

حَادِثَةُ الْمَرْأَةِ
فِي شَرَعِ شَرَاعِ الْإِسْلَامِ

تألِيف

الْفَقِيهُ الْمَحْقِيقُ

الشَّيْخُ مُضْلِعُ الصَّمْرَى الْجَزَانِيُّ

مِنْ أَعْلَامِ الْمَرْأَةِ اثْنَا سِتَّهُ مِنْ الْمُجْرِيِّ

تَحْقِيقُ

الشَّيْخِ جَعْفَرِ الْكَوَافِرِيِّ الْعَسَمَانِيِّ

ابْرَاهِيمُ الْأَذْفَنِ

كَارِلُ الْمُهَاجِرُ الْأَذْبَانِيُّ

غاییت المعرفة
فی شرح شرائع الہدایہ

جميع الحقوق محفوظة
الطبعة الأولى
١٤٢٠ - ١٩٩٩م

دار الهداية للطباعة والنشر والتوزيع



تلفون: ٨٢٤٢٦٥ - ٨٢٠٣٢٠ - فاكس: ٦٠٣٣٧٩ - ٦٠٣١٢٠٣

ص.ب: ٢٤٦٥ / ٢٥ - غبيري - بيروت - لبنان

غَايَةُ الْمَرْأَةِ

فِي شَرْحِ شَرَائِعِ الْإِسْلَامِ



تأليف
الفقيه المحقق

الشيخ مفلح الصيرمي البخاري
من أعلام القرن التاسع الهجري

٤٦٤

تحقيق
الشيخ جعفر الكوثراني العسافين

الجزء الأول

دار المساحة

شبكة كتب الشيعة



سُلَيْمَانٌ

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة التحقيق

الحمد لله رب العالمين ، والصلوة والسلام على سيد المرسلين نبينا محمد وعلى آله الطاهرين المعصومين ، واللعنة على أعدائهم إلى يوم الدين .

أما بعد : فإنه لا يخفى فضل العلم والعلماء ، وقد ورد في البحث على طلبه وتعظيم أهله والدخول في زمرةهم الكثير من النصوص والأثار ، ومن جملتها ما يقضي بلزم الأخذ عن المناهل العذبة والمنابع الصافية المستمدلة بعلماء الولي والرسالة ، أولياء الأمر بعد النبي صلى الله عليه وأله وسلم ، الذين أمروا الناس بالرجوع إلى رواة حديثهم ، الفقهاء العارفون بالأحكام الذين مدادهم أفضل من دماء الشهداء .

وقد ورد على هذه المشارع مئات ، بل ألف العلماء عبر العصور ، ومن قدمو للدين والمذهب وللإنسانية جليل الخدمات ، فكانوا قدوة ونبراساً يضي طريق اللاحقين بهم السائرين على هداهم من بعدهم .

ومع هذا فقد امتاز من بين هؤلاء جماعة أحرزت فصب السبق في هذا المضمار ، فكانوا من يضي الزمان بأمثالهم إلا على حين فترة .
ومن أولئك العظاماء العلامة الفاضل المحقق المدقق الشيخ نجم الدين

جعفر بن الحسن الحلبي المعروف بالمحقق على الاطلاق والمحقق الحلبي والمحقق الأول ، الذي كان له الأثر الكبير في تطوير علم الفقه وتهذيبه وتبويه ، وقد أقرّ له بهذا اكل من تأخر عنه ، ويدو ذلك واضحًا في آثاره التي يعد كتاب : « شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام » أهمها ، وقد حاز من الشهرة والرواج ما لم يتلق لكتاب في الفقه لا قبله ولا بعده ، وتداولته أيدي الطلبة والمدرسين منذ عهد مؤلفه المتوفى في سنة ٦٧٦ هـ إلى يومنا هذا . وقد وصف بأنه : (أفضل ما نهضت به أفهامهم ، وأنفع ما جرت فيه أفلاهم ... قد ضمته جميع أصول الأحكام ...) .

وحسبنا ما قيل فيه انه : من أحسن المتون الفقهية ترتيباً ، وأجمعها للفروع ، وقد ولع به الأصحاب من لدن عصر مؤلفه إلى الآن ، ولا يزال من الكتب الدراسية في عواصم العلم الشيعية ، وقد اعتمد عليه الفقهاء خلال هذه القرون العديدة ، فجعلوا أبحاثهم وتدريساتهم فيه ، وشروحهم وحواشيهم عليه^(١) انتهي . وقد تعددت تلك الشروح والحواشي المائة كما ذكر ذلك في الذريعة^(٢) .

ويعد الموسوم منها بـ « غاية المرام في شرح شرائع الإسلام » أولها^(٣) ومن أهمها ؛ نظراً لمنزلة مؤلفه العلمية ، وما يمثله في تلك الحقبة الزمنية ، وما احتواه هذا الكتاب من الفروع والتحقيقات والفوائد والتبييات .

ومن هنا وقع اختيارنا على هذا الكتاب لاخراجه بحلة تتناسب مع ما يمثله من قيمة علمية وتراثية ، مع تقديرنا للأثار الباقية لعلمائنا الأبرار رضوان الله تعالى عليهم ، واحساسنا بضرورة إخراجها بما يتناسب مع أهميتها وال الحاجة إليها .

(١) - انظر الذريعة ١٣ : ٤٧ .

(٢) - المصدر : ٤٨ .

(٣) - لاحظ الآعیان ١٠ : ١٣٣ .

نبذة من حياة المؤلف رحمه الله .

اسمه :

هو العالم الفاضل ، والجبر الكامل ، المحقق الفقيه والمدقق النبيه العلامه الأديب الشیخ الأجل مفلح بن الحسن بن رشید بن صلاح الصیمری البحراني .

والده :

لم تشر كتب التراجم إلى شيء من أحوال والده ، وقد اختلف في اسمه ، إذ منهم من ذكره بالتصغير ، والظاهر أنه ليس في محله ، يعلم ذلك بمراجعة نهايات كتب المترجم^(١) .

ومنها أيضاً يتبعين اسم الجد ، وأنه ليس « راشداً » ، وإنما هو كما أثبتناه « رشيد » .

نسبته :

وهو صیمری نسبة الى « صیمر البصرة » على الأرجح ، لا إلى التي بين ديار

(١) - وبيان ذلك في ما نقلناه من الدرية عن كتب المترجم ، وبالأخص حواجز الكلمات وكشف الانباس . انظر الدرية للطهراني ٥: ٢٧٦، ٢٨٠، ٢٨١ .

الجبل وديار خوزستان^(١) - وإن ظهر ذلك من قول البعض^(٢) - ولا إلى التي أدعى وجودها في البحرين ، كما نقله في أنوار البدرين عن بعض الثقة ، ونفي كون شيخنا المترجم منها ، مستشهدًا بالبيتين الآتيين .

وقد انتقل شيخنا الصيمرى إلى البحرين ، وسكن قرية سلم آباد ، ولم ينزع أحد في أنه سكن البحرين ، وقصيدته التونية - التي قالها بعد خروجه من البحرين - شاهدة على ذلك ، وفيها :

لا إخوان بها لي مؤمنينا أفنهاها خرجنا كارهينا وكان سبب خروجه من البحرين - كما يظهر من قصidته هذه - هو نسلط	وما أسفني على البحرين لكن دخلنا كارهين لها فلما بعض الولاية الظلمة وتعصيمهم ، قال : إلا من مبلغ الإخوان اني فافعل مثل « قُملان » وانسي ثم عاد إليها ثانية ، وبقي فيها حتى وفاته ^(٣) .
--	---

ولادته :

وأما تاريخ ولادته فلم يعلم بالتحديد ، وقد خلت عنه كتب النزاجم التي تعرضت له .

(١) - راجع معجم البلدان ٣ : ٤٣٩ ، فقد ذكر الصيمرتين .

(٢) - وترجح صيير البصرة لما نقله السيد محسن الأمين رحمه الله ، وما نقل عن الشيخ سليمان البحرياني ، وكذلك أحد مذهبى الآقا بزرگ فى ذريعته ، وإن خالقه فى الطبقات . لاحظ أعيان الشيعة ١٠ : ١٣٣ ، وأنوار البدرين ٧٥ - ٧٦ ، والذريعة ١٦ : ٢٠ و ١٣ : ٣٢٩ و ٤ : ٤٢٢ . طبقات أعلام الشيعة (النبىاء والآباء) : ١٣٨ .

(٣) - أنوار البدرين : ٧٥ وألاعيبان : ١٠ : ١٣٣ .

نعم ذكر بعضهم أنه توفي سنة تسعمائة وثلاث وثلاثين ، وعمره ينفي على الثمانين^(١) ، فيكون مولده ما يقرب من سنة ثمانمائة وثلاث وخمسين .

والظاهر أنه سهره ؛ إذ أن تاريخ الوفاة المذكور ومدة الحياة هو لولده الشيخ حسين ، كما أجمعت عليه المصادر ، فراجع^(٢) .

مشايخه في القراءة والرواية :

لم تحدثنا المصادر عن شيء يذكر من حياة شيخنا المترجم العلمية سوى أنه تلمذ على يد العلامة الشیخ العابد جمال الناسکین أبي العباس أحمد بن محمد بن فهد الحلي رحمة الله المتوفى سنة ثمانمائة واحدى وأربعين للهجرة^(٣) .

وهو يروي عن استاذه المذكور ، كما في إجازة السيد حسين بن السيد حيدر الكركي^(٤) .

وأما تلامذته والراوون عنه :

فعالهم في هذا كحال مشايخه ، وقد تلمذ على يده ولده الفاضل ، العاليم العابد ، المحدث الشیخ حسين رحمة الله الذي وصف بأنه كان كثير التلاوة والصوم والصلوة والحج ، حسن الخلق ، واسع العلم ، له كتاب « المناسك الكبير » ، كثير

(١) - تتفق المقال ٣: ٢٤٤ .

(٢) - رسالة مشايخ الشیعة لتلبیذ الشیخ حسین الصبیری التي نشرت في مجلة كلية الآداب - جامعة تبریز السنة ١٩ العدد الرابع ص ٣١٨ .

وأمل الأمل ٢: ١٠٣ : ورياض العلماء ٢: ١٧٩ .

ورجال السيد بحر العلوم ٢: ٣١٢ وتفقیح المقال ١: ٣٤٥ .

(٣) - مصنف المقال ٤٦١ .

(٤) - روضات الجنات ٧. ١٦٩ .

الفوائد ، ورسائل أخرى ، توفي سنة تسعمائة وثلاث وثلاثين للهجرة ، وعمره يزيد على الثمانين^(١).

وفي رسالة « مثايخ الشيعة » قال : الشيخ الفاضل نصير الحق والملة والدين حسين بن مفلح بن حسن : ذو العلم الواسع والكرم الناصع ، ... قد استفدت منه وعاشرته زماناً طويلاً ينفي على الثلائين سنة ، فرأيت منه خلقاً حسناً وصبراً جميلاً ، وما رأيت منه زلة فعلها ولا صغيرة أصر عليها فضلاً عن الكبيرة ، وكان له فضائل ومكرمات ، كان يختم القرآن (في كل ليلة الاثنين ، والجمعة مرة ، وكان كثيراً)^(٢) التوافل الراتبة في اليوم والليلة ، وكثير الصوم .

ولقد حج مراراً متعددة ، تغمده الله بالرحمة والرضوان ، وأسكنه بمحبحة الجنان ، نفعنا الله به ، ومات بقرية سلم آباد [مسلم آباد] إحدى قرى البحرين ، مفتتح شهر محرم الحرام من سنة ثلاث وثلاثين وتسعمائه وعمره ينفي على الثمانين ، انتهى .

وللشيخ حسين هذا مؤلفات عديدة ، ذكرها تلميذه يحيى بن عشيرة البحرياني ، ونقلها عن مجموعة مخطوطه في مكتبة ملك في طهران تحت رقم ٢١٤٧ ، كلها بخط التلميذ^(٣) :

- ١ - نبات الحج والعمرة .
 - ٢ - المقدمات التسع في بيان وجوب القصر على راندي مساجدي [كذا] ، وعدم جواز الجمع بين القصر والانتام ، وذلك في فصلين .
-

(١) - أهل الأمل ٢: ١٠٣ .

(٢) - ما بين القوسين من الروضات .

(٣) - نقلت ذلك مما استخرج ساحة الحجة السيد عبد العزيز العباطي البزدي حفظه الله من المجموعة .

- ٣- رسالة في المتعة ، في اثبات نكاح المتعة بالدليل وابطال قول المخالف فيها بالدليل .
- ٤- في الوقف والوصل في القرآن .
- ٥- رسالة في حد البلوغ .
- ٦- حرمة الفتوى والحكم لغير المجتهد الجامع للشرائط . قال ابن عشيرة : أظنه له .
- ٧- معرفة الأحكام . قال : أظنه له .
- ٨- رسالة كشف الالتباس عن قلوب الناس في الافتاء والاستفتاء والحكم لغير المجتهد ، ووجوب العمل بالنقل عن المجتهد الميت . قال : أظنه للشيخ حسين بن مفلح .
- ٩- رسالة في غسل الاواني من ولوغ الكلب .
هذا ولم يصرح باسم تلميذ آخر للشيخ مفلح . نعم جاء في الذريعة : إجازة الشيخ مفلح لبعض تلاميذه ، مختصرة ، كتبها له بخطه مع نسبة المذكور على ظهر كتاب القواعد ، الذي قرأه التلميذ عليه في مجالس ، آخرها أول جمادى الاولى سنة ٨٧٣^(١) .

وما ذكره بعضهم من أن المجاز هو ناصر بن ابراهيم البوبي فليس في محله ، لأن المذكور متوفى سنة ٨٥٣ وناريخ الإجازة بعد هذا ، فيدل على أنها لم تكتب له . وذكر في الضياء اللامع انه قد رأى تلك النسخة عند حفيض البزدي^(٢) .

وفاته :

لتاريخ وفاته نصيب من الغموض أيضاً ، حيث أنه لم تذكر المصادر تاريخ

(١) - الذريعة ١ : ٢٥١ . وذكرها في طبقات اعلام الشيعة (الضياء، اللامع) : ١٣٧ .

(٢) - لاحظ طبقات اعلام الشيعة : ١٤٣ .

..... مقدمة التحقيق الوفاة بالتحديد ، ولذا استقرت في الأعيان كون وفاته في حدود سنة تسعينية للهجرة .

مذفنه :

وفي رسالة مشايخ الشيعة أنه مات في بلدة هرموز ، وكذا ذكر الميرزا الاندلي نقلأً عن تحفة الاخوان^(١) ، وتابعهم الشيخ الطهراني رحمه الله في الضباء اللامع^(٢) . وذكر كحاله انه توفي في بلدة جرموز^(٣) .

وعن الشيخ سليمان البحرياني : أن قبره بجنب ولده في قرية سلم آباد في البحرين وزرتهما مرة^(٤) . ومن كل ذلك يتبين أن القول بوفاته في الحلة - كما ذكره البغدادي^(٥) - عار عن الصواب . نعم ذكر في الروضات : انه قدس سره قد سكن الحلة السيفية^(٦) .

ذِكْرُهُ الْخَالِدُ :

وفي رحمة الله من الخالدين ذكرأ ، اقتدى بالسلف الصالح من علماء الإمامية رضوان الله تعالى عليهم ، الذين بذلوا كل غال ونفيس لنصرة الدين وإعلاء كلمة الحق بل كان قدوة حسنة لمن جاء من بعده ، فكان يظهر علمه كلما ظهرت البدع إمثالاً للحديث الشريف ، متصدياً للمنحرفين والمبطلين والخارجين عن

(١) - رياض العلماء ٥: ٢١٥ .

(٢) - طبقات اعلام الشيعة : ١٣٧ .

(٣) - معجم المؤلفين ١٢: ٣١٧ . وقد احتمل بعض العلماء الأفاضل ان « هرموز » تصحيف « جرموز » باعتبار ان الأولى تكتب بغير الواو أي « هرمز » ، كما نتحقق من انتهاج المختصة .

(٤) - لاحظ انوار الدررین : ٧٦ .

(٥) - هدية العارفين ٦: ٤٦٩ .

(٦) - روضات الجنات ٧: ١٧٠ .

الدين ، فلله دره وعليه أجره ، ذلك فضل الله يؤتى به من يشاء .
فعلى هذا ليس غريباً أن يثنى عليه كل من ذكره ممن تأخر عنه ، فحسبه ما
فيل عنه :

إنه من رؤساء الطائفة المحققة ، وفتاويه كثيرة مدقولة مشهورة في كتب
الاصحاح (١) .

وأنه من أجلة فقهائنا (٢) ، وله التصانيف الفائقة المليحة (٣) .
وهو من مشاهير العلماء ، شارح الشرائع بشرح مشهور (٤) ، ووصفه تلميذ
ولده - ابن عشيرة البحرياني في رسالته « في معرفة مشايخ الشيعة » - بـ: الشيخ
الأجل مفلح ... صاحب التحقيقين الباهرات ، صنف كتاباً جمة ...

مؤلفاته :

له كتب متعددة جمع فيها علماء شتى ، وهي :
١- إلزام النواصب ، وعدّه في رياض العلماء من تأليف ولده الشيخ حسين ،
وهو مطبوع سنة ١٣٠٣ هـ ، وهو من كتب الامامة ، وعدّه الشيخ الحر من الكتب
التي لم يعلم مؤلفها ، وقال في كشف الحجب : إن بعض الناس نسبه إلى السيد ابن
طاوس ، ولكن صرّح الشيخ سليمان الماحوزي : بأنه للشيخ مفلح بن الحسن
الصيمرى صاحب « غاية المرام في شرح شرائع الإسلام (٥) » ، وتبعه على ذلك
غيرة (٦) .

(١) - أنوار البدرين : ٧٥ .

(٢) - تقيع المقال : ٣ : ٢٤٤ .

(٣) - لاحظ أنوار البدرين : ٧٤ - ٧٥ والأعيان : ١٠ : ١٣٣ .

(٤) - رياض العلماء ٢ - ١٧٨ .

(٥) - التربية ٤ : ٢٩٠ . انظر فهرست آل بابويه وعناء البحرين : ٧٠ .

(٦) - لاحظ أنوار البدرين : ٧٥ .

٢- التنبية على غرائب من لا يحضره الفقيه^(١): وقد رأه صاحب الروضات، وقال : إنه جمع فيه فتاویه [أي الصدوق] المخالفة للجماع ، والمسائل المتروکات عند علمائنا المتأخرین ، والمرفوضات عند فقهائنا المتقدمين ، وقد اشتمل على مسائل معللات يشرح لها الخاطر ، وغرائب ونکات يلتبذ بها الناظر^(٢).

٣- جواهر الكلمات في العقود والايقاعات : وهي رسالة دالة على علمه وفضله واحتياطه ، كما وصفها الشيخ الحر^(٣) ، وعن الشيخ سليمان البحرياني الماحوزي أنه قال في رسالته عن هذا الكتاب : مليح كثیر المباحث غزیر العلم ، وعنه أیضاً : ان نسخة خط المؤلف كانت عندي ، فرغ منها في العاشر من جمادی الاولى سنة ٨٧٠ هـ ، وهو مرتب على مقدمة وبابين ، أولهما في العقود المفتقرة الى الایجاب والقبول ، ورتبها في تسعه عشر كتاباً ... والباب الثاني في الايقاعات ، رتبها في أحد عشر كتاباً ، وكتب في آخره : قد فرغ من تعلیمه مصنفه ومؤلفه الفقیر الى الله الغنی مفلح بن حسن بن رشید الصبیري^(٤) ، ونسب للشهيد الثاني وقد نبه على خطأ هذه النسبة بعض اهل هذا الفن في مقدمته على منية المرید للشهيد الثاني فراجع^(٥).

٤- التنبیبات في الارث والتوثیقات : رسالة في الفرائض والمواريث للشيخ مفلح ... مرتب على ثلاثة أبواب وخاتمة^(٦) ، وذكره أيضاً في الدریعة بعنوان :

(١)- الدریعة ٤: ٤٣٨.

(٢)- روضات الجنات ٧: ١٦٩.

(٣)- أمل الأمل ٢: ٣٢٤ ، انظر التعلیفة للأفندی : ٣١٩ والمقایيس للشتری . ١٤.

(٤)- الدریعة ٥: ٢٧٩.

(٥)- راجع معدمة كتاب منه المرید ص ٢٥ تحقیق الشیع رضا مختاری

(٦)- الدریعة ٣: ٣٣٥.

كتاب الفرائض^(١).

٥ - عقد الجمان في حوادث الزمان ، مختصر من تاريخ البافعي « مرأة الجنان » : وهو من مصادر أعيان الشيعة ، استنسخه السيد الامين العاملی رحمة الله في طهران^(٢).

٦ - غایة المرام في شرح شرائع الاسلام وهو هذا الكتاب ، وسيأتي تفصيل الكلام حوله .

٧ - كشف الالتباس عن موجز أبي العباس المشهور به « شرح الموجز » وهو متداول بين العلماء ، قال الشيخ الطهراني رحمة الله : اسم لشرح الموجز الحاوي للفتاوي ولتكليف الناس ، تصنیف أبي العباس أحمد بن فهد الحلي ... ، وهو شرح تمام ما بروز من أصله ، يعني إلى آخر كتاب الزكاة رأيته ... عنوانه : (قوله - أقول) ، وفي آخره صورة خط المؤلف بعنوان مقلع بن حسن الصيمری ، وانه فرغ من التأليف في ٢٨ رمضان ٨٧٨^(٣).

ومن الشيخ سليمان المحوزي في رسالة تاريخ البحرين : انه قد أظهر في هذا الشرح البد البيضاء ، وقد قرأته كثيراً^(٤).

وكثيراً ما ينقل عن هذا الكتاب السيد العاملی صاحب مفتاح الكرامة في كتابه وينقل عنه أيضاً الشيخ الانصاری في طهارته وغيرهم .

٨ - مختار الصحاح أو مختصر الصحاح ، ذكره صاحب رسالة منaigne الشيعة .

(١) - الذريعة ١٦ : ١٤٨ .

(٢) - الذريعة ١٥ : ٢٨٧ . مصنف المقال : ٤١٦ ، نقلًا عن رسالة منaigne الشيعة لتممذ ابن المؤلف .

(٣) - الذريعة ١٨ : ٢١ .

(٤) - الذريعة ١٤ : ٩٥ .

٩ - منتخب الخلاف أو تلخيص الخلاف : عن رسالة مشايخ الشيعة : ان المؤلف ذكر تصانيفه في إجازاته بخطه لتميذه على ظهر القواعد تاريخها ، ٨٧٣ ومنها التلخيص ، وينقل عنه صاحب الجواهر في كتاب الذائع وغيره^(١) ، وكثيراً ما يحيل فيه الى غاية المرام .

وقد طبع الكتاب مؤخراً بعنوان : تلخيص الخلاف ، ينقل عنه الشيخ الانصاري في مكاسبه .

١٠ - رسالة في تكبير ابن قرقوز ، رجل من أعيان البحرين ، وارتداده بسبب تلاعنه بالشرع المقدس .

١١ - ورسالة في الطواف^(٢) .

١٢ - ديوان شعر في المناقب والمقاتل والمراثي ذكره في الذريعة ، ثم قال : وهي ، مذكورة في الكتب والدفاتر ، دون أخيراً بعضها [العلامة الاديب الشاعر] الشيخ محمد بن الشيخ طاهر السماوي النجفي المتوفى سنة ١٣٧٠ هـ^(٣) .

١٣ - القصائد الملحة ، نسبة الى المترجم في الذريعة^(٤) . ويحمل كونه الديوان السابق .

نماذج من شعره :

فمن مراثيه لأهل البيت عليهم السلام وذكر مثالب أعدائهم ، قوله :
أعذرلك يا هذا الزمان محرم أم الجور مفروض عليك محتم

(١) - الذريعة ٢٢ : ٤٢٢ و ٤٠٠ .

(٢) - الذريعة ١١ : ١٥٥ و ٨٨ .

(٣) - الذريعة ٩ : ١٠٨٩ .

(٤) - الذريعة ١٧ : ٨٩ .

فلم ترع إلا للذى هو ألم
وعربين أرباب الفصاحة ترغم

أَمْ أَنْتَ مُلُومٌ وَالْجَدُودُ لَثِيمَةٍ
فَشَانِكَ تَسْعَظِيمُ الْأَرَادِلَ دائِمًاً
إِلَيْهِ أَنْ يَقُولُ :

عناداً وما شاؤاً أحلوا وحرموا
مصالع يوم الطف أدهى وأعظم
يذاد عن الماء المباح ويحرم
ويشرب هذا الماء ترك وديلم
الم تسمعوا أم ليس في القوم مسلم

أزالوهם بالقهر عن ارث جدهم
وأعظم من كل الرزايا رزية
ولم أنس سبط المصطفى وهو ظاميء
تموت عطاشاً آل بيت محمد
أهذا الذي أوصى به سيد الورئ
ثم ينهى قصيده بهذه الآيات :

بكم مفلح مستعصم متلزم
وعروته الوثقى بداريه أنتم
فعبدكم عبد مقل ومعدم

أبا سادتي يا آل بيت محمد
فأنت له حصن منيع وجنته
الآن فاقبلا من عبدكم ما استطاعه

^(١) وقد نقلها في «أدب الطف» عن منتخب الطريحي.

وله:

وختام غيم الجور لا يتفسع
وهل بقعة إلا وفيها مشعشع
وظلمهم فيما يطبقون أفعظ
صارع آل المصطفى حيث صرعوا
بكـم مفلح مستعصم متنعـم
يد محسن الـأمين العـاملـي رـحـمهـ اللهـ

الى كم مصابيح الدجن ليس نطلع
يقولون في ارض العراق مشعشع
فلا فرق إلا عجزهم واقتداره
واعظم من كل الرزابا رزية
أيا سادتى يا آل بيت محمد

^(٢) وقد نقلها في «أدب الطف» عن منتخب الطريحي أيضاً.

(١) - أدب الطف : ٥ : ١٦

(٢) - ادب الطف : ٥

حول الكتاب :

إن نسبة الكتاب إلى مؤلفه متفق عليها ، ولم يدع أحد وجود شرح للشريائع بهذا الاسم لغير الشيخ مفلح الصيمرى ، وقد وردت تعاريف وشهادات بحق هذا الشرح تدل على قيمته العلمية وأهميته .

ويحسن الابداء بتعريف مؤلفه الشارح من باب ان صاحب البيت أدرى بالذى فيه وان عبارته أوفى من غيرها في التعريف بالكتاب ، قال رحمة الله في مقدمة الشرح بعد إطراه على كتاب الشريائع ومؤلفه :

فأحببت ان أعمل له شرحاً كاشفاً لتردداته ، مبيناً لمبهمه ومشكلاته ، مبرزاً لرموزه ونكانه ، لتزداد به رغبة الراقب ، وتعظم باضافته إليه منفعة الطالب ، فاستخرت الله وعملت الكتاب ، راجياً من الله جزيل التواب .

وسماه بـ «غاية المرام في شرح شرائع الإسلام» مفتصرًا على إنشاء الترددات ، وإيضاح الخلافيات ، من غير إطناب في الأدلة والروايات ، مع إضافة ما يليق في الباب من الفروع والتنبيهات^(١) .

وفي خاتمة الكتاب ، قال :

وفضل هذا الكتاب على ما سواه أنه لم يسبق إلى مثل إيجاز لفظه وسط معناه ... ، يرجع عند الحاجة إليه ، ويعول في المهمات عليه ؛ لأنه اشتمل على تفصيل مجلمات وإيضاح مشكلات ، وفق مرتفقات ، وفروع وتنبيهات ، لم تنهض بها المطولات ، وقصرت عنها المقصورات

وقد نقل في الذريعة عن الشيخ سليمان الماحوزي أنه قال : قد أجاد في شرحه ، وطبق المفصل وبين الترددات ، وهو كبير في مجلدين .

(١) - راجع مقدمة المؤلف في الكتاب .

وأضاف الطهراني رحمة الله : وهو شرح بـ (قال - أقول) على موضع تحتاج
إلى الشرح^(١).

وفرق فيه بين الرطلين في الزكائن ، وفافاً لأستاذه ابن فهد الحلي رحمة
الله^(٢).

وينقل عن هذا الكتاب جملة من الجهابذة والأعلام ، كالسيد محمد جواد
العاملي في مفتاح الكرامة والتستري في المقابس ، والسيد الطباطبائي في رياض
السائل وهو شرحه الكبير على المختصر النافع ، والشيخ الأنصاري في كتبه الفقهية لا
سيما كتاب المكاسب ، وينقل آراؤه الشيخ محمد حسن صاحب الجواهر في موسوعته
الفقهية «جواهر الكلام» .

هذا ما أحصينا ، وبأنفسنا تبعناه ، وهناك جملة أخرى من الاعلام لم
يسعننا تبع كتبهم .

كل هذا يشير إلى أهمية الكتاب ، وما يزدده من دور مهم في تبيين دقائق
الفقه ونکاته ، وشرح آراء القدماء والوقوف على مقاصدهم . وإبراز الرأي الأصوب
بنظره المستقل ، وإن استدعى ذلك مناقشة بعض الاعلام ورد رأيه .

قال بعض الأفضل عن هذا الشرح :

ويمتاز هذا الكتاب بجمال الاسلوب وسلامة العبارة ويكثر الفروع
والتشبيهات ، والاشارة الى مختلف الاقوال والادلة على اختصاره ، ويظهر منه قدرة
صاحبه على البيان وقوته في البحث ودقته في التفريع ، وغوره في تحقيق
الحقائق ، ونباهته في التنبية على مطالب كادت أن لا تجتمع في مؤلف قبله ،
وحسن سلبيته في ارجاع الفروع الى اصولها المقررة ، هذا كله مع ادب جم
خصوصاً مع اعظم الطائفة كالشهيد والسيد العميد .

(١) - الدرية ١٦ : ٢٠ .

(٢) - أنوار البدرين : ٧٥ .

وفيibal أن نضع مقالة حول الكتاب ومكانة مؤلفه العلمية لنلحقها بأحد الأجزاء الآتية إن وفق الله لذلك ، انتهى .

نسخ الكتاب المعتمدة في التحقيق :

للكتاب نسخ كثيرة ، فن توفر لدينا ست منها ، وهي :

١ - النسخة المحفوظة في مكتبة آية الله العظمى السيد الگلبانگانى دام ظله ، ضمن مجموعة تحت رقم (١٢٩ / ٣٣) ، وهي من أول كتاب النكاح إلى آخر الديات ، أي الجزء الثاني من الكتاب . جاء في أولها كتب من نسخة كتب عن خط ولد الشارح حسين بن مفلح ، كتبها بخطه مساعد بن بديع في يوم السبت ٢٧ ربيع الأول في السنة الخامسة والسبعين والالف للهجرة ، كما جاء ذلك في خاتمتها ، ونرمز لها بـ « ي ١ » .

٢ - نسخة أخرى في نفس المكتبة الآتية الذكر تحت رقم (١٨ / ٨٤) ، وهي من أول الكتاب إلى آخره ، كاملة في جزءين ، مجهولة الكاتب وتاريخ كتابة الجزء الأول - كما جاء في آخره - يوم الثلاثاء في شهر رمضان سنة ست وخمسين وتسعمائة ، وهي جيدة الخط ، عليها بعض التعاليل وترجمة لبعض الكلمات إلى الفارسية ، ونرمز لها بـ « ي ٢ » .

٣ - نسخة مكتبة جامعة طهران المركزية ، ورقمها (٨٢١٥) ، كتبت في ربيع الأول سنة ٩٦٦ على يد ضياء الدين علي بن الحسين بن المرتضى الحسيني ، وهي كاملة من الطهارة إلى الديات ، تمتاز بجودة الخط وندرة الاخطاء ، ونرمز لها بـ « ي ٣ » .

٤ - نسخة مكتبة المسجد الاعظم في قم ، تحت رقم (٢٢) وهي كاملة من كتاب الطهارة إلى الديات ، تاريخ نسخها الأربعاء ٧ شعبان سنة ١٠٧٤ هـ ، على يد طالب بن حاجي ربيع ردينة الخط مع وجود بعض الاخطاء فيها ، ونرمز لها بـ « ي ٤ » .

- ٥ - نسخة المكتبة الرضوية في مدينة مشهد المقدسة ، تحت رقم (٢٧٩٠) مجهولة التاريخ والكاتب . وهي تامة في جزءين واضحة ونرمز لها بـ (ر ١) .
- ٦ - النسخة الأخرى في المكتبة المتقدمة الذكر ، تحت رقم (١٣١٢٣) تاريخ نسخها ٧ ربى الثاني سنة ١٠٨٤ على يد عبد محمد بن الشيخ مساعد بن بديع . والموجود منها الجزء الأول فقط (من كتاب الطهارة إلى النكاح) . وهي واضحة الخط ونرمز لها بـ (ر ٢) .

نرجنا في تحقيق الكتاب :

لقد تمت مقابلة الكتاب على النسخ المتقدمة الذكر ، وكل ما كان بينها من اختلاف نظرنا فيه ، فائبتنا الراجح منه ، والباقي إن احتمل وجهاً من الصواب ذكرناه في الهاشم مع الاشارة إلى نسخته ، وإن أهملناه .

وقد اقتصرنا في التخريجات على مصادر الأدلة التي ذكرها الشارح رحمة الله ، من الآيات والروايات ، دون الأقوال ، سوى ما اضطررت فيه النسخ ، فأرجعناه إلى مصدره ، بعد ترتيب العبارة كما ينبغي أن تكون .

وما نقله الشارح من روایات عن المتقدمين ، ولم نجد لها ذكرًا في المعاجم الروائية التي بأيدينا أرجعوا فيها إلى كتبهم .

وجريدةنا على ما تعارف عند المحققين من تقطيع النص وتوزيعه إلى فقر، ثم إلى جمل ، وحصر الآية بين فوسفين منجمين ، والرواية بين أقواس عادية ، وكل زيادة اقتضاها السياق جعلناها بين معقوفيتين إلى غير ذلك من الأمور الفنية التي بمراعاتها يسهل الرجوع إلى الكتاب ، والاستفادة منه على ما يرام .

وقد استخرجنا الروایات من كتاب وسائل الشيعة للشيخ الحر العاملی

رحمه الله، وأرجعوا إليه - بالرغم من تقدم تأليف هذا الشرح عليه - لسهولة تناول كتاب الوسائل وسعة انتشاره الذي هو معلم مجتهدي الشيعة من عصر مؤلفه إلى اليوم، وما ذاك إلا لحسن ترتيبه وتبويه، سيما أنه قد طبع أخيراً أكثر من طبعة محققة وخصوصاً المشار إليها إلى المصادر الأصلية للروايات التي أخذ عنها صاحب هذا الشرح وصاحب الوسائل؛ وذلك للتيسير على المراجع ولتعظيم الفائدة.

وفي الختام

لا يسعني إلا أن أنوه بدور أخي العلامة الشيخ رضوان شراراة العامللي دام حفظه الذي بذل جهداً مشكوراً في تحقيق الكتاب.
وأقدم جزيل شكري لأولئك الذين أتحفوني بارشاداتهم الهامة التي كان لها فضل كبير في اخراج الكتاب وتبسيير العمل فيه.
وأخص بالذكر منهم سماحة العلامة الجليل والممتعي الخبرير الحججة السيد عبد العزيز الطباطبائي البزدي حفظه الله الذي أعانني على معرفة وتحصيل نسخ الكتاب. وكذلك سماحة الأستاذ العلامة المحقق السيد محمد رضا الجلالى أطال الله بقاءه، إذ أفادت من مراجعته في ما أشكل أمره.
وأخيراً أسأل الله أن يجعل عملنا هذا خالصاً لوجهه الكريم إنه خير مسؤول وصلى الله على محمد وعلى آله بيته الطاهرين.

جعفر بن الشيخ محمود الكوثرياني
عفا الله عنهم

قم المشرفة ٣ شوال ١٤١٣ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الجنبة الذي هدانا إلى الإسلام وأفهم علينا أحكامه المودي إلى دين الإسلام
التي تشارك فيها المداري في الرفقاء أحد هذه معروفة بالإنعام وأشكره على حمل
العافية والأسنان وصلى الله على محبود والآباء صلواته تعانق عليه تعاقب أيام
والنحو أيام ما أضاء صبح ودجى حسبي الظلام أما بعدها من الفتن مما
الحاجة إليه واجب لوقف عام نظام النوع عليه وقد صفت فيه العلا العلام مقدور
والسلف المأمور عليهم وعذاته ورضوانه كتاب سعدة مطران وأغري
متبعه مقتضيات لم يكتسبها احتياج إليه من الفتوى ولو كانت في الفرع
ما حضرت به فهم وافق ما جرى في إسلامكم كتاب شرائع الإسلام في معرفة
الحلال والحرام تصنيف الإمام الأكثم والفقية الأعظم عن الأعيان فإذا
تعدد المقدورات وأفضل العلا العلامون بضم الماء وللنبي والمدين إلى الناس جميعاً
سعيدة الحال قدس الله روحه الوكيل وأفاض على توزيعه الإمام الثانية مقدورة
جميع أصول الأحكام المشتركة عن الأئمة الكرام مع إضافة الفروع النطافية والختقات
الشريفة بلفظها في حسبي وقوى على الممانع إذا استقرت وغبة في تمنيه الراوغ
وأشتد عليه لفصاحتها ومن العالى حتى عجزت به المذاق ولصحت حلائقه
المحالس وهو مع شدة احتياج الناس إليه وعظم كلامه عليه بما شتم على
تردداته سبله لآفاق فربما انصر على الطلاقة تحقيقها انقضوا سلوك
مراهقاً وأجيبيه أن أعلم له شرحاً كائناً للردداته بعيننا المهمة وشكلاً مغيراً
لعموزه وكأنه لزداده ربعة الأغيب ويعتمد إضافة إليه من فنون العالى

دِسْنُ الدِّرْجَنِ وَالْجَيْمِ وَبَشْعَنِ

كِتَابُ الْكَلَاجِ فَالِّي رَجَمَ الْكَلَاجَ مَنْجِي الْجَيْمَ أَفَالْمَنْجَةُ إِسْجَابُهُ

لِقَادِرِ عَلَيْهِ سَوَاءَ تَمَّا الْمَنْجَةُ أَوْ لَمْ تَمْ حَرَمَ الْأَدَلَةُ إِلَيْهِ فِي الرَّغْبَةِ فَهُوَ قَدْرُ كُرْمَ الْمَنْجَةِ فَإِنْ
فِي كُرْمِهِ يَدُوَّنُ الْمَنْجَةُ فَوَرَكَهُ أَوْ لَمْ يَدُوَّنْهُ لَمْ يَنْفَعْهُ الْمَنْجَةُ وَصَفَحَهُ كَمْ بَوْهَهُ فَهُوَ
وَمَنْ الَّذِي لَمْ يَقْارِبْهُ إِنْسَانٌ وَلَوْلَا فَضْلِهِ مِنْهُ الْوَصْفُ لَمْ يَنْفَعْهُ مَوْرَثُهُ عَلَى دَلْفِ طَرَكَهُ
حَمَرَ عَلَى طَلَاقِهِ أَجْمَعًا يَجْعَلُ عَلَيْهِنْ لَمْ يَنْفَعْهُ الْمَنْجَةُ وَالْأَدَلَةُ إِنْ الْمَنْجَةُ خَالِدَةٌ وَأَكْلَمَةٌ
يَنْتَهِي إِلَى الْعَرَسِ إِنْجَأَتْهُ لَمْ يَنْفَعْهُ لَمْ يَنْلَاضِفْهُ فَيَحْزُنُ كُلُّ مَا يَنْتَهِ فِي الْأَعْرَاسِ وَالْأَدَلَةُ إِنْ
بِالْأَخْدَمِ الْمَنْجَةُ مَنْهُ لَمْ يَقْدِرْهُ الْجَلْسُ إِنْ الْمَنْجَةُ بَعْدَ الْمَنْجَانِ الْأَكْلَلُ جَاهِزٌ وَلَا يَكُونُ إِلَيْهِ الْأَعْلَمُ
وَظَرْعَبَارِهِ الْمَنْجَهُ تَدَلُّ عَلَى زَلَاتِهِ وَعَبَارِهِ الْقَعْدَهُ صَرَحَهُ بِالْأَنْدَهُ مَا لَهُ سُورَهُ كَلْمَهُ نَهَارَ الْعَرَقَهُ
نَهَارَ عَلَى إِنَّ الْمَلَأَ بِالْأَخْدَمِ بِالْأَخْدَمِ فَقَلْمَرُ الْمَبْسُ وَعَلَى لَقْدِي جَوْهُرُ الْأَخْدَمِ لَذَنْ فَيَرِدُ لَسْنَهُ لَهُ
هُلْ عَلَيْهِ بِالْأَخْدَمِ بِالْأَخْدَمِ بِالْأَخْدَمِ فِي طَرَاهَ بَلَسْ بِالْأَخْدَمِ وَأَخْتَارَهُ الْمَصُمُ الْعَلَامَهُ فِي الْعَوْنَانِ
بِهِ فِي الْأَرْسَهُ وَلَانْدَهُ بِنَازِنِ فَيَرِدُ الْأَعْرَاضُ عَنْهُ سَهَّا وَسِبَاحَهُ فَيَهُدُهُ بِإِسْتِيلَهُ وَفِي ظَلَالِهِ
بِقَدَّا الْكَلَاجُ عَلَى الْكَلَاجِ وَلَمْ يَلْمِ الْسَّبُبُ الْمَأْقُولُ وَمَكْوَلُ مَبَاحَهُ مَيْهَهُ إِنْهُ مَكْرُجُهُ لِلْكَلَاجِ
فَيَرِدُ مَا دَامَتِ الْعَيْنُ بِأَقِيرِ قَالَهُهُ مَيْهَهُ لَمْ يَنْتَرِجُهُ أَفَالْمَعْدَهُ سَعْقِنَ اِنْجِهُ هَلْ يَنْجِعُ فِي فَعَاهَهُ
الْأَوَّلَهُ فِي الْأَجْبَرِ وَالْمَطْرُوبِ الْبَهَاهَا لَا يَعْلَمُهُ أَنْ يَكُونَ لَهُ دَرَرُهُ وَأَوْلَاجِهِ وَلَغَيْرِهِ جَاهِدُ الْمَنْجَهِ
شَرَادَهُ بِنَظَرِ الْطَّبِيبِ الْبَهَاهَا فَاهَنَهُ كَرْجَهُ لَمْ يَنْظَرُهُ إِلَيْهِ مَنْصُوَهُ الْمَدَاهُ وَلَهُ كَافِ الْمُنْوَهُ إِنْهُ مَلَكُ الْمَلَاهُ
أَجَدَ الْمُوْرَقَهُ فِي عَلَيْهِ وَلَعَاجِهِهِ مَنْ إِنْ يَحْلِ شَهَادَهُ وَعَلَى إِمَاهَهُ فَلَمَانِ بِنَظَرِهِ الْجَوْهَرَهُ مَنْ غَزِيرَهُ
وَرَجِيَهُ وَلَكَذَلِكَ لَهُنَّ شَهَادَهُهُ مَعَهُهُ إِنْ وَبَاهَهُ ضَيْرَهُ وَدَاهَهُ لَيْعَلَمُهُ إِنَّهُ يَعْطِيهِهِ الْمَنْجَهُ إِنَّهُ
بَاعِيَهُ وَالْمَنْجَهُ إِنَّهُ كَانَتِهِ مَشْتَرِيَهُ وَلَهُنَّ قِيلَ إِنَّهُ كَانَ الْجَيْمَ لَمْ يَنْقُدُ فِي الْمَادِاجِ الْمَوْرَقُ الْبَهَاهَا
يَدُوَّنُهُ أَنَّهُ كَانَ الْمَنْجَهُ وَفِي الْمَيْمَنِ أَوْ بِالْمَكْسُنِ فَلَهُ حَاجَهُ الْمَرْقِهِ فَلَمَانِ بِنَظَرِهِ فَلَهُ حَاجَهُ حَاجَهُ

وادعتراف افظاعي الاعتداء والصلوة ما يتحقق منه على لا تقبل الماء قبل فان في زمان
يسكت عنه القليل ويجزي منه بالبسير دون الجليل ومحى هذا في ظرف في كتابي هذه بعض التكثير
والاعتباة اعرض عن الغلبة لا هل الفضل والاشتهر والبعض في له امير المؤمنين عليه السلام
مثله الذي قال وانظر الى ما قال فان الرجال عرفة بالحق ولا يصرف الحق بالرجال عرب
فضل هذا على مرواه وانهم يسبق الى مثل اجاز لقطبه وبسط معناه واخذوه
كتن بازوج عذر احاجي اليه وبعلوه في الرهات عليه لانه اشتمل على تفصيل مجملات واصحاح
مشكلات وفتح مرتقاته وفروع وتجزئاته لم يتبعها الطالبات وفهمها
المقصود استفال العذر ينقبا ياصن قبوره وبلخ في الماء لفانه على الفضل
امير المؤمنين وبجازة كلية بالكثر وقطع الكلام حامده من رب العالمين ومصلحته على محمد
واذ اطلاعه من كثابة العبد المذنب كثرة القليل في ليل الحصيل لج

عفو ربه انصر العبد واجب عليه دفع حقه في مصالحه

سادع والمشرى من شهر سع الاول المقتله في سلنه

١٥٠ سنة الخامسة والعشرة والألف من خم

البُشِّرَةِ عَلَى مُتَرْفَهَا الْمُلَامِ حَمَادِهِ امْصِلِي

الله يحيى نفسه رحمة نعم

وَلِمَنْدَرْ وَلِزَرْ وَلِزَرْ وَلِزَرْ

لهم اذْهَبْ لِي مِنْ حَدَّتْ

وَكُلُّهُ مُرْبَعٌ

وَصَلَوةً عَلَيْهِ

مکالمہ

لایه ای از زمین را که در آن میگذرد

卷之三

الاعنة
لابن عساكر

卷之三

ପାତ୍ର କିମ୍ବା
ପାତ୍ର କିମ୍ବା

بـ تحریر نگاه موسی آیینه اندیشی می باشد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدس الذي هدانا للإسلام داعم علينا التكليف المودع لله دار السلام الف
شادك فيها الباري في الدار احمد حمد معرف بالاسلام واسكره في هاتي العافية
والاسلام وصلى الله على محمد والآله الكرام صلوات تغاثات عليهم تعابد الأيام وشهو
والاعوام ما اما مع دجاجة حذف الكلام اما بعد فات علم الغدر مات من
الحاجة اليه وواجب لوقف تمام نظام النوع عليه وقد حصن في العلاء
المتقدون والسلف الماضيون عليهم رحمة الله ورضوانه تكونكم بامتداده
سلولات وآخري تبديده مقتضيات ولم يتركوا شيئاً يعملاً بغير الدين القوي
والروايات فنفع ما نهضت به افهمهم واتبع ما جرت فيه اقوالهم
كتاب شرائع الاسلام في معرفة الحال والحكم مصنف الإمام الأكرم وبيه
الاعظم عين الاعيان وفادي الرزاق تدويرة المتقدين وأفضل العلاج
الراشدين بنى الملة والحق والدين في القسم جعفر بن سعيد الطوسي كلام
رسول الزكيم وأفاض على ترقية الإمام البهائية تدقنه جميع اصول الامان الشهد
عن الابية الکرام مع اضافة الفروع اللطيفه والتعميمات التزكيه بالظاهرات
من هر وريوقي على المبان اما افطره فهو غائب فيه توسعة الرأي واسعد
لنفسه حرص الطالب حتى عبرت به الملة عنه ونسبت على ترقيه الى الماليه
وهو مع شدة احتياج الناس اليه وعظم اکيام عليه فقد اشغل على ترقيه
وسائل الخلاصيات فيما انتهى على الطلاق بمحضها فتعسنو سلوک طرقها
ناحببت ان اعمل المشاكل انشأت التردد اذ بدأوا فيهم باضافة المثلثه
الطالع سقوط اهتمالاً وعملت مذ الكتابي اجياء من استعارته بالثواب
وستيقنه غاية المأم في شرع شرائع الاسلام مقتضيات انشاء الترددات واينفع
الخلاف فيما غير الملة

صلال ۱۴۸: نور میبدی

ప్రాణి విషయాల కు

منتهى بن حسين اليماني وفقيه سرقة ثم كتب ملائكة قبوره وشجرة قبوره وكتابه ومشيخة ما يحيى ودفن رسل الله عليه السلام في المخازن والآثار وأعماله، وبروازه في كل مكان فعمره أربعين سنة

١٢

الطبعة الأخيرة من نسخة «ر١»

سبـب اسـرار من الـحـجـوـر

للهـدـيـهـ النـذـيـ هـدـيـاـنـ اللـاسـلـامـ وـأـفـعـلـيـاـ ماـ الـكـلـيـفـ الـلـوـديـ يـاـ إـلـاـ إـلـامـ إـلـيـهـ شـارـكـهـ ماـ الـبـارـ

فـيـ الـدـوـلـاـ حـدـدـ مـعـرـفـ بـالـإـنـقـامـ وـأـشـكـرـ فـيـ طـلـبـهـ لـيـ المـافـيـ وـلـاـ سـاقـمـ وـصـلـ مـلـىـعـ

وـالـإـنـزـامـ صـلـوةـ تـحـاـبـتـلـيمـ لـعـاقـبـ الـيـامـ وـالـشـورـ وـالـأـعـوـامـ مـاـ أـصـبـهـ وـدـجـهـ

الـظـلـامـ .. فـانـ يـلـمـ الـفـقـهـ مـاـ سـلـ الـجـاهـ الـيـهـ وـوـاجـبـ تـوـقـيـ نـطـامـ الـغـيـرـ عـلـيـهـ وـقـدـ

سـنـفـ فـيـ الـعـالـمـ الـمـقـدـمـونـ وـالـسـلـفـ الـمـاصـونـ عـلـمـ رـحـمـهـ وـرـضـوـهـ كـتـابـ مـطـلـوـاتـ

وـخـرـقـ مـسـبـدـ مـقـصـرـاتـ وـلـصـرـكـ أـشـامـ بـحـاجـ الـيـمـنـ الـفـنـونـ وـالـرـوـاـيـاتـ فـيـ اـفـطـافـ

بـلـأـفـاـمـ وـأـنـجـ مـاجـرـتـهـ أـفـلـامـ كـتـابـ شـرـاعـ الـإـسـلـامـ قـيـمـ مـعـرـفـةـ الـلـادـ وـالـلـوـرـ مـنـ تـصـيـرـ الـأـمـاـ

ـلـأـكـرـمـ وـالـإـمـامـ الـأـعـلـمـ مـنـ الـهـيـاـنـ وـنـادـرـ الـرـمـانـ هـذـهـ الـمـقـدـمـيـنـ وـأـفـضـ الـعـالـمـ الـرـاحـمـينـ بـهـمـ

وـلـلـحـيـ وـالـدـيـنـ بـالـقـاـمـ حـجـدـلـهـ عـيـرـ الـلـيـلـ قـيـرـ اـسـفـ الـزـكـهـ وـلـاـ خـاصـ عـلـيـهـ بـهـ الـلـيـلـ

الـرـيـاـنـ وـدـفـنـ جـمـيعـ اـسـوـلـ الـأـحـکـامـ الـشـفـرـ وـعـنـ الـدـيـرـ الـكـلـامـ مـعـ اـسـفـ الـفـرـقـ وـالـطـفـرـ

الـكـيـفـ بـلـيـقـلـرـ اـيـوـحـنـ حـجـرـ بـيـوـقـ حـلـيـاـنـ اـذـ اـسـطـرـ وـدـعـبـ فـيـ الـقـدـبـ اـرـاعـ وـ

طـلـيـفـ اـسـاحـتـرـ حـلـيـ الطـاـبـ حـقـ عـرـتـ بـرـ الـلـدـنـ وـلـيـصـلـيـ بـهـ الـجـالـسـ وـهـوـ مـوـمـ

اـحـيـاـنـ اـنـسـ وـعـنـمـ اـكـيـاـمـ عـلـيـهـ قـدـ اـشـمـلـ عـلـيـهـ دـرـدـاتـ وـسـالـيـ خـلـافـاتـ فـيـ الـبـصـرـ عـلـيـهـ

خـتـمـهـ اـفـتـنـيـوـلـكـ هـرـيـقـاـ فـاحـبـتـ اـنـ اـعـلـلـ اـشـحـاـنـ اـسـفـ الـرـوـدـ وـادـمـ بـهـ مـبـهـنـ الـوـهـ

وـشـكـلـهـ مـبـهـنـ الـرـوـنـهـ وـهـكـاـنـ لـزـادـهـ رـغـبـةـ الـرـاغـبـ وـعـيـظـ بـاـسـفـهـ الـيـهـ مـنـفـعـهـ

فـاـسـخـتـهـ اـسـجـانـ وـقـدـ عـلـتـ هـذـهـ الـكـاـبـ رـاجـبـاـنـ مـنـ جـرـيـ الـذـوـبـ وـحـسـبـ فـيـ الـلـوـ

فـيـ رـجـ شـرـاعـ الـإـسـلـامـ مـعـكـرـ اـعـلـاـتـ الـرـوـدـ دـاتـ وـلـعـنـاـنـ الـلـلـاـفـاتـ مـنـ غـرـ اـطـبـاـيـ

اـلـأـدـلـ وـالـهـيـاـتـ لـكـلـاـعـلـيـهـ اـنـ ظـرـعـ اـسـفـ مـاـيـقـيـ فـيـ اـيـاـنـ مـنـ الفـرـقـ وـالـتـبـاـطـيـ

لـلـقـاطـمـ لـقـصـ الـيـاعـ فـيـ هـذـهـ الـمـنـاسـقـ كـلـيـ مـاـيـعـنـيـ مـنـ لـيـاـمـ مـكـرـ اـنـ اـعـلـنـ الـلـدـ

رـعـيـ الـعـشـمـ وـاـذـ اـقـزـنـتـ الـلـوـدـ وـدـدـ الـأـجـزـ الـبـرـقـ فـاـسـلـتـنـ لـيـوـنـيـ فـيـ الـمـوـبـ وـ

مـنـ ذـلـكـلـيـ الـأـنـظـرـ وـلـنـ كـجـلـ جـنـدـ وـأـقـيـقـ الـمـعـادـ وـمـنـعـيـاـقـهـ لـعـدـاـنـ كـرـيـعـ الـكـلـ

وـيـعـلـيـ الـأـيـلـ وـقـ الـمـدـ .. اـعـلـانـ جـمـعـ مـلـاـزـمـ الـلـمـ فيـ هـذـهـ الـكـدـبـيـنـ الـأـنـهـ إـيـ

فاليوم السابع من شهر مارس سنة اربعين وثمانين

نیز ای اسٹاپر ایکٹ ایجاد کو میراثی و تاریخی عرصہ پر بنا کر دیا گی۔

مأدب شهري وفقه المأدب وبرئي مأ

مراسلة العزّاجي

وهو أصل الوراث وحتمل العدم لأن العادة تحمل جوازية ولا يحتمل خلافها وكيف يمكن عقلاء من طلاق الشر
جنائيه بما حرم المحدثون ارجأه الصانع لهم يكن وارجأه - العادة قلة وجدة المنع من ارجأه تحمل جواز
العد طلاقها لعدم كون قطعه من الأدلة والجناه غير مطلوب لعدم دلائل دلالة لها صواب في نفسها العادة
والمحتمل عدم ارجأه مطلقاً سوا كان راجحة خبره أو لم يكن قال رجح الله ولورى مثل طلاقاً ثم ارجأه قوله
لأن زياراً لهم على الأصح ^{فروض} وجاهياً شرائطه رسوسهم لما سمع عن الفتاوى وأصحابه وهو
نلا يحتمل عنه السلوان وما سمعت الصراحت يذكر الدين بما عاد المعن وموالى المحتمل وهذا اخر اقصد المارد
له هذا الكتاب وألم يدركه رسول الله صلى الله عليه وسلم والطاهر بن داود العساف اول الادعاء الصانع له
المقول الواقعه من اهل العلم بالاعتراض ^{للمزيد} من الانضاف ما يصلح ما يتحقق به ظاهر الاعتقال
قاني وذاك سكت فيه الفليل ويرى صنيعه بالسيرون الجليل ومع هذان من تظاهر كتابه بهذه مذاته
الذكر بالإعتراض عرض عن التقليد لأهل الفضل والإشتخار واتخ ذوقاً من الدين عن عليه السلام
لا يضر إلى ذلك قال وإنظر إلى ما قال ثانياً الرجال شرف بالحق ولا يغير الحق بالرجال عرف فضل هنا
الكتاب على من صوّه ما فيه يسبق إلى مثل اصحاب لفظ وسبط منه راجحه كثيراً ترجح عندها طلاقه
ويُعقل أن الميمات عليه لا شأن له استئصل على تعظيل محلات وأيصال سكلات وفتح مرتفعات وتزويج
وتبنيات لم تهمن بحال المطهولات وقضت عنها المصادرات فما قالوا إنساناً يقتبلا بأحسن قبوله ويشفيه
الماطل فما يفضله يقبله السير ويعازى عليه بالكثير لتفعله الكلام حادين لله رب

السايدين ويعتذر على بخذه إلى الظاهر من تداعي المراجع من كل أباية وغیرها فالناظه

بترن الله تعالى وحسن توقيعه لهذا الحد وله الشكر ولهم الفضل ولهم الله الإحسان

على ذلك فدراي ^٢ بين شربيع الأذول سنت وستين وستمائة في المجزء

الشريعة على عبد برها الكل المحتات ما أفضى العذرات على كل الطلاق

^١ على ذلك يشير الضييف الحاج إلى روى الله الملك المأمون عنه

^٢ لمن لا يعين سير المؤذن المسن في حكم الله عنه

ومن يحيى المومن والمortsن والمسلين ولهم

أشجع واد كريم والحمد لله حتى

ووصلى الله على محمد رسوله عليه

سلم تسلیماً أبداً أياماً

مدحش

جبل المزم

الرايعين

هذه العناصر قليلة في المجتمع لكنها

رسالة الدوادمي لم يأتِها ثمرة بذقها صاحب رسائل شجاع لم يتعلّم عذبة المدى من عصبيته ولا لكنه ينصلّى على قلبه
عذبة عصبيته العذبة كان هنا الانحراف شفاعة الصدقة أو العودة اختيار شجاع أو تزويج العوسم فلا يتعلّم في الكفاف
من رسائل و هو كافٍ من العقل على كل المؤمن و مستحسن المصطفى اختياره بين الذين لا يحالوا لتصنيف وهو من
بعض ائمّة تقدّس ايمانه في هذا الكتاب والذين درب العالمين بوصفي المكتحي فهو زيز الطاهرين و زيز الائمة
أولى الانطهاء الصالحة في التعامل بالآداب و على العارف والآثم أن يستعلم في التفصي بين الرضا و رضا الحسنه
عذبا لا يتعلّم العذبة بل يكتفي في زمامه بغير العذبة فهو حرم بالمرساة دون العذبة و مع هذا فعن نظر الراي كان اعذبا
يعذب العذبة لا يكتفي بالعذبة عن العذبة لا يذهب العذبة لا يكتفي بالعذبة و ما يسبّع فرق المأمورين عليهم لا ينظّل إلّا
من قال و إنك إلى يا عمال فنان الرجال تعرف بالمعن و لا يذهب المفتي بالرجال هون فضل بعده الكتاب على باسره

بيان لـ**اللسان العربي** وبيان لـ**النحو** كغيره من منهجنا لاحاجة الى تزويع المهمات على افراد
وستقبل على تفصيل ميزاراتنا في صفحات مستقبلات متقدمة تساعدكم في فروع وتنبيهات تصر
ـ تنهض بــ **اللغويات** وتحضر عند كل تفعير لــ **اللسان** ينتبه باهتمام وفهم شامل

فِي الْمَسْنَى لِغَافِرِ غَافِرٍ عَلَى كُلِّي مُلْتَقِعِ الظَّاهِرِ حَادِرِيْنَ لِللهِ
وَبِزَحْافِيْنَ وَصَلِيْدَاعِيْلِيْنَ تَأْطِيبَانَ الطَّاهِرَيْنَ فَرِيقَيْنَ نَهْجَوْهُ
بِشَفَسَهِ الْعَوْنَانِ أَكْشَانَيْنَ رَجَدَبِيْرِ الْمَكْلَدِ الْوَقِيعَ
لَلْأَيْلَيْنَ جَاهِيْرِ بَرِيعَيْنَ شَفَرَنَ دُوْمَ الْكَارِيْنَ حَارَهُوْلَوْمَ الْمَسْنَى
مِنْ شَفَرَنَ سَعْيَاْنَ عَلَيْدَعْنَ الْوَهَرَ بَلَادَرِ شَهَرَنَ سَعْيَاْنَ الْأَيْمَنَ

**رَبِّ سَبْعِينَ وَالنَّفْلِيْنَ وَالنَّبِيِّنَ عَلَى مُهَاجِرَةِ هَا
وَرَضْلِ الْعَدُولِ وَالسَّمِّيِّنِ وَسَلَالِ زَانِيْنَ بَعْدِ
بَرِّ كَانِيْنَ يَا حَلَّاً لَّوْلَيْنَ دَكْرَنِ الْقَادِرِ
عَلَيْهِ وَأَنْ تَعْتَزَّ بِالْمَوْلَى الْمَهْبِطِ
الْمَهْبِطِ وَالْمَهَنَّاتِ وَالْمَسَارِ**

بسم الله الرحمن الرحيم

خطبة الكتاب

الحمد لله الذي هدانا للإسلام ، وانعم علينا بالتكليف المذدي الى دار السلام ، التي يشارك^(١) فيها الباري في الدوام ، أحده حمد معترف بالإنعام ، وأشكره في حالتي العافية والاسقام ، وصلَّى الله على محمد وآل الكرام ، صلاة تعاقب عليهم تعاقب الأيام ، والشهور والأعوام ، ما أضاء صبح ودجنى حندس الظلام .

أما بعد : فان علم الفقه مما تمس الحاجة اليه وواجب^(٢) ؛ لتوقف قام نظام النوع عليه ، وقد صنف فيه العلماء المتقدمون ، والسلف الماضيون (عليهم رحمة الله ورضوانه)، كتبًا متعددة مطولات ، وأخرى متبدلة مقتصرات ، ولسم يتركوا شيئاً مما يحتاج اليه من الفتنى والروايات ، فمن أفضح ما نهضت به افهمهم ، وانفع ما جرت فيه أقلامهم ، كتاب « شرائع الإسلام في معرفة الحلال والحرام »، تصنيف الإمام الأكرم ، والفقير الأعظم ، عين الأعيان ،

(١) -في « ر١ » و « ر٢ » : شارك .

(٢) -في « م » و « ي١ » : واجب .

غایة المرام / ج ١ ونادرة الزمان ، قدوة المتقدمين ، وأفضل العلماء الراسخين ، نجم الملة والحق والدين ، أبي القاسم جعفر بن سعيد الحلي (قدس الله نفسه الزكية وافاض على تربته المراحم الربانية) ، قد ضمّنه جميع أصول الأحكام ، المشهورة عن الأئمة الكرام ، مع إضافة الفروع اللطيفة ، والتحقيقات الشريفة ، بلفظ رائق حسن حرير ، يفوق على الجمّان اذا تشرط ، فرغب فيه لتهذيبه الراغب ، واشتد عليه لفصاحته حرص الطالب ، حتى غُرِّت به المدارس ، ونصبت على تدریسه المجالس ، وهو مع شدة احتياج الناس اليه ، وعظم اكتباهم^(٣) عليه ، قد اشتمل على ترددات ، ومسائل خلافيات ، فربما تعسر على الطلبة تحقيقها ، فتعسّوا سلوك طريقها ، فاحبّيت أن اعمل له شرحًا كائناً^(٤) لترداداته ، ومبيناً لبعدهم^(٥) ومشكلاته ، مبرزاً لموزه ونکاته لتزداد به رغبة الراغب ، وتعظم بإضافته إليه منفعة الطالب ، فاستخرت الله وعملت هذا الكتاب راجياً من الله جزيل الثواب . وسميتها :

«غاية المرام في شرح شرائع الإسلام» مقتضراً على إنشاء الترددات ، وابضم الخلافيات ، من غير اطناب في الأدلة والروايات ، لثلا يملأ الناظر ، مع إضافة ما يليق في الباب ، من الفروع والتنبيهات ، ليُنشرح له الخطاطر .

هذا مع أنّي قصیر الباع في هذه الصناعة ، قليل^(٦) ما يصحبني من البضاعة ، لكن اذا أُحْلِتَ البلاد ، رُعِيَ المُهْشَيم ، واذا تعذر^(٧) الموارد ، ورد

(٣) - في «م» : اكتباهم .

(٤) - في «ي ١» : كافياً .

(٥) - في «ي ١» : مبهماه .

(٦) - في «ي ١» : وقليل .

(٧) - في «م» وهامش «ي ١» : تعزّزت .

الأجن المقيم ، فسأل الله : أن يلهمي فيه الصواب ، ويعصمني من الخلل والاضطراب ، وأن يجعله جنة واقية في المعاد ، ومنفعة باقية للعباد ، انه^(٨) الكرييم الجود ، يعطي السائل فوق المراد .

مقدمة

اعلم أن جميع ما ذكره المصنف في هذا الكتاب من :

الأشهر : أي من الروايات .

والاظهر : من فتاوى الصحابة .

والاشبه : ما يدل عليه أصول المذهب ، من الأصول المسلمة
والاطلاقات المسلمة^(٩) .

والأنسب : مثله .

والتردد : ما احتمل الأمرين عنده .

والاحوط : بمعنى الأولوية والندب .

والأكثر : بمعنى أن القائل به أكثر .

والأصح : ما لا احتمال عنده فيه .

والأولى : هو ترجيح أحد قولين متكافئين في النقل بوجه ما .

وعلى قول : أراد به انه وجَدَ قولًا لبعض الفقهاء ولم يجد عليه دليلاً .

وعلى قول مشهور : اراد ما وجده مشهوراً بين العلماء ، ولم يجد عليه دليلاً .

(٨) - في «م» : وانه .

(٩) - في «ن» لم ترد جملة : (والاطلاقات المسلمة) .

والتربيع : هو تعدية الحكم من منطق به إلى مسكون عنه ، إما لكون المسكون عنه أولى بالحكم من المنطوق به^(١٠) ، كدلالة تحرير التأليف على تحرير الضرب ، ويسمى التنبية بالأدنى على الأعلى ، أو لكونه مساوياً في العلة ، كدلالة تحرير بيع التمر بالرطب على تحرير بيع الزبيب بالعنبر ، لمشاركة في العملة ، وهي النقص عند الجفاف ، ويسمى إنحاد طريق المسألتين .

(١٠) من «ن» .

كِتابُ الظَّهَارَةِ

في المياه

قال رحمه الله : الطهارة اسم للوضوء أو الغسل أو التيمم ، على وجه له
تأثير في استباحة الصلاة .

أقول : اختلفت^(١١) عبارة الأصحاب في تعريف الطهارة ، قال الشيخ
في النهاية : الطهارة اسم لما يستباح به الدخول في الصلاة ، واورد عليه ابن
ادريس اعتراضًا ، عكساً وطراً .

اما العكس : فوضوء الحائض ، اذ هو طهارة ، ولا يصدق عليه الحد ،
واما الطرد فغسل الثياب والبدن^(١٢) من التجassات ، فانه^(١٣) ليس بطهارة ،
مع صدق اسم الحد عليه .

(١١) - في «ي ١» : اختلفت .

(١٢) - في «م» : البدن .

(١٣) - من «ن» ، وفي باقي النسخ .

وأجيب عن الأول : بالمنع من كونه طهارة ، لما رواه محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام « قال : قلت : الحائض تطهر يوم الجمعة ، وتذكر الله تعالى ؟ قال : أما الطهر فلا ، ولكن تتوضأ وقت كل صلاة ، ثم تستقبل القبلة وتذكر الله تعالى »^(١٤) . فقد نفي عنه اسم الطهارة .

وعن الثاني : بأنه ازالة مانع ، فلا يدخل في المحر ، فالاعتراض منع .

وقول المصنف : (اسم) : تنبية على أن التعريف للفظي .

وقوله : (اللوضوء أو الغسل أو التيمم) ليخرج ازالة النجاسات .

وقوله : (له تأثير في استباحة الصلاة) ليخرج وضوء الحائض ، ويدخل وضوء دائم الحديث .

وأورد عليه العلامة : الوضوء المجدد ، اذ هو طهارة ، والمبيح للصلاة هو الوضوء السابق .

قال رحمة الله : ولا يظهر بإنعامه كرآ على الأظهر .

أقول : اختلاف علماؤنا في الماء القليل - وهو ما نقص عن الكرا - إذا تنجز ثم نعم كرآ ، هل يظهر أم لا ؟

قال السيد المرتضى ، وأبن ادريس : يظهر ، لقوله عليه السلام : « اذا بلغ الماء كرآ لم يحمل خبئاً »^(١٥) . ولأنه لو وقعت النجاسة بعد بلوغه كرآ لم تؤثر فيه ، فكذا قبله إذا حصل البلوغ .

وقال الشيخ لا يظهر ، واختاره العلامة ، لأن الماء حكمه بنجاسته شرعاً ، فلا يرتفع إلا بدليل شرعي ، ولم يثبت ، ولأنه بتنجيشه صار في حكم

(١٤) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٢٢ من أبواب الحيض ، حديث ٣ .

(١٥) - مستدرك الوسائل ١: ١٩٨ ، كتاب الطهارة ، باب ٩ من أبواب الماء المتعلق ، حديث ٦ .

النجاسة ، فإذا لاقى ماء تم (١٦) به - وهو أقل من كر - إنفعل . وأجاب العلامة بالفرق بين وقوع النجاسة بعد اتمامه كرًا ، وقبل الإتمام ؛ لأن في الحال الأولى له قوة الدفع ، فلا يتحمل النجاسة ، وفي الثانية هو قابل للانفعال ، فإذا انفعل لم يبق له قوة دافعة للنجاسة فافترقا .

قال رحمة الله : والكر ألف ومئتا رطل بالعرقي على الظاهر .

أقول : البحث هنا في موضوعين :

الموضع الأول : في تقدير الكر :

وللاصحاب في معرفته (١٧) طريقة :

الأول : الوزن ، وفي كميته ثلاثة أوجه :

«أ» : رواية محمد بن أبي عمير عن بعض أصحابنا ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «الكر ألف ومئتا رطل» (١٨) . وهي مرسلة ، لكن عليها عمل الأصحاب .

«ب» : رواية عبدالله بن المغيرة ، عن بعض أصحابنا ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «الكر من الماء نحو حَبْيَهُ هذا» (١٩) . وهي مرسلة أيضاً ، وحملها الشيخ على كون الحب يسع (٢٠) الكر .

«ج» : انه ستَّةَةَ رطل ، وهي (٢١) صحيحة محمد بن مسلم عن أبي

(١٦)- في «يٰٰ» و«ن»: ماتم.

(١٧)- في «رٰٰ»: تعريفه ، وفي «يٰٰ»: تقديره .

(١٨)- الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ١١ من أبواب الماء المطلق ، حديث ١ ، لكن بزيادة : (الذى لا يجسِّه شيء) صفة للماء فى رواية الشيخ .

(١٩)- الوسائل ، كتاب الطهارة بباب ١٠ من أبواب الماء المطلق ، حديث ٧ .

(٢٠)- في «م»: مبلغ .

(٢١)- في «يٰٰ» و«م» و«رٰٰ»: (وفي) . و«رٰٰ»: (في) ، وما أثبتناه من «ن» .

عبد الله عليه السلام قال : « الكر ست مئة رطل »^(٢٢) .

قال الشيخ : ولم يعمل بهذه الرواية أحد من الاصحاب .

الثاني : المساحة : وفيه ثلاثة أوجه :

« أ » : ثلاثة أشبار في ثلاثة أشبار .

« ب » : ذراعان عمقه في ذراع وشبر سعته ، والمستند روایة إسماعيل

بن جابر^(٢٣) ، عن أبي عبد الله عليه السلام .

« ج » : ما رواه أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : « إذا

كان الماء ثلاثة أشبار ونصفاً في مثله ثلاثة أشبار ونصف في عمقه في الأرض ،

فذاك الكر »^(٢٤) .

الموضع الثاني : في تفسير الرطل .

وفي قوله :

أحدهما : أنه مدنى مئة وخمسة وتسعون درهماً ، وهو قول المرتضى ،

ومحمد بن بابويه ؛ لأنه أحوط ، ولأن الأكثر يدخل تحته الأقل ، بخلاف

العكس ، ولأن الآئمة عليهم السلام من أهل المدينة، فاجابوا بالمعهود عندهم.

الثاني : أنه عراقي مئة وثلاثون درهماً ، وهو قول ابن إدريس ، واختاره

المتأخرین .

قال رحمه الله : ويستوي في هذا الحكم مياه الفدران ، والخياض ،

واللوان على الأظهر .

(٢٢) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ١١ من أبواب الماء المطلق ، حديث ٢ و ٣ .

(٢٣) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ١٠ من أبواب الماء المطلق ، حديث ١ .

(٢٤) - المصدر السابق ، حديث ٦ بتفاوت يسير .

أقول : المشهور عند علمائنا ان بلوغ الكريمة يقتضي عدم الانفعال بدون التغير ، سواء كان في حوض أو آنية أو غدير ، وقال المفید وسلاط : تنفس الحياض والأواني ، سواء زاد عن الكر أو نقص ، لعموم النبي عن استعمال ماء الأواني مع نجاستها ، ومحمل^(٢٥) على الغالب ، من أن الآنية لا تسع الكر . قال رحمة الله : وهل ينبع بالملائكة ؟ فيه تردد ، والأظهر التجيس .

أقول : للاصحاب هنا اختلاف ، قال الشيخ في النهاية والخلاف والمبسوط بنجاستها ووجوب التزح ، وهو مذهب ابن ادريس ، وقال في النهذيب : لا ينبع و يجب التزح تعبدًا ، وقواء أبو العباس في المقصري .

وقال ابن أبي عقيل : لا ينبع إلا بالتغيير ويستحب التزح ، واختاره العلامة وابنه فخر الدين .

احتاج الشيخ ومن وافقه على التجيس بصحيحة علي بن يقطين ، عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال : « سأله عن البشر يقع فيها الخمامه والدجاجة والفارأة ، او الكلب او المرة ؟ فقال : يجوزك ان تزح منها دلاء ، فان ذلك طهرها »^(٢٦) ، دلت هذه الرواية على حكمين :

الأول : نجاسة البئر لقوله [عليه السلام] : « ان ذلك طهرها » ، فلو كانت ظاهرة لزم تحصيل المخالص .

الثاني : وجوب التزح لقوله [عليه السلام] : « يجوزك » ، فان الاجزاء لا يستعمل الا في الوجوب ، والخلاف نشأ من تعارض الروايات^(٢٧) التي يطول بذكرها الكتاب .

(٢٥) - في « ن » : فيحمل .

(٢٦) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ١٧ من أبواب الماء المتعلق بحديث ٢ ، لكن نيس فيه : (والفارأة) .

(٢٧) - رابع الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ١٤ إلى باب ٢٢ من أبواب الماء المتعلق .

قال رحمة الله : وأحد الدماء الثلاثة على قول مشهور .

أقول : قال الشيخ : دم الحيض والاستحاضة والنفاس يوجب نزح الجميع ، واختاره ابن ادريس ، قال العلامة : أما الشيخ فلم نظر (له) ^(٢٨) بحديث يدل على ما اختاره ، ويمكن ان يتحقق له بأنه ماء محكم بتجاسته ، ولم يرد فيه نص دال على تطهيره بقدر ^(٢٩) معين (فيجب نزح الجميع) ^(٣٠) ، وقال المفيد : يتزاح لقليله خمس و寥ثرة عشر ، ولم يفرق .

قال رحمة الله : وينزح منها خسون إن وقعت فيها عذرة فذابت ، والمروي أربعون أو خسون .

أقول : الرواية هي ما رواه الصدوق في كتابه عن أبي بصير ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سالته عن العذرة تقع في البئر؟ قال : يتزاح منها عشر دلاء ، فإن ذابت فأربعون او خسون » ^(٣١) ، فالصادق تبع لفظ الرواية، وجعل الأربعين على الأجزاء ، والخمسين على الأفضل ، والشيخ فصل بين الرطبة واليابسة ، فجعل في الرطبة خمسين وفي اليابسة عشراً، فخالف لفظ الرواية في شيئين :

الأول : الفرق بين الرطبة واليابسة ، ولعل وجيهه عدم انفكاك الرطبة عن الميعان والتقطع بعد وقوعها في البئر والحكم بالخمسين معلم على ذلك .

الثاني : الجزم بوجوب الخمسين ، ولعل وجيهه ترجيح جانب الأحوطية .

قال رحمة الله : وكثير الدم كذب الشاة ، والمروي من ثلاثين الى أربعين

(٢٨) - لفحة (له) من المصدر.

(٢٩) - في « ر٢ » : بمقدار .

(٣٠) - هذه الزيادة وردت في « ن » ، وكذا في المصدر ، رابع المختلف من ٦ المسألة الثالثة .

(٣١) - اوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٢٠ من أبواب الماء المنطلق حديث ٢ .

أقول : الرواية إشارة الى ما رواه علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : « سأله عن رجل كان يستنقى من بئر ماء فرفع هل يتوضأ منها ؟ قال : يرمي منها دلاء يسيرة ، وسألته عن رجل ذببح شاة فاضطربت في بئر ماء ، هل يتوضأ من ذلك البشر ؟ قال : ينحر منها ما بين ثلاثين الى اربعين دلواً ويتوضأ »^(٣٢) .

قال رحمة الله : والمرجو دلاء يسيرة .

أقول : هذا اشارة الى رواية علي بن جعفر المتقدمة ، وأقل الدلاء اليسيرة عشرة ، لأن دلاء جمع كثرة ، وأقل جمع الكثرة عشرة ، لأن جمع القلة ما بين الثلاثة الى العشرة ، واختلفوا في الغاية هل تدخل في ذي الغاية ام لا ؟ فعلى القول بدخولها يكون اكثراً جمع القلة عشرة ، وأقل جمع الكثرة احد عشر .

وعلى القول بعدم دخولها يكون اكثراً جمع القلة تسعة وأقل جمع الكثرة عشرة ، فعلى القولين لا يجوز نقص جمع الكثرة عن عشرة ، والدلاء جمع كثرة فلا تنقص عن عشرة .

قال رحمة الله : اختلاف أجناس النجاسة موجب لتضاعف النزح ، وفي تضاعفه مع المائة تردد .

أقول : البحث هنا في مقامين : الأول التضاعف مع المائة ، وقد تردد فيه المصنف ، من ان لكل نجاسة مقدراً شرعاً بحيث لو اتحدت لوجب ذلك المقدار قطعاً ، فكذلك مع التكثير ، لأن التداخل على خلاف الاصل ، فلا بد له من دليل شرعي .

(٣٢) - مسائل علي بن جعفر ، المستدركات ، متزوّجات البشر من رقم ٤٢٢ ورقم ٤٣٠ ، مع اختلافات

لا تغير المعنى . ورواه في الوسائل ، الطهارة ب ٢١ من ابواب الماء المطلق حديث ١ .

ومن أن كل جزء من أجزاء^(٣٣) هذه النجاسة المئاتية^(٣٤) لا يزيد حكمه على الجزء الآخر ، فالكثرة ليست معتبرة ، وإنما لحصول الفرق بين جزء الحيوان وكله ، وبين صغيره وكبيره ، وإذا لم تعتبر الكثرة لم يتضاعف الترث مع الكثرة^(٣٥).

الثاني : التضاعف مع الاختلاف : وقد جزم به المصنف هنا ، لأن مع اختلاف النجاسة تختلف اجزاؤها مع القوة والضعف فلا تداخل^(٣٦) ، (ولأن لكل نجاسة مقدراً كم قلناه أولاً فلا يتدخل)^(٣٧) ، ومحتمل دخول الأقل تحت الأكثـر ، لاشتماله على الأقل وزيادة تقابل قوة تلك النجاسة التي يجب لها ذلك المقدار^(٣٨) فتصير كالមائـلة ، ومذهب العـلامة في القوـاعد عدم تضاعـف الترـث مطلقاً ، ومذهب الشـهيد في دروسـه التضاعـف مطلقاً .

قال رحمة الله : وإذا تغير أحد أوصاف الماء بالنجاسة ، قيل : يتزاح حتى يزول التغير ، وقيل : يتزاح ماوتها ، فـإن تـعذر لـغـزارـته تـراـوحـ عـلـيـهاـ أـربـعـةـ رـجـالـ ، وـهـوـ الـأـوـلـ .

أقول : القول الأول قول المقيد ، قال : يتزاح حتى يزول التغير ، ولم يجعل نزح الجميع شرطاً ، وهو مذهب ابن أبي عقيل أيضاً، واختاره العـلـامـةـ فيـ الـمـخـتـلـفـ ، لما رواهـ الشـيـخـ فـيـ الـحـسـنـ ، عنـ اـبـيـ اـسـمـةـ ، عنـ اـبـيـ عـبـدـ اللهـ عـلـيـهـ

(٣٣) - من «ن».

(٣٤) - في «ي» ، «ن» : المئاتية .

(٣٥) - كما في «ر» ، «ن» ، وفيباقي : الكثـيرـ .

(٣٦) - في «ن» : يـتـدـاخـلـ .

(٣٧) - ما بين القوسين من «ن» .

(٣٨) - من «ن» ، وبـاـقـيـ النـسـخـ : الـقـدـرـ .

السلام » في الفارة والستور والدجاجة والطير والكلب؟ قال : فإن لم يتفسخ أو يتغير طعم الماء يكفيك خمس دلائ ، فإن تغير الماء فحده حتى يذهب الريح «^(٣٩) .

والثاني : قول علي بن بابويه ، قال : ينزع أجمع ، فإن تعذر تراوح عليه أربعة رجال يوماً، واختاره ابنته محمد بن بابويه ، وفضل ابن ادريس فقال : إن كانت النجاسة منصوصة المقدر نزع ، فإن زال التغير ، ولا نزع حتى يزول ، وإن لم تكن منصوصة المقدر نزع أجمع ، فإن تعذر تراوح عليها أربعة يوماً ، فإن زال التغير فيثناء اليوم أكمل التزح تمام اليوم^(٤٠) واجباً .

قال العلامة : وتفصيل ابن ادريس حسن على مذهبها ، لكنه لا دليل قوياً عليه .

تبنيه : اختلف عبارة الاصحاب في تحديد اليوم ، واحسنتها ما قاله المصنف في المعتبر ، وهو من طلوع الفجر الى مغيب^(٤١) الشمس ، ولا يجوزي الليل ، ولا الملقق منه ومن النهار .

وهل يجوزي النساء في النزع ؟
استقرب الشهيد عدم الاجزاء ، ونقل ابو العباس عن المصنف الاجزاء ان اعتبار القوم ، وعدمه إن اعتبار الرجال .

وفيه نظر لقوله تعالى : « ولا يسخر قوم من قوم عسى ان يكونوا خيراً

(٣٩) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ١٧ من أبواب الماء المطلق ، حديث ٧ ، وفي المصدر : (فخذ منه) بدل (فحده) .

(٤٠) - في غير «ن» : أكمل باليوم واجباً .

(٤١) - في «ن» وهاش «ي ١» : غروب ، وفي «ر ٢» : مغرب .

منهم ولا نساء من نساء عسى ان يكن خيراً ممتهن^(٤٤)، جعل القوم هم الرجال دون النساء ، وقال زهير :

وَمَا أَدْرِي وَسُوفَ إِخْالُ أَدْرِي
أَقْوَمَ الْحَصْنِ أُمُّ نِسَاءٍ^(٤٣)
جَعْلُ الْقَوْمِ الرِّجَالَ دُونَ النِّسَاءِ .

فروع :

الاول : لو ترجم اثنان نزحاماً متواлиاً يوماً ، احتمل عدم الاجزاء لمخالفته النص ، والاجزاء لم يحصلوا المقصود .

الثاني : لا ينجز جوانب البتر بما يصيغها من المزروع .

الثالث : يحكم بالطهارة عند مفارقة آخر الدلاء^(٤٤) لوجه الماء .

الرابع : هل يغسل الدلو بعد النزح ؟ قيل : لا ، لانه لو كان نجساً لما سكت عنه الشارع ، ولأن الاستجباب بالنزح يدل على طهارته ، والا للنجس البث عنز الزيادة عليه قبل غسلها ، ومعنى قولنا الاستجباب بالنزح إشارة الى ما ورد من النزح المستحب من ثلاثين الى أربعين ، وحمل الثلاثين على الأجزاء والاربعين على الاستجباب ، فلو وجب غسل الدلو بعد النزح كان منجساً للهاء بعد الثلاثين بملاقاة الدلو قبل غسله ، فيكون بالزيادة محدثاً لنحوه ، لا فاعلاً مستحيماً بهذا خلف .

خامس : لو جفَّ البَثْ سقطَ النَّزَحُ لِتَعْلِقَهُ بِالْذَّاهِبِ ، وَالْمُتَجَدِّدِ غَيْرِهِ .

السادس : بظهورها يظهر النازح .

١١- الحجرات :

(٤٣) - دیوان زهیر بن أبي سلمة، ٧٣.

(١٤) - فم، «ي، ١»: الدلو.

السابع : لو قمعط الشعر فيها كفى غلبة الظن بخروجه وان كان شعر نجس العين ، ولو استمر خروجه استوعبت ، فان تعذر واستمر عطلت حتى يظن استحالته .

الثامن : لا يعتبر للمزيل للتغير دلو حيث لا مقدر له ، وهل يعتبر في المقدار ؟ يحتمل ذلك ، لأن تكرار الاستيفاء^(٤٥) واضطراب الارشية في البشر ، ربما كان له مدخل في التطهير بتسميع الماء واستهلاك النجاسة واستقرب العلامة في القواعد عدم الاعتبار لحصول المقصود ، وهو اخراج ذلك العدد .

التاسع : لو وجدت النجاسة بعد الاستعمال لم تؤثر وان احتمل سبقها .

العاشر : لو تغير ماء البشر المقارب للبالوعة تغيراً يحتمل استناده اليها ، وجب الاجتناب .

قال رحمة الله : ولا خبئاً على الاظهر .

أقول : أجمع الاصحاح على المنع من استعمال الماء المضاف في رفع الحدث وإزالة الخبث الا ابن بابويه ، فإنه جوز الوضوء وغسل الجنابة بهاء الورد .
والسيد المرتضى جوز ازالة الخبث في كل مائع .

قال رحمة الله : والماء المستعمل في الوضوء ظاهر مظهر ، وما استعمل في الحدث الاكبر ظاهر ، وهل يرفع به الحدث ؟ فيه تردد ، والاحوط المنع .

أقول : منشأ التردد من ان المكلف مكلف بالطهارة بالماء المتيقن ظهارته المقطوع على استباحة الصلاة باستعماله ، والمستعمل في غسل الجنابة مشكوك في ، فلا يخرج باستعماله من العهدة ، وبه قال الشيخ ، والمفید ، ومن انه ماء ظاهر غير مضاف فلا مانع من جواز استعماله ، وهو مذهب ابن ادریس والعلامة .

(٤٥) - من «ن» ، وفي الباقي : (استقاء) أو (استقاء) .

قال رحمة الله : وفي سؤر المسوخ تردد ، والطهارة اظهر .

أقول : السؤر بالهمز ما فضل من ماء قليل بعد شرب حيوان ، وفي الحديث « اذا شربتم فاسأروا »^(١) أي فضلوا فضلة من الماء ، وقد اختلف في الاستئثار على أربعة اقوال :

الأول : نجاسة سؤر كل ما لا يؤكل لحمه عدا الطيور ، وما لا يمكن التحرز منه في الحضر ، كالفأرة والهرة ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط .

الثاني : طهارة سؤر كل حيوان ظاهر ونجاسة سؤر النجس ، وهو مذهب علم الهدى ، واختاره المصنف والعلامة وابو العباس .

الثالث : نجاسة سؤر الجلال والمسوخ ، وهو مذهب ابن ابي عقيل .

الرابع : نجاسة سؤر آكل الجيف ، وهو مذهب الشيخ في النهاية^(٢) .

قال رحمة الله : وما لا يدركه الطرف من الدم لا ينجس الماء ، وقيل : ينجس ، وهو الاخطر .

أقول : بعدم التنجيس قال الشيخ في المبسوط ، لصحيحه علي بن جعفر عن أخيه [عليه السلام]^(٣) ، وبالتنجيس قال ابن ادريس ؛ لأن الماء قليل لاقته نجاسة ، وكل ماء قليل لاقته نجاسة فانه ينجس ، واختاره العلامة وشيخنا ابو العباس .

وقوله : (لا يدركه الطرف) اي بعد وقوعه في الماء ، ولم يتميز لقلته ، مع ادراكه قبل وقوعه وتحقيق الواقع ، وإنما لم يتصور المسألة .

(٤٦) - نهاية ابن الأثير ٢: ٣٢٧ (سأر) .

(٤٧) - في «ن» بزيادة : والمبسوط .

(٤٨) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٨ من أبواب العام المطعون ، حديث ١ .

قال رحمة الله : ولو خرج الفائط ما دون المعدة نقض في قوله ، والاشبه أنه لا ينقض .

أقول : قال الشيخ : إذا خرج البول والغائط من جرح وغيره ، فان خرجا من موضع في البدن دون المعدة نقض الوضوء ، وان كان فوق المعدة لم ينقض .

احتاج على الاول بعموم قوله تعالى: ﴿ او جاء احد منكم من الغائط ﴾^(٤٩) وعلى الثاني - وهو عدم النقض اذا كان من فوق المعدة - بأنه لا يسمى غائطاً ، واختيار العلامة النقض اذا صار معتاداً وعدهم مع عدمه ، ولم يفرق .

فروع :

الأول: لو اتفق المخرج من غير المعتاد خلقة نقض الطهارة بخروج الحدث اجماعاً .

الثاني : لو خرج الريح من قبل المرأة نقض بأول مرأة ؛ لأن له منفذان إلى الجوف ، وكذا الأدرة .

الثالث : لو انسد الموضع المعتاد وانفتح غيره ، فحكمه حكم الفرع الاول .

الرابع : (لو لم ينسد الأول فان ساواها)^(٥٠) في العادة نقض ، والا فلا على مذهب العلامة .

الخامس))^(٥١) : لو خرجة المقعدة خالية من العذرة لم ينقض ، ولو كانت

(٤٩)- سورۃ النساء : ٤٣ .

(٥٠)- كذا في النسخ .

(٥١)- ما بين القوسين من « ان » .

وعدمه لعدم الانفصال .

قال رحمة الله : وكيفيتها أن ينوي الوجوب ، أو الندب والقربة ، وهل يجب فيه رفع الحدث ، أو استباحة شيء مما يجب فيه الطهارة ؟ الأظهر أنه لا يجب .

أقوال : للاصحاب هنا خمسة اقوال :

الاول : الاكتفاء بنية القرابة لا غير ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ،
فيقول : أتوا بقرابة الى الله ، لقوله تعالى : « وما أمروا الا ليعبدوا الله
خلصين » ^(٤١) ، فدل على وجوب نية القرابة لا غير .

الثاني : اضافة الوجوب او الندب الى القرابة ، وهو مذهب المصنف هنا
فيقول : أتوا بوجوب قربة الى الله ، لوجوب ايقاع الفعل على وجهه ، ولا
يتم الا بنيته الوجوب او الندب .

الثالث : ان يضم الى القرابة الاستباحة او الرفع ، دون الوجوب او
الندب ، فيقول : اتوا لاستباحة الصلاة او لرفع الحدث قربة الى الله ، وهو
مذهب المرتضى والمصنف في المعتبر .

الرابع : الجمع بين الندب او الوجوب ، والرفع او الاستباحة، فيقول:
أتوا لرفع الحدث او لاستباحة الصلاة ، لوجوبه او ندبه قربة الى الله ،
وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره ابن ادريس والعلامة في اكثرا كتبه
والشهيد ، لقوله صل الله عليه وآله وسلم : « إنما الاعمال بالنيات » ^(٤٢) .

.(٤٢)- البينة : ٥.

(٤٣)- الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٥ من أبواب مقدمة العبادات ، حديث ١٠ .

وانها اكتفى بالرفع عن الاستباحة وبالعكس ، لحصول الملازمة بينها ؛
لأنه كلما ارتفع الحدث جاز الدخول في الصلاة ، وكلما جاز الدخول في الصلاة
ارتفع الحدث ، فكفى احدهما عن الآخر .

الخامس : ضم الرفع والاستباحة معا إلى الوجوب والقربة ، فيقول :
أتوا رفع الحدث واستباحة الصلاة لوجوبه قربة إلى الله ، وهو مذهب أبي
الصلاح وقطب الدين الرواundi ومعين الدين المصري ، جمعاً بين الأقوال ،
ولأن الاكتفاء بأحد هما استدلال بالملازمة والإتيان بها استدلال بالمطابقة ، وهو
يقين والowell ليس بيقين وأجيب بان الملازمة اليقينية^(٤) يقين أيضاً .

قال الشهيد في شرح الارشاد : ولو ضم المكلف الجميع ، واعتقد وجوب
الضم أخطأ في اعتقاده وصحت الطهارة على القول بعدم وجوب الضم ، والمعتمد
المذهب الرابع .

قال رحمة الله : وقيل : إذا نوى غسل الجنابة أجزأا عن غيره ، وإذا نوى
غيره لم يجزء عنه ، وليس بشيء .

اقول : إذا اجتمع على المكلف أغسال وأحددها غسل الجنابة ، قال
الشيخ رحمة الله : إذا نواه أجزأا عن غيره ؛ لأنه يبيع الصلاة من غير وضوء ،
وغيره يحتاج إلى وضوء ، فكان أكمل منه ، والنافع يدخل تحت الكامل ،
وغيره لا يجزي عنه ، لعدم جواز العكس ، فلو كمل بالوضوء احتمل الإجزاء
عن غسل الجنابة ، لمساواته له في كون كل منها يبيع الصلاة ويرفع الحدث ،
وفعل أحد المتساوين يقوم مقام الآخر .

ويحتمل عدم الإجزاء لكون الجنابة مستمرة بعد الغسل ، والوضوء ليس
له مدخل في رفع حدث الجنابة ، والكامل بنفسه أكمل من الكامل بغيره ،

هذا إذا نوى رفع حدث المس مثلاً ، أما إذا نوى استباحة الصلاة ولم يقصد رفع حدث الجنابة ولا حدث المس مثلاً : فإنه يحتمل الإجزاء أيضاً ؛ لأنَّ فعل فعلاً يصلح لكل منها ، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم : « لكل امرئ ما نوى »^(٢)، وقد نوى استباحة فعل الصلاة ، فيما لم يفعلها .

ويحتمل عدم الاجزاء ؛ لانه نوى ما يصلح لكل منها ، وصرفه الى احدهما دون الآخر ترجيح من غير مرجع ، والاول أقوى .

تنبيه: لو اجتمع على من فرضه التيمم أغفال اجتازا بـٌتيممين ، أحد هما للغسل والآخر لل موضوع ، سواء نوع الاقوى كالجنابة ، أو الأضعف كالخ披ض مثلا لبقاء حدثه بعد التيمم ، فلا يكفي في الاقوى تيمم واحد ؛ لأن المتدخل هو الغسل خاصة ، فلا يكفي عن طهارة اخرى ، لاصالة البقاء ، وعدم الخروج عن العهدة إلا بفعله .

قال رحمة الله : ويجب أن يغسل من أعلى الوجه إلى الذقن، ولو غسل منكوساً لم يجزه على الظاهر .

أقول : عدم جواز النكس مذهب الشيخ وأكثر الأصحاب ، والجواز مذهب السيد وابن ادريس ، ودليل الفريقين الروايات^(٥٦) .

فرعان :
الأول : لابد من غسل جزء من الرأس وجزء من أسفل الذقن ، لتوقف الواجب عليه :

. (٥٥) - لاحظ الهاشم رقم (٥٣).

(٥٦) - مستند الأكتر : الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ١٥ من أبواب الوضوء ، حديث ٦ وغيره ، ومستند المرتفق من الروايات الحديثة ١ من باب ٢٠ من المصدر السابق ، وليراجع المدارك ١: ١٩٩ - ٢٠١ .

إن كانت كثيفة فالغسل للظاهر ، وإن كانت خفيفة فالغسل لها معاً ، فلا يجوز أحدهما .

قال رحمة الله : والأفضل مسح الرأس مقبلًا ، ويكره مدبرأعلى الأشبه .

أقول : الكراهة مذهب الشيخ في أكثر كتبه ، واختاره ابن ادريس والعلامة وابو العباس ، لصدق إمثال الأمر بالمسح . والتحرير مذهب الشيخ في الخلاف ، والسيد المرتضى ؛ لأنه مع النكس يكون منهياً عنه ، فلا يجوز .

وأجيب : بأن النبي يتناول غسل استقبال شعر اليدين ، وحمل الرأس عليه قياس .

قال رحمة الله : ويجب المسح على بشرة الرجلين ، ولا يجوز على حائل من خف وغيره الا لحقيقة او لضرورة فإذا زال السبب أعاد الطهارة على قول ، وقيل : لا تجب الا حدث ، والأول احوط .

أقول : إذا مسح على حائل لحقيقة او لضرورة ، ثم زال السبب ، هل يجب إعادة الطهارة أم لا ؟ يحتمل بقاء الطهارة ؛ لأنها مشروعة ولم يتعقبها حدث ، وكل طهارة وقعت مشروعة لا ينقضها الا الحدث ، فيكون حكمها باقياً ، ومحتمل وجوب الإعادة ؛ لأنها طهارة شرعت لضرورة فتزول بزوال ما شرعت له .

فرعان :

الأول : إذا عاد السبب بعد زواله ، فإن كان قبل التمكّن من الطهارة فلا إعادة ، وإنّ وجوب الإعادة وإن كان كال الأول .

الثاني : إذا دارت التحقيق بين المسح على الخفين والغسل كان الغسل أولى .

قال رحمة الله : المواالة واجبة ، وهي ان يغسل كل عضو قبل ان يجف

ما تقدمه ، وقيل : هي المتابعة بين الاعضاء مع الاختيار ، ومراعاة الجفاف مع الاضطرار .

أقول : لا خلاف في وجوب الموالة ، وإنما الخلاف في تفسيرها على معنيين :

أحدهما : أنها المتابعة ، وهو أن يغسل يده اليمنى عقيب غسل وجهه بلا فصل ، واليسرى عقيب اليمنى كذلك ، ويمسح برجليه عقيب مسح رأسه كذلك ، فإن أخر بعض الأفعال لا لعذر أثم ، فإن جفَّ السابق استأنف الموضوع ، وإن أثمه ، وإن كان التأخير لعذر أو لإنقطاع ما^(٥٧) ، جاز ولم يأثم ، هذا مذهب الشيختين رحمهما الله واختيار العلامة ، لقوله تعالى : ﴿وَسَارُوا إِلَى مَغْفِرَةِ مِنْ رَبِّكُمْ﴾^(٥٨) والأية أمر ، فيكون^(٥٩) فيه بالفورية ؛ لأنَّه أحوط . والآخر مراعاة الجفاف ، وهو اختيار ابن ادريس ، قال : يجوز تأخير اليد اليمنى عن الوجه ما دام الوجه رطباً ، ولا يجوز تأخيره حتى تجف رطوبته ، وكذا باقي الأعضاء .

وهو اختيار ابن حزوة ؛ واستقر به الشهيد ، لأنَّ الأمر بالغسل ورد مطلقاً ، والالأصل براءة الذمة من وجوب المبادرة .

قال رحمة الله : وإذا زال العذر استأنف الطهارة على تردد .

أقول : سبق البحث في هذه المسألة^(٦٠) .

(٥٧) - في «ن» : منه .

(٥٨) - آل عمران : ١٣٣ .

(٥٩) - من «ن» ، وبباقي النحو : فيقضى .

(٦٠) - ص ٥٩ .

قال رحمة الله : من به السلس ، قيل : يتوضأ لكل صلاة ، وقيل : من به البطن إذا تجدد حدثه في الصلاة ، يتظاهر ويبني .
أقول : هنا مسألتان :

الأولى : الذي به السلس ، قيل : يجب عليه الوضوء لكل صلاة ، ولا يجوز له أن يجمع بين صلاتين بوضوء واحد ، وهو مذهب الشيخ في الخلاف والعلامة في كتابه ، لقوله تعالى ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوْا﴾^(١) وهو عام خرج منه من لا حديث عليه ، يبقى الباقى على العموم ، ولأنه أحivot . وقال في المبسوط : يجوز له أن يجمع بين صلوات كثيرة بوضوء واحد لاصالة براءة الذمة ، وحمله على المستحاشية قياس .

الثانية : المبطون الذي به البطن ، وهو الذرب ، قيل : يفعل كمن به السلس من تجديد الوضوء لكل صلاة ؛ لأن الغائب حدد ، فلا يستباح معه الا الصلاة الواحدة لمكان الضرورة ، أما لو تلبس في الصلاة متظهراً ثم فجأه الحدث ، قال الشيخ : يتظاهر ويبني على صلاته ، لما رواه محمد بن بابويه في الصحيح ، عن محمد بن مسلم ، عن الباقي عليه السلام قال : «صاحب البطن الغالب يتوضأ ويبني»^(٢) .

قال العلامة والوجه عندي ان كان عذرها دائماً لا ينقطع فإنه يبني على صلاته من غير تجدد وضوء ، كصاحب السلس ، وإن كان يتمكن من التحفظ بمقدار زمان الصلاة ، فإنه يتظاهر ويستأنف الصلاة .

قال رحمة الله : ومن جدد وضوءه بنية التدب ثم صلى وذكر أنه أخل بعضه من أحد الطهاراتين ، فإن اقتصرنا على نية القربة فالطهارة والصلاحة

(١) - المائدة : ٦.

(٢) - من لا يحضره الفقيه ١ : ٤٣٧ ، كتاب الطهارة ، باب صلاة العريض ، حديث ١١ رواه في الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ١٩ من أبواب نوافع الوضوء ، حديث ٤ ، باختلاف يسير .

صحيحتان ، وإن أوجبنا نية الاستباحة أعادها ، ولو صلَّى بكل واحدة منها صلاة أعاد الأولى بناءً على الأول ، ولو أحدث عقيب طهارة ولم يعلمها بعينها أعاد الصلاتين إن اختلفتا عدداً ، وإلا فصلاة واحدة ينوي بها ما في ذمته ، وكذلك لو صلَّى بطهارة ثم أحدث وجَّدَ طهارة أخرى وذكر أنه أخلَّ بواحدة من أحدى الطهاراتين ، ولو صلَّى الخمس وتبيَّن أنه أحدث عقيب إحدى الطهارات ، أعاد ثلاثة فرائض ، ثلاثة واثنتين واربعاً ، وقيل : يعيد خمساً ، والأول أشبه .

أقول : هنا ثلاث مسائل :

الأولى : من توضأ وصلَّى الظهر ، ثم جدد وضوئه بنية التدب ، ثم ذكر أنه أخلَّ ببعضِه من أحدى الطهاراتين بعد أن صلَّى العصر ، فإن إكتفيتنا بنية القربة أعاد الظهر خاصة ، لأنَّ العضو المتروك إن كان من الطهارة الأولى بطلت وصحت العصر بطهارته ، وإن كان من طهارة العصر صحت الصلاتان بالطهارة الأولى ، فالعصر صحبيحة على التقديرين ، وإن أوجبنا نية رفع الحدث أو استباحة الصلاة وجب عليه الصلاتان معاً ، لأنَّ الوضوء الثاني لم يحصل به رفع الحدث ولا إستباحة الصلاة ، والأول مشكوك فيه فلم يبرا من عهدة التكليف .

الثانية : لو توضأ وصلَّى الظهر ، ثم أحدث وتوضأ وصلَّى العصر ، ثم ذكر أنه أحدث عقيب أحدى الطهاراتين ، وأنه أوقع أحد الفرضين بغیر طهارة واشتبه ، أعاد الصلاتين إن اختلفتا عدداً ، وإلا فصلاة واحدة ينوي بها ما في ذمته ؛ لأنَّ إحداهما صحيحة بيقين ، وقيل : الصلاتين ؛ لأنَّه ما أدى واحدة منها بيقين .

الثالثة : لو توضأ لكل صلاة من الخمس وضوءاً ، وذكر أنه أحدث عقىب أحدى الطهارات ، توضأ وأعاد ثلاثة واثنتين وأربعاً مطلقة ، ينوي بها ما في ذمته ، وقال الشيخ يعيد الخمس ؛ لأنّه ما أدى أحدها بيقين .

في الجنابة

قال رحمة الله : ولو جامع في الدبر ولم ينزل وجب الغسل على الظاهر .

أقول : روى ابن بابويه^(٦٣) : عدم ايجاب الغسل ، وهو مذهب الشيخ في النهاية لأصالة براءة الذمة ، ولرواية احمد بن محمد البرقي^(٦٤) ، والوجوب مذهب السيد المرتضى ، والشيخ في المبسوط والمصنف والعلامة وأبو العباس لقوله تعالى : « أَوْ لَا مُسْتَمِنُ النَّسَاء »^(٦٥) ولا رواه الشيخ في الصحيح ، عن محمد بن مسلم عن أحد هما عليهما السلام ، قال : « سأله متى يجب الغسل على الرجل والمرأة ؟ فقال : اذا دخله فقد وجب الغسل »^(٦٦) ، وللاح提اط .
تنبيه : حكم الدبر حكم القبل إلا في أماكن :

(٦٣) - من لا يحضره النقبه ١ : ٤٧ باب ١٩ ، صفة غسل الجنابة ، حديث ١٨٥ . أورده في الوسائل كتاب الطهارة ، باب ١١ من أبواب الجنابة ، حديث ١ .

(٦٤) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ١٢ من أبواب الجنابة ، حديث ٢ .

(٦٥) - المائدة : ٦ .

(٦٦) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٦ من أبواب الجنابة ، حديث ١ .

الأول : الإحسان فلا يثبت به .

الثاني : استنطاقها في النكاح ، لتعلق الحكم بالبكاره وهي باقية .

الثالث : عدم التحليل به .

الرابع : عدم الفيتنة من المولى .

الخامس : إجبار الزوج على الوطء بعد الأربعة ، ولا يكفي لو كان يطأ في الدبر .

السادس : لو حلف أن لا يطأها في الدبر ، لم يكن إيلاعاً .

قال رحمة الله : لو وطه غلاماً فلوقبه ، قال المرتضى : يجب الغسل معلولاً على الاجماع المركب ولم يثبت .

أقول : الخلاف في دبر الغلام كالخلاف في دبر المرأة ، قال : المرتضى : يجب به الغسل ، واختاره المصنف^(٦٧) والعلامة ؛ لأن أولج في فرج مشتهي طبعاً ، وللإجماع المركب ؛ لأن كل قائل بوجوبه في دبر المرأة ، قائل بوجوبه في دبر الغلام .

قوله : (ولم يثبت) أي لم يثبت الاجماع لوجود المخالف في دبر المرأة ، فيثبت الخلاف في دبر الغلام .

ولا فرق بين الفاعل والمفعول في وجوب الغسل .

فروع :

الأول : اذا أولج في فرج خشى مشكل ، فإن أولج في دبره ووجب الغسل ، وإن أولج في قبله لم يجب ، لجواز كونه رجلًا فيكون ذلك عضواً زائداً فلا

(٦٧) - كلمة : (المصنف) ليست في « ن ». .

يجب الغسل إلا مع الإنزال ، فيكون^(٦٨) كالتحفظ ، وقيل : يجب لقوله عليه السلام : « إذا إلتفت الختانان فقد وجب الغسل »^(٦٩) ، المعتمد الأول .

الثاني : إذا أولج الخشى في فرج امرأة ، فلا شيء عليهما ، جواز كونه زائداً على الأول .

الثالث : إذا أولج الصبي أو وطنات الصبية ، هل يتعلق بها حكم الجنابة ؟ قيل : نعم ، بمعنى أنه يمنع من المساجد ، ومس كتابة القرآن والصلوة تطوعاً ، إلا مع الغسل ، واكتفى به العلامة عند البلوغ ، والأحوط الإعادة .

الرابع : لو أولج مقطوع الحشة ، وجب الغسل إن غيب الباقي ، أو بقدر الحشة .

الخامس : لا فرق بين الرجل والمرأة في وجوب الغسل مع الإنزال ، فهو احتملت ، او حصل لها ب المباشرة يدها او عبث الزوج تلذذ وفور ، وجب الغسل إن خرج المني ، ولا يكفي انتقاله من التراب ما لم يخرج إلى ظاهر الفرج كالرجل ، لأن أم سليم امرأة أبي طلحة ، قالت : يا رسول الله ، إن الله لا يستحي من الحق ، هل على المرأة غسل إذا احتملت ؟ قال : نعم ، إذا رأت الماء »^(٧٠) .

قال رحمة الله : إذا غسل بعض أعضائه ثم أحدث قيل : يعيد الغسل من رأس ، وقيل : يقتصر على إتمام الغسل ، وقيل : ينهى ويتوضا للصلوة ، وهو أشبه .

(٦٨) - في « رواية » لأنه .

(٦٩) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٦ من أبواب الجنابة ، حديث ٢ .

(٧٠) - مستدرك الوسائل ١ : ٤٥٤ ، باب ٤ من أبواب الجنابة ، حديث ٥ .

أقول : الإعادة من رأس قول الشيخ في المبسوط ، واختياره العلامة وابو العباس ؛ لأن الحديث الأصغر ناقص للطهارة فلا يعارضها اولى ، وإذا انتقض ما فعله وجب اعادة الفسل ، وهو المعتمد .

والإقصار على الإنعام مذهب ابن إدريس ؛ لأن الحديث الأصغر لا يوجب الفسل أجمعـا ، فلا معنى لايحـاب الـإعادـة .

والإنعام مع الموضوع قوله السيد المرتضـى ، و اختياره المصنـف ؛ لأنـ الحديث الأصغر لو حصل بعد إنعامـ الطهـارة لأـ وجـبـ الـوضـوءـ ، فـكـذاـ قـبـلـ إـنـاعـمـهـ ، فـلاـ وجـهـ لـلـإـعادـةـ .

تنبيه : هذا اذا كان غسل الجنابة ، فإذا كان غيره وحصل الحديث في اثنـيـهـ لمـ يـلـتفـتـ ، فـانـ كـانـ قدـ قـدـمـ الـوضـوءـ أـعـادـهـ بـعـدـ اـكـمـالـ الغـسلـ ، وـانـ لمـ يـكـنـ قدـمـهـ لمـ يـكـنـ لـحـصـولـ الـحدـثـ فـيـ اـثـنـيـهـ أـثـرـ ، إـذـ لـابـدـ مـنـ الـوضـوءـ بـعـدـ الغـسلـ ، وـيمـحـرـمـ قـبـلـ الـوضـوءـ مـشـروـطـهـ خـاصـةـ كـالـصـلـاـةـ وـالـطـوـافـ الـواـجـبـ ، وـيمـجـوزـ قـبـلـ وـقـبـلـ غـسـلـ الـمـسـ ماـ لـيـسـ مـشـروـطـاـ بـالـوضـوءـ ، كـالـصـومـ وـدـخـولـ الـمـسـاجـدـ وـقـراءـةـ الـعـزـائـمـ وـالـطـوـافـ الـمـنـدـوبـ ، وـالـغـسلـ الـمـنـدـوبـ لـاـ يـبـطـلـ بـتـخلـلـ الـحدـثـ وـلـاـ تـقـدـمـهـ وـلـاـ تـعـقـبـهـ إـذـ كـانـ لـلـزـمانـ ، وـانـ كـانـ لـلـمـكـانـ بـطـلـ بـتـخلـلـهـ وـتـعـقـبـهـ دـونـ تـقـدـمـهـ ، وـكـذـاـ مـاـ كـانـ لـلـفـعـلـ .

ولـوـ اـجـتـمـعـتـ أـغـسـالـ مـنـدـوـبـةـ فـانـ نـوـيـ الـجـمـيعـ كـفـىـ غـسلـ وـاحـدـ ، وـانـ نـوـيـ الـبعـضـ اـخـتـصـ بـهـ نـوـاهـ ، قـالـهـ صـاحـبـ التـذـكـرـةـ .

في الحيض

قال رحمة الله : وكذا قيل فيها يخرج من الجانب الأيمن .

أقول : قال الشيخ إذا اشتبه الحيض بدم القرح أدخلت المرأة أصبعها في فرجها ، فإن كان خارجا من الجانب الأيمن فهو دم قرح ، وإن كان خارجا من الأيسر فهو دم حيض ، وهو مذهب ابن ادريس ، وقال ابن الجيني : دم الحيض أسود غليظ تعلوه حمرة تخرج من الجانب الأيمن وتحس المرأة بخروجه ، ودم الاستحاضة بارد رقيق تعلوه صفرة من الجانب الأيسر ، وقد روى الشيخ عن محمد بن يحيى رفعه ، عن أبيان بن مالك ، قال : «قلت لأبي عبدالله عليه السلام : فتاة منا بها قرحة في جوفها ، والدم سائل ، لا تدرى من دم القرحة أم دم الحيض ؟ قال : مُرها فلتلتقي على ظهرها ، وترفع بطنها وتستدخل أصبعها الوسطى ، فان خرج الدم من الجانب الأيمن فهو من الحيض ، وإن خرج من الجانب الأيسر فهو من القرحة »^(٧١) .

(٧١) - الوسائل ، كتاب الطهارة باب ١٦ من أبواب الحيض ، حديث ٢ وفيه تناوت : في الوسائل : (فرجها)

..... كتاب الطهارة قال رحمة الله : وهل يشرط التوالي في الثلاثة او يكفي كونها في جملة العشرة ؟ الاظهر الاول .

أقول : أقل الحيض ثلاثة أيام بل ياليها متالية بحيث لا يخلو من الفرج في آن من آنات الثلاثة ، وان قل تارة وكثير اخرى ، هذا مذهب الشيخ في الجمل وابني بابويه وابن ادريس ؛ لأن الصلاة ثابتة في الذمة بيقين ، فلا يسقط التكليف بها الا بيقين السبب المسقط ، ولا يقين مع عدم التالي .

وقال في النهاية : لا يشترط بل يكفي كونها في جملة عشرة ، واحتج برواية يونس^(٧٢) .

فرع : لو خرج الدم من غير الرحم في أدوار الحيض بشرانطه مع انسداد الرحم كان حيضا ، كما حُكى أن إمرأة في زمان الشهيد كان يخرج الدم في أيام حيضها من فيها .

قال رحمة الله : وقيل في غير القرشية والنبطية ببلوغ خمسين سنة .

أقول : التفصيل مذهب الشيخ في المسوط ، واختاره العلامة في أكثر كتبه ، وفي النهاية^(٧٣) حده بخمسين مطلقاً .

قال رحمة الله : ذات العادة ترك الصلاة والصوم برؤية الدم إجماعاً ، وفي المبدأة تردد ، والاظهر أنها تحاط للعبادة حتى تمضي لها ثلاثة أيام .

أقول : ترك العبادة برؤية الدم مذهب الشيخ وختاره العلامة في

(فرجها) بدل (حوفها) وبديل (سائل) في بعض النسخ « يتسليل » ، وفي الوسائل : (ثم مرفع رحلها) بدل (بطنها) ، هذا مع تقديم الجانب اليسير على الجانب اليمين بالذكر ، ومن الحديث المذكور مطابق لما رواه الكليني دون ما رواه الشيخ . لاحظ تعريف صاحب الوسائل في المقام .

. الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ١٢ من أبواب الحيض ، حدیث ٢ .

(٧٣) - المراد : نهاية الشيخ الطوسي رحمة الله .

المختلف ، لرواية معاوية بن عمار الصحيحة^(٧٤) ، عن أبي عبدالله عليه السلام وروایة حفص بن البخاري^(٧٥) ، عن أبي عبدالله عليه السلام أيضاً ، واشترط العلامة كون الدم جاماً لصفات الحيض .

وعدم الترك إلا بعد تجاوز الثلاثة مذهب السيد المرتضى ، وابن ادريس ، واختاره أبو العباس ، ل الاحتياط للعبادة ، ولأن الاصل عدم الحيض .

قال رحمه الله : وتسجد لو تلت السجدة ، وكلما إن استمعت على الأظهر .

أقول : المشهور بين الأصحاب وجوب السجود على قاريء العزائم ومستمعها ، والاستحباب للسامع ، سواء في ذلك الطاهر والجنب والطاهرة والخائض ، لورود الأمر بالسجود مطلقاً ، ولصحيحه علي بن رثائب^(٧٦) ، عن أبي عبيدة الخذاء .

ومنع في النهاية من سجود الخائض ، لقوله عليه السلام : « لا صلاة إلا بطهارة »^(٧٧) ، والمسجدة جزء ، ولرواية عبد الرحمن^(٧٨) ، عن أبي عبدالله عليه السلام .

قال رحمه الله : ويجوز له الاستماع بما عدا القبل ، فإن وطيء عالماً عاماً وجبت عليه الكفارة ، وقيل : لا تجب ، والأول أحوط .

(٧٤) - تراجع الرواية ، فإنها لا تدل على الصدعن (الوسائل كتاب الطهارة ، باب ٣ من أبواب الحيض حديث ١) ، وراجع المختلف ص ٣٧ المائة ٢ .

(٧٥) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٣ من أبواب الحيض ، حديث ٢ .

(٧٦) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٣٦ من أبواب الحيض ، حديث ١ .

(٧٧) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ١ من أبواب الوضوء ، حديث ١ وحديث ٢ .

(٧٨) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ١ من أبواب الوضوء ، حديث ١ وحديث ٢ .

أقول : للشيخ هنا قوله :

أحد هما الإستحباب ، قاله في النهاية واختاره العلامة وأبو العباس ،
لأصالة البراءة ، ولأن شغل الذمة بواجب أو ندب يحتاج إلى دليل ، ولما رواه
الشيخ في الصحيح عن عيسى بن القاسم^(٧٩) ، عن أبي عبدالله عليه السلام .
وقال في الحمل بالوجوب ، وهو مذهب السيد المرتضى ، واختاره ابن إدريس ،
للإحتياط ، وعلم عليه روایات^(٨٠) .

فروع :

الأول : إذا وطى الحائض مستحلاً كفر ، وغير المستحل يفسق ويعذر.

الثاني : إذا أخبرته بالحيض فان كانت ثقة ، وجب عليه الامتناع ،
لوجوب قبول قوله ، لقوله تعالى : ﴿وَلَا يُحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمُنَّ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾^(٨١) ومنع الكتمان يقتضي وجوب القبول ، كما في الشهادة ، وإن
كانت متهمة بمنع حقه لم يجب حينئذ الامتناع ما لم يتحقق .

الثالث : لا كفارة على المرأة وإن غرته لعدم النص على ذلك .

الرابع : الخلاف في وجوب الكفارة في الوطيء في النفاس ، كالخلاف
في الحيض ، لأن دم النفاس هو دم الحيض ، وإنما احتبس مدة الحمل ،
لأنصرافه إلى غذاء الولد ، فإذا وضع الولد وانقطع العرق الذي كان يجري
الدم فيه إلى الولد ، خرج الدم من الفرج كالحيض .

قال رحمه الله : ولو نكرر منه الوطيء في وقت لا تختلف فيه الكفار لم

(٧٩) - أنواع ، كتاب الطهارة ، باب ٢٩ من أبواب الحيض ، حديث ١ .

(٨٠) - أنواع ، كتاب الطهارة ، باب ٢٨ من أبواب الحيض ، حديث ٤ ، وتلاحظ بقية أحاديث الباب .

(٨١) - البقرة : ٢٢٨ .

تتكرر ، وقيل: بل تتكرر، والأول أقوى .

أقول : لو كرر الوطيء في الحيس عامداً عالماً، قال الشيخ في المسوط :
 لأنص لاصحابنا فيه بمعين ، وعموم الأخبار يقتضي ان عليه بكل (٨٢) دفعه
 كفارة ، ثم قال : ولو قلنا أنها لا تتكرر ؛ لأنها لا دليل عليه ، ولا صالة براءة
 الذمة ، كان قوياً ، ونحوه قال ابن إدريس ، واختار العلامة عدم التكرار ، إلا
 أن تختلف الأوقات كأوله وأوسطه وأخره ، أما التكرار مع التغير ، فلأنهما
 فعلان مختلفان في الحكم ، فلا يتداخلان كغيرهما من العقوبات على الأفعال
 المختلفة .

فرع: لا يكفي القيمة في كفارة وطيء الحائض ولا دينار قيمته أقل من
 عشرة دراهم شرعية ، وكذا في النصف والربع ، فلابد ان يكون قيمة النصف
 نصف العشرة ، والربع رباعها .

وعلها الفقير المؤمن ، ولا بأس ان يشتريه من الفقير بعد الاطلاق عليه
 من غير شرط لا معه ، ولا يكفي الإخراج حينئذ وإن ترك شراءه لوقوعه فاسداً
 ولا يملكه الفقير ان علم الفساد ، ويرجع عليه به وان تلف في يده لتصرفه
 تصرفًا غير مشروع ، ومع عدم علمه بالفساد يرجع مع بقاء العين ، لا مع
 تلفها .

في الاستحاضة

قال رحمة الله : أو يكون مع الحمل على الأظهر .

قال : الدم الذي تراه الحامل هل يكون حيضاً أو استحاضة ؟ قيل : يكون حيضاً ، وهو مذهب محمد بن بازويه والسيد المرتضى والعلامة ، وبه قال أبو العباس ، ودليلهم الروايات^(٨٣) .

وقال المفید ، وابن ادريس : يكون استحاضة واحتاره المصنف ، لرواية السكوني^(٨٤) ، وقال في الخلاف : إنها تحيسن قبل أن يستبين حملها ، فإذا استبان لا تحيسن .

قال رحمة الله : فالمبتدأة ترجع إلى اعتبار الدم ، فما شابه دم الحيسن فهو حيسن وما شابه دم الاستحاضة فهو استحاضة ، بشرط أن يكون ما شابه دم الحيسن لا ينقص عن ثلاثة ولا يزيد عن عشرة ، فإن كان لوناً واحداً أو لم يحصل فيه شريطنا التمييز رجعت إلى عادة نسائها . . . إلى آخره .

(٨٣) الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٢٠ من أبواب الحيسن .

(٨٤) - المصدر السابق ، حديث ١٢ .

أقول : المبتداة اذا تجاوز دمها العشرة عملت على التمييز إن حصل ، وحكمها في الدور الأول ترك العبادة بعد مضي ثلاثة ايام الى تمام العشرة ، فإذا تجاوز اعتبرت التمييز فيها ماض من العشرة ، فما كان منها بصفة الحيض قضت صومه خاصة ، وقضت الصوم والصلوة فيها عداه .

وشروط التمييز اختلاف لون الدم ، وأن لا ينقص ما بصفة الحيض عن ثلاثة ايام ولا يزيد عن عشرة ، وأن لا ينقص ما بصفة الإستحاضة منه عن عشرة ، ومع فقد التمييز ترجع الى عادة نسائها ، كأنها وعمنها وخالتها ، ومع فقدهن او اختلافهن ترجع الى عادة أسنانها من اهل بلدتها ، وتنتهي صوم عادة نسائها او أسنانها من تلك العشرة والصوم والصلوة فيها عدا ذلك ، ومع فقد الأنساب والأقران^(٨٠) ترجع إلى الروايات^(٨١) ، فإذا جاء الدور الثاني عملت على التمييز او عادة النساء او الأقران او الروايات في ظرف العشرة ، قاله^(٨٢) الشهيد ، وتعبد فيها عدا ذلك .

واختلف الاصحاب في حكم الراجعة إلى الروايات ، قال الشيخ في المسوط : ترك الصوم والصلوة ثلاثة ايام في الشهر الاول ، وعشرة في الثاني ، أو في كل شهر سبعة ايام ؛ لأن في ذلك روایتين لا ترجح لإحداهما على الأخرى ، وله فيه قول آخر ، وهو أن تجعل عشرة ايام حيضا ، وعشرة ايام طهراً دائئراً ، وقال ابن بابويه : أكثر جلوسها عشرة في كل شهر ، وإليه أشار المصنف بقوله : (وقيل: عشرة)، وقال ابن الجنيد : إذا دام عليها الدم تركت العبادة الى عشرة أيام وعملت عمل المستحاضة ، وتترك الصلاة في كل شهر

(٨٥) - في «م» : الأقربين .

(٨٦) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٨ من أبواب العيض .

(٨٧) - في «ن» : قال .

ثلاثة أيام وتصلي سبعة وعشرين يوماً ، وتقضى من شهر رمضان عشرة أيام ، من غير العذر الذي افطرت فيه ثلاثة أيام ، وإليه اشار بقوله : (وقيل: ثلاثة أيام)، ودليل الجميع الروايات^(٨٨).

قال رحمه الله : وذات العادة تجعل عادتها حيضاً وما سواه استحاضة ، فإن اجتمع لها مع العادة تمييز ، قيل : تجعل على العادة ، وقيل : على التمييز ، وقيل : تخثير ، والأول أظهر .

أقول : إذا اتفق العادة والتمييز فلا كلام ، وإنما البحث إذا رأت زمان العادة بصفة الاستحاضة ، وفي غير ذلك الزمان بصفة الحيض ، وتحاوز المجموع العشرة ، قال الشيخ في الجمل : ترجع إلى العادة ، وهو مذهب السيد ، واختاره المصنف والعلامة ، وقال في النهاية : ترجع إلى التمييز ، والقول بالتخثير لم أعلم قائله^(٨٩) .

تنبيه : حكم التمييز جعل القوي حيضاً والضعيف استحاضة ، والقوة تعتبر بثلاثة أشياء :

الأول : اللون ، فالأسود أقوى من الأحر والأحر أقوى من الأشر ، والأشقر أقوى من الأصفر ، والأصفر أقوى من الكدر .

الثاني : الرائحة ، فالمتن أقوى من غير المتن .

الثالث : الشخن ، فالشخن أقوى من الرقيق .

فلو اتصف أحدهما بصفتين ، والآخر بصفة فذو الصفتين أقوى ، وذو الثلاث أقوى منه .

(٨٨) - الوسائل ، كتاب الطهارة باب ٨ من أبواب الحيض .

(٨٩) - القائل به ابن حمزة في الوسيلة : ٦٠ .

قال رحمة الله : والمضرورة العادة ترجع الى التمييز فتعمل عليه ، ولا ترك هذه الصلاة إلا بعد ثلاثة أيام على الأظهر .

أقول : الخلاف في المضطربة كالخلاف في المبدأ ، وقد سبق البحث فيه .

قال رحمة الله : الأولى : لو ذكرت العدد ونسيت الوقت ، قبل : تعمل في الزمان كله ما تعلمه المستحاضنة وتغتسل للحيض في كل وقت يحتمل انقطاع الدم فيه ، وتقضى صوم عادتها .

أقوال : إذا قالت : كان حيضي عشرة من الشهر ، وهي إحدى العشرات وما صرت أعلمها ، هل هي الأولى أو الثانية أو الثالثة؟ قال الشيخ : هذه ليس لها حيض بيقين ولا طهر بيقين ، فتجعل زمامها زمان الطهر ، فتصلي من أول الشهر إلى آخره بعد أن تفعل فعل المستحاضنة ، وتغتسل في آخر كل عشرة لاحتياط انقطاع دم الحيض فيه ، وقال العلامة : تتحيض بقدر أيام عادتها فتتخير بالشخصي ، واختاره الشهيد^(١٠) .
هذا إذا علمت انحصاره في احدى العشرات .

أما إذا قالت : كنت أحبيض في كل شهر عشرة أيام ، ولا أعلم مكانتها منه ، فهذه أيضاً ليس لها حيض بيقين ، ولا طهر بيقين ، فعلى ما اختاره الشيخ تفعل ما تفعله المستحاضنة لكل صلاة في العشر الأول ، ثم تغتسل بعد ذلك بكل صلاة إلا إذا كانت تعلم أنها تطهر في وقت معلوم فتغتسل في كل يوم في ذلك الوقت وتفعل فعل المستحاضنة ومنقطعة الحيض في العشرين الآخرين ، وفي العشرة الأولى فعل الحائض والمستحاضنة .

والفرق بين عالمة انحصاره في احدى العشرات وغيرها : أن العالمة

(١٠) - في «ي١» : (وان منع الزوج) بدل : (واختاره الشهيد) .

قطعت على أن ابتداء حيضها من أول احدى العشرات ، فوجب عليها الغسل في آخر كل عشر ، أما غير العالة بانحصره في احدى العشرات ، لم تعلم أول حيضها ، فجاز أن يكون الاول أو الثاني ، أو الثالث ، وهكذا ، وإنها أوجبت عليها الغسل عند كل صلاة بعد العشر الأولى ، لجواز انقطاع حيضها عند ذلك ، فهذا فرق بينهما .

في النفاس

قال رحمة الله : واكثر النفاس عشرة على الأظهر .

أقول : إذا تعدى دم النفاس عشرة فللاصحاب فيه أقوال : والمحصل منها : إن كانت ذات عادة رجعت اليها ، وإن كانت مبتدأة أو مضطربة كان نفاسها عشره أيام ؛ لأن النفاس حيضة حبسها الاحتياج إلى تغذية الولد ، فإذا وضعته انطلقت ، وأقصى مدة الحيض عشرة ، فيكون كذلك لما تبين من أنه دم الحيض ، وهو مذهب العلامة في القواعد ، وقال في المختلف أقصىه نهاية عشر يوما ، مستدلاً بصحيحة محمد بن مسلم ^(١) ، عن أبي جعفر عليه السلام . والسيد المرتضى ومحمد بن يابو عليه جعلاه عشرة مطلقاً للمعتادة وغيرها.

تبينه : التوأمان نفاسان إن تخلل بينهما طهر كامل ، بان تظهر بعد نفاسها من الأول عشرة أيام ، ثم تضع الثاني وتترى الدم ، فإنه نفاس على جديته ، وإن كان بينها أقل من ذلك فهو نفاس واحد ، لكن مبتدأه من وضع

(١) الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٣ من أبواب النفاس ، حديث ١٥ .

الأول ، واحتساب العشرة من وضع الآخر وإن تعدد ، وكذلك حكم خروج الأعضاء متعاقبة .

وهي بين التوأمين حامل تشارك الخواص في النذر والوصية لهن ، والوقف عليهن ، وتطلق من غير استبراء .

والنساء كالحائض ، إلا في أماكن :

الأول : في الأقل .

الثاني : في عدم العمل على التمييز .

الثالث : في تخلل النقاء ، بمعنى أن لا يشترط أن يكون بين دمتي النفاس أقل الطهر ، فإنه لو رأت دم النفاس ثم انقطع أقل من عشرة ، ثم وضعت آخر ورأت الدم ، وتعدى الدمان^(٩٣) العشرة ، فالدمان وما بينها نفاس ، ولو اتفق ذلك للحائض ، بان ترى الدم أيام عادتها ، ثم ينقطع أقل من عشرة ثم ترى الدم أيضاً وعبر الجميع العشرة فالثاني يكون إستحاضة .

الرابع : إبطاله لما قبله من الحيض ، بمعنى أن النفاس اللاحق للحيض قبل أقل الطهر ، فإنه يبطله ويتبين أنه كان إستحاضة ، والدم المتعقب للنفاس قبل أقل الطهر لا يبطل النفاس ، بل يكون الزائد على العشرة استحاضة .

الخامس : عدم الخروج به من العدة ، بل الخروج بوضع الولد ، إلا أن تكون حاملاً من زنا فالخروج بالدم لا بوضع الولد ، فتحسب الدم حيضة وتخرج به إن كان ثالثاً ، وإلا أكملته بحيضة أو حيضتين .

السادس : عدم رجوع المبتدأ به إلى نسائها مع عبوره العشرة ، بل تجعله عشرة .

السابع : عدم رجوع المعتادة الى عادتها فيه ، بل إلى عادتها في الحيض .
الثامن : ثبوت الحكم له مع مجاوزة العشرة ، كما لورأت دم النفاس في
الاول عشرة ، ثم وضعت الثاني قبل مضي عشرة اخرى ، فهي نفساء في
الجميع اجماعا .

في أحكام الاموات

قال رحمة الله : وهو فرض كفاية ، وقيل : هو مستحب .

أقول : وجوب التوجيه هو مذهب المفيد وابن إدريس ، واختاره الشهيد وأبو العباس ، والاستحساب مذهب الشيخ في المبسوط والخلاف ، لاصالة البراءة ، ودليل الوجوب الروايات^(٩٣) .

قال رحمة الله : اذا لم يحضر الميت مسلم ولا كافر ولا حرم من النساء ، دفن بغير غسل ، ولا تقربه الكافرة . وكذا المرأة ، وروي أنهم يغسلون وجهها ويدلها .

أقول : هذه الرواية نقلها الشيخ باسناده الى المفضل بن عمر ، قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : جعلت فداك ، ما تقول في المرأة تكون في السفر مع رجال ليس لها فيه حرم ولا معهم امرأة فتموت المرأة ، ما يصنع بها؟ قال : يغسل منها ما أوجب الله تعالى عليه التيمم ، ولا تمس ولا يكشف لها شيء من محاسنها التي أمر الله بسترها ، فقلت : كيف يصنع بها؟ قال : يغسل

باطن كفيها ، ثم يغسل وجهها ، ثم يغسل ظهر كفيها »^(٩٤) .

قال رحمة الله : وأقل ما يكفي في الماء من السدر أقل ما يقع عليه من الاسم ، وقيل مقدار سبع ورقات .

أقول : المشهور بين الأصحاب الإكتفاء بأقل ما يصدق عليه الاسم من السدر لحصول الامتثال به ، والأصل براءة الذمة عما زاد ، وقيل : مقدار سبع ورقات ، وقد وردت به رواية^(٩٥) ضعيفة السنّد ، وعمل الأصحاب بضدّها ؛ لأن التقدير أمر شرعي ، فيتوقف على النص ، ولم يثبت .

تنبيه: لا ينبغي وضع السدر صحيحاً، بل مطحوناً؛ لأن المراد به التنظيف، والتنظيف إنما هو بالمطحون، ولو طرحة صحيحاً أجزأاً .

قال رحمة الله : وفي الموضوع تردد ، والأشبه أنه لا يجب .

أقول : منشأ التردد من عموم قوله عليه السلام : « كل غسل يفتقر إلى الموضوع إلا غسل الجنابة »^(٩٦) ، وهذا غسل ، فيفتقر إلى الموضوع ، ومن أن إفتقار الأغسال إلى الموضوع لأجل استباحة الصلاة ، لا لأنه تمام الغسل ، والميت لا صلاة عليه .

فكلام أبي الصلاح يشعر بوجوب الموضوع ؛ لأنه قال حين عد الأغال الواجبة : وغسل الميت وجه وجسمه مصلحة الحي ونكرمة الميت ، وصفته أن يبدأ الغاسل فينحني الميت ثم يوضيه وضوء الصلاة ، وقال الشيخ في المبسوط: وقد روى أن يوضئ الميت قبل غسله^(٩٧) ، فمن عمل بها كان جائزًا ، غير

(٩٤) - الوسائل، كتاب الطهارة، باب ٢٢ من أبواب غسل الميت، حديث ٢.

(٩٥) - الوسائل، كتاب الطهارة، باب ٦ من أبواب غسل الميت، حديث ٢.

(٩٦) - الوسائل، كتاب الطهارة، باب ٢٥ من أبواب الجنابة، حديث ١ وحديث ٢ بغاوت يسر.

(٩٧) - الوسائل، كتاب الطهارة، باب ٦ من أبواب غسل الميت .

ان عمل الطائفة على ترك العمل بذلك ؛ لأن غسل الميت كغسل الجنابة ولا وضوء في غسل الجنابة^(٩٨) .

قال ابن ادريس : وإذا كان الشيخ قال في مبسوطه : غير أن عمل الطائفة على ترك العمل بذلك لم يجز العمل بالرواية ؛ لأن العامل بها يكون مخالفًا للطائفة^(٩٩) .

ومذهب المصنف في المختصر الاستحباب ، واختباره العلامة .

قال رحمة الله : ولو عدم السدر والكافور غسل بباء القراء ، وقيل :

لا سقط الفسحة بفوات ما يطرح فيها ، وفيه تردد .

أقول : منشأ التردد من أن غسل الميت ثلاثة : الاولى : بباء السدر ، والثانية : بباء الكافور ، والثالثة : بباء القراء ، فيكون مطلق الغسلات واجباً متضفأً بهذه الصفة ، ولا يلزم من تعذر الصفة سقوط الموصوف عن الذمة ، ومن أن المأمور به هو الفصل بباء السدر وماه الكافور وماه القراء ، وقد تعذر فيسقط التكليف بذلك النوع من الغسل ، والقول بعدم السقوط قول ابن ادريس .

تنبيه : يكفي في غسل الميت نية واحدة عند الغسلة الاولى ، بأن يقول : (اغسل هذا الميت لوجه قربة الى الله) ، ولا يجب ذكر السدر والكافور ، ويكتفى بها في غسلتي الكافور والقراء ، لأن غسل الميت في الحقيقة غسل واحد ، والغسلات الثلاث كيفية لذلك الغسل الواحد ، لأنها أغسال متعددة ، وهذا لما عذوا الأغسال الواجبة جعلوها ستة أغسال ، أحدها غسل الاموات .

(٩٨) - المبسوط ١: ١٧٩ .

(٩٩) - السراج ١: ١٥٩ بتفاوت .

قال رحمة الله : ومنهم من أوجب قرضها مطلقاً، والاول اولى .

أقول : قال الشيخ رحمة الله : إذا أصاب كفن الميت نجاسة قرض الموضع بالمقراض ، وقال إبنا بابويه وابن ادريس : يقرض إن وضع في القبر ، والأغسلت ؛ لأنَّه قبل وضعه في القبر يمكن غسله ، فيكون أولى من قرضه ، لوجوب حفظ الكفن .

قال رحمة الله : الشهيد يدفن بثيابه وينزع عنه الخفان والفر و أصحابها الدم أو لم يصبهما على الظاهر .

أقول : قال الشيخ : الشهيد يدفن بثيابه ولم يغسل ، ويُدفن معه جميع ما عليه مما أصابه الدم الا الخفين ، وقد روی أنها اذا أصابها الدم دفنا معه ، وقال المقيد : يدفن بثيابه التي قتل فيها وينزع عنه من جلتها السراويل ، الا ان يكون أصحابها دم ، فلا تنزع عنه وتُدفن معه ، وكذلك ينزع عنه الفرو والقلنسوة ، وان أصحابها دم دفنا معه ، وينزع عنه الخف على كل حال .

فرع : لا يجوز التكفين في الجلود؛ لأنَّها تنزع عن الشهيد مع انه يدفن بجميع ماعليه^(١٠٠) ، وقال الشهيد في البيان : يجوز التكفين فيه مع عدم غيره .

(١٠٠) -في «ن» بزيادة : (فلا يناسب تكفين غيره بها) .

في الأغسال المندوبة

قال رحمة الله : واما الأغسال المندوبة ، فالمشهور منها ثانية وعشرون غسلا .

أقول : هذه الأغسال التي عددها من المشهور^(١٠١) بين الأصحاب ، وهناك أغسال اخر غير التي عددها وليس بالمشهورة ولم يذكرها هنا ، وذلك مثل ما ورد من استحباب الغسل في كل ليلة وتر من رمضان ، ومن استحباب الغسل عند قتل الوزغ ، ويوم نيروز الفرس .

قال رحمة الله : وغسل المفرط في صلاة الكسوف مع احتراق القرص إذا أراد قضاءه على الظهر .

أقول : اختلاف علماؤنا في وجوب الغسل على قاضي صلاة الكسوف والكسوف اذا تركها متعمدا مع احتراق القرص كله ، قال أبو الصلاح وسلام بوجسوبيه ، لرواية محمد بن مسلم^(١٠٢) ، وقال المفيد : انه مستحب ، واحتقاره

(١٠١) - في « ي ١ » : هي المشهورة .

(١٠٢) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ١ من أبواب الأغسال المسنونة ، حديث ١١ .

ابن ادريس والمؤخرون ، لاصالة براءة الذمة ، ولقوله عليه السلام : « من فاته صلاة فليقضها كما فاتها »^(١٠٣) ، ولم يجب الغسل عند فوتها ، فلا يجب عند قصائهما .

قال رحمة الله : إذا اجتمعت أغسال مندوبة لا تكفي نية القرابة ما لم ينحو السبب . وقيل : إذا انضم إليها غسل واجب كفاه نية القرابة ، والأول أولى . أتول : الاغسال المندوبة لا تتدخل لاختلاف أسبابها ، وقال في التذكرة : فإن نوى الجميع كفاه غسل واحد ، وإن نوى البعض إختص بمنواه . وإن جامعها واجب ، قال الشيخ : إن غسل ونوى به غسل الجنابة دون غسل الجمعة أجزاً عنها ، والمشهور خلافه ؛ لأن غسل الجمعة مستحب ، وغسل الجنابة واجب ، ولا بد من نية الوجه في كل منها ، فإن نوى الوجوب عن الجنابة والجمعة لم يجزه ؛ لأنه يكون قد نوى الواجب فيها ليس بواجب ، فيكون قبيحاً فلا يتقرب به إلى الله تعالى ، وإن نوى الندب لم يقع غسل الجنابة على وجهه ، وإن نواهما معاً كان الفعل الواحد قد نوى به الوجوب والندب معاً ، وهما ضدان فلا يقع عندهما ولا عن أحدهما ؛ لأنه ترجيح من غير مرجح .

(١٠٣) - الوسائل ، كتاب العيلة ، باب ٦ من أبواب قضاء الصلوات . والمنس الذي ذكره الشارح (رحمه الله)

مطابق لما في عالي اللاتي ٢ : ٥٤ .

في الطهارة الترابية

قال رحمة الله : ولو أخل بالضرب حتى ضاق الوقت أخطأ وصح تيممه
وصلاته على الأظهر .

أقول : قال الشيخ : إذا تيمم قبل الطلب مع تمكنه منه لم يعتد بذلك
التيمم ، قال العلامة : وهذا الكلام مع إطلاقه مشكل ، وتقرير البحث أن
نقول : إذا تيمم قبل تضييق الوقت بطل لعدم الشرط ، وهو تضييق الوقت ،
وان تيمم في آخر الوقت ولم يكن قد طلب مع تمكنه منه ، ففي بطلان تيممه
نظر : من ان صحته مشروطة بعدم الوجдан المشروط بالطلب ، والمشروط
بالمشروع بالشيء مشرط بذلك الشيء ، فيكون التيمم مشروطاً بالطلب ، ولم
يوجد الشرط فيتضييق المشرط .

ومن أنه مأمور بالصلوة ، وبدون فعلها لا يخرج عن العهدة ، وفعلها
مشروط بالتيمم ، لتعذر الماء عليه حيثئذ ، والطلب قد أسقط عنه لتضييق
الوقت ، ومع إمتثال الأمر يخرج من العهدة ، وهو مذهب المصنف والعلامة .

فروع :

الأول : لو وجد الماء بعد فراغه في رحله أو عند أصحابه الباذلين له

وجبت الإعادة ، بمعنى القضاء ، ولو طلب ووجده بعد الفراغ ، لم يجب الإعادة .

الثاني : تبوز النيابة في الطلب ؛ لأن الاعتماد على الفتن وهو يحصل بقول الثقة .

الثالث : لو ظن وجود الماء في أزيد من النصاب وجب الطلب .

الرابع : الطلب أنها يكون بعد دخول الوقت ؛ لأنه قبل دخول الوقت غير مأمور بالصلاحة ، ولا بتحصيل شيء من شرائطها ، فلو طلب قبل دخول الوقت وأفاده العلم بعدم الماء اكتفى به على الأقرب ، وإنما وجوب إعادة الطلب في الوقت .

قال رحمة الله : ولا يصح التيمم قبل دخول الوقت ويصح مع تضييقه ،
وهل يصح مع سعته ؟ فيه تردد ، والاحوط المثل .

أقول : منشأه أن شرط صحة التيمم فقدان الماء في الوقت ، وإنما يتحقق مع فقده في جميع أجزاء الوقت ، فيجب التأخير حتى يضيق ، ومن ان الأفضل الاتيان بالصلوة في أول وقتها ، والتيمم طهارة شرعية فيسوغ عند إرادتها في الوضوء والغسل ، لعطفه عليه في الآية^(١٠٤) ، والعطف يقتضي التسوية . وقال ابن الجنيد والعلامة في القواعد : إن كان العذر يُرجح زواله وجوب التأخير ، وإن كان لا يُرجح زواله جاز التيمم في أول الوقت ، لعدم فائدة التأخير ، وهو المعتمد .

قال رحمة الله : وقيل باستيعاب مسع الوجه والذراعين ، والأول أظهر .

أقول : القائل بذلك علي بن بابويه رحمة الله ، متحجباً برواية سماعة^(١٠٥) ،
ولأنه تعالى بين في الغسل الوجه واليدين واحوال في التيمم عليه^(١٠٦) ، ولأن
طهارة الماء أكمل ، وقد وجوب فيها الإستيعاب ، ففي الأنقص أولى .
والمشهور بين الأصحاب وجوب مسح الجبهة ، وحدتها من قصاص شعر
الرأس إلى الحاجب ، وظاهر الكفين من المعصم إلى أطراف الأصابع ،
والدليل صحيحة زرارة^(١٠٧) عن الباقر عليه السلام وأجابوا عن حجة ابن بابويه
بمنع سند رواية سماعة ، وبالمنع من احالة التيمم على الغسل ، لحصول
الفاصل وهو الباء الدالة على التبعيض ، وبمنع مساواة الأنقص الأكمل في
ال فعل ، لأن ذلك غير لائق ، بل اللائق نقصه في الفعل أيضاً .

قال رحمة الله : ويغزيه في الموضوع ضربة واحدة بجهته وظاهر كفيه ،
ولا بد من ضربتين ، وقيل : في الكل ضربتان ، وقيل : ضربة واحدة ،
والتفصيل أظهر .

أقول : حكم المصنف هنا ثلاثة أقوال :
أوها : التفصيل وهو الاكتفاء بضربة واحدة إن كان التيمم بدلاً من
الموضوع ، وإن كان بدلاً من الغسل ضرب ضربتين ، واحدة للوجه وأخرى
لليدين ، وهو المشهور بين الأصحاب ، وهو مذهب الشيخين وابن إدريس ،
واختياره المصنف والعلامة ، وعلم عليه روایات^(١٠٨) .

(١٠٥) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ١٣ من أبواب التيمم ، حديث ٢.

(١٠٦) - المائدة : ٦ .

(١٠٧) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ١١ من أبواب التيمم ، حديث ٩ ، وزرارة روایات آخر في الباب .

(١٠٨) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ١١ من أبواب التيمم ، وباب ١٢ .

وثانيها : وجوب الضربيتين مطلقاً ، سواء كان بدلأ من الوضوء أو الغسل ، وهو قول علي بن بابويه ؛ لصحيحه زرارة^(١٠٩) عن أبي جعفر عليه السلام .

وثالثها : الإكفاء بضربة واحدة مطلقاً أيضاً ، وهو مذهب السيد المرتضى رحمة الله ، لصحيحه زرارة^(١١٠) عن الباقر عليه السلام ، ولا يتهم أحد أنها هي دليل ابن بابويه في وجوب الضربيتين ، بل هي مغایرة لها .

في أحكامه

قال رحمة الله : من صلى بتييمه لا يعيد ، سواء كان في سفر أو حضر ، وقيل فيمن تعمد الجنابة وخشي على نفسه من استعمال الماء : يتيم ويصلى ثم يعيد ، وفيمن منعه زحام الجمعة عن الخروج مثل ذلك ، وكذلك من كان على جسده نجاسة ولم يكن معه ماء لإزالتها ، والأظهر عدم الإعادة .

أقول : هنا ثلاثة مسائل :

الأولى : فيمن تعمد الجنابة ، قال الشيخ : يتيم مع خوف التلف ويصلى ، فإذا وجد الماء اغتنسلاً وأعاد ، محتاجاً برواية جعفر بن بشير^(١١١) ، عن عبدالله بن سنان ، أو غيره ، عن أبي عبدالله عليه السلام .

وقال المقيد بعدم جواز التييم وإن خاف على نفسه ، ويلزمه بطلان الصلاة ، وعدم الاعتداد بها ؛ لرواية علي بن أحمد^(١١٢) ، عن أبي عبدالله عليه السلام .

(١٠٩) - (١١٠) - راجع نفس المقدم .

(١١١) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ١٤ من أبواب التييم ، حدث ، ٦ . وليراجع التهذيب ٩٦: ١ .

(١١٢) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ١٧ من أبواب التييم ، حدث ، ١ .

وقال ابن إدريس : بصحبة التيمم والصلوة ، واختارة المصنف والعلامة ، لقوله تعالى : ﴿ مَا جعل علَيْكُم فِي الدِّينِ مِنْ حَرْجٍ ﴾^(١١٣) ، ولما رواه ابن بابويه ، يرفعه إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : « ان فلاناً أصابه جنابة »^(١١٤) إلى آخر الرواية ، ولأنه فعل المأمور به شرعاً فيخرج به من العهدة .

الثانية : من منعه زحام الجمعة ، ولم يتمكن من الخروج بسببه ، فتيمم وصلى في المسجد ، هل تصح هذه الصلاة ويخرج بها من العهدة ، أو يجب قصاؤها ؟ قوله تعالى : أَحَدُهُمَا الصَّحَّةُ ، لَأَنَّهُ إِمْتَنَلَ الْمَأْمُورَ بِهِ شَرْعًا فَيُخْرِجُ مِنَ الْعِهْدَةِ ، وهو مذهب المصنف والعلامة ، والأخر الإعادة عند وجود الماء ، قاله الشيخ رحمة الله ، لرواية السكوني^(١١٥) ، عن جعفر ، عن أبيه عليهما السلام .

الثالثة : اذا كان على جسده نجاسة ولم يكن معه ماء لازالتها ، ويعلم البحث فيها مما تقدم .

فرع : قال العلامة في التذكرة : لو جامع المسافر ومعه ما يغسل به الفرج ، غسله وتيمم وصلى ، ولا إعادة اجتماعاً ، ولو فقد ، تيمم وصلى ولا إعادة على رأي .

قال رحمة الله : من عدم الماء وما يتيمم به لقيد أو حبس في موضع نجس ، قيل : يصلى ويعيد ، وقيل : يؤخر الصلاة حتى يرتفع العذر ، فإن خرج الوقت قضى ، وقيل : يسقط الفرض أداء أو قضاء أو ، وهو الأشبه .

. (١١٣) - الحج : ٧٨.

(١١٤) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٥ من أبواب التيمم ، حدث ١ .

(١١٥) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ١٥ من أبواب التيمم ، حدث ١ .

أقول : هنا ثلاثة أقوال :

الأول : قول الشيخ رحمة الله في المبسوط قال من كان محبوساً بالقيد أو الرباط ، أو مصلوباً على خشبة أو في موضع نجس لا يقدر على طاهر يسجد عليه ولا يتيمم به ، فإنه إما أن يؤذن لها أو يصلى وعليه الاعادة ؛ لأنه صلى بلا طهارة ولا تيمم .

الثاني : قول السيد المرتضى في المسائل الناصرية ، قال : ليس لاصحابنا فيه نص صريح ويقوى في نفسى أن من لم يجدهما ولا تراباً أن الصلاة لا تجب عليه ، وإذا تمكّن من الماء أو التراب قضى الصلاة إن كان الوقت قد خرج ، واستدل بقوله عليه السلام : « لا يقبل الله صلاة بغير طهور »^(١١٦) ، والظهور هو الماء عند وجوده ، والتراب عند فقده وقد عدمها جميعاً ، فوجب أن لا يكون له صلاة .

قال العلامة : وما قواه السيد قوي ، وما استدل به سديد في موضعه ، واستشكل في وجوب القضاء ، لأن وجوبه تابع لوجوب الأداء (ولا يتحقق وجوب الأداء)^(١١٧) ، فلا يجب القضاء .

الثالث : سقوط الفرض أداء أو قضاء ، وهذا القول نقله المصنف عن بعض علمائنا ، قال العلامة : ولا يأس به .

والمعتمد أن فاقد الظهورين يجب أن يذكر الله تعالى بقدر زمان صلاته ، فإن لم يفعل يجب القضاء ، وهو مذهب المفید في رسالته إلى ولده ، ونقله العلامة في مختلفه^(١١٨) ، وأبن فهد في مذهبه ، وجزم به في موجزه .

(١١٦) - مستدرك الوسائل ١: ٢٨٨ باب ١ من أبواب الوضوء ، حديث ٨.

(١١٧) - ما بين القوسين من « ي ١ » . وهو في عبارة المختلف : ٥٣ .

(١١٨) - المختلف : ١٤٩ ، والمهدى البارع ١: ٤٥٧ ، ونُم نشر على رسالة المفید .

قال رحمة الله : اذا وجد الماء قبل دخوله في الصلاة تطهر ، وإن وجده بعد فراغه من الصلاة لم تجبر عليه الإعادة ، وإن وجده وهو في الصلاة، قيل : يرجع ما لم يركع ، وقيل : يمضي في صلاته ولو تلبس بتكبيرة الاحرام حسب وهو الظاهر .

أقول : القول الأول - وهو الرجوع ما لم يركع - قول الشيخ في النهاية ، ومحمد بن بابويه ، لرواية عبدالله بن عاصم^(١١٩) ، عن أبي عبدالله عليه السلام . والقول الثاني - وهو عدم الرجوع ، ولو تلبس بتكبيرة الإحرام - هو قول السيد المرتضى وابن إدريس والمصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأنه دخل في الصلاة دخولاً مشرعوا ، فيجب الإنعام ، ويحرم إبطاله .

قال رحمة الله : وإن كان ملكاً لهم جيماً أو لا مالك له ، أو مع مالك يسمح بذلك فالفضل تحصيص الجنب ، وقيل : يختص به الميت ، وفي ذلك تردد .

أقول : التحقيق في هذه المسألة : أن الماء الذي لا يكفي غير واحد مع اجتماع ميت وحدث وجنب ، إما أن يكون ملكاً لواحد فهو ملكه ، أو مباحاً فهو لمن حازه ولا بحث حينئذ ، وإن كان مبذولاً ، أو منذوراً ، أو موقوفاً أو موصى به للأحوج ، أو ملكاً للجمع ، احتاجنا إلى تمييز الأحوج ، فيختص به على سبيل الإستحباب إن كان غير مقيد بالأحوج ، فالقول باختصاص الجنب هو قول الشيخ ، لرواية^(١٢٠) وردت عن الكاظم عليه السلام ، ولأن الجنب متبع بالغسل مع وجود الماء ، والميت قد سقط عنه الفرض بالموت . وقال ابن إدريس باختصاص الميت ؛ لأن المقصود من غسل الميت

(١١٩) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٢١ من أبواب التيمم ، حديث ٢ .

(١٢٠) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ١٨ ، حديث ١ .

تنظيفه وهو لا يحصل بالتيمم ، ولأنه خاتمة عمله فينبغي أن تكون طهارته كاملة^(١٢١) .

وتردد المصنف لعدم ترجيح أحد الدليلين عنده .

فروع :

الأول : لو تغلب المرجوح مع وجوب التخصيص أثم ولم يجزأ الطهارة به ، ومع استحباب التخصيص أساء وأجزاء الطهارة به .

الثاني : لو اجتمع حائض وجنب كان الجنب أولى ؛ لأن الرجل أولى بالكمال من المرأة ، ويختتم أولوية الحائض ؛ لأنها تقضي حق الله تعالى وحق زوجها في إباحة الوطنيء .

الثالث : لو اجتمع من على ثوبه أو بدنـه نجاسة مع جنب أو ميت ، كان مزيل النجاسة أولى ، وإن كانت على الميت وقلنا بتقديم الجنـب عليه ، كان إزالتها عن الميت أولى .

الرابع : يقدم العطشان على الجميع .

الخامس : لو لم يكـف من خصـه الشـارع به صـرف إلى الآخر ، فـإن قـصر عن الجميع تعـين للجنـب ليـصرفـه في بعض أـعضاـهـه ، وـيتـوـقـع للـباقي ، لـعدـم وجـوبـ المـواـلاـةـ فيـ الفـلـ ، فـإنـ تـعـذـرـ الإـكمـالـ تـبـمـ .

(١٢١) - في «ن» بزيادة : والمعي برفع إلى الماء فيقتـلـ .

في النجاسات

قال رحمة الله : وفي رجيع ما لا نفس له سائلة وبوله تردد ، وكذا في ذرق الدجاج غير الحلال ، والأظهر الطهارة .

أقول : هنا مسئلان :

الأولى : في رجيع ما لا نفس له سائلة ، ومنشأ التردد عموم الأخبار الدالة على نجاسة رجيع ما لا يُؤكل لحمه^(١٢٢) ، فيدخل ما لا نفس له في العموم ، ومن لزوم الخرج بنجاسته فإنه مما يشق بالاحتراز عنه ، والمشهور بين الأصحاب طهارته .

الثانية : ذرق الدجاج غير الحلال ، وبنجاسته قال الشيخان ، لرواية محمد بن أحمد بن يحيى^(١٢٣) ، وبطهارته قال محمد بن بابويه ، وتابعه

(١٢٢) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٩ من أبواب النجاسات .

(١٢٣) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ١٠ من أبواب النجاسات ، حدثت ٣ .

معظم^(١٢٤) الأصحاب لرواية زرارة^(١٢٥) ، وأصالة الطهارة ، وكونه مما يشق التحرز منه .

قال رحمة الله : وفي مفي ما لا نفس له تردد ، والطهارة أشبه .

أقول : التردد من عموم^(١٢٦) نجاسة النبي مطلقاً من جميع الحيوانات المحللة والمحرمة ، فيدخل غير ذي النفس في العموم ، ومن أصالة الطهارة ، وكونه دماً في الحقيقة ، ودم ما لا نفس له ظاهر ، فيكون منه ظاهراً لعدم الدليل الناقل له عن أصله .

قال رحمة الله : وما كان منه لا تحمله الحياة ، كالمعظم والشعر فهو ظاهر إلا أن تكون عينه نجسة كالكلب والخنزير والكافر على الأظهر .

أقول : المشهور نجاسة جميع أجزاء نجس العين ، فإن النبي صلَّى الله عليه وآله وسلم وصفه بكونه « رجأ نجا »^(١٢٧) ، وهو يتناول عظمه وشعره ، لأنهما داخلان في مسنه ، وقال السيد المرتضى بعدم نجاسة ما لا تحمله الحياة منه ، لأنَّ ما لا تحمله الحياة لا يمكن بنجاسته كشعر الميتة وعظمها من ظاهر العين .

والجواب حصول الفرق ، لأنَّ المقتضي للتجسيس في نجس العين ذاته ، وفي الميتة صفة الموت ، وهذه الصفة لم تحصل فيها لا تحمله الحياة ، فيبقى على أصالة الطهارة .

(١٢٤) - في « ن » : بعض .

(١٢٥) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٩ من أبواب النجاسات ، حديث ٤ و ٦ .

(١٢٦) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ١٦ من أبواب النجاسات .

(١٢٧) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ١٢ من أبواب النجاسات ، حديث ٢٢ ، والرواية عن الصادق عليه اسلام ، لا عن النبي صلَّى الله عليه وآله .

قال رحمة الله : وفي الثعلب والأرنب والفارأة والوزغ تردد ، والأظهر الطهارة .

أقول : هنا مسائل :

الأولى والثانية : الثعلب والأرنب ، وبنجاستهما قال الشيخ في النهاية والمبسوط وبه قال المقيد ، لرواية يونس^(١٢٨) ، عن بعض أصحابنا ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، وبالطهارة قال ابن إدريس ، واختاره المصنف والعلامة ، لرواية الفضل أبي العباس^(١٢٩) ، عن أبي عبدالله عليه السلام .

الثالثة والرابعة : الفارأة والوزغة ، وبنجاستهما قال الشيخ المقيد ، وبطهارتها قال المصنف والعلامة ، واستدل الجميع بالروايات^(١٣٠) .

قال رحمة الله : الثامن : المسكرات ، وفي تنبيتها خلاف ، والأظهر النجاسة .

أقول : قال الشيخ المقيد والمرتضى ومعظم الأصحاب بنجاسة المسكرات ، وادعى الشيخ والسيد عليه الاجماع ، وقال ابن الجنيد : ومن اصاب ثوبه أو جسده خر أو مسکر لم يكن عليه غسلها ؛ لأن الله تعالى إنما حرمها تعبدأ لا لأنها نجسان ، وكذلك سبيل العصير والخل إذا اصاب الثوب ، ونحوه قال محمد بن بابويه ، واستدل الجميع بالروايات^(١٣١) .

(١٢٨) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٤٤ من أبواب النجاسات ، حديث ٣.

(١٢٩) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ١١ من أبواب النجاسات ، حديث ١ . في النسخ (ابن العباس) بدل (أبي ...) ، وصححناه من كتب الرجال والحديث .

(١٣٠) - راجع الوسائل كتاب الطهارة باب ١٩ من أبواب الماء المطلق حديث ٢ ، وباب ٩ من أبواب الأستار حديث ٢ و٤ و٧ و٨ ، وباب ٣٣ من النجاسات ، حديث ١ و٢ ، وباب ٣٦ حديث ٢ ، ١ .

(١٣١) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٢٨ من أبواب النجاسات .

**قال رحمة الله : وفي عرق الجنب من الحرام وعرق الإبل الجلالة
والمسوخ خلاف ، والأظهر الطهارة .**

أقول : هنا مسائل :

**الأولى والثانية : عرق الجنب من الحرام وعرق الإبل الجلالة ،
وينجاسته قال الشيخان ، وقال ابن إدريس والمصنف والعلامة بالطهارة ،
واستدل الفريقيان بالروايات^(١٣٢) .**

**الثالثة : المسوخ ، وينجاستها قال الشيخ سلار ؛ لأن المسوخ يحرم
بيعها ، ولا مانع سوى التجasse ، وقال المصنف والعلامة بالطهارة ، للأصل ،
وما رواه عبد الحميد بن سعد قال : « سالت أبا عبدالله عليه السلام عن
عظم الفيل ، هل يحل بيعها للذى يعمل منها الأمشاط ؟ قال : لا بأس ، قد
كان لأبي مشط أو امشاط »^(١٣٣) ، والفيل أحد أنواع المسوخ ، فلو كان نجسا
كان عظمه نجسا أيضاً .**

(١٣٢) - راجع الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ١١ من أبواب الماء المضاف ، وباب ٢٧ من أبواب التجassات ، هذا في خصوص عرق الجنب . وفي مسألة عرق الإبل الجلالة راجع الوسائل ، كتاب الطهارة باب ٥ و ٦ ، من أبواب الأستار وباب ١٥ من التجassات .

(١٣٣) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٣٧ من أبواب ما يكتسب به ، حديث ٢ وفي بعض النسخ : (عبد الحميد بن سعيد) كما في الوسائل .

في أحكام النجاسات

قال رحمه الله : وان كان متفرقًا قيل : هو عفو ، وقيل : يجب إزالته ،
وقيل : لا يجب إلا أن يتناهى ، والأول أظهر .
أقول : هنا ثلاثة أقوال في المتفرق من الدم :
الأول : لا يجب إزالته إلا أن يبلغ كل موضع منه مقدار الدرهم ، وهو
مذهب ابن إدريس ، واختاره المصنف ، لأن كل واحد من المتفرق عفو ،
لقصوره عن سعة الدرهم .
الثاني : يجب إزالته إذا بلغ الدرهم ، سواء كان متفرقًا أو مجتمعا ، وهو
قول الشيخ في المبسوط ، لقوله تعالى : ﴿ وَتِبَابُكَ فَظَاهِرٌ ﴾^(١٣٤) خرج عنه ما
وقع عليه الإجماع - وهو ما نقص عن الدرهم - فيبقى الباقي على النع ، ولأن
النجاسة البالغة مقدار الدرهم لا تتفاوت بالإجتماع والإفتراق في محل .
الثالث : قوله في النهاية ، وهو أنه عفو ما لم يبلغ التفاحش ، ولم يذكر

وجهه ، وليس في الروايات^(١٣٥) الواردة في هذا المعنى ما يدل عليه ، ولعله نظر إلى استقداره واستخباره ، والجثث علة في التحرير ، لقوله تعالى : « وَيَحْرُمْ عَلَيْهِمُ الْخَبَاثَ »^(١٣٦) .

فرعان :

الأول : لو تعددت الثياب وفي كل واحد منها قدر ما عفى عنه من الدم ، لسم يحب إزالته وإن زاد المجموع عن الدرهم ، والثوب والبدن متعددان لا يضم أحدهما إلى الآخر ، وإذا كان الدم في باطن الثوب وفي مقابلة من الظاهر ، فان نفذ أحدهما إلى الآخر فهما واحد .

الثاني : إذا أصاب ما نقص عن الدرهم بُصاق أو ماء ، فإن تعدى عن حمله لم يبق العفو ، وإن بقي على محل الدم ولم يتعد ، هل يبقى العفو ؟ قيل : لا ؛ لأنّه صار حاملاً لنجس وهي الرطوبة الملacia للدم ، وقيل : يبقى ؛ لأن النجس شيء لا يزيد عليه في الحكم .

قال رحمة الله : وإذا لاقى الكلب أو الخنزير أو الكافر ثوب الإنسان رطباً غسل موضع الملاقاة واجباً ، وإن كان يابساً رشه بالماء استعجاياً ، وفي البدن يغسل رطباً ، وقيل : يمسح يابساً ، ولم يثبت .

أقول : الضوابط أن كل نجاسة لا تؤثر في الثوب ولا البدن لا يجب غسلها ، إلا ميت غير الأدمي فان نجاسته تعدى ، وإن كان يابساً على فتوى القواعد والموجز ، واشترط الشهيد في بيانه الرطوبة ، أما ميت الأدمي ففي القواعد تعدى نجاسته مطلقاً أيضاً ، رطباً ويبساً ، بارداً وسخناً ،

(١٣٥) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٢٠ من أبواب النجاسات .

(١٣٦) - الأعراف : ١٥٧ .

وفي الموجز لا تتعذر إلا مع الرطوبة حال بردہ بالموت خاصة .

وقال ابن حزہ بوجوب رشُّ الثوب إذا اصابة الكلب أو الخنزير أو الكافر يابساً ، ومسح موضع الإصابة في البدن بالتراب مع يَسِّ الملaci ، لما رواه حریز^(١٣٧) عمن أخبره ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، والمشهور الإستحباب ، إذ مع البيوسة لا تتعذر النجاسة ، وإنما وجوب غسل محل .

قال رحمة الله : وإذا أخل المصلي بإزالة النجاسة عن ثوبه أو بدنـه أعاد في الوقت وخارجـه ، فإن لم يعلم ثم علم بعد الصلاة لم تجب عليه الاعادة ، وقبيل : يعيد في الوقت ، والـأول أظهر .

أقول : إذا لم يعلم بالنـجـاسـة إلاـ بـعـدـ الصـلـاةـ ، وـتـيقـنـ سـيـقـهاـ عـلـىـ الصـلـاةـ ، فـانـ خـرـجـ الـوقـتـ لـاـ اـعـادـةـ إـجـمـاعـاـ^(١٣٨) ، وهـلـ يـعـيدـ مـعـ بـقـائـهـ ؟
 قال السيد المرتضى ، وابن إدريس : لا يعيد ، واحتاره المصنف والعلامة في الإرشاد ، لأصالة براءة الذمة ، ولرواية حفص بن غياث^(١٣٩) ، عن جعفر ، عن أبيه عليهما السلام .

وقال الشيخ في موضع من النهاية ، والعلامة في القواعد : يعيد ، للإحتياط ، ولرواية وهب بن عبد ربه^(١٤٠) ، عن أبي جعفر عليه السلام .
 ويتفـرغـ عـلـىـ الـمـذـهـبـينـ مـاـ لـوـ عـلـمـ بـالـنـجـاسـةـ فـعـلـ الـأـوـلـ يـطـرـحـهاـ إـنـ أـمـكـنـ وـيـتـمـ صـلـاتـهـ ، إـنـ لـمـ يـمـكـنـ إـلـاـ بـفـعـلـ الـثـانـيـ كـاـلـإـسـتـدـبـارـ وـالـفـعـلـ الـكـثـيرـ اـسـتـأـنـفـ ، وـعـلـىـ الثـانـيـ يـسـتـأـنـفـ مـعـ بـقـاءـ الـوقـتـ مـطـلـقاـ ، سـوـاءـ

(١٣٧) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، أبواب النجاسات ، باب ٢٦ ، حديث ٣ .

(١٣٨) - كلمة (إجماعاً) من «ن» .

(١٣٩) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٣٧ من أبواب النجاسات ، حديث ٥ .

(١٤٠) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٤٠ من أبواب النجاسات ، حديث ٨ .

قال رحمة الله : إذا كان مع المصلى ثوبان وأحدهما نجس لا يعلمه بعينه صل صل الصلاة الواحدة في كل منها منفرداً على الظهور .

أقول : مذهب الشيخ رحمة الله ومعظم الأصحاب أنه يصل الصلاة الواحدة في كل واحد منها منفرداً ؛ لأنّه متمكن من أداء الفرض في ثوب طاهر فيتعين^(٤٢) ، وبالصلاحة فيها مرتين يحصل المأمور به ، فيجب عليه فعله .

وقال ابن إدريس : يُلقيها ويصل عرياناً ؛ لأنّ الواجب عليه عند إيقاع كل فريضة أن يقطع بطهارة ثوبه ، وهو متتبّع عند افتتاح كل صلاة هنا ، ولا يجوز أن تقف الصلاة على ما يظهر^(٤٣) ؛ لأنّ الصلاة واجبة على وجه يقع عليه الصلاة ولا يؤثر فيه المتأخر .

والجواب : المنع من وجوب علمه بطهارة الثوب حينئذ ؛ لأنّ هذا التكليف سقط عنه لتعذرره ، والمؤثر في وجوب الصلاة^(٤٤) هنا موجود مع الفعل لا متأخر عنه ، لأنّنا نحكم بوجوب صلاتين ، أحدهما بالأصل صلاة والأخرى بالاشتباه ؛ لأنه لا يتم الواجب إلا به وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، ولم يتفلّن ابن إدريس لذلك ، وظنّ أن إحدى الصلاتين واجبة

(٤١) - من «ن» ، وفي النسخ : التقديم .

(٤٢) - في «ن» و«ر» : فتعميم الصلاة .

(٤٣) - في السرائر بزيادة : فيما بعد ، راجع السرائر ١ : ١٨٥ .

(٤٤) - في «ن» : الصلاتين .

