصادق عليه السلام[2] ، ورواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام[3] .

والثاني قول الشيخ في النهاية[4] والقاضي. وألزمهما ابن ادريس[5] التناقض، لانه لاعتق الا ما أريد به وجه الله فكيف يقع لقصد المضارة .

وأجاب بعض الفضلاء بأن الشيخ لم يرد ان العتق يقع لقصد المضارة فقط فانه لايشك فيه أحد أنه لايقع ، بل أراد أنه اذا قصد وجه الله تعالى بالذات والمضارة بالعرض يكون واقعاً، لان المضارة لازمة للعتق حينئذ وان لم يقصد، كالتبرد في الطهارة مع القربة .

وفيه نظر ، لانا نمنع الصحة في الصورتين ، لمنافاته الاخلاص المأمور به ، وللحصر في قوله صلى الله عليه وآله وسلم : لاعتق الا ما أريد به وجه الله تعالى[6] .

احتج الشيخ على لزوم الفك مع الاضرار واليسار برواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: اذا أعتق مضارة وهو موسر ضمن بفورية، واذا أعتق لوجه الله تعالى كان الغلام قد أعتق من حصة من أعتق، فيستعملونه على قدر ما أعتق منه له ولهم، فان كان نصف عمل لهم يوماً وله يوماً، وان أعتق الشريك مضاراً وهو

---

١) المقنعة : ٨٦ ، المقنع : ١٥٦ .

٢) الكافي ١٨٢/٦ .

٣) التهذيب ٢٢٠/٨ ، الفقيه ٦٧/٣ ، الكافي ١٨٢/٦ ، الاستبصار ٤/٤ .

٤) النهاية : ٥٤٢ .

٥) السرائر : ٣٤٥ .

٦) التهذيب ٢١٧/٨ ، اخرجه عن الصادق عليه السلام .

معسر فلا عتق له ، لانه أراد أن يعسر على القوم فيرجع القوم على حصصهم[1].

وعلى عدم اللزوم اذا قصد القربة برواية الحسن بن زياد قال: قلت للصادق عليه السلام: رجل أعتق شركاً له في غلام مملوك أعليه شيء ؟ قال : لا[2]. ومثله رواية يعقوب بن شعيب عنه عليه السلام[2].

وأجاب عن حجة الاولين بحمل الروايات على الاستحباب. والفتوى على الاول ، لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : من أعتق شقصاً من عبد عتق عليه كله[3] . واطلاق قول علي عليه السلام وقد سئل عن ذلك فقال : ليس لله شريك[4]. وروايات الشيخ ليست صريحة في مراده .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) يشترط في العتق المذكور صدوره باختياره، اما مباشرة أوتسبيباً، والمباشرة ظاهرة وأما التسبيب كما لو اشترى بعض قريبه فعتق عليه فانه يسري عليه عتق الباقي ، لان فاعل السبب فاعل المسبب .

أما لو ملكه بالارث وشبهه فعتق مالكه فهل يسري الى باقيه؟ قال الشيخ في الخلاف[5] نعم مستدلا بالاجماع والاخبار ، وهو اختيار ابن الجنيد ، ومنع في المبسوط والنهاية ، واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة . ومنشأ الخلاف أن السبب الموجب هل يقال له فاعل ولاثره مفعول أم لا ؟ اختلف المتكلمون في ذلك : فقال بعضهم لايسمى بذلك فلا يدخل تحت قوله صلى الله عليه وآله

---

١) التهذيب ٨/٢٢١، الفقيه ٣/٦٨ باختلاف يسير بينهما .

٢) التهذيب ٨/٢١٩ ، الاستبصار ٤/٢ . شركاً : اى حصة ونصيباً .

٣) سنن ابى داود ٤/٢٣ ، سنن ابن ماجة ٢/٨٤٤ .

٤) سنن ابى داود ٤/٢٣ ، نسبه الى النبى صلى الله عليه وآله وسلم .

٥) الخلاف ٣/٣٦٨ .

وسلم: من أعتق شقصاً من عبد عتق عليه كله، وقال بعضهم نعم يسمى فيدخل . والحق الاول ، امنع التسمية والصدق ، وان سلم فمجاز، والنص محمول على الحقيقة .

(الثانية) اليسار المعتبر في السراية هو أن يملك حال العتق زيادة عن دار سكناه وخادمه ودابته وثيابه المعتادة وقوت يوم له ولعياله الواجبي النفقة مايسع قيمة نصيب الشريك . وهنا فروع :

الاول : لوقدر على قيمة بعض النصيب وجب فكه ، لان حكم الكل جار في الجزء. وهو فتوى العلامة في القواعد[1] ومقوى الشهيد[2]. ويحتمل العدم، لبقاء الاضرار برق البعض ورد لحصول السعاية من العبد في باقيه .

الثاني: لوكان عليه دين مستغرق لما في يده فهومعسرلانه في حكم المنتزع. وهو فتوى القواعد ومختار السعيد[3].

وقال الشهيد انه موسر ، لان له مالا ، فان الدين لم يسلبه أهلية الملك ، فيشمله قوله صلى الله عليه وآله وسلم: من أعتق شركاً من عبد وله مال قوم عليه الباقي[4]. ولانه لوزاد دينه على ماله ولا حجر وطالبه واحد من الديان وجب اعطاؤه وان كان للباقين ما يستغرق ماله ، فلو كان وجود الدين المستغرق يجعله معسراً لحرمت مطالبته على كل واحد منهم . والعتق هنا أولى ، لانه مبني على التغليب وفيه ملك قهري بعوض .

وفيه نظر، لانا نمنع شمول الحديث له والا لشمل صاحب دار السكنى وليس

---

١) القواعد ، الفصل الثالث من المقصد الاول من كتاب العتق .

٢) راجع شرح اللمعة ٢/١٥٩ .

٣) الايضاح ٣/٤٩٣ .

٤) سنن ابن ماجة ٢/٨٤٤، سنن ابي داود ٤/٢٣، اخرجا روايات في هذا الشأن .

كذلك اجماعاً . ونمنع أيضاً لزوم حرمة مطالبته لو كان معسراً باستغراق الدين بماله ، لانا انما حكمنا باعساره بالنسبة الى ما يطرأ عليه من الحقوق المشروطة باليسر لامطلقا حتى بالنسبة الى أصحاب الديون والالزم عدم وجوب أداء الدين المستغرق . وهو باطل .

على أنه يلزم القائل بيساره وجوب الحج عليه مع استغراق الدين لماله، وهو باطل اجماعاً . وأيضاً يلزمه وجوب تقديم الشريك على الديان لوفلس المعتق ، وليس كذلك .

الثالث: لوطرأ عليه اليساربعد العتق فلا تقويم لعدم حصول الشرط حالته . نعم لو طرأ عليه الدين المستغرق وتلفت الاعواض أو كان الدين لاعن عوض كالمهر أمكن القول بتقديم الشريك لسبقه وأمكن التقسيط للتساوي في الاستحقاق .

(الثالثة) : لو تعلق بالشقص حق لازم فان منع من نقل الملك كالوقف فلا سراية على الاقوى ، وقيل بها للعموم، وهو ضعيف .

وأما الكتابة والاستيلاد فيحتمل المنع من السراية، لما قلنا من امتناع النقل. واختاره الشهيد واستقرب العلامة في القواعد[1] السراية لانهما يؤلان الى العتق فلا يمنعانه، ولعموم قوله « ص » : ليس لله شريك . وان لم يمنع النقل كالرهن والاجارة حصلت السراية لحصول شرطها وعدم المانع، أماغيراللازم فكالتدبير والوصية فالسراية متحتمة جزماً .

(الرابعة) مع حصول الشرائط هل ينعتق باللفظ الصادر من المعتق أو به مع أداء القيمة أو يكون مراعى ؟ قال ابن ادريس بالاول ، للحديث المتقدم في قوله صلى الله عليه وآله « فقد عتق كله » عقب عتق النصيب بعتق ملكه بلا

---

١) راجع الايضاح ٣/٤٩٧ .

حصته ، واذا أعتق الحامل تحرر الحمل ولو استثنى رقه لرواية السكوني ، وفيه مع ضعف السند اشكال منشأه عدم القصد الى عتقه.

فصل ، و« قد » للتحقيق فلا يتوقف على غيره .

وقال المفيد بالثاني ، واختاره الشيخ في الخلاف والمصنف والعلامة في المختلف ، لان للاداء مدخلا في العلية ولهذا لاينعتق بالاعسار ، ولانه لولاه لزم اضرار الشريك لوهرب المعتق أو ماطل أو تلفت أمواله، ولصحيحة محمد ابن قيس عن الباقر عليه السلام[1] .

وقال الشيخ في المبسوط بالثالث، لانه جمع بين القولين. ومعنى المراعاة أنه مع الاداء يظهر انعتاقه بالاعتاق ومع عدم الاداء يظهر استقرار ملك الشريك ويترتب النماء . وتوقف العلامة في القواعد والسعيد والشهيد، وللخلاف في ذلك فوائد يطول الكتاب بذكرها .

قوله : واذا أعتق الحامل تحرر الحمل ، ولو استثنى رقه لرواية السكوني ، وفيه مع ضعف السند اشكال منشأه عدم القصد الى عتقه

أفتى الشيخ في النهاية[2] والقاضي وابن حمزة وابن الجنيد بمضمون الرواية المذكورة ، وهي عن الباقر وعن الصادق عليهما السلام[3] .

وقال ابن ادريس[4]: الاصل حرية ما في بطنها، ولا دليل يعارضه من كتاب ولا سنة . نعم هو مذهب الشافعي بناء على أن الحمل كبعض أعضائها فينعتق بالسراية .

---

١) راجع ص : ٤١٩ .

٢) النهاية : ٥٤٥ .

٣) الفقيه ٣ / ٨١ ، التهذيب ٨ / ٢٣٦ . وفيهما : عن جعفر عن ابيه عليهما السلام .

٤) السرائر : ٣٤٧ .

وأما العوارض : فالعمى ، والجذام ، وتنكيل المولى بعبده . وألحق الاصحاب الاقعاد ، فمتى حصل أحد هذه الاسباب فيه انعتق وكذا اذا أسلم العبد في دارالحرب سابقاً على مولاه ، وكذا لو كان العبد وارثاً ولا وارث غيره دفعت قيمته على مولاه .

والمصنف استشكل من حيث قول الشيخ والرواية ، ومن قوة حجة ابن ادريس . والاقوى عدم انعتاقه لعدم القصد اليه . نعم لو قصد عتقه انعتق .

قوله : والتنكيل ١)

تردد فيه المصنف في الشرائع[٢] من أصالة بقاء الملك فلا يزول الا بدليل، ومن رواية هشام بن سالم عن ابى بصير عن الصادق عليه السلام[٣] . وأفتى بها الشيخ[٤] .

قوله : والحق الاصحاب الاقعاد

ظاهره أنه اجماع منهم ، مع أنه لم يوجد في كلام كلهم ، فلو قال بعض الاصحاب لكان أولى، وانما اسنده الى القائل به لعدم ظفره بمستنده. وزاد ابن حمزة البرص ، ولا أعرف له مستنداً .

قوله : وكذا اذا اسلم العبد في دار الحرب سابقاً على مولاه

هل يشترط مع ذلك خروجه الينا قبل سيده أم لا؟ قال الشيخ[٥] نعم يشترط لاصالة بقاء الرق، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم : أيما عبد خرج قبل مولاه

---

١) في المختصر النافع : وتنكيل المولى بعبده .
٢) الشرائع ٢/٢٢١ .
٣) الكافي ٧/١٧٢ ، الفقيه ٣/٨٥ ، التهذيب ٨/٢٢٣ .
٤) النهاية : ٥٤٠ ، الخلاف ٣/٣٦٨ .
٥) النهاية : ٢٩٥ .

فهو حر وبعده فهو عبد[1] . والفرق قهر العبد [سيده على نفسه في الاول وعدمه في الثاني فيبقى][2] على اصل الرقية .

وقال ابن ادريس : لايشترط لحصول الاسلام المانع من الملك في حالتي الخروج وعدمه . وفيه نظر ، لان الاسلام مانع من دوام السبيل لا مطلقاً .

---

١) التهذيب ١٥٢/٦ .

٢) ليس ما بين القوسين فى النسخة الاولى .

كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاد

قوله : كتاب التدبير

هو تفعيل من قولك دبرت الشيء أدبره اذا أخرته ، فان دبر الشيء ودبره آخره . وسمي هذا العتق شرعاً تدبيراً لانه جعل أخيراً بعد الوفاة ، فكأنه أخر تصرفاته . وهو في الحقيقة عتق معلق على الوفاة .

وهنا فوائد :

(الاولى) أنه في الاصل مندوب لانه عتق، فيدخل تحت عموم الامر بالعتق. وقد يكره تدبير المخالف أو الكافر على قول . وقد يخرج الى حيز الوجوب بنذر أوعهد أويمين، وحينئذ هل يبرأ بمجرد الصيغة وله الرجوع ؟ قال بعضهم نعم . وليس بشيء بل يلزم استمراره . ولا يصح الرجوع فيه لعدم الغرض المقصود ، وهو فك الرق بعد الوفاة .

(الثانية) أنه لايكفي فيه قول السيد « أنت مدبر أودبرتك » ، لان ذلك كناية عنه لاصريح فيه بل يقول أنت حرأوعتيق أومعتق بعد وفاتي اما مطلقاً أو مقيداً.

(الثالثة) قال الشيخان[1] يشترط أن يقول « أنت رق في حياتي حر بعد

---

١) المقنعة : ٨٦ ، النهاية : ٥٥٢ .

أما التدبير فلفظه الصريح : أنت حر بعد وفاتي ، ولابد فيه من النية. ولا حكم لعبارة الصبي ، ولا المجنون ، ولا السكران ، ولا المحرج الذي لا قصد له ، وفى اشتراط القربة تردد .

ولوحملت المدبرة من مولاها لم يبطل تدبيرها وتنعتق بوفاته من الثلث ، ولو حملت من غيره بعد التدبير فالولد مدبر كهيئتها.

ولو رجع فى تدبيرها لم يصح رجوعه فى تدبير الاولاد ، وفيه

وفاتي » ، وقال ابن ابى عقيل يقول « أنت مدبر في حياتي حر بعد وفاتي » ، وكلاهما غيرمشترط لحصول المعنى بدون ذكر ماقالوه. نعم ذلك يفيد تأكيداً، وفي الحقيقة ليست المسألة خلافية كما توهم ابن ادريس[1].

قوله : وفى اشتراط القربة تردد

ينشأ من كونه عتقاً فيشترط القربة لقوله صلى الله عليه وآله وسلم لاعتق الا ما اريد به وجه الله وللاجماع ومن كونه وصية مخصوصة والوصية ليس من شرطها القربة. والاولى الاول، ويتفرع على القولين وقوعه من الكافر فعلى اشتراط القربة لايقع الا على ما تقدم من التفصيل وعلى عدم اشتراطها يقع .

قوله : ولو رجع المولى فى تدبيرها لم يصح رجوعه فى تدبير الاولاد . وفيه قول آخر ضعيف

اللام في الاولاد للعهد ، أي الاولاد الذين تجددوا بعد التدبير على وجه يملكهم السيد فانهم يكونون حينئذ مدبرين بحكم الشرع لا بمباشرة السيد ، وعليه دلت رواية أبان بن تغلب عن الصادق عليه السلام[2] . ولان النماء تابع

---

١) السرائر : ٣٥٠ .

٢) التهذيب ٢٥٩/٨ ، الكافى ١٨٤/٦ ، الاستبصار ٢٩/٤ .

قول آخر ضعيف. ولو أولد المدبر من مملوكة كان ولده مدبراً.

ولو مات الاب قبل المولى لم يبطل تدبير الاولاد وعتقوا بعد موت المولى من ثلثه، ولو قصر سعوا فيما بقي منهم، ولو دبر الحبلى لم يسر الى ولدها، وفى رواية ان علم بحبلها فما فى بطنها بمنزلتها.

لاصله غالباً في الاحكام.

وهل لورجع في تدبير الام كان له ذلك في الولد؟ قال الشيخ وأتباعه لا، لدلالة رواية ابان المذكور عن الصادق عليه السلام على ذلك، ولانه لم يباشر تدبيره فلا يباشر رده الى الرق.

وقال ابن ادريس له ذلك، لاصالة جواز الرجوع في الوصية، والتدبير وصية. وضعفه المصنف بأن تدبيره ليس بمباشرته بل بحكم الشرع وعلى وجه التوليد.

وفيه نظر، فان حسن المدح والذم على المستولد يقتضي اضافته الى المباشرة.

ويمكن أن يجاب: بأن ذلك الحسن متصور مع القصد الى التوليد أو الى ايجاد السبب الموجب، وهما منفيان هنا.

قوله: وفى رواية ان علم بحبلها فما فى بطنها بمنزلتها

هذه رواها الشيخ في التهذيب والصدوق في الفقيه عن الوشا عن الرضا عليه السلام[1]، وأفتيا بمضمونها، ولان علمه بما في بطنها وعدم استثنائه دليل على قصد تدبيره.

وفيه نظر، فانه لالزوم بين علمه وعدم استثنائه وبين القصد الى تدبيره.

---

١) الكافى ٦/١٨٣، التهذيب ٨/٢٦٠، الفقيه ٣/٧١، الاستبصار ٤/٣١.

ويعتبر فى المدبر جواز التصرف والاختيار والقصد .

وفى صحته من الكافر تردد ، أشبههه الجواز .

والتدبيروصية يرجع المولى فيه متى شاء ، فلورجع قولا صح قطعاً ، أما لو باعه أو وهبه فقولان ، أحدهما : يبطل به التدبير ، وهوالاشبه . والاخر: لا يبطل ويمضي البيع فى خدمته وكذا الهبة ،

وهو ظاهر لامكان عدم القصد الى التدبير وعدمه فالحق اذن ماقاله المصنف، وهو اختيار ابن ادريس .

قوله: وفى صحته من الكافر تردد اشبهه الجواز

تقدم منشأ تردده ، والمختار جـوازه من الكافر غير المعطل لامكان تقربه . نعم لايستحق ثواباً بل عوضـاً غير دائم أو اسقاطاً لجزء من عقابه على وجه لا يظهر له التخفيف .

قوله : اما لو باعه او وهبه فقـولان احدهما يبطل به التـدبير وهو الاشبه ، والاخر لايبطل ويمضى البيع فى خدمته وكذا الهبة

لاخلاف أنه مع تقدم الرجوع القولي أوالتصريح بقصد الرجوع ببيعه أنه يبطل تدبيره ، ومع عدم الامرين ان صرح ببيع رقبته أو هبتها فكذلك ، وان صرح ببيع منافعه أوهبتها لم‌يكن رجوعاً ويتحرربموت سيده. أما مع الاطلاق فأكثر الاصحاب قالوا بانصراف البيـع والهبة الى منافعه وانه لايبطل بذلك ، وقال الحليون ببطلان التدبير وصحة البيع والهبة فى رقبته بناء على كونه وصية والوصية يبطل بذلك .

قال ابن ادريس[1] : والبطلان بذلك قول المرتضى في الناصريات .

---

١) السرائر : ٣٥١ .

أما الروايات في هذا الباب فبعضها دال على جواز بيعه المستلزم لبطلان تدبيره كرواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام صحيحاً وقد سئل عن ذلك فقال : هو مملوكه ان شاء باعه وان شاء أعتقه وان شاء أمسكه حتى يموت ، فاذا مات السيد فهو حر من ثلثه[1] وغير ذلك من الروايات . وبعضها دال على المنع من بيعه وعلى أنه يعتق عند موت سيده ، وفي ذلك دلالة على بقاء حكم التدبير . نعم في بعضها أنه مع ارادة البيع يبيع الخدمة في مدة حياته ، وفي بعضها اباحة البيع مع اشتراط التحرير عند موت السيد، فحمل الشيخ[2] روايات الجواز على تقدير نقض التدبير أو على صرف البيع الى خدمته لا رقبته وروايات المنع على منع بيعه قبل نقض تدبيره .

قال ابن ادريس : البيع حقيقة في نقل العين ، فلا يجوز حمله على نقل المنفعة . وحكم ببطلان روايات المنع من البيع لمنافاتها الاصل والدليل ، أو يحمل على الصلح على الخدمة مدة حياته .

وأما العلامة فحمل روايات المنع على التدبير الواجب وروايات الجواز على التدبير المندوب ، وحمل رواية بيع الخدمة على الاجارة مدة معينة ، فاذا انقضت واجره مدة أخرى .

وأما المصنف فحكم هنا ببطلان التدبير ، وفي الشرائع[3] قال : ان قصد بالبيع بطلان التدبير به صح البيع وبطل التدبير ، وان لم يقصد صرف الى الخدمة . وكأنه حمل آخر للروايات مع أنه حكم في موضع آخر ببطلان بيع الخدمة لانها منفعة مجهولة .

---

١) الكافي ١٨٥/٦ ، التهذيب ٢٥٩/٨ ، الاستبصار ٢٧/٤ .

٢) الاستبصار ٢٩/٤ .

٣) الشرائع ٢٢٢/٢ .

والمدبر رق ، ويتحرر بموت المولى من ثلثه . والدين مقدم على التدبير ، سواء كان سابقاً على التدبير أو متأخراً. وفيه رواية بالتفصيل متروكـة .

والشهيد[1] تابع المشهور في بقاء حكم التدبير وجواز بيـع الخدمة ، لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم باع خدمة المدبر ولم يبع رقبته[2]. والجهالة غير قادحه ، لجواز استثناء ذلك من الحكم العام .

والاولى عندي أنه يؤمر من يريد بيع مدبره بتقديم الرجوع بالقول ليخرج ذلك عن الحكم المشكوك فيه ، لان التدبير وان كان وصية لكن جاز أن يكون له خصوصية تمنع من الرجوع فيه الا بالصريح . ورواية ابن مسلم جاز عـود الغاية والشرط فيها الى الجمل المتقدمة كلها كما هو رأي بعض الاصوليين، ويحمل جواز البيع على اشتراط العتق كما هو مصرح به في رواية ابـن مسلم الاخرى عن أحدهما عليهما السلام[2] ورواية الحلبي عن الصادق عليه السلام[3] ، وحينئذ لا تكون صريحة في جواز البيع مطلقاً .

وقول بعض الفضلاء : ان اختصاص البيع بالاعيان اصطلاح الفقهاء فجاز استعماله في المنافع لغة ، وهو المراد ، ولا نسلم أن اطلاق البيع حينئذ يبطل التدبير ، لجواز ارادة الخدمة به. فيه نظر : أما أولا فلان الحقيقة الشرعية مقدمة على اللغوية، واما ثانياً فلان جواز ارادة ذلك لغة لا يستلزم صحته شرعاً وترتب الاحكام عليه والا لزم الاشتمار في ألفاظ العقود اللازمة وهو باطل .

قوله : وفيه رواية بالتفصيل متروكة

---

١) قاله في الدروس .

٢) التهذيب ٨/ ٢٦٠ ، الاستبصار ٤/ ٢٩ .

٣) التهذيب ٨/ ٢٦٣ ، الفقيه ٣/ ٧١ ، الاستبصار ٤/ ٢٨ .

ويبطل التدبير باباق المدبر ، ولو أولد له فى حال اباقه كان أولاده رقاً .

قد تقدم أن التدبيروصية وكل وصية دين فالدين مقدم عليها ، والمقدمتان اجماعيتان . وأما الرواية المتروكة فهي ما رواه حسن بن علي بن يقطين عن أخيه الحسين عن علي بن يقطين عن ابى الحسن عليه السلام[1] .

وأما التفصيل فهو أن التدبيران وقع فراراً من أداء دين سابق فهو باطل ، وان وقع حال الصحة فلا سبيل للديان عليه ويحكم بصحته . ومثل ذلك روى ابو بصير عن الصادق عليه السلام[2] ايضاً ، وعمل الشيخ في النهاية عليه[3] . والاولى أن لايحكم بترك هاتين الروايتين لصحتهما . نعم تحملان على تدبير واجب كما تقدم .

قوله : ولواولد له فى حال اباقه كان اولاده رقاً

لاخلاف بين الاصحاب ان الاباق مبطل للتدبير المباشر وان الاولاد الحاصلين بعده أرقاء ،لان النماء تابع لاصله ، ومن ولد قبله مدبرون بحكم الشرع ولايبطل تدبيرهم باباق أبيهم .وهل يبطل باباقهم أنفسهم ؟ نظر:من اطلاق الحكم ببطلان التدبير بالاباق ، ومن أن تدبيرهم ليس بالمباشرة بل بالسراية . وليس حكمها حكم المباشرة ، لماتقدم من عدم جواز الرجوع معها .

و هنا فوائد :

(الاولى) الولد التابع في التدبير يشترط كونه ملكاً للسيد لالغيره .

---

١) التهذيب ٢٦١٨ ، الاستبصار ٢٨/٤ .

٢) التهذيب ٢٦١/٨ ، الفقيه ٧٢/٣ .

٣) النهاية : ٥٥٣ .

ولو جعل خدمة عبده لغيره ثم قال: هو حر بعد وفاة المخدوم صح على الروايـــة، ولوأبق لم يبطل تدبيره فصار حراً بالوفاة ولا سبيل عليه .

(الثانية) يشترط حصوله من عقد أو شبهة أوتحليل، فلو كان من زنالم يثبت له حكم التدبير لعدم لحوقه بأحد، وقال الشيخ يكون مدبراً، لانه مملوك للسيد. وفيه نظر .

(الثالثة) ان قلنا ان العبد يملك فأولاد المدبرمن أمته مدبرون ، وان أحلنا ذلك فالامة للسيد والحكم في وطئها كماتقدم .

قوله : ولوجعل خدمة عبده لغيره ثم قال هوحربعد وفاة المخدوم صح على الرواية ، ولوابق لم يبطل تدبيره

هذا قول الشيخ في النهاية[1] والقاضي وابن حمزة وابن الجنيد، والمستند الرواية المذكورة، وهي عن يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام في الرجل تكون له الجارية تخدمه فيقول هي لفلان تخدمه ماعاش فاذا مات فهي حرة فتابق الامة قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أوستة ثم يجدها ورثته ألهم ان يستخدموها بعد ما أبقت؟ قال :اذامات الرجل فقد عتقت[2]، ولان العتق قابل للتنجيز والتأخير ولاتفاوت بين الاشخاص ، وقد جاز تعليقه بوفاة السيد فلينجز بوفاة غيره .

واختاره العلامة في المختلف والقواعد[3] ، قال : لان المقتضي للابطال ليس جعل الخدمة للغير لانه سائغ اجماعاً ، ولا تأخير التحرير لانـه جائز في

---

١) النهاية : ٤٣٠ .

٢) التهذيب ٨/ ٢٦٤ .

٣) المختلف، الجزء الخامس ٨٥ . القواعد ، الفصل الثالث من المقصد الثانى من كتاب العتق .

المدبر اجماعاً . ولا خصوصية من تعليق التحرير بموته، اذلااعتبار بذلك في نظر الشرع .

وفي الجيمع نظر :

أما أولا : فلما قاله ابـن ادريس[1] ان التدبير هو تعليق العتق على موت السيد كمااجمع عليه اهل العلم لاعلى موت غيرالسيد .

وأما ثانياً : فلان الرواية وان سلم العمل بخبر الواحد فلادلالة فيها على المطلوب ، لاحتمال عود الضمير في قوله « ماعاش » وفي قوله « اذامات » الى الرجل المالك الاأنه ترك الحكاية ولذلك اشتبه ، وكذلك الضمير في قوله « ألهم » يعود الى ورثة المالك . فيكون هذا على الاحتمال تدبيراً لاتعليقاً .

ان قلت : فحينئذ ينبغي أن يبطل بالاق كما هوشأن التدبير ، لكن الرواية دلت على عدم ذلك .

قلت : جاز أن يكون تدبيراً واجباً بالنذر وشبهه فلايبطل بالاباق ، فتنعتق عند موت سيدها .

وأما ثالثاً : فانانمنع عدم التفاوت بين الاشخاص، فان التدبير وصية ولاشيء من الوصية يصح معلقاً على موت الغير .

وأما رابعاً : فلان حصر العلامة الابطال فيما ذكر ممنوع ، اذ لقائل أن يقول : المقتضي للبطلان أنه عتق معلق ، ومن شرط العتق التنجيز ، خرج منه التدبير بالاجماع والدليل فيبقى الباقي على المنع .

وأما خامساً: فلان التدبير حكم شرعي، وكل حكم شرعي لابد له من دليل شرعي ، وليس لماعرفت من ضعف المستند .

وهنا فوائد :

---

١) السرائر : ٣٥٠ .

وأما المكاتبة : فتستدعي بيان أركانها وأحكامها .

(الاولى) ان الرواية دلت على التعليق بوفاة المخدوم وحمل عليه الزوج ، امالعدم التفاوت كما قالوا أولحصول الملابسة بين الزوج والزوجة كالملابسة بين الخادم والمخدوم .

(الثانية) على القول بالجواز لومات المخدوم في حياة السيدعتق من الاصل، لانه عتق حال حياة المالك فيكون كالمنجز في الصحة .

(الثالثة) الظاهر أنه يجوز الرجوع في هذا التدبير عند القائل به ، ولاينافي ذلك عتقه من الاصل ولا عدم بطلانه بالاباق، لجواز اختلاف الاحكام باختلاف الاعتبار في الاول واختلاف الخصوصيات في الثاني .

قوله : واما المكاتبة [1] فتستدعي بيان اركانها ـ الى آخره

هنا فوائد :

(الاولى) انها مشتقة من الكتب وهوالجمع ، لانضمام بعض النجوم الى بعض، ومنه كتبت البغلة لانضمام شفريها[2] بحلقة أوسير، وكتبت القربة لانضمام حواشيها بالخرز .

(الثانية) قال بعض الفقهاء انها عتق بصفة ، أي اعتاقها على مال في ذمته ،

---

١) قال في اللسان نقلاعن ابن الاثير: الكتابة ان يكاتب الرجل عبده على مال يؤديه اليه منجماً، فاذا أداه صارحراً. قال: وسميت كتابة بمصدر كتب لانه يكتب على نفسه لمولاه ثمنه ويكتب مولاه له عليه العتق. والعبد مكاتب . وانما نص العبد بالمفعول لان اصل المكاتبة من المولى وهوالذى يكاتب عبده .

٢) الشفرجمعه اشفار كقفل واقفال ، شفر كل شيء حرفه ، ومنه شفرالعين والفرج ، ومنه شفير النهر ، وشفرالعين : ما ينبت عليه الهدب . والسيرالذى يقدد من الجلد جمعه سيور مثل فلس وفلوس .

كما لوشرط عليه الخدمة في المعتق المنجز .

وفيه نظر، لمفارقتهاالعتق بحصوله عاجلا واشتراطه بالقربة، بخلاف الكتابة في الامرين ، فانها تتوقف على أداء المال ولايشترط فيها القربة .

(الثالثة) قال التقي وابن ادريس هى بيع للعبد من نفسه ويلزمها ثبوت الخيار فيها ، والشيخ منع الخيار فيهما وجوز التقابل . وفي القولين نظر من وجوه :

الاول : أنها يشترط فيها الاجل على قول الاكثر بخلاف البيع .

الثاني: أن البيع فيه خيار المجلس والحيوان وليس في الكتابة شيء منها.

الثالث : أن البائع يجوز أن يشترط لنفسه الخيار في نفس العقد وليس للسيد ذلك في نفس العقد .

الرابع : أن البيع انتقال عين مملوكة من شخص الى آخر ، فلابد فيه من تحقق اضافة الملك بين المشتري والمبيع لتوقف الاضافة على تغائر المضافين . فالحق اذاً أنها معاملة مستقلة ليست بيعاً ولا عتقاً بصفة .

(الرابعة) صيغة العقد أن يقول السيد « كاتبتك على أن تؤدي الي كذا في وقت كذا فاذا أديت فأنت حر » فيقبل العبد . كذا قال الشيخ في الخلاف[1] وابن ادريس[2].

وقال في المبسوط[3] لا حاجة الى قوله « فاذا أديت فأنت حر » ، لان ذلك غاية الكتابة ، فهي دالة عليه كما لايجب ذكر غاية البيع والاجارة . نعم لابد من قصد ذلك ، لان الكتابة لايعرفها الا العلماء فلا يحكم عليه بالعتق بمجرد

---

١) الخلاف ٣/٣٧١ .

٢) السرائر : ٣٤٩ .

٣) المبسوط ٦/٧٤ .

والاركان أربعة: العقد ، والملك ، والمكاتب ، والعوض .
والكتابة مستحبة مع الديانة وامكان الاكتساب ، وتتأكد بسؤال المملوك ، وتستحب مع التماسه ولو كان عاجزاً .

لفظها من دون تعليق العتق بالاداء . ولا شك ان هذا أحوط .

(الخامسة) للكتابة خواص يفارق بها غيرها : « الف » وقوع المعاملة بين المالك وعبده ولا يصح ذلك غيرها. « ب » ان العوض والمعوض ملك السيد، اذ لولا العقد لكان الكسب ملكاً للسيد . « ج » انه يملك من بين العبيد ويثبت له ارش الجناية على سيده الجاني عليه وعليه الارش لسيده المجني عليه بخلاف باقي العبيد . « د » ان المكاتب على درجة بين الاستقلال بالتصرف وعدم الاستقلال، فانه غير ممنوع مطلقاً لجواز بيعه وشرائه واجارته وسائر عقوده مع عدم المحاباة في ذلك وان لم يأذن السيد ولا سائغ له مطلقاً جوازهبته وصدقته وتبرعاته الا باذن منه .

قوله : والكتابة مستحبة مع الديانة وامكان الاكتساب وتتأكد بسؤال المملوك وتستحب مع التماسه ولو كان عاجزاً

في ظاهر هذه العبارة ايهام تناقض، لان الاستحباب اذا كان مشروطاً بامكان الاكتساب فكيف تتأكد مع العجز، فان العجز عن الاكتساب يضاد القدرة عليه.

ويمكن أن يجاب : بأن المراد ان استحبابها مع عدم سؤال العبد مشروط بامكان الاكتساب ومع سؤاله ليس مشروطاً به، لان سؤاله دليل على امكان اداثه وان ام يكن قادراً على اكتسابه بأن وعده احد بالاعانة .

اذا عرفت هذا فهنا فائدتان :

(الاولى) انها مع عدم الديانة وامكان الاكتساب غير مستحبة بل جائز، لعدم

المنع من ذلك شرعاً . وأصالة الجواز ودلالة المفهوم المخالف باطل عندنا .

(الثانية) ان اشتراط الديانة في الاستحباب معلوم من قوله تعالى « ان علمتم فيهم خيراً »[1] . قال السيد : الخير هو عمل يثاب عليه . وقال ابن ادريس[2] المراد لدين والايمان ، وقال الشيخ[3] في المبسوط والخلاف هو هنا بمعنى الكسب والامانة لوروده في الكتاب فيهما معاً كقوله« وانه لحب الخير لشديد»[4] والمراد المال ، وكذا قوله تعالى « ان ترك خيراً »[5] أي مالا ، وقوله « ومن يعمل مثقال ذرة خيراً يره »[6] والمراد العمل الصالح فحمل على المعنيين .

وفيه نظر ، لان استعمال المشترك في كلا المعنيين ممنوع عند الاكثر ، ومن جوزه فهو مجاز لايصار اليه الا بدليل وليس . وأيضاً كسب المال ليس بمال فيكون مجازاً . هذا مع أنه ورد الخير بغير ماذكر ، كقوله « والبدن جعلناها لكم من شعائر الله لكم فيها خير »[7] أي ثواب ، وليس في شيء من ذلك ذكر الكسب .

قوله : وهى قسمان ، فان اقتصر على العقد فهى مطلقة وان اشترط

---

١) سورة النور : ٣٣ .

٢) السرائر : ٣٥٠ .

٣) المبسوط ٦/٧٢ ، الخلاف ٣/٣٧٢ .

٤) سورة العاديات : ٨ .

٥) سورة البقرة : ١٨٠ .

٦) سورة الزلزلة : ٧ .

٧) سورة الحج : ٣٦ .

عوده رقاً مع العجز فهى مشروطة

هنا فائدتان :

(احداهما) اختلف فى هذا العقد هل هو جائز أم لازم ؟ قال ابـن حمزة المشروطة جائزة والمطلقة لازمة من طرف السيد فقط، وقال الشيخ وجماعة ان المطلقة لازمة من الطرفين والمشروطة لازمة من طرف السيد جائزة من طرف العبد، واختاره ابن ادريس[1] لان للعبد تعجيز نفسه . وهوممنوع بل تجب عليه السعي ولو امتنع أجبر لاقتضاء عقد الكتابة وجوب الاداء والفرض امكانه فيجبر عليه كما في الواجبات .

واختار المصنف والعلامة[2] لزومها بنوعيها . وهوالحق ، لانها عقد وكل عقد أصله اللزوم ، لقوله « أوفوا بالعقود »[3] وخرج من ذلك ما أخرجه الدليل فيبقى الباقي على المنع .

(ثانيتهما)أوجب الشيخ[4] التأجيل في النوعين معاً،اذلووقعت حالة فالمعاملة اما على ما في يد العبد وهو باطل لانه ملك للسيد ، واما على متوقع فيجب ضرب الاجل لحصوله لئلاتتطرق الجهالة المستلزمة للغرر المنهى عنه. وقال ابن حمزة وابن ادريس[5] تصح حالة ، لجواز أن يعده انسان بالاعانة أو يعطى من مال الصدقات فيحصل الغرض .

---

١) السرائر : ٣٤٩ .

٢) القواعد ، المقصد الثالث من كتاب العتق .

٣) سورة المائدة : ١ .

٤) المبسوط ٦/٧٣ ، الخلاف ٣/٣٧٣ .

٥) السرائر : ٣٥٠ .

أدى . وفي المشروطة يرد رقاً مع العجز ، وحده أن يخؤر النجم من محله . وفي رواية أن يؤخر نجماً الى نجم ، وكذا لو علم منه العجز. ويستحب للمولى الصبر لو عجز. وكل ما يشترطه المولى على المكاتب لازم ما لم يخالف المشروع .

وفيه نظر ، لان الاداء واجب بالعقد كما هو شأن العقود الحالة والاعطاء المذكور جائز فلا يعلق الواجب به . والاول اختيار المصنف وعليه الفتوى .

قوله : وحده ان يؤخر النجم عن محله ، وفي رواية ان يؤخر نجماً الى نجم ، وكذا لو علم منه العجز

الاول قول المفيد[1] وابن الجنيد والشيخ في الاستبصار، واختاره ابن ادريس[1] والمصنف والعلامة[1] ، وعليه الفتوى، ومستنده رواية معاوية بن وهب صحيحاً عن الصادق عليه السلام وقد قال له : ما حد العجز ؟ فقال : ان قضاتنا يقولون ان عجز المكاتب أن يؤخر النجم الى النجم الاخر حتى يحول عليه الحول . قلت: فما تقول أنت ؟ فقال : لا ولا كرامة ليس له أن يؤخر نجماً عن أجله[2] .

والثاني قول الشيخ في النهاية[3] ، والرواية المشار اليها عن اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام عن الباقر عليه السلام ان علياً صلوات الله عليه كان يقول: اذا عجز المكاتب لم ترد كتابته في الرق، ولكن ينتظر عاماً أو عامين فان قام بمكاتبته والا رد رقاً[4] .

---

١) المقنعة : ٨٦ ، الاستبصار ٤/٣٥ ، السرائر : ٣٤٩ ، القواعد : الفصل الثاني من المقصد الثالث .

٢) الكافي ٦/١٨٥ .

٣) النهاية : ٥٤٩ .

٤) التهذيب ٨/٢٦٦ .

ويعتبر في المالك جواز التصرف والاختيار والقصد ، وفي اعتبار الاسلام تردد ، أشبهه: أنه لا يعتبر . ويعتبر في المملوك التكليف

وهنا قول ثالث عن الصدوق[1] ينتظر به ثلاثة أنجم ، فان هو عجز رد رقاً لرواية جابر عن الباقر عليه السلام[2] .

وأجيب : بحملهما على الاستحباب ، فانه لانزاع في استحباب الصبر من غير تحديد ، مع أن في طريق الثالث عمر بن شمر وهو كذاب .

قوله : وفي اعتبار الاسلام تردد اشبهه انه لايعتبر

يريد أنه هل يشترط في السيد الاسلام أم لا فيه تردد ينشأ من عموم «فكاتبوهم» ولانها عقد معاوضة فيصح وقوعها من الكافر وغيره كسائر المعاوضات فلا يشترط لاسلام . ومن أنها امر ديني فيشترط في موجبها الاسلام كالعتق .

وفيه نظر، لان الجامع وصف سلبي، أي عدم الكفر في المعتق والمكاتب، والوصف السلبي لايوجب التماثل. مع أنا لانقول بالقياس، والاولى في الاستدلال انها مستلزمة لثبوت السبيل للكافر على المسلم، اما في الحال ان كان العبد مسلماً أوفي مابعد الحال ان كان كافراً ثم اسلم. وأيضاً يشترط في العبد الديانة كما يجيء فلاتصح كتابة الكافر لكافر لعدم الديانة في العبد ولا لمسلم لانتفاء السبيل ، لاستلزام الملك الذي هو شرط ثبوت السبيل الممنوع منه .

ولنتم البحث بفوائد :

(الاولى) انه هل يزول السبيل عن المسلم بكتابة السيد الكافر له أم لا؟ أما على القول بأنها عقد جائز فلا يزول قطعاً وأما على القول باللزوم فيحتمل عدم الزوال لجواز

---

١) المقنع : ١٥٨ .

٢) الفقيه ٣/٧٣ ، التهذيب ٨/٢٦٧ ، الاستبصار ٤/٣٤ .

وفى كتابة الكافر تردد ، أظهره المنع .

عدم المشروط . فللسيد استرقاقه ، لان ذلك من لوازم الشروط .

وهو ممنوع لاستلزامه السبيل وان وجب بيعه، اذلابيع الا في ملك وموت المطلق قبل الاداء ، فيكون للسيد أخذ ماله ويحكم بموته رقّاله . وهو ممنوع أيضاً .

ويحتمل الزوال لانقطاع السلطنة الا بالاستيفاء . وهو غير ممنوع ، لجواز استدانة المسلم من كافر .

(الثانية) اختار المصنف والعلامة[1] عدم اشتراط الاسلام فيما لو كان السيد وعبده كافرين، لما قلنا من أنهانوع معاوضة ، وهي صحيحة من الكافر . ومتى جوزنا عتق الكافر فالجواز هنا أولى .

(الثالثة) لوأسلم العبد بعد كتابته، فان قلنا بارتفاع السبيل بكتابةالعبد المسلم فالكتابة بحالها ، وان قلنا بعدمه فهل ترتفع الكتابة بالاسلام ؟ الاقرب العدم ، لما قلنا من لزومها وبيع المكاتب لايجوز .

ولايلزم من بقائها صحتها ابتداء ، للفرق لسبق اللزوم على الاسلام ، وهو قول الشيخ في المبسوط[2].

قوله : وفى كتابة الكافر تردد اظهره المنع

ينشأ من تفسير الخير المشار اليه في الاية، فمن قال انه القدرة على الاكتساب جاز عنده كتابة العبد الكافر مع حصول المعنى فيه ، ومن قال انه الديانة أوما يستلزمها فلا تجوز كتابة الكافر عنده ، اذ الكافر لا خير فيه ، ولان المكاتب

---

١) المختلف ، الجزء الخامس ٩٤ .

٢) راجع المبسوط ١٢٨/٦ .

ويعتبر في العوض كونه ديناً مؤجلا معلوم القدر والوصف مما يصح تملكه للمولى. ولاحد لاكثره لكن يكره أن يتجاوز قيمته، ولو دفع ماعليه قبل الاجل فالولي في قبضه بالخيار. ولو عجز المطلق عن الاداء فكه الامام من سهم الرقاب وجوباً .

يعطى من الزكاة الواجبة ولاشيء من الكافر بأهل لها . وهو فتوى الشيخ في المبسوط[1] لكنه قال: اذا كان لمسلم عبد فارتد ثم كاتبه السيد بعد ردته صح لانها عقد معاوضة والمرتد يصح منه ذلك. والقولان متنافيان مع منع التعليل في الثاني ، اذ المنع قائم في صحة معاوضة المرتد للحجر عليه .

قوله : ويعتبر في العوض كونه ديناً مؤجلا

هذا بناء على القول بوجوب التأجيل كما تقدم .

قوله : ممايصح تملكه للمولى

انما قال ذلك ولم يقل تملكه للمسلم ليشمل الذمي كما تقدم من مذهبه من عدم اشتراط الاسلام وصحة مكاتبة الذمي مثله .

ويتفرع على ذلك أنه لو عقد على خمر أوخنزير ثم أسلما أو أحدهما فهل للسيد قيمة العوض كما قاله الشيخ[2] اوقيمة العبد اذ كانت أقل من قيمة العوض كما قال ابن الجنيد ؟ الحق الاول ، لان الواجب بالعقد هو عين العوض ، فمع تعذره شرعاً ينتقل الى قيمته .

ولابن الجنيد قول ثالث ببطلان الكتابه وليس بشيء .

قوله : ولودفع ما عليه قبل الاجل فالمولى في قبضة بالخيار

---

١) المبسوط ٦/١٣٠ .

٢) المبسوط ٦/١٢٨ .

وأما الاحكام فمسائل :

(الاولى):اذامات المشروط بطلت الكتابة وكان ماله وأولاده لمولاه .

هذا الحكم مماتفق عليه الاصحاب الاابن الجنيد فانه خصصه بأنه اذا بذل العبد قبل الاجل وكانت السلعة ممايفسد عندالسيدالى وقت الاجل فللسيد الامتناع ويفهم منه أنه ليس له الامتناع اذا لم يفسد . وليس بمعتمد .

قوله: اذا مات المشروط بطلت الكتابة وكان ماله واولاده لمولاه

هذا قول الشيخ في النهاية والمبسوط[1]، واختاره القاضي وابن ادريس»[2] وعليه الفتوى استصحاباًللعبودية ، فان المشروط لاينعتق الابأداء مجموع ما عليه لا بأداء بعضه ولا بالقدرة على الاداء ولم يؤد .

وتؤيده رواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام صحيحاً في مكاتب يموت وقد أدى بعض مكاتبته وله ابن من جاريته . قال : ان اشترط عليه ان عجز فهو مملوك رجع ابنه مملوكاً والجارية، وان لم يكن اشترط عليه أدى ابنه مابقي من مكاتبته وورث ما بقي[3]، وبمعناه روى جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام أيضاً[4] .

وقال الشيخ في الخلاف [5]: ان كان فيما خلفه وفاء لما عليه وفى منه ما عليه والباقي لورثته ، وان لم يكن فيه وفاء كان لمولاه فانه عجز ، وان كان له أولاد مملوكة له كان حكمهم حكمه ، وان وفى ماعليه انعتقوا ، وان عجزوا

---

١) النهاية : ٥٥٣ ، المبسوط ٦/ ٩١ .

٢) السرائر : ٣٤٩ .

٣ ، ٤) الفقيه ٣/ ٧٧ ، التهذيب ٨/ ٢٧١و٢٧٢ ، الاستبصار ٤/ ٣٧ .

٥) الخلاف ٣/ ٣٧٧ .

وان مات المطلق وقد أدى شيئاً تحرر منه بقدره وكان للمولى من تركته بنسبة ما بقي من رقبته ولورثته بنسبة الحرية ان كانوا أحراراً في الاصل والا تحرر منهم بقدر ما تحرر منه وألزموا بما بقي من مال الكتابة فاذا أدوه تحرروا ، ولو لم يكن لهم مال سعوا فيما بقى منهم ، وفي رواية يؤدون ما بقي من مال الكتابة وما فضل لهم .

عنه كانوا مماليك لسيد ابيهم .

قوله: وان مات المطلق وقد ادى شيئاً تحرر منه بقدره وكان للمولى من تركته بنسبة ما بقى من رقبته ولورثته بنسبة الحرية ان كانوا احراراً فى الاصل والاتحرر منهم بقدر ما تحرر منه والزموا ما بقى من مال الكتابة ، فاذا ادوه تحرروا ولولم يكن لهم مال سعوا فيما بقى منهم

هذا هو مذهب الشيخ[1] في المبسوط والنهاية والخلاف استناداً الى رواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال : قضى علي عليه السلام في مكاتب توفي وله مال. قال: يقسم ماله على قدر ما أعتق منه لورثته، ومالم ينعتق يحسب منه لاربابه الذين كاتبوه وماله[2] .وبمعناها روى بريد بن معاوية[3] صحيحاً .

وأما الرواية المشار اليها فهي ما قدمناه من رواية ابن سنان وجميل[4] .

وأجاب الشيخ عنهما بأنه ليس فيهما ولا في غيرهما دلالة على أن ما يؤديه الولد يكون من أصل المال أو مما يخصه ، بل هي أعم من الامرين ، واذا احتمل ذلك حملناه على أن الاداء مما يخص الولد ، فاذا بقي منه شيء كان له .

---

١) المبسوط ٦/٩١ ، النهاية : ٥٥٠ ، الخلاف ٣/٣٧٧ .

٢) التهذيب ٨/٢٧٤ .

٣) التهذيب ٨/٢٦٦ ، الكافي ٦/١٨٦ .

٤) قد مرتا قبيل هذا .

والمطلق اذا اوصى او أوصي له ، صح نصيب الحرية وبطل في الزائد . وكذا لو وجب عليه حد اقيم عليه من حد الاحرار بنسبة مافيه من الحرية ، ومن حد العبد بنسبة ما فيه من الرقية . ولو زنى المولى بمكاتبته المطلقة سقط عنه من الحد بقدر نصيبه منها وحد بما تحرر .

(الثانية): ليس للمكاتب التصرف في ماله بهبة ولا عتق ولا اقراض الا باذن المولى . وليس للمولى التصرف في ماله بغير الاستيفاء. ولا يحل له وطء المكاتبة بالملك ولا بالعقد، ولو وطئها مكرهاً لزمه مهرها. ولا تتزوج الا باذنه، ولو حملت بعد الكتابة كان حكم ولدها حكمها اذا لم يكونوا أحراراً .

وهنا فوائد :

(الاولى) ان رواية ابن قيس وان كانت ضعيفة بضعف ابن قيس لكنها مجبورة بعمل الاصحاب وبموافقتها للدليل من تبعية المال للملك التابع للحرية والرقية وتؤيدها رواية بريد .

(الثانية) معنى كون الاولاد أحراراً في الاصل كما أنه اذا تزوج المكاتب باذن سيده بحرة ، ومعنى تبعيتهم له انه وطىء أمته باذن سيده أو بغير اذنه أو تزوج بحرة عالمة بحاله من غير اذن سيده أو غير ذلك .

(الثالثة) اذا آل الحال الى سعي الاولاد فهل للمولى اجبارهم عليه ؟ تردد المصنف في الشرائع[1] من أصالة البراءة وكون الاجبار على خلاف الاصل

---

١) الشرائع ٢/ ٢٢٤ .

(الثالثة) : يجب على المولى اعانته من الزكاة ولو لم يكن ، استحب تبرعاً .

فلا يصار اليه الا بدليل وليس. وتؤيده رواية ابن ابى عمير عن الصادق عليه السلام[1].

ومن أن حكم الولد حكم أبيه في أنه يسترق منه بقدر ما بقي ويتحرر بقدر ما أدى، فيكون المسيد عليه ولاية الاجبار كما له اجبار أبيه دفعاً للضرر الناشيء من التشقيص .

والفتوى على الاول، لما قلناه . ونمنع حصول الضرر، وبتقديره فهو ناش من اختيار المولى للكتابة .

قوله: يجب على المولى اعانته من الزكاة ولو لم يكن استحب تبرعاً

تنقيح هذا البحث بفوائد :

(الاولى) في اعانته اقوال :

« الاول » وجوبها مطلقاً، وهو قول الشيخ في المبسوط[2] .

«الثاني» وجوبها ان وجب الزكاة على المالك والا استحب ، وهو قول الشيخ في الخلاف [3] والمصنف والعلامة في القواعد[3] .

« الثالث » استحبابها من سهم الرقاب ، وبه قال القاضي وابن حمزة .

«الرابع » وجوب اعانة المطلق مع عجزه ووجوب الزكاة لا المشروط ، وبه قال ابن ادريس[4]، قال: وان لم يجب عليه الزكاة فكه الامام من سهم الرقاب

---

١) التهذيب ٨/ ٢٧١ ، الفقيه ٣/ ٧٦ ، الاستبصار ٤/ ٣٨ .

٢) المبسوط ٦/ ٩٣ .

٣) الخلاف ٣/ ٣٧٨ ، القواعد : المطلب الثانى من الفصل الثالث من المقصد الثالث من كتاب العتق.

٤) السرائر : ٣٥٠ .

«الخامس» الاستحباب مطلقاً للمطلق والمشروط في الزكاة وغيرها، وهو اختيار العلامة في المختلف[1] .

ومثار هذه الاقوال اطلاق قوله تعالى «وآتوهم من مال الله »[2] وانه هل الامر فيه للوجوب أو الاستحباب ، ويرجح الوجوب الاحتياط والاستحباب أصالة البراءة .

(الثانية) هل المراد بمال الله هوالزكاة لانه الموجب لها أو المراد مطلق المال لانه المالك للكل والمعطي له؟ فيه قولان جوزنا هما في الكنز .

(الثالثة) هل للاعانة قدر معين؟الحق لا، لعدم النص على شيء واطلاق الامر يكفي فيه مسماه ، وبه قال ابن ادريس والعلامة في المختلف[3] .

(الرابعة)لوأخل المولى بالايتاء حتى عتق بالاداء هل يجب القضاء لوقلنا بالوجوب ؟ قال في المبسوط[4] نعم، لانه حق ثبت في الذمة فلايزول الابأدائه ولومات السيد وجب اخراجه من تركته مقدماًكما في الديون . وتكون الفائدة ليس هوالاعانة على العتق لاغير بل وعلى قوته وبلغته، ويكون ذلك من العبادات اللازم أداؤها .

(الخامسة) الاعانة قد تكون باسقاط ما عليه من النجوم وقدتكون باعطائه شيئاً مما عليه أو من غيره ، سواءكان من جنسه أوغير جنسه، ولايختص ذلك بالنجم الاخيركما قال بعضهم .

(السادسة) هل يجب على المكاتب قبول الايتاء ؟ يحتمل العدم للاصل ،

---

١) المختلف ، الجزء الخامس : ٧٨ .

٢) سورة النور : ٣٣ .

٣) السرائر : ٣٥٠ ، المختلف الجزء الخامس : ٧٨ .

٤) المبسوط ٦/٩٣ .

وأما الاستيلاد : فهو يتحقق بعلوق أمته منه في ملكه .

ويحتمل الوجوب وقواه في المبسوط[1]. والتحقيق أن نقول: ان الايتاء اما باسقاط ماعليه فذلك ابراء لايشترط فيه القبول ، أو باعطائه شيئاً فاما من عين ماعليه أو من غيره ، والاول فيه الخلاف، والحق وجوب قبوله. والثاني اما من جنسه أو مثله فيجب اذا كان قبل العتق لانه اكتساب لاداء دين واجب اداؤه أو من غير جنسه فلا يجب للاصل ، وكذا لو كان من جنسه بعد العتق .

قوله : واما الاستيلاد فهو يتحقق بعلوق امته منه فى ملكه

هنا فوائد :

(الاولى) الاستيلاد طلب الولد، لان السين للطلب غالباً من قولهم «استعطى» أي طلب العطاء . والمراد به هنا طلب الولد من المملوكة بالوطىء لها .

(الثانية) تقدم أنه يحرم ترك وطىء الزوجة الدائمة مدة تزيد على أربعة أشهر وغيرها لايحرم ذلك كالمستمتع بها ، أما الامة فقد ورد عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم: من ملك جارية فلينكحها والا فليبعها والا فليس من الله في شيء بمعناه مذاكرة وأظن من سماعي أن تمام الحديث : والا فليتبوأ مقعده من النار

وعلى التقديرين فهو دال على رجحان وطىء الامة ، وحيث الاصل البراءة من الوجوب فليحمل على شدة الاستحباب وكراهة الترك كراهة شديدة . نعم يخرج من العهدة بالوطىء ولو مرة واحدة .

(الثالثة) تصير الامة أم ولد لمولاها بعلوقها منه فى ملكه . واحترزنا بقولنا « فى ملكه » عما لو وطئها في ملك غيره بأحد الاسباب المبيحة ثم انتقلت اليه فانها ليست أم ولد على الرأي الاصح، وهو أحد قولي الشيخ فى المبسوط[2]

---

١) المبسوط ٦/٩٤.

٢) راجع المبسوط ٦/١٨٥ .

لان صدق الاسم لغة واشتقاقاً لايكفي في الحكم والا لكفى فيمالوزنا بأمة ثم انتقلت اليه مع ولدها وهو باطل .

وتؤيد ما قلناه رواية ابن ماردعن الصادق عليه السلام في رجل تزوج الامة فتلد منه ثم يشتريها فتمكث عنده ماشاءالله لم تلد منه شيئاً بعدما ملكها ثم يبدو له في بيعها. قال: هي أمته انشاء باعها مالم يحدث عنده حمل بعد ذلك وان شاء اعتق[1].

وقال الشيخ في المبسوط والخلاف[2] لوتزوج رجل أمة غيره وشرط مالكها رقية ولدها ثم ملكهما الواطىء أووطىء أمة غيره لشبهة فحملت منه ثم ملكها فانهما تصيران أمي ولد . قال بالاولى في الخلاف وبالثانية في المبسوط .

وقال ابن حمزة كل وطىء يحصل منه ولد يلتحق بالواطىء تصير الامة به أم ولد الا في ثلاثة مواضع:

« الاول » أن يطأ الاب جارية ولده الكبير بغير اذن .

« الثاني » أن يطأ جارية الصغير من غير تقويم ، فان الولد في الصورتين يصير حراً ولم تصر الجارية أم ولد .

« الثالث » أن يطأ الولد جارية الاب من غير اذنه عالماً بالتحريم ، يرق الولد ولم تصر الجارية أم ولد. والقولان مدفوعان بالرواية المذكورة .

« الرابعة » لايكفي في الحكم وقوع النطفة في الرحم من غير أن تصير علقة فما فوقها، لان الاستيلاد حكم شرعي يتوقف ثبوته على دليل، ولم يتحقق كون النطفة ولداً فتبقى الامة على حالها .

وقال الشيخ يكفي وقوع النطفة وان لم تصر علقة، لان الاستيلاد مبني على

---

١) التهذيب ٧/٤٨٢ .

٢) المبسوط ٦/١٨٥ ، ١٨٦ ، الخلاف ٣/٣٨٩ .

وهي مملوكة. لكن لايجوز بيعها مادام ولدها حياً الا في ثمن رقبتها اذا كان ديناً على مولاها ولا جهـة لقضائه غيرها ، ولومات ولدها

التغليب ولهذا اعتدبالعلقة، فالنطفة بعدالاستقرار واستعدادها لقبول الصورة الانسانية تشبه العلقة. ولانا نحكم بأنها أم ولد من حين الوطىء اذا تم الحمل أوصار علقة ولهذا نحكم ببطلان التصرفات من حين الوطىء، فيكون استقرار النطفة كافياً . وهوا المطلوب .

وأجيب : بأن مجرد النطفة لايحصل معه يقين الاستيلاد لجواز فسادها، وكل مايحصل به الاستيلاد يجب تيقنه ، فلا يحصل الاستيلاد بمجردها .

(الخامسة) يكفي في الحكم مجرد الملك وان كان ممنوعاً من التصرف كالمرهونة أوممنوعاً من الوطىء شرعاً كالصوم والحيض .

قوله : وهى مملوكة لكن لايجوز بيعها مادام ولدها حياً الافى ثمن رقبتها اذا كان ديناً على مولاها ولاجهة لقضائه غيرها

هذا الحكم هوالظاهر من مذهب الاصحاب ، أفتى به الشيخان واتباعهما وابن الجنيدوابن ادريس ومستندهم الروايات : كرواية زرارة حسناً عن الباقرعليه السلام قال: سألته عن أم ولد على أنها تباع وتورث[1] . ورواية عمروبن يزيد عن الكاظم عليه السلام قال : قلت أسألك . قال : سل . قلت : لم باع أمير المؤمنين عليه السلام أمهات الاولاد . قال : في فكاك رقابهن[2]. وغيرذلك من الروايات .

ولم نعلم في ذلك خلافاً الا مانقل ابن ادريس عن المرتضى أنه منع من بيعها مادام ولدها حياً . وهو محجوج بما اشتهر من فعل علي عليه السلام .

---

١) الكافى ٦/ ١٩١ ، الفقيه ٣/ ٨٢ ، التهذيب ٨/ ٢٣٧ .

٢) الكافى ٦/ ١٩٣ ، الفقيه ٣/ ٨٣ .

جاز بيعها . وتتحرر بموت المولى من نصيب ولدها. ولولم يخلف الميت سواها عتق منها نصيب ولدها وسعت فيما بقي .

وفي رواية تقوم على ولدها ان كان موسراً ، وفي رواية محمد ابن قيس عن أبي جعفر عليه السلام في وليدة نصرانية أسلمت وولدت من مولاها غلاماً ومات فأعتقت وتزوجت نصرانياً وتنصرت. فقال: ولدها لابنها من سيدها وتحبس حتى تضع وتقتل . وفي « النهاية » يفعل بها ما يفعل بالمرتدة . والرواية شاذة .

قوله : ولولم يخلف الميت سواها عتق منها نصيب ولدها وسعت في ما بقي ، وفي رواية تقوم على ولدها ان كان موسراً

الاستسعاء هو أحد قولي الشيخ والمفيد وابن ادريس، وعليه الفتوى، والمستند رواية يونس .

وأما التقويم فهو قول الشيخ في النهاية، ومستنده رواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام[1]. وأفتى ابن حمزة بذلك .

قوله : وفي النهاية يفعل بها ما يفعل بالمرتدة ، والرواية شاذة

أما فتوى النهاية[2] فهي ظاهرة وموافقة للاصول، وأما الرواية فهي اشارة الى

---

١) الاستبصار ٤/ ١٤ .

٢) النهاية : ٤٩٩ .

ماذكر من رواية ابن قيس[1] ، ووجه شذوذها كون ابن قيس راويها أولا فانه اسم لجماعة منهم الضعيف والقوي وهو غير معلوم من القسمين ، ومخالفتها للاصول ثانياً بأن كون ولدها من النصرانى لابنها لاوجه له .

---

١) التهذيب ٨/٢١٣ ، الاستبصار ٤/٢٥٥ . باسناده عن محمد بن قيس عن ابى جعفرعليه السلام قال : قضى على عليه السلام فى وليدة كانت نصرانية فأسلمت عند رجل فولدت لسيدها غلاماً ثم ان سيدها مات فأصابها عتاق السرية فنكحت رجلا نصرانياً دارياً وهوالعطار فتنصرت ثم ولدت وادين وحملت آخر. فقضى فيها ان يعرض عليها الاسلام فأبت . فقال: اما ما ولدت من ولد فانه لابنها من سيدها الاول واحبسها حتى تضع ما فى بطنها فاذا ولدت فاقتلها .

كتاب الاقرار

والنظر فى الاركان واللواحق

والاركان أربعة :

(الاول). الاقرار. وهو اخبار الانسان بحق لازم له. ولا يختص لفظاً.

قوله : كتاب الاقرار[1]

شرعيته ثابتة بالكتاب فى قوله « كونوا شهداء لله ولو على أنفسكم »[2] وقوله «أأقررتم وأخذتم على ذلكم اصري»[3]، وبالسنة في قوله صلى الله عليه وآله وسلم اقرار العقلاء على أنفسهم جائز[4] وبالاجماع، وهو ظاهر .

قوله : الاول الاقرار هو اخبار الانسان بحق لازم له

---

١) فى الجواهر: الاقرار بمعنى الاعتراف فى الصحاح وعن مجمع البحرين، والاذعان للحق عن القاموس ، وفى المسالك والاسعاد لبعض الشافعية : الاثبات من قولك قر الشيء يقر اذا ثبت واقررته اذا افدته القرار. وعلى كل حال فهو ليس من العقود والايقاعات لانه ليس بانشاء الا انه لما كان مشابهاً للايقاع فى الجملة ذكره المصنف فيها .

٢) سورة الاعراف : ١٧٢ «كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم » .

٣) سورة آل عمران : ٨١ .

٤) الوسائل ١٦/١٣٣ ، قال فيه : وروى جماعة من علمائنا فى كتب الاستدلال عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم .

وتقوم مقامه الاشارة. لوقال لي عليك كذا ، فقال نعم ا وأجل فهو اقرار. وكذا لوقـال أليس لي عليك كذا؟ فقال. بلى ولوقال نعم ، قال الشيخ

قوله اخبار جنس شامل للاخبارات كلها. وقوله « بحق لازم له» يخرج الشهادة والحق أعم من أن يكون عيناً أودياً أومنفعة أوشفعة أوخياراً اوقصاصاً أوابراءاً ، وفي كونه اخباراً فوائد :

(الاولى) لايختص لفظاً لحصول المعنى بأي عبارة وقعت.

(الثانية) أنه ليس من الاسباب المملكة ولايحصل به انتقال بل لابد وان يكون مسبوقاً بما يقتضي ثبوت الحق أونفيه .

(الثالثة) أنه لايتعدد بتعدد الوقت كالانشاء المتعدد بتعدد الاوقات، فلو شهد اثنان على اقرار شخص في وقتين أحدهما في الخميس والاخر في الجمعة صح وحكم به ، بخلاف الانشاء كمالو شهد أحدهما بوقوع البيع في الخميس والاخر في الجمعة لم يثبت أحدهما وكانا متغائرين .

(الرابعة) أنه لايشترط في نفوذه كون المقربه في يده ، بل ينفذ في حقه وان كان المقربه في يد غيره ، فلووصل الى المقر يوماً ما ألزم باقراره .

(الخامسة) أنه ينافي ملكية المقر حال اقراره ، فلوأضاف المقربه الى ملكه كمالو قال داري أومالي لفلان بطل لاستحالة اضافة الملك الواحد الى مالكين في حالة واحدة، والاضافة بأدنى ملابسة ككوكب الخرقاء من قبيل المجاز فلا يعارض الحقيقة المعلومة من كلام العاقل المصان عن اللغو. اللهم الأأن يقول بطريق شرعي أو سبب صحيح وأمثالهما .

قوله :وكذا لوقال أليس عليك كذا فقال بلى، ولوقال نعم قال الشيخ لايكون اقراراً ، وفيه تردد

أما الاول ـ أعني قوله « بلى » ـ فـلان أهل الادب قالوا ان بلى موضوعة

لايكون أقراراً . وفيه تردد . ولوقال أنا مقرلم يلزمه الا أن يقول به :

للاثبات بعد النفي واجماعهم حجة، ولذلك قالوا في قوله تعالى « ألست بربكم قالوا بلى»[1]، معناه أنت ربنا. حتى نقل عن ابن عباس انهم لوقالوا نعم لكفروا.

وأما الثاني ـ أعني لوقال نعم ـ فقال الشيخ لايكون اقراراً، لان اهل الادب قالوا ان نعم موضوعة لتقرير ماسبقها اثباتاً أونفياً ، فيكون معناه ليس علي كذا فلا يكون اقراراً. وتردد المصنف من حيث أن اهل العرف يستعملون نعم مكان بلى وقدجاء في أشعارهم :

أليس الليل يجمع أم عمرو ... وايانا فذاك بنا تداني

نعم وأرى الهلال كما تراه ... ويعلوها النهار كماعلاني[2]

ومن حيث النظر الى وضع اللغة وأصالة عدم النقل. ويقوى التفصيل، وهو أن ذلك ان صدر من عالم باللغة لم يكن اقراراً، والا كان اقراراً اذ لايكاد يفرق بين نعم وبلى الامن مضغ[3] اللغة بين لحييه .

قوله : ولوقال انا مقرلم يلزمه الان يقول به

أما الثاني فظاهر، لاصالة عود الضمر في « بـه » الى الكلام المتقدم . وأما

---

١) سورة الاعراف : ١٧٢ .

٢) من اشعار جحدر بن مالك ، انشده حين امر الحجاج له بالسجن فقال لبعض من يخرج الى اليمامة تحمل عنى شعراً فأنشد الابيات .

قوله «ام عمرو» كنية سلمى صاحبة الشاعر، وذاك اشارة الى اجتماع الليل اياهما . والتداني بفتح التاء والدال المهملة والنون المكسورة والياء مصدر قولهم تدانوا أى دنا بعضهم من بعض ، وهو تفاعل من الدنو بمعنى القرب. وأرى متكلم من الرؤية ، وترى مضارع منه . ويعلو بالعين المهملة مضارع من العلو بمعنى الارتفاع ، وعلاني ماض منه . وخلاصة المعنى : ان التداني بينها وبيني واقع بمشاركتنا في رؤية القمر وعلو النهار .

٣) في نسخة : من وضع اللغة .

ولوقال بعنيه اوهبنيه فهوأقرار . ولوقال لي عليك كذا ، فقال اتزن اوانتقد لم يكن شيئاً. وكذا لوقال اتزنهااو انتقدها .أما لوقال أجلتنى بها او قضيتكها فقد أقر وانقلب المقر مدعياً .

(الثانى) . المقر . ولابد من كونه مكلفاً حراً مختاراً جائز التصرف .

فلا يقبل اقرار الصغير ولاالمجنون ولاالعبد بماله . ولاحد ولا جناية ولو أوجبت قصاصاً .

الاول فلانه أعم من الاقراربالمدعى أوبغيره، اذيحتمل أنامقر بالشهادة أوببطلان دعواك، ولا دلالة للعام على الخاص مع اعتضاده بأصالةالبراءة. وهومقوي العلامة في القواعد[1].

ويحتمل كونه اقراراً ، لانه وقع عقيب الدعوى فيصرف اليها عملابالقرينة ولقوله تعالى « أأقررتم وأخذتم على ذلكم اصري قالوا أقررنا»[2] ولم يقولوابه، ولانه لوجاز تعلقه بغير الدعوى لزم حمله على الهذر[3]، فان من ادعى عليه بدين فقال« انامقريكون السماء فوقنا والارض تحتنا » عد سفيهاً هذاراً ، ودفع الهذر عن كلام العاقل مقصود شرعاً .

هذا ، وفي المسألتين اشكال، لجوازارادة الاستقبال باسم الفاعل ، وهووان كان مجازاً لكن المجاز وقع كثيراً في كلامهم .

---

١) القواعد ، المطلب الاول من المقصد الثالث من كتاب الوقوف والعطايا .

٢) سورة آل عمران : ٨١ .

٣) هذر فى منطقه هذراً : خلط وتكلم بمالا ينبغى .

(الثالث) : في المقر له : ويشترط فيه أهلية التملك . ويقبل لو أقر للحمل تنزيلا على الاحتمال وان بعد .

وكذا لو أقر لعبد ويكون للمولى .

قوله : ويقبل لواقر للحمل تنزيلا على الاحتمال وان بعد

اذا أقر للحمل اما أن يطلق أو ينسب اقراره الى سبب صحيح أو الى سبب فاسد :

ففي الاول أفتى الاصحاب بالقبول، واختاره المصنف تنزيلا على الاحتمال بأن يكون سبب الملك صحيحاً كالارث والوصية وأشباههما. ونقل في المسبوط[1] عن بعضهم البطلان، وليمس بشيء، لان تمليك الحمل للارث والوصية واقع قطعاً فلايستبعد تملكه مع قوله عليه السلام : اقرار العلاء على أنفسهم جائز [2].

وفي الثاني يقبل ويلزم بمقتضاه قطعاً ، وفي الثالث للاصحاب قولان: قال ابن الجنيد والقاضي بالبطلان ، لان الكلام كالجملة الواحدة لايتم الا بآخره وقد نافي آخر الاقرار أوله فيبطل ، مع أصالة براءة الذمة مما أقربه .

وقال الشيخ في المبسوط يقبل ويلزم مقتضاه ، قال المصنف في الشرائع[3] انه الوجه ، وذلك لان الاقرار يقتضي الزامه بما أقربه ، لماتقدم من الحديث ، فاذا نافاه بعدذلك لم يعتدبه، لانه انكاربعد الاعتراف، كمالوقال «لزيدعلي دراهم من ثمن خمر» .

قوله : وكذا لواقر لعبد ويكون للمولى

---

١) المبسوط ٣/ ١٤ .

٢) قد مرفى اول الاقرار .

٣) الشرائع ٢/ ٢٣١ .

(الرابع) : في المقر به .ولوقال :له على مال قبل تفسيره بما يملك وان قل ولو قال . شيء فلا بد من تفسيره بما يثبت في الذمة . ولو قال ألف ودرهم رجع في تفسير الالف اليه .ولوقال مائه وعشرون درهماً فالكل دراهم .

وكذا كنايته عن الشيء ، فلو قال : كذا درهم فالاقرار بدرهم .

تقدم أن الوصية لعبد الغير باطلة ولا يكون للمولى ، وهنا حكم بأن المقر به يكون المولى، فالفرق بينهما حينئذ أن الوصية تمليك ابتداء والعبد لايصلح لذلك وأما الاقرار فهو اعتراف بحق سابق فجاز ثبوته للمولى .

قوله: ولو قال الف ودرهم رجع في تفسير الالف اليه ، ولوقال مائة وعشرون درهماً فالكل دراهم

الفرق بين الصورتين ابهام الالف من حيث المعدود فاحتاج الى تفسير، وليس المذكور معه صالحاً للتفسير، لان المفسر لايعطف على المفسر لاستدعاء العطف المغائرة .

وأما الصورة الثانية فان المائة والعشرين مبهمان أيضاً من حيث المعدود يفتقران الى التفسير والمذكور صالح لذلك معاد اليهما، والمانع ـ وهو العطف غير حاصل بين المفسر والمفسر بل بين المبهمين أنفسهما المقتضي ذلك اشتراكهما في الحكم العائد اليهما .

قوله : وكذا كنايته عن الشيء ، فلوقال كذا درهم فالاقرار بدرهم

الكناية لفظ عبر به عن لفظ آخر يفيد معنى ، ولا خلاف ان كذا من ألفاظ الكنايات المبهمة المحتاجة الى التفسير، لكن هل هي كناية عن شيء اوعن عدد؟

أجمع الادباء على الثاني، وبه قال الشيخ[1]،لاصالة بقاء الوضع الادبى علىحاله والنقل على خلاف الاصل .

وقال المصنف وابن ادريس[2] بالاول ، لانه يستعمل عرفاً لغير العدد، واللفظ اذا داربين الحقيقة اللغوية والعرفية حمل على العرفية، لماثبت في الاصول وغير العدد الذى يستعمل فيه كذا فيالعرف غير معين، فيحمل على القدرالمشترك بين الحقائق وهوالشيئية . والشيء مبهم يحتاج الى تفسير، فيحمل على أقل مايصدق على الاسم المذكور بعده . ولذلك قال: فالاقرب الرجوع في تفسيره الىالمقر

فعلى قول الشيخ[3] هنا مسائل :

(الاولى) لوقال كذا درهم بالرفع لزمه درهم ،كأنه قال معدود هو درهم ، ولونصب لم يقبلأقل من عشرين، لان أقل عدد مفردينصب بعده المميزعشرون. ولوجرلم يقبل تفسيره بأقل من مائة ، لان أقل عدد يخفض بعده المميز مفرداً هومائة . ولوقال كذا دراهم قال الشيخ لم يقبل تفسيره بأقل من ثلاثة ، لانها أقل عدد يضاف الى الجمع .

(الثانية) لوقال كذاكذا درهماً بالنصب لم يقبل أقل من أحد عشر ، لانه اقل مركب يفسربمفرد.

(الثالثة) لوقال كذا وكذا درهماً لم يقبل أقل من أحد وعشرين، لانه أقل. عدد يعطف فيه العدد على العدد .

وعلى قول المصنف وابـن ادريس يرجع الى تفسيره في الكل ـ أعني المفرد والمركب والمعطوف ـ والتكرار للتأكيد لاللتحديد[4] ، كأنه قال شيء شيء أوشيء وشيء ثم فسرهما بما أراد ،كما لوقال له عندي مالأوشيء أومال

---

١) المبسوط ٣/١٣ .
٢) السرائر : ٢٨١ .
٣) المبسوط ٣/١٢ .
٤) فى نسخة : لا للتعديد .

وقال الشيخ: لو قال. كذا كذا درهماً لم يقبل تفسيره بأقل من أحد عشر. ولو قال كذا وكذا لم يقبل أقل من أحد وعشرين. والاقرب الرجوع في تفسيره الى المقر ولا يقبل أقل من درهم. ولو أقر بشيء مؤجلا فأنكر الغريم الاجل لزمه حالا، وعلى الغريم اليمين.

مال أو شيء شيء، لكن لا يقبل أقل من درهم لتصريحه في تفسير المبهم به، فلو فسره بأقل كان رجوعاً فلا يقبل.

وأما العلامة فقال في المختلف[1]: التحقيق أن القائل ان كان من أهل اللسان ألزم بما قاله الشيخ والارجع الى تفسيره كما قاله ابن ادريس.

وفي القواعد[2] يظهر منه اختيار ما قاله ابن ادريس، وفرع عليه أنه لو قال كذا درهم بالجر ألزم جزء درهم ورجع في تفسير الجزء اليه، لان ذلك أمر محتمل والاصل براءة الذمة من الزائد. ولو قال كذا كذا درهم بالجر أيضاً احتمل أنه أضاف جزء الى جزء ثم أضاف الجزء الاخير الى الدرهم كنصف تسع درهم، وكذا لو زاد التكرار نحو كذا كذا كذا فما زاد، كما لو قال ثلث نصف تسع درهم. أما لو رفع أو نصب في المواضع الثلاثة فلا يقبل أقل من درهم كما قال المصنف، والاختيار والفتوى على قول المختلف.

قوله: ولو اقر بشيء مؤجلا فأنكر الغريم الاجل لزمه حالا وعلى الغريم اليمين

هذا هو أحد قولي الشيخ في النهاية لاصالة عدم التأجيل، فيكون القول قول المقر له. وقال في موضع آخر لزمه مؤجلا، لجواز أنه لزمه كذلك، فلو لم نسمع

---

١) المختلف، الجزء الثاني: ٥٤.

٢) القواعد، الفصل الثاني من المقصد الثالث في الاقرار.

واللواحق ثلاثة :

(الاول): في الاستثناء، ومن شروطه الاتصال العادي.

منه لجاز أن لايقر ، فيكون ممنوعاً من ايراد منه .

قوله : ومن شرطه الاتصال العادي

اذا أتبع الاقراربما ينافي ظاهره، فمن ذلك ماهومقبول شرعاً وهوالاستثناء خاصة اجماعاً دون باقي المخصصات لورود الاستثناء في الكتاب ، قال تعالى « فلبث فيهم ألف سنة الاخمسين عاماً »[1] . وفي السنة وهوكثير لكن مشروط فيه الاتصال .

وليس المراد به اتصال المستثنى بالمستثنى منه لفظاًبحيث لايتخللهما زمان أصلا، لجوازالفصل بينهما بالتنفس والسعال وردالسلام ونحوها من الضرورات طبعاً وشرعاً بالاجماع. ولاانفصال مطلقاًبحيث يتأخرزمان بينهما لالامرضروري لان الاستثناء اخراج حكم من حكم آخر .

ولابد أن يكون المخرج في نية المتكلم حال التلفظ بالحكم الاول ، اذ لولم يكن في نيته لزم التناقض ، فلابد من الدلالة على باقي النية ، وهواستثناء بأحد أدواته المذكورة في اللغة .

ولابد من ارتباط بين الدليل والمدلول ليعلم اختصاص أحدهما بالاخر ، وهوهنا الاتصال اللفظي . ولاضابط له سوى العادة فلذلك قال المصنف : ومن شرطه الاتصال العادي، فيجب أن يكون كذلك والا لم يقبل، كما لوسكت زماناً خارجاً عن العادة ثم استثنى ، فان ذلك غيرجائزلغة ولامقبول شرعاً .

---

١) سورة العنكبوت : ١٤ .

ولايشترط الجنسى .

ولانقصان المستثنى عن المستثنى منه .

قوله : ولايشترط الجنسى

أي ليس من شرط الاستثناء أن يكون المستثنى مـن جنس المستثنى منه . وذلك اجماع من النحاة وأهل اللغة .

واختلف فيه الاصوليون والفقهاء ، فشرطه بعض ومنـع اشتراطه آخرون . واختاره المصنف، لوروده في الكتاب، كقوله «لايسمعون فيها لغواً الاسلاماً»[1] و« مالهم به من علم الاتباع الظن»[2] .

فلوقال « له عندي عشرة دراهم الاثوباً » قبل منـه واستفسرمنه قيمة الثوب وسمع ما يقربه ، الاأن يكون مستغرقاً للعشرة . وتمام البحث فى الاصول .

قوله : ولانقصان المستثنى عن المستثنى منه

اتفق الكل على قبول نقصان المستثنى عن الباقي بعد الاستثناء ، كما لوقال «له عندي عشرة الاثلاثة» ، واختلف في الاكثر والمساوي، كما لوقال «عشرة الاسبعة أوعشرة الاخمسة »، فمنع اكثر النحاة وجماعة من الاصوليين وجوزه آخرون . وهوالحق عندالفقهاء ، فجوزوا سائر أقسامه الاالمستغرق فانه باطل ويلزم المقرعندهم بالحكم الاول .

فلوقال « له عشرة الاعشرة » بطـل الاستثناء ولزمه العشرة ، ولوقال « له عشرة الاثلاثة » لزمه سبعة ، ولوقال « عشرة الاخمسة » لزمـه خمسة ، ولوقال « عشرة الاسبعة » لزمه ثلاثة . وكذلك قالوا اذا قال « له عندي عشرة الاتسعة الاثمانية الاسبعة الاستة الاخمسة الاأربعة الاثلاثة الااثنين الاواحداً » جازولزمه خمسة ، وذلك مبني على مقدمات :

---

١) سورة مريم : ٦٢ .

٢) سورة النساء : ١٥٧ .

فلو قال : لـه على عشرة الاستة لزمه أربعة . ولو قال : ينتقص ستة لم تقبل منه . ولو قال : له عشرة الاخمسة الاثلاثة لزمه ثمانية. ولو قال : له عشرة الا ثلاثة الا ثلاثة كان الاقرار بالاربعة .

(الاولى) ان الاستثناء من الاثبات نفي ومن النفي اثبات .

(الثانية) انه اذا تكرر الاستثناء ولم يكن بحرف العطف أومنع مانع من عوده الى الاول رجع كل واحد من المكررات الى ماتقدم عليه، أما مع العطف أوامكان العود الى الاول فانه يرجع الى الاول .

(الثالثة) ان الاستثناء الاول من هذه الجمل نفي وما بعده اثبات والثالث نفي والرابع اثبات والخامس نفي والسادس اثبات والسابع نفي والثامن اثبات والتاسع نفي ، وذلك ظاهر .

فاذا تقررت هذه المقدمات فاجمع الجمل المثبتة وهي خمسة تكن ثلاثين ثم اجمع الجمل المنفية وهي خمسة أيضاً تكن خمسة وعشرين فأسقطها من الثلاثين فتبقى خمسة وهي المقربه .

قوله : ولوقال تنقص ثلاثة لم يقبل ١)

لانه ليس استثناء لغة ولاعرفاً .

قوله : ولوقال له عشرة الاخمسة الاثلاثة لزمه ثمانية

لان الخمسة منفية والثلاثة مثبتة منهـا فيضم الى الخمسة الباقية من الاصل تصير ثمانية . ولوأتى بواوالعطف لزمه اثنان .

قوله : ولوقال عشرة الاثلاثة الاثلاثة كان اقراراً بالاربعة

---

١) فى متن الشرح الكبير: ولوينقصه ستة لم يقبل . وفى المختصر النافع ط مصر : ولوقال ينتقص ستة لم تقبل منه .

ولو قال : درهم ودرهم الادرهمان لزمه درهمان .

لان الثلاثة الاخيرة لايجوز عودها الى الاولى لاستغراقها فيعود الى الباقي بعد الثلاثة الاولى وهي سبعة ، فينفى منها فيبقى أربعة بعد الاستثنائين .

قوله: ولوقال درهم ودرهم الادرهماً لزمه درهمان

من قواعد الاستثناء أنه اذا وقعت الجمل المتعددة هل يرجع الى الجميع على سبيل الاشتراك أويرجع الى احداها: أما الاولى على قول شاذ للاصوليين أوالاخيرة كما هوالحق . وتحقيق ذلك في الاصول .

فبناء على الاول ـ وهو الرجوع اليهما معاً ـ قال الشيخ وابن ادريس [1] يلزمه في هذه المسألة درهم، استدلالا بأن حرف العطف ـ وهوالواو ـ تجمع بين العددين وتجعل الجملتين كالجملة الواحدة، فلم يبق فرق بين قوله « علي درهمان الادرهماً » وبين قوله « له درهم ودرهم الادرهماً »، ويلزمه في الاولى درهم فكذا في الثانية .

ولماكان الحق الرجوع الى الاخيرة قال المصنف ان الاستثناء باطل لكونه مستغرقاً للجملة العائد اليها فيؤخذ المقر بأصل الكلام وهودرهمان . وهواختيار العلامة في القواعد [2] ، لكنه علله لاباعتبار عوده الى الاخيرة، بل فان الاستثناء باطل من أصله ، لان المقر نص على ثبوت كل واحد من الدرهمين فلم يمكنه نفيه ،كما لوقال : جاء زيد وعمرو وخالد الاعمراً .

---

١) الخلاف ٢/١٥٣ ، السرائر : ٢٨١ .

٢) القواعد، القاعدة الخامسة من المطلب الاول من الفصل الثالث من كتاب الاقرار.

ولوقال : له عشرة الاثوباً سقط من العشرة قيمة الثوب ويرجع اليه تفسير القيمة ما لم يستغرق العشرة .

(الثانى) : فى تعقيب الاقرار بما ينافيه . فلو قال هذا لفلان بل لفلان فهوللاول ويغرم القيمة للثانى. ولو قال : له على مال من ثمن خمر لزمه المال . ولو قال ابتعت بخيار وأنكر البائع الخيار قبل اقراره فى البيع دون الخيار . وكذا لوقال من ثمن مبيع لم أقبضه

(الثالث): الاقرار بالنسب. ويشترط فى الاقرار بالولد الصغير امكان البنوة وجهالة نسب الصغير وعدم المنازع ولا يشترط التصديق لعدم الاهلية. ولو بلغ فأنكر لم يقبل. ولا بد فى التكبير من التصديق وكذا فى غيره من الانساب . واذا تصادقا توارثا بينهما : ولا يتعدى

قوله : وكذا لوقال من ثمن مبيع لم اقبضه

يعني اذا قال له عندي ألف من ثمن مبيع لم أقبضه حكم عليه بألف ولا يقبل قوله من ثمن مبيع لم أقبضه الا باليمين ان ادعى المقرله القبض ، وذلك لانه يتضمن انكار ما أقربه أولا .

وللشيخ هنا تفصيل[1]، تقريره: انه ان وقف على قوله « له عندي ألف من ثمن مبيع » ثم ابتدأ بقوله «لم اقبضه» قبل منه، واذا قطع عند قوله «عندي ألف» ثم ابتدأ بقوله « من ثمن مبيع لم اقبضه » لم يقبل منه . والمصنف استضعف هذا الفرق فلذلك طرد الحكم ولم يفصل، لانه في الصورتين منكر للقبض، فان لم تكن له بينة يحلف ولا يبقى فرق بينهما .

---

١) الخلاف ٢/١٥٨ .

المتصادقين: ولو كان للمقر ورثة مشهورون لم يقبل اقراره بالنسب ولو تصادقا . فاذا أقر الوارث بآخر وكان أولى منه دفع اليه ما فى يده وان كان مشاركا دفع اليه بنسبة نصيبه من الاصل . ولو أقر باثنتين فتناكرا لم يلتفت الى تناكرهما : ولو أقر بأولى منه ثم بمن هو أولى من المقر له فان صدقه الاول دفع الى الثانى وان كذبه ضمن المقر مـا كان نصيبه : ولو أقـر بمساو له فشاركه ثم أقر بمن هو أولى منهما فان صدقه المساوى دفعا اليه ما معهما ، وان أنكر غرم للثانى ما كان فى يده . ولو أقر للميتة بزوج دفع اليه مما فى يده بنسبة نصيبه . ولو أقر بآخر لم يقبل الا أن يكذب نفسه فيغرم له ان أنكر الاول . وكذا الحكم فى الزوجات اذا أقر بخامسة .

قوله : وكذا الحكم فى الزوجات اذا أقر بخامسة

انما لم يقبل اقراره بالخامسة لان الفرض انه أقر بزوجة حقيقية بالنكاح الدائم باقية على النكاح الى أن مات الزوج، وذلك محال في الخامسة، فلذلك لم يقبل لكن لا يغرم بمجرد اقراره، بل يوقف الغرم على انكاره احدى المقدمات للنص عليه . وهكذا نقول في اقراره بزوج ثان للميت[1] .

ومن قواعد الفقه ان الاقرار الثاني اذا نافى الاول لا ينفذ لكن يغرم المقر بمجرد اقراره ، الا في الزوجة والميراث للنص عليه، أما لو أقر بزوجة وارثة في موضع يمكن ذلك كالمريض يطلق في المرض ويتزوج بأخرى ويدخل بها ثم يتزوج أخرى ويدخل وهكذا، فانه يمكن أن يكون اكثر من أربع وارثات على الشرائط المذكورة في محله فانه يقبل اجماعاً .

---

١) صفة للانسان الذى فارقت عنه الروح ، ويستوى فيه المذكر والمؤنث .

ولو أقر اثنان عادلان من الورثة صح النسب وقاسم الوارث . ولو لم يكونا مرضيين لم يثبت النسب ودفعا اليه مما فى أيديهما بنسبة نصيبه من التركة .

قوله : ولواقراثنان عادلان من الورثة صح النسب وقاسم الوارث ، ولولم يكونا مرضيين لم يثبتالنسب ودفعا اليه مما فىأيديهمابنسبة نصيبه من التركة

هذه المسألة تتمشى على قولنا وقول الشافعي كما لو أقراخوان من جملة الاخوة بأخ آخرفانهماوارثان مع وجود اقرارهما ،فمع عدالتهما يثبت نسبه وميراثه، ومع عدم عدالتهما يثبت ميراثه مما في أيدي المقرين خاصة .

أما اذا لم يكونا وارثين مع وجود اقرارهماكما لو أقراخوان هما الورثة بابن، فان عندنا ان كانا مرضيين ثبت نسبه وميراثه وان لم يكونا مرضيين لم يثبت نسبه لكن يثبت ميراثه ، فيدفعانإليه مافي ايديهما .

وقال الشافعي في الاول انه أيضاً كذلك ، أعني يثبت النسب دون الميراث، والالزم الدور.

ومبنى الخلاف أنه يشترط في المقرعندناأن يكون وارثاًظاهراً لولا الاقرار فاذا انتفى ميراثه باقراره لم يبطل اقراره بل يحكم عليهبه وينتفي ميراثه ويثبت ميراث المقرله، لانه لولا الاقرارلكانا وارثين ظاهراً . وأماالشافعي فقال فيشترط في نفوذ الاقرار أن يكون المقروارثاً مع وجود الاقرار ، فهنا يثبت النسب ولا يثبت الميراث ، لانه لوورث منع الاخوين واذا منعهما لم يكونا وارثين ، فلم يصح اقرارهما فلايصح نسبه فلايكون وارثاً ، فيلزم من توريثه عدم توريثه ، وكل ما يلزم من اثباته نفيه فهو محال ، ويسمى دوراً مجازاً .

لايقال : ثبوت النسب من حيث الشهادة لا من حيث الاقرار .

أجابوا : بأن الاخبارعن حق ان كان لازماً المخبر فهو اقراروان كان لازماً لغيره فهوشهادة . وهنا اخبارهما لازم لهما فيكون اقراراً .

وفيه نظر، لمنع الحصر، لان هناقسماً ثالثاً، وهوأن يكون لازماًللمخبروغيره فيكون شهادة في حق غيره اقراراً في حقه .

كتاب الايمان

والنظر فى أمور ثلاثة :

قوله : والنظر فى امور ثلاثة

هنا فوائد :

(الاولى) الايمان جمع يمين[1]، وهو يقال لغة على الجارحة وعلى القدرة، ومعناها القوة [2]. وهل تصدق على القسمين بالاشتراك أو بالحقيقة على الجارحة وبالمجاز على الاخرين والاولى الثاني[3] .

وعرفاً وشرعاً هو الحف بالله أو بأسمائه الخاصة لتحقيق مايمكن فيه الخلاف وقيل الزام مايمكن فيه الخلاف بذكر الله أو أسمائه .

---

١) اليمين : الجارحة والجهة والحلف ، وهى انثى تجمع على ايمن وايمان . سمى الحلف يميناً لانهم كانوا اذا تحالفوا ضرب كل واحد منهم يمينه على يمين صاحبه فسمى الحلف يميناً مجازاً .

٢) فى نضد القواعد ٣١٣ : واما القوة فلان فيه تقوية الكلام وتوثيقه .

٣) فى المسالك : اليمين والحلف والايلاء والقسم ألفاظ مترادفة .

والمراد بامكان الخلاف الامكان العقلي ، فلوحلف على ايجاد الممتنع أوالواجب لم ينعقد. وقال ابن ادريس الامكان الشرعي .

ويتفرع عليه الحلف علىفعل الواجب وترك الحرام، فعلى ما قلناه يتحقق اليمين عليهما لامكان مخالفتهما نظراً الى القدرة ، وعلى ماقاله ابن ادريس لا يتحقق لاستحالة امكان الخلاف فيهما شرعاً .

وعند الجمهور اليمين قسمان: أحدهما ما قلناه، والاخر هوالتزام مايمكن فيهالخلاف بتعليق محذور عنده يلزم تعليقه شرعاً على ضد مراده بأحد حروف الشرط، كقوله « ان فعلت كذا أوان لم افعل فزوجتي طالق أوعبدي حر ».

والفرق بين هذه اليمين وبين الشرط ان المقصود في الشرط نفس التعليق لاغيروليس الجزاء محذوراً عنده ولاوقوع الشرط خلاف مطلوبه، بخلافهذه اليمين فان الجزاء محذور عنده والشرط ضد مراده. وهذه غير صحيحة عندنا.

(الثانية) اليمين على أقسام :

الاول : المنعقد، وهي الحلف على المستقبل فعلا أوتركاً مع القصد اليه وهي المقصودة هنا .

الثاني : يمين اللغو . ولها تفسيران : أحدهما الحلف لا مع القصد على ماض أوآت ، وثانيهما أن سبق اللسان الى اليمين من غير قصد انـها يمين . وكلا هما غير مؤاخذ به للاية[1] .

الثالث: الحلف على الماضي أوالحال مع تعمد الكذب، ويسمى«غموساً» لانها تغمس الحالف في الاثم أوالنار. وفى بعض الروايات انها من الكبائر ، وفـي بعضها انها تذر الديار بلاقع[2] . ولاكفارة فيها لقوله تعالى « بمـا عقدتم

---

١) وهى الاية : ٢٢٥ من سورة البقرة .

٢) البلاقع جمع بلقع ، مكان بلقع : خال ، والارض القفرالتى لاشيء بها . ومعنى

(الاول) : ما به ينعقد، ولاينعقد الا بالله وبأسمائه الخاصة . وما ينصرف اطلاقه اليه كالخالق والبارى دون ما لاينصرف اطلاقه اليه كالموجود .

الايمان »[1] والعقد لايتصور الامع امكان الحل ولاحل في الماضى ولعدم ذكرها في الحديث .

(الثالثة) اليمين على الماضي أو الحال مع الصدق ليست غموساً لعدم الكذب. نعم الاكثار منها مكروه، لقوله « ولاتطع كل حلاف مهين»[2] وقوله «ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم »[3] وأما اليمين في مقابلة الدعوى فان كذبت فهي غموس والا فلا .

قوله : ولاينعقد الا بالله وبأسمائه الخاصة وما ينصرف اطلاقه اليه كالخالق والبارى دون ما لاينصرف اطلاقه كالموجود

أجمع أصحابنا على أنه لاحكم لليمين الا أن يكون بالله سبحانه، لوجوه :

الاول: ان القسم يستلزم تعظيماً لذلك الشيء المقسم به، ولما لم يكن مستحق للتعظيم المطلق وبالذات سوى الله لم يجز القسم الا به .

الثاني: قوله صلى الله عليه وآله وسلم: من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليذر[4]

الثالث : قول الباقر عليه السلام في رواية ابن مسلم : ان الله يقسم من خلقه بما شاء وليس لخلقه أن يقسموا الا به[5] .

الحديث الشريف : اى يفتقر الحالف ويذهب ما فى بيته من الخير والمال سوى ما ذخر له فى الاخرة من الاثم .

١) سورة المائدة : ٨٩ .

٢) سورة القلم : ١٠ .

٣) سورة البقرة: ٢٢٤.

٤) سنن الترمذى ٤/١١٠ وفيه : ليحلف حالف بالله اوليسكت .

٥) الكافى ٧/٤٤٩ ، التهذيب ٨/٢٧٧ .

ولاينعقد لوقال: أقسم أواحلف حتى يقول بالله .

اذا تقرر هذا، فاللفظ الوارد في القسم اما أن يكون دالاعلى الذات الشريفة من غير اعتبار شيء أو يدل عليها مع اعتبار شيء ، وهذا اما أن يكون ذلك الاعتبار مختصاً به تعالى أويمكن فيه المشاركة. وهذا اما أن ينصرف اطلاقه اليه أولا . فهنا أقسام أربعة :

الاول: مايدل على الذات من غير اعتبار شيء ، كقولنا «والواجب وجوده» « والذي نفسي بيده » « ومقلب القلوب والابصار » « والذي فلق الحبة وبرأ النسمة » « والاول الذي ليس قبله شيء » .

الثاني : ما يدل على الذات مع اعتبارات خاصة به ، كقولنا « والله » فانه اسم للذات الموصوفة بجميع الكمالات، والرحمن والقادر لذاته والعالم لذاته وأمثال ذلك .

الثالث : مايدل على الذات مع اعتبار يمكن فيه المشاركة لكنه بالاطلاق ينصرف اليه كقولنا : والرب والخالق والباري والرازق والمحيي والمميت .

الرابع: مايدل على الذات مع اعتبار يمكن فيه المشاركة ولاينصرف اطلاقه اليه ، كقولنا : والموجود والسميع والبصير والحي .

فالاقسام الثلاثة الاول يقع بها اليمين ، وأما الرابع فلا ، لانه لاشتراكه لم يكن له حرمة فلم يقع به القسم .

قوله : ولاينعقد لوقال أقسم اواحلف حتى يقول بالله

لابد من تفسير اليمين بفعل القسم أوصرفه اماظاهراً أومقدراً، فالاول كقولك « أقسم أو احلف بالله » والثاني كقولك «والله » والثالث كقولك «الله » بالكسر مع النية .

ولو قال لعمر الله كان يميناً ، ولا كذا لو قال : وحق الله .

قوله : ولوقال لعمرالله كان يميناً ولاكذا لوقال وحق الله

هنا مسألتان :

(الاولى) لوقال « لعمر الله كان يميناً» لورود القسم بالعمر في الكتاب، قال تعالى « لعمرك انهم لفي سكرتهم يعمهون »[1] ولورود ذلك في رواية ابن ابى عمير عن الصادق عليه السلام[2]. والعمر والعمر واحد ، وخص القسم بالمفتوح ايثاراً للاخف لكثرة دوران الحلف على ألسنتهم، ولذلك حذفوا الخبر، أي قسمي كما حذف الفعل في بالله وتالله . والمراد هنا بالعمر الدوام والبقاء، أي بدوام الله ، وهو مرفوع بالابتداء .

(الثانية) لوقال « وحق الله » هل ينعقد يميناً أم لا ؟ قال الشيخ[3] لاينعقد ، واختاره ابن ادريس[3] والمصنف والعلامة[3]، لان حقوق الله فروضه وعباداته، لما رواه عبادة بن الصامت قال : قلت يارسول الله ما حق الله على العباد ؟ فقال صلى الله عليه وآله وسلم : ان لاتشركوا به شيئاً وتعبدوه وتقيموا الصلاة وتؤتوا الزكاة[4] . فيكون قد حلف بحقه لابه .

وقال في المبسوط[5] ينعقد ، لانه في العرف كذلك ، ولان حقه صفة عامة

---

١) سورة الحجر : ٧٢ .

٢) الفقيه ٣ / ٢٣٠ ، التهذيب ٨/ ٢٧٨ ، الكافى ٧/ ٤٤٩ .

٣) الخلاف ٣/ ٢٧٩، السرائر: ٣٥٢ ، القواعد : الفصل الاول من المقصد الاول من كتاب الايمان .

٤) عن مجمع الزوائد ١/ ٥٠ .

٥) المبسوط ٦/ ١٩٧ .

ولاينعقدالحلف بالطلاق والعتاق والظهارولابالحرم ولابالكعبة ولا بالمصحف. وينعقدلوقال:حلفت برب المصحف. ولوقال:هويهودى اونصرانى اوحلف بالبراءة من اللهاو رسوله اوالائمة لم يكن يميناً ، والاستثناء بالمشيئة فى اليمين يمنعهاالانعقاداذااتصل بماجرت العادة.

فاذا أضيف اليه تعالى اختص به ، لان الاضافة تفيد الاختصاص ، فكانت يميناً كسائر صفات ذاته من العزة والقدرة والعظمة .

والحق ما اختار العلامة في المختلف ، وهو أنه ان قصد الحالف الحلف بالله كانت يميناً ، لان الحق يرادبه الثابت ، لانه نقيض الباطل ، فكأنه قد حلف بثبوت الله ، أي وجوده الذي هو نفس ذاته ، وان لم يقصد ذلك لم يكن يميناً لما تقدم .

قوله : ولابالحرم ولابالكعبة ولابالمصحف

قال ابن الجنيد: لابأس بالحلف لحقوق عظمهاالله، نحو «وحق رسول الله»، « وحق القرآن »، فان أراد بذلك مايوجب الكفارة لمخالفته فهو باطل لما تقدم، وان أراد غير ذلك فالظاهر جواز ذلك لكن على كراهة شديدة .

قوله: والاستثناء بالمشية فى اليمين يمنعها الانعقاد اذا اتصل بماجرت العادة

الاستثناء بالمشية هوأن يتبع يمينه بقوله «انشاء الله» ، وذلك يوقف اليمين عن انعقادها اجماعاً ، لكن اذا اتصل الاستثناء باليمين اتصالا عرفياً كما تقدم في الاستثناء بالاوأخواتها في الاقرار . وهنا فوائد :

(الاولى) المشهوراشتراط النطق بالاستثناء، فلونواه ولم ينطق به انعقد[1].

---

١) كذا فى النسختين . واما الشيخ قال فى المبسوط ٦/٢٠٠ : . . . فانما يصح قولا ونطقاً ولاتصح اعتقاداً ونية .

ولو تراخى عن ذلك عن غير عذر لزمت اليمين وسقط الاستثناء الى أربعين يوماً وهى متروكة .

قاله الشيخ في المبسوط وتبعه ابن ادريس[1] ، لاصالة العقد وعدم تأثير النية .

وقال الشيخ في النهاية[2] تكفي النية اذا حلف سراً . وقال العلامة في المختلف[3] تكفي النية مطلقاً، وقواه الشهيد ، وليس بالبعيد . نعم يشترط النية عند التلفظ باليمين .

(الثانية) المشهور أنه لافرق بين متعلقات اليمين كلها في ذلك، وقال العلامة[4] ان كان المحلوف عليه ممايعلم مشية الله اياه كالواجب والندب فلايدخله استثناء وانما دخوله فيما لم يعلم مشية الله اياه كالمباح .

(الثالثة) هل يدخل الاستثناء في الطلاق والعتق والنذر والاقرار أم لا ؟ للشيخ[5] فيه قولان : احدهما لايدخل ويلغو الاستثناء لاصالة العقد، وثانيهما نعم ويبطل مادخله كاليمين .

وقال ابن ادريس لايدخل الافي اليمين. وهو الحق ، خصوصاً في الاقرار أما مع قصد التبرك فلا كلام فى عدم البطلان .

قوله : وفيه رواية بالجواز الى اربعين يوماً وهى متروكة

يريد انه لايجوز تأخير الاستثناء عن اليمين اختياراً لما تقدم ، وأيضاً انه

---

١) السرائر : ٣٥٢ .

٢) النهاية: ٥٥٦، قال فيه: واذا حلف علانية فليستثن علانية واذا حلف سراً فليستثن مثل ذلك .

٣) المختلف ، الجزء الخامس ١٠٣ .

٤) القواعد ، الفصل الاول من المقصد الاول من كتاب الايمان .

٥) راجع المبسوط ٥/٦٦ .

(الثانى) : الحالف . ويعتبر فيه البلوغ والتكليف والاختيار والقصد ، فلو حلف عن غير نية كانت لغواً ، ولو كان اللفظ صريحاً.

صلى الله عليه وآله قال: من حلف على شيء ورأى غيره خيراً منه فليأت الذي هو خير[1]. وزاد الجمهور وليكفر عن يمينه . فلو جاز تأخير الاستثناء لارشدنا اليه لتنحل اليمين به لان ذلك من النصيحة .

وأما الرواية المشار اليها فرواها ابن بابويه صحيحاً عن عبدالله بن ميمون عن الصادق عليه السلام قال : للعبد أن يستثني ما بينه وبين أربعين يوماً اذا نسي ، ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أتاه ناس من اليهود فسألوه عن اشياء فقال لهم : تعالوا غداً أحدثكم ولم يستثن فاحتبس جبرئيل عليه السلام عنه أربعين يوماً ثم أتاه وقال: ولاتقولن لشيء اني فاعل ذلك غداً الا أن يشاء الله واذكر ربك اذا نسيت[2] .

قال المصنف انها متروكة. وفى الشرائع[3] مهجورة، أي انه لم يقل بمضمونها أحد من الفقهاء في الاسلام مع ضعف طريقها. وأما العلامة فى المختلف فقال انها غير متروكة مطلقاً بل محمولة على اضمار الاستثناء ونسيان التلفظ به ، لما تقدم من جواز الاستثناء بالنية، وحينئذ لاوجه لالتقييد بالاربعين بل يجوز اكثر من ذلك وأقل ، لكن التخصيص انما حصل للسبب المذكور . والنسيان في الاية الترك لا المراد السهو لعدم جوازه عليه صلى الله عليه وآله وسلم .

---

١) سنن ابن ماجة ١/٦٨٢، وفيه: من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليتركها فان تركها كفارتها .

٢) سورة الكهف : ٢٤ . والحديث فى الفقيه ٣/٢٢٩ ، التهذيب ٨/٢٨١ ، وقد ذكر صدره .

٣) الشرائع ٢/٢٣٥ .

ولا يمين للسكران ولا المكره ولا الغضبان الآن يكون لاحدهم قصد الى اليمين. وتصح اليمين من الكافر، وفى الخلاف لا يصح.

ولا ينعقد يمين الولد مع الوالد الا باذنه، ولو بادر كان للوالد حلها ان لم تكن فى واجب اوترك محرم. وكذا الزوجة مع زوجها والمملوك مع مولاه.

قوله: وتصح اليمين من الكافر، وفى الخلاف لا تصح

الاول قول الشيخ في المبسوط[1] والقاضي، والثاني قوله في الخلاف[1] لان اليمين انما تصح بالله ممن هو عارف به والكافر غير عارف به فلا تصح يمينه.

والحق ما فصله العلامة في المختلف[2] بأن كفره ان كان بجحد الربوبية أو بالتشبيه بغيره فلا ينعقد يمينه لعدم عرفانه به، وان كان يجحد نبياً أو فريضة معلومة من دينه صحت يمينه. وتظهر الفائدة أنه مع الانعقاد والحنث يعاقب في الاخرة ولا يصح تكفيره، أما قبل الاسلام فلان الاسلام شرط في صحته ولم يحصل، وأما بعده فلسقوطه عنه، لان الاسلام يجب ما قبله.

قوله: ولا ينعقد يمين الولد مع الوالد الا باذنه، ولو بادر كان للوالد حلها

في هذه العباره تسامح، فان الحل انما يكون بعد العقد، والمصنف حكم بأنها لا تنعقد فكيف يقول لو بادر كان للوالد حلها.

---

١) المبسوط ٦/١٩٤، الخلاف ٣/٢٧٦.

٢) المختلف، الجزء الخامس: ٩٨.

(الثالث): في متعلق اليمين. ولايمين الا مع العلم .

واعلم أن اذن الوالد هل هو شرط في صحة اليمين ـ بمعنى أنها بدونه تقع باطلة ـ أوشرط في انعقادها ولزومها ـ بمعنى أنها تقع صحيحة لكن لايلزم مضمونها الامع اجازة الوالد؟ في عبارات الفقهاء ما يدل على كل من القسمين. ووجه الاول قوله صلى الله عليه وآله وسلم: لايمين لولد مع والده[1]، والمراد نفي الصحة لاالماهية والوجود. ووجه الثاني عموم قوله « ولاتنقضوا الايمان بعد توكيدها »[2] وقوله « واحفظوا أيمانكم »[3] وغير ذلك من الايات .

وتظهر فائدة الخلاف في مسألتين :

(الاولى) أنه لوحلف الولد ولما يسبق اذن ثم حصل فيما بعد، فعلى الاول لابد من اعادة اليمين ليلزم مقتضاها لعدم صحة الاولى، وعلى الثاني لاحاجة الى الاعادة وصارت لازمة بالاذن اللاحق .

(الثانية) لوحلف الولد ثم مات الوالد ولما يعلم أوعلم ولم تحصل منه اجازة ولامنع ، هل يلزم الولد متعلقها أم لا ؟ على الاول لاوعلى الثاني نعم ، لان الاذن انمايكون شرطاً مع وجود الاب لامع عدمه، بدليل صحتها ولزومها حين عدمه ابتداء .

واعلم أن الكلام في يمين الزوجة والعبد كذلك .

قوله : ولايمين الامع العلم

أما في التى في مقابلة الدعوى فلقوله صلى الله عليه وآله وسلم: من حلف

---

١) التهذيب ٨/ ٢٨٥ ، الكافى ٧/ ٤٣٩ .

٢) سورة النحل : ٩١ .

٣) سورة المائدة: ٨٩.

ولايجب بالغموس كفارة .وتنعقد لوحلف على فعل واجب اومندوب او على ترك محرم او مكروه .

بالله فليصدق[1] . ولاصدق الامع علم المطابقة . وأما المنعقد فلابد من العلم بما يحلف عليه ليلزم مقتضاه ويوقعه حسب ما حلف .

قوله : ولايجب بالغموس كفارة

تقدم بيان ذلك، ويريد هنا أنه انما لم تلزم الكفارة لعظم الذنب فلايرتفع بالكفارة ، ولقول الصادق عليه السلام : الايمان ثلاث : يمين ليس فيها كفارة ويمين فيها كفارة ، ويمين غموس تعقب النار[2] . والتفصيل قاطع للشركة .

قوله: وتنعقد لوحلف على فعل واجب أومندوب أوعلى ترك محرم اومكروه ولاتنعقد لوحلف على ترك فعل واجب أومندوب أوفعل محرم اومكروه

تحقيق متعلق اليمين أنها تقتضي اما ترجيح ما ليس بمرجوح ولاراجح ديناًأودنياًاوالمنع من النقيض أوالامتناع عن النقيض،فالاول يتناول المباح والثانى المندوب والثالث الواجب ، ويدخل ترك الحرام في الواجب وترك المكروه في المندوب، لان متعلق اليمين اما أن يكون أرجح من نقيضه شرعاً قبل اليمين أولا والثاني المباح، والاول اما أن يكون ذلك الترجيح الحاصل قبل اليمين مانعاً من النقيض أولا، فان كان الاول لم تقتض اليمين ترجيحه والالزم تحصيل الحاصل ، وكذا لاتقتضي منعه من النقيض والالزم أيضاً تحصيل الحاصل بل تقتضي الزام المكلف الامتناع عن النقيض والكفارة مع المخالفة ، وان كان الثاني اقتضت اليمين المنع من النقيض والامتناع منه .

---

١) سنن ابن ماجة ١/ ٦٧٩ ، الكافى ٧/ ٤٣٨ ، الفقيه ٣/ ٢٢٩ .

٢) الكافى ٧/ ٤٣٨ .

ولا ينعقد لوحلف على ترك فعل واجب أومندوب اوفعل محرم او مكروه . ولوحلف على مباح وكان الاولى مخالفته فى دينه او دنياه فليأت لما هوخيرله ولا اثم ولاكفارة .واذا تساوى فعل ما تعلقت به اليمين وتركه وجب العمل بمقتضى اليمين. ولو حلف لزوجته ألا يتزوج او يتسرى لم تنعقد يمينه . وكذا لو حلفت هى أن لاتتزوج بعده . وكذا لو حلفت أن لاتخرج معه .

قوله : ولوحلف على مباح وكان الاولى مخالفته فى دينه أودنياه فليأت لما هوخيرله ولااثم ولاكفارة

يشيرالى القسم الذي ليس براجح قبل اليمين ولامرجوح ، فانه مع تعلق اليمين بأحد طرفيه اما أن يبقى على صرافة الاباحة أولا ، فالاول لاكلام في لزوم العمل باليمين ، والثاني اما أن يترجح متعلق اليمين أونقيضه ، فالاول أيضاً لاكلام في لزوم العمل باليمين ، والثاني لايلزم مقتضى اليمين ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: من حلف على شيء فرأى غيره خيراً منه فليأت الذي هوخير[1] .

قوله: ولوحلف لزوجته ان لايتزوج اولايتسرى لم تنعقد يمينه، وكذا لوحلفت هى ان لاتتزوج بعده،وكذا لوحلفت ان لاتخرج معه

هنا فوائد :

(الاولى) تقدم في باب النكاح أن الاصح أن النكاح مندوب اليه، وقد يخرج الى الواجب عند خوف العنت. فعلى هذا يكون اليمين على تركه اماترك مندوب أوترك واجب وكلاهما لاتصح اليمين فيه: أما على قول من يقول بجواز كون

---

١) قد مر فيما سبق

ولاتنعقدلوقال لغيره : والله لتفعلن.ولايلزم أحدهما. وكذا لو حلف لغريمه على الاقامة بالبلد وخشى مع الاقامة الضرر،وكذا لو حلف ليضربن عبده فالعفو أفضل ولا اثم ولاكفارة . ولو حلف على ممكن فتجدد العجز انحلت اليمين . ولو حلف على تخليص مؤمن اودفع أذية لم يأثم ولوكان كاذباً .

النكاح مباحاً غيرراجح مطلقاً فقديصح تعلق اليمين بتركه، ويجيء فيه التفصيل المذكورآنفاً .

فظهربما قررناه ضعف قول الشيخ في الخلاف[1] اذا حلف أن لايتسرى فمتى تسرى حنث، لما قررنا من استحباب النكاح مطلقاً. نعم يتوجه ذلك على قول من يجوز الاباحة .

(الثانية) الزواج يشمل الدائم والمنقطع بحرة كان أوبأمة. نعم لايدخل تحته التحليل ، اذ الاصح أنه ملك يمين ، ويدخل على قول المرتضى أنه عقد متعة .

(الثالثة) اختلفت عبارات الفقهاء فى التسري ما هو ، فقيل الوطيء والتخدير[2] معاً أنزل أولم ينزل، وقيل الوطيء خدرأولم يخدر أنزل أولم ينزل وقيل الوطيء مع الانزال خدرأو لم يخدر . ذكر هذه الاقوال الشيخ في المبسوط[3] واختار القول الاخير،وفي الخلاف[3] واختار الاول، وتبعه ابن ادريس[4]

---

١) الخلاف ٣/٣٠٢ .

٢) التخدير من الخدر وهوالستر، يقال: خدروها بالتشديداى ستروها وصانوها عن الامتهان والخروج لقضاء الحوائج .

٣) المبسوط ٦/٢٥١ ، الخلاف ٣/٣٠٢ .

٤) السرائر : ٣٥٦ .

وان أحسن التورية ورى. ومن هذا لووهب له مالا وكتب له ابتياع وقبض ثمن فتنازعه الوارث على تسليم الثمن حلف ولا اثم، ويورى بما يخرجه عن الكذب. وكذا لو حلف أن مماليكه أحراراً وقصد التخلص من ظالم، لم يأثم ولم يتحرروا. ويكره الحلف على القليل وان كان صادقاً.

وكذا اختلف أهل اللغة في اشتقاقه، فقيل من السر وهو الجماع، وقيل الاخفاء لان الانسان كثيراً مايسرها ويسترها عن حرته، وقال الاخفش من السرور لانه يسربها، وقيل من السراة أي الخيار لانها مختارة[1].

قوله: وان احسن التورية ورى، ومن هذا لووهب مالا وكتب له ابتياع وقبض ثمن فتنازعه الوارث على تسليم الثمن حلف ولااثم ويورى ما يخرجه عن الكذب

قال الشيخ في النهاية[2] من وهب له أحد والديه شيئاً ثم مات الواهب فطالبه الورثة بذلك الشيء جاز له أن يحلف أنه كان اشتراه وأعطى ثمنه ولم يكن عليه كفارة ولا اثم. وتبعه القاضي في الكامل.

ونازعه ابن ادريس[3] في ذلك وقال: لايجوز له أن يحلف على أنه اشتراه، لانه لم يشتره فيكون كاذباً. وأيضاً ليس اليمين عليه حتى يحلف لهم، فانه مدعي واليمين على منكري الشراء. اللهم الا أن ترد اليمين عليه فيحلف على أنه ملكه

---

١) وقيل من السرى وهو الظهر. قاله في السرائر.

٢) النهاية: ٥٥٩.

٣) السرائر: ٣٥٣.

مسألتان :

(الاولى) : روى ابن عطية فيمن حلف ألا يشرب من لبن عنزة له ولا يأكل من لحمها : أنه يحرم عليه لبن اولادها ولحومهم لانهم منها . وفي الرواية ضعف . وقال في النهاية : ان شرب لحاجة لم يكن عليه شيء، والتقييد حسن.

ان رضي به الوارث. والشيخ عول على رواية محمد بن الصباح[1].

والمصنف جمع بين قول ابن ادريس ومضمون الرواية ، بأن حكم بجواز حلفه موريأان أمكنته التورية ورضي الوارث بيمينه كما تضمنته الرواية، والافعليه البينة بما ادعاه، فان فقدها حكم بردالملك ميراثاً وللمدعي اليمين على الوارث بنفي العلم بما ادعاه ان ادعى عليه العلم والا فلا يمين عليه .

والتورية عند أهل البلاغة أن يكون للفظ معنيان قريب وبعيد فيطلق ويراد به البعيد ، كما يراد بالحاجة الشجرة وبالجمل السحاب وبالثور القطعة الكبيرة من الاقط وبالعنز الاكمة . ولا يجوز صدورها شرعاً من مبطل ، بل انما يستعملها المحق .

قوله: روى ابن عطية فيمن حلف الايشرب من لبن عنزة له ولايأكل من لحمها أنه يحرم عليه لبن اولادها ولحومهم لانهم منها ، وفي الرواية ضعف، وقال في النهاية ان شرب لحاجة لم يكن عليه شيء. والتقييد حسن

هذه رواية عيسى بن عطية عن الباقر عليه السلام، رواها الشيخ في التهذيب[2] وأفتى بمضمونها في النهاية[3] وقيد الشرب بالحاجة لما تقدم أن من حلف على

---

١) التهذيب ٨/٢٨٧ ، الفقيه ٣/٢٢٨ .

٢) التهذيب ٨/٢٩٢ ، الكافي ٧/٤٦٠ .

٣) النهاية : ٥٦٠ .

(الثانية) : روى أبوبصير عن أبى عبدالله عليه السلام فى رجل اعجبته جارية عمته فخاف الاثم فحلف بالايمان ألايمسها أبداً ، فورث الجارية أعليه جناح أن يطأها ؟ فقال: انما حلف على الحرام ولعل الله رحمه فورثه اياها لماعلم من عفته .

شيء فرأى غيره خيراً منه فليأت الذي هو خير . لكن في العمل بهامع القيد المذكور نظر من وجهين :

« الاول » ضعف الراوي والطريق، فان عيسى المذكور مجهول،وفي طريق الرواية سهل بن الحسن ويعقوب بن اسحاق وهما مجهولان أيضاً ، وابو جعفر الارمني وقد ضعفه النجاشي وابن الغضائري .

« الثانى » أنه على تقدير صحتها في العمل بهااشكال ، فان اليمين لم يتناول الاولاد فكيف يحرم لحم أولادها ولبنها، لعدم دلالة اللفظ على ذلك بشيء من الدلالات .

قوله : روى ابوبصير عن ابى عبدالله عليه السلام في رجل أعجبته جارية عمته فخاف الاثم وخاف أن يصيبها حراماًفاعتق كل مملوك له وحلف بالايمان الا يمسها ابداً فماتت عمته فورث الجارية أعليه جناح ان يطأها ؟ فقال : انماحلف على الحرام ولعل الله رحمه فورثه اياها لما علم من عفته[1] ما دلت عليه الرواية صحيح وفقههاظاهر، لان اليمين انما تعلقت بشيء موصوف معين بصفة التحريم، فهي مناط الحكم وقدزالت الصفة فلايتناولها اليمين، فهويجري مجرى من حلف ان لايشرب هذا الخمر فينقلب خلا فانه لايحنث بتناول ذلك الخل .

---

١) التهذيب ٨/٣٠١ .

كتاب النذور والعهود

والنظر في امور أربعة :

(الاول) : الناذر ، ويعتبر فيه التكليف والاسلام والقصد . ويشترط في نذر المرأة اذن الزوج ، وكذا نذر المملوك ، فلو بادر أحدهما كان للزوج والمالك فسخه ما لم يكن فعل واجب او ترك محرم . ولا ينعقد في سكر يرفع القصد ولاغضب كذلك .

(الثاني): الصيغة. وهى ان تكون شكراً كقوله: ان رزقت ولداً فلله علي كذا . او استدفاعاً ، كقوله : ان برىء المريض فلله علي كذا اوزجراً كقوله : ان فعلت كذا من المحرمات او ان لم أفعل كذا من الطاعات فلله علي كذا . او تبرعاً كقوله : لله علي كذا .

ولاريب فى انعقاده مع الشرط . وفى انعقاد التبرع قولان ، اشبههما الانعقاد .

قوله : ولاريب فى انعقاده مع الشرط ، وفى انعقاده[1] مع التبرع قولان اشبههما الانعقاد

قال المرتضى لا ينعقد المتبرع به ، لان العرب لاتعرف النذر الا معلقاً بالشرط ، لشهادة ابى‌عمرو غلام ثعلب أن النذر وعد بشرط والاصل عدم النقل وللاجماع .

وفيه نظر ، لان غيرابى عمرو نقل أنه وعد بشرط وبغير شرط ، وقد وجد في اشعارهم كما قال جميل بن معمر :

فليت رجالافيك قد نذروادمي وهموا بقتلى يابثين لقونى[2]

والاجماع غيرمعلوم. وقال الشيخ وابن ادريس بانعقاده، واختاره المصنف والعلامة[3] ، وعليه الفتوى لوجوه :

« الاول » عموم الكتاب واطلاقه من غيرتقييد كقوله « اني نذرت للرحمن صوماً »[4] وقوله « يوفون بالنذر »[5] وغير ذلك .

« الثاني » عموم قوله صلى الله‌عليه وآله وسلم: من نذر أن يطيع‌الله فليطعه ومن نذر أن يعصيه فلايعصه[6] وقول الصادق عليه السلام في رواية ابى الصباح

---

١) فى المختصرالنافع ط مصر: وفى‌انعقاد التبرع .

٢) البيت من‌قصيدة لجميل بن معمر العذرى صاحب بثينة احدعشاق‌العرب المشهورين وله ترجمة فى الاغانى والخزانة للبغدادى وغيرهما . وبثين ترخيم بثينة .

٣) الخلاف ٣/٣٠٣، السرائر : ٣٥٧، القواعد: المقصد الثانى من‌كتاب الايمان.

٤) سورة مريم : ٢٦ .

٥) سورة الدهر : ٧ .

٦) سنن ابن ماجة ١/٦٨٧ .

ويشترط النطق بلفظ الجلالة ، فلو قال على كذا لم يلزم، ولو اعتقد انه ان كان كذا فلله عليه كذا ولم يتلفظ بالجلالة ، فقولان اشبههما أنه لا ينعقد ، وان كان الاتيان به أفضل . وصيغة العهد ان يقـول : عاهدت الله متى كان كذا فعلى كذا. وينعقد نطقاً .

عنه : ليس النذر بشيء حتى يسمى شيئاً لله صياماً أو صدقة أوحجاً أوهدياً[1] . وغير ذلك من الاخبار .

« الثالث » العرف دال على ذلك، فانهم يطلقون ذلك على المعلق وغيره، ولهذا يصح قسمته اليهما، ومورد التقسيم مشترك بين الاقسام .

قوله: ولواعتقد انه ان كان كذا فلله عليه كذا ولم يتلفظ بالجلالة فقولان اشبههما انه لاينعقد وان كان الاتيان به افضل

قال الشيخان[2] لاحاجة الى اللفظ ، واختاره القاضي وابن حمزة ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: انماالاعمال بالنيات وانما لكل امرىء مانوى[3]. وانما للحصر والباء للسببية ، وذلك يدل على حصر السببية في النية .

وقال ابن ادريس والشيخ في موضع من المبسوط لابد من اللفظ . وهو الاشبه والمختار ، لدلالة استقرار الشرع على تعليق الاحكام بالالفاظ دون الاعتقادات المجردة . نـعم لابـد مـع اللفظ من النية والقصد ، فـلو تجرد عنهما بطل .

---

١) التهذيب ٨/٣٠٣ ، الكافي ٧/٤٥٥ .

٢) المقنعة: ٨٨، النهاية: ٥٦٢ قال فيه: وان قال ان كان كذا فعلى كذا ولم يقل لله لم يكن ذلك نذراً واجباً بل يكون مخيراً في الوفاء به وتركه والافضل له الوفاء به على كل حال .

٣) سنن ابن ماجة ٢/١٤١٣ .

وفي انعقاده اعتقاداً قولان اشبههما أنه لاينعقد. ويشترط فيه القصد كالنذر .

(الثالث) : في متعلق النذر . وضابطه ماكان طاعة لله مقدوراً للناذر ولاينعقد مع العجز ، ويسقط لو تجدد العجز . والسبب اذا كان طاعة لله وكان النذر شكراً لزم . ولو كان زجراً لم يلزم . وبالعكس لو كان السبب معصية . ولاينعقد لو قال : لله علي نذر واقتصر به . وينعقد لو قال : علي قربة ، ويبر بفعل قربة ، ولو صوم يوم او صلاة ركعتين . ولو نذر صوم حين صام ستة أشهر . ولو قال : زماناً ، صام خمسة أشهر . ولو نذر الصدقة بمال كثير كان ثمانين درهماً . ولو

قوله : وفي انعقاده اعتقاداً قولان اشبههما انه لاينعقد

الخلاف في العهد كالخلاف في النذر وقد تقدم .

قوله: والسبب اذا كان طاعة وكان النذر شكراً لزم، ولو كان زجراً لم يلزم ، وبالعكس لو كان السبب معصية

هنا مسائل أربع :

(الاولى) يكون السبب طاعة والجزاء شكراً على فعلها فينعقد كقوله « ان حججت هذه السنة فلله علي صوم أو صدقة » .

(الثانية) أن يكون السبب طاعة والجزاء زجراً عن فعلها فلا ينعقد كالمثال المذكور .

(الثالثة) أن يكون السبب معصية والجزاء شكراً على فعلها فلاينعقد كقوله: ان شربت الخمر فلله علي صوم شهر .

(الرابعة) يكون السبب معصية والجزاء زجراً عن فعلها، فينعقد كالمثال المذكور.

قوله : ولو نذر الصدقة بمال كثير كان ثمانين درهماً

هنا فوائد :

(الاولى) ان المراد بالكثير في النذر هو ثمانون، وهو اجماع منا ، مستنده رواية ابى بكر الحضرمي عن الصادق عليه السلام[1] ، ورواية علي بن ابراهيم عن أبيه حكاية فتوى الهادي عليه السلام[2] في قضية المتوكل لمانذر الصدقة بمال كثير ان عوفي من مرضه فعوفي ،فقال له الفقهاء أقوالامختلفة، فأفتى الهادي عليه السلام بالثمانين وعلله بقوله تعالى «لقد نصركم الله في مواطن كثيرة»[3] فعددنا تلك المواطن فكانت ثمانين موطناً .

(الثانية) اختلف الاصحاب في جنس الثمانين ، فأطلق ابنا بابويه[4] ولم يقيدا بالدرهم لاطلاق الثمانين في فتوى الهادي عليه السلام، وقال الشيخان[5] يكون المنذور ثمانين درهماً لتقييده بذلك في رواية ابى بكر الحضرمي المذكورة . واختاره المصنف ، لما ثبت في الاصول من حمل المطلق على المقيد .

وقال ابن ادريس[6]: ان كان في عرف الناذر المعاملة بالدراهم كان الثمانون دراهم ، وان كان في عرفهم المعاملة بالدنانير كان دنانير . وهو تفصيل حسن ، لكن الاولى انقصد الناذر أحدالنوعين اتبع ، والا فان كانت المعاملة بأحدهما فكذلك ، وان كانت بهما أولابهما فالثمانون دراهم ، لما تقدم من النص عليه في الرواية .

---

١) التهذيب ٣١٧/٨ .

٢) الكافى ٤٦٣/٧، التهذيب ٣٠٩/٨، تحف العقول ٤١١ ط دارالكتب الاسلامية.

٣) سورة التوبة : ٢٦ .

٤) المقنع: ١٣٦، وقيد فيه بالدينار [الدرهم] حيث قال: فان الكثير ثمانون ديناراً [درهماً] .

٥) المقنع : ٨٨ ، النهاية : ٥٦٥ .

٦) السرائر : ٣٥٧ .

نذر عتق كل عبد قديم اعتق من كان له في ملكه ستة أشهر فصاعداً ، هذا اذا لم ينوشيئاً غيره . ومن نذر في سبيل الله صرفه في البر . ولو نذر الصدقة بما يملك لزم ، فان شق قومه وأخرج شيئاً فشيئاً حتى يوفي .

(الثالثة) هل الكثير في الاقرار والوصية ثمانون أم لا ؟ قال الشيخ نعم ، وتبعه الراوندي[1] ، لاستعماله كذلك في النذر والاستعمال دليل الحقيقة .

ومنعه ابن ادريس والمصنف والعلامة ، لوروده فى الكتاب لغير ذلك العدد، كقوله تعالى «كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة»[2] وقوله تعالى « واذكروا الله كثيراً »[3] . وانما اختص النذر للنص عليه فيبقى في غيره على الاحتمال . والاستعمال أعم من الحقيقة والمجاز .

قوله: ولونذر الصدقة بمايملك لزم فان شق قومه واخرج شيئاً فشيئاً

ما يملك يشمل العين والدين والمنفعة، لصدق الملك على الجميع وكون ماللعموم .

وهنا فوائد :

(الاولى) المراد بالمشقة الضرر الحاصل للناذر ولمن يجري مجراه كولده وزوجته ومن تجب نفقته عليه .

(الثانية) اذا كان مايملكه قدر الضرورة كما قلنا بطل النذر، ووجوب الصرف

---

١) فقه القرآن ٢/٣١٣ .

٢) سوره البقرة: ٢٢٩ .

٣) سورة الانفال : ٤٥ .

(الرابع) : اللواحق . وهي مسائل :

(الاولى): لو نذر يوماً معيناً فاتفق له السفر أفطر وقضاه، وكذا لو مرض او حاضت المرأة او نفست . ولو شرط صومه سفراً وحضراً

فيها فالمنافي له حرام فلايصح نذره. وكذا يبطل في قدر الضرورة لوزاد المال عنها .

(الثالثة) المراد بالضرورة مالايؤمل معها حصول عوض عن ذلك المال، ولايتقدر بقوت اليوم والليلة بل أعم من ذلك ، فلو كان في فلاة سقط النذر في قدرما يحصل به الوصول الى المأمن ولو طال وكثرت النفقة .

(الرابعة) ما ذكرناه من بطلان النذر في قدر الضرورة وهو ظاهر كلام الشهيد، واما العلامة فظاهره وجوب تقديم الجميع وتدريج الصدقة. والعمل بالاول أجود والثاني أحوط .

(الخامسة) لوزاد المال عن قدر الضرورة هل تجب الصدقة بالزائد في الحال ويختص التقويم بقدر الضرورة؟ استشكله العلامة بناء على مذهبه من حيث تمكنه من فعل بعض المنذور وهو مقدور فيجب ، ومن عموم النص بالتقويم ثم الصدقة تدريجاً . واختار السعيد الاول والشهيد الثاني .

(السادسة) التقويم للزائد عن الضرورة على قول الشهيد رخصة لقيام المقتضي للمنع وهو وجوب الوفاء بالنذر، وعلى قول العلامة تقويم الضروري عزيمة والزائد رخصة .

(السابعة) لو تعيش بعين المال بعد التقويم فالربح له ولا تجب الصدقة به ، لاختصاص النذر بما يملكه حال النذر، ولاتجب الصدقة بما يملكه في المستقبل، لاصالة البراءة وعدم المقتضي .

صام وان اتفق في السفر. ولو اتفق يوم عيد أفطر، وفي القضاء تردد. ولو عجز عن صومه أصلا قيل: يسقط. وفي رواية يتصدق عنه بمد. (الثانية): مالم يعين بوقت يلزم الذمة مطلقاً. وماقيد بوقت

قوله: ولواتفق يوم عيدافطر وفى القضاء تردد

ينشأ من قول الشيخ [1] في النهاية والمبسوط وابن بابويه[1] وابن حمزة بوجوب القضاء، استناداً الى رواية علي بن مهزيار عن ابى الحسن عليه السلام: أنه يصوم يوماً بدل يوم انشاء الله[2]. ومن فتيا القاضي وابن ادريس[3] والمصنف في الشرائع[3] والعلامة بعدم الوجوب لماتبين من عدم صحة النذر لعدم قبول الزمان للصوم، لان مالايصح صومه لايصح نذره، وعليه الفتوى. والرواية مع صحتها محمولة على الاستحباب.

قوله: ولوعجز عن صومه اصلا قيل يسقط، وفى رواية يتصدق عنه بمد

القول للشيخ، وقال ابن ادريس ان كان العجز لكبر أومرض لايرجى زواله كذي العطاش الذي لايرجى برؤه فقول الشيخ صحيح، وان كان المرض يرجى برؤه فعليه الافطار والقضاء ولا اطعام. وقوله قوي.

وأما الرواية فعن الرضا عليه السلام بطريق محمد بن منصور عنه عليه السلام[4] والكليني مرفوعاً الى علي بن ادريس عنه عليه السلام[5] ايضاً، وهي على الندب

---

١) النهاية: ٥٦٥، قال فيه: وجب عليه ان يفطر ذلك اليوم ويقضيه وليس عليه كفارة. المبسوط ١/ ٢٨١، المقنع: ١٣٧.

٢) الكافى ٧/ ٤٥٦، التهذيب ٨/ ٣٠٥، الاستبصار ٤/ ١٠١.

٣) السرائر: ٣٥٧، الشرائع ٢/ ٢٤٠، القواعد: المطلب الثالث من الفصل الثانى من المقصد الثانى من كتاب الايمان.

٤) الفقيه ٣/ ٢٣٤، الكافى ٤/ ١٤٣.

٥) الكافى ٤/ ١٤٣.

يلزم فيه، ولو أخل لزمته الكفارة . وما علقه بشرط ولم يقرنه بزمان فقولان ، أحدهما يتضيق فعله عنـد الشرط ، والاخير لايتضيق ، وهو أشبه .

(الثالثة) : من نذر الصدقة في مكان معين او الصوم والصلاة في وقت معين لزم ، فان فعل ذلك في غيره أعاد .

(الرابعة) : لو نذر ان برأ مريضه او قدم مسافره فبان البرء والقدوم قبل النذر لم يلزم ، ولو كان بعده لزم .

(الخامسة) : من نذر ان رزق ولداً حج به اوحج عنه ثم مات حج به او عنه من اصل التركة .

لاصالة البراءة وعدم الاثم .

قوله : وما علقه بشرط ولم يقرنه بزمان فقولان احدهما يتضيق فعلة عند الشرط والاخر لايتضيق وهواشبه

الاول قول الشيخ واتباعه وجعله الشهيد احوط ، والثانى نقله بعض تلاميذ المصنف عنه. ولاشك انه أشبه بالاصل، لاصالة عدم التضيق. نعم يستحب التعجيل

قوله: من نذر الصدقة فى مكان معين أوالصوم او الصلاة فيه اوفى ١) وقت معين لزم ، ولوفعل ذلك فى غيره اعاد

قوله « اوفى وقت معين » عطف على مكان معين ، تقدير الكلام : لونذر الصدقة أوالصوم أوالصلاة في مكان معين أووقت لزم .

---

١) ليس « فيه او » فى المختصر النافع ط بمصر .

اذا عرفت هذا فاعلم : ان المصنف حكم بالاعادة اذا فعل المنذور في غير ذلك المكان والزمان ، وأطلق القول بذلك في الاقسام الثلاثة . وليس هوعلى اطلاقه بل البحث يتنقح بمسائل :

(الاولى) اذا نذرالصدقة في مكان معين تعين فعلها فيه ، سواء كان المكان ذامزية أولا، لانه فيالحقيقة نذرلاهلذلكالمكان فيتعينصرفه اليهم، وكذايتعين الزمان المعين وان خلا عن المزية . نعم لوكان المكان ذامزية أوأوقعها في الاعلى مزية أوالمساوي فاشكال منحصولالغرض في الامرينوزيادة فيالاعلى فيبر ، ومن عدم اتيانه بالمنذور على وجهه . وهذا أجود .

(الثانية) لونذر الصوم في مكان معين فان خلا عن المزية لم يتعين، لعدم التفاوت مع حصول الوفاء بالنذر أمالوكان ذامزيةكأيامالحاجةبالمدينةلونذرها تعينت هناك ، فلوفعل في غيرها أعاد لعدم اتيانه بالمنذور مع تعلق الغرضبه .

وأطلق الشيخ الصوم أينشاء ، وتردد فيه المصنف فيالشرائع . والتحقيق ماقلناه .

(الثالثة) لونذر الصلاة في زمان معين تعين الاتيان بها فيه مطلقاً ، سواء كان ذامزية أولا ، ولوفعلها في غيره لم يجزمطلقاً ، سواء زاد الزمان مزية أولا. أما المكان فان خلاعن المزية لم يتعين وجازت الصلاة أين كان . وهو فتوى الشيخ في المبسوط ، وتردد فيه المصنف أيضاً من عدم التفاوت ومن وجوب الاتيان بالمنذور على وجهه . والفتوى على الاول، لعدم تناول النذر خصوصية المكان ، اذ لارجحان فيه .

ويرد سؤال ، تقريره : ما الفرق بين الزمان والمكان في تعين الاول وعدم تعين الثاني مع تعلق النذر بهما ؟ ويجاب بوجوه :

الاول : ان الوقت سبب في حدوث الوجوب بحدوثه بخلاف المكان .

(السادسة) : من جعل دابته اوجاريته هدياً لبيت الله بيع ذلك وصرف ثمنه في معونة الحاج والزائرين .

الثاني: ان الوقت لايمكن تعدده وهومن مشخصات الافعال، فقبله لايجب وبعده يمتنع عوده فلايكون الفعل في غيره هوالمنذور بل مغايراً .

الثالث: النذريصير الوقت المنذور فيه وقتاً محدوداً لتلك العبادة فلايجزي في غيره ، أما اذا كان المكان ذامزية فلايجزي في الادون قطعاً كمسجد السوق بالنسبة الى مسجد القبيلة، فان الاول باثني عشرصلاة والثاني بخمسة وعشرين. وكذا لايجزي في المساوي أيضاً على الاقوى ، لعموم « أوفوا بعهد الله اذا عاهدتم »[1] وعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم: من نذر أن يطيع الله تعالى فليطعه[2] .

وهل يجري في الاعلى مزية كما لونذرها في مسجد النبي صلى الله عليه وآله وسلم ففعلها في المسجد الحرام ام لا ؟ فاشكال من عدم الاتيان بالمنذور على وجهه ومن حصول المقصود وزيادة، فان القلانسي روى عن الصادق عليه السلام: انها في مسجد النبي صلى الله عليه وآله وسلم بعشرة آلاف وفي المسجد الحرام بمائة الف[3] .

قوله : من جعل دابته اوجاريته هدياً للبيت بيع ذلك وصرف ثمنه في معونه الحاج والزائرين

هكذا وردت الرواية[4] ، وطرد الاصحاب الحكم بما لوكان المنذور غير

---

١) سورة النحل : ٩١ .

٢) سنن ابن ماجة ١/٦٨٧ .

٣) الوسائل ٣/٥٣٦ .

٤) التهذيب ٥/٤٤٠ ، الكافي ٤/٥٤٣ .

(السابعة) روى اسحاق بن عمار عن أبي ابراهيم عليه السلام في رجل كانت عليه حجة الاسلام فأراد أن يحج ، فقيل له : تزوج ثم حج ، قال : ان تزوجت قبل ان أحج فغلامي حر ، فبدأ بالنكاح فقال : تحرر الغلام . وفيه اشكال الا أن يكون نذراً .

(الثامنة) : روى رفاعة عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل نذر الحج ولم يكن له مال فحج عن غيره أيجزى عن نذره ؟ قال : نعم وفيه اشكال الا أن يقصد ذلك بالنذر .

الدابة والجارية أو كان المنذور له غير البيت كالمسجد والمشهد، لاتحاد الطريق في ذلك من كله من غير فرق .

قوله: روى اسحاق بن عمار عن ابى ابراهيم عليه السلام ١) فى رجل قال: ان تزوجت قبل ان احج فغلامى حر، فبدأ بالنكاح تحرر الغلام، وفيه اشكال الا ان يكون نذراً

هذه الرواية أفتى بمضمونها الشيخ في النهاية[٢] واستشكلها المصنف من حيث عدم صحة العتق معلقاً على شرط غير النذر والموت، والفرض خلو الرواية من ذكرهما فلا يقع التحرير . ومن حيث امكان ارادة النذر ووقوعه من اللافظ والاهمال من الراوي .

والتحقيق أنه ان كان ذلك نذراً وحصلت شرائطه اللفظية والمعنوية حكم بالتحرير والا فلا .

قوله: روى رفاعة عن ابى عبدالله عليه السلام: رجل نذر الحج ولم يكن له مال فحج عن غيره أيجزى عن نذره ؟ قال : نعم٣) وفيه اشكال الا ان يقصد ذلك بالنذر

---

١) الكافى ٧/ ٤٥٥ ، التهذيب ٨/ ٣٠٤ .

٢) النهاية : ٥٦٤ .

٣) التهذيب ٨/ ٣١٥ .

(التاسعة) : قيل من نذر ألا يبيع خادماً أبداً لزمه الوفاء وان احتاج الى ثمنه ! وهو استناداً الى رواية مرسلة .

هذه أيضاً أفتى الشيخ فى النهاية[1] بمضمونها. وينشأالاشكال من حيث أن نذرالحج مطلقاً يوجب استقراره في ذمة الناذرفيفتقر في ايقاعه الى نية وقصد ، لما تقرر من افتقار كل عبادة الى ذلك، وحجه عن غيره ليس فيه قصد الحج عن نفسه أوعن غيره ، فان ذلك لايوجب تعين الحج في ذمته عن نفسه بل أعم من الامرين . وحينئذ لو حج عن غيره فقد أتى بالمنذور ، لانه أحد الامرين الواجبين على التخيير ، فيتفرع على ذلك فروع :

الاول : أنه يجب عليه التعرض لتحصيل شرط الحج عن نفسه أوعن غيره بحسب الامكان الشرعي والعرفي .

الثاني : لولم يتمكن من الاستطاعة عن نفسه وحصلت بالايجار للحج عن غيره وجب عليه القبول، لانه قيام بأحد الواجبين المجزيتين[2] مع عدم الاخر .

الثالث : المراد بالاستطاعة هنا العقلية لاالشرعية التي يشترط فيها ملك الزاد والراحلة فاضلا عن مسكنه وخادمه وثيابه .

الرابع: لوحج عن غيره بأحد الملزمات وجب في النية التعرض للوجوب للسبب الملزم أو النذر معاً في نيته .

الخامس : ان كان النذر مقيداً بزمان وجب ماذكرناه في ذلك الزمان، وان كان مطلقاً وجب موسعاً ، ويتضيق عند ظن الموت كسائر الموسعات .

قوله : قيل من نذران لايبيع خادماً أبداً لزمه الوفاء وان احتاج الى ثمنها ، وهواستناد الى رواية مرسلة

---

١) النهاية : ٥٦٧ .

٢) فى بعض النسخ : المخبرين .