دون الأخرى ، ثم يعلم المكلف بعد فعلها أنه فعل الواجب بالجملة ، وليس كذلك .

فروع :

الأول : إذا اشتبه النجس بالظاهر ، وكان النجس محصوراً كرر الفريضة بعد النجس وزيادة فريضة ، وإن كان غير محصور كررها في الجميع مع تمكنه ، وإن سقط التكرار ويصل إلى أيها شاء أو عارياً على الخلاف .

الثاني : إذا صل في المثبتين فليصل الفريضة في كل واحد منها ليحصل القطع ببراءة ذمته منها ، ثم يصل الآخر فيهما ، ولو صل الأولى في ثوب والثانية فيه أيضاً ثم أعادهما في الآخر احتمل الإجزاء لحصول الترتيب قطعاً ، ولكن الأولى أولى .

الثالث : لو صل الأولى في ثوب ثم الثانية في آخر ، ثم الأولى فيه أيضاً ثم الثانية في الأول ، صحت الأولى خاصة ، لاحتمال كون الظاهر هو الثاني ، فيكون قد أوقع العصر قبل الظهور فتكون باطلة ، ولو لم يجب الترتيب صحتا معاً .

قال رحمة الله : ويجب أن يلقى الثوب النجس ويصل عرياناً إذا لم يكن هناك غيره ، وإن لم يمكنه صل فيه وأعاد ، وقيل: لا يبعد ، وهو الأشبه^(١٤٥)

أقول : الإعادة مذهب الشيخ رحمة الله ومستنده روایة عمارة السباباطي^(١٤٦) عن أبي عبدالله عليه السلام ، وعدم الإعادة مذهب ابن إدريس

(١٤٥) - في «ن»: أشبه .

(١٤٦) - الوسائل، كتاب انطهارة، باب ٤٥ من أبواب النجاسات، حدثت ٨.

واختاره المصنف ، والعلامة ؛ لأنَّه أتى باللَّامُور به فيخرج به عن العهدة ، وهذا المذهبان مشهوران .

واختار المصنف في المعتبر ، والعلامة في متهى المطلب ، جواز الصلاة في الثوب النجس مع التمكِّن من نزعه اذا لم يتمكِّن من غسله ، وذهباً إلى جواز التخيير أيضاً في نزعه والصلة فيه لوجهين :

الاول: ان طهارة الثوب شرط في الصلاة وستر العورة شرط أيضاً في تخيير المكلف بترك أيها شاء .

الثاني: صحيحـة علي بن جعفر ، عن اخـيه موسـى عـلـيـه السـلام قـال : « سـأـلـتـه عـن رـجـل عـرـيـان وـقـد حـضـرـتـ الصـلـاة ، فـاـصـابـ ثـوـبـاً نـصـفـه دـم أو كـلـه دـم ، أـيـصـلـيـ فـيـه أو يـصـلـيـ عـرـيـاناً؟ قـالـ : إـن وـجـدـ مـاء غـسـلـه ، وـإـن لـم يـجـدـ صـلـ فيه ، وـلـا يـصـلـيـ عـرـيـاناً»^(١٤٧) .

قال رحمة الله : والماء الذي تغسل به النجاسة نجس ، سواء كان في الغسلة الأولى أو الثانية ، سواء كان متلوثاً^(١٤٨) بالنجاسة أو لم يكن ، سواء بقي على المفسول عين النجاسة أو نفقي ، وكذا القول في الإناء على الأظاهر .

أقول : الماء المستعمل في تطهير الشيب وغيرها للاصحاب فيه أقوال :

قال السيد المرتضى : حكم المنفصل عن المفسول حكم المحل بعد الغسل ، فعل هذا يكون ظاهراً ، سواء كان في الأولى أو الثانية أو الثالثة ، وبه قال الشيخ في باب تطهير الشيب من المسوط .

قال السيد : لأنَّا لو حكمنا بنجاسة الماء القليل لوروده على النجاسة ،

(١٤٧) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٤٥ من أبواب النجاسات ، حديث ٥ .

(١٤٨) - في نسخة : متلواناً .

لأدى ذلك إلى أن الثوب لا يظهر عن النجاسة إلا بإبراد كرّ من الماء عليه دفعة، وهو باطل للمسحة .

وجزم الشيخ في الخلاف بنجاسة الأولى وطهارة الثانية .

وقال المصنف والعلامة : بنجاسة المنفصل مطلقاً ، سواء كان في الأولى أو الثانية أو الثالثة ، أو ما زاد على ذلك من الغسلات الواجبة كالسابعة من نجاسة الخنزير والخمر ، لا ما زاد على العدد الواجب ، كما توهّم ابن فهد رحمة الله في مقتصره ومذهبـه ؛ لأنـه قال : وإنـ زاد على الواجب . وهو غلط حصل له من لفظ الإطلاق .

قال العـلـامة في نهايـته : وأنـ يكون نجـسا مـطلـقا سـوـا انـفصـلـ منـ الغـسلـةـ المـطـهـرـةـ لـلـمـحـلـ أـولاـ ؛ لأنـ مـاءـ قـلـيلـ لـاقـيـ نـجـاسـةـ فـانـفعـلـ عـنـهاـ كـغـيرـهـ .

فقد تبين من الإطلاق أنه في المطهرة وغير المطهرة ، لا ما زاد على المطهرة، وإذا كان العلة في التنجيس كونـهـ مـاءـ قـلـيلـ لـاقـيـ نـجـاسـةـ ، فـبـعـدـ الحـكـمـ بالـطـهـارـةـ يـلاـقـيـ مـحـلـ طـاهـرـاـ^(١٤٩) ، ولا قـائـلـ بـنـجـاسـةـ غـسـالـةـ المـحـلـ الطـاهـرـ .

والمراد بالاطلاق خلافاً للخلاف ، لأنـ الشـيـخـ فيـ الـخـلـافـ حـكـمـ بـنـجـاسـةـ الغـسـالـةـ الـأـولـىـ دونـ غـسـالـةـ الغـسـلـةـ المـطـهـرـةـ كـثـانـيـةـ الـبـولـ ، وـثـالـثـةـ الـفـأـرـةـ وـالـلـوـلـوغـ وـسـابـعـةـ الـخـمـرـ وـالـخـنـزـيرـ ، والمـصـنـفـ وـالـعـلـامـةـ اـطـلـقـاـ التـنـجـيـسـ فيـ الـأـولـىـ وـالـمـطـهـرـةـ .

قال الشـهـيدـ فـيـ الذـكـرـيـ : فـعـلـ هـذـاـ يـكـونـ حـكـمـ الغـسـالـةـ حـكـمـ مـفـسـوـهاـ قـبـلـهـ ، فـمـذـهـبـ الشـهـيدـ وـالـمـصـنـفـ وـالـعـلـامـةـ وـاحـدـ ، وـهـوـ طـهـارـةـ المـنـفـصـلـ إـذـاـ وـرـدـ عـلـ مـحـلـ قـدـ حـكـمـ بـطـهـارـتـهـ ، وـعـنـدـ اـبـنـ فـهـدـ (ـاـنـ مـذـهـبـ المـصـنـفـ

(١٤٩) - مـكـنـاـ وـرـدـ هـذـهـ الـجـمـيـةـ فـيـ النـسـخـ إـلـاـ «ـنـ»ـ فـإـنـهـاـ كـالتـالـيـ : (ـفـيـدـ الـحـكـمـ بـطـهـارـةـ مـاـ يـلاـقـيـ ...ـ).

كتاب الطهارة والعلامة^(١٥٠) نجاسة الغسالة وإن وردت على محل قد حكم بطهارته ، وهو مخالف للعقل والنقل .

وأجاب العلامة عن حجة السيد بالمنع من الملازمة ، فإننا نحكم بتطهير الثوب ونجاسة الماء بعد انفصاله عن المحل ، والفرق بين المتصل والمفصل لزوم الكلفة والمشقة بتنجييس المتصل دون المفصل ، هذا مع عدم التغير أما لو تغير بالنجاسة فنجس^(١٥١) إجماعاً ، ولا فرق بين الشاب والأواني عند المصنف ومن تابعه ، فلا يتوهّم متوجه أن قول المصنف : (وكذا القول في الإناء على الأظهر) أراد به الفرق ، بل أراد أن يبيّن أن حكم الأواني حكم الشاب .

وقوله : (على الأظاهر) عائد إلى الخلاف الواقع في الماء الذي يفضل به النجاسة ، سواء كانت على الثوب أو في الإناء أو غيرهما .

وأما الشيخ رحمة الله فقد حكم في الخلاف بطهارة غسلني الولوغ سواء كان من الأولى أو الثانية ، وهو موافق لمذهب في المسوط ؛ لأن حكم بطهارة المفصل مطلقاً كمذهب السيد ، وقد بيّنا في صدر المسألة .

قال رحمة الله : وقيل في الذنب إذا ألقى على نجاسة على الأرض نظير الأرض مع بقائه على طهارته .

أقول : بالطهارة قال الشيخ وابن إدريس ، لما رواه أنس عن النبي صلَّى الله عليه وآلـه وسلَّمـ ، قال : « جاء اعرابي ، فبال في طائفة المسجد ، فزجره الناس ، فنهاهم النبي صلَّى الله عليه وآلـه وسلَّمـ ، فلما قضى بوله ، فأمر بذنب من ماء فأهربق عليه »^(١٥٢) ، والنبي صلَّى الله عليه وآلـه وسلَّمـ إنما يامر بالطهارة

(١٥٠) - ما بين القوسين مضروب عليه القلم في « ن ». .

(١٥١) - من « ن » ، وفي بعض النسخ : حكم بنجاسته ...

(١٥٢) - صحيح مسلم ج ١ ، كتاب الطهارة ، باب ٣٠ وجوب غسل التجassات إذا حصلت ... حدثنا ٩٩ .

بالمؤثر في الطهارة ، لا بما يزيد في التنجيس ، فيلزم منه طهارة الماء أيضاً .
ومنعه العلامة ؛ لأنَّ ماء قليل لاقي نجاسة فانفعل بها ، فلا يظهر
المحل ، وأجاب عن الرواية بكونها من طريق العامة ، وبكون الذنوب كبيرة
يسع كراً^(١٥٣) .

قلت : وهذه الرواية تقوى مذهب السيد المرتضى بعدم نجاسة الماء
الذى تزال به النجاسة ، وهو قوي .

تنبيه : تطهر الأرض بأحد أمور ستة :

الأول : القاء كِرْفَة زاد عليها دفعة مع زوال عين النجاسة عنها .

الثاني : إجراء الماء الحارى عليها حتى يستهلك النجاسة .

الثالث : طلوع الشمس عليها حتى تخفف .

الرابع : وقوع الغيث عليها حتى يستهلك النجاسة .

الخامس : كشط النجاسة وما يتصل به أجزاؤها عنها .

ال السادس : الزيادة عليها ، بأن يطرح فوقها طيناً أو ترباً ، وتسمية هذين

مطهرين على سبيل المجاز .

تلذيب : إنما يظهر بغير الكثير ما يمكن (إنفصال الغسالة عنه ، كالثياب والأواني ، وكل جسم لا يتشرب الغسالة ، بحيث لا يمكن^(١٥٤) انفصalam عنده ، وما لا يمكن إنفصalam عنده كالمائعتات ، والقرطاس ، والطين ، والحب المطبوخ بالماء النجس ، واللحم وشبهه إذا طبخ به ، والخبز المعجون بالنجس ، لهذا جميعه لا يظهر ألا بالكثير إذا تحمله .

(١٥٣) - في نسخة : يبلغ .

(١٥٤) - في «ي١» : يمكن .

قال رحمة الله : ويغسل الإناء من ولوغ الكلب ثلاثة أولاًهن بالتراب
على الأصح^(١٥٥) .

أقول : ولوغ هو شرب الكلب من الإناء بطرف لسانه ، ويغسل له
ثلاث غسلات ، أو لا هن بالتراب ، وقال المقيد : الوسطى بالتراب ، والأول
هو المشهور .

والمشهور هو اختصاص التراب باللوغ ، ولم يفرق المقيد بين اللوغ
والوقوع وال المباشرة بالأعضاء .

فرعان :

الأول : لو عدم التراب وجب التعفير بمشابهه^(١٥٦) كالأسنان والنورة
والدقيق ، ولو عدم الجميع وجب الثلاث بالماء .

الثاني : لو غمسه في الكثير لم يجز عن التعفير ؛ لأن التراب ربما كان
أبلغ بازالة الرطوبة .

(١٥٥) - في بعض النسخ: على الأظاهر .

(١٥٦) - في «ن»: بما يشبهه .

كتاب الصلاة

في النوافل

قال رحمه الله : ونواقلها في الحضر أربع وثلاثون ركعة على الأشهر .

أقول : أطبق الأصحاب في كتب الفتاوى على أن الفرض والنفل أحد وخمسون ركعة في اليوم والليلة ، وفهم عليه روایات كثيرة^(١) ، ووردت روایات آخر^(٢) تتضمن النقيصة عن ذلك ، فم منها : روایة يحيى بن حبيب ، عن الرضا عليه السلام ، وروایة أبي بصير ، عن الصادق عليه السلام ، فإنها تتضمنان نقيصة أربع من نافلة العصر ، ومنها روایة زرارة ، عن الصادق عليه السلام فإنها تضمنت إسقاط ركتين من نافلة المغرب مع سقوط ما تقدم ، ولم يعمل بها أحد من الأصحاب .

(١) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ١٢ من أبواب أعداد انفرائض ونواقلها .

(٢) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ١٤ من أبواب أعداد انفرائض ونواقلها .

قال رحمه الله : ويسقط في السفر نوافل الظهر والعصر والغترة على الأظهر .

أقول : قال الشيخ في الجمل والمسوط : تسقط ، وقال في النهاية : إنه يتخير ، واختاره أبو العباس .

في أوقات الصلاة

قال رحمة الله : والغروب باستئنار القرص ، وقيل : بذهب الحمرة من المشرق ، وهو الأشهر .

أقول : المشهور بين علمائنا أن علامه غروب الشمس ذهب الحمرة المشرقيه ؛ لأن الأفاق مختلفه ، وربما حصل غيبوبة القرص قبل غروب الشمس ، لاجل حائل ، فلو لم يكن الاعتبار بزوال الحمرة لما حصل الصلاة بعد دخول الوقت بيقين ، ولرواية بريد بن معاویه^(٢) في الصحيح عن الباقي عليه السلام .

وقال الشيخ رحمة الله في المبسوط : علامه غيبوبة الشمس هو أنه إذا رأى الأفق والسماء مصححة ، ولا حائل بينه وبينها ورآها غابت عن العين علم غروبها .

ومن أصحابنا من قال : يراعى زوال الحمرة من ناحية المشرق ، وهو أحوط .

(٢) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ١٦ من أبواب المواقف ، حديث ١ .

فأُنْتَ عَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ إِذَا غَابَ الشَّمْسُ عَنِ الْبَصَرِ وَرَأَى ضَوءَهَا عَلَى جَبَلٍ يَقْابِلُهَا أَوْ مَكَانٍ عَالٍ مِثْلِ مَنَارَةِ الإِسْكَنْدَرِيَّةِ ، فَإِنَّهُ يَصْلِي ، وَلَا يَلْزَمُ حَكْمَ طَلُوعِهَا بِحِيثَ طَلَعَتْ وَعَلَى الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى لَا يَجُوزُ حَتَّى تَغِيبَ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ^(٤) ، وَهُوَ أَحْوَطُ ، وَيَظْهُرُ مِنْ كَلَامِ الشَّيْخِ هَذَا أَنَّ الإِعْتَبَارَ بِغَيْرِيَّةِ الْقَرْصِ ، وَنَحْوِهِ قَالَ ابْنُ الْجَنِيدَ ، وَهُمَا عَلَيْهِ رِوَايَاتٌ^(٥) .

قَالَ رَحْمَةُ اللَّهِ : وَقَالَ آخَرُونَ مَا بَيْنَ الزَّوَالِ حَتَّى يَصِيرَ ظَلَّ كُلِّ شَيْءٍ مِثْلَهُ وَقْتُ الظَّهَرِ ، وَلِلْعَصْرِ مِنْ حِينَ يَمْكُنُ الفَرَاغُ مِنَ الظَّهَرِ حَتَّى يَصِيرَ مُثْلِيهِ ، وَالْمَهَائِلَةُ بَيْنَ الْفَيْءِ الزَّائِدِ وَالظَّلَّ الْأَوَّلِ ، وَقَبْلَ : بَلْ مِثْلُ الشَّخْصِ ، وَقَبْلَ أَرْبَعَةِ اقْدَامٍ لِلظَّهَرِ وَثَمَانَ لِلْعَصْرِ ، هَذَا لِلْمُخْتَارِ ، وَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ حَتَّى تَغْرِبَ وَقْتُ لِذْوِي الْأَعْذَارِ .

أَقْوَلُ : لِكُلِّ صَلَاةٍ وَقَتَانٍ أَوَّلَ وَآخِرَ ، قَالَ الشِّيخَانَ وَمَنْ تَابَعَهُمَا : الْأَوَّلُ وَقْتُ الْمُخْتَارِ ، وَالثَّانِي وَقْتُ الْمَعْذُورِ ، وَقَالَ الْمَصْنَفُ وَالْعَلَامَةُ : الْأَوَّلُ وَقْتُ الْفَضْيَلَةِ ، وَالثَّانِي وَقْتُ الْإِلْجَازِ ، وَهُوَ مَذْهَبُ ابْنِ إِدْرِيسَ ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى : « أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدَلْوِكَ الشَّمْسَ إِلَى غَسْقِ الظَّلَّ »^(٦) ، وَالدَّلْوِكُ هُوَ الزَّوَالُ ، وَالغَسْقُ هُوَ الظَّلْمَةُ ، وَلَيْسَ الْمَرَادُ بِالْإِتِيَانِ فِي جَمِيعِ هَذَا الزَّمَانِ إِجْمَاعًا ، فَتَعَيَّنَ التَّخْيِيرُ ، وَمُسْتَنْدُ الشَّيْخِ وَمَنْ تَابَعَهُ الرِّوَايَاتِ^(٧) .

إِذَا عَرَفْتَ هَذَا فَنَقُولُ : لَا خَلَافٌ فِي أَنَّ زَوَالَ الشَّمْسِ أَوَّلُ وَقْتِ الظَّهَرِ ، وَإِنَّمَا الْخَلَافُ فِي آخِرِهِ ، وَفِيهِ أَقْوَالٌ :

(٤) - فِي « نَّ » بِرِيَادَةٍ : يَرَاهُ .

(٥) - رَاجِعُ الْبَابِ الْمُتَقْدِمِ .

(٦) - الْأَسْرَاءُ : ٧٨ .

(٧) - رَاجِعُ الْوَسَائِلِ ، كِتَابُ الصَّلَاةِ ، بَابُ ٣ مِنْ أَبْوَابِ الْمَوَاقِبِ .

الأول : اذا بقي للغروب مقدار أربع ركعات ، قاله السيد المرتضى ،
وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة .

الثاني : حتى يصير ظل كل شيء مثله ، وهو قول الشيخ رحمة الله ،
وأختلف في المائة ، هل هي بين الظل الحادث بعد الزوال ، أو الظل الأول ،
أو مثل الشخص ؟ قال الشيخ في التهذيب : المعتبر بزيادة الظل قدر الفي
الاول لا قدر الشخص ، وأكثر الأصحاب على أنه قدر الشخص .

الثالث : حتى يصير الظل أربعة أقدام ، وهي أربعة أسباع الشخص
المتنصب ، ثم يختصر بعد ذلك بوقت العصر ، وهو قول أبي الصلاح .

قال رحمة الله : وللعشاء من ذهاب الحمرة الى ثلث الليل للمختار ، وما
زاد عليه حتى يتصف الليل للمضطر ، وقيل : إلى طلوع الفجر ، وما بين
طلوع الفجر إلى طلوع الحمرة للمختار في الصبح ، وما زاد على ذلك حتى
نطلع الشمس للممنور ، وعندى ان ذلك كله للفضيلة .

أقول : هنا مستثنان .

الأولى : العشاء وقد اختلف في أول وقتها وآخره ، قيل : أوله اذا مضى
من الغروب مقدار ثلاثة ركعات ، ثم تشتريك بينها وبين المغرب إلى أن يبقى
لانتصاف الليل مقدار أداء العشاء ، فيختص بها ، وهو مذهب المرتضى وابن
ادريس ، واختاره المؤخرون ، وقيل : أوله بعد ذهاب الحمرة المغربية ، قاله
الشيخان وسلام .

واما آخره ف فيه اقوال ، قيل : إلى ثلث الليل للمختار ، ونصفه للمضطر ،
وهو قول المفيد ، وقال السيد وابن ادريس : إلى نصف الليل ، وقيل : إلى
ثلث الليل للمضطر ، وهو قول الشيخ في النهاية ، وقيل إلى طلوع الفجر
للمضطر ، حكاه الشيخ في المبسوط عن بعض أصحابنا .

الثانية : الصبح ، ولا خلاف في أوله أنه طلوع الفجر ، وإنما الخلاف في آخره ، قال الشيخ في المبسوط والخلاف : إنه طلوع الحمراء للمختار ، وطلوع الشمس للمضطر ، وقال المرتضى وابن إدريس : طلوع الشمس مطلقاً ، واختاره المصنف والعلامة .

قال رحمة الله : ووقت التوافل اليومية للظهور من حين الزوال إلى أن تبلغ زيادة الفيء قدمين ، وللنصر أربعة أقدام ، وقيل : ما دام وقت الاختيار باقياً ، وقيل : يمتد وقتها بامتداد وقت الفريضة ، وال一秒 أشهر .

أقول : الأول مذهب الشيخ في النهاية ، والثاني مذهب في المبسوط ، والثالث لم أعلم القائل به ، ومستند الجميع في هذه المسائل كلها الروايات ^(٨) .

قال رحمة الله : إذا حصل أحد الأعذار المانعة من الصلاة كالمجنون والحيض ، وقد مضى من الوقت مقدار الطهارة وأداء الفريضة ، وجب عليه قضاها ، ويسقط القضاء إذا كان دون ذلك على الأظهر .

أقول : قال ابن الجنيد : لو حاضرت الطاهرة بعد أن كان يصح لها لو صلت أول الوقت الصلاة أو أكثرها وجب عليها قضاء تلك الصلاة ، والمشهور لا يجب القضاء إلا بإدراك الصلاة كُملاً مع الطهارة ؛ لأن وجوب القضاء تابع لوجوب الأداء ، فلو أوجبنا الأداء في وقت لا يتسع له لزم تكليف ما لا يطاق .

قال رحمة الله : ولو زال المانع فإن أدرك الطهارة ورکعة من الفريضة لزمه أداؤها ، ويكون مؤدياً على الأظهر .

أقول : إذا ضيق الوقت إلا عن رکعة من الفريضة ، وجب عليه تلك

(٨) - يراجع الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٥ وباب ٨ وباب ٣٧ من أبواب المواقف .

الغريبة ، وهل يكون مؤدياً للجميع او قاضياً للجميع او مؤدياً لتلك الركعة
وقاضياً لما عدتها ؟

قال الشيخ بالاول ، مارواه الأصبغ بن نباته ، قال : « قال أمير المؤمنين
عليه السلام : من ادرك من الغداة ركعة قبل طلوع الشمس ، فقد ادرك
الغداة كُملاً »^(١) واختاره المصنف والعلامة .

وقال السيد المرتضى بالثاني ؛ لأن آخر العبادة مقابل لآخر الوقت
فالركعة الأولى قد فعلت في آخر الوقت ، وليس ذلك وقتاً لها ، فتكون قضاءاً ،
وكذا باقي الركعات .

والقول الثالث نقله الشيخ في الخلاف عن بعض أصحابنا ، وحججة
السائل به : أن ما عدا الركعة لم يأت به في الوقت فيكون قضاءاً .

قال رحمة الله : الصبي المتطوع بوظيفة الوقت ، إذا بلغ بها لا يبطل
الطهارة والوقت باقي إستأنف على الأشيه .

أقول : إذا بلغ الصبي في أثناء الصلاة بها لا يفسدها كإكمال الخامسة
عشر سنة ، أو إثبات الشعر .

قال الشيخ في المبسوط : يجب عليه إتمام الصلاة ؛ لأنها صلاة شرعية ،
فلا يجوز إبطالها ، لقوله تعالى : « ولا تبطلوا أعيالكم »^(٢) وإذا وجب
إنعامها سقط الفرض بها لإمتثال الأمر .

وقال في الخلاف : إن كان الوقت باقياً أعاد الصلاة من أولها ، واختاره
المصنف والعلامة ، لأنَّه بعد البلوغ مخاطب بالصلاحة والوقت باقي فيجب عليه
الإتيان بها ، وما فعله أولاً غير واجب ، فلا يحصل به الإمتثال .

(١) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٣٠ من أبواب المواتي ، حديث ٢ .

(٢) - محمد : ٣٣ .

قال رحمة الله : وإن كان الوقت قد دخل وهو متلبس ولو قبل التسليم لم يُعد على الأظهر .

أقول : إذا صلَّى ظانًا دخول الوقت ، ثم تبين الوهم ، أعاد صلاته ، فإن دخل الوقت وهو متلبس ، قال أكثر الأصحاب بالإجزاء ؛ لأنَّه مأمور بالصلاحة عند غلبة الظن ، إذ مع الإشتباه لا يجوز التكليف بالعلم ، وإلَّا لزم تكليف ما لا يطاق .

وأوجب السيد المرتضى عليه الاعادة ، وتابعه العلامة ، في المختلف ؛ لأنَّه مأمور بايقاع الصلاة في الوقت أجمعًا ، ولم يمثل الأمر فبيقي في المعهدة ، ولأنَّ الصلاة قبل دخول الوقت منهي عنها ، والنفي في العبادة يدل على الفساد .

قال رحمة الله : لو ظنَّ أنه صلَّى الظاهر فاشتغل بالعصر ، فإنَّ ذكر وهو فيها عدل بنيته ، وإن لم يذكر حتى فرغ ، فإنَّ كان قد صلَّى في أول وقت الظاهر أعاد بعد أن يصلِّي على الأشبه .

أقول : هذه المسألة فرع على مسألة غيرها ، وهي أنَّ الظهر هل تختص من أول الوقت بمقدار أربع ركعات أو الوقت كله مشترك بينها وبين العصر ؟ فيه خلاف ، والمشهور الاختصاص ؛ لأنَّ القول باشتراك الوقت بين الصالاتين يستلزم تكليف ما لا يطاق ، أو خرق الإجماع ؛ لأنَّ التكليف حين الزوال إما أن يقع بالعبادتين معاً ، أو بواحدة لا بعينها ، أو بواحدة معينة .

وال الأول يستلزم تكليف ما لا يطاق ، إذ لا يمكن المكلف من إيقاع عبادتين متضادتين في وقت واحد ، والثاني : يستلزم خرق الإجماع ، إذ لا خلاف في كون الظهر مراده بعينها حين الزوال ، والثالث : يستلزم المطلوب أو

خرق الإجماع ؛ لأنَّ تلك المعينة إنْ كانت الظاهر لزم المطلوب ، وإنْ كانت العصر لزم خرق الإجماع .

وقال محمد بن بابويه بالإشتراك لقوله تعالى : « أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غُسْقِ الظَّلَلِ »^(١١) ، والمراد هنا إما الظاهر والعصر ، أو المغرب والعشاء معاً ، وليس المراد إحداثها ، وإنَّا لامتد وقتها من الزوال إلى الغسق ، وهو باطل بالإجماع ، ولما رواه زرارة عن الصادق عليه السلام : « قال : سأله عن وقت الظاهر والعصر ؟ قال اذا زالت الشمس دخل وقت الظاهر والعصر جيماً ، وإنَّا أنَّ هذه قبل هذه ، ثم أنت في وقت منها جيماً حتى تغيب الشمس »^(١٢) . فإذا تقرر هذا ظهر فائدة الخلاف في مسائل :

الأولى : ما قاله المصنف ، وهو إذا ظنَّ أنه صلَّى الظاهر فاشتغل بالعصر ثم ذكر بعد الفراغ ، صحت صلاته وإنْ كان في أول الوقت ، لوقوعها في وقتها ثم يأتى بالظاهر ، والإخلال بالترتيب هنا غير مضرٍّ لسقوطه حال النسيان ، وعلى القول بالإختصاص ، لم يصح إذا كانت في أول الوقت ، ل الوقوعها في غير وقتها .

الثانية : لو ظنَّ ضيق الوقت إلَّا عن قدر العصر تعينت للأداء ، فلو تبين بعد أدائها أنَّ الوقت يسع أربعاءً صارت الظاهر قضاءاً على القول بالإختصاص ، وعلى الإشتراك تكون أداءً ولو بقي مقدار ركعة .

الثالثة : إذا أدرك قبل انتصاف الليل مقدار أربع ركعات وجوب العشاء ان على القول بالإشتراك ، وعلى الإختصاص يجب العشاء لا غير .

(١١) - الاسراء : ٧٨.

(١٢) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٤ من أبواب الموافقة ، حديث ٥ ، وفيه : عن عبيد بن زرارة .

في القبلة

قال رحمة الله : القبلة هي الكعبة ملئ كان في المسجد ، والمسجد ملئ كان في الحرم ، والحرم ملئ خرج عنه على الأظهر .

أقول : هذا مذهب الشيختين ومن تابعهما ، وقال المرتضى : القبلة هي الكعبة ، ويجب التوجه إليها بعينها إن أمكنه ذلك بالحضور والقرب ، وإن كان بعيداً يجوز جهتها ، وصل إلى ما يقلب على ظنه أنه جهة الكعبة ، وهو مذهب ابن الجنيد وابن ادريس والعلامة للاحتياط ، لأنَّ التوجه إلى الكعبة أو جهتها مع البعد يستلزم التوجه إلى الحرم .

قال رحمة الله : ولو صلَّى على سطحها ابرز بين يديه منها ما يصلِّي إليه ، وقيل : يستلقي على ظهره ويصلِّي إلى البيت المعمور ، والأول أصح .

أقول : الاستلقاء مذهب الشيخ في النهاية والخلاف لرواية عبد السلام^(١٢) ، عن الرضا عليه السلام .

وقال ابن ادريس : يصلِّي قائماً ويزدَّى بين يديه منها شيئاً ، واختاره

(١٢) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ١٩ من أبواب القبلة ، حديث ٢.

المتأخرن لقوله تعالى : « فَوْلَ وَجْهَكُ شَطْرُ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ »^(١٤) وهو عام ، ولأنَّ القيام شرط في الصلاة وركن فيها ، ولا يصح مع عدمه اختياراً ، ولأنَّ التوجه إنما هو إلى جهة الكعبة ، وهو حاصل لمن صلَّى فوقها ، كما لو صلَّى على جبل أبي قبيش .

قال رحمة الله : ولو اجتهد فأخبره غيره بخلاف اجتهاده ، قيل : يعمل على اجتهاده ، ويقوى عندي أنه إذا كان ذلك المخبر أوثق في نفسه عوْل عليه . أقول : القادر على العلم بالكعبة ليس له الإجتهد كالشاهد لها ، لأنَّ يكون في المسجد الحرام أو في حكم المشاهد كالاعمى وهو فيه ، ولو كان في المسجد وبينه وبين الكعبة حائل ، أو خارج المسجد بحيث لا يخفى عليه الكعبة كأهل مكة ، فإنه يجب عليه العلم باليقين ولو بالصعود على مرتفع كالسطح والبلبل ، وكذلك المصلى في عرَاب النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أو قبلة نصبها النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أو أحد الأئمة عليهم السلام . والقادر على الإجتهد العارف بعلامات القبلة ليس له التقليد ، والعاجز عن الإجتهد يقلد العدل العارف ولو كان إمراة أو عبداً ، ولو اجتهد فأخبره غيره بخلاف اجتهاده ، قيل : يعمل على اجتهاده ؛ لأنَّ القادر على الإجتهد ليس له التقليد ، وقال المصنف : إنَّ كان ذلك أوثق في نفسه عوْل عليه ؛ لأنَّ الإجتهد إنما يفيد الظن ، وقول ذلك المخبر يفيد الظن أيضاً ، فيعوْل على أقوى الظنين .

فروع :

الأول : إذا صلَّى مَنْ فرضه التقليد كالاعمى والعامى - وهو غير العارف

باليامارات - فأخبره آخر بالخطأ ، فإن كان أخباره عن اجتهاد بعد الفراغ لم يلتفت مطلقاً ، وإن كان في الأثناء وكان الثاني أعدل أو أعلم^(١٥) باليامارات انحرف ، ولو افتقر إلى العدول^(١٦) الكثير استأنف ، ولو تساويا أو شك في الرجحان لم يلتفت أيضاً ، وإن كان إخباره عن يقين استدرك ما يجب عليه ، وإن كان في الأثناء وهو مستدبر استأنف ، وإن كان متىاماً أو متيسراً انحرف ، ما لم يفتقر إلى فعل كثير ، فيستأنف أيضاً ، وإن كان بعد فراغه ، فإن كان مستدبراً أعاد مطلقاً ، وإن كان بين الشرق والغرب فلا إعادة في الوقت ولا خارجه ، وإن كان إليهما أعاد في الوقت خاصة ، وكذا قيل في المستدبر يعيد في الوقت خاصة ، والأول أحوط .

الثاني : إذا اختلف المخبرون قلد المخبر عن يقين دون المجتهد ، ولو كانوا مجتهدين أخذ بقول الأعلم منها ، فإن تساويا في العلم أخذ بقول الأعدل ، فإن تساويا تخير ، ولو كان أحدهما أعلم والأخر أعدل أخذ بقول العالم إذا كان عدلاً .

الثالث : مع فقد العدل يقلد الفاسق إذا أفاد قوله الظن لا بد منه .

الرابع : التعويل على قبلة البلد - إذا لم يعلم بناؤها على الخطأ - مقدم على الإجتهاد ، ولو أن مجتهداً في التيامن والتيسير فيها .

الخامس : لو دخل بلدًا خراباً فوجد فيه مساجد ومحاريب ولم يعلم الواضع لها ، لم يكن له الصلاة إليها لجواز أن يكون بناؤها المشركون ، ووجب عليه الإجتهاد .

(١٥) - في « ر » : (وَلَمْ يُعْلَمْ) .

(١٦) - في هامش « ن » : الفعل .

تذنيب : العلم بدلائل القبلة واجب على الأعيان ؛ لأنَّه من واجبات الصلاة .

ويحتمل وجوبه على الكفاية ؛ لأنَّه من دقائق الفقه ، وهي غير واجبة على الأعيان .

ولكل إقليم علامات ، فللعراق جَعْلُ الجدي خلف المنكب الأيمن ، وعين الشمس عند الزوال على طرف الحاجب الأيمن مما يلي الأنف .

وللشام ومن ورائهم جعل الجدي طالعاً خلف المنكب الأيسر ، والمراد بطلع الجدي حال علوِّه على الفرقددين ، وجعل سهيل طالعاً بين العينين ، وغارباً على العين اليمنى .

وللمغرب والخيشة وما وراء ذلك جعل مطلع الثريأ على اليمين ، والعيوق على اليسار ، والجدي على الخد الأيسر .

ولليمن ومن ورائهم جعل الجدي طالعاً بين العينين ، وسهيل غارباً بين الكتفين .

وللبحرين وعسان وجزائر جرون جعل الجدي على الكتف الأيمن ، ومحبب سهيل على العين اليسرى .

وللسند وجزائر الهند وما وراء ذلك جعل بنات نعش على الخد الأيمن ، ومطلع الصليب على فقار الظهر ، ومحبب على الخد الأيسر .

وللبصرة وفارس وأصفهان وكرمان والاهواز وما وراء ذلك الى الصين جعل الجدي على الأذن اليمنى ، ومطلع النسر الطائر على فقار الظهر .

ولخوارزم والري ونيسابور وخراسان وما وراء ذلك جعل الجدي على الخد الأيمن ، ومحبب الصليب على العين اليسرى .

قال رحمة الله : ولو كان الراكب بحيث يتمكن من الركوع أو السجدة

في فرائض الصلاة ، هل يجوز له الفريضة على الراحلة اختياراً؟ قيل: نعم ،
وقيل : لا ، وهو الاشب .

أقول : وجه المنع عموم^(١٧) النبي عن الصلاة على الراحلة اختياراً ،
ووجه الجواز القدرة على فعل الصلاة بجميع وجوهها المعتبرة .

قال رحمة الله : إذا صلَّى إلى جهة إما لغلبة الظن أو لضيق الوقت ثم
تبين خطأه ، فإن كان متعرضاً يسيراً فالصلاحة ماضية ، وإن أعاد في الوقت ،
وقيل : إن بان أنه استدبر أعاد وإن خرج الوقت ، والالول أظهر .

أقول : إذا اجتهد وظن القبلة ، ثم تبين الخطأ بعد فراغه ، قال الشيخ :
فإن كان في الوقت أعاد الصلاة على كل حال ، وإن كان قد مضى فلا إعادة
عليه إلا أن يكون قد استدبر القبلة فإنه يعيد على الصحيح من المذهب ، وبه
قال المفيد وسلام وابن البراج .

وقال السيد المرتضى وابن ادريس : إن كان الوقت باقياً أعاد ، وإن كان
قد خرج فلا إعادة عليه وإن كان مستدبراً .

وقال العلامة : إن كان بين المشرق والمغرب فلا إعادة مطلقاً ، لرواية
معاوية بن عمار^(١٨) عن الصادق عليه السلام ، وإن كان إلى المشرق أو المغرب
أو استدبر أعاد في الوقت لا خارجه .

اما الإعادة في الوقت لأنَّه لم يأت بالمؤمر به والوقت باق ، فلم يبرأ من
العهدة ، وأما عدم الإعادة في الخارج لأنَّه امتنَّ المؤمر به ، فيخرج من العهدة؛
لأنَّه عند غلبة الظن بالقبلة مأمور بالتوجُّه إليها اجماعاً ، وقد فعل ، فيتتحقق
الإمتثال .

(١٧) - راجع الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ١٤ من أبواب اتفاقه .

(١٨) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ١٠ من أبواب القبلة ، حديث ١ .

لا يقال : هذا وارد في الوقت ايضاً ، لأنّا نقول : الفرق ظاهر ؛ لأنّه في الوقت قد تبين الخطأ وإنّها يخرج من العهدة بالظن مع استمراره لا مع ظهور خطأه والوقت باقي ، وأنّا مع خروج الوقت فالامر قد سقط ؛ لأنّه مقيد في الوقت ، والقضاء إنّها يجب بأمر جديد ولم يثبت .

في لباس المصلي

قال رحمة الله : وهل يفتقر استعماله في غيرها إلى الدباغ ؟ قبل : نعم ،
وقبل : لا ، وهو الأشبه على كراهة .

أقول : جلد ما لا يؤكل لحمه من الحيوانات الطاهرة في حياتها كالسباع
يجوز إستعمالها مع التذكرة في غير الصلاة ، واشترط الشيخ في الجواز الدبغ ،
وكذلك السيد المرتضى لوقوع الإجماع على الجواز بعده ، فلا دليل على جوازه
قبله .

والجواز قبل الدبغ مذهب المصنف والعلامة ، لأنَّه ذكي ، وإنَّما كان
ميئَةً فلا يظهر بالدباغ .

قال رحمة الله : وما كان نجسًا في حال حياته فجميع ذلك منه نجسٌ على
الاظهر .

أقول : تقدمت هذه المسألة في باب النجاسات^(١٩) .

قال رحمة الله : وفي المفروض منه بغير الأرانب والثعالب روایتان ،
أصحهما المنع .

أقول : تجوز الصلاة في وبر الخنزير الخالص إجماعاً ، وفي جلده على
خلاف ، ولم يحصل الفرق بين الورن والجلد إلا هنا ، فلو كان وبر الخنزير مفروضاً
بغير الأرانب والثعالب ففيه روایتان :

إحداهما جواز الصلاة ، وهي روایة ابن أبي عمر ، عن جمیل ، عن أبي
عبد الله عليه السلام ، « قال : سأله عن الصلاة في جلود الثعالب ؟ قال :
إن كانت ذكية فلا بأس »^(٢٠) .

وأما روایة الأرانب فها رواه محمد بن إبراهيم ، « قال : كتبت إليه أسأله
عن جلود الأرانب ؟ فكتب : مکروه »^(٢١) ولم يقل أحد من الأصحاب بالجواز ،
وانسما الخلاف في الروایات ، والروايات^(٢٢) المتضمنة للمنع كثيرة .

قال رحمة الله : تجوز الصلاة في فرو السنجبان فإنه لا يأكل اللحم ،
وقيل : لا يجوز ، والأول أظهر ، وفي الثعالب والأرانب روایتان أصحهما المنع .

أقول : روایتنا الثعالب والأرانب تقدما^(٢٣) ، وأما السنجبان ففيه
خلاف ، والجواز مذهب الشيخ في كتاب الصلاة من النهاية ، وإختباره المصنف
والعلامة في أكثر كتبه لما رواه مقاتل بن مقاتل ، « قال : سالت أبا الحسن عليه
السلام عن الصلاة في السمور والسنجبان والثعالب ؟ فقال : لا خير في ذلك

(٢٠) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٧ من أبواب لباس المصلي ، حديث ٩.

(٢١) - انظر المصدر السابق ، حديث ٢ .

(٢٢) - انظر روایات باب المعتقدم .

(٢٣) - تقدم في المسألة السابقة .

كله ما خلا السنحاب ، فإنه دابة لا تأكل اللحم «^(٢٤) .
والمنع مذهب الشيخ في الخلاف وابن إدريس ، واختاره العلامة في
المختلف وأبو العباس في المقتصر ، والمستند الروايات «^(٢٥) .
قال رحمة الله : وفيها لا تتم الصلاة فيه منفرداً ، كالتككة والقلنسوة تردد ،
والأظهر الكراهة .

أقول : الجواز مذهب الشيخ وابن إدريس ، وعدمه مذهب محمد بن
بابويه ، واختاره العلامة في المختلف ، وهو أحivot ، ودليل الفريقيين
الروايات «^(٢٦) ، وتردد المصنف لعدم رجحان أحد الطرفين عنده .

قال رحمة الله : ويجوز الركوب عليه وافتراضه على الأظهر .

أقول : جواز القيام عليه حالة الصلاة وغيرها مذهب أكثر الأصحاب
للأصل «^(٢٧) ، ومنع بعضهم لعموم «^(٢٨) المنع من لبسه ، قال العلامة في نهايته «^(٢٩) :
وليس بمعتمد ؛ لأنَّ المنع من لبسه لا يقتضي المنع من الإفتراض ، لافتراضها
في المعنى .

قال رحمة الله : ولا يجوز للمرأة ألا في ثوابين : درع وخمار ساترة جميع
جسدتها عدا الوجه والكففين وظاهر القدمين على تردد في القدمين .

أقول : إنختلف الأصحاب فيها يجب على المرأة سترة حالة الصلاة على

(٢٤) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٣ من أبواب لباس المصلى ، حديث ٢ .

(٢٥) - انظر الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٢ من أبواب لباس المصلى .

(٢٦) - انظر الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ١٤ من أبواب لباس المصلى .

(٢٧) - (الأصل) من «ن» .

(٢٨) - الوسائل ، كتاب المبلاة ، باب ١١ من أبواب لباس المصلى .

(٢٩) - (في نهايته) من «ن» .

ثلاثة أقوال :

الأول : إنه جميع بدنها ما عدا الوجه فقط ، وهو مذهب الشيخ في الاقتصاد ؛ لأنَّه قال فيه : وأما المرأة الحُرَّة فلن جيئها عورة يجحب عليها ستره في الصلاة ، ولا تكشف غير الوجه فقط ، وهذا يقتضي منع كشف القدمين والكففين .

الثاني : إنَّ الجسد دون الرأس إلا أن يكون هناك ناظر ليس بمحرم ، وهو قول أبي علي ، ومستنده رواية عبد الله بن بكير^(٣٠) .

الثالث : إنَّ الجسد والرأس دون الوجه والكففين والقدمين ، وهو قول الشيخ في المبسوط ، واختهاره العلامة وأبو العباس .

قال العلامة : لأنَّ الكففين ليستا من العورة ، إذ الغالب كشفهما دائياً لإمساس الحاجة إلى ذلك للاخذ والعطا وقضاء المهام ، وكذا حكم القدمين ، بل كشفهما أغلب في العادة .

تنبيه : الوجه الذي يجوز كشفه هو عمل الوضوء خاصة ، ويجب ستر باطن الذقن وجميع الرقبة .

فروع :

الأول : لا يجب الستر من تحت ، قاله الشهيد واختهاره أبو العباس ، وقال العلامة في التذكرة ، ولو كان على سطح ترى عورته من أسفل لم تصح صلاته لعدم الستر ، وقال الشافعي : تصح ، لأنَّ الستر إنما يلزم من الجهة التي يعتاد النظر اليه منها ، والنظر من أسفل لا يعتاد .

الثاني : لو انكشفت عورة المصلي ولم يعلم حتى فرغ ، صحت صلاته

(٣٠) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٢٩ من أبواب لباس المصلي ، حديث ٥ .

سواء طالت المدة أو قصرت ، قليلاً كان الكشف أو كثيراً ، لاستحالة تكليف الغافل ، ولو علم في الأثناء ، قال في المسوط : لا تبطل ، واحتاره الشهيد ، بل يجب عليه المبادرة إلى الستر ، وقال العلامة : بطل ، لأن الستر شرط وقد فات ، وعلى القول بالبطلان يمحكم به من حين الرؤية فتصبح صلاة المأموم إذا نوى الانفراد حينئذ .

الثالث : لو ظن العاري وجود الساتر في الوقت ، وجب التأخير ، وإن لم يظن لا يجب عند الشيخ تحصيلاً لفضيلة أول الوقت ، واحتاره العلامة ، وقال السيد المرتضى بالوجوب مطلقاً .

الرابع : لو لم يجد الثوب استتر بالخشيش ، فإن فقده ووُجِدَ وحلاً أو ماءً كثيراً يستر عورته لو نزله ، وجب نزوله ويصلِّي مومياً .

الخامس : لو لم يجد غير الطين وجب عليه أن يطين عورته ويجب في الستر بالطين مواراة اللون والحجم مع المكنة فإن تعذر إكتفى بستر اللون خاصه ، ويومي هناهدون ستر اللون والحجم الا أن لا يأمن تناثره في يومي أيضاً .

السادس : لو وجد حفرة ولجهها ، ويصلِّي قائماً مع أمن المطلع ، ويرکع ويجد عند العلامة ، وذهب بعضهم إلى الآباء .

السابع : لو لم يجد غير الحرير صلى عارياً إلا لضرورة ، ولو اضطر إلى الحرير وجلد غير ماكول اللحم قدم الحرير ويقدم النجس عليهما .

في المكان

قال رحمة الله : لا يجوز أن يصلّي وإلى جانبه امرأة تصلّي أو أمّاها ، سواء صلّت بصلاته أو كانت متفردة ، وسواء كانت حرماً أو أجنبية ، وقيل :

ذلك مكرهه ، وهو الأشبه .

أقول : التحرير مذهب الشيخ والمفید رحهما الله ، لرواية عمار^(٣١) ، عن أبي عبدالله عليه السلام وللإحتیاط ، والکراهة مذهب السيد والمصنف ، واختاره أكثر المتأخرین للأصل ، ولرواية جیل^(٣٢) عن أبي عبدالله عليه السلام .

فرع : على القول بالمنع يشترط صحة صلاتها ، فلو كانت حائضاً أو غير متظہرة أو تلحّن في القراءة مع القدرة على التعلم لم تؤثر صلاتها في صلاتها .

قال رحمة الله : ويکره ان تكون بين يديه نار مضمرة على الأظهر .

أقول : المشهور بين الأصحاب الكراهة في هذه الموضع التي عددها

(٣١) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٦ من أبواب مكان المصلي ، حديث ٤ .

(٣٢) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٦ من أبواب مكان المصلي ، حديث ٣ .

المصنف كلها ، وقال ابو الصلاح : ولا يحمل ذلك كله ، قال : ولنا في فساد هذه الصلاة نظر ، والمستند الروايات^(٣٣) .

قال رحمة الله : وقيل تكره إلى إنسان مواجه أو باب مفتوح .

أقول : قال أبو الصلاح : يكره الصلاة الى انسان مواجه ، قال : ولا يجوز التوجه الى الباب والسلاح المشهور ، والمصحف المنشور ، قال : ولنا في فساد الصلاة الى شيء من هذه نظر ، والمشهور الكراهة .

قال رحمة الله : في القطن والكتان روايتان ، أشهرهما المنع .

أقول : للسيد المرتضى قول بجواز السجدة على الثوب المعمول من القطن والكتان ، لرواية داود الصرمي^(٣٤) ، والمشهور المنع .

(٣٣) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٢٧ و ٣٠ و ٣١ و ٣٢ من أبواب مكان المصلبي .

(٣٤) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٢ من أبواب ما يسجد عليه ، حديث ٦ . وفي نسخة «ن» و «ر» : (الحضرمي) ، وفي «ي» : (الصبرفي) ، بدل : (الصرمي) .

في الأذان والإقامة

قال رحمة الله : وقيل : مما شرط في الجماعة ، والأول أظهر .
أقول : أوجب الشیخان رحمهای الله الأذان والإقامة في صلاة الجماعة ،
والسيد اوجب الأذان في صلاة الصبح والمغرب على الرجال حضراً أو سفراً وفي
الجماعة على الجميع ، وأوجب الإقامة في كل فريضة .
ومذهب الشیخ في الخلاف الاستحباب مطلقاً ، واختاره ابن ادریس
والمصنف والعلامة للاصل ، ومستند الجميع الروایات^(٢٥) .
تنبيه : المراد بالوجوب في الجماعة ، الشرطية في فضیلۃ الصلاة لا في
صحة الصلاة ، قال الشیخ في المبسوط : لو صلی جماعة بغير أذان ولا إقامة لم
تتحقق فضیلۃ الجماعة ، والصلاۃ ماضیة .
قال رحمة الله : ولو صلی منفرداً ولم يؤذن ساهيأ رجع الى الأذان مستقبلاً
صلاته مالم يركع ، وفيه روایة أخرى .
أقول : مذهب الشیخ في النهاية ان المتعمد لترك الأذان والإقامة يرجع

(٢٥) - انظر الوسائل ، كتاب الصلاة باب ١ وباب ٤ وباب ٦ وباب ٧ من أبواب الأذان .

ما لم يركع ، واختاره ابن ادريس ، ومذهب السيد في المصباح رجوع الساهي دون العاًمد ، واختاره المصنف والعلامة ؛ لأنَّ الأذان والإقامة من وكيـد السنن ، والمحافظة عليها يقتضي تداركها مع النسيان ؛ لأنَّ عمل العذر ، ومع تعمـد الترك يكون قد دخل في الصلاة دخولاً مـشروعـاً غير مرـيد لـلفضـيلة ، فلا يجوز له الابطال لقوله تعالى : « ولا تبطلوا أعمـالكم »^(٣٦) .

وانـها يستحبـ الرجـوعـ معـ تركـ الأذـانـ والإـقـامـةـ مـعاـ ، فـلوـ أـتـىـ بـالـإـقـامـةـ حـرـمـ الرـجـوعـ إـجـاعـاـ .

قال رحـمةـ اللهـ :ـ والـأـذـانـ عـلـىـ الـأـشـهـرـ ثـمـانـيـهـ عـشـرـ فـصـلـاـ .

أـقوـلـ :ـ هـذـاـ هوـ المشـهـورـ بـيـنـ الـأـصـحـابـ لـاـ يـنـتـفـونـ فـيـهـ ،ـ وـانـهاـ الـخـلـافـ فـيـ الـرـوـاـيـاتـ ،ـ فـقـيـ رـوـاـيـةـ الـحـضـرـمـيـ^(٣٧) ،ـ عـنـ أـبـيـ عـبـدـ اللهـ عـلـيـهـ السـلـامـ :ـ اثـنـانـ وـارـبـعـونـ ،ـ يـجـعـلـ التـكـبـيرـ فـيـ آخـرـ الـأـذـانـ كـأـوـلهـ وـمـسـاـوـةـ الـأـقـامـةـ لـلـأـذـانـ ،ـ وـفـيـ رـوـاـيـةـ أـخـرـيـ^(٣٨) :ـ أـربـعـةـ وـثـلـاثـتـونـ ،ـ يـجـعـلـ فـصـولـ كـلـ مـنـهـاـ مـشـنـىـ ،ـ وـفـيـ رـوـاـيـةـ^(٣٩) :ـ تـسـعـةـ وـعـشـرـ وـنـونـ^(٤٠) يـجـعـلـ لـلـإـقـامـةـ مـرـةـ مـرـةـ إـلـاـ التـكـبـيرـ فـيـنـمـعـشـنـىـ مـشـنـىـ .

قال رحـمةـ اللهـ :ـ وـلـوـ اـرـتـدـ فـيـ أـنـتـاءـ الـأـذـانـ ثـمـ رـجـعـ اـسـتـأـنـفـ عـلـىـ قـوـلـ .

أـقوـلـ :ـ يـعـتـبـرـ فـيـ الـمـؤـذـنـ الـإـسـلـامـ وـالـعـقـلـ ،ـ فـلـوـ اـرـتـدـ فـيـ أـنـتـاءـ الـأـذـانـ ثـمـ رـجـعـ اـسـتـأـنـفـ إـنـ طـالـ الزـمـانـ ،ـ بـحـيـثـ يـخـرـجـ عـنـ الـمـوـالـةـ ،ـ وـلـوـ حـصـلـتـ الـمـوـالـةـ ثـمـ ،ـ وـلـوـ كـانـ إـلـرـتـدـادـ بـعـدـ الـكـمـالـ لـمـ يـؤـثـرـ فـيـ الـأـذـانـ شـيـئـاـ ،ـ وـأـقـامـ غـيرـ .

(٣٦) - محمد: ٣٣.

(٣٧) - الوسائل، كتاب الصلاة، باب ١٩، حديث ٩، ما ذكره المصنف غير ظاهر منها .

(٣٨) - الوسائل، كتاب الصلاة بباب ١٩ من أبواب الأذان والإقامة، حديث ٨ وحديث ٨.

(٣٩) - الوسائل، كتاب الصلاة، باب ٢٢ من أبواب الأذان والإقامة، حديث ٣.

(٤٠) - في «ن» و«ر» : سبعة وعشرون .

فروع :

الأول: لا يُعتدُّ بأذان المخالف ولا غير المرتب .

الثاني: استقرب العلامة في التذكرة اشتراط إذن السيد في الإعتداد بأذان العبد ؛ لأنَّ له منعه من العبادات المندوبة ، والأذان مندوب ، ولم يذكر حكم العبد في القواعد ، وأطلق الإعتداد بأذنه في التحرير ، وكذلك صاحب البيان وصاحب الموجز من غير قيد بالإذن وعدمه .

الثالث: اذا اجتمع مؤذنان فيها زاد جاز ان يؤذنوا دفعه ، فلو أرادوا ان يربتوا^(٤١) لم يكن لهم ذلك ، لما يتضمن من تأخير الصلاة عن وقتها ، نعم لو احتاج الى انتظار الإمام أو المؤمنين جاز .

تبيه: الأذان مستحب استحباباً مؤكداً إلا في أماكن :

الاول: عصر عرفة .

الثاني: عشاء مزدلفة .

الثالث: عصر الجمعة ، وسقوط الأذان هنا للجمع لالمكان والزمان ، بل كل من جمع بين الصلاتين لم يؤذن ثانيا ، بل الأذان لصاحبة الوقت ، فإن كان الوقت للثانية أذن لها ثم صلَّى الأولى وأقام للثانية .

الرابع: القاضي يجتزيء بالأذان لأول ورده ، والإقامة للباقي وإن كان الجمع بينها أفضل ، وهو ينافي سقوطه عن جمع في الأداء ، فإنه لزم أذن للثانية أيضاً كان مكرروها أو حراماً على الخلاف .

قال الشهيد: ويمكن الفرق بان الساقط في الأداء هو أذان الإعلام

(٤١) - في «ن» و «ر١» : يربتوا .

..... كتاب الصلاة
للحصول العلم بأذان الأولى ، والثابت في القضاء هو الأذان الذكري وسقوطه للتحقيق .

الخامس : الجماعة الثانية إذا لم تتفرق الأولى ؛ لأنهم مدعون بالأذان الأولى ، وقد أجابوا بالحضور ، فصاروا كالحاضرين في الجماعة الأولى بعد الأذان ، فإذا كان كذلك جعوا بغير أذان ولا إقامة ، وصلوا في ناحية المسجد لا في محرابه ، ولا يبرز لهم إمام لثلا تكرر الصلاة الواحدة ، ولا بد أن تكون الصلاة واحدة ، ولو كان حضور الجماعة الثانية لصلاة غير الأولى أذنوا وأقاموا وإن كانت الأولى لم تتفرق ، بل ولو كانوا في الصلاة .

والمراد بالتفرق : تفرق الجميع ولو بقي بعض في التعقب لم تؤذن الثانية لبقاء حكم الجماعة ببقاء واحد من المصلين ، كما لو انفضوا في الجمعة وبقي واحد ، بشرط أن يكون الباقي مشغلاً بالصلاحة أو سنته كالتعقب ، ولو بقيت الجماعة كلها في المسجد مشتغلين بالخطاطة مثلاً ، أو بغيرها مما ليس بدعاء ولا تسبيح ، فقد تفرقوا .

فرع : لو صلت الجماعة الثانية في المسجد من غير تأذين فحضرت الثالثة ، فإن كان قبل تفرق الأولى لم يؤذنوا ، وإن كان بعدها أذنوا وأقاموا وإن كان قبل تفرق الثانية ، لأن الضابط أن يحضر جماعة على جماعة أذنوا والثانية لم تؤذن .

افعال الصلاة

في النية

قال رحمة الله : ولو نوى الخروج من الصلاة لم تبطل على الأظاهر .

أقول : إذا دخل في صلاته ثم نوى أنه خارج منها (أو سيخرج منها)^(٤٢) أو نوى ما ينافيها كالحدث ، قال الشيخ رحمة الله : لا تبطل ؛ لأن صلاته قد انعقدت صحيحة وإبطالها يحتاج إلى دليل في الشرع عليه ، ولم ينقل في قواعط الصلاة ذلك ، واختاره المصنف .

ويتحمل البطلان ؛ لأن الإستدامة شرط ، وهذا ما استدامها فبطل صلاته ، ولقوله عليه السلام : « إنما الأعمال بالنيات »^(٤٣) . وقد نوى ما ينافيها فبطل ، وهو مذهب الشهيد ، واختاره أبو العباس ، وكذا لو نوى ببعض أفعال الصلاة غيرها ؛ لأن قطع حكم النية قبل إتمام فعله فيبطل ذلك الفعل .

(٤٢) - ما بين القوسين ليس في « ن ». .

(٤٣) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٥ من أبواب مقدمة العبادات ، حديث ٦ .

فروع :

الاول : يحب نية الإمامة في مشروط الجماعة كالجمعة والعيدين ، قال الشهيد في دروسه : وشرط في استحقاق ثواب الجماعة في غيرهما ، وفي بعض أقوال الشيخ : ويحصل ثواب الجماعة بدون نية الجماعة .

الثاني : لا يشترط نية القصر ولا الإمام ، لأن الفرض معين ، واستقرب الشهيد وجوبه (في أماكن التخيير واشتباه القصر بالتهمام إذا أراد قضاه) ^(٤٤) ، وجزم به صاحب الموجز ، ولو اختار القصر أو التهمام في أماكنه لم يتحتم عليه ما قصده حالة النية ، بل له العدول إلى صدده في محله ، سواء قلنا بوجوب القصد أو لم نقل .

الثالث : لا يشترط نية الاستقبال ، بل الشرط أن يعلم كونه مستقبلا .

(٤٤) - ما بين القويسن لم يرد في «ن».

في القيام

قال رحمة الله : وروي جواز الاعتداد على الحائط مع القدرة .
أقول : الرواية المشار إليها هي ما رواه علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام ، « قال : سأله عن الرجل يصح أن يستند إلى حائط المسجد وهو يصلِّي ، أو يضع يده على الحائط وهو قائم من غير مرض ولا علة؟ فقال : لا بأس »^(٤٥) ، ولم يعمل بهذه الرواية .

قال رحمة الله : ولو قدر على القيام في بعض الصلاة وجب أن يقوم بقدر مكتته ، وإلا صلِّ قاعداً ، وقيل : حد ذلك أن لا يتمكن من المشي بقدر زمان صلاته ، والأول أظهر .

أقول : المشهور مراعاة التمكُن ، وفي رواية سليمان بن حفص^(٤٦) : حد العجز ، اذا صار إلى الحالة التي لا يقدر على المشي بقدر زمان صلاته .

(٤٥) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ١٠ من ابواب القيام ، حديث ١.

(٤٦) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٦ من ابواب القيام ، حديث ٤.

تبنيه : القيام مقول بالاشتراك على معانٍ :

الأول : في النية ، وهو تابع لها في الركينة أو الشرطية .

الثاني^(٤٦) : القيام في الركوع ، وهو ركن قطعاً .

الثالث : القيام في القراءة ، وهو واجب ليس بركن ، ومثله القيام عن الرکوع للطمأنينة .

الرابع : القيام في القنوت ، وهو سنة ؛ ولهذا أجمع الفائلون بركتيته على عدم البطلان بزيادته فيمن رجع ليتدارك تشهاداً أو سجوداً ، مع أن زيادة الركن مبطلة قطعاً .

وقال الشهيد في الذكرى : والطمأنينات المستحبات لا ريب في استحبابها ؛ لأن جواز تركها ينفي وجوبها إلا إذا قدم المستحب ، فان الظاهر وجوب الطمأنينة تخييراً ؛ لأنَّه لم يأت بالواجب بعد ، وكذا الكلام في طمأنينة السجود وزيادة القيام للقنوت ، والدعاء بعد فراغ واجب القراءة .

أما القيام في القراءة الواجبة فهو موصوف بالوجوب وإن كان بسورة طويلة ؛ لأنَّه من قبيل الواجب المخير .

اما لو أدخل التكبيرات الزائدة على الاستفتاح في الصلاة ، أو سُأَل الجنة وإستعاد من النار في أثناء القراءة ففي وجوب هذا القيام نظر ، أقربه الوجوب لما سبق . وكذا القيام للوقف المستحب في أثناء القراءة .

اما القيام الذي يقع فيه السكوت للتنفس ، فلا اشكال في وجوبه ؛ لأنَّه من ضرورات القراءة ، انتهى كلامه رحمة الله .

وهو جيد ، فعل هذا يكون القيام للقنوت واجباً لوجوب الرکوع عن

(٤٧) - في « اي ١ » : زيادة معنٍ وهو : (القيام في التحريرية) ، بعد القيام في النية .

قيام ، فلا يجوز الجلوس حالة القنوت ، وعلى القول باستحباب القيام للقنوت ،
يجوز ذلك .

قال رحمة الله : وقيل : يتورك في حال تشهده .

أقول : إذا صل الإنسان قاعداً ، أما في الفرض بعدر أو في النفل مطلقاً ،
فعد كيف شاء ، والأفضل (٤٨) مراعاة ما نقل في ثلات حالات : القيام
والركوع والتشهد ، فيربع رجليه في حال فراءته ، وينبئ رجليه في حال ركوعه ،
ويتورك في حال تشهده .

والفرق بين التورك ونبي الرجلين ، كون التورك أن مجلس على وركه
الأيسر ، ونبي الرجلين أن يكون كالملقعي ، ولا بد أن يرفع ذيروه عن عقبيه وبخافى
فحذيه عن طية ركبتيه وينحنى قدر ما يحاذى وجهه موضع سجوده ، ولو اقتصر
على ما يحاذى وجهه ما قدّام ركبتيه أجزاً لكن الأول أفضل .

تنبيه : لو خفت القاعد بعد القراءة قام بلا طمأنينة ليهوي للركوع ، ولو
خفت في الركوع قبل الطمأنينة قام منحنيا وأتمه قائماً ، ولو خفت بعد ذكر الركوع
وطهانيته قام منحنياً أو رافعاً للإعتدال مطمناً ، ولو خفت بعد الرفع منه وقبل
طمأننته قام ليطمئن ، ولو خفت بعد الطمأنينة قام للسجود عن قيام ، ولو خفت
وقد هوى للسجود استمر .

(٤٨) في «م» : الأصل .

في القراءة

قال رحمة الله : وقيل : لا يجب ، والأول أحوط^(٤٩) .

أقول : المشهور أنه^(٥٠) يجب على المختار قراءة سورة بعدها الحمد في الثنائية والأولين من الرباعية والثلاثية ، وقال الشيخ في النهاية : الواجب الحمد ، وأمّا السورة فمستحبة غير واجبة ، ومستنده روایة علي بن رئاب^(٥١) عن ابْرَاهِيمَ ابْنِ مُحَمَّدٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ .

قال رحمة الله : ولا أن يقرن بين سورتين ، وقيل : يكره ، وهو الأشبه .

أقول : بالتحريم قال الشيخ في النهاية ، وهو اختيار العلامة ، وبالكرامة قال في الاستبصار ، وهو مذهب ابن إدريس ، والشهيد في البيان ، والمستند الروایات^(٥٢) .

(٤٩) - في السخن : أظهر .

(٥٠) - (المشهور انه) من «ن» .

(٥١) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٢ من أبواب القراءة ، حديث ١ .

(٥٢) - راجع الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٨ من أبواب القراءة ، وأيضاً باب ٤ ، حديث ٢ .

فرع : اذا كرر السورة الواحدة مرتين فهو قارن ، ولو كرر الحمد كان
قارناً ايضاً ، ولا يجزي عن السورة .

قال رحمة الله : ومنهم من يرى وجوب السورتين في الظهرين ، وليس
معتمداً .

أقول : قال السيد المرتضى وأبو الصلاح ومحمد بن بابويه بوجوب قراءة
ال الجمعة والمنافقين في الجمعة وظهرها ل الاحتياط ، لأن الصلاة بهاتين يقتضي
الخروج عن العهدة بيقين ، بخلاف الصلاة بغيرهما .

والشهر الاستحباب : لأن الأصل براءة اللمة من الواجب ، فيصار
إليه ما لم يحصل دليل ناقل عنه أقوى منه .

قال رحمة الله : لا يجوز قول أمين آخر الحمد ، وقيل : هو مكروره .

أقول : الشهر تحرير التأمين وإبطال الصلاة به ، لأن يستدعي سبق
الدعاء ، ولا يتحقق إلا مع قصده^(٥٣) ، ومع عدمه يخرج عن حقيقته فيكون
لغواً .

وقال أبو الصلاح : هو مكروره ، وأطبق العامة على استحبابه ، ودليل
الجميع الروايات^(٥٤) .

فرعان :

الاول : لا فرق في تحرير التأمين وإبطال الصلاة به ، بين أن يكون في
آخر الحمد أو في أثناء الحمد أو السورة .

الثاني : معنى « أمين » : اللهم استجب ، فلو نطق بها فقال : اللهم

(٥٣) - من هامش « ن » ، وفي الياوقي : قوله .

(٥٤) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، بباب ١٧ من أبواب القراءة .

استجب ، لم تبطل صلاته ، قاله الشهيد في الذكرى والبيان ، وحكم الفاضلان في المعتبر والتذكرة بالبطلان ، قال الشهيد في الذكرى : وهو ضعيف ، لأن الدعاء بالباح جائز في الصلاة بإجماعنا ، وهذا دعاء عام في طلب استجابة جميع ما يدعى به ، إنتهى كلامه .

وهو قوي ، والأحوط تركه إحتياطاً للعبادة ، فإن العمل بها لا خلاف فيه أولى من العمل بها فيه خلاف .

قال رحمة الله : الموالة في القراءة شرط في صحتها ، فلو قرأ خلاتها من غيرها استئنف القراءة ، وكذا لو نوى قطع القراءة وسكت ، وفي قول : يعيد الصلاة .

أقول : الموالة شرط في صحة القراءة ، فلو قرأ خلاتها من غيرها استئنف القراءة ، سواء كان عامداً أو ناسياً ، وقيل : تبطل صلاة العامد ، ويستأنف القراءة لطول السكوت ما لم يخرج عن كونه مصلياً فبطل الصلاة ، ولو قصر زمان السكوت أنها من حيث قطع ، ولو طال السكوت لأجل التذكر حال إشتباه الآيات لم تبطل الصلاة وأتها من حيث قطع ، ولو سكت بنية القطع ، قال المصنف : يستأنف القراءة ، وقال الشيخ في المبسوط : يعيد الصلاة ، وبه قال أبو العباس في موجزه ، وهو بناء على تأثير نية المنافي وطول السكوت بحيث يخرج عن اسم الصلاة .

والتحقيق أن السكوت على خمسة أقسام :

الأول: القصير ، ولا حكم له .

الثاني: الطويل لغرض ، كذكر الآيات إذا ارتع على ، وافتقر إلى التروي والتذكرة ، ولا حكم له أيضاً .

الثالث: الطويل بلا سبب ولا يخرج به عن اسم المصلي ، فيجب معه استئناف القراءة .

الرابع : الطوبل الذي يخرج به عن اسم المصلي ، فيجب معه استثناف الصلاة .

الخامس : السكوت ببنية القطع ، ويجب معه إستثناف الصلاة على مذهب المبسوط والموجز ، سواء طال او قصر .

قال رحمه الله : ولا يقتصر إلى البسملة بينها على الأظهر .

أقول : الفصحى ولم نشرح سورة واحدة ، وكذا الفيل ولإيلاف ، لا يجوز إفراد إحداها عن الأخرى في الفريضة ، وهل تجحب البسملة بينها ؟ قال الشيخ : لا تعاد بينها ، لأنها سورة واحدة ، فلا يكون فيها بسلتان ، وقال ابن إدريس : تعاد البسملة بينها ، لأنها مثبتة في المصحف ، واختاره العلامة . قال رحمه الله : يجوز به عوضا عن الحمد إننا عشرة تسبيحة ، وصورتها : سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبر ، وقيل : يجوز به عشر ، وفي رواية تسع ، وفي أخرى أربع ، والعمل بالأول أحوط .

أقول : أجمع الأصحاب على التخيير بين الحمد والتسبيح في الثالثة والرابعة ، وانختلفوا في كميته ، قيل : إنه أربع ، وهو مذهب المقيد والمصنف في المختصر ، واختاره العلامة وأبو العباس ، وقيل : إنه تسع ، سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله ثلاثا ، وهو مذهب أبيه^(٥٥) بأبيه ، وقيل : عشر باضافة التكبير في الثالثة ، وهو مذهب السيد المرتضى والشيخ في الجمل . وقيل : إنه إننا عشر بتكرير الأربع ثلاثا ، وهو مذهب الشيخ في التهذيب ، ومستند الجميع الروايات^(٥٦) .

(٥٥) - في «ن» : ابن .

(٥٦) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٤٢ من أبواب القراءة في الصلاة ، حديث ٥ وباب ٥١ حديث ١ و ٢ . وأما مستند العشر : فمع تصریح کاشف الرموز بأن به رواية ، صرخ في المدارك بأنه لم يقف له على مستند . انظر کشف ازموز ١ : ١٦٠ والمدارك ٣ : ٣٧٩ .

فروع :

الاول: لونسي الحمد في الاولين ، هل يبقى التخيير في الآخرين ام لا ؟ فيه ثلاثة أقوال : **الأول :** عدم التخيير وتعيين القراءة ، لثلا تخلو الصلاة عن الفاتحة ، ولما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام ، « قال : سأله عن الذي لا يقرأ فاتحة الكتاب في صلاته ، قال : لا صلاة له ، إلا أن يقرأها في جهر أو إخفاف » ^(٥٧).

الثاني : بقاء التخيير مع أفضلية القراءة ، لثلا تخلو الصلاة عن القراءة ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط .

الثالث : بقاء ما كان من التخيير مع أفضلية التسبيح ، وهو مذهب ابن أبي عقيل ، لأصله بقاء ما كان على ما كان .

الثاني : هل يشترط الترتيب في التسبيح ؟ قال العلامة : نعم لحصول يقين البراءة به ، واحتقار الشهيد ، وقال ابن الجنيد : لا يشترط لاختلاف الرواية في ذلك فيحمل على التخيير .

الثالث : قال الشهيد بوجوب الإخفاف فيه ، وقال ابن إدريس : لا يجب ، وبه قال العلامة في التذكرة .

(٥٧) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٢٧ من أبواب القراءة ، حديث ٤.

في الركوع

قال رحمة الله : الخامس التسبيح فيه ، وقبل يجزي الذكر فيه ولو كان تكبيراً أو مهليلاً ، وفيه تردد .

أقول : منشأه من أصلالة براءة الذمة من وجوب تعين التسبيح ، ولأن المقتضي لوجوب تعين التسبيح - وهو التعظيم - موجود في الذكر المطلق ، فكان جزياً ، ومن الروايات^(٤٨) الواردة في تعينه ، ولأنه مع تعين التسبيح يخرج من العهدة بيقين ، بخلاف مطلق الذكر .

وبالاول قال الشيخ في المسوط وإبن إدريس ، وإختاره العلامة ، وبالثاني قال في النهاية .

فروع :

الأول : يكفي سبحان رب العظيم ، ولو قال : وبحمده اعتقد وجوبه

الثاني : على القول بإجزاء مطلق الذكر ، يجزي الواحدة الصغرى لأنها

ذكر ، ولو أتى بالكبرى اعتقد وجوبها .

الثالث : يجب على هذا القول مراعاة الثناء مع ذكر الله تعالى ، فلو قال :
 (الله) واقتصر لم يجز ، وبجزي : الله الرحيم كما لو قال : الله اكبر .
 الرابع : لو أتى بالزائد على الواحدة كان الواجب واحدة ، والزائد ندب ،
 ويتحيز في تعين الواجبة ، ولو لم يعين مع اعتقاده وجوب الواحدة واستحباب
 الزائد أجزأ .

قال رحمة الله : وهل يجب التكبير للركوع ؟ فيه تردد ، والأظهر الندب .

أقول : منشئه من أصالة براءة الذمة ، ومن روایة زرارة^(٥٩) ، عن الباقي
 عليه السلام الدالة على وجوبه ، والمشهور الاستحباب .
 تنبیه : يستحب في كل ركعة خمس تكبيرات : الأولى للركوع بعد القراءة
 وهو قائم قبل الرکوع ، والثانية للسجدة الأولى وهو قائم بعد رفعه من الرکوع
 وقبل هویه للسجود ، والثالثة للرفع منها بعد انتصابه ، والرابعة للسجدة الثانية
 وهو متتصب عقیب التکبیرة الثالثة وقبل هویه للسجدة الثانية ، والخامسة للرفع
 من الثانية بعد انتصابه ، فلو فعله وهو آخذ في الهوی أو الارتفاع كان أدنون
 فضلاً ، ثم يضاف إلى كل فريضة تکبیرة أخرى للقنوت ، فيكون في الخمس
 تسعمون تکبیرة مستحبة .

(٥٩) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٢ من أبواب الرکوع ، حديث ١ .

في السجود

قال رحمة الله : ويستحب للسامع على الأظهر .
أقول : يجب سجود العزائم على القارئ والمستمع ، وهو الذي يقصد الاستماع ، وهل يجب على السامع ، وهو الذي لا يقصد^(٦٠) الاستماع ؟
في خلاف ، قال الشيخ في الخلاف : لا يجب للأصل ، ولرواية عبد الله بن مسنان^(٦١) الدالة على عدم الوجوب ، وهو مذهب المصنف والعلامة ،
واختاره أبو العباس ، وقال ابن إدريس : بالوجوب لرواية أبي بصير^(٦٢) .

فروع :

الاول : سجود التلاوة واجب على الفور ، فلو تراخي من وجوب عليه بمقدار فعله مع القدرة وجوب الإتيان به بنيمة القضاء ، وكذلك السجود المستحب في التلاوة ، يقضيه إستحباباً عند فواته ، وقيل : لا يجب القضاء ، بل يأتي به أداءً ، لأنَّه غير موقت بوقت ، والأول أقوى ؛ لكونه موقتاً بالسبب .

(٦٠) - في «ي ١» : (يسمع من غير قصد) بدن : (لا يقصد) .

(٦١) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٤٣ من أبواب قراءة القرآن ، حديث ١ .

(٦٢) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٤٢ من أبواب قراءة القرآن ، حديث ٢ .

الثاني : الواجب فيه النية ووضع الجبهة ، وهل يشترط الوضع على ما يصح عليه السجود ، (أو السجود)^(٢٣) على الأعضاء السبعة ؟ لم يشترط ابو العباس في موجزه غير وضع الجبهة خاصة ولم يقيد ، ومال الشهيد في بيانه إلى اشتراط السجود على الأعضاء السبعة وعلى ما يصح السجود عليه ، واستشكله في الذكرى : من أصلالة البراءة عما زاد عن وضع الجبهة فقط ؛ ومن الرجوع إلى عرف السجود في الصلاة ، وهو وضع جميع أعضاء السجود .

الثالث : لو تكرر السبب تكرر السجود ، فلو لم يسجد للأول سجد للثاني وقضى الأول .

الرابع : يحرم على المصلي فرضاً الإستئماع ، ولو فعله أوماً وقضها بعد التسليم ، لوجود سبب السجود ، وإنما أبيح الترک لأجل العارض - وهو الصلاة الواجبة - فإذا زال العارض وجب القضاء كغيرها من الواجبات .

(٢٣) - ما بين التوسفين لم يرد في «ن» .

في التسليم

قال رحمة الله : التسليم وهو واجب على الأصح .
أقول : الوجوب مذهب السيد المرتضى وأبي الصلاح سلار ، واختاره
المصنف وأبو العباس ، لقوله عليه السلام : «مفتاح الصلاة الطهور ، وتحريمها
التكبير ، وتحليلها التسليم »^(٦٤) ، وللإحتياط .
والإستجباب مذهب الشعدين وأبن ادريس والعلامة في أكثر كتبه ،
لأصالة البراءة ، ولقوله عليه السلام : « إنها صلاتنا هذه تكبير وقراءة وركوع
وسجود »^(٦٥) ، ولم يذكر التسليم .

(٦٤) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ١ من أبواب التسليم ، حديث ١ و ٨ .

(٦٥) - عالي الثاني ٢ : ٩٤ ، حديث ١٠٤ .

في قواعد الصلاة

قال رحمة الله : وقيل : لو أحدث ما يوجب الوضوء سهواً تطهُّر وبنى ،
وليس بمعتمد .

أقول : التروك الواجبة على ضررين : أحدهما متى حصل أبطل الصلاة
عاماً كان أو ناسياً ، وهو جميع ما ينقض الطهارة ، قال الشيخ رحمة الله : وقد
روي أنه إذا سبقه الحدث جاز أن يعيد الوضوء ويفني على صلاته ، ولعل وجهه
أن صلاته قد انعقدت صحيحة وإبطالها يحتاج إلى دليل ، وإنما يبطلها تعمد
المنافي وهو لم يتعمد ، والمشهور عدم الفرق .

والضرب الآخر متى حصل وكان المصلي ساهياً أو ناسياً أو لتنمية لم تبطل
الصلاوة ، وهو كل ما عدا نواقض الوضوء .

قال رحمة الله : والثاني لا يبطلها إلا عمداً ، وهو وضع اليمين على
الشَّهَادَةِ ، وفيه تردد .

أقول : منشأه من وجوب الإقتداء بفعله عليه السلام لقوله صلى الله
عليه وآله وسَلَّمَ : « صَلَّوا كَمَا رأَيْتُمْنِي أَصْلِي »^(٦١) ولم ينقل أنه كَفَرَ في صلاته ،

(٦١) عوالي الثاني ١: ١٩٧ ، ذيل حديث ٨.

ومن التمسك بالبراءة الأصلية ، لأن الاصل عدم التحريرم ، وبه قال أبو الصلاح ، والمشهور التحريرم .

ولا فرق بين وضع الكف على الساعد أو بالعكس ، ولا بين وضع الكف على الكف أو الساعد ، ولا بين كون بين العضوبين حاجزاً أو لا ، وتبطل الصلاة بفعله عمداً اختياراً .

قال رحمة الله : والبكاء لشيء من أمور الدنيا والأكل والشرب على قول ، إلا في صلاة الوتر .

أقول : قال صاحب الصلاح : البكاء يمد ويقصر ، اذا مددت أردت الصوت الذي يكون مع البكاء ، وإذا قصرت اردت الدموع وخروجهها .
إذا عرفت هذا : فالبكاء لأمور الآخرة لا تبطل به الصلاة وإن كان له صوت ؛ لأنه من دواعي الخشوع ، والبكاء لأمور الدنيا تبطل به الصلاة إذا كان له صوت ، وأما تهاميل الدموع بلا صوت فلا تبطل به الصلاة ، سواء كان لأمور الدنيا أو الآخرة .

والأكل والشرب لا يقطعان الصلاة إلا إذا بلغا الكثرة عند العلامة في المختلف والشهيد في البيان ، لأصالة الصحة ، وأصالة براءة الذمة من وجوب الإعادة .

وقال الشيخ في المسوط : تبطل الصلاة بالأكل والشرب سواء قل أو كثر ، وهو مذهب ابن إدريس واختاره أبو العباس لمنافاتها الخشوع ، وإن لم يكن فعلاً كثيراً دون مالا ينافيه كإزدراد ما بين الأسنان ، وإنما يجوز الشرب في الوتر بشرط :

الاول : أن يكون عازماً على الصوم .

الثاني : أن يلحقه العطش في الصلاة .

الثالث : أن يكون في قنوت الوتر لا في الصلاة .

الرابع : اختصاص الرخصة بالشرب دون الأكل .

الخامس : أن لا يفعل بسبب الشرب ما ينافي الصلاة كالاستدبار ، ويغتفر الفعل الكثير فيه^(٦٧) نفسه فإنه لا يبطل وإن طال زمانه ، ويجوز أن يمشي ليتناول الماء ثلاث خطوات فما دون .

قال رحمة الله : وفي عقص^(٦٨) الشعر للرجل تردد ، والأشبه الكراهة .

أقول : منشأه أصلالة عدم التحرير ، وأصلالة صحة الصلاة ، ومن الروايات^(٦٩) الدالة على التحرير ، وبالتحrir قال الشيخ ، وبالكراهة قال ابن إدريس والمصنف والعلامة .

قال صاحب الصلاح : عقص الشعر ضفره وليه على الرأس كالكببة ، وقيل : جعله كالكببة في مقدم الرأس على الجبهة ، فعل هذا إن منع من السجود أبطل قطعا .

قال رحمة الله : إذا سُلِّمَ عليه جاز أن يرد مثل قوله : سلام عليكم ، ولا يقول : وعليكم ، على رواية .

أقول : الرواية إشارة إلى ما رواه عثمان بن عيسى^(٧٠) ، قال العالمة في المختلف : وعندى في العمل بهذه الرواية نظر ، فإن في طريقها عثمان بن عيسى وهو ضعيف ، والمحصل أنه إذا سُلِّمَ عليه وهو في الصلاة وجب الرد وإن كان المسلام صبياً أو امرأة أجنبية ؛ لعموم قوله تعالى : «إذا حَيَّتُمْ بِتَحْيَيْهِ»

(٦٧) - في «ر ١» : في .

(٦٨) - في «ن» : تعمد عقص ...

(٦٩) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٣٦ من أبواب لباس المصلي .

(٧٠) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ١٦ من أبواب فواطع الصلاة ، حديث ٢ .

فَخُيُوا بِأَحْسَنِ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا)^(٧١) .

وصورة الرد : « سلام عليكم » و « سلام عليك » و « السلام عليك » ،
بأي هذه الثلاثة رد خرج من العهدة ، ولا يجوز الرد بـ « عليكم السلام »
وإن سُلِّمَ بها (لعموم النبي عن الرد بها)^(٧٢) .

والواجب في الرد إسماع المسلم ، فإن كان أصص لم يجب إسماعه إذا خرج
عن العادة ، والأقرب وجوب الإشارة بالرد على الأصص بحيث يعلم أنه رد عليه
لكونها قائمة مقام الكلام بعد تعذرها في كثير من الأحكام ، فلا يخرج من العهدة
بدونها .

فروع :

الأول : إذا حيَّاه بغير السلام كالصبح أو المساء أو غير ذلك ويجب الرد
بلغظ السلام أو الدعاء ، كأن يقول : غفر الله لك ، بارك الله فيك ، وما شابه
ذلك ، فان رد بمثل قوله وقصد الدعاء جاز ، وإن قصد مجرد الرد لم يجز ، وقال
الشهيد في البيان : يمكن الجواز .

الثاني : لو لم يرد السلام هل تبطل صلاته ؟ يحتمل ذلك ؛ لأن الرد
واجب مضيق وهو غير مناف للصلاة ، فإذا فعل شيئاً من أفعال الصلاة قبله
كان منهياً عنه ؛ لأنَّه خاطب بالرد ، والنبي في العبادة يدل^(٧٣) على الفساد .

ويحتمل عدم البطلان ؛ لأنَّها انعقدت صحيحة وبطلانها يحتاج إلى دليل
وليس ؛ لأن قواعط الصلاة معدودة مضبوطة وليس ذلك منها ، والنبي الموجب
للبطلان هو النبي المتعلق بذات الصلاة كصلاة الحائض ، أو لأمر لازم لذاتها

(٧١) - النساء : ٨٦.

(٧٢) - ما بين القوسين من « ن » . والعموم مستفاد من رواية عثمان بن عيسى السابقة .

(٧٣) - في « ن » و « ر » : يستلزم الفساد .

الصلة في الشوب المقصوب أو المكان المقصوب ، واختيار صاحب الموجز وصاحب البيان عدم البطلان .

الثالث : لو طالبه برد الوديعة وهو في الصلاة وهو قادر على ردّها من غير إبطال الصلاة فلم يردها كان حكمه حكم تارك السلام في احتفال البطلان وعلمه .

الرابع : المطالب بالوديعة أو الدين قبل دخوله في الصلاة وهو قادر على الدفع ، إذا صلَّى قبل تضييق الوقت ، بطلت صلاته - على المشهور بين الأصحاب - إذا كانت الصلاة منافية لأداء حق الأديم ، لكونه ماضياً والصلاحة موسعة ، ولو أمكن الجمع بين الصلاة والدفع لم تبطل . وحكم الزكاة والخمس كذلك وإن لم يطالب المستحق ؛ لأنَّه غير متبعٌ فلا يتوقف الدفع على مطالبته ، وحكم الدين الذي لا يعلمه صاحبه حكم الزكاة .

تبنيه : يبطل المندوبة كل ما يبطل المكتوبة إلَّا خمسة أشياء :

الأول : ترك السورة عمداً .

الثاني : ترك رفع الرأس من الركوع ، قاله في الموجز .

الثالث : ترك الطمأنينة في رفع الرأس من الركوع .

الرابع : الشك في الأولين .

الخامس : زيادة الركن سهواً ، ولا يجرم قطعها بخلاف المكتوبة .

بقية الصلوات

في صلاة الجمعة

قال رحمة الله : وكذا لو أدرك الإمام راكعاً في الثانية على قول .
أقول : إذا أدرك المأمور الإمام وهو راكع في الثانية فقد أدرك الجمعة إذا ساواه في قوس الركوع ، وإن كان بعد ذكر الإمام ، إذا كان الوقت باقياً ، أما مع خروج الوقت مثل أن يتلبس الإمام ولم يبق من الوقت غير قدر ركعة ويصل إلى الثانية في غير الوقت ، فإنه لا يدرك المأمور الجمعة ما لم يلتحمه في الأولى ولو في قوس الركوع ، وقال الشيخ في النهاية : يشترط تكبيرة الركوع .

فرع : لو أدرك الإمام راكعاً في الثانية فركع ثم زوحم على السجود ، فإن أتى به قبل أن يسلم الإمام فقد أدرك الجمعة ، وإن استمر الزحام بعد التسليم فقد فاتت الجمعة .

قال رحمة الله : وقيل : سبعة ، والأول أشبه .
أقول : يشترط في الجمعة العدد إجماعاً ، وخالف علماؤنا على قولين : أحدهما : سبعة ، وهو قول الشيخ وإبن الجنيد رحمة الله ، لأن الإنسان مدني بالطبع لا يمكنه أن يعيش وحده ، والإجتماع مظنة النزاع ، والتنازع يوجب اختلال نظام النوع ، فاستدعي كمال نظامه وبقاوه وجود رئيس يحملهم

على الطاعة ويعدهم عليها الثواب ، ويزجرهم عن المعصية ويتوعدهم عليها العقاب ، فوجب الامام ، ولما كان الإنسان ملأ للحوادث وجب في بقاء الاجتماع ونظامه وجود نائب الامام ، ولما كان التنازع يفتقر إلى مدعٍ ومدعى عليه وجب اعتبارهما ، ولما كان التجاحد ممكناً وجب اعتبار شاهدين يثبت بهما ما يقع التنازع فيه ، وقد يكون التنازع مؤدياً إلى استحقاق الحد في جنب أحدهما ، فوجب وضع مستوف للحد .

فظهر احتياج التمدن إلى هذه السبعة : المدعى حقاً والمدعى عليه والشاهدان والإمام وقاضيه والمتولى إقامة الحدود ، فلهذه الحكمة وجب هذا العدد في الصلاة التي لا تجحب على غير المستوطنين .

والقول الآخر : خمسة : المدعى حقاً والمدعى عليه والشاهدان والإمام ، وينتول هو الحكم وإقامة الحدود ، كما فعل علي عليه السلام في كثير من الأحكام ، وهو مذهب المفيد وإبن إدريس والمصنف والعلامة واي العباس .

قال رحمة الله : قيل : يجوز ولو آية واحدة مما يتم بها فائدتها .

أقول : المشهور بين الأصحاب وجوب قراءة سورة خفيفة ، وقال في الخلاف : يقرأ شيئاً من القرآن ، وأما التقييد بالأية الناتمة الفائدة إنها نقله المصنف والعلامة . والناتمة الفائدة هي التي يحسن السكوت عليها ، وحكمها فيها من الوعد والوعيد وغير ذلك من أحكام القرآن لا يتعلق بالأية التي قبلها ولا التي بعدها .

قال رحمة الله : ويجوز إيقاعها قبل زوال الشمس حتى إذا فرغ زالت ، وقيل : لا يصح إلا بعد الزوال ، والأول أظهر .

أقول : للأصحاب هنا ثلاثة أقوال :

الأول: وجوب الإيقاع قبل الزوال ، قاله الشيخ في النهاية والمبسوط ،

وهو مذهب ابن حمزة ، والمستند الروايات^(٧٤) .

الثاني : وجوهه بعد الزوال ، وهو مذهب السيد المرتضى وإبن إدريس ،
واختصاره العلامة ؛ لأنها بدل من الركعتين ، ولا يجوز المبدل قبل الزوال
فكذلك البدل تحقيقاً للبدلية المقتضية للمساواة .

الثالث : الجواز ، وهو مذهب المصنف جمعاً بين الأدلة .

قال رحمة الله : هل الطهارة شرط فيها ؟ فيه تردد ، والأشبه أنها غير
شرط .

أقول : منشأ التردد من أصلالة براءة الذمة ، وشغلها بواجب أو ندب
يحتاج إلى دليل ، ومن أن مع الطهارة تحصل البراءة بيقين ، وبدونها لا يحصل
بيقين البراءة ، فكان العمل بها يحصل به اليقين أحوط ، وهو مذهب الشيخ في
الخلاف والمبسوط ، وبالأول قال إبن إدريس والعلامة .

وأجيب عن حجة الشيخ بأن الإحتياط لا يقتضي الوجوب ، واعتقاد
وجوب غير الواجب خطأ ، فلا يحصل به الإحتياط مع اعتقاد وجوب الطهارة .
قال رحمة الله : ويجب أن يرفع صوته بحيث يسمع العدد المعتبر فصاعداً ،
وليسه تردد .

أقول : هذا فرع على وجوب الاستماع ، ومنشأ التردد من أصلالة براءة
الذمة ، ومن أن الفائدة من الخطبة والوعظ إنها يحصل بالانصات والاستماع ،
وبه قال الشيخ وإبن إدريس ، والاستحباب مذهب الشيخ في المبسوط ،
وظاهر المصنف والعلامة في القواعد الاكتفاء بسماع العدد .

وقال العلامة في المختلف : لا يقال : الخطبة إنها تجب مع حضور

الخمسة فيكفي ساعدهم وانصاتهم ، ويحرم الكلام عليهم لا على الزائد .
لأننا نقول : لا تخصيص لأحد بكونه من الخمسة دون غيره ، فيحرم على الجميع .

وذهب أبو العباس في المقتصر إلى تحريره على الخطيب والمستمع ، وليس مبطلاً لل الجمعة ولو^(٧٥) صدر من كل منها ، وقال في الموجز : يكره للخطيب ويحرم على المستمع .

قال رحمة الله : الخامس أن لا يكون هناك جمعة أخرى وبينها دون ثلاثة أميال ، فإن إنفقنا بطلنا ، وإن سبقت إحداها - ولو بتكبيرة الإحرام - بطلت المتأخرة ولو لم يتحقق السابقة أعادتا ظهراً .

أقول : هذه المسألة لم يتردد فيها المصنف ولا فيها خلاف ، ولكنها تفتقر إلى كشف وإيضاح ، فنقول : إذا صل في بلد واحد جمعتان بينهما أقل من ثلاثة أميال بطلت الأخيرة وصحت السابقة ، فإن افترتنا بطلنا ، فإن حصل اشتباه في السابق ، فإنما أن يكون حصل بعد أن كانت إحداها معلومة السابق بعينها أو معلومة السابق لا بعينها ، أو يشتبه الحال بمعنى : إن لا يعلم هل حصل سبق أم لا ؟ ففي الصورتين الأوليين يحصل القطع ببراءة الذمة من صلة الجمعة ؛ لأنه قد وقع في ذلك البلد جمعة صحيحة لكن كل طائفة شاكه في كون الجمعة الصحيحة هل هي جمعتها أم طائفة أخرى ؟ فيتعين عليهما الإتيان بالظهور ، لعدم قطع كل طائفة منها بخروجهما من العهدة .

واما الصورة الثالثة - وهي صورة الاشتباه - فإنها يعيدان جمعة وظهرا

(٧٥) - في «م» و«ن» و«ر» : لو .

ليحصل يقين البراءة ؛ لأنها لو أعادا^(٦) جمعة فقط أمكن أن يكون جمعة إحداها صحيحة ، فتبطل الأخرى ، والواجب على من بطلت جمعته الظهر ، وإن أعادا ظهراً فقط أمكن إقران الجمعتين ، فتبطلان ، فيجب عليهما الجمعة ، فلا يحصل يقين البراءة إلا بالإثنين بهما معاً .

ويؤم بالطائفتين إمام من غيرهما ، لاحتياط أن يكون الذي يؤم بها من طائفة قد سبقت جمعتها وقد برأت ذمته منها ، فلا يجوز أن يكون إماماً لمن ذمته مشغله بها ، وكذا إن صلبا الظهر جماعة ، فلو صلت كل واحدة الظهر وحدها جاز أن يوم بها إمام منها ، لعدم إمكان اختلاف حكم الإمام والمأمور حينئذ ، ولو افترقتا بفرسخ صلت كل طائفة الجمعة فقط بإمام منها أو من غيرها لا من الطائفة الأخرى .

قال رحمه الله : وفي العبد تردد .

أقول : الجمعة لا تجوب على العبد ، ولو حضر وجبت عليه كالمريض ، وهل تعتقد به ؟ قال الشيخ رحمه الله في الخلاف : تعتقد ، وبه قال ابن إدريس ، لعموم^(٧) الدليل الدال على اعتبار العدد من غير تقييد بحرية أو غيرها ، وعدم وجوبها عليه لا ينافي انعقادها به كالمريض . وقال الشيخ في المسوط بعدم الإنعقاد ، واختاره العلامة وأبو العباس في موجزه ومحرره ؛ لأن العبد لا يجب عليه الحضور إجاعاً ، ولا يجوز بغير إذن سيده وهو غير معلوم ، فيحكم ظاهراً بقبحه لاصالة عدم الاذن ، فلو اعتدنا به في تكميل العدد الموجب لتكليف الغير ، كان ذلك التكليف قبيحاً لاشتماله على التصرف بمال الغير من غير إذنه ،

(٦) كذا في النسخ .

(٧) الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٢ من أبواب صلاة الجمعة .

..... كتاب الصلاة وما ليس ينفك عن القبيح فهو قبيح ، فلا ينعقد به إلا مع إذن سيده بالحضور .

فرع : لو ألزم المولى عبده بحضور الجمعة ، احتمل الوجوب ، لوجوب طاعته في غير العبادة ففيها أولى ، ومحتمل العدم ؛ لأنه غير مكلف بالحضور ، والزام السيد غير صالح لإثبات ما أسقطه الشارع عنه من العبادات ، كعدم صلاحيته لاسقاط ما أوجب عليه منها ، فلا يلتفت إلى الزامه قبل الحضور كما لا يلتفت إلى منعه بعد الحضور ، بل يكون تكليف العبد مع إذن سيده قبل الحضور تكليفاً اختيارياً موكولاً إلى اختيار العبد ، إن شاء حضر وإن شاء ترك .

قال رحمه الله : ولو هاباه مولاه لم تجب الجمعة ولو انفقت في يوم نفسه على الأظهر .

أقول : قال الشيخ لو انعقد بعضه وهابه مولاه فانفقت الجمعة في يوم نفسه وجبت عليه ؛ لأنه ملك المنافع وزال عذر الحضور في ذلك اليوم ، وحكم المصنف والعلامة بعدم الوجوب ، لأصالحة البراءة ، ولأن المهاية ليست واجبة ، فلو وجبت عليه الجمعة في يوم نفسه وجبت مطلقاً .

قال رحمه الله : الإصرفاء إلى الخطبة هل هو واجب ؟ فيه تردد، وكذا تحريم الكلام في أثنائها .

أقول : سبق البحث في هذه^(٧٨) .

قال رحمه الله : ويعتبر في إمام الجمعة كمال العقل ، والإيمان ، والعدالة ، وطهارة المولد ، والذكورة ، ويجوز أن يكون عبداً ، وهل يجوز أن يكون

أجذم أو أبرص ؟ فيه تردد ، والأشبه الجواز وكلها الأعمى .

أقول : بعض هذه الشروط جمع عليه وبعضها مختلف فيه ، فالملجمع عليه كمال العقل والإيمان والعدالة وطهارة المولد والذكورة ، والباقي مختلف فيه ، فمما اختلف فيه الحرية ، ولم يعتبرها الشيخ في المسوط إذا تم العدد بدونه ، واختاره المصنف والعلامة والشهيد في دروسه ؛ لأن مكلف عدل فجازت امامته ، واعتبرها في النهاية والمفید في المقنعة ؛ لأن الامامة أحد المناصب الجليلة فلا يليق بحال العبد ، ولا رواه السكوني عن جعفر عن أبيه ، عن علي عليهم السلام » قال : لا يلزم العبد إلأ أهله «^(٧٩) وهو مذهب أبي العباس في موجزه .

ومنشأ التردد في الأجذم والأبرص نفور القلوب عنهما ، وفي الأعمى عدم تحركه من التجasse ، ومن هذا شأنه لا يجوز أن يكون إماماً ، وهو مذهب الشيخ في النهاية وإبن إدريس ، ومن أصلالة الصحة ، وهو المشهور .

قال رحمة الله : الأذان الثاني يوم الجمعة بدعة ، وقيل : مكرورة ، والأول أشبه .

أقول : اختلف الأصحاب في وقت الأذان المشرع في يوم الجمعة ، والمشهور أنه حال جلوس الإمام على المنبر .

قال إبن أبي عقيل : إذا زالت الشمس صعد الإمام المنبر وجلس وقام المؤذن فأذن ، فإذا فرغ المؤذن من أذانه قام الإمام خطيباً للناس .

ومثله قال إبن الجنيد وإبن حزه وإبن إدريس ، واختاره العلامة .

وقال أبو الصلاح : وإذا زالت الشمس أمر مؤذنيه بالأذان ، فإذا فرغوا منه صعد المنبر وخطب .

(٧٩) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، بنب ١٧ من أبواب صلاة الجمعة ، حديث ٤ .

وقال الشهيد في بيانه : ولو جمع بينهما أمكن نسبة البدعة إلى الثاني زماناً ولالي غير الشرعي ، فينزل على القولين .

مراده : لو أذن قبل صعود الإمام المنبر وبعد صعوده كان البدعي هو الأذان الذي بعد صعود الإمام المنبر لكونه ثانياً ، وتحتمل أن يكون البدعي هو غير المشروع منها .

فإن قلنا : إن المشروع هو المشهور ، كان البدعي هو الأول الذي قبل صعود الإمام ، وكان ثانياً لعدم الاعتزاد به (وانقلنا: المشروع ما قاله أبو الصلاح كان البدعي الثاني بالزمان ومذهب الدرس كالبيان وقال ابن ادريس) ^(٨٠) : الأذان الثاني هو الحاصل بعد نزول الإمام عن المنبر مضافاً إلى الأذان الأول الذي عند التزول ، واحتاره العلامة في المختلف وأبو العباس في المقتصر واستقر به الشهيد في بيانه .

إذا عرفت هذا ، فالتحرير مذهب ابن إدريس والمصنف والعلامة في تحريره مختلفه ؛ لأن النبي صلَّى الله عليه وآله وسلم لم يفعله إجماعاً ، وشرع الصلاة بأذان واحد وإقامة ، فالزيادة المئونة بدعة ، وقيل : أول من أحدهه عثمان ، وقيل : معاویه ، وقال الشيخ في المبسوط بالكراء لأصالة الإباحة ، وقوأه صاحب الدرس .

قال رحمة الله : يحرم البيع يوم الجمعة بعد الأذان ، فإن باع أثيم ، وكان البيع صحيحاً على الظاهر .

أقول : إذا وقع البيع عند الأذان من وجب عليه الجمعة فعل حراماً إجماعاً ، وهل ينعقد ؟ جزم الشيخ في الخلاف بعدم الإنعقاد ، لكونه منهياً عنه

(٨٠) - ما بين القوسين من « ن » ، وفي باقي النسخ عبارة : (وان كان) بدلاً عنه .

والنبي يدل على الفساد ، وهو مذهب ابن الجنيد ، وأكثر المتأخرین علی الانعقاد ؛ لأنّه بيع صدر من أهله في عمله ؛ لأن العقد سبب لنقل الملك إلى المشتري بالإجماع ، وهو موجود هنا ، والنبي الذي يستلزم الفساد هو النبي في العادات لا المعاملات .

فروع :

الأول : النداء الذي يتعلّق به التحرير هو الأذان المشروع حالة صعود الخطيب المنبر .

الثاني : لو كان بعيداً عن الجمعة ، بحيث يفتقر إلى السعي قبل الزوال وجوب السعي ، وحرم البيع إن منع من السعي ، وإنّا فلا .

الثالث : لو لم يمنع البيع حالة الأذان من السعي ولا من سماع الخطبة ، احتصل الجواز لعدم المنافاة ، والعدم لعموم^(٨١) المنع حالة النداء .

الرابع : لو كان أحد المتباعين مخاطباً بال الجمعة دون الآخر حرم على المخاطب إجماعاً ، وعلى الآخر أيضاً لما فيه من المعاونة على الإثم والعدوان المنبي عنه في الآية^(٨٢) ، وقيل : يكره لغير المخاطب .

الخامس : لا فرق بين البيع وغيره من العقود للمشاركة في العلة .
قال رحمة الله : إذا لم يكن الإمام موجوداً ولا من نصبه للصلوة وأمكن الاجتماع والخطبتان ، قيل : يستحب أن يصلّي جماعة ، وقيل : لا يجوز ، والأول أظهر .

أقول : إذا أمكن في حال الغيبة اجتماع العدد المعتبر والخطبتان استحب

(٨١) الجمعة : ٩ .

(٨٢) المائدة : ٤ .

الاجتماع وإيقاع الجمعة بنية الوجوب ، ويجزى عن الظهر ، هذا مذهب الشيخ في النهاية ، واحتاره العلامة والشهيد وأبو العباس ، لعموم قوله تعالى : ﴿إِذَا نودي للصلوة من يوم الجمعة﴾^(٨٣) ولم يصرح عليه روایات^(٨٤) .

والمنع مذهب ابن إدريس والسيد المرتضى ؛ لأن شرط انعقاد الجمعة الإمام أو من نصبه الإمام للصلوة وهو مفقود ، ولأن الظاهر أربع ركعات ثابتة في الذمة بيقين فلا يخرج من العهدة إلا بفعلها ، وأخبار الأحاديث مظنونة لا يجوز التعويل عليها .

وأجاب العلامة بأنّ الفقيه المأمون منصوب من قبل الإمام ، وهذا تفضي أحکامه ، ويجب على الناس مساعدته على إقامة الحدود والقضاء بين الناس .

فروع :

الأول : على القول بانعقاد الجمعة حال الغيبة ، يجوز إيقاع جمعتين في بلد واحد بينها أقل من فرسخ ، قاله أبو العباس في موجزه ، وفيه نظر حققناه في شرح الموجز ، والأقوى^(٨٥) عدم الجواز .

الثاني : يجب على الإمامية الإمامية ؛ لأن من شرطها الاجتماع وكل صلاة الاجتماع فيها شرط يجب فيها نية الإمامة .

الثالث : قال الشهيد في البيان : فرع : إنها يجوز مع باقي الشرائط ، فإذا اجتمعوا نموا الوجوب ، ويجزى عن الظهر فيكون الوجوب هنا تخييرياً .

ووجدت قيدا على بعض نسخ البيان منسوبا إلى بعض الفضلاء أن

(٨٣) - الجمعة : ٩.

(٨٤) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٥ من أبواب صلاة الجمعة .

(٨٥) - في «ي١» : والظاهر .

مراده في قوله (تخييرياً) أي التخيير بين نية الوجوب ونية الندب وأيهما نوى أجزأ عن الظاهر ، وهو غلط ، بل مراده التخيير بين الجمعة والظهر ، فيكون من باب الواجب المخير كفارة رمضان وغيرها من الواجبات المختيرة ، ولا يجوز نية الندب ؛ لأن الجمعة بدل من الظهر ، وحكم البديل حكم المبدل عنه في جميع الأحكام إلا ما أخرجه النص هنا ، من زيادة القنوت ونقصان الركعتين المعرض عنها بالخطبتين ، ومن بعض أحكام المبدل إشتراط نية الوجوب فيجب في البديل تحقيقاً للبدليلية ، ولأنها مجزية عن الظاهر ، والندب لا يجزي عن الواجب مع تحقق الوجوب في شيء من الأحكام إجماعاً .

فإن قيل : إن هذه الجمعة مندوية مع أنها تجزي عن الظهر عند القائل بها ، والوضوء المندوب يجزي عن الواجب في بعض الصور ، فكيف قلتم : إن المندوب لا يجزي عن الواجب إجماعاً؟

الجواب عن الأول : إن المندوب هو الاجتماع والعدول إليها عن الظاهر ، فإذا اختار المكلف ذلك وأراد الدخول فيها ، تعين عليه نية الوجوب ، لاختياره إيجابها عليه بالدخول فيها ، كاستحباب الجهر يوم الجمعة ، والجهر بالبسملة في مواضع الإلتفات ، فإن المستحب هو العدول إلى الجهر ، فإذا أتي به اعتقاد الوجوب ؛ لأن القراءة لها صفتان الجهر والإلتفات وكلتا هما واجب ، فلا يجوز أن يقع أحدهما بنية الاستحباب ، فكما أن الواجب في الظهر هو الإلتفات ، والعدول إلى الجهر مستحب وإذا أتي به اعتقاد وجوبه ولا يجوز أن يقعه بنية الندب ، كذلك الواجب في الجمعة حال الغيبة هو الظهر ، والعدول إلى الجمعة مستحب مع الامكان ، فإذا دخل فيها دخل بنية الوجوب ؛ لأن الأصل فيها الوجوب ، لكون الفرض غيرها ، وهو الظهر ، وقد استحب له العدول إلى الجمعة ، فإذا عدل إليها وجب إيقاعها على أصلها كالجهر ؛ لأن

الأصل فيه الوجوب ، ولكن فرضه في الظاهر غيره ، وهو الإخفاقات ، وقد استحب العدول إلى الجهر ، فإذا عدل إليه وجب إيقاعه على أصله ، وهو الوجوب ، فلا يجوز إيقاع الجمعة بنية الندب ، كما لا يجوز فعل الجهر بنية الندب لمساواتها له من كل الوجوه .

واما الجواب عن الثاني : - وهو إجزاء الوضوء المندوب عن الواجب -

فإنا نقول : إنما يجوز إيقاع الوضوء المندوب المجزي عن الواجب في غير وقت التكليف بالواجب^(٨٦) ، فلو كان مكلفاً بما جاز إيقاعه بنية الندب ، ولا أجزأ عن الوجب ، وإنما أجزأ مع خلوه عن الواجب ؛ لأنّه أوقع طهارة مشروعة رافعة للحدث ، مبيحة للصلوة ، فإذا دخل وقت الوجوب وهو على تلك الطهارة أجزأ بها ، لعدم بطلانها بدخول وقت الوجوب ، والجمعة ليس كذلك ، لأنّه أوقعها في وقت هو مكلف فيه بأداء الفرض ، فلو أوقعها بنية الندب لم تكن معتبرة ولا مجزية عن الفرض كما لو أوقع الوضوء الندب بنية الفرض لم يكن معتبراً ولا مجزياً عن الفرض .

ولقد نص أبو العباس في مذهبه ومقتصره والشهيد في بيانه على نية الوجوب ، ولم نجد قولًا لبعض الأصحاب بجواز نية الندب ، فتعين القول بالوجوب ، لنص الأصحاب عليه ، وسيادة الدليل إليه ، وإنما أطلنا البحث هنا ليظهر بطلان ذلك القيد الذي نقله أكثر الطلبة ، وقال به .

قال رحمة الله : إذا لم يتمكن المأمور من السجود مع الإمام في الأولى ، فإن أمكنه السجود واللحاق به قبل الركوع وجب ، وإلا اقتصر على متابعته في السجدين وينوي بهما الأولى ، فإن نوى بها الثانية ، قيل : تبطل الصلاة

(٨٦) - في «ن» : بالوجوب .

وقيل : يمحذفها ويسجد للأولى ويتم ثنائية ، والأول أظهر .

أقول : إذا ركع مع الإمام في الأولى ومنعه الزحام عن سجودها ، فإن تمكّن - بعد قيام الإمام من الأولى إلى الثانية - من السجود أتى به ولا كلام ، وإنما فلا يتبعه في رکوع الثانية ، فإذا سجد الإمام سجد معه ونوى بها أنها للركعة الأولى ، ولو لم ينو أنها للأولى بطلت صلاته .

وقال ابن إدريس : لا يجب تجديد نية أنها للأولى ، بل الاستدامة كافية والأصل براءة الذمة من وجوب تجديد النية ، واستقر به الشهيد .

والجواب أن المأمور أفعاله تابعة لافعال الإمام ، والإمام سجد السجدين بنية أنها للثانية فيكون المأمور بحكمه ، فلو لم ينو أنها للأولى انصرف إلى الثانية تحقيقاً للمتابعة .

وقال في المبسوط : إذا لم ينو بها الأولى لم يعتد بها ، ووجب أن يمحذفها ويسجد سجدين للركعة الأولى ، والأول مذهب الشيخ في النهاية ، واختاره المصنف والعلامة .

في صلاة العيددين

قال رحمة الله : ثم يكبر بعد القراءة على الأظهر .

أقول : قال الشيخ رحمه الله : يبدأ بعد تكبير الإحرام بالقراءة ثم يكبر بعدها للقنوت ، وفي الثانية يكبر أيضاً بعد القراءة ، وهو قول ابن إدريس وابن بابويه وأبي الصلاح ، ومنذهب المصنف والعلامة ، وقال ابن الجنيد : والتكبير في الأولى قبل القراءة وفي الثانية بعدها ، ودليل الجميع الروايات^(٨٧) .

قال رحمة الله : وفي الأمصار عقب عشر يقول : الله أكبر الله أكبر ، وفي الثالثة تردد .

أقول : منشؤه اختلاف الأصحاب المستند إلى اختلاف الروايات^(٨٨) ،

قال ابن أبي عقيل : يقول الله أكبر الله أكبر ، لا إله إلا الله ، والله أكبر ، والله الحمد على ما هدانا ، الله أكبر على ما رزقنا من بهيمة الأنعام ، ومثله قال ابن الجنيد ، وقال ابن بابويه : « ان علياً عليه السلام كان يقول : الله أكبر الله

(٨٧) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ١٠ من أبواب صلاة العيد .

(٨٨) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٢١ من أبواب صلاة العيد .

أكبر ، لا إله إلا الله ، وله الحمد ^(٨٩) .

قال رحمة الله : التكبير الزائد هل هو واجب ؟ فيه تردد ، والأشبه الإستحباب ، وبتقدير الوجوب ، هل القنوت واجب ؟ الأظهر لا ، وبتقدير وجوبه هل يتعين فيه لفظ ؟ الأظهر انه لا يتعين وجوباً .

أقول : هنا ثلاث مسائل :

الأولى : التكبير الزائد على المعتاد فيسائر الصلوات ، وباستحبابه قال الشيخ في التهذيب ، واختاره المصنف ، لأصل براءة الذمة ، وبالوجوب قال أبو علي ابن الجند ، واختاره العلامة وأبو العباس ، لقوله عليه السلام : «صلوا كما رأيتمني أصلي» ^(٩٠) ، ولأنهم عليهم السلام نصوا على وجوب صلاة العيد ، وبينوا كيفيتها ، وذكروا التكبيرات الزائدة ^(٩١) .

الثانية : القنوت ، قال السيد المرتضى : ما انفرد به الامامية وجوب القنوت بين كل تكبيرتين من تكبيرات العيد ، واختاره العلامة وأبو العباس ، لقوله عليه السلام : «صلوا كما رأيتمني أصلي» ، والإستحباب مذهب الشيخ في الخلاف ، واختاره المصنف للأصل .

الثالثة : على تقدير وجوبه ، هل يتعين فيه لفظ ؟ قال أبو الصلاح : ويلزمه أن يقنت بين كل تكبيرتين ، فيقول : « اللهم أنت أهل» ^(٩٢) الكبراء والعظمة ^(٩٣) إلى آخره ، وهو يشعر بوجوب هذا الدعاء ، والمشهور أنه يقنت

(٨٩) - راجع المصدر السابق .

(٩٠) - عوالي الآكي ١: ١٩٧ ، حديث ٨ .

(٩١) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ١ و ١٠ و ٢٠ و ٢١ من أبواب صلاة العيد .

(٩٢) - في «م» و «ي١» و «ر١» : اللهم أنت أهل ..

(٩٣) - وهذا الدعاء موجود في المصدر السابق باب ٢٦ ، حديث ٢ و ٥ .

بها شاء ؛ لأن الأصل براءة الذمة من وجوب التعيين .

فروع :

الأول : لو قنت قبل القراءة ناسيا تدارك القراءة واستأنف التكبير والقنوت الذي فعله قبلها ما لم يركع ، فإن رفع مضى في صلاته وسجد للسهو .

الثاني : لو نسي التكبيرات أو بعضها ولم يذكر حتى يركع لم يكن عليه غير سجود السهو ، وقال الشيخ : يقضيه بعد الصلاة .

الثالث : لو شك في عدد التكبيرات بني على اليقين .

الرابع : لو أدرك بعضه مع الإمام أتمه لنفسه ، فإن خاف فوات الركوع والي بين التكبيرات من غير قنوت .

الخامس : لو شك بين الركعتين بطلت صلاته .

السادس : يحرم البيع وشبهه بعد الأذان كالمجمعة .

قال رحمة الله : إذا اتفق عيد وجمعة فمن حضر العيد كان بالختار في حضور الجمعة ، وعلى الإمام أن يعلّمهم ذلك في خطبته ، وقيل : الترخيص مخصوص بمن كان نائباً عن البلد ، كاهل السواد ، دفعاً لمشقة العود ، وهو الأشبه .

أقول : للاصحاب هنا ثلاثة أقوال :

الاول : التخيير مطلقا ، وهو قول الشيوخين واختاره العلامة ؛ لأن في الجمع حرجاً وضرراً وزيادة تكليف فيكون ساقطا .

الثاني : وجوب الحضور مطلقا ، وهو قول ابن البرّاح وأبي الصلاح ؛ لأن الأصل وجوب الصلاتين ، ولأن وجوب الحضور على الإمام يدل على وجوب الحضور على غيره ، ولا لقيح تكليف الإمام لتوقفه على فعل لا يعلم ايقاعه من الغير .

وأجاب العلامة عن هذا بان الواجب على الإمام ليس هو صلاة الجمعة ابتداءً ، بل الواجب عليه الحضور ، وهو لا يتوقف على فعل الغير ، فان اجتمع العدد لحقه وجوب آخر ، والا فلا .

الثالث : اختصاص التغبير بمن كان قاصي المنزل دون أهل البلد ، بل يجب عليهم الحضور ، واختاره المصنف وأبو العباس في موجزه ، لرواية إسحاق بن عمار^(٩٤) ، عن جعفر ، عن أبيه عليهما السلام ؛ ولأن في عود قاصي المنزل زيادة في المشقة على أهل البلد فتختص الرخصة بذوي المشقة العظيمة دون غيره ، ومذهب الشهيد كمذهب الشيوخين .

قال رحمه الله : وفي خروجه بعد الفجر قبل طلوعها تردد ، والأشبه الجواز .

أقول : التردد نسأ من ظاهر كلام الشيخ في النهاية ، فإنه قال فيها : وإذا أراد الإنسان الشخص من بلد فلا يخرج من بعد الفجر إلا أن يشهد الصلاة ، فإن شخص من قبل ذلك لم يكن به باس . وهو يدل على عدم جواز الشخص بعد الفجر وقبل الصلاة .

ومن أصلحة الجواز ، ولأن المانع هو التكليف في الصلاة ، وهو لا يتحقق قبل دخول الوقت ، وهو طلوع الشمس .

فرع : لو سافر بعد طلوع الشمس وقبل صلاة العيد مع وجودها عليه ، وجب عليه العود للتحوق بها إن أمكنه ذلك ، فإن لم يمكنه لم تعتبر المسافة من البلد إلى الموضع الذي انتهى فيه إمكان العود واللحاق بالصلاحة ؛ لكونه عاصيا في سفره ، ثم تعتبر المسافة من ذلك المكان ، فإن كان الباتي مسافة وجب التقصير حيئذاً وإلا فلا .

وكذلك لو سافر يوم الجمعة بعد الزوال فإنه لا يجوز له صلاة الظهر ولا يعتبر المسافة ما امكنته العود واللحاد بالصلاة ، فإذا انتفى الامكان اعتبر المسافة وصل الظهر تماماً لوجوبها عليه حالة الاقامة .

في صلاة الكسوف

قال رحمة الله : فتجب عند كسوف الشمس وخشوف القمر والزلزلة ،
وهل تجحب لما عدا ذلك من ربيع مظلمة وغيرها من أخاقيف السماء ؟ قيل :
نعم ، وهو المروي ، وقيل : لا ، بل يستحب ، وقيل : تجحب للربيع المخوفة
والظلمة الشديدة حسب .

أقول : قال الشيخ في النهاية والمبرهون : صلاة الكسوف والزلزال
والرياح المخوفة والظلمة الشديدة فرض واجب . ولم يتعرض لأخاقيف السماء ،
وبه قال ابن إدريس ، لأصالة براءة الذمة ، ولأن النبي صلى الله عليه وأله
وسلم لم ينقل عنه أنه صلى لغير ذلك . وأوجبها في الخلاف جميع الآيات التي
تظهر في السماء من الأخاقيف وغيرها ، وهو اختيار العلامة وأبي العباس ، لأن
المقتضي للوجوب في الكسوف موجود ، وهو أنه خارق للعادة ليحصل به تذكرة
العباد فيكون لطفا ، فهذه الحكمة مشتركة في الجميع ، ولما رواه زراوة ومحمد
بن مسلم في الصحيح « قلنا لأبي جعفر عليه السلام هذه الرياح والظلمة التي
تكون هل يصلى لها ؟ قال : كل أخاقيف السماء من ظلمة أو ربيع أو فزع يصلى

له صلاة الكسوف حتى يسكن »^(٩٥).

قال رحمة الله : إذا حصل الكسوف في وقت فريضة حاضرة كان خيراً في الإتيان بآيتها شاء ما لم تتحقق الحاضرة ف تكون أولى ، وقيل : الحاضرة أولى ، والأول أشبه .

أقول : إذا اتفق الكسوف في وقت حاضرة ، فإنما أن يتسع أو يتضيقاً أو تسع إحداهما وتتضيق الأخرى ، فإن تضيقاً أو تضيقاً الحاضرة بديء بالحاضرة ، وإن تضيقاً الكسوف بديء بها ، وإن اتساع الفرضان تأخير على المشهور بين الأصحاب ؛ لأنهما فرضان اجتمعوا ووقتهما متبع فيتأخير المكلف بينهما ؛ لأن تعين أحدهما وجوباً يستلزم أحد الحالين : إما ضيق وقت ما فرض اتساع وقته ، أو كون ترك العبادة الواجبة أولى من فعلها ؛ لأن المتعين فعلها وإن كان لضيق وقتها لزم الأول ، وإن كان لقبح تقديم الأخرى لزم الثاني ، وكلاهما محال .

وقال في النهاية : يبدأ بالفريضة ، وهو مذهب ابن البراج ، لأنها أهم في نظر الشرع .

فروع :

الأول : إذا قدمت الحاضرة فخرج وقت الكسوف ، فإن كان قد فرط في تأخير الكسوف أو الحاضرة مع تمكنه وجب قضاء الكسوف ، وإلا فلا .

الثاني : إذا عرض الشك ، فإن تعلق بالركعات بطلت ، كما لو شك بين الخامس والسادس ، أو الخامس والعشر ، وإن تعلق بالركوعاتبني على الأقل ، كما لو شك بين الرابع والخامس ، أو بين السادس والسابع .

(٩٥) الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٢ من أبواب صلاة الكسوف والآيات ، حديث ١.

الثالث : لو وصلَ بالتبغُض فأراد تتمة السورة في الرابع أو الخامس فنفي باقيها ، ابتدأ بالحمد ثم قرأ سورة كاملة إن كان في الخامس ، وإنْ جاز تبعيضاًها ويكمِل فيها .

الرابع : يجب تكميل السورة المبعثة في الخامس والعاشر ؛ لأن كل خمس ركوعات بمنزلة ركعة ، فيجب عليه الحمد وسورة .

الخامس : لو قرأ بعض سورة في الأول جاز له العدول إلى سورة أخرى في الركوع الثاني ، لكن يجب عليه الإبتداء بالحمد ثم يقرأ سورة كاملة أو مبعثة ، وهو اختيار الشهيد في البيان .

ال السادس : يجب أن يقرأ في المبعثة من حيث قطع ، ولو قرأ لا على التالي لم يصح ، لقول الصادق عليه السلام : « فاقرأ من حيث قطعت »^(١٦) ، وهو يشعر بعدم جواز العدول إلى سورة أخرى .

السابع : إذا قرأ في ركوع بعض سورة ، ليس له أن يقرأ في الركوع الذي بعده بعضاً من أخرى قبل أن يكمل الأولى ، وله أن يقرأ من حيث قطع من الأولى حتى يكمل ، ثم يقرأ بعضاً من سورة أخرى في ذلك الركوع .

الثامن : جميع الأحواليف - غير كسوف النيرين - يجب على الفور عند حدوث أسبابها ، ويمتد وقتها مدة العمر ، بمعنى أنها تصل أداءً ولا تصير قضاءً ، بخلاف النيرين فإن وقتها من الإبتداء إلى الأخذ في الانجلاء على المشهور .

وقال الشهيد في دروسه : إلى تمام الانجلاء ثم تصير قضاءً .

وقيل : إن وقت الرياح المظلمة الشديدة والظلمة الشديدة مدتها ، أما الزلزلة فمدتها العمر ، وكذا الصيحة ، وبالجملة كل آية يضيق وقتها عن

العبادة . وهذا مذهب أبي العباس في موجزه .

الناسع : إذا سبق المأمور بركوع فقد فاته تلك الركعة ، فإن شاء^(١٧) صبر حتى يقوم إلى الثانية ثم يحرم معها ، فإذا تمها الإمام وسلم أنى هو برکعة أخرى ، وإن شاء تابعه في الأولى بنية التذنب ، فإذا انتهى إلى الثانية جد نية الوجوب ، ثم يصلى بعد تسليم الإمام ركعة أخرى ، ولا يحسب ما صلى بنية التذنب .

العاشر : لو اجتمع عيد وآية وجنازة قدم ما يخشى فوته ، فان اتسع الجميع قدم الجنائز ثم الآية ثم العيد ، وكذا لو ضاق الجميع ، ولو ضاق العيد قدم ولا يخطب له إلا بعد الفراغ من الجنائز والآية .

الحادي عشر : لو اتفقت الآية والجمعة وضاقا قدمت الجمعة ، ومع السعة تقدم الآية ، قاله في الموجز ، ولو قيل بالتخير كالفردية كان وجهها .

تبنيه : يحصل العلم بسعة الوقت في الكسوف بقول المعموم ، أو بغيروبة الشمس مكسوفة ، أو طلوعها على القمر مكسوفا فهنا يحصل العلم اليقين بسعة الوقت ، ويحصل الظن بقول الرصدي إذا كان عدلا .

قال رحمة الله : يجوز أن يصلى صلاة الكسوف على ظهر الدابة وماشياً ،

وقيل : لا يجوز ذلك إلا مع العذر وهو الأشبه .

أقول : بالجواز قال ابن الجنيد ، لرواية علي بن فضال الواسطي^(١٨) عن الرضا عليه السلام ، والشهور عدم الجواز ؛ لأنها صلاة واجبة فلا تجوز راكبا ولا ماشيا مع القدرة ، كغيرها من الصلوات الواجبة .

(١٧) - من «ن».

(١٨) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ١١ من أبواب صلاة الكسوف والآيات ، حديث ١ .

في الصلاة على الاموات

قال رحمة الله : والدعاء بينهن غير لازم ، ولو قلنا بوجوبه لم نوجب لفظاً على التعين .

أقول : يتحمل عدم وجوب الدعاء ، لأصلالة براءة الذمة ، ويتحمل وجوبه للمؤمنين عقيب الثالثة ، وللميت عقيب الرابعة ؛ لأن المقصود من صلاة الجنازة الدعاء ، ولقوله عليه السلام : « صلوا كما رأيتموني أصلي »^(٩٩) لكنه لا يتبعن لفظاً ، فالمؤمن يدعوه بما شاء ، وكل المتألق يجب أن يدعوه عليه بما شاء ، وكذلك المستضعف والمجهول حاله ، ويستحب مراعاة المنقول في الجميع .

فالمؤمن ، يقول : « اللهم إن هذا عبدك النازل بك وانت خير منزول به ، اللهم أنا لا نعلم منه إلا خيرا وانت أعلم به منا ، اللهم إن كان محسنا فزد في أحسانه ، وإن كان مسيئا فتجاوز عنه ، واحشره مع الأئمة

الطاهرين»^(١٠٠).

والمنافق يقول : « اللهم إملأ قلبه نارا ، وجوفه نارا ، وسلط عليه
الحيات والعقارب »^(١٠١).

وروي : «أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ حضر جنازة عبد الله بن أبي سلول لعنه الله ، فقيل له : يا رسول الله ألم ينهاك الله أن تقوم على قبره ؟ ! فقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ : وبilk ، وما يدريك ما قلت ؟ ! إني قلت : اللهم احش جوفه نارا وأذقه أشد عذابك »^(١٠٢) وصلَّى الحسن عليه السلام على منافق ، «فقال : اللهم العن عبدك وأخزه في عبادك ، وأصله نارك ، وأذقه أشد عذابك ، فإنه يوالي اعداءك ، ويعادي أولياءك ويبغض أهل بيت نبيك»^(١٠٣).

والمستضعف يقول : « اللهم اغفر للذين تابوا واتبعوا سبilk ، وقهم عذاب الجحيم » .

ومجهول الحال يقول : « اللهم أنت أحبيت النفوس ، وأنت أمتها ، تعلم سريرتها وعلائتها ، أتيناك شافعين فيها فشفتنا ، ولما من تولت واحشرها مع من أحببت»^(١٠٤) .

(١٠٠) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٢ من أبواب صلاة الجنائز ، والمستدرك ٢: ٢٤٧ ، باب ٢ من أبواب صلاة الجنائز .

(١٠١) - الباب الثالث من المصادرين السابقين .

(١٠٢) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٤ من أبواب صلاة الجنائز ، حدث ٤ (بنحوت) .

(١٠٣) - المصدر المتمدد حدث ٢ و ٦ ، (لكنه في الوسائل) : «الحسين عليه السلام» بدل «الحسن عليه السلام» .

(١٠٤) - راجع في المستضعف ومجهول الحال ، نفس المصدر المتمدد باب ٢ .

والطفل ، يقول : « اللهم اجعله لنا ولأبويه فرطا ، ولا تفتنا بعده ، ولا تخربنا أجره »^(١٠٥) .

ويستحب الإسرار في صلاة الجنازة ؛ لأن السر أقرب إلى القبول لبعده عن الرياء .

قال رحمة الله : ويرفع يديه في أول تكبير إجماعاً ، وفي الباقي على الأظهر .

أقول : الرفع في الأولى خاصة مذهب الشيخ في النهاية والمفید والسيد المرتضى وأبن إدريس وأبي الصلاح .

وقال الشيخ في الاستبصار : يرفع يديه في الجميع ، واختاره المصنف والعلامة ، ومستند الجميع الروايات^(١٠٦) .

تنبيه : أفضل الصنوف في جميع الصلوات المتقدم إلا الجنازة فإن أفضلها المتأخر ، وسئل الصادق عليه السلام عن الوجه في ذلك ، فقال : لأنه سترة في النساء^(١٠٧) .

(١٠٥) - المصدر المتقدم ، باب ١٢ .

(١٠٦) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ١٠ من أبواب صلاة الجنازة .

(١٠٧) - المصدر المتقدم ، باب ٤٩ .

في الصلوات المرغبات

قال رحمة الله : والأشهر في الروايات استحباب ألف ركعة في شهر رمضان زيادة على النوافل المرتبة .

أقول : هذا هو الشهر ، وادعى سلار عليه الاجماع ، ولأنه شهر شريف يضاعف فيه الحسنات ، فيكون زيادة الصلاة فيه مشروعة عملاً بالمناسبة .

وقال محمد بن بابويه : لا نافلة زيادة فيه على غيره ، ومستنده رواية عبدالله بن سنان^(١٠٨) عن الصادق عليه السلام ، ولأصالحة برائة الذمة من شغلها بواجب أو ندب ما لم يتحقق الدليل .

قال رحمة الله : ثيان بعد المغرب واثنتي عشرة ركعة بعد العشاء ، على الأظهر .

أقول : هذا مذهب الشيخ في المسوط ، وبه قال المفيد والسيد وإبن إدريس ، واختاره المصنف والعلامة ، والمستند رواية مساعدة بن صدقة^(١٠٩) ،

(١٠٨) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٩ من أبواب نافلة شهر رمضان ، حدثت ٢ .

(١٠٩) - نفس المصدر السابق ، باب ٧ ، حدثت ٢ .

وخير في النهاية بين ثمان بعده المغرب وبين اثنين عشرة ركعة ، والباقي بعد العشاء ، والأول أشهر .

قال رحمة الله : وروي أنه يقتصر في ليالي الإفراد على المائة حسب ، فيبقى عليه ثمانون .

أقول : الاقتصار على المائة مذهب الشيخ في النهاية والمبسوط ، وبه قال المفید ، وعدم الاقتصار على المائة بل يضيفها إلى العشرين أو الثلاثين مذهب الشيخ في الخلاف ، واختاره ابن إدريس ، واستند الفريقان إلى الروايات^(١١٠) .

(١١٠) - راجع نفس الباب المقدم .

في الخلل الواقع في الصلاة

قال رحمة الله : وبالسجدتين حتى دفع فيها بعد ، وقيل : يسقط الزائد
ويأتي بالفائت ، وقيل : يختص هذا الحكم بالأخيرتين ، ولو كان في الأولين
استائف ، والأول أظهر .

أقول : لل أصحاب هنا ثلاثة أقوال :

الأول : إن من ترك سجدين من ركعة سهواً أعاد الصلاة ، سواء كانتا
من الأولين ، او من الأخيرتين ، وهو المشهور بين الاصحاب ، قال به المفيد
والشيخ في النهاية وبين إدريس والمصنف والعلامة ، لأن زيادة الركن او نقصانه
مبطل للصلاحة ، وقد حصل أحدهما فتبطل صلاته .

الثاني : يحكم بالبطلان إن كان من الأولين او ثلاثة المغرب ، وبالصحة
ان كان من الأخيرتين من الرباعية ، ويبني على الركوع الأول ويعيد السجدة ،
ويغتفر زيادة الركن هنا ، وهو مذهب الشيخ في الجمل .

الثالث : قول محمد بن بابويه ، وهو البطلان ان كان في الركعة الأولى
دون الثانية والثالثة .

قال رحمة الله : وقيل: لو شك في الركوع فركع ، ثم ذكر أنه كان ركع

أرسل نفسه ، ذكره الشيخ وعلم المدى ، والأشبه البطلان .

أقول : إذا شك في الركوع وهو قائم وجب أن يركع ، فإن ذكر أنه كان

قد رکع ، فيه ثلاثة أقوال :

الأول : صحة الصلاة وارسال نفسه من غير رفع مطلقاً ، أي سواء كان من الأولين أو من الآخرين ، قاله الشيخ في المبسوط والجمل ، لأن الانحناء لا بد منه فلا يكون مبطلاً ، واجب : بأن الانحناء بنية الركوع غير الانحناء بنية السجود فيكون الأول مبطلاً ، لكن بشرط أن يصل إلى حد الركوع .

الثاني : تقييد الصحة في الحكم المذكور بكون الشك في الآخرين ، وبطلان الصلاة إن وقع في الأولين ، قاله الشيخ في النهاية وعلم المدى ، وهو مذهب ابن إدريس .

الثالث : البطلان مطلقاً ، وهو مذهب المصنف والعلامة وأبي العباس ، لزيادة الركن .

قال رحمة الله : وإن كان يبطلها عمداً لا سهواً كالكلام فيه تردد ، والأشبه الصحة .

أقول : إذا ذكر مقصان صلاته بعد أن تكلم عمداً ، قال في النهاية بوجوب الاعادة ، وهو ظاهر الحسن بن أبي عقيل وأبي الصلاح ، لما رواه أبو بصير « قال : سالت الصادق عليه السلام عن رجل صل ركعتين ثم قام فذهب في حاجته؟ قال : يستقبل صلاته »^(١١) .

وقال في المبسوط : من اصحابنا من قال : إذا نقص ساهياً لم يكن عليه اعادة الصلاة ، لأن الفعل الذي يكون بعده في حكم السهو ، قال : وهو

(١١) - النوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٣ من أبواب الخلل الواقع في الصلاة ، حديث ١٠ .

الأقرب عندي ، واختاره المصنف والعلامة ، والمستند الروايات^(١١٢) .

قال رحمة الله : ولو ترك سجدين ولم يدر أنها من ركعة أو ركعتين ، رجحنا جانب الاحتياط ، وان كانتا من ركعتين ولم يدر أيهما هي ، قيل : يعيد ، لأنّه لم تسلم له الأولتان يقيناً والأظاهر أنه لا إعادة ، وعليه سجدتا السهو . أقول : إذا ترك المكلف سجدين ولم يعلم أنها من ركعة أو من ركعتين ، علمنا أن الاحتياط بإعادة الصلاة ؛ لأن المسقط لها في الذمة غير معلوم ، والالأصل بقاء التكليف ، ويتحتم عدم الاعادة ؛ لأن الأصل براءة الذمة من الاعادة ، والأول أحوط ، فلهذا قال المصنف : رجحنا جانب الاحتياط ؛ لأنّه يقابل اصلاحاً : اصالة بقاء التكليف واصالة براءة الذمة من الاعادة ، لكن الأول مرجع بالاحتياط .

وان تيقن أنها من ركعتين ولم يدر من الأولين أو الآخرين ، قيل : يعيد ، لأنّه لم تسلم له الأولتان ، وهو اشارة إلى ما ذكره الشيخ في التهذيب ؛ لأنّه قال فيه : متى ترك سجدة من الركعتين الأوليين اعاد الصلاة وان كان من الآخرين لم يعد .

وقال السيد المرتضى وأبو الصلاح وأبن إدريس بقضائهما ويسجد سجنتي السهو ، واختاره المصنف والعلامة ، لقوله عليه السلام: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»^(١١٣) .

قال رحمة الله : وكذا لو ترك السجدين أو إحداهما أو الشهد وذكر قبل ان يركع ، رجع فتلافاه ثم قام فأتنى بها يلزم من قراءة أو تسبيع ثم رکع ، ولا يجب في هذين الموضعين سجدتا السهو ، وقيل : يجب ، والأول أظهر .

(١١٢) - راجع نفس الباب، المقدم .

(١١٣) - الوسائل ، كتاب الجهاد ، باب ٥٦ من أبواب جهاد النفس ، حديث ١ و ٣ .

أقول : اختلف الاصحاح في موجب سجدة السهر ، قال ابن بابويه :
 لا تجبان إلا على من قعد في حال قيام او عكس ، او ترك التشهد ، او لم يدر
 زاد او نقص ، وقال المفید : يوجبه ثلاثة اشياء : السهر عن سجدة حتى يفوت
 محلها ، ونسیان التشهد حتى يركع ، والكلام ناسيا ، واضاف في المبسوط
 السلام في الاولين ناسيا ، والشك بين الاربع والخمس ، والذي عليه عمل
 المتأخرین وجوهها في كل موضع لو فعله او تركه عمداً بطلت صلاته .

فرع : لو سهر عن اربع سجادات في اربع ركعات ، فان ذكر قبل
 التسلیم سجد واحدة لبقاء محلها ، ثم يعيد التشهد تخصیلا للترتيب ، ويقضی
 باقی السجادات ولا «أولوبنية واحدة» ، ويسجد سجدين لكل سهر ، ولو ذكر
 بعد التسلیم قضی الاربع كالأول ويسقط جرمان الرابعة ، فلو اتى بسجدة
 السهر للالولی عقيبها قبل قضاء الثانية وهکذا احتمل الصحة ، لاشتغال الذمة
 بها ، واصالة البراءة من الترتیب بين السجادات ، والعدم لوجوب تقديم اجزاء
 العبادة على جرمانها ، فإذا خالف لم يات بالمؤمر على وجهه ، فيبقى في عهدة
 التکلیف .

قال رحمة الله : إذا شک في شيء من الفعال الصلاة فإن كان في موضعه
 أتى به وأتم ، وإن انتقل مضى في صلاته ، سواء كان ذلك الفعل رکناً أو غيره ،
 سواء كان في الاولين أو الاخرين ، على الظاهر .

أقول : قال الشيخ : وعن بعض علمائنا اعادة الصلاة بكل سهو يلحق
 الرکعتین الاولین ، سواء كان في افعاماً او عددها^(١١٤) ، وسواء كان من
 الارکان او غيرها ،
 والمشهور التفصیل ، فان كان في العدد اعاد ، وإن كان في الافعال وذكر

انه ترك ركنا اعاد، ولا فرق بين بين ان يكون من الاولين او الاخيرتين ، وان كان غير ركن لم يعد الصلاة ، سواء كان في الاولين او الاخيرتين ، لاصالة براءة الذمة من وجوب الاعادة ، ولما ورد من الاحاديث^(١١٥) التي توجب العمل بذلك .

قال رحمة الله : لو فعل ما يبطل الصلاة قبل الاحتياط ، قيل : تبطل الصلاة ويسقط الاحتياط ؛ لأنها معرضة لأن تكون تماماً والحدث يمنع ذلك ، وقيل : لا تبطل ؛ لأنها صلاة منفردة وكوتها بدلاً لا يوجب مساواتها للمبدل في كل حكم .

أقول : قد ذكر المصنف وجه الخلاف في هذه المسألة وانما اوردنها لنلحقها بفوائد تلقيق في هذا الباب :

الأولى : لو أحدث قبل الآتيان بالتشهد المنبي ، او السجدة المنسية ، هل تبطل صلاته ام لا ؟ مذهب الشهيد في الدروس والبيان عدم البطلان . وفصل أبو العباس في المحرر فقال : ان احدث عمداً بطلت صلاته ، وان كان سهوا او بعد خروج الوقت او بعد ان مضى بعد التسلیم زمان يخرج به عن كونه مصليناً لم تبطل صلاته .

والمشهور بين الاصحاحات عدم الفرق بين الساهي والعامد ، وكلما وجهت للفرق هنا وجهاً ورد عليه الاعتراض ، ولم يفصل في الموجز ، بل جزم بعدم البطلان بتخلل الحديث .

الثانية : إذا أحدث قبل الاحتياط ثم ذكر قبله او في اثنائه النقمان ، بطلت صلاته لصيغة الاحتياط جزءاً من الصلاة وقد احدث قبله .

الثالثة : إذا ذكر بعد الاحتياط ما صلى لم يتلفت ، سواء كان زيادة او

(١١٥) الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ١٣ من أبواب الركوع ، حديث ٤ وباب ٢٣ من أبواب الخلل الواقع في الصلاة .

نقصاناً ، وسواء خرج الوقت او كان باقياً ، وان ذكر في اثنائه ، فان وافق الاحتياط لما ذكره صحت صلاته ، وان خالف بطلت .

فالمواافق كما لو ذكر نقصان ركعتين وقد صل ركعتين قياماً ، او نقصان ركعة وقد صل ركعتين جالساً ، هذا في من وجب عليه اربع ركعات ، اما من وجب عليه ركعتان ، فان ذكر نقصانها وهو في الاثنان اجتنزا بال تمام ، وان ذكر نقصان واحدة ولم يتتجاوزها في الاحتياط سلم عليها ، وان تجاوزها بطلت صلاته ، هذا ما لم يحدث قبل الاحتياط ، ومعه بطل صلاته كما قلناه اولاً . والمخالف كذكر الزيادة ، او نقصان ركعة بعد ان صل من وجب عليه الاحتياط ركعتين من قيام ، او ذكر نقصان ركعتين وقد صل هما من جلوس ، هذا مذهب الشهيد في دروسه ، وقال في الفتية : ولو ذكر بعده او في اثنائه النقصان لم يلتفت ، وقيل : لو ذكر في اثنائه اعاد الصلاة .

وقال العلامة في قواعده : ولو ذكر بعد الاحتياط النقصان لم يلتفت مطلقاً ، ولو ذكر قبله اكمل الصلاة وسجد للسهو ، ما لم يحدث ، ولو ذكر في الاحتياط استئنف الصلاة .

وقال أبو العباس في موجزه ولعلته : ولو ذكر النقص قبله اكملها ما لم يطل الوقت او يحدث ، وبعده يجزي ان وافق ، والا بطل كما في اثنائها .

والمشهور مذهب القواعد ، وهو المعتمد ، وبعد الفعل لا يعتبر الموافقة ولا المخالفة ، وفي الاثنان بطل مع ذكر النقص سواء طابق او خالف ، ومن ذكر الزيادة يتخير بين القطع وال تمام هذا في الاحتياط الواحد ، اما في الاحتياطين فيعتبر الموافقة والمخالفة .

الرابعة : يجب الانتيان بالاحتياط في الوقت مرتبأ على غيره من الصلوات ما لم يتضيق وقت الحاضرة عن ركعة فيبدأ بها ، فلو وجب عليه ركعة الاحتياط

في صلاة الظهر وقد بقي للغروب مقدار ركعتين بدأ بالاحتياط ، ولو بقي مقدار ركعة واحدة بدأ بالعصر وقضى الاحتياط بعدها مرتبًا على غيرها .

قال رحمة الله : ويرجع في الكثرة لما يسمى في العادة كثيراً ، وقيل : أن يسهو ثلاثة في فريضة ، وقيل : إن يسهو مرة في ثلاث فرائض .

أقول : قال ابن إدريس : السهو الذي لا حكم له (١١١) هو الذي يكثر ويتواتر ، وحده ان يسهو في شيء واحد او في فريضة واحدة ثلاثة مرات ، فيسقط بعد ذلك حكمه ، او يسهو في اكثر الخمس فرائض - اعني ثلاثة صلوات من الخمس كل منهن قام اليها فسهو فيها - فيسقط بعد ذلك حكم السهو ولا يلتفت إلى سهوه في الفريضة الرابعة ، واختارة أبو العباس ،

وقال ابن حزرة : لا حكم له إذا سهى ثلاثة مرات متاليات ، واطلق ولم يعين في فريضة او فرائض ، وجزم به الشهيد .

وروى ابن بابويه عن ابن أبي عمر ، عن محمد بن أبي حزرة ان الصادق عليه السلام قال : «إذا كان الرجل من يسهو في كل ثلاثة فهو من يكثر عليه السهو» (١١٢) ، واختار العلامة في المختلف مذهب المصنف هنا ، وهو الرجوع إلى ما يسمى في العادة كثيراً .

تنبيهان :

الأول : معنى سقوط الحكم فيما كثر سهوه وتواءر عدم التلافي في موضعه ، وسقوط الاحتياط فيها يوجبه ، وسقوط سجدة السهو فيها يوجبها ، وعدم الابطال بموجبه كالشك في الأولين ، ولا يسقط قضاء ما تيقن فواته

(١١٦) - كذا في ما بأيدينا من النسخ ، والظاهر أنها زيادة مخلة في التعبير ، راجع السراير ١ : ٢٤٨ .

(١١٧) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ١٦ من أبواب الخلل ، حديث ٧ .

كالسجدة النسية والشهد المنسي ، ويحكم بالابطال لو ترك ركناً حتى دخل في آخر ، ويجب تلافيه قبل دخوله في الآخر ، ويزول حكم الكثرة بخلو ثلاث فرائض متواالية .

الثاني : معنى قوله : (من سهى في سهولم يلتفت) ، مراده : من سهى فيها يوجبه السهو كمن شرك في سجدي السهو ، سواء كان الشرك في عددهما أو في افعالهما فإنه يبني على أنه فعل ما شرك فيه ولا يلتفت ، وكذلك الشرك في الاحتياط على الظاهر من فتاوى الاصحاب ، ولو قضى السجدة النسية فشك في اناثها لم يلتفت ايضاً ، ولو سهى عن تسبيحها او عن السجود على بعض الاعضاء لم يلتفت ، ولا يسجد له سجدي السهو ، ولو شرك في الرکوع او السجود وهو في محله اتى به ، ولو شرك في ذكر او طمأنينة في هذا الذي اتى به تدارك ما شرك فيه .

فروع :

الأول : الشرك بين الاثنين والثلاث جالسا لا يجوز منه التشهد ولا القيام حتى يغلب على ظنه أحد طرفي ما شرك فيه ، أو يبني على الاكثر ان لم يحصل الظن ؛ لأنه قبل ذلك متحير لا قصد له ، فلو فعل شيئاً قبل ذلك بطلت صلاته ، وكذلك لو شرك قائمها في موضع يسلم له حالة القيام فإنه لا يجوز له فعل شيء حتى يرجع احد الطرفين او يبني على الاكثر .

الثاني : لو حصل له الشرك في الثلاثية ولم يغلب على ظنه احد الطرفين فلم يبطلها وتم الصلاة ، ثم تيقن صحة ما اتى به لم يجزه ، ما لم يتمسك بظن راجح قبل استمراره ؛ لأنه فعل فعلاً منها عنه ، والنبي في العبادة يدل على الفاد .

الثالث : لو شرك بين الاثنين والثلاث جالسا وغلب على ظنه الاكثر ،

فقام إلى الرابعة ، فعاد شكه الأول وقال : لا ادري ، كان جلوسي لثانية او ثالثة ؟ وتساوي ظناه ، فإنه يبني على انه لثالثة ويتم الرابعة ومحنط ، وان كان شكه الأول وهو غير جالس بطلت صلاته ؛ لأن هذا الشك مقرر للشك الأول وكاشف عنه ، وهو قد حصل منه قبل كمال الأولين .

اما لو لم يعد شكه الأول ، لكن بعد قيامه إلى الرابعة غالب على ظنه عكس ظنه الأول وكان راجحا عنده ، فإنه يعمل بالأخير لطريانه على الأول ، فيجعل قيامه ذلك للثالثة .

ولو كان شكه الأول وهو قائم ، فقلب على ظنه الثلاث فسبح ثم غالب عليه العكس راجحا فإنه يعمل بالراجح ويقرأ للثالثة ويتم ، ولو كان الثاني غير راجح تاقطا لا إلى بدل ، فإن كان الأول وهو جالس بنى على الأكثر وصحت صلاته ، والا بطلت .

الرابع : لو شك بين الاثنين والثلاث في موضع يصح ، فبني على الاكثر وقام ليأتي بتهمها ، فشك بين الثلاث والاربع بنى على الاكثر ، وقعد وتشهد وسلم واتى بالاحتياطين لحصول موجبها ، ومحتمل قويًا وجوب احتياط واحد ، اذ به يحصل الاكمال .

ولو شك بعد قيامه من التشهد هل كان تشهده للاولي او الثانية ؟ فإن رجح احد الطرفين ظناً عمل عليه ، وان تساوايا بطلت ان كان شك قبل اتمام الثالثة ، لأنه شك في الاولين ، وان كان بعد تمامها فهو كالشك بين الثلاث والاربع ؛ لأن تشهده ان كان عقيب واحدة فهذه التي أكلمها ثانية ، وان كان تشهده عقيب الثانية فهذه ثالثة ، فقد سلمت الاولى على كل حال ، فيتم الرابعة ومحنط برکعة من قيام او ركعتين من جلوس ، قال صاحب السهرية : ويقضي التشهد .

الخامس : لو اعاد صلاته من يجبر عليه الاحتياط لم يصح ؛ لأنه اتي بغیر المأمور به ، فلا يخرج من العهدة .

السادس : لو عجز فصل من جلوس فقرأ للثلاثة ثم شك في التشهد ، احتمل التدارك ، لسقوط اعتبار القيام في هذه الصلاة فهو شك في محله ، والمنع ؛ لأن الجلوس في هذه الركعة بمثابة القيام فهو في غيرها ، فهو شك في شيء بعد الانتقال عنه إلى غيره .

قال رحمة الله : وقيل : في كل زيادة ونقيصة .

أقول : سبق البحث في هذه^(١١٨) .

قال رحمة الله : وموضعهما بعد التسليم للزيادة والنقصان ، وقيل : قبله ، وقيل : بالتفصيل ، والأول اظهر .

أقول : اختالف الاصحاب في محل سجدي السهو ، قال الشيخ والمفید والسيد المرتضى وابن إدريس : هما بعد التسلیم مطلقاً ، واختاره المتأخرین ؛ لقول علي عليه السلام : « سجدنا السهو بعد التسلیم وقبل الكلام »^(١١٩) ، ونقل المصنف والعلامة في التذكرة انها قبل التسلیم مطلقاً ، لقول الصادق عليه السلام : « هما قبل التسلیم ، فإذا سلمت ذهبت حرمة صلاتك »^(١٢٠) ، وقال ابن الجنيد بالتفصیل ، وهو انها بعد التسلیم ان كانت للزيادة ، وقبله ان كانت للنقیصة ، لقول الرضا عليه السلام : « إذا نقصت فقبل التسلیم ، وإذا زدت فبعد »^(١٢١) .

(١١٨) - ص ٢٠٢ .

(١١٩) - الوسائل : كتاب الصلاة ، باب ٥ من أبواب الخلل ، حديث ٣ .

(١٢٠) - المصدر المتفق ، حدیث ٥ . لكنه في الوسائل عن الباقر عليه السلام .

(١٢١) - المصدر المتفق ، حدیث ٤ .

تنبيه : إذا جعلنا قبل التسليم كان محلها بعد التشهد ، فإذا سجد لها شهد بعدهما لها ، ثم سلم .

قال رحمة الله : وهل يجب فيها الذكر ؟ فيه تردد ، ولو وجب هل يتبع لفظ الآية لا .

أقول : منشأ التردد من أنها سجدةتان واجبتان فيجب فيها الذكر كسجود الصلاة ، ومن اصلة براءة الذمة ، وجزم المصنف في المختصر بعدم الوجوب ، واختاره العلامة في المختلف ، والوجوب مذهب الشيخ رحمة الله ، واجتنأ في المسوط بمطلق الذكر ، واختاره أبو العباس في موجزه .

واوجب السيد والمفید وابن ادريس : بسم الله وبالله السلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته ، او بسم الله وبالله اللهم صل على محمد وآل محمد .
واحتجروا بها رواه عبد الله الحلبي ، « قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول في سجدي السهو : بسم الله وبالله اللهم صل على محمد وآل محمد ، وسمعته مرة أخرى يقول : بسم الله وبالله السلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته » ^(١٢٢) .

قال المصنف في المختصر : وهي منافية للمذهب ، لرفع منصب الامامة عن السهو . وليست صريحة في الدلالة على سهو الامام ، بل يجوز ان يسمعه يقول ذلك على سبيل الافتاء في سجدي السهو .

(١٢٢) . الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٢٠ من أبواب الخلل ، حديث ١ ، بتفاوت فراجع .

في قضاء الصلاة

قال رحمة الله : أما السبب فمته ما يسقط معه القضاء ، وهو سبعة :
الصغر والجنون والاغماء على الاظهر .

أقول : المشهور عدم وجوب القضاء بالاغماء ؛ لأن التكليف مشروط
بالعقل وهو زائل عن المفهوم عليه ، وإيجاب القضاء تابع لوجوب الاداء وهو
منتف عن المفهوم عليه ، وروى حفص بن البخاري في الصحيح ، عن أبي
عبد الله عليه السلام ، « قال : المفهوم عليه يقضى صلاته ثلاثة أيام »^(١٢٣)
وحلها الشيخ على الاستحباب .

قال رحمة الله : وعدم التمكن من فعل ما يستبيح به الصلاة من وضوء
أو غسل أو تيمم ، وقيل : يقضى عند التمكن ، والأول اشبه .

أقول : سبق البحث في هذه المسألة في باب التيمم^(١٢٤) .

(١٢٣) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٤ من أبواب قضاء العصلوات ، حديث ٧.

(١٢٤) - ص ٩٥-٩٦.

قال رحمة الله : فإن فاتته صلوات لم تترتب على الحاضرة ، وقيل : تترتب ، والأول أشبه .

أقول : لا ترتيب بين فوائت غير اليومية مع نفسها ، ولا بينها وبين اليومية إلا في صورة التضييق فيبدأ بالضيق منها وجرياً ، وتترتب الفوائت اليومية مع نفسها ، ولو فاته عصر ثم ظهر قدم العصر على الظاهر في القضاء ، وهل تترتب الفوائت اليومية مع حواضرها ؟ فيه أربعة أقوال :

الأول : لا ترتيب مطلقاً ، قاله إبنا بابويه ، واختاره أبو العباس .

الثاني : الترتيب مطلقاً ، وهو قول السيد والشیخین وابن إدريس .

الثالث : إذا كانت واحدة لا غير ، وهو مذهب المصنف .

ومأخذ هذه الأقوال القول بالمضايقة او بالواسعة ، فمن قال بالمضايقة اوجب الترتيب ، ومن قال بالواسعة لم يوجبه .

الرابع : الترتيب ان كانت الفائدة من يوم واحد ، تعددت الفائدة او اتحدت ، وهو مذهب العلامة في المختلف ، واستدل الجميع بالروايات^(١٢٥) .

فرع : إذا ذكر سابقة في أثناء لاحقة عدل ما لم يتجاوز محله ، فإن تجاوز صحت واتى بالسابقة بعدها ، وقد يتراهى العدول كما لو ذكر اسبق من التي عدل اليها وهو في أثناء العدول اليها ، فإنه يجب عليه العدول إلى تلك السابقة ، ولو ذكر الأسبق منها بعد العدول اليها عدل إلى الأسبق ، وهكذا .

وقد يدور ايضاً ، كما لو عدل إلى السابقة فذكر براءة ذمته منها او جب العدول إلى اللاحقة التي عدل عنها ، وقد يجب العدول من الاداء إلى القضاء على القول بالمضايقة ، ويستحب على القول بالواسعة ، ويجوز من القضاء إلى الاداء ، كما لو شرع في قضاء فائدة ذكر انه اتنى بها وهو في وقت حاضرة ، فإنه

(١٢٥) - راجع الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٦٤ و ٦٣ من أبواب المواقف .

ان شاء عدل إلى الحاضرة ، وان شاء عدل إلى النفل ، ويجب العدول في الأداء من اللاحقة إلى السابقة ، ويجوز من الواجب إلى النفل كناسي سورة الجمعة والأذانين وخالف فوت الجماعة ، ولا بد في العدول من إحداث نية العدول في قلبه ، ويحرم التلفظ بها في أثناء الصلاة ، فلو فعل بطلت صلاته .

قال رحمة الله : من فاتته فريضة من الخمس قضى صباحاً ومغرباً ، وأربعاءً في ذاته ، وقيل : يقضى صلاة يوم ، والآخر مروي ، وهو أشبه .
 أقول : وجوب الخمس مذهب أبي الصلاح وإبن زهرة ؛ لأنّه يجب عليه اعادة الفائتة ولا يتم الا بالخمس وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، ولو جوب تعين النية ، ولأنه أحوط ، والمشهور ما اختاره المصنف ؛ لأن الواجب واحدة وهي تحصل بالثلاث ، فتكليفه بالزائد يحتاج إلى دليل ، وتعين النية أنها يجب مع العلم ، والا لزم تكليف ما لا يطاق .

قال رحمة الله : وإذا لم يكن مستحلاً عذر فإن عاد عذر ، فإن عاد ثلاثة قتل ، وقيل : بل في الرابعة وهو أحوط .
 أقول : القائل هو الشيخ في المسوط ، لما روی : « ان اصحاب الكبائر يقتلون في الرابعة »^(١٢٦) وذلك عام في جميع الكبائر ، وسيأتي إن شاء الله تعالى في باب الحدود .

في الجماعة

قال رحمة الله : وبادرك الامام راكعا على الأشبه .

أقول : قد سبق البحث في ذلك في باب الجمعة^(١٢٧) فلا وجه للاعادة .

قال رحمة الله : ولا تنعقد والامام أعلى من المأمور بما يعتد به كالأبنية على تردد .

أقول : المشهور المنع من علو الامام على المأمور بما يعتد به ، والمستند روایة عمار السباطي^(١٢٨)، عن الصادق عليه السلام ، وقال في الخلاف : يكره ان يكون الامام أعلى من المأمور على مثل سطح ودكان وما اشبه ذلك ، قال العلامة : ائمها قصد به التحريرم .

وقال ابن الجنيد : لا يكون الامام أعلى في مقامه بحيث لا يرى المأمور فعله الا ان يكون المأمورون اضراء ، فإن فرض البصیر الاقتداء بالنظر ، وفرض الاضراء الاقتداء بالسماع .

(١٢٧) - ص ١٦٧.

(١٢٨) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٦٣ من أبواب صلاة الجماعة ، حديث ١.

وقدّر العلوبها لا يخطئ ، واستقر به الشهيد في البيان ، وقدّر بشيراً أيضاً ، واستضعفه في البيان أيضاً .

قال رحمة الله : ويذكره أن يقرأ المأمور خلف الإمام ، وقيل: يحرم ، وقيل: يستحب أن يقرأ الحمد فيها لا يبهر فيه ، والأول أشبه .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : الجهرية ، وفيها قسمان :

[القسم] الأولى مع عدم السجع ، وفيه ثلاثة أقوال :

الأول : وجوب القراءة ، وهو ظاهر أبي الصلاح الحلبي ، الثاني الاستحساب إذا لم يسمع قراءة الإمام ولو همهمة ، وهو قول السيد وإبن إدريس ، واختياره المصنف في النافع والعلامة في المختلف ، وتحصيص القراءة بالحمد ، الثالث ، قال سلار : وروي أن ترك القراءة خلف الإمام في الجهرية واجب ^(١٢٩) .

القسم الثاني مع السجع ، وفيه قولان :

الأول: التحرير ، وهو قول الشيخ وإبن حزرة ، الثاني: الكراهة ، وهو قول المصنف في النافع ، والعلامة في القواعد .

المسئلة الثانية : الاختفائية وفيها ثلاثة أقوال :

الأول: الكراهة ، وهو مذهب المصنف ، الثاني: التحرير ، وهو ظاهر السيد وإبن إدريس ، الثالث: الاستحساب ، قاله الشيخ وأبو الصلاح ، و اختياره العلامة في القواعد (وابو العباس في موجزه ومحرره) ^(١٣٠) .

تنبيه : لو صلى خلف غير المرضي وجبت القراءة ، مع الثقة بقراءة

(١٢٩) - المراسيم : ٨٧.

(١٣٠) - ما بين القوسين من « ن » .

الجهريه مسترراً ولو ك الحديث النفس ، ولو فرغ قبل الامام ابقي آية ليركع عن قراءة ، ولو لم يبق شيئاً جاز ، لكن الافضل الابقاء ، ولو فرغ الامام قبله اتمها في رکوعه ان امكنه والا سقط المخالف ، ولو فرغ من التشهد قبله اته قائماً ، ثم لا يعيد وان بقى الوقت .

ولا يشترط في التقية عدم المندوحة ، بل يستحب حضور جماعة العامة ، لما روى : « ان الصلاة معهم في الصف الأول كالصلاحة خلف رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم »^(١٣١) .

قال رحمة الله : ويجوز أن يأتم المفترض بالافتراض وان اختلفت الفرضستان ، والمتخلف بالافتراض والمتخلف ، والمفترض بالمتخلف في اماكن ، وقيل : مطلقاً .

أقول : الاقسام هنا اربعة :

الأول : اقتداء المفترض بالافتراض مع اتفاق نظم الصلاتين وان اختلفتا عدداً ، هذا هو المشهور بين الاصحاب ، وقال محمد بن بابويه : ويصلى الظهر خلف من يصلى العصر لا بالعكس ، الا ان يتوجهها المأمور العصر ، قال الشهيد في البيان : ولا أعلم وجهه .

الثاني : اقتداء المتخلف بالمتخلف ، وهو جائز في أماكن كالاستسقاء والعيدين ، والصبي بالصبي ، قيل : وفي الغدير .

الثالث : اقتداء المفترض بالمتخلف في الصلاة المعادة ، وفي صلاة بطن النخل في حال الحرب .

الرابع: اقتداء المتخلف بالافتراض في المعادة ايضاً، وكاقتداء الصبي بالبالغ ، وللشيخ قول بجواز اقتداء المفترض بالمتخلف وبالعكس مطلقاً.

(١٣١) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٥ من أبواب صلاة الجماعة ، حديث ١ .

قال رحمة الله : وقت القيام الى الصلاة اذا قال المؤذن : «قدقامت الصلاة» ، على الاظهر .

أقول : هذا هو المشهور ؛ لأن وقته الامر بالقيام الى الصلاة فيستحب عنده ، وقيل : وقت القيام اليها إذا قال : « حي على الصلاة » ؛ لأن معناه الدعاء اليها ، أي : « هلموا إلى الصلاة » ، فيستحب القيام عنده .

فائدة : انها اسقطت « حي على خير العمل » من الأذان عمر بن الخطاب ، وكان ينادي بها في عهد الرسول صلى الله عليه وآله وسلم وعهد أبي بكر ، واسقطها عمر ، قال : لثلا يتكل عليها الناس فيسقط الجهاد .

قال رحمة الله : يعتبر في الامام الایمان والعدالة والعقل وطهارة المولد ، والبلوغ على الاظهر .

أقول : الخلاف هنا عائد الى البلوغ ، والمنع من اماما الصبي مذهب الشيخ في النهاية ، وبه قال ابن البراج ، واختاره المصنف والعلامة والشهيد ؛ لأن غير البالغ ليس من اهل التكليف ، ولا يقع منه الفعل على وجهيعد طاعة ؛ لأنها موافقة الأمر ، والصبي ليس بمحامور إجماعاً ، ولأنه عالم بعدم المؤاخذة بها يصدر منه من القبائح فلا يؤمن بطلان صلاته بها يوقع من الافعال المنافية للصلاحة ، اذ لا زاجر عن ذلك ،

وجوز الشيخ في الخلاف والمسوط إماماً المراهق المميز العاقل ، لقوله عليه السلام «مروهم بالصلاة لسبع»^(١٣٣) فتكون صلاته شرعية ، وأنه جاز ان يكون مؤذناً فجاز ان يكون اماماً .

وأجاب العلامة ان مشروعية صلاته للتعرير لا لاستحقاق الثواب .

وقال ابن الجنيد : وغير البالغ ان كان مستخلفاً للامام الاكبر كالولي

(١٣٣) - مستدرك الوسائل ، كتاب النكاح ، باب أبواب أحكام الأولاد ، حدثت ١ .

لعهد المسلمين جاز ان يكون اماما ، وليس لاحد ان يتقدمه ؛ لأنه اعلى ذوي السلطان بعد الامام الاكبر . وجوز أبو العباس في موجزه امامية المقصوم مع عدم البلوغ ، وهو حسن .

قال رحمه الله : ولا يشترط الحرية على الأظهر .

أقول : المنع من إمامية العبد مذهب الشيخ في النهاية إلا بمواليه إذا كان أقرؤهم للقرآن ، لأن الإمامة من المراتب الجليلة ، وهي غير لائقة بالعبد ، وما رواه السكوني عن جعفر ، عن أبيه عليهما السلام : « لا يؤم العبد إلا أهله »^(١٣٣) .

والجواز مذهب ابن الجنيد وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة والشهيد ، وأبو العباس في موجزه ، لقوله عليه السلام : « يؤمكم أقرؤكم »^(١٣٤) ، وهو عام ، ولأنه مشارك للحر في الصفات الموجبة للإمامية ، ولو رواية محمد بن سلم في الصحيح^(١٣٥) ، عن أحد هما عليهما السلام .

تنبيه : مذهب الشيخ في المسوط جواز إمامية اللاحق إذا لم يحسن اصلاح لسانه ، سواء كان لحنه يغير المعنى أولاً بغيره ، فالذى يغير المعنى ككسر كاف « اياك » وضم ناء « انعمت » ، والذى لا يغير المعنى كفتح همزة « اياك » ، ونون « الرحمن » ، وعيم « الرحيم » ، وما شابه ذلك ؛ لأن صلاته صحيحة ، فجاز ان يكون إماما ، والمشهور عدم الجواز ؛ لأنه بالنسبة إلى الاعراب كالآخرين ، فكما لا يصح امامية الآخرين لا يصح امامية العاجز عن الاعراب .

(١٣٣) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ١٦ من أبواب الجمعة ، حديث ٤ .

(١٣٤) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ١٦ من أبواب ، الأذان والإقامة ، حديث ٣ .

(١٣٥) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ١٦ من أبواب صلاة الجمعة ، حديث ٢ .

قال رحمة الله : وإذا علم في اثناء الصلاة ، قيل : يستأنف ، وقيل :
ينوي الانفراد ويتم ، وهو اشبه .

أقول : هذا فرع على ان من صلى خلف امام ثم تبين بعد الفراغ انه
كان كافراً او فاسقاً او محدثاً ، هل يجب عليه الاعادة ام لا ؟ فيه قولان ، فمن
اوجب الاعادة - كالسيد المرتضى - اوجب الاستئناف إذا علم ذلك في الاثناء ،
وممن لم يوجب الاعادة - كالشيخ وابن ادريس والمصنف والعلامة - لم يوجب
الاستئناف ، بل يكفيه نية الانفراد .

والمشهور عدم الاعادة ، لأنها صلاة مأموم بها ، فيخرج بها من العهدة ؛
لأنه مأموم بالجماعة خلف من يظن عدالته ، لأن علم العدالة في نفس الامر غير
محken .

واحتاج القائلون بالاعادة : بأنها صلاة قد تبين فسادها لفوات شرطها
وهو عدالة الامام ، فتوجب الاعادة .

فروع :

الأول : لو كان المأموم يخالف امامه في المسائل الخلافية التي تتعلق
بالصلاحة ، فإن كانت ما لا يقتضي بطلان الصلاة عند المأموم ، جاز الاقتداء
كمما لو اعتقد الامام وجوب القنوت والمأموم نديبه ، او كان يعتقد وجوب
التسليم والمأموم نديبيه .

وإن افقضى بطلان الصلاة عنده كفعل الكتف ، والتأمين او يعتقد
نديبة السورة ، لم يجز الاقتداء به وان اتى بالسورة ، لأن الاتيان بالواجب على
وجه الندب لا يجوز ، وقال الشهيد في البيان : ولو اعتقد نديبة السورة والتسليم ،
واتسى بها ، جاز الاقتداء به .

الثاني : لو كان المأموم يعتقد تحريم لبس السنحاج ، والامام اباحته ،
لم يصح الاقتداء به حالة لبسه ، لا مطلقاً .

الثالث : إذا استناب الإمام غيره فيثناء القراءة جاز البناء على قراءة الإمام ، والاستئناف أفضل ، وكذلك لو استنابه المأمورون .

الرابع : الاستنابة حق للإمام في صورة الحديث ، وللمأمورين في صورة الجنون والاغماء .

الخامس : لا يجب استدامة الاقتداء ، بل له المفارقة متى شاء لعذر وغيره ، فلو فارق قبل شروع الإمام في القراءة قرأ لنفسه ، ولو كان بعد الحمد وقبل السورة احتمل الاكتفاء بقراءة الإمام للحمد والآيات بالسورة فقط ، واحتمل استئناف الحمد أيضاً ؛ لأن جموع القراءة فعل واحد ولم يكمل فيجب استئنافه ، وهو احوط ، وإن كان في الثناء الحمد احتمل الاستئناف ؛ لأنه اختار المفارقة قبل قام الفعل ، فكانه اختار ابطاله . واحتفل القراءة من موضع المفارقة ؛ لأن قراءة الإمام قائمة مقام قراءة المأمور مع إكمال القراءة إجماعاً ، فيكون البعض قائماً مقام البعض ، فيكفي الآيات بالباقي .

هذا مع اختيار المفارقة ، أما لو كان الفراغ لعذر جاز البناء ، والاستئناف أفضل ، كما في صورة الاستخلاف ، ولا بد من احداث نية المفارقة في القلب ، ولو فارق من غير احداث نية فعل حراماً وصحت صلاته .

قال رحمه الله : فإذا سلم قام فاستأنف بتكبير مستأنف ، وقيل : يبني على التكبير الأول ، والأول أشبه .