(العاشرة): العهد كاليمين يلزم حيث تلزم. ولو تعلق بما الاعود محالفته ديناً او نياً خالف ان شاء، ولااثم ولاكفارة .

القائل هوالشيخ في النهاية[1] والمستند رواية احمد بن محمد بن ابى نصر عن الحسن بن علي عن ابى الحسن عليه السلام قال : قلت له : ان لي جارية ليس لها مني مكان ولاناحية وهي تحتمل الثمن الا اني كنت حلفت منها يمين فقلت لله علي ان لا أبيعها أبداً ولي الى ثمنها حاجة مع تخفيف المؤنة . فقال : ف لله بقولك[2] . وهي غير مرسلة كما قال المصنف[3] .

قال ابن ادريس : هذاغيرمستقيم ، للاجماع على أنه متى كان للناذر صلاح ديني ودنياوي جاز مخالفة نذره من غير كفارة .

قلت : هذا مبني على جواز نذر المباح ، وفيه منع لما تقدم من اشتراط كون المنذور طاعة ، وعلى تقدير القول به ـ كماهومدلول الرواية ـ انمامنع من المخالفة وأوجب الوفاء بالنذر ، لان المذكور من الحاجة فيها حاجة ضعيفة وهي تخفيف المؤنة، وذلك غير محوج[4] الى مخالفة النذر .

قال الشهيد في قوله عليه السلام « فلله بقولك » دقيقة، هى ان النذر يسمى يميناً فيعلم منه أن كل موضع يتوقف على اذن الغيرفي اليمين يتوقف في النذر ، ومنه يستنبط توقف نذرالولد على اذن الوالد، لوجودالنص على أنه لايمين لولد مع والده .

---

١) النهاية : ٥٦٧ .

٢) التهذيب ٨/ ٣١٠ ، الاستبصار ٤/ ٤٦ .

٣) اى ليس كما قال المصنف بل هى متصلة لكنها ضعيفة الرجال ، فقد شاركت المرسل فى ضعف التمسك بل الضعيف أوهى من المرسل ، لانه لاشك فى رده وقد يتمسك بكثيرمن المراسيل بل قد يطلق عليها الصحيح . كذا فى هامش المخطوطة .

٤) فى بعض النسخ : غيرمخرج .

وفيه نظر ، لان التسمية وجدت في كلام السائل لا الامام ، والتقدير على التسمية ليس تسمية ، لان ايراد الصيغة وتسمية الامام لها نذراً منبه على أنه ليس بيمين كما توهمه السائل بل نذر وكل نذر يجب الوفاء به .

نعم لقائل أن يقول على تقدير اشتراط كون المنذور طاعة : فما وجه العمل بالرواية ، اذ عدم البيع ليس طاعة في نفسه .

فيجاب : بأنه وان لم يكن طاعة في نفسه لكنه وسيلة الى الطاعة ، لانه مع استمرار الملك سبع سنين يستحب العتق ، والوسائل تابعة للمقاصد .

تم القسم الثالث وهو قسم الايقاعات فلنشرع فى الرابع وهو الاحكام .

فهرس الكتاب

كتاب النكاح (٣ ـ ٢٨٩)

اقسام النكاح ـ النكاح الدائم	٣
تقسيم النكاح بانقسام الاحكام الخمسة	٥
في لفظ الايجاب والقبول وشرائطه	٦
عبارات الصبى والمجنون والسكران في النكاح	١١
ادعاء زوجية المرأة واختها	١٣
تزويج أحد البنات من دون تسميتها	١٥
بعض آداب العقد والخلوة	١٦
جواز النظر الى وجه من يريد نكاحها	٢٠
حكم الوطء في الدبر	٢٣
العزل ومتى يدخل بالمرأة	٢٤
اولياء العقد وما يشترط في الاولياء	٢٧
توقف النكاح على الاجازة في الحر والعبد	٣٣

لاتنكح الامة الاباذن المولى	٣٦
في تزوج الاب الصغيرمن أولاده	٣٨
لاولاية للام في نكاح أولادها	٤١
أسباب التحريم في النكاح	٤٢
بعض أحكام الرضاع	٤٣
المصاهرة وبعض أحكامها	٥٦
حرمة المصاهرة هل تنشر	٦٥
لوملك أختين فوطىء واحدة حرمت الاخرى	٧٦
يكره أن يعقد الحرعلى الامة	٧٨
لايجوز نكاح الامة على الحرة الاباذنها	٨٠
تزويج ذات البعل ومن في العدة	٨٣
من تحرم بلواط الغلام	٨٧
عدد الزوجات فيالدائم والمتعة	٨٨
اللعان بين الزوجين	٩٤
كفرأحد الزوجين	٩٤
التساوي في الاسلام شرط في صحة العقد	١٠٥
التزوير عندالنكاح	١١٠
تزويج الزانية مع عدم العلم بذلك	١١١
لايجوز التعريض بالخطبة لذات العدة الرجعية	١١٢
نكاح الشغار ونكاح المربية وبنتها	١١٥
جواز النكاح المنقطع وأدلته	١١٦
بعض أحكام الزواج المنقطع	١١٨
العدة في نكاح المتعة	١٣٢

في نكاح الاماء والعبيد	١٣٥
الطوارىء على زواج العبيد	١٤٥
من الطوارىء العتق	١٤٦
ومنها الطلاق	١٦٤
لاحصر في النكاح بملك الرقبة	١٦٨
ملك المنفعة في النكاح	١٧١
العيوب الفاسخة للنكاح وأقسامها وأحكامها	١٧٦
في عيوب الرجل والمرأة	١٧٨
الخيار في فسخ النكاح على الفور	١٨٥
اذا فسخ الزوج قبل الدخول فلامهر	١٨٩
ادعاء العنن وانكار الزوج ذلك	١٩٣
التزوير في الحرية والرقية	١٩٥
في أحكام المهر	٢٠٣
كل ما يملكه المسلم يكون مهراً	٢٠٥
لايشترط في صحة النكاح ذكر المهر	٢١٧
أحكام تتعلق بالمهر	٢٢١
تملك المرأة المهر بالعقد عليها	٢٢٣
الطلاق قبل الدخول بالزوجة	٢٢٩
لو أمهرها مدبرة ثم طلق صارت بينهما نصفين	٢٤٠
الطلاق بعد اعطاء عوض المهر	٢٤١
الشرط الفاسد لايفسد العقد	٢٤٢
اختلاف الزوجين في أصل المهر	٢٤٧

أحكام القسم والنشوز والشقاق ٢٤٩
كيفية القسم للازواج ٢٥٠
النشوز ومعناه وأحكامه ٢٥٦
أحكام الشقاق بين الزوجين ٢٥٧
أحكام الاولاد ٢٥٩
ما يستحب للاولاد من التسمية وغيرها ٢٦٥
أحكام الرضاع والحضانة ٢٦٦
في النفقات وأسبابها ٢٧٤
ما يشترط في نفقة الزوجة ٢٧٧
نفقة الولد على الاب ٢٨٦
في نفقة المماليك ٢٨٧

كتاب الطلاق (٢٩٠ ـ ٣٥٨)

ما يعتبر من الشرائط في المطلق ٢٩٠
ما يعتبر من الشرائط في المطلقة ٢٩٢
صيغة الطلاق وكيفيتها وما يعتبر فيها ٣٠٢
الطلاق باثنتين أو بالثلاث ٣١٢
الاشهاد في الطلاق وشرائطه ٣١٥
الطلاق البدعي والسني ٣١٧
الطلاق البائن والرجعي والعدي ٣١٩
مسائل من أحكام الطلاق ٣٢٠
أحكام طلاق المريض ٣٢٣

ما يعتبر في المحلل ٣٢٦
الرجعة والالفاظ الصالحة لها ٣٢٩
أحكام العدد وأنواعها ٣٣١
في عدة المسترابة ٣٣٥
في عدة الحامل ٣٤١
أحكام المفقود عنها زوجها ٣٤٥
عدد الاماء وكيفية استبرائهن ٣٥٠
لايجوز اخراج الرجعية من البيت الامع الاذية ٣٥٥

كتاب الخلع والمباراة (٣٥٩ ـ ٣٦٦)

صيغة الخلع ومايعتبر في ألفاظها ٣٥٩
ما يعتبر من الشرائط في الخالع ٣٦٢
ما يعتبر من الشرائط في المختلعة ٣٦٣
مسائل من أحكام الخلع ٣٦٣

كتاب الظهار (٣٦٧ ـ ٣٨٤)

معنى الظهار لغة وشرعاً ٣٦٧
ما ينعقد به الظهار من الالفاظ ٣٦٨
وقوع الظهار بالمتمتع بها والموطوءة بالملك ٣٧٣
مسائل من أحكام الظهار ٣٧٤

كتاب الايلاء (٣٨٥ ـ ٤١٤)

ما ينعقد به الايلاء من الالفاظ	٣٨٥
ما يعتبر في الرجل المولي والزوجة من الشرائط	٣٨٦
اذا رفعت الزوجة أمرها الى الحاكم	٣٨٨
في كفارات الايلاء	٣٩٠
من حلف بالبراءة لزمه كفارة ظهار	٣٩٥
كفارة جز المرأة شعرها في المصاب	٣٩٨
كفارة من نذر صوم يوم فعجزعنه	٤٠٠
مسائل من الكفارات	٤١١

كتاب اللعان (٤١٥ ـ ٤٢٨)

معنى اللعان لغة وشرعاً	٤١٥
سبب اللعان قذف الزوجة وانكارالولد	٤١٦
في شرائط اللعان	٤١٨
كيفية اللعان	٤٢١
بعض أحكام اللعان	٤٢٣

كتاب العتق (٤٢٩ ـ ٤٥٦)

أسباب الرق والاقرار به	٤٢٩
من لايملك بالرقية من الاقارب	٤٣٠
أسباب ازالة الرق	٤٣١

ما يشترط في المعتق من الشروط ٤٣٥
كراهة التفريق بين الولد وأمه ٤٣٩
مسائل من أحكام الرق ٤٣٩
سراية العتق وأسبابها ٤٤٩
العوارض الرافعة للرقية ٤٥٥

كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاد (٤٥٧ - ٤٨٤)

معنى التدبير وشرعيته ٤٥٧
اللفظ الصريح في التدبير وبعض أحكامه ٤٥٨
التدبير وصية يرجع المولى فيه متى شاء ٤٦٠
أسباب بطلان التدبير ٤٦٣
في المكاتبة وبيان أحكامها وأركانها ٤٦٦
أقسام الكتابة ٤٦٩
ما يعتبر في مالك العبد للكتابة ٤٧٢
مسائل من أحكام المكاتبة ٤٧٥
الاستيلاد وما يتحقق به ٤٨٠

كتاب الاقرار (٤٨٥ - ٥٠٠)

دليل شرعية الاقرار ٤٨٥
معنى الاقرار ومايقوم به ٤٨٥
شرائط المقر ٤٨٨

شرائط المقر له ٤٨٩
شرائط المقر به ٤٩٠
الاستثناء عند الاقرار ٤٩٣
تعقيب الاقراربماينافيه ٤٩٧
أحكام الاقرار بالنسب ٤٩٧

كتاب الايمان (٥٠١ ـ ٥١٥)

معنى اليمين لغة وشرعاً ٥٠١
مابه ينعقد اليمين ٥٠٣
ما يعتبر في الحالف من الشروط ٥٠٨
في متعلق اليمين ٥١٠
مسألتان من أحكام اليمين ٥١٥

كتاب النذور والعهود (٥١٧ ـ ٥٢٩)

الشرائط المعتبرة في الناذر ٥١٧
صيغة النذر ٥١٧
يشترط في النذر النطق بلفظ الجلالة ٥١٩
في متعلق النذر ٥٢٠
مسائل من لواحق النذر ٥٢٣

من مخطوطات

مكتبة آية الله المرعشي العامة

سلسلة تعني بالتراث المخطوظ المحفوظ في أجنحة مكتبة آية الله العظمى المرعشي العامة بقم، فتطبع تباعاً بطباعة جيدة واخراج أنيق ، وقد طبع حتى الان في هذه السلسلة الكتب التالية :

١ ـ اطائب الكلم في بيان صلة الرحم

تأليف الشيخ حسن بن علي بن عبدالعالي الكركي العاملي

اعداد السيد أحمد الحسيني ، طبع سنة ١٣٩٤ هـ

٢ ـ فقه القرآن

تأليف قطب الدين سعيد بن هبة الله الراوندي

تحقيق السيد أحمد الحسيني ، طبع سنة ١٣٩٩ هـ في جزئين

٣ ـ قواعد المرام في علم الكلام

تأليف كمال الدين ميثم بن علي بن ميثم البحراني

طبع سنة ١٣٩٨ هـ

٤ ـ الدر المنثور من المأثور وغير المأثور

تأليف الشيخ علي بن محمد بن الحسن بن زين الدين العاملي

طبع سنة ١٣٩٨ هـ في جزئين

٥ ـ رياض العلماء وحياض الفضلاء

تأليف الميرزا عبدالله أفندي الاصبهاني

تحقيق السيد أحمد الحسيني ، طبع سنة ١٤٠١ هـ في ستة أجزاء

٦ ـ فضل زيارة الحسين عليه السلام

تأليف الشريف محمد بن علي بن الحسن العلوي الشجري

اعداد السيد أحمد الحسيني ، طبع سنة ١٤٠٣ هـ

٧ ـ نضد القواعد الفقهية

تأليف الفقيه المقداد بن عبدالله السيوري

تحقيق السيد عبداللطيف الكوهكمري ، طبع سنة ١٤٠٣ هـ

٨ ـ رسالتا آل بابويه وعلماء البحرين

تأليف : الشيخ سليمان بن عبدالله الماحوزي البحراني

تحقيق السيد أحمد الحسيني ، طبع سنة ١٤٠٤ هـ

٩ ـ التنقيح الرائع لمختصر الشرائع

تأليف الفقيه المقداد بن عبدالله السيوري

تحقيق السيد عبداللطيف الكوهكمري، طبع سنة ١٤٠٤ فى أربعة اجزاء

١٠ ـ هداية الطالبين في شرح نهج المسترشدين

تأليف الفقيه المقداد بن عبدالله السيوري

تحقيق السيد مهدي الرجائي، طبع سنة ١٤٠٥ هـ

التنقيح الرائع

لمختصر الشرائع

الفقيه الكبير والمحقق الشهير

جمال الدين مقداد بن عبد الله السيوري الحلي

المتوفى سنة ٨٢٦ هجرية

تحقيق

السيد عبد اللطيف الحسيني الكوه كمري

باهتمام

السيد محمود المرعشي

من مخطوطات
مكتبة آية الله المرعشي العامة

(٩)

التنقيح الرائع
لمختصر الشرائع

شبكة كتب الشيعة

الفقيه الكبير والمتكلم النحرير
جمال الدين مقداد بن عبد الله السيوري الحلي
المتوفى سنة ٨٢٦ هجرية

shiabooks.net
mktba.net رابط بديل

الجزء الرابع

تحقيق
السيد عبد اللطيف الكوهكمري

باهتمام
السيد محمود المرعشي

كتاب : التنقيح الرائع لمختصر الشرائع
تأليف : الفاضل المقداد بن عبدالله السيورى
نشر : مكتبة آية الله المرعشى
طبع : مطبعة الخيام ـ قم
العدد : (٢٠٠٠)
التاريخ : ١٤٠٤ هـ
الطبعة : الاولى

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصيد والذبائح

قوله: كتاب الصيد والذبائح

الصيد هنا مصدر يراد به المصيد. واباحته في الجملة معلومة من الكتاب في قوله تعالى «أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرماً »[1] وقوله تعالى «يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين »[2] .

ومن السنة وهو كثير ، ومن الاجماع وهو ظاهر .

---

١) سورة المائدة : ٩٦ .

٢) سورة المائدة : ٤ .

يؤكل من الصيد ما قتله السيف والرمح والسهم والمعراض اذا خرق . ولو اصاب السهم معترضاً حل ان كان فيه حديدة ، ولو خلامنهالم يؤكل الأن يكون حاداً فيخترق. وكذا ما يقتله الكلب المعلم دون غيره من الجوارح. ولا يؤكل ما قتله الفهد وغيره من

قوله : يؤكل من الصيد ما قتله السيف والرمح والسهم

هذا هوالمشهور بين الاصحاب ، ولانعلم فيه خلافاًالا من سلار ، فانه جعل حكم ماقتله الثلاثةحكم الفهد والصقرفي الاحتياج الى التذكية ، وجعل المشهور رواية . والعمل على خلاف قوله استناداً الى الروايات الصحيحة :

منها: رواية محمد الحلبى عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن الصيد يضربه الرجل بالسيف اويطعنه برمح أو يرميه بسهم فيقتله وقد سمى حين فعل ذلك . قال :كله لابأس به[1] .

قوله : والمعراض اذا خرق[2]

قيل المعراض سهم لانصل له ولاريش مع كونه محدداً .

قوله : وكذا ما يقتله الكلب المعلم دون غيره من الجوارح

هنا فوائد :

(الاولى) قيدابن الجنيد الكلب بكونه مما علمه المسلمون مالم يكن أسود

---

١) التهذيب ٩/٣٣ ، الفقيه ٣/٢٠٣ ، الكافى ٦/٢١٠ .

٢) خرق بالراء المهملة يقال: خرقه بالرمح اى طعنه . وخزق بالزاى المعجمة يقال: خزق السهم اذا أصاب الرمية ونفذفيها. وفى الحديث عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم : كل ما خزق وما اصاب بعرضه فلاتأكل. اى كل ما ينفذ ويسيل الدم، لانه ربما قتل بعرضه من غيرنفوذ ولايجوز اكله .

بهيماً[1]، واستند في الشرط الاول الى قوله « تعلمونهن مما علمكم الله »[2] والخطاب للمسلمين ، وبرواية عبدالرحمن بن سيابة عن الصادق عليه السلام : لاتأكل من صيده الا أن يكون علمه مسلم[3].

وفي الثاني الى الرواية عن علي عليه السلام أنه لايؤكل صيده ، فان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أمر بقتله[4] .

وأجيب عن الاول بأن شرط التعليم اذا حصل كفى وان كان المعلم كافراً ، لان الكلب آلة فتجري مجرى السيف اذا عمله كافر ، ولادلالة في الاية على اشتراط اسلام المعلم بشيء من الدلالات .

ويؤيده مارواه سليمان بن خالد صحيحاً عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن كلب المجوسي يأخذه الرجل المسلم فيسمى حين يرسله ـ أيؤكل مما أمسك عليه ؟ قال : نعم لانه مكلب وذكر اسم الله عليه[5] .

وخبر ابن سيابة محمول على الكراهية جمعاً بين الدليلين ، لاعتضاد الاول بأصالة الحل .

وعن الثاني: بمنع صحة النقل ، وعلى تقدير الصحة يحمل على الكراهية.

(الثانية) ذهب ابن ابى عقيل الى اباحة صيد جميع الجوارح المعلمة ، وهومذهب الجمهور مستنداً الى رواية احمد بن محمد قال : سألت اباالحسن

---

١) البهيم : ما كان لوناً واحداً لايخالطه غيره سواداً كان اوبياضاً .

٢) سورة المائدة : ٤ .

٣) الكافي ٦/ ٢٠٩ ، التهذيب ٩/ ١١٩، الاستبصار ٤/ ٧١ ، الوسائل ١٦/ ٢٧٣.

٤) الكافي ٦/ ٢٠٦ ، التهذيب ٩/ ٨٠ .

٥) الكافي ٦/ ٢٠٨، التهذيب ٩/ ٣٠، الاستبصار ٤/ ٧٠، الفقيه ٣/ ٢٠٢، الوسائل ١٦/ ٢٧٢ . في هامش الكافي : قوله « يأخذه الرجل المسلم » الاخذ هنا بمعنى الاتخاذ والتطويع، اى اتخذه وطوعه وعلمه ، فلامنافاة بينه وبين الخبر الاتي.

جوارح البهائم . ولا ما قتله العقاب وغيره من جوارح الطير الا أن يذكى . وادراك ذكاته بأن يجده ورجله تركض او عينه تطرف ، وضابطه حركة الحيوان .

عليه السلام عماقتله الكلب والفهد . قال : فقال ابوجعفر : الكلب والفهدسواء[1]

وبمعناه رواية ابى‌بصير عن الصادق‌عليه السلام[2] . والمشهور خلاف قوله تعالى «من‌الجوارح مكلبين » والمكلب هوصاحب الكلب لاالمغري‌الجوارح على الصيد باتفاق أهل‌اللغة، ذكره صاحب الجمهرة ، ويؤيده الاشتقاق ـ كذا قاله المرتضى .

وتؤيده‌الروايات عن‌أهل‌البيت‌عليهم‌السلام. والخبران‌المذكوران‌محمولان على التقية .

قال الشيخ : ممارواه المرتضى أنه وجد في‌كتاب ابى بكر احمد بن علي الرازي في أحكام القرآن عن نافع قال : وجدت في كتاب علي عليه السلام : لايصلح أكل ماقتله البزاة . وروى مسلم‌بن‌عقبة عن نافع‌ان علياً عليه السلام‌كره ما قتله الصقور .

قوله: وادراك ذكاته بأن يجده ورجلهَ تركض‌اوعينه تطرف ، وضابطه حركة الحيوان

لما قرر بأن مصيد غيرالكلب من جوارح البهائم والطيرلايحل الاأن يدرك ذكاته، أشارالى المعنى الذي‌معه يحصل ادراك الذكاةالمعبرعنه باستقرار الحياة،

---

١) التهذيب ٩/٢٨ .

٢) التهذيب ٩/٢٨ ، الوسائل ١٦/٢٥٧ .

ويشترط في الكلب أن يكون معلماً يسترسل اذا أغرى وينزجر اذا زجر وألا يعتاد أكل صيده، ولا عبرة بالندرة .

فقال الشيخ في المبسوط[1] هو مايمكن أن يعيش يوماً ونصف يوم ، وقال ابن حمزة أدناه أن تطرف عينه أو يتحرك ذنبه، مستنداً الى رواية زرارة عن الباقر عليه السلام[2] وابان عن الصادق عليه السلام[3] .

والاول أحوط لحصول يقين[4] البراءة ويقين حل المأكول .

قوله : يشترط فى الكلب ان يكون معلماً يسترسل اذا اغرى وينزجر اذا زجر وان لايعتاد اكل صيده ، ولاعبرة بالندرة

هنا فوائد :

(الاولى) هذه الشرائط الثلاث هو المشهور بين الاصحاب، ذكرها الشيخ[5] واتباعه . وزاد بعضهم أن لايشرب الدم ، وقال الصدوقان وابن ابى عقيل يؤكل صيده وان أكل تعويلا على أخبار دالة على الحل وان أكل حملها الشيخ على الندرة ، وحمل رواية رفاعة عن الصادق عليه السلام[6] بالمنع على الاعتياد أو التقية ، لان بعض المخالفين لايجوز ذلك .

(الثانية) قال ابن الجنيد : يدل الشرط الثالث ان لايهرب بالصيد ولايحميه

---

١) المبسوط ٦/ ٢٦٠ .

٢) التهذيب ٩/ ٥٨ .

٣) الكافى ٦/ ٢٣٢ ، التهذيب ٩/ ٥٧ ، الوسائل ١٦/ ٣٢٠ .

٤) فى ب : لتعين حصول البراءة .

٥) المبسوط ٦/ ٢٥٦ .

٦) التهذيب ٩/ ٢٧ ، الاستبصار ٤/ ٦٩، الوسائل ١٦/ ٢٥٥ .

ويعتبر في المرسل أن يكون مسلماً اوبحكمه قاصداً بارساله الصيد مسمياً عندالارسال. فلوتركالتسمية عامداً لم يؤكلصيده ، ويؤكل لونسي اذا اعتقد الوجوب . ولوارسل وسمى غيره لم يؤكل صيده

عن صاحبه بالهرير[1] ، فان فعلذلك حلمامات في قبضه ، فان أكل منه فان كان الاكلقبلأن تخرجنفس الصيد لم يحل وان كانبعدأن خرجت نفسه جازأكله .

(الثالثة) قوله «ولاعبرة بالندرة» اشارة الىأمرين: « ١ »ان الشرائطالثلاث يجب فيها التكرر دفعات حتى يقال في العادة انه معلم ، فلو اتفق ذلك نادراً لم يكف. « ٢ » لولم يتفقحصولها ندرة مع أغلبية حصولها لميقدح ذلك فيالحل ولاعبرة بتلك الندرة التي خالف فيها .

قوله : فلو ترك التسمية عمداً لم يؤكل صيده ، ويؤكل لونسي اذا اعتقد الوجوب

هنا فوائد :

(الاولى) لاخلاف عندنا في عدم الحل مع ترك التسمية عمداً ، لدلالة قوله تعالى « ولاتأكلوامما لم يذكر اسم الله عليه »[2] على ذلك .

(الثانية) المشهور عندنا أيضاً أنهمعالترك نسياناًيحل لعموم: رفع عنأمتي الخطأ والنسيان[3] .

---

١) هرالكلب يهرهريراً فهوهار وهرار : نبح وكثرعن انيابه ـ اى ابداها ـ وقيل هوصوته دون نباحه .

٢) سورة الانعام : ١٢١ .

٣) الخصال ١٨٤/٢ ، البحار ٣٠٣/٥ .

الا أن يذكيه ، ويعتبر ألا يغيب عنه ، فلو عاب وحياته مستقرة ثم وجده مقتولا او ميتاً لم يؤكل . وكذا السهم مالم يعلم أنه القاتل

ويجوز الاصطياد بالشرك والحبالة وغيرهما من الالة ، وبالجوارح لكن لايحل منه الا ما ذكي .

وعد القاضي ذلك من المكروهات، ولاشاهد له بذلك. نعم شرط المصنف في الاباحة اعتقاد الوجوب ، ولم يقيده في الشرائع [1] بذلك ولا غيره من الاصحاب . ولاشك أن ماذكره أحوط .

وتظهر الفائدة في من لايعتقد الوجوب مع اعتياده التسمية لو نسي، فانه لايحل مصيده على ماقاله المصنف هنا .

هذا كله على المشهور من حل ذبيحة المخالف على الاطلاق مالم يكن ناصباً ، أما على رأي من منع مطلقاً فيتوجه اشتراط المصنف هنا .

(الثالثة) المراد بالتسمية هنا وفي الذبح والنحر هو ذكر اسم الله مع التعظيم والثناء ، نحو « باسم الله » ، فان المراد بالباء الاستعانة به ، وفيه اشعار بعظمة المستعان به، وكذا يجوز «الله اكبر» أو «سبحان الله» أو «الحمدلله» أو «الا الاالله» . ولايجزى لو اقتصر على لفظ الجلالة على الاقرب ، وكذا الاقرب اجزاء قوله « اللهم ارحمني » أو « اللهم صل على محمد وآله » .

قوله : ويعتبر ان لا يغيب عنه ، فلو غاب وحياته مستقرة ثم وجده مقتولا أو ميتاً لم يؤكل

ورد في الحديث عنه صلى الله عليه وآله وسلم: كل ما أصميت ودع ما انميت[2].

---

١) الشرائع ٢/٢٤٣ ، قال : فلو ترك التسمية عمداً لم يحل ما يقتله ولا يضر لو كان ناسياً .

٢) كنز العمال ٩/٢٣٧ .

والصيد ما كان ممتنعاً ، ولو قتل بالسهم فرخاً او قتل الكلب طفلا غير ممتنع لم يحل. ولو رمى طائراً فقتله وفرخاً لم يطر حـل الطائر دون فرخه .

مسائل : من أحكام الصيد :

(الاولى) اذا تقاطعته الكلاب قبل ادراكه حل .

(الثانية) ولورماه بسهم فتردى من جبل او وقع في ماء فمات لم يحل. وينبغى هنا اشتراط استقرار الحياة .

قال الجوهري : أصميت الصيد اذا رميته فقتلته وأنت تراه، وصمى الصيد يصمي اذا مات وأنت تراه، وتقول رميت الصيد فأنميته اذا غاب عنك ثم مات .

اذا عرفت هذا فاعلم أن الشيخ أطلق في النهاية[1] أن الصيد اذا غاب عن العين ثم وجد مقتولا لايجوز أكله .

ونازعه ابن ادريس[2] في ذلك فقال : ان ذلك فيما اذا لم يصيره في حكم المذبوح، بأن أخرج حشوته أوافتق قلبه أوقطع حلقومه ، فانه يحل أكله. وهذا التفصيل ذكره الشيخ في الخلاف[3] ولهذا شرط المصنف في التحريم أن يغيب وحياته مستقرة .

قوله : لورماه بسهم فتردى من جبل أووقع فى ماء فمات لم يحل ، وينبغى هنا اشتراط استقرار الحياة

---

١) النهاية : ٥٨١ .

٢) السرائر : ٣٦٥ ، وفيه : اوفلق قلبه .

٣) الخلاف ٣/ ٢٤٥ .

(الثالثة) لوقطعه السيف اثنين فلم يتحركا حلا ، ولوتحرك أحدهما

هذه المسألة ذكرها أيضاً الشيخ في النهاية[1] وأطلق فيها عدم الحل .ونازعه ابن ادريس [2] أيضاً كما في المسألة السابقة بأن يكون ترديه مع استقرار حياته لامع عدم الاستقرار ، بأن صيره في حكم المذبوح ، بأن قطع الحلقوم والمري والودجين[3] أوابان الحشوة[4] وماشبه ذلك مما يعلم عدم الحياة معه.

ولذلك شرط المصنف في التحريم استقرار الحياة ، وعبارته توهم أن الشرط المذكور لم يقل به غيره. وليس كذلك، فان ابن الجنيد ذكره وكذا الشيخ في المبسوط ، وشبهه اذا صيره السهم في حكم المذبوح كشاة ذبحت ثم وقعت في الماء فماتت . ومنه أخذ ابن ادريس .

وقال الصدوق : اذاوقع في ماء وكان رأسه خارجاً عن الماء حل ، وصوبه العلامة لانه أمارة على قتله بالسهم .

قوله : ولو قطعه السيف باثنين فلم يتحركا حلا. ولو تحرك احدهما

---

١) النهاية : ٥٨١ .

٢) السرائر : ٣٦٥ .

٣) الودجان: عرقان غليظان يكتنفان ثغرة النحر يميناً ويساراً، والجمع اوداج. والودج بفتح الدال والكسر لغة : عرق الاخدع الذى يقطعه الذابح فلا يبقى معه حياة . ويقال فى الجسد عرق واحد حيثما قطع مات صاحبه وله فى كل عضو اسم، فهوفى العنق: « الودج » والوريد أيضاً وفى الظهر «النياط» وهوعرق ممتد فيه . والابهر: وهوعرق مستبطن الصلب والقلب متصل به والوتين: فى البطن. والنسا: فى الفخذ. والابجل: فى الرجل. والاكحل: فى اليد . والصافن : فى الساق .

٤) الحشوة بضم الحاء وكسرها : الامعاء، واخرجت حشوة الشاة اى جوفها .

فهو الحلال ان كانت حياته مستقرة لكن بعد التذكية . ولولم تكن مستقرة حلا . وفـي رواية يؤكل الاكبردون الاصغر، وهي شاذة . ولواخذت الحبالة منه قطعة فهي ميتة .

فهو الحلال ان كانت حياته مستقرة لكن بعدالتذكية ، ولولم تكن مستقرة حلا . وفي رواية يؤكل الاكبردون الاصغر وهي شاذة

الاقسام هنا ثلاثة :

« ١ » ـ أن لايتحركابعد القطع. حكم المصنف بحلهما معاً ، لروايةالنضر ابن سويد عن بعض اصحابنا عنالصادق عليه السلام[1] .وشرط الشيخ فيالنهاية خروج الدم منهما[2] ، ولابأس به .

« ٢ » ـ أن يتحرك أحدهما دون الاخر ، فاما أن يكون المتحرك حياته مستقرة أولا، فان كان الاول حل المتحرك مع تذكيته وحرم الاخر لابانته من حي. وفي الحديث عن ابن عمر عنه صلى الله عليه وآله وسلم: ماأبين من حي فهو ميت[3].

وأطلق الشيخ في النهاية[4] الحل فيما اذا تحرك أحدهما فقط ، ولم يشترط استقرار الحياة . وتبعه القاضي وان كان الثاني حلا معاً .

وأطلق الشيخ في الخلاف[5] وقال : اذا قطعه بنصفين حلا بلاخلاف وان

---

١) الكافي ٦/٢٥٥ ، التهذيب ٩/٧٧ .

٢) النهاية : ٥٨١ .

٣) سنن ابن ماجة ٢/١٠٧٢ وفيه : ما قطع من البهيمة وهي حية فما قطع منها فهوميتة . وفي الخبر الذي رواه بعد هذا عن تميم الداري عنه صلى الله عليه وآله وسلم : الافما قطع من حي فهوميت . وراجع سنن ابي داود ٣/١١١ ، سنن الترمذي ٤/٧٤ .

٤) النهاية : ٥٨١ ، قال فيه : وان تحرك احدالنصفين ولم يتحرك الاخر اكل الذي تحرك ورمي بما لم يتحرك .

٥) الخلاف ٣/٢٤٧ .

(الرابعة) اذا أدرك الصيد وفيه حيـاة مستقرة ولا آلة ليذكيه لم يحل حتى يذكى . وفى رواية جميل : يدع الكلب حتى يقتله .

(الخامسة) لو ارسل كلبه فأرسل كافر كلبه فقتلا صيداً ، او مسلم لم يسم او لم يقصد الصيد ، لم يحل .

كان الذي مع الرأس اكبر حل دون الاخر .

« ٣ » ـ أن يتحركا معاً. فان كان أحدهما حياته مستقرة دون الاخر حل الاول مع التذكية دون الثاني لابانته من حي، وان لم يكن لاحدهما حياة مستقرة فهما معاً حل.

والرواية المشار اليها هي ما رواه النوفلي عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام: اذا قطعه جزئين فارم أصغرهما وكل الاكبر، وان اعتدلا فكلهما[1].

وروى اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام : يؤكل الذي فيه الرأس ويدع الذنب[2] . واسحاق ضعيف .

قال ابن ادريس[3] : اذا سال الدم منهما حلا، ولا اعتبار بالحركة ولا بمامع الرأس اذا لم يكن فيه حياة مستقرة ، وأما اذا كان فيه حياة مستقرة فهو الحلال مع التذكية وذر الاخر لانه أبين من حي .

قوله : لو أدرك الصيد وفيه حياة مستقرة ولا آلة ليذكيه لم يحل حتى يذكى ، وفى رواية جميل يدع الكلب حتى يقتله

ماذكر هو قول ابن ادريس[4] . وأما الرواية فرواها جميل بن دراج صحيحاً

---

١) الكافى ٦/٢٥٥ ، التهذيب ٩/٧٧ ، وفيهما « الجدلين » بـدل « الجزئين » . الجدل : العضو .

٢) الكافى ٦/٢٥٥ ، التهذيب ٩/٧٧ .

٣) السرائر : ٣٦٣ .

٤) السرائر : ٣٦٥ .

(السادسة) لورمى صيداً فأصاب غيره حل ، ولورمى لاللصيد فقتل صيداً لم يحل .

عن الصادق عليه السلام [1] .

وأفتى بمضمونها الشيخ [2] والصدوق، واختاره العلامة في المختلف [3] ومنعها ابن ادريس [4] بأنه غير ممتنع حينئذ ولا يحل مقتول الكلب الامع الامتناع اجماعاً. وعليه الفتوى .

بقي هنا مسألة ذكرها الشيخ في المبسوط [5] وهو أنه اذا أرسل كلبه أو سلاحه فعقر الصيد ثم أدركه وفيه حياة مستقرة لكن في زمان لم يتسع لذبحه أو أدركه ممتنعاً فجعل يعدو خلفه حتى أدركه وله حياة لم يتسع الزمان لذبحه فانه يحل أكله في الصورتين وان لم يذبحه على الاقوى، لانه لم يقدر على التذكية بوجه، فكان عقره ذكاته كما لو لم تكن حياته مستقرة . وقيل لم يحل اكله .

وقال في الخلاف [6] لم يحل أكله في الصورتين ، واختاره ابن ادريس [7] والعلامة [7] لانه أدركه مستقر الحياة فتعلقت اباحته بتذكيته كما لو اتسع الزمان لتذكيته .

---

١) الكافي ٦/٢٠٤ ، التهذيب ٩/٢٣ .

٢) النهاية : ٥٨٠ .

٣) المختلف ٢/١٢٤ .

٤) السرائر : ٣٦٥ .

٥) المبسوط ٦/٢٥٩ .

٦) الخلاف ٣/٢٤٦ .

٧) راجع التعليقة ٣ ، ٤ .

(السابعة) اذا كان الطير مالكاً جناحه فهو لصائده الا أن يعرف مالكه فيرده اليه. ولو كان مقصوصاً لم يؤخذ لان له مالكاً. ويكره أن يرمى الصيد بما هو اكبر منه ولو اتفق قيل يحرم والاشبه الكراهية وكذا يكره أخذ الفراخ من اعشاشها والصيد بكلب علمه مجوسى وصيد السمك يوم الجمعة قبل الصلاة. وصيد الوحش والطير بالليل.

والذبائح ، تستدعى بيان فصول :

(الاول) الذابح . ويشترط فيه الاسلام او حكمه ولو كان انثى. وفى الكتابى روايتان ، أشهرهما المنع ، وفى رواية ثالثة: اذا سمعت تسميته فكل .

وأجيب عن حجة الشيخ في المبسوط بمنع المساواة في الصورتين لوجود الفرق بينهما .

قوله : ويكره ان يرمى الصيد بما هو اكبر منه ، ولو اتفق قيل يحرم والاشبه الكراهية

ظاهر عبارة الشيخ في النهاية[1] تحريم الرمي المذكور وتحريم الحيوان لو اتفق الموت ، والاشبه الكراهية لاصالة الحل .

قوله : وفى الكتابى روايتان اشهرهما المنع ، وفى رواية ثالثة : اذا سمعت تسميته فكل

الروايات الواردة في هذه المسألة على أقسام ثلاثة :

« ١ » ـ روايات المنع مطلقاً، وهي الاشهر والاكثر ،فعن ابى بصير صحيحاً

---

١) النهاية : ٥٨ حيث قال : ولا يجوز ان يرمى الصيد بشيء اكبر منه فان رمى بشيء اكبر منه فقتله لم يجز اكله .

عن الصادق عليه السلام : لايذبح أضحيتك يهودي ولانصراني[1] .

وعن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام : كان علي عليه السلام ينهى عن ذبائحهم وعن صيدهم وعن مناكحهم[2].

وعن زيد الشحام عن الصادق عليه السلام وقد سئل عن ذبيحة الذمي فقال : لاتأكله ان سمى وان لم يسم [3] . وغير ذلك من الروايات .

« ٢ » ـ روايات الاباحة مطلقاً، فعن الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن ذبيحة أهل الكتاب ونسائهم. فقال : لابأس به[4].

وعن عبدالملك بن عمرو قال: قلت للصادق عليه السلام : ماتقول في ذبائح النصارى ؟ فقال : لابأس بها . قلت : فانهم يذكرون عليها المسيح. فقال : انما أرادوا بالمسيح الله[5].

« ٣ » ـ روايات المنع على تقدير عدم التسمية ، فعن حمران صحيحاً قال: سمعت الباقر عليه السلام يقول في ذبيحة الناصب واليهودي والنصراني : لاتأكل ذبيحته حتى تسمعه يذكر اسم الله. فقلت: المجوسي. فقال : نعم اذا سمعته يذكر اسم الله، أما سمعت قول الله تعالى « ولاتأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه»[6] .

وعن جميل ومحمد بن حمران صحيحاً عن الصادق عليه السلام أنهما سألاه عن ذبائح اليهود والنصارى والمجوس. فقال: كل. فقال بعضهم : انهم لايسمون.

---

١) التهذيب ٩/٦٤ ، الاستبصار ٤/٨٣ .

٢) الكافي ٦/٢٣٩ ، التهذيب ٩/٦٥ ، الاستبصار ٤/٨٣ ، الوسائل ١٦/٣٤٦ .

٣) الكافي ٦/٢٣٨ ، التهذيب ٩/٦٥ ، الاستبصار ٤/٨٢ ، الوسائل ١٦/٣٤٦ .

٤) التهذيب ٩/٦٨ ، الاستبصار ٤/٨٥ .

٥) التهذيب ٩/٦٨ ، الفقيه ٣/٢١٠ ، الاستبصار ٤/٨٥ .

٦) الاية الشريفة ١٢١ من سورة الانعام . والحديث الشريف : التهذيب ٩/٦٨ ، الفقيه ٣/٢١٠، الاستبصار ٤/٨٤ .

والافضل أن يليه المؤمن . نعم لاتحل ذبيحة المعادى لاهل البيت .

(الثاني) الالة . ولاتصح الابالحديد مع القدرة ، ويجوز

فقال : فان حضرتموهم فلم يسموا فلاتأكلوا . وقال: اذا غاب فكل[1] .

ثم ان الاصحاب باعتبار هذه الروايات اختلفوا ، فقال الاكثر كالثلاثة واتباعهم بالمنع، وحملوا القسم الثاني على التقية أوالضرورة ، لرواية زكريا[2] الاتية . وقال الحسن بالجواز للقسم الثاني وكذا ابن الجنيد الاأن ظاهره يعطي الكراهية. وقال الصدوق في المقنع بالقسم الثالث[3] . والفتوى على المنع مطلقاً.

قوله : والافضل أن يليه المؤمن . نعم لاتحل ذبيحة المعادى لاهل البيت عليهم السلام

هنا فوائد :

(الاولى) كلامه يدل على جواز ذبيحة المخالف غير المؤمن ولا المعادي ، لاصالة الاباحة وعموم «فكلوا مما ذكر اسم الله عليه ان كنتم بآياته مؤمنين»[4]، ولقول علي عليه السلام: ذبيحة من دان بكلمة الاسلام وصام وصلى لكم حلال اذا ذكر اسم الله عليه[5] .

---

١) الفقيه ٣/ ٢١٠ ، التهذيب ٩/ ٦٨ ، الاستبصار ٤/ ٨٥ ، الوسائل ١٦/ ٣٥٢ .

٢) التهذيب ٩/ ٧٠ .

٣) المقنع : ١٤٠ ، قال فيه : ولاتأكل ذبيحة اليهودى والنصرانى اوالمجوسى الااذا سمعتهم يذكرون اسم الله عليها فاذا ذكروا اسم الله فلابأس بأكلها . ثم ذكر الايتان فى سورة الانعام ١١٨ ، ١٢١ .

٤) سورة الانعام : ١١٨ .

٥) التهذيب ٩/ ٧١ ، الاستبصار ٤/ ٨٨ .

وقال التقي والقاضي بالمنع، لرواية زكريا ورواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام وقد سأله عمن يتعمد الشراء من القصاب وعنده من يذبح من اخوانه فقال: أي شيء تسألني أن اقول ما يأكل الامثل الميتة والدم ولحم الخنزير[1]. وكلاهما محمولان على الكراهية جمعاً بين الروايات، والفتوى على الاول لكن مع التسمية.

وهل يشترط اعتقاد الوجوب؟ قال العلامة[2] نعم، ولم يشترط الشهيد.

(الثانية) ان الافضل أن يلي الذبح الرجل المؤمن، لحصول يقين الحل، ولرواية زكريا بن آدم عن ابى الحسن عليه السلام أنه قال: اني أنهاك عن ذبيحة كل من كان على خلاف الذي أنت عليه وأصحابك الافي وقت الضرورة اليه أو التقية[3]. والنهي فيها محمول على الكراهية جمعاً بينها وبين غيرها من الروايات.

واذا كانت ذبيحة غير المؤمن مكروهة كانت ذبيحة المؤمن أولى.

(الثالثة) ان ذبيحة المعلن بعداوة اهل البيت عليهم السلام حرام، لرواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام[4]. وفسر المصنف في الشرائع[5] ذلك بالخارجي وان أظهر الاسلام، وفسره بعض المحققين بأنه من ينسب اليهم مايثلم العدالة وهو حسن.

وكذا حكم من صرح بردماورد عنهم عليهم السلام مع اشتهاره وتواتره، أوغض[6] من منزلتهم بحيث يساويهم بآحاد المسلمين.

---

١) التهذيب ٩/ ٧١، الاستبصار ٤/ ٨٨.

٢) المختلف ٢/ ١٢٨، قال فيه: والمعتمد جواز اكل ذبيحتهم اذا اعتقدوا وجوب التسمية.

٣) التهذيب ٩/ ٧٠، الاستبصار ٤/ ٨٦، وليس فى الرواية «اوالتقية».

٤) التهذيب ٩/ ٧١، الاستبصار ٤/ ٨٧.

٥) الشرائع ٢/ ٢٤٤.

٦) الغض: النقص والحط، فى حديث ابن عباس: لوغض الناس فى الوصية من

بغيره مما يفري الاوداج عند الضرورة ، ولو مروة اوليطة اوزجاجة. وفي الظفر والسن مع الضرورة تردد .

قوله : وفي السن والظفر مع الضرورة تردد

هذا صريح في عدم الجواز اختياراً مطلقاً أي متصلين اومنفصلين، وامامع الضرورة فمنشأ تردده من منع الشيخ في الخلاف[1] مطلقاً متصلين أومنفصلين مستدلا بالاجماع وبرواية رافع بن خديج أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: ماانهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا الاماكان من سن أوظفر وسأحدثكم عن ذلك ، أما السن فعظم من الانسان وأما الظفر فمدى الحبشة[2]، ومن أصالة الجواز وماورد عنهم عليهم السلام أن كل ما يفري الاوداج محلل عند الضرورة .

وبه قال ابن ادريس ، وحمل الاجماع والرواية على حال الاختيار .

وهنا فوائد :

(الاولى) أنهر بالنون أي اسال ، والمدى جمع مدية بالضم وقد تكسر وهي الشفرة ، والمراد بالحبشة أهلها أي النصارى ، مثل « واسأل القرية » أي أهلها ، أي مدى أهل الحبشة .

(الثانية) دلت الرواية على أن عظم الانسان لايحل الذبح به لايراده في معرض التعليل ، فلايجوز بغير السن من سائر عظامه اختياراً .

(الثالثة) المراد بالضرورة المبيحة هو خوف التلف بترك الذبح، أي تلف الاكل أوتلف الحيوان بترك ذبحه .

الثلث ، أى لونقصوا وحطوا .

١) الخلاف ٣/ ٢٤٩ .

٢) راجع الخلاف الموضع المزبور ، سنن ابن ماجة ٢/ ١٠٦١ . انهره : اجراه المدى جمع المدية وهى السكين .

(الثالث) الكيفية، وهي قطع الاعضاء الاربعة: المرىء، والودجان والحلقوم ، وفي الرواية : اذا قطع الحلقوم وخرج الدم فلابأس . ويكفي في النحر الطعن في الثغرة. ويشترط استقبال القبلة بالذبيحة مع الامكان، والتسمية، فلوأخل بأحدهما عمدآلم يحل، ولو كان

قوله: الثالث الكيفية ، وهي قطع الاعضاء الاربعة المرىء والودجان والحلقوم ، وفي الرواية اذا قطع الحلقوم وخرج الدم فلابأس

المرىء بفتح الميم وكسر الراء والهمز مع الياء من غير مد الذي يجرى فيه الطعام والشراب، والودجان بفتح الواووفتح الدال المهملة واحدهماودج وودا ج عرق[1] في العنق ، والحلقوم بضم الحاء مجرى النفس .

اذا عرفت هذا فاعلم أن الشيخ في المبسوط[2] ذكر الاربعة، ويظهر من كلامه في الخلاف[3] الاجزاء بقطع الحلقوم، ومال اليه العلامة، لصحيحة زيد الشحام عن الصادق عليه السلام: اذا قطع الحلقوم وجرى الدم فلابأس[4]. وهي المشار اليها.

وفي رواية عبد الرحمن بن الحجاج عن الكاظم عليه السلام : اذا فري الاوداج فلابأس بذلك[5]. ويمكن توجيه الجمع بين الروايتين بأنه الاربعة متصلة بعضها مع بعض ، فاذا قطع الحلقوم أوالودجان فلابد أن ينقطع الباقي معه ، وكذلك ليس في الرواية ذكر المرىء .

---

١) راجع ص : ٧ التعليقة : ٦ .

٢) المبسوط ٦/٢٥٨ .

٣) الخلاف ٣/٢٥٦ .

٤) الكافي ٦/٢٢٨ ، التهذيب ٩/٥١ ، الاستبصار ٤/٨٠ ، الوسائل ١٦/٣٠٨ .

٥) الكافي ٦/٢٢٨ ، الفقيه ٣/٢٠٨ ، التهذيب ٩/٥٢ ، الاستبصار ٤/٨٠ .

نسياناً حل . ويشترط نحر الابل وذبح ما عداها . فلو نحر المذبوح أو ذبح المنحور لم يحل ولا يحل حتى يتحرك بعد التذكية حركة الحي، وأدناه أن يتحرك الذنب او تطرف العين ويخرج الدم المعتدل. وقيل: يكفي الحركة ، وقيل : يكفى أحدهما ، وهو أشبه :

قوله: وادناه ان يتحرك الذنب او تطرف العين ويخرج الدم المعتدل، وقيل تكفى الحركة، وقيل يكفى احدهما وهو اشبه

ما حكاه أولا قول المفيد[1] وسلار وابن الجنيد، والثاني قول ابن بابويه[2] والقاضي ، لرواية الحلبى عن الصادق عليه السلام : اذا تحرك الذنب أو الطرف أو الاذن فهو ذكي[3] .

والثالث قول الشيخ[4] وابن ادريس ، واختاره المصنف جمعاً بين رواية الحلبى ورواية الحسين بن مسلم عن الصادق عليه السلام : ان كان الرجل الذي ذبح البقرة حين ذبح خرج الدم معتدلا فكلوا وأطعموا وان خرج خروجاً متثاقلا فلا تقربوه[5] ، والعمل بقول المفيد أحوط ، أعني اعتبارهما معاً ، لان رواية اعتبار الحركة لا تنفي اعتبار الدم الا من حيث المفهوم ، وكذا اعتبار الدم أيضاً

---

١) قال فى المقنعة : ٩٠ واذا ذبح الحيوان فتحرك عند الذبح وخرج منه الدم فهو ذكى وان لم يكن منه حركة فهو منخنق فى حكم الميتة وكذلك ان لم يسل منه دم .

٢) المقنع : ١٣٩ .

٣) الكافى ٦/٢٣٣ ، التهذيب ٩/٥٦ ، الوسائل ١٦/٣٢٠ .

٤) النهاية : ٥٨٤ ، السرائر : ٣٦٩ .

٥) الكافى ٦/٢٣٢ ، التهذيب ٩/٥٦ ، قرب الاسناد : ٢١ . وفيه « منتناً » بدل « متثاقلا » .

وفي ابانة الرأس بالذبح قولان، المروى: أنها تحرم. ولو سبقت السكين فأبانته لم تحرم الذبيحة.

ويستحب في الغنم ربط يدى المذبوح وأحدى رجليه وامساك صوفه اوشعره حتى يبرد. وفى البقر عقد يديه ورجليه واطلاق ذنبه.

لاتنفي اعتبار الحركة الامن حيث المفهوم، فجاز العمل بالروايتين معاًواعتبار الامرين احتياطاً.

قوله: وفى ابانة الرأس بالذبح قولان المروى انها تحرم ولوسبقت السكين فابانته لم تحرم الذبيحة

قال الشيخ في النهاية[1] وابن بابويه وابن زهرة بالتحريم استناداً الى رواية الحلبى عن الصادق عليه السلام: لاينخع ولايكسر الرقبة حتى تبرد الذبيحة[2]. ومثلها رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام[3].

وقال الشيخ في الخلاف[4] وابن ادريس بالكراهية، لرواية الحلبى أيضاً صحيحاً عن الصادق عليه السلام وقد سئل عن رجل ذبح طيراً فقطع رأسه أيؤكل منه؟ قال: نعم ولكن لايتعمد قطع رأسه[5] وسمعناه في كتاب حريز عن الصادق عليه السلام.

والاحوط تحريم الفعل واباحة الاكل: أما الثاني فللاصل وعدم المانع، وأما الاول فللنهي المذكور ولانه ايلام لالغرض فيكون قبيحاً.

---

١) النهاية: ٥٨٤.

٢) الفقيه ٣/٢١١، الكافى ٦/٢٣٣، التهذيب ٩/٥٩.

٣) الكافى ٦/٢٣٣، التهذيب ٩/٦٠.

٤) الخلاف ٣/٣٥٨، السرائر: ٣٦٨.

٥) الفقيه ٣/٢٠٨.

وفى الابل ربط أخفافه الى ابطيه. وفى الطير ارساله. ويكره الذباحة ليلا ، ونخع الذبيحة وقلب السكين فى الذبح ، وأن يذبح حيواناً وآخر ينظر اليه ، وأن يذبح بيده ما رباه من النعم .

قوله : ويكره نخع الذبيحة وقلب السكين فى الذبح

هنا مسألتان :

(الاولى) النخع فقال الشيخ[1] هو ابانة الرأس من الجسد وقطع النخاع. وقال ابن الجنبد هو كسر الرقبة .

والنخاع مثلث النون ، وهو خيط أبيض في خرز[2] الظهر منظومة فيه من الرقبة الى عجب الذنب . ويقال للخرز الفقار بفتح الفاء والعجب بالفتح أصل الذنب .

اذا عرفت هذا فهل هو حرام أو مكروه ؟ تقدم الخلاف فيه .

(الثانية) قلب السكين ، وهو أن يدخلها تحت الحلقوم ويقطع الى فوق. قال الشيخ في النهاية[3] والقاضي وهو حرام ، استناداً الى رواية حمران عن الصادق عليه السلام[4] . وقال ابن ادريس[5] وهو مكروه ، واختاره المصنف .

قوله : ويكره ان يذبح حيوان وآخر ينظر اليه

---

١) النهاية : ٥٨٤ .

٢) خرزت الجلد خرزاً من باب ضرب وقتل وهو كالخياطة فى الثياب . وخرز الظهر: فقاره .

٣) النهاية : ٥٨٤ .

٤) الكافى ٦/٢٢٩ ، التهذيب ٩/٥٥ .

٥) السرائر : ٣٦٨ .

ويحرم سلخ الذبيحة قبل بردها . وقيل يكره ، وهواشبه .

ويلحق به أحكام :

(الاول) : ما يباع فى أسواق المسلمين يجوز ابتياعه من غير تفحص .

(الثانى) : ما يتعذر ذبحه اونحره من الحيوان كالمستعصى والمتردى فى بئر يجوز عقره بالسيف وغيره مما يجرح اذا خشى تلفه.

هذا يسمى صبراً، وجعله الشيخ في النهاية[1] محرماً، لرواية غياث بن ابراهيم عن الصادق عليه السلام : ان امير المؤمنين عليه السلام كان لايذبح الشاة عند الشاة ولا الجزور عند الجزور وهو ينظر اليه[2]. وغياث ضعيف فتحمل على الكراهية. قاله ابن ادريس[3] وهو المختار .

قوله : ويحرم سلخ الذبيحة قبل بردها ، وقيل يكره وهو اشبه

التحريم قول الشيخ في النهاية[4] والقاضي وابن حمزة ، لرواية مرسلة عن ابى الحسن الرضا عليه السلام : الشاة اذا ذبحت وسلخ أوسلخ شيء منها قبل أن تموت فليس يحل أكلها[5] .

ونازع ابن ادريس[6] فيه محتجاً بعدم الدليل وأصالة الحل. واختار المصنف الكراهة، وهو أشبه لضعف الرواية .

---

١) النهاية : ٥٨٤ .

٢) الكافى ٦/٢٢٩ ، التهذيب ٩/٥٦ .

٣) السرائر : ٢٦٨ .

٤) النهاية : ٥٨٤ .

٥) الكافى ٦/٢٣٠ ، التهذيب ٩/٥٦ .

٦) السرائر : ٣٦٩ .

(الثالث) ذكاة السمك : اخراجه من الماء حياً ، ولايعتبرفى المخرج الاسلام ولاالتسمية .

ولووثب او نضب عنه الماء فأخذ حياً حل . وقيل : يكفى ادراكه يضطرب .

قوله : ولايعتبر فى المخرج الاسلام ولا التسمية

هذا قول الشيخ في النهاية والمبسوط [1] لكن لايحل ما أخرجه الكافر الا مع مشاهدة اخراجه حياً يضطرب ، والمستند روايات كثيرة .

وقال المفيد في المقنعة [2] يعتبر اسلام المخرج ، وتبعه ابن زهرة . ولم نقف لهما على مستند .

والمصنف اهمل اشتراط مشاهدة اخراجه حياً، لعدم ذكره في رواية الحلبى عن الصادق عليه السلام[3] . وليس ذلك بحجة ، لوجوب حمل المطلق على المقيد ولعدم الوثوق بقول الكافر في اخراجه حياً .

قوله : ولو وثب اونضب[4] عنه الماء فاخذ حياً حل ، وقيل يكفى ادراكه يضطرب

القول للشيخ في النهاية[5] استناداً الى رواية سلمة ابى حفص عن الصادق عليه السلام : ان علياً عليه السلام كان يقول في صيد السمكة : اذا أدركها الرجل

---

١) النهاية ، ٥٧٨ ، المبسوط ٦/٢٧٦ .

٢) المقنعة : ٩٠ .

٣) الكافى ٦/٢١٧ ، التهذيب ٩/٣٤ ، الاستبصار ٤/٦٣ .

٤) نضب الماء نضوباً من باب قعد : اى غار فى الارض .

٥) النهاية : ٥٧٦ .

ولو صيد وأعيد في الماء فمات لم يحل وان كان في الالة. وكذا الجراد ذكاته أخذه حياً. ولا يشترط اسلام الاخذ ولا التسمية ولا يحل ما يموت قبل اخذه . وكذا لو أحرقه قبل اخذه . ولا يحل منه ما لم يستقل بالطيران .

(الرابع) ذكاة الجنين ذكاة أمه اذا تمت خلقته. وقيل يشترط مع اشعاره ألا تلجه الروح، وفيه بعد . ولو خرج حياً لم يحل الا بالتذكية .

وهي تضطرب وتضرب بيديها ويتحرك ذنبها وتطرف بعنيها فهي ذكاتها[1] .

والحق أن صيد السمك هو أخذه حياً اما باليد أو بآلة متصلة بها ولا يكفي ادراكه يضطرب ، لان ذلك لا يسمى صيداً ، فلابد مع أخذه حياً من الموت خارج الماء، فلو امسكه حياً ولم يخرجه ومات في الماء لم يحل، لقول الصادق عليه السلام : ما مات فلا تأكله فانه مات فيما فيه حياته[2] .

قوله : وكذا الجراد ذكاته اخذه حياً . ولا يشترط اسلام الاخذ ولا التسمية

قول ابن زهرة هنا كقوله في السمك ، والفتوى على خلافه .

قوله: ذكاة الجنين ذكاة امه اذا تمت خلقته ، وقيل يشترط مع اشعاره ان لا تلجه الروح وفيه بعد . ولو خرج حياً لم يحل الا بالتذكية

هنا فوائد :

---

١) الكافي ٦/٢١٧ ، التهذيب ٩/٧ .

٢) التهذيب ٩/١٢ ، الاستبصار ٤/٦٢ .

(الاولى) في الحديث عنه صلى الله عليه وآله وسلم : ذكاة الجنين ذكاة امه[1]. ويجب رفع « ذكاة » الاولى على الابتداء والثانية على الخبرية. وبعض أهل العربية يفتح الثانية على المصدر أي ذكاة مثل ذكاة امـه . فعلى هذا لايحل الجنين الا بتذكيته ، وعلى الاول ـ وهو الاصح في النقل ـ يحل بذكاة أمه على التفصيل الاتي ذكره .

ثم اعلم أن الذكاة مشتقة من التذكية ، وهي اخراج الحرارة ، من ذكت النار أي خرجت حرارتها[2] . وخص شرعاً بابطال الحياة على وجه مخصوص. لان فيه معنى الاخراج بخروج الدم معها .

والجنين من الاجتنان وهو الاستتار، والجنين مستتر في بطن أمه ولذلك لا يسمى جنيناً بعد خروجه من بطن أمه، قال تعالى «واذ أنتم أجنة في بطون أمهاتكم»[3].

(الثانية) اذا خرج الجنين تاماً خلقته ـ بأن يشعر أو يوبر ـ مستقر الحياة فانه لايحل الا بالتذكية اجماعاً ولاتكفيه ذكاة أمه ، واذا خرج غير تام خلقته بالمعنى المذكور فانه لايؤكل اجماعاً ولو ذكيت أمه .

(الثالثة) اذا خرج تاماً خلقته وليس فيه حياة فانه حلال سواء ولجته الروح أولا أولم تلجه، وهو المراد بكون ذكاة أمه ذكاته، وهو فتوى الصدوق في المقنع[4]

---

١) سنن ابن ماجة ٢ /١٠٦٧ ، سنن الترمذى ٤ /٧٢ ، سنن ابى داود ٣ /١٠٣ .

٢) فى لسان العرب : الذكاء : شدة وهج النار ، يقـال : ذكيت النـار اذا أتممت اشعالها ورفعتها ، وكذلك قوله تعالى « الاماذكيتم » ، ذبحه على التمام والذكا مقصوراً : تمام ايقاد النار .

٣) سورة النجم : ٣٢ .

٤) المقنع : ١٣٩ .

والمفيد في المقنعة والمرتضى[1] والحسن، واختاره المصنف والعلامة[2].

وشرط الشيخ[3] والقاضي وابن حمزة وابن ادريس[4] وسلار في حله وكون ذكاة أمه ذكاته أن لا تلجه الروح . وليس بشيء: أما أولا فلبعد ذلك عادة ، وأما ثانياً فلاطلاق الروايات بالحل مع تمام الخلقة من غير اشتراط ، كرواية يعقوب ابن شعيب عن الصادق عليه السلام: اذا كان تاماً ونبت عليه الشعر فكل[5] ورواية الحلبي عنه عليه السلام أيضاً : اذا ذبحت الذبيحة فوجدت في بطنها ولداً تاماً فكل وان لم يكن تاماً فلا تأكل[6].

واحتج بعض الفضلاء للشيخ بأنه قبل ولوج الروح في تربية[7] روح أمه، فيكون ازهاق روحها بالتذكية كتذكيته، وأما بعد ولوج الروح فانه في تربية[7] روحه فيحتاج الى التذكية .

وفيه نظر ، للمنع من كون العلة ماذكر والالزم أن يكون قبل أن يشعر أو يوبر مباحاً لانه في تربية[7] روح أمه وليس كذلك اجماعاً . وأيضاً نمنع أنه بعد الولوج مستغن عن تدبير روح الام ، فاثباته يحتاج الى دليل .

(الرابعة) اذا خرج تاماً وفيه حياة لكنها غير مستقرة ، فان اتسع الزمان لتذكيته فلا بد منها في الحل ، وان لم يتسع يظهر من كلام الشهيد حله .

(الخامسة) اذا خرج وفيه حياة مستقرة لكن لا يتسع الزمان لتذكيته اما

---

١) المقنعة : ٩١ .

٢) القواعد ، المطلب الثانى من المقصد الرابع من كتاب الصيد والذبائح .

٣) النهاية : ٥٨٤ .

٤) السرائر : ٣٦٩ .

٥) الكافى ٦/ ٢٣٤ ، التهذيب ٩/ ٥٩ .

٦) الكافى ٦/ ٢٣٤ ، التهذيب ٩/ ٥٨ .

٧) فى بعض النسخ : فى تدبير .

لتعذر الالة أوغير ذلك فوجهان : من اطلاقهم وجوب التذكية مع الحياة فلا يحل الا بها ، ومن أنه مع القصور في حكم غير مستقر الحياة فيحل . والاول أولى الاحتياط ولاصالة عدم تبعيته لامه في الذكاة ، خرج من ذلك ماخرج الاجماع والنص فيبقى الباقي على المنع.

كتاب الاطعمة والاشربة

والنظرفيه يستدعى أقساماً :

(الاول) فى حيوان البحر . ولا يؤكل منه الاسمك له فلس ولوزال عنه كالكنعت. ويؤكل الربيثا والاربيان والطمر والطبرانى والايلامى.ولايؤكل السلحفاة ، ولاالضفادع ولاالسرطان .

قوله : ويؤكل الربيثا والاربيان والطمر والطبرانى والا يلامى ولا يؤكل السحلفاة

الربيثا بكسر[1] الراء والباء، والاربيان بكسر الهمزة والباء ، والطمر بكسر الطاء ، والطبرانى بفتح الطاء والباء المفردة تحت ، والابلامى بكسر الهمزة وسكون الباء المنقطة تحت نقطة واحدة، والسلحفاة بضم السين وفتح اللام وسكون الحاء .

---

١) فى مجمع البحرين: الربيثا بفتح الراء وكسر الباء الموحدة والياء المثناه من تحت والثاء المثلثة والالف المقصورة : ضرب من السمك له فلس لطيف .

اذا عرفت هذا فلقائل أن يورد: أن هذه الخمسة اما أن يكون لها فلس أولا، فان كان الاول فهي داخلة في مـا تقدم وهو أن ذا الفلس حلال ، وان كان الثاني فلا يحل لاجماع الاكثر وتواتر الروايات على تحريم غير ذي الفلس .

فيجاب بأنه جاز أن يكون ابرازها بالذكر ، لان لها أسماء خاصة توهم حرمتها أو أنها كالمستثناه من القسم الثاني رخصة. وفيه نظر ، فالسؤال باق .

قوله : وفي الجرى روايتان أشهرهما التحريم

الجري بكسر الجيم الظاهر من مذهب الاصحاب تحريمه ، صرح بذلك الشيخ[1] في الخلاف وموضع من النهاية[1] ، والمفيد والمرتضى وابن بابويه والحسن .

وقال الشيخ في موضع آخر من النهاية[2] انه مكروه ، وتبعه القاضي .

وخالفه ابن ادريس[3] وقال: انه غير مستقيم ، لاجماع أصحابنا على أنه لا يؤكل من حيوان البحر الا السمك ولا يؤكل من السمك الا ما كان له فلس وهذا النوع ليس له فلس. واعتمد الاولون على ما اشتهر من الرواية عن سمرة بن ابى سعيد قال: خرج امير المؤمنين عليه السلام على بغلة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فخرجنا معه نمشي حتى انتهينا الى أصحاب السمك ، فجمعهم ثم قال : تدرون لاي شيء جمعتكم . قالوا : لا. قال : لاتشتروا الجري ولا المارماهي ولا الطافي على الماء ولا تبيعوه[4].

---

١) النهاية : ٥٧٦ .

٢) لم نعثر عليه أيضاً بعد الفحص .

٣) السرائر : ٣٦٦ .

٤) المحاسن: ٣٩٧، التهذيب ٩/ ٥ ، الاستبصار ٤/ ٥٩. اللفظ للاول وفي الثاني:

وروى ابن فضال عن غير واحد من أصحابنا عن الصادق عليه‌السلام قال : الجري والمارماهي والطافي حرام في كتاب علي عليه السلام[1].

وأما معتمد النهاية فعلى رواية زرارة صحيحاً عن الباقر عليه السلام قال : سألته عن الجريث فقال : ماالجريث ، فنعته له فقال : قل لاأجدفيما اوحي الي محرماً على طاعم يطعمه الا أنيكون متية أودماً مسفوحاً اولحم خنزير[2]. ثم قال: لميحرم الله شيئاً منالحيوان في القرآن الا الخنزير بعينه، ويكره كلشيء من البحرليس لهقشر مثل الورق وليس بحرام انما هومكروه[3].

ومثله رواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام وقد سأله عن الجري والمارماهي والزمير ومالیس له قشر من السمك أحرام هو ؟ فقال لي : يامحمد اقرأ هذه الاية في الانعام، فقرأتها حتى فرغت منها فقال: انما الحرام ماحرمه الله ورسوله في كتابه، ولكنهم قدكانوا يعافون أشياء فنحن نعافها[4] .

وهاتان الروايتان وانكانتاصريحتين فيالكراهية لكن الاوليان أشهر رواية وعملا ، مع أن الاخيرتين يمكن حملها على التقية ، خصوصاً مع مخالفتهما لما عليه الاصحاب من تحريم أشياء ليست فيالقرآن .

قوله: وفى الزمار والمارماهى والزهوروايتان والوجه الكراهية

عن سمرة بن ابى سعيد ، وفىالثالث: عن سمرة عن ابى سعيد ، وفى الاخيرين: حتى انتهى الى موضع اصحاب السمك . وفيهما « الجريث » بدل « الجرى » .

١) التهذيب ٩/ ٥ ، الاستبصار ٤/ ٩ .

٢) سورة الانعام : ١٤٥ .

٣) التهذيب ٩/ ٥ ، الاستبصار ٤/ ٥٩ .

٤) التهذيب ٩/ ٦ ، الاستبصار ٤/ ٦٠. فىالاول ليس « ليس » والف الاستفهامية.

فرق المصنف بين هذه الثلاثة وبين الجري، مع أن الروايات والاقوال لم تفصل بينها . وقد عرفت من الروايتين الاولتين مايدل على تحريم هذه وكذا في الاخيرتين ما يدل على كراهتها فلا حاجة الى الاعادة .

والمصنف اختار فيها الكراهية كماهو قول الشيخ في موضع من النهاية[1] واختار العلامة في المختلف[2] التحريم كماهو قول المرتضى واكثر الاصحاب، وعليه الفتوى .

قوله: ولو وجد في جوف سمكة سمكة اخرى حلت ان كانت ممايؤكل

هذا قول الشيخ في النهاية[3] من غير تقييد ، مستنداً في الاطلاق الى رواية السكوني موثقاً عن الصادق عليه السلام : أن علياً عليه السلام سئل عن سمكة شق بطنها فوجد فيها سمكة أخرى . قال: كلهما جميعاً[4] . ومثله في رواية أبان عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام : يؤكلان جميعاً[4] .

ومنع ابن ادريس[5] من هذا الاطلاق وشرط أن تخرج وفيها حياة. وهو الحق، للاجماع على أنه يشترط في اباحة السمك اخراجه من الماء حياً ولا يقين لحصول هذا الشرط هنا فالجهل به جهل بمشروطه فالحكم به خطأ. والاطلاق المذكور في الرواية مقيد بالدليل، وكذا الاطلاق في قوله تعالى «أحل لكم صيد البحر وطعامه»[6]

---

١) النهاية : ٥٧٦ .

٢) المختلف ، الجزء الرابع : ١٢٥ .

٣) النهاية : ٥٧٦ .

٤) الكافي ٦/٢١٨ ، التهذيب ٩/٨ .

٥) السرائر : ٣٦٦ .

٦) سورة المائدة : ٩٦ .

ولوقذفت الحية تضطرب ، فهى حلال ان لم تنسلخ فلوسها .

ولايؤكل الطافى وهو الذى يموت فى الماء وان كان فى شبكة اوحظيرة. ولواختلط الحى فيهما بالميت حل والاجتناب أحوط.

وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: هوالطهور ماؤه الحل ميته[1] .

قوله : ولوقذفت الحية سمكة تضطرب فهى حلال ان لم تنسلخ فلوسها

هذاأيضاً قول الشيخ في النهاية[2] وهومدلول رواية ايوب بن أعين عن الصادق عليه السلام[3] .

وشرط ابن ادريس[4] في الحل أخذها حية والاكانت حراماً ، واختاره العلامة[5]، وعليه الفتوى .

قوله : ولو اختلط الحى فيها بالميت حل والاجتناب احوط

القول بالحل للشيخ[6] والقاضي مع تعذر التمييز بين الحي والميت ، استناداً الى رواية ابن مسلم صحيحاً عن الباقر عليه السلام في رجل نصب شبكة في الماء ثم رجع الى بيته وتركها منصوبة فأتاها بعدذلك وقد وقع فيها سمك فمتن . فقال: ماعملت يده فلابأس بأكل ماوقع فيها[7] . ومثلها رواية الحلبى

---

١) سنن ابن ماجة ١/١٣٦ ، سنن الترمذى ١/١٠٠ ، سنن ابى داود ١/٢١ .

٢) النهاية : ٥٧٦ .

٣) الكافى ٦/٢١٨، التهذيب ٩/٨، الفقيه ٣/٢٠٧ .

٤) السرائر : ٣٦٦ .

٥) المختلف ، الجزء الرابع : ١٢٦ .

٦) النهاية : ٥٧٨ .

٧) الفقيه ٣/٢٠٦ ، الكافى ٦/٢١٧ ، التهذيب ٩/١١ ، الاستبصار ٤/٦١ .

عن الصادق عليه السلام[1] ومسعدة بن صدقة عنه عليه السلام ايضاً[2] .

وقال ابن ادريس[3] انذلك المجموع حرام ، واختاره العلامة[4] . وهو الحق لان اجتناب الميت فيها واجب ولايتم الاباجتناب الباقي ومالايتم الواجب الابه فهو واجب، ولما رواه عبدالمؤمن قال: أمرت رجلا أن يسأل لي اباعبدالله عليه السلام عن رجل صاد سمكاً وهن أحياء ثم أخرجهن بعد مامات بعضهن، فقال : مامات فلاتأكله فانه مات فيمافيه حياته[5] .

وتحمل روايات الحل على حصول الموت بعد الاخراج من الماء قبل الجعل في الشبكة .

وأماالشيخ فحمل روايات الحل على تقدير عدم التمييز ورواية الحرمة على تقدير التمييز. فيه وضعف، لان الحرام بالاشتباه لايصير حلالاخصوصاً مع كونه محصوراً كما اذا اشتبهت محرمة بعدد محصور.

قوله : ولا يؤكل جلال السمك حتى يطعم علفاً طاهراً يوماً وليلة

هنا فوائد :

(الاولى) الفتوى على تحريم الجلال[6] من كل حيوان . وهو ما يأكل

---

١) الكافي ٦/٢١٧ ، التهذيب ٩/١٢ ، الاستبصار ٤/٦١ .

٢) الكافي ٦/٢١٨ ، المحاسن : ٣٩٨ ، التهذيب ٩/١٢ ، الاستبصار ٤/٦١ .

٣) السرائر : ٣٦٤ .

٤) المختلف ، الجزء الرابع : ١٢٢ .

٥) التهذيب ٩/١٢ ، الاستبصار ٤/٦٢ .

٦) هوالذى يكون غذاؤه أجمع الجلة بفتح الجيم وتشديد اللام وهى عذرة بنى آدم فانه محظور لايجوز اكله وحده .

وبيض السمك المحرم مثله . ولو اشتبه أكل منه الخشن لا الاملس .

عذرة الانسان محضاً. وقال التقي: ان أكل غيرها من النجاسات جلال أيضاً، ولم نقف له على مستند.

(الثانية) الزمان الذي به يصير الحيوان جلالا لم يقدره الاصحاب . والظاهر أنه مايصير جزء عضوله . وقدره بعض المحققين بيوم وليلة ، وهو قريب كما في الرضاع المحرم ولانه أقل زمان الاستبراء كما يجيء فيكون أقل مايصير به جلالا.

(الثالثة) في مدة استبراء السمك ، فقال الشيخ في النهاية[1] والقاضي وابن حمزة وابن ادريس[2] يوماً وليلة ، وقال الصدوق في المقنع[3] يوماً الى الليل ، وقال في الفقيه: ان هذا التقدير في رواية القاسم بن محمد الجوهري .

(الرابعة) معنى الاستبراء أن يحصر السمك ويطعم علفاً طاهراً ، وكذا يحصر غيره أو يربط ويطعم ذلك .

(الخامسة) هل يشترط في العلف طهارته بالفعل أم يكفي كونه طاهراً بالاصالة؟ استشكله العلامة في القواعد[4] من اطلاق النص على الطاهر وهو حقيقة في الفعلي الذي لم تعرض له نجاسة ، وأما ماتعرض له فهو طاهر مجازاً ، ومن أن صدق المشتق حقيقة لايشترط فيه بقاء المعنى كما تقرر في الاصول. والعمل بالاول أحوط وأولى ، لاصالة بقاء الحرمة الى أن يحصل سبب الحل يقيناً .

---

١) النهاية : ٥٧٦ .

٢) السرائر : ٣٦٦ قال فيه : و[يستبرأ] السمك بيوم واحد .

٣) لم نجده في المقنع مع أنه نقله في المختلف والوسائل عنه ولعله سقط عن النسخة. والله العالم . نعم قاله في الفقيه ٣/ ٢١٤ .

٤) القواعد ، المقصد الرابع من كتاب الصيد والذبائح في الاطعمة والاشربة .

(الثاني) في البهائم. ويؤكل من الانسية: النعم، ويكره الخيل والحمر، وكراهية البغل أشد. ويحرم الجلال منها على الاصح وهو مايأكل عذرة الانسان محضاً. ويحل مع الاستبراء بأن يربط ويطعم العلف. وفي كميته اختلاف، محصله: استبراء الناقة بأربعين يوماً، والبقرة بعشرين، والشاة بعشرة.

قوله: ، ويكره الخيل والحمير، وكراهية البغل اشد

المشهور كراهة الثلاثة المذكورة، لرواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام: انها حلال ولكن الناس يعافونها[1].

ولما ورد أنه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن أكل لحم الحمير الاهلية[2].

وانما كانت كراهية البغل أشد لاجتماع كراهية الخيل والحمير فيه، أولوجود الخلاف فيه فان التقي حكم بتحريمه.

قوله: ويحرم الجلال منها على الاصح

تقدم أن الفتوى على تحريمه، لم يخالف فيه الا الشيخ في المبسوط[3] وابن الجنيد فانهما قالا بالكراهية.

قوله: ويحل مع الاستبراء بأن يربط ويطعم العلف، وفي كميته خلاف محصله استبراء الناقة بأربعين يوماً والبقرة بعشرين والشاة بعشرة

اللام في العلف لمعهود مذكور، وهو ماتقدم في السمك.

---

١) الفقيه ٣/٢١٣، التهذيب ٩/٤١، الاستبصار ٤/٧٤، المحاسن: ٣٩٥، وفيه: فقال حلال ولكن تعافونها.

٢) راجع سنن ابن ماجة ٢/١٠٦٥ ـ ١٠٦٦، سنن الترمذي ٤/٢٥٤.

٣) المبسوط ٦/٢٨٢.

واعلم أن في كمية الاستبراء أقوالا :

(الاول) قول الصدوق في المقنع[1] للبقرة ثلاثون يوماً وللشاة عشرون يوماً وقال في رواية القاسم بن الجوهري[2] للبقرة عشرون وللشاة عشرة .

(الثاني) قول ابن الجنيد للابل أربعون وللبقرة ثلاثون وللشاة أربعة عشر وللبطة خمسة وللدجاجة ثلاثة .

(الثالث) قول الشيخ في المبسوط[3] للبدنة أو البقرة اربعون يوماً وللشاة سبعة أيام ، وبه قال التقي .

(الرابع) قول الشيخ في النهاية[4] وابن حمزة للبقرة عشرون والشاة عشرة.

والمشهور المفتى به ما ذكره المصنف ، لما رواه السكوني عن الصادق عليه السلام قال : قال امير المؤمنين عليه السلام : الدجاجة الجلالة لايؤكل لحمها حتى تقيد ثلاثة أيام ، والبطة الجلالة بخمسة أيام ، والشاة الجلالة عشرة أيام ، والبقرة الجلالة عشرين يوماً ، والناقة أربعين يوماً[5] .

وفي رواية مسمع عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام : للبقرة أربعون ، وللشاه خمسة أيام ، وللدجاجة ثلاثة أيام[6] .

---

١) ليس فى المقنع ولعله سقط منه .

٢) الفقيه ٣/ ٢١٤ .

٣) المبسوط ٦/ ٢٨٢ .

٤) النهاية : ٥٧٤ .

٥) التهذيب ٩/ ٤٦ ، الكافى ٦/ ٢٥١ ، الاستبصار ٤/ ٧٧ ، الوسائل ١٦/ ٤٣٣ .

٦) الكافى ٦/ ٢٥٣ ، التهذيب ٩/ ٤٥ ، الاستبصار ٤/ ٧٧، وفى المصادر اختلاف فى هذا الحديث الشريف يجب مراجعتها .

والغزلان ، واليحامير .

ويحرم كل ماله ناب ، وضابطه : مايفترس كالاسد ، والثعلب ويحرم الارنب ، والضب ، واليربوع ، والحشار : كالفأرة ، والقنفذ ، والحية ، والخنافس ، والصراصر ، وبنات الوردان ، والقمل .

(القسم الثالث) في الطير : ويحرم منه ماكان سبعاً كالبازي والرخمة . وفي الغراب روايتان ، والوجه : الكراهية . ويتأكد في الابقع .

قوله: وفي الغراب روايتان والوجه الكراهية ، ويتأكد في الابقع .

روى زرارة عن أحدهما عليه السلام أنه قال: ان أكل الغراب ليس بحرام، انما الحرام ماحرمه الله في كتابه، ولكن الانفس تتنزه عن كثير من ذلك تقززاً[1].

وروى الشيخ في الصحيح عن علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال: سألته عن الغراب الابقع والاسود أيحل أكله ؟ فقال : لايحل شيء من الغربان زاغ ولا غيره[2] .

اذا عرفت هذا فقال الشيخ في النهاية[3] بكراهة الغربان جميعاً، وتبعه القاضي. وقال في الخلاف[4] بتحريم الجميع ماعدا الزاغ، وهو غراب الزرع والغداف[5].

---

١) التهذيب ٩/١٨، الاستبصار ٤/٦٦ . القز: اباء النفس الشيء ، وبالضم التباعد من الدنس كالتقزر .

٢) التهذيب ٩/١٨ ، الاستبصار ٤/٦٥ ، الكافي ٦/٢٤٥ .

٣) النهاية : ٥٧٧ .

٤) الخلاف ٣/٢٦٧ .

٥) الغداف بضم الاول كغراب : غراب القيظ والنسر الكثير الريش .

ويحرم من الطير ماكان صفيفه أكثر من دفيفه ، وما ليس له قانصة ولاحوصلة ولاصيصية . ويحرم الخفاش والطاووس .

وقال في المبسوط[1] الغربان أربعة اصناف «١» الكبير الاسود الذي يسكن الجبال ويأكل الجيف، «٢» الابقع، «٣» الزاغ، «٤» الغداف وهو أصغر منه أغبر اللون كالرماد . فالاولان حرام والثالث مباح والرابع مختلف فيه .

وقال ابن ادريس [2] : الغربان أربعة : الغداف وهو الكبير الاسود الذي يأكل الجيف ، والكبير الاغبر الذي يفرس ، والابقع طويل الذنب ويسمى بالعقعق والزاغ ، والثلاثة الاول حرام والزاغ مباح على كراهية .

والمصنف قال بكراهة الجميع جمعاً بين الروايتين ولرواية غياث بن ابراهيم عن الصادق عليه السلام : انه كره أكل الغراب لانه فاسق[3] . وحكم بتأكد الكراهية في الابقع ، لرواية أبي يحيى الواسطي عن الرضا عليه السلام وقد سئل عن الغراب الابقع فقال : انه لايؤكل[4] .

وأما العلامة فقال في المختلف[5] المعتمد تحريم الجميع . وعليه الفتوى، لصحيحة علي بن جعفر المذكورة[6] .

ورواية زرارة ضعيفة السند ، خصوصاً مع مخالفتها لما عليه الاصحاب من تحريم أشياء ليست في الكتاب، وغياث بن ابراهيم بتري فاسد العقيدة .

---

١) المبسوط ٦/٢٨١ .
٢) السرائر : ٣٦٧ .
٣) التهذيب ٩/١٩ ، العلل ٢/٤٨٥ ، الاستبصار ٤/٦٦ .
٤) الكافي ٦/٢٤٦ ، التهذيب ٩/١٨ ، الاستبصار ٤/٦٥ .
٥) المختلف ، الجزء الرابع : ١٢٦ .
٦) راجع الصفحة السابقة .

وفي الخطاف تردد والكراهية أشبه .

قوله : وفي الخطاف تردد والكراهية اشبه

منشأ التردد من قول الشيخ في النهاية[1] والخلاف بالتحريم ، استناداً الى رواية الحسن بن داود الرقي قال : بينا نحن قعود عند ابي عبدالله عليه السلام اذ مرجل بيده خطاف مذبوح ، فوثب اليه ابو عبدالله عليه السلام حتى أخذه من يده ثم دحى به ثم قال: أعالمكم أمركم بهذا أم فقيهكم، لقد اخبرني ابي عن جدي أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن قتل الستة النحلة والنملة والضفدع والصرد والهدهد والخطاف[2] .

وفي رواية عمار بن موسى عن الصادق عليه السلام قال : لابأس بخرء الخطاف وهو مما يحل أكله لكنه كره لانه استجار بك في منزلك وكل طير يستجير بك فأجره[3] .

ولان ذرقه طاهر والالكان مؤذياً، لكنه غير مؤذ لرواية جميل بن دراج حسناً عن الصادق عليه السلام قال : كنت مع علي بن الحسين عليهما السلام فرآني أوذيهن فقال : يابني لاتؤذيهن فانهن لايؤذين شيئاً[4] .

اذا عرفت هذا فظاهر كلام المفيد[5] يعطي اباحته، لانه جعل الضابط في التحريم ماصف وفي الاباحة مادف ، وان اجتمع فيه الوصفان فالاعتبار بالاغلب، والخطاف مما يدف دائماً أو في الاغلب .

---

١) النهاية : ٥٧٧ .

٢) التهذيب ٩/ ٢٠ ، الاستبصار ٤/ ٢٦ .

٣) الوسائل ١٦/ ٣٠٠ .

٤) الكافي ٦/ ٢٢٤ .

٥) المقنعة : ٩٠ .

ويكره الفاختة والقبرة . وأغلظ من ذلك كراهية الهدهد ، والصرد ، والصوام ، والشقراق .

ولو كان أحد المحللة جلالا حرم حتى يستبرأ ، فالبطة وما أشبهها بخمسة أيام ، والدجاجة ثلاثة أيام ، ويحرم الزنابير ، و الذباب ، والبق، والبرغوث ، وبيض مالايؤكل لحمه . ولو اشتبه اكل منه ما اختلف طرفاه وترك ما اتفق .

مسألتان :

(الاولى) اذا شرب المحلل لبن الخنزيرة كره ، ولو اشتد به عظمه حرم لحمه ولحم نسله .

وأما القاضي وابن ادريس فصرحا بتحريمه ، حتى ادعى ابن ادريس[1] على ذلك الاجماع. والمصنف والعلامة[2] اختارا الكراهية لاصالة الاباحة ، والنهي عن القتل لايستلزم التحريم لجواز أن يكون لعلة أخرى ، وهي الاستجارة بالانسان كما تضمنه الرواية .

قوله : واغلظ من ذلك كراهية الهدهد والصرد

انما كانت كراهيتهما أغلظ للنهي عن قتلهما في الرواية المتقدمة[3] وجواز أكلهما يستلزم قتلهما وهو منهي عنه .

---

١) السرائر : ٣٦٧ .

٢) المختلف ، الجزء الرابع : ١٢٦ .

٣) اى رواية الحسن بن داود الرقى المذكورة سابقاً .

(الثانية) لو شرب خمراً لم يحرم بل يغسل ، ولايؤكل مافي جوفه، ولوشرب بولالم يحرم وغسل ما في جوفه .

(القسم الرابع) في الجامد وهو خمسة :

(الاول) الميتات . والانتفاع بها محرم . ويحل منها مالا تحله الحياة اذاكان الحيوان طاهراً في حال الحياة، وهوعشرة : الصوف والشعر ، والوبر، والريش، والقرن، والعظم ، والسن والظلف، والبيض اذا اكتسى القشر الاعلى، والانفحة .

قوله: لوشرب خمراًلم يحرم بل يغسل ولايؤكل مافي جوفه، ولوشرب بولالم يحرم وغسل ما في جوفه

يمكن الفرق بين الحكمين بأن الخمر لطيف نفاذ تشربه الامعاء فلايطهر بالغسل فيحرم ، والبول كثيف غير نفاذ لايصلح للتغذية فتطهر الامعاء منه بالغسل فلا يحرم .

وتؤكد الاول رواية ابي جميلة عن زيد الشحام عن الصادق عليه السلام[1] والثاني رواية موسى بن اكيل بالضم عن بعض أصحابه عن الباقر عليه السلام[2] .

وهماوان كانتا ضعيفتين : أماالاولى فلان أباجميلة كان وضاعاً للحديث واسمه المفضل، وأما الثانية فلارسالها . لكنهما مؤيدتان بالنظر كما قلنا.

قوله : والانفحة

هي مفردة بكسر الهمزة وفتح الفاء مخففة ، وهي كرش الحمل أوالجدي

---

١) الكافي ٦/ ٢٥١ ، التهذيب ٩/ ٤٣ .

٢) الكافي ٦/ ٢٥١ ، التهذيب ٩/ ٤٧ ، الاستبصار ٤/ ٧٨ .

مالم يأكل فاذا أكل فهو كرش، عن ابى زيد. وكذلك المنفحة بكسر الميم والجمع أنافح ، وأنشد ابن الاعرابى :

[وانا لمن قوم على أن ذممتهم] اذا أولموا لم يولموا بالانافح [1]

قاله الجوهري .

قوله : وفى اللبن روايتان والاشبه التحريم

رواية الاباحة عن زرارة عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن الانفحة تخرج من الجدي الميت. قال: لابأس به . قلت : اللبن يكون في ضرع الشاة وقد ماتت . قال : لابأس به[2] .

وأفتى بذلك الشيخان[3] وابن بابويه وابن حمزة .

ورواية التحريم عن وهب بن وهب عن الصادق عن الباقر عليهما السلام عن علي صلوات الله عليه انه سئل عن شاة ماتت فحلب منها لبن . فقال علي عليه السلام : ذلك الحرام محضاً[4] وأفتى بذلك سلار وابن ادريس[5] . وهو أشبه، لانه مائع لاقته نجاسة فينجس وكل نجس فهو حرام. وللابى هنا غلط ظاهر[6].

---

١) البيت للشماخ. الانافح جمع انفحة ويقال لها. منفحة وجمعها منافح: كرش الحمل اوالجدى مالم يأكل فاذا اكل فهو كرش .

٢) الفقيه ٣/ ٢١٦ ، التهذيب ٩/ ٧٦ ، الاستبصار ٤/ ٨٩.

٣) النهاية : ٥٨٥ ، المقنعة : ٩١ ، الفقيه ٣/ ٢١٦ .

٤) التهذيب ٩/ ٧٦ ، الاستبصار ٤/ ٨٩ .

٥) السرائر : ٣٦٩ .

٦) قال الابى فى كشف الرموز بعد رد رواية وهب ورد اختيار سلار ودعواه أنه مذهب

(الثانى) ما يحرم من الذبيحة وهو خمسة: القضيب ، والأنثيان والطحال ، والفرث ، والدم .

وفى المثانة والمرارة تردد ، أشبهه التحريم للاستخباث .

وفى الفرج ، والعلباء ، والنخاع ، وذات الاشاجع ، والغدد وخرزة الدماغ ، والحدق خلاف ، أشبهه الكراهية.

ووهب وان كان عامياً مرمياً بالكذب لكن روايته مؤيدة بالنظر وبعموم تحريم الميتة ، فلذلك اختار المصنف التحريم ، وهو قول العلامة [1] في المختلف والقواعد ، وعليه الفتوى .

قوله : وفى المثانة والمرارة تردد

ينشأ من احتمال التحريم للاستخباث ، وقد صرح الشيخ في النهاية [2] والخلاف بتحريمها وكذا المرتضى، وفي النهاية[2] والقاضي بتحريم المرارة ، وابن ادريس[3] صرح بتحريم المثانة .

ومن احتمال الاباحة للاصل وخلو أقوال باقي الاصحاب عن تحريمهما . والاشبه التحريم للاستخباث ، وليس عدم القول بالتحريم قولا بعدم التحريم ولجواز غفول من غفل .

قوله : وفى الفرج والعلباء والنخاع وذات الاشاجع والغدد وخرزة الدماغ والحدق خلاف اشبهه الكراهية

المحصلين من الاصحاب ولاخلاف بينهم ، وأيضاً استدلاله انه طريق الاحتياط وانه مائع لاقى الميتة فنجس . قال وفى الاستدلال ضعف: أما الاول فان الشيخين مخالفوه والمرتضى واتباعه غير ناطقين به فما أعرف من بقى معه من المحصلين ، وأما الثانى فلان الاحتياط لا يفيد التحريم ولانمنع أن كل مائع لاقى الميتة على أى وجه كان فقد نجس .

١) المختلف ، الجزء الرابع : ١٣١ ، القواعد : المطلب الرابع فى الجامدات .

٢) النهاية : ٥٨٥ ، ذكرفيه المرارة وافتى بحرمتها فى الخلاف ٣/ ٢٥١ .

٣) السرائر : ٣٦٩ .

هنا فوائد :

(الاولى) العلباء بكسر العين والمد عصبتان عريضتان صفراوتان ممتدتان على الظهر من العنق الى عجب الذنب ، والنخاع مثلث النون وهو خيط أبيض ممتد وسط الفقار بفتح الفاء ممتداً في الرقبة الى عجب الذنب بفتح العين وسكون الجيم والباء المنقطة تحت وهو أصله ، وذات الاشاجع هي أصول الاصابع الممتدة الى عصب ظاهر الكف، وخرزة الدماغ يكون في المخ بقدر الحمصة غبراء الى الزرقة .

(الثانية) اتفق الكل على تحريم الفرث والدم والقضيب والانثيين والطحال، فلذلك أفردها المصنف بالذكر في المتن كماسبق . نعم كره ابن الجنيد الطحال والقضيب والانثيين ، ولاعبرة بقوله لحصول الاجماع بعده على تحريمها .

(الثالثة) لم يذكر المفيد وسلار في المحرمات شيئاً زائداً عن المذكورات، وزاد المرتضى عليها الرحم والمثانة وجعله مما انفردت به الامامية ، وزاد ابن بابويه على ما ذكره المرتضى النخاع والغدد والحياء والاوداج ، قال : وروى العروق . وذهب ابن الجنيد الى كراهية المثانة والغدد والنخاع والرحم مع الثلاثة المتقدمة ، وقال التقي بكراهة النخاع والعروق والمرارة وحبة الحدقة وخرزة الدماغ .

والمصنف حكم بكراهة السبعة المذكورة ، لان قول بعض الاصحاب فيها معارض بقول الاخرين فتسلم أصالة الاباحة عن معارض ، وأما الكراهية فتعلم من الروايات .

(الرابعة) حكم العلامة في القواعد[1] بتحريم خمسة عشر ، وهي المذكورة

---

١) القواعد ، المطلب الرابع من المقصد الخامس.

في كلام المصنف وهي اربعة عشر وزاد المشيمة، وتابعه الشهيد. وفي المختلف[1] حكم بتحريم تسعة منها وكراهة الباقي، وهي النخاع والحدقة والخرزة والغدد وذات الاشاجع. ولا أعرف وجه التخصيص مع أنها مذكورة في الرواية كما يجيء.

(الخامسة) الذي وقفنا عليه من الروايات في هذا الباب رواية ابن ابى عمير عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام : لا يؤكل من الشاة عشرة أشياء الفرث والدم والطحال والنخاع والعلباء والغدد والقضيب والانثيان والحياء والمرارة[2] .

ورواية اسماعيل بن مرار عنهم عليهم السلام قال : لا يؤكل مما يكون في الابل والبقر والغنم وغير ذلك مما لحمه حلال الفرج بما فيه ظاهره وباطنه والقضيب والبيضتان والمشيمة وهي موضع الولد والطحال لانه دم والغدد مع العروق والنخاع[3] الذي يكون في الصلب والمرارة والحدق والخرزة التي تكون في الدماغ والدم[4] .

وهاتان الروايتان يمكن أن تكون حجة للعلامة في قوله، وأما على قول المصنف فيحمل النهي فيهما على القدر المشترك، وهو رجحان الترك الذي هو مشترك بين الحرام والمكروه.

ان قلت : فمن أين يعلم تحريم الحرام منهما على قول المصنف ؟

قلت : يعلم من دليل خارج .

---

١) المختلف ، الجزء الرابع : ١٣٠ .

٢) الكافى ٦/٢٥٤ ، التهذيب ٩/٧٤ ، الخصال ٢/٢٠٠ . وذكر فى الاخير : الرحم والاوداج او« العروق » بدل : العلباء والمرارة .

٣) فى الكافى : المخ . وفى التهذيب : النخيع .

٤) الكافى ٦/٢٥٤ ، التهذيب ٩/٧٤ .

وتكره الكلى ، والقلب والعروق .

واذا شوى الطحال مثقوباً فما تحته حرام والا فهو حلال .

قوله : واذاشوى الطحال مثقوباً فما تحته حرام والا فهوحلال

هذا حاصل كلام الشيخ في النهاية[1]، وتبعه القاضي وابن ادريس[2]، والمستند رواية عمار بن موسى عن الصادق عليه السلام[3] .

ولم نعلم في هذا الحكم مخالفاً الا أن ابن بابويه[4] قال : اذا كان اللحم أسفل لم يؤكل ويؤكل جوذابه، لان الطحال في حجاب ولاينزل الا أن يثقب فان ثقب سال منه ولم يؤكل ماتحته من الجوذاب .

فقد ظهر من كلامه أن اللحم اذا كان أسفل لم يؤكل مطلقاً ، وأما الجوذاب[5] ـ وهو الخبز المثرود ـ فيؤكل مع عدم الثقب. والفرق بين اللحم والجوذاب ضعيف. وهل حكم الجري أوغيره ممالا يؤكل حكم الطحال مع اللحم في ذلك من اعتبار الاعلى والاسفل، قال ابن بابويه وابن حمزة نعم استناداً الى رواية عمار عن الصادق عليه السلام وقد سئل عن الجري يكون في السفود مع السمك . قال: يؤكل ماكان فوق الجري ويرمى ماسال عليه الجري[6]. ومنع العلامة ذلك عملا بأصالة الحل واستضعافاً للرواية.

---

١) النهاية : ٥٨٥ .

٢) السرائر : ٣٠٩ .

٣) الكافي ٦/٢٦٢ .

٤) المقنع : ١٤٣ .

٥) في لسان العرب: الجوذاب : طعام يصنع بسكروارز ولحم. وضبطه في القاموس بالراء بعد الجيم (جرذاب) ولعله غلط مطبعي .

٦) هذا صدر الحديث الذي مر آنفاً .

(الثالث) الاعيان النجسة : كالعذرات وما أبين من حي ، والعجين اذاعجن بالماء النجس ، وفيه رواية بالجواز بعد خبزه ، لان النار قد طهرته .

وفيه نظر، لان العلة في الطحال وغيره واحدة وهي سيلان الرطوبة الى ماتحته وتشرب الاسفل بها فيحرم، والرواية وان كانت ضعيفة لكنها مؤيدة بالنظر كما في الطحال .

قوله : والعجين اذا عجن بالماء النجس ، وفيه رواية بالجواز بعد خبزه لان النار قد طهرته

أي من جملة المحرمات العجين المذكور، وهو قول الشيخ في أطعمة النهاية[1] ومذهب المفيد[2] والمحصلين من المتأخرين لنجاسته بالماء النجس والنار انما تطهر ما أحالته رماداً الا مطلقاً، والرواية المشار اليها الظاهر أنها رواية محمد بن[3] عبدالله البرسي قال: سألت اباعبدالله عليه السلام عن البئر تقع فيها الفارة أوغيرها من الدواب فيعجن من مائها أيؤكل ذلك الخبز. قال: اذا أصابته النار فلا بأس بأكله[4]

وعمل بذلك الشيخ في مياه النهاية[5] ، وهو ضعيف. والرواية لاحجة فيها على ذلك ، لان الاجود عدم نجاسة البئر الا بالتغير ، فالماء المشار اليه طاهر حينئذ ، ونفي البأس باصابة النار لازالة كراهة الطبع له لا لازالة النجاسة .

---

١) النهايه : ٥٩٠ .

٢) المقنعة : ٩١ .

٣) في التهذيب والاستبصار : احمد بن محمد بن عبدالله بن الزبير عن جده قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام .

٤) التهذيب ١/٤١٣ ، الاستبصار ١/٢٩ ، الفقيه ١/١١ .

٥) النهاية : ٨ .

(الرابع) الطين : وهو حرام الا طين قبر الحسين عليه السلام للاستشفاء ولايتجاوزقدر الحمصة .

(الخامس) السموم القاتلة قليلها وكثيرها ، ومـايقتل كثيره ، فالمحرم ما بلغ ذلك الحد .

قوله : الرابع الطين ، وهوحرام الا طين قبر الحسين عليه السلام للاستشفاء ولايتجاوزقدرالحمصة

هنا فوائد :

(الاولى) يحرم أكل الطين في الجملة بالاجماع، ولما قيل بانهاكه[1] القوة وايراثه الضعف في البنية والشهوة .

(الثانية) استثنى أصحابنا من ذلك طين قبرالحسين عليه السلام للاستشفاء، لما اشتهر في النقل الشريف أن الائمة عليهم السلام مـن ذريته والاجابة تحت قبته والشفاء فيتربته ، وعلم أيضاً الشفاء بتجربة معتقدي امامته تجربة تفيدالعلم، فيكون تناوله سائغاً اذ لاشفاء في محرم .

(الثالثة) قيد الشيخ في النهاية[2] المتناول باليسير ، وهو حسن . واختاره ابن ادريس[3] والعلامة لحصول الغرض والشفاء بذلك فمازاد يكون حراماً. ولما كان اليسير أمراً اضافياً لانه رب يسير كثير بالاضافة الى ماهو أقل منه ورب كثير يسير بالاضافة الى ماهو اكثر منه قيده المصنف بقدر الحصة لينضبط. وهل يجوز الاكثار منه ؟ الاصح لا، لماورد عنهم عليهم السلام: من أكل زائداً عن ذلك فكأنما أكل من لحومنا[4].

---

١) يقال : نهكته الحمى نهكاً من باب نفع وتعب : هزلته . وانهك لغة .

٢) النهاية : ٥٩٠ .

٣) السرائر : ٣٧١ ، المختلف الجزء الرابع : ١٣٤ .

٤) الوسائل ٤٨٩/١٦ نقلا عن المصباح .

(القسم الخامس) في المائعات . والمحرم خمسة :

(الاول) الخمر ، وكل مسكر ، والعصير اذا غلا .

(الثانى) الدم . وكذا العلقة ولو في البيضة ، وفي نجاستها تردد ، أشبهه النجاسة . ولووقع قليل دم في قدر وهي تغلي ، لم يحرق المرق ، ولاما فيها اذا ذهب بالغليان . ومن الاصحاب من منع من المائع وأوجب غسل التوابل ، وهو حسن .

(الرابعة) هل يجوز التناول لغير الاستشفاء ؟ جوزه الشيخ في المصباح وقال يجوز الافطار عليه يوم عيد الفطر . والاحوط تركه عملا بعموم النهي ، اللهم الا أن يقدر التناول استشفاء من علة متوقعة فيجوز .

(الخامسة) حيث ورد متواتراً ان الشفاء في تربته وكثرة الثواب بالتسبيح بها والسجود عليها ووجوب تعظيمها وكونها دافعة للعذاب عن الميت وأماناً من المخاوف وان الاستنجاء بها حرام فهل هي مختصة بمحل أم لا ؟ عبارة المصنف تدل على أنها من قبره وهو على الافضل ، ونقل الشهيد أنها تؤخذ من قبره الى سبعين ذراعاً، وقيل من حرمه وان بعد وكلما قرب من القبر كان افضل، بل لو جيء بتربة ثم وضعت على الضريح كان حسناً .

قوله :وكذا العلقة ولوفى البيضة ، وفى نجاستها تردد اشبهه النجاسة

ينشأ من أنها دم وكل دم نجس ، ومن صدق اسم العلقة عليها فلايكون دماً حقيقة، والاشبه الاول، لان صدق الدم عليها ظاهر، وخصوصية اسمها لخصوصيتها المميزة لها عن باقي الدماء .

قوله : ولو وقع قليل دم فى قدر وهى تغلى لم يحرم المرق وما فية اذا ذهب بالغليان، ومن الاصحاب من منع من المائع واوجب غسل التوابل وهو حسن

كما لووقع غيره من النجاسة .

الاول قول الشيخين[1] الأأن الطوسي شرط القلة في الدم والمفيد لم يشترطها بل اكتفى بزوال عين الدم وتبعه سلار، والمستند رواية سعيد الاعرج عن الصادق عليه السلام وقد سأله عن ذلك قال: نعم فان النار تأكل الدم[2]. ومثله عن زكريا ابن آدم عن الرضا عليه السلام[3]. وسعيد مجهول الحال، وفي طريق الثانية محمد ابن موسى بن عيسى ابو جعفر الهمداني وضعفه القميين ورموه بالغلو وانه كان يضع الاحاديث . كذا قال ابن الغضائر والنجاشي.

والثاني قول ابن ادريس[4]. قال : هذا باطل ان النار أحالت الدم ، أليس المائع الذي لاقاه قد نجس به ولم يقل أحد أن المائع النجس يطهر بالغليان الا ما كان من أمر العصير، وحينئذ يجب أن يراق المرق ويغسل ما في القدر من اللحم والتوابل[5] ويؤكل ، وعليه الفتوى وينبغي غسله في الكثير .

قوله :كما لووقع غيره من النجاسات

كلامه يعطي أنه لووقع غير الدم من النجاسة في القدر لاخلاف في أنه ينجس المائع لاغير ويطهر اللحم والتوابل بالغسل، لكن نقل عن القاضي أنه مع كثرة النجاسة لايؤكل شيء مما في القدر سواء كان مائعاً أوغيره. وهو سهو، فان ماليس بمائع يطهر بالغسل فلاوجه لتعطيله عن الانتفاع به .

---

١) المقنعة : ٩١ ، النهاية : ٥٨٨ .

٢) الفقيه ٣/ ٢١٦ ، الكافي ٦/ ٢٣٥ .

٣) الكافي ٦/ ٤٢٢ ، التهذيب ٩/ ١١٩ ، الوسائل ١٧/ ٢٨٦ .

٤) السرائر : ٣٧٠ .

٥) التوابل جمع تابل بفتح الباء وكسرها : الابزار . ويقال انه معرب .

(الثالث) كل مائع لاقته نجاسة فقد نجس، كالخمر، والدم والميتة، والكافر الحربي.

وفي الذمي روايتان، أشهرهما: النجاسة.

وفي رواية: اذا اضطر الى مؤاكلته أمره بغسل يده وهي متروكة.

ولو كان ماوقعت فيه النجاسة جامداً ألقي مايكتنف النجاسة

واعلم أن التقي وافق الشيخين فيما قالا وطرد الحكم في النجاسات كلها. وليس بشيء.

قوله: وفي الذمي روايتان اشهرهما النجاسة[1]

وفي رواية اذا اضطر الى مؤاكلته أمره بغسل يده، وهي متروكة لم نقف على رواية بطهارة الذمي، فان وجدشيء فهو محمول على التقية.

وأما روايات النجاسة فكثيرة، ولذلك جعلها هي الاشهر، خصوصاً مع موافقتها للكتاب في قوله تعالى «انما المشركون نجس»[2]. وأهل الذمة مشركون لما تقدم في النكاح.

وأما الرواية الثالثة فرواها العيص بن القاسم عن الصادق عليه السلام وقد سأله عن مؤاكلة اليهودي والنصراني. فقال: لابأس اذاكان من طعامك، وعن مؤاكلة المجوسي فقال: اذا توضأ فلابأس[3]. فأراد بالتوضؤ غسل يده. وأفتى بها الشيخ في النهاية[4] والمفيد في العزية.

وليس فيها حجة على الطهارة والالم يحتج الى قوله «اذاكان من طعامك»، ويمكن حملها على طعام جامد.

---

١) راجع الوسائل ١٦/٤٧١ ـ ٤٧٥.
٢) سورة التوبة: ٢٨.
٣) الفقيه ٣/٢١٩، التهذيب ٩/٨٨.
٤) النهاية: ٥٨٩.

وحل ماعداه. ولو كان المائع دهناً جاز بيعه للاستصباح به تحت السماء خاصة لاتحت الاظلة . ولا يحل مايقطع من ألیات الغنم ، ولا يستصبح بما يذاب منها . وما يموت فيه ما له نفس سائلة من المائع نجس دون ما لانفس له .

قوله: ولو كان المائع دهناً جاز بيعه للاستصباح به تحت السماء خاصة لاتحت الاظلة

كذاذكر الشيخان[1] ، وهل ذلك لنجاسة دخانه، قال في المبسوط[2] نعم ، لان المنع من الاستصباح به تحت السقف يدل على نجاسته. ثم قال: وعندي ان الاستصباح به تحت السقف مكروه، لان دخان كل نجس من العذرة وجلود الميتة عندنا طاهر. وبذلك قال في الخلاف[3] .

واختاره ابن ادريس[4] وجعل منع الاستصباح به تحت السقف تعبداً لا للنجاسة، قال : وقول الشيخ بكراهته مخالف للاجماع بل الاجماع على حظره .

قال بعض الفضلاء: يمكن الفرق بين دخان الدهن وبين دخان غيره ، وذلك أن الدهن للطافته يصعد بعض أجزائه النجسة قبل الاستحالة مع الدخان فيكون ما يلاقيه نجساً.

قلت : حيث حكم الشرع بأن الاستحالة مطلقاً موجبة للطهارة ولم يفرق بين سرعة الاستحالة وبطئها فلم يتم الفرق ، لجواز أن يكون صعود بعض أجزاء الدهن أسرع من صعود بعض أجزاء جسم آخر غيره لايكون ذلك قبل الاستحالة

---

١) النهاية : ٥٨٨ ، المقنعة : ٩١ .

٢) المبسوط ٦/٢٨٣ .

٣) الخلاف ٣/٢٦٩ .

٤) السرائر : ٣٧٠ .

(الرابع) ابوال ما لايؤكل لحمه . وهل يحرم بول ما يؤكل لحمه قيل: نعم، الابول الابل ، والتحليل أشبه .

(الخامس) ألبان الحيوان المحرم كاللبوة، والذئبة، والهرة ويكره ما كان لحمه مكروهاً كالاتن حليبه وجامده .

(القسم السادس) فى اللواحق ، وهى سبع :

(الاولى) : شعر الخنزير نجس، سواء أخذ من حي اوميت على الاظهر ، فان اضطر استعمل مالادسم فيه وغسل يده .

بل للطافته . وأيضاًصعود تلك الاجزاء قبل فعل النارفيها باطل قطعاً وبعدفعل النار فيها يوجب تغير كيفيتها الاولى وذلك هوالاستحالة.

قوله : وهـل يحرم بول ما يؤكل لحمه ؟ قيل نعم الا بول الابل ، والتحليل اشبه

الاول ظاهر قول الشيخ في النهايـة [1] وابن حمزة ، واختاره العلامـة [2] للاستخباث ، والثاني وهو التحليل قول المصنف للاصل .

قوله : شعر الخنزير نجس سواء أخذ من حى أوميت على الاظهر ، فان اضطر استعمل مالادسم فيه وغسل يدهٔ

ماذكره المصنف هوالاظهر في فتاوى الاصحاب، قالوالان الخنزيرنجس لعينه فسائر أجزائه نجسة ، ولانه أمرباجتناب الكلب ولخنزير مطلقاً فيعم سائر أجزائهما .

---

١) لعله قوله فى النهاية : ٥٩٠ « ولابأس بأن يستشفى بأبوال الابل» لانه لم نعثر على قول له فى خصوص الابوال فى باب الاطعمة والاشربة من الكتاب غيرهذا .

٢) المختلف ، الجزء الرابع : ١٣٤ .

ونقل عن المرتضى طهارته، لانه لاتحله الحياة .

وأما استعمال مالادسم فيه عند الضرورة فشيء ذكره الشيخ في النهاية [1] وتبعه القاضي وابن ادريس[2]. والتقييد بعدم الدسم لئلايتعدى الى اليد والثياب. وهذا لاوجه له مع الضرورة ، لان الضرورة حينئذ تسوغه مطلقاً . مع أن الرواية ليس فيها قيد الضرورة بل يجوز استعماله مع عدم الدسم .

قوله : يجوز الاستسقاء ٣) به وبجلود الميتة ولايصلى بمائها

الضمير في « به » ظاهره العود الى الشعر لانها المذكور، وقيل يعود الى جلد الخنزير وان لم يكن مذكوراً بقرينة الاستسقاء وعطف جلود الميتة عليه . وفيه تعسف .

وبالجملة ذكر الصدوق في المقنع[4] جواز الاستقاء بجلد الخنزير ، وذكر الشيخ في النهاية[5] جواز عمل دلو من جلد الميتة يستقى به الماء لغير الوضوء والصلاة والشرب وتجنبه أفضل ، وجعله ابن ادريس[6] رواية ، ومنعه القاضي مطلقاً ، وكذا أطلق ابن حمزة منع استعمال جلود الميتة والتصرف فيها. ويظهر من العلامة[7] اختياره في المختلف مستدلا بقوله تعالى «حرمت عليكم الميتة»[7]،

---

١) النهاية : ٥٨٧ .

٢) السرائر : ٣٧٠ .

٣) في بعض النسخ : يجوز الاستسقاء به بجلود الميتة .

٤) نص الكتاب بخلاف هذا النقل ، لان فيه : واياك ان تجعل جلد الخنزير دلواً تستقى به الماء .

٥) النهاية : ٥٨٧ .

٦) السرائر : ٣٧٠ .

٧) سورة المائدة: ٣، المختلف الجزء الرابع : ١٣٢ .

(الثانية) : اذا وجد لحم فاشتبه ألقى فى النار فان انقبض فهو ذكي وان انبسط فهوميتة . ولواختلط الذكى بالميتة اجتنبا .

وفى رواية الحلبى : يباع ممن يستحل الميتة علي الاصح .

والحمل على الحقيقة متعذرلاستحالة تعلق التحريم بالذوات، فيحمل على المجاز وهوتحريم جميع المنافع.وفيه نظر، لجوازالحمل على ما يتبادر الى الذهن من تحريم الميتة وهو الاكل فيبقى الباقي على الاباحة بالاصل ، وحينئذ يمكن أن يستدل على قول الشيخ بأن الاستعمال على ذلك الوجه ، أعني كونه لالصلاة والشرب ليس فيه منع ، ولادليل التحريم يتناوله كما قررناه .

قوله :اذا وجدلحم فاشتبه القى فى النارفان انقبض فهوذكى وان انبسط فهو ميتة

كذا قال الشيخ في النهاية[1] وجعله المصنف في الشرائع[2] منسوباً الى قائله. والاولى اجتنابه ، لاصالة موت الحيوان حتف أنفه وان لايحكم بالتذكية الامع يقين حصول شرائها .

قوله : ولو اختلط الذكى بالميتة اجتنبا ، وفى رواية الحلبى يباع ممن يستحل الميتة

هنا مسألتان:

(الاولى) لواختلط اللحم الذكي يقيناًبالميتة ولم يعلم كل على حدته يجب اجتنابهمامعاً، أما الميتة فظاهر، وأماالذكى فلاشتباهه بها وحكم المشتبه بالمحرم التحريم كمالواشبهت المحرم بنساء محصورات ،ولانه يجب اجتناب الميتة المعلوم ولايتم الاباجتناب الكل ومالايتم الواجب الابه فهو واجب .

---

١) النهاية : ٥٨٢ .

٢) الشرائع ٢ / ٢٥٠ .

انقيل: لاضرورة الى هذا التعطيل على قول الشيخ[1] وقد اختاره المصنف هنا، وذلك بأن يلقى في النار فان انقبض فهو الذكي وان انبسط فهو الميتة كما تقدم في حال اللحم المشتبه .

أجيب بوجهين :

« ١ » ـ بالفرق بين المسألتين ، فان في الاختلاط تيقن وجود الميتة فيجب الاجتناب كماء الانائين واحدهما نجس يقيناً، بخلاف اللحم المطروح غير المعلوم حاله فانه جاز أن يكون مذكياً فاكتفى فيه بالامارة المذكورة .

« ٢ » ـ ان الانقباض وان كان أمارة على التذكية غالباً أودائماً لكن الانبساط ليس دليلا على الميتة كذلك لجواز حصوله في القسمين فلا يكون أمارة في المتيقن فيه حصول الميتة . وفي الجوابين نظر[2] .

(الثانية) هل يجوز بيع المختلط على مستحل الميتة أم لا ؟ قال ابن ادريس[3] بالمنع ، لان الله اذا حرم شيئاً حرم ثمنه[4] ، كما رواه ابن غياث عنه صلى الله عليه وآله وسلم . وقال القاضي ترك بيعه أحوط .

والحق المنع، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها[5]. ذمهم على بيع المحرم والفرض تحريم المختلط .

وقال الشيخ في النهاية بالجواز ، وتبعه ابن حمزة، والمستند الرواية المشار

---

١) النهاية : ٥٨٦ .

٢) وجه النظران الامارة ان كانت صحيحة عمل بها في غيرما ورد بـه النص ، اذلا خصوصية في انفراد الميتة من الذكي في جعل الامارة امارة فحينئذ اما ان تكون صحيحة فيهما اولا فيهما ـ كذا في الهامش .

٣) السرائر : ٣٦٩ .

٤) الخلاف ٢/ ٨٢ .

٥) سنن ابي داود ٣/ ٢٨٠ ، سنن ابن ماجة ٢/ ٧٣٢ .

(الثالثة) لايأكل الانسان من مال غيره الاباذنه . وقد رخص مع عدم الاذن فـى الاكل من بيوت من تضمنته الاية اذا لـم يعلم الكراهية .

اليها ، رواها محمد بن يعقوب عن الحلبى حسناً عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام[1] . واختاره العلامة في المختلف[2] وقال انه ليس بيعاً حقيقياً، لان الميتة لايجوز بيعها وانما هو سلب مال الكافر عن ملكه برضاه بشبهة البيع وذلك جائز اتفاقاً، أو نقول ان البيع ينصرف الى الذكي كما اذا انضم الشاة الى الخنزير.

وفي الاخير نظر ، اذ شرط صحة البيع معلومية العوضين والذكي هنا غير معلوم . أما البيع على غير مستحل الميتة فغير جائز اجماعاً .

قوله : لايأكل الا نسان من مال غيره الاباذنه ، وقد رخص مع عدم الاذن فى الاكل من بيوت تضمنته الاية[3] اذا لم تعلم الكراهية

أما الاول فلعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : لايحل مال امرىء مسلم الا عن طيب نفس منه[4] .

وأما اباحة من تضمنته الاية فهو قول الشيخ في النهاية[5] ولايجوز أن يحمل معه شيئاً ولا أن يفسد مافي البيت ، وتبعه ابـن ادريس [6] وقيده بكون الدخول

---

١) الكافى ٦/ ٢٦٠ ، وليس فيه « عن على عليه السلام » ، وفيه هكذا : عن الحلبى قال :سمعت اباعبدالله عليه السلام يقول :اذا اختلط الذكى والميتة باعه ممن يستحل الميتة ويأكل ثمنه .

٢) المختلف ، الجزء الرابع : ١٣١ .

٣) سورة النور : ٦١ .

٤) الكافى ٧/ ٢٧٤ ، وفيه : لايحل دم امرىء مسلم ولاماله الا بطيبة نفسه .

٥) النهاية : ٥٩٠ .

٦) السرائر : ٣٧١ .

وكذا ما يمر الانسان به من ثمرة النخل.

وفي ثمرة الزرع والشجر تردد . ولا يقصد ولا يجمل .

(الرابعة) من شرب خمراً اوشيئاً نجساً ، فبصاقه طاهر ما لم يكن متغيراً بالنجاسة .

باذن صاحب البيت .

ونقل عن بعض الاصحاب أنه مخصوص بما يخشى فساده أما غير المخشي فساده فلا يجوز أكله ولا حمله .

واختار العلامة قول الشيخ ، لاطلاق الروايات الدالة على جواز الاكل من غير اشتراط الاذن في الدخول . قال : وأما تخصيص ما يخشى عليه الفساد بالجواز فلا دليل عليه ، فالاولى العمل بالاطلاق .

وفيه نظر ، لان لابن ادريس أن يقول الاكل في البيت يستلزم الدخول فيه، واللازم منهي اجماعاً الا بالاذن فكذا الملزوم وهو الاكل. وأما مع اذن الدخول فلا ينهض الدليل، لان اللازم ـ وهو الدخول ـ ليس بمنهي فلا يكون الاكل منهياً. وأيضاً الاصل تحريم أكل مال الغير بغير اذنه، خرج بالاتفاق فيبقى الباقي على أصله وهو التحريم . وأيضاً اذن الدخول قرينة دالة على اذن الاكل ، وحيث لا اذن فلا قرينة لاذن الاكل، فيحرم بالاصل .

قوله : اذا لم تعلم الكراهية

يريد أن الشرط عدم علم الكراهية لا علم عدم الكراهية والا لتساوى بيوت المذكورين في الاية وغيرهم ، لان علم عدم الكراهية مساو للاذن الصريح ، وذلك مبيح للاكل في جميع البيوت .

قوله : وفي ثمرة الزرع والشجر تردد

تقدم في باب التجارة تقدير ذلك ، فلا نطول باعادته .

(الخامسة) اذا باع ذمي خمراً ثم أسلم فله قبض ثمنها .

(السادسة) الخمر تحل اذا انقلبت خلا ، ولو كان بعلاج ، ولا تحل لو ألقى فيها خل استهلكها . وقيل : لو ألقى في الخل خمر من اناء فيه خمر لم يحل حتى يصير ذلك الخمر خلا ، وهو متروك .

قوله : الخمر تحل اذا انقلبت خلا ولو كان بعلاج ، ولا تحل لو ألقى فيه خل استهلكها . وقيل لو ألقى في الخل خمر من اناء فيه خمر لم يحل حتى يصير تلك الخمر خلا ، وهو متروك

هنا فوائد :

(الاولى) لا خلاف بين الفقهاء أن الخمر اذا انقلبت لذاتها خلا تطهر ويحل تناوله ، ولذلك ورد في الحديث : خير خلكم خل خمركم .

(الثانية) لو كان ذلك الانقلاب بعلاج أجمع أصحابنا على حله ، وبه قال ابو حنيفة خلافاً للشافعي ومالك . لنا اطلاق الامر بتناوله من غير تخصيص ، فيحل عملا بالاطلاق وأصالة عدم التقييد .

(الثالثة) قال الشيخ[1] : اذا وقع شيء من خمر في اناء خل ثم انقلب خمر ذلك الاناء خلا حل ذلك الخل أيضاً تأويلا لرواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام أنه سأله عن الخمر يجعل خلا . قال : لا بأس اذا لم يجعل فيها ما يغلبها[2] .

قال في التهذيب : معناه أن لا يجعل فيه من الخل ما يغلب عليه فيتوهم أنه خل وليس به . وتأويل الشيخ بعيد . نعم المراد من الرواية الرد على ابى حنيفة ،

---

١) النهاية : ٥٩٢ .

٢) الكافي ٦/٤٢٨ ، الاستبصار ٤/٩٣ رواه عن عبيد بن زرارة ، التهذيب ٩/١١٧ وفيهما فيها ما يغلبها .

(السابعة) لايجرم الربوبات والاشربة وان شـم منهـا رائحة المسكر . ويكره الاسلاف فى العصير . وأن يستأ من على طبخه من يستجله قبل أن يذهب ثلثاه، والاستشفاء بمياه الجبال الجارة التى يشم مهنا رائحة الكبريت .

فانه عنده اذا وقع خمرفي خل فاستهلكه حتى لايؤخذ فيه طعم الخمر حل أيضاً . هذا ، وأنكر ابن ادريس[1] قول الشيخ وقال : اذا وقع الخمر في الخل نجس الخل بالاجماع فكيف يطهر بانقلاب الخمر المباين له .

قـال بعض الفضلاء : قول الشيخ ليس بمستبعد ، لان الخمر المباين اذا انقلب خلا كان الممزوج أولى بالانقلاب، لان طبيعة الخل فاعل خارجي انضمت الى الفاعل الذاتي في الخمر فيكون أقوى من الذاتي وحده، واذا زالت الخمرية عن الخل زالت النجاسة لزوال سببها .

وفيه نظر، لانانسلم أن الخمر الممزوج اذا انقلب زالت خمريته لكن لانسلم زوال نجاسته مطلقاً، بل تزول نجاسة الخمرية اما نجاسة الحاصلة بملا قاة الخل النجس أولا فلا ، والانقلاب مزيل لنجاسة الخمر لا لنجاسة غيره .

(الرابعة) قال بعض المتفقهين : ان الخمر اذا عصره يهودي مثلا يطهر مع انقلابه خلا. وليس بشيء ، لان نجاسة مباشرة اليهودي مبـ اينة لنجاسة الخمر بالنوع ولايلزم من زوال أحد النجاستين بسبب خاص زوال النجاسة الاخرى .

قوله : ويكره الاسلاف فى العصير وان يستأمن على طبخه من يستحله قبل ان يذهب ثلثاه

هنا مسألتان :

---

١) السرائر : ٣٧٣ .

(الاولى) قال الشيخ في النهاية[1] يكره الاستسلاف في العصير ، لأنه لايؤمن أن يطلبه صاحبه ويكون قدتغير الى حال الخمر ، بل ينبغي أن يبيعه بدأبيد .

قال ابن ادريس[2]: السلف انما يكون في ذمة البائع، فلايصح هذا التعليل، لانه اذا صارعصيرمعين خمراً أوخلاسلم اليه عيناً أخرى .

واعتذر العلامة[3] للشيخ بأنه أراد بيع عصير بعينه وشرط عليه البائع تأخير التسليم وتسميته سلفاً مجازاً ويريد حقيقة السلف، ويكون سبب كراهيته سرعة تغيره فجاز أن يتعذر على البائع تسليم مافي ذمته عند الاجل .

(الثانية) هل يؤتمن على طبخ العصيرمن يستحل شربه قبل ذهاب ثلثيه أم لا؟ قال الشيخ[4] لايجوز لانه لايقبل شهادته في ذلك ولافي غيره، وتبعه ابن ادريس[5]. وقال المصنف بكراهيته . والاول أجود ، لرواية معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام[6] .

---

١) النهاية : ٥٩١ .

٢) السرائر : ٣٧٣ .

٣) المختلف ، الجزء الرابع : ١٣٦ .

٤) النهاية : ٥٩١ .

٥) السرائر : ٣٧٢ .

٦) الكافي ٦/٤٢١ ، التهذيب ٩/١٢٢ .

كتاب الغصب

والنظر في امور :

(الاول) الغصب هو الاستقلال باثبات اليد على مال الغير عدواناً.

قوله : الغصب هو الاستقلال باثبات اليد على مال الغير عدواناً

الغصب لغة أخذ الشيء ظلماً، تقول غصبته منه وغصبته عليه بمعنى، والاغتصاب مثله، والشيء غصب ومغصوب . وشرعاً عرف بتعريفات :

« ١ » ـ ماذكره المصنف .

« ٢ » ـ أخذ مال الغير على جهة التعدي .

« ٣ » ـ الاستيلاء على مال الغير بغير حق . ولا حاجة الى العدوان ، بل يثبت الغصب من غير عدوان كمودع لبس ثوب الغير غلطاً .

«٤» ـ الاستيلاء على مال الغير بغير اذنه، وهو أعم من كل تقدم وتعريف المصنف أسد ، اذ ذلك هو المتبادر الى الذهن عرفاً. فقوله «الاستقلال باثبات اليد على مال الغير » يشمل المغصوب والامانات جمع ، وتقييده بالعدوان يخرج الامانات . وتحريمه معلوم عقلا، وهو ظاهر من مسألة التحسين والتقبيح. وشرعاً: اما

ولا يضمن لومنع المالك مـن امساك الدابة المرسلة . وكـذا لومنعه من القعود على بساطه ويصح غصب العقار كالمنقول ويضمن بالاستقلال به .

من الكتاب فقوله « ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل»[1]، واما من السنة الشريفة فقوله صلى الله عليه وآله : لايحل مـال أمرىء مسلم الاعن طيب نفس منـه [2]

ثم ان الفقهاء يطلقون الغصب على ماذكر وعلى مايشبهه من المضمونات، اما بالاتلاف مباشرة أوتسبيباً واما بالقبض بالعقد الفاسد .

قوله: ولايضمن لومنع المالك من امساك الدابة المرسلة وكذا لومنعه من القعود على بساطه

أي فاتفق تلف الدابة والبساط، وذلك لانه لم يستقل باثبات اليد عليهما بل رفع يدالمالك ، وذلك غير كاف في الضمان .

وقال العلامة[3] يحتمل الضمان وان لم يسم غصباً. لان الدابة والبساط لايتحفظان بأنفسهما بل يحفظ المالك ، فاذا رفع يده فقدزال سبب الحفظ فيضمن .

قوله : ويصح غصب العقار كالمنقول ويضمن بالاستقلال به

يريد بالصحة هنا مايقابل الامتناع ، أي يتصور ويتحقق غصب العقار برفع يدالمالك والاستقلال به، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : من غصب شبراً من الارض طوقه من سبع أرضين[4] .

---

١) سورة البقرة : ١٨٨ .

٢) الكافي ٧/ ٢٧٤ ، الفقيه ٤/ ٦٦ .

٣) القواعد، اول كتاب الغصب . صرح هناك بعدم الضمان وقال: ولومنع غيره من امساك دابته المرسلة فتلفت اومن القعود ـ الى ان قال ـ لم يضمن .

٤) كنزالعمال ١٠/ ٦٣٩ اخرجه بطرق مختلفة عن المصادر المختلفة باختلاف يسير في اللفظ .

ولوسكن الدار قهراً مع صاحبها ففي الضمان قولان ولوقلنا بالضمان ضمن النصف . ويضمن حمل الدابة لوغصبها ، وكذا الامة . ولوتعاقبت الايدى على المغصوب فالضمان على الكل ، ويتخير المالك .

وقال بعضهم: لايتصور غصب العقار بل الاستيلاء عليه غصب لمنفعته. وتظهر الفائدة في ضمان العين لوتلفت لابسببه. نعم استشكل العلامة في التذكرة[1] تحقق غصب العقار بمجرد ازعاج المالك واخراجه من حيث أن التخلية وتسليم المفتاح قبض في البيع فليكن غصباً، ومن أنه لايسمى غصباً عرفاً لعدم الاستيلاء بالدخول.

قوله : ولوسكن الدار قهراً مع مالكها ففي الضمان قولان ، ولوقلنا بالضمان ضمن النصف

القولان للشيخ في المبسوط[2] ، أحدهما عدم الضمان لانه قال : لومد زمام الناقة من مكان الى مكان وصاحبها راكب عليها لم يضمنها لانه لم يزل يده عنها ، ولافرق بين الصورتين . واختاره المصنف في الشرائع[3] وتعليله أن يد الغاصب غير مستقلة ، لان استقلالها انما يحصل برفع يد المالك ولم يرفع .

وفيه نظر، لانه ان أراد باستقلال اليد عدم المشاركة فهو باطل والالزم عدم الضمان على شخصين اشتركا في غصب شيء واحد ، وان أراد به اثبات اليد على وجه ترتفع به يد المالك فهو مصادرة على المطلوب، لان ذلك عين المتنازع فيه.

وثانيهما ضمان النصف . واختاره العلامة[4] ، وعليه الفتوى ، لان الغصب

---

١) التذكرة ، البحث الثالث من الفصل الثاني من كتاب الغصب .

٢) المبسوط ٣/٧٣ .

٣) الشرائع ٢/٢٥٢ .

٤) المختلف، كتاب الغصب : ٢٨١، التذكرة : البحث الثالث من الفصل الثاني من

والحر لا يضمن ولو كان صغيراً لكن لو أصابه تلف بسبب الغاصب ضمنه، ولو كان لا بسببه كالموت ولدغ الحية فقولان.

هو اثبات اليد على ملك الغير عدواناً سواء رفع يده أولم يرفع لكنه اذا لم يرفع يدالمالك عنه ضمن النصف، كما اذا كان له شريك في الغصب.

ويتفرع على هذا القول أنه لو كان المالك اكثر من واحد هل يلزم الغاصب النصف أيضاً أوبالنسبة، فلو كانا اثنين لزمه الثلث وثلاثة لزمه الربع وأربعة لزمه الخمس. الاقرب الاخير، كما لو تعدد الغاصب.

والتحقيق يقتضي الضمان على نسبة ما استولى عليه واستقل به ان نصفاً فنصف وان ثلثاً فثلث وان ربعاً فربع وهكذا.

قوله: والحر لا يضمن ولو كان صغيراً، لكن لو أصابه تلف بسبب الغاصب ضمنه ولو كان لا بسببه كالموت ولدغ الحية فقولان

هنا مسائل:

(الاولى) ان الحر لا يضمن بالغصب، لان المغصوب مال لما علم من تعريف الغصب والحر ليس بمال صغيراً كان أو كبيراً.

(الثانية) لا خلاف انه لو أصاب الحر تلف بسبب الغاصب ضمنه كسائر الجنايات من غير غصب.

(الثالثة) لو تلف الصغير لا بسببه فاما ان يموت موتاً طبيعياً فهو غير مضمون عليه قولا واحداً، أو يموت بسبب خارجي من شأنه أن يضمن فضمانه عليه لا على الغاصب. وان لم يكن من شأنه الضمان كالحية والسبع فللشيخ[1] قولان في المبسوط أحدهما عدم الضمان لان الحر غير مال فلا يضمن الا بالمباشرة كما تقرر في موضعه، وانتفاء العلة المساوية يوجب انتفاء المعلول مع اعتضاده بأصالة البراءة. وثانيهما الضمان، لانه فعل سبب الاتلاف بحيث لا يمكن الصغير الاحتراز عن

كتاب الغصب.

١) المبسوط ٣/١٠٥.

ولو حبس صانعاً لـم يضمن اجرته، ولو انتفع به ضمن اجرة الانتفاع . ولايضمن الخمر لوغصبت من مسلم ويضمنها لوغصبها من ذمي ، وكذا الخنزير . ولوفتح باباً على مال ضمن .

المؤذي كماهو الفرض فيكون ضامناً، كحافر البئر فيقع فيهاالغير . وهذا اختيار العلامة في المختلف[1] والقواعد .

وتردد الشيخ في الخلاف[2] قال : ولوقلنا بالضمان كان قوياً .

وهنا فوائد :

(الاولى) المجنون والخرف عديم[3] التعقل كالصغير لمساواتهما له في عدم امكان التحرز من المؤذيات.

(الثانية) الكبير الذي له تعقل وقدرة عن البعد عن المؤذى لايضمن. اللهم الا مع الالجاء الى ملاقاة المؤذي كالملقى في النار أوفي المسبعة مكتوفاً .

(الثالثة) في قول المصنف «كالموت» تساهل، لانه يتناول الطبيعي بالاطلاق، خصوصاً وقدجعله قسيماً للدغ الحية، والطبيعي كما قلنا غير مضمون اجماعاً .

قوله : ويضمنها لو غصبها من ذمي وكذا الخنزير

الضمير عائد الى الخمر، وفي لفظه تساهل ، اذا لمتبادر من لفظه ضمان عين الخمر ، وهو باطل في حق المسلم بل المضمون هوقيمتها ، حتى أن الشيخ[4] قال : اذا أتلف الذمي على مثله خمراً أوخنزيراً يضمن قيمة الخمر لامثله ، فانمسلم بالاولى أن لايضمن العين .

---

١) المختلف ١/ ٢٨١ .

٢) الخلاف ٢/ ١٧٩ .

٣) فى بعض النسخ : وعديم التعقل .

٤) المبسوط ٣/ ١٠٠ .

ولايضمن لوأزاله عن عاقل .

(الثانى) فى الاحكام: يجب رد المغصوب وان تعسر كالخشبة فى البناء واللوح فـــى السفينة ، ولوعاب ضمن الارش . ولوتلف اوتعذرالعودضمن مثله ان كان متساوى الاجزاء، وقيمته يوم الغصب ان كان مختلفاً. وقيل: أعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف وفيـــه وجه آخر ، ومع رده لايرد زيادة القيمة السوقية وترد الزيادة

(فائدتان) :

(الاولى) قال القاضي خمر الذمي يضمن الغاصب له مثلها مسلماً كان أوذمياً . وليس بجيد على اطلاقه ، بل الذي يضمن المثل هو الذمي لا المسلم .

(الثانية) قال ابن الجنيد اذا غصب مسلم من مسلم خمراً ضمن له قيمتها خلا، لان يد المسلم المتصرف عليها ولذلك لوتخللت في يده حكم له بها. وليس قوله بشيء ، لان الضمان انما يكون لما يملك والخمر لايملكها المسلم .

قوله : ولايضمن لوازاله عن عاقل

الفرق بين الصورتين قصد العاقل وهو مباشر وعدم قصد المجنون فالسبب أقوى.

قوله : ضمن مثله ان كان متساوى الاجزاء

هذا هو المشهور، وتؤيده الاية في قوله تعالى « بمثل مااعتدى عليكم »[1]. وقال ابن الجنيد القيمة أوالمثل ان اختاره المالك .

قوله: وقيمته يوم الغصب ان كان مختلفاً، وقيل اعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف ، وفيه وجه آخر

الاول : قول الشيخ في المبسوط[2] لانه وقت الدخول في ضمانه .

---

١) سورة البقرة : ١٩٤ .

٢) المبسوط ٣/ ٦٠ . وبه قال فى الخلاف ٢/ ١٧٥ ، ١٧٦ . وبالقول الاول ايضاً

لزيادة في العين اوالصفة . ولو كان المغصوب دابة فعابت ، ردها مع الارش . ويتساوى بهيمة القاضي والشوكى ، ولو كان عبداً وكان الغاصب هوالجانى رده ودية الجناية ان كانت مقدرة وفيه قول آخر.

والثاني: قوله في الخلاف والمبسوط أيضاً، واختاره ابن ادريس[1]، واستحسنه المصنف في الشرائع[2]، وصححه السعيد ، لان الغاصب مأخوذ بأشق الاحوال لمكان تعديه فناسب عقوبته بضمان الزائد، ولانه مضمون عليه في جميع حالاته فالزائد مال تلف على المالك فيكون مضموناً على الغاصب . ولان نقص الصفة انما ضمن بسبب نقص القيمة فيكون أولى بالضمان .

والثالث: وهوالوجه الاخر هوالضمان بقيمته يوم التلف، قيل انه للمصنف. ونسبه العلامة[3] الى القاضي ، واختاره في المختلف . وبيانه :

ان الغاصب مأمور بردالعين بيوم التلف، ولولم تتلف العين لكان له ردها مع نقص قيمتها السوقية وتكون مجزية، فكذلك لوتلفت ينتقل حق المالك الى قيمتها يوم التلف. نعم لوزادت القيمة يوم القبض أوفيما بين يوم القبض الى يوم التلف وتلفت العين ذلك اليوم يلزم الغاصب تلك الزيادة لامطلقاً لكنها لم تتلف فلم يلزمه الزيادة .وهذا الوجه قريب والثاني مشهور .

قوله : ولوكان عبداً وكان الغاصب هوالجانى رده ، ودية الجناية ان كانت مقدرة، وفيه قول آخر

اذا حصل النقص على العين المغصوبة في يدالغاصب، فاما أن يكون العين

قال فيه راجع ٢/١٦٧ .

١) السرائر : ٢٧٦ .

٢) الشرائع ٢/٢٥٣ .

٣) المختلف ١/٢٧٧ .

حيواناًأوغيره . والثاني يرده الغاصب ويضمن أرشه وهوتفاوت مابين القيمتين والاول اما أن يكون عبداً أودابة ، والاول اما أن يكون الغاصب هوالجاني أوغيره ، والثاني يلزمه المقدرالشرعي كمايجيء ، والاول ـ أعني كون الغاصب هوالجاني ـ قال الشيخ[1] يلزمه المقدر الشرعي أيضاً ، وقال المصنف يلزمه اكثرالامرين من المقدر الشرعي والارش ، واختاره العلامة في المختلف[2] لان ضمان الغاصب باعتبار المالية ، لماعرفت من مفهوم الغصب فيلحق المغصوب بالاموال ويضمن قدر مانقص منه ، بخلاف ماذاكان الجاني غيرالغاصب ، فان ضمانه ليس باعتبارالمالية ، فيلحق العبد بالاحرار ويلزمه المقدرويلزم الغاصب الزائد باعتبارالمالية.

والثاني- وهوأن يكون الحيوان دابة ـ قال الشيخ في المبسوط[3] والنهاية للمالك الارش، وتبعه ابن ادريس[4] والقاضي ، واختاره العلامة[5].

وقال الشيخ في الخلاف[6] عليه في عين الدابة نصف قيمتها وفي العينين كمال القيمة وكذاما في البدن منه اثنان. والوجه أن الدابة لاحقة بالاموال فيضمن في نقصها الارش . والرواية التى تمسك بهاالشيخ ضعيفة ، ويمكن حملها على ما اذا كان المقدر متساوياً للارش .

---

١) المبسوط ٣/٩٨ .

٢) المختلف ١/٢٧٩ .

٣) المبسوط ٣/٦٢ .

٤) السرائر : ٢٧٧ .

٥) المختلف ١/٢٧٩ ، قال فيه : اذا جنى الغاصب على الدابة كان عليه الارش .

٦) الخلاف ٢/١٦٨ .

ولومزج الزيت بمثله رد العين . وكذا لوكان بأجود منه ، ولوكان بأدون ضمن المثل. ولوزادت قيمة المغصوب فهولمالكه

قوله: ولومزج الزيت بمثله ردالعين، وكذا لوكان بأجود منه، ولوكان بأدون ضمن المثل

اذا مزج الغاصب الزيت بزيت آخرفأقسامه ثلاثة :

« ١ » ـ أن يمزجه بالادون . وهذا لاخلاف أنه يضمن المثل لتعذر العين.

« ٢ » ـ أن يمزجه بالمساوي، للشيخ في المبسوط[1] قولان : أحدهما ان للغاصب الخيار بين أن يعطي من عينه أو يعطيه مثله من غيره ، لان عين مال المالك قداستهلكت فيسقط لزوم حقه من العين فيتخير الغاصب ويلزم المالك مايدفع اليه اذ لاتفاوت عليه . وثانيهما أن المالك يكون شريكاً للغاصب ، لانه قادر على بعض عين ماله وبذل الباقي، ولامعنى للتخيير مع وجود بعض العين، كما لوغصب صاعين فتلف أحدهما فان المالك يأخذ الموجود وبدل التالف ولايلزمه أخذ بدل الكل كذلك في صورة النزاع. وهذا اختيار المصنف والعلامة في المختلف[2].

وفيه نظر، لان العين وان وجدت لكن يتعذر تسليمها منفردة فليست كالصاعين وجاز أن يكون في زيت الغاصب شبهة وان ساواه في الماهية .

« ٣ » ـ أن يمزجه بالاجود . فهذا لاخلاف أن للغاصب الدفع من العين ويجب على المالك القبول، لاشتماله على الزيادة عن حقه مع تبرع الغاصب بها.

وهل للغاصب الدفع من غيرها مما يساوي مال المالك ويجب حينئذ على المالك القبول اذلا تفاوت عليه أم لا ؟ يظهر من كلام الشيخ[3] الاول ، وتبعه

---

١) المبسوط ٣/ ٨٠ .

٢) المختلف ١/ ٢٧٧ .

٣) المبسوط ٣/ ٧٩ .

أما لو كانت الزيادة لانضياف عين كالصبغ والالة في الابنية أخذ العين الزائدة ورد الاصل ، ويضمن الارش ان نقص .

(الثالث) في اللواحق . وهي ستة :

(الاولى) فوائد المغصوب للمالك منفصلة كانت كالولد أو متصلة كالصوف والسمن ، او منفعة كأجرة السكنى وركوب الدابة ، ولا يضمن من الزيادة المتصلة مالم تزد به القيمة كما لو سمن المغصوب وقيمته واحدة .

ابن ادريس[1] . والاجود أن الخيار للمالك فله المطالبة بالعين بوجود حقه فيها والزيادة تبرع من الغاصب ، كما لو علم العبد صنعة فان له أخذ عبده وان زادت قيمته وله المطالبة بالمثل من غيرها ، لما قلناه أولا ولجواز اشتماله على منة لا يجب تحملها .

قوله : اما لو كانت الزيادة لانضياف ٢) عين كالبصغ والالة في الابنية أخذ العين الزائدة ورد الاصل ، ويضمن الارش ان نقص

اللام في العين للعهد ، أي العين المضافة . والضمير في أخذ ورد للغاصب .

وهذا الحكم هو المشهور ذكره الشيخ[3] واتباعه ، وقال ابن الجنيد ليس للغاصب قلع الصبغ بغير اذن المالك فان لم يرض ودفع قيمة الصبغ وجب على الغاصب قبوله . واختاره العلامة في المختلف[4] لان عين مال الغاصب قد استهلكت لعدم الانتفاع بصبغه مع استلزام القلع التصرف بغير اذن مالك الثوب .

---

١) السرائر : ٢٧٦ .

٢) الانضياف : الانضمام .

٣) المبسوط ٣/٧٧ .

٤) المختلف ١/٢٧٧ .