أقول : إذا أدرك الإمام وقد رفع رأسه من الركعة الأخيرة كبر للافتتاح وسجد معه السجدين ، فإذا سلم الإمام ، هل يجوز له حذف السجدين والبناء على تكبيرة ، او يجب عليه استقبال صلاته بتكبير مستأنف ؟

ذهب المصنف في المختصر إلى البناء على تكبيرة الأول ؛ لأن القصد بالسجدين متابعة الإمام ، فلا يعتد بهما ، وهو ظاهر المبسوط ، لأنه قال فيه :

ومن ادرك الامام بعد رفع رأسه من الركوع استفتح الصلاة وسجد معه السجدين ، ولا يعتد بهما .

واختار في الشرائع استثناف التكبير ، وجعل مذهبه في المختصر قوله ؛ لأن السجدين ركن ، وزيادة الركن مبطلة للصلوة ، وهذا هو المشهور بين الاصحاب ، والفائدة ادراك فضيلة الجماعة على المختار .

في صلاة الخوف

قال رحمة الله : فان صلیت فرادی ، قیل : یقصر ، وقیل : لا .
أقول : التقصیر مطلقاً مذهب ابن الجنید و ابن البراج وأبی الصلاح ،
واختاره العلامة والشهید ، وقال ابن ادريس : هي مقصورة سفراً مطلقاً ،
وحضراً إنْ صلیت جماعة .

قال رحمة الله : أخذ السلاح واجب في الصلاة ، ولو كان حل السلاح
نجاسة لم يجز على قول ، والأول اشبه .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : والسلاح الذي يحمله ينبغي أن يكون
حالياً من نجاسة ، والمشهور عدم الاشتراط للعموم^(١٣٦) ، أو لكونه مما لا يتم
الصلاة فيه منفرداً .

تنبیه : مذهب العلامة في القواعد ان حل المفارقة للفرقة الأولى بعد
كمال السجدتين ، لانتهاء الركعة بانتهائهما فینون حینتد الانفراد ، ومذهب
الشهید : [ان] محله حال الاعتدال وقيمه إلى الثانية ؛ لأنَّ حل الابتداء بالثانية ،

ولأن الجميع صائم إلى القيام ، فالانفراد قبله لا فائدة له ، فيحدثوا نية الانفراد حيثئذ ، ثم استقرب الشهيد في دروسه وجوب نية الانفراد على الفرقـة الثانية حين قعود الإمام للتشهد .

قال رحمة الله : إذا صلـى مومياً فـأـمـنـ ، أـتـمـ صـلـاتـهـ بـالـرـكـوـعـ وـالـسـجـودـ فـيـهاـ بـقـيـ ولاـ يـسـأـنـفـ ، وـقـيـلـ : ماـ لـمـ يـسـتـدـبـرـ فـيـ اـثـنـاءـ صـلـاتـهـ .

أقول : القول المشار إليه هو قول الشيخ في المبسوط ، والمشهور عدم الاستئاف وإن استدبر ؛ لأنـهـ مضـطـرـ إـلـىـ الـاستـدـبـارـ فـكـانـ سـائـغاـ ، لـكـنـهـ انـ كـانـ رـاكـباـ وـجـبـ التـزـولـ ، وـيـمـسـكـ عـنـ القرـاءـةـ فـيـ حـالـةـ التـزـولـ حتـىـ يـسـتـقـرـ عـلـىـ الـأـرـضـ .

فرع : إذا تـمـكـنـ المـطـارـدـ منـ التـزـولـ وـالـسـجـودـ عـلـىـ الـأـرـضـ وـجـبـ ، وـإـنـ اـحـتـاجـ إـلـىـ الرـكـوبـ بـعـدـ رـكـبـ ، ثـمـ يـنـزـلـ لـلـسـجـودـ فـيـ الثـانـيـةـ إـنـ تـمـكـنـ ، وـيـغـتـرـ الفـعـلـ الـكـثـيرـ لـلـحـاجـةـ .

في صلاة المسافر .

قال رحمة الله : الذي طوله اربعة وعشرون إصبعاً ، تعوياً على المشهور بين الناس ، أو مد البصر من الأرض .
أقول : المسافة التي يجب معها القصر تعلم بأمررين : أحدهما الزمان والأخر التقدير .

أما الزمان فهو مسيرة يوم الصوم من طلوع الفجر إلى غروب الشمس للقفول والحمول ، سيراً معتدلاً في الزمان المعتمد .
وأما التقدير فهو على ضريبي :

أحدهما : ثانية فراسخ ، والفرسخ ثلاثة أميال ، وللميل تقديران : أحدهما : أربعة الآف ذراع باليد ، كل ذراع ست قبضات ، كل قبضة أربع إصبع ، عرض كل إصبع ست شعيرات متلاصقات البطون ، عرض كل شعيرة سبع شعرات من شعر البردون ، هذا هو المشهور ، وفي بعض الروايات : « الميل ثلاثة آلاف ذراع وخمس مئة »^(١٣٧) ، وهي متروكة .

والضرب الآخر: مد البصر في الأرض المستوية ، بحيث يتحقق الفارس من الرجل المستوي البصر .

فروع :

الأول : لو شك في المسافة وجب التهام ، لأنه الاصل ، وكذا لو اختلف المخبرون بحيث لا ترجح .

الثاني : لو شهد عنده عدلان بالمسافة وجب القصر ، ولو عارضهما غيرهما وجب القصر ايضا ، ترجيحاً لبينة الآثار على بينة النفي .

الثالث : التقدير تحقيق لا تقرير ، فلو نقص خطوة او ذراع لم يجز القصر .

الرابع : الزمان مع بلوغ المسافة ليس بمعتبر ، فلو قطعها بأقل من يوم او أكثر فله القصر .

الخامس : اعتبار المسافة من جدران البلد لا من الbasاتين والمزارع .

السادس : لو جمع سور قرى لم يعتبر السور في المسافة من قريته ، ولو كان البلد كبيراً يخرج عن العادة فالمعتبر عملته .

السابع : البحر كالبر يقصر مع بلوغ المسافة وان قطعها في ساعة .

الثامن : لو قصر انفاقاً لم يجزه ، كما لو قصر قبل تحقق المسافة ثم تبين ان المقصود مسافة ، او صن على التهام قبل تحقق المسافة ثم سلم على الأولين ناسيا ، ثم تبين بعد الفراغ ان المقصود مسافة لم يجزه فعله ، ووجبت عليه إعادة الصلاة قصراً في الوقت ، فلو خرج فان كان خروجه بعد علمه بالمسافة قضتها قصراً ، وان كان قبله قضاتها تماماً ، لقوله عليه السلام: «من فاتته فريضة فليقضها كما فاتته»^(١٣٨) وقد فاتته تماماً فانه مكلف بالتهام ما لم يتحقق المسافة ، ولم

يتتحقق الا بعد خروج الوقت . ولم يوجب صاحب الموجز الاعادة إذا سلم على الأولين ناسيا ثم تبين المسافة .

الناتسع : لو لم يقصد المسافة في ابتداء سفره ثم قصدها في أثنائه ، اعتبرت حينئذ ولم يعتبر خفاء الموضع الذي قصد منه المسافة ، بل يجب القصر حين الضرب في الأرض .

العاشر : قصد المتبوع كاف عن قصد التابع ، كالزوجة والعبد والأجر.

الحادي عشر : من لا يجب عليه المتابعة كالولد والصديق والضيف إذا وطن نفسه عليها ، كفى قصد المتبوع عن قصده ، كواجب المتابعة .

الثاني عشر : لو عزم العبد والزوجة الرجوع بالعتق والطلاق وجب الاقام .

الثالث عشر : المكره على السفر إذا ظن الوصول ولا مندوحة قصر ، وإن عزم المرب مع الفرصة - وهي محكمة - أو جهل المقصود فلا قصر .

قال رحمة الله : ولو كان الصيد لقوته وقوت عياله قصر ، ولو كان للتجارة ، قيل : يقتصر الصوم دون الصلاة ، وفيه تردد .

أقول : الصيد على ثلاثة أقسام : الأول : ما كان للهوى والبطر ، وهذا لا يقتصر اجماعاً .

الثاني : ما كان للتجارة ، وهذا يقتصر الصوم إجماعاً ، وهذا يقتصر اجماعاً .

الثالث : ما كان للتجارة ، وهذا يقتصر الصوم إجماعاً ، وفي الصلاة قولان : أحدهما عدم القصر ، لروايات^(١٣٩) دالة عليه ، وبه قال المفید والشیخ في النهاية وأبن إدريس ومحمد بن بابویه ، والآخر القصر ، لأن السبب الموجب

(١٣٩) - راجع مستدرک الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٧ من أبواب صلاة المسافر ، والمبسوط ١: ١٣٦ .

للقصر - وهو قصد المسافة مع اباحة السفر - وهو^(١٤٠) حاصل هنا ، ولأنه كلما وجب قصر الصوم وجب قصر الصلاة إلا ما استثنى في أماكن التخيير ، فان القصر في الصوم دون الصلاة ، إذ هو خير فيها .

فروع :

الأول : العاصي في سفره ، كالساعي بالمسلم إلى الظالم ، وطالب الفتنة بين المسلمين ، والأبق ، والناشر ، والعاق ، وقاطع الطريق ، وطالب قتل معصوم الدم ، او أخذ مال معصوم ، او مطالب غريم بريثاً ، او لقصد الزنا ، او لشرب الخمر .

والضابط : كل ما كان غايته حراماً إذا غير نيته إلى المباح ، قصر إذا كان الباقى مسافة ، ولو بالعكس لأن سفره مباحاً فغير نيته إلى المعصية إنقطع الترخص .

الثانى : إذا قصد الصبي مسافة بلغ في أثنائها قصر وإن كان الباقى دون المسافة .

الثالث : إذا عزم على مسافة فصاعداً ، وفي عزمه الاقامة في أثنائها ، فإن كان من ابتداء مسيره إلى الموضع الذي عزم فيه الاقامة مسافة ، قصر في تلك المسافة إلى موضع الاقامة فيتم فيه ، ثم إن كان من ذلك الموضع إلى متنه سفره مسافة قصر فيها ، وإن قصر أحد الطرفين عن المسافة فحكمه فيه الاقام .

قال رحمه الله : وقيل : ذلك يختص بالملكاري ، فيدخل في جملته الملاح والأجير ، والأول أظهر .

أقول : ي يريد أن كثير السفر إذا أقام في بلده عشرة أيام مطلقاً ، او في غير بلده مع النية ، او ثلاثة مرتدة ، إذا خرج بعد ذلك يكون مقصراً ، ونقل المصنف اختصاص هذا الحكم بالمكارى واللاح دون باقي الأصناف ، والمشهور عدم الفرق بين المكارى وغيره ، وهو الذي عليه الأصحاب .

قال رحمه الله : وإذا أقام خمسة ، قيل : يتم ، وقيل : يقصر مهاراً صلاته دون صومه ، ويتم ليلاً ، والأول اثبه .

أقول : المشهور أنه لا بد من العشرة ولا يكفي الخمسة ، واكتفى بها ابن الجنيد فالمسافر عنده إذا نوى خمسة في غير بلده ، وقال الشيخ في النهاية والمسوط : يقصر الصلاة في النهار ويتم في الليل ، وتبعه ابن البراج ، والمستند الروايات (١٤١) .

ثنبيه : اختلف الأصحاب في تحديد الكثرة التي يتعلق بها وجوب الاقام ، قال ابن إدريس : بالسفرة الأولى لذى الصنعة كالمكارى واللاح ؛ لأن صنعتهم تقوم مقام تكرر من لا صنعة له من سفره أكثر من حضره ، وبالثالثة لغيرهم .

وقال العلامة في مختلفه : والاقرب ان ارباب الصنائع لا يثبت فيهم التهام بأول مرة ، بل بثانية مرة ، قال : وكذا من لا صنعة له إذا جعل السفر عادته ، فإنه يجب عليه التهام في ثانية مرة إذا لم يتخلل الاقامة عشرة أيام .

وقال الشهيد بالثالثة ، وهو مذهب أبي العباس في موجزه ؛ لأن اسم الكثرة يراد به الجمع ، واقله ثلاثة ، ويخرج عن حد الكثرة باقامة عشرة في بلده ، وإن كانت متفرقة لا يفصل بينها بمسافة ، كما لو اقام ثلاثة أيام ، ثم خرج إلى مادون المسافة ثم رجع فاقام ثلاثة ثم خرج إلى ما دون المسافة ورجع فاقام

كتاب الصلاة اربعة ، فهذا يخرج عن حد الكثرة ، وفي غير بلده لا بد من ان يكون منويه أو يقيم شهرا متعددأ .

واكتفى ابن الجنيد بالخمسة مع النية في غير بلده ، وفيه مطلقاً ، بناء على أصله .

فرع : لوسائل البدوي لا للقطر والنبت ، والملاح وذو الصنعة في غير صنعته ، قصروا .

قال رحمة الله : وقيل : يقصر عند الخروج من منزله ويتم عند دخوله ، والأول أظهر .

أقول : المشهور بين الأصحاب إعتبار خفاء الجدران والأذان معا ، وهو مذهب الشيخ والسيد وإبن البراج ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس ، وقال محمد بن بابويه : يقصر عند الخروج من منزله ثم يتم عند دخوله ، وتبعد^(١٤٢) إبن الجنيد ، والذي عليه عمل أكثر هذا العصر اشتراط خفائه في الابتداء ، وانقطاع الترخيص بادراك أحدهما في العود ، ومستند الجميع الروايات^(١٤٣) .

تنبيه : المراد بخفاء الأذان عدم التمييز بين فصوله ، ولو سمعه ولم يميز فصوله وجوب القصر .

والمراد بخفاء الجدران عدم التمييز بين البيوت ، ولو رآها وهو لا يميز بين البيوت وجوب القصر ، ولا عبرة بالاعلام كالقباب والبساتين ، إلا ان يتخللها دور تسكن مدة السنة او بعضها ، ولا سور دونها ، ولا بد من مجاورة السور وان اشتمل على خراب ومزارع ، لا الدور الملائقة له من خارج ، ولو

(١٤٢) - في « ر٢ » : منه .

(١٤٣) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٦ و ٧ من أبواب صلاة المسافر .

خرج البلد في العظيم عن العادة اعتبر أذان معلته وجدرانها .
والبدوي يعتبر حلته . ولو كان طرف البلد خراباً لا عمارة ، ورأه لم يعتد
بالخراب .

ولو جمع سور قرئ منفصلة بعضها من بعض لم يشترط مجاوزة السور ،
بل خفاء جدران قريته وأذانها ، فإذا خفيا عليه قصر وان لم يتجاوز السور ، ولو
لم تكن منفصلة فهي واحدة وان كثرت ما لم يتثنى في العظيم ، ويحصل الفصل
بالنهر والجدار المتخذين للحجز بين القريتين ، والطريق غير فاصل ، إلا أن
يزيد عن قدر الحاجة ، فهو فاصل حينئذ .

قال رحمة الله : وأما القصر فهو عزيمة ، إلا ان تكون المسافة أربعاً ولا
يريد الرجوع ليومه على قول ، أو في أحد المواطن الأربع .
أقول : إذا كانت المسافة أربعة ، وأراد الرجوع ليومه أو لليلته فإنه يقصر .
وإن لم يريد الرجوع ليومه ولا لليلته ، قال السيد المرتضى : يجب عليه
إنعام الصوم والصلاحة ، وتبعه ابن إدريس ، واختاره العلامة أبو العباس ،
وقال الشيخ : يتم في الصوم ويتخير في الصلاة ، وقال المفيد وإبنا بابويه : يتخير
فيهما ، ومستند الجميع الروايات^(١٤٤) .

فروع :

الأول : لونى قاصد الاربعة الرجوع ليومه أو لليلته قصر ذاهباً عائداً ،
فلو منع عن الرجوع ليومه أو لليلته أو بدا له عنه رجم متيناً .
الثاني : لا يعيد ما صل قصراً إذا رجع عن قصد العود وان كان في
الوقت .

الثالث : لو تردد هل يرجع ليومه أو لليلته أو لا يرجع ، لم يجز القصر .

(١٤٤) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٢ وباب ٣ من أبواب صلاة المسافر .

الرابع : لورجع المسافر لاخذ شيء نسيه ولم يكن على رأس مسافة ، اتم في رجوعه ، إلا ان يكون غريبا لم يتخذ ذلك البلد دار إقامة مدة عمره ، وان اقام فيه ثلاثة أيام أو كانت أهلة فيه فإنه يبقى على القصر ، لأنه ليس بعائد إلى بلده .

الخامس : لو شرع في أحد الأماكن الأربع ببنية القصر أو الاتمام لم يتحتم عليه ، بل له العدول إلى الاتمام وبالعكس ، وإن قلنا بوجوب بنية القصر أو الاتمام هنا كمذهب الشهيد وأبي العباس .

السادس : لو شرك المصلي في أحد الأماكن الأربع بين الاثنين والأربع جالساً لم يجب عليه الاحتياط ، ولو شرك بين الثلاث والاربع وجب ، ولو شرك بين الاثنين والثلاث والأربع أتى بر克عة خاصة .

السابع : لو أدرك قبل غروب الشمس أربعًا تختم القصر .

الثامن : إذا فاته الصلاة في أحد الأماكن تخير في القضاء إن كان فيها ، وتحتم القصر إن كان في غيرها ، وتحتم التخيير أيضاً وإن كان في غيرها ، لقوله عليه السلام : « من فاتته فريضة فليقضها كما فاتته »^(١٤٥) ، وهذه قد فاتها خيرة فيتخير في قضائها .

قال رحمة الله : ولو دخل الوقت وهو حاضر ، ثم سافر والوقت باق ، قيل : يتم بناءاً على وقت الوجوب ، وقيل : يقصر اعتباراً بحال الأداء ، وقيل : يتخير ، وقيل : يتم مع السعة ويقصّر مع الضيق ، والقصیر أشبه ، وكذا الخلاف لو دخل الوقت وهو مسافر فحضر الوقت باق ، والاتمام هنا أشبه .

أقول : هنا أربعة أقوال :

الأول : الاتمام اعتباراً بحالة الوجوب ، وأنه قصر بتأخيره ، وقد وجبت

عليه في ذمته تماماً فيصلها كذلك ، وهو مذهب الصدوق وابن أبي عقيل ، واختاره العلامة وأبو العباس .

الثاني : التهام مع السعة والقصر مع الضيق ، وهو مذهب الشيخ في النهاية وابن البراج .

الثالث : التقصير مطلقاً اعتباراً بحالة الأداء ، وهو مذهب المفيد وابن إدريس واختاره المصنف .

الرابع : التخيير بين التهام والقصر ، وهو مذهب الشيخ في الخلاف ، والمستند رواية منصور بن حازم ^(١٤١) .

هذا في حال الخروج إلى السفر ، أما في حال القدوم من السفر ، فعند المصنف يصلبي تماماً اعتباراً بحال الأداء ، وهو مذهب العلامة والشهيد وأبي العباس ؛ لأن القصر إنما كان لأجل السفر وقد زال بدخوله منزله في الوقت فيزول الترخيص ، وقال الشيخ : إن اتساع الوقت للتمام والا قصر .

قال رحمة الله : ولو نوى الاقامة عشرأً ودخل في الصلاة فعنَ له السفر لم يرجع إلى التقصير ، وفيه تردد .

أقول : هذا الذي حكاه المصنف مذهب الشيخ في المبسوط ، وبه قال ابن الجينيد وابن البراج ، لأنه دخلها بنية مقيم فلا يجوز له القصر ، ومذهب العلامة التفصيل ، وهو أن كان قد تجاوز في صلاته محل القصر بان صلى ثلاث ركعات وجوب الإتمام ، وإن كان محل القصر باقياً بـأن يعن له السفر قبل أن يركع في الثالثة ، فإنه يجوز له القصر لبقاء محله .

فروع :

الأول : إذا نوى المسافر اقامة عشرة أيام وجوب التهام وإن رجع عن نيته

(١٤١) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٢١ من أبواب صلاة المسافر ، حديث ٩.

إذا صل ولواحدة على التهام ، ولو خرج وقت الصلاة ولم يصل عاماً أو ساهياً فكل ذلك ؛ لأنه في حكم المصلبي ، هذا مذهب الموجز .

الثاني : الشروع في الصوم كتهام الصلاة ، بمعنى وجوب الاعمام وان رجع عن نية الاقامة .

الثالث : لو عزم السفر وصل تماماً ناسياً أو جاهلاً بالتفصير ، أو في أحد أماكن التخيير ، بقى على التفصير .

قال رحمة الله : الاعتبار في القضاء بحال فوات الصلاة لا بحال وجوبها ، فإذا فاتت قصراً قضيت كذلك ، وفيما : الاعتبار في القضاء بحال الوجوب ، والأول أشبه .

أقول : إذا دخل وقت الصلاة وهو حاضر ثم فاتت وهو مسافر ، أو دخل وقتها وهو مسافر ثم فاتت وهو حاضر ، هل يكون اعتبار القضاء بحال الوجوب أو بحال الفوات ؟ ذهب العلامة إلى قضائها تماماً في الحالين ؛ لأن في الاداء عنده الاعمام فيها فيقضيها تماماً .

وقال ابن إدريس : إن كان الوقت دخل وهو مسافر ، ثم دخل البلد والوقت باق ولم يصل حتى خرج الوقت ، وجب القصر ، وبالعكس الاعمام ؛ لأن ابتداء الوجوب كان مسافراً وقد فاتت ، فيجب القصر في القضاء ، وهو ظاهر الشيخ في التهذيب ، ومذهب الشهيد كالعلامة .

كتاب الزكاة

في من تجب عليه

قال رحمة الله : وتسحب الزكاة في غلات الطفل ومواسيه ، وهو أشبه ،
وقيل : تجب ، وكيف قلنا فالتكليف بالخروج بتناول الوالى عليه ، وقيل :
حكم المجنون حكم الطفل ، والأصح أنه لا زكاة في ماله إلا في الصامت إذا
اتجر له الوالى إستحباباً .

أقول : هنا مستثنان :

الأولى : غلات الطفل ومواسيه هل يجب فيها الزكاة ؟ قال الشیخان
ولین البراج وأبوالصلاح : نعم ، لعموم^(١) الأمر بالزكوة ، وقال ابن إدريس :
لا زكوة على الأطفال والمجانين ، ونقله عن ابن أبي عقيل ، واعتبره العلامة ؛
لأن الطفل ليس من أهل التكليف ، والزكوة تكليف ، ولأنها وجبت طهارة عن
الذنب للآية^(٢) ، ولا ذنب على الطفل .

(١) - الوسائل ، كتاب الزكوة ، باب ٤ من أبواب زكوة الغلات ، كالاحاديث ١ و ٢ و ٣ .

(٢) - التوبه : ١٠٣ .

الثانية : هل المجنون حكمه حكم الطفل فيما تقدم ؟ قال الشيخ وأبو الصلاح وابن البراج : نعم ، واستضعف المصنف دخول المجنون في قسم الأطفال ، لاصالة براءة الذمة ، وخلو النصوص عنه ، لأن رواية محمد بن مسلم^(٣) لم يذكر فيها غير اليتيم ، وهو الطفل ، لقوله عليه السلام : « لا يتم بعد احتلام »^(٤) .

قال رحمه الله : ولو ملكه سيده مالاً وصرفه فيه لم يجب عليه الزكاة ، وقيل : يملك وتحجب عليه الزكاة ، وقيل : لا يملك والزكاة على مولاه . أقول : أما عدم الوجوب على القول بأنه لا يملك مطلقاً ظاهراً ، لعدم الملك ، وهو المشهور بين الأصحاب ، وأما على القول الآخر بأنه يملك فاضل الضريبة وأرش الجناية ، فقد نقل الشيخ خلافاً بين علمائنا ، فمنهم من نفى الزكاة لعدم تمامية الملك ، إذ للمولى انتزاعه منه ، وهو اختياره في المسوط ، ومنهم من اثبتها عليه ؛ لأنه مالك له التصرف فيه ، وعلى القول بأنها لا تجب على الملوك فإنها تجب على المالك ؛ لأنه المالك في الحقيقة ، والشرط موجودة فيه ، لتمكنه تاماً من التصرف فيه كيف شاء .

قال رحمه الله : بني على القول بانتقال الملك ، والوجه أنه من حين العقد .

أقول : لو اشتري نصاباً ذكورياً ، واشترط خياراً زائداً على الثلاثة الأصلية ، إحتسب الحول من حين إنفاق الملك . والمشهور أنه يتنتقل إلى المشتري بمجرد العقد فيجري في الحول من حينه ، سواء كان الخيار لازماً

(٣) - الوسائل ، كتاب الزكاة ، باب ١ من أبواب من تجب عليه ، حديث ٢ .

(٤) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات ، حديث ٩ .

أو مشترطاً ، وقال الشيخ في المسوط : وإذا باع نصاباً يجب فيه الزكاة قبل الحول بشرط الخيار ، فإن كان الخيار للبائع أو هما فإنه يلزمها زكاته ؛ لأن ملكه لم يزل ، وإن كان الخيار للمشتري استائف الحول ، وهو بناءً على مذهبه ، وهو أن البيع لا يتقل إلا بعد مضي الخيار ، ويترفع على هذا ثبوت الخيار للمشتري لو أخرج من العين .

قال رحمة الله : فإن كان تأخيره من جهة صاحبه ، قيل : تجب الزكاة على مالكه ، وقيل : لا ، والأول أحوط .

أقول : قال الشيخ بالوجوب إذا كان تأخيره من جهة مالكه ، بأن يكون على غني باذل ، لعموم قوله عليه السلام : « هاتوا ربع عشر أموالكم »^(٥) .

وقال ابن إدريس وأكثر المتأخرین بعدم الوجوب ؛ لأن الأصل براءة الذمة ، ولأن الزكاة تجب في العين ولا عين قائمة للدين ، ولرواية عبدالله بن سنان في الصحيح عن الصادق عليه السلام ، « قال : لا زكاة في الدين ولا في المال الغائب حتى يرجع اليك »^(٦) .

(٥) - مستدرک الوسائل ، كتاب الزكاة ، باب ٣ من أبواب زكاة الذهب والتفضة ، حديث ١ .

(٦) - الوسائل ، كتاب الزكاة ، باب ٥ من أبواب من تجب عليه الزكاة ، حديث ٦ .

فيها يستحب فيه الزكاة

قال رحمة الله : وفي مال التجارة قولان : أحدهما الوجوب ، والاستحباب
اصح .

أقول : أكثر الأصحاب عمل استحباب زكاة التجارة ، لاصالة البراءة ،
ولأنه عليه السلام أوجبها في تسعه أشياء ، وعفى عنها عداتها^(٧) ، وهو يعم
التجارة وغيرها . وقال إينا بابيه بالوجوب ، لعموم قوله عليه السلام : « هاتوا
ربع عشر أموالكم »^(٨) .

(٧) - الوسائل ، كتاب الزكاة ، باب ٨ من أبواب ما تجب فيه ، حديث ٤ .

(٨) - قدمت في المسألة السابقة .

في زكاة الأنعام

قال رحمة الله : فإذا بلغت ذلك ، قيل : يؤخذ من كل مئة شاة، وقيل :
بسن تجب أربع شياه حتى تبلغ أربع مئة ، فتؤخذ من كل مئة شاةً ما بلغ ،
وهو الأشهر ، وتظهر الفائدة في الوجوب وفي الضمان .

أقول : إذا بلغت الغنم مئتان وواحدة - وهو النصاب الثالث - كان فيها
ثلاث شياه إجماعاً ، فإذا بلغت ثلاثة وواحدة - وهو النصاب الرابع - هل
يسقط اعتبار الفرض ويجب ثلات شياه لا غير ، ثم يؤخذ من كل مئة شاة بالغاً
ما بلغ ، أو لا يسقط إلا يبلغ أربع مئة ، ويجب في الثلاثة وواحدة أربع شياه ؟
فيه قولان مرويان مشهوران ، فال الأول مذهب إبنى بابويه والسيد المرتضى
وابن حمزة وابن إدريس ، لأصالحة البراءة ، ولرواية محمد بن قيس ^(٤) عن
الصادق عليه السلام .

والثاني : وهو عدم السقوط ما لم يبلغ أربع مئة مذهب الشيخ وإبن الجندى
وابن البراج وأبي الصلاح الحلبي ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس فى

(٤) - الوسائل ، كتب الزكاة ، باب ٦ من أبواب زكاة الأنعام ، حديث ٢.

الموجز والمحرر ، لل الاحتياط ، وللمروريات^(١٠) الدالة على وجوب العمل به . وعلى القولين يتساوى المأمور في الأقل والأكثر ، فعل الأول يتساوى الثلاث مئتو واحدة والمثثان وواحدة في وجوب الثلاث شيه ، وعلى الثاني يتساوى الثلاث مائة وواحدة والأربع مائة في وجوب الأربع لكن المحل متغير ، ويظهر للخلاف فوائد :

الأولى : لا يكون لزيادة الغنم على مائتين وواحدة إلى ثلاث مائة وواحدة فائدة ، على القول الأول ، لعدم زيادة الفرض بها ، بل فائدته تسمى نصاباً رابعاً ، وعلى القول الثاني يكون لزيادة فائدة ، وهي وجوب الرابعة .

الثانية : تُصب الغنم أربعة على الأول ، وخمسة على الثاني ، وتظهر الفائدة لو نذر أن يتصدق عن كل نصاب يملكه بدرهم مثلاً ، فعل الأول يلزم أربعة ، وعلى الثاني خمسة .

الثالثة : الواحدة الزائدة على الثلاث مائة ليست جزءاً من محل الوجوب على الأول ، بل هي شرط في تعين الفرض ، فلو تلفت بعد الحول وقبل إمكان الأداء لم يسقط من الفرض شيء ، لتصريح الرواية بأن في كل مائة شاة^(١١) ، فلم يتطرق الواجب بشيء من الزائد ، بل هو شرط في الوجوب ، وعلى الثاني لها مدخل في الوجوب ، وهي جزء من محل الفرض ، فلو تلفت بعد الحول وقبل إمكان الأداء قسّطت الشاة التالفة على مجموع النصاب .

وللتيسير طريقة :

الأول : البسط ، وهو ان تبسط الشاة التالفة على مجموع النصاب ، فيقسم على ثلاث مائة وواحدة ، فيكون الساقط عنه أربعة أجزاء ؛ لأن كل شاة

(١٠) - الوسائل ، كتاب الزكاة ، باب ٦ من أبواب زكاة الأنعام ، حديث ٢ .

(١١) - وهي رواية محمد بن قيس المتقدمة .

من الفرض ينقصها جزء ويبقى الواجب عليه ثلث شياه ومثواه جزء وبسبعة وتسعون جزءاً من ثلاثة مائة جزء وجزء من مجموع شاه .

الثاني : النسبة ، وهو أن يناسب التالف إلى النصاب ، ثم يسقط من الفرض بحسبه ، فلو تلف نصف النصاب أسقطنا نصف الفرض ، ولو تلف ربع النصاب أسقطنا ربع الفرض ، وهكذا فقد ظهر فائدة الضياع على اختلاف المذهبين .

الرابعة : فائدة الوجوب التي ذكر المصنف وهي ظاهرة ؛ لأنها على الأول - وهو سقوط الاعتبار - يجب ثلاثة شياه ، وعلى الثاني يجب أربع شاه .

قال رحمة الله : فلو علفها بعضاً ولو يوماً استائف الحول عند إستثناف السوم ، ولا اعتبار باللحظة عادة ، وقيل : يعتبر في اجتماع السوم والعلف الأغلب ، والأول أثبه .

أقول : يشترط السوم في الأنعام طول الحول ، فلو اختلفت بعضه ، قال الشيخ في المسوط والخلاف : ويعتبر الأغلب ، وبه قال ابن الجنيد ، لاعتبار الأغلب في سفي الغلات فكذا هنا .

والشهور إعتبار الاسم ، فإن خرجت بالعلف عن اسم السوم سقطت الزكاة ؛ لأن السوم شرط وقد خرجت عنه ، وهو مذهب ابن إدريس والعلامة في المختلف ، وبه قال الشهيد وأبو العباس في موجزه ، والمصنف والعلامة في القواعد أسقطوا السوم بعلف يوم .

فروع :

الأول : لو صالح رب الماشية ظلماً بعوض على المرعى ، لم يسقط السوم .

الثاني : لو اشتري لها مرعى وصارت تسرح وتروح إليه بطل السوم .

الثالث : الربط والخل والسقي لا يسقط السوم .

الرابع : لو إستاجر أرضاً للمرعى لم يسقط السوم .
 الخامس : لو علفها الأجنبي متبرعاً لم يسقط السوم ، قال صاحب
 التذكرة : لأنه لا مؤنة على المالك فيه^(١٢) .

قال رحمة الله : أو عاوضها بجنسها أو مثلها على الاصح ، وقيل : إذا
 فعل ذلك فراراً وجبت الزكاة ، وقيل : لا تجب وهو الظاهر .
 أقول : يشترط في وجوب الزكاة بقاء الملك والنصاب من أول الحول إلى
 آخره ، فلو نقص النصاب أو باعه في أثناء الحول سقطت الزكاة ، فإن عاوضه
 بجنسه أو مثله ، قال الشيخ في الخلاف : إذا كان معه نصاب فبادله بغيره ،
 لا يخلو مما ان يبادل بجنس مثل ان يبادل إيلاء بابل ، أو بقرأ بقر ، أو غنم
 بغنم ، أو ذهب بذهب ، أو فضة بفضة ، فإنه لا ينقطع الحول وبني ، وإن
 بادل بغيره مثل ان يبادل إيلاء بقر ، أو بقرأ بغنم وما اشبه ذلك انقطع واستأنف
 في البديل الثاني .

فعلم من هذا ان مراد المصنف بقوله : بجنسها أو مثلها ان المراد
 بالمثل هو ان يبادل إيلاء بابل أو بقرأ بقر ، كما قاله الشيخ ، وإن المبادلة بالجنس
 هو ان يبادل إيلاء بقر ويقرأ بغنم ، كما قاله الشيخ ؛ لأن الحيوان كله جنس
 واحد ، والمشهور عدم الوجوب مطلقاً ؛ لأن الزكاة تجب في العين مع بقائها
 مدة الحول ، وعين البديل غير عين المبادل منه ، فيتفي خل الوجوب فيسقط .

فرع : لو كانت المبادلة فاسدة ، قال الشيخ في المسوط ببني كل منها
 على حوله ولا يستأنف ، وقال العلامة : ان علما بالفساد وكل منها متمكن من
 استرجاع ماله متى شاء ، فالحق ما قاله الشيخ ، والا فلا ، لأن بدون التمكين

(١٢) - في «ر٢» لم يذكر إلا ثلاثة فروع : (الاول والرابع والخامس) مرتبة .

يكون بمتنزلة المغصوب منه، فيسقط اعتبار الزكاة حينئذ.

قال رحمه الله : ويرجع في النهاص إلى قيمة السوق ، على الظاهر .

أقول : إذا كان التفاوت بين ما عنده وبين ما وجب عليه بأكثر من درجة واحدة ، بان وجب عليه بنت مخاص وعنه حقة ، قال ابن ادريس : ينتقل إلى القيمة السوقية ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد ، والشهيد وأبو العباس في موجزه ؛ لأن النصوص ^(١٣) عن الأئمة عليهم السلام واقوال الأصحاب المتداوله بينهم : ان هذا الحكم فيما إذا كانت السنن الواجبة انقص بدرجة او أعلى بدرجة دون ما بعد عنها ، وقال أبو الصلاح : يتضاعف الجبران الشرعي بتضاعف الدرج ، فلو كان عنده حقة ووجب عليه بنت مخاص دفع الحقة واسترد أربع شياه ، او أربعين درهما ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره العلامة في المختلف ، قال فيه : لأن المجموع من بنت المخاص والغنم او الدرهم مساو لبنت اللبون في المصالح المتعلقة بایجابها ، والضرورة قاضية بان مساوي المساوى مساو ، ف تكون بنت المخاص مع الصعف من الغنم او الصعف من الدرارم مساوية للحقة في المصلحة المتعلقة بایجابها ، وإذا كان كذلك جاز الانتقال في الدرجتين فما زاد .

تبنيه : الجبران منوط بالأمام عليه السلام أو عامله ، ولا يجوز للفقيه ، ولا القبر الجبران ، وهو في الأبل دون غيرها من الأنعام ، ولا يجوز الجبران بشاة دون عشرة دراهم ، إلا على سبيل القيمة السوقية لا الجبران الشرعي .

قال رحمه الله : وقيل : سمي بذلك لأنه تبع قرنه أذنه ، أو تبع أمه في

الرعي .

(١٣) - الوسائل ، كتاب الزكاة ، باب ١٣ من أبواب زكاة الأنعام .

أقول : التبيع وهو الذي له سنة ودخل في الثانية ، والخلاف في التسمية بين أهل اللغة ، قال أبو عبيدة : وتبيع لا يدل على سن ، وقال غيره : إنما سمي تبيعاً لأنها تتبع أمه في المرعى ، ومنهم من قال : لأن قرنها تبع أذنه حتى صار سواه ، وإذا لم تدل اللغة على معنى التبيع والتبيعة فالرجوع فيه إلى الشرع والتيسي صلوات الله عليه وآله وسلام قد يبين ذلك قال : تبيع أو تبيعة ، وقد فسره أبو جعفر وأبو عبدالله عليهما السلام بالحوالي^(١٤) أي الذي له حول ودخل في الحول الثاني .

قال رحمة الله : والشاة التي تؤخذ في الزكاة ، قيل : أفله الجذع من الضأن والثني من الماعز ، وقيل : ما سمي شاة ، والآخر أظهر .

أقول : المشهور أن الشاة الماخوذة من الأبل والغنم أفلها الجذع من الضأن ، وهو ما كمل سبعة أشهر ، وفي الماعز الثني ، وهو ما كمل له السنة ، وقيل : أفله ما سمي شاة ، ومال اليه العلامة في تحريره ، لحصول الامتثال للأمر ؛ لأن الاسم يتناوله .

فروع :

الأول : لو فقدا في غنمه دفع الأدون واتم القيمة ، او الاكمال واسترد الرائد .

الثاني : يجوز في شاة الأبل من غير غنم البلد ، اما شاة الغنم فلا ، إلا ان يكون أجود او بالقيمة .

الثالث : لو دفع بغيرها عن الشاة الواجبة في الأبل احتمل الاجراء ؛ لأنه يجوز عن ستة وعشرين قعن الأقل اولى ، ويتحتمل العدم ؛ لأنه غير الفرض فلا يجوز الا بالقيمة .

(١٤) - الوسائل ، كتاب الزكاة ، باب ٤ من أبواب زكاة الأنعام .

الرابع : لو كانت الأبل التي توجب الشاة مراضاً وجب الشاة بقيمة المراضاً ، فيقال : كم قيمة الأبل صحاحاً ؟ فإذا قيل : مائة ، قيل كم قيمتها مراضاً ؟ فإذا قيل : خمسون ، فإذا قيل : كم قيمة الشاة الصحيحة المجزية ؟ فإذا قيل : عشرة ، أخذت شاة صحيحة ، قيمتها خمسة .

والضابط : كل ما نقص من قيمة الصدح نقص من قيمة الشاة المجزية بحسبه ، ان كان نصفاً فنصفاً ، وان كان ربعاً فربعاً ، وهكذا .

الخامس : يجوز الذكر في الغنم مطلقاً ، سواء وجبت في الأبل أو الغنم ، ويجوز التبيّع من البقر وإن اللبون من الأبل ، وفي غير هؤلاء لا يجوز إلا الإناث .

قال رحمة الله : فإن وقعت المشاحة ، قيل : يُفرج حتى تبقى السن التي تذهب .

أقول : هذا قول الشيخ في المبسوط ، فإنه قال فيه : الخبر إلى المالك ، غير أنه لا يؤخذ منه الرديء ، ولا يلزم الخيار ، بل يلزم وسطاً ، فإن تشاجأ استعمل القرعة .

في زكاة الذهب والفضة

قال رحمة الله : وقيل لا زكاة في العين حتى تبلغ اربعين ديناراً ، ففيها دينار ، والأول اشهر .

أقول : المشهور بين علمائنا ان اول نصاب الذهب عشرون ديناراً ، وفيه نصف دينار ، والمستند روایة يحيى بن أبي العلاء^(١٥) ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، وروایة زرارة^(١٦) ، عن الباقي عليه السلام .

وقال ابن بابويه : ليس فيه شيء حتى يبلغ اربعين مثقالاً وفيه مثقال ، ومستنده روایة محمد بن مسلم وأبو بصير وبريد والفضل ، عنهم عليهم السلام ، « قالا : فسي الذهب في كل اربعين مثقالاً ، وليس في اقل من اربعين شيء »^(١٧) .

قال رحمة الله : وقيل: يستحب فيها الزكاة .

أقول : المشهور عدم وجوب الزكاة في غير المقوش بسكة المعاملة ،

(١٥) - الوسائل ، كتاب الزكاة ، باب ١ من أبواب زكاة الذهب والفضة ، حدیث ٨ .

(١٦) - نفس المصدر المقدم ، حدیث ٩ .

(١٧) - المصدر السابق ، حدیث ١٣ .

سواء قصد بسبكه الفرار او لا ، وقال ابن ابي عقيل : ان قصد الفرار وجبت الزكاة مقابلة له بنقيض مقصوده كالقاتل والمطلق ، وعمل الاصحاب على الاول لأصالة براءة الذمة ما لم يثبت الدليل الناقل .

قال رحمه الله : إذا شرط المقرض الزكاة على المقرض ، قبل : يلزم الشرط ، وقيل : لا يلزم ، وهو اشبه .

أقول : القول بلزوم الشرط هو قول الشيخ في النهاية في باب المقرض ، لقوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم »^(١٨) . والمشهور بطلاز لشرط ، وكون الزكاة على المقرض مع حصول شرائط الوجوب ؛ لأن الزكاة عبادة ، وهي لا تلزم غير من وجبت عليه ، والشرط فاسد كما لو شرط ان يتتحمل عنه غير الزكاة من العبادات .

قال رحمه الله : إذا ترك نفقة لأهله فهي معرضة للاتلاف ، تسقط الزكاة عنها مع غيبة المالك ، وتجب لو كان حاضراً ، وقيل : تجب فيها على التقديرین ، والأول مروي .

أقول : عدم وجوب الزكاة مذهب الشيخ في النهاية ، وبه قال المفید ، واختاره المصنف والعلامة ؛ لأنها بمنزلة التالفة لكونها معرضة للاتلاف ، وقال ابن ادریس : حكمها حكم المال الغائب ان قدر على اخذه متى اراد ، فانه يجب عليه الزكاة ، سواء كان نفقة او وديعة او كنزه في كنز ، فانه ليس يكون نفقة خرجت عن ملكه ، ولا فرق بينه وبين المال الذي في يد وكيله او مودعه ، وقال : إنما اورده شيخنا في نهاية ايراداً لا اعتقاداً .

(١٨) المستدرک ، كتاب التجارة ، باب ٥ من أبواب الخيار ، حديث ٧.

في زكاة الغلات

قال رحمه الله : وقيل : السلت كالشعير ، والعلس كالحنطة في الوجوب ،
والاول اشبه .

أقول : قال الشيخ : العلس نوع من الحنطة ، يقال : إن إذا ديس بقى كل
حبين في كمام لا يذهب ذلك حتى يدق او يطرح في رحى خفيفة ، ولا يبقى
بقاء الحنطة ، ويزعم اهلها إذا هرست او طرحت في رحى خفيفة خرجت على
النصف ، وأوجب الزكاة في المجموع منه ومن الحنطة إذا بلغ نصابا ، وجعل
السلت نوعا من الشعير وأوجب فيه الزكاة ، وقال المصنف : إنها نوعان مغايران
للحنطة والشعير فلا زكاة فيها ، واختاره العلامة في المختلف وأبو العباس في
الموجز ، ومذهب القواعد كمذهب الشيخ .

قال رحمه الله : والحمد الذي يتعلّق فيه الزكاة من الاجناس أن يسمى
حنطة او شعيراً او نمراً او زبيباً ، وقيل : إذا اهـ ثمر النخل أو اصفر أو انعقد
المحض ، والاول اشبه .

أقول : المشهور ان الزكاة تجب في الغلات إذا كانت ثمرة عند اصفارها

واحرارها ، وإذا كانت غلة عند اشتداد حبها ، ولا يجُب الارتجاع الا عند الحصاد والجذاد اجماعا .

وقال ابن الجينيد : إنما يجُب عند تسميته حنطة او شعيراً او ثمراً او زبيباً واختاره المصنف ، لاصالة براءة الذمة من الوجوب الا مع تحقق السبب ولا يتعدى قبل كونه ثمراً لتعلق الوجوب بما يسمى ثمراً لا بما يسمى بسراً ، واحتج باقون بأن البسر يسمى ثمراً لغة ، والمرجع إلى اللغة لا إلى العرف . وتظاهر فائدة الخلاف في مسائل :

الأولى : لو أكلها او اتلفها ضمن علّ الأول دون الثاني .

الثانية : لو باعها او وهبها بعد الاحرار او الاصرفار ، فالزكاة على البائع والواهب على الأول ، وعلى المشتري والمتهدب على الثاني .

الثالثة : لو مات بعد الاحرار وعليه دين مستغرق وجبت الزكاة على الأول دون الثاني ، وعلى الأول تقدم الزكاة على الدين لتعلقها بالعين قبل تعلق الدين بها ، ولقوله عليه السلام : « ولذين الله احق ان يقضى »^(١٩) ، وقيل : تقطّع التركة على الدين والزكاة لتساويها .

تنبيه : للغلات حالات ثلاثة :

الأولى : حالة وجوب ولا ارجاع ولا ضمان ، وهو عند بدء الصلاح خاصة ، نعم يجوز الارتجاع حيثذا فيجوز إخراجه بسراً ، ويجوز ان يقاسم الفقراء او الساعي على رؤوس النخل ، ولا يجوز للملك التصرف باكل ولا غيره حتى يخرجها على نفسه ليعرف قدر ما يرکل او يتلفه ليحسبه عليه .

(١٩) - مسند أحمد بن حنبل، ١: ٢٢٤ و ٢٢٧ و ٢٥٨ و صحیح سلمج ٢: كتاب الصيام بـ ٢٧ قضاء الصيام عن الميت ، حدثت ١٥٥ .

الثانية : حالة وجوب وخروج ولا ضياع ، وهو عند التصفية مع فقد المستحق .

الثالثة : حالة وجوب وخروج وضياع ، عند التصفية وجود المستحق .

قال رحمة الله : ولا تجحب الزكوة إلا بعد إخراج حصة السلطان والمؤن كلها على الظاهر .

أقول : ينبغي معرفة حصة السلطان والمؤن التي يجب إخراجها ، أما حصة السلطان فأنما تجحب في الأرض الخراجية ، وقد اختلفت عبارات الأصحاب هنا ، والأكثر اقتصر على عبارة المصنف وهي : (بعد إخراج حصة السلطان) ولم يذكر الخراج ، وبعضهم اقتصر على الخراج ولم يذكر حصة السلطان كأبي العباس في محرره .

وقال ابن ادرис : وحصة السلطان ان كانت الارض خراجية ، وقال العلامة في التحرير : وبعد الخراج وحصة السلطان ، وهو يوهم الفرق بينهما ، وليس كذلك ؛ لأن هذه العبارات وإن اختلفت لفظا فهي متفقة معنى ، فمن اقتصر على الحصة أراد بها الخراج مطلقا ، سواء كان مشتركا بين المسلمين كالمفتوحة عنده ، أو مختصا كالأنفال وصدق على المشترك انه حصة الامام ؛ لأنه الجافي له والمتولي عليه .

ومن اقتصر على الخراج اراد به الحصة كذلك ، ومن جمع بينها اراد بالحصة المخصص بالأمام ، وبالخرج المشتركة ، قال الشهيد في بيانه : لا تسقط الزكاة في الأرض الخراجية باخذ الخراج ، بل يجتمعان ، والخرج من المؤن .
وروى رفاعة بن موسى ، عن الصادق عليه السلام ، وسهل بن اليع
عن الكاظم عليه السلام : سقوط العشر بالخرج (٢٠) ، قال : ويتصور هذا

الكافر على ان تكون الارض لل المسلمين وعلى رقبتهم الجزية ، ثم رد الارض عليهم على ان عليهم الخراج ثم يسلمون ، فانه يبقى الخراج ولا يسقط بالزكاة ، بخلاف ما لو ضرب على ارضهم المملوكة خراجا ثم اسلمو ، فان الخراج يسقط وتبقى الزكاة .

والفرق ان الاول اجرة فلا تسقط بالاسلام ، والثاني جزية ، وهي تسقط بالاسلام .

واما المؤن فهي اجرة الساعي والمهارة والخصاد والتخصيفية ، وثمن البذر إن اشتراه ، وثمن الشمرة وحفر السوقى وكرى النهران لا إنشاؤها وعمل المسناة ، والضابط : كل ما يتكرر كل سنة فهو من المؤنة ، وما لا فلا ، وما يؤخذ منه بسبب الشمرة والزرع وإن كان مصادرة اذا تكرر وصار عادة في كل سنة ، ولا يخرج ما ليس يتكرر كثمن اصل التخييل والارض ، وكذلك اجرة عمله بيده ، واجرة عوامله ، وسهم الدالية ، واجرة الارض ان كانت له او مستعاره .

ولسو كانت هذه الآلات التي عدناها مستاجرة ، أو كانت الارض مخصوصة اخرجت الاجرة قبل الزكاة ، ولو اشتري الاصول والشمرة قبل بدء الصلاح صفة واحدة بشمن واحد ، قسط على الشمرة والاصول ، فها قابل الشمرة احتسب من المؤن التي تخرج قبل الزكاة ، ولا يحتسب ما قابل الاصول .

اذا عرفت هذا فقد اختلف الاصحاب في هذه المؤن ، هل تخرج من الوسط وتكون الزكاة في الباقي ان بلغ نصابا ، او يحسب على المالك ؟ بالاول قال الشيخ في النهاية ، وبه قال المفید وجمهور الاصحاب ، وإن لزم الضرر المنفي ، وقال الشيخ في المبسوط والخلاف : انها على المالك ، لعموم قوله عليه السلام : « فيها سقت النساء العشر »^(٢١) .

(٢١) الوسائل ، كتاب الزكاة ، باب ٤ من أبواب زكاة الغلات ، حديث ٤.

فروع :

الاول : لو باع الثمرة قبل بدو صلاحها على غير المخاطب بالزكاة كالصبي والذمي ثم اشتراها بعد بدو الصلاح او استردها باقالة ، سقطت الزكاة وان كان ذلك فرارا ، وكذا لو كان البيع على مخاطب بالزكاة كالمسلم البالغ ، لكن هنا تجب الزكاة على المشتري لبدو الصلاح في ملكه .

الثاني : تجب الزكاة في غلة الارض الموقوفة ، سواء كان الوقف عاماً او خاصاً ، او للمساجد والربط اذا اجرها الناظر ، اما لو زرعها الناظر بغير من مال المسجد ، فلا زكاة لعدم تعين المالك .

الثالث : إذا باع ما وجب فيه الزكاة قبل اخراجها نفذ البيع في حصته اجمعوا ، واما حصة الفقراء فيحتمل نفوذ البيع فيها ايضاً ؛ لأن ملك المساكين للعين غير مستقر بجواز اسقاطه بدفع القيمة ، فحيثذا يكون مراعي ان دفع حصة الفقراء من غير العين ، والا كان للساعي بيع العين وانتزاعها من المشتري فيتخير المشتري حيثذا لتبعيض الصفقة عليه ، والى هذا ذهب العلامة في تذكرته وتحريره ، والشهيد في دروسه ، وابو العباس في موجزه ، وقال فيه : ولو تيقن المشتري عدم اخراجها فالزكاة عليه . وهو جيد لصيورة عن مالهم في يده فلا يباح له بظلم البائع لهم .

ويحتمل بطلان البيع في حقهم ؛ لأنهم شركاء ، واذا بيع المشترك صح في حصة البائع وبطل في حصة الشريك إلا مع الاجازة ، وقال في القواعد : بطل في حصة الفقراء ما لم يضمن القيمة .

الرابع : لو اخرج عن الزكاة منفعة بدلاً عن العين كسكنى الدار سنة مثلاً جاز ، ويحتمل المنع ؛ لانها تحصل تدريجياً ، ولو آجر الفقير نفسه أوداره ، ثم احتسب مال الاجارة عليه من الزكاة جاز وان كانت معرضة للفسخ .

الخامس : اذا اخرج القيمة عن العين كان الاعتبار بالقيمة وقت الارجاع لا وقت الوجوب وان فرط في التأخير حتى نقص السوق ، اما اذا قوم الزكاة على نفسه ثم ضمن حصة الفقراء كان الواجب عليه ما ضمته خاصة ، ولا عبرة بزيادة السوق ونقصانه قبل الاداء .

السادس : لو عزل الزكاة وباع الباقى صح البيع ؛ لأنه باع حقه ، ومحتمل المنع ؛ لأن الزكاة لا تتعين الا بالدفع .

قال رحمه الله : إذا كان له تخل يطلع مرة وآخر يطلع مرتين ، قيل : لا يضم الثاني الى الأول ؛ لأنه في حكم ثمرة سنتين ، وقيل : يضم ، وهو الأشبه .

أقول : عدم الانضمام مذهب الشيخ رحمه الله لما قاله المصنف : من انه في حكم سنتين^(٢٢) ، واختار المصنف الانضمام ؛ لأنها ثمرة عام واحد ، كما لو اختلف وقت الادراك ، وهو مذهب العلامة واي العباس في موجزه .

قال رحمه الله : قيل : يقع التعارض بين أرباب الزكاة والذريان ، وقيل : تقدم الزكاة لتعلقها بالعين قبل تعلق الدين بها ، وهو الأقوى .

أقول : قد سبق البحث في هذه المسألة^(٢٣) ، واختار العلامة والشهيد ما اختاره المصنف ، والتفسير مذهب الشيخ في المبسوط .

(٢٢) - في «ن» و«ر» : الشين .

(٢٣) - ص ٢٣٧ .

في زكاة التجارة

قال رحمه الله : لو كان رأس ماله مئة وطلب بنتيجة ولو حبه لم يستحب ، وروي انه إذا مضى عليه وهو على النتيجة احوال ، زكاه لسنة واحدة استحباباً .

أقول : الرواية المشار إليها هي رواية العلاء^(٤) ، عن أبي عبدالله عليه السلام ويمضي منها افتى الشيخ في النهاية ، والعلامة في القواعد ، وأبو العباس في الموجز ، وغير القائل بها تمسك بالأصل ؛ لأن اشتغال الذمة بواجب أو ندب يحتاج إلى دليل ناقل عن الأصل .

قال رحمه الله : ولو كان بيده نصاب بعض حول فاشترى به متاعاً للتجارة ، قيل : كان حول العرض حول الأصل ، والاشبه إستثناف حول .

أقول : إذا اشتري متاعاً للتجارة لا يخلو أبداً ما يشتريه بعرض أو ينقد ، فكان الأول وكان العرض الذي اشتراه به للتجارة ايضاً بني على حول الأصل الذي هو الثمن ، ولا يقبح تبدل الأعيان ، وإن كان العرض الذي

(٤) - الوسائل ، كتاب الزكاة ، باب ١٣ من أبواب ما نحب فيه ، حديث ٩.

اشتاءه به للقنية فبأبتداء المحول من حين العقد بقصد التجارة ، وان كان المشترى بنقد ، وكان النقد للتجارة بنى حول المtau على حول الاصل الذي هو النقد ، وان كان النقد للقنية فهي مسألة الكتاب ، قال الشيخ في المسوط والخلاف : كان حول المtau حول الاصل ؛ لأن زكاة التجارة تتعلق بالقيمة فكان كالمال الواحد ، اذ القيمة هي الاتهان قد كانت ظاهرة فصارت مقدرة ، فإذا كمل للقيمة حول استحب الزكاة ، وتقليل المال غير قادر ، اذ لا يحصل الربع الا به ، فلو كان قاطعاً للحوال لكان السبب الذي ثبتت به الزكاة مانعاً منها ، وهو حال ، والمشهور استثناف المحول لعدم قصد التجارة قبل المشتري .

فروع :

الأول : البناء على حول الاصل في موضع الحكم بالبناء ، وفي هذه على القول به انها يكون مع الشراء عين النصاب ، فلو اشتري في الذمة ونقد النصاب في المثمن انقطع المحول واستثنفه من حين الشراء .

الثاني : لا يشترط بقاء عين السلعة طول المحول إجماعاً^(٢٥) ، بل بقاء القيمة وبلوغها النصاب .

الثالث : إذا اشتري سلعاً على التعاقب فان كان قيمة كل سلعة نصابة ذكي كل سلعة عند تمام حوالها ، ولا يضم بعضها إلى بعض ، وان قصر قيمة كل سلعة عن النصاب ، ضم إلى الأول ما بعده حتى يبلغ النصاب فيكون مبدأ المحول حين بلوغه ، فإذا حال عليه المحول زكاه ونظر إلى ما اشتاءه بعد بلوغ النصاب ، فان بلغ اربعين درهماً - وهو النصاب الثاني من الفضة - زكاه عند تمام حواله ، وما نقص عن الأربعين لا زكاة فيه ، إلا ان يبلغ النصاب الثاني من الذهب فيزكيه حينئذ .

(٢٥) - نقطة : (إجماعاً) من «ن» .

ولا يضم العقود المتعاقبة بعد بلوغ النصاب بعضها إلى بعض بل كل عقد يحسب حوله من حين وقوعه أن بلغ النصاب الثاني ، والا ضم إليه ما بعده حتى يبلغ النصاب الثاني ، فيجزي في الحول حيثذا ، ولو كان الأول نصابة لم يضم إليه غيره وانخذلت زكاته حين ثمام حوله وكل عقد بعده بلغ أربعين أخذت زكاته عند ثمام حوله .

الرابع : إذا اشتري رقيقاً للتجارة وجبت زكاة الفطرة عند شرطتها ، ولا تجزي عن زكاة التجارة ، بخلاف المالية فإن الزكاة الواجبة تمنع المندوبة لقوله عليه السلام : « لا ثني في صدقة »^(٢٦) .

قال رحمة الله : إذا ملك أحد النصب الزكاتية للتجارة مثل أربعين شاة أو ثلاثين بقرة سقطت زكاة التجارة ووجبت زكاة المال ، ولا يجتمع الزكأتان ، ويشكل على ذلك القول بوجوب زكاة التجارة .

أقول : تحقيق البحث هنا في موضوعين :

الأول : هل يسقط الاستحباب عن هذا النصاب ؟ ويوجد في بعض نسخ هذا الكتاب المنسوخ : (وقيل : يجتمع هذه وجوباً وهذه استحباباً) ، وهو يحتمل ؛ لأن مال التجارة في الحقيقة فيثبت حكمه ، وإنما وجبت فيه الزكاة لكونه نصباً زكرياً سائياً حولاً فيثبت له حكمه أيضاً ؛ لأن الأصل عدم التداخل .

والشهور سقوط الاستحباب لاصالة براءة الذمة ، ولقوله عليه السلام : « لا ثني في صدقة »^(٢٧) .

الثاني : على القول بوجوب زكاة التجارة لا خلاف في عدم اجتنابهما وإن

(٢٦) - نهاية ابن الأثير ١: ٢٤٢ .

(٢٧) - تقدم .

الواجب عليه زكاة واحدة ، لكن هل هي للتجارة او للهال ؟ يحتمل الأول ؛ لأن مال التجارة بالحقيقة فيكون هو المعتبر ، ويحتمل الثاني لسقوط حكم التجارة بالسوم ، فيكون المعتبر المالية .

وتطهر الفائدة في النية ، فعل الأول ينوي التجارة وعلى الثاني المال ، وفي متعلق الزكاة ، هل هو العين او القيمة ؟ .

قال رحمه الله : لو عارض اربعين سائمة بأربعين سائمة للتجارة سقط وجوب المالية والتجارة واستأنف الحول فيها ، وقيل : بل ثبت زكاة المال مع تمام الحول دون التجارة ؛ لأن اختلاف العين لا يقدح في الوجوب مع تحقق النصاب في الملك ، والأول اشبه .

أقول : قد ذكر المصنف علة الوجوب ، والمشهور سقوطها للعدم حصول بعض الشروط ، وهو بقاء عين النصاب مدة الحول ؛ لأن الزكاة تجب في العين ومع اخراجها عن ملكه يتفي خل الوجوب ، وأما الاستجباب فلعدم تمام حول^(٢٨) التجارة ، فإذا تم استحب حينئذ .

واعلم ان مراد المصنف بقوله : (واستأنف الحول فيها) إذا كان النصاب الأول للقنية (اما لو كان للتجارة ايضا فانه يبغي حول الثاني على حول الاول بغير خلاف ، وانا الخلاف اذا كان للقنية)^(٢٩) او احدهما .

وتحقيق البحث لا يخلو اما ان يكونا للقنية او للتجارة ، او الاول للقنية والثاني للتجارة ، او العكس ، فالاقسام أربعة :

الأول : ان يكونا للقنية ، وقد اختلف الاصحاب في ذلك ، فالشيخ في المبسوط ذهب إلى بناء حول الثاني على حول الأول ، فإذا تم الثاني ستة اشهر

(٢٨) - هذه اللحظة من «ن» .

(٢٩) - ما بين القوسين في «ن» فقط .

اختلفت منه الزكاة ؛ لأنه يصدق عليه انه ملك اربعين سائمة طول الحول ، وقال المصنف والعلامة : يستأنف الحول لاشترط بقاء عين النصاب طول الحول ، وعين البدل غير عين المبدل منه .

الثاني : ان يكونا للتجارة ، ولا خلاف في بناء حول الثاني على الأول ، لكن إذا انتهى الحول ، هل تثبت زكاة المال أو زكاة التجارة ؟ يقول^(٣٠) على مذهب الشيخ يثبت زكاة المال ، وعلى مذهب المصنف والعلامة يثبت زكاة التجارة .

الثالث : إذا كان النصاب الأول للقنية والثاني للتجارة ، كما هو مقصود المصنف ، فقد اتفق المصنف والعلامة على عدم بناء حول الثاني على حول الأول ، بل يستأنف الحول للمالية والتجارة معا ، فان استمرت الشرائط المعتبرة فيها من حين ملك الثاني إلى تمام الحول قدمت المالية ، وان اختلت شرائط احد الزكاتين قبل تمام الحول ثبت الاخرى ، وعند الشيخ تحب الزكاة المالية عند تمام ستة اشهر من ملك الثاني ؛ لأن اختلاف العين لا يقدح في الوجوب مع تحقق النصاب .

الرابع : إذا كان الأول للتجارة والثاني للقنية فالحكم فيه كالحكم في عكسه سواء ، والمعتمد مذهب المصنف والعلامة .

قال رحمة الله : وهل تخرج قبل ان ينضي المال ؟ قيل : لا ؛ لأن وقاية رأس المال ، وقيل : نعم ؛ لأن استحقاق الفقراء أخرجه عن كونه وقاية ، وهو أشبه .

أقول : قد ذكر المصنف علة الطرفين ، ومذهب العلامة في القواعد كمذهب المصنف ، واستقرّب عدم المنافاة بين الاستحقاق والواقية ، وهو تاكيد

(٣٠) - في «ن» و«ر» : بقوله .

لجواز اخراج العامل الزكاة من حصته ، وتقريره ان يقال : ولئن سلمنا ان هذا الربع وقاية للهال ، فالاقرب لا منافاة بينه وبين استحقاق الفقراء له ، وذلك بان يقول : ومنى اخرج العامل الزكاة وخسر المال ، بحيث لا يتم الا بذلك القدر او بعضه ، كان ذلك مضمونا عليه .

وفيه نظر ؛ لأن تجويز اخراج العامل من حصته يتضمن خطرا على مال المالك لامكان الخسران ، ويكون العامل معسراً عن ضمان قدر المخرج فيؤدي إلى ضياع مال المالك ، وهو غير جائز ، وهذا لا يختص بربحه ، ولو كان رأس المال عشرة فربع عشرين ثم ثلاثة ، فالخمسون بينهما ، ولو استقر ملك العامل على الربع لكنه ثلاثة ، لاختصاصه بعشرة من العشرين الأولى ومشاركته في باقي الربح وهو اربعون .

في أصناف المستحقين

قال رحمة الله : الفقراء والمساكين : وهم الذين تصر أموالهم عن مؤنة سنتهم ، وقيل : من يقصر ماله عن احد النصب الزكائية . ثم من الناس من جعل اللفظين بمعنى واحد ، ومنهم من فرق بينهما في الآية ، والأول اشبه .
اقول : الفقراء والمساكين يشملها من قصر ماله عن مؤنة سنته له ولعياله الراجبي النفقة وما يحتاج اليه ولو في اختتامه كعبد الخدمة وفرس الركوب ، وقال الشيخ في المبسوط : وفي اصحابنا من قال من ملك نصايا يجب فيه الزكاة كان غنيا وعمرا عليه الصدقه ، واختاره في الخلاف ، واذا اطلق لفظ الفقير دخل فيه المسكين وبالعكس ، واذا اجتمعوا كما في الآية^(٢١) احتاج الى المائز ، قال الشيخ في الجمل : الفقراء هم الذين لا شيء لهم والمساكين هم الذين لهم بلغة من العيش ولا يكفيهم ، وهو اختياره في المبسوط والخلاف ، واختياره ابن حزرة وابن البراج وابن ادريس وسلام ، وقال في النهاية : المسكين اسوء حالا من الفقير ، وهو مذهب المفيد وابن الجنيد وسلام .

احتاج الاولون بالابتداء بذكره والعرب تبدأ بالاهم ، ويقوله تعالى :
﴿وَمَا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِسَاكِنِينَ﴾^(٣٣) ولتعود النبي صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ من
 الفقر وسؤاله المسئنة^(٣٤) .

واحتاج الاخرون بالتأكيد به ، والتأكيد إنها يكون بالاقوى ، فانه يقال
 فقير مسكين ولا يقال العكس ، فدلل على ان المسكين اسوء حالاً ، وبقوله تعالى :
﴿أَوْ مَسْكِينًا ذَا مَرْبَةٍ﴾^(٣٥) اي ذا مجاعة الصق بطنه على التراب لشدة
 حاجته وجوعه ، ولا يظهر هذا الخلاف فائدة في الزكاه لجواز دفعها الى الفريقين ،
 وانما يظهر فائدته في النذر والوصية كما لو نذر او اوصى للقراء دون المساكين
 او بالعكس او جمعها وفضل بينها ، وفي الكفاره قان مصرفها المساكين ، فان
 كان الفقر اسوء حالاً استحق والا فلا .

تنبيه : الغنى المانع من اخذ الزكاه ما يحصل به الكفاية له ولعياله
 الواجب النفقة ، وهو اعم من حصوله بالفعل او بالقوة ، فالمisksin من يكتب
 المؤنة لا تحل له الصدقة لقوله عليه السلام : « لا تحل الصدقة لغنى ولا لقوى
 مكتسب »^(٣٦) بشرط ان يكون التكتسب لائقاً بحاله ومرورته ، فلا يكلف ذو
 الحشمة والبزار بيع الحطب والخبز وما شاكل ذلك ؛ لأن تكلف ذلك لذوي
 الاحتشام اصعب من تكلف بيع الخادم والعبد والفرس ، وقد اسقط الشارع
 ذلك عنه .

وكذا لو كان ممنوعاً من التكتسب بفعل واجب او علم ديني لا بصلة

(٣٢) - الكهف : ٧٩ .

(٣٣) - مسند أحمد بن حنبل ٥ : ٣٦ ، والجامع الصغير للسيوطى ، حرف الألف : ص ٥٦ .

(٣٤) - البلد : ١٦ .

(٣٥) - الوسائل ، كتاب الزكاة ، باب ٨ من أبواب المستحبين ، حديث ٨ وهو أقربها لما في المتن .

النواقل والعلوم الرياضية ، واما ما زاد على الواجب من علم الفقه فان كان طالباً لدرجة الاجتهد وقد بلغها ويحتاج الناس اليه للتعلم منه جاز ترك التكسب والاشتغال بالفقه ، ويدفع اليه من الزكاة ، وان كان يعلم انه لا يبلغ درجة الاجتهد ، فان كان في ازيد ياد ويعلم احتياج الناس الى القدر الذي عنده جاز الاشتغال بالتعلم والتعليم وترك التكسب ، وإنما فلا .

فرع : لو كان له بضاعة يتجر بها ولا يكفيه نهاؤها جاز ان يأخذ التمة من الزكاة ولا يكلف الانفاق من اصلها وان بلغت مؤنة السنة ، وكذلك الصنعة^(٣٦) ودار الغلة .

قال رحمة الله : ولو قصرت عن كفايته جاز ان يتناولها ، وقيل : يعطى ما يتم به كفايته ، وليس ذلك شرطاً .

أقول : اذا قصرت الصنعة عن الكفاية جاز ان يأخذ الزكاة مطلقاً ، لانه مستحق للزكاة فلا يتقدّر العطاء بقدر ، وهو اختيار المصنف والعلامة ، وقيل : لا يتجاوز قدر التمة ؛ لانه مستغنٌ ، وأجيب بان الاستغناء بعد الدفع ، فيمنع حينئذ لا قبله .

قال رحمة الله : وكذا لو كان له اصل مال ، وقيل : بل حلف على تلفه .

أقول : اذا ادعى الفقر أعطي من غير يمين ، سواء علم صدقه او جهل الامران ، سواء كان قوياً او ضعيفاً ، سواء كان له اصل مال او لا ؛ لان الاصل عدم اقدام المسلم على الكذب والظاهر صدقه ، وقد أمرنا بالأخذ بالظاهر .

واحتاج موجب اليمين على ان الاصل عدم التلف .

قال رحمة الله : وفي اعتبار الحرية تردد .

أقول : منشأه من ان العامل يأخذ نصيباً فيشرط كونه مالكا له ، والعبد لا يملك فلا يجوز ان يكون عاملأ ، ومن ان العامل كالاجر والعبد من اهل التكسب فيصح ان يكون عاملأ .

تبنيه : من العاملين الكاتب والحساب والقاسم والكيال والوزان ، والحافظ الذي يحفظ مال الصدقة ، والعريف الذي يعرف اهل الصدقات والكيال والوزان للتقسيم بين اهل الصدقة دون الكيال والوزان حالة الاخذ من المالك ، بل اجرته على المالك ؛ لأنه يجب عليه تسليم الصدقة إلى اربابها ، وهو لا يتم لا بالكيل والوزن فيكون الاجرة عليه ، ولا يجوز للعامل تفريغ الصدقة بنفسه الا باذن الامام ، فان فوض اليه ذلك جاز ، ثم ان عين له اقواما معينين لم يجوز العدول إلى غيرهم .

وكذلك لا يجوز له العدول عن التسوية او التفضيل ، فان خالف أمر الامام بالتفضيل او التسوية او العدول إلى غير المعين ضمن ما خالف فيه ، وإذا جاز له التفرقة باذن الامام وامره المالك بالدفع إلى اقوام معينين ، فان كان الامام قد عين له ايضا واحتل了一 المحل دفع إلى الفريقين مع السعة ، وان قصر المال دفع إلى معين الامام دون معين المالك ، ولو اطلق الامام وعين المالك احتمل عدم جواز العدول عن عينه المالك ؛ لأن المالك غير في الدفع إلى من شاء ، فلا يجوز التخطي إلى غير معينه ، ومحتمل جواز التخطي ؛ لأن المالك زالت ولائيه بالدفع إلى الساعي فلا تغير له حيئته ، وهو أقرب .

إذا عرفت هذا ، فإذا أذن الامام للعامل بالتفريق واطلق جاز له اخذ حصته من تحت يده ؛ لأنه احد المستحقين وقد اذن له بالدفع اليهم .

قال رحمة الله : وروي رايع وهو من وجبت عليه كفارة ولم يجد فإنه يعتق عنه ، وفيه تردد .

أقول : الرواية رواها علي بن ابراهيم في تفسير هذه الآية^(٣٧) ، وتردد المصنف : من ان العاجز عن العتق في الكفاره ينتقل فرضه إلى الصيام فلا يجب عليه العتق مع العجز عنه ، ومن دخوله في مسمى الرقاب إذ المقصود عتق الرقبة وقد دلت الرواية على جوازه هنا ، وقال الشيخ : والاحوط عندي ان يعطى من الرقبة لكونه فقيراً فيشتري هو ويعتنق عن نفسه ، واختاره العلامة في المختلف .

قال رحمة الله : ولو صرفه في غيره والحال هذه جاز ارتجاعه ، وقيل : لا .

أقول : اهل الزكاة على قسمين : فمنهم من يأخذ نصيبه أخذًا مستقرًا بمعنى ان له صرفه في أي وجه شاء ، وهم اربعة : الفقراء والمساكين والعاملون عليها والمؤلفة قلوبهم .

ومنهم من يأخذ أخذًا مراعي ، بمعنى انه إن صرفه في الوجه الذي أخذه بسيبه استقر ملكه عليه والا استعيد منه على خلاف ، وهم اربعة أيضًا : المكاتبون والغارمون والغزاوة وإن السبيل ، لأن ثبوت السهم لهم مشروط بصرفه في السبب الذي أخذوه له ، فإذا صرف في غير ما أخذ له ارتجاع لانتفاء الشرط المبيع للأخذ ، وقيل : لا يرتجع ، لأنه ملك المدفوع اليه بالقبض فلا يرتجع .

قال رحمة الله : وإذا ادعى انه كوتب ، قيل : يقبل ، وقيل : لا إلا بالبيبة أو بحلف ، وال الاول اشبه ، ولو صدقه مولاه قبل .

أقول : قال الشيخ لا يقبل الا بالبيبة ؛ لأن الاصل عدم الكتابة ، وقول العبد ليس بحجة ؛ لأنه متهم ، والمشهور القبول ما لم يظهر المنافي ؛ لأن

(٣٧) - الوسائل ، كتاب الزكاة ، باب ١ من أبواب المستحقين ، حدث . ٧

الاصل صدق المؤمن ما لم يعلم كذبه ، ولو كذبه مولاه لم يقبل .

فرع : يجوز الدفع الى السيد باذن المكاتب لابدونه ، ويدفع الى المكاتب وان لم ياذن السيد ، بل ولو منع ، ويجوز ان يعطى قبل حلول النجم على الاقرب للعموم^(٣٨) ولاحتفال التعذر عند حلوله .

قال رحمة الله : ولو جهل فيها اتفقه ، قيل : يمنع ، وقيل : لا ، وهو الاشب .

أتوى : الغارمون قسمان : احدهما من استدان لصلحته وصرفه في غير معصيته ثم عجز عن ادائه ، وهذا يعطى من الصدقة ما يؤدي به دينه ، والآخر من استدان لاطفاء الفتنة واصلاح ذات البين ، ولا فرق بين ان تكون الفتنة في مال أو قتل ، وهذا يعطى من سهم الغارمين وان كان غنياً ، واما من جهل مصرف دينه فقد منع الشیخ من اعطائه لعدم تحقق الشرط ، لأن الشرط صرف في غير المعصية ، ومع جهل المصرف لا يتحقق انه صرف في معصية ، والمشهور جواز الدفع اليه تنزيلاً لنصرف المسلم على المشروع .

فروع :

الأول : لو ادى الغارم دينه من ماله لم يجز له الاخذ من الزكاة إلا ان يكون استدان لقضائه .

الثاني : لو كان السهم بقدر الدين جاز لللامام دفعه إلى الغرماء ودفعه إليه ليقضي هو ، ولو قصر السهم عن الدين فأراد الغارم اخذه ليتجر به وستفضل ما يحصل به تمام الدين جاز ، وهو اختيار العلامة في التحرير .

الثالث : يجوز مقاومة المستحق وقضاء دينه حياً كان أو ميتاً ، ولا يشترط

اذن الحلي ولا كونه غير واجب النفقة ، وهل يشترط قصور تركة الميت عن وفاه دينه ؟ صرخ به ابن الجنيد والشيخ في المسوط ؛ لأن مع وفاه التركة به يكون كالحلي القادر على الوفاء .

ويختتم عدم الاشتراط لانتقال التركة إلى الورثة فيصير عاجزا ، ويضعف بتأخر الارث عن الدين ، نعم لو تصرف الوارث في التركة وتلفها وتغدر القضاء لعسر الوارث ، جاز الاحتساب والقضاء حينئذ عند الشهيد في البيان ، وقال أبو العباس في المحرر : ومن لا يقضى عنه في حياته لا يقضى عنه بعد موته وإن تعذر قضاء الدين لمنع الوارث أو تلف التركة .

قال رحمه الله : ولو صرف الغارم ما دفع اليه من سهم الغارمين في غير الدين ارجح على الاشبہ .

أقول : سبق^(٣٩) البحث في هذه .

قال رحمه الله : ولو ادعى ان عليه ديناً قبل قوله إذا صدق الفريم ، وكذا لو تمردت دعواه عن التصديق والانكار ، وقيل : لا قبل ، والاول اشبہ .

أقول : وجه عدم القبول اصالة عدم الدين فلا يقبل دعواه ، لأنهمتهم ، والمشهور القبول ، لأن ظاهر المسلم عدم الكذب ما لم يعلم منه .

قال رحمه الله : وفي سبيل الله وهو الجهد خاصة ، وقيل : يدخل فيه صالح كبناء القنطر واللحج ومساعدة الزائرين وبناء المساجد ، وهو الاشبہ .

أقول : الاختصاص بالجهاد مذهب المفيد وسلام ، والاكثر على ان السبيل هو كل ما يتقرب به إلى الله تعالى .

تنبيه : الغزاة قسمان : المطوعة الذين ليسوا بمرابطين ولا اسم لهم في

الديوان ، وليسوا من الجند الذين لهم نصيب في الفيء ، وإنما يغزون إذ انশطوا ، وهؤلاء يأخذون النصيب أجمعًا .

والقسم الثاني : المرتزقة ، وهم الذين لهم سهم من الفيء وهم جند الديوان الذين برسم الجهاد ، وقد تردد الشيخ في جواز أخذهم من الزكاة ، والمشهور جوازه ، فلا فرق حينئذ بينهما ولا يشترط فيهم الفقر .

قال رحمة الله : ويدفع اليه قدر الكفاية إلى بلده ، ولو فضل منه شيء اعاده ، وقيل : لا .

أقول : المشهور بين الاصحاب اعادة الفاصل عن مؤنة ابن السبيل إلى بلده : لأن استحقاقه مقيد بالسفر وقد زال ، فيجب اعادة الفاصل الى المالك ، فان تعذر فالى الامام ، فان تعذر فالى الاصناف ، وينويه عن مالكه .

فرع : لونوى ابن السبيل اقامه عشرة ايام ، قال الشيخ : لم يعط ، لأنه يخرج عن حكم المسافرين بالنسبة ، فلا يصدق عليه اسم ابن السبيل ، وقال ابن ادريس : لم يخرج ، واختاره العلامة لاطلاق اسم المسافرين عليه .

في أوصاف المستحقين

قال رحمة الله : العدالة وقد اعتبرها كثير ، واعتبر آخرون مجانية الكبار كالخمر والزنا دون الصغار وإن دخل في جلة الفساق ، وال الأول أحوط .
أقول : العدالة تعتبر في الساعي اجماعا ، ولا تعتبر في المؤلفة اجماعا ، وهل تعتبر فيمن عداها ؟ اعتبرها الثلاثة فيمن عدا المؤلفة ، ووافقهم ابن ادريس وابن حزوة الا في الغرزة ، ولم يذكر ابنها^(٤٠) بابوره العدالة من الشروط ، وظاهر ابن الجنيد منع اهل الكبار خاصة ، وذهب العلامة إلى عدم اشتراط العدالة واعطاء الفاسق مطلقا لدخوله في عموم الفقراء والمساكين .

قال رحمة الله : ولو لم يتمكن الهاشمي من كفایته من الخمس جاز ان يأخذ من الزكاة ولو من غير هاشمي ، وقيل : لا يتجاوز قدر الضرورة .
أقول : قيل : لا يتجاوز قدر الضرورة ؛ لأنها العلة في جواز الأخذ فلا يباح مع ارتفاعها . قال أبو العباس في مذهبه : والمراد بقدر الضرورة قوت يوم وليلة لا مؤنة السنة ؛ لأن الخمس لا يملك منه الهاشمي ما زاد عن مؤنة السنة

وهو له طلق ، فكيف ما لا يحل الا مع الضرورة ؟ ! وهو مذهب العلامة في التحرير ، والشهيد في دروسه وبيانه ، وقيل : لا يتقدر الاخذ بقدر ؛ لأنه دخل في قسم المستحقين ، والمستحق لا تقدير في طرفه .

قال رحمة الله : والذين يحرم عليهم الصدقة الواجبة من ولده هاشم خاصة على الظاهر ، وهم الان ولد أبي طالب والعباس والحارث وأبي هب .

أقول : هذا هو المشهور بين الاصحاح لاصالة الاباحة ، ولقوله تعالى :

﴿ انَّ الصَّدَقَاتِ لِلْفَقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ﴾^(٤١) خرج بنو هاشم للنصوص^(٤٢) الدالة على تحريم الصدقة الواجبة عليهم ، ولتعويضهم عنها بالخمس ، وجوز المفید اخذ الخمس لبني المطلب وهو اخو هاشم ، وهو يدل على تحريم الصدقة عليهم ، إذ لا قائل بالجمع ، ومستنده رواية زراة ، عن الصادق عليه السلام انه قال : « لو كان العدل ما احتاج هاشمي ولا مطلي إلى صدقة ؛ لأن الله تعالى جعل لهم في كتابه ما كان فيه سعتهم »^(٤٣) . وأشار عليه السلام بذلك إلى الخمس .

فروع :

الأول: جوز الشهيد في البيان وأبو العباس في المحرر اعطاء من يجب نفقته ما يزيد عن النفقة الواجبة ليصرفه في توسيعه ، كالمحموله وثواب التجمل ان كان من اهل ذلك .

الثانى : يجوز للزوجة ان تدفع زكاتها إلى زوجها ، ومنع ابن بابويه من

(٤١) التوبه : ٦٠.

(٤٢) - راجع الوسائل ، كتاب الزكاة ، باب ٢٩ و ٣١ و ٣٢ من أبواب المستحقين .

(٤٣) - الوسائل ، كتاب الزكاة ، باب ٣٣ من أبواب المستحقين ، حديث ١ . وفي « م » و « ر١ » و « ي١ » : شعهم .

اعطائه مطلقا ، وقال ابن الجنيد : تعطيه ولا ينفق عليها ولا على ولدها منه ، والأول اشهر .

الثالث : جوز في الدروس اعطاء من تجب نفقته إذا لم يكن مخاطبا بالانفاق عليه ، واستثنى الزوجة الا مع اعسار الزوج وفقرها . وبيانه : ان المعسر الذي لا يقدر على نفقة من يجب عليه نفقته ، إذا كان معه نصاب قد استدنه وكان عليه دين يستغرقه فحال عليه الحول ، وجبت فيه الزكاة ؛ لأن الدين لا يمنع الزكاة ، او كان عنده نصاب من الغلات وكان عليه دين يستغرقه ، فإنه يجوز دفع هذه الزكاة إلى من تجب عليه نفقته ، لعدم مخاطبته بالنفقة لاعسارة ، عدا الزوجة فإن نفقتها واجبة على الزوج موسرا كان أو معسرا ، لكن مع الاعسار ينظر فيها كما ينظر المعسر في الدين ويقضي عند اليسار كما يقضي الدين ، فلا تعطى إذا كانت قادرة على نفقة نفسها ؛ لأنها غنية فلا يجوز لها أخذ الزكاة من غير الزوج فمنه أولى ، أما لو كانتا معسرين جاز لها الأخذ لكونها مستحقة .

الرابع : لا تعطى الزوجة الناشر من الزكاة - وان لم يجب على الزوج نفقتها - وان كانت فقيرة ؛ لأنها قادرة على الغنى ببذل نفسها فلا تعطى ، كما لا يعطي القادر على التكسب إذا امتنع منه ، وكذلك حكم الملك بها إذا امتنعت من الدخول لغير عذر .

في متولي الاتخراج

قال رحمة الله : وإذا طلبها الإمام صرفت اليه ، ولو صرفها المالك والحال هذه ، قيل : لا يجوزي ، وقيل : يجوزي وإن اثم ، وال الأول أشبه .
أقول : اوجب المقيد وأبو الصلاح حلها إبتداءاً إلى الإمام أو نائبه ، وفي حال الغيبة إلى الفقيه ، والمشهور الاستحباب ، فإن طلبها وجب دفعها إليه أجماعاً ، فلولم يدفعها وفرتها بنفسه ، قال الشيخ : لا يجوزيه ، ومن قال بوجوب الدفع مع عدم الطلب إقتضى عدم الأجزاء ، أيضاً بطريق الأولى ، واختاره المصنف والعلامة والشهيد ؛ لأنه دفع دفعاً غير مأمور به فلا يخرج به عن التكليف .

واحتاج القائل بالاجزاء بأنه دفع الحق إلى أهله فيكون مجرياً .

قال رحمة الله : وقيل : يرثه الإمام ، وال الأول اظهر .
أقول : إذا مات المملوك المشترى من مال الزكاة وخلف مالاً ولا وارث له ، قال ابن بابويه : يكون ميراثه لارياب الزكاة ، وبه قال الشيخ وابن ادريس ، واختاره المصنف ، والعلامة في التحرير ؛ لأنه اشتري بمالهم .
وقيل : يرثه الإمام ؛ لأنه وارث من لا وارث له ، ولأن أهل الزكاة إنما

يستحقون ويملكون ما دفع اليهم وقبضوه ، وهذا العبد لم يدفع اليهم ولم يقبضوه فلا يستحقونه ، وتوقف العلامة في المختلف .

قال رحمه الله : إذا إحتاجت الصدقة إلى كيل أو وزن كانت الأجرة على المالك ، وقيل : تحسب من الزكاة ، وال الأول أشبه .

أقول : وجه كونها على المالك : انه يجب عليه تسليم الزكاة وهو لا يتم إلا بالكيل أو الوزن ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب .

ووجه كونها في مال الزكاة : ان الله تعالى اوجب على ارباب الزكاة قدرًا معلوماً فلا يجب عليهم ازيد من ذلك القدر ، فلو اوجبنا عليهم اجرة الكيل او الوزان لا وجبنا عليهم ازيد مما اوجب الله عليهم ، وهو غير جائز .

قال رحمه الله : اقل ما يعطى الفقير ما يجب في النصاب الاول .

أقول : تقديره بالنصاب الأول مذهب الشيوخين وابني^(٤٤) بابريه وسلام ، وبما يجب في النصاب الثاني مذهب ابن الجبيه ، ولم يقدره ابن ادريس بشيء ، واختاره العلامة وأبو العباس ، واستدل الجميع بالروايات^(٤٥) .

قال رحمه الله : إذا قبض الامام الصدقة دعا لصاحبتها وجواباً ، وقيل : استحباباً ، وهو الاشبه .

أقول : القولان للشيخ ، ووجه الوجوب قوله تعالى: **«وَصَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ»**^(٤٦) ووجه الاستحباب : اصالة البراءة ، وحمل الامر على الاستحباب .

(٤٤) - في «ر٢» : ابن .

(٤٥) - الوسائل ، كتاب الزكاة ، باب ٢٣ من أبواب المستحبين .

(٤٦) - التوبة : ١٠٣ .

في الاجراء

قال رحمة الله : وإذا عزّ لها جاز تأخيرها إلى شهر أو شهرين ، والاشبه ان التأخير إن كان لعذر مبيع دام بدوامه ولا يتعدد ، وإن كان اقتراحاً لم يجز .
أقول : جواز التأخير مع العزل مذهب الشيخ في النهاية ، والمشهور عدم الجواز ؛ لأن تأخير للعبادة عن وقتها إختياراً ، وهو غير جائز .

قال رحمة الله : ولو كان النصاب يتم بالقرض لم تجب الزكاة ، سواء كانت عينه باقية أو نالفة على الاشيه .

أقول : التحقيق في هذه المسألة انه إذا دفع الغريضة إلى الفقير قبل الوقت بنية الزكاة لم يملكتها الفقير ، وكانت باقية على ملك المالك ، ولم يتسلم بها النصاب ، فإذا حال الحول ، وهي باقية بحالها ، وجبت الزكاة ، فان اختار المالك ابقاءها في يد المدفوع اليه واحتسابها من الزكاة جاز إنْ بقي على الاستحقاق ، وان اختار دفعها إلى غيره ، او دفع غيرها اليه أو إلى غيره جاز أيضاً ، وان دفعها قرضاً محضاً وديننا عليه لا على أنها زكاة معجلة - وكانت تمام النصاب - سقطت الزكاة عن المالك ، وكان له مطالبة المدفوع اليه بها متى شاء كسائر الديون الحالة ، وان لم يتسلم بها النصاب كان خيراً بين الاحتساب عليه

مع بقائه على الاستحقاق ، وبين الاخذ منه والدفع إلى غيره ، والشيخ لم يفصل ،
بل جوز الاحتساب عند الحول .

فروع :

الأول : إذا علم الفقير بأنها زكاة معجلة كانت مضمونة عليه .

الثاني : هل يقبل دعوى قصد التurgيل مع البين ؟ يحتمل ذلك لأنه ابصر بيته ، وتحتمل العدم لاصالة عدم الضمان ، وعلى القول بقبول دعوى القصد لو ادعى اللفظ بالتعجيل لم يقبل الا بالبينة لامكان اقامتها على اللفظ دون القصد .

الثالث : لو باعها او وهبها او وقفها مع عدم التعجيل بطلت العقود في الباطن مع عدم البينة ، ويغزم القيمة للملك ، ومع البينة يبطل ظاهرها باطنا ، وتنتزع العين من المشتري والمهب ويبطل الوقف ويرد إلى الملك مطلقا .

قال رحمة الله : لو نقصت قيل : يردها ولا شيء على الفقير ، والوجه لزوم القيمة يوم القبض .

أقول : إذا دفع إليه شاة فنقصت في يده ، قال الشيخ في المسوط : كان عليه ردها ، ولا شيء عليه لاصالة براءة الذمة ولكونها عين ماله . والحق أن كان المقبوض قرضاً ملكه الفقير وكان عليه القيمة يوم القبض كما قاله المصنف ، لأن القرض إذا كان من ذوات القيم كان مضموناً بالقيمة يوم القبض ، وإن كان المقبوض زكاة معجلة كانت باقية على ملك الدافع ، كما مر في المسألة السابقة .

في النية

قال رحمة الله : وتعين عند الدفع ولو نوى بعد الدفع ، لم يستبعد جوازه .
أقول : تجب النية عند الدفع إلى الوالي أو المستحق ، مشتملة على الوجوب او الندب ، وكونها زكاة مال او فطرة او صدقة ، والنية في الدفع إلى الوالي أو المستحق واحدة ، وهو ان يقول : (اخراج هذا القدر من زكاة مالي او الزكاة لوجوبه قربة إلى الله) ، ولا يجب تعين المال ، ولا يفتقر الساعي ولا الامام إلى نية اخرى عند الدفع إلى الفقير بخلاف الوكيل فإن النية تجب عليهما معاً ، فينوي المالك عند الدفع إلى الوكيل والوكيل عند الدفع إلى الفقير .

قال أبو العباس في ملعته : ويكتفى المالك في الدفع إليه نية الوكالة ،
كقوله : (وكلتك على إخراج هذا القدر من الزكاة) ، او يقول الوكيل : (انا
وكيلاً في اخراج هذا عنك من الزكاة) ، فيقول : (نعم) .

قلت : فحيثنة يلزم من تتحقق الوكالة في اخراج الزكاة تتحقق النية من الموكل ، إذ لا تتحقق الوكالة الا بما قاله رحمة الله فلا فائدة حيثنة في قوله : ولو لم ينوي الموكل حالة الدفع إلى الوكيل ، الا ان يقال : يتصور ذلك فيها إذا

قال : (وكلتك في اخراج هذا القدر على الفقراء والمساكين) ، ولم يقل : (من زكاة مالي) فيخرجه الوكيل وينوي الزكاة .

والاحسن أن صورة النية في الدفع إلى الوكيل صورتها في الدفع إلى الوالي والمستحق ؛ لأن المالك مخير بين الدفع إلى الإمام أو المستحق أو العامل أو الوكيل ، نص عليه صاحب القواعد ، فحيثئذ تكون النية واحدة في الجميع ، فيقول عند الدفع إلى الوكيل : (اخرج هذا القدر من زكاة مالي لوجوبه قربة إلى الله) ، ثم يقول : (وكلتك على إخراج هذا القدر من الزكاة المالية أو الفطرة) .

وخلها مقارنة الدفع ، فإن نوى بعده احتمل عدم الأجزاء لفوات محل النية ، والتحقيق الأجزاء مع بقاء العين أو تلفها وعلم الفقير بعدم النية لكونها باقية على ملكه مع وجودها ومضمونة مع تلفها ، وعدم الأجزاء مع التلف وعدم علم القابض بعدم النية ؛ لأنها غير مضمونة حيتئذ ؛ لأنه قبضها صدقة ، والصدقة لا يتعقبها ضمان .

قال رحمة الله : ولو اخرج عن ماله الغائب ان كان سالماً فبان تالفاً جاز نقلها إلى غيره على الأشيه .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : إذا قال : (هذه زكاة مالي إن كان سالماً) ، وكان سالماً ، أجزاء ، وإن كان تالفاً لم يجز أن ينقله إلى زكاة غيره ؛ لأن وقت النية قد فاته ومذهب المصنف جواز النقل ، واختاره العلامة ؛ لأن الفقير لم يقبض ما أحده زكاة ، بل قرضاً ؛ لأن المالك نوأه مع عدم وجوبه عليه ، فيبقى مستحقاً له في يد الفقير ، فإذا نقله إلى زكاة غير ذلك المال أجزأ .

والتحقيق أن يقال : إما أن يكون المدفوع باقياً أو تالفاً (فان كان باقياً

جاز له نقله إلى غيره ؛ لأنه لم يخرج عن ملكه ، وإن كان تالفاً^(٤٧) ولم يصرح المالك للفقير بانه زكاة ماله الغائب على تقدير كونه سالماً ، بل دفعه زكاة ونوى ذلك في نفسه ، لم يكن له نقله إلى غيره ؛ لأنه تصرف فيه تصرفًا مأذونا له ، فلا يتعقبه ضمان وليس له احتسابه من زكاة أخرى ، إذ لا عين له في يده ولا دين في ذمته . وهل له انتزاع العين مع بقائها والحال هذه ؟ يحتمل ذلك مع اليمين ؛ لأنه ابصر بنيته ، ويحتمل العدم ؛ لأن الفقير قد ملكها بالقبض على أنها زكاة فلا يزول ملكه بقول المالك : (أني قصدت الغائب إن كان سالماً وقد بان تالفاً) ؛ لأن الأصل بقاء الملك .

وإن كان قد صرخ للفقير بانها زكاة الغائب إن كان سالماً ثم تلفت عين المدفوع ، هل يجوز الاحتساب ؟ فيه وجهان مبنيان على جواز التصرف قبل علم حال المال وعدمه ، فان معناه من التصرف بجهالة حصول السبب الموجب للملك - وهو سلامة المال - جاز الاحتساب ، لكونه مضمونا عليه ، لتصرفه فيه تصرفًا غير مشروع ، وإن أجزنا له التصرف لأصالحة بقاء الملك لم يضمن ؛ لأن إذن الشارع لا يتعقبه ضمان ، ويحتمل جواز التصرف مع الضمان ؛ لأنه ملك المدفوع بالقبض ملكا مراعي بسلامة المال وعدمه والملك المتزلزل يجوز التصرف فيه ولا ينفي الضمان ، وهو أوجه .

قال رحمة الله : ولو لم ينورب المال ونوى الساعي أو الإمام عند التسليم ، فان أخذتها الساعي كرهاً أجزأ ، وإن أخذتها طوعاً ، قيل : لا يجوز ، والاجزاء اشبه .

أقول : إذا أخذت الزكاة كرها من المالك سقط اعتبار نيته ، ووجب

على الإمام أو الساعي أو الفقيه النية عند الدفع إلى الفقراء ، ويكتفي مثل نية المالك - وهو أن يقول : (أخرج هذا القدر من الزكاة لوجوبه قربة إلى الله) - وان لم يذكر أربابها ويرأت ذمة المالك ، وان دفعها طوعا ولم ينوه عن دفعها إلى أحد الثلاثة ، لم يجب عليهم النية عند الدفع إلى الفقراء ، فلو نوى الدافع منهم إلى الفقراء ، هل يجزي عن نية المالك ؟ قال الشيخ : لا يجزي فيما بينه وبين الله ، غير أنه ليس للإمام مطالبه بزكاة ثانية ، واختار المصنف الإجزاء مع نية أحدهم ، وهو مذهب العلامة في المختلف والشهيد في دروسه ؛ لأن المأمور هو الواجب وقد حصلت النية ، عند الدفع إلى الفقراء فهو كما تعلم ينوي حالة الدفع إلى الوكيل ونوى الوكيل حالة الدفع إلى الفقراء ، فان المختار الإجزاء .

وقد يجاب بالفرق بان النية واجبة على الوكيل بخلاف الإمام وال ساعي والفقـيـه إذا دفعت اليـهم طـوعـا ، فإنـ النـية لا تـجـبـ عـلـيـهـمـ ، وـنـيـةـ الـمـالـكـ تـجـزـيـ من دون نية الثلاثة ولا تجزي من دون نية الوكيل ، فحصل الفرق بينها فلا يقاس على الوكيل ، وفي قول الشيخ : (لا يطالبـهـ بـزـكـاةـ ثـانـيـةـ) نـظرـ ، لأنـ معـ عدمـ الإـجزـاءـ تـبـقـيـ الزـكـاةـ فـيـ ذـمـتـهـ فـيـجـبـ عـلـيـهـ إـلـاـمـ الـمـطـالـبـةـ بـهـاـ ، لـعدـمـ جـواـزـ إـسـقـاطـ حقـ المـساـكـينـ .

في زكاة الفطرة

قال رحمة الله : فلا تجب على الفقير وهو من لا يملك أحد النصب الزكاتية ، وقيل : من تحمل له الزكاة ، وضابطه أن لا يملك ثوت سنة له ولعياله ، وهو الأشبه .

أقول : اختلاف علماؤنا في الغني الذي يجب عليه الفطرة ، والمحصل بان الغني هنا كالغنى في زكاة المال ، وهو كل من ملك مؤنة سنته المستقبلة له ولعياله الواجبي النفقة ، او كان ذا كسب ، او صنعة يقوم بأدبه ، وأودع عياله مستمرا ، ويفضل عنه صاع فإنه يجب عليه اخراجها ، وقال الشيخ رحمة الله في المسوط : لا يجب إلا على من ملك نصابا من الأموال الزكاتية ، واختاره ابن ادريس ، وقال ابن بابويه : من حلت له لا تحمل عليه ، وقال الشيخ في المسوط : وفي أصحابنا من قال : يجب الفطرة على الفقير ، والصحيح الاستحساب .

احتاج القائل بوجوبها على الفقير بعموم قوله تعالى : ﴿ قد افلح من

تزمكي^(١٨) والمراد به زكاة الفطرة على ما نقله المفسرون، وهو يدل بمفهومه على عدم الفلاح لغير المزكي، والأية عامة:

واحتاج الباقيون باصالة البراءة ، وبالروايات^(١٩) الدالة على مطلوبهم .

قال رحمة الله : الزوجة والمملوك تجب الزكاة عنها ولو لم يكونا في عياله إذا لم يعلمهما غيره ، وقيل : لا تجب إلا مع العيلولة ، وفيه تردد .

أقول : منشئه من أن الزكاة هل هي تابعة للعيلولة أو لوجوب النفقة ؟

يجتهد الأول ، لسقوطها عن الضيف ووجوها على الضيف ، ولا وجه لذلك غير العيلولة فتكون تابعة لها . ويجتهد الثاني ؛ لأنها تابعة لوجوب النفقة بالأصل ، وإنما تتحملها العائل بالعارض ، ولهذا لو كان العائل معسرًا لم تسقط عن المكلف بها ، وإذا عالت الزوجة نفسها ، وأكل العبد من كسبه فهو كإعالة الزوج والمولى حكمها ؛ لأن ما في يد العبد لولاه ، وللزوجة الممكنة الرجوع على الزوج بها أنفقته على نفسها مع عدم التبرع ، فيجتمع حينئذ العيلولة ووجوب النفقة فتجب الزكاة ، ولو تبرعت الزوجة بعيلولة نفسها سقطت زكاتها عن الزوج كما لو عالها غيرها تبرعا .

فرعان :

الأول : لو كان الضيف عنده بعض رمضان أو كله وفارقه ليلة الهملا سقطت زكاته ، بخلاف واجب النفقة إذا لم يعلم الغير .

الثاني : لو ملك الولد المعسر أو الأب المعسر - والضابط من يحب نفقته غير الزوجة والعبد - قوت ليلة الهملا ويوم العيد سقطت زكاته إذا لم يعلم ذلك الليلة ، أما سقوطها عن الأب مثلا فلعدم وجوب النفقة عليه تلك الليلة يوم

(١٨) - الأعلى : ١٤ . راجع مجمع البيان ١٠ : ٧٢٢ .

(١٩) - الوسائل ، كتاب الزكاة ، باب ٢ من أبواب زكاة الفطرة .

العيد لغناه فيها ، وأما سقوطها عن الولد فلعله .

قال رحمة الله : إذا أوصي له بعيد ثم مات الموصي فان كان قبل الوصية قبل ال�لال وجبت عليه ، وإن كان بعده سقطت ، وقبل : تجب على الورثة ، وفيه تردد .

أقول : السقوط مذهب الشيخ ، لأصالحة براءة الذمة ، ولأن الوصية مانعة من الدخول في ملك الوارث ، والقبول شرط في ملك الموصى له وهو لم يحصل ، فيبقى على حكم مال الميت .

والتحقيق أن القبول إما كاشف أو سبب ملك ، فان كان الأول لزムت الفطرة الموصى له ، وإن كان الثاني كانت الفطرة على الوارث ؛ لأن الموت خرج للملك عن الميت ، وبقاء ملك بغير مالك باطل ، وليس هنا مالك إلا الموصى له أو الوارث فتعين الزكاة على أحدهما .

قال رحمة الله : وقيل لو قبل ومات ثم قبض الورثة قبل ال�لال وجبت عليهم ، وفيه تردد .

أقول : منشوه من أن القبض ، هل هو شرط في صحة الهبة أم لا ؟
يمتحمل كونه شرطا ؛ لأن الهبة عقد جائز قبل القبض فيبطل بالموت قبله ، كالوكالة ، ومن أن الهبة عقد يؤؤل إلى اللزوم فلا يبطل بالموت ، ويقوم الوارث مقام الموهوب في القبض ؛ لأنه حق له فينتقل إلى الوارث ، وبه قال الشيخ في المسوط .

قال رحمة الله : ومن اللبن أربعة أرطال ، وفسره قوم بالمدني .

أقول : الصاع تسعه أرطال من الجميع ، قاله المفید والسيد المرتضى وسلاط ابن الجنيد ، واختاره العلام في المختلف ، وقال الشيخ : تسعه من غير اللبن ومنه ستة بغدادية ، وهي أربعة مدنية ، وهو مذهب ابن ادریس وابن

جزء ، ودليل الجميع الروايات^(٥٠) .

تنبيه : الرطل العراقي هنا مئة وثلاثون درهما ، يكون الصاع ألفاً وستة وسبعين درهما ، والمدني مئة وخمسة وتسعون درهما فهو رطل ونصف عراقي ، وفي تقدير النصاب في الغلات الرطل مئة وعشرون درهما وأربعة أسباع درهم ، والمراد بالدرهم من الجميع الدرهم الشرعي الذي وزن كل عشرة منها سبعة مثاقيل .

قال رحمة الله : ولا تقدير في عوض الواجب ، بل يرجع إلى قيمة السوق ، وقدره قوم بدرهم وأخرون بأربعة دوانيق .

أقول : لا خلاف في جواز اخراج القيمة بسعر الوقت ، قال الشيخ : وقد روی أنه يجوز أن يخرج عن كل رأس درهما ، وروي أربعة دوانيق في الرخص والغلاء ، والأحوط اخراجها بسعر الوقت^(٥١) .

قال العلامة في المختلف بعد أن نقل أقاويل الفقهاء : ولم أقف على فتوى بذلك غير ما نقلناه ، وليس صريحا .

فروع :

الأول : لو أخرج نصف صاع من المخططة عن صاع من الشعير مع مساواة النصف للصاع قيمة ، هل يجزي أم لا ؟ تردد العلامة في التحرير ، وقال : لم أقف فيه للقدما ، على قوله ، وجزم في المختلف بالإجزاء ، وتردد الشهيد في الدروس ، واستقر في البيان عدم الإجزاء ، ووجه التردد من أن الأصول هل يجوز أن تكون قيمة أم لا ؟ جزم ابن ادريس بعدم الجواز ؛ لأن

(٥٠) - الوسائل ، كتاب الزكاة ، باب ٦ و٧ من أبواب زكاة النفارة .

(٥١) - النهاية : ١٩١ .

الأصول هي المقدمة^(٤٣) فلا تجوز قيمة ، وقال الشيخ في المسوط : يجوز إخراج القيمة عن أحد الأجناس التي قدمناها ، سواء كان الثمن سلعة أو حبًّا أو خبزاً أو دراهم أو ثياباً أو شيئاً له قيمة ، وأنكره ابن ادريس في الحب والخبز ، ونسب هذا القول إلى مذهب الشافعي ، قال : فلا يظن بعض غفلة أصحابنا أنه مذهبنا .

الثاني : هل يجوز إخراج الصاع الواحد من جنسين ؟ قال الشيخ : لا يجوز ، لأنَّه يخالف الخبر^(٤٤) ، واختاره الشهيد في الدروس ، ومذهب العلامة في المختلف والتحرير الجواز ، سواء كان من جنسين أو أجناس ، لأنَّ المطلوب شرعاً إخراج الصاع القوقي وليس تعين الأجناس معتبراً في نظر الشرع وإلا لما جاز التخيير بين الأجناس ، وإذا جاز إخراج الأصوات المختلفة من شخص واحد عن جماعة جاز اختلاف الصاع الواحد ، لأنَّ التخيير واقع في الجميع فكذا في الأبعاض ، لحصول المساواة في المالية ، وذهب الشيخ في الخلاف إلى جواز الإخراج من جنسين في العبد المشترك بين إثنين ، ونفاه الشهيد في الدروس .

الثالث : لا يجوز إخراج المعيب ويجوز إخراج القديم ، إذا لم يتغير طعمه وإن نقصت قيمته عن قيمة الحديث .

قال رحمة الله : وتحبب بهلال شوال ولا يجوز تقديمها قبله إلا على سبيل القرض على الأظهر .

أقول : جُرْزُ الشِّيخِ وابنِه^(٤٥) بابُه إخراجُهما من أولِ رمضان ، واختاره

(٤٣) - في «ر٢» : المقرنة .

(٤٤) - راجع الوسان ، كتاب الزكاة ، باب ٦ من أبواب زكاة الفطرة .

(٤٥) - في «لن» و«ر٢» : ابن .

المصنف في المختصر جزماً ، والعلامة في التحرير والمختلف ، لاشتمال ذلك على اعانة الفقير ، وجرح حاله ، ودفع الحاجة عنه في شهر تضاعف فيه الحسنات ، وللمبادرة إلى تفريح الذمة والمسارعة إلى الخير ، ولهم عليه روايات^(٥٥) .

ومنع المفید وابن ادريس من تقديمها على شوال الا على جهة القرض ، واختاره المصنف هنا والعلامة في التقواعد ؛ لأنها عبادة مؤقتة فلا يجوز تقديمها على وقتها ، كسائر العبادات .

قال رحمة الله : فإن خرج وقت الصلاة وقد عزّها أخرجها واجباً بنية الأداء ، وإن لم يكن عزّها ، قيل : سقطت ، وقيل : يأتي بها قضاءاً ، وقيل : أداءاً ، والأول أشبه .

أقول : السقوط مذهب أبي بويه وأبي الصلاح والمفید وابن البراج ، واختاره المصنف^(٥٦) ، لأنها عبادة مؤقتة وقد فات وقتها فيسقط أداء أو قضاءاً ؛ لأن القضاء إنها يثبت بأمر جديد ولم يوجد ، والأصل براءة الذمة من وجوب القضاء .

ووجوهاً أداءً مذهب ابن ادريس ، لوجوب الأداء بدخول الوقت ثم يستمر وقت الأداء كالمالية .

وأجيب بأن لوقتها طرفين : أول وأخر ، ولو لا ضبطها لما تضييق عند الصلاة بخلاف المادية إذ ليس لوقتها آخر .

ووجوهاً بنية القضاء مذهب سلار وابن الجنيد ، واختاره العلامة وأبو

(٥٥) - راجع الوسائل ، كتاب الزكاة ، باب ١٢ من أبواب زكاة الفطرة ، حديث ٤. وفي العدائق : أنه لم يقف

على غير هذه الرواية ، ١٢ ، ٣٠٥ .

(٥٦) - في «م» : العلامة .

العباس ؛ لأنها عبادة مؤقتة وقد خرج وقتها فيكون قضاءاً ، لأن سقوطها بعد وجوهها لا دليل عليه .

واختار العلامة في القواعد مذهب المصنف هنا ، وهو إخراجها بنية الأداء مع العزل .

ومذهب الشهيد في دروسه وبيانه وجوب القضاء وإن عزها .

كتاب الخمس

فيها يجب فيه الخمس

قال رحمة الله : وقيل : لا يجب حتى يبلغ عشرين ديناراً ، وهو المروي ،
وال الأول أكثر .

أقول : قال الشيخ في النهاية : ومعدن الذهب والفضة لا يجب فيها
الخمس إلا إذا بلغت إلى القدر الذي يجب فيه الزكاة ، ومثله قال في المبسوط ،
وهو مذهب ابن حزنة ، واختاره العلامة ، وابو العباس ، لرواية البزنطي ^(١) ،
وأصالحة براءة الذمة .

وفي الخلاف أوجب الخمس في المعدن وإن لم يبلغ النصاب ، واختاره
ابن إدريس ، واحتج بالإجماع على استثناء الكنوز والغوص ولم يستثنوا غيرهما ،
قال : بل إجماعهم منعقد على وجوب الخمس في المعدن على اختلاف
أجناسها ، قليلاً كان المعدن أو كثيراً ، واعتبر أبو الصلاح مقدار دينار ، ورواه
ابن بابويه فيمن لا يحضره الفقيه ^(٢) .

(١) - الوسائل ، كتاب الخمس ، باب ٤ من أبواب ما يجب فيه ، حديث ١ .

(٢) - الفتنية ٢ : ٢١ ، حديث ٧٢ ، ورواه في الوسائل ، كتاب الخمس ، باب ٣ من أبواب ما يجب فيه ،
حديث ٥ .

فروع :

الأول : يشترط إخراج النصاب دفعه واحدة أو دفعات لا يتخللها ترك العمل ، فلو أخرج دون النصاب دفعه وترك العمل مهملًا ، ثم أخرج دون النصاب لم يجب شيء وإن بلغ المجموع النصاب ، ولو بلغ أحدهما نصابة وجب فيه خاصة ، ولو ترك العمل للإستراحة مثلاً، أو لصلاح آلة ، أو لأكل ، أو صلاة ، أو طلب معادن وجب الخمس إذا بلغ الجميع النصاب ، ويجب فيها زاد على النصاب وإن قل .

الثاني : النصاب معتبر في الذهب وما عداه بالقيمة ، ولو اشتمل المعدن على جنسين فـُسم أحدهما إلى الآخر سواء كان ذهباً أو فضة أو غيرها .

الثالث : لو استأجر على إخراج المعدن فالخارج للمستأجر ، ولو نوى الأجير التملك لنفسه لم يملك .

الرابع : لو وجده في أرض مملوكة فهو للهالك دون المخرج ؛ لأنه من أجزاء الأرض فيكون مالكها .

الخامس : لو أخرج خمس التراب لم يجز لاختلافه في الجوهر ، ولو اشترك جماعة في الحفر والحياة اشترط بلوغ نصيب كل واحد النصاب .

قال رحمة الله : إذا وجد كنزًا في أرض موات من دار الإسلام ، فان لم يكن عليه سكة او كان عليه سكة عادية أخرج خمسه وكان لهباقي ، وإن كان عليه سكة الإسلام ، قيل : يعرف كالقطة ، وقيل : يملكه الواحد وعليه الخمس ، والأول أشبه .

أنقول : قال الشيخ في الخلاف : يملكه الواحد وعليه الخمس ، واختاره

ابن إدريس ، لعموم ظاهر القرآن^(٣) ، والأخبار^(٤) الواردة في اخراج الخمس من الكنوز ، والتخصيص محتاج إلى دليل ، وقال في المبسوط : إنه لقطة ، واختاره المصنف والعلامة والشهيد ؛ لأنه مال ضائع عليه أثر تملك الإسلام ووُجِدَ في دار الإسلام فـيكون لقطة كفiro .

فروع :

الأول : لو استأجر أجيراً ليحفر له طلباً للكنز فوجده فهو للمستأجر ، ولو استأجره ليحفر له بثراً في المباح فوجد كنزًا فهو للأجير .

الثاني : يحب الخمس في كل كنز على اختلاف أنواعه ، من الذهب والفضة والنحاس والرصاص وغير ذلك .

الثالث : يحب الخمس على كل واحد حراً كان أو عبداً ، مسلماً أو ذمياً ، صغيراً أو كبيراً ، ذكراً أو انثى ، عاقلاً أو مجنوناً ، ويكون ما يحبه العبد لسيده والخمس واجب عليه ، وما يحبه غير المكلف له ، والمخاطب بالإخراج الولي إن كان ، وإلا فالحاكم .

(٣) - الأنفال : ٤١ .

(٤) - الوسائل ، كتاب الخمس ، باب ٥ من أبواب ما يحب فيه .

في قسمته

قال رحمة الله : وقيل : بل يقسم الخمس خمسة أقسام ، والأول أشهر .
أقول : المشهور بين الاصحاب قسمة الخمس ستة اقسام لقوله تعالى :
﴿وَاغْلِمُوا أُنْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ هُنَّهُسَهُ وَلِلرَّسُولِ﴾^(٥) الآية ، وفي
صحيفة ^(٦) ربعي بن عبدالله بن الجارود : أنه يقسم خمسة اقسام باسقاط سهم
الرسول صلى الله عليه وآله وسلم .
قال أبو العباس ولا نعرف بها عاماً .

قال رحمة الله : ولو انتسبوا بالام لم يعطوا من الخمس شيئاً على الا ظهر .

أقول : من انتسب إلى هاشم بالأم ، إذا كان أبوه غير هاشمي ، هل
يستحق الخمس ، قال علم الهدى : يستحق ، لأن الأصل في الإطلاق الحقيقة ،
وقد ثبت اطلاقه في الحسينين عليهما السلام « هذان إبني إمامان قاما أو
قعدا »^(٧) .

(٥) - الأنفال : ٤١ .

(٦) - الوسائل ، كتاب الخمس ، باب ١ من أبواب قسمة الخمس ، حدث ٣ .

(٧) - البخاري : ٤٣ . ٢٧٨ .

ويعدم الاستحقاق قال الشيخ في النهاية والمبسط ، وهو مذهب ابن حمزة وابن إدريس ، واختاره المصنف والعلامة ؛ لأن الانتساب إنما يصدقحقيقة إذا كان من جهة الأب عرفا ، ألا تراهم يقولون فلان بن فلان ويرفعون نسبة إلى الآباء ، ولا يقولون فلان بن فلانة ، ولقوله تعالى ﴿ اذْعُوهُمْ لَا يَأْتِيهِمْ ﴾^(٨) .

قال رحمة الله : وفي استحقاق بني المطلب تردد ، أظهره المنع .
أقول : قد تقدم البحث في هذه المسألة في باب الزكاة فلا حاجة لاعادته ، والمطلب هو أخوه هاشم بن عبد مناف .

قال رحمة الله : وابن السبيل لا يراعى فيه الفقر ، بل الحاجة في بلد التسليم ولو كان غنياً في بلده ، وهل يراعى ذلك في اليتيم ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، والأول أحوط .

أقول : عدم اعتبار الفقر في اليتيم مذهب الشيخ في المبسط ، واختاره ابن ادريس ، للعموم^(٩) ، ولأن إعتبار الفقر يقتضي تداخل الأقسام ؛ لأن مع اشتراط الفقر يدخل تحت المساكين ، وقد أفرد الله تعالى اليتامي في قسم على حدتهم ، والأصل عدم التداخل ، واعتبره العلامة في المختلف ؛ لأنه عوض الزكاة وهي لا يستحقها الغني ، وأنه جعل جبراً لهم ومساعدة ، فلا يليق بالغنى ، ويمنع من له موسر ينفق عليه ، فمنع الغني بهاله أولى .

قال رحمة الله : فالإيمان معتبر في المستحق على تردد ، والعدالة لا تعتبر على الأظهر .

(٨) - الأحزاب : ٥.

(٩) - الأنفال : ٤١.

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : الإيمان هل هو معتبر في مستحق الخمس ؟ افتى أكثر الأصحاب باعتباره ، وتردد المصنف للنبي عن مساعدة غير المؤمن^(١٠) ، ولأنه عاًد الله فلا يفعل معه ما يؤذن بالمؤدة ؛ ومن أنه يستحق بالقرابة والنسب ، والمسلمون يتوارثون وإن اختلفوا في الآراء .

الثانية : العدالة ولم يعتبرها أكثر الأصحاب ؛ لأنه يستحق بالقرابة فلا يشترط أكثر من ذلك عدا الإيمان على المختار^(١١) ، وقيل باشتراطها ، وهو بناءً على اشتراطها في مستحق الزكاة ، والخمس بدل منها ، وحكم البدل حكم المبدل .

قال رحمة الله : ما يجب من الخمس يجب صرفه إليه مع وجوده ، ومع عدمه قيل : يكون مباحاً .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في مطلق الخمس : وفيه أقوال :

الأول : أنه مباح ، قاله سلار وله عليه روایات^(١٢) .

الثاني : صرفه إلى فقراء الذرية والشيعة ، حكايه المفيد ، ثم قال : ولست أدفع قرب هذا من الصواب .

الثالث : يجب حفظه بالوصية حتى يصل إليه عليه السلام ، قال المفيد : هذا القول عندي أوضح من جميع ما تقدم ؛ لأن الخمس حق وجب لغائب

(١٠) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٤٢ من أبواب ما يكتب به .

(١١) - في «ن» بزيادة : عند الأصحاب .

(١٢) - الوسائل ، كتاب الخمس ، باب ٤ من أبواب الأنفال .

للم يرسم فيه قبل غيابه رسماً يحب المصير إليه ، فوجب حفظه إلى وقت إبابه .
 الثانية : في حقه عليه السلام : قال ابن إدريس : يحفظ بالوصية ، ولا
 يجوز التصرف فيها بوجه من الوجوه ، وادعى تطابق الأدلة العقلية والنقلية على
 ذلك .

وقيل : يجب صرفه إلى باقي الأصناف على وجه التتمة ، واحتاره
 المصنف والعلامة وفخر الدين وأبو العباس ؛ لأنه لو كان حاضراً وقصر نصيب
 الأصناف عن كفايتهم وجب أن يتم لهم من نصيبه ، ولا شبه له على دفع ضرر
 الذرية ونفع عما يجهضهم .
 وأقوال الأصحاب وأدلتهم هنا كثيرة أضر بنا عنها ثلاثة يطول الكتاب .

فرع :

لا يجوز اعطاء السيد من الخمس أكثر من مئنة السنة سواء اخذ الدفع
 أو تعدد ؛ لأنه عليه السلام لم يجاوز مئنة السنة في القسمة عليهم والفضل له
 عليه السلام كما إذا أعز كان عليه^(١٢) .

(١٢) - الوسائل ، كتاب الخمس ، باب ٣ من أبواب قسمة الخمس .

كتاب الصوم

في النية

قال رحمة الله : النية ، فهي إما ركن وإما شرط في صحته ، وهي بالشرط أشبه .

أقوى : الفرق بين الركن والشرط أن :

الشرط : هو ما يتوقف عليه صحة المشروط ، والشرط متقدم على المشروط وليس جزءاً منه ، ومع فقده يتبيّن بطلان الفعل من أصله .

والركن : جانب الشيء الأقوى الذي لا يقوم ذلك الشيء بدونه ، وهو جزء منه ، ومع فقده يتبيّن بطلان الفعل من حينه .

فإذا عرفت هذا ، فهل النية ركن في الصوم أو شرط فيه ؟

يمتحن كونها ركناً فيه ، لجواز تلافيها إلى الزوال ، وليس الشرط كذلك لعدم جواز التلافي ، لوجوب تقديمها على الفعل ، وإنما يُتلافى ما هو داخل في ماهية الفعل .

ويتحمن كونها شرطاً ، كالإسلام والطهارة والعقل لتقديمهما عليه ، والركن ليس كذلك ، إذ هو داخل في ماهية الفعل ، ولأن مع الإخلال بها إلى بعد

الزوال يحكم ببطلان الصوم من أصله لا من حين الزوال ، والركن ليس كذلك بل من حينه .

وقول المصنف : (وهي بالشرط أشبه) لا ينبع على وجود مخالف في المسألة ، بل ينبع على أنها مع كونها تشبه الشرط - لوجوب تقديمها على الصوم - ليس حكمها حكم الشرط ، بل جواز تلافيها قبل الزوال ، ولكونها جزءاً منه ، لأن الإمساك مع النية فهو مركب من النية والإمساك ، وليس شيئاً^(١) من الشروط كذلك .

قال رحمة الله : ويكتفى في رمضان أن ينوي أنه يصوم متقرباً إلى الله ، وهل يكفي ذلك في المعين ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، وهو الأشبه .

أقول : عدم اشتراط التعيين مذهب ابن إدريس ، نقله عن المرتضى ؛ لأنه زمان تعين للصوم بالنذر فكان كرم رمضان ، واحتراز التعيين مذهب الشيخ ، واحتراز المصنف والعلامة والشهيد وأبو العباس ؛ لأنه زمان لم يعينه الشارع في الأصل للصوم فافتقر إلى التعيين ، كالنذر المطلق ، ولأن الأصل وجوب التعيين ؛ لأن الأفعال إنما تقع على الوجوه المقصودة ، وإنما ترك ذلك في شهر رمضان ؛ لأنه زمان لا يقع فيه غيره .

فروع :

الأول : لو صام آخر شعبان بنية الوجوب لغير رمضان ، بل للقضاء أو الندب ، ثم ظهر أنه من رمضان ، وجب العدول وتعيين رمضان في النية ، ليتميز عنها نواه ، ولو صام بنية الندب اكتفى بالقربة والوجوب عن التعيين ؛ لأن التمييز هنا العدول من الندب إلى الواجب ، وهناك يعدل من واجب إلى واجب فلا بد من مائز ، وهو التعيين .

(١) - كما فيما بأيدينا من النسخ .

الثاني : لولم يبق لرمضان غير مقدار ما عليه من القضاء فقد تعين ذلك الزمان للصوم ، فهل يكفي فيه عدم التعين ؟ يحتمل ذلك ؛ لأنه زمان قد تعين صومه فكان كرمضان والنذر المعين ، ويعتمد العدم لعدم تعينه بالأصل .

الثالث : المتخي لشهر رمضان - كالمحبوس - هل يجب عليه التعين ؟ يحتمل ذلك ؛ لأنه زمان لم يتعين صومه فيجب فيه التعين ، ويعتمد العدم ؛ لأنه بالنسبة إليه شهر رمضان .

قال رحمة الله : وقيل : يمتد وقتها إلى الغروب لصوم النافلة ، والأول أشهر^(٢) .

أقول : الصوم إما واجب أو ندب ، والواجب إما معين أو غير معين ، فالأساس ثلاثة : الأول : المعين ، ويجب فيه النية من الليل ولو من أوله مستمراً حكمها ، ولا يجوز تركها إلى بعد الفجر اختياراً ، ويتلافاها الناسى إلى الزوال .

الثاني : الواجب غير المعين كالنذر المطلق وقضاء رمضان ، ويجب فيه النية ليلاً ويجوز تجديدها إلى الزوال اختياراً ؛ لأنه زمان لا يوصف نهاره بتحريم الأكل من أوله ، بخلاف الصوم المعين ؛ لأنه يجب عليه صومه من أول النهار ، فلا يجوز له الإخلال بالنية ؛ لأنها شرط في صحته .

الثالث : المندوب ، وفيه قولان :

احدهما : من أول الليل مستمراً إلى الزوال ثم يفوت وقتها كالواجب ؛ لأنها عادة مندوية فيكون وقت نيتها وقت نية فرضها كالصلة ، وهو مذهب الشيخ وابن أبي عقيل ، واختاره المصنف والعلامة في المختلف .

والآخر : امتدادها إلى الغروب وهو مذهب السيد المرتضى وابن ادريس

وابن حزنة ، واختاره أبو العباس ، لعموم قوله ﴿وَأَنْ تَصُومُوا خَيْرًا لَّكُمْ﴾^(١)
ولقوله عليه السلام: «الصوم جنة من النار»^(٢).

وهل يحکم بالصوم الشرعي المثاب عليه من حين النية ، أو من ابتداء
النهار ؟ قال الشيخ في الخلاف بالثاني ، واختاره العلامة في التحرير ، والشهيد
في البيان ، لترتيب الثواب على انعقاد الصوم وقد انعقد ، ولا فرق في تأثير النية
فيها مضى من النهار بين أن تقع قبل الزوال أو بعده إذا نص الشارع على ذلك ،
إذالمصير فيها قبل الزوال إلى النص فكذلك ما بعده^(٣) .

قال رحمة الله : وقيل : يختص رمضان بجواز تقديم نيته عليه ، ولو سها
عند دخوله فصام كانت النية الأولى كافية ، وكذا قيل : تجزي نية واحدة
لصوم الشهر كله .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : إذا قدمت نية رمضان على هلاله ثم نسي النية في بعض أيامه ،
هل يكفيه تلك النية المتقدمة ؟ قال الشيخ في المسوط : ولو نوى قبل الهلال
اجزأته النية السابقة ، إن عرض له سهر أو نوم أو إغماء ، وإن كان ذاكراً فلا
بد من تجديدها ، ومنع منه ابن إدريس ، واختاره المتأخرن ، لأن الصوم عبادة
مشروعة تفتقر إلى نية ، ومن شرط النية المقارنة ، وإلا لجاز تقديمها مع الذكر .

الثانية : هل تجزي نية واحدة لصوم الشهر من أوله ؟ قال الثلاثة : نعم ،
وهو مذهب سلار وأبي الصلاح ، لأن عبادة واحدة فيجزي فيه النية الواحدة ،
فتؤثر في الشهر كله كما تؤثر في اليوم كله ، ومنع العلامة وأبو العباس ، لأن

(١) - البقرة : ١٨٤ .

(٢) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ١ من أبواب الصوم المندوب ، حديث ١ .

(٣) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ٢ و ٣ من أبواب وجوب الصوم .

صوم كل يوم عبادة على حدة ، فيفتقر إلى نية منفردة .

تبنيه : حد النية التي تؤثر في الشهر كله - على القول به - ثلاثة أيام من أوله إلى الثالث ، فإن تجاوز الثالث لم تؤثر قطعا .

قال رحمة الله : ولو صام على أنه إن كان من رمضان كان واجباً وإلا كان مندوباً ، قيل : يجوزي ، وقيل : لا يجوزي ، وعليه الإعادة ، وهو الأشبه .

أقول : الإجزاء مذهب الشيخ في الخلاف والمبحث والنهاية ، وبه قال ابن حزرة : لأن نية القرابة كافية وقد حصلت فالزائد لغو ، وعدم الإجزاء مذهب الشيخ في باقي كتبه ، واختاره المصنف والعلامة ، لاشتراط الجزم في النية ، والقرابة كافية فيها علم أنه من الشهر لا فيها لا يعلم أنه منه .

واعلم أن المصنف جزم بعدم الإجزاء في المسألة السابقة من الكتاب المشرح ، قال : لا يجوز أن يردد نيته بين الواجب والندب ، بل لا بد من قصد أحدهما تعيناً ، وقال العلامة في التحرير كما قال المصنف هنا فربما توهم أنها مسألتان مختلفتان من حيث التعدد بالشخص والجزم في أحدهما بالبطلان وذكر الخلاف في الأخرى ، وليس كذلك بل هما واحدة ؛ لأن موضوع البحث فيها واحد ؛ إذ هو يوم الشك ، ولا تحد علة البطلان فيها وهو الترديد ، والقطع فيها بحكم واحد وهو البطلان أو الصحة ، إذ القائل بالصحة في إحداهما يقول بها في الأخرى ، وإنها أورد البحث في مسائلتين إيساحاً واتساعاً في التفريع ، ويمكن أن يقال : إنها مسألتان ، فموضوع الأولى - وهي التي جزم فيها بالبطلان - مطلق الصوم ، وموضوع الثانية يوم الشك ، لكن الخلاف فيها وتوجه البحث عليها واحد .

قال رحمة الله : لو نوى الإفطار في يوم من رمضان ثم جدد قبل الزوال ، قيل : لا ينعقد وعليه القضاء ، ولو قيل بانعقاده كان أشبه .

أقول : الذي عليه أكثر الأصحاب عدم الإجزاء ؛ لأن النية شرط وقد

مضى جزء من النهار بغير نية فيبطل صومه ، وإذا بطل جزء العبادة بطلت أجمع ، ومحتمل عند المصنف الإجزاء ؛ لأن شرط انعقاد الصوم النية وقد حصلت قبل الزوال ، ولأنه لم يفعل ما ينافي الصوم من القدوم على شيء من المفتراء ، ولأصالحة براءة النية من وجوب القضاء ما لم يحصل الدليل الناقل عن الأصل ولم يثبت .

ولا فرق بين أن ينوي الإفطار من الليل أو ينويه في أثناء النهار بعد انعقاد الصوم ، ولا فرق في بطلان الصوم بين أن يجدد النية قبل الزوال أو لم يجددها ، هذا هو المحقق عند أكثر الأصحاب ، والشيخ قطع بالصحة مطلقاً سواء جدد أو لم يجدد ، سواء نوى القطع من الليل أو من أثناء النهار ، والمصنف فرق بين أن يكون نية القطع من الليل وبين أن يكون من أثناء النهار ، وجزم في الثانية بالصحة ولم يجزم في الأولى ، واشترط العود إلى نية الصوم قبل الزوال فيها .

فروع :

الأول : لو صام يوم الشك بنية الوجوب من غير نية رمضان ثم ظهر أنه منه ، فإن كان في أثناء النهار عدل إلى رمضان بالنية ولو كان قبل الغروب بيسير ، وإن كان بعده أجزأاً عن رمضان ، ويبطل عملاً نواه .

الثاني : لو صامه قضاءً عن رمضان ثم أفتر قبل الزوال لم يجب عليه كفارة عن أحدهما ، أما سقوطها عن القضاء فلوقوع الإفطار قبل الزوال ، وأما سقوطها عن رمضان فلأنه لم يقصد الإفطار في رمضان ، بل في يوم الشك ، فلو لزمه الكفارة لزم تكليف الغافل وهو ع الحال ، وإن كان إفطاره بعد الزوال ثم ثبت أنه من رمضان احتمل سقوطها عنها أيضاً ، أما عن رمضان فلعدم العلم به كما قلناه أولاً ، وأما عن القضاء فلعدم وقوعه صحيحاً ؛ لأن رمضان لا يقع

فيه غيره ، وتحتمل وجوبها عن رمضان ؛ لأنه هتك صوماً متعينا عليه فيكفر على ما هو عليه في نفس الامر ، وتحتمل وجوبها عن القضاء لأنه الثابت ظاهراً في زعمه ، وقد هتك حرمته فيجب عليه الكفارة عنه .

الثالث : كما يتأدي رمضان بنية النفل ونية الواجب غيره مع عدم العلم ، كذلك يتأدي كل واجب معين بنية النفل ونية الواجب غيره مع عدم العلم به للمساواة في العلة ، وهو أنه زمان تعين للصوم فلا يقع فيه غيره .

الرابع : لوقال : (أصوم غداً من رمضان سنة مئة) مثلاً وكان لستة مئتين ، فإن كان غلطآً صح الصوم ولغى الغلط ، وإن كان عمداً بطل ، لعدم قصده صوم ما وجب عليه ، أما لو كان عليه أول يوم من رمضان مثلاً أو يوم من سنة خمسمائة ، فقال : (أصوم غداًقضاءاً عن اليوم الثاني من رمضان) ، أو قال : (أصوم غداًقضاءاً عن يوم من رمضان سنة ستين) مثلاً فإنه لا يصح وإن كان ذلك غلطاً ؛ لأنه صوم لم يتعين بزمان فلا بد من تعينه بالنية ، والذي عليه لم ينوه فلا يكون مجزياً ، أما لو لم يتعرض للليوم أو للستة صح قطعاً .

فيها يمسك عنه الصائم

قال رحمة الله : وفي دبر المرأة على الأظهر ، ويفسد صوم المرأة ، وفي فساد الصوم بوطني الغلام والدابة تردد وإن حرم .

أقول : هنا ثلاثة مسائل :

الأولى : الجماع في دبر المرأة مع عدم الإنزال هل يفسد الصوم ويجب الكفارة ؟ قال الشيخ في الخلاف والمبسوط : نعم ، واختاره المتأخرون ؛ لأن فساد الصوم ووجوب القضاء والكفارة تابع لوجوب الفسل ، وقد أوجبه أكثر الأصحاب فتجب هذه الأحكام ، وفي رواية علي بن الحكيم ، عن رجل ، عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : إذا أتى الرجل المرأة في الدبر وهي صائمة لم ينتقض صومها وليس عليها غسل »^(١) ، وهي مرسلة .

الثانية : الجماع في دبر الغلام ، وحكمه حكم الجماع في دبر المرأة لما نقدم في باب الجنابة^(٢) .

(١) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ١٢ من أبواب الجنابة ، حديث ٣ .

(٢) - ص ٦٦ .

الثالثة : وطلي البهيمة فإن أنزل تعلقت الأحكام الثلاثة اعني وجوب الغسل والقضاء والكفارة اجماعا .

وإن لم ينزل وأغاب الحشفة فيه ثلاثة أقوال :

الأول : قول ابن ادريس إنه لا شيء عليه ، وهو اختيار المصنف هنا ؛ لأنه قال : (والأشبه أنه تابع لوجوب الغسل) ، وقد جزم في باب الجنابة بعدم وجوبه ؛ لأنه فرج غير مشتهي طبعا ، فلا يجب الغسل بالإيلاج فيه من غير إنزال .

الثاني : القضاء خاصة ، وهو مذهب الشيخ في الخلاف .

الثالث : القضاء والكفارة ، قاله السيد ، وهو ظاهر المسوط ، وجزم به أبو العباس في المحرر وإن لم يجب الغسل ، ومثال العلامة في التحرير إلى مذهب ابن ادريس .

فرعان :

الأول : إذا تساحقت امرأتان فأنزلتا وجب عليهما القضاء والكفارة ، ولو أنزلت إحداهما إختصت بالحكم ، ولو لم تنزل لا شيء سوى الإثم وحكم المجبوب اذا ساحق كذلك .

الثاني : إذا طلع الفجر وهو مجتمع فاستدامه ، أو نزع بنية الجماع وجبت الكفاراة ، وإن نزع لا بنية الجماع لم يكن عليه شيء ، هذا مع المرااعة وظن السعة ، ومع عدم المرااعة يجب القضاء خاصة مع التزع بغير نية الجماع .

قال رحمة الله : وعن الكذب على الله وعلى رسوله والأئمة عليهم السلام ، وهل يفسد الصوم بذلك ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، وهو الأشبه .

أقول : في الكذب على الله ، وعلى رسوله ، وعلى الأئمة عليهم السلام متعمداً مع اعتقاد كونه كذباً يفسد الصوم ، ويجب فيه القضاء والكفارة عند

السيد المرتضى في الانتصار ، وهو مذهب الشيختين ، لما رواه ابو بصير في الموقق^(٨) ، عن أبي عبدالله عليه السلام . وقيل : فيه الاثم خاصة ، وهو مذهب الشيخ في الجمل ، وبه قال ابن ادريس ، واختاره المؤخرون ، لاصالة صحة الصوم ، ولرواية محمد بن مسلم في الصحيح^(٩) عن الباقر عليه السلام . قال رحمة الله : وعن الارغاس ، وقيل : لا يحرم بل يكره ، والأول أظهر ، وهل يفسد بفعله ؟ الأشبه لا ، وفي إصال الغبار إلى الحلق خلاف ، والأظهر التحرير وفساد الصوم ، وعن البقاء على الجنابة حتى يطلع الفجر من غير ضرورة على الاشهر .

اقول : هنا ثلاثة مسائل :

- الأولى : في الارغاس في الماء ، وفيه اربعة اقوال .
 - الاول : القضاء والكفارة ، وهو مذهب الشيختين والسيد في الانتصار؛ لأنّه فعل فعلاً منهيّاً عنه ، والنبي في العبادة يدل على الفساد .
 - الثاني : القضاء خاصة ، وهو مذهب أبي الصلاح .
 - الثالث : التحرير فقط ، وهو مذهب المصنف ، واختاره العلامة .
 - الرابع : الكراهة خاصة نقله المصنف عن المرتضى ، لرواية عبدالله بن سنان في الموقق^(١٠) عن أبي عبدالله عليه السلام ، ولا يرتفع حدّه ولو كان جنباً على القول بالتحرير ، سواء وجوب القضاء والكفارة ، أو القضاء خاصة ، أو لم يجب شيء .
- الثانية :** في إصال الغبار الغليظ إلى الحلق متعمداً ، وفيه القضاء

(٨) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ٢ من أبواب ما يمسك عنه الصائم ، حديث ٤ .

(٩) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ١ من أبواب ما يمسك عنه الصائم ، حديث ١ .

(١٠) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ٣ من أبواب ما يمسك عنه الصائم ، حديث ٩ .

الكفارة عند الشيخ في الجمل والاقتصاد والخلاف ، واختاره العلامة ؛ لأن ازدراد كل شيء يفسد الصوم ويجب به القضاء والكفارة ، والغبار الغليظ من هذا القبيل .

ووجوب القضاء خاصة مذهب ابن ادريس ، لاصالة براءة الذمة من الكفارة ، ولرواية عمر بن سعيد^(١١) عن الرضا عليه السلام .

الثالثة : البقاء على الجنابة حتى يطلع الفجر عامدا ، ذهب الشیخان وأبنا^(١٢) بابوه وإن الجتيد وأبو الصلاح إلى وجوب القضاء والكفارة ، واختاره المصنف والعلامة ؛ لأن تعمد الإنزال نهاراً موجب القضاء والكفارة ، فكذا استصحاب الإنزال ، بل هذا آكد ؛ لأن الأول انعقد صومه في الابتداء وهنا لم ينعقد ، ولما رواه أبو بصير في الموئق^(١٣) عن أبي عبدالله عليه السلام وقال ابن أبي عقيل يجب القضاء خاصة لأصالة براءة الذمة ولرواية عبدالله بن أبي يعفور^(١٤) عن أبي عبدالله عليه السلام .

تنبيه : إذا طهرت الحائض والنفساء ليلاً وتركت الفعل حتى تصبح عامدة ، قال ابن أبي عقيل : يفسد صومهما ويجب القضاء خاصة ، كالجنب عنده إذا أهمل الفسل عامدا ، قال العلامة : ولم يذكر أصحابنا ذلك ، استقر في مختلفه وتحريره أن حكمها حكم الجنب ، فإن وجبت عليه الكفارة وجبت عليهما وإلا فلا ، لإشتراك الثلاثة في كونها مبطلة للصوم وكل واحد منها

(١١) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ٢٢ من أبواب ما يمسك عنه الصائم ، حدث ٢ ، وفيه : (عسر و بدل : عمر) .

(١٢) - في «ن» و «ر» : ابن .

(١٣) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ١٦ من أبواب ما يمسك عنه الصائم ، حدث ٢ .

(١٤) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ١٥ من أبواب ما يمسك عنه الصائم ، حدث ٢ .

حدث يرتفع بالغسل فيشترك في الأحكام ، وظاهر الشهيد في الدروس موافقة ابن أبي عقيل .

قال رحمة الله : وكذا لو نظر إلى إمرأة فأمنى على الأظهر أو استمع فامن .

أقول : الإيمان إما عقيب النظر ، أو الملاعبة ، أو التسمع فهنا ثلاثة مسائل .

الأولى : في الإيمان عقيب النظر، وفيه أقوال :

الأول : لا شيء عليه ، وهو اختيار الشيخ في الخلاف ، وبه قال ابن إدريس واختياره المصنف ، لأصالة صحة الصوم ، وأصالة براءة الذمة من وجوب الإعادة ، ولم يفرقوا بين محللة والمحرمة .

الثاني : قال الشيخ في المسوط بوجوب القضاء بالنظر إلى المحرمة دون المحللة .

الثالث : قول العلامة ، وهو إن قصد الإنزال فأنزل وجب عليه القضاء والكافارة مطلقا ، سواء كانت محمرة أو محللة ، لوجود هتك حرمة الصوم بإنزال الماء متعمدا فكان كالجامع ، وإن لم يقصد فأنزل لتكرار النظر فسبق الماء وجب القضاء خاصة ؛ لأنه وجد منه مقدمة الأفساد ولم يقصده ، فكان عليه القضاء خاصة ، كالمتوضمض للتبريد إذا وصل الماء إلى حلقه .

الثانية : الإيمان عقيب الملاعبة واللامسة ، فإن قصد الإنزال كفر قطعاً وإن لم يقصد فكذلك على المشهور ؛ لأنه أنزل في نهار رمضان عقيب فعل يحصل معه الإيمان فكان كالجامع ، ولرواية أبي بصير^(١٥) ، عن أبي عبدالله عليه السلام .

(١٥) الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ٤ من أبواب ما يمسك عن الصائم ، حديث ٥.

وقال ابن الجينيد : يجب القضاء خاصة ، لأنه أنزل من غير قصد فلا يجب عليه الكفارة ، كالمتضمض للتبرد .

الثالثة : في الإيمان عقيب التسمع ، وفيه أقوال :

الأول : لا شيء عليه ، وهو قول الشيخ في المبسوط ومذهب ابن أبي عفیل ، واختاره المصنف ، لأصله (صحة الصوم)^(١٦) براءة النمة .

الثاني : وجوب القضاء خاصة ، وهو مذهب المفيد وأبي الصلاح الحلبي .

الثالث : وجوب القضاء والكفارة مع قصد الإنزال ، ووجوب القضاء خاصة لامعه ، وهو مذهب العلامة في المختلف ، ووجهه ما تقدم في النظر .

والتحقيق : أن النظر والسباع إن حصل اتفاقاً فامن عقبه فلا شيء عليه مطلقاً ، سواء كان معتاداً أو غير معتاد ، وإن قصدهما وجوب القضاء والكفارة مطلقاً أيضاً ، وإن قصد النظر خاصة ، فإن كان من عادته الإيمان عقيب النظر كفر ، وكذلك إن كان من عادته عقيب تكرار النظر فكراه فأمني ، ولو لم يكن من عادته مطلقاً أو من عادته عقيب التكرار فأمني عقب نظره لزمه القضاء خاصة .

وحكم الاستئماع حكم النظر ، وكذلك الملاعبة واللاماسة إلا أنها لا يتصوران اتفاقاً ، فإن قصد بالللاعبة الإيمان كفر مطلقاً ، ومع عدم قصد الإيمان يرجع إلى العادة وعدمها ، فيكفر مع العادة ويقضى خاصة مع عدمها ، ولا فرق بين المحللة والمحرمة .

فرع : إذا خيل في نفسه صورة الفعل فإن قصد الإيمان فأمني كفر ، وإن لم يقصد الإيمان وكان من عادته الإيمان عند ذلك كفر أيضاً ، وإن لم يكن من

(١٦) - ما بين التوسين نم يرد في « ن ». .

عادته ، بل حصل اتفاقاً كان عليه القضاء خاصة ؛ لأنه وجد منه مقدمة الأفساد ولم يقصده فكان عليه القضاء خاصة ، ولو لم يقصد إلى تخيل الفعل ، بل خطر في خاطره فأمنى لم يجب عليه شيء ، سواء كان معتاداً أو لم يكن ، لعدم قصد الإفساد ومقدمته ، ودفع ما يخطر بالبال غير مقدور .

قال رحمة الله : والحقنة بالجامد جائزة ، وبالمائع عمرة ، ويفسد بها الصوم

على تردد .

أقول : منشأ التردد من أصالة براءة الذمة ، ومن أنه مائع وصل إلى الجوف فكان مبطلاً للصوم ، كما لو وصل من الفم ، إذ تحريم الأكل والشرب ليس لكونه في الفم قطعاً ؛ لأن الإجماع منعقد على أن كل ما دخل في الفم ولم يتعد إلى الجوف لم يبطل الصوم ، وإذا كان التحرير لأجل الوصول إلى الجوف تحقق ذلك مع الوصول إليه مطلقاً ، سواء كان من الفم أو من غيره ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط والجمل ، واختاره العلامة في المختلف ، ولم يفرق بين المائع ، والجامد ، فأوجب القائل بالفساد القضاء ، والمرتضى أطلق كراهة الحقنة ولم يفصل بين المائع والجامد ، وأطلق أبو الصلاح وجوب القضاء من غير تفصيل أيضاً ، وذهب أبو العباس في مقتصره ومحرره إلى مذهب المصنف هنا وهو كراهة الجامد ، وتحريم المائع ، ووجوب القضاء به .

قال رحمة الله : ومن أكل ناسياً فظن فساد صومه فأفطر عامداً فسد

صومه وعليه القضاء ، وفي وجوب الكفارنة تردد ، والأشبه الوجوب .

أقول : منشأه من أنه أفطر عامداً وهنك صوماً صحيحاً فكان عليه الكفارنة كغيره ، ومن أنه لم يقصد هنك الصوم الصحيح وإنما ظن الفساد ، فأأكل فكان كالناسي .

قال رحمة الله : ولو وجر في حلقة أو أكره إكراماً يرتفع مع الإختيار لم

يفسد صومه ، ولو خوف فأفطر وجب القضاء على تردد ، ولا كفارنة .

أقول : الإكراه على قسمين :

أحدهما : يبلغ حد الإلقاء - وهو الذي لا يبقى للمكره معه قصد النية .
وذلك إنما يكون مع الصب في حلقه ، ويفهم من قول المصنف هنا الفرق بين
الصب في الحلق وبين الإكراه الذي يرفع القصد ، وغيره لم يفرق .

والثاني : لا يرفع القصد بالكلية - وهو أن يتوعد على الفعل في فعله بنفسه .
فهو كالاختيار .

ففي الأول لا يفسد صومه قطعا ، والثاني فيه خلاف ، قال في المبسوط
بفساد صومه ؛ لأنّه فعل المفتر اختياراً فيفسد صومه ، وتردد المصنف مما قاله
الشيخ ، ومن عموم قوله عليه السلام : « رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما
استنكروا عليهم » ^(١٧) وهذا مكره .

قال رحمة الله : وقيل : بل هي على الترتيب ، وقيل : يجب بالافطار
بالمحرم ثلاث كفارات ، وبال محلل كفارة ، والأول أكثر .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : كفارة رمضان وقد اختلف الأصحاب فيها ، هل هي غيرة أو
مرتبة ؟ فالتخbir مذهب الشيخ والمقدى وسلام وأبي الصلاح وأبايني ^(١٨) ببابيه
وابن إدريس ، وعليه المتأخرون ، وقال الحسن بن أبي عقيل : إنها مرتبة ،
واسند الجميع عليه بالروايات ^(١٩) .

الثانية : الإفطار بالمحرم هل يجب به كفارة الجمع أو كفارة واحدة ؟

(١٧) - الوسائل ، كتاب الجihad ، باب ٥٦ من أبواب جهاد النفس ، حديث ٣ وغيره .

(١٨) - في « ز » و « ر١ » و « ر٢ » : ابن .

(١٩) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ٨ من أبواب ما يمكّنه الصائم .

بالأول قال ابن بابويه وإبن حمزة والشيخ في الخلاف ، واختاره فخر الدين والشهيد وأبو العباس ، والأكثر على أنها كفارة واحدة ، لأصالة براءة الذمة من الزائد ، واستدل الفريقان بالروايات^(٢٠) .

فرع : لوعجز من وجوب عليه كفارة الجمع عن بعضها هل ينتقل إلى البديل ؟ فيه نظر ، من أصالة براءة الذمة والاقتصار على مورد النص ، وهو الانتقال في المخيرة تخييراً ولمرتبة ترتيباً ، وفي كفارة الجمع الثلاثة واجبة بالأصالة فلا يكون بعضها بدلاً عن بعض ، ومن مساواتها للمرتبة في العلة وهي العجز عن الأصل مع القدرة على البديل ، وكون البديل واجباً عليه بالأصل غير مانع من وجوده ثانياً بالبدليلية ، لقبول الم محل لها .

قال رحمة الله : إذا افتر زماناً نذر صومه على التعين كان عليه القضاء وكفارة كبرى مخيرة ، وقيل : كفارة يمين ، والأول أظهر .

أقول : القول بأنها كفارة يمين هو قول ابن بابويه ، والمشهور أنها كبيرة مخيرة والمستند الروايات^(٢١) .

قال رحمة الله : الكذب على الله وعلى رسوله ، وعلى الآثمة عليهم السلام حرام على الصائم وغيره ، وإن تأكد في الصائم ، لكن لا يجب به قضاء ولا كفارة على الأشبه .

السادسة : الارتكاس حرام على الأظاهر ، ولا تجب به كفارة ولا قضاء ، وقيل : يجبان به ، والأول أشبه .

(٢٠) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ٨ و ١١ من أبواب ما يمسك عنه الصائم .

(٢١) - راجع الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ٧ من أبواب بقية الصوم الواجب ، والباب ٢ من أبواب ، كتاب ، انذر والعهد .

السابعة : لا يأس بالحقنة بالحامد على الأصح ، ويحرم بالمافع .

أقول : قد سبق البحث في هذه المسائل كلها فلا وجه للاعادة^(٢٢) .

قال رحمه الله : من اجنب ونام ناوياً للغسل ، ثم اتبه ثم نام كذلك ، ثم اتبه ونام ثالثة حتى طلع الفجر ، لزمه الكفارة على قول مشهور ، وفيه تردد .

أقول : منشأ التردد من أن الكفارة إنما تجب مع التهجم على انتهاك حرمة الصوم بتناول المفتر عاماً وهذا ليس كذلك ، ومن أنه بعد الانتباhtين يكون كالمتعمد لترك الغسل .

فرع : لا فرق بين أن تكون التومات الثلاث في ليلة واحدة أو ليتين أو ثلاثة ، كما لو أجنب ونام ناوياً للغسل فلم يتب حتى طلع الفجر فلم يغتسل في النهار ، ثم نام الليلة الثانية ناوياً للغسل فلم يتب حتى طلع الفجر فلم يغتسل في النهار ، ثم نام الثالثة ناوياً للغسل فلم يتب حتى طلع الفجر كان عليه في اليوم الثالث القضاء والكفارة ، وفي الثاني القضاء خاصة ، ولا شيء عليه في اليوم الأول .

ولونام في الأولى نومتين ، وفي الثانية نومة مع نية الغسل وعدم الانتباht حتى يطلع الفجر كان عليه في اليوم الأول القضاء خاصة وفي الثاني القضاء والكفارة ، ولو انعكس لم يلزم في الاول شيء ، وفي الثاني القضاء والكفارة .

قال رحمه الله : ومن نظر الى من يحرم عليه نظرها بشهوة فأمنى ، قيل : عليه القضاء ، وقيل : لا يحب ، وهو الأشبـه ، وكذا لو كانت عللـة لم يحب .

أقول : قد سبق البحث في هذه مستوفاة فلا وجه للاعادة^(٢٣) .

(٢٢) - ص ٣١٧.

(٢٣) - ص ٣١٥.

قال رحمة الله : لو تمضمض متداوياً أو طرح في فيه خرزاً أو غيره لغرض صحيح ، نسبق إلى حلقه لم يفسد صومه ، ولو فعل ذلك عيناً ، قيل : عليه القضاء ، وقيل : لا ، وهو الأشبه .

أقول : يحتمل عدم الفساد ، لعدم قصده الابتلاع فكان كالأكل سهواً ولأصالحة براءة الذمة من وجوب القضاء ، ويحتمل وجوب القضاء ؛ لأنَّه أبلغ من التمضمض للتبرد ، وهو يوجب القضاء في سبق الماء إلى الحلقة فيه ، فوجوبه بهذا أولى ؛ لأنَّ التمضمض للتبرد لغرض صحيح ، وهذا ليس لغرض صحيح فيكون أولى بوجوب القضاء .

فرعان :

الأول : لو تمضمض للطهارة فسبق الماء إلى حلقه لم يفطر ، ولا فرق بين أن تكون لصلة واجبة أو مندوبة على المشهور ، وفي رواية عن الصادق (٤٤) عليه السلام وجوب القضاء إن كان لصلة مندوبة .

الثاني : هل حكم الاستنشاق حكم المضمضة ؟ فيه نظر ، من المساواة في العلة - وهو كونه مندوباً اليه - كالمضمضة ، ومن عدم النص . وظاهر الشهيد عدم الفرق .

قال رحمة الله : ما يخرج من بقايا الغذاء من بين أسنانه يحرم ابتلاعه للصائم ، فإن ابتلاعه عمداً وجب عليه القضاء ، والأشبه القضاء والكافرة ، وفي السهو لا شيء عليه .

أقول : إذا تخلل فخرج من أسنانه ما يمكنه التحرز منه فابتلاعه عمداً ، قال الشيخ في الخلاف والمسوط : وجب عليه القضاء ، وقال المصنف بوجوب القضاء وإنكفاره ، واختاره العلامة ؛ لأنَّه تناول المفتر عاماً فوجب

القضاء والكفار ، كما لو ازدرده من خارج .

قال رحمة الله : وقيل : صب الدواء في الاحليل حتى يصل الجوف يفسده ، وفيه تردد .

أقول : منشأة من أصلالة البراءة لعدم ورود النص عليه ، ومن أنه أوصل إلى جوفه مفطرا فكان كالحقنة بالمايو ، واختاره العلامة في المختلف .

فرع : لو طعن الصائم نفسه طعنة ووصلت إلى جوفه ، أو أمر غيره أن يفعل به ذلك ففعل ، قال الشيخ في المسوط : فسد صومه ، واختاره العلامة في المختلف ؛ لأنه أوصل الجامد إلى جوفه اختياراً فكان كما لو ازدرده .
وقال في الخلاف : لا يفسد ، واختاره ابن ادريس ، لأصل صحة الصوم وأصلالة براءة الذمة من وجوب القضاء .

قال رحمة الله : ماله طعم كالملائكة ، قيل : يفسد الصوم ، وقيل : لا يفسده ، وهو الأشبه .

أقول : الإفساد مذهب الشيخ في النهاية ؛ لأن أجزاء ذي الطעם تشيع في الفم وتتعدد مع الريق إلى المعدة ، وأجيب بأن تخلل الأجزاء غير معلوم ، والريق ينفع بكيفية ذي الطעם ، والأصل صحة الصوم وعدم وجوب القضاء .

قال رحمة الله : وتتكرر الكفارة بتكرر الموجب إذا كان في يومين من صوم تتعلق به الكفارة ، وإن كان في واحد ، قيل : تكرر مطلقاً ، وقيل : إن تخلله التكفير ، وقيل : لا تتكرر ، وهو الأشبه سواء كان من جنس واحد أو مختلفاً .

أقول : اختلف الأصحاب في هذه المسألة ، قال الشيخ وإبن حزرة بعدم التكرار مطلقاً ، واختاره المصنف ، لأصلالة براءة الذمة من الزائد على ما وقع عليه الإجماع ، ولعدم اهتك بالفعل الثاني ؛ لأنه لم يقع في صوم صحيح ،

فكان لا يتكرر القضاء لا يتكرر الكفارة ، وقال السيد المرتضى يتكرر بتكرر الوطىء مطلقاً ، واختاره الشهيد لما روى عن الرضا عليه السلام : « الكفارة تتكرر بتكرر الوطىء »^(٢٥) .

وقال ابن الجينيد بتكرر مع تخلل التكبير ، وعدهم مع عدمه ، وقال العلامة في القواعد والمختلف بتكرر مع تغاير السبب ، كالاكل والجماع واختاره الشهيد ؛ لأن الكفارة تترتب على كل واحد من المفطرات فلا تتدخل مع الاجتماع .

قال رحمة الله : ومن فعل ما يجب به الكفارة ثم سقط فرض الصوم لسفر أو حيض وشبهه ، قيل : تسقط الكفارة ، وقيل : لا ، وهو الاشباه .

أقول : عدم السقوط مذهب الشيخ رحمة الله واختاره المصنف والشهيد ، لأنه أفتى عامداً في صوم واجب في رمضان فوجب عليه الكفارة واستقرت في ذمته ؛ لأن سببها التهجم على انتهاء حرم الصوم وقد فعله ، وقيل بالسقوط ، واختاره العلامة وولده (فخر الدين) وأبو العباس في المحرر إذا كان المسقط من جهة الله تعالى ، كالمرض والجنون والإغماء والحيض والنفاس ، أو كان سفراً ضرورياً لا اختيارياً ، لأن هذا اليوم غير واجب صومه عليه في علم الله تعالى وقد انكشف لنا ذلك بتجدد العذر ، فلا يجب فيه الكفارة وإلا لزم التكليف بالمحال ؛ لأنه لو كان مكلفاً في أول اليوم بالصوم المشروط بالطهارة مثلاً في جميع اليوم مع تعذر حصومها في باقيه ، لزم التكليف بالمحال .

فرعان :

الأول : إذا فعل ما يجب معه الكفارة ، ثم أعتق عبداً عنها ، ثم سقط فرض الصوم بالعذر الضروري بطل العتق ، لبطلان موجبه وهو الكفارة .

(٢٥) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ١١ من ثواب ما يمسك عنه الصائم ، حدث ٣.

الثاني : لو دفع ستين مداراً إلى ستين مسكنيناً ، ثم سقط فرض الصوم
كان له ارتجاعها مع بقاء العين لا مع تلفها ؛ لأنهم قبضوها صدقة والصدقة لا
يتعقبها ضمان ، وتحتمل الضمان لبطلان السبب الموجب لقبضها .
قال رحمة الله : وكذا لو كان الإكراه لأجنبية ، وقيل : لا يتحمل هنا ،
وهو الأشبه .

أقول : لو أكره أجنبية على الفجور بها ، هل يتحمل عنها كالزوجة ؟
قال الشيخ : ليس لأصحابنا فيه نص ، والذي يقتضيه الأصل أن عليه كفارة
واحدة ، وحملها على الزوجة قياس لا نقول به ، قال : ولو قلنا إن عليه كفارتين
لعظم الإنم كأن أحوط ، وهو مذهب العلامة ، واستقر به الشهيد في دروسه ؛
لأن الكفارة عقوبة على الذنب وهو في الأجنبية أفحش .

فروع :

الأول : حكم الأمة حكم الزوجة ، لمساواتها لها في الحكم ، وتحتمل
العدم لعدم النص .

الثاني : لو وطأها نائمة احتمل تحمل الكفارة ، لمساواته للإكراه لعدم
رضاهما ، وتحتمل العدم ، لأصالة براءة الذمة ، وإمكان رضاها لو كانت
مستيقظة .

الثالث : لو أكره اجنبي الزوجين على الجماع احتمل تحمله عندهما ؛ لأنه
أكرههما على فعل يجب معه الكفارة لو فعلاه إختياراً فتحتملها عندهما مع الإكراه
كالزوج ، وتحتمل العدم ، لأصالة البراءة ، وعدم مباشرة المكره لل فعل ، ولأن
صومهما لم يفسد فلا كفارة .

الرابع : لو أكره المسافر زوجته احتمل تحمله عنها للعموم^(٢٦) ، واحتمل

(٢٦) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ١٢ من أبواب ما يمسك عنه الصائم .

عدم التحمل ، لكونه مباحا له غير مفترط لها .

الخامس : لو أكرهته على الجماع احتمل تحملها عنه لمساواته اكراته لها ،
واحتمل العدم ، لعدم تحقق الإكراه في طرفه ؛ لأن الخوف يمنع العضو عن
الانتشار فلا يتحقق الإكراه .

في الزمان الذي يصح فيه الصوم

قال رحمة الله : ولو نذر يوماً معيناً فانتفق أحد العبدان لم يصح صومه ،
وهل يجب قصاؤه ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، وهو الأشبه .
أقول : قال الشيخ في موضع من المبسوط بعدم القضاء ، وبه قال ابن
البراج وأبو الصلاح وإبن إدريس ، واختاره المصنف والعلامة ؛ لأن نذر صوم
زمان لا ينعقد صومه فلا ينعقد نذره ، ووجوب القضاء تابع لوجوب الأداء ،
وقال في موضع آخر من المبسوط : يجب القضاء ؛ لأن نذر صوماً على وجه
الطاعة ظاهراً ، ولم يسلم له الزمان فكان عليه القضاء .

في من يصح الصوم منه

قال رحمة الله : وقيل : إذا سبقت من المفمن النية كان بحكم الصائم ،
والأول أشبه .

أقول : القول المشار إليه هو قول المفید رحمة الله ، لأنه قال : إذا أغمى
على المكلف قبل استهلال الشهر ومضى عليه أيام ثم أفاق كان عليه قضاء ما
فاته من الأيام ، فإن استهل عليه الشهر وهو يعقل ، فنوى صيامه وعزم عليه ،
ثم أغمى عليه وقد صام شيئاً منه أو لم يصم ، ثم أفاق بعد ذلك فلا قضاء
عليه ؛ لأنه في حكم الصيام بالنسبة والعزيزمة على أداء الفرض .

والمشهور أنه ليس بحكم الصائم ولا يجب عليه القضاء ، سواء كان
الاغماء قبل استهلال الشهر أو بعده ، وسواء سبقت منه النية أو لم تسبق ، لأنه
غير مكلف بالصوم لعدم حصول شرط التكليف ، وهو العقل .

قال رحمة الله : والنذر المشترط سفراً وحضرأ على قول مشهور .

أقول : قد جرت عادة المصنف رحمة الله بالإشارة إلى ما استضعف سنته
مع عمل الأصحاب به بالمشهور ، كما ذكرناه في مقدمة الكتاب ، وهذه المسألة

لا خلاف فيها عند علمائنا ، ومستندهم رواية ابراهيم بن عبد الحميد ، عن أبي الحسن عليه السلام « قال : سأله عن الرجل يجعل الله عليه صوم يوم مسمى ؟ قال : يصوم أبداً في السفر والحضر »^(٢٧) قال الشيخ رحمه الله : يحمل هذا على من نذر يوماً معيناً وشرط صومه حضراً وسفراً ، واستدل على هذا التأويل برواية علي بن مهزيار ، قال : « كتب بندار مولى إدريس : يا سيدني نذرت أن أصوم كل سبت ، فإن أنا لم أصم ما الذي يلزمني من الكفارة ؟ فكتب وقرأته : لا تترك إلا من علة ، وليس عليك صومه في سفر ولا مرض إلا أن تكون نوبت ذلك »^(٢٨) وضعفها من كونها مشتملة على المكابة .

قال المصنف في المعتبر : ولما كان ضعف هذه الرواية جعلناه قولاً مشهوراً .

قال رحمه الله : وهل يصوم مندوباً ؟ قيل : لا ، وقيل : نعم ، وقيل : يكره ، وهو الأشبه .

أقول : اختلاف علماؤنا في صوم التطوع في السفر ، قال المقيد : لا يجوز ذلك إلا ثلاثة أيام للحاجة ، الأربعاء والخميس والجمعة عند قبر النبي صلى الله عليه وأله وسلم ، أو في مشهد من مشاهد الائمة عليهم السلام ، وقال الشيخ : يكره صوم التوافل في السفر على كل حال ، وقد وردت رواية^(٢٩) في جواز ذلك ، فمن عمل بها لم يكن ماثوماً إلا أن الأحوط ما قدمناه .

وقال ابن حزم : صيام النفل في السفر ضربان : مستحب ، وهو صيام ثلاثة أيام للحاجة عند قبر النبي صلى الله عليه وأله وسلم وجائز : وهو ما عدا

(٢٧) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ١٠ من أبواب من يصح منه الصوم ، حدث ٧.

(٢٨) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ١٠ من أبواب من يصح منه الصوم ، حدث ١.

(٢٩) - النهاية : ١٦٢ .

ذلك ، وروي كراهة صوم النافلة في السفر ، والأول ثبت^(٣٠) .

وقال ابن البراج : إنه مكروه . واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة ، لقوله عليه السلام : « ليس من البر الصيام في السفر »^(٣١) ، وهو عام في الفرض والنفل ، والروايات^(٣٢) في هذا المعنى كثيرة .

قال الشيخ : لو خلينا وظاهر هذه الأحاديث لقلنا : إن صوم التطوع في السفر محظوظ كما أن صوم الفريضة محظوظ ، غير أنه ورد^(٣٣) فيه من الرخص ما نقلناه من الحظر إلى الكراهة ، قال إبنا بابويه : لا يصوم في السفر تطوعاً ولا فرضاً .

واستثنى من التطوع صوم ثلاثة أيام للحاجة في مسجد النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، وصوم الاعتكاف في المساجد الأربعية ؛ لأن الصوم في السفر منهي عنه ، والنهي يدل على التحرير .

قال رحمه الله : ولو استيقظ جنباً بعد الفجر لم يتعذر قضاء صومه عن رمضان ، وقيل : ولا ندبأ .

أقول : إذا أصبح الصائم جنباً ولم يعلم بالجنابة من الليل صح صوم رمضان ، والذر المعين خاصة دون غيره من الواجب والندب ، هذا مذهب الشيخ رحمه الله ، والمصنف لم يجزم بغير قضاء رمضان ، لرواية ابن سنان في الصحيح^(٣٤) عن الصادق عليه السلام المختصة بالقضاء ، وعدم ظفره بدليل

(٣٠) - الوسيلة : ١٤٩ .

(٣١) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ١ من أبواب من يصح منه الصوم ، حديث ١١ و ١٥ .

(٣٢) - رابع الباب المقدم .

(٣٣) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ١٤ من أبواب من يصح منه الصوم .

(٣٤) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ١٩ من أبواب ما يمسك عنه الصائم .

موجب للحكم بغيره ، والقول الذي أشار إليه في الندب - وهو قول الشيخ - نقله عنه العلامة في التحرير ولم نجزم به أيضاً ، فعل قول الشيخ لا أصبح جنباً في صوم الكفارة فسد صوم ذلك اليوم ولم ينقطع به التتابع لعدم تهممه على انتهاء حرمة الصوم اختياراً .

قال رحمة الله : والبلوغ الذي تجب معه العبادات : الاحتلام أو الإناث ، أو بلوغ حس عشرة سنة في الرجال على الأظهر ، وتسع في النساء .

أقول : لا خلاف في البلوغ بالقسمين الأولين ، ولا فرق فيها بين الرجال والنساء ، وإنما الخلاف في البلوغ بالستين ، وبالخمس عشرة قال جمهور الأصحاب ، وقال ابن الجنيد ببلوغ أربع عشرة ، والمشهور في النساء البلوغ ببلوغ تسع سنين ، وفيه : عشر سنين .

وأما الختى فان أمنى من الفرجين حكم ببلوغه ، وكذا ان امنى من فرج الرجال وخاص من فرج النساء ، ولو امنى من فرج واحد احتمل الحكم ببلوغه ، لاشتراك الذكور والإإناث في البلوغ بالمني ، ويحتمل العدم ؛ لأن الحكم بالبلوغ مع خروج المنى هو المنى المتحقق خروجه من فرج الرجل أو المرأة ، وهو في الختى غير متحقق ؛ لأن احد الفرجين زائد بيقين وهو غير معلوم ، فيحتمل كونه هو الذي خرج منه المنى ، فيكون خروج المنى من غير الفرج ، وهو ليس معتبراً ، فلا يحكم بالبلوغ مع الشك بسببه .

في شهر رمضان

قال رحمة الله : أو يرى رؤية شائعة ، فإن لم يتفق ذلك وشهد شاهدان ، قيل : لا تقبل ، وقيل : تقبل مع العلة ، وقيل : تقبل مطلقاً ، وهو الأظهر أقول : القبول مطلقاً هو قول السيد وإن الجنيد ، واختاره المصنف والعلامة والشهيد وأبو العباس وقبول العدلين مع العلة ، ومع العدم لا يقبل إلا القسامة مذهب أبي الصلاح ، ومستند الجميع الروايات^(٣٥) .

فروع :

الأول : إذا رأى الملال عدلاً ولم يشهدأ عند الحاكم ، أو شهداً وردت شهادتها لعدم معرفته بها ، وجب الصوم على من سمع شهادتها إذا عرف عدالتها ، وكذا يجبر الافطار ، لقوله عليه السلام : « إذا شهد اثنان فصوموا وافطروا »^(٣٦) .

الثاني : إذا صاموا بشهادة العدلين ، فإن رأي الملال ليلة إحدى وثلاثين

(٣٥) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ١١ من أبواب أحكام شهر رمضان .

(٣٦) - راجع المصدر المتقدم . وبضمونه أحاديث كثيرة ، ولم ننشر عليه بالحظه .

فلا بحث ، وإن لم يُر فيها ، قال أكثر العلماء بالافطار ، لأنها لو شهدت ابتداءً على هلال شوال لوجب الافطار، فيكون الإفطار على ما ثبتاه أولًا بشهادتها أولى . وذهب مالك إلى عدم الافطار ؛ لأننا اتبعنا قولهم على الظن ، وقد تبينا خلافه فلا يجوز الإفطار .

ويترفع على هذا ما إذا شهدا بهلال شوال وأفطرت الناس ثم لم يُر بعد ثلاثة من شهادتها ، فضي أول يوم أفطر فيه الناس لظهوره من رمضان ، ولا كفارة للشبهة .

الثالث : لو اختلف الشاهدان في الإستقامة والانحراف بطلت شهادتها بالنسبة إلى غيرهما ، ولو اختلفا في زمان الرؤية مع اتحاد الليلة قبلت لعدم التضاد .

الرابع : لا يكفي قول الشاهد : (اليوم الصوم أو الفطر) ، لاحتياط استناده إلى عقيدته ، بل يجب على الحاكم استفساره . وهل يكفي قول الحاكم وحده في ثبوت الملال ؟ يحتمل ذلك لوجوب قبول قوله في جميع الأحكام ما لم يعلم الخطأ ، وهو هنا غير معلوم ، واختارة الشهيد في دروسه ، ويحتمل العدم ، لعموم^(٢٧) عدم ثبوت الملال بقول الواحد على غير مذهب سلار ، فإنه قبل قول الواحد في رمضان خاصة إحتياطاً للصوم ، هذا إذا قال : (اليوم الصوم أو الفطر) .

أما إذا قال : (رأيت الملال) ، لم يقبل وحده ، لكونه شاهداً حينئذ ، وهو لا يثبت بشهادة الواحد ، وهل يجب استفساره على السامع ؟

يحتمل الوجوب مطلقاً ، لاحتياط استناده إلى عقيدته مع احتياط مخالفتها عقيدة السامع .

(٢٧) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ١١ من أبواب أحكام شهر رمضان .

ويحتمل العدم مطلقاً ، لقبول قول الحاكم ووجوب اتباعه على ما ثبت عنده من الأحكام وإن لم يثبت عند غيره .

ويحتمل وجوب الاستفسار على المجتهد دون غيره ، إذ غير المجتهد فرضه التقليد وقد افتاه الحاكم فيجب عليه العمل بما أفتاه به ، والمجتهد لا يجوز له التقليد ، فلو لم يستفسره عن وجه الصوم أو الإفطار لينظر في وجه الحكم ، ويعمل على ما يثبت صحته عنده لكنه مقلداً للحاكم مع تحريم التقليد عليه ، فوجب استفساره .

الخامس : لو حصل الشياع بقول النساء أو الفساق ثبت الملال ؛ لأن الشياع لا يشترط فيه أن يكون من يقبل شهادته .

قال رحمه الله : ولو صام بنية رمضان لأمارة ، قيل : يجوزه ، وقيل : لا ، وهو الأشبه .

أقول : إذا نوى صوم يوم الشك من شهر رمضان لأمارة مثل قول المنجمين ، أو شهادة الواحد العدل على القول بعدم وجوب العمل بمذهب سلاط ، أو شهادة الفساق ثم ظهر أنه من رمضان ، احتمل الإجزاء هنا ؛ لأنه نوى الواجب في نفس الأمر مستنداً إلى ظن قد انكشف صدقه فيخرج به من العهدة ، ويلزم ابن أبي عقيل ولابن الجنيد العمل به ؛ لأنها فala بالاجزاء من غير أمارة فمع الأمارة أولى ، وكذا الشيخ في الخلاف فإنه أفتى بالاجزاء .

ويحتمل عدم الإجزاء ؛ لأنه اعتقاد وجوب ما ليس بواجب عليه ظاهراً حالة النية وإنما تكليفنا بالظاهر ، واعتقاد وجوب غير الواجب ظاهراً قبيح وإن كان واجباً في نفس الأمر ، والقبيح منهي عنه ، والنهي يدل على الفساد فيفسد صومه ، وهو مذهب معظم الأصحاب .

قال رحمه الله : ولو غمت شهور السنة عدّ كل شهر منها ثلاثة ، قيل :

ينقص منها لقضاء العادة بالنقيصة ، وقيل : يعمل في ذلك برواية الخمسة ، والأول أشبه .

أقول : قال الشيخ في المبسوط سو حكاه عن قوم من أصحابنا . قال : ومنى غمت شهور السنة كلها عدّها ثلثين ثلاثة ، فإن مضت السنة ولم يتحقق فيها هلال شهر واحد ففي أصحابنا من قال : يعد الشهور كلها ثلاثة ثلاثة ، قال : ويجوز عندي العمل على هذه الرواية التي وردت بأنه يعد من السنة الماضية خمسة أيام ، ويصوم اليوم الخامس ؛ لأن المعلوم أن لا تكون الشهور كلها تامة^(٢٨) .

وهي رواية عمران الزعفراني قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام إنما نمكث في الشتاء اليوم واليومين لا نرى شمساً ولا نجماً فـأي يوم نصوم ؟ قال : انظر اليوم الذي صمت من السنة الماضية ، وعد منه خمسة ، وصم اليوم الخامس »^(٢٩) وبه قال العلامة في المختلف لقضاء العادة بعدم تمام شهور السنة ، ولا يجوز السنـد على ما يعلم انتفاـءه ، وإنما يـبني على مجازـي العادـات ، والعادـة قاضـية بـتفاـوت هـذا العـدد في شـهـورـ السـنة ، واختـارـهـ في تحرـيرـهـ أـيـضاـ ، وـقـالـ فيـ القـوـاعـدـ: إـذـاـ غـمـتـ شـهـورـ السـنةـ فـالـأـقـرـبـ الـعـلـمـ بـالـعـدـدـ ، وـقـالـ فيـ الـإـرـشـادـ: فـالـأـوـلـ الـعـلـمـ بـالـعـدـدـ .

واختلف في تفسير العدد ، قال في التذكرة : ولا اعتبار بالمدد خلافاً لقوم من الحشوية ذهبوا إلى أنه معتبر وأن شهور السنة قسمان : تام وناقص ، ورمضان تام ابداً وشعبان ناقص ، وبهذا التفسير فسره صاحب الدروس ، والظاهر أن مراد العلامة في اختياره العمل بالمدد غير هذا العدد الذي نقله في

(٢٨) - المبسوط ١: ٢٦٨.

(٢٩) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ١٠ من أبواب أحكام شهر رمضان ، حدث ٣ .

التذكرة عن الحشوية ، وذكره صاحب الدرس ؛ لأن هذا لم يعمل به أحد من الأصحاب ، بل يحتمل أمرين .

الأول : ما ذكره المصنف وهو اعتبار عدد الجميع ثلاثة ثلثين ؟ لأن الشهر جملة من الزمان محفوظة بـ ثلاثين أو ثلثين يوماً ، وإذا تعذر علمه بالأهلة لم يبق غير العدد ، والأصل عدم النقيصة ، ويكون موافقا لما نقله الشيخ في المسوط عن بعض أصحابنا .

والآخر : رواية الخمسة ، وعليه شرح فخر الدين في إيضاحه ؛ لأنه مذهب والده في المختلف والتذكرة والتحرير ، ثم قال في آخر بحثه : والأقوى عندي ما قواه المصنف في الدرس ، وهو العمل بالعدد أعني كل شهر ثلاثة ثلثين ، يعني بالمصنف والده رحمهما الله .

في القضاء

قال رحمة الله : فلا يجب على الصبي ولا على المجنون إلا أن يكملأ قبل طلوع الفجر ، ولو كمالا بعد طلوعه لم يجب على الأظهر .

أقول : هنا ثلاثة مسائل .

الأولى : في الصبي ، قال الشيخ رحمة الله في الخلاف : الصبي إذا نوى الصوم وبلغ في الأثناء وجب عليه الإمساك ، وقال في كتاب الصلاة منه : إذا دخل في الصوم ثم بلغ أمسك بقية النهار تأدباً ، وبه قال ابن الجنيد ، واحتجتاره ابن إدريس والمصنف والعلامة ؛ لأن الصوم عبادة لا تقبل التجزئة، وهو في أول النهار لم يكن مكلفا بالصوم فلا يقع التكليف به في تاليه ، واحتج الشيخ على الأول بأنه بالغ مكلف يصح منه الصوم وقد انعقد صومه شرعا في أول النهار ، فيجب عليه اقامته .

الثانية : في المجنون ، قال في الخلاف : إذا أصبح مجنونا وأفاق ، في بعضه ونوى فلا قضاء عليه ، وهو يدل على وجوب الصوم عليه ، المشهور عدمه ، لما تقدم في المسألة الأولى .

الثالثة : المغمى عليه ، وقد سبق^(٤١) البحث فيها فلا فائدة في الاعادة.

قال رحمة الله : ولو أسلم في أثناء اليوم أمسك استحباباً ويصوم ما يستقبله وجوباً ، وقيل : يصوم إذا أسلم قبل الزوال ، وإن ترك قضى ، والأول أشبه .

أقول : القول بوجوب الصوم مع الإسلام قبل الزوال هو قول الشيخ في المبسوط ؛ لأن زمان يصح فيه ابتداء الصوم فوجب أن يصح صومه كالناسي .

وأجيب بأنه إنما يصح ابتداء الصوم في موضع يصح ابتداء النية كالناسي بخلاف موضع النزاع ، إذ الكافر لا يصح منه النية حالة^(٤٢) كفره ، وقال في النهاية بعدم الوجوب واختاره المصنف والعلامة ؛ لأنه لم يكن من أهل الصوم في أول النهار وقد بينا أن الصوم عبادة لا تقبل التجزأة ، فلا ينعقد مع تجديد النية .

قال رحمة الله : وتستحب الموالاة في القضاء إحتياطاً ، وقيل : بل يستحب التفريق للفرق ، وقيل : يتتابع في ستة ويفرق فيباقي للرواية ، والأول أشبه .

أقول : المشهور أفضلية التابع في القضاء ، ذهب إليه الشيخ رحمة الله وأبو الصلاح وابن الجنيد ، واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة ؛ لأنه مسارعة إلى فعل الخير ومبادرة إلى براءة الذمة ، ولأنه أحرط .

وذهب المفيد رحمة الله إلى أفضلية التفريق ؛ ليحصل الفرق بين الأداء

(٤٠) - ص ٣٢٩ .

(٤١) - وردت هنا زيادة في «ن» و«ي١» و«ي٢» وهي : (الصوم في أول النهار ، وقد بينا ان الصوم عبادة لا تقبل التجزأة ، فلا ينعقد مع تجديد النية حالة) .

والقضاء ، ولا يحصل إلا به فيكون أولى ، وللرواية المتضمنة لتابع السنة وتفريق الباقى ، وهي رواية عمار السباطي عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال : « سأله عن الرجل يكون عليه أيام من شهر رمضان كيف يقضيها ؟ فقال : إن كان عليه يومان فليفطر بينهما يوماً ، وإن كان عليه خمسة فليفطربنها أياماً وليس له أن يتبع أكثر من ستة أيام متالية ، وإن كان عليه ثانية أو عشرة أفطر بينها يوماً »^(٤٢) .

قال رحمة الله : وإن استمر المرض إلى رمضان آخر سقط قضاوه على الأظهر ، وكفر عن كل يوم من السالف بمقدار من طعام .

أقول : سقوط القضاء مذهب الشيخ وإبن الجنيد وإبن البراج ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس ؛ لأن العذر قد استوعب وقت الأداء والقضاء ، فوجب أن يسقط عنه القضاء كسقوط الأداء .

وعدم السقوط مذهب إبن إدريس وأبي الصلاح ، لعموم قوله تعالى : « ومن كان مريضاً أو على سفر فعده من أيام آخر »^(٤٣) ، لأن العبادة لا تسقط بفوات وقتها كالذين .

فرع : لو كان العذر غير المرض كالسفرة الطويلة بحيث يمتد إلى رمضان الثاني تعين القضاء بعد الثاني ولم يعوض عنه بالفدية ، لاختصاص النص^(٤٤) بعدر المرض .

قال رحمة الله : ولا يقضي الولي إلا ما نعكنت المسئل من قضائه وأهله ، إلا ما يفوت بالسفر فإنه يُقضى ولو مات مسافراً على رواية .

(٤٢) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ٢٦ من أبواب أحكام شهر رمضان ، حديث ٦ .

(٤٣) - البقرة : ١٨٥ .

(٤٤) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ٢٥ من أحكام شهر رمضان .

أقول : الرواية إشارة إلى ما رواه منصور بن حازم ، عن أبي عبدالله عليه السلام : « في رجل سافر في شهر رمضان فيموت ؟ قال يقضى عنه ، وإن امرأة حاضت في شهر رمضان فماتت لم يقضى عنها ، والمريض في شهر رمضان لم يصح حتى مات لم يقضى عنه »^(٤٥) ، وبضمونها افتى الشيخ في التهذيب . والمشهور مراعاة التمكّن ، فإن تمكّن من القضاء ولم يقضى وجب على وليه القضاء عنه ، ومع عدم التمكّن لم يجب القضاء ؛ لأن وجوب القضاء على الولي تابع لوجوبه على الميت ، وغير التمكّن لا يجب عليه فلا يجب على وليه . قال رحمة الله : ولو كان له وليان أو أولياء متساوون في السن تساووا في القضاء ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه من أن لفظة الولي يراد بها الواحد ، والتعدد ضد الوحدة فيسقط القضاء ، لأصلالة البراءة ، والاقتصر على مورد النص^(٤٦) وهو الولي الواحد ، ومن أن كل واحد من المتعددين لو انفرد لوجب عليه قطعاً فلا يسقط مع الاجتماع ، وعلى هذا جمهور الأصحاب وإبن إدريس على الأول ، وقال ابن البراج بالقرعة اذا لم يتبرع به أحدهم .

فروع :

الأول : لو تبرع غير الولي بالقضاء احتمل قوياً الإجزاء ؛ لأنه كالذين فيجوز التبرع بقضائه ، ومحتمل العدم ؛ لأنه حق بدني وجب على مكلف به وجوياً شرعاً ، فلا يجوز التبرع به عن الغير كال العبادة اللازم للمنكّف بالأصل ، واستقرّ في التحرير عدم الإجزاء مع عدم إذن الولي ، ومعه قال : فيه نظر ، ولم يفت بشيء .

(٤٥) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ٢٣ من أحكام شهر رمضان ، حديث ١٥ .

(٤٦) - راجع الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ٢٣ من أحكام شهر رمضان .

الثاني : لو استأجرت الولي غيره جاز ، سواء كان عاجزاً أو قادراً عليه ، وكذا الكلام في الصلاة ، وهو اختيار الشهيد وأبي العباس ، ويحتمل المنع لما قلناه في الفرع الأول .

الثالث : لا يشترط الترتيب في قضاء الصوم ، ولو كان عليه عشرة أيام وصامها عنه عشرة في يوم واحد أجزاً ، بخلاف الصلاة فإن الترتيب فيها واجب .

الرابع : لو مات الولي ولم يقض ، فإن لم يتمكن من القضاء فلا شيء على وليه ، وإن تمكنت اختار الشهيد الوجوب على وليه ، ويحتمل الصدقة من تركته ، والاستئجار .

الخامس : لا فرق فيها يجبر قضاوتها عن الميت بين أن يكون لازماً بالأصل كرمضان ، أو بالعارض كالنذر وشبهه ، إذا تمكنت من فعله ومات ولم يفعله .

السادس : إذا فضل يوم مع تعدد الأولياء كان فرض كفاية ، فإن قام به بعض سقط عن الباقين وإن لم يقم به أحدهم ألزم الجميع من غير تخصيص ، فإن استأجروا واحداً منهم عن حصصهم جاز على القول بجواز الاستئجار ، ولو سو استأجروه عن الجميع بطل في قدر حصته واسترجع منه من الأجرة بقدرها ، ولو صاموا جميعهم أجزاً ، فإن كان قضاء عن رمضان وافطروا بعد الزوال احتمل سقوط الكفار ، لأصله براءة الذمة واحتصاصها بالقاضي عن نفسه ، ويحتمل وجوب كفارة واحدة على الجميع ، ويكون فرض كفاية على الجميع كالأصل ، ويحتمل وجوباً على كل واحد منهم بافتراضه في قضاء رمضان بعد الزوال ، ويحتمل وجوباً على من أفتر أخيراً ، لتعيين الصوم عليه بافتراضه ، ولو بقي أحدهم على الصوم لم يجب على المفتر شيئاً لتحقيق صوم القضاء .

السابع : لو تصدق الولي - عن كل يوم بعد - عن الواجب على الميت لم يجز ، سواء كان من مال الميت أو من مال الولي ، وظاهر الشيخ في الجمل والميسوط الجواز ، أما لو كان عليه شهرين متتابعين فصوم الولي شهران وتصدق

من مال الميت عن شهر أجزأ لرواية الوشا^(٤٧) ، عن الرضا عليه السلام ، والصدقة عن الشهر الثاني ، وأوجب ابن إدريس قضاءهما إلا أن يكونا من كفارة مخيرة فيتخير .

قال رحمة الله : وهل يقضى عن المرأة ما فاتها ؟ فيه تردد .

أقول : من أن الغالب تساوي الذكور والإناث في الأحكام الشرعية ، ولأن إبراء ذم المكلفين أمر مطلوب للشارع قضية لحكمته تعالى ورحمة منه على العالمين ، ومن اختصاص النص^(٤٨) بالوالد فلا يتعدى إلى غيره ، ولا صالة براءة الذمة .

وبالأول قال الشيخ في النهاية والمبسط والعلامة في المختلف ، واختاره أبو العباس ، والثاني قال ابن إدريس .

أما العبد فلا يقضى عنه على المختار عند الأصحاب .

قال رحمة الله : وإذا لم يكن له ولد أو كان الأكبر أثني سقط القضاء ، وقيل : يتصدق عن كل يوم بمقدار من تركته .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : إذا لم يكن له ولد ، وفيه ثلاثة أقوال :

الأول : السقوط لا إلى بدل ، وهو قول ابن إدريس ، واختاره المصنف لأصالة البراءة .

الثاني : الاستيغار من التركة كالاستيغار للحج ، وهو مذهب أبي الصلاح الحلبي .

الثالث : الفدية عن كل يوم بعد ، قاله الشيخ ، واختاره العلامة

(٤٧) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ٢٤ من أحكام شهر رمضان ، حديث ١ .

(٤٨) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ٢٢ من أحكام شهر رمضان .

والشهيد ، واستند الجميع إلى الروايات^(٤٩) .

الثانية : إذا كان الأكبر أنشى ، قال : الشيخ بوجوب الصدقة من تركته عن كل يوم بعد ، وهو مذهب ابن حمزة وابن إدريس ، واختياره العلامة ، وقال المفید : فإن فقد أکبر الولد فاکبر أهله من الذکور ، فإن فقدوا فالنساء .

وفي هذا الكلام حكمان ، الاول : أن الولاية لا تختص بالأولاد . الثاني : مع فقد الذکور يكون الولي هو الأکبر من النساء ، وبه قال إينا بابوه^(٥٠) ، وهو ظاهر ابن الجنید ، واختياره الشهید ، قال : وهو ظاهر القدماء والاخبار ، والمختار الأول .

إحتاج الأولون باصالة البراءة ، والآخرون بأنه يصدق عليه اسم الولي فيتناوله الأمر .

قال رحمة الله : إذا نسي غسل الجنابة ومر عليه أيام أو شهر كله ، قيل : يقضى الصلاة والصوم ، وقيل : يقضي الصلاة حسب ، وهو الظاهر .

أقول : قضاء الصوم والصلاحة مذهب الشيخ في النهاية والمبسوط وبه قال محمد بن بابويه ، واختياره العلامة وأبو العباس ؛ لأنه أخل بشرط الصوم - وهو الطهارة من الجنابة في أول النهار مع علمه بالحدث - فكان عليه القضاء ، والتسیان عذر في سقوط الإثم وما يترب عليه من الكفارۃ لا في سقوط القضاء ، ولأنه لم يأت بالمامور على وجهه فيبقى في عهدة التکلیف .

وذهب ابن إدريس إلى عدم قضاء الصوم ، واختياره المصنف ؛ لأن الصوم ليس من شرطه الطهارة من الجنابة مع عدم الذکر ، وإلا لم يصح من

(٤٩) - راجع الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ٢٣ من أبواب أحكام شهر رمضان . وصرح السیوري : بأن العلیی قال مسألتنا هذه علم مسألة الحج ، وهو بنی عن عدم وجود نص له في المقام .

(٥٠) - في «ن» و «ر٢» : ابن بابويه .

كتاب الصوم حصلت له في النهار أو من الليل ثم يغلب عليه النوم حتى يصبح ، وإنما الشرط عدم البقاء على الجنابة ، وهذا لم يتعمد فلا يبطل صومه ، ولأصالحة براءة الذمة من وجوب القضاء ما لم يرد الدليل .

في الكفارات

قال رحمه الله : ما يجب فيه الصوم مع غيره : وهو كفارة القتل العمد ،
فإن خصاها الثلاث تحب جيماً ، وألحق بذلك من أفتر على عمر في شهر
رمضان عاماً على رواية .

أقول : قد سبق البحث في هذه المسألة^(١) ولا فرق بين أن يكون محاماً
بالأصل أو بالعارض .

قال رحمه الله : وفي كفارة جزاء الصيد تردد ، وتنزيلها على الترتيب
أظهر ، وألحق بهذا كفارة شق الرجل ثوبه على زوجته أو ولده ، وكفارة خدش
المرأة وجهها ونتفها بشعر رأسها .

أقول : التخيير في كفارة الصيد مذهب ابن إدريس ، واختاره العلامة
في المختلف ، والترتيب مذهب الشيخ في النهاية ، وبه قال محمد بن بابويه ،
واختاره المصنف ، واستدل الجميع بالروايات^(٢) ، وسيأتي البحث في كفارة

(١) - ص ٣١٨ .

(٢) - الوسائل ، كتاب العجج ، باب ٢ من أبواب كفارات الصيد ، وباب ١٤ من أبواب بقية كفارات الأحرام .

شق الثوب وخدش الوجه ونتف الشعر إنشاء الله تعالى .

فرع : المشهور أن من وجب عليه القضاء والكفارة يقدم ما شاء منها مع اتساع الوقت ، وإن تضييق القضاء بان تضيق رمضان الثاني وجب تقديم القضاء ، ومنع ابن أبي عقيل من صوم النذر والكفارة لمن عليه قضاء رمضان ؛ لأنه كالأصل ، ولأنه وجب بأصل الشرع فيكون أولى ، فالعمل على المشهور ؛ لاشتراك الجميع في الوجوب فمع عدم التضييق يتخير المكلف في تقديم ما شاء ، فان كان النذر معيناً يلزم تعيين ذلك الزمان له .

فرع آخر : لو كان عليه قضاء رمضان ونذر صوم شعبان تلك السنة ، أو كان عليه صوم شعبان دائمًا ثم وجب عليه قضاء رمضان ، احتمل قوله تضييق القضاء في رجب لمساواة شعبان لرمضان في تعين صومه لغير القضاء ، ولو امتهناً حتى هل شعبان ، صام شعبان للنذر وقضى رمضان بعد رمضان ، ثم يكفر عن كل يوم بمد ، وإن كان غير متهاون قضاء بعد رمضان ولا كفارة . وبختتم ضعيفاً عدم التضييق في رجب لإطلاق الأصحاب عدم التضييق مالم يتضييق رمضان الثاني ، فحيث ذُر بتخدير في شعبان إن شاء صامه عن النذر ثم يقضي رمضان بعد رمضان مع الكفار على التفصيل السابق ، وإن شاء صام القضاء ثم يقضي النذر بعد رمضان ويلزمـهـ كفارة خلف النذر ، لأن العذر مـالـ يـمـكـنـهـ معـهـ الفعلـ كـالـمـرـضـ اوـمـكـنـهـ ولاـ يـصـحـ منـهـ كالـحـيـضـ ، وهـذـاـ يـمـكـنـهـ ويـصـحـ منهـ فـلاـ عـذـرـ لهـ .

قال رحمة الله : وألحق به من وجب عليه شهر في كفارة قتل الخطأ أو
الظهار لكونه ملوكاً ، وفيه تردد .

أقول : الضمير في قوله : (وأحق به) أي : من وجب عليه شهر متتابع بنذر . ووجه التردد من أن حله على النذر وعلى الحرج قياس لا يجوز العمل به ،

فيبيقى على أصله وجوب التتابع ، ومن أن كفارة العبد نصف الحر فكما كان التنصيف في العدد فكذلك يكون في الوصف ، وكما حصل التتابع بشهر ويوم من الآخر للحر ، فكذا يحصل بنصف شهر للعبد ؛ لأن الشهر في معرض النقصان ، فلو أوجبنا عليه ستة عشر يوماً لزدنا على حكم الشهرين .

تبنيه : لا يكفي مجاوزة النصف في الشهر المعين مطلقاً ، سواء قيده بالتتابع أو لم يقيده لتعيينه بالنذر . وإنها يكفي في المطلق المقيد بالتتابع ، كان يقول : الله علىَّ أن أصوم شهراً متتابعاً ، فهذا يكفي فيه تتابع النصف ويجوز تفريق النصف الآخر ، وإن لم يقيده بالتتابع لم يجب تتابع شيء منه ، ولو زاد نذر الصوم المتتابع على الشهر أو الشهرين لم يجز تفريق شيء منه ووجب متتابعة الجميع ، لوجوب مراعاة الشرط في النذر ، خرج منه الشهر أو الشهرين لورود النص^(٥٣) وفتوى الأصحاب ، يبقىباقي على المنع من مخالفته ما شرطه النادر ، والشيخ طرد الحكم في السنة ، والمشهور الأول .

قال رحمة الله : وقيل : القاتل في أشهر الحرم يصوم شهرين منها ولو دخل فيها العيد وأيام التشريق ، والأول أشهه .

أقول : القاتل بذلك هو الشيخ معتمداً على رواية زراره^(٥٤) ، عن أبي جعفر عليه السلام ، والمشهور تحرير صوم أيام التشريق مطلقاً ، سواء كان في كفارة أو غيرها ، وإنها يحرم صوم أيام التشريق على من كان بمنى لا مطلقاً ، واشترط العلامة كونه ناسكاً لا مطلقاً ، وجزم به في القواعد ولم يجزم في التحرير ، بدل قال : فيه نظر ، وأكثر فتاوي الأصحاب إطلاق التحرير من غير قيد

(٥٣) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ٣ وباب ٥ من أبواب بقية الصوم الواجب .

(٥٤) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ٨ من أبواب بقية الصوم الواجب ، حديث ١ و ٢ .

بنسخ حج أو عمرة ، لإطلاق الروايات^(٥٥) الحالية عن قيد الإحرام ، وكان العلامة نظر إلى عدم تحرير صوم أيام التشريق في غير منى فلا علة لتحريرها حيث أنها لا تكون حراماً بحاجة أو عمرة ، ولانع أن يمنع كون الإحرام علة التحرير .

في الصوم المكره والمحظوظ

قال رحمة الله : وصوم الضيف نافلةٌ بغير إذن مضيفه ، والأظهر أنه لا ينعقد مع النبي .

أقول : وجه عدم إنعقاده مع النبي أنه يكون صوماً منها عنه والنبي يدل على الفساد ، ويتحمل الإنعقاد ، لأصلة الصحة .

قال رحمة الله : وصوم الوصال ، وهو أن ينوي صوم يومٍ وليلةٍ إلى السحر ، وقيل : هو أن يصوم يومين مع ليلةٍ بينها .

أقول : مذهب الشيوخين هو أن يجعل عشاءه سحوره وعليه أكثر الأصحاب ، واختاره العلامة ؛ لأنَّه مخالف لوضع الشرع لأن الشارع أوجب الصيام إلى الليل فمن تعداه كان مبدعاً .

وقال ابن إدريس : هو أن يصوم يومين من غير أن يفطر بينها .

تنبيه : إنما يحرم الامساك بعد الغروب ويسمى صوم الوصال على التفسيرين إذا كان مع النية ، أما لو أمسك من غير نية ولا قصد الصوم لم يكن حراماً ، سواء كان بعض الليل أو كله ، ومع النية يحرم وإن قل الزمان لمخالفته الشارع ؛ لأن المخالفة تصدق على القليل كما تصدق على الكبير .

في اللواحق

قال رحمه الله : الشرائط المعتبرة في قصر الصلاة معتبرة في قصر الصوم ، ويزيد على ذلك تبیت النية ، وقيل : لا يعتبر ، بل يكفي خروجه قبل الزوال ، وقيل : لا يعتبر أيضاً ، بل يجب القصر ولو خرج قبل الفروب ، والأول أشبه .

أقول : تبیت النية من الليل مذهب الشيخ في النهاية ؛ لأنه إذا لم ينو السفر من الليل أصبح صائماً صوماً مشرعاً فلا يبطل بالسفر ؛ لأن قد حصل بعد انعقاد العبادة ، وعدم اعتبار النية والإكتفاء بالخروج قبل الزوال مذهب المقید وابن الجنید ، واحتاره العلامة وأبو العباس ؛ لأنه مع الخروج قبل الزوال يمضي عليه أكثر النهار مسافراً وكان له حكم جمیعه على ما عهد في عرف الشرع من اعتبار الأكثر كاعتبار الجميع ، ولأن هذا الزمان محل النية للساهي وللجهال بوجوب صوم ذلك اليوم ، فوجب أن يكون محل النية في الإفطار لمن تمدد له عزم السفر المنافي للصوم ، وأما وجوب الإنعام مع الخروج بعد الزوال فلأنه صام أكثر النهار ، فوجب أن يكون للأقل حكم الأكثر ؛ لأن حكم الأكثر حكم الجميع .

واما القصر ولو خرج قبل الغروب فهو مذهب علي بن بابويه ، لصدق اسم السفر عليه فيدخل في عموم الآية^(٥٦) الموجبة للقصر على الصائم ، ولأن السفر مناف للصوم والصوم عبادة فلا يقبل التجزي ، وقد حصل المناف في جزء منه فأبطله ، فيبطل أجمع ببطلان جزئه .

قال رحمة الله : وكل سفر يجب قصر الصلاة فيه يجب قصر الصوم وبالعكس ، إلا الصيد للتجارة على قول .

أقول : قد سبق البحث في هذه المسألة في كتاب الصلاة^(٥٧) .

قال رحمة الله : وقيل : يلزمهم الإنعام مطلقاً عدا المكاري .

أقول : قد سبق^(٥٨) البحث في هذه أيضا .

قال رحمة الله : الهم والكبيرة ذو العطاش يفطرون في رمضان ويتصدقون عن كل يوم بمد من طعام . ثم إن امكן القضاء وجب وإلستق . وقيل : إن عجز الشيخ والشيخة سقط التكبير ، كما يسقط الصوم ، وإن أطاقا بمشقة كفرا ، والأول أظهر .

السابعة : الحامل المقرب والمريض القليلة اللbin يجوز لها الافتقار في رمضان ، وتقضيان مع الصدقة عن كل يوم بمد من طعام .

أقول : هنا ثلاثة مسائل :

الأولى : الشيخ والشيخة لو عجزا عن الصيام أفترا وسقط القضاء عنها ، وهل يجب الكفاره ؟ قال الشيخ ولابن أبي عقيل ولابن الجنيد ولابن البراج

(٥٦) - البقرة : ١٨٤ .

(٥٧) - ص ٢٢٥ .

(٥٨) - ص ٢٢٦ .

بالوجوب ، واختاره المصنف وأبو العباس في المحرر ، وبه قال الشهيد ،
والمستند الأحاديث^(٦٠) .

وقال المفید تسقط الكفارۃ مع تحقق العجز و يجب إن طلاقه بمشقة ، وبه
قال السيد المرتضی و سلار و ابن إدريس ، و اختاره العلامۃ ، لقوله تعالى :
﴿و علی الذین یطیقونه فدية طعام مسکین ﴾^(٦١) دلیل بمفهومه على سقوط الفدية
عن الذی لا یطیقه ، ولأنه عاجز عن الصوم فیسقط عنه أداء أو قضاءاً ، وإلا
لزم تکلیف ما لا یطاق ، والکفارۃ إما بدل عن فعل واجب أو سقط لذنب
صدر عن فعل المکلف ، وهم منفیان هنا ، ولو عجز عن الصدقة سقطت
إجماعاً .

الثانية : ذو العطاش ، وهو قسان ، إما أن یرجى زواله أولاً ، فالأول
یفطر ويقضی مع البرء ، وهل یجب الكفارۃ؟ قال الشیخ : نعم ، وبه قال سلار
وابن حزنة وابن البراج ، و اختاره أبو العباس في المحرر ؛ لأنه أفتر لصلحته
فوجب عليه الكفارۃ كالشیخ العاجز ، وقال المفید والسيد المرتضی : لا يجب ،
لأصالة براءة الذمة ، ولأنه مريض فلا يجب عليه کفارۃ مع القضاء كغيره ،
واختاره العلامۃ في المختلف .

والثاني - وهو الذي لا یرجى زواله - لا قضاء عليه ، وهل یجب الكفارۃ؟
قال الشیخ : نعم ، وبه قال السيد المرتضی وابن إدريس ، و اختاره العلامۃ
وأبو العباس في المحرر ؛ لأنه عجز عن الصيام أداء أو قضاء أو کفارة على الصدقة ،
كمالاً واستمر به المرض إلى رمضان آخر .
وقال سلار لا يجب الكفارۃ ، لأصالة براءة الذمة .

(٥٩) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ١٥ من أبواب من يصح منه الصوم .

(٦٠) - البقرة : ١٨٤ .

الثالثة : الحامل المقرب والموضع القليلة للبن ، والبحث فيها في حكمين :

الأول : في وجوب القضاء ، وقد جزم به المصنف ، وهو المشهور بين الأصحاب ؛ لأنها افطرا لصلحتها فوجب عليها القضاء كالمريض ، ولأن القضاء وجب مع الإنفطار بأبلغ الأعذار وهو المرض ، فوجوبه مع الأدنى أولى ، وقال ابن بابويه في الرسالة : لا يجب القضاء ، بل يجب الصدقة عن كل يوم بعد ، لأصالة براءة الذمة من وجوب القضاء ، وأنه إنما يجب بأمر جديد ، ولأنها أفطرنا بالعذر فاشبها الشيخ الفاني .

الثاني : وجوب الفدية ، وهو المشهور ، وقال ابن الجنيد بالاستحباب .

فروع :

الاول : لو خافت المرأة على نفسها لا على الولد جاز لها الإنفطار ، وهل يجب الفدية ؟ يتحمل ذلك ؛ لأن الرواية^(٦١) وردت مطلقة ، ولكن قيدوا بالولد ، ومحتمل عدم الوجوب ؛ لأن مع الخوف على الولد تكون كالمريض وهو لا فدية عليه ، وأصالة براءة الذمة .

الثاني : هذه الفدية من مالها وإن كانت ذات بعل .

الثالث : لا فرق في خوف المرأة على ولدها نسبا أو رضاعا ، ولا فرق بين المستأجرة والمتربرعة ما لم تقم غيرها مقامها .

الرابع : لو قام غير الأم مقامها في الرضاع روعي صلاح الطفل ، فإن تساوتا وتبرعت الأجنبية بالرضاع من غير أجرا ، أو طلبت أجرا متساوية لاجرة الأم - إن كانت مستأجرة - لم يجز الإنفطار ، لعدم الضرورة حينئذ ، وإن كانت

(٦١) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ١٧ من أبواب من يصح منه الصوم .

الام أرفق في الولد أو كان لبنتها أفعى من لبن غيرها جاز لها الإفطار وإن تبرعت الأجنبية .

ويحتمل عدم الإلتئمات إلى الأجنبية مطلقاً لعموم قوله : «أفضل ما يرضع الولد لبيان امه»^(١) وذلك لا يخلو من حكمة إما ظاهرة في جسمه أو باطنة في أخلاقه ، وهذا ليس بعيداً من الصواب ، والتفصيل الأول مذهب الشهيد في دروسه .

الخامس : هذا الإفطار واجب مع ظن الضرر بتركه ، ولو صامت حينئذ لم يجز صومها ووجب قضاوته ، لكنه منهيا عنه ، والنهي يدل على الفساد .

السادس : يجوز الإفطار مع خوف التلف ، ولا فرق بين العطش والجوع ، ولا بين المحرمين والشافعين ، والذي يسوغ إنما هو قدر دفع الضرورة ، فلو تجاوزها وجب القضاء والكفارة ، ولو خاف التخلف عن الرفقه في الحال أو في المستقبل بسبب ترك الشبع جاز حينئذ ولا إثم ولا كفارة .

قال رحمة الله : من نام في رمضان واستمر نومه ، فإن كان نوى الصوم فلا قضاء عليه ، وإن لم ينبو فعليه القضاء ، والمحتون والمغمس عليه لا يجب على أحد هما القضاء ، سواء عرض ذلك أياماً أو بعض يوم ، وسواء سبقت منها النية أو لم تسبق ، سواء عولج بما يفطر أو لم يعالج على الأشهي .

اقول : هنا مسألتان :

الأولى : النائم إذا نوى ليلاً ثم استمر النوم به إلى آخر النهار صبح صومه ولا قضاء عليه ، وإن لم ينبو فإن استيقظ قبل الزوال جدد النية ولا قضاء عليه أيضاً ، وإن وجب القضاء ، وإن استمر به النوم أياماً صبح صومه أول يوم

(٦٢) الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٦٨ ، حديث ٢ و باب ٧٨ حديث ٥ من أبواب أحكام الأزد .

إن كان قد نوى صومه ووجب قضاءباقي لعدم حصول النية المشترطة في كل يوم ، وإن نام ولم ينوه الجميع ، هذا هو المحقق عند الأصحاب ، وعلى القول بإجزاء النية المتقدمة عليه أو الإكتفاء بنية واحدة من أوله لا يجب القضاء مع وقوع أحدهما منه .

وقال ابن إدريس : النائم غير مكلف بالصوم وصومه غير شرعي ، فعل هذا لا يجب القضاء مطلقا ، سواء نام يوماً أو أياماً ، وسواء سبقت النية أو لم تسبق .

الثانية : في المجنون والمغمى عليه ، وأوجب الشيخ القضاء عليها بتناول المفتر أو طرح في حلقة أحدهما على وجه المداواة ، قال : لأن ذلك لمصلحته سواء أفاق في بعض النهار أو لم يفق ، وقال ابن إدريس بعدم وجوب القضاء ؛ لأنه غير مكلف فلا يجب عليه بتناول المفتر شيء ، وهو المشهور عند المؤخرين .

قال رحمة الله : ومن يسوغ له الإفطار في شهر رمضان يكره له التملي من الطعام والشراب ، وكذا الجماع ، وقيل : بحرم ، والأول أشبه .

أقول : في هذه المسألة ثلاثة مذاهب : تحريم الجماع والتتملي ، وكراهتها معا ، وتحريم الجماع وكراهة التتملي ، فتحريم الجماع والتتملي من الطعام مذهب أبي الصلاح ، وكراهتها معاً مذهب ابن الجيني ، وتحريم الجماع وكراهة التتملي مذهب الشيخ .

وأكثر المؤخرين على الكراهة في الجميع ، لقوله تعالى : «**وَمَنْ كَانَ** مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخْرَى»^(١٢) الآية ، فان معناه توسيع الإفطار ،

والمفتر لا يحرم عليه شيء ، ولعموم قوله تعالى : «فَأَتُوا حَرَثَكُمْ أُنُّ شِسْتَمْ»^(١٤) والمانع لا يصلح للهانعية ؛ لأن المانع إنها هورمضان ، وإنها يكون مانعا لوجب صومه ، والتقدير أنه غير واجب ، فلا يكون مانعاً .

واحتاج المانع بالروايات^(١٥) الدالة على مطلوبه ، ولأن رمضان له حرمة عظيمة ، وإنها رخص للمسافر في الافتقار والتقصير في الصلاة لموضع التعب ووعلت السفر رحمة وتخفيفا منه تعالى ، فيقتصر على موضع الحاجة دون الجماع ،
إذ لا حاجة فيه .

(١٤) - البقرة : ٢٢٣ .

(١٥) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ١٣ من أبواب ما يصح منه الصوم .

كتاب الاعتكاف

في شرائطه

قال رحمة الله : و اذا مضى له يومان وجب الثالث على الاظهر .
أقول : وجوب الثالث مذهب الشيخ في النهاية ، وبه قال ابن الجنيد ،
واختاره أبو العباس في المحرر ، لرواية أبي عبيدة الحذاء عن أبي جعفر عليه
السلام « قال : من اعتكف ثلاثة فهو يوم الرابع بال اختيار ، إن شاء زاد يوما آخر
وإن شاء ان يخرج خرج من المسجد ، فإن أقام يومين بعد الثلاثة فلا يخرج حتى
يستكمل الثلاثة »^(١) .

وقال في المبسوط بوجوبه بالشروع كالجمع ؛ لأن إطلاق الروايات^(٢) على
وجوب الكفارة على المعتكف بافساده يدل على وجوبه مطلقاً .

وذهب السيد المرتضى وأبن إدريس إلى عدم الوجوب مطلقاً وجواز
الخروج متى شاء ، واختاره العلامة في المختلف ؛ لأن عبادة مندوبة فلا يجب
بالشروع فيه كالصلوة والصوم وغير ذلك من العبادات التي لا تلزم بالشروع .

(١) - الوسائل ، كتاب الاختلاف ، باب ٤ ، حديث ٣ ، بتفاوت ، فرابع .

(٢) - الوسائل ، كتاب الاختلاف ، باب ٦ .

قال رحمه الله : ولو نذر اعتكاف ثلاثة من دون لياليها، قيل: يصح ، وقيل : لا ؛ لأنه بخروجه عن قيد الاعتكاف يبطل اعتكاف ذلك اليوم .

أقول : قال في الخلاف : إذا قال : (علي الله أن اعتكف ثلاثة أيام) ، لزمه ذلك ، فإن قال متابعاً لزمه بينها ليتان ، وإن لم يشرط التابع جاز أن يعتكف نهاراً ثلاثة أيام بلا لياليها . وقال في المسوط : إذا نذر اعتكاف ثلاثة أيام وجب عليه أن يدخل فيه قبل طلوع الفجر من أول يوم إلى بعد الغروب من ذلك اليوم وكذلك اليوم الثاني والثالث ، هذا إذا أطلقه .

وان شرط التابع لزمه الثلاثة الأيام بينها ليتان ، والمشهور دخول الليالي مطلقاً ؛ لأن الاعتكاف لا يكون أقل من ثلاثة أيام ، والمفهوم دخول الليالي ، فيجب الكون في المسجد قبل طلوع الفجر من أول يوم إلى غروب الشمس من اليوم الثالث .

فرع : هل يجوز ابتداء الاعتكاف في أثناء النهار؟ نص الشيخ في المسوط على عدم الجواز ، قال : لأنه لا بد من الصوم ، والصوم لا يكون إلا من أول النهار . وفي هذا التعليل نظر؛ لأننا لو فرضنا كونه في رمضان أو غيره من الصوم الواجب أو الندب ، ثم اعتكف في وسط النهار كان الشرط موجوداً ، فإن صح اعتكافه بطل حكم الشيخ بعدم الصحة ، وإن بطل اعتكافه بطل تعليل الشيخ عدم الصحة لعدم الصوم ، إذ التقدير أنه صائم ، والشرط هو الصوم مطلقاً ، سواء كان لسبب غير الإعتكاف أو به .

والأجود أن يقال : إن الاعتكاف لا يصح أقل من ثلاثة أيام ، واليومحقيقة ما بين طلوع الفجر إلى غروب الشمس ، والملحق من يومين لا يصدق

عليه اسم اليوم وإن صدق عليه اسمه مجازاً؛ لأن اللفظ إذا أطلق حمل على الحقيقة ما لم يحصل قرينة تصرفة إلى المجاز، ولا قرينة هنا.

تبنيه : لا بد من نية الاعتكاف والصوم معاً لكونهما عبادتين متغایرتين فلا يكفي نية أحدهما عن الأخرى لاشتراط النية في كل عبادة ، فإن أتهد السبب جاز جمعهما في نية واحدة ، فيقول : (اعتكف غداً صائمًا) أو (أصوم غداً معتكفاً لوجوبه أو ندبه قربة إلى الله)، وإن اختلف السببان وجب نيتان ، فيقول : (اعتكف غداً لوجوبه أو ندبه قربة إلى الله) ، ثم يقول : (أصوم غداً من رمضان ، أو لوجوبه بالنذر ، أو عن كفاراة كذا لوجوبه ، أو ندبه قربة إلى الله). ويكتفى في الاعتكاف نية واحدة ، فيقول : (اعتكف ثلاثة أيام ، أو عشرة ، أو شهر كذا ، لوجوبه أو ندبه قربة إلى الله)؛ لأن الاعتكاف عبادة واحدة ، ولا بد من تجديد نية الصوم في كل يوم ؛ لأن صوم كل يوم عبادة بانفراده .

قال رحمة الله : وقيل : لا يصح إلا في المساجد الأربعـة : مسجد مكة ، ومسجد النبي صلى الله عليه وآله ، ومسجد الجامع بالكوفة ، ومسجد البصرة ، وقائل جعل موضعه مسجد المدائن ، وضابطه : كل مسجد جمع فيهنبي أو وصي جماعة ، ومنهم من قال : جمعة ، .

أقول : الاقتصار على المساجد الأربعـة التي عددها المصنف أو لا مذهب الشيخ والسيد المرتضى ، وهو المشهور بين الأصحاب ، ولم يُلم عليه روایات^(٢) كثيرة ، وجعل علي بن بابويه موضع مسجد البصرة مسجد المدائن ، قال : والعلة في ذلك أنه لا يعتكف إلا في مسجد جمع فيه إمام عدل ، وقد جمع النبي

صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بِمَكَّةَ ، وَجَعَ امِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي هَذِهِ
الْمَسَاجِدِ ، وَقَدْ رُوِيَ^(٤) مسجدُ الْبَصَرَةَ ، وَكَفَى ابْنَ ابْي عَقِيلَ بِمَعْلِقِ الْمَسَاجِدِ ،
وَاسْتَدَلَ الْجَمِيعُ بِالرَّوَايَاتِ^(٥) .

(٤) - المصدر السابق، حديث ١٢.

(٥) - الوسائل، كتاب الاعتكاف، باب ٣ هذا المشهور، ودليل ابن باز فيه نقله في السراج ١: ٤٢١، ويظهر
من كشف الرموز ١: ٣١٧ والمهذب الرابع ٢: ٩٨ أنه لم يتمسك برواية .

في أقسامه

قال رحمة الله : والثاني لا يجب المفهي فيه حتى يمضي يومان فيجب
الثالث ، وقيل : لا يجب ، والأول أظهر .
أقول : قد سبق ^(١) البحث في هذه .

قال رحمة الله : ولو شرط في حال نذره الرجوع اذا شاء كان له ذلك أئمه
وقت شاء ولا قضاء ، ولو لم يشترط وجب استئناف ما نذرء إذا قطعه .
أقول : هذه المسألة لم يتردد فيها المصنف ولا ذكر فيها خلافا ، ولكنها
من المسائل المهمة من علم الفقه ، وهي ذات شعب وفروع ، فأحبببت أن
أكشف رموزها ونكاتها وأين فروعها وتحقيقاتها وبالله المستعان ، فنقول :
يمجوز اشتراط الرجوع عند العارض قطعا ، لقول الصادق عليه السلام :
« واشترط على ربك في اعتكافك كما تشرط عند احرامك بأن لك في
اعتكافك ان تخرج عند العارض ، إن عرض لك من علة تنزل بك من الله » ^(٢)

(١) - ص ٣٦٢ .

(٢) - الوسائل ، كتاب الاعتكاف ، باب ٩ ، حدث ٢ .

وهل يجوز اقتراحًا ، كان يقول : (ولي الرجوع متى شئت) ؟ عبارة المصنف هنا ، والعلامة في القواعد تعطي الجواز ، وجزم به الشهيد ، قال : ولو شرط الرجوع متى شاء اتبع ولم يقيد بالعارض ، وهو مذهب أبي العباس في المحرر . وظاهر الخبر وعبارات الفقهاء التقيد بالعارض ؛ لأنهم شبها الشرط هنا بالشرط في الإحرام ، والإشتراط في الإحرام إنما يصح مع العارض ، ولأن النذر لازم والتخيير ينافي ، وهو ظاهر الشيخ في المسوط ؛ لأن عبارته فيه : إذا شرط المعتكف على ربه إن عرض له عارض رجع فيه ، وظاهر العلامة في تحريره كذلك .

ووقت هذا الشرط عند عقد النذر إن كان الاعتكاف منذوراً ، فيقول : (له علي أن اعتكف الشهر الفلافي ، أو ثلاثة أيام مثلاً - ولـي الرجوع فيه عند العارض) ، أو مطلقاً على جواز الاقتراح ، وإن كان مندوباً ففي ابتداء اعتكافه فيقول : (اعتـكـفـ ثـلـاثـةـ أـيـامـ أـوـ أـكـثـرـ عـلـىـ قـدـرـ مـاـ يـنـوـيـهـ - ولـيـ الرـجـوعـ إـذـاـ شـتـتـ ، أوـ مـعـ العـارـضـ) ، فلو اطلق عند النذر وشرط في ابتداء اعتكافه لغنى الشرط ولم يثمر شيئاً .

إذا عرفت هذا فالاعتكاف إما واجب أو مندوب فإن كان مندوباً وشرط فيه الرجوع ، فإن كان الشرط مع العارض يعتمد به ، فان قلنا : يلزم بالشروط كما ذهب إليه الشيخ في المسوط - وحصل العارض في الأولين جاز الرجوع قطعاً ، وإن حصل في الثالث ، قال في المسوط : لم يكن له الرجوع ؛ لأن الشرط إنما يؤثر فيها يوجبه للإنسان على نفسه ، واليوم الثالث وجب بأصل الشرع ، وسيبه مضي اليومين .

وقيل : يجوز الرجوع مطلقاً قضية للشرط ، وهو مذهب الشهيد نقله عن النهاية .

وان كان الشرط مطلقاً من غير قيد جاز الرجوع متى شاء ، سواء كان

في الأولين أو الثالث على مذهب الشهيد ، وعلى مذهب السيد وابن ادريس
يجوز الرجوع مطلقا ، سواء شرط أو لم يشرط ، وسواء كان في الأولين أو الثالث .
وعلى وجوب الثالث بمضي اليومين فجواز الرجوع في اليومين مطلقا ،
وفي الثالث مع الشرط ، وإن كان الاعتكاف واجبا فإما أن يكون معيناً أو لا ،
وعلى التقديرين إما أن يكون يشترط التابع أو لا ، وعلى التقادير الأربع ، أما
ان يشترط على ربه الرجوع عند العارض أو لا ، فالاقسام ثانية :

الأول : ان لم يعين ولم يشترط التابع ولا شرط على ربه ، فهذا يخرج مع
العارض ، فإذا زال استأنف من رأس إن لم يعتكف ثلاثة ، وإن اعتكف ثلاثة
وجب عليه الإتيان بالباقي ، فإن كان الباقى أقل من ثلاثة أكمله ثلاثة .

الثانى : لم يعين ولم يشترط التابع ولا شرط على ربه ، فهذا يخرج مع
العارض ، فإذا زال استأنف إذا كان الماضى أقل من ثلاثة ، وإن كان ثلاثة بنى
عليها إن كان الواجب أكثر ، وإن بقى أقل من ثلاثة أكمله ثلاثة ، هذا على
مذهب المصنف في المعتبر والعلامة في التذكرة وأبي العباس في المذهب ؛ لأنهم
ذهبوا إلى وجوب القضاء مع عدم تعين الزمان ، وعدمه مع تعينه ، وذهب
العلامة في المختلف والمصنف إلى عدم القضاء مطلقا ؛ لأن قائدة الشرط سقوط
القضاء ، وظاهر ابن الجينid وجوب القضاء مطلقا وإنما تقسيمنا على المذهب
الأول .

ولو كان شرط الرجوع اقتراحا ثم رجع اقتراحا أيضا سقط عنه ما بقي
من النذر قضية للشرط ، وإن كان رجوعه لأجل العارض ولم يختر قطعه وجب
عليه إتمام ما بقي ؛ لأنه لم يختار قطع الاعتكاف ، وإنما قطعه لعارض ، فإذا
زال وجب عليه الإتيان بالباقي ، وإنما يسقط عنه لو اختار قطعه لأجل الشرط ،

وهذا قطمه لغير الشرط فيجب إتمامه ، لأصلية البقاء وعدم صلاحية العارض لاسقاطه .

الثالث : لم يعين واشترط التابع ولم يشترط على ربه ، فإنه يخرج مع العارض فإذا زال استأنف اعتكافاً متابعاً ، لأنّه يجب عليه متابعاً ولم يفعله كذلك وليس يتعين بشروعه في الاعتكاف ؛ لأنّه لم يعيّنه في نثره فيجب عليه الإتيان به على وصفه الذي شرطه في نثره .

الرابع : عين زماناً ولم يشترط التابع لفظاً ولا شرط على ربه ثم حصل العارض ، فإذا زال العارض فان يبقى منه بقية ويجب الإتيان بها على الغور ، ويقضي الفائت بعد الفراغ من تلك البقية ، وإن لم يبق شيء قضى ما فاته خاصة ولم يجب الغور .

الخامس : لم يعين زماناً لكن اشترط التابع واشترط على ربه ، فعند العارض يخرج ثم يأتي بما يبقى عليه متابعاً عند زوال العارض ، هذا إن كان اعتكف ثلاثة وإلا استأنف من رأس .

السادس : عين زماناً واشترط التابع ولم يشترط على ربه ، فهذا يخرج مع العارض ويقضي مع الزوال متابعاً .

السابع : عين زماناً ولم يشترط التابع واشترط على ربه ، فهذا يخرج عند العارض ولا يجب عليه الإتيان ولا القضاء عملاً بالشرط .

الثامن : عين زماناً واشترط التابع واشترط على ربه ، فهذا يخرج عند العارض فإذا زال لم يجب عليه الإتيان عملاً بالشرط ، ولا القضاء ، لأصلية البراءة .

فرعان :

الأول : لو شرط الخروج عند عارض معين تخصيص به ، ولا يخرج لغيره

ونخرج له إن عرض ، فإن قال : (إن عرض قطعت اعتكافي) خرج له وبطل اعتكافه ، وإن قال : (أخرج) ، خرج وعاد مع قصر الزمان ، ولا يبطل اعتكافه ، وإن طال الزمان بطل .

الثاني : لو شرط المنافي كالأكل ، والنكاح ، والتکسب بالبيع ، أو الشراء ، أو الصنائع بطل نذره لعدم صحة الشرط المقيد به ، وإنها صحيحة شرط المخروج - وإن كان منافيا للإجماع إلا من مالك فإنه لم يجوزه لكونه منافيا للأكل والجماع ، وخالفه جميع العلماء - لورود النص به عن الصادق عليه السلام ، ولأنه عبادة وجبت عليه بعقده فكان له الشرط فيها ، ولأن الاعتكاف لم يختص بقدر معين ، فإذا شرط المخروج فكانه نذر ذلك القدر الذي أقامه لا غير ، ولأن فيه استظهاراً للمكلف على براءة ذمته من القضاء .

في أحكامه

قال رحمة الله : وشم الطيب على الأظهر .

أقول : تحريم الطيب على المعتكف مذهب الشيخ في النهاية ، وبه قال ابن الجندى وابن إدريس ، واختاره العلامة ؛ لأنه أحرط .

قال رحمة الله : وقيل : ويحرم عليه ما يحرم على المحرم ، ولم يثبت .

أقول : القائل بذلك الشيخ في الجمل ، وتبعه ابن حزرة وابن البراج ، وقال في المسوط : قوله أن ينكح وينظر في أمور معيشته ، وروي أنه يجتنب ما يجتنبه المحرم ، وقال : وذلك مخصوص بما قلناه ؛ لأن لحم الصيد لا يحرم عليه ، وعقد النكاح .

وقال ابن إدريس بعدم التعميم ، واختاره المصنف والعلامة .

قال رحمة الله : ومن مات قبل انقضاء اعتكافه الواجب ، قيل : يجب على الولي القيام به ، وقيل : يستأجر من يقوم به ، والأول أشبه .

أقول : عبارة المصنف وعبارة العلامة في القواعد والتحrir وعبارة الشيخ في المسوط تؤهم أن الموت في أثناء الاعتكاف قبل فواته والتمكن من قضائه ؛

لأن قوله : من مات قبل انقضاء اعتكافه يدل على الموت في أثنائه ولا يدل على الموت قبل القضاء بعد الفوات ، لحصول الفرق بين لفظي القضاء والانقضاء ، مع أن عبارتهم في هذه الكتب التي ذكرناها لا تختلف لفظاً ولا معنى ، ولم يتبعهم الشهيد على هذا اللفظ ، بل قال : لو مات قبل القضاء بعد التمكّن وجب على الولي قضاوته ، وهذا هو المقصود وإن أوهم لفظهم غيره ؛ لأن الموت قبل الفوات والتمكّن من القضاء ، والإهمال لا يوجب على الولي القضاء .

إذا تقرر هذا فحجّة القائل بالوجوب عموم^(٨) الأمر بوجوب قضاء الصوم الواجب على الميت ، ولا يمكن الإتيان بمثل هذا الصوم إلا على هيئة - وهي هيئة الاعتكاف - فيكون الاعتكاف واجباً .

واحتاج القائل بالعدم بأصله براءة الذمة ، ووجوب قضاء الصوم لا يدل على وجوب قضاء الاعتكاف ، لعدم الملائمة بينها .

قال رحمة الله : ومنهم من خص الكفارة بالجماع حسب ، واقتصر في غيره من المفترات على القضاء ، وهو الأشبه .
أقول : البحث هنا في موضوعين :

الأول : في الجماع ، وأوجب الشيخ في المسوط به الكفارة ، سواء كان الاعتكاف واجباً أو مندوباً ، واختاره العلامة في التحرير والتذكرة ، وأكثر الأصحاب أطلق وجوب الكفارة في الجماع ولم يفصلوا^(٩) ، وهو اختيار أبي العباس أيضاً ، واشترط في القواعد وجوب الاعتكاف لأصله البراءة ، وأنه لا يفسد صوماً متعميناً عليه فلا يجب عليه الكفارة .

(٨) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ٢٣ من أبواب أحكام شهر رمضان .

(٩) - كذا .

واحتاج الأولون بعموم الروايات^(١٠) ، والأخذ بالاحتياط .

وعلى تقدير الوجوب ، هل هي كفارة أو كفارتان اذا كان الجماع نهارا ؟
قيل : إن كان في رمضان لزمه كفارتان ، إحداهما لرمضان ، والأخرى
للاعتكاف ، وإن كان في غير رمضان فهي كفارة واحدة لأصلالة براءة الذمة من
الزائد .

وقيل : يلزمك كفارتان أيضاً كرمضان ، وهو مذهب ابن إدريس ،
 واستقر به الشهيد ، لأن في النهار صوماً واعتكافاً ، فحيث لا فرق بين رمضان
وغيره في وجوب كفارتين إن وقع الجماع نهاراً ، وكفارة واحدة إن وقع ليلاً .

الثاني : في الإنقطاع على غير الجماع ، وأوجبها الشيخ في المبسوط مطلقاً
في المعين والمطلق ، وفي ألي المندوب أو ثالثه ، وهو بناءً أعلى مذهبـه فيه ، وهو
أنه يجب بالشرع وغير المعين يتعين بالشرع فيه ، وقال في النهاية : يجب في
المعين خاصة ، وعليه العلامة أبو العباس .

فرعان :

الأول : لو نذر اعتكاف زمان معين كرجب مثلاً ، ثم أخل به من رأس
وجب عليه كفارة واحدة خلف النذر ، ولو اعتكفله وأفسده تعددت الكفارة
بتعدد كل يوم يحصل فيه الأفساد ، ولو أفسد بعضه وأخل بالباقي وجب عليه
عن كل يوم أفسدته كفارة ، ووجب عما أخل به كفارة واحدة خلف النذر ؛ لأن
الباقي لا يسقط ب afsad ما قبله ، بل يجب عليه الإitan به ، فإذا أخل به يكون
قد أخل بالنذر فيجب الكفارة ، ولو نذر صوم شهر معين وأخل به من رأس
تعدد الكفارة بتعدد الأيام ، قاله أبو العباس في اللمعة بخلاف الاعتكاف ،
ولم يذكر الفرق بينهما .

(١٠) - الوسائل ، كتاب الاعتكاف ، باب ٦ .

والظاهر ان الفرق كون الاعتكاف عبادة واحدة ؛ لأنه يكفي فيه نية واحدة ، كقوله : (اعتكف هذا الشهر من أوله إلى آخره لوجوبه بالنذر قربة إلى الله) ، والصوم عبادة متعددة بتعدد الأيام المنذورة لافتقار كل يوم إلى نية ، وكل من نذر عبادة في زمان معين وأخل بها وجب عليه كفارة خلف النذر ، فتتعدد الكفارة بتعدد العبادة المنذورة مع الإخلال .

فإن قيل : هذا لازم لكم في الاعتكاف ، لوجوب الصوم فيه ، فالإخلال به بإخلال بالصوم الواجب بالنذر ، مع أنه يجب تعدد النية فيه بتعدد الأيام ولا يكفي فيه نية واحدة .

قلنا : لا يلزمنا هذا ؛ لأن الصوم عبادة منفردة لم يتناولها عقد النذر ، وإنما يجب لكونه شرطاً في صحة الاعتكاف ، كما أن الطهارة شرط في صحة الصلاة ، فلو نذر صلاة ركعتين وجبت الطهارة ولو أخل بها في الزمان المعين وجبت كفارة واحدة عن ترك الصلاة ، ولا تجب كفارة أخرى عن ترك الطهارة ، لأن نذر الشروط لا يستلزم نذر الشرط ؛ بخلاف تغایر سبب الوجوب فيها ؛ لأنه قد تجب الطهارة لصلاة غير المنذور ، ثم يدخل وقت المنذورة فيؤديها فيها ، وقد يجب الصوم لغير الاعتكاف ، ثم يؤدي الاعتكاف فيه ، فلا يلزم ما قلتم .

الثاني : إذا كان الأفساد بالخروج من المسجد ، فإن كان النذر معيناً بزمان وجب عليه كفارة خلف النذر ، أو العهد ، أو اليمين بحسب الموجب لتحقق الحث ، وكذا لو أفسد بهما يوجب القضاء دون الكفارة كتعهد القبيء .

ويحتمل ذلك في غير المعين ، لوجوبه بالشروع فيه ، ومحتمل العدم ، لامكان الاتيان بالنذر لعدم تعينه في زمان فلا يتحقق الحث .

ولو خرج من المسجد في ثالث المنذوب لم تجب الكفارة وإن وجب القضاء ،

قاله الشهيد في دروسه ، وأبو العباس في مذهبه ، ولو أفسده بالتفطر وجبت الكفارة .

قال رحمة الله : الارتداد موجب للخروج من المسجد ، وبطل الاعتكاف ، وقيل : لا يبطل ، وإن عادبني ، والأولأشبه .

أقول : القول بعدم البطلان قول الشيخ في المسوط لأصالة الصحة ، والقول بالبطلان مذهب في الخلاف ، واختاره المصنف والعلامة ؛ لأنه إن كان عن فطرة وجوب قتله ، وإن كان عن ملة وجوب خروجه عن المسجد ؛ لأنه نجس ، ووجوب الخروج بنافي الاعتكاف ، ولأن الاعتكاف عبادة مشروعة من شرطها التقرب إلى الله تعالى ، وذلك لا يصح من الكافر .

قال رحمة الله : قيل : إذا أكره امرأته على الجماع وهو معتكfan نهاراً في شهر رمضان لزمه أربع كفارات ، وقيل : يلزمها كفارتان ، وهو الأشبه .

أقول : وجوب الأربع مذهب ابن الجنيد وابن إدريس وابن حمزة وابن البراج ، واختاره العلامة ، وقال الشهيد : لا نعلم فيه مخالفًا غير المعتبر ؛ لأنه اقتصر فيه على كفارتين ، واختاره المصنف هنا كاختياره في المعتبر ، لأصالة براءة الذمة ، ولأن المكرهة لم تفطر فلا كفارة عليها .

احتاج القائلون بوجوب الأربع بأنه فعل موجب للكفارة على اثنين فيتضاعف على المكره ، لصدور الفعل عنه أجمع لسقوط اعتبار فعلهما بكراهها ، ولأنها لو طاوعته لزمها أربع ، فمع الإكراه يلزمها ما يلزمها مع المطاوعة .

قال رحمة الله : إذا باع أو اشتري ، قيل : يبطل اعتكافه ، وقيل : يائمه ولا يبطل ، وهو الأشبه .

أقول : البطلان مذهب ابن إدريس إذا كان البيع والشراء اختيارياً لا

ضرورة داعية إليه؛ لأن الاعتكاف هو اللبث للعبادة، فإذا فعل قبائح ومباحات لا حاجة إليها فما لبث للعبادة، وخرج عن حقيقة المعتكف اللابث للعبادة فيبطل اعتكافه.

وقال الشيخ في المبسوط : يأثم ويصح اعتقاده لأصالة الصحة ، وهو اختيار العلامة .

تبنيه : لو باع المعتكف أو اشتري معاطاة لم يحرم ؛ لأنها ليست بيعاً
حقيقة ؛ لأنها هو الإيجاب والقبول اللذان تنتقل بهما العين من مالك إلى غيره ،
فإذا خلا عن الإيجاب والقبول لا يكون بيعاً حقيقة وإن كان بيعاً مجازاً لأصله
الإباحة ، والمنع يحمل على البيع الحقيقي ؛ لأن اللفظ إذا أطلق انصرف إلى
الحقيقة دون المجاز .

ولقد نبه الشهيد على ذلك حيث شرط إباحة بيع ما يضطر إليه أو شرائه ،
كشراء الغذاء والقميص المضطر إلى لبسه ، أو بيع شيء كذلك مع تعذر
المعاطاة ، فان تعذر جاز له العقد على ذلك ولا إثم حينئذ .

قال رحمة الله : اذا اعتكف ثلاثة متفرقة ، قيل : يصح ، لأن التابع لا يجب إلا بالاشتراط ، وقيل : لا ، وهو الأصح .

أقول : إذا نذر ثلاثة أيام مثلاً ولا عينها بزمان ولا شرط التابع ، هل يجب عليه تباعها ؟ قال الشيخ : نعم ، واختاره المصنف ، لأن الاعتكاف لا يكون أقل من ثلاثة أيام ، وقيل : يجوز تفريقها بأن يأتي بيوم من النذر ثم يضم إليه آخرين فنلا ، أو من واجب غيره وهكذا ثلثا ؛ لأن التابع لا يجب إلا بالاشتراط كما قاله المصنف .

كتاب الحج

في الشرائط

قال رحمة الله : ولو دخل الصبي المميز أو المجنون في الحج ثم كمل كل واحد منها وأدرك المشعر أجزأ عن حجة الإسلام ، على تردد .

أقول : منشأ التردد من أن الأفعال المندوبة لا تخزي عن الأفعال الواجبة ، والاحرام من أعظم أركان الحج ، وقد فعله وهو غير مكلف به فلا يكون عجزيا عن الواجب ، ومن أنه زمان يصلح ابتداء الحج فيه فيكون مجزيا . وفتوى الأصحاب قد تطابقت على الإجزاء ولم أجده قائلًا بالمنع وإن وجد التردد في بعض المصنفات .

وحكم العبد إذا اعتق قبل أحد الموقفين حكم الصبي إذا بلغ في الإجزاء عن حجة الإسلام .

تنبيه : لو بلغ الصبي ، أو اعتق العبد بعد المشعر والوقت باق ، فإن عاد ووقف ثانيةً بنية الوجوب أجزأ عن الفرض ، وإن لم يعد لم يجز ، ولا بد من إيقاع الأفعال الواقعه بعد البلوغ بنية الوجوب ، سواء أجزأ عن الواجب أو لم يجز ، لوجوب النسك بالشرع على المتطوع البالغ حين الإحرام ، فكذلك يجب الإكمال على من بلغ بعد الإحرام ، وقبل البلوغ لا يجب عليه نية الوجوب

بشيء من الأفعال ، لأن غير البالغ لا يجب عليه بالشرع كما لا يجب عليه قبله ، لاتصافه بعدم التكليف ، وأكثر الأصحاب أطلق الإجزاء مع إدراك أحد الموقفين بالغاً أو مُعْتَقاً ، ولم يقييد بسبق الاستطاعة ولا عدمها ، وهذا يستقر الوجوب عليهما مع عدم الفعل ، نص العلامة في التذكرة على ذلك ، قال : ولو لم يفعلا الحج مع إمكانه استقر الوجوب عليهما ، سواء كانا موسرين أو معسرين ؛ لأن ذلك واجب عليهما بإمكانه في موضعه فلا يسقط بفوات القدرة .

وقد الشهيد رحمه الله الإجزاء في العبد بسبق الاستطاعة وبقائها ، وهو مشكل على القول بعدم ملك العبد ، أما التقيد لباقي الناسك فهو متوجه ، مع أن حصول الشرط في غير وقت التكليف غير معتبر ، كما لو استطاع الصبي أو العبد - على القول بملكه - ثم فقد الاستطاعة قبل البلوغ أو العتق لم يستقر عليه الحج ، ولا وجوب عليه حال التكليف ، ولأن الاستطاعة إنها تشرط مع الإفتقار إلى قطع المسافة وهذا لا يفتقر إليها ، لكن هو أعلم بها قال .

التحقيق : الصبي إما مميز أو غير مميز ، فال الأول يصح احرامه باذن الولي ولا يحرم عنه الولي ، ولو احرم بغیر إذن الولي لم يصح احرامه ؛ لأنه منوع من التصرفات في المال ، والاحرام يتضمن إنفاق المال والتصرف فيه .

والثاني - وهو غير المميز - لا يصح ان يتولى الاحرام بنفسه وإن أذن له الولي ، بل يحرم الولي عنه بمعنى أن يجعله محرا ، قال الشهيد : فيقول : (اللهم إني أحرمت بهذا ...) إلى آخر النية ، ويكون الصبي حاضراً مواجهها له ، فإذا فعل ذلك صار الصبي محراً ، ولا فرق بين أن يكون الولي محراً أو محلاً ، ولا يشترط كونه رجلاً ، خلافاً للشافعي في بعض أقواله ، ثم يلبي عن الصبي إن لم يحسن ، وإن أحسن أمره بها ، ويلبسه ثوبي الإحرام ويجنبه محمرات

الإحرام ، وإن طاف به وجب كونهما متظهرين بمعنى أن يوضي الصبي ، فلو كان الولي غير متظاهر لم يجز ، لأن الطواف لا يصح إلا بمعونة الولي فوجب أن يكون متظهرا .

ولو كان الصبي غير متظاهر احتمل الإجزاء ، لأن غير المميز لا يصح منه الطهارة فتكون طهارة الولي نيابة عنه ، كما كان إحرامه نيابة عنه لعدم وقوع الإحرام منه .

ويحتمل عدم الإجزاء ، لأن الطواف بالصبي أخص منه بالولي ، فاذا لم يجز أن يكون الولي محدثاً كان الأولى عدم جواز كون الصبي محدثاً .

والمراد بظهور غير المميز هو أن يأتي بصورة الوضوء ، أو يفعله به الولي ، وبصلي الولي عن غير المميز ركعتي الطواف ، لأن صلاة غير المميز غير مشروعة ، وقال الشهيد : ولو قيل : يأتي بصورة الصلاة كما يأتي بصورة الطواف أمكن ، وقوله رحمة الله متوجه ، لكن عمل الأصحاب على الأول . وإذا أركبه دابة في الطواف أو السعي وجب كون الولي قائداً أو سائقاً ، إذ لا قصد للصبي ولا للدابة ، ولا بد من القصد إلى الفعل .

وحكم المجنون حكم غير المميز في صورة الإحرام وفي جميع الأحكام . ولو اتفق بلوغ غير المميز أو عقل المجنون قبل أحد الموقفين أجزأ عن الفرض كالمميز والعبد .

فروع :

الأول : يحرم على الصبي كل ما يحرم على البالغ من محظورات الإحرام ، لأن إحرامه شرعي فيترتب عليه أحكامه ، لا بمعنى أن الصبي مخاطب بالتحريم ، بل بمعنى أن الولي يجب عليه أن يجنبه محظيات الإحرام .

الثاني : إذا فعل الصبي ما يلزم البالغ العاقل بفعله الكفارة عمداً أو سهواً كالصياد ، كانت الكفارة على الولي في ماله دون مال الصبي ، لأن الولي

هو الذي ألزمه الحج بأمره أو فعله ، فكان فعل الصبي منسوباً إليه ، وإن فعل ما يختلف فيه حكم البالغ كالطيب والنساء ، فإن فعله سهوا فلا كفارة كالبالغ ، وإن فعله عمداً ، فان قلنا : إن عمدته خطأ ، فلا كفارة أيضاً ، وإن وجبت على الولي ، ولو وطئ عاماً ، قال الشيخ : لا إفساد وإن كان قبل أحد الموقفين لساواة عمدته خطأ ، وكما لا يفسد في الخطأ في حق البالغ كذا لا يفسد في حقه ، قال : ولو قلنا بفساد الحج ولزوم القضاء أمكن ، وهو ظاهر أبي العباس في خبره .

الثالث : على القول بوجوب القضاء إنما يجب بعد البلوغ ، ولا يتشرط في الاستطاعة الشرعية المعتبرة في حجة الإسلام ، بل يكفي الاستطاعة العادلة ، فلو قدر على الحج مائياً أو في تفقة غيره وجب عليه الإتيان بالقضاء ، ولا يجزي عن حجة الإسلام إلا أن يبلغ في الفاسدة قبل الوقوف ، على القول بأن الفاسدة حجة الإسلام والثانية عقوبة .

ولو استطاع حجة الإسلام قبل القضاء قدمها على القضاء ، فلو قدم القضاء ، قال الشيخ : أجزأا عن حجة الإسلام وكان القضاء في ذمته ، والمختار عند المحققين البطلان ؛ لأن القضاء غير مأمور به ، وحجۃ الإسلام لم ينوهوا فلا يجزي عن أحدهما .

الرابع : هل يجب على الولي مئة القضاء ؟ يحتمل ذلك ؛ لأنه من لوازم الإحرام المنسب إلى فعله ، واستقر به الشهيد رحمه الله في دروسه ، ويحتمل عدم لأصالة براءة الذمة ، ولأن القضاء وجب بسبب فعله عمداً مختاراً فيكون الجنابة عليه في ماله ، كما لو أتلف مال الغير .

الخامس : لو فعل الولي بالصبي ما يحرم على الصبي مباشرته ، كما لو طيئه أو ألبسه المخيط أو حلق رأسه ، فإن فعل ذلك حاجة الصبي - كما لو كان

للمداواة ، واللبس لشدة البرد ، والخلق للأذى بالشعر - احتمل أن يكون ذلك كمباعدة الصبي ؛ لأنه وليه وقد فعل شيئا حاجته فيكون ذلك كفعله ، فان قلنا : إن عمدته خطأ فلا شيء على أحدهما وإنما كانت على الولي ، أو في مال الصبي على الخلاف ، وتحتمل أن تكون الفدية على الولي ؛ لأنه المباشر للفعل.

ال السادس : لو حج العبد الأفافي ، أو الصبي المميز كذلك ، أو حج الولي بغير المميز ، أو الجنون قراناً أو إفراداً ، وكلفوا قبل الوقوف ، هل يجب عليهم العدول إلى التمتع مع سعة الوقت ؟ استقرب الشهيد وجوبه لحكم الأصحاب بالإجزاء ، ولم يفرقوا بين أن يكون الإحرام موافقاً أو غير موافق ، بل حكموا بالإجزاء مطلقاً ، ويلزم من هذا الإطلاق العدول إلى الفرض مع القدرة بعد الكمال إن كان الإحرام بغيره ؛ لأن الأفافي لا يجوز له القران ولا الإفراد في الفرض اختياراً ، فإذا تلبس به قبل الفرض ثم صار فرضاً وجب العدول مع الإمكاني ، وتحتمل عدم الوجوب للأمر^(١) بإقام النسك الذي أحرم به ، فلا يجوز له العدول .

وعلى القول بعدم جواز العدول أو تعذرها ، هل يجزي عن الفرض ؟ يتحتم العدم لمغایرة الفرض للحج الذي أوقعه ، وتحتمل الإجزاء لحصول الضرورة المسوجة لنقل الفرض ، وقواه الشهيد .

قال رحمة الله : وقيل : للأم ولادة الإحرام بالطفل .
أقول : بثبوت الولاية هنا قال الشيخ ، واختاره العلامة والشهيد ؛ لأنه طاعة وفعل مرغب إليه فساغ للأم فعله .
وظاهر ابن إدريس عدم الجواز ؛ لأنه خص الولاية بمن له ولاية المال ،

والأم ليس لها ولاية المال ولا النكاح فلا تثبت لها الولاية هنا .

قال رحمة الله : ويجب شراؤها ولو كثر الثمن مع وجوده ، وقيل : إن زاد عن ثمن المثل لم يجحب ، والأول أصلح .

أقول : عدم الوجوب مع الزيادة على ثمن المثل مذهب الشيخ في المبسوط لاشتغاله على الضرر المنفي ، والمشهور الوجوب لتحقق الإمكان في حقه بالقدرة على بذل الزيادة .

قال رحمة الله : ولو بذل له زاد وراحلة ونفقة له ولعباله وجب عليه ، ولو وهب له مال لم يجحب عليه قبوله .

أقول : يجحب الحج بمجرد البذل إذا سلمه المال ، ولو أهل استقر في ذمته ولزمه القضاء ، واشترط ابن إدريس لزوم البذل ، والفتاوي والأخبار^(٢) مطلقة .

والفرق بين البذل والهبة ورود النص^(٣) في البذل دون الهبة ، وكون الهبة مشتملة على المنة لاشتراط القبول فيها دون البذل ، لعدم اشتراط القبول فيه ، وهذا يلزم بنفس البذل ، ولا يجوز قضاء الدين منه بخلاف الهبة .

قال رحمة الله : وهل تجحب الاستئناف ، مع المانع من مرض أو عدو؟ قيل : نعم ، وهو المروي ، وقيل : لا .

أقول : وجوب الاستئناف : مذهب الشيخ رحمة الله ، وبه قال ابن الجنيد وأبو الصلاح وأبن البراج .

وذهب ابن إدريس إلى عدم الوجوب ، واختاره العلامة ؛ لأن عبادة بدنية فيسقط مع العجز ، ولا يجحب الاستئناف إلا مع سبق الإمكان ؛ لأن

(٢) و (٣) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ١٠ من أبواب وجوب الحج وشرائطه .

الوجوب مشروط بالاستطاعة وهي غير متحققة ، واستدل الفريقيان
بالروايات ^(٤) .

فرع : إذا استناب المذور فزال العذر قبل الإحرام إنفسخ العقد ، وإن كان بعد الإحرام احتمل الإنعام؛ لأنه دخل دخولاً مشروعاً فيجب إنعامه ، فإن استمر زوال العذر حج ببدنه ثانياً ، وإن عاد قبل التمكّن من الحج أجزاء النيابة .

قال رحمة الله : ولو كان لا يستمسك خلقة ، قيل : يسقط الفرض عن نفسه وبماه ، وقيل : يلزمها الاستنابة ، والأول أشبه .

أقول : البحث في هذه المسألة كالبحث في التي قبلها .

فرع : لو تكلف المريض أو المغصوب ، أو المنوع بالعدو الحجّ ، هل يجزي عن الواجب أم لا؟

يتحمل الإجزاء ، لأن ذلك من باب تحصيل الشرط وهو لا يجبر ، فإذا حصله وجب وأجزأ ، نعم لو أدى ذلك إلى ضرر يحرم إزالته في النفس وقارن ذلك بعض الأفعال ، احتمل عدم الإجزاء لكونه منهاً عنه .

ويتحمل عدم الإجزاء مطلقاً؛ لأنّه غير مأمور بالحج حيثُ، فإذا أتى به يكون قد فعل غير المأمور به، فلا يجزي عن الواجب.

قال رحمة الله : لو كان في الطريق عدو ولا يندفع إلا بهال ، قيل : يسقط وان قل ، ولو قيل : يجب التحمل مع المكنته كان حسناً .

أقول : قال الشيخ لا يجُب البذل ؛ لأن تحصيل الشرط غير واجب على المكلف ، وتخليه السرط شرط ولم يحصل .

(٤) - راجع الوسائل ، كتاب المعجم ، باب ٨ وباب ٢٤ من أبواب وجوب المعجم وشرائطه .

والمشهور الوجوب ؛ لأن العدو يندفع بهالٍ مقدور عليه فيجب ما لم يجفف ، فلا يجب حينئذ .

قال رحمة الله : ومن مات بعد الإحرام ودخول الحرم برثت ذمته ، قبيل يحيى بن زكريا بالإحرام ، والأول أظهر .

أقول : الحاج على ضربين :

الأول : من حج في عام الوجوب .

والثاني : من حج بعد استقرار الحاج عليه ، بمعنى أنه مضى عليه بعد الوجوب زمان يمكنه فيه إيقاع الحاج ولم يفعل .

فال الأول تبرأ ذمته بالموت مطلقاً ، سواء كان قبل الإحرام أو بعده ، وسواء دخل الحرم أو لم يدخل .

والثاني : وهو المراد عند المصنف وقد اختلف فيه ، ذهب الشيخ إلى الإجزاء مع الإحرام ودخول الحرم ، واحتاره المصنف والعلامة ، واكتفى ابن إدريس بالإحرام ، واستند الجميع إلى الروايات^(٥) .

قال رحمة الله : ولو حج المسلم ثم ارتد لم يُعد على الأصح .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : والمرتد إذا حج حجة الإسلام حال إسلامه ثم عاد إلى الإسلام لم يجب عليه الحج ، ولو قلنا : إن عليه الحج كان قوياً ؛ لأن إسلامه الأول لم يكن إسلاماً عندنا ؛ لأنه لو كان إسلاماً لما جاز أن يكفر ، وإذا لم يكن إسلاماً لم يصح حجه ، فإذا لم يصح فالحجارة باقية في ذمته .

والمشهور عدم الإعادة ؛ لأنه فعل فعلاً مأموراً به شرعاً فيخرج به من العهدة ، وقول الشيخ : (لا يتعقبه الكفر) مردود بقوله تعالى : « إن الذين آمنوا

(٥) - راجع الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٢٦ من أبواب وجوبه وشرائطه .

ثم كفروا ^(١) الآية .

قال رحمة الله : ولو أحرم مسلماً ثم ارتد ثم تاب لم يبطل إحرامه على الأصح .

أقول : هذه فرع على التي قبلها ، قال الشيخ في المسوط : إذا أحرم ثم ارتد ثم عاد إلى الإسلام لم يبطل إحرامه ؛ لأنه لا دليل على فساده إلا على ما استخرجناه في المسألة المتقدمة في قضاء الحج ، فإن على ذلك التعليل لم ينعقد إحرامه الأول ، ثم الزم الشيخ نفسه بأسقاط العادات التي فاتته حال ارتداده ؛ لأننا إذا لم نحكم بإسلامه الأول فكانه كان كافراً في الأصل ، وكافر الأصل لا يلزمها قضاء ما فاته حالة الكفر ، مع أنها نوجب عليه قضاء العادات زمان رده ، قال : ولو قلنا بذلك أي بعدم قضاء زمان الردة كان خلاف المعهود من المذهب .

قال رحمة الله : وهل الرجوع إلى الكفاية من صناعة أو مال أو حرقه شرط في وجوب الحج ، قيل : نعم ، لرواية أبي الربيع ، وقيل : لا ، عملاً بعموم الآية ، وهو الأولى .

أقول : اشتراط الرجوع إلى الكفاية مذهب الشعدين وأبي الصلاح وابن البراج ، وعدمه مذهب السيد المرتضى وابن الجنيد وابن أبي عقيل ، واختاره ابن إدريس والمصنف والعلامة وأبو العباس ، وقد أشار المصنف إلى حجة كل فريق ، والرواية التي أشار إليها هي رواية أبي الربيع الشامي ^(٢) ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، والآية قوله تعالى : **وَلَهُ عَلَى النَّاسِ حُجُّ الْبَيْتِ** من استطاع إليه سبيلاً ^(٣) ولم تتضمن غير الاستطاعة إليه ، والرواية ليست

(٦) - النساء : ١٣٧ .

(٧) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٩ من أبواب وجوبه وشرائطه ، حديث ١ .

(٨) - آل عمران : ٩٧ .

صرحة بالرجوع إلى الكفاية .

فرع : لو ملك مالا يستطيع به إلى الحج ولم يكن له المستحبات التي استثناها الشارع مثل فرس الركوب ، ودار السكنى ، وعبد الخدمة ، وألات الصنائع ، وكتب العلم ، وهو يحتاج إليها صرف ذلك المال في هذه المستحبات ، لأنها مقدمة على الحج وسقط عنه الحج ما لم يستطع بعد ذلك .

تبنيه : الشرائط المعتبرة في الحج تنقسم إلى أربعة أقسام :

الأول : ما هو شرط في الصحة خاصة ، وهو الإسلام .

الثاني : ما هو شرط في الصحة والوجوب معا ، وهو العقل .

الثالث : ما هو شرط في المباشرة ، وهو الإسلام والتمييز .

الرابع : ما هو شرط في الوجوب خاصة ، وهو البلوغ والحرمية والاستطاعة وإمكان المسير .

قال رحمة الله : يقضى الحج من أقرب الأماكن ، وقيل : يستأجر من بلد الميت ، وقيل : إن اتسع المال فمن بلدك ، وإنما فعن حيث يمكن ، والأول أشبه .

أقول : وجوب الاستئجار من بلد الميت مذهب ابن إدريس ، وهو اختيار الشيخ في النهاية ؛ لأنه كان يجب عليه نفقة الطريق من بلدك فلما مات سقط عن بلدك ، وبقي في ماله بقدر ما كان يجب عليه لو كان حيا من نفقة الطريق من بلدك^(٩) .

والوجوب من أقرب الأماكن مع السعة وعدتها مذهب الشيخ في المبسوط والخلاف ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس في عمره إلا أن

(٩) - وفي «ن» بزيادة : والأقرب من بلدك .

يكون متذورا من بلد معين فيتعين الاستئجار منه ، لأن الواجب هو الحج ، وقطع المسافة ليس مرادا للشارع ، وهذا لو سافر المستطيع لا بعزم الحج ثم جدد نية الحج من الميقات أجزاء ، ولم يجب عليه الرجوع إلى بلده وإنشاء القصد منه ، لأن نفقة الطريق ليست واجبة مع عدم الحاجة إليها ؛ لأنه لو خرج متسلكا أو في نفقة غيره أجزأ .

وذهب الشهيد في الدروس إلى اختيار ابن ادريس ، ثم قال : ولو استأجر من الميقات أجزأ ، وأثم الوارث ، وملك فاضل الأجرة .

تبليغه : الذي يتحقق من عبارات الأصحاب أن أقرب الأماكن هو الميقات ، قال في القواعد : وجب أن يحج من أقرب الأماكن إلى الميقات ، قال عميد الدين وفخر الدين في شرحهما : هذا مذهب الشيخ في الخلاف والمسوط ، وقال في التحرير : وهل يجب أن يحج عنه من بلده أو من الميقات ؟ الأقرب الثاني ، وهو اختيار الشيخ في المسوط والخلاف ، وإذا ثبت بقول عميد الدين وفخر الدين أن الحج من أقرب الأماكن هو مذهب الشيخ في المسوط والخلاف ، وكذا ثبت بقول العلامة في التحرير أن مذهب الشيخ في المسوط والخلاف الوجوب من الميقات ثبت أن أقرب الأماكن هو الميقات .

فإن قيل : وإن كان عبارة الشائع لا تدل على المغايرة صريحا ، لأن عبارة القواعد (يجب أن يحج عنه من أقرب الأماكن إلى الميقات) ، ومن المعلوم بالضرورة أن أقرب الأشياء إلى الشيء معاير لذلك الشيء ، فكيف قلت : إن أقرب الأماكن الميقات ؟

الجواب : أما وجه الالحاد فقد بيته من قول العلامة في التحرير وقول ابنه وابن أخيه في شرحهما ، وأما اقتضاء عبارة القواعد المغايرة فمسلم ، ولكن المغايرة لا تقتضي المفارقة بين القولين ، لأن أقرب الأشياء إلى الشيء هو الملاصق لذلك الشيء والمتصل به ، ولا شك أن الميقات ملاصق لغيره ومتصل به ،

وذلك الجزء المتصل به من غيره هو أقرب الأماكن إليه ، ولا يتحقق الإحرام من الميقات إلا بدخول ذلك الجزء المتصل به من غيره فلما امتنع انفكاك أحدهما عن الآخر جاز إطلاق اسم موضع الإحرام على كل واحد منها ، فمن قال : (من أقرب الماكن) ، أراد به الجزء المتصل بالميقات من غيره ، اذ هو أقرب الأماكن إلى الميقات ، والعقد إنما يكون قبل الاحرام ، فلا بد أن يقع في جزء من غير الميقات وإن كان من موضع إنشاء الإحرام اذ لا ينفك عن جزء من غير الميقات ، ومن قال : (من الميقات) ، أراد به موضع إنشاء الإحرام ، ولا شك أن فيه جزءاً من الميقات متصلة بجزء من غيره ، فجاز إطلاق اسم الجزء على الكل .

فقد ظهرت المغایرة من غير منافاة بين القولين ، ومن أول أقرب الأماكن بغير ما قلناه يكون قد غلط فخر الدين وعميد الدين في قولهما : (إنه مذهب الشيخ في المبسوط والخلاف) ، أو غلط العلامة في التحرير أن ما اختاره من الوجوب من الميقات هو مذهب الشيخ في الخلاف والمبسوط ، وغلط هؤلاء وإن كان ممكنا ، فهو لم تغير العادة أن يغلطوا جماعة من المجتهدين في مسألة واحدة غلطا لا يقبل التأويل ، وإن جرت العادة في غلط أحدهم نادرا ، وقد نبه بعضهم على ذلك كما جرت عادتهم في مصطلحاتهم ، وإنما اشبعنا البحث في هذه المسألة ؛ لأنها من مهارات علم الفقه ، وهي مما يعم بها البلوى ، وربما حصل الإشتباه بسبب اختلاف عبارات الأصحاب فيها فاردنا أن نزيل ذلك الإشتباه بما بنياه ، والله الموفق للصواب .

قال رحمة الله : ولو نذر الحج أو أفسد وهو معضوب ، قيل : يجب أن يستتب ، وهو حسن .

أقول : القول اشارة الى قول الشيخ في المبسوط ، ثم قال فيه : فإن نوى فيما بعد تولاهما بنفسه ، وإنما كان حستا ؛ لأن فعل الأفساد مع العلم بأنه

يوجب القضاء ، وفعل النذر مع العلم بأنه يوجب الوفاء - وهو عاجز عن الحج بنفسه - يكون التزاما بالاستئجار للحج من ماله .

ويحتمل العدم ؛ لمساواة ذلك لحججة الإسلام ، وقد سبق^(١٠) البحث فيها.

قال رحمه الله : إذا نذر الحج فإن نوى حججة الإسلام تداخلا ، وإن نوى غيرها لم يتداخلا ، وإن أطلق ، قيل : إن حج ونوى النذر أجزأا عن حججة الإسلام ، وإن نوى حججة الإسلام لم يجوز عن النذر ، وقيل : لا يجوزي أحدهما عن الأخرى ، وهو الأشبه .

أقول : النادر إذا نوى في نذره حججة الإسلام تداخلتا وكفاه حججة واحدة ، وإن نذر غيرها لم يتداخلا إجماعا .

وان أطلق ففي الخلاف ، ذهب الشيخ في النهاية إلى الاكتفاء بالحج الواحد عن النذر وحججة الإسلام إذا حج بنية النذر ، ومستنده روایة رفاعة^(١١) ، عن أبي عبدالله عليه السلام .

وذهب في الجمل والخلاف الى عدم التداخل ، واختاره ابن إدريس والمصنف والعلامة ؛ لأنها فرضان متغايران ، فلا يجوزي أحدهما عن الآخر .

تحقيق : النذر إما أن يتعلق بزمان معين أو مطلق ، وعلى التقديرتين : إما أن يقع بعد الاستطاعة أو قبلها ، فالاقسام أربعة ، وعلى التقادير : إما أن يقصد حججة الإسلام أو غيرها ، أو يخلو عن القصد ، فالاقسام ثلاثة .

القسم الأول من الأقسام الأربع : أن يتعين الزمان ويقع بعد الاستطاعة ، وفيه الأقسام الثلاثة .

(١٠) - ص ٢٨٦ .

(١١) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٢٧ من أبواب وجوبه .

الأول : أن يقصد حجة الإسلام في تداخلاً ، وهذا يكون من باب نذر الواجب ، فان قلنا بانعقاده وأخل به في تلك السنة المعينة وجب عليه كفارة خلف النذر .

الثاني : أن يقصد غير حجة الإسلام وكان التقييد بأول عام ، فان قصد مع بقاء الاستطاعة لم ينعقد نذره ؛ لأن ذلك الزمان تعين حجة الإسلام ، فلا يجوز إيقاع غيرها فيه ، وإن قصد مع فقد الاستطاعة كان مراعن بزوالها وعدمه ، فان زالت انعقد النذر ووجب عليه الحج بالنذر ، وإن استمرت الاستطاعة بطل ووجبت حجة الإسلام ، وإن كان التقييد بغير العام الأول انعقد نذره ، فإن أخل بحجة الإسلام إلى عام النذر عاماً حج في عام النذر حجة الإسلام وكفر عن النذر وقضاه ؛ لأن المخل بـه عمداً بالإخلال بـحـجـةـ الإـسـلـامـ إـلـىـ عـامـ النـذـرـ وـقـضـاهـ ؛ـ لـأـنـهـ كـالمـخـلـ بـهـ عـمـدـاـ بـالـإـخـلـالـ بـحـجـةـ الإـسـلـامـ إـلـىـ عـامـهـ ،ـ مـعـ سـبـقـ وجـوـبـهاـ عـلـيـهـ ،ـ وـعـلـمـهـ بـعـدـ جـواـزـ تـقـديـمـ النـذـرـ عـلـىـ حـجـةـ الإـسـلـامـ .

ولو حج في ذلك العام بنية النذر لم يقع عن أحدهما ، أما عن النذر فلعدم صلاحية الزمان له ؛ لأن زمان يجب فيه إيقاع حجة الإسلام ، وأما عن حجة الإسلام فلعدم القصد لها ، « والاعمال بالنيات »^(١) ، ولم ينحو حجة الإسلام .

وذهب الشيخ إلى وقوع حجة النذر عن حجة الإسلام .
وهل يجب الكفارة والحال هذه ؟ يتحمل ذلك ؛ لأن مع عدم انعقادها عن النذر يكون كالمخل بالنذر لعدم الفائدة بما أتى به من الأفعال ، ويتحمل العدم لأصله براءة الذمة ، وترتبط الكفارة على الإخلال بالنذر عمداً ، وهذا لم يخل به لإتيانه بجميع أفعاله على التهـامـ وـالـكـيـالـ ،ـ وـإـنـمـاـ لـيـحـكـمـ بـالـصـحـةـ لـعـدـمـ

(١) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٥ من أبواب مقدسة العبادات ، حديث ٦.

صلاحية الزمان له ، فلا يجب عليه أكثر من الإعادة ؛ لأن الكفارة إنما تجب مع الإخلال من رأس ، وهذا لم يخل به .

الثالث : أن يخلو القصد عن حجة الإسلام وعن غيرها ، وهذا يحتمل بطلاً نذره مع التقييد بأول عام ؛ لأنه لا يخلو عن الأقسام الثلاثة المذكورة ، وهو إما أن يصرف إلى حجة الإسلام فيصبح على القول بانعقاد نذر الواجب ، أو إلى غير حجة الإسلام مع قصد دوام الاستطاعة فيبطل ، أو إلى غير حجة الإسلام مع زوال الاستطاعة فينعد مراعي ، وصرفه إلى ما يصبح دون ما لا يصح ترجيح من غير مرجع ، ويحتمل انعقاده مراعي لأصالة الصحة في أفعال المسلم ؛ لأنه عقد صدر من مكلف بالغ عاقل متقرباً فيه إلى الله تعالى فيكون صحيحاً ، وإنما خصصناه بغير حجة الإسلام - مع صلاحيتها لتعلق النذر بها - لأن النذر لابد له من متعلق ، وهو إما حجة الإسلام أو غيرها ، وتعلقه بحجة الإسلام يكون تاكيداً ، وتعلقه بغيرها يكون تاسيناً ، والتأسيس أولى من التأكيد ، ولما كان غير حجة الإسلام لا يصح تعلقه بها إلا مع فقد الاستطاعة كان مراعي ، فإن زالت الاستطاعة انعقد النذر ووجب الوفاء وإلا بطل من رأس .

[القسم] الثاني : أن يتغير الزمان ويقع قبل الاستطاعة ، وأقسامه ثلاثة أيضاً :

الأول : أن يقصد حجة الإسلام ، وهذا لا يكون من باب نذر الواجب ؛ لأنها لم تجب عليه قبل الاستطاعة ، وهي لم تحصل ، ويتوقف انعقاد النذر على الاستطاعة في ذلك الزمان المعين ، ولا يجب عليه تحصيلها ، فإن حصلت انعقد النذر ووجب الوفاء به ، فإن أخل بالحج في ذلك العام ، ويأتي بحجة الإسلام في غير ذلك العام المعين وجب عليه كفارة خلف النذر ، ولا يجب قضاء النذر للتداخل .

الثاني : أن يقصد غير حجة الإسلام ، وهذا ينعقد نذره إجماعا ، ولا يشترط الاستطاعة الشرعية ما لم يشترطها - على ما اختاره نجيب الدين يحيى بن سعيد ، وأبو العباس في المحرر ، وهو ظاهر الشهيد في دروسه - بل الشرط الاستطاعة العقلية ، فلو قدر على الحج ماشياً أو في نفقة غيره وجب عليه ، فإن استطاع بعد عقد النذر ، فإن كانت الاستطاعة في العام المقيد بالنذر صرفت الاستطاعة في النذر ، فإن تعينت بعده وجب عليه حجة الإسلام وإلا سقطت .

ولو أخل بالحج في عام النذر واستمرت الاستطاعة وجبت حجة الإسلام ، ويقضي بعدها حجة النذر ، ويُكفر ، وإن كانت الاستطاعة في عام قبل العام المقيد ، فإن تقيد النذر في عام متأخر عن عام العقد ثم يستطيع فيه يجب الإنذان بحجة الإسلام في ذلك العام وبالمنذورة بعده ، فإن آخر حجة الإسلام اختياراً وجوب تقديمها على النذر لوجومها قبله ، ثم يقضى النذر ويُكفر : لأن كالمدخل به عاماً .

الثالث : أن يخلو القصد عنها ، وهذا لا خلاف في انعقاد نذره ، وإنما الخلاف في التداخل وعدمه ، وقد سبق البحث في صدر المسئلة ، وعلى المختار من عدم التداخل إذا حصلت شرائط حجة الإسلام قدمت المنذورة لاستحقاق الزمان لها ، ثم يأتي بعدها بحجة الإسلام مع استمرار الاستطاعة ، وإلا سقطت .

[القسم] الثالث : أن لا يتعين الزمان ويقع بعد الاستطاعة ، وأقسامه ثلاثة أيضا :

الأول : أن يقصد حجة الإسلام في تداخل ، فإن مات بعد التمكن

ولم يجُعَّل الحجَّةُ وكفارة خلف النذر من أصل ماله ، ولا يجُب الكفارة قبل الموت لعدم تحقق الفوات قبله .

الثاني : أن يقصد غير حجَّة الإسلام ولا خلاف في انعقادها ولا في عدم التداخل ، ولكن يجب تقديم حجَّة الإسلام ، فلو قدم المذنورة وقعت باطلة على المختار ، ولا تتضيق المذنورة إلا عند غلبة الظن بالموت ، فان مات قبل أداتهما أخرجتا من صلب المال ، وقيل : المذنورة من الثالث .

الثالث : أن يخلو القصد عنها ، ولا خلاف في الانعقاد ، وإنما الخلاف في التداخل وقد سبق .

[القسم] الرابع : أن لا يتعين الزمان ويقع قبل الاستطاعة ، والأنواع ثلاثة أيضاً كما قد تقدم .

الأول : أن يقصد حجَّة الإسلام ، وحكمها كما تقدم في متى زمان ، إلا عدم تتحقق الكفارة في حال حياته مع المخالفه ، بل يجوز بعد وفاته .

الثاني : أن يقصد غير حجَّة الإسلام ، وحكمها تقدم أيضاً في المعين ، إلا أنها يجوز تقديمها على حجَّة الإسلام مع حصول الاستطاعة ، سواء حصلت في عام عقد النذر أو تأخرت عنه بآعوام .

الثالث : أن يخلو القصد عنها ، والخلاف في التداخل مع حصول الشرائط كما تقدم ، ولو حصلت الشرائط وجب تقديم حجَّة الإسلام ، فلو أخل بها في عام الاستطاعة مع القدرة ومات ، ولم يأت بأحداً ما وجب قضاوتها ، والكفارة من أصل ماله ، وإن فقدت الاستطاعة بعد التمكن من الإتيان بالحج يقدم حجَّة الإسلام مع قصور التركة عنها ، لوجوبها في أصل الشرع ، ووجوب النذر بالعارض ، وتقدم حجَّة النذر على الكفارة مع القصور .

قال رحمة الله : وإن ركب بعضًا ، قيل : يقضي وي反之 مواضع ركوبه ، وقيل : بل يقضى ما شاء لـ إخلاله بالصفة المشترطة ، وهو أشبه .

أقول : نذر المشي ينعقد على القول بأنه أفضل من الركوب ، وقد قيل بافضليته مطلقاً ؛ لأنه أشق ، والأجر على قدر المشقة^(١٢) ، وقيل بافضلية الركوب مطلقاً لاشتغاله على صرف المال في الحج ، وقد رُوي : أن الدرهم فيه ألف درهم في غيره^(١٤) ، وقيل بالتفصيل ، وهو أفضلية المشي مع عدم الضعف عن القيام بالفرائض ، ومعه يكون الركوب أفضل ، وهذا هو المشهور .

فعل الاول ينعقد نذر المشي ولا ينعقد نذر الركوب ، وعلى الثاني ينعكس الحكم ، وعلى التفصيل ينعقد نذر المشي لمن لا يضعفه عن القيام بالفرائض ، ونذر الركوب لمن يضعفه المشي .

اذا عرفت هذا فنقول : إذا ركب ناذر المشي مختاراً ، فإن كان معيناً بسنة كفْر خلف النذر ولا قضاء عليه ، وهو ظاهر القواعد والتحrir والارشاد ، واختاره ابو العباس في حرره ومقتصره لعدم تناول النذر لغير سنة الایقاع .

وفي المختلف أوجب القضاء والكافارة ، واختاره الشهيد ، أما وجوب القضاء فلأنه أخل بالصفة المتنورة فوجب عليه القضاء لتحقیص تلك الصفة ، وأما وجوب الكفارۃ فلإخلاله بإيقاع تلك الصفة الواجبة عليه بالوقت المعین بالنذر ، وإن كان النذر مطلقاً وجب القضاء ولا كفارۃ ، فإن ركب بعض الطريق ومشى بعضه ، قال الشیخان وابن البراج : يقضی ويمشی ما ركب ويركب ما مشی ليحصل منها حجة ملفقة ماشیا ، وقال أكثر الأصحاب : يقضی ماشیا لإخلاله بالصفة المشروطة في نذره .

فرع : يجب المشي من بلده على ما اختاره الشهید ، ويسقط عنه بعد طواف النساء .

(١٢) - نم نشر عليه .

(١٤) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٤٢ من أبواب وجوب الحج .

قال رحمة الله : ولو عجز ، قيل : يركب ويسوق بدنـة ، وقيل : يركب ولا يسوق ، وقيل : إن كان مطلقاً توقع المكتـنة من الصـفة ، وإن كان معيناً بوقت سقط فرضه للعجز ، والمرـوي الأول ، والـسيـاق نـدب .
أقول : هنا ثلاثة أقوال .

الأول : يركب ويسوق بـدـنة كـفـارة لـرـكـوبـه ، وهو قول الشـيـخ لـرواـية الحـلـبـي (١٥) .

الثـانـي : يركـبـ ولا يـسـوقـ وجـوـبـاـ بلـ اـسـتـحـبـابـاـ ، وـهـوـ قولـ المـفـيدـ ؛ لأنـ العـجـزـ يـقـتـضـيـ سـقـوـطـ الذـنـبـ فـلـاـ يـنـاسـبـ العـقـوـةـ بـوـجـوبـ الـكـفـارـةـ .

الـثـالـثـ : التـفـصـيلـ ، وـهـوـ مـذـهـبـ إـبـنـ الـبـرـاجـ ، وـوـجـهـ ظـاهـرـ ، وـقـدـ ذـكـرـهـ المـصـنـفـ .

قال رحـمـةـ اللهـ : وـلـاـ نـصـحـ نـيـابةـ مـنـ وـجـبـ عـلـيـهـ الـحـجـ وـاسـتـقـرـ إـلـاـ مـعـ العـجـزـ وـلـوـ مـشـياـ .

أقول : قوله (ولو مشيا) يتعلق بـعـسـمـرـ مـحـذـفـ وـهـوـ لـاـ مـعـ الـقـدـرـةـ وـلـوـ كـانـ مشـياـ ؛ لأنـ مـنـ اـسـتـقـرـ عـلـيـهـ الـحـجـ ثـمـ أـعـسـرـ عـنـ الـرـاحـلـةـ وـقـدـرـ عـلـىـ المـشـيـ وـجـبـ عـلـيـهـ الـحـجـ مـاشـياـ ، فـلـاـ يـجـوزـ أـنـ يـنـوـبـ عـنـ غـيـرـهـ ؛ لـخـاطـبـتـهـ بـالـحـجـ مـاشـياـ ، وـلـاـ يـجـوزـ تـعـلـقـهـ بـالـعـجـزـ لـمـنـافـاتـهـ لـلـأـصـلـ .

قال رـحـمـةـ اللهـ : وـلـوـ تـطـوـعـ ، قـيـلـ : يـقـعـ عـنـ حـجـهـ إـلـاـسـلـامـ وـهـوـ تـحـكـمـ .

أقول : قال الشـيـخـ فـيـ الـمـبـسوـطـ : مـنـ وـجـبـ عـلـيـهـ حـجـةـ إـلـاـسـلـامـ لـاـ يـجـوزـ لـهـ أـنـ يـحـجـ عـنـ غـيـرـهـ وـلـاـ أـنـ يـتـطـوـعـ ، فـاـنـ حـجـ تـطـوـعاـ وـقـعـتـ عـنـ حـجـةـ إـلـاـسـلـامـ ، وـبـهـ قـالـ الشـافـعـيـ . وـقـالـ إـبـنـ إـدـرـيسـ : هـذـاـ الـكـلـامـ غـيـرـ وـاضـحـ ؛ لأنـ الـحـجـ يـجـبـ عـلـىـ الـفـورـ فـلـاـ يـجـوزـ التـطـوـعـ قـبـلـ الـإـتـيـانـ بـهـ ، وـإـذـاـ لـمـ يـجـزـ يـكـونـ مـنـهـيـاـ عـنـ

(١٥) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٣٤ من أبواب وجوب الحج ، حدث ٣ .

فلا يكون صحيحاً ولا يجزي عن حجة الإسلام؛ لأنها غير منوية، وقال عليه السلام: «إنما الاعمال بالنيات»^(١٦)، ونسب المصنف قول الشيخ إلى التحكم، وهو القول بغير دليل.

قال رحمه الله: ومن الفقهاء^(١٧) من اجتنأ بالإحرام، والأول أظهر.

أقول: تقدم^(١٨) البحث في هذه.

قال رحمه الله: ولو شرط الحج على طريق معين لم يجز العدول إن تعلق بذلك غرض، وقيل: يجوز مطلقاً.

أقول: إذا شرط عليه الحج على طريق فحج بغيرها، لا يخلو إما أن يتعلق بالطريق غرض أولاً، فهنا قسمان:

الأول: أن لا يتعلق به غرض، قال الشيخ: يصح؛ لأن المقصود هو إيقاع الحج وقد حصل، قال: ولا يرجع عليه بالتفاوت لإطلاق روایة حریز في الصحيح، عن الصادق عليه السلام «قال: سأله عن رجل أعطى رجلاً بحج من الكوفة فحج عنه من البصرة؟ قال: لا بأس إذا قضى جميع المنسك فقد تم حجه»^(١٩).

وقيل: يرجع عليه بالتفاوت إن كان ما سلكه أسهل بجريان العادة بنقصان أجرة الأسهل عن الأصعب، وإن كان ما عدل اليه أشق لم يستحق أجرة تقابل تلك المشقة، وهو اختيار العلامة في التذكرة.

الثاني: أن يتعلق بالطريق غرض، فعند الشيخ يصح ولا يرجع عليه بالتفاوت لإطلاق الروایة، وقيل: عليه رد التفاوت، وهو اختيار العلامة في

(١٦) - الوسائل، كتاب الطهارة، باب ٥ من أبواب مقدمة العبادات، حدیث ٧.

(١٧) - في «ن»: فقهائنا.

(١٨) - ص ٣٨٨.

(١٩) - الوسائل، كتاب الحج، باب ١١ من أبواب النية في الحج، حدیث ١.

القواعد والتحrir والشهيد ، ونقل أبو العباس عن العلامة بطلان المسمى والرجوع إلى أجرة المثل ، واختار أبو العباس أقل الأمرين من المسمى وأجرة المثل ، وهو يشعر ببطلان المقد .

فرع : لو أحضر أو صد في طريق خالف بسلوكه لم يستحق أجرة ، سواء كان هناك غرض أو لا .

قال رحمة الله : وإذا استأجر بحججة لم يجز أن يؤجر نفسه بأخرى حتى يأتي بالأولى ، ويمكن أن يقال بالجواز إن كان لسنة غير الأولى .

أقول : عدم الجواز حتى يأتي بالأولى مذهب الشيخ رحمة الله ، والمشهور التفصيل ، وهو إن تعلقت الإجارة بسنة معينة لم يكن له أن يؤجر نفسه بأخرى تلك السنة بعينها ، وإن أطلق الأول ، فإن استأجره الثاني للسنة الأولى لم يجز؛ لأن الإطلاق يقتضي التعجيل ، وإن استأجره للثانية جاز ، وإن استأجره مطلقا فالمشهور الجواز أيضاً .

ومنع أبو العباس رحمة الله في المحرر من المطلقين وهو قريب ؛ لأن الإطلاق كما يقتضي التعجيل في الأولى يقتضي التعجيل في الثانية فيصير كالمعينة للأولى فتبطل .

ولو قيل بالصحة مع علم الثاني بالأولى وبالعدم مع العدم ، كان وجهاً لأن مع العلم بالأولى يتوجه القصد إلى الثانية لعلمه بعدم جواز حجته في الأولى ، ومع الجهل فالقصد متوجه إلى الأولى لعلمه بأن الإطلاق يقتضي التعجيل ، ولم يعلم بسيق غيره ، فلا يتوجه إلى العام الثاني ، وعلى القول المشهور - وهو جواز المطلقين - يمكن جواز الفسخ للثانية مع عدم العلم بالأولى .

ولو استأجره الأول للسنة الثانية جاز للثانية أن يستأجره للأولى ، إذ لا مانع من الإجارة الثانية إلا تعين الزمان للأولى ، وهو غير معين هنا .

تبنيه : يشترط في صحة الإجارة للتأخير في الإيقاع عدم حصول من بحث في السنة الأولى ؛ لأن وجوب الاستنابة على الفور والتأخير حرام ، فإذا استأجر للسنة الثانية مع وجود من بحث في السنة الأولى كان فعلاً منها عنه لتضمنه التأخير المحرم ، فلا يقع صحيحاً .

ولو وجد المبادر في السنة الأولى بعد الاستئجار ، قال الشهيد : يحتمل فسخ العقد وهو أبلغ من الأول ، ومحتمل عدم الفسخ ؛ لوقوعه صحيحاً والأصلبقاء .

قال رحمه الله : ولو ضمن الحج في المستقبل لم تلزم إجابته ، وقيل : تلزم .

أقول : هنا ثلاثة أقوال ، الأول : وجوب الإجابة مطلقاً مع ضمان الحج في المستقبل ، قاله : الشيخان . الثاني : عدم الإجابة مطلقاً ، قاله المصنف . الثالث : التفصيل ، وهو إن تعلقت الإجارة بعام وحصل الصدّ فيه انفسخت الإجارة ؛ لأنها تعلقت بزمان معين ولم يحصل الفعل فيه وغيره لم يتناوله العقد ، وإن كانت الإجارة مطلقة لم يتفسخ ، وهو مذهب العلامة .

والتحقيق : إن كان الصد في المطلقة بعد الإحرام كان له من الأجرة بنسبة ما فعل ، ولا يجب عليه الحج ثانياً إلا مع اتفاقهما عليه .

فلو اختار أحدهما البقاء على حكم الإجارة والآخر الفسخ ، قدم اختيار الفاسخ على ما اختاره الشهيد وابو العباس في المحرر ، وكذلك إن كان الصد قبل الإحرام يثبت لكل منها الخيار في الفسخ وعدمه على اختيارهما .

وذهب العلامة في المختلف إلى وجوب الحج ثانياً على الاجير ، بخلاف الصد بعد الإحرام ، والفرق بتعيين المطلقة بالمشروع فيها ، فتصير كالمعينة ، قبل الإحرام لا تتعين فهي باقية على الإطلاق .

أما حكم الأجرة مع الصد قبل الإحرام ، فنقول : إن كانت الإجارة

وقدت على أفعال الحج فلا يستحق شيئاً لعدم إتيانه بشيء من الأفعال التي تقابل مال الإجارة ، وإن وقعت على الحج من بلد معين استحق من الأجرة مقابل قطع المسافة إلى موضع الصد ؛ لأن مال الإجارة مقابل جموع أمرير : قطع المسافة وأفعال الحج ، فإذا صد بعد فعل شيء مما وقع عليه العقد استحق من الأجرة بحسبه ، هذا مع الفسخ لا مع عدمه ، وإن كان الصد في المعينة انفسخ العقد مطلقاً ، سواء حصل بعد الإحرام أو قبله .
ولو اتفقا على بقاء حكم الإجارة لم يلزمها إلا مع تجديد العقد ، والحكم في الأجرة كما قلناه أولاً .

فرعان .

الأول : إذا حج النائب في غير السنة المعينة لم يستحق شيئاً لأنفسه
العقد بمضي السنة المعينة ، ويكون ما أوقعه تبرعاً منه .
الثاني : لو أخر الأجير الحج في المطلقة لغير عذر تخير المستأجر ، ولعذر
يتخيران ، وهو اختيار الشهيد وأبي العباس في المحرر .

قال رحمة الله : ولو حلء حامل فطااف به امكن أن يحتسب كل منها
طوافة .

أقول : إذا حل إنسان إنساناً في طوافة فقد وقع الاتفاق على صحة
طوف المحمول مع النية منه إن كان بالغاً ، ونية الحامل عن المحمول إن كان
صبياً ، وأطلق الأكثر جواز طواف الحامل عن نفسه أيضاً ، وقال ابن الجنيد -
ونعم ما قال - : إن كان الحمل بأجرة لا يجوز أن يطوف عن نفسه لاستحقاق
قطع المسافة عليه بعد الإجارة ، فلا يجوز له صرفه إلى نفسه ، كما لو استأجره
للحج ، واختاره فخر الدين وأبو العباس في المحرر ، وهو المعتمد .
وأستدل المجوزون مطلقاً بعموم رواية حفص بن البختري ، عن

الصادق عليه السلام « في المرأة تطوف بالصبي وتسعى به ، هل يجوز ذلك عنها وعن الصبي ؟ قال : نعم ^(٢٠) » ، وعموم رواية الهيثم بن عرفة ^(٢١) ، عن الصادق عليه السلام ايضا الدالة على الاجزاء .

قال رحمة الله : وكل ما يلزم الناib من كفارة ففي ماله ، ولو أفسده ، حجج
من قابل ، وهل يعاد بالأجرة عليه؟ يبى على القولين .

أقول : إذا أفسد الأجير حجة النيابة ، قال الشيخ انتقلت عن المستأجر إليه وصار محراً عن نفسه ، وعليه قضاوها عن نفسه ، والحجج باق للمستأجر يلزمه الحجع عنه فيما إذا كان الحجع في ذمته ، ولم يكن له فسخ هذه الإيجارة ، وإن كانت معينة انفسخت الإيجارة وكان على المستأجر أن يستأجر من ينوب عنه ، فما يوجب عليه حجيبي بعد إتمام الفاسدة في صورة الإطلاق ، وإتمام الفاسدة والقضاء واسترجاع الأجرة في صورة التعين ؛ لأنه استأجره أن يحج عن حجة صحيحة شرعية وهذه فاسدة فيجب أن لا تغزيره ، وبه قال ابن ادريس .

والمصنف بنى فسخ الإجارة واسترجاع الأجرة على القولين ، وهو إن كانت الفاسدة حجة الإسلام والثانية عقوبة برأت ذمة المستأجر بإكمالها والقضاء في القابل عقوبة على الأجير ولا تفسخ هذه الإجارة ، وإن قلنا : الأولى عقوبة والثانية حجة الإسلام لزمه إثبات الفاسدة والقضاء من قابل عقوبة لانقلاب الفاسدة إليه بسبب إفساده ، فلا يجوز عن المستأجر ، وتستعاد الأجرة إن تعلقت بزمان معين ، فإذا وجب على الأجير الخج عن المستأجر بعد حجة القضاء من قابل .

ويحتمل الاكتفاء بحججة القضاء؛ لأنها قضاة عن الفاسدة فكما يجزي

(٢٠) - الوسائل ، كتاب الحجيج ، باب ٥٠ من أبواب الطواف ، حديث ٣.

(٢١) - المصدر المتقدم، حديث ١ و ٢.

عن الحاج لنفسه فكذا يجوز عن النائب وقواه الشهيد .

قال رحمة الله : ويستحقها الأجير بالعقد ، فإن خالف ما شرط ، قيل :
كان له أجرة المثل ، والوجه أن لا أجرة .

أقول : البحث هنا في موضوعين .

الأول : استحقاق الأجير الأجرة بالعقد ، ولا ريب في ذلك لكن لا
يجب التسليم إليه إلا بالعمل ، قاله الشهيد ، ولو توقف الحج على الأجرة
استقرب الشهيد جواز الفسخ للأجير ، قال : ولا يجوز لوصي الميت التسليم
قبل الفعل إلا مع الإذن صريحا ، أو بشاهد الحال .

والظاهر أن شاهد الحال جريان عادة بلد الميت بتسليم الأجرة قبل
الفعل .

الثاني : في خالفة شرط المستأجر ، فنقول يجب على الأجير أن يأتى
بالنوع المشترط عليه ، وجوز الشیع العدول من القرآن والإفراد إلى التمتع ؛
لأنه أفضل ، أو إلى القرآن لمن استؤجر مفرداً لاشتماله على الإفراد وزيادة ،
والباقيون على المنع ؛ لأنه استؤجر لحج معين فلا يتناول غيره .

والتحقيق أن نقول : إن كان الغرض هو القرآن أو الإفراد لم يجز العدول ؛
لأنه استؤجر لإبراء ذمة المستأجر مما وجب عليه شرعا ، وهو القرآن أو الإفراد ،
ولو عدل لم يجز عن الفرض ولا يستحق أجرة عمها عمله ؛ لأن الأجرة مقابل
إبراء الذمة ولم يحصل .

وإن كان الحج مندوباً أو واجباً خيراً كالنذر المطلق ، ومتساوي الإقامة
بمكة وغيرها ، وعلم من المستأجر قصد الأفضل ، جاز العدول إليه واستحق
الأجرة ، وإن لم يعلم منه ذلك وعدل إليه استحق الأجرة على قول الشيخ .
المعتمد : إن علم منه التخيير استحق الأجرة بأي الأنواع أتى ، وإن

لم يعلم ثم عدل عن النوع الذي استئجر عليه وقع عن المستأجر ويرأت ذمته بها فعله الأجير ؛ لأنه فعل الواجب عليه فوجب أن يخرج به من العهدة ، ولم يسقط فرض الأجير الذي وجب عليه بعقد الإجارة لعدم امتثال الأمر به . وهل يستحق أجرة عمها فعله ؟ يحتمل ذلك ؛ لأنه عمل عملاً محترماً لم يقصد به التبرع فيستحق أجرة مثل العمل ، ويحتمل العدم ؛ لأنه تبرع بفعل لم يشترطه عليه المستأجر فلا يستحق عليه أجرة ، وهو المعتمد .

فرع : لو اختلف الأجير والمستأجر في قصد الأفضل والتحير كان القول قول المستأجر ، لأنه أبصر بنيته .

قال رحمه الله : اذا عقد الإحرام عن المستأجر عنه ، ثم نقل النية إلى نفسه لم يصح ، فإذا أكمل الحجة وقعت عن المستأجر عنه ، ويستحق الأجرة ، ويظهر في أنها لا تخزي عن أحدهما .

أقول : وقوعها عن المستأجر مذهب الشيخ في المسوط ، واختاره العلامة في التحرير ؛ لأن النقل غير صحيح ، وظاهر المصنف عدم الإجزاء عن أحدهما ، واختاره العلامة في القواعد ، وهو المعتمد ، أما عدم الإجزاء عن المستأجر [ف] لأن الأجير لم يوقع الأفعال عنه ، وأما عدم اجزائها عن الأجير [ف] لأن النقل غير صحيح .

تنبيه : يجب أن تكون افعال المحج معلومة عند المتعاقدين لبطلان العقد على المجهول ، فإن علمها عند العقد فلا يجب ، وإن جهلها أو أحدهما فلا بد من الإعلام ، وإذا وقعت الإجارة للحج والعمرة معاً لا بد من تعين النوع من التمتع أو القرآن أو الأفراد لاختلاف الأغراض في ذلك ، فإذا وقعت

على الحج خاصية لم يحب التعين ويتخير بين القرآن والأفراد ، وإن وقعت على العمرة فهي مفردة .

قال رحمة الله : وإن قصر حتى لا يرحب فيه أجير صرف في وجوه البر ، وقيل : يعود ميراثا .

أقول : إذا أوصى بالحج تطوعا وقصر الثلث حتى لا يرحب فيه أجير ، قال الشيخ : تصرف في وجوه البر ؛ لأنه خرج عن ملك الوارث بالوصية ، وإذا تعذر صرفه في نوع من أنواع الطاعات صرفت في غيره من أنواعها لاشراكها في مطلق الطاعة ، وقيل : يرجع ميراثا ؛ لأن الوصية قد تعذر العمل بها فيبقى المال على ملك الورثة ، واختاره العلامة في القواعد وفخر الدين والشهيد .

قال رحمة الله : ومنهم من سوى بين المندورة وحججة الإسلام في الإخراج من الأصل والقسمة مع قصور التركة ، وهو أشبه . وفي الرواية : إذا نذر أن يحج رجلا ، ومات وعليه حججة الإسلام أخرجت حججة الإسلام من الأصل ، والمندورة من الثلث ، والوجه التسوية ، لأنها دين .

أقول : العمل بمضمون الرواية مذهب الشيخ رحمة الله وأحمد بن الجيد ومحمد بن بابويه ، وهي رواية ضريس بن أعين ، « قال : سالت أبي جعفر عليه السلام عن رجل عليه حججة الإسلام ونذر في شكر ليهجن رجلا ، فمات الرجل الذي نذر قبل أن يحج حججة الإسلام وقبل أن يفي له بنذرها ، فقال : إن كان ترك مالاً حج عنده حججة الإسلام من جميع ماله ، وينحرج من ثلثه ما يحج به عن المندورة ، فإن لم يكن ترك مالاً إلا بقدر أن يحج عنه حجحة ، حج عنه حججة الإسلام فيما ترك ، وحج عنه وليه النذر ، فإنما هودين عليه »^(٢٢) . والتسوية بينها في وجوب الإخراج من الأصل ، والقسمة مع القبور

مذهب ابن إدريس ، و اختياره المصنف والعلامة والشهيد ؛ لأنها واجبتان فيجب إخراجهما من أصل المال كالدين ، وهو المعتمد .

واعلم أن مرادهم في القسمة مع القصور إذا كان يمكن إخراج الحجتين ولو من الميقات ، أما إذا لم تنهض التركة بهما من الميقات قدمت حجة الإسلام اتفاقا .

أقسام الحج

قال رحمة الله : وهذا القسم فرض من كان بين منزله وبين مكة إثنى عشر ميلاً فما زاد من كل جانب ، وقيل : ثانية وأربعون ميلاً .

أقول : التحديد باثني عشر ميلاً مذهب الشيخ في الجمل والمبسot ، وبه قال ابن ادريس ، واختاره المصنف هنا والعلامة في القواعد والإرشاد ، والتحديد بثانية وأربعين ميلاً مذهب الشيخ في النهاية والتهذيب ، واختاره المصنف في المختصر ، والعلامة في المختلف والتحرير ، وجزم به الشهيد ، وحکى مذهب الشيخ في المبسot ، قال : ولا نعلم مستنته ، وقال العلامة في المختلف : كأنه نظر إلى توزيع الشانية والأربعون ميلاً من أربع جوانب ، فكان قسط كل جانب ما ذكره في المبسot ، وليس بجيد .

قال رحمة الله: ووقوعه في أشهر الحج، وهو: شوال ذو القعده وذو الحجه، وقيل: عشرة من ذي الحجه، وقيل: وتسعة من ذي الحجه، وقيل: إلى طلوع الفجر من يوم التحر، وضابط وقت الإنشاء ما يعلم أنه يدرك المناسب.

أقول : حكى المصنف في تحديد أشهر الحج أربعة أقوال ، فالاول قول الشيخ في النهاية ، واختاره أحمد بن الجنيد والمصنف ، والثاني قول السيد المرتضى وإبن أبي عقيل ، والثالث قول الشيخ في الجمل ، وبه قال إبن البراج ، والرابع قوله في الخلاف والمبسوط .

والنزاع هنا لفظي لا معنى له ؛ لأنه لا خلاف في وجوب إيقاع الموقفين فيها حد لها من الزمان اختياراً أو اضطراراً ، ووجوب إيقاع الإحرام في وقت يعلم إدراك ذلك فيه ، وما زاد على ذلك من الطوافين والسعي والذبح ، فإنه يجزي في بقية ذي الحجة عند الجميع ، فالنزاع لفظي .

قال رحمه الله : ولو أحرم بحج التمتع من غير مكة لم يجزه ولو دخل مكة بإحرامه على الأشيء ، ووجب استئنافه منها . ولو تعلّر ذلك ، قيل : يجوزه ، والوجه أنه يستأنفه حيث أمكن ، ولو بعرفة إن لم يتعمد ذلك ، وهل يسقط الدم والحال هذه ؟ فيه تردد .

أقول : الإحرام من غير مكة لا يخلو إما أن يكون عامداً أو جاهلاً أو ناسياً ، فإن كان عامداً لم يجزه ووجب عليه العود إلى مكة لإنشاء الإحرام ، فإن تعذر بطل حجه ، وأطلق الشيخ في المبسوط والخلاف الإجزاء مع تعذر الرجوع وعدم لزوم الدم ، والوجه البطلان مع التعمد وعدم إمكان الرجوع ، لأنه أحرم من غير المیقات عامداً فيكون باطلاً .

وإن كان جاهلاً أو ناسياً وجب العود مع المكنة ، ومع العدم^(٢٣) يستأنف الإحرام ولو بعرفة .

وأما سقوط الدم فقد تردد فيه المصنف واستشكله العلامة في المختلف ،

(٢٣) - في «ن» : المعد .

ولا أرى هذا التردد وجهاً قوياً على مذهب الخاصة؛ لأن هذا الدم إما دم التمتع أو دم شاة، والمحترر عندهم أنه دم التمتع، وإنما يتوجه التردد فيه على القول بأنه جبران، وهذا القول ضعيف جداً للإجماع على جواز الأكل منه، والجبران لا يجوز الأكل منه إجماعاً أيضاً، وقطع في الخلاف والمبسط أنه نسك لاجبران.

والقول بأنه جبران مذهب الشافعي، فعنه أنه جبران للإحرام من غير الميقات، وهو مردود؛ لأن ميقات حج التمتع مكة، وقال الشيخ في المبسط: ولو أحرم التمتع من مكة وخرج منها إلى الميقات ومنه إلى عرفات صح، واعتذر بالاحرام من الميقات، ولا يلزم دم^(٤) غير دم التمتع.

وهو يشعر بأنه جبران، وقال الشافعي: إن أحرم بها من خارج مكة وعاد إليها فلا شيء، وإن لم يعد إليها ومضى على وجهه إلى عرفات، فأن كان إنشاء الإحرام من الخل فعلية دم قولاً واحداً، وإن أثنا من الحرم، ففي وجوب الدم عليه قولان: أحدهما لا يجب؛ لأن الحكم إذا تعلق بالحرم ولم ينفص بيقعة منه كان الجميع فيه سواء بذبح الهدي، والثاني يجب عليه الدم؛ لأن بيقته البلد الذي هو مقيم فيها، وإذا ترك بيقنته وجوب عليه الدم وإن كان ذلك كله من حاضري المسجد الحرام.

فعلى قول الشافعي هذا يتوجه تردد المصنف، وهو ضعيف كما تراه إذ بناء على قاعدته، وهو أن الهدي جبران للإحرام من غير الميقات.

وعلى القول بأن المراد به غير دم التمتع إنما يتوجه على مذهب ضعيف متطرق، وهو قوله في المبسط في باب المواقف: من آخر الأحرام عن الميقات

عاماً وجب الرجوع إليه ، فإن لم يمكن فلا حج له ، وقد قيل : انه يجبره بدم وقد تم حجته .

وهذا القول ضعيف متوكلاً لا يوجب التردد ، فقد تبين ضعف هذا التردد على كل تقدير .

قال رحمه الله : فإن عدل هؤلاء إلى التمتع إضطراراً جاز ، وهل يجوز اختياراً؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، وهو الأكثر ، ولو قبل بالجواز لم يلزمهم هدي .

أقول : جواز العدول اختياراً مذهب الشيخ في المسوط ؛ لأنَّه أفضل ، ولأنَّه أتى بصورة الإفراد وزيادة غير منافية ، والمنع مذهبُه في النهاية ، وهو مذهب إبني^(٢٥) بابويه وابن أبي عقيل وابن الجندى وابن ادريس ، واختاره العلامة وهو المعتمد ؛ لقوله تعالى : ﴿ذَلِكَ مِنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلَهُ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾^(٢٦) دل بمفهومه على أنَّ من كان أهله حاضري المسجد الحرام لم يكن له ذلك .

والجواب عن حجة الأولين المنع من كونه أتى بصورة الإفراد ؛ لأنَّه أخل بالإحرام من ميقاته ، وأوقع مكانه العمرة ، وليس مأموراً بها ، فوجب أن لا يجزيه ، ولأنَّ أقل افعالاً لاشتماله على ثلاث طوافات والإفراد أربع طوافات ، ولا فرق عند الشيخ بين جواز العدول إبتداءً وفسخاً .

وعلى القول بالجواز ، هل يجب الهدي أو لا ؟ قال الشيخ في المسوط والخلاف بعدم الوجوب ، وهو قول المصنف هنا لقوله تعالى ﴿ذَلِكَ مِنْ لَمْ يَكُنْ

(٢٥) - في «ن» و«ر٢» : ابن .

(٢٦) - البقرة : ١٩٦ .

أهله حاضري المسجد الحرام \Rightarrow دل بمفهومه على أن الم Heidi لا يلزم من لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام.

وفي نظر ، لعموم قوله تعالى : \Rightarrow فَمَنْ تَمْتَعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجَّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدِي \Rightarrow (٢٧).

تبنيه : إذا أعدل المتمتع إلى حج الإفراد لخوف ضيق الوقت وقصوره عن التخلل من العمرة وانشأ الإحرام للحج ، او خوف حصول الحيض قبل أربعة أشواط من طواف العمرة ، او أعدل القارن او المفرد إلى التمتع لخوف العجز عن العمرة بعد الحج لغوات الرفقه ، او لخوف طريان الحيض عند إرادتها ، او للخوف من عدو يمنع الإحرام بها ، لا يخلو إما أن يكون العدول في الأثناء أو الابتداء ، فإن كان في الأثناء وجب نية العدول ، بأن يقول : (أعدل من عمرة التمتع إلى حج الإفراد حج الإسلام لوجوبه قربة إلى الله) ، ثم يخرج إلى عرفات ، وفي العكس يقول (أعدل من حج الإفراد إلى عمرة التمتع عمرة الإسلام لوجوبه قربة إلى الله تعالى).

وإن كان العدول ابتداء قبل التلبس بالمعدول عنها لا يفتقر إلى ذكر العدول بالنسبة بل ينشئ الإحرام بالنسبة المعدول إليه من غير ذكر العدول ، والعدول واجب عند العذر المسوغ له ؛ لأنه لا يتم الواجب إلا به ، وما لا يتم الواجب إلا به ، فهو واجب .

قال رحمة الله : لكن يجددان التلبية عند كل طواف لثلا يحلا على قول ، وقيل : إنها يجعل المفرد دون السائق ، والحق أنه لا يجعل إلا بالنسبة .
أقول : القارن والمفرد اذا دخلا مكة جاز لها التطوع بالطواف قطعا ،

وهل يجب عليهما تجديد التلبية عقب صلاة الطواف بالوجوب ؟ قال الشیخان وسالار بالوجوب ، لحصول التحليل بالطواف مع وجوب الوقوف عمراً ، ووجوب تأخیر التحليل إلى الحلق ، والتلبية موجبة بعقد الاحرام ، فسد الخلل الحالى للإحرام من الاخلاص بالطواف ، فلو لم يلب بطلت حجته وصارت عمرة مفردة ، وفي رواية يونس بن يعقوب^(٢٨) : وجوب التلبية على المفرد دون القارن .

وقال ابن إدريس : لا يحل إلا بالنية ولا يجب التلبية ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس في محرره ، وقالوا باستحباب التلبية ، وهو المعتمد ، لأن الاعمال بالنيات ، وهو لم ينوه بالتحلل ، فهو باق على إحرامه .
تبليغه : هل يجوز للقارن والمفرد تقديم طوافهما وسعيهما على المفي إلى عرفات والوقوف بها اختياراً ؟ بالمنع قال ابن إدريس لوجوب ترتيب المناسك ، والمشهور الجواز على كراهة .

قال رحمة الله : ويجوز للمفرد إذا دخل مكة أن يعدل إلى التمتع ، ولا يجوز ذلك للقارن .

أقول : إنها يجوز العدول إذا كان حجه ندبًا ، أو نذر مطلقاً ، أو متساوي المزبلين ، لا مطلقاً ، ولا يلبي عقب طوافه وسعيه ، ولو لبى أثم ولا تبطل متعته .

قال رحمة الله : ولو اقام من فرضه التمتع سنة او سنتين لم ينتقل فرضه ، وكان عليه الخروج من الميقات إذا أراد حجحة الإسلام ، ولو لم يتمكن من ذلك خرج إلى خارج الحرم ، فإن تعذر أحمر من موضعه ، فإن دخل في الثالثة مقبها ثم حج انتقل فرضه إلى القرآن أو الأفراد .

أقول : مذهب المصنف هنا - وهو الانتقال بمضي ستين - هو مذهب الشيخ في كتاب الأخبار ، واختاره العلامة في المختلف والتحرير .
وقال في النهاية والمبسوط : لا ينتقل فرضه عن التمتع إلا بمضي ثلاث سنين ، وبه قال ابن إدريس ، وهو ظاهر الشهيد ، والمعتمد الأول ، وعليه دلت الروايات الصحاح^(٢٩) .

تنبيه : هذا البحث فيمن لا يجب عليه الحج قبل المجاورة ، أما لو كان مستطينا قبل المجاورة ووجب عليه الحج تبعاً فإنه لم ينتقل فرضه عن التمتع لاستقراره عليه تبعاً ، فلا يسقط عنه بالمجاورة .

قال رحمه الله : ولا يجوز القران بين الحج والعمرمة بنية واحدة ، ولا ادخال أحدهما على الآخر ، ولا نية حجتين ولا عمرتين ، ولو فعل ، قيل : تتعقد واحدة ، وفيه تردد .

أقول : قال الشيخ في الخلاف من أهل بمحجتين انعقد إحرامه بواحدة منها ، وكان وجود الأخرى وعدمها سواء ، ولا يتعلق بها حكم فلا يجب قضاؤها ولا الفدية ، وهكذا من أهل بعمرتين ، أو بحججة ثم ادخل عليها أخرى ، أو بعمرمة ثم ادخل عليها أخرى ، والكلام فيها زاد عليه كالكلام فيه سواء .

وتردد المصنف في انعقاد هذا الاحرام : لأن الواجب عليه أحد النسرين ولا يتميز أحدهما عن الآخر إلا بالنسبة ، ولأنه عقده على وجه منهي عنه فلا يقع صحيحاً ، وهو المعتمد .

في المواقف

قال رحمة الله : ولو حجّ على طريق لا يفضي إلى أحد المواقف ، قيل :
يمحرم إذا غلب على ظنه محاذاة أقرب المواقف إلى مكة .

أقول : القول الذي حكاه المصنف هو قول الشيخ في المسوط ، وهو المعتمد ، وقال ابن الجنيد : ومن سلك البحر أو أخذ طريقاً لا يمر فيه على هذه المواقف كان إحراماً من مكة بقدر أقرب المواقف إليها ، وقال ابن ادريس : ومحاذات أهل البحر جدّة .

فرعان :

الأول : يكفي غلبة الظن في المحاذاة ، فلو تبين تقدم الإحرام على الميقات أعاد ، ولو تبين تأخره أجزأ .

الثاني : لو لم يحاذ ميقاتاً احتمل الإحرام من أدنى الخل ، وهو المعتمد ، لأنّه ميقات للمضطربين كالناسبي ، وهذا مضطر لتعذر الميقات ومحاذاته عليه ، وتحتمل الإحرام من مساواة أقرب المواقف إلى مكة ، كما ذهب إليه ابن الجنيد ؛ لأن الإعتبار بالمحاذاة إنما هو المساواة .

قال رحمة الله : لو نسي الإحرام ولم يذكر حتى أكمل مناسكه ، قيل :
بقضي إن كان واجباً ، وقيل : يجزيه ، وهو المروي .

أقول : المشهور عند الأصحاب الإجزاء ، وهو المعتمد ، ومستندهم
رواية علي بن جعفر ، عن أخيه موسى عليهما السلام « قال : سالته عن رجل
كان متمنعاً خرج إلى عرفات وجهل أن يحرم يوم التروية بالحج حتى رجع إلى
بلده ؟ قال : إذا قضى المناسك كلها فقد تم حجه »^(٢٠) ، وفي معناها رواية
جحيل بن دراج ، عن بعض أصحابنا ، عن أحد هم على هم عليها السلام ، « في رجل
نبي أن يحرم ، أو جهل وقد شهد المناسك كلها وطاف وسعى ، قال : يجزيه
نبيه إذا كان قد نوى ذلك ، وقد تم حجه وإن لم يحل »^(٢١) وفيها دلالة على أن
النبي هو التلبيات دون النية ، وهذه وإن كانت فاصرة الدلاله لكونها مرسلة ،
أو لا تقتضيها تزيل الجهل متزلة النسيان - مع أن جاهم الحكم لا يغدر -
فهي معتضدة بعمل الأصحاب إلا ابن إدريس ، فإنه أوجب القضاء ، قال :
لأنه لم يأت بالعبادة على وجهها فيبقى في العهدة .

ونسب المصنف قوله في المختصر إلى الترجيح ؛ لأنه اجتهد في مقابلة
نص ، قال في المعتبر : ولست أدرى كيف تخيل له هذا الإستدلال ولا كيف
يوجبه ، فإن كان يقول الإخلال بإحرام إخلال بالنية في بقية المناسك ، فنحن
نتكلم على تقدير إيقاع نية كل منسك على وجهه ظاناً أنه أحرم أو جاهلاً
بالحرام ، فالنية حاصلة مع إيقاع كل منسك ، فلا وجه لما قاله . هذا آخر
كلامه في المعتبر .

(٢٠) و (٢١) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٢٠ من أبواب المواقف ، حدث ١ و ٢ .

في أفعال الحج

قال رحمة الله : والمقدمات كلها مستحبة ، وهي : توفير شعر رأسه من ذي القعدة إذا أراد التمتع ، ويتاكد عند هلال ذي الحجة على الأشبه .

أقول : ذهب المقيد رحمة الله إلى وجوب توفير الشعر ، قال : إذا أراد الحج فليوفر شعر رأسه في مستهل ذي القعدة ، فإن حلقه في ذي القعدة كان عليه دم يهرقه ، وهو ظاهر النهاية أيضا ، لرواية معاوية بن عمار^(٣١) ، عن الصادق عليه السلام .

وقال في الجمل : إنه مستحب ، واختياره ابن إدريس وأكثر الأصحاب ، وهو المعتمد ، لأصالة البراءة ، ولرواية سعاعة^(٣٢) ، عن الصادق عليه السلام .

قال رحمة الله : وقيل أن لم يجد ماءً تيمم له .

أقول : القول المحكى هو قول ابن إدريس ، وجزم به العلامة في

(٣١) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٢ من أبواب الاحرام ، حديث ٤ .

(٣٢) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٢ من أبواب الاحرام ، حديث ٣ .

القواعد ، وحكاه في التحرير ولم يتعرض له بقوة ولا ضعف ، وكذلك الشهيد .

والتحقيق : إن قلنا : إنه سُنَّ للتعبد استحب التيم عن فقد الماء ،

وإن قلنا : إنه سُنَّ لإزالة الدرن لم يستحب لعدم الفائدة
 قال رحمة الله : وإن يحرم عقيب فريضة الظهر أو فريضة الظهر أو
 فريضة غيرها ، وإن لم يتفق صل للاحرام ست ركعات ، وأقله ركعتان يقرأ
 في الأولى : الحمد ، وقل يا أيها الكافرون ، وفي الثانية : الحمد ، وقل هو
 الله أحد ، وفيه روایة أخرى . ويوقع نافلة الإحرام تبعاً له ولو كان وقت
 فريضة مقدماً للنافلة ما لم يتضيق وقت الحاضرة .

أقول : الروایة الأخرى بالعكس ، وهو أن يقرأ في الأولى : الحمد ،
 وقل هو الله أحد ، وفي الثانية : الحمد ، وقل يا أيها الكافرون ، وبها أفتى ابن
 إدريس ، وبأي الروایتين ^(٣٤) عمل أتى بالمستحب .

فإن قيل : إن المصنف قال : ويحرم عقيب فريضة الظهر أو فريضة غيرها
 وإن لم يتفق صل للاحرام ست ركعات ، وأقله ركعتان ، فقد رتب نافلة
 الإحرام على عدم اتفاق الفريضة ، ثم قال : ويوقع نافلة الإحرام تبعاً له ولو
 كان وقت فريضة مقدماً للنافلة ما لم يتضيق وقت الحاضرة . وهذا يشعر
 بالتناقض ؛ لأنه رتب في الأول فعل النافلة على عدم اتفاق الفريضة ، ثم قدم
 ثانياً النافلة على الفريضة ما لم يتضيق الفريضة ، وهذا هو التناقض بعينه .

الجواب : لا نسلم حصول التناقض ؛ لأن الشارع قد عين الإحرام
 نافلة مخصوصة ، وجعل أفضله الواقع عقيب فريضة الظهر ، أو فريضة غيرها ،

(٣٤) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ١٥ من أبواب القراءة ، حديث ١ ، ٢ ، وفي المدارك أنه لم يشر على
 مستند ما في المتن / ٧ : ٢٥٦ .

ولا يلزم من إيقاعه عقىب الفريضة إسقاط النافلة التي قد خصصها الشارع له ، وإذا ثبتت هذا ، فنقول : إذا اتفق الإحرام في وقت الظهر أو وقت فريضة غيرها قدم النافلة التي خصصها الشارع ، ثم أتى بعدها بالفريضة لي quam الإحرام عقىب النافلة والفريضة معاً ليجمع بين الفضيلتين ، وهو فضيلة إيقاعه بعد النافلة وفضيلة إيقاعه بعد الفريضة وهذا مراد المصنف في قوله : (ويحرم عقىب فريضة الظهر أو فريضة . . .) ، وإذا لم يتفق في وقت الفريضة صلٰى النافلة ثم أحْرَم بعدها يكون قد أوقعه عقىب فضيلة واحدة ، فلا تناقض بين قوله .

قال رحمة الله : ولو أحْرَم بالحج وكان في أشهر الحج كان مخيراً بين الحج والعمرة إذا لم يتعين عليه أحدهما ، وإن كان في غير أشهر الحج تعين للعمرة ، ولو قيل بالبطلان في الأول ولزوم تجديد النية كان أشبه .

أقول : ما حكاه المصنف قول الشيخ رحمة الله ، والفرق بين أشهر الحج وغيرها كون الزمان صالحًا للحج والعمرة إذا كان في أشهر الحج ، وهذا يتخير عند القائل به ، وفي غير أشهر الحج لا يصلح الزمان إلا للعمرة ، فلهذا يتعين فعلها .

والمعتمد البطلان للنبي عن القرآن بين النسرين ، وقد تقدم^(٣٥) البحث فيه .

قال رحمة الله : ولو قال كاحرام فلان ، وكان عالماً بهذا أحْرَم ، صَحَّ ، وإن كان جاهلاً ، قيل : يتمتنع إحتياطاً ، ولو نسي بهذا أحْرَم كان مخيراً بين الحج والعمرة إذا لم يلزمته أحدهما .

أقول : إذا أحرم كإحرام فلان ، فإن كان عملاً حالة الإحرام بإحرام فلان ، صح إحرامه قطعاً ، وإن كان جاهلاً ثم علم فيها بعد ، قال الشيخ في المبسوط : انعقد إحرامه بمثله ؛ لأن أمير المؤمنين عليه السلام قال : إهلالاً كإهلال نبيك وأجازه النبي صلى الله عليه وآله وسلم^(٣٦) .

وإن تعذر العلم بإحرام فلان ، بموته أو غيبته ، قال الشيخ : يمتنع إحتياطاً ، وإن بان أن فلاناً لم يحرم كان إحرامه موقوفاً إن شاء صرفه إلى الحج وإن شاء إلى العمرة .

والمعتمد البطلان ؛ لأن الواجب عليه الإحرام بأحد النسكين ، وإنما يتميز أحدهما عن الآخر بالنسبة ، ويمنع كون أمير المؤمنين عليه السلام لم يعلم بإحرام رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم .

فرع : إذا شك بعد الطواف ، هل أحرم بالحج أو بالعمرة ؟ قال العلامة : جعلها عمرة متعمداً بها ، واستحسن الشهيد ، وهو حسن ، لما فيه من الاحتياط بالجمع بين الحج والعمرة ، ولو كان شكه قبل الطواف تخير بين الحج والعمرة ما لم يكن في ذمه أحدهما فيتبعن .

فإن قيل : ما الفرق بين حصول الشك قبل الطواف وبعده ، وجواز التخيير مع عدم لزوم أحدهما له وتعيين الواجب عليه إذا حصل قبل الطواف ، وعدم تعيين الواجب عليه ، وعدم جواز التخيير إذا وقع بعد الطواف ؟ .

إذا نقول : تبين الفرق يفتقر إلى مقدمة ، وهي أن الشك أنها يعتبر ويكون له حكم إذا وقع عقيب الأفعال المشتركة بين الحج والعمرة كالإحرام والطواف والسعى ، أما إذا وقع عقيب الأفعال المختصة بالحج كالملوفين ومناسك مني لم يعتبر ، فلا يكون له حكم ، وبيني على أنه أحرم بالحج .

إذا عرفت هذا فنقول : إذا حصل الشك عقيب الإحرام قبل التلبس بشيء من الأفعال كان ذلك الزمان صالحًا لإيقاع أفعال الحج وافعال العمرة فيتخير حينئذ ما لم يكن عليه أحد هما فيتعين لحصول الترجيح ، بجريان عادة المكلف في الأغلب بالبداء بالواجب عليه ، وقد انعقد احرامه صحيحًا فيصرف إلى الواجب ، وإذا حصل الشك بعد الطواف لا يصح أن يصرفه إلى الحج ؛ لأن الطواف في الحج إنها يقع بعد الموقفين ومناسك مني ، والاصل عدم الاتيان بهذه المناسب ، فيتعين صرفه إلى العمرة المفردة ، أو التمتع بها ، فإن صرفه إلى المفردة ، احتمل أن يكون قد أنشأه للحج فلا يبرأ بإتمام افعال المفردة ، لقصورها عن أفعال الحج من الرمي والبيت ، ووجوب صرفه إلى عمرة التمتع ليحصل الجمع بين الحج والعمرة بجميع أفعالهما ، فقد ظهر الفرق بين وقوع الشك قبل الطواف وبعده ، وبالله المستعان .

قال رحمة الله : والقارن بالخيار إن شاء عقد إحرامه بها ، وإن شاء قلل أو أشعر على الأظاهر .

أقول : مذهب المصنف هو مذهب الشيخ رحمة الله وإبن الجنيد وسلام وأبي الصلاح ، واختاره العلامة والشهيد ، وهو المعتمد .
وقال السيد المرتضى : لا ينعقد الإحرام إلا بالتلبية، وتبعه إبن إدريس، واستند الجميع إلى الروايات ^(٣٧) .

قال رحمة الله : وصورتها أن يقول : **لَبِيكَ اللَّهُمَّ لَبِيكَ لَبِيكَ لَكَ لَبِيكَ** ، وقيل : يضيف إلى ذلك : إن الحمد والنعمة لك وملك ، لا شريك لك ، وقيل : بل يقول : **لَبِيكَ اللَّهُمَّ لَبِيكَ لَبِيكَ إِنَّ الْحَمْدَ وَالنِّعْمَةَ لَكَ**

(٣٧) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ١٢ من أبواب أقسام الحج .

والملك ، لا شريك لك لبيك ، والأول أظهر .

أقول : الخلاف هنا في موضعين :

الأول : في العدد ، والمشهور أربع ، وهو مذهب الشيخ في النهاية والتعي والقاضي وإبن حمزة وإبن إدريس ، واختاره المصنف والعلامة فخر الدين والشهيد وأبو العباس ، وهو المعتمد ، وقال السيد : إنها ست ، وقال إينا^(٣٨) بابوه وإبن الجنيد وإبن أبي عقيل : إنها خمس .

الثاني : في الكيفية ذهب القائلون بالست إلى أن صورتها : (لبيك اللهم لبيك ، لبيك لا شريك لك^(٣٩) لبيك ، لبيك إن الحمد والنعمة والملك لك ، لا شريك لك لبيك) .

وذهب القائلون بالخمس إلى أن صورتها : (لبيك اللهم لبيك ، لبيك لا شريك لك لبيك ، إن الحمد والنعمة والملك لك ، لا شريك لك لبيك) .

وأختلف القائلون بالأربع في الكيفية على ثلاثة أقوال :

الأول : (لبيك اللهم لبيك ، لبيك لا شريك لك لبيك) ، وهو قول المصطفى .

الثاني : (لبيك اللهم لبيك ، لبيك إن الحمد والنعمة لك ، لا شريك لك لبيك) ، وهو قول الشيخ في المسوط والقاضي وإبن إدريس .

الثالث : قول العلامة وله عبارتان ، إحداهما : (لبيك اللهم لبيك ، لبيك لا شريك لك^(٤٠) لبيك ، إن الحمد والنعمة لك والملك^(٤١) ، لا شريك

(٣٨)-في «ن» و«ر»؛ ابن.

(٣٩)-من «ن» و«م» و«ر».

(٤٠)-لم ترد في «ر» و«ر» و«م».

(٤١)-في «ن» و«م» و«ر»؛ والملك لك.

لَكَ لِيْكَ) ، وَهُوَ مَذَهَبُهُ فِي الْمُخْتَلِفِ .

وَالْأُخْرَى : (لَبِيكَ اللَّهُمَّ لَبِيكَ ، لَبِيكَ إِنَّ الْحَمْدَ وَالنِّعْمَةَ وَالْمُلْكُ لَكَ ، لَا شَرِيكَ لَكَ^(٤٢) لَبِيكَ) ، وَهِيَ الْمُشْهُورَةُ فِي كِتَابِهِ .

قَالَ رَحْمَةُ اللهِ : وَهُلْ يَجُوزُ الْإِحْرَامُ فِي الْخَرِيرِ لِلْمُنْسَأِ ؟ قَيْلَ : نَعَمْ ، جُوازُ لِبِسْهِنَّ لَهُ فِي الصَّلَاةِ ، وَقَيْلَ : لَا ، وَهُوَ أَحْوَطُ .

كَمَا قُولَّ : الجُواز مذهب المفید وإن ادريس واحتاره العلامہ للأصل ، ولصحیحة یعقوب بن شعیب « قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : المرأة تلبس القميص تزره عليها وتلبس الحریر والديباچ ؟ قال : نعم لا بأس به ، وتلبس الخلخالين والمسك »^(٤٣) بفتح الميم وحركة السین المهملة ، وهي سوار من ذيل أو عاج تلبسه ، والمنع مذهب الشیخ وإن الجنید ، واحتاره الشهید ؛ للإحتیاط ، ولصحیحة العیضن « قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : المرأة المحرمة تلبس ما شاءت من الثیاب غير الحریر والقفازین »^(٤٤) .

تنبیه : القفازان بالقاف المضمومة والفاء المشددة والزاي بعد الالف : شيء يعمل لللیدین يمحى بقطن يكون له أزرار تزر على الساعدين من البرد ، تلبسه المرأة بيدها ، والقفازان ايضاً يعمل للجوارح من جلد يمده الرجل على يده ، قال الشاعر :

تَبَأْ لِذِي أَدْبِ يَرْضَى بِمَعْجَزَةِ
وَلَا يَكُونُ كَبَازٌ فَوْقَ قَفَازٍ

(٤٢) - لم ترد في «ن».

(٤٣) - الوسائل ، كتاب العج ، باب ٣٣ من أبواب الاحرام ، حديث ١.

قال رحمة الله : فلو أحرم ممتعاً ودخل مكة وأحرم للحج قبل التقصير ناسياً لم يكن عليه شيء ، وقيل : عليه دم ، وحمله على الاستحباب أظهر .

أقول : مذهب الشيخ علي بن بابويه وأبي الصلاح وجوب الدم ، ومستندهم رواية إسحاق بن عمار^(٤٤) ، والاستحباب مذهب سلار وإن إدريس ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد لرواية معاوية بن عمار^(٤٥) وعبد الرحمن بن الحجاج^(٤٦) ، ولا صالة البراءة ، ولقوله عليه السلام : «رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»^(٤٧) .

قال رحمة الله : وإن فعل ذلك عامداً ، قيل : بطلت عمرته وصارت حجة مبتولة ، وقيل : يقى على إحرامه الأول ، وكان الثاني باطلًا ، والأول هو المروي .

أقول : إذا أحرم للحج عقيب سعي العمرة المتعتمد بها قبل التقصير عامداً ، قال الشيخ رحمة الله بطل متعته وتصير حجته مفردة ، لرواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام ، ورجحه العلامة في المختلف ، وقال ابن إدريس : يبطل إحرامه الثاني للنبي عنه ، ويقى على إحرامه الأول . وهو المعتمد .

ويرتقب على المذهبين مسائل :

الأولى : بطلان العمرة على مذهب الشيخ وبقاء حكمها على مذهب ابن إدريس ، فمتي رجع وقصر ثم لحق الموقفين فقد أدرك النسرين .

(٤٤) - المصدر المتقدم ، حديث ٩.

(٤٥) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٥٤ من أبواب الأحرام ، حدثت ٦.

(٤٦) - المصدر المتقدم ، حديث ٣.

(٤٧) - المصدر المتقدم ، حديث ٢.

(٤٨) - الوسائل ، كتاب الجهاد ، باب ٥٦ من أبواب جهاد النفس ، حدثت ٣.

الثانية : كونه مخاطباً بالقصير من العمرة على مذهب ابن إدريس ، وبالوقوف بعرفات على مذهب الشيخ .

الثالثة : إذا لم يلحق الموقفين انقلب إلى المفردة للتحليل على القولين .

الرابعة : لو قصر كان عليه دم شاة على مذهب الشيخ ، لكونه محظياً بالحج ، ولا شيء عليه عند ابن إدريس ؛ لأنَّ فعل الواجب عليه .

الخامسة : لو أوصى إنسان ، أو وقف ، أو نذر شيئاً للمحرمين بالحج ، استحق على مذهب الشيخ ، ولا يستحق على مذهب ابن إدريس .

السادسة : لو جامع فسد حجه على مذهب الشيخ ولحقه أحكام المفسد ، وعلى مذهب ابن إدريس يلزم بذاته ، لكونه بعد السعي وقبل التقصير ، و عمرته صحيحة .

السابعة : لو كان ذلك من وجب عليه التمتع علينا كالآفافي ، أو يكون متعميناً عليه بنذر ، وجب عليه إكماله ولا يجزيه عنها عليه ، لعدم جواز العدول اختياراً على مذهب الشيخ .

وعلى مذهب ابن إدريس يجب عليه التقصير ويتم به عمرته فإن كان الوقت متسعًا لتدارك الحج وجب عليه إنشاء الإحرام له وقت متعمته ، وإن لم يتسع الوقت قضاه في القابل .

قال رحمة الله : لو نوى الإفراد ثم دخل مكة جاز أن يطوف ويسمى ويقصر و يجعلها عمرة يمتنع بها ما لم يلب ، فإن لبني إنعقد إحرامه ، وقيل : لا اعتبار بالتلبية وإنما هو بالقصد .

أقول : قد تقدم البحث في هذه وأن المراد به حج التطوع ، أو النذر المطلق ، أو حج ذي المتزلين وما عليه في التلبية^(٤٩) غير الإثم ، لكن المشهور

اختيار المصنف ؛ لرواية أبي بصير^(٥٠) .

قال رحمة الله : وروي : إذا كان الصبي عيذاً أمره بالصيام عن الهدى ، ولو لم يقدر على الصيام صام الولي عنه مع العجز عن الهدى .

أقول : لا خلاف في وجوب الهدى على الولي مطلقاً ، سواء كان الصبي عيذاً أو غير عيذاً ؛ لأنَّه من لوازم الإحرام الخاصة بفعل الولي ، لكن هل يجوز له أمر المميز بالصيام ويكون صومه مسقطاً للهدى عن الولي ؟ وردت في ذلك رواية^(٥١) بضمونها أفتى العلامة في القواعد ، ولم يجزم به المصنف .

وقد الشهيد جواز الأمر بالصيام بعجز الولي عن الهدى ، وهو حسن لعدم جواز العدول إلى الصيام مع القدرة على الهدى ، فإذا كان الولي قادرًا على الهدى وجب عليه ، وإن عجز عنه انتقل الفرض إلى الصوم ، فإن كان المميز قادرًا عليه جاز فعله منه ، ومع العجز عنه وعجز الولي عن الهدى لا خلاف في وجوب الصوم على الولي .

قال رحمة الله : إذا اشترط في إحرامه أن يحمله حيث جسمه ثم أحضر تحلل ، وهل يسقط عنه الهدى ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، وهو الأشبه . وفائدة الاشتراط جواز التحلل عند الإحصار ، وقيل : يجوز التحلل من غير شرط ، والأول أظهر .

أقول : سقوط الهدى مذهب السيد المرتضى وإبن إدريس ما لم يكن ساقه ، أو أشعره أو قلده ، وأوجبه الشيخ في الخلاف ، واحتاره المصنف والعلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد ، لعموم قوله تعالى : « فَإِنْ أُخْبِرْتُمْ فَتَمَا

(٥٠) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٥٤ من أبواب الأحرام ، حدث ٥.

(٥١) - الوسائل ، كتاب الحج باب ٢ من أبواب الذبح ، حدث ٨.

استيسراً من المدحى)^(٥٢).

وفائدة الشرط جواز التحلل من غير ترخيص ، ومع عدم الإشتراط لا يجوز التحلل حتى يبلغ المدحى محله .

وابن الجنيد أجاز التحلل في الحال مطلقاً ، سواء شرط أو لم يشرط ، والأقرب الاحتياج إلى التقصير ، ونية التحلل في المحصور والمتصود معاً لتوقف تحلل المختار عليهما ، وكذلك هنا إذ لا مانع من الإتيان بهما ، ويتحقق عدم الاحتياج في التحلل اليهما ، لاطلاق التحلل بالمدحى ، فلا يحتاج إلى غيره .

قال رحمه الله : وإن كان بعمره مفردة ، قيل : كان غيراً في قطع التلبية عند دخول الحرم أو مشاهدة الكعبة ، وقيل : إن كان من خرج من مكة للإحرام فإذا شاهد الكعبة ، وإن كان من أحрем من خارج فإذا دخل الحرم ، والكل جائز .

أقول : المعتمر عمرة مفردة يستحب له تكرار التلبية ، فإن كان أهله خارج الحرم كرر حتى يدخل الحرم ، وإن كان أهله فيه وقد خرج ليحرم بها من خارج أو ميقاتها له أدنى الحال كرر حتى يشاهد الكعبة ، وهو مذهب الشهيد ، وبه قال ابن الجنيد وابن أبي عقيل ، وقال محمد بن بابويه بالتخمير ، وقال أبو الصلاح : إذا عاين البيت ، والمستند الروايات)^(٥٣) .

(٥٢) - البقرة : ١٩٦ .

(٥٣) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٤٥ من أبواب الأحرام .

في تروك الأحرام

قال رحمة الله : ولو قيل لها المهر كله كان حسنا .

أقول : إذا ادعى الزوج وقوع هذا العقد حالة الإحرام ، وأنكرت المرأة ، فالقول قولها مع اليمين وعدم البينة ترجيحاً لجانب الصحة ، قال الشيخ : و يجب لها نصف المهر إن لم يكن دخول . وفيه نظر ؛ لأن إقرار في حق الغير فلا يقبل في حقه فيجب كمال المهر ؛ لأن المقتضي لوجوبه - وهو العقد - موجود ، وجود المقتضي للتصنيف - وهو الطلاق - مفقود فيجب المهر كاما ، وهو المعتمد .

احتاج الشيخ بأنه قد حرم عليه نكاحها باعترافه لوقوع العقد حالة الإحرام ، فكان كالطلاق قبل الدخول .

ولو كانت هي المدعية ، والزوج المنكر ليس لها مطالبته بشيء ، إن كان قبل الدخول لا اعترافها بعدم الاستحقاق ، وإن كان بعده استحققت أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل إن كانت جاهلة بالتحريم ، ومع علمها لاستحق شيئا ، لكونها بغيه .

فروع :

الأول : لو اشـكـلـ الـأـمـرـ فـلـمـ يـعـلمـ وـقـوـعـهـ فـيـ الـاحـرـامـ أـوـ الـاحـلـالـ فـالـاـصـلـ
الـصـحـةـ ،ـ وـقـالـ الشـيـخـ :ـ الـاحـوطـ تـجـديـدـهـ .

الثـانـي : يـلـزـمـ النـكـرـ لـواـزـمـ الزـوـجـيـةـ فـاـنـ كـانـ الرـجـلـ حـرـمـتـ عـلـيـهـ الـخـامـسـةـ
وـاخـتـهـاـ وـاـمـهـاـ وـبـنـتـهـاـ وـاـنـ كـانـ قـبـلـ الدـخـولـ ،ـ وـاـنـ كـانـتـ المـرـأـةـ حـرـمـتـ عـلـيـهـاـ
الـرـجـالـ مـاـلـمـ يـطـلـقـهـاـ بـاـنـ يـقـوـلـ اـنـ كـانـتـ اـمـرـأـتـيـ فـهـيـ طـالـقـ ،ـ وـلـاـ يـضـرـ هـذـاـ الشـرـطـ،ـ
لـأـنـهـ لـيـسـ شـرـطاـ حـقـيقـيـاـ ؟ـ لـأـنـ الشـرـطـ الـحـقـيقـيـ هـوـ الـذـيـ يـمـكـنـ وـقـوـعـهـ وـعـدـمـ
وـقـوـعـهـ فـيـ الـمـسـتـقـلـ ،ـ وـهـذـاـ لـيـسـ كـذـلـكـ ،ـ وـلـاـ يـمـلـ عـلـيـهـاـ اـبـوـهـ وـلـاـ بـنـهـ وـانـ طـلـقـهـاـ.

الـثـالـثـ : يـجـوزـ لـلـمـحـرـمـ النـظـرـ إـلـىـ اـمـةـ يـرـيدـ شـرـاءـهـاـ وـإـلـىـ اـمـرـأـةـ يـرـيدـ
نـكـاحـهـاـ ،ـ وـالـنـظـرـةـ الـمـحـلـلـةـ مـنـ الـاجـنبـيـةـ بـغـيرـ شـهـوةـ .

قال رحمة الله : وقيل : إنما يحرم المسك والعنبر والزعفران والعود
والكافور والورس ، وقد يقتصر بعض على أربعة : المسك والعنبر والزعفران
والورس ، والأول أظهر .

أـقـوـلـ : للـشـيـخـ فـيـ الطـيـبـ ثـلـاثـةـ أـقـوـالـ :ـ الـأـوـلـ :ـ إـنـهـ يـحـرـمـ عـلـىـ الـعـومـ ،ـ
وـهـوـ قـوـلـهـ فـيـ الـمـبـسـطـ وـهـوـ مـذـهـبـ السـيـدـ الـمـرـتضـيـ وـالـقـيـدـ وـابـنـ أـبيـ عـقـيلـ وـابـنـ
إـدـرـيسـ ،ـ وـاخـتـارـهـ الـمـصـنـفـ وـالـعـلـامـةـ وـأـبـوـ الـعـبـاسـ ،ـ وـهـوـ الـمـعـتمـدـ .

الـثـانـيـ : يـحـرـمـ مـنـهـ سـتـةـ ،ـ الـمـسـكـ وـالـعـنـبـ وـالـزـعـفـرـانـ وـالـعـودـ وـالـكـافـورـ
وـالـورـسـ ،ـ وـهـوـ قـوـلـهـ فـيـ النـهاـيةـ .

الـثـالـثـ : يـحـرـمـ أـرـبـعـةـ الـمـسـكـ وـالـعـنـبـ وـالـزـعـفـرـانـ وـالـورـسـ ،ـ وـهـوـ قـوـلـهـ فـيـ
الـتـهـذـيـبـ ،ـ وـالـمـسـنـدـ فـيـ الـجـمـيعـ الـرـوـاـيـاتـ (٥١)ـ .

(٥١)ـ الـوـسـائـلـ ،ـ كـاتـبـ الـحـجـ ،ـ بـابـ ١٨ـ مـنـ أـبـوـابـ تـرـوـلـ الـأـسـرـامـ .

تنبيه : الطيب ما يطيب رائحته ويتحذل للشم ، والضابط : أن يكون معظم الغرض منه التطيب ، أو يظهر فيه هذا الغرض ، كدهن البنفسج والورد والزعفران ، والورس بفتح الواو وسكون الراء : نبت أحمر قان يؤخذ من قشور شجر ينحت منها ويجمع ، وهو شبه الزعفران المسحوق يجلب من اليمن طيب الريح .

قال رحمه الله : ولبس المخيط للرجال ، وفي النساء خلاف ، والأظهر الجواز .

أقول : المنع من لبس المخيط للنساء مذهب الشيخ في النهاية والميسوط لعموم^(٥٥) تحريم المخيط على المحرم ، والمشهور الجواز ، وهو المعتمد ، لأنهن عورة وإنما يحصل الستر هن بلبس المخيط .

تنبيه : لبس المخيط حرام ، و يجب بفعله عامدا الكفاره ، وليس شرطا في صحة الإحرام ، فلو لبسه وجب الفداء وصح إحرامه ، ولا يشترط في تحريم المخيط الإحاطة في^(٥٦) البدن فلو تو شح به وجب الفداء ، وظاهر ابن الجندى اشتراط الإحاطة ، وهو ظاهر القواعد .

قال رحمه الله : والاكتحال بالسوداء على قول .

أقول : تحريم الاكتحال بالسوداء مذهب الشيخ في النهاية والميسوط ، وبه قال المفید ، واختصاره ابن إدريس والعلامة في المختلف والارشاد ، لروایتی^(٥٧) معاوية بن عمار وزرارة عن الصادق عليه السلام ، وقال في الخلاف : إنه مكرهه لأصالة الإباحة .

(٥٥) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٢٥ من أبواب ترورك الاحرام ، حديث ١ و ٢ .

(٥٦) - كذلك في النسخ .

(٥٧) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٢٣ من أبواب ترورك الاحرام ، حديث ٢ و ٣ .

قال رحمة الله : وكذا النظر في المرأة على الاشهر ، ولبس الخفين وما يستر ظهر القدم ، فلن إضطر جاز ، وقيل : يشقهما ، وهو مترونك .
أقول : هنا مسألتان .

الأولى : النظر في المرأة ، وفيه قولان :

الأول التحرير ، قاله الشيخ في النهاية والمبسوط ، وهو مذهب أبي الصلاح وإبن إدريس ، واختاره العلامة لصحيححة حماد ، عن الصادق عليه السلام « قال : لا تنظر في المرأة للزينة »^(٥٨) .

وقال في الخلاف : انه مكروره ، وهو مذهب إبن البراج وإبن حمزة ، لأصالة الإباحة .

الثانية : في وجوب شق الخفين إذا لبسا للضرورة ، قولان ، أحدهما : الوجوب ، قاله الشيخ في المبسوط ، وبه قال إبن حمزة وإبن الجنيد ، واختاره العلامة في المختلف للاح提اط ، ولصحيححة محمد بن مسلم^(٥٩) .

والآخر : لا يجب ، وهو مذهب إبن إدريس لأصالة البراءة ، وإطلاق الإباحة مع الضرورة .

قال رحمة الله : ولبس المرأة الحلي للزينة ، وما لم يعتد لبسه منه على الأولى .

أقول : التحرير مذهب الشيخ في المبسوط ، والكراءة مذهب في غيره ، للأصل .

قال رحمة الله : وإنخرج الدم إلا عند الضرورة ، وقيل : يكره ، وكذا .
قيل : في حلق الجلد المفظي إلى إدامته ، وكذا في السواك والكراءة أظهر .

(٥٨) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٣٤ من أبواب ترورك الأحرام ، حديث ١ .

(٥٩) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٥١ من أبواب ترورك الأحرام ، حديث ٥ .

أقول : قال المفيد والسيد المرتضى وإبن البراج وأبو الصلاح وإبن إدريس بتحريم الحجامة لغير ضرورة ، واختاره العلامة في المختلف لرواية الصيقل^(٦٠) ، ولأنه أحوط .

وقال الشيخ في الخلاف وإبن حزنة : إنه مكره للأصل .

وللشيخ قولان في ذلك الجسد ، والسوالك المفضي إلى الإدمة ، أحدهما : الكراهة للأصل ، والأخر : التحرير .

قال رحمة الله : وبمحوز قلع شجر الفواكه والإذخر والتخل وعودي المحالة على رواية .

أقول : المحالة هي البكرة العظيمة التي يستقون عليها للابل ، فمع الاحتياج إلى ذلك يجوز قطع العودين لتنصب عليهما البكرة ، لمارواه زراره^(٦١) ، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم : أنه رخص فيها .

قال رحمة الله : ولبس السلاح لغير الضرورة ، وقيل : يكره ، وهو الأشبه .

أقول : تحريم لبس السلاح لغير ضرورة مذهب الشيخ في النهاية والميسوط ، وبه قال أبو الصلاح وإبن حزنة وإبن إدريس ، والمستند الروايات^(٦٢) .