(الثانية) لايملك المشترى ما يقبضه بالبيع الفاسد اويضمنه وما يحدث من منافعه وما يزاد فى قيمته لزيادة صفة فيه .

(الثالثة) اذا اشتراه عالمـاً بالغصب فهو كالغاصب ولايرجع المشترى بالثمن البائع بما يضمن ، ولو كان جاهلا دفع العين الى مالكها ويرجع بالثمن على البائع وبجميع ما غرمه ممالم يحصل له

كيف ولو أعار أرضاً للغرس فغرسها المستعير ثم استعاد المالك الارض وبذل قيمة الغرس أجبر الغارس على أخذها عند الشيخ[1] ، مع أنه اذن في الغرس ، وفي صورة النزاع لم يأذن المالك بالصبغ فكيف لايجبر الغاصب على أخذ قيمة الصبغ ان بذلها المالك مع تضرره بالقلع وعدم تضرر مغير الاض بقلع الغرس .

قلت : ما ذكره العلامة حسن وتعليله جيد ، لكن تمثيله بالارض والغرس الزام للشيخ، والا فقد قال في القواعد[2] الاقرب توقف تملك الغرس بالقيمة [أو الابقاء بالاجرة] على التراضي منهما. ونعم ماقال، لانه فرق بين الغصب والعارية بعدم الاذن في الغصب وحصوله في العارية ، فاذاً قول ابن الجنيد جيد وعليه الفتوى .

قوله : اذا اشتراه عالماً بالغصب فهو كالغاصب ولايرجع بما يضمن[3])

أي لايرجع على البائع بشيء ممايغرمه من الثمن قولا واحداً في المشهور لانه كالمتلف لما له بسبب علمه بالغصبية وتسليط الغاصب عليه . والتحقيق أنه

---

١) المبسوط ٣/٥٥ .

٢) القواعد ، الفصل الثانى .

٣) كذا فى الرياض أيضاً ، واما فى « المختصر النافع ـ ط بمصر ـ » : ولايرجع المشترى بالثمن البائع بما يضمن .

في مقابلته عوض كقيمة الولد. وفي الرجوع بما يضمن من المنافع كعوض الثمرة وأجرة السكنى تردد .

(الرابعة) اذا غصب حباً فزرعه ، اوبيضة فأفرخت، اوخمراً فخللها ، فالكل للمغصوب منه .

ان كان الثمن باقياًفله الرجوع اليه، لان البيع الفاسد لايمنع المتبائعين من رجوع كل الى عين ماله، فللمشتري حينئذ أن يرجع الى الثمن ، لان الناس مسلطون على أموالهم[1] .

قوله : وفي الرجوع بما يضمن من المنافع كعوض الثمرة وأجرة السكنى تردد

ينشأ من أنه مباشر للاتلاف فيستقر الضمان عليه ، خصوصاً وقدحصل له عوض ومن . أن الغاصب قدغره فضعف جانب المباشرة ويقوى الرجوع على السبب الغار . وبحسب هذين الاحتمالين للشيخ قولان ، فالفتوى على الثاني .

قوله : اذا غصب حباً فزرعه أوبيضة فأفرخت أوخمراً فخللها فالكل للمغصوب منه

هذا هو الظاهر من مذهب الاصحاب ، ذكره المرتضى في الناصريات وابن الجنيد والشيخ في موضع من المبسوط[2] ،واختاره ابن ادريس[3]. وهو الحق وعليه الفتوى،لان الفرخ والزرع نماء ملك المالك والنماء يتبع الاصل في الملكية. وانما قلناذلك لان النماء على قسمين : أحدهما نماء يبقى معه الاصل بكل

---

١) البحار ٢/٢٧٢ .

٢) المبسوط ٣/٥٦ .

٣) السرائر : ٢٧٦ .

أجزائه كالثمرة للنخل، وثانيهما نماء يبقى معه الاصل ببعض أجزائه وهو المادة وتفسد الصورة وتكتسي[1] المادة صورة أخرى وتسمى استحالة، وهو يجري مجرى تغير الصفات كالسمن مثلا . وكما أن المغصوب اذا سمن لم يملكه الغاصب كذلك البيض اذا صار فرخاً والحب اذا صار سنبلا .

وللشيخ قول آخر في المبسوط والخلاف[2] في كتاب الغصب ان ذلك كله للغاصب وعليه مثل الحب والبيض للمالك، لان عين ماله قد تلفت. قال: ومن قال ان الفرخ عين البيض والزرع عين الحب فقد كابر والمعلوم خلافه، وهو مذهب ابى حنيفة .

قال العلامة[3] في المختلف : سبب تملك الغاصب الفرخ اما احداث فعل أو تجديد يد ، ولاشيء منهما بموجب للتملك : أمـا الاحداث فلانه ان كان فعل الغاصب لزم أنه اذا أحضنها بدجاجة المالك أو اذن المالك للغير في الاحضان والدجاجة والبيض للمالك أن يملك المحضن الفرخ وليس كذلك اجماعاً، وان كان فعل الدجاجة لزم أنه اذا غصب المالك الدجاجة وأحضنها بيضة منه أن يملكها صاحب الدجاجة وليس كذلك أيضاً اجماعاً. وأما تجديد اليد فلانه لو كان موجباً للملك لكان الغاصب مالكاً لما غصبه وان لم يتغير صفة وليس كذلك اجماعاً . ثم قال : وقول الشيخ ان العين قد تلفت، ليس بجيد، لانها لو تلفت لم يحصل لها نماء بل استحالة .

قوله « من يقول ان الفرخ عين البيضة والزرع عين الحب فقد كابر» خارج عن الانصاف، لانا لا ندعي أن هذه الاعيان هي تلك الاعيان باقية على الصفات،

---

١) في بعض النسخ : وتلبس المادة .

٢) المبسوط ٣/١٠٥ ، الخلاف ٢/١٧٨ .

٣) المختلف ١/٢٧٨ .

(الخامسة) اذا غصب أرضاً فزرعها فالزرع لصاحبه وعليه أجرة الارض ولصاحبها ازالة الغرس والزامه طم الحفرة والارش ان نقصت ولو بذل صاحب الارض قيمة الغرس لم تجب اجابته .

بل نقول ان المادة واحدة والتغير انما هو في الصفات والخواص وبعض الذاتيات .

وفيه نظر ، اذ لقائل أن يقول سبب التملك مجموع ماذكرت لا كل واحد واحد مما ذكرت، وأنت ما أبطلته . وأيضاً للشيخ أن يقول: اني أردت بالتلف عين ما قلته من الاستحالة .

وقوله « قول الشيخ من يقول ان الفرخ عين البيضة فقد كابر ، انه خارج عن الانصاف » للشيخ أن يقول اذا كانت الصورة مقومة للعين وقد فسدت فكيف تكون عين المغصوب باقية فأنت الخارج عن الانصاف، وان أردت ببقاء العين بقاء المادة بحالها فهو مسلم لكنه ليس بمناقض لقول الشيخ، لان له أن يقول: لم قلت انه اذا كانت المادة باقية وهي ملك المغصوب منه كانت الصورة أيضاً له ، وليس النزاع الا فى ذلك . ان قال ان الصورة بما يتبع الاصل ويجري مجرى الثمرة ، فهو ما ذكرناه أولا . والتطويل مستغن عنه .

قوله : لو غصب ارضاً فزرعها فالزرع لصاحبه وعليه اجرة الارض

هذا هو المشهور ، وعليه انعقد الاجماع اليوم ، ولا نعلم فيه خلافاً الا مايحكى عن ابن الجنيد ان لصاحب الارض ان يرد ماخسره الزارع ويملك الزرع لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : من زرع في أرض قوم بغير اذنهم فله نفقته وليس له من الزرع شيء[1].

---

١) سنن الترمذى ٣/٦٤٨، سنن ابن ماجة ٢/٨٢٤، سنن ابى داود ٣/٢٦١. الاان

(السادسة) لوتلف المغصوب واختلفا فى القيمة فالقول قـول الغاصب . وقيل : قول المغصوب منه .

والحق الاول ، لانه نماء ملك الزارع وهوالبذر فيتبعه فى الملك والارض والماء والهواء والشمس معدات لصيرورة البذر زرعاً ثم حباً بالتدريج والفاعل هوالله سبحانه ، فهو بمنزلة من غصب دجاجة وأحضنها على بيض له فانه يملك الفرخ وعليه أجرة الدجاجة ، وكذلك اذا غصب أرضاً وبذراً فزرعه فيها يتبع الزرع البذر ولا يكون للغاصب شيء .

والخبر الذي تمسك به ابن الجنيد ان ثبت صحته حمل على ما اذا زرعها ببذر مالك الارض كما قيل . لكنه غير صحيح ، لانه حينئذ متبرع فلا يستحق شيئاً ، فالاولى حينئذ منع الخبر .

قوله : لو تلف المغصوب واختلفا فى القيمة فالقول قول الغاصب . وقيل القول قول المغصوب منة

الاول قـول ابن ادريس[1] . وهو الصحيح ، لان الغاصب منكر لما ادعاه المالك من الزيادة فيكـون القـول قوله لاصـالة البراءة من الزائد . والثاني للشيخين في النهاية والمقنعة ، لان المالك أعرف بقيمة ماله من الغاصب وليس بشيء .

جملة « فله نفقته » بعد جملة « وليس له من الزرع شيء » وفى ابن ماجة بدل « فله نفقته » « وترد عليه نفقته » .

١) السرائر : ٢٧٨ .

كتاب الشفعة

وهى استحقاق فى حصة الشريك لانتقالها بالبيع .
والنظر فيه يستدعى اموراً :

قوله : الشفعة استحقاق[1] حصة الشريك لانتقالها بالبيع

الشفعة[2] لغة مأخوذة من الزيادة ، لان سهم الشريك يزيد بما ينضم اليه، فكأنه وتر فصار شفعاً .

---

١) فى المختصر النافع ط بمصر : استحقاق فى حصة الشريك .

٢) فى المسالك ٢/٢٦٩: الشفعة مأخوذة من قولك شفعت كذا بكذا اذا جعلته شفعاً به، كأن الشفيع يجعل نصيبه شفعاً بنصيب صاحبه ، ويقال اصل الكلمة التقوية والاعانة ، ومنه الشفاعة والشفيع ، لان كل واحد من الوترين يتقوى بالاخر ، ومنه شاة شافع التى معها ولدها لتقويها به . انتهى .

فى لسان العرب : وسئل ابوالعباس عن اشتقاق الشفعة فى اللغة فقال: الشفعة الزيادة وهو ان يشفعك فيما تطلب حتى تضمه الى ما عندك فتزيده وتشفعه بها أى ان تزيده بها أى انه كان وتراً واحداً فضم اليه ما زاده وشفعه به .

(الاول) ما تثبت فيه · وتثبت فى الارضين والمساكن اجماعاً وهل تثبت فيما ينقل كالثياب والامتعة؟ فيه قولان، والاشبه: الاقتصار على موضع الاجماع وتثبت في النخل والشجر والابنية تبعاً للارض .

وشرعاً قال العلامة في القـواعد[1] : هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه بالبيع .

وفيه نظر، لانتقاضه بأنه قديستحق الشريك حصة شريكه المنتقلة عنه بالبيع لا بسبب الشفعة بل بسبب آخر كالارث وغيره .

وتعريف المصنف لاينتقض بذلك ، لانه علل الاستحقاق بانتقالها بالبيـع ليخرج عنه ما كان الانتقال لا بالبيـع بل بغيره من النواقل كالهبة والاصـداق والصلح وغيرها .

قوله : وتثبت فى الارضين والمساكن اجماعاً، وهل تثبت فيما ينقل كالثياب والامتعة ؟ فيه قولان، والاشبه الاقتصار على موضع الاجماع وتثبت فى الشجر والنخل والابنية تبعاً للارض

هذا قول الشيخ في الخلاف والمبسوط[2] ، واختاره ابن حمزة، وهو ظاهر سلار .

وقال المرتضى وابن الجنيد والتقي والقاضي وابن ادريس[3]، وهو ظاهر كلام الشيخ في النهاية[4] انها تثبت فى كل مبيع سواء كان مما ينقل أولا .

---

١) القواعد ، اول كتاب الشفعة .

٢) الخلاف ٢ / ١٨٠ ، المبسوط ٣/ ١٠٦ .

٣) السرائر : ٢٥١ .

٤) النهاية: ٤٢٣.

وفى ثبوتها في الحيوان قولان ، المروى : انها لاتثبت. ومن فقهائنا من أثبتها فى العبد دون غيره. ولاتثبت فيما لاينقسم كالعضايد والحمامات والنهر والطريق الضيق على الاشبه .

وقال المرتضى ان ذلك مما انفردت به الامامية. وقال ابنا بابويه[1] لاشفعة في سفينة ولا طريق ولا حمام ولارحى ولانهر ولا ثوب ولا في شيء مقسوم ، وتثبت فى غير ذلك .

قوله : وفى ثبوتها فى الحيوان قولان المروى انها لاتثبت ، ومن فقهائنا من اثبتها فى العبد دون غيره

قال ابنا بابويه[2] والشيخ في النهاية تثبت في الحيوان، وقال في المبسوط[3] بعدم الثبوت ، وتبعه ابن حمزة وسلار ، ومستنده مارواه الحلبى صحيحاً عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن مملوك بين شريكين فيبيع أحدهم نصيبه فيقول صاحبه أنا أحق به آله ذلك ؟ قال : نعم اذا كان واحداً . فقيل له : في الحيوان شفعة . فقال : لا[4]. وهذه حجة من أثبتها في العبد دون غيره، ولا يعلم من هو.

قوله : ولا تثبت فيما لاينقسم كالعضائد والحمامات والنهر والطريق الضيق على الاشبه

المبيع من العقار اما أن يمكن قسمته أولا ، والاول اما أن يكون مقسوماً قبل البيع فلا شفعة فيه اجماعاً ، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم : اذا وقعت

---

١) المقنع : ١٣٥ .

٢) مرآنفاً فى التعليقين السابقين المنقولين من المقنع والنهاية .

٣) المبسوط ٣/ ١٠٦ .

٤) الكافى ٥/ ٢١٠، التهذيب ١٧/ ١٠٦، الاستبصار ٣/ ١١٦، الوسائل ١٧/ ٣٢١.

الحدود فلا شفعة[1]، أوغير مقسوم. فهنا بحثان :

(الاول) أن يكون غيرقابل للقسمة كالعضائد والحمامات والطريق الضيق. قال المرتضى والقاضي وابن ادريس[2] ثبوت الشفعة فيه بناء على ثبوتها في كل مبيع، وقال المصنف والعلامة[3] بعدم الثبوت، وهو المختار وعليه الفتوى لوجوه :

« ١ » ـ أن غرض الشارع بالشفعة ازالة ضرر المالك بالقسمة لو أرادها المشتري ، وهذا الضرر منتف فيما لايقسم فلا شفعة فيه .

« ٢ » ـ أصالة بقاء الملك على مالكه واثبات الشفعة مخالف له فيفتقر الى دليل .

« ٣ » ـ ما رواه السكوني موثقاً عن الصادق عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : لاشفعة في سفينة ولا في نهر ولا في طريق[4].

(الثاني) أن يكون قابلا للقسمة ويباع قبل القسمة ، فهذا تثبت فيه الشفعة، خلافاً لابنى بابويه . لنا وجوه :

« ١ » ـ العلة المذكورة ، وهي لزوم ضرر القسمة للشريك .

« ٢ » ـ ما رواه يونس عن بعض رجاله عن الصادق عليه السلام قال : الشفعة جائزة في كل شيء من حيوان أوارض أومتاع[5] . خرج من ذلك ماعدا

---

١) سنن ابن ماجة ٢ / ٨٣٤، سنن الترمذى ٣ / ٦٥٢، سنن ابى داود ٣ / ٢٨٣ وفيهما بزيادة « وصرفت الطرق » .

٢) السرائر : ٢٥١ .

٣) القواعد ، اول كتاب الشفعة .

٤) الكافى ٥ / ٢٨٢، التهذيب ٧ / ١٦٦ ، الاستبصار ٣ / ١١٨، الوسائل ١٧ / ٣٢٢.

٥) الكافى ٥ / ٢٨١ ، الفقيه ٣ / ٤٦ ، التهذيب ٧ / ١٦٤ ، الوسائل ١٧ / ٣١٩ .

العقار للخلاف فيه فيبقى الباقي .

« ٣ » ـ روى جابر عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : الشفعة فيما لم يقسم[1] . والنفي هنا بمعنى عدم الملكة ، اذ لوكان بمعنى السلب لزم ثبوتها في القسم الاول وهو باطل، واقوله في تمام الخبر: اذا وقعت القسمة والحدود صرفت الطرق فلا شفعة .

اذا عرفت فلنحك الاقوال في محل الشفعة :

« ١ » ـ قول المرتضى ومن تبعه ثبوتها في كل مبيع منقولا كان أو غيره منقسماً أو غيره .

« ٢ » ـ قول الشيخ في المبسوط والخلاف[2] وابن حمزة ، واختصاصها بما لاينقل من الارضين والمساكن وتثبت في الشجر والابنية تبعاً للارض ، والمستند رواية طلحة بن زيد[3] عن الصادق عن الباقر عن علي عليهم السلام قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالشفعة بين الشركاء في الارضين والمساكن وقال : لاضرر ولا ضرار[3].

« ٣ » ـ ثبوتها في كل مبيع عداما لايمكن قسمته ، وهو قول الشيخ في النهاية[4].

« ٤ » ـ قول ابنى بابويه لاشفعة في سفينة ولا طريق ولا حمام ولا رحى ولا نهر ولا ثوب ولا في شيء مقسوم وتثبت في غير ذلك .

---

١) سنن ابن ماجة ٢/ ٨٣٤ ، سنن ابى داود ٣/ ٢٨٥ .

٢) الخلاف ٢/ ١٨٠ ، المبسوط ٣/ ١٠٦ .

٣) الكافى ٥/ ٢٨٠ ، التهذيب ٧/ ١٦٤ وفيهما: عن عقبة بن خالد عن ابى عبدالله عليه السلام قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم .

٤) النهاية : ٤٢٤ .

ويشترط انتقاله بالبيع فلاتثبت لوانتقل بهبة او صلح اوصداق اوصدقة اواقرار .

« ٥ » ـ قول ابن ادريس ثبوتها في كل مبيع الا السفينة ومالا يقسم كالثياب والحيوان .

« ٦ » ـ قول سلار تثبت فيما يصح قسمته خاصة .

« ٧ » ـ قول ابن ابى عقيل ثبوتها فى كل مبيع وان انقسم .

قوله : ويشترط انتقاله بالبيع فلا تثبت لو انتقل بهبة أو صلح أو صداق أو صدقة أو اقرار

هذا هوالمشهور بل المجمع عليه اليوم، ويظهرمن كلام ابن الجنيد ثبوت الشفعة بانتقال الحصة وان لم يكن بعقد معاوضة . وكأنه يحتج بأن حكمة شرعيتها موجودة في جميع صور الانتقالات فتثبت فيه .

وفيه نظر ، لان وجود الحكمة غير كاف لعدم الانضباط ، فالشارع ضبطها بالبيع لكونه وضعاً مضبوطاً كما ضبط القصر بالسفر وان وجدت المشقة في غيره .

هذا ، مع أنا لانقول بالقياس في الشرعيات. وتؤيد ماقلناه رواية ابى بصير عن الباقر عليه السلام في الصحيح قال : سألته عن رجل تزوج امرأة على بيت في دار له وله في تلك الدار شركاء . قال : جائز له ولها ولا شفعة لاحد من الشركاء عليها[1]. وفي الاستدلال بهذ الحديث نظر، لجواز أن يكون نفي الشفعة لكثرة الشركاء .

---

١) التهذيب ١٦٧/٧ ، الوسائل ٣٢٥/١٧ .

ولو كان الوقف مشاعاً مع طلق فباع صاحب الطلق لم تثبت للموقوف عليه . وقال المرتضى : تثبت ، وهو أشبه .

(الثاني) في الشفيع ، وهو كل شريك بحصة مشاعة قادر على الثمن. فلا تثبت للذمي على مسلم ، ولا بالجوار، ولا لعاجز عن الثمن، ولا فيما قسم وميز الا بالشركة في الطريق او النهر اذا بيع أحدهما اوهما مع الشقص .

قوله : ولو كان الوقف مشاعاً مع طلق فباع صاحب الطلق لم تثبت للموقوف عليه، وقال المرتضى تثبت

قال الشيخ[1] بعدم الثبوت للموقوف عليه لعدم انحصار الملك فيه ، وقال المرتضى تثبت لانه مالك الان ، وفصل ابن ادريس[2] فقال بالثبوت ان كان المستحق واحداً وبعدمه ان كان اكثر ، واختاره العلامة[3] وعليه الفتوى .

قوله : ولا بالجوار

خالف ابن ابى عقيل في ذلك محتجاً بوجود السبب وهو الخوف من سوء عشرة الداخل، ولما تقدم من رواية طلحة بن زيد[4]. وأجيب بأن وجود الحكمة غير كاف كما تقدم ، فلابد من ضابط وهو هنا الشركة .

قوله : ولا فيما قسم وميز الا بالشركة في الطريق أو النهر اذا بيع احدهما أو هما مع الشقص

---

١) المبسوط ٣/١٤٥ .

٢) السرائر : ٢٥٣ .

٣) المختلف ، الجزء الثانى ٢٢٨ .

٤) التهذيب ٧/١٦٧ .

هذا أيضاً مما أجمع عليه الاصحاب لم يخالف فيه الا ابن ابى عقيل محتجاً برواية منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام ، وهي غير دالة على مراده لاختصاصها بالثبوت مع الشركة في الطريق ونحن نقول به. ويحتج على بطلان قوله بما تقدم من قوله صلى الله عليه وآله وسلم: اذا وقعت الحدود فلا شفعة[1]. فان احتج بما روي عنه عليه السلام : الجار أحق بشفعة جاره[2] . أجيب بأنه مع تسليم صحة الحديث هو محتمل ، لان المراد هو أحق بالعرض عليه لانه لابد من اضمار فليس اضمار ما قيل[3] ، أي احق بالاخذ بالشفعة اولى من قولنا احق بالعرض عليه ، اذ المراد بالجار الشريك ، ولذلك تسمى الزوجة جارة لغة لمشاركتها للزوج في العقد ، قال الاعشى :

أيا جارتي بيني فانك طالقة[4]

يسمى بذلك عقيب العقد وان كانت بالمغرب والزوج بالمشرق .

قوله : وتثبت بين شريكين ولا تثبت لما زاد على اشهر الروايتين

---

١) قد مرفى ص ٧٧ .

٢) سنن ابن ماجة ٢/٨٣٣ ، سنن ابى داود ٣/٢٨٦ ، سنن الترمذى ٣/٦٥١ فيه الجاراحق بشفعته .

فى بعض الروايات : « الجاراحق بسقبه » اخرجها ابن ماجة ٢/٨٣٤ والترمذى ٣/٦٥٣ وابوداود ٣/٢٨٦ و« السقب » : القرب والباء فى « بسقبه » صلة احق لا للسبب اى الجاراحق بالدار الساقبة اى القريبة .

٣) فى بعض النسخ : ما مثل .

٤) هواول بيت قاله الاعشى مع اختلاف النقل فى اوله وآخره . قيل انه قد سمى فى الجاهلية امرأته جارة فقال :

ولوادعى غيبة الثمن أجل ثلاثة أيام ، فان لم يحضره بطلت . ولو قال انه فى بلد آخر ، أجل بقدر وصوله وثلاثة أيام مالم يتضرر

روى ابن بابويه في الفقيه عن طلحة بن زيد عن الصادق عن الباقر عن علي عليهم السلام: ان الشفعة على عدد الرجال[1]. وروى عقبة بن خالد عن الصادق عليه السلام قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالشفعة بين الشركاء[2] . وعمل بها الصدوق [3] وابن الجنيد .

وروى يونس بن عبدالرحمن عن عبدالله بن سنان صحيحاً عن الصادق عليه السلام قال : لايكون الشفعة الا لشريكين مالم يقاسما ، فاذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة [4] .

ومثله عن الصادق عليه السلام : اذا كان الشيء بين الشريكين لاغيرهما

اياجارتا بيني فانك طالقه ومؤقة ما دمت فينا ووامقه

وهذا البيت ذكره الجوهري وصدره :

ايا جارتنا بيني فانك طالقه

قال ابن برى : المشهور فى الرواية :

ايا جارنا بيني فانك طالقه كذاك امور الناس عاد وطارقه

اقول : ذكر الشعر باختلاف بعض الفاظه «فى لسان العرب» وقال فيه : والمرأة جارة زوجها لانه مؤتمر عليها وامرنا ان نحسن اليها وان لانعتدى عليها لانها تمسكت بعقد حرمة الصهر وصار زوجها جارها لانه يجيرها ويمنعها ولايعتدى عليها .

١) اخرجه فى الفقيه ٣/ ٤٥. بسنده عن النوفلى عن السكونى عن جعفر عن ابيه عن آبائه عن على عليهم السلام قال : الشفعة على عدد الرجال ، التهذيب ٧/ ١٦٦ .

٢) انظر ص ٧٩ .

٣) الفقيه ٣/ ٤٦ ، المقنع : ١٣٥ .

٤) الكافى ٥/ ٢٨١، التهذيب ٧/ ١٦٤، الاستبصار ٣/ ١١٦، الوسائل ١٧/ ٣٢٠.

فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق بـه من غيره ، فان زاد على الاثنين فلا شفعة لاحد منهم [1] . وعمل على ذلك الثلاثة واتباعهم وابـن ادريس [2] والمصنف والعلامة[3] .

وعليه الفتوى ، لاصالة بقاء الملك على مالكـه ، ولحصول الاجماع بعـد الصدوق وابن الجنيد ، فيكـون حجة على بطلان الثبـوت مع الكثرة . ولان لقائل بعدم الشفعة فيما زاد اكثر والروايات به أشهر .

ويجاب عن الروايتين: اما بالحمل على التقية ، أوبحمل الرجال والشركاء على اثنين كما هو كذلك لغة ، أو بارادة تعميم الحكم للـرجال والشركاء لا بارادة الشركاء في ملك واحد .

هنا فائدتان :

(الاولى) ان مع القول بالثبوت مـع الكثرة هل تثبت على قـدر السهام أو على عدد الرؤوس ؟ قال ابن الجنيد بالاول والصدوق بالثاني .

(الثانية) ان الصدوق في المقنع خص الشفعة مع الكثرة بغير الحيوان، أما في الحيوان فأثبتها بين اثنين لا غير ، لرواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال : لا شفعة في حيوان الا أن يكون الشريك فيه واحداً[4] .

وفي تخصيصه نظر ، لان تخصيص الحيوان بالذكر في اشتراط وحـدة الشريك لايستلزم نفي الحكم عما عـداه من المبيعات ، وضعف القول بدليل الخطاب .

---

١) الكافي ٥/٢٨١ ، التهذيب ٧/١٦٤ ، الفقيـه ٣/٤٦ ، الاستبصار ٣/١١٦ ، الوسائل ١٧/٣٢١ .

٢) السرائر : ٢٥٠ .

٣) المختلف ، الجزالثاني ٢٢٥ .

٤) الفقيه ٣/٤٦ . في بعض النسخ « رقبة واحدة » بين « فيه » و« واحداً » .

المشتري. وتثبت للغائب والسفية والمجنون والصبي ويأخذ لهم الولى مع الغبطة، ولو ترك الولى فبلغ الصبى او أفاق المجنون فله الاخذ.

(الثالث). في كيفية الاخذ. ويأخذ بمثل الثمن الذى وقع عليه العقد. ولو لم يكن الثمن مثلياً كالرقيق والجواهر اخذه بقيمته. وقيل: تسقط الشفعة استناداً الى رواية فيها احتمال.

قوله: ويأخذ بمثل الثمن الذى وقع عليه العقد ولو لم يكن الثمن مثليا كالرقيق والجواهر اخذه بقيمته، وقيل تسقط الشفعة استناداً الى رواية فيها احتمال

اختار المصنف مذهب الشيخ في المبسوط[1] والمفيد[2] والتقي وابن ادريس[3] استناداً الى عموم أدلة الشفعة، وقال الشيخ في النهاية والخلاف[4] وابن حمزة بالسقوط استناداً الى رواية علي بن رئاب عن الصادق عليه السلام في رجل اشترى داراً برقيق ومتاع وبز وجوهر. قال: ليس لاحد فيها شفعة[5].

وهذا النفي كما يحتمل كون الثمن غير مثلي كذا يحتمل عدم الشركة في الدار نفسها ولا في طريقها. وهو الراجح، لان لفظة «داراً» لاتصدق على بعضها الا مجازاً، أو يحتمل أيضاً كثرة الشركاء.

ونقل الابى[6] الرواية على وجه آخر، وهو بدل داراً «دراهم» وجعل وجه

---

١) المبسوط ٣/١٠٧.

٢) المقنعة: ٩٧.

٣) السرائر: ٢٥٠.

٤) المبسوط ٣/١١١، الخلاف ٢/١٨٣. ومانسبه الى النهاية لم نجده بعد الفحص.

٥) الفقيه ٣/٤٧، التهذيب ٧/١٦٧، قرب الاسناد: ٧٧، الوسائل ١٧/٣٢٤.

٦) راجع اول كتاب الشفعة من كتاب كشف الرموز، وهو نقل الرواية هكذا: رجل

وللشفيع المطالبة في الحال، ولو أخر لا لعذر بطلت شفعته. وفيه قول آخر. ولو كان لعذر لم يبطل. وكذا لو توهم زيادة ثمن أو جنساً من الثمن

سقوط الشفعة كون الدراهم هي المبيع. فان صح نقله فهو كما قال والا فالظاهر أنه تصحيف .

ونصر بعض الفضلاء القول بالسقوط بأصالة بقاء الملك على مالكه وعدم التسلط عليه خرج من ذلك ما خرج بالاجماع فيبقى الباقي ، ولانه أخذ مال بالباطل ، لقوله « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن يكون تجارة عن تراض منكم »[1] وأخذ الشقص ليس تجارة عن تراض ، لان الاخذ ليس برضا المشتري فيكون أخذاً بالباطل .

وفيه نظر، لان الاصل يخرج عنه بالدليل وقد تقدم، وانتقاض الثاني بالشفعة في الثمن المثلي .

فائدة اذا أخذ بالقيمة قيل يوم العقد ، وقيل يوم الاخذ ، وقال السعيد : الاعلى من حين العقد الى وقت الدفع لانه أخذ قهري ، والفتوى على الاول .

قوله : وللشفيع المطالبة في الحال ولو أخر لا لعذر بطلت شفعته ، وفيه قول آخر

القول بأنها على الفور مذهب الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف[2] ، وتبعه القاضي وابن حمزة، وعليه الفتوى لوجوه:

« الاول » انها حق مبني على التضيق لعدم ثبوتها في كل شيء، ولانها أخذ

اشترى دراهم برقيق ومتاع وبزوجوهر . الرواية .

١) سورة النساء : ٢٩ .

٢) النهاية : ٤٢٤ ، المبسوط ٣/١٠٨ ، الخلاف ٢/١٨٢ .

مال الغير بغير رضاه ، والتراخي نوع توسعة فلا يناسبها .

« الثاني » انه لولا الفورية لزم اضرار المشتري ، لعدم اقدامه على عمارة ملكه والتصرف فيه لتجويزه في كل وقت انتزاعه ، والضرر منفي بقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لاضرر ولا ضرار[1] .

« الثالث » ما رواه الجمهور من قوله صلى الله عليه وآله وسلم : الشفعة لمن واثبها[2] . أي عاجلها .

« الرابع » رواية علي بن مهزيار عن ابى جعفر عليه السلام أنه سأله عن رجل طلب شفعة أرض فذهب على أن يحضر المال فلم ينض فكيف يصنع صاحب الارض ان أراد بيعها أيبيعها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة ؟ قال : ان كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة أيام فان أتاه بالمال والا فليبع وبطلت شفعته في الارض ، وان طلب الاجل الى أن يحمل المال من بلد الى بلد آخر فلينتظر به مقدار ما سافر الرجل الى تلك البلدة وينصرف وزيادة ثلاثة أيام اذا قدم فان وافاه والا فلا شفعة له[3] .

ووجه الدلالة أنه حكم بالبطلان بعد الثلاثة التى أخرها للعذر ، فلو كان الشفعة على التراخي لم تبطل بالتأخير مطلقاً لعدم القائل بالفرق .

وقال المرتضى وابن بابويه وابن الجنيد وابن ادريس انها على التراخي لاتسقط الا بالاسقاط كسائر الحقوق من الدين والوديعة وغيرهما ، ولانها مسببة عن البيع والبيع ثابت فيثبت مسببه ولا تسقط الا بالاسقاط .

---

١) الكافى ٥/ ٢٨٠ ، ٢٩٢ .

٢) لم نجده فى المصادر التى عندنا .

٣) التهذيب ٧/ ١٦٧ ، الفقيه ٣/ ٤٧ .

فبان غيره ، ويأخذ الشفيع مـن المشترى و دركه عليه . ولو انهدم المسكن او عاب بغير فعل المشترى أخذ الشفيع بالثمن اوترك . وان كان بفعل المشترى أخذ بحصته من الثمن . ولواشترى بثمن مؤجل قيل : هـو بالخيار بين الاخذ عاجلا والتأخير ، وأخذه بالثمن فـي محله . وفى النهاية يأخذ الشقص ويكون الثمن مؤجلا ويلزم كفيلا ان لم يكن مليئاً وهوأشبه. ولو دفع الشفيع الثمن قبل حلوله لم يلزم

والجواب : عن الاول بأن الحقوق مختلفة لوجود الفارق ، وعن الثاني ان أردت بالثبوت الثبوت مطلقاً فهو ممنوع بل هو ثابت في الزمن الاول وهو غاية الحدوث والحدوث يبطل وقت البقاء، وان أردت الثبوت في الزمن الاول فمسلم لكن لا تثبت مسببه فيه ، وأصالة البقاء انما تكون حجة اذا لم يعارضه دليل لامطلقاً .

قوله : واذا اشترى بثمن مؤجل قيل هو بالخيار بين الاخذ عاجـلا والتأخير وأخذه بالثمن فى محله ، وفى النهاية[1] يأخذ الشقص ويكون الثمن مؤجلا ويلزم كفيلا ان لم يكن ملياً وهو اشبه

القول قول الشيخ في المبسوط والخلاف[2] ، وهو قول المفيد[3] والقاضي وابن ادريس[4] .

وفيه نظر، لان التخيير المذكوريستلزم القول بتراخي طلب الشفعة واللازم

---

١) النهاية : ٤٢٥ .

٢) المبسوط ١١٢/٣ ، الخلاف ١٨٣/٢ .

٣) المقنعة : ٩٧ .

٤) السرائر : ٢٥١ .

باطل لما تقدم فكذا الملزوم والملازمة ظاهرة .

والثاني ـ أعني قوله في النهاية ـ نقله في المبسوط والخلاف عن بعض أصحابنا، والظاهر أنه ابن الجنيد واختاره العلامة[1] محتجاً بأن القول بالتخيير المذكور يستلزم أحد محذورين: اما اسقاط الشفعة على تقدير ثبوتها ، أو الزام الشفيع بزيادة لاموجب لها . وكلاهما باطلان ، بيان الملازمة : انا ان جوزنا لـه التأخير لزم الامر الاول وهو باطل لما تقدم انها على الفور، وان لم نجوز له ذلك ألزمناه بزيادة صفة هي تعجيل الثمن من غير موجب .

وفيه نظر، لان تجويز أحد سببين على التعيين غير التخيير بينهما، والخصم قائل بالتخيير .

قوله : ولو ترك الشفيع قبل البيع لم تبطل

هذا قول ابن ادريس[2] ، لان ذلك ترك قبل الاستحقاق فلا يلزم ،كما لو أسقطت المرأة المهر قبل التزويج. وقال الشيخان وابن حمزة بالبطلان ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لا يحل للشريك أن يبيع حتى يستأذن شريكه ، فان باع ولم يؤذنه فهو أحق به . وجه الاستدلال أنه علق الاستحقاق على عدم الاستيذان فلا تثبت معه ، ولان الشفعة شرعت لازالة الضرر عن الشريك فاذا لم يرده دل على عدم الضرر فلا تثبت للشفيع . وليس ذلك من باب الاسقاط حتى يتوقف على الاستحقاق كالابراء من الدين .

والاول مختار العلامة في القواعد والمختلف[3] ، وعليه الفتوى .

---

١) المختلف ، الجزء الثانى : ٢٢٨ .

٢) السرائر : ٢٥٢ .

٣) القواعد ، الفصل الرابع فى المسقطات ، المختلف الجزء الثانى : ٢٢٨ .

أمالوشهد على البائع اوبارك للمشترى اوللبائع اوأذن فى البيع ففيه التردد . والسقوط أشبه .

ومن اللواحق مسألتان :

قوله : اما لوشهد على البائع او بارك للمشترى او للبائع او اذن فى البيع ففيه التردد والسقوط اشبه

ينشأ من ظهورأمارة الرضا بالبيع في كل واحد من هذه ، فيستلزم استقرار ملك المشتري والشفعة منافية لذلك . ومن أن الرضا بالبيع قد يكون تمهيداً لثبوت الشفعة فلا ينافيها .

والحق أن الشهادة والاذن لايستلزمان اسقاطاً، لانه تمهيد للثبوت ظاهراً ، وأما المباركة للبائع أو للمشتري فان فاتت الفورية فهي مسقطة والا فلا .

اذا عرفت هذا فاعلم أن للاصحاب هنا أقوالا :

(الاول) قال الشيخ في النهاية[1] وابن حمزة تبطل بالشهادة والمباركة .

(الثاني) قال في المبسوط لاتبطل بالمباركة والا بالوكالة في البيع ولا بضمان الدرك .

(الثالث) قال ابن ادريس لاتبطل مع الشهادة والا بالاذن في البيع .

(الرابع) قول المصنف انها تسقط بكل واحدة من الصور . والتحقيق أن كلما نافى الفورية فانه يبطل والا فلا .

---

١) النهاية : ٤٢٤ .

(الاولي) قال الشيخ : الشفعة لاتورث . وقال المفيد وعلم الهدى: تورث ، وهوأشبه . ولوعفاأحدالورثةعن نصيبهأخذهالباقون ولم تسقط .

قوله : قال الشيخ[1] الشفعة لاتورث ، وقال المفيد[2] وعلم الهدى تورث ، وهو الاشبه

حجة الشيخ رواية طلحة بن زيد عن الصادق عن الباقر عن علي صلوات الله عليهم أنه قال : لاتورث الشفعة[3] . ولانها ان عللت بملك الموروث لزم ثبوت الشفعة بملك الغير وهو باطل ، وان عللت بملك الوارث فهو باطل أيضاً لعدم كونهم شركاء عند البيع فلم يحصل سبب الاستحقاق وهو بيع الشريك حصته .

وحجة المفيد والمرتضى عموم أدلة الارث ، ولانها حق من الحقوق فتورث كغيرها من الولاء والخيار . وهو اختيار المصنف والعلامة ، وعليه الفتوى .

ويجاب عن حجتي الشيخ بضعف طلحة ، فانه بتري ، وباختيار أن يعلل الاستحقاق بملك الموروث وانتقال الاستحقاق الى الوارث بالموت .

هذا اذا لم بتأخر المطالبة عن البيع والموت مع علم الوارث ، أما مع التأخير وعلمه فلا شفعة لابتنائها على الفور كما تقدم .

---

١) النهاية : ٤٢٥ .

٢) المقنعة : ٩٧ .

٣) الفقيه ٣/ ٤٥ ، التهذيب ٧/ ١٦٧ .

(الثانية) لواختلف المشترى والشفيع فـى الثمن فالقول قول المشترى مع يمينه لانه ينتزع الشيء من يده .

قوله : لو اختلف المشترى والشفيع فى الثمن فالقول قول المشترى مع يمينه لانه ينتزع الشيء من يده

هذا قول الشيخين[1] والتقي . واختاره ابن ادريس[2] ، لان الشفيع يدعي استحقاق الحصة بثمن معين والمشتري ينكره ويده عليها ، فيكون القول قوله مع اليمين .

ولقائل أن يقول: بل القول قول الشفيع لانه منكر لزيادة يدعيها المشتري واليمين على من أنكـر . ويؤيده قول الشيـخ وانهما اذا أقاما بينة يعمل ببينـة المشتري ، واذاكان كذلك ينبغي أن يكون القول قول الشفيع عند عدم البينة.

ويمكن أن يجاب : بأن الشفيع اما أن يدعي العلم أولا ، فان كان الثاني لم يصح حلفه ، لما تقدم أنه لا يمين الا مع العلم، وان كان الاول فكذلك لان الاختلاف في فعل المشتري وهو أعلم به .

---

١) النهاية : ٤٢٥ ، المقنعة : ٩٧ .

٢) السرائر : ٢٥١ .

كتاب احياء الموات

قوله : كتاب احياء الموات

الارض غير المنتفع بها لعطلتها يقال لها : موات وموتان[1] بفتح الميم والواو، وأما بضم الميم وسكون الواو فهوالموت الذريع، ويقال رجل موتان بالضم والسكون اذا لم يفهم .

اذا عرفت هذا فاعلم أنه نقل الجمهورفي صحاحهم عنه صلى الله عليه وآله وسلم : من أحيى أرضاً ميتة فهي له قضاء من الله[2] .

وفي الحديث أيضاً : موتان الارض لله ورسوله، فمن أحيا منها شيئاً فهو

---

١) قال فى لسان العرب : والموتان من الارض: مالم يستخرج ولااعتمر على المثل وارض ميتة وموات من ذلك. قال: وفيه لغتان سكون الواو وفتحها مع فتح الميم. والموتان كالحيوان وزناً وضده معناً .

٢) اخرجه الترمذى ٣/٦٦٣ وليس فيه : قضاء من الله ، والبخارى فى الصحيح ـ انظرشرح الكرمانى ١٠/١٥٩ ـ انعقد فى هذا المعنى باباً. وقال عمر : من احيا ارضاً ميتة فهى له . وقال مصحح سنن الترمذى : لم يخرجه من اصحاب الكتب الستة احد سوى الترمذى .

والعامر ملك لاربابه لايجوز التصرف فيه الاباذنهم . وكذاما به صلاح العامر كالطريق والشرب والمراح .

والموات مالاينتفع به لعطلته ممالم يجرعليه ملك اوملك وباد اهله ، فهوللامام لايجوزاحياؤه الاباذنه ، ومع اذنه يملك بالاحياء . ولوكان الامام غائباً فمن سبق الى احيائه كان أحق به ، ومع وجوده لهرفع يده . ويشترط فى التملك بالاحياء : ألا يكون فى يد مسلم ،

له[1] .

وعلى ذلك اجماع المسلمين ، وعند اصحابنا أن الموات من الارضين للامام ولا يجوزاحياؤه الا باذنه ، ومع اذنه يصير ملكاً للمأذون له واذنه شرط.

قوله: ولوكان الامام غائباً فمن سبق الى احيائه كان احق به ومع وجوده له رفع يده

ظاهر هذا الكلام يوهم مناقضة لقوله من قبل ومع اذنه يملك بالاحياء ، لانه اذا ملكه لم يكن لاحد رفع يده اماماً كان أو غيره لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الناس مسلطون على أموالهم[2] .

ويمكن أن يجاب : بأن المراد يملك بالاحياء منافع الارض لارقبتها بل الرقبة للامام فله حينئذ رفع يدالمحي ان اقتضت المصلحة ذلك، وهذا حاصل ما قاله الشيخ في « النهاية »[3] وفيه نظر .

---

١) كنزالعمال ٣ / ٨٩١ عن البيهقى ٦/ ١٤٣ .

٢) البحار ٢/ ٢٧٢ .

٣) النهاية : ٤٢٠ .

ولاحريماً لعامر، ولامشعراً للعبادة كعرفة ومنى، ولامقطعاً ولامحجراً والتحجير يفيد أولوية لاملكاً مثل أن ينصب عليها مرزاباً . واما الاحياء فلاتقدير للشرع فيه ويرجع فى كيفيته الى العادة .

ويلحق بهذا مسائل :

(الاولى) : الطريق المبتكر فى المباح اذا تشاح أهله فحده : خمسة أذرع ، وفى رواية سبعة أذرع .

قوله : والتحجير يفيد اولوية لاملكاً

هذا هو المشهور ، ونقل المصنف والعلامة [1] عن بعض المتأخرين ـ قيل انه ابن نما ـ ان التجير احياء فيفيد ملكاً . وليس بشيء، لان الملك فرع الاحياء والتجير شروع في الاحياء .

ومعنى افادة التجير أولوية أنها تكون موقوفة ، فان أحياها ملكها ولم يكن لاحد رفع يده واحياؤها مادام أثر التجير باقياً، فلو عفى أثره هل لغيره احياؤها ؟ الحق نعم، لزوال موجب الاولوية .

قوله : وفى رواية سبع اذرع

هذه رواية مسمع بن عبدالملك عن الصادق عليه السلام عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم قال: قضى رسول الله في الطريق اذا تشاح عليه أهله فحده سبع أذرع[2] . ومثله روى السكوني عن الصادق عليه السلام عن النبى صلى الله عليه

---

١) القواعد ، كتاب احياء الموات ، المختلف ٢/ ١٥ .

٢) الكافى ٥/ ٢٩٥ ، التهذيب ٧/ ١٤٤ .

(الثانية) حريم بئر المعطن : أربعون ذراعاً ، والناضح ستون ذرعاً ، والعين الف ذراع . وفى الصلبة خمسمائة .

(الثالثة) من باع نخلا واستثنى واحدة كان له المدخل اليها والمخرج ومدى جرائدها .

وآله وسلم[1] ، وعليها فتوى الشيخ واتباعه .

وأما الخمس فرواها ابو العباس البقباق عن الصادق عليه السلام قال : اذا تشاح قوم في طريق فقال بعضهم سبع أذرع وقال بعضم اربع اذرع . قال الصادق عليه السلام : لابل خمس أذرع[2] . واختار العمل بها المصنف لانها أصح طريقاً من الاولتين .

قوله: حريم بئر المعطن اربعون ذراعاً، والناضح ستون ذراعاً والعين الف ذراع ، وفى الصلبة خمسمائة

هذا التحديد هو المشهور ، وعليه دلت الروايات وعمل الاصحاب. وروى ابن الجنيد عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم : حريم البئر اذا كانت حفرت في الجاهلية خمسون ذراعاً وان كانت حفرت في الاسلام فخمس وعشرون ذراعاً .

وقال ابن الجنيد: حريم الناضح قدر عمقها لاجل ممر الناضح . وقال كلاماً معناه ان التحديد في ذلك بناء على الغالب . لانه اذا أراد أحد احداث بئر بجنب بئر قديمة يتضرر صاحب القديمة بسبب عدم جريان الماء اليها له منعه وان كان اكثر من الحدين، وان لم يتضرر بها ليس له منعه وان كان أقل منهما . ويؤيده ما رواه محمد بن علي بن محبوب قال : كتب رجل الى الفقيه عليه السلام في رجل

---

١) الكافى ٥/٢٩٦ ، التهذيب ٧/١٤٥ .

٢) التهذيب ٧/١٣٠ .

(الرابعة) اذا تشاح أهل الوادى فى مائه حبسه الاعلى للنخل الى الكعب وللزرع الى الشراك . ثم يسرحه الى الذى يليه .

(الخامسة) يجوز للانسان أن يحمى المرعى فى ملكه خاصة، وللامام مطلقاً .

(السادسة) لو كان له رحاً على نهر لغيره لم يجز له أن يعدل بالماء عنها الا برضاء صاحبها .

كانت له قناة في قرية فأراد رجل أن يحفر قناة أخرى فوقه كم يكون بينهما في البعد حتى لايضر بالاخرى في أرض اذا كانت صلبة أو رخوة؟ فوقع عليه السلام: على حسب الايضر أحدهما الاخر[1].

وهذه الرواية مع أنها خلاف المشهور مشتملة على كتابة رجل مجهول وكل من الكتابة وجهالة الراوي موجب للضعف . مع أن التحديد أضبط وأقوى في رفع النزاع .

هذا، والمراد بالمعطن ماتسقى منها الابل ، وبالناضح ما تستقى منها بالابل.

قوله: اذا تشاح اهل الوادى فى مائة حبسه الاعلى للنخل الى الكعب وللزرع الى الشراك ثم يسرحه الى الذى يليه

هذا مضمون ماقضى به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في سيل وادى مهروز. وأفتى به الشيخ في النهاية[2] ورواه عن غياث بن ابراهيم عن الصادق عليه السلام في

---

١) الكافى ٥/٢٩٣ ، الفقيه ٣/١٥٠ ، التهذيب ٧/١٤٦ رواه الاول عن محمد بن الحسين ـ بدل ـ محمد بن على بن محبوب. وفى الاول ايضاً روى ذيل الحديث فى صدره.
٢) النهاية : ٤١٧ .

التهذيب[1] .

وقال في المبسوط[2] : روى أصحابنا أن الاعلى يحبس الى الساق للنخل وللشجر الى القدم وللزرع الى الشراك .

اذاعرفت هذا فلفظ «مهروز» بتقديم الراء المهملة على المنقطة ، قال الشيخ هو الموضع الذي يجتمع فيه ماء السيل ، ونقل ابن بابويه[3] عمن يثق به من أهل المدينة أنه وادي مهزور بتقديم المنقطة على المهملة ، قال ومسموعي عن شيخي محمد بن الحسن أنه مهروز بتقديم المهملة ، وذكر أنه فارسي من هرز الماء وهو الفاضل عن القدر المحتاج اليه .

قال بعض الفضلاء من العجم : هذا يوافق المعنى دون اللفظ ، لان الفاضل من كل شيء يسمى بالفارسية هرزة بالهاء دون الواو ، فكان ينبغي أن يقول ماء هرزة . اللهم الا أن يكون ذلك من تصرفات العرب .

وقال شيخنا الشهيد في دروسه[4] انه بالمهملتين ، وكأنه اخذه من قول الجوهري : والهرهور الماء الكثير ، وهو الذي اذا جرى سمعت له هرهرة وهو حكاية جريه[5] .

---

١) التهذيب ٧/ ١٤٠ ، الكافى ٥/ ٢٧٨ ، الفقيه ٣/ ٥٦ .

٢) المبسوط ٣/ ٢٨٤ .

٣) الفقيه ٣/ ٥٦ .

٤) قال فى الدروس ٢٩٥ : . . . بذلك قضى النبى صلى الله عليه وآله وسلم فى سيل وادى مهزور بالزاى اولاثم الراء وهو بالمدينة الشريفة .

٥) قال ابن الاثير : مهزور ـ بتقديم المعجمة ـ وادى بنى قريظة بالحجاز . قال : اما بتقديم الراء على الزاى فموضع سوق المدينة تصدق به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على المسلمين وذكره فى معجم البلدن ٤/ ٧٠١ .

(السابعة) من اشترى داراً فيها زيادة من الطريق ففي رواية: ان كان ذلك في ما اشترى فلابأس، وفي النهاية ان لم يتميز لم يكن له عليه شيء، وان تميزرده ورجع على البائع بالدرك. والرواية ضعيفة، وتفصيل النهاية في موضع المنع، والوجه: البطلان. وعلى تقدير الامتياز يفسخ ان شاء ما لم يعلم.

قوله: من اشترى داراً فيها زيادة من الطريق ففي رواية ان كان ذلك فيما اشترى فلابأس، وفي النهاية[1] ان لم يتميز لم يكن عليه شيء وان تميزرده ورجع على البائع بالدرك، والرواية ضعيفة وتفصيل «النهاية» في موضع المنع والوجه البطلان، وعلى تقدير الامتياز يفسخ ان شاء ما لم يعلم

أما الرواية فرواها العلا عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام[2].

ووجه ضعفها دلالتها على اباحة مالايجوز استباحته من طريق المسلمين.

وفيه نظر، لجواز أن يكون اللام في «الطريق» للعهد، أي الطريق المسلوك وجاز أن يكون متسعاً يزيد على التقدير الشرعي فيكون على الاباحة، فلايضر ادخالها في الملك، فأجاب الامام عليه السلام بنفي البأس لماعلم من حالها.

وأما وجه منع تفصيل النهاية فهو أن عدم التمييز لايقتضي الاباحة، لماأخذ من الطريق بل ينبغي رده وفعل الاحوط في ذلك.

وأما وجه البطلان فلان حق الطريق اذا لم يتميز بالحدود كان ما وقع عليه البيع مما هو ملك البائع مجهولا فيبطل البيع لجهالته.

وأما وجه جواز الفسخ على تقدير الامتياز فلانه يجب رد ذلك الى الطريق

---

١) النهاية: ٤٢٣.

٢) التهذيب ٧/ ١٣٠.

(الثامنة) من له نصيب فى قناة اونهرجاز له بيعه بماشاء .

(التاسعة) روى اسحاق بن عمار عن العبد الصالح فى رجل لم يزل فى يده ويد آبائه دار، وقد علم أنها ليست لهم ولا يظن مجىء صاحبها . قال : ماأحب أن يبيع ماليس له ، ويجوز أن يبيع سكناه . والرواية مرسلة ، وفى طريقها الحسن بن سماعة ، وهو واقفى . وفى النهاية يبيع تصرفه فيها ، ولا يبيع أصلها. ويمكن تنزيلها على أرض عاطلة أحياها غير المالك باذنه فللمحيى التصرف والاصل للمالك.

فيتبعض المبيع على المشتري ، وذلك عيب موجب لخياره. هذا كله على تقدير عدم تأويل الرواية بما ذكرناه .

قوله : من له نصيب فى قناة اونهرجاز له بيعه بما شاء

الضمير في بيعه عائد الى النصيب. وفي اطلاق جواز البيع هنا نظر ، لعدم امكان التسليم وعدم العلم بقدر ما يسلم له بالقسمة. نعم يجوز الصلح على ذلك وكأنه أراد بالبيع مطلق المعاوضة بنوع سائغ .

قوله : ويجوز ان يبيع سكناه

أي يؤجرها ولا يبيع رقبتها ، لانه لا يملكها . وأطلق اسم البيع على الاجارة تجوزاً .

كتاب اللقطة

وأقسامها ثلاثة :

قوله :كتاب اللقطة

وأقسامه ثلاثة: اللقطة[1] بسكون القاف اسم للشيء الملقوط ، وهو المراد هنا . وبفتح القاف اسم لاخذ اللقطة ، أي كثير الالتقاط ، لان فعله كذلك ، ومنه

---

١) قال فى المسالك: اللقطة بفتح القاب وسكونها اسم للمال الملقوط على ما ذكره جماعة من اهل اللغة منهم الاصمعى وابن الاعرابى والفراء وابوعبيد . وقال الخليل : هى بالتسكين لاغير ، وأما بفتح القاف فهى اسم للملتقط ، لان ما جاء على فعلة فهواسم الفاعل كهمزة ولمزة وهزأة .

وكيف كان فهى مختصة لغة بالمال ، لكن الفقهاء تجوزوا فى اطلاقها على ما يشمل الادمى، فعنونوا انواع الملتقطات الثلاثة باسم اللقطة . وبعضهم جرى على المعنى اللغوى وافرد الانسان الضائع بكتاب آخر وعنونه باللقيط .

قال فى المصباح المنير: واللقاطة بالضم ما التقطت من مال ضائع ، واللقاط بحذف الهاء واللقطة وزان رطبة كذلك. قال الازهرى: اللقطة بفتح القاف اسم الشيء الذى تجده ملقى فتأخذه، قال: وهذا قول جميع اهل اللغة وحذاق النحويين . الى آخرما قال .

(الاول) فى اللقيط : وهو كل صبى اومجنون ضائع لا كافل له . ويشترط فى الملتقط التكليف . وفى اشتراط الاسلام تردد .

« ويل لكل همزة لمزة »[1] أي كثير الهمز واللمز .

قوله : الاول فى اللقيط

يقال لقيط ومنبوذ ، فالاول باعتبار أخذه ، لان فعيلا هنا بمعنى المفعول ، والثاني باعتبار ابتدائه ، فانه منبوذ أي مرمي .

قوله : وفى اشتراط الاسلام تردد

ينشأ من أصالة عدم الاشتراط ، ولانه انعام وحضانة وتربية فلا يشترط الاسلام ، لجواز استرضاع الكافرة وجعلها حاضنة اجماعاً . ولذلك اطلق الاصحاب جواز الالتقاط من غير تقييد ، وهوفتوى الشيخ في الخلاف .

ومن أنه ولاية وسبيل على من حكم باسلامه ، ولاسبيل للكافر على المسلم بالاية . وأيضاً ان الصبى بسبب الصحبة والتربية يميل الى اخلاق المربى وأقواله وأفعاله ، فلايؤمن خدعه عن الاسلام والفطرة .

والتحقيق أنه ان حكم باسلام اللقيط اشترط اسلام الملتقط والا فلا.

وهل يشترط مع الاسلام العدالة أم لا؟ قيل نعم، لما لايؤمن من خيانته فيبيعه أويملكه، ولانه مقبول القول في مايوجد معه وفى الانفاق عليه، والفاسق ليس أهلا للامانة، فينتزع من يده لو التقطه ويسلم الى عدل .

وقيل لايشترط ؛ للاصل ولان المقصود التربية والحضانة وهما يحصلان بالفاسق . واختاره الشيخ في المبسوط والخلاف[2] على كراهية . وهوفتوى

---

١) لمزه لمزاً من باب ضرب : عابه . واصله الاشارة بالعين ونحوها . وهمزه همزاً اغتابه فى غيبته فهوهماز .

٢) المبسوط ٣ / ٣٤٠، الخلاف ٢ / ٢٤٥ .

ولايلتقط المملوك الاباذن مولاه. وأخذ اللقيط مستحب. واللقيط في دار الاسلام حر، وفي دار الشرك رق. واذا لم يتول أحداً فعاقلته

المصنف في الشرائع[1].

قوله : ولايلتقط المملوك الاباذن مولاه

اذ لا ولاية له على نفسه فلا ولاية له على غيره، ولانه مشغول بخدمة سيده فلا زمان يصرفه في الحضانة. أما مع اذن المولى فلامنع.

قوله : واخذ اللقيط مستحب

هذا اختيار المصنف في الشرائع[2]، لاصالة عدم الوجوب. وقال الشيخ في المبسوط[3] أخذه واجب على الكفاية، لانه تعاون على البر فيكون واجباً، لقوله تعالى« وتعاونوا على البر والتقوى»[4]، والامر حقيقة في الوجوب. ولانه دفع لضرورة المضطر فيكون واجباً، كبذل القوت في المخمصة. واختاره العلامة[5] وعليه الفتوى.

قوله : اللقيط في دار الاسلام حر وفي دار الشرك رق

المراد بدار الاسلام ماينفذ فيه حكم الاسلام، فلايكون فيها كافر الامعاهد. ودار الكفر ماينفذ فيها أحكام الكفار فلا يوجد فيها مسلم الامسالم. ولقيط الاولى حر مسلم، ولقيط الثانية رق كافر، الا أن يوجد فيها مسلم ولو تاجراً أو أسيراً أو محبوساً مع اقامتهم، ولايكفي تجرد المرور بها.

---

١) الشرائع ٢/٢٦٧.
٢) الشرائع ٢/٢٦٧.
٣) المبسوط ٣/٣٣٦.
٤) سورة المائدة : ٢.
٥) القواعد، اول اللقطة.

روارثه: الامام اذالم يكن له وارث ويقبل اقراره على نفسه بالرقية مع بلوغه ورشده . واذا وجد الملتقط سلطاناً استعان به على نفقته فان لـم يجد استعان بالمسلمين . فـان تعذر الامر أنفق الملتقط ورجع عليه اذا نوى الرجوع ، ولو تبرع لم يرجع .

قوله : فان لم يجد استعان بالمسلمين

هل يجب عليهم مـع فقد السلطان بذل النفقه أم لا ؟ تردد المصنف فـي الشرائع[1] في ذلك ، من أنه احسان وتعاون على البر فيكون واجباً عملا بظاهر قوله تعالى « وأحسنوا »[2] « وتعاونوا »[3] لكن على الكفاية لا على الاعيان ، لما في ذلك من المشقة والحرج ، ولان الغرض الانفاق فاذا حصل من شخص سقط الوجوب عن غيره . ومن أن الوجوب حكم شرعي فيقف على دليل وليس ، ولاصالة البراءة من الوجوب . والفتوى على الاول .

قوله: فان تعذر الامران انفق الملتقط ورجع عليه اذا نوى الرجوع ولوتبرع لم يرجع

هل يشترط مع نية الرجوع الاشهاد ؟ قيل نعم، وقال ابن ادريس[4] لا يشترط. وهو الاولى، بل يقبل قوله لمكان امانته . نعم الاشهاد أحوط له ليسلم من اليمين لوادعى اللقيط التبرع ، والامران هما وجود السلطان واعانة المسلمين .

---

١) الشرائع ٢ /٢٦٧ .

٢) اشارة الى الاية الشريفة : « واحسنوا ان الله يحب المحسنين » سورة البقرة : ١٩٥ .

٣) اشارة الى الاية الشريفة : «وتعاونوا على البروالتقوى» سورة المائدة : ٢ .

٤) السرائر : ١٨٠ .

القسم الثاني ـ في الضوال : وهي كل حيوان مملوك ضائع . وأخذه في صورة الجواز مكروه . ومع تحقق التلف مستحب. فالبعير لايؤخذ، ولو أخذ ضمنه الاخذ، وكذا حكم الدابة والبقرة. ويؤخذ لو تركه صاحبه من جهد في غير كلاء ولاماء ، ويملكه الاخذ .

قوله : وهي كل حيوان مملوك ضائع

احترز بالمملوك عن الكلب العقور والخنزير وبالضائع عما يوجد وعليه يد المالك أو ملتقط سابق .

قوله : واخذه في صورة الجواز مكروه

أخذ الضالة قسمان جائز وغير جائز، والثاني كالبعير اذا ترك من غير جهد في كلاء وماء وما في حكمه ، فان هذه لاتؤخذ لقوتها على الامتناع من صغير السباع، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم حين سئل عن الابل الضوال: مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها[1]. أي خفها وكرشها. وفي رواية أخرى عن ابن بابويه : بطنه وعاؤه وخفه حذاؤه وكرشه سقاؤه[2] . والاول سيأتي أقسامه .

وأخذ هذا مكروه الا أن يخشى تلفه فيصير طلقاً. وانما قلنا بكراهته لقول علي عليه السلام : لايأكل الضالة الا الضالون[3] . وقول الصادق عليه السلام : لو ترك الضالة لجاء صاحبها فأخذها[4] . الى غير ذلك من الاحاديث .

قوله: ويؤخذ لو ترك صاحبه من جهد في غير كلاء ولاماء ويملكه الاخذ

---

١) الكافي ٥/ ١٤٠ ، التهذيب ٦/ ٣٩٤ .

٢) الفقيه ٣/ ١٨٨ ، التهذيب ٦/ ١١٧ .

٣) التهذيب ٦/ ٣٩٦ ، اخرجه باسناده عن وهب عن جعفر عن ابيه عليهما السلام .

٤) التهذيب ٦/ ٣٩٠ .

لقطة البعير وماشابهه من الحيوانات الممتنعات على أقسام أربعة : الاول أن يترك من غير جهد في كلاء وماء ، الثاني أن يترك من غير جهد في غير كلاء ولاماء ، الثالث من جهد في كلاء وماء وهذه الثلاثة لايجوز أخذها لما تقدم من الحديث . الرابع أن يترك من جهد في غير كلاء ولا ماء .

فهذا يجوز أخذه على المشهور من الاصحاب . ومنع ابن حمزة من أخذه كالثلاثة المتقدمة . محتجاً برواية الحلبي عن الصادق عليه السلام صحيحاً قال: جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال : اني وجدت بعيراً . فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : خفه حذاؤه وكرشه سقاؤه فلاتهجه[1].

وأجيب : بالحمل على ما تقدم ، لرواية مسمع عن الصادق عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل ترك دابته من جهد . فقال : ان كان تركها في كلاء وماء وأمن فهي له يأخذها حيث أصابها، وان تركها في خوف وعلى غير ماء ولا كلاء فهي لمن أصابها[2]. وهذا وان لم يشترط فيه الجهد لكن ظاهر الخبر ذلك.

وهنا فوائد :

(الاولى) لو أخذ الممنوع منه كان ضامناً له حتى يصل الى مالكه أو الى من يقوم مقامه من الوكيل أو الحاكم مع تعذرهما، فيحفظه الحاكم في الحمى ان رأى ذلك صلاحاً والاباعه وحفظ ثمنه .

(الثانية) لو أخذ الجائز أخذه فهوله ولايجب عليه دفع القيمة مع التلف الى المالك لوظهر ، وان أقام بينة أوصدقه الملتقط اجماعاً .

---

١) الكافي ٥/١٤٠ ، التهذيب ٦/٣٩٤ .

٢) الكافي ٥/١٤٠ ، التهذيب ٦/٣٩٣ .

وهل يجب ردالعين مع وجودها ؟ استشكل العلامة من أصالة بقاء الملك السابق، ومن الحكم بملك الملتقط، لقوله عليه السلام : فهي لمن أصابها . واللام حقيقة في الملك .

(الثالثة) الجهد أعم من المرض والكسر وغيرهما من أسباب العطب .

(الرابعة) رواية مسمع نص في الحاق الدابة بالبعير في أقسامه المذكورة في المنع والجواز، وتردد المصنف في الشرائع[1] في البقرة والحمار من وجود العلة في البعير، وهي قدرته على الامتناع فلا يجوز أخذهما في موضع المنع . وهو مذهب الشيخ في الخلاف[2] . ومن اختصاص النهي بالبعير فالحمل عليه قياس مع وجود الفرق بينهما وبين البعير، فانه اكثر صبراً على الجوع والعطش وأقوى على الامتناع .

والعلامة جزم في التحرير[3] بالحاق البقرة ، واستشكل الحمار من عدم صبره عن الماء وعدم امتناعه عن الذئب ، فأشبه الشاة وفارق البعير .

وأفتى في القواعد[4] بالحاق الثلاثة . وعليه الفتوى .

(الخامسة) لابد في اباحة أخذ المجهود من فقد الكلاء والماء معاً، فلو وجد أحدهما لم يجز الاخذ . واذا قلنا بردالعين الموجودة مع ظهور المالك فليس له المطالبة بأجرة مامضى ولا الرجوع بقيمة الولد ولا عينه ولا اللبن ولا الصوف عيناً وقيمة مع تجدد ذلك بعد ملك الملتقط .

---

١) الشرائع ٢/٢٦٧ .

٢) الخلاف ٢/٢٤٣ .

٣) التحرير ٢/١٢٥ .

٤) القواعد ، الفصل الثاني من اللقطة .

والشاة ان وجدت في الفلاة أخذها الواجد لانها لاتمنع من ضرر السباع ويضمنها . وفي رواية ضعيفة يحبسها عنده ثلاثة أيام فان جاء صاحبها والاتصدق بثمنها.

قوله : والشاة ان وجدت في الفلاة اخذها الواجد لانها لاتمنع عن صغير[1] السباع ويضمنها

وفي رواية ضعيفة يحبسها عنده ثلاثة أيام فان جاء صاحبها والاتصدق بثمنها[2]

شرح هذا الكلام يتم بفوائد :

(الاولى) الشاة اذا وجدت في الفلاة جاز أخذها : أما أولا فلانها لا تمتنع عن صغير السباع فهي في معرض التلف، وأما ثانيا فلقوله صلى الله عليه وآله وسلم حين سئل عن الشاة الضالة في الفلاة: هي لك أو لاخيك أو للذئب وما أحب أن أمسها[3]. وفيه دلالة على كراهة الاخذ . والمراد بالفلاة ما ليس بعامر وسيأتي تفسيره .

(الثانية) انه مع الاخذ يكون مخيراً بين الحفظ أمانة وبين الدفع الى الحاكم ولاضمان في الصورتين ، وبين التملك . وهل تكون مضمونة حينئذ أم لا ؟ قيل نعم ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لايحل مال امرىء مسلم الا عن طيب نفس منه[4] . وقوله أيضاً : على اليد ماأخذت حتى تؤدي[5] .

---

١) في المختصر النافع ـ ط بمصر : من ضرر السباع.

٢) اخرجه في التهذيب ٦/٣٩٧ .

٣) الفقيه ٣/١٨٨ ، التهذيب ٦/٣٩٤ .

٤) الكافي ٧/٣٧٤ .

٥) سنن ابن ماجة ٢/٨٠٢ ، سنن الترمذي ٣/٥٦٦ ، سنن ابي داود ٣/٢٩٦ .

وقيل لالاصالة البراءة، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: هي لك أولاخيك أوللذئب . وهو مقتض للتملك .

واختار المصنف هنا الاول ، وتردد في الشرائع [1] . والاول احوط . ولا منافاة بين الحكم بملكها والضمان مع حضور المالك ، وتكون الغرامة حينئذ لقيمتها .

(الثالثة) هل لهالتملك قبل التعريف سنة ؟ قيل لا، لعموم الامربالتعريف في اللقطات . وقوى العلامة [2] الجواز قبل التعريف ، لقوله عليه السلام : هي لك أولاخيك . ولم يذكر التعريف .

(الرابعة) العمران وهومافيهقرىمسكونة أواهل طنب [3] قاطنون.وهذالايجوز أخذغير الشاة منه من الضوال . ولا نعلم فيه خلافاً الامن الشيخ في المبسوط [4] ، فانه جوزفيه وفيما كان متصلابه نصف فرسخ أخذ الحيوان ممتنعاً أولا . ويتخير الاخذ بين الانفاق تطوعاً أو الدفع الى الحاكم ، وليس له أكله .

والمشهور المنع الامع خوف التلف أو النهب فيجوز أخذه حفظاً لمالكه على وجه الحسبة .

أماالشاة فالظاهر أيضاً عدم جواز أخذها منه. نعم لوأخذها احتبسها ثلاثة أيام فان لم يظهر مالكها باعها وتصدق بثمنها ، ويضمن ان لم يرض المالك على

---

١) الشرائع ٢/٢٦٩ .

٢) قال في القواعد : التعريف واجب . وقال بعد هذا : الثالث التملك ، وانما يحصل بعد التعريف حولا ونية التملك علىدای ولوقدم قصدالتملك بعد الحول ملك بعده.

٣) الطنب بضمتين وسكون الثانى لغة : الحبل تشدبه الخيمة ونحوها ، والجمع اطناب مثل عنق واعناق .

٤) المبسوط ٣/٣٢٠ .

وينفق الواجد على الضالة ان لم ينفق سلطان ينفق من بيت المال . وهل يرجع على المالك ، الاشبه : نعم.

الاقوى . وهل تملكها مع الضمان ؟ قال ابن ادريس [1] نعم ، والوجه المنع لاصاله المنع من مال المسلم .

واستشكل العلامة جواز البيع بغير اذن الحاكم أوالصدقة قبل الحول ، من اطلاق النص من غير اشتراط الاذن ولامضي الحول ، ومن أن ذلك أحوط للبراءة وعدم التهجم على مال الغير بغير اذنه ولا باذن من يقوم مقامه. وهذا أحوط.

(الخامسة) الرواية المشار اليها رواها ابن ابي يعفور عن الصادق عليه السلام [2] وأفتى بمضمونها الشيخ في النهاية [3] . وظاهر المصنف هنا أنها في الشاة اذا وجدت في الفلاة ، ولذلك استضعفها ، لمنافاتها النصوص الدالة على خلافها . والوجه العمل بها وحملها على ما وجد في العمران كما قلناه .

قوله : وينفق الواجد على الضالة ان لم يتفق سلطان ينفق من بيت المال، وهل يرجع على المالك الاشبه نعم

هذا قول الشيخ في النهاية [4] ، واختاره المصنف والعلامة [5] ، لوجوب حفظها المستلزم للانفاق وأصالة براءة ذمته من البذل فله الرجوع . ومنع ابن ادريس [6] من الرجوع اذا كانت في الحول لتبرعه .

---

١) السرائر : ١٧٨ ، ١٨٠ .

٢) التهذيب ٦/٣٩٧ .

٣) النهاية : ٣٢٢ .

٤) النهاية : ٣٢٣ .

٥) المختلف ، الجزء الثاني : ١٧٤ .

٦) السرائر : ١٨٠ .

ولو كان للضالة نفع كالظهر او اللبن قال الشيخ في النهاية : كان بأزاء ما انفق ، والوجه التقاص .

القسم الثالث ـ وفيه ثلاثة فصول :

قوله: ولو كان للضالة نفع كالظهر او اللبن قال في النهاية [1] كان بأزاء ما أنفق ، والوجه التقاص

استند الشيخ في قوله الى الرواية المتقدمة في الرهن عن السكوني عن الصادق عليه السلام[2]، وقد تقدم ذكرها وضعف سندها وعدم دلالتها على المدعى. والحق ما قاله المصنف ، لان لكل منهما حقاً عند صاحبه فيقاصان كسائر الحقوق.

قوله: القسم الثالث وهو ثلاثة فصول:

[الفصل] الاول: اللقطة كل مال ضائع أخذ ولا يد عليه، فما كان دون الدرهم ينتفع به بغير تعريف، وفي قدر الدهم روايتان .

لقطة غير الحرم أقسامها ثلاثة :

« ١ » دون الدرهم، وهذا ينتفع به حينئذ اجماعاً . وهل يجب ضمانه لو ظهر المالك أم لا؟ قال في النهاية[3] والتقي لا لاباحته والاباحة تستعقب الضمان ، ولم يتعرض المفيد والشيخ في الخلاف وسلار لذلك . وقال ابن ادريس[4] لا يجب ضمانه، واذا اقام صاحبه البينة وجب رده عليه لانه ملكه .

قيل عليه : ان ذلك تناقض ظاهر .

---

١) النهاية : ٣٢٤ .

٢) التهذيب ٧/١٧٥ ، الفقيه ٣/١٩٥ . اخرجه عن اسماعيل بن مسلم عنه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم .

٣) النهاية : ٣٢٠ .

٤) السرائر : ٧٨ ؛ .

وأجيب : بأن انتفاء الضمان مع التلف ووجوب الرد مع بقاء العين ، فلا تناقض لاختلاف الشرط .

والاولى الضمان ، وهو مقرب[1] العلامة في القواعد[2]، لاصالة بقاء الملك على مالكه وعدم وجوب التعريف لايستلزم عدم الضمان ، لان عدم التعريف جازأن يكون لقلة المقدار واحتياج التعريف الى مؤنة . ويؤيده قول الباقر عليه السلام: من وجدشيئاً فهوله فليتمتع به حتى يأتيه طالبه فاذا جاء طالبه رده اليه[3]. وجه الاستدلال به أنه ليس المراد ردالعين للاجماع على عدم وجوبه ، فيكون المراد القيمة. وليس المراد الدرهم فمازاد ، لان الفاء للتعقيب في قوله «فليتمتع به» والدرهم فمازاد لايتحقق فيهما ذلك الا بعد التعريف سنة وذلك تراخ ، فيكون المراد فمادون لتعقب الانتفاع فيه للوجدان بلافصل فيجب الضمان، وهو المطلوب

« ٢ » مازاد على الدرهم . وهذا لايستباح اجماعاً الابعدالتعريف .

« ٣ » قدر الدرهم لاغير . قال المصنف فيه روايتان ، وذلك يقتضي تنافي الروايتين في التعريف وعدمه، ولم نقف الاعلى روايتين متفقتين على التعريف : احداهما عن محمد بن ابى حمزة عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام[4]، وثانيتهماعن علي بن جعفر عن أخيه موسي عليه السلام. ولم نقف على مايخالفهما.

نعم فيه قولان قال الشيخان[5] وابنابابويه والقاضي وابن ادريس بالتعريف ، وسلار والتقي بعدمه. والاول أقوى ، لاصالة عصمة مال المسلم الابطيب نفس منه.

---

١) كذا فى بعض النسخ وفى بعضها الاخر : مقوى العلامة .

٢) القواعد ، الركن الثالث من الفصل الثالث من اللقطة .

٣) الكافى ١٣٨/٥ ، التهذيب ٣٩٢/٦ ، الوسائل ٣٥٤/١٧ .

٤) الكافى ١٣٧/٥ ، التهذيب ٣٨٩/٦ ، الاستبصار ٦٨/٣ .

٥) المبسوط ٣٢٤/٣ ، المقنعة : ١٠٠ ، المقنع : ١٢٧ ، السرائر : ١٧٨ . انهم

(الاول) اللقطة . كل مال ضائع أخذ ولا يد عليه فما دون الدرهم ينتفع به بغير تعريف. وفي قدر الدرهم روايتان، وما كان ازيد ، فان وجده في الحرم كره أخذه وقيل يحرم ولا يحل أخذه الا مع نية التعريف

قوله : وما كان ازيد فان وجده في الحرم كره اخذه ، وقيل يحرم ولايحل اخذه الابنية التعريف

عبارته تدل على أن التفصيل المتقدم لافرق فيه بين الحرم وغيره، وانما يقع الفرق في الزائد . وهو ظاهر عبارة الشيخ في النهاية[1] والقاضي وابن ادريس ، واختاره الشهيد .

وظاهر المفيد وابنا بابويه أن لقطة الحرم يجب تعريفها مطلقاً قلت أو كثرت وهذا أولى ، والالم يبق فرق بين الحرم وغيره فيبقى خصوصيته خصوصاً على القول بكراهة لقطته كما صدر به المصنف كلامه، فان اللقطة مطلقاً مكروهة فلا تظهر حينئذ للحرم خصوصية .

اذا عرفت هذا فاعلم أن الشيخ في الخلاف[2] أفتى بكراهة لقطة الحرم ، وهو قول المفيد وابني بابويه وسلار، ومستندهم قول النبى صلى الله عليه وآله وسلم : لايحل لقطة الحرم الا لمنشد[3] . أي معرف .

قالوا اذا كانت قيمتها دون الدرهم لايجب تعريفها. ويعلم من مفهوم هذا القول انه ان كانت قيمتها درهماً يجب .

١) النهاية : ٣٢٠ ، السرائر : ١٧٨ ، المقنعة : ١٠٠ ، المقنع : ١٢٧ .

٢) الخلاف ٢/ ٢٤٥ ، المقنعة ١٠٠ ، المقنع : ١٢٧ .

٣) سنن ابن ماجة ٢/ ١٠٣٨، صحيح البخارى ـ راجع الشرح للكرمانى ١١/ ٧ سنن ابى داود ٢/ ٢١٢ .

ويعرف حولافان جاء صاحبه والاتصدق بهعنهاواستبقاه أمانة، ولا يملك. ولو تصدق بـه بعد الحول فكره المالك لم يضمن الملتقط على الاشهر. وان وجده فـى غير الحرم يعرف حولا، ثم الملتقط بالخيار بيـن التملك والصدقة وابقائها أمانة. ولوتصدق بها فكره المالك ضمن الملتقط. ولو كانت مما لايبقى كالطعام قومها عند الوجدان وضمنها وانتفع بها، وانشاء دفعهاالى الحاكم ولاضمان.

وقال الشيخ في النهاية[1] لايجوز أخذ لقطة الحرم، ومستنده رواية علي بن ابى حمزة عن الكاظم عليه السلام في رجل وجد ديناراً في الحرم فأخذه. قال: بئس ما صنع، ماكان له أن يأخذه. قلت: ابتلي بذلك. قال: يعرفه. قلت: فانه قد عرفه فلم يجد له باغياً. قال: يرجع الى بلده فيتصدق به على أهل بيت من المسلمين، فان جاء طالبه فهو له ضامن[2].

قوله: ولوتصدق به بعد الحول فكره المالك لم يضمن الملتقط على الاشهر

هذا اختيارالشيخين في النهاية والمقنعة[3] والقاضي في المهذب، لان الصدقة بها تصرف مشروع بالاجماع فلا يتعقبه ضمان.

وقال الشيخ في الخلاف[4] وابن ادريس بالضمان، لرواية ابن ابى حمزة المتقدمة. وفيها ضعف، لان في طريقها وهب بن حفص وهوضعيف.

---

١) النهاية: ٣٢٠.
٢) التهذيب ٦/٣٩٥.
٣) النهاية: ٣٢٠، المقنعة: ١٠٠.
٤) الخلاف ٢/٢٤٥، السرائر: ١٧٨.

ويكره أخذ الاداوة، والمخصرة، والنعلين ، والشظاظ، والعصا ، والوتد، والحبل ، والعقال وأشباهها .

قوله : ويكره اخذ الاداوة[1] والمخصرة والنعلين والشظاظ والعصاء والوتد والحبل والعقال وأشباهه

ظاهر التقي تحريم أخذ الاداوة والقربة وغيرهما من أوعية الماء والحذاء والسوط ، وكذا عبارة علي بن بابويه . والشيخ في النهاية[2] حكم بكراهة أخذ ماله قيمة يسيرة كالاشياء المذكورة ، والمصنف أطلق كراهة التقاط الامور المذكورة .

والتحقيق هنا أنه مع بلوغ القيمة درهماً فما زاد لايجوز الالتقاط ، ومع عدم ذلك يجوز على كراهية شديدة تزيد على كراهية الالتقاط مطلقاً. وتدل على الحكم الاول رواية داود بن ابى يزيد عن الصادق عليه السلام[3]، وكذا رواية عبدالرحمن بن ابى عبدالله عن الصادق عليه السلام[4]. وعلى الحكم الثاني رواية حريز عن الصادق عليه السلام : لابأس بلقطة العصا والشظاظ والوتد والحبل والعقال وأشباهه[5].

---

١) الاداوة بالكسر : المطهرة والمخصرة بكسر الميم : قضيب اوعنزة ونحوه يشير به الخطيب اذا خاطب الناس. والشظاظ بالكسر : خشبة محددة الطرف تدخل فى عروة الجوالقين ليجمع بينهما عند حملهما على البعير والجمع اشظة. والعقال بكسر العين وهو حبل يشدبه قائمة البعير .

٢) النهاية : ٣٢٢ .

٣) الفقيه ٣/ ١٨٨ .

٤) التهذيب ٦/ ٣٩٤ .

٥) الكافى ٥/ ١٤٠ .

مسائل :

(الاولى) مايوجد فى خربة اوفلاة أوتحت الارض فهولواجده. ولووجده في ارض لهامالك اوبائع ولوكان مدفوناً ، عرفه المالك اوالبائع فان عرفه فهوأحق به والاكان للواجد .

ويؤكد التفصيل المذكور حصول الاجماع على تفصيل مطلق اللقطة الى ذلك .

قوله : مايوجد فى خربة اوفلاة او تحت الارض فهو لواجده

هذا قول الشيخ في النهاية[1] ، وتبعه ابن ادريس ، والمستند رواية محمد ابن مسلم صحيحاً عن أحدهما عليهما السلام قال: وسألته عن الورق يوجد في دار . فقال : ان كانت الدار معمورة فهي لاهلها وان كانت خربة فأنت أحق بما وجدت[2] .

وقال في المبسوط واختاره العلامة[3] انه ان كان عليه سكة الاسلام فلقطة والا أخرج خمسه والباقي له . وعليه الفتوى ، لانه مع وجود الاثر تثبت يد مسلم فلا يحل الا عن طيب نفس، وأما مع عدمه فالاصل الاباحة، وعليه تحمل الرواية .

قوله : ولو وجده فى ارض لها مالك اوبائع ولو كان مدفوناً عرفه المالك او البائع ، فان عرفه فهو احق به والا كان للواجد

---

١) النهاية : ٣٢٠ ، السرائر : ١٧٨ .

٢) التهذيب ٦/ ٣٩٠ .

٣) القواعد ، الحكم الثالث من المطلب الثانى من اللقطة .

وكذا مايجده في جوف دابته. ولو وجد في جوف سمكة قال الشيخ : أخذه بلاتعريف .

المذكور أولا كان في أرض لا مالك لها ، أما لو كان في أرض لها مالك أو مبتاعة فانه يجب تعريف المالك أو البائع .

وحكم العلامة في التحرير بوجوب تتبع الملاك والبائعين لوأنكره الاول. وهوجيد ، فان عرفه أحد منهم فهو له من غيربينة ولا يمين ، والا فاما أنيكون عليه أثر الاسلام أولا ، والاول لقطة اجماعاً ويجب تعريفه ولا يحل تملكه الا بعد التعريف، والثاني للشيخ فيه قولان: أحدهما أنه لقطة لانطباق تعريف اللقطة عليه فيراعى فيه أحكامها من اعتبار الدرهم فيه والتعريف ، وثانيهما أنه لواجده وعليه الخمس . والفتوى على ذلك ، لصدق الكنز عليه ، وقد تقدم أن الكنز فيه الخمس . هذا تحقيق هذه المسألة .

قوله : وكذا مايجده في جوف دابته

أي يجب تعريفه المالك أو البائع .

قوله : ولو وجده في جوف سمكة قال الشيخ[1] اخذه بلا تعريف

فرق الشيخان والقاضي وابن حمزة بين الدابة والسمكة ، فانه في الدابة يجب تعريف البائع فان عرفه كان له والا فهو لواجده وعليه الخمس ، وأما في السمكة فانه لواجده من غير تعريف . ووجه الفرق أن الدابة مظنة أن يكون قد ابتلعت شيئاً من دار البائع بخلاف السمك فانه مظنة أن يكون قد ابتلع من الماء فيكون حكمه حكم الملتقط من فلاة أوخربة أوالبحر. وتؤيده رواية ابن بابويه

---

١) النهاية : ٣٢١ ، قال فيه : فان ابتاع سمكة فوجد في جوفها درة اوسبيكة وما اشبه ذلك اخرج منه الخمس وكان له الباقي . وكذا قال في المقنعة : ١٠٠ .

(الثانية) مـاوجده فى صندوقه اوداره فهوله ، ولوشاركه فى التصرف كان كاللقطة اذا أنكره.

عن عبدالله بن جعفرالحميري قال : سألته في كتاب عن رجل اشترى جزوراً أو بقرة للاضاحي فلما ذبحها وجد في جوفها صرة فيها دراهم أودنانير أوجوهرة لمن يكون ذلك؟ فوقع عليه السلام: عرفها البائع ، فان لم يكن يعرفها فالشيء لك رزقك الله اياه[1].

وسلار وابن ادريس[2] لم يفرقا بين السمكة وغيرها فـي وجوب تعريف البائع قل عن الدرهم أوكثر ، فان عرفه والا أخرج خمسه وكان له الباقي .

والتحقيق هنا ماذكره العلامة[3]، وهوأن ما يوجد في بطن الدابة أوالسمكة اما أن يكون عليه أثر الاسلام أولا، والاول يجب تعريفه، والثاني اما أننشترط في تملك المباحات النية أولا ، فان كان الاول فهو للواجد لعدم علم البائع به فينوي تملكه، ويحتمل ضعيفاً تملكه، لقصده ملك الجملة وهذا الموجودبمنزلة جزئها وليس بشيء، والثاني وهوعدم اشتراط النية فحينئذ ينظر في الغالب من حال الحيوان ، وهو هنا كما تقدم من أن الدابة تبتلع من دار البائع والسمكة من البحر، وقد ينعكس الحكم بأن تبتلع السمكة من البائع ، بأن صيدت من بركة محصورة للبائع وتبتلع الدابة من الفلاة لكنه نادر ، فالفتوى اذاً على ما ذكره الشيخان .

---

١) الفقيه ٣/١٨٩ ، الكافى ٥/١٣٩ ، التهذيب ٦/٣٩٢ . فـى الفقيه : باضافة « اوشاة اوغيرها » وبدل « جوهرة » « جواهر » وبعده : اوغيرذلك منالمنافع لمن يكون ذلك وكيف يعمل به .

٢) السرائر : ١٨٠ .

٣) القواعد ، الثالث من المطلب الثانى فى الاحكام .

(الثالثة) لاتملك اللقطة بحول الحول وان عرفها مالم ينو التملك وقيل : تملك بمضى الحول .

قوله : لاتملك اللقطة بحـول الحول وان عرفها مالم ينو التملك ، وقيل تملك بمضى الحول

هنا فوائد :

(الاولى) ذهب الشيخ في المبسوط والخلاف[1] والتقي وابن حمزة الى أن اللقطة لاتملك بمجرد انقضاء الحول، بل لابد مع ذلك من نية التملك. وهو الحق وعليه الفتـوى ، لاصالة بقاء الملك على مالكه فلا يخرج عنه الا بدليل وليس الا النيـة . ولما رواه محمد بن مسلم عن أحـدهما عليهما السلام قال : سألته عن اللقطة ، قال : لاترفعوها فان ابتليت فعرفها سنـة فان جاء طالبها والا فاجعلها في عرض مالك يجري عليها مايجري على مالك الى أن يجيء طالب[2].

وقال الشيخ في النهاية وابن ادريس[3] يملك بمجرد حؤول الحـول ، لما رواه الحلبى عن الصادق عليه السلام قال : يعرفها سنة فان جاء لها طالب والا فهي كسبيل ماله[4]. ومثله في رواية داودبن سرحان عن الصادق عليه السلام[5] . والفاء للتعقيب .

وأجيب عنه: بأن قوله « فهي كسبيل ماله » تشبيه والتشبيه لايقتضي الاتفاق

---

١) المبسوط ٣/ ٣٢٢ ، الخلاف ٢/ ٢٤٤ .

٢) التهذيب ٦/ ٣٩٠، الاستبصار ٣/ ٦٨، وفى الاخير: من عرض مالك تجرى عليها .

٣) النهاية : ٣٢٠ ، السرائر : ١٧٩ .

٤) التهذيب ٦/ ٣٨٩ ، الاستبصار ٣/ ٦٨ .

٥) الكافي ٥/ ١٣٧ ، التهذيب ٦/ ٣٨٩ .

في جميع الاحكام والا لكان هو هو وليس، بل يكفي في مطلق التشبيه الاتفاق في بعض الاحكام . وهو هنا كذلك ، فانه يشابه ماله في جواز التصرف بأحد الامور الثلاثة[1] .

(الثانية) هل يشترط مع نية التملك التلفظ باختيار الملك ، بأن يقول « اخترت تملكها » أم لا ؟ قال التقي نعم ، لان مع اللفظ يحصل الملك يقيناً بخلافه مع النية لاغير . وبه قال الشيخ في الخلاف[2] وابن حمزة .

والفتوى على خلافه، بل يكفي مجرد النية، لاصالة عدم الاشتراط، ولقوله عليه السلام « والا فاجعلها في عرض مالك » والفاء للتعقيب ولم يذكر اللفظ ، فلو شرط لزم تأخر البيان عن وقت الحاجة .

(الثالثة) انه مع نية التملك هل يثبت في ذمته ضمانها بمجرد النية أو يتوقف على مجيء المالك ومطالبته؟ نقل الشيخ في المبسوط[3] القولين ، محتجاً على الثاني بقوله صلى الله عليه وآله وسلم: من وجد لقطة فليشهد ذاعدل ثم لايغيره ولا يكتم فان جاء ربها فهو أحق بها والا فهو مال الله يؤتيه من يشاء[4] .

والفتوى على الاول ، لوجوه :

« ١ » ـ أصالة بقاء الملك على مالكه فتملكه بغير اذنه موجب لضمانه .

« ٢ » ـ قوله صلى الله عليه وآله وسلم: على اليد ماأخذت حتى تؤدي[5].

« ٣ » ـ أن المطالبة تتوقف على الاستحقاق ، فلو علل الاستحقاق بها لزم الدور .

---

١) الامور الثلاثة هى : التصدق والابقاء والتملك .

٢) الخلاف ٢/٢٤٤ .

٣) المبسوط ٣/٣٢٣ .

٤) سنن ابن ماجة ٢/٨٣٧ .

٥) سنن ابن ماجة ٢/٨٠٢ ، سنن الترمذى ٣/٥٦٦ ، سنن ابى داود ٣/٢٩٦ .

(الثاني) الملتقط مـن له أهلية الاكتساب . فلو التقط الصبى او المجنون جـاز ويتولى الولى التعريف . وفي المملوك تردد ، أشبهه : الجواز . وكذا المكاتب ، والمدبر ، وام الولد .

(الثالث) في الاحكام، وهى ثلاثة :

وتظهر فائدة القولين في مسائل :

(الاولى) وجوب عزلها من تركته قبل موته على الاول وعدمه على الثاني.

(الثانية) وجوب الوصية بها على الاول دون الثاني .

(الثالثة) يكون الملتقط مستحقاً للزكاة على الاول لكونه غارماً دون الثاني لعدم ثبوت شيء في ذمته .

(الرابعة) جواز استثناء قدرها من الربح الذي يجب فيه الخمس لكونه ديناً فيكون من المؤن فيخمس الباقي على الاول وعدم جواز استثنائه على الثاني .

قوله : وفي المملوك تردد اشبهه الجواز

منشأ التردد من أن الالتقاط ملزوم لجواز التملك ولا شيء من المملوك بقابل للتملك ، وتؤيده رواية ابى خديجة عن الصادق عليه السلام قال : سأله ذريح عن المملوك يأخذ اللقطة . فقال : وما للمملـوك واللقطة والمملوك لايملك من نفسه شيئاً[1] . ومن أن المملوك أهل للاكتساب وكل من هو أهل للاكتساب يجوز التقاطه فالمملوك يجوز التقاطه .

وهو اختيار الشيخ في المبسوط والخلاف[2] وقال المصنف أنه اشبه. ووجه

---

١) الكافي ٥/٣٠٩، الفقيه ٣/١٨٨، التهذيب ٦/٣٩٧. وذريح بالـذال المعجمة المفتوحة والراء المهملة المكسورة والياء المنقطة تحتها نقطتين والحاء المهملة. من الثقات.

٢) المبسوط ٣/٣٢٥ ، الخلاف ٢/٢٤٤ .

(الاول) لايدفع اللقطة الابالبينة . ولايكفي الوصف ، وقيل : يكفي في الاموال الباطنة كالذهب والفضة ، وهو حسن .

الاشبهية : أن المملوك ان كان أهلا لان يملك فذلك ظاهر ، وان لم يكن فلا يقصر أن يكون آلة للمولى الذي هو أهل للتملك .

اذا تقرر هذا : فاذا التقط المملوك فان كان باذن مولاه صح وملكه المولى بعد التعريف اما من المولى أومن المملوك لكن بعد نية التملك، وان كان بغير اذنه وكان أميناً تخير مولاه بين اقراره في يده وبين انتزاعه منه ، وان لم يكن أميناً وجب انتزاعه منه .

وهل يضمن بالاهمال ؟ تردد المصنف في ذلك في الشرائع[1] من حيث القدرة على الانتزاع فالاهمال تفريط موجب للضمان ، ومن أن العبد مباشر للاتلاف فيتعلق الضمان برقبته كالدين المستدان بغير اذن سيده وكأروش الجنايات .

هذا كله مع علم السيد ، أما لو لم يعلم فأتلفها المملوك فانها تتعلق برقبته قطعاً يتبع بها اذا أعتق كالقرض الفاسد .

قوله : لايدفع اللقطة الا بالبينة، ولا يكفى الوصف ، وقيل يكفى فى الاموال الباطنة كالذهب والفضة ، وهو حسن

الاول قول ابن ادريس[2]، وهو الاولى، لاصالة عدم وجوب الرد ، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم : البينة على المدعي[3].

---

١) الشرائع ٢/٢٧١ .

٢) السرائر : ١٨١ .

٣) الفقيه ٣/٢٠ ، التهذيب ٦/٢٢٩ ، الكافى ٧/٤١٥ .

(الثاني) لابأس بجعل الابق فان عينه لزم بالرد، وان لم يعينه ففي رد العبد من المصر دينار ،ومن خارج البلـد أربعة دنانير ، على رواية ضعيفة يؤيدها الشهرة . وألحق الشيخان : البعير ، وفيما

والثاني قول الشيخ في الخلاف والمبسوط[1] ، واستحسنه المصنف ، لافادته الظن القوي وهو كاف ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : نحن نحكم بالظاهر[2] ولتعذر البينة في الاموال الباطنة ، فلولا الاكتفاء بالوصف لزم تعذر الخلاص منها، بخلاف الاموال الظاهرة فانه لايتعذر الاطلاع عليها فيمكن اقامة البينة بها .

قوله : وان لم يعين٣) ففي رد العبد من المصر دينار ومن خارج البلد اربعة دنانير على رواية ضعيفة تعضدها٤) الشهرة

هذه رواية ابى سيار[5] عن الصادق عليه السلام قال: ان النبى صلى الله عليه وآله وسلم جعل ذلك[6]. وسبب ضعفها ان في طريقها سهل بن زياد وهو مطعون عليه ، ومحمد بن الحسن بن شمون وهو غال .

قوله : والحق الشيخان٧) البعير

---

١) الخلاف ٢/٢٤٦ ، المبسوط ٣/٣٢٩ . افتى فيهما بجواز الرد مع الوصف .

٢) راجع الكافي ٧/٤١٤ ، التهذيب ٦/٢٢٩، اخرجا احاديث فى هذا المعنى .

٣) فى المختصر النافع ط بمصر : لم يعينه .

٤) فى المختصر النافع ط بمصر : تؤيدها .

٥) هومسمع بن عبدالملك كردين ابوسيار من اهل البصرة وكان ثقة من اصحاب الباقر والصادق عليهما السلام .

٦) التهذيب ٦/٣٩٨ عن ابى عبدالله عليه السلام قال: ان النبى صلى الله عليه وآله وسلم جعل فى جعل الابق ديناراً اذا أخذه فى مصره وان أخذه فى غير مصره فأربعة دنانير .

٧) النهاية : ٣٢٣ ، المقنعة : ١٠٠ .

عداهما أجرة المثل .

(الثالث) لايضمن الملتقط في الحول لقطة ولا لقيطاً ولا ضالة ما ما لم يفرط .

أسنده اليهما لعدم وقوفه على مستندله خصوصاً، وقد قال الشيخ في المبسوط والخلاف[1] لم ينص أصحابنا على شيء من جعل اللقطة كالضوال الا على اباق العبد وفيما عداه أجرة المثل. وقال في المبسوط[2] لايستحق الراد شيئاً الا بجعل صاحبه ، وهو اختيار ابن ادريس[3]. وهو موافق للاصل .

قوله : لايضمن الملتقط فـي الحول لقطة ولا لقيطاً ولا ضالة مالم يفرط

هذا اذا التقط بنية التعريف ، لان يده يد أمانة فلا يضمن الا بالتفريط. أما لو التقط بنية التملك في الحال أو نوى التصرف في اثناء الحول أو الخيانة فانه يضمن بمجرد تلك النية حتى يصل الى المالك وان لم يفرط .

---

١) المبسوط ٣/٣٣٢ ، الخلاف ٢/٢٤٦ .

٢) المبسوط ٣/٣٣٢ .

٣) السرائر : ١٨٠ .

كتاب المواريث

قوله: كتاب المواريث

من الفقهاء من يعبر عن هذا بكتاب الفرائض[1] ، وما ذكره المصنف هنا أحسن، لشموله الارث بالفرض والقرابة بخلاف الاول فانه يختص بمن له مسمى في الكتاب اصطلاحاً .

وهنا فوائد :

(الاولى) كان التوارث في أول الاسلام بالحلف، فكان الرجل يقول للرجل: دمي دمك وذمتي ذمتك ومالي مالك تنصرني وأنصرك وترثني وأرثك. فيتعاقدان

---

١) في المسالك: الفرائض جمع فريضة بمعنى مفروضة من الفرض وهو التقدير والقطع يقال فرضه اذا قدره ، وفرض الثوب قطعه. والمراد بها السهام المقدرة في كتاب الله أو مطلق السهام لما هنا من السهام المقدرة والمقادير المقطعة المفصلة، ومنه قوله تعالى «نصيباً مفروضاً» اى مقتطعاً محدوداً ، وقوله « انزلناها وفرضناها » اى فصلناها. وقال بعضهم سميت السهام المذكورة فرائض من اللزوم والوجوب ، تقول « فرض الله » اى اوجب والزم وافرض مثله . الى آخرما قال رحمه الله .

الحلف بينهما على ذلك، واليه الاشارة بقوله « والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم »[1].

ثم نسخ وصار التوارث بالاسلام والهجرة، فاذا كان للمسلم ولد لم يهاجر ورثه المهاجرون دون ولده ، واليه الاشارة بقوله « والذين آمنوا ولم يهاجروا مالكم من ولايتهم من شيء »[2].

ثم نسخ بالتوارث بالرحم والقرابة ، واليه الاشارة بقوله « وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض »[3] ونزلت آية المواريث .

(الثانية) تعلم المواريث من مهمات الشرع، لما رواه الشيخ في المبسوط عنه صلى الله عليه وآله وسلم: تعلموا الفرائض وعلموها الناس فانه نصف العلم وهو ينسى وهو أول شيء ينتزع من أمتي[4].

وعنه صلى الله عليه وآله وسلم برواية ابن مسعود: تعلموا الفرائض وعلموها الناس ، فاني امرؤ مقبوض وسيقبض العلم وتظهر الفتن حتى يختلف الرجلان في فريضة ولا يجدان من يفصل بينهما[4]. الى غير ذلك من الروايات .

(الثالثة) الارث اما بنسب أو سبب ، فالنسب اتصال شرعي بين شخصين لانتهاء أحدهما في الولادة الى الاخر أولانتهائهما الى غيرهما .

واحترزنا بالشرعي عن الزنا، فانه لانسب به لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: وللعاهر الحجر[5].

---

١) سورة النساء: ٣٣ .

٢) سورة الانفال : ٧٢ .

٣) سورة الانفال : ٧٥ .

٤) المبسوط ٤/٦٧ .

٥) التهذيب ٩/٣٤٦ ، الكافي ٧/١٦٣ .

والنظر في المقدمات ،والمقاصد ، واللواحق

والمقدمات ثلاث :

(الاولى) في موجبات الارث ،وهي : نسب ، وسبب .

فالنسب ثلاث مراتب:

١ ــ الابوان ،والولد وان نزل .

٢ ــ والاجداد وان علوا ، والاخوة وأولادهم وان نزلوا.

٣ ــ والاعمام والاخوال .

والسبب قسمان : زوجية وولاء .والولاء ثلاث مراتب : ولاء العتق ، ثم ولاء تضمن الجريرة، ثم ولاء الامامة .

(الثانية) في موانع الارث ، وهي ثلاثة : الكفر ، والرق، والقتل

والسبب اتصال شرعي بين شخصين يوجب لاحدهما أن يرث الاخر مع انتفاء ذوي الانساب المستحقين للارث .

وفيه نظر ، لانتقاضه بالزوجية ، فانا نحكم بالارث لها مع وجود النسب. فالاولى أن يقال : هو اتصال شرعي بالزوجية والولاء .

قوله : فالنسب ثلاث مراتب

المراد بترتب هذه الطبقات الثلاث أن الثانية لاترث مع وجود واحد من الطبقة الاولى مستحق للميراث، وكذا الثالثة لاترث مع وجود واحد من الثانية مستحق للميراث . وانما قلنا مستحق للميراث احترازاً من وجود واحد منهم ممنوع بأحد الموانع .

أماالكفر فانه يمنع في طرف الوارث . فلايرث الكافر مسلماً ، حربياً كان الكافر اوذمياً اومرتداً، ويرث الكافر أصلياً ومرتداً فميراث المسلم لوارثه المسلم انفرد بالنسب اوشاركه الكافر اوكان أقرب حتى لوكان ضامن جريرة مع ولد كافر فالميراث للضامن . ولو لم يكن وارث مسلم فميراثه للامام . والكافر يرثه المسلم ان اتفق ولا يرثه الكافر الااذا لم يكن وارث مسلم . ولوكان وارث مسلم كان

قوله : فلا يرث الكافر مسلماً حربياً كان الكافر او ذمياً أومرتداً

انما لايرث الكافر المسلم لوجوه :

(الاول) قوله « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا »[1]، فلوورث الكافر المسلم لكان له عليه سبيل ، وهو منفي بالاية .

(الثاني) قول النبى صلى الله عليه وآله وسلم : الاسلام يعلو ولا يعلى عليه[2] . فلو ورث الكافر المسلم لكان عالياً عليه ، وهو منفي .

(الثالث) قول الصادق عليه السلام : نحن نرثهم ولا يرثونا[3].

قوله: ويرث المسلم الكافراصلياً ومرتداً

هذا مذهب الاصحاب : وعليه اجماعهم وتظافر رواياتهم ، ولعموم آيات الارث ، خرج ارث الكافر من المسلم للاجماع فيبقى الباقي ، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ، وتوريث المسلم يقتضي علوه على الكافر.

---

١) سورة النساء : ١٤١ .

٢) الفقيه ٤/٢٤٣ .

٣) التهذيب ٩/٣٦٧ ، وليس فيه « نحن » .

أحق بالارث وان بعد وقرب الكافر ، واذا اسلم الكافر ، على ميراث قبل قسمته شارك ان كان مساوياً في النسب وحاز الميراث ان كان أولى سواء كان الموروث مسلماً او كافراً. ولو كان الوارث المسلم واحداً لم يزاحمه الكافر وان أسلم لانه لاتتحقق هنا قسمة.

وخالف القوم، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: لاتوارث بين أهل ملتين[1]. وليس حجة، لان التوارث يقتضي ارث كل واحد من صاحبه ونحن لانقول به، فانا نمنع ارث الكافر من المسلم فقد عملنا بالخبر .

قوله: ولو كان الوارث المسلم واحداً لم يزاحمه الكافر وان اسلم لانه لاتتحقق هنا قسمة

هذا الحكم في غير الامام ظاهر لاخلاف فيه ، أما لو كان الواحد هو الامام ففيه خلاف: قال الشيخ في النهاية[2] واختاره ابن ادريس[2] انه لايزاحمه الكافر أيضاً وان اسلم لاستحقاق الامام الميراث بنفس الموت . وقيل بل الميراث للكافر اذا اسلم وليس للامام شيء ، ونسب هذا القول الى المصنف .

وقال الشيخ في المبسوط[3] ان أسلم قبل نقل المال الى بيت المال ورثه الكافر اذا أسلم ، وان أسلم بعد نقله اليه فلا شيء له. وهذا التفصيل لاوجه له.

أما الثاني فاحتج له المصنف في الشرائع[4] برواية ابى بصير عن الباقر عليه السلام في رجل مسلم وله أم نصرانية وله قرابة . قال : ان أسلمت أمه كان

---

١) التهذيب ٩/٣٦٥ ، وفيه : لايتوارث اهل ملتين .
٢) راجع النهاية : ٦٦٢ ، السرائر : ٤٠٤ .
٣) المبسوط ٤/٧٩ .
٤) الشرائع ٢/٢٧٢ .

مسائل :

(الاولى) الزوج المسلم أحق بميراث زوجته من ذوي قرابتها الكفار ، كافرة كانت أو مسلمة ، له النصف بالزوجية والباقي بالرد. وللزوجة المسلمة الربع مع الورثة الكفار والباقي للامام. ولو أسلموا او أسلم أحدهم ، قال الشيخ : يرد عليهم ما فضل عن سهم الزوجية ، وفيه تردد.

ميراثه لها ، وان لم تسلم أمه وأسلم بعض قرابته فان ميراثه له، فان لم يسلم من قرابته أحد فان ميراثه للامام عليه السلام[1].

قوله : وللزوجة المسلمة الربع مع الورثة الكفار والباقى للامام، ولو اسلموا او احدهم قال الشيخ يرد عليهم ما فضل عن سهم الزوجة ، وفيه تردد

في هذه المسألة أقوال ثلاثة :

(الاول) ان الزوجة لايرد عليها بل الباقي للامام والزوج يرد عليه كما تقدم ، وهو قول الشيخ في النهاية والايجاز والسيد في الانتصار .

(الثاني) انه يرد عليها كالزوج، وبه قال المفيد في المقنعة، لرواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام قال : قلت رجل مات وترك امرأته . قال : المال لها . قال : قلت امرأة ماتت وتركت زوجها . قال : المال له[2] .

(الثالث) قال ابن بابويه يرد عليها في الغيبة لامع الظهور . والفتوى على الاول ، وسيأتي تحقيقه . ومنشأ تردد المصنف من قول الشيخ بالرد عليهم ،

---

١) التهذيب ٩/٣٦٩ .

٢) التهذيب ٩/٢٩٥ ، الفقيه ٤/١٩٢ .

(الثانية) روى مالك بن أعين عن أبى جعفر عليه السلام في نصراني مات وله ابن أخ وابن أخت مسلمان وأولاد صغار : لابن الاخ الثلثان، ولابن الاخت الثلث ، وينفقان على الاولاد بالنسبة فان أسلم الصغار دفع المال الى الامام فان بلغوا على الاسلام دفعه الامام اليهم، فان لم يبقوا دفع الى ابن الاخ الثلثين والى ابن الاخت الثلث .

ومن أنا ان قلنا بالرد عليها كالزوج فهي كالواحد وقد تقدم ان مع الواحد لا مشاركة معه لمن أسلم ، وان قلنا بعدم الرد، فلا وجه لاطلاق الشيخ بل ينبغي تقييده بعدم القسمة بينها وبين الامام لا مطلقاً .

قوله : روى مالك بن اعين عن ابى جعفر عليه السلام فى نصرانى مات وله ابن اخ وابن اخت مسلمان واولاد صغار: لابن الاخ الثلثان ولابن الاخت الثلث وينفقان على الاولاد بالنسبة فان اسلم الصغار دفع المال الى الامام فان بلغوا على الاسلام دفعه الامام اليهم وان لم يتموا دفع الى ابن الاخ الثلثين والى ابن الاخت الثلث[1])

ذكر مضمون هذه الرواية الشيخان[2] في المقنعة والنهاية والصدوق في الفقيه[3]، وهي من المشاهير لكن وقع الاجماع على أن الطفل تابع لابيه في الكفر ولهذا يسترق كما يسترق أبوه الكافر . وحينئذ يكون الارث لابن الاخ

---

١) الكافى ٧/١٤٣ ، الفقيه ٤/٢٤٥ ، التهذيب ٩/٣٦٨ باختلاف يسير .

٢) المقنعة ١٠٨ ، النهاية : ٦٦٥ .

٣) الفقيه ٤/٢٤٥ .

وابن الاخت ولا معنى للانفاق ولا للايقاف . واختلف من انتصر للرواية في توجيهها على قولين :

(الاول) ان كفر الطفل ليس حقيقياً والا لاستحق العقاب في الاخرة لومات على الطفولية وليس كذلك ، وأيضاً ان الكفر الحقيقي انما يحصل من الفاعل مباشرة والطفل لم يحصل منه ذلك ، وحينئذ يكون الكفر للطفل بالتبعية مجازاً لاحقيقة ، والمانع من الارث هو الكفر الحقيقي .

(الثاني) انه على تقدير كفر الطفل حقيقة ملك الوارث التركة قبل القسمة ليس ملكاً مستقراً ، ولهذا لوأسلم وارث آخر قبل القسمة جاز ان كان أولى وشارك ان كان مساوياً ، وحينئذ جاز كون التركة عقاراً لم يقسم بعد ، فمع اسلامهم يكونون أولى من ابن الاخ وابن الاخت .

وفي الوجهين نظر: أما الاول : فلانا نمنع أن التبعية ليست حقيقة ، وسند المنع ما قلنا من الاسترقاق . وأيضاً لو لم يكن التبعية حقيقة لزم جواز سلب الكفرعنه فيكون مسلماً والا لزم ثبوت منزلة بين المنزلتين وهوباطل، لما تقرر في الاصول. سلمنا أن التبعية ليست حقيقة بل مجازاً لكن لانسلم أن ذلك كاف في الارث بل السبب هو الاسلام الحقيقي ، وهو منفي هنا .

وأما الثاني : فانه لا اشعار في الرواية ولا الفتوى بذلك ، فيكون التأويل غير مطابق .

اذا عرفت هذا فاعلم أن ابن ادريس[1] منع الرواية اما لكونها من الاحاد أولكونها مخالفة للاصول وحكم بأن الارث لابن الاخ وابن الاخت ولاانفاق عليهما لكون اسباب النفقة محصورة وليس هنا واحد منها .

---

١) السرائر : ٤٠٤ .

(الثالثة) اذا كان أحد أبوي الصغير مسلماً الحق به، فلـو بلغ أجبر على الاسلام، ولو أبى كان كالمرتد.

(الرابعة) المسلمون يتوارثون وان اختلفت آراؤهم، وكذا الكفار وان اختلفت مللهم.

وأما العلامة[1] فحمل الرواية على الاستحباب، بمعنى أن الارث ثابت لابن الاخ وابن الاخت لكن يستحب لهما مع اسلام الصغار دفع المال الى الامام على الوجه المذكور بحيث يدفعه الى الصغار عند تحقق اسلامهم مع البلوغ. وهذا حمل حسن.

قوله: المسلمون يتوارثون وان اختلفت آراؤهم وكذا الكفار وان اختلفت مللهم

هذا الحكم في المسألتين صحيح، ذهب اليه الشيخ واتباعه وابن ادريس. نعم خالف المفيد في المسألة الاولى فقال: ان المؤمنين يرثون أهل البدع من المعتزلة والمرجئة والخوارج والحشوية وغيرهم، وهؤلاء لايرثون أهل الايمان كما يرث المسلمون الكفار من غير عكس. مع أن بعض نسخ المقنعة مايوافق قول الشيخ في الخلاف، كأنه مصلح أو رجوع من المصنف وتردد في كفر المذكورين.

والفتوى على ما قاله الشيخ، لان المقتضي للتوارث هو الاسلام لاغير. نعم الغلاة والمجسمة والخوارج والمرجئة والجبرية لايرثون غيرهم من أرباب المذاهب، لأنهم منكرون لما علم ضرورة من دين النبي صلى الله عليه وآله وسلم، فهم كفرة والكافر لايرث المسلم لما تقدم.

---

١) المختلف، الجزء الخامس ١٨٨.

(الخامسة) المرتد عن فطرة يقتل ولا يستتاب، وتعتد امرأته عدة الوفاة، وتقسم أمواله. ومن ليس عن فطرة يستتاب، فان تاب والا يقتل وتعتد زوجته عدة الطلاق مع الحياة وعدة الوفاة لامعها. والمرأة لاتقتل بل تحبس وتضرب أوقات الصلاة حتى تتوب ولو كانت عن فطرة.

(السادسة) لومات المرتد كان ميراثه لوارثه المسلم. ولولم يكن وارث الا كافراً كان ميراثه للامام على الاظهر.

وخالف التقي في المسألة الثانية، فقال: ان كفار ملتنا يرثون غيرهم من الكفار وغيرهم من الكفار لايرثونهم. فان أراد بكفار ملتنا أهل الذمة فهم مقرون على دينهم فيرث بعضهم من بعض، وان أراد كفار من أظهر كلمة الشهادة فهو حق لان لهم خصوصية بذلك على غيرهم، فهم يرثون غيرهم من الكفار ولا ينعكس.

قوله: ومن ليس عن فطرة يستتاب فان تاب والا يقتل وتعتد زوجته عدة الطلاق مع الحياة وعدة الوفاة لامعها

هذا مما لاخلاف عندنا فيه، لكن الشيخ في النهاية زاد في هذا أنه اذا التحق بدار الحرب ولم يقدر عليه أن يقسم ميراثه بين أهله. وتبعه القاضي، ونازعه ابن ادريس قائلا بأن الاصل بقاء الملك على مالكه ولا دليل على قسمة أمواله بارتداده. قال: وقد رجع الشيخ عن ذلك في المبسوط والخلاف. وهذا هو المفتى به.

قوله: لو مات المرتد كان ميراثه لوارثه المسلم، ولولم يكن وارث الا كافراً كان ميراثه للامام على الاظهر

وأما القتل فيمنع الوارث من الارث اذا كان عمداً ظلماً ولا يمنع لو كان خطئاً، وقال الشيخان: يمنع من الدية حسب. ولو اجتمع القاتل وغيره فالميراث لغير القاتل وان بعد ، سواء تقرب بالقاتل او بغيره. ولو لم يكن وارث سوى القاتل فالارث للامام .

هذا قول الشيخ في كتب الفتاوى، وعليه الاتباع وباقي الفقهاء، لكن روى الشيخ في الاستبصار وابن بابويه في المقنع ان ميراثه لولده الكفار مع عدم المسلمين ، وهو رواية ابن ابى عمير عن ابراهيم بن عبدالحميد عن رجل قلت للصادق عليه السلام: نصراني أسلم ثم رجع الى النصرانية ثم مات. قال: ميراثه لولده النصارى ، ومسلم تنصر ثم مات قال : ميراثه لولده المسلمين[1].

وحملها الشيخ في النهاية على التقية، ومنهم من حكم بضعفها لجهالة الرجل فهي مرسلة. وحمل الشيخ أولى، لان الصدوق رواها في الفقيه عن عبدالحميد ولم يرسلها .

قوله : ولا يمنع لو كان خطأ ، وقال الشيخان يمنع من الدية حسب

لاخلاف في منع القاتل عمداً ظلماً من الارث . وقيد الظلم ليخرج القتل حداً أو قصاصاً فانه غير مانع .

واختلف في الخطأ على أقوال ثلاثة :

(الاول) قول ابن ابى عقيل بالمنع مطلقاً ، لرواية فضيل بن يسار عن الصادق عليه السلام : لايرث الرجل الرجل اذا قتله وان كان خطاءاً[2]. ولرواية هشام بن سالم صحيحاً عن الصادق عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله

---

١) الفقيه ٤/٢٤٥ ، التهذيب ٩/٣٧٢ ، الاستبصار ٤/١٩٣ .

٢) التهذيب ٩/٣٨٠ .

عليه وآله وسلم : لا ميراث للقاتل[1] .

(الثاني) قول المفيد وسلار بالارث مطلقاً، لرواية عبدالله بن سنان صحيحاً عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن رجل قتل أمه أيرثها ؟ قال: ان كان خطأ ورثها وان كان عمداً لم يرثها[2] . ومثله رواية محمد بن قيس موثقاً عن الباقر عليه السلام عن علي عليه السلام[2] .

(الثالث) التفصيل، وهو أنه يرث من غير الدية ويمنع من الدية: أما الاول فلعموم أدلة الميراث ، ولعدم العلة في العمد ، وهو مقابلته بنقيض مطلوبه كفاً للناس عن قتل مورثيهم. وأما الثاني فللجمع بين الروايات، ولانه مأموربتسليم الدية الى أهله بقوله تعالى « فدية مسلمة الى أهله »[3] ، فلا يكون وارثاً منها .

وهذا التفصيل مذهب الشيخ في المبسوط والخلاف وابن الجنيد والمرتضى والتقي والقاضي وابن حمزة وابن ادريس ، ونقله الشيخ عن المفيد ، ولعله قاله في البحث أوكتاب آخر .

وهنا فوائد :

(الاولى) القتل العمدي مانع سواء كان مباشرة أوتسبيباً ، حتى أنه لوشهد زوراً بالقتل فقتل المشهود عليه بشهادته منع الارث .

(الثانية) المشارك في القتل كالقاتل ، لتناول الادلة له . وهل يلحق الناظر والممسك بالقاتل؟ أستشكله العلامة في القواعد من عدم المباشرة ومن اعانتهما القاتل على القتل، اذلولا الامساك والنظر لما تمكن من القتل المخصوص فكانا كالمشارك . ويظهر أن المنع في الممسك أقوي ، لانه جزء السبب نخلاف

---

١) التهذيب ٩/ ٣٧٨ ، الفقيه ٤/ ٩٠ .

٢) التهذيب ٩/ ٣٧٩ .

٣) سورة النساء : ٩٢ .

وهنا مسائل :

(الاولى) الدية كأموال الميت تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه وان قتل عمداً اذا أخذت الدية . وهل للديان منع الوارث من القصاص ؟ الوجه : لا ، وفى رواية لهم المنع حتى يضمن الوارث الدين .

الناظر .

(الثالثة) ألحق ابن الجنيد شبيه العمد بالعمد في منع الارث، وسلار ألحقه بالخطأ . ومختار العلامة الاول، لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : القاتل لايرث . بناء على أن اللام فيه للجنس خرج الخطأ للدليل فيبقى الباقي .

وفيه نظر، للمنع من كون اللام للجنس، وللمنع من كونه في اسم الجنس للعموم . ويقوى عندي التفصيل ، وهو أنه ان كان السبب ممنوعاً منع الارث والا فلا .

قوله : وهل للديان منع الوارث من القصاص الوجه لا ، وفى رواية لهم المنع حتى يضمن الوارث الدين

ما اختاره هو مذهب ابن ادريس وجماعة المحققين ، لقوله تعالى « ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً »[1] ، ومنع الغرماء يستلزم دفع السلطان الثابت بالكتاب . وأيضاً الثابت في العمد في الاصل ليس الا القصاص وانما يثبت الدية صلحاً ، والقصاص لاحق للديان فيه فليس لهم فيه منع .

---

١) سورة الاسراء : ٣٣ .

(الثانية) يرث الدية من يتقرب بالاب ذكراناً أواناثاً، والزوج والزوجة ولايرث من يتقرب بالام، وقيل: يرثها من يرث المال.

على أنا نقول: لو كان للديان تسلط على منع القصاص لزم انتفاء الحكمة في شرعه، وهو الردع عن القتل لقوله تعالى «ولكم في القصاص حياة»[1]، لكن اللازم باطل فكذا الملزوم. وأما بيان الملازمة: فان جواز اعتراض الغرماء مستلزم للتجري على قتل من عليه الديون اتكالا على جواز اعتراضهم.

وأما الرواية المشار اليها فهي مارواه ابوبصير قال: سألت الصادق عليه السلام عن الرجل يقتل وعليه دين وليس له مال فهل لاوليائه أن يهبوا دمه لقاتله؟ فقال: ان أصحاب الدين هم الخصماء القاتل، فان وهب أولياؤه دمه للقاتل فجائز، وان أرادوا القود فليس لهم ذاك حتى يضمنوا الدية للغرماء[2].

وعليها فتوى الشيخ في باب قضاء الدين عن الميت، وجعل ابن ادريس مستند الشيخ في النهاية رواية صفوان عن الرضا عليه السلام: انهم انما أخذوا الدية ليقضوا عنه الدين[3]. فأولها ابن ادريس بكون القتل غير عمد، وهو وهم منه.

قوله: يرث الدية من يتقرب بالاب ذكراناً أواناثاً والزوج والزوجة، ولا يرث من يتقرب بالام، وقيل يرثها من يرث المال

الاول قول الشيخين في النهاية والمقنعة ومن تبعهما وابن ادريس في كتاب الميراث، لتظافر الروايات بذلك: منها رواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه

---

١) سورة البقرة: ١٧٩.

٢) الفقيه ٤/١١٩، التهذيب ١٠/١٨٠، وفيهما ليس «فجائز» الى الاخر، وفيهما ضمنوا الدين للغرماء والافلا.

٣) الفقيه ٤/١٦٧، التهذيب ٦/١٩٢، وفيهما: انما اخذوا ديته به فعليهم ان يقضوا دينه. واللفظ للفقيه.

(الثالثة) اذا لم يكن للمقتول عمداً وارث سوى الامام فلـه القود أوالدية مع التراضي وليس له العفو ، وقيل : له العفو .

أما الرق ، فيمنع فى الوارث والموروث. ولواجتمع مع الحر فالميراث للحردونه، ولوبعد وقرب المملوك. ولوأعتق على ميراث قبل القسمة شارك ان كان مساوياً وحاز الارث ان كان أولى. ولو كان الوارث واحداً فأعتق

السلام قال: قضى علي عليه السلام أن الدية يرثها الورثة الا الاخوة والاخوات من الام فانهم لايرثون من الدية شيئاً[1].

والثاني قول الشيخ في المبسوط والخلاف، واختاره ابن ادريس في كتاب الجنايات ، لعموم آيات الارث. والاول أظهر في فتاوى الاصحاب ، ولما تقرر في الاصول من تقديم الخاص على العام لو تعارضا .

قوله: اذا لم يكن للمقتول عمداً وارث سوى الامام فله القود اوالدية مع التراضى ، وليس له العفو وقيل له العفو

اكثر الاصحاب بل كلهم على عدم جواز العفو للامام ، لرواية ابى ولاد الخياط عن الصادق عليه السلام[2]. وقال ابن ادريس له العفو لكونه ولياً مستحقاً فيكون له العفو كغيره من الاولياء .

---

١) الفقيه ٤/٢٣٢ ، الكافى ٧/١٣٩ ، التهذيب ٩/٣٧٥ .

٢) التهذيب ١٠/١٧٨ .

الرق لم يرث وان كان أقرب لانه لاقسمة ، ولو لم يكن وارث سوى المملوك أجبر مولاه على أخذ قيمته وينعتق ليحوز الارث . ولوقصرالمال عن قيمته لم يفك، وقيل: يفك ويسعى فى باقيه .

قوله: ولولم يكن وارث سوى المملوك اجبر مولاه على اخذ قيمته واعتق ١) ليحوز الارث ، ولو قصر المال عن قيمته لم يفك ، وقيل يفك ويسعى فى باقيه

الاول قول المفيد وسلار، وهو المشهور لاصالة عدم وجوب الشراء خرج ما اذا وفت التركة فيبقى الباقي على أصله .

ونقل ابن الجنيد والشيخ والقاضي عن بعض الاصحاب أنه يشتري منه بقدر التركة ويعتق ويستسعى في باقي ثمنه .

قال العلامة : وهذا ليس بعيداً من الصواب ، لان عتق الجزء يشارك عتق الجميع في الامر المطلوب شرعاً فيساويه في الحكم. وأيضاً هذا الجزء لو كان حراً لكان وارثاً بالفعل، وكل مملوك لو كان حراً لكان وارثاً يشترى ويعتق، فهذا الجزء يشترى ويعتق بالفعل : أما المقدمة الاولى فلان الكلام على تقديره، وهو اجماعي وعليه النص . وأما الثانية فلما يأتي من النصوص .

والاول أظهر في الفتوى ، لان وجود المقتضي غير كاف في الحكم ، بل لابد من عدم المانع وهو غير منتف هنا ، فان اضرار السيد بالتشقيص مانع والضرر خلاف الاصل .

وهنا فوائد :

(الاولى) لابد من عقد بيع ليعلم زوال ملك السيد . نعم لو امتنع سقط

---

١) فى المختصر النافع المطبوع : وينعتق ، وفى متن الرياض : ويعتق .

ويفك الابوان والاولاد دون غيرهما. وقيل : يفك ذوالقرابة، وفيه رواية ضعيفة .

اعتبار العقد وقهر على أخذ الثمن ، وكذا لابد من صيغة التحرير ليتحقق شرط الارث وهو الحرية .

(الثانية) لايجب دفع أزيد من القيمة بل قيمة المثل لاغير .

(الثالثة) انما يتـولى الشراء والعتق الحاكم الشرعي . نعم لو كان للميت وصي مطلق أمكن أن يتولى ذلك وان لم يستأذن الحاكم .

(الرابعة) لافرق في الرقيق بين القن وغيره ممن يؤول الى الحرية فيفك المدبر والمكاتب بنوعيه وأم الولد لوجود المعنى في الجميع .

(الخامسة) لو كان المدبر وارثاً وعتق بعد موت مدبره فان كان الوارث متعدداً ورث معهم لانه عتق قبل القسمة، وان كان واحداً لم يرث لعدم القسمة .

قوله : ويفك الابوان والاولاد دون غيرهما ، وقيـل يفك ذوالقرابة وبه رواية ضعيفة

انحصرت الاقوال هنا في ثلاث مسائل :

(الاولى) فك الابوين . وهو اجماع من الطائفة ، وان كان ابنا بابويه لم يـذكرا غير الام لكنهما لم ينفيا الاب وحصل الاجماع بعد عصرهما على فك الابوين .

(الثانية) فك الاولاد للصلب خاصة دون أولادهم . وبه قال المفيـد[1] وابن حمزة وابن ادريس ونفاه سلار واقتصر على الابوين خاصة .

(الثالثة) فك ذوي الـرحم والقرابة مطلقاً . وهو قـول الشيخ في النهاية

---

١) المقنعة : ١٠٧ .

والقاضي والتقي وابن الجنيد ، واستقر به العلامة .

وأما الروايات فأقسام :

« الاول » ـ رواية عبدالله بن طلحة عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن رجل مات وترك مالا كثيراً وترك أماً وأختاً مملوكتين . قال : تشتريان من مال الميت ثم تعتقان وتورثان[1]. وفي سندها ضعف مع اشتمالها على توريث الاخت مع الام وهو خلاف المذهب . ويمكن أن يقال : ليس المراد الجمع بل اتفاقهما في الحكم .

« الثاني » ـ رواية ابن بكير عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام قال: اذا مات الرجل وترك أباه وهومملوك أوأمه وهي مملوكة أو أخاه أو أخته وترك مالا والميت حر اشتري مما ترك ابوه أوقرابته وورث مابقي من المال[2]. وكأن هذه هي المشار اليها بالضعف في كلام المصنف لارسالها .

«الثالث» ـ رواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام في الحسن قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في الرجل يموت وله أم مملوكة وله مال : أن تشترى أمه من ماله ويدفع اليها بقية المال اذا لم يكن ذوقرابة لهم سهم في الكتاب[3] .

« الرابع » ـ رواية جميل بن دراج حسناً عن الصادق عليه السلام قال : قلت الرجل يموت وله ابن مملوك . قال : يشترى ويعتق ويدفع اليه ما بقي[4]. والفتوى على فك ذي رحم .

---

١) الكافي ١٤٧/٧ ، التهذيب ٣٣٤/٩ ، الاستبصار ١٧٥/٤ .

٢) التهذيب ٣٣٤/٩ ، الكافي ١٤٧/٧ ، الاستبصار ١٧٦/٤ .

٣) الكافي ١٤٧/٧ .

٤) الفقيه ٢٤٦/٣ ، الكافي ١٤٧/٧ .

وفى الزوج والزوجة تردد. ولايرث المدبر ولاام الولد ولاالمكاتب المشروط . ومن تحرر بعضه يرث بما فيه من الحرية ويمنع بما

قوله : وفى الزوج والزوجة تردد

ينشأ من فتوى الشيخ في النهاية بالفك ، تمسكاً برواية سليمان بن خالد صحيحاً عن الصادق عليه السلام قال: كان علي عليه السلام اذا مات الرجل وله أم مملوكة اشتراها من ماله وأعتقها وورثها[1]. ومن أصالة عدم الفك وعدم جبر المالك على البيع خرج ما تقدم ويبقى الباقي على منعه .

قال الشيخ في الاستبصار[2] وان المرأة لاترث سوى الربع والباقي للامام، فحينئذ جاز أن يكون علي عليه السلام فعل ذلك تبرعاً وهو غير متنازع فيه .

قال العلامة[3] هذا التعليل فيه نظر، لان كون الزوجة لها الربع لاغير لاينافي الرواية ، لاحتمال ان قيمتها أقل من الربع فتشترى ثم تعطى بقية الربع .

وفي النظر نظر، لان الشيخ لاينفي هذا الاحتمال وانما ذكر احتمال التبرع، لان مع وجوده لايلزم المطلوب .

قوله : ومن تحرر بعضه يرث ويورث[4]) بما فيه من الحرية ويمنع بما

---

١) الكافى ١٤٧/٧ ، الفقيه ٢٤٦/٤ .

٢) الاستبصار ١٧٩/٤ قال فيه بعد ذكر رواية سليمان بن خالد : فالوجه فى هذا الخبر ان امير المؤمنين عليه السلام كان يفعل على طريق التطوع لانا قد بينا ان الزوجة اذا كانت حرة ولم يكن هناك وارث لم يكن لها اكثر من الربع والباقى يكون للامام واذا كان المستحق للمال امير المؤمنين عليه السلام جاز ان يشترى الزوجة ويعتقها ويعطيها بقية المال تبرعاً وندباً دون ان يكون فعل ذلك واجباً لازماً .

٣) المختلف ، الجزء الخامس ١٨٥ .

٤) ليس « يورث » في المختصر النافع المطبوع .

فيه من الرقية .

المقدمة الثالثة فـى السهام ، وهى ستــة : النصف ، والربع ، والثمن ، والثلثان، والثلث ، والسدس .

فالنصف للزوج مع عدم الولد وان نزل ، وللبنت ، والاخت للاب والام أوللاب .

والربع للمزوج مع الولد وان نزل وللزوجة مع عدمه.

والثمن للزوجة مع الولد وان نزل .

والثلثان للبنتين فصاعداً وللاختين فصاعداً للاب والام أوللاب

والثلث للام مع عدم من يحجبها من الولد وان نزل اوالاخوة وللاثنين فصاعداً من ولد الام .

والسدس لكل واحد من الابوين مع الولد وان نزل ، وللام مع من يحجبها عن الزائد ، وللواحد من كلالة الام ذكراً كان اوانثى .

فيه من الرقية

أما الارث من البعض بقدر ما فيه من الحرية فظاهر لانه لايملك سوى ذلك القدر فينتقل الى وارثه ، وأما ارثه فنقول اذا كان نصفه حراً مثلا فاما ان يكون ذا فرض أولا ، فان كان الاول أعطي من فرضه بقدر حريته ، فتعطى الام نصف الثلث مع عدم الحاجب ونصف السدس مع وجوده ، وكذا الكلام فـي غير النصف من الكسور وغير الام من الوارث. وان كان الثاني أعطي نصف مستحقه ان كان نصفه حراً وثلثه ان كان ثلثه حراً وهكذا، ويعطى الباقي من التركة لغيره

والنصف يجتمع مع مثله ، ومع الربع ، والثمن ، ومع الثلث والسدس .

ولا يجتمع الربع مع الثمن .

ويجتمع الربع مع الثلثين والثلث والسدس .

ويجتمع الثمن مع الثلثين والسدس .

ولا يجتمع مع الثلث ، ولا الثلث مع السدس .

من الوراث مع مراعاة الاقربية فيهم ، فيقدم الولد مثلا على الاخ والاخ على العم ، فلو مات شخص وله ولد نصفه حر أعطى نصف التركة ، فلو فرض له أخ كذلك أعطي نصف النصف الباقي وهو ربع، ولو فرض له عم أيضاً نصفه حر أعطي نصف الربع وهوثمن ويكون الثمن الباقي للامام اذا لم يكن معتق ولا ضامن جريرة . ومن هنا يقال أي تركة يرث فيها الابن والاخ والعم .

قوله : والنصف يجتمع مع مثله ومع الربع والثمن ومع الثلث والسدس ولا يجتمع الربع مع الثمن ويجتمع الربع مع الثلثين والثلث والسدس ويجتمع الثمن مع الثلثين والسدس ولا يجتمع مع الثلث ولا الثلث مع السدس تسمية ١)

السهام المسماة في الكتاب هى الستة المذكورة ، وهي النصف ونصفه ونصف نصفه والثلثان ونصفه ونصف نصفه . والاجتماعات فوق الثنائية غير ممكنةعندنا الانادراً، لبطلانالعول، فلذلك حصر المصنف الاجتماعات الثنائية، وهي بحسب الحصر العقلي ستة وثلاثون حاصلة من ضرب الستة في نفسها تسقط

---

١) ليس « تسمية » فى المختصر النافع المطبوع بمصر .

أربعة عشرة للتكرار، فان النصف مع الربع مثلا هوالربع مع النصف وهكذا في غيرهما، وتسقط أيضاً سبعة لعدم الاتفاق تبقى خمسة عشرة ، ذكر المصنف منها عشرة وأهمل خمسة :

« ١ » ـ النصف مع الثلثين لبطلان العول كزوج مع اختين .

« ٢ » ـ الثلثان مع الربع .

« ٣ » ـ الثلثان مع الثلث .

« ٤ » ـ الثلثان مع السدس .

« ٥ » ـ السدس مع السدس .

وهذه الاربعة لا أدري لم أهملها . ولنضع لوحاً تسهل مع النظر فيه كيفية الاجتماعات وما يمكن منها شرعاً ومالا يمكن بل يمتنع شرعاً كل ذلك على سبيل التسمية في الاصل .

وأما الاتفاقيات فليس البحث فيها فانه ربما اتفق اجتماع ما يمتنع تسميته في الفريضة كما يظهر للمتأمل كزوجة وبنت وثلاث بنين فان فيها ثمناً وربعاً اتفاقاً. وهذا اللوح المذكور سابقاً :

السهام	النصف	الربع	الثمن	الثلثان	الثلث	السدس
النصف	زوج واخت	زوج وبنت	زوجة وبنت	ممنوع لبطلان العول	زوج وام	بنت وام
الربع	مكرر	ممتنع	ممتنع	زوجة واختان	زوجة وام	زوجة [وام][1] وواحد من كلالة الام
الثمن	مكرر	ممتنع	ممتنع	زوجة وبنتان	ممتنع	زوجة واحد الابوين مع الولد
الثلثان	ممتنع لبطلان العول	زوج وبنتان	مكرر	ممتنع	اختان من الابوين ومثلهما من الام	اختان من الابوين وواحد من الام
الثلث	مكرر	مكرر	ممتنع	مكرر	ممتنع	ممتنع
السدس	مكرر	مكرر	مكرر	مكرر	ممتنع	ابوان مع الولد

١) ليس «وام» فى نسخة . وفى هامش شرح اللمعة المعروف بمحمد كاظم المطبوع فى سنة ١٢٨٨ جدول نقلاعن التنقيح باختلاف يسير فراجعه .

مسألتان :

(الاولى) التعصيب باطل . وفاضل التركة يرد على ذوي السهام عدا الزوج والزوجة ، والام مع وجود من يحجبها على تفصيل يأتي .

قوله : ولا الثلث مع السدس تسمية[1])

انما قال تسمية لانه قد يجتمع معه لكن لا تسمية بل اتفاقاً كزوج وابوين والام محجوبة بالاخوة ، فان للزوج النصف وللام السدس والباقى وهو الثلث للاب بالقرابة [اتفاقاً] .

قوله : مسألتان الاولى التعصيب باطل وفاضل التركة يرد على ذوى السهام عدا الزوج والزوجة والام مع وجود من يحجبها على تفصيل يأتى

التعصيب : توريث العصبة ، قال الجوهري: عصبة الرجل بنوه وقرابته لابيه ، وانما سموا عصبة لانهم عصبوا به أي أحاطوا به ، فالاب طرف والابن طرف والعم جانب والاخ جانب، والجمع العصبات. وشرعاً يبحث عن العصبة في بابين: أحدهما في حمل الدية وسيأتي تفسيرها هناك، وثانيهما في المواريث ويراد بها كل من انتسب الى الميت من جهة الاب .

اذا عرفت هذا فهنا فائدتان :

(الاولى) في كيفية التعصيب. وذلك أن يترك الميت من الورثة من له سهم مقدر في كتاب الله ويفضل بعد ذلك فضلة، فقال الجمهور انه يعطى ذلك الفضلة للعصبة ، كما اذا خلف الميت بنتاً واحدة وله اخ أو ابن اخ أو اختاً واحدة

---

١) ليس فى النافع المطبوع بمصر : « تسمية » .

وله عم أو ابن عم ، فان البنت لها النصف في المسألة الاولى وكذا الاخت في الثانية يبقى النصف الباقي يكون للاخ أوابنه مع عدمه في الاولى وللعم أو ابنه مع عدمه في الثانية وكذا غيرهما من المسائل مما يكون فيها فضل عن ذوي السهام . وعندنا ان الباقي بعد ذوي السهام يكون لهم لا للعصبة، فيكون الباقي للبنت بالرد في الاولى وكذا للاخت في الثانية .

(الثانية) استدل أصحابنا على الرد على ذوي السهام بوجوه :

الاول: قوله تعالى « وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله»[1]، ولا خلاف أن الاقرب من ذوي الارحام أولى بصاحبه من الابعد في كل شيء من الميراث وغيره ، ولهذا يقدم الابن على الاخ والاخ على العم ، واذا كان كذلك كانت البنت أولى من الاخ والاخت من العم في الفاضل عن سهمهما، وذلك هو المطلوب .

الثاني : قوله تعالى « ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك »[2]، وجه الاستدلال أن شرط في ارث الاخت انتفاء الولد فلا تكون وارثة مع البنت ، لان البنت ولد، فلو كانت الاخت تستحق النصف بالتعصيب لزم أن يكون قوله « ولد » زائداً بغير فائدة ، وهو باطل اجماعاً ، واذا كان كذلك بطل القول بالتعصيب .

الثالث: اجماع أهل البيت عليهم السلام على بطلان القول به، واجماعهم حجة كما تقرر في الاصول ، ولذلك وردت أخبارهم متظافرة متواترة بذلك ، كرواية عبدالله بن بكير عن حسين البزاز عن الصادق عليه السلام قال : المال للاقرب والعصبة في فيه التراب[3].

---

١) سورة الانفال : ٧٥ .

٢) سورة النساء : ١٧٦ .

٣) التهذيب ٩/٢٦٧ ، الكافي ٧/٧٥ وفيه : عن حسين الرزاز .

واحتج الجمهور بوجوه :

الاول: قوله تعالى «اني خفت الموالي من ورائي وكانت امرأتي عاقرا فهب لي من لدنك ولياً يرثني »[1] وجه الاستدلال : أنه لولا التعصيب لم يخص السؤال بالولي بل قال ولياً يرثني أو ولية ، فلما خصصه به دل على أن بني عمه يرثونه مع البنت فلذلك لم يطلبها.

الثاني : ماروى عن طاوس عن أبيه عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : الحقوا بالاموال الفرائض فما أبقت الفرائض فلاولي عصبة ذكر[2].

الثالث : مارواه جابر ان امرأة جاءت بابنتي سعد بن الربيع فقالت : يا رسول الله ان أباهما قتل يوم أحد وأخذ عمهما المال ولا تنكحان الاولهما مال. فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم : سيقضي الله في ذلك ، فأنزل الله تعالى « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك »[3] ، فدعا النبي صلى الله عليه وآله وسلم عمهما وقال له : اعط الجاريتين الثلثين واعط أمهما الثمن وما يبقى فهو لك[4]. وأجيب :

عن الاول : بأن التخصيص بالسؤال للولي لتغليب المذكر ، أو لارادة الجنس أو لان الذكر مطلوب طبعاً .

وعن الثاني: بالمنع من صحة الخبر ، ولذلك ورد عن ابن عباس أنه أنكره.

---

١) سورة مريم : ٥ .

٢) شرح البخاري للكرماني ٢٣/١٥٩، ١٦٢، ١٦٣، ١٦٧، سنن الترمذي ٤/٤١٨ وفيهما الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لاولى رجل ذكر. وفي سنن ابي داود ٣/١٢٢ اقسم المال بين اهل الفرائض على كتاب الله فما تركت الفرائض فلاولى ذكر .

٣) سورة النساء: ١٣ .

٤) سنن الترمذي ٤/٤١٤ .

(الثانية) لاعول في الفرائض لاستحالة أن يفرض الله سبحانه في مال مالا يفي بل يدخل النقص على البنت او البنتين ، او على الاب او من يتقرب به . وسيأتي بيانه ان شاء الله تعالى .

رواه ابوطالب الانباري عن محمد بن احمد البربري مرفوعاً الى قارية بن مضرب قال : قلت لابن عباس : روى أهل العراق عنك وعن طاوس مولاك انما أبقت الفرائض لاولي عصبة ذكر. قال : أمن أهل العراق أنت ؟ قلت: نعم . قال : أبلغ من وراك اني أقول قول الله عزوجل «آباؤكم وأبناء لاتدرون أيهم أقرب لكم نفعاً فريضة من الله»[1] وقول «وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله»[2]، وهل هذه الافريضتان وهل أبقتا شيئاً، ماقلت هذا ولا طاوس يرويه. قال قارية بن مضرب: فلقيت طاوساً فقال: لا والله ما رويت هذا على ابن عباس قط ، وانما الشيطان ألقاه على ألسنتهم[3] . وهذه الرواية لم ترو الا عن طاوس .

وعن الثالث : نمنع صحة الخبر ، وعلى تقدير الصحة جاز أن يكون أخذ العم الباقي عوضاً عن قيامه في مالهما .

قوله : لاعول في الفرائض لاستحالة ان يفرض الله سبحانة في مال ما لايفي به ، بل يدخل النقص على البنت اوالبنتين اوالاب اومن يتقرب به ، وسيأتى بيانه ان شاء الله تعالى

قال الجوهري : العول أيضاً عول الفريضة، وقد عالت أي ارتفعت ، وهو أن تزيد سهاماً فيدخل النقصان على اهل الفرائض . قال ابوعبيد : أظنه مأخوذ من

---

١) سورة النساء : ١١ .

٢) سورة الانفال : ٧٥ .

٣) التهذيب ٩/٢٦٢ .

الميل ، أي من قولهم عال الميزان فهو عائل أي مائل ، وذلك أن الفريضة اذا عالت فهوميل على أهل الفريضة جميعاً فينقصهم ، ويقال أيضاً عال زيد الفرائض وأعالها بمعنى يتعدى ولايتعدى .

وشرعاً في الحقيقة هو ضد التعصيب فان التعصيب توريث العصبة ما فضل عن ذوي السهام والعول نقصان التركة عن ذوي السهام ، كأختين وزوج فان للاختين الثلثين وللزوج النصف فقد زادت السهام سدساً ونقصت التركة عنه وكالابوين وبنتين وزوجة، فان للابوين السدسين وللبنتين الثلثين وللزوجة الثمن، فقد زادت ثمناً ونقصت التركة عنه .