وقيل : إنه مكره ، للأصل ، واختاره المصنف .

قال رحمة الله : والنقاب للمرأة على تردد .

أقول : منشأه من وجوب كشف الوجه ولا يتم الا بترك النقاب ، وما لا

(٦٠) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٦٢ من أبواب تروك الاحرام ، حديث ٣.

(٦١) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٨٧ من أبواب تروك الاحرام ، حديث ٥.

(٦٢) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٥٤ من أبواب تروك الاحرام .

يتم الواجب إلا به فهو واجب ، وفي رواية معاوية : « لا تطوف المرأة بالبيت وهي متغيبة »^(٦٣) .

ومن أصلحة الجواز وحل الرواية على الكراهة ، والأول هو المعتمد .

قال رحمه الله : وقيل : من دخلها لقتال جاز ، أن يدخل محلًا كما دخل النبي صلَّى الله عليه وآله وسلَّمَ عام الفتح وعليه المغفرة .

أقول : هذا هو المشهور بين الأصحاب أن من دخل لقتال مباح لا يجب عليه الاحرام ، لا أعلم فيه خلافا ، ولا أجد قائلًا بوجوب الإحرام عليه .

(٦٣) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٤٨ من أبواب ترورك الاحرام ، حديث ٥.

في الوقوف

قال رحمة الله : إذا لم يتحقق له الوقوف بعرفات نهاراً أو وقف بها ليلاً ثم لم يدرك المشعر حتى تطلع الشمس فقد فاته الحج ، وقيل : يدركه ولو قبل الزوال ، وهو حسن .

أقول : التحقيق أن الوقوف ينقسم بالنسبة إلى الإختياريين والإضطراريين ، والاختياري وحده ، والإضطراري وحده ، واختياري عرفة ، واضطراري المشعر وبالعكس ، ثمانية أقسام :

الأول : لا خلاف في الإجزاء مع إدراك الإختياريين .

الثاني : إختياري عرفة وحده ، والمعتمد الإجزاء ، وخرج العلامة وجهاً بعدم الإجزاء ، ولعله نظر إلى قول الصادق عليه السلام : « والوقوف بالمشعر فريضة وبعرفة سنة »^(٦٤) ، وهو محروم على ثبوته بالسنة لحصول الإجماع على وجوب الوقوف بعرفة .

الثالث : إختياري المشعر وحده ، وهو مجزي ، إجماعاً .

(٦٤) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ١٩ من أبواب إحرام الحج و الوقوف بعرفة ، حدیث ١٤.

الرابع : الأضطراريان ، ذهب المفيد إلى الأجزاء بهما ، وهو ظاهر الشيخ في كتاب الأخبار ، وقيل : بالمنع لرواية محمد بن سنان^(٦٥) ، عن أبي الحسن الرضا عليه السلام .

الخامس : إختياري عرفة وأضطراري المشعر ، وهو مجزئ أيضاً .

السادس : العكس ، مجزئ أيضاً .

السابع : إضطراري المشعر وحده ، مجزئ عند محمد بن بابويه وابن الجنيد ، والمعتمد عدم الإجزاء .

الثامن : إضطراري عرفة وحده ، وهو لا يجزئ اجماعاً .

فروع :

الأول : الركن من الوقوف مقدار النية لا غير ، وما عداه واجب غير ركن ، وهذا لو خرج^(٦٦) منها بعد النية لم يبطل حجه وكان عليه بذلة ، ولو خرج قبلها عامداً بطل حجه ، ويجوز إيقاع النية في جميع الحالات ماشياً وقائعاً وراكباً .

الثاني : قصد الوقوف بعرفة يستلزم معرفتها ، فلو مر بها وهو لا يعرفها ، أو سارت به ذاته نائماً لم يجز .

الثالث : لو غمَّ الهمال ليلة الثلاثاء من ذي العقدة فوقف الناس تاسع ذي الحجة ، ثم قامت البينة أنه العاشر ، احتمل الإجزاء دفعاً لمشقة العود ، واحتسب أن يحصل مثله في القابل ولقوله عليه السلام « حجكم يوم

(٦٥) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٢٣ من أبواب الوقوف بالمشعر ، حدديث ٤ .

(٦٦) - في « م » : أخرج .

مجون»^(٦٧) ، ويحتمل عدم الاجزاء ، لقوله عليه السلام : «الحج عرفة»^(٦٨) ، ولم يحصل الوقف بها فينبوت الحج .

الرابع : لو وقفوا يوم التروية غلطاً في العدد كان احتيال عدم الاجزاء أقوى ، والفرق : أن نسيان عدد الشهر لا يتصور من الحجيج فلا يغدرون في ذلك ؛ لأنهم فرطوا ، ولا يحتمل تصور ذلك في القضاء .

الخامس : لو شهد واحد فيما زاد برقية هلال ذي الحجة فرد الحاكم شهادتهم ، وقفوا اليوم التاسع على وفق رؤيتهم وإن وقف الناس العاشر عندهم .

السادس : لو غلطوا في المكان فوقفوا في غير عرفة لم يجز .

قال رحمة الله : ولو نوى الوقف ثم نام أو جن أو أغمى عليه صبح وقوفه ، وقيل : لا ، والأول أشبه .

أقول : قال الشيخ في المسوط : الموضع التي يجب أن يكون الإنسان فيها مفيقاً حتى تخزره أربعة : الإحرام والوقف بالموقفين والطواف والسعى ، وصلاة الطواف حكمها حكم الأربعه سواء ، وكذلك طواف النساء ، وكذا حكم النوم ، قال : والأولى أن يقول : ويصح منه الوقف بالموقفين وإن كان ثالثاً ؛ لأن الفرض الكون فيه لا الذكر ، قال ابن إدريس : هذا غير واضح ولا بد من نية الوقف بغير خلاف ، قال : والأولى عندي أنه لا يصح منه شيء من العبادات والمناسك إذا كان مجئنا ؛ لأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : «الاعمال بالنيات»^(٦٩) ، والجنون لا إرادة له ، والمعتمد ما اختاره المصنف ،

(٦٧) - الدروس الشرعية ١ : ٤٤٠ .

(٦٨) - مستدرك الوسائل ، كتاب الحج ، باب ١٨ من أبواب إحرام الحج ، حديث ٣ .

(٦٩) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٥ من أبواب مقدمة العبادات ، حديث ٦ .

أنه^(٧٠) إذا نوى حالة الإفادة ثم نام ، أو جن أو أغمى عليه أجزاً ؛ لأن الواجب الكون مع النية وقد حصل ، ولا يجب استمرار الإفادة في جميع الوقت.

قال رحمة الله : وأن يكون الوقوف بعد طلوع الفجر ، فلو أفاد قبله عامداً بعد أن كان به ليلًا ولو قليلاً لم يبطل حجه إذا كان وقف بعرفات وجبره بشاة .

أقول : مبني هذه المسألة على أن الوقوف بالمشعر ليلاً وقت المضطربين ، وهو المشهور بين الأصحاب ؛ لأن العليل والمريض وخائف الزحام يجوز لهم الخروج من المشعر قبل طلوع الفجر ، وظاهر ابن إدريس عدم كون الليل وقتاً ، وحكم ببطلان حج من أفاد قبل طلوع الفجر وإن وقف ليلًا ، قال : لأن الوقوف في وقته ركن من أركان الحج إجماعاً ، ولا خلاف أن من أخل بركن عامداً بطل حجه .

والمشهور عدم البطلان وهو المعتمد ؛ لأنه أتى بالمؤمر به وهو ذكر الله تعالى عند المشعر الحرام لقوله تعالى ﴿فَإِذَا أَفَضْتُمْ مِنْ عَرَفَاتٍ فَادْكُرُوا اللَّهَ عِنْدَ الْمَسْعَرِ الْحَرَامِ﴾^(٧١) ، وإن عنى ابن إدريس بالركن الذي يبطل الحج بالمخالل به عمداً الوقت الاختياري خاصة فهو منوع ، وإن عنى به الاختياري والاضطراري فقد أتى بأحدتها ، فلا يكون قد أخل بالركن .

قال رحمة الله : وقيل : يستحب الصعود على قُرْحَ ، وذكر الله عليه .

أقول : القائل بذلك الشيخ وتبعه الباقيون ، ولما لم يظفر المصطف بستنه من الروايات قال : (وقيل) ، كما جرت عادته في هذا الكتاب . وقُرْح جبل صغير بالمشعر وعليه مسجد اليوم .

(٧٠) - في «ن» : لأنه .

(٧١) - البقرة : ١٩٨ .

قال رحمة الله : وقيل : عدا المسجد الحرام ومسجد الخيف .

أقول : المشهور عند المتأخرین من الأصحاب منع إخراج الحصى من سائر المسجد ، لعموم^(٧٢) المنع من اخراج الحصى من المسجد ، ولم يرد الأمر من الشارع بالإباحة ولم يستثن قدماء الأصحاب عدا المسجدین لأصلية الإباحة ، وعدم ورود الأحادیث بالمنع من غيرهما .

(٧٢) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٢٦ من أحكام المساجد .

في نزول من

قال رحمة الله : ولا يجزي واحد في الواجب إلا عن واحد ، وقيل :
يمجزي مع الضرورة وعن خمسة وعن سبعة إذا كانوا أهل خوان واحد ، والأول
أشبه ، ويجوز ذلك في الندب .

أقول : القول بالإجزاء عن أكثر من واحد عند الضرورة ، مذهب المفيد
والقاضي وأكثر المقدمين ، واختاره العلامة في المختلف .

وقال علي بن بابويه يجوز البقرة عن خمسة إذا كانوا أهل بيت واحد ،
وبه قال سلار ، وقال الشيخ في الخلاف لا يجوز الواحد إلا عن واحد ،
واختاره ابن إدريس والمصنف ، وهو المعتمد ، ومع العجز يتوقف إلى الصيام ،
والمراد بالندب الأضحية لا الحج المندوب ؛ لأنها يصير واجباً بالشرع ، ولا
فرق في الأضحية بين الاختيار والاضطرار ، ولا بين مني وغيرها من الأمصار ،
ومستند الجميع الروايات ^(٧٣) .

قال رحمة الله : والمستحب أن تكون سمينة تنظر في سواد ، وتبرك في
سواد وتعشي في مثله ، أي يكون لها ظل تمشي فيه ، وقيل : أن تكون هذه

(٧٣) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ١٨ من أبواب الذبح .

الموضع منها سوداً ، وأن تكون ما عرف به .

أقول : هنا مسائلتان :

الأولى : في تفسير هذه الصفات ثلاثة أقوال :

الأول : أن يكون هذه الموضع منها سود ، وهو قول ابن إدريس ، قال :
وقال أهل التأويل : أن يكون من عظمه وشحمه ينظر في شحم ويمشي فيه
وببرك في ظل شحمه .

الثاني : أن يكون قد رعى ومشي وبرك في الخضرة فسمن لذلك .

الثالث : أن يكون سمينا ، كما نقله ابن إدريس عن أهل التأويل ،
واختاره العلامة ؛ لأنه أتفع للفقراء ، وقال الرواوندي : والثلاثة مروية^(٧٤) عن
أهل البيت عليهم السلام وفي رواية : « ويعمر في سواد »^(٧٥) .

الثانية : أن يكون قد حضر عرفات سواد كان الذي أحضره مشتبه أو
بائمه ، ويكتفي فيه قول البائع ، وقال ابن حزنة بوجوب الصفتين ، أعني
السمن والتعريف ، لقول الصادق عليه السلام : « كان رسول الله صلى الله عليه
وآله وسلم يضحي بكبش أقرن فحل ينظر في سواد ويعمر في سواد »^(٧٦) ،
وروى أبو بصير عنه عليه السلام « انه ما كان يضحي إلا بما عرف به »^(٧٧) ،
والمشهور الاستحباب .

قال رحمة الله : وقيل : يحب الأكل منه ، وهو الأظهر .

أقول : الوجوب مذهب ابن إدريس للآلية ، واختاره العلامة وأبو

(٧٤) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ١٤ من أبواب الذبح .

(٧٥) - المصدر المتقدم ، حدث ٦ .

(٧٦) - نفس المصدر ، حدث ١ .

(٧٧) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ١٧ من أبواب الذبح ، حدث ٢ .

العباس ، وهو المعتمد وظاهر الشيخ والنقي الاستحباب .

تبنيه : وعلى القول بوجوب الأكل يجزي أقل ما يكون ولو قطعة من كبده ، ولو أخل به فعل حراما ولا ضمان ، ولا يكفي في الصدقة والاهداء أقل من الثلثين ، ولو أخل بها أو بأحد هما ضمن إن أكله ، أو تلف بتفريط منه ، ومع عدم التفريط لا ضمان .

قال رحمة الله : ومن فقد الهدي ووجد ثمنه ، قيل : يختلف عند من يشتريه طول ذي الحجة ، وقيل : يتقل فرضه إلى الصوم ، وهو الأشبه .

أقول : الأول مذهب الشيخ والسيد المرنضي وأبنه بابنه ، واختاره المصنف في المختصر ، وهو مذهب العلامة وهو المعتمد ؛ لأن واجد الثمن كواجد الهدي ووقته باق وهو ذي الحجة ، فإن وجده في ذي الحجة ، وإن اشتراه في القابل في ذي الحجة وذبحه ، وعليه دلت رواية^(٧٨) حرير .

والثاني مذهب ابن ادريس والحسن بن أبي عقيل ، وختاره المصنف هنا ، احتج ابن ادريس بأن الله تعالى لم ينقلنا عند عدم الهدي إلا إلى الصوم^(٧٩) ، ولم يجعل واسطة ، فمن أثبتها فعليه الدلالة .

قال رحمة الله : وصوم السبعة بعد وصوله إلى أهله ، ولا يشترط فيها المولاة على الأصح .

أقول : المعتمد عدم وجوب التابع في السبعة ، وهو المشهور بين الأصحاب لأصالة براءة الذمة عن وجوب التابع ، وللأخبار^(٨٠) الدالة على عدم وجوبه .

(٧٨) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٤٤ من أبواب الذبح ، حدث ١ .

(٧٩) - انقرة : ١٩٦ .

(٨٠) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٥٥ من أبواب الذبح ، حدث ١ .

وقال أبو الصلاح بوجوب الموالة ؛ لأن الأمر يقتضي الفور ، ولأنه احوط .

قال رحمة الله : ولو مات من وجب عليه الصوم ولم يصوم ، وجب أن يصوم ولئه عنه الثلاثة دون السبعة ، وقيل : بوجوب قضاء الجميع ، وهو الأشبه .
أقول : قال الشيخ رحمة الله : من مات قبل أن يصوم شيئاً مع تمكنه قضى الولي الثلاثة دون العشرة ، وهو قول ابن حزنة ، وقال ابن إدريس بوجوب قضاء ما يتمكن الميت منه ولم يقضه .

وقال أبو العباس في محرره : ولو مات من وجب عليه الصوم صام الولي عنه ما عليه ، قال : ولا يراعى في وجوبها وصول بلدده ولا تمكنه من صيامها ؛ لأنها بدل النسك .

فإن كان مراده في وجوبها على الميت دون وجوب القضاء على الولي فهو مسلم ، لكنه كلام موهم ؛ لأنه في سياقه بحث وجوب القضاء على الولي ، ومع ايهامه فهو خال عن الفائدة لسقوط التكليف عن الميت ، وعدم مخاطبة الولي بها وجب على ميته ، فلا فائدة في تحقيق سبب الوجوب .

وإن كان مراده في الوجوب على الولي ، فهو خلاف فتاوى الأصحاب ، أو معظم فتاويمهم التي تدل على وجوب القضاء على الولي مقيدة بتمكن الميت من الصوم ، ولم يصم ، ولم أجده في فتاويمهم ما يساعد عليه غير ظاهر القواعد ، ولا دلالة فيه على عدم التمكن ؛ لأنه قال : ولو مات من يجب عليه الصوم قبله صام الولي عنه العشرة وجوياً على رأي وإن لم يصل بلدده ، وعدم الوصول إلى البلد لا يدل على عدم التمكن بمضي زمان كان يمكنه فيه إيقاع الصوم .

قال فخر الدين : المدعى ن من وجب عليه الصوم بدل المدي وتمكن من صوم العشرة ولم يفعل ثم مات وجب على الولي قضاء العشرة . وقال في

التحرير: ولو لم يتمكن من صيام السبعة أو بعضها وجب على الولي قضاء ما تغيب الميت من فعله ولم يفعله، واستحب له قضاءباقي.

وقال في الدورس: ولو مات قبل الصوم مع تمكنه صام الولي عنه العشرة، لرواية معاوية بن عمار، وخص الشيخ الوجوب بالثلاثة وأكثر فتاواهم على هذا المنوال، ولعله رحمة الله نظر إلى إطلاق رواية معاوية بن عمار، عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: من مات ولم يكن له هدي فليصم عنه وليه»^(٨١) والرواية وإن كانت مطلقة فالفتاوي مقيدة، ولكن هو أعلم بها قال، وهو أكرم أن يقول لا عن علم.

(٨١) الوسائل، كتاب الحج، باب ٤٨ من أبواب الذبح، حديث ١.

في الحلق والتقصير

قال رحمة الله : ويتأكد في حق الضرورة ومن تبد شعره ، وقيل : لا يجزيه إلا الحلق ، والأول أظهر .

أقول : التخيير بين الحلق والتقصير مطلقاً مذهب الشيخ في أحد قوله وابن الجنيد وابن ادريس ، واحتاره المصنف والعلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد لعموم قوله تعالى ﴿عَلَيْهِمُ الْحَلْقُ وَرُؤوسُكُمْ وَمَقْصُرُكُمْ﴾^(٨٢) والجمع غير مراد فتعين التخيير .

وقال الشيخ في النهاية : لا تجزي الضرورة والملبس إلا الحلق ، لرواية أبي بصير^(٨٣) عن الصادق عليه السلام الدالة على وجوب الحلق للضرورة ، ورواية معاوية بن عمار^(٨٤) الدالة على وجوب الحلق على الملبس .

تنبيه : تلبيد الشعر أن يأخذ عسلاً وصمفاً و يجعله على رأسه لئلا يقبل ،

(٨٢) - الفتح : ٢٧.

(٨٣) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٧ من أبواب الحلق والتقصير ، حديث ٥.

(٨٤) - المصدر المتقدم ، حديث ١.

والحلق أفضل مطلقاً؛ لأن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ «قال: رحم الله المحلقين ثلاثة، ثم قال: والمقصرين مرة»^(٨٥).
وزيادة الترحم تدل على الأولوية.

قال رحمة الله: ويجب تقديم التقصير على زيارة البيت لطواف الحج والسعى، فلو قدم ذلك على التقصير عمداً جره بشأة، ولو كان ناسياً لم يكن عليه شيء، وعليه إعادة الطواف على الأظهر.

أقول: عدم وجوب إعادة الطواف على الناسي مذهب محمد بن بابويه، رواه فيمن لا يحضره الفقيه عن جحيل بن دراج^(٨٦)، وقال الشيخ: إن فعل ذلك عمداً جره بشأة، ولو كان ناسياً لم يكن عليه شيء وكان عليه إعادة الطواف، وبه قال ابن ادريس، واختاره المصنف والعلامة، وهو المعتمد؛ لأن طاف على غير ما أمر به فيبقى في عهدة التكليف، ولرواية علي بن يقطين^(٨٧) الدالة على وجوب إعادة الطواف.

والعماد يجب عليه الدم دون إعادة الطواف.

قال رحمة الله: ومن ليس على رأسه شعر أجزاء امرار الموسى عليه.

أقول: هل امرار الموسى واجب أو ندب؟ نقل الشيخ في الخلاف الإجماع على استحبابه، واستشكله العلامة في التحرير، وأصل الفتوى: «إن رجلاً من خراسان قدم حاجاً وكان أقرع الرأس لا يحسن أن يلبث فاستفتني الصادق عليه السلام فأمر أن يلبي عنه ويمر الموسى على رأسه، فإن ذلك

(٨٥) - نفس المصدر، حديث ١٣.

(٨٦) - الفقيه ٢: ٢٠١، والوسائل، كتاب الحج، باب ٣٩ من أبواب النذير، حديث ٤.

(٨٧) - الوسائل، كتاب الحج، باب ٤ من أبواب الحلق والتقصير، حديث ١.

يجزى عنه^(٨٨) ، ولا اشكال أن الأمر للوجوب ، ولأن الأجزاء إنها يستعمل في الوجوب ، قوله عليه السلام يدل عليه لقوله : « فإن ذلك يجزى عنه » . ومن أن الحلق إنما يكون للشعر ، فمع عدمه يسقط لفوات عمله فيكون إمراز الموسى مستحبا^(٨٩) ، وهو أقوى .

(٨٨) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ١١ من أبواب الحلق والتقصير ، حديث ٣ .

(٨٩) - في « ن » بزيادة : وهو يجزى عنه .

في الطواف

قال رحمه الله : الزبادة على السبع في الطواف الواجب محظورة على الأظهر ، وفي النافلة مكرورة .

أقول : مراده بالزيادة هنا القرآن بين طوافين من غير أن يفصل بينها بصلة ، ولا بظن ظان أن مراده بالزيادة غير هذا المعنى ؛ لأن تعمد الزيادة على غير هذا المعنى مبطل إجماعا ، قال في المختصر : والقرآن مبطل في الفريضة على أشهر الروايتين .

قال أبو العباس في مذهبة ومتصره بعد تفسير معنى القرآن : وهل هو حرم أو مكروره ؟ بالأول قال الشيخ والمصنف في كتابيه ، يعني المختصر والشراح ، وهو لم يذكر القرآن في الشرائع في غير هذه المسئلة ، فدل على أن مراد أبي العباس في اختيار المصنف في الشرائع تحريم القرآن هذه المسئلة .
إذا عرفت هذا فالتحريم مذهب الشيخ والمصنف والعلامة ، وقال ابن ادريس : إنه مكروره شديد الكراهة ، وحججة الأولين الروايات^(٩٠) الدالة على

(٩٠) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٣٠ من أبواب الطواف .

مطلوبهم ، وحجۃ ابن ادريس الأصل ، وصحیحة زراة^(١) . والمعتمد التحریر .

قال رحمة الله : واستلام الحجر على الأصح .

أقول : المشهور الاستحباب لأصالة البراءة ، وقال سلار بالوجوب .

قال رحمة الله : وان يكون في طوافه داعيَا ذاكراً الله على سكينة وقار مقتصداً في مشيه ، وقيل : يرمل ثلثاً ويمشي أربعاً .

أقول : المشهور الأول ، وهو الاقتصاد في المشي لا إسراع ولا إبطاء ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ، وبه قال أبو العباس وابن ادريس وابن أبي عقيل وابن الجنيد ، واختاره العلامة .

وقال في المبسوط : يستحب ان يرمل ثلثاً ويمشي أربعاً ، هذا في طواف القدوم فحسب اقتداءاً بالنبي صلَّى الله عليه وآلـه وسَلَّمَ ، لأنـه كذلك فعل ، رواه جعفر بن محمد عليهما السلام^(٢) .

تنبيه : الرمل هو الإسراع بالمشي مع تقارب الخطى دون الوثوب والعد ، ويسمى الخب .

والمراد بالطواف المسنون استحباب الرمل فيه على الخلاف هو طواف القدوم ، فلا رمل في طواف النساء والوداع إجماعاً ، ولا في طواف حجـة التمتع ولا المفرد إذا كان قد دخل مكة أولاً ، ولو لم يدخل مكة حتى وقف رمل في طواف الحجـة ؛ لأنـه قادم الآن ، ولا فرق في طواف القدوم بين أنـ يكون واجباً او ندبـاً ، ولا بين أنـ يكون عقيـة سعيـة كـطـواف العـمرـة التـمـتع بـهـاـ وـطـوـافـ المـفـرـدـ الـذـيـ

(١) - المصدر السابق ، حدیث ٧.

(٢) - المبسوط ١: ٣٥٦ . والرواية في المستدرك ٩: ٣٩٥ ، حدیث ٢ .

لا يدخل مكة إلا بعد الوقوف ، أو لا يكون عقيبه سعي كطواف المفرد إذا دخل مكة قبل الوقوف فطاف بها ندبا .

فروع :

الأول : على القول باستحباب الرمل ، لو أدى إلى أذاء أو أذى غيره ترك قطعا ، ولو أدى إلى مخالطة النساء ترك أيضا خوف الافتتان .

الثاني : لو تعرّض الرمل في موضع من الطواف^(١) رمل في غيره ، ولو احتاج إلى التباعد عن البيت ففي ترجيحه تحصيلا للرمل على التدافي من البيت نظر ، من حيث أن الرمل فضيلة متعلقة بموضع العبادة ، ومراعاة ما تعلق بنفسها أولى من مراعاة ما تعلق بمواردها ، ومن وقوع الخلاف في الرمل دون القرب من البيت ، فيكون مراعاة المجمع عليه أولى من مراعاة المختلف فيه .

الثالث : لو كان محمولا رمل الحامل به إذا لم يؤد إلى أذى أحدهما .

الرابع : لا رمل على النساء ولا الختنى ولا المريض .

الخامس : لو ترك الرمل في شوط أتى به في شوطين ، ولو تركه في شوطين أتى به في الثالث ، ولو تركه في الثلاثة فات عمله ولم يأت به فيما بعده .

قال رحمة الله : من نسي طواف الزيارة حتى رجع إلى أهله وواقع ، قيل : عليه بذلة والرجوع إلى مكة ، وقيل : لا كفاراة عليه ، وهو الأصح ، ويحمل القول الأول على من واقع بعد الذكر .

أقول : وجوب الكفاراة مذهب الشيخ ، وقال ابن ادريس : لا كفاراة إلا على من واقع بعد الذكر ، واحتراه المصنف والعلامة والشهيد ، وهو المعتمد ، أما وجوب العود مع القدرة فمجمع عليه ؛ لأن طواف الزيارة ركن ، ومن ترك

..... كتاب الحج
ركنا نسيانا وجب عليه العود والإتيان به بنفسه مع القدرة ، ومع التعذر يستنيب فيه .

تنبيه : الفرق بين الركن والفعل في الحج أن الركن يبطل الحج بتركه عمدا ، وإن تركه نسيانا وجب عليه العود والإتيان به بنفسه مع القدرة ، ومع التعذر يستنيب فيه . وفسر التعذر هنا بمعنىين ، أحدهما : المشقة الكثيرة ، والثاني : تعذر الاستطاعة الممهودة .

وأما الفعل فإن تركه نسيانا جاز الاستابة فيه وإن قدر على الإتيان به بنفسه ، وإن تركه عمدا لم يبطل حجه إذا لم يترتب عليه ركن ، كطوف النساء أو رمي الجمار ، وإن ترتب عليه ركن بطل حجه من حيث ترك الركن ؛ لأن الركن المترتب على الفعل المتروك عمدا كلام فعل كركعني الطواف إذا تركها عمدا لا يبطل حجه من حيث تركهما ؛ لأنها فعل ، فإذا سعى بعد تركهما عمدا وقع سعيه باطلا ، فإذا استمر ولم يتدارك صلاة الطواف والسعى بطل حجمه لا من حيث تعمد ترك الصلاة ، بل من حيث بطلان الركن المترتب عليهما ، فهذا فرق بين الركن والفعل .

وأركان الحج والعمرة أربعة عشر ، ستة للعمرة وهي النية ، والإحرام بالعمرة ، والتلبيات الأربع ، والطواف ، والسعى ، والترتيب بين هذه الأفعال ، وهذه أركان في الحج ، ويزيد على العمرة ركتان : الوقوف بعرفة والوقوف بالمشعر .

وأفعال عمرة التمتع ثلاثة ، لبس ثوب الإحرام ، وصلاة الطواف ، والتقصير ، وتزيد المفردة طواف النساء وركعتاه .

وأفعال الحج تسعة ، لبس ثوب الإحرام ، ومناسك مني ثلاثة ، وهي : رمي جرة العقبة ، والذبح ، والحلق أو التقصير ، وركعتا طواف الزيارة ،

وطواف النساء ، وركعتاه ، والمبيت بمنى ليالي التشریق ، ورمي الجمرات
الثلاث .

قال رحمة الله : قيل : لا يجوز الطواف وعلى الطائف بُرطَّلَة ، ومنهم
من خص ذلك بطواف العمرة ، نظراً إلى تحريم تغطية الرأس .
أقول : التحريم مذهب الشيخ في النهاية ، والكرامة مذهب في المسوط ،
وقال ابن ادريس : إنه مكره في طواف الحج حرام في طواف العمرة ،
واختاره العلامة ؛ لأن تغطية الرأس في طواف العمرة حرام ، وفي طواف الحج
جائز على كراهة .

وهذا حكم عام في البرطلة وغيرها ، فإن كل تغطية فهي محرمة في طواف
العمرة مكرهه في طواف الحج ، فلا فائدة في التخصيص بالبرطلة ، ويلزم من
التخصيص بالنسكين جوازه في غيرها .

والظاهر أن طواف العمرة خارج عن هذا البحث للإجماع على تحريم
تغطية الرأس فيه بكل ساتر .

يبقى البحث في طواف الحج أو مطلق الطواف وإن كان مندويا ،
ويكون على الكراهة الشديدة لما في لبسها من التشبه باليهود ، وقد ندب المسلم
إلى مبaitهم^(٩٤) ، ولهذا يكره لبس السواد ؛ لأنه لباس فرعون^(٩٥) ، وروى
الحسين بن سعيد ، عن صفوان ، عن يزيد بن خليفة ، قال : « رأني أبو
عبد الله عليه السلام أطوف حول الكعبة وعلى بُرطَّلَة ، فقال لي بعد ذلك :
فقد رأيتك تطوف حول الكعبة وعليك بُرطَّلَة فلا تلبسها حول الكعبة ، فإنها
من زِي اليهود »^(٩٦) فيكون شدة كراهة لبسها هذه العلة .

(٩٤) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ١٩ من أبواب لباس المصلي ، حديث ٨ .

(٩٥) - نفس المصدر ، حديث ٥ .

(٩٦) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٦٧ من أبواب الطواف ، حديث ٢ .

قال رحمة الله : من نذر أن يطوف على أربع ، قيل : يجب عليه طوافان
وقيل : لا ينعقد النذر ، وربما قيل بالأول إذا كان الناذر إمرأة اقتصاراً على
مورد النقل .

أقول : في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

الأول : انعقاد النذر ويجب طوافان ، أحدهما ليديه ، والأخر لرجليه ،
وهو مذهب الشيخ رحمة الله محتاجاً برواية السكوني^(٩٧) عن أبي عبدالله عليه
السلام .

الثاني : بطلان النذر من رأس ، وهو مذهب ابن ادريس ، واختاره
العلامة ، وهو المعتمد ؛ لأنه لم يتقييد بصورة هذا النذر ، فكأنه نذر صورة غير
مشروعة ، فيقع باطلنا .

الثالث : بطلان النذر إن كان الناذر رجلا ، وصحته إن كان امرأة وقوفا
على موضع النص^(٩٨) .

(٩٧) - الباب ٧٠ من المصدر المتقدم حديث ١.

(٩٨) - المصدر السابق ، حديث ١ و ٢ .

في السعي

قال رحمة الله : ولو كان متمتعاً بالعمره وظن أنه أتم ، فاحل وواقع النساء
ثم ذكر ما نقص ، كان عليه دم بقرة على رواية ، ويتم النقصان ، وكذا قبل :
لو قلم أظفاره ، أو قص شعره .

أقول : العمل بمضمون الرواية^(٩٩) مذهب الشيخ في أحد قوله ، وابن
ادريس في أحد قوله أيضاً ، وهو مذهب العلامة وفخر الدين وأبي العباس ،
وهو المعتمد .

وقال الشيخ في باب الكفارات من النهاية : لا كفارة عليه لاصالة براءة
الذمة ، وهذا الحكم يخص بعمره التمنع على ما تضمنته رواية سعيد بن
يسار^(١٠٠) ، فالحج لا يتأتي فيه ذلك لحلقه قبل السعي بمعنى ، فلا يحرم عليه
القلم ، والمفردة لم يرد النص فيها بشيء ، فينبغي ان يرجع فيها إلى القواعد
المهده ، ولا شك أن مواطن التحلل في المفردة إتيان الحلق أو التقصير بعد
السعي ، وحمل به ما عدا النساء وطوف النساء بعد الحلق ، وحملن به ، فإذا
ذكر نقصاً من سعيه بعد جماعه في المفردة كان عليه بدنـة إن لم يعتذر الناسـي ،

(٩٩) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ١٤ من أبواب السعي ، حديث ٢ .

(١٠٠) - لاحظ الباب السابق من المصدر المقدم .

وان ذكر النقص بعد قلم الأظفار كان عليه في كل أظفر ممد ، فإن قلم أظفار يديه أجمع كان عليه فيها شاة ، وإن قلم أظفار رجله أيضاً واتخذ المجلس اجتنأ بالشاة ، وإلا فشانان .

وأما عمرة التمتع : فاختصت بالنص في وجوب البقرة . وخالفت هذه الرواية الأصول المهددة من أربعة وجوه :

الأول : عدم إعذار الناسي ، وهو خلاف فتاوى الأصحاب ، بإسقاط الكفارة عن الناسي والجاهل إلا في الصيد .

الثاني : أن مع الجماع يجب بقرة ، والواجب فيه مع العمد وفي غير هذا الموضع بدنة .

الثالث : وجوب البقرة في تقليم الأظفار ، والواجب في جميعها وفي غير هذا الموضع شاة .

الرابع : مساواة الجماع لتقليم الأظفار في الكفارة .
لكن يجب ترك الاعتراض^(١٠١) ، واتباع النقل عن أهل البيت عليهم السلام ، لأن قوانين الشرع لا يضبطها العقل ، ولا يستقل بعللها ، فيرجع إلى النقل عنهم عليهم السلام .

(١٠١) - في «ن» و«ر» : الاعراض .

في الأحكام المتعلقة بمنى

قال رحمة الله : فلو بات بغيرها كان عليه عن كل ليلة شاء إلا أن يبيت بمكة مشتغلًا بالعبادة أو يخرج من منى بعد نصف الليل ، وقيل : بشرط أن لا يدخل مكة إلا بعد طلوع الفجر ، وقيل : لو بات الليل الباقي الثلاث بغير منى لزمه ثلاث شهاء ، وهو محظوظ على من غربت الشمس في الليلة الثالثة وهو يعني ، أو لم يتقد الصيد والنساء .

أقول : المشهور بين الأصحاب وجوب المبيت بمنى ليالي التشريق ، وقال الشيخ في التبيان باستحباته ، وهو نادر .
وحد المبيت الواجب أن يكون بها إلى انتصاف الليل ، فلو خرج بعده لم يكن عليه شيء ، وهل يجب عليه تأخير الدخول إلى مكة حتى يطلع الفجر ؟ .

قال الشيخ : نعم ، والمشهور عدم الوجوب ، بل هو خير إن شاء دخل مكة ، وإن شاء بات بقية ليلته بغير مكة وغير منى ، ولا يجب في المبيت يعني غير النية ، وإذا بات بغير منى لا يخلو : إما أن يبيت بمكة أو غيرها .

الأول : أن يبيت بغير مكة ، وهذا لا يخلو : إما أن يكون متقيا ، أو غير متقي ، فإن كان متقيا وكان خروجه من منى قبل غروب الشمس وجب عليه

شاتان ، وإن لم يكن متقيا ، أو كان خروجه منها بعد الغروب لزمه ثلاث شهاء.

هذا التفصيل هو المشهور بين الأصحاب ، وهو المعتمد .

وقال الشيخ في النهاية والعلامة في المختلف ابن ادريس بوجوب الثلاث، ولم يفصلوا، ووجوب الكفارة عن الليلة الثالثة عند القائل به من غير تفصيل مترب على الإخلال بالليلتين السابقتين ، أما لوبات بها ليلتين وبات الثالثة في غيرها ، وكان متقيا ، وخرج منها قبل الغروب لم يلزمها شيء إجماعا لجواز نفور المتقي يوم الثاني عشر .

الثاني : أن بيته بمكة ، ولا يخلو : إما أن بيته مشتغل بالعبادة ، أو غير مشتغل ، فإن كان الثاني وجبت الكفارة أيضا ، وإن كان الأول لم يجب .

تنبيه : إذا جاز بيته بمكة للعبادة ، جاز خروجه من منى إليها وإن كان بعد غروب الشمس ، ويجب استیاع الليلة بالعبادة إلا ما يضطر إليه من غذاء ، أو شرب ، أو نوم يغلب عليه لا يمكنه دفعه .

ويحتمل أن القدر الواجب هو ما كان يجب عليه بمنى - وهو أن يتجاوز نصف الليل متبعدا - ثم له الترک بعد ذلك ؛ لأن بيته بمكة مشتغل بالعبادة عوض البيت بمنى ، والواجب المبيت بها إلى بعد نصف الليل ، فيكون حكم العرض - وهو الاشتغال بالعبادة - حكم العوض ، وهو قريب .

ولا فرق بين أن تكون العبادة واجبة أو مستحبة ، والعبارة أعم من أن تكون طوافا ، أو صلاة ، أو قراءة قرآن أو دعاء ، أو تسبيحا ، بأي شيء أتى من هذه الأقسام خرج من العهدة ، لكن البيت بمنى أفضل وإن لم يتبعد ؛ لأنها دار الضيافة والقوم أضيف الله تعالى ، وللخروج عن الخلاف ؛ لأن ابن ادريس أوجب الكفارة على من بات بمكة وإن كان مشتغل بالعبادة .

قال رحمة الله : والتکیر بمعنى مستحب ، وقيل : واجب ، وصورته :
الله أكبر الله أكبر ، لا إله إلا الله والله أكبر ، الله أكبر على ما هدانا ، والحمد لله
على ما أولانا ورزقنا من بهيمة الأنعام .

أقول : الوجوب مذهب الشيخ في الجمل ، وبه قال ابن البراج وابن
حزة ، والمشهور الاستحباب للأصل .

احتاج الموجب بقوله تعالى: ﴿وَادْكُرُوا اللَّهَ فِي أَيَّامٍ مَعْدُودَاتٍ﴾^(١٠٢) ،
والمراد به التکیر لرواية محمد بن مسلم الحسنة ، عن الصادق عليه السلام
«قال: سأله عن قول الله تعالى: ﴿وَادْكُرُوا اللَّهَ فِي أَيَّامٍ مَعْدُودَاتٍ﴾ قال:
التكير في أيام التشريق»^(١٠٣) .

قال رحمة الله : يكره أن يمنع أحد من سكتني دور مكة ، وقيل : يحرم
وال الأول أصح .

أقول : التحرير مذهب الشيخ وابن البراج لقوله تعالى: ﴿مَوَاءَ
الْعَاكِفُ فِيهِ وَالْبَادِ﴾^(١٠٤) ، والخلاف هنا مبني على تفسير المسجد الحرام ، هل
هو جموع مكة ، أو المسجد نفسه ؟ قيل بالأول لقوله تعالى: ﴿سُبْحَانَ الَّذِي
أَسْرَى بَعْنَاهُ لَيْلًا مِنَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ إِلَى الْمَسْجِدِ الْأَقْصَى﴾^(١٠٥) ، وكان
الإسراء من دار أم هاني ، وهي خارجة عن المسجد نفسه ، فدلل على أن جميع
مكة مسجد ، ولقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ كَفَرُوا وَيَصُدُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ وَالْمَسْجِدِ

(١٠٢) - البقرة: ١٠٣ .

(١٠٣) - الوسائل ، كتاب العجيج ، باب ٨ من أبواب العود إلى مني ، حديث ٤ .

(١٠٤) - العجيج: ٢٥ .

(١٠٥) - الإسراء: ١ ، وفي مجمع البيان أن الإسراء كان من دار أم هاني .

الحرام ^(١٠٦) ، وكان صد النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن مكة ، واجب
بان تسمية مكة بالمسجد مجاز للحرمة والشرف ، والضمير الراجع إلى المسجد
الحرام حقيقة ، فعل الأول يحرم المنع ، وعلى الثاني - وهو أن المراد بالمسجد
الحرام هو المسجد نفسه - يكره المنع لقوله عليه السلام: «الناس مسلطون على
أمواهم» ^(١٠٧) ، وقد قال الله تعالى: «وَالَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ» ^(١٠٨) ،
أضاف الديار إليهم ، والمفهوم من الإضافة الملك ، فإن الإضافة قد تكون
للملك ، وقد تكون لغيره ، ولا دلالة للعام على الخاص .

قال رحمة الله : يحرم أن يرفع أحد بناء فوق الكعبة ، وقيل : يكره ،
وهوأشبه .

أقول : التحرير مذهب الشيخ : لتعظيم الكعبة شرفها الله تعالى ،
ولقول أبي جعفر عليه السلام : «لا ينبغي لأحد رفع بناء فوق الكعبة» ^(١٠٩)
ومسو يتحمل الوجوب والاستحباب ، وقضية الاحتياط حلها على الوجوب ،
والقاتل بالكرامة حلها على الاستحباب لاصالة الجواز .

(١٠٦) - الحج : ٢٥ ، وفي كنز الدقائق إن سبب نزول الآية هو صد قريش للنبي صلى الله عليه وآله عن مكة .

(١٠٧) - عوالى اللثالي ١: ٢٢٢ .

(١٠٨) - الحج : ٤٠ .

(١٠٩) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ١٧ من أبواب مقدمات الطواف ، حديث ١ .

في الاختصارات والتصد

قال رحمة الله : ولو خشي الفوات لم يتحلل وصبر حتى يتحقق ، ثم يتحلل بعمره .

أقول : معناه : إذا كان له طريق غير موضع الصد ، وكان معه نفقة تكفيه وجوب عليه سلوكها ، ولم يجوز له التحلل ، سواء بعدت أو قربت ، خاف الفوات مع سلوك تلك الطريقة أو لم يخفف ؛ لأنها إنما يجوز لها التحلل بالتصد لا بخوف الفوات ، وهو غير مصدود عن الأبعد فيمضي في إحرامه ، فإن كان عرماً بعمره لم تفت ، وأئمها في وقت الإمكان لعدم تعينها بزمان ، وإن كان إحرامه بحج صبر حتى يتحقق الفوات ، ثم يتحلل بعمره ، كما قاله المصنف .

قال رحمة الله : ولو كان ساق ، قيل : يفتقر إلى هدي التحلل ، وقيل : يكفيه ما ساقه ، وهو الأشبه .

أقول : اختيار المصنف هو المشهور الذي عليه أكثر الأصحاب ، وهو الاكتفاء بهدي السياق عن هدي غيره للتخلل ، لأنه مملوك لم يخرج عنه بالسياق وقال ابن الجنيد : إن أوجبه لله بإشعار أو بغيره لم يجز عن هدي التحلل

ووجب غيره ، وظاهر المختلف ترجيحه ، وأوجب ابننا بابويه غيره مطلقاً ، وبه قال ابن الجنيد^(١١٠) .

وقال في القواعد بالإجزاء إن كان مندوباً ، وعدمه إن كان واجباً بنذر وشبهه ، واختاره أبو العباس ، وهو المعتمد ، لوجوب أحدهما بالنذر والآخر بالصد ، والالأصل عدم التداخل .

قال رحمة الله : ويتحقق الصد بالمنع عن الموقفين ، وكذا بالمنع من الوصول إلى مكة ، ولا يتحقق بالمنع من العود إلى مني لرمي الجمار والمبيت بها ، بل يحکم بصححة الحج ويستنبت الثلاث في الرمي .

أقول : هذه المسألة لم يذكر المصنف فيها خلافاً ولا ترداً ، ولكنها تفتقر إلى تبيان حكماتها ، وتفصيل ما أجمل من كلامها ليسهل تناولها على من رامها ، فنقول : الصد قد يكون عن مكة قبل الموقفين ، وقد يكون عن الموقفين دون مكة ، وقد يكون عن أحد الموقفين دون الآخر ، وقد يكون عن مكة بعد الموقفين قبل طواف الزيارة والسعى ، وقد يكون عن مناسك مني بعد الطواف والسعى ، فالأقسام خمسة :

الأول : أن يكون الصد عن مكة قبل الموقفين ، وهذا مصدود بإجماع المسلمين .

الثاني : أن يكون الصد عن الموقفين دون مكة ، وهذا مصدود بإجماع الإمامية . وقال أحمد وأبو حنيفة : ليس له أن يتحلل .

الثالث : أن يكون الصد عن أحد الموقفين دون الآخر ، وهذا القسم حکم الشيخ بتحقق الصد فيه ، والمعتمد عدم جواز التحلل ، والإجتناء بالآخر ، فإن صد عن أحد هما وفاته الآخر جاز التحلل ، فإن بقي على إحرامه

حتى فاته الموقفان معاً تحلل بعمره مفردة ولا دم عليه ، لفوات الحج بفوات الموقفين ، ويقضي من قابل مع الوجوب .

الرابع : أن يكون الصد عن مكة بعد الموقفين قبل طوافزيارة والسعي ، وهذا لا يخلو : إما أن يكون قبل التحلل الأول بمناسك مني ، أو بعده .

فإن كان قبله تحقق الصد وجاز له التحلل ، على ما اختاره الشهيد في دروسه ، وهو المشهور بين الأصحاب ، لكنه مخير بين التحلل والبقاء على الإحرام ، فإن تحلل كان عليه دم التحلل والحج من قابل ، وإن بقي على إحرامه ، فإن لحق أيام مني وذبح وحلق وإلا أمر من ينوب عنه في ذلك ، فإن عُمِّكَ من الإتيان إلى مكة في طول ذي الحجة طاف وسعي وقد تم حجه ، ولا قضاء عليه ، وإن هَلَّ المحرم قبل أن يطوف ويسعى كان عليه الحج من قابل ؛ لأنَّه لم يستوف أركان الحج من الطواف والسعي .

وإن كان الصد بعد التحلل بمناسك مني وقبل الطواف والسعي ، ذهب الشهيد في دروسه إلى عدم جواز التحلل ، وأوجب البقاء على الإحرام بالنسبة إلى الطيب والنساء ، والصيد لا غير ، حتى يأتي بباقي المناسب فإن أدرك الطواف والسعي في ذي الحجة وإلا كان عليه إعادة الحج من قابل ؛ لعدم استيفاء اركانه .

الخامس : أن يكون الصد عن مناسك مني بعد الطواف والسعي ، وهنا لا يتحقق الصد أبداً ؛ لأنَّه قد استوفى جميع أركان الحج ، فقد تم حجه ومناسك مني ، وهي : المبيت ، والرمي من الواجبات التي ليست بأركان ، وكان عليه أن يستنيب في الرمي خاصة .

قال رحمة الله : لو أفسد حجه فصُدُّ ، كان عليه بذلة ودم التحلل والحج

من قابل ، ولو انكشف العدو في وقت يتسع لاستئناف القضاء وجب ، وهو حج يقضى لسته ، وعلى ما قلناه فحججة العقوبة باقية .

أقول : في كلام المصنف هنا نظر من وجهين :

الأول : أنه يوهم التناقض ؛ لأنه قال : (لو أفسد فصد كان عليه بذاته ودم التحلل والحج من قابل) ، وظاهره أن عليه حجاً واحداً ، وهو بناء على أن الأولى عقوبة ، وهي تسقط بالتحلل منها ، وإلا لوجب عليه حجان . ثم قال : (لو انكشف العدو في وقت يتسع لاستئناف القضاء وجب ، وهو حج يقضى لسته ، وعلى ما قلناه فحججة العقوبة باقية) ، وهي لا تكون باقية إلا على أحد وجهين :

إما على القول ، بأن الأولى حجة الإسلام ، أو على القول بأنها عقوبة ، وهي لا تسقط بالتحلل منها ، وعلى أحد هذين الوجهين يجب عليه مع عدم الإتيان بالحج في سنته حجان : حجة الإسلام وحججة العقوبة ؛ لأن حجة الإسلام لا تسقط بالتحلل إجماعاً ، والفرض أن العقوبة لا تسقط أيضاً ، فالجلمع بين بقاء حجة العقوبة إذا قضى الحج لسته ، وبين وجوب حج واحد إذا لم يقضه مناقضة بيته .

الثاني : في قوله : (وعلى ما قلناه فحججة العقوبة باقية) ، وهي لا تكون إلا على أحد الوجهين المذكورين ، وهو لم يذكر في هذه المسألة شيئاً يدل دلالة ظاهرة على اختيار أحدهما ، بل ولا في غير هذه المسألة من هذا الكتاب المشروف ، والظاهر أن مراده في قوله : (وعلى ما قلناه) ، هو قوله : (وهو حج يقضى لسته) ؛ لأنه لا يكون حجاً يقضى لسته إلا إذا كانت الأولى حجة الإسلام ، فيكون هذه المتأتى بها قضاة الثالث الفاسدة ، فهو حج يقضى لسته ، ولو قلنا : الأولى عقوبة ، فهذه حجة الإسلام فهو ليس حجاً يقضى لسته فقوله :

(وهو وجح يقضى لسته) حكم بان الأولى حجة الاسلام . ويترب على القولين فوائد

الأولى : اذا قلنا إن الأولى حجة الإسلام ، والثانية عقوبة ، كانت نيته في الثانية : (أحرم بالحج الواجب علي بالافساد) ، وهكذا .

الثانية : إذا نذر أن يحج العام حجة الاسلام ثم أفسد ، فإن قلنا : الأولى حجة الإسلام ، فلا كفارة عليه ، ووجب القضاء خاصة ، وإن قلنا : الأولى عقوبة ، كان عليه القضاء والكفارة ، لخلاله بالنذر عمداً في العام المعين .

الثالثة : لو أفسد النائب ثم مات قبل القضاء ، فإن قلنا : الأولى حجة الإسلام ، استأجرولي النائب من أصل تركته لإيقاع حج بسبب الإفساد ، وإن قلنا : الأولى عقوبة ، استأجرولي المتوب عنه لإيقاع حجة الإسلام ، ثم يرجع على تركة النائب بالأجرة التي أخذها النائب الميت ، سواء زادت عن الأجرة الثانية التي دفعها إلى النائب الثاني أو نقصت .

تبنيه : قال المقداد رحمه الله في شرح المختصر : العبد إذا اعتن في الحج الفاسد قبل الوقوف أجزاء مع القضاء عن حجة الإسلام ، ولو كان العتق بعد الوقوف ، وقلنا : الأولى فرضه ، لم يجزه ، ويجب حج الإسلام بعد حج القضاء ، وإن قلنا : إنها العقوبة ، أجزاء القضاء عن حجة الإسلام لصدق عنته قبل الوقوف .

هذا كلامه ، وفيه غلط ظاهر في حكمين :

أحد هما قوله : (ويجب حج الإسلام بعد حج القضاء) ، إذا لا خلاف في وجوب تقديم حجة الإسلام هنا على حجة القضاء ، وإنما الخلاف إذا قدم القضاء ، هل تجزي عن حجة الإسلام أو يقع باطل؟ قال الشيخ : يجزي عن حجة الإسلام ؛ لأن الزمان متغير لها ، وقال أكثر الاصحاح : يقع باطل ؛

لأن القضاء منهي عنه قبل حجة الإسلام ، وحجـة الإسلام غير منوية ، فلا يقع صحيحـا للنبي عنه ، وهو المعتمـد . وكيف يقدم القـضاء وهو هنا واجـب على التراخيـ وحجـة الإسلام واجـبة على الفـور ، وإنـا يجب القـضاء على الفـور ، إذا كان الأصل الذي أفسـده واجـباً على الفـور، والفرض هنا غير ذلك الحـكم ؟ ! الثاني الذي فيه الغـلط ، قوله : (وإن قـلنا : إنـا العـقوبة ، أجزـاء القـضاء عن حـجة الإسلام ، لـصدق عـتقـه قبل الوقـوف) .

مرادـه أن عـتقـه قد حـصل قبل وـقـوف القـضاء ، وقد قـلنا : إنـا الثانية هي حـجة الإسلام ، والأولـى عـقوبة ، وهو قد أـعـتـقـ قبل وـقـوف حـجة الإسلام ، فـتـكون مـجزـية ، لـعمـوم قـوـلـمـ : « العـبد إـذـا أـعـتـقـ قبل الوقـوف أـجزـاء عن حـجة الإسلام »^(١١١) ، وهذا يـصـدقـ عليه انه أـعـتـقـ قبل الوقـوف فيـجزـيه .

هـذا وجـهـ استـدـالـ الله رـحـمـهـ اللهـ ، وـهوـ غـلـطـ ؛ لأنـ القـضاءـ إنـاـ يـجزـيـ عن حـجةـ الإـسـلامـ عـلـىـ القـولـينـ فـيـ مـوـضـعـ لـوـسـلـمـتـ مـنـ الإـفـسـادـ لـأـجزـاتـ عنـ حـجةـ الإـسـلامـ ، وـهـذـهـ لـوـسـلـمـتـ مـنـ الإـفـسـادـ لـمـ تـجـزـهـ عـنـ حـجةـ الإـسـلامـ ، لـوقـوعـ العـتـقـ بـعـدـ المـوقـفـينـ ، وـلـآنـ القـضاءـ قدـ صـارـ وـاجـباـ عـلـيـهـ بـسـبـبـ الـإـفـسـادـ ، فـلاـ يـجزـيـ عـنـ حـجةـ الإـسـلامـ الـتـيـ لـاـ تـجـزـيـ عـنـهاـ الـفـاسـدـ عـلـىـ تـقـدـيرـ دـعـمـ اـفـسـادـهاـ ، وـلـأنـهـ لـوـ حـجـجـ الـصـرـوـرـةـ قـبـلـ الـاسـتـطـاعـةـ نـدـبـاـ ثـمـ أـفـسـدـ كـانـ عـلـيـهـ الإـعـامـ وـالـقـضاـءـ ، وـلـوـ اـسـتـطـاعـ قـبـلـ القـضاـءـ لـمـ يـجـزـ القـضاـءـ عـنـ حـجةـ الإـسـلامـ ؛ لأنـ الـفـاسـدـ لـوـسـلـمـتـ لـمـ تـجـزـ عـنـ حـجةـ الإـسـلامـ ، وـلـأـعـلـمـ كـيـفـ يـخـيلـ لـمـقـدـارـ رـحـمـهـ اللهـ هـذـاـ ، مـعـ أـنـ جـمـيعـ مـصـنـفـاتـ أـصـحـابـنـاـ مـصـرـحةـ بـضـدـ مـاـ ذـهـبـ إـلـيـهـ رـحـمـهـ اللهـ .

قال ابن ادريس رـحـمـهـ اللهـ : وإنـ أحـرمـ بـإـذـنـ سـيـدـهـ فـأـفـسـدـ الحـجـ لـزـمهـ القـضاـءـ ، وـعـلـىـ سـيـدـهـ تـمـكـيـنـهـ مـنـهـ ، إـذـاـ أـفـسـدـ العـبـدـ الحـجـ وـلـزـمـهـ القـضاـءـ عـلـىـ ما

(١١١) - رـاجـعـ الـوـسـائـلـ ، كـتابـ الحـجـ ، بـابـ ١٧ـ مـنـ أـبـوابـ وـجـوبـهـ وـشـرـائـطـهـ .

قلناه فأعترض السيد ، فلا يخلو أن يكون بعد الوقوف بالشعر ، أو قبله ، فإن كان بعده ، كان عليه أن يتم هذه الحجة ، ويلزمه حجة الإسلام فيما بعد وحجة القضاء ، ويجب عليه البدأ بحججة الإسلام ، هذا قول ابن ادريس رحمه الله ، أوجب عليه حجة الإسلام وحججة القضاء معاً إذا كان العتق بعد الوقوف ، مع أن مذهبه أن الأولى عقوبة ، والثانية حجة الإسلام .

وقال العلامة في التحرير : لو أذن له مولاه فأحرم ، ثم أفسد حجه ، وجب عليه إتمام الفاسد كالحر ، ويجب القضاء وإن كان رقيقاً ، ولا يجب إجابة المولى في طلب الصبر إلى حين العتق ، ولو أحرم بغير إذن سيده ثم أفسد لم يتعلق به حكم ، ولو أعتقه مولاه بعد إفساده ، فإن كان قبل فوات أحد الموقفين أتم حجة ، وقضى في القابل ، وأجزا عن حجة الإسلام ، وإن كان بعد الموقفين أتم حجه وقضى في القابل ، وعليه حجة الإسلام ، ولا يجوز القضاء عنها ، هذا كلام العلامة في التحرير مع أن مذهبه فيه كون الأولى عقوبة ، والثانية حجة الإسلام .

وقال في القواعد والتذكرة كذلك ، ومثله قول الشهيد في الدروس ، وهذه العبارات كلها مصರحة بضد الحكمين اللذين ذكرهما بها لا يقبل التأويل ، وبغير اختلاف بين الأصحاب ، لكن السهو جائز على غير المقصوم ، والغلط متطرق إليه ، وإذا حصل مثل هذا الغلط الظاهر الذي لا يقبل التأويل من مثل هذا العالم المحقق ثبت أن غير المقصوم لا يوثق بقوله لاحتلال غلطه ، ففتح الله كل من يقول : إن الله يكلف الخلق جميعاً اتباع شخص ، ويجب عليهم الأخذ بقوله وهو غير مقصوم ، فنسال الله تعالى العصمة من الزلل ، الموجب للخلل في القول والعمل .

قال رحمة الله : ولو لم يندفع المدعو إلا بالقتال لم يجب ، سواء خلب على الظن

السلامة أو العطب ، ولو طلب مالاً لم يجب بذلك ، ولو قيل : بوجوبه إذا كان غير ممحف كان حسناً .

أقول : العدو لا يخلو إما أن يكونوا مسلمين أو مشركين ، فإن كانوا مشركين جاز قتالهم ؛ لأنه من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ومنعه الشيخ لاشراط إذن الامام عليه السلام في الجهاد ، وهو مدفوع ؛ لأن قتالهم من باب النهي عن المنكر ، لا من باب الجهاد ، وإن كانوا مسلمين فال الأولى ترك قتالهم ، لكن لوفعلوه جاز لما قلناه من أنه من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وهذا مع ظن الظفر في الموضعين .

أما لو ظن العطب أو تساوى الاحتياطان سقط الجواز في الموضعين ، ولو بدأوا بالقتال جاز دفاعهم مع المكتلة في الموضعين ، فلو لبسوا جنة القتال من الجباب ، والجلوشن والمغافر والمحيط ، وجب عليهم الفدية ، ولو طلبوا مالاً احتمل عدم الوجوب ، سواء قل أو كثُر ، مشركين كانوا أو مسلمين ، فإنه من باب تحصيل الشرط ، وهو غير واجب ، وهو مذهب الشيخ رحمه الله ، وظاهر المصنف وجوب الدفع ما لم يمحف ، واختاره العلامة ؛ لأنه من باب ما لا يتم الواجب إلا به ، فيكون واجباً ، وكراه العلامة دفعه مع الكثرة وإن لم يمحف إذا كانوا مشركين لما في ذلك من الصغار للمسلمين ، ولو لم يوثق بهم ، لم يجب الدفع مطلقاً .

قال رحمه الله : والمعتمر إذا تخلل بقضى عمرته عند زوال العذر ، وقيل : في الشهر الداخل .

أقول : اختيار المصنف مذهب الشيخ في التهذيب ، لصحيفة معاوية^(١١٢) ، عن الصادق عليه السلام ، واختاره أبو العباس ، والأكثر على

(١١٢) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ١ من أبواب الاحصار والصد ، حديث ٢ .

الثاني ، والخلاف هنا مبني على الخلاف في أقل ما يكون بين العمرتين ، وهو يأتي إن شاء الله تعالى .

قال رحمة الله : والقارن اذا أحصر فتحلل لم يحجج في القابل إلا قارناً، وقيل : يأتي بها كان واجباً . وإن كان ندبأ حجج بها شاء من انواعه ، وإن كان الآتيان بمثل ما خرج منه أفضلاً .

أقول : عدم جواز الآتيان بغير ما خرج منه مذهب الشيخ ، وقال ابن إدريس : يأتي بها شاء ، والمعتمد التفصيل ، وهو إن كان القرآن متعمينا عليه ؛ بنذر وشبهه لم يجز العدول عنه إلى غيره ، ولا كان خيرا ، والأفضل أن يأتي بمثل ما خرج منه .

تنبيه : الصد والمحصر بمعنى واحد ، وهو : المنع ، قال الله تعالى ﴿فَإِنْ أَخْصَرْتُمْ فَمَا أَسْتَيْسِرَ مِنَ الْمُهْدِي﴾^(١١٢) أي منعتم ، وخصص الفقهاء الصد بالمنع بالعدو ، والمحصر : بالمنع بالمرض ، وإنما فرقوا بينهما مع الاتحاد في الآية للفرق بين احكامها ، إذ الفرق بين المحصر والصد يحصل من وجوه :

الأول : جواز التحلل للمصدود موضع الصد ، من غير ترخيص ، سواء شرط أم لم يشرط ، والمحصر لا يجوز له التحلل حتى يبلغ المهي محله مع عدم الشرط إجماعا ، ومعه يتخلل في الحال ، على المختار .

الثاني : أن المصدود يحمل من كل شيء ، والمحصر لا يحمل له النساء حتى يحج من قابل إن كان واجبا ، أو يطاف عنه طواف النساء إن كان ندبأ .

الثالث : افتقار المحصر وقت الموعدة إلى التقصير قطعا ، والمصدود لا يفتقر على ما هو مشهور بين الأصحاب ، وقيل : يفتقر ، وهو المعتمد .

قال رحمة الله : وروي أن باعث الهدى نطوعاً يواعد أصحابه وقتاً للذبح أو نحره ، ثم يجتنب ما يجتنبه المحرم ، فإذا كان وقت المواجهة أحلّ ، لكن هذا لا يلبي ، ولو أتني بها يحرم على المحرم كفر استحباباً .

أقول : هذا الذي حكاه المصنف مذهب الشيخ في النهاية ، وعليه أكثر الأصحاب ، ومنع ابن إدريس جواز هذا الحكم ، وجعل الروايات^(١١٤) المتضمنة للجواز أخبار آحاد .

والمعتمد الجواز ؛ لأن الوارد في هذا الحكم أخبار كثيرة ، مشهورة بين الأصحاب ، منها ما رواه معاوية بن عمارة في الصحيح « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبعث بالهدى نطوعاً وليس بواجب ، قال : فيواعد أصحابه يوماً فيقلدونه ، فإذا كان تلك الساعة اجتنب ما يجتنب المحرم إلى يوم النحر ، فإذا كان يوم النحر أحلّ »^(١١٥) وقال الصادق عليه السلام : « ما يمنع أحدكم أن يحج كل سنة ؟ قيل له : ما يلعن ذلك أموالنا ، قال : ما يقدر أحدكم إذا حج أخوه أن يبعث معه بشمن أضحية ، ويأمره أن يطوف عنه أسبوعاً بالبيت وينذيع ، فإذا كان يوم عرفة ليس ثيابه وتهبأ وأتني المسجد ، ولا يزال في الدعاء حتى تغرب الشمس ؟ »^(١١٦) ومنها : رواية عبد الله بن سنان^(١١٧) ، وغير ذلك من الروايات الدالة على مطلوبهم .

(١١٤) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٩ من أبواب الاختصار والقصد .

(١١٥) - حديث ٥ من المصدر السابق . وفيه : (يواعد) بدل : (فيواعد) كما في النسخ .

(١١٦) - حديث ٦ من المصدر السابق .

(١١٧) - حديث ٣ من المصدر السابق .

في أحكام الصيد

قال رحمة الله : إلا الأسد ، فان على قاتله كبشًا إذا لم يرده على رواية فيها ضعف .

أقول : بمضمون الرواية^(١١٨) أفتى ابن بابويه وابن حزنة ، والأكثر ، على عدم وجوب الكفارة لأصالة البراءة ، ولرواية حرزيز^(١١٩) .

١ قال رحمة الله : وكذا لا كفارة فيها يتولد من وحشني وإنسي ، أو بين ما يحمل للمحرم وما يحرم ، ولو قيل : يُراعى الاسم كان حسناً .

أقول : المشهور : مراعاة الإِلَيْسَم لورود النص^(١٢٠) على الجزاء عن أشياء مسماة باسمائها ، فيثبت في كل ما صدق عليه ذلك الإِلَيْسَم ، وما لا فلا ، ومنع في المبسوط من الجزاء [في] مثل المتولد بين الوحشني والإِلَيْسَم ، وكذا في المتولد بين ما يحرم قتله على المحرم وبين ما لا يحرم لأصالة براءة الذمة ، والمعتمد الأول

(١١٨) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٣٩ من أبواب كفارات الصيد ، حديث ١ .

(١١٩) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٨١ من أبواب ترور الأحرام ، حديث ١ .

(١٢٠) - راجع الوسائل ، كتاب الحج ، أبواب كفارات الصيد .

قال رحمة الله : وفي الزنبور تردد ، والوجه المنع ، ولا كفارة في قتل خطأ ،
وفي قتله عمداً صدقة ولو كف من طعام .

أقول : منشأ التردد من مشاركته للسباع وللحية والعقرب في العلة
المبيحة للفتل ، وهي : الخوف من الأذى ؛ لأنه من المؤذيات ، وقد أباح
الشارع قتل المؤذيات^(١٢١) ، ومن ورود النص على أن من قتله عمداً أطعم شيئاً
من الطعام وروى معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام ، « عن حرم قتل
زنبورة ؟ » ، فقال : إن كان خطأ فلا شيء ، وإن كان عمداً أطعم شيئاً من
الطعام »^(١٢٢) ، والمصنف عول على هذه الرواية .

قال رحمة الله : وبخوز شراء القهاري والدباسي وإخراجها من مكة على
رواية .

أقول : جواز إخراج القهاري والدباسي من مكة على كراهة مذهب
الشيخ في النهاية والمبسوط ، واختاره المصنف والشهيد للأصل ، ولما رواه عيسى
بن القاسم ، « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن شراء القهاري يخرج
من مكة أو المدينة ، قال : ما أحب أن يخرج منها شيئاً »^(١٢٣) ، وهو يدل على
الكراهة ، والمنع مذهب ابن إدريس ، وختاره فخر الدين لعموم^(١٢٤) المنع
من اخراج القهاري .

قال رحمة الله : وفي فراغ النعامة روايتان ، أحدهما مثل ما في النعامة ،
والآخر من صغار الإبل ، وهوأشبه .

(١٢١) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٨١ من أبواب ترود الاحرام .

(١٢٢) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٨ من أبواب كفارات الصيد ، حديث ١ و ٢ .

(١٢٣) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ١٤ من أبواب كفارات الصيد ، حديث ٣ . وفيه : (منها) بدل : (منهما) .

(١٢٤) - المائدة : ٩٩٦ . وابع ايضاح الفوائد ١ : ٣٢٨ ، وليراجع السرائر ١ : ٥٦٠ .

أقول : الأول : مذهب الشيخ في النهاية والمبسوط للاحتياط ؛ لأن الفرخ يسمى بإسم النوع فثبت فيه ما ثبت في الكبير لتعلق الحكم بالإسم ، ولرواية أبيان بن تغلب^(١٢٥) الدالة على مطلوبه .

والمشهور الثاني ، وهو أن في الفرخ إبل في سنه لقوله تعالى ﴿مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْم﴾^(١٢٦) ، ولأصالة البراءة عنها زاد عن المثل .

قال رحمة الله : وفي الثعلب والأرنب شاة ، وهو المروي ، وقيل : فيه ما في الظبي .

أقول : لا خلاف في أن في كل واحد من الظبي والثعلب والأرنب شاة ، وإنما الخلاف في مساواة شاة الثعلب والأرنب لشاة الظبي في البدل عند فقد الشاة ، ذهب السيد والشيخ والمفید إلى المساواة ، واختاره ابن إدريس وأبو العباس ، وهو المعتمد ، والمستند الروايات^(١٢٧) .

والحسن بن أبي عقيل وعلي بن بابويه لم يتعرضا لبدل الثعلب والأرنب ، وقال في التحرير : ونحن فيه من المتوقفين ، وإذا لم نقل بالمساواة رجعنا إلى عموم روایة معاویة بن عمار : « إن من كان عليه شاة ولم يجد أطعم عشرة مساكين ، فإن لم يجد صام ثلاثة أيام في الحج »^(١٢٨) .

قال رحمة الله : والأبدال في الأقسام الثلاثة على التخيير ، وقيل : على الترتيب ، وهو الأظهر .

أقول : التخيير مذهب ابن إدريس نقله عن الشيخ في الجمل والخلاف ،

(١٢٥) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٢ من أبواب كفارات الصيد ، حديث ١١ .

(١٢٦) - الماندة : ٩٥ .

(١٢٧) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٢ من أبواب كفارات الصيد .

(١٢٨) - حدثت ٣ من المصدر المتقدم .

والترتيب مذهب الشيخ في النهاية ، وبه قال محمد بن بابويه والحسن بن أبي عقيل ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد وولده فخر الدين في شرحه ، والمستند الروايات^(١٢٩) .

قال رحمة الله : وفي كسر بعض النعام إذا تحرك فيها الفرج ، بكارة من الإبل .

أقول : قال ابن إدريس : لا يظن ظان أن البكارة الأنثى ، وإنما البكارة جمع بكرة بفتح الباء ، فأوجب الشارع في كل بيضة تحرك فيها الفرج واحداً من هذا الجمع ، وقال : قال ابن الأعرابي في نوادره : بكار بلاهاء ثبت فيها للإناث ، وبكارة بثبات الماء للذكران ، وقال أبو عبيدة : البكر من الإبل بمنزلة الفتى من الناس ، والبكارة : بمنزلة الفتاة ، والقلوص بمنزلة الجارية ، والبعير بمنزلة الإنسان ، والجمل : بمنزلة الرجل ، والناقة : بمنزلة المرأة .

قال رحمة الله : وفي كسر بعض القطع والقبيح إذا تحرك الفرج من صغار الغنم ، وقيل : عن البيضة مخاض من الغنم ، وقيل : التحرك إرسال فحولة الإبل في إناث منها بعدد البيض ، فما نتج فهو هدي ، فإن عجز كان كمن كسر بعض النعام .

أقول : ذهب العلامة في القواعد إلى اختيار المصنف هنا ، وهو : أن الواجب مع التحرك من صغار الغنم ، وهو قوي لأصالحة البراءة من الزائد ، ولأن الشاة تجب في القطعة لا يساوها التحرك من بيضها ، كما لا يتساوى النعام المتحرك من بيضها لقوله تعالى : « فَبَرْزَاءٌ مِثْلُ مَا قُتِلَ مِنَ النَّعْمِ »^(١٣٠)

(١٢٩) - الأحاديث ١ و ٧ و ١١ من المصدر المتقدم للترتيب ، وأما التخيير فدليله الآية (٩٦) من سورة المائدة بضميمة الحديث الأول من الباب ١٤ من أبواب كيفية كفارات الاصرام .

(١٣٠) - المائدة : ٩٥ .

ووجوب المخاض من الغنم مذهب الشيخ ، واختاره العلامة في المختلف ، والدليل الروايات^(١٢١) .

والمراد بالمخاض : ما يصح أن يكون حاملاً ، ولا يلزمه الحامل بل ما من شأنها ذلك ، وهذا مع تحرك الفرج ، ومع عدمه يجب إرسال فحولة الغنم في إناث بعدد البيض ، ولا يجب تعدد الفحل ، بل لو أنزى فحلًا واحدًا على الجميع جاز ، وكذلك في الإبل .

وإن عجز عن الإرسال كان عليه إطعام عشرة مساكين عن كل بيضة ، فإن عجز صام عن كل بيضة ثلاثة أيام ، كما في بيض النعام ، هذا تفسير المتأخرین .

وقال ابن إدريس : معناه أن النعام إذا كسر بيضه فتعذر الإرسال ، وجب في كل بيضة شاة ، فهذا وجه المشابهة بينها فصار حكمه حكمه ، ولا يمنع ذلك إذا قام الدليل عليه .

وهذا التفسير ضعيف ؛ لأن الشاة لا تجحب مع القدرة على الإرسال ، فكيف يجب مع العجز عنه ؟ ! والقطا إذا كسر بيضه فتعذر الإرسال وجب في كل بيضة شاة مع العجز ؛ لأن حكم العجز الانتقال من الأقوى إلى الأضعف لا العكس ، فلو أوجبنا الشاة مع العجز عن الإرسال يكون قد نقلناه من الأضعف إلى الأقوى ؛ لأن الإرسال أضعف من الشاة في التكليف ؛ لأنه لا ثمن ولا قيمة عليه في الحال ، وربما لم يحصل التتاج فيما بعد ، فكان الإرسال أضعف ، فلا ينتقل من الأضعف إلى الأقوى مع العجز ؛ لأنه خلاف المعهود من الشرع ، فيتعين التفسير الأول ، وهو المعتمد .

قال رحمة الله : الحمام ، وهو اسم لكل طائر يهدى ويعب الماء، وقيل :
كل مطوق .

أقول : قال الكسائي : الحمام كل مطوق ، وهو الذي فسره الشيخ في
المبسוט ، وقال صاحب الصلاح : الحمام عند العرب ذوات الأطواق من
الفوانح والقماري والقطا والوراشين وأشباه ذلك يقع على الذكر والأثنى ،
وعند العامة : فهي الدواجن فقط ، وهو الذي ي ألف البيوت ، فعلى هذا
التفسير لا يدخل القطا والوراشين ، بل يكون مختصاً بالحمام الذي يهدى ويعب
الماء .

والهدى : تواصل الصوت ، وعب الماء : شربه دفعة من غير أن يعطف
كالدجاج ، بل يضع منقاره في الماء ويكرع كرع الشاة .

قال رحمة الله : في قتل الجرادة ثمرة ، والأظهر كف من طعام ، وكذا في
الجملة يلقىها عن جسده .

أقول : وجوب التمرة في الجرادة مذهب الشيخ في النهاية ، وتبعه ابن
البراج وابن حمزة . وخُرُّ في المبسוט بينها وبين كف من طعام ، وأوجب المفید
وعلم الهدى الكف من الطعام .

والأخبار^(١٣٢) واردة بالطرفين معاً ، فيحمل على التخيير جمأَيْنِ الأدلة ،
واماً الجملة ففيها كف من طعام خاصة .

قال حمة الله : وقيل : في البطة والإوزة والكركي شاة ، وهو محكم .

أقول : قال في المبسوت : البط والأوز والكركي يجب فيه شاة ، وهو
الأحوط ، وإن قلنا : فيه القيمة - لأنَّه لا نص فيه - كان جائزًا .

(١٣٢) - المصدر المتقدم بباب ٣٧ من أبواب كفارات الصيد .

وقال ابن حزنة : في صيد الكركي شاة على رواية^(١٣٣) ، وهو يدل على عدم الجزم ، وقال ابن بابويه بوجوب الشاة في كل طير عدا النعامة ، ويلزم منه وجوب الشاة في البطة والإوزة والكركي ، ومستنده رواية ابن سنان الصحيحة^(١٣٤) ، عن الصادق عليه السلام . وكان المصنف لم يعتبر هذه الرواية ، وهذا نسب القول بالشاة إلى التحريم ، وهو : القول بغير دليل .

قال رحمه الله : وقتل الصيد موجب لفديته ، فإن أكله لزمه فداء آخر ، وقيل : يفدي ما قتل ، ويضمن قيمة ما أكل ، وهو الوجه .

أقول : الأول مذهب الشيخ في النهاية والمبسوط لرواية علي بن جعفر ، عن أخيه عليه السلام ، « قال : سأله عن قوم اشتروا ظبياً فأكلوا منه جيعاً وهم حرم ، ما عليهم ؟ فقال : على كل من أكل منهم فداء صيد ، كل إنسان على حدته فداء صيد كامل »^(١٣٥) .

والثاني : مذهب الشيخ في الخلاف ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد ، واستحسنه في التحرير لأصالة براءة الذمة من الفداء الثاني . وأما وجوب القيمة فلأن لحم الصيد لا يضمن لاختلاف الأسباب ، ولأن الفداء كفارة ، وضمان الأكل ضمان مالي ، لأنه أعظم تشديداً من المملوك ، فكما أن المملوك يضمن بالأكل ، فكذا يضمن الحرمي ، وموضع هذه المسئلة كون الأكل والقتل في الحل لا في الحرم ، ويتضاعف لو كان في الحرم وهو محمر .

قال رحمه الله : ولو جرحت ثم رأه سوياً ضمن أرضه ، وقيل : ربع قيمته .

(١٣٣) - الوصيلة : ١٦٧ .

(١٣٤) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٩ من أبواب كفارات الصيد ، حدث ٦ .

(١٣٥) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ١٨ من أبواب كفارات الصيد ، حدث ٢ .

أقول : القول بوجوب ربع القيمة قول الشيخ في النهاية والمبسوط ، وبه قال ابن البراج وابن إدريس لرواية علي بن جعفر^(١٢٦) عن أخيه ، ووجه اختيار المصنف أنها جنابة مضمونة فكان عليه أرشها ، ومذهب العلامة في القواعد كمذهب المصنف .

قال رحمة الله : في كسر قرن الغزال نصف قيمته ، وفي كل واحد ربع ، وفي عينيه كمال قيمته ، وفي كسر إحدى يديه نصف قيمته ، وكذا في إحدى رجليه ، وفي الرواية ضعف .

أقول : القول المحكى في الكتاب قول الشيخ في المبسوط ، وجزم به العلامة في القواعد ، واستضعف المصنف مستند الحكم : لأن مستنته رواية سهاعة^(١٢٧) ، عن أبي بصير ، عن الصادق عليه السلام ، وسهرة وافقني ، فلهذا استضعفها المصنف .

وذهب العلامة في المختلف إلى كمال القيمة في العينين ؛ لأنه مع الجنابة كاليلت ، وأوجب في إحداهما الارش ، وفي القرنين أو إحداهما الارش ، وأوجب على بن بابوية في القرنين الصدقة بشيء ، وكذا في العينين .

قال رحمة الله : وقيل : يستقر الضمان بنفس الإغلاق لظاهر الرواية ، والأول أشبه .

أقول : المشهور بين الأصحاب اشتراط الصلة مع الإغلاق ؛ لأنه مع عدم الصلة لم يحصل منه جنابة على الصيد ، فيكون بمتنزلة من رمي صيدا ولم يؤثر ، وقيل : يضمن بنفس الإغلاق لإطلاق الروايات^(١٢٨) الدالة على الضمان ،

(١٢٦) - باب ٢٧ من المصدر المتقدم، حديث ١. ورواه في التهذيب ٥: ٣٥٩ بزيادة، هي محل الشاهد هنا.

(١٢٧) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٢٨ من أبواب كفارات الصيد ، حديث ٣.

(١٢٨) - باب ١٦ من المصدر السابق .

وحللت الروايات على الجهل بالحال ، كمن رمى صيدا وجهل حاله .
قال رحمة الله : قيل : إذا نَفَرَ حام الحرم ، فإن عاد فعليه شاة واحدة ،
وإن لم يعد فعن كل حامة شاة .

أقول : هذا القول هو المشهور بين الأصحاب ، ولم يجزم به المصنف ،
لعدم ظفره بالدليل عليه . قال الشيخ رحمه الله : هذا الحكم ذكره علي بن
بابويه في رسالته ، ولم أجده به حدثنا مستندأ . وقال ابن الجنيد من نفر طبيراً
كان عليه عن كل طائر ربع قيمته .

والظاهر أن مراده مع العود ، إذ لا معه يكون متلفاً ، فيجب عليه في
كل واحدة شاة .

فروع :

الأول : لو نفر واحدة ثم عادت ، هل يجب عليه فيها شيء ؟ يحتمل
عدم الوجوب ؛ لأنهم قالوا : إذا نفر حام الحرم فعاد فعليه شاة ، وإن لم يعد
فعن كل حامة شاة ، فلو أوجبنا في الواحدة مع العود شاة لزم مساواة العود
وعدمه ، ولأن حام الحرم يراد به الجمع فلا يصدق على الواحدة .
ويحتمل الوجوب ؛ لأنه اسم كالتمر ، فيصدق على الواحدة ، ولمساواة
الجزء للكل في فداء الصيد ، كما لو اشترك اثنان فيما زاد في قتل صيد ، فإنه يجب
على كل واحد فداء كامل ، ومذهب العلامة في القواعد عدم الوجوب ، وذهب
فخر الدين إلى الوجوب ، وهو ظاهر الشهيد .

والمراد بالعود : العود إلى السكون في الموضع المعتادة لها في الحرم .

الثاني : هل ينسحب الحكم في الظبا وغيرها ؟ يحتمل ذلك للمشاركة في
العلة ، ويحتمل عدم النص واصالة البراءة .

الثالث : هل يجتمع الفداء والقيمة على المحرم في الحرم مع العود وعدمه ؟

يتحمل ذلك لعموم قوله : (كلما يلزم المحرم في الحل يلزم المحل في الحرم) ، ويحتمل على المحرم في الحرم ، فيدخل تحت هذه الكلية ، ويحتمل العدم لأصله البراءة .

الرابع : لو شك في العدد وبنى على الأقل لأصالة عدم الزيادة ، وأصالة براءة الذمة ، ولو شك في العود فيتعين العدم .

الخامس : يكفي بإعادتهن بفعله و فعل غيره .

قال رحمه الله : إذا أوقد جماعة ناراً ، فوقع فيها صيد ، لزم كل واحد منهم فداء إذا قصدوا الأصطياد ، وإلا فداء واحد .

أقول : هذا الحكم لا اشتباه فيه ، وإنما يحصل الاشتباه مع اختلاف القصد ، فلو قصد بعضهم دون بعضهم تعدد الفداء على من قصد ، وعلى الباقى فداء واحد ، ولو كان غير القاصد واحداً ، هل يجب عليه الشاة ؟ فيه إشكال ، ينشأ من عموم^(١٣٩) وجوب الشاة مع عدم القصد ، ولأنه لو كان الموقد واحداً وجبت عليه الشاة مطلقاً ، سواء قصد أو لم يقصد ، ومن مساواة القاصد وغير القاصد مع حكم الشارع بالفرق بينهما .

ويحتمل مع اختلافهم في القصد أن يجب على من لم يقصد ما كان يلزم مع عدم قصد الجميع ، فلو كانا اثنين مختلفين في القصد كان على القاصد شاة ، وعلى غير القاصد نصف شاة ، والأول أحوط .

قال رحمه الله : ويحرم من الصيد على المحل في الحرم ما يحرم على المحرم في الحل ، فمن قتل صيداً في الحرم كان عليه فداءه ، ولو اشترك جماعة في قتله فعل كل واحد فداء ، وفيه تردد .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : الواجب على المحل في الحرم ، والمشهور بين الأصحاب أن على المحل في الحرم القيمة ، وعلى المحرم في الخل الفداء ، ويجتمعان على المحرم في الحرم ، وقد يوجد في بعض عبارات الشيخ : من ذبح صيدا في الحرم ، وهو محل كان عليه دم لا غير ، وتتابعه ابن إدريس ، وقال أبو الصلاح : وإن كان محلًا في الحرم أو محرما في الخل فداه بمثله من النعم ، وهو ظاهر المصنف هنا ، والعمل على المشهور ، وهو وجوب القيمة على المحل في الحرم ، ووجوب الفداء على المحرم في الخل .

الثانية : إذا اشترك جماعة محلين فقتلوا صيدا ، فهل يتعدد الفداء أو يلزمهم فداء واحد ؟ تردد المصنف في ذلك ، من أصلالة براءة الذمة من وجوب التعدد ، خرج وجوب التعدد على الجماعة المحرمين ، فيبقى الباقى على أصلالة البراءة ، ومن مشاركة المحلين للمحرمين في العلة الموجبة للتعدد ، وهو الإقدام على الصيد المحرم قتله ، ويجب القيمة على كل واحد ، وهو أحوط .

ولو كان بعضهم محرمين والبعض محلين ، كان على كل واحد من المحرمين الفداء والقيمة ، وعلى كل واحد من المحلين القيمة خاصة ، أو قيمة واحدة على المحلين على التردد .

قال رحمة الله : وهل يحرم وهو يوم الحرم ؟ قيل : نعم ، وقيل : يكره ، وهو الأشبه ، لكن لو أصابه ودخل الحرم فهات ضمه ، وفيه تردد .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في تحريم الصيد وهو يوم الحرم ، ذهب الشيخ في النهاية إلى

التحريم ، وأوجب الفدية ، لرواية عقبة بن خالد^(١٠) ، عن الصادق عليه السلام الدالة على مطلوبه .

ومنه ابن إدريس لأصالة براءة النمة ، وتبعه المصنف والعلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد ؛ لأن الموجب للتحريم والضمان هو الإحرام ، أو كون الصيد في الحرم ، وكلاهما متفق .

الثانية : إذا أصابه وهو خارج ، ثم دخل الحرم ومات فيه ، فعلى القول بالتحريم وهو يوم الحرم فهو يضمن قطعا ، وعلى القول بالعدم ، هل يضمن ؟ يحتمل ذلك الحصول السراية في الحرم ، وحرمة الحرم شاملة ، ومن أن السبب غير مضمون ، بل هو مباح ، ولما رواه عبد الرحمن بن الحجاج في الصحيح ، « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام ، في رجل رمى صيده وهو يوم الحرم ، فبيا بين البريد والمسجد ، فأصابه في الحال فمضى برميته حتى دخل الحرم فمات من رميته ، هل عليه جزاء ؟ قال : ليس عليه جزاء ، إنما مثل ذلك مثل رجل نصب شركا في الحال إلى جانب الحرم فوقع فيه صيد فاضطراب حتى دخل الحرم فمات ، فليس عليه جزاء ؛ لأنه نصب حيث نصب وهو له حلال ، ورمى حيث رمى وهو له حلال ، فليس عليه فيها كان بعد ذلك شيء » ، فقلت : هذا هو القياس عند الناس ، فقال : إنما شبّهت لك الشيء بالشيء لتعريفه^(١١) .

قال رحمة الله : ويكره الاصطياد بين البريد والحرم على الأشبة .

أقول : تحريم الصيد على المحل بين البريد والحرم مذهب الشعدين رحمة الله ، والبريد أربعة فراسخ ، من صاد فيه صيدها كان عليه الفداء عندهما ،

(١٠) - باب ٣٠ من المصدر السابق ، حديث ١ .

(١١) - حديث ٣ من المصدر السابق .

لرواية الحلبي الصحيحة^(١٤٢) الدالة على مطلوبها .

والمعتمد الكراهة كما هو المشهور ؛ لأن المقتضي للإباحة - وهو الأصل - موجود ، والمقتضي للتحريم وهو الإحرام أو الحرم مفقود ، فثبتت الإباحة .
قال رحمة الله : هل يجوز صيد حام الحرم وهو في الخل ؟ قيل : نعم ،
وقيل : لا ، وهو أحوط .

أقول : التحرير مذهب الشيخ في أحد قوله ؛ لأن للحرم حرمة ليست
لغيره فناسبت تحرير المتوجي ، إليه ، وإن خرج عنه حيث صار منسوباً إليه ،
ولرواية علي بن جعفر^(١٤٣) ، عن أخيه موسى عليه السلام ، وبه قال : العلامة
في المختلف .

والقول الآخر للشيخ وهو : الجواز على كراهة ؛ لأن الموجب لتحريم
الصيد أمران : الإحرام ، والحرم ، وكلاهما متلف ، فيتضمن التحرير لأصالة
الإباحة ، وهو مذهب المصنف في المختصر .

قال رحمة الله : ولا يدخل في ملكه شيء من الصيد على الأشبه ، وقيل :
يدخل ، ويجب عليه إرساله إن كان حاضراً معه .

أقول : الضمير - في قوله : (ولا يدخل في ملكه شيء من الصيد) - عائد إلى المحل في الحرم ، وهو معطوف على قوله : (ولو ذبح المحل في الحرم صيداً كان ميتة) ، ولا يتوجه أحد أنه عائد إلى الحرم ؛ لأن الحرم يأتي فيها بعد في قوله : (ولا يدخل الصيد في ملك الحرم) إلى آخر المسئلة .

قال في المختصر : وهل يملك المحل صيداً في الحرم ؟ الأشبه أنه يملك ، ويجب عليه إرسال ما يكون معه ، هذه عبارته في المختصر . قال أبو

(١٤٢) - باب ٣٢ من المصدر المتقدم ، حديث ١ .

(١٤٣) - باب ١٣ من المصدر المتقدم ، حديث ٤ .

العباس رحمه الله في شرحه : هذا هو المشهور لا أعرف فيه مخالف ، وذهب المصنف في الشرائع إلى أنه لا يملك ، هذا كلام أبي العباس . ثم قال : أما المحرم فموضع الإشكال ، ثم بحث على جواز تملك المحرم للصيد وعدمه ، ولم يتعرض للم محل في مذهبه .

فإذا كان موضوع المستلة في المحل ، فينبغي أن يكون البحث على موضوعها فأما ثبوت الملك ، ووجوب الإرسال فهو المشهور كما قاله أبوالعباس ، إذ لا مانع منه ، ووجوب الإرسال لا ينافي الملك ، وأما وجه اختيار المصنف - وهو عدم الملك - [فـ] لأن ثبوت الملك يستلزم جواز التصرف ، فمع وجوب الإرسال وعدم جواز التصرف ، فلا يظهر للملك فائدة ، فلا يدخل في ملكه . وهو ضعيف لاجتماع الملك وعدم جواز التصرف كما في أم الولد ، والرهن ، وتملك المحرمات نسبا ، وخروجهم عن الملك في ثاني الحال .

وقد يجاب عن المصنف : بأن تملك هذه الأشياء لا يخلو عن الفائدة ، أما الرهن وأم الولد ففائدهما ظاهرة ؛ لأن الرهن علوك له بيع بدينه مع الإعسار ، وبفكه مع اليسار ، ففائده ظاهرة ، وأما أم الولد فهي علوكه يتصرف بها بجميع أنواع التصرف عدا البيع ، ففائدها ظاهرة أيضا ، وأما فائدة تملك المحرمات مع خروجهم عن الملك في ثاني الحال ، فهي أعظم الفوائد وأجلها ، وهي إنقاذ الرحم عن الملك وإنحرافه من ذل الرق إلى عز الحرية ، وأما تملك الصيد مع وجوب الإرسال فلا يتصور فيه شيء من الفوائد الدينية ولا الدنيوية ، فوجب أن لا يدخل في ملكه .

وقد يجاب عن منع فائدة تملك الصيد مع وجوب الإرسال بأنه لا يخلو عن الفائدة ولو لم تكن حاضرة فهي مقدرة ، وهي تقدر بوجوه :

الأول : لو قتل الصيد قاتل ، فإن قلنا بثبوت الملك كان الفداء للملك ،

وان قلنا بعدم الدخول كان الفداء لله تعالى .

الثاني : لو خرج هذا الصيد من الحرم فصاده صائد لم يملكه الصائد ؟ لأن ملك حلال في الحلال فلا يزول ملكه عنه ، بخلاف ما لو قلنا : إنه يدخل في ملك المحرم ثم يزول ملكه عنه ، فإنه لو خرج إلى الحلال فصاده صائد محل ملكه الصائد ؛ لأن ملك المحرم زال بسبب الإحرام ، وكون الصيد في الحرم ، فلا يعود بسبب خروجه إلى الحلال ، وعلى القول بعدم الملك يملكه الصائد .

الثالث : لو باعه على محل ملك الثمن على القول بدخوله في ملكه ، وعلى العدم لا يملكه لكونه بيعاً فاسداً ، وكذا لو باعه على محرم على القول بملك المحرم له في أول آن ثم خروجه عن ملكه ، وعلى عدم الملك لا يملك الثمن .

قال رحمه الله : وقيل : تكرر ، والأول أشبه .

أقول : لا خلاف في تكرر الكفارة مع الخطأ ، وإنما الخلاف مع العمد ، وذهب الشيخ في المبسوط والخلاف إلى تكررها ، واختاره ابن إدريس والعلامة وأبي العباس .

وذهب في النهاية إلى عدم تكررها ، ويكون من ينتقم الله منه ، وبه قال محمد بن بابويه وعبد العزيز ابن البراج ، واختاره المصنف .

المعتمد الأول ؛ لأن قوله تعالى : ﴿وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّداً فَجُزَاءُ مِثْلٍ مَا قَاتَلَ مِنَ النَّعْمٍ﴾^(١٤٤) ، فهو كما يتناول الأول يتناول الثاني والثالث وما زاد على ذلك ، وللإحتياط على براءة الذمة .

احتاج المانع من التكرير ، لقوله تعالى : ﴿وَمَنْ عَادَ فَيُتَقْسِمَ اللَّهُ مِنْهُ﴾^(١٤٥) فقد أخبر الله تعالى بأن عقوبة تعمد العود الانتقام ، وفائدة الكفارة

كتاب الحج إسقاط الذنب ، وإذا أخبر الله تعالى بعدم الإسقاط انتفت فائدة الكفارة فلا يجحب .

والجواب أن الذنب مع العمد أفحش ، فناسب ذلك التغليظ بوجوب الكفارة في الدنيا والانتقام في الآخرة ، والروايات^(١٤٦) واردة بالطرفين . قال رحمة الله : ولو اشتري عجل بيض نعام لحرم ، فأكله على المحرم عن كل بيضة شاة ، وعلى المحل عن كل بيضة درهم .

أقول : أما وجوب الكفارة على المحل فلأنه عاون المحرم على فعل الحرام ، وتهلك حرمة الإحرام فكان عليه الكفارة ، كما لو عقد المحل لحرم فإنه يلزمك كفارة ، وأما وجوبها على المحرم فهو ظاهر ؛ لأنه أكل بيض الصيد المحرم .

وموضوع البحث أن يشتريه مسلوقاً أو مشوياً وياكله ، أما لو اشتراه نياً ثم كسره المحرم ، فإن أكله بعد ما كسره كان عليه عن كل بيضة شاة بسبب الأكل ، وكان عليه إرسال فحولة الإبل في إناث بعدد البيض ردأً للمسئلة إلى أصلها ، ولا فرق بين كون المحل في الحل أو في الحرم ، للعموم^(١٤٧) .

فروع :

الأول : لو كان المحرم في الحرم كان عليه في صورة الإرسال القيمة عن كل بيضة درهم مع الإرسال ، وهل يتضاعف في غير صورة الارسال ، كما هو موضوع المسئلة ، وهو : إذا كسره المحل أو اشتراه مشوياً ، أو مسلوقاً؟ يحتمل التضاعف لعموم^(١٤٨) تضاعف الجزاء على المحرم في الحرم ، ويحتمل العدم

(١٤٦) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٤٧ و ٤٨ من أبواب كفارات العيد .

(١٤٧) - باب ٢٤ من المصدر المتقدم ، حديث ٥ .

(١٤٨) - باب ٤٤ من المصدر ، حديث ٥ .

لسبق التلف على مباشرة المحرم ، فلا يضمن ما أتلفه غيره فلا يجب غير فداء واحد ..

الثاني : لو كان المشتري محرماً ، هل يجب عليه عن كل بيضة شاة أو درهم ؟ يحتمل وجوب الدرهم لأصالة البراءة ، وعموم النص^(١٤٩) ، ويحتمل وجوب الشاة ، إذ لا فرق في ضمان المحرم بين^(١٥٠) المباشرة والتبسيب ، وهو أقوى من الأول .

الثالث : لو اشترى المحرم لنفسه ، هل يجب عليه ما يجب على المحل لو اشتراه له زيادة على الواجب عليه بفعله ؟ يحتمل ذلك ، والأقرب عدم .

الرابع : لو ملكه المحل بغير الشراء ثم بذلك للمحرم فاكله ، هل يجب عليه الدرهم ؟ يحتمل عدم لأصالة البراءة وتخصيص البيض بالشراء ، ومحتمل الوجوب ؛ لأن العلة إعانته للمحرم على فعل الحرام ، ولا اثر لخصوصية سبب الملك .

الخامس : لو اشتري غير البيض من المحرمات ، هل ينسحب الحكم أم لا ؟ يحتمل ذلك للمشاركة في العلة ، وهي الإعانة على فعل الحرام ، ومحتمل عدم لأصالة براءة الذمة ، فيقتصر على مورد النص .

قال رحمة الله : ولا يدخل الصيد في ملك المحرم باصطياد ولا ابتياع ، ولا هبة ، ولا ميراث ، هذا إذا كان عنده ، ولو كان في بيته فيه تردد ، والأشبه أنه يملك .

أقول : إذا أحضر وجب عليه إرسال ما معه من الصيد ، ولو كان وديعة أو عارية وجب دفعه إلى المالك أو وكيله أو الحاكم أو العدل على الترتيب ، ولو

(١٤٩) - باب ٢٤ من المصدر المتقدم ، حديث ٥.

(١٥٠) - من «ن» .

خالف اختياراً ضمن ، ولو لم يتفق أحد من هؤلاء أرسله وضمن وزال ملكه عن الحاضر عنده دون النائي ، هذا حكم المملوک .

قيل : وهل يدخل في ملكه بالإرث ؟ المشهور دخول النائي ، واستقرار الملك عليه ، ولو كان حاضراً عنده ، قال الشيخ : يدخل في ملكه ثم يزول عنه لعموم^(١٥١) الملك بالميراث ، ومنع العلامة دخول الحاضر في ملكه ، وهو مذهب فخر الدين ؛ لأن الإحرام يزيل الملك عن المملوک ، فمنعه لدخول غير المملوک في الملك اولى .

وعلى القول بعدم الانتقال ، قيل : يبقى على حكم مال البيت ، فإذا أحل المحرم ملكه ، وقيل : ينتقل إلى باقي الورثة ؛ لأن الإحرام من موانع الإرث بالنسبة إلى الصيد ، فإذا أحل قبل القسمة شارك ، وإن فلا ، وفتاوي الأصحاب بالأول أكثر .

قال رحمة الله : وإذا كان الصيد مملوكاً فنداً ولصاحبه ، وإن لم يكن مملوكاً تصدق به .

أقول : غير المملوک إن كان من حمام الحرم اشتري بقيمتها علفاً لحماءه ، وإن كان من غير حمام الحرم تصدق بها يلزمها فيه على الفقراء ، وإن كان مملوكاً فالبحث فيه في موضوعين :

الأول في تقدير الملك : وهو يتقدر كما في القماري والدباسي ، سواء كان في الخل أو الحرم ، وكما لو كان الصيد ومالكه في الخل ، على القول بملك الصيد للمحرم ، أو يكون الصيد في الحرم وصاحبها محل ، وإن وجب عليه إرساله فالمملوک يتقدر في الصور .

الثاني في كيفية الضمان : وقد اختللت عبارات الأصحاب في ذلك ،

(١٥١) - راجع الوسائل ، كتاب الإرث ، أبواب موجبات الإرث .

قال المصنف : وإذا كان الصيد مملوكا فنداوه لمالكه . وقال الشيخ في المبسوط : وإذا كان الصيد مملوكا فعليه الجزاء لله تعالى والقيمة للهالك ، ومثله عبارة التحرير .

وقال الشهيد : ولو كان مملوكا فعليه الجزاء لله والقيمة للهالك ، وفي القباري وفي الحرم نظر ، اقربه وجوب الجزاء وقيمتة للهالك ، فعل هذا يجب جزاء آخر لله تعالى ، ولو قيل بالمساواة بين الحرمي وغيره هنا كان قريا ، هذا آخر كلامه رحمة الله .

وقال في القواعد : وفاء الملوك لاصاحبه وإن زادت على القيمة على إشكال .

إذا عرفت هذا فالمصنف أطلق كون الجزاء للهالك ، ولم يوجب الله شيئا ، وكذلك العلامة في القواعد ، إلا أنه استشكل فيها إذا زاد الجزاء عن القيمة ، هل تكون الزيادة للهالك أو يتصدق بها ؟

قال فخر الدين : ينشأ من عموم قوله : وفاء الملوك لاصاحبه ، ومن أن المضمون للهالية المحض إنها هو القيمة ، فيتصدق بالزاد ، والأقوى أنه للهالك ، هذا آخر كلامه رحمة الله . فقد اتفق اختيار فخر الدين وأبيه في القواعد والمصنف على وجوب الفداء للهالك ، ولم يوجبا الله شيئا ، وعبارة المبسوط والتحرير والدروس متتفقة على وجوب الفداء لله والقيمة للهالك ، إلا أن صاحب الدروس استقر بـ - اذا كان الصيد في الحرم - وجوب جزاء آخر وقيمة للهالك ، ثم فرع عليه وجوب جزاء آخر لله ، ثم قوى الاقتصار على الجزاء الواحد مع القيمة الواحدة ، وأنه لا فرق بين الحال والحرم ، فيكون قد وافق إطلاق المبسوط والتحرير ، وهو المعتمد .

وهنا فروع :

الأول : لو تعددت القيمة أو الفداء، أو ما كان للهالك قيمة واحدة والباقي صدقة ، كما لو اجتمع الحافر والدال والممسك والذابع والأكل في الحرم ، كان على كل واحد فداء وقيمة ، فإن لم يفرق بين الخل والحرم - كما هو إطلاق المسوط والتحرير ، وكما قوله الشهيد - كان للهالك قيمة واحدة من هذه القيم والباقي صدقة ، وإن فرقنا بين الخل والحرم كما استقر به الشهيد ، كان للهالك قيمة أخرى موزعة على الجميع ، وإن كانوا في الخل كان على كل واحد فداء ، وقيمة واحدة للهالك موزعة عليهم .

الثاني : لو كان المملوك طيراً وضربه على الأرض في الحرم ، ألم زم الضارب دماً وقيمتين ، إحداهما للهالك ، والأخرى صدقة .

الثالث : لو كانت الجناية على بعض الصيد المملوك قبل أن يتحرك فيه الفرج وجب الإرسال لله ، والقيمة للهالك .

قال رحمة الله : وردّوي أن كل من وجب عليه شاة في كفارة الصيد وعجز عنها كان عليه إطعام عشرة مساكين ، فإن عجز صام ثلاثة أيام في الحج .

أقول : الرواية أشارت إلى صحيحه معاوية بن عمار^(١٥٢) ، وصورتها ما حكاه المصنف في الكتاب ، وبمضمونها أفتى القاضي عبد العزيز بن البراج والمصنف في المختصر .

(١٥٢) - الوسائل ، كتاب الحج ، بذ ٢ من أبواب كفارات الصيد ، حديث ١١ من طبعة ريانى و ١٣ من طبعة مؤسسة آل البيت (ع) .

في باقي المحظورات

قال رحه الله : وعليهم أأن يفترقا إذا بلغا ذلك الموضع حتى يقضيا
الناسك إذا حجا على تلك الطريق .

أقول : المشهور وجوب التفريق في القضاء من المكان الذي أفسدا فيه
حتى يقضي الناسك ، والروايات^(١٥٣) تعطي وجوب التفريق أيضاً في الحجة
الأولى التي أفسداها من موضع الإفساد حتى يقضي الناسك ، واختاره العلامة
في التذكرة واستحسنه في التحرير ، وهو مذهب علي بن بابويه ، وهو أحوط ؛
لان تحرير الجماع ثابت في الفاسدة كالصحيحة فوجب التفرقة ، وقيل للصادق
عليه السلام : « المحرم يقع على اهله ؟ فقال يفرق بينهما ، فلا يجتمعان في
خباء إلا أن يكون معهما غيرهما حتى يبلغ الهدى محله »^(١٥٤) ، وأوجب ابن
الجبيه التفريق في الحجتين معاً ، وحرم الاجتماع والجماع بعد الإخلال في الأولى
حتى يبلغا في الرجوع إلى مكان الخطيئة ، وفي الثانية حتى يبلغ الهدى محله ،

(١٥٣) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٢ و ٤ من أبواب كفارات الاستماع .

(١٥٤) - نفس المصدر باب ٣ ، حديث ٥ .

..... كتاب الحج والمعتمد جواز الاجتماع والجماع بعد قضاء جميع المنسك ، ودليل الجميع الروايات^(١٥٥) .

قال رحمة الله : وفي الاستمناء بذلة ، وهل يفسد به الحج ويجب القضاء ؟
قيل : نعم ، وقيل : لا ، وهو أشبه .

أقول : إفساد الحج ووجوب القضاء من قابل مذهب الشيخ في المسوط والجمل وإiben البراج وإiben حزة والعلامة في المختلف ، وقال في التحرير : ونحن فيه من المتفقين .

والاقتصر على البدنة خاصة مذهب إبن أبي عقيل وإبن إدريس ،
واختاره المصنف والعلامة في القواعد وفخر الدين .

وال الأول أحوط ؛ لأنه انزال على وجه حرم غير مباح في وجه من الوجه ،
فكان افحش من الجماع ؛ لأنه لا يباح في وجه دون وجه فناسب المساواة ، أو
الزيادة في العقوبة دون القصور ، ولرواية إسحاق بن عمار^(١٥٦) الدالة على
الإفساد ، ووجوب القضاء .

واحتاج إبن إدريس ومن تابعه بأصالة البراءة .

قال رحمة الله : وإذا طاف المحرم من طواف النساء خمسة أشواط ثم
واقع لم يلزم الكفارة وبنى على طوافه ، وقيل : يكفي في ذلك مجاوزة النصف ،
وال الأول مروي .

أقول : المراد بقوله : (وقيل : يكفي في ذلك مجاوزة النصف) أي في
سقوط الكفارة دون جواز البناء ، إذ لا خلاف في جواز البناء مع مجاوزة النصف ،
وانما الخلاف في سقوط الكفارة ، هل تسقط حيث يسقط الاستئناف أو لا

(١٥٥) - راجع باب ٣ و ٤ من المصدر السابق .

(١٥٦) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ١٥ من أبواب كفارات الاستمناع ، حديث ١ .

تسقط إلا بمجاوزة الخمسة؟ قال الشيخ بالأول ، وقال ابن إدريس بالثاني ، قال في السرائر : أما اعتبار النصف في صحة الطواف والبناء عليه فصحيح ، وأما سقوط الكفاررة ففيه نظر ، لأن الإجماع حاصل على أن من جامع قبل طواف النساء وجب عليه الكفاررة ، وهذا جامع قبل طواف النساء ، فالاحتياط يقتضي ايجاب الكفاررة .

وذهب العلامة في المختلف إلى اختيار الشيخ ، ونسب قول ابن إدريس في التحرير إلى الخطأ ، ودليل الشيخ الروايات^(١٥٧) مع اصالة البراءة .

قال رحمة الله : وإذا عقد المحرم لمحرم على امرأة ودخل بها المحرم فعل كل منها كفاررة ، وكذا لو كان العاقد محلاً على رواية سماعة .

أقول : المشهور العمل بمضمون هذه الرواية^(١٥٨) ، وذهب فخر الدين إلى الاستحباب ، لأصالة البراءة ، وهو معارض بال الاحتياط مع الرواية ، ووجوب مخالفة الأصل مع قيام الدليل على خلافه .

قال رحمة الله : حلق الشعر وفيه شاة أو إطعام عشرة مساكين لكل منهم مد ، وقيل : ستة لكل منهم مдан أو صيام ثلاثة أيام .

أقول : التخيير بين الشاة وصيام ثلاثة أيام والصدقة على ستة مساكين ستة امداد مذهب الشیخان رحهما الله قال الشيخ : وروي عشرة مساكين ، وهو أحوط ، والمفید لم يذكر الرواية ، بل اقتصر على إطعام الستة بستة امداد .

وقال ابن الجنيد ، وإن أبي عقيل : يطعم ستة مساكين إثني عشر مداء ، وقواه العلامة في المختلف ؛ لأنه أحوط .

(١٥٧) - باب ١١ من المصدر المتقدم .

(١٥٨) - باب ٢١ من المصدر السابق ، حديث ١ .

وذهب المصنف والعلامة في القواعد والشهيد إلى إطعام العشرة عشرة
أمداد .

والمعتمد على التخيير بين الشاة والصوم وإطعام العشرة ؛ لأن دفع
ضرورة عشرة مساكين ونفعهم أعظم من نفع ستة ، فلا يحصل الاحتياط بزيادة
مدين مع حرمان أربعة مساكين .

قال رحمة الله : قلع شجر الحرم ، وفي الكبيرة بقرة ولو كان محلًا ، وفي
الصغرى شاة ، وفي أبعاضهما قيمته ، وعندي في الجميع تردد .

أقول : ما حكاه المصنف مذهب الشيخ في المسوط والخلاف ، وجزم
به العلامة في القواعد ، وهو المعتمد ؛ لأنه إتلاف شيء مني عنه ، فكان قيمته
الكافرة ، وللروايات^(١٥٩) الدالة على وجوب الكفارة ، ولل الاحتياط .

ومنشأ التردد من حيث وجوب التمسك بأصالة البراءة حتى يثبت الدليل
الناقل ، والدليل ما ذكرناه ، وظاهر ابن إدريس عدم وجوب الكفارة ، وأوجب
ابن البراج في الشجرة بقرة ، ولم يفرق بين الصغرى والكبيرة .

تنبيه : المرجع في الصغرى والكبيرة إلى العرف ، وقال بعض الشافعية
الشجرة التي يجب فيها البقرة هي التي تشبع البقرة ، والتي يجب فيها الشاة
هي التي تشبع الشاة ، والمعتمد الأول ، والمتوسطة صغيرة لأصالة براءة الذمة ؛
لأن إسم الصغرى يتناول ما ليس بكبيرة .

قال رحمة الله : ولو قلع شجرة منه أعادها ولو وجفت قيل : يلزمها ضمانتها
ولا كفارة .

أقول : هذه فرع على المسئلة الأولى ، فإن قلنا بالضمان في قلع الشجر

(١٥٩) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ١٨ من أبواب بقية الكفارات . ولا دلالة فيها على التفصيل المنذور ،

رابع النفيج الرابع ١ : ٥٦٧ .

كان عليه الفسق مع جفافها إذا أعادها ، وإن قلنا بعدم الفسق وجبت الإعادة
فإنه جفت فلا كفارة .

قال رحمة الله : ومن استعمل دهناً طيباً في إحرامه ولو في حال الضرورة
كان عليه شاة على قول ، وكذا قيل فيمن قلع ضرسه ، وفي الجميع تردد .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في الدهن الطيب ، والمراد به : ما فيه طيب ، ووجوب الكفارة
باستعماله مذهب الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف ، وبه قال ابن إدريس .
وقال الشيخ في الجمل : إنه مكروه ، والمعتمد الأول .

الثانية : في قلع السن ، وفيه شاة عند الشيخ ، معلولاً على رواية محمد
بن عيسى ^(١٦٠) وهي مرسلة ومقطوعة ، وقال محمد بن بابويه وأبو علي بن الجنيد
لا يأس به مع الضرورة ولم يوجبا شيئاً ، وهو المعتمد .

في العمرة

قال رحمة الله : ويكره أن يأتي بعمرتين بينها أقل من شهر ، وقيل : يحرم ،
والأول أشبه .

أقول : للأصحاب هنا أربعة أقوال :

الأول : لا يصح الإتباع بين العمرتين إلا بعد مضي شهر بينها ، وهو
الشهر (بين الأصحاب و^(١١١)) في الروايات^(١١٢) ، واختاره العلامة في
المختلف ، قال : لأن هذه الأحكام شرعية متلقاة من الشارع ، فيجب اعتبار
ما وقع الإنفاق عليه ، وقد أجمعت الإمامية - إلا ابن أبي عقيل - على تسويف
العمرتين في الشهرين ، فيجب المصير إليه أخذًا بالمتيقن .

الثاني : لا يصح أن يكون بين العمرتين أقل من عشرة أيام ، وهو
مذهب الشيخ في الخلاف .

الثالث : لا يكون بين العمرتين أقل من سنة ، وهو مذهب ابن أبي
عقيل .

(١١١) - ما بين القوسين لم يرد في «ن» و«ر١» و«ر٢» .

(١١٢) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٦ من أبواب العمرة .

الرابع : عدم التقدير ، بل يصح في كل يوم ، وهو مذهب ابن إدريس ، وفخر الدين ، واختاره أبو العباس في معرره ، احتاج ابن إدريس بأن العمرة عبادة مشروعة ، وذكر مطلوب ، والتقدير منفي بالأصل ، والإجماع منعقد على جواز الاعتيار ، فمن قدره يحتاج إلى دليل ، وأخبار الأحاداد لا توجب علما ولا عملا .

قال العلامة في المختلف : واحتجاج ابن إدريس ضعيف جداً ، وما عنده إلا التشنيع على الشيخ .

كتاب الجهاد

في من يجب عليه

قال رحمة الله : إذا كان عليه دين مؤجل فليس لصاحبه منعه ، ولو كان حالاً وهو معسر ، قيل : له منعه ، وهو بعيد .

أقول : أطلق الشيخ في المبسوط إشتراط إذن صاحب الدين الحال ، وكذا ابن الجنيد ، وهو يعطي منع المسر والميسر ، والمشهور عدم منع المعسر؛ لأنَّه مع الإعسار بالدين مخاطب بالجهاد للعموم^(١) ، فيجب عليه عملاً بالمقتضى السالم من معارضة صاحب الدين ، إذ لا سبيل له عليه حينئذ ، وإنما يتوجه المنع على القول بان له مؤاجرته ، وهو ضعيف .

قال رحمة الله : لو تجدد العذر بعد التحام الحرب لم يسقط فرضه على تردد إلا مع العجز عن القيام به .

أقول : إذا تجدد العذر بعد التحام الحرب ، فإنَّ كان العذر من قبل

(١) - المراد بالعموم ما دل على وجوب، الجهاد على المكلفين عموماً . راجع كنز العرفان كتاب الجهاد ، النوع الأول في وجوبه / ١ : ٣٤١ .

نفسه كالعمى والمرض كان له الانصراف ؛ لأنه لا يمكنه القتال ، وإن كان من قبل غيره ، كما لو أمره صاحب الدين ثم رجع عند التحام الحرب أو الأbowان ثم رجعاً كذلك ، قال الشيخ : ليس له الرجوع ، لأنه لا دليل عليه ، وهو جيد .
وقال ابن الجنيد : لا يجوز له الرجوع بعد التحام الحرب مطلقاً ، سواء كان العذر من قبل نفسه أو من قبل غيره لعموم قوله تعالى ﴿ وَمَنْ يُوَظِّمْ بِعْدَهُ دُرْبَرَهُ ﴾^(١) الآية ، ونحن نقول بالوجب مع القدرة لا مع العجز ؛ لأن الله تعالى أسقط الجهاد عن العاجر في الإبتداء ، فكذلك في الأثناء ، والمعتمد تفصيل الشيخ .

قال رحمه الله : ومن عجز عنه بنفسه وكان موسرأً وجوب إقامة غيره ،
وقيل : يستحب ، وهو أشبه .

أقول : الوجوب مذهب الشيخ وابن البراج وابن إدريس لعموم الامر
بالجهاد على الكفاية^(٢) ، وهو فعل يقبل التباينة في الحياة لا بعدها ، فإذا تغدرت
المباشرة وجبت الاستنابة تحصيلاً لأمر الشارع .

واحتاج القائلون بالاستحباب بسقوطه مباشرة لعجزه فيسقط استنابة ؛
لأن الاستنابة تابعة لوجوب المباشرة ، وقد سقط وجوب المباشرة فيسقط وجوب
الاستنابة ، وهو المعتمد . نعم لو احتج إلى الاستنابة - بان يعجز القائمون
عن المقاومة - وجبت .

قال رحمه الله : ولو نذر المرابطة وجبت مع وجود الامام وفقده ، وكذا
لو نذر أن يصرف شيئاً في المرابطين وجب على الاصح ، وقيل : يحرم ،
ويصرفه في وجوه البر إلا مع خوف الشنعة ، والأول أشبه .

(١) - الانفال : ١٦ .

(٢) - الوسائل ، كتاب الجهاد ، باب ١ من أبواب جهاد المدو .

أقول : المشهور بين الأصحاب وجوب صرف ما نذره للمرابطين إليهم مطلقاً ، سواء كان الإمام ظاهراً أو مستوراً ؛ لأنها مستحبة في حال الغيبة ؛ لأنها تتضمن حفظاً أو إعلاماً بدخول عدو فيتاهموا لدفعه ، والمنع منه حال الغيبة الجهاد ، وهي ليست جهاداً ، فإذا نذر إنسان لهم شيئاً وجب صرفه إليهم ؛ لأنه بذل مال في إعانته مسلم على طاعة فيكون لازماً .

وقال الشيخ ولبن البراج : يصرفه في وجوه البر إلا أن يكون نذره ظاهراً ، أو يناف الشنعة ، فحينئذ يجب الوفاء به ، المستند روایة علي بن مهزيار^(٤) الدالة على هذا التفصیل ، وهي مشتملة على المکاتبة ، فلا يجب التعویل عليها مع قيام الأدلة القاطعة على وجوب الوفاء بالنذر .

قال رحمة الله : ولو أجر نفسه وجب عليه القيام بها ولو كان الإمام مستوراً ، وقيل : إن وجد المستأجر أو ورثته ردّها ، والا قام بها ، والأولى الوجوب من غير تفصیل .

أقول : هذه المسألة فرع على المسألة التي قبلها ، فمن أخذ من غيره شيئاً ليرباط به حال الغيبة وجب عليه القيام به عند القائلين بوجوب المرابطة حال الغيبة ، أو استحبابها مع الحاجة ؛ لأنه أخذ مالاً على فعل مباح ، فيجب عليه القيام إن أخذه بعقد لازم كالإجارة ، وإن أخذه بعقد جائز كالجعلة جاز له القيام والترك ، وهذا هو المعتمد . وقال الشيخ : يجب ردّه على مالكه أو ورثته ؛ لأن الواجب صرفه في وجوه البر ، والولاية في ذلك إلى المالك ، أو من يقوم مقامه عند فقده ، وهم الورثة ، فإن لم يجد المالك وورثته وجب القيام به ، وهو بناءً أعلى مذهب من عدم جواز المرابطة حال الغيبة .

(٤) - باب ٧ من المصدر المتقدم ، حدیث ١ .

في كيفية القتال

قال رحمة الله : ولو غلب العطب ، قيل : يجب الانصراف ، وقيل : يستحب ، وهو أشبه .

أقول : إذا زاد المشركون على ضعف المسلمين لم يجب الثبات إجماعا ، ومع ظن الظفر^(٥) يستحب الثبات ، ولا يجب عملا بالأصل ، ومع ظن العطب هل يجب الفرار أو يستحب ؟ نقل الشيخ في المسوط وجوب الفرار ، وجزم به العلامة في القواعد ، واختاره في المختلف ، وقيل : يستحب ، وختاره المصنف ، واستحسنه العلامة في التحرير .

احتاج الأولون : بقوله تعالى : « **وَلَا تُلْقُوا يَدِيْكُمْ إِلَى النَّهْلَكَةِ** »^(٦) ووجوب حفظ النفس ، ولأن المقصود من الجهد يحصل بعد ذلك .

واحتاج الآخرون : بأصالة عدم الوجوب ، واستحباب تحصيل الشهادة .

قال رحمة الله : ولو انفرد اثنان بواحد من المسلمين لم يجب الثبات ، وقيل : يجب ، وهو المروي .

(٥) - في « ن » : (ومع عدم ظن العطب) بدل : (مع ظن الظفر) ، وفي « ر » : (الغلب) بدل : (الظفر) .

أقول : عدم وجوب ثبات الواحد من المسلمين للاثنين من المشركين مذهب الشيخ في المسوط ، وبه قال العلامة ، وقواه فخر الدين لأصالة البراءة ، والأية^(٧) إنما دلت على وجوب ثبات المثلث بازاء المتبين ، وهو يقتضي وجوب الثبات على الكثرة في مقابلة الضعف ، ووجوبه على الكثرة لا يقتضي وجوبه على الواحد .

والوجوب مذهب الشيخ في النهاية ، وبه قال ابن إدريس لرواية الحسين بن صالح ، عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : كان يقول : من فرُّ من رجلين في القتال من الزحف فقد فر ، ومن فرُّ من ثلاثة من الزحف فلم يفر »^(٨) .
قال رحمة الله : ويحرم بالقاء السم ، وقيل : يكره ، وهو أشبه .
أقول : التحرير مذهب الشيخ في النهاية ، وبه قال ابن إدريس والشهيد .

والكراءة مذهب الشيخ في المسوط ، وبه قال ابن الجنيد ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ، ولو لم يمكن الفتح إلا به جاز قطعاً ، والدليل الروايات^(٩) .

قال رحمة الله : ولا يلزم القاتل دية ، ويلزمه الكفاررة ، وفي الأخبار: ولا الكفاررة .

أقول : لا خلاف في سقوط الديمة ، وأما الكفاررة فالمشهور عدم سقوطها وللشيخ قول بسقوطها لأصالة البراءة ، وللأخبار^(١٠) الدالة على السقوط ،

(٧) - الأنفال: ٦٦.

(٨) - الوسائل، كتاب الجهاد، باب ٢٧ من أبواب جهاد العدو، حديث ١. وفي المصدر (الحسن بن صالح) بذلك: (الحسين ...).

(٩) - باب ١٦ و ١٨ من المصدر المتقدم.

(١٠) - نفس المصدر المتقدم، حديث ٢.

والأول هو المعتمد .

قال رحمة الله : والمبرزة بغير إذن الإمام ، وقيل : مجرم .

أقول : الجواز مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره المصنف والعلامة والشهيد لما في ذلك من الخرص على الجهاد ، ولأن المبرزة جهاد ، وقد أمر الإمام بالجهاد فلا يحتاج إلى أمر آخر ، ولو رواية عمر بن جعيب^(١) ، عن أمير المؤمنين عليه السلام .

والتحريم مذهب الشيخ في النهاية ، وبه قال أبو الصلاح وابن إدريس ، لأن الإمام أعرف بما تقتضيه المصلحة ، وهو أعلم بفرسان المسلمين والمرشken ، ومن يصلح للبراز ومن لا يصلح له .

والتحقيق أن المبرزة تنقسم إلى الأحكام الخمسة :

واجبة : وهي إذا ألزم الإمام . ومستحبة : وهي إذا ما طلب المشرك البراز ، فيستحب لمن فيه قوة من المسلمين مبارزته بإذن الإمام .

ومكرهه : وهي مبارزة الضعيف من المسلمين للقوى من المشركين .

ومباحة : بأن يخرج المسلم أبداً فيطلب المبرزة .

ومحرمة : مع منع الإمام منها .

قال رحمة الله : فإن شرط أن لا يقاتله غيره وجب الوفاء له ، فإن فرّ وطلبه الحربي ، جاز دفعه . ولو لم يطلبه لم يجز محاربته ، وقيل : يجوز ما لم يشترط الأمان حتى يعود إلى فنه .

أقول : البحث هنا في موضوعين :

الأول في لزوم الشرط ، المشهور لزومه ؛ لأنه عقد أماناً لنفسه ، فيجب

الوفاء به .

(١) - باب ٣٢ من المصدر المعتقد ، حديث ١ . وفي المصدر : (عمرو) بذلك : (عمراً) .

وذهب ابن الجنيد إلى بطلان هذا الشرط ، لأن الله ألم المؤمنين الدفع عن المؤمن من كل من أراد البغي عليه ، ولا شك أن المشرك باع على المؤمن ، ولقوله عليه السلام : «المؤمنون يد على من سواهم»^(١٢) .

الثاني : إذا قلنا بلزم الشرط ، ثم فرّ المسلم من القتال ، فإن طلبه المشرك جاز دفعه قطعاً ، وإن لم يطلبه ، هل يجوز قتاله ؟ قال المصنف لم يجز محاربته ، واختاره العلامة في القواعد لوجوب الوفاء بالشرط ، وقال الشيخ : يجوز قتاله ما لم يشترط الأمان حتى يعود إلى فنته ، واختاره العلامة في التحرير؛ لأن الشرط اقتضى أن لا يقاتله غير المبارز ما دام في القتال ، وقد زال القتال بفرار المسلم ، فيزول الشرط ، فيباح القتال .

في الذمام

قال رحمة الله : وهل يلزم لقرية أو لحسن ، قيل : نعم ، كما أجاز على عليه السلام ذمام الواحد لحسن من الحصون ، وقيل : لا ، وهو الأشبه . أقول : المشهور المتع من ذمام الواحد لأهل قرية أو حسن ؛ لأن الأمان عقد شرعى ، فيقف على الدليل الشرعى .

واحتجاج المجوزين ذلك بفعل علي عليه السلام^(١٣) ضعيف بما قاله المصنف ، إذ هو قضية في واقعة فلا يتعدى ، واقتضاء المصلحة إجازته في تلك الواقعة لا يقتضي جوازه في كل واقعة ، وهذا هو المعتمد .

قال رحمة الله : ويراعى في الحاكم كمال العقل والاسلام والعدالة . وهل يراعى الذكورة والحرية ؟ قيل : نعم ، وفيه تردد .

أقول : منشئه من أنه حكم متعلق بالمعرفة وحسن الرأي ، فيصح من له معرفة وحسن رأي مع باقي الشرائط المجمع عليها ، فلا يتخصص بنوع دون نوع ، ومن أنه من المناصب الجليلة ؛ لأنه حكم على فريقي المسلمين

(١٢) - الوسائل ، كتاب الجهاد ، باب ٢٠ من أبواب جهاد العدد ، حديث ٢ .

والكافر ، فلا يليق بالعبد ، ولا بالمرأة لضعف رأيها .

وذهب العلامة في التحرير إلى اشتراط الحرية والذكورة ، وفي القواعد اشترطها فيختار الفريقين ، أو الإمام دون اختيار المشركين خاصة ، ولم يعدهما الشهيد من الشرائط ، وهو يدل على اختياره عدم كونهما شرطا .

في الاسارى

قال رحمة الله : وحكم الطفل المسي حكم أبوه فإن أسلما أو أسلم أحدهما تبعه الولد . ولو سُبِّي منفردا ، قيل : يتبع السابي في الإسلام .
أقول : الطفل لا يخلو من ثلاثة أحوال : إما أن يُسَبَّي مع أبوه ، أو مع أحدهما ، أو منفرداً .

الأول : أن يُسَبَّي معهما ، وهذا لا خلاف في أنه يتبعهما في الكفر والإسلام ، فان أسلم أحدهما دون الآخر تتبع المسلم منها .

الثاني : أن يُسَبَّي مع أحدهما خاصة ، قال الشيخ رحمة الله : إنه يتبع أحد أبويه في الكفر ، فلا يتهم أحد أنه يتبع أحد أبويه في الكفر مع إسلام الآخر ، فإن هذا لا يقول به أحد ، اذ لا خلاف في أن الطفل يتبع أحد أبويه في الإسلام ، سواء كانا معه أو فرق بينه وبينها ، وإنما مراد الشيخ : أنه لو بقي المسي معه على الكفر مع كفر غير المسي كان حكمه حكمه ، وهذا القول لازم لكل من قال بأنه لو سُبِّي منفردا لم يتبع السابي في الإسلام ، وإنما يتوجه الإشكال على القول بأنه إذا سُبِّي منفرداً تبع السابي في الإسلام .

إذا عرفت هذا فتقول : يحتمل عدم الحكم بإسلامه مع عدم إسلام أحد

أبويه ، لأنه لو سُبِّي معهما كان حكمه حكمها ، فكذا إذا سُبِّي مع أحدهما لعدم الإنفراد عنهما ، ويختتم الحكم بإسلامه لقوله عليه السلام : « كل مولود يولد على الفطرة ، وإنما أبواه يهودانه وينصرانه »^(١٤) ، فقد أضاف التهود والتنصر إلى الأبوين معاً ، والحكم إذا علق على سببين لا يثبت بأحدهما دون الآخر ، فإذا كان معه أحدهما دون الآخر لا يتبعه في كفره وكان كما لو سُبِّي منفرداً يتبع السابي في الإسلام .

الثالث : أن يُسَبِّي منفرداً عن أبويه ، قال الشيخ : يتبع السابي في الإسلام ، لأن الكفر إنما يثبت له تبعاً للأبويه ، وقد انقطعت تبعيته لهما بآخرage عن دارهما ودخوله في دار الإسلام منفرداً عنها ، فيكون تابعاً لسابيه في دينه .

والمعتمد عدم تبعيته للسابي في غير الطهارة ، لأنه محكوم بكفره لكونه مولوداً بين كافرين ، فلا يحکم بإسلامه إلا بإسلام أحد أبويه ، أو بالإقرار بالشهادتين بعد بلوغه ، وإنما حكم بطهارته خاصة نفياً للخرج ، فيجوز بيعه على الكافر ، ولا يحکم بارتداده مع إعرابه الكفر بعد بلوغه ، ولا يدخل في الوصية والوقف لل المسلمين ، وعلى القول بالتبعية بالإسلام يثبت ضد هذه الأحكام .

قال رحمة الله : ولو كان الزوجان ملوكين لم ينفعن النكاح ، لأنه لم يحدث رق ، ولو قيل بتخير القائم في الفسخ كان حسناً .

أقول : المعتمد تغييره ، لأن مالك تجدد له ملك الزوجين فكان خيراً بين الفسخ والإمساء ، كما لو ملكهما بغير الاغتنام .

قال رحمة الله : ولو أعتق مسلم عبداً ذمياً بالنذر ، فلتحقق بدار الحرب

فأسره المسلمون جاز استرقاقه ، وقيل : لا ، لتعلق ولاء المسلم به ، ولو كان المعتق ذمياً استرق إجماعاً .

أقول : هذا بناء على جواز عتق الكافر بالنذر ، وسيأتي البحث فيه انشاء الله تعالى .

أما وجه عدم الاسترقاق ، فقد ذكره المصنف وهو تعلق ولاء المسلم به ، وفي تعليل المصنف مع تقديره العتق بالنذر والكفارة نظر ، لأن ولاء العتق إنما يثبت مع التبرع بالعمق ، لا مع وجوبه بالنذر والكفارة ، وهذا ظاهر مسطور في جميع مصنفاتهم ، والعلامة في تحريره لم يقيد العتق بالنذر ، ففي توجيه التعليل .

وأما وجه الإسترقاق فلعله^(١٥) الإذن بالاسترقاق من غير قيد ، فيصبح الاسترقاق ، وبطل ولاء المسلم .

قال رحمة الله : إذا أسلم عبد الحربي في دار الحرب قبل مولاه ، ملك نفسه بشرط أن يخرج قبله ، ولو خرج بعده كان على رقه ، ومنهم من لم يشترط خروجه ، والأول أصح .

أقول : لا خلاف في حرفيته مع الخروج إلينا قبل مولاه ، لما روی عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، حيث حاصر أهل الطائف ، « قال : أليها عبد خرج إلينا قبل مولاه فهو حر ، وأليها عبد خرج إلينا بعد مولاه فهو عبد »^(١٦) .

إنما الخلاف إذا لم يخرج إلينا قبل مولاه ، والمشهور بقاوته على الرق ، وهو المعتمد للرواية المتقدمة ، ولا صالة بقاء الملك ما لم يعلم السبب المزيل له ، ولأنه لم يظهر مولاه على نفسه ، فيبقى على الرق .

(١٥) - باب ٢٣ من المصدر المتفق.

(١٦) - باب ٤١ من المصدر المتفق ، حديث ١.

وقوى الشیخ فی المبسوط صیرورته حراً وإن لم يخرج ، لقوله علیه السلام :
« الإسلام يعلو ولا يعل علىه »^(١٧) فإذا أسلم صار حراً ، وإلا كان يعل عليه .
والجواب بيعه علی المسلمين قهراً ، كما لو أسلم عبد الذمي فی دار
الإسلام ، فلا يعل علی الإسلام لعدم استقرار يد الكافر علیه .

(١٧) - الوسائل ، كتاب الفرائض والمواريث ، باب ١ من أبواب موانع الارث ، حدیث ١١ .

في أحكام الغنيمة

قال رحمه الله : ولا يجوز لهم التصرف بشيء منه إلا بعد القسمة والاختصاص ، وقيل : يجوز لهم تناول ما لا بد منه ، كعلف الدابة وأكل الطعام .

أقول : ظاهر الشيخ في النهاية ، وإن إدريس وإن البراج وأبي الصلاح عدم جواز التصرف بشيء من الغنيمة قبل القسمة مطلقاً ، واحتاره المصنف ، لأن مال مشترك فلا يجوز التصرف فيه قبل قسمته ، وذهب الشيخ في المبسوط إلى جواز علف الدواب وأكل الطعام قبل قسمته ، وبه قال ابن الجنيد ، قال : ما كان للMuslim حلالاً أكله من طعام المشركين فمحلل أكله من الغنيمة قبل القسمة لقوله تعالى **فَتَكُلُوا مِمَّا غَنْتُمْ حَلَالًا طَيْبًا**^(١٨) ، ولم يشترط في ذلك قسمة ولا غيرها ، وهذا هو المعتمد ، لأن الضرورة تدعوه إلى ذلك فكان سائغاً ، وللآلية المذكورة .

وهم إن يذبحوا البهائم مع الحاجة إلى ذبحها وأكل لحمها ، ويجب رد الجلود إلى الغنيمة ، ولا يجوز اطعام البزة والصقور ولا غيرهما من الجوارح شيئاً

من الغنيمة ؛ لأنه لا حاجة داعية إلى ذلك .

قال رحمة الله : إذا باع أحد الغانمين غانمًا شيئاً أو وهمه لم يصح ، ويمكن أن يقال : يصح في قدر حصته ويكون الثاني أحق باليد على قول ، ولو خرج هذا إلى دار الحرب أعاده إلى المفزع لا إلى دافعه ، ولو كان القابض من غير الغانمين لم تقر يده عليه .

أقول : وجه إمكان الصحة في قدر حصته ؛ لأنه باع مالاً مشتركاً بينه وبين غيره فيصح في قدر حصته ويبطل في قدر حصة غيره ، والصحة في قدر حصته مبنية على أن الملك ، هل يحصل بمجرد الاستيلاء ، أو به مع اختيار الملك ، أو بالقسمة ، أو تكون القسمة كاشفة عن سبق الملك بالإستيلاء ، وإن حصلت تبيناً سبق الملك بالإستيلاء ، وإن تلف المال أو أعرض الغانم عن حصته تبيناً عدم ملكه بالإستيلاء ؟ الجميع محتمل ، أما احتلال الملك بالإستيلاء من غير افتقار إلى غيره ؛ لأن الإستيلاء على ما ليس بمعصوم من الأموال سبب لتملكه ، ولأن ملك الكافر يزول عنه بالإستيلاء عليه ، فلو لم يدخل في ملك من استولى عليه بقى بغير مالك ، وهو غير جائز .

وأما احتلال الملك إن قصد التملك عند الحيازة ؛ [ف] لأن الأصل عدم تجدد الملك إلا مع ثبوت السبب المقتضي له ، وقد بينا أن الجهاد ليس لقصد الملك ، بل لحفظ ملة الإسلام ، فلا بد للملك من سبب غيره وهو القصد إلى التملك بعد الحيازة ، وأما وجاه التملك بالقسمة ؛ [ف] لأنه لو ملك قبل القسمة بالإستيلاء ، لما جاز مشاركة من لا يحضر الاستيلاء ، ولما زال بالإعراض عنه ؛ لأن سبب زوال الملك أشياء مخصوصة ليس بالإعراض عنها^(١٩) منها .

وأما وجه كون القسمة كاشفة عن سبق التملك بالاستيلاء ؛ [فـ] لأن القسمة ليست سبباً صالحاً للتملك ؛ لأنها تميز حقوق الملاك ، فإذا حصلت القسمة تبيناً حصول الملك حالة الإستيلاء ، وإذا لم يحصل لتلف الغنيمة أو لإعراض الغانم عن حقه ، تبيناً عدم حصول الملك بالاستيلاء ، فالقسمة كاشفة عن سبق الملك ، وعدهما كاشف عن عدم سبقه .

إذا تقرر هذا فنقول : إن قلنا بحصول الملك بالاستيلاء ، من غير قيد اختيار التملك ولا قيد القسمة صح البيع في حصته وبطل في غيرها ، وإن قلنا بافتقاره إلى اختيار التملك والقسمة بطل في الجميع ، وكان الثاني أحق بثبات اليد عليه دون الأول ؛ لأنه غانم قد استولى على شيء من الغنيمة فيكون أحق بثبات اليد عليه من غيره ، ولو كان المشتري من غير الغانمين لم تقربه عليه ، لأنه ليس له في الغنيمة حق فلا يستحق ثبات يده على شيء منها .

قال رحمة الله : ولو وجذ شيء في دار الحرب يتحمل أن يكون لل المسلمين ولأهل الحرب كالخيمة والسلاح فحكمه حكم اللقطة ، وقيل : يعرف سنة ، ثم يلحق بالغنيمة ، وهو تحكم .

أقول : القائل برده إلى الغنيمة الشيخ في المسوط ، وقال المصنف : إنه تحكم لعدم الدليل عليه ، والمعتمد ثبوت أحكام اللقطة له ، كما لو لقطه في غير دار الحرب ؛ لأنه مال ضائع لا يد لأحد عليه ، فيكون لقطة .

قال رحمة الله : إذا كان في الغنيمة من ينعتق على بعض الغانمين ، قيل : ينعتق نصيبيه ولا يجب أن يشتري حصص الباقيين ، وقيل : لا ينعتق إلا أن يحمله الإمام في حصته أو في حصة جماعة هو واحدهم ثم يرضي هو فيلزم لشراء حصص الباقيين أن كان موسراً .

أقول : القائل بعنق النصيب هو الشيخ ، وهو بناء على أن الملك

يحصل بمجرد الاستيلاء ؛ لأنه ملك جزءاً من قريبه فينعتق ذلك الجزء عليه ، واختاره العلامة في المختلف ، وهو ظاهر القواعد ؛ لأنه بناء على الملك بالاستيلاء ، وهو قد استقرب حصول الملك به .

والمعتمد عدم وجوب شراء حصص الباقيين على القول بعنق الحصة ؛ لأنه لم يملك الجزء باختياره .

ونقل الشيخ قوله بعدم العتق ما لم يجعله الإمام في حصته أو حصة جماعة هو أحدهم ؛ لأن الإمام أن يدفعه إلى غيره ويدفع غيره إليه فيكون قد ملكه . والجواب أن التخصيص بالقسمة لا يمنع سبق الملك المشاع ، فالإيراد غير وارد ؛ لأن حقيقة القسمة تخصيص كل واحد بجزء من المشترك ، والأول هو المعتمد .

فرع : لو اشتري أباه منفرد لم ينعتق عليه ، لأن الأسير لا يصير ريقاً بنفس الأسر ؛ لأن الإمام يخbir بين المن والقضاء والاسترافق والقتل ، فإن اختار استرافقه عنت على الساب الرابعة أخاسه ، وقيل : يقوم عليه الخمس الباقي إن كان موسراً .

قال رحمة الله : ثم يخرج الخمس ، وقيل : بل يخرج الخمس مقدماً ، عملاً بالأية . والأول أشبه .

أقول : المشهور أن السلب والجحائل والرضوخ يستحقها المجموع له من أصل الغنيمة ، ثم يخمس الباقي ؛ لأن النبي صلَّى الله عليه وآلـه وسلَّمَ جعل هذه الأشياء ، ولم ينقل أنه أخرج منها الخمس .

ونقل الشيخ في المسوط قوله : بأن هذه الأشياء تكون من الأربعه الأخاس ، لعموم الآية وهي قوله تعالى : ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّهَا غَنِمَتْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ

فِي خَسْهَةٍ^(٢٠) الآية ، وقال ابن الجنيد : في النفل^(٢١) الخمس لأهله ، ملاروي
أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قال : « لا نفل إلا بعد الخمس »^(٢٢) ، قال :
واما السلب للقاتل [ف] لا يشاركه فيه أهل الغنيمة ولا أهل الخمس ،
والمعتمد عدم وجوب الخمس في الجميع عدا النفل فإنه يجب فيه الخمس ؛ لأنه
غنيمة حقيقة .

تنبيهان :

الأول : النفل هو ما يجعله الإمام لبعض الغانيين زيادة على سهمه
شرط ، مثل أن يقول : « من قتل فلانا ، أو تولى السرية ، أو دلني على القلعة ،
أو من يحمل الرابية فله كذا » ، ولا يتقدر بقدر ، وروي أن النبي صَلَّى اللهُ
عليه وَآلِهِ وَسَلَّمَ جعل في البداية الرابع ، وهي السرية الأولى ، وفي الرجعة -
وهي السرية الثانية بعد رجوع الأولى - الثالث^(٢٣) . وقيل بالعكس ، وليس
ذلك لازما ، بل بحسب ما يراه الإمام من المصلحة ، ولا يجوز النفل إلا مع
الحاجة .

الثاني : السلب المستحق للقاتل يجعل الإمام ، وهو كل ما يد المقتول
عليه من جنة القتال كالبيضة والدرع والجوشن ، أو كان سلاحا كالسيف
والرمي والخنجر ، وكذلك الثياب التي لا يها والفرس التي راكبها دون الجنائز
التي تساق خلفه ، ودون ما معه وليس آلة للحرب كالمنطقة ، والخاتم ،
والمعدن ، والدراما على الأقرب ؛ لأن المفهوم من السلب هو الثياب مع آلة

(٢٠) - الانفال : ٤١.

(٢١) - في « رواي » : إنفاق .

(٢٢) - سنن البيهقي ٦: ٦١٤ ، وكتنز المعال ٢: ٢٧٢ رقم ٥٨٢٥ .

(٢٣) - رواه في المسوط ٢: ٦٨ .

الحرب التي يستعين بها على القتال ، يبقى الباقي غنيمة ، ويحتمل كونها سلبًا ؛ لأنها تسلب عنه كالثياب ، وإنما يستحق السلب بشرط :

الأول : أن يكون المقتول من المقاتلة ، فلو قتل من لا يستحق القتل كالصبي والمرأة والشيخ الغافى فإنه لا يستحق سلبه .

الثاني : أن يكون المقتول مهتمنا ، فلو قتل^(٤٤) أسيرا له أو لغيره ، أو مشخنا بالجراح لم يقدر على المقاومة لم يستحق سلبه .

الثالث : يشترط أن يعرف^(٤٥) القاتل بنفسه ، بأن يبارز^(٤٦) بين الصفين ، فلو رمى سهما فقتل به قتيلا لم يستحق سلبه .

الرابع : لا بد من البينة مع التجاحد ؛ لأنه مدع عليه البينة ، وهل يفتقر إلى شاهدين أو يكفي الشاهد الواحد مع اليمين ؟ يحتمل الأول ؛ لأنها دعوى قتل فلا ثبت إلا بشاهدين ، وتحتمل الثاني ؛ لأن المقصود منها المال فيثبت بشاهد ويمين .

الخامس : يشترط كون القاتل ذا نصيب من الغنيمة إما سهم ، أو رضخ ، أو جعل ، ولو لم يستحق كالمرجف والمخذل^(٤٧) لم يستحق السلب .

ويتفرع هنا فروع لا حاجة لنا في ذكرها لسقوط اصل هذا الحكم عنـا في غيبة الإمام ، فلا نطول الكتاب بما لا تدعو الحاجة إليه .

قال رحمه الله : ثم يعطى الرجل سهماً والفارس سهرين ، وقيل: ثلاثة ، والأول أظهر .

(٤٤) - في «ر١» و«ي١» و«ن»: أقبل .

(٤٥) - من «ر٢»، وفي الباقي: يقرر .

(٤٦) - من «ن» و«ر٢»، وفي الباقي: يبادر .

(٤٧) - في «ر٢»: المجدل .

أقول : الأول هو المشهور بين الأصحاب ، وقال الشيخ في المبسوط والخلاف : وفي أصحابنا من قال : وللفارس ثلاثة اسهم ، سهم له وسهام لفرسه ، وكذلك نقل ابن ادريس ، والمعتمد الأول ، ودليل الجميع الروايات^(٢٨) .

قال رحمة الله : وإنما يسهم للخييل وإن لم تكن عرباً ، ولا يسهم من الخييل للقحム والرازح والضرع لعدم الانتفاع بها في الحرب ، وقيل : يسهم مراعاة للاسم ، وهو حسن .

أقول : يستحق الفارس السهم الثاني للفرس ، سواء كان عتيقاً ، أو بربوناً ، أو هجينـاً ، او مقرفاً ، سواء أدركـت ادراكـ العـرب أو لا ، وهذا الإجماع ، وإنـما الخـلاف في الحـطم ، والـقـحـم ، والـضـرـع ، والأـعـجـف ، والـراـزـح ، فالـشـيـخ^(٢٩) أوجـبـ السـهـمـ هـلـ لـصـدـقـ اـسـمـ الـخـيـلـ عـلـيـهـ ، وـمـنـ اـبـنـ اـدـرـيـسـ مـنـ ذـلـكـ لـعـدـمـ الـأـنـتـفـاعـ بـهـ ، وـهـوـ مـعـارـضـ بـوـجـوبـ السـهـمـ لـنـ لـيـتـنـعـعـ بـهـ كـالـطـفـلـ ، وـمـنـ لـحـقـ مـنـ المـدـ ، وـإـنـ لـمـ يـخـضـرـ القـتـالـ .

تنبيه : العتيق هو الذي أبوه وأمه عتيقان عربيان خالصان ، والبردون ضد العتيق ، والهجين : هو الذي أبوه عتيق وأمه بردونة ، والمقرف عكس الهجين ، وهو الذي أمه عتيقة كريمة ، وأبوه بردون ، قال الشاعر :

وـمـاـ هـنـدـ الـاـ مـهـرـةـ عـرـبـيـةـ
سـلـيـلـةـ اـقـوـامـ تـحـلـلـهـاـ بـغـلـ

(٢٨) - الوسائل ، كتاب الجهاد ، باب ٣٨ وباب ٤٢ من أبواب جهاد العدو .

(٢٩) - في «ن» و«ي» : قال الشيخ ...

فإن تجت مهراً كريماً بالجري
وإن يك إقraf فمن جهة الفحل^(٣٠)

والخطم : هو الذي ينكس بصاحبـه ، والقـحـم : هو الكـبـيرـ الـذـي لا يمكن القـتـالـ عـلـيـهـ لـكـبـرـ سـنـهـ وـهـرـمـهـ ، والضرـعـ : هو الـذـي لا يمكن القـتـالـ عـلـيـهـ لـصـغـرـهـ ، والأعـجـفـ : هو المـهـزـولـ الـذـي لا يمكن القـتـالـ عـلـيـهـ هـزـالـتـهـ ، والراـزـحـ : هو الـذـي لا حـراكـ بـهـ .

قال رحـمـهـ اللهـ : المـرـضـدـ لـلـجـهـادـ لاـ يـمـلـكـ رـزـقـهـ مـنـ بـيـتـ الـمـالـ إـلـاـ بـقـبـضـهـ .
فـإـنـ حلـ وـقـتـ الـعـطـاءـ ثـمـ مـاتـ كـانـ لـوـارـثـهـ الـمـطـالـبـةـ بـهـ ، وـفـيهـ تـرـدـ .

أقول : المرصد الذي أرصـدـ نـفـسـهـ لـلـجـهـادـ ، وـكـانـ مـنـ جـنـدـ الـدـيـوـانـ ،
الـذـينـ بـرـسـمـ الـجـهـادـ ، وـهـؤـلـاءـ يـرـزـقـهـ الـامـامـ مـنـ بـيـتـ الـمـالـ ، فـلـوـ مـاتـ قـبـلـ
الـقـبـضـ بـعـدـ حـلـوـ الـعـطـاءـ ، هـلـ لـوـارـثـهـ الـمـطـالـبـةـ ؟

يـحـتـمـلـ ذـلـكـ ؛ لـأـنـ الـمـطـالـبـةـ حـقـ لـوـرـثـهـ ، وـقـدـ اـنـتـقـلـ إـلـيـهـ بـمـوـتهـ ، فـكـانـ لـهـ
الـمـطـالـبـةـ كـمـاـ^(٣١)ـ كـانـ لـوـرـثـهـ ، وـيـحـتـمـلـ الـعـدـمـ ؛ لـأـنـ مـوـرـثـهـ لـاـ يـمـلـكـ رـزـقـهـ إـلـاـ
بـالـقـبـضـ ، وـلـمـ يـقـبـضـ شـيـئـاـ فـلـاـ يـمـلـكـ شـيـئـاـ ، فـلـاـ يـكـونـ لـهـ الـمـطـالـبـةـ بـاـلـاـ يـمـلـكـهـ
مـوـرـثـهـ .

قال رحـمـهـ اللهـ : قـيلـ : لـيـسـ لـلـأـعـرـابـ مـنـ الـغـنـيـمـةـ شـيـءـ وـانـ فـاتـلـواـ مـعـ
الـمـهاـجـرـينـ ، بـلـ يـرـضـخـ لـهـمـ ، نـعـنيـ بـهـمـ : مـنـ اـظـهـرـ الـاسـلـامـ وـلـمـ يـصـفـهـ ، وـصـولـحـ
عـلـىـ اـعـفـانـهـ مـنـ الـمـهاـجـرـةـ وـتـرـكـ النـصـيبـ .

أقول : هذا هو المذهب المشهور بين الاصحـابـ لما روـيـ أنـ النـبـيـ صـلـىـ

(٣٠) - انظر لسان العرب ١١: ٣٣٩ (مسلسل) و ١٢: ٤٢٢ (مدين).

(٣١) - في «ن» و «ر» : لو.

الله عليه والله وسلم صالح الأعراب عن المهاجرة بترك النصيب^(٣١) ، ونazu ابن ادريس في ذلك ، وقال : هذه رواية شادة مخالفة لأصول مذهب أصحابنا ؛ لأنه لا خلاف بين المسلمين أن كل من قاتل من المسلمين كان من جملة المقاتلة ، وأن الغنيمة للمقاتلة فلا يخرج عن هذا الاجماع إلا باجماع مثله . والمعتمد الأول .

قال رحمة الله : ولو عرفت بعد القسمة فلأربابها القيمة من بيت المال ، وفي رواية يعاد على اربابها بالقيمة ، والوجه إعادةها على المالك ، ويرجع الغانم بقيمتها على الامام مع تفرق الغانيين :

أقول : ذهب الشيخ في النهاية إلى اختصاص الغانيين بها وإعطاء المالك القيمة من بيت المال ، سواء عرفها قبل القسمة أو بعدها ، لرواية هشام بن سالم^(٣٢) ، عن بعض أصحابنا ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، وهي مرسلة . وذهب في المبسوط إلى دفعها إلى المالك مطلقا ، فإن كان قبل القسمة خرجت من أصل الغنيمة ، وإن كان بعد القسمة أعطي الغانم قيمتها من بيت المال لثلا تنتقض القسمة ، واختاره ابن ادريس والعلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد .

واشتهر المصنف في دفع القيمة إلى الغانم من بيت المال تفرق الغانيين .

وقبل التفرق تنقض القسمة لظهور بطلانها ، لاشتاها على قسمة ما ليس من الغنيمة ، ولا يجوز تملكه للغانيين ، ومع ظهور بطلانها يجب نقضها ، وهو قوي ، لكن في نقض القسمة ، وإعادتها ثانيا مشقة عظيمة مع دخول

(٣٢) - الوسائل ، كتاب الجهاد ، باب ٤١ من أبواب جهاد العدو ، حديث ٣ .

(٣٣) - باب ٢٥ من المصدر المتقدم ، حديث ١ .

النقص على الغانمين ، فكان دفع القيمة إلى الغانم أولى ، لما فيه من ترك الشقة ، وتتوفر حق الغانمين من غير نقص يدخل على من انتزعت العين منه ؛ لأنه يأخذ قيمتها تماماً ، ومع نقض القسمة يرجع اليه أقل من قيمتها ، لنقض الغنيمة بالعين المترزة ، فكان أولى ، وذهب العلامة في القواعد إلى مذهب المصنف .

في أحكام أهل الذمة

قال رحمة الله : وهل تسقط عن الهم ؟ قيل : نعم ، وهو المروي ،
وقيل : لا ، وقيل : تسقط عن الملوك .
أقول : هنا مسألتان :

الأولى : الشيخ الفاني ، وبسقوطها عنه قال أحد بن الجنيد ، لرواية
حمض بن غياث^(٣٤) عن الصادق عليه السلام الدالة على سقوطها .
وبعدم السقوط قال الشيخ في المبسوط : لأنها وضعت للصغار والآهانة ،
وهو يناسب الكفر الثابت في الشيخ الفاني وشبيهه ، كالأعمى والمくだ ،
ولعموم الآية^(٣٥) .

المعتمد التفصيل ، وهو : سقوطها عنمن لم يبق له رأي ولا قتال ،
وثبوتها على من له أحدهما .

الثانية : في الملوك ، المشهور سقوط الجزية عنه ، وهو اختيار الشيخ

(٣٤) - باب ١٨ من المصدر المتفق ، حدثنا ١ .

(٣٥) - التوبة : ٢٩ .

في المسوط ، وأبي الصلاح ، واختاره العلامة في أكثر كتبه ؛ لأنها تكليف يتعلق بالملك ، والعبد لا يملك شيئاً فيسقط عنه .

وذهب محمد بن علي بن بابويه في كتاب المقنع إلى وجوبها على الملوك ويدفعها المولى عنه ، واختاره في التحرير ، للعموم .

قال رحمه الله : ولو قتل الرجال قبل عقد الجزية فسأل النساء أقرارهن ببذل الجزية ، قيل : يصح ، وقيل : لا ، وهو الأصح ، ولو كان بعد عقد الجزية كان الاستصحاب حسناً .

أقول : القولان ذكرهما الشيخ رحمه الله قال : يعقد لهن بشرط أن يجري عليهن أحكامنا ، وليس له سببهن ، ولا أن يأخذ منهن شيئاً ، فإن أخذ منهن شيئاً رده ، قال : وقيل : إنه يحتال عليهن حتى يفتحن فيسببهن ، ولا يعقد لهن الأمان لعدم جوازأخذ الجزية من النساء ، فيكون عقداً مخالفًا للمشروع فيكون باطلًا .

أما لو كان قتل الرجال بعد عقد الجزية ، قال المصنف : كان الاستصحاب حسناً . وجه حسنـه أن الأمان قد ثبت لهـن بعدـ عـقدـ الرـجالـ فـيـسـتـحـبـ اـسـتـصـحـابـهـ ،ـ إـذـ المـنـوعـ هوـ عـقـدـ الـجـزـيـةـ عـلـيـهـ ،ـ وـالـعـقـدـ قـدـ جـرـىـ عـلـىـ الرـجـالـ لـاـ عـلـيـهـنـ ،ـ وـالـمـعـتـمـدـ دـعـمـ الـجـواـزـ مـطـلـقاـ ،ـ لـاـ تـقـدـمـ مـنـ آـنـهـ مـخـالـفـ لـلـمـشـرـوـعـ .

قال رحمه الله : والمجنون المطبق لا جزية عليه : فإن كان يفيف وقتاً ، قيل يعمل بالأغلب . ولوافق حوالاً وجبت عليه .

أقول : لا خلاف في سقوطها عن المطبق مدة الحول ، ولا خلاف في وجوبها مع الافاقـةـ مـدـةـ الـحـولـ ،ـ وـإـنـهاـ الخـلـافـ فيـ الـمـجـنـونـ أدـوارـاـ ،ـ وـقـدـ اـخـتـلـفـ أـصـحـابـنـاـ فـيـ عـلـىـ ثـلـاثـةـ أـقـوـالـ :

الأول : أنه يحكم للأغلب منها ، وهو قول الشيخ في المسوط والخلاف ،

لاعتبار الأغلب في كثير من الأحكام .

الثاني : أنه يلغى أيام الافتقاء ، فإذا بلغت حولاً وجبت الجزية ؛ لأنه يصدق عليه أنه افاق حولاً فيجب عليه .

الثالث : السقوط ، وهو المعتمد لرواية طلحة^(٣٦) عن الصادق عليه السلام الدالة على سقوطها عن المغلوب عليه عقله ، وهو يصدق على المطبق وغيره .

قال رحمة الله : ويجوز وضعها على الرفوس أو على الأرض ولا يجمع ، وقيل بجوازه ابتداءاً ، وهو الأشبه .

أقول : عدم جواز الجمع مذهب الشيخ رحمة الله ، وبه قال ابن البراج وابن حزنة وابن ادريس ، لما رواه ابن بابويه في الصحيح ، عن محمد بن مسلم^(٣٧) ، عن أبي عبدالله عليه السلام .

وجواز الجمع مذهب ابن الجنيد وإبي الصلاح والعلامة في القواعد ؛ لأن الجزية لا حد لها فجاز أن يضع قسطاً على أرضهم وقسطاً على رؤوسهم .

والمعتمد : إن وقع الصلح ابتداءاً أعلم قدر معين من المال جازأخذه منها ومن أحددهما ، وإن وضعت على أحددهما وقدرت بمعين لم يجز تخفيه ، وإن لم يقدر بمعين جاز الأخذ منها ، وكذلك لو وضعت عليها ، فإن قدرت بمدين لم يجز الأخذ من أحددهما دون الآخر ، وإن لم يقدر جاز الأخذ منها ومن أحددهما .

قال رحمة الله : ويجوز أن يتشرط عليهم مضافاً إلى الجزية ضيافة مارة العسكر ، ويحتاج أن تكون الضيافة معلومة ، ولو اقتصر على الشرط وجب أن يكون زائداً عن أقل مراتب الجزية ، ولو اسلم قبل الحول أو بعده قبل

(٣٦) - الوسائل ، كتاب الجهاد ، باب ٥١ من أبواب جهاد العدو ، حديث ١ .

(٣٧) - انقيه ٢ : ٢٧ ، حديث ٩٨ ، ورواه في الوسائل باب ٦٨ من أبواب جهاد العدو ، حديث ١ .

الأداء سقطت الجزية على الأظهر .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في شرط الضيافة ، ولا خلاف في جواز اشتراطها مضافة إلى الجزية وغير مضافة ، فإذا أضيفت إلى الجزية لم تحد بقدر ، ولو اقتصر على الضيافة خاصة من غير جزية وجب أن تقدر على أقل مراتب الجزية ، وأقلها دينار على الفقير على ما قدره أمير المؤمنين عليه السلام^(٢٨) قيمة الديتار اثنا عشر درهما ، وفي غير الجزية قيمته عشرة دراهم .

و يجب أن تكون معلومة بأن يعين عدد من يطعمونه و عدد الأيام التي يطعمون فيها ، وقيل : لا يزيد على ثلاثة أيام ، والمعتمد الجواز مع الشرط بحسب ما يراه الإمام .

ولابد من تعين القوت قدرًا وجنساً ، وتعين الأدم من لحم أو سمن أو شريح أو زيت . وتعين علف الدواب من قت أو تبن أو شعير لكل دابة شيء معلوم ، وينبغي أن تكون الضيافة على قدر أحوالهم ، ويكثرها على الغني ، ويقللها على الفقير .

الثانية : إذا أسلم الذمي بعد الحول وقبل الأداء ، هل تسقط عنه الجزية أم لا ؟ المشهور بين الأصحاب سقوطها ؛ لأنها وضعت للصغراء والاهانة وللرغبة في الدخول في الإسلام ، وقد حصل الإسلام فلا يجوز اهانة المسلم ولا تصغيره ، وقيل : بعدم السقوط ؛ لأنها وجبت بحول الحول ، فلا يسقط بالإسلام بعده ، والأول هو المعتمد .

قال رحمة الله : الرابع : إن لا ينظروا بالمناكير كشرب المغمر والزنا وأكل لحم الخنزير ونكاح المحرمات ، ولو تظاهروا بذلك نقض العهد ، وقيل :

(٢٨) - الوسائل ، كتاب الجهاد ، باب ٦٨ من أبواب جهاد العدو ، حديث ٧.

لا ينقض ، بل يفعل معهم ما يوجه شرع الاسلام من حيد أو تعزير .
 أقول : هذه الاشياء يجب الكف عنها سواء شرط الامام عليه السلام عليهم في العقد ذلك أم لا ، فلو فعلوها قال الشيخ : لا ينقض العقد ؛ لأنه وقع صحيحاً فلا ينقض عهدهم سواء شرط الامام عليهم الكف عن ذلك أولاً ، والمعتمد النقض مع شرط الكف ؛ لأنهم خالفوا ما شرط عليهم في العقد ، فينتقض عهدهم ؛ لأن الامام ما أقرهم على دينهم إلا على جميع ما شرط عليهم ، فإذا خالفوا ما شرطه عليهم انتقض عهدهم ؛ لعدم الرضى بدونه ، وإن لم يشترطه عليهم في العقد لم ينتقض العهد بفعلهم ، وقاتلهم الامام بما يوجهه الجنائية في شرع الاسلام .

تنبيه : جملة ما يشترطه الامام على اهل الذمة ستة اقسام :
 احدها : يجب شرطه ولا يجوز تركه ، وذلك اشتراط الجزية والتزام احكام المسلمين ، فلو أخلوا بها او باحدها عمداً او سهوا لم تتعقد المدنة ، وصورة العقد أن يقول العاقد : اقررتكم على دينكم بشرط دفع الجزية ، والتزام احكام المسلمين ، فيقول الذي : قبلت ، فإذا وقع على هذه الصفة انعقد ووجب الوفاء ، سواء شرط غير هذين الشرطين او لا .

وأحدها : يستحب شرطه ولا يجب ، لكن إذا انعقدت المدنة وجب الكف عنه وإن لم يشترط ، ومع المخالفة ينتقض العهد ، سواء شرط في العقد او لم يشترط ، وهو كل ما ينافي الامان من العزم على حرب المسلمين او إمداد المشركين بالمعونة ، فهذا الشرطان ينتقض العهد بمخالفتها ، سواء شرطاً في العقد او لم يشرطاً .

وأحدها : يجب الكف عنه ولا يجب شرطه ، وهو الزنا بناء المسلمين وما شابه ذلك ، وقد ذكره المصنف ، ولا ينتقض العهد بمخالفتها الا مع الشرط .

وأحدها: المسألة المشروحة، وهي التظاهر بالمناكير ، وقد ذكرنا الخلاف فيها .

قال رحمة الله : إذا خرقوا الذمة في دار الاسلام كان للإمام ردهم إلى مأئمتهم ، وهل له قتلهم واسترقةهم ومفاداتهم ؟ قيل : نعم ، وفيه تردد .
أقول : منشأه من انهم دخلوا دار الاسلام بأمان فلا يقتلون بل يجب ردهم إلى مأئمتهم ، ولأنهم لو دخلوا بشبهة أمان وجب ردتهم ولا جاز اغتيالهم ، فمفع دخولهم بالامان يكون وجوب الرد أولى ، ومن أنهم مع خرق الذمة صاروا حرباً لا ذمة لهم ، فيكون الامام مخيراً بين ردتهم وقتلهم ، واسترقةهم ومفاداتهم ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط .

والمعتمد إن كان خرقهم للذمة بقتال المسلمين ، او اعانة الكفار عليهم ، جاز قتلهم واسترقةهم ومفاداتهم ، وإلا وجب ردتهم .

قال رحمة الله : وإذا انهدمت كنيسة مما لهم استدامتها جاز اعادتها ، وقيل : لا.

أقول : القائل بعدم الجواز هو الشيخ في المبسوط ، قال : لانه لا دليل على ذلك ، وبناؤها حرم منع منه ، قال : ولو قلنا : إن لهم ذلك كان قوياً ، لأننا اقرنا لهم على التبقية فلو منعناهم عن العمارة لخربت .

وذهب العلامة في المختلف إلى جواز الاعادة، وكذلك ولده في الإيضاح .

قال رحمة الله : فكل ما يستجده الذمي لا يجوز أن يعلو به على المسلمين من مجاوريه ، ويجوز مساواتهم على الاشباه .

أقول : لا خلاف في عدم جواز العلو ، وإنما الخلاف في المساواة ، ووجوب القصور مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره ابن ادريس ، والعلامة في المختلف لقوله عليه السلام : « الاسلام يعلو ولا يُعلَى عليه »^(٣٩) ، ومع

(٣٩) - كنز العمال ١: ١٧ ، رقم ٢٤٦ ، والجامع الصغير ١: ١٢٣ .

المساواة لا يتحقق علو الاسلام ، ولأن منعهم من العلو لاجل الاهانة والصغار ،
ولا يتحقق مع المساواة .

وقيل بجواز المساواة ، واختاره المصنف ؛ لأن للهالك أن يتصرف بملكه
ما شاء ، خرج منه عدم جواز العلو للإجماع عليه ، فيبقى الباقي على أصله
الجواز ، والأول هو المعتمد .

قال رحمة الله : ولا يجوز لهم استيطان الحجاز على قول مشهور ، وقيل :
المراد به مكة والمدينة .

أقول : هذا القول لا اعلم فيه خلافا بين الاصحاب ، وقال العلامة
في التذكرة : ولا يجوز لكافر حرب ولا ذمي سكتى الحجاز اجماعا ، لكن
المصنف لما لم يظفر بدليل مقنع عنده على هذا القول لم يجزم به ، وقال : (على
قول مشهور) ، كما جرت عادته في هذا الكتاب ، وقد ذكرنا ذلك في مقدمة
هذا الشرح .

واستدل عليه العلامة في التذكرة ، بقول ابن عباس ، عن رسول الله
صل الله عليه وآله : « انه اوصى بثلاثة أشياء : أحدها اخراج المشركين من
جزيرة العرب »^(٤٠) ثم استدل بقول رسول الله صل الله عليه وآله وسلم « لا
يجتمع دينان في جزيرة العرب »^(٤١) .

قال صاحب التذكرة : والمراد بجزيرة العرب في هذه الاخبار : الحجاز
خاصة ، قال : ويعني بالحجاز مكة والمدينة والأمامية ، وخبير وبنجع وفذك
ومخالفتها ، ومثله قوله في التحرير : وسمى حجازاً لجزءه بين نجد وتهامة ،
واقتصر في القواعد على مكة والمدينة ، قال : وهي دائمة في جزيرة العرب .
الأول هو المعتمد ؛ لأن دليل المنع الاخبار الواردة بالمنع من جزيرة

العرب ، والاماكن التي عددها في التحرير والتذكرة داخلة في جزيرة العرب بلا خلاف ، فيجب أن يمنعوا منها بلا خلاف أيضاً .

قال رحمة الله : وفي الاجتياز به والامتياز منه تردد ، ومن أجازه حده ثلاثة أيام .

أقول : جزم العلامة في قواعده بجواز الاجتياز والامتياز ، قال : ولا يمكن من الاقامة أزيد من ثلاثة أيام على موضع سوى يوم الدخول والخروج ، ونقله في التحرير عن الشيخ ، وهو يدل على عدم الجزم به .

وتردد المصنف من أصالة الجواز ، ومن عموم المنع الشامل للاجتياز والامتياز وغيره ، ويحوز مع اذن الامام قطعاً ، وانما ياذن لهم مع المصلحة كحمل المرة ، وإذا أقام في بلد ثلاثة ايام امر بالانتقال إلى بلد آخر .

قال رحمة الله : ولا جزيرة العرب ، وقيل : المراد بها مكة والمدينة واليمن ومخاليفها ، وقيل : هي من عدن الى ريف عبادان طولاً ، ومن تهامة وما والاها إلى اطراف الشام عرضاً .

أقول : اختلف أهل اللغة في تحديد جزيرة العرب ، نقل صاحب التحرير عن الاصمعي وابي عبيدة : انها ما بين عدن إلى ريف العراق طولاً ، ومن جدة والسواحل إلى اطراف الشام عرضاً ، ونقل صاحب الصحاح عن أبي عبيدة : انها من حفر أبي موسى الاشعري إلى اليمن طولاً ، ومن رمل يبرين إلى منقطع السواقة عرضاً .

تنبيه : ريف عبادان الذي ذكره المصنف داخل في ريف العراق ، والريف قال صاحب الصحاح : أرض فيها زرع وخصب ، والجمع أرياف ، ورأفت الماشية : اي رعت الريف ، وأريفنا اي صرنا إلى الريف ، وأرافت الارض اي أخصبت ، وهي ارض رقيقة بشدید الياء .

فعل هذا يكون حد الجزيرة ما زرع وكان ذا خصب من ارض العراق ، وانها سميت الجزيرة ؛ لأن بحر الحبش وبحر الفارس والفرات احاطت بها ، وانها نسبت إلى العرب ؛ لأنها ارضها ومسكناها ومعدنها .

قال رحمة الله : ويجوز المدنة اربعة اشهر ، ولا يجوز اكثر من سنة على قول مشهور ، وهل يجوز اكثر من اربعة أشهر ؟ قيل : لا ، لقوله تعالى : ﴿فاقتلو المشركين حيث وجدتهم﴾ وقيل : نعم لقوله تعالى : ﴿وَإِن جنحوا للسلم فاجنح ها﴾ .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في تحديد الكثرة بالسنة : وهو المشهور بين الاصحاب ، والمصنف لم يجد دليلاً مرضياً على هذا القول ، فلم يجزم به ، واستدل العلامة في القواعد بقوله تعالى : ﴿فَإِذَا انسلاخ الْأَشْهُرُ الْحُرُمُ فاقتلو المشركين﴾^(٤٢) . وفي صحة الاستدلال بهذه الآية على السنة نظر ؛ لأنها دلت على ترك القتال اربعة اشهر لا غير ، فكيف يستدل بها على السنة ، والمانع من الزيادة على الاربعة جعلها دليلاً له ، وهي دالة على مطلوبه .

ويمكن أن يقال : إذا دلت على المنع من الزيادة على الاربعة فدلالتها بالمنع من الزيادة على السنة أولى ، ونقل في التحرير عن الشيخ وابن الجندى تقدير الزيادة مع حاجة المسلمين بعشر سنين ، فلو عقده أكثر من عشر سنين بطل الزائد خاصة ، وجنه اليه في القواعد .

الثانية : في الزيادة على أربعة اشهر ، وقد ذكر المصنف وجهي الفريقين ، والمعتمد اعتبار المصلحة ، وهذا تكليف راجع إلى غيرنا فلا ضرورة في ترك الاستفادة في تحقيقه .

قال رحمة الله : لو قدم زوجها وطالب بالمهر فهانت بعد المطالبة دفع اليه مهرها ، ولو ماتت قبل المطالبة لم يدفع اليه ، وفيه تردد .

أقول : منشأه من السبب الموجب لدفع المهر وهو الامساك والخيلولة ، ومن أن الحيلولة أنها تتحقق بعد المطالبة والمنع لا قبله ، وجزم العلامة في القواعد والتحرير بعدم الدفع مع موت أحد الزوجين قبل المطالبة وبعدها ، وإن كان الميت الزوج دفع المهر إلى ورثته .

تنبيه : كل موضع يجب فيه رد المهر فهو من بيت مال المسلمين المعد للمصالح ، وإنها يجب رد المهر على الزوج إذا قدمت على بلد الامام او نائبه الذي استخلفه وكان الامام او الخليفة هو المانع من ردها ، اما لو قدمت على بلد من بلاد المسلمين غير بلد الامام وبلد الخليفة منع الزوج من أحذتها ، ولا يجب على الامام ان يدفع اليه شيئا ، سواء كان المانع من ردها العامة او رجال الامام ، ولا يجب على المانع شيء أيضا .

قال رحمة الله : أما لو انتقل إلى دين يقر أهله عليه كاليهودي ينقل إلى الصرانية أو المجوسية ، قيل : يقبل ؛ لأن الكفر كالملة الواحدة . وقيل : لا ، لقوله تعالى : ﴿وَمَنْ يَتَغَيِّرْ بِعْدَ إِلَّا مَا يَأْتِي بِهِ﴾ ، وإن عاد إلى دينه ، قيل : يقبل ، وقيل : لا ، وهو الأشبه ، ولو أصر فقتل ، هل يملك اطفاله؟ قيل : لا ، استصحاباً لحالتهم الأولى .

أقول : هنا ثلاثة مسائل :

الأولى : جواز اقراره على ما انتقل اليه وعدمه ، وبالجواز قال ابن الجنيد والشيخ في الخلاف ، واختاره العلامة في المختلف لما ذكره المصنف من أن الكفر كالملة الواحدة ، ولأن ابتداء الكون على المذهب المتقل اليه مقبول ، فيقبل بالانتقال إليه ، ولأن الشيخ ادعى في الخلاف الاجماع على ذلك ، ودعوى

الشيخ حجة ، وقوى في المسوط عدم الاقرار عليه للاية^(٤١) التي ذكرها المصنف ، ولقوله عليه السلام : « من بدل دينه فاقتلوه »^(٤٢) ، وهو عام إلا فيها إذا بدل الكفر بالاسلام ، وهذا هو المعتمد .

الثانية : على المختار من عدم جواز إقراره على ما انتقل اليه ، هل يقبل رجوعه إلى دينه الذي انتقل عنه ؟ قوى في المسوط عدم جواز الرجوع اليه ، بل لا يقبل منه إلا الاسلام ، او القتل للأية والخبر ، وهو المعتمد ؛ لأنه بدخوله فيها لا يجوز إقراره عليه صار كملرتد لا يقبل منه إلا الاسلام ، وقال في المسوط أيضاً : فإنه يصير مرتدًا عن دينه ، فيطالب بالرجوع إلى الاسلام او الدين الذي خرج منه ، ثم قال بعد ذلك : ولو قيل : لا يقبل منه إلا الاسلام او القتل كان قوياً .

الثالثة : في حكم اطفاله مع الاصرار والقتل ، فنقول : لا يخلو إما أن تكون أم الأطفال كتابية أو وثنية ، فإن كانت كتابية أقروا الأطفال ، وإن كانت وثنية قال الشيخ : يقررون أيضاً لما سبق لهم من الذمة ، واختياره العلامة في التحرير ، ومحتمل جواز تملكتهم لللامام ؛ لأنهم اطفال كافر وجب عليه قتله فيصيرون فيما لللامام ؛ لأنهم لم يوجف عليهم بخيل ولا ركاب .

قال رحمة الله : إذا اشتري الكافر مصحفاً لم يصح البيع ، وقيل : يصح وترفع يده ، والأول انساب بإعظام الكتاب العزيز ، ومثل ذلك كتب احاديث النبي المنشورة عن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم ، وقيل : يجوز على كراهيته ، وهو اشبه .

أقول : المشهور عدم جواز شراء الكافر المصحف ، قال الشيخ : ومن

(٤٢) - آل عمران: ٨٥.

(٤١) - المستدرك ١٨: ١٦٣ ، باب ١ من أبواب حد المرتد ، حديث ٢ .

الناس من قال : يملك ويُلزم بالفسخ ورفع يده عنه ، والمعتمد عدم دخوله في ملك الكافر لما قاله المصنف .

وأما كتب الأحاديث المنقوله عن الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ ، فقد منع الشيخ أيضاً من شرائها للكافر وللتعظيم أيضاً ، والمشهور الكراهيّة ؛ لأصالة الجواز ولأن حرمتها أقل من حرمة المصاحف فلا يتعدى حكم المصاحف إليها .

في قتال أهل البغي

قال رحمة الله : وهل يؤخذ ما حواه العسكر مما ينقل ويحول ؟ قيل : لا ،
لما ذكرناه من العلة ، وقيل : نعم عملاً بسيرة علي عليه السلام ، وهو الظاهر .

أقول : القول بغنيمة ما حواه العسكر ، وقسمته بين المقاتلة مذهب
الشيخ في النهاية ، وابن الجنيد وابن أبي عقيل وابي الصلاح وابن البراج ،
واختاره العلامة في المختلف ، وعدمه مذهب السيد المرتضى .

وفصل في الميسوط ، قال : إن كان الباغي من له فتة يرجع إليها كأهل
الشام جاز غنيمة ما حواه العسكر من أموالهم ، وإن لم يكن له فتة ورجعوا إلى
طاعة الإمام كأهل البصرة لم يجز غنيمة أموالهم ، واختاره أبو العباس ، ولا ثمرة
مهمة في تحقيق ذلك لعدم تكليفنا به .

كتاب الأُمر بالْمَعْرُوفِ
وَالنَّهْيُ عَنِ الْمُنْكَرِ

في شروطها

قال رحمة الله : والامر بالمعروف والنهي عن المنكر واجبان اجاعاً ،
ووجوبهما على الكفاية ، يسقط بقيام من فيه غناه ، وقيل : بل على الاعيان ،
وهو اشبه .

أقول : ذهب الشيخ وابن حمزة إلى الوجوب على الاعيان ، واختاره
المصنف ، لعموم الآية^(٤٥) والروايات^(٤٦) الدالة عليه .

وذهب السيد وابن ادريس وأبو الصلاح إلى وجوبه على الكفاية ؛ لأن
المطلوب في نظر الشرع تحصيل المعروف وارتفاع المنكر ولم يتعلق غرضه من
مباشر بعينه فيكون واجبا على الكفاية .

والمعتمد الوجوب بالقلب على الاعيان ، وبالفعل على الكفاية .

قال رحمة الله : ولو فتقر إلى الجرح أو القتل ، هل يجب ؟ قيل : نعم ،

(٤٥) - آل عمران : ١١٠ راجع كنز العرفان ١ : ٤٠٦ .

(٤٦) - راجع الوسائل ، كتاب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، باب ١ من أبواب الامر والنهي .

وقيل : لا ، إلا باذن الإمام ، والأول اظهر .

أقول : الأول مذهب السيد المرتضى والشيخ في التبيان وابي الصلاح ، واختاره ابن ادريس والعلامة في المختلف ، لعموم وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .

والثاني : مذهب الشيخ في النهاية والاقتصاد ، وبه قال سلار وابن البراج ، واختاره المصنف والشهيد لعصمة النفوس ، وتحريم الاقدام على إراقة الدماء بغير اذن الإمام .

قال رحمة الله : وهل يقيم الرجل الحد على زوجته وولده ؟ فيه تردد .

أقول : منشأه من أن إقامة الحدود حكم شرعى منوط بالأمام او من نصبه الإمام ، ومن عموم الأمر بإقامة الحدود مع الامن من الضرر^(٤٧) للحذر من تعطيلها وانتشار الفساد .

والجواز مذهب الشيخ في النهاية وابن الجنيد ، والعلامة في المختلف ، قال : لأنه لا يشترط أن يكون فقيهاً ، ومذهبة جواز إقامة الحدود للفقهاء ، مع أن جوازه للفقهاء عند القائل به على العموم لا يخص بالولد والزوجة ، مع أن سلار قائل بالمنع من إقامة الحدود على الولد والزوجة مع قوله بجوازه للفقهاء على العموم ، فيكون للولد والزوجة حكم بانفرادهما .

وكذلك المملوک ؛ لأن ابن ادريس أجاز إقامة الحد عليه مع منعه من إقامته على غيره مطلقاً .

قال رحمة الله : ولو ولي وال من قبل الجائز ، وكان قادرًا على إقامة الحدود ، هل له إقامتها ؟ قيل : نعم بعد ان يعتقد انه يفعل ذلك باذن امام الحق ، وقيل : لا ، وهو احوط .

أقول : الرجعة في الجواز وعدمه إلى جواز اقامة الحدود للفقهاء حال الغيبة ، فالقاتل بالجواز - كالشيخ وابن الجنيد والعلامة - قاتل بالجواز هنا ، والمانع عنه - كابن ادريس - مانع هنا .

قال رحمة الله : وقيل: يجوز للفقهاء المارفين إقامة الحدود حال غيبة الإمام .

أقول : هذا قول الشيخ وابن الجنيد وسلام ، واختباره العلامة .
ومنع ابن ادريس من اقامة الحد في حال الغيبة مطلقا على غير عملوكه
لاختصاص هذا الحكم بالأمام او نائبه .

محتويات الجزء الأول

٥.....	مقدمة التحقيق.....
٧.....	حياة المؤلف (ره).....
٧.....	اسمها.....
٧.....	والده.....
٧.....	نسبته.....
٨.....	ولادتها.....
٩.....	مشايشه.....
٩.....	لامذتها.....
٩.....	جملة من أحوال الشيخ حسين ولد المؤلف
١٠.....	مؤلفات الشيخ حسين الصيمرى
١١.....	وفاة الشيخ مفلح
١٢.....	مدفنه
١٢.....	أقوال العلماء فيه (ذكره الغالد)
١٣.....	مؤلفاته

١٦.....	نماذج من شعره
١٨.....	حول الكتاب
٢٠.....	نسخ الكتاب
٢١.....	نهجنا في تحقيق الكتاب
٢٣.....	خاتمة المقدمة
٢٥.....	نماذج مصورة
٣٦.....	كتاب غاية المرام
٣٧.....	خطبة الكتاب
٣٩.....	مقدمة في توضيح بعض المصطلحات

كتاب الطهارة

٤٤.....	في تطهير القليل باتمامه كرأ
٤٥.....	تحديد الظرف
٤٦.....	في تفسير الرطل وحكم العياض والقدران والأواني
٤٧.....	في ماء البشر
٤٨.....	في متزوجات البشر
٤٩.....	حكم ما لو تغير احد اوصاف ماء البشر بالتجasse
٥١.....	تنبيه في تحديد اليوم
٥٢.....	فروع عشرة
٥٣.....	في الماء المضاف
٥٣.....	حكم الماء المستعمل في رفع العدث
٥٤.....	في الاشار
٥٤.....	حكم ما لا يدركه الطرف من الدم

حكم الفائط والبول الخارجان من غير المعتاد..... ٥٥	٥٥
فروع خمسة..... ٥٦	٥٥
في نية الوضوء..... ٥٧	٥٦
في الاجتزاء بنية غسل الجنابة عن باقي الأغسال لو اجتمعـت..... ٥٨	٥٧
تنبيه في الاجتزاء عن الأغسال المتعددة بتيممـين ٥٩	٥٨
حكم النكس في غسل الوضوء..... ٦٠	٥٨
فرعـان..... ٦١	٥٨
الوضوء..... ٦٢	٥٩
في حكم المسح على العائـل..... ٦٣	٥٩
فرعـان..... ٦٤	٥٩
الموالـة..... ٦٥	٦٠
المسلوس والمبطون..... ٦٦	٦١
مسائل ثلاث في الخلـل ٦٧	٦٢
في الجنابة..... ٦٨	٦٥
تنبيه في مواضع اختلاف حكم الدبر والقبل..... ٦٩	٦٦
فروع خمسة تتعلق بالايلـاج المسبـب للجنابة ٧٠	٦٧
فيمن أحدث أثناء غسل الجنابة ٧١	٦٨
تنبيه فيمن أحدث أثناء غير غسل الجنابة..... ٧٢	٦٨
في الحـيس ٧٣	٦٩
في أقل الحـيس ٧٤	٧٠
فرع..... ٧٥	٧٠
وقـت ترك العبادة للـحائض ٧٦	٧٠
في وجوب السجود علىـ الحائض إذا ثبتـ عليها العـزائم ٧٧	٧١

في وجوب الكفارة بوطء الحائض عمداً وعدهه وفيه فروع أربعة.....	٧٢
في تكرر الكفارة وعدم تكرر الوطء.....	٧٣
فرع في قيمة الكفارة ومصرفها.....	٧٣
في الاستحاضة.....	٧٥
في شروط التمييز وحكم الراجعة الى الروايات.....	٧٦
في من اجتمع لها العادة والتمييز	٧٧
تنبيه في حكم التمييز ومعنى القوة المعتبرة فيه	٧٧
في ناسية الوقت.....	٧٨
في النفاس.....	٨١
أكثر النفاس	٨١
تنبيه في حكم التأمين.....	٨١
في أن النساء كالحائض إلا في مواضع	٨٢
في أحکام الاموات	٨٥
في أقل ما يكفي في الماء من السدر.....	٨٦
تنبيه في لزوم طحن السدر	٨٦
في وجوب الوضوء مع غسل الميت وعدهه	٨٦
حكم الفسحة مع عدم السدر والكافور.....	٨٧
تنبيه في كفاية نية واحدة عند الفسحة الاولى.....	٨٧
في حكم الشهيد.....	٨٨
فرع في عدم جواز التكفين بالجلد.....	٨٨
في الاغسال المندوبة	٨٩
في تداخل الاغسال	٩٠
في الطهارة التراية	٩٠

٩٠.....	فيمن أخل بالضرب حتى ضاق الوقت.
٩١.....	فروع أربعة
٩٢.....	في حكم التيمم قبل دخول الوقت ومع الضيق والسعنة
٩٣.....	في كفاية الفضيحة او الفضيحتين
٩٤.....	في أحکامه
٩٥.....	في فاقد الطهورين
٩٧.....	في حكم وجدان الماء بعد فقدانه
٩٧.....	في اجتماع ميت ومحدث وجنب
٩٨.....	فروع خمسة
٩٩.....	في التجassات
٩٩.....	رجيع ما لا نفس له سائلة
٩٩.....	ذرق الدجاج
١٠٠.....	مني ما لا نفس له
١٠٠.....	ما لا تحله الحياة
١٠١.....	الشلub والارنب والفارأة والوزغ
١٠١.....	المسكرات
١٠٢.....	عرق الجنب من الحرام وعرق الايل العجلة والمسوخ
١٠٣.....	احکام التجassات
١٠٣.....	المتفرق من الدم
١٠٤.....	فرعان
١٠٥.....	فيمن لم يعلم بالتجasse إلا بعد الصلة مع علمه بسبقها عليها
١٠٦.....	في حكم الصلة بالثوب الطاهر المشتبه بالنجس
١٠٧.....	فروع ثلاثة

١٠٨.....	حكم النسالة.
١١٠.....	حكم الذنوب الملئى على نجاسته على الأرض.
١١١.....	تنبيه في مطهرات الأرض.
١١١.....	تذنيب فيما يظهر بغير الكثير.
١١٢.....	حكم الولوغ.
١١٢.....	فرعان.

كتاب الصلاة

١١٥.....	في التوافل ..
١١٧.....	في أوقات الصلاة ..
١٢٠.....	في أوقات التوافل ..
١٢٢.....	فيمن قدم العصر على الظهور ..
١٢٤.....	في القبلة ..
١٢٦.....	حكم القادر على العلم بالكمبة والاجتهاد فيها والماجر عنهما ..
١٢٧.....	فروع خمسة ..
١٢٨.....	تذنيب في كون العلم بدلائل القبلة واجب عيني ..
١٢٨.....	في علامات الأقاليم ..
١٢٩.....	حكم من تبين له خطأ الجهة التي صلى إليها ..
١٣٠.....	في لباس المصلي ..
١٣٣.....	فيما يجب على المرأة ستره حال الصلاة ..
١٣٥.....	فروع سبعة ..
١٣٧.....	في المكان ..
١٣٩.....	في الأذان والإقامة ..

المحتويات

١٤٠.....	في عدد فصول الأذان وحكم من ارتد في اثنائه ثم ربع
١٤١.....	فروع ثلاثة
١٤١.....	تنبيه في تأكيد استحباب الأذان إلا في مواضع خمسة
١٤٢.....	فرع
١٤٣.....	أفعال الصلاة
١٤٣.....	في النية
١٤٣.....	حكم من نوى الخروج من الصلاة
١٤٤.....	فروع ثلاثة
١٤٥.....	في القيام
١٤٥.....	حكم القادر على القيام في بعض الصلاة
١٤٦.....	تنبيه في أن القيام مقول بالاشتراك على معان متعددة
١٤٧.....	في الفرق بين التورك وثني الرجلين
١٤٧.....	تنبيه
١٤٩.....	في القراءة
١٥٠.....	حكم التأمين بعد قراءة الحمد
١٥٠.....	فرعان
١٥١.....	في إن المولاة شرط في القراءة
١٥١.....	تحقيق في أن السكوت على خمسة أقسام
١٥٢.....	فيما يجزى عوضاً عن الحمد من التسبيحات
١٥٣.....	فروع ثلاثة
١٥٥.....	في الركوع
١٥٥.....	في وجوب التسبيح وما يجزى فيه
١٥٥.....	فروع أربعة

في وجوب التكبير للركوع وعدمه	١٥٦
تنبيه في استحباب خمس تكبيرات في كل ركعة	١٥٦
في المسجود	١٥٧
حكم القارئ والمستمع والسامع لثلاثة والعزائم	١٥٧
فروع أربعة	١٥٨
في التسليم	١٥٩
في قواطع الصلاة	١٦١
في أن الشروط التي يجوز فيها الشرب في الوتر خمسة	١٦٢
حكم رد المصلحي للسلام وصورته	١٦٣
فروع أربعة	١٦٤
تنبيه في أن كل ما يبطل المكتوبة يبطل المندوبة إلا خمسة أشياء	١٦٥
بقية الصلوات	١٦٧
في صلاة الجمعة	١٦٧
في وقت إيقاع الصلاة	١٦٨
حكم الجمعةين في بلد واحد	١٧٠
في وجوب الجمعة على العبد وعدمه	١٧١
فرع	١٧١
في شروط امام الجمعة وحكم الاذان الثاني	١٧٣
حكم البيع يوم الجمعة بعد الاذان	١٧٤
فروع خمسة	١٧٥
حكم الجمعة زمان الغيبة	١٧٦
فروع ثلاثة	١٧٦
تعليق على الفرع الثالث وتفسير عبارة الشهيد في البيان	١٧٧

حكم المأموم الذي لا يمكن من السجود مع الامام ١٧٨	٥٥٧
في صلاة العيددين ١٨١	
حكم التكبير الزائد في القنوت ١٨٢	
فروع ستة ١٨٣	
في حكم الخروج بعد الفجر وقبل الطلوع يوم الجمعة ١٨٤	
فرع ١٨٤	
في صلاة الكسوف ١٨٧	
وقت وجوبيها ١٨٧	
حكم ما اذا اتفق الكسوف في وقت حاضرة ١٨٨	
فروع احدى عشرة ١٨٩	
تنبيه في حصول العلم والظن بسعة الوقت في الكسوف ١٩٠	
في الصلاة على الاموات ١٩١	
في وجوب الدعاء فيها وعدمه ١٩١	
حكم رفع اليدين في التكبير ١٩٢	
تنبيه في كون أفضل الصنوف في الصلاة المتقدم إلا صلاة الجنازة فإن أفضليها المتأخر ١٩٢	
في الصلوات المرغبات ١٩٥	
في الخلل الواقع في الصلاة ١٩٧	
فيمن فعل ما يبطل الصلاة قبل الاحتياط وفيها فوائد اربعة ٢٠١	
في اعتبار خفاء الجدران والأذان ٢٢٨	
في حد السهو الكبير ٢٠٣	
تنبيه في معنى سقوط الحكم فيمن كثر سهوه ٢٠٣	
تنبيه آخر في معنى قوله من سهى في سهو لم يلتفت ٢٠٤	

٢٠٤.....	فروع ستة
٢٠٦.....	في موضع سجدة السهو
٢٠٧.....	في وجوب الذكر في السجدين وتعيين لفظ خاص وعدهما
٢٠٩.....	في قضاء الصلاة
٢١٠.....	في ترتيب الفوائت
٢١٠.....	فرع
٢١١.....	في من فاتته فريضة من الخمس
٢١٣.....	في الجماعة
٢١٤.....	حكم قراءة المأمور خلف الامام
٢١٥.....	في اثنام المفترض والمتبدل
٢١٦.....	في وقت القيام إلى الصلاة
٢١٦.....	فائدة في من استقطع حي على خير العمل من الأذان
٢١٦.....	شروط امام الجماعة
٢١٧.....	شرط الحرية
٢١٧.....	تبنيه في جواز امامرة اللاحن
٢١٨.....	في من صلى خلف إمام ثم تبين كونه كافراً أو فاسقاً أو محدثاً
٢١٨.....	فروع خمسة
٢١٩.....	في لزوم استئناف التكبير وعدهما لمن أدرك الامام في السجدين
٢٢١.....	في صلاة الغوف
٢٢١.....	في لزوم التقصير مطلقاً وعدهما
٢٢١.....	حكم أخذ السلاح فيها ولو كان نجساً
٢٢١.....	تبنيه في محل مفارقة إحدى الطائفتين للأخرى في الصلاة
٢٢٢.....	حكم من صلى مومناً فأمن

المحتويات

٢٢٢.....	فرع
٢٢٣.....	في صلاة المسافر
٢٢٣.....	في ما يعلم به المسافة التي يجب منها القصر
٢٢٤.....	فروع ثلاثة عشر
٢٢٥.....	حكم صلاة وصوم من سافر للصيد
٢٢٦.....	فروع ثلاثة
٢٢٧.....	حكم العقيم خمسة أيام
٢٢٧.....	تنبيه في تحقيق الكثرة في السفر التي يتعلّق بها وجوب الاتمام
٢٢٨.....	في اعتبار خفاء الجدران والأذان
٢٢٨.....	تنبيه في المراد منها
٢٢٩.....	في أن القصر عزيمة
٢٢٩.....	حكم المسافر أربعة الذي لم يرد الرجوع ليومه وليلته
٢٢٩.....	فروع ثمانية
٢٣٠.....	إذا دخل الوقت وهو حاضر ثم سافر وبالعكس
٢٣١.....	فيمن نوى الاقامة عشراً ودخل في الصلاة فمَنْ له السفر
٢٣١.....	فروع ثلاثة
٢٣٢.....	في أن إعتبار القضاء هل هو بحال الفوات أو بحال الوجوب ؟

كتاب الزكاة

٢٣٥.....	فيمن تجب عليه
٢٣٩.....	فيما يستحب فيه الزكاة
٢٤١.....	في زكاة الانعام
٢٤٢.....	في أن للتقطيع طريقان البسط والنسبة

في أن المعتبر في السوم الاسم أو الأغلب ٢٤٣
فروع خمسة ٢٤٣
في اشتراط بقاء الملك والنصاب من أول الحول في وجوب الزكاة ٢٤٤
فرع ٢٤٤
حكم النقصان ٢٤٥
تبنيه في الجبران وأنه منوط بالأمام لا بالفقير ٢٤٥
في الشاة التي تؤخذ في الزكاة ٢٤٦
فروع خمسة ٢٤٦
في زكاة الذهب والفضة ٢٤٩
حكم شرط المقترض الزكاة على المقرض ٢٥٠
في زكاة الغلات ٢٥١
في حد الجناس الزكاة ٢٥١
مسائل ثلاثة ٢٥٢
تبنيه في حالات الغلات ٢٥٢
في أن وجوب الزكاة بعد إخراج حصة السلطان والمؤمن ٢٥٣
الضابط في المؤنة ٢٥٤
فروع ستة ٢٥٥
في من ملك تخلاً بعضه يطلع مرة ويبغضه مرتين ٢٥٦
في زكاة التجارة ٢٥٧
فيمن اشترى متاعاً للتجارة ٢٥٧
فروع أربعة ٢٥٨
تحقيق في حكم من ملك أحد النصب الزكاوية ٢٥٩
تحقيق في حكم من عاوض أربعين مائة بأربعين للتجارة ٢٦٠

المحتويات.....

٥٦١.....	في أصناف المستحقين
٢٦٣.....	تنبيه في معنى الفنى المانع منأخذ الزكاة
٢٦٤.....	في اعتبار الحرية في العامل وعدمه
٢٦٥.....	تنبيه في وظيفة العامل وأقسامه
٢٦٦.....	فيما لو صرف الغارم الزكاة في غير ما أخذ له
٢٦٧.....	فيما لو ادعي العبد أنه مكاتب
٢٦٧.....	فرع.....
٢٦٨.....	في أقسام الغارمين
٢٦٨.....	حكم من جهل مصرف ذيته
٢٦٨.....	فروع ثلاثة
٢٦٩.....	في اختصاص السبيل بالجهاد وعدمه
٢٦٩.....	تنبيه في أقسام الغرزة
٢٧٠.....	في لزوم اعادة الفاضل عن مؤنة ابن السبيل
٢٧٠.....	فرع.....
٢٧١.....	في اوصاف المستحقين
٢٧٢.....	في من يحرم عليه الصدقة الواجبة
٢٧٢.....	فروع أربعة
٢٧٥.....	في متولي الاصرار
٢٧٧.....	في الاصرار
٢٧٧.....	تحقيق في مسألة من يتم نصايه بالقرض
٢٧٨.....	فروع ثلاثة
٢٧٩.....	في النيمة
٢٨٠.....	تحقيق فيما لو اخرج من ماله الغائب فبان قالفاً

في وجوب النية على المالك والامام والداعي والفقهي وعدمه ٢٨١
في زكاة الفطرة ٢٨٣
في عدم وجوبها على الفقير ٢٨٣
في من يصح الصوم منه ٣٢٩
حكم المفمن عليه ٣٢٩
صوم النذر في السفر ٣٢٩
حكم صوم التطوع في السفر ٣٣٠
حكم من أصبح جنباً بعد الفجر ٣٣١
في البلوغ الذي تجب معه العبادات ٣٣٢
في شهر رمضان ٣٣٣
حكم شهادة الشاهدين بالرؤبة ٣٣٣
فروع خمسة ٣٣٣
لو صام يوم الشك بنية رمضان لأهارة ٣٣٥
فيما لو غمت الشهور ٣٣٥
في القضاء ٣٣٩
حكم الصبي والمجنون والمفمن عليه ٣٣٩
فيمن أسلم أثناء اليوم ٣٤٠
حكم التابع والتغريق في القضاء ٣٤١
فيمن استمر به المرض إلى رمضان آخر ٣٤١
فرع ٣٤١
في ما يقضيه الولي ٣٤١
فيمن كان له وليان أو أولياء متساوون في السن ٣٤٢
فروع سبعة ٣٤٢

في لزوم القضاء عن المرأة وعدمه.....	٣٤٤
حكم من لم يكن له ولی ذکر.....	٣٤٤
حكم من نسي غسل الجنابة ومرأ عليه أيام.....	٣٤٥
ايصال الغبار النظيف الى الحلق	٣١٣
حكم البقاء على الجنابة عمداً حتى طلوع الفجر.....	٣١٤
تبليه في العائض والنفساء التاركة للغسل حتى تصبح	٣١٤
فيمن نظر إلى امرأة فأمنى وفيه تحقيق.....	٣١٥
فرع.....	٣١٦
حكم الحنطة بالمائع والجامد	٣١٧
حكم من أكل ناسياً فظن فساد صومه	٣١٧
حكم المكروه على الافتراض	٣١٧
في كفارة رمضان.....	٣١٨
حكم المفترض في رمضان على محرم	٣١٨
فرع في حكم من وجب عليه كفارة الجمع وعجز عن بعضها.....	٣١٩
فيمن أجنب ونام ناوياً للغسل	٣٢٠
فرع.....	٣٢٠
فيمن سبق إلى حلقة ما يفسد صومه	٣٢١
فرعان.....	٣٢١
في حسب الدواء فيي الاحليل	٣٢٢
فرع.....	٣٢٢
في تكرر الكفاراة بتكرر الموجب وعدمه	٣٢٢
حكم من فعل ما تجب به الكفاراة ثم سقط عنه فرض الصوم	٣٢٣
فرعان.....	٣٢٣

٢٢٤.....	في تحمل المكروه الكفارة عن المكروه
٣٢٤.....	فروع خمسة
٣٢٧.....	في الزمان الذي يصح فيه الصوم
٢٩٨.....	في اعتبار الایمان والعدالة وعدمها
٢٩٩.....	حكم صرف الخمس مع وجود الامام(ع) وغيبته
٣٠٠.....	فرع في مقدار ما يعطى السيد من الخمس

كتاب الصوم

٣٠٣.....	فيالية
٣٠٣.....	الفرق بين الركن والشرط
٣٠٤.....	في اشتراط التعيين في صوم رمضان وعدمه
٣٠٤.....	فروع
٣٠٥.....	في محل الالية في الصوم الواجب والممندوب
٣٠٦.....	في اختصاص رمضان بتقديم نيته عليه
٣٠٦.....	وفي اجزاء نية واحدة لشهر كله وعدمه
٣٠٧.....	تبني في حد النية
٣٠٧.....	في الترديد في الالية
٣٠٧.....	حكم من نوى الافطار ثم جدد قبل الزوال في رمضان
٣٠٨.....	فروع
٣١١.....	فيما يمسك عنه الصائم
٣١١.....	حكم الوطء في الدبر
٣١٢.....	فرعان
٣١٢.....	حكم المساحقة

المحتويات .. .

٢٦٥.....	حكم المجامع اذا طلع الفجر فامتدامه
٣١٢.....	حكم الكذب على الله ورسوله .. .
٣١٢.....	حكم الارتماس .. .
٣١٣.....	ضابط الفقر .. .
٢٨٣.....	في تحديد الغنى .. .
٢٨٤.....	متى تجب الزكاة عن الزوجة والمملوكة .. .
٢٨٤.....	فرعان .. .
٢٨٥.....	تحقيق في وجوب الزكاة عن العبد الموصى به .. .
٢٨٦.....	تنبيه في مقدار وزن الزكاة .. .
٢٨٦.....	في تقدير عوض الواجب .. .
٢٨٧.....	فروع ثلاثة .. .
٢٨٨.....	في لزوم العزل في نية الوجوب وعدمه .. .

كتاب الخمس

٢٩٣.....	فيما يجب فيه الخمس .. .
٢٩٣.....	في اشتراط بلوغ النصاب في معادن الذهب والفضة وعدمه .. .
٢٩٤.....	فروع خمسة .. .
٢٩٤.....	في حكم واجد الكنز في أرض موات من دار الاسلام .. .
٢٩٥.....	فروع ثلاثة .. .
٢٩٥.....	في وجوب الخمس في كل كنز .. .
٢٩٥.....	في وجوب الخمس على كل واجد .. .
٢٩٧.....	في قسمة الخمس .. .
٢٩٧.....	في أن قسمة الخمس ستة أقسام .. .

٢٩٧.....	حكم المتتبّع بالأم إلى هاشم
٢٩٨.....	وجوب مراعاة الفقر في اليتيم وعدمه
٢٩٨.....	حكم ابن السبيل
٣٤٧.....	في الكفارات
٣٤٧.....	في لزوم الترتيب وعدمه في كفارة العيد
٣٤٨.....	فرعون
٣٤٨.....	حكم من وجب عليه شهر متتابع بنذر
٣٤٩.....	تنبيه في حكم المتابعة المشروطة في النذر
٣٤٩.....	حكم صوم أيام التشريق
٣٥١.....	في الصوم المكروه والمحظوظ
٣٥٢.....	في اللواحق
٣٥٢.....	اعتبار تبیث البیة في قصر الصوم وعدمه
٣٥٤.....	حكم الشیخ والشیخة
٣٥٥.....	حكم ذی العطاش
٣٥٦.....	حكم العامل المقرب
٣٥٦.....	فروع ستة
٣٥٧.....	حكم النائم اذا استمر به النوم وقد نوى الصوم ليلاً
٣٥٧.....	المجنون والمغمى عليه
٣٥٨.....	حكم التعلی والجماع لمن ساع له الافطار في شهر رمضان

كتاب الاعتكاف

٣٦٣.....	في شرائطه
٣٦٤.....	فيمن نذر اعتكاف ثلاثة أيام دون لياليها

٥٦٧.....	المحتويات.....
٣٦٤.....	فرع.....
٣٦٥.....	تنبيه في لزوم نية الاعتكاف والصوم معًا
٣٦٦.....	ضابط الموضع الذي يصلح فيه الاعتكاف
٣٦٧.....	في أقسامه.....
٣٦٧.....	حكم ما لو شرط الرجوع عند العارض
٣٧٠.....	فرعان.....
٣٧٣.....	في أحکامه.....
٣٧٣.....	في كون المعتكف كالمحرم وعدمه.....
٣٧٣.....	فيمن مات قبل انقضاء اعتكافه الواجب
٣٧٥.....	في وجوب القضاء وأن الكفارة تلزم بالجماع أو مطلقاً
٣٧٥.....	فرعان.....
٣٧٧.....	حكم الارتداد والاكراء على الجماع والبيع والشراء أثناء الاعتكاف.....
٣٧٨.....	تنبيه في عدم ابطال بيع المعاطة اعتكاف المعتكف بناءً على ابطال البيع
٣٧٨.....	في لزوم التتابع في الاعتكاف وعدمه

كتاب الحج

٣٨١.....	في الصبي والمجنون الذي ادرك المشعر كاملاً
٣٨١.....	تنبيه في الكمال بعد المشعر وبقاء الوقت
٣٨٢.....	تحقيق في حكم إحرام الصبي مميزاً كان أم لا
٣٨٣.....	فروع ستة
٣٨٥.....	في ثبوت ولادة الأحرام بالصبي للأم وعدمه.....
٣٨٦.....	حكم من بذل له زاد وراحلة ونفقة او وهب ذلك
٣٨٦.....	في وجوب الاستنابة على المانع

فرع..... ٣٨٧	فرع..... ٣٨٧
حكم عدم المستمسك خلقة..... ٣٨٧	فرع..... ٣٨٧
فيمن أصبح مسلماً ثم ارتد ثم تاب..... ٣٨٨	فرع..... ٣٩٠
في اشتراط الرجوع الى الكفاية في وجوب الحج وعدمه..... ٣٨٩	تنبيه في اقسام الشرائط المعتبرة في الحج..... ٣٩٠
حكم من نذر الحج أو افسد وهو معضوب..... ٣٩٢	في لزوم القضاء من بلد الميت وعدمه..... ٣٩٠
فيمن نذر الحج ونوى حجة الاسلام ، هل يتداخلا م لا ؟ وهل يجزي احدهما عن الآخر ٣٩٣	تنبيه في أن أقرب الأماكن هو الميقات..... ٣٩١
تحقيق مذهب الشارح..... ٣٩٣	حكم من نذر المشي في الحج ٣٩٨
حكم التطوع أو النيابة لمن عليه حجة الاسلام ٤٠٠	حكم التطوع أو النيابة لمن عليه حجة الاسلام ٤٠٠
فيما لو شرط عليه الحج على طريق فحج بغيرها..... ٤٠٠	فرع..... ٤٠١
حكم إيجار النفس ثانية لمن استئجر بحجية..... ٤٠١	تنبيه في شرط صحة الاجارة للتأخر في الايقاع ٤٠٢
في ضمان الحج في المستقبل ٤٠٢	تحقيق في حكم الأجرا مع الصد ٤٠٢
فرغان..... ٤٠٣	في ما لو حمل إنساناً في طوافة ٤٠٣

المحويات	٥٦٩
اذا أفسد الأجير حجة النيابة	٤٠٤
في استحقاق الأجير الأجرة بالعقد	٤٠٥
في مخالفة شرط المستأجر	٤٠٥
فرع	٤٠٦
حكم عقد الاحرام عن المستأجر عنه ثم نقل النية الى نفسه	٤٠٦
تبنيه في وجوب كون افعال الحج معلومة عند المتعاقدين	٤٠٦
في من أوصى بالحج تطوعاً وقصر الثالث	٤٠٧
في أن حكم المندورة كحجۃ الاسلام في كونها تخرج من الاصل	٤٠٧
أقسام الحج	٤٠٩
حكم من أحقر بحج التمتع من غير مكة	٤١٠
حكم العدول الى التمتع اختياراً واضطراراً	٤١٢
تبنيه في عدول المتمتع إلى حج الأفراد	٤١٢
في وجوب تجديد التلبية على القارن والمفرد اذا دخلوا مكة عقب صلاة الطواف	٤١٣
تبنيه في جواز تقديم المفرد والقارن الطواف والسعى على المفسي الى عرفات والوقوف بها اختياراً	٤١٤
في الانتقال بمضي ستين عن فرض التمتع	٤١٤
تبنيه في من وجب عليه الحج تمتعاً ثمجاور	٤١٥
حكم القرآن بين الحج والعمرة بنية واحدة	٤١٥
المواقت	٤١٧
حكم من حج من غير طريق المواقت	٤١٧
فرعان	٤١٧
حكم من نسي الاحرام حتى أكمل مناسكه	٤١٨

٤١٨.....	في أعمال الحج
٤١٨.....	في استحباب المقدمات
٤٢١.....	حكم من قال كإحرام فلان وكان عالماً بما أحرم
٤٢١.....	فرع
٤٢٢.....	في أن القارن يتخير بين التلبية والتقليد أو الاشعار
٤٢٣.....	في صورة التلبية
٤٢٤.....	في جواز الاحرام بالحرير للنساء
٤٢٥.....	تنبيه في معنى القفازين
٤٢٦.....	فيمن أحرم للحج عقيب سعي العمرة الممتع بها قبل التقصير
٤٢٧.....	في حكم اشتراط التحلل من الاحرام
٤٢٨.....	في استحباب تكرار التلبية للمعتمر بالعمرة المفردة
٤٣١.....	في ترورك الاحرام
٤٣١.....	حكم الاختلاف في وقوع العقد قبل الاحرام وبعده
٤٣٢.....	فروع ثلاثة
٤٣٢.....	في تحريم الطيب
٤٣٣.....	تنبيه في ضابط الطيب
٤٣٣.....	حكم لبس المخيط
٤٣٣.....	تنبيه في لزوم الكفارنة بلبس المخيط
٤٣٣.....	حكم الاكتحال بالسواد
٤٣٤.....	حكم النظر في المرأة وشق الخفين ولبس المرأة العللي وانحراف الدم وحك الجلد والسواد
٤٣٥.....	حكم قلع الشجر والتخل وعودي المحالة ولبس السلاح والنقب للمرأة
٤٣٦.....	في جواز الدخول إلى مكة من غير إحرام لمن دخلها لقتالي جائز

الوقوف.....	٤٣٧
تحقيق في حكم من لم يتفق له الوقوف بعرفات نهاراً	٤٣٧
فروع ستة	٤٣٨
في من نوى الوقوف ثم نام أو جن أو أغمى عليه	٤٣٩
في لزوم كون الوقوف بعد طلوع الفجر واستعجاب الصعود على قفر	٤٤٠
حكم إخراج الحصى من المسجد	٤٤١
في نزول مني	٤٤٢
في صفات ما يضئ به وأن من جملتها أن يكون قد حضر عرفات	٤٤٤
في وجوب الأكل منه	٤٤٤
تنبيه في أقل ما يجزي من وجوب الأكل	٤٤٥
حكم من فقد الهدي ووُجِدَ ثمنه	٤٤٥
من مات قبل أن يصوم شيئاً مما وجب عليه	٤٤٦
في الحلق والتقصير وأنه يتأكيد في حق الضرورة ومن لبد شعره	٤٤٩
تنبيه في تلبيد الشعر	٤٤٩
حكم تقديم التقصير على زيارة البيت لطواف العج والسمى	٤٥٠
حكم من ليس على رأسه شعر	٤٥٠
في الطواف	٤٥٣
في ما يستحب أن يكون عليه الطائف	٤٥٤
تنبيه في معنى الرمل ومحله	٤٥٤
فروع خمسة	٤٥٥
حكم من نسي طواف الزيارة حتى رجع إلى أهله وواقع	٤٥٥
تنبيه في الفرق بين الركن والفعل في العج	٤٥٦
حكم تخطية الرأس في الطواف	٤٥٧

حكم من نذر أن يطوف على أربع	٤٥٨
في السعي	٤٥٩
فيمن تمعن بالعمرة وظن أنه أتم فأحل وواقع ثم ذكر	٤٥٩
في الأحكام المتعلقة بمعنى	٤٦١
حكم من بات في غير منى	٤٦١
تنبيه في جواز الخروج من منى إلى مكة للعبادة	٤٦٢
حكم التكبير في منى	٤٦٣
حكم المنع من سكين دور مكة	٤٦٣
حكم رفع البناء فوق الكعبة	٤٦٤
في الاختصار والصلد	٤٦٥
في أقسام الصد وهي خمسة	٤٦٦
في من صد بعد إفساده الحج	٤٦٧
فوائد ثلاثة	٤٦٨
تنبيه على غلط في المقام	٤٦٨
حكم اندفاع العدو بالقتال أو المال	٤٧١
في أن المعتمر إذا تحمل يقضي عمرته عند زوال العذر	٤٧٢
في أن القارن المحصر يحج في القابل قارناً أو لا	٤٧٣
تنبيه في معنى الصد والمحصر وإن الفرق من وجوه ثلاثة	٤٧٣
حكم باعث الهدي تعطوماً	٤٧٤
أحكام الصيد	٤٧٥
في أن قتل الصيد موجب لغدنته	٤٨١
في استقرار الصمام بالإغلاق وعدمه	٤٨٢
حكم من نثر حمام الحرم	٤٨٣

المحتويات.....

٥٧٣.....	فروع خمسة
٤٨٣.....	فيمن أوقد ناراً فوقع فيها صيد
٤٨٤.....	في الواجب على المحل في الحرم
٤٨٥.....	في اشتراك جماعة محلين في صيد
٤٨٥.....	في تحريم الصيد وهو يوم الحرم
٤٨٦.....	فيما لو أصاب الصيد وهو خارج
٤٨٦.....	كرابية الصيد بين البريد والحرم
٤٨٧.....	حكم صيد حمام الحرم في العمل
٤٨٧.....	في عدم دخول الصيد في ملكه
٤٨٧.....	في أنه يجب ارسال الصيد أولاً؟
٤٨٩.....	في تكرر الكفاررة وعدمه
٤٩٠.....	في ما لو اشتري محل بيبض نعام لمحرم فأكله
٤٩٠.....	فروع خمسة
٤٩١.....	في عدم دخول الصيد في ملك المحرم
٤٩٢.....	في أن فداء الصيد المملوك لصاحبها، وغيره يتصدق به
٤٩٢.....	في كيفية الضمان
٤٩٤.....	فروع ثلاثة
٤٩٤.....	حكم من وجب عليه شاة في كفاررة الصيد وعجز
٤٩٥.....	في باقي المحظورات
٤٩٦.....	في الاستمناء
٤٩٦.....	حكم من واقع محرماً بعد أن طاف خمسة اشواط من طواف النساء
٤٩٧.....	فيما لو عقد المحرم لمحرم على امرأة ودخل بها
٤٩٧.....	فيما يجب في حلق الشعر

فيما يعجب في قلع شجر الحرم.....	٤٩٨
تنبيه في أن المرجع في الصغيرة والكبيرة هو العرف	٤٩٨
في الدهن والطيب وقلع السن.....	٤٩٩
في العمرة	٥٠١
حكم الآتian بعمرتين بينهما أقل من شهر واحد.....	٥٠١

كتاب الجهاد

في من يعجب عليه	٥٠٥
في من نذر المراقبة أو أن يصرف شيئاً في المراقبين	٥٠٦
فيما لو زاد المشركون على ضعف المسلمين	٥٠٨
في كيفية القتال.....	٥٠٩
في تحريم القاء السم ، والمبارزة بغير إذن الامام وعدمه	٥٠٩
تحقيق في انقسام المبارزة الى خمسة اقسام	٥١٠
في لزوم الوفاء بشرط أن لا يقاتله غيره	٥١٠
في الامام.....	٥١٣
في الاسارى	٥١٥
حكم الطفل المسيي	٥١٥
في ما لو اعتقد المسلم عبداً ذمياً بالنذر فلحق بدار الحرب فأسره المسلمون.....	٥١٦
في ما لو أسلم عبد العربي في دار الحرب قبل مولاه	٥١٧
أحكام الفنية	٥١٩
حكم التصرف قبل القسمة.....	٥١٩
فيما لو باع أحد الغانمين شيئاً أو وهبه للآخر	٥٢٠
حكم ما لو وجد في الفنية من ينعتق على بعض الغانمين.....	٥٢١

فرع..... ٥٢٢	في خمس السلب والجعائـل والرـضـخ..... ٥٢٢
٥٢٣.....	تبـهـان في التـفـلـ وـفـي السـلـبـ المـسـتـحـقـ لـلـقـاتـلـ
٥٢٤.....	في شروط السلـبـ وهـي خـمـسـةـ
٥٢٤.....	في سـهـمـ الـرـاجـلـ وـالـفـارـسـ
٥٢٥.....	في أـنـ الـاسـهـامـ لـلـخـيلـ هـلـ هو مـطـلـقـ أـمـ لـاـ ؟
٥٢٥.....	تبـهـيـهـ فـيـ أـوـصـافـ الـخـيلـ
٥٢٦.....	في أـنـ الـمـرـضـدـ لـلـجـهـادـ لاـ يـمـلـكـ رـزـقـهـ إـلـاـ بـالـقـبـضـ
٥٢٦.....	في أـنـ لـيـسـ لـلـأـغـرـابـ مـنـ الفـنـيـمـةـ شـيـءـ
٥٢٧.....	حـكـمـ مـاـ لـوـ عـرـفـتـ الفـنـيـمـةـ بـعـدـ الـقـسـمـةـ
٥٢٩.....	أـحـكـامـ أـهـلـ الـذـمـةـ
٥٢٩.....	الـشـيـخـ الـفـانـيـ وـالـمـمـلـوكـ
٥٣٠.....	حـكـمـ قـتـلـ الـرـجـالـ قـبـلـ عـقـدـ الـبـزـيـةـ وـبـعـدـ وـحـكـمـ النـسـاءـ فـيـ تـلـكـ الـحـالـ
٥٣٠.....	حـكـمـ الـمـجـنـونـ الـمـطـبـقـ
٥٣١.....	فـيـمـاـ لـوـ شـرـطـ عـلـىـ الذـمـيـ ضـيـافـةـ مـاـرـةـ الـعـسـكـرـ
٥٣٢.....	فـيـمـاـ لـوـ أـسـلـمـ الذـمـيـ بـعـدـ الـحـولـ وـقـبـلـ الـأـدـاءـ
٥٣٢.....	حـكـمـ التـظـاهـرـ بـالـمـنـاكـيرـ
٥٣٣.....	تبـهـيـهـ فـيـ جـمـلـةـ مـاـ يـشـتـرـطـهـ الـإـلـامـ عـلـىـ أـهـلـ الـذـمـةـ
٥٣٤.....	فـيـ مـاـ لـوـ خـرـقـواـ الـذـمـةـ فـيـ دـارـ الـإـسـلـامـ
٥٣٤.....	حـكـمـ الـكـيـسـةـ الـمـهـدـوـمـةـ
٥٣٤.....	فـيـ عـدـ جـوـازـ أـنـ يـعـلـوـ الذـمـيـ عـلـىـ الـمـسـلـمـينـ مـنـ مـجاـورـيـهـ
٥٣٥.....	حـكـمـ الـاستـيطـانـ فـيـ الـحـجـاجـ
٥٣٦.....	فـيـ تـحـدـيدـ جـزـيـرـةـ الـعـربـ

٥٧٦	غاية المرام / ج ١.....
٥٣٦.....	تنبيه في الريف.....
٥٣٧.....	حكم الهدنة أكثر من أربعة أشهر.....
٥٣٨.....	في جواز إقرار الذمي على ما انتقل إليه و عدمه
٥٣٩.....	في أنه هل يقبل رجوعه إلى دينه الذي انتقل عنه ؟
٥٣٩.....	حكم الأطفال مع الأصرار والقتل
٥٣٩.....	في ملك الكافر المصحف و عدمه
٥٤١.....	في قتال أهل البغي

كتاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

٥٤٥.....	في شروطهما.....
٥٤٦.....	حكم اقامة الحدود للوالى من قبل الجائز مع القدرة
٥٤٧.....	في جواز إقامة الحدود للفقهاء حال الغيبة و عدمه
٥٤٩.....	فهرست الكتاب

غَایَةِ الْمُرْفَعٍ
في شرح شرائع الإسلام

تأليف

الْفَقِيهُ الْمَحْقِيقُ
الشَّيْخُ مُفْلِحُ الصَّمْدِيُّ الْجَزَانِيُّ
مِنْ أَعْلَامِ الْقَرْبَتِ الشَّيْخُ الْجَزَانِيُّ

تَخْقِيقُ
الشَّيْخُ جَعْفَرُ الْكُوثَارَيُّ الْعَسَامِيُّ

الْجُنُونُ النَّافِعُ

كَالْمُبْكَارُ الْأَذِيعُ

غایة المیلود

فی سیح شراث عزالسلام

جَمِيعُ الْحُقُوقِ عَفْوَضَة
الطَّبَعَةُ الْأُولَى

١٤٢٠ - ١٩٩٩ م

دَارُ الْهَدْيَةِ الْإِلَيَّةِ لِلْقِبَاعَةِ وَالنِّسْرِ وَالتَّوزِيعِ

تلفون: ٨٢٠٣٤٢١٥ - ٨٢٠٣٤٠ - فاكس: ٦٠٣٣٧٩ - ٦٠٣٢١٢٠

ص.ب: ٢٨٦٥ / غَبَرِي - بَيْرُوت - لِبَنَان

غایة المُرْمَلَةِ

في شرح شرائع الإسلام

جمع داروى
٤٧ / نس. اموال:

تأليف
الفقيه المحقق

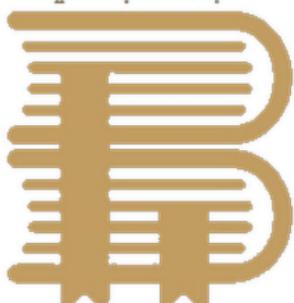
الشيخ مفلح الصيمرى البجزانى
من أعلام القرن التاسع الهجرى

تحقيق
الشيخ جعفر الكوثرى العالمى

الجزء الثانى

كتاب الفتاوى

شبكة كتب الشيعة



الله
يَعْلَمُ
مَا يَصْنَعُ
إِنَّمَا
يُنذَّهُ عَنِ
مَا يَعْمَلُ

كتاب التجارة

في ما يكتسب به

قال رحمة الله: وربما قيل بتعريج الأبوال كلها إلا بول الابل خاصة، والأول أشهى.

أقول: القائل بالمنع فيها^(١) عدا بول الابل هو الشيخ في النهاية، والمفید وتلميذه سلار؛ لأن الأبوال من الفضلات فأشببت البصاق والمخاط، فلا يجوز بيع ما عدا بول الابل للاستفهام عند الضرورة.

وقال في المبسوط جواز بيع كل بول مأكول اللحم؛ لأصالحة الجواز، ولأنها طاهرة كبول الابل.

واختاره ابن إدريس، والعلامة في المختلف، وذلك مع تقدير الاستفهام بها^(٢). قال رحمة الله: وفي الفيل تردد، والأشهى جواز بيعه؛ للانتفاع بعظمه. وقيل:

يجوز بيع السباع كلها؛ للانتفاع بجلدها أو ريشها، وهو الأشهى.

أقول: هنا مسألتان:

(١) - في «م» زيادة: في ما.

(٢) - قيد الاستفهام للعلامة خاصة، انظر المختلف: ٣٤٠.

الأولى: في المسوخ، ومنع من بيعها أكثر المتقدمين، وهو بناءً على القول بنجاستها.

وذهب أكثر المتأخرین إلى القول بجواز بيعها، من غير فرق بين الفيل وغيره، بل كل عين طاهرة قبل الذكاة، وهي أعيان طاهرة على المختار، يستنبط بجلودها إن كانت برية، ودهنها إن كانت بحرية، لكن يجب أن يقصد في البيع ما يجوز الارتفاع به من تلك الأعيان، لا ما لا يجوز.

الثانية: في السباع، وجوز ابن إدريس بيعها جميعاً لظهورها، وللارتفاع بريشها وجلودها، ولا صحة الجواز إلا ما قام الدليل على المنع منه.

وحرم الشيخ في النهاية والخلاف ما عدا الفهد.

وأجاز المفید بيع الفهد وسباع الطير.
والمعتمد الجواز مطلقاً.

قال رحمة الله: والقضاء على تفصیل سیاقٍ، ولا باس بأخذ الأجرة على عقد النکاح.

أقول: التفصیل هو أن القاضي إذا لم يتعمّن عليه القضاة وكان مضطراً، قيل: يجوز لهأخذ المیعل من المحاكمين، ومع عدم الضرورة أو التعمّن عليه لا يجوز له، وسيأتي تحقیق ذلك في باب القضاة إن شاء الله تعالى.

وأما الأجرة على إيقاع عقد النکاح وغيرها من العقود فجائز، وهي المباشرة للايقاع سواء كان نائباً عن الزوجة أو الزوج، أو البائع أو المشتري.
ولا يجوز أخذها على تعليم الصيغة وإنقانتها على أحد^(٣) المتعاقدين؛ لأن ذلك من باب الواجب على الكفاية - كتسهيل الموق ودفعهم وحملهم، وغير ذلك من الواجبات على الكفاية - لا يجوز أخذ الأجرة عليه.

فرع: يجوز للغاسلأخذ الأجرة على الفسالات المندوبة، ويجوز على تعميق القر على القدر الواجب وإن زاد على المثل، اذا كان المقصود من الأجرة ذلك الفعل المندوب.

ويشترط إجازة جميع الورثة إن كانت الأجرة من التركة.

وإذا وقعت الإجارة على الفعل الواجب كان العقد باطلأ.

وهل يكون الفعل حراماً يأثم فاعله أم لا؟

يمتحن ذلك؛ لأنه فعله على وجه ليس بشرعى فيكون بدعة (وكيل بدعة) (٤) حرام.

ويتحتمل إباحة الفعل؛ لأنه طاعة، ولا تحريم، ولا يلزم من تحريم الأجرة تحريم الفعل.

تنبيه: قال فخر الدين رحمة الله في كتاب الإجارة (٥) من شرح القواعد في شرح جواز أخذ الأجرة على تعليم الفقه: والحق عندي أن كل واجب على شخص معين لا يجوز للمكلف به أخذ الأجرة عليه.

والذى على الكفاية، فإن كان لو (٦) أوقعه بغير نية لم يصح ولم ينزل الوجوب به، لا يجوز أخذ الأجرة عليه؛ لأنه عبادة محضة (٧)، وقال تعالى: ﴿وَمَا أَمْرُوا إِلَّا يَقْبَلُوا اللَّهُ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ﴾ (٨). حصر غرض الأمر في اختصار غاية الفعل في الإخلاص، وما يفعل بالغرض لا يكون كذلك، فلا يصح.

(٤) - ما بين القوسين لم يرد في «ن»، وبدل (حرام)، (حراماً).

(٥) - في جميع النسخ ورد: (السجارة) بدل (الإجارة)، وال الصحيح ما أثبتناه؛ وكلام فخر الدين (ره) المنقول هنا موجود في كتاب الإجارة دون التجارة.

(٦) - لم ترد في «ن».

(٧) - من «ي» و«م»، وفي باقي النسخ: عخصوصة.

(٨) - الآية: ٥.

وغير ذلك يجوزأخذ الأجرة عليه، إلا ما نص الشارع على تحريره كالدفن^(٤) هذا آخر كلامه رحمه الله.

جعل الضابط في تحريم الأجرة على الأفعال الواجبة على الكفاية هو فعل مشروط بالنسبة، وما ليس مشروطاً بها لا تحرم الأجرة عليه، قال: إلا ما نص الشارع على تحريره كالدفن، وقد ذكر في هذه المسألة أن جميع الصنائع واجبة، وأن كل ما ينتمي به أمور النوع^(٥) واجب على الكفاية مع عدم تحريم الأجرة على هذه الأشياء، فأراد أن يجعل ضابطاً لما يحرم الأجرة عليه منها.

وفي هذا الضابط نظر؛ لأن الضابط إنما يكون في الغالب للأشياء المترفة التي يعتبر حصرها، دون ما لا يعتبر حصره، والمشروط بالنسبة من الأفعال الواجبة على الكفاية التي يحرمأخذ الأجرة عليها فعلاً لم يحضرني الآن غيرها، وهذا: تسهيل الموق والصلة عليهم.

أما غير المشروط بالنسبة مع اشتئار تحريمأخذ الأجرة عليه فهو كثير متعدد ربما يسر حصره، وذلك مثل توجيه الميت حال الاحتضار، وحمله، وتكفيفه، ودفنه، وحضر القبر، وتعليم الواجب من الفقه، والواجب من القرآن، والدلالة على المعارف الالهية بطريق التبيه، والقضاء، وتعليم صيغ العقود، وإلقاءها على المتعاقدين حالة إيقاع العقد، وغير ذلك مما فيه الخلاف بين العلماء.

فإن قيل: إن هذه الأفعال منصوص على تحريم الأجرة عليها، وهو قد استثنى ذلك.

قلنا: الأفعال كلها يجب أن تكون منصوصة أو متفرعة على المنصوص، وهذه وإن كانت منصوصة فهي كثيرة متفرقة، وهي أولى بالضابط من غير الكثير

(٤) - ايضاح الفوائد ٢ : ٢٦٤ .

(٥) - في «ن» و«ي» : (الشرع). وما في المتن موافق لايضاح المطبع .

المتفرق مع كونه منصوصاً يعرفه من له أدنى معرفة، مع أنه رحمة الله أطلق المぬ من الأجرة على المشروط بالنية من واجب الكفاية، وعنه أن اليوم المتكسر على الأولياء واجب على الكفاية.

قال في القواعد: ولو انكسر يوم فكالواجب على الكفاية.

قال رحمة الله في شرحه: الأولى: في كيفية وجوب ذلك اليوم عليهما، ولا شك في سقوطه عن كل واحد بفعل الآخر، فهل عدم فعل كل^(١٠) واحد شرط في وجوبه على الآخر ويكون من قبيل الواجب المشروط وجوبه، أو من قبيل الواجب على الكفاية، فلذلك قال: فكالواجب على الكفاية. ولم يجزم بكونه واجباً على الكفاية، وليس من المباحث المهمة هنا، والأقوى أنه واجب على الكفاية^(*). وهو مشروط بالنية إجماعاً.

وقد ذهب الشهيد وأبو العباس إلى جواز استبعاد بعض الأولياء لبعض على ما يخص المستأجري، فانحرفت القاعدة التي جعلها ضابطاً لتعريف الأجرة، لكن هو أعلم بما قال.

قال رحمة الله: لا يجوز بيع شيء من الكلاب إلا كلب الصيد، وفي كلب الماشية والزرع والحانط تردد، والأشبه المنع.

أقول: أما كلب الصيد فيمه جائز قطعاً، سواء كان سلوقاً - وهو المنسوب إلى قرية من اليمن اسمها سلوق - أو غير سلوق. وأما كلب الماشية، والزرع، والحانط - وهو البستان - وكلب الدار أيضاً، فقد اختلف فيها.

فذهب الشيخان وأبن البراج إلى عدم جواز بيع هذه الأربع، لرواية

(١٠) - لم ترد في «ن».

(*) - ايضاح الفوائد ١ : ٢٣٨.

السكوني^(١١) عن الصادق عليه السلام.

ولرواية الوليد القمي: «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن ثمن الكلب الذي لا يصيد؟ فقال: سحمت»^(١٢).

والجواز مذهب ابن الجنيد وابن حمزة.

واختاره ابن إدريس والعلامة وأبي العباس.

وهو المعتمد؛ لأن العلة المسوجة لبيع كلب الصيد - وهي الانتفاع به -

حاصلة في هذه الأربعة، ولأنه يجوز اقتناوها وإجارتها، فيجوز بيعها، ولأن لها

ديات مقدرة^(١٣) في الشرع، فيجوز بيعها.

(١١) - الوسائل ، كتاب التجارة باب ٥ من أبواب ما يكتب به ، حدث ٥ .

(١٢) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٤ من أبواب ما يكتب به ، حدث ٧ . وفيه

«العياري» بدل «القمي» ، وفي التهذيب «العامري» ، لاحظ التهذيب ٦ : ٣٦٧ / ١٠٦٠ .

(١٣) - في «ن» : متعددة .

في عقد البيع

قال رحمه الله: وهل يشترط تقديم الاعياب على القبول؟ فيه تردد،
والأشبه عدم الاشتراط.

أقول: الاشتراط مذهب الشيخ وابن حمزة وابن إدريس. واختاره
فخر الدين؛ لأصالة بقاء الملك على مالكه، لا ينتقل عنه إلا بسبب شرعي صالح
للنقل، ولم يثبت كون العقد المقدم فيه القبول سبباً شرعياً، فيبقى على الأصل.
وعدم الاشتراط مذهب ابن البراج، وختاره المصنف، والعلامة في
التحرير، والشميد. وهو المعتمد؛ لاصالة الجواز، ولأن الأصل اعتبار الرضى، ولا
عبرة بترتيب^(١٤) الألفاظ، إذ الشرط الاعياب والقبول وقد حصل، وأنه غير
معتبر في النكاح، فكذا هنا.

وأجيب بالفرق بين النكاح وغيره؛ لأن العلة الموجبة في جوازه في
الفاط^(١٥) النكاح - وهي حياء المرأة - متنافية هنا.

(١٤) - في «ن»: بترتib.

(١٥) - من «ن» و«ر».

قال رحمة الله : وكذا لو بلغ عشرًا عاقلاً على الأظهر.

أقول : وردت رواية بصحبة يبعه إذا بلغ عشر سنين رسيداً^(١٦) ، وعمل أكثر الأصحاب على المنع من العمل بهذه الرواية.

قال رحمة الله : ولو أمر آمر أن يبتاع له نفسه من مولاه ، قيل : لا يجوز ، والجواز أشبه .

أقول : قال ابن البراج : لا يصح إلا أن يأذن له سيده في ذلك ، فإن لم يأذن له لم يصح .

وقال في المبسوط : قيل : فيه وجهان :

أحدهما : يصح ، كما لو وكله في شراء عبد آخر بإذن سيده . والثاني : لا يصح ؛ لأن عبد كيد السيد ، وإيجابه وقوله كإيجاب سيده وقوله ، فإذا كان كذلك فأوجب السيد قبل هو ، صار كأن السيد الموجب القابل ، وذلك لا يصح ، قال : والأول أقوى .

وهذا يدل على المنع وإن أذن السيد ، وهو بناءً على عدم جواز أن يكون الإنسان الواحد موجباً قابلاً .

والمعتمد الجواز مطلقاً ، سواء أذن السيد أو لم يأذن ، أما مع الإذن فظاهر ؛ لأن عقوده جائزة بإذن سيده ، وأما مع عدم الإذن ، يكون إيجاب السيد كالإذن ، فلا مانع من ذلك ، مع أن الأصل الجواز .

قال رحمة الله : ولو باع ملك غيره ، وقف على إجازة المالك أو ولئه على الأظهر .

أقول : وقوفه على الإجازة مذهب الشیخ في النهاية ، وبه قال المفید وابن الجنید وابن حمزة . واختصاره المصنف والعلامة والشهید ؛ لأنه بيع صدر من أهله

- وهو البائع العاقل المختار، وكل من كان فيه هذه الصفات كان أهلاً للبيع - في محله، وهي العين التي يصح علوكها ويتنفع بها قابلة للنقل من مالك إلى غيره. والمانع عدم ملك البائع للعين، وهو لا يصلح للباعنية؛ لأنَّه لو أذن له في البيع قبل العقد جاز قطعاً؛ فكذلك مع الإجازة بعد العقد؛ إذ لا فرق بينهما. ولما رواه عروة البارقي: «أنَّ النبي صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أَعْطَاهُ دِينَاراً لِيُشْتَرِي بِهِ شَاةً فَأَشْتَرَى شَاتِينَ، ثُمَّ بَاعَ إِحْدَاهُمَا فِي الطَّرِيقِ»، قال: «فَأَتَيْتَ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فَأَخْبَرْتَهُ بِالشَّاةِ وَالدِّينَارِ»، فقال: «بَارِكِ اللَّهُ لَكِ فِي صِفَةِ مَيِّنَكَ»^(١٧).

وجه الاستدلال أنه باع الشاة الثانية من غير إذن النبي صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، ثم أجزاء النبي صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، فلو كان البيع باطلًا لما أجازه النبي صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ.

وقال في المسوط والخلاف: يقع باطلًا. واختاره: ابن إدريس وفخر الدين؛ للنبي عن التصرف في مال الغير^(١٨)، والبيع تصرف. ولقوله عليه السلام لحكيم بن خزام: «لَا تَبْيَعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»^(١٩)، والمعتمد الأول؛ لأنَّ النبي عن التصرف في مال الغير إنما هو مع عدم الإذن، والإجازة إذن.

فروع :

الأول: على القول بصحة البيع مع الإجازة، هل ينتقل إلى المشتري من حين العقد، أو من حين الإجازة؟

يحتمل الأول: لأنَّ سبب الانتقال هو العقد المرضي به، وقد علمنا بالإجازة حصول الرضى، فتكون الإجازة كافية عن حصول الملك من حين العقد، كالإذن

(١٧) - المستدرك، كتاب التجارة، باب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه، حديث ١.

(١٨) - الوسائل، كتاب الصلاة، باب ٣ من أبواب مكان المصلٰى، حديث ١ و ٢.

(١٩) - سنن الترمذى : ج ٢، كتاب البيوع، باب كراهة بيع ما ليس عندك ، حديث ١٢٢٢ .

السابق عليه.

ويحتمل الثاني: لأن الإجازة إما شرط أو جزء، والشرط مقدم على الشروط، والمعلول مؤخر عن العلة، فلا يحصل الملك قبلها، وإلا لزم تقدم الشروط على شرطه، والمعلول على علته، وهو باطل.

وتفتقر الفائدة في القاء، فإن قلنا بالانتقال من حين العقد، ثم حصل للمبيع غاء فيها بين العقد والإجازة، كان للمشتري. وعلى القول من حين الإجازة فهو للبائع. وكذلك الثمن لو^(٢٠) كان البيع بالعين ثم حصل غاء قبل الإجازة، فعل الأول الغاء للبائع، وعلى الثاني لل المشتري؛ لأن انتقال الثمن مترب على انتقال المبيع.

الثاني: هل يشترط ثبوت المميز لعقد الفضولي في الحال؟ بمعنى أنه يشترط كون المالك بالغاً عاقلاً حتى تصح إجازته في الحال، أو لا يشترط، وتوقف الإجازة إلى حين البلوغ والعقل، فإن أجازه حيثئذ جاز، وإلا بطل؟

يحتمل الاشتراط؛ لأن البيع إذا بطل في وقت بطل دانماً، وحال عدم المميز تتنعم الصحة؛ لأنه لو أجاز حالة الصغر أو الجنون لم تصح الإجازة، وإذا بطل حالة العقد لعدم المميز بطل فيها بعد ذلك، فلا يؤثر فيه الإجازة بعد البطلان.

ويحتمل عدم الاشتراط؛ لجواز تأخير الإجازة زماناً طويلاً بعد العقد، وعدم وجوب مقارنتها للعقد، وإذا جاز تأخيرها للبالغ عن زمان العقد اختياراً وإن طال الزمان، ثم يحيى بعد ذلك ما لم يرد، جاز كون العقد ليس له مميز في الحال، لعدم اشتراط الإجازة في الحال. والأول مذهب القواعد، والثاني مذهب الدروس.

وعلى القول بالثاني، يمنع المشتري من التصرف في المبيع والثمن معاً إن اشتري بالعين، أما منعه من المبيع فلا حائل عدم الإجازة، وأما منعه من الثمن

(٢٠) - في «ن»: ولو.

فلاحتلال الإجازة.

ولو تصرف ضمن العين ومنافعها، ويرجع المالك على من شاء، ويستقر الضمان على المشتري. وكذا لو كان المالك بالغًا رشيداً.

الثالث: لو باع مال غيره^(٢١) ثم ملكه قبل فسخ المالك وإجازته، اتفق إلى الإجازة من البائع؛ لأنّه باع وهو غير المالك، ولا بد من إجازة المالك، وقد صار مالكًا فلا بد من إجازته.

واختار فخر الدين نفوذ البيع من غير توقف على الإجازة على القول بصحمة بيع الفضولي؛ لأن إجازة المالك موجبة لصحة فعل المبادر، فذلك المباشر أبلغ بایعجاب الصحة.

واشترط العلامة الشهيد الإجازة من غير تردد. وهو المعتمد؛ لما قلناه.

الرابع: لا فرق بين الفاصل وغيره في صحة بيعه مع الإجازة.

الخامس: قال صاحب الدروس: ولو رتب العقود على العين والثمن، فللمالك إجازة ما شاء، ومها أجاز عقداً على المبيع صح وما بعده خاصة، وفي الثمن ينبع من ذلك كلامه رحمة الله.

بيانه: إذا باع الفضولي عبداً زيد بمحاربة لمعرو مثلاً، فالعبد هو المبيع والمحاربة هي الثمن، فإذا بيع العبد مراراً، وبيعت المحاربة مراراً، تخير زيد صاحب العبد في إجازة ما شاء من العقود المرتبة على المبيع وهو العبد، وعلى الثمن وهو المحاربة.

فإذا أجاز عقداً على المبيع صح وما بعده خاصة؛ لدخوله في ملك المشتري بالإجازة، فيصح تصرفه فيه.

وإذا أجاز عقداً على الثمن، صح وما قبله خاصة؛ لتضمن الإجازة الملك، ولا

(٢١) - في «ي ١»: الغريم.

يلك الثمن إلا بإجازة العقود السابقة، فتصح العقود السابقة وتبطل اللاحقة، لصدورها عن غير مالك ولا يعفيها إجازة مالك، فاقفهم ذلك.

قال رحمة الله : وقيل : لا يرجع بالثمن مع العلم بالغصب.

أقول : إذا باع الغاصب العين المغصوبة ولم يجز المالك ، استردها وجميع منافعها ، وإن تلفت تغير في الرجوع على أيها شاء ، فإن رجع على المشتري ، رجع المشتري على الغاصب - مع المجهل بالغصب - بجميع ما غرم.

وإن كان عالماً بالغصب ، قال علهاونا : لا يرجع على الغاصب بشيء؛ لأن دفع المال بغير عرض ، وأطلقوا القول في ذلك . وفضل العلامة ، قال : إن كان الثمن موجوداً كان للمشتري أخذته ، وإن كان تالفاً لم يكن عليه شيء . وهو المعتمد؛ لأنه ملك له لم ينتقل إلى البائع؛ لوقوع العقد باطلًا ، فيسلط على أخذته؛ لبقائه على ملكه ، أما مع التلف فقد سلطه على تلفه مجاناً؛ لعلمه بعدم استحقاق المبيع ، فلا يستحق مطالبه بشيء .

تنبيه : قال الشيخ في النهاية : من غصب غيره مالاً واشترى به جارية ، كان الفرج له حلالاً . قال العلامة في المختلف بعد أن ذكر مذهب ابن إدريس ومذهب الشيخ في المسائل الحائزية : كلام الشيخ في النهاية يحتمل أمرين : أحدهما : ما ذكره في جواب المسائل الحائزية ، فإن الشراء بالمال أعم من أن يكون بالعين أو في الذمة ، وإن كان الأول هو الظاهر ، لكن يمكن العدول عن الظاهر للعلم به .

الثاني : أن يكون البائع عالماً بأن المال غصب ، فإن المشتري حينئذ يبيح وطي المغاربة ، وعليه وزر المال .

وكلام العلامة هذا يدل على حصول الملك للمشتري بالعين المغصوبة مع

علم البائع بالغصب، وإلا لما جاز وطى الجارية، إذ جواز (أخذ الثمن مع جواز) (٢٢) الوطى للمشتري يترتب على ثبوت الملك، وهو مناقض لتفصيله الذي فصله، وهو جواز أخذ الثمن مع وجوده للعام بغضب المبيع؛ لأن علة الجواز وقوع البيع فاسداً وعدم ملك البائع له.

ولا فرق بين غصب الثمن أو المثمن في عدم صحة البيع إذا وقع على العين، فالجمع بين جواز انتزاع عوض المغصوب مع بقاء عينه والعلم بالغصب، وبين جواز وطنه، مناقضة بيته.

اما على إطلاق الأصحاب عدم جواز الرجوع بعوض المغصوب مع العلم بالغصب، فربما يتمنى؛ لأنه قد ملك الجارية بغير عوض؛ لعلمه بعدم استحقاقه للعوض الذي قبضه مقابلها، فيكون قد دفعها إليه مجاناً.

والمعتمد عدم جواز وطى هذه الجارية، لتوقف الإباحة على الملك أو على عقد النكاح أو التحليل، ولا هنا شيء منها، فيبق على أصلالة التحرير، إلا أن يكون المشتري بالذمة، فيباح له حينئذ وإن دفع المغصوب عوضاً.

قال رحمة الله: وهل يجوز أن يتولى طرف العقد؟ قيل: نعم، وقيل: لا، وقيل: إن علم الموكل جاز، وهو أشبه.

أقول: قال الشيخ في المسوط والخلاف: لا يجوز لنغير الأب والجد تولي طرف العقد، نعم لو وكله في ذلك جاز.

وهو اختيار المصنف؛ لأنه اشترط إعلام الموكل، وكذلك العلامة في القواعد.

احتج الشيخ بأنه لا دليل عليه، وتنظر التهمة إليه ببيعه على نفسه.

وذهب أبو الصلاح إلى الجواز مطلقاً، واختاره الصلاة في المختلف، وفخر الدين في شرحد؛ لأنه أذن له في البيع مطلقاً على كل مالك دافع للثمن،

فيدخل الوكيل في هذا الإذن، ولقوله تعالى: ﴿وَأَحْلَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ (٢٣). ولا امتناع من كونه موجباً قابلاً لأنَّه موجب باعتبار البيع، قابل باعتبار الشرى، فهو قائم مقام شخصين، فلا مانع حينئذ، وهذا هو المعتمد. وقد اطلق ابن الجنيد المنع، ولم يقيده بعدم الإعلام ولا غيره.

قال رحمه الله: والوصي لا يضي تصرفه إلا بعد الوفاة، والتزدد في توليه لطرف العقد كالوكيل. وقيل: يجوز أن يقوم على نفسه وأن يفترض إذا كان ملياً.
أقول: هنا مسألتان:

الأولى: في توليه طرف العقد، والجواز مذهب الشيخ في النهاية، والعلامة وابنه والشهيد، وهو المعتمد؛ لما قلناه في حق الوكيل.

وقال ابن إدريس: الذي يقتضيه مذهبنا أنه لا يجوز أن يشتري لنفسه بحال؛ لأنَّ الإنسان لا يجوز أن يكون موجباً قابلاً في عقد واحد؛ لأنَّ العقد لا يكون إلا بين اثنين، ولا يصح ذلك إلا ما خرج بآجاعنا، من الوالد إذا اشترى مال ولده الصغير، فلا تقيس غيره عليه بحال؛ لأنَّا لا نقول بالقياس في الشريعات.

والجواب: عدم امتناع أن يكون موجباً قابلاً باعتبارين.

الثانية: في جواز الاقتراض مع الملاءة. وهو المشهور بين الأصحاب، وهو مذهب الشيخ، وجزم به العلامة في القواعد. وهو المعتمد؛ لأنَّه أمن، له التصرف بجميع ما فيه غبطة للموالٌ عليه، ولا يمنع جواز اقتراضه ما لم يخالف مصلحة الموالٌ عليه.

ومنع من ذلك ابن إدريس وقال: هذا غير واضح ولا مستقيم، ولا يجوز له أن يستقرض شيئاً من ذلك، سواء كان متمكناً في الحال من ضنه وغرامته، أو لم يكن؛ لأنَّه أمن، والأمن لا يجوز له أن يتصرف لنفسه على حال من الأحوال،

وأنا أورد شيخنا ذلك إيراداً لا اعتقاداً. والجواب ما قدمناه.
قال رحمة الله: وأن يكون المشترى مسلماً إذا ابتع مسلماً، وقيل: يجوز
ولو كان كافراً، ويجب على بيعه من مسلم، والأول أشبه.

أقول: عدم الجواز مذهب الشيخ رحمة الله، و اختاره المصنف والعلامة
والشهيد. وهو المعتمد، لقوله تعالى: ﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِكَافِرِينَ عَلَى الْمُرْسَلِينَ سِبِيلًا ﴾^(٢٤). ودخوله في ملك الكافر أعظم السبيل.

واحتاج المجوزون بأن للكافر أهلية الملك، والعبد المسلم يصح تملكه،
والسبيل يتني بإيجاره على البيع، كما لو أسلم الكافر وهو في ملك كافر.

قال رحمة الله: ولو ابتع أباء المسلمين، هل يصح؟ فيه تردد، والأشبه
الجواز؛ لانتفاء السبيل بالعقد.

أقول: منع الشيخ وابن البراج من ذلك؛ ثبوت السبيل بدخوله في ملكه.
وذهب المصنف والعلامة والشهيد إلى الجواز. وهو المعتمد؛ لأن في آن العقد لا
سبيل له بدخوله عليه، وفي الآن الثاني يعتق عليه، فلا يتحقق ثبوت السبيل، فلا
يتتحقق المانع.

قال رحمة الله: والأرض المأخوذة عنوة، وقيل: يجوز بيعها تبعاً لآثار
المتصرف، وفي بيع بيوت مكة تردد، والمروي المنع.

أقول: من أصلة الجواز.

ومن أن المفتوحة عنوة^(٢٥) ملك لجميع المسلمين، فلا يختص بها أحد دون
غيره، فيصح بيع آثار التصرف، كالبغدران والسوق وغير ذلك، فتدخل الأرض
تبعاً لذلك الآثار.

(٢٤) - النساء : ١٤١ .

(٢٥) - في «يٰٰ» بزيادة للناس .

وأمثالها مكثة فهي من المفتوحة عنوة أيضاً؛ لقوله تعالى: ﴿سَوَاءَ الْعَاكِفُ فِيهِ
وَالْبَادِ﴾ (٢٦).

والمسجد الحرام اسم لجميع الحرمين؛ لقوله تعالى: ﴿سَبْعَانَ الَّذِي أَسْرَى
بِعْدَهُ لِيَلَّا مِنَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ إِلَى الْمَسْجِدِ الْأَقْصَى﴾ (٢٧) والإسراء كان من بيت
خدبيبة، وروي (٢٨) من شعب أبي طالب، وهما خارجان عن المسجد، فقد سماه
الله تعالى مسجداً.

والمعتمد الجواز تبعاً للآثار، فلو أوقع العقد على الأرض خاصة، لم يصح
وكان باطلأً، هذا على القول بأنها فتحت عنوة.

وعلى القول بأنها لم تفتح، بل طلبوا الأمان، فقد لهم النبي صلى الله عليه
والله وسلم الأمان، وقال: «من دخل بيته فهو آمن، ومن ألق سلاحه فهو آمن، ثم
دخلها من غير قتال» (٢٩). فعل هذا يجوز بيع رقبة الأرض إذا قلنا بالفرق بينها
وبين المسجد، واختاره العلامة.

قال رحمة الله: فلا يصح بيع الوقف ما لم يؤدّ بقاوه إلى خرابه (الاختلاف
بين أربابه) (٣٠) ويكون البيع أعود، على الأظهر.

أقول: منع ابن الجنيد وابن إدريس من بيع الوقف مطلقاً؛ رواية علي بن
رئاب (٣١)، ولعدم الاختصاص؛ لمشاركة البطون المتتجدة فيه، ولأنه مشروط
بالتأييد، فلا يجوز تغيير شرطه.

(٢٦) - المحج : ٢٥.

(٢٧) - الإسراء : ١.

(٢٨) - البخاري : ١٨ : ٢٨٠.

(٢٩) - البخاري : ٢١ : ١٢٩، ١١٩.

(٣٠) - ما بين القوسين من الشرانع.

(٣١) - الوسائل . كتاب التجارة ، باب ٦ من أحكام الوقف والصدقات .

وأجاز المفید والسيد بيعه إذا كان أفعى لأرباب الوقف من بقائه. والمصنف اشترط في الجواز حصول الخراب مع إيقائه، واختاره العلامة وأبو العباس. وهو المعتمد؛ لأنَّ الفرض الأقصى من الوقف تحصيل منافعه، وقد تذررت، فيجوز بيعه، ويشترى بعنه ملك يستغله ^(٣٢) الموقوف عليهم، ومها أمكنت المائة بينه وبين الوقف كان أولى، ولا يجوز صرف ثمنه في غير ذلك مع التken.

قال رحمة الله: ولا يجوز بيع أم الولد ما لم يمت، أو في ثمن رقبتها، مع إعسار مولاهما، وفي اشتراط موت المالك تردد.

أقول: مشتبه من عموم النهي عن بيع أمهات الأولاد، خرج منه جواز بيعها في ثمن رقبتها إذا مات مولاها ولم يختلف سواها، يبق الباقى على المنع؛ ولأنَّ مع حياة المولى للمال محل، وهو ذمة المولى. ومن إطلاق الأصحاب جواز بيعها عند الإعسار بثمنها. وصرح ابن الجنيد بجواز بيعها في حال حياة سيدها مع الإعسار بثمنها، ولرواية زرارة ^(٣٣)، عن الباقي عليه السلام، وهذا هو المعتمد.

تنبيه: يجوز بيع أم الولد في أماكن:

الأول: في هذه الصورة المذكورة في هذا الكتاب.

الثاني: إذا مات ولدها جاز بيعها عند الخاصة. والعلامة يثبتون لها حكم الاستيلاد مع موت ولدها.

الثالث: إذا أسلمت تحت الذمي بيعت عليه على المختار.

الرابع: إذا مات سيدها، وعليه دين يحيط بالتركة وإن لم يكن ثناً لها.

الخامس: إذا حلت بعد الإرتهان؛ لسبق حق المرتهن على الأقرب.

(٣٢) - من «م» وفي الباقى من النسخ : يشفله .

(٣٣) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢٤ من بيع الحيوان ، حدیث ٣ .

السادس: تباع في الجنابة.

السابع: إذا أُعسر مولاها عن نفقتها دفعاً للضرورة.

الثامن: تباع إذا حملت بعد التفليس والمحجر على أمواله؛ لسبق حق الفرما

على الاستيلاد.

التاسع: تباع على من تعتق عليه بالملك على الأقرب؛ لحصول المطلوب،

وهو العتق.

العاشر: تباع إذا ارتد ولدها عن فطرة؛ لمساواة الارتداد للموت.

الحادي عشر: تباع إذا كان ولدها كافراً وهناك ورثة مسلمون؛ لعدم إرثه

منها.

الثاني عشر: تباع إذا كان ولدها قاتلاً عمداً، لعدم ميراثه منها أيضاً.

وبالجملة: كل موضع يمنع ولدها من الارث فإنه يجوز بيعها؛ لأنها إنما تعتق من

نصيب ولدها، فإذا لم يكن له نصيب لم تعتق وجاز بيعها.

قال رحمة الله: ولا يمنع جنابة العبد في بيته ولا عتقه، عمداً كانت الجنابة

أو خطأً، على تردد.

أقول: البحث هنا في موضعين:

الأول: في بيع الجناني، ولا خلاف في جواز بيعه إذا كانت الجنابة خطأً أو

شبه العمد، ويضمن المولى أقل الأمرين من قيمة ودية الجنابة، ولو استثنى كان

للمجني عليه أو وليه^(٣٤) انتزاع العبد، فيبطل البيع، وكذلك لو كان المولى معسراً،

وللمشتري الفسخ مع الجهة؛ لترزيل ملكه ما لم يقدر المولى.

إذا كانت الجنابة عمداً، قال الشیخ: لا يصح بيعه؛ لأنه مستحق للقتل.

والمشهور المحواز؛ لأنه لم يخرج باستحقاقه للقتل عن ملك المالك، ولأنه

(٣٤) - في «م» و«ي» ١: أولوية.

الصحة، ولعدم إسقاطه^(٣٥) لحق المجنى عليه، فلا مانع منه. وإذا باعه كان مراعي، فإن قتل أو استرق بطل البيع، وإن عُنِّ الولي أو صالح على مال التزمه^(٣٦) المالك لزم البيع.

الموضع الثاني: في جواز عتق العبد الجنائي، وقد اختلف الفقهاء في ذلك.
 قال الشيخ في المبسوط: الذي يقتضيه مذهبنا أن الجنائية إن كانت عمداً نفذ العتق؛ لأن حق المجنى عليه من القواد لا يبطل بصيرورته حراً، وإن كانت خطأ لم ينقض؛ لأنها تعلقت برقبته، والعتق يعني الاسترقاء. وقال في التهابية بجواز عتقه إذا كانت خطأً، ويلزم المعتق الديبة؛ لأنه عاقلة العبد. وأiben إدريس قوى مذهب المبسوط.

وقال العلامة في المختلف: المعتقد أن يقول: إن كانت عمداً لم يصح عتقه إلا أن يحيى أولياء المقتول، وإن كانت خطأً وكان موسراً جاز، وإلا فلا. وفي القواعد أجاز العتق إن كانت خطأً بشرطين: إما دفع الديبة قبل العتق، أو يضمنها ويرضى الولي بالضياع لا بذونها. وهو يدل على عدم جواز عتقه في العمد والخطأ معاً؛ لأن مع حصول أحد الشرطين لا كلام في صحة العتق؛ لزوال تعلق الجنائية برقبة العبد، أما مع إداء المال ظاهر. وأما مع الضياع فلأن الضياع مع رضى الولي ناقل للأرض من رقبة العبد إلى ذمة المولى، فلا كلام في جواز العتق بعد أحد هذين الشرطين. وهذا هو المعتقد.

أما عدم جوازه في العمد؛ لأنه يؤدي إلى إسقاط حق المجنى عليه؛ لأنه يحيى بين قتله وبينه واسترقاءه، والعتق يعني من البيع والاسترقاء، وكل تصرف يعني حق الغير فهو باطل.

(٣٥) - هامش «ر ٢» : استحقاقه .

(٣٦) - في «ن» و«ر ١» : ألمذه .

وأما عدم جوازه في الخطأ؛ [فـ] لأن الجنائية متعلقة برقبته، ومع عدم افتراك المولى له، فهو خير بين البيع والاسترقاء، والعتق يمنع من ذلك فيكون باطلًا.

قال رحمة الله: ولو باع ما يتذرع تسليمه إلا بعد مدة، فيه تردد، ولو قيل بالجواز مع ثبوت الخيار للمشتري كان قويًا.

أقول: منشأه من أصلالة الصحة، وكونه مالًا مملوكاً مقدوراً على تسليمه بعد مدة فيصح بيده، ويثبت الخيار للمشتري مع عدم العلم. وهو المعتمد. ومن أن القدرة على تسليمه شرط في صحة البيع، وهو غير مقدور على تسليمه في الحال، فلا يصح بيده.

قال رحمة الله: فلو باع بحكم أحدهما لم ينعقد، ولو تسلمه المشتري فتلف، كان مضموناً عليه بقيمه يوم قبضه، وقيل: بأعلى القيم من يوم قبضه إلى يوم تلفه، وإن نقص فله أرشه، وإن زاد بفعل المشتري كان له قيمة الزيادة وإن لم يكن غنياً.

أقول: إذا باع بحكم أحدهما أو ثالث، كان البيع باطلًا، فإن قبضه المشتري كان للبائع انتزاع العين مع بقائها، فإن تلفت كانت مضمونة على المشتري. وهل يضمنها بأعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف، أو بقيمتها يوم قبضها؟ اختلف الأصحاب في ذلك.

ذهب الشيخ إلى ضمانها بالصحة يوم قبضها؛ لأنه وقت الحيلولة. وذهب ابن إدريس إلى ضمانها بأعلى القيم؛ لأنها مضمونة عليه في جميع الحال؛ لعدم انتقالها عن ملك البائع بالقبض، وعدم دخوها في ملك المشتري، ومن جملة الحالات الحالة العليا، فتكون مضمونة عليه بقيمتها تلك الحالة. وهذا هو المعتمد.

وإذا انتزع العين مع بقائها، هل يرد عليه ما زاد بفعله، سواء كان أثراً كتعليم الصنعة أو عيناً كالصيغة؟ قوله:

أحدهما: لا يرد عليه شيئاً؛ لأنّه وضعه في ملك غيره بغير إذنه، ولا يمكن انفصاله، فلا شيء له، سواء كان أثراً أو عيناً.

وقيل: يكون شريكاً بنسبة الزيادة، سواء كانت عيناً أو أثراً؛ لأنّه لم يتبرع بها، ولم يخرج عن ملكه بإضافتها إلى ملك الغير، والمنع من التصرف لا يرفع الملك عن مستحقه. أما لو كانت الزيادة لا بفعله كالاسم فانه لا يكون شريكاً بشيء قطعاً. وهذا هو المعتمد.

قال رحمة الله: ولو اختلفا فيه، فالقول قول المتابع مع يمينه، على تردد.

أقول: إذا شاهد المشتري المبيع، ثم اشتراه بعد مدة يمكن فيها تغيره عن الصفات التي شاهده عليها، ثم اختلفا في تغير الصفات، احتمل أن يكون القول قول البائع؛ لأصلالةبقاء الصفات المعلومة بينهما. واحتمال أن يكون القول المشتري، لوجوب تسلیم المبيع على تلك الصفات المعمودة، ولم يثبت، فيكون القول قوله؛ لأصلالة عدم وصول حقه اليه.

قال رحمة الله: وهل يصح شراؤه من غير اختبار ولا وصف على أن الأصل الصحة؟ فيه تردد، والأولى الجواز.

أقول: قال الشیخان: كل شيء من المطعوم والمشروب يمكن للانسان اختباره من غير إفساد له، كالادهان الطيبة المستخبرة بالشم، وصنوف الطيب، والحلالات، والمحظيات، فإنه لا يجوز بيعه بغير اختبار^(٣٧)، وبه قال أبوالصلاح والقاضي وابن حمزة وسلاط: لأن الاختبار شرط في صحة البيع مع إمكانه، وهذا

(٣٧) - في بعض النسخ: ينزع.

(٣٨) - في «ي» و«م»: إلا بعد اختباره.

يمكن اختباره، فلا يصح بيعه من غير اختبار.

وذهب المصنف إلى صحة البيع وثبوت الخيار مع خروجه معيّناً، واختاره العلامة؛ لأنّه عين مشاهدة فيصح بيعها؛ وأنّه لو باعها بالوصف مع غيّبته صح البيع، وتبيّن الخيار مع ظهورها على غير وصفها، فعُنّ مشاهدتها يكون صحة البيع أولى؛ لزيادة العلم بالعين مع الحصول على العلم بالوصف مع الغيبة، فالفرق غير لائق. وهذا هو المعتمد، لكن إذا تصرف ثم ظهر معيّناً ثبت الأرش دون الرد، ولا فرق في ذلك بين الأعمى وغيره، خلافاً لسّلسلة حيث أثبت للأعمى الرد وإن تصرف.

قال رحمة الله: ولا يجوز بيع سمك الأَجَام وإن كان مملوكاً؛ لجهالته وإن ضم إليه القصب أو غيره، على الأصح.

أقول: جواز بيعه منضماً إلى القصب أو غيره مذهب الشيخ في النهاية، وبه

قال ابن البراج وابن حمزة.

وعدم جوازه مطلقاً مذهب الشيخ في المبسوط، واختاه ابن إدريس والمصنف؛ لأن المجهول إذا اضيف إلى المعلوم أو بالعكس حصل جهالة الجميع، فيبطل البيع؛ لاشتراط العلم بالمبين.

وفضل العلامة في المختلف، قال: «إن كان المقصود بالبيع هو المضاف إلى السمك، ويكون السمك تابعاً صحيحاً البيع، وبالعكس لا يصح»، واختاره أبو العباس. وهو المعتمد؛ لأن المعلوم إذا كان هو المقصود من البيع لا يضر جهالة الضمية، كالمعامل مع حلها، والأرض مع البذر الذي فيها قبل نباته، وما شابه ذلك.

قال رحمة الله: وكذا الجلود والأصوات والأوبار والشعر على الأنعام، وإن

ضم إليه غيره، وكذلك ما في بطونها، وكذلك إذا ضممتها، وكذلك ما يلقع الفحل.

أقول: أما بيع الأصوات والأوبار والشعر على ظهور الأنعام، فقد منع منه

الشيخ وأبو الصلاح وابن البراج إلا مع الضمية. والمصنف جزم بالمنع وإن خم إليه غيره.

ووجه المفید وابن إدريس وإن لم يضم اليه غيره، واختاره العلامة. وهو المعتمد؛ لأن حالت المخواز، ولتصور العقد من أهله في محله، والمانع إنما هو المجهالة لا غير، والمجهالة [غير] متيقنة؛ لحصول المشاهدة الرافضة للجهالة. لا يقال: إنه موزون، ولا يعرف وزنه وهو على ظهور الأنعام، فلا يصح بيعه؛ لجهالته من حيث الوزن.

لأننا نقول: الوزن إنما يكون شرطاً فيه بعد جزء لا قبله، كالمرة، فإنه يجبوز بيعها على رؤوس التخل مع المشاهدة، وهي كما يقال ويوزن.

وقوله: (وكذا ما في بطونها وكذا إذا ضمها).

الضمير في (ضمها) عائد إلى (ما في البطون، وما على الظهور)، وليس مراده عدم جواز ضمها إلى ذوات البطون والظهور؛ لأن ذلك جائز قطعاً، بل مراده عدم جواز شراء ما على ظهور الأنعام منضمًا إلى ما في بطونها من غير أن تكون الأنعام داخلة في البيع؛ لأن انتظام المجهول إلى المجهول لا يصير معلوماً.

وقال الشيخ بالجواز لما رواه إبراهيم الكرخي: «قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجل اشتري من رجل أصوات متة نعجة وما في بطونها من حل بكذا وكذا درهما؟ قال: لا يأس بذلك إن لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله [في] الصوف»^(٣٩).

وابن إدريس والمصنف والعلامة لم يعلوا على هذه الرواية.

قال رحمة الله: المسك طاهر، ويجوز بيعه في فاره وإن لم تتفق، وفتنه أحوط.

(٣٩) الوسائل، كتاب التجارة، باب ١٠، عقد البيع وشروطه، حديث ١.

أقول: البحث هنا في موضعين:

الأول: في طهارته، وهو المشهور بين الأصحاب؛ لأن الفزال تلقى كما تلقى الولد، والدم النجس أغا هو الدم المفسوح؛ لأن الكبد حلال ظاهر وهو دم.

الثاني: في يبعد في فاره مع عدم الفتق، وإن كان الفتق أحوط، وهو قول الشيخ رحمة الله، وتابعه بقية الأصحاب؛ لأن البقاء في فاره مصلحة له؛ لأنه يحفظه رطوبته وذكاء رائحته. ومنع أكثر أصحاب الشافعى من يبعد قبل فتقه؛ لبقاءه وبقاء رائحته مع خروجه من فاره، فلا يصح يبعد مستوراً في فاره لمهالة صفتة.

قال رحمة الله: والربح على المؤمن إلا مع الضرورة.

أقول: يجوز الربح من غير كراهة في أماكن:

أحدها: حال ضرورة البانع.

الثاني: أن يشتري بأكثر من مئة درهم شرعية، وفي هذين يربح عليه (قوت يومه وليلته لا غير)، والزيادة على ذلك مكرورة.

الثالث: إذا اشترى المؤمن للتجارة، فهنا لا يكره الربح عليه^(٤٠) ولا يتقدّر بقدر إلا أنه يستحب له أن يرفق به.

قال رحمة الله: الزيادة في السلعة وقت النداء، ودخول المؤمن في سوم أخيه على الأظهر، وأن يتوكّل حاضر لبادٍ، وقيل: يحرم، والأول أشبه.

أقول: هنا ثلاثة مسائل:

الأولى: الزيادة وقت النداء، قال الشيخ في النهاية: فإذا نادى المنادي على المتعاق، فلا يزيد في المتعاق، فإذا سكت المنادي زاد حينئذ إن شاء. وظاهر هذا

(٤٠) - ما بين التوسيتين لم يرد في «ن».

الكلام تحرير الزيادة في السلمة وقت النداء عليها، لما رواه الشعري^(٤١) عن الصادق عليه السلام، «قال: إذا نادى المنادي فليس لك أن تزيد، فإذا سكت فلك أن تزيد»^(٤٢)، والمشهور الكراهة للأصل. وابن إدريس منع من الكراهة والتحريم معاً.

الثانية: الدخول في سوم المؤمن، وحرمه الشيخ في المبسوط؛ لقوله عليه السلام: «لا يسمم أحدكم على أخيه»^(٤٣). والمشهور الكراهة للأصل.

تنبيه: التحرير أو الكراهة على الخلاف، إنما يكون بعد تراضيهما على الثن وقطع المزايدة والمحاذبة بينهما، فإذا استقر البيع على ثن وما عاد إلا إيقاع العقد بينهما، فحينئذ يحرم الدخول أو يكره على الخلاف.

وقيل: ذلك لا يحرم ولا يكره؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٤٤). ولالأصل.

الثالثة: في توكل الحاضر للبادي، والبحث هنا في موضعين:
الأول: في أنه هل هو حرام أو مكروه؟ وبالتحريم قال الشيخ في الخلاف؛ لقوله صل الله عليه وآله وسلم: «لا يبيعن حاضر لباد»^(٤٥)، وظاهر النهي التحرير. والمشهور الكراهة للأصل.

الثاني: في تفسيره، قال في المبسوط: ولا يبيتع حاضر لباد، ويعناه أن لا يكون سهاراً له، بل يتركه أن يتولى بنفسه ليرزق الله بعضهم من بعض، فإن

(٤١) - في المصدر الشعري.

(٤٢) - الوسائل، كتاب التجارة، باب ٤٩، آداب التجارة، حديث ١، وليس فيه قوله: «فإذا سكت... ألم».

(٤٣) - مستدرك الوسائل، كتاب التجارة، باب ٣٧، آداب التجارة، حديث ١.

(٤٤) - البقرة: ٢٧٥.

(٤٥) - الوسائل، كتاب التجارة، باب ٣٧، آداب التجارة، حديث ١.

خالف أئم وكان يبعه صحيحاً، وينبغي أن يتركه في المستقبل، هذا إذا كان ما معهم يحتاج أهل المضر إليه، وفي فقهه إضرار لهم، فأماماً إذا لم يكن لهم حاجة ماسة، فلا بأس أن يبيع له. هذا آخر كلام رحمة الله.

فيئد النبي بجاجة أهل البلد إلى ما عند البدوي. ومنع في الخلاف، سواء كان في الناس حاجة أو لم يكن. وابن حمزة قيده في البدو دون المضر^(٤٦). ولابن إدريس هنا كلام طويل تركنا إيراده حذراً من أن يطول الكتاب. والمعتمد ما قاله المصنف، ولا فرق بين المضر والسفر، ولا بين أن يكون في الناس حاجة أو لم يكن؛ لعموم النبي.

قال رحمة الله: ولا يثبت للبائع خيار، إلا أن ثبت الغبن الفاحش، والخيار فيه على الفور مع القدرة، وقيل: لا يسقط إلا بالإسقاط وهو الأشبه، وكذا حكم النجاش، وهو أن يزيد لزيادة من واطأه البائع.

أقول: هنا مسألتان:

الأولى: في تلقي الركبان، وجزم المصنف هنا بالكراء، وصححة البيع ولزومه إلا مع الغبن، فثبتت الخيار على الفور. وقيل: لا يسقط إلا بالإسقاط لثبوته بظهور الغبن، والأصل بقاوئه ما لم يستقطعه مستحقه. والأول هو المعتمد؛ لأن ثبوت الخيار على خلاف الأصل؛ لأن الأصل في العقود اللزوم، فإذا ثبت الخيار بالغبن دفعاً للضرر المنفي، ثبت على الفور؛ لحصول الإتفاق على جواز الخيار حالة العلم بالغبن، فيقتصر عليه؛ لأن جوازه بعد ذلك مشكوك فيه، فلا يرجع عن الأصل المتيقن إلا إلى متيقن مثله، لا إلى ما هو مشكوك فيه.

وقال ابن إدريس: التلقي حرم، والبيع صحيح، ويتخير البائع.

وقال ابن الجنيد: يضي بيع من يلقي الركبان خارجاً عن المحرر بأربعة

(٤٦) - في «ي»: البدوي دون المضر.

فراسخ.

فظهر أن مذهب ابن إدريس تحرير التلقى وصحة البيع مع ثبوت الخيار فيه مطلقاً، سواء كان فيه غبن أو لم يكن. ومذهب ابن الجنيد التحرير وعدم صحة البيع. وذهب العلامة إلى ما اختاره المصنف، وهو كراهة التلقى وصحة البيع ولزومه إلا مع الغبن، فيثبت الخيار، وهو المعتمد.

الثانية: في النجش: وهو أن يزيد الإنسان في سلعة وهو لا يريد الشراء، بل قصدأ لتغريم الغير ببذل الزريادة، وعدة المصنف هنا من المكرهات، وأكثر فتاوى الأصحاب على التحرير، قال أبو العباس: ولا أعلم لتجريمه خلافاً.

وأما البيع مع النجش فقد أبطله ابن الجنيد إذا كان من البائع، قال: لأنه يجري مجرى الفسق والخدع، فإذا كان من الواسطة لزم البيع، ولزمه الدرك إن أدخله على المشتري. وفي الخلاف أطلق ثبوت الخيار، قال: لأن عيب، ولم يقيد بالغبن وعده، ثم قال بعد الاطلاق: وإن قلنا لا خيار؛ لأن العيب ما تعلق بالمباع وهذا ليس كذلك، كان قوياً. والمعتمد ثبوت الخيار مع الغبن وإلا فلا. وال الخيار مع ثبوت^(٤٧) الغبن على الفور، كما ذهب إليه الشيخ وابن إدريس، واختاره العلامة لنا كلنا في المسألة السابقة. وفخر الدين اختار ما رجحه المصنف، وهو ثبوته ما لم يسقطه مستحقة.

قال رحمة الله: الإحتكار مكره، وقيل: حرام، والأول أشبه، وإنما يكون في المخطة والشعير والتمر والزيبيب والسمن، وقيل: وفي الملح بشرط أن يستيقها للزيادة في الثمن ولا يوجد باذل، وشرط آخرون أن يستيقها في الغلاء ثلاثة أيام، وفي الشخص أربعين يوماً، ويجرم المحتكر على البيع، وقيل: يسرع عليه، والأول أظهر.

(٤٧) - ما بين القوسين لم يرد في «ن».

أقول: البحث هنا في مسائل:

الأولى: في الاحتياط، هل هو حرام أو مكروه؟ وبالتحريم قال محمد بن بابويه وأبن البراج، وهو ظاهر ابن إدريس. وبالكراء قال الشيغاف، واحتياط المصنف والعلامة. واستدل الفريقان بالروايات^(٤٨)، مع اعتقاد الكراء بأصله عدم التحرير.

الثانية: في عمله، قال الشيخ في النهاية: إنما يكون في الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن. وتبعه ابن البراج وأبن إدريس على الاقتصار على هذه الخمسة. وأضاف ابن حمزة الملحق إلى هذه الخمسة. واحتياطه (العلامة في القواعد، وأبن بابويه أضاف إلى الخمسة الزيت دون الملحق، وظاهر المصنف اختيار مذهب النهاية. كذلك)^(٤٩) العلامة في المختلف.

الثالثة: في حد الاحتياط، وحده الشيخ في الغلام بثلاثة أيام، وفي الرخص بأربعين يوماً، وتبعه ابن البراج. والمفید لم يحدده بشيء، بل اطلق كراهيته مع الغلام، وجوازه من غير كراهيته في الرخص، واحتياطه المصنف والعلامة.

الرابعة: يجبر المحتكر على البيع عند الحاجة إليه إجماعاً. وهل يسرع عليه؟ فيه خلاف، وفي القواعد قال: يسرع عليه إن اجحف لا مع عدم الإجحاف، وهو مذهب ابن حمزة، واحتياطه أبو العباس. وهو المعتمد، ومستند الجمیع الروایات^(٥٠).

(٤٨) - الوسائل، كتاب التجارة، باب ٢٧، ٢٩، آداب التجارة.

(٤٩) - ما بين القوسين من «م» و«ر» و«ن».

(٥٠) - الوسائل، كتاب التجارة، باب ٢٩، ٣٠، آداب التجارة.

في الخيار

قال رحمة الله: ويسقط باشتراط سقوطه في العقد، وبفارقته كل واحد صاحبه ولو بخطوة، وبإيجابهما إياه أو أحدهما ورضي الآخر.

أقول: معنى الإيجاب هنا الالتزام بالعقد بعد وقوعه، بأن يقولا: التزمنا بالعقد أو يقول أحدهما ويرضى الآخر، وإنما سمي الالتزام إيجاباً؛ لأنه يوجب عليهما التمسك به، فهو من باب الواجب، وهو الإلزام للمكلف، لا من باب الإيجاب الم موضوع لنقل الأعيان مع القبول.

تنبيه: إذا التزما بالعقد بعده، سقط خيار المجلس، وخيار الثلاثة في الحيوان، وخيار الشرط، إذا التزما بعده، ولا يسقط خيار الغبن ولا خيار العيب ولا خيار الرؤبة، والفرق أن خيار خيار المجلس وخيار الثلاثة في الحيوان أثبته الشارع للإرافق بالمكلف، بحيث يتبرأ بما هو أصلح له، فيعمل عليه، فإذا أسقطاه بعد علمها بثبوته لها فقد اختارا ترك هذا الإرافق فيسقط؛ لأن الإنسان مسلط على حقه، إن شاء أسقطه وإن شاء أبقاءه، وكذلك خيار الشرط أيضاً؛ لأنه ثبت لها أو لأحدهما باختيارهما، فإذا اختارا إسقاطه سقط، وأمّا خيار العيب

والثبن والرؤبة، فإن الشارع قد أثبته دفماً للضرر، ولا يعلان بتبنته حالة العقد، فلا يسقط بالإلتزام حينئذ، ولو شرطاً في العقد سقوط هذه الثلاثة، بطل الشرط والعقد على الخلاف، أمّا بطلان الشرط فلما يتضمن من الفرد المفضي إلى الضرر، وأمّا بطلان العقد فلعدم الرضى بدونه.

قال رحمة الله: ولو قال: اختر، فسكت، فخيار الساكت باق، وكذا الآخر وقيل فيه: يسقط، والأولأشد.

أقول: عدم السقوط مذهب الشيخ في الخلاف والمبسوط، واختاره المصنف والعلامة. وهو المعتمد؛ لصوم قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(٥١)، لأنّه خيره فلم يختار، فلم يؤثر الخيار.

وقيل: يسقط خيار القائل؛ لما روي عنه عليه السلام أنه قال: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا، أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر»^(٥٢)، لأنّه جعل لصاحبه ما ملكه من الخيار، فيسقط خياره، ولا فرق بين قوله: اختر الفسخ أو الإمساء، أو اختر واقتصر.

قال رحمة الله: ولو كان العاقد واحداً عن اثنين كالأخ والجد، كان الخيار باقياً ما لم يشترط سقوطه، أو يلتزم به عنهمما بعد القعد، أو يفارق المجلس الذي عقد فيه على قول.

أقول: هذا القول نقله الشيخ في المبسوط ولم يسم قائله، وإن البراج نقل لفظ الشيخ بيته، والعلامة نقل لفظ المصنف هنا، وظاهرها ترجيح هذا القول، وفرع العلامة احتلال ثبوت الخيار دائماً وعدم ثبوته أصلأ. فأمّا وجه ثبوته دائلاً؛ [ف] لأن العاقد عن اثنين قائم مقامهما، وخيار المجلس ما داما مصطحبين، وهو

(٥١) - الوسائل، كتاب التجارة، باب ١، أبواب الخيار، حديث ٣.

(٥٢) - المستدرك، كتاب التجارة، باب ٢، أبواب الخيار، حديث ٣.

صاحب نفسه دائمًا، فيثبت الخيار دائمًا ما لم يسقطه أو يتلزم بالبيع. وأمّا وجه سقوطه اصلًا كون الخيار على خلاف الأصل؛ لأنّ الأصل في العقود الالزوم، وإنما يثبت خيار المجلس للمتبايعين، والعائد هنا واحد، فلا خيار في عقده لتفيد^(٥٣) الخيار بالإنتينية، وهي منافية هنا. ووجه سقوطه بفارقة مجلس العقد؛ لأنّه قائم مقام اثنين وقد فارق المجلس، فيبطل الخيار؛ لسقوطه بفارق مجلس إلا مع الاصطحاب، والاصطحاب هنا يمتنع؛ لكونه بين اثنين فصاعداً، فيمتنع بقاء الخيار. وهو المعتمد.

قال رحمة الله: خيار الحيوان: والشرط فيه كلّه ثلاثة أيام للمشتري خاصة دون البائع على الأظهر.

أقول: اختصاصه بالمشتري مذهب الشيختين وسأّلار وابن بابويه وابن الجنيد وابن البراج وابن إدريس والمصنف والعلامة.

وهو المعتمد؛ لأنّ حكمة تبوته أن عيب الحيوان قد يخف ولا يظهر كظهوره في غير الحيوان، فأثبتت الشارع فيه الخيار مدة ثلاثة أيام، لإمكان ظهور عيب خفي في مدة الثلاثة، وهذه الحكمة منافية عن البائع، لاطلاعه على عيوبه دون المشتري، فيختص الخيار بالمشتري دون البائع.

وقال المرتضى: إنه مشترك بينهما، لأنّ أحد المتبايعين فكان له الخيار كالآخر، وفي الطرفين روايات^(٥٤).

فرع: إذا باعه حيواناً بحيوان، فعل مذهب السيد لكل منها الخيار ولا بحث، وعلى المشهور من اختصاصه بالمشتري، هل يختص به هنا؟

(٥٣) - في «ن»: لتفيد.

(٥٤) - الوسائل، كتاب التجارة، باب ١ من أبواب الخيار، ١ و ٣ و ٥، وباب ٢ حديث ٢٠١، ٩، ٢، وباب ٤.

يتحمل ذلك؛ لعموم قوله: للمشتري^(٤)، دون البائع، فيكون المشتري منشئ القبول. ويتحمل ثبوت الخيار لها؛ لاشتراكتها في الحكمة الموجبة ثبوت الخيار في الحيوان، وهي التروي مدة ثلاثة أيام، لإمكان الظهور فيها على عيب خفي في الحيوان لا يظهر حالة العقد، وإذا اشتراكاً في العلة الموجبة لثبوت الخيار اشتراكاً في الخيار. وهو المعتمد.

قال رحمة الله: ومن اشتراك شيناً، ولم يكن من أهل الخبرة، وظهر فيه غبن لم تجبر العادة بالتفاين به، كان له فسخ العقد إذا شاء، ولا يسقط ذلك بالتصرف إذا لم يخرج عن الملك، أو يمنع مانع من رده، كالإستيلاد في الأمة والعتق، ولا يثبت به أرشن.

أقول: هذه المسألة لم يتردد المصنف فيها، ولكنها من المسائل الجليلة التي تفتقر إلى كشف وإيضاح، فهي مشتملة على مباحثات:

«أ»: حقيقة الغبن تقص قيمة أحد الموضعين عن العوض المستنى في العقد تقاصاً لا يتسامع عنده عادة، مع جهل من صار إليه الناقص، وإنما يثبت به الخيار دون الأرشن؛ لأن الأرشن عوض عن جزء، فائت في العين أو صفاتها، والغبن ليس كذلك، فلهذا لم يثبت الأرشن.

«ب»: ثبوت الخيار مع الغبن هو المشهور بين الأصحاب، ويفتهر من كلام ابن الجنيد عدم ثبوته؛ لأن البيع مبني على المكافحة^(٥٥) والمغالبة، وثبتت الخيار مع الغبن ينفي ذلك. وقال الشهيد في الدروس: وربما قال المحقق (في الدرس)^(٥٦) بعدم خيار الغبن، إشارة إلى مصنف هذا الكتاب المشروح. والمعتمد الثبوت.

(٤) - الوسائل - كتاب التجارة - باب ٣ من أبواب الخيار.

(٥٥) - في «ن»: المكافحة.

(٥٦) - من «ن».

«جـ»: لا يبطل هذا الخيار بالتصرف غير الناقل واللازم من المغبون، ولا يبطل بالتصرف الصادر من الغابن مطلقاً.
وتحقيق البحث أنَّ التصرف لا يخلو إِيَّاً أن يكون من الغابن فيما غبن فيه، أو من المغبون فيما غبن فيه.

الأول: أن يكون من الغابن في عوض ما دفعه إلى المغبون، بأن يشتري عيناً رخيصة ويتصرف فيها، والتصرف لا يخلو إِيَّاً أن يكون ناقلاً أو غير ناقل، وعلى التقديرين لا يخلو، إِما أن يتعلّق بالعين أو بالمنافع، فالأقسام أربعة:
«أ»: أن يتعلّق بالعين ويكون ناقلاً لازماً كالبيع بعد الخيار، والهبة مع القبض، والوقف والمتق وما شابه ذلك، وهذا التصرف لا يسقط حق المغبون من الفسخ، لكنه يسقط حقه من العين، ويبتئل له مع الفسخ القيمة للحيلولة، ولو كان خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط باقياً أو هبة لم تقبض، ألزم الغابن بالفسخ؛ ليأخذ المغبون عين ماله، وللمغبون أن يفسخ بنفسه؛ لتعلق حقه بالعين مع إمكان انتزاعها وهو ممكّن هنا، ولا يتوقف على إذن الغابن.

«بـ»: أن يتعلّق بالعين ولا يكون ناقلاً، كوطى الأمة مع عدم الإحبال، وقصارة الثوب وصيغه وخياطته، وهذا التصرف غير مانع من اخذ العين، ويكون شريكاً بنسبة الزيادة التي حصلت بفعله، سواء كانت عيناً كالصبغ والتطریز، أو آثراً كتعليم الصنعة.

«جـ»: أن يتعلّق بالمنافع، ويكون ناقلاً لازماً كالإجارة، وهذا التصرف لا يعن من الفسخ، ومع الفسخ لا يسقط حق المستأجر، بل يفيد نقل العين إلى المغبون، ويكون عليه الصبر عياناً حتى تنقضي مدة الإجارة، ويجب عليه رد العوض عاجلاً من حين الفسخ لانتقال العين إليه بالفسخ، فلا يجب على الغابن الصبر بالعوض، ولا يجوز له تأخير الفسخ إلى حين انقضاء مدة الإجارة؛ لأنَّه

على الفور.

«د»: أن يتعلّق بالمنافع ولا يكون لازماً كالعارية، فللمغبون الفسخ وانتزاع العين.

الثاني: أن يكون التصرّف من المغبون في عوض ما غبن فيه، وهو لا يخلو عن الأقسام الأربع السابقة، لكن الحكم مختلف، فالتصرّف إن كان لازماً أسقط الخيار، سواء كان وارداً على العين، كالبيع بعد مضي الخيار، والهبة مع القبض، والعتق والوقف وما شابه ذلك، أو على المنافع كالأيجارة إلا إذا لم يعلم بالغبن إلا بعد انتقام مدة الإجارة فله الفسخ، وسواء كان ناقلاً للعين والمنافع، كالأمثال المتقدمة أو للعين خاصة، كمن باع واستثنى المنافع مدة معلومة، أو للمنافع خاصة، كالحبس مدة معلومة، أو كان لازماً غير ناقل للعين ولا للمنافع، كالأيجار للإمام، وهذه الصور كلها مسقطة للفسخ، ولا يسقط بغير اللازم، سواء ورد على العين، أو المنافع، كالبيع في مدة الخيار، والهبة قبل القبض والعارية.

والضابط: كل موضع يتمكّن من دفع العين حالة الفسخ، فالخيار ثابت، وما لا فلا، ولا يسقط الخيار بدفع الغابن التفاوت لشبوته بظهور العين، فلا يسقط إلا باختيار المغبون.

الخيار التأخير

قال رحمة الله: من باع ولم يقبض الثمن، ولا سلم المبيع، ولا اشترط تأخير الثمن، فالبيع لازم ثلاثة أيام، فإن جاء المشتري بالثمن، وإلا كان البائع أولى بالمباع، ولو تلف كان من مال البائع في الثلاثة وبعدها، على الأشيه.

أقول: لا خلاف في لزوم البيع إلى تمام ثلاثة أيام، وإنما الخلاف في موضعين:

الأول: هل يبطل العقد بعد الثلاثة، أو يصير الخيار للبائع، بين انتهاء العقد

وفسخه؟ قال ابن الجنيد بالاول ، لرواية زرارة^(٥٧) ، عن الباقر عليه السلام ، والمشهور الثاني ، وهو المعتمد ، لوقوع العقد صحيحًا ، والأصل بقاوه مالم يحصل الفسخ .

الثاني : لو تلف المبيع قبل القبض فان كان بعد الثلاثة كان من مال البائع اجماعاً؛ لأن الشارع قد جعل له مندوحة الفسخ والاتفاق بعينه فلم يفعل ، فكان التفريط مستنداً إليه ، ولعموم قوله عليه السلام : « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائمه »^(٥٨) .

وان تلف في الثلاثة فقد اختلف الأصحاب في ذلك ، فذهب الشيخ واكثر المتأخرین الى انه من مال بائمه ، وهو المعتمد ، لعموم الخبر ، وقال المفید : من مال المشتري ، لاتصال المبيع اليه بنفس العقد ، ومنع البائع من التصرف فيه ، ولأنه لو حصل نماء كان للمشتري ، وقال عليه السلام : « الخراج بالضمان »^(٥٩) . واعتراض عليه ابن ادریس بأن هذا الازم له بعد الثلاثة أيضاً؛ لأنه في ملك المشتري مالم يفسخ البائع والنماء له أيضاً .

وقد يجأب عن المفید بأنه بعد الثلاثة منوع من التصرف في العين وهو منوع في الثلاثة ، فافترق الحكم بينها ، وقال ابن حمزة : وهو من مال بائمه ، الا ان يكون البائع عرض التسلیم على المبتاع فلم يتسلمه ، فيكون التلف حينئذ من مال المشتري ، قال العلامة في المختلف : ولا بأس بقول ابن حمزة .

تبیه : شروط هذا الخيار ان يكون المبيع معيناً فلو اشتري موصوفاً في الذمة لم يطرد الحكم فيه ، وان لا يحصل قبض احد العوضين ، فلو قبض احدهما لم

(٥٧) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٩ من الخيار ، حدیث ١ .

(٥٨) - المستدرک ، كتاب التجارة ، باب ٩ من الخيار ، حدیث ١ .

(٥٩) - المستدرک ، كتاب التجارة ، باب ٧ من الخيار ، حدیث ٢ .

يطرد الحكم ، وللشيخ قول بجواز فسخ البائع في كل موضع يتذرر فيه قبض الثمن ، سواء قبض المشتري المبيع او لم يقبحه ، وقواء الشهيد ، ولا بد ان يكون العقد حالاً ، فلو كان أحد العوضين مؤجلًا سقط هذا الميار .

فروع :

الأول : لو قبض الثمن ثم ظهر مستحقاً ، فكلا قبض ، ولا يسقط خياره بعد

الثلاثة لفساد القبض .

الثاني : لو ظهر في المقبض عيب يوجب الرد فلا فسخ ، لحصول القبض

الصحيح ، والرد بالعيوب لا يوجب فساد القبض .

الثالث : لو قبض بعض الثمن او قبض بعض العيوب ، فالخيار ثابت في

المبيع .

الرابع : لو جاء بالثمن بعد الثلاثة قبل فسخ البائع ، قال العلامة لم يجز له

الفسخ لزوال السبب ، ويحمل ثبوته ؛ لأنّه قد ثبت بعض الثلاثة ، والأصل بقاوته .

قال رحمة الله : وان اشتري ما يفسد من يومه ، فان جاء بالثمن قبل الليل ،

والا فلا بيع له .

أقول : اورد الأصحاب هذه المسألة بعبارات مختلفة ، قال الشيخ في

النهاية : واذا باع الانسان مالا يصح عليه البقاء كالخضرة وغيرها ، ولم يقبح

المباع ولا قبض الثمن كان الخيار فيه يوماً ، فان جاء المباع بالثمن في ذلك اليوم ،

والا فلا بيع له .

وابن ادريس نقل عبارة الشيخ ، إلا انه قال : فان جاء المباع بالثمن في ذلك

اليوم ، والا فصاحب الخيار بين ان يفسخ البيع ^(٦٠) وبين ان يطالبه بشئنه . قال

العلامة في القواعد : ولو اشتري ما يفسد ليومه ، فالخيار فيه الى الليل ، فان تلف

فيه احتمل الخلاف . وعبارة التحرير كالقواعد ، الا انه زاد فيه : فان جاء المشتري فيه لزم البيع ، والا تغير البائع ، وقال الشهيد : وخامسها خيار ما يفسد المبيت ، وهو ثابت للبائع عند انقضاء النهار .

اذا عرفت هذا ، فظاهر هذه العبارات الاختلاف في حكمين :

الأول : في محل الخيار ، وظاهر عبارة النهاية والسرائر والقواعد والتحرير دالة على ثبوت الخيار في ظرف اليوم ، وكذلك عبارة فخر الدين ؛ لأنه قال في شرحه قول ابيه : فان تلف فيه احتمل الخلاف . وجه الاحتياط انه تلف في مدة الخيار ، فكان كالثلاثة ، ومن حيث عدم النص عليه ، والأصح العدم ، وهذا آخر كلامه ، وهو دال على ثبوت الخيار في ظرف اليوم ؛ لأن الضمير في قول العلامة : (فان تلف فيه) ، عائد الى اليوم ، وقد نص فخر الدين انه مدة الخيار ، الا ان تعلييل فخر الدين رحمة الله ينقض بعده بعضاً .

بيان المناقضة انه قال : وجه الاحتياط انه تلف في مدة الخيار فكان كالثلاثة ، وعني بالثلاثة المسألة السابقة التي اختلف الاصحاب فيها مع تلف البيع في طرف الثلاثة ، هل يكون من مال البائع او المشتري ؟ وقد أجمع الاصحاب على عدم ثبوت الخيار في الثلاثة ، بل البيع فيها لازم واغا يثبت الخيار بانقضائه ، فقوله رحمة الله : (كالثلاثة) ينقض قوله : (لأنه تلف في مدة الخيار) ؛ لأن الثلاثة ليست مدة الخيار اجماعاً ، فقد ظهرت المناقضة .

واما عبارة الدروس فهي دالة على لزوم البيع الى الليل ، وكذلك عبارة عميد الدين في شرحه للمسألة التي شرحها فخر الدين ، وذكرنا عبارة فخر الدين . أما عبارة عميد الدين ، فقال : يزيد اذا تلف في ذلك اليوم احتمل في ذلك ما ذكرناه^(٦١) من الخلاف في الثلاثة ، بمعنى انا ان قلنا بقول المفيد ان التلف في

الثلاثة من المشتري ، فهنا اذا تلف في اليوم كان من المشتري ، إذ العلة واحدة وهي لزوم البيع في تلك المدة ، اعني اليوم او ثلاثة ، وان قلنا بقول الشيخ - وهو الأصح - فالتلف من البائع ؛ لأنّه لم يقبض .

وهذا آخر كلامه ، وهو دال على لزوم البيع الى الليل ، لكنه غير مطابق لكلام العلامة الذي هذا شرحه ؛ لأن العلامة لم يذكر لزوم البيع الى الليل ، بل ظاهره عدم الزلوم ، وهذا قال فخر الدين انه تلف في مدة الخيار ؛ لأن عبارة القواعد دالة على ثبوت الخيار في ظرف اليوم ، فعميد الدين شرح على مدلول آخر كلام العلامة واغفل اوله ، وفخر الدين بالعكس ، فلهذا حصل عليهما^(٦٢) الاعتراض .

واحسن عبارات الأصحاب في هذه المسألة عبارة المصنف في هذا الكتاب المنسوب ؛ لأنّه اقتصر على معنى الرواية ، والرواية هي رواية محمد بن يعقوب ، عن أبي حمزة أو غيره ، عمن ذكره ، عن أبي عبدالله عليه السلام : «فيمن يشتري ما يفسد من يومه ثم يتركه حتى ياتيه بالثمن ، فان جاء فيها بينه وبين الليل ، وإلا فلا يبع له»^(٦٣) ، وهذه الرواية وأن كانت مرسلة فهي مؤيدة بعمل الأصحاب .

الثاني : في حكم البيع بعد انقضاء اليوم ، وظاهر النهاية والشرائع بطلانه بانقضاء اليوم ، وهو مدلول الرواية ، لقوله عليه السلام فيها : «فإن جاء فيها بينه وبين الليل ، والا فلا يبع له» ونفي البيع يدل على بطلانه ، وعبارة السرائر والتحرير والدروس مصرحة بشيّوت الخيار للبائع بعد دخول الليل ، وهو يدل على عدم بطلان البيع .

ويكفي الجمع بين عبارات الأصحاب في هذا الحكم بحمل نفي البيع بعد

(٦٢) - في «ن» : عليه وفي «ر» : عليها .

(٦٣) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١١ ، أبواب الخيار ، حديث ١ ، مع اختلاف يسير .

دخول الليل على نفي اللزوم دون البطلان ، وأما الجمع في الحكم الأول الذي هو محل الخيار فهو مشكل .

وإنما طولنا البحث في هذه المسألة لاختلاف عبارات الأصحاب فيها فأحيبينا أن نورد عباراتهم ليطلع على اختلافهم ، ويظهر تحقيق هذه المسألة من له قلب سليم ، واسأله المعرفة والتوفيق والهداية إلى التحقيق .

والتمهيد طرد الحكم في كل ما يرجع إليه الفساد ولم يقيد بالليل ، بل القيد عنده حصول الفساد ، وهو يحصل بنقص الوصف وقلة الرغبة ، كما في المضروبات واللحم والرطب والعنب .

وهل ينزل فوات السوق منزلة الفساد ؟ فيه نظر ينشأ من تطرق الضرر بنقص السعر ، ومن انتفاء العقد اللزوم والتغريط من البائع بترك اشتراط العقد . قال رحمة الله : خيار المجلس لا يثبت في شيء من العقود عدا البيع وخيار الشرط يثبت في كل عقد غير النكاح والوقف ، وكذا الإبراء والطلاق والعتق ، إلا على رواية شاذة .

أقول : المقصود من هذه المسألة تبيين العقود التي يثبت فيها الخيار وما لا يثبت فيه ، ونخن نذكر أن شاء الله كل خيار على حدة ، ونبين ما يثبت فيه الخيار وما لا يثبت على حسب الطاقة ، والله الموفق والمعين :

الأول : خيار المجلس ، ولا يثبت في شيء من العقود عدا البيع خاصة فهو ثابت فيه مطلقاً ، ويجامع خيار الرؤية وختار الحيوان ، إلا في شراء القريب فإنه لا خيار فيه مطلقاً لا للمجلس ولا لغيره ، ولا للبائع ولا للمشتري لعلمهما بحصول العتق بنفس العقد ، وهو مبني على التغليب .

فرع : اذا انشأ العقد^(٦٤) من بعد مفرط بحيث يسمع كلام منها لفظ صاحبه

صح العقد قطعاً، وهل يثبت خيار المجلس؟ يحتمل ذلك ، لعموم^(٦٥) ثبوته مال مينتقلا من موضع العقد غير مصطبجين ، ويعتمل المنع ؛ لأنهما لم يجمعهما مجلس عرفاً.

الثاني : خيار الحيوان ، وهو شامل للأناسي وغيرها ، الا في شراء القريب كما قلناه ، وهو يحصل بالبيع دون الصلح والاجارة والصداق ، وغير ذلك من المعاوضات ؛ لأن الأصل في العقود اللزوم إلا ما اخرجه النص ، وهو لم يثبت الا في البيع ، فيبقى الباقي على الأصل .

الثالث : خيار الشرط ، وهو ثابت في البيع والاجارة والصلح ان وقع معاوضة دخله خيار الشرط ، وان وقع على ما في الذمم مع جهالته او على اسقاط الدعوى ، قبل ثبوتها لم يثبت فيه خيار الشرط ؛ لأن مشروعيته لقطع المنازعية فقط وشرط الخيار لمود المخصوصة ينافي مشروعيته ، وكل شرط ينافي مشروعية العقد غير جائز ، والرهن لا يدخله خيار الشرط للمرتهن ؛ لأنه جائز من طرفه ، وفي الراهن اشكال من اصالة الم gioz ، وعموم قوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم »^(٦٦) ، خرج منه ما نص على عدم دخوله ، ومن منافاته لعقد الرهن ؛ لأنه وثيقة لدين المرتهن ، ومع حصول الخيار تنتفي الفائدة لاحتلال الفسخ بال الخيار ، فيخرج المال عن الوثيقة ، المعتمد الأول ؛ لأن خروج المال عن الوثيقة مستندأ الى فعل المرتهن ، وهو الرضا بالشرط ، فهو كما لو لم يشترط الرهن ولا شك في جواز عدم اشتراط الرهن والموالة والضمان يدخلها خيار الشرط ، وكذلك المسافة والكتابة المشروطة يدخلها خيار الشرط للعبد والمولى

(٦٥) - المصدر المتقدم .

(٦٦) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٠ من أبواب المهر ، حديث ٤ ، المستدرك ، كتاب التجارة ، باب ٥ ، أبواب الخيار ، حديث ٧ .

دون المطلقة لحصول الحرية فيها بقدر ما يدفعه من مال الكتابة ، والصرف يدخله خيار الشرط خلافاً للشيخ ، وعقد السبق والرمائية يدخله خيار الشرط ، (والصدق يدخله خيار الشرط) ^(٦٧) .

والعقود المجازة كالشركة والوكالة والمضاربة والعارية والوديعة والمعاهلة جوز الشيخ دخول الخيارين فيها ، خيار المجلس وخيار الشرط ، وتبعه ابن البراج وابن ادريس ، ومنع في الخلاف من دخول خيار المجلس دون خيار الشرط .

والعلامة منع من دخول الخيارين في هذه العقود ؛ لأنها عقود مجازة ، لكن منها الفسخ في كل آن ، فلا معنى لدخول الخيار فيها ، بل لو شرطاً عدم الفسخ لم يصح ، فلا فائدة في شرط الخيار ، فهذه العقود كلها يدخلها خيار الشرط ، والذي لا يدخله فهو النكاح والطلاق والخلع والوقف ، على خلاف يأتي إن شاء الله تعالى في بابه ، والعتق إلا على رواية أسحق بن عمار ، وهي التي اشار إليها المصنف ، والاقالة والاجارة والشفعية والهبة والابراء ، وكل ما لا يدخله خيار الشرط لا يدخله خيار غيره .

الرابع : خيار المغبون ، وهو يثبت في كل عقد يشتمل على المعاوضة ، كالبيع والصلح ، الا اذا وقع على ما في الذم ، وكان مجهولاً ، فهذا لا يثبت فيه خيار الغبن اذا علم بعد عقد الصلح وظهر غبن احدهما ، وكذلك اذا وقع على اسقاط دعوى قبل ثبوتها ثم ظهر حقيقة ما يدعى به ، وكان مغبوناً فيها صالح عنه ، فلا خيار له ، لما قلناه في خيار الشرط ، ويثبت في الاجارة والمزارعة والمساقاة ، وما شاكل ذلك مع شروطه المعتبرة من جهة المغبون ، وكون الغبن لم تجر به العادة بالتفاين بعثله ، واما خيار عدم التقابل وختار الرؤية فهو مقيد بما يحصل هذان الشرطان فيه

فلا يفتقر الى تفصيل .

قال رحمة الله : المبيع يملك بالعقد ، وقيل : به وبيانقضاء الخيار ، والأول أظهر .

أقول : الأول هو المشهور بين الأصحاب ؛ لأن العقد سبب ^(١٨) انتقال الملك يدور معه وجوداً وعدماً ، ولعدم منافاة الخيار للملك ، والثاني مذهب الشيخ ، وظاهر ابن الجنيد ، لقصور العقد المشترط فيه الخيار عن غير المشترط فيه ، والقصور سبب عدم ^(١٩) افادة الملك ، والا لزم المساواة وهو باطل ، والحق عدم المساواة ؛ لأن العقد المشترط فيه الخيار غير لازم ، بل هو متزلزل قابل للفسخ بخلاف غير المشترط فيه ، ففائدة الخيار عدم الزوم لا عدم الملك .

قال رحمة الله : خيار الشرط يثبت من حين التفرق ، وقيل : من حين العقد ، وهو أشبه .

أقول : ثبوته من حين التفرق مذهب الشيخ وابن ادريس ، لثبوت خيار المجلس قبل التفرق ، فلو ثبتت خيار الشرط قبل التفرق لزم اجتماع المثلين ، وهو غير جائز ، والمشهور ثبوته من حين العقد ، وهو المعتمد ؛ لأن اطلاق المدة يقتضي الاتصال بالعقد كغيره من الأذمنة المشترطة في العقود ، ويلزم من قول الشيخ الجهمة بالمبتدأ ؛ لأن وقت التفرق غير معلوم ، وجهمة احد الطرفين توجب بطلان العقد ، واجتماع المثلين غير مانع ؛ لأن الخيار واحد واسبابه مختلفة ، فلا مانع من ذلك ، كما لو ظهر عيب وهو في المجلس فان له الخيار بسبب العيب وسبب المجلس .

(١٨) - في «م» : (يفيد) بدل (سبب) .

(١٩) - لفظة (عدم) ليست في «م» و«ن» و«ر» .

فروع :

الأول : اذا قيد الفسخ برد الثمن فليس له الفسخ بدون رده او مثله ، ولو فسخ قبل ذلك كان لاغياً ، وان لم يقيد برد الثمن جاز الفسخ مع حضور الثمن وعدمه ، وكذا لو كان الخيار للمشتري ، فان قيده برد المبيع او مثله^(٧٠) لم يجز الفسخ قبل الرد ويجوز مع الاطلاق ، ولو أقى ببعض الثمن او ببعض المبيع لم يجز له الفسخ الا مع اشتراطه مع الاتيان بذلك البعض ، ثم ان كانت المدة طرفاً للفسخ والاسترجاع كان له الفسخ متى جاء بالثمن ووجب قبوله ، وان كانت غاية لم يجب عليه قبض الثمن قبل مضيئها ولا يجوز الفسخ قبل ذلك .

الثاني : اذا جعلا الخيار لعبد احدهما ملك مولاهم الخيار ، وان جعلاه لعبد اجنبي لم يملكه مولاهم ، ولو مات العبد لم ينتقل الى مولاهم ، وكذا لو مات الاجنبي لم ينتقل الى وارته ؛ لأنهما لم يرضيا بغير نظره ، بخلاف ما لو كان لاحدهما ، فانه ينتقل الى وارته ، واذا جعلا الخيار لعبد الاجنبي لم يتوقف على رضا مالكه ، الا ان يمنع شيئاً من حقوقه ، فيتوقف حيئته .

الثالث : لا يبطل الخيار بتلف المبيع ، فان كان مثلياً طالب بالمثل مع الفسخ ، والا بالقيمة .

الرابع : يجوز اشتراط مدة متأخرة عن العقد ويلزم بيتها ، لأصلحة المعاوض ، ولعموم : «المؤمنون عند شروطهم»^(٧١) ، ويعتمل العدم ؛ لأن الواجب لا ينقلب جائزأً .

الخامس : لو جعل الخيار لاثنين ، فاختار أحدهما الإمضاء ، والآخر الفسخ انفسح المبيع ، وكان الحكم لختار الفسخ ؛ لأن اختياره ناقل والآخر مقرر ،

(٧٠) - في «ن» و «ر٢» بزيادة : إن كان مثلياً .

(٧١) - تقدم فيها سبق ص ٤٤ .

والناقل أولى من المقرر مع التعارض .

ال السادس : اذا جعل الخيار لاجنبي ولأحد المتابعين معاً ، فاختلفا احتمل اختيار الأجنبي ، والا لم يكن لذكره فائدة ، واحتمل اختيار الفاسخ منها ، لما قلناه أولاً ، وأنه مع اعتبار اختيار الأجنبي دون اختيار الآخر لم يكن في جعله للأخر مع الأجنبي فائدة ايضاً ، وهذا هو المعتمد .

في أحكام العقود

قال رحمة الله : ولو باع بشمن حال وبأزيد منه الى اجل قيل : يبطل ،
والمروي انه يكون للبائع أقل المتنين في أبعد الأجلين .

أقول : العمل بعضون الرواية مذهب المفید والسيد المرتضی ، والرواية
اشارة الى ما رواه السکوئی ، عن جعفر ، عن أبيه ، عن آبائه ، عن علي عليهم
السلام ^(٧٢) .

والبطلان مذهب الشیخ في المبسوط ، واختاره ابن ادریس والعلامة وابو
العباس ، لمهل ^(٧٣) الثن حالة العقد ، فكان كما لو قال : بعتك هذا او هذا بكذا ، وهو
غير جائز ، وهذا هو المعتمد .

فرعان :

الأول : لو باعه بشمن واحد بعضه نقداً وبعضه نسبية صح البيع قطعاً ، وكذا
لو باعه سلعتين في عقد واحد واشترط تأجيل احدهما وحلول الآخر بشرط

(٧٢) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢ ، أحكام العقود ، حديث ٢ .

(٧٣) - في « ي١ » و « ر٢ » : لتجهيز .

تعيين المؤجل او النقد .

الثاني : لو طال الأجل بحيث يعلمان عدم بقائها إليه عادة كألف سنة متلاً ، احتمل بطلان العقد لخروج الثمن عن الارتفاع ، ويتحمل الصحة ؛ لأن الأصل مضبوط ويحل^(٧٤) بموت المشتري ، وهذا اختيار الشهيد ، وابطله فخر الدين . قال رحمة الله : وان ابتعاه بجنس ثمه بزيادة او نقصة ، فيه روايتان ، اشبيهما الجواز .

أقول : عدم الجواز مذهب الشيخ في النهاية لرواية خالد بن العجاج^(٧٥) ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، والجواز مذهب ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة للأصل ، ولعموم قوله تعالى : ﴿وَأَحَلَ اللَّهُ الْبَيْع﴾^(٧٦) ولو رواية عبيد بن زراره^(٧٧) .

قال رحمة الله : فان امتنع من اخذه ثم هلك من غير تغريف ولا تصرف من المشتري كان من مال البائع على الأظهر .

أقول : كل من عليه حق حال دفعه الى من له الحق وجب على صاحب الحق قبضه ، فاذا امتنع من قبضه فعزله من عليه الحق ثم تلف من غير تغريف ، هل يكون من مال من عليه الحق أو لا ؟ قال الشيخ في النهاية بالثاني ، وبه قال المفيد وسلام وابن البراج وابن حمزة ، واختاره المصنف والعلامة في المختلف ؛ لأن الدين يتبعين المديون ، فإذا هلك بعد تعيينه كان من المدين . وفي المبسوط دفعه الى الامام او نائبه ليقبضه عن مالكه ؛ لأن الحاكم قائم

(٧٤) - في « ر » : ويحمل ، وفي « ن » : وعمل .

(٧٥) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٢ ، من أبواب السلف ، حديث ٢ .

(٧٦) - البقرة : ٢٧٥ .

(٧٧) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢٦ من أحكام العقود ، حديث ٢ .

مقام المالك مع امتلاع المالك من قبض الحق ، فان لم يدفعه الى المحاكم او نائبه ثم هلك كان من ضمان المديون ، فان الدين لا يتعين الا بقبض المدين او نائبه ، والتقدير انه لم يقبضه هو ولا نائبه ، فيكون من ضمان المديون ، وهذا هو الحق مع القدرة على المحاكم او نائبه ، والا اشهد على عزله وتعيينه ، فان تلف بعد ذلك من غير تفريط كان من مال المدين ، سمعناه مذاكرا .

قال رحمة الله : ومن ابتعاث شيئاً بشن مؤجل واراد بيعه مراجعة فليذكر الأجل ، فان باع ولم يذكر كان المشتري بالخيار بين رده وامساكه بما وقع عليه العقد ، والمروي انه يكون للمشتري من الأجل مثل ما كان للبائع .

أقول : القائل بشبوت الخيار هو الشيخ في الخلاف والمسوط ، وبه قال ابن ادريس ، والمصنف والعلامة ؛ لأن الأجل له قسط من الثمن في عرف المعاملة ، فلما باعه بالثمن الذي اشتراه ولم يذكر الأجل كان مدلساً ، فيثبت الخيار بين الرد والامساك بجميع الثمن ، وذهب الشيخ في النهاية الى عدم الخيار ، ويثبت له من الأجل مثل ما للبائع ؛ لرواية هشام بن الحكم^(٧٨) ، عن الصادق عليه السلام ، والأول هو المعتمد .

فيما يدخل في المبيع

قال رحمة الله : وفي دخول المفاتيح ، تردد ، ودخولها أشبه .

أقول : من أنها ليست من المبيع ولا من اجزائه فلا تدخل ، لأصالة بقاء الملك على مالكه ما لم يعلم الانتقال ، ومن اقتضاء العادة دخوها ، ولأنها من حقوقها فيدخل في المبيع .

قال رحمة الله : ولو كان في الدار نخل أو شجر لم يدخل في المبيع ، فإن قال بحقوقها ، قيل : يدخل ، ولا أرى هذا شيئاً .

أقول : القائل بالدخول هو الشيخ ، وتبعه ابن البراج وابن حمزة ، وهو ظاهر كلام ابن ادريس بناءً على ان النخل والشجر من حقوق الدار ، فظاهر المصنف عدم الدخول الا ان يقول : (وما اغلق عليه بابها) ، وهو اختيار العلامة ، لأصالة بقاء الملك على بائمه^(٧٩) ما لم يعلم السبب الناقل ، ولم يثبت ان النخل والشجر من حقوق الدار .

قال رحمة الله : ولو باع التخل ولم يكن مؤبراً فهو للمشتري على ما أفقى به

(٧٩) - في «ن» : مالكه .

الأصحاب .

أقول : لا خلاف في ان الثرة للمشتري مع عدم التأثير ، وإنما استند المصنف الى فتوى الأصحاب ؛ لأن هذا الحكم يثبت باجماعهم إِذ الرَّوَايَاتُ^(٨٠) الدالة على هذا الحكم ليست مصروحة فيه ، بل هي دالة من حيث المفهوم ، ودلالة المفهوم ضعيفة ، لكن الاجماع عضدها ، فلذلك نسب الحكم الى فتوى الأصحاب لا الى الروايات الواردة فيه ، لضعف دلالتها عليه .

قال رحمة الله : الأَحْجَارُ الْمُخْلُوقَةُ : فِي الْأَرْضِ وَالْمَعَادِنِ تَدْخُلُ فِي بَيعِ الْأَرْضِ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ أَجْزَائِهَا ، وَفِيهِ تَرْدُدٌ .

أقول : منشئه بما قاله المصنف : (لأنها من اجزائها) ، ومن عدم صدق اسم الأرض عليها ؛ لأنها مخالفة لها بالاسم وبالماهية ، والأصل بقاء الملك على مالكه .

في التسلیم

قال رحمة الله : اطلاق العقد يتضمن تسلیم المبيع والثمن ، فإن امتنع أجرها ، وإن امتنع أحدهما أجر المقتن ، وقيل : يجبر البائع أولاً ، والأول أشبه ، سواء كان الثمن عيناً أو ديناً .

أقول : اذا قال البائع : (لا اسلم المبيع حتى اقبض الثمن) ، وقال المشتري : (لا اسلم الثمن حتى اقبض المبيع) ، قال الشيخ في (المسوط والخلاف) : الأولى ان يقال : على الحاكم ان يجبر البائع على تسلیم المبيع ، ثم يجبر بعد ذلك المشتري على تسلیم الثمن ؛ لأن الثمن تابع للمبيع ، وتبعه ابن البراج .
وذهب المصنف الى ان الحاكم يجبرهما معاً مع الامتناع دفعة واحدة .
واختاره العلامة والشهيد ، وهو المعتمد ؛ لأن حالة انتقال المبيع الى المشتري هي حالة انتقال الثمن الى البائع ، فلا أولوية .

وقوله : (سواء كان الثمن عيناً أو ديناً) ، أراد بالدين الموصوف في الذمة مع كونه حالاً يجب تسلیمه في الحال ، ولا يتوجه أحد ان مراده بالذين الموصوف بالذمة المؤجل ؛ لأن المؤجل لا يجب تسلیمه الا مع حلول الأجل مع وجوب

تسليم عوضه حالا ، فلا يتصور اجبارهما معا ، ولا يتصور كون الثمن والمشن مؤجلين ؛ لأن ذلك بيع الدين بالدين فلا يجوز ، بل المراد ما قلناه .

قال رحمة الله : والقبض هو التخلية ، سواء كان البيع مما لا ينقل كالعقار ، او مما ينقل ويعول كالثوب والجوهر والدابة . وقيل : فيما ينقل القبض باليد او الكيل فيما يكال او الانتقال في الحيوانات ، والأول أشبه .

أقول : التفصيل هو المشهور بين الأصحاب ، ذكره الشيخ في المسوط ، وبه قال ابن البراج وابن حمزة ، واختاره العلامة ابو العباس ، وهو المعتمد ؛ لأنه المتعارف بين الناس وعادة الشرع رد الناس الى ما يتعارفونه فيما لم ينص على مقصوده باللفظ كالاحياء ، ويؤيده صحيحة معاوية بن وهب ^(٨١) ، عن الباقر عليه السلام .

وقيل : هو التخلية بعد رفع اليد مطلقا ، واختاره المصنف .

قال رحمة الله : و اذا تلف المبيع قبل تسليمه الى المشتري فهو من مال باعه ، وكذا ان نقصت قيمته بمحدث فيه كان للمشتري رده ، وفي الأرض تردد .
أقول : منشؤه من انه لو تلف اجمع لكان من مال البائع ، فكذا ابعاضه وصفاته ؛ لأن المقتضي لثبت الضمان في الجميع - وهو عدم القبض - موجود في الصفات والأبعاض فثبت الحكم ، ومن اصالة عدم ثبوت الأرض .

وانما اوجبنا المعيار بين الرد والقبول بجميع الثمن لدفعضرر اللاحق بایجاب القبول ، والأول مذهب الشيخ في النهاية وابن البراج وابو الصلاح ، واختاره العلامة وفخر الدين ، وهو المعتمد ، والثاني مذهب الشيخ في الخلاف ، واختاره ابن ادريس .

(٨١) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٦ من أحكام المقدود ، حديث ١١ ، لكن الرواية فيه عن أبي عبدالله عليه السلام .

قال رحمة الله : إذا اخطلت المبيع بغيره في يد البائع اختلاطاً لا يتميز ان دفع الجميع إلى المشتري جاز ، وإن امتنع البائع قيل : ينفسخ البيع لتعذر التسلیم ، وعندی أن المشتري بالخيار إن شاء فسخ وإن شاء كان شريكاً للبائع ، كما إذا اخطلطا بعد القبض .

أقول : وجوب القبول مع دفع الجميع مذهب الشيخ ؛ لأن زاده فضلاً فلا يتسلط على الفسخ ، لزوال العيب بزوال الشركة ، والمعتمد عدم وجوب القبول ؛ لأن الزيادة تكون هبة والهبة لا يجب قبولاً ، وبشتت الخيار بين الفسخ - لحصول العيب بالشركة - وبين الامضاء ويكون شريكاً ، ولو كان الامتزاج بعد القبض لزم المقد و لم يثبت الفسخ وكان شريكاً ، فان علمت حصة كل واحد منها كانا شريكين بالنسبة ، والا وجب ان يصطلعا ، وهذا حكم مطرد في جميع ما يحصل معه الشركه .

قال رحمة الله : ولو باع شيئاً فحسب من يد البائع ، فإن أمكن استعادته في الزمن اليسير لم يكن للمشتري الفسخ ، وإلا كان له ذلك ولا يلزم البائع أجراً المدة ، على الأظاهر .

أقول : اذا لم يمكن استعادة العين الا بعد فوات شيء من منافعها تبت خيار الفسخ ، فإذا لم يفسخ هل له ان يطالب البائع بالأجرة ؟ يحتمل ذلك ؛ لأنه ضامن للعين قبل القبض ، فيكون ضامناً للمنافع ، ومن اصلة براءة الذمة ، ولأنه لو لم يغصب وبقيت في يد البائع مدة طويلة لم يكن ضامناً للأجرة ما لم يطلبها المشتري فيمنعه فيضمن حينئذ ؛ لأنه كالغاصب ، وقبل ذلك لا يضمن شيئاً ، سواء كانت في يده او غصبت منه ، وذهب المصنف ، والعلامة في التحرير ، والشهيد الى عدم الصبان .

قال رحمة الله : إذا ابتعث متاعاً ولم يقبضه ، ثم أراد بيعه كره ذلك إن كان مما

يكال او يوزن ، وقيل : إن كان طعاماً لم يجيز ، والأول أشبه . وفي رواية : يختص التحرير بنبيع بربع ، أما التولية فلا .

أقول : في هذه ثلاثة أقوال :

الأول : المنع في جميع ما يكال او يوزن ، وهو مذهب ابن ابي عقيل .

الثاني : اختصاص المنع بالطعام ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط .

الثالث : الجواز في الجميع على كراهة فيها يكال او يوزن ، ويكون قبض المشتري نائماً عن قبض البائع ، لأصله الجواز ، ولعموم : ﴿وَأَحْلَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٨٢) ، وهو مذهب الشيخ في النهاية والمفید ، واختاره المصنف والعلامة وهو المعتمد ، ورواية علي بن جعفر ، عن أخيه عليه السلام : « عدم جواز بيع الطعام قبل قبضه اذا كان بربع ، والجواز اذا كان تولية »^(٨٣) . وبضمونها افتى العلامة في التحرير .

قال رحمة الله : وكذا إذا دفع إليه مالاً ، وقال : اشترب به طعاماً ، فإن قال : اقبحه لي ثم اقبحه لنفسك ، صع الشراء دون القبض ؛ لأنه لا يجوز أن يتولى طرق العقد^(٨٤) ، وفيه تردد .

أقول : اذا دفع من عليه طعام الى ديانته مالاً ، وقال : (اشترب به طعاماً) ، فان قال : (اشتربه لنفسك) بطل الشراء ؛ لأنه لا يجوز ان يشترى الانسان لنفسه بمال غيره .

وان قال : (اشترب لي واقبحه لنفسك) ، جاء الخلاف السابق في جواز بيع الطعام قبل قبضه ، اما الشراء للأمر فلا اشكال في صحته ؛ لأنه وكيل ، واما

. (٨٢) - البقرة : ٢٧٥ .

(٨٣) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٦ من أحكام العقود ، حديث ٩ .

(٨٤) - في الشرائع : القبض .

القبض لنفسه فيه الخلاف ؛ لأنّه قبضه عوضاً عما له عليه قبل أن يقplete صاحبه .
وان قال : (اقپضه لي ثم اقپضه لنفسك) ، صح الشراء والقبض بلا خلاف ،
واما قبضه لنفسه من نفسه ، فهو مبني على جواز تولي الواحد طرف العقد وعدمه ،
وقد مضى الخلاف فيه في باب البيع ، وقد منعه هنا الشيخ وابن البراج ؛ لأن
الإعجاب والقبول لا بد ان يكونا صادران عن اثنين فلا يجوز فعلهما من واحد ،
والمعتمد الم gioaz .

قال رحمة الله : لو أسلفه في طعام بالعراق ، ثم طالبه بالمدينة ، لم يجب عليه
دفعه ، ولو طالبه بقيمتة ، قيل : لم يجز^(٨٥) ؛ لأنّه بيع الطعام (على من هو عليه)^(٨٦)
قبل قبضه ، وعلى ما قلناه يكره ، ولو كان قرضاً جازأخذ العوض بسعر العراق ،
فإن كان غصباً لم يجب دفع المثل ، وجاز دفع القيمة بسعر العراق ، والأشبه جواز
مطالبة الغاصب بالمثل حيث كان ، وبالقيمة الحاضرة عند الإعواز .

أقول : هنا نلات مسائل :

الأولى : اذا أسلفه في طعام في العراق مثلاً ، ثم طالبه بالمدينة مثلاً وهذا لا
يجب عليه^(٨٧) الدفع ، لاختلاف القيمة في موضع الأسلام وموقع المطالبة ، ولو اتفقا
على الدفع جاز ، فكما لا يجب على من عليه الطعام دفعه كذا لا يجب على من له
الطعام قبضه ؛ لأنّه في حله موئته ، ولو طالبه بالقيمة لم يجب دفعها ، قال الشيخ :
ولا يجوز ، بناءً على مذهبه من عدم جواز بيع الطعام قبل قبضه ، والمعتمد الم gioaz
على كراهيته .

الثانية : اذا أقرضه طعاماً في العراق فطالبه في المدينة ، فالحكم فيه كما

(٨٥) - فـ « ي » : لم يجب .

(٨٦) - من الشرائع المطبوع .

(٨٧) - هذه اللفظة ليست في « ن » و « ر » .

سلف ، الا في اخذ القيمة ، فلا خلاف في جواز اخذها بسعر العراق ، ويجبر المقترض على دفعها اليه ؛ لأنّه يجب عليه دفع حق المترض مع المطالبة ، وقد تذرع المثل لعدم وجوب دفعه في المدينة ، فيجب القيمة بسعر العراق .

الثالثة : لو غصبه طعاماً في العراق ، ثم طالبه في المدينة ، فعنده الشیخ وابن البراج حكمه كالقرض سواء ، وذهب المصنف الى جواز مطالبة الغاصب بالمثل ، ومع تذرع المثل يجب القيمة بسعر موضع المطالبة ، واختاره العلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن الغاصب مخاطب بأشق الأحوال في أي موضع طالبه برد المغصوب وجب عليه ، فان اعوز كان عليه قيمة موضع الاعواز .

في الشرط

قال رحمة الله : ويجوز ابتياع الملوك ، بشرط أن يعتقد أو يدبره أو يكتبه ولو شرط ان لا خسارة ، أو شرط أن لا يعتقدها او لا يطأها ، قيل : يصح البيع ويبطل الشرط .

أقول : البحث هنا في مقامين :

الأول في اشتراط فعل احد هذه الأمور الثلاثة :

« أ » : ان يشترط عليه العتق ، ولا خلاف بين علمائنا في جواز هذا الشرط ؛ لأنّه غير مخالف للكتاب ولا السنة فيجب الوفاء به ، فاذا باع بشرط العتق وجوب الوفاء به ، وهل يكون حقاً لله ، أو للعبد ، أو للبائع ؟ يحتمل الأول ؛ لأنّه كالملزم بالنذر في حقهما ، ولأنّه شرط يقتضي زوال الملك عن جميع الملوك ، فلا يكون حقاً لغير الله .

ويحتمل الثاني : لأنّ غايته ملك العبد نفسه وخروجه عن الرق وسلطه على تصرفات الأحرار وتسلكه لكسبه ، فكان حقاً له .

ويحتمل الثالث ؛ لأنّه ثبت بفعل البائع لتعلق غرضه به ، وربما تسامع لأجل

هذا الشرط بعض الثن فيكون حقاً له ، وهو مذهب العلامة في القواعد ، وهو ظاهر التحرير ؛ لأنَّه استقرب عدم أجبار المشتري على العتق ، وهو يدلُّ على أنه حق للبائع لا الله ، وظاهر الشهيد أنه حق الله .

فعلم القول بأنه حق الله تكون المطالبة للحاكم ويجبره مع الامتناع ، ولا يسقط باسقاط البائع .

وعلى القول بأنه للبائع تكون المطالبة له ويسقط باسقاطه ولا يجبر المشتري ، ومع الامتناع يتخير البائع بين الفسخ والامضاء .

وعلى القول بأنه للعبد يكون هو المطالب بالعتق ، ومع الامتناع يرافعه إلى الحاكم ليجبره على ذلك ، وكسبه قبل العتق للمشتري على جميع التقادير .

ويترفع هنا فروع :

الأول : لو مات العبد أو قتل ، قبل العتق فالخيار بعده ، فإن فسخ رد الثن الذي أخذه وطالب المشتري بالقيمة يوم القبض ؟ لأنَّه وقت استقال الضمان إلى المشتري ، ويحتمل يوم التلف ؛ لأنَّه قبله كان يجب رد العين ، وإنما وجبت القيمة بعد التلف ، وإن امضى رجع بما يقتضيه شرط العتق ، فإذا قيل : (قيمتها لو بيع مطلقاً منه ، وبشرط العتق خمسة وسبعين) ، زيد على الثن مثل ثلثة ، هذا مذهب العلامة في القواعد ، واستحضره الشهيد ؛ لأنَّ الشروط لا توزع عليها الثن ، ومع الفسخ يتبيَّن أنه مات على ملك البائع ، فؤنة التجهيز عليه ، والمحاكمة له لو كان قتيلاً ، ومع عدم الفسخ ينعكس الحكم .

الثاني : هل يجوز اعتاقه عن الواجب على المشتري كالكافارة والنذر ، كما لو نذر عتق نسمة غير معينة ؟ تقول : إنَّ اشترط (البائع عتقه عن الواجب جاز ذلك قطعاً ، ويكون فائدة هذا الشرط تخصيص هذا العبد بالعتق ، وإن اشترط)^(٨٨)

العقد مطلقاً لم يجز ؛ لوجوب العقد عليه بمقتضى الشرط ، فلا يجوز عن واجب غيره .

الثالث : أثبت العلامة في القواعد الولاء للمشتري ، وهو مشكل ؛ لأن العقد واجب ، والعقد الواجب لا يثبت فيه ولاء .

وقد يجرب بأن مذهب العلامة انه حق للبائع ، فلا يجر المشتري على العقد ، بل هو خير ان شاء اعتقد وان شاء ترك ، فيتخير البائع حينئذ ، فإذا اعتقد كان عتقه تبرعاً ، لكونه غير معين عليه لجوأز الاخلال به ، اما على القول بأنه حق الله فلا يثبت فيه الولاء ، لا جباره على العقد لو اخل به .

الرابع : لو نكل به عقد ، ولم يجز^(٩١) عن الشرط فيتخير البائع بين الفسخ والامضاء ، كما لو مات ، او قتل ، وقد سبق^(٩٠) البحث فيه .

الخامس : لو باعه او وقفه تغير البائع ، فان اختار الامضاء نفذت العقود ، وان اختار الفسخ بطلت العقود ، لوقوعها في غير ملك تام ، ولو قلنا انه حق الله وقعت العقود باطلة من رأس ، لتحقق العقد ، فلا ينفذ تصرف غيره .

السادس : لو باعه بشرط العقد احتمل الصحة ، لحصول غرض البائع وهو العقد ، واحتمل البطلان ؛ لأن العقد حق واجب عليه ، فلا يجوز نقله الى غيره .

السابع : لو اشتري من ينعتق عليه بالملك بشرط العقد لم يصح ، لتعذر الوفاء بالشرط وهو العقد بعد الملك ، وهذا ينعتق عليه بنفس الملك من غير اعتاق بل قهراً .

«ب» : لو باعه بشرط التدبير ، صح هذا الشرط بلا خلاف ووجب الوفاء به ، فان دبره فلا بحث ، وان امتنع من تدبيره تغير البائع بين الفسخ واسترجاع

(٩١) - في «ي ١» : يخرج

(٩٠) - ص ٦٢ .

العبد ورد الثمن وبين الامضاء، فيرجع بالتفاوت بين قيمته لو بيع مطلقاً وقيمة بشرط التدبير، وهل يجوز الرجوع (في هذا التدبير؟) بحسب ذلك؟ لأن التدبير عقد جائز يجوز الرجوع فيه)^(٩١) فيسلط البائع على الفسخ كما لو لم يدبره، ويحتمل العدم؛ لوجوب الوفاء بالشرط، وأنه تدبير واجب بمقتضى العقد فهو كالمندور، فلا يجوز الرجوع فيه، وأنه ابطال حق الغير وهو غير جائز.

ج : لو باعه العبد بشرط ان يكاتبه فان اطلق الشرط تغير في المكاتبة بأي قدر شاء، وإن عين قدرأ^(٩٢) تعين، فلو كاتبه بأزيد تغير بين الاجازة والفسخ، وله إلزامه بالكتابة بالقدر المشترط، وكذا لو كاتبه في صورة الاطلاق^(٩٣) بأزيد من القيمة، ولم يرض العبد، فللباائع الخيار بين الفسخ والإمضاء، وبين إلزامه بالكتابة بالقيمة . فإن امتنع تعين الفسخ أو الامضاء، ولا يجب على المشتري المكاتبة بأقل من القيمة إلا مع الشرط ، ومع الإطلاق يتغير بين المطلقة والمشروطة ، ولو عين أحدهما تعين.

المقام الثاني : لو اشتري جارية بشرط أن لا خسارة عليه لو باعها، أو^(٩٤) لا يطأها ولا يعتقها، فهذا الشرط ينافي عقد البيع؛ لأن مقتضاه التسلط على جميع التصرفات، وأن الربح له والخسران عليه، وإذا كان منافياً كان باطلأ. وإذا بطل الشرط، هل يبطل البيع؟ ذهب العلامة والشهيد إلى بطلانهما معاً؛ لأن الشرط يزيد الثمن باعتباره وينقص ، فإذا بطل الشرط بطل ما قبله من الثمن أو الثمن ، فيطرق الجهة إلىباقي، وجهة أحد العوضين توجب بطلان

(٩١)- ما بين القوسين من «ي ١» ، وفي باقي النسخ كلمة : (فيه) بدل ما بين القوسين .

(٩٢)- في «ن» : بقدر .

(٩٣)- في «ي ١» بزيادة : ويتحقق .

(٩٤)- في «ي ١» : (وأن) بدل (أو) .

العقد ، ولعدم حصول الرضا بدون سلامة الشرط ، فع بطلانه تكون تجارة عن غير تراض .

وقال الشيخ وابن البراج وابن الجنيد : يبطل الشرط دون العقد ؛ لأن الأصل صحة البيع ، ولعموم قوله تعالى : ﴿ وَاحْلُّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَمَ الرِّبَا ﴾^(٩٥) ، ولأن الشرط فرع على صحة البيع ، فلو كان الحكم بصحة البيع موقوفاً على صحة الشرط لزم الدور .

تبنيه : قال العلامة في المختلف^(٩٦) : المشهور بين علمائنا الماضين ومن عاصرناهم الا من شدّ انه يجوز بيع الشيء بيسير بأضعاف قيمته بشرط ان يقرض البائع المشتري شيئاً ؛ لأنهم نصوا على جواز ان يبيع الانسان شيئاً ويشرط الاقراض أو الاستقراض او الاجارة او السلف ، او غير ذلك من الشروط السانجة ، وكان بعض من عاصرناه يتوقف في ذلك . الى هنا كلامه . وأشار بالتوقف الىشيخه الحق نجم الدين ابن سعيد مصنف هذا الكتاب المشروح ، نص على انه المحقق ، صاحب الدروس ، قال : ولو باعه بأضعاف القيمة ليقرضه او ليؤجل ما عليه صう ، وتوقف فيه المحقق ولا وجده له .

احتاج القائل بالجواز بعموم قوله تعالى : ﴿ وَاحْلُّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾^(٩٧) ، وهذا بيع فيكون داخلاً في العموم ، وباجماع على جواز بيع الشيء بأضعاف قيمته وبدون قيمته ، وانضمام الشرط اليه لا يغير حكمه ؛ لأنه شرط سانج يجوز انضمامه الى سائر عقود المعاوضة ، فلا مانع منه ، لعموم قوله عليه السلام : « المؤمنون عند

(٩٥) - البقرة : ٢٧٥ .

(٩٦) - في « ر ١ » : التحرير .

(٩٧) - البقرة : ٢٧٥ .

شروعهم»^(٩٨).

ولهم على المعاوز روايات^(٩٩) كثيرة ، اعرضنا عنها لثلا يطول الكتاب .
واحتاج المانع بالروايات الواردة بالمنع^(١٠٠) عن القرض اذا جر نفأاً .
واجب بأنه غير صورة النزاع ؛ لأن المنوع منه هو القرض مع اشتراط
البيع بالمحاباة ، والنزاع في العكس ، وهو البيع بالمحاباة مع اشتراط القرض ،
فالمانع لا يصلح للمانعية .

فروع :

الأول : قال العلامة في التذكرة : لو باعه شيئاً بشرط ان يبيعه ايام لم يصح ،
سواء اتهد الثمن قدرأً او وصفاً او عيناً اولاً ، والا جاء الدور ؛ لأن بيده له يتوقف
على ملكه المتوقف على بيده له فيدور ، واما لو شرط ان يبيعه على غيره صح
عندنا ، لعدم منافاته للكتاب والسنة .

لا يقال : ما الزتممه من الدور وارد هنا .

لأننا نقول : الفرق ظاهر لجواز ان يكون جاريأً على حد التوكيل او عقد
الفضولي ، بخلاف ما لو شرط البيع على البائع . هذا آخر كلامه رحمة الله ، وهو
يشعر بعدم حصول الملك للمشتري قبل حصول الشرط ، لقوله في توجيهه الدور :
لأن بيده له يتوقف على ملكه المتوقف على بيده ، فدل هذا على عدم حصول الملك
قبل حصول الشرط ، (والا لم يتوقف على البيع الذي هو شرط^(١٠١) ، ويدل ايضاً

(٩٨) - تقدم ص ٤٤.

(٩٩) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٦ ، أبواب الخيار .

(١٠٠) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٢ ، أبواب الربا .

(١٠١) - في « ر ٢ » : مشروط .

على عدم الانتقال قبل حصول الشرط)١٠٢(.

قوله : (جارياً على حد التوكيل او عقد الفضولي) ، دل هذا الكلام على عدم انتقال الملك اليه وبقائه على ملك البائع ، والالم يكن في بيته على الغير وكيلولا فضولياً ، وهذا واضح لا غبار عليه .

اذا ثبتت هذا فالجتمع بين تلك المشترى للناء المتجدد بعد عقد البيع وقبل فعل الشرط ، واستقرار ملكه عليه لو فسخ البائع لأجل المخالفة بالشرط ، واخذ البائع العين مجردة دون الناء ، وبين عدم ملكه للمبيع قبل فعل الشرط مشكل ؛ لأن الناء تابع للأصل ، فكيف يملك الناء ولا يملك الأصل مع كونه قابلاً بهذه الأحكام ، ومع التحقيق يجب المصير الى عبارة الدروس ؟ لأنه قال : ولو شرط بيع المبيع على البائع بطل لا للدور ، بل لعدم قطع نية الملك ، وهذا هو الصحيح الذي لا غبار عليه .

الثاني : لو صالح على اسقاط الشرط بعوض صحي الا ان يكون عتقاً ، وقلنا : انه حق الله ، ولو شرط في عقد آخر سقوط اللازم له بالعقد السابق صح ايضاً ، ولو شرط تأجيل الدين الحال او حلول الدين المؤجل لزم بنفس العقد .

الثالث : اذا شرط رهنا معيناً او ضميناً لزم الشرط ، فلو تلف الرهن او مات الضميين ، فان كان بعد الرهن والضمائن لم يؤثر ، وان كان قبله كان له الفسخ .

الرابع : يجوز اشتراط رهن المبيع على ثمه ، ومنعه الشيغ ، ولا يكفي عقد البيع عن عقد الرهن ، ولو جمع بينهما في عقد واحد وقدم الرهن بطل ، وان قدم البيع ، مثل ان يقول : (بعتك الدار بألف وارتنته العبد بها) ، فقال : (اشتريت ورهنت) ، فيه وجهان ، أقربها المنع ، لعدم ثبوت الحق حال الرهن .

الخامس : لو شرط ان يبيعه على زيد ، فامتنع زيد من الشراء احتمل ثبوت

(١٠٢) - ما بين القوسين لم يرد في « ن » .

الخيار للبائع ، لعدم حصول الشرط ، واحتمل لزوم البيع ، اذ التقدير ان يبيعه على زيد ان اشتراه ، فاذا امتنع لزم العقد ؛ لأن الأصل في العقود الالتزام ، اما لو امتنع الضعن المشروط بعقد البيع كان له الفسخ ؛ لأن نفع الضمان عائد اليه ولم يرض بدونه ، وهو لم يحصل بفضل على الفسخ .

قال رحمة الله : ولو باعه ارضاً على أنها جربان معينة ، وكانت أقل ، فالمشتري بالخيار بين الفسخ واخذها بحصتها من الثمن ، وقيل : بل بكل الثمن ، والأول أشبه . ولو زادت كان الخيار للبائع بين الفسخ والاجارة بالثمن .

أقول : اذا باعه عشرة اجرية مثلاً ، ظهرت خمسة ، قال الشیعی في النهاية : يتخير بين الفسخ واخذها بحصتها من الثمن ، وتبعه اکثر الأصحاب ، واحتشاره المصنف والعلامة في المختلف ، وقال في المبسوط بتخير المشتري بين فسخ البيع وبين الامضاء بجميع الثمن ، (وتبعه ابن البراج ، واحتشاره العلامة في القواعد وفخر الدين في شرحه وابو العباس في مقتصره) ، وهو المتمدد ؛ لأن العقد وقع على المبيع بجميع الثمن ^(١٠٣) فليس له الا الفسخ او الامضاء بالجیع ، لوقوع العقد عليه .

واحتاج الأولون بأنه وحدة ناقصاً فله مقابلة من الثمن ، كما لو اشتري الصبرة على أنها عشرة اقفة ظهرت خمسة ، ولرواية عمر بن حنظلة ، عن الصادق عليه السلام ، وفي هذه الرواية : « ان كان للبائع ارض بعنة تلك الأرض لزم البائع ان يوفيه منها » ^(١٠٤) .

واستقر في القواعد ان الخيار في طرف النقضة للمشتري بين الفسخ والامضاء بجميع الثمن في متساوي الأجزاء وختلفها ، وفي طرف الزيادة للبائع الخيار كذلك في المتساوي والمختلف ، والمشهور ان متساوي الأجزاء يقسط الثمن

(١٠٣) - ما بين القوسين لم يرد في « ن » .

(١٠٤) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٤ من أبواب الخيار ، حديث ١ .

على اجزائه في الزيادة والنقصان .

فرع : على القول بأنه يرجع بالقسط من الثمن ، هل يثبت للبائع الخيار ؟

يعتمل ذلك ؛ لأنّه إنما رضي ببعها بالثمن أجمع ، فاذا لم يصل اليه كان له خيار الفسخ ، فلو بذل المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ حينئذ لوصول ما رضيه اليه .

في أحكام العيوب

قال رحمة الله : التصرية تدليس يثبت بها الخيار بين الرد والامساك ، ويرد معها مثل لبنيها او قيمتها مع التعذر ، وقيل : يرد ثلاثة امداد من طعام ، وتحتبر ثلاثة ايام وثبت التصرية في الشاة قطعاً ، وفي الناقة والبقرة تردد .