فعندنا يدخل النقص على الاختين والبنتين ، فتعطى الاختان في المسألة الاولى ثلاثة من ستة وكان لهما أربعة ويعطى الزوج ثلاثة . وفي الثانية يعطى الابوان ثمانية من أربعة وعشرين وتعطى الزوجة ثلاثة منها تبقى ثلاثة للبنتين وقد كان لهما ستة عشر منها .

والضابط في دخول النقص عند أصحابنا الامامية: أن كل من لم يذكر له في القرآن الافرض واحد فان النقص يدخل عليه كالبنات والاخوات، وكل من ذكر له فرض قلة وفرض كثرة لايدخل عليه نقص كالزوجين والام والاخوة من قبلها .

وفي ذكر المصنف الاب وعطفه على البنات نظر ، لان الاب مع الولد لاينقص سهمه عن السدس ومع عدم الولد ليس بذي فرض، ومسألة العول تخص بذوي الفروض .

وعند الجمهور يدخل النقص على جميع ذوي الفروض موزعاً عليهم ، بأن يزيد السهم الزائد على الفريضة ، فان المسألة الاولى الفريضة فيها ستة لا الثلثين من ثلاثة والنصف من اثنين ، وهما متباينان فتضرب أحدهما في الاخر يصير ستة ، فللاختين أربعة منها يبقى اثنان لاتفي بحق الزوج وهو ثلاثة فيبقى له واحد فتزيده على الفريضة يصير سبعة للزوج منها ثلاثة وللاختين اربعة .

والمسألة الثانية الفريضة فيها أربعة وعشرون لان فيها ثمناً وسدساً ومخرجهما متوافقان بالنصف ، فتضرب نصف أحدهما في الاخر يبلغ ذلك ويحصل النقص على البنتين بثلاثة فتزيدها على الفريضة تصير سبعة وعشرين للابوين ثمانية منها وللبنتين ستة عشر منها تبقى ثلاثة للزوجة هي تسع الفريضة فقد صار ثمنها تسعاً ، وهي المسألة المعروفة بالمنبرية[1] .

احتج أصحابنا بوجوه :

الاول : انه لابد من مخالفة آيات الميراث ، فكلما كانت المخالفة أقل كان أولى وهو قولنا .

الثاني : انا اذا أدخلنا النقص على الاختين أو البنتين خاصة كان امراً مجمعاً عليه ، واذا أدخلتم النقص على الزوجين والابوين كان أمراً مختلفاً فيه ، والاخذ بالاجماع أولى من الاخذ بالخلاف واحوط للبراءة .

---

١) وهي الرواية التي رواها في المبسوط ٩/٢٥٩ قال : روى ابوطالب الانباري، قال حدثني الحسن بن محمد بن ايوب الجوزجاني ، قال حدثنا عثمان بن ابي شيبة ، قال حدثنا يحيى بن ابي بكر عن شعبة عن سماك عن عبيدة السلماني قال : كان على عليه السلام على المنبر فقام اليه رجل فقال: يا أمير المومنين رجل مات وترك ابنتيه وابويه وزوجة . فقال على عليه السلام: صار ثمن المرأة تسعاً. قال سماك: قلت لعبيدة: وكيف ذلك؟ قال: ان عمر بن الخطاب وقعت في امارته هذه الفريضة فلم يدر ما يصنع وقال : للبنتين الثلثان وللابوين السدسان وللزوجة الثمن . قال : هذا الثمن باقياً بعد الابوين والبنتين . فقال له أصحاب محمد صلى الله عليه وآله وسلم : اعط هؤلاء فريضتهم للابوين السدسان وللزوجة الثمن وللبنتين ما يبقى . فقال : فأين فريضتهما الثلثان . فقال له على بن ابي طالب عليه السلام: لهما ما يبقى، فأبى ذلك عليه عمر وابن مسعود، فقال على عليه السلام: على ما رأى عمر. قال عبيدة: واخبرني جماعة من أصحاب على عليه السلام بعد ذلك في مثلها انه أعطى للزوج الربع مع الابنتين وللابوين السدسين والباقي رد على البنتين ، وذلك هو الحق وان أباه قومنا .

وأما المقاصد فثلاثة :

(الاول) في الانساب . ومراتبهم ثلاث :

(الاولى) الاباء والاولاد. فالاب يرث المال اذا انفرد والام الثلث والباقي بالرد . ولو اجتمعا فللام الثلث وللاب الباقي . ولو كان له أخوة كان لها السدس . ولو شاركهما زوج او زوجة ، فللزوج النصف ، وللزوجة الربع . وللام ثلث الاصل اذا لم يكن حاجب والباقي للاب ، ولو كان لها حاجب كان لها السدس .

الثالث: ان كل واحد من الابوين والزوجين له سهمان أعلى وأدنى ، وليس للبنت والبنتين والاختين الاسهم واحد ، فاذا أدخلنا النقص عليهن صار لهن سهم آخر أدنى ، فيستوي ذوالسهام في ذلك .

الرابع : اجماع أئمتنا عليهم السلام ، وهو حجة كما تقرر في الاصول .

الخامس : تواتر أخبار أهل البيت عليهم السلام، كرواية محمد بن مسلم قال: اقرأني ابو جعفر عليه السلام كتاب الفرائض التي هي املاء رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وخط علي عليه السلام فاذا فيهما : ان السهام لاتعول[1].

ورواية زرارة عن الباقر عليه السلام : ان السهام لاتعول[2] .

وعنهم عن علي عليه السلام: من شاء باهلته أن الذي أحصى رمل عالج ماجعل في مال نصفاً وثلثاً وربعاً[3] .

ورواية الزهري مرفوعاً الى ابن عباس : ان أول من أعال الفريضة عمر

---

١ ، ٢) التهذيب ٩/٢٤٧ ، الوسائل ٧/٤٢٣ .

٣) لم اعثر على رواية بهذا اللفظ عنه عليه السلام ، واما الروايات في هذا المعنى كثيرة ، راجع الوسائل ١٧/٤٢١ باب بطلان العول .

ولوانفرد الابن فالمال له . ولو كانوا أكثر اشتركوا بالسوية . ولوكانوا ذكراناً واناثاً فللذكر سهمان ، وللانثى سهم . ولو اجتمع معهما الابوان فلهما السدسان والباقي للاولاد ذكراناً كانوا اواناثاً اوذكراناً واناثاً .

ولوكانت بنت فلها النصف وللابوين السدسان ، والباقي يرد أخماساً .

ولوكان من يحجب الام رد على الاب والبنت أرباعاً .

ولوكانت بنتان فصاعداً فللابوين : السدسان ، وللبنتين او البنات الثلثان بالسوية .

ولوكان معهما اومعهن احد الابوين كان له : السدس ، ولهما اولهن : الثلثان، والباقي يرد أخماساً.

ابن الخطاب ، فقال له زفر : هلاأشرت عليه . فقال : هبته وكان رجلا مهيباً[1] .

احتج المخالف بوجوه :

الاول: انه اذاكانت التركة قاصرة عن الديون يدخل النقص على الجميع ، فكذا اذاكانت قاصرة عن السهام يدخل النقص على الجميع قياساً على الديون، والجامع أنها حقوق تعلقت بالمال ولا وفاء فيه فأدخلنا النقص على الجميع والا لزم الترجيح من غير مرجح .

الثانى : انعمر حكم بالعول ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فصار اجماعاً.

الثالث: روى سماك بن حارث عن عبيدة السلماني قال: كان علي عليه السلام

---

١) كنز العمال ١١/ ٢٧ اخرجه عن سنن البيهقى .

على المنبر فقام اليه رجل فقال : يا امير المؤمنين رجل مات وترك ابنتيه وابويه وزوجة ، فقال علي عليه السلام : صار ثمن المرأة تسعاً[1] .

والجواب عن الاول : ان القياس باطل عندنا كماتبين في الاصول ، سلمنا لكن الفرق حاصل بين الديون والسهام ، فان الديون ثابتة في ذمة الميت، فاذا قضى بعضها بقي الباقي في ذمته، وليس كذلك أصحاب السهام، فانهم يستحقون من التركة مايصيب كل واحد منهم ، فاذانقصوا عماسمي لهم لم يبق لهم شيء .

سلمنا المساواة للديون ، لكن المرجح في السهام حاصل ، وهو ماذكرنا أن البنتين والاختين ليس لهما النصيب الادنى .

وعن الثانى : بأن الخبر على تقدير صحته انماأجاب علي عليه السلام على وجه الانكار لا الاخبار ، والهمزة مقدرة فيه أوخرج على وجه التقية ولم يمكنه اظهار القول ببطلان العول ، كمالم يظهر كثيراً من مذاهبه ، ولاجل ذلك قال لقضاته وقدسألوه : بمانحكم ياأمير المؤمنين ؟ فقال : اقضوا كماكنتم تقضون حتى يكون الناس واحداً أوأموت كمامات أصحابى. ويدل على ذلك ما نقل من طريق أهل البيت عليهم السلام أنه كان ينكر القول بالعول .

وعن الثالث : بمنع الاجماع، فان السكوت لايدل على الرضا، فان العادة جارية أن كبير القوم اذاحكم بشيء هاب قومه الردعليه خصوصاً مع شكاسة[2] أخلاقه ثم يظهرون ذلك بعدموته كما تقدم من اظهار ابن عباس .

---

١) التهذيب ٩/ ٢٥٩ .

٢) الشكاسة: سوء الخلق. وقيل سوء الخلق فى المبايعة . وفى بعض النسخ «شراسة» بدل « شكاسة » والمعنى واحد .

ولو كان مع البنت والابوين زوج اوزوجة كان للزوج الربع وللزوجة الثمن، وللابوين السدسان، والباقي للبنت. وحيث يفضل عن النصف يرد الزائد عليها وعلى الابوين أخماساً.

ولو كان من يحجب الام رددناه على البنت والاب أرباعاً.

قوله: ولو كان مع البنت والابوين زوج اوزوجة كان للزوج الربع وللزوجة الثمن وللابوين السدسان والباقي للبنت، وحيث يفضل عن النصف يرد الزائد عليها وعلى الابوين اخماساً، ولو كان من يحجب الام رددناه على البنت والاب ارباعاً

هنا مسألتان:

(الاولى) بنت وأبوان وزوج تصح من اثني عشر، لان ربع الزوج من اربعة وسدس الابوين من ستة وبين الاربعة والستة مشاركة بالنصف فتضرب نصف أحدهما في كل الاخر فيصير اثناعشر للزوج ثلاثة وللابوين اربعة تبقى للبنت خمسة ينقص عليها واحد من اثني عشر.

(الثانية) بنت وأبوان وزوجة تصح من اربعة وعشرين للابوين السدسان وللزوجة الثمن وبين مخرجهما وهما الستة والثمانية تشارك في النصف فتضرب نصف أحدهما في الاخر يبلغ العدد المذكور، للزوجة منه ثلاثة وللابوين ثمانية وللبنت اثناعشر يبقى واحد يرد على البنت والابوين ان لم يكن للام حاجب [من الاخوة] ومع الحاجب عليها وعلى الاب خاصة فالاول أخماساً والثاني أرباعاً، ففي الاول تضرب خمسة مخرج الخمس في الاصل يبلغ مائة وعشرين، ومنه تصح للزوجة خمسة عشر وللابوين أربعون وللبنت ستون تبقى خمسة للابوين سهمان وللبنت ثلاثة وفي الثاني تضرب أربعة مخرج الربع في الاصل يبلغ ستة وتسعين للزوجة اثناعشر

ويلحق مسائل:

(الاولى) الاولاد يقومون مقام آبائهم عند عدمهم ويأخذ كل فريق نصيب من يتقرب به ، ويقسمونه للذكر مثل حظ الانثيين ، اولاد ابن كانوا اوأولاد بنت على الاشبه . ويمنع الاقرب الابعد .

وللابوين اثنان وثلاثون وللبنت ثمانية واربعون تبقى أربعة للاب سهم وللبنت ثلاثة، فقوله «وحيث يفضل عن النصف» الى آخره اشارة الى هذ المسألة ، وانما نسب المصنف الفضل الى النصف لاالى الكل لان النقص منسوب اليه فكذا مقابله .

قوله : اولاد الاولاد يقومون مقام آبائهم عند عدمهم ويأخذ كل فريق نصيب من يتقرب به ويقسمون المال للذكر مثل حظ الانثيين اولاد ابن كانوا اواولاد بنت على الاشبه

في هذا البحث مسألتان :

(الاولى) هل أولاد الاولاد أولاد حقيقة أومجازاً؟ ذهب السيد وابن ادريس[1] ومعين الدين المصري الى الاول، وذهب الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف والمفيد والصدوق والتقي والقاضي وابن حمزة الى الثاني ، وقد تقدم دليل الفريقين في الوقف .

وفائدة الخلاف هنا أنهم على قول الشيخ واتباعه يأخذون ميراث آبائهم وأمهاتهم ، فلابن البنت الثلث ولبنت الابن الثلثان لواجتمعا . وعلى قول السيد وأتباعه يأخذ ابن البنت الثلثين وبنت الابن الثلث والايلزم أمور شنيعة :

منها أن يفرض أن الميت خلف عشرين ابن بنت وبنت ابن وحينئذ يكون لبنت الابن الثلثان ولبني البنت العشرين الثلث . وذلك شنيع .

---

١) السرائر : ٣٩٦ .

والاقوى قول الشيخ، لان ولدالولدلو كان ولداً لشارك الولد في الميراث، واللازم باطل اتفاقاً فكذاالملزوم، والملازمة ظاهرة. ويؤيده مارواه عبدالرحمن ابن الحجاج صحيحاً عن الصادق عليه السلام قال: بنات البنت يقمن مقام البنت اذالم تكن للميت بنات ولاوارث غيرهن، وبنات الابن يقمن مقام الابن اذالم يكن للميت ولدولاوارث غيرهن[1]. وبمعناه روى سعد بن ابى خلف عن الكاظم عليه السلام[2].

وماذكره السيد من الشناعة انما يتم على تقدير أن ولد الولد ولد حقيقة وان مطلق الاستعمال دليل الحقيقة. وهما ممنوعان، وسند المنع ماتقدم. على أن الشناعة تلزمها كماتلزمه في أولادالاخوة والاخوات وأولادالاعمام والعمات.

(الثانية) هل أولادالبنات يقسمون المال للذكر مثل حظ الانثيين أوبالسوية؟ المشهور هو الاول كما هـواختيار المصنف، ونقل الشيخ عـن بعض أصحابنا الثاني، واختاره القاضي.

قال بعض الفضلاء: هذا القول لايخلو من قوة، لان القول بأنهم يأخذون نصيب آبائهم مع القول باقتسامهم للذكر مثل حظ الانثيين ممالا يجتمعان، لان ولدالولد اما أن يكون ولداً أولا، فان كان الاول لزم انتفاء الاول وان كان الثاني لزم انتفاء الثاني، وذلك لقوله تعالى «يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين»[3]، فانه اماأن يحمل الاولاد فيها على الحقيقةخاصة أوعليها وعلى المجاز لاستحالة حمله على المجاز اجماعاً، لكن التالي باطل لما تقرر في الاصول من امتناعه فتعين الاول. وولد الولد ليس بولد حقيقة فلا تشمله الاية المذكورة، فالقول باقتسامه للذكر مثل حظ الانثيين لادليل له.

---

١) الكافي ٨٨/٧، التهذيب ٣١٦/٩، الاستبصار ١٦٦/٤.

٢) الفقيه ١٩٦/٤، الكافي ٨٨/٧، التهذيب ٣١٦/٩، الاستبصار ١٦٦/٤.

٣) سورة النساء: ١١.

ويرد على ولد البنت كما يرد على امه ذكراً كان اوانثى .
ويشاركون الابوين كما يشاركهما الاولاد للصلب على الاصح .

وفيه نظر ، لانه لايلزم من عدم تجوز الاية لهم عدم الحكم باقتسامهم للذكر مثل حظ الانثيين ، لجواز استناده الى دليل آخر ، وعدم الوجدان لايدل على عدم الوجود .

على أنا نقول : الاجماع الحاصل من زمن الشيخ الى الان دليل عليه ، وهو كاف هنا. وقول المصنف« على الاشبه» يمكن أن يكون راجعاً الى المسألتين.

قوله : ويرد على ولد البنت كما يرد على امه ذكراً كان اوانثى

هذا تفريع على قول الشيخ واتباعه من أن ابن البنت يأخذ نصيب أمه، وعلى قول المرتضى لايرد عليه بل يأخذ المال جملة لانه ابن فليس بذي فرض حتى يرد عليه .

قوله : ويشاركون الابوين كما يشاركهما الاولاد للصلب على الاصح

هذا مذهب الشيخين والتقي والحسن وسلار والقاضي والفضل بن شاذان من القدماء ،وعليه انعقاد الاجماع بعد ابن بابويه. وأماهوفحكم بعدم المشاركة وان المال للابوين ، ويمكن أن ينتصر له بوجوه :

الاول : ان ولد الولد ليس بولد حقيقة ، فلا يلزم من توريث الولد مع الابوين توريثه معهما .

الثاني : ان نسبته الى الميت كنسبة الجد اليه، وكما لايرث الجد مع وجود الابوين فكذا لايرث ولد الولد مع وجود أحدهما .

الثالث : ان أحد الابوين والولد متساويا النسبة الى الميت ولذلك تساويا في الاستحقاق ، والولد حاجب لولد الولد فكذا الابوان يحجبان ولد الولد، لان حكم المتساويين واحد .

الرابع : الاية الكريمة وهي قوله « وأولوالارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله »[1] حاكمة بأن الاقرب أولى، والوالدان الاقرب لان المراد بالقرب عد القرابة الى الميت ، فمن كان أقل عداً فهو أقرب ، ولاشك أن الابوين يتقربان بأنفسهما وأولادالاولاديعدون بواسطةأواكثر،فيكونالابوان أولىبالارث وهو المطلوب .

الخامس : رواية عبدالرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام : ان ابن الابن يقوم مقام الابن اذا لم يكن للميت ولد ولاوارث غيره[2]. ومثله روى سعد ابن أبى خلف عن الكاظم عليه السلام[3]. والابوان وارثان فلايرث ابن الابن مع وجودهما عملا بالنص المذكور .

ان قلت : المراد بالغير هنا ابن الميت الذي هو والد لهذا الابن ، وذلك لان لفظة « وارث » نكرة موصوفة تصدق على أقل ممكن ، وهو صادق هنا فلاحاجة الى غيره .

قلت : لفظة« وارث »نكرة وقعت في سياق النفي فتعم كماتقررفي الاصول.

احتج الشيخ بوجوه :

الاول : اجماع الاصحاب ، وهو حجة .

الثاني: رواية عبدالرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام : بنات البنات يرثن اذا لم تكن بنات من صلب الرجل ، وابن الابن اذالم يكن من صلب الرجل أحد قام مقام الابن[4] . وهو يشمل صورة النزاع .

---

١) سورة النساء : ١١ .

٢ ، ٣) قد مرتا آنفاً فى التعليقة السابقة .

٤) راجع الوسائل ١٧/٤٤٩ .

الثالث : رواية اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام ابن الابن يقوم مقام ابيه[1]. وهويشمل أيضاً محل النزاع . والاقوى الاستدلال بالاجماع فانه سبق ابن بابويه وتأخر عنه ، والروايات محتملة ليست ناصة .

ويجاب عن « الانتصار »أما عن الاول : فبأن توريثه باعتبار قيامه مقام الولد لالانه ولد .

وعن الثاني : بأنه قياس ، وهو باطل عندنا .

وعن الثالث : ان أردت التساوي من جميع الوجوه فممنوع لابد له من دليل، وان أردت ببعض الوجوه جازت المخالفة بوجه آخر، فلايلزم عموم الحكم .

وعن الرابع : ان القرب هنا سقط اعتباره بالاجماع كما في ابن العم من الابوبن مع العم من الاب .

وعن الخامس : ماذكرنا من قبول الاحتمال فليست الرواية ناصة .

وهنا فوائد :

(الاولى) انه على قول المرتضى لايتأتى هذا الخلاف ، فان الولد الحقيقي يرث مع الابوين اجماعاً .

(الثانية) يتفرع على قول الصدوق أن مع وجود أحد الزوجين في الصورة المذكورة يكون له النصيب الاعلى، اذلا اعتبار بوجود ولد الولد حينئذ فيكون كالمعدوم . ويحتمل أن يكون له الادنى ، لان الحاجب لايشترط ان يكون وارثاً كما في الاخوة مع الابوين .

(الثالثة) قال الصدوق: ان الاجداد يرثون مع ولد الولد نظراً الى المساواة في المرتبة ، فالجد مع بنات البنت السدس ، عملا برواية سعيد بن ابى خلف

---

١) التهذيب ٩/ ٦٠ ، الكافى ٧/ ٨٨ .

(الثانية) يحبى الولد الاكبر بثياب بدن الميت وخاتمه وسيفه ومصحفه اذاخلف الميت غيرذلك. ولوكان الاكبر بنتاً أخذه الاكبر من الذكور. ويقضى عنه ماترك من صيام اوصلاة. وشرط بعض الاصحاب ألايكون سفيهاً ولافاسد الرأي.

عن الكاظم عليه السلام في بنات بنت وجد للجد السدس والباقي لبنات البنت[1]

ورده الشيخ: بأنه ثبت قيام ولدالولدمقام الولد، والولد يحجب الجدفكذا من يقوم مقامه. مع أن فى طريقه ابن فضال، فيجب ترك العمل به باجماع العصابة.

وربماحمل على استحباب الطعمة. وفيه نظر، لان الطعمة انماهي من الابوين.

قوله: يحبى الولد الاكبر بثياب بدن الميت وخاتمه وسيفه ومصحفه اذا خلف الميت غيرذلك، واذا كان الاكبر بنتاً اخذه الاكبر من الذكور ويقضى عنه ما ترك من صلاة وصيام. وشرط بعض الاصحاب أن لايكون سفيهاً ولافاسد الراى

حباه[2] يحبوه أي أعطاه، والحباء العطاء. وهذه المسألة من خواص أصحابنا لم نسمع أن أحداً من الفقهاء أفتى فيها بشيء[3]. وتنقيح البحث فيهايتم بفوائد:

---

١) الفقيه ٤/٢٠٥. حمله، فى الوسائل ١٧/٤٥١ على التقية اواستحباب الطعمة وقال: ان المراد بالجد جد البنات وهوابوالميت.

٢) قال الشهيد الثانى فى رسالته فى الحبوة: الحبوة بفتح الحاء مصدر حباه اذا اعطاه والحبا بالكسر: العطاء. وشرعاً مال مخصوص من مال المورث الذكر يختص به من ولده الذى لايكون له ذكرحى اكبرمنه ابتداء.

٣) قال الشهيد الثانى فى الرسالة: واعلم ان الحبوة فى الجملة متفق عليه بين اصحابنا واخبارهم بها متظافرة وستتلوعليك بعضها وخالف فى ذلك سائر الفقهاء وانما اختلف اصحابنا فى وجوبها واستحبابها. الى آخر قوله.

(الاولى) هل هذا الحباء لازم لايجوز تركه ولايمنع الولد الاكبر من المطالبة به أم ليس كذلك بل ذلك مستحب ؟ ابن ادريس على الاول ، ونقل فيه الاجماع ، ونص المرتضى وابن الجنيد على الاستحباب ، وعبارات باقي الاصحاب اما مطلقة أوظاهرها الوجوب ، وكذا الروايات . والفتوى على الاول .

(الثانية) قال المرتضى وابن الجنيدان هذه الاشياء المحبوة تحسب على الولد من سهمه وانما التخصيص بالعين . وظاهر الشيخين أنه يأخذها مجاناً زائداً على سهمه، وعليه الفتوى واحتجاج المرتضى لعموم آية الارث غير تام، لتخصيص ذلك بالروايات وعمل الاصحاب .

(الثالثة) المشهور أن الحباء بأربعة السيف والمصحف والخاتم وثياب البدن، وخص التقي الثياب بثياب صلاته ، وزاد ابن الجنيد السلاح لرواية الفضيل بن يسار[1]، وفي رواية ربعي عن الصادق عليه السلام[2] اضافة الدرع والكتب والرحل والراحلة . والعمل على المشهور ، لاصالة عدم التخصيص .

(الرابعة) الحبوة انما يكون بعد الديون والوصايا، فلو كان الدين مستغرقاً للتركة فلاحبوة ، لانها من توابع الارث وحيث لاارث فلاحبوة .

(الخامسة) اشترط الشيخ وابن ادريس وجود مال يقع فيه الارث غير الاربعة، وشرط ابن ادريس أن لايكون الاكبر سفيهاً ولافاسد الرأي ، أي يعتقد مذهباً فاسداً. وشرط ابن حمزة ثبات العقل وسداد الرأي، وفقد آخر في سنه ووجود تركة غيرها ، والمستند غير معلوم .

(السادسة) قال الشيخان والقاضي على الاكبر أن يقضي مافات الميت من

---

١) التهذيب ٩/٢٧٦ .

٢) الكافي ٧/٨٦ ، التهذيب ٩/٢٧٦ ، الفقيه ٤/٢٥١ .

صلاة أوصيام ، وجعل ابن حمزة ذلك شرطاً خامساً، وليس في الروايات مايدل علىقوله ، بلظاهرالفتوى والرواية وجوب القضاء وان لم تكن حبوة وثبوت الحبوة وانلم تكنعلىالميت صلاة ولاصيام، فبينالحبوة والقيام بالقضاءعموم من وجه .

وهنا فروع :

الاول : لوكان الاكبر متعدداً قال في المبسوط يقسم بينهم، وعلى قول ابن حمزة لاحبوة . والفتوى على قول الشيخ .

الثاني: هل يشترط البلوغ حال الموت أملا؟ ظاهرابن حمزة وابن ادريس اشتراطه، خصوصاً معاشتراط الحبوة بالقيام بالصلاة والصيام، فانالقيام يستلزم التكليف المستلزم للبلوغ ، لكن الروايات مطلقة ، وكذا عبارات الاصحاب ، فالاقرب حينئذ عدم اشتراطه .

الثالث : لوتعددت الاشخاصالاربعة ، قال ابناادريس يحبى بماكانالميت يعتادلبسه ويديمه، وقالالشهيد وهوحسنفيماجاءبلفظالوحدةكالسيف والمصحف والخاتم ، وقال العلامة يعطى واحداً يتخيره الوارث ، اما الثياب فيعطى الكل لمجيئهابلفظ الجمع المضاف وهوالعموم ،فالاقتصار على البعض خلافالاصل حينئذ .

وهل العمامة منها ولوكانت متعددة ؟ قال الشهيد نعم ، واستشكل العلامة دخولها في الثياب من أن البدن هل هواسم لهذا الهيكلالمحسوس أولما عدا الرأس . ومن أن العمامة هل تدخل في الثياب حقيقة أومجازاً . والفتوى على ذخولها: أماأولافلماقلنا منعموم الثياب المضافة الىالبدن والبدناسم لماتعلقت به النفس المجردة ، فالرأس من البدن . وأما ثانياً فلانها لاتباع في الدين فلولا دخولها في الثياب لبيعت فيه . وأماثالثاً فلان الولد انما اختص بالثياب

(الثالثة) لايرث مع الابوين ولامع الاولاد جد ولاجدة ولاأحد من ذوي القرابة .

لقيامه مقام ابيه وهومقتض لدخول العمامة وهو ظاهر .

الرابع: لوكان الدين مستغرقاً فتبرع متبرع بأدائه فالحبوة ثابتة لبقاء الارث، ولولم يتبرع أحد فللولد الاكبر أداء مايخصها من الدين ليخص بها لانه وارث، فيتخير في جهات القضاء . ولافرق بين أداء الوارث وغيره ، اذمع الاغتراق لاارث فلافرق .

الخامس : لوأوصى الميت بأعيانها وصية شرعية اعتبرت من الثلث ، فان زادت عنه اعتبراجازة الاكبر لاغيره . ولوقصرنصيب كل وارث عن قدر الحبوة فالظاهرعدم المنع منها ، لعموم دليلها من غيرتخصيص . وكذا الظاهر تقديمها على ذوي الفروض، فيأخذ الابوان السدسين أوالسدس والزوجة الثمن مما يبقى بعدها .

قوله: لايرث مع الابوين ولامع الاولاد جدولاجدة ولااحد من ذوى القرابة

أماعدم ميراث الجدمع الابوين والولدفخالف فيه ابن الجنيد حيث قال: اذاخلف الميت ابوين وبنتاً كان السدس الفاضل للجدين أوالجدتين من دون الرد على البنت والابوين . وقال أيضاً : اذا حضر مع الجد الولد أو ولد الولد أخذالجد السدس وكان الباقي للولد أوولد الولد.

واجماع الاصحاب بعده انعقد على خلافه ، وكأنه توهم أن الطعمة ميراث وليس به . وتؤيد ماقلنا رواية الحسن بن صالح عن الصادق عليه السلام قال :

لكن يستحب للاب أن يطعم أباه وأمه : السدس من أصل التركة بالسوية ، اذا حصل له الثلثان . وتطعم الام أباها وأمها النصف من نصيبها بالسوية اذا حصل لها الثلث فما زاد .

ولو حصل لاحدهما نصيبه الاعلى دون الاخر استحب له طعمة الجد والجدة دون صاحبه. ولا طعمة لاحد الاجداد الامع وجود من يتقرب به .

سألته[1] عن امرأة مملكة لم يدخل بها زوجها ماتت وتركت أمها وأخوين لها من أبيها وامها وجدها اباأمها وزوجها. قال: يعطى الزوج النصف ويعطى الام الباقي ولا يعطى الجد شيئاً، لان بنته حجبته عن الميراث ولا يعطى الاخوة شيئاً[2].

واما عدم ميراث ذوي القرابة مع الابوين والولد فرد على من قال بالتعصيب كما لو خلف الميت بنتاً وأماً ، فان الثلث الفاضل عندهم للعصبة من القرابة ، كالاخت أو الاخوة أو الاعمام ، وقد تقدم بطلانه .

قوله: لكن يستحب للاب ان يطعم اباه وامه السدس من اصل التركة بالسوية اذا حصل له الثلثان ، وتطعم الام اباها وامها النصف من نصيبها بالسوية اذا حصل لها الثلث فما زاد. ولو حصل لاحدهما نصيبه الاعلى دون الاخر استحب له طعمة الجد والجدة دون صاحبه، ولا طعمة لاحد الاجداد الامع وجود من يتقرب به

لما قرر المصنف أنه لا ارث للجد أو الجدة مع الابوين والولد استدرك بذكر الطعمة ، فان ذلك وان لم يكن ميراثاً لكنه من توابعه .

---

١) في التهذيب : سألت ابا عبدالله عليه السلام .

٢) التهذيب ٩/ ٣١٠ ، الكافي ٧/ ١١٣ ، الاستبصار ٤/ ١٦١ .

وهنا فوائد :

(الاولى) يدل على استحباب الطعمة في الجملة قوله تعالى «واذا حضر القسمة أولوالقربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه»[1]، وهو وان كان عاماً في طرف المطعم والمطعم لكن اجماع الاصحاب والروايات خصاه بالمسألة المذكورة .

(الثانية) اختلفت عبارات الاصحاب في شرط استحباب الطعمة، فقيل يستحب اذا فضل لاحد الابوين سدس فصاعداً فوق السدس كما تشمله عبارة المصنف ، وقيل اذا زاد نصيبه عن السدس . وتظهر الفائدة في اجتماع الابوين مع البنت أو احدهما مع البنات ، فانه على القول الاول لايفضل لهما سدس فلاتستحب الطعمة[2] ، وعلى الثاني يزيد نصيبها عن سدس فتستحب الطعمة .

(الثالثة) اختلف في قدر الطعمة ، فالمشهور أنه سدس الاصل ، وقال ابن الجنيد هوسدس ماحصل لولده الذي تقرب به . والفتوى على الاول .

(الرابعة) المشهورأن الجد والجدة من قبل الام تستحب طعمتهما كما اذا كانا من الاب ، وقال التقي لاطعمة لمن يتقرب بالام .

والفتوى على الاول، لمارواه جميل بن دراج حسناً عن الصادق عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أطعم الجدة أم الاب السدس وابنهاحي وأطعم الجدة أم الام السدس وبنتها حية[3].

(الخامسة) اذااجتمع الابوان في تركة فقديستحب لهما معاً أن يطعما، كما اذا

---

١) سورة النساء : ٨ .

٢) لان للابوين مع البنت السدسين وللبنت النصف والباقي يرد عليهم اخماساً . كذا في الهامش .

٣) الفقيه ٤/٢٠٤ ، التهذيب ٩/٣١١ ، الاستبصار ٤/٣١٢ .

(الرابعة) لايحجب الاخوة الام الابشروط أربعة :

أن يكون أخوين اوأخاً وأختين اوأربع أخوات فمـا زاد لاب وأم اولاب مع وجود الاب ، غير كفرة ولارق . وفى القتلة قولان أشبههما : عدم الحجب .

خليا من الاولاد والاخوة الحاجبة ، وقد لا يستحب لهما كما اذا وجد الاولاد الذكور أوذكرلا غير. وقد يستحب لاحدهما امالاب خاصة فكما اذا حجبت الام ولاولد واما للام خاصة فكما اذاعدم الولد وحصلزوج فان للزوجالنصف وللام الثلث وللاب الباقي .

(السادسة) انما تستحب الطعمة للاجداد من الابوين ، فلو فقدا أوحصل الاولادلم يستحب لهم طعمة أجدادهم، فلذلك قال المصنف: ولاطعمةلاحدالاجداد الامع وجود من يتقرب به ، يعني الوالدين أو احدهما .

قوله : وفى القتلة قولان اشبههما عدم الحجب

قال في الشرائع[1] فيه تردد ، والقولان حصلا من منشأ التردد ، وذلك أنه يحتمل الحجب ، لعموم قوله تعالى « فان كان له اخوة فلامه السدس»[2] ، ولعموم روايات الحجب ترك العمل بها في الكافروالرق فيبقى معمولا بها في غيرهما .

وهذا قول ابن بابويه وابـن ابى عقيل ، ويؤيده أن علة الحجب ثبـوت نفقة الاخوة في ذمة الاب والقاتل نفقته ثابتة فيحجب بخلاف الرق فان نفقته في ذمة سيده .

---

١) الشرائع ٢ / ٢٧٤ قال فيه: وهل يحجب القاتل وفيه تردد والظاهر انه لايحجب.

٢) سورة النساء : ١١ .

وان يكونوا منفصلين لاحملا .

(المرتبة الثانية) الاخوة والاجداد اذا لم يكن أحد الابوين . ولاولد وان نزل ، فالميراث للاخوة والاجداد .

فالاخ الواحد للاب والام يرث المال ، وكذا الاخوة. والاخت انما ترث النصف بالتسمية ، والباقي بالرد .

وللاختين فصاعداً الثلثان بالتسمية والباقي بالرد .

ولواجتمع الاخوة والاخوات لهما كان المال بينهم للذكر سهمان ، وللانثى سهم .

وفي هذا نظر ، لانتقاضه بالكافر ، فان نفقته ثابتة مع كونه غير حاجب ، لرواية ابن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن المملوك والمشرك يحجبان اذا لم يرثا . قال :لا[1].

ويحتمل عدم الحجب، لان عدم حجب الكافر لكونه غير وارث والقاتل غير وارث فلا يكون حاجباً . وهو قول الشيخ في الخلاف مدعياً فيه الاجماع من الامة، فان خلاف ابن مسعود قد انقرض. وهو مذهب المفيد وابن الجنيد والقاضي واختاره المصنف والعلامة .

قوله : وان يكونوا منفصلين لاحملا

تردد في الشرائع في ذلك ، ومنشأ تردده من انتفاء العلة التي هي وجوب النفقة في ذمة الاب، لان الحمل لانفقة له فينتفي الحجب ، ومن عموم الاية .

وفي الاول نظر ، لمنع مقدميته ـ أعني كون العلة وجوب النفقة وكون

---

١) التهذيب ٩/ ٢٨٤ .

وللواحد من ولد الام السدس ذكراً كان اوانثى . وللاثنيـن فصاعداً الثلث بينهم بالسوية ذكراناً كانوا اواناثاً .

ولا يرث مع الاخوة للاب والام ولا مع أحدهم أحد من ولد الاب ، لكن يقومون مقامهم عند عدمهم . ويكون حكمهم فـي الانفراد والاجتماع ذلك الحكم .

الحمل لانفقة له ـ وسند المنع في الاولى أنه لو كانت العلة هنا وجوب النفقة لانتفى الحجب في الاخوة الاغنياء لعدم وجوب نفقتهم لكنه غير منتف اجماعاً ، وفي الثانية فتوى الشيخ بثبوت النفقة للحمل كما تقدم .

قوله : وللواحد مـن ولد الام السدس ذكراً كان اوانثى ، وللاثنين فصاعداً الثلث بينهم بالسوية ذكراناً كانوا اواناثاً اوذكراناً واناثاً

كلالة الام ان كان معهم أحد من الكلالات ممن هو من طبقتهم فسيأتي حكمهم، وان لم يكن معهم غيرهم فقد ذكر المصنف حكمهم والباقي يرد عليهم عملا بآية « أولو الارحام » .

وقال الفضل بن شاذان : ان وجدمعهم ابن اخ للاب والام كان الباقي يعد سهمهم له لانه قائم مقام ابيه.

قال ابن بابويه: هذا فاسد، لانه انما يقوم مقام أبيه مع عدم الاخ لامع وجوده. وكأن ابن شاذان قاس هذا الحكم على ما تقدم مـن أن ولد الولد يقوم مقام أبيه في مقاسمة الابوين ، لكنه قياس فاسد والا لاطرد فيما اذا خلف أخاًلاب وابن اخ لاب وام في أن المال لابن الاخ دون الاخ قياساً على عم لاب وابن عم لاب وام ، لكن ليس فليس .

ولواجتمع الكلالات كان لولد الام السدس ان كان واحداً، والثلث ان كانوا أكثر ، والباقى لولد الاب والام . ويسقط أولاد الاب .

قوله : ولو اجتمع الكلالات كان لولـد الام السدس ان كان واحداً والثلث ان كانوا اكثر ، والباقى لولد الاب والام ويسقط اولاد الاب

الكلالات جمع كلالة[1]، وهى لغة مطلق القرابة، وقيل ماعدا الوالد والولد واشتقاقها امامن الكل وهو الثقل لكونها ثقلاعلى الرجل لقيامه بمصالحهم أو من الاكليل وهو شبه العصابة يزين بالجوهر ويسمى التاج لاحاطتهم بالرجل من أعلى ومن أسفل كاحاطة الاكليل بالرأس . والمراد هنا القرابة بالاخوة ، اما من الطرفين أومن أحدهما .

اذا عرفت هـذا فما ذكره المصنف هـو المشهور بين الاصحاب ، لان ذا السببين أولى من ذي سبب واحد. وانما ورثنا ولدالام لانه يأخذ نصيب أمه الذي سمي لها في الكتاب، ولما كان الاب لاتسمية له مع عدم الولد لم يقم ولده مقامه.

وهنا قولان نادران :

(الاول) قول ابن ابى عقيل: اذا كان ولد الام اختاً واحدة وولدالوبولدين اختاً واحدة فالفاضل يردعليهما بالنسبة فيكون المال بينهم ارباعاً، وان كان ولد الام اختين فصاعداً وولدالابوين اختاً واحدة كان المال بينهن اخماساً، وكذلك

---

١) قال الاسترآبادى فى آيات الاحكام: اصل الكلالة الاحاطة، ومنه الاكليل لاحاطته بالرأس ، ومنه الكل لاحاطته بالعدد، فالكلالة تحيط بأصل النسب الذى هو الولد والوالد.

وقال ابومسلم : اصلها من كل، أى اعيى ، فكأن الكلالة تناول الميراث من بعد على اعياء. ويقال : رجل كلالة وقوم كلالة وامرأة كلالة ، فلايثنى ولايجمع لانه مصـدر . الى آخر قوله رحمه الله تعالى .

فان أبقت الفريضة فالرد على كلالة الاب والام ، وان ابقت الفريضة مع ولد الام وولد الاب ، ففـي الرد قولان ، أحدهما : يرد على كلالة الاب لان النقص يدخل عليهم ، مثل أخت لاب ، مع واحد اواثنين فصاعداً من ولد الام ، اوأختين للاب مع واحد من ولد الام . والاخر: يرد على الفريقين بنسبة مستحقهما وهوأشبه.

اذا كان ولد الام أختاً واحدة وولد الابوين اختين .

(الثاني) قال ابن بابويه : لوترك ثلاثة مـن بنىابنة أخت لاب وأم ومثلهم لاب ومثلهم لام فلبني ابنة أخت من الام السدس والباقـي لبنى ابنة الاخت من الابوين ، ويسقط بنو ابنة الاخت مـن الاب . قال : وغلط ابـن شاذان فيها وأشباهها حيث قال : لبني ابنة الاخت منالابوين النصف ولبني ابنة الاخت من الام السدس والباقي رد على انصبائهم . وهذا مثل قول ابن ابى عقيل .

قوله : فـان ابقت الفريضة فالرد علىكلالة الاب والام ، ولوابقـت الفريضة مع ولد الام وولد الاب ففى الرد قولان، احدهما يرد علىكلالة الاب لان النقص يدخل عليهم مثل اخت لاب مع واحد اواثنين فصاعداً من ولد الامواختينللاب مع واحد من ولدالام والاخريرد علىالفريقين بنسبة مستحقها، وهواشبه

الاول قول الشيخ في النهاية مستنداً الى رواية محمد بن مسلم عـن الباقر عليهالسلام قال : اذا ترك ابن اخت لاب وابن اخت لام فلابن الاخت من الام السدس والباقي لابن الاخت من الاب[1] .

والثاني قوله فيالمبسوطلتساويهما فيالنسبةالىالميت. واختاره المصنف،

---

١) التهذيب ٩/٣٢٢ ، الاستبصار ٤/١٦٨.

وللجد المال اذا انفرد لاب كان اولام . وكذا الجدة .

ولواجتمع جدوجدة ، فان كانا لاب فلهما المال ، للذكرمثل حظ الانثيين وان كانالام فالمال بالسوية .

واذا اجتمع الاجداد المختلفون ، فلمن يتقرب بـالام الثلث على الاصح ، واحداً كان اواكثر. ولمن يتقرب بالاب الثلثان ولو كان واحداً . ولوكان معهم زوج أو زوجة أخـذ النصيب الاعلى ولمن يتقرب بالام ثلث الاصل . والباقى لمن يتقرب بالاب .

التعليل لانه غير مطرد ، أي ليس كل من دخل عليه النقص يختص بالرد ، فانه يرد على الابوين والبنت معاً مع أن النقص يدخل على البنت وحدها ، ولان الرواية ضعيفة لان في طريقها ابن فضال .

قوله: اذا اجتمع الاجداد المختلفون فلمن يتقرب بالام الثلث على الاصح واحداً كان اواكثر ، ولمن يتقرب بالاب الثلثان ولوكان واحداً

هذا مذهب الشيخ فـي النهاية [1] وعلي بـن بابويه والقاضي وابن حمزة ، وقال ابن ابى عقيل : لام الام السدس ولام الاب النصف وما بقي رد عليهما على قدر سهامهما .

وقال الصدوق في المقنع [2] : للجد من الام السدس فمابقي فللجد من الاب، وان ترك جد الام وأخ لاب أولاب ولام فللجد من الام السدس والباقي للاخ .

---

١) النهاية : ٦٤٩ .

٢) فى المقنع ١٧٥ : فان ترك جداً من قبل الاب وجداً من قبل الام فللجد من قبل الاب الثلثان وللجد من قبل الام الثلث فان ترك جدين من قبل الاب وجدين من قبل الام فللجد والجدة من قبل الام الثلث بينهما بالسوية وما بقى للجدو الجدة من قبل الاب للذكر مثل حظ الانثيين.

والجد الادنى يمنع الاعلى .

واذا اجتمع معهم الاخوة ، فالجد كالاخ والجدة كالاخت .

مسألتان :

(الاولى) لواجتمع أربعة أجداد لاب ومثلهم لام كان لاجداد الام الثلث بينهم أرباعاً، ولاجداد الاب وجداته الثلثان ، لابوى أبيه ثلثا الثلثين أثلاثاً ولابوى امه الثلث أثلاثاً أيضاً فيصح من مائة وثمانية (الثانية) الجد وان علا يقاسم الاخوة والاخوات .

وقال التقي : للواحد من كلالة الام السدس جداً كان أو جدة أخاً كان أو اختاً، وان زادوا عن واحد فلهم الثلث . ومثله قال ابن زهرة ، محتجين بأن كلالة الام اذا كان واحداً فله السدس أخاً كان أو أختاً جداً كان أو جدة . وهذا مجرد دعوى من غير دليل ، ووجه أصحية ماقاله الشيخ[1] أن الجداو الجدة للام يأخذان نصيب الام والام لها الثلث مع عدم الولد فكذلك من قام مقامها .

قوله : واذا اجتمع معهم الاخوة فالجد كالاخ والجدة كالاخت

قيل هذا الاطلاق ينافي مااختاره آنفاً أن للجد أو الجدة للام الثلث ، فانه لايكون الجد كالاخ ولا الجدة كالاخت ، لان للاخ أوالاخت للام السدس .

وفيه نظر ، لانه لكل من الاجداد والاخوة حكم حال الانفراد وحكم حال الاجتماع ، ومراده هنا حكم الثاني وفي الاول الاول .

قوله: لواجتمع اربعة اجداد لاب ومثلهم لام كان لاجداد الام الثلث بينهم ارباعاً ولاجداد الاب وجداته الثلثان لابوى ابيه ثلثا الثلثين اثلاثاً ولابوى امه الثلث اثلاثاً ايضا فيصح من مائة وثمانية

---

١) المبسوط ٤/٧٧ .

وأولاد الاخوة والاخوات وان نزلوا ، يقومون مقـام آبائهم عند عدمهم في مقاسمة الاجداد والجدات ويرث كل واحد منهـم نصيب من يتقرب بـه . ثم ان كانوا أولاد أخـوة اوأخوات لاب اقتسموا المال ، للذكر مثـل حظ الانثيين، وان كانوا لام اقتسموا بالسوية .

(المرتبة الثانية) الاعمام والاخوال :

للعـم المال اذا انفرد ، وكذا للعمين فصاعداً ، وكـذا العمة والعمتان والعمات ، والعمومة والعمات : للذكر مثل حظ الانثيين. ولو كانوا متفرقين ، فلمن تقرب بالام السدس ان كان واحداً

الاجداد الثمانية لايتقدر في المرتبة الدنيا من الاجداد بل في المرتبة العليا، ولكن في استخراج ماينقسم منه فريضتهم طريقان :

(الاول) أن تطلب عدداً ثلثه ينقسم أرباعاً وثلثاه له ثلث ينقسم أثلاثاً وثلثاثلثه ينقسم أيضاً اثلاثاً، فأقل عدد له ثلث ثلاثة وينكسر ثلثه على أربعة فتضرب أربعة في ثلاثة يبلغ اثناعشر، ثلثه وان انقسم على أربعة أجداد الام لكن ثلثاه لاثلث له صحيح ، فتضرب ثلاثة في اثناي عشر يبلغ ستة وثلاثين ، فثلثاه وان كان له ثلث لكن لاينقسم اثلاثاً ولاثلثا ثلثيه ينقسم اثلاثاً ، فتضرب ثلاثة في ستة وثلاثين يبلغ مائة وثمانية .

(الثاني) ان تحصل أقل عدد يخرج منه سهام أجداد الام وهو اثناعشر ، وأقل عدد يخرج منه سهام أجداد الاب وهو تسعة ، ثم تضرب أحدها في الاخر يبلغ العدد المذكور . وهو أحسن من الاول .

والثلث ان كانوا أكثر بالسوية . والباقى لمن يتقرب بالاب والام للذكر مثل حظ الانثيين ويسقط من يتقرب بالاب معهم . ويقومون مقامهم عند عدمهم .

ولايرث الابعد مع الاقرب مثل ابن خال مع خال اوعم، اوابن عم مع خال اوعم ، الاابن عم لاب وأم مع عم لاب فابن العم أولى .

قوله : ولايرث الابعد مع الاقرب مثل ابن خال مع خال اوعم اوابن عم مع خال اوعم الاابن عم لاب وام مع عم لاب فابن العم اولى

هذا الحكم المستثنى من الحكم الكلي ، وهوأن ابن العم من جهة الابوين حاجب للعم من جهة الاب فقط، مما انفردت به الامامية وأجمعوا عليه ولايتعدى الحكم الى غير هذه المسألة ممايماثلها عندهم، كمااذاكان بدل العم عمة أوخال أوخالة وبدل ابن العم ابن عمة أو ابن خال أو ابن خالة .

وقال معين الدين المصري : قدوقع الخلاف في بعض فروعها لاصحابنا ، وهومتوفى تركعمألابيه وخالا وابن عم لابويه، قال قطب الدين الراوندي: المال للخال وابن العم، وقال عماد الدين الطوسي : المال للعم والخال لان ابن العم محجوب بالخال ، وقال سديد الدين الحمصي المال للخال لان العم محجوب بابن العم وابن العم محجوب بالخال .

ثم قال: والصحيح ماذكره الراوندي، لان الخال انما يحجب ابن العم مع عدم كل من هوفي درجته من ناحية العمومة، وأمامع وجود أحدهم فلا . وتوقف العلامة في ذلك وذكر أنه سمع الاحتمالات الثلاثة من المحقق الطوسي قدس الله روحه وزادرابعاً وهواختصاص ابن العم بالمال لان الخال مساو للعم في المرتبة وابن العم يمنع العم ومانع أحد المتساويين مانع للاخر والالم يكونا متساويين.

وللخال المال اذا انفرد ، وكذا للخالين والاخوال والخالة والخالتين والخالات . ولواجتمعوا فالمال بينهم بالسوية كيف كانوا .

ولو كانوا متفرقين ، فلمن يتقرب بالام السدس ان كان واحداً والثلث ان كانوا اكثر . والثلثان لمن يتقرب بالاب والام. ويسقط

وفيه نظر ، لانتقاضه بالحاجب للام عن الزائد عن السدس ، فانها مساوية للاب في الدرجة مع أن الاب لايحجبه حاجب الام. وتبيين الاحتمالات الثلاثة :

أما الاول : فلان الخال لايمنع العم ، فان لايمنع ابن العم الذي يمنع العم أولى وابن العم يمنع العم لاغير للاجماع، ولم يرد نص بمنعه للخال فيتقاسمان.

وأما الثاني : فلان ابن العم لايرث مع الخال لانه أقرب منه ، واذا لم يكن وارثاً لم يكن مانعاً للعم فيكون العم وارثاً. وفيه نظر، لمنع اشتراط الحجب بالارث ، وسند المنع الاخوة الحاجبة للام مع عدم ارثهم .

وأما الثالث : فلان ابن العم أولى من العم والخال أولى من ابن العم فيختص بالمال . قال السعيد : الاصح عندي حرمان ابن العم ومشاركة الخال والعم ، لانه اقتصار على محل النص المخصص ، لعموم القرآن في قوله تعالى « وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض »[1]. واستدل الكل بهذه الاية على أن الاقرب يمنع الابعد خرج منه الصورة الاجماعية فيبقى الباقي على حكم العموم .

قوله: ولو كان [الاخوال والخالات] متفرقين[2] فلمن يتقرب بالام السدس ان كان واحداً والثلث ان كانوا اكثر، والثلثان لمن يتقرب بالاب والام ويسقط

---

١) سورة النساء : ١١

٢) في المختصر المطبوع بمصر: ولو كانوا متفرقين. وليس فيه: الاخوال والخالات.

من يتقرب بالام معهم . والقسمة بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ولواجتمع الاخوال والاعمام فللاخوال الثلث وللاعمام الثلثان.

من يتقرب بالاب[1]) معهم والقسمة بينهم للذكر مثل[2]) الانثى

هذه المسألة نظيرة مسألة الاعمام والعمات المتفرقين الا أن مخرج سهام الاعمام ثمانية عشر، لانانريدعدداً ثلثه ينقسم نصفين وثلثاه ينقسم أثلاثاً، ومخرج الاول ستة ومخرج الثاني تسعة، وبين الستة والتسعة اشتراك في الثلث، فتضرب ثلث أحدهما في كل الاخر يبلغ ثمانية عشر للعم والعمة من جهة الام ستة يقتسمانها بالسوية وللعم والعمة من جهة الابوين اثنا عشر يقتسمانها اثلاثاً .

وأما مخرج سهام الاخوال فستة، لان الخال والخالة من جهة الابوين يقتسمان أيضاً بالسوية ، فيكون لكل واحد من الخال والخالة من جهة الام سهم واحد، ولكل واحد من الخال والخالة من جهة الابوين سهمان المجموع ستة . واذا كان المتقرب بالام واحداً فالفريضة من ستة أيضاً، لكن يبقى واحد يرد أخماساً ، فتضرب خمسة في الستة يبلغ ثلاثين . ومنه تصح للخال من الام ستة مع الرد وللاخوال من الابوين الباقي.

هذاحكم الاخوال منفردين، أما مع اجتماعهم مع الاعمام فلهم حال أخرى سيأتي ذكرها آنفاً .

قوله: ولواجتمع الاخوال والاعمام فللاخوال الثلث وللاعمام الثلثان

لاخلاف في ان للاخول الثلث اذاكانوا أكثر من واحد ، وأمااذاكان واحداً فالمشهور أنه كذلك ، وهو فتوى الشيخ في النهاية وابن ادريس[3]) والقاضي ،

---

١) في المختصر المطبوع بمصر : « بالام » بدل « بالاب » .

٢) في المختصر المطبوع بمصر : للذكر مثل حظ الانثيين .

٣) النهاية : ٦٥٥ ، السرائر : ٤٠٢ .

لان الاخوال والخالات يأخذون نصيب أختهم ولها الثلث، والاعمام والعمات يأخذون نصيب أخيهم وله الباقي بعدالثلث، ولا فرق في ذلك بين كل واحد من الفريقين واحداً أواكثر .

وقال ابن ابـى عقيل : اذا ترك خالا وعمة فللخال السدس وللعمة النصف والباقي رد عليهما. ولم نقف على مستند قوله .

اذا عرفت هذا فاذا اجتمع الاعمام المتفرقون والاخوال المتفرقون ـ كما اذا خلف الميت عماً وعمة من جهةالابوين وعماً وعمة من جهة الام وخالا وخالة من جهة الابوين وخالاوخالة من جهةالام ـ فللاخوال الثلث لمن تقرب بالام ثلثه ولمن تقرب بالابوين ثلثاه وللاعمام الثلثان لمن تقرب بالام ثلثهما ولمن تقرب بالابوين ثلثاهما ، وطريق استخراج سهامهم أن نقول :

أقل عددله ثلث صحيح هوثلاثة، لكان ثلثه وهوالواحدلاينقسم على الاخوال اسداساً ، فتضرب الستة التى هي مخرج سهامهم فـي الاصل وهـي الثلاثة يبلـغ ثمانية عشر، فثلثه وهوستة ينقسم على الاخوال، وكذاثلث ثلثيه وهوأربعةينقسم على العم والعمة من جهةالام، لكن ثلثا ثلثهوهوثمانية لاينقسم أثلاثاًعلى العم والعمة من جهة الابوين ، فتضرب ثلاثة في ثمانية عشر يبلـغ أربعة وخمسين ، ومنه تصح الفريضة . وكذا لوكان أحدالقسمين واحداً والاخرمتعدداً فالاقسام حينئذ أربعة :

الاول: يتحدالاعمام والاخوال فللعم أوالعمةالثلثان وللخال أوالخالة الثلث.

الثاني يتعدد القسمان فكما تقدم .

الثالث : يتحد الاعمـام ويتعدد الاخوال ، فللعم أوالعمة الثلثان وللاخوال الثلث .

الرابع: يتحدالاخوال ويتعددالاعمام، فللخال أوالخالةالثلث والباقي للاعمام

ولو كان معهم زوج اوزوجة فلهما النصيب الاعلى . ولمن يتقرب بالام ثلث الاصل ، والباقى لمن يتقرب بالاب .

ولواجتمع عم الاب وعمته وخالـه وخالته وعم الام وعمتها

وطريق استخراج سهامهم يعلم مماذكرناه .

قوله: ولوكان معهم زوج اوزوجة فلهما النصيب الاعلى ولمن يتقرب بالام ثلث بالاصل والباقى لمن يتقرب بالاب

اذااجتمع مع الاعمام والاخوال زوج أوزجة فللاصحاب في المسألةقولان:

(الاول) وهوالمشهوروعليه الفتوى: انلكل واحدمن الزوج والزوجةنصيبه الاعلى، فللزوج النصف وللزوجةالربع وللاخوال ثلث الاصل والباقي للاعمام. فأصل الفريضةعلى تقدير الزوج ستة ، لان فيها نصفاً وثلثاً، ومخرجهما وهواثنان وثلاثة متباينان ، فيضرب أحدهمافي الاخر يبلغ ستة ، ثلاثة للزوج واثنان للخؤلة وواحدللعمومة، فان لم يحصل انكسار فهو المطلوب والاضربت سهام من انكسر عليه في أصل الفريضة ومنه تصح . وعلى تقدير الزوجة الفريضة اثناعشر ، لان فيها ربعـاً للزوجة وثلثاً للاخوال، ومخرج الاول أربعة والثاني ثلاثة ، وهمـا متباينان فتضرب أحدهما فـي الاخر يبلغ اثناعشر ربعهـا للزوجة ثلاثة وثلثها للاخوال أربعة تبقى خمسة تنكسر على سهام العمومة الاربعة فتضرب سهامهم في الاصل ومنه تصح .

(الثاني) أن يكون للاخوال الثلث من الباقي بعد نصيب الزوجين ، وهـو متروك .

قوله : ولواجتمع عـم الاب وعمته وخاله وخالته وعـم الام وعمتها

وخالها وخالتها كان لمن يتقرب بالام الثلث بينهم أرباعاً ، ولمن يتقرب بالاب الثلثان : ثلثاه لعمه وعمته أثلاثاً ، وثلثه لخاله وخالته بالسوية ، على قول .

مسائل :

(الاولى) عمومة الميت وعماته وخؤلته وخالاته وأولادهم وان نزلوا أولى من عمومة أبيه وخؤلته .

وكذا أولاد كل بطن أقرب ، أولى من البطن الابعد .

ويقوم اولاد العمومة والعمات والخؤلة والخالات مقام آبائهم عند عدمهم ، ويأخذ كل منهم نصيب من يتقرب به واحداً كان أو اكثر .

وخالها وخالتها كان لمن يتقرب بالام الثلث بينهم ارباعاً ولمن يتقرب الاب الثلثان ثلثاه لعمه وعمته اثلاثاً وثلثه لخاله وخالته بالسوية على قول

هذه المسألة نظيرة مسألة الاجداد الثمانية ومخرج سهامهم أيضاً مائة وثمانية، وذلك لان مخرج سهام من يتقرب بالام اثناعشر، لانه أقل عدد ينقسم ثلثه أرباعاً، ومخرج سهام من يتقرب بالابوين تسعة، لانه أقل عدد ينقسم ثلثاه أثلاثاً، فتضرب أحد المخرجين في الاخر يرتقي الى المدعى.

وقوله « على قول » يشير الى أن ذلك قول الشيخ في النهاية . والمصنف يستضعفه ، لان خال الاب وخالته انما يتقربان الى الميت من جهة أبيه ، فكان ينبغي أن يكون للذكر ضعف الانثى كما تقدم في جد الاب وجدته من جهة أمه،

(الثانية) من اجتمع له سببان ورث بهما ما لم يمنع أحدهما الاخر .

فالاول كابن عم لاب هوابن خال لام ، وزوج هوابن عم ، وعمة لاب هى خالة لام .

والثانى كابن عم هوأخ لام .

(الثالثة) حكم اولاد العمومة والخؤلة مع الزوج والزوجة

اذ الفريقان يتقربان الى الميت من جهة أبيه وان اتفق وقوع أم الاب وسطاً .

قوله: من اجتمع له سببان ورث بهما مالم يمنع احدهما الاخر فالاول كابن عم لاب هوابن خال لام وزوج هوابن عم وعمة لاب هى خالة لام والثانى كابن عم هواخ لام

مثال الاول أن يتزوج زيد بزينب ولزيد ابن من غيرها ولزينب بنت من غيرة تزوج ابنه بنتها ، ثم ان زيداً أولدمن زينب ابناً اسمه محمد وأولد ابنه من بنتها ابناً اسمه علي ، فمحمد عم علي لانه أخ ابيه وخاله لانه أخ امه ، فأولاد محمد بالنسبة الى علي أولاد عم وأولاد خال .

وأما مثال عمة لاب هي خالة لام ، فهوأن يفرض مكان محمد بنتاً اسمها فاطمة فهي عمة لعلي وخالة من الجهتين المذكورتين .

ومثال الثاني ـ أعني ابن عم هوأخ ـ فهوأن يتزوج رجل بامرأة أخيه ولاخيه منها ولد اسمه حسن ثم يولد له من امرأة اخيه المذكورة ولد اسمه حسين ، فحسن ابن عم حسين وأخوه ، فاذا توفي حسن ورثه حسين من جهة كونه أخاً لا من جهة كونه ابن عم ، لان الأخ حاجب لابن العم .

قوله : حكم اولاد العمومة والخؤلة مع الزوج والزوجة حكم آبائهم

حكم آبائهم ، يأخذ مـن يتقرب بالام ثلث الاصل والزوج نصيبه الاعلى ، وما يبقى لمن يتقرب بالاب .

المقصد الثانى ـ في ميراث الازاج :

للزوج مع عدم الولد النصف ، وللزوجة الربع . ومع وجوده وان نزل نصف النصيب . ولو لـم يكن وارث سوى الزوج ، رد عليه الفاضل . وفى الزوجة قولان :

أحدهما : لها الربع والباقى للامام .

والاخر : يرد عليها الفاضل كالزوج . وقال ثالث : بالرد مـع عدم الامام . والاول: أظهر.

يأخذ مـن يتقرب بالام ثلث الاصل والزوج نصيبه الاعلى ومـا بقى لمن يتقرب بالاب

هذا على مذهب الشيخ واتباعه، وهوالمفتى به . وقال ابن ابى عقيل لبنت العم نصف المال ولبنت الخال سدسه والباقي ردعليهما على قدر سهامهما .

وانما قال ذلك بناء على مذهبه في ميراث العمومة والخؤلة ، فعلى هذا اذا دخل الزوج على من يدخل النقص يحتمل دخوله على بنت العم لتقربها بالاب دون بنت الخال لتقربها بالام ، كما هـوالقاعدة المشهورة . ويحتمل دخولـه عليهما بناء على القاعدة المشهورة أن كل من كان عليه الرد دخل عليه النقص ، لكن لم يعلم من مذهبه شيء من الاحتمالين .

قوله: ولولم يكن وارث سوى الزوج رد عليه الفاضل، وفى الزوجة قولان احدهما لها الربع والباقى للامام والاخر يرد عليها الفاضل كالزوج وقال ثالث بالرد مع عدم الامام، والاول أظهر

لانعلم خلافاً بين الاصحاب في ثبوت الرد على الزوج الامايحكى عن بعض الاصحاب من كون الفاضل للامام وهونادر. وأما الزوجة فقال المصنف فيها قولان:

(الاول) منهما هو المشهور والاظهر في فتاوى الاصحاب، وتؤيده رواية ابى بصير في الصحيح قال : كنت عند الصادق عليه السلام فدعا بالجامعة فنظر فيها فاذا امرأة ماتت وتركت زوجها لاوارث لها غيره المال له كله[1] . وغير ذلك من الروايات .

(والثاني) ينسب الى المفيد وأنه ذكره في آخر باب الميراث[2] من المقنعة ، وهذه عبارته : اذا لم يوجد مع الازواج قريب ولانسيب للميت رد باقي التركة على الازواج .

وهذه العبارة ليست صريحة في الدعوى، لاحتمال أن يريد بالازواج الرجال لاالزوجات ، لان اللفظ المشترك لايجوز استعماله في جميع معانيه حقيقة بل مجازاً ، والاصل عدمه . نعم في الرد عليهما رواية صريحة عن محمد بن ابي عمير عن أبان بن عثمان عن ابى بصير عن الصادق عليه السلام في امرأة ماتت وتركت زوجها قال: المال كله له . قال: فالرجل يموت وتترك امرأة . قال: المال لها[3]. لكن ابان بن عثمان كان ناووسياً ، فلو قال المصنف « وفي الزوجة روايتان » كان أنسب ، لان الصدوق روى في الفقيه عن ابى بصير عن الباقر عليه السلام قال : سألته عن امرأة ماتت وتركت زوجها ولاوارث لها غيره . قال : اذا لم يكن غيره فالمال له، والمرأة لها الربع ومابقي فللامام[4].

---

١) الكافى ٧/ ١٢٥ ، التهذيب ٩/ ٢٩٤ ، الاستبصار ٤/ ١٤٩ .

٢) المقنعة : ١٠٦ قاله فى آخر باب ميراث الاخوة والاخوات .

٣) الفقيه ٤/ ١٩٢ .

٤) الفقيه ٤/ ١٩١، الكافى ٧/ ١٢٦ .

واذا كن اكثر من واحدة فهن مشتركات في الربع اوالثمن .

وترث الزوجة وان لم يدخل بهاالزوج، وكذا الزوج. وكذا في العدة الرجعية خاصة ، لكن لوطلقها مريضـاً ورثت وان كان بائناً مالم تخرج السنة ولم يبرأ ولم تتزوج ولاترثالبائن الاهنا .

ويرث الزوج من جميع ما تركته المرأة ، وكذا المرأة عدا العقار ، وترث من قيمة الالات والابنية ، ومنهم من طرد الحكم في أرض المزارع والقرى ، وعلمالهدى يمنعهاالعين دون القيمة.

وأماالقول الثالث فحكاه الشيخ في النهاية عن بعض أصحابنا ثم قال « وهو قريبمنالصواب» وكأنه أرادبه الصدوقفانهذكره فيالفقيه جمعاًبينالروايتين.

قوله: ويرث الزوج من جميع ما تركته المرأة وكذاالمرأةعداالعقار وترث منقيمة الالات والابنية ، ومنهم من طرد الحكم في ارض المزارع والقرى ، وعلم الهدى يمنعها العين دون القيمة

أجمع المسلمون على ارث الزوج منجميع ماتتركهالمرأة مطلقاً، أي مع الولد وعدمه . وأما المرأة فقال مـن عدا أصحابنا انهاكذلك ، وأمـا أصحابنا فاختلفوا في الزوجة التي ليس لها من الميت ولد على أقوال :

(الاول) قول المفيد[1] وابن ادريس أنها لاترث مـن الدور والمساكن فقط وترث من غيرهما كالارضين والمزارع ، لرواية العلا عن محمد بن مسلم عـن الصادق عليه السلام : ترث المرأة الطوب ولاترث منالرباع شيئاً[2] . والرباع هي الدور والمساكن .

---

١) المقنعة : ١٠٥ .

٢) الكافي ١٢٨/٧ ، قرب الاسناد : ٢٧ . قال في المصباح : الطوب : الاجر .

ومارواه يزيد الصائغ قال : سمعت الباقر عليه السلام : ان النساء لايرثن من رباع الارض شيئاً لكن لهن قيمة الطوب والخشب . قال : فقلت له : ان الناس لايأخذون بهذا . فقال : اذا ولياهم ضربناهم بالسوط فان انتهوا والا ضربناهم بالسيف[1] .

ومارواه عبدالملك بن أعين عن أحدهما قال: ليس للنساء من الدور والعقار شيء[1].

(الثاني) قول الشيخ في النهاية[2] والتقي وابن حمزة انها تمنع من جميع العقارات، وهوقول من طرد الحكم في أرض المزارع والقرى .

واحتج الشيخ لذلك برواية زرارة وبكير وفضيل وبريد ومحمد بن مسلم حسناً عن الباقر والصادق عليهما السلام : ان المرأة لاترث من تركة زوجها من تربة دار أوارض الاأن يقوم الطوب والخشب قيمة فتعطى ربعها أوثمنها [3] .

وأجاب عما تقدم من الروايات بأنها تثبت عدم ارثهن من الرباع ولاتنفي عدم ارثهن من الارضين الامن جهة دليل الخطاب وليس بحجة عندنا ، ورواياتنا تثبت ذلك فيجب العمل بمقتضاها . قال : وانما قلنا بأنهن تعطين قيمة الالات تقليلا لمخالفة ظاهر القرآن وجمعاً بين الدليلين .

(فائدة) قوله عليه السلام في الرواية « تعطى ربعها أوثمنها » يوهم أن المرأة ذات الولد حكمها كذلك ، لقوله « أوثمنها » . وليس به لان المراد بعدم الولد انما هومنها لامن الميت ، فجائز أن يكون له ولد من غيرها فترث هي الثمن ، وجائز أن لايكون له ولد أصلا فترث الربع وان كان لها ولد من غيره .

---

١) التهذيب ٩/ ٢٩٩ ، الكافي ٧/ ١٢٩ .

٢) النهاية : ٦٤٢ .

٣) التهذيب ٩/ ٢٩٧، الكافي ٧/ ١٢٨ .

مسألتان :

(الاولى) اذا طلق واحدة من أربع وتزوج أخرى فاشتبهت كان للاخيرة ربع الثمن مع الولد اوربع الربع مع عدمه ، والباقى بين الاربعة بالسوية .

(الثالث) قول ابن الجنيد انها ترث من جميع التركة عملا بعموم القرآن كما هومذهب القوم .

(الرابع) قول المرتضى رحمه‌الله انهن يمنعن من عين جميع ما تضمنته الاقول ولايمنعن من القيمة ، فتقوم جملة العقارات ويعطين حقهن من قيمة ذلك. ووجه هذا القول الجمع بين القرآن والروايات .

والفتوى على قول المفيد وابن ادريس، وهو المنع من رقبة الارض واعطاء قيمة الالات والاشجار والغروس .

وأما الزوجة التي لها ولد من الميت فأطلق المرتضى والمفيد والتقي بأن المرأة لاترث من جميع ماتقدم . وأما الشيخ فقال في النهاية ان ذلك مختص بمن ليس لها ولد من الميت وأما ذات الولد منه فترث من جميع ماتركه ، وتبعه القاضي وابن حمزة ، وهو قول ابن بابويه ، وحجتهم فيه مارواه ابن ابى عمير عن ابن أذينة في النساء : اذا كان لهن ولد أعطين من الرباع[1]. والتخصيص حسن لكونه تقليلا لمخالفة القرآن .

قوله: اذا طلق واحدة من اربع وتزوج اخرى فاشتبهت كان للاخيرة ربع الثمن مع الولد أوربع الربع مع عدمه والباقى بين الاربع بالسوية

---

١) الفقيه ٤/٢٥٢ ، التهذيب ٩/٣٠١ ، الاستبصار ٤/١٥٥ .

(الثانية) نكاح المريض مشروط بالدخول ، فان مات قبله فلامهر لها ولاميراث .

المقصد الثالث ـ في الولاء وأقسامه ثلاثة :

(القسم اولال) ولاء العتق . ويشترط التبرع بالعتق وألايتبرأ من ضمان جريرته .

هذا فتوى الشيخ في هذه المسألة استناداً الى رواية علي بن رئاب عن ابى بصير عن الباقر عليه السلام[1]. والضمير في قول المصنف «فاشتبهت» الى المطلقة لكون الفاء فيها جواباً لصدر جملة الذي هو طلق ، فيكون المعطى ربع الربع أو ربع الثمن هو الزوجة الجديدة .

وقال ابن ادريس : تستخرج المشتبهة بالقرعة . وليس بعيداً من الصواب، لقولهم عليهم السلام: كل امر مشتبه فيه القرعة[2]. لكن مع صحة النقل لااشكال.

(فائدة) على القول الاول أصل الفريضة على تقدير الثمن اثنان وثلاثون ثمنها أربعة واحد منها للمعلومة وثلاثة للاربع الباقية تنكسر عليهن فتضرب عددهن أوسهامهن في الاصل يبلغ مائة وثمانية وعشرين ومنه تصح .

وعلى تقدير الربع اصل الفريضة سنة عشر ربعها أربعة للمعلومة واحد وللاربعة ثلاثة ينكسر أيضاً عليهن فتضرب عددهن أوسهامهن في الاصل يبلغ اربعة وستين ومنه تصح الفريضة الامع احتياج الى ضرب آخر .

قوله : ويشترط التبرع بالعتق وان لايتبرأ من جريرته

هنا فوائد :

---

١) التهذيب ٨/٩٣ ، الكافى ٧/١٣١ .

٢) الفقيه ٣/٥٢ ، التهذيب ٦/٦٤٠ ، العوالى ٢/١١٢ .

(الاولى) ثبت قوله صلى الله عليه وآله وسلم: الولاء لحمة كلحمة النسب[1].
ولما كان النسب مقتضياً للارث فكذا الولاء، لكن الارث في النسب دائر من الطرفين بخلاف الولاء فانه ثابت للمنعم على المعتق دون العكس، خلافاً لابن بابويه فانه قال: اذا لم يكن للمنعم وارث ورثه عتيقه. والاجماع انعقد على خلافه.

(الثانية) الارث بالولاء مشروط بشرطين: أحدهما التبرع بالعتق فلو كان واجباً شرعاً فلا ولاء ثانيهما عدم التبرى من جريرته وحدثه فلو تبرأ من ذلك فلا ولاء فلا ارث.

(الثالثة) قال في المبسوط اذا ملك من يعتق عليه بعوض أو غيره عتق عليه وكان ولاؤه له، محتجاً برواية ابن بابويه عن سماعة عن الصادق عليه السلام في رجل يملك ذا رحمه هل يصلح أن يبيعه أو يستعبده. قال: لا يصلح له بيعه ولا يتخذه عبداً وهو مولاه وأخوه في الدين، وأيهما مات ورثه صاحبه الا أن يكون له وارث أقرب اليه منه[2].

ومنعه ابن ادريس، لاجماع الاصحاب ان الولاء انما يستحقه المتبرع، وهذا ليس بمتبرع لانه انعتق عليه بغير اختياره، ولا يدل عليه قوله عليه السلام «الولاء لمن أعتق»، لانه لم يعتق بل انعتق عليه بغير اختياره.

وهذا هو المفتى به. والرواية المذكورة لا تصلح حجة للشيخ: أما اولاً فلضعف سماعة، وأما ثانياً فلانه ليس فيها أن سبب الارث هو الولاء بل النسب، ولذلك قال: أيهما مات ورثه صاحبه، لان ميراث الولاء من جهة واحدة.

(الرابعة) اكثر الاصحاب على أنه يشترط الاشهاد في التبرى من الجريرة، ومستندهم رواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام: من أعتق رجلا سائبة فليس عليه من جريرته شيء وليس له من الميراث شيء وليشهد على ذلك[3].

---

١) التهذيب ٨/٢٥٥، الفقيه ٣/٧٨.

٢) الفقيه ٣/٨٠.

٣) التهذيب ٨/٢٥٦ وتمامه: من تولى رجلا ورضي بذلك فجريرته عليه وميراثه له.

فلو كان واجباً كان المعتق سائبة . وكذا لو تبرع بالعتق وتبرأ من الجريرة .

ولا يرث المعتق مع وجود مناسب وان بعد .

ويرث مع الزوج والزوجة .

واذا اجتمعت الشروط ورثه المنعم ان كان واحداً، واشتركوا في المال ان كانوا أكثر .

ولو عدم المنعم فللاصحاب فيه أقوال ، أظهرها : انتقال الولاء الى الاولاد الذكور دون الاناث ، فان لم يكن الذكور ، فالولاء لعصبة المنعم .

ولو كان المعتق امرأة فالى عصبتها دون أولادها ولو كانوا ذكوراً .

وخالف ابن الجنيد في ذلك ، واختار قوله المصنف والعلامة لاصالة عدم الاشتراط، وتحمل الرواية على الاثبات عند الحاكم لا الثبوت في نفس الامر.

قوله : واذا اجتمعت الشروط ورثه المنعم ان كان واحداً واشتركوا في المال ان كانوا اكثر

اذا كان المنعم متعدداً اشتركوا على قدر الحصص في العتيق رجالا كانوا أو نساء أو رجالا ونساء .

قوله : ولو عدم المنعم فللاصحاب اقوال اظهرها انتقال الولاء الى الاولاد الذكور دون الاناث ، فان لم يكن ذكور فالولاء لعصبة المنعم ، ولو كان المعتق امرأة فالى عصبتها دون اولادها ولو كانوا ذكوراً

للاصحاب مع عدم المنعم في ميراث المعتق أقوال :

(الاول) قول الشيخ في النهاية، وتبعه القاضى ، وهو ماحكاه المصنف واختاره ابن حمزة ، الأنه زاد والاب يقاسم الذكور من الاولاد دون الام على رواية .

ومستند الشيخ روايات : أما ان ولاء الرجل لاولاده الذكور دون الاناث فرواية يزيد بن معاوية صحيحاً عن الصادق عليه السلام[1]، واما أنه اذا لم يكن ذكر فللعصبة فلرواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام[2] ، وأما ان المعتق اذا كان امرأة فالولاء للعصبة دون أولادها فلرواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال : قضى علي عليه السلام على امرأة أعتقت رجلا واشترطت ولاءه ولها ابن فألحق ولاءه بعصبتها الذين يعقلون عنها دون ولدها[3] .

(الثاني) قول الشيخ في المبسوط[4] اذا لم يكن المعتق ورث من يتقرب من جهته من الولد والوالدين أواخوته من الابوين أوالاب ولايرثه من يتقرب بالام . وكذا قال في الخلاف[4] ، وصرح فيه أن كل من تقرب الى المعتق من جهة الام لايرثون الولاء . وقال فيه : ان المعتق اذا كان امرأة كان ولاء مواليها لعصبتها دون أولادها ولو كانوا ذكوراً.

(الثالث) قول المفيد[5]، وهو عدم الفرق بين كون المعتق رجلا أوامرأة في

---

١) التهذيب ٨/٢٥٤ ، الفقيه ٣/٨١ فيهما : عن بريد العجلى . الكافي ٧/١٧١ وفيه : عن بريد بن معاوية العجلى . و« يزيد بن معاوية »كما فى الجواهر اشتباه لانه ليس فى رجال الصادق عليه السلام بهذا الاسم احد .

٢) التهذيب ٨/٢٥٤ ، الاستبصار ٤/٢٤ .

٣) التهذيب ٨/٢٥٣ ، الاستبصار ٤/٢٥ .

٤) المبسوط ٤/٩٤ ، الخلاف ٢/٢٨٥

٥) المقنعة : ١٠٧ .

ولايرث الولاء من يتقرب بأم المنعم .

ولايصح بيعه ولاهبته .

أن الولاء للذكور من الاولاد دون الاناث ومع عدم الولد للعصبة .

(الرابع) قول ابن بابويه يكون الولاء للاولاد ذكوراً كانوا أواناثاً للذكر مثل حظ الانثيين. لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: الولاء لحمة كلحمة النسب، ورواية عبدالرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام قال: مات مولى لحمزة ابن عبدالمطلب فدفع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ميراثه الى بنت حمزة[1]. واختار هذا القول ابن ادريس ، واستثنى من تقرب بالام الى المعتق .

(الخامس) قول ابن ابى عقيل، قال: قال اكثر الشيعة ان عاقلة الرجل هم ورثته يقسم عليهم الدية ويكون لهم الولاء، وروى عن علي عليه السلام والائمة عليهم السلام أن الدية يقسم على من يحرز الميراث ومن أحرز الميراث أحرز الولاء وهو المشهور. وعن بعض الشيعة العاقلة هم العصبة دون الورثة، ونقل ذلك ايضاً عن علي والائمة عليهم السلام ، وهو محمول على التقية .

واعلم أن الفتوى على ماقال الشيخ في النهاية . وأجاب الشيخ عن حجة ابن بابويه : أما عن الرواية الاولى فان المراد ان الولاء لايباع كما أن النسب لايباع ، فلذلك قال في تمام الخبر : يباع ولايوهب. وعن الثانية ان في طريقها الحسن بن سماعة. على أن الشيخ فى كتاب المواريث مال الى هذه الرواية وحمل باقي الروايات على التقية .

قوله : ولايصح بيعه ولاهبته

---

١) الكافى ٧/ ١٧٠ ، التهذيب ٩/ ٣٣١ .

ويصح جره من مولى الام الى مولى الاب اذا كان الاولاد مولودين على الحرية .

لان موضوع البيع والهبة هوالاعيان والولاء ليس بعين ، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الولاء لحمة كلحمة النسب لايباع ولايوهب[1] .

وهل ينتقل عن المنعم الى ورثته أويورث به ؟ استشكله العلامة من كونه حقاً من الحقوق فيورث كالشفعة والخيار، ومن أنه لحمته كلحمة النسب فلايورث كمالايورث النسب بل يورث به تحقيقاً للمساواة، ولانه لو كان حقاً يورث لصح اسقاطه وانتقاله عن مستحقه واشتراطه في عقد من العقود، واللوازم باطلة اجماعاً.

وتظهر فائدة الخلاف فيما لو خلف المعتق ابنين ومات أحدهما عن ابن ثم مات العتيق ، فولاه للابن الباقي على الثانى أي انه يورث به، وعلى الاول وهو كونه موروثاً يشاركه ابن اخيه، لان أباه ورث نصف الولاء وانتقل عنه الى ابيه .

قوله : ويصح جره من مولى الام الى مولى الاب اذا كان الاولاد مولودين على الحرية

معنى انجرار الولاء هو صيرورة معتق حادث أولى من معتق سابق ، وهو أبداً ينزل من الابعد الى الاقرب من غير عكس . ومن خواصه أنه اذا انجر عن محل الى محل لايرجع الى السابق أصلا .

ومثاله: ان نفرض أن عبداً لزيد تزوج بمعتقة لعمرو وأولد منها ولداً ، فان ولاء ولده لمن اعتق أمهم ، فاذا أعتق جد ذلك الولد انجر ولاؤه الى معتق جده ، فاذا أعتق أب ذلك الولد انجر الولاء الى معتق ابيه .

---

١) الفقيه ٣/ ٧٨ ، التهذيب ٨/ ٢٥٥ .

ومثاله في النسب : كشخص له عم فيتزوج ابوه ويموت وله حمل هو أخ لذلك الشخص اذا انفصل حياً ، فقبل انفصاله يكون وارث الشخص ذلك العم وبعد الانفصال حياً يصير الاخ هـو الوارث ، فاذا تزوج ذلك الشخص وأولد ولداً صار ارثه لذلك الولد .

اذا تقرر هذا فلجر الولاء شرائط :

(الأول) كون الاولاد ولدوا على الحرية، فلوولدواعلى الرقية من الطرفين ثم أعتقوا فولاهم لمن باشر عتقهم .

(الثانى) أن لاتكون الحرية أصلية ، فلو كانت أمهم حرة في الاصل أو كانت معتقة وأبوهم حرفي الاصل لم يكن عليهم ولاء لاحد .

(الثالث) أن لايباشروا بالعتق، فلوولدت المعتقة عبداً كما لواشترط مولى الاب رق الاولاد وقلنا بصحة الشرط ثم ان الموالى أعتقهم فالولاء له .

(الرابع) أن يعتق الاب . فلومات ابوهم على الرق فولاء مولى أمهم باق ولاجر .

قوله : القسم الثانى ولاء تضمن الجريرة

هذا العقد كان في الجاهلية يتوارثون به دون الاقارب ، فأقرهم الله عليه في مبدأ الاسلام ثم نسخ بالارث بالاسلام والهجرة كما تقدم .

ثم انه منسوخ عند الشافعي مطلقاً ولا أثر له ، وعند أصحابنا ليس كذلك بل هوثابت عند عدم المناسب والمعتق.

وصورته أن يقول العاقـد لصاحبه « دمك دمي وثارك ثاري وحربك حربى

من توالى انساناً يضمن حدثه ، ويكون ولاؤه له . ثبت له الميراث ولايتعدى الضامن ، ولايضمن الاسائبة كالمعتق في النذر والكفارات اومن لاوارث له. ولايرث الضامن الامع فقد كل مناسب

وسلمك سلمي وترثني وأرثك » فيقول الاخر « قبلت » .

وهل هو عقد لازم أو جائز ؟ قال الشيخ في الخلاف بالثاني وان لكل منهما الفسخ ونقل الولاء الى غيره الا أن يعقل عنه أوعن أحد من اولاده الذين كانوا صغاراً عند الولاء ، وتبعه ابن حمزة . وقال ابن ادريس بالاول محتجاً بقوله « أوفوابالعقود » والامر للوجوب .

واحج العلامة للشيخ بأصالة عدم اللزوم . وفيه نظرأما: أولا فلما قال ابن ادريس ، وأما ثانياً فلقوله « والذين عاقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم »[1].

قوله : ولايتعدى الضامن

يريد أنه لايسري هذا الولاء الى غير الضامن من أقاربه ولايرثون المضمون، فلومات الضامن قبل المضمون انتقل ميراث المضمون عند موته الى غيرهم .

قوله : ولايرث الضامن الامع فقد كل مناسب

اعلم أن صحة هذا العقد مشروط بكون المضمون سائبة لاوارث له أصلا ، وحينئذ يتوهم أن قوله « ولايرث الضامن الامع فقد كل مناسب» تكرار ، وليس كذلك . وبيانه : انه اذا تم العقد وصح لو تزوج المضمون وأولد لم يكن للضامن مع أولاده ارث، لمكان وجود من هو أولى منه، فلومات الاولاد بقي حكم الضمان على ما هو عليه .

نعم قوله « ومع فقد المعتق » تكرار ، اذ لايمكن حدوث عتق بعد الضمان

---

١) سورة النساء : ٣٣ .

ومع فقد المعتق . ويرث معه الزوج والزوجة نصيبهما الاعلى وما بقي له ، وهو أولى من بيت مال الامام.

القسم الثالث ـ ولاء الامامة :

ولايرث الامع فقد وارث عدا الزوجة فانها تشاركه على الاصح ومع وجوده عليه السلام فالمال له يصنع به ما شاء .

وكان على عليه السلام يعطيه فقراء بلده تبرعاً .

ومع غيبته يقسم في الفقراء ولا يعطى الجائر الامع الخوف .

بخلاف النسب .

قوله : عدا الزوجة فانها تشاركه على الاصح

تقدم البحث في ذلك فلاوجه لاعادته .

قوله : ومع غيبته يقسم فى الفقراء

فيه روايات :

« الاولى » ـ رواية محمد بن مسلم : ان ذلك من الانفال[1] .

« الثانية» ـ روى المفيد[2] وان علياً عليه السلام كان يعطي ذلك فقراء أهل بلده وضعفاء جيرانه وخلطاه .

« الثالثة » ـ عن داود بن فرقد عمن ذكره عن الصادق عليه السلام قال : مات رجل على عهد أمير المؤمنين عليه السلام فدفع ميراثه الى همشهريجه[3]، أي اهل

---

١) الفقيه ٤/٢٤٢ ، الكافي ٧/١٦٩ ، التهذيب ٩/٣٨٧ .

٢) المقنعة : ١٠٩ .

٣) الكافي ٧/١٦٩ ، التهذيب ٩/٣٨٧. في بعض النسخ : « همشيريجه » اى اخته وفي بعض الروايات : همشاريجه .

وأما اللواحق فأربعة :

(الاول) في ميراث ابن الملاعنة : ميراثه لامه وولده ، للام السدس والباقي للولد . ولو انفردت كان لها الثلث والباقي بالرد .

ولو انفردت الاولاد فللواحد النصف وللاثنتين فصاعداً الثلثان .

وللذكران المال بالسوية . وان اجتمعوا فللذكر سهمان وللانثى سهم. ويرث الزوج والزوجة نصيبهما الاعلى مع عدم الولد وان نزل والادنى معهم. ولو عدم الولد يرثه من تقرب بأمه الاقرب فالاقرب الذكر والانثى سواء .

ومع عدم الوارث يرثه الامام . ويرث هو امه ومن يتقرب بها على الاظهر، ولا يرث أباه ولا من يتقرب به ولا يرثونه .

بلده . والاخيرتان مرسلتان ، والقول بأنه من الانفال أحوط .

قوله : ويرث هوامه ومن يتقرت بها على الاظهر

أما ارث ولد الملاعنة من أمه وارثها منه فلا خلاف فيه ، وانما الخلاف في أقاربها . والاظهر في فتاوى الاصحاب أن الحال كذلك .

وقال الشيخ في الاستبصار[1] : انه يرث أخواله ولا يرثونه ، وانما يرثونه لو أقربه أبوه بعد اللعان . وانما قال ذلك جمعاً بين الروايات الدالة على أنهم لا يرثونه ، كرواية سماعة عن ابى بصير عن الصادق عليه السلام[2] ، وبين الروايات

---

١) الاستبصار ٤/ ١٨١ .

٢) راجع الاستبصار ٤/ ١٧٩ - ١٨٢ .

ولواعترف بهالاب لحق به، وورث هوأباه دون غيره من ذوي قرابة أبيه ، ولاعبرة بنسب الاب .

فلو ترك اخوة لاب وأم مع أخ اواخت لام كانوا سواء في المال .

وكذا لو ترك جداً لام مع أخ اوأخت اواخوة اوأخت من أب وأم .

الدالة على ثبوت الموارثة بينهم ، كرواية ابي بصير عن الصادق عليه السلام[1].

قال الشيخ في التهذيب[2]: والعمل على ثبوت الموارثة بينهم أحوط وأولى على مايقتضيه شرع الاسلام. وهو المختار وعليه الفتوى لمايقتضيه النظر وظواهر النصوص ، وضعف الرواية المنافية لذلك فان سماعة واقفي .

قوله : ولواعترف به الاب لحق به وورث هواباه دون غيره من ذوى قرابة ابيه ولاعبرة بنسب الاب

اذا اعترف الاب بالولد بعد اللعان ، لاخلاف في عدم ارث الاب من الولد ، لانقطاع النسب باللعان وانما حكم الاصحاب بارثه من أبيه لمكان اعتراف أبيه بالنسب المستلزم لثبوت الارث .

واختلف في أنه هل يرث أقارب أبيه بمجرد ارث الاب؟ قال التقي نعم، واختاره ابن ادريس محتجاً بأن الاقرار أقوى من البينة ، فيسري اقرار الاب الى غيره .

وقال الشيخ : لالما ثبت من انقطاع النسب باللعان فلاموجب لعوده .

وقال العلامة ان كذبوا الاب في نفيه واعترفوا بنسبته ورثهم وورثوه. وهو حسن، لان اعترافهم بنسبه كاعتراف الاب به ابتداء، فيثبت حكم النسب بينهم وبينه.

قوله : ولاعبرة بنسب الاب

---

١) راجع الاستبصار ٤/ ١٧٩ - ١٨٢ .

٢) التهذيب ٩/ ٣٤١ .

خاتمة

تشتمل على مسائل :

(الاولى) ولد الزنا لاترثه أمه ولاغيرها من الانساب . ويرثه ولده وان نزل والزوج او الزوجة . ولولم يكن أحدهم فميراثه للامام .

وقيل: ترثه أمه كابن الملاعنة.

(الثانية) الحمل يرث ان سقط حياً ، وتعتبر حركة الاحياء كالاستهلال والحركات الارادية ، دون التقلص .

جواب سؤال مقدر ، تقديره انه ثبت نسبه باعتراف الاب فيثبت نسبه مع أقاربه كغيره من الاولاد . والجواب بالمنع من ثبوت نسبه ، لان ذلك النسب ارتفع باللعان وانما ثبت ارثه من أبيه لمكان اعترافه لالعود نسبه والالثبت ارث الاب منه ، لان الطبيعة الواحدة لاتختلف لوازمها .

قوله : وقيل ترثه امه كابن الملاعنة

هذا قول التقي وابن الجنيد وابن بابويه ، لمرسلة يونس قال : ميراث ولدالزنا لقرابته من قبل أمه على نحو ميراث ابن الملاعنة[1] . ونسب هذا القول أيضاً الى المرتضى .

وقال الشيخ في النهاية [2] والخلاف والقاضي وابن حمزة وابن ادريس ان وارثه ولده وان نزل والزوج والزوجة ومع عدمهم فالامام ، وذلك لانقطاع

---

١) الفقيه ٤/٢٣٢ ، التهذيب ٩/٣٤٤ .

٢) النهاية : ٦٧٩ .

(الثالثة) قال الشيخ : يوقف للحمل نصيب ذكرين احتياطاً . ولو كان ذوفرض أعطوا النصيب الادنى .

(الرابعة) يرث دية الجنين أبواه ومن يتقرب بهما أوبالاب .

(الخامسة) اذا تعارفا بما يقتضي الميراث توارثا ولم يكلف أحدهما البينة .

(السادسة) المفقود يتربص بماله . وفي قدر التربص روايات : أربع سنين وفي سندها ضعف .

نسبه شرعاً عن الابوين ، فلا تثبت الموارثة المبتنية على النسب . وتؤيده رواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : ولدالزنا اذا مات وله مال من يرثه . قال : الامام[1] .

قوله : المفقود يتربص بماله وفى قدر التربص روايات

المرادبه من غاب وانقطع خبره بحيث لايعلم أينهولو كان له مال أومات له من يرثه لايجوز التصرف بمجرد غيبته ، بل لابد مع ذلك من زمان يغلب معه الظن بموته، وهو المراد بالتربص . وقد اختلف الاصحاب في قدر ذلك على أقوال على حسب الروايات الواردة في ذلك كما يجيء .

قوله : اربع سنين ، وفى سندها ضعف

هذه هي الرواية الاولى في هذا الباب، وهي رواية عثمان بن عيسى عن سماعة عن الصادق عليه السلام[2] . وهوقول المرتضى والتقي . ووجه ضعف سندها أن

---

١) الفقيه ٤/٢٣١ ، التهذيب ٩/٣٤٣ ، الاستبصار ٤/١٨٢ .

٢) الكافى ٧/١٥٥ ، التهذيب ٩/٣٨٨ .

وعشرسنين وهي في حكم خاص، وفي ثالثة يقتسمه الورثة اذا كانوا ملاء ، وفيها ضعف أيضاً .

عثمان وسماعة واقفيان .

نعم ربما انجبر ضعفها بما رواه ابن بابويه عن اسحاق بن عمار قال: قال ابوالحسن عليه السلام في المفقود: يتربص بماله اربع سنين ثم يقسم[1] .ثم قال: وهذه المدة من حين انقطاع خبره لامن حين غيبته، وبعد ان يطلب أربع جوانب هذه المدة . وأيضاً ان عصمة الاموال ليست أشد من عصمة الزوجية ، وقد حكمنا للزوجة بعدأربع سنين والطلب فيها بالاعتداد والتزويج، فكذا في الاموال على الوجه الاولى .

قلت : وهذا الاستدلال بثبوت أحد المعلولين على ثبوت المعلول الاخر وليس بتام مطلقاً ، لجواز أن يكون أحد المعلولين مشروطاً بشرط غير حاصل للمعلول الاخر، فان الضرورة الماسة الى فسخ النكاح ليست حاصلة في قسمة المال . مع أن اسحاق قيل انه فطحي .

قوله : وعشرسنين وهي في حكم خاص

هذه الرواية الثانية رواها علي بن مهزيار عن ابى جعفر عليه السلام في امرأة ماتت ولهادار وابن وبنت والابن غائب في الهجر . قال : ينتظر عشرسنين ثم تشترى الدار[2] .

وأفتى بها ابن الجنيد في غير المفقود من العسكر، وأما المفقود من العسكر فيتربص اربع سنين ، وأفتى بها المفيد مطلقاً لكن في شراء الدار خاصة ولم يعدها الى غيرها والدار هي الحكم الخاص الذي أشار اليه المصنف .

قوله : وفي ثالثة يقسمه الورثة اذا كانوا ملاء وفيها ضعف أيضاً

---

١) الفقيه ٤/ ٢٤٠ .

٢) الكافي ٧/ ١٥٤، التهذيب ٩/ ٣٩٠ .

وقال في الخلاف: حتى يمضي مدة لا يعيش مثله اليها، وهو أولى في الاحتياط وأبعد من التهجم على الاموال المعصومة بالاخبار الموهومة .

هذه رواية صفوان عن اسحاق بن عمار عن الكاظم عليه السلام[1] وفي طريقها سماعة وهو أحد أسباب ضعفها ، وأفتى بها المفيد اذا تطاولت المدة .

قوله: وقال في الخلاف حتى يمضى مدة لا يعيش مثله اليها وهو اولى في الاحتياط وابعد من التهجم على الاموال المعصومة بالاخبار الموهومة

هذا قول الشيخ في المبسوط والخلاف والقاضي وابن حمزة وابن ادريس ولاشك أن العمل به أحوط وأولى من التصرف في مال الغير بغير اذنه بمجرد اخبار مرجوحة خصوصاً مع ضعف سندها . ولذلك أجاءت اخبار أخرى تدل على الامر بتركه على حاله ، كرواية الهيثم قال : كتبت الى عبد صالح: اني أتقبل الفنادق فينزل عندي الرجل فيموت فجأة ولا أعرفه ولا اعرف بلاده ولا ورثته فيبقى المال عندي كيف أصنع به ولمن ذلك المال . فكتب عليه السلام : اتركه على حاله[2] .

وأخرى بالامر بطلبه مطلقاً ، كرواية معاوية بن وهب عن الصادق عليه السلام في رجل كان له على رجل حق ففقده ولا يدري أبن يطلبه ولا يدري أحي هو أم ميت ولا يعرف له وارثاً ولا نسباً ولا بلداً . قال : اطلب. قال: ان ذلك قد طال فأتصدق به . قال : اطلبه[3] .

---

١) الكافي ٧/ ١٥٤، التهذيب ٩/ ٣٨٩.

٢) الكافي ٧/ ١٥٤ ، التهذيب ٩/ ٣٨٩ ، الاستبصار ٤/ ١٩٧ .

٣) الكافي ٧/ ١٥٣، التهذيب ٩/ ٣٨٩ ، الفقيه ٤/ ٢٤١ ، الاستبصار ٤/ ١٩٧ .

(السابعة) لوتبرأ من جريرة ولده وميراثه ، ففي رواية يكون ميراثه للاقرب الى أبيه ، وفي الرواية ضعف .

وهنا فوائد :

(الاولى) الموهومة في قول المصنف يراد بها الباطلة والمرجوحة ، فان الوهم يطلق على القوة المدركة للمعاني الجزئية . ولست مرادة هنا ويطلق على الاعتقاد المرجوح أوالرأي الباطل ، فيكون المراد أحد الامرين .

(الثانية) يرجع في مدة العمر الى الغالب بمجرى العادة ، وقدقدره بعضهم بمائة وعشرين سنة . فيعتبر ذلك بالنسبة الى عمر الشخص المفقود في حاله من مبدأ عمره لامن زمان غيبته .

(الثالثة) لو كان في الاموال المذكورة مايخشى تلفه بيع ذلك وجعل في غير المخشي تلفه ويستأذن في ذلك الحاكم الشرعي ان أمكن والافعل ما هوالاصلح على جهة الحسبة . والله الموفق .

قوله : لو تبرأ من جريرة ولده وميراثه ، ففى رواية يكون ميراثه للاقرب الى ابيه ، وفى الرواية ضعف

هذه رواية ابن مسكان عن بريد بن خليل عن الصادق عليه السلام[1]، ومثلها روى ابن بابويه عن ابن مسكان عن ابى بصير[2]. وعمل بذلك الشيخ في النهاية والقاضي .

---

١) التهذيب ٩/٣٤٨ ، الاستبصار ٤/١٨٥ . فى بعض النسخ « زيد بن خليل » وليس زيد وبريد فى رجال الصادق عليه السلام، ولعله « بدر بن الخليل الاسدى الكوفى ابوالخليل » ذكره الشيخ فى رجاله عليه السلام .

٢) الفقيه ٤/٢٢٩ ، التهذيب ٩/٣٤٩ ، الاستبصار ٤/١٨٥ .

(الثاني) فى ميراث الخنثى :

من له فرج الرجال والنساء يعتبر بالبول، فمن أيهما سبق يورث عليه . فان بدر منهما قال الشيخ: يورث على الذي ينقطع منه أخيراً. وفيه تردد .

وأنكر ذلك ابن ادريس وقال : ان الشيخ رجع عن ذلك في الحائريات وقال لايسقط الميراث بالتبرى لثبوته بالشرع. وهذا هوالحق المفتى به ، لدلالة نص القرآن على ثبوت ارث الولد في قوله « يوصيكم الله في أولادكم » [1] ، والرواية غيرصالحة للتخصيص، فانبريد بن خليل مجهول الحال والثانية مرسلة. هذا مع شذوذهما واجماع الاصحاب بل المسلمين كافة على خلاف مدلولهما .

ثم انه على تقدير ذلك في الاب لايتعدى الى غيره من الاقارب اذا تبرأ من ميراث من يعقل عنه .

والجريرة لغة الجناية ، يقال جرعليهم جريرة أي جنى عليهم جناية .

قوله: من له فرج الرجال والنساء يعتبر بالبول فمن ايهما سبق يورث عليه ، فان بدر منهما قال الشيخ يورث على الذى ينقطع منه اخيراً ، وفيه تردد

هذه العبارة غير وافية بالمقصود ، وأوضح منها أن يقال : انه يعتبر بالبول فان بال من فرج الرجال فهو رجل، وان بال من فرج النساء فهي امرأة، وان بال منهما اعتبر بالسبق فمن أيهما سبق بوله فالحكم له ، فان لم يكن سبق من أحدهما اعتبر بما ينقطع أخيراً .

---

١) سورة النساء: ١١ .

والمصنف نسب اعتبار الانقطاع أخيراً الى الشيخ . وهويوهم انفراده به ، وليس كذلك بل المفيد أيضاً اعتبره الا أنه لم يذكر اعتبارالسبق ، وكذا عبارة سلار . ويمكن الجمع بين الكلامين على أن اعتبارالانقطاع أخيراً انما هوعلى تقدير عدم سبق أحدهما .

وأما وجه تردد المصنف فيذلك فمن حيث أنه قول الشيخ ومن حيث عدم نص قاطع به .

وفي ترددهنظر ، من حيث أن سبق بول أحدهما وانقطاعه أخيراً ليسامقصودين بالذات ، بل المقصود من ذلك كثرة بول أحدهما ، فان الكثرة أمارة كافية في الدلالة على رجحان أحدهما ، ولذلك صرح المرتضى باعتبار الكثرة وكذا المفيد في الاعلام[1] . وحينئذ يكون سبق البول وانقطاعه أخيراً متساويين في الدلالة على الكثرة ، فترددده في أحدهما دون الاخر ترجيح من غير مرجح .

ان قلت : يلزمكم أن لايكون سبق البول دالاعلى الاكثرية مطلقاً ، لجواز أن يسبق أحدهما بالبول والاخر بالانقطاع أخيراً فيتساويان .

قلت : انما يعتبر السبق والانقطاع على تقدير تساويهما في الطرف الاخر مطلقاً .

اذا عرفت هذا فاعلم أنه لم يخالف في اعتبار البول أحد من أصحابنا الا ابن ابى عقيل ، فانه قال: اذا كان له الفرجان يعطى ميراث الذكر ، لان ميراث النساء داخل في ميراث الرجال . قال : روي أنه يورث من المبال، فان سلسل على فخذه فبول امرأة وان زرق البول كما يزرق بول الرجل فهو رجل .

---

١) الاعلام : ٣٣٩ المطبوع مع « عدة رسائل » للمفيد عليه الرحمة فى سنة ١٣٧٠ بالنجف الاشرف.

وان تساويا ، قال في الخلاف : يعمل فيه بالقرعة. وقال المفيد وعلم الهدى : تعد اضلاعه .

وقال في النهاية والايجاز والمبسوط: يعطى نصف ميراث رجل ونصف امرأة ، وهواشهر .

قوله : فان تساويا قال فى الخلاف عمل بالقرعة ، قال المفيد وعلم الهدى تعداضلاعة، وقال فى النهاية والايجاز والمبسوط يعطى نصف ميراث رجل ونصف ميراث امرأة ، وهواشهر

اختلف الاصحاب القائلون باعتبار البول فيما اذا تساويا في البول أخذاً وانقطاعاً على أقوال :

(الاول) قول الشيخ في الخلاف انه يعتبر بالقرعة، لانه والحالة هذه مشكلة الحال ، وقالوا عليهم السلام : كل امرمشكل فيه القرعة[1] .

وكيفيتها أن يكتب في رقعة « عبدالله » وفي آخر « أمة الله » ويخلطان ثم يقول المقرع « اللهم فاطر السماوات والارض عالم الغيب والشهادة أنت تحكم بين عبادك فيما كانوا فيه يختلفون بين لنا أمرهذا الشخص لنحكم فيه بحكمك » ثم يخرج قرعة ، فان خرج « عبدالله » ورث ميراث رجل ، وان خرج « أمةالله » ورث ميراث امرأة .

(الثاني) قول ابن الجنيد والمرتضى ، وهو أن تعد أضلاعه فان اتفقت ورث ميراث النساء وان اختلفت ورث ميراث الرجال ، واستندا في ذلك الى فعل علي عليه السلام في قضية المرأة التى جاءت الى شريح[2] . واختار هذا

---

١) الفقيه ٣/٥٢ ، التهذيب ٦/٢٤٠ .

٢) الفقيه ٤/٢٣٨ ، التهذيب ٩/٣٥٤ .

القول ابن ادريس[1] ، واحتج له بوجوه :

« الف » قوله تعالى « يهب لمن يشاء اناثاً ويهب لمن يشاء الذكور »[2] ، فانه قسم الاولاد الى قسمين لاغيرهما الـذكور والاناث ولم يذكر الخنائي ، فلوكان بعد الانثى والذكر منزلة لذكرها .

« ب » الخبر المذكور عن علي عليه السلام .

« ج » الاجماع من الاصحاب . وبين الاجماع، فان المفيد رجع عن قوله بنصف النصيبين الى هذا القول وكذا الشيخ رجع عنه الى القول بالقرعة في الخلاف ثم رجع عن القول بالقرعة في الحائريات الى القول بعد الاضلاع ، فلم يبق الا القول به فيكون اجماعاً .

وفي هذه الوجوه نظر :

أماالاول : فلان ذكرالشيء لايستلزم نفيماعداه ، فجاز أن يكون قسمأثالثاً لم يذكره .

وأما الثاني: فلمنع صحة الخبر ، فان رجاله غير معلومي العدالة .

وأمـا الثالث : فلان رجوع الشيخين ممنوع ، وعلى تقدير حصوله لزوم الاجماع ممنوع أيضاً، لان عدم العلم بالمخالف لايستلزم العلم بعدم المخالف .

(الثالث) قول الشيخ فـي النهاية والاستبصار والمبسوط أنه يعطى نصف النصيبين . وهو فتوى ابنى بابويه ، وهو المشهور واختاره المصنف والعلامة. وعليه الفتوى ، لمارواه هشام بن سالم موثقاً عن الصادق عليه السلام : قال قضى علي عليه السلام في الخنثى له ما للرجال وله ماللنساء . قال : يورث مـن حيث

---

١) السرائر : ٤٠٦ .

٢) سورة الشورى : ٤٩ .

ولواجتمع مع الانثى ذكروانثى ، قيل: للذكرأربعة ، وللخنثى ثلاثة وللانثى سهمان .

وقيل: تقسم الفريضة مرتين فتفرض مرة ذكراً ومرة انثى ويعطى نصف النصيبين وهواً ظهر. مثاله خنثى وذكر تفرضهما ذكرين تارة وذكراً وأنثى أخرى، وتطلب أقل مال له نصف ولنصفه نصف وله ثلث ولثلثه نصف ، فيكون اثنا عشر فيحصل للخنثى خسمة وللذكر سبعة. ولو كان بدل الذكر انثي حصل للخنثي سبعة وللانثى خمسة .

يبول ، فـان خرج منهما جميعاً فمن حيث سبق ، فـان خرج سواء فمن حيث ينبعث،فان كانا سواء ورث ميراث الرجال والنساء [1] . لان الخنثى ومن يقاسمه كمتنا زعين في الاستحقاق ، والمعهود من الشرع تنصيف ماوقع فيه النزاع بين المتناز عين ، ولبطلان القولين الاولين : أما الاول فلان القرعة انما تحصل مع الالتباس ومع النص والدليل لاالتباس ، وأما عد الاضلاع فلما تقدم .

قوله : فلواجتمع مع الخنثى ذكر وانثى قيل للذكر اربعة وللخنثى ثلاثة وللانثى سهمان، وقيل تقسم الفريضة مرتين فيفرض مرة ذكراً ومرة انثى ويعطى نصف النصيبين ، وهو اظهر

الاول ذكره الشيخ في النهاية[2] والاستبصار[3] ، وقيل انه لايعطى الكمية . وفيه نظر، لانه ان عنى بالكمية التي في أصل المسألة فقد تقدمت، وان عنى في كمية الاستحقاق فذلك ظاهر لايفتقر الى تعليل ، فانه اذا فرض للذكر أربعة

---

١) التهذيب ٩/ ٣٥٤ .

٢) النهاية : ٦٧٧ .

٣) راجع الاستبصار ٤/ ١٨٧ .

وللانثى اثنـان فنصف عدد الأول اثنان ونصف الثاني واحد ومجموعهما ثلاثة وهي نصيب الخنثى ، فيكون أصل الفريضة تسعة . نعم يظهر بينه وبين الثاني تفاوت كما يجيء .

والثاني ذكره الشيخ في المبسوط ، وهو المشهور . وبيانه : انه لو اجتمع خنثى وذكر فأصل الفريضة اثناعشر ، لانا نحتاج الى مال يأخذ الخنثى نصفه عند ذكوريته وثلثه عند أنوثيته ونصفهما عند اشكاله، ومخرج نصف النصف أربعة ومخرج نصف الثلث ستة وهما مشتركان في النصف، فاضرب نصف أحدهما في الاخر اما الثلاثة في الاربعة أو الاثنين في الستة يبلغ اثناعشر، فللخنثى ستة عند ذكوريته وأربعة عند أنوثيته فاجمعهما واعطه نصف المجموع ، وذلك خمسة يبقى سبعة للذكر.

ولو كان مع الخنثى أنثى كان للخنثى على تقدير ذكوريته ثمانية وعلى تقدير أنوثيته ستة ومجموعهما أربعة عشر، فأعطه نصفها وهو سبعة يبقى للانثى خمسة .

ولو اجتمع معه ذكر وأنثى فأصل الفريضة أربعون ، لان الخنثى له تارة الخمسان وتارة الربع ، وبين مخرج الخمس والربع مباينة ، فاضرب أحد المخرجين في الاخر ، فتضرب خمسة في أربعة يبلغ عشرين، فللخنثى تارة ثمانية وأخرى خمسة مجموعهما ثلاثة عشر لا نصف لها فتضرب مخرج النصف وهو اثنان في العشرين يبلغ اربعين .

فللخنثى على تقدير الذكورية ستة عشر ومثلها للذكر وللانثى ثمانية وعلى تقدير الانوثية له عشرة وللذكر عشرون وللانثى عشرة ، فاذا جمعت بين نصيبيه بلغ ستة وعشرين ، فله نصفهما وهو ثلاثة عشر وللذكر ثمانية عشر وللانثى تسعة.

ولك طريق ثالث ، وهو أن تضم نصف المتنازع فيه للخنثى الى مالا نزاع فيه له وتعطيه اياه ، ففي المسألة الاولى الخنثى تدعي النصف والذكر يدعي الثلثين فالنزاع في سدس، فيقسم بينهما فتعطى ثلث الاثني عشر ونصف سدسها والمجموع

ولو شاركهم زوج اوزوجة صححت فريضةالخنثي ثم ضربت فخرج نصيب الزوج او الزوجة فى تلك الفريضة، فما ارتفع فمنه تصح .

خمسة. وفي المسألة الثانية الخنثى تدعي الثلثين والانثى تدعي النصف،فالنزاع في سدس فيقسم بينهما فتعطى نصف الاثني عشر ونصف سدسها والمجموع سبعة . وفي المسألة الثالثة الخنثى تدعى منها الخمسين والذكر يدعي النصف والانثى تدعي الربع ، فالنزاع مع الخنثى في ستة ينقسم ويعطى نصفها وهو ثلاثة يصير معه ثلاثةعشر ويبقى للذكر ثمانية عشر وللانثى تسعة .

اذا عرفت هذين الطريقين فقد ظهر لك التفاوت بينهما وبين الاول ، فان في الاول يحصل للخنثى ثلث المال وهو ثلاثة من تسعة وهنا يحصل له ثلاثة عشر وهي أقل من الثلث بثلث واحد .

قوله: ولو شاركهم زوج او زوجة صححت فريضة الخنثى ثم ضربت مخرج نصيب الزوج أو الزوجة فى تلك الفريضة فما ارتفع فمنه تصح

بيان ذلك في الزوج : أما في المسألة الاولى والثانية فانك تضرب مخرج نصيبه ـ وهو اما الربع كما في صورة الولد أربعة في اثنى عشر يبلغ ثمانية وأربعين أو النصف كما في صورة الاخوة ـ اثنين في اثنى عشر يبلغ أربعة وعشرين، وأما في المسألة الثالثة فانك تضرب أربعة في أربعين تبلغ مائة وستين أو اثنين في الاربعين يبلغ ثمانين .

وبيانه في الزوجة : انك تضرب ثمانية مخرج الثمن في اثني عشر يبلغ ستة وتسعين أو أربعة مخرج الربع في اثني عشر يبلغ ثمانية وأربعين ، وفي الثالثة انك تضرب ثمانية في أربعين يبلغ ثلاثمائة وعشرين أواربعة في اربعين

ومن ليس له فرج النساء ولاالرجال يورث بالقرعة .

ومن له رأسان اوبدنان علىحقوواحد يوقظ اويصاح به، فان انتبه أحدهما فهما اثنان .

(الثالث) في الغرقى والمهدوم عليهم . وهؤلاء يرث بعضهم بعضاً اذا كان لهم اولاحدهم مال وكانوا يتوارثون واشتبه المتقدم فى الموت بالمتأخر .

وفي ثبوت هذا الحكم بغيرسبب الغرق والهدم تردد .

يبلغ مائة وستين . وعلى هذا المثال في غير ذلك من المسائل الواقعة ، وهو ظاهر للفطن المتأمل للضوابط الفقهية والقواعد الحسابية .

قوله : ومن ليس له فرج الرجال ولا النساء يورث بالقرعة

هذا فتوى معظم الاصحاب، بل لم يخالف في ذلك أحد الا ابن الجنيد. ومستند الاصحاب رواية الفضيل بن يسار صحيحاً عن الصادق عليه السلام[1] ، وعبدالله بن مسكان موثقاً عنه عليه السلام أيضاً[2] .

وأما ابن الجنيد فقال: ان كان اذا بال يتنحى بوله ورث ميراث الذكروان كان لا يتنحى ورث ميراث الانثى ، مستنداً الى رواية عبدالله بن بكير[3] عن بعض أصحابنا. وهى ضعيفة: أما اولا فلضعف عبدالله فان الكشي قال انه فطحي، وأما ثانياً فلارسالها .

قوله : وفى ثبوت هذا الحكم بغير سبب الغرق والهدم تردد

---

١) الكافى ٧/١٥٨ ، التهذيب ٩/٣٥٦ ، الفقيه ٤/٢٣٩ .

٢) التهذيب ٩/٣٥٧ .

٣) الكافى ٧/١٥٧ ، التهذيب ٩/٣٥٧ ، الاستبصار ٤/١٨٧ .

ومع الشرائط يورث الاضعف أولا ، ثم الاقوى ، ولايورث مما ورث منه .

وفيه قول آخر .

يريد بهذا الحكم اشتباه المتقدم في الموت بالمتأخر، فانه لاخلاف في التوريث على الوجه المذكور اذا كان سببه الغرق أو الهدم ، وأما اذا كان لا بسببهما ففيه ترددينشأ من حصول العلة المقتضية للارث وهي الاشتباه مع السبب، فيحصل المعلول وهو الارث. وبه قال الشيخ في النهاية والمبسوط وابن الجنيد والتقي وابن حمزة .

ومن أن الارث مشروط بالعلم بحياة الوارث بعد الموروث، وذلك العلم منتف هنا فلا ارث ، لان الجهل بالشرط مستلزم لعدم الحكم بالمشروط . وبه قال المفيد ، واختار العلامة في المختلف الاول وفي القواعد الثاني .

قوله: ولا يورث مما ورث منه[1] ، وفيه قول آخر

هذا القول للمفيد[2] ، ومضمونه أن المفروض ثانياً يرث مما ورث منه أيضاً ، محتجاً بوجهين :

(الاول) انه لولا ذلك لزم حرمان ورثة من له المال، فان ماله حينئذ يصل الى ورثة صاحبه الذى ليس له مال .

(الثاني) انه قد ورد تقديم الاضعف نصيباً في التوريث ، فلولم يرث كل واحد الا من صلب مال الاخر لم يكن لتقديمه فائدة . والاول ـ وهو اختيار المصنف ـ قول اكثر الاصحاب ، واحتجوا بوجهين :

---

١) اى ولايورث القوى مما ورث الضعيف منه بل من صلب تركته فقط .

٢) المقنعة : ١٠٧ .

الاول : رواية عبدالرحمن بن الحجاج صحيحاً عن الصادق عليه السلام في أخوين ماتا لاحدهما مائة الف درهم والاخر ليس له شيء ركبا في السفينة فغرقا فلم يدر أيهما مات قبل . قال : ان المال يورثه الذي ليس له شيء ولم يكن لورثة الذى له المال شيء[1] وبمعناه روى حمران بن اعين عمن ذكره عن علي عليه السلام[2] .

الثاني : ان توريث كل واحد منهما مما ورث منه الاخر يستلزم المحال بمجرى العادة فيكون محالا، وذلك لان التوريث على الوجه المذكور مستلزم لتقديم موت كل واحد منهما ، ولا يمكن أن يقدر رجوع أحدهما الى الحياة حتى يرث مما ورث منه صاحبه. ولوجاز ذلك لزم أن لاينقطع التوارث بينهما أبداً ، ولم يقل به أحد .

وأجابوا عن أول وجهي المفيد : بالتزام ذلك للرواية المذكورة ، ولان الفرض أن صاحبه الذي مات معه أولى من غيره بالميراث ، فلا اشكال حينئذ.

وعن ثانيهما: بأن التقديم جاز أن يكون لقطع المنازعة على وجه الاستحباب كمتحاكمين ادعيا معاً عند القاضي ، فانه يقدم من على يمين صاحبه لقطع المنازعة .

قوله : والتقديم على الاستحباب على الاشبه

يريد بالتقديم توريث الاضعف نصيباً أولا ثم الاقوى نصيباً ، كمالو غرق الزوجان، فانه يفرض موت الزوج وتوريث الزوجة منه ثم يفرض موتها وتوريث الزوج منها ، فهل ذلك الفرض على سبيل الوجوب أوالاستحباب ؟

كلام الشيخ في المبسوط فيه اشعار بالاول ، وفي الايجاز صرح بعدمه .

---

١) الكافى ١٣٧/٧ ، التهذيب ٣٦٠/٩ .

٢) التهذيب ٣٦٢/٩ .

فلوغرق أب وابن ، ورث الاب أولا نصيبه ، ثم ورث الابن من أصل تركة أبيه مما لاورث منه ، ثم يعطى نصيب كل منهما لوارثه.

ولو كان لاحدهما وارث اعطى ما اجتمع لدى الوراث لهم ، وما اجتمع للاخر للامام .

ولولم يكن لهما غيرهما انتقل مال كل منهما الى الاخر ثم منهما الى الامام .

واذا لم يكن بينهما تفاوت فى الاستحقاق سقط اعتبار التقديم كأخوين ، فان كان لهما مال ولامشارك لهما انتقل مال كل منهما الى صاحبه ثم منهما الى ورثتهما .

وتردد المصنف في ذلك في الشرائع ، ومنشأ تردده من أصالة عدم الوجوب ، ولانه غيرمشتمل على فائدة لان التوريث حاصل من الطرفين والتقديم لايقتضي زيادة سهم المقدم عن فرضه فلا فائدة فيه حينئذ ، واذالم يكن مشتملا على فائدة كان عبثاً فيكون قبيحاً. ومن الروايات الدالة على وجوب التقديم فيجب اتباعها دفعاً للضرر المظنون الحاصل من مخالفتها . وانما كان الاستحباب أشبه لانه يقتضي الجمع بين الروايات والتخلص مما ذكر في الدليل الدال على عدم الوجوب .

قال في الشرائع : ولو ثبت الوجوب كان تعبداً ، للاصل لانتفاء الفائدة ولقلة القائل به .

وهذا كله على قول غير المفيد ، وأما على قوله فان له فائدة ، وهي اختصاص الثاني بأخذ نصيبه من تركة الاول ومما ورث منه .

قوله : ولوماتا حتف انفهما لم يتوارثا وكان ميراث كل منهما لوارثه

وان كان لاحدهما مال صار ماله لاخيه ، ومنه الى ورثته ولم يكن للاخر شيء، ولولم يكن لهما وارث انتقل المال الى الامام .

ولوماتاحتف أنفهمالم يتوارثا ، وكان ميراث كل منهما لورثته.

(الرابع) فى ميراث المجوس . وقد اختلف الاصحاب فيه :

فالمحكى عـن يونس أنه لايورثهم الا بالصحيح من النسب والسبب .

وعن الفضل بن شاذان: أنه يورثهم بالنسب ، صحيحه وفاسده. والسبب الصحيح خاصة ، وتابعه المفيد رحمه الله .

وقال الشيخ : يورثون بالصحيح والفاسد فيهما .

واختيار الفضل أشبه .

قال الجوهري: يقال مات فلان حتف أنفه اذا مات من غير قتل ولاضرب.

وانما لم يتوارثا لانه لـو حصل بينهما توارث لكـان اما أن يرث أحدهما الاخرمن غير عكس فيلزم الترجيح من غير مرجح ، أو يرث كل واحد منهما من الاخر فيلزم فرض حياة الانسان في الدنيا بعد موته ، وهو خـلاف العادة ، وان وقع فهو اما نادر أو معجز خارق للعادة ، والاحكام مبنية على الغالب .

قوله : وقد اختلف الاصحاب فيه، فالمحكى عن يونس انه لايورثهم الا بالصحيح مـن النسب والسبب ، وعن الفضل بن شـاذان انه يورثهم بالنسب صحيحه وفاسده وبالسبب الصحيح خاصة ، وتابعه المفيد ، وقـال الشيخ يورثون بالصحيح والفاسد منهما . واختيار الفضل اشبه

حكى المصنف في توريث المجوس ثلاثة مذاهب :

الاول : مذهب يونس بن عبدالرحمن ، وهو من متقدمي أصحابنا عظيم الشأن ، من رجال الكاظم والرضا عليهما السلام . وهو أنهم لايورثون الا بالصحيح من النسب والسبب .

وتابعه على ذلك التقي وابن ادريس، واختاره العلامة في المختلف مستدلا بأن النسب والسبب الباطلين لايتعلق بهما حكم المواريث ، ولم يزد على ذلك شيئاً . واستدل ابن ادريس : بأن الحكم بالباطل حكم بغير ما أنزل الله فيكون باطلا .

الثاني: مذهب الفضل بن شاذان النيسابوري أحد أصحابنا الفضلاء العظماء المتكلمين من رجال الهادي والعسكري عليهما السلام، وهو أنهم يورثون بالنسب مطلقاً صحيحه وفاسده ، وأما السبب فلا يورثون الا بصحيحه .

وتابعه على ذلك المفيد وابن بابويه وابن ابى عقيل ، واختاره المصنف لان اقرارهم على دينهم واعتقادهم صحة ذلك النسب يقتضي أن يكون شبهة ملحقة للنسب، ونحن نورث ولد الشبهة للحكم بلحاق نسبه بخلاف السبب الفاسد، فان الاجماع منعقد على عدم الحكم به فلا يحصل به ارث. واختار العلامة هذا فى القواعد وولده فى ايضاحه .

الثالث : مذهب الشيخ ، وهو أنهم يورثون بكل مايعتقدون صحته من نسب أوسبب. وهو مذهب ابن الجنيد، وتبعهما على ذلك القاضي وسلار وابن حمزة ، وحاصل استدلال الشيخ على ذلك وجوه :

(الاول) الروايات الكثيرة الدالة على ذلك، ومن صريحها رواية السكوني عن الصادق عن الباقر عن علي عليهم السلام انه كان يورث المجوسي اذا تزوج بأمه وبابنته من وجهين من وجه أنها أمه ووجه أنها زوجته[1].

---

١) الفقيه ٤/٢٤٩ ، التهذيب ٩/٣٦٤ ، الاستبصار ٤/١٨٨ ، أخرجه فى الاول باختلاف يسير .

(الثاني) ما نقله ابن الجنيد أن المشهور عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه يورث المجوس بما يعتقدونه .

(الثالث) انهم يعتقدون ذلك نكاحاً صحيحاً ونسباً صحيحاً، ونحن مأمورون باقرارهم على دينهم .

(الرابع) انا نهينا عن قذفهم بالزنا ، كما روي أن رجلا سب مجوسياً بحضرة الصادق عليه السلام فزبره ونهاه فقال : انه تزوج بأمه. فقال: أما علمت أن ذلك عندهم النكاح[1] .

(الخامس) روي عن الصادق عليه السلام : أن كل قوم دانوا بشيء يلزمهم حكمه[2] .

لايقال: ان ذلك حكم بخلاف ما أنزل الله وبخلاف القسط فيكون باطلا ، وبأن الحاكم منا لايجوز له الحكم بمذاهب أهل الخلاف من المسلمين، فالحكم بمذاهب أهل الكفر أولى بعدم الجواز . وبأن الشيخ قال في التهذيب : ان اصحابنا في المسألة المذكورة على مذهبين، وحكى قولي يونس والفضل فكيف يحدث هو قولا ثالثاً .

لانا نجيب عن الاول : بأن تقريرهم على دينهم لما كان معلوماً من قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم وهو لاينطق عن الهوى ان هو الاوحي يوحى كان تقريرهم حكم بما أنزل الله وبالقسط فلا يكون باطلا .

وعن الثاني : بأن الفرق حاصل ، للنهي عن الاول دون الثاني . على أنا وان سلمنا أنه لايجوز الحكم بمذاهب أهل الخلاف من المسلمين لكن يجوز للحاكم الزامهم بمعتقدهم ، فان المطلق لزوجته ثلاثاً مرسلا معتقداً لصحة

---

١) الكافي ٥/٥٧٤ .

٢) التهذيب ٩/٣٦٥ ، الاستبصار ٤/١٨٩ .

ولوخلف أماً هي زوجة ، فلها نصيب الام دون الزوجة .
ولوخلف جدة هى أخت ورثت بهما .
ولاكذا لوخلف بنتاً هى اخت، لانه لاميراث للاخت مع البنت.

ذلك نلزمه بالبينونة منها وينكحها الازواج .

وعن الثالث : بأن الشيخ لم يدع الانحصار في القولين ، وكيف يكون قولا ثالثاً وهوموجود في الروايات وقول ابن الجنيد وهومتقدم على قول الشيخ. وأيضاً يجوز أن يكون المذهبان باطلين عنده ولا يلزم من بطلانهما خروج الحق عن الطائفة في زمانه ويكون مذهبه هوالحق ويكون موجوداً قبل يونس والفضل .

قوله : فلو خلف اماً هى زوجة فلها نصيب الام دون الزوجة

هذا على قول الفضل ، وعلى قول يونس ان كانت أمه عن نكاح صحيح فكذلك والا فلا شيء لها ، وعلى قول الشيخ لها نصيب الأم والزوجة معاً .

قوله : ولو خلف جدة هى اخت ورثت بهما

هذا أيضاً على قول الفضل والشيخ ، وعلى قول يونس لاشيء لها من جهة كونها اختاً وكذا من جهة الجدة ان كان نسبها فاسداً ، وان كان صحيحاً فلها نصيب الجدة لاغير .

قوله : ولاكذا لو خلف بنتاً هى اخت لانه لاميراث للاخت مع البنت

هذا على قول الفضل والشيخ ، وأما على قول يونس فلا شيء لها لفساد نسبها .

قوله : فان انقسم من غير كسر

مثاله ابوان واربع بنات الفريضة ستة للابوين سهمان وللبنات الاربعة الباقية .

« خاتمة فى حساب الفرائض »

مخارج الفروض ستة :

ونعنى بالمخرج أقل عدد يخرج منه ذلك الجزء صحيحاً .

فالنصف من اثنين ، والربع من أربعة ، والثمن من ثمانية ، والثلثان والثلث من ثلاثة ، والسدس من ستة .

والفريضة اما بقدر السهام اوأقل اواكثر :

فماكان بقدرها فان انقسم من غير كسروالاّ فاضرب عدد من انكسر عليهم فى أصل الفريضة. مثل: أبوين وخمس بنات ، تنكسر الاربعة على الخمسة ، فتضرب خمسة فى اصل الفريضة فما اجتمع

قوله : والا فاضرب عدد من انكسر عليهم

أي وان لم ينقسم الا مع الكسر ، وهو قسمان :

أحدهما : أن لايكون بين النصيب وعدد من انكسر عليهم وفق بل تباين، كما مثله « من ابوين وخمس بنات » ، فان بين والنصيب هوأربعة وبين عددهن وهو خمسة تباين. والمراد هنا بتباين العددين أن لايعدهما الا الواحد أواللذان اذاسقط أقلهما من الاكثر بقي واحد لاغير، كهذا المثال فان الاربعة اذا أسقطت من الخمسة بقي واحد .

وثانيهما : أن يكون بينهما وفق ، أي جزء مشترك من أحد الكسور ، كالاربعة والستة ، فانه لا اشتراك بينهما الا في النصف .

وقد يراد بالمتوافقين اللذان اذا أسقط أقلهما من الاكثر بقي فوق الواحد، كهذين العددين أيضاً . فانك اذا أسقطت الاربعة من الستة بقي اثنان .

فمنه الفريضة ، لانه لاوفق بين نصيبهن وعددهن .

ولو كان وفق ضربت الوفق من العدد لا من النصيب فى اصل الفريضة، مثل : أبوين وست بنات ، للبنات أربعة ، وبين نصيبهن وهوأربعة وعددهن وهوستة ، وفق ، وهوالنصف فيضرب الوفق من العدد وهوثلاثة فى اصل الفريضة وهوستة فمااجتمع صحت منه.

ولونقصت الفريضة بدخول الزوج أوالزوجة فلاعول ويدخل النقص على البنت أوالبنات أومن يتقرب بالاب والام، اوالاب ، مثل : ابوين وزوج وبنت ، فللابوين السدسان وللزوج الربع ، والباقي للبنت .

وكذا الابوان اوأحدهما، وبنت اوبنات وزوج. النقص يدخل على البنت اوالبنات ، واثنان من ولد الام والاختان للاب والام اوللاب مع زوج اوزوجة يدخل النقص على من يتقرب بالاب والام اوالاب خاصة .

ثم ان انقسمت الفريضة على صحة والاضربت سهام من انكسر عليهم في أصل الفريضة .

قوله: ثم ان انقسمت الفريضة على صحة والا ضربت سهام من انكسر عليه فى اصل الفريضة

مثال ما ينقسم على صحة أبوان وزوج وخمس بنات فرضهم اثنا عشر لاجتماع السدس والربع ، ومخرجاهما متوافقان بالنصف ، فتضرب نصف

ولوزادت الفريضة كان الرد على ذوى السهام دون غيرهم .

ولا تعصيب .

ولا يرد على الزوج والزوجة ، ولا على الام مع وجود من يحجبها ، مثل أبوين وبنت .

فاذا لم يكن حاجب فالرد أخماساً .

وان كان حاجب فالرد ارباعاً تضرب ، فخرج سهام الرد في أصل الفريضة فما اجتمع صحت منه الفريضة .

تتمة في المناسخات

ونعني به أن يموت الانسان فلاتقسم تركته ، ثم يموت أحد ورثه ويتعلق الغرض بقسمة الفريضتين من اصل واحد .

أحدهما في الاخر يبلغ العدد المذكور للابوين أربعة وللزوج ثلاثة تبقى خمسة للبنات بالسوية .

ومثال مالا ينقسم على صحة أبوان وزوجة وأربع بنات فريضتهم أربعة وعشرون لاجتماع السدس والثمن ومخرجاهما ـ وهو الستة والثمانية ـ متوافقان بالنصف، فتضرب نصف أحدهما في الاخر يبلغ العدد المذكور للابوين ثمانية وللزوجة ثلاثة يبقى ثلاثة عشر للبنات لاينقسم عليهن على صحة، فتضرب أربعة في أصل الفريضة يبلغ ستة وتسعين للابوين اثنان وثلاثون وللزوجة اثنا عشر يبقى اثنان وخمسون لكل بنت ثلاثة عشر .

قوله: تتمة في المناسخات، ونعني به ان يموت انسان فلا تقسم تركته ثم يموت احد ورثه ويتعلق الغرض بقسمة الفريضتين من اصل واحد

فان اختلف الوارث او الاستحقاق اوهما ونهض نصيب الثانى بالقسمة على وراثه والا فاضرب الوفق من الفريضة الثانية فى الفريضة الاولى ، ان كان بين الفريضتين وفق .

وان لم يكن فاضرب الفريضة الثانية في الاولى فما بلغ صحت منه الفريضتان .

المناسخات جمع مناسخة ، وهي مشتقة من النسخ ، وهو لغة اما بمعنى الانتقال ومنه « نسخت الكتاب » اذا نقلته الى محل آخر ، أو بمعنى الابطال ومنه « نسخت الشمس الفيء » اذا أبطلته .

ويراد بها هنا ما ذكره المصنف ، فهي اما من المعنى الاول للانتقال من قسمة الى قسمة أخرى غيرها، أومن الثاني لان الفرض أبطل تلك القسمة وتعلق غرضه بغيرها .

قوله : فان اختلف الوارث او الاستحقاق او هما ونهض نصيب الثانى بالقسمة على وارثه ، والا فاضرب الوفق من الفريضة الثانية فى الفريضة الاولى ان كان بين الفريضتين وفق، فان لم يكن فاضرب الفريضة الثانية فى الاولى فما بلغ صحت منه الفريضتان

الاقسام هنا أربعة :

(الاول) أن يتحد الوارث والاستحقاق كأخوة ثلاثة وأخوات ثلاث من جهة واحدة، بمعنى أن الاخوة اما من الام أومن الابوين ، فيموت أخ منهم ثم يموت آخر ثم تموت أخت ثم أخت أخرى ويبقى أخ وأخت ، فمال الموتى بينهم بالسوية ان كانوا للام واثلاثاً ان كانوا للابوين .

(الثاني) ان يختلف الوارث والاستحقاق، ومثاله أن يموت شخص ويترك

زوجة وأباً وبنتاً ثم تموت الزوجة وتترك ابناً وبنتاً من غير الميت ، فان نصيبها لابنها وبنتها وهما غير الوارث الاولين ، وكذا استحقاقهما بالبنوة واستحقاق أمهم بالزوجية .

(الثالث) أن يتحد الوارث ويختلف الاستحقاق ، ومثاله أن يخلف الميت أولاداً من زوجة ثم يموت أحدهم ويخلف اخوته الباقين ، فان الوارث الثاني هو الاول ، والاستحقاق مختلف فانه في الفريضة الاولى بالبنوة وفي الثانية بالاخوة .

(الرابع) أن يتحد الاستحقاق ويختلف الوارث ، كما اذا مات انسان وخلف أولاداً ثم يموت أحدهم ويخلف أولاداً أيضاً .

اذا عرفت هذا فلنتم البحث بفوائد :

(الاولى) انك اذا صححت الفريضة الاولى نظرت نصيب الميت الثاني منهما ، فان كان ينقسم على ورثه من غير كسر فذاك كما في القسم الثاني، فان نصيب الزوجة وهو ثلاثة من أربعة وعشرين ينقسم على ابنها وبنتها للابن سهمان وللبنت سهم ، وان لم ينقسم احتجت الى عمل آخر كما يجيء .

(الثانية) اذا لم ينقسم نصيب الميت الثاني على ورثته واحتجت الى العمل نظرت الى أصل فريضته، فان كان بينه وبين الفريضة الاولى وفق ضربت مخرجه في الفريضة الاولى ، فالحاصل تصح منه القسمة .

كما اذا ماتت امرأة وخلفت أخوين من أم وأخوين من أب وزوجاً ثم مات الزوج وخلف ابناً وبنتين ، فان الفريضة الاولى اثنا عشر والثانية اربعة وبينهما توافق بالنصف ، فتضرب مخرجه وهو اثنان في الفريضة الاولى تبلغ أربعة وعشرين للاخوين من الام ثمانية وللزوج اثنا عشر للابن ستة ولكل بنت ثلاثة ، والباقي وهو أربعة للاخوين من الاب .

وان لم يكن بينه وبين الاولى وفق بل تباين ضربت احدى الفريضتين في الاخرى فالحاصل تصح منه القسمة ، كما اذا ماتت امرأة وخلفت زوجاً واخوين من الام وأخاً واحداً من الاب ثم يموت الزوج ويخلف ابنين وبنتاً واحدة، فان الفريضة الاولى ستة والثانيـة خمسة وبينهما تباين ، فتضرب احداهما فـي الاخرى تبلغ ثلاثين للزوج خمسة عشر لكل ابن ستة وللبنت ثلاثة وللاخوين من الام عشرة وللاخ من الاب خمسة .

(الثالثة) اذا زادت المناسخات عن اثنتين عملت في كل واحدة من الثالثة أو الرابعة وهكذا بالنسبة الى ما قبلها كما عملت في الثانية بالنسبة الى الاولى من اعتبار التوافق أو التباين ان لم ينقسم النصيب من السابقة على اللاحقة .

كتاب القضاء

والنظر في الصفات ، والاداب ، وكيفية الحكم ، وأحكام الدعوى .

قوله : كتاب القضاء ١) والنظر فى الصفات والاداب وكيفية الحكم واحكام الدعوى

هنا فوائد :

(الاولى) القضاء لغة الحكم ، ومنه قوله تعالى « وقضى ربك أن لا تعبدوا الا اياه »[٢]. واصطلاحاً ولاية الحكم شرعاً لمن له الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية على أشخاص معينة بشرية متعلقة باثبات الحقوق واستيفاء ما للادميين منها . ومبدأه الامامة العامة وغايته قطع المنازعات .

---

١) فى الجواهر: القضاء بالمد وقد يقصر الذى هو لغة لمعانى كثيرة ربما انهيت الى عشرة : الحكم والعلم والاعلام ـ وعبر عنه بعضهم بالانهاء ـ والقول والحتم والامر والخلق والفعل والاتمام والفراغ .

٢) سورة الاسراء : ٢٣ .

(الثانية) للقضاء خواص :

الاولى : ان حكمه لاينتقض باجتهاد ويصير أصلا ينفذه غيره من القضاة وان كان مخالفاً لاجتهاد ذلك الغير ، لا أنه دليل قطعي ، فانه اذا كان مخالفاً للدليل القطعي جاز للقاضي الاخر نقضه وعدم انفاذه .

الثانية : ان للقاضي ولاية على كل مولى عليه مع فقد وليه فيما للولي فعله، ومع وجود وليه فيما ليس للولي فعله في مواضع .

الثالثة : ان القاضي يلزمه حكم البينة ، أعني اثبات الحق على الذي عليه البينة ، ويلزم الشهود بالشهادة بعد حكمه بشهادتهم ، ولهذا يغرم الشاهد بالرجوع .

الرابعة : ان البينة على حكمه كالبينة على الاصل ، بمعنى أنه اذا شهد الشاهدان على القاضي أنه حكم بثبوت المال مثلا في ذمة زيد لعمرو كان ذلك بمنزلة شهادتهما على ثبوت المال في ذمة زيد ، بل البينة على حكمه أقوى لوجوب انفاد أثرها وعدم جواز نقضه بخلاف بينة الاصل .

(الثالثة) القضاء مما به يتم نظام النوع الانساني ، والاصل فيه الكتاب في قوله تعالى « يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله »[1] الى غير ذلك من الايات . والسنة فانه صلى الله عليه وآله وسلم بعث علياً عليه السلام قاضياً الى اليمن[2]، وبعث علي عليه السلام عبدالله بن العباس قاضياً الى البصرة[2] . والاجماع ، وهو ظاهرهنا فانه لم يختلف فيه أحد من العلماء .

(الرابعة) في القضاء ثواب جزيل ، ففي الحديث أنه صلى الله عليه وآله

---

١) سورة ص : ٢٦ .

٢) المبسوط ٨/٨٢ ، ٨٥ .

وسلم لما بعث علياً عليه السلام قاضياً قال له : لان يهدي الله بك رجلا واحداً خير لك من حمر النعم . وقال صلى الله عليه وآله وسلم: اذا جلس القاضي فى مجلسه هبط عليه ملكان يسددانه ويوفقانه ، فاذا جار عرجا وتركاه[1].

لايقال : قال صلى الله عليه وآله وسلم : من جعل قاضياً فقد ذبح بغير سكين[2] . وهو من الاحاديث الحسنة ، وعنه صلى الله عليه وآله وسلم : يؤتى بالقاضى العدل يوم القيامة فمن شدة ما يلقاه من الحساب يود أن لم يكن قضى بين اثنين في تمرة[3] .

وقال علي عليه السلام: القضاة أربعة ثلاثة منهم في النار وواحد في الجنة: قاض قضى بالباطل وهولايعلم أنه باطل فهوفي النار، وقاض قضى بالباطل وهو يعلم أنه باطل فهو في النار ، وقاض قضى بالحق وهو لايعلم أنه حق فهو في النار ، وقاض قضى بالحق وهو يعلم أنه حق فهو في الجنة[4].

لانا نقول: انه ليس المراد من هذه الاحاديث ذم القضاء مطلقاً ، بل المراد اشتماله على المشقة والخطر العظيم لصعوبة شروطه من العلوم والاعمال ، فانه لايجوز أن يتعرض له الا من كان عالماً بالاحكام الشرعية عن مآخذها التفصيلية ورعاً عن المحارم زاهداً في الدنيا متوفراً على الاعمال الصالحة مجتنباً للذنوب

---

١) المستدرك : الباب ١٠ من ابواب آداب القاضى ، عوالى اللئالى ٢/ ٣٤٢ .

٢) عوالى اللئالى ٢/ ٣٤٢ ، المبسوط ٨/ ٨٢ وفيه : قيل يا رسول الله وما الذبح؟ قال: نار جهنم، سنن ابى داود ٣/ ٢٩٨، سنن ابن ماجة ٢/ ٧٧٤. قال السعيد فى الايضاح: الحديث لم يخرج مخرج الذم بل المراد اشتماله على المشقة والخطر العظيم ومن ثم امتنع السلف منه .

٣) المبسوط ٨/ ٨٢ .

٤) المقنعة ١١٢، التهذيب ٦/ ٢١٨، الكافى ٧/ ٤٠٧، الفقيه ٣/ ٣ فى هذه الثلاثة عن الصادق عليه السلام قال : القضاة اربعة ثلاثة فى النار وواحد فى الجنة . . .

كبائرها وصغائرها شديد الحذر من الهوى حريصاً على التقوى ، ولشدة هذه الشروط كان السلف يمتنعون منه .

(الخامسة) انه من فروض الكفايات، لما فيه من القيام بنظام أشخاص النوع والامر بالمعروف والنهي عن المنكر والانتصاف للمظلوم ، وقال صلى الله عليه وآله وسلم : ان الله لايقدس أمة ليس فيهم من يأخذ للضعيف حقه[1].

نعم قد يجب على الاعيان، بأن يوجد شخص جامع للشرائط وليس هناك غيره فيتعين على الامام نصبه ويجب عليه القبول . ولو لم يعلم به الامام وجب عليه اعلامه بنفسه . أما لو وجد غيره بالشرائط فلا يجب على أحدهم التعرض والاعلام بنفسه ، بل يستحب . ومع تعيين الامام لاحدهم يجب عليه القبول .

أما غير الجامع للشرائط فيحرم عليه التعرض له وان كان ثقة في نفسه، لما ورد عنه صلى الله عليه وآله وسلم: من حكم في قيمة عشرة دراهم وأخطأ حكم الله جاء يوم القيامة مغلولة يده[2] ، ومن أفتى بغير علم لعنته ملائكة السماء وملائكة الارض[3] .

(السادسة) يحرم الترافع الى قضاة الجور ، لقول علي عليه السلام : كل حكم يحكم بغير قولنا أهل البيت فهو طاغوت ، وقرأ « يريدون أن يتحاكموا الى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالا بعيداً»[4].

---

١) سنن ابن ماجة ٢/ ٨١٠ ، وفيه: انه لا قدست امة لايأخذ الضعيف فيها حقه غير متعتع . غيرمتعتع اى من غيرأن يصيبه اذى يقلقه ويزعجه . وأيضاً اخرجه فى ٢/ ١٣٢٩ هكذا : كيف يقدس الله امة لايؤخذ لضعيفهم من شديدهم .

٢) الوسائل ١٨/ ١٧ .

٣) الوسائل ١٨/ ١٦ .

٤) سورة النساء : ٦٠ .