أقول : التصرية تحقق الشاة وجع لبنيها في ضرعها بأن يتركها او قاتاناً لا يحلها ثم يخرج بها الى السوق ، فيراها المشترى فيرغلب في شرائها لظنه ان هذا قدر حلبيها ، ولا خلاف في جواز ردّها مع تحقق ذلك ، واما الخلاف في موضعين :

الأول : في حكم اللبن المحتلب منها ، والمشهور رده ان كان موجوداً ، ومثله ان كان مفقوداً ، وقيمتها مع التعذر ، وهذا هو المعتمد ؛ لأن اللبن من ذوات الأمثال ، فعند حضوره يجبر البائع على اخذه ؛ لأنه عين ماله ، ومع فقده يجب مثله ، فان تعذر المثل وجبت القيمة كغيره من الأعيان المضمنة .

وقال الشيخ في الخلاف والمبسوط يرد صاعاً من تمر أو بر على مانص^(١٠٥)

(١٠٥) - راجع الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٢ ، أبواب الخيار ، حديث ٢ ، وليس فيها البر ، والمستدرك باب ١١ ، أبواب الخيار ، حديث ٣٠١ ، ٤ ، ٥ .

عليه النبي صلّى الله عليه وآلـه وسلـم ، قال : دليلنا اجماع الفرقـة وآخـبارـهم ، فـانـ الـاخـبارـ الـوارـدةـ عنـ النـبـيـ صـلـىـ اللهـ عـلـيـهـ وـآلـهـ وـسـلـمـ تـضـمـنـتـ البرـ اوـ التـرـ ، فـنـ قـالـ بـغـيرـهـاـ فـعـلـيـهـ الدـلـالـةـ ، وـمـثـلـهـ قـالـ فـيـ المـبـسوـطـ ، ثـمـ قـالـ فـيـهـ : فـانـ تـعـذـرـ - يـعـنيـ الصـاعـ - وـجـبـتـ قـيمـتـهـ وـانـ أـقـىـ عـلـىـ قـيمـةـ الشـاةـ ، ثـمـ تـرـدـدـ مـعـ بـقاءـ عـينـ اللـبـنـ بـيـنـ اـجـبـارـهـ عـلـىـ اـخـذـهـ ؛ لـأـنـ عـينـ مـالـهـ ، وـبـيـنـ الـدـمـ وـالـزـامـ الـمـشـتـريـ بـالـصـاعـ لـعـومـ النـصـ .

وـجـزـمـ ابنـ البرـاجـ فـيـ المـهـذـبـ عـلـىـ عـدـمـ اـجـبـارـ البـائـعـ عـلـىـ اـخـذـ عـينـ اللـبـنـ ، وـحـلـهـ الـعـلـامـةـ فـيـ المـخـتـلـفـ عـلـىـ تـغـيـرـ صـفـاتـ اللـبـنـ ؛ لـأـنـ مـنـ شـأنـهـ التـغـيـرـ ، وـهـوـ يـدـلـ عـلـىـ اـنـهـ مـعـ التـغـيـرـ لـأـيـجـبـ عـلـىـ البـائـعـ اـخـذـهـ ، وـالـشـهـيدـ الزـمـ اـخـذـهـ^(١٠٦) مـعـ الـأـرـشـ ، وـهـوـ فـتوـيـ القـوـاعـدـ ، وـهـوـ المـعـتـدـ .

وـقـيلـ : رـدـ مـعـهـ ثـلـاثـةـ اـمـدـادـ مـنـ طـعـامـ ، رـوـاهـ الـحـلـبـيـ «ـفـيـمـ اـشـتـرـىـ شـاةـ فـأـمـسـكـهاـ ثـلـاثـةـ اـيـامـ ثـمـ رـدـهـاـ وـقـدـ شـرـبـ لـبـنـهاـ»^(١٠٧) ، وـلـمـ يـذـكـرـ الـمـصـرـةـ ، وـمـثـلـهـ قـالـ الشـيـخـ فـيـ النـهـاـيـةـ . وـابـنـ اـدـرـيـسـ قـيـدـهـ بـالـمـصـرـةـ .

الـثـانـيـ : فـيـ ثـبـوتـهـ فـيـ النـاقـةـ وـالـبـقـرةـ ، وـبـعـدـ ثـبـوتـهـ قـالـ الشـيـخـ فـيـ المـبـسوـطـ وـابـنـ البرـاجـ وـابـنـ الجـنـيدـ وـابـنـ اـدـرـيـسـ ، وـادـعـنـ الشـيـخـ الـاجـمـاعـ ، وـاختـارـهـ الـعـلـامـةـ فـيـ القـوـاعـدـ وـالـتـحـرـيرـ ، وـتـوـقـفـ فـيـ المـخـتـلـفـ ، لـأـصـالـةـ لـزـومـ الـعـقـدـ وـسـقـوطـ الـخـيـارـ مـعـ التـصـرـفـ ، خـرـجـ مـنـ الشـاةـ لـوـقـعـ الـاـتـفـاقـ ، يـبـقـيـ الـبـاقـيـ عـلـىـ الـأـصـلـ ، وـهـوـ اـخـتـيـارـ فـخرـ الـدـينـ .

احـتـجـ المـشـبـتونـ بـاتـحـادـ الـعـلـةـ .

تـنبـيـهـ : مـدـةـ خـيـارـ التـصـرـيـةـ ثـلـاثـةـ اـيـامـ ، وـهـلـ هـيـ ثـلـاثـةـ اـثـابـةـ لـلـحـيـوانـ ، أـوـ

(١٠٦) - فـيـ «ـنـ» : إـجـبـارـهـ .

(١٠٧) - الـوـسـائـلـ ، كـتـابـ التـجـارـةـ بـابـ ١٣ـ ، مـنـ الـخـيـارـ ، حـدـيـثـ ١ـ .

هي ثابتة للتصرية ؟ نص الشيخ على الأول ، وهو ظاهر التحرير ؛ لأنه قال فيه : مدة الخيار في المضرة ثلاثة أيام كغيرها من الحيوانات ، وروى العامة أنها ثابتة للتصرية ^(١٠٨) .

وتنظر الفائدة لو اسقط خيار الحيوان ، فان قلنا بالغاية فخيار التصرية باق ، وان قلنا بالاتحاد سقط .

والتصرية ثبتت باقرار البائع ، وبنقص حلبيها في الثلاثة عن الحلبة الاولى ، فان تساوت الحلبات ، او زادت الأخيرة فلا خيار ، واستشكل في التحرير بشوته قبل انتهاء الثلاثة بعد فتواه بعد التبؤت .

وقال في القواعد : ولو علم بالتصرية قبل الثلاثة تغير على الفور ، ولعل فتوى التحرير اقرب ، لعدم ثبوت الخيار إلا بعد تحقق التصرية ولا تتحقق إلا بنقص حلبيها في الثلاثة عن الحلبة الاولى ، فلا بد من الاختبار مدة الثلاثة ، وتحمل فتوى القواعد على حصول العلم باقرار البائع ، فحيثذا تتحقق التصرية ويثبتت القسخ .

ولو تصرف بغير الملتب سقط الرد ولا يثبت بالتصرية ارش ؛ لأنها تدلisy ، (وهو لا يثبت الارش ، بل الخيار بين الرد والامساك ، ويسقط خيار التدلisy ^(١٠٩)) بالتصرف عدا حلب المضرة .

قال رحمة الله : تحمير الوجه ووصل الشعر تدلisy يثبت به الخيار دون الأرش ، وقيل : لا يثبت به خيار ، والأول أشبه .

أقول : قال الشيخ في الخلاف : لو بيض وجهها بالطلاء ، ثم اسر ، أو حمر خديها بالذمار وهو الكلكون ، ثم اصفر لم يكن له خيار ، وقال في المبسوط :

(١٠٨) - سنن البيهقي ٥: ٢١٨ - ٢١٩ .

(١٠٩) - ما بين القوسين سقط في « م » .

يثبت له الخيار ، ثم قال : ولو قلنا ليس له الخيار ؛ لأنَّه لا دليل في الشرع على كونه عيناً يوجب الرد ، كان قوياً .

وقال ابن البراج : له الخيار بين الرد والامساك ، واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأنَّه تدلِّيس فأوجب الخيار كغيره ، ولأنَّ الاغراض تختلف ، فربما شاهده المشتري على صفتة ، فرَغب اليه لتلك الصفة ، ولم يسلم له ، فيثبت له الخيار .

فرع : لو اشبع الشاة فامتلأت خواصِرها فظنها المشتري حبلي ، او سود انامل العبد او ثوبه ، فظنه كاتباً فلا خيار ؛ لأنَّه لا يتعين في الجهة التي ظنها ، اذ قد يسود انامل غير الكاتب وتنتلي خاصرة غير الحبلي .

قال رحمة الله : إذا حدث العيب بعد العقد وقبل القبض ، كان للمشتري رده ، وفي الأرش تردد . ولو قبض بعضاً وحدث في الباقي حدث ، كان الحكم كذلك فيما لم يقبض .

أقول : أما منشأ التردد في حدوث العيب بعد العقد وقبل القبض ، فقد مضى في باب قبض المبيع فلا وجه لاعادته ، وأما قوله : لو قبض بعضاً وحدث في الباقي حدث كان الحكم كذلك فيما لم يقبض فغير مسلم ، بل يتخير في الجميع ، لعدم جواز تبعيض الصفة .

في المراجحة والمواضعة

قال رحمة الله : فلو باع مراجحة فيان رأس ماله أقل ، كان المشتري بالخيار بين رده واخذه بالثمن وقيل : يأخذه بإسقاط الزيادة ، ولو قال اشتريته بأكثر ، لم يقبل منه ولو أقام ببينة ، ولا يتوجه على المبتعث بين إلا أن يدعى عليه العلم .
أقول : البحث هنا في موضوعين :

الأول : اذا بان الثمن انقص مما وقع عليه العقد ، قال الشيخ في المسوط وابن الجنيد : يأخذه بإسقاط الزيادة . واحتلما بما قابل الزيادة من الربح ، فالشيخ اسقطه تبعاً لمقابله من الأصل ، وابن الجنيد انتبه ان كان درهما معيناً ؛ لأنه باع برأس ماله وربح هذا المعين ، فاذا ظهر الكذب في رأس المال سقطت الزيادة ، ولا يسقط شيء من الربح ؛ لأن الربح مقابل رأس المال ، والزيادة ليست من رأس المال ، فلا يقابلها شيء من الربح ، فان كان الربح غير معين بالدرهم ، بل بجزء من الثمن بأن يقول : بعتك برأسمالي وهو منه مثلاً وربح ثلت الثمن ثم ظهرت الزيادة سقطت هي ومقابلها من الربح ، والمشهور تبؤت الخيار بين الفسخ والامضاء بجميع ما وقع عليه العقد ، وهو المعتمد ؛ لأن العقد يتناول هذا القدر ،

وقد رضي المشتري به وانعقد البيع على ذلك ، وظهور النقيصة لا يوجب البطلان ، بل يتبتّل الخيار .

الثاني : اذا ادعى الغلط وان رأس ماله اكثر مما ذكره ، فالمصنف لم يتردد في عدم قبول دعواه ولا يبنته للتکذیب ، وقال الشيخ في المسوط : (ولو قال وكيله كان اشتراه بأزيد) واقام بذلك بینة ، قبلت بینته ، قال : ولو قلنا انها لا تقبل ؛ لأنّه کذبها بالقول الاول كان قوياً ، والتمهيد اختيار قبولها اذا اقامها على مشتري الوکيل ، واختار العلامة في المختلف قبولها مطلقاً ؛ لأنّه لو صدقه المشتري قبل ، فله اقامة البینة مع التکذیب ، وفي القواعد لم يتردد بعدم القبول ، بل تقل عباره الشرائع كما هي ، وكذلك في التحرير ، الا انه زاد فيه ما قاله الشيخ في دعوى شراء الوکيل .

قال رحمة الله : اذا احبط البائع بعض الثمن ، جاز للمشتري أن يخبر بالأصل ، وقيل : ان كان قبل لزوم العقد ، صحت ولحق بالثمن ، واطبع بما باقي ، وإن كان بعد لزومه كانت هبة مجدد وجاز الإخبار بأصل الثمن .

أقول : التفصيل مذهب الشيخ في المسوط بناءً على مذهبه من ان المبيع لا ينتقل إلا بعد مدة الخيار ، والمشهور عدم التفصيل ، وهو المعتمد ؛ لأن العقد ناقل ، ومضي مدة الخيار سبب اللزوم ، لا سبب النقل ، ولا لها مدخل فيه ، فالإسقاط بعد العقد هبة مجدد ، سواء كان في مدة الخيار او بعدها .

في الربا

قال رحمة الله : فيجوز بيع المتجانس وزناً يوزن نقداً ، ولا يجوز مع زيادة ،
ولا إسلام أحد هما في الآخر على الأظهر .

أقول : اذا تماثل الثمن والمعنى في الجنس ، وكانا ربوين جاز البيع نقداً من
غير زيادة في أحد هما بلا خلاف ، والمشهور بين الأصحاب عدم جواز اسلام
أحد هما في الآخر وان لم تحصل الزيادة . قال العلامة في المختلف : ولا اعرف في
ذلك خلافاً الا قول شاذ للشيخ ذكره في الخلاف ، فانه قال فيه : ويجوز بيع
الجنس بعضه بعض مثناًلاً يدأ بيد ، وبذكره نسيئة . قال : لكن الشيخ قد يطلق على
المحرم اسم المكروه ، كما قال في هذا الكتاب : يكره الأكل والشرب من آنية
الذهب والفضة ، وقصده التحرير .

قال رحمة الله : اذا اختلف الجنسان جاز التماثل (١١٠) والتفضيل نقداً ، وفي
النسيئة تردد ، والأحوط المعن .

أقول : اذا اختلف اجناس الربويات جاز البيع مع التفضيل نقداً بلا

(١١٠) - من الشرائع المطبوع .

خلاف ، وهل يجوز نسيئة ؟ قال الشيخ في النهاية : يجوز ، وهو قول ابن حمزة ، وقال المفيد وسلام بالكراء ، وهو اختيار ابن ادريس والعلامة وأبي العباس في المقصر .

احتىج ابن حمزة بقوله عليه السلام : « اذا اختلف الجنسان فباعوا كيف شئتم »^(١١١) .

واحتاج المانعون بقوله عليه السلام : « اغا الربا في النسيئة »^(١١٢) .

واحتاج القاتلون بالكراء بأنه جمع بين الأدلة .

وإذا كان الثن والثمن عوضين غير ربيعين كالثياب والعبيد جاز البيع مع التفاضل بلا خلاف ، وهل يجوز نسيئة ؟ منعه الشيخ في النهاية والخلاف ، وهو قول ابن أبي عقيل وابن الجنيد ، وقال في المسوط : انه مكرر ، وابنا بابويه اطلقوا الجواز ، واستند الجميع الى الروايات^(١١٣) .

قال رحمة الله : والخنطة والشمير جنس واحد في الربا على الأظهر ، لتناول اسم الطعام لها .

أقول : هذا مذهب الشيختين وسلام وأبي الصلاح وابن البراج وابن حمزة ، واختاره المصنف والعلامة والشميد ، وهو المعتمد ، وله عليه روايات^(١١٤) كثيرة . وقال ابن الجنيد وابن أبي عقيل : انها نوعان ، واختاره ابن ادريس ، لا اختلافهما صورة واسماً وطعم .

قال رحمة الله : والحمام جنس واحد ، ويقوى ان كل ما يختص باسم واحد

(١١١) - المستدرك ، كتاب التجارة ، باب ١٢ ، ابواب الربا ، حدیث ٤ .

(١١٢) - کنوز الحقائق ، ص ٧٥ .

(١١٣) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٣ من الربا .

(١١٤) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٨ من الربا .

فهو جنس على انفراده^(١١٥) كالفخات والورشان وكذا السموك .

أقول : هنا مسئلةتان :

الأولى : في الحمام ، ويعتمل ان يكون جنساً واحداً لشمول اسم الحمام له ، ويعتمل ان كل ما يختص باسم فهو جنس على انفراده ، لاختلاف لحوم الحيوان باختلاف اسمائه مع شمول اسم الحيوان لها ، والأول اختيار العلامة والشهيد ، وانما يتصور الربا في الطير اذا بيع لحمه وزناً .

الثانية : في السموك ، وقوى الشيخ انها جنس واحد ، وقواء الشهيد ، وجزم به العلامة في القواعد ، وقال في التحرير : كل ما اختص باسم وصفة فهو صنف مخالف للصنف الآخر .

قال رحمة الله : ويجوز التفاضل بينهما نقداً وفي النسبة تردد .

أقول : قد سبق^(١١٦) البحث في ذلك .

قال رحمة الله : ولو كان معدوداً كالثوب بالثوبين والثياب ، والبيضة بالبيضتين والبيض نقداً ، وفي النسبة تردد .

أقول : قد سبق^(١١٧) البحث فيه ايضاً .

قال رحمة الله : ويشتبه في الطين الموزون كالأرمني على الأشباه .

أقول : هذا مذهب الشيخ في المسوط ، وبه قال ابن البراج ، واما ما يدخل في الأدوية من الطينالأرمني والخراصاني ، فلا يجوز بيعه : لأن حرام ، فلا معنى لدخول الربا فيه ، والمعتمد الأول : لأن تحريم الأكل لا يستلزم تحريم البيع اذا كان فيه منفعة ، وإذا جاز بيعه دخل الربا فيه اذا بيع وزناً ، والأرمني قيل : انه طين قبر

(١١٥) - (على انفراد) من الشرائع .

(١١٦) - ص ٧٧ .

(١١٧) - ص ٧٨ .

الاسكندر ، وقيل : انه طين أحمر يجلب من الأرمن يعالج به الاطباء .

قال رحمة الله : والاعتبار بعادة الشرع مما يثبت انه مكيل أو موزون في عصر النبي صلى الله عليه وآله وسلم نبفي عليه ، وما جهلت الحال فيه رجع الى عادة البلد ، ولو اختلفت البلدان فيه كان لكل بلد حكم نفسه ، وقيل : نغلب جانب التقدير ونثبت التحرير عموماً .

أقول : قال الشيخ في المسوط : المائة شرط في الربا ، وإنما تعتبر المائة يعرف العادة بالمجاز على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، فإذا كانت العادة فيه الكيل لم يجز الاكيلاً فيسائر البلاد ، وما كان العرف فيه الوزن لم يجز الا وزناً فيسائر البلاد ، والمكيال مكيال اهل المدينة ، والميزان ميزان اهل مكة ، هذا كله بلا خلاف ، فان كان مما لا يعرف عادته في عهد النبي صلى الله عليه وآله وسلم حمل ذلك على عادة البلد الذي فيه ذلك الشيء ، فإذا ثبت ذلك الشيء فما عرف كيلاً لا يباع الاكيلاً ، وما عرف فيه الوزن لا يباع الا وزناً ، وتبعه ابن البراج ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن لكل بلد عرفاً خاصاً ، فإذا انتقى العرف في عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم انصرف إلى عرف ذلك البلد ، ولأصوله عدم التحرير ، فان كان عرف ذلك البلد يباعه جزاً فأجاز فيه التفاضل ، وان كان عرفة كيلاً او وزناً ، حرم فيه التفاضل .

وقال المقيد : يحكم بالأغلب عند الاختلاف ، فان كان الأغلب فيه الجزار جاز فيه التفاضل ، وان كان الأغلب فيه الكيل او الوزن لم يجز ، وتبعه ابن ادريس ؛ لأن المعلوم من عادة الشرع اعتبار الأغلب واطراح النادر .

وفي النهاية غلب جانب التقدير وحرم التفاضل في الجميع ؛ لأن الأصل في الأشياء التقدير ، وللاح提اط حذراً من الوقوع في الربا ، وتبعه سلار .

قال رحمة الله : ولو باع لمن يباً بمقدار متساوياً ، جاز وكذا لو باع بسراً

برطب ، وكذا لو باع حنطة مبلولة ببابسة لتحقق المأهولة ، وقيل : بالمنع نظراً لتحقق النقصان عند الجفاف ، أو إلى انضياف أجزاء مائية مجهلة ، وفي تحريم بيع الرطب بالتمر تردد ، والأظهر إختصاصه بالمنع إعتاداً على أشهر الروايتين .

أقول : هنا مسائل متعددة ، والعلة فيها متعددة ، وقد اختلف الأصحاب في جواز بيع الرطب باليابس من جنسه متساوياً نقداً ، مع اتفاقهم على المنع من بيعه نسبية ومتناضلاً .

فالمنع مطلقاً في كل رطب مع يابسه مذهب ابن الجنيد ، واختاره العلامة ، للاشتراك في العلة المنصوصة^(١١٨) ، وهي النقص عند الجفاف .

والجواز مطلقاً في كل رطب مع يابسه مذهب الشيخ في الاستبصار ، وبه قال ابن ادريس ، قال : لأن بيع الجنس بالجنس مثلاً بثل جائز سائغ ، والمنع يحتاج إلى دليل ، قال : وقول شيخنا في النهاية : - لا يجوز بيع التمر بالرطب (والزيسب بالعنبر)^(١١٩) ؛ لأنه اذا جف نقص - ، غير واضح ، بل يجوز ذلك ، ومذهبنا ترك التعلييل والقياس .

وابن حمزة اقتصر على المنع ، من بيع التمر بالرطب والزيسب بالعنبر ، وهو مذهب الشيخ في النهاية .

وفي الخلاف اقتصر على المنع من بيع التمر بالرطب والحنطة المبلولة بالجافة ، لفقدان الطريق إلى العلم بقدر ما فيها من الماء ، قال : واما الزيسب بالعنبر او تمرة رطبة ببابسها ، مثل التين الرطب بالجاف واللحم^(١٢٠) الرطب بالمقدد وما اشبه ذلك ، فلا نص لأصحابنا فيه ، والأصل جوازه ، لقوله تعالى : ﴿ واحل الله

(١١٨) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٤ من الربا حديث ١ و ٢ .

(١١٩) - لم يرد في « ر » .

(١٢٠) - (اللحم) من « ي ١ » وفي الباقي (الخوخ) .

البيع^(١٢١)، والمصنف خصص المتع ببيع التر بالرطب؛ للرواية^(١٢٢) المشهورة عن الصادق عليه السلام وذكر عليه السلام علة المتع ، وهي النقص عند الجفاف ، فعداها ابن الجنيد والعلامة الى كل مشارك في العلة .

قال رحمة الله : اذا كاتنا في حكم الجنس الواحد واحدها مكيل والآخر موزون ، كالحنطة والدقيق فيبيع أحدهما بالآخر وزناً جائز وفي الكيل تردد ، والأحوط تعديلهما بالوزن .

أقول : الحنطة من المكيل وكذا الدقيق ؛ لأن اصله الحنطة ، فاذا بيع الحنطة بالدقيق قال الشيخ وابن ادريس : بيع وزناً احتياطاً ، واختاره المصنف والعلامة في التحرير ؛ لأن الوزن اصل الكيل فيرجع اليه اذا حصل في الكيل تفاوت كالحنطة والدقيق فان الحنطة نقيلة والدقيق خفيف ، يتجاهي في المكيال ، فاذا بيعا كيلاً حصل التفاضل المفضي الى الربا ، فلا يجوز بيع احدهما بالآخر كيلاً .

وقال العلامة في المختلف : لا يجوز بيع احدهما بالآخر وزناً ، والا جاء الربا ؛ لأن تساويهما في الوزن يقتضي التفاضل بينهما فيما جعله الشارع معياراً لها ، فلا ربا وان اختلفا فيما سواه ؛ لأنه غير معيار لها .

والاول اشهر بين الأصحاب أما لو بيع ما اصله الكيل كالحنطة بما اصله الوزن كالحبز ، بيع وزناً ليزول^(١٢٣) التفاضل .

قال رحمة الله : بيع العنبر بالزيسب جائز ، وقيل : لا طرداً لعلة الرطب بالتر ، والأول أشبه ، وكذا البحث في كل رطب مع يابسه .

(١٢١) - البقرة : ٢٧٥ .

(١٢٢) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٤ ابواب الربا ، حديث ١ .

(١٢٣) - في «م» و «ي» ١ : لزوال .

أقول : سبق البحث في هذه^(١٢٤) فلا وجه لاعادته .

قال رحمة الله : ويثبت بين المسلم والذمي ، على الأشهر .

أقول : بثبوته قال الشيخ وابن البراج وابن ادريس ، واختارة المصنف والعلامة والشميد وابو العباس ، وهو المعتمد ، لعموم^(١٢٥) النبي عن الربا ، ولأن اموالهم معصومة ، فلا يجوز اخذها بعقد باطل كالمسلمين .

وبعد الثبوت قال المفید والسيد المرتضى وابنا بابويه ، لما رواه ابن بابويه عن الصادق عليه السلام « قال : ليس بين الذمي والمسلم ولا بين المرأة وزوجها ربا »^(١٢٦) ، وحملت هذه الرواية على غير الملزم بشرط الذمة ؛ لأن غير الملزمين بالشروط لا تحرم اموالهم على المسلمين ، وحكمهم حكم اهل الحرب في حل اموالهم على المسلمين ، وعدم ثبوت الربا بينهم وبين المسلمين .

تنبيه : كل اثنين لا يثبت الربا بينهم كالوالد والولد والزوج والزوجة والعبد وسيده على القول بأن العبد يملك ، يجوز لكل واحد منها اخذ الفضل من صاحبه ، الدرهم بالدرهمين والدينار بالدينارين ، وغير ذلك الا المسلم والمسيحي فان المسلم يجوز له اخذ الفضل من المسيحي ، ولا يجوز ان يعطيه بأن يأخذ منه درهما ويعطيه درهرين ، لما رواه ابن بابويه عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : « ليس بيننا وبين اهل حربنا ربا نأخذ منهم ولا نعطيهم »^(١٢٧) .

ولا فرق في الزوجة بين الدائم والمنقطع ، قاله الشميد ، وربما قيل باختصاص الدائم دون المنقطع ؛ لأن لها التصرف بماله بغير اذنه بمثل المأذوم

(١٢٤) - ص ٨١

(١٢٥) - البقرة : ٢٧٥ و ٢٧٨ ، آل عمران : ١٣٠ .

(١٢٦) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٧ أبواب الربا ، حدیث ٥ .

(١٢٧) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٧ أبواب الربا ، حدیث ٢ .

كالملح والمخل واللحم ، وجميع ما يؤتدم به ، بخلاف المتمتع بها ، فإنها لا يجوز لها التصرف بشيء من ماله .

قال رحمة الله : لا يجوز بيع لحم الحيوان من جنسه ، كلام الغنم بالشاة ، ويجوز بغير جنسه ، كلام البقر بالشاة ، لكنشرط أن يكون اللحم حاضراً .

أقول : جزم المصنف بعدم جواز بيع اللحم بحيوان من جنسه ، وهو المشهور بين الأصحاب .

وقال ابن ادريس : يجوز ذلك اذا كان اللحم موزوناً ، سواء اتفق الجنس او لا يدأ ييد ، وسلفاً ايضاً اذا كان اللحم معجلأ دون العكس ، اذا لا يجوز السلف في اللحم ويجوز في الحيوان ؛ لأن المقتضي وهو قوله تعالى : ﴿وَاحْلُ اللَّهُ الْبَيْع﴾^(١٢٨) موجود . والمانع وهو الربا منتف ، اذا الربا انا يثبت في الموزون والحيوان ليس بموزون ، واختاره العلامة في التحرير ، قال فيه : ومنعه الشيخ رحمة الله تعالى على روایة ضعيفة السندي قاصرة عن افاده المطلوب .

والاول مذهب الشيخ والمفید وسلام وابن البراج وابن الجنيد وابن حزرة ، واختاره المصنف والعلامة في المختلف والشهید قال : قال العلامة في المختلف : لنا انه احوط واسلم من الربا ، ولم تتفق هنا على مخالف ، وابن ادريس قوله محدث لا يعل عليه ولا يتلم في الاجماع ، ولأن الشيخ ادعى في المخالف الاجماع ، وقوله حجة .

قال رحمة الله : ويشرط في صحة بيعها زائداً على الربويات التقادس في المجلس ، فلو تفرقا قبل التقادس يبطل الصرف على الأشهر^(١٢٩) .

أقول : هذا هو المشهور حق ان العلامة في التحرير ادعى عدم الخلاف في

. ٢٧٥ - البقرة : ١٢٨)

(١٢٩) - في « ر ١ » : الأظہر .

اشتراط التفاصيل في المجلس ، وقال محمد بن يابوبيه بعدمه ، لأصالة الصحة واصالة عدم الاشتراط ، والمعتمد الأول ، لقوله عليه السلام : « الذهب والفضة يباعن يدأ بيد » (١٣٠) .

فرع : لو اوقعنا العقد على دينار معلوم بدرهم معلوم ، ثم تفاصلاً جزافاً ليزناه في مكان آخر جاز والزائد يكون امانة ، وان نقص بطل البيع فيها قابل النقصة ، وصح فيها قابل المقبوض ، ويثبت الخيار لبعض الصفة .

قال رحمة الله : لو كان له عليه دراهم ، فاشترى بها دنانير ، صح وإن لم يتتفاصلاً ، وكذا لو كان له دنانير فاشترى بها دراهم ، لأن التقدير من واحد .
أقول : ظاهر المصنف ان الذي له الدرة هو الذي باشر الشراء من عليه ، وهذا لا يصح الا مع قبض الدنانير التي هي عوض الدرة في المجلس ، لاشتراط التفاصيل في الصرف ، اما لو أمر من له الدرة من عليه تحويلها الى الدنانير ، كما جاء في الرواية (١٣١) فحيثنة يكون وكيلًا في الشراء والقبض ، وقد اجازه الشيخ في النهاية وابن الجنيد ، ومنه ابن ادريس .

واحتاج الشيخ برواية اسحاق بن عمار (١٣٢) ، ورواية عبيد بن زرار (١٣٣) .

واحتاج ابن ادريس باشتراط التفاصيل في الصرف ، فلا يصح بدونه .

وذهب فخر الدين الى اختيار ابن ادريس ؟ لأن العمل بضمون الرواية

مترب على قواعد وهي مشكوك فيها .
منها : ان ما في الذمة مقبوض .

(١٣٠) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢ أبواب الصرف ، حديث ٣ .

(١٣١) - لاحظ المصادرين التاليين .

(١٣٢) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٤ أبواب الصرف ، حديث ١ .

(١٣٣) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٤ أبواب الصرف ، حديث ٢ .

ومنها : انه ليس بيع دين بدين .

ومنها : جواز تولي الواحد طرف العقد .

ومنها : ان قبض الوكيل قبض الموكيل ، وهذه القواعد التي ذكرها فخر الدين - وان كانت مشكوكاً فيها - فان عليها عمل اكثراً الأصحاب ، واذا كانت الرواية من الصحاح المشاهير لا ينافيها الشك في هذه القواعد العامل بها اكثراً الأصحاب ، بل لو لم يعمل بهذه القواعد احد وجوب المصير الى النص ما امكن العمل به ولو على وجه من التأويل ، فكيف اذا كانت هذه الاصول مقوية للنص ؟ لأن اكثراً الأصحاب عمل بهذه الاصول ، وان وقع في بعضها خلاف فهو متترك عند الأكثر ، فلا يصلح لمعارضة النص .

قال رحمه الله : إذا اشترى دراهم في الذمة بمثلها ، ووجد ما صار إليه غير فضة قبل التفرق ، كان له المطالبة بالبدل ، فإن كان بعد التفرق يبطل الصرف ، وان كان البعض ، يبطل فيه ، وصح فيباقي ، فإن لم يخرج بالعيوب عن الجنسية كان مخيراً بين الرد والامساك بالثنين من غير أرش ، وله المطالبة بالبدل قبل التفرق قطعاً ، وفيما بعد التفرق تردد .

أقول : فرض المسألة ان الثمن والمشمن من جنس واحد ، فاذا تقابلوا في المجلس ، ثم وجد احدهما فيما صار اليه عيباً من جنسه كخشونة الجوهر واضطراب السكة كان مخيراً بين ثلاثة اشياء : الفسخ ورد المبيع ، وبين الامساك بعانياً من غير ارش حذرا من الربا ، وبين المطالبة بالبدل ؛ لأن المعقود غير معين فلا يتغير المعيوب بالقبض ، واذا لم يتغير جاز له رده واخذ بدله ما داما في المجلس .

وهل يجوز اخذ البدل بعد التفرق من المجلس ؟ ذهب اليه الشيخ وابن حمزة والعلامة في القواعد ، ونازع في المختلف في جواز الفسخ الا مع تعذر

الابدال؛ لأن المعيب لم يتعين بالقبض ، والعقد تناول السليم من العيب ، فله المطالبة بما تناوله العقد وليس له الفسخ ، لأصلالة لزوم البيع .

وعلى قول المخالف بعدم جواز الفسخ بعد التفرق مع حصول البدل ، فعدم جوازه قبل التفرق مع حصوله أولى .

وتردد المصنف في جواز اخذ البدل بعد التفرق من ان البدل هو المبيع لظهور المعيب غير المبيع والالم يجز البدل ، واذا كان البدل هو المبيع وقد قبضه بعد التفرق بطل الصرف ، لعدم التقادب في المجلس .

ومن ان المبيع قد لزم لحصول (١٣٤) القبض في المجلس ، ورده عليه واخذ بده ففسخ متجدد بعد انعقاد البيع ، فلا يقتدح في الصحة ، وعلى المنع من اخذ البدل بعد التفرق يتبع الرد واخذ المبيع مجاناً ، وان كان الثن والثمن مختلفين كالذهب والفضة ثم ظهر العيب الجنسي في احدهما كان له اخذ الأرش ما داما في المجلس من الأثمان وغيرها ، وان فارقاهم لم يجز اخذه من غير الأثمان .

وللعلامة في القواعد هنا عبارة موهمة ، قال : فان اخذ الأرش من جنس السليم بطل فيه ، وان كان مخالفأ صعب ، وظاهر هذه العبارة جواز أخذ الأرش من جنس المعيب بعد التفرق ، وهو غير جائز ، لما قلناه من ان الأرش جزء من الثن او الثمن فيجب قبضه في المجلس ، وقد صرخ في التحرير بما قلناه . ولو فارقاهم لم يجز أن يأخذ من الأثمان وجاز من غيرها ، وهذا هو المعتمد .

قال رحمة الله : اذا اشتريت ديناراً بدينار فدفعه ، فزاد زيادة لا يكون الا غلطأ او عمداً ، كانت الزيادة في يد البائعأمانة ، وكانت للمشتري في الدينار مشاعة .

أقول : وجه كونها امانة عدم الضمان ، ولأنه لم يقبضها بالبيع الفاسد ولا

بالسوم فكانت امانة ، وهو مذهب الشیعہ والشہید ، وقال في القواعد : ويحتمل ان تكون مضمونة ؛ لأنّه قبضه على انه عوض ماله ، واختاره فخر الدين ، أما لو دفع اليه أزيد من الدينار لزيته في وقت آخر كانت الزيادة امانة قطعاً .

قال رحمه الله : روی جواز ابیاع درهم بدرهم ، مع اشتراط صياغة خاتم ، وهل يتعدى الحكم ؟ الأشبه لا .

أقول : الرواية اشارة الى ما رواه الحسين بن سعيد ، عن محمد بن الفضل ، عن أبي الصباح الكتافي ، « قال : سألت أبي عبدالله عليه السلام عن الرجل يقول للصانع : صنع لي هذا الخاتم وابدلك درهماً طازجاً بدرهم غلة ، قال : لا بأس »^(١٢٥) . والبحث هنا في موضوعين :

الأول : في جواز بيع الدرهم بالدرهم مع اشتراط صياغة خاتم ، وجوزه الشيخ في النهاية ، هذه الرواية ، وهي كما تراها ليست دالة على البيع ، بل جعل ابدال الدرهم بالدرهم شرطاً في العمل وهو جائز اذا اشترطه الصانع على صاحب الخاتم مع استحقاقه لأجرة الصياغة .

ومن العلامة العمل بما قاله الشيخ في النهاية ، ولأنه باع المثل بالمثل واشترط زيادة وهو غير جائز ، اذ لا فرق بين الزيادة الحکیمة والعنینة .

الثاني : في تعدية هذا الحكم على القول بجوازه ، كما لو باع درهماً بدرهم واشترط صياغة سوار وخياطة ثوب أو غير ذلك ، او يتعدى الى الثمن والثمن ، كما لو باع ديناراً بدينار واشترط العمل ، أو عشرة دراهم بعشرة دراهم ثم اشترط العمل ، فنقول : على الجواز يحتمل التعدي ؛ لأن الزيادة المذكورة ان اوجبت الربا لزم التحرير في الجميع ، وان لم توجهه جاز في الجميع ، ويحتمل عدم التعدي اقتصاراً على مورد النص ، اذ لو لا النص في الأول لما جاز العمل به

فيقتصر عليه ، وترك العمل بهذه الرواية احوط .

تنبيه : قوله : (في الرواية درهما طازجا بدرهم غلة) الطازجة بالطاء غير المعجمة والزاي المعجمة والجيم ، الدر衙م اليضم الجيدة ، والدر衙م الفلة هي المكسرة ، فيكون قد شرط له ان يعطيه درهماً أياضًا جيداً فيأخذ منه درهماً مكسوراً على ان يصوغ له خاتماً .

قال رحمة الله : وان بيعت بجنس الحلية ، قيل : يجعل معها شيء من المتابع ، ويبيع بزيادة عما فيها تقريراً ، دفعاً لضرر النزاع .

أقول : أما مع العلم بعقدر الحلية ، فان باع بالجنس فلا بد من زيادة تقابل الفضل ، وان باع بغير الجنس باع كيف شاء ، واما مع الجهل بعقدر الحلية ، قال الشيخ في النهاية : يجعل معها شيئاً من المتابع ويبيع بزيادة عما فيها ، ولعله سهو القلم ؛ لأن الضمية يجب ان تكون الى الثمن ليس لم من الربا يقيناً ، ولعله أراد ذلك او أراد مع الضمية (يكثر المثمن)^(١٣٦) فيكثر المثمن ، فزيد على قدر الحلية زيادة تقابل الفضل وان قلت الزيادة ، وان أراد ان يبيع الحلية منفردة غير جائز ، لجهالتها فيضم اليها المحل او غيره ، وهذه التأويلات كلها متعصفة .

قال رحمة الله : لو باع ثواباً بعشرين درهماً ، من صرف العشرين بالدينار ، لا يصح لجهالته .

أقول : اطلاق عدم الصحة غير جائز ، بل هو مقيد بتنوع الصرف بالسعر المذكور او مع جهله ، أما لو اتحد الصرف في نوع واحد من الدر衙م بالسعر المذكور وها يعلمه حالة العقد صح البيع ، والمصنف رحمة الله تبع اطلاق الشيخ في المبسوط ؛ لأنه قال فيه : لو اشتري ثواباً بعشرين درهماً من صرف عشرين

درهماً بدينار لم يصح الشراء؛ لأن الثمن غير معين ولا موصوف بصفة صيرها^(١٢٧)
معلوماً، والمعتمد التفصيل الذي ذكرناه.

قال رحمه الله : لو باع مئة درهم بدينار الا درهماً لم يصح لجهالته . وكذا
ذلك ثناً لما لا ريا فيه ، ولو قدر قيمة الدرهم من الدينار جاز لارتفاع المجهالة .
أقول : هذا قول الشيخ في المبسوط لجهالة الثمن ؛ لأنه لا يدرى كم حصة
الدرهم من الدينار الا بالتقدير ، والرجوع الى اهل الخبرة ، فيكون مجهولاً حالة
العقد .

والتحقيق: ان كان الثمن والمثمن ربوبيين ، وكانا يعلمان نسبة المستثنى من^(١٢٨)
المستثنى منه حالة العقد صع البيع ، وان كان احدهما غير ربوبي وكان البيع نقداً
فالحكم كذلك ، وان كان سلفاً ، فان شرطاً استثناء الدرهم المتعامل به وقت
العقد ، او أطلقها فكالأول ايضاً يصح مع العلم بنسبة المستثنى من المستثنى منه ،
ويبطل مع الجهل ، وان شرطاً استثناء الدرهم المتعامل به وقت الحلول بطل اليع
للهجهالة ، ولقول علي عليه السلام : « لعل الدينار يصير بدرهم »^(١٢٩).

. (١٢٧) - كذا .

(١٢٨) - في « ر » : (و) بدل (من) .

(١٢٩) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢٣ ، أحكام العقود ، حدیت ٢ .

في بيع الثمار

قال رحمة الله : فاما النخل فلا يجوز بيع ثمرته قبل ظهورها عاماً، وفي جواز بيعها كذلك عامين فصاعداً تردد ، والمروي الجواز .
أقول : أما عدم الجواز قبل ظهورها عاماً واحداً فهو اجماع ، والمشهور عدم الجواز أزيد من عام ايضاً ، وادعى عليه ابن ادريس الاجماع ، قال : وقد يشتبه على كثير من اصحابنا ذلك ، ويظنون انها يجوز بيعها سنتين وان كانت فارغة وقت العقد . والمعتمد عدم الجواز قبل ظهورها مطلقاً؛ لأنَّ بيع عين مجهلة معروفة ، فلا يصح العقد كغيرها من المجهولات .

وقال محمد بن بابويه في المقنع بالجواز ، لرواية يعقوب بن شعيب (١٤٠) ، وحملت على ظهور الثمرة قبل تأثيرها ، واحتمل ابن ادريس جواز بيعها قبل ظهورها عاماً واحداً منضمة الى غيرها ، قال : فان قيل هذا غرر ، قلت : الشيء المنض يخرج عن كونه غرراً ، ثم قال : والذى اعتمد عليه واعمل فيه وافتي به : انه لا يصح بيعها قبل ان تطلع و معها شيء آخر ، وهذا هو المعتمد .

(١٤٠) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١ ، بيع الثمار ، حدث . ٨.

قال رحمة الله : ولا يجوز بيعها قبل بدو الصلاح عاماً ، إلا أن يضم إليها ما يجوز بيعه ، أو يشترط التقطع أو عامين فصاعداً ، ولو بيعت عاماً من دون الشروط الثلاثة ، قيل : لا يصح ، وقيل : يكره وقيل يراعي السلامة ، والأول أظهر .

أقول : لا خلاف في جواز بيعها مع أحد الشروط ، وبدونها فيه ثلاثة

أقوال :

الأول : الجواز على كراهيته ، وهو مذهب الشيخ في التهذيب والاستبصار ، وبه قال المفید وسلامر وابن ادریس ، واختاره المصنف والعلامة والتمہید ، وهو المعتمد ، لأصل الجواز ، ولعموم : ﴿واحل الله البيع﴾^(١) ولرواية الحلبی^(٢) ، عن الصادق عليه السلام .

الثاني : البطلان ، وهو مذهب الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف ، وبه قال الصدوق وابن الجنید وابن حمزة ، والدليل الروایات^(٣) .

الثالث : قال سلامر : يجوز البيع ويكون مراعي ، فإن سلمت الثرة فهي للمشتري ، وللbuilder المتن ، وإن خاست كان الماصل منها للbuilder ، ويرجع به المشتري ، ودليله الجمع بين القولين .

تنبيه : قال العلامة في القواعد : (ولو بيعت على مالك الأصل او باع الأصل واستثنى الثرة فلا شرط اجماعاً) .

مراده : إذا كانت الثرة له والأصل لغيره ، فباع الثرة بعد ظهورها وقبل بدو صلاحتها على مالك الأصل صحيحة البيع ، ولا يشترط أن يضم إليها أحد الشروط

(١) - البقرة : ٢٧٥ .

(٢) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١ ، بيع الثمار ، حدیث ٢ .

(٣) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١ و ٢ ، بيع الثمار .

الثلاثة المتقدمة ، ووجه الصحة انه كالجتمع بين الأصل والثرة في عقد واحد .
وقال في التحرير : (لا فرق عندها بين بيعها على مالك الأصل والأجنبي) .
اراد : كما لا يجوز بيعها على الأجنبي لا يجوز على مالك الأصل) ، فقد
خالف ما قاله في القواعد ، مع انه لم يتزدد في أحد القولين ، بل ادعى الاجماع على
مذهب القواعد ، ومذهبة في التحرير هو المعتمد ، لعدم وقوع العقد على الجميع ،
فلا تكون منضمة الى الأصل ، فلا فرق حينئذ بينه وبين مالك الأصل المتساوية في
عدم الضمية ، فيتساويان في الحكم من غير فرق لعدم حصول الفارق .

قال رحمة الله : ولو أدركت بعض ثمرة البستان ، جاز بيع ثرته أجمع ، ولو
ادركت ثمرة بستان ، لم يجز بيع ثمرة بستان آخر ولو ضم اليه ، وفيه تردد .
أقول : هذا تفريع على اشتراط بدو الصلاح ومنشأ التردد ، من ان لكل
بستان حكم نفسه ، فكما لا يصح بيعه منفرداً لا يصح بيعه منضماً ، ولما رواه
عمار (١٤٤) ، عن الصادق عليه السلام ، ومن الاجماع على جواز بيع ما لم يبد صلاحه
منضماً الى غيره ، ولا شك في جواز بيع ما بدا صلاحه ، فيجوز ضم ما لم يبد
صلاحه اليه ، لرواية اسماعيل بن الفضل (١٤٥) ، عن ابي عبدالله عليه السلام ، وهذا هو
المعتمد .

قال رحمة الله : اما الاشجار : فلا يجوز بيعها حتى يبدو صلاحها ، وحده أن
ينعقد الحب ، ولا يشترط زيادة على ذلك ، على الأشبه .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : بدو الصلاح مختلف ، فان كانت الثرة مما
تحمر وتسود او تصفر ، فبدو الصلاح منها حصول هذه الألوان ، وان كانت مما
تبغض فبأن تنمو ، وهو ان ينمو فيه الماء الحلو ويصفو لونه ، وان كان مما لا يتلون

(١٤٤) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢ ، بيع الثمار ، حديث ٥ .

(١٤٥) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢ ، بيع الثمار ، حديث ٥ .

كالنفاح ، فبأن يحلو ويطيب أكله ، وإن كان مثل البطيخ فبأن يقع فيه النضج (١٤٦) ،
قال : وقد روى أصحابنا أن اللون يعتبر في ثمرة التخل خاصة .

فأما ما يورد فبدو صلاحه أن ينتشر الورد وينعقد ، وفي الكرم أن ينعقد
المصرم (١٤٧) . وهذا هو المشهور عند المتأخرین .

قال رحمة الله : وهل يجوز بيعها بستين فصاعداً قبل ظهورها ؟ قيل : نعم ،
وال الأولى المنع لتحقق الجمالية ، وكذا لو ضم إليها شيئاً قبل انعقادها .

أقول : الخلاف في ثمرة الأشجار كالخلاف في ثمرة التخل وقد سبق (١٤٨) .

قال رحمة الله : ولو كان بعد القبض وهو التخلية لم يرجع على البائع بشيء ،
وهو الأشبه .

أقول : هذا هو المعتمد ؛ لأن حكم القبض انتقال الضمان إلى المشتري ،
وقوى الشيخ انفساخ البيع في قدر التالف ورجوع المشتري بنسبة من الثمن .

قال رحمة الله : ويجوز بيع الثمرة على أصولها بالأثمان والعروض . ولا يجوز
بيعها بشمرة منها ، وهو المزابنة ، وقيل : بل هي بيع الثمرة في التخل بشرط ولو كان
على الأرض ، وهل يجوز ذلك في غير ثمرة التخل من شجر الفواكه ؟ قيل : لا ، لأنه
لا يؤمن الربا ، وكذا لا يجوز بيع السبيل بحب منها ، وهو المحاقلة ، وقيل : بل هي
بيع السبيل بحب من جنسه كيف كان ، ولو موضوعاً على الأرض ، وهو الأظهر .

أقول : هنا ثلاثة مسائل :

الأولى : في المزابنة ، وهي محمرة أجمعوا ، وفي تفسيرها خلاف ، قال الشيخ
في النهاية : المزابنة بيع الثمرة في رؤوس التخل بالثمر من ذلك التخل ، وذهب في

(١٤٦) - في « ر ٢ » : النضج .

(١٤٧) - راجع المبسوط ٢ : ١١٤ ، والرواية في الكافي ٥ : ١٧٥ / ٣ .

(١٤٨) - ص ٩٣ .

الخلاف الى تحرير بيعها بالتر مطلقاً، سواء اتّحد الثمن والثمن^(١٤٩) او اختلفاً^(١٥٠)، وهو مذهب المفید و اختاره المصنف والعلامة والشهید ، وهو المعتمد حذراً من الربا .

احتىج على مذهبہ في النهاية بأصالة الصحة ، وبالآية^(١٥١) ، وفي الطرفين روايات^(١٥٢) .

الثانية : في تعدية التحرير الى غير ثرة التخل من شجر الفواكه بحث^{*} ، لا يجوز بيع ثرة شجرة بشر منها او ثر من مثلها على الخلاف ، يحتمل التعدي ، فانه بيع احد الماثلين بالآخر وحيثند لا يتساويان ويلزم الربا .

ومن حيث ان الربا اما يكون في المكيلين او الموزونين ، وهبنا ليس كذلك ؛ لأن الثرة على رأس الشجرة لا يشترط في بيعها الكيل ولا الوزن فلا ربى حيئند ، وذهب المصنف والعلامة الى التحرير .

الثالثة : في المحاقلة ، ولا خلاف في تحريرها ، واما الخلاف في تفسيرها كالمخلاف في تفسير المزابنة ، والمعتمد التحرير مطلقاً، سواء اتّحد الثمن والثمن او اختلفا اذا كان من الجنس .

قال رحمة الله : يجوز بيع العرايا بغير صها ثرراً ، والعربية هي التخلة تكون في دار الانسان ، قال أهل اللغة : او في بستانه وهو حسن ، وهل يجوز بيعها بغير صها من ثرها ؟ الأظهر لا .

(١٤٩) - لم ترد في « ر٢ ». .

(١٥٠) - في « ر٢ » : (اختلف) بدل (اختلفا)

(١٥١) - « وأحل الله البيع » البقرة : ٢٧٥ .

(١٥٢) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٣ ، بيع الثمار .

(*) - في بعض النسخ : (بحيث) .

أقول : أجمع الأصحاب على استثناء العربية من المزابنة ، واحتلقو في محلها بعد اتفاقهم على أنها النخلة ، قال الشيخ في المبسوط : العرايا جمع عربة ، وهي النخلة لرجل في بستان غيره يشق عليه الدخول إليها ، ومثله قوله في الخلاف ، واختاره ابن أدريس والمصنف والعلامة ووافقهم ابن البراج في المذهب ، وفي الكامل ، قال : هي النخلة تكون في دار الإنسان لغيره .

والمعتمد الأول ، نص أهل اللغة عليه ، ولاشتراك الموضعين في الحاجة الداعية المشروعة ، وهي كراهة صاحب الدار دخول مالك النخلة إلى داره ، وهذه العلة حاصلة في ملك البستان ، ويحتمل الاختصاص بالدار لرواية السكوني^(١٥٣) المخصصة بكونها في الدار .

وهل يجوز بيعها بغير منها ؟ ظاهر ابن حمزة تحريره والا لزم اتحاد الثمن والثمن وهو غير جائز ، ويحتمل الجواز ، لاطلاق الاذن به ، ولو وجود المقتضي وهو الرخصة ، والمعتمد عدم الجواز ان شرطه في العقد ، وان لم يشرطه وصبر عليه الى صيرورته ثرأ ، جاز دفع الثمن من ثرها ، واما العقد فيجب ان يكون حالا .

فروع :

الأول : لا فرق في جواز البيع على مالك الدار أو مستأجرها ومالك البستان ومشتري ثرته ، للاشتراك في العلة وهي التضرر بدخول الغير .

الثاني : لو أجاز احد هؤلاء البيع على الغير ، احتمل الجواز لوجود المقتضي للاباحة - وهو دفع ضرر المالك بدخول الغير داره - اذ التقدير عدم تضرره عرض بدخول من اجازه ، ويحتمل العدم ، لعموم تحرير المزابنة خرج منها بيع العربية على أحد هؤلاء ، يبقى الباقي على المنع .

(١٥٣) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٤ بيع الثمار ، حديث ١ .

الثالث : لو تعددت العرایا في الدار الواحدة وتعددت المالک بتعدد العرایا
جاز شراء الجميع ، ولو اتحد المالک لم يجز للاقتصار على مورد النص^(١٥٤).

الرابع : هذا البيع رخصة لوجود المقتضي للمنع وهو تحريم المزاينة ، فلو نذر
ان لا يفعل رخصة حنت بايقاعه ، ولو نذر ان يفعل رخصة بر^(١٥٥) بفعله .

قال رحمة الله : لو قال : (بعتك هذه الصبرة من التبر أو الفلة بهذه الصبرة
من جنسها سواء بسواء) لم يصح ولو تساويما عند الاعتبار إلا أن يكوننا عارفين
بقدرهما وقت الابتهاج ، وقيل : يجوز وان لم يعلما ، فان تساويما عند الاعتبار صح
وإلا بطل . ولو كانتا من جنسين جاز إن تساوتا وان تفاوتا ولم يتمانا بأن بذلك
صاحب الزيادة أو قنع صاحب النقيصة وإلا فسخ البيع ، والأشبه انه لا يصح
على تقدير الجهة وقت الابتهاج .

أقول : القائل بالجواز - مع عدم العلم حالة المقد اذا تساويما عند الاعتبار
مع اتحاد الجنس ، ومع الاختلاف والتفاوت اذا لم يتمانا - هو الشيخ رحمة الله ،
وهو بناءً على الاكتفاء بالمشاهدة فيما يكال او يوزن ، والثامن اشار اليه المصنف ،
وهو ان لا يقنع صاحب النقيصة ولا يبذل صاحب الزيادة ، وعدم الثامن عكسه .

(١٥٤) - وهي رواية السکوفى المتقدمة .

(١٥٥) - في « ر٢ » : بره .

في بيع الحيوان

قال رحمة الله : ويملك اللقيط من دار الحرب ، ولا يملك من دار الإسلام ، ولو بلغ فأقر بالرقية ، قيل : لا يقبل ، وقيل : يقبل ، وهو الأشبه .

أقول : قال ابن ادريس : لا يقبل اقراره عند محضي اصحابنا ؛ لأن الشارع حكم عليه بالحرية ، والمشهور القبول ، لقوله عليه السلام : « اقرار العقلاء على انفسهم جائز » ، وحكم الشارع بالحرية بناءً على الأصل مالم يُعرف^(١٥٦) بالعبودية ، ولا فرق بين اللقيط وغيره من المجهولين ، فلو جاء رجل بمجهول النسب فأقر على نفسه بال العبودية قبل منه .

تنبيه : المراد بدار الإسلام التي يحكم بحرية لقيطها وأسلامه : هي ما ينفذ فيها حكم الإسلام ولا يكون فيها كافر إلا معاهداً . والمراد بدار الكفر : هي التي ينفذ فيها أحكام الكفار ولا يكون فيها مسلم إلا مالما لأهلهما ، ولقيطها محكوم بكفره ورقة إلا أن يكون فيها مسلم ولو تاجرًا إذا كان مقيناً ، وكذلك لو كان أسيراً أو محبوساً ، ولا يكفي مرور المسلمين فيها من غير إقامة ، ولو كانت الدار للمسلمين

فاستولى عليها الكفار فهي كدار الكفار الا ان يعلم فيها مسلم .
قال رحمة الله : وهل يملك هؤلاء من الرضاع ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، وهو الأشهر .

أقول : القول بمساواة الرضاع للنسب قول الشيخ في النهاية والخلاف ، وهو اختيار ابن البراج وابن حمزة ، واختياره العلامة وفخر الدين ، لرواية عبدالله بن سنان في الصحيح ، « قال : سئل ابو عبدالله عليه السلام بمحضوري عن امرأة أرضعت غلاماً مملوكاً لها من لبنها حتى فطمته ، هل يحل لها بيع ؟ قال : لا وهو ابنها من الرضاع حرم عليها بيعه واكل ثديه ، ثم قال عليه السلام : ليس قد قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بحرم من الرضاع ما عرمن النسب ؟ ! »^(١٥٧) .
والقول بعدم المساواة وجواز البيع قول المقيد في المقنعة وسلامة وابن أبي عقيل وابن ادريس ، لأصالة بقاء الرق ، وفهم عليه احاديث^(١٥٨) .

قال رحمة الله : إذا حدث في الحيوان عيب ، بعد العقد وقبل القبض ، كان المشتري بالخيار بين رده وإمساكه ، وفي الأرض تردد .

أقول : قد سبق البحث في باب القبض اذا لا فرق بين الحيوان وغيره هنا .
قال رحمة الله : ولو قبضه ثم تلف ، أو حدث فيه عيب في الثلاثة ، كان من مال البائع ، ما لم يحدث فيه المشتري حدثاً ، ولو حدث فيه عيب من غير جهة المشتري ، لم يكن ذلك العيب مانعاً من الرد ، وهل يلزم البائع أرشه ؟ فيه تردد ، والظاهر لا .

أقول : إنما كان تلفه بعد القبض من مال البائع ، وحكم القبض انتقال الضمان إلى المشتري ؛ لأنه تلف في مدة خيار المشتري ، فيكون تلفه من ليس له خيار ،

(١٥٧) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٨ ، حديث ٣ مع اختلاف يسير .

(١٥٨) - المصدر ، حديث ١ ، ٢ ، وغيرهما فلاحظ .

ومنشأ التردد في جوازأخذ أرش العيب من ان الجملة مضمونة عليه ، وضمان الجملة يستلزم ضمان الأبعاض ، ومن اصالة عدم وجوب الأرش فيتخير المشترى بين الرد والامساك بعاناً ، وبالجملة الإشكال كالإشكال في تعينه قبل القبض ، وقد سبق^(١٥٩).

قال رحمة الله : اذا باع الحامل فالولد للبائع على الأظهر .

أقول : هذا مذهب الشيخ في النهاية والمفید وسلام وابن ادریس والمصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن البيع تعلق بالأم فلا يتناول العمل ، لعدم دلالة اللفظ عليه ، والأصل بقاء الملك على المالك .

وقال الشيخ في المسوط وابن البراج في المذهب : اذا باع دابة او أمة حاملاً واستثنى الحمل لنفسه لم يجز ، وهو بناءً على ان الحمل جزء من الحامل ، فهو كعضو من اعضائها ، فكما لا يصح استثناء العضو لا يصح استثناء الحمل .

وقال ابن حزم : يكون للمشتري الا ان يستثنى البائع .

ويتفرع على مذهب الشيخ في المسوط انه لو باع الجارية الحامل بغير لم يصح البيع ؛ لأن الحر لا يدخل في البيع فيكون مستثنى ، وهو لا يصح استثناؤه ، فيبطل البيع .

قال رحمة الله : ولو باع واستثنى الرأس والمجلد صحيحاً ، ويكون شريكاً بقدر قيمة ثنياه على رواية السكوني . وكذا لو اشترك اثنان او جماعة ، وشرط أحدهم لنفسه الرأس أو المجلد ، كان شريكاً بنسبة ماله .

أقول : في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

الأول : الصحة ، ويكون شريكاً بقيمة ثنياه ، فيقال : كم قيمة هذا الحيوان لو بيع جميعه ؟ فإذا قيل : عشرة مثلاً ، قيل : وكم قيمته ممزوج الرأس والمجلد ؟

فإذا قيل تسعه مثلا صار البائع شريكًا بالعشر؛ لأنَّه أخذ قيمة تسعه اعشاره وبقي له عشرة ويلغو التعيين، وهو قول الشيخ في النهاية وفي المبسوط والخلاف، وبه قال ابن البراج .

الثاني: صحة البيع والشرط معًا، وهو مذهب السيد والمقديد وسلام وابن الجنيد وابن ادريس؛ لأنَّه استثنى معلوماً من معلوم فلا مانع من صحته .

الثالث: بطلان البيع الا ان يكون الحيوان مذبوحاً أو المقصود منه الذبح، وهو مذهب العلامة ، وهو المعتمد .

وأما وجه البطلان مع عدم الشرطين فلا فضائله إلى الضرر والتنازع؛ لأنَّ المشتري قد يختار تبقيه هذا الحيوان، وهو يؤدي إلى عدم انتفاع البائع بحقه ، وإن اختار البائع ذبحه ليتوصل إلى حقه كان فيه منع المشتري من التصرف بالله بما يختار من التصرفات ، وربما كان التبقي اتفع له من الذبح ، فيؤدي إلى التنازع .
وأما وجه الصحة مع الشرطين؛ لأنَّه استثناء المعلوم ولا غرر فيه ولا ضرر ، فكان جائزًا .

فرع : لو استثنى رطلاً معلوماً من اللحم ، ظاهر سلام جوازه ، وقال ابن الجنيد لا يجوز؛ لأنَّ مواضع اللحم تتفاصل بالجودة وعدمها ، فإنَّ عين المكان بما لا يختلط بغيره جاز ، واستحسن العلامة .

قال رحمة الله : ولو قال : (الربح لنا ولا خسران عليك) ، فيه تردد ، والمرجو الجواز .

أقول : الجواز مذهب الشيخ في النهاية وابن البراج ، واختاره العلامة في المختلف ، وهو ظاهر الدروس؛ لأنَّه شرط سانع فيجب الوفاء به ، لقوله عليه السلام : «المؤمنون عند شروطهم»^(١٦٠) ولعموم ﴿واحل الله البيع﴾^(١٦١) ، ولما

(١٦٠) - تقدم ص ٤٤ .

(١٦١) - البقرة : ٢٧٥ .

رواه رفاعة^(١٦٢) ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، ومنع ابن ادريس من صحة هذا الشرط ، ونسب قول الشیخ الى عدم الوضوح وعدم الاستقامة ؛ لأن المشران على رؤوس الأموال بلا خلاف ، فاذا شرط على احد الشركين كان هذا الشرط خالفاً لكتاب والسنة ، وقواه العلامة في التحرير ، (واختاره العلامة في القواعد) ، وابطله في المختلف .

قال رحمة الله : ويكره وطي من ولدت من الزنا بالملك والعقد ، على الأظهر .

أقول : منع ابن ادريس من ذلك بناءً على كفرها ؛ لأنه يقول بكفر ولد الزنا ، والمشهور الاباحة على كراهة .

اما الاباحة ، فلعموم قوله تعالى : ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم﴾^(١٦٣) وأما الكراهة فلما رواه ابو خديجة ، قال : « سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول : لا يطيب ولد الزنا ابداً »^(١٦٤) .

قال رحمة الله : العبد لا يملك ، وقيل : يملك فاضل الضريبة ، وهو المروي ، وأرش الجنابة على قول ، ولو قيل : يملك مطلقاً ، لكنه محجور عليه بالرق حق يأذن المولى ، كان حسناً .

أقول : نفي الملك عن العبد مطلقاً مذهب ابن ادريس والمصنف في المختصر ، واختاره العلامة وابنه (فخر الدين)^(١٦٥) وأبو العباس ، وهو المعتمد ؛

(١٦٢) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٤ بيع الحيوان ، حدث ١ .

(١٦٣) - النساء : ٤ .

(١٦٤) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٩٦ من أبواب ما يكتسب به ، حدث ٨ .

(١٦٥) - كما في هامش بعض النسخ .

لأنه مملوك ، والمملوك لا يكون مالكاً ولقوله تعالى : ﴿ ضرب الله مثلاً عبداً ملوكاً لا يقدر على شيء ﴾ (١٦٦) .

وقال الشيخ : يملك فاضل الضريبة وأرش الجنابة وما يملكه المولى ، لما رواه زرارة في الصحيح (١٦٧) ، عن الباقر عليه السلام ، وقال الصدوق وابن الجنيد : يملك لا مستقرأً ، بل للسيد منعه من التصرف .

قال رحمة الله : من اشتري عبداً ، كان ماله لسواته ، إلا أن يسترطه المشتري ، وقيل : إن لم يعلم به البائع فهو له ، وإن علم فهو للمشتري ، والأول أشهر .

أقول : التفصيل مذهب ابن البراج في المذهب ، وقال ابن الجنيد : إن علم البائع وسلمه مع العبد فهو للمشتري ، والافهو للبائع ، والأول هو المشهور ؛ لأن البيع إنما يتناول رقبة العبد فلا يدخل ماله إلا مع الشرط ، فإذا اشترطه المشتري دخل .

وهل يسترط أن يكون الثمن أزيد من ماله ليس لم من الربا ؟ قال الشيخ في النهاية والمفید وسلام : إذا اشترط المبتاع كان له ، سواء كان أكثر من ثمنه أو أقل ، واطلقوا من غير تفصيل بين الربوي وغيره ، وفصل ابن الجنيد ، قال : إن كان الثمن وماله ربويين لا بد من زيادة عن ماله تقابل العبد ، وإن كان أحدهما غير ربوبي لم يسترط الزيادة ، وهو مذهب الشيخ في الخلاف ؛ لأنه قال فيه : لو كان مع العبد مئة درهم وباعه بمائة درهم لم يصح ، ولو باعه بمائة ودرهم صح ، واختاره العلامة تقضيأً من الربا ، واطلق الجميع القول في ذلك .

وفصل الشهيد ، قال : ولو اشتراه وماله صح ، ولم يسترط علمه ولا

(١٦٦) - التحل : ١٦.

(١٦٧) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٢٤ ، حديث ١ .

التفصي من الربا ان قلنا : انه يملك ، وان احلفنا ذلك اشترط^(١٦٨) ، وهذا التفصيل صحيح على مذهب المبسوط والقواعد ؛ لأن مذهبها على القول بأن العبد يملك يكون اشترط المشتري للهال ابقاءً له على ملك العبد ولا يملكه المشتري ، فعلى هذا لا يكون جزءاً من المبيع ، فلا يجري فيه الربا ، ولا يشترط فيه العلم.

قال في المبسوط : اذا باع عبداً قد ملكه الفأ بخمس مئة صح البيع على قول من يقول انه يملك ، ولو باع الفأ بخمس مئة لم يصح ، والفرق بينها انه اذا باع العبد اما يتبع رقبته مع بقاء ملكه عليه فيصبح ذلك ، وفي القواعد : ولا يتناول ماله الذي يملكه مولاه الا ان يستثنيه المشتري ان قلنا ان العبد يملك وينتقل الى المشتري مع العبد ، وكان جعله للمشتري ابقاءً له على العبد ، فيجوز ان يكون بجهولاً أو غائباً ، فقد عرفت ان مذهب المبسوط والقواعد ، عدم انتقال مال العبد ، الى ملك المشتري وان اشترطه ، بل فائدة الشرط بقاوه على ملك العبد .

قال رحمة الله : ولو قال اشتري ولك على كذا ، لم يلزمك وان اشتراه ، وقيل : إن كان له مال حين قال ، ألزم وإلا فلا ، وهو المروي .

أقول : الأول هو المشهور بين الأصحاب ؛ لأن العبد لا يملك شيئاً ، والثاني مذهب الشيخ في النهاية ، لرواية وردت عن أبي عبدالله عليه السلام^(١٦٩) .

قال رحمة الله : التفرقة بين الأطفال وأمهاتهم قبل استغاثتهم ، محمرة ، وقيل : مكرورة ، وهو الأظهر . والاستغناء يحصل ببلوغ سبع سنين . وقيل : يكفي استغناؤه عن الرضاع ، والأول أظهر .

أقول : البحث هنا في موضعين :

الأول : في تحرير التفرقة او كراحتها ، وبالتحرير قال الشيخ في باب بيع

(١٦٨) - في « ر » : إشترطنا .

(١٦٩) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٩ من بيع الحيوان ، حديث ١ و ٣ .

الحيوان من النهاية ، وبه قال المفید وسلاطین وابو الصلاح وابن الجنید ، وطرد الحكم الى الأخوة ، ودلیلهم الروایات (١٧٠) .

وحكمة المفید والشیخ في المبسوط والخلاف بفساد البيع ، وهو ظاهر الروایات (١٧١) ، والکراہیة مذهب الشیخ في باب المتع من النهاية ، وتبعه ابن ادریس والمصنف والعلامة ، وابو العباس في المقتصر ؛ لأن الناس مسلطون على اموالهم يتصرفون فيها حيث شاؤوا ، وحملت الروایات الواردة بالمنع على الكراہیة .

الثاني : في الغایة التي يزول معها التعریم او الكراہیة ، والخلاف هنا مبني على الخلاف في مدة المضانة ، والشیخ في النهاية يجعله مدة المحولین في الذکر وسبعاً في الانقی ، وتبعه ابن ادریس وابن حمزة ، وابن الجنید جعلها سبع سنین في الذکر والانقی واختاره المصنف .

وقال المفید : انها مدة المحولین في الذکر وتسعاً في الانقی . وقال ابن البراج في المذهب : هي سبع في الذکر وتسع في الانقی ، واختاره ابو العباس في مقتصره ؛ لأن المقصود قيام الأم بالشفقة عليه وainاسه ، ولا يحصل الاستغناء عن ذلك بأقل من هذه المدة .

قال رحمة الله : من اوله ، ثم ظهر أنها مستحقة انتزاعها المالك ، وعلى الواطيء عشر قيمتها ان كانت بکراً ، ونصف العشر إن كانت ثبیأ ، وقيل : يجب مهر أمثالها ، والأول مروي .

أقول : وجوب مهر المثل مذهب الشیخ وابن ادریس ، والتفصیل مذهب العلامة .

(١٧٠) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٣ من بيع الحيوان .

(١٧١) - نفس المصدر السابق .

قال رحمة الله : ويرجع على البائع بما اغترمه من قيمة الولد ، وهل يرجع بما اغترمه من مهر واجرة ، قيل : نعم ؛ لأن البائع أباحه بغير عوض وقيل : لا لحصول عوض في مقابلته .

أقول : عدم الرجوع مذهب ابن ادريس وهو بناءً على ان المفروض إنما (١٧٢) يرجع على الفار بما لم يحصل له في مقابلته نفع كالهداية والنفقة وقيمة الولد ، أما ما حصل له في مقابلته نفع كالثرة والسكنى وعوض البعض فلا ، والمعتمد الرجوع في الجميع ؛ لأن دخل على ابادحة هذه الأشياء بغير عوض ، فاذا غرم عوضها رجع به المفروض ، ولو كان المشتري عالماً بالاستحقاق والتحريم ، فهو زان ولده رق ، ولا يرجع بشيء الا بالثنين مع بقاء عينه .

قال رحمة الله : ما يؤخذ من دار الحرب بغير إذن الإمام ، يجوز تملكه في حال الغيبة ووطيء الأمة ، ويستوي في ذلك ما يسييه المسلم وغيره ، وان كان فيها حق للإمام ، او كانت للإمام .

أقول : كل سرية غزت بغير اذن الإمام كانت غنيمتها له ، فعلينا هذا يكون جميع ما يسيئ في الغيبة له ، لعدم اذنه في ذلك ، ولا فرق بين سبي المسلمين او الكفار ، وقد اباحوا الشيعة المناجح والمساكن في حال الغيبة ، لتطيب ولادتهم ، واما الذي فيه الخمس خاصة فهو ما أخذ من دار الحرب غيلة او نهباً من غير قتال فهو لآخذه ، وعليه فيه الخمس لأربابه ، فيكون للإمام فيه حق ، فلا يجب اخراج حصة الإمام عليه السلام ولا حصة أرباب الخمس ، لعموم الاذن بابادحة الرقيق حال الغيبة ، ونazuع ابن ادريس في ذلك ، ومنع من وطيء ما يختص بالإمام .

تنبيه : اذا ثبت ان المسيي حالة الغيبة للإمام ، واغا اباح تملكه لشيعته

خاصة ، للعلة المذكورة ، ثبت ان المخالفين لا يملكون ما اختص بالامام عليه السلام ، ولا يباح لهم ما كان شريكا فيه ، لعدم اباحتة لهم ؛ لأنه مال الغير فيتوقف على تلك واباحة التصرف فيه على اذن مالكه ، وهو لم ياذن لغير شيعته ، فلا يباح لغيرهم اقتصاراً على اذن المالك .

وهل يملكون ما اشتروه من الشيعة ؟ يحتمل ذلك ؛ لأن الشيعة مملوكو بالسيب او بالشراء ، فاذا اشتراه المخالف منهم فقد ملكه ؛ لأنه اشتراه من مالك بعقد صحيح ناقل فيملكه .

ويحتمل العدم ؛ لأن سبب التحرير قبل الشراء من الشيعي كونه مخالف الدين الشيعة ، وهذا السبب موجود بعد الشراء ، فيوجد المنع لوجود السبب ؛ لأن كل سبب مانع من شيء لا يباح ذلك الشيء مع ذلك السبب المانع من الاباحة ، والامر يكن مانعاً فيكون البيع باطلأ ؛ لأن بيع الشيء على من ليس يملكه بالشراء غير جائز ، هذا فيما كان جميعه للامام .

اما ما كان له بعضه كالمفتال والمنتسب ، فان المخالف يملك اربعة اخواصه وللامام وارباب الحمس الباقى ، فلا يجوز للمخالف الوظي قبل دفع الحمس الى اربابه ودفع حصة الامام الى من يقوم مقامه من فقهاء الشيعة ؛ لأنها قبل ذلك مشتركة ، والمشتركة لا يجوز وطؤها لأحد الشركين وان اذن الآخر على الأقوى .

فعلى هذا التحرير يجوز للشيعي قهر المخالف على الرقيق المعلوم ان جميعه للامام ، لكنه مباحاً له عرم على المخالف ، مالم يتر فتنه ، فلا يجوز حينئذ لتحرير اثاره الفتنة .

فرع : يحرم على الشيعي بيع الأمة على المخالف ، لما فيه من التسلط على الفروج المقصومة ، فيكون كالجماع بين اثنين للزنا ، بل ابلغ من ذلك لسقوط

اختيار الأمة بسبب فعل البائع ، فهو كالمكره لها على الزنا .

قال رحمة الله : إذا دفع إلى مأذون مالاً ليشتري نسمة ، ويعتقها ، ويحج بباقي المال . فاشترى أباه ، ودفع إليه بقية المال يحج به . واختلف مولاه وورثة الأمر ومولى الأب فكل يقول اشتري بالي . قيل : يُرد إلى مولاه رقاً ، ثم يحكم به من أقام البينة ، على رواية بن أشيم وهو ضعيف ، وقيل : يُرد على مولى المأذون ما لم يكن هناك بيضة ، وهو أشبه .

أقول : في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

الأول : رد إلى مواليه رقاً ، وهو قول الشيخ في النهاية ، فن أقام البينة بعد ذلك من ورثة الأمر ومولى المأذون أخذه ، وتبعه ابن البراج على ذلك لرواية موسى بن أشيم الدالة على هذا الحكم .

الثاني : كون المعتق رقاً لمولى المأذون وبطلان عنته ؛ لأن جميع ما في يد العبد فهو لسيده ، وهو مذهب ابن ادريس و اختياره المصنف هنا ، وبه قال العلامة .

الثالث : إمضاء ما فعله المأذون ، وهو الحكم بصحة البيع والمعتق ، وهو مذهب المصنف في المختصر وقواه الشهيد ، ثم اعترض بما فيه من طرح الرواية المشهورة .

وإنما كان قول المختصر قوياً ؛ لأن حكم المأذون حكم الوكيل فيقبل اقراره بما في يده ويعضي تصرفه فيه ، وظاهر الشهيد العمل على الرواية .

فرع : لو أقام كل واحد من الثلاثة بيضة فان رجحنا بيضة ذي اليد ، فالحكم لبيضة مولى المأذون ؛ لأن ما في يد العبد في يد المولى ، وان قدمنا بيضة الخارج استقطنا بيضة مولى المأذون ، وهل يقدم بيضة دافع المال إلى المأذون أو بيضة مولى الأب ؟ يعتمد الأول ؛ لأن العمل بيضة الدافع يقتضي صحة البيع ، فيكون

الترجح لها؛ لأن العمل بما يقتضي الصحة أولى من العمل بما يقتضي الفساد، ويعتمل الثاني، لادعائه ما ينافي الأصل - وهو فساد البيع - فتكون بيته ناقلة وبيته الأول مقررة، والناقلة أولى من المقررة.

قال رحمة الله : إذا اشتري عبداً في الذمة ، ووضع البائع عديين ، وقال : (آخر أحدهما) فأبق واحد . قيل : يرتفع نصف الثمن ، فان وجده اختاره ، وإلا كان الموجود لها ، وهو بناءً على انحصر حقه فيها ، ولو قيل : التالف مضمون بقيمة وله المطالبة بالعبد الثابت بالذمة كان حسناً ، أما لو اشتري عبداً من عديين ، لم يصح العقد ، وفيه قول موهوم .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : اذا اشتري عبداً في الذمة ... المسألة ، والقول بارتفاع نصف الثمن وكون الموجود لها والتخيير مع وجود الآبق هو قول الشيخ في النهاية ، وتبعه ابن البراج ، لرواية محمد بن مسلم^(١٧٣) ، عن الباقي عليه السلام .

قال المصنف : وهو بناءً على انحصر حقه فيها ؛ لأنه مع انحصر حقه فيها يكون شريكاً للبائع ، وإذا ذهب من الشريك بعض مال الشركة من غير تفريط كان على جميع الشركاء ، ولو قيل : ان كان التالف مضموناً بقيمة وله المطالبة بالعبد الثابت في الذمة كان حسناً .

انما كان حسناً ؛ لأن المقبوض بالسوم مضمون ، والثابت في الذمة غير متعين ، في ضمن التالف ، لكونه مقبوضاً بالسوم ، ويطالب بالثابت في الذمة ، فان كانوا متصفين بالصفات المذكورة في العقد اختار أحدهما ، فان اختار التالف تهاتراً ، وان اختار الموجود أخذ ودفع الى البائع قيمة التالف ، وان كانوا غير متصفين بالصفات المذكورة في العقد ضمن الآبق ودفع اليه الموجود وطالب

بالموصوف بالصفات المذكورة في العقد ، وهذا هو المعتمد .

الثانية : اذا اشتريت حر^(١٧٤) عبداً من عبدين معينين على ان يختار أحدهما ، فالمشهور في هذه المسألة البطلان ، لعدم تعين البيع عند التباين حالة العقد ؛ وقال الشيخ في موضع من الخلاف بالجواز ، واستدل باجماع الفرقه ، وقوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم »^(١٧٥) ، واغانى نسبة المصنف الى الوهم ؛ لأنَّه بيع مجهول ، والبيع المجهول لا يصح ، وحمل العلامة قول الشيخ على تساوي العبددين من كل وجه .

والمعتمد البطلان وان تساوايا لعدم التعين ، وهو شرط في صحة البيع المشاهد .

قال رحمة الله : إذا وطى أحد الشركين مملوكة بينهما ، سقط الحد مع الشبهة ، ويثبت مع انتفاءها ، لكن يسقط منه بقدر نصيب الواطئ ، ولا يقتوم عليه بنفس الوطىء ، على الأصل ، فلو حلت ، قوَّمت عليه حصة الشركاء ، وانعقد الولد حراً ، وعلى أبيه قيمة حصصهم يوم ولد .

أقول : لا خلاف في سقوط الحد مع الشبهة كما لو توهم حل المشتركة وتبوت مقدار نصيب الشركاء مع انتفاء الشبهة ، وإنما الخلاف في حكين :

الأول : هل تقوم بنفس الوطىء او لا تقوم الا مع الحمل ؟ بالأول قال الشيخ في النهاية ، والمشهور عدم التقويم الا مع الحمل .

الثاني : هل تقوم بقيمتها العادلة يوم التقويم او باكثر الامرين من القيمة يوم التقويم والثمن الذي اشتريت به ؟ المشهور الاول ، وقال الشيخ بالثاني ،

(١٧٤) - من « ر ٢ ».

(١٧٥) - تقدم ص ٤٤ .

لرواية عبدالله بن سنان^(١٧٦)، عن الصادق عليه السلام: «اذا حلت تعلق بها حكم امهات الاولاد فتقوم عليه؛ لأن الاستيلاد بمنزلة الاتلاف، لحرم بيعها ووجوب عتقها بعوت سيدها، ولا يدخل في ملكه مجرد الحمل، بل بالتقويم ودفع القيمة او الضمان مع رضاء الشريك».

فروع:

الأول: قبل التقويم هي مشتركة لهم استخدامها وعليهم نفقتها وهم كسبها.

الثاني: لو مات قبل التقويم اخذ القيمة من تركته ولا تمحسب الجارية من التركة؛ لأن الاستيلاد اتلاف، فلو ضاقت التركة اختص الشركاء بالجارية؛ لأنها تابع بشمن رقبتها، فان فضل منها شيء عن حصة الشركاء كان الباقى للمرماء.

الثالث: انما يجب عليه قيمة الولد يوم سقوطه حياً اذا لم تقوم عليه وهي حامل، فإذا قومت عليه قبل الولادة صارت ملكه، فلا يجب عليه قيمة الولد، وإذا لم تقوم حاملاً كانت عليه قيمة الولد يوم سقوطه حياً، ويسقط عنه قدر نصيه منه، وتقوم الأم حينئذ بأعلى القيم من حين الاحبال إلى حين التقويم، ويسقط قدر نصيه.

الرابع: لو كانت بكرأً وجوب عليه أرش البكاراة، وان كانت ثيباً وجوب عليه المهر اذا كانت جاهلة او مكرهة، لا مع العلم او المطاوعة.

الخامس: لو سقط الولد ميتاً لم يلزم منه شيء.

السادس: لو سقط بعنة جان لزم الجنين دية جنين حر^(١٧٧) للأب، وعلى الأب لشركائه دية جنين الأمة عشر قيمة أمه إلا قدر نصيه، ويحتمل ان لا يجب

(١٧٦) - الوسائل، كتاب التجارة، باب ١٧ من بيع الحيوان، حديث ١.

(١٧٧) - في «ر٢»: حي.

على الأب شيء للشركاء؛ لأنهم قالوا: (وعليه قيمة الولد يوم سقوطه حيًّا)، والمعتمد الأول؛ لأن وجوب الدية على القاتل يقوم مقام سقوطه حيًّا.

قال رحمة الله: الملوكان المأذون لها، إذا ابتاع كل منها صاحبه من مولاه حكم بعقد السابق، فإن اتفقا في وقت واحد، بطل العقدان. وفي رواية يقرع بينهما، وفي أخرى: تذرع الطريق وبحكم للأقرب، والأول أظهر.

أقول: لا يخلو الحال من ثلاثة وجوه: أما أن يعلم السبق أو الاقتران أو بجهل الحال:

الأول: أن يعلم سبق أحدهما فيصح عقد السابق ويبطل عقد المتأخر، ببطلان تصرفه بغير وجه عن ملك مولاه.

الثاني: أن يعلم الاقتران، وفيه ثلاثة أقوال.

«أ»: بطلان العقددين معاً، لتدافعهما، وهو قول ابن ادريس، واختاره المصنف.

«ب»: يقرع بينهما، وهو اختيار الشيخ وابن البراج؛ لأنه أمر مشكل، وكل أمر مشكل فيه القرعة^(١٧٨).

«ج»: قول العلامة في المختلف والقواعد، وهو أن كانا وكيلين صالح العقدان، وإن كانوا مأذونين كان العقدان موقوفين على الإجازة؛ لأن كل واحد بطل اذنه ببيع مولاه فإذا اشتري الآخر صار كالفضولي، فيكون عقده موقوفاً، يصح مع الإجازة ويبطل مع الرد.

الثالث: أن يشتبه الحال بمعنى عدم العلم بالسبق والاقتران، وفيه قولان: أحدهما: تمسح الطريق من موضع افتراقتها إلى موضع سيدهما مع تساويهما بالقوة وبحكم للأقرب منها، ومع تساوي الطريقين يقرع، وهو قول

الشيخ في الاستبصار ، لما رواه الشيخ^(١٧٩) ، عن أبي جعفر عليه السلام .
والآخر البطلان ، ولجواز سبق ذي الطريق البعيدة لسرعة سعيه ، وهو
مذهب العلامة .

قال رحمة الله : من اشتري جارية سرقت من أرض الصلح ، كان له ردتها
على البائع ، ولو مات أحد من ورثته ، ولو لم يخلف وارثاً استسعت في ثمنها ،
وقيل : تكون بمنزلة اللقطة ، ولو قيل : تسلم الى الحاكم ولا تستسعن كأن أشبه .
أقول : في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

الأول : ردتها على البائع واخذ الثمن منه ، فإن مات فعليه ورثته ومع عدم
الورثة يستسعن ، وهو قول الشيخ والقاضي عبد العزيز بن البراج ، والمستند
رواية مسكين السهام^(١٨٠) .

الثاني : يكون بمنزلة اللقطة ، وهو قول ابن ادريس ، لعدم جواز دفعها الى
البائع وهو يعلم انه غير مالكها ، ولا يجوز استساعها وهي مملوكة الغير ، فما بقي
إلا ردتها الى مالكها ان عرفها ، والا عرفها كاللقطة ، او دفعها الى حاكم المسلمين ،
ويجتهد على ردتها من سرقت منه ؛ لأنها الناظر في مثل ذلك .

الثالث : قول المصنف وهو ان يدفعها الى حاكم المسلمين ابتداءً ولا يجوز
التصرف بغير ذلك ؛ لأنها مال الغائب ، فيكون وليه الحاكم ، واختاره العلامة ،
وهو المعتمد ، وأما حكم الثمن ، فإن كان المشتري عالماً بالحال فلا رجوع مع
ذهب عينه ، وأن كان جاهلاً رجع به ، فإن تعذر سقط ولا يجوز استساعها ؛
لأنها مملوكة الغير ، ونفقة الجارية من كسبها ان كانت ذات كسب ، والا فلن بيت
مال المسلمين .

(١٧٩) - التهذيب ، ٧٢: ٧ ، حدث ٣١٠ .

(١٨٠) - الوسائل ، كتاب التجارة باب ٢٣ من بيع الحيوان ، حدث ١ .

في السلف

قال رحمة الله : وهل ينعقد البيع بلفظ السلم ، كأن يقول : أسلمت اليك هذا الكتاب بهذا الدينار ؟ الأشبه نعم ، اعتباراً يقصد المتعاقدين .

أقول : يتحمل الاعقاد ؛ لأن السلم نوع من البيع فيجوز إستعماله في الجنس مجازاً تبعاً للقصد ، واختاره المصنف والعلامة والشهيد ، ويتحمل العدم لعدم انتقال الملك الا بما جعله الشارع ناقلاً ، ولم يثبت ان الشارع جعل هذا اللفظ ناقلاً لغير هذا النوع المخصوص به ، وذهب الشيخ في المبسوط والخلاف الى عدم جواز إستعمال السلم إلا مع ذكر الأجل .

قال رحمة الله : ولو شرط الأجود ، لم يصح لتعذرها ، وكذا لو اشترط الأردا ، فلو قيل في هذا بالجواز ، كان حسناً لإمكان التخلص .

أقول : أما عدم جواز اشتراط الأجود ؛ لأنه ما من جيد إلا وفوقه أجود منه فيحصل الجهة لعدم الضبط ، وهذا لا خلاف في عدم جوازه ، وأما لو شرط الأردا فقد قال الشيخ : لا يصح للجهة ايضاً ؛ لأن الأردا لا يضبط بالوصف كالاجود . واستحسن المصنف الجواز لامكان التخلص ؛ لأنه اذا دفع اجود من

المشترط وجوب القبول فبأي صفة دفع كان أوجد من المشترط ، والمعتمد البطلان .
قال رحمة الله : وفي الجلود تردد ، وقيل : يجوز مع المشاهدة وهو خروج
عن السلم .

أقول : القول بالجواز مع المشاهدة قول الشيخ في النهاية وقول ابن البراج
في الكامل ، وعدم الجواز مذهب ابن ادريس و اختياره العلامة ؛ لأن الجلود لا
يمكن ضبطها بالوصف لاختلاف خلقها .

واحتاج المجوزون باصالة الصحة ، وعموم الآية^(١٨١) ، ولهم عليه
روايات^(١٨٢) ، والعمل به ينافي حقيقة السلف ؛ لأنه بيع مضمون الى اجل معلوم ،
والشاهد ليس كذلك .

قال رحمة الله : ويجوز في شاة معها ولدها ، وقيل : لا يجوز ، لأن ذلك مما لا
يوجد إلا نادراً ، وكذا التردد في جارية حامل لجهالة الحمل .
أقول : هنا مسألتان .

الأولى : في جواز الاسلاف في شاة معها ولدها ، والمراد ان يكون منفصلاً
عنها ، قال الشيخ : لا يجوز ، لعدم امكان ضبط الولد بالوصف ، لامكان ان لا تلد
ذلك وهو ما يعز وجوده .

والجواز مذهب المصنف والعلامة وفخر الدين ، لأصالة الصحة ، وامكان
وجوده على الصفات المذكورة في العقد .

الثانية : في جواز الاسلاف في شاة حامل او جارية كذلك ، قال الشيخ
وابن الجنيد : انه مجهمول لا يمكن ضبطه بالوصف ، والمعتمد الجواز ؛ لأن العمل تابع
لا يضر جهالته ، والا لما جاز بيع الحبل نقداً ، فلو كانت جهالة الحمل مانعة منعت

(١٨١) - البقرة : ٢٧٥ .

(١٨٢) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٤ من السلف ، حديث ٧ .

في الموضعين .

قال رحمة الله : وفي الاسلاف في جوز الفرز تردد .

أقول : منشئه من ان الفرز فيه دود ان كان حيَاً أفسده ؛ لأنَّه يقرضه ويخرج ، وان كان ميتاً فالميضة لا يجوز بيعها ، ومن ان الدود غير مقصود في البيع ، فلا فرق بين ان يكون حيَاً او ميتاً ؛ لأصلالة الصحة ، ولا بد أن يشرط كونه طرياً او يابساً ، والأول مذهب الشيخ ، والثاني مذهب العلامة .

قال رحمة الله : ولو شرط ان يكون من الثمن من دين عليه ، قيل : يبطل ؛

لأنَّه بيع دين بنتهله ، وقيل : يكره ، وهوأشبه .

أقول : القول بالبطلان قول الشيخ وأبن ادريس ، واختاره العلامة في القواعد والمختلف والشهيد في دروسه ، لما قاله المصنف : (من انه بيع دين بنتهله) ، وقيل بالكراء ، واختاره المصنف ؛ لأنَّ ما في الذمة مقبوض وبيع الدين بالدين المنهى عنه عند المصنف هو ما كان في ذمتين غير ذمتي المتباعين ، أما ما كان في ذمتى المتباعين لا يكون بيع دين بدين ، واختاره العلامة في التحرير .

ولو لم يعينه من الدين بل جعله موصوفاً في الذمة ثم حاسبه بعد العقد في المجلس صح على ما اختاره في القواعد ، ويلزمه ان العقد وقع على دين بدين ، فيشكل صحته .

قال رحمة الله : وهل يجوز الاسلاف في المعدود عدّاً ؟ الوجه لا .

أقول : عدم الجواز مذهب الشيخ ، والجواز مذهب ابن الجنيد ، وفصل العلامة ، قال : ان كان مما يتفاوت يسيراً كالجوز واللوز جاز وزناً وعدداً ، وان كان يتفاوت كثيراً كالبطيخ والبيض والبازنجان لا يجوز إلا وزناً ، واختاره الشهيد ، وهو المعتمد .

قال رحمة الله : ولو اشتراه حالاً ، قيل : يبطل ، وقيل : يصح ، وهو المروي .

أقول : قد تقدم^(١٨٣) البحث في هذه ، ويكون بيعاً بالفظ السلم .

قال رحمة الله : ولو قال الى شهرين فان كان في أول الشهر ، عد شهرين اهلة ، وان اوقع العقد في أثناء الشهر ، أتم من الثالث بقدر الفات من شهر العقد ، وقيل : يتم ثلاثة يواماً ، وهو أشبه .

أقول : في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

الأول : ا تمام الناقص بقدر الفات من شهر العقد ، فان كان وافياً أتمه ثلاثة ، وان كان ناقصاً أتمه تسعه وعشرين ، وقواه الشيخ بحصول ا تمام الشهر باستثناء ما فات منه .

الثاني : عد المنكسر ثلاثة سواء كان ناقصاً أو تماماً ؛ لأن الشهر اما عدة بين الالالين او ثلاثة يواماً ، والأول قد تعذر ، فيتعين الثاني .

الثالث : عد الجميع ثلاثة ثلاثة ؛ لأن الأول قد انكسر ولا يعقل دخول الثاني حتى يكمل الأول ، فيجب ان يكون اكماله مما يليه فينكسر الثاني ، وهكذا فينكسر الجميع ، فيجب ا تمام الجميع ثلاثة ثلاثة .

والعمل على الأوسط من الأقوال ، ويلفق اليوم اذا وقع العقد في اثنائه ، بأن يأخذ من يوم آخر بقدر ما فات من يوم العقد ، ولا عبرة بقصر اليوم وطوله للتساع بمثل ذلك .

قال رحمة الله : ولا يتشرط ذكر موضع التسليم على الأشبه ، ولو كان في حمله مؤنة .

أقول : اشترط الشيخ في المبسوط والخلاف ذكر موضع التسليم اذا كان في حمله مؤنة ، ولم يتشرط في النهاية غير ذكر الجنس والوصف والأجل ، وهو يدل على عدم اشتراط ذكر موضع التسليم ، ولم يتشرطه ابن ادريس ، واعتباره

المصنف ، لأصالة براءة الذمة من وجوب الاشتراط ، ولعموم : ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١٨٤) وعموم : ﴿واحل الله البيع﴾^(١٨٥) ، ولاقتضاء العقد التسليم في بلد العقد ، فلا يفتقر إلى ذكر الموضع .

واحتاج المشرطون بأن مع ذكر موضع التسليم يقطع بصحة العقد ، ومع عدمه لا دليل على صحته ، وقال العلامة : إن كان في بريئة أو بلد ليس قصدها الاجتماع فيه ، وجب ذكر موضع التسليم ؛ لأنّه لا يمكن التسليم في موضع العقد وليس أحد الأمكنة أولى من الآخر ، فاذا لم يذكر موضع التسليم افضلي إلى الجهة والتنازع ، وإن كان العقد في موضع هما مجتمعان فيه لم يجب ذكر موضع التسليم ، لاقتضاء العقد وجوبه في بلد العقد فلا يجب ذكره ، هذا مذهب العلامة في القواعد والمختلف ، وفي التحرير لم يشترطه وإن كانوا في بريئة ، فعلى هذا يجب التسليم في بلد البائع ، لأصالة براءة ذمته من وجوب حمله إلى غير بلده ، ولو اشترطه في موضع غير بلد العقد وجب اتباع الشرط ، ومذهب القواعد هو المعتمد .

قال رحمة الله : اذا اشتري كريراً من طعام بنته ثم اشترط تأجيل خمسين ، بطل في الجميع على قول .

أقول : لا يجوز كون الثمن مؤجلأً في السلف ، لعدم جواز بيع الدين بالدين ، فإذا اشترط تأجيل البعض احتمل البطلان في الجميع ، لجهة ما يقابل المقبول ، ويحتمل الصحة ثم يوزع فيها بعد ، كما لو اشتري سلطتين بعقد واحد ثم استحق احدهما .

وعلى القول بالصحة والتفسير يثبت الخيار لتبسيط الصفة عليها .

(١٨٤) - المائدة : ١ .

(١٨٥) - البقرة : ٢٧٥ .

قال رحمة الله : ولو دفع خمسين ، وشرط الباقي في دين على المسلم إليه ،
صح فيها دفع ، ويبطل فيها قابل الدين ، وفيه تردد .
أقول : سبق (١٨٦) البحث في هذه .

قال رحمة الله : يجوز بيع الدين بعد حلوله ، على الذي عليه وعلى غيره ،
فإن باعه بما هو حاضر ، صح وإن باعه بضمون حال ، صح أيضاً ، وان اشترط
تأجيله ، قيل : يبطل ؛ لأنه بيع دين بدين ، وقيل : يكره ، وهو الأشبه .
أقول : البطلان مذهب ابن ادريس ؛ لأنه بيع الدين بالدين كما قاله
المصنف ، واختاره العلامة في المختلف والتمهيد في الدروس ، وقال الشيخ في
النهاية : انه مكروه ، واختاره المصنف ، لأصالة الصحة ، ولأن بيع الدين بالدين
المنهي عنه هو ان يبيعه ديناً في ذمة زيد بدين في ذمة عمرو ، وهذا ليس كذلك ،
والاول أحوط .

واما الدين المؤجل فقد جوز ابن ادريس بيعه على من هو عليه ومنع من
يبيعه على الغير ، وجوزه العلامة في المختلف مطلقاً على من هو عليه وعلى غيره ،
لأصالة الجواز ، وفي التحرير منع من يبيعه مطلقاً ، واختاره صاحب الدروس ، الا
انه عكس مذهب ابن ادريس سهوأ ؛ لأنه قال : قال ابن ادريس : لا خلاف في
تحريم بيعه على من هو عليه ، ويلزم بطريق النفيه تحريمه على غيره ، وجوز
الفضل بيعه على من هو عليه فيباع بالحال ، هذا كلامه رحمة الله .

وهو سهو ؛ لأن مذهب العكس ، وهذه عبارته : الدين لا يخلو إما أن يكون
حالاً أو مزاجاً ، فان كان مزاجاً فلا يجوز بيعه بغير خلاف على غير من هو في
ذمته ، وان كان حالاً فلا يجوز بيعه بالدين بدين آخر لامن هو عليه ولا من
غيره بغير خلاف ايضاً ، هذا كلامه رحمة الله .

وخص المنع من البيع على غير من هو عليه ، يدل بمفهومه على جواز البيع على من هو عليه ، فلهذا قلنا انه يجوز بيعه على من هو عليه ، وتجويز العلامة يبع على غير من هو عليه يدل على جوازه على من هو عليه بطريق الأولى ، وهو عكس ما نقله صاحب الدروس .

والظاهر ان سبب سهو الشهيد غلط نسخة المختلف التي نقل منها مذهب ابن ادريس ، ومذهب العلامة ، وهذا قال : وجوز الفاضل بيعه على من هو عليه . ومراده بالفاضل العلامة ، مع انه مذهبها في المختلف جواز بيعه على غير من هو عليه ، وهذه عبارته : قال ابن ادريس : الدين الموجل لا يجوز بيعه على غير من هو عليه بلا خلاف والوجه عندي الكراهة ، للأصل الدال على الجواز ، والاجماع منوع . هذا كلامه رحمة الله في المختلف ، وهو دال على جواز بيعه على غير من هو عليه .

لكن الظاهر ان النسخة التي نقل منها الشهيد ممحوف منها (غير) من كلام ابن ادريس سهوا من الناسخ ، فحصل الغلط في نقله عن ابن ادريس ، وعن العلامة .

وابو العباس تابع الشهيد على سهوه في النقل عندها رحمهم الله جميعا وجزاهم الله عنا خيراً ، وسائل من الله العصمة من الزلل الموجب للخلل .
تنبيه : لو باع الدين بأقل من ثمنه ، قال الشيخ وابن البراج : لم يلزم الفرم ان يدفع الى المشتري اكثر مما دفع الى البائع ويبرأ من الباقي ، لرواية محمد بن الفضل ، « قال : قلت للرضا عليه السلام رجل اشتري دينًا على رجل ، ثم ذهب الى صاحب الدين ، فقال له : ادفع ما لفلان عليك فقد اشتريته منه ، فقال : يدفع اليه قيمة ما دفع الى صاحب الدين ويبرأ الذي عليه المال من جميع ما باقى

(١٨٧) عليه».

وانكر ابن ادريس هذا إنكاراً عظيماً ، والمعتمد صحة البيع ووجوب دفع الجميع الى المشتري ، إذ لا خلاف في جواز بيع الدين بأقل من قيمته مع علم البائع بالقيمة .

فرع : اذا تعذر قبض المبيع من المديون لفلسه او هريه او دفعه للمشتري ، رجع على البائع بالثن الذي دفعه اليه ، لعدم حصول الموضع الذي قابله .
 قال رحمة الله : إذا أسلف في شيء وشرط أصوات نجات ، قيل : يصح ،
 وقيل : لا ، وهو الأشبه . ولو شرط أن يكون التوب من غزل امرأة معينة ، أو
 الغلة من قراح معينة ، لم يضمن .
 أقول : هنا مسألتان :

الأولى : اذا أسلف في غنم وشرط أصوات نجات معينة مشاهدة ، وقد
 منع منه ابن ادريس واختاره المصنف : لأن السلم في المشاهد لا يجوز ؛ لأن بيع
 مضمون الى اجل ، والشاهد ليس كذلك ، ولأن بيع الصوف على ظهور الغنم لا
 يجوز عنده للجهالة .

وجوزه الشيخ واختاره العلامة بجواز البيع بلفظ السلم عنده ، وعدم
 اشتراط الأجل ، وصحة بيع الصوف على ظهور الغنم لمشاهدته وانتفاء الفرق فيه ،
 فلا مانع من ذلك ، وهو المعتمد .

الثانية : اذا أسدل السلف الى معين ، كما لو شرط التوب من غزل امرأة معينة
 او الغلة من قراح معين ، قال المصنف : لم يضمن ، وظاهره صحة البيع ، إلا انه لا
 يضمن من المعين ، وهو بناءً على ان الشرط الفاسد لا يفسد العقد .
 والمعتمد بطلان البيع ، وهو مذهب العلامة في قواعد ، والشهيد في دروسه ،

بطلان الشرط الموجب لبطلان البيع .

اما بطلان الشرط فلمناقاته العقد ؟ لأن السلف ابتعاد مضمون في الذمة ، والمضمون في الذمة لا يتشخص من دون القبض ، فتشخيصه بأحد الأمور المذكورة خروج عن حقيقة السلالم فيكون منافيأ ، وأنه يؤدي إلى الغرر ، لاحتمال موت المرأة او تلف غلة القرابح ، فيتعذر التسليم ، اذ لا بد ان يكون وجود المسلم فيه عاما عند الحلول ، وهذا الشرط ينافيء .

واما بطلان البيع فلعدم الرضا بدون سلامه الشرط ، فيكون تجارة من غير تراض ، فتكون باطلة .

قال رحمة الله : اذا تقايلا رجع كل عوض إلى مالكه ، فإن كان موجوداً أخذه ، وإن كان مفقوداً ضمن بيته إن كان مثلياً ، وإلا بقيمه ، وفيه وجه آخر .
أقول : المراد بالوجه الآخر عدم صحة التقاييل مع تلف العوض المستقایل عليه ، لفوات مفع ما وقع عليه الاقالة .

قال رحمة الله : ولو شرط الصاحب عوض المكسرة ، قيل : يصح ، والوجه المع .

أقول : الجواز مذهب الشيخ في النهاية وابن البراج وابي الصلاح وابن حمزه ، لرواية يعقوب بن شعيب في الصحيح ، قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يقرض الرجل الدرهم الفلة فیأخذ الدرهم الطازجة طيبة بها نفسه ؟ قال : لا بأس ، وذكر ذلك عن علي عليه السلام «^(١٨٨) » ، وليس في الحديث دلالة على ذكر الشرط .

والطازجة بالطاء المهملة والزاء المعجمة والجيم الدرهم البيض الجيدة ، ومنع ابن ادريس والمصنف من ذلك واختاره العلامة ، وهو المعتمد ، لما رواه

الحلبي في الحسن ، عن الصادق عليه السلام : « قال : اذا اقرضت الدرهم ثم اناك بغير منها فلا يأس اذا لم يكن بينكما شرط »^(١٨٩) ، وهو يدل على ثبوت البأس مع الشرط .

تنبيه : جوز العلامة اشتراط ان يبيع المفترض سلعة او يؤجره دار بثمن المثل وأجرة المثل ، او ان يقرضه المفترض او يبيع المفترض على زيد مثلاً او يقرضه عمراً ، ولو عين الثمن في اشتراط البيع على زيد لزم وان كان اقل من ثمن المثل ، ولو اشترط الرهن او الكفيل على القرض لزم ، ولو اشترطه على دين آخر جوزه في القواعد ، ومنعه في التحرير ، لما فيه من جر النفع ، واذا فسد القرض بفساد الشرط كان مضمنا عليه ؛ لأنّه قبضه على ان يكون ضامناً له ، وقال ابن حمزة : يكون أمانة ؛ لأنّه لم يلكه فيكون أمانة ، لأحالة عدم الضمان .
قال رحمة الله : وما ليس كذلك ، يثبت في الذمة قيمة وقت التسلیم ، ولو قبل : يثبت مثله ايضاً ، كان حسناً .

أقول : اذا اقرض المثل وجب رد المثل اجمعأً ، فان تغدر المثل وجبت القيمة يوم القبض ؛ لأنّه وقت ثبوته في الذمة ، ويحتمل وقت التغدر ؛ لأنّه وقت الانتقال الى القيمة .

واذا اقرض القبيسي وجب عليه القيمة يوم القرض على المشهور بين الأصحاب ، واستحسن المصنف رد المثل في القبيسي ايضاً ، وهو ظاهر الشیخ في الخلاف ؛ لأن النبي صلّى الله عليه وآلـه وسـلمـ اخذ قصبة امرأة كسرت قصبة اخرـيـ ، وضـمـنـ عـائـشـةـ اـنـاءـ حـفـصـةـ وـطـعـامـهـ بـعـتـلـهـاـ^(١٩٠) ، وهو محـمـولـ عـلـىـ التـرـاضـيـ .
وانـاـ يـعـصـلـ المـاـئـلـةـ مـعـ الاـشـتـراكـ فـيـ جـمـيعـ الصـفـاتـ الـيـ هـاـ مـدـخـلـ فـيـ الـقـيـمـةـ ،

(١٨٩) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢٠ من الدين والفرض . حديث ١ .

(١٩٠) - سنن البیقی ٦ : ٢١ و ٩٦ .

فإذا دفع المهايل في جميع الصفات وجب قبوله على قول المصنف ، ولا يجب على المشهور بين الأصحاب ولو تغيرت اسعار القيمي وجبت القيمة يوم القبض على المشهور ، وعلى قول المصنف يجب القيمة يوم دفع العوض .

قال رحمة الله : ويجوز اقتراض الجواري . وهل يجوز اقتراض اللاالي ؟

قيل : لا ، وعلى القول بضم القيمة ينبغي الجواز .

أقول : يجوز اقتراض المثلث اجماعاً ، وكذا القيمي الذي يمكن السلف فيه ، وفي ما^(١٩١) لا يضبطه الوصف ، ولا يجوز السلف فيه كاللآلئ واللحم والجلود قرولاً ، مع اتفاقهم على جواز اقتراض الخبز عدداً وزناً عملاً بالعرف ، والمنع في الجواهر وشبهها مذهب الشيخ ، والجواز مذهب ابن ادريس ، لأصالة الجواز ، وهو المعتمد .

قال رحمة الله : القرض يملك بالقبض لا بالصرف : لأن فرع الملك ، فلا يكون مشروطاً به . وهل للمقرض إرجاعه ؟ قيل : نعم ، ولو كره المفترض ، وقيل : لا ، وهو أشبه : لأن فائدة الملك التسلط .

أقول : ذهب الشيخ في الخلاف الى اشتراط التصرف في حصول الملك ، والمشهور حصوله بالعقد : لأن التصرف فرع الملك ، فلو كان مشروطاً به لزم الدور ، ويترفع عليه جواز انتزاع العين ، فعلى اشتراط التصرف له ذلك قبله ، وليس له على عدم الاشتراط .

ويترفع عليه ايضاً عتق القريب بنفس القبض ، وهو المعتمد .

قال رحمة الله : ولو شرط التاجيل في القرض لم يلزم ولو اجل الحال لم يتأجل ، وفيه رواية مهجورة .

أقول : الدين الحال لا يتأجل الا بأحد امور ثلاثة :

الأول: ان يشترط التأجيل في عقد لازم ، مثل ان يقول : (بعتك العبد متلا
بمنة على ان تؤجلني بالدين او القرض او المهر سنة مثلاً) ، فيقول : (قبلت) ، وكلما
يجوز تأجيله في العقد اللازم يجوز اسقاط الأجل فيه ايضاً ، ولو اقرضه واشترط
تأجيل الحال عليه او حلول المؤجل على المفترض لم يصح وبطل القرض .

الثاني : يتأنجل بالوصية ، فاذا اوصى بتأجيل ما على فلان سنة مثلاً
تأجل ، ولا يحتسب الدين من الثالث ، لعدم خروجه عن ملك الورثة بالتأجيل ،
بل يخرج من الثالث ما قابل الأجل ، فيقال : لو بيع هذا الدين الذي قيمته منه مثلاً
بمؤجل الى سنة بكم يباع ؟ فاذا قبل بمنة وخمسين علمنا ان قسط الأجل ثلث
الفن ، فيخرج ثلث الدين من الثالث وهكذا ؛ لأنه مقدار الفائض بالوصية ،
فيقتصر عليه .

الثالث : يتأنجل بالنذر والمعهد واليمين .

قال رحمه الله : من كان عليه دين ، وغاب صاحبه غيبة منقطعة ، يجب أن
ينوي قضاءه ، وأن يعزل ذلك عند وفاته ويوصي به ليصل الى ربه ، أو إلى وارثه
إذ ثبت موته ، وإن لم يعرفه إجتهد في طلبه ، ومع اليأس ، يتصدق به على قول .
أقول : ما حكاه المصنف مذهب الشيخ في النهاية ، وهو مشتمل على

أحكام :

الأول: وجوب نية القضاء .

الثاني : العزل عند الوفاة ، وهو واجب عند الشيخ والمصنف ، وانكره ابن
ادريس وادعى الاجماع على عدم وجوبه .

الثالث : وجوب الوصية بدونه ، وهذا لا خلاف فيه .

الرابع : وجوب الصدقة مع اليأس من الوارث ، وهو مذهب الشيخ وابن
البراج ، واختاره المصنف وابو العباس ، لثلا يتغطى المال ويخرج عن الانتفاع ،

ولا حتياج من هو عليه الى تفريح الذمة ، ولا سبيل غير الصدقة ، فان ظفر بالوارث بعد ذلك قضاء دينه اذا لم يرض بالصدقة .

وقال ابن ادريس : يدفعه الى المحاكم اذا لم يعلم له وارثاً ، فان قطع بعدم الوارث كان للامام ، واختاره فخر الدين والمقداد ؛ لأن الامام وارث من لا وارث له ، وقال العلامة : اذا لم يعلم انتفاء الوارث وجب حفظه ؛ لأن مال معصوم فيجب حفظه على مالكه ، فان ايس من وجوده والظفر به أمكن ان يتصدق به . قال رحمة الله : اذا باع الدين بأقل منه ، لم يلزم المديون أن يدفع إلى المشتري أكثر مما بذله على رواية .

أقول : سبق^(١٩٢) البحث في هذه فلا فائدة في الاعادة .

واعلم انه لو كان على الدين رهن انتقل الى المشتري تبعاً للدين ، نص عليه فخر الدين في شرح قواعد ايه في باب الكفالة ، في قوله : (والاقرب انتقال حق الكفالة الى الوارث) ، فلما قرر المسألة : قال : وظهر الفرق بين الكفالة والرهن ؛ لأن الرهن تابع لاستحقاق الدين لتعلق نفس الدين بالرهن ، فالى من انتقل الدين انتقل الرهن بأي وجه كان ، ففي الوارث انتقل لسبعين بانتقال نفس الرهن بالوارث ، وبانتقال الدين الى مشتري الدين بسبب واحد وهو انتقال الدين ، انتهى كلامه رحمة الله .

في دين المملوک

قال رحمة الله : المملوک لا يجوز له أن يتصرف في نفسه بإجارة ولا إستدانة ولا في غير ذلك من العقود ، ولا بما في يده ببيع ولا هبة إلا بإذن سيده ، ولو حكم له بذلك ، وكذا لو أذن له المالك ان يشتري لنفسه ، وفيه تردد ، لأنّه يملك وطريق الأمة المشاعة مع سقوط التحليل في حقه .

أقول : العبد محجور عليه في انواع التصرفات بغير اذن سيده عدا الطلاق ، سواء قلنا : انه يملك او احلفنا بذلك ، قال المصنف : (وكذا لو اذن له المالك ان يشتري لنفسه) . وهذه من المسائل الغامضة التي لا يدركها غير المحصل لهذا الفن ، فان مراده انه اذا دفع اليه السيد مالا ليشتري به العبد لنفسه فانه لا يملك التصرف فيه ايضا ، لفساد الاذن على كلا التقديرين ، اما على تقدير انه لا يملك فقد اذن له بالمحال ، فيكون الاذن باطلأ ، وأما على تقدير انه يملك فلكله محصور بما يملكه مولاه من فاضل الضريبة وأرش المجنائية ، والسيد لم يملّكه الثمن بل امره ان يشتري بما هو مملوک للسيد لنفسه ، فكان الاذن باطلأ ؛ لأنّه يجري بمحرى تملكه لمال الغير ، وهو غير جائز .

وتردد المصنف في بطلان التصرف ؛ لأنَّه لو أذن له ان يشتري امة لنفسه فاشترى على ذلك الاذن ملك وطأها بسبب الاذن ، فلو لم يجز التصرف لما جاز الوطىء ؛ لأن علة جوازه اذنه بالملك المستلزم للسلط على جميع التصرفات ومن جملتها الوطىء ، ولا يكون حل الوطىء من جهة التحليل ؛ لأنَّه متذر في حقه ؛ لأنَّ الأصحاب على قسمين ، منهم من منع جواز تحليل السيد امته لعبدة ، ومنهم من جوز ذلك لكن شرطتعيين ، والأمر ليس كذلك ؛ لأنَّه قبل الشراء لم تكن معينة ولا مملوكة ، فلا وجہ للتحليل ولم يتو غير الاذن .

قال العلامة : وهل يستبيح العبد البعض ؟ الأقرب ذلك لا من حيث الملك ، بل لاستلزماته الاذن .

وصاحب التردادات جعل منشأ التردد من ان العبد لا يملك ، ومن انه يستبيح الوطىء ولا سبيل غير الملك ، فيلزم انه يملك ، وهو غلط ؛ لأنَّ قول المصنف : (وكذا لو أذن له بالشراء لنفسه) معطوف على المنع من التصرف وان حكم له بالملك ، وحكم المعطوف حكم المعطوف عليه ، فيكون المراد ما قلناه ، ويدل عليه قول العلامة : (لا من حيث الملك ، بل لاستلزماته الاذن) .

ومما يدل على ما قلناه استشكال العلامة صحة الشراء ببطلان الاذن المستلزم لتمليك ما لا يصح تمليكه ، والمعتمد صحة الشراء وعدم حل الوطىء ، أما صحة الشراء فلأنَّه مشتري مأذون فيه ، وجعله للعبد لا يبطله ؛ لأنَّ جميع ما للعبد فهو لسيده ، وأما عدم حل الوطىء فلاتتفاء اسبابه ؛ لأنَّ سببه العقد أو ملك الرقبة او المنفعة ، وليس هنَا شيء منها ، فلا يباح بدون السبب المبيح له .

قال رحمة الله : فإنَّ اذن له في الاستدانة ، كان الدين لازماً للسمولي إن استيقاه أو باعه ، وإن اعتنته ، قيل : يستقر في ذمة العبد ، وقيل : يكون باقياً في ذمة المولى ، وهو أشهر الروايتين .

أقول : كونه باقياً في ذمة المولى مذهب الشيخ في الاستبصار ، وبه قال ابن حمزة واختاره المصنف والعلامة في القواعد ، وابو العباس في المقتصر ؛ لأن اذن السيد موجب لتعلق الدين في ذمته فلا ينتقل عنه بالعتق ، وقال في النهاية : يستقر في ذمة العبد اذا اعتقه ، لرواية عجلان^(١٩٢) ، عن الصادق عليه السلام ، وتابعه ابن البراج ، واختاره العلامة في المختلف .

قال رحمة الله : ولو أذن له في التجارة دون الاستدانته ، فاستدان وتلف المال كان لازماً لذمة العبد ، وقيل : يستسعي فيه معجلأً .

أقول : السعي معجلأً مذهب الشيخ في النهاية ؛ لأن السيد قد غر الناس بالاذن بالتجارة ، ولصحيحه أبي بصير^(١٩٤) ، عن الصادق عليه السلام . والاستسقاء بعد العتق مذهب في المبسوط ، واختاره ابن ادريس ، وهو المعتمد ؛ لأن سعي العبد لمالكه ، فتصرفة فيما لم يأذن فيه غير جائز .

وقال ابن حمزة : إن علم الديان أن المولى لم يأذن في الدين كان في ذمة العبد ، يتبع به بعد العتق ، وإن لم يعلم استسعي العبد عاجلاً .

وقال العلامة : إن كان الدين لضرورات التجارة لزم المولى ؛ لأن الاذن في التجارة يستلزم الاذن في الاستدانته لضرورتها ، وإن كان لتغير ذلك يتبع به بعد العتق ، وهو حسن ، لكن العمل على الصبر إلى بعد العتق من غير تفصيل .

فرع : لا يتبت اذن العبد في التجارة بمجرد قوله ، لأصله عدم الاذن ، وقوله غير حجة ، بل لابد من البينة على الاذن او الشياع على ما اختاره العلامة وابنه والشهيد ، لتعذر اقامة البينة عند كل معامل .

قال رحمة الله : وإذا باع وأشتري ، فأجرة ما يبيع على الامر بيعه ، وأجرة

(١٩٢) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٥٤ من العتق حديث ١ .

(١٩٤) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٣١ من الدين والفرض حديث ١ .

الشراء على الأمر بالشراء ، ولا يتولاها الواحد .

أقول : السمسار في البيع والشراء فإذا باع كانت أجرته على البائع ، وإذا اشتري كانت أجرته على المشتري ، وقال المصنف هنا : (ولا يتولاها الواحد) ، وفي المختصر : ولا يجمع بينها الواحد ، وعبارة القواعد كعبارة المصنف هنا ، وهي دالة على المنع من تولي الواحد ، ودلالي البيع والشراء في سلعة واحدة ؛ لأن الوكيل يجب عليه مراعاة الأصلح لموكله ، وهو ممتنع هنا ، والا لزم اجتياح الصدرين ، ولأنه يكون موجباً قابلاً ، وهو ممنوع عند بعضهم .

وأما عبارة المختصر النافع فهي دالة على عدم جوازأخذ الأجرتين لشخص واحد عن سلعة واحدة من البائع والمشتري ، بل يأخذ من هو وكيل له وعائد عنه ، فان أمره بالبيع والاتياع كانت الأجرة على السابق بالأمر ، وقيل : يأخذ منها أجرة واحدة ، وكذا ان افترنا في الأمر أو تعاقباً وكان الفرض مجرد العقد ، وان كان الغرض السمسرة لكل منها كان للواسطة اجرتان على قدر عمله .

كتاب الرحمن

في الرهن

قال رحمة الله : هل القبض شرط؟ قيل : لا ، وقيل : نعم ، وهو الأصح .
أقول : باشتراط القبض قال الشيخ في النهاية وابن البراج وأبو الصلاح
والمنيد وابن الجنيد ، واختاره المصنف والشهيد ، لقوله تعالى : ﴿ فرھان
مقبوضة ﴾^(١) ولرواية محمد بن قيس ، عن الباقي عليه السلام ، « قال : لا رهن
الا مقبوضا »^(٢) .

وبعد الاشتراط قال الشيخ في الخلاف ، وختاره ابن ادريس والعلامة
وابنه وابو العباس ، وهو المعتمد ، لأصالة عدم الاشتراط ، ولقوله تعالى :
﴿ أوفوا بالعقود ﴾^(٣) ، وهذا عقد فيجب الوفاء به .

وأجابوا عن الآية بكونها بياناً للارشاد الى حفظ المال ، وهو لا يتم الا
بالقبض ، وعن الرواية بضعف السند ، وعلى القول باشتراط القبض لا يشترط

(١) - البقرة : ٢٨٣ .

(٢) - الوسائل ، كتاب الرهن ، باب ٣ في احكام الرهن ، حديث ١ .

(٣) - المائدة : ١ .

دوامه اجماعا ، بل لو رده الى مالكه بعد القبض انعقد الرهن .

وبغضه كقبض المبيع الا انه يشترط فيه اذن الراهن بخلاف المبيع ، اذ لو
قبضه بغير اذن البائع ص القبض ، والفرق بينهما ان القبض شرط في صحة العقد
وهو من عامة هنا ، فيقف على الرضى كالايجاب والقبول ، بخلاف البيع اذ القبض
ليس شرطا في انعقاده فلا يشترط اذن البائع ؛ لأنه قبض حقه ولا يفتقر الى رضى
البائع في ذلك .

ولا يشترط مقارنة القبض لعقد الرهن ، بل لو طالت المدة بعد العقد ثم قبض انعقد الرهن .

ويتفرع على اشتراط القبض وعدمه فروع كثيرة لا فائدة في ذكرها لظهورها عند ورودها.

قال رحمة الله : ولو أقر الراهن بالإقباض ، قضي عليه ، ما لم يعلم كذبه ،
ولو رجع لم يقبل رجوعه . ويسمى دعواه لو ادعى المسواطة على الإشهاد ،
ويتوجه اليدين على المرتهن ، على الأشبة .

أقول : هذا فرع على اشتراط القبض فلو اقر الراهن قضي عليه ، قال المصنف : (ما لم يعلم كذبه) و ذلك مثل ان يقول بمكة : رهنت اليوم زيداً داري بالمدينة فاقبضته إياها ، وهذا يعلم كذبه ؛ لأن خرق العادة يلحق بالمحال ، فيكون حالاً ، فان رجع بعد اقراره الممكن ، وقال : اقررت مواطاة يبني وبينه ، لاقامة رسم القبالة ، او لورود خط وكيلى ، ثم ظهر الخلاف ، او ظننت ان القول كاف من دون التسليم ، هل يقبل رجوعه بمعنى انه تكون دعوى صحيحة بحيث يطالب بالبينة ومع عدمها يخلف المرتهن ، او تكون الدعوى باطلة لا يلتفت اليها ؟ يحتمل الأول ؛ لأنه ادعى شيئاً ممكناً قد جرت العادة به فيسمع ، ولأنه لو اعترف له المرتهن بما ادعاه ثبتت دعواه ، فع عدم الاعتراف يطالب بالبينة ، فان

لم يكن حلف المرتهن .

ويحتمل الثاني ؛ لأنَّه مكذب ، لا قراره بحق الغير ، فلا يقبل دعواه ولا يكون لها حكم ، والأول هو المعتمد .

قال رحمة الله : ولا يجوز تسليم المشاع إلا بأذن شريكه ، سواء كان مما ينتقل أو لا ، على الأشبه .

أقول : قال الشيخ أنا يعتبر أذن الشريك في المنقول كالجوهر والسيف ، والمعتمد اعتبار أذنه مطلقاً ؛ لأنَّ قبض المشاع أنا يتم بتسليم الجميع ، فان كان مما ينقل فلا بد من نقل الجميع ، لعدم تمييز حق الشريك قبل القسمة ، وإن كان مما لا ينقل فالقبض فيه التخلية - وهو أن يسلطه على التصرف بعد رفع يده عنه - وهو لا يتم إلا بالتسليط على الجميع ، والتسليط على مال الغير بغير أذنه غير جائز ، فلا فرق بين المنقول وغيره .

تنبيه : اذا امتنع الشريك من الاذن في القبض ، فان رضي المرتهن بكونه في يد احدهما جاز ، وان امتنع ايضا نصب المحاكم عدلاً من جهته يقبض لهما ، وحيثنه يسقط اعتبار رضي الجميع ، وهذا على القول باشتراط القبض او بكونه مشروطاً في المقد .

في شرائط الرهن

قال رحمه الله : وفي رهن المدبر تردد ، والوجه أن رهن رقبته إبطال تدبیره . أما لو صرخ برهن خدمته ، مع بقاء التدبیر ، قيل : يصح إلتفاتاً إلى الرواية المتضمنة جواز بيع خدمته ، وقيل : لا ، لتعذر بيع المنفعة المنفردة ، وهو أشبه .

أقول : اذا رهن المدبر قبل ابطال تدبیره ، قال الشيخ في الخلاف : فان لم يقصد في الرهن فسخ التدبیر بطل الرهن ، ثم قال : ولا دلالة على بطلان التدبیر ، ولا دلالة على صحة الرهن ، فينبغي ان يكون باطلا ، ثم قال بعد ذلك : ولو قلنا انه يصح التدبیر والرهن ؛ لأنه لا دلالة على بطلان واحد منها كان قوياً .

وقال في المبسوط - بعد ان حكم ببطلان التدبیر - : ولو قلنا الرهن صحيح والتدبیر بحاله كان قوياً ، ومثله قال ابن ادریس ، وتردد المصنف من هذه الحقيقة ، ثم اختار ان رهن الرقبة ابطال للتدبیر ، وهو يدل على اختياره صحة الرهن ، وبه قال العلامة وهو المعتمد ؛ لأن المدبر مملوك يجوز التصرف فيه بأنواع التصرفات فلا مانع من صحة رهنه ، والتدبیر وصية يجوز الرجوع فيها ،

والرجوع أعم من أن يكون بالقول أو الفعل ، فالرهن يكون رجوعاً في التدبر كما هو رجوع بالوصية ، لتعلق حق المرهن فيه ، أما لو صرخ برهن خدمته خاصة فقد ذكر المصنف وجهي الصحة والبطلان ، والبطلان هو المعتمد .

قال رحمة الله : ولو رهن المسلم خمراً ، لم يصح ، ولو كان عند ذمي . ولو رهنتها الذمي عند المسلمين ، لم يصح أيضاً ، ولو وضعها على يد ذمي ، على الأشبه .

أقول : قال الشيخ في المبسوط والخلاف : اذا استقرض الذمي من مسلم مالاً ورهن عنده بذلك خمراً على يد ذمي آخر يبيعها عند محل الحق ، فباعها واتى بشئها جاز له اخذه ولا يغير عليه ، لعدم الدليل على اجباره ، وله ان يطالب بما لا يكون عوضاً عن حرم ، وفي هذا الكلام حكمان :

الأول : جواز ارتهان الخمر للمسلم اذا وضعه على يد ذمي ، والمعتمد عدم جوازه ؛ لأن يد الوكيل يد الموكل ، فكما لا يجوز له مباشرة لا يجوز توكيلاً .

الثاني : عدم اجبار المسلم على قبض ثمن الخمر من الذمي ، والمعتمد وجوب القبض او ابراء ذمته كما لو دفع من غير ذلك ؛ لأنه مال مملوك .

قال رحمة الله : ولو رهن مالاً يصح إقباضه ، كالطير في الهواء ، والسمك في الماء ، لم يصح رهنه . وكذا لو كان من يصح إقباضه ولم يسلمه ، وكذا لو رهن عند لكافر عبداً مسلماً أو مصحفاً ، وقيل : يصح ويensus على يد مسلم ، وهو أولى .

أقول : جواز رهن المصحف والعبد المسلم عند الكافر اذا وضعهما على يد مسلم مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره العلامة في القواعد وابنه في شرحه والشهيد في دروسه ، وهو المعتمد ، لأصله الجواز ، والمانع انا هو ثبوت السبيل وهو منتف هنا ؛ لأن الرهن ليس تليكاً ولا يوجب استحقاقاً ، بل يستلزم اشياء ، وهي غير مانعة :

الأول : ان يباع بالدين مع عدم الافتراك ، وهو غير مانع ؛ لأن البائع هو

المسلم او وكيله او الحاكم ، فلا سبيل للكافر عليه .

الثاني : انه يستوفي دينه من ثمنه ، وهو غير مانع ايضاً ، اذ لا خلاف في جواز ايفاء الكافر دينه من ثمن العبد المسلم او المصحف .

الثالث : منع المسلمين من التصرف وهو غير مانع ايضاً؛ لأن الكافر منع ايضاً من التصرف ، فلا سبيل له عليه ، وان لم يحصل سبيل يوجب السبيل للكافر ، فلا مانع من الجواز .

وظاهر ابن الجنيد المنع من ذلك ، واختاره العلامة في المختلف ، لما فيه من المنافة لتعظيم ما يجب تعظيمه .

قال رحمة الله : ويصح الرهن في زمان الخيار ، سواء كان للبائع ، أو للمشتري او لها ، لانتقال المبيع بنفس العقد على الأشبه .

أقول : سبق البحث في هذه المسألة في باب البيع ، اذ الجواز وعدمه مبني على ان انتقال المبيع هل هو بنفس العقد او بانقضاء الخيار ؟ وقد سبق ذلك^(٤) .

قال رحمة الله : ويصح رهن العبد المرتد وان كان عند فطرة والجافي خطأ ، وفي العد تردد ، والأشبه الجواز .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في جواز رهن المرتد ، وقد اطلق الشيخ جواز رهنه ، واختاره المصنف والعلامة في التواعد والتحرير ، لأصالة الصحة ، ولعدم خروجه عن الملك بالارتداد من دون القتل ، والتقدير انه فات السلطان .

ومن ابن الجنيد من جواز رهنه مطلقاً ، سواء كان عن فطرة او ملة ، لاشتراط كون ملك المرهون ثابتاً ، والمرتد مستحق للقتل فلا يصح رهنه .

وفصل العلامة في المختلف بين المرتد عن فطرة والمرتد عن ملة ، وابطل

رهن الأول وأجاز الثاني ، اما البطلان في الأول ، فلعدم جواز ابئاته فلا يجوز رهنه ، وأما الجواز في الثاني ، لأن وجوب قتله ليس مطلقا ، بل لعدم شرط الرجوع ، فقتله غير متحقق وهو لم يخرج بالارتداد عن الملك فيجوز رهنه ، وكذلك الممارية ، لعدم وجوب قتلها بالارتداد .

والمعتمد الأول ، فلو جهل المرتهن حاله كان له فسخ البيع المشروط فيه ارتئانه إلا أن يكون عن ملة ثم يتوب قبل علمه ، فلا خيار حينئذ ، لزوال العيب ولو علم فلا خيار ، سواء قتل او لم يقتل ، ولو لم يعلم حق قتل احتمل ان يكون كما لو خرج مستحقا ، فتخير في فسخ البيع المشروط فيه وامضاته ، وهو المعتمد ، ويحتمل عدم الفسخ كما لو خرج معيلاً .

الثانية : في جواز رهن القاتل ، وابطله الشيخ في الخلاف مطلقا ، سواء كان القتل عمداً أو خطأ ؛ لأنه ان كان عمداً استحق القتل ، وإن كان خطأً تعلقت برقبته فلا يصح^(٥) . وذهب المصنف والسلامة والشميد الى الجواز مطلقا ، وهو المعتمد ، لعدم المنافاة ، اذ حق المجنى عليه مقدم على الرهن ، فان قتل في العمد واسترق جميعه في الخطأ بطل الرهن ، وإن فاداه مولاه او عق المجنى عليه بي رهنا ، وإن استرق بعضه كان الباقي رهنا ، ويثبت الخيار في امساء البيع المشروط فيه وفسخه مع عدم العلم الا مع عفو المجنى عليه قبل العلم ، ولو قتل في العمد قبل العلم ، فكما لو قتل المرتد .

فرعان :

الأول : اذا ظهر في الرهن عيب سابق على الرهانة كان له رده بالعيب ، فان كان البيع مشروطاً به تخير في فسخه وامضاته بغير رهن ، هذا اذا كان بالصفة التي قبضها ، أما لو حدث عنده عيب اخر او مات العبد لم يكن له رده بالعيب السابق ،

(٥) - في « ر ٢ » : يصلح .

ولاأخذ الأرش ، بخلاف البيع ، وهو قول الشيخ في المسوط .

ولو قيل : ان الموت وحدوث العيب عند المرتهن لا يمنع من الرد بالعيب السابق كان وجهاً ؛ لأنه لم يرض بالبيع الا مع الوثيقة على الثمن ، ولم يرض بالوثيقة الا مع كونها على الصفات المشترطة بها او المزية ، فاذا لم يظهر كذلك كان له ردها وفسخ البيع المشترط بها ؛ لأن حدوث العيب عنده وموت العبد من غير تفريط غير مضمون عليه ، لأن أمانة عنده فلا يمنع من الرد ، بخلاف البيع اذا الثمن او المثلمن مضمون على القابض ، فاذا حصل فيه عيب فهو من ضمانه ، فلا يجوز رده معيماً او ميتاً ، بل يأخذ ارش العيب السابق ، والرهن لا يجب فيه للعيب ارش ، ولا يجر المرتهن على قبضه معيماً فلم يبق غير الردا او الرضا بغير رهن .

الثاني : لو اقر العبد المرهون بالجناية ، فان صدقة كان الحكم فيه كما لو علا بالجناية قبل الرهانة ، فان قلنا بجواز رهن الجنافي لم يبطل الرهن والا بطل ، وان صدقة الراهن خاصة لم يعصب في حق المرتهن ولا يعين على المرتهن ، ما لم يدع عليه العلم ويقدم حق المرتهن على حق المجنى عليه ، فان افتک تعلقت به الجناية ، وان بيع بالدين غرم الراهن للمجنى عليه ، لاعترافه بجناية المملوک ، وقد احال بينه وبين حقه بالرهانة وان صدقة المرتهن خاصة لم يعصب على الراهن .

وهل ينفسخ الرهن على القول بعدم جواز رهن الجنافي ؟ يحتمل ذلك اذ لم يعف المجنى عليه ، او يفتک احدهما ؛ لأنه اعترف بسبق حق الغير على حقه ، والتقدیر انه مانع من صحة الرهن فيبطل ، ويعتمل الدعم ، لأن اقراره غير مقبول في حق الراهن وهو معترف بصحة الرهن فلا يبطل ، والمعتمد الأول ؛ لأنه لو لم يفتک الراهن لم يجز للمرتهن بيعه والاستيفاء من ثمنه ، لعلمه باستحقاق غيره له ، فلا يباح له بتكميل الراهن .

قال رحمة الله : ولو رهن ما يسرع اليه الفساد قبل الأجل ، فان شرط بيعه ،

جاز . وإلا بطل ، قيل : يصح ويجبر على بيعه .

أقول : اذا رهن ما يسرع اليه الفساد كالأطعمة ، وكان الأجل متاخراً عن مدة بقائها ، فان شرط بيعه وابقاء الثمن رهناً صح قطعاً ، وان لم يستشرط ذلك احتمل البطلان ، لاشتراط كون الرهن بما يصح الاستيفاء منه عند الأجل وهذا ليس كذلك ، ولعدم بقائه الى الأجل ، ويحتمل الصحة ؛ لأن الأصل في العقود الصحة ويكون الرهن قرينة دالة على البيع ، وجعل الثمن رهنا فهو كالاذن في ذلك صوناً لفعل الماكل عن اللغو والفساد والubit ، اذ لو كان مقصوده الرهن على غير هذه الصفة كان عابتاً لاغياً لعلمه بفساد رهنه ، فحمله على الصحة مع الامكان اولى من الحمل على الفساد ، وهذا هو المعتمد .

فرع : لو رهن ما يصح عليه البقاء ثم طرأ عليه ما عرضه للفساد كتعفن الحنطة وتسويس التمر ، وجب بيعه وجعل ثمنه رهناً ويجبر المالك على البيع في موجبه ، فان تذر باع عليه الحكم ، فان تذر باع المرهون .

في الحق

قال رحمة الله : وكذا مال الكتابة ، ولو قيل بالجواز كان أشبه .

أقول : الكتابة المطلقة لا كلام في جواز اخذ الرهن على مالها ، أما المشروطة فقد اختلف فيها ، قال الشيخ ابن البراج وابن ادريس : لا يجوز ؛ لأن المكاتب فسخ الكتابة بتعجيزه نفسه ، فلا يكون المال ثابتا في الذمة ، ولأنه لو امتنع من دفع مال الكتابة كان لسيده رده في الرق فلا فائدة في الرهن .

والمشهور عند المتأخرین جواز أخذ الرهن على ذلك ، وهو المعتمد ؛ لأن مال ثابت في الذمة فيجوز اخذ الرهن عليه ، وليس له تعجيز نفسه مع القدرة ، بل يجره الحاكم او المالك على السعي ؛ لأن الكتابة عقد لازم فليس له فسخها اختياراً ، ولو سلمنا جواز الفسخ لم نسلم بطلان الرهن بجوازه في مدة الخيار مع جواز الفسخ .

قال رحمة الله : ولا يصح على ما لا يمكن استيفاؤه من الرهن ، كالإجارة المتعلقة بعين المؤجر مثل خدمته . ويصح على ما هو ثابت بالذمة ، كالعمل المطلق .

أقول : ربما يشتبه تصوير هذه المسألة على المبتديء ، ومراده : ان الإجارة

اذا تناولت منفعة شيء معين لم يجز اخذ الرهن على تلك المنفعة ، كما لو اجره عبداً معيناً للخدمة سنة ، او داراً معينة للسكنى سنة ، او دابة معينة لعمل شيء معين ، فاذا أراد أن يرهن عنده شيئاً على هذه المنافع لم يجز ، لعدم جواز استيفاء المنفعة من غير المعين الذي وقع عليه المقد .

اما لو وقع العقد على منفعة في الذمة كخياطة ثوب ، او بناء دار ، او حمل شيء معين جاز اخذ الرهن على المنفعة ، وي باع عند تعذر العمل او يستأجر من يفعل ذلك ، لعدم تعلقها بمعين ، بخلاف الصورة الأولى .

قال رحمة الله : ولو رهن على مال رهناً ، ثم استدان آخر ، وجعل ذلك الرهن عليهما ، جاز .

أقول : هذا اذا كان الدين الثاني من الديان الأول ، أما لو كان من غيره فانه لا يصح الا مع اجازة المرتهن الأول ، واذا حصلت الاجازة من الأول احتمل بطلان حقه مطلقاً ، ويصير جميعه رهناً للثاني ؛ لأنه اجاز تعلق حق الغير به ، فينتفي تعلق حقه ، لحصول المنافاة ؛ لأن مقتضي الرهن اختصاص المرتهن وتقدمه على غيره من الغرماء بشمن الرهن ، فلا يجوز اجتماع حقوق متصرفين بهذه الصفة بعين واحدة لحصول المضادة .

ويحتمل البطلان فيها قابل دين الثاني خاصة ، كما لو كان دين الثاني عشرة مثلاً وكان قيمة الرهن عشرين مثلاً ، يكون قد سقط حق الأول من نصف الرهن ؛ لأن المقصود من الرهن عند الثاني والاجازة من الأول وفاء حقه من الرهن ، وهو يحصل بما قابله فيبقىباقي على رهانة الأول ، لعدم المنافاة بينهما .

ويحتمل عدم بطلان حق الأول مطلقاً ؛ لأنه لم يصرح باسقاط حقه ، والاصل بقاوه ، وصدور الاجازة منه غير دالة على اسقاط حقه ، ولا منافية لثبوته ، اذ لا مانع من تعلق دينين بعين واحدة مع تقدم احدهما على الآخر ، فان

فضل عن الأول شيء كان للثاني .

فروع :

الأول : لو اسقط الثاني حقه من الرهانة ، فإن قلنا بسقوط حق الأول مع اجازته بقى الرهن مطلقاً لا حق متعلقاً فيه ، وإن قلنا بسقوطه فيما قابل حق الثاني سقط ذلك القدر خاصة ، وإن قلنا بعدم السقوط ، بل فائدة الاجازة تعلق حق الثاني فيما فضل عن الأول لم يسقط شيء بأساطير الثاني حقه وإن زادت قيمة الرهن عن دين الأول ، لعدم تحقق الفضلة قبل الاستيفاء لاحتلال تلف الزائد قبله.

الثاني : لو لم يعلم الأول بالرهانة الثانية حتى مات الراهن ، هل يختص الثاني بالفضائل عن الأول ؟ يحتمل ذلك ؛ لأنه لازم من جهة الراهن ما لم يبطله الأول ، وهو لم يبطله ، فيكون لازماً من جهته ، والمانع من اختصاص الثاني تعلق حق الأول وقد زال ، فلا مانع حينئذ .

ويحتمل عدم الاختصاص ؛ لأن صحة رهانة الثاني مشروطة بالاجازة ، وهي لم تحصل فتنتهي الصحة لانتفاء شرطها ، والأصل عدم اختصاصه من دون الغرماء بشيء ما لم يتحقق السبب المخصوص ، وهو لم يتحقق فلا تخصيص لشيء ، وهو المعتمد .

الثالث : لو أجاز المرتهن الأول الرهانة الثانية بعد موت الراهن ، لم تؤثر الإجازة شيئاً لخروج الرهن عن ملك الراهن بالموت ودخوله في ملك الغير ، فلا يؤثر في ملك من انتقل إليه ، لعدم رضاه بالرهانة ، وكذا^(٦) لو مات الفضولي البائع مال الغير ، ثم أجاز المالك العقد بعد موت العاقد ، فإن هنا يصح على القول بوقف بيع الفضولي على الإجازة ؛ لأن المميز هنا هو المالك والعائد غيره ، فلا فرق بين موته وحياته ، لعدم تغير الحال في ذلك ، اذ لا حق للعاقد في المعقود

(٦) - في « ر ٢ » : ولا كذا .

عليه ، فلا يتغير الحكم بموته ، بخلاف الراهن ، اذا العاقد هو المالك والمجيز غيره ،
وبيوت المالك ينتقل الملك الى الغير فلا يؤثر اجازة غير المالك في ملك غير العاقد
فافترقا .

قال رحمة الله : وليس للهالك فسخ الوكالة ، على تردد ، وتبطل مع موته ، دون الرهانة .

أقول : الرهن قابل للشروط المائنة ، فإذا شرط أن يكون وكيلًا في بيع الرهن عند حلول الأجل صعب هذا الشرط ، وهل للراهن فسخه ؟ تردد المصنف في ذلك من أن الوكالة عقد جائز من الطرفين ، وقضية الجائز جواز الفسخ فيكون جائزًا هنا ، فإذا فسخ تخير البائع حينئذ في فسخ البيع المشترط فيه الرهن والوكالة ، وفي امضائه وبقاء الرهن بغير وكالة ، ومن أنها اشترطت في عقد لازم فيلزم : لأن كل جائز يشرط في عقد لازم صار لازما ، لقوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم »^(٧) فلا يجوز فسخها ، وهو المعتمد ، فلو مات الراهن انفسخت الوكالة دون الراهنة ؛ لأن الوكالة تبطل بالموت .

فإن قيل: إن الوكالة صارت عندهم لازمة، والعقود اللاحقة لا تبطل بالموت فيبطلنها بالموت ينفي كونها لازمة.

لأننا نقول : تغير حكم الوكالة لا يوجب تغيير حقيقتها ؛ لأن حقيقة التوكيل هي استنابة الوكيل بايقاع الفعل عن الموكل ، وهذه الحقيقة تنتفي بالموت ، لعدم جواز ايقاع الفعل هنا عن الميت لانتقال متعلق الوكالة الى الغير ، ومع انتفاء الحقيقة ينتفي الحكم ؛ لأن الجواز واللزوم من احكام الوكالة ، ولابقاء للحكم مع انتفاء الحقيقة ، وموت المرتهن موجب لبطلان الوكالة ايضاً دون الرهانة ، إلا ان يشترط في العقد انتقامها الى ورثته بعد موته ، فتنتقل حياته .

٧) - تقدیم ص ۲

فرع : لو اقر المرتهن بالدين الذي ارتهن عليه ، واشترط الوكالة فيه انتقل الدين والرهن الى المقر له دون الوكالة ، بل يبقى لمن اشترطت له ولا يبطل باقراره بالدين للغير ، وكذا لو اشترط غير الوكالة ، فانه يكون لمن اشترطت ولا يبطل^(٨) ولا ينتقل الى المقر له بالدين .

قال رحمة الله : والمرتهن أحق باستيفاء دينه من غيره من الغرماء ، سواء كان الراهن حياً أو ميتاً ، على الأشهر .

أقول : هذا هو المشهور بين الأصحاب ؛ لأن فائدة الرهن اختصاص المرتهن بالاستيفاء ، وتقديره على غيره من الغرماء ، وقد وردت رواية بعدم الاختصاص اذا مات الراهن ، وهي رواية عبدالله بن الحكم ، « قال سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل أفلس وعليه دين لقوم ، وعند بعضهم رهون وليس عند بعضهم ، فات ولا يحيط ما بهما عليه من الديون ؟ قال : تقسم جميع ما خلف من الرهون وغيرها على أرباب الدين بالحصص »^(٩) .

وربما عضد الرواية كون الموت موجباً لتعلق الدين بالتركة فيتساوى الجميع بآسيانها ، بخلاف حالة الحياة اذ الدين متعلق بالذمة فاقتراقا ، وقد يمكن استيفاء غير ذي الرهن حالة الحياة من الكسب المتعدد بعد قسمة امواله ، ولا يمكن ذلك في حالة الموت فيتضمر غير المرتهن بسقوط جميع حقه ، والمشهور هو المعتمد ، وإلا لانتفت فائدة الرهن .

قال رحمة الله : وإن كان للرهن مؤنة كالدابة ، أنفق عليها وتقاضا ، وقيل : إذا أنفق عليها كان له ركيوتها أو يرجع على الراهن بما أنفق .

أقول : الانفاق على ما يحتاج اليه الرهن واجب على المرتهن ؛ لأن حفظ

(٨) - لم يرد في « ر ». ٢٢

(٩) - الوسائل ، كتاب الرهن ، باب ١٩ في أحكام الرهن ، حديث ١.

الرهن واجب عليه ، وهو لا يتم إلا بالاتفاق فيكون واجباً ، فإذا انفق ، قال في النهاية : له الانتفاع بالظهر والدار مقابل نفقته ، وهو قول أبي الصلاح الحلبـي ، روایة أبي ولاد حفص بن سالم^(١٠) ، عن الصادق عليه السلام .

وقال ابن ادريس : لا يجوز التصرف في ذلك ، لوقوع الاجماع على منع الراهن والمرتهن من التصرف ، ثم قال : فإن انفق تبرعاً فلا رجوع له ، وإن نوى الرجوع وأشهد على ذلك رجع بما انفق اشتراط في الرجوع الاشهاد ، والشهيد اشتراط في الرجوع بالنفقة اذن المالك او الحاكم ، فإن تعذر فالاشهاد ، والمصنف والعلامة اطلقوا التناص لم يقيدا بشيء ، وصرح أبو العباس بعدم الاشتراط ، بل يرجع مع نيته ، ولا يفتقر إلى اذن ولا اشهاد ؛ لأنه أمين والاتفاق واجب عليه فيقبل قوله من غير بينة ، والأحوط مذهب الشهيد ، والاعتماد على عدم وجوب غير بينة الرجوع .

أما التصرف بالرهن بالركوب والخلب فإنه لا يجوز إلا مع اذن المالك او الحاكم او افتقار الدابة الى ذلك وتضررها بتركه ، ويقضى حينئذ بالتناص ويرجع صاحب الفضل بفضلـه .

قال رحمة الله : ولو وطى المرتهن الأمة مُكـرـهاً ، كان عليه عشر قيمتها او نصف العشر ، وقيل : عليه مهر امثالها .

أقول : هذا مبني على ما يجب على الواطـي للأمة بشبهة او اكراه ، وسيأتي ان شاء الله تعالى في باب نكاح الامـاء .

قال رحمة الله : ولو باع أو وهـب ، وقف على إجازة المرتهـن . وفي صحة العتق مع الإجازة تردد ، والوجه الجواز . وكذا المرتهـن . وفي عتقه مع إجازة الراـهن تردد ، والوجه المنع ، لعدم الملك ما لم يسبق الإذن .

(١٠) - الوسائل ، كتاب الرهن ، باب ١٢ في احكام الرهن ، حدـيث ١ .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في تصرف الراهن في الرهن ، ولا شك في المنه منه بغير اذن المرتهن اذا كان التصرف ناقلاً للملك كالبيع والهبة ، او ينقص به المال كالوطيء الفضي الى الاحوال الموجبة لنقص المالية ، وأما ما ليس كذلك كتأخير النخل ، وختان العبد ومداواته ، ورم المستهم من الدار ، وزرع الأرض ، وحلب الدابة وما شاكل ذلك فلا يمنع منه .

اذا عرفت هذا فان عقوده الناقلة كالبيع والهبة تصح مع اجازة المرتهن ، وهل عنته يصح مع الاجازة ؟ تردد المصنف في ذلك من ان العتق لا يقع موقوفاً ولا يقبل التعليق فيقع باطلأ ، لاشترط التجيز فيه ، ومن ان العتق مبني على التغليب ، وهذا يسري في ملك غيره ، فيقع صحيحاً ويكون مراعي ، والاجازة كافية ، فان أجاز المرتهن تبييناً وقوع العتق من حينه ، وان رد تبييناً بطلانه من رأس ، وهذا هو المعتمد ، وهو مذهب الشیعی في النهاية والمصنف والعلامة ، والمنع قول الشیعی في المسوط .

فرع : لو انتفت الاجارة والرد ثم افتک الرهن لزمت العقود ، لعدم وقوعها باطلة ، وهي لازمة من جهة الراهن ، وقد زال المانع فتلزم .

الثانية : في تصرف المرتهن ، وهو منوع من جميع التصرفات مطلقاً بغير اذن الا مع افتقار الرهن الى التصرف فيه ، وحصول الضرر عليه مع عدم التصرف ، فهذا النوع من التصرف جائز بغير اذن المالك ، وهل يقف عنته على اجازة المالك ؟ تردد المصنف في ذلك ، من حصول الاجازة من المالك وهي تقتضي صحة العتق^(١١) ، ومن ان العتق لا يكون إلا في ملك^(١٢) ، والمرتهن غير

(١١) - في « ر ٢ » : المقد .

(١٢) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٥ من ابواب العتق .

مالك ، فيقع العتق باطلاً ، والاجازة لا تؤثر فيها يقع باطلاً ، بخلاف الراهن ، لوقوعه من المالك ، والمعتمد البطلان ما لم يسبق الاذن ، لكونه وكيلًا حينئذ .
قال رحمه الله : ولو وطى الراهن فأحبلها ، صارت ام ولد ، ولا يبطل الرهن ، وهل تباع ؟ قيل : لا ، ما دام الولد حيًّا ، وقيل : نعم ، لأن حق المرتهن أسبق ، والأول أشبه .

أقول : قال في المبسوط : لا يبطل الرهن ؛ لأنها مملوكة ، وتبعه ابن ادريس واختاره العلامة ، وهو مذهب المصنف ، لسبق حق المرتهن ، فلا تبطل بستعدي الراهن في الوطى ، وهو المعتمد .

وقال في الخلاف : ان كان موسراً لزم قيمتها ويكون رهناً ويبطل الرهن فيها ، لحرية ولدها ، وان كان مسراً بقي الرهن بحاله وجاز بيعها بالدين .

والمصنف جمع بين عدم بطلان الرهن وعدم جواز بيعها بالدين ويدق على العلامة في التحرير ، فعلى هذا تكون الفائدة منع الراهن من التصرف بشيء من التصرفات ويجبر على فكهها ، بخلاف غيرها من الرهون فان الراهن لا يجبر على الفك ، بل له ان يوفى الدين من الرهن ، والمعتمد اجباره على فكهها مع القدرة عند حلول الدين لا قبله ، فان تعذر الفك جاز بيعها ، ولا يجب على المرتهن الصبر الى يسار المالك ، ولا فرق في عدم بطلان الرهن بين ان يكون الوطى باذن المرتهن او بغير اذنه ، جزم به في القواعد .

قال رحمه الله : ولو غصبه ثم رهنه صع ، ولم يزل الضمان ، وكذا لو كان في يده بيع فاسد . ولو استطع عنه الضمان صع .

أقول : في هذا الكلام ثلاثة مسائل ، جزم المصنف بها ولم يتزدد في شيء منها ، وكل مسألة لا تخلو من إشكال :
الأولى : اذا كان الرهن مغصوباً ، ثم رهنه المقصوب منه عند الغاصب صع

الرهن بلا خلاف وان اشتراطنا القبض ؟ لأنه مقبوض في يد الغاصب .
وهل يزول الضمان ب مجرد العقد ؟ جزم المصنف بعدم زواله ، وهو مذهب
الشيخ في المبسوط والخلاف ، واختاره الشهيد ، وهو المعتمد ؛ لأنه قبل الرهن
كان مضموناً على الغاصب فكذا بعده ، لأصلةبقاء الضمان ، ولقوله عليه السلام :
« على اليد ما أخذت حتى تؤدي »^(١٢) .

وذهب العلامة في القواعد الى زوال الضمان ؛ لأنه صار مأذوناً له في
الامساك فلا تكون يده غاصبة ، وقوى في مختلف مذهب الشيخ .

الثانية : اذا كان مقبوضاً بالبيع الفاسد ثم رهنه المالك عند من هو في يده
صح الرهن بلا خلاف ، وهل يزول الضمان ؟ جزم المصنف بعدم زواله ، ولم يفرق
بينه وبين ما كان مغصوباً للملة المذكورة في الغصب ، وهو كونه مضموناً قبل
الرهن ، فكذا بعده .

وذهب العلامة في القواعد الى زوال الضمان ، واختاره فخر الدين ، وهو
المعتمد ؛ لأن ضمانه أخف من ضمان الغاصب ، ولأن قبضه السابق مأذون فيه من
جهة المالك ، وأما كان مضموناً عليه ؛ لأنه قبضه لنفسه قبضاً فاسداً ، لكون العقد
غير ناقل ، وبعد الارتهان صار مقبوضاً لمالكه فيصير امانة ، فهذا فرق بينها .

الثالثة : اذا أبرأ الغاصب من ضمان الغصب وهو في يد الغاصب ، هل يبرأ
ام لا ؟ جزم المصنف هنا بصحة الابراء وسقوط الضمان وهو مذهب الشيخ رحمة
الله ، (لوجوب رد)^(١٤) السبب الموجب لضمان القيمة عند التلف ، وهو الغصب .
وذهب في القواعد الى عدم سقوط الضمان ، وهو المعتمد ؛ لأنه ليس له في
ذمة الغاصب شيء ، ما دامت العين باقية ، بل حقه متعلق بالعين ، وأما ينتقل إلى

(١٢) - مستدرك الوسائل ، كتاب الغصب ، الباب ١ ، حديث ٤ .

(١٤) - في « رد » : لوجود .

الذمة بعد تلف العين ، فإذا أبرأه والعين قائمة كان أبراءً مما لم يحبب ، وهو باطل .

فروع :

الأول: اذا أودع المغصوب منه العين المخصوصة عند الغاصب قبل ان يقبضها المالك ، او آجره ايها قبل قبضها صحت الوديعة والاجارة ، وهل يزول الضمان ؟ يحتمل الدعم ، لما قلناه في الرهن ، ويحتمل الزوال ؛ لأن الاستئمان في الایداع اقوى منه في الرهن ؛ لأنه استئمان محض ، واستتابة في الحفظ والاستئجار مع كونه امانة فقد صرفه فيه ، وسلطه على منافعه ، وملكه ايها فيزول الضمان ، وهو المعتمد .

الثاني: اذا أعاد العين المخصوصة للغاصب ، هل يزول الضمان ؟ يحتمل ذلك ؛ لأنه قد سلطه على منافعه كالاجارة ، ويحتمل الدعم ، لأصلالة بقاء الضمان ، وللحصول الفرق بين امساك المستأجر والمستئجر ، فان امساك المستأجر يحق لازم عقد مقابل العوض الذي دفعه الى المالك فصار قبضه كقبض المالك ، وامساك المستئجر غير لازم ، وامساكه لنفسه بغير عوض ولا عقد لازم ، فامساكه اضعف من امساك المستأجر ، فلا يزول عنده الضمان مالم يسلمه الى المالك ، وهو المعتمد .

الثالث: اذا اوكل الغاصب في بيع المخصوص او عنته ، هل يزول الضمان بمجرد الوكالة قبل البيع والتسلیم الى البائع او العتق ؟ يحتمل ذلك ؛ لأن الوكيل كما المستودع ، فيزول الضمان بمجرد الوكالة ؛ لأن يد الوكيل يد الموكيل ، ويحتمل الدعم ، لأصلالة بقاء الضمان ، وللفرق بينه وبين المستودع لثبوت الأجراة له ما لم ينتزع ، والمعتمد عدم زوال الضمان .

قال رحمة الله : ولو حلت الشجرة أو المملوكة ، كان الحمل رهناً كالأصل على الأظهر .

أقول : الناء المتجدد بعد الإرتهان ، ان كان متصلة اتصال مازجة كالسعن

والطول دخل في الرهن إجماعاً ، وإن كان منفصلاً أو يقبل الانفصال كالثرة والولد والصوف والشعر ، قال الشيخ في النهاية بدخوله ، وهو مذهب المفيد وابن البراج وابي الصلاح وابن حمزة ، واختاره ابن ادريس وادعى عليه الاجماع ، واختاره المصطف .

وقال الشيخ في الخلاف والمبسوط بعدم الدخول ، واختاره العلامة وابنه ما لم يشترط دخوله ، لأن الصالة عدم الدخول وكونه غير جزء من الرهن ، ومذهب العلامة هو المعتمد .

قال رحمة الله : وإذا رهن النخل لم تدخل الثرة ، وإن لم تؤير . وكذا إن رهن الأرض لم يدخل الزرع ولا النخل والشجر ولو قال بجميع حقوقها دخل فيه ، وفيه تردد ، ما لم يصرح .

أقول : منشأه من انه قال بحقوقها فيدخل جميع ما هو متصل فيها ، ومن ان الزرع والثرة ليسا جزءاً من الأرض والنخل ، والأصل عدم دخوله ما لم يصرح مالكه بالدخول ، وهذا هو المعتمد .

فرع : اذا رهن الجدار ، هل يدخل الأنس تحته ، أو يدخل المغرس تحت الشجرة اذا رهنا من دون الأرض ؟ يتحمل ذلك ؟ لأن منفعتها لا تتم الا بها ، ولا يمكن وجود الرهن من دون المصاحبة لها ، ويعتمل العدم ، لعدم دخولها في البيع من دون الشرط ، ولأنهما ليسا من اجزاء الرهن ولا من مساماه ، والأصل عدم دخولها من دون الشرط وهو المعتمد ، نعم يجب ابقانها فيها أبداً مالم ينهم الجدار وتنقلع الشجرة ، وليس له الاعادة حينئذ .

قال رحمة الله : وهل يعبر الراهن على الإزالة ، قيل : لا ، وقيل : نعم ، وهو الأشبه .

أقول : اذا نبت في الأرض شيء من الشجر المحترم بعد الرهن ، هل يعبر

الراهن على ازالته ؟ يحتمل ذلك ، سواء ابنته الراهن او اجنبى او الله تعالى ما لم يكن من فروع الشجر المرهون ؛ لأن بقاءه يضر^(١٥) في الأرض ، كما لو وضع متابعاً في الدار ، فإنه يجب على ازالته فكذا هنا ، وهو مذهب المصنف والعلامة وفخر الدين ، الا انه قيد وجوب الازالة عند الانتهاء عادة ثلاثة يخرج عن الانتفاء فيحصل الضرر ، وهو المعتمد .

وقال الشيخ في الخلاف : لا يجبر على الازالة ، واختاره العلامة في التحرير ؛ لأن تصرف في المنافع ، وهي غير داخلة في الرهن فلا يمنع منها ، ولا يجبر على ازالة ماله من ماله ، ولو كان الغرس من فروع الشجر المرهون لم يمنع منه ، ولا يجبر على ازالته اذا كانت الفروع موجودة حالة الارتهان ، لكونها داخلة في الرهن ، فلا ضرورة على المرتهن في ذلك ، بخلاف ما ليس داخلأ في رهنه .

قال رحمة الله : ولو رهن لقطة مما ينقطع كالخيار ، فان كان الحق يحل قبل تجدد الثانية ، صع ، وان كان متاخراً تأخراً يلزم منه اختلاط الرهن بحيث لم يتميز ، قيل : يبطل ، والوجه أنه لا يبطل .

أقول : القول بالبطلان قول الشيخ في المسوط ، لعدم الاستيفاء من الرهن ؛ لأن كل ما يصح رهنه وجب أن يصح بيعه عند الأجل ، وعندئذ ان هذا لا يصح بيعه ، لعدم تمييزه من غيره ، وما لا يصح بيعه عند الأجل لا يصح رهنه ، لعدم الفائدة في ذلك و اختيار المصنف الصحة ، وكذا إختيار العلامة وابنه ، وهو المعتمد ، ويحكم فيه كما يحكم في الأموال المترفة وهو القضاء بالصلح ؛ لأن مقدار كل لقطة غير معلوم ، وكذا حكم كل مالين امتزجا ولم يعلم المقدار فيها ولا في احدهما .

قال رحمة الله : ولو رهن من مسلم خرآ ، لم يصح . فلو انقلب في يده خلآ ، فهو له على تردد ، وكذا لو جمع خرآ مُرافقاً ، وليس كذلك لو غصب عصيراً .
 أقول : منشأ التردد من ان المخمر لا يجوز اثبات اليد عليه لنمير التخليل ، والأول قد أسقط حقه منه بدفعه الى المرتهن ، فاذا صار خلا في يده ملكه ؛ لأن قبل صيرورتها خلا لا ملك لأحد عليها ، فهي لمن تخلىت في يده . ومن احتفال عود الملك الى الاول ؛ لأن يده اسبق عليها وكان له اثبات اليد عليها للتخليل ، وقد دفعها بغير نية الاعراض عنها ، لعدم سقوط حق الراهن من الرهن ، والأول هو المعتمد .

وكذا الخلاف لو كان معه خلا واراقه فجمعه جامع فتخلل في يده كان ملكه لمن تخلى في يده ، بل ملك الثاني هنا اقوى ؛ لأن الأول اراقه بنية الاعراض عنه .
 والمعتمد في المسألتين ان قبضه الثاني بنية التخليل كان احق به ؛ لأنه قبضه قبضاً مباحاً ، وان كان ليس كذلك فالاول احق به ؛ لأن الثاني قبضه قبضاً منهياً عنه ، والأول يده اسبق ، ويقبل قوله في قصد نية التخليل وعدمه .

قوله : (ليس كذلك لو غصب عصيراً) ، اي اذا غصب عصيراً فتخلل في يده لم يملكه الثاني ؛ لأن العصير مملوك للأول ، ولا يخرج عن الملك الا بصيرورته خرآ ، بل يكون للأول بغير خلاف ، وبضم التفاوت لو نقصت قيمة الخل عن العصير .

قال رحمة الله : اذا فرط في الرهن ، لزمه قيمة يوم قبضه ، وقيل : يوم هلاكه ، وقيل : أعلى القيم ، فلو اختلفا في القيمة ، كان القول قول الراهن ، وقيل : القول قول المرتهن ، وهو الأشبه .

أقول : هنا مسألتان :
 الأولى : في القيمة التي يغمرها المرتهن اذا ثبت تفريطه باقراره او بالبينة ، في

ذلك خمسة أقوال :

الأول : قول المصنف ، وهو قيمته يوم قبضه ، وهو قول نادر لم يذكره غيره ، ونقله العلامة في التواعد . قال عميد الدين : وأما القول بأن عليه القيمة يوم قبضه فشيء نقله المصنف وابن سعيد ، ولم ينفع على ذلك إلا من نقلها .

الثاني : قيمته يوم هلاكه ، وهو قول المقيد والشيخ في النهاية ؛ لأنّه يوم استقرار الضمان وانتقاله إلى ذمة المرتهن .

الثالث : أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف ، قال أبو العباس في مذهبه ومقتضاه : نقله المصنف - يعني مصنف المختصر - وهو يشعر بأنه لم يقف عليه إلا من قوله ، والظاهر أنه اشتبه عليه بالقول الأول الذي اختاره المصنف هنا ، وهو ضمان القيمة يوم القبض ؛ لأنّه لم يذكره غيره وغير العلامة ، وأما هذا القول فهو قول الشيخ في المبسوط ، وهو قول مشهور نقله عنه فخر الدين و اختياره ، ونقله عنه المقداد أيضاً ، وهو مشهور في المصنفات .

الرابع : أعلى القيم من يوم التلف إلى يوم حكم الحاكم عليه بالقيمة ، وهو قول ابن الجنيد .

الخامس : أعلى القيم من يوم التغريفة إلى يوم التلف ، وهو قول العلامة في المختلف ، وهو المعتمد ؛ لأنّه زمان الضمان ، إذ قبل التغريفة لم يكن مضموناً ، وبعد التلف لا يلتفت إلى زيادة القيمة ولا نقصانها ، لذهب العين وانتقال الضمان إلى الذمة .

الثانية : إذا اختلفا في القيمة ، قال الشيخ : القول قول الراهن ، وبه قال ابن البراج وابن الجنيد وسلام وابن حمزة وابو الصلاح الحلبي ، لسقوط عدالة المرتهن بتغريفه فلا يلتفت إلى قوله ، وقال ابن ادريس : القول قول المرتهن ، و اختياره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأنّه منكر ، وقال عليه السلام : « البينة على

المدعى واليمين على من انكر^(١٦) ، وسقوط عدالته لا يوجب سقوط هذا الحكم . قال رحمة الله : ولو اختلفا فيما على الرهن ، كان القول قول الراهن ، وقيل : قول المرتهن ، ما لم تستفرق دعواه ثمن الرهن ، والأولأشهر .

أقول : الأول مذهب جهور الأصحاب وهو المعتمد ؛ لأن الراهن منكر للزيادة فيكون القول قوله فيها ، لأصالة براءة الذمة من الزائد عنها اعترف به .

والثاني : مذهب ابن الجبید معولاً على رواية السکونی^(١٧) ، عن الصادق عليه السلام الدالة على مطلوبه ، وهي مع خالقها للأصل ضعيفة السند ؛ لأن السکونی عامي المذهب .

قال رحمة الله : لو اختلفا في متاع ، فقال أحدهما : هو وديعة ، فقال المسيك : هو رهن ، فالقول قول المالك ، وقيل : القول قول المرتهن والأول أشبه .

أقول : الأول مذهب الشيخ في النهاية ، وبه قال ابو الصلاح وابن البراج وابن ادریس واختاره المصنف والعلامة وهو المعتمد ؛ لأن الممسك مدع والمالك منكر .

والثاني : مذهب السيد المرتضى والشيخ في الاستبصار ، لرواية عبادة بن صحیب في الموثق^(١٨) ، عن ابی عبدالله عليه السلام ، وشعن ابن ادریس هنا على الشيخ تشنيعاً عظیماً ، ولم يذكر السيد بشيء مع انه اسبق من الشيخ .

(١٦) - الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ٢ ، كيفية الحكم واحكام الدعوى ، حدیث ٢ .

(١٧) - الوسائل ، كتاب الرهن ، باب ١٧ في احكام الرهن ، حدیث ٤ .

(١٨) - الوسائل ، كتاب الرهن ، باب ١٦ في احكام الرهن ، حدیث ٣ .

كتاب المفاسد

في منع التصرف

قال رحمة الله : أما إذا أقر بدين سابق صحي وشارك المقر له الغرماء ، وكذا لو أقر بعين دفعت إلى المقر له ، وفيه تردد ، لتعلق حق الغرماء بأعيان مalle .
أقول : اختلف الأصحاب في هذه المسألة ، فالشیخ في المبسوط اختار قبول الاقرار بالدين والعين معاً ، وبه قال العلامة في التحرير ، الا انه استشكل إخلاف المقر مع تكذيب الغرماء انه لم يقر مواطاة ، ثم فرع على وجوب العين ونکوله عنها اشكالا في اخلاف الغرماء على ان اقراره مواطاة او اخلاف المقر له على عدم المواطاة .

والشیخ في الخلاف حكم بالمشاركة بالدين وتردد في العين ، والعلامة في الارشاد حكم بصحة الاقرار بالدين ومنع من مشاركة الغرماء بل يتبع به بعد فك المجر عنه ، وابطل الاقرار بالعين .

ووجه قول المبسوط والتحرير عموم قوله عليه السلام : « اقرار المقلاء على انفسهم جائز »^(١) ، ولمساواة الاقرار للبينة ، اذا لو اقام المدعى بینة بدعواه

(١) المستدرک ، كتاب الاقرار ، الباب ٢ ، حدیث ١

شارك الغرماء او يتبرع العين ، فكذا مع الاقرار ، ووجه المنع تعلق حق الغرماء بأعيان ماله ، وفي اقراره بالعين ضرر عليهم فلا يكون مقبولا .

ووجه الفرق بين العين والدين ان حق الغرماء تعلق في امواله ، فلو قبل اقراره بالدين لشارك المقر له الغرماء فيما ثبت انه ماله ، والعين لم يثبت أنها ماله ، فاذا أقر بها ، قبل ، لعدم ثبوت ملكه لها ، وهو فرق ضعيف .

والمعتمد عدم الفرق بين الاقرار بالدين والعين ، فان لم يكن متهمأ قبل اقراره فيها ، وان كان متهمأ بطل بالنسبة الى الغرماء فيها ، وصح في حق نفسه يتبع بالدين بعد فك الحجر ، وتؤخر العين ، فان فضلت عن الغرماء دفعت الى المقر له ، وان استغرقتها حق الغرماء وجب عليه دفع قيمتها بعد فك الحجر الى المقر له .

قال رحمة الله : ولو قال هذا المال مضاربة لغائب ، قيل : يقبل قوله مع يمينه وأقر في يده . وإن قال حاضر وصدقه ، دفع إليه ، وإن كذبه قسم بين الغرماء .
 أقول : هذا قول الشيخ في المبسوط نقله المصنف هنا والعلامة في القواعد ، ولم يتعرض لها بقوة ولا ضعف ، والمعتمد عدم الفرق بين هذا الاقرار والاقرار المذكور في المسألة السابقة ، لاتحاد العلة فيها فيتعدد الحكم في عين (المقر هنا)^(٢) اثبات لحق الغير^(٣) ، وهو غير جائز ، فان قبل اقراره قبل بغير عين ، وان لم يقبل لم يثبت باليمن .

(٢) - لم يرد في « ر » .

(٣) - كذا

في اختصاص الغريم بعين ماله

قال رحمة الله : ومن وجد منهم عين ماله ، كان له أخذها ، ولو لم تكن سواها ، ولو أن يضرب مع الفرمان بدينه ، سواء كان وفاء أو لم يكن ، على الأظهر .

أقول : هذا مذهب الشيخ في الخلاف ، وبه قال ابن الجنيد وابن البراج وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة وهو المعتمد ، لما رواه عمر بن يزيد في الصحيح ، عن الكاظم عليه السلام ، « قال : سأله عن الرجل يركبه الدين في يوجد متاع رجل عنده بعينه ، قال : لا يحاصره الفرمان »^(٤) ، وأنه لم يسلم له العوض ، فكان له الرجوع إلى الموضع .

وقال الشيخ في النهاية والاستبصار بعدم الاختصاص مع قصور مال المفلس عن اداء الدين ؟ لأن دينه غيره متعلق بذمته وهم مشتركون في ذلك ، فلا وجه للتخصيص ، ولأن المال قد انتقل إلى المفلس بعقد البيع ، فلا يعود

(٤) - الوسائل ، كتاب الحجر ، باب ٥ في احكام المجر ، حديث ٢ .