والصفات ست : التكليف ، والايمان ، والعدالة ، وطهارة المولد ، والعلم ، والذكورة .

ويدخل في العدالة اشتراط الامانة والمحافظة على الواجبات.

ولا ينعقد الا لمن له أهلية الفتوى ولايكفيه فتوى العلماء .

ثم قال : فوالله فعلوا وتحاكموا الى الطاغوت واضلهم الشيطان ضلالا بعيداً ، فلم ينج من هذه الاية الا نحن وشيعتنا وقد هلك غيرهم ، فمن لم يعرف حقهم فعليه لعنة الله[1] .

وقال الصادق عليه السلام: لو كان لاحدكم على رجل حق فدعاه الى حاكم العدل فأبى عليه الا أن يرافعه الى حكام أهل الجور ليقضوا له كان ممن تحاكم الى الطاغوت[2].

وقال عليه السلام أيضاً يوماً لاصحابه : اياكم أن يخاصم بعضكم بعضاً الى اهل الجور، ولكن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم قاضياً فاني قد جعلته قاضياً فتحاكموا اليه[3] . والاخبار في ذلك كثيرة .

قوله: ولا ينعقد الا لمن له اهلية الفتوى ولا يكفيه فتوى العلماء

حكى الشيخ في المبسوط[4] في هذه المسألة ثلاثة مذاهب :

الاول : جواز كونه عامياً ويستفتي العلماء ويقضي بفتواهم[5].

---

١) المستدرك ، الباب الرابع من أبواب صفات القاضي ، وفيه : « مـن هذه الامة » بدل « من هذه الاية » .

٢) راجع الوسائل ١٨/٢ الباب ـ ١ ـ من ابواب صفات القاضي .

٣) الوسائل ١٨/٤ .

٤) راجع المبسوط ٨/٩٩ .

٥) المبسوط ٨/٨٣ .

الثاني : أن يكون له ثلاثة صفات: العلم والعدالة والكمال، ولايكون عالماً حتى يكون عارفاً بالكتاب والسنة والاجماع والخلاف ولسان العرب ، ومعرفة الكتاب يتوقف على أمور خمسة: معرفة العام والخاص والمحكم والمتشابه والمجمل والمبين والمطلق والمقيد والناسخ والمنسوخ. وكذا السنة يحتاج الى خمسة : المتواتر والاحاد والمرسل والمتصل والمسند والمنقطع والعام والخاص والناسخ والمنسوخ، واذا وجب معرفة الكتاب والسنة وجب معرفة العربية لانهما عربيان فيتوقف معرفتهما على معرفتها، لان ما يتوقف عليه الواجب المطلق وكان مقدوراً فهو واجب .

الثالث : أنه لايشترط علمه بجميع الكتاب بل يكفي أن يعرف منه الايات المحكمة وهي خمسمائة آية ، وكذا لايشترط أن يكون عالماً بجميع أخبار الرسول صلى الله عليه وآله وسلم وآثاره بل ما تتوقف عليه الاحكام من سنته صلى الله عليه وآله وسلم .

هذا حاصل ما قال في المبسوط ، ولم يصرح باختيار شيء من هذه المذاهب لكن عبارته محتملة للقولين الاخيرين ، والثاني ممنوع والثالث مسلم ، لاصالة البراءة من وجوب معرفة مالا يتعلق بالاحكام من الكتاب والسنة .

نعم يجب أيضاً أن يكون عالماً بأصول الكلام والفقه، لابتناء الاستدلال على ذلك ، وكذا يكون عارفاً بشرائط الحد والبرهان ، اذ لايمكن تركيب الدليل بدونهما . وكذا يجب معرفته باللغة والتصريف والنحو لابمعنى استحضار جزئيات مسائلها بحيث يكون في اللغة كالاصمعي وفي التصريف كالفارسي وفي النحو كسيبويه ، بل يكون عارفاً بالقدر الذي يتوقف عليه الاستدلال من الكتاب والسنة لفظاً ومعنى .

ان قلت : ان الشيخ جعل الصفات ثلاثاً والمصنف جعلها ستاً ، فما وجه الجمع بين قوليهما ؟ .

ولابد أن يكون ضابطاً ،فلوغلبه النسيان لم ينعقد له القضاء .

وهل يشترط علمه بالكتابة ؟ الاشبه : نعم ، لاضطراره الى ما لايتسير لغيرالنبي صلى الله عليه وآله الابها . ولا ينعقد للمرأة .

قلت : ماذكره المصنف تفصيل لما قاله الشيخ ، لان العدالة شاملة للايمان والكمال شامل للبلوغ والعقل والذكورة وطهارة المولد ، لان النساء ناقصات عقل وحظ ودين وولدالزنا لايكون نجيباً .

وهنا فائدة تحسن الاشارة اليها، وهي: انه ما الفرق بين المفتي والقاضي ، فان القضاء عندنا يستلزم الفتوى الكلية ، مثل أن يقول على المدعي البينة وعلى من أنكر اليمين ؟ .

فيقال : الفرق ان المفتي يقرر القوانين الشرعية والقاضي يشخص تلك القوانين في الموارد الجزئية ، مثل أن يقول للمشار اليه : عليك البينة وعلى خصمك اليمين .

قوله : وهل يشترط علمه بالكتابة ؟ الاشبه نعم ، لاضطراره الى مالا يتسير لغير النبى صلى الله علية وآله وسلم إلا بها

الكتابة هل هي من شرائط القضاة أم لا ؟.

قال قوم: انهاليست شرطاً ، لان رتبةالقضاء دون رتبة النبوة وليست الكتابة شرطاً فيها ، لان نبينا صلى الله عليه وآله وسلم لم يكن كاتباً لقوله تعالى « وما كنت تتلومن قبله من كتاب ولاتخطه بيمينك اذن لارتاب المبطلون »[1] .

وقال قوم : هي نعم شرط ، واختاره الشيخ في المبسوط واتباعه وابن

---

١) سورة العنكبوت : ٤٨ .

وفي انعقاده للاعمى تردد، والاقرب: أنه لاينعقد لمثل ما ذكرناه في الكتابة. وفي اشتراط الحرية تردد، الاشبه: أنه لايشترط.

ادريس، لان استحضار العلم بأمور الحكومة دائماً متعذر، للزوم عروض النسيان للانسان، فلابد من الكتابة المذكورة. وهو اختيار العلامة والمصنف.

ولانسلم أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لم يكن عالماً بالكتابة بعد البعثة بل كان عالماً بها، والاية غير دالة على عدم ذلك، لان لفظة «كنت» تدل على انقطاع خبرها كقولك «ما كنت اكتب» أي كتبت بعد أن لم اكتب. وكذا قوله «ولا تخط بيمينك» أي وما كنت تخطه ثم انقطع الحكم وخطه بعده. وكذا كونه صلى الله عليه وآله أمياً لايدل على عدم كتابته، لاحتمال كونه منسوباً الى أم القرى لابمعنى عدم علمه بالكتابة، وعدم كتابته لايستلزم عدم علمه بالكتابة.

ولان سلمنا دلالة الاية على عدم كتابته لكن عصمته وقوة تمييزه وضبطه وقوته الحافظة مغنيات له عن الكتابة، وليس كذلك غيره من القضاة الذين يجوز عليهم الخطأ والنسيان وضعف التميز والحفظ.

قوله: وفي انعقاده للاعمى تردد والاقرب انه لاينعقد لمثل ماذكرناه في الكتابة

منشأ تردده من أصالة عدم الاشتراط ولذلك لم يكن البصر شرطاً في النبوة، لان شعيباً عليه السلام كان أعمى، ومن أن الكتابة شرط كما تقدم فيلزم كون البصر شرطاً استدلالا بالملزوم على اللازم، ولانه يفتقر الى مشاهدة الغرماء ليحكم على أشخاصهم. ونمنع كون شعيب عليه السلام أعمى بالكلية، وان سلمنا فهو مؤيد بالوحي.

قوله: وفي اشتراط الحرية تردد والاشبه انه لايشترط

منشأ التردد من أصالة عدم الاشتراط، ولان العبد ان لم تحصل فيه الشرائط

ولابد من اذن الامام ، ولا ينعقد بنصب العوام له .

نعم لوتراضى اثنان بواحد من الرعية فحكم بينهما لزم .

ومع عدم الامام ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء أهل البيت عليهم السلام ، الجامع للصفات .

فلا كلام في الامتناع ، وان حصلت ولم يحصل اذن السيد فلا كلام أيضاً في الامتناع ، وان حصلت الشرائط والاذن معاً فلا كلام في الجواز .

ويؤيده قوله صلى الله عليه وآله وسلم : لوأمرعليكم عبد حبشي فاسمعوا له وأطيعوا .

ومن ان القضاء من المناصب الجليلة فلا يليق بالعبد ، ولان العبد مأمور مقهور ومولى عليه والقاضي آمر ووال وقاهر فلايكون عبداً، ولان العبد لاتسمع شهادته مطلقاً عند بعض الاصحاب فقضاؤه أولى . والاول اختيار المصنف ، والثانى اختيار العلامة .

قوله: ولاينعقد بنصب العوام له. نعم لوتراضى اثنان بواحدمن الرعية فحكم بينهما لزم

هذه الجملة تشتمل على مسائل :

(الاولى) انه يشترط في كون القاضي قاضياً اذن الامام،لما تقرر في الكلام من أن الامامة رئاسة عامة وليس لغير الامام رئاسة على أحد الاباذنه . وحينئذ لاينعقد القضاء بنصب الرعية ، وهو ظاهر .

(الثانية) لوتراضى اثنان بواحد من الرعية غيرمأذون له فحكم بينهما جاز حكمه عليهما، ويشترط فيه الشرائط المعتبرة في القاضي المنصوب من البلوغ

وقبول القضاء عن السلطان العادل مستحب لمن يثق بنفسه ، وربما وجب .

النظر الثاني ـ في الاداب : وهي مستحبة ومكروهة .

والعقل والايمان والعدالة والعلم وغير ذلك من الامور المعتبرة ، اذ لو لم يشترط فيه ذلك لزم جواز حكم الجاهل والفاسق والناقص ، وهو باطل .

ان قلت : اذا اعتبر فيه الشرائط كان فقيهاً مجتهداً ، وسيأتي أن قضاءه حال الغيبة نافذ ، فيلزم تكرار المسألة وهو باطل ؟

قلت : نمنع التكرار ، فان المتراضى بحكمه يلزم حكمه للمتراضيين خاصة وان لم يكن الامام غائباً ، بخلاف الفقيه حال الغيبة ، فان حكمه نافذ على الكل وان لم يرضوا به .

(الثالثة) ان الاثنين اذا تراضيا بذلك الواحد هل يلزمهما الحكم بمجرد حكمه أو يشترط بعد الحكم قولهما رضينا ؟ فيه قولان : قيل بمجرد حكمه ، لان الرضا بالسبب مستلزم للرضا بالمسبب . وقيل بالثاني ، لاصالة عدم اللزوم ، ولهذا لولا الرواية الواردة بذلك لما دل دليل على اللزوم ، فيشترط تصريحهما بالرضا ويكون رضاهما يجري مجرى اقرار أحدهما لخصمه .

قوله : وقبول القضاء عن السلطان العادل مستحب لمن يثق بنفسه وربما وجب

الاستحباب المذكور مشروط بشروط :

الاول : أن يكون له أهلية القضاء والا امتنع .

الثاني : ان يوجد من يتولاه غيره ممن يستجمع الشرائط والاوجب .

الثالث : أن يثق بنفسه في وضع الامور مواضعها والا امتنع .

الرابع : أن لا يلزمه الامام والا وجب .

فالمستحب: اشعار رعيته بوصوله ان لم يشتهر خبره، والجلوس في قضائه مستدبر القبلة ، وأن يأخذ ما في يد المعزول من حجج الناس وودائعهم ، والسؤال عن أهل السجون واثبات أسمائهم ، والبحث عن موجب اعتقالهم ليطلق من يجب اطلاقه ، وتفريق الشهود عند الاقامة ، فانه اوثق ، خصوصاً في موضع الريبة عدا ذوى البصائر ، لما يتضمن من الغضاضة ، وأن يستحضر من أهل العلم من يخاوضه في المسائل المشتبهة .

والمكروهات الاحتجاب وقت القضاء ، وان يقضى مع ما يشغل النفس ، كالغضب ، والجوع ، والعطش ، والغم ، والفرح والمرض ، وغلبة النعاس ، وأن يرتب قوماً للشهادة ، وأن يشفع الى الغريم في اسقاط اوابطال .

قوله : والجلوس في قضائه مستدبر القبلة

هنا مسألتان :

(الاولى) قال الشيخ في المبسوط [1] يجلس القاضي مستقبل القبلة ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: خير المجالس ما استقبل به القبلة . وهو اختيار القاضي ، وقال في النهاية والمفيد [2] والتقي وسلار وابن حمزة وابن ادريس يجلس مستدبر القبلة لتكون وجوه الخصوم اليها ، واختاره المصنف والعلامة .

(الثانية) جعل الشيخ في النهاية [2] من المستحبات جلوسه في المسجد، وبه

---

١) المبسوط ٨/ ٩٠ .

٢) النهاية : ٣٣٨ ، المقنعة : ١١٢ .

مسائل :

(الاولى) للامام أن يقضى بعلمه مطلقاً في الحقوق ، ولغيره في حقوق الناس ، وفى حقوق الله قولان .

قال المفيد[1] والتقي وسلار والقاضي في الكامل ، وقال الشيخ في المبسوط[2]: وأما الحكم في المساجد فقد كرهه قوم الا اذا اتفق جلوسه فيه لغير الحكم فيحضر الحكم اتفاقاً ، لما روي أن النبى صلى الله عليه وآله وسلم سمع رجلا ينشد ضالة في المسجد فقال : لاوجدتها انما بنيت المساجد لذكر الله وللصلاة .ولفظ « انما » للحصر ، والاصل عدم التحريم فتبقى الكراهية .

وعنه صلى الله عليه وآله وسلم : جنبوا المساجد صبيانكم ومجانينكم وخصوماتكم [1] . والحكومة تستدعي الخصومة. قال : وأيضاً هذا موجود في أحاديثنا .

وقال القاضي في المهذب : مايدل على أنه يجوز في المسجد عند الضرورة وهو يعطي الكراهية ، والمختار الاباحة لاالاستحباب ولاالكراهية تمسكاً بقضاء علي عليه السلام في جامع الكوفة ، ودكة القضاء مشهورة موجودة الى الان ، لاصالة عدم الكراهة والاستحباب لادليل عليه، لان كونه طاعة لايستلزم استحباب ايقاعه في المسجد والالاستحب ايقاع سائر الطاعات فيه حتى نكاح الحليلة، وهو باطل.

قوله : للامام ان يقضى بعلمه فى الحقوق مطلقاً ولغيرة فى حقوق الناس ، وفى حقوق الله قولان

---

١) المقنعة : ١١٢ .

٢) المبسوط ٨/٨٧ .

ظاهر المذهب والدليل يقضيان بجواز حكم الامام بعلمه مطلقاً ، أي في سائر الاحكام، لمكان عصمته المانعة من الخطأ والدافعة لسوء الظن به . ولم نسمع في ذلك خلافاً لاصحابنا ، أما غيره من الحكام ففيه أقوال :

(الاول) قول ابن الجنيد انه ليس له ذلك في شيء من الحقوق ولا الحدود، لانه إذا حكم بعلمه فقد عرض نفسه للتهمة وسوء الظن به .

(الثاني) قول الشيخ في الخلاف[1] والمبسوط أنه له الحكم بعلمه في جميع الاحكام ، سواء كانت من حقوق الله أو من حقوق الناس ، وسواء حصل له العلم في حال ولايته أو قبلها في موضع ولايته أو في غيره ، وهو قول المرتضى .

(الثالث) قول ابن حمزة بالفرق ، فيجوز في حقوق الناس أما حقوق الله فلا يجوز لابتنائها على التحقيق وشدة الضبط لشروطها، ولهذا لا يكتفى فيها بمجرد الاقرار مرة بل مع التكرار .

والمختار القول الثاني لوجوه :

الاول: ان القضاء بالعلم رجوع الى يقين وبالشهادة رجوع الى ظن، ويستحيل في الحكمة جواز الثاني دون الاول .

الثاني : لولم يجز ذلك لزم ايقاف الاحكام أو فسق الحكام ، واللازم باطل فكذا الملزوم. بيان الملازمة : انه اذا طلق الرجل زوجته ثلاثاً بحضرته ثم جحد الطلاق كان القول قوله مع اليمين ، فان حكم بغير علمه ـ وهو استحلاف الرجل وتسليمها اليه ـ لزم فسقه والا لزم ايقاف الحكم لالموجب . وكذا اذا أعتق عبده بحضرته ثم جحد ، ونظائره كثيرة .

الثالث : أحد الامرين لازم، وهو اما عدم وجوب انكار المنكر وعدم وجوب

---

١) الخلاف ٣/٣٢٢ .

(الثانية) ان عرف عدالة الشاهدين حكم، وان عرف فسقهما اطرح، وان جهل الامرين، فالاصح: التوقف حتى يبحث عنهما.

اظهار الحق مع امكانه أو الحكم بعلمه، والاول باطل فتعين الثاني. بيان الملازمة: انه اذا علم بطلان قول أحد الخصمين فان لم يجب عليه منعه من الكذب والمنكر لزم الامر الاول أو يجب وهو الامر الثاني أعني الحكم بعلمه وهو المطلوب.

اذا عرفت هذا فلا خلاف في أنه يحكم بعلمه في تزكية الشهود وجرحهم والا لزم التسلسل أو الدور وهو باطل. وكذا اذا أقر الخصم عنده في مجلس حكمه وقضائه، أما لو اقر سراً عنده فقيل انه كذلك اجماعاً، وقيل بل حكمه كباقي الاحكام، وفيه الخلاف والاول اثبت. ثم المانع من حكمه بعلمه من قال لابد من شاهدين حتى يحكم ومنهم من اكتفى بالواحد، وكلاهما باطلان لما قررناه.

قوله: اذا عرف عدالة الشاهدين حكم، وان عرف فسقهما اطرح، وان جهل الامرين فالاصح التوقف حتى يبحث عنهما

اذا جهل الحاكم حال الشاهدين لايخلو من أقسام ثلاثة:

(الاول) أن يطعن المشهود عليه فيهما ويقول هما فاسقان. ولاخلاف في وجوب البحث عنهما ليظهر له أحد الامرين.

(الثاني) أن يقر المشهود عليه بعدالتهما، وهذا توقف فيه العلامة من حيث أن العدالة حق لله، وهذا لايجوز الحكم بشهادة الفاسقين وان رضي الخصم. وحينئذ يجب التوقف والبحث عنها حتى يظهر أحد الامرين. ومن حيث انا نمنع أنه حق لله بل حق المشهود عليه، فاذا أقر بعدالتهما فقد أقر بوجود شرط الحكم، وكل من أقر بشيء نفذ عليه، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: اقرار العقلاء على أنفسهم جائز[1].

---

١) الوسائل ١٦/١٣٣.

وهذا أجود ، لانه أقرب ملزوم الحكم فيتبعه اللازم . نعم ذلك لا يكون تعديلا في حق غيره والا لزم ثبوت العدالة بقول الواحد وهو باطل .

(الثالث) ان لا يطعن ولا يقر بالعدالة . وهذا للشيخ فيه قولان : أحدهما قوله في المبسوط والنهاية وهو التوقف والبحث عن حالهما ، وبه قال المفيد والقاضي وابن ادريس . وثانيهما قوله في الخلاف يحكم بالشهادة من غير توقف ، محتجاً بأن الاصل في المسلم العدالة والفسق طار يحتاج الى دليل ، ولان البحث عن العدالة لم يكن في أيام النبى صلى الله عليه وآله وسلم وأيام الصحابة والتابعين، وانما هو شيء أحدثه القاضي شريك بن عبدالله .

وتؤيده رواية علي بن ابراهيم عن محمد بن عيسى عن يونس عن بعض رجاله عن الصادق عليه السلام : خمسة اشياء يجب على الناس الاخذ فيها بظاهر الحكم الولايات والمناكح والذبائح والشهادات والانساب، فاذا كان ظاهر الرجل ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه[1] .

والاصح عند المصنف الاول ، لما تقدم من أن عدالة الشاهدين شرط في صحة الحكم ، والجهل بالشرط ملزوم للجهل بصحة المشروط ، ولانه لو لم يجب التوقف لما بقي فرق بين معلوم العدالة ومجهولها وهو باطل . وتؤيده رواية الصدوق في الفقيه عن عبدالله بن ابى يعفور عن الصادق عليه السلام من طريق صحيح[2] .

والجواب عن حجة الشيخ : أما عن الاولى فبالمنع من استلزام الاسلام للعدالة ، لما تقرر في الكلام . وعن الثانية بالمنع من أنه لم يكن في تلك الازمان

---

١) الفقيه ٣/ ٩ ، التهذيب ٦/ ٢٨٣ باختلاف يسير بينهما .

٢) الفقيه ٣/ ٢٤ ، التهذيب ٦/ ٢٤١ ، الاستبصار ٣/ ١٢ .

(الثالثة) تسمع شهادة التعديل مطلقة ، ولاتسمع شهادة الجرح الامفصلة .

وعدم الوقوف لايدل على عدم الوجود. وعن الثالثة بأن الرواية مرسلة، خصوصاً مع أنها رواية محمد بن عيسى عن يونس، فان ماينفرد به محمد عن يونس لايعتمد عليه كما قاله ابن بابويه .

قوله : تسمع شهادة التعديل مطلقة ولاتسمع شهادة الجرح الامفصلة

هنا فوائد :

(الاولى) تفصيل الشهادة هنا هو ذكر أسباب كل من العدالة والجرح لاعلى وجه الاطلاق ، بأن يقول في العدالة : أشهد انه مؤمن يصلي ويصوم ويزكي أمواله ويحج البيت ويأمر بالمعروف ويفعله وينهي عن المنكر ويتركه . وفي الجرح : أشهد أنه زنى أوشرب الخمر أولاط أوترك الصلاة اختياراً أوأفطر في نهار رمضان اختياراً، وأمثال ذلك من فعل أحد المحرمات أوترك أحد الواجبات . والاطلاق فيهما أن يقول في العدالة: أشهدانه عدل مقبول الشهادة ، أويقتصر على انه مقبول الشهادة . وفي الجرح : أشهدانه فاسق لاتقبل شهادته ، ولايقتصر هنا على قوله ولاتقبل شهادته فرب من لاتقبل شهادته مع تحقق عدالته .

(الثانية) اختلف الاصوليون والفقهاء في وجوب التفصيل أوالاكتفاء بالاطلاق في التعديل والجرح ، فقيل يشترط التفصيل فيهما ، وقيل يكفي الاطلاق فيهما، وقيل بالفرق .

فقال الشيخ في المبسوط والخلاف يجب تفصيل شهادة الجرح خاصة ، مستدلا بأن الناس يختلفون في ماهو جرح وماليس بجرح فيجب تفسيره ليعمل

(الرابعة) اذا التمس الغريم احضار الغريم وجب اجابته ولو كان امرأة ان كانت برزة .

ولو كان مريضاً او امرأة غير برزة استناب الحاكم من يحكم

الحاكم بما يقتضيه رأيه، بخلاف أسباب العدالة فانه لاخلاف فيها .

واحتج في المبسوط بأن التزكية اقرار صفة على الاصل فيكتفى فيها بالاطلاق، بخلاف الجرح فانه اخبار عما حدث للشاهد من عيوبه ومعاصيه فلابد من تفسيره . وتبعه ابن حمزة .

وقال العلامة في المختلف : الوجه التسوية بين الجرح والتعديل ، لان المقتضى لتفصيل الجرح ثابت في التزكية ، فان الشيء قدلايكون سبباً للجرح عند الجارح ويكون جارحاً عند الحاكم ، فاذا أطلق الشاهد التعديل تعويلا منه على اعتقاده كان تغريراً للحاكم ، بل الاحوط انه يسمع الجرح مطلقاً ويستفصل عن سبب العدالة لانه أحفظ للحقوق.

(الثالثة) لو اختلف الشهود في الجرح والتعديل، بأن يشهد شاهدان بالجرح وآخران بالتعديل ، للشيخ قولان : قال في المبسوط يقدم الجرح ، وتبعه ابن حمزة وابن ادريس . وقال في الخلاف بالتوقف .

وقال العلامة في المختلف : ان أمكن الجمع حكم بالجرح لجواز خفاء سببه عن المعدل والاتوقف ، مثل أن يقول الجارح : انه شرب الخمر في مكان معين وزمان معين ، وقال المعدل : انه كان في غير ذلك المكان في ذلك الزمان على طاعة . وهذا هو المفتى به .

قوله: اذا التمس الغريم احضار غريمه وجبت اجابته ولو كان امرأة ان كانت برزة ١) ، ولو كان مريضاً او امرأة غير برزة استناب الحاكم من يحكم

---

١) برز الشخص برازة فهو برز والانثى برزة مثل ضخم وضخامة فهو ضخم وضخمه ،

بينهما .

بينهما

هذا قول الشيخ في المبسوط والخلاف والقاضي ، سواءكان المدعى عليه من أهل الشرف والمروة والصيانه أولا . والحجة فيهأن علياً عليه السلام حضر مع يهودي عند شريح[1] ، وحضر عمر مع أبى عند زيد بن ثابت ليحكم بينهما في داره ، وحضر المنصور مع الجمالين مجلس الحكم لخلف كان بينهم .

والمعنى عفيف جليل وقيل امرأة برزة عفيفة تبرز للرجال وتتحدث معهم وهى المرأة التى اسنت وخرجت عن حد المحجوبات .

١) الغارات ١/ ١٢٤ فيه : « نصرانى » والقضية هذه : وجد على عليه السلام درعاً له عند نصرانى فجاء به الى شريح يخاصمه اليه فلما نظر اليه شريح ذهب يتنحى فقال : مكانك وجلس الى جنبه وقال: ياشريح اما لوكان خصمى مسلماً ماجلست الامعه ولكنه نصرانى وقال رسوالله صلى الله عليه وآله وسلم : اذاكنتم واياهم فى طريق فألجؤوهم الى مضائقه وصغروابهم كما صغرالله بهم فى غيران تظلموا . ثم قال على عليه السلام : ان هذه درعى لم أبع ولم اهب . فقال للنصرانى : ما يقول اميرالمؤمنين ؟ فقال النصرانى : مـا الدرع الادرعى ومـا اميرالمؤمنين عندى بكاذب . فالتفت شريح الى على عليه السلام فقال : يـا اميرالمؤمنين هل من بينة. قال: لا، فقضى بها للنصرانى فمشى هنية ثم أقبل فقال: اما انا فأشهد ان هذه احكام النبيين اميرالمؤمنين يمشى بى الى قاضيه وقاضيه يقضى عليه، اشهدان لااله الا الله وحده لا شريك له وان محمداً عبده ورسوله الدرع والله درعك يـا اميرالمؤمنين انبعث الجيش وأنت منطلق الـى صفين فحزت من بعيرك الاورق . فقال : امـا اذا أسلمت فهى لك وحمله على فرس .

اقول : تنحى اى صارفى ناحية وانعزل عن مكانه وتحول . فالجؤوهم اى اضطروهم الى الذهاب من مضايق الطريق. صغروابهم اى صيروهم صغاراً وهونوهم. هنية هوتصغير هنة يقال انه اقام هنية اى قليلا من الزمان. خرالشيء يخرمن باب ضرب اى سقط. الاورق الاسمر يقال جمل اورق وناقة ورقاء وهومن الابل الذى فى لونه سواد الى بياض.

(الخامسة) الرشوة على الحاكم حرام وعلى المرتشى اعادتها.

النظر الثالث ـ فى كيفية الحكم ، وفيه مقاصد :

(الاول) فى وظائف الحاكم ، وهى أربع :

(الاولى) التسوية بين الخصوم فى السلام ، والكلام ، والمكان والنظر والانصات ، والعدل فى الحكم .

ولو كان أحد الخصمين كافراً جـاز أن يكون الكافر قائماً والمسلم قاعداً أوأعلى منزلا .

(الثانية) لايجوز أن يلقن أحد الخصمين شيئاً يستظهر به علي خصمه .

وقال ابن الجنيد : ان كان المدعى عليه من أهل الشرف والمحل عند السلطان وجه الحاكم اليه من يعرفه الحال ليحضر أووكيله ، لان ينصف خصمه ويعينه عن معاودة الاستعداء عليه .

واختاره العلامة في المختلف ، وأجاب عن حجة الشيخ بأنه لانزاع فـي جـواز حضور ذي الصيانة والشرف مجلس الحكم ، انما النزاع فـي وجوب احضاره على الحاكم ، وهومنتف بالاصل ، اذالغرض ايصال الحق الى المستحق ولايتوقف ذلك على احضاره ، لامكان التخلص بماذكره ابن الجنيد .

والمصنف اختار الوجوب . وهو الحق ، لان عدم احضار غريمه قديكون نوعاً من الهوى المنهي عنه في قوله تعالى «فاحكم بين الناس بالحق ولاتتبع الهوى»[1]

---

١) سورة ص : ٢٦ .

(الثالثة) اذا سكتا استحب له أن يقول : تكلما ، اوان كنتما حضرتما لشيء فاذكراه، اوما ناسبه .

(الرابعة) اذا بدرأحدالخصمين سمع منه ، ولوقطع عليه غريمه منعه حتى تنتهى دعواه اوحكومته .

ولوابتدرا الدعوى ، سمع من الذى عن يمين صاحبه .

ويكون أيضاً حملالذلك الشريف علىالتكبرعلى مجلس الشرع وعدم الاذعان والتواضع ، وأيضاً ينافي ذلك وجوب التسوية بين الخصوم كما يجيء .

قوله : ولو ابتدرا الدعوى سمع من الذى عن يمين صاحبه

هذا الحكم هوالمشهور بيـن الاصحاب ، حتى أن السيد المرتضى قال : انه مما انفردت به الامامية ، وهوقول الشيخ في النهاية والمفيد في المقنعة وعلي فى الرسالة . والمستند رواية ابن الجنيد عن ابن محبوب عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام : ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قضى أن يقدم صاحب اليمين في المجلس بالكلام[1] .

وقال الشيخ في الخلاف[2] : منهم من قال يقرع بينهما، ومنهم من قال يتخير الحاكم في تقديم من شاء منهما، ومنهم من قال يصرفهما حتى يصطلحا، ومنهم من قال يستخلف كل منهما لصاحبه . ثم قال : ولوقلنا بالقرعة كما قاله أصحاب الشافعي كان قوياً ، لانه مذهبنا في كل مشكل . وقال في المبسوط[2] القرعة اولى .

---

١) الفقيه ٣/٧ .

٢) الخلاف ٣/٣١٩ ، المبسوط ٨/١٥٤ .

وان اجتمع خصوم كتب أسماء المدعين واستدعى من يخرج اسمه .

المقصد الثانى ـ فى جواب المدعى عليه . وهو اما اقرار ، اوانكار ، اوسكوت . أما الاقرار فيلزم اذا كان جائزالامر ، رجلا كان اوامرأة . فان التمس المدعى الحكم به حكم له .

ولايكتب على المقر حجة الابعد المعرفة باسمه ونسبه اويشهد بذلك عدلان الا أن يقنع المدعى بالحلية .

ولوامتنع المقرمن التسليم أمرالحاكم خصمه بالملازمة ، ولو التمس حبسه حبس. ولوادعى الاعسار كلف البينة ، ومع ثبوته ينظر.

وفي تسليمه الى الغرماء رواية ، وأشهر منها : تخليته .

ولوارتاب بالمقرتوقف في الحكم حتى يستبين حاله .

قوله : وفى تسليمه الى الغرماء رواية واشهر منهما تخليته

هذه رواية السكوني عن الصادق عليه السلام عن الباقر عليه السلام عن علي عليه السلام أنه كان يحبس في الدين ثم ينظر ان كان له مال أعطى الغرماء وان لم يكن له مال دفعه الى الغرماء فيقول اصنعوا به ماشئتم وان شئتم استعملوه[1].

والرواية الاشهر لم نقف عليها . قال الابى : هي ما رواه زرارة عن الباقر عليه السلام : كان علي عليه السلام لايحبس في السجن الاثلاثة : الغاصب ، ومن أكل مال اليتيم ظلماً ، ومن أوتمن على أمانة فذهب بها ، وان وجد له شيئاً باعه

---

١) التهذيب ٦/ ٣٠٠ ، الاستبصار ٣/ ٤٧ ، الوسائل ١٣/ ١٤٨ .

وأما الانكار فعنده يقال للمدعي : ألك بينة ؟ فان قال : نعم ، امر باحضارها فاذا حضرت سمعها . ولو قال : البينة غائبة ، اجل بمقدار احضارها .

غائباً كان أوشاهداً [1] . وهذه ليس فيها مايدل على المدعى حتى تكون أشهرمن الاولى ، ولعل المصنف أراد بالشهرة شهرة الحكم بين الاصحاب لاشهرة الرواية لكنه خلاف مصطلحه .

اذا عرفت هذا فاعلم أن الشيخ أفتى في النهاية برواية السكوني ، وتبعه ابن حمزة . وقال في الخلاف : لايسلم الى الغرماء ، لان الاصل براءة الذمة ، ولقوله تعالى « فنظرة الى ميسرة»[2]

وهو اختيار ابن ادريس ، وقال : ان رواية السكوني غيرصحيحة لمخالفتها القرآن .

وقال العلامة في المختلف : التسليم الى الغرماء ليس بعيداً عن الصواب ، لانه متمكن من أداء ما عليه، لانه لافرق بين القدرة على المال وبين القدرة على تحصيله، ولهذا منعنا القادر على التكسب من أخذ الزكاة . وهو كلام حسن وعليه الفتوى ، لانه جمع بين القرآن والرواية .

قوله : واما الانكار فعنده يقال للمدعى الك بينة فان قال نعم امر باحضارها

هذا الكلام تبع فيه المصنف كلام الشيخ في النهاية [3] . وهو غير سديد ،

---

١) التهذيب ٦/٢٩٩ ، الاستبصار ٣/٤٧ .

٢) سورة البقرة : ٢٨١ .

٣) النهاية : ٣٣٩ .

وفى تكفيل المدعى عليه تردد ، ويخرج من الكفالة عند انقضاء الاجل . وان قال : لا بينة ، عرفه الحاكم أن له اليمين .

ولا يجـوز احلافه حتى يلتمس المدعي ، فـان تبرع اواحلفه الحاكم لم يعتد بها ، واعيدت مع التماس المدعي .

ثم المنكر : اما أن يحلف اويرد اوينكل ، فان حلف سقطت الدعوى ، ولوظفر له المدعي بمال لم يجز له المقاصة . ولو عاود

لان احضار البينة حق للمدعي فهوموكول اليه لاالى الحاكم . وقال في الخلاف يسكت ، وتابعه ابن ادريس . والاولى خلاف الامرين ، بل يعرفه الحاكم انله احضارها انشاء .

قوله : وفى تكفيل المدعى عليه هنا تردد

يريد بقوله هنا أي عندغيبة البينة ، ومنشأ التردد من اختلاف الاصحاب ، فان الشيخ في النهاية والمفيد في المقنعة والتقي وابن حمزة قالوا بتكفيله ، الا أن ابن حمزة قيده بثلاثة أيام ، وقال الشيخ فـي الخلاف [1] وابن الجنيد وابن ادريس بعدم تكفيله الامع الثبوت . وللقاضى القولان فى الكامل كالنهاية وفي المهذب كالخلاف .

ويقوى أن التكفيل موكول الى نظر الحاكم فان الحكم يختلف باختلاف الغرماء فان الغريم قديكون ملطلطاً[2] غيرمأمون ، فالمصلحة حينئذ تكفيله والالزم تضييع حق المسلم، وقد لايكون كذلك بل يكون ذامروة وحشمة ومكنة فلاحاجة الى

---

١) الخلاف ٣/ ٣٢٠ .

٢) لط الغريم بالحق : دافع ومنع الحق . ولط حقه ولط عليه : جحده .

الخصومة لم تسمع دعواه، ولوأقام بينة لم تسمع ، وقيل : يعمل بها ما لم يشترط الحالف سقوط الحق بها. ولوأكذب نفسه جاز مطالبته وحل مقاصته .

تكفيله لعدم ثبوت الحق والامن من ضياعه. وربما كان المدعي محتالا يكون طلبه للتكفيل وسيلة الى أخذ مالا يستحقه.

قوله : ولو اقام بينة لم تسمع ، وقيل يعمل بها ما لم يشترط الحالف سقوط الحق بها

يريد أنه مع انكار الغريم وحلفه تسقط الدعوى ولايحل له المقاصة ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : من حلف فليصدق ، ومن حلف له فليرض ، ومن لم يرض فليس من الله في شيء [1]. أما لوأقام بينة ففيه اقوال :

(الاول) قول الشيخ في النهاية [2] والخلاف انه لاحكم لهذه البينة ، للروايات المتظافرة بذلك ، ولما تقدم من الحديث . وأيضاً اليمين حجة المدعى عليه ، كما أن البينة حجة المدعي ، وكمالا تسمع يمين المدعى عليه مع البينة فكذا لاتسمع البينة مع اليمين .

(الثاني) قول المفيد [3] والقاضي في الكامل وابن حمزة أنه يعمل بالبينة مالم يشترط الحالف سقوط الحق بيمينه. واحتجوا بأن حكم البينة حكم الاقرار وكما أنه لوأقر بعد اليمين يلزمه الحق فكذلك اذاقامت عليه البينة بعد اليمين . وأجيب بمنع المساواة .

---

١) سنن ابن ماجة ١/ ٦٧٩ .

٢) النهاية : ٣٤٠ .

٣) المقنعة : ١١٥ .

فان رد اليمين على المدعي صح . فـان حلف استحق ، وان امتنع سقطت دعواه .

ولو نكل المنكر عن اليمين وأصر ، قضى عليه بالنكول، وهو المروي . وقيل : يرد اليمين على المدعى ، فان حلف ثبت حقه ، وان نكل بطل .

(الثالث) قول الشيخ في المبسوط[1]، وهو أنه لا تسمع البينة مع علم المدعي بها ورضاه باليمين ، أما لو نسي البينة أو لم يعلم بها من رأس ـ بأن يولى غيره اثبات حقه ولم يعلم بالبينة أو لم يعلم أن هناك بينة حضرت المعاملة ـ فانها تسمع البينة في هذه الصور .

ويظهر من كلام العلامة فـي المختلف اختيار هذا القول ، وكذا اختاره التقي وابن ادريس . والفتوى على الاول ، لرواية ابن ابى يعفور عن الصادق عليه السلام : ذهبت اليمين بحق المدعي ولا دعوى له . قال : قلت له : وان كان له بينة عادلة. قال: نعم وان أقام بعدما استحلفه بالله خمسين قسامة ما كان له، فان اليمين بالله قد أبطلت كل ما ادعاه قبله ما استحلفه عليه [2]. قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من حلف لكم فصدقوه ، ومن سألكم بالله فأعطوه ، ذهبت اليمين بدعوى المدعي ولا دعوى له [3] .

قوله: ولو نكل المنكر عن اليمين واصر قضى عليه بالنكول وهو (المروى) وقيل ترد اليمين على المدعى فان حلف ثبت حقه وان نكل بطل

---

١) المبسوط ٨/١٥٨ .

٢) التهذيب ٦/٢٣١ ، الكافى ٦/٤١٧ .

٣) الفقيه ٣/٣٧ .

القضاء بمجرد النكول قـول الشيخ في النهاية والمفيد [1] وسلار والتقـي وابني بابويه [2] ومستندهم الرواية المشار اليها [3] وستأتي في كيفية احلاف الاخرس.

والقائل برد اليمين ابن الجنيد وابن حمزة وابن ادريس ، قال ابن ادريس: هومذهب الشيخ في المبسوط والخلاف ، وانه رجع عن قوله في النهاية .

وقال القاضي في الكامل بالاول وفي المهذب بالثاني ، وهواختيار العلامة . وأيضاً احتج بما روي عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم : انه رداليمين على طالب الحق [4] .

وبمارواه عبيدبن زرارة عن الصادق عليه السلام في الرجل يدعى عليه الحق ولابينة للمدعي. قال :يستحلف أويرد اليمين على صاحبه، فان لم يفعل فلا حق له [5] .ومارواه هشام عن الصادق عليه السلام قال : ترد اليمين على المدعي، [6] . وهوعام خصوصاً والجمهور نقلوا مااخترناه مذهباً لعلي عليه السلام.

وفيه نظر،لان هذه الروايات ليست ناصة في محل النزاع، لان ظاهرها أن الرد من المنكر على المدعي لاأن الرد من الحاكم على المدعي بعد نكول المدعى عليه .

ويؤيد ماقلناه قول المصنف ، وهوالمروي بلام التعريف، فانه يعطي انحصار الرواية في رواية الحكم بمجرد النكول ،كما اذاقلت « زيدالضارب » فانه يفيد انحصار الضرب في زيد . نعم القول برد اليمين على المدعي مع النكول أولى وأحوط في الحكم ولئلا يلزم الحكم بغير دليل ولاحجة ، ولان الحكم له بمجرد دعواه اعطاء له بمجرد قوله ، وهو منهي عنه في قوله صلى الله عليه وآله وسلم :

---

١) النهاية : ٣٤٠ ، المقنعة : ١١٣.

٢) المقنع : ١٣٢ .

٣) اخرجه فى التهذيب ٦/ ٣١٩ ، الفقيه ٣/ ٦٥ .

٤) سنن الدار قطنى ٤/ ٢١٣ ، ٢١٩ نقله فى الجواهر .

٥) التهذيب ٦/ ٢٣٠ ، الكافى ٧/ ٤١٦ .

٦) التهذيب ٦/ ٢٣٠ ، الكافى ٧/ ٤١٧ .

ولو بذل المنكر اليمين بعد الحكم بالنكول لم يلتفت اليه .

ولا يستحلف المدعى مع بينة الا في الدين على الميت يستحلف على بقائه في ذمته استظهاراً .

وأما السكوت: فان كان لافة توصل الى معرفة اقراره او انكاره ولو افتقر الى مترجم لم يقتصر على الواحد . ولو كان عناداً حبسه حتى يجيب .

المقصد الثالث ـ في كيفية الاستحلاف :

ولا يستحلف أحد الا بالله ولو كان كافراً ، لكن ان رأى

لو يعطى الناس بأقوالهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، أمامع اليمين فانه يبعد عن ذلك [1] .

قوله: ولا يستحلف المدعى مع بينته الا في الدين على الميت يستحلف على بقائه في ذمته استظهاراً

وجه الاستظهار احتمال أن يكون المدعي قد استوفى ماله أو ابرأ منه ولم يعلم الشهود فيستظهر الحاكم باليمين . وخص ذلك بالدين احترازاً من العين ، فانه لو أقام بينة بعارية عين أو غصبها على الميت وشهد الشهود على عينها انتزعها من غير يمين، لان قيام البينة بذلك يستلزم الشهادة له بالملك، والاصل بقاؤه وعدم انتقاله عنه .

نعم في حصر هذا الحكم في الميت نظر، بل هو جار في كل من يتعذر حال الحكم جوابه ، كالغائب والصبي والمجنون ، فيكون الحكم شاملا للاربعة .

---

١) سنن ابن ماجة ٢/٧٧٨ ، وفيه : لو يعطى الناس بدعواهم ادعى ناس دماء رجال واموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه .

الحاكم احلاف الذمى بما يقتضيه دينه اردع جاز .

ويستحب للحاكم تقديم العظة.

ويجزيه ان يقول : والله ماله قبلى كذا .

ويجوز تغليظ اليمين بالقول والزمان والمكان .

ولا تغليظ لما دون نصاب القطع .

ويحلف الاخرس بالاشارة ، وقيل : يوضع يده على اسم الله تعالى فى المصحف، وقيل : يكتب اليمين فى لوح ويغسل ويؤمر بشربه بعد اعلامه فان شربه كان حالفاً وان امتنع الزم الحق .

قوله: ويحلف الاخرس بالاشارة، وقيل توضع يده على اسم الله فى المصحف ، وقيل تكتب اليمين فى لوح ويغسل ويؤمر بشربه بعد اعلامه فان شربه كان حالفاً وان امتنع الزم الحق

الاول هو المشهور، فان الشارع أقام اشارته مقام كلامه في غير هذا من الاحكام.

والثاني قول الشيخ في النهاية[1] الانه لم يحصر الوضع على الاسم فى المصحف، بل لو لم يحضر المصحف وكتب اسم الله تعالى ووضعت يده عليه كفى .

والثالث قول ابن حمزة، ومستنده رواية محمد بن مسلم صحيحاً عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الاخرس كيف يحلف اذا ادعي عليه دين فأنكر ولم يكن للمدعي بينة . فقال : ان امير المؤمنين عليه السلام أتي بأخرس وادعي عليه دين فانكر ولم يكن للمدعي بينة فقال امير المؤمنين عليه السلام : الحمد لله الذي لم يخرجنى من الدنيا حتى بينت للامة جميع ماتحتاج اليه . ثم قال : أيتوني

---

١) النهاية : ٣٤٧ .

ولا يحلف الحاكم أحداً الا في مجلس قضائه الا معذوراً كالمريض ، اوامرأة غير برزة .

ولا يحلف المنكر الاعلى القطع ، ويحلف على فعل غيره على نفى العلم كما لوادعى على الوارث فأنكر ، اوادعى أن يكون وكيله قبض اوباع .

واما المدعي ولاشاهد له ، فلايمين عليه الا مع الرد اومع نكول المنكر على قول . ويحلف على الجزم .

ويكفى مع الانكار الحلف على نفى الاستحقاق . فلوادعى المنكر الابراء او الاداء انقلب مدعياً والمدعى منكراً ، فيكفيه اليمين على بقاء الحق .

بمصحف، فأتي به فقال للاخرس : ماهذا؟ فرفع رأسه الى السماء وأشار أنه كتاب الله سبحانه . ثم قال :ايتوني بوليه ، فأتي بأخ له ، فأقعده الى جنبه ثم قال :ياقنبر علي بدواة وصحيفة ، فأناه بهما ثم قال لاخي الاخرس : قل لاخيك هذا بينك وبينه [انه علي]، فتقدم اليه بذلك ثم كتب أمير المؤمنين عليه السلام « والله الذي لااله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المهلك المدرك الذي يعلم السر والعلانية ان فلان ابن فلان المدعي ليس له قبل فلان ابن فلان ـ أعني الاخرس ـ حق ولاطلبة بوجه من الوجوه ولاسبب من الاسباب » . ثم غسله وأمر الاخرس أن يشربه . فامتنع فألزمه الدين [1] .

---

١) التهذيب ٦/٣١٩ ، الفقيه ٣/٦٥ وليس فى الاول : انه على .

ولا يتوجه على الوارث بالدعوى على موروثه الا مع دعوى علمه بموجبه أواثباته وعلمه بالحق وأنه ترك في يده مالا .

ولا تسمع الدعوى في الجدود مجردة عن البينة . ولايتوجه بها يمين على المنكر . ولوادعى الوارث لموروثه مالا سمع دعواه سواء كان عليه دين يحيط بالتركة أولم يكن .

ويقضى بالشاهد واليمين في الاموال والديون .

ولا يقبل في غيره مثل الهلال والجدود والطلاق والقصاص.

ويشترط شهادة الشاهدأولا ، وتعديله . ولوبدأ باليمين وقعت لاغية . ويفتقر الى اعادتها بعد الاقامة .

ولا يحلف مع عدم العلم ولا يثبت مال غيره .

وهذا القول ليس بعيداً من الصواب ، فان الاشارة لاتنافيه ، بل هذا من أحد جزئياتها .

وحمل ابن ادريس [1] هذه الرواية على أخرس لايكون له كناية معقولة ولا اشارة مفهومة . وهوحمل متكلف، مع أن مدلول الرواية منافية ، فان عليأصلوات الله عليه أمرأخاه انيعرفه أنه علي ، فلولم تكن له اشارة مفهومة لما كان في ذلك فائدة ، وهي هذه المشار اليها من قبل في الحكم بمجرد النكول .

وأجاب عنها العلامة : باحتمال الزامه بالدين عقيب احلاف المدعي جمعاً بين الادلة ، خصوصاً والجمهور نقلوا ما اخترناه مذهباً لعلي عليه السلام .

---

١) السرائر: ١٩٨.

مسألتان :

(الاولى) لايحكم الحاكم باخبارلحاكم آخر ، ولابقيام البينة بثبوت الحكم عند غيره . نعم لوحكم بين الخصوم واثبت الحكم واشهد على نفسه فشهد شاهدان بحكم عندآخروجب على المشهود عنده انفاذ ذلك الحكم .

قوله : لايحكم الحاكم باخبارحاكم آخر ولابقيام البينة بثبوت الحكم عند غيره . نعم لوحكم بين الخصم [الخصوم] واثبت الحكم واشهد على نفسه فشهد شاهدان بحكم عندآخر وجب على المشهود عنده انفاذ ذلك الحكم

انهاء الحاكم حكمه الى حاكم آخر اما أن يكون كتابة أومشافهة أوشهادة ، وعلى التقادير الثلاثة لااعتباربه عند اكثر الاصحاب الاعلى وجه يأتي . خلافاً لابن الجنيد، فانه اعتبره في حقوق الناس دون الحدود. وخلافاً لابن حمزة، فانه اعتبره بالبينة ، فان شهدت البينة على التفصيل حكم به .

وتفصيل الاستدلال : أما الكتاب سواء كان مختوماً أوغير مختوم فلما رواه طلحة بن زيدعن الصادق عليه السلام أن علياً عليه السلام ماكان يجيز كتاب قاض الى قاض في حد ولاغيره حتى وليت بنو أمية فأجازوا بالبينات [1] .

ومثله روى السكوني عن الصادق عليه السلام أيضاً [2] .

وهاتان الروايتان وان ضعفتا الا أنهما تنجبران بالشهرة .

وأما المشافهة فقد نص الشيخ في الخلاف [3] أنها مثل الكتابة . وتردد فيه

---

١ ، ٢) التهذيب ٦/ ٣٠٠ .

٣) الخلاف ٣/ ٣٢٣ .

المصنف في الشرائع [1] . ويحتمل أن يكون الحاكم الاول ان حكى صورة المواقعة والحكم وصفات الشهود جاز للحاكم الثاني انفاذ ذلك والحكم به على تقدير أنه لو كان هو مقام الاول لحكم به ،لان رتبة المشافهة أقوى من رتبة الشهادة على الحاكم وسيأتي أن الشهادة بذلك مقبولة فالمشافهة أولى .

وأما الشهادة فان حضرت البينة الحكم وأشهدها الحاكم على حكمه ثم شهدت عند حاكم آخر ممن له الحكم جاز له انفاذ ذلك، وان لم يكن كذلك لم يجز انفاذه. كذا قاله المصنف وغيره من المتأخرين ، واحتجوا بوجوه :

الاول : ان الغريم لو أقر أن حاكماً من الحكام حكم عليه بحكم لزمه ذلك الحكم اجماعاً ، فكذا اذا ثبت بالبينة .

الثاني : ان انهاء الحاكم الاحكام الى حكام البلاد المتباعدة مما تمس الحاجة اليه ، فان احضار شهود الاصل قد يتعذر أو يتعسر ، والشهود الفرع لا تقبل في كل الاحكام ، والشهادة الثالثة لا تسمع مطلقاً ، فلا وسيلة لاثبات حقوق الناس سوى الانهاء على الوجه المذكور .

الثالث : انه لولا شرع الانهاء على الوجه المذكور لبطلت الحجج مع تطاول المدد وموت شهود الاصل والفرع.

الرابع : انه لولا شرع الانهاء لدامت الخصومات في قضية واحدة ، بأن يرافعه المحكوم اليه الى حاكم آخر ، فاذا لم ينفذ الحاكم الثانى ما حكم به الاول استمرت المنازعة ، وهو ضرر عظيم مناف لغرض نصب الحاكم .

هذا كله في حقوق الناس، اما الحدود فلا يثبت بالانهاء اجماعاً . ثم الانهاء بالشهادة على الوجه المذكور يجوز ، سواء كان معه كتاب أولا .

---

١) الشرائع ٢/٢٩٧ .

(الثانية) القسمة تميز الحقوق. ولا يشترط حضور قاسم بل هو أحوط، فاذا عدلت السهام كفت القرعة في تحقق القسمة .

وكل ما يتساوى اجزاؤه يجبر الممتنع على قسمته كالحنطة ، والشعير ، وكذا ما لايتساوى أجزاؤه اذا لم يكن في القسمة ضرر كالارض ، والخشب . ومع الضرر لايجبر الممتنع .

قوله : القسمة تميز الحقوق ولايشترط حضور قاسم بل هو احوط ، فاذا عدلت السهام كفت القرعة في تحقق القسمة. وكل مايتساوى اجزاؤه يجبر الممتنع على قسمته كالحنطة والشعير وكل مالايتساوى اجزاؤه اذا لم يكن في القسمة ضرر كالارض والخشب ، ومع الضرر لايجبر الممتنع

لما كانت الشركة منافية لمقام الانسان بالانتفاعات الخالصة من المعارض في قوله « خلق لكم ما في الارض »[1] وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الناس مسلطون على أموالهم [2] ، شرعت القسمة لذلك ، ولدلالة قوله تعالى « ونبئهم أن الماء قسمة بينهم »[3] .

اذا تقرر هذا فاعلم أن تنقيح هذا البحث يتم بفوائد :

(الاولى) لوطلب شركاء في عين قسمتها عند حاكم هل يشترط في اجابتهم ثبوت الملك عند الحاكم أم لا؟ قال الشيخ في المبسوط والخلاف لايشترط، نعم لابد أن يكون في يدهم ولامنازع لهم ، لان اليد دليل الملك . وقال ابن الجنيد : لايقسم الا بعد ثبوت الملك والالكان حكماً لهم بالملك من غير حجة وهو باطل ،

---

١) سورة البقرة : ٢٩ .

٢) البحار ٢/٢٧٢ .

٣) سورة القمر : ٢٨ .

وأيضاً يلزم من بعده انفاذه وهو باطل أيضاً .

وأجاب الشيخ : بأنه يحترزمن هذا ، بأن يكتب صورة تتضمن أن القسمة بقولهما ، وحينئذ لايكون قد حكم لهما بالملك . واختار العلامة قول الشيخ ، لانه لاتتضمن الحكم بالملك . وكأن الاقوال متوافقة في ذلك .

(الثانية) انه لايشترط حضور قاسم ،لان المقصود وصول كل حق الى صاحبه فاذا حصل من الشركاء كفى. نعم حضوره أحوط ،لانه أبعد من التنازع، خصوصاً اذا كان من قبل الامام ، فانه كالحاكم بقطع التنازع بين المتقاسمين.

(الثالثة) لايشترط مع تعديل السهام والقرعة التراضي من أرباب الحقوق ان كان القاسم من قبل الامام، لان قرعته بمنزلة حكمه ، فلايعتبر فيها الرضا. أما لوتراضيا بقاسم يقسم وعدل وأقرع فهل يشترط الرضا من أرباب الحقوق أم لا ؟ يحتمل الاشتراط، لاصالة بقاء الشركة ، فان القرعة انما تعين بحكم الحاكم ولم يحصل. ويحتمل عدمه، لان القرعة سبب التعيين وقدوجدت مع الرضاء السابق، والرضا بالسبب يستلزم الرضاء بالمسبب .

هذا كله في مالا يشتمل على الرد ، أما المشتمل عليه فلا بد فيه من الرضاء قبل وبعد ، وصورة الرضاء أن يقول : رضيت بالقسمة .

(الثالثة) الضرر الذي لايجبر به الممتنع ماهو؟ قيل هو الذي لوقسم لم ينتفع به كالعقارات الضيقة والجواهر وأمثال ذلك . وقيل هومالاينتفع به منفرداً فيما كان ينتفع به مع الشركة، وقيل أعم من ذلك، وهومالاينتفع به اوتنقص قيمته. وتردد فيه الشيخ . والحق الاخير، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لاضرر ولاضرار[1]، وهو عام .

---

١) الكافي ٥/٢٨١ ، ٢٩٢ .

(الخامسة) انه لو كان طالب القسمة هو المتضرر دون شريكه هل يجبر الممتنع أم لا ؟ حكى الشيخ في المبسوط فيه قولين . والحق أنه ان فسر الضرر بعدم الانتفاع فلا يجبر الممتنع، لانه اتلاف المال المنهي عنه ، وان فسر بنقصان القيمة أجبر ، لان الناس مسلطون على أموالهم [1] . فلعل ضرر الشركة عنده أعظم من نقصان القيمة .

(السادسة) هل عدة رقاع القرعة بحسب عدة الشركاء أو بحسب عدة السهام ، مثل أن يكون للاول السدس وللثاني الثلث وللثالث النصف والقيمة واحدة . حكى الشيخ في المبسوط فيه قولين ولم يرجح أحدهما. والحق أن يكون بعدد الرؤوس فيكفي ثلاث رقاع والاخراج مرتين في الفرض المذكور، لان الزيادة كلفة من غير فائدة .

(السابعة) هل تدخل القسمة في كل شيء مما لا ضرر فيه ؟ قال الشيخ في المبسوط : الزرع ان كان قصيلا تصح قسمته ، أما قبل أن يصير قصيلا أو بعد أن يشتد حبه فلا تصح .

ولم يفرق العلامة في الجواز بين الحالات الثلاث . وقال القاضي لا تصح قسمة البقل بل يباع ويقسم ثمنه أو يقسم مجزوزاً اما بالوزن أو غيره . وهذا حسن ، لانه أبعد من الغبن .

(الثامنة) اذا ادعى أحد المتقاسمين الغلط عليه وحصول نقص في حصته ، قال الشيخ في المبسوط ان كانت قسمة اجبار ـ بأن يكون الحاكم قد نصب قاسماً ـ لم تقبل دعواه الا بالبينة أو باحلاف المنكر للغلط، لان القاسم أمين، وان كانت قسمة تراض كالعلو لاحدهما والسفل للاخر أو كان فيها ردفان اقتسما بأنفسهما لم يلتفت الى دعواه ، لانه هو الذي ترك حقه ان كان صادقاً .

---

١) البحار ٢/٢٧٢ .

المقصد الرابع ـ في الدعوى . وهي تستدعي فصولا :

(الاول) في المدعي : وهو الذي يترك لو ترك الخصومة . وقيل هو الذي يدعي خلاف الاصل او امراً خفياً .

وقال ابن الجنيد تقبل دعواه بالبينة وينقض الحكم والقسمة . وأطلق، وهو المختار. والجواب عما ذكره الشيخ أنه يتم على تقدير علـم المدعي ، وأما على تقدير جهله ونسيانه فلا ، وحينئذ له طلب حقه بالبينة أو احلاف الغريم .

(التاسعة) لو ظهر استحقاق بعض المقسوم، فاما أن يكون معيناً أو مشاعاً، والاول ان كان في نصيب الكل بالسوية لم تبطل القسمة لامكان اخراجه من نصيب كل منهما، ولا تفاوت لما قلنا من المساواة . اللهم الا أن يحصل بذلك نقص في حصة أحدهما ويظهر التفاوت فتبطل القسمة . وكذا لو كان العين في حصة أحدهما كله أو اكثره لحصول التفاوت .

والثاني فيه قولان : أحدهما البطلان لان احد الشركاء وهو المستحق لم يحضر ولم يرض بالقسمة، وكل قسمة هذا شأنها فهي باطلة. وثانيهما قول الشيخ في المبسوط ، وهو الصحة فـي غير المستحق ويبقى القدر المستحق مشتركاً مع كل واحد من الشركاء . والاول أقرب .

(العاشرة) لو ظهر عيب في نصيب أحدهم احتمل البطلان لانتفاء التعديل الذي هو شرط الصحة، واحتمل الصحة والمطالبة بالارش لاصالة صحة القسمة. لكن حيث حصل النقص في النصيب ملك صاحبه الجبر بالارش . هذا مـع الرضاء من الشركاء بدفع الارش والانقضت القسمة .

قوله : الاول في المدعي . وهو الذي يترك لو ترك الخصومة ، وقيل الذي يدعي خلاف الاصل اوامراً خفياً

الدعوى لغة هي الطلب ، قال تعالى « ولهم فيها مايدعون »[1] . وشرعاً قيل هي اضافة الانسان الى نفسه شيئاً بـ «لى » والى غيره بـ « له » ملكاً أوحقاً في يد غيره أو في ذمته، فهي اذاً من الامور النسبية التي تفتقر الى المنتسبين، والمنتسبان هنا هما المدعي والمدعى عليه فاحتيج الى تعريفهما . ولما كان تعريف أحد المتضائفين مقابلا لتعريف الاخر استغني بتعريف المدعي عن تعريف المدعى عليه . وقد ذكر المصنف له تعريفين :

الاول : انه الذي يترك لوترك الخصومة ، أي يترك وسكوته أي اذا لم يدع لايدعى عليه .

الثاني : انه الذي يذكر مايخالف الاصل أو الظاهر أويذكر أمراً خفياً ، فالمدعى عليه حينئذ اما الذي لايترك لوترك الخصومة أو الذي يذكرما يوافق الاصل أو الظاهر أويذكر أمراً ظاهراً جلياً ، فاذا ادعى زيد في ذمة عمرو ديناً أوعيناً في يده وأنكر فزيد هو الذي اذا سكت ترك . وهو أيضاً يذكر خلاف الظاهر والاصل ،لان الاصل والظاهر براءة ذمة عمرو ويده عن حق زيد ، وعمرو هو الذي لايترك وسكوته ويوافق الظاهر والاصل ، فزيد مدع بالتعريفين وعمرو مدعى عليه كذلك .

نعم قدتظهر فائدة التعريفين في مسائل نذكرمنها مسألة والبواقي تذكر في المطولات ، وتقريرها :

أنه اذا أسلم الزوجان قبل الدخول واختلفا فقال الزوج اسلمنا معاً فالنكاح باق وقالت المرأة بـل على التعاقب فلا نكاح بينهما [بيننا] . فان قلنا المدعي هو الذي لوسكت ترك فالمرأة مدعية والزوج مدعى عليه لانه لايترك لوسكت،

---

١) سورة يس : ٥٧ .

ويشترط التكليف ، وان يدعى لنفسه اولمن له ولاية الدعوى عنه ، وايراد الدعوى بصيغة الجزم وكون المدعى به مملوكاً .

ومن كانت دعواه عيناً فله انتزاعها، ولو كان ديناً والغريم مقر باذل اومع جحوده عليه حجة لم يستقل المدعى بالانتزاع من دون الحاكم .

فـان الزوجة تزعـم انفساخ النكاح فيحلف ويحكم باستمرار النكاح . وان قلنا المدعي من يخالف الظاهر فالزوج هو المدعي ،لان التقارن الذي يزعمه خلاف الظاهر ، والمرأة المدعـى عليها لموافقتها الظاهر فتحلف ، فاذا حلفت حكم باتفارع النكاح. وان قلنا ان المدعي هو الذي يذكر خلاف الاصل فالمرأة مدعية لان الاصل عدم تقدم أحدهما على الاخر ، وقيل الزوج هو الذي يترك وسكوته لان النكاح حقه فاذا لم يطالبها ترك ، وهي لاتترك لوسكتت ، لانه بعـد ثبوت الحق يصير مدعي زواله مدعياً .

ومعنى قولهم « انه لوترك ترك » أي لم يحكم الشارع عليه بحق . والذي ذكرهو ترك المطالبة بالحق وعندهم يترك الزامه بالاداء قبل ، وعلى الثاني هي المدعية لانها تزعم ارتفاع النكاح والظاهر دوامه .

قوله : وايراد الدعوى بصيغة الجزم

هذا اختيار المصنف فى الشرائع [1] فلو قال أظن أو أتوهم لم يسمع .

ونقل عن ابن نما أنه يسمعها في التهمة ويحلف المنكر . قال : وهوبعيدعن شبه الدعوى ، وبيان ذلك: ان الدعوى ملزومة لسماعها المستلزم للحكم بها، لكن

---

١) الشرائع ٢/٢٩٢ .

ولوفات احد الشروط وحصل للغريم فى يد المدعى مال كان له المقاصة .

الحكم بها والحال هذه باطل ، لاحتمالها النقيض .

وتردد العلامة في القواعد مما ذكرناه ومن أصالة عدم الاشتراط المؤيد بعموم « فاحكم بينهم بما أنزل الله » . والاقوى الاول .

قوله : ولوفات احد الشروط وحصل للغريم فى يدالمدعى مال كان له المقاصة

الشروط المتقدمة أربعة :«الاول»كون المدعى ديناً، « الثاني » كون الغريم مقراً ، « الثالث »كونه باذلا ، « الرابع » كونه جاحداً وهناك حجة . ففي هذه الصورلم يستقل المدعي بالاخذ ، لان للغريم الخيار في جهات القضاء والمدعي متمكن من الاثبات فلاوجه للمقاصة .

وترددالمصنف في الشرائع في الاخيرمن حيث تمكنه من الاثبات عند الحاكم ومن عموم « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه » [1]، وأمامع فوات هذه الشروط وذلك في صور : « الاولى »كون المدعى عيناً ولاحجةلها ، « الثانية »كون المدعى ديناً والغريم مقرغير باذل ، « الثالثة »كون المدعى ديناً والغريم جاحد باذل ، « الرابعة » الحال هذه والغريم جاحد غير باذل .

ففي الاولى له أخذ عوضها لمكان الحيلولة التي يعجزعن أخذ حقه معها.

وفي الثانية احتمالان من حيث اقراره المانع من التسلط على أمواله الاباذنه ومن اللطاطة المبيح لمضارته المستلزمة لجواز الاخذ بغيراختياره. وهوالاقوى لعموم « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه » .

وفي الثالثة أيضاً احتمالان ، من حيث بذله المانع من التسلط ومن عدم

---

١) سورة البقرة: ١٩٤ .

الوثوق ببقائه على البذل . والاولى الاولى لعدم الضرورة الحاملة على خلاف الاصل .

وفي الرابعة يجوز قطعاً .

اذا تقرر هذا فللمقاصة المذكورة شروط :

(الاول) كون المدعي جازماً بالاستحقاق ، فلو كان ظاناً أومتوهماً لم يجز . وفي حكم الظن مالو كانت المسألة خلافية والغريم مقلد ، كمن وهب منجزاً في مرض موته ولايخرج من الثلث ، فانه لايجوز لوارثه المقاصة مع كون الميت مقلداً لجواز اعتقاده الجواز ، اللهم الا أن يحكم له حاكم ببطلان ما زاد فله المقاصة به .

(الثاني) عدم وقوع الفتنة المخشي معها تلف الانفس والاموال .

(الثالث) عدم أداء المقاصة الى انتهاك العرض وسوء المقالة ، كمالو وجد عين ماله أوعوضها وخاف النسبة الى السرقة فعرض نفسه لسوء القول وقبح العاقبة .

(الرابع) قال الشيخ وجماعة يشترط عدم كون المال وديعة عنده ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : أد الامانة الى من ائتمنك ولاتخن من خانك [1]

وقال غيره بالجواز ، لاصالة الجواز ومنع كون هذا خيانة بل احسان الى الغريم بابراء ذمته ، ولماروي أن النبى صلى الله عليه وآله قال لهند بنت عتبة : خذي مايكفيك وولدك بالمعروف [2] . ومال الرجل كالوديعة عند المرأة . نعم

---

١) التهذيب ٦/٣٤٨ ، الاستبصار ٣/٥٢ ، الوسائل ١٢/٢٠٢ .

٢) سنن ابن ماجة ٢/٧٦٩ .

ولو كان من غير جنس الحق .

وفي سماع الدعوى المجهولة تردد ، اشبهه: الجواز .

ذلك مكروه لمكان النهي .

قوله : ولو كان من غير جنس الحق

اذا كان الحاصل عند المقاص من جنس الحق وقعت المهاترة جزماً بأخذ قدر حقه، وأما اذا كان من غير جنسه فكان مخيراً بين أخذه بالقيمة العدل قصاصاً عن حقه فيملكه بالاخذ ويدخل في ضمانه وبين بيعه فيأخذ الثمن عن حقه .

فعلى هذا هل يدخل في ضمانه بمجرد الاخذ أم لا ؟ قال الشيخ لايدخل في ضمانه، لان الشارع جعل له ولاية ذلك فصار كالولي القهري. وقال المصنف بل يدخل في ضمانه ، لانه قبض لم يأذن فيه المالك .

واختار العلامة وولده الاول ، لان القبض بولاية شرعية على المالك لايقتضي الضمان ، لان يده كيد المالك وفعله نيابة عنه ، والقبض هنا من هذا الباب . وما قاله المصنف أحوط للبراءة .

قوله : وفي سماع الدعوى المجهولة تردد اشبهه الجواز

المدعى به اما أن يصح الحكم به وان كان مجهولا أولا ، فالاول يصح الدعوى فيه مع الجهالة اجماعاً كالوصية بالمجهول والاقرار به ، والثاني فيه خلاف ، قال الشيخ في المبسوط لاتسمع الدعوى به لعدم الفائدة، أعني حكم الحاكم بها لو أجاب المدعى عليه بنعم ، ثم اعترض على نفسه بصحة الاقرار بالمجهول واجاب بالفرق ، فانا لو كلفنا المقر التفصيل لربما رجع عن اقراره بخلاف المدعي فانا لو طالبناه بالتفصيل لايرجع لان له باعثاً عليه .

وتردد المصنف ينشأ مما قاله الشيخ ، لكنه اختار الجواز ، وهو مذهب

مسائل :

(الاولى) من انفرد بالدعوى لما لايد عليه قضى له به . ومن هذا ان يكون بين جماعة كيس فيدعيه أحدهم .

(الثانية) لوانكسرت سفينة في البحر فما اخرجه البحر فهو لاهله. وما اخرج بالغوص فهو لمخرجه ، وفي الرواية ضعف .

العلامة ، لان المدعي ربما علم حقه بوجه ما ، كما لوعلم أن له فرساً أو ثوباً ولا يعرف شخصه ولا صفته ولا قيمته ، فلو لم يجعل له الى الدعوى به طريقاً لادى ذلك الى ابطال حقه من غير دليل .

قوله : لو انكسرت سفينة في البحر فما اخرجه البحر فهولاهله وما اخرج بالغوص فهو لمخرجه ، وفي الرواية ضعف

هذا الحكم ذكره الشيخ في النهاية مفتياً به والمستند رواية الشعيري عن الصادق عليه السلام[1]. ووجه ضعفها أن الشعيري لعنه الصادق عليه السلام ،

---

١) التهذيب ٦/٢٩٥ . اقول : الشعيرى مشترك بين اشخاص منهم امية بن عمرو والظاهر هوهذا الرجل لانه قال فى جامع الرواة : عنه ـ امية بن عمرو ـ الحسن بن على ابن يقطين فى التهذيب فى باب الزيادات فى القضايا والاحكام . انتهى . وهى هكذا : عن محمد بن احمد بن يحيى عن ابى عبدالله عن منصور بن العباس عن الحسن بن على بن يقطين عن امية بن عمروعن الشعيرى قال سئل ابوعبدالله عليه السلام عن سفينة انكسرت فى البحر فأخرج بعضها بالغوص واخرج البحر بعض ما غرق فيها. فقال: ماأخرجه البحر فهولاهله اللهاخرجه واما ماأخرج بالغوص فهولهم وهم احق به. فـ «عن» الواقعة بين اللقب والملقب زائدة الاان يكون المراد من الشعيرى اسماعيل بن ابى زياد السكونى لان لقبه ايضاً « الشعيرى » ويروى عنه امية بن عمرو وكلاهما يلقبان بالشعيرى .

ويحتمل كثيراً ان يكون اسماعيل بن ابى زياد السكونى، لان امية بن عمروالشعيرى

(الثالثة) روي في رجل دفع الى رجل دراهم بضاعة يخلطها بماله ويتجر بها ، فقال : ذهبت ، وكان لغيره معه مال كثير فأخذوا أموالهم . قال : يرجع عليه بماله ويرجع هوعلى اولئك بما أخذوا .

مع مخالفتها للاصل ، لان اخراجه بالغوص لايوجب خروجه عن ملك مالكه، لعدم كون الغوص من المملكات .

وحمل ابن ادريس الرواية على اليأس منه ، فهو كالبعير يترك من جهد .

وقال غيره : يخرج عن ملكه بالاعراض عنه كالمحقرات التى يعرض عنها كما لو احتطب المسافر وخبزبه أو طبخ أو اصطلى ثم ترك الباقي معرضاً عنه فانه يجوز لغيره أخذه .

ورد ذلك : بأن الاعراض يفيد الاباحة لازوال الملك ، ومنهم من قيد الاعراض بكونه في المهلكة ويكون بعد الاجتهاد في الغوص والتفتيش، أما لو خلا عن المهلكة أو لم يبالغ في التفتيش فانه لايخرج عن الملك . والاولى أنه لايخرج عن الملك في الصور كلها . نعم ان علم الاعراض يقيناً فهو يفيد اباحة لا ملكاً .

قوله : روى فى رجل دفع الى رجل دراهم بضاعة يخلطها بماله ويتجربها ، فقال: ذهبت وكان لغيره معه مال كثير فاخذوا اموالهم. قال :

من اصحاب الكاظم عليه السلام ولم يروعن الصادق عليه السلام على ما يظهرمن رجال الشيخ وجامع الرواة ، فعلى هذا « عن » ليست بزائدة .

والذى لعنه الصادق عليه السلام هوبشار الشعيرى ابواسماعيل . روى الكشى فيه ذموماً كثيرة عظيمة . وليس بمعلوم ان يكون الشعيرى الراوى لهذا الحديث هذا الرجل ، ولاادرى من اين حكم المؤلف كونه هذا وضعف الرواية من هذه الجهة. والله العالم بحقائق الامور كلها .

ويمكن حمل ذلك على من خلط المال ولم يأذن له صاحبه وأذن الباقون .

يرجع عليه بماله ويرجع هـوعلى أولئك بما اخذوا . ويمكن حمل ذلك على من خلط المال ولم يأذن له صاحبه واذن الباقون

هذه رواية جرير عن الصادق عليه السلام[1]: وهو ان كان ابن عبدالملك[2] فهو ممـدوح ، وان كان ابن عبدالله السجستاني فقال الشيـخ انه ثقة ، وقول النجاشي ان الصادق عليه السلام حجبه عنه غير صريح في ضعفه .

لكن العمل بظاهر الرواية مشكل ، لان البضاعة امانة يتصرف فيها الامين بالبيع والشراء ولا تكون مضمونة عليه ولا حظ له فـي ربحها ، فمع ذهابها لاتكون مضمونة عليه الا مع تعد أوتفريط، وليس فى الرواية لذلك عين ولااثر.

وعلى تقدير تفريط المبضع لايكون ذلك موجباً للعود على غيره ممن له معه مال بشيء، اذ لا تزروازرة وزرأخرى. فلهذا الاشكال قال المصنف: ويمكن حمل ذلك ـ أي الحكم ـ برجوع صاحب البضاعة على العامل بماله ورجوع العامل على أولئك بما أخذوا. على أن الامين العامل خلط تلك البضاعة بأموال اولئك باذن منهم من دون اذن من المالك ، فان اذن أولئك في الخلط بمنزلة مباشرته التى هي تفريط موجب للضمان. وهذا الحمل وان لم يدل عليه صريح الرواية لكنه محتمل للقرينة الدالة عليه .

---

١) التهذيب ٦/٢٨٨ ، الكافى ٧/ ٤٣١ .

٢) لم اجدجرير بن عبدالملك فى كتب الرجال، ولعله ابن عبدالحميد وهو الضبى الكوفى نزل الرى ذكره ابن حجر فى« تقريب التقريب » وقال : ثقة صاحب الكتاب .

(الرابعة) لووضع المستأجر الاجرة على يد أمين فتلفت كان المستأجر ضامناً الاأن يكون الاجر دعاه الى ذلك فحقه حيث وضعه .

(الخامسة) يقضى على الغائب مع قيام البينة ، ويباع ماله ، ويقضى دينه ويكون الغائب على حجته ، ولا يدفع اليه المال الا بكفلاء .

(الفصل الثاني) في الاختلاف فى الدعوى . وفيه مسائل :

(الاولى) لو كان في يد رجل وامرأة جارية فادعى أنها مملوكته وادعت المرأة حريتها وأنها بنتها ، فان أقام أحدهما بينة قضى له والا تركت جارية حتى تذهب حيث شاءت .

(الثانية) لو تنازعا عيناً في يدهما قضي لهما بالسوية ولكل منهما احلاف صاحبه . ولو كانت في يد أحدهما قضي بها للمتشبث وللخارج احلافه . ولو كانت في يد ثالث وصدق أحدهما قضي له ، وللاخر احلافه . ولو صدقهما قضى لهما بالسوية . ولكل منهما احلاف الاخر وان كذبهما أقرت في يده .

قوله : الا ان يكون الاجير دعاه الى ذلك فحقه حيث وضعه

لانه ملك الاجرة بنفس العقد ، فاذا عين احداً لقبضها كان ذلك القابض وكيلا له وقبض الوكيل قبض الموكل، فتدخل في ضمان الاجير بقبض وكيله. بخلاف الصورة الاولى، فان الاجرة في ضمان المستأجر حتى يقبضها الاجير، وذلك الذي وضعت الاجرة عنده ليس وكيلا للاجير، فتكون باقية على ضمان

(الثالثة) اذا تداعيا خصاً قضي لمن اليه القمط وهي رواية عمرو ابن شمر عن جابر، وفي عمرو ضعف. وعن منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام أن علياً عليه السلام قضى بذلك، وهي قضية في واقعة.

المستأجر.

قوله: اذا تداعيا خصا قضى لمن اليه القمط [1]، وهي رواية عمرو بن شمر وفي عمرو ضعف. وعن منصور بن حازم عن ابي عبدالله ان علياً عليهما السلام قضى بذلك، وهي قضية في واقعة

هذه الرواية رواها الشيخ في النهاية[2] عن عمرو بن شمر عن جابر عن الباقر عليه السلام عن أبيه عن علي عليه السلام أنه قضى في رجلين اختصما في خص فقال: ان الخص للذي اليه القمط.

قال المصنف: في عمرو ضعف، وذلك لقول النجاشي انه ضعيف جداً زاد أحاديث في كتب جابر بعضها ينسب اليه والامر ملتبس. وقال الغضائري انه ضعيف، ولم يبين وجه ضعفه، والرواية مشهورة.

وادعى ابن ادريس الاجماع على هذا الحكم، وهو اعرف بما قال. والمصنف والعلامة أفتيا بذلك في الشرائع والقواعد اعتماداً على الرواية، وهنا جعلها قضية في واقعة فلايتعدى. وجعل السعيد حكم الخص حكم الجدار المتداعى فيه بين اثنين وانه لاترجيح بمعاقد القمط.

---

١) القمط بالكسر وهو الحبل الذى يشدبه الخص وبالضم جمع قماط وهى شداد الخص من ليف وخوص وغيرهما.

٢) النهاية: ٣٥١.

(الرابعة) اذا ادعى ابو الميتة عاريـة بعض متاعها كلف البينة وكان كغيره من الانساب . وفيه رواية بالفرق ضعيفة .

اذا عرفت هذا فاعلم أن الشيخ فـي النهاية[1] قال : القمط ، هو الحبل ، والخص هو الطن القصبة[2] الذي يكون في السواد بين الـدور ، فكل من اليه الحبل هو أولى من صاحبه .

وقال الجوهري : الخص البيت من القصب ، قال الفزاري :

الخص فيـه تقر أعيننا خير من الاجر والكمد

والقمط ماتشد به الاخصاص ، ومنه معاقد القمط .

قوله : لوادعى ابوالميتة عارية بعض متاعها كلف البينة وكان كغيره من الانساب، وفيه رواية بالفرق ضعيفة

أما الحكم الاول فهو مقتضى الاصل ، لان اليد دليل الملك ، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم : البينة على المدعي[3] ، وهـو عام ، وقوله صلى الله عليه وآله وسلم أيضاً : لو يعطى الناس بأقوالهم لادعـى قوم دماء قوم وأموالهم[4] ، وهو أيضاً عام .

وأما الرواية بالفرق بمعنى قبول قول الاب دون غيره من الام والولد وغيرها من الانساب ، فهي رواية محمدبن اسماعيل عن الكاظم عليه السلام[5] . لكنها

---

١) النهاية : ٣٥١ . والقمط : الشرط التى يوثق بها ويشدبها من ليف كانت اومن خوص . والخص كالقفل البيت الذى يعمل من القصب اوالشجر .

٢) ليس لفظ « القصبة » فى النهاية .

٣) الوسائل ١٨ / ١٧٠ الباب ٣ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى .

٤) سنن ابن ماجة ٢ / ٧٧٨ .

٥) التهذيب ٦ / ٢٨٩ ، الكافى ٧ / ٤٣١ ، الفقيه ٣ / ٦٤ .

(الخامسة) اذا تداعى الزوجان متاع البيت فله ما للرجال، ولها ما للنساء، وما يصلح لهما يقسم بينهما. وفي رواية: هو للمرأة وعلى الرجل البينة.

وفي المبسوط: اذا لم يكن بينة ويدهما عليه كان بينهما.

مشتملة على المكاتبة، وهو دليل ضعفها مع منافاتها للادلة. وبالاول أفتى الشيخ في الحائريات وابن ادريس.

قوله: اذا تداعى الزوجان متاع البيت فله ما للرجال ولها ما للنساء وما يصلح لهما يقسم بينهما، وفي رواية هو للمرأة وعلى الرجل البينة، وفي المبسوط[1] اذا لم تكن بينة ويدهما عليه كان بينهما

لاخلاف أن مع قيام البينة لاحدهما بشيء يقضى له من أي نوع كان، وأما مع عدم البينة بشيء وحصول التداعي في ذلك اما بين الزوجين أو بين ورثتهما أو أحدهما وورثة الاخر، فللشيخ ثلاثة أقوال حكاها المصنف:

الاول قوله في النهاية والخلاف[2]، واختاره ابن ادريس[3] استناداً الى رواية رفاعة عن الصادق عليه السلام[4]. ولان الظاهر أن من صلح له شيء فهو له، وأما مايصلح لهما فيدهما عليه فيقسم بينهما لعدم المرجح، وكل من قضي له بشيء فعليه اليمين لصاحبه.

والثاني ـ وهو أنه يقضى به للمرأة مع يمينها ـ قوله في الاستبصار، مستنداً الى رواية عبدالرحمن بن الحجاج في الصحيح عن الصادق عليه السلام وأنه

---

١) المبسوط ٨/ ٣١٠ قال فيه: يحلف كل واحد منهما لصاحبه ويكون بينهما نصفين.
٢) الخلاف ٣/ ٣٦٢. تمام الخبر: ونحن يومئذ بمنى.
٣) السرائر ٢٠١.
٤) التهذيب ٦/ ٢٩٤، الفقيه ٣/ ٦٥، الاستبصار ٣/ ٤٦.

قال : المتاع متاع المرأة الا أن يقيم الرجل البينة قد علم من بين لابيتها - يعني بين جبلي منى - أن المرأة تزف الى بيت زوجها بمتاع[1] .

وأجاب الشيخ في الاستبصار[2] عن رواية رفاعة اما بحملها على التقية ، لان ما أفتى به في رواية عبدالرحمن لايوافق عليه أحد من العامة ، أو بالحمل على وجه الصلح .

والثالث قوله في المبسوط، وهو أنه مع فقد البينة يدكل واحد على النصف فيقضى له به بعد اليمين ، فيحلف كل منهما حينئذ لصاحبه سواء صلح لهما أو لاحدهما ، وسواء كانت الزوجة باقية أولا، وسواء كانت الدار لهما أولاحدهما أو لثالث .

واختاره العلامة في القواعد ، وقال في المختلف : ان كان هناك عرف حكم به مع اليمين ، وان لم يكن عرف فهو كغيره من المتداعيات . واستدل على الاول برواية عبدالرحمن المذكورة، ولان عادة الشرع في باب الدعاوي بعد الاعتبار والنظر الرجوع الى العرف، ولهذا حكم بقول المنكر مع اليمين بناء على الاصل ، وبأن المتشبث أولى من الخارج لقضاء العادة بملكية ما في اليد. وعلى الثاني لتصادم الدعويين مع عدم الترجيح لاحدهما فتساويا فيهما.

والاقوى قول الشيخ في المبسوط ، لما قلنا من تكافؤ الدعويين من غير ترجيح ، ولان الحكم بكل ما يصلح له لو كان حقاً لزم الحكم بمال شخص يقيناً لغيره لكونه صالحاً لذلك الغير ، وهو باطل .

وبيان اللزوم : أنه جاز أن يموت للمرأة اب أو اخ فترث منه عمائم وطيالسة ودراريع وسلاحاً، ويموت للرجل ام أواخت فيرث منها حلياً ومقانع

---

١) الاستبصار ٣/ ٤٤ .

٢) الاستبصار ٣/ ٤٦ .

(الثالث) في تعارض البينات :

يقضى مع التعارض للخارج اذا شهدتا بالملك المطلق على الاشبه. ولصاحب اليد لو انفردت بينته بالسبب كالنتاج وقديم الملك وكذا الابتياع. ولو تساويا في السبب فروايتان، أشبههما: القضاء للخارج .

وقمصاً مطرزة بالذهب وتكون تحت أيديهما، فلو حكم لكل بما يصلح له لزم الحكم بمال الانسان لغيره .

لايقال : ان النبى صلى الله عليه وآله وسلم قال: نحن نحكم بالظاهر [1]. وما ذكرناه هو الظاهر .

لانا نقول : نمنع أن ذلك هو الظاهر ، لان الظاهر راجح غير مانع من النقيض ، ومع ما ذكرناه من الاحتمال لارجحان .

وأما ما ذكره العلامة من العرف فممنوع ، لانه لو كان قاعدة شرعية لزم الحكم بذلك في غير الزوجين لو حصل التداعي بين رجل وامرأة في متاع هذا شأنه ، وهو باطل .

قوله : الثالث في تعارض البينات ، يقضى مع التعارض للخارج اذا شهدتا بالملك المطلق على الاشبه ولصاحب اليد لو انفردت بينته بالسبب كالنتاج وقديم الملك وكذا الابتياع ، ولو تساويا فى السبب فروايتان اشبههما القضاء للخارج

تعارض البينات هو تمانعها في الحكم بحيث لايمكن الجمع بينهما فيه ،

---

١) لم اجد بهذا اللفظ، وروى عنه صلى الله عليه وآله وسلم روايات فى هذا المعنى منها ما فى التهذيب ٦/٢٢٩ ، الكافى ٧/٤١٤ ، معانى الاخبار ٢٧٩ واللفظ للاول : انما اقضى بينكم بالبيات والايمان وبعضكم الحن بحجته من بعض فأيمارجل قطعت له من مال اخيه شيئاً فانما قطعت له به قطعة من النار .

ويتحقق بين الشاهدين والشاهد والمرأتين ومثلهما وتحالفهما ، فالاقسام ثلاثة ولا يتحقق بين شاهد ويمين وشاهد وامرأتين ، وهل يتحقق بينه وبين شاهدين؟ قال الشيخ في الخلاف[1] نعم ، وهو نادر .

اذا عرفت هذا فنقول: اما أن يكون المشهود فيد أحد المتنازعين خاصة او في يد هما معاً أو في يد ثالث ، فالاقسام حينئذ ثلاثة أشار المصنف اليها في هذا الفصل :

(الاول) أن يكون في يد أحدهما ، فاما أن تشهد البينتان لهما معاً بالملك المطلق أو تشهد لاحدهما به وللاخر بالسبب أو بالسبب لهما معاً .

الاول : اختلف الاصحاب فيه، قال الشيخ في الخلاف[2] يقضي لصاحب اليد عملا برواية جابر عن النبى صلى الله عليه وآله : انه قضى لصاحب اليد لما أقام كل واحد البينة انها له بنتاجها. وكذا برواية عن الصادق عليه السلام[3]. وليس فيهما حجة ، لانه قضاء لذي اليد مع السبب لامطلقاً .

وقال في النهاية واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة يقضي للخارج عملا بقوله صلى الله عليه وآله وسلم : البينة على المدعي واليمين على من أنكر[4]. وجه الاستدلال : انه جعل لكل واحد منهما حكماً ، وكما أنه لايمين على المدعي فكذا لابينة على المنكر والا لزم الاشتراك ولم يبق فرق بينهما ، لكنه فصل بينهما فلا اشتراك. وحينئذ نقول : الخارج مدع على ذي اليد ، لما تقدم في تعريفه أنه يترك لو ترك ، فتكون البينة بينته فيقضى له، وهو المطلوب.

---

١) الخلاف ٣/٣٥٥ .

٢) الخلاف ٣/٣٥٣ .

٣) الخلاف ٣/٣٥٤ .

٤) الخلاف ٣/٣٥٥ .

ولو كانت يداهما عليه قضى لكل منهما بما في يدالاخر، فيكون بينهما نصفين .

الثاني: ان تشهد لاحدهما السبب، فان كان هو الخارج فالحكم له جزماً ، وان كان هو الداخل فقال ابن ادريس يقضى للخارج عملا بقوله صلى الله عليه وآله وسلم : البينة على المدعي . وقال المصنف : بل يقضى للداخل ، لتأيد يده بالسبب ولحديث جابر .

الثالث: ان تشهد بالسبب لهما، ففي رواية منصور عن الصادق عليه السلام أنه يقضى للخارج[1] ، وفي رواية عن علي عليه السلام انه يقضى لذي اليد[2] . واختاره الشيخ في الخلاف والاستبصار[3] ، والفتوى على الاول .

قوله : ولو كانت يدهما عليه قضى لكل منهما بما في يد الاخر فيكون بينهما نصفين

هذا هو القسم الثاني ، وهو أن يكون في يدهما ، فان قلنا يقضى للداخل قضى لكل بما في يده ، وان قلنا يقضى الخارج قضى لكل بما في يد الاخر ، فيكون بينهما نصفين على التقديرين ، سواء أقاما بينة أولم يقيما بينة ويكون لكل منهما اليمين على صاحبه، فان حلفا أونكلا فالحكم كما تقدم ، وان حلف أحدهما ونكل الاخر قضى بها للحالف. أما لو أقام أحدهما بينة فانه يقضى له بالجميع ، لتأيد دعواه بالبينة .

---

١) التهذيب ٦/ ٢٤٠ .

٢) التهذيب ٦/ ٢٣٣ ، الكافي ٧/ ٤١٩ ، الاستبصار ٣/ ٣٨ .

٣) الخلاف ٣/ ٢٥٣ ، الاستبصار ٣/ ٤٢ .

ولو كان المدعى به في يد ثالث قضي بالاعدل فالاكثر ، فان تساويا عدالة وكثرة أقرع بينهما ، فمن خرج اسمه أحلف وقضي له ، ولو امتنع احلف الاخر ، ولو امتنعا قسم بينهما .

وفي المبسوط يقرع بينهما ان شهدتا بالملك المطلق ، ويقسم ان شهدتا بالملك المقيد . والاول أشبه .

قوله : ولو كان المدعى به في يد ثالث قضي بالاعدل فالاكثر ، فان تساويا عدالة وكثرة اقرع بينهما ، فمن خرج اسمه احلف وقضي له ولو امتنع احلف الاخر ولو امتنعا قسم بينهما ، وفي المبسوط يقرع بينهما ان شهدتا بالملك المطلق ويقسم ان شهدتا بالملك المقيد، والاول اشبه

هذا هو القسم الثالث ، وفيه روايتان عنه صلى الله عليه وآله وسلم ، وبحسبهما قولان حكاهما المصنف، وهما ظاهران .

وقال : ان الاول أشبه ، ووجه الاشبهية أنهما بينتان تعارضتا ولا ترجيح لاحداهما على الاخرى ولا يجوز ابطالهما فتعين الجمع بينهما بالقسمة .

والشيخ رجح الثاني ، وفرق بين الملك المطلق والمقيد بأنه في الاول يقرع بينهما وفي الثاني ان شهدتا معاً بالسبب قسمت العين بينهما وان شهدت احداهما بالمقيد قضي بها لصاحبها. والقولان المحكيان بعد التساوي في العدالة والعدد عند الاكثر ، لان بعضهم منع من الترجيح بالكثرة بل بالعدالة لا غير ، وهو ضعيف .

كتاب الشهادات

قوله : كتاب الشهادات

هنا فوائد :

(الاولى) الشهادة لغة اما من شهد بمعنى حضر ومنه قوله « فمن شهد منكم الشهر فليصمه »[1] ، أو من شهد بمعنى علم، وعلى ذلك سمي تعالى «شهيداً» أي عليماً [2]. وشرعاً اخبار عن علم المخبر بثبوت حق لغيره أو نفيه عنه لاعلى جهة الدعوى[3] .

(الثانية) الاستشهاد مشروع بالنص في قوله « وأشهدوا اذا تبايعتم »[4] وقوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم »[5] ، وفي السنة في قوله صلى

---

١) سورة البقرة : ١٨٥ .

٢) قال فى الجواهر : وهى لغة : الحضور اوالعلم الذى عبر بعضهم عنه بالاخبار عن اليقين .

٣) فى الجواهرايضاً: وشرعاً اخبار جازم عن حق لازم للغيرواقع من غيرحاكم وان المرجع فيها العرف الذى يصلح فارقاً بينها وبين غيرها من الاخبار . الى آخر مقاله رفع الله درجاته .

٤ ، ٥) سورة البقره : ٢٧٢ .

والنظر في امور أربعة :

(الاول) فى صفات الشاهد ، وهى ستة :

(الاول) البلوغ ، فلاتقبل شهادة الصبي ما لم يصر مكلفاً . وقيل : تقبل اذا بلغ عشراً ، وهوشاذ .

الله عليه وآله وسلم : البينة على المدعي[1] . وبالاجماع وهو ظاهر .

(الثالثة) الاستشهاد ممايتم بهنظام النوع ، اذ المعاملة ضرورية فيه والطباع مائلة الى الشر وجحـود مال الغير ، ولذلك قال علي عليه السلام : فرض الله الشهادات استظهاراً على المجاحدات[2] وقال عليه السلام: اذاكان الغدر طباعاً فالثقة الى كل أحد عجز[3].

واذا كان الحال كذلك كانت الشهادات واجبة في الحكمة .

قوله : فلا تقبل شهادة الصبـى مالم يكمل٤) ، وقيل تقبل اذا بلغ عشراً وهو شاذ

---

١) راجع الوسائل ١٨/ ١٧٠ .

٢) النهج ٢/ ١١٨٧ . الحكم والمواعظ: ٢٤٤. فى هامش عوالى اللالى ٢/ ١٦٣: اى سبب فرض الشهادات للتحقيق والتبيين فى المخاصمات الواقعة بين اهل المعاملات الكسبية لينتظم بها امور المعاش وليحفظ بها على ذوى الحقوق حقوقهم . ويحتمل ان يراد بالشهادات الاقرار اللسانى بشهاده الوحدانية والرسالة والولاية فان الله تعالى فرض الايمان القلبى الاعتقادى وجعل الاول دليلا يعرف به الثانى وسماه مجاهدات باعتبار انه حاصل عن الكسب الحاصل بالفكر فكان مجاهدة نفسانية .

اقول : هـذا المعنى الذى فـى هامش « العوالى » لايناسب لفظ « المجاحدات » بالحاء المهملة الذى فى نسخ النهج ، والجحد والجحود : نقيض الاقرار كالانكار . قـال الجوهرى : الجحود : الانكار مع العلم .

٣) عوالى اللالى ٢/ ١٦٣ .

٤) فى المختصر النافع المطبوع : مالم يصر مكلفاً .

واختلفت عبارة الاصحاب فى قبول شهادتهم في الجنايات، ومحصلهاالقبول فىالجراح مع بلوغ العشر ما لم يختلفوا، ويؤخذ بأول قولهم .

وشرط الشيخ فى الخلاف : ألايفترقوا .

أما الاول فلاتصافه بما يوجب رفع القلم ، فلا وثوق باخباره، فلا تقبل شهادته ، ولقوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم »[1] .

وأما القول المشار اليه فحكاه الشيخ في النهاية[2] ، لرواية الكلينى : اذا بلغ عشراً جاز أمره وجازت شهادته[3] .

وحكى ابن بابويه عن طلحة بن زيد عن الصادق عليه السلام[4] قبول شهادته مطلقاً . وهو محمول على العشر ، اذ لا قائل بقبولها لدون العشر .

والفتوى على الاول الا في صورة الجراح كما يأتى .

قوله : واختلفت عبارة الاصحاب فى قبول شهادتهم فى الجنايات ، ومحصلها القبول فى الجراح مع بلوغ العشر مالم يختلفوا ويؤخذ بأول قولهم ، وشرط الشيخ فى الخلاف[5] ان لايفترقوا

لاخلاف عند الاصحاب في قبول شهاداتهم في الجنايات في الجملة ،

---

١) سورة البقرة : ٢٨٢ .

٢) النهاية : ٣٣١ .

٣) الكافى ٣٨٩/٧ ، التهذيب ٢٥١/٦ .

٤) الفقيه ٢٧/٣ .

٥) الخلاف ٣٣٣/٣ .

(الثاني) كمال العقل : فالمجنون لاتقبل شهادته ، ومن يناله الجنون أدواراً تقبل في حال الوثوق باستكمال فطنته .

(الثالث) الايمان : فلاتقبل شهادة غير المؤمن ، وتقبل شهادة الذمي في الوصية خاصة مع عدم المسلم . وفي اعتبار الغربة تردد .

وانما اختلفت عبارتهم في شرطها : فقال المفيد تقبل شهادتهم في الجراح والقصاص اذا كانوا يعقلون ما يشهدون به ويؤخذ بأول كلامهم لابالثاني ، وقال الشيخ في النهاية تقبل في الشجاج والقصاص ويؤخذ بأول كلامهم ، وقال في الخلاف تقبل في الجراح مالم يتفرقوا اذا اجتمعوا على مباح ، وقال التقي القدر المجمع عليه القبول في الجراح مع بلوغ العشر ويؤخذ بأول كلامهم . وروى جميل عن الصادق عليه السلام : تقبل شهادتهم في القتل ويؤخذ بأول كلامهم[1] . ومثله روى محمدبن حمران عن الصادق عليه السلام[2] .

قال المصنف في الشرائع[3] : والتهجم على الدماء بخبر الواحد خطر ، والأولى الاقتصار على القبول في الجراح بالشروط الثلاثة : « الاول » بلوغ العشر ، « الثاني » اجتماعهم على مباح أي على ما يجوز فعله لا على منكر كالشرب وغيره، « الثالث » عدم تفرقهم قبل الشهادة فلو تفرقوا عن الحالة التي كانوا عليها لم يقبل شهادتهم .

قوله : وفي اعتبار الغربة تردد

---

١ ـ ٢) الكافي ٣٨٩/٧ ، التهذيب ٢٥١/٦ .

٣) الشرائع ٣٠٦/٢ . ثم بين الشروط وقال: بلوغ العشروبقاء الأجتماع اذا كان على مباح تمسكاً بموضع الوفاق وعدم الاختلاف. هذا نص عبارته في الشرائع وفرق بين المتن وعبارة الشرائع في الشرط الثالث كماترى .

اتفق الاصحاب على عدم قبول شهادة غير المؤمن مسلماً كان أو كافراً ، لاتصافه بالفسق والظلم المانع من قبول الشهادة الا في صورة واحدة ، وهو شهادة الذمي في الوصية بالمال لا بالولاية ، لانه يشترط عدم عدول المسلمين.

وهل يعتبر مع ذلك كون الشهادة في السفر والغربة أم لا ؟ تردد المصنف في ذلك ، من أصالة عدم الاشتراط ، اذ الاعتبار بالضرورة الحاصلة من عدم العدل المؤمن ، سواء كان في الغربة أولا ، ومن أصالة عدم القبول وانما قبلت في الغربة اتفاقاً فاقتصر عليه تقليلا لمخالفة الدليل. ويؤيده قوله تعالى « وآخران من غيركم ان أنتم ضربتم في الارض »[1] .

وبالاول أفتى الشيخ في النهاية ، وهو اختيار المصنف في الشرائع والعلامة[2] ، وبالثاني أفتى في المبسوط[3] وابن الجنيد ، وهو الاحوط .

وهنا فائدتان :

(الاولى) يشترط كونه عدلا في دينه ، فلو كان فاسقاً في مذهبه أو معهوداً بالكذب لم تقبل ، لان اشتراط العدالة في المؤمن يوجب اشتراطها في الذمي بالطريق الاولى .

(الثانية) هل يشترط احلافه على حقية شهادته، قال العلامة نعم عملا بظاهر الاية في قوله « فيقسمان بالله »[4] ولم يذكر غيره ذلك .

---

١) سورة المائدة : ١٠٦ .

٢) النهاية: ٣٣٤ ، الشرائع ٢/٣٠٧ ، القواعد: المقصد التاسع من كتاب القضاء.

٣) المبسوط ٨/١٨٧ .

٤) سورة المائدة : ١٠٧ .

وتقبل شادة المؤمن على أهل الملل، ولا تقبل شهادة أحدهم على المسلم ولا غيره. وهل تقبل على أهل ملته ؟ فيه رواية بالجواز ضعيفة ، والاشبه : المنع .

قوله : وهل تقبل على اهل ملته ؟ فيه رواية بالجواز ضعيفة والاشبه المنع

للاصحاب هنا أقوال :

(الاول) قال ابن الجنيد تقبل شهادة أهل العدالة منهم على ملتهم وغير ملتهم.

(الثاني) قال الشيخ في النهاية [1] تقبل شهادة بعضهم على بعض ولهم كل ملة على أهل ملته خاصة ولهم.

(الثالث) انها لا تقبل مطلقاً، قواه القاضي أخيراً. وهو اختيار المصنف والعلامة [2] وعليه الفتوى لما تقدم من اتصافهم بالفسق والظلم . ولان القبول ركون اليهم وهو باطل لقوله « ولا تركنوا الى الذين ظلموا فتمسكم النار » [3] .

والرواية المشار اليها هي ماروا ه سماعة عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن شهادة أهل الملة . قال : لا تجوز الا على ملتهم وان لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية لانه لا يصلح ذهاب حق أحد [4] .

والجواب بضعف السند ، أو أنهم اذا ترافعوا الينا وعدلوا الشهود عندهم ، فان الاولى عند الشيخ في الخلاف القبول هنا . وهذا في الحقيقة قضاء بالاقرار، لما تقدم أنه اذا أقر الخصم بعدالة الشاهدين حكم عليه .

---

١) النهاية : ٣٣٤ .

٢) القواعد ، المقصد التاسع من كتاب القضاء .

٣) سورة هود : ١١٣ .

٤) الكافي ٣٩٨/٧ ، التهذيب ٢٥٢/٦ .

(الرابع) العدالة . ولاريب فـى زوالها بالكبائر ، وكذا فـى الصغائر مصراً . واما الندرة من اللمم فلا. ولايقدح اتخاذ الحمام للانس ، وانفاذ الكتب . أما الرهان عليها فقادح لانه قمار .

واللعب بالشطرنج ترد به الشهادة، وكذا الغناء وسماعه، والعمل بالات اللهو وسماعها ، والدف الا فـى الاملاك والختان ، ولبس الحرير للرجل الا فى الحرب ، والتختم بالذهب ، والتحلى بـه للرجال .

قوله : الرابع العـدالة ولاريب فى زوالها بالكبائر وكذا فى الصغائر مصراً واما الندرة من اللمم فلا

تنقيح هذا البحث يتم بفوائد :

(الاولى) العدالة شرط في قبول الشهادة لقوله « وأشهدوا ذوي عدل منكم»[1] وقوله « ممن ترضون من الشهداء »[2] والفاسق ليس بمرضى، وقوله «ان جاءكم فاسق بنبـأ فتبينوا » [3] والنبأ الخبر والشهادة خبر ، فيصدق دليل هكذا : شهادة الفاسق خبر ولاشيء من خبر الفاسق يوجب علماً فشهادة الفاسق لاتوجب علماً . فيشترط في الشاهد عدالته وهو المطلوب .

(الثانية) العدالة كيفية نفسانية راسخة تبعث على ملازمة المروة والتقوى : أمـا المروة فيخرج عنها بفعل الدناءة ومايسقط العزة والمحل من القلب ،

---

١) سورة الطلاق: ٢.

٢) سورة البقرة : ٢٨٢ .

٣) سورة الحجرات : ٦ .

وما يدل على المهانة كالسخرية وكشف العورة التي يتأكد استحباب سترها في الصلاة وعدم المبالاة كالاكل في السوق وأشباه ذلك .

وأما التقوى فلاريب في الخروج عنها بفعل أحد الكبائر وبالاصرار على شيء من الصغائر ، وهل يخرج بغير ذلك ؟ قال ابن ادريس نعم بترك أي واجب كان وفعل أي محرم . وهو منقول عن المفيد والتقي والقاضي ، لان الشهادة مرتبة جليلة بعد مرتبة النبوة والامامة ، فناسب ذلك ماقلناه.

وأورد بأن ذلك خرج في غير المعصوم ، لعدم انفكاك غالب الرعية من شيء من الصغائر فيتعسر أو يتعذر قبول شهادة .

أجيب : بأن الحرج منفي بالتوبة، وقال الشيخ في المبسوط لايخرج الا بما تقدم لا بما يندر فعله أو لا يغلب في الاوقات مزاولته . وهو اختيار المصنف ، فلذلك قال اما الندرة من اللمم فلا، قال المفسرون اللمم[1] هو ماقل وصغر من الذنوب.

(الثالثة) قال بعض الاصحاب : ان الذنوب كلها كبائر نظراً الى اشتراكها في مخالفة أمره تعالى ونهيه ، ولذلك جاء في الحديث: لاتنظر الى مافعلت ولكن انظر الي من عصيت. وانما يسمى بعضها صغائر بالاضافة الى مافوقها، فالقبلة المحرمة صغيرة بالنسبة الى الزنا وكبيرة بالنسبة الى النظر .

وقال بعضهم: ان الصغائر لايطلق الا على القول بالاحباط، لان الا ية الكريمة تدل على أن اجتناب الكبيرة يكفر السيئة كما هو مذهب المعتزلة. وقالوا: ان فعل الكبيرة محبط للطاعة ، وفسروا الكبيرة والصغيرة بثلاثة معان :

الاول : بالاضافة الى طاعته ، وهو أن المعصية ان زاد عقابها على ثواب تلك الطاعة فهي كبيرة بالنسبة اليها وان نقص فهي صغيرة .

---

١) اللمم بفتحتين : مقاربة الذنب وقيل هو الصغائر وقيل هو فعل الصغيرة ثم لايعاوده كالقبلة .

الثاني : بالاضافة الى معصية أخرى ، وهوأنعقابها ان زاد علىعقاب تلك المعصية فهي كبيرة بالنسبة اليهاوان نقص فهي صغيرة .

الثالث : بالاضافة الىفاعلها ، وهو أنها ان صدرت من شريفله مزيدعلم وزهد فهي كبيرة وان صدرت ممن ليسله ذلك فهي صغيرة .

قال المصنف [1] : وهذا القول بالاعراض عنه حقيق ، لانا نمنع أن القول بذلكيستلزم الاحباط، لجواز أنهما يقالان بالنظر الىذاتهما أوبالنظر الىغيرهما كما تقدم وذلك غيرمستلزم للقول بالاحباط. علىأن التفسيرين الاولين للمعتزلة رجوع الى الجهالة ، لعدم العلم بكمية ثواب الطاعة وعقاب المعصية الآن حتى ينسب بعضها الى بعض .

(الرابعة) المفسرون والفقهاء علىضبط الكبائر وحصرها فيعددوان ماعداها صغائر، فمنهم من قال كل ماوجب فيه حد فهو كبيرة ومالم يقرر له حد فهوصغيرة، ومنهم من قال مائبت تحريمه بقاطع فهو كبيرة ، ومنهم من قال كلما آذن بقلة الاكتراث[2] بالذنب فهو كبيرة، ومنهم من قال مايلحق صاحبه الوعيد الشديد بالكتاب أوالسنة فهو كبيرة ، ومنهم من قال ماتوعد عليه بعينه فهو كبيرة ومالم يتوعد عليه بعينه فهو صغيرة ، وهوقول الاكثر .

وجاء في كلام علي عليه السلام في قوله : من كبيرأوعدعليه نيرانه أوصغير أرصدله غفرانه [3]. وعدوا سبعة :

ومنهم من زاد علىذلك فقال: هي الشرك بالله والقتل بغيرحق واللواط والزنا والفرار من الزحف والسحر والربا وقذف المحصنة وأكل مال اليتيم والغيبة بغيرحق

---

١) راجع الشرائع ٣٠٧/٢ ، وراجع «المسالك» ٤٠٢/٢ .

٢) يقال : هولايكترث لهذا الامراى لايعبأ به ولايباليه .

٣) النهج للفيض ٢٧/١ .

واليمين الغموس وشهادة الزور وشرب الخمر واستحلال الكعبة والسرقة ونكث الصفقة والتعرب بعد الهجرة واليأس من روح الله والامن مكر الله وعقوق الوالدين وكل ذلك وردت به أحاديث . وورد أيضاً التهمة وترك السنن أجمع، ومنع ابن السبيل فضل الماء وعدم التنزه من البول وشتم الوالدين والاضرار في الوصية . وورد عن ابن عباس رحمه الله أنه قيل له : الكبائر سبع ؟ فقال: هي الى سبعين . وفي رواية سبعمائة . وهو أقرب ، غير أنه لا كبيرة مع استغفار ولا صغيرة مع اصرار .

(الخامسة) الاصرار على الصغيرة ، قال شيخنا الشهيد : هو اما فعلي وهو المداومة على نوع واحد من الصغائر بلا توبة والاكثار من جنس الصغائر بلا توبة واما حكمي وهو العزم على فعل تلك الصغيرة بعد الفراغ منها . أما من فعل الصغيرة ولم يخطر بباله بعدها توبة ولا عزم على فعلها فالظاهر أنه غير مصر ، ولعله مما تكفره الاعمال الصالحة من الصلاة والصيام والوضوء كما جاء في الاخبار

(السادسة) اذا تاب المكلف من المعصية كبيرة كانت أو صغيرة توبة كاملة هل يشترط في قبول شهادته وثبوت عدالته الاستبراء مدة يظهر فيها استقرار توبته وصلاح سريرته ؟

قال الشهيد الظاهر ذلك لانا لا نحقق التوبة بدونه . ولا تقدير للمدة ، وقدرها بعض العامة سنة أو نصفها . وهو تحكم، اذ المعتبر ظن صدقه في توبته ، وهو يختلف بحسب الاشخاص والاحوال المستفادة من القرائن. على أن بعض الذنوب يكفي في التوبة منها مجرد تركها من غير استبراء ، كمن تعينت عليه الشهادة أو الوصية فامتنع منها ثم عاد ، فان العود بمجرده توبة .

وفيه نظر ، اذ لا بد مع العود من اظهار الندم على الترك السابق . نعم يظهر من كلام الشيخ عدم الاستبراء بالكلية، لانه قال في المشهور بالفسق : يقول له

ولا تقبل شهادة القاذف ، وتقبل لو تاب. وحد توبته أن يكذب نفسه ، وفيه قول آخر متكلف .

(الخامسة) ارتفاع التهمة. فلا تقبل شهادة الجار نفعاً، كالشريك

الحاكم تب أقبل شهادتك . وهو قوي ، لأصالة صحة توبته [و] من استبرائها [استمرارها] عملا بدليل الاستصحاب، خصوصاً والامور القلبية غير معلومة لنا فنحن مكلفون بظواهر الاحوال، والظاهر أنه انما تاب للقربة والاخلاص [وغرض قبول الشهادة نادر] .

قوله : ولا تقبل شهادة القاذف وتقبل لو تاب ، وحد توبته اكذاب[1] نفسه ، وفيه قول آخر متكلف

أجمع الاصحاب ودلت الاية [2] على قبول شهادة القاذف بعد توبته واصلاح عمله ، ثم اختلفوا في مسألتين :

(الاولى) معنى التوبة هنا، فقال الشيخ في النهاية وابن بابويه[3] وابن ابى عقيل هو أن يكذب نفسه فيما كان قذف به . واحتجوا عليه برواية ابى الصباح عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن القاذف بعد ما يقام عليه الحد ما توبته ؟ قال : يكذب نفسه [4] .

وقال في المبسوط والخلاف[5] هو أن يقول : القذف باطل حرام ، فاذا

---

١) في المختصر النافع ط بمصر : ان يكذب نفسه .

٢) سورة النور : ٤ ، ٥ .

٣) النهاية : ٣٢٦ ، المقنع : ١٣٣ .

٤) التهذيب ٦/٢٤٥ ، الكافي ٧/٣٩٧ ، الاستبصار ٣/٣٦ .

٥) المبسوط ٨/١٧٩ ، الخلاف ٣/٣٣٠ .

فيما هوشريك فيه، والوصى فيما له فيه ولاية. ولا شهادة ذي العداوة الدنيوية، وهو الذي يسر بالمساءة ويساء بالمسرة والنسب لايمنع القبول.

قال ذلك فقد أكذب نفسه، ويقول ولاأعود الى ماقلت لانه ربما كان صادقاً، فاذا أخبر عن الخبر الصادق بأنه كذب كان كاذباً فاعلا للقبيح. واختاره ابن ادريس.

وقال ابن حمزة: ان كان صادقاً قال القذف حرام ولا أعود الى ماقلت. وان كان كاذباً قال كذبت فيما قلت.

وقال العلامة [1] في المختلف والقواعد: انه مع الصدق يقول اخطأت. وعلى قوله رحمه الله الفتوى.

وعلى الاقوال كلها لابد من ايقاع ذلك عند من قذف عنده وعند الحاكم الذي حده، فان تعذر ففي ملاء من الناس.

(الثانية) اتفقوا على أنه لابد في الاصلاح من الاستمرار على التوبة، وهل يشترط زائد على ذلك؟ قال ابن حمزة نعم يشترط مطلقاً أي في الصادق والكاذب وللعطف المقتضي للمغايرة في قوله تعالى «الا الذين تابوا وأصلحوا» [2].

وقال الشيخ في النهاية [3] لايشترط مطلقاً، واختاره العلامة، لان الاستمرار على التوبة اصلاح والامر المطلق يكتفى فيه بالمسمى.

وقال الشيخ في المبسوط [4] يشترط في الكاذب لافي الصادق، واختاره

---

١) المختلف، الجزء الخامس ١٦٤، القواعد: المقصد التاسع من كتاب القضاء.

٢) سورة النور: ٥.

٣) النهاية: ٣٢٦.

٤) المبسوط ١٧٩/٨.

ابن ادريس .

قوله : وفي قبول شهادة الولد على ابيه خلاف اظهره المنع

قال المرتضى رحمه الله تقبل للاية ، أعني قوله « كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولوعلى أنفسكم أوالوالدين والاقربين»[1] ، وقال الشيخان وابنابابويه[2] وسلار والقاضي وابن حمزة وابن ادريس[2] بعدم القبول، واحتج عليه في الخلاف [2] باجماع الفرقة .

واختاره المصنف والعلامة [2] ، واجابا عن الاية بأن الامر بالاقامة لايستلزم قبول الحاكم بل فائدته تذكر الاب لو كان ناسياً .

وفيه نظر ، لان الامر بالاقامة مع عدم القبول يخرج الامرعن غايته التي شرع لاجلها ، لان المقصود من الامر بالاقامة انما هو قبول البينة والحكم بها .

واستدل العلامة في المختلف بقوله تعالى « وصاحبهما في الدنيا معروفاً »[3] وليس من المعروف الشهادة عليه والرد عليه واظهار كذبه، فيكون ارتكاب ذلك معصية ، ولانه نوع عقوق.

وفيه أيضاً نظر ، لانانمنع أن ذلك مناف للمعروف ، بل هو المعروف بعينه والالما جاز أمره بالطاعة ونهيه عن السصية مع اصراره وهو باطل اجماعاً، ونمنع أن ذلك عقوق اجماعاً ، خصوصاً مع تعين الاقامة على الولد حذراً من اذهاب

---

١) سورة النساء : ١٣٥ .

٢) المقنعة : ١١٣ ، النهاية ٣٣٠ . المقنع : ١٣٣ ، السرائر : ١٨٦ ، الخلاف ٣٤٢/٣ ، المختلف : الجزء الخامس : ١٦٨ .

٣) سورة لقمان : ١٥ .

وكـذا تقبل شهادة الزوج لزوجته · وشرط بعض الاصحاب انضمام غيره من اهل الشهادة . وكذا فى الزوجة . وربما صح فيها الاشتراط .

حق امرىء مسلم ، ولانه كما لايجوز موافقتهما على الشرك اجماعاً فكذا على غيره من المحرمات .

وهنا فروع على قول الشيخين :

الاول : لافرق في عدم القبول بين الولد الذكر والانثى .

الثانى : تقبل الشهادة على الام .

الثالث : هل حكم الجدللاب وان علاحكم الاب في المنع ؟ اشكال مبني على أنه هـل هوأب حقيقة أومجازاً ، فعلى الاول لاتقبل وامساواته الاب فـي وجوب التعظيم وحرمة العقوق ، وعلى الثاني تقبل . واختار السعيد[1] الثاني والشهيد الاول .

الرابع : لافرق في الشهادة بين المالية وغيرها من حد أوقصاص أوتعزير .

الخامس: لوشهد على الاب وأجنبى قبلت في حق الاجنبى لوجود المقتضي وانتفاء المانع، ويحتمل المنع لرد بعض الشهادة فلا تسمع في الباقي . والاقرب الاول ، وفي حكمه الشهادة على العدو والصديق .

قوله : وكـذا تقبل شهادة الزوج لزوجته ، وشرط بعض الاصحاب انضمام غيره من اهل الشهادة، وكذا فى الزوجة وربما صح فيها الاشتراط

الذي شرط الانضمام الشيخ فـي النهاية [2] وابن بابويه ، ولانعلم مستندهما

---

1) الايضاح ٤/٤٢٨ .

2) النهاية : ٣٣٠ .

الاما رواه الشيخ في التهذيب والكليني في كتابه عن الحلبى عن الصادق عليه السلام[1]. لكنها تدل على الانضمام في الزوجة خاصة لافي الزوج .

قال المصنف : ربماصح الاشتراط في المرأة لضعف عقلها فلايؤمن خدعها أما الزوج فاختصاصه بمزيد القوة في المزاج تمنعه من دواعي الرغبة . والحق أنه مع تحقق العدالة وحصانة العقل وعدم قبول الانخداع لايشترط الانضمام مطلقاً.

وتظهر الفائدة أنه تسمع شهادة الزوج لامرأته مع يمينها فيما يثبت بشاهد ويمين ، وعلى قول الشيخ لاتسمع. وكذا تسمع شهادة الزوجة لزوجها بالربع في الوصية وان لم يكن معها غيرها ، وعلى قول الشيخ لاتسمع .

قوله : والصحبة لاتمنع القبول كالضيف والاجير على الاشبه

هنا مسائل :

(الاولى) ان الصداقة لاتمنع من قبول الشهادة وان تأكدت الصحبة والملاطفة لان العدالة وحصانة العقل تمنع من التسامح ، ولان الشخص انما يظهر على أحواله ومعاملاته اصدقاؤه لاأعداؤه، فلاتكون الصداقة بمجردها مانعة من القبول.

(الثانية) تقبل شهادة الضيف لمن هوفي ضيافته اذا كان عدلا عفيفاً ولايقدح فيه ميله الى المضيف ، لان عدالته تمنعه من المساهلة .

(الثالثة) الاجير تقبل شهادته مع عدالته ، لعموم الادلة الدالة على قبول شهادة المسلم العدل غير المتهم بما يمنع الشهادة . وهومذهب ابن ادريس والمصنف والعلامة ، وقال الشيخ في النهاية والقاضي والتقي وابن حمزة وابنا

---

١) التهذيب ٦/٢٤٧ ، الكافى ٧/٣٩٢ والرواية هكذا : قال تجوز شهادة الرجل لامرأته والمراة لزوجها اذا كان معها غيرها .

بابويه لاتقبل شهادته ، معتمدين على رواية زرعة [1] ورواية العلابن سيابة عن الصادق عليه السلام قال : كان أمير المؤمنين عليه السلام لايجيزشهادة الاجير[2].

قال الشيخ في الاستبصار [3] : ينبغي تقييد ذلك بحال كونه أجيراً لمن هو أجيرله لامطلقاً ، فانه تقبل لغيره وله بعد مفارقته ، لرواية صفوان بن يحيى في الصحيح عن الكاظم عليه السلام قال : سألته عن رجل أشهد أجيره على شهادة ثم فارقه أتجوز شهادته له بعد أن يفارقه ؟ قال : نعم [4] .

وعن ابى بصير عن الصادق عليه السلام : لابأس بشهادة الضيف اذا كان عفيفاً ، وتكره شهادة الاجير لصاحبه ، ولابأس بشهادته لغيره ، ولابأس بشهادته له بعد مفارقته [4].

قال العلامة في المختلف[5] :الوجه عندي أن شهادته ان تضمنت تهمة أوجر نفع أودفع ضرر لم تقبل والاقبلت ، وعليه تحمل الروايات المطلقة المانعة من القبول ، كمالوشهد لصاحب الثوب به اذا استأجره لقصارته اوخياطته .

قلت : لا تكفي ذلك في التهمة الا أن يدعى بقاء الاجرة في ذمة صاحب ثوب والا فلا تهمة ، والاولى قبول شهادته كما تقدم لضعف رواية المنع لان في طريقها الحسن بن فضال ، ورواية القبول بعد المفارقة تدل على المنع قبلها من حيث المفهوم، وهو ضعيف كما تقررفي الاصول .

---

١) التهذيب ٦/٢٤٢ ، الاستبصار ٣/١٤ .

٢) الكافى ٧/٣٩٤ ، التهذيب ٦/٢٤٦ ، الاستبصار ٣/٢١ .

٣) الاستبصار ٣/٢١ .

٤) الاستبصار ٣/٢١ .

٥) المختلف ، الجزء الخامس ١٦٦ .

ولاتقبل شهادة السائل بكفه ، لما يتصف به من مهانة النفس، فلايؤمن خدعه .

وفى قبول شهادة المملوك روايتان ، أشهرهما : القبول . وفى

قوله : ولاتقبل شهادة السائل بكفه لما يتصف به من مهانة النفس فلا يؤمن خدعه

هذا قول الشيخ والقاضي ، واختاره العلامة في المختلف ، لمارواه محمد ابن مسلم في الموثق عن الباقر عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : شهادة السائل الذي يسأل في كفه لاتقبل . قال الباقر عليه السلام : لانه لايؤمن على الشهادة، وذلك لانه ان أعطي رضي وان منع سخط [1] .

وقال ابن ادريس : ان كان يتخذ ذلك صناعة وحرفة وبضاعة فلا تقبل لما تقدم ، فأما من أخرجته ضرورة في بعض الاحوال فلاترد شهادته ، لانه لادليل عليه. وحمل الرواية على الاول .

وقول ابن ادريس لابأس به . وليس حكم السائل من يتعرض لذكر الحاجة ويشكوسوء المعيشة فانه ليس من ذلك ، لماورد : من شكى حاجته الى مؤمن فكأنماشكاها الى الله، ومن شكاها الى كافرفكأنما شكا الله. قال الشهيد: وفي حكم السائل بكفه الطفيلي [2] .

قوله : وفى قبول شهادة المملوك روايتان اشهرهما القبول ، وفى

---

١) الكافى ٣٩٦/٧ التهذيب ، ٢٤٤/٦ .

٢) الطفيلى هوالذى يدخل الوليمةمن غيران يدعى اليهاقال ابن السكيت والازهرى هو نسبة الى طفيل من ولد عبدالله بن غطفان من اهل الكوفة، وكان يدخل وليمة العرس من غير أن يدعى اليها فنسب اليه كل من يفعل ذلك . ويقال : التطفل من كلام اهل العراق و كلام العرب لمن يدخل من غير أن يدعى فى الطعام «الوارش» وفى الشراب «الواغل » .

شهادتـه على المولى قولان ، أظهرهما : المنـع . ولو اعتق قبلت للمولى وعليه .

شهادته على المولى قولان أظهرهما المنع

أما رواية المنع فعن صفوان عن محمدبن مسلمعن أحدهما عليهما السلام[1] ورواها الحسن بن محبوب أيضاً عن محمد بن مسلم[1] . وأما رواية القبول فعن عبدالرحمن بن الحجاج في الحسن عن الصادق عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام : لابأس بشهادة المملوك اذاكان عدلا[2] .

وأما الاقوال هنا فهي على طرفين ووسط ، اما الطرفان فاثنان : الاول المنع مطلقاً وهو قول ابن ابى عقيل ، ومستنده الرواية الاولى . الثاني القبول مطلقا ، وهذا نقله المصنف عن بعض علمائنا وحجته الرواية الثانية. وأما الوسط فأقوال:

الاول : قول ابـن الجنيد ، وهو المنع من القبول على الحرمن المؤمنين مطلقاً . واحترز بالحر عن العبد ، فانه قبل شهادة العبد على مثله وبالمؤمنين عن الكفار فانه قبل شهادة العبيد على سائر أهل الملل غير المسلمين، ومستنده رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام: لاتجوز شهادة العبد المسلم على الحر المسلم[3].

الثاني : قول السيد المرتضى والمفيد والشيخ في النهاية وسلار والقاضي وابن زهرة وابن ادريس، وهو القبول على غير ساداتهم ولهم ولساداتهم لاعليهم .

الثالث : قول التقي لاتقبل للسيد ولاعليه وتقبل لغيره وعليه .

الرابع : قول ابنى بابويه لابأس بشهادة العبد اذاكان عدلا لغيرسيده . وهو

---

١) التهذيب ٦/٢٤٩ ، الاستبصار ٣/١٦ .

٢) الكافى ٦/٣٨٩ ، التهذيب ٦/٢٤٨ ، الاستبصار ٣/١٥ .

٣) التهذيب ٦/٢٤٩، الاستبصار٣/١٦ .

ولواشهد عبديه بحمل انه ولده، فورثهما غيرالحمل واعتقهما الوارث فشهدا للحمل قبلت شادتهما ورجع الارث الـى الولد ، ويكره له استرقاقهما .

ولوتحمل الشهادة الصبي أوالكافراوالعبد أوالخصم او الفاسق ثم زال المانع وشهدوا قبلت شهادتهم .

يعطي المنع مماعدا ذلك من حيث المفهوم لاغير .

الخامس : مانقله المصنف في الشرائع[1]، وهو عدم القبول الاعلى مولاه .

والفتوى على قول المرتضى ، لنا على القبول عموم الادلة الدالة على قبول شهادة كل عدل من الكتاب والسنة ، وأما على المنع على مولاه فلانه تكذيب للسيد وعقوق في حقه .

قوله : ولو اشهد عبديه بحمل انه ولده فورثهما غير الحمل واعتقهما الوارث فشهـدا للحمل قبلت شهادتهما ورجع الارث الى الولد ويكره له استرقاقهما

هذا الحكم ذكره الشيخ فـي النهاية [2] مستنداً فيه الى رواية الحلبى عـن الصادق عليه السلام[3]، الا أن الشيخ قال في النهاية انهما انذكرا أن مولاهما كان أعتقهما في حال ما أشهدهما لم يجز للمقرله أن يردهما في الرق وتقبل شهادتهما في ذلك لانهما أحييا حقه . وتبعه القاضي .

---

١) الشرائع ٢ / ٣٠٨ .

٢) النهاية : ٣٣١ .

٣) التهذيب ٦ / ٢٥٠ ، الاستبصار ٣ / ١٧ .

قال ابن ادريس : هذا غيـر واضح ولامستقيم ، لان هذه الشهادة الاخيرة تكون شهادة على سيدهما ، وقدبينا أنـه لاتجوز شهادة العبيد على ساداتهم . ويمكن أن يجاب : بأنهما شهدا حال حكم الشارع بحريتهما والعبودية عرضت بعد الشهادة . والتحقيق ان هنا أحكاماً ثلاثة :

الحكم الاول : شهادتهما للحمل بالحرية ، ويلزمه أنـه يكون هوالوارث وأنه سيدهما . وهذه شهادة للسيد ، وقد تقدم انها مقبولة له كما هو فتوى السيد والمفيد ، وتكون هذه الرواية دليلا لذلك .

الحكم الثاني : حكم الشيخ بأنهما ان ذكرا أن مـولاهما كان أعتقهما الى قوله « وتقبل شهادتهما » . وفيه نظر من وجهين :

أحدهما ـ أن ذلك دعوى منهما لاشهادة ، وحينئذ لايتوجه قول الشيخ أنه لم يجز للمقرله أن يردهما الى الرق وتقبل شهادتهما ، لان اخبار الانسان بحق لنفسه لايسمى شهادة ، بل اما اقرار ان كان لازماً له أودعوى ان كان لازماً لغيره ، وقولهما أن مولاهما أعتقهما من القسم الثاني ، فلا تكون شهادة فلا يلزم الحمل المشهودله بالحرية تصديقهما .

وثانيهما ـ انه على تقدير كون ذلك شهادة فهي شهادة على السيد فلاتكون مقبولة ، لما أفتى بـه الشيخ في النهاية من عـدم القبول على السيد . ولايقال : ان شهادتهما حـال الحكم بعتقهما فتكون مقبولة . لانا نقول : ان عتقهما قدبان بطلانه بروجهما عن ملك المعتق .

الحكم الثالث : انهما لما رجعا الـى ملك الحمل جازله استرقاقهما لكنـه مكروه ، لما قال الشيخ انهما أحييا حقه .

(السادس) طهارة المولد. فلاتقبل شهادة ولدالزنا، وقيل: تقبل في الشيء الدون، وبه رواية نادرة.

قوله: فلا تقبل شهادة ولد الزنا، وقيل تقبل في الشيء الدون، وبه رواية نادرة

اكثر الاصحاب كالسيد والمفيد وابن الجنيد والقاضي وابن ادريس والشيخ في الخلاف على عدم قبول شهادته، لتظافر الروايات بذلك، ولانها من المناصب الجليلة بعد مرتبة النبوة والامامة وولدالزنا ناقص فلايليق بها كالامامة، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: انه شر الثلاثة[1]. واذا كان شراً من الزاني والزاني لاتقبل شهادته فهو أولى بعدم القبول.

والاخير استدلال ابن الجنيد، وأما ابن ادريس فاحتج بأنه كافر ولاشيء من الكافر بمقبول الشهادة. والكبرى ظاهرة وأما الصغرى فلقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ولدالزنا لاينجب والمؤمن ينجب لقوله تعالى «قد أفلح المؤمنون»[2]. ونقل الشيخ في المبسوط[3] عن قوم قبول شهادته، قيل: وهو قوي لكن اخبار أصحابنا يدل على أنه لاتقبل [وقال في النهاية[4] وابن حمزة ان كان عدلا قبلت في الشيء الدون محتجاً] بالرواية المشار اليها، وهو ماروا ه عيسى بن عبدالله عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن شهادة ولدالزنا فقال: لايجوز الافي الشيء اليسير اذا رأيت منه صلاحاً[5].

---

١) البحار ٥/٢٨٥، سنن ابى داود ٤/٢٩.

٢) سورة المؤمنون: ١.

٣) المبسوط ٨/٢٢٨.

٤) النهاية: ٣٢٦. وما بين المعقوفتين ليس فى بعض النسخ.

٥) التهذيب ٦/٢٤٤.

ويلحق بهذا الباب مسائل :

(الاولى) التبرع بالاداء قبل الاستنطاق يمنع القبول لتطرق التهمة . وهل يمنع في حقوق الله فيه تردد .

أجاب المصنف بأنهانادرة لاكثرية الروايات على خلافها . وأجاب العلامة في المختلف[1] بأن قبولها في اليسير يعطي المنع من قبول الكثير من حيث المفهوم ، اذلايسير الا وهوكثير بالنسبة الى مادونه ، فاذاً لاتقبل شهادته الا في أقل الاشياء الذي ليس له نسبة الى مادونه اذ لادون له وذلك لايتملك .

والحق ماقاله الاولون [الاكثر. ن] وهو عدم القبول مطلقاً لالما قاله ابن ادريس بأنه كافر لضعف حجته في ذلك ، لانه يراد بعدم نجابته عدم كمالها ، ويكفي في عدم كمالها عدم صحة امامته وعدم قبول شهادته. نعم ويحكم باسلامه وعدالته في غير الشهادة مع ظهور أثرها ، اذ لاتزر وازرة وزراخرى[2] .

وحديث شرالثلاثة على تقديرصحته يراد شرالثلاثة فسقاً لخبث مادته أوانه اشارة الى واحد معين في زمانه صلى الله عليه وآله وسلم ،كما قيل انه اشارة الى ابى غرة الجمحى وقيل فيه انه ولدزنا واتفق انه كان يهجو النبى صلى الله عليه وآله ، فذكر عنده و ما قيل فيه انه ولدزناً فقال : ولد الزنا شرالثلاثة يعنى به اباغرة [3] .

قوله: وهل يمنع في حقوق الله ، فيه تردد

ينشأ من مساواتها لحقوق الادميين في التبرع الناشىء عن الحرص الموجب

---

١) المختلف ، الجزء الخامس ١٦٧ .

٢) سورة الانعام : ١٦٤ .

٣) المستدرك ، الباب ٢٥ الخبر ٥ من كتاب الشهادات .

(الثانية) الاصم . تقبل شهادته فيما لايفتقر الى السماع، وفى رواية يؤخذ بأول قوله . وكذا تقبل شهادة الاعمى فيما لايفتقر الى الرؤية .

للتهمة المانعة من القبول ، خصوصاً مع بناء حقوق الله على التخفيف . وهذا فتوى الشيخ في النهاية [1] .

ومن أن حقوق الله لايطالب بها ، فلو لم تسمع فيها شهادة المتبرع لزم سقوطها ، فتنتفي فائدة اللطفية فيها. وهوقول الشيخ في المبسوط . وعليه فتوى العلامة في القواعد .

وهنا فوائد :

(الاولى) لافرق في التبرع بين كونه قبل الدعوى أو بعدها في المنع او القبول .

(الثانية) لايصير المتبرع مجروحاً بمجرد تبرعه ، بل يرد فى ذلك المجلس لاغيره مما ينشأفيه الدعوى والالزم تعطيل حق المسلم .

(الثالثة) يقع الاشكال في الحكم المشتمل على الحقين ، سواءكان حق الله أغلب أولا . ووجه الاشكال : من اعمال كل دليل في مدلوله فيحكم بالقطع في السرقة دون الغرم ، ومن أنالشهادة الواحدة لايتبعض مقتضاها . فهي اما مقبولة أومردودة. أما الوقف فان كان عاماً فهو حقالله فلاترد شهادةالمتبرع فيه وان كان خاصاً فهو حقآدمي ترد فيه شهادة المتبرع .

قوله : وفى رواية يؤخذ بأول قوله

هذه رواية جميل عنالصادق عليه السلام قال سألته: عن شهادة الاصم في

---

١) النهاية : ٣٣٠ .

(الثالثة) لاتقبل شهادة النساء فـي الهلال ، والطلاق . وفي قبولها فى الرضاع تردد ، أشبهه: القبول . ولا تقبل في الحدود .

وتقبل مع الرجال فى الرجم على تفصيل يأتى . وفى الجراح والقتل بأن يشهد رجل وامرأتان ، ويجب بشهادتهن الدية لاالقود وفى الديون مع الرجال .

القتل . قال : يؤخذ بأول قوله ولايؤخذ بالثاني[1] . وعمل بها الشيخ في النهاية والقاضي وابن حمزة .

وقال ابن ادريس : لابأس بشهادة الاصم ، وروي أنه يؤخذ بأول قوله ، وهو يدل على استضعافه ذلك. والحق القبول مطلقاً، لعموم الادلة، والرواية في طريقها سهل بن زياد وقد تقدم ذكر ضعفه ، مع أن العمل بها موضع بحث ، وهو أن القول الثاني ان كان منافياً للاول فهو رجوع فترد ، وان كان غير مناف فاما أن يكون مدلوله مدلول الاول فهو اذاتأكيد غير مردود أولايكون فهو كلام مستقل لاتعلق له بالاول .

قوله: وفى قبولها فى الرضاع تردد اشبهه القبول

ينشأ من فتوى الشيخ في الخلاف[2] بالمنع من القبول مطلقاً، أي لامنفردات ولامنضمات ، ومن قول المفيد وسلار وابن حمزة بالقبول . وفي المبسوط القولان .

واختار المصنف والعلامة القبول ، لانه من الامور الخفية عن الرجال .

---

١) الكافى ٧/ ٤٠٠ ، التهذيب ٦/ ٢٥٥ .

٢) الخلاف ٣/ ٣٢٨ . قال فيه : ولاتقبل فى الرضاع اصلا .

وتؤيده رواية عبدالله بن بكير مرسلا عن الصادق عليه السلام ، لكنها دالة من حيث المفهوم .

اذا عرفت هذا فالظاهر أنه مع انفراد النساء لاتقبل الا الاربع كغيره من المواضع التي تسمع فيها شهادة النساء . ويظهر من كلام المفيد رحمه‌الله قبول اثنتين ، بل قال : واذا لم تتفق الاواحدة قبلت شهادتها فيه . والفتوى على الاول عملا بقاعدة الشرع المعلومة في باب الشهادات.

قوله : ولو انفردن كالمرأتين مع اليمين فالاشبه عدم القبول

يريد بذلك في الاموال والديون لعطفه على ذلك . واختلف الاصحاب هنا: فقال الشيخ في النهاية والاستبصار والخلاف والمبسوط بالقبول، وتبعه القاضي وابن حمزة، وقال ابن ادريس بعدم القبول لعدم الدلالة الشرعية ،واختاره المصنف هنا وجعله أشبه لاصالة عدم قبول شهادتهن لانهن ناقصات عقل وحظ ودين خرج من ذلك شهادتهن مع الرجال فيبقى الباقي على منعه .

قال الابى : وجه عدم القبول قوله تعالى « واشهدوا ذوي عدل منكم »[1] . وهو توجيه باطل ، لان الاية في الطلاق لا في غيره، ولوصح الاستدلال بها لما قبل رجل وامرأتان ولارجل ويمين في غير الطلاق .

هذا وفي الشرائع اختار القبول ، وهو مذهب العلامة في المختلف والقواعد مستدلا بأن شهادة امرأتين كشهادة رجل وقد ثبت الحق بشهادة الرجل مع اليمين فكذا مساويه : أما الاولى فلانه لوشهد رجل وامرأتان ثبت الحق كما لوشهد رجلان ، ولوقوع التعارض بين شهادة رجلين ورجل وامرأتين، ولولا التساوي

---

١) سورة الطلاق : ٢ .

وتقبلن منفردات فى العذرة وعيوب النساء الباطنة .

وتقبل شهادة القابلة في ربع ميراث المستهل ، وامرأة واحدة فى ربع الوصية. وكذا كل امرأة يثبت شهادتها في الربع حتى تكملن أربعاً فتقبل شهادتهن فى الوصية أجمع .

ولاترد شهادة أرباب الصنائع المكروهة، كالصياغة ولاالصنائع

لم يكن كذلك . وأما الثانية فلقضاء العقل بتساوي حكم المتساويين .

وفيه نظر ، لانا نمنع المساواة مطلقاً بل فـي حال الانضمام مع الرجال ، فان الشيء له حكم حال انفراده بخلاف حكمه حال انضمامه الى غيره. وأيضاً لو كانت المرأتان مساويتين للرجل مطلقاً لثبت بهمـا مـايثبت بالرجل مطلقاً ، لكنه ليس كذلك والالثبت بأربع ماثبت برجلين ، وهو باطل . فالاولى ما قاله المصنف هنا .

لايقال : روى ابن ابـى عمير عن حماد عـن الصادق عليه السلام عن أبيه الباقر عليه السلام : ان رسول الله صلى الله عليه آله وسلم أجاز ذلك[1] . وكذا روى سيف بن عميرة عن منصور بن حازم قال : حدثني الثقة عن ابى الحسن عليه السلام : اذا شهدت لطالب الحق امرأتان ويمينه فهو جائز[2] .

لانا نقول: انهما نادران لايعارض بهما الادلة المتكاثرة مع أن الثاني مقطوع الوسط .

قوله : ويقبلن منفردات فى العذرة وعيوب النساء الباطنة

---

١) التهذيب ٦/٢٦٣ ، الفقيه ٣/٣٢ .

٢) التهذيب ٦/٢٧٢ ، الاستبصار ٣/٣١ .

الدنيئة كالحياكة والحجامة ، ولوبلغت الدناءة كالزبال والوقاد ، ولاذوي العاهات كالاجذم والابرص .

(الثانى) فيمـــا يصيربه شاهداً . وضابطه : العلم ، ومستنده : المشاهدة أو السماع . فالمشاهدة للافعال : كالغصب ، والقتل ، والسرقة ، والرضاع ، والولادة، والزنا ، واللواط .

معنى قبولهن منفردات عدم الافتقارالى ضم الرجال لابمعنى أنه لاتقبل في ذلك الا النساء منفردات، كماظنه القاضي معللابأنه لايجوز للرجال النظرالى ما ذكر ، لان ذلك ليس بعلة بل الحق جوازشهادة الرجال في هذا القسم منفردين ومنضمين الى النساء كما نص عليه الشيخ في الخلاف والمبسوط، وعدم جواز النظر ليس علة تامة لجواز اطلاعهم عليه اتفاقاً أوعمداً مع التوبة قبل [وقت] الاقامة .

قوله : فيما به يصير شاهداً ، وضابطه العلم . ومستنـده المشاهدة او السماع

هنا فوائد :

(الاولى) انه لاشهادة الاعن علم بالمشهود به ، لوجوه :

الاول : قوله تعالى «الامن شهد بالحق وهم يعلمون »[1] لم يقتصر على قوله « الامن شهد بالحق » لجواز كونه شهد بالحق وهـو غير عالم به ، لان المراد بالحق هوالثابت في نفس الامر فجاز كونه ظاناً ويكون مطابقاً ، لكن الظن غير كاف دائماً لجواز عدم المطابقة فلذلك قال « وهم يعلمون » .

الثاني : لو لم يكن عالماً بما شهد به لكان قائلا على الله بما لايكون عالماً به، لكن ذلك حرام لقوله تعالى « قل انما حرم ربى الفواحش » الى قوله « وان

---

١) سورة الزخرف : ٨٦ .

أما السماع، فيثبت به النسب، والملك، والوقف، والزوجية.

ويصير الشاهد متحملا بالمشاهدة لما يكفى فيه المشاهدة والسماع لما يكفى فيه السماع وان لم يستدعه المشهود عليه. وكذا

تقولوا على الله مالا تعلمون »[1].

الثالث: قوله صلى الله عليه وآله وسلم: على مثلها فاشهد، وأشار الى الشمس[2].

(الثانية) يكفي حصول العلم بالمشهود به حال التحمل وان جوز حصول النقيض فيما بعد في كثير من الصور كالشاهد بدين مع تجويز قضائه والشاهد بملك مع تجويز انتقاله والشاهد بزوجية امرأة مع تجويز طلاقها بل يكفيه الاستصحاب.

(الثالثة) مستند العلم المشاهدة أو السماع، لان الحواس مبادىء اقتناص العلوم، فمن فقد حساً فقد علماً. ويراد بالمشاهدة هنا مايشمل الابصار واللمس والذوق والشم، فانه قد تقع المشاهدة بما يفتقر فيه الى شمه أوذوقه أولمسه، فيشترط وجود الحاسة المدركة لذلك الشاهد والا لم تصح شهادته، فلو شهد الاخشم[3] أنه غصب ماء ورد لم يصح.

قوله : اما السماع فيثبت به النسب والملك والوقف والزوجية

هنا فائدتان :

(الاولى) ان من طرق علم الشاهد الاستفاضة، واقتصر ابن الجنيد فيها على النسب خاصة دون غيره وأوجب فيما عداه الشهادة على الشهادة الى أن يتصل باقرار أورؤية أوغيرهما من الطرق.

واتفق الاكثر على ثبوت الملك المطلق بها والموت، وقال الشيخ في

---

١) سورة الاعراف : ٣٢ .

٢) المستدرك، الباب ١٥ الحديث ٢ من كتاب الشهادات.

٣) الخشم بالتحريك : داء يأخذ فى جوف الانف فتتغير رائحته. وهو اخشم وهو الذى لايجد ريح طيب ولانتن.

لو قيل له: لا تشهد فسمع من القائل ما يوجب حكماً . وكذا لو خبىء فنطق المشهود عليه .

الخلاف يثبت بها أيضاً الوقف والولاء والعتق والنكاح، واختاره المصنف والعلامة، واستدلوا : أما على الوقف فلانه على التأبيد وبقاء الشهود ببقائه مستبعد والشهادة الثالثة غير مسموعة فلو لم تسمع فيه الاستفاضة لبطل ، وأما العتق فلانه رفع ملك فهو من توابع الملك الثابت بها ، وأما النكاح فلانا نحكم بزوجية النبى صلى الله عليه وآله وسلم لزوجاته ولم نشاهدهن ولاطريق الى ذلك الا الاستفاضة .

قيل على هذا: ان العلم بالزوجية حصل بالتواتر، وهو أخص من الاستفاضة على مايأتي ، وكون الاخص سبباً لايقتضي كون الاعم كذلك .

أجاب المصنف : بأن التواتر لابد أن يستند الى محسوس ، ومن المعلوم أن المخبرين لم يخبروا عن مشاهدة العقد ولاعن اقرار النبى صلى الله عليه وآله وسلم ، بل نقل الطبقات يتصل الى الاستفاضة التي هي الطبقة الاولى .

قيل : فيه نظر، لانا نمنع عدم استناده الى محسوس، فان المخبرين الاولين أدركوا ذلك بالحس لانهم شاهدوه .

(الثانية) اختلف في معنى الاستفاضة ، فقيل هو اخبار جماعة يفيد قولهم الظن، وقيل اخبار بتآخم العلم ، وقيل أحد الامرين كاف ، وقيل اذا شهد عدلان صار السامع شاهد أصل .

وقال العلامة وهو الحق : لابد من اخبار جماعة يستحيل عادة تواطئهم على الكذب للنهي عن اتباع الظن، خرج من ذلك ماوقع الاتفاق عليه فيبقى الباقي على منعه ، ولما تقدم من اشتراط العلم في الشهادة .

قوله : وكذا لو خبىء[1] فنطق المشهود عليه

---

١) قال فى الرياض : بمعنى : جلس فى زاوية مستخفياً لتحمل الشهادة .

واذا دعى الشاهد للاقامة وجب الامع ضرر غير مستحق . ولا يحل الامتناع مع التمكن .

ولودعى للتحمل فقولان ، المروي: الوجوب . ووجوبه على الكفاية . ويتعين مع عدم من يقوم بالتحمل .

ولا يشهد الامع المعرفة أوشهادة عدلين بالمعرفة .

ويجوز أن تسفرالمرأة ليعرفها الشاهد .

ويشهد على الاخرس بالاشارة ، ولا يقيمها بالاقرار .

يريد أنه تسمع شهادةالمخبى وان كان حيلة على ثبوت الحكم على الخصم. نعم يستحب له اعلام المشهود عليه في الحال لئلايتهمه .

وقال ابن الجنيد ليس لمن شرط عليه أن لايشهد الشهادة ، وكذا من خدع ليقر فستر عنه الشاهد لم يكن للمستور أن يشهد عليه . والمشهور خلافه، لان كلا من السامع والمخبى عالم بمادعي اليه من اقامة الشهادة ، فيجب عليه لدخوله تحت عموم « ولايأب الشهداء اذا مادعوا »[1] .

قوله : ولو دعى للتحمل فقولان المروى الوجوب

هنا مسألتان :

(الاولى) لودعي انسان له أهلية الشهادة في حق آدمي ولاضرر يلحقه بذلك لتحمل الشهادة هل يجب عليه أم لا ؟ نص الشيخ في المبسوط على الوجوب وفي النهاية لايجوز الامتناع ، وكذا قال ابن الجنيد .

وقال المفيد وسلار لايحل الامتناع الامع ضرر يلحقه في التحمل أويلحق

---

١) سورة البقرة : ٢٨٢ .

أحداً من المسلمين ، وتابع القاضي وابن زهرة الشيخ .

وقال ابن ادريس: لايجب بل للانسان أن يمتنع من ذلك . واختار العلامة الاول لكنه على الكفاية لوجوه :

الاول : قوله تعالى « ولايأب الشهداء اذامادعوا »[1] والمراد حال التحمل، وسماهم شهداء تسمية للشيء بما هو مشارف له ومستعد، وذلك لانه ذكره بعد الامر بالاشهاد، ولذلك فسرها الصادق عليه السلام بحال التحمل كمارواه هشام ابن سالم[2]، وفسرحال الاداء بقوله «ومن يكتمها فانه آثم قلبه »، فيبطل قول ابن ادريس ان المراد بالاية حال الاداء والالزم المجاز .

الثاني ان ذلك ممايتم به نظام النوع، اذ المعاملة ضرورية في بقاء الاشخاص فيكون واجباً على الكفاية .

الثالث : انه من باب الحسبة ، لاشتماله على منع الحق به من الجحدان وعلى ايصال الحق الى مستحقه .

الرابع : تظافر الروايات كرواية هشام المذكورة ورواية ابى الصباح عن الصادق عليه السلام[4] .

ثم اعلم أنه قد يصيرهذا الواجب عينياً ،كما لوفقد غير المدعو خصوصاً في الطلاق لعدم صحته بدون الشهادة .

(الثانية) اذاشهدالشاهد هل يجب عليه الاقامة مع الدعاء أم لا؟ قال ابن الجنيد والشيخ والتقي لايجب مع الاستدعاء الامع خوف بطلان الحق.

---

١) سورة البقرة : ٢٨٢ .

٢) الفقيه ٣/ ٣٤ ، الكافى ٧/ ٣٨١ ، التهذيب ٦/ ٢٧٥ .

٣) سورة البقرة : ٢٨٣ .

٤) الكافى ٦/ ٢٧٩ ، التهذيب ٧/ ٢٧٥ .

مسائل :

(الاولى) قيل يكفى في الشهادة بالملك مشاهدته يتصرف فيه وبه رواية ، والاولى الشهادة بالتصرف لانـه دلالة الملك وليس بملك .

والحق الوجوب مطلقاً ، لقوله تعالى « ومن يكتمها فانـه آثم قلبه » وقوله « ولايأب الشهداء اذا مادعوا »[1] على التفسير الاخير. ولمايترتب من فوات حق المستحق فيجب .

ولو لم يكن الغريم عالماً بشهادتهما وجب اعلامه مع عدالتهما ، وكذا لو كان أحدهما عدلا لتمكنه من تحصيل حقه باليمين معه ، أما لو كانا فاسقين هل يجب اعلامه ؟ فيه تردد من انتفاء فائدة الاعلام لمكان الفسق ومن امكان حصول العدالة بالتوبة، وهو الاقرب .

قوله : قيل يكفى فى الشهادة بالملك مشاهـدته يتصرف فيـه ، وبه رواية، والاولى الشهادة بالتصرف لانه دلالة الملك وليس بملك

دلائل الملك أقسام : الاول اعلاها ، وهو حصول الاستفاضة واليد والتصرف بغير منازع في الصورتين ، وهو منتهى الامكان ، فللشاهد حينئذ القطع بالملك اجماعاً .

الثاني اليد والتصرف بالهدم وتغيير الشكل وايقاع عقود متكررة بغير منازع في الصورتين ، ولكن لا تسامع . وشرطنا التكرر فـي العقود لان غير التكرر لايفيد لجواز صدوره من مستأجر أووكيل .

وهذا القسم هل تجوز الشهادة فيه بالملك المطلق ؟ قال الشيخ في الخلاف

---

١) سورة البقرة: ٢٨٢ .

نعم محتجاً باجماع الفرقة ، وتبعه القاضي والتقي . واختاره المصنف والعلامة ، لان العادة قاضية بأن ذلك لايكون الا في ملك والعلم العادي من القطعيات. وقيل لايصلح الاستناد الى ذلك في الشهادة. وحكى الشيخ في المبسوط القولين ولم يجزم بشيء منهما .

الثالث : مجرديد من غير تصرف . وهذا يشهد له باليد خاصة قطعاً ، وهل يشهد له بالملك ؟ قال في المبسوط روى أصحابنا انه يجوز ذلك ، وهو دليل توقفه .

وتردد المصنف فيه في الشرائع[1] من حيث رواية سليمان بن داود المصري عن حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام قال : قال له رجل : ان رأيت شيئاً في يدي رجل أيجوز أن أشهد انه له ؟ فقال : نعم . قلت : فلعله لغيره . قال : ومن أين جاز لك أن تشتريه وتصيره ملكاً لك ثم تقول بعد الملك هو لي وتحلف عليه ولايجوز أن تنسبه الى من صار ملكه اليك قبله .ثم قال الصادق عليه السلام : لولم يجز هذا ماقامت للمسلمين سوق[2] .

ومن حيث أن اليد لودلت على الملك لكان قوله الدار التي في يده هذا لي بمنزلة قوله الدار التي هي ملكه لي، لكن اللازم باطل اجماعاً فكذا الملزوم .

والوجهان ضعيفان : امـا الاول فلان حفص بن غياث عامي ، وأما الثاني فلان مثله لازم في اليد مع التصرف وهو لايقول .

الرابع : مجرد التصرف ، وهو المشار اليه في الكتاب بقيل ، والقائل هو الشيخ في النهاية والخلاف وتردد في المبسوط وجعل ذلك رواية الاصحاب ،

---

١) الشرائع ٢ / ٣٠٩ .

٢) الفقيه ٣ / ٣١ ، الكافي ٧ / ٣٨٧ ، التهذيب ٦ / ٢٦١ . اسقط بعض الجملات من الرواية فارجع الى المصادر .

(الثانية) يجـوز الشهادة على ملك لايعرفه الشاهد اذا عرفه المتبايعان .

(الثالثة) لايجوز اقامة الشهادة الا مع الذكر ، ولورأى خطه. وفي رواية : ان شهد معه آخر جازاقامتها ، وفي الرواية تردد .

وكأنه اشارة الى الرواية المتقدمة عن حفص، وهي وان كانت خالية عن ذكر التصرف لان التصرف، يداً ومستلزم لليد والفرق بينهما في الحكم تكلف ، اذ ليس المراد باليد كونه في قبضته بين أنامله بـل استيلاؤه عليه ونفاذ قولـه فيه ، والتصرف بالمعنى المذكور كذلك فيكون يداً أيضاً أومستلزماً لها فما يدل على كون اليد دليلا على الملك يدل على كون التصرف كذلك . ففرق المصنف بينهما لا أرى له وجهاً ، ولذلك جزم في الشرائع بأنه تجوز الشهادة بالملك المطلق بمجرد التصرف بغير منازع .

قوله: لايجوز اقامة الشهادة الا مع الذكر ولو رأى خطه، وفي رواية ان شهد معه آخر جازاقامتها، وفي الرواية تردد

الرواية هي رواية عمر بن يزيد عـن الصادق علـيه السلام قال : قلت له : الرجل يشهدني على شهادة فأعرف خطي وخاتمي ولا أذكر من الباقي قليلا ولا كثيراً . فقال لي : اذا كان صاحبك ثقة ومعه رجل ثقة فاشهد له[1] . وعمل بها الشيخ في النهاية ، وهو اختيار المفيد وابن الجنيد وسلار .

وفيه نظر ، لان ذلك قـول على الله بغير علم فيكون حراماً كما تقدم، وهو قول التقي وابن حمزة ، وعليه الفتوى .

---

١) الفقيه ٤٣/٣ ، الكافي ٣٨٢/٧ ، التهذيب ٢٥٨/٦ ، الاستبصار ٢٢/٣ .

(الرابعة) من حضرحساباً ، وسمع شهادة ولـم يستشهد كان بالخيار فى الاقامة ما لم يحس بطلان الحق ان امتنع . وفي الرواية تردد .

ويكره أن يشهد لمخالف اذا خشى أنه لواستدعاه الى الحاكم يرد شهادته .

(الثالث) فى الشهادة على الشهادة :

وهي مقبولة فى الديون ، والاموال ، والحقوق ، ولا تقبل فى الحدود .

ولا يجزىء الااثنان على شاهد الاصل .

قـوله : من خضر حساباً او سمع شهادة ولم يستشهد كان بالخيار فى الاقامة مالم يخش بطلان الحق ان امتنع ، وفيه تردد

قد تقدم قول ابن الجنيد والشيخ والتقي انه لايجب الاقامة الامع الاستدعاء وان الفتوى على خلافه ، وتردد المصنف ينشأ من القولين .

قوله : لاتقبل فى الحدود

الحدود قسمان : أحدهما لله محضاً وذلك لاتقبل فيه الشهادة على الشهادة اجماعاً، وثانيهما مشترك كحدالقذف والسرقة . وفيهماخلاف ، قال اكثرعلمائنا بعدم القبول ، وقال الشيخ في المبسوط تقبـل . والفتوى على الاول ، لاطلاق النص على عدم القبول في الحدود .

قوله : ولا يجزى الا اثنان

وتقبل الشهادة على شهادة النساء في الموضع الذي تقبل فيه شهادتهن على تردد .

على واحد ، لان القصد اثبات شهادة الاصل وذلك لايتم بشهادة الواحد. نعم لايشترط في الاثنين المغائرة ، فتجوز شهادة اثنين على كل واحد من شاهدي الاصل ، وكذا تجوز شهادة أحد الاصلين مع آخر على شهادة الاصل الاخر .

قوله: وتقبل الشهادة على شهادة النساء في الموضع الذي تقبل فيه شهادتهن على تردد

في هذا الكلام حذف تدل عليه قرينة البحث، لان تقديره وتقبل شهادة النساء على الشهادة في الموضع الذى تقبل فيه شهادتهن والا لكان المراد قبول شهادتهن في محلها ، وذلك لاتردد فيه .

وكذا لا تردد في قبول شهادة الرجال على شهادة النساء فيما تقبل فيه شهادة النساء ، وانما التردد والخلاف في كون النساء فرعاً في موضع تقبل فيه شهادتهن أصلا ، سواء كان الاصل رجالا أونساء ، وسواء كان الموضع يقبلن فيه منفردات كعيوب النساء الباطنة ومـا يتعذر اطلاع الرجال عليه كالوصية بالمال أو يقبلن منضمات كالاموال والديون .

فقال الشيخ في الخلاف وابن الجنيد بالقبول فيهما ، لاصالة الجواز ولان قبول شهادتهن فيه أصلا يستلزم أولوية القبول فرعاً، لاستنادها الى الاصل ولقول علي عليه السلام : شهادة النساء لاتجوز في طلاق ولا في نكاح ولا في الحدود الا في الـديون وما لا يستطيع الرجال النظر اليه[1]. فانه يتناول الشهادة أصالة وفرعية .

---

١) التهذيب ٦/٢٨٤، الاستبصار ٣/٣٠ .

وأجلى الالفاظ أن يقول : أشهد على شهادتي أنني أشهد على كذا .

ولا تقبل شهادة الفرع الامع تعذر حضور شاهد الاصل لمرض أوغيبة أوموت .

وقال ابن ادريس ـ واختاره المصنف والعلامة ـ بعدم القبول مطلقاً ، لان ذلك حكم شرعي فيقف على الدلالة وليس . ولانه رخصة فيقتصر بها على محلها ، ولان الضرورة المسوغة بشهادتهن أصلا وهي تعذر الاطلاع وحضور الوفاة وعدم الرجال مفقودة هنا ، والاصل يعدل عنه للدليل . ونمنع أولوية القبول فرعاً لما قلنا من عدم الضرورة. ولفظ الشهادة في قول علي عليه السلام يراد بها الاصلية ، لانها حقيقة فيها . فظهر مما قلنا أنه لا تقبل شهادة النساء فرعاً مطلقاً .

قوله : واجلى الالفاظ ان يقول « اشهد على شهادتى اننى اشهد »

ذكر الفقهاء لما به يصير الفرع شاهداً عبارات مترتبة :

(الاولى) أعلاها واكملها واجلاها باجماع الكل ، وهو ان يقول شاهد الاصل أشهد على شهادتي أو أشهدتك على شهادتي اني أشهد لفلان بكذا على فلان . وتسمى هذه الاسترعاء، أي طلب رعاية الشهادة وحفظها . فيقول الفرع في هذه : أشهدني على شهادته أنه يشهد بكذا .

(الثانية) أخفض من الاولى : وهو أن يسمعه يشهد عند شاهد شرعي ينفذ حكمه على الخصمين: أشهد لفلان ابن فلان بكذا على فلان ابن فلان . وهذه اتفق الكل على قبولها الا ابن الجنيد، والاجماع سبقه وتأخر عنه فيقول الفرع: أشهد أن فلاناً شهد عند الحاكم بكذا .

ولوشهد الفرع فأنكرشاهد الاصل، فالمروي: العمل بأعدلهما فان تساويا اطرح الفرع ، وفيه اشكال ، لان قبول شهادة الفرع مشروط بعدم شاهد الاصل .

ولا تقبل شهادة على شهادة على شهادة في شيء .

(الرابع) فى اللواحق ، وفيه مسائل :

(الاولى) اذا رجع الشاهدان قبل القضاء لم يحكم ، ولورجعا بعد القضاء لم ينقض الحكم وضمن الشهود .

(الثالثة) أن يسمعه في غير مجلس الحكم ، يقول : أشهد لفلان على فلان بكذا . ويذكر السبب كقوله : من ثمن ثوب أو دار أو ميراث أو غير ذلك . وهذه تردد فيها المصنف في الشرائع من قول الشيخ في المبسوط وابن الجنيد بجوازها لكونها بصورة جزم ، ومن التسامح بذلك في غير مجالس الحكام .

والاجود أنه ان حصلت قرينة دالة على الجزم وعدم التسامح قبلت ، وان حصلت قرينة تدل على خلافه كمزاح أو خصومة لم تقبل ، أما لو لم يذكر السبب فلا يجوز ، لاعتياد التسامح بمثل ذلك . قال العلامة في ارشاده : وفي حكم السبب أن يقول : عندي شهادة مجزومة أو شهادة لاشك فيها ، لان ذلك يمنع التسامح وهو قريب .

قوله: ولوشهد الفرع فأنكرشاهد الاصل فالمروى العمل بأعدلهما فان تساويا اطرح الفرع ، وفيه اشكال لان قبول شهادة الفرع مشروط بعدم شاهد الاصل

الرواية اشارة الى ما رواه عبدالله بن سنان في الصحيح عن الصادق عليه

السلام[1]، وعمل بها الشيخ في النهاية وابنا بابويه والقاضي. وقال في المبسوط ان كان الانكار بعد حكم الحاكم بالفرع لتعذر حضور الاصل لم يقدح انكار الاصل، لان حكمه قد نفذ قبل حضوره ، وان كان قبل الحكم لم يحكم بشهادة الفرع ، لانه انما يحكم به مع تعذر الاصل . ومن هنا أخذ المصنف الاشكال.

وقال ابن الجنيد : ان شهد عليه شاهدان لم يلتفت الى جحوده ، وان شهد واحد لم يقبل الفرع .

وقال ابن حمزة : ان لم يحكم الحاكم سمع من الاصل ولم يلتفت الى الفرع ، وان حكم ثم بعد ذلك كذبه الاصل حكم بالاعدل ، فان تساويا نقض الحكم .

وقال ابن ادريس تبطل شهادة الفرع ، وقال العلامة في المختلف : ان كان التكذيب بعد الحكم نفذ ولم يلتفت الى التكذيب ولا غرم هنا ، وان كان قبل الحكم بطلت شهادة الفرع . وحمل قول الشيخ في النهاية على قول الاصل لا أعلم اما لو جزم بكذب شاهد الفرع فانه لاتسمع شهادته . وأجاب عن الرواية بالحمل على ما اذا أنكر بعد الحكم ، فانه لايقدح في الحكم حينئذ بشهادة أعدلهما اعتباراً بقوة الظن، أما قبل الحكم فان شهادة الفرع تبطل قطعاً، لان الاصل اما أن يكون كاذباً أو صادقاً، فان كان الاول كان فاسقاً وعدالته شرط في الحكم بشهادة الفرع ، وان كان الثاني كان الفرع كاذباً فلا يحكم بشهادته. وهذا كلام حسن .

قوله : وفي النهاية ان كانت العين قائمة ارتجعت ولم يغرما وان

---

١) الفقيه ٣ / ٤١ ، التهذيب ٦ / ٢٥٦ .

كانت تالفة ضمن الشهود .

(الثانية) اذا ثبت انهمـا شاهدا زور نقض الحكم واستعيدت العين مع بقائها ، ومع تلفها أو تعذرها يضمن الشهود .

كانت تالفة ضمن الشهود

هذا أيضاً قول القاضي وابن حمزة، واحتجوا عليه بأن الحق ثبت بشهادتهما فاذا رجعا سقط كما لو كان قصاصاً . والحق ما قاله الشيـخ في المبسوط وابن ادريس واختاره المصنف والعلامة ، وهو ضمان الشهود لوجوه :

الاول : ان الحكم أصل من الاصول ، فاذا تحقق فلا يبطله امكـان كذبهم في الرجوع .

الثاني : ان شهادتهم اثبات حق تجري مجرى الاقرار ورجوعهم نفي ذلك الحق فهو جار مجرى الانكار ، ولما لم يبطل الحكم بالاقرار لحدوث الانكار فكذا هنا لم يبطل الحكم بالشهادة بحدوث الرجوع .

الثالث : ان الـرجوع ليس بشهادة فيها ولهذا لايفتقر الى لفظ الشهادة ، فلا يسقط حق المشهود له بما ليس بشهادة ولا اقرار منه ببطلان حقه .

الرابع : ان الشهادة أثبتت الحق فلا تزول بطريان الرجوع كما لو فسق الشاهد أو مات .

والجواب عن قـول الشيـخ : بالفرق بين القصاص وغيره ، فان القصاص يسقط بالشبهة كما يسقط حـد الله بالرجوع قبل الاستيفاء وحد الادمي كالقذف والسرقة لمكان الشبهة ، بخلاف الحق المالي فانه لا تسقطه الشبهة .

قوله: اذا ثبت انهما شاهدا زور نقض الحكم واستعيدت العين مع بقائها ومع تلفها اوتعذرها يضمن الشهود

(الثالثة) لو كان المشهود به قتلا، أو رجماً، أو قطعاً، فاستوفى، ثم رجع الشهود، فان قالوا: تعمدنا اقتص منهم او من بعضهم، ويرد البعض ما وجب عليهم، ويتم الولى ان بقي عليه شيء.

ولو قالوا أخطأنا لزمتهم الدية، ولو قال بعضهم: أخطأنا لزمه نصيبه من الدية، ولم يمض اقراره على غيره. ولو قال: تعمدت رد عليه الولى ما يفضل، ويقتص منه ان شاء.

وفي «النهاية» يرد الباقون من شهود الزنا ثلاثة أرباع الدية ويقتل، والرواية صحيحة السند، غير أن فيها تسلطاً على الاموال المعصومة بقول واحد.

الثبوت المذكور لايكون باقرارهما، لانه رجوع فله أحكام الرجوع، ولا شهادة غيرهما لانه تعارض فيراعى فيه أحكام التعارض، فلم يبق ثبوت ذلك الا بقاطع كعلم الحاكم واخبار معصوم.

قوله: وفي النهاية يرد الباقون من شهود الزنا ثلاثة ارباع الدية ويقتل، والرواية صحيحة السند غير أن فيها تسلطاً على الاموال المعصومة بقول واحد

يريد أنه اذا ثبت الزنا على محصن فرجم ثم رجع أحد الاربعة الذين ثبت بهم وقال تعمدت فانه يقتل.

قال الشيخ في النهاية[1] والقاضي يرد الثلاثة الباقون على ورثته ثلاثة أرباع

---

١) النهاية: ٧٣٣.

(الرابعة) لوشهدا بطلاق امرأة فزوجت، ثم رجعا ضمنا المهر وردت الى الاول بعد الاعتداد من الثاني. وتحمل هذه الرواية على أنها نكحت بسماع الشهادة لا مع حكم الحاكم، ولوحكم لم يقبل الرجوع.

الدية، اعتماداً على رواية ابراهيم بن نعيم الازدي قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن أربعة شهدوا على رجل بالزنا فلما قتل رجع أحدهم عن شهادته. فقال: يقتل الراجع ويؤدي الثلاثة الى أهله ثلاثة أرباع الدية[1].

وقال ابن ادريس: لايردون شيئاً. وهو الصحيح، لان اقرار ذلك الواحد جائز على نفسه لاعلى غيره، فقوله تعمدت لايستلزم تعمد غيره. ولوقال تعمدت انا وباقي الشهود لم يلتفت اليه أيضاً لما قلنا من اختصاص اقراره بنفسه والحكم لاينقض بل يقتل ذلك الواحد ولا يرد.

قال العلامة: ويحمل قول الشيخ على انهم رجعوا بأجمعهم فقال الواحد تعمدت وقال الباقون أخطأنا، فهنا الغرم على الشهود دون أوليائهم.

قوله: ولو شهدا بطلاق امرأة فتزوجت ثم رجعا ضمنا المهر وردت الى الاول بعد الاعتداد من الثانى، وتحمل هذه الرواية على انهانكحت بسماع الشهادة لامع حكم الحاكم، ولوحكم لم يقبل الرجوع

روى علي بن ابراهيم عن أبيه عن ابن ابى عمير عن ابن عبدالحميد عن الصادق عليه السلام في شاهدين شهدا على امرأة بأن زوجها طلقها فتزوجت ثم جاء زوجها فأنكر الطلاق. قال: يضربان الحد ويضمنان الصداق للزوج ثم تعتد وترجع الى زوجها الاول[2].

---

١) التهذيب ٦/ ٢٦٠، الكافى ٧/ ٣٨٤. فى الاخير: «يقتل الرابع ويؤدى الثالثة».
٢) الكافى ٧/ ٣٨٤، التهذيب ٦/ ٢٦٠.

(الخامسة) لوشهد اثنان على رجل بسرقة فقطع ثم قالا: أوهمنا والسارق غيره ، أغرما دية يد الاول، ولم يقبلا في الاخير لما يتضمن من عدم الضبط .

(السادسة) تجب شهرة شاهد الزور ، وتعزيره بما يراه الامام حسماً للجرأة .

وفي هذه الرواية اشكال من وجوه : الاول : كون انكار الزوج مبطلا للشهادة ، الثاني كون الانكار موجباً لضربهما الحد ، الثالث لزوم العدة مع عدم ذكر الدخول .

والجمع لاوجه له ، فحمل الشيخ الانكار على رجوع الشهود والاعتداد على حصول الدخول والحد على التعزير ، فلذلك أفتى في النهاية بما حكاه المصنف .

والحمل الاول لاوجه له . نعم الثاني من باب دلالة الاقتضاء ، والثالث لا بأس به لانه كثيراً ما يطلق الحد على التعزير مجازاً .

وأما ضمانهما للثاني المهر على ماذكر الشيخ فظاهر . لكن في الرواية اشكال آخر ، وهو أنه مع حكم الحاكم بشهادتهما لاوجه لفسخ النكاح ، لما تقدم من أن حكمه لاينقض . فاعتذر المصنف عن هذا بأنا لانسلم حصول حكم الحاكم حتى يلزم بطلانه ، بل انها تزوجت بمجرد سماع البينة من غير حكم.

اذا عرفت هذا فالذي يقتضيه فقه المسألة أنه مع رجوعهما عن شهادتهما بعد حكم الحاكم بها أنه لايفسخ نكاح الثاني ولا ترد الى الاول .

وهل يغرمان ؟ قال في النهاية ان كان قبل الدخول ضمنا له النصف وبعد الدخول لا يضمنان شيئاً، لاصالة البراءة ، ولاستقرار المهر في ذمته بالوطئة

الواحدة ، ولعدم دخول البضع فـي ملكه . ونقل فى المبسوط عن قوم ضمان المهر مع الدخول وعن آخرين عدم الضمان ، قال : وهو الاقوى عندي .

واختار العلامة في المختلف ضمان الكل ثم قال: وقول الشيخ في الخلاف قوي أيضاً ، فنحن في هذه المسألة من المتوقفين .

وان كان رجوعهما قبل الحكم أو لم يكن ثم حكم فـي البين بل تزوجت بمجرد السماع ثم رجعا فانها ترد الى الاول وينفسخ نكاح الثاني ولا يغرمان له شيئاً ، لعدم غرامته ان كان قبل دخوله ، وان كان بعد دخوله ضمنا له ما غرمه من مهر المثل لانهما غراه بشهادتهما فكانا سبباً لغرامته .

كتاب الحدود والتعزيرات

وفيه فصول :

الفصل الاول

(فى حد الزنا)

قوله : كتاب الحدود

الحدود جمع حد، وهولغة المنع ، ومنه قيل للبواب حداد، قال الاعشى:

فقمنا ولما يصح ديكنـا الى جونة عند حدادها[1]

وشرعاً عقـوبة تتعلق بايلام البـدن عين الشارع كميتها . ووجه مناسبة التسمية أن العقوبة مانعة من المعاودة .

واذا لم تقدر العقوبة يسمى تعزيراً، وهو التأديب لغة. وقد يطلق على التعظيم والتوقير ، فهو من الاضداد .

قوله : الفصل الاول فى حد الزنا

---

١) قاله فى وصف الخمر والخمار ، وسمى الخمار حداداً وذلك لمنعه اياها وحفظه لها وامساكه لها حتى يبذل له ثمنها الذى يرضيه . والجونة : الخابية مطلية بالقار .

والنظر فى الموجب ، والحد ، واللواحق :

أما الموجب : فهوايلاج الانسان فرجه فى فرج امرأة من غير عقد ولا ملك ولاشبهة .

ويتحقق بغيبوبة الحشفة قبلا أودبراً .

ويشترط فى ثبوت الحد : البلوغ ، والعقل ، والعلم بالتحريم والاختيار .

فلوتزوج محرمة كالام أوالمحصنة ، سقط الحد مع الجهالة بالتحريم، ويثبت مع العلم. ولايكون العقدبمجرده شبهة فى السقوط.

الزنا مما أجمع على تحريمه أهل الملل ، وهو من الخمسة التي يجب تقريرها في كل شريعة لحفظ النسب كما تقرر في صدر الكتاب[1].

قوله : ولايكون العقد بمجرده شبهة فى السقوط

يشيرالى مذهب ابى حنيفه، فانالحد يسقط عنده بمجرد العقد علىالمحرمة ولوكان عالماً بالتحريم، مستدلا بقوله صلى الله عليه وآله وسلم : ادرأوا الحدود بالشبهات[2]. ويفسر ابوحنيفة الشبهة بأمرين: الاول ماحصل معه اشتباه التحريم، الثاني السبب الذى يبيح النكاح لولا المانع أوعدم الشرط ، فانه مع عدم المانع ووجود الشرط يبيح ومع المانع أو عدم الشرط شبهة كالعقد على المحرمات أو الاستيجار للاجنبية .

---

١) الخمسة التى يجب تقريرها فى كل شريعة هى : الدين، والنفس، والمال، والنسب والعقل. ويقال لها: المقاصد الخمسة. ان شئت التفصيل انظر كتاب «نضدالقواعد» للمؤلف ص ٧ المطبوع بتحقيقنا فى سنة ١٤٠٣ .

٢) الفقيه ٤/٥٢ ، وتمام الخبر : ولاشفاعة ولاكفالة ولايمين فى حد .

ولوتشبهت الاجنبية بالزوجة فعليها الحد دون واطئها .
وفى رواية : يقام عليها الحد جهراً وعليه سراً وهى متروكة .

وأما عندنا فالشبهة الدارئة للحد هي الاول لا غير، وقد تطلق الشبهة على ما يلحق معه النسب كشبهة النكاح او مسيس الملك .

قوله : فلو تشبهت الاجنبية بالزوجة فعليها الحد دون واطئها ، وفى رواية يقام عليها الحد جهراً وعليه سراً ، وهى متروكة

أما اختصاصها بالحد فلصدق الزنا عليها خاصة فتختص بالموجب ، وأما الرواية فعن هشام بن بشير عن ابى بشير عن ابى نوح : ان امرأة تشبهت بأمة لرجل وذلك ليلافواقعها وهويرىأنها جاريته، فرفع الىعمرفأرسل الىعليعليه السلام فقال : اضرب الرجل حداً في السر واضرب المرأة حداً في العلانية[1].

وعمل بها الشيخ في النهاية ، وقال في الخلاف[2] بالاول ، واختاره ابن ادريس[3] . وهو الحق ، لاشتراط التكليف بالعلم .

ونقل عن المصنف أن أميرالمؤمنين عليهالسلام انما امربحده سراً حسماً[4] به لمادة دعوى الشبهة . وليس ذلك بالقوي، فالحكم بتركها أولى لمخالفتها الاصول المقررة .

---

١) الكافى ٢٦٢/٧ ، التهذيب ٤٧/١٠ . وفى سند الكافى « الهيثم » مكان «هشام».

٢) الخلاف ١٨٠/٣ .

٣) السرائر : ٤٤٦ .

٤) قال فى الرياض : اراد على عليه السلام ايهام الحاضرين الامر باقامة الحد على الرجل سراً ولم يقم عليه الحد استصلاحاً وحسماً للمادة لئلايتخذ الجاهل الشبهة عذراًكما حكى عن بعض فقهائنا فى نكت النهاية .

ولووطىء المجنون عاقلة ، ففي وجوب الحد تردد ، أوجبه الشيخان ولا حد على المجنونة .

اذا عرفت هذا فان الشبهة قدتحصل لهما وقد تحصل للمرأة خاصة وللرجل خاصة ، فأقسامها ثلاثة .

قوله : ولووطىء المجنون عاقلة ففي وجوب الحد تردد ، واوجبه الشيخان ، ولاحد على المجنونة

منشأ التردد من انتفاء التكليف عنه وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : رفع القلم عن ثلاثة[1]. وهو فتوى سلار وابن ادريس[2] والمصنف والعلامة[3]، ومن رواية ابان بن تغلب عن الصادق عليه السلام ، ولان الرجل يأتي وانما يأتي اذا عقل[4] . وهو فتوى الشيخين[5] .

وفيه نظر ، لان ميله طبيعي لا ارادي ، والميل الطبيعي يتحقق مع انتفاء التكليف كالبهيمة ، والرواية محمولة على من يفيق تارة ويجن أخرى ، فيكون قد زنا وقت تعقله ، والتعليل يدل عليه ، وهو قوله عليه السلام : وانما يأتي اذا عقل .

اذا عرفت هذا فاعلم أنه لاحد على المجنونة اجماعاً ، أما المجنون فقد عرفت الخلاف فيه. ثم اختلف القائلون بحده في كيفية حده ، فقال التقي حده

---

١) الخصال ٢/١٨٤ ، البحار ٥/٣٠٣ .

٢) السرائر : ٤٤٥ .

٣) القواعد ، الفصل الاول من المقصد الاول من كتاب الحدود .

٤) الكافي ٧/١٩٢ ، التهذيب ١٠/١٩ وبينهما اختلاف في لفظ « يأتي » كما في الثاني وفي الاول « يزني » .

٥) المقنعة : ١٢٤ ، النهاية : ٧٠٥ .

ويسقط الحد بادعاء الزوجية ، وبدعوى ما يصلح شبهة بالنظر الى المدعى .

ولا يثبت الاحصان الذى يجب معه الرجم حتى يكون الزانى بالغاً حداً له فرج مملوك بالعقد الدائم أو الملك ، يغدو عليه ويروح. ويستوى فيه المسلمة والذمية .

واحصان المرأة كاحصان الرجل لكن يراعى فيها العقل اجماعاً.

ولا تخرج المطلقة رجعية عن الاحصان، وتخرج البائن وكذا المطلق .

ولو تزوج معتدة عالماً حد مع الدخول ، وكذا المرأة .

ولو ادعيا الجهالة أو أحدهما قبل على الاصح اذا كان ممكناً

الجلد محصناً كان أو غير محصن، وقال المفيد والقاضى يجلد ان لم يكن محصناً ويرجم ان كان محصناً .

ويظهر من كلام الشيخ في الخلاف أنه لايتحقق احصان في حق المجنون، وهو قول ابن الجنيد ، فان كان حد فهو الرجم لاغير.

قوله : يغدو عليه ويروح

يريد بذلك أنه متمكن منه أي وقت أراده لأنه يختص بوقت الغداة والرواح اللذان هما أول النهار وآخره ، بل ان لا يكون بعيداً عنه ولا محبوساً عنه . وفي رواية مهجورة أن يكون بينهما دون مسافة القصر ، والتحقيق ماذكرناه .

قوله : ولو ادعيا الجهالة او احدهما قبل على الاصح

في حقه .

ولو راجع المخالع لم يتوجه عليه الرجم حتى يطأ، وكذا العبد لو أعتق ، والمكاتب اذا تحرر .

ويجب الحد على الاعمى، فان ادعى الشبهة فقولان، أشبههما : القبول مع الاحتمال .

وفي التقبيل والمضاجعة والمعانقة : التعزير .

هذا قول الشيخ في النهاية، لان كثيراً من العوام ممن لم يعاشر العلماء ولم يسمع منهم قد يخفى عنه تحريم زواج المرأة في عدتها . وقال ابن ادريس: لا يقبل الا ممن كان قريب عهد بالاسلام ، وليس بشيء .

قوله: فان ادعى الشبهة فقولان اشبههما القبول مع احتمال

هذا قول ابـن ادريس ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : ادرأوا الحدود بالشبهات[1] . والفرض احتمال ذلك في حقه .

وقال الشيخان بعدم القبول ، لوجوب الاحتراز عليه لمكان فقده الحاسة ، فلو بالغ لم يقع في الحرام . ويظهر لي أنه ان كان على ظاهر العدالة قبل الفعل قبل منه والا لم يقبل .

قوله : وفي التقبيل والمضاجعة والمعانقة التعزير

هذا هو المشهور وعليه الفتوى ، لانه لم يقرر الشارع فيه حداً . نعم روى الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلام أنه قال : حد الجلد أن يوجدا في

---

١) الفقيه ٤/٥٣ .

ويثبت الزنا بالاقرار أوالبينة .

ولابد من بلوغ المقر ، وكماله ، واختياره ، وحريته ، وتكرار الاقرار أربعاً .

وهل يشترط اختلاف مجالس الاقرار؟ أشبهه : أنه لا يشترط.

لحاف واحد[1]. ومثله عن عبدالرحمن الحذاء عنه عليه السلام: اذا وجد الرجل والمرأة في لحاف واحد جلدا مائة[2] . وهما غير صريحين في المقصود ، فاذاً الاول أصح .

قوله: وهل يشترط اختلاف مجالس الاقرارالاشبه لا

وجه الاشبهية أصالة عدم الاشتراط وعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم: اقرار العقلاء على أنفسهم جائز[3]. وعموم رواية جميل عن الصادق عليه السلام: لايرجم حتى يقر أربع مرات[4] .

ويحتمل اشتراطه لقضية ماعز، فان اقراره وقع في أربع مجالس ، ولانه قائم مقام البينة والبينة يشترط فيها التعدد أربعاً .

وفيه نظر ، لان حكاية الحال لاتعم كما تقرر في الاصول ، والفرق حاصل بينه وبين البينة فلا يتم الحمل ، فان البينة انما اشترط فيها التعدد طلباً للستر ، ولانه لو اشترط تعدد المجلس لتعدد البينة لوجب في غير ذلك من الاقرارات أن يكون في مجلسين لان البينة أقلها اثنان .

---

١) الكافى ٧/١٨١ ، التهذيب ١٠/١٥١ ، الاستبصار ٤/٢١٤ .

٢) الكافى ٧/١٨١ ، التهذيب ١٠/٤٣ ، الاستبصار ٤/٢١٥ .

٣) الوسائل ١٦/١٣٣ ، عوالى اللالى ١/٢٢٣ .

٤) التهذيب ١٠/٨ ، الاستبصار ٤/٢٠٤ .

ولو أقر بحد ولم يبينه ضرب حتى ينهى عن نفسه .

ولو أقر بما يوجب الرجم ثم أنكر سقط عنه ، ولا يسقط غيره.

ولو أقر ثم تاب كان الامام مجزي في الاقامة ، رجماً كان أو غيره .

ولا يكفى فى البينة أقل من أربعة رجال ، أو ثلاثة وامرأتين .

ولو شهد رجلان وأربع نساء يثبت بهم الجلد لا الرجم .

ولا تقبل شهادة ست نساء ورجل، ولا شهادة النساء منفردات.

ولو شهد ما دون الاربع لم يثبت ، وحدوا للفرية .

ولا بد فى الشهادة من ذكر المشاهدة ، كالميل فى المكحلة .

ولا بد من توارد هم على الفعل الواحد فى الزمان الواحد والمكان الواحد .

ولو أقام الشهادة بعض حدوا ولم يرتقب اتمام البينة .

قوله : ولو اقر بحد ولم يبينه ضرب حد حتى ينهى عن نفسه

هذا قول الشيخ في النهاية[1]، ومستنده رواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام : ان علياً عليه السلام أمر بذلك[2]. وقال ابن ادريس لا يضرب أزيد من مائة ولو لم ينه ولا أقل من ثمانين وان نهى .

قال المصنف في الشرائع: ربما كان صواباً في طرف الكثرة ولكن ليس

---

١) النهاية : ٧٠٢ .

٢) الكافى ٢١٩/٧ ، التهذيب ٤٥/١٠ .

وتقبل شهادة الاربعة على الاثنين فمازاد .

ولا يسقط الحد بالتوبة بعد قيام البينة ، ويسقط لو كانت قبلها رجماً كان أوغيره .

النظر الثانى فى الحد :

يجب القتل على الزانى بالمحرمة ، كالام والبنت ، وألحق « الشيخ » كذلك امرأة الاب .

صواباً في طرف النقصان ، لجواز أن يريد بالحد التعزير .

وفيه نظر : أما أولا فلان الحد قد يزيد على المائة كما في زنا في مكان شريف او زمان شريف ، وأما ثانياً فلان لفظ الحد حقيقة في العقوبة المقدرة وذلك ينفي كونه تعزيراً. نعم يرد على ابن ادريس أن هنا حداً ينقص عن ثمانين كما في القواد فان حده خمسة وسبعون .

قوله : والحق الشيخ امرأة الاب

لاخلاف في وجوب القتل على الزاني بالمحرمات النسبية كالام والبنت والاخت الى تمام السبعة[1] . وألحق الشيخ امرأة الاب ، وأضاف اليها ابن ادريس امرأة الابن ، وصاحب الوسيلة موطوءة الاب بالملك . والمصنف يستضعف هذه الالحاقات ، لاصالة حقن الدماء وعدم دليل يدل على ما ذكروه .

وهل المراد بالقتل هنا ضرب العنق أوهواوما يساويه في الاتلاف كالرجم؟ صرح المفيد بالاول ، وقال ابن ادريس ان كان محصناً رجم لحصول الغرض وان لم يكن محصناً قتل ، وقال الشيخ للامام الخيار بينهما . وقال العلامة في

---

١) والسبعة هن الام والبنت والاخت وبناتها وبنات الاخ والعمة والخالة .

وكذا يقتل الذمي اذا زنى بالمسلمة ، والزاني قهراً، ولا يعتبر الاحصان .

ويتساوى فيه الحر والعبد ، والمسلم والكافر .

وفي جلده قبل القتل تردد .

ويجب الرجم على المحصن اذا زنى ببالغة عاقلة .

ويجمع للشيخ والشيخة بين الحد والرجم اجماعاً .

وفي الشاب روايتان ، أشبههما : الجمع .

المختلف وهذا لابأس به عندي .

قوله : وفي جلده قبل القتل تردد

ينشأ من عموم الاية الكريمة[1] الدالة على جلد كل زان فيدخل محل النزاع ولا ينافيه القتل فيجمع، واختاره ابن ادريس، ومن أصالة البراءة والاقتصار على المنصوص وهو القتل كما في رواية زرارة في الحسن عن أحدهما عليهما السلام ورواية جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام[2].

قوله : وفي الشاب روايتان اشبههما الجمع

أما رواية عدم الجمع فعن عبدالله بن طلحة عن الصادق عليه السلام قال : اذا زنا الشيخ والعجوز جلدا ثم رجما عقوبة لهما، واذا زنا النصف[3] من الرجال رجم ولم يجلد اذا كان قد أحصن[4]. وأما رواية الجمع فعن محمد بن مسلم

---

١) سورة النور : ٢ .

٢) الوسائل ١٨ الباب ١٩ من ابواب الزنا .

٣) النصف بفتح الاول والثاني : متوسط العمر من الرجال والنساء .

٤) التهذيب ١٠/٤ ، الاستبصار ٤/٢٠٠ .

ولا يجب الرجم بالزنا بالصغيرة والمجنونة ، ويجب الجلد وكذا لوزنى بالمحصنة صغير .

ولوزنى بها المجنون لم يسقط عنها الرجم .

ويجزرأس البكرمع الحد ، ويغرب عن بلده سنة .

والبكر من ليس بمحصن ، وقيل : الذى أملك ولم يدخل .

عن الباقر عليه السلام[1] ، ورواية زرارة عنه عليه السلام أيضاً[2] .

وعمل بالاول الشيخ والتقي والثانية المفيد والسيد وابن ادريس، وهو اختيار المصنف والعلامة . وهو الحق : أما أولا فلعموم الاية الكريمة كما تقدم ، وأما ثانياً فلفعل علي صلوات الله عليه[3]، فانه جلد شراحة يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة فقيل : أتحدها حدين ؟ فقال : جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة النبى صلى الله عليه وآله وسلم .

قوله : والبكر من ليس بمحصن ، وقيل الذى املك ولم يدخل

الاول قول الشيخ في الخلاف والمبسوط ، واختاره ابن ادريس . والثاني قول الشيخ في النهاية والمفيد، واختاره العلامة في المختلف لرواية عبدالرحمن عن الصادق عليه السلام قال: كان علي عليه السلام يجلد البكر والبكرة وينفيهما سنة[4] . والبكر هو المملك .

وما رواه محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين

---

١) التهذيب ١٠/ ٤ ، الاستبصار ٤/ ٢٠١ .

٢) التهذيب ١٠/ ٥ ، الاستبصار ٤/ ٢٠١ .

٣) سنن البيهقى ٨/ ٢٢٠ .

٤) التهذيب ١٠/ ٤ ، الاستبصار ٤/ ٢٠٠ .

ولا تغريب على المرأة ولاجز .

والمملوك يجلد خمسين ، ذكراً كان أوأنثى ، محصنا أوغير محصن. ولاجزعلى أحدهما ولا تغريب .

ولوتكرر الزنى ، كفى حد واحد .

عليه السلام في الشيخ والشيخة ان يجلدامائة، وقضى للمحصن الرجم، وقضى في البكر والبكرة اذا زنيا جلد مائـة ونفي سنة في غير مصرهما، وهما اللذان قد أملكا ولم يدخل بها[1] .

فعلى الاول القسمة مثلثة قتل ورجم وجلد ومع الاولين الجلد ومع الثالث التعزير ولا يكون جلد ولا تغريب معه في الاحرار ، وعلى الثاني القسمة مربعة الثلاثة المذكورة والرابع من لم يملك فانه يجلد لاغير .

قوله : ولاتغريب على المرأة

هذا هو المشهور ، قاله الشيخ وتبعه المتأخرون. واستدل عليه في الخلاف باجماع الفرقة واخبارهم وبقوله تعالى « فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب »[2] ، فلو كانت الحـرة يجب تغريبها لكان على الامة نصفه . وكلام الحسن يـدل على أنها تنفى سنة كالرجل مستـدلا بالاخبار السابقة آنفاً . قال العلامة : والمشهور ما قاله الشيخ، لما فيه بين الصيانة ومنعها عن الاتيان بمثل ما فعلت .

قوله : ولو تكرر الزنا كفى حد واحد

---

١) الكافى ٧/١٧٧ ، التهذيب ١٠/٣ ، الاستبصار ٤/٢٠٢ ، فى الكافى : ولـم يدخلا بها .

٢) سورة النساء : ٢٥ .

ولوحد مع كل واحد مرة قتل في الثالثة ، وقيل : فـي الرابعة وهو أحوط .

هذا هو المشهور ، وقال ابن الجنيد: اذا زنا بجماعة نساء في ساعة واحدة حد لكل امرأة حداً ، وبه قال الصدوق في المقنع[1] ، واحتجا برواية ابي بصير عن الصادق عليه السلام[2] . وهي ضعيفة ، لان فـي طريقها علي بن ابى حمزة وهو ملعون .

قوله : ولوحد في كل مرة قتل في الثالثة ، وقيل في الرابعة وهو احوط

الاول قول الصدوق وابن ادريس مدعياً فيه الاجماع ، ويؤيده قوله عليه السلام : أصحاب الكبائر يقتلون في الثالثة[3] . ورواية يونس عن الكاظم عليه السلام : أصحاب الكبائر كلها اذا أقيم عليهم الحد قتلوا في الثالثة[4] .

والثاني قول الشيخين في المقنعة والنهاية والسيد وسلار والتقي والقاضي، واختاره المصنف وهوأحوط، لان الحدود مبنية على التحقيق، ولموافقته مراد الشارع من حفظ النفس، ولانه أبعد من التهجم على اراقة الدماء. وتؤيده رواية اسحاق بن عمار عن ابى بصير عن الصادق عليـه السلام أنه قال : الزاني اذا جلد ثلاثاً يقتل في الرابعة[5] .

---

١) المقنع: ١٤٧ .

٢) الكافي ٧/ ١٩٦ ، التهذيب ١٠/ ٣٧ ، الفقيه ٤/ ٢٠ .

٣) راجع الوسائل ٨/ ٣١٣ .

٤) الفقيه ٤/ ٥١ ، الكافي ٧/ ١٩١ ، التهذيب ١٠/ ٩٥ ، الاستبصار ٤/ ٢١٢ .

٥) الكافي ٧/ ١٩١ .

والمملوك اذا أقيم عليه حد الزنى سبعاً قتل في الثامنة ، وقيل في التاسعة . وهو أولى .

وللحاكم في الذمي الخيار في اقامة الحد عليه وتسليمه الى أهل نحلته ليقيموا الحد على معتقدهم .

ولا يقام على الحامل حد ولا قصاص حتى تضع وتخرج من نفاسها وترضع الولد ، ولو وجد له كافل جاز .

ويرجم المريض والمستحاضة ، ولا يحد أحدهما حتى يبرأ .

ولو رأى الحاكم التعجيل ضربه بالضغث المشتمل على العدد.

ولا يسقط الحد باعتراض الجنون .

ولا يقام في الحر الشديد ، ولا البرد الشديد ، ولا في أرض العدو ، ولا على من التجأ الى الحرم .

ويضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يخرج للاقامة . ولو

قوله : والمملوك اذا اقيم عليه الحد سبعاً قتل في الثامنة، وقيل في التاسعة وهو اولى

الاول قول الشيخ في الخلاف والثاني قوله في النهاية ، واختاره السيد والتقي والقاضي وابن ادريس . وهو أولى ، لما تقدم من العلة ، ولرواية زرارة ويزيد بن معاوية عن الصادق عليه السلام[1] .

---

١) الفقيه ٤/ ٣١، الكافي ٧/ ٢٣٥ ، التهذيب ١٠/ ٢٧ وفي هذه المصادر: عبيد بن زرارة او بريد العجلي عن الصادق عليه السلام .

أحدث في الحرم ما يوجب حداً ، حد فيه .

واذا اجتمع الحد والرجم جلد أولا .

ويدفن المرجوم الى حقويه ، والمرأة الى صدرها .

فان فرأعيد ، ولوثبت الموجب بالاقرار لم يعد .

وقيل : ان لم تصبه الحجارة أعيد .

قوله : ولوثبت الموجب بالاقرار لم يعد ، وقيل ان لم تصبه الحجارة اعيد

اذا ثبت بالبينة أعيد اجماعاً ، واذا ثبت بالاقرار قال المفيد والتقي وسلار لايعاد مطلقاً ، لانه مبني على التحقيق، ولان فراره كالانكار ولا حد مع انكاره، ولقضية ماعز بن مالك فانه لما فر ولحقه الزبير وضربه بساق بعير فوقع فلحقوه وقتلوه وأنكر عليهم النبى صلى الله عليه وآله وسلم وقال : هلا تركتموه اذ هرب يذهب فانه هوالذي أقر على نفسه ، أما لوكان علي عليه السلام حاضراً لما ضللتم . قيل ووداه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من بيت المال[1].

وقال الشيخ في النهاية يعاد مع عدم اصابة الحجارة ولا يعاد مع اصابتها ، لرواية الحسين بن خالد عن الكاظم عليه السلام[2] .

---

١) الكافى ١٨٥/٧ ، المحاسن ٣٠٦ .

٢) رواية الحسين بن خالد هى التى فيها قضية ماعز فقال فيه : ان اقرعلى نفسه ثم هرب من الحفيرة بعد ما يصيبه شيء من الحجارة لم يرد وان كان انما قامت عليه البينة وهويجحد ثم هرب ردوهوصاغرحتى يقام عليه الحد. الخبر. والتى دلت على فتوى الشيخ فى النهاية رواية ابى بصيروغيره عن ابى عبدالله عليه السلام قال: قلت له: المرجوم يفرمن الحفيرة فيطلب ؟ قال : لا ولايعرض له ان كان اصابه حجرواحد لم يطلب فان هرب قبل ان تصيبه الحجارة رد حتى يصيبه الم العذاب .

ويبدأ الشهود بالرجم ، ولو كان مقراً بدأ الامام .

ويجلد الزاني قائماً مجرداً .

وقيل : ان وجد شابة جلد بها أشد الضرب ، وقيل متوسطاً .

والاول أولى ، لانـه صلى الله عليه وآله وسلم ترك ماعزاً بأنه هو المقر على نفسه فيكون كل مقر كذلك عملا بالعلة .

قوله : ويجلد الزانى قائماً مجرداً ، وقيل ان وجد بثيابه جلدبها اشد الضرب ، وقيل متوسطاً

هنا مسألتان :

(الاولى) هل يجلد مجرداً أو بثيابه ان وجد بها . نقل المصنف والعلامة الاول واختاراه لانه ابلغ مع الايلام ، قال الشيخ في النهاية والصدوق بالثاني، وهو المشهور .

(الثانية) هل يضرب أشد الضرب أومتوسطاً ؟ المشهورالاول، لقوله تعالى « ولاتأخذكم بهما رأفة في دين الله »[1] والضرب الضعيف رأفة، وروى الحسين ابن سعيد عن حماد عن حريز عمن أخبره عن الباقر عليه السلام أنه قال : يفرق الحد على الجسد ويتقى الفرج والوجه ويضرب بين الضربين[2]. والحق الاول لقطع الرواية ودلالة الكتاب على خلافها .

وهنا فائدة، وهي أنه مع جلد المحصن هل ينتظر برء جلده قبل الرجم أم لا ؟ قال الشيخان بالاول وابن ادريس بالثاني، ومنشأ الخلاف أنه هل الغرض اتلافه أو المبالغة في تعذيبه ، ان كان الاول لـم ينتظر وان كان الثانـي انتظر .

---

١) سورة النور : ٢ .

٢) التهذيب ١٠/ ٣١ .

ويفرق على جسده ، ويتفى فرجه ووجهه .

وتضرب المرأة جالسة ، وتربط ثيابها .

ولا يضمن ديته لوقتله الحد .

نعم ، قال ابـن ا دريس : روى أصحابنـا انه ينتظر ، وهـو محمول على الاستحباب، لان الغرض اهلاك المرجوم واتلافه . وقال ابن الجنيد: ينتظريوماً لفعل علي عليه السلام في شراحة[1] .

قوله : ويفرق على جسده ويتقى وجهه[2])

فـي اقتصاره على الوجه نظر ، فان أكثر الاصحاب قالـوا ويتقى الفرج والوجـه . نعم قال الحسن يرجم سائر جسده الا الوجه ولم يـذكر الوجه ، وأضاف النقي الرأس . واختاره العلامة ، لان الرأس مقتل ويخاف منه العمى وزوال العقل ، خصوصاً في موضع لايراد الاتلاف .

---

١) سنن البيهقى ٨/ ٢٢٠ ط حيدرآباد ، الخلاف ٣/ ١٧٥ وفيـه : سراجة بالسين المهملة والجيم . روى البيهقى فى السنن بسنده عن الشعبى قال : جيء بشراحة الهمدانية الى على عليه السلام فقال لها : ويلك لعل رجلا وقع عليك وأنت نائمة . قالت : لا . قال لعلك استكرهك . قالت : لا . قال : لعل زوجك من عدونا هذا اتاك فأنت تكرهين ان تدلى عليه ، يلقنها لعلها تقول نعم ، فأمر بها فحبست فلما وضعت ما فى بطنها اخرجها يوم الخميس فضربها مائة وحفرلها يوم الجمعة فى الرحبة واحاط الناس لهـا واخذوا الحجارة فقال : ليس هكذا الرجم اذا يصيب بعضكم بعضاً صفوا كصف الصلاة صفاً خلف صف . ثم قال: ايها الناس انما امرأة جيء بها ولها حبل يعنى ؟ اواعترفت فالامام اول من يرجم ثم الناس وأيما امرأة جيء بها اور جل زان فشهد عليه اربعة بالزنا فالشهود اول مرجم ثم الامام ثم الناس . ثم رجمها ثم امرهم فرجم صف ثم صف ، ثم قال: افعلوا بها ما تفعلون بموتاكم .

٢) فى المختصر النافع ط بمصر : ويتقى فرجه ووجهه .

ويدفن المرجوم عاجلا ، ويستحب اعلام الناس ليتوفروا .

ويجب أن يحضره طائفة ، وقيل : يستحب ، وأقلها واحد .

قوله : ويجب أن يحضره طائفة ، وقيل يستحب ، واقلها واحد

هنا مسائل :

(الاولى) هل حضور الطائفة واجب ام مستحب ؟ قال ابن ادريس واختاره العلامة بالاول ، لقوله تعالى « وليشهد عذابهما طائفة »[1] والامر حقيقة في الوجوب. وقال الشيخ في الخلاف بالثاني ، لاصالة البراءة، وباقي الاصحاب اطلقوا .

(الثانية) اختلف في الطائفة ، قيل عشرة ، قال الشيخ في الخلاف ناقلا له عن الحسن البصري وعن الشافعي أربعة، وعن ابن عباس انه واحد. قال الشيخ: وروى ذلك أصحابنا أيضاً . واختاره المصنف ، لان الطائفة واحد من الفرقة ، لقوله تعالى «فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة»[2] والفرقة جماعة والطائفة واحد.

وأما ابن ادريس فقال ثلاثة ، ونسب الى التحكم . وليس به ، فان الطائفة يقال عرفاً على الجماعة من الناس وأقل الجمع ثلاثة ، وشاهد الحال يقتضي أنه تعالى أراد الجمع مع أنه قول الزهري . وقال عكرمة أقلها اثنان .

والقول بأنها واحد عندي ضعيف ، لماقلنا أن العرف يأبى ذلك ، وأما الرواية به كما قال الشيخ فهي من الاحاد النادرة .

(الثالثة) هل يجب حضور الامام أم لا؟ عبارة ابن الجنيد وابن حمزة تشعر بالوجوب

---

١) سورة النور : ٢ .

٢) سورة البراءة : ١٢٢ .

ولا يرجمه من لله قبله حد ، وقيل يكره .

النظر الثالث : في اللواحق .

وفيه مسائل :

(الاولى) اذا شهد أربعة بالزنى قبلافشهدت أربع نساءبالبكارة

وقال الشيخ في الخلاف روى أصحابنا انـه اذا وجب الرجم فأول من يرجمه الامام ان كان مقراً والشهودان كانثبت بالبينة . ثم قال: ان كان ثبتبالاقرار وجب على الامام البدأة ثم يتبعه الناس . وهويدل أيضاً على وجوب الحضور .

وقال في المبسوط: يجوز للامامأن يحضروليس من شرطه حضوره ولاحضور الشهود . وجعل الاول رواية وقولا لجماعة .

واختار العلامة قول المبسوط، لان النبى صلى الله عليه وآله وسلم أمر برجم ماعز ولم يحضر . نعم يستحب لانه أعرف بكيفية استيفاء الحد .

(الرابعة) هل يجب حضور الشهود أم لا ؟ قال ابن الجنيد نعم ، واختاره العلامة في القواعد ، لوجوب بدأتهم . وقـال الشيخ في المبسوط والخلاف بعدمه ، واختاره في المختلف للاصل . نعم يستحب ذلك ليفيد قوة الشهادة .

قوله : ولايرجمه من لله قبله حد وقيل يكره

لاشك أنه ورد النهي عن ذلك في الروايات[1]، فيحتمل أن يكون ذلك للتحريم مناسبة لاعظام حدود الله تعالى ومحارمه، ويحتمل أن يكون للكراهة لاصالة البراءة من التحريم ووجوب القيام بحقوق الله وعموم الامر بالمعروف والنهي عـن المنكر ، فلذلك قال جماعة بالتحريم وجماعة بالكراهة .

قوله : اذا شهد أربعة بالزنـا قبلا فشهد أربع نساء بالبكارة فلا حد ،

---

١) راجع الوسائل ١٨ / ٣٤١ ، الباب ٣١ من ابواب مقدمات الحدود .

فلاحد ، وفى حد الشهود قولان .

(الثانية) اذا كان الزوج أحد الاربعة فيه روايتان .

ووجه السقوط أن يسبق منه القذف .

وفى حد الشهود قولان

أما سقوط الحدعنها فاجماعي . خصوصاًمع قيام البينة بالبكارة فانه لايقصر عن الشبهة الدارئة للحد، وأماحد الشهود فقال الشيخ في النهاية في باب الشهادات انهم يحدون لانهم شهدوا بزنا لم يثبت، وقال في المبسوط بعدم الحد. ولابن ادريس القولان ، واختار العلامة في المختلف والقواعد قول المبسوط لانه ليس تصديق أحد البينتين اولـى من تصديق الاخرى فتحصل الشبهة الدارئة للحد ، قال في القواعد : ولامكان عود البكارة وكذا يسقط الحد عن الرجل . واختار المصنف في الشرائع قول النهاية لانتهاكهم حرمة المرأة .

قوله : اذاكان الزوج احد الاربعة فيه روايتان، ووجه السقوط ان يسبق منه القذف

روى ابراهيم بن نعيم عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن أربعة شهدوا على امرأة بالزنا أحدهم زوجها . قال: تجوز شهادتهم[1]. وروى زرارة عن أحدهما عليهما السلام في اربعة شهدوا على امرأة بالزنا أحدهم زوجها . قال : يلاعن ويجلد الاخرون [2] . وبحسب هاتين الروايتين اختلف الاصحاب على أقوال :

(الاول) قول الشيخ في النهاية انه تقبل الشهادة مع اجتماع الشرائط . ويؤيده عموم قوله تعالى « فاستشهدوا عليهن أربعة منكم »[3]، ولم يفرق بين أن يكون

---

١) التهذيب ٦/٢٨٢ ، الاستبصار ٣/٣٥ .

٢) التهذيب ٦/٢٨٢ ، الاستبصار ٣/٣٦ .

٣) سورة النساء : ١٥ .

(الثالثة) يقيم الحاكم حدود الله تعالى ، أما حقوق الناس فتقف على المطالبة .

(الرابعة) من افتض بكراً بأصبعه فعليه مهرها .

ولو كانت أمة فعليه عشر قيمتها .

الزوج أحدهم أولا .

(الثاني) قول الصدوق لاتسمع مطلقاً بل تحد الشهود ويلاعنها زوجها ، واختاره التقي والقاضي ، وقال القاضي لان زوجها في حكم الخصم .

(الثالث) قول ابن الجنيد ، وهو ان كانت غير مدخول بها صحت الشهادة ووجب الحد وان كانت مدخولا بها بطلت الشهادة وكان عليه اللعان وعلى الشهود الحد .

(الرابع) قول ابن ادريس وابن حمزة، وهو أنه ان سبق الزوج بطلت ووجب على الثلاثة الحد ويلاعن الزوج ، وان لم يسبق ثبت الحد عليها . واختاره العلامة وعليه الفتوى، أما مع السبق فلانه صار مدعياً فعليه البينة والا يلاعن، ولانه صار فاسقاً بقذفه فيجب عليه الحد فلايسقط بشهادته ، ولانه ليس له شهداء فان الحاضرين ثلاثة لاغير . وعليه تحمل الرواية الثانية . وأمامع عدم السبق فلعدم صدق الدعوى عليه فيدخل تحت عموم الاية ، والرواية الاولى تحمل على ذلك .

وقول المصنف « فيه روايتان » الضميرفى « فيه » عائد الى الحكم بالزنا كما يدل عليه سياق الكلام .

وقوله « ووجه السقوط » أي سقوط الحد عن المرأة ان يسبق منه القذف ، فاللام فيه يرجع الى معهود ذهني لأنه بدل عن المضاف اليه كما قال الابى[1] .

قوله « من افتض[2]) بكراً باصبعه فعلية مهرها ، ولو كانت امة فعليه عشر قيمتها

---

١) راجع كشف الرموز كتاب الحدود .

٢) قضضت قضاً من باب قتل ثقبتها، ومنه القضة بالكسروهى البكارة ، يقال: اقتضضتها

هنا فوائد :

(الاولى) مستند هذا الحكم رواية طلحة بن زيد عن الصادق عن الباقر عن علي عليهم السلام أنه قال : اذا غصبت أمة فاقتضت فعليه عشر قيمتها وان كانت حرة فعليه الصداق[1]. وطلحة هذا بتري . وقال الشيخ في التهذيب هو عامي المذهب لكن كتابه معتمد عليه . وقال المصنف في النكت هذه وان ضعف مستندها لكنها مؤيدة بروايات دالة على ذلك بالفحوى .

(الثانية) كون الحرة لها الصداق بالفعل المذكور والامة لها العشر مذهب الشيخ في النهاية ، وتبعه القاضي . وأطلق الصدوق والمفيد لزوم الصداق ولم يفصلا .

وجعل ابن ادريس العشر في الامة رواية ، قال : والاولى أن يغرم ما بين قيمتها بكراً وثيباً . قال العلامة : الشيخ روى في الصحيح ذلك عن ابن سنان عن الصادق عليه السلام ان أمير المؤمنين عليه السلام قضى بذلك[2] . قال : والظاهر أن ذلك في الحرة ، أما الامة فالاقوى الارش .

(الثالثة) قال الشيخ يجلد هذا من ثلاثين الى تسعة وتسعين سوطاً عقوبة لما جناه ، وقال المفيد من ثلاثين الى ثمانين . والظاهر ان مرادهما التعزير بما دون الحد فيرجع فيه الى رأي الحاكم.

(الرابعة) في كلام المفيد والصدوق دلالة على أن الغرم والتعزير يلزمان الزاني وغيره ، وقال ابن ادريس : ان الغرم يلزم مع عدم المطاوعة والا فلا شيء في الامة والحرة .

اذا ازلت قضتها . ويكون الاقتضاض قبل البلوغ وبعده، واما ابتكرها واختضرها وابتسرها بمعنى الاقتضاض ، فالثلاثة مختصة بما قبل البلوغ .

١) التهذيب ١٠/٤٩ .

٢) التهذيب ١٠/٤٧ ، الفقيه ٤/١٨ .

(الخامسة) من زوج أمته ثم وطئها فعليه الحد .

(السادسة) من أقر أنه زنى بفلانة فعليه مع تكرار الاقرار حدان.

ولو أقر مرة فعليه حد القذف ، وكذا المرأة ، وفيهما تردد .

(السابعة) من تزوج أمة على حرة مسلمة فوطئها قبل الاذن فعليه ثمن حد الزنى .

(الثامنة) من زنى فى زمان شريف أومكان شريف ، عوقب زيادة على الحد .

الفصل الثانى

(فى اللواط والسحق والقيادة)

فاللواط يثبت بالاقرار أربعاً ، ولو أقر دون ذلك عزر .

وفيه نظر، بل الاولى في الامة لزوم الارش لنقصها بالجناية وان طاوعت لان ذلك ليس بمهر حتى يدخل تحت النهي عن مهر البغي ، أما الحرة فليس لها مع المطاوعة شيء اصلا ومع الاكراه لها المهر فحسب .

قوله : من اقرانه زنا بفلانة فعليه مع تكرار الا قرار حدان ، ولواقر مرة فعليه حد القذف ، وكذا المرأة وفيهما تردد

هذه المسألة ذكرها الشيخ في النهاية مفتياً بها، ومراده بالتكرار أي أربع مرات لانها نصاب ثبوت حد الزنا فيثبت حينئذ حد الزنا وحد القذف، أما مع عدم التكرار فيثبت حد القذف لاغير .

ويشترط فى المقر التكليف والاختيار والحرية ، فاعلا كان أومفعولا .

ولوشهد أربعة يثبت ، ولوكانوا دون ذلك حدوا .

ويقتل الموقب ولولاط بصغير أومجنون ، ويؤدب الصغير ، ولوكانا بالغين قتلا ، وكذا لولاط بعبده .

ولو ادعى العبد اكراهه درىء عنه الحد .

ولولاط الذمى بمسلم قتل وان لم يوقب .

ولولاط بمثله فللامام الاقامة أودفعه الى أهل ملته ليقيموا عليه حدهم .

وموجب الايقاب القتل للفاعل والمفعول اذا كان بالغاً عاقلا، ويستوى فيه كل موقب .

ولا يحد المجنون ولوكان فاعلا على الاصح .

والمصنف تردد في ثبوته من حيث نص الاصحاب على وجوبه بهذه العبارة مع اشتماله على انتهاك حرمة المنسوب اليه ، وأيضاً هو فحش وحد القذف انما ثبت للردع عن الفحش فيثبت هنا ، ومن حيث انه انما نسب الزنا الى نفسه حقيقة فيكون هو الزاني وذلك لايستلزم زنا المنسوب اليها لجواز نومها أو اكراهها والعام لادلالة له على الخاص .

قوله : وكذا المرأة

أي وكذا لوقالت المرأة زنيت بفلان .

قوله : ولايحد المجنون ولو كان فاعلا على الاصح

والامام مجزى في الموقب بين قتله ورجمه والقائه من جدار واحراقه .

ويجوز أن يضم الاحراق الى غيره من الاخرين .

ومن لم يوقب فحده مائة على الاصح ، ويستوى فيه الحر

تقدم قول الشيخين[1] في الزنا ان المجنون يحد وكذا قالافي اللواط ، وأما الصدوق [2] فقصر حد المجنون على الزنا دون اللواط ، وذهب سلار وابن ادريس[3] والمصنف والعلامة [4] الى رفع الحد عنه فيهما ، وهو الاصح .

قوله : ومن لم يوقب فحده مائة على الاصح

هذا قول السيد والمفيد[5] وسلار، واختاره الحليون ومستنده رواية سليمان ابن هلال عن الصادق عليه السلام في الرجل يأتي الرجل . قال : ان كان دون الثقب فالجلد ، وان كان ثقب أقيم قائماً ثم ضرب بالسيف[6].

وقال الشيخ في النهاية [7] ان كان محصناً رجم وان لم يكن محصناً جلد ، مستنداً الى رواية العلابن الفضيل عن الصادق عليه السلام قال : حد اللوطي مثل حد الزاني، وقال : ان كان أحصن رجم والاجلد[8] .

---

١) راجع ص : ٢٧٠ .

٢) المقنع : ١٤٦ .

٣) السرائر : ٤٤٥ .

٤) القواعد، المقصد الثاني من كتاب الحدود . قال فيه : ولو لاط مجنون بعاقل حد العاقل والاصح في المجنون السقوط .

٥) المقنعة : ١٢٥ .

٦) الكافي ٧/ ٢٠٠ ، التهذيب ١٠/ ٥٢ ، الاستبصار ٤/ ٢١٩ .

٧) النهاية : ٧٠٤ .

٨) الكافي ٧/ ١٩٨ ، التهذيب ١٠/ ٥٤ ، الاستبصار ٤/ ٢٢ .

والعبد .

ولو تكرر مع الحد قتل في الرابعة على الاشبه .

ويعزر المجتمعان تحت ازار مجردين ولا رحم بينهما ، من ثلاثين سوطاً الى تسعة وتسعين .

ولو تكرر مع تكرار التعزير حدا في الثالثة .

قوله : ولو تكرر مع الحد قتل في الرابعة على الاشبه

هذا في غير الموقب ، وهو قول الشيخ في النهاية [1] والنقي والقاضي ، وقال ابن ادريس [2] في الثالثة ، وقال الشيخ في موضع من الخلاف انه في الخامسة . والفتوى على الاول ، وقد تقدم توجيهه في الزنا .

قوله : ويعزر المجتمعان تحت ازار مجردين ولا رحم [3] بينهما من ثلاثين سوطاً الى تسعة وتسعين

هذا قول الشيخ في النهاية [4] والقاضي وابن ادريس [5] ، وقال المفيد [6] من عشرة أسواط الى تسعة وتسعين بحسب مايراه الحاكم، وقال الصدوق [7] يجلدان مائة جلدة، وبه قال ابن الجنيد. قال: وروي عن الصادق عليه السلام انهما يقتلان.

والفتوى على الاول ، لانه حيث لافعل فلا يكون فيه ما في الفعل ، ولرواية

---

١) النهاية : ٧٠٦ .

٢) السرائر : ٤٤٩ .

٣) في الهامش : المراد بالرحم هنا كل من لوقدر انه أنثى حرم على الاخر نكاحه .

٤) النهاية : ٧٠٥ .

٥) السرائر : ٤٤٩ .

٦) المقنعة : ١٢٥ .

٧) المقنع : ١٤٥ .

وكذا يغزر من قبل غلاماً بشهوة .

ويثبت السحق بما يثبت به اللواط .

والحد فيه مائة جلدة ، حرة كانت أوأمة ، محصنة كانت أو غير محصنة ، للفاعلة والمفعولة .

وقال فى « النهاية » : ترجم مع الاحصان وتقتل المساحقة فى الرابعة مع تكرار الجد ثلاثاً .

ابن سنان عن الصادق عليه السلام : يجلدان حداً غيرسوط واحد [1] .

قوله : وفى النهاية[2] وترجم مع الاحصان

تبعه القاضي في ذلك ، واحتج الشيخ لـذلك برواية محمد بن ابى حمزة وهشام وحفص عن الصادق عليه السلام أنه دخل عليه نسوة فسألته امرأة منهن عن السحق فقال : حدها حدالزاني . فقالت المرأة : ماذكرالله ذلك في القرآن. فقال : بلى . فقالت : وأين ؟ فقال : هن أصحاب الرس[3] . وهي محمولة على الجلد .

وماذكره المصنف مذهب المفيد والسيد وسلار والتقي وابن ادريس ، لاصالة البراءة ، ولقول الباقر عليه السلام : السحاقة تجلد[4] ، فلو كان فيه رجم لزم الاخبار بالخاص عن العام ، وهوباطل .

---

١) التهذيب ١٠/٤٠ ، الاستبصار ٤/٢١٣ .

٢) النهاية : ٧٠٦ .

٣) الكافى ٧/٢٠٢، الفقيه ٤/٣١، التهذيب ١٠/٥٨ فى الاول والثانى : اين هو.

٤) الكافى ٧/٢٠٢ ، التهذيب ١٠/٥٨ .

ويسقط الحد بالتوبة قبل البينة كاللواط، ولا يسقط بعد البينة .

ويعزر المجتمعان تحت ازار واحد مجردتين .

ولوتكرر مرتين مع التعزير أقيم عليهما الحد فى الثالثة ، ولو عادتا قال فى « النهاية » : قتلتا .

مسألتان :

(الاولى) لاكفالة فى الحد ولا تأخير الالعذر ، ولا شفاعة فى

قوله : ويسقط الحد بالتوبة قبل البينة كاللواط ولايسقط بعد البينة

هذا قول الشيخ فـي النهاية وابن ادريس[1] ، والمشهور وعليه الفتوى . ولاخلاف أنه مع الاقرار لوتاب الزاني أواللائط أو المساحقة تخير الامام بين العفو واقامة الحد ، والمفيد جعل للامام الخيار بعد البينة أيضاً ، فلا فرق عنده بين الاقرار والبينة ، وتبعه التقي في ذلك .

قوله : ولو عادتا قال فى النهاية[2] قتلتا

تبعـه القاضي على ذلك ، ومرادهما بالعود فـي الرابعة بعد تكرار التعزير مرتين والجلد في الثالثة، ومستندهماروايةابى خديجة عن الصادق عليه السلام [3].

---

١) النهاية: ٧٠٨ ، السرائر : ٤٥٠ .

٢) النهاية : ٧٠٨ .

٣) الفقيه ٤/ ٣١ باسناده عن ابى خديجة قال: لاينبغى لامرأتين ان تناما فى لحاف واحد الاوبينهما حاجز ، فان فعلتا نهيتا عن ذلك فان وجدوهما بعد النهى فى لحاف واحد جلدتا كل واحدة منهما حداً حداً، وان وجدتا الثالثة فى لحاف حدتا ، فان وجدتا الرابعة فى لحاف قتلتا. اخرجها فى الكافى ٧/ ٢٠٢ والتهذيب ١٠/ ٥٩ باسنادهما عن ابى خديجة عن ابى عبدالله عليه السلام ، وفى آخرهما : فان وجدتا الثالثة قتلتا .

اسقاطه .

(الثانية) لووطىء زوجته فساحقت بكراً فحملت من مائه فالولد له ، وعلى زوجته الحد والمهر وعلى الصبية الجلد .

قوله : ولو وطئى زوجته فساحقت بكراً فحملت من مائة فالولدله وعلى زوجته الحد والمهر وعلى الصبية الجلد

هذا قول الشيخ في النهاية [1] ، وتبعه القاضي ، والمستند قضاء الحسن بن علي عليهما السلام[2].

قال ابن ادريس : في الحاق الولد بالرجل نظر ، لانه غير مولود على فراشه ، والنبى صلى الله عليه وآله وسلم قال : الولد للفراش . وهذه ليست بفراش ، لان الفراش عبارة عن العقد وامكان الوطىء ، ولاهو من وطىء شبهة . وكذا النظر في استحقاقها المهر، لانها مختارة مطاوعة غير مكرهة ، ومن كانت كذلك لاتستحق مهراً . وأيضاً ان أوجبنا عليها الحد فتكون بغياً وقد نهى النبى صلى الله عليه وآله وسلم عن مهر البغي .

واختار المصنف والعلامة قول الشيخ ، وعليه الفتوى .

وتحقيق القول أن نقول : أما الحاق الولد فلانه انخلق من ماء غيرزان فيلحق الولدبصاحب الماء ، وأما المهر ووجوبه على المرأة فلانهاسبب في ذهاب العذرة وديتها مهر نسائها ، وليست الصبية كالزانية في سقوط دية العذرة ، لان الزانية أذنت في الاقتضاض وهذه ليست كذلك .

نعم هنا مسائل :

---

١) النهاية : ٧٠٧ .

٢) الكافى ٢٠٢/٧ .

وأما القيادة :

فهى الجمع بين الرجال والنساء للزنـا ، أوالرجال والصبيان للواط .

ويثبت بشاهدين أوالاقرار مرتين .

والحد فيه خمس وسبعون جلدة . وقيل : يحلق رأسه ويشهر.

(الاولى) ان الشيخ أوجب على الزوجة الرجم بناء على قوله ان المساحقة المحصنة ترجم . والفتوى على حدها لاغير .

(الثانية) ان الولد لايلحق بالزوجة قطعاً ، لانه غير متولد في رحمها ولامن مائها فلا يلحق بها .

(الثالثة) انه هل يلحق بالصبية أم لا ؟ استشكله العلامة في القواعد[1] من حيث أنها ولدته من غيرزنا فيلحق بها ، ومن أن السبب في الحاق النسب النكاح الصحيح أوالشبهة وهما منفيان هنا ، ولانها بحكم الزانية ولهذا تحد عليه . وعلى هذا الفتوى . يتفرع على ذلك عدم التوارث بينهما لتفرعه على لحوق النسب .

(الرابعة) ان قلنا ان النفقة للحمل وجب على زوج المساحقة الانفاق على الصبية مدة الحمل ، وان قلنا النفقة للحامل فلا نفقة هنا لانها ليست زوجة .

قوله : وقيل يحلق رأسه ويشهر

قاله الشيخ في النهاية[2] والا أعلم مستنده .

---

١) القواعد ، المطلب الثانى من المقصد الثانى من كتاب الحدود .

٢) النهاية : ٧١٠ .

ويستوى فيه الحروالعبد والمسلم والكافر ، وينفى بأول مرة .
وقال المفيد : فى الثانية . والاول مروى .
ولا نفى على المرأة ولاجز .

الفصل الثالث

(فى حد القذف)

قوله : وينفى بأول مرة، وقال المفيد فى الثانية ، والاول مروى

النفي بأول مرة قول الشيخ في النهاية[1] والقاضي وابن ادريس[2] ، ومستنده رواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال : يضرب ثلاثة أرباع حد الزاني خمسة وسبعين سوطاً وينفى عن المصر الذي هو فيه[3] .

وقال المفيد[4] : يجلد في المرة الاولى ويحلق رأسه ويشهر ، فان عاد ثانية جلد ونفي . وتبعه التقي وسلار .

قال التقي فان عاد ثانية جلد ونفي عن المصر ، فان عاد ثالثة جلد ، فان عاد رابعة استتيب ، فان تاب قبلت توبته وان أبى التوبة قتل ، فان تاب ثم أحدث بعد التوبة خامسة قتل على كل حال . وتوقف العلامة في المختلف[5].

قوله : الفصل الثالث فى حد القذف

---

١) النهاية : ٧١٠ .
٢) السرائر : ٤٥١ .
٣) الكافى ٢٦١/٧ ، التهذيب ٦٤/١٠ ، الفقيه ٣٤/٤ .
٤) المقنعة : ١٢٧ .
٥) المختلف ، الجزء الخامس ٢١٥ . قال فيه : ونحن فى ذلك من المتوقفين .

ومقاصده أربعة :

(الاول) في الموجب : وهوالرمي بالزنا أواللواط .

وكذا لوقال : يا منكوحاً في دبره بأى لغة اتفق ، اذا كانت مفيدة للقذف فى عرف القائل ، ولا يحد مع جهالته فائدتها .

وكذا لوقال لمن أقربينوته : لست ولدى .

ولوقال : زنى بك أبوك ، فالقذف لابيه . أوزنت بك أمك فالقذف لامه .

ولوقال : يابن الزانيين فالقذف لهما .

ويثبت الحد اذا كانا مسلمين ولوكان المواجه كافراً .

ولوقال للمسلم : يابن الزانية وأمه كافرة ، فالاشبه : التعزير ،

القذف لغةالرميبالحجارة ، وشرعاً رميالمسلم الحر الكامل المستتر بالزنا أو اللواط . وهو حرام بنص الكتاب في قوله « ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والاخرة ولهم عذاب عظيم»[1] .

وآيات أخر ذكرناها في الكنز[2] .

والسنة في قوله صلى الله وعليه وآله وسلم : قذف محصنة يحبط عمل مائة سنة[3] . وبالاجماع وهو ظاهر .

قوله : ولو قال للمسلم يابن الزانية وامه كافرة فالاشبه التعزير ، وفى النهاية يحد

---

١) سورة النور : ٢٣ .

٢) كنزالعرفان ٢/٣٤٥ ـ ٣٤٧ .

٣) كنوز الحقايق ٢/٣١ ، الوسائل ١٨/٤٣١ عن عقابالاعمال وفيه قال صلى الله

وفى « النهاية » يحد .

ولو قال يا زوج الزانية فالحد لهـا . ولوقال : يا أبا الزانية ، أويا أخا الزانية فالحد للمنسوبة الى الزنا دون المواجه .

ولوقال: زنيت بفلانة ، فللمواجه حد، وفى ثبوته للمرأة تردد.

وجه الاشبهية أصالة البراءة واشتراط التكافؤ للقاذف أوعلو المقذوف ، وهو اختيار ابن ادريس[1].

قال العلامة في المختلف[1] وهو حسن .

وقال ابن الجنيد والشيخ في النهاية[2] واختاره القاضي بثبوت الحد كملا لحرمة الولد المسلم ، ولرواية عبد الرحمن ابن ابـى عبدالله عن الصادق عليه السلام قال : النصرانية واليهودية تكون تحت المسلم فيقذف ابنها يضرب القاذف لان المسلم قد حصنها[3] . اخرجها الكلينى والشيخ في التهذيب .

قال العلامة في المختلف[4] : ولابأس بالعمل بهذه ، فانها واضحة الطريق. وفيه نظر ، لامكان حمل الضرب علـى التعزير ، وأيضاً ليس فيها دلالة على أن القذف بأمه .

قوله : زنيت بفلانة فللمواجه حد وفى ثبوته للمرأة تردد

عليه وآله وسلم : ومن رمى محصناً أومحصنة أحبط الله عمله وجلد يوم القيامة سبعون الف ملك من بين يديه ومن خلفه ثم يؤمربه الى النار .

١) السرائر : ٤٦٤ ، المختلف الجزء الخامس ٢٢٨ .

٢) النهاية : ٧٢٥ .

٣) الكافى ٢٠٩/٧ ، التهذيب ٧٥/١٠ ـ ٦٧ .

٤) المختلف ، الجزء الخامس ٢٢٨ .

والتعريض يوجب التعزير، وكذا لو قال لامرأته لم أجدك عذراء.

ولو قال لغيره ما يوجب أذى ، كالخسيس والوضيع ، وكذا لو قال يا فاسق ويا شارب الخمر ما لم يكن متظاهراً .

ويثبت القذف بالاقرار مرتين من المكلف الحر المختار أو بشهادة عدلين .

ويشترط في القاذف البلوغ والعقل .

فالصبي لا يحد بالقذف ويعزر ، وكذا المجنون .

(الثاني) في المقذوف .

أما ثبوت الحد للمواجه فاجماعي، وتردد المصنف في ثبوته للمرأة المنسوب اليها الزنا من أن الزنا هنا هل هو فعل واحد اذا ثبت لواحد ثبت للاخر أو فعلان متغايران لا يلزم من الثبوت لواحد ثبوته للاخر .

قال المفيد والشيخ في النهاية والتقي والقاضي بالاول ، لاصالة المطاوعة ولدلالة العرف على النسبة اليهما معاً . وقال ابن ادريس بالثاني ، لان نسبة المزني بها الى الانفعال لا الى الفعل ، والانفعال أعم من المطاوعة أو الاكراه لصدقه حقيقة فيهما، والعام لا دلالة له على الخاص باحدى الدلالات ، ولا حد مع الاحتمال لكونه شبهة فكيف مع عدم السبب المقتضي له صريحاً ، بخلاف النسبة الى الفعل فان المنسوب اليه قادر عليه عالم به ، وذلك يقتضي صدور الفعل من الفاعل قطعاً ، وهو كاف في وجوب الحد اجماعاً . واختاره المصنف في النكت .

واما العلامة فاستشكل في القواعد ، وفي المختلف اختار الاول لمقام انتهاك الحرمة ولانه لو لم يجب هنا لما وجب في قوله منكوحاً في دبره ، لكن اللازم

ويشترط فيه : البلوغ ، وكمال العقل ، والحرية ، والاسلام والستر .

فمن قذف صبياً أو مجنوناً أو مملوكاً أو كافراً أو متظاهراً بالزنى لم يحد بل يعزر، وكذا الاب لو قذف ولده .

ويحد الولد لو قذفه ، وكذا الاقارب .

(الثالث) في الاحكام :

فلو قذف جماعة بلفظ واحد ، فعليه حـد ان جاءوا وطالبوا مجتمعين ، وان افترقوا فلكل واحد حد .

وحد القذف يورث كمـا يورث المال ، ولا يرثه الزوج ولا الزوجة .

باطل فيبطل الملزوم . أما الملازمة : فلان دلالة اللفظ على النسبة اليهما واحدة، فانه كما يحتمل أن تكون هي مكرهة فكذا يحتمل أن يكون هو في قوله منكوحاً في دبره مكرهاً، فلو اقتضى المنع ثمة اقتضاه هنا . وأما بطلان اللازم فللاجماع على ثبوت الحد على القاذف في قوله منكوحاً في دبره .

وهنا فوائد :

(الاولى) لو قال لرجل لطت بفلان فالحكم جار في الموضعين من ثبوته الحد للمواجه اجماعاً وللمنسوب على الخلاف .

(الثانية) مع القول بثبوته لهما قد يجب حدان اذا كانا كاملين، وقد يجب تعزيران اذا كانا ناقصين ، وقد يجب حد وتعزير مع اختلافهما .

ولوقال ابنك زان أوبنتك زانية فالحد لهما .

وقال في « النهاية » : له المطالبة والعفو .

(الثالثة) القذف بالزنا الاكراهي موجب للتعزيرقطعاً ، ويحتمل على ضعف وجوب الحد لتضمنه الغضاضة . والمشهور العدم لعدم النسبة الى فعل قبيح ، ولانه ليس رمياً بالزنا فانالمكره غيرزان، أمالوقذفه. بالزنا مطلقاً ثم ثبتالاكراه فالحد ثابت قطعاً .

قوله : ولو قال ابنك زان أوبنتك زانية فالحدلهما ، وقال فىالنهاية له المطالبة والعفو

هنا فوائد :

(الاولى) لاكلام أنـه لاحد للاب . نعم يثبت له التعزير لانه ممـا يكره المواجهة به .

(الثانية) هـل يثبت الحد للابن أوالبنت مطلقاً . أطلق المصنف الثبوت . وفيه نظر، لجوازكونهماصغيرين أورقيقين ، فالاجودحينئذ التفصيل، وهوثبوت الحدلهما ان كانا كاملين والافالتعزير .

(الثالثة) أطلق الشيخ فـي النهاية [1] أن للاب المطالبة لكون العار لاحقاً به وكل منلحقه العارفله المطالبة . وفيه نظر، لمنـع الكبرى ، فالاولى التفصيل كما اختاره ابن ادريس والعلامة[2] ، وهوثبوت المطالبة مـع الصغر لاغير .

(الرابعة) هل للاب العفو ؟ أطلق الشيخ فـي النهاية [1] ذلك أيضاً . وليس بشيء ،لان الحد للمقذوف فليس لغيره اسقاطه كغير الحد من الحقوق بل المطالبة

---

١) النهاية : ٧٢٤ .

٢) السرائر : ٤٦٣ ، المختلف : الجزء الخامس ٢٢٨ .

ولوورث الحد جماعة فعفا أحدهم كان لمن بقي الاستيفاء على التمام .

ويقتل القاذف في الرابعة اذا حد ثلاثاً ، وقيل في الثالثة .

والحد ثمانون جلدة حراً كان القاذف أوعبداً .

والعفو الى المستحق .

(الخامسة) لو قال ابنك لائط أومنكوح في دبره فالحكم كما تقدم .

قوله : وقيل في الثالثة

تقدم الخلاف في ذلك فلاوجه لاعادته .

قوله : والحد ثمانون جلدة حراً كان القاذف اوعبداً

هذا هوالمشهور، اختاره الشيخ في التهذيب والنهاية والصدوق والمفيد[1] لعموم الاية[2] وعدم ثبوت المخصص .

وقال الشيخ في المبسوط[3] يجب على العبد أربعون لاغير كما يتنصف الحد في الزنا، قيل المخصص رواية القاسم بن سليمان عن الصادق عليه السلام[4] وعمل الصحابة وقوله « ولا تقبلوالهم شهادة »[5] والضمير عائد الى الذين يرمون المحصنات ، فجعل المانع من قبول شهادتهم القذف وهو لايتحقق في العبد ، فيكون المرادبهم الاحرار لان عود الضمير الى بعض أفراد العام يخصصه كما

---

١) التهذيب ١٠/٦٥ ، النهاية : ٧٢٣ ، المقنع : ١٤٩ ، المقنعة : ١٢٧ .

٢) سورة النور : ٤ .

٣) المبسوط ٨/١٦ .

٤) التهذيب ١٠/٧٣ ـ ٧٤ ، الاستبصار ٤/٢٢٩ ـ ٢٣٠ .

٥) سورة النور: ٤ .

ويجلد بثيابه ولا يجرد ، ويضرب متوسطاً .

ولا يعزر الكفار مع التنابز .

(الرابع) فى اللواحق ، وهي مسائل :

(الاولى) يقتل من سب النبى صلى الله عليه وآله وسلم، وكذا من سب أحد الائمة عليهم السلام ، ويحل دمه لكل سامع اذا أمن .

(الثانية) يقتل مدعى النبوة . وكذا من قال لا أدرى محمد ـ عليه الصلاة والسلام ـ صادق أولا ، اذا كان على ظاهر الاسلام .

ثبت في الاصول، وقوله « فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات »[1] ولافرق بين العبد والامة .

وفي الكل نظر ، لان الرواية شاذة ، وعمل الصحابة غير معلوم ، وعود الضمير الى البعض نمنع تخصيصه كما ثبت في الاصول ، مع ثبوت النقض بالكافر فانه يجب عليه كمال الحد ولا تقبل شهادته ، والفاحشة يرادبها الزنا . فالعمل حينئذ على المشهور .

قوله : وقيل لايعزر الكفار مع التنابز[2])

جعل المصنف هذا قولا لقوله « قيل » ، وهو يدل على استضعافه له ، مع أن في بعض نسخ هذا الكتاب يعزر بالاثبات لاالنفي . ووجه العدم ثبوت التعزير من الطرفين فيتهاتران[3]. اللهم الا أن يخشى وقوع فتنة فيجب التعزير. ووجه

---

١) سورة النساء : ٢٥ .

٢) نبزه نبزاً من باب ضرب : لقبه، تنابزوا : نبز بعضهم بعضاً .

٣) تهاتر الرجلان : ادعى كل واحد على الاخر باطلا . تهاترت البينات : تساقطت وبطلت .

(الثالثة) يقتل الساحر اذا كان مسلماً ، ويعزر ان كان كافراً .

(الرابعة) يكره أن يزاد فى تأديب الصبي عن عشرة أسواط . وكذا العبد ، ولو فعل استحب عتقه .

(الخامسة) يعزر من قذف عبده أو أمته ، وكذا كل من فعل محرماً أو ترك واجباً : بما دون الحد .

الفصل الرابع

(في حد المسكر)

الثبوت ان كل من فعل محرماً اوترك واجباًيعزر .

قوله : ولو فعل استحب عتقه

يفهم من كلام الشيخ لزوم عتقه ، وقال ابن ادريس بالاستحباب[1] ، وهو أقوى للاصل وعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم: الناس مسلطون على أموالهم[2].

قوله : الفصل الرابع فى حد المسكر

البحث هنا اما في ماهية المسكر واما في تحريمه واما في كمية [كيفية ن] الحد فالاول قيل هو مايحصل معه اختلال الكلام المنظوم وظهور السر المكتوم، وقيل هو مايغير العقل ويحصل معه نشوة وسرور وقوة نفس في غالب المتناولين وعربدة . أما مايغير العقل لاغير فان حصل معه تغيب الحواس الخمس فهو المرقد وان لم يحصل فهو مفسد العقل كما في البنج والشوكران .

---

١) السرائر : ٤٦٨ .

٢) البحار ٢/٢٧٢ ، عوالى اللئالى ١/١٣٨ .

والنظر فى أمور ثلاثة :

(الاول) فى الموجب : وهو تنـاول المسكر والفقاع اختياراً مع العلم بالتحريم . ويشترط البلوغ ، والعقل .

فالتناول يعم الشارب والمستعمل فى الادوية والاغذية ويتعلق الحكم ولو بالقطرة .

وكذا العصير اذا غلا مالم يذهب ثلثاه ، وكل مـا حصلت فيه الشدة المسكرة .

ويسقط الحد عمن جهل المشروب أو التحريم .

ويثبت بشهادة عدلين أو الاقرار مرتين من مكلف حر مختار.

(الثاني) فى الحد : وهو ثمانون جلدة .

واختلف في الحشيشة هل هـي مفسدة للعقل فيجب فيها التعزير أومسكرة فيجب الحدبعد اتفاق علماء العصر وما قبله علىتحريمها . فالذي اختارالعلامة في القواعد الثاني ، ومنع من أن الحد منوط بالنشوة والعربدة بل يكفي فـيه زوال العقل . مع أنها مسكرة بالتفسير الاول ، لاختلال الكلام وظهور السرمعها.

وقال بعضهم: هي الىالافساد أقرب، لان فعلها السبات وزوال التعقل حتى يصيرمتناولها أشبه شيء بالبهيمة .

وقال بعضهم انأثرها اثارةالخلط الغالب ، فصاحب البلغم يحصل لهالسبات والصمت وصاحب السوداء البكاء والجزع وصاحب الدم السرور بقدر خياله وصاحب الصفراء الحدة ، بخلاف الخمرفانه لاينفك عن النشوة ويبعدعن البكاء والصمت. وهذا ان صح فلاينافي زوال العقل بل هو من مؤكداته .

وأما الثاني فتحريمه معلوم من قوله صلى الله عليه وآله وسلم : كل مسكر حرام [1] ومن الكتاب في آيات أربع :

الاولى : في البقرة « يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير »[2] .

الثانية : في النساء « لاتقربوا الصلاة وأنتم سكارى »[3] .

الثالثة: في المائدة «انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه »[4] .

الرابعة : في الاعراف « قل انما حرم ربى الفواحش ما ظهر منها وما بطن والاثم والبغي بغير الحق »[5] .

والاثم هنا هو الخمر لقول الشاعر :

شربت الاثم حتى ضل عقلي كذاك الاثم يذهب بالعقول[6]

وقد بينا في كتاب الكنز[7] كيفية الاستدلال بهذه الايات على التحريم فليرجع اليه.

وأما الثالث فاتفق علماؤنا على أنه ثمانون جلدة للتظافر من الروايات عن أئمتهم عليهم السلام [8] ،ولما تواتر من قول علي عليه السلام : اذا شرب هذى

---

١) الكافى ٦/٤٠٩ .

٢) سورة البقرة : ٢١٩ .

٣) سورة النساء : ٤٣ .

٤) سورة المائدة: ٩٠ .

٥) سورة الاعراف : ٣٣ .

٦) قال فى مجمع البيان: ٤/٤١٤ والاثم قيل هو الذنوب والمعاصى عن الجبائى ، وقيل: الاثم ما دون الحد عن الفراء، وقيل الاثم : الخمر عن الحسن وانشد الاخفش: شربت الاثم الخ . وذكره فى لسان العرب وفيه : تذهب بالعقول بصيغة التأنيث . وقال فيه : قال ابن سيده : وعندى انه انما سماها اثماً لان شربها اثم .

٧) كنز العرفان ٢/٣٠٤ .

٨) الوسائل ١٨/٤٦٦ الباب ٣ .

واذا هذى افترى واذا افترى جلد ثمانين[1] . وليس ذلك قياساً بل استدلال على المعلوم بما يسلمه الخصم .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) كل ما أسكر كثيره فالقليل منه حرام، ويثبت به جميع أحكام المسكر من الحد والفسق ورد الشهادة ، وذلك اجماع وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ما أسكر كثيره فقليله حرام[2] .

(الثانية) اتفق علماؤنا على أن حكم الفقاع حكم المسكر في الحد والفسق وغيرهما، ولما تواتر عن أئمتهم عليهم السلام، ولقول الرضا عليه السلام وقد سئل عنه فقال : هو خمر مجهول[3] . ولما روي أن علياً عليه السلام رأى بائع فقاع فقال : خمار ما أوقحه .

والمراد بالفقاع مايسمى بين الناس كذلك ، وقيل مايحصل معه النشيش والقفزان ، وقيل ما يفتقر الى خمير ويطول مكثه في الانية ، فان لم يفتقر ولايطول مكثه فهو لايسمى . وذلك مباح .

(الثالثة) اتفق علماؤنا أيضاً على أن عصير العنب اذا غلا حكمه حكم المسكر الا أن يذهب ثلثاه ، وأما عصير الزبيب اذا لم يسكر فالاقرب بقاؤه على الحل وان غلا ، مع احتمال أن يكون كالاول لانه عنب قد جف . والعمل على الاول وكذا عصير التمر غير المسكر الاقوى حله .

(الرابعة) اتفق علماؤنا على أن الخمر وكل مسكر حرام في سائر الشرائع، وأنه لم يبح في ملة قط ، ولما تقدم من وجوب تقرير الاحكام الخمسة في كل شريعة .

---

١) علل الشرائع ٢/٥٤٥ ، وفيه : واذا افترى جلد فوجب عليه حد المفترى .
٢) سنن الترمذى ٤/٢٩٢ ، سنن ابن ماجة ٢/١١٢٥ .
٣) التهذيب ٩/١٢٥ ، الكافى ٦/٤٢٣ ، الاستبصار ٤/٩٥ .

ويستوى فيه الحر والعبد والكافر مع التظاهر .

ويضرب الشارب عرياناً على ظهره وكتفيه ويتقى وجهه وفرجه.

ولا يجد حتى يفيق .

واذا حد مرتين قتل فى الثالثة، وهو المروى .

وقال « الشيخ » فى الخلاف : يقتل في الرابعة .

قوله : ويستوى فيه الحر والعبد

هذا قول الشيخين والقاضي وابن ادريس والمصنف والعلامة ، لرواية ابى بصير عن أحدهما عليهما السلام ان أمير المؤمنين عليه السلام كان يضرب في الخمر والنبيذ ثمانين الحر والعبد ، ولما رواه ابوبكر الحضرمى عن الصادق عليه السلام .

وقال الصدوق ان حد العبد أربعون ، لرواية حماد بن عثمان عن الصادق عليه السلام[1]، ورواية يحيى بن ابى العلا عن الصادق عليه السلام[2] . وحملها الشيخ على التقية . وقال ابن الجنيد : الحد ثمانون ، فان كان السوط مثنى فأربعون .

قوله : قتل فى الثالثة ، وهو المروى، وقال فى الخلاف فى الرابعة

الاول قول المفيد[3] والحسن والتقي وابن ادريس[3] والشيخ في النهاية[3]، لرواية ابى عبيدة في الصحيح عن الصادق عليه السلام[4]، ورواية يونس عن الكاظم

---

١) الكافى ٢٤١/٧ ، التهذيب ٩٢/١٠ ، الاستبصار ٢٣٧/٤ .

٢) التهذيب ٩٣/١٠ ، الاستبصار ٢٣٨/٤ .

٣) المقنعة : ١٢٩ ، السرائر : ٤٥٢ ، النهاية : ٧١٢ .

٤) الكافى ٢١٨/٧ ، التهذيب ٩٥/١٠ .

ولو شرب مراراً ولم يحد كفى حد واحد .

(الثالث) في الاحكام : وفيه مسائل :

(الاولى) لو شهد واحد بشربها وآخر بقيئها حد .

عليه السلام[1] . والثاني قول الشيخ في المبسوط والخلاف[2] لما تقدم في الزنا.

قوله : لوشهد واحد بشربها وآخر بقيئها حد

هذا الحكم مما اتفق عليه الاصحاب . قال الشهيد لم نقف فيه على مخالف، وهو معلوم من قول علي عليه السلام في حق الوليد لما شهد عليه واحد بشربها وآخر بقيئها . فقال علي صلوات الله عليه : ماقاءها والا وقد شربها[3] .

وشرط بعض الاصحاب امكان مجامعة القيء للشرب ، فلوشهد واحد بالقيء في زمان سابق على زمان الشرب لم يثبت الحد . وهو شرط حسن .

قال المصنف في الشرائع[4] : ويلزم على ذلك وجوب الحد لوشهدا بقيئها نظراً الى التعليل المروي، أعني قول علي عليه السلام. ثم قال: وفيه تردد، لاحتمال الاكراه على بعد ، لاصالة صدور الفعل اختياراً ، خصوصاً أنه لو كان واقعاً لادعاه دفعاً عن نفسه الحد ، ولذلك لوادعاه لم يثبت الحد اجماعاً .

---

١) الكافي ٢١٩/٧ ، التهذيب ٩٥/١٠ ، الفقيه ٥١/٤ .

٢) المبسوط ٥٩/٨ ، الخلاف ٢٠٢/٣ .

٣) روى المشائخ الثلاثة في هذا المعنى قضية قدامة بن مظعون اذأتي به الى عمر بن الخطاب فشهدا الشاهدان عليه احدهما بالشرب وثانيهما بالقيء، فأرسل عمر الى ناس من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فيهم اميرالمؤمنين عليه السلام، فقال لاميرالمؤمنين ما تقول يا ابا الحسن فانك الذي قال له رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنت اعلم هذه الامة واقضاها بالحق . الخبر .

راجع الفقيه ٢٦/٣ ، الكافي ٤٠١/٧ ، التهذيب ٢٧٠/٦ .

٤) الشرائع ٣٢٠/٢ .

(الثانية) من شربها مستحلا استتيب ، فان تاب أقيم عليه الحد والا قتل. وقيل : حكمه حكم المرتد ، وهو قوى .

ولا يقتل مستحل غير الخمر بل يحد مستحلا ومحرماً .

(الثالثة) من باع الخمر مستحلا استتيب ، فان تاب والا قتل . وفيما سواها يعزر.

(الرابعة) لوتاب قبل قيام البينة سقط الحد ، ولا يسقط لوتاب بعد البينة ، وبعد الاقرار يتخير الامام فى الاقامة . ومنهم من حتم الحد .

قوله : من شربها مستحلا استتيب فان تاب اقيم عليه الحد والاقتل ، وقيل حكمه حكم المرتد وهوقوى

الاول قول الشيخين[1] واتباعهما للشبهة في ذلك ، ولان قدامة بن مالك لما شرب الخمر مستحلا على عهد ابى بكر وقامت عليه البينة فلم يدر ماحكمه فقال علي صلوات الله عليه : در به على مجالس المهاجرين والانصار فان شهد عليه اثنان أنه سمع آية التحريم فاستتبه فان تاب فاجلده وان ابى فاقتله[2] . والثاني قول التقي وابن ادريس[3] ، لانه أنكر ماعلم تحريمه من الدين ضرورة . وهو أقوى ، وتحمل قضية قدامة على أنه لم يولد على الفطرة .

قوله : وبعد الاقرار يتخير الامام، ومنهم من حتم الحد

---

١) المقنعة : ١٢٨ ، النهاية : ٧١١ .

٢) الارشاد للمفيد : ١٠٧ .

٣) السرائر : ٤٥٣ .

الفصل الخامس

(فى حد السرقة)

وهو يعتمد فصولا :

(الاول) فى السارق :

ويشترط فيه : التكليف ، وارتفاع الشبهة ، وألا يكون الوالد من ولده ، وأن يهتك الحرز ويخرج المتاع بنفسه ويأخذ سراً .

الاول قول الشيخ في النهاية[1]، واختاره العلامة في المختلف[1]، لان التوبة تسقط تحتم الرجم الذي هو أقوى ، فأن تسقط الاضعف أولى . وفيه نظر، للفرق فان الرجم موجب للتلف بخلاف الحد .

والثاني قول الشيخ في المبسوط والخلاف ، واختاره ابن ادريس والمصنف في الشرائع لثبوته بالاقرار فاسقاطه يفتقر الى دليل ، وليس والحمل على الرجم قياس مع وجود الفرق . قال الشهيد رحمه الله ولعله الاقرب .

قوله : والايكون والداً من ولده

أما في الاب فالاجماع عليه ، هل الام كذلك ؟ قال التقي نعم ، واستحسنه العلامة في المختلف[2]، لاشتراكهما في وجوب التعظيم .

---

١) النهاية : ٧١٤ ، المختلف : الجزء الخامس ٢١٦ .

٢) المختلف ، الجزء الخامس ٢٢٤ .

فالقيود اذاً ستة. فلا يحد الطفل، ولا المجنون لكن يعزران.

وفي النهاية يعفى عن الطفل أولا، فان عادأدب، فان عادحكت أنامله حتى تدمى، فان عاد قطعت أنامله، فان عاد قطع كما يقطع البالغ.

قوله: فلايحدالصبى[1] ولاالمجنون لكن يعزران، وفىالنهايةيعفى عن الطفل أولا فان عاد ادب فان عاد حكت انامله حتى تدمى فان عاد قطعت انامله فان عاد قطع كما يقطع البالغ

الاول قول المفيد[2]، واختاره ابـن ادريس[2] والمصنف، لاصالة البراءة واتصافهما بما يوجب رفع القلم. وأما التأديب فليس من باب التكليف بل من وجوب التأديب على الحاكم لاشتماله على المصلحة.

والثاني قوله النهاية[3]، وتابعه القاضي، واختاره العلامة في المختلف[3]، ومستنده رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام[4].

وقال الصدوق في المقنع[5] يعفى عنه، فان عاد قطعت أنامله أوحكت حتى تدمى، فان عاد قطعت أصابعه، فان عاد قطع أسفل من ذلك.

وقال التقي يهدد في الاول وتحك أصابعه بالارض حتى تدمى في الثانية، وقطعت اطراف أنامله الاربع من المفصل الاول في الثالثة، ومن المفصل الثاني في الرابعة، ومن أصول الاصابع في الخامسة. والفتوى على الاول.

---

١) في المختصر النافع ط بمصر: الطفل.

٢) المقنعة: ١٢٩، السرائر: ٤٥٥.

٣) النهاية: ٧١٥، المختلف: الجزء الخامس ٢١٨.

٤) الكافي ٧/ ٢٣٢، التهذيب ١٠/ ١١٨، الاستبصار ٤/ ٢٤٨.

٥) المقنع: ١٥٠.

ولوسرق الشريك ما يظنه نصيباً لم يقطع .

وفى سرقة أحد الغانمين من الغنيمة روايتان، احداهما: لايقطع والاخرى : يقطع لوزاد عن نصيبه قدر النصاب .

قوله : وفى سرقة احد الغانمين من الغنيمة روايتان احداهما لايقطع والاخرى يقطع لوزاد عن نصيبه قدر النصاب

الاولى عن مسمع بن عبدالملك عن الصادق عليه السلام[1] ، ومثلها عن محمد بن قيس عن الباقر عن علي عليه السلام في رجل أخذ نصيبه من المغنم، فقالوا : فدسرق اقطعه . فقال : اني لم أقطع أحداً له فيما أخذ شرك[2] . وعمل عليها المفيد[3] وسلار .

والثانية عن عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام[4] وعمل عليها الشيخ[5]. وهو مقاله ابن الجنيد والقاضي، واستحسنه المصنف في الشرائع[5] ، وأفتى السعيد بالاول[6] . وهو قوي .

وأما رواية عبدالرحمن بن ابى عبدالله عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن البيضة قطع فيها أمير المؤمنين عليه السلام . فقال : كانت بيضة حديد سرقها رجل من المغنم فقطعه[7] . فلا تعارض الرواية الاولى والحكم فيها، لجواز أن يكون السارق ليس من الغانمين .

---

١) الكافى ٧/٢٣١ ، التهذيب ١٠/١٠٥ ، الاستبصار ٤/٢٤١ .

٢) الكافى ٧/٢٢٣ ، التهذيب ١٠/١٠٤ ، الاستبصار ٤/٢٤١ .

٣) المقنعة : ٢١٩ .

٤) التهذيب ١٠/١٠٦ ـ ١٢٩ ، الفقيه ٤/٤٥ ، الاستبصار ٤/٢٤٢ .

٥) النهاية : ٧١٥ ، الشرائع ٢/٣٢١ .

٦) الايضاح ٤/٥٢٥ .

٧) التهذيب ١٠/١٠٥ ، الاستبصار ٤/٢٤١ .

ولوهتك الحرز غيره وأخرج هولم يقطع .

والحروالعبد ، والمسلم والكافر ، والذكروالانثى سواء .

ولا يقطع عبدالانسان بسرقة ماله ، ولا عبدالغنيمة بالسرقة منها.

ويقطع الاجير اذا أحرز المال من دونه على الاظهر .

قوله : ويقطع الاجير اذا أحرز المال من دونه على الاشهر

روى سليمان عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل استأجرأجيراً فسرق من بيته هل تقطع يده ؟ فقال : هذا مؤتمن ليس بسارق[1] . ومثله رواية سماعة عن الصادق عليه السلام[2] ، وروى الحلبى في الحسن عنه عليه السلام أنه قال في رجل استأجرأجيراً وأقعده على متاعه فسرقه . فقال : هو مؤتمن[3] . وعمل على ذلك الصدوق في المقنع والشيخ في النهايه[4] .

وهذه الروايات ليست مشهورة ، بل الروايات الشهيرة ان كل من أحرزمن دونه مال فسرقه فانه يقطع . فلذلك قال المصنف على الاشهر، وهو مذهب ابن ادريس والعلامة وعليه الفتوى مع أن الروايات بعدم القطع تحمل على عدم الاحراز ولفظها يدل على ذلك .

قال الابى[5] لوقال على الاشبه لكان أنسب بقاعدته المرسومة. وهذا غلط منه، فان الاشبه انما يقال على مادلت عليه أصول المذهب ولم تدل عليه رواية والاشهر

---

١) الكافى ٢٢٧/٧ ، التهذيب ١٠٩/١٠ وفى آخر الحديث : هذا خائن .

٢) الكافى ٢٢٨/٧ ، التهذيب ١٠٩/١٠ ، علل الشرائع ٥٣٥/٢ .

٣) الفقيه ٤٣/٤ ، الكافى ٢٢٧/٧ ، التهذيب ١٠٩/١٠ .

٤) المقنع : ١٥١ ، النهاية : ٧١٧ .

٥) قال الابى فى كشف الرموز : فلوقال دام ظله بدل قوله على الاشهر على الاشبه لكان اشبه بالترتيب المرسوم والمعتاد على ما اخترناه .

والزوج والزوجة وكذا الضيف ، وفى رواية لايقطع .
وعلى السارق اعادة المال ولوقطع .
(الثانى) فى المسروق :

ماتدل عليه الروايات فيطرفيهلكن بعضها أشهرفيعمل عليه كما فيهذه المسألة. وجاز أن يكون الاشهرمما يدل عليه أصول المذهب أيضاً فيكون أشبه فيجوز استعمال أي اللفظين كان .

قوله : والزوج والزوجة

أي ويقطع الزوج أوالزوجة لـوسرق أحدهما مـن الاخر مع الاحراز لابدونه .

قوله : وكذا الضيف، وفى رواية لايقطع

هذا أيضاً عطف على قوله « ويقطـع الاجير اذا أحرز المال » ، والخلاف فيه أيضاً مـع الشيخ والصدوق[1] ، فانهما ذهبا الى عدم قطعه لوسرق، استناداً الى رواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام[2] .

وقال الشيخ في الخلاف يقطع مع الاحراز ، وقال في المبسوط ان سرق من البيت الذي نزل به لم يقطع ومن غيره يقطع. ولابن ادريس[3] هنا اضطراب يطول الكتاب بحكايته، والفتوى على ماقاله المصنف .

قوله: وعلى السارق اعادة المال ولوقطع

هذا ليس تنبيهاً على خلاف لنابل هو تنبيه على قول ابى حنيفة فانه قال اذا قطع لم يلزم الغرم .

---

١) النهاية : ٧١٧ ، المقنع : ١٥١ .
٢) الكافى ٧/٢٢٨ ، التهذيب ١٠/١١٠ ، الفقيه ٤/٤٧ ، العلل ٢/٥٣٥ .
٣) السرائر : ٤٥٥ .

ونصاب القطع ربع دينار ، ذهباً خالصاً ، مضروباً بسكة المعاملة أوما قيمته ذلك . ولابد من كونه محرزاً ، بقفل أوغلق أودفن .

وقيل : كل موضع ليس لغير المالك دخوله الاباذنه فهوحرز .

قوله : ونصاب القطع ربع دينار

هذا قول اكثر علمائنا ، وقال الحسن دينار فصاعداً، وقال ابن الجنيد خمس دينار، وروى درهمين. والفتوى على قول الاكثر، وتحمل الرواية على خلافه على اختلاف أسعار الفضة من الذهب .

قوله : ولابد من كونه محرزاً بقفل أوغلق اودفن ، وقيل كل موضع ليس لغير المالك دخوله الاباذنه فهوحرز

اتفق الفقهاء الاداود على اشتراط الحرز في السرقة وعلى أنه لاحقيقة شرعية للحرز فيرجع فيه الى العرف ، ثم اختلف اهل العرف فيه على أقوال :

(الاول) دوام الملاحظة كمال في الصحراء ، وهو ملاحظة برقيب دائم الملاحظة له ، فان لم يتفق دوام الملاحظة فيعتبر حصانة الموضع المحرز فيه ووثاقته بقفل أوغلق محكم أودفن في داخله ممايعد عرفاً حرزاً لذلك المال وان ينضم الى الحصانة المذكورة الملاحظة المعتادة وان لم تدم. وهو اختيار الشيخ في المبسوط .

(الثاني) نقل في المبسوط أن الحرز كل موضع ليس لغير المالك أو المتصرف فيه دخوله الاباذنه .

(الثالث) قال في النهاية كل موضع لم يكن لغير المتصرف الدخول اليه الا باذنه أويكون مقفلا عليه أومدفوناً .

(الرابع) قال ابن ادريس : المراعاة بالعين ليست حرزاً ، بل الذي يقتضيه أصول المذهب انه ماكان مقفلا أومغلقاً أومدفوناً .

ثم اعلم أنه هل يختلف الحرز باختلاف المال أم لا ؟ قال الشيخ في المبسوط بالاول، فان الخضروات في الدكاكين من وراء شريجة[1] يقفل أو يغلق حرز لها، وليس ذلك حرزاً للذهب والفضة والجوهر والاقمشة النفيسة . وحكى عن قوم الثاني وهو أنه اذا كان الشيء حرزاً لشيء فهو حرز لسائر الاشياء ولايكون الشيء حرزاً لشيء دون شيء . قال : وهو الذي يقوى في نفسي ، وهذا يدل على تردده .

والحق الاول، فان العرف والعقل المعاشي يقتضي ذلك، فان من وضع الذهب أو الفضة أو الجوهر خلف الشريجة أو باب الحضيرة لايعد عرفاً محرزاً له ، ومن وضع البصل أو البقل في صندوق بقفل أو في بيت مقفلا يعد مبالغاً في الحفظ، وربما عد لئيماً لو كان البصل أو البقل له . وحيث أن المرجع في ذلك الى العرف فلنذكر أشياء تعد عرفاً حرزاً وان لم تكن بقفل أو غلق أو دفن :

« الاول » ـ المراح للشاة أو البقرة أو الابل وشبهها حرز مع المراعاة أو الربط أو العقال .

« الثاني » ـ الاصطبل حرز للدابة وشبهها مع الغلق أو المراعاة .

« الثالث » ـ العيبة للمسافر حرز للقماش أو الذهب أو الفضة مع الخياطة والحزم ، والقطار حرز للجمل المقطر لكن مع القائد والسائق ، أما مع عدم السائق فلايحرز القائد الا ماكان في يده لاغير .

(الخامس) الراعي اذا أشرف على الغنم قام مراعياً لها فحرز ولايحرزها مع قعوده واتكائه وان راعاها .

---

١) الشريجة وزان كريمة شيء ينسج من سعف النخل ونحوه ويحمل فيه البطيخ وغيره والجمع شرائج . والشريجة أيضاً ما يضم من القصب ويجعل على الحوانيت كالابواب .

ولا يقطع مـن سرق من المواضع المأذون فى غشيانهـا ، كالحمامات ، والمساجد .

وقيل اذا كان المالك مراعياً للمال كان محرزاً .

ولا يقطع من سرق من جيب انسان أو كمه الظاهرين ، ويقطع لو كانا باطنين .

ولا يقطع فى الثمر على الشجر ، ويقطع سارقه بعد احرازه .

وكذا لايقطع فى سرقة مأكول ، فى عام مجاعة .

قوله: ولا يقطع من سرق من المواضع المأذون فى غشيانها كالحمامات والمساجد

هذا هو المشهور ، وقال الحسن يقطع من أي موضع سرق من بيت أو سوق أو مسجد وغير ذلك ، فان قصد مـع الاحراز أو المراعاة فمسلم والا فهو في موضع المنع .

قوله : وقيل اذا كان المالك مراعياً للمال كان محرزاً

تقدم أن هذا قول الشيخ في المبسوط ومنعه ابن ادريس .

قوله : ولايقطع فى الثمر على الشجر ويقطع سارقه بعد احرازه

أما الثاني فلا خلاف فيه ، فانه بعـد احرازه كغيره من الامتعة ، وأما الاول فأطلق المصنف وغيره عدم القطع فيـه ، والعلامة قيد عدم القطع بأن لايكون عليه حائط ، فلو كان الثمر محرزاً فيقطع سارقه .

قوله : وكذا لايقطع فى سرقة مأكول عام سنة ١)

---

١) وكذا فى متن الرياض واما فى المختصر النافع ط بمصر : فى عام مجاعة .

ويقطع من سرق مملوكاً ، ولو كان حراً فباعه قطع لفساده ، لاحداً .

يريد بالسنة العام المجدب[1]، فهومن باب اضافة العام الى الخاص، كحركة نقلة . ومن الباب قوله تعالى « ولقد أخذنا آل فرعون بالسنين »[2] أي بسنين القحط .

قوله: ويقطع من سرق مملوكاً، ولو كان حراً فباعه قطع لفساده لاحداً

اسم كان هنا محذوف تقديره ولو كان المسروق حراً ، حذف لدلالة سياق الكلام عليه .

اذا عرفت هذا فما ذكره المصنف مذهب الشيخ في النهاية[3] والمفيد في المقنعة ، وقال في الخلاف[4] وان سرق حراً صغيراً فلا قطع عليه ، وبه قال ابوحنيفه والشافعي ، وقال مالك عليه القطع . وقدروى ذلك أصحابنا .

واستدل على عدم القطع بأن الحر ليس بمال فلاقيمة له ، وعلى القطع بعموم قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما »[5] ولم يفرق .

والمشهور مذهبه في النهاية ، واستدل عليه العلامة في المختلف[6] بأن وجوب القطع في سرقة المال انما كان لصيانته وحراسته وحراسة النفس أولى فوجوب

---

١) الجدب هو المحل وزناً ومعنى ، وهو انقطاع المطر ويبس الارض .
٢) سورة الاعراف : ١٣٠ .
٣) النهاية: ٧٢٢ . ولم اعثر على المسألة فى المقنعة بعد الفحص الكثير عن مظانها.
٤) الخلاف ٣/١٩٨ .
٥) سورة المائدة : ٣٨ .
٦) المختلف ، الجزء الخامس ٢٢٥ .

ويقطع سارق الكفن لان القبر حرز له .

ويشترط بلوغه النصاب ، وقيل : لايشترط ، لانه ليس حد السرقة ، بل لحسم الجرأة .

ولونبش ولم يأخذ عزر ولوتكرر وفات السلطان جاز قتله ردعاً.

القطع فيه أولى ، لا من حيث أنه سارق مال بل من حيث أنه من المفسدين .

وهذا الوجه ان كان من باب القياس فلايحسن للعلامة الاستدل به ،لانه ليس من مذهبه القياس، وان كان من التنبيه فلمانع أن يمنع وجوب القطع لصيانة المال فقط والالوجب قطع الغاصب للمال وليس كذلك .

قوله : ويقطع سارق الكفن

ويشترط بلوغه النصاب ، وقيل لايشترط لانه ليس حداً للسرقة بل لحسم الجرأة .

ولونبش ولم يأخذ عزر ، ولوتكرر وفات السلطان جاز قتله ردعاً .

هنا فوائد :

(الاولى) اتفق العلماء على أن القبر حرز للكفن لانه محله واحرازه بالدفن وهتك حرزه بالنبش ، اما غير الكفن فقال العلامة في المختلف[1] ان القبر ليس حرزاً له للاصل . وفيه نظر من حيث أنهم جعلوا الدفن من أقسام الحرز .

(الثانية) هل يشترط بلوغ قيمته نصاباً حتى يقطع أم لا ؟ فيه أقوال : قال المفيد[2] والتقي وسلار نعم لانهم قيدوا القطع فيه ببلوغ النصاب ، وقال بعضهم لايشترط . وفي كلام الشيخ في النهاية احتمال الامرين الاشتراط وعدمه .

---

١) المختلف ، الجزء الخامس ٢٢٢ .

٢) المقنعة : ١٢٩ .

وقال ابن ادريس : يشترط في المرة الاولى لافيما بعدها ، محتجاً بقولهم عليهم السلام : فسارق موتاكم كسارق أحياكم[1] ، ومن سرق من الحي دون ربع دينار لاقطع عليه وأما فيما بعدها فلايشترط ، لانه يقطع لفساده لالكونه سارقاً . وبذلك يجمع بين الاخبار ، لان فيها ما يدل على القطع مطلقاً وفيها مايدل على القطع مع بلوغ النصاب .

ثم قال بعد كلام : الذي اعتمد عليه وأفتي به قطع النباش اذا أخرج الكفن، سواء كانت قيمته نصاباً أو أقل أو اكثر في الدفعة الاولى أو الثانية .

وهذا يدل على اضطرابه وتردده في هذه المسألة ، والمعتمد ما قاله المفيد واتباعه لقول علي عليه السلام : انا لنقطع لاموتنا كما نقطع لاحيائنا[2] . والتشبيه يستدعي الاشتراط في الاموات بما يشترط في الاحياء .

(الثالثة) لونبش ولم يخرج شيئاً لم يكن عليه قطع بل يعزر ويؤدب ، فان تكرر منه ذلك من غير اخراج قال القاضي أدب لاغير، وقيل يقطع لفساده . قاله العلامة في المختلف[3] جمعاً بين الروايات .

(الرابعة) لوتكرر منه النبش والاخراج ثلاثاً أو اكثر وفات السلطان لم يقدر عليه الابعد حين ، قال المفيد[4] تخير السلطان بين عقوبته وقطعه ، ومثله قال التقي ، وقال القاضي كان له قتله ليرتدع غيره في المستقبل عن مثل ذلك . وظاهر المصنف اختيار قوله، وورد في الحديث أن علياً عليه السلام امر أن تطأه الرجال حتى يموت[5] .

---

١) الوسائل ١٨/ ٥١٠ باب ١٩ من كتاب الحدود .

٢) الفقيه ٤/ ٤٧ ، التهذيب ١٠/ ١١٦ ، الاستبصار ٤/ ٢٤٦ .

٣) المختلف ، الجزء الخامس ٢٢٣ .

٤) المقنعة : ١٣٠ .

٥) النهاية: ٧١٨ ، المختلف: الجزء الخامس ٢١٩ .

(الثالث) يثبت الموجب بالاقرار مرتين أوبشهادة عدلين، ولو أقر مرة عزر ولم يقطع .

ويشترط فى المقر: التكليف ،والحرية ، والاختيار. ولو أقر بالضرب لم يقطع .

نعم لورد السرقة بعينها قطع ،وقيل : لايقطع لتطرق الاحتمال وهو أشبه .

(الخامسة) المطالبة هنا للوارث ، قاله ابن ادريس، لماورد أن الكفن يرجع اليهم اذا أخذ الميت سيل أواكلته السباع . وهذا متجه فـي اخراج الكفن من غير تكرار ، أما مع عدم الاخراج أوالتكرار ثلاثاً فمازاد فلا يتوقف على مطالبة الوارث بل للسلطان التعزير أو القتل مطلقاً .

قوله : ولو قربالضرب لم يقطع . نعم لورد السرقة بعينها قطع، وقيل لايقطع لتطرق الاحتمال ، وهو اشبه

الاول قول الشيخ في النهاية ، ورجحه العلامة في المختلف[1] ، لوجود القرينة وهورد العين كدلالة قيء الخمر على شربه ، ولما رواه سليمان بن خالد في الحسن عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل سرق سرقة فكابرعليها فضرب فجاء بها بعينها فهل يجب عليه القطع؟ قال : نعم ولكن اذا اعترف ولم يجيء بالسرقة لم تقطع يده لانه اعترف على العذاب[2] .

والثاني قول ابـن ادريس ، وهـو اختيار المصنف ومقرب العلامة فـي

---

١) النهاية : ٧١٨ ، المختلف الجزء الخامس ٢١٩ .

٢) الكافى ٢٢٣/٧ ، التهذيب ١٠٦/١٠ .

ولوأقر مرتين تحتم القطع ولوأنكر .

(الرابع) فى الحد .

وهـو قطع الاصابع الاربع من يـد اليمنى ، وتترك الراحـة والابهام .

ولوسرق بعدذلك قطعت رجله اليسرى من مفصل القدم ويترك العقب .

القواعد[1] ، لان الاقرار مكرهاً لايثبت شيئاً ، ورد العين لايدل على السرقة لانه أعم من ذلك ، لجواز الايداع عنده أوعدم مباشرة الاخراج أوغير ذلك والدماء مبنية على الاحتياط .

واختاره السعيد[2] ، قال : والرواية لاتـدل على الاقرار مرتين ولامرة فلا تدل على المطلوب .

قوله : ولواقرمرتين تحتم القطع ولوانكر

هذا قول الشيخ في المبسوط[3] وابن ادريس[3] ، وقال في النهاية[4] يسقط القطع مع انكاره بعد الاقرار، واختاره العلامة في المختلف[5] لان رجوعه كالتوبة ولرواية جميل عن الصادق عليه السلام[6] . قال في المبسوط[7] حمله على الزاني

---

١) القواعد ، الفصل الثانى من المقصد السادس من كتاب الحدود .

٢) الايضاح ٤/٥٣٨ .

٣) المبسوط ٨/٤٠ ، السرائر : ٤٥٦ .

٤) النهاية : ٧١٨ .

٥) المختلف ، الجزء الخامس ٢١٩ .

٦) الفقيه ٤/٤٣ ، الكافى ٧/٢١٩ ، التهذيب ١٠/١٢٩ ، الاستبصار ٤/٢٥٠ .

٧) المبسوط ٨/٤٠ .

ولوسرق ثلاثة حبس دائماً .

ولوسرق فى السجن قتل .

ولوتكررت السرقة من غير حد كفى حد واحد .

ولا يقطع اليسار مع وجود اليمنى بل يقطع اليمنى ولوكانت شلاء .

وكذا لوكانت اليسار شلاء .

ولولم يكن يسار قطع اليمنى ، وفى الرواية : لايقطع .

وقال الشيخ « فى النهاية » : ولو لم يكن يسار قطعت رجله اليسرى ، ولولم يكن له رجل لم يكن عليه أكثر من الحبس . وفى الكل تردد .

قياس ، وروى ابن مسلم والحلبى عن الصادق عليه السلام : اذا أقر ثم جحد فاقطعه ولورغم أنفه[1] .

قوله : ولايقطع اليسار مع وجود اليمين بل تقطع اليمين ولوكانت شلاء[2] ، ولولم تكن يسار قطعت اليمنى ، وفى رواية لاتقطع . قال فى النهاية ولولم يكن يسار قطعت رجله اليسرى ولولم يكن له رجل لم يكن عليه اكثرمن الحبس ، وفى الكل تردد

وتفصيل هذه الجملة بمسائل :

(الاولى) انه لايجوز الانتقال الى قطع اليسرى في المرة الاولى مع وجود

---

١) الوسائل ١٨/٣١٨ الباب ١٢ من ابواب مقدمات الحدود واحكامها .

٢) فى المختصر النافع ط بمصر هكذا بعد « شلاء » : وكذا لوكانت اليسار شلاء.

اليمين ، بل يتحتم قطع اليد اليمنى ولو كانت شلاء سواء كانت اليسرى مع ذلك شلاء أولم تكن ، لان في العدول الى اليسرى خروج عن مورد النص .

هذا قول الشيخ في النهاية[1] والصدوق[1] وابن ادريس[1] ، والمستند رواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام في الصحيح في رجل أشل اليد اليمنى او أشل الشمال سرق . قال : تقطع يده اليمنى على كل حال[2] .

وقال الشيخ في المبسوط[3] : ان قال أهل العلم بالطب أن الشلاء متى قطعت بقيت أفواه العروق مفتحة كانت كالمعدومة، وان قالوا تندمل قطعت الشلاء. وتابعه القاضي وابن حمزة .

واختاره العلامة في المختلف[4] ، لان الحد اذا لم يكن قتلا ينبغي فيه الاحتياط التام في الاحتفاظ والتقدير حصول الحذر فيسقط احتياطاً في بقاء النفس. وتحمل الرواية المذكورة على حالة عدم خوف التلف . وما ذكره رحمه الله قريب .

وقال ابن الجنيد : ان كانت اليسار شلاء أوقطعت في قصاص لم تقطع اليمين ولا الرجل وانتقل الى السجن ، والا قطعت اليمين ولو كانت شلاء . ومستنده رواية المفضل بن صالح عن بعض أصحابه عن الصادق عليه السلام قال : اذا سرق الرجل ويده اليسرى شلاء لم تقطع يمينه ولا رجله[5] .

---

١) النهاية : ٧١٧ ، الفقيه ٤/٤٧ ، السرائر : ٤٥٦ .

٢) العلل ٢/٥٣٧ ، الكافي ٧/٢٢٥ ، التهذيب ١٠/٢٠٨ ، الاستبصار ٤/٢٤٢.

٣) المبسوط ٨/٣٨ .

٤) المختلف ، الجزء الخامس ٢٢٣ .

٥) التهذيب ١٠/١٠٨ ، الاستبصار ٤/٢٤٢ ، وتمام الخبر : وان اشل ثم قطع يد رجل قص منه يعني لاتقطع في السرقة ولكن يقطع في القصاص .

(الثانية) لوسرق ثانياً بعد قطع اليمين وانتقل القطع الى رجله اليسرى فاتفق كونها شلاء تحتم قطعها كما قلنا أولا ، والخلاف هنا كالخلاف هناك .

(الثالثة) لوسرق في المرة الاولى وله يمين ولكن ليس له يسرى هل تقطع يده اليمنى الموجودة أم لا ؟ قال المصنف نعم ولو صار اكنع[1]. وفي رواية عبدالرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام[2] قال : اذا لم تكن له يسار لاتقطع اليمين لئلا يبقى بلايدين، فلذلك قال في النهاية[3] يقطع الرجل اليسرى ولو لم تكن حبس لئلا يتعطل الحد . وما ذكره ليس في الرواية .

(الرابعة) لوسرق وله يمين فاتفق ذهابها قبل القطع لم تقطع يساره الموجودة قطعاً لتعلق الحكم بالذاهبة .

(الخامسة) لو سرق ولا يمين له ، قال الشيخ في النهاية[4] قطعت يده اليسرى ، واختاره العلامة في القواعد[4] وقال في المبسوط[5] ينتقل الى رجله واختاره القاضي .

وقال ابن حمزة : ان قطعت اليمنى قصاصاً قطعت يساره والا فرجله ، هذا أما لولم تكن له يسار فانه ينتقل الى الرجل، ولوسرق ولايد له ولارجل حبس. قاله المصنف في الشرائع والعلامة في القواعد[6] .

قال المصنف هنا وفي الشرائع: وفى الكل تردد[7] من حيث أنه تخط عن

---

١) الاكنع : الاشل والذى تشنجت يده .

٢) التهذيب ١٠/١٠٨ .

٣) النهاية : ٧١٧ .

٤) النهاية : ٧١٧ ، القواعد : الفصل الثالث من المقصدالسادس من كتاب الحدود.

٥) المبسوط : ٨/٣٩ .

٦) الشرائع : ٢/٣٢٣ وراجع القواعد : الفصل الثالث من المقصد السادس من كتاب الحدود .

٧) فى الشرائع: وفى الكل اشكال من حيث انه تخط . اى تخط عما عينه الشارع.

ويسقط الحد بالتوبة قبل البينة لا بعدها .

ويتخير الامام معها بعـد الاقرار فى الاقامة ، على رواية فيها ضعف .

والاشبه تحتم الحد .

موضع القطع فيقف على اذن الشارع وهو مفقود .

قوله : ويتخير الامام معها بعد الاقرار فى الاقامة على رواية فيها ضعف ، والاشبه تحتم الحد

الاول ـ وهو التخيير ـ قول الشيخ في النهاية[1] والتقي اعتماداً على الرواية المذكورة، وهي رواية ابى عبدالله البرقي عن بعض أصحابه عن بعض الصادقين عليهم السلام قال : جاء رجل الى أمير المؤمنين عليه السلام فأقر بسرقة فقال له أمير المؤمنين عليه السلام : أتقرأ شيئاً من كتاب الله . قال : نعم سورة البقرة . قال : قد وهبت يدك بسورة البقرة . قال : فقال الاشعث : أتعطل حداً من حدود الله . قال: وما يدريك ماهذا اذا قامت البينة فليس للامام أن يعفو واذا أقر الرجل على نفسه فذاك الى الامام ان شاء عفى وان شاء قطع[2].

والثاني قول ابن ادريس[3] ناقلا قول الشيخ في المبسوط[3] فيه ، فانه جعل ذلك هو الذي يقتضيه مذهبنا ، لان حمله على الزنا قياس لانقول به .

واختاره العلامة في القواعد[3] ، وقال فى المختلف[4] بالاول، قال : وليس

---

١) النهاية : ٧١٨ .

٢) الفقيه ٤/٤٤ ، التهذيب ١٠/١٢٩ ، الاستبصار ٤/٢٥٢ .

٣) السرائر : ٤٥٦ ، المبسوط ٨/٤٠، القواعد: الفصل الثانى من المقصد الثالث من كتاب الحدود .

٤) المختلف ، الجزء الخامس ٢١٩ .

ولا يضمن سراية الحد .

الخامس في اللواحق ، وفيه مسائل :

ذاك قياساً بل بطريق الاولى، فان المسقط لاقوى الذنبين أولى بالاسقاط لادناهما.

وفيه نظر، لانه لايلزم من اسقاط حد أحد الذنبين لامر ـ وهو ان فائت الدم لايستدرك وان الحياة مطلوبة للشارع ـ اسقاطه لحد الذنب الذي ليس فيه ذلك الامر . هذا مع أن الرواية به ضعيفة ، لانقطاع وسطها ، فلذلك قال المصنف الاشبه تحتم الحد لحصوله عن اقرار العاقل على نفسه . والاصل عدم سقوط مقتضى اقراره مع الانكار الا في موضع الاتفاق .

قوله : ولايضمن سراية الحد

لاخلاف في عدم ضمان سراية الحد ، لقولهم عليهم السلام متواتراً : من حددناه حداً من حدودالله فمات فليس له شيء[1] .

وهل حكم التعزير كذلك؟ قيل نعم ، وهواختيار الشيخ في الخلاف وابن ادريس لاصالة البراءة فالشغل يحتاج الى دليل ، ولانه أيضاً حد من حدود الله لكنه غير مقدر .

ونقل في المبسوط انه اذا عزرالامام رجلا فمات فله كمال الدية لانه ضرب تأديب ، قال: وأين تجب . قال : قوم في بيت المال . وهوالذى يقتضيه مذهبنا وقال قوم هوعلى عاقلته. قال وان قلنا نحن لاضمان عليه أصلا كان قوياً، لما روي

---

١) الفقيه ٤/ ٥١ وفيه : من ضربناه حداً من حدود الله فمات فلادية له علينا ، ومن ضربناه حداً من حدود الناس فمات فان ديته علينا . الكافى ٧/ ٢٩٢ ، التهذيب ١٠/ ٢٠٨ الاستبصار ٤/ ٢٧٩ ، وفى المصادر الاخيرة: ومن ضربناه حداً فى شيء من حدود الناس .

(الاولى) اذا سرق اثنان نصاباً ، قال فى « النهاية » : يقطعان . وفى الخلاف : اشترط نصيب كل واحد نصاباً .

(الثانية) لوقامت الحجة بالسرقة ثم أمسك ليقطع ثم شهدت عليه بأخرى قال « فى النهاية » قطعت يده بالاولى ورجله بالاخرى،

عن أمير المؤمنين عليه السلام: من أقمنا عليه حداً من حدود الله فلا ضمان، وهذا حد وان كان غير معين . ثم قال : والذي قلناه أحوط . وأما الكفارة فمنهم من قال في ماله لانه قاتل خطأ ، وقال آخرون على بيت المال لان خطأه يكثر فيذهب ماله في الكفارات . وهو الذي يقتضيه مذهبنا .

قال العلامة في المختلف : وهذا يدل على تردده، وهو في موضع التردد.

قوله : اذا سرق اثنان نصاباً قال فى النهاية يقطعان ، وفى الخلاف اشترط بلوغ نصيب كل واحد نصاباً

قال بالاول السيد المرتضى والقاضي والتقي وابن حمزة ، ووجهه كونهما آتياً بالموجب ـ وهو اخراج النصاب ـ وكذا لو كانوا أكثر .

وقال بالثاني ابن الجنيد وابن ادريس والعلامة في المختلف[1] ، لاصالة البراءة ولان كل واحد منهم لم يأت بالموجب فلا قطع عليه ، أما الاول فلانه لولاه لزم اجتماع العلل الكثيرة على المعلول الواحد بالشخص وقد منع منه في الكلام، وأما الثاني فلان الصادر حينئذ من كل واحد بعض الموجب وذلك غير موجب للقطع .

قوله: ولوقامت الحجة بالسرقة ثم امسك ليقطع ثم شهدت عليه بأخرى قال فى النهاية قطعت يده بالاولى ورجله بالاخرى، وبه رواية . والاولى

---

١) المختلف ، الجزء الخامس ٢٢٠ .

وبه رواية .

والاولى التمسك بعصمة الدم الا فى موضع اليقين .

(الثالثة) قطع السارق موقوف على مرافعة المسروق منه .

فلو لم يرافعه لم يرفعه الامام ، ولو رافعه لم يسقط الحد ولو وهبه قطع .

التمسك بعصمة الدم الافى موضع اليقين

الرواية هي مارواه بكيربن أعين عن الباقرعليه‌السلام، وعمل بها الصدوق والشيخ في النهاية[1] والتقي. وقال في المبسوط[2]: لاقطع بالشهادة الثانية لعدم تأخرالسرقة عن‌القطع الاول بل الكل سابق على القطع وان تأخرت البينة به ، كما لو زنا أوشرب مراراً ثم قامت البينة عليه بالجميع فانه يكفي حد واحد .

وبذلك قال ابن ادريس[3] والمصنف ، والرواية في طريقها سهل بن زياد، وهوضعيف . قال العلامة في المختلف[4]: التحقيق أن نقول ان شهدت البينات بسرقات متعددة قبل‌القطع فعليه قطع واحد،فان‌عفا الاول قطع للثاني وبالعكس وان شهد بعضهم بعد قطعه لم يقطع ويقطع على أسبق الشهادات عنـد الحاكم سواء كانت متقدمة أو متأخرة .

---

١) النهاية : ٧١٩ .

٢) المبسوط ٣٨/٨ .

٣) السرائر:٤٥٧ .

٤) المختلف ، الجزء الخامس ٢٢٠ .

الفصل السادس

(فى المحارب)

وهو كل مجرد سلاحاً فى بر أو بحر ، ليلا أو نهاراً ، لاخافة السابلة وان لم يكن من أهلها على الاشبه .

ويثبت ذلك بالاقرار ولو مرة أو بشهادة عدلين .

ولو شهد بعض اللصوص على بعض لم تقبل ، وكذا لو شهد بعض المأخوذين لبعض .

وحده : القتل ، أو الصلب ، أو القطع مخالفاً ، أو النفى .

وللاصحاب اختلاف، قال المفيد : بالتخيير وهو الوجه .

قوله : وهوكل مجرد سلاحاً فى برأوبحر ليلا اونهاراً لاخافة السابلة وان لم يكن من اهلها على الاشبه

هذا قول ابن ادريس[1] ، وهو الاشبه بأصول المذهب وعموم الاية يؤيده .

وقال الشيخان[2] : لابد من كونه من أهل الريبة والا لم يكن محارباً .

وهل يشترط مع قصده الاخافة قدرته عليها أولا ؟ فيه احتمالان : أحدهما نعم يشترط والا لما كان في تجريده السلاح فائدة ، وثانيهما لايشترط لعموم الاية ويجتزى بقصده ، ولذلك أطلق الاصحاب تعريفه ولم يشترطوا القدرة .

قوله: وللاصحاب اختلاف، قال المفيد[3]) بالتخيير وهوالوجه، وقال

---

١) السرائر: ٤٦٠ .

٢) النهاية: ٧٢٠ .

٣) المقنعة: ١٣٠ .

وقال الشيخ: بالترتيب يقتل ان قتل، ولو عفا ولى الدم قتل حداً.

ولو قتل وأخذ المال استعيد منه وقطعت يده اليمنى ورجله اليسرى، ثم قتل وصلب.

وان أخذ المال ولم يقتل قطع مخالفاً ونفى.

ولو جرح ولم يأخذ المال اقتص منه ونفى.

ولو شهر السلاح نفى لاغير.

ولو تاب قبل القدرة عليه سقطت العقوبة ولم تسقط حقوق الناس.

ولو تاب بعد ذلك لم تسقط.

الشيخ[1] بالترتيب

حجة المفيد صريح الاية، وهو قوله « ان يقتلوا أويصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أوينفوا من الارض ». وما رواه جميل بن دراج في الحسن عن الصادق عليه السلام قال: ذلك الى الامام ان شاء قطع وان شاء صلب وان شاء نفى وان شاء قتل. قلت: النفي الى أين؟ قال: ينفى من مصر الى مصر آخر. وقال: ان علياً عليه السلام نفى رجلين من الكوفة الى البصرة[2]. وبذلك أفتى سلار وابن ادريس، وحجة الشيخ رواية عبدالله المدائني عن الصادق عليه السلام[3].

---

١) النهاية: ٧٢٠.

٢) التهذيب ١٠/١٣٣.

٣) التهذيب ١٠/١٣٢.

ويصلب المحارب حيـاً على القول بالتخيير ، ومقتولا على القول الاخر .

ولا يترك على خشبته أكثر من ثلاثة أيام ، وينزل ويغسل على القول بصلبه حياً ويكفن ويصلى عليه ويدفن .

وينفى المحارب عن بلده ويكتب بالمنع من مؤاكلته ومجالسته ومعاملته حتى يتوب .

واللص محارب ، وللانسان دفعـه اذا غلب السلامـة ، ولا ضمان على الدافع .

ويذهب دم المدفوع هدراً . وكذا لو كابر امرأة على نفسها ،

فوائد :

(الاولى) قال المفيد وابن الجنيد اذا قتل تحتم قتله اما بصلب أو غيره ، وسواء قتل مكافئاً أولا ، وسواء عفى ولي الدم أولم يعف . قال ابن ادريس[1]: وليس للامام نفيه من دون قتله. قال العلامة في المختلف عقيبه: وهو جيد[2].

وفيه نظر، لان ذلك ينافي القول بالتخيير الذي هو فتوى الثلاثة المذكورين. اللهم الا أن يقال : التخيير فيما عدا القتل وهو قول ثالث لامستند له .

(الثانية) قال الشيخ في المبسوط[3] انه يصلب بعد قتله ، وقال المفيد[4] انه

---

١) السرائر: ٤٦٠ .

٢) المختلف ، الجزء الخامس ٢٢٧ .

٣) المبسوط ٤٨/٨ .

٤) المقنعة ١٣٠، قال فيه : وجب قتلهم على كل حال بالسيف والصلب حتى يموتوا

أو غلاما فدفع فأدى الى تلفه ، أو دخل داراً فزجره ولم يخرج فأدى الزجر والدفع الى تلفه ، أو ذهاب بعض أعضائه ، ولو ظن العطب سلم المال .

ولا يقطع المستلب ولا المختلس والمحتال ، ولا المبنج ولا من سقي غيره مرقداً ، بل يستعاد منهم ماأخذوا ، ويعزرون بما يردع.

الفصل السابع
(في اتيان البهائم ووطء الاموات وما يتبعه)

اذا وطيء البالغ العاقل بهيمة مأكولة اللحم ، كالشاة والبقرة ، حرم لحمها ولحم نسلها .

يصلب حياً ، وبه قال ابن ادريس[1]. فعلى قوليهما ينزل ويغسل ويصلى عليه ، وعلى قول الشيخ يؤمر بالغسل أولا والتكفين والتحنيط ثم لايغسل بعد صلبه .

(الثالثة) قال ابن ادريس : يقطع اذا أخذ المال وان لم يكن نصاباً ولا من حرز ، وللشيخ في المبسوط قولان . واختار العلامة في المختلف قول ابن ادريس ، لان المحاربة حكم خاص ليس على حد السرقة .

(الرابعة) هل حكم المحارب فيما ذكر يختص بالرجال أو يعم الرجال والنساء ؟ قال الشيخ في الخلاف بالثاني، ومثله قال ابن الجنيد الا القتل فانهن

ولم يتركوا على وجه الارض احياء .

١) السرائر : ٤٦١ .

ولو اشتبهت فـي قطيع قسم نصفين وأقرع هكذا حتى تبقى واحدة فتذبح وتحرق ويغرم قيمتها ان لم يكن له .

ولو كان المهم مـا يركب ظهرها لا لحملها كالبغل والحمار والدابة أغرم ثمنها ان لم تكن له ، وأخرجت الى غير بلده وبيعت .

وفي الصدقة بثمنها قـولان ، والاشبه : أنه يعاد عليه ، ويعزر

لايقتلن .

وقال ابن ادريس بالاول ، قال : وتمسك الشيخ بظاهر الاية ضعيف ، لانها خطاب للمذكرين دون الاناث، ودخول النسـاء في خطاب الرجال على طريق التبع مجاز ، والكلام يحمل على الحقيقة .

واختار العـلامة في المختلف قـول الشيخ ، لرواية محمد بن مسلم في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال : من شهر السلاح في مصر من الامصار فقتل اقتص منـه[1] . ولفظة « من » يتناول القسمين بالحقيقة اجماعاً ، لان تعليق الحكم على الوصف مشعر بالعلية .

ثم ان ابن ادريس قال بعد ذلك: قد بينا أن أحكام المحاربين تتعلق بالرجال والنساء على ما فصلناه ، وهو يدل على اضطرابه .

قوله : وفي الصدقة بثمنها قولان ، والاشبه انه يعاد عليه

اذا وطىء بهيمة غير مقصودة بالاكل كالبغل والحمار والفرس تتعلق بذلك الفعل أحكام :

الاول : انها تخرج من بلد الفعل وتباع في غيره لئلا يعير الواطىء بذلك كما روي .

---

١) التهذيب ١٠/١٣٢ وفيه : « فعقر » مكان « فقتل » .

الثانـي : انه يغرم الواطىء لمالكها قيمتها لكونه سبباً فـي الحيلولة بين المالك وماله .

الثالث : مع بيعها وقبض الثمن ما يفعل به ، قال المفيد[1] يتصدق به على الفقراء والمساكين عقوبة له ورجاء لتكفيرذنبه ، وقال الشيخ في النهاية[2] وابن ادريس[3] يدفع اليه لاصالة براءة الذمة من الصـدقة ، ولانه بدفـع القيمة الى المالك ملكها فيكون العوض له، ويكفي في العقوبة الحيلولة بينه وبينها بالبيـع. واختاره المصنف والعلامة .

وكذا لو كانت الدابـة للواطىء وبيعت ، فان الثمن يتصدق به على قول المفيد ويدفع اليه على قول الشيخ . ولو بيعت بأزيد من الثمن فحكم الزائـد حكم الاصل على القولين ، ويحتمل ثالث وهو الرد على المالك الاصلي لعدم خروجها عن ملكه بالوطىء وانما أخذ القيمة للحيلولة .

الرابـع : هل يحرم لحم هـذه أم لا ؟ يحتمل التحريم لانها دابة موطوءة محللة في الاصل فيـدخل تحت عموم النص الدال على تحريم اللحم ، ولان الوطىء يحرم المباحة الاكل طلقاً فتحريمه للمكروهة أولى. وهومقرب العلامة في القواعد. ويحتمل عدم التحريم لانه قسيم مايفعل بالمأكولة اللحم مع الوطىء فيكون حكمها مغائراً للمباحة طلقاً .

الخامس: انه يحرم استعمال جلد المباحة لمكان الامر باحراقها مع جلدها، وأما جلدها فانه تابـع لتحريم لحمها ، فان قلنا بتحريمه حرم استعمال الجلد أيضاً وان لم نقل لم يحرم .

---

١) المقنعة: ١٢٦ .

٢) النهاية: ٧٠٩ .

٣) السرائر:٤٥١ .

الواطىء على التقديرين. ويثبت هذا الحكم بشهادة عدلين أو الاقرار ولو مرة .

ولا يثبت بشهادة النساء منفردات ولا منضمات .

ولو تكرر الوطء مع التعزير ثلاثاً ، قتل في الرابعة .

ووطء الميتة كـوطء الحية فـي الحد واعتبار الاحصان ، ويغلظ هنا .

ولو كانت زوجة فلا حد ويعزر .

ولا يثبت الا بأربعة شهود ، وفي رواية يكفي اثنان لانها شهادة

قوله : ويثبت هذا الحكم بشهادة عدلين أوالاقرار ولومرة

هذا هوالمشهور بين الاصحاب، وقال ابن ادريس[1] يثبت بالاقرار مرتين. وظاهر أنه لايثبت بالاقرار مرة .

قال المصنف في الشرائع[2] : وهو غلط ، والتحقيق أنه ان كانت الدابة له ثبت بالمرة الواحدة التعزيروالاحراق، لعموم قوله عليه السلام: اقرارالعقلاء على انفسهم جائز[3]، وكذا ان كانت لغيره ثبت التعزير لاغيرولا يثبت الحيلولة بين المالك ودابتـه ، ويحتمل أنه مع تلف الدابة يثبت الغرم لقيمتها لاعترافه بسبب الغرم .

قوله : ولايثبت الابأربعة شهود ، وفي رواية يكفي اثنان لانها شهادة

---

١) السرائر: ٤٥١ .

٢) الشرائع ٢/٣٢٦ .

٣) العوالي ١/٢٢٣ ، الوسائل ١٦/١٣٣ .

على واحد .

ومن لاط بميت كمن لاط بحى ويعزر زيادة على الحد .

ومن استمنى بيده عزر بما يراه الامام .

على واحد

الاول قـول ابن ادريس[1] لانه زنا وكل زنا لايثبت بدون الاربعة ، ولان شهادة الواحد قذف فلا يندفع الحد الا بتكملة الاربعة .

والثاني قول الشيخ في النهاية[2] ، لانها شهادة على فعل واحد وهوالزاني الحي بخلاف الشهادة على الزنا بالحية فانه شهادة على فعلين ، ولذلك اكتفى في البهيمة بشاهـدين لانها شهادة على فعل مكلف واحد . ووافق ابن ادريس على ذلك .

قال بعض الفقهاء: نسب المصنف هذا الى رواية ولم أقف علىرواية بذلك في شيء من الاصول .

قلت: المصنف أعرف بما قال، وأنا وقفت على ذلك في رواية تشتملعلى مسائل سألها ابن ابى العوجاء الصادق جعفر بن محمد عليه السلام ، وقد سأله عن هذه المسألة فأجاب عليه السلام بما قلناه ، وهو أنها شهادة على فعل واحد.

اذا عرفت هذا فحكم الاقرار هنا حكم الشهادة ، ان قلنا بالاربعة فالاقرار كذلك وان قلنا بالاثنين فالاقرار كذلك .

قوله : من استمنى بيده عزر بما يراه الامام

روى الشيخ عن البـاقر عليـه السلام والصادق عليه السلام من طريقين أن أميرالمؤمنين اتي برجلعبث بذكره فضرب يده حتى أحمرت وزوجه من بيت

---

١) السرائر: ٤٥١ .

٢) النهاية : ٧٠٨ .

ويثبت بشهادة عدلين أو الاقرار مرتين. ولو قيل: يكفى المرة كان حسناً .

المال[1] . وفي طريق أحدهما محمدبن سنان وطلحة بن زيد، والاول ينسب الى الغلو والثاني عامي وقيل بتري ، وفي الطريق الاخرابن فضال وهوواقفي لكنهما من المشاهير .

قوله : ولوقيل تكفى المرة كان حسناً

وجه ذلك عموم الخبر المذكور ، فانه عام في المقر والمقر له والمقربه. وقال ابن ادريس[2] يثبت بالاقرارمرتين، ففهم منه المصنف أنه لايثبت بدونهما، فقال في الشرائع[3]: وهو وهم . أي رأي باطل، فان الوهم يطلق على مرجوح الظن ، وعلى القوة المدركة للمعاني الجزئية ، وعلى الرأي الباطل .

---

١) التهذيب ١٠/٦٣ ، ٦٤ .

٢) السرائر:٤٥١ .

٣) الشرائع ٢/٣٢٦ .

كتاب القصاص

قوله : كتاب القصاص

القصاص فعال ، من قص أثره أي تبعه. والمراد هنا هو القود ، يقال اقتص الامير فلاناً من فلان اذا اقتص منه له ، فكأن الولي تتبع أثر الجاني ففعل مثل فعله .

وقد يعبر عن هذا الباب بالجنايات والجناية لغة : ايصال مكروه الى غير مستحقه[1] .

وأصل مشروعية القصاص الاية الكريمة ، وهي قوله « ولكم في القصاص حياة »[2] وغيرها من الايات . وقدبينا في الكنز[3] شرح ذلك ، وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لو اجتمعت ربيعة ومضرعلى قتل امرىء مسلم قيدوا به[4] .

---

١) فى المصباح : وجنى على قومه جناية اى اذنب ذنباً يؤاخذ به ، وغلبت الجناية فى ألسنة الفقهاء على الجرح والقطع ، والجمع جنايات وجنايا مثل عطايا قليل فيه .

٢) سورة البقرة: ١٧٩ .

٣) كنز العرفان ٢ /٣٥٧ .

٤) المستدرك ، الباب الثانى من ابواب القصاص فى النفس . وفيه : « لقدتهم به »

يقال أقدت القاتل بالقتيل اذا قتلته به .

وهنا فوائد :

(الاولى) القتل من أعظم الكبائر ، قال الله سبحانه « ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها »[1]. وقال النبى صلى الله عليه وآله وسلم: أول مايحكم الله عزوجل فيه يوم القيامة الدماء فيوقف ابنا آدم فيفصل بينهما، ثم الذين يلونهما من أصحاب الدماء حتى لايبقى منهم أحد ، ثم الناس بعد ذلك حتى يأتي المقتول بقاتله فيتشخب في دمه وجهه فيقول : هذا قتلني .فيقول: أنت قتلته ؟ فلايستطيع بعد ذلك أن يكتم الله حديثاً [2] .

وعن الصادق عليه السلام في رجل يقتل رجلاً مؤمناً ، فقال : يقال له مت أي ميتة شئت يهودياً وان شئت نصرانياً وان شئت مجوسياً [3] .

ومر النبى صلى الله عليه وآله وسلم بقتيل فقال: من لهذا ؟ فلم يذكر له أحد، فغضب ثم قال : والذي نفسي بيده لو أشترك فيه أهـل السماء والارض لاكبهم الله في النار[4] .

(الثانية) هل تقبل توبة قاتل العمد أم لا ؟ قال ابن عباس رحمه الله : لاتقبل لان قوله تعالى « ومن يقتل مؤمناً متعمداً » الاية نزلت بعد قوله « ولاتقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق »[5] الستة أشهر ولم يدخلها نسخ .

والصحيح أنها تقبل، لعموم قوله تعالى « وهو الذي يقبل التوبة عن عباده »[6]

وليس فيه « امرىء » .

١) سورة النساء : ٩٣ .

٢) الكافى ٢٧١/٧ ، الفقيه ٦٩/٤ .

٣) الكافى ٢٧٣/٧ ، التهذيب ١٦٥/١٠ ، الفقيه ٦٩/٤ .

٤) المستدرك ، الباب الثانى من ابواب القصاص فى النفس .

٥) سورة الانعام : ١٥١ .

٦) سورة الشورى : ٢٥ .

وهو: اما في النفس واما في الطرف . والقود موجبه : ازهاق البالغ العاقل النفس المعصومة المكافئة عمداً .

لكن على تفصيل يأتي .

(الثالثة) القتل يشتمل على حقوق ثلاثة :

حق الله تعالى ، وهو المخالفة بارتكاب هذا الذنب العظيم ، وهو يسقط بالاستغفار والندم وفعل الكفارة .

وحق الوارث ، وهو يسقط بتسليم نفسه اليهم ليقتصوا أو يعفوا أو ياخذوا الدية.

وحق المقتول ، وهو الالام التى أدخلها القاتل عليه بقتله ، وذلك لايسقطها الا القصاص في الاخرة أو عفو المقتول يوم القيامة .

ويمكن حمل قول ابن عباس على ذلك، وحينئذ تكون الاية التي استدل بها وان لم يدخلها نسخ لكن دخلها التخصيص .

ثم الغرض من هذا الكتاب البحث اما عن الجناية وكيفيتها أو عن ما يثبت به أو عن كيفية الاستيفاء من الجاني، وذلك يأتي في أبواب تذكر من ذلك مواضع الالتباس والاشكال والخلاف على ما قررناه في خطبة الكتاب .

قوله : والقود موجبه ازهاق البالغ العاقل النفس المعصومة المكافئة عمداً

قال الجوهري : زهقت نفسه وتزهق زهوقاً أي خرجت ، وفي الحديث ان النحر بالحلق واللبة ، واقروا الانفس حتى تزهق[1]، وقال تعالى « وتزهق أنفسهم وهم كافرون »[2] وقال المؤرج : المزهق بكسر الهاء القاتل والمزهق بفتحها

---

١) لسان العرب ١٠/ ١٤٧ وفيه : ان النحر في الحلق واللبة ، واقروا الانفس حتى تزهق اى حتى تخرج الروح من الذبيحة ولا يبقى فيها حركة ثم تسلخ وتقطع .

أقول : اللبة : موضع الذبح والتاء زائدة .

٢) سورة التوبة : ٥٥ .

ويتحقق العمد بالقصد الى القتل بما يقتل ولو نادراً، أوالقتل بما يقتل غالباً وان لم يقصد القتل. ولوقتل بما لايقتل غالباً ولم يقصد القتل فاتفق، فالاشهر: أنه خطأ كالضرب بالحصاة والعود الخفيف.

أمـا الرمي بالحجر الغامز أوبالسهم المحدد فانه يوجب القود

المقتول.

اذا عرفت هذا فالازهاق هنا الاخراج مجازاً، فان النفس ليست داخلة في البدن حقيقة بل لها تعلق به تعلق التدبير، فازهاقها اخراجها عـن ذلك التعلق لااخراجها عن محل داخلة فيه، وبيان ذلك في علم الكلام.

وتقييده بالبالغ العاقل ليخرج الصبى والمجنون، فان عمدهما خطأ.

وتقييد النفس بالمعصومة احتراز من نفس اباح الشارع ازهاقها كالحربى والزاني محصناً، «وبالمكافئه» ليخرج غير المكافئة كالعبد والذمي لوأزهقهما حرمسلم و«عمداً» منصوب على التمييز وهوقيد في الازهاق فانه قدلايكون عمداً فلايكون موجباً للقود وانما موجبه العمد المحض. ويأتي تفسيره.

وقيده في الشرائع[1] بالعدوان، فيخرج المقتول قصاصاً. ولاحاجة اليه، فان الجاني غير معصوم بالنسبة الى الولي فيكون خارجاً بقيد المعصومة ولهذا لم يقيده هنا.

قوله: ويتحقق العمد بالقصد الى القتل بما يقتل ولونادراً والقتل بما يقتل غالباً وان لم يقصد القتل، ولوقتل بمالايقتل غالباً ولم يقصد القتل فاتفق فالاشهر انه خطأ كالضرب بالحصاة والعود الخفيف

---

١) الشرائع ٢/٣٢٧.

لوقتل .

وكذا لوالقاه فـي النار أوضربه بعصا مكرراً ما لايحتمله مثله فمات .

وكذا لو ألقاه الى الحوت فابتلعه أو الى الاسد فافترسه لانـه كالالة عادة .

واوأمسك واحد وقتل الاخر ونظرالثالث ، فالقود على القاتل ، ويحبس الممسك أبداً ، وتفقأ عين الناظر .

ولو أكره على القتل فالقصاص على القاتل لا المكره .

وكذا لوأمره بالقتل ، فالقصاص على المباشر ويحبس الامر أبداً .

اعلم أن القتل العمدي يحصل مفهومه باعتبارين :

أحدهما لا[1] باعتبار الالة ، وهو ان الفاعل اما أن يقصد الفعل أولا. والثاني الخطأ المحض .

والاول اما أن يقصدالقتل أولا والثاني الشبيه والاول العمد.

وثانيهما باعتبار الالة ، وهـوأن الفاعل ان قصد الفعل بما يقتل غالباً فقتل فذلك عمد قطعاً ، وان قصد الفعل بمالايقتل غالباً فاتفق القتل فاما أن يقصد القتل أولا ، والاول عمد أيضاً على الاشبه نظراً الى قصده القتل ، فيدخل تحت عموم قوله « ومن يقتل مؤمناً متعمداً »[2] وقول الصادق عليه السلام : كلماعمد به الضرب

---

١) فى نسخة : احدهما باعتبار الفاعل .

٢) سورة النساء : ٩٣ .

ولو كان المأمور عبده، فقولان، أشبههما أنه كغيره . والمروى يقتل به السيد، قال في الخلاف: ان كان العبد صغيراً أو مجنوناً سقط القود ووجبت الدية على المولى .

ففيه القود[1] . والثاني فيه روايتان ، ففي رواية ابان بن عثمان عن الصادق عليه السلام انه خطأ[2] ، وفي رواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام : لو أن رجلا ضرب رجلا بحربة أو آجرة أو عود فمات كان عمداً[3]. وهذه أشهر، لكن يجمع بينهما بأنه عمل لا يوجب قوداً بل دية ، لان التهجم على الدماء خطر .

قوله : ولو كان المأمور عبده فقولان اشبههما انه كغيره ، والمروى انه يقتل به السيد، وفى الخلاف ان كان العبد صغيراً اومجنوناً سقط القود ووجبت الدية على المولى

تقدم في باب الحسبة أنه لا تقية في الدماء وانه لا يتحقق الاكراه في القتل بل القصاص على المباشر وان كان مكرهاً . هذا مع بلوغ المباشر وعقله ، أما مع صغره وجنونه فان القصاص على المكره ، ولان الصغير والمجنون كالآلة بالنسبة اليه .

ولو أمر السيد عبده أو اكرهه فقال الشيخ في النهاية[4] وجب على العبد القود دون السيد ويحبس المولى أبداً . قال : وروي أنه يقتل السيد ويستودع العبد السجن . والمعتمد ما قلناه . ومثله قال في المبسوط[5] .

---

1) التهذيب ١٠/١٥٥ ، الكافى ٧/٢٧٨ فى الاخير : فعليه القود .
2) التهذيب ١٠/١٥٧ ، الكافى ٧/٢٨٠ .
3) الكافى ٧/٢٧٩ ، الفقيه ٤/٨١ ، التهذيب ١٠/١٥٦ .
4) النهاية : ٧٤٧ .
5) المبسوط ٧/٤٢ .

وقال في الخلاف[1] بعد حكاية ماقال في النهاية: الوجه في ذلك أنه ان كان العبد عاقلا عالماً ان ما أمر به معصية فالقود عليه، وان كان صغيراً أو كبيراً لاتمييز له ويعتقد أن كل مايأمره سيده وجب عليه فعله كان القود على السيد . ثم قال : والاقوى في نفسي أنه ان كان العبد عالماً بأنه لايستحق القتل اومتمكناً من العلم فعليه القود ، وان كان صغيراً أومجنوناً فانه يسقط القود ويجب فيه الدية .

وقال التقي : ان اعتاد السيد أمر العبد بذلك قتل السيد وخلد العبد السجن. واختار ابن ادريس[2] ما قواه الشيخ في الخلاف ، واحتج على سقوط القود عن السيد بأنه غير قاتل والزمناه الدية ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لايطل دم امرىء مسلم[3] . فلولم نلزمه الدية لزم اطلال دمه .

والمصنف اختار أنه كغيره، وهومدلول كلام المبسوط كمايجيء، والرواية المشار اليها عن السكوني عن الصادق عليه السلام : ان امير المؤمنين عليه السلام قال : هل عبد الرجل الا كسيفه يقتل السيد ويستودع العبد السجن[4] . وفي رواية اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام : يقتل السيد[5] .

وقال العلامة في المختلف[6]: الوجه مافصله الشيخ في المبسوط من أنه ان كان العبد كبيراً عاقلا مميزاً فالقود عليه وان كان صغيراً اومجنوناً فعلى السيد، أما الاول فلان الكبير عاقل وأمر السيد أواكراهه لايخرجه عن ذلك فيكون كالحر ، وأما

---

١) الخلاف ٣/٩٨ .

٢) السرائر : ٤٢٣ .

٣) التهذيب ١٠/٢٠٥ ، العوالي ٢/١٦٠ .

٤) التهذيب ١٠/٢٢٠ ، الكافي ٧/٢٨٥ وفي الاخير : الا كسوطه أوكسيفه .

٥) التهذيب ١٠/٢٢٠ ، الكافي ٧/٢٨٥ .

٦) المختلف ، الجزء الخامس ٢٤٠ ، ٢٤١ .

ولوجرح جان فسرت الجناية دخل قصاص الطرف في النفس، أما لوجرحه وقتله ، فقولان : أحدهما لايدخل قصاص الطرف في النفس ، والاخر : يدخل . وفي « النهـاية » : ان فرقه لم يدخل ، ومستندها رواية محمد بن قيس .

وتدخل دية الطرف في دية النفس اجماعاً .

مسائل من الاشتراك :

(الاولى) لواشترك جماعة في قتل حرمسلم فللولي قتل الجميع، ويرد على كل واحد مافضل من ديته عن جنايته .

الثاني فلانهما كالالة . وتحمل روايتا السكوني واسحاق على صغر العبد أوجنونه وهذا التفصيل عليه الفتوى .

قوله : اما لوجرحه وقتله فقولان : احدهما لايدخل قصاص الطرف فى النفس ، والاخر يدخل . وفى النهاية ان فرقه لم يدخل ، ومستندها رواية محمد بن قيس[1])

يريد أنه لوجرحه جرحاً غير قاتل ثـم قتله هـل يدخل قصاص الطرف في قصاص النفس ـ كمافي الجرح اذا سرى الى النفس ـ أم لا؟ قال الشيخ في المبسوط والخلاف يدخل، وهورواية ابى عبيدة عن الباقر عليه السلام[2]). وقال في موضع آخر من المبسوط لايدخل بل يقتص في الطرف ثم يقتل لادخاله عليه المين . وفصل في النهاية بأنه ان كان بضربتين لم يتداخلا وان كان بضربة دخل، واختاره

---

١) التهذيب ١٠/٢٥٢ .

٢) التهذيب ١٠/ ٢٥٣ ، الفقيه ٤/٩٨ .

وله قتل البعض ويرد الاخرون قدر جنايتهم فان فضل للمقتولين فضل قام به الولي وان فضل منهم كان له .

(الثانية) يقتص من الجماعة في الاطراف كما يقتص في النفس ، فلو قطع يده جماعة كان له التخيير في قطع الجميع ويرد فاضل الدية ، وله قطع البعض ويرد عليهم الاخرون .

(الثالثة) لو اشتركت في قتله امرأتان قتلتا ولا رد اذ لا فاضل لهما، ولو كان أكثر رد الفاضل ان قتلهن ، وان قتل بعضاً رد البعض الاخر .

المصنف في الشرائع .

قوله : فان فضل للمقتولين فضل قام به الولى وان فضل منهم كان له

هنا فوائد :

(الاولى) أجمع الفقهاء على أنه اذا قتل جماعة واحداً جاز للولي قتلهم ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لو اجتمعت ربيعة ومضر على قتل رجل مسلم قيدوا به[1]. لكن هل يرد الولي عليهم مافضل من دياتهم أم لا ؟ قال أصحابنا نعم يرد والالزم ادخال الظلم على القاتلين ، وقال بعض العامة لارد .

(الثانية) لو قتل الجماعة واحداً فأقسامه ثلاثة :

« ١ » ـ أن لايفضل ولايزيد ، كما لو قتل امرأتان رجلا فان للولي قتلهما ولا فضل حينئذ .

---

١) المستدرك ، الباب الثانى من ابواب القصاص فى النفس ، العوالى ٢/١٥٨ .

ولو اشترك رجل وامرأة فللولي قتلهما ويختص الرجل بالرد . والمفيد : جعل الرد أثلاثاً. ولو قتل الرجل ردت عليه نصف ديته . ولوقتل المرأة فلا رد له وله مطالبة الرجل بنصف الدية .

« ٢ » ـ أن يفضل للمقتولين ، كما لوقتل رجلان أوأزيد رجلافقتلهم الولي فانه يلزمه الزائد عن دية مورثه .

« ٣ » ـ أن يفضل عنهم ، كما لوقتل عبدان أوأمرة حرة وأمة رجلا ونقصت القيمة عن الدية ، فان للولي قتل العبدين أوالمرأة والامة ويكون الفاضل من دية الرجل للولي، لكن لارجوع له به على أحد عملا بقوله صلى الله عليه وآله وسلم: لايجني الجاني على اكثر من نفسه[1] .

(الثالثه) للولي قتل البعض ، وأقسامه أيضاً ثلاثة :

« ١ » ـ أن لايفضل على الولي فضل ، كما لوقتل رجلا من اثنين فان الرد يختص بالباقي منهما وليس على الولي شيء .

« ٢ » ـ أن يفضل للمقتولين فضل فيرده الولي، كما لوقتل رجلين من ثلاثة فان الولي يرد دية والثالث يرد ثلثا وهو الفاضل للمقتولين .

« ٣ » ـ أن يفضل من المقتولين فضل ، كما لوقتل رجل وخنثى رجلافقتل الولي الخنثى فان الرجل يرد خمسمائة دينار لورثة الخنثى مائتان وخمسون ديناراً وللولي مائتان وخمسون ديناراً .

قوله : ولواشترك رجل وامرأة فللولى قتلهما ويختص الرجل بالرد والمفيد جعل الرد اثلاثاً، ولوقتل الرجل ردت عليه نصف ديته

---

١) سنن الترمذى ٤/٤٦١ ، ٥/٢٧٣ ، سنن ابن ماجة ٢/٨٩٠ وفيهما : الالايجنى جان الاعلى نفسه . ولفظ الحديث فى التهذيب ١٠/١٨٢ ، الاستبصار ٤/٢٦٧ .

(الرابعة) لو اشترك حر وعبد في قتل حر عمداً ، قال في « النهاية » : له قتلهما ويرد على سيد العبد نصف قيمته ، وله قتل الحر ويرد عليه سيد العبد خمسة آلاف درهم أو يسلم العبد اليهم أو يقتلوا العبد وليس لمولاه على الحر سبيل .

والحق أن نصف الجناية على الحر ، ونصفها على العبد ، فلو قتلهما الولي رد على الحر نصف ديته وعلى مولى العبد مافضل من

هنا مسألتان :

(الاولى) أنه قتلهما معاً ، وحينئذ يبقى عليه فضل فلمن يكون ذلك الفضل ؟ قال الشيخ اتباعه يكون للرجل لان عليه نصف الدية فيبقى له نصف بخلاف المرأة فان عليها نصفاً وديتها النصف فلايبقى لهاشيء فيكون الرجل هو صاحب الرد. وقال المفيد في المقنعة[1] بل الرد يكون أثلاثاً على قدر الدية، فيكون ثلث الرد وهو سدس الدية للمرأة وثلثاه وهو السدسان للرجل . لكن لاشاهد له بذلك.

(الثانية) أنه قتل الرجل خاصة فترد المرأة قدر جنايتها ـ وهو نصف الدية ـ على ورثة الرجل . وقال الشيخ في النهاية [2] تؤدي نصف ديتها وهو مائتان وخمسون ديناراً . وهو مع خلوه عن الشاهد لاوجه له .

قوله: ولواشترك حروعبد فى قتل حرعمداً قال فى النهاية له قتلهما ويرد على سيد العبد قيمته٣) وله قتل الحر ويرد عليه سيد العبد خمسة آلاف درهم اويسلم العبد اليهم اويقتلوا العبد وليس لمولاه على الحر سبيل

---

١) المقنعة: ١١٩.

٢) النهاية: ٧٤٥.

٣) كذا فى المختصر النافع المخطوط عندنا والنهاية المطبوع ببيروت . واما فى المختصر النافع ط بمصر ٢٩٣ : نصف قيمته .

قيمته عن نصف الدية. ولو قتل الحرر مولى العبد عليه نصف الدية أودفع العبد مالم تزد قيمته عن النصف فتكون الزيادة للمولى. ولو قتل العبد رد على المولى مافضل عن نصف الدية ان كان في العبد فضل .

ولو قتلت امرأة وعبد فعلى كل واحد منهما نصف الدية ، فلو قتل العبد وكانت قيمته بقـدر جنايته فلا رد فان زادت ردت على مولاه الزيادة .

الفول فى الشرائط المعتبرة في القصاص ، وهي خمسة :

في هذه المسألة للاصحاب أقوال :

(الاول) قول الشيخ في النهاية[1] ، وقد حكاه المصنف ، وبه قال المفيد[2] والقاضي .

وفيه نظر من وجوه :

« ١ » ـ عدم الردعلى الرجل باطل ، لان عليه نصف الجناية فيبقى له نصف. وكونه يرد على سيد العبد قيمته لاوجه له، لانه يخرج العبد عن كونه جانياً، بل يرد عليه الزائد عن نصف الدية ان اتفق .

« ٢ » ـ كون السيد يرد على الحر نصف الدية لوقتل الحر لاوجه له أيضاً لانه انما يلزمه ذلك لوزادت قيمة العبد عن النصف أووفت به ، أما لونقصت عنه فانما تلزمه القيمة لاغير .

---

١) النهاية: ٧٤٥ .

٢) المقنعة: ١١٩ .

« ٣ » ـ كونه مع قتل العبد ليس لمولاه على الحر سبيل لاوجه له بل ذلك مع عدم زيادة القيمة عن النصف ، أما مع الزيادة عنه فيلزم الحر تلك الزيادة وباقي نصف الدية للاولياء .

(الثاني) قول التقي : ان اختار قتلهما رد قيمة العبد على سيده وورثة الحر، وان اختار قتل الحر فعلى السيد نصف ديته لورثته ، وان اختار قتل العبد قتله ويؤدي الحر الى سيده نصف قيمته .

وفيه أيضاً نظر ، لان من قتلهما يرد القيمة تامة على السيد لاوجه له بل يرد على الورثة نصف الدية وعلى السيد الزائد عن النصف ان اتفق ، وكذا لو قتل الحر انما يرد السيد النصف مع زيادة القيمة ، أما مع نقصها فلا يلزمه الا ذلك.

(الثالث) قول السيد ابن زهرة أنه مع قتل الحر على سيد العبد لورثته نصف الدية أو يسلم العبد اليهم ، وان قتل العبد كان جائزاً بلا خلاف بين أصحابنا . وليس لسيد العبد على الحر سبيل عند الاكثر منهم ، وهو الظاهر في الروايات . ومنهم من قال يؤدي الحر الى السيد نصف القيمة، وان اختار الولي قتلهما كان له ذلك بلا خلاف بين أصحابنا . ومنهم من قال يشترط أن يؤدوا قيمة العبد الى سيده خاصة ، ومنهم من قال والى ورثة الحر أيضاً .

(الرابع) قول ابن ادريس[1] : قال بعض أصحابنا في كتابه انه مع اختيار الولي الدية فعلى الحر النصف وعلى السيد النصف ، وان اختار قتل العبد قتله ويؤدي الحر الى سيده نصف قيمته . قال : وهو الذي تقضيه أصول مذهبنا .

(الخامس) قول الشيخ في الاستبصار أنه اذا قتل الولي الحر يجب على سيد العبد أن يرد على ورثة المقتول الثاني نصف الدية أو يسلم العبد اليهم، لانه

---

١) السرائر: ٤٢٣ .

لو كان حراً لكان عليه ذلك على مابينا، فحكم العبد حكمه على السواء. قال ابن ادريس[1] : وهو رجوع عما قاله في نهايته . ونعم الرجوع الى الحق .

(السادس) ماذكره المصنف في المتن ، وهو ظاهر. وذكر في الشرائع[2] مايقارب ذلك .

وللعلامة في المختلف[3] هنا توجيه حسن فلنحكه ، وتقريره أن نقول : اما أن تزيد قيمة العبد على جنايته أولا، وعلى التقديرين اما أن يختار الولي قتلهما أوقتل الحر أو قتل العبد أو الدية ، فالاقسام ثمانية : أربعة في طرف الزيادة وأربعة في طرف عدمها ، أما الزيادة :

فالاول : أن يختار قتلهما معاً ، فله ذلك ويرد على الحر نصف ديته وعلى السيد الزيادة مالم تتجاوز القيمة دية الحر فيرد اليها ، ويؤدي نصف دية الحر لا غير الى السيد كما أدى الى الحر .

الثاني : مقابله ، أي يختار الدية منهما ، فعلى الحر النصف وعلى السيد نصف ، أو يسلم ما قابل النصف من العبد الى الولي ليسترقه .

الثالث : أن يختار قتل الحر ، فيؤدي السيد الى الحر نصف ديته أويسلم اليه من العبد ماقابل نصف ديته ليسترقه ، وليس للحر ولا لورثته قتله .

الرابع : أن يختار قتل العبد ، فيؤدي الحر الى سيده مازاد عن نصف الدية ثم ان قصرت الزيادة عن نصف دية الحر أدى الحر الى المولى تمام النصف وان لم يقصر لم يؤد الى المولى شيئاً .

وأما طرف العدم :

---

١) السرائر: ٤٢٣ .

٢) الشرائع ٢ / ٣٣٠ .

٣) المختلف ، الجزء الخامس ٢٣٩ .

(الاول) : الحرية . فيقتل الحر بالحر ولا رد ، وبالحرة مع الرد ، والحرة بالحرة وبالحر . وهل يؤخذ منهما الفضل؟ الاصح: لا ، وتتساوى المرأة والرجل في الجراح قصاصاً ودية حتى يبلغ ثلث دية الحر فتنصف ديتها ويقتص لها مع رد التفاوت ، وله منها

فالاول : أن يختار الولي قتلهما فله ذلك ولاشيء له على سيد العبد ، سواء قصرت قيمته عن نصف الدية أولا . ولاشيء أيضاً للحر على السيد ، ويؤدي الولي الى الحر نصف ديته سواء قصرت قيمة العبد عن نصف الدية أوساوته .

الثاني : أن يختار الدية ، فعلى الحر نصفها وعلى السيد النصف الاخر أويسلم العبدالى ولي المقتول ان شاء استرقه وان شاء قتله أوباعه، وليس على سيد العبد ولاعلى الحر الشريك تكميل مانقص عن نصف دية الحر لو كان هناك نقصان.

الثالث : أن يختار قتل الحر فله ذلك ويؤدي السيد الى ورثة الحر نصف ديته أويسلم العبد اليهم ليسترقوه وليس لهم قتله ، فان كانت قيمته بقدر نصف الدية فلا بحث وان نقصت كان على أولياء المقتول أن يؤدوا الى ورثة الحر قدر النقصان لانهم ليس لهم اكثر ممايجب عليه .

الرابع : أن يختار قتل العبد ، فليس لسيده على الحر سبيل بل يؤدي الحر الى ولي المقتول نصف الدية ، ولاعلى الحر أيضاً على ذلك التقدير .

قوله : والحرة بالحرة وبالحر، وهل يؤخذ منهما الفضل الاصح لا

أخذ الفضل هو تكليفها نصف الدية مضافاً الى نفسها . قال المصنف : الاصح عدم أخذ ذلك منها ، لعموم قوله تعالى « النفس بالنفس »[1] ولرواية

---

١) سورة المائدة : ٤٥ .

ولا رد .

ويقتل العبد بالعبد ، والامة بالامة وبالعبد .

ولايقتل الحر بالعبد بل يلزمه قيمته لمولاه يوم القتل ولايتجاوز دية الحر . ولو اختلفا في القيمة فالقول قول الجاني مع يمينه . ويعزر القاتل ، ويلزمه الكفارة . ولو كان العبد ملكه عزر وكفر . وفي

الحلبي[1] في الصحيح وصحيحة ابن سنان[2] ورواية هشام بن سالم[2] الجميع عن الصادق عليه السلام في المرأة تقتل الرجل ماعليها ؟ قال : لايجني الجاني على اكثر من نفسه[3] . وغير ذلك من الروايات . وهي نصوص في الباب ، ولم نعلم في ذلك مخالفاً من اصحاب الاقوال منا .

نعم وردت رواية واحدة بعدة طرق الى ابى مريم عبدالغفار بن القاسم عن الباقر عليه السلام أنها تقتل ويؤدي وليها بقية المال[4]. وهي وان كانت رجالها ثقات والمروي عنه ـ أعني ابامريم ـ ثقة لكنها مخالفة للاصول ، فكانت مطرحة لاعمل عليها . وربما حملت على التقية أو الشذوذ ، وحملها الراوندي على كون المرأة موسرة وحمل ماتقدم على كونها معسرة . وليس بشيء . ولو قال المصنف هنا «الاشهر » لاكما قال في الشرائع كان أنسب بقاعدته ، لان الاصح انما يقال في الاقوال لافي الروايات ، وقد عرفت أنه لاقول هنا بل رواية .

قوله: ولو كان العبد ملكه عزر وكفر وفي الصدقة بثمنه رواية فيها ضعف

---

١) الكافي ٧/٢٩٨ ، التهذيب ١٠/١٨٠ .

٢) الكافي ٧/٢٩٩ ، التهذيب ١٠/١٨١ ، الفقيه ٤/٨٩ ، الاستبصار ٤/٢٦٥ .

٣) التهذيب ١٠/١٨٢ ، الاستبصار ٤/٢٦٧ .

٤) التهذيب ١٠/١٨٣ ، الاستبصار ٤/٢٦٧ .

وفي رواية ان اعتاد ذلك قتل به

أما الرواية الاولى فرواها الشيخ عن مسمع بن عبدالملك عن الصادق عليه السلام أن امير المؤمنين عليه السلام رفع اليه رجل عذب عبده حتى مات فضربه مائة نكالا وحبسه سنة وأغرمه قيمة العبد وتصدق بها عنه[1] .

وعمل بذلك الشيخان والتقي والقاضي وابن حمزة وابن ادريس والطبرسي. وتردد فيه المصنف والعلامة استضعافاً للرواية، فان في طريقها سهل بن زياد وقد عرفت ضعفه ومحمد بن الحسن بن شمون وهو غال ، وعملا بأصالة البراءة مع امكان حمل ماتقدم على الاستحباب .

وأما الثانية فرواها الفتح بن يزيد الجرجاني عن الصادق عليه السلام[2] ، وفي طريقها السكوني وهو عامي .

واعلم أن أصحابنا اتفقوا على أنه لايقتل الحر بالعبد اذا لم يعتده للاية الكريمة في قوله « الحربالحر والعبد بالعبد »[3] ، والتخصيص بالذكر يدل على التخصيص بالحكم ، ولتظافر الروايات بذلك .

وأما مع اعتياده قتل العبيد ففيه أقوال :

(الاول) أنه يقتل لفساده ، ذكره الشيخ في كتابي الاخبار والتقي وابن زهرة للرواية المذكورة . ومن هؤلاء من قال يرد عليه فاضل ديته ، والاكثر لم يذكروا الرد .

(الثاني) أنه ان عرف بقتل العبيد قتل في الثالثة أو الرابعة ان كان العبيد

---

١) الكافي ٣٠٣/٧، الفقيه ١١٤/٤ فيه: عن السكوني، وفيه ايضاً «وحبسه وغرمه» التهذيب ٢٣٥/١٠ فيه : وغرمه .

٢) الكافي ٣٠٣/٧ ، التهذيب ١٩٢/١٠ ، الاستبصار ٢٧٣/٤ .

٣) سورة البقرة : ١٧٨ .

ودية المملوكة قيمتها مالم تتجاوز به الحرة. وكذا لايتجاوز بدية عبد الذمي دية الحر منهم ، ولا بدية الامة دية الذمية .

ولو قتل العبد حراً لم يضمن مولاه وولي الدم بالخيار بين قتله واسترقاقه ، وليس للمولى فكه مع كراهية الولي .

ولـو جرح حراً فللمجروح القصاص ، وان شاء استرقه ان استوعبته الجناية، وان قصرت استرق منه بنسبة الجناية أو يباع فيأخذ من ثمنه حقه . ولو افتداه المولى فداه بأرش الجناية ، ويقاد العبد لمولاه ان شاء الولي .

ولوقتل عبداً مثله عمداً فان كانا لواحد فالمولى بالخيار بين الاقتصاص والعفو ، وان كانا لاثنين فللمولى قتله الا أن يتراضى الوليان بدية أوأرش .

ولـو كانت الجناية خطأ كان لمولى القاتل فكه بقيمته . وله دفعه ،وله منه مافضل من قيمته عن قيمة المقتول ، ولا يضمن مايعوز. والمدبر كالقن . ولو استرقه ولي الدم ففي خروجه عن التدبير

لغيره . قاله ابن الجنيد وأطلق في عبيد نفسه بالعادة .

(الثالث) أنه لايقتل مطلقاً. وهو الاصح ، تمسكاً بالكتاب وصحاح الاحاديث وبه أفتى اكثر الاصحاب كالشيخين والقاضي وابن حمزة وابن ادريس والمصنف والعلامة .

قوله : والمدبر كالقن، ولواسترقه ولى الدم ففى خروجه عن التدبير

قولان ، وبتقدير ألا يخرج هل يسعى في فك رقبته ؟ المروي : أنه يسعى .

والمكاتب ان لم يـؤد وكان مشروطاً فهو كالـرق المحض . وان كان مطلقاً وقد أدى شيئاً فان قتل حراً مكافئاً عمداً قتل ، وان قتل مملوكاً فلاقود ، وتعلقت الجناية بما فيه من الرقبة مبعضـة ، ويسعى في نصيب الحرية ويسترق الباقي منه أو يباع في نصيب الرق.

ولو قتل خطـأ فعلى الامام بقدر ما فيه مـن الحرية ، وللمولى الخيار بين فك ما فيه من الرقبة بالارش، أو تسليم حصة الرق ليقاص

قولان ، وبتقديران لايخرج هل يسعى فى فك رقبته المروى أنه يسعى

هنا مسائل :

(الاولى) هل يخرج المدبر باسترقاق ولي الدم له عن كونه مدبراً أم لا ؟ قال الشيخ [1] فـي النهاية والتهذيب لايخرج ، مستدلا برواية هشام بـن احمد عن الكاظم عليه السلام[2] . وقال فـي الخلاف يخرج لكون التدبير وصية تبطل بعروض الملك كما تقدم ، واختاره ابن ادريس وعليه الفتوى .

(الثانية) أنه على التقدير الاول ـ وهو أن لا يخرج عن التدبير ـ هل يسعى في فك رقبته أم لا؟ قال الشيخ نعم، ووجهه أنه قد استحقه الاولياء وثبت ملكهم عليه فلو لم يوجب عليه عند عتقه السعي عوضاً عن رقبته لزم اضرار أولياء المقتول وهو ينافي السلطنة الثابتة لهم بنص الكتاب . وتؤيده الرواية عن الصادق عليه السلام . وقيل لايسعى لاصالة البراءة من وجوب السعي .

---

١) النهاية : ٧٥١ ، التهذيب ١٠/١٩٨ .

٢) التهذيب ١٠/١٩٨ .

بالجناية. وفي رواية علي بن جعفر عليه السلام: اذا أدى نصف ما عليه فهو بمنزلة الحر .

مسائل :

(الاولى) لو قتل حر حرين فليس للاولياء الا قتله ، ولو قتل العبد

(الثالثة) اذا قلنا بالسعي هل يسعى في دية المقتول ان كان حراً وقيمته ان كان عبداً او يسعى في قيمة نفسه لا غير سواء كان المقتول حراً أو عبداً؟ قال الشيخ في النهاية بالاول، وقال الصدوق في المقنع بالثاني ونسب المصنف في الشرائع قول الشيخ الى الوهم ، لان الرواية التي استدل بها في التهذيب لا تدل على ذلك ، مع دلالة النص أنه لا يجني الجاني على اكثر من نفسه[1] .

وبعض الفقهاء أول كلام الشيخ بأن دية المقتول الان هي قيمة العبد لانه لا يطالب بأكثر من نفسه ، فجاز أن يطلق عليها أنها دية المقتول . وهو عدول عن الحقيقة الى المجاز بغير دليل .

قوله: وفي رواية علي بن جعفر اذا ادى نصف ما عليه فهو بمنزلة الحر

هذه رواها عن أخيه موسى عليه السلام[2]، وعمل بها الشيخ في الاستبصار.

والذى ذكره في المتن ـ وهو تبعض الجناية ـ مذهب الشيخ في النهاية واكثر الاصحاب واختاره الحليون وعليه الفتوى .

قوله : لو قتل حر حرين فليس للاولياء الا قتله

ومع قتله ليس لهم المطالبة بالدية . ولو قتله أحدهما فهل للاخر الدية ؟

---

١) الكافي ٧/٢٩٩ .

٢) التهذيب ١٠/٢٠١، الاستبصار ٤/٢٧٧، وقال في الاخير: فنقول يحسب فيؤدى منه بحسب الحرية ما لم يكن ادى نصف ثمنه فاذا ادى ذلك كان حكمه حكم الاحرار على ما تضمنه الخبر .

حرين على التعاقب ففي رواية هولاولياء الاخير ، وفي اخرى : يشتركان فيه ما لم يحكم به لولي الاول .

يحتمل العدم ، لان الجناية لم توجب سوى القصاص ، ويحتمل أخذها من التركة والا لطل دم المسلم ، وهو باطل بالحديث . وهو مقرب العلامة في القواعد وعليه الفتوى .

قوله : ولوقتل العبد حرين على التعاقب ففى رواية هولاولياء الاخير وفى اخرى يشتركان فيه مالم يحكم به لولى الاول

الاول عن علي بن فضال عن أبيه عن علي بن عقبة عن الصادق عليه السلام[1]. وهي ضعيفة بابن فضال وابن عقبة فانهما فطحيان ، والاخرى عن ابن محبوب عن علي بن رئاب عن زرارة عن الصادق عليه السلام[2] وهى صحيحة .

وأفتى الشيخ في النهاية[3] بمضمون الاولى وفى الاستبصار[4] بمضمون الثانية وهو ظاهر ابن الجنيد ، واختاره ابن ادريس والمصنف في الشرائع والعلامة في القواعد ، قالوا : ويكفي في الحكم الاول أن يختار الولي استرقاقه وان لم يحكم به حاكم ، ومع اختيار الولي استرقاقه لوقتل بعد ذلك فهو للثاني ، فان اختار استرقاقه ثم قتل فهو للثالث وهكذا .

---

١) التهذيب ١٠/١٩٥ ، الاستبصار ٤/٢٧٤ .

٢) التهذيب ١٠/١٩٥ ، الفقيه ٤/٩٤ ، الاستبصار ٤/٢٧٤ .

٣) النهاية: ٧٥٢ .

٤) الاستبصار ٤/٢٧٤ قال فيه : هذا الخبر ينبغى ان نحمله على انه انما يصير لاولياء الاخير اذا حكم بذلك الحاكم فاما ما قبل ذلك فانه يكون بين اولياء الجميع .

(الثانية) لوقطع يمنى رجلين قطعت يمينه للاول ويسراه للثاني.

قال الشيخ في « النهاية » : ولو قطع يداً وليس له يدان قطعت رجله باليد . وكذا لوقطع أيدي جماعة قطعت يداه بالاول فالاول والرجل بالاخير فالاخير ، ولمن يبقى بعد ذلك الدية. ولعله استناداً الى رواية حبيب السجستاني عن أبي عبدالله عليه السلام .

قوله : لوقطع يمنى رجلين قطعت يمينه للاول ويسراه للثانى ، قال فى النهاية ولوقطع يداً وليس له يدان قطعت رجله باليد وكذا لوقطع ايدى جماعة قطعت يداه بالاول فالاول والرجل بالاخير فالاخير ولمن يبقى بعد ذلك الدية. ولعله استناداً الى رواية حبيب السجستانى عن ابى جعفر عليه السلام ١)

أما الاول ـ وهوقطع اليد اليسرى باليد اليمنى ـ فلم نقف فيه على خلاف وأما الثاني ـ وهو قطع الرجل باليد ـ فقال ابن ادريس بالعدم بل ينتقل الى الدية، وقال في النهاية بل تقطع الرجل استناداً الى الرواية المذكورة، وحبيب هذا من رجال الباقر والصادق عليه السلام كان شارباً[٢] ثم دخل في مذهبهما وانقطع اليهما .

ويظهر من المصنف التوقف في هذه المسألة ، وهو في موضعه من حيث صحة الرواية ومن اشتراط التماثل في القصاص .

---

١) التهذيب ١٠/٢٥٩ ، الكافى ٧/٣١٩ ، الفقيه ٤/٩٩ .

٢) وكذا فى متن « جامع الرواة » وفى هامشه « شارياً » بالياء بعد الراء . والشراة طائفة من الخوارج .

(الثالثة) اذا قتل العبد حراً عمداً فأعتقه مولاه ففي العتق تردد أشبهه : أنه لا ينعتق ، لان للولي التخيير للاسترقاق. ولو كان خطأ ففي رواية عمرو بن شجر عن جابر عن أبي عبدالله عليه السلام : يصح ، ويضمن المولى الدية. وفي عمرو ضعف ، والاشبه: اشتراط الصحة بتقدم الضمان .

قوله : اذا قتل العبد حراً عمداً فأعتقه مولاه ففي العتق تردد اشبهه انه لاينعتق لان للولي التخيير للاسترقاق

منشأ التردد من بناء العتق على التغليب فيحكم بصحته ولزوم الدية للسيد، ومن ثبوت حق الولي عليه كالمرتهن فيكون العتق موقوفاً فيكون باطلا. وهو الحق والا لزم انتفاء السلطنة للولي ، وهو باطل بنص الكتاب . وللشيخ في المبسوط القولان .

قوله: ولوكان خطأ ففي رواية عمروبن شمر عن جابر عن ابى جعفر عليه السلام ١) يصح ويضمن المولى الدية ، وفي عمروضعف ، والاشبه اشتراط الصحة بتقدم الضمان

يحتمل الصحة مطلقاً ، لان الخيار في الخطأ الى السيد ان شاء سلمه وان شاء فداه فعتقه دليل على ارادة الافداء ، وتؤيده الرواية المذكورة في قضاء علي عليه السلام . ويحتمل العدم لجواز اعسار السيد وعجزه ، فلو حكمنا بصحة العتق لزم ان يطل دم امرىء مسلم وهوباطل . والرواية ضعيفة ، فان عمراً رمي بأنه زاد أحاديث في كتب جابر واكثرهامنسوب اليه . وقال الغضائري انه ضعيف وأطلق . والتحقيق هنا أن نقول : ان دفع الدية أولا أوضمن ورضي الولي صح

---

١) التهذيب ١٠/ ٢٠٠ .

الشرط الثاني ـ الدين : فلايقتل المسلم بكافر ، ذمياً كان أو غيره ، ولكن يعزر ويغرم دية الذمي .

ولواعتاد ذلك جاز الاقتصاص مع رد فاضل دية المسلم .

ويقتل الذمي بالذمي وبالذمية بعدرد فاضل ديته، والذمية بمثلها وبالذمي ولارد .

العتق والافلا .

قوله :ولو اعتاد ذلك جازالاقتصاص مع رد فاضل دية المسلم

لاخلاف أنـه مع عدم الاعتياد لايقتل المسلم بالذمي لعدم المكافأة ، لقوله تعالى «لايستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة»[1] ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم لايقتل مسلم بكافر[2]. أما مع الاعتياد فهل يقتل أم لا ؟ وعلى تقدير قتله هل هو لفساده أوقصاصاً ؟ للاصحاب أقوال :

(الاول) قول الشيخ في النهاية[3] أنه يقتل قصاصاً بعد أن يرد الاولياء فاضل الدية ، ومثله قال المفيد[4] ؛ واختاره المصنف هنا ، وجعله في الشرائع[5] قولا .

والمستند رواية اسماعيل بن الفضل عـن الصادق عليه السلام قال : سألته قال : لاالا أن يكون معتاداً لذلك لايدع قتلهم فيقتل وهو صاغر[6]. وغيرها من الروايات.

---

١) سورة الحشر: ٢٠ .

٢) سنن ابن ماجة ٢/٨٨٧ .

٣) النهاية : ٧٤٩ .

٤) المقنعة: ١١٦ .

٥) الشرائع ٢/٣٣٣ .

٦) الكافي ٧/٣٠٩ ، التهذيب ١٠/١٨٩ ، الفقيه ٤/٩٢ .

(الثاني) قول ابن الجنيد أنه يقتل حداًلفساده في الارض لاقصاصاً .

(الثالث) قول ابن ادريس [1] أنه لايقتل مطلقاً محتجاً بما تقدم وبقوله تعالى « ولن يجعل الله لكافرين على المؤمنين سبيلا »[2] وبرواية محمد بن قيس عن الباقرعليه السلام قال : لايقاد مسلم بذمي في القتل ولا في الجراحات[3].

قال العلامة في المختلف [4] : هذا الحديث مطلق وذلك مفصل والقضية واحدة فيحمل المطلق على المفصل .

وفيه نظر ، لان « يقاد » نكرة وقعت في سياق النفي فتعم .

ثم ان العلامة في القواعد اختار قول ابن ادريس ، وفي المختلف اختار الجمع بين قول الشيخ وابن الجنيد بأنه يقتل لقتله فيرد الورثة الفاضل لابقتله بل لفساده .

قال السعيد : وفرق بين له وبه .

قلت : يمكن الفرق بأن اللام قد تكون للغاية والباء للسببية والغاية متأخرة والسبب مقدم ، وحينئذ يكون مراد العلامة أنه يقتل لئلايقع منه الفساد لابسبب قتله الذمي ، لان ذلك غير جائز لعدم المكافأة .

هذا ، واعلم أن الشهيد قال : الحق أن المسألة اجماعية وان اختلف في علة القتل ، ولم يخالف سوى ابن ادريس ، والاجماع سبقه فلايكون قوله مؤثراً فيه ، واستدلاله في مقابلة الاجماع فلا يكون مقبولا . مع أن نفي السبيل غاية العموم ودلالته ظاهرة . فلا يعارض الادلة القطعية .

---

١) السرائر: ٤٢٤ .

٢) سورة النساء: ١٤١ .

٣) التهذيب ١٠/١٨٩ ، الكافي ٧/ ٣١٠ .

٤) المختلف ، الجزء الخامس ٢٤٢ .

قلت : لابن ادريس أن يمنع حصول الادلة القطعية ، فان ماذكروه روايات آحاد لاتوجب عنده علماً ولاعملا ، وغاية مافي الباب أن أدلته ظاهرة ودلالة الروايات كذلك ، فيتعارضان فيرجع الى الاصل ، وهو أنه لاقصاص الامع المكافأة .

وهنا فوائد تتفرع على ماتقدم من اختيار المصنف يحسن ايرادها :

(الاولى) ان المراد بالذمي هو الملتزم بالشرائط المتقدمة كلها ، ولو أخل ببعضها خرج عن ذلك وصار حربياً لايقتل المسلم بقتله .

(الثانية) قيل معنى الاعتياد هو قتله ثانياً ، لانه مشتق من العود ، وقيل بقتله ثالثاً لان ثبوت العادة شرط في القصاص والشرط مقدم على المشروط فبقتله مرتين تحصل العادة وبالعادة يسوغ القتل فالقتل في الثالثة ، وقيل يرجع الى العرف .

(الثالثة) اذا قلنا بقتله قصاصاً يسقط بالعفو ولوقلنا بأنه حد فلا .

(الرابعة) اذا قلنا بقتله قصاصاً توقف على المطالبة من ولي الدم ، ولوقلنا لفساده فلا بل يقتله الامام وان لم تقع المطالبة .

(الخامسة) هل يتوقف قتله قصاصاً على مطالبة جميع الاولياء أوعلى مطالبة الاخير لاغير ذلك ، مبني على مسألة هي أن قتل ما قبل الاخير هل هو شرط لاستحقاق الاخر القصاص أوجزء سبب الاستحقاق ؟ ان كان الاول فالثاني وان كان الثاني فالاول . ويتفرع وجوب الرد لفاضل الدية ، وكل من توقف على مطالبته كان الرد واجباً عليه .

(السادسة) اذا قلنا يتوقف على الجميع لوعفى البعض هل للباقين القصاص أم لا ؟ يحتمل الاول ، لان العفو بمنزلة عدم المطالبة التي هي شرط ، ويحتمل الثاني لاستحقاق الباقين القصاص قبل العفو ، والاصل بقاؤه فلا يسقطه العفو المتأخر . ولانه يكون بمنزلة أولياء المقتول الواحد لو عفى بعضهم ، فان

ولوقتل الذمي مسلماً عمداً دفع هوومااله الى أولياء المقتول ، ولهم الخيرة بين قتله واسترقاقه. وهل يسترق ولده الصغار؟ الاشبه لا ، ولوأسلم بعد القتل كان كالمسلم .

للباقين القصاص مع رد نصيب العافى .

(السابعة) اذا قتل قصاصاً من يباشر قتله؟ يحتمل أن يوكل الاولياء أوولي الاخير مسلماً يباشر قتله . ويشكل بأن المسلم هـل يجوز أن يتوكل للذمي على مسلم أم لا . ويحتمل أن يتولى ذلك حداد الامام ، لانه ولي الكل . وهذا أولى .

قوله : ولوقتل الذمى مسلماً عمداً دفع هوومالة الى اولياء المقتول ولهم الخيرة بين قتله واسترقاقه ، وهل يسترق ولده الصغار ؟ الاشبه لا

هذا هـو المشهور ، قاله اكثر الاصحاب . نعم منع ابن ادريس من أخذ ماله . وقال التقي يقتل لخرقه الذمة ثم يؤخذ مـن ماله دية المسلم تامة . وقال الصدوق يؤخذ مابين ديتي المسلم والذمي .

وأمـا استرقاق الاولادفقاله المفيد وسلار وابن حمزة ، ومنعه ابن ادريس ، وتردد فيه المصنف في الشرائع من حيث تبعية الطفل لابويه في الكفروالاسلام ففي الرق أولى ولانه بخرقه الذمة صارحربياً فحكم ولده الرق، ومن أصالة بقاء حريتهم السابقة لانعقادهـم عليها وجناية الاب لاتخرجهم عنها اذ لاتزر وازرة وزرأخرى . والاشبه عدم الاسترقاق لهم ، لخلو الرواية عنه وأصالة عدم تعدي الجناية الى غير الجاني الاماحكم به الشرع من ضمان العاقلة .

قوله : ولواسلم بعد القتل كان كالمسلم

يعني انه يقتل لاغير وليس للاولياء التعرض بماله ولا ولده ولا تثبت عليه الدية الا صلحاً .

ولوقتل خطأ لزمت الدية في ماله. ولولم يكن له مال كان الامام عاقلته دون قومه .

الشرط الثالث : ألايكون القاتل أباً . فلوقتل ولده لم يقتل به ، وعليه الدية والكفارة والتعزير .

ويقتل الولد بأبيه ، وكذا الام تقتل بالولد ، وكذا الاقارب . وفي قتل الجد بولد الولد تردد .

الشرط الربع ــ كمال العقل . فلايقاد المجنون ولا الصبى ، وجنايتهما عمداً وخطأ على العاقلة ، وفي رواية يقتص من الصبى اذا بلــغ عشراً ، وفى اخرى : اذا بلــغ خمسة أشبار ، وتقام عليه الحدود ، والاشهر : ان عمده خطأ حتى يبلغ التكليف .

قوله: ولوقتل خطأ لزمت الدية فى ماله، ولولم يكن مال كان الامام عاقلته دون قومة

هذا قــول الشيخ في النهاية ، لانهم مماليك يؤدون الجزية اليه كما يؤدي العبد الضريبة الى مولاه، فليس لهم عاقلة غير الامام. وقال ابن ادريس: الصحيح أن الامام عاقلته على كل حال ، سواء كان لـه مال أولـم يكن . وأما المفيد فقال تكون الدية على عاقلته ، ولم يفصل .

قوله : وفى قتل الجد بولد الولد تردد

ينشأ من أنه هل هو أب حقيقة أومجازاً ، فان قلنا انه أب حقيقة لايقتل بولد الولد ، وان قلنا مجازاً قتل به لان النص يحمل على الحقيقة لاالمجاز .

قوله : وفى رواية يقتص من الصبى اذا بلغ عشراً ، وفى اخرى اذا بلغ خمسة اشبار وتقام عليه الحدود، والاشهر ان عمده خطأ حتى يبلغ التكليف

الرواية الاولى رواها الشيخ عن ابى بصيرعن الباقر عليه السلام[1]. وليس فيها بلوغ العشر لكن الشيخ حملها على ذلك ، وليس في شيء من الروايات ذكر العشر . نعم في رواية الحسن بن راشد عـن العسكري عليه السلام : اذا بلـغ الغلام ثمانسنين فجائز أمره فيماله وقد وجبت عليه الفرائض والحدود[2].

وأما الرواية الثانية فرواها السكوني عن الصادق عليهالسلام قال : قال امير المؤمنين عليه السلام فـي رجل وغلام اشتركا فـي قتل رجل فقتلاه . فقال امير المؤمنين عليه السلام : اذا بلـغ الغلام خمسة اشبار اقتص منه ، واذا لـم يكن بلـغ خمسة أشبار قضي بالدية[2] .

وبمضمون الاولى أفتى الشيخ في النهاية وبمضمون الثانية أفتى الصدوق والمفيد .

وأما كون الاشهر أن عمده خطأ فلعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : رفع القلم عن ثلاثة . ورواية حمزة بـن حمران عـن الباقر عليه السلام قال : سألته متى يجب على الغلام أن يؤخذ منه الحدود التامة؟ قال: اذا خرج عنه اليتم وأدرك. قلت : فلذلك حد يعرف به ؟ قال : اذا احتلم أو بلـغ خمسة عشر سنة أو أشعر أو أنبت قبل ذلك أقيمت عليه الحدود التامة وأخذ بها وأخذت له . قلت: فالجارية متى تجب عليها الحدود التامة وتؤخذ لها وتؤخذ بها؟ قال : ان الجارية ليست مثل الغلام ان الجارية اذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين[3] .

---

١) الفقيه ٤/٨٣ ، التهذيب ١٠/٢٤٢ ، الكافي ٧/٣٠١ ، الاستبصار ٤/٢٨٦ .

٢) التهذيب ٩/١٨٣ ، الفقيه ٤/٨٤ ، الكافي ٧/٣٠٢ ، الاستبصار ٤/٢٨٧ .

٣) الكافي ٧/١٩٧ . وتمام الخبر : ذهب عنها اليتم ودفع اليها مالها وجاز امرها في الشراء والبيع واقيمت عليها الحدود التامة واخذ لها بها . قال: والغلام لايجوز امره في الشراء والبيع ولايخرج من اليتم حتى يبلغ خمسة عشرسنة اويحتلم اويشعراوينبت قبل ذلك .

أما لوقتل العاقل ثم جن لم يسقط القود .

ولوقتل البالغ الصبي قتل به على الاشبه .

ولا يقتل العاقل بالمجنون ، وتثبت الدية على القاتل ان كان عمداً أوشبيهاً ، وعلى العاقلة ان كان خطأ .

ولوقصدالعاقل دفعه كان هدراً. وفي رواية: ديته من بيت المال.

ورواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال : عمد الصبى وخطأه واحد[1] . وعن اسحاق بن عمار عن الصادق عن الباقر عن علي عليه السلام : عمد الصبيان خطأ يحمله العاقلة[2] . وبذلك أفتى في الخلاف والمبسوط ، واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة ، وعليه الفتوى .

قوله : اما لوقتل العاقل ثم جن لم يسقط القود

للحكم باستحقاق قتله قوداً قبل جنونه ويستصحب الى حين جنونه لاصالة بقاء ماكان على ماكان .

قوله : ولوقتل البالغ الصبى قتل به على الاشبه

وجه الاشبهية عموم قوله تعالى « النفس بالنفس »[3] وكون الصبى لاحقاً بأبيه لقوله «وألحقنا بهم ذريتهم»[4] فيكون مسلماً ولايطل دم مسلم للحديث. مع احتمال عدم قتل البالغ به ، اذلا يقتل الكامل بالناقص . وهو قول التقي ، ولذلك قال في الشرائع على الاصح اشعاراً بأن فيه خلافاً . والفتوى على الاول ، وهو قول الشيخ وابن حمزة وابن ادريس .

قوله: ولوقصد العاقل دفعه كان هدراً، وفى رواية ديته من بيت المال

---

١ ، ٢) التهذيب ١٠/٢٣٣ .

٣) سورة المائدة : ٤٥ .

٤) سورة الطور : ٢١ .

ولا قود على النائم وعليه الدية .

وفي الاعمى تردد ، أشبهه : أنه كالمبصر في توجه القصاص .

وفي رواية الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام: أن جنايته خطأ يلزم العاقلة فان لم يكن له عاقلة فالدية في ماله تؤخذ في ثلاث سنين. وهذه فيها مع الشذوذ تخصيص لعموم الاية .

الاول قول الشيخ في النهاية ، ويؤيده كون الدفع مباحاً بل واجباً فلا يستعقب ضماناً .

وأما الرواية فعن ابى بصير عن الصادق عليه السلام[1]، وعمل بها المفيد .

قوله : وفي الاعمى تردد اشبهه انه كالمبصر في توجه القصاص

منشأ التردد من عموم قوله تعالى « النفس بالنفس »[2] « والحر بالحر »[3] الشامل للاعمى وغيره ، وأيضاً وجود المقتضي للقصاص أعني العمد وهو موجود فيه فيثبت حكمه عملا بالعلة . ومن الرواية المذكورة عن الحلبي عن الصادق عليه السلام: ان جنايته خطأ يلزم العاقلة[4] برفع «خطأ» على أنه خبر لان .

وبالثاني قال الشيخان والقاضي وابن حمزة تخصيصاً لعموم الاية بالرواية المذكورة ، على أنهم منعوا العموم لمنعهم عموم المفرد المعرف باللام .

وبالاول قال ابن ادريس والتقي والمصنف والعلامة ، وهو الحق : أما اولا

---

١) الفقيه ٤/٧٥ ، الكافي ٧/٢٩٤ ، التهذيب ١٠/٢٣١ ، العلل ٢/٥٤٣ .

٢) سورة البقرة: ١٧٨ .

٣) سورة المائدة: ٤٥ .

٤) الفقيه ٤/١٠٧ ، التهذيب ١٠/٢٣٢ .

الشرط الخامس ـ ان يكون المقتول محقون الدم .

القول في ما يثبت به . وهو : الاقرار ، أوالبينة ، أوالقسامة .

أما الاقرار : فيكفي المرة . وبعض الاصحاب يشترط التكرار مرتين .

فلما تقدم من وجود المقتضي وانتفاء المانع ، اذ ليس الا العمى وليس مانعاً لامكان القصد من الاعمى، وليس كالصبي والمجنون الظاهر معهما عدم القصد .

وأما ثانياً فلمنع دلالةالرواية، لجواز أن يقرأ « خطأ » بالنصب على التمييز ويكون الخبر يلزم العاقلة .

لايقال : على هذا يلزم التأكيد ، وعلى قول الشيخين ومن تبعهم يكون تأسيساً وهو أولى .

لانا نقول : التأكيد لازم في الصورتين ، فان الجناية اذا كانت خطأ لزمت العاقلة .

وأما ثالثاً فلان عموم الاية اجماعي والتخصيص بخبر الواحد مختلف فيه، والاخذ بالاول يقين وبالثاني ظن .

قوله: اما الاقرارفتكفي المرة، وبعض الاصحاب يشترط التكرارمرتين

أما الاول فهو قول الاكثر ، ويؤيده عموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم: اقرار العقلاء على أنفسهم جائز[1] . وأيضاً القتل حق آدمي فيقبل فيه المرة كسائر الحقوق .

وأما الثاني فهو قول الشيخ في النهاية والقاضي في كتبه الثلاثة والطبرسي

---

١) العوالي ١/٢٢٣ ، الوسائل ١٦/١٣٢ .

ويعتبر في المقر : البلوغ ، والعقل ، والاختيار ، والحرية .

ولو أقر واحد بالقتل عمداً والاخـر خطأ تخير الولي تصديق أحدهما .

ولو أقر واحد بقتله عمداً فأقر آخر أنه هو الذي قتله ورجع الاول درىء عنهما القصاص والدية ، وودي من بيت المال ، وهو قضاء الحسن بن علي (ع) .

وابن ادريس ، عملا بالاحتياط في الدماء ، ولانه لايقصر عن الاقرار بالسرقة والزنا اللذين يشترط فيهما التكرار .

وفيه نظر ، لان الاحتياط مراعى أيضاً في جانب المقتول ، لعموم : لايطل دم امرىء مسلم[1] . والحمل على السرقة والزنا مدخول لانه القياس بعينه ، وهو باطل عندنا ، فالعمل على الاول .

قوله : ولو اقر واحد بالقتل عمداً والاخر خطأ تخير الولي

هذا قول الشيخين ، وبه قال التقي الا أنه زاد وان شاء وا طالبوهما بالدية نصفين . والمشهور أنه ليس لهم ذلك بل أيهما صدقوه سقطت الدعوى عـن الاخر .

قوله : وهو قضاء الحسن عليه السلام

صورة القضية : ان جزاراً ذبح شاة ودخل عقيب ذلك الـى خربة ليتغوط والسكين ملوثة بالدم وهي في يده فوجد فـي الخربة مقتولا يجري دمه فدخل الناس عليه الخربة وهـو على تلك الحال فسألوه مـن قتله فقال انا قتلته بناء على

---

١) التهذيب ١٠ / ٢٥ .

أما البينة فهي : شاهدان عدلان ، ولاتثبت بشاهد ويمين ، ولا بشاهد وامرأتين ، ويثبت بذلك ما يوجب الدية : كالخطأ ، ودية الهاشمة ، والمنقلة ، والجائفة ، وكسر العظام .

ولوشهد اثنان أن القاتل زيد ، وآخران أن القاتل عمرو. قال الشيخ في «النهاية» يسقط القصاص ووجبت الدية نصفين. ولوكان خطأ كانت الدية على عاقلتهما . ولعله احتياط في عصمة الدم لما عرض من تصادم البينتين .

أنه لوأنكر لم يسمع منه ، فقبضوا عليه وأخرجوه ، فلقيهم شخص آخر فسألهم عن سبب قبضهم عليه فقالوا: قتل الان مسلماً في هذه الخربة. فقال: انه لم يقتله بل أنا قتلته . فلما سمع الجزار ذلك أنكر القتل، فحمل الى علي عليه السلام فقال للحسن عليه السلام : اقض بينهم . فقال : يا أمير المؤمنين لا قتل عليهما ، لان الثاني ان كان قد قتل نفساً فقد أحيى نفساً والله تعالى يقول «ومن أحياها فكأنما أحيى الناس جميعاً» وتؤخذ دية المقتول من بيت المال. فقال علي عليه السلام : صدقت يا ابا محمد ذرية بعضها من بعض[1] .

هذا حاصل الرواية ، وعمل الاصحاب على ذلك في غير هذه الواقعة وانه حكم عام . ويحتمل أنها قضية في واقعة فلا تتعدى الى غيرها ، ويحتمل تخير الولي في قتل من شاء منهما لاقرارهما بالقتل. لكن الفتوى على مقتضى الرواية .

قوله : ولوشهد اثنان ان القاتل زيد وآخران القاتل عمرو ، قال في النهاية سقط القصاص ووجبت الدية نصفين ولوكان خطأ كانت الدية على عاقلتهما . ولعله احتياط في عصمة الدم لما عرض من تصادم البينتين

---

١) الفقيه ٣/١٤ ، الكافي ٧/٢٨٩ ، التهذيب ١٠/١٧٣ .

ماذكره في النهاية قول المفيد ، وتبعهما القاضي، واختاره المصنف والعلامة في المختلف ، وعلله بأنـه ليس قبول احدى البينتين أولى من قبول الاخرى ، ولايمكن العمل بهما فيوجب قتل الشخصين معاً اجماعاً ولا العمل باحداهما لما قلنا من عدم المرجح ، فلم يبق الاسقوطهما معاً فيما يرجع الـى القود ، لان التهجم على الدماء المحقونة بغيرسبب معلوم أو مظنون ممنوع شرعاً ، لان كل واحدة من البينتين تكذب الاخرى .

وانما أوجبنا الدية عليهما لئلايطل دم امرىء مسلم وقد ثبت أن قاتله أحدهما لكـن لجهلنا بالتعيين أسقطنا القود الذي هـو أقوى العقوبتين وأوجبنا اخفهما وهو الدية .

وقال ابن ادريس : يتخير الاولياء في تصديق احدى البينتين وتكذيب الاخرى ومع تصديق احداهما ليس لهم على الاخرى سبيل . قال : ولاوجه لاخذ الدية منهما لانهما غير مشتركين .

وفي قوله نظر، لان التخيير في التصديق لاوجه له ،لان شرط صحة الدعوى الجزم والدعوى سابقة على اقامة البينة ، فالذي يقتضيه الحكم تصديقهم للبينة الموافقة لدعواهم لاغير .

وأما وجه ايجاب الدية عليهما فقد تقدم في كلام العلامة ، ويقرب منه كلام المصنف هنا وفي النكت .

والتحقيق هنا أن الاولياء اما أن يدعوا القتل على أحدهما خاصة أوعليهما على سبيل الاشتراك أويقولوا لانعلم، فان كان الاول تسلطوا على المدعى عليه لقيام البينة بذلك وثبوت السلطنة شرعاً بالاية فلهم القتل في العمد والدية في الخطأ وشبهه وليس لهم على الاخرشيء منهما، وان كان الثاني فلاشك أن البينة غير مطابقة فيحتمل ثبوت الدية عليهما . ويحتمل كون ذلك لوثاً ، لان الاربعة متفقون أن هناك قاتلا

ولوشهدابأنه قتله عمداً ، فأقر آخر أنه هوالقاتل دون المشهود عليه . ففي رواية زرارة عـن أبي جعفر عليه السلام : للولى قتـل المقر ، ثم لاسبيل على المشهود عليه. وله قتل المشهود عليه ويرد المقر على أولياء المشهود عليه نصف الدية، وله قتلهما ويرد على أولياء المشهود عليه خاصة نصف الدية .

وفي قتلهما اشكال، لانتفاء العلم بالشركة ، وكذا في الزامهما بالدية نصفين ، لكن الرواية من المشاهير.

ومقتولا وان اختلفوا في التعيين فتحلف الاولياء مع دعوى الجزم ويثبت حينئذ القصاص مع رد فاضل الدية عليهما. وان كان الثالث فليس لهم القصاص لابتنائه على الاحتياط في الدماء وهنا البينتان متعارضتان ولا ترجيح فيقضى بالدية عليهما لئلا يطل دم امرىء مسلم .

قوله : ولوشهدا انه قتله عمداً واقر آخر انه هوالقاتل دون المشهود عليه ، ففي رواية زرارة عـن ابي جعفر عليه السلام للولى قتل المقر ثـم لاسبيل على المشهود عليه وله قتل المشهود عليه ويرد المقر على اولياء المشهود عليه نصف الدية وله قتلهما ويرد على اولياء المشهود عليه خاصة نصف الدية. وفي قتلهما اشكال لانقضاء الشركة ، وكذا في الزامهما بالدية نصفين، لكن الرواية من المشاهير

الرواية المذكورة رواها احمد بن محمد عن الحسن بن محبوب عن هشام ابن سالم عن زرارة عن الباقر عليه السلام [1] . وعمل بها الشيخان واتباعهما ،

---

١) الكافي ٧/ ٢٩٠ ، التهذيب ١٠/ ١٧٢ .

مسائل :

(الاولى) قيل يحبس المتهم بالدم ستة أيام، فان ثبتت الدعوى والاخلى سبيلـه ، وفي المستند ضعف ، وفيـه تعجيل لعقوبة لم

وفيهما زيادة لم يذكرها المصنف صريحاً ، وهي الزامهما بالدية .

وقد أورد في النكت على الزيادة اشكالا من وجوه وأجاب عنها :

(الاول) ماوجه التخيير بين الاحكام المذكورة ؟ جوابه قيام البينة على أحدهما بالجناية الموجبة للقود واقرار الاخر بها ، وكلاهما طريقان الى الحكم .

(الثاني) ما وجه الرد لو قتلهما ؟ جوابه ما تقرر أنه لايقتل اثنان بواحد الا مع الشركة ، ومع الشركة يرد فاضل الدية ، وهو دية كاملة لكن المقر أسقط حقه من الرد فيبقى الرد على المشهود عليه .

(الثالث) لـم اذا قتل المقر وحده لايرد المشهود عليه بخلاف العكس . وجوابه أن المقر أسقط حقه من الرد باقراره بالانفراد والمشهود عليه لم يقر فيرجع على ورثة المقر بنصف الدية لاعترافه بالقتل وانكار المشهود عليه .

وقال ابن ادريس بالتخيير كالمسألة السابقة ، ثم قال : ولي في قتلهما نظر، لعدم شهادة الشهود واقرار المقر بالشركة ، امـا لـو شهدت البينة أواقر المقر بالشركة فجاز قتلهما. قال: والاولى عندي أن مع قتلهما يرد لاولياء الدية عليهما معاً تكون بين ورثتهما ، اذ قد ثبت أنهما قاتلان هذا بالبينة والاخر بالاقرار.

قال العلامة في المختلف : وقول ابن ادريس لابأس به، وفي القواعد استشكل قتلهما وأخذ الدية منهما من حيث أن كلا من الاقرار والبينة يقتضي الانفراد وعدم الاشتراك قول فالقول بالاشتراك بلادليل. والتحقيق هنا كما تقدم في المسألة السابقة.

قوله : قيل يحبس المتهم بالدم ستة ايام، فان ثبتت الدعوى والاخلي سبيله ، وفى المستند ضعف وفيه تعجيل لعقوبة لم يثبت سببها

يثبت سببها .

(الثانية) لوقتل وادعى أنه وجد المقتول مع امرأته قتل به الا أن يقيم البينة بدعواه .

(الثالثة) خطأ الحاكم في القتل والجرح على بيت المال .

ومن قال : حذار ، لم يضمن .

وان اعتدى عليه فاعتدى بمثله لم يضمن وان تلفت .

وأما القسامة فلاتثبت الامع اللوث . وهوامارة يغلب معها الظن بصدق المدعى كما لووجد في دار قوم ، أو محلتهم ، أوقريتهم ،

القائل هو الشيخ في النهاية وتبعه القاضي ، ومستند ذلك رواية السكوني عن الصادق عليه السلام أن النبى صلى الله عليه وآله وسلم كان يحبس في تهمة الدم ستة أيام فان جاء أولياء المقتول ببينة والاخلى سبيله[1] .

قال ابن ادريس : ليس لهذه الرواية دليل يعضدها بل هي مخالفة للادلة كما قال المصنف .

وقال العلامة في المختلف ونعم ماقال: التحقيق أن نقول : ان حصلت التهمة للحاكم بسبب لزم الحبس ستة أيام عملا بالرواية وتحفظاً للنفوس عن الاتلاف، وان حصلت التهمة لغيره فلا عملا بالاصل . واعلم أن ابن حمزة تابع الشيخ في الحبس لكن قيده بثلاثة أيام .

---

١) التهذيب ١٠/ ١٧٤ ، الكافى ٧/ ٣٧٠ . وفى الاول « بثبت » بدل « بينة » .
اقول: ثبت بفتحتين: الحجة ورجل ثبت بفتحتين ايضاً اذاكان عدلا ضابطاً والجمع اثبات.

أوبين قريتهم أوبين قريتين وهوالى احداهما أقرب . فهولوث .

ولوتساوت مسافتهما كانتا سواء فى اللوث .

أما من جهل قاتله ، كقتيل الزحام ، والفزعات ، ومن وجد فى فلاة ، أوفى معسكر ، أوسوق ، أوجمعة . فديته فى بيت المال ومع اللوث يكون للاولياء اثبات الدعوى بالقسامة .

وهى فى العمد خمسون يميناً ، وفى الخطأ : خمسة وعشرون على الاظهر .

قوله: ومع اللوث يكون للاولياء اثبات الدعوى بالقسامة ، وهى فى العمد خمسون يميناً وفى الخطأ خمسة وعشرون على الاظهر

هنا فوائد :

(الاولى) اللوث بالفتح لغة القوة ، ولاث العمامة على رأسه يلوثها لوثاً ولواثاً أي عصبها . وشرعاً امارة يغلب معها الظن بصدق المدعي .

والامارة لغة العلامة واصطلاحاً مايلزم من العلم به الظن بشىء آخر، ولذلك قال مايغلب معها الظن، وذلك بالنسبة الى الحاكم. أما المدعي فلابد أن يكون عالماً جازماً بما يدعيه ، لما تقدم من اشتراط الجزم في المدعي ، ولانه لو لم يكن عالماً لكان دعواه قولا على الله بغير علم فيكون حراماً ، لقوله تعالى « قل انما حرم ربى الفواحش ماظهر منها وما بطن والاثم والبغي بغير الحق وان تشركوا بالله مالم ينزل به سلطاناً وان تقولوا على الله مالا تعلمون »[1] .

وسميت هذه الامارة لوثاً لافادتها قوة الظن[2] .

---

١) سورة الاعراف : ٣٣ .

٢) فى مجمع البحرين : واللوث امارة يظن بها صدق المدعى فيما ادعاه من القتل

(الثانية) القسامة لغة من القسم بالتحريك وهو اليمين، والمراد بها هنا الايمان التي تقسم على الاولياء في الدم. وقد يسمى الحالفون قسامة على طريق المجاز لا الحقيقة .

اذا عرفت هذا فاعلم أن اثبات الدعوى بقول المدعي ويمينه على خلاف الاصل ، لانه حكم بغير دليل، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: لو يعطى الناس أقوالهم لاستباح قوم دماء قوم وأموالهم[1] .

لكن وقع الاجماع من أصحابنا ومن الفقهاء الا اباحنيفة على ذلك، وورد أنه صلى الله عليه وآله وسلم حكم بذلك في قضية دعوى الانصار على يهود خيبر، وتظافرت أخبارنا عنهم عليهم السلام بالفتوى بالقسامة ، فوجب تخصيص ماتقدم بما عدا الدماء لابتنائها على الاحتياط في عدم الاطلال .

(الثالثة) اتفق الاصحاب على أن القسامة في العمد خمسون يميناً، واختلفوا في الخطأ ، فقال في النهاية والمبسوط والخلاف خمسة وعشرون ، وادعى فيه اجماع الاصحاب ، وتبعه القاضي وابن حمزة . وقال المفيد خمسون كالعمد، وتبعه سلار وابن ادريس ، وهو ظاهر قول ابن الجنيد .

واختار المصنف والعلامة في المختلف الاول ، لان التهجم على الدماء بالقود أصعب من التهجم على أخذ الدية ، فكان تعدد الايمان في الاول أولى، ولرواية عبدالله بن سنان في الصحيح عن الصادق عليه السلام: القسامة خمسون

كوجود ذى سلاح الملطخ بالدم عند قتيل فى دمه . ثم قال : وفى النهاية : اللوث هو أن يشهد شاهدواحد على اقرار المقتول قبل ان يموت ان فلاناً قتلنى، اويشد شاهدان على عداوة بينهما أوتهديد منه له أونحوذلك ، وهومن التلوث: التلطخ ، يقال لاثه فى التراب ولوثه . الى آخره.

وفى المصباح عن الازهرى : اللوث : البينة الضعيفة غير الكاملة .

1) سنن البيهقى ٢٥٢/١٠ .

ولولم يكن للمدعى قسامة كررت عليه الايمان .

ولو لم يحلف وكان للمنكر من قومه قسامة حلف كل منهم حتى يكملوا .

وان لم يكن له قسامة كررت عليه الايمان حتى يأتى بالعدد .

ولونكل ألزم الدعوى عمداً أوخطأ .

رجلا في العمد وفي الخطأ خمسة وعشرون رجلا وعليهم أن يحلفوا بالله[1].

وفي الحسن عن يونس عن الصادق عليه السلام : ان أمير المؤمنين عليه السلام جعل القسامة في النفس على العمد خمسين رجلا وجعل في النفس على الخطأ خمسة وعشرين رجلا[2] .

واختار في القواعد والارشاد الثاني ، وهوأحوط. واستدل عليه ابن ادريس باجماع المسلمين ، ومنهم من استدل بقضية الانصار ، فان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال للانصار : ان حلفتم استحققتم دم صاحبكم أو قاتلكم . فقالوا : أمر لم نشاهده كيف نحلف عليه . قال: حكم صلى الله عليه وآله وسلم بالخمسين[3] . ولم يقيد بالعمد وغيره فيعم .

وهما ضعيفان : أما الاول فكيف يدعي الاجماع مع مخالفة مثل الشيخ واتباعه ، وأما الثاني فلانه حكاية حال وحكاية الحال لاتعم كما تقرر في الاصول. مع أن ظاهر دعوى الانصار انما هو العمد ولذلك كانت الدعوى بالقود .

---

١) الكافي ٣٦٣/٧ ، التهذيب ١٦٨/١٠ .

٢) الكافي ٣٦٢/٧ ، التهذيب ١٦٩/١٠ .

٣) راجع الوسائل ١١٦/١٩ الباب العاشر من ابواب دعوى القتل وما يثبت به .

ويثبت الحكم في الاعضاء بالقسامة مع التهمة ، فما كانت ديته دية النفس كالانف واللسان ، فالاشهر : ان القسامة ستة رجال يقسم كل منهم يميناً ، ومع عدمهم يحلف الولي ستة أيمان .

ولو لم يكن قسامة أو امتنع أحلف المنكر مع قومه ستة ، ولو لم يكن له قوم أحلف هو الستة .

وما كانت ديته دون دية النفس فبحسابه من ستة .

قوله : ويثبت الحكم في الاعضاء بالقسامة مع التهمة ، فما كانت ديته دية النفس كالانف واللسان فالاشهر ان القسامة ستة رجال

هنا مسألتان :

(الاولى) ان القسامة كما يكون في النفس فكذا فيما دونها عندنا لا عندهم، قاله الشيخ في المبسوط . نعم هل يشترط مع ذلك حصول اللوث ؟ الحق نعم كما قاله ابن ادريس ، لاصالة البراءة فيما ليس فيه لوث ، وعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم: البينة على المدعي واليمين على من أنكر. خرج من ذلك ما ثبت فيه اللوث في النفس فيبقى الباقي على أصله ، فيشترط هنا اللوث وذلك هو المطلوب .

(الثانية) اختلف في القسامة في الاعضاء، فقال الشيخ واتباعه انها ستة ايمان وفيما فيه الثلث اثنان وعلى هذا، وتابعه على ذلك القاضي وابن حمزة، والمستند رواية سهل بن زياد عن الحسن بن ظريف عن ابيه ظريف بن ناصح عن عبدالله ابن أيوب عن ابى عمرو المتطبب عن الصادق عليه السلام[1] .

---

[1] التهذيب ١٠/١٦٩ ، الكافي ٧/٣٦٢ .

القول في كيفية الاستيفاء :

قتـل العمد يوجب القصاص ، ولا تثبت الدية فيه الاصلحاً . ولاتخيرللولى ولا يقضى بالقصاص مالم يتيقن التلف بالجناية .

وقال سلارانها خمسون فيما فيه الدية وبالحساب منها فيما فيه أقل، واختاره ابن ادريس ونقله عن المفيد ، واختاره العلامة في القواعد، وهو أحوط وعليه الفتوى .

قوله: قتل العمد يوجب القصاص فلاتثبت الدية فيه الاصلحاً ولاتخير للولى[1])

هذا هو المشهور، وقول الاكثر من أصحابنا لم نسمع فيه خلافاً الا من ابن الجنيـد حيث جعل الخيار الى الولي بين القـود والدية والعفو ، وانه لو شاء الولي الـدية وامتنع القاتل كان الخيار الى الولي ، محتجاً بقوله تعالى « فقد جعلنا لوليه سلطاناً »[2] ، ولان في ذلك اسقاطاً لبعض الحق فلم يكن لمن عليه الحق الامتناع كالدين، ولرواية الفضل عن الصادق عليه السلام أنه قال: العمد هو القود أورضا ولي المقتول[3] .

احتج الاكثر بقوله تعالى « النفس بالنفس »[4] وقوله « فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم »[5] وقوله « كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر »[6]

---

١) في المختصر النافع المطبوع بمصر : « فلاتخيير للولى » .
٢) سورة الاسراء: ٣٣.
٣) التهذيب ٢٤٧/١٠ ، الاستبصار ٢٥٨/٤ .
٤) سورة المائدة: ٤٥ .
٥) سورة البقرة: ١٩٤.
٦) سورة البقرة: ١٧٨ .

وللولى الواحد المبادرة بالقصاص ، وقيل يتوقف على اذن الحاكم .

وبرواية جميل بن دراج عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهما السلام : العمد كلما عمد به الضرب ففيه القود[1]. ورواية الحلبي وعبدالله بن سنان جميعاً عن الصادق عليه السلام قال: سمعته يقول: من قتل مؤمناً متعمداًأقيد به الا أن يرضي اولياءالمقتولان يقبلواالدية فانرضوا بالدية واحب ذلك القاتل[2]، ولانه متلف يجب به البذل من جنسه فلم يجز العدول الى غير جنسه الا بالتراضي كغيره من المتلفات .

وأجابوا عن حجته بالقول الموجب ، فان السلطان باق مع التراضي ، وبالمنع من كونه اسقاطاً بل هو معاوضة ، فيفتقر الى التراضي من الغريمين كغيرها من المعاوضات . وعن الرواية بالقول بموجبها ، فان الواجب اما القود ان طلب القتل أو رضاه ان طلب الدية مع موافقة الجاني .

قوله : وللولى الواحد المبادرة بالقصاص ، وقيل يتوقف على اذن الحاكم

القائل بالتوقف الشيخ في المبسوط، لانه حد والحدود منوظائف الامام، ولانه لايؤمن التخطي الى ما لايجوز. فعلى هذا تكون المبادرة بغيراذنه حراماً، فلو بادر هل عليه تعزير أم لا ؟ قال في المبسوط والمفيد والتقي والقاضي نعم، وقال الشيخ في الخلاف الاولى الاستيذان ولا تعزير لو بادر لاصالة البراءة ،

---

١) التهذيب ١٠/١٥٥ ، الكافي ٧/٢٧٨ .

٢) التهذيب ١٠/١٥٩ ، الاستبصار ٤/٢٦١ واسند هكذا : عن حماد عن الحلبي وعن عبدالله بن المغيرة والنضر بن سويد جميعاً عن عبدالله بن سنان قال سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول . . .

ولو كانوا جماعة توقف على الاجتماع .

قال الشيخ : ولو بادر أحدهم جاز ، وضمن الدية عن حصص الباقين .

ولا قصاص الا بالسيف أو ما جرى مجراه . ويقتصر على ضرب العنق غير ممثل ، ولو كانت الجناية بالتحريق أو التغريق أو الرضخ بالحجارة .

واختاره المصنف في الشرائع .

قوله : ولو كانوا جماعة توقف على الاجتماع

قال الشيخ: ولو بادر أحدهم جاز وضمن الدية عن حصص الباقين. قاله في المبسوط مدعياً للاجماع ، ولقوله « فقد جعلنا لوليه سلطاناً » ولبناء القصاص على التغليب، ولهذا لو عفا بعض الاولياء على مال أو مجاناً كان للباقي القصاص مع أن الجاني قد أحرز بعض نفسه .

وقال المصنف والعلامة لابد من الاجتماع، لانه لو انفرد واحد لكان متصرفاً في حق غيره وهو ممنوع ، ولان القصاص مبني على التشفي ولا يحصل ذلك بفعل الغير. فعلى هذا لو بادر عزر، وهل يقاد به ؟ قيل نعم لانه قتل ممنوع عنه ، وقيل لا لانه مهدور بالنسبة اليه في بعض نفسه .

وأيضاً استحقاقه لبعض نفسه شبهة كما لو وطىء أحد الشركاء الامة المشتركة، ومع الشبهة لا يتحقق موجب القود، ولان بعض العلماء جوز المبادرة للواحد من الجماعة وبعضهم منع والاختلاف في اباحة السبب شبهة ، وحيث لا قود فيتعين ضمان حصص الباقين . وعليه الفتوى .

قوله : ولا قصاص الا بالسيف او ما جرى مجراه

ولايضمن سراية القصاص مالم يتعد المقتص.

وهنا مسائل :

(الاولى) لواختار بعض الاولياء الدية فدفعها القاتل لم يسقط القود على الاشبه، وللاخرين القصاص بعد أن يردوا على المقتص منه نصيب من فاداه.

ولوعفا البعض لم يقتص الباقون حتى يردوا عليه نصيب من عفا.

هذا هوالمشهور، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لاقود الا بحديد [1]. وغير ذلك من الروايات. وقال ابن الجنيد : للولي القتل بمثل القتلة التي قتل بها، لقوله تعالى « بمثل ما اعتدى عليكم »[2] وهو قريب لولا انعقاد الاجماع على خلافه.

قوله : لواختاربعض الاولياء الدية فدفعها القاتل لم يسقط القود على الاشهر[3]

هذا هوالمشهوربين الاصحاب لم نعلم فيه مخالفاً، والمستند رواية الحسن ابن محبوب عن ابى ولاد الحناط عن الصادق عليه السلام [4]. وروى جميل ابن دراج عن زرارة عن الباقر عليه السلام : اذا عفا بعض الاولياء درأ القتل وضمن الجاني قدر نصيبه غيرالعافي من الدية[5]. والفتوى على المشهور.

---

١) سنن ابن ماجة ٢/ ٨٨٩ وفيه : لاقود الا بالسيف.

٢) سورة البقرة : ١٩٤.

٣) فى المختصر النافع ط بمصر : على الاشبه.

٤) الفقيه ٤/ ١٠٥، الكافى ٧/ ٣٥٦، التهذيب ١٠/ ١٧٥.

٥) الكافى ٧/ ٣٥٧، التهذيب ١٠/ ١٧٥، الاستبصار ٤/ ٢٦٣.

(الثانية) لوفرالقاتل حتي مات ، فالمروى : وجوب الدية فى ماله .

ولولم يكن له مال اخذت من الاقرب فالاقرب . وقيل: لادية.

قوله: لوفرالقاتل حتى مات فالمروى وجوب الدية فى ماله ، ولولم يكن له مال اخذت من الاقرب فالاقرب ، وقيل لادية

قد عرفت أن العمد ليس فيـه الا القود وان الدية انما تثبت بالتراضي من الولي ومن الجاني، فلوفرالجاني ولم يقدر عليه حتى مات ولم يقع تراض على الدية ما حكمه ؟

فالذي يقتضيه الاحتياط لئلايطل دم امرىء مسلم وتدل عليه الروايات كرواية البزنطي عن الباقر عليه السلام[1] ورواية ابـى بصير عن الصادق عليه السلام[2] هو أخذ الدية من ماله، فان لم يكن له مال فيؤخذ من الاقرب فالاقرب . وعلى ذلك فتوى الاصحاب ، ونقل المصنف في الشرائع عن الشيخ أنه رجع عن قوله في المبسوط بسقوط الدية .

وقال ابن ادريس بسقوط القصاص لفوات محله وثبوت الدية للاجماع . ونقل عن الشيخ أنه رجع عن قوله في المبسوط في مسائل الخلاف .

وفى النقلين نظر ، أما نقل المصنف فلانه نقل أيضاً في النكت عن الشيخ أنه قال في المبسوط بسقوط القصاص الى الدية، مع أن صورة كلام المبسوط بعد حكاية المسألة هكذا « سقط القصاص الى الدية عند قوم وقال آخرون يسقط القود الى غير مال وهو الذى يقتضيه مذهبنا»[3] .

---

١) الكافى ٧/٣٦٥ ؛ التهذيب ١٠/١٧٠ .

٢) الفقيه ٤/١٢٤ ، الكافى ٧/٣٦٥ ، التهذيب ١٠/١٧٠ .

٣) المبسوط ٧/٦٥ .

(الثالثة) لوقتل واحد رجلين أورجالا قتل بهم ، ولاسبيل الى مالـــه .

وأما نقل ابن ادريس ـ وهو رجوعه في الخلاف ـ فلانه قال في الخلاف في أول المسألة بسقوط القصاص الى الدية ثم قال : ولو قلنا بقول ابى حنيفة كان قوياً ، لان الدية لاتثبت عنده الابالتراضي بينهما وقدمات ذلك. وهذا تردد لارجوع. نعم هورجوع عن الجزم بالقول الاول . واختارالعلامة القول الاول، وهو فتوى الاصحاب .

وهنا فوائد :

(الاولى) لولم يفرالجاني ولم يطلبه الورثة حتى مات هل يؤخذ الدية من ماله أم لا؟ يحتمل عدمه ، اذ لامانع من جهته والتأخير انما هو من الوارث ، ويحتمل الاخذ لئلا يطل دم امرىء مسلم . نعم كلام الاصحاب والروايات فيـه تقيد بالهرب ، أما العلامة فصدر المسألة في ارشاده بأنه لومات أوهرب أخذت الدية ، وهو يدل على أن الهرب ليس قيداً .

(الثانية) الدية هنا دية عمد فتستأدى في سنة ويعتبر في اسنان الابل كما في دية العمد ولوكانت على العاقلة .

(الثالثة) لم يعين العلامة في ارشاده محل الدية ، والظاهر أنه مال الجاني، لانه قال فيما بعد ولولم يكن له مال سقطت ، وفيه مخالفة للاصحاب .

(الرابعة) قال الشيخ في النهاية حكم دية شبيه العمد حكم العمد في أنها تؤخـذ من بيت المال مع تعذر الاداء من الجاني . وأنكره ابن ادريس غاية الانكار وان ذلك خلاف الاجماع .

قوله : لوقتل واحد رجلين اورجالا قتل بهم ولاسبيل الى ماله ، ولو

ولو تراضوا بالدية فلكل واحد دية .

ترضوا بالدية فلكل واحد دية

تنقيح هـذه المسألة أن نقول : اذا قتل واحـد جماعة اما على الترتيب أو الجمع ، فللاولياء مع الجانى أحوال :

« ١ » ـ أن يتفقوا كلهم على قتله فيقتلوه بقتلاهم فقد استوفوا حقوقهم ، ولا سبيل الى ماله لانه لايجني الجاني على أكثر من نفسه .

« ٢ » ـ أن يتفقوا كلهم على أخذ دية كل قتيل على حدته فتثبت لهم عليه ديات بحسب كل قتيل مع رضاه بذلك والا فليس لهم الا قتله .

« ٣ » ـ أن يعفوا كلهم مجاناً فليس لهم عليه سبيل .

« ٤ » ـ أن لايحصل اتفاق على الاستيفاء قتلا أو دية ولا على العفو . فهنا مسائل :

(الاولى) أن يطلب بعض الاولياء الدية ويرضى الجاني فهل للباقين القصاص من غير رد لنصيب آخذ الديـة لان كل واحـد له حق مستقل لاتعلق له بحق الاخـر أم ليس لهم ذلك لانه لايجني الجانـي على اكثر من نفسه ؟ احتمالان أصحهما الاول .

(الثانية) أن يعفو البعض فللباقين القصاص أو الدية مع التراضي .

(الثالثة) ان سبق واحـد يقتص من الجاني فهل للباقين المطالبة بالدية أم يسقط حقهم لا الى بدل ؟ اشكال من فوات محل الاستحقاق والدية انما تثبت بالتراضي ولم يحصل ، ومن قوله صلى الله عليه وآله وسلم : لايطل دم امرىء مسلم[1] . فلولم تؤخذ الدية لغير المقتص لزم الاطلال ، ولما تقدم من أخذ الدية

---

١) التهذيب ١٠/٢٠٥ ، العوالى ٢/١٦٠ .

(الرابعة) اذا ضرب الولى الجانى وتركه ظناً أنه مات فبرأ ، ففى رواية يقتص من الولى ثم يقتله الولى أو يتتاركان ، والراوى أبان بن عثمان ، وفيه ضعف مع ارسال الرواية .

والوجه اعتبار الضرب ، فان كان بما يسوغ به الاقتصاص لم يقتص من الولى .

لوهلك قاتل العمد .

(الرابعة) اذا قلنا بجواز أخذ الدية لمن لم يقتص فيحتمل ابتداء جواز قتله بواحد وأخذ الدية للباقين، لانه أتلف على كل واحد نفساً كاملة لاتعلق لها بالاخرى وانما يملك الجاني بدلا واحداً فكان لبعض القصاص وللباقي الدية جمعاً بين الحقوق لئلا يطل دم امرىء مسلم . ويحتمل العدم، لانه لا يجني الجاني على أكثر من نفسه .

(الخامسة) اذا قلنا بجواز قتله بواحد يحتمل قتله بالاول لسبق استحقاقه القصاص من غير معارض ، وتحتمل القرعة لتساوي الجميع في السبب وهو قتل النفس المكافئة عدواناً ، فتجب القرعة لاستحالة الترجيح بغير مرجح . ويحتمل عدم الحاجة الى القرعة بل يقتل بواحد مجاناً، اذ لاتعلق لواحد بالاخر. ويحتمل قتله لمن حضر وليه وطالب بالقود .

قوله: اذا ضرب الولى الجانى وتركه ظناً انه مات فبرأ ففى رواية يقتص من الولى ثم يقتله الولى او يتتاركان، والراوى ابان بن عثمان وفيه ضعف مع ارسال الرواية. والوجه اعتبار الضرب فان كان بما يسوغ به الاقتصاص لم يقتص من الولى

ولوقطع صحيح مقطوع اليد، فأراد الولى قتله رد دية اليد ان كانت قطعت فى قصاص او اخذ ديتها، وان شاء طرح دية اليد وأخذ

الرواية المشار اليهـا رواها الشيخ في التهذيب عن علي بن مهزيار عن ابراهيم بن عبدالله عن ابان بن عثمان عمن أخبره عن أحدهما عليهما السلام قال: أتي عمر بن الخطاب برجل قتل أخا رجل فدفعه اليه وأمره بقتله فضربه الرجل حتى رأى أنه قتله فحمل الى منزله فوجدوا به رمقاً فعالجوه حتى برأ، فلما خرج أخذه اخو المقتول فقال له: أنت قاتل أخي ولي أن اقتلك، فقال: قد قتلتني مرة، فانطلق به الى عمر فأمره بقتله، فخرج وهو يقول: يا أيها الناس قد قتلني والله، فمروا به الى امير المؤمنين عليه السلام فأخبروه خبره فقال: لا تعجل عليه حتى أخرج اليك. فدخل على عمر فقال له: ليس الحكم فيه هكذا. فقال: ما هو يا أبا الحسن؟ فقال: يقتص هذا من أخ المقتول الاول ما صنع به ثم يقتله بأخيه، فنظر أنه ان اقتص منه أتى على نفسه فعفا عنه وتاركا[1].

والمصنف استضعف الرواية من وجهين: «الاول» من جهة أبان فانه كان ناووسياً. «الثاني» ارسالها.

والوجه عنده التفصيل، وهو ان الولي ان كان ضربه بما يسوغ له قتله به جاز له أن يقتله من غير قصاص، كما لوضرب عنقه فظن أنه مات والحال أنه لم يمت، وذلك لانه استحق ازهاق نفسه وما فعله به كان مباحاً والاباحة لاتستعقب ضماناً، وان كان ضربه بما لا يسوغ له كان للجاني أن يقتص من الولي ثم يقتص الولي منه. وهذا التفصيل مقرب العلامة في القواعد.

قوله: ولوقتل[2]) صحيح مقطوع اليد فأراد الولى قتله رد دية اليد ان كانت قطعت فى قصاص او اخذ ديتها، وان شاء طرح دية اليد واخذ

---

١) الفقيه ٤/١٢٨، الكافى ٧/٣٦٠، التهذيب ١٠/٢٢٨.

٢) فى المختصر النافع ط بمصر: لوقطع.

الباقى ، وان قـد ذهبت من غير جناية جناها ولا اخذ لها دية كاملة قتل قاتلـه ولا رد ، وهى روايـة سورة بن كليب عن أبى عبد الله عليه السلام .

القسم الثانى ـ فى قصاص الطرف :

ويشترط فيه التساوى كما فى قصاص النفس ، فلايقتص فى الطرف لمن لايقتص له فى النفس . ويقتص للرجل مـن المرأة ، ولارد . وللمرأة من الرجل مع الرد فيما زاد على الثلث .

ويعتبر التساوى فى السلامة ، فلايقطع العضو الصحيح بالاشل ويقطع الاشل بالصحيح مالم يعرف أنه لاينحسم .

ويقتص للمسلم من الذمى ويأخذ منه ما بين الديتين .

ولايقتص للذمى من المسلم ولا للعبد من الحر .

ويعتبر التساوى فى الشجاج مساحة طولا وعرضاً لانزولا بل يراعى حصول اسم الشجة .

ويثبت القصاص فيما لاتعزير فيه كالحارصة والموضحة .

ويسقط فيما فيه التعزير ، كالهاشمة ، والمنقلة ، والمأمومة والجائفة وكسر الاعضاء .

الباقى وان كانت قد ذهبت من غير جناية جناها ولا اخذ لها دية كاملة قتل قاتله ولا رد ، وهى رواية سورة بن كليب عن ابى عبدالله عليه السلام[1])

---

١) الكافى ٧/ ٣١٦ ، التهذيب ١٠/ ٢٧٧ .

وفى جواز الاقتصاص قبل الاندمال تردد ، اشبهه : الجواز .

ويجتنب القصاص فى الحر الشديد والبرد الشديد ، ويتوخى اعتدال النهار .

ولوقطع شحمة أذن فاقتص منه فألصقها المجني عليه كان للجانى ازالتها ليتساويا فى الشين

أسند الحكم المذكور، وهورد دية اليد على الجاني ليسوغ القود منه الى الرواية المذكورة مع أنها مؤيدة بالنظر ، فانه لايقتص للناقص من الكامل الا بعد الرد كالمرأة من الرجل . فهنا كذلك ، لانه يحتمل عدم الرد ، لعموم قوله تعالى «النفس بالنفس»[1] « والحر بالحر »[2]، ولان للنفس بدلا بانفراده ونقصان اليد يجري مجرى نقصان صفة في الطرف ، وذلك غير مانع من القصاص في الطرف ولانه لوقتل فاقد اليد خلقة قتل من غيرد مع تحقق النقصان فكذا هنا .

قوله : وفى جواز الاقتصاص قبل الاندمال تردد اشبهه الجواز

ينشأ من قول الشيخ في المبسوط بالمنع لما لايؤمن من السراية الموجبة لدخول الطرف في النفس فيسقط القصاص في الطرف، ومن قوله في الخلاف بالجواز، لاطلاق قوله تعالى «والجروح قصاص»[3] وقوله « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم »[4] أتى بالفاء الدالة على التعقيب فيجوز الاقتصاص . نعم يستحب التأخير ، والفتوى على الاخير .

قوله : كان للجانى ازالتها ليتساويا فى الشين

---

١) سورة المائدة: ٤٥ .

٢) سورة البقره: ١٧٨ .

٣) سورة المائدة : ٤٥ .

٤) سورة البقرة : ١٩٤ .

ويقطع الانف الشام بعادم الشمم ، والاذن الصحيحة بالصماء ، ولا يقطع ذكر الصحيح بالعنين ، ويقطع عين الاعـور الصحيحة بعين ذى العينين وان عمي ، وكذا يقتص له منه بعين واحدة .

وفى رد نصف الدية قولان : أشبههما الرد .

لاخلاف في جوازازالتها ، لكن اختلف في العلة، وقيل ليتساويا فى الشين كما ذكره المصنف ،وقيل لكونها ميتة .

ويتفرع على الخلاف أنه لولم يزلها الجاني ورضي بذلك كان للامام ازالتها على القول الثاني لكونه حاملا نجاسة فلا تصح الصلاة مع ذلك .

قوله : ويقطع عين الاعور بعين ذى العينين وان عمى ، وكذا يقتص له منه بعين واحدة ، وفى رد نصف الدية قولان ، والمروى ١) الرد

هنا مسألتان :

(الاولى) ان يجني الاعور ، أي الذى له عين واحدة ، فيقلع عيناً واحدة من ذي العينين ، فان الاعـور الجاني يقلع عينه وان صـار أعمى ، فان الحق أعماه ولقوله « العين بالعين » .

(الثانية) عكسه ، وهو أن يقلـع ذوالعينين عين الاعور . فاتفق الاصحاب على أن فيها الدية كاملة ، أي ديـة النفس لو كانت الجناية خطأ ، وانه لو كانت الجناية عمداً قال كثير من الاصحاب انه يكون مخيراً بين الدية والقصاص .

والظاهر أنه مع التراضـي والا فالواجب ليس للاعور الا القصاص بعين من ذي العينين ، ولكن هل له المطالبة مع القصاص بنصف الديـة أم لا ؟ قال الشيخ في النهاية والمبسوط والقاضي ورواه الصدوق في المقنع واختاره العلامة

---

١) وكذا فى متن الشرح الكبير واما فى المختصر النافع ط بمصر : اشبههما الرد.

في المختلف نعم، لان في عينه الدية كاملة كما قلناه ، فاذا اقتص بما فيه نصف الدية كان له التفاوت والا لزم الظلم على المجني عليه ، ولما رواه محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أعور أصيبت عينه الصحيحة ففقئت أن تفقأ احدى عيني صاحبه ويعقل له نصف الدية وان شاء أخذ دية كاملة ويعفو عن صاحبه[1] . ومثله روى عبدالله بن الحكم عن الصادق عليه السلام[2] .

وقال المفيد والشيخ في الخلاف وابن ادريس والمصنف في الشرائع والعلامة في التحرير لارد لقوله تعالى « العين بالعين »[3] فلو وجب معها شيء آخر لم يتحقق ذلك. وأيضاً يلزم نسخها، لان الزيادة على النص نسخ على قول ذكر في الاصول ، ولاصالة البراءة من وجوب الرد .

أجاب الاولون عن الاية بمنع العموم ، فان المفرد المعرف باللام ليس للعموم كما تقرر في الاصول بل هو للجنس. ولو سلمنا لكن جاز تخصيص العام بالدليل وقد بيناه. ولو سلمنا عدم التخصيص لكن الاية حكاية عن حكم التوراة وهي منسوخة .

وعن الاصالة بأنها انما تكون حجة لو سلمت عن المعارض وقد بيناه. قال الشيخ في التهذيب[4] : حكم الاية تقرر في شرعنا ، لرواية زرارة عن أحدهما

---

١) التهذيب ١٠/٢٦٩ ، الكافي ٧/٣١٧ .

٢) التهذيب ١٠/٢٦٩ .

٣) سورة المائدة : ٤٥ .

٤) التهذيب ١٠/١٨٣ قال فيه : وليس لاحد ان يقول ان الاية انما هي اخبار عما كتب الله تعالى على اليهود في التوراة وليس فيها ان ذلك حكمنا لان الاية وان تضمنت ان ذلك كان مكتوباً على اهل التوراة فحكمها سار فينا، يدل على ذلك ما رواه: الحسين بن

وسنى الصبى ينتظر به فان عادت ففيها الارش والا كان فيها القصاص .

عليهما السلام : ان هذه الاية محكمة .

قال الشهيد : ويدل على وجوب التزامنا بها قوله تعالى فى آخرها « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون »[1] ، ومن للعموم والظلم وضع الشيء في غير موضعه وهوحرام ، فتركه واجب .

قلت : فيه نظر ، لجواز عطفه على اسم « ان » ، أي وكتبنا عليهم أن من لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون .

ولابن الجنيد هنا قول غريب ، وهو أن الاعور اما أن يقلع عيناً واحدة من الصحيح الجاني ويأخذ نصف الدية أو يقلع عينيه معاً ويرد عليه خمسمائة دينار .

قيل عليه : العينان اما أن تساويا عينه أولا ، فعلى الاول لارد وعلى الثاني لاقلع .

وفيه نظر ، لان عدم المساواة لايمنع الاقتصاص ، فان الانثى يقتص لها من الذكر مع الرد في موضعه والانثى غير مساوية للذكر .

قوله : وسن الصبى ينتظربه فان عادت ففيها الارش والاكان فيها القصاص

هذا قول المفيد في المقنعة والشيخ في النهاية والخلاف، وقال فى المبسوط: الذي رواه أصحابنا في كل سن بعير ولم يفصلوا يعني الى العود وعدمه . وقال

سعيد عن فضالة عن ابان عن زرارة عن احدهما عليهما السلام فى قول الله عزوجل « النفس بالنفس والعين بالعين والانف بالانف » الاية [المائدة ٤٥] قال : هى محكمة .

١) سورة المائدة : ٤٥ .

ابن الجنيد ان نبت ففيه بعيروان لم ينبت ففيها ديتها. وقال التقي في سن الصبى قبل أن يتغر[1] [عشر] عشر الدية . وقال ابن حمزة ان كانت اصلية وكان صغيراً وجب لكل سن بعير .

وقال ابن ادريس : ما قاله الشيخ في نهايته هو مذهب جميع أصحابنا ، وما قاله في المبسوط لم يذهب أحد اليه من أصحابنا .

قال العلامة في المختلف: وهذا جهل منه وقلة تحصيل، ومن أجل من شيخنا رحمه الله فانه ذكره وذكره ابن الجنيد والتقي وابن حمزة وافتوا به كما نقلنا عنهم وقد روى الشيخ عن مسمع بن عبدالله عن الصادق عليه السلام قال : ان علياً عليه السلام قضى في سن الصبى قبل أن يتغر بعيراً بعيراً في كل سن[2] . وقال العلامة : والاولى ذلك لهذا النقل وعمل اكثر الاصحاب .

اذا عرفت هذا فهذا البحث في سن الصبى قبل أن يتغر ، أما اذا تغر أي سقطت أسنان اللبن منه ثم نبتت ثم جنى عليها بعد ذلك فلها أحوال :

« ١ » ـ أن لاتعود أصلا ، فيثبت بدلها اما القصاص أو الدية .

« ٢ » ـ أن تعود متغيرة أوناقصة فيثبت الارش ، ومعناه هنا تفاوت ما بين قيمة سن تامة وسن متغيرة من الدية . ويحتمل أن يقال تفاوت مابين دية مقلوع السن مدة ثم نبتت متغيرة وبين كونه بسن في تلك المدة وبعدها غير متغيرة لانه نقص حصل في تلك المدة فلا يهدر .

---

١) الثغر : المبسم ثم اطلق على الثنايا. قيل : اذا سقطت اسنان الصبى قيل : ثغر فاذا نبتت قيل : اثغر . ويتغر اصله يثتغر من الافتعال فأدغمت الثاء بالتاء . ويجوز بالثاء « يثغر » أيضاً بادغام التاء بالثاء .

٢) الكافى ٧/ ٣٣٤ ، التهذيب ١٠/ ٢٥٦، فى المطبوعتين بالنجف وطهران جديداً « بعيراً بعيراً » مكرراً . وفى النسخة المطبوعة من الكافى بطهران فى سنة ١٣١٥ وكذا فى نسخة مخطوطة مصححة من التهذيب موجودة عندنا «بعيراً» من غير تكرار .

« ٣ » ـ أن تعود كهيئتها ، فقال القاضي لا شيء للمجني عليه من قصاص أو دية ، وقال المصنف في الشرائع والعلامة فيها الارش لان الجناية اقتضت نقصاً في المجني عليه فلا يهدر .

وهنا فوائد :

(الاولى) قيد العلامة في سن الصبى بالعود في السنة ، وهوغريب لم يوجد ذلك التقييد في كلام غيره .

(الثانية) قال الشيخ في الخلاف[1] : اذا قلع سن مثغر كان له قلع سنه ، فاذا قلعه ثم عاد سن الجاني كان للمجني عليه أن يقلعه ثانياً أبداً . ومثله قال ابن حمزة ، واستدل في الخلاف باجماع أصحابنا .

ومنع ذلك ابن ادريس ، فانه لا اجماع ولا قول لاحد في المسألة ، بل الاجماع انما هو في الاذن كما تقدم ، لانها نجسة لاتجوز الصلاة فيها بخلاف السن، فالتعدية قياس مع وجود الفرق ، ولان السن هبة مجددة من الله سبحانه .

واختار هذا المصنف في الشرائع .

وقال في المختلف بقول الشيخ رادا على ابن ادريس قوله وانه لااستبعاد في ذلك ، فان القصاص يقتضي المماثلة فلما أعدم سن المجني عليه كذا يجب أن يعدم سن الجانى .

(الثالثة) قال الشيخ في الخلاف : اذا قلع سن مثغر وأخذ ديتها ثم نبتت السن لم يجب عليه رد الدية لعدم الدلالة . وقال القاضي عليه رد الدية .

واختارالعلامة في المختلف الاول ، لجريان العادة بعدم العود، فاذا عادت كانت هبة من الله مجددة ، والدية انما أخذها عن المقلوعة .

(الرابعة) قال القاضي : لواقتص المجني عليه ثم نبتت سنه كان عليه دية

---

١) الخلاف ٣/١١٢ .

ولو جنى بما أذهب النظر مع سلامة الحدقة اقتص منه بأن يوضع على أجفانها القطن المبلول ويفتح العين ويقابل بمرآة محماة مقابلة للشمس حتى يذهب النظر .

ولو قطع كفاً مقطوعة الاصابع ، ففي رواية يقطع كف القاطع ويرد عليه دية الاصابع .

من الجاني التي أخذها قصاصاً وليس عليه قصاص في ذلك . والوجه ما تقدم من أنها هبة مجددة فليس عليه شيء للجاني .

(الخامسة) لو مات المجني عليه قبل العود فان كان بعد اليأس استحق الوارث القصاص أو الدية وان كان قبل اليأس فلهم الارش لامكان العود الذي يجب معه الارش كما تقدم .

قوله: ولو قطع كفاً مقطوعة الاصابع ففي رواية يقطع كف القاطع ويرد عليه دية الاصابع

الرواية عن سهل بن زياد عن الحسن بن العباس بن الحريش عن ابى جعفر الثاني عليه السلام [1] ، وعمل بها الشيخ في النهاية والخلاف .

وقال في المبسوط: ليس له أخذ الدية الا أن يكون المقطوع أخذ ديتها أو قطعت في قصاص، اما لو ذهبت بآفة سماوية فلا يعطى شيئاً .

والمصنف كأنه استضعف الحكم المذكور اما لضعف الرواية بسبب سهل ابن زياد أو لانه لا خلاف بيننا في أنه لا يقتص للناقص من الكامل، وفيه ما تقدم .

---

١) الكافي ٣١٧/٧ ، التهذيب ٢٧٦/١٠ .

ولا يقتص ممن لجأ الى الحرم، ويضيق عليه في المأكل والمشرب حتى يخرج منه فيقتص منه ويقتص ممن جنى في الحرم فيه.

قوله: ولا يقتص ممن لجأ الى الحرم

هذا حكم اجماعي، وألحق الشيخان بالحرم مشاهد الائمة عليهم السلام. وهوقريب: أما اولا فلما ورد عنهم عليهم السلام أن بيوتنا مساجد، وأماثانياً فلما تواتر من رفع العذاب الاخروي عن من يدفن بهافالعذاب الدنيوي أولى، وأما ثالثاً فلان ذلك مناسب لوجوب تعظيمهاواستحباب المجاورة بهاوالقصد اليها[1].

---

١) قال المجلسي الاول في روضة المتقين ١٠/٣٤٤: والحق به بعض الاصحاب مشاهد الائمة المعصومين عليهم السلام لانها اطلق عليها في الاخبار الكثيرة انها حرم الله تعالى.

كتاب الديات

والنظر فى أمور أربعة

الاول : أقسام القتل ، ومقادير الديات .

وأقسامه ثلاثة : عمد محض ، وخطأ محض ، وشبيه بالعمد .

قوله : كتاب الديات

هي جمع دية بتخفيف الياء ولايجوز تشديدها. وسميت دية لانها تؤدى عوضاً عن النفس، وقد تسمى لغة عقلا لمنعها من التجري على الدماء، لان من معاني العقل المنع ، وقيل لانها تعقل لسان ولي المقتول . وتسمى دماً تسمية للمسبب باسم سببه .

وكان في حكم التوراة شرع القصاص لاغير، وفي الانجيل الدية لاغير، فجاء الامران في هذا الشرع الشريف توسعة ووضعاً للاصر .

فالعمد أن يقصد الى الفعل والقتل وقد سلف مقاله .

والشبيه بالعمـد : أن يقصد الى الفعل دون القتل ، مثل أن يضرب للتأديب ، أو يعالج للاصلاح فيموت .

والخطأ المحض : أن يخطىء فيهمـا ، مثل أن يرمى للصيد فيخطئه السهم الى انسان فيقتله .

فدية العمد : مائة من مسان الابل ، أو مئتا بقرة ، أو مئتا حلة كل حلة ثوبان من برود اليمن ، أو ألف دينار ، أو ألف شاة ، أو عشرة آلاف درهم ، وتستأدى في سنة واحدة من مال الجانى ، ولا تثبت الا بالتراضى .

قوله : فدية العمد

قال الشيخان: دية العمد ألف دينار جيّد ان كان القاتل من أصحاب الذهب أوعشرة آلاف درهم ان كان من أصحاب الورق جيداً، أومائة من مسان الابل ان كان من أصحاب الابل، أومائتا بقرة مسان ان كان من أصحاب البقر، أوالف كبش ان كان من أصحاب الغنم، أومائتا حلة ان كان من أصحاب الحلل .

قال العلامة في المختلف: الكلام هنايقع في أمرين :

«الاول» ـ هل هذا التوزيع واجب أومستحب، على معنى أن صاحب الذهب يجوز له العدول عنه الى باقي الاجناس غيره وكذا الباقيات أم لا ؟ ظاهر هذا الكلام يقتضي المنع، وفي رواية ابن الفضيل عن الصادق عليه السلام [1] مايدل

---

١) التهذيب ١٠/٢٤٧ ، الاستبصار ٤/٢٥٨ . وهو العلاء بن الفضيل .

وفي دية شبيه العمد روايتان ، اشهرهما ثلاث وثلاثون بنت لبون ، وثلاث وثلاثون حقه ، وأربع وثلاثون ثنية طروقة الفحل

على التخيير. والوجه التخيير كما في زكاة الفطرة ويخص كل قوم بشيء على وجه الاستحباب .

« الثاني » ـ أنه هل يعتبر في الاجناس غير النقدين مساواة قيمتها لاحدهما؟ قال في المبسوط عقيب قوله وليس بعضها بدلا عن بعض بل كل واحد بدل عن النفس سواء كانت بقيمة الابل أو دونها اوفوقها، وهذا يدل على كون العبارة الاولى للاستحباب، وفي رواية ابن سنان الصحيحة عن الصادق عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام ـ الى أن قال ـ وقيمة كل بعير مائة وعشرون درهماً أو عشرة دنانير، ومن الغنم قيمة كل ناب من الابل عشرون شاة[1]. والمشهور بين الاصحاب أن قيمة كل واحد من الابل عشرة دنانير والشاة دينار .

قوله: وفي دية شبيه العمد روايتان اشهرهما ثلاث وثلاثون بنت لبون وثلاث وثلاثون حقة واربع وثلاثون ثنية طروقة الفحل

هذا الذي ذكره المصنف وجعله أشهر الروايتين لم نقف على رواية به . نعم هو قول الشيخ في النهاية واختاره المصنف هنا وفي الشرائع، والذي وقفنا عليه في هذا القسم روايتان :

احداهما رواية ابي بصير: ثلاث وثلاثون حقة وثلاث وثلاثون جذعة واربع وثلاثون ثنية طروقة الفحل[2] . وعمل بها المفيد وسلار والتقي .

وثانيتهما عن ابن سنان عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام :

---

١) الكافي ٧/٢٨١، الفقيه ٤/٧٧، التهذيب ١٠/١٥٨، المقنع ١٨٢، الاستبصار ٤/٢٥٩ .

٢) الكافي ٧/٢٨١ ، التهذيب ١٠/١٥٨ ، الاستبصار ٤/٢٥٨ .

ويضمن هذه الجانى لا العاقلة . وقال المفيد : تستأدى فى سنتين .

وفى دية الخطأ أيضاً روايتان ، أشهرهما عشرون بنت مخاض وعشرون ابن لبون ، وثلاثون بنت لبون ، وثلاثـون حقة . وتستأدى فى ثلاث سنين ، ويضمنها العاقلة لا للجانى .

أربعون خلفة بين ثنية الى بازل عامها وثلاثون حقة وثلاثون بنت لبون[1]. وعمل بها الصدوق .

وقال الشيخ في الاستبصار: الامام مخير في ذلك، وذلك جمع بين الروايات.

قوله : وقال المفيد تستأدى فى سنتين

نسبه الى المفيد لعدم وقوفه على رواية به ، فعلى هذا يكون مخففة عن دية العمد في أمرين: «الاول» في أسنان الابل، فانها في العمد كلها مسنان، أي كبيرة عظيمة الجثة. « الثاني » في مدة الاستيفاء ، فانها هناك سنة وهناسنتان .

قوله : وفى دية الخطأ روايتان أشهرهما عشرون بنت مخاض وعشرون ابن لبون وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة

---

١) التهذيب ١٠/١٥٨ ، الكافى ٧/ ٢٨١ ، الفقيه ٤/٧٧ ، الاستبصار ٤/٢٥٩ .

أقول: الخلفة بكسر اللام: الحامل من الناقة. الثنية : الناقة الداخلة فى السنة السادسة تلقى ثنيتها. البازل: الابل الذى تم ثمانى سنين ودخل فى التاسعة وحينئذ يطلع نابه وتكمل قوته ثم يقال له: بازل عام وبازل عامين . فالمراد بها: ان لا تنقص من الخمس سنين ولا تزيد على عشرسنين .كذا قال فى روضة المتقين ١٠/٣١٦ .

والحقة مؤنث الحق بكسر الحاء المهملة من الابل ما طعن فى السنة الرابعة وجمعه: حقاق وجمعها : حقق مثل سدرة وسدر . سمى بذلك لانه استحق ان يحمل عليه .

وبنت اللبون التى تدخل فى السنة الثالثة ، سميت بذلك لان امها ولدت غيرها فصار لها لبن .

ولوقتل في الشهر الحرام ألزم دية وثلثاً تغليظاً .

وهل يلزم مثل ذلك في الحرم ؟ قال الشيخان: نعم، ولاأعرف الوجه .

ودية المرأة على النصف من الجميع .

ولا تختلف دية الخطأ والعمد في شيء من المقادير عدا النعم.

وفي دية الذمي روايات ، والمشهور : ثمانمائة درهم. وديات نسائهم على النصف من ذلك .

هذه رواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام[1]، والاخرى عن العلاء بن الفضيل عن الصادق عليه السلام : مائة من الابل أو الف من الغنم أو عشرة آلاف درهم أو الف دينار، فان كان الابل فخمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون حقة[2] .

واختار المصنف مذهب الشيخين والصدوق في المقنع وسلار والتقي ، وعليه الفتوى .

قوله : وهل يلزم مثل ذلك في الحرم ؟ قال الشيخان نعم ولااعرف الوجه

يمكن توجيه كلام الشيخين بما تقدم من وجوب الاحترام والتعظيم وتضعيف كفارة الصيد في الحرم ، وكل ذلك مناسب للتضعيف ولاصالة براءة الذمة من الزائد عن الدية المقررة شرعاً .

قوله : وفي دية الذمي روايتان ، والمشهور ثمانمائة درهم

---

١) الفقيه ٤/ ٧٧ ، الكافي ٧/ ٢٨١ ، التهذيب ١٠/ ١٥٨ .

٢) التهذيب ١٠/ ١٥٨ ، الكافي ٧/ ٢٨٢ ، الاستبصار ٤/ ٢٥٨ .

ولادية لغيرهم من أهل الكفر .

وفي ولد الزنا قولان ، أشبههما : أن ديته كدية المسلم الحر وفي رواية كدية الذمي ، وهي ضعيفة .

ودية العبد قيمته ، ولو تجاوزت دية الحر ردت اليها .

وتؤخذ من مـال الجاني ان قتله عمداً أوشبيهاً بالعمد ، ومن عاقلته ان قتله خطأ . ودية أعضائه بنسبة قيمته: فما فيه من الحر ديته فمن العبد قيمته ، كاللسان والذكر . ومـا فيه دون ذلك فبحسابه .

فيه ثلاث روايات :

« الاولى » ـ رواية ابن مسكان عن الصادق عليه السلام: ثمانمائة درهم[1] .

ومثلها رواية ليث المرادي عنه عليه السلام[2]، وغير ذلك من الروايات .

« الثانية » ـ عن أبان بن تغلب عنه عليه السلام أيضاً كدية المسلم[3].

« الثالثة » ـ رواية ابى بصير عنه عليه السلام[4] أيضاً اربعة آلاف درهم .

وحمل الشيخ هاتين الروايتين على من اعتاد قتل أهل الذمة، فان للامام أن يأخذه بما يراه أردع ولاينقص عن ثمانمائة درهم .

قوله : وفى ولد الزنا قولان اشبههما ان ديته كدية المسلم الحر، وفى رواية كدية الذمى وهى ضعيفة

---

١) الكافى ٧/ ٣٠٩ ، التهذيب ١٠/ ١٨٦ ، الاستبصار ٤/ ٢٦٨ .

٢) الكافى ٧/ ٣١٠، التهذيب ١٠/ ١٧٦، الاستبصار ٤/ ٢٦٩ .

٣) الفقيه ٤/ ٩١ ، التهذيب ١٠/ ١٨٧ ، الاستبصار ٤/ ٢٦٩ .

٤) التهذيب ١٠/ ١٨٧ ، الفقيه ٤/ ٩١ ، الاستبصار ٤/ ٢٦٩ .

والعبد أهل للحرفيما لاتقدير فيه .

ولوجنى جان على العبد بما فيه قيمته ، فليس للمولى المطالبة حتى يدفع العبد برمته . ولوكانت الجناية بما دون ذلك أخذ أرش الجناية ، وليس له دفعه والمطالبة بالقيمة .

ولا يضمن المولى جناية العبد ، لكن يتعلق برقبته ، وللمولى فكه بأرش الجناية . ولاتخير لمولى المجني عليه .

ولوكانت جنايته لاتستوعب قيمته تخير المولى في دفع الارش أوتسليمه ليستوفي المجني عليه قدر الجناية استرقاقاً أوبيعاً . ويستوي

قد تقدم أن الاختيار في وندالزنا أنه مسلم، فهوبحكم سائر المسلمين الاما أخرجه الدليل ، كمنع قبول الشهادة والصلاة خلفه، وذلك لايمنع من الحكم باسلامه كما لايمنع ذلك فيولد الرشدة اذا كان فاسقاً. فعلى هذا ديته دية الحر المسلم وهي ماتقدم .

وقال الصدوق في المقنع والمرتضى رحمهما الله ديته دية الذمي، للرواية المشار اليها ، وهي مارواه جعفر بن بشير عن بعض رجاله عن الصادق عليه السلام[1]. ومثلها رواية عبدالرحمن بن عبدالحميد عن بعض مواليه عن الكاظم عليه السلام[2]. وهما ضعيفتان لارسالهما.

وحكم ابن ادريس بأنه لادية ، استسلافاً للحكم بكفره الموجب لعدم دية المسلم واستضعافاً للرواية الموجب لعدم دية الذمي واعتماداً على أصالة البراءة

---

١) الفقيه ٤/ ١١٤ ، التهذيب ١٠/ ٣١٥ .

٢) التهذيب ١٠/ ٣١٥ .

في ذلك الرق المحض والمدبر ، ذكراً كان أوانثى أوام ولد على التردد .

النظر الثاني ـ في موجبات الضمان :

والبحث اما في المباشرة ، أوالتسبب ، أوتزاحم الموجبات.

اما المباشرة: فضابطها الاتلاف لامع القصد ، فالطبيب يضمن في ماله من يتلف بعلاجه . ولوأبرأه المريض أوالولى ، فالوجه :

المقتضي عدم شغل الذمة بشيء . والاستسلاف ممنوع .

قوله : او ام ولدعلى التردد

اللام هناظاهرة في العهد، ولم يسبق له في هذا الكتاب كلام في جنايتها وتعلق الارش برقبتها، وأنه هل يجوز تسليمها الى المجني عليه أم لاحتى يكون ذلك هوالمعهود؟ فيحمل الابى بأن ذلك اشارة الى أن أم الولد هل تسترق وتباع أم لا ؟ وقد تقدم .

وهذا أيضاً غير صحيح فانه لم يسبق له في باب الاستيلاد شيء من ذلك بل جزم بأنها لاتباع الافي ثمن رقبتها مع اعسار مولاها بـه من غير تردد . وكذا لم يذكر تردداً في هذه المسألة في موضع من هذا الكتاب. نعم في الشرائع تردد في مواضع لكن لايحسن جعل العهد راجعاً الى كتاب آخر .

اذا عرفت هذا فيمكن أن يكون منشأتردده من عموم النهي عن بيع أمهات الاولاد وتمليكها فيشمل محل النزاع ، ومن بقاء الرق الموجب لتعلق الارش برقبة الرقيق الجاني ، وهوا جماعي فيقتضي جواز تسليمها الى المجني عليه ، وذلك هوالمطلوب .

قوله : فالطبيب يضمن في ماله من يتلف بعلاجه ، ولوابرأه المريض

الصحة ، لامساس الضرورة الى العلاج ، ويؤيده رواية السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام ، وقيل : لايصح ، لانه ابراء مما لم يجب . وكذا البحث في البيطار .

أوالولى فالوجه الصحة لامساس انضرورة الى العلاج، ويؤيدرواية السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام[1] ، وقيل لايصح لانه ابراء ممالم يجب

هنا فوائد :

(الاولى) أنه يجوز العلاج للامراض : أما أولا فلوجوب دفع الضرر عن النفس عقلا وشرعاً. وأما ثانياً فلقوله صلى الله عليه وآله: تداووافان الذي أنزل الداء انزل الدواء[2]، وقوله صلى الله عليه وآله: شفاء أمتي في ثلاث: آية من كتاب الله ، ولعقة من عسل ، ومشراط حجام[3] . وأما ثالثاً فللاجماع على ذلك .

(الثانية) الطبيب القاصر المعرفة ضامن لما يتلف بعلاجه اجماعاً ، وكذا العارف اذا عالج صبياً أ ومجنوناً أو مملوكاً من غير اذن من الولي والمالك ، أو عالج عاقلاحراً من غير اذن منه .

(الثالثة) العارف اذا عالج حراً عاقلا آذناً اوأحد الثلاثة مع اذن الوالي فيخطىء هل يضمن أم لا ؟ قال الشيخان والتقي وسلار نعم لحصول التلف مستنداً الى فعله ولايطل دم امرىء مسلم[4]، ولما رواه الصفار عن ابراهيم بن هاشم عن النوفلي عن السكوني عن الصادق عليه السلام ضمن ختاناً قطع حشفة غلام[5].

---

١) الكافي ٧/ ٣٦٤ ، التهذيب ١٠/ ٢٣٤ .

٢) قرب الاسناد : ٥٢ .

٣) العوالي ٢/ ١٤٨ .

٤) التهذيب ١٠/ ٢٠٥ ، المستدرك ٣/ ٢٦٠ .

٥) التهذيب ١٠/ ٢٣٤ .

قال المصنف في النكت: الاصحاب مجمعون على أن الطبيب يضمن مايتلف بعلاجه، وهو الاصل في الحجة، والاجماع المنقول بالواحد حجة عند الاكثر، والرواية المذكورة وان كانت ضعيفة فالنظر مؤيد لضعفها .

وقال ابن ادريس: لاضمان، لانه فعل سائغ مأذون فيه فلا يستعقب ضماناً، والرواية من الاحاد مع ضعفها، وعلى تقدير العمل بها تحمل على حصول التفريط لانه قطع غيرما أريد منه ، فان الحشفة غير محل الختان .

(الرابعة) لو أخذ الطبيب البراءة من المريض الحر العاقل أو من ولي غيره هل يكون ذلك مسقطاً للضمان أم لا ؟ قال الشيخان واتباعهما نعم ، لان الضرورة ماسة الى العلاج، فلو لم يشرع عدم الضمان لما تحقق الغرض ، لجواز امتناع الطبيب عن العلاج لمايتعقبه من الضمان ، وللرواية المذكورة عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام أنه قال : من تطبب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليه والافهو ضامن[1] ، وانما ذكر الولي لانه هو المطالب على تقدير التلف . فلما شرع الابرام قبل الاستقرار لمكان الضرورة صرف الى من يتولى المطالبة بتقدير وقوع ما تقع البراءة منه .

قال المصنف في النكت : لا استبعد ابراء المريض لانه فعل مأذون فيه والمجني عليه اذا أذن في الجناية سقط الضمان فكيف باذنه في المباح المأذون في فعله .

وقال ابن ادريس : لايكون ذلك مسقطاً للضمان لو قلنا به ، لانه ابراء من حق قبل ثبوته وقد أجمعنا على بطلان ما هذا شأنه . والفتوى على الاول ، لما قلناه من الضرورة .

(الخامسة) الضمان المذكور في مال الطبيب لانه شبيه عمد لتحقق القصد

---

١) الكافي ٧/ ٣٦٤ ، التهذيب ١٠/ ٢٣٤ .

والنائم اذا انقلب على انسان، اوفحص برجله فقتل ضمن في ماله على تردد.

أما الظئر: فان طلبت بالمظائرة الفخر ضمنت الطفل في مالها اذا انقلبت عليه فمات، وان كان للفقرفالدية على العاقلة.

الى الفعل لا الى القتل.

قوله: والنائم اذا انقلب على انسان أوفحص برجله فقتل ضمن في ماله على تردد

الضمان في الجملة لاكلام فيه وانما التردد في محل الضمان هل هو النائم لانـه شبيه عمدكما قاله الشيخ أو العاقلة لانـه خطأ محض اذ لاقصد للنائم؟ فاختار المصنف في الشرائع والعلامة في القواعد الثاني، وعليه الفتوى.

قوله: اما الظئرفان طلبت بالمظائرة الفخر[1] ضمنت الطفل في مالها اذا انقلبت عليه فمات، وان كان للفقرفالدية على العاقلة

في هذه المسألة للاصحاب أقوال:

الاول: قول المفيد أن الدية في مالها مطلقاً، وكذاكل من انقلب في منامه على غيره فمات.

الثاني: قول العلامة أن الدية على العاقلة.

الثالث: قول الشيخ، وهو التفصيل المذكور فـي الكتاب اعتماداً على رواية عبدالرحمن بن سالم عن الباقر عليه السلام[2]. واختارالعمل بها المصنف هنا وفي الشرائع.

---

١) في متن الرياض: المظائرة للفخروالعزة.

٢) الفقيه ٤/١١٩، الكافي ٧/٣٧٠، التهذيب ١٠/٢٢٢.

ولو أعنف بزوجته جماعاً اوضماً فماتت ضمن الدية ، وكذا الزوجة .

وفى « النهاية » ان كانا مأمونين فلاضمان، وفى الرواية ضعف.

ولوحمل على رأسه متاعاً فكسره اوأصاب انساناً ضمن ذلك فى ماله .

وفى رواية السكونى : ان عليـاً عليه السلام ضمن ختاناً قطع حشفة غلام، وهى مناسبة للمذهب. ولووقع على انسان من علوفقتل فان قصد وكان يقتل غالباً قيدبه، وان لم يقصدفهوشبيه عمد يضمن

قال في المختلف : ان صحت تعين العمل بهـا والا فالاولى ان الدية على للعاقلة، فان النائم لاقصد له، وطلب الفخر لايخرج الفعل عن كونه خطأأوشبيه عمد لأن ذلك مستند الى القصود والدواعي وعدمها .

قوله : ولواعنف بزوجته جماعاً اوضماً فماتت ضمن الـدية ، وكذا الزوجة ، وفى النهاية ان كانا مأمونين فلاضمان ، وفى الرواية ضعف

هذه أيضاً فيها أقوال :

الاول : قول المفيد أن في ذلك الدية مغلظة لكن لاقود فـي ذلك ، فجعل الدية دية عمد ونفى القود .

الثاني : قول المصنف والعلامة فهو ضمان دية شبيه العمد ، أما الدية فلانه جناية أتلفت نفساً مضمونة وهي عن غيرعمد محض ، وأماكونها شبيه عمدفلان الأصل عدم القصد الى القتل فتجب الدية على الفاعل منهما ، وبه قال سلار .

الثالث : قول الشيخ في النهاية ، وهو أنهما ان كانامأمونين فلاشيء عليهما وان كانا متهمين فعلى الفاعل الدية . والمستند رواية الصدوق فـي المقنع عن الصادق عليه السلام. قال ابن ادريس: التهمة لاتفيدالا اللوث لصدورالقتل منه قطعاً.

الدية. وان دفعه الهواء اوزلق، فلاضمان . ولودفعه دافع فالضمان على الدافع .

وفى « النهاية » : دية المقتول على المدفوع ويرجع بها على الدافع .

ولوركبت جارية اخرى فنخستها ثالثة فقمصت فصرعت الراكبة فماتت قال فى « النهاية » الدية من الناخسة والقامصة نصفان ، وفى « المقنعة » : عليهما ثلثا الدية. ويسقط الثلث لركوبها عبثاً ، والاول رواية أبى جميلة ، وفيه ضعف . وما ذكره المفيد حسن .

والفتوى على ما قاله المصنف .

قوله : ولودفعه دافع فالضمان على الدافع، وفى النهاية دية المقتول على الواقع١) ويرجع بها على الدافع

اعتمد في النهاية على رواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام[٢].

وما ذكره المصنف أنسب ، لان الدافع هو القاتل ، لما ثبت في الكلام من أن المتولدات مستند الينا ، أما المدفوع لومات فلا كلام في أن ديته على الدافع .

قوله : ولوركبت جارية اخرى فنخستها ثالثة فقمصت فصرعت الراكبة فماتت، قال فى النهاية الدية بين الناخسة والقامصة نصفان، وفى المقنعة٣) عليهما ثلثا الدية وسقط الثلث لركوبها عبثاً ، والاول رواية ابى جميلة عن سعد عن الاصبغ قال : قضى على عليه السلام٤) . وفى ابى جميلة ضعف،

---

١) كذا فى المختصر المخطوط عندنا ومتن الرياض . وفى المختصر المطبوع بمصر: على المدفوع .

٢) الفقيه ٤/ ٧٩ ، الكافى ٧/ ٢٨٨ .

٣) المقنعة: ١١٨ .

٤) الفقيه ٤/ ١٢٥ ، التهذيب ١٠/ ٢٤١ .

وخرج متأخر وجهاً ثالثاً، فأوجب الدية على الناخسة ان كانت ملجئة وعلى القامصة ان لم تكن ملجئة .

وماذكره المفيد حسن . وخرج متأخروجهاً ثالثاً فأوجب الدية على الناخسة ان كانت ملجئة وعلى القامصة ان لم تكن ملجئة

في هذه المسألة أقوال خمسة ذكر المصنف منها ثلاثة :

الاول : قول الشيخ في النهاية واتباعه مستنداً الى رواية ابى جميلة ، وهو ضعيف ، اسمه المفضل بن صالح كان يضع الاحاديث .

الثاني: قول المفيد، وبيانه أنه يسقط الثلث بفعل الثالثة، واختاره المصنف. وقال فى النكت: ابو جميلة ضعيف لا عمل على ماينفرد به، فاذاً روايته ساقطة. ولا وجه لما ذكره الاصحاب غير المفيد ، لان التلف حصل بالاسباب الثلاثة فتثبت الشركة .

الثالث : قول ابن ادريس، وهو التفصيل الى الالجاء وعدمه . قال الشهيد : وهو مشكل ، فان الاكراه على القتل لايسقط الضمان . ثم في الحكم بوجوب الدية اشكال من حيث أن القموص ربما كان يقتل غالباً فتجب القصاص .

الرابع: قول الراوندي، وهو ان كانت الراكبة بالغة مختاره فكما قال المفيد وان كانت صغيرة أومكرهة فكما قال الشيخ ، وهومحاولة للجمع بين القولين.

الخامس : قول التقي وتبعه ابن زهرة ، وهو أن الركوب ان كان بأجرة فالدية نصفان وان لم يكن بأجرة فهي أثلاث ، ويسقط ماقابل فعل الراكبة . وهو أيضاً محاولة للجمع بين القولين .

ويحتمل هنا تفصيل آخر ، وهو أنه ان كان الركوب عبثاً فكما قال المفيد وان كان لغرض صحيح فان كانت القامصة ملجأة فالدية على الناخسة وان كانت غير ملجأة فالدية عليها .

واذا اشترك في هدم الحائط ثلاثة فوقع على أحدهم فمات ، ضمن الاخران ديته . وفي الرواية ضعف ، والاشبه : ان يضمن كل واحد ثلثاً ، ويسقط ثلث لمساعدة التالف .

ومن اللواحق مسائل :

(الاولى) من دعا غيره فأخرجه من منزله ليلاضمنه حتى يرجع اليه .

قوله : واذا اشترك في هدم الحائط ثلاثة فوقع على احدهم فمات ضمن الاخران ديته ، وفي الرواية ضعف . والاشبه ان يضمن كل واحد ثلثا ويسقط ثلث لمساعدة التالف

الاول قول الشيخ في النهاية[1] استناداً الى رواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في حائط اشترك في هدمه ثلاثة نفر فوقع على واحد منهم فمات يضمن الباقيان دية لان كل واحد ضامن لصاحبه[2] .

والثاني قول ابن ادريس واختاره المصنف والعلامة ، ووجهه أنه تلف بفعل الميت وفعل الاخرين فيسقط ما قابل فعله ولا لزم أن يضمن الشريك في الجناية جناية شريكه ، وهو باطل لقوله تعالى « ولا تزر وازرة وزر أخرى »[3] .

قوله: من دعا غيره فاخرجه من منزله ليلاضمنه حتى يرجع اليه، ولو

---

١) النهاية : ٧٦٤ .

٢) الفقيه ٤/ ١١٨ ، التهذيب ١٠/ ٢٤١ ، الكافي ٧/ ٢٨٤ .

٣) سورة الانعام : ١٦٤ ، الاسراء : ١٥، فاطر: ١٨ ، الزمر: ٧ .

ولو وجد مقتولا وادعى قتله على غيره وعدم البينة . ففي القود تردد ، اشبهه : أنه لاقود ، وعليه الديـة . ولو وجد ميتاً ففي لزوم الدية قولان ، اشبههما : اللزوم .

وجد مقتولا وادعى قتله على غيره وعدم البينة ففي القود تردد اشبهه انه لاقود وعليه الدية ، ولو وجد ميتاً ففي لزوم الدية قولان اشبههما اللزوم

الضمر في « اليه » راجع الى المنزل، ولاشك أن مع رجوعه الى المنزل سالماً يخرج من ضمانه ، والبحث انما هو في عدم رجوعه سالماً . واقسام نفى هذا المركب ثلاثة : « ١ » أن لايوجد ولا يعلم له خبر . « ٢ » أن يوجد مقتولا . « ٣ » أن يوجد ميتاً .

ففي الاول لاخلاف أنه يضمن ديته اذا لم يعترف بقتله ، وتكون الدية في مال المخرج سواء كان ذكراً أو أنثى حـراً أوعبداً . واجماع الفقهاء على أن الحر لايضمن لاينافي ذلك ، لخروج هذا الحكم بالنص وان عدم ضمان الحر مشروط بعدم الاخراج ليلا .

وفي الثاني اما أن يدعي قتله على غيره ويقيم بذلك بينة أولا ، ان كان الاول خرج من ضمانه وحكم بالقود على ذلك الغير ، وكذا لـو علم تلفة بسبب غير صادر من الداعي ، وان كان الثاني ـ وهـو أن لايدعي قتله على غيره أوادعى لكن لابينة له بذلك ـ فهل يقاد به ؟ تردد المصنف والعلامة في ذلك من حيث أنه مضمون عليه والضمان يكون بالمثل فيكون هنا بالقود وهو قول الشيخ في النهاية ومن أصالة البراءة وكون الدماء مبنية على الاحتياط التام ، والضمان أعم مـن أن يكون بالقود أو الدية ، والعام لادلالة له على الخاص فلاقود ، فتكون عليه الدية وهو المطلوب . وهو مصحح المصنف في الشرائع .

وفي الثالث ـ أي وجد ميتاً ـ لاخلاف أنه لاقود هنا ، واختلف في الضمان

بالدية ، فقال الشيخان بذلك للاجماع على كونه مضموناً وليس بالقود اجماعاً فيكون بالدية والالخرج عن كونه مضموناً . هذا خلف .

وقال ابن ادريس لادية أيضاً ، لاصالة البراءة ، والحكم بالضمان يمكن تنزيله على عدمه أو وجوده مقتولا ، أما مع وجوده ميتاً فلا لجواز موته حتف أنفه. واختار المصنف هنا لزوم الدية لئلا يطل دم امرىء مسلم[1] . واختار في الشرائع قول ابن إدريس .

وهنا فوائد :

(الاولى) روى عمرو بن ابى المقدم عن الصادق عليه السلام أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : كل من طرق رجلا ليلا فأخرجه من منزله فهو له ضامن الا أن يقيم البينة أنه قدرده الى منزله[2] . وعن عبدالله بن ميمون عن الصادق عليه السلام أنه دعى الرجل أخاه بليل فهو ضامن له حتى يرجع الى بيته[3] .

(الثانية) قال العلامة في المختلف : ان لم يظهر له خبر البتة ضمن ديته، وان وجد مقتولا أقيد به مع التهمة والقسامة ، الا أن يقيم البينة أن غيره قاتله ، وان وجد ميتاً فادعى موته حتف أنفه فان كان هناك لوث ضمن مع القسامة والا فلا . وهو قريب مما قاله ابن ادريس .

(الثالثة) لو أمره بالدعاء له فخرج عقيب دعائه معه هل يسقط هذا الحكم أم لا؟ يحتمل عدم السقوط لعموم النص، ويحتمل السقوط لعدم التهمة وأمره له بذلك ، وهو أولى .

---

١) التهذيب ١٠/٢٥ .

٢) الفقيه ٤/٨٦ ، الكافي ٧/٢٨٧ ، التهذيب ١٠/٢٢١ .

٣) التهذيب ١٠/٢٢٢ .

(الثانية) اذا عادت الظئر بالطفل فأنكره أهله ، صدقت ما لم يثبت كذبها فيلزمها الدية اواحضاره ، اومن يحتمل أنه هو .

(الثالثة) لودخل لص فجمع متاعاً ووطىء صاحبة المنزل قهراً فثارولدها فقتله اللص ثم قتلته المرأة ذهب دمه هدراً، ويضمن مواليه دية الغلام، وكان لها اربعة آلاف درهم لمكابرته على فرجها، وهى رواية عبدالله بن طلحة عن أبى عبدالله عليه السلام .

(الرابعة) لودعاغيره فخرج هو لاكلام في عدم انسحاب الحكم في غير المدعو ، لعدم تناول النص له .

(الخامسة) لـو كان الداعي جماعة توازعوا الدية بينهم ، كما لـو اشتركوا فـي الجناية ، وكذا لو كان المدعو جماعة ضمن الداعي ديـة كل واحد منهم باستقلاله .

قوله : لودخل لـص فجمع متاعاً ووطىء صاحبة المنزل قهراً فثار ولدها فقتله اللص ثم قتلته المرأة ذهب دمه هدراً ويضمن مواليه دية الغلام وكان لها اربعة آلاف درهم فى تركته ١) لمكا برته على فرجها ، وهى رواية عبدالله بن طلحة عن ابى عبدالله عليه السلام

تضمنت هذه الواقعة أحكاماً ثلاثة :

(الاول) أن دمه ذهب هدراً لكونـه محارباً قد أخذ المال ولم يكن نزع المال منه الا بقتله ، لالكونه قصاصاً عن الولد والا لماضمن الاولياء الدية .

(الثاني) أن موالي اللص يضمنون دية الغلام ، وذلك لفوات محل القصاص لما قلنا من أن قتله لمحاربته ، فان كان القتل خطأ فالضامن العاقلة وان كان غير

---

١) ليس « فى تركته » فى المختصر المطبوع بمصر .

وعنه في امرأة ادخلت الحجلة صديقاً لها ليلة بنائها ، فاقتتل هووزوجها فقتله الزوج فقتلت المرأة الزوج ضمنت دية الصديق وقتلت بالزوج ، والوجه ان دم الصديق هدر .

خطأ فالضامن الوارث ، فالمراد بالمولى حينئذ ما يعمهما .

(الثالث) أنه يجب للمرأة في تركته أربعة آلاف درهم مهراً عن مكابرتها على فرجها . ويظهر من ذلك أن مهر المثل لاينقدر بخمسمائة درهم أوخمسين ديناراً اذا وقع على وجه الجناية ، لما هو الفرض هنا ويقدر ذلك ان كان هو مهر مثلها .

اذا عرفت هذا فالرواية ذكرها الشيخ رحمه الله في التهذيب عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن محمد بن حفص عن عبدالله بن طلحة عن الصادق عليه السلام قال سألته: عن رجل سارق دخل على امرأة ليسرق متاعها، فلما جمع الثياب مانعته نفسه وكابرها على نفسها فواقعها، فتحرك ابنها فقام فقتله بفأس كان معه، فلما فرغ حمل الثياب وذهب ليخرج حملت عليه بالفأس فقتلته، فجاء أهله يطلبون بدمه من الغد. فقال الصادق عليه السلام : اقض على هذا كما وصفت لك. فقال : يضمن مواليه الذين طلبوا بدمه دية الغلام ويضمن السارق فيهما ترك أربعة آلاف درهم بمكابرتها على فرجها انه زان وفي ماله غريمة وليس عليها في قتلها اياه شيء لانه سارق[1]. وقد ذكرنا تعليل ماتضمنته هذه الرواية .

قوله : وعنه في امرأة ادخلت الحجلة صديقاً لها ليلة بنائها فاقتتل هووزوجها فقتله الزوج فقتلت المرأة الزوج، ضمنت دية الصديق وقتلت بالزوج ، والوجه ان دم الصديق هدر

---

١) الكافي ٢٩٣/٧ ، التهذيب ٢٠٨/١٠ .

(الرابعة) لو شرب أربعة فسكروا فوجد جريحان وقتيلان ، ففي رواية محمدبن قيس: أن علياً عليه السلام قضى بدية المقتولين

هذه أيضاً رواها الشيخ في التهذيب عن عبدالله بن طلحة[1] بالسند المذكور آنفاً ، وهي أيضاً ضعيفة، لان عبدالله بن طلحة بتري وماتضمنته من الحكم ظاهر غير أن المصنف في الشرائع تردد في ضمانها دية الصديق من أنها غارة له فيلزمها ضمانه لانها سبب تلفه ، ومن أنه دخل دارالزوج بغير اذنه ، وقد تقدم أن للزوج أن يقتل من يجده في داره للزنا بأهله سواء هم بقتل الزوج أولا . وأيضاً هو محارب يجوز دفعه بقدر الامكان ، فاذاآل الدفع الى قتله لم يكن مضموناً .

وقال في النكت : ان هذا الحكم مقصور على هذه الواقعة لعدم عموم الفعل اذا عرفت هذا فلنذكر مافي المسألة من الغريب ، فنقول : قال الجوهري: يقال بنا على أهله بناء أي زفها، والعامة تقول بنا بأهله وهو خطأ، والاصل أن الداخل بأهله كان يضرب عليها قبة ليلة دخوله فقيل لكل داخل بأهله « بان » .

وقال أيضاً : الحجلة بفتح الجيم واحدة حجال العروس ، وهي بيت يزين بالثياب والاسرة والستور . وقال المصنف في النكت: هي الستر والخيمة التي تضرب للنساء في السفر . ولعله وقف على ذلك في بعض كتب اللغة .

وقال ابن ادريس عقيب كلام الجوهري : ولا يظن أن الحجلة السرير ، ويعضد كلام الجوهري الحديث المشهور : أعروهن يلزمن الحجال[2].

قوله: لوشرب اربعة فسكروا فوجد جريحان وقتيلان ففي رواية محمد

---

١) التهذيب ١٠/٢٠٩ ، الفقيه ٤/١٦٥ ، الكافي ٧/٢٩٣ .

٢) نهاية ابن الاثير ١/٣٤٦ .

على المجروحين بعد أن أسقط جراحة المجروحين من الدية . وفي رواية السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام : أنه جعل دية المقتولين على قبائل الاربعة وأخذ دية المجروحين من دية المقتولين. والوجه انها قضية في واقعة ، وهو أعلم بما أوجب ذلك الحكم .

ابن قيس ان علياً عليه السلام قضى بدية المقتولين على المجروحين بعد أن أسقط جراحة المجروجين من الدية، وفي رواية السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام انه جعل دية المقتولين على قبائل الاربعة واخذ دية المجروحين من دية المقتولين . والوجه انها قضية في واقعة وهو اعلم بما اوجب ذلك الحكم

الروايتان رواهما الشيخ في التهذيب، فالاولى عن أحمد بن محمد بن ابي نجران عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال: قضى علي عليه السلام في أربعة شربوا المسكر فسكروا وأخذ بعضهم على بعض السلاح فاقتتلوا فقتل اثنان وجرح اثنان ، فأمر بالمجروحين فضرب كل واحد منهما ثمانين جلدة وقضى دية المقتولين على المجروحين ، وامر أن تقاس جراحة المجروحين فيرفع من الدية، وان مات احد المجروحين فليس على أحد من اولياء المقتولين شيء .

والثانية عن النوفلي عن السكوني عن الصادق عليه السلام قال : كان قوم يشربون فيسكرون فيتباعجون بسكاكين كانت معهم ، فرفعوا الى أمير المؤمنين عليه السلام فسجنهم فمات منهم رجلان وبقي رجلان . فقال أهل المقتولين : ياأمير المؤمنين أقدهما بصاحبينا . فقال للقوم : ماترون ؟ فقالوا: نرى أن تقيدهما. فقال عليه السلام : فلعل ذينك اللذين ماتا قتل كل واحد منهما صاحبه . قالوا : لاندري . فقال عليه السلام : اجعل دية المقتولين على قبائل الاربعة وآخذ دية جراحة الباقيين من دية المقتولين[1] .

---

١) التهذيب ١٠/ ٢٤٠ ، الفقيه ٤/ ١٧، المقنعة: ٨١٨ ، الارشاد للمفيد: ١١٧ .

قال الشيخ في التهذيب : وذكر اسماعيل بن الحجاج بن ارطاة عن شكال[1] ابن حرب عن عبيد بن الجعد قال : كنت أنا رابعهم فقضى عليه السلام بهذه القضية فينا .

اذا عرفت هذا فأكثر الاصحاب عملوا بالرواية الاولى، حتى أن ابن الجنيد قال : لو تجارح اثنان فقتل أحدهما قضي بالدية على الباقي ووضع منها ارش الجناية عليه .

قال الشهيد : ان العمل بهذه الرواية مشكل ، فانه اذا حكم بأن المجروحين قاتلان فلم لم نستقد منهما ، وكذا الحكم بأخذ دية الجراحة مشكل أيضاً ، فان موجب العمد القصاص ، وكذا الاشكال في اهداردم المجروحين لو ماتا . وكذا في كلام ابن الجنيد اشكال ، لجواز استغراق الجراحة للدية .

قال المصنف عقيب حكاية الروايتين : هذا الاختلاف في حكاية الواقعة يوجب توقفاً ، والاصل أنه حكم خاص في واقعة خاصة ، فلعله عليه السلام اطلع على ما يقتضي الحكم بذلك ، فلا يلزم التعدية لان الفعل لاعموم له .

وقال ابن ادريس : تقتضي أصول المذهب أن القاتلين يقتلان بالمقتولين، فان اصطلح الجميع على أخذ الدية أخذت كملا من غير نقصان ، لان في ابطال القود ابطالا للقولين . وأما نقصان الدية فذلك عند من خير بين القصاص وأخذ الدية ، وذلك مخالف لمذهب أهل البيت عليهم السلام ، فالذي يظهر لي أنه عليه السلام انما لم يحكم بالقود وحكم بالدية بناء على أن عمد السكران يوجب الدية كما هو مقرب العلامة في القواعد ، لاشتراط العمد بالقصد الى القتل والسبب فبطل كلام ابن ادريس واستشكال الشهيد، لكن العلامة جعل الدية في ماله لاسقاط القود عنه للشبهة فلا أقل من وجوبها في ماله لئلا يطل دم امرىء مسلم[2] .

---

١) في التهذيب : عن سماك بن حرب عن عبدالله بن ابى الجعد .

٢) التهذيب ١٠/ ٢٥ ، المستدرك ٣/ ٢٦٠ .

ولو كان في الفرات ستة غلمان فغرق واحد فشهد اثنان منهم على الثلاثة أنهم غرقوه وشهد الثلاثة على الاثنين ، ففي رواية

ويحتمل ثبوتها في مال العاقلة، لاشتراط تعلقها بماله القصدالى الفعل وهو منتف فيكون كالمجنون ، فالرواية الاولى تؤيد قول العلامة والثانية تؤيد الاحتمال ، فان أردنا دلالتهما على الاحتمال فنقول: يمكن أن يكون في الاولى حذف مضاف ونقرأ « المجروحين » بصيغة الجمع بكسر الحاء أي على قبائل المجروحين، ويكون قدسمى المقتولين مجروحين تغليباً، لاستلزام القتل الجرح من غير عكس .

وحينئذ يرد سؤال ، وهو : لم كانت الدية على قبائل الاربعة ؟ فنقول : انه لما أمكن أن يكون كل واحد من المقتولين قد قتل صاحبه كما نبه عليه السلام عليه ويمكن أيضاً أن يكون الجارحان قتلاهما أو أحدهما احتاط عليه السلام بوضع الدية على القبائل ، ولذلك رفع دية الجراحة من دية القتل . وأما اهدار دم المجروحين لوماتا أومات أحدهما : فاما لعدم العلم باستناد ذلك الى سراية الجراحة أولاصالة البراءة الا مع التحقيق لسبب التعاق وليس حاصلا وان قلنا ان عمد السكران يوجب القود ، لان الشارع نزله منزلة العاقل في كثير من الاحكام.

قلنا : انما حكم بالدية لان القود مبني على تعين السبب ، وهو منتف هنا، لماذكرناه من عدم العلم بالقاتل يقيناً حتى يقاد منه ، وحينئذ لاوجه أيضاً لقول ابن ادريس والشهيد .

قوله : ولو كان في الفرات ستة غلمان فغرق واحد فشهد اثنان منهم على الثلاثة انهم غرقوه وشهد ثلاثة على الاثنين ، ففي رواية السكوني

السكوني ومحمد بن قيس جميعاً عن أبي عبدالله عليه السلام ، وعن أبي جعفر عليه السلام أن علياً عليه السلام قضى بالدية أخماساً بنسبة الشهادة . وهي متروكة ، فان صح النقل ، فهي واقعة في عين فلا يتعدى لاحتمال مايوجب الاختصاص .

ومحمد بن قيس جميعاً عن ابي عبدالله عليه السلام وعن ابي جعفر ١)عليه السلام ان علياً عليه السلام قضى بالدية اخماساً بنسبة الشهادة ، وهي متروكة فان صح النقل فهي واقعة في عين فلا يتعدى لاحتمال مايوجب الاختصاص

الرواية الاولى عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن النوفلي عن السكوني عن الصادق عليه السلام ، والثانية عن الحسين بن سعيد عن ابي نجران عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام .

والشيخ أورد في النهاية هذه المسألة بصيغة الرواية ، وكذا المصنف والعلامة لاعلى جهة الفتوى ، وأفتى بها القاضي .

وقال ابن ادريس : الغلمان ان كانوا صبياناً ـ وهو الظاهر ـ فلاتقبل شهادتهم هنا .

وأورد المصنف في النكت هذا وزاد أنهم متهمون في الشهادة ثم قال : الوجه اختصاص هذا الحكم بهذه الواقعة ،لاحتمال علمه عليه السلام باختصاصها بما يوجب ذلك الحكم، فلا يطرد حكمها لواتفق .

وهنا فائدة سئل عنها المصنف رحمه الله ، وهو لم أورد الاصحاب مسائل في هذا الباب بصيغة الرواية كهذه وما تقدم من رواية عبدالله بن طلحة وغيرها؟ فأجاب بوجوه :

---

١) راجع الكافي ٧/٢٨٤ ، التهذيب ١٠/٢٣٩ ، ٢٤٠ .

البحث الثانى ـ فى التسبيب :

وضابطه : ما لولاه لما حصل التلف ، لكن علتـه غير السبب كحفر البئر، ونصب السكين ، وطرح المعاثر والمزالق فى الطريق، والقاء الحجر ، فان كان ذلك فى ملكه لم يضمن ، ولو كان فى غير ملكه او كان فى طريق مسلوك ضمن . ومنه نصب الميازيب ، وهو جائز اجماعاً . وفى ضمان ما يتلف به قولان ، احدهما : لايضمن ، وهو الاشبه . وقال الشيخ : يضمن ، وهو رواية السكونى .

الاول: انه ليس على المصنف ايراد فيما يتخيره من العبارة لايازم موافقة من يقترح .

الثاني: لعله رأى في بعض الروايات أنه اخلص في العبارة وأنهض بالمقصود فاقتصر عليه .

الثالث : قديكون مضمون الرواية اختياره ليوردها ضبطاً للفتوى بالرواية .

الرابع: قديكون الفتوى معلومة من فحوى الرواية لامنطوقها ، فلو اقتصر على الفتوى لم يدر السامع من أين نقلها فيورد الرواية ليهتدي الى منتزع الحكم .

الخامس : لينبه على السند ليعرف هل هـو حجة في نفسه أوليس بحجة .

قال : وليس هذه الوجوه مجتمعة بل قد ينفرد بعض الروايات بوجه دون وجه .

قوله : ومنه نصب الميازيب وهوجائز اجماعاً ، وفى ضمان ما يتلف به قولان احدهما لايضمن وهوالاشبه، وقال الشيخ يضمن وهى رواية السكونى

القول بعـدم الضمان للمفيد ، واختاره ابـن ادريس نظراً الى أن الاباحة لاتستعقب ضماناً ، وقد تقرر جواز نصب الميازيب اجماعاً . والشيخ عول في

ولو هجمت دابة على اخرى ضمن صاحب الداخلة جنايتها ، ولم يضمن صاحب المدخول عليها. والوجه اعتبار التفريط في الاول.

الضمان على أن الجواز مشروط بعدم الايذاء وبحصول السلامة ، وعلى الرواية المذكورة عن النوفلي عن السكوني عن الصادق عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من أخرج ميزاباً أو كنيفاً أو وتد وتداً او أوثق دابة أو حفر شيئاً في طريق المسلمين فأصاب شيئاً فعطب فهو له ضامن[1] .

واستدل في الخلاف على الضمان باجماع الامة مع أن الاجماع غير متحقق، خصوصاً مع مخالفة مثل المفيد . والرواية ضعيفة بالسكوني ، ومع صحتها تحمل على موضع المنع ، فان جواز نصب الميازيب مشروط بعدم تعويق المارة وعدم اصابة المحامل والركاب لامطلقاً .

وكذا لو أخرج روشناً أو ساباطاً فسقط منه خشبة فأتلفت ففيه أيضاً القولان. وقال الشيخ : ان سقطت الخشبة بأجمعها ضمن نصف الدية لان التلف حصل عن أمرين احدهما مباح وهو الكائن في الملك والخارج عن ذلك الكائن في الهواء وهو محظور يتضمن ماحصل بسببه . ولو وقع الخارج خاصة قال : وجب كمال الدية لتمحض الهلاك من المحظور خاصة .

واختاره العلامة في القواعد ، واختار المصنف في الشرائع عدم الضمان مع القول بجوازه .

وضابطه : ان كل ما للانسان احداثه في الطريق لايضمن بما يتلف بسببه ويضمن ماليس له احداثه .

قوله : والوجه اعتبار التفريط في الاول

---

١) الفقيه ٤/ ١١٤ ، الكافي ٧/ ٣٥٠ ، التهذيب ١٠/ ٢٣٠ .

ولو دخل داراً فعقره كلبها ضمن أهلها ان دخل باذنهم والا فلا ضمان .

ويضمن راكب الدابة ماتجنيه بيديها، وكذا القائد . ولو وقف بها ضمن جنايتها ولو برجليها ، وكذا لو ضربها فجنت . ولو ضربها غيره ضمن الضارب. وكذا السائق يضمن جنايتها. ولو ركبها اثنان تساويا في الضمان . ولو كان معها صاحبها ضمن دون الراكب . ولو القت الراكب لم يضمن المالك الا أن يكون بتنفيره .

ولو أركب المملوك دابته ضمن المولى . ومن الاصحاب من شرط في ضمان المولى صغر المملوك .

القول بضمان صاحب الداخلة لو جنت على المدخول عليها وعدم وضمان المدخول عليها لو جنت على الداخلة للشيخ مطلقاً ، والمصنف لم يرض بذلك بل قيد الضمان بالتفريط ، وهو حسن .

قوله : ولو اركب المملوك دابته ضمن المولى ، ومن الاصحاب من شرط في ضمان المولى صغر المملوك

أطلق اكثر الاصحاب ضمان المولى ، والمراد أن يكون المركب هو المولى لاغيره .

وشرط ابن ادريس في ضمان المولى أمرين: أحدهما صغر المملوك، فانه لو كان كبيراً تعلقت الجناية برقبته . وثانيهما أن تكون الجناية على نفس آدمي لاعلى مال ، لعموم قولهم : لاتعقل العاقلة اتلاف مال .

البحث الثالث ـ في تزاحم الموجبات :

اذا اتفق المباشر والسبب ضمن المباشر كالدافع مع الحافر ، والممسك مع الذابح. ولو جهل المباشر السبب ضمن المسبب كمن غطى بئراً حفرها في غير ملكه فدفع غيره ثالثاً فالضمان على الحافر على تردد .

ومن الباب واقعة الزبية: وصورتها وقع واحد تعلق بآخر والثاني بالثالث وجذب الثالث رابعاً ، فأكلهم الاسد .

واستحسنه المصنف في الشرائع [1] وقال وهل يسعى العبد ؟ الوجه لا بل يتبع به اذا أعتق . وهو جيد ، لان الاستسعاء اضرار بالسيد من غير جناية منه .

قوله : ولو جهل المباشر السبب ضمن المسبب كمن غطى بئراً حفرها في غير ملكه فدفع غيره ثالثاً فالضمان على الحافر على تردد

جزم المصنف في الشرائع بضمان الحافر هنا من غير تردد ، وهو الوجه لضعف ضمان المباشر بسبب جهله ، وانما تردد هنا من حيث عموم اذا اجتمع المباشر والسبب فالضمان على المباشر ، وقد عرفت ضعفه .

قوله: ومن الباب واقعة الزبية وصورتها وقع واحد فتعلق بآخر والثاني بثالث وجذب الثالث رابعاً فأكلهم الاسد

الزبية بالزاي المعجمة المضمومة والباء بعدها ثم الياء ، قال الجوهري الزبية: الزابية لا يعلوها الماء ، وفي المثل « قد بلغ السيل الزبى »[2] . والزبية حفرة

---

١) الشرائع ٢ / ٣٤٨ .

٢) في مجمع الامثال ٨٥ « بلغ السيل الزبى » الزبى جمع الزبية وهي حفرة تحفر للاسد اذا أراد واصيده ، واصلها الزابية لا يعلوها الماء ، فاذا بلغه السيل كان جارفاً مجحفاً يضرب لما جاوز الحد أيضاً .

اقول : وفي النهاية : تحفر في مكان عال من الارض لئلا يبلغها السيل فتنظم .

فيه روايتان : احداهما رواية محمـــد بن قيس عن أبى جعفر عليـــه السلام، قال : قضى أمير المؤمنين على عليه السلام فى الاول

تحفر للاسد ، سميت بذلك لانهم كانوا يحفرونها في موضع عال ، يقال تزبيت زبية ، وقال كاللذ يزبى زبية فاصطيدا[1] .

وقد ذكر المصنف صورة الواقعة وكانت في زمن النبى صلى الله عليه وآله وسلم .

قوله : فيه روايتان

احداهما رواية محمد بـن قيس عن ابى جعفر عليه السلام قـال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في الاول فريسة الاسد وأغرم أهله ثلث الدية للثاني ، وغرم الثاني لاهل الثالث ثلثي الدية ، وغرم الثالث لاهل الرابع الدية[2] .

والاخرى رواية مسمع عـن ابى عبدالله عليه السلام أن عليـاً عليه السلام قضى للاول ربع الدية وللثاني ثلث الدية وللثالث نصف الدية وللرابع الدية ، وجعل ذلك على عاقلة الذين ازدحموا[3] وفي سند الاخيرة الى مسمع ضعف فهي ساقطة ، والاولى مشهورة وعليها فتوى الاصحاب .

---

١) فى مجمع الامثال :كاللذ تزبى زبية فاصطيدا . يضرب للرجل يأتى الرجل يسأله شيئاً فيؤخذ عنه ما سأل .

٢) الكافى ٧/ ٢٨٦ ، الفقيه ٤/ ٨٦ ، التهذيب ١٠/ ٢٣٦ .

٣) الكافى ٧/ ٢٨٦، التهذيب ١٠/ ٢٣٦ ، الارشاد: ١٠٥ .

فريسة الاسد ، وأغرم اهله ثلث الدية للثاني ، وغـرم الثانـى لاهل الثالث ثلثى الدية ، وغرم الثالث لاهل الرابع الدية . والاخر فى رواية مسمع عن أبى عبدالله عليه السلام أن علياً عليه السلام : قضى للاول ربع الدية وللثانى ثلث الـدية وللثالث نصف الدية وللرابع الدية تماماً، وجعل ذلك على عاقلة الذين ازدحموا. وفى سند الاخيرة الى مسمع ضعف ، فهى ساقطة . والاولى مشهورة . وعليهـا فتوى الاصحاب .

النظر الثالث ـ فى الجناية على الاطراف ، ومقاصده ثلاثة :

الروايتان مشتركتان في الضعف :

فالاولى رواها الشيخ باسناده الـى الحسين بن سعيد عن النضر عن عاصم عن محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام عن علي عليه السلام . ومحمد بن قيس مشترك بيـن جماعة فيهم الضعيف والثقة ، وقد عرفت أن ذلك موجب لضعف الرواية .

والثانية رواها الشيخ أيضاً عن سهل بن زياد عن محمد بن شمون عن عبدالله ابن عبدالرحمن الاصم عن مسمع بن عبدالملك عن الصادق عليه السلام. وسهل عامي ، ومحمد بـن شمون غال ، والاصم ضعيف . لكن الاولى مشهورة بين الاصحاب وعملهم عليها كما قال المصنف، فهى اذاً مجبورة بذلك .

اذا عرفت هذا فلنذكر ما وقفنا عليه من أقوال الفقهاء في هذه المسألة في فوائد :

(الاولى) قال المفيد : اذا وقف جماعة على نهر أو بئر أو أشرفوا من علو

فوقع أحدهم فتشبث بالذي يليه وتعلق الذي يليه من يليه كان الحكم ماقضى به أمير المؤمنين عليه السلام في الذين سقطوا في زبية الاسد وكانوا أربعة نفر. ثم ذكر الرواية الاولى ، وهو يعطي عمله بها. وكذا ذكر القاضي .

(الثانية) قال الحسن : الثلاثة قتلوا الرابع بجرهم اياه ، فعلى كل واحد ثلث وليس على الرابع شيء لانه لم يجر أحداً .

(الثالثة) قال سلار في رسالته : على الاول ثلث الدية وعلى الثاني ثلث الدية وعلى الثالث الثلث ويعطى الرابع الدية كاملة .

قال شارح رسالته : هذا القول يوافق رواية محمد بن قيس مفسراً لها بأن أولياء الاول يعطون ثلث الدية للثاني، ويضيف أولياء الثاني الى ذلك ثلثاً آخر ويعطونهما أولياء الثالث ، فيضيفون اليهما ثلثاً آخر أويعطون الجميع لاولياء الرابع .

قلت : فعلى هذا ينبغي أن أولياء الرابع يطالبون كلا بثلث من غير توسط كما ذكره الراوندي.

(الرابعة) قال ابن ادريس عقيب الرواية الاولى: وعلى من تجب دية الرابع؟ قيل على الثالث وحده ، لانه هو الذي باشر جذبه ، وقال آخرون على الثالث والثاني والاول لانهم جذبوه كلهم ، فعلى كل منهم ثلث وعلى هذا ابداً وان كثروا . وهذا الذي يطابق مارواه أصحابنا . قال : وروى المخالف عن سماك ابن حرب عن حبيش الصنعاني أن علياً عليه السلام أوجب للاول ربع الدية لانه مات ثلاثة فوقه، وللثاني ثلث الدية لانه هلك فوقه اثنان، وللثالث نصف الدية لانه هلك فوقه واحد ، وللرابع كمال الدية ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فأمضاه[1] .

---

١) مسند احمد ١/٧٧ ، ١٢٨ ، ١٥٢ .

(الخامسة) قال المصنف في النكت: الثاني والثالث قتلا وقتلا فلادية لهما، والرابع قتله الثلاثة فعلى كل واحد ثلث الدية. لايقال: هذا قتل عمد. فنقول: ليس كذا، لانه لم يقصد أحدهم قتل صاحبه ولا فعل ماقضت العادة بالموت معه لطلبه التخلص باستمساك المقبوض، وانما قسطت الدية بالوجه الذي ذكرناه من النقل والتعليل النظري، وانما لم يلزم الاول زيادة عن ثلث الدية لان المجذوب كما قتل قتل فسقطت الجنايتان ومن عداه لم يمسكه الاول وانما أمسكه من بعده، وكما قتل قتل عدا الرابع، وقد أيد هذا الاعتبار الرواية عن اهل البيت عليهم السلام.

(السادسة) قال العلامة في تأويل الرواية الثانية: ان نفرض حفر الزبية تعدياً واستناد الافتراس الى الازدحام المانع من التخلص، فحينئذ الاول مات بسبب الوقوع في البئر ووقوع الثاني فوقه الا أنه نتيجة فعله فلم يتعلق به ضمان وهو ثلاثة أرباع السبب فيبقى الربع على الحافر، وموت الثاني بسبب جذب الاول وهو ثلث السبب، ووقوع الاثنين فوقه وهو ثلثاه، ووقوعهما فوقه من فعله فوجب ثلثا الدية، وموت الثالث من جذب الثاني وهو نصف السبب، ووقوع الرابع عليه وهو فعله فوجب نصف الدية، والرابع له كمال الدية لان سبب هلاكه جذب الثالث له، ويحمل قوله «وجعل ذلك» على جعل الثلث على عاقلة الاول والنصف على عاقلة الثاني والجميع على عاقلة الثالث، وأما الرابع فعلى الحافر.

قال الشهيد رحمه‌الله: وهذا مشكل، فان الجناية اما عمد أو شبيه وكلاهما لاتعلق للعاقلة به، وذلك اشارة الى جميع ما تقدم فلا يختص بالبعض.

(السابعة) احتمل المصنف والعلامة في هذه المسألة أن تكون على الاول الدية للثاني لاستقلاله باتلافه، وعلى الثاني دية الثالث، وعلى الثالث دية الرابع.

(الاول): في دية الاعضاء . وفي شعر الرأس : الدية . وكذا اللحية . فان نبتا فالارش . قال المفيد : ان لم ينبتا فمائة دينار . وقال الشيخ في اللحية : ان نبتت ثلث الدية . وفي الرواية ضعف . وفي شعر رأس المرأة ديتها ، فان نبت فمهر مثلها .

وفي الحاجبين خمسمائة دينار ، وفي كل واحد مئتان وخمسون، وفي بعضه بحسابه .

وفي العينين الدية، وفي كل واحدة نصف الدية ، وفي الاجفان الدية . قال في « المبسوط » وفي كل واحد ربع الدية. وفي الخلاف

ولو شركنا بين مباشر الامساك والمشارك في الجذب فعلى الاول دية ونصف وثلث وعلى الثاني نصف وثلث وعلى الثالث دية لاغير .

قوله: وفي شعر الرأس الدية وكذا اللحية فان نبتا فالارش، وقال المفيد ان لم ينبتا فمائة دينار، وقال الشيخ في اللحية ان نبتت ثلث الدية ، وفي الرواية ضعف

أما قول المفيد فقال المصنف في الشرائع لم أقف له على مستند ، وأما قول الشيخ وبه قال الصدوق في المقنع فمستنده رواية مسمع عن الصادق عليه السلام في قضاء علي عليه السلام[1]، وفي طريقها سهل بن زياد وابن شمون والاول عامي والثاني غال ، فاذاً العمل على ما قاله المصنف .

قوله : وفي الاجفان الدية قال في المبسوط وفي كل واحد ربع الدية،

---

١) الفقيه ٤/١١٢ ، الكافي ٧/٣١٦ ، التهذيب ١٠/٢٥٠ .

في الاعلى الثلثان وفي الاسفل الثلث، وفي «النهاية» في الاعلى ثلث الدية، وفي الاسفل النصف. وعليه الاكثر.

وفي الخلاف في الاعلى الثلثان وفي الاسفل الثلث، وفي النهاية في الاعلى ثلث الدية وفي الاسفل النصف وعليه الاكثر

اختار العلامة في المختلف قول المبسوط محتجاً بصحيحة هشام بن سالم قال: كلما كان في الانسان منه اثنان ففيهما الدية وفي أحدهما نصف الدية، وما كان واحداً ففيه الدية[1]. ويلزم منه أن يكون في كل واحد من الاربعة ربع الدية.

قال الشيخ في المبسوط[2]: وروى أصحابنا أن في الاسفل ثلث دية العين وفي الاعلى ثلثيها.

واعلم أن رواية هشام وان لم تكن مستندة الى امام لكن الظاهر أنها عنه، لان الراوي ثقة لايجوز عليه الافتاء بغير دليل.

وأما قوله في الخلاف[3] فاستدل عليه باجماع الفرقة وأخبارهم، وقول النهاية[4] ـ وهو قول المفيد في المقنعة[5] ـ استدل عليه الشيخ في التهذيب برواية ظريف بن ناصح عن الصادق عليه السلام قال: أفتى أمير المؤمنين عليه السلام فكتب الناس فتيا وكتب امير المؤمنين عليه السلام الى امرائه ورؤس أجناده، فمما كان فيه ان أصيب شفر العين الاعلى فشتر فديته ثلث دية العين مائة دينار

---

١) الفقيه ٤/١٠٠، التهذيب ١٠/٢٥٨.

٢) المبسوط ٧/١٣٠.

٣) الخلاف ٣/١٢٤.

٤) النهاية: ٧٦٤.

٥) المقنعة: ١١٩.

وفى عين الاعور الصحيحة الدية الكاملة اذا كان العور خلقة أوذهبت بشيء من قبل الله .

وستة وستون ديناراً وثلثا دينار، وان أصيب شقر العين الاسفل فديته نصف دية العين مائتان وخمسون ديناراً[1] .

وقال ابن ادريس: في شفر العين الاعلى ثلثا دية العين وفى شفر العين الاسفل ثلث دية العين .

وقال النقي بقول النهاية وكذا سلار، وصرح أن في الاعلى ثلث دية العين وفي الاسفل نصف ديتها .

وكلام المصنف يشعر بأن المراد بالدية هو الدية الكاملة ، لاطلاق لفظ « الدية » من غير تقييد . ويمكن أن تكون اللام للعهد أوعوضاً عن ضمير مقدر عائد الى العين .

قوله : وفى عين الاعور الصحيحة الدية الكاملة اذا كان العور خلقة اوذهبت بشيء من قبل الله

هذا الحكم اجماعي ، أما لوذهبت عينه بجناية جان واستحق ديتها فان اكثر الفقهاء على أن في الصحيحة نصف الدية، وقال ابن ادريس بل ثلث الدية، وقال : ان ذلك هو الاظهر الذي يقتضيه أصول المذهب وهوقول الشيخ في المبسوط والخلاف ، وجعل النصف في قوله في النهاية وان ذلك استناد الى أخبار الاحاد ، واستبعد ثبوت نصف الدية في ذلك .

وذلك خطأ منه : أما أولا فلان نقله عن الشيخ في الكتابين غيرصحيح بل الموجود فيهما ماقلناه ، وأما ثانياً فلانه توهم ان الشيخ أراد بعين الاعور هنا العين الفاسدة فتعجب من ايجاب نصف الدية فيها، وليس كذلك بل الشيخ اراد

---

١) التهذيب ١٠/٢٩٨ .

وفي خسف العوراء روايتان، أشهرهما ثلث الدية.

وفي الانف الدية. وكذا لوقطع مارنه فهسد ولوجبرعلى غير عيب فمائة دينار. وفي شلله ثلثادينه، وفي الحاجز نصف الدية وفي احد المنخرين نصف الدية. وفي رواية ثلث الدية

بالعوراء هنا الصحيحة من عين الاعور وانما سماها بذلك لانها ليس لها اخت من جنسها. وفي الحديث ان ابالهب أعرض عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لما أظهر الدعوى، فقال له ابوطالب: يا اعور وابولهب لم يكن أعور وانما العرب تقول للذي ليس له أخ من ابيه وأمه: اعور، فالشيخ استعمل ذلك اتساعاً ولدلالة اللفظ عليه. وأما ثالثاً فلان حكمه بالثلث خطأ نشأ من أن دية العين اذا خسفت بعد ذهاب ضوئها فانه ثلث ديتها، أما العين الصحيحة اذا فقئت فان فيها نصف الدية اجماعاً.

قوله: وخسف العوراء روايتان اشهرهما ثلث الدية

يريد بالعوراء هنا الفاسدة، والروايتان احداهما وهي المشهورة عن عبدالله ابن ابي جعفر عن الصادق عليه السلام[1]، وثانيتهما عن عبدالله بن سليمان عن الصادق عليه السلام أيضاً ان فيها ربع الدية[2].

قوله: وفي احد المنخرين نصف الدية، وفي رواية ثلث الدية

الاول قول الشيخ في المبسوط[3]، لانه اذهاب نصف المنفعة، كذا علله المصنف في الشرائع[4].

١، ٢) الكافي ٣١٨/٧، التهذيب ٢٧٠/١٠.

٣) المبسوط ١٣١/٧.

٤) الشرائع ٣٤٩/٢.

وفي الأذنين الدية ، وفي كل واحد نصف الدية . وفي بعضها بحساب ديتها، وفي شحمتها ثلث ديتها وفى خرم الشحمة ثلث ديتها .

وفى الشفتين الدية وفى تقدير دية كل واحدة خلاف . قال فى « المبسوط » فى العليا الثلث، وفى السفلى الثلثان، واختاره المفيد.

وأما الرواية فرواها غياث عن الصادق عن الباقر عليهما السلام ان علياً عليه السلام قضى في كل جانب من الانف ثلث دية الانف[1]. وكذا روى عبدالرحمن العرزمي عن الصادق عليه السلام عن الباقر عليه السلام أنه جعل في خشاش الانف في كل واحدة ثلث الدية[2] .

قال الجوهري : الخشاش بالكسر الذي يدخل في أنف البعير، وهو من خشب والبرة من صفر والخزامة من شعر، الواحدة خشاشة . وكأن المراد في الرواية هومحل الخشاش المذكور تسمية للمحل باسم الحال مجازاً .

هذا ، وقال المصنف فى الشرائع : وفي الرواية ضعف ، غير أن العمل بمضمونها أشبه . وكذا اختار العلامة في القواعد الثلث .

وأما ضعف الرواية فلان غياثاً بتري وعبدالرحمن العرزمي وان كان ثقة لكن روايته ليست ناصة على المطلوب .

قوله : وفى الشفتين الدية ، وفى تقدير دية كل واحدة خلاف ، قال فى المبسوط ٣) فى العليا الثلث وفى السفلى الثلثان ، واختاره المفيد٤)

---

١) التهذيب ١٠/ ٢٦١ .

٢) التهذيب ١٠/ ٢٧٥ .

٣) المبسوط ٧/ ١٣٢ .

٤) المقنعة ١١٩ قال فيه : وفى الشفة العليا ثلث الدية وفى الشفة السفلى ثلثا الدية

وقال في « الخلاف » : في العليا أربعمائة دينار وفي السفلى ستمائة وكذا في « النهاية » ، وبه رواية فيها ضعف . وقال ابن بابويه : في العليا نصف الدية وفي السفلى الثلثان . وقال ابن ابى عقيل في كل واحدة نصف الدية ، وهوقوي ، وفي قطع بعضها بحساب ديتها .

وقال في الخلاف[1] في العليا اربعمائة وفي السفلى ستمائة[2] ، وكذا في النهاية، وبه رواية فيها ضعف. وقال ابن بابويه في العليا نصف الدية وفي السفلى الثلثان، وقال ابن ابى عقيل في كل واحدة نصف الدية وهوقوى ، وفي قطع بعضها بحساب ديتها

علل العلامة قول المبسوط بأن في السفلى مع الجمال زيادة المنفعة بامساك الطعام والشراب .

وأما قول الخلاف فمستنده رواية ابى جميلة عن أبان بن تغلب عن الصادق عليه السلام[3] . وذكره ظريف في كتابه،[3] الا أن اباجميلة ضعيف .

وأما قول ابن بابويه فنقله ظريف أيضاً الا أنه يشتمل على زيادة لامعنى لها.

وأما قول الحسن فمستنده قولهم عليهم السلام : كل ما في البدن منه اثنان ففيه نصف الدية[4]. واستحسنه المصنف في الشرائع وقواه هنا ، وكذا اختاره العلامة في القواعد وعليه الفتوى .

لانها تمسك الطعام والشراب وشينها اقبح من شين العليا ، وبهذا تثبت الاثار عن الائمة عليهم السلام .

١) الخلاف ٣/١٢٥ ، النهاية: ٧٦٦ .

٢) كذا في متن الرياض والمختصر المخطوط عندنا . وفي المطبوع بمصر : في العليا اربعمائة دينار وفي السفلى ستمائة وكذا في الخلاف ٣/١٢٥ لكن بالتقدم والتأخر.

٣) راجع الكافي ٧/٣٣١ ، الفقيه ٤/٥٧ ، التهذيب ١٠/٢٩٩ .

٤) راجع الفقيه ٤/١٠٠ ، التهذيب ١٠/٢٥٨ .

وفي اللسان الصحيح الدية الكاملة ، وان قطع بعضه اعتبر بحروف المعجم وهى ثمانية وعشرون حرفاً ، وفى رواية : تسعة وعشرون حرفاً ، وهى مطروحة. وفى لسان الاخرس ثلث ديته وفي بعضه بحساب ديته. ولو ادعى ذهاب نطقه ، ففى رواية : يضرب لسانه بالابرة فان خرج الدم أسود صدق .

قوله : وفى رواية تسعة وعشرون حرفاً وهى مطروحة

هذه رواية حماد بن عيسى عن الصادق عليه السلام[1] ، والثمانية وعشرون رواية الاصبغ عن علي عليه السلام ، وهى أشهر وعليها الفتوى .

قوله: ولو ادعى ذهاب نطقه ففى رواية يضرب لسانه بالابرة فان خرج الدم اسود صدق

يريد اذا ادعى الصحيح ذهاب نطقه عند الجناية، قال الشيخ في النهاية ان عليه القسامة ، وهو اختيار المصنف في الشرائع والعلامة في القواعد .

وقال التقي يضرب لسانه ، معولا على الرواية المذكورة ، وهي مارواه الشيخ في التهذيب عن علي عن أبيه عن محمد بن الوليد عن محمد بن الفرات عن الاصبغ عن علي عليه السلام أنه سئل عن رجل ضرب رجلا على هامته فادعى المضروب أنه لا يبصر شيئاً ولا يشم الرائحة وأنه قد ذهب لسانه . فقال أمير المؤمنين عليه السلام : ان صدق فله ثلاث ديات . فقيل : يا أمير المؤمنين فكيف يعلم أنه صادق؟ فقال: أما ما ادعى أنه لا يشم رائحة فانه يدنى منه الحراق فان كان كما يقول والا نحى رأسه ودمعت عينه ، وأما ما ادعاه فى عينه فانه

---

١) التهذيب ١٠/٢٦٣ ، الاستبصار ٤/٢٩٢ .

وفي الاسنان الدية ، وهي ثمانية وعشرون منها المقاديم ، اثنا عشر ، في كل واحدة : خمسون ديناراً والمآخير ستة عشر في كل واحدة : خمسة وعشرون، ولادية للزائد لوقلعت منضمة . ولها ثلث دية الاصلية لوقلعت منفردة. وفي اسوداد السن ثلثا الدية وكذا روي في انصداعها ولم تسقط وفي الرواية ضعف ، فالحكومة أشبه. وفي قلع السوداء ثلث الدية .

يقابل بعينه عين الشمس فان كان كاذباً لم يتمالك حتي يغمض عينه وان كان صادقاً بقيتا مفتوحتين، وأما ماادعاه في لسانه فانه يضرب على لسانه بالابرة فان خرج الدم أحمر فقد كذب وان خرج اسود فقد صدق[1] .

وفي طريقها محمد بن الفرات ، وهو متفق على ضعفه . قال الكشي : انه كان غالياً يشرب الخمر . والفتوى على الاول .

قوله : ولها ثلث دية الاصلية لو قلعت منفردة

قال المصنف في الشرائع : وقيل فيها الحكومة ، وهو اشارة الى ما قاله المفيد انها ليس لها دية موظفة شرعاً بل ينظر ماينقص من قيمة صاحبه بذهابه منه على تقدير أن يكون عبداً ويعطى بحسابه .

قوله: وكذا روى في انصداعها ولم تسقط، وفي الرواية ضعف فالحكومة اشبه

يريد أن في انصداعها ثلثي ديتها ، والرواية بذلك لم أقف عليها ، لكن فتوى العلامة في القواعد والشهيد على أن في الانصداع الثلثين .

---

١) التهذيب ٢٦٨/١٠ ، الكافي ٣٢٣/٧ .

ويتربص بسن الصبي الذي لم يثغر، فان نبت فله الارش، وان لم ينبت فله دية المثغر. وفي رواية: فيها بعير من غير تفصيل، وهي رواية السكوني ومسمع ، والسكوني ضعيف ، والطريق الى مسمع في هذه ضعيف أيضاً .

وفي اليدين الدية. وفي كل واحدة نصف الدية. وحدها المعصم. وفي الاصابع الدية وفي كل واحدة عشر الدية. وقيل: في الابهام ثلث دية اليد . ودية كل اصبع مقسومة على ثلاث عقد ، وفي الابهام على اثنتين وفي الاصبع الزائدة ثلث الاصلية . وفي شلل الاصابع او اليدين ثلثا ديتها .

قوله : ويتربص بسن الصبى الذى لم يثغر فان نبت فله الارش ، وان لم ينبت فله دية المثغر ، وفى رواية فيها بعير من غير تفصيل ، وهى رواية السكونى ومسمع والسكونى ضعيف والطريق الى مسمع فى هذه ضعيف أيضاً

تقدم الكلام في هذه المسألة في باب القصاص مستوفياً فلا وجه لاعادته .

قوله : وفى كل واحدة عشر الدية على الاشهر ١) ، وقيل فى الابهام ثلث دية اليد

القائل هو التقي وابن حمزة ، وجعله الشيخ في المبسوط والنهاية رواية ، ولذلك قال المصنف على الاشهر .

ثم ان الشيخ حكم في المبسوط بأن الدية مقسومة على العشر بالسوية ، وهو الذي دلت عليه الروايات المتظافرة ، ولولا خوف الاطالة لاوردتها .

اذا عرفت هذا فاعلم أن في نسخة هذا الكتاب الصحيحة « وقيل في الابهام ثلث دية اليد » . وهى عبارة العلامة في القواعد ، فعلى هذا يكون في الابهام

---

١) ليس « على الاشهر » فى المختصر المطبوع بمصر .

وفي الظفر اذا لم ينبت أو نبت أسود: عشر دنانير، فان نبت أبيض فخمسة دنانير ، وفي الرواية ضعف .

وفي الظهر اذا كسر الدية ، وكذا لو احدودب أو صار بحيث لا

مائة وستة وستون ديناراً وثلثا دينار، لان ذلك ثلث دية اليد، والباقي من الخمس مائة يكون مقسوماً على الاربع بالسوية .

وفي عبارة الشرائع « وقيل في الابهام ثلث الدية وفي الاربع البواقي الثلثان بالسوية » . وربما توهم أن بين العبارتين منافاة ، لان الدية عند الاطلاق تنصرف الى الاصلية وهي الالف . وليس بشيء ، لان اللام في « الدية » هنا للعهد، أي الدية المعهودة لليدان كانت الابهام في اليد وللرجل اذا كانت في الرجل وليست اللام للحقيقة والالزم أن يكون فيها ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث .

قوله : وفي الظفر اذا لم ينبت اونبت اسود عشرة دنانير ، فان نبت ابيض فخمسة دنانير ، وفي الرواية ضعف

الرواية رواها سهل بن زياد عن ابن شمون عن عبدالله بن ابى عبدالرحمن عن مسمع عن الصادق عن الباقر عليهما السلام أن علياً عليه السلام قضى بذلك[1] . وابن زياد وابن شمون قد عرفت مراراً ضعفهما ، فهما سبب ضعف الرواية، لكنها مشهورة بين الاصحاب وعملهم عليها .

وروى احمد بن محبوب عن عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام في لظفر خمسة دنانير[2]. وهذه مع صحتها تحمل على أنه ينبت أبيض ، لما عرفت أن المطلق يحمل على المقيد .

---

١) الكافي ٣٤٢/٧ ، التهذيب ٢٥٦/١٠ .

٢) التهذيب ٢٥٧/١٠، الاستبصار ٢٩١/٤ فيهما :احمد بن محمد عن ابن محبوب.

يقدر على القعود ، ولو صلح فثلث الدية .

وفي ثديي المرأة ديتها ، وفي كل واحد نصف الدية ، وقال ابن بابويه: في حلمة ثدي الرجل ثمن الدية مائة وخمسة وعشرون ديناراً.

قوله : وقال ابن بابويه فى حلمة ثدى الرجل ثمن الدية مائة وخمسة وعشرون ديناراً

اعلم أن هنا مسألتين :

(الاولى) حلمة ثدي المرأة ولم يذكره المصنف هنا ، قال الشيخ في المبسوط فيهما معاً الدية . ويلزم أن يكون في كل واحدة نصف .

واستشكله المصنف في الشرائع من حيث قولهم كل مافي البدن منه اثنان ففيهما الدية وفى كل واحد نصف الدية ، وهذا حجة الشيخ فى « المبسوط » ، ومن أنه لو كان كذلك هنا لزم مساواة الجزء للكل ، واللازم باطل فكذا الملزوم. وبيان الملازمة : ان في الثديين الدية وفي كل واحد نصفها ، والحلمة بعض النصف ، فلو كان فيها نصف لزم المساواة المذكورة . وليس هذا بكثير من الاعضاء ، فانها بعض البدن مع أن في كل واحد منها دية كاملة كالانف واللسان والذكر ، فان أخرج ذلك بالنص فلعل الشيخ أن يبدي هنانصاً وان لم يقف عليه.

(الثانية) حلمة ثدي الرجل ، قال الشيخ في المبسوط والخلاف فيها الدية متمسكاً بما تقدم من قولهم عليهم السلام: كل ما في الجسد منه اثنان ففيه نصف الدية[1] .

وقال ابن بابويه ثمن الدية ، وبه قال الشيخ في النهاية والتهذيب والمستند حديث ظريف بن ناصح[2] .

---

١) الفقيه ٤/١٠٠ ، التهذيب ١٠/٢٥٨ .

٢) التهذيب ١٠/٣٠٧ .

وفي حشفة الرجل فما زاد وان استؤصل الدية ، وفي ذكر العنين ثلث الدية ، وفيما قطع منه بحسابه ، وفي الخصيتين الدية ، وفي كل واحدة نصف الدية. وفي رواية: في اليسرى ثلثا الدية لان الولد

قال المصنف في الشرائع : وفي ايجاب الدية فيهما بعد ، ووجه استبعاده ماتقدم في حلمة المرأة .

قوله : وفي رواية في اليسرى ثلثا الدية لان الولد منها

هذه رواها[1] ابن بابويه في الفقيه والمقنع وأفتى بذلك . والعلة المذكورة - وهي أن منها الولد - مذكورة في الرواية . واستحسن ذلك المصنف في الشرائع ، وقال : لكنه يتضمن عدولا عن عموم الروايات المشهورة .

والعلامة أفتى في المختلف بماقاله ابن بابويه مستدلا بأنهما متفاوتان في المنفعة فيتفاوتان في الدية ، وبحسنة عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام التي تقول في آخرها : ان كانت اليسار ففيها ثلثا الدية لان الولد من البيضة اليسرى.

وأجاب عن احاديث التنصيف بأن هذا الحديث خاص فهو مقدم على العام، ونقض دليله الاول بمنع المقدمتين :

أما الاولى : فبانكار الاطباء لذلك ، حتى أن الجاحظ نسبه الى قول العامة .

وأما الثانية : فبالنقض باليد القوية البطش والاخرى الضعيفة البطش مع تساويهما في الدية ، وكذا العينان .

والنقض الاول ضعيف ، فان الائمة عليهم السلام أعلم لانهم خاصة الله فهم أعلم بمخلوقاته، وكذا الثاني لان ذلك التفاوت نادر غير مؤثر في زيادة الدية ونقصها بخلاف التفاوت هنا .

---

١) الوسائل ١٩ : ٢٣٧ .

منها ، وفى الخصيتين اربعمائة دينار، فان فحج فلم يقدر على المشى فثمانمائة دينار .

وفي الشفرتين الدية، وفي كل واحدة نصف الدية، وفي الافضاء الدية وهو أن يصير المسلكين واحداً ، وقيل : أن يخرق الحاجز بين مخرج البول ومخرج الحيض .

قوله: وفى ادرة ١) الخصيتين اربعمائة دينار، فان فحج ٢) فلم يقدر على المشى فثمانمائة دينار

قال الجوهري : الأدرة نفخة في الخصية، يقال رجل آدر بين الادر. ومستند المصنف فيما ذكره كتاب ظريف[٣] ، وهو مؤيد بالشهرة بين الاصحاب .

قوله : وفى الافضاء الدية، وهو ان يصير المسلكين واحداً، وقيل ان يخرق الحاجز بين ٤) مجرى البول ومخرج الحيض

أفضى الرجل الى امرأته باشرها وجامعها فأفضاها اذا جعل مسلكيها واحداً، ويقال للمرأة المفضاة الشروم والشريم .

واختلف الفقهاء في المسلكين ماهما :

فقال الشيخ في المبسوط : قال كثير من أهل العلم الافضاء أن يجعل مخرج الغائط ومدخل الذكر واحداً . قال : وهذا غلط ، لان مابينهما حاجز عريض .

---

١) ليس « ادرة » فى المختصر ط بمصر . وهـو بضم الهمزة وسكون الدال وفتح الراء المهملتين : انتفاخ الخصيتين .

٢) الفحج بفتح الفاء والحاء ثم الجيم : تباعد ما بين الفخذين، يقال : فحج رجليه اى فرقهما وباعد بينهما .

٣) التهذيب ٣٠٧/١٠ .

٤) فى المختصر ط بمصر : مخرج البول .

ويسقط ذلك عن الزوج لووطئها بعد البلوغ ، اما لو كان قبله ضمن الدية مع المهر ولزمه الانفاق عليها حتى يموت أحدهما .

وقال في موضع آخر : هو أن يجعل مدخل الذكر - وهو مخرج المني والحيض والولد ومخرج البول واحداً، فان مدخل الذكر ومخرج الولد واحد، وهو أسفل الفرج، ومخرج البول من ثقبة كالاحليل في أعلى الفرج، وبين المسلكين حاجز رقيق فالافضاء ازالة ذلك الحاجز .

واختار [العلامة] التفسير الثاني، وبه قال ابن ادريس ، ويظهر من كلام المصنف اختيار الاول .

وقال العلامة ونعم ما قال : ان الدية تثبت بكل واحد من الافضائين لصدق الافضاء على كل منهما حقيقة فيثبت الحكم المعلق عليه ، وان كان الاول بعيد الوقوع لكن بعده لايمنع من صدق الاسم وثبوت الحكم لووقع .

قوله : ويسقط ذلك عن الزوج لووطئها بعد البلوغ ، اما لو كان قبله ضمن الدية مع المهر ولزمه الانفاق عليها حتى يموت احدهما

لاخلاف في لزوم الدية والمهر للزوج لوفعل ذلك قبل البلوغ ، أما بعد البلوغ فجزم المصنف بعدم اللزوم ، وقال العلامة في المختلف : ولوقيل يجب عليه الضمان مع التفريط كان وجهاً وهو حق كما لو اعنف بها على خلاف مجرى العادة في الجماع فاتفقت الجناية المذكورة .

ثم اعلم أنه يظهر من كلام الفقهاء ثبوت الحكم المذكور لوحصل الافضاء بالوطىء من الزوج ، فيتفرع على ذلك حالان ليسا معلومين من محل الوفاق :

« ١ » - لوحصل الافضاء بغير جماع بل بأحد أسباب الجنايات، الحق ثبوت الدية به سواء كان من زوج أوغيره لحصول العلة الموجبة، ولامدخل للوطىء والا للزوجية فيه . نعم المهر والنفقة يختص بالزوج .

« ٢ » - لوحصل بالوطىء من أجنبي فأما مع الاكراه لها فكذلك لانها

وفي الرجلين الدية ، وفي كل واحدة نصف الدية ، وحدهما مفصل الساق ، وفي أصابعهما ما في أصابع اليدين .

مسائل :

(الاولى) دية كسر الضلع : خمسة وعشرون ديناراً ان كانت مما يخالط القلب وعشرة دنانيران كان مما يلي العضدين .

(الثانية) لو كسر بعصوص الانسان اوعجانه فلم يملك غائطه ولا بوله ففيه الدية .

(الثالثة) قال الشيخان في كسر عظم من عضو خمس ديته ، فان

جناية محضة يلزم جانيها أرشها وهوهنا الدية ، ويلزمه في ماله لان ذلك اما عمد محض أوشبيه عمد ، اذ لامدخل للخطأ المحض هنا . وكذا يلزمه المهر لمكان الاكراه . ولو كانت بكراً هل يلزمه مع المهرارش البكارة ؟ استشكله العلامة في القواعد من أنه فعل واحد يوجب مهر المثل وهو عوض الوطىء فلايجب به غيره ، ومن انه جناية زائدة على الوطىء وكان عليه ارشها. وهذامقربه في الكتاب وأما مع المطاوعة فلا مهر ولها الدية خاصة .

قوله : دية كسر الضلع خمسة وعشرون ديناراً ان كان ممايخالط القلب وعشرة دنانير ان كان مما يخالط العضدين

يريد بالمخالطة الجانب الذي عند القلب ، وبعدم المخالطة خلاف ذلك ، فالضلع الواحد ان كسر من جهته الاولى ففيه أعلى الديتين وان كسر من جهته الثانية ففيه أدناهما .

قوله : ولو كسر بعصوص الانسان اوعجانه فلم يملك غائطه ولا بوله ففيه الدية

جبر على غير عيب فأربعة أخماس دية كسره ، وفي موضحته ربع دية كسره ، وفي رضه ثلث دية العضو ، فان برأ على غير عيب فأربعة اخماس دية رضه .

وفي فكه بحيث يتعطل ثلثا ديته ، فان جبر على غير عيب فأربعة أخماس دية فكه .

(الرابعة) قال بعض الاصحاب: في الترقوة اذا كسرت فجبرت على غير عيب أربعون ديناراً ، والمستند كتاب « ظريف » .

(الخامسة) روي ان من داس على بطن انسان حتى احدث ديس بطنه أو يفتدي ذلك بثلث الدية وهي رواية السكوني ، وفيه ضعف.

أما البعصوص فلم أجده في الصحاح تفسيراً[1] ، ويمكن أن يقال : يكون من قولهم تبعصص الشيء : اضطرب . وقال يعقوب : يقال للحية اذا فتلت فتلوت تبعصصت ، وكأن ذلك العظم لالتوائه حول الدبر يسمى بذلك . وأما العجان فهو مابين الخصية والفقحة ، والفقحة حلقة الدبر والجمع الفقاح .

اذا عرفت هذا فمستند الحكم الاول رواية سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام[2] ، والثاني رواية اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام: أن علياً

---

١) في الجواهر : وهو على ما في القاموس وكشف اللثام عظم الورك ، وقيل : هو العصعص بضم عينيه وهو عجب الذنب بفتح عينه اعني عظمه الذي يجلس عليه ، ويقال انه اول مايخلق وآخرما يبلى وربما قيل انه تصحيف ولذا لم يذكره اهل اللغة ولكن قد سمعت ما في القاموس ، وفي كشف اللثام وقد ذكره ابن عباد في المحيط بالمعنيين وعن الراوندي البعصوص عظم رقيق حول الدبر .

٢) الكافي ٣١٣/٧ ، التهذيب ٢٤٨/١٠ ، الفقيه ١٠١/٤ .

(السادسة) من اقتض بكر أباصبعه فخرق مثانتها فلم تملك بولها ففيه ديتها ومهر نسائها على الاشهر ، وفي رواية ثلث ديتها .

المقصد الثاني ـ في الجناية على المنافع .

في العقل الدية ، ولو شجه فذهب لم تتداخل الجنايتان ، وفي رواية ان كان بضربة واحدة تداخلتا . ولو ضربه على رأسه فذهب عقلـه

عليه السلام قضى بذلك[1].

قوله : من اقتض بكراً باصبعه فخرق مثانتها فلم تملك بولها ففيه ديتها ومهر نسائها على الاشهر ، وفي رواية ثلث ديتها

أما الاول وهو المشهور فهو رواية هشام بن ابراهيم عن الكاظم عليه السلام[2]. ووجه العمل بها أنه فوت منفعة واحدة في البدن وهي استمساك البول فتكون فيه الدية كاملة . وأما الرواية المشار اليها فحكاها الشيخ في التهذيب عن ظريف في قضاء علي عليه السلام : أن عليه ثلث نصف الدية مائة وستة وستون ديناراً وثلثي دينار .

قوله : ولو شجه فذهب عقله لم تتداخل الجنايتان ، وفي رواية ان كان بضربة واحدة تداخلتا

هذه رواها الحسن بن محبوب عن جميل بن صالح عن ابي عبيدة الحذاء عن الباقر عليه السلام في رجل ضرب رجلا بعمود فسطاط على رأسه ضربة واحدة فأجافه حتى وصلت الضربة الى دماغه فذهب عقله. فقال: ان كان المضروب لا يعقل منها الصلاة ولا يعقل ماقال ولا ماقيل له فانه ينتظر به سنة فان مات قيد به وان لم

---

١) الكافي ٣١٣/٧ ، التهذيب ٢٤٨/١٠ .
٢) الفقيه ٦٦/٤ ، التهذيب ٣٠٨/١٠ .

انتظربه سنة فان مات قيد به ، وان بقى ولم يرجع عقله فعليه الدية.

وفي السمع دية ، وفى سمع كل اذن نصف الدية ، وفى بعض السمع بحسابه من الدية ، وتقاس الناقصة الى الاخرى بأن تسد الناقصة وتطلق الصحيحة ويصاح به حتى يقول : لاأسمع . وتعتبر المسافة بين جوانبه الاربع . ويصدق مع التساوي ويكذب مع التفاوت

يمت ولم يرجع اليه عقله أغرم الدية في ماله لذهاب عقله . قلت : ماترى عليه في الشجة شيء ؟ قال : لا اذا ضربه ضربة واحدة فجنت الضربة جنايتين فما لزمته أغلظ الجنايتين وهي الدية ، ولو كان ضربه ضربتين فجنت الضربتان جنايتين لالزمته جناية ماجنى كائناً ماكان الاأن يكون فيها الموت فيقاد به ، ولوضربه ثلاث ضربات واحدة بعد واحدة فجنت كل واحدة جناية ألزمته ماجنت الثلاث كائناً ماكان مالم يكن فيها الموت فيقاد به ضاربه [1] . وعليها فتوى الشيخ في النهاية وابن ادريس ، فقد دلت هذه على أحكام ثلاثة :

الاول : أنه مع اتحاد الضربة وتعدد الجناية تتداخل دياتها ويدخل الاقل تحت الاكثر ويلزم بالاكثر .

الثاني : أنه مع التعدد وتعدد الجناية تتعدد الديات لايدخل بعض في بعض بل يلزم بكل واحدة منها بحسب مقتضاها .

الثالث : أنه اذا سرت الجنايات الى النفس دخل الكل وألزم بعوض النفس قصاصاً أودية اتحدت الضربة أوتعددت .

ويظهر من الشيخ في المبسوط عدم التداخل مطلقاً ، واختاره المصنف .

---

١) راجع الفقيه ٤/٩٨ ، الكافى ٧/٣٢٥ ، التهذيب ١٠/٢٥٣ .

ثم تطلق الناقصة وتسد الصحيحة ، ويفعل به كذلك ، ويؤخذ من ديتها بنسبة التفاوت ، ويتوخى القياس في سكون الهواء.

وفي ضوء العينين الدية ، ولو ادعى ذهاب نظره عقيب الجناية وهي قائمة أحلف بالله القسامة ، وفي رواية: تقابل بالشمس فان بقيتا مفتوحتين صدق ، ولو ادعى نقصان احداهما قيست الى الاخرى وفعل في النظر بالمنظور كما فعل بالسمع ، ولا يقاس من عين في يوم غيم ، ولا في أرض مختلفة .

والمستند رواية محمد بن خالد البرقي عن حماد بن عيسى عن ابراهيم بن عمر عن الصادق عليه السلام قال : قضى علي أمير المؤمنين عليه السلام في رجل ضرب رجلا بعصا فذهب سمعه وبصره ولسانه وعقله وفرجه وانقطع جماعه وهو حي بست ديات[1] .

ويمكن حمل هذه على التعدد ، فان الضرب يصدق على الواحد والزائد عليه كما في قولنا « صلى فلان فرض اليوم » ، فانه يدل على تعدد الصلاة منه

ان قلت : علم التعدد هنا بالقرينة .

قلت : وكذلك علم هناك بأنه لا ملازمة بين السمع والبصر والفرج وانقطاع الجماع حتى يكون بضربة واحدة فيتداخل آثارها .

قوله : وفي رواية يقابل بالشمس فان صدق بقيتا مفتوحتين صدق

هذه رواية الاصبغ بن نباتة عن علي عليه السلام وقد تقدمت[2] . والفتوى على ماذكره المصنف لانه أوثق في الحكم .

---

١) التهذيب ١٠/٢٥٢ ، الكافي ٧/٣٢٥ .

٢) التهذيب ١٠/٢٦٨ ، الكافي ٧/٣٢٣ .

وفى الشمم الدية ، ولوادعى ذهابه اعتبربتقريب الحراق فان دمعت عيناه وحول أنفه فهو كاذب .

ولواصيب فتعذر المنى كان فيه الدية .

وقيل في سلس البول الدية ، وفى رواية ان دام الى الليل لزمه الدية ، والى الزوال ثلثا الدية ، والى الضحوة ثلث الدية .

قوله : وفى رواية ان دام الى الليل لزمته الدية والى الزوال ثلثا الدية والى الضحوة ثلث الدية

هذه رواها الصدوق والشيخ باسنادهما الى اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام أنه سأله رجل وأنا حاضر عن رجل ضرب رجلا فلم ينقطع بوله. قال: ان كان البول يمر الى الليل فعليه الدية ، وان كان الى نصف النهار فعليه ثلثا الدية، وان كان الى ارتفاع النهار فعليه ثلث الدية[1] .

وفي رواية غياث بن ابراهيم عن الصادق عليه السلام أن علياً عليه السلام قضى في رجل ضرب حتى سلس بوله بالدية كاملة[2] . وهذه ضعيفة بأن غياثاً هذا بتري . والمعتمد على الاولى ، وبها أفتى الشيخ والصدوق وابن ادريس .

اذا عرفت هذا فههنا فوائد :

(الاولى) لابد في صدق السلس من الاستمرار في الاوقات المذكورة ليتحقق مناط الحكم .

(الثانية) لابد أيضاً من الاستمرار في كل يوم كذلك في كل مرتبة ليتحقق الخروج عن الصحة الطبيعية التي هي منفعة واحدة في البدن لتكون فيها الدية كاملة

---

١) الفقيه ٤/١٠٧ ، التهذيب ١٠/٢٥١ . واللفظ للاول .

٢) الفقيه ٤/١٠٨ ، التهذيب ١٠/٢٥١ .

المقصد الثالث ـ في الشجاج والجراح :

والشجاج ثمان: الحارصة، والدامية، والمتلاحمة، والسمحاق والموضحة، والهاشمة، والمنقلة، والمأمومة، والجائفة.

فالحارصة هي التي تقشر الجلد، وفيها بعير، وهل هي الدامية قال الشيخ: نعم، والاكثرون على خلافه، فهي اذن التي تأخذ في اللحم يسيراً وفيها بعيران.

كما نصوا عليهم السلام كل ما في البدن منه واحد ففيه الدية.

(الثالثة) ذكر العلامة في القواعد ان دام الى الليل فالدية والى الظهر فالنصف والى ضحوة فالثلث، ولم نقف على رواية تدل على النصف فهو أعلم بما قال.

(الرابعة) لو دام الى الليل فزائداً أو الى الظهر فزائداً بحيث لا يدوم الى الليل أو الى الضحوة فزائداً بحيث لا يدوم الى الظهر احتمل الحكومة، والاولى نسبة ذلك الزائد الى ما تقدم عليه ووجوب نسبته من دية ذلك.

قوله: في الشجاج والجراح

قد يفرق بينهما بأن الشجة ما كان في الرأس والجرح ما يعم الرأس والبدن.

قوله: وهل هي الدامية؟ قال الشيخ نعم والاكثرون على خلافه

ويؤيد قول الاكثرين ـ وهم المفيد والسيد وسلار ـ ما رواه الشيخ في التهذيب باسناده الى منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام في الحرصة شبه الخدش بعير وفي الدامية بعيران[1]. وهو نص في المغايرة.

وكذا قال اكثر اهل اللغة، فانها من حرص القصار الثوب اذا شقه، والمدعى هنا كذلك.

---

١) التهذيب ١٠/٢٩٣.

والمتلاحمة هي التي تأخذ في اللحم كثيراً ، وهل هي غير الباضعة فمن قال : الدامية غير الحارصة ، فالباضعة هي المتلاحمة . ومن قال : الدامية هي الجارصة فالباضعة غير المتلاحمة. ففي المتلاحمة اذن ثلاثة أبعرة .

والسمحاق هي التي تقف على السمحاقة ، وهي الجلدة المغشية للعظم وفيها أربعة أبعرة .

والموضحة هي التي تكشف عن العظم ، وفيها خمسة أبعرة.

والهاشمة هي التي تهشم العظم ، وفيها عشرة أبعرة .

والمنقلة هي التي تحوج الى نقل العظم ، وفيها خمسة عشر بعيراً .

والمأمومة هي التي تصل الى أم الرأس ، وهي الخريطة الجامعة للدماغ ، ثلاثة وثلاثون بعيراً .

اجتح الشيخ بقول الاصمعي وبمارواه مسمع عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: في الدامية بعير وفي الباضغة بعيران[1]. ومثله رواه النوفلي عن السكوني عن الصادق عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم[2]. وتظهر فائدة الخلاف في الباضعة والمتلاحمة كما ذكره المصنف ، فلاوجه الى اعادته .

---

١) التهذيب ١٠/ ٢٩٠ ، الكافي ٧/ ٣٢٦ .

٢) التهذيب ١٠/ ٢٩٠ ، الكافي ٧/ ٣٢٧ .

والجائفة هى التى تبلغ الجوف ، وفيها ثلث الدية .

مسائل :

(الاولى) دية النافذة فى الانف ثلث ديته فان، صلحت فخمس ديته ، ولو كانت فى أحد المنخرين الى الحاجز ، فعشر الدية .

(الثانية) فى شق الشفتين حتى تبدو الاسنان ثلث ديتهما ، ولو برأ فخمس ديتهما . ولو كانت فى احداهما : فثلث ديتها ، ومع البرء فخمس ديتها .

(الثالثة) اذا أنفذت نافذة فى شىء من أطراف الرجل فديتها مئة دينار .

(الربعة) فى احمرار الوجه بالجناية دينار ونصف . وفى اخضراره ثلاثة دنانير . وفى اسوداده ستة . وقيل: فيه كما فى الاخضرار . وقال جماعة منا : وهى البدن على النصف .

قوله : وفى احمرار الوجه بالجناية دينار ونصف، وفى اخضراره ثلاثة دنانير، وفى اسوداده ستة، وقيل فيه كما فى الاخضرار ، وقال جماعة منا وهى فى البدن على النصف

القائل بأن فيه كما في الاخضرار هو المفيد ، وتابعه السيد وسلار والتقي وابن ادريس . وماذكره المصنف هو قول الشيخ والقاضي في الكامل وابن حمزة ورواه الصدوق وابن الجنيد في قضاء علي صلوات الله عليه، واختاره العلامة في المختلف محتجاً بأن الجناية في الاسوداد أشد فناسب ذلك زيادة الدية .

والجماعة المشار اليهم هم الشيخ واتباعه ، وهو يوهم أن أحداً غيرهم قال

(الخامسة) كل عضو له دية مقددة ففي شلله : ثلثاديته ، وفي قطعه بعد شلله ثلث ديته .

(السادسة) دية الشجاج في الرأس والوجه سوا ، وفي البدن بنسبة العضو الذي يتفق فيه .

(السابعة) كل مافيه من الرجل ديته ، ففيه من المرأة ديتها ، ومن الذمي ديته ، ومن العبد قيمته ، وكل مافيه من الحر مقدر فهو من المرأة بنسبة ديتها ، ومن الذمي كذلك ، ومن العبد بنسبة قيمته ، لكن الحرة تساوي الحر حتى تبلغ الثلث ثم يرجع الى النصف .

والحكومة والارش عبارة عن معنى واحد ، ومعناه : أن يقوم سليماً أن لو كان عبداً ، ومجروحاً كذلك ، وينسب التفاوت الى القيمة ويؤخذ من الدية بحسابه .

(الثامنة) من لا ولي له فالامام ولي دمه ، وله المطالبة بالقود أو الدية.

وهل له العفو ؟ المروي : لا .

بخلافه ولم نقف عليه .

قوله : وهل له العفو؟ المروى لا

هو مارواه ابوولاد عن الصادق عليه السلام في الرجل يقتل وليس له ولي الاالامام : انه ليس للامام أن يعفو وله أن يقتل ويأخذ الدية[1] .

ونفي العفو أعم من أن يكون في العمد أو الخطأ ، وهو مذهب الشيخ وابن

---

١) التهذيب ١٠/١٧٨ ، الكافي ٧/٣٥٩ ، الفقيه ٤/٧٩ .

النظر الرابع ـ في اللواحق وهي أربعة :

(الاول) دية الجنين الحر المسلم اذا اكتسى اللحم ولم تلجه الروح : مائة دينار ، ذكراً كان او انثى .

ولو كان ذمياً فعشر دية أبيه. وفي رواية السكوني : عشر دية أمه.

ولو كان مملوكاً فعشر قيمة أمه المملوكة . ولا كفارة .

ولو ولجته الروح فالدية كاملة للذكر ونصفها للانثى .

ولو لم يكتس اللحم ففي ديته قولان ، أحدهما: غرة ، والاخر: توزيع الدية على حالاته .

الجنيد والقاضي . وقال ابن ادريس له العفو ، لانه حقه فجاز اسقاط . والفتوى على الاول .

قوله : وفي رواية السكوني عشر دية امه

هذه رواها عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام[1] . وهي ضعيفة : أما أولا فلضعف السكوني ، وأما ثانياً فلان الحاق الولد الحر بأبيه في الاحكام حقيقة غالبة ، وهذه الرواية مخالفة لذلك .

قوله: ولو لم يكتس اللحم ففي ديته قولان احدهما غرة والاخر توزيع الدية على حالاته

الاول ـ وهو القول بالغرة ـ ذكره الشيخ في المبسوط والخلاف والتهذيب والاستبصار ، واستند في ذلك الى النقل عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم ، أما من طرقنا فرواية ابن ابى عمير عن محمد بن ابى حمزة عن داود بن فرقد عن

---

١) التهذيب ١٠ / ٣٨٨ .

الصادق عليه السلام قال : جاءت امرأة فاستعدت على أعرابى قد أفزعها فألقت جيناً ، فقال الاعرابى : لم يهل ولم يصح ومثله يطل . فقال النبى صلى الله عليه وآله وسلم : اسكت سجاعة عليك غرة وصيف عبد أوامة [1] . ومثله عن ابن محبوب عن ايوب بن سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام [2] .

وأما من طرق الجمهور فمارواه ابوهريرة في الصحيحين أن امرأتين رمت احداهما الاخرى بحجر فقتلتها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقضى في دية حملها غرة عبداً أوامة . وفي رواية عبداً أووليدة . فقال سهل بن مالك الهذلي : يارسول الله كيف أغرم ديته ولاأكل ولاشرب ولانطق ولااستهل ومثل ذلك يطل . فقال النبى : ان هذا من اخوان الكهان من أجل سجعه الذي سجع . وفي بعض الروايات : له سجع كسجع الجاهلية هذا كلام شاعر[3].

ثم اختلف في تفسير الغرة أهل اللغة ، فقال ابوعبيدة عبد اوأمة ولم يقدرها وقال ابوسعيد الضرير الغرة عند العرب أنفس شيء يملك [وافضله] ، وقال الازهري لم يقصد النبى «ص» الاجنساً من جنس الحيوان ، وهوقوله عليه السلام عبداً أو أمة . وقال ابوعمرو بن العلاء لاتكون الاالانفس من الرقيق[4] .

وقال الفقهاء الغرة من الذي يكون ثمنه عشر الدية ـ هكذا ذكر الهروى في الغريبين ، وقال الجوهري الغرة العبد أوالامة ، وفي الحديث قضى رسول الله « ص » في الجنين بغرة ، وكأنه عبر عن الجسم كله بالغرة .

---

١) الفقيه ٤/١٠٩ ، الكافى ٧/٣٤٣ ، التهذيب ١٠/٢٨٦ .

٢) الكافى ٧/٣٤٤ ، التهذيب ١٠/٢٨٦ ، الاستبصار ٤/٣٠٠ .

٣) سنن الترمذى ٤/٢٣ ، الباب ١٥ الحديث ١٤١٠ ، ١٤١١ ، سنن ابى داود ٤/١٩٠ .

٤) فى لسان العرب : قال عمرو بن العلا فى تفسير الغرة الجنين : الغرة عبد ابيض وامة بيضاء .

ففيه عظماً ثمانون ، ونصفه ستون ، وعلقة أربعون ، ونطفة بعد استقرارها في الرحم عشرون .

وقال الشيخ : وفيما بينهما بحساب .

والقول الثاني - وهو التوزيع - وهو المشهور عند الاصحاب ، وفي الروايات رواه عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام[1] وسليمان بن صالح عنه عليه السلام أيضاً[2] وابوجرير القمي عن الكاظم عليه السلام[3] وعبدالله بن مسكان عن الصادق عليه السلام[4].

قال العلامة : وهذا أصح طريقاً وأقوى متمسكاً ، لحوالة الحكم فيها على تقدير معلوم بخلاف الغرة المختلفة .

ان قيل : الغرة المقدرة في صحيحة عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام بخمسين ديناراً [5]، وفي رواية اسحاق بن عمار بأربعين[6] .

أجيب : بأن ذلك التقدير ليس في الاصل بل بحسب الاحوال الواقعة وقت السؤال لاختلاف القيم، فلايحال عليه الامر الكلي ولايستلزم ذلك الفتوى بالغرة لجواز السؤال عنه عن التقدير لاعن التقرير .

قوله : ففيه عظماً ثمانون ومضغة ستون وعلقة اربعون ونطفة بعد استقرارها في الرحم عشرون ، وقال الشيخ وفيما بينهما بحسابه

---

١) الكافي ٣٧٥/٧ ، التهذيب ٢١٤/١٠ .
٢) الفقيه ١٠٨/٤ ، الكافي ٣٤٥/٧ ، التهذيب ٢٨١/١٠ .
٣) التهذيب ٢٨٢/١٠ .
٤) التهذيب ٢٨١/١٠ ، الكافي ٣٤٣/٧ ، الاستبصار ٢٩٩/٤ .
٥) الفقيه ١٠٩/٤ ، الكافي ٣٤٦/٧ ، التهذيب ٢٨٧/١٠ .
٦) الكافي ٣٤٧/٧ ، التهذيب ٢٨٧/١٠ .

يريد فيما بينهما أي فيما بين الحالتين مما تقدم ، وهو بين كونه عظماً وبين كونه مضغة وبين كونه علقة وبين كونه نطفة مستقرة في الرحم .

وفسر ابن ادريس ذلك بأن النطفة تمكث عشرين يوماً ثم تصير علقة، وتمكث العلقة عشرين يوماً ثم تصير مضغة، والمضغة تمكث عشرين يوماً ثم تصير عظماً، فيكون لكل يوم دينار .

قال المصنف : ونحن نطالبه بصحة ماذكره الشيخ ، وهو قوله وفيما بينهما بحسابه أولا وبصحة تفسيره كلام الشيخ وأنه مراده ثانياً، على أنه روى سعيد بن المسيب عن علي بن الحسين عليهما السلام[1] ومحمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام[2] وابو جرير القمي عن الكاظم عليه السلام ان المكث بين النطفة والعلقة أربعون يوماً وكذا بين العلقة والمضغة، أما العشرون فلم نقف بها على رواية. ولو سلمنا المكث الذي ذكره لكن من أين أن التفاوت في الدية مقسوم على الايام، غاية ذلك أنه يحتمل وليس كل محتمل واقعاً. مع أنه يجوز أن يكون لكل قطرة تظهر في النطفة ديناران وكذا كلما صار في العلقة شبيه العرق من اللحم يزاد ديناران كما رواه يونس الشيباني عن الصادق عليه السلام[3] .

قال بعض مشائخنا : وكذا مايظهر في المضغة شبه العقدة ثم يصير عظماً ثانيا [يابسأخ ل] كماقاله الصدوق وابن الجنيد وافتيابذلك ورويا ه عن أهل البيت عليهم السلام ، وجعل التفاوت مقسوماً على القطرات في النطفة وعلى العروق في العلقة وعلى العقدة في المضغة .

---

١) الكافي ٣٤٧/٧ ، التهذيب ٢٨١/١٠ .

٢) الكافي ٣٤٥/٧ ، التهذيب ٢٨٣/١٠ .

٣) الفقيه ١٠٨/٤ ، الكافي ٣٤٥/٧ ، التهذيب ٢٨٣/١٠ .

ولوقتلت المرأة فمات ولدها معها، فللاولياء دية المرأة ونصف الديتين على الجنين ان جهل حاله. وان علم ذكراً كان اوانثى كانت الدية بحسابه. وقيل مع الجهالة يستخرج بالقرعة لانه مشكل، وهو غلط لانه لااشكال مع النقل.

ولو ألقته مباشرة اوتسبباً فعليها دية ما ألقته ولانصيب لها من الدية. ولوكان بافزاع مفزع فالدية عليه. ويستحق دية الجنين وراثة. ودية جراحاته بنسبة ديته.

ومن أفزع مجامعاً فعزل فعليه عشرة دنانير.

قوله: وقيل مع الجهالة يستخرج بالقرعة لانه مشكل، وهوغلط لانه لااشكال مع النقل

يريد أنه مع جهالة كون الجنين ذكراً أوانثى تكون ديته نصف دية ذكر ونصف دية أنثى، وهوقول الشيخ واتباعه، وعليه دلت رواية علي بن ابراهيم عن محمد بن عيسى بن عبيد عن يونس عن عبدالله بن مسكان عن الصادق عليه السلام[1]، ومثله روى يونس وابن فضال قالا: عرضنا كتاب الفرائض عن علي عليه السلام على ابى الحسن عليه السلام فقال: هوصحيح وفيه ذلك الحكم[2].

وقال ابن ادريس: بل يستخرج بالقرعة لانه مشكل وكل مشكل فيه القرعة. قال المصنف: نمنع المقدمة الاولى، فانه لا اشكال مع وجود النقل الدال على الحكم كما أوردناه.

---

١) الكافي ٣٤٣/٧، التهذيب ٢٨١/١٠، الاستبصار ٢٩٩/٤.

٢) التهذيب ٢٨٥/١٠، الاستبصار ٢٩٩/٤.

ولوعزل عن زوجته اختياراً قيل: يلزمه دية النطفة عشرة دنانير والاشبه : الاستحباب .

(الثانى) فى الجناية على الحيوان . من أتلف حيواناً مأكولا كالنعم بالذكاة لزمه الارش ، وهل لمالكه دفعه والمطالبة بقيمته؟ قال الشيخان : نعم ، والاشبه : لا ، لانه اتلاف لبعض منافعه فيضمن التالف .

قوله : ولوعزل عن زوجته اختياراً قيل تلزمه دية النطفة عشرة دنانير والاشبه الاستحباب

القائل الشيخ واتباعه ، والمستند رواية ابن فضال ومحمد بن عيسى عن يونس أنه في كتاب علي عليه السلام في الفرائض ، وقال ابو الحسن انه صحيح . وغير ذلك من الروايات الصريحة في الوجوب .

وانكره ابن ادريس مستنداً الى أصالة البراءة أولا وضعف ماتمسك به الشيخ ثانياً، فانه من الاحاد ، والى مارواه ابن بابويه عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام : الماء للرجل يصرفه حيث يشاء[1] ثالثاً .

والمصنف حكم بأن الاشبه بالمذهب الاستحباب ، وكأنه جمع بين حجتي الشيخ وابن ادريس . والعلامة جزم في القواعد[2] بوجوب العشرة على الزوج مع عزله الامع اذن الزوجة . وعليه الفتوى .

قوله: وهل لمالكه دفعه والمطالبة بقيمته قال الشيخان[3] نعم والاشبه لانه اتلاف لبعض منافعه فيضمن التالف

---

١) لم عثر عليه بهذا اللفظ . وفى الوسائل احاديث بهذا المعنى، راجع المجلد ١٤/١٠٥ الباب ٧٥ من ابواب مقدمات كتاب النكاح وآدابه .

٢) القواعد ،آخر الباب الثالث من كتاب النكاح .

٣) المقنعة: ١٢٢ ، النهاية: ٧٨٠ .

ولو اتلفه لا بالذكاة لزمه قيمته يوم اتلافه ولو قطع بعض جوارحه او كسر شيئاً من عظامه فللمالك الارش .

وان كان مما لا يؤكل ويقع عليه الذكاة كالاسد والنمر ضمن ارشه .

وكذا في قطع اعضائه من استقرار حياته .

ولو أتلفه لا بالذكاة ضمن قيمته حياً .

ولو كان مما لا يقع عليه الذكاة كالكلب والخنزير ، ففي كلب الصيد أربعون درهماً ، وفي رواية السكوني : يقوم ، وكذا كلب الغنم ، وكلب الحائط ، والاول أشهر .

وجه قول الشيخين أنه اتلاف لاهم منافعه فنزل منزلة اتلاف كله ، والغرض أن ذوات القيم تضمن قيمتها . وهذا قول المفيد في المقنعة والشيخ في النهاية والقاضي وقال ابن ادريس[1] بل يضمن الارش وهو التفاوت بين كونه حياً ومذبوحاً.

قال المصنف : لانه اتلاف لبعض منافعه فكان ضامناً لذلك .

واختاره العلامة في المختلف ، لتحقق المالية بعد الجناية فكان الواجب الارش .

قوله : ولو اتلفه لا بالذكاة لزمته قيمته يوم اتلافه

في هذا الاطلاق نظر، لانه لو اتلف ماله صوف أو شعر أو ما لا ينجس بالموت لزمه الارش .

قوله : ولو كان مما لا تقع عليه الذكاة كالكلب والخنزير ففي كلب الصيد اربعون درهماً ، وفي رواية السكوني يقوم، وكذا كلب الغنم وكلب الحائط والاول اشهر

---

١) السرائر : ٤٤٠ .

اذا أتلف المكلف حيواناً مملوكاً لغيره فاما أن يكون ذلك مما تقع عليه الذكاة أولا ، والاول اما أن يتلفه بالذكاة أولا ، فالاقسام حينئذ ثلاثة : الاول أن تقع عليه الذكاة ويتلفه بالذكاة ، الثاني ان يقع عليه الذكاة ويتلفه لابها ، وهذ ان القسمان تقدم حكمهما . الثالث أن لايقع عليه الذكاة فتلزمه ضمانه سواء أتلفه بالذكاة اوبغيرها :

وذكر المصنف فيه قسمين : الاول الخنزير للذمي المستتر ، والثاني الكلب غير الهراش . وهو أقسام :

« الاول » ـ كلب الصيد، وهو ما كان معلماً قدصاد، قال الشيخ في النهاية[1] فيه أربعون درهماً ، وقيده بالسلوقي منسوب الى قرية باليمن يقال لها سلوق . وبه قال المفيد[2] والقاضي ، وقال ابن الجنيد دية كلب الصيد قيمته ولايتجاوز بها أربعون درهماً . وقال ابن ادريس[3] دية كلب الصيد سواء كان سلوقياً أوغير ذلك اذا كان معلماً أربعون درهماً .

وقال العلامة في المختلف: قول ابن الجنيد عندي حسن وعليه دلت رواية السكوني عن الصادق عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام فيمن قتل كلب صيد قال: يقومه وكذلك البازي وكذلك كلب الغنم وكذلك كلب الحائط[4].

والمشهور هو الاول وعليه دلت رواية الوليد بن صبيح عن الصادق عليه السلام[5] ورواية ابى بصير عنه عليه السلام ايضاً[6] أن رسول الله صلى الله عليه

---

١) النهاية: ٧٨٠ .

٢) المقنعة : ١٢٢ .

٣) السرائر : ٤٤٠ .

٤) الكافي ٣٦٨/٧ ، التهذيب ٣١٠/١٠ .

٥) الكافي ٣٦٨/٧ ، التهذيب ٣٠٩/١٠ .

٦) الكافي ٣٦٨/٧ ، التهذيب ٣١٠/١٠ .

وفي كلب الغنم كبش ، وقيل عشرون درهماً ، وكذا قيل في كلب الحائط ، ولااعرف الوجه ، وفي كلب الزرع قفيزمن بر . ولايضمن المسلم ما عدا ذلك .

أما مايملكه الذمي كالخنزير فالمتلف يضمن قيمته عند مستحليه.

وفي الجناية على أطرافه الارش ، ويشترط في ضمانه استتار الذمي به .

وآله وسلم أمربذلك .

قوله: وفي كلب الغنم كبش وقيل عشرون درهماً

هذا هوالقسم الثاني ، وهو كلب الغنم ، ويسمى أيضاً كلب الماشية . وقال الشيخ في النهاية[1] فيه كبش ، وقال المفيد[2] عشرون درهماً ، ورواية السكوني المتقدمة تدل علي لزوم القيمة .

قوله : وكذا قيل في كلب الحائط ، ولا اعرف الوجه

هذا هوالقسم الثالث ، ويسمى كلب الحائط أي البستان ، لان البستان يسمى حائطاً تسمية الشيء بجزئه ، وفي الحديث[3] ان فاطمة عليها السلام وقفت حوائطها بالمدينة .

قول المصنف « وكذا قيل » عطف على قوله وقيل عشرون درهماً . قال : ولاأعرف الوجه . ونعم ماقال ، لان رواية السكوني المتقدمة تدل على القيمة من غير تقدير ، ولم نقف على رواية غيرها في ذلك .

قوله : وفي كلب الزرع قفيزمن بر

---

١) النهاية : ٧٨٠ .

٢) المقنعة : ١٢٢ .

٣) راجع التهذيب ٩/ ١٤٤ ، الفقيه ٤/ ١٨٠ ، الكافي ٧/ ٤٨ .

مسائل :

(الاولى) قيل قضى على عليه السلام فى البعير بين أربعة عقله أحدهم فوقع فى بئرفانكسر : أن على الشركاء حصته ، لانه حفظه وضيع الباقون ، وهوحكم فى واقعة فلايعدى .

هذا هوالقسم الرابع، ولم نعرف قائلا بغيرما ذكره المصنف. والبريرادبه الحنطة . وفي بعض عبارات الاصحاب قفيز من طعام والمراد به الحنطة أيضاً .

وقال الصدوق[1] : في الكلب الـذي ليس للصيد ولاللماشية زبيل من تراب على القاتل أن يعطي وعلى صاحب الكلب أن يقبله .

وقال ابن الجنيد : دية الكلب الاهلي زبيل من تراب ، والمشهور أنه ليس في شيء من الكلاب غير الاربعة دية على حال .

قوله: قيل قضى على عليه السلام فى بعير بين اربعة عقله احدهم فوقع فى بئر فانكسر ان على الشركاء حصته لانه حفظ وضيع الباقون، وهوحكم فى واقعة فلايتعدى

قاله الشيخ والقاضي ، والمستند رواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام عن علي صلوات الله عليه[2] . قال المصنف في النكت : ان صحت هذه فهي حكاية حال فى واقعة ولاعموم في الوقائع ، فلعله عقله وسلمه اليهم ففرطوا أوغير ذلك أما اطراد الحكم على ظاهر الواقعة فلا .

---

١) المقنع ١٩٢ فيه : زنبيل من تراب . اقول: فى المصباح : الزبيل مثال كريم : المكتل، والزنبيل مثال قنديل لغة فيه .

٢) الفقيه ٤/١٢٧ ، التهذيب ١٠/٤٣ .

(الثانية) فى جنين البهيمة عشر قيمتها ، وفى عين الدابة ربع قيمتها.

(الثالثة) روى السكونى عن أبى جعفر عليه السلام عن أبيه على عليه السلام قال : كان لايضمن ما أفسدت البهائم نهاراً ويضمن ما أفسدته ليلا. والرواية مشهورة غير أن فى السكونى ضعفاً ، والاولى اعتبار التفريط ليلا كان أو نهاراً .

قوله : روى السكونى عن جعفر ١) عليه السلام عن ابيه عليه السلام عن على عليه السلام قال: لايضمن ما افسدت البهائم نهاراً ويضمن ما افسدت ليلا ٢)، والرواية مشهورة غير ان فى السكونى ضعفاً، والاولى اعتبار التفريط ليلا كان الافساد أو نهاراً

هنا فوائد :

(الاولى) هذه رواها الشيخ في التهذيب عن احمد بن محمد عن محمد ابن عيسى عن عبدالله بن المغيرة عن السكوني عن جعفر عن أبيه قال : كان علي عليه السلام لايضمن ما أفسدت البهائم نهاراً ويقول : على صاحب الزرع حفظ زرعه ، وكان يضمن ما أفسدت ليلا[٣] .

وروى ابن الجنيد عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم : أن على أهل الاموال حفظها نهاراً وعلى أهل الماشية ما أفسدت مواشيهم بالليل ، حكم بذلك في قضية البراء بن عازب لما دخلت ناقته حائطاً فأفسدته[٤] .

(الثانية) اكثر الاصحاب كالشيخين[٥] والقاضي والتقي وابن حمزة أفتوا

---

١) كذا فى «التهذيب» ايضاً، وفى المختصر المطبوع بمصر عن ابى جعفر عليه السلام .

٢) التهذيب ١٠/ ٣١٠ .

٣) التهذيب ١٠/ ٣١٠ .

٤) سنن ابن ماجة ٢/ ٧٨١ ، سنن ابى داود ٣/ ٢٩٨ .

٥) المقنعة: ١٣٣ ، النهاية: ٧٨١ .

(الثالث) فى كفارة القتل :

تجب كفارة الجمع بقتل العمد والمرتبة بقتل الخطأ مع المباشرة دون التسبيب ، فلو طرح حجراً فى ملك غيره أو سابلة فهلك به عاثر

بمضمون الروايتين من غير اعتبار أمر زائد على ما تضمنه النص المذكور ، والمتأخرون جعلوا الضمان منوطاً بالتفريط وعدمه ، بمعنى أن صاحب الماشية ان فرط في حفظها ضمن ما أفسدته ليلا كان أو نهاراً وان لم يفرط لم يضمن ليلا كان أو نهاراً . واطرحوا الرواية لضعفها بالسكوني . وهذا هو الاقوى وعليه الفتوى .

(الثالثة) قال الشهيد : الحق أن العمل في هذه المسألة ليس بالرواية المذكورة بل باجماع الاصحاب ، ولما كان الغالب حفظ الدابة ليلا والزرع نهاراً أخرج الحكم عليه ، وليس في حمل المتأخرين رد لقول المتقدمين ، وانما القدماء تبعوا عبارة الاحاديث ، والمراد هو التفريط ، فلا ينبغي أن يكون الخلاف هنا الا في مجرد العبارة عن ضابط الضمان ، وأما المعنى فلا خلاف فيه .

وفيه نظر ، لانا نمنع الاجماع ، وذكر الشيخ واتباعه وجماعة ممن تقدمه الحكم المذكور لا يدل على حصول الاجماع . ونمنع أيضاً أنها ليست مستند الحكم ، لان اكثرهم يورد الحكم اما بلفظ الرواية أو معلقاً عليها ، وذلك صريح فى كونها مستند الحكم .

وكون الغالب في حفظ الدابة والزرع ماذكره لا يمنع من الحكم بخلافه ، لانا لو فرضنا أن شخصاً أرسل دابته نهاراً مع علمه بحصول الزرع فأفسدته يلزم أن لا يكون ضامناً . وهو ممنوع عقلا وشرعاً . فظهر أن بين القولين فرقاً وان الضابط هو التفريط وعدمه .

قوله : الثالث فى كفارة القتل

ضمن الدية ولا كفارة وتجب بقتل المسلم ذكراً كان اوانثى صبياً أومجنوناً ، حراً اوعبداً ، ولوكان ملك القاتل .

وكذا تجب بقتل الجنين ان ولجته الروح ، ولاتجب قبل ذلك.

ولاتجب بقتل الكافر ذمياً كان اومعاهداً .

ولوقتل المسلم مثله في دار الحرب عالماً لالضرورة فعليه القود والكفارة ، ولوظنه حربياً فبان مسلماً فلادية وعليه الكفارة .

تقدم في باب الكفارات وغيره كثير من أحكام هـذا الباب فلاوجه لاعادته لئلايطول الكتاب .

قوله : ولوظنه حربياً فلاقود ١) وعليه الكفارة

يريد أنه ظنه حربياً فقتله ثم ظهر أنه غير حربي : اما بأن يكون قدأسلم بين أصحابه ولم يخرج وهذا لاكلام أنـه لاقود عليه له ولادية ، اوبأن يكون أسيراً عندهم ، قال الشيخ[٢] يضمن ديته لانه لاقدرة له على الخروج بخلاف الاول . وتردد المصنف في الشرائع[٣] من أصالة البراءة من وجوب شيء لمكان الاباحة ترك العمل بها في وجوب الكفارة للاية فيبقى معمولا بهافيما عداذلك ، ومن عموم قوله تعالـى « ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الـى أهله »[٤] وهذا مؤمن فيجب تسليم ديته الى أهله .

وهذا اختيار العلامة ، وهوالاقوى ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لايطل

---

١) في المختصر المخطوط عندنا والمطبوع بمصر ومتن الرياض : فلادية .

٢) المبسوط ٢٤٥/٧ .

٣) الشرائع ٣٥٧/٢ .

٤) سورة النساء : ٩٢ .

دم امرىء مسلم[1] . ولنتبع هذا البحث بفوائد :

(الاولى) تتعدد الكفارة بتعدد القتل، سواء كان القاتل واحداً أواكثر. ولو كان القتيل واحداً والقاتل متعدداً تعددت أيضاً مراعاة لحرمة القتل عمداً كان القتل أوخطأ .

(الثانية) اذا صولح قاتل العمد على الدية أوعفى عنه لاكلام في وجوب الكفارة عليه ، أما لوقتل قصاصاً فقال الشيخ في المبسوط[2] : قال قوم انماتجب الكفارة اذا أخذت منه الدية ، أما اذا قتل قصاصاً فلاكفارة عليه . قال : وهذا الذي يقتضيه مذهبنا . وتبعه ابن ادريس[3] .

واستشكل المصنف ذلك في الشرائع[4] من اصالة البراءة ومن كون الجناية سبباً وقد ثبت فيثبت مسببه . واختار العلامة في المختلف[5] وجوبها في ماله ، لانها حق مالي فيجب أن يخرج من تركته كباقي الحقوق . وهذا أقوى وعليه الفتوى . نعم لايجب الصوم هنا على الولي بل يستأجر عليه من التركة .

(الثالثة) هل الكفارة من باب التكليف أومن باب الوضع ؟ يحتمل الاول لاشتراط القربة فيها ، ويحتمل الثاني لانها عقوبة على جناية .

ويتفرع وجوبها على الصبي والمجنون لوقتل أحدهما مسلماً، فلاتجب على الاول وتجب في مالهما على الثاني . وقواه الشيخ في المبسوط ، ويؤيده عموم النص .

---

١) التهذيب ١٠/٢٠٥ ، المستدرك ٣/٢٦٠ ، العوالي ٢/١٦٠ .
٢) المبسوط ٧/٢٤٦ .
٣) السرائر : ٤١٩ .
٤) الشرائع ٢/٣٥٧ .
٥) المختلف ، الجزء الخامس ٢٣٤ .

(الرابع) فى العاقلة، والنظر فى المحل وكيفية التقسيط واللواحق.

أما المحل فالعصبة والمعتق ، وضامن الجريرة ، والامام .

والعصبة من تقرب الى الميت بالابوين او بالاب كالاخوة واولادهم ، والعمومة واولادهم ، والاجدداوان علوا . وقيل : هم

قوله : الرابع فى العاقلة

البحث هنا في أمور ثلاثة :

(الاول) في التسمية والاشتقاق ، قيل انهاسميت عاقلة لانها تحمل العقل وهوالدية لما تقدم من أن الدية تسمى عقلا، وقيل ان العقل لغة المنع ومنه العقال لمنع البعير من النفور، والعاقلة تمنع الانسان من العبث لئلايقع بعبثه قتل فتعلقه العاقلة ، أولانها تمنع القتل عن القاتل حمية منها .

(الثاني) في تفسيرها شرعاً ، وهى العصبة والمعتق وضامن الجريرة والامام وسيأتي تفسير العصبة .

(الثالث) دل العقل على اختصاص الفاعل بأثر جنايته دون غيره ، ونص الكتاب على مثل ذلك بقوله « ولاتزر وازرة وزر أخرى »[1]. لكن عدل عن ذلك في الخطأ الى تحمل العاقلة الدية لوجوه : الاول الاجماع من المسلمين ، الثاني فعل النبى صلى الله عليه وآله وسلم وقوله ، الثالث تواتر الاخبار والاثار عن الائمة الاطهار ، الرابع أنه جاز أن يحصل في التكاليف مالا نعلم علته تفصيلا وان علمنا ذلك اجمالا من حسن فعل الحكيم وامتناع القبيح عليه ، ويكون حصول الثواب في مقابلة ذلك علة في المشروعية كباقى التكاليف .

قوله: والعصبة من تقرب الى الميت بالابوين او بالاب كالاخوة واولادهم والعمومة واولادهم والاجداد وان علوا ، وقيل هم الذين يرثون دية

---

١) سورة الانعام : ١٦٤ ، الاسراء : ١٥ ، فاطر : ١٨ ، الزمر : ٧ .

الذين يرثون دية القاتل ، لو قتل والاول أظهر .

ومن الاصحاب من شرك بين من يتقرب بالام مع من يتقرب بالاب والام او بالاب ، وهو استناد الى رواية مسلمة بن كهيل ، وفيه ضعف .

القاتل لو قتل ، والاول اظهر ومن الاصحاب من شرك بين من يتقرب بالام مع من يتقرب بالاب، وهو استناد الى رواية سلمة[1] بن كهيل وفيه ضعف

لما ذكر أن العصبة من العاقلة بل هي أصل العاقلة احتاجت الى تفسيرها ، وللاصحاب فيها أقوال:

(الاول) ماذكره المصنف أولا ، أعني قوله « من تقرب الى الميت بالابوين او بالاب » الخ . وهو قول الشيخ في المبسوط[2] والقاضي .

(الثاني) قول الشيخ في النهاية[3] ، وهو أنهم الذين يرثون دية القاتل ان لو قتل ولا يلزم من لم يرث من ديته شيئاً على حال .

وفيه نظر : أما أولا فلانتقاضه بالزوجين ومن يتقرب بالام فانهم يرثون من الدية وليسوا عصبة ، وأما ثانياً فلان الانثى ممن يتقرب بالاب يرث الدية وليست عصبته .

(الثالث) قول المفيد[4] ، وهو أنهم الرجال دون النساء ولا يؤخذ من اخوته من أمه شيء ولا من أخواله ، لانه لو قتل وأخذت ديته ما استحق اخوته من أمه وأخواله منها شيئاً فلذلك لم يكن عليهم شيء .

---

١) الكافي ٧/٣٦٤ ، الفقيه ٤/١٠٥ ، التهذيب ١٠/١٧١ . في المختصر ط بمصر « مسلمة » بالميم لعله تصحيف من الناسخ .

٢) المبسوط ٧/١٧٣ .

٣) النهاية : ٧٣٧ .

٤) المقنعة : ١١٥ .

(الرابع) قول ابن الجنيد هم المستحقون لميراث القاتل من الرجال العقلاء سواء كانوا من قبل أبيه أو قبل أمه ، فان اجتمع القرابتان كان على المتقرب بالاب الثلثان وعلى المتقرب بالام الثلث ولايلزم ولد الاب شيء الابعد عدم الولد والاب ولايلزم ولد الجدين شيء الابعد عدم الولد والابوين وعلى هذا .

(الخامس) قول ابن ادريس[1] أنهم العصبات من الرجال سواء كان وارثاً أو غير وارث الاقرب فالاقرب . والاول اظهر بين الاصحاب .

وقوله « من الاصحاب » اشارة الى قول ابن الجنيد مستنداً الى الرواية المذكورة ، وهي ماروا ها الصدوق في الفقيه عن الحسن بن محبوب عن مالك ابن عطية عن ابيه عن سلمة بن كهيل قال : أتي أمير المؤمنين عليه السلام برجل من أهل الموصل قدقتل رجلا خطأ ، فكتب أمير المؤمنين عليه السلام الى عامله على الموصل: أما بعد اسأل عن قرابة فلان بن فلان من المسلمين فان كان ثم رجل يرثه له سهم في الكتاب لايحجبه عن ميراثه أحد من قرابته فالزمه الدية وخذه بها نجوماً في ثلاث سنين ، فان لم يكن من قرابته أحد له سهم في الكتاب وكانوا سواء في النسب وكان له قرابة من قبل ابيه وامه في النسب سواء ففض الدية على قرابته من قبل ابيه وعلى قرابته من قبل امه الثلث، وان لم تكن له قرابة ففض الدية على أهل الموصل ممن ولدبها ونشأ ، وان لم يكن له قرابة ولاهو من أهل الموصل فرده الي مع رسولي فأناوليه والمؤدي عنه ولاأطل دم امرىء مسلم[2].

وهذا يدل على الزام الاباء والاولاد . وسلمة هذا ضعيف ، قال الكشي انه مذموم بتري من رجال الباقر والصادق عليهما السلام .

---

١) السرائر: ٤١٩ .

٢) الفقيه ٤/١٠٥، الكافي ٧/٣٦٤، التهذيب ١٠/١٧١ والحديث طويل اختصره رحمه الله تعالى .

ويدخل الاباء والاولاد في العقل على الاشبه ولا يشركهم القاتل.

ولا تعقل المرأة ولا الصبي ولا المجنون وان ورثوا من الدية.

وتحمل العاقلة دية الموضحة فما فوقها اتفاقاً، وفيما دون الموضحة قولان، المروي: أنها لا تحمله، غير أن في الرواية ضعفاً. واذا لم يكن عاقلة من قومه ولا ضامن جريرة ضمن الامام جنايته.

وجناية الذمي في ماله وان كانت خطأ، فان لم يكن له مال فعاقلته الامام لانه يؤدي اليه ضريبته. ولا يعقله قومه.

قوله: ويدخل الاباء والاولاد في العقل على الاشبه

قال الشيخ في المبسوط والخلاف[1] لا يدخل الفريقان، محتجاً باجماعنا واصالتي البراءة وعدم الدليل على الدخول، وبرواية ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: ألا لا ترجعوا بعدي كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض، لا يؤخذ الرجل بجريرة ابنه ولا الابن بجريرة ابيه[2].

واختار المصنف والعلامة[3] دخولهما. وبه قال المفيد وابن الجنيد، لضعف حجة الشيخ: أما الاجماع فلعدم تحققه خصوصاً مع مخالفة المفيد وابن الجنيد وأما الاصالة فيعدل عنها بالدليل. ورواية سلمة تدل على الدخول كما قلنا، وحديث ابن مسعود ليس من طرقنا.

قوله: وتحمل العاقلة دية الموضحة فما فوقها اتفاقا [منا] وفيما دون الموضحة قولان والمروى انها لا تحمله، غير ان في الرواية ضعفاً

---

١) المبسوط ٧/١٧٣، الخلاف ٣/١٤٠.

٢) الخلاف ٣/١٤٠.

٣) التحرير ٢/٢٨٠ قال فيه: الاقرب دخول الاباء والاولاد في العقل.

وأما كيفية التقسيط : فقد تردد فيه الشيخ . والوجه وقوفه على رأي الامام اومن نصبه للحكومة بحسب مايراه من أحوال العاقلة . ويبدأ بالتقسيط على الاقرب فالاقرب .

قال الشيخ في المبسوط والخلاف[1] بالتحمل مدعياً الاجماع ، وقال في النهاية[2] والتقي وابن الجنيد بعدم التحمل .

واختاره العلامة في المختلف[3] محتجاً بأصالة ايجاب العقوبة على مباشر الجناية فاحالتها على غيره خلاف الاصل ، خرج من ذلك الموضحة فصاعداً للاجماع فيبقى الباقي على أصله ، وللرواية عن ابى مريم عن الباقر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام أن لا تحمل على العاقلة الا الموضحة فصاعداً[4]. وهذا أقوى .

والرواية وان كانت ضعيفة بابن فضال لكنها مجبورة بالدليل على عدم التحمل.

قوله : واما كيفية التقسيط فقد تردد الشيخ، والوجه وقوفه على رأى الامام اومن نصبه للحكومة بحسب ما يراه من احوال العاقلة، ويبدأ بالتقسيط على الاقرب فالاقرب

قال الشيخ في المبسوط والخلاف[5] تقسط على الغني عشرة قراريط وعلى الفقير خمسة ، وتابعه القاضي ، لان ذلك متفق عليه والزائد مختلف فيه فأصل البراءة ينفيه . وقال في الكتابين أيضاً ان ذلك بحسب مايراه الامام من أحوال

---

١) المبسوط ١٧٨/٧ ، الخلاف ١٤٣/٣ .

٢) النهاية : ٧٣٧ .

٣) المختلف ، الجزء الخامس ٢٣٥ .

٤) الفقيه ١٠٧/٤ ، الكافي ٣٦٦/٧ ، التهذيب ١٧٠/١٠ .

٥) المبسوط ١٧٨/٧ ، الخلاف ١٤٢/٣ .

العاقلة .

واختار ابن ادريس[1] والمصنف والعلامة في المختلف[2] ، لاصالة عدم التقدير ، ولانه دين وجب على العاقلة عند أجله فيجب اداؤه كغيره من الديون ، ولان التقدير لابد فيه من نص، اذ لايجري فيه القياس عند أكثر من قال بالقياس .

اذا عرفت فهنا فوائد :

(الاولى) هل الدية تجب ابتداء على العاقلة وليس لها الرجوع على الجاني أوانها تجب ابتداء على الجاني قضية الزام كل متلف بجنايته فاذا تحملته العاقلة فلها الرجوع على الجاني ؟ .

نقل الشيخ في المبسوط[3] القولين ، ويحتج للاول بظواهر الاخبار الدالة على لزوم الدية للعاقلة ابتداء وليس في شيء منها مايدل على الرجوع على القاتل وللثاني بأن ذلك غرم لزم العاقلة بسببه لما قلنا من الزام كل متلف بجنايته فلها الرجوع عليه .

(الثانية) قال الشيخ في النهاية[4] متى كان للقاتل مال وليس للعاقلة شيء ألزم في ماله خاصة الدية ، وكذا لو لم تكن عاقلة . وبه قال سلار والتقي .

وقال في الخلاف[5] : القاتل لا يدخل في العقل بحال مع وجود من يعقل عنه من العصبات وبيت المال . وهو يشعر بأنه يضمن الدية مع عدمهم .

وقال ابن ادريس[6] : قول الشيخ في النهاية غير [صحيح ولا] مستقيم ،

---

١) السرائر: ٤١٩ .

٢) المختلف ، الجزء الخامس ٢٣٥ .

٣) المبسوط ٧/١٧٤ .

٤) النهاية : ٧٣٧ .

٥) الخلاف ٣/١٤١ .

٦) السرائر : ٤٢٠ .

لانه خلاف اجماع المسلمين .

وهذا خطأمنه ،لان كثيراً من علماء الجمهور يجعلون الوجوب ملاقياً للجاني أولاثم تتحمله العاقلة كما نقل في المبسوط، ويفرعون عليه أنه اذا انتهى التحمل الى بيت المال وهو خال يؤخذ من الجاني ، وأنه اذا أقر بالجناية خطأ ولم تصدقه العاقلة وحلفوا على نفي العلم يحتمل أن لايؤخذ باقراره بناء على أن الجناية في الخطأ تجب ابتداء على العاقلة فكان مقراً على غيره فلايلزمه شيء وان قلنا بملاقاته الوجوب بعد اقراره على نفسه .

والحق ماقاله الشيخ في النهاية ، والالزم أن يطل دم امرىء مسلم[1] ، وهو باطل .

واولم يكن له مال قال الشيخ في التهذيب فعلى الامام ، وقال في النهاية ان ضمان الامام مقدم على الجاني . وقال ابن ادريس يجب على مولاه الذي يرثه وهو الامام لامن بيت مال المسلمين كما قال سلار . ورواية سلمة المتقدمة تدل على قول ابن ادريس .

(الثالثة) هل يجمع بين القريب والبعيد في العقل؟ قال المصنف في الشرائع[2] فيه قولان ، يشير الى ماذكره الشيخ في المبسوط[3] . فانه قال يقسم الامام على مايراه من حاله من الغنى والفقر وان يفرقه على القريب والبعيد . وان قلنا يقدم الاولى فالاولى كان قوياً، لقوله تعالى « وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض »[4].

---

١) التهذيب ١٠/٢٠٥ ، العوالي ٢/١٦٠ .

٢) الشرائع ٢/٣٥٨ .

٣) المبسوط ٧/١٧٨ .

٤) سورة الانفال : ٧٥ .

ثم قال المصنف : والاشبه الترتيب في التوزيع .

ووجه الاشبهية أنه كالميراث والولاء، فعلى هذا يؤخذ من الموالي مع وجود العصبة لكن مع زيادة الدية عن العصبة ، حتى أنها لو اتسعت أخذت من عصبة المولى ولو زادت أخذت من مولى العبد[1] ثم عصبة مولى المولى .

(الرابعة) قد تزيد الدية عن العاقلة أجمع ، قال الشيخ[2] يؤخذ الزائد من الامام حتى لو كانت الدية ديناراً وله اخ أخذ منه عشرة قراريط والباقي من بيت المال .

قال المصنف : والاشبه الزام الاخ بالجميع ان لم يكن عاقلة سواه[3] ، لان ضمان الامام مشروط بعدم العاقلة أوعجزهم .

واعلم أنه يتصور كون الدية ديناراً اذا قيل تتحمل مادون الموضحة أو انه حصل ابراء من الزائد عن الدينار هنا وقد تزيد العاقلة عن الدية ، فنقل الشيخ في المبسوط[4] عن قوم أنه يوزع على الكل بالحصة حتى يكونوا في العقل سواء ، وقال آخرون للامام أن يخص بالعقل لمن شاء منهم على الغني نصف دينار وعلى المتجمل ربع دينار ، ولاشيء على الباقين لان في توزيعها على الكل بالحصص مشقة ربما لزم على جنايتها اكثر منها . قال : وهذا أقوى .

وقال في الخلاف[5] : يوزع على الجميع ، لان الدية وجبت على العاقلة كلهم فمن خص بها قوماً دون قوم فعليه الدلالة . قال المصنف : وهذا أنسب

---

١) في بعض النسخ : من مولى المولى .

٢) المبسوط ٧/١٧٤ .

٣) في نسخة : سواء كان ضمان الامام مشروطاً بعدم العاقلة اوعجزهم .

٤) المبسوط ٧/١٨٠ .

٥) الخلاف ٣/١٤٤ .

ويؤجلها عليهم على ماسلف . وأما اللواحق فمسائل :

(الاولى) :لوقتل الاب ولده عمداً دفعت الدية منه الى الوارث ولانصيب للاب منها . ولولم يكن وارث فهي للامام. ولوقتله خطأ

بالعدل ، وكذا استحسنه العلامة في المختلف[1] .

قوله : ويؤجلها عليهم على ما سلف

أما الدية الكاملة فلا كلام في أنها في كل سنة ثلث وكذا غير الكاملة، كما في دية المرأة واليد الواحدة من الرجل وأمثال ذلك . وانما وقع الكلام في الارش :

فقال الشيخ في المبسوط[2] يستأدى في سنة واحدة عند انسلاخها اذا كان ثلث الدية فما دون ، لان العاقلة لايعقل حالا .

قال المصنف : وفيه اشكال ينشأ من احتمال تخصيص التأجيل بالدية لا بالارش .

ثم حكى عنه أيضاً أنه قال: ولو كان دون الثلثين حمل الثلث الاول عند انسلاخ الحول والباقي عند انسلاخ الثاني ، ولو كان اكثر من الدية كقطع يدين وقلع عينين وكان لاثنين حل لكل واحد عند انسلاخ الحول ثلث الدية، وان كان لواحد حل له ثلث لكل جناية سدس الدية . قال : وفي هذا كله الاشكال الاول[3] .

وأما العلامة فأفتى في القواعد[4] بماقاله الشيخ من غير تردد . وهو حسن وعليه الفتوى، لانه مناسب للتخفيف على العاقلة التي لم تجن ولم تباشر مايوجب عقوبتها بتعجيل المال .

---

١) المختلف ، الجزء الخامس ٢٣٥ .

٢) المبسوط ١٧٦/٧ .

٣) الشرائع ٣٥٧/٢ .

٤) القواعد ، الفصل الثاني من الباب الثالث من ابواب الديات .

فالدية على العاقلة ويرثها الوارث . وفي توريث الاب قولان ، أشبههما : أنه لايرث ولولم يكن وارث سوى العاقلةفان قلنا: الاب لايرث فلادية ، وان قلنا : يرث ففي أخذه الدية من العاقلة تردد .

(الثانية) لاتعقل العاقلة عمداً ولااقراراً ولاصلحاً ولاجناية للانسان بالجناية على نفسه ، ولايعقل المولى عبداً كان اومدبراً او أم ولد على الاظهر .

قوله : وفي توريث الاب قولان اشبههما انه لايرث

تقدم الخلاف في توريث القاتل خطأ فلاوجه لاعادته .

قوله: ولولم يكن وارث سوى العاقلة فان قلنا الاب لايرث فلادية وان قلنا يرث ففي اخذه الدية من العاقلة تردد

هذا التردد على قول من يورث القاتل خطأ مطلقاً أمامن يمنعه مطلقاً أويمنعه الدية فلااشكال على رأيه .

ومنشأ تردد المصنف من عموم الاحاديث الدالة على لزوم الدية للعاقلة وتسليمها الى الاولياء ، ولاشك أن الولي هنا هوالاب فيجب التسليم اليه عملا بالعموم ، ومن أن ذلك يستلزم أن القاتل يقتل ويأخذالدية ، وهوبعيد .

قوله : ولااقراراً ولاصلحاً

يريد أنه اذا اقرالجاني بقتله خطأ لايثبت بذلك شيء في حق العاقلة ، وكذا لو اصطلح القاتل والاولياء في العمد على الدية لايلزم العاقلة منهاشيء ، لاصالة البراءة في ذلك كله ، وكون الاقرار لازماً للمقر لالغيره .

قوله : او ام ولد على الاظهر

وجه الاظهرية كونها رقاً ، والاجماع منعقد على أنه لايعقل المولى عبداً ،

(الثالثة) لاتعقل العاقلة بهيمة ولااتلاف مال ، ويختص ضمانها بالجناية على الادمى حسب .

خاتمة

فهذا آخر ماأردنا ذكره ، وقصدنا حصره ،مختصرين مطوله مجردين محصله ،ونسأل الله سبحانه أن يجعلنا ممن شكرعمله ،و غفر زلله ، وجعل الجنة منقلبه ومنقله . انه لايخيب من سأله ، ولا يخسر من أمله ، انه ولى الاعانة والتوفيق . والصلاة والسلام على محمد وآله أجمعين . . .

وهو عام فى أم الولد وغيرها . وفي رواية مسمع عن الصادق عليه السلام : ان جنايتها في حقوق الناس على سيدها[1] . والاظهر بين الاصحاب خلاف ذلك.

* * *

هذا ، ولنقطع الكلام حامدين لله على آلائه شاكرين له على جميل بلائه مصلين على سيدنا محمد صلى الله عليه وآله وسلم وخلفائه المعصومين ، والمسؤول من كرم الله سبحانه حيث وفق للختام أن ينتفع به على مدى الايام وأن يحشرنا في زمرة سيدالانام وأن ينيلنا شفاعته عندا ضطراب الاقدام والمواقفة على اقتراف الاثام انه خير من سئل واجود من أعطى .

قد فرغ المؤلف منه في ٩ ربيع الاول سنة ٨١٨ .

---

١) الكافى ٣٠٦/٧ ، التهذيب ١٩٦/١٠ .

الحمدلله على آلائه والشكر على نعمائه . وفقنا لاتمام تعاليقنا وتحقيقاتنا على المجلد الرابع من كتاب «التنقيح الرائع لمختصر النافع» حسب تجزئتنا ، وهو آخر الكتاب .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين لاشريك له ؛ ولولا توفيق منه لم نقدر على هذا المشروع .

وكان ذلك فى السادس عشر من شهر رجب المرجب سنة ١٤٠٤ هـ

عبده

عبداللطيف بن على اكبر الحسينى

الكوهكمرى

قم ـ ايران

فهرس الكتاب

كتاب الصيد (٣ ـ ٢٩)

تعريف الصيد والدليل على اباحته	٣
مايصادبه من الالات	٤
مايشترط في كلب الصيد	٧
من يجوز الاصطياد به من الالات	٩
مسائل من أحكام الصيد	١٠
مايشترط في الذابح من الاسلام وغيره	١٥
مايشترط في آلة الصيد	١٧
في كيفية ذبح الحيوان	٢٠
مايستحب عند ذبح الحيوان	٢٢
لواحق أحكام الذبح والصيد	٢٤
حكم ذكاة السمك	٢٥
ذكاة الجنين بذكاة أمه	٢٦

كتاب الاطعمة والاشربة (٣٠ ـ ٦٣)

مايؤكل من حيوان البحر ٣٠

مايؤكل من البهائم الانسية ٣٧

أحكام الطيور وأقسامها ٣٩

مسألتان من احكام الحيوانات ٤٢

أحكام الميتات ومايحل منها ٤٣

مايحرم من الذبيحة ٤٥

الاعيان النجسة وأحكامها ٤٩

حكم الطين والسموم القاتلة ٥٠

المحرم والمحلل من المائعات والاشربة ٥١

اذا لاقت المائع نجاسة نجس ٥٣

أبوال الحيوانات وألبانها ٥٥

لواحق أحكام الحيوانات ٥٥

لاتحرم الربوبات والاشربة وانشم منها رائحة المسكر ٦٢

كتاب الغصب (٦٤ ـ ٧٨)

تعريف الغصب ومعناه وبعض أحكامه ٦٤

في أحكام الغصب ٦٩

في لواحق الغصب ٧١

فوائد المغصوب للمالك المغصوب منه ٧١

نتاج الغصب للمغصوب منه ٧٥
الزرع للزارع وعليه أجرة المثل ٧٧

كتاب الشفعة (٧٩ ـ ٩٦)

معنى الشفعة ٧٩
ماتثبت به الشفعة ٨٠
في الشفيع وبعض أحكامه ٨٥
كيفية الاخذ بالشفعة ٨٩
توريث الشفعة والخلاف فيه ٩٥
اختلاف المشتري والشفيع في الثمن ٩٦

كتاب احياء الموات (٩٧ ـ ١٠٤)

تعريف الموات والموتان ٩٧
حد الطريق المبتكر في المباح ٩٩
حريم البئر المعطن وحد النخل ١٠٠
مياه العيون وحمى المرعى ١٠١
من اشترى داراً فيها زيادة من الطريق ١٠٣

كتاب اللقطة (١٠٥ ـ ١٢٨)

أقسام اللقطة الثلاثة ١٠٥
لقيط الانسان وأحكامه ١٠٦

الحيوانات الضالة ١٠٩
اللقطة تعريفها وأحكامها ١١٧
مسائل من أحكام اللقطة ١٢٠
الملتقط من له أهلية الاكتساب ١٢٥
ثلاث مسائل من أحكام اللقطة ١٢٦

كتاب المواريث (١٢٩ - ٢٢٩)

طرف من تاريخ التوريث ١٢٩
في موجبات الارث وموانعه ١٣١
مسائل من أحكام الارث ١٣٤
من موانع الارث قتل المورث ١٣٩
الدية تقضى منها ديون الميت ووصاياه ١٤١
من يرث الدية من الاقارب ١٤٢
اذا لم يكن للمقتول وارث سوى الامام ١٤٣
السهام وكيفية تقسيم الارث ١٤٨
بطلان التعصيب ومعناه ١٥٢
لاعول في الفرائض ١٥٥
الانساب ومراتب الوراث ١٥٨
مسائل تتعلق بمراتب الوراث ١٦٢
أحكام الحبوة وما يحبى الولد به ١٦٧
لايرث مع الابوين والاولاد جد ولاجدة ١٧٠

شروط حجب الاخوة الام عن الارث ١٧٣
الاخوة والاجداد اذا لم يكن أحد الابوين ١٧٤
مسألتان في اجتماع الاجداد مع غيرهم ١٧٩
الاعمام والاخوال وكيفية ارثهما ١٨٠
مسائل من أحكام عمومة الميت وخؤولته ١٨٦
في ميراث الازواج ١٨٨
في الولاء وأقسامه وأحكامه ١٩٣
ولاء تضمن الجريرة ١٩٩
ولاء الامامة ٢٠١
في ميراث ابن الملاعنة ٢٠٢
مسائل من أحكام متفرقة للارث ٢٠٤
في ميراث الخنثى ٢٠٩
اجتماع ذكر وأنثى مع الانثى في الميراث ٢١٣
في الغرقى والمهدوم عليهم ٢١٦
في ميراث المجوس ٢٢٠
مخارج الفروض ستة ٢٢٤
معنى المناسخات وأحكامها ٢٢٦

كتاب القضاء (٢٣٠ ـ ٢٨٣)

معنى القضاء وخواصه وثوابه ووجوبه ٢٣٠
صفات القاضي ست ٢٣٤

هل يشترط علم القاضي بالكتابة ٢٣٦
قبول القضاء عن السلطان العادل ٢٣٩
بعض آداب القضاء ٢٣٩
مسائل تتعلق بالقاضي ٢٤١
في كيفية الحكم و وظائف الحاكم ٢٤٨
في جواب المدعى عليه ٢٥٠
في كيفية الاستحلاف ٢٥٦
لايحكم الحاكم باخبارحـاكم آخر ٢٦٠
القسمة تميز الحقوق ٢٦٢
المدعي وتعريفه ٢٦٥
مسائل تتعلق بالمدعي ٢٧١
اذا تداعى الزوجان متاع البيت ٢٧٧
في تعارض البينات ٢٧٩

كتاب الشهادات (٢٨٣ - ٣٢٦)

معنى الشهادة ومشروعيتها ٢٨٣
في صفات الشاهد وشروطه ٢٨٤
عدالة الشاهد وارتفاع التهمة عنه ٢٨٩
لاتقبل شهادة السائل بكفه والمملوك ٢٩٩
طهارة مولد الشاهد ٣٠٣
لواحق أحكام الشاهد ٣٠٤

فيما يصير به الشاهد شاهداً ٣٠٩
ما يشترط في الشهادة بالملك ٣١٤
الشهادة على الشهادة ٣١٧
اذا رجع الشاهدان عن شهادتهما قبل القضاء ٣٢٠
ثبوت انهما شاهدا زور ٣٢٢
رجوع الشهود بعد انفاذ الحكم ٣٢٣
تجب شهرة شاهد الزور ٣٢٥

كتاب الحدود والتعزيرات (٣٢٧ ـ ٤٠٠)

معنى الحد لغة واصطلاحاً ٣٢٧
في حد الزنا ٣٢٧
الاحصان ومعناه ٣٣١
ما يثبت به الزنا من الاقرار والبينة ٣٣٣
حد الزنا بالمحرمة ٣٣٥
البكر من ليس بمحصن ٣٣٧
لو تكرر الزنا كفى حد واحد ٣٣٨
شروط اقامة الحد وكيفيتها ٣٤٠
اذا اجتمع الحد والرجم جلد أولا ٣٤١
مسائل تتعلق بحد الزنا ٣٤٥
في اللواط والسحق والقيادة ٣٤٩
يثبت اللواط بالاقرار أربعاً ٣٤٩

يثبت السحق بما يثبت به اللواط ٣٥٣
مسائل تتعلق باللواط والسحق ٣٥٤
في حد القذف ٣٥٧
الموجب لحد القذف ٣٥٨
المقذوف و مايشترط فيه ٣٦٠
في أحكام القذف ٣٦١
في حد المسكر ٣٦٥
الموجب لحد المسكر ٣٦٦
مقدارحد المسكر ٣٦٦
أحكام حد المسكر ٣٧٠
حد السرقة وبيان السارق ٣٧٢
المسروق ونصابه ٣٧٧
مايثبت به موجب الحد في السرقة ٣٨٣
كيفية الحد في السرقة ٣٨٤
لواحق أحكام الحدود ٣٨٩
في حدالمحارب ٣٩٢
اتيان البهائم ووطىء الاموات و مايتبعه ٣٩٥

كتاب القصاص (٤٠١ ـ ٤٦٠)

معنى القصاص في اللغة والاصطلاح ٤٠١
أدلة مشروعية القصاص ٤٠١
القتل من أعظم الكبائر ووجوب التوبة منه ٤٠٢

القتل يشتمل على حقوق ثلاثة ٤٠٣
أحكام اشتراك جماعة في القتل ٤٠٨
الشرائط المعتبرة في القصاص ٤١٢
الاول : الحرية ٤١٥
مسائل تتعلق بالموضوع ٤٢٠
الثاني : الدين ٤٢٤
الثالث : ألايكون القاتل أباً ٤٢٨
الرابع : كمال العقل ٤٢٨
الخامس : أن يكون المقتول محقون الدم ٤٣٢
القول فيما يثبت به الاقرار على القتل ٤٣٢
لاتثبت القسامة الامع اللوث ٤٣٨
القول في كيفية استيفاء القصاص أوالدية ٤٤٣
مسائل من أحكام القصاص ٤٤٦
قصاص الطرف ٤٥٢

كتاب الديات (٤٦١ ـ ٥٤٢)

أقسام القتل ومقادير الديات ٤٦١
مقدار دية العمد ٤٦٢
مقدار دية الخطأ ٤٦٤
دية المرأة على النصف من دية الرجل ٤٦٥
مماذا تؤخذ الدية ٤٦٦

موجبات الضمان ٤٦٨
اخراج الغير من منزله ليلا يوجب الضمان ٤٧٥
اهدار دم اللص لو قتل ٤٧٨
لو سكر أربعة فوجد اثنان منهم قتيلا ٤٨٠
التسبيب في حصول التلف ٤٨٥
في تزاحم موجبات الضمان ٤٨٨
في الجناية على الاطراف ٤٩٠
الاول : في دية الاعضاء ٤٩٢
مسائل من أحكام دية الاعضاء ٥٠٦
الثاني : في الجناية على المنافع ٥٠٩
الثالث : في الشجاج والجراح ٥١٣
مسائل من احكام الشجاج ٥١٥
لو احق أحكام الديات ٥١٧
في الجناية على الحيوان ٥٢٢
مسائل من أحكام الجناية على الحيوان ٥٢٦
في كفارات القتل ٥٢٨
الرابع العاقلة ٥٣١
اختلاف الفقهاء في العصبة ٥٣٢
كيفية تقسيط الدية ٥٣٥
لواحق أحكام الكفارات ٥٣٩

مصادر التحقيق والتعليق

القرآن الكريم
آيات الاحكام . لميرزا محمد صاحب الرجال خ
الاربعين . للشهيد ، ط بضميمة غيبة النعمانى
الاربعين . للشيخ البهائى، ط طهران ١٢٧٤
الارشاد . للمفيد ، ط بيروت
الاستبصار . للشيخ الطوسى ، ط النجف
الاعلام . للشيخ المفيد، ط نجف الاشرف ١٣٧٠
اكمال الدين . للشيخ الصدوق ، ط طهران ١٣٩٠
انوار الربيع . للسيد على خان ، ط طهران ١٣٠٤
البحار . للعلامة المجلسى ، ط الكمبانى والجديد
البيان . للاية السيد ابوالقاسم الخوئى، ط النجف ١٣٩٤
التحرير . للعلامة الحلى ، ط طهران ١٣١٤
التفسير . لعلي بن ابراهيم القمى ، ط بيروت ١٣٨٧

التفسير الكبير . لفخرالدين الرازى ، ط مصر
تفسيرالبرهان . للسيد هاشم البحرانى ، ط طهران ١٢٩٥
تذكرة الفقهاء . للعلامة الحلى ، ط طهران ١٢٧٢
تمهيد القواعد . للشهيد الثانى ، ط طهران بضميمة الذكرى
التهذيب . للشيخ الطوسى ، ط النجف
الجامع الصغير . للسيوطى ، ط مصر١٣٧٣
الخصال . للشيخ الصدوق ، ط طهران ١٢٧٦
الخلاف . للشيخ الطوسى ، ط قم
الدروس . للشهيد الاول ، ط طهران ١٢٦٩
الذخيرة . للسبزوارى، ط طهران ١٢٧٤
الذكرى . للشهيد الاول ، ط طهران ١٢٧٢
رجال الشيخ . للشيخ الطوسى ، ط النجف
الرواشح : للميرداماد ، ط طهران
الروضة البهية . للشهيد الثانى ، ط تبريز ١٣٠٨
روضة المتقين . للمجلسى الاول ، ط قم ١٣٩٣
رياض المسائل . للسيد على الطباطبائى ، ط طهران ١٢٦٧
زبدة البيان . للشيخ احمد المقدس الاردبيلى ، ط طهران المرتضوى
السرائر . لابن ادريس، ط طهران ١٢٧٠
سفينة البحار . للشيخ عباس القمى ، ط النجف ١٣٥٥
سنن ابن ماجة . محمد بن يزيد القزوينى ، ط داراحياء التراث ١٣٧٣
سنن الترمذى . للترمذى ، ط بيروت

سنن ابی داود . لابی داود ، ط بیروت
سنن البیهقی . للبیهقی ، ط حیدرآباد
شرائع الاسلام . للمحقق الحلی ، ط تبریز ١٢٨٤
شرح ألفية الشهيد . للشيخ جواد بن على بن عبدالعالى ، خ
شرح التبصرة . للشيخ الاغامیرزا صادق التبریزی ، خ
شرح حكمة الاشراق . لقطب الدين الشيرازى، ط طهران ١٣١٣
شرح الكافى . لملاصالح المازندرانى ، ط طهران ١٣٨٨
شرح الكافى . لملاصدرا ، ط طهران
شرح صحيح البخارى . للكرمانى ، دارالاحياء بيروت
الصافى تفسير . للفيض الكاشانى ، ط تبريز ١٢٧٢
صحيح البخارى . للبخارى ط الهند
علل الشرائع . للصدوق ، ط النجف ١٣٨٥
العوالى اللئالى . لابن ابى جمهكو الاحسائى، ط قم ١٤٠٣
عيون الاخبار . للشيخ الصدوق ، ط طهران ١٣٧٧
فقه القرآن . للقطب الراوندى ، ط قم ١٣٩٩
الفهرست . لابن النديم ، ط طهران ١٣٩١
الفرست . للشيخ الطوسى ، ط ليدن
الفهرست . لمنتجب الدين القمى ، ط قم ١٤٠٤
القاموس في اللغة . للفيروزآبادى
قرب الاسناد . للحميرى القمى، ط طهران الاسلامية ١٣٦٩
القواعد . للعلامة الحلى، ط طهران ١٢٧٢

الكافى لثقة الاسلام الكلينى، ط طهران دار الكتب الاسلامية ١٣٧٨
كشف الرموز . للابى ، مخطوط
كفاية الاثر . للخزاز القمى ، ط قم
كنز العمال . لعلى المتقي الهندي ، ط بيرت ١٣٩٩
كنز العرفان . للفاضل المقداد ، ط طهران المرتضوى
كنوز الحقائق . لعبد الرؤف المناوى ، ط مصر بهامش الجامع الصغير
لسان العرب . لابن منظور ، ط بيروت
مجمع البحرين . للشيخ فخر الدين الطريحى ، ط طهران ١٢٧٧
المبسوط . للشيخ الطوسى ، ط النجف الاخوندى
مجمع البيان . للطبرسى، ط صيدا
المختصر النافع . للمحقق الحلي ، ط مصر
المحاسن . للبرقى ، ط النجف ١٣٨٤
المختلف . للعلامه الحلي ، ط طهران ١٣٢٣
مرآة العقول . للمجلسى ، ط طهران القديم والجديد
المستدرك . للعلامة النورى
المصباح المنير . للفيومى، ط مصر ١٣٤٧
مسالك الافهام . للفاضل الجواد ، ط طهران
معانى الاخبار. للصدوق، ط طهران ١٣٩٧
المحجة البيضاء . للفيض الكاشانى، ط طهران ١٣٣٩
المعتبر . للمحقق الحلى، ط طهران ١٣١٨
معجم البلدان . للياقوت ، ط ليدن

المقنع . للصدوق ، ط طهران ١٣٧٧
المقنعة . للشيخ المفيد ، ط تبريز ١٢٧٤
نضد القواعد . للفاضل المقداد ، ط قم ١٤٠٣
نورالثقلين تفسير . للسيد هاشم البحرانى
النهاية . للشيخ الطوسى، ط بيروت ١٣٩٠
نهاية الاصول . للعلامة الحلي ، المخطوط
النهاية فى اللغة . لابن الاثير، ط القاهرة ١٣٨٥
وسائل الشيعة . للشيخ الحرالعاملى ، ط طهران الاسلامية
مجمع الفائدة والبرهان . للمقدس الاردبيلى ، ط الحجرى
المعجم المفهرس . محمد فؤاد عبدالباقى، مطابع الشعب ١٣٧٨
المفردات . للراغب الاصفهانى ، ط طهران ١٣٧٣
المقالات والفرق . لسعدبن عبد الله الاشعرى القمى ، ط طهران ١٣٦١
من لايحضره الفقيه . للشيخ الصدوق، ط قم ١٣٨١
جامع المدارك . للاية السيد احمد الخونسارى ، ط طهران ١٣٨٣
مغنى اللبيب . لابن هشام ، ط مصر ١٣٧٢
جامع الرواة . للاردبيلى ، ط قم مكتبة المحمدى
مستند الشيعة . للنراقي ، ط طهران ١٢٧٣
المسالك . للشهيد الثاني ، ط طهران ١٣١٠
الحدائق . للشيخ يوسف البحرانى ، ط النجف
ايضاح الفوائد . لفخرالمحققين ، ط قم ١٣٨٩
الحبل المتين . للشيخ البهائى، ط قم ١٣٩٠
الميزان ـ تفسير . للعلامه الطباطبائى ، ط طهران الاخوندي