الى مالكه الا بوجه شرعي ، لرواية ابي ولاد^(٥) ، عن الصادق عليه السلام .
قال رحمة الله : وهل الخيار في ذلك على الفور ؟ قيل : نعم ، ولو قيل
بالتراخي ، جاز .

أقول : اذا وجد الغريم عين ماله كان خيراً بين اخذها والضرب مع
الفرماء ، وهل الخيار على الفور ؟ قال الشیعی في المسوط : فيه قولان ، وجعل
الفوریة احرط ، والعلامة في القواعد اختار الفوریة ، وهو المعتمد ، لأن التأخیر
يفضی الى تضرر الغرماء بتأخر حقهم فأشبه الأخذ بالشفعۃ ، ولما في ذلك من
الأخذ بالاحتیاط .

وظاهر المصنف هنا والعلامة في التحریر ان الخيار على التراخي ؛ لأن
الخيار قد ثبت له بالزمان الأول ، والأصل بقاوه .

قال رحمة الله : ولو وجد بعض المبيع سليماً ، أخذ الموجود بمحضه من الثمن ،
وضرب بالباقي مع الغرماء ، وكذا لو وجده معيناً بعيب ، قد استحق أرشه ، ضرب
بأرش النقصان .

أقول : لم يتردد المصنف في هذه المسألة ، واطلق الضرب بأرش النقصان ،
وهي مسألة غامضة تحتاج الى كشف وايضاح .

وتحقيق البحث ان نقول : اذا وجد المبيع ناقصاً ، فان كان النقص يمكن
افراده بالبيع كالعبد من العبدین اخذ السليم بمحضه من الثمن وضرب مع الغرماء بما
يخص التالف .

وان كان النقص لا يمكن افراده بالبيع كقطع اليد وقلع العين او ذهاب شيء
من جوارحه ، فهذا النقص لا يمكن افراده بالبيع ؛ لأنّه لا يمكن تقسيط الثمن على
اطراف العبد ، فلا يصح افرادها بالبيع ، فلا يخلو اما ان توجب الجنایة ارشاً كما

(٥) - الوسائل ، كتاب الحجر ، باب ٥ في احكام الحجر ، حديث ٢ .

اذا كانت من اجنبي ، او لا يوجب كما اذا كانت من المشتري او من قبله تعالى ، فان كان الثاني فليس له الاأخذ معها او الضرب بالثمن مع الفرمان ، وان كان الأول كان مخيراً بين الضرب بالثمن وترك المين ، وبين اخذ العين والضرب بجزء من الثمن على نسبة نقصان القيمة ان كان الثمن اقل من القيمة ، وان كان اكثراً منها (أو مثلها) ^(٦) ضرب بنقصان القيمة دون الزائد عليها .

وقول المصنف : (ضرب بأرش النقصان) ، مراده نقصان القيمة لا أرش الجنائية مطلقاً ؛ لأنّه قد يكون كل الثمن كما لو اشتري عبداً بعنة يساوي مترين ثم قطعت يده ، فان ارتهما يكون منه ، فلو اوجبنا الأرش لأخذ العبد الثمن وهو باطل .

والتحقيق ان نقول : لا يخلو اما ان يكون الثمن اقل من قيمة العبد ، او اكثراً منها ، او مثلها .

الأول : ان يكون اقل من القيمة كما لو كانت قيمته عشرين ثم باعه بعشرة ثم قطعت يده ، فانه ينظر الى قدر ما نقص من قيمته بسبب الجنائية ، فيضرب بنسبيته من الثمن فان كان نصفاً ضرب بنصف الثمن وان كان ثلثاً ضرب بثلث الثمن ، وهكذا ، وان لم ينقص شيئاً بسبب الجنائية لم يكن له الا الضرب بالثمن او اخذه بجاناً ، وهذا معنى قولنا : (ضرب بجزء من الثمن على نسبة نقصان القيمة) ولا يجوز هنا الضرب بما نقص من القيمة ؛ لأنّه يؤدي الى اخذ الثمن والثمن او ازيد من ذلك ، كما لو فرضنا انه نقص بالجنائية ثلاثة اربعين القيمة ، فلو اوجبنا الضرب بنقصان القيمة لأخذ ثماناً ونصفاً والثمان ، وهو باطل .

فان قيل : انه يلزم في هذا الفرض ان يأخذ اكثراً من الثمن على ما ذهبتم اليه ، فانه يأخذ العبد وقيمتة خمسة ، ويأخذ ثلاثة اربعين الثمن ، وهو سبعة

ونصف ، فتجمع له اثنا عشر ونصفا ، وهو اكثر من الثن بدرهمين ونصف ، فان الثن عشرة دراهم .

فانا نقول : هذا غير مانع ؛ لأن حكم اقتضاه التقسيط^(٧) ؛ لأن كل جزئين من العبد يقابل جزءاً من الثن ، فالراجح اليه من العبد خمسة ، وهو مقابل درهمين ونصف درهم من الثن ، فاذا أخذ سبعة ونصفا لم يأخذ اكثر من الثن لما بيناه ان الخمسة تقابل درهمين ونصف درهم ، الا ترى لو كان العبد سليمان من العيب كان له أخذه وهو يساوي عشرين والثن عشرة ، ولا يجب عليه ان يرد على الفرماه شيئاً ، فلو كان قدر المحاباة محسوبا عليه ، لما جاز اخذ العبد الا بعد رد عشرة دراهم .

وهذا لم يقل به احد غير العلامة في التذكرة ، فإنه منع من اخذ العبد اذا زادت قيمتها لزيادة السعر او اشتريت بدون ثمن المثل ، وهو قول نادر ولم اجد له موافقاً ، والخلاف اما هو اذا زادت القيمة للباء المتصل كالسمن والطحول لا مع الزيادة لغير ذلك ، وقد جزم في القواعد بالرجوع وان زادت لزيادة الباء المتصل . وقال في التحرير : اذا اختار الرجوع الى العين كانت له سواه كانت السلعة مساوية لثنتها او اقل او اكثر ، وهذا هو المعتمد .

الثاني : ان يكون الثن اكثر من القيمة كما لو كانت القيمة عشرة فاشتراه بعشرين فاذا جنى عليه فصار يساوي خمسة ضرب بنصف القيمة وهي خمسة ، ولا يضرب بنصف الثن ؛ لأن العشرة الزائدة محاباة من المفلس لم يأخذ مقابلها عوضاً ، فلا يجب على الفرماه اداء تبرعاته ، بل اداء ما أخذ مقابلة عوضاً . ولو لم يتقص من القيمة التي هي عشرة شيء لم يضرب بشيء كما قلناه اولاً ، وهو معنى قولنا : (ضرب بمقصان القيمة دون الزيادة عليها) ، اي دون

(٧) - في « ر٢ » : بالتقسيط .

نقصان الزائد من الثمن على القيمة .

الثالث : ان يكون الثمن يقدر القيمة ، فهنا يضرب بعده ما نقص من الثمن بسبب الجنائية ، لعدم التفاوت بينه وبين القيمة ، وقال العلامة في التحرير : فينظر كم نقص من القيمة فيرجع بذلك الجزء من الثمن لا من القيمة ، واطلق القول في ذلك ولم يفصل بين ان يكون الثمن اقل من القيمة او اكثـر ، والمصنف اطلق الرجوع بأثر النقصان ، وقد بينا ان مراده نقصان القيمة لا أثر الجنائية ؛ لأن ذلك لم يقل به احد ، الا انه لم يفصل بين ان يكون الضرب بنقصان الثمن او نقصان القيمة ، ولا فرق بين ان يكون الثمن اقل من القيمة او اكثـر ، والشيخ في المسوط اطلق الرجوع بقسط ما نقص بالجنائية من الثمن ولم يفصل ايضاً .

اذا عرفت هذا ، فعبارة المصنف والتحرير والنهاية^(٨) والمسوط متفقة معنى وان اختلف اللفظ ، والمعتمد التفصيل الذي ذكرناه وحققاـه ، وهو مذهب العلامة في القواعد ، الا ان عبارته فيها غامضة لا يدركها غير المحصل لهذا الفن المحقق له .

قال رحمة الله : ولو كان الماء متصلة ، كالسمن او الطول ، فزادت لذلك قيمته ، قيل : له أخذـه ؛ لأنـهـاـ يتبعـ الأصلـ ، وفيـهـ ترددـ .

أقول : اما الماء المنفصل فلا خلاف في كونه للمفلس لا يجوز الرجوع فيه ، واما المتصل الذي يزيد بسببـهـ القيمة فقد اختلفـ فيهـ ، قالـ الشيخـ فيـ المسوـطـ : انهـ تابـعـ للأـصـلـ ، فـاـذـاـ فـسـخـ الـبـيـعـ فيـهـ تـبـعـهـ الـزـيـادـةـ ، واـخـتـارـهـ اـبـنـ البرـاجـ ، وجـزـمـ بهـ العـلـامـةـ فيـ القـوـاعـدـ ، وـقـالـ اـبـنـ الجـنـيـدـ : يـأـخـذـ العـيـنـ بـقـيـمـتـهـ وـيـرـدـ الـزـيـادـةـ عـلـىـ الغـرـمـاءـ ، واـخـتـارـهـ العـلـامـةـ فيـ المـخـتـلـفـ ؛ لأنـ الـزـيـادـةـ مـمـلـوـكـةـ لـلـمـفـلـسـ ، فـلـاـ تـخـرـجـ عنـ مـلـكـهـ بـعـانـاـ ، واـخـتـارـهـ فيـ الـاـرـشـادـ سـقـوـطـ حـقـهـ مـنـ الـعـيـنـ ، وـهـ يـدـلـ عـلـىـ المـنـعـ .

وان بذل قيمة الزيادة ، وبالغ في التذكرة بأن اسقط حقه من العين مع زيادة قيمتها لزيادة السعر او كان الشراء بدون ثمن المثل ، وهو نادر .

فقد ظهر ان للعلامة اربعة اقوال في هذه المسألة ، أشهرها قول القواعد ، وأقواها قول المختلف .

قال رحمة الله : اذا اشتري أرضاً ، يغرس المشتري فيها ثم أفلس ، كان صاحب الأرض أحق بها ، وليس له إزالة الغuros ولا الأبنية . وهل له ذلك مع بذل الأرش ؟ قيل : نعم ، والوجه المنع . نعم يباعان ويكون له ما قابل الأرض . أقول : اختيار المصنف هو المعتمد ، وقال في المسوط : له الإزالة مع بذل الأرض .

قال رحمة الله : ولو اشتري زيتاً ، فخلطه بيثله ، لم يبطل حق البائع من العين ، وكذا لو خلطه بدونه ، لأنه رضي بدون حقه . وان خلطه بما هو اجود ، قيل : يبطل حقه من العين ، ويضرب بالقيمة مع الفرما .

أقول : بطلان حقه من العين مع الخلط بالأجود مذهب الشيخ في المسوط ، واختاره العلامة في القواعد والتحرير ، وهو المعتمد ؛ لأنها ليست موجودة من طريق المشاهدة ولا الحكم ؛ لأنه ليس له المطالبة بقيمتها اجماعاً ، بل بالثمن الذي وقع العقد عليه ، وإذا لم تكن موجودة من الوجهين كانت بنزلة التالف ، فيتعين الضرب مع الفرما بالثمن .

وقيل : يباع الزيتان معاً ، فيؤخذ الثمن على قدر قيمة الزيتين ، فاذا كان قيمة العين درهماً والمترج فيهما درهرين ، يباعاً واحداً ثلث الثمن ، ووجود عين ماله وامكان التوصل إليها بما قلناه .

وقال ابن الجنيد : لو كان المبيع مما يكال او يوزن فاختلط بما لا يتميز بمحضر من شهود ثم أفلس المشتري ، كان للبائع ثمن متاعبه به على الفرما ، ولم

يفصل بين الاختلاط بالأجود أو الأرداً أو الماثل ، واختاره العلامة في المختلف .
ولا فرق بين الزيت وغيره من المكيلات والموزونات .

قال رحمة الله : ولو اسلم في متاع ، ثم أفلس المسلم اليه ، قيل : إن وجد
رأس ماله أخذه ، وإلا ضرب مع الفرماء بالقيمة ، وقيل : له الخيار بين الضرب
بالثمن وبقيمة المتاع ، وهو أقوى .

أقول : اذا اسلم في حنطة مثلاً ثم افلس المسلم اليه ، فان وجد عين الثمن
الذى دفعه كان له اخذه وكان أحق به من سائر الفرماء ، وان لم يجد عين ماله
ضرب بقيمة الطعام الذى اسلم فيه مع الفرماء ، وهل له مع فقد عين ماله فسخ
العقد والضرب بالثمن الذى هو رأس ماله ؟ قال الشيخ في المبسوط : قيل له ذلك ،
وقواه المصنف هنا ، واختاره العلامة ، وهو المعتمد ؛ لأنه قد تذرع استيفاء المسلم
فيه ، فكان للمشتري الفسخ كسائر اصناف السلالم .

ويعتمل المتن ، لأصله لزوم العقد وعدم وجود عين ماله ، فليس له الا
الضرب بقيمة ما في ذمة الفلس - وهو المتاع المسلم فيه - فيقوم قيمة عادلة ثم
يضرب بتلك القيمة ، سواء زادت عن الثمن الذى دفعه او نقصت .

تبليغه : لو وجد مثل المتاع الذى اسلم فيه في مال المفلس لم يكن له
الاختصاص به ، ولا يتبع اخذ حقه منه ، لاشتراك الفرماء بأعيان امواله ،
والدين اىما يتبع بالقبض وهو لم يقبضه ، وكونه من جنس ماله لا يكفي في
التعيين .

قال رحمة الله : واذا شهد للمفلس شاهد بمال ، فان حلف استحق . وان
امتنع ، هل يحلف الغرماء ؟ قيل : لا ، وهو الوجه ، وربما قيل بالجواز ؛ لأن في اليمين
إثبات حق الغرماء .

أقول : القول بمنع عين الغرماء قول الشيخ رحمة الله ، وهو المعتمد ؛ لأنه لا

يصح للإنسان أن يخلف ليثبت مالاً لغيره ، والفرماء يحملون ليثبتون مالاً للمفلس وهو غير جائز . وقال ابن الجنيد : يجوز لهم الحلف ؟ لأنهم اذا حلفوا كان لهم المطالبة فكان النفع لهم ، والجواب انهم يأخذون عن المفلس لا بالأصلة .

قال رحمة الله : اذا مات المفلس حلّ ما عليه ، ولا يحمل ماله ، وفيه رواية أخرى مهجورة .

أقول : قال الشيخ في النهاية : يحمل ماله ، وبه قال ابو الصلاح وابن البراج لما رواه ابو بصير ، « قال : قال ابو عبدالله : اذا مات الميت حل ماله وما عليه من الدين »^(٩) .

والمشهور حلول ما عليه دون ماله ، والفرق حصول الاجماع على حلول ما عليه ، قال السيد المرتضى في المسائل الناصرية : الى الان لا اعرف لأصحابنا فيه نصاً معيناً فاحكيه ، وفقهاء الأمصار كلهم يذهبون الى ان الدين المؤجل يصير حالاً بourt من هو عليه . ويقوى في تفسير ما ذهب اليه الفقهاء ويمكن ان يستدل عليه بقوله تعالى : ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دِينٍ﴾^(١٠) علق القسمة بقضاء الدين فلو اخترت تضررت الورثة ، هذا كلامه رحمة الله .

نقل عن علماء الأمصار كلهم انهم يذهبون الى حلول الدين المؤجل بعوته من هو عليه ، وهذا هو الاجماع بعيته ، ولأنه مع منع الورثة من التصرف في التركة قبل حلول الأجل يحصل الضرر عليهم ، ومع امرهم بالتصرف يحصل الضرر على صاحب الدين ، فوجب ان يحمل ما عليه دفعاً لهذه الضرورة اللاحقة بأحد الفريقين ، بخلاف ماله اذا لا مفسدة في تأخيره الى حين الأجل ، اذا الأصل عدم الحلول ، خرج ما وقع عليه الاتفاق ، يبقىباقي على الأصل ، ولا فرق بين ان

(٩) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٢ ابواب الفرض والدين ، حديث ١ .

(١٠) - النساء : ١١ .

يكون الدين سلماً أو دية خطأ تعلقت بمال الجاني أو غير ذلك للعموم .
 قال رحمة الله : وينظر المعسر ، ولا يجوز إلزامه ولا مؤاجرته ، وفيه رواية
 أخرى مطروحة .

أقول : اختار المصنف مذهب الشيخ في الخلاف وأiben ادريس ، واختاره
 الشبيق ؛ لأنَّه لم يوجب التكسب للدين ، وقال ابن حمزة : ان كان المديون معسراً
 صبر عليه من له الدين حق يجد ، وإن كان مكتسباً أمره بالاتفاق على نفسه
 وعياله وصرف الفاضل في دينه ، وإن كان غير مكتسب خلي سبيله حق يجد ، لما
 رواه السكوني في الموتى ، عن جعفر ، عن أبيه عليهما السلام : « إن علياً عليه
 السلام كان يحبسه في الدين ثم ينظر فان كان له مال دفعه الى الغرماء ، فيقول لهم :
 اصنعوا به ما شئتم واجرواوه ، وإن شئتم استعملوه »^(١١) .

واختاره العلامة في المختلف ، وهو ظاهر القواعد ؛ لأنَّه اوجب عليه
 السعي في الدين ، ويلزم منه جواز مؤاجرته مع الاستئناف ؛ لأنَّ القادر على
 التكسب غير معسر وهذا يمنع من الزكاة ، وغير المعسر يجب عليه اداء الدين .
 احتاج المانعون بقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عَسْرَةَ فَنَظِرْهَا إِلَى
 مِسْرَةٍ ﴾^(١٢) ، وبأصله براءة الذمة من وجوب السعي والمؤاجرة ، وهو المعتمد .

(١١) - الوسائل ، كتاب الحجر ، باب ٧ في احكام الحجر ، حديث ٣ .

(١٢) - البقرة : ٢٨٠ .

في قسمة ماله

قال رحمة الله : ولو اقتضت المصلحة تأخير القسمة ، قيل : يجعل في ذمة ملي احتياطاً ، وإلا جعل وديعة ؛ لأنه موضع ضرورة .

أقول : اذا باع المحاكم مال المفلس فان كان الغريم واحدا دفع اليه المال ، وان تعدد وأمكنت القسمة عاجلا من غير ضرورة لم يجز التأخير ، وان تعذرت او اقتضت المصلحة التأخير كظن ظهور غريم أو الخوف من ظالم ، أو غير ذلك مما يرهق المحاكم من المصلحة .

قال المصنف : (قيل : يجعل في ذمة ملي احتياطا والا جعل وديعة) ، ولم يجزم بذلك ، وجزم به العلامة في القواعد ، وجزم به في التعريير ايضاً ، الا انه قد يتغدر القسمة ، وانما لم يجزم المصنف بذلك ، لاحتلال عدم جواز تأخير دفع الحق الى مستحقه مع الامكان .

قال رحمة الله : وهل يزول الحجر بمجرد الاداء ، أو يفتقر الى حكم المحاكم ، الأولى أنه يزول بالأداء ، لزوال سببه .

أقول^(١٣) : ومن ان حجره يثبت بحكم المحاكم فلا يرتفع الا بحكمه ، وهو مذهب المصنف .

كتاب المحرر

في موجباته

قال رحمة الله : وهو بلوغ خمس عشرة سنة للذكر ، وفي اخرى إذا بلغ عشرأً وكان بصيراً ، أو بلوغ خمسة اشبار جازت وصيته ، وأقيمت عليه المحدود .
أقول : يفهم من كلام المصنف ان الرواية الواردة ببلوغ العشر سنين أو بلوغ الخمسة اشبار (واحدة ، و)^(١) أنها تضمنت جواز وصيته واقامة المحدود عليه مع بلوغ العشر او الخمسة اشبار ، وليس الأمر كذلك بل الوارد بالوصفين اللذين ذكرهما وهما بلوغ العشر او الخمسة اشبار روایتان تضمنتا حكمين ، فرواية بلوغ العشر تضمنت جواز الوصية ، ورواية بلوغ الخمسة الأشبار تضمنت جواز ايقاع المحدود عليه ، فالرواية الأولى هي رواية الصدوق محمد بن باوبيه ، عن عبد الرحمن بن أبي عبدالله ، عن الصادق عليه السلام ، « انه قال : اذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته »^(٢) .
وروى زرارة ، عن الباقر عليه السلام مثل ذلك الا انه زاد في روایته :

(١) - في « ن » : أو حده .

(٢) - الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ٤٤ في احكام الوصايا ، حدیث ٣ .

«فانه يجوز له في ماله اذا أعتق او تصدق او أوصى على حد معروف»^(٣).
واما الرواية الثانية التي تضمنت جواز اقامة الحدود عليه فهي رواية
السكوني ، عن الصادق عليه السلام ، «في رجل وغلام اشتراكاً في قتل رجل
قتلاه ، فقال امير المؤمنين عليه الصلة والسلام : اذا بلغ الفلام خمسة اشبار
اقتصر منه ، واذا لم يكن قد بلغ خمسة اشبار لم يقتصر منه ، واذا لم يكن قد بلغ
خمسة اشبار قضي بالدية»^(٤).

قال رحمة الله : الوصف الثاني الرشد : وهو ان يكون مصلحاً لماله ، وهل
يعتبر العدالة ؟ فيه تردد .

أقول : اعتبار العدالة مذهب الشيخ في المبسوط والمخلاف ؛ لأن غير العدل
سفه ، والسفه ليس برشيد ، وقال ابن الجنيد : الرشد هو العقل واصلاح المال ،
واختاره اكثر المتأخرین ، لاحالة عدم الزيادة على ذلك ، وهو المعتمد ؛ لأن
المفهوم من الرشد هو اصلاح المال مع الامن من الانخداع في المعاملات ، فاذا ثبت
هذا ثبت الرشد ، لاحالة عدم اشتراط الزائد على ذلك .

قال رحمة الله : ولو باع فأجاز الولي ، فالوجه الجواز ، للأمن من الانخداع .

أقول : الجواز مذهب المصنف والعلامة ، وهو المعتمد لما قاله المصنف . وقال
الشيخ وابن البراج لا يصح ؛ لأنه محجور عليه ومنوع من التصرف ، فلا يكون
تصرفه صحيحاً ، وحكم الاذن له في البيع حكم الاجازة بعده ، ولا فرق بينهما الا
في اشتراط تعين من يبيع عليه او يسترئ منه اذا كان الاذن سابقاً .

تنبيه : اذا بلغ الصبي وصرف امواله في وجوه الخير كالصدقات ، وعتق
المالك ، وبناء القنطرات والمساجد ، وما شابه ذلك ، هل يكون ذلك تبذيراً ؟

(٣) - الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ٤٤ في احكام الوصايا ، حديث ٤.

(٤) - الوسائل ، كتاب التفاصيص ، باب ٢٦ أبواب التفاصيص في النفس ، حديث ١.

قال في الارشاد: وصرف المال في وجوه^(٥) الخير ليس بتبذير مع بلوغه في الخير ، والظاهر ان الضمير في (بلوغه) عائد الى الصارف ، اي مع بلوغ ذلك الصارف في الخير المبلغ الذي يصير اهلاً ان يصرف جميع امواله في الخير ، بأن يكون مبالغاً في صنوف اعمال الخير من العلم والزهد والتقوى والمواظبة على جميع الطاعات والقيام بالواجبات والمندوبات ، فمن كان على هذه الصفة لا يكون صرفه جميع امواله في الخير تبذيراً؛ لأن همه اشتغاله في امر آخر له ، وقد اعرض عن هذه الدنيا وكان رغبته فيها عند الله ، فاوجبته هذه الهمة وهذه الرغبة صرف جميع امواله الى ما هو مطلوبه ومقصوده فلا يكون مبذراً.

اما لو كان تاجراً همه جمع الأموال في الكدح بالبيع والشراء والأسفار وغير ذلك من اصناف التكسيبات ، فهذا اذا صرف امواله في افعال الخير كان مبذراً ، كما لو القاء في البحر ؛ لأن صرفه بما ليس همه ولا مقصوده ، ولا هو اهل لذلك ؛ لأن عادته وهمته ومقصوده في جمع الأموال ، فإذا صرفه جميعه بما ليس بمقصود له ولا ملائم لطبعه ، كان سفيهاً مبذراً ، وكان ذلك اما لاختلال في عقله او للرياء والسمعة ، فلا يكون لفرض صحيح ، وكل صرف لا يكون لفرض صحيح فهو تبذير ، ولا أرى لتأويل عبارة الارشاد بغير هذا الوجه وجهاً.

ويحتمل ان يكون صرف التاجر وشبهه لجميع ماله في افعال الخير لا يكون تبذيراً ؛ لأن المقصود من المال الانتفاع به ، ولا انتفاع ابلغ من صرفه في هذا الباب ، وهو ظاهر القواعد ، فانه قال فيه : وصرف المال الى الخيرات ليس بتبذير ، واطلق ، والأول هو المعتمد لما بيناه .

ويحتمل ان صرف الأول - وهو المبالغ في افعال الخير - جميع ماله في الخير تبذير ، لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تجْعَلْ يَدُكَ مَغْلُولَةً إِلَى عَنْقِكَ وَلَا تُبْسِطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ ﴾

(٥) - من « ر٢ » ، وفي بعض النسخ : (صنوف) .

فتقد ملوكاً محسوراً^(٦).

وهذا الخطاب للنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ مع عظم مبالغته في افعال الخير ، فقد نهي عن صرف جميع ماله في الخير ، فكيف من يكون قاصراً عنه في المبالغة في افعال الخير ؟ ! وقد اوصى في التحرير الى شيء من هذا ، فقال : وصرف اكثر المال في صنوف الخير مع قناعته بالباقي ليس بتبذير ولا سرف ، وهو يدل بمفهومه على ان صرف الجميع يكون تبذيراً ، بل صرف الاكثر مع عدم القناعة بالباقي يكون تبذيراً وسرفاً ، وليس بعيداً من الصواب .

والمراد بالقناعة هنا قدر الكفاية ، اي لا ترك القدر كفایته ، وليس المراد رضى النفس اذ قد لا ترضى بالجميع .

قال رحمة الله : وفي منعه من التبرعات المتجزئة الزائدة على الثالث ، خلاف بيننا ، والوجه المنع .

أقول : يأتي البحث في هذا انشاء الله تعالى في كتاب الوصايا .

في أحكام الحجر

قال رحمة الله : لا يثبت حجر المفلس ، إلا بحكم الحاكم . وهل يثبت في السفه بظهور سفهه ؟ فيه تردد ، والوجه أنه لا يثبت إلا بحكم الحاكم ولا يزول إلا بحكمه .

أقول : قال الشيعي في المبسوط : حجر السفه لا يثبت إلا بحكم الحاكم ولا يزول إلا بحكمه ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن ثبوت الحجر على خلاف الأصل ؛ لأن الأصل صحة تصرفات البالغ العاقل ، فالم矜ع من ذلك يفتقر إلى حكم الحاكم ، وإذا ثبت الحجر بحكمه لا يزول إلا بحكمه ، لأصلةبقاء الحجر ، وزوال السفة أمر خفي ، فيفتقر إلى نظر الحاكم كي يفتقر ثبوت الحجر اليه .

وقيل : يثبت الحجر بظهور السفة من دون حكم الحاكم ؛ لأن علة الحكم ظهور السفة فلا يحتاج إلى الحكم بالحجر ، والا لما كان السفة علة وهو منوع ، فكلا وجد السفة وجده الحجر ، وكلما زال الحجر فلا يفتقر في دفعه إلى حكم الحاكم مع زوال السفة ، لزوال^(٧) السبب الموجب للحجر .

(٧) - في « ر ٢ » بعض النسخ ، و « ن » : بزوال .

قال رحمة الله : فإذا حجر عليه ، فبایعه إنسان ، كان البيع باطلًا . وإن كان المبيع موجوداً إستعاده البائع وإن تلف وقبضه بذن صاحبه كان تالفاً ، وإن فك حجره . ولو أودعه وديعة ، فأتلفها ، ففيه تردد ، والوجه أنه لا يضمن .

أقول : التردد في ضمان الوديعة مع اتلافها إنما هو اذا كان الإيداع بعد المجر عليه ، أما اذا اودعه قبل المجر ثم اتلفه بعده كان مضموناً عليه قطعاً ، ومنشأ التردد في الأول من استناد التفريط الى المالك في ايداعه للمحجور عليه ، فلا يضمن المحجور عليه ، فهو كما لو اودع الصبي او المجنون فأتلف ، ومن علوم ضمان المخلفات ، فان الصبي والمجنون يضمنان ما اتلفاه من المال في مالهما ان كان لهما مال ، وكذلك السفيه اذا اتلف مالاً ضمنه ، فهنا يضمن ايضاً .

والمعتمد عدم الضمان ، لحصول الفرق بين الاتلافين ؛ لأن المالك هنا قد عرض ماله للاتلاف بسبب التسلیط عليه ، بخلاف ما اذا اتلف مالاً من غير تسلیط مالكه عليه ، والأصل براءة الذمة ، فهو كما لو قبضه المشترى ثمن ما اشتراه منه ثم اتلفه ، فكما لا يضمن هناك لا يضمن هنا ، ولا فرق بين علم المشترى من السفيه والبائع عليه بالمحجر وعدمه في عدم ضمان ما قبضه منها باختيارهما عوضاً عنها دفعه إليها ، قاله العلامة في القواعد والتحرير ، وفيه نظر من استحالة تکلیف القافل .

قال رحمة الله : اذا حلف انعقد مبينه ، ولو حثت ، كفر بالصوم ، وفيه تردد .

أقول : لا خلاف في انعقاد ميّن السفيه في موضع ينعقد فيه ميّن غيره ، ولا في وجوب الكفارة عليه مع الحنت ، ولكن هل ينحصر الكفارة في الصيام دون غيره ؟

تردد المصنف في ذلك من انه غير ممنوع من اليدين ولا من التكفير مع
المحنت، فيكون خيرا في انواع الكفاره كغيره ، ومن انه محجور عليه في جميع

التصيرات المتعلقة باخراج المال ، وغير الصيام يتضمن اخراج المال فيكون
ممنوعا منه ، وهو المعتمد .

قال رحمة الله : ويختبر الصبي قبل بلوغه ، وهل يصح بيعه ؟ الأشبه أنه لا
يصح .

أقول : معنى الاختبار ان تفرض اليه تصيرات امثاله يتصرف فيها ، فولد
التاجر يفوض اليه البيع والشراء ، فان سلم من المغافنة علم رشده ، واولاد
الاشراف الذين يرتفع امثالهم عن المعاملات يدفع الى الصبي منهم نفقته مدة
بعضها في مصالحة ، فان كان حافظا لها يحاسب وكيله ويستوفي منه ويأمره بشراء
ما يليق بحاله وينهاء عما لا يليق عرف رشده .

والمرأة تختبر بما يلام حالها من حرف النساء ، فان كانت من اهل الغزل
والنساجة اختبرت بها ، وان كانت مرتقة عن الصنائع اختبرت بالولاية على
الخدم في خدمة البيت ، فان امرتهم ونهتهم في محل الأمر والنهي ، ومكتتهم فيما
شأنهم التكين فيه ، ومنعهم عما من شأنهم الامتناع عنه ، علم رشدها ، فاذا علم
رشد الصبي قبل بلوغه لم يفتقر الى اختبار بعد البلوغ .

اذا عرفت هذا ، فهل تصح العقود التي يختبر فيها قبل بلوغه ام لا ؟ يبني
ذلك على ان بيع الميز وشراءه بأمر الولي هل هو صحيح ام لا ؟

قال العلامة في التحرير : وقت الاختبار قبل البلوغ مع التبييز ، ومع اذن
الولي يصح تصرفه وبيعه ، فقد جزم بصحة البيع ، وذهب المصنف هنا الى عدم
صحة البيع ، وهو مذهب العلامة في الارشاد ، قال فيه : ويختبر الصبي قبل بلوغه
ولا يصح بيعه ، جزم بعدم صحة البيع ، وقال العلامة في القواعد : وفي صحة العقود
حينئذ اشكال ، ولم ينص على الاختبار ، هل هو قبل البلوغ او بعده ، بل استشكل
في صحة العقود .

واختلف الشارحان في منشأ الاشكال بعد اتفاقهما على كون الاختبار بعد البلوغ ، قال فخر الدين : ان ظهر رشده حالة العقود صحت العقود قطعاً ، وان ظهر سفهه او لم يتبيّن شيء بعد ، فهل يحكم بصحة العقود او لا ؟ والاشكال في هذين الموضعين .

ومنشأه ان السفيه يصح تصرفه باذن الولي ، وهذه العقود مأذون فيها شرعا ، ومن حيث بطلان تصرفات السفيه وهذا سفيه ، هذا كلامه رحمة الله .
جعل منشأه من صحة يبعه باذن الولي ، ومن عدم الصحة .

وقال عميد الدين : منشأه من ان تصرفه موقوف على ثبوت رشده وقبله لم يكن رشده ثابتاً ، فلا يكون تصرفه صحيحا ، ومن استبانته رشده عند وقوع العقد ، فكان صحيحاً ، هذا تعليله رحمة الله .

قلت : الذي اوجب لها الاختلاف في التعليل فهمها وقوع الاختبار بعد البلوغ ، فعمل كل واحد منها على قدر فهمه ، ومن العجب فهمها كون الاختبار بعد البلوغ ، وقد نص العلامة في ارشاده وتحريره انه قبل البلوغ ، ونص عليه نجم الدين هنا .

وقال الشهيد في شرح الارشاد : كونه بعد البلوغ مذهب بعض العامة ثم منعه ، قال : ولو كان بعد البلوغ لأدئ ذلك الى الحجر على البالغ الرشيد ، وهو خلاف الاجماع .

قلت : قول الشهيد هنا منقوض بعدم ثبوت الرشد الا بعد الاختبار .
فإن قيل : إنها تلمذة المصنف وربما أنها سمعا منه أن مراده في الاشكال اذا كان الاختبار بعد البلوغ .

قلنا : ان عبارة عميد الدين لا تدل على ذلك ، بل على ضدّه : لأنّه قال :
قال صاحب الشرائع : يختبر الصبي قبل بلوغه ، وهل يصح يبعه ؟ الأشبه انه لا

يصح ، تردد في صحة العقد الصادر منه قبل بلوغه ، والمصنف لم يفصل هل ذلك قبل البلوغ او بعده ، والظاهر ان المراد ان بلغ الصبي وشك في رشده فانه يختبر حينئذ بما يلامه من التصرفات ، هذا كلامه رحمة الله . وهو دال على انه لم يفهم ذلك الا من اطلاق المصنف ؛ لأنّه لو سمع منه لأسنده الى ساعه لا الى الاطلاق ، وكأنه لم يقف على قول المصنف في الارشاد والتحرير حالة شرحه لهذه المسألة ، والا لكان ذكر مذهب فيما كما ذكر مذهب الشرائع .

وعلى القول بان الاختبار بعد^(٨) البلوغ يكون تعلييل عميد الدين أنسُب للحكم وألائق بذهب المصنف ، وتعليق فخر الدين غير مذهب المصنف ؛ لأن مذهب المصنف في القواعد وغيرها جواز بيع السفهاء باذن الوالي سواء وقع بعد الاذن او قبله ثم اجازه الوالي ، ولم يتردد في ذلك ، فعمل هذا الاشكال عليه يخالف مذهب رحمة الله ، بل حل الاشكال على كون الاختبار قبل البلوغ كما نص عليه في الارشاد والتحرير ، وكون منشأه من صحة بيعه اذا كان باذن الوالي كما هو مذهب في التحرير في هذه المسألة المشروحة ، ومن عدم الصحة كما هو مذهب في الارشاد اولى ؛ لأن حمل اطلاقه في القواعد على ما قيدها في غيرها اولى من حمله على ما ليس مذكور في مصنف من مصنفات اصحابنا المتداولة بيننا الان ، وليس هو مذهبنا لهم ، بل لبعض الجمهر ، كما قاله الشهيد في شرح الارشاد ، واذا ثبت ان الاختبار قبل البلوغ ثبت ان منشأ الاشكال ما قلناه ، فلا يعتاج الى تعسف .

(٨) - في « ر ٢ » قبل .

كتاب الضمان

في تعريف الضمان

قال رحمة الله : وهو عقد شرعي للتعهد بمال او نفس . والتعهد قد يكون من عليه للمضمون عنه مال ، وقد لا يكون . فهنا ثلاثة اقسام : التسم الأول في ضمان المال من ليس عليه للمضمون عنه مال . وهو المستنى بالضمان بقول مطلق .
أقول : التعهد ان كان بالنفس فهو الكفالة ، وان كان بالمال من عليه للمضمون مال مثله فهو الحوالة ، وان كان من ليس عليه مال فهو الضمان بقول مطلق ، والى هذا أشار بقوله : (فهنا ثلاثة اقسام) .
وقوله : (بقول مطلق) اي من غير تقييد بقولنا : من عليه مثله .

في ضمان المال

قال رحمة الله : ولا يشترط علمه بالمضمون له ، ولا بالمضمون عنه ، وقيل :
يشترط ، والأول أشبه .

أقول : هذا مذهب الشيخ في الخلاف واختاره المصنف والعلامة ، وهو
المعتمد ، لما روي : « ان علياً عليه السلام ضمن عن ميت درهرين »^(١) ، وروي :
« ان ابا قتادة ضمن عن ميت دينارين »^(٢) ، وكان ذلك منها بحضور النبي صلى
الله عليه وآله وسلم ، ولم يسألها عن معرفة صاحب الدين ولا عن معرفة الميت ،
بل لا بد من تمييز المضمن عنه ، كما قاله المصنف ليصبح معه القصد الى الضمان عنه ،
والمعرفة التي لا تشرط هي معرفة الاسم والنسب .

وقال في المسوط : فيه ثلاثة أقوال ، احدها : يشترط معرفتها ، وهو
الأظهر ، اما معرفة المضمن له لينظر هل هو سهل المعاملة اولاً ؟ واما المضمن
عنه لينظر هل يستحق ذلك عليه ام لا ؟ حذراً من الفرر .

(١) - الوسائل ، كتاب الضمان ، باب ٣ في احكام الضمان ، حديث ٢ .

(٢) - الوسائل ، كتاب الضمان ، باب ٣ في احكام الضمان ، حديث ٣ .

قال رحمة الله : ويشترط رضى المضمون له ، ولا عبرة برضأ المضمون عنه؛ لأن الضمان كالقضاء ، ولو انكر بعد الضمان لم يبطل على الأصح .

أقول : مذهب الشيخ في الخلاف عدم اشتراط رضاهم معاً، لضمان علي عليه السلام وابي قتادة^(٣) ، فان النبي صلّى الله عليه وآلـه وسلـم لم يسأل عن رضى المضمون له ، ولا يمكن رضى المضمون عنه؛ لأنـه ميت .

وذهب في المسوـط الى رضى المضمون له دون^(٤) المضمون عنه ، واختاره المصنـف والعلامة ، وهو المـتمـدـ.

أما عدم اعتبار رضى المضمون عنه فلما قالـه المـصنـف : من ان الضمان عنـه كالقضاء ، فـكـما لا يـعـتـبرـ رـضاـهـ فيـ القـضـاءـ لاـ يـعـتـبرـ رـضاـهـ فيـ الضـمانـ .

واما اعتبار رضى المضمون له ؛ لأنـ ذلك اثباتـ حقـ فيـ الذـمـةـ بـعـدـ فـلـاـ بدـ منـ رـضـىـ المـعـاـقـدـينـ فـيـاـ وـقـعـ العـقـدـ عـلـيـهـ كـسـائـرـ الـحـقـوقـ .

إذا عرفت هذا ، فإذا انـكـرـ المـضـمـونـ عنـهـ الضـمانـ ايـ لمـ يـرـضـ بهـ هلـ يـبـطـلـ اـمـ لاـ ؟ ذـهـبـ الشـيـخـ فيـ النـهاـيـةـ إـلـيـ بـطـلـانـهـ ، وـبـهـ قـالـ المـفـيدـ فيـ المـقـنـعـ ، وـهـوـ مـذـهـبـ اـبـنـ البرـاجـ وـابـنـ حـمـزةـ ، وـهـوـ بـنـاءـأـ عـلـىـ اـشـتـراـطـ الرـضـىـ بـالـضـمانـ .

وقـالـ اـبـنـ اـدـرـيـسـ بـعـدـ بـطـلـانـ ، وـاـخـتـارـهـ المـصـنـفـ وـالـعـلـامـ ، وـهـوـ بـنـاءـأـ عـلـىـ دـعـمـ اـشـتـراـطـ رـضـىـ المـضـمـونـ عنـهـ ، لـقـولـهـ عـلـيـهـ السـلامـ : «الـزـعـيمـ غـارـمـ»^(٥) ، وـهـوـ عـامـ .

قال رحمة الله : مع تحقق الضمان ، ينتقل المال الى ذمة الضامن ، ويبرا

(٣) - الوسائل ، كتاب الضمان ، باب ٣ في احكام الضمان ، حديث ٢ و ٣ .

(٤) - في «ر١» : لا .

(٥) - المستدرك ، كتاب الضمان ، باب ١ ، حديث ١ ، مع اختلاف في النص . وهو موجود في سن الترمذى ، باب ٣٩ ، وسنن ابى داود ، كتاب الاجارة ، باب تضمين العارية .

المضمون عنه ، وتسقط المطالبة عنه ، ولو أبرا المضمون له المضمون عنه ، لم يبرأ الضامن ، على قول مشهور لنا .

أقول : قال العامة : الضمان هو ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه ، فيجوز له حينئذ (مطالبة ايمها شاء)^(٦) . وقال أصحابنا : الضمان ناقل ما في ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن .

اذا عرفت هذا ظهرت فائدة الخلاف في مسائل :

الأولى : اذا أبرا المضمون له المضمون عنه ، كما قاله المصنف ، فعل قول اصحابنا لا يبرأ الضامن ؛ لأن المال قد انتقل الى ذمته (ويرا المضمون عنه بنفس الضمان)^(٧) ، فقد أبرأه مما ليس في ذمته فكان الابراء باطلًا ، وعلى قول العامة يبرأ ، لعدم الانتقال الى ذمة الضامن ، ولو أبرا الضامن برمما عندنا ولا يبرء عند العامة ؛ لأنه لم ينتقل المال الى ذمته ، فقد أبرأه مما ليس بلازم له .

الثانية : لو مات الضامن قبل الأداء بقي المال على المضمون عنه عندهم ، وعندنا يتعلق بتركة الضامن ، فان كان له تركة ، والاسقط حق المضمون له ، ولو مات المضمون عنه تغير المضمون له في الرجوع الى تركته ومطالبة الضامن عندهم ، وعندنا يتبعن مطالبة الضامن ، وليس للمضمون له الرجوع على تركه المضمون عنه .

الثالثة : لو ضمن بغير سؤاله ثم ادى بسؤاله رجع عليه عندهم ؟ لأنه ادى دينه باذنه عندهم ، وعندنا لا يرجع عليه بشيء ، لانتقال المال الى ذمته بنفس الضمان ، فاذن لا يرجع على الاذن بشيء .

الرابعة : لو دفع الضامن الى المضمون له ، فأنكر فشهاد المضمون عنه ،

(٦) - في « ن » : مطالبه ان شاء .

(٧) - ما بين القوسين لم يرد في « ن » .

فعندهم لا تقبل هذه الشهادة ؟ لأنها له فلا تقبل شهادته لنفسه ، وعندنا تقبل ما لم تحصل التهمة ، وهي تتصور في مواضع :

الأول : ان يحجز على الضامن للفلس ويكون المضمون عنه احد غرمانه ، ويكون الضمان تبرعاً بغير اذن المضمون ، فهنا تتحقق التهمة ؛ لأن شهادته بالأداء تمنع المضمون له من مخاصة الفرماء وهو احدهم.

الثاني : ان يدفع عن الحق عوضاً اقل من قيمته ، فهنا تتحقق التهمة ؛ لأنه يرجع بقيمة المدفوع خاصة .

الثالث : ان يكون الضامن معسراً والمضمون له غير عالم بحاله ، فهنا تتحقق التهمة ايضاً ؛ لأن شهادته بالأداء تمنع رجوع المضمون له عليه .

قال رحمه الله : والضمان المؤجل جائز إجماعاً ، وفي الحال تردد ، أظهره الجواز .

أقول : قال الشيخ في النهاية : لا يصح ضمان مال ولا نفس الا بأجل معلوم ، وهو قول المفيد في المقنة ، وابن البراج في الكامل ومذهب ابن حزرة ؛ لأن الضمان ارفاق ، فيشترط فيه الأجل اذ الحال لا ارفاق فيه ؛ لأن الضمان الحال يسوغ تعجيل المطالبة بالحق المضمون فيسلط الضامن على مطالبة المضمون عنه ، فتنتفي فائدة الضمان وهي الارفاق .

وقال الشيخ في المبسوط وابن البراج في المذهب بعواز الحال ، واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة ابو العباس ، وهو المعتمد ، لأصالة الجواز ، وعموم قوله عليه السلام : « الزعيم غارم »^(٨) ، وعموم : « وانا به زعيم »^(٩) .

وأجيب عن حجة المانعين بعدم انحصر الفائدة في التأجيل ، بل في تفاوت الفرماء بحسن القضاء والتقاضي .

(٨) - تقدم ص ١٩٤ .

(٩) - يوسف : ٧٢ .

تبنيه : مراد الشيخ في النهاية ومن تابعه بالمنع من الضمان الحال الاطلاق ، اي سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً ، وليس مرادهم تخصيص المنع بما اذا كان الدين مؤجلاً كما توهه المقداد في شرح المختصر ؛ لأنّه قسم الدين الى حال ومؤجل ، وقسم الضمان الى حال ومؤجل ، ثم قال : الثاني ان يكون مؤجلاً ويضمن حالاً ، وهذا منعه الشيخ في النهاية ، والمفید في المتنع ؛ لأنّ الضمان وضع للارفاق ، هذا كلام رحمة الله .

حضر منع الشيخ والمفید في النهاية والمتنع فيما اذا كان الدين مؤجلاً وهو سهو القلم ؛ لأنّ المراد هنا الاطلاق واختصاص المنع بالمؤجل وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، نقله العلامة عنه في المختلف ، وفي هذه المسألة مذهب فيه الجواز ضد مذهب في النهاية ، وفي النهاية اشترط تأجيل الضمان مطلقاً ، وفي المبسوط اشترط تأجيله اذا كان الدين مؤجلاً ، وجوز حلوله اذا كان الدين حالاً وتابعه المصنف هنا على مذهب فيه ، واختار في هذه جواز الحلول ، واختار فيما اذا كان الدين مؤجلاً اشتراط التأجيل ، ذكر ذلك في آخر باب الضمان في المسألة التي تلي الحوالة ، فقد ظهر فساد ما توهه المقداد .

ومما يدل على فساده قول العلامة في التحرير ، قال : وللشيخ قول بالمنع من الضمان الحال مطلقاً ، وقول آخر بالمنع من الضمان المؤجل حالاً . اشار بالاطلاق الى قوله في النهاية الذي توهه المقداد انه مختص بالمؤجل ، واسرار بالمختص بالمؤجل الى قوله في المبسوط .

وانما نبهنا على ذلك ليحصل العلم بأنّ هذه المسألة^(١٠) والتي بعدها مسألتان متغيرتان ، وان مذهب المصنف غير متناقض ، وعلى ما قاله المقداد تكون مسألة

واحدة ، فلزيم حيئنذا التكرار^(١١) لغير فائدة ، وحصول التناقض في قوله : لأنّه اختار هنا جواز الضمان حالاً واختار في التي بعدها عدم جوازه حالاً ، وهو تناقض على القول بأنّها مسألة واحدة ، فقصدنا هذا للتبيّه تحقيق ذلك ، ونسال من الله المغفرة والتوفيق ، (والهدایة الى التحقیق والمصمة من الزلل الموجب للخلل في القول والعمل)^(١٢) .

فروع :

الأول : اذا اشترط في عقد الضمان الاداء من مال بعينه صع الضمان والشرط ، لتفاوت الأغراض في أعيان الأموال ، فلو تلف المال قبل الاداء من غير تفريط من الضامن ، هل يبطل الضمان ويرجع على الأصل اولاً يبطل ويلزم الضامن بالاداء من غيره ؟ يحتمل البطلان ، لفوات الشرط وهو الاداء من ذلك المال المتعين ، وقد تلف فيبطل الضمان ، ويعتمد عدم البطلان ؛ لأنّ الضمان ناقل للبفال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن ، واشترط الضمان من مال بعينه لا ينافي تبوته في ذمته ، واذا كان ثابتاً في الذمة لم يبطل بتلف المال المشترط اداء الدين منه .

والتحقيق : انه اذا اشترط الضمان من مال معين^(١٣) ، هل يتتعلق الدين بذلك المال تعلق الدين بالرهن او تعلق الأرض برقبة الجاني ؟ فعل الاول لا يبطل الضمان كما لو تلف الرهن ، وعلى الثاني يبطل كما لو تلف العبد الجاني ، فاذًا بطل رد على الأصل ، والأول مذهب فخر الدين ، وهو المعتمد .
الثاني : لو لم يف المال الذي اشترط اداء الدين منه بقيمة الدين ، هل يرجع

(١١) - في «ن» : بغير .

(١٢) - ليس في «ن» و «ر٢» .

(١٣) - في «ن» : بعينه .

بالباقي على الضامن او الأصل ؟ يبقى على الأصل الذي ذكرناه ، فان قلنا : انه يتعلق به تعلق الأرض برقة الجاني لم يرجع على الضامن ، ويرجع على الأصل ؛ لأن المال لم ينتقل الى ذمة الضامن ، بل يتعلق بعين المال فلا يلزم اكثرب من قيمته ، كما لا يلزم السيد اكثرب من قيمة الجاني .

وان قلنا : تعلق الدين بالرهن ، رجع على الضامن ؛ لأن المال قد انتقل الى ذمته بنفس الضمان ، فاذا قصر ما اشترط الاداء منه عن الدين تم من غيره ، ورجع على المضمون عنه ان كان الضمان بسؤاله .

الثالث : لو بيع متعلق الضمان وهو المال الذي اشترط الاداء منه بأقل من قيمته لعدم الراغب احتمل الرجوع ب تمام القيمة ؛ لأنه يرجع بما غرم ، ويتحمل الرجوع بالثنين خاصة ؛ لأنه القدر الذي قضاه ، قاله في القواعد .

وفي هذا الكلام دلالة على ان المديون يجب عليه بيع ماله بالدين وان كان بدون ثمن المثل ، والا لما احتمل الرجوع ب تمام القيمة ؛ لأنه لو باع بأقل من ثمن المثل مع عدم وجوب البيع عليه كان متبرعا ببيع غير واجب ، والمتبرع لا يرجع بما يتبرع به قطعاً .

وقوله : (ويتحمل الرجوع بالثنين خاصة) ، ليس لأن البيع غير واجب ، بل لما قاله ؛ لأن القدر الذي قضاه ، والضامن يرجع بما قضاه لا بما ضمه ، والمعتمد الأول ؛ لأن التقص حصل بسبب الضمان المأذون فيه ، اذ لو لا ذلك لما وجب عليه بيع ماله بأقل من ثمن المثل .

تنبيه : قال في القواعد : ولو ضمن كل من المديونين ما على صاحبه تعاكست الأصالة والفرعية فيها إن أجازها ويتساقطان ، فان شرط الضمان من مال عينيه وحجر عليه للفلس قبل الاداء ، رجع على الموسر بما أدى ، ويضرب الموسر مع الغرماء .

وهذه العبارة لا تخلو من إيهام وغموض ، وسبب الإبهام قوله : (حجر عليه للفلس قبل الأداء) ، ثم قال : (رجع على الموسر بما أدى ويضرب الموسر مع الفرماء) ، فإذا كان الحجر قبل الأداء فكيف يرجع بما أدى وهو لم يؤد شيئاً !؟ وبيان ذلك أن نقول إذا شرط الضمان من مال بعينه ثم حجر على ذلك الضامن للفلس اختص المضمون له بذلك المال دون سائر الفرماء ؛ لأن الضمان حيث إنما يتعلق بذلك المال تعلق الدين بالرهن ، أو تعلق الأرض برقبة الجاني ، وكلاهما يوجب التخصيص ، فإذا اختص المضمون له بهذه العين رجع الضامن بقيمتها على المضمون عنه وتعلقت بها حقوق الفرماء ، ثم يضرب الموسر بما أداه عن المفلس مع الفرماء ، ولا يجوز له أن يقاصره للفلس بقيمة تلك العين التي دفعها عنه ، لعدم تشخيص ما يستحقه في ذمة المفلس ، فهو شريك للفرماء في قيمة العين وغيرها ، فليس لها التساقط وإن اتفقا عليه لتعلق حقوق الفرماء بما يستحقه في ذمة الموسر .

قال رحمة الله : وكمال السبق والرماية ، على تردد .

أقول : إن الحق على أربعة أقسام :

الأول : حق لازم مستقر كالثمن بعد قبض المبيع ، ولزوم العقد والأجرة بعد العمل ، وهذا لا شك في جواز ضمانه .

الثاني : حق لازم ، ولكن غير مستقر كالثمن بعد قبضه وقبل إنقضاء مدة الخيار كالمهر قبل الدخول ، وكالأجرة قبل العمل ، وهذا يجوز ضمانه أيضاً وإن جاز أن تسقط ، إذ جواز السقوط غير مانع من صحة الضمان ، وإلا لكان مانعاً في المستقر أيضاً ، بجواز سقوطه بالابراء أو الرد بالعيوب وغير ذلك .

الثالث : حق غير لازم ، ولا يؤول إلى اللزوم عند بعضهم ، كمال الكتابة ، وهذا لا يجوز ضمانه عند من قال أنه غير لازم للعبد ، ويجوز ضمانه عند من قال

بلزومه له ، وهو المعتمد .

الرابع : حق غير لازم ، ولكن يؤول الى اللزوم كحال الجعلة قبل الشروع في العمل ، هل يصح ضمانه ام لا ؟ اطلق الشيخ في المسوط جواز ضمانه ، واختاره المصنف ، وجزم به العلامة في القواعد والتحرير ، وهو المعتمد للأصل ، ولعموم : « الرعيم غارم »^(١٤) ، ولأنه مما ليس تمس الحاجة اليه ، كما لو قال : التي متاعك في البحر وعلى ضمانه .

ويحتمل عدم الجواز قبل الشروع بالعمل ؛ لأن ضمان ما لم يجب ؛ لأن العقد غير لازم ، والمصالح غير ثابتة في الذمة فلا يصح ضمانه .
إذا عرفت هذا ، فالسبق والرماية إن قلنا ان العقد لازم صح ضمانه من غير تردد ، وإن قلنا انه عقد جائز كان حكمه حكم مال الجعلة ، والمعتمد جواز ضمانه أما لو ضمن العمل في الجعلة أو السبق والرماية فانه لا يصح قطعاً .
فرعنان :

الأول : المنافع الثابتة في الذمة يجوز ضمانها كالأموال بخلاف ما لو كانت غير ثابتة في الذمة ، بل متعلقة بغير المؤجر ، كما لو استأجر عبداً معيناً للخدمة مدة معينة ، أو دابة معينة لحمل شيء معين ، فإن هذه المنفعة لا يجوز ضمانها ، لعدم جواز استيفائها من غير العين الشخصية .

الثاني : لو ضمن المهر قبل الدخول فارتدت المرأة أو فسخت لعيب ، كان قبل أن يؤدي الضامن شيئاً سقط المال عنه وعن الأصل ، وإن كان بعد الأداء رجع الضامن على الأصل إن كان الضمان باذنه ، ويرجع الأصل على

المرأة.

قال رحمة الله : وفي ضمان الأعيان المضمنة ، كالغصب والمقبوضة بالبيع الفاسد تردد ، والأشبه الجواز .

أقول : منشأ التردد من انه مال مضمون على القابض فجاز ضمانه ، ولالأصالة الجواز ، ومن انه غير ثابت في ذمة المضمون عنه ، ولا يمكن إنتقاله إلى ذمة الضامن ؛ لأن المضمون هي الأعيان الشخصية ، والواجب رد أعيانها ، فهي غير ثابتة في الذمة ، فلا يصح ضمانها ، وهو مذهب فخر الدين ، ومذهب المصنف والعلامة جواز ذلك ، وهو المعتمد .

قال رحمة الله : ولا يشترط العلم بكية المال ، ولو ضمن ما في ذمته ، صح على الأشبه ، ويلزمه ما تقوم البيضة به .

أقول : للشيخ قولان في هذه المسألة : أخذها الصحة ، وهو قوله في النهاية ، وبه قال المقيد في المقتنة وابن الجنيد وسلام وأبو الصلاح وابن زهرة ، وابن البراج في الكامل ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد والأصالة الصحة ، لعموم قوله تعالى : ﴿وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾^(١٥) ، وأشار إلى حمل البعير ، والأصل عدم تعينه ، وعموم قوله عليه السلام : « الزعيم غارم »^(١٦) . وقال في المبسوط والخلاف : لا يصح ، وبه قال ابن البراج في المذهب ، واختاره ابن ادريس ؟ لأن ضمان المجهول غرر ؟ لأنه لا يدرى كم المال الذي عليه .

وأجاب العلامة بأن الغرر إنما هو في المعاوضات التي تفضي إلى التنازع ، أما الأقرار والضمان وشبهها فلا ؛ لأن الحكم فيها معين ، وهو الرجوع إلى المقر في

(١٥) - يوسف : ٧٢ .

(١٦) - تقدم ص ١٩٤ .

الاقرار ، والى البيينة في الضمان ، فلا غرر حينئذ .

وقد يمكن للشيخ الجواب عن جواب العلامة : بأننا لا نسلم زوال الفرر مع الرجوع الى ما قامت فيه البيينة ، لاحتلال قيامها بما يعجز عنه الضامن ، فيحصل الضرر المستند الى الفرر .

وقد يمكن للعلامة الجواب عن هذا الجواب : بأن هذا الضرر هو الذي أدخله على نفسه فهو مستند الى فعله ، وهو ضمانه للمجهول مع علمه بهذا الاحتال ، وقد قدم على ذلك ، فيكون كما لو ضمن المعلوم مع عجزه عنه فاذا ضمن ما في ذمة زيد ، قال المصنف : (يلزمه ما تقوم به البيينة) .

وقال ابو الصلاح : او اقر به الغريم ، وقال المفید : او يخلف على ما يدعى به ، والمعتمد هو مذهب المصنف ، وهو اختيار العلامة ، والاقرار لا يلزم غير المقرر ، وأما مع عدم البيينة ونکول الغريم عن اليقين ، وخلف المدعى ان قلنا ان عينه هنا كالبيينة وجب على الضامن دفع ما حلف عليه المدعى ، كما لو اقام البيينة ، وان قلنا هي كاقرار الخصم ، لم يلزم الضامن شيء .

قال رحمة الله : اذا ضمن عهدة الثن ، لزمه دركه في كل موضع يثبت فيه بطلان البيع من رأس ، أما لو تجدد الفسخ بالتقايل ، أو تلف المبيع قبل القبض ، لم يلزم الضامن ورجع على البائع ، وكذلك لو فسخ المشتري بعيوب سابق ، أما لو طالب بالأورش رجع على الضامن ؛ لأنه استحقاقه ثابت عند العقد ، وفيه تردد .

أقول : معنى ضمان المهددة هو انه اذا باع الانسان شيئاً وخشى ان يظهر الثن مستحقاً او خشي بأن يظهر المبيع مستحقاً ، جاز لكل منها ان يضمن رجلاً على درك الثن والثمن إن ظهر مستحقاً رجع المضمون له على الضامن متى شاء الضامن أو المضمون عنه ، فيكون هذا الضمان ضم ذمة إلى ذمة ، سواء قلنا انه ناقل أو غير ناقل ، لعدم امكان انتقال الحق هنا حالة الضمان ، وانما يصح ضمان

عهدة الثمن بعد قبضه لا قبل القبض اذا كان الضمان عن البائع للمشتري ، فاذا خرج المبيع مستحقا طالب ايهما شاء ، وان كان الضمان عن المشتري للبائع وكان الضمان ثمن المبيع قبل ان يتسلمه البائع ولعهدة الدرك بعد ان يتسلمه ، فالضمان في الحالين لعهدة الثمن سواء كان للبائع او للمشتري .

والعهدة ، قال في التحرير : هي إسم للكتاب الذي يكتب فيه وثيقة البيع ، ويذكر فيه الثمن فنقل الى الثمن المضمون ، وقال صاحب الصحاح : يقال في الأمر عهدة ، وفي العقل عهدة أي ضعف ، وألفاظ ضمان العهدة ان تقول : ضمنت عهده او دركه ، أو يقول للمشتري : ضمنت خلاصك منه .

ولو ضمن خلاص المبيع لم يصح ؛ لأنه لو خرج حرّام يجز تخليصه .

اذا عرفت هذا ، فاذا ضمن العهدة رجع على الضامن في كل موضع يثبت فيه بطلان البيع من أصله ، دون ما تجدد بسبب الفسخ ، كما قاله المصنف .

اما اذا كان الرد بسبب العيب السابق على العقد ، فقد جزم المصنف هنا بعدم جواز الرجوع على الضامن ، واختاره العلامة في التحرير .

ولو طالب بالأرضن تردد المصنف في الرجوع على الضامن بعد أن حكم بالرجوع عليه ، واختار العلامة في التحرير عدم جواز الرجوع عليه .

ومنشأ التردد من أصلالة براءة الذمة وان ضمان العهدة يستلزم الرجوع على الضامن مع خروج الثمن مستحقاً وفساد البيع من أصله ، والأمر ليس كذلك ومن أن أجزاء البيع مقابلة لأجزاء الثمن ، فاذا ظهر في المبيع عيب سابق يقتضي نقص القيمة تبينا ان تلك النقيصة ليست مستحقة للبائع وقد قبضها من غير استحقاق ، فكان البيع باطلأً في مقابلتها من الثمن ، فيجوز له الرجوع على الضامن بتلك النقيصة ، لاستحقاقه لها حالة العقد ؛ لأن الأرضن بدل جزء فائت حالة العقد ، فيكون له الرجوع فيه على الضامن ، وهو مذهب المصنف ، والعلامة في القواعد ،

وهو المعتمد .

قال رحمة الله : اذا ضمن ضامن للمشتري ، دَرَكَ ما يحدث من بناء او غرس لم يصح ، لأنه ضمان ما لم يجب ، قيل : وكذا لو ضمنه البائع ، والوجه الجواز ؛ لأنه لازم بنفس العقد .

أقول : ذكر المصنف وجهي الصحة والبطلان ، واستشكل العلامة صحة ضمان البائع في القواعد ، وأبطله فخر الدين ، والعلامة في التحرير ؛ لأنه ضمان ما لم يجب .

قال رحمة الله : إذا ضمن المريض في مرضه ومات فيه ، خرج ما ضمنه من ثلث تركته ، على الأصح .

أقول : ضمان المريض صحيح فإن برأ أو أحجاز به الوراثة خرج من الأصل ، ولو مات كان خروجه من الأصل أو الثلث مبنياً على تبرعاته ، هل هي من الأصل أو الثلث ؟ وسيأتي البحث في ذلك انتقام الله تعالى .

قال رحمة الله : ولو كان الدين مؤجلاً وضمنه حالاً لم يصح ، وكذا لو كان إلى شهرين وضمنه إلى شهر ؛ لأن الفرع لا يرجع على الأصل ، وفيه تردد .

أقول : اختيار المصنف مذهب الشيخ في المبسوط ؛ لأن الفرع لا يرجع على الأصل معناه ان الضامن ^(١٧) فرع المضمون عنه ، والمال غير حال على المضمون عنه ، فلا يجوز ان يحمل على فرعه ، وهو الضامن لعدم جواز رجحان الأضعف على الأقوى ؛ لأن الأصل أقوى من الفرع .

واختاره فخر الدين ، قال : لأن الحلول زيادة في الحق ، وهذا يختلف في أنه ، وهذه الزيادة غير لازمة للمديون ولا ثابتة في ذاته ، فيكون ضمان ما لم يجب ، فلا يصح عندنا .

(١٧) - في « ر ١ » : الضمان .

وتردد المصنف لاحتجال الصحة؛ لأن المضمون عنه يصح له أن يدفع المؤجل حالاً، فكذا الضامن؛ لأن الضمان كالقضاء، وهو المعتمد، واليه ذهب العلامة رحمة الله .

وبقي هنا بحث ، وهو اذا ضمن المؤجل حالاً ، هل له مطالبة الأصيل قبل حلول الأجل ؟ فيقول : لا يخلو اما ان يكون الضمان بسؤاله أو غير سؤاله ، فان كان الثاني فليس له الرجوع مطلقاً ، وإن كان الأول فلا يخلو إما أن يأمره بالضمان مطلقاً أو حالاً ، فان أمره بالضمان مطلقاً فضمن حالاً لم يجعل على الأصيل إلا بعد حلول الأجل ، وان أمره بالضمان حالاً فضمن كذلك ، لزم الفرم عاجلاً ؛ لأنه أسقط حقه من الأصل بالأمر بالضمان حالاً ، فهو كما لو قضاه من نفسه ، وإلا لزم تضرر الضامن وقد قال عليه السلام : « لا ضرار ولا ضرار في الاسلام »^(١٨) .

(١٨) الوسائل ، كتاب الشفعة ، باب ٥ ، حديث ١.

في الحوالة

قال رحمة الله : ويشترط فيها رضى المحييل والمحال عليه والمحتال ومع تتحققها يتحول المال الى المحال عليه ، ويرأ المحييل وإن لم يبرأ المحتال على الأظهر .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في اعتبار رضى الثلاثة ، وهو المشهور بين الأصحاب ، وقال المصنف في المختصر : وربما اقتصر بعض على رضى المحييل والمحتال ، قال أبو العباس في شرحه : اعتبار رضى الثلاثة هو المشهور ، واقتصر ابن ادريس على رضى المحييل والمحتال ، وهو ظاهر المفید هذا كلامه في المقتصر .

وفي المذهب مثله استدال الاقتصار على رضى المحييل والمحتال الى ابن ادريس ، مع ان مذهب ابن ادريس اعتبار رضى الثلاثة ، وهذه عبارته : والثلاثة يعتبر رضاهم في صحة عقد الحوالة ؛ لأنه اذا حصل رضاهم هؤلاء أجمع ، صحت الحوالة بلا خلاف ، وإلا لم يحصل فيه خلاف . هذا كلامه .

ثم تبعت باب الحوالة في كتابه من أوله إلى آخره فلم أجده له قولًا يخالف

هذا القول .

ومقدار رحمة الله أسنداً الاقتصر على رضى المغيل والمحتال إلى أبي الصلاح .

وقال العلامة في المختلف : وقال ابن حمزة : تصح الموالة بشرط عشرة ... إلى أن قال : ورضي الحال عليه على الصحيح . وهو يشعر بوجود قول لبعض أصحابينا أنه لا يعتبر ، هذا كلام رحمة الله .

وهو دال على عدم وقوف العلامة على ذلك القول إلا من ظاهر كلام ابن حمزة ، وظاهر كلام المفید ؛ لأنَّه استدل بظاهر كلامه أيضاً على عدم اعتبار رضي الحال عليه ، ولو كان ذلك قول ابن إدريس لأنَّه لا يُسند ذلك إليه ؛ لأنَّ الاستناد إلى الصحيح أولى من الاستناد إلى الفحوى .

الثانية : في إشتراط إبراء المحتال للمغيل ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ، وبه قال ابن البراج وابن حمزة وأبو الصلاح وابن الجنيد ، وهو أن يقول : (إبرأتك مما لي عليك) ، ودليلهم رواية زرارة الحسنة^(١٩) ، عن أحد هما عليها السلام .

وأنكر ابن إدريس ذلك ، واختاره المصنف والعلامة .

وهو المعتمد ؛ لأنَّ الموالة تقتضي تحويل المال من ذمة المغيل إلى ذمة الحال عليه ، والإبراء إسقاط لما في الذمة ، فإنْ وقع قبل الموالة سقط ما في ذمة الغريم ، فلا معنى للحواله بعد ذلك ، وإنْ وقع بعد الموالة ، فقد انتقل المال إلى ذمة الحال عليه ويرأته ذمة المغيل ، فلا فائدة ، في الإبراء .

أما على القول بعدم إشتراط رضي الحال عليه وجواز الرجوع على المغيل ، يتصور للإبراء فائدة وهو عدم جواز الرجوع بعد الإبراء ، والعمل على غير ذلك . قال رحمة الله : ويصح أن يحيل على من ليس عليه دين ، لكن يكون ذلك

. (١٩) الوسائل ، كتاب الضمان ، باب ١١ ، حدیث ٢ .

بالضمان أشبه .

أقول : ذهب الشيخ وابن البراج وابن حمزه الى عدم جواز الحوالة على من ليس عليه دين ؛ لأنها نوع معاوضة عندهم ، وذهب المصنف والعلامة الى الجواز ، لأصلة الصحة ، لكنها تشبه الضمان ؛ لأنه تحمل للمال عن مال له عليه مال ، فالحوالة مشابهة له

قال رحمة الله : ويشرط تساوي الماليين جنساً وصفاً تفصياً من التسلط على المحال عليه ، إذ لا يجب أن يدفع إلا مثل ما عليه ، وفيه تردد .

أقول : منشئه من انه لو لم يعتبر تساوي الحقين لأدى الى تسلط المحتال على المحال عليه بإلزامه بأداء الحق من غير الجنس الذي عليه وهو غير جائز ، إذ لا يجب عليه الدفع إلا من الجنس الذي لزمه بالعقد السابق .

ومن أصللة الجواز ، لأنه يجوز الحوالة على غير من عليه حق ، فعل من عليه بالمخالف أولى ، والضرر مدفوع باعتبار رضاه ؛ لأننا نشرط رضى المحال عليه في صحة الحوالة ، فإذا رضي أن يدفع من غير الجنس الذي عليه فلا مانع ، كما لو تراضياً بقبض غير الجنس ، وهذا هو المعتمد .

قال رحمة الله : وتصح الحوالة بحال الكتابة بعد حلول النجم ، وهل تصح قبل حلوله ؟ قيل : لا يصح .

أقول : منع الشيخ رحمة الله من الحوالة على العبد بحال الكتابة ، بناءً على مذهبه من ان للعبد ان يعجز نفسه عند الحلول ، فيظهر عدم الاستحقاق ، وعلى القول بلزوم العقد يجوز قبل الحلول وبعدده ؛ لأنه مال ثابت في ذاته ، فيجوز الحوالة به كغيره من الديون .

قال رحمة الله : اذا قال احتلك عليه ، فقبض ، وقال المحيل : قصدت الوكالة ، وقال المحتال : إنما أحتلك بما عليك ، فالقول قول المحيل ؛ لأنه أعرف

پلفظه، و فیه تردد.

أقول : اذا اتفقا على ايقاع لفظ المعاولة ، ثم ادعى المحيل قصد الوكالة ، قال المصنف : (كان القول قوله) ، ثم تردد في ذلك من حيث انه أعرف بلفظه وقصده ، والأصل بقاء حق المحيل في ذمة المحال عليه ، وبقاء حق المحتال في ذمة المحيل ما لم يتفقنا على الانتقال ولم يحصل .

ومن احتفال كون القول قول المحتال بشهادة اللفظ له ؛ لأنّه أتى بلفظ موضوع للحالة المقتضية لنقل المال من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، فلا يقبل دعوه في غير ذلك .

وال الأول هو المعتمد ، وهو اختيار العلامة في القواعد ، وبه قال الشيخ ،
والثاني اختيار العلامة في التحرير . وعلى التقديرين أن كان الحق قد تلف بعد
قبضه ، فقد بريء كل منها من صاحبه وإن كان التلف بتغريب القابض ؛ لأن
المحتال إن كان حقاً فقد أتلف ماله .

وان كان مبطلاً ثبت لكل منها في ذمة الآخر مثل ما للأخر في ذمته فيتقاضان وان كان بغير تفريط فالمحتال يقول : قبضت حق وبرء المحيل بالحالة والمال عليه بالتسليم ، والمحيل يقول : تلف المال في يد وكيلي من غير تفريط فلا ضمان ، وان لم يتلف المال في يد المحتال كان للمحيل الرجوع على المحتال ودفع حقه إليه من غيره ؛ لأنه خير في قضاء الدين من أي مال شاء اذا كان من جنس الحق ، ولا يجوز للمحتال ان يقاصره بما قبضه إلا مع الامتناع من دفعه حقه .

قال رحمة الله : اذا كان له دين على اثنين ، وكل منهما كفيل لصاحبه ، وعليه

الآخر مثل ذلك ، فأحاله عليهما صاحب وإن حصل الرفق في المطالبة .

أقول : المراد بالكفالة هنا كفالة المال ، لا كفالة البدن وكفالة المال ناقلة له

من ذمة المكفول عنه الى ذمة الكفيل ، وهي ضمان بالحقيقة .

اذا عرفت هذا قال الشيخ في المبسوط : اذا كان له على رجلين ألف ، ولرجل عليه الف ، فاحال بها على الرجلين وقبل المحوالة كانت جائزة ، فان كان كل واحد منها ضامناً عن صاحبه فأحاله عليها لم يصح ؛ لأنَّه يستفيد بها مطالبة الاثنين كل واحد منها بالألف ، وفي هذا زيادة في حق المطالبة بالمحوالة ، وذلك لا يجوز ، وليس له ان يطالب كل واحد منها بالألف ، واما يقبض الألف من أحد هما دون الآخر .

قوله : (وان حصل الرفق في المطالبة) إشارة إلى ما قاله الشيخ وهو حصول الزيادة في حق المطالبة ؛ لأنَّه قبل المحوالة كان يستحق مطالبة واحد ، فصار بسبب المحوالة يستحق مطالبة اثنين ، وهذا هو معنى الرفق في المطالبة .

والتحقيق أنَّ يقول : ان كفالة المال ناقلة ، فاذا كفل كل من الرجلين صاحبه ، لا يخلو اما ان يرضي المكفول له بكتافتها او لا يرضي ، او يرضي بكتافلة احدهما دون الآخر ، فان رضي بها معاً او لم يرض بشيء لم يكن له مطالبة أحد منها بأكثر من النصف ، اما على تقدير عدم الرضى ظاهر ، وأما على تقديره فلاتقال ما في ذمة كل واحد منها الى ذمة الآخر ، فهو كما لو لم يكن كفالة ، وان رضي بضمان أحدهما دون الآخر كان له مطالبتة بـألف ، فليس له على الآخر سبيل ، فلا يتصور التخيير بطالبة كل واحد بالألف بحيث يحصل الارفاق في احدهما دون الآخر ، بل المعتمد ما حققناه .

قال رحمة الله : اذا أحال المشتري البائع بالثنين ، ثم رد المبيع بالغريب السابق ، بطلت المحوالة ؛ لأنَّها تبع للبيع ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه من ان المحوالة تبع للبيع ، وقد بطل فتبطل المحوالة ، لاستحالة وجود التابع بدون متبعه ، ومن ان المحوالة ناقلة للمال وقد تحققت ، فيتحقق انتقال المال من ذمة المشتري الى ذمة المحال عليه ، فلا يسقط بالفسخ

المتقب، والأول مذهب الشيخ ، واختاره العلامة بناءً على بطلان الموالة وعدمه على أنها هل هي استيفاء أو اعتياض ؟ ثم حكم بالبطلان على القول بالاستيفاء ، وبعدمه على القول بالاعتياض ، ووجه كونها استيفاءً عدم اشتراط التقبض في المجلس لو كان المحقق من الأثنان ، ولأنه لو كان إعتياضاً لكان بيع الدين بالدين ، ووجه كونها إعتياضاً أنه يقبض ما في ذمة المحال عليه مقابل ما في ذمة المحيل ، وهو معنى الاعتياض .

ووجه البطلان على القول بالاستيفاء أنها نوع ارافق ، وإذا بطل الأصل بطل هبة الارافق ، ولأنه لو اشتري دراهم مكسورة فدفع اليه صاححاً ، كان دفع الصاحح إرفاقاً ، فإذا فسخ البيع رجع بالصالح ، فيبطل الارافق .

ووجه عدم البطلان على القول بأنها إعتياض لزوم المعاوضة ، كما لو أخذ ثمن المبيع ثوباً به عيب ، ثم رد المبيع بالعيوب ، فإنه يرجع بالثن الذي وقع عليه العقد لا بالثوب الذي أخذه عوضاً عن المبيع ، والمعتمد بطلان الموالة .

ويترفع على القول بالبطلان وعدمه :

فروع :

الأول : على القول بعدم البطلان يرجع المشتري على البائع خاصة دون المحال عليه ، ولا يتغير حقه فيما قبضه البائع من المحال عليه ؛ لأن صار ملكه فله دفعه ودفع غيره .

الثاني : لو لم يقبض البائع الحق من المحال عليه ، هل للمشتري الرجوع عليه قبل القبض ؟ يحتمل ذلك ؛ لأنه إذا أحواله بالثن كان كما لو أق卜ضه إليه ، وهذا لا يجوز حبس المبيع بعد الموالة على الثن ، ويحتمل العدم ؛ لأن التبريم إنما هو للعقوبض ولو لم يحصل حقيقة القبض ، وهذا الفرع على القول بعدم البطلان ، ولو قلنا به كان له المطالبة ، وإن لم يقبض .

الثالث : لو قلنا بعدم البطلان ومنعنا من المطالبة قبل القبض ، هل له إلزم
البائع بالقبض من المحال عليه ليقبض المشتري من البائع ؟ يحتمل ذلك ؛ لأنه إذا
رداً المشتري المبيع ومنعه من مطالبة المحال عليه - لانتقال ما كان له عليه إلى
البائع ، ومنعه من مطالبة البائع لعدم القبض من المحال عليه ، ولم يوجب على
البائع القبض من المحال عليه - ليرجع المشتري عليه لأدئي ذلك إلى بطلان حق
المشتري ، وهو غير جائز ، ويحتمل العدم ؛ لأنه ليس للإنسان أن يجرِّ غيره على
قبض حق نفسه ، والتقدير أن الحق صار للبائع فلا يجرِّ على قبضه .

الرابع : على القول ببطلان ، فإن كان البائع قبض ما أحاله المشتري به
رده على المشتري ، ولا يرده على المحال عليه ويتبع حق المشتري في المقبوض ؟
لأنَّا تبيَّنا بقاءه على ملك المشتري وعدم استحقاق البائع له ، بطلان البيع فإن
تلف في يده كان مضموناً عليه ؛ لأنَّه قبضه لنفسه ، ولو لم يقابله لم يجز قبضه ،
ورجع المشتري على المحال عليه .

قال رحمة الله : أما لو أحال البائع أجنبياً بالثمن على المشتري ، ثم فسخ
المشتري بالغيب السابق أو بأمر حادث ، لم تبطل الحوالة ؛ لأنَّها تعلقت بغير
المتباعين ، أما لو ثبت بطلان البيع ، بطلت الحوالة في الموضعين .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : فيما إذا أحال البائع ثالثاً بالثمن ، وقد جزم المصنف بعدم بطلان
الحوالة ، وهو مذهب الشيخ رحمة الله ، وادعى عليه الإجماع ، لتعلق حق الغير
بالثمن ، ويحتمل البطلان ؛ لأنَّ استحقاق المحال فرع على استحقاق المحيل ، وقد
بطل الأصل ، فيبطل الفرع .

الثانية : فيما إذا ظهر فساد البيع من أصله ، فهنا تبطل الحوالة في الموضعين ،
موقع إحالة المشتري للبائع بالثمن ، وموضع إحالة البائع للأجنبي لظهور فساد

كتاب الضمان
الموالة ، لتعلقها بما لا يستحقه المحيل .

في الكفالة

قال رحمة الله : وتصح حالة ومؤجلة على الأظهر .

أقول : اشترط المفید والشیخ في النهاية الأجل في الكفالة ، ولم يشترطه في المبسوط ، واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد .

قال رحمة الله : ولو قال : (فان لم احضره كان علي كذا) لم يلزمـه إلا احضارـه دون المال ، ولو قال : (علي كذا إلى كذا إن لم احضره) وجـب عليه ما شرـطـ منـ المـال .

أقول : هذه المسألة اجماعية ، وليس الفرق من حيث تقدم حرف الشرط وتـأخـيرـه ؛ لأنـ ذلك لا يوجـب إـفـراقـ الحـكـمـ عندـ أـهـلـ الـعـرـبـيةـ ، وـاـنـماـ الـفـارـقـ النـصـ الوـارـدـ فيـ ذـكـرـ ، وـهـوـ ماـ روـاهـ أبوـ العـبـاسـ عنـ الصـادـقـ عـلـيـهـ السـلـامـ «ـ قالـ : سـأـلـتـهـ عـنـ رـجـلـ تـكـفـلـ بـنـفـسـ رـجـلـ إـلـىـ أـجـلـ ، فـانـ لـمـ يـأـتـ بـهـ فـعـلـيـهـ كـذـاـ وـكـذـاـ دـرـهـماـ ؟ـ قالـ : انـ جـاءـ بـهـ إـلـىـ أـجـلـ فـلـيـسـ عـلـيـهـ مـالـ وـهـوـ كـفـيلـ بـنـفـسـهـ أـبـداـ إـلـاـ انـ يـبـداـ بـالـدـرـاهـمـ ، فـانـ بـدـاـ بـالـدـرـاهـمـ فـهـوـ هـاـ خـاصـمـانـ انـ لـمـ يـأـتـ بـهـ إـلـىـ أـجـلـ الـذـيـ

(٢٠) أجله».

قال رحمة الله : ومن أطلق غريماً من يد صاحب الحق قهراً كان عليه إحضاره، أو أداء ما عليه، ولو كان قاتلاً، نزمه إحضاره او دفع الديه .

أقول : هذه المسألة اجتماعية أيضاً ، ووجه الحكم انه رفع اليد المستولية على ما استحقت الاستيلاء عليه ، فكان عليه اعادة الاستيلاء باعادة الغريم والتمكين منه ، أو دفع الحق الذي بسببه ثبتت اليد ، فان كان قاتلاً ولم يحضره ، دفع الديه وان كان القتل عمداً؛ لأن القصاص إنما يجب على المباشر ، وقد تعذر استيفاؤه ، فيجب الديه على المانع منه .

هنا فروع :

الأول : لو دفع الديه ثم حضر القاتل كان لولي المقتول قته ، ويدفع الديه الى من أخذها منه ؛ لأنها أخذها للحيلولة وقد زالت .

الثاني : لو تمكن من استيفاء القصاص بعد أخذ الديه من المخلص ولم يقتض ، وجب عليه دفع ما أخذه من المخلص ؛ لأنه أخذ المال للحيلولة وقد زالت ، فيجب ردء الى مالكه .

الثالث : لو تراضى الوارث والمخلص بهذا المدفوع على ما يستحقه الوارث في ذمة القاتل من القصاص أو الديه لم يكن بعد ذلك للوارث مطالبة القاتل بشيء ؛ لأنه رضي بما صار إليه من المخلص مقابل حقه ، فيسقط ما يدعى عن القاتل به ، وإنما يتسلط على القاتل بعد الأخذ من المخلص اذا كان الأخذ غرامة بسبب الحيلولة لا للرضى بكونه عوضاً عن حقه ، وكما لا يجوز رجوع الوارث على القاتل مع التراضي بالأخذ ولا يجوز للمخلص أيضاً ؛ لأنه أدى دين الغير بغير إذنه ، فلا يجوز الرجوع عليه بشيء .

أما لو أخذ منه للمجز عن القاتل بسبب الحيلولة ولم يحصل التراضي بينها في المأخذة ، فإنه يجوز للمخلص الرجوع على الذي خلقه قصاصاً .

قال رحمة الله : إذا أحضر الغريم قبل الأجل وجب تسليمه إذا كان لا ضرر عليه ، ولو قيل : لا يجب كان أشهى .

أقول : إذا كفله مؤجلاً ثم أحضره قبل الأجل ، هل يجب على المكفول له تسليمه ؟ قال الشيخ في المبسوط - وتبعه ابن البراج - : إن كان لا ضرر في تسليمه وجب ، وذهب المصنف إلى عدم الوجوب ، واختاره العلامة ، وهو المعتمد : لأن حقه تسليمه في الأجل ، فلا يجب عليه أن يقبض غير حقه ؛ لأن المقبوض قبل الأجل ليس حقه ، فلا يجب عليه قبضه .

قال رحمة الله : إذا تكفل بتسليمه مطلقاً إنصرف إلى بلد العقد ، فان عين موضعأً لزم . ولو دفعه في غيره لم يبرأ ، وقيل : إذا لم يكن في نقله كلفة ، ولا في تسليمه ضرر وجب تسليمه ، وفيه تردد .

أقول : القول المحكي هو قول الشيخ رحمة الله في المبسوط ، وتبعه ابن البراج ، وتردد المصنف من أن الشرط اقتضى تسليمه في موضع معين فلا يجب عليه ان يتسلمه في غيره ، كما قلنا في الأجل ، وهو المعتمد .

قال رحمة الله : إذا تكفل رجلان برجل ، فسلم أحدهما لم يبرأ الآخر ، (ولو قيل بالبراءة كان حسناً) .

أقول : الأول قول الشيخ رحمة الله وابن البراج وأبن حمزة ، والمعتمد ما استحسنه المصنف ؛ لأن المكفول لو سلم نفسه براء الكفيل ، فكذا لو سلم أحدهما ؛ لأن المقصود التسليم وقد حصل .

قال رحمة الله : لا تصح كفالة المكاتب ، (على تردد)^(٢١) .

أقول : عدم جواز كفالة المكاتب مذهب الشيخ رحمه الله بناءً على أصالة عدم لزوم الكتابة ، والمعتمد الجواز ؛ لأنها عقد لازم عند الأكثـر .

تنبيه : المشهور بين الأصحاب عدم جواز الكفالة بيدن من عليه الحـد ، سواء كان الله كالزنا وشرب الخمر ، او لآدمي كالقذف ؛ لأن الكفالة اغا تصح في موضع اذا تعذر الحضور وجب على الكفيل اداء الحق الذي على المكفول ، وحق الحـد لا يمكن استيفاؤه من غير من وجب عليه ، وجوزوا^(٢٢) الكفالة بيدن الزوجة لمن يدعـي زوجيتها ، مع انه لا يمكن استيفاء الحق الذي على الزوجة ، وهو تسليمها نفسها الى الزوج من غيرها .

وفي الجمع بين المحكين تناقض ظاهر ، واعتمدوا في حكم الزوجة على وجوب حضورها مجلس الحكم ، وهذا الوجوب لازم لمن عليه الحق أيضاً .

(٢٢) - في «ن» و «ر» : ريجوز .

كتاب المصالح

في تعريف الصلح

قال رحمة الله : وهو عقد شرع لقطع التحاذب ، وليس فرعاً على غيره ، ولو أفاد فائدته ويصح مع الاقرار والانكار ، إلا ما أحل حراماً أو حرم حلالاً ، وكذا يصح مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه ، ومع جهلها به .

أقول : الصلح عقد وضع لقطع المنازعة ، وهل هو أصل بنفسه ، أو فرع على غيره ؟ للشيخ في المبسوط قوله : احدهما : انه فرع على غيره ، واختاره ابن البراج .

وعلى القول به فهو فرع على عقود خمسة : البيع والهبة والاجارة والعارية والابراء ؛ لأنه لا يخلو اما ان يتضمن تمليكاً او اسقاطاً ، فان كان الأول ، فلا يخلو اما ان يكون تملك عين او منفعة ، وعلى التقديرين اما ان يكون التملك بعوض او بغير عوض ، فان تضمن تملك عين بعوض فهو البيع ، وان كان بغير عوض فهو اهبة ، وان تضمن تملك منفعة بعوض فهو الاجارة وبغير العوض فهو العارية ، وان تضمن الاسقاط فهو الابراء .

وحجة القائل بالفرعية افادته فائدة هذه العقود الخمسة ، فيكون فرعاً

عليها .

والقول الآخر للشيخ انه عقد مستقل بنفسه ، واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأنّه عقد منفرد له صيغة مخصوصة ، فيكون أصلاً بنفسه ، ولمخالفته لغيره في الحكم ، فان طلب البيع اقرار ، وطلب الصلح ليس باقرار ، والصلح جائز على المجهول مع تذر استعلامه والبيع غير جائز .

وقول المصنف (إلا ما أحل حراما أو حرم حلالا) ، كما لو اصطلاحا على شرب الخمر أو الزنا ، فهذا يتضمن تحليل الحرام وهو غير جائز ، وكما لو اصطلاح الزوجان على ترك الوطىء ، فهذا يتضمن تحريم الحلال ، وهو غير جائز .

وقوله : (ومع جهلها) لا بد من جهل المصطلحين معاً فيما وقع عليه عقد الصلح أو علمهما ، ولا يصح مع جهل أحدهما وعلم الآخر ، كما لو علم زيد أن في ذمته منه لعمرو ولم يعلم عمرو بها ، فصالحة زيد على أقل من منه لم يجز ؛ لأنّه يلزم منه تحليل الحرام ؛ لأنّ من الحق حرام ، وهذا الصلح يتضمنه فيكون باطلاً .
قال رحمة الله : ولو صالحه على دراهم بدنانير أو بدراهم صع ولم يكن فرعاً للبيع ، ولا يعتبر فيه ما يعتبر في الصرف ، على الأشبه .

أقول : هذا مبني على الأصلية والفرعية ، فمن قال : انه فرع البيع ، اشترط فيه التقادب في المجلس ، ومن قال : انه اصل ، لم يشترط التقادب ، وهو المعتمد .
قال رحمة الله : ولو أتلاف على رجل ثوباً قيمته درهم ، فصالحة على درهين صع على الأشبه ؛ لأن الصلح وقع عن التوب لا عن الدرهم .

أقول : ذهب الشيخ في المسوط والخلاف الى عدم جواز هذا الصلح ؛ لأنّه اذا أتلاف التوب وجب عليه قيمته ؛ لأن التوب من ذات القيمة ، ومن أتلاف قيمياً وجب عليه قيمته يوم تلفه ، واذا كان الثابت^(١) في ذمته القيمة - وهي درهم - لا

(١) - في «ن» و«ر» : الفائت .

يجوز أن يصالحه على أكثر من ذلك حذراً من الربا ، وجوزه ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة ؛ لأن الصلح وقع على التوب لا على الدرهم .
وقول الشيخ لا يخلو من قوة على القول الصحيح ؛ لأن القيمي يضمن بالقيمة وان الربا شامل لمجتمع المعاوضات ، كما هو مذهب المصنف ، واختيار فخر الدين وابي العباس .

قال رحمة الله : ولو ادعني داراً فأنا من هي في يده ثم صالحه المنكر على سكني سنة ، صح ، ولم يكن لأحد هما الرجوع ، وكذا لو أقر له بالدار ، ثم صالح ، وقيل له الرجوع ؛ لأنه هنا فرع العارية ، والأول أشبه .
أقول : الخلاف في قوله : (وكذا لو اقر بالدار ثم صالح) ؛ لأنه مع الاقرار يصير الدار للمدعي ، فإذا صالحه من هي في يده على أن يسكنها سنة صح الصلح بلا خلاف ، وإنما الخلاف في لزومه .

قال الشيخ في المبسوط : له الرجوع فيه ؛ لأن الصلح اذا كان لغير عرض كان فرع العارية وهي تقتضي جواز الرجوع ، والمعتمد عدمه ، وقد تقدم البحث في ذلك (*) .

في أحكام النزاع في الأموال

قال رحمة الله : يجوز اخراج الرواشن والأجنحة الى الطرق النافذة اذا كانت عالية لا تضر بالمارأة ، ولو عارض فيها مسلم على الأصح .
أقول : للشيخ قولان في هذه ، قال في المبسوط : اذا عارض مسلم وجب قلنه ، وتبعه ابن البراج ؛ لأن الطريق حق لجميع المسلمين فإذا انكر احدهم لم تغصب عليه .

وقال في الخلاف : لا يجب قلنه ، وهو اختيار ابن ادريس والمصنف والعلامة ، وهو المعتمد بجريان العادة في ذلك ، ولا ننس الطريق ليس بملك ، وإنما يملك المسلمون منافعها ، فلا يلتفت الى معارضه واحد منهم .
قال رحمة الله : ولو كانت مضرة وجب ازالتها ، ولو أظلم بها الطريق ، قيل : لا يجب ازالتها .

أقول : قال الشيخ : ظلمة الطريق بالروشن النافذ ليس إضراراً ، وقال العلامة انه اضرار ؛ لأن ضعيف البصر يتذرع عليه الشيء فيه فيجب المنع منه ، وهو المعتمد .

قال رحمة الله : واما الطرق المرفوعة^(٢) فلا يجوز احداث باب فيها ولا جناح ولا غيره إلا بإذن أربابها ، سواء كان مضرأً أو لم يكن ؛ لأنه مختص بهم ، وكذا لو أراد فتح باب لا يستطرق فيه دفعاً للشبهة .

أقول : ربما يشتبه على المبتديء معرفة الطريق المرفوعة ، او معرفة الشبهة التي يمنع من فتح الباب لأجلها ، اما الطريق المرفوعة فهي منسدة الأسفل وهي ضد النافذة وهي مخصصة بأهلها ، والنافذة لا تختص بأحد من المسلمين ، لاشتراك الجميع في استحقاق السلوك فيها بخلاف غير النافذة ، فإنه يجوز لأهل تلك السكة المنسدة الأسفل منع الأجنبي من دخولها ، لكن يجوز دخولها ما لم يحصل المنع من أحد أربابها .

فإذا عرفت هذا ، فإن أراد بعض أهل الطريق المرفوعة فتح باب الاستطرار غير بابه المعتادة ، جاز لأهل الطريق منعه ان كانت ادخل من بابه ، سواء سد الأول أو لا ؛ لأنه لا حق له في الداير عن بابه ، بل يختص به من هو ادخل منه ، وكذا يمنع لو كانت لنغير الاستطرار ، بل للاستضاءة دفعاً للشبهة ، اي ثلاثة تتحقق الشبهة على مر الأوقات انها فتحت بحق يوجب استحقاق الاستطرار فصلة المنع دفع هذه الشبهة .

فرع : لو اذن اهل الأسفل في ادخال الباب في الطريق المرفوعة ، هل لأهل الأعلى المنع من ذلك ؟ يحتمل العدم لعدم استحقاقهم الاستطرار فيه ، فلا يليكون المنع من الاذن فيه ، ويعتمل ان يكون لهم المنع من ذلك لاحتياجهم اليه عند ازدحام الناس والدواوب ، وهو المعتمد ، وهذا لو كان في أسفل الدرج فضلة فهم مشتركون فيها لارتفاعهم بها .

قال رحمة الله : ولو صالحهم على احداث روشن ، قيل : لا يجوز ؛ لأنه لا

(٢) - في «ن» : المعرفة .

يصح افراد الماء بالبيع ، وفيه تردد .

أقول : القول بالمنع قول الشیخ في المسوط ، بناءً على أصله من ان الصلع فرع البيع ، وقد مضى البحث فيه ، والمعتمد الجواز ، ومن انه اصل .

قال رحمة الله : ولو أذن جاز الرجوع قبل الوضع اجماعاً ، وبعد الوضع لا يجوز ؛ لأن المراد التأييد ، والجواز حسن مع الضمان ، أما لو إنهم لم يعد الطرح إلا بإذن مستأنف ، وفيه قول آخر .

أقول : هنا مسألتان .

الأولى : في جواز الرجوع بعد الوضع ، وعدم الجواز مذهب الشیخ في المسوط ، لما قاله المصنف من ان المراد به التأييد ، ولأن في القلع اضرار فلا يجوز ، والمعتمد الجواز ؛ لأن ذلك عارية ، والضرر ينتفي بضمان الأرض ان حصل عيب في المذوع بسبب القلع ؛ لأن سبب العيب حصول الاذن بالوضع ثم الأمر بالقلع ، فيكون ضامناً لما يحدث في المذوع من العيب للغرر .

الثانية : اذا انهدم الجدار ثم أعاده المالك ، هل يعود الوضع ؟ قال الشیخ في المسوط : ان أعاده بتلك الآلة لم يكن له منه من رد الخشب والسعف ، وهو بناءً على أصله من انه للتتأييد ، والمعتمد ان له منه لما بيناه من انه عاري ولا أرض هنا لحصول التعيب بغير اختياره ، فلو كان هو الذي هدمه كان عليه الأرض .

قال رحمة الله : لو كان لأحدهما عليه جذع أو جذوع ، قيل : لا يقضى بها ، وقيل : يقضى مع اليدين ، وهو الأشبه .

أقول : اذا تداعيا جداراً مطلقاً ، اي غير متصل ببناء احدهما ولا بينة ، فقد ذكر المصنف وجہ الحكم فيه ، فلو كان عليه جذوع لأحدهما ، هل يقدم قول صاحب المذوع ؟ قال الشیخ في الخلاف : لا يقدم ، وقال ابن ادریس : يقدم ، واختاره المصنف ، وهو المعتمد ؛ لأن له عليه يدأ وتصرفاً فيقدم قوله لحصول

الرجحان .

قال رحمة الله : ولو اختلفا في خص قضي لمن إليه معاقد القمط للرواية .
أقول : الرواية رواية عمر بن سمرة ، عن جابر ، عن أبي جعفر عن أبيه ،
عن علي عليه السلام : « أنه قضى في رجلين اختصا في خص ، فقال : الخص لمن
يليه القمط »^(٣) . وهي قصة في واقعة ، فلا تتعذر ، لاحتمال اطلاقه على ما
يوجب الحكم .

قال رحمة الله : ولو هدمه من غير اذن شريكه وجب عليه اعادته .
أقول : اذا هدم أحد الشريكين المدار المشترك بغير اذن شريكه ، قال
المصنف : وجب عليه اعادته ، والمعتمد وجوب الأرش ؛ لأن المدار غير مثلي ،
وهو مذهب القواعد .

قال رحمة الله : ولو تنازعا في السقف ، قيل : إن حلقا قضي به لها ، وقيل :
صاحب العلو ، وقيل : هو بينها ، وهو حسن .

أقول : اذا كان لرجل بيت وعليه غرفة لا آخر وتنازعا في سقف البيت الذي
عليه الغرفة ولا بينة ، قال في المبسوط : يخلف كل واحد منها على دعوى
صاحبها ، فان حلقا كان بينها نصفين ، والأحوط ان يقع بينها وحكم له ، وقال
في الخلاف : يقع بينها ، فن خرج اسمه حلف لصاحب وحكم له ، وان قلنا انه
يقسم بينها نصفين كان جائزأ ، واستحسنه المصنف ؛ لأنه ارض صاحب العلو
وسواء صاحب السفل .

وقال ابن ادريس : يحكم به لصاحب الغرفة ، وهو المعتمد ؛ لأن الغرفة اما

(٣) - الوسائل ، كتاب الصلح ، باب التضایا والاحکام ، باب
٤٢ ، حدیث ٢ ، باختلاف یسیر ، إضافة إلى أن الراوي فيها هو (عمرو بن شمر) بدل
(عمرو بن سمرة) .

تحقق بالسقف ، إذ هو ارضها ، والغرفة لا تكون بغير ارض ، والبيت قد يكون بغير سقف ، وقد اتفقا على ان هنا غرفة لصاحبها ، وبدون السقف لا غرفة ؛ لأن تصرفه فيها دون صاحب السفل . هذا في السقف الذي لا يمكن إحداثه بغير بناء السفل ، أما مالا يمكن إحداثه كالازرع الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بغير^(٤) إمتداده في العلو فهو لصاحب السفل .

قال رحمة الله : ولو خرجت اغصان شجرة الى ملك الجار وجب عطفها إن أمكن ، وإلا قطعت من حد ملکه ، وإن امتنع صاحبها ، قطعها الجار ولا يتوقف على إذن المحاكم ، ولو صالحه على إيقائه في الهواء لم يصح ، على تردد .

أقول : القول بعدم الصحة مذهب الشيخ رحمة الله ؛ لأنه ان كان رطبا فهو يزيد في كل حال ولا يعرف قدر الزيادة ، وإن كان يابساً ، فهو بيع الهواء من غير قرار ، وهو غير جائز ، والمعتمد الم gio ا ما قد ثبت أن الصلح عقد مستقل بنفسه .

قال رحمة الله : اذا تنازع راكب الدابة وقابض لجامها ، فهي للراكب مع يمينه ، وقيل : هما سواه في الدعوى ، والأول أقوى .

أقول : تساويهما في الدعوى مذهب الشيخ في الخلاف ، قال : لعدم دليل على وجوب تقديم أحدهما على الآخر ، والقضاء للراكب مذهب في المبسوط ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد لرجحان يد الراكب بالتصريح ، وهو الركوب .

(٤) - في « ر ١ » : بعد .

كتاب الشركة

في أقسامها

قال رحمه الله : المشترك قد يكون عيناً وقد يكون منفعة وقد يكون حقاً، وسبب الشركة قد يكون إرثاً ، وقد يكون عقداً ، وقد يكون مزجاً ، وقد يكون حيازةً ، والأشبه في الحيازة إختصاص كل واحد بما حازه .

أقول : ذكر المصنف ان الشركة تحصل في ثلاثة أشياء :
الأول : في الأعيان ، وهي تحصل بالارث ، كما لو ورنا ما عن أبيها ، والعقد ، كما لو اشتريا عيناً صفة أو اوصي لها بعين فقبلا ، وبالامتزاج ، كما لو امتزج مال المالكين بحيث لا يتميز احدهما عن الآخر ، سواء كان المزج اختياراً أو غير اختيار .

وبالحيازة ، قال ابن ادريس : واما الشركة بالحيازة ، فهو ان يشتركون في الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد والاستقاء بعد خلطهم وحيازتهم ، فاما قبل خلطهم فلا شركة عندنا بينهم : لأن الشركة بالأعمال والأبدان باطلة عندنا : لأنها لا تصح إلا بالأموال المتتجانسة المتفقة الصفات بعد خلطها خلطاً لا يتميز . الى هنا كلامه رحمه الله ، جعل الحيازة سبباً من الأسباب الموجبة للشركة ثم اشترط

الخلط بعد الحيازة ، فعینتذ لا تكون الحيازة سبباً إلا اذا اقتلعا شجرة دفعه ، او
اغرفا ماءً كذلك ، كما قاله المصنف رحمة الله .

الثاني : في المنافع ، كالاشتراك في منفعة الوقف ، ومنفعة العين المستأجرة ،
ولا سبب هنا غير العقد .

الثالث : في الحقوق ، مثل حق التصاص ، وحق الشفعة ، وحق القذف ،
وخيار الرد بالعيوب ، وخيار الشرط ، وحق الرهن ، وحق المرافق في الطرقات ،
ومرافق الدار ، والضياعة ، والشرب ، والبئر والعين وما اشبه ذلك .

قال رحمة الله : ولو اشترط أحدهما زيادة في الربع مع تساوي المالين أو
التساوي في الربع والخسران مع تفاوت المالين ، قيل : بطل الشركـة ، وقيل :
تصح الشركة ، والأول أظهر .

أقول : مقتضى عقد الشركة كون الربع والخسران على قدر رؤوس
الأموال ، فإذا حصل الشرط المنافي - كما فرضه المصنف - فلا يخلو إما أن يكوننا
عاملين ، أو يكون أحدهما دون الآخر ، أو يكون العامل غيرهما ، فهنا ثلاثة
اقسام :

الأول : إن يكوننا عاملين وفيه ثلاثة أقوال :

«أ» : بطلان الشركة والشرط ، وهذا هو مذهب الشيخ في المبسوط
والخلاف ، وبه قال ابن ادريس والمصنف ، ومعنى البطلان : هو بطلان الشرط وما
اقتضاه من الاذن في التصرف ، لا بطلان حقيقة الشركة المعاصلة بعد المزج ؛ لأنـه
لا يمكن وصفها بالصحة والبطلان .

«ب» : صحة الشرط وما اقتضاه ، وهو مذهب السيد المرتضى ، واختاره
العلامة ، وهو مذهب أبيه سعيد الدين ، واختاره أبو العباس في مقتصره ، وهو

المعتمد ، لقوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾^(١) ، والوفاء بها اجراءها على ما وقعت عليه ، وقوله تعالى : ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونْ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٢) ، والتراضي اذا وقع على ما يشتريه ، فلا يسوع غيره ، وقوله عليه السلام : «المؤمنون عند شروطهم»^(٣) .

واجاب الأولون بأن الشركة ليست عقداً ، لحصولها بغير العقد ، وهو الامتزاج ، فلا يدخل تحت الآية ، ولم يتعرض احد من قال بالصحة للجواب عن هذا الجواب ، مع كونه جواباً حسناً ، وحجة ظاهرة.

وأقول : قد يجاب عن هذا الجواب بأن حقيقة الشركة الحاصلة بالامتزاج مسلم انها ليست عقداً ، لكن الشرط الذي جرى بينهما عقد لافتقاره الى التراضي ، ولا نعني بالعقد الذي استدللنا على صحته بالآية غير ذلك ، وهذا ان القائل بالبطلان مراده بطلان الشرط وما اقتضاه من الاذن بالتصرف ، فيكون المراد بالصحة ذلك أيضاً ، وقد ثبت ان الشرط عقد ، فالابيراد غير وارد.

«ج» : كون الزيادة اباحة يجوز الرجوع فيها ما دامت العين باقية ، وهو قول أبي الصلاح الحلبي .

الثاني : ان يكون احدهما عاملاً ، والآخر غير عامل ، قال المصنف هنا : (اما لو كان العامل احدهما وشرطت الزيادة للعامل صحيحة ويكون بالفرض اشبه) .

وقال ابو الصلاح : العامل اجرة عمله من الربح وبحسب ماله . ومذهب

(١) - المائدة : ١ .

(٢) - النساء : ٢٩ .

(٣) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٠ من ابواب المهر ، حديث ٤ . المستدرك ، كتاب التجارة ، باب ٥ من ابواب الخيار ، حديث ٧ . وقد تقدم مراراً ، لاحظ ح ٤٤ .

العلامة صحة الشرط سواء عملاً أو عمل أحدهما وسواء شرط الفضل للعامل أو لغيره.

الثالث : أن يكون العامل غيرها ، ويلزم القائل بالصحة مع عملها القول بها مع عمل غيرها ؛ لأن الأدلة الواردة هناك واردة هنا ، وهو ظاهر العلامة ؛ لأنّه جوز اشتراط الزيادة لغير العامل مع عمل الآخر ، فيكون جوازها مع عدم عملها أولى .

تبنيه : قال العلامة في القواعد : وقيل : تبطل إلا ان يشترط الزيادة للعامل ، ولم يتعرض فخر الدين لذكر القائل ، وقال عميد الدين : قوله : (وقيل ببطل إلا ان يشترط الزيادة للعامل) إشارة الى قول أبي الصلاح ، وقد حكيناه والذي حكاه والذي رحمة الله ضد هذا القول ، وهذه صورة ما حكاه : (وقال أبو الصلاح : لا يلزم الشرط ولصاحب الزيادة الرجوع فيها ما دامت العين باقية ، ولو شرط التفاضل في عقد الشركة صحت الشركة وبطل الشرط ، ولو عمل أحدهما وشرط له زيادة لم يلزم ، وكان له اجرة عمله من الربع وبحسب ماله) . وهذا الذي حكاه عن أبي الصلاح نقله من المختلف ، وهو ضد ما نقله في القواعد ؛ لأن القول الذي حكاه في القواعد يتضمن الصحة اذا شرط له الزيادة للعامل بدليل قوله : (وقيل ببطل إلا ان يشترط الزيادة للعامل) استثنى من البطلان الصحة اذا اشترطت الزيادة للعامل ، وقول أبي الصلاح يدل على البطلان مع اشتراطها للعامل بدليل قوله الذي حكاه عنه : (ولو عمل أحدهما وشرط له زيادة ، لم يلزم وكان له اجرة عمله من الربع) ، فقد حكم بفساد الشرط والرجوع الى الأجرة .

ومن العجب اشتباه هذا على السيد مع ذكائه وفهمه وعظم نباهته ، وكون ذلك ليس محلًّا للاشتباه والا بهام لوضوحه وظهوره لمن هو ادنى من السيد ، لكن

السهو جائز على غير المقصوم ، وكأن المحكمة اقتضت وقوع مثل هذا الفلط الظاهر من هذا العالم المحقق ليظهر احتياج الامام الى العصمة ، وان غير المقصوم لا يجوز ان يكون إماماً ، فنسأل الله العصمة من الزلل الموجب للخلل .

وأقول الظاهر ان القول الذي حكاه في القواعد قول المصنف هنا ؛ لأن مذهبه هنا البطلان إلا مع كون الزيادة للعامل ، قال : (ويكون بالقراض أشبه) ، وإنما كان أشبه ؛ لأن مقتضاه كون حصته من الربح تقابل عمله ، فهذه الزيادة استحقها بسبب عمله كالعامل بمال القراض .

في اللواحق

قال رحمة الله : وهل يفتقر المعيز في قلك المباح الى نية التملك ، قيل : لا ، وفيه تردد .

أقول : مذهب الشيخ في باب الشركة من المبسوط عدم اشتراط النية ، ومذهب في باب احياء الموات منه اشتراط النية ، ومنشأ التردد من انه قبل الميازة لم يكن مملوكة ، والأصلبقاء ما كان على ما كان حتى يتحقق الملك ، ولا تناقضهم - غير ابن ادريس - على ان ما يوجد في جوف السمكة للمشتري ، ولا يعب عليه تعريف الصائد ، ولو ان المباح يدخل في الملك من غير نية التملك لوجب ان يكون ما في جوف السمكة للصائد دون المشتري ، ومن انه بنفس الميازة قد استولى عليه وجاز له التصرف فيه بجميع انواع التصرفات ، وهذا هو معنى الملك ، والأصل عدم الزيادة على ذلك ، وعلى القول باشتراط النية فهو باق على الاباحة ما لم تحصل النية .

قال رحمة الله : لو باع أحد الشريكين سلعة بينها وهو وكيل في القبض وادعى المشتري تسليم الثمن الى البائع وصدقه الشريك بره المشتري من حقه ،

وقيل : تقبل شهادته على القابض في النصف الآخر وهو حصة البائع لارتفاع القيمة في ذلك القدر ، ولو إدعى تسليمه الى الشريك فصدقه البائع لم يبرأ المشتري بشيء من الثمن ؛ لأن حصة البائع لم تسلم اليه ولا الى وكيله ، والشريك ينكره فالقول قوله مع يمينه ، وقيل : تقبل شهادة البائع ، والمنع في المتأتدين أشبه .
أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في قبول شهادة الشريك على البائع في هذه الصورة التي فرضها المصنف ، ولا خلاف في سقوط حق الشريك عن حق المشتري لاعترافه أو بالدفع الى وكيله ، وإنما الخلاف في قبول شهادته على البائع بالنسبة الى حصة البائع ، وبالقبول قال الشيخ في المبسوط ، وبه قال العلامة في القواعد والتحرير جزما ، وهو المعتمد لعدم التهمة في ذلك ؛ لأن الأصل قبول شهادة الدل مالم يحصل المانع من قبولاً فليحل معه وبيراً منها ، فأما حصة الشريك فلا تثبت في ذمة البائع الا مع اقامة اليتنة بالقبض ، سواء اقامها المشتري او الشريك .
واختار المصنف المنع من قبولاً ؛ لأنها غير مقبولة بالنسبة الى حصته فلا تكون مقبولة بالنسبة الى حصة شريكه ، والا لزم تبعيضاً الشهادة ، وهو غير جائز .

والجواب المنع من حصول التبعيضاً ؛ لأنه ليس شاهداً بالنسبة الى حصته ؛ لأن الإنسان لا يكون شاهداً لنفسه ، وإنما هو شاهد بالنسبة الى حصة شريكه فلا تبعيضاً حيثئذ .

الثانية : في قبول شهادة البائع على الشريك اذا اعترف البائع بوصول الثمن اليه ولم يكن وكيلاً للشريك في القبض ، وبالقبول قال الشيخ في المبسوط لارتفاع التهمة ؛ لأن البائع والمشتري معترفان بشحوب حق الشريك على المشتري ؛ لأن الدفع الى غير وكيله ولم يشارك البائع الشريك فيما قبضه ، فلا تهمة .

واختار المصنف عدم القبول ، وجزم به العلامة ، وهو المعتمد ؛ لأنَّه وإن لم يشارك في المقوض ، فإنه يستفيد في هذه الشهادة اختصاصه بالباقي في ذمة المشترى ، فقد جرَّ فيها نفعاً ، وكل شهادة جرت نفعاً فهي مردودة .

قال رحمة الله : ولو باع اثنان عبدين كل واحد منها بانفراده صفة ، بشمن واحد من تفاوت قيمتها ، قيل : يصح ، وقيل : تبطل ؛ لأنَّ الصفقة تجري مجرئ عقددين ، فيكون ثمن كل واحد منها بجهولاً .

أقول : القائل بالبطلان الشيخ رحمة الله ؛ لأنَّ ثمنها يسقط على قدر قيمتها ، وذلك بجهول حالة العقد . وقيل بالصحة ، واختاره العلامة وهو المعتمد ؛ لأنَّ كونهما في حكم العقددين لا يقتضي كونهما عقددين ، بل العقد واحد ، ولهذا لو فسخ البيع في أحدهما لم يجز أخذ الآخر ، وهو يدل على أن العقد واحد ولو كانا عقددين كان له رد أحدهما وأمساك الآخر ، وليس كذلك .

كتاب المضاربة

في العقد

قال رحمة الله : ولو شرط ان يشتري اصلاً يشتراك في نمائه ، كالشجر أو الغنم ، قيل : يفسد ؛ لأن مقتضاه التصرف في رأس المال ، وفيه تردد .

أقول : القائل بالبطلان هو الشيخ في المبسوط ، وتابعه ابن ادريس وتردد المصنف ، من ان المضاربة هي الاسترباح بالمال بالبيع والشراء ، وهذا الشرط مناف لها ، وكل شرط نافق العقد فهو باطل فتبطل المضاربة ، وهو المعتمد .

ومن اصالة الجواز ، وللحصول الناء المتجدد بسبب سعي العامل ، إذ لو لا شراءه لما حصل ذلك الناء ، ولكونه شرطا سائغا ، فيكون صحيحا .

قال رحمة الله : وينفق في السفر كمال نفقته من أصل المال على الأظهر .

أقول : هذا مذهب الشيخ في النهاية والخلاف ، وبه قال ابن الجنيد وابن البراج وابن حمزة وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة وفخر الدين ، وهو المعتمد ؛ لأن سفره لأجل مال المضاربة ، فكانت نفقته من اصله ، ولما رواه علي بن جعفر في الصحيح ، عن أخيه موسى عليه السلام « قال : في المضاربة ما انفق في

سفره فهو من جميع المال ، فإذا قدم بلدء فما أتفق في نصيبي »^(١) .
وقال في المبسوط : إن نفقته من خاصته دون مال القراض ؛ لأنّه دخل على
أن يكون له من الربع سهم معلوم ، فليس له أكثر من ذلك ؛ لأنّه ربّا لم يربّ سوي
ذلك القدر .

قال رحمة الله : ولو كان لنفسه مال غير مال القراض ، فالوجه التقسيط .
أقول : هذا تفريع على وجوب النفقة من مال القراض ، ووجه كون سفره
لأجل المالين ، فتكون النفقة عليها بالمحض ، ويعتمد كون النفقة عليه خاصة ،
كما ذكره عميد الدين رحمة الله .

قال العلامة في التواعد : ونفقة الحضر على نفسه ، وفي السفر من أصل
القراض كمال النفقة علىرأي ، ولو كان معه غيره قسط ، ويعتمد مساواة الحضر
واحتساب الزائد على القراض .

وقد اختلف الشارحان في تأويل الاحتمال ، فعميد الدين رحمة الله جعله
محضًا في المسألة الثانية ، وهي قوله : (لو كان معه غيره قسط) ، قال بعد ان ذكر
وجه التقسيط : ويعتمد مساواته للحضر ؛ لأنّه لم يسافر للقراض وإنما سافر في
تجارته ، وأراد ان يزداد في الربح فأخذ مال القراض من غيره مستصحبا ، إذ
السفر لأجله فكانت نفقة في خاصته ، كما لو كان حاضرا ، ويعتمد أن ينفق من
مال القراض ما زاد عن نفقة الحضر ؛ لأنّه مشغول بصلحته كما لو كان حاضرا ،
وانما لزمه بسبب السفر القدر الزائد عن نفقة الحضر ، فكان اتفاق ذلك القدر لا
غير من مال القراض . إلى هنا كلامه رحمة الله ، حمل الاحتمال على المسألة الثانية
دون الأولى .

وفخر الدين حمل الاحتمال على المسألة الأولى ؛ لأنّه قال : البحث هنا في

(١) - الوسائل ، كتاب المضاربة ، باب ٦ ، حديث ١ ، باختلاف سير .

مقامين : الأول : هل نفقة العامل في السفر للتجارة على مال القراض او على نفسه ؟ ثم ذكر قول الشيخ رحمه الله ، ثم قال : المقام الثاني : على القول بوجوب النفقة على مال القراض ، هل يستحق كمال النفقة ، او ما زاد بسبب السفر ؟ اختار والذي المصنف الأول ، جعل الاحتمال عائداً الى الأول ، وهو انسب ، وعليه دلت عبارة التحرير ؟ لأنه قال فيه : وعلى ما اخترناه هل يأخذ كمال النفقة من مال القراض او الزائد على نفقة الحضر ؟ الأقرب الأول ، وقوى الشيخ الثاني على تقدير القول بالنفقة . هذا كلامه في التحرير ، وهو موافق لاختيار فخر الدين وهو انسب الى الأصل ، وكلام عميد الدين انسب الى متن القواعد .

تبنيه : المراد بالنفقة امثاله من المأكول او المستروب والملبوس والمركتوب ، من غير اسراف ولا تفتيت ، فلو اسرف حسب عليه ، ولو قدر لم يحسب له .

والمراد بالسفر هو السفر العرفي سواء اوجب القصر او لم يوجب كما لو وصل ملكاً استوطنه ستة اشهر ، او نوى الاقامة عشرأً وهو مشغول بالبيع والشراء ، أما لو اقضى بيده وشراؤه لم يتأخر الرجوع الى بلده لعارض فان نفقته تكون على نفسه والا لزم تضرر المالك لاحتمال طول المدة بسبب العارض بحيث يستفرق جميع المال بالنفقة .

فرع : اذا رجع الى بلده سقطت النفقة عن مال القراض ، فلو بقي عليه تياب من مال القراض لها قيمة ردت الى مال القراض ، وله ان يأخذ نفقه كل يوم من مال القراض ثم ينفق من غيره ويستقر ملكه على ذلك ، كما لو دفع الى زوجته نفقه فقضتها وانفقت من غيرها ؛ لأنه يستحق النفقة في هذا المال ، فله أخذها ولا يتغير عليه الاتفاق ، بل له ان ينفق من غيرها ، ويلك ما اخذه كالزوجة .

ولو لم يميز النفقة من مال القراض ثم أنفق على نفسه من خاصته^(٢) على أن يرجع بما أنفقه على مال القراض ، فله ذلك ، كالزوجة إذا أنفقت على نفسها بنية الرجوع ؛ لأن النفقة حق للعامل تعلقت في مال القراض فله أخذها متى شاء مالم يسقطه ، جزم بذلك في القواعد .

(٢) -في «ن» و «ر» : خاصة .

في مال القراض

قال رحمة الله : وفي القراض بالنقرة تردد .

أقول : قال صاحب الصلاح : النقرة هي السبيكة ، قال الشهيد : وربما كانت في عرف الفقهاء هي الدرارم المضروبة من غير سكة ، فيكون التردد عائدًا إلى عرف الفقهاء ، فيكون منشئه من اصالة الجواز ، لأنها مما يتعامل بها كالمقوشة بسكة المعاملة ولصوم : « المؤمنون عند شروطهم »^(٢) ، ومن الاقتصر على مورد الشرع ، وهو لم يثبت إلا في المقوشة .

وعلى القول بأن المراد بالنقرة السبيكة يكون منشئه من أنها تضمن بالقيمة فهي كالنوب ، ومن كونها أصلًا للدرارم فتصح بها كما تصح بالدرارم ، والى هذا المعنى ذهب صاحب التردّدات ، والأول أحسن ، والمعتدد عدم الجواز على التعرّيفين .

قال رحمة الله : ولا يكفي المشاهدة ، وقيل : يصح مع الجهة ، ويكون

(٢) - الوسائل . كتاب النكاح ، باب ٢٠ من أبواب المهرور ، حديث ٤ . والمستدرك ، كتاب التجارة ، باب ٥ من أبواب الخيار ، حديث ٧ .

القول قول العامل مع التنازع في قدره .

أقول : للشيخ في ذلك قوله احدهما البطلان مع جمالة رأس المال ، وهو قوله في الخلاف ، واختاره المصنف والعلامة في أكثر كتبه لحصول الغرر ، وإفضائه إلى التنازع ، وهو المعتمد .

ونقل في المبسوط عن قوم الصحة ويكون القول قول العامل ثم قوله ، واختاره العلامة في المختلف ، لأصالة الجواز ، ولقوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم » ^(٤) .

في الربع

قال رحمة الله : ويلزم الحصة بالشرط دون الأجرة على الاصح .

أقول : المشهور بين الأصحاب ان للعامل ما شرطه من الربح نصفا او ثلثا او ربعا او اقل او اكثرا اذا بقي للمالك شيء ، ذهب اليه الشيخ في الخلاف والاستبصار وابن حمزة وابن الجنيد وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد لقوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾^(٥) وهذا عقد ، قوله عليه السلام : «المؤمنون عند شروطهم » ، وله عليه روایات^(٦) .

وقال الشيخ في النهاية والمفید وابن البراج : يكون له الأجرة ؛ لأن النساء تابع للأصل فيكون الربح للمالك ، كما ان الأصل له وعليه الأجرة ، ولأنها معاملة فاسدة ، بجهالة العوض ، فتبطل ، ويكون الربح بأجمعه لصاحب المال ، وعليه الأجرة للعامل .

قال رحمة الله : ولا بد أن يكون الربع مشاعراً ، فلو قال : خذه قرائضاً والربع لي فسد ، ويمكن أن يجعل بضاعة نظراً الى المعنى ، وفيه تردد ، وكذا التردد لو قال :

(٥) - الماندة : ١.

(٦) - الوسائل ، كتاب المضاربة ، باب ٣

والربع لك .

أقول : منشؤ التردد في الصورتين من ان عقد القراض يقتضي المشاركة في الربح ، فإذا اختص واحدها دون الآخر احتمل البطلان ؛ لأنه شرط مخالف لمقتضى العقد فيكون باطلًا ، وإذا بطل الشرط بطل القراض ، فيكون للعامل الأجرة والربح للمالك ، ويحتمل جعله^(٧) بضاعة مع اختصاص المالك بجميع الربح نظراً إلى المعنى ، وجعله قرضاً مع اختصاص العامل بالجميع نظراً إلى المعنى أيضاً ، المعتمد أنه إن دخل على أن الربح كله للمالك لم يكن له أجرة ؛ لأنه دخل على ذلك ، فكان متبرعاً بالعمل فلا أجرة له ، وإن دخل على أنه له كله ، كان له الأجرة خاصة لفساد العقد .

قال رحمة الله : ولو شرط لغلامه حصة منها صحيحة ، عميل الغلام أو لم يعمل ، ولو شرط الأجنبي وكان عاملاً صحيحة ، وإن لم يكن عاملاً فسداً ، وفيه وجه آخر .

أقول : المراد بالغلام هنا الملوك ، والمراد بالأجنبي ما عداه وإن كان رحمة والولد والوالد ، وواجب النفقة كالزوجة ، ووجه الصحة في الغلام أن جميع ما للمملوك فهو مالكه ، فالاشترط له كالاشترط لنفسه .

واما الأجنبي اذا لم يكن عاملاً فلا يجوز الاشتراط له ؛ لأنه لا مال له ولا عمل ، وعقد المضاربة يقتضي اختصاص الربح فيها ، فإذا اشترط لغيرها كان مخالفًا لمقتضى العقد فيكون باطلًا ، وهذا هو المعتمد .

ويحتمل الجواز لكونه شرطاً سائغاً ، فيدخل تحت قوله عليه السلام :

« المؤمنون عند شروطهم »^(٨) .

(٧) - في « ر٢ »: أن يكون .

(٨) - تقدم ص ٢٤٩ .

في اللواحق

قال رحمة الله : قوله مقبول في التلف ، وهل يقبل في الرد ؟ فيه تردد ،
أظهره أنه لا يقبل .

أقول : عدم القبول إلا مع البينة هو المشهور وهو المعتمد ؛ لأنَّه مدع ، وقال
في المبسوط بالقبول ، وكان وجهه كونه أميناً كالمستودع ، والفرق ظاهر ، فان
المستودع قبض المال لمصلحة المودع خاصة ، والعامل قبضه لمصلحتها .

قال رحمة الله : اذا اشتري من يعتق على رب المال فان كان بإذنه صح
وانعتق ، فإن فضل من المال عن ثمنه شيء ، كان الفاضل قراضة ، ولو كان في العبد
المذكور فضل ، ضمن رب المال حصة العامل من الزيادة ، والوجه الأجرة ، وإن
كان بغير إذنه ، وكان الشراء بعين المال ، بطل ، وإن كان في الذمة وقع الشراء
للعامل ، إلا أن يذكر رب المال . ولو كان المال لامرأة ، فاشترى زوجها ، فإن كان
بإذنها ، بطل النكاح ، وإن كان بغير إذنها ، قيل : يصح الشراء ، وقيل : ببطل ؛ لأنَّ
عليها في ذلك ضرراً ، وهو أشبه إذا اشتري العامل أباه .

أقول : هنا ثلاث مسائل :

الأولى: ان يشتري العامل أبا رب المال ، ولا يغلو اما ان يكون الشراء باذنه او بغير اذنه ، فان كان باذنه صح الشراء وعتق وبطلت المضاربة بقدر الثمن .
وقال الشيخ: ان كان فيه ربع ضمن المالك حصة العامل من الربح ، وان لم يكن فيه ربح فلا شيء له ، ووجهه ان المضاربة تبطل بالاعتراض للف المال باذن المالك وأن العامل يملك حصته من الربح بالظهور ، فيكون شريكاً للمالك بمتلك الحصة ، وحصة المالك قد عنتقت باختياره ، فيشتري عليه حصة العامل ويضمن له قيمتها ، فاما مع عدم ظهور الربح فقد اتلف المالك مال المضاربة ولا ربح فيه ، فلا شيء للعامل : لأنه لا تنصيب له في غير الربح .

واختار المصنف وجوب الأجرة للعامل ، واختاره العلامة أيضا ، وهو المعتمد ، بطلان المضاربة بالشراء المأذون فيه ، فيكون له الأجرة : لأنه لم يتبرع بالعمل .

وان كان الشراء بغير اذنه فلا يغلو اما ان يكون بالعين او بالذمة ، فان كان الشراء بالعين بطل : لأنه دفع اليه المال ليشتري له ما يربح فيه وينتفع به ، وهذا الشراء يستضربه للف ماله به ، فلا يكون لازماً ، لكونه غير ماذون فيه ، ويكون موقوفاً على الاجازة على الصحيح من المذهب .

وان كان بالذمة فلا يغلو اما ان يذكر رب المال أو لا يذكره ، فان ذكره كان موقوفاً على اجازته ، فان اجازه والا بطل ، فلو ادعى البائع الاذن في الشراء كان القول قول المالك ، وان لم يذكر رب المال كان الشراء للعامل ظاهراً ولا يقبل دعواه القصد انه للمالك .

فرع : اذا اشتري ابا المالك بغير اذنه ، وهو جاهم في النسب بينهما او جاهم في الحكم - أي لا يعلم انه ينعتق على المالك - احتمل الصحة وكان حكمه كما لو اذن له في الشراء : لأن عقد المضاربة اقتضى شراء ما يرجو في الربح ، وهو

هنا كذلك ، فيقع صحيحاً وينتقم على المالك ويكون كما لو أمره ، وإلا لزم تكليف ما لا يطاق ؛ لأنَّه غير مكلف بالعلم بكيفية نسب كل رقيق يشتريه وربما تعذر ذلك.

ويحتمل البطلان لظهور التضرر بهذا العقد الموجب لتلف جميع ما يضمنه من المال ، إذ لو اشتري بأكثر من ثمن المثل كان باطلًا ، لتلف بعض المال في غير مصلحة ، فيكون بطلانه بتلف الجميع أولى .

الثانية : إذا كان رب المال امرأة وهما زوج مملوك فاشتراك العامل ، فإنَّ كان باذنها صع الشراء ، وملكه وانفسخ النكاح وكان من مال القراض ، وإنْ كان بغير اذنها ، فإنَّ اشتراك بعين المال ، فقيه قولان :

احدهما : البطلان ، وهو قول الشيخ في المبسوط ؛ لأنَّ عقد المضاربة اقتضى أنَّ يشتري العامل ما ليس فيه ضرر على رب المال ، وهذا فيه ضرر ، لانقسام نكاحها بملكها لزوجها وسقوط مهرها ونفتها فلا يكون صحيحاً .

وقيل بالصحة ؛ لأنَّ القصد من القراض أنَّ يشتري ما يحصل فيه الربح ، وربما كان الربح حاصلاً في هذا العبد فيكون الشراء صحيحاً ، والمعتمد وقوفه على الاجازة ، وإنَّ كان الشراء بالذمة كان موقوفاً على اجازتها إنْ كان ذكر ان الشراء لها ، والا كان كما قلناه في شراء القريب .

وعلى القول بالصحة من غير افتقار إلى اجازتها يكون العامل ضامناً لها مع علمه بالزوجية والحكم .

الثالثة : إنَّ يشتري العامل أباً نفسه ، فإنَّ لم يكن فيه ربح صع الشراء قطعاً لعدم المانع حينئذ ، فإنه في الحقيقة كالوكيل عن المالك ، ولا خلاف في جواز شراء القريب للغير ، لعدم دخوله في ملك المشتري .

ثمَّ انَّ ظهر فيه ربح بعد الشراء ، فإنَّ قلنا انَّ العامل لا يملك حصته بعد

الربع الا بعد الانضاض والقسمة كانت المضاربة بحاجتها ، وان قلنا انه يملك بالظهور ملكاً متزالاً عتق عليه حصته ، واختاره العلامة ؛ لأن الشراء به اما يكون مع الملك الاختياري وهذا لم يملك باختياره ؛ لأن الملك تجدد بعد العقد بسبب زيادة السعر ولا اختيار له في الزيادة ، ويعتمل التقويم مع اليسار ؛ لأنه اختيار السبب - وهو الشراء - و اختيار السبب يجري بجري اختيار المسبب وهو الملك .

وان كان فيه ربع حالة الشراء ، فان قلنا : انه لا يملك بالظهور صحة الشراء قطعاً أيضاً ، وان قلنا انه يملك ، فالاقرب الصحة ايضاً ؛ لأنه لا ضرر على المالك ؛ لأنه ان كان العامل موسرأ سرى العتق وأخذ حصته منه ، وان كان معسراً ، فحصة المالك باقية على الرق فلا مانع من صحة الشراء .

ويحتمل عدم الصحة ؛ لأنه يؤدي الى زوال الملك عن المالك قهراً ، وهو مخالف للتجارة ، والمصنف أطلق صحة الشراء ووجوب السعي على العبد مع ظهور الربع ، لاختصاص النص^(٩) الوارد في السراية بالعتق ، ولأصلالة براءة الدمة من اشتغالها بحق للغير ما لم يتمتحقق السبب الشاغل ، وهو هنا غير متحقق . قال رحمة الله : اذا فسخ المالك صح ، وكان للعامل أجرة المثل الى ذلك الوقت ، ولو كان بالمال عروض ، قيل : كان له أن يبيع ، والوجه المنع ، ولو أزمه المالك ، قيل : يجب أن ينضّ المال ، والوجه أنه لا يجب وإن كان سلفاً كان عليه جبائه ، وكذا لو مات رب المال وهو عروض كان للعامل البيع إلا أن يمنعه الوارث ، وفيه قول آخر .

أقول : هنا أربع مسائل :

الأولى : في استحقاق العامل للأجرة مع فسخ المالك قبل ظهور الربع ، والمصنف جزم بالاستحقاق ، واستشكله العلامة في القواعد والتحرير ، من انه

رضي بالعمل في مقابل الربح ولم يحصل ، فليس له شيء ، والفسخ حصل باذن الشارع ، لجواز العقد ، فلا ضمان على المالك .

ومن أنه عمل عملاً محترماً غير متبرع ، ولم يسلم له عوضه - وهو حصول الربح بسبب الفسخ الصادر من المالك - فكان له أجرة مثل ذلك العمل ، واختاره فخر الدين .

الثانية : اذا فسخ وبالمال عروض ، وطلب العامل بيع العروض ، هل يجب على المالك اجابته ؟ قال الشيخ : للعامل ان يبيع ، سواء ظهر ربح أو لا ، لجواز ان يرغب فيه من يشتريه بربح . وقال المصنف : الوجه المنع ، واطلق .

وذهب العلامة في القواعد الى اجبار المالك على الاجابة مع ظهور الربح وجود من يشتريه بربح ، ثم استشكل ذلك من انه اذا افسخ العقد لم يجر المالك على تمكين الغير من بيع ماله ، ومن انه يملك حصته من الربح بالظهور ، ولا يتحقق الا بالبيع فالممنع منه اضرار العامل ، وهو غير جائز ، وهذا هو المعتمد ، الا ان يقوم المالك العروض على نفسه ثم يدفع حصة العامل من الربح اليه ، فيمنع من البيع حينئذ لوصول حقه اليه .

الثالثة : اذا ألزم المالك بالبيع بعد الفسخ ، هل يجب عليه ذلك ام لا ؟
 فنقول : فان كان فيه ربح ولم يسقط حقه منه وجب عليه البيع قطعاً ، اما اذا لم يكن فيه ربح ، او كان واسقط العامل حقه منه ، فانه يتحمل عدم وجوب البيع عليه ؛ لأنـه اما يجب عليه البيع مع بقاء عقد المضاربة ، أو فسخه مع ظهور الربح ليتوصل الى حقه ، فعـ انتفـاـتها لا يجب عليه ، وهو اختيار المصنـف ، ويـحـتـمـل الـوجـوب ؛ لأنـه اـخـذـ المـالـ نـاصـتاـ ، فيـجـبـ عـلـيـهـ انـ يـرـدـهـ كـمـاـ اـخـذـهـ ، وـلـأـنـ فيـ رـدـهـ الـىـ تـلـكـ الحـالـةـ مـؤـتـةـ عـلـىـ المـالـكـ لـاـ يـجـبـ عـلـيـهـ دـفـعـهاـ ، وـهـوـ مـذـهـبـ الشـيـخـ رـحـمـهـ اللهـ ، واختـارـهـ العـلـامـةـ فيـ القـوـاعـدـ .

الرابعة : اذا مات رب المال وهو عروض اتفسخ القراض وكان للوارث مطالبة العامل بالانصاض ، وهل له البيع وان كره الوارث ؟ قال المصنف : (وله البيع الا ان يمنعه الوارث ، وفيه قول) .

قال صاحب الترددات : ان القول يمكن ان يقال : انه يمنع من البيع لانفساخ المقارضة بالموت الا مع اذن الوارث . وهو غلط ؛ لأن هذا هو مذهب المصنف الذي ذكره ؛ لأنه قال : (وله البيع إلا أن يمنعه الوارث) ، والقول الذي اشار اليه المصنف هو ان له البيع وان منعه الوارث ، فهو ضد ما اختاره ، اذ لو كان القول هو الذي اختاره كان قال : (على قول) ؛ لأن المصنف اذا قال : (على قول) كان مذهبة ذلك القول ، واذا قال : (وفيه قول) كان مذهبة ضد ذلك ، وهذا مما ليس يشتبه على من له ادنى تحصل .

والمصنف بنى هذه المسألة على مذهبة ، من انه اذا اتفسخ القراض وفيه عروض لا يجب على المالك اجابة العامل الى البيع ، والقول المشار اليه ، قوله الشيخ رحمة الله بناءً على مذهبة ايضاً من وجوب اجبار المالك على الاجابة ، كما حكيناه عنه في المسألة الثانية وذكرنا الوجه في ذلك .

والوجه في هذه المسألة ان الفسخ بالموت ليس ابلغ من فسخ المالك فكما يجر المالك على اجابة العامل الى البيع ، فكذا يجر الوارث ، وهو المعتمد ، مع ظهور الربيع او وجود من يشتريه بربع .

قال رحمة الله : وإن كان بغير اذنه لم يصح القراض الثاني ، فإن ربيع كان نصف الربيع للمالك والنصف الآخر للعامل الأول وعليه أجرة الثاني ، وقيل : للمالك ايضاً ؛ لأن الأول لم يعمل ، وقيل : بين العاملين ويرجع الثاني على الأول بنصف الأجرة ، والأول أحسن^(١٠) .

(١٠) - في الشرائع : حسن .

أقول : اذا قارض العامل غيره بغير اذن المالك بطل القراض الثاني ؛ لأن المالك لم يرض بنظر غير العامل ، فان عمل الثاني ولم يربح شيئاً اخذ المالك المال ولا يبحث .

وان ربح شيئاً ، فقد ذكر المصنف فيه ثلاثة أقوال ، والثلاثة ذكرها الشيخ رحمه الله :

الأول : ان نصف الربح للمالك والنصف الآخر للعامل الأول ، وعليه أجراً الثاني ، ووجهه ان المالك دخل على ان يكون له نصف الربح فلا يستحق اكثر من ذلك ، والعامل الثاني اشتري للأول ، فكان الربح له وعليه للثاني اجرة عمله ؛ لأنه بذل منفعة على عوض ولم يسلم له العوض فكان له الأجرة .

الثاني : ان النصف الآخر للمالك ايضاً ؛ لأن العامل الأول لا مال له ولا عمل ، فلا يستحق شيئاً ، والثاني تصرف تصرفاً غير مأذون فيه ، فلا يستحق شيئاً ايضاً ، فيكون الجميع للمالك .

الثالث : النصف بين العاملين ، ويرجع الثاني على الأول بنصف اجرته ، ووجهه ان الثاني دخل على ما رزق الله من ربح فهو بينها ، والذي رزق الله هو هذا النصف ، ووجه رجوع الثاني على الأول بنصف اجرته ؛ لأنه بذل منفعة تقابل نصف الجميع ولم يحصل له غير النصف فيرجع بأجرة النصف .

والمعتمد ان نقول : لا يخلو اما ان يشتري بعين المال او في الذمة ، فان كان الأول ، فلا يخلو اما ان يكون الثاني عالماً بالفساد او لم يكن ، فان كان عالماً كان العقد عقد فضول للمالك اجازته وفسخه ، ولا أجراً لعدم الغرر ، وان كان جاهلاً كان له الأجرا على العامل الأول ؛ لأنه غرر ، وان كان الشراء في الذمة كان الربح كله للعامل الثاني ؛ لأنه اشتري في ذمته فيكون الملك له ، الا ان يذكر القراض في العقد فيكون له النصف ، وللمالك النصف فان تلف المال رجع المالك على من شاء

منها ، فان رجع على الأول رجع الثاني مع علمه ؛ لأن التلف حصل في يده ، وان رجع على الثاني رجع على الأول مع جهله ؛ لأنه غرّه .

قال رحمة الله : اذا تلف مال القراض أو بعضه ، بعد دورانه في التجارة ، أحسب التالف من الربح ، وكذا لو تلف قبل ذلك ، وفي هذا تردد .

أقول : اذا تلف بعد دورانه في التجارة كان التالف محسوباً من الربح إجماعاً ؛ لأن الربح وقاية لرأس المال فان قيل اما مع تلف البعض فانه يتقدر أنه يبقى ربع يعبر به رأس المال ، فع تلف الجميع كيف يتقدر ذلك ؟

فانا نقول : يتقدر ذلك كما لو ظهر في مال القراض ربح ثم تلف مقدار رأس المال وبقي مقدار الربح ، فان ذلك الربح يصير رأس المال ، والتالف هو الربح .

اما اذا تلف رأس المال أو بعضه قبل دورانه في التجارة ، أي قبل ان يشتري به مالا للقراض ، فقد تردد المصنف في انه هل يحسب ذلك من الربح أم لا ؟ ومنشأ التردد من ان عقد القراض اقتضى ان لا يكون للعامل شيء من الربح إلا بعد رأس المال ، فيجب أن يكون التالف محسوباً من الربح ؛ لأن العامل دخل على ذلك .

ومن ان المال اذا تلف قبل دورانه في التجارة يكون قد تلف عين رأس المال ، واذا تلف عين رأس المال افسخ القراض فيه ، فلا يكون محسوباً من الربح ويتندر ذلك كما لو اذن له بالشراء في الذمة فاشترى كذلك ثم تلف المال قبل دفعه الى البائع ، فهنا يجب على رب المال ان يدفع اليه الثمن ثانية ؛ لأن الشراء وقع له باذنه كالوكيل ، فيجب عليه نقد ثمنه .

فعلى الأول يكون الجميع رأس المال ، وعلى الثاني يكون رأس المال هو الأول .

واعلم ان الأصحاب اختلفوا هنا ، قال الشيخ في المبسوط : اذا دفع اليه الفاً

قراضاً ، فاشترى به عبداً للقراض ، فهلك الألف قبل ان يدفعه ، قال قوم : المبيع للعامل والثمن عليه ، ولا شيء على رب المال . وقال قوم : المبيع لرب المال ، وعليه ان يدفع اليه الفاً آخر لينقضى بها دينه ، ويكون الألف الأول والثاني قرضاً ، وهما معاً رأس المال .

واختاره ابن البراج ، وحکى في الخلاف القولين ، ثم اختار فيه ان يكون المبيع للعامل ، وعليه الثمن ، وقال ابن ادریس : فان اشتري في الذمة فان الشراء له وان اشتري بالعين وتلف المال بطل العقد .

وقال العلامة في المختلف : اذا كان اذن له بالشراء في الذمة ، فاشترى في الذمة فالحق ما قاله في المبسوط ، وان اشتري في الذمة بغير اذنه فالحق ما قاله في الخلاف ، وان اشتري بالعين فتلف قبل القبض ، فالحق ما قاله ابن ادریس من بطلان البيع ، وهذا هو المعتمد .

قال رحمة الله : اذا قارض اثنان واحداً وشرط له النصف منها وتفاوضلا في النصف الآخر مع التساوي في المال كان فاسداً ، لفساد الشرط ، وفيه تردد .
أقول : هذه المسألة مبنية على جواز اشتراط التفاوت في الربح والخسران مع تساوي المالين ، أو التساوي مع تفاوتها ، وقد سبق البحث في ذلك^(١١) ، فلا وجه لاعادته .

قال رحمة الله : إذا اشتري عبداً للقراض فتلف الثمن قبل قبضه ، قيل : يلزم صاحب المال ثمنه دائمًا ويكون الجميع رأس ماله ، وقيل : إن كان أذن له في الشراء في الذمة فكذلك ، وإلا كان باطلًا ولا يلزم الثمن أحدهما .
أقول : قد ذكرنا ذلك ، والقول الأول قول الشيخ في المبسوط ، والقول الثاني قول ابن ادریس ، وقد سبق^(١٢) .

(١١) - ص ٢٢٤.

(١٢) - ص ٢٦٠.

قال رحمة الله : اذا دفع مالاً قرضاً ، وشرط أن يأخذ له بضاعة ، قيل : لا يصح ؛ لأن العامل في القرض لا يعمل ما لا يستحق عليه أجراً ، وقيل : يصح القرض ويبطل الشرط ، ولو قيل بصحتها كان حسناً .

أقول : البضاعة هو ان يدفع الانسان الى غيره مالاً أمانة على ان يتجر له فيه ولا حصة له في الربح ، فاذا شرط رب المال على العامل ان يأخذ له بضاعة ، قال الشيخ في المسوط : لا يصح ، وقد ذكر المصنف وجهه ، ثم قال في المسوط أيضاً : ولو قلنا : ان القرض صحيح والشرط جائز لكنه لا يجب الوفاء به ؛ لأن البضاعة لا يلزم القيام بها ، كان قوياً

والمعتمد ما استحسنه المصنف ؛ لأنه لا مانع من ان يعمل العامل في مال بعوض وفي آخر بغير عوض لوجود القتضي ، وهو الشرط السائع فدخل تحت عموم قوله عليه السلام : «المؤمنون عند شروطهم»^(١٢) ، وهو مذهب العلامة . قال رحمة الله : ولا يجوز للمضارب أن يشتري جارية يطؤها وإن أذن له المالك ، وقيل : يجوز مع الإذن ، أما لو أحملها بعد شرائها ، صع .

أقول : القول بالجواز هو قول الشيخ في النهاية ، مولاً على ما رواه مرفوعاً الى الكاهل ، عن أبي الحسن عليه السلام ، «قال : قلت : رجل سألهي أن اسألكم ، ان رجلاً أعطاه مالاً مضاربة يشتري ما يرى من شيء ، وقال : اشتري جارية تكون معك ، والجارية اغاثي لصاحب المال ان كان فيها وضيعة فعليه ، وان كان فيها ريح فله ، فللمضارب ان يطأها ؟ قال : نعم»^(١٣) . وفي طريقها ساعة ، وهو

(١٢) - الوسائل ، كتاب التكاليف ، باب ٢٠ من ابواب المهر ، حديث ٤ . والمصدر ، كتاب التجارة ، باب ٥ من ابواب الخيار ، حديث ٧ .

(١٣) - التهذيب ، كتاب التجارات ، باب الشركة والمضاربة ، حديث ٣١ (٨٤٥) . وفي الوسائل ، كتاب المضاربة ، باب ١١ ، حديث ١ .

واقفي.

والمعتمد عدم الجواز ؛ لأنه لا يخلو إما أن يظهر فيها ربع أو لا ، فان ظهر فيها ربع وقلنا : انه يملك حصته بالظهور فهي مشتركة ، والمشتركة لا يجوز وطئها لأحد الشركين على ما يأتي في كتاب النكاح ان شاء الله تعالى . وان قلنا : انه لا يملك بالظهور او لم يكن فيها ربع ، فهي ملك لرب المال حصل بعد الإذن ، والإذن السابق لا يقبل الإباحة ؛ لأنه لم يصادف ملكاً ، أما لو لم يكن فيها ربع وحصل التحليل بعد الشراء ، فإنه يجوز الوطى قطعاً .

كتاب المزارعه والمساقاة

في المزارعة

قال رحمة الله : أما لو شرط أحدهما على الآخر شيئاً يضمنه له من غير
الحاصل مضافاً إلى الحصة ، قيل : يصح ، وقيل : يبطل ، والأول أشبه .

أقول : القائل بالصحة على كراهيته هو الشیخ رحمة الله ، وتابعه ابن البراج ،
واختاره المصنف والعلامة ، ونقل المصنف والعلامة قولًا بالمنع ولم يسميا قائله .
والمعتمد الأول ، لعموم قوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم »^(١) ، فإن
ذلك الزرع بشيء من الآفات سقط الشرط .

قال رحمة الله : ويكره إجارة الأرض للزراعة بالحنطة أو الشعير مما يخرج
منها ، والمنع أشبه ، وإن يؤجرها بأكثر مما استأجرها به إلا أن يحدث بها حدثاً أو
يؤجرها بجنس غيره .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : إن يؤجر الأرض بحنطة أو شعير مما يخرج منها ، المشهور في هذه
عدم الجواز ، لاحتلال أن لا يخرج منها شيء فتسقط الأجرة ، وهو غير جائز ،

(١) - مستدرك الوسائل . كتاب التجارة ، الباب ٥ ، من أبواب الخيار ، حديث ٧.

وقيل بالجواز على كراهة ، لأصالة الجواز ، ولعموم : « المؤمنون عند شروطهم »، والأول هو المعتمد ؛ لأن هذا الشرط مشتمل على غرر فيكون باطلًا .

الثانية : في جوازان يؤجر الأرض الذي استأجرها بأكثر مما استأجرها به اذا كان من جنس ما استأجرها ولم يحدث فيها حدثاً ، وبعدم الجواز قال الشيخ والسيد المرتضى وابن الجنيد : حذرا من الربا ، وله عليه روايات ^(١) .

وقال المفید وابن ادریس : انه مکروه . واختاره العلامة ، لأصالة الجواز ، وله عليه روايات كثيرة ^(٢) ، وهو المعتمد .

قال رحمة الله : ولو مضت المدة والزرع باق كان للهالك إزالته على الأشبه .

أقول : المعتمد وجوب تعين المدة في المقد ، فإذا عينا مدة يمكن ادراك الزرع فيها ثم اقضت ولم يدرك ، هل للهالك إزالته ؟ يتحمل ذلك ؛ لأن العقد لم يتناول غير المدة المعينة ، فلا يجب على المالك إبقاء الزرع بعدها ، لكن يجب عليه ارش النقض بسبب القلع ، والأرض هو نقص قيمته مقلوعاً عن قيمته قائمًا ؛ لأنه نقص دخل على ملك الغير بسبب تخليص ملكه ، فيكون مضموناً .

ويتحمل عدم جواز الإزالة ؛ لأنه تصرف تصرفاً ماذوناً فيه ، والقلع فيه ضرر على الزارع ، وقد قال عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » ^(٤) ، وأنه ليس لعرق ظالم ، ويعتمد وجوب التبقية بالأجرة ، جماعاً بين الحفين .

فرع : إذا عينا مدة فأدرك الزرع في بعضها ، فإن كان قد عينا المزروع لم يجز للعامل ان يزرع الأرض مرة ثانية وان كان يدرك عند انتهاء تلك المدة ، وان لم يعينا المزروع جاز ان يزرع الأرض مرة ثانية ، لأنه يملك التصرف بما شاء من

(١) - الوسائل ، كتاب الاجارة ، باب ٢٢ ، حديث ٢ ، وباب ٢٠ .

(٢) - الوسائل ، كتاب الاجارة ، باب ٢٢ ، وكتاب المزارعة والمسافة ، باب ١٥ .

(٣) - الوسائل ، كتاب الشفعة ، باب ٥ ، حديث ١ وغيره .

الزرع تلك المدة المعينة.

قال رحمة الله : ولو استأجر للزراعة (ما لا ينحصر عنه الماء لم يجز لعدم الانتفاع ، ولو رضي بذلك المستأجر)^(٥) جاز ، ولو قيل : بالمنع لجهالة الأرض كان حسناً .

أقول : قد ذكر المصنف وجهي المنع والجواز ، والمعتمد الجواز ان كانت الأرض معلومة أو كان الماء صافياً يمكن مشاهدتها أو كان قليلاً يمكن معه بعض الزرع ، وإلا فلا .

قال رحمة الله : اذا استأجر أرضاً مدة معينة ليغرس فيها ما يبقى بعد المدة غالباً ، قيل : يجب على المالك ابقاءه أو ازالته بعد الأرش ، وقيل : له أزالته كما لو غرس بعد المدة ، والأولأشبه .

أقول : لا خلاف في جواز الفرس ، وإنما الخلاف في إن الغارس هل يجب بعد انتهاء المدة على قلع غرسه بجاناً أو لا يجب إلا مع بذل ارش النقصان ، وهو التفاوت بين قيمته مقلوعاً وقيمتها قائماً ؟ فنقول : لا يخلو مما ان يشترط القلع بعد انتهاء المدة او يطلق العقد ، فإن اشترط القلع وجب ، ولا أرش حينئذ ؛ لأنّه دخل على ذلك .

وان اطلق العقد ، قال الشيخ : لم يجب على قلعه بجاناً ، ويعبر المالك بين اخذ الفرس بالقيمة ويعبر المستأجر على القبول ، وبين الاجبار على القلع مع دفع ارش نصف الفرس ، وبين التببية بأجرة المثل .

ووجهه انه من استأجر شيئاً ليشغله بحق له إنما يجب على ازالته حقه منه على ما جرت العادة بنقله منه ، والعادة لم تجر بنقل الفرس إلا بعد جفافه ، فلا يجب على نقله قبل ذلك ، ولا يجب على مالك الأرض على شملها بالغير بغير عوض ، لما في

(٥) – ما بين القوسين لم يرد في الشرائع .

ذلك من الضرر المنفي ، فوجه الجمع بين الحقين ما قاله الشيخ .

قال العلامة في التحرير بعد ان حكى قول الشيخ : وعندى في اجباره على قبول القيمة نظر . وجه النظر ان المعاوضة عقد يفتقر الى التراضي والاجبار ينافيها ، وقيل : يعبر على الازالة ، كما لو غرس بعد انقضاء المدة ؛ لأن المقدم لم يتناول غير المدة المعينة ولا أرض على مالك الأرض ؛ لأن تفريح الأرض واجب عليه ، وكما قبضها فارغة يجب تسليمها فارغة ، فلا يستحق على فعل الواجب عليه أرشاً ، واختاره العلامة في القواعد ، واختار المصنف مذهب الشيخ .

قال رحمة الله : اذا تنازع في المدة فالقول قول منكر الزيادة مع بینه ، وكذا لو اختلفا في قدر المخصصة فالقول قول صاحب البذر ، فإن أقام كل واحد منها بینة ، قدمنت بینة العامل ، وقيل : يرجعان الى القرعة ، والأول أشبه .

أقول : اغا كان القول قول صاحب البذر مع عدم البینة ؛ لأن النماء تابع للأصل ، فيقتضي ان الجميع لصاحب البذر إلا ما أخرجه الشرط ، فإذا ادعى زيادة عما اعترف به صاحب البذر كان القول قول المالك وهو صاحب البذر مع عدم البینة وانا كان البینة بینة العامل ؛ لأن الخارج ولأن القول قول صاحب البذر مع عدم البینة ، فيكون البینة بینة الآخر .

وقال الشيخ رحمة الله : يقرع بينها ؛ لأن الربح تابع للعمل ورأس المال ولا ترجيح ، فيقرع بينها ، وهو المعتمد .

قال رحمة الله : ولو اختلفا ، فقال الزارع : أعرتنيها ، فأنكر المالك وادعى المخصصة أو الأجرة ولا بینة ، فالقول قول صاحب الأرض ويثبت له أجرة المثل مع بین الزارع ، وقيل : يستعمل القرعة ، والأول أشبه .

أقول : اغا كان القول قول صاحب الأرض ؛ لأن المنافع مملوكة له كالعين فكما ان القول قوله لو ادعى عليه تقليل العين ، فكذا القول قوله اذا ادعى عليه

تملك المنافع ، وقيل بالقرعة ؛ لأنهما اتفقا على حدوث المنافع في ملك الزارع ، وصاحب الأرض يقول بأجرة ، والأصل عدم التبرع ، والزارع يقول بمحاناً والأصل براءة الذمة ، ولا ترجح لأحد الأصلين على الآخر ، فيقع بينهما ، والمعتمد الأول .

في المساقاة

قال رحمة الله : ويصح قبل ظهور الثرة ، وهل تصح بعد ظهورها ؟ فيه تردد ، والأظهر الجواز إن بقي للعامل عمل ، وإن قل مما يستزاد به الثرة .

أقول : المساقاة جائزة قبل ظهور الثرة إجماعاً ، أما بعد ظهورها اذا بقي للعامل عمل يستزاد به الثرة ، فقد تردد فيه المصنف ثم اختار الجواز ، ومنشأ التردد من أحالة الصحة ، ولأن المقصود من المساقاة زيادة الغاء بسبب فعل العامل ، والتقدير انه حاصل ، وبه قال الشيخ في الخلاف عتاجاً بعموم الأخبار^(٦) الدالة على جواز المساقاة من غير تفصيل ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد .

ومن ان المساقاة معاملة على بجهول فيقتصر فيها على محل الواقع ، وهو الصحة قبل الظهور دون ما بعده ، ولأن الثرة اذا ظهرت كانت ملكاً للملك ، فاداً ساقاه عليها وشرط له منها جزءاً كان قد شرط جزءاً من ماله له ، فلا يصح كالمضاربة .

(٦) - الوسائل ، كتاب المزارعة والمساقاة ، باب ٩ ، حديث ٢ .

فرع : على الجواز بعد الظهور لو حصلت بعد بدو الصلاح كان زكاة الجميع على المالك خاصة لبدو الصلاح على ملكه من غير مشارك .

قال رحمة الله : ولا تبطل بجوت المساقى ولا بجوت العامل على الأشبه .

أقول : المساقاة عقد لازم كالاجارة ، والخلاف في بطلانها بالموت كالمخالف في بطلان الاجارة به ، فالقاتل بالبطلان هناك قاتل به هنا ، ومن لا فلا . وعلى القول بعدم البطلان - وهو المعتمد - يقون الوارث مقام العامل ان كان هو الميت ، فان امتنع الوارث من العمل لم يعبر عليه ؟ لأن العمل غير واجب عليه ؛ لأن الأعمال الواجبة على الانسان اذا تعلقت بيده لا يجب على وارثه القيام بها عدا الصلاة على ما تقدم ، فع امتناع الوارث من العمل يستأجر المحاكم من تركته ان كان له تركة ، ومع عدم التركة او تعذر الاستئجار يفسخ المالك ان شاء وعليه اجرة العامل الى حين الموت اذا لم تظهر الثرة ، وان كانت قد ظهرت بيعت حصة العامل منها ودفعت الى ورثته ، ولا اجرة حينئذ .

قال رحمة الله : وفيما لا ثرة له اذا كان له ورق ينتفع به كالحناء والتوت تردد .

أقول : منشؤه من ان المساقاة المشروعة انا هي على الأصول التي لها ثرة ينتفع بها مع بقاء اصلها ، والورق لا يسعى ثرة لا باللغة ولا بالعرف . ومن ان الورق هنا يجري بجرى الثرة المتتجدة كل عام مع بقاء اصله وهو ينتفع به كالانتفاع^(٧) بالثرة ، فيصح المساقاة عليه ، وهو اختيار السلام في القواعد والتحرير^(٨) ، وهو المعتمد .

قال رحمة الله : وال Kash للتلقيح ، وقيل : يلزم ذلك العامل ، وهو حسن .

(٧) - في «ن» : كإنتفاعه .

(٨) - (التحرير) لم ترد في «ر٢» .

أقول : كون الكش على المالك مذهب الشيخ في المبسوط ، واختياره العلامة ؛ لأنَّه عين ماله ، والعامل لا يجب عليه غير العمل ، وكونه على العامل مذهب ابن ادريس ؛ لأنَّ العمل لا يتم إلا به ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، واستحسنه المصنف والمعلامة ، والأول هو المعتمد .

والخلاف في التور الذي يدير الدوّلاب ، كالخلاف في الكش .

قال رحمة الله : ولو شرط ان يعمل غلام المالك معه جاز ؛ لأنَّه ضم مال الى مال ، ولو شرط ليعمل الغلام لخاص العامل لم يجز ، وفيه تردد .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : ان يشترط ان يعمل غلام المالك لخاص العامل ، ومنشأ التردد فيه من انه شرط سائغ فيدخل في عموم : « المؤمنون عند شروطهم » ، وهذا الشرط يقتضي كون الحصة مقابل بعض العمل ، وهو جائز ، وهو ظاهر المصنف و اختيار العلامة ، وهو المعتمد .

ومن انه اشترط ان العوض له والعمل على غيره ، وهو غير جائز .

الثانية : اذا شرط على رب المال اجرة الاجراء ، او شرط خروج اجرتهم من وسط الثرة والباقي بينها ، وهو لا يخلو اما ان يشترط اجرة الاجراء الذين جرت العادة باستئجارهم والاستعانت بهم وباقى العمل على العامل ، او يشترط ان يستأجر على جميع العمل ولم يبق للعامل غير الاستعمال خاصة ، فان كان الأول فقد قال الشيخ في المبسوط بالبطلان ؛ لأنَّ المساقاة موضوعة على أن من رب المال المال ومن العامل العمل ، فان اشترط أن أجرة الاجراء على رب المال أو من الوسط إقتضى ان يكون على رب المال المال والعمل ، وهو غير جائز ، وتردد المصنف بما قاله الشيخ ، ومن أنه شرط سائغ فيجب الوفاء به .

والمعتمد المجاز بشرطين : ان تكون الأجرة معلومة مقدرة حالة العقد ،

وأن يبقى للعامل شيء من العمل وإن قل ، وإن كان الثاني وهو أن يشترط الاستجبار على جميع العمل ولم يبق غير الإستعمال ، وهذا استشكله العلامة في القواعد : من أن العامل لا يملك الحصة ويستحقها إلا بعمل الجميع أو البعض ، وهذا لا يحصل شيئاً ، والإستعمال لا يسمى عملاً .

ومن أن الاستعمال يجري بجري العمل ، لحصوله بواسطة الاستعمال ، والمعتمد البطلان ؛ لأن المساقاة معاملة على بجهول فيقتصر فيها على موضع الوفاق ، فيكون له أجرة الاستعمال ؛ لأنه يجري بجري الوكيل بجعل .

ونفقة الغلنان الذين يشترط عملهم على سيدهم ، فإن اشتراطها على العامل جاز مع التقدير لا مع عدمه ، ونفقة الأجراء على انفسهم إلا مع الشرط ، فيجب تقديرها .

قال رحمة الله : ولو شرط مع الحصة من النماء حصة من الأصل الثابت لم يصح ؛ لأن مقتضى المساقاة جعل الحصة من الفائدة ، وفيه تردد .

أقول : منشوه من أنه شرط يقتضي مخالفة العقد ، وكل شرط يقتضي مخالفة العقد فهو باطل ؛ لأن مقتضى عقد المساقاة كون الحصة من النماء دون الأصل ، فإذا اشترط من الأصل شيئاً ، فهو كما لو اشترط العامل في مال القراض شيئاً من رأس المال مضافاً إلى حصته من الربح ، وهو باطل ، فكذا هنا ، وبه قال الشيخ وابن ادريس وفخر الدين ، وهو المعتمد .

ومن أنه شرط سانح فيدخل في عموم : « المؤمنون عند شروطهم » ، ولأنه كما لو اشترط شيئاً غير الحصة من غير الأصل - كما لو اشترط ذهباً أو فضة أو غير ذلك - فهو جائز ، فكذا هنا .

والجواب حصول الفرق بين أن يكون الشرط من غير المال الذي يعمل به ، وبين أن يكون منه ؛ لأن جعل الموضع الحاصل للعامل - وهو الحصة من النماء -

مقابل العمل بجميع المال المعقود عليه ، فإذا صار له جزء من الأصل لم يحصل العمل بجميع المال للهالك ، وإذا لم يحصل بجميع المال المملوک للهالك لم يستحق بجموع الحصة المشترطة لاخلاله بالشرط ، وهو العمل بالجيمع فيبطل العقد ويكون للعامل اجرة مثل عمله ، وللهالك بجموع الفائدة .

قال رحمة الله : ولو ساقاه بالنصف إن سق بالناضع ، وبالثلث إن سق بالسائع بطلت المساقاة ، لأن الحصة لم تتعين ، وفيه تردد .

أقول : منشئه من اصالة الصحة وعدم حصول الجهة لتعيين العملين والمحصتين ، فأي عمل عمله كانت الحصة عليه معلومة . ومن ان الترديد بين العملين والمحصتين يقتضي عدم تعين العقود عليه من العمل والمحصة ، ومع عدم التعين يحصل الجهة المقصية الى البطلان ، وهو المعتمد .

قال رحمة الله : اذا استأجر أجيراً للعمل بمحصة منها ، فان كان بعد بدو الصلاح جاز ، وان كان بعد ظهورها ، وقيل : بدو صلاحها بشرط القطع صح إن استأجره بالثرة أجمع ، ولو استأجره ببعضها ، قيل : لا يصح لسذر التسلیم ، والوجه الجواز .

أقول : صحة الإيجارة وعدمهما قبل بدو صلاحها مبني على صحة البيع قبله ، فن قال بصحته بشرط القطع قال بالصحة هنا بشرط القطع ايضاً ، ومن قال بالصحة مطلقاً قال بها هنا ايضاً ، والمعتمد جواز الاستئجار لها بعد الظهور ، سواء كان بالكل او البعض ، وسواء شرط القطع او لم يشرطه ، لجواز البيع كذلك على الصحيح من المذهب .

قال رحمة الله : اذا قال : ساقتك على هذا البستان بكذا على أن أساقيك على الآخر بكذا ، قيل : يبطل ، والجواز أشبه .

أقول : القائل بالبطلان الشيخ رحمة الله ، قال في المبسوط : اذا قال ساقتك

على هذا الحاطط بالنصف على ان اسايقك على هذا الحاطط الآخر بالثلث ، بطل ؛ لأنه يبعان في بيعة واحدة ؛ لأنه ما رضي ان يعطيه هذا النصف إلا ان يأخذ منه الآخر بالثلث ، وهكذا في البيع اذا قال : بعتك عبدي هذا بألف على ان تبيعني عبده بخمس مئة ، فالكل باطل ؛ لأن قوله : (على ان تبيعني عبده بخمس مئة) ، وعد من صاحب العبد فهو بالخيار بين الوفاء وبين الترك ، والمعتمد الجساز في الموضعين البيع والمساقاة معاً ؛ لأنه شرط سائغ ، فلا مانع منه ، فان حصل الوفاء به ، وإلا كان البائع والمساقى بالخيار بين الفسخ والإمضاء ، وبه قال المصنف والعلامة .

قال رحمة الله : اذا هرب العامل لم تبطل المساقاة فإن بذل العمل عنه باذل ، او دفع إليه المحاكم من بيت المال ما يستأجر عنه ، فلا خيار وإن تعذر ذلك ، كان له الفسخ ، لتعذر العمل ولو لم يفسخ وتعذر الوصول إلى المحاكم ، كان له أن يشهد أنه يستأجر عنه ، ويرجع عليه على تردد ، ولو لم يشهد ، لم يرجع .

أقول : المساقاة عقد لازم لا تبطل بهرب العامل ، ولكن صاحب النخل يحتاج إلى ان يرفع أمره إلى المحاكم ليثبت عنده العقد ، فيطلب المحاكم ، فان وجده الزمه العمل ، وان لم يجده وكان له مال استأجر منه من يقوم مقامه ، وان لم يكن له مال وكان في بيت المال شيء استأجر من بيت المال قرضاً على العامل ، فان لم يكن في بيت المال شيء وووجد من يتطلع بإقراضه استقرض عليه ، فان لم يجد المقطوع بالإقراض ولم يتطلع المالك بالإقراض ولا بالعمل ، قال له المحاكم : قد تعذر العمل من جهة العامل ، فلنك ان تفسخ ، فإذا فسخ لا يخلو إما ان يكون الثرة قد ظهرت أو لم تظهر ، فان لم تظهر بعد ، كان على المالك اجرة عمله الى حين الفسخ ؛ لأنه عمل عملاً غير متبرع به ولم يسلم له الحصة المشترطة ، فيكون له الأجرة ، وان كانت قد ظهرت صار شريكاً فيها بنسبة حصته ، فيقال للمالك :

اختيار ان يبيع نصيبك من الثرة ؟ فإن قال : نعم ، بيعت في موضع يصح بيعها ، وقسمه بالقيمة على قدر المخصص ، وإلا بيعت حصة العامل على مالك التخل أو على غيره .

هذا كله مع وجود المحاكم ، وامكان الوصول اليه ، ومع غيابه او عدم التمكن من الوصول اليه ، قال المصنف : (كان له ان يشهد انه يستأجر عنه ويرجع عليه على تردد) . ومنشأه من انه اتفق على مال غيره بغير اذنه ولا اذن المحاكم ، فلا رجوع له للأصالة براءة الذمة .

ومن ان الرجوع هنا لمكان الضرورة ؛ لأنّه لو لم يجز الرجوع عليه بما اتفقه مع وجوب دفع حصته اليه ، لزم الضرر المنفي ، أما لو كان الإنفاق بغير اذن المحاكم مع القدرة على استدائه ، فإنه لا يرجع اجماعاً ، وإن شهد .

فرع : اذا لم يشهد على ان هذه النفقه دين على العامل ، ونوى ذلك في نفسه ، هل له ان يرجع عليه ؟ استشكل ذلك العلامة في القواعد ، ومنشأه : من ان الإشهاد ، هل هو شرط في جواز الرجوع ، أو الشرط هو نية الرجوع ، والإشهاد لأجل الثبوت ؟

الظاهر الأول ؛ لأن الشارع علق جواز الرجوع على استدانا المحاكم مع امكانه ، او الاشهاد مع عدمه ، والشرط عدم عدم شرطه ، ولالأصالة براءة الذمة من اشتغالها بحق للغير ما لم يعلم السبب ، وهو غير معلوم ، مع عدم هذين الشرطين .

ويحتمل الرجوع بمجرد النية ؛ لأن الإشهاد لا يفيد اثبات حق في ذمة الغير ، وإنما فائدته اثبات عدم التبرع ، وعدم التبرع يحصل بنية الرجوع ، فالمفيد للرجوع هو نية عدم التبرع ، فإذا ثبت ذلك باقرار الخصم جاز له الرجوع ، والأول ظاهر المصنف ؛ لأنه اطلق عدم الرجوع مع عدم الإشهاد ، وهو اختيار

العلامة وفخر الدين ، وهو المعتمد .

قال رحمة الله : ومع ثبوت الخيانة هل يرفع يده أو يستأجر من يكون معه من اصل الثرة ؟ والوجه أن يده لا ترفع عن حصته من الريع ، وللمالك رفع يده عما عداه ، ولو ضم المالك اليه اميناً كان أجرته على المالك خاصة .

أقول : اذا ثبتت خيانة العامل إما باقراره او بالبينة او بنكوله عن اليدين مع بين صاحب التخل ، قال المصنف : (الوجه انه لا يرفع يده عن حصته) ، ووجه هذا الوجه ان الخيانة توجب رفع اليد عن مال الغير لا عن مال نفسه .

ويحتمل رفع يده عن الجميع ؛ لأنه لا يتم رفع اليد عن مال الغير إلا مع رفع يده عن الجميع ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب .

وال الأول اختيار المصنف والعلامة وفخر الدين ، وهو المعتمد .

تنبيه : صورة رفع يده عن حصة المالك مع بقائها على حصته هو ان يضم اليه من يشاركه في العمل بقدر حصة المالك ويكون مستولياً على حصة المالك وعاماً بها ، والعامل يختص من العمل بقدر حصته مع اشتراك الثرة بينها ، ويكون استيلاء العامل الثاني على العمل بقدر حصة المالك ، وتصرفه بها رفعاً ليد العامل الأول عنها وان كانت لا تتميز عن حصة العامل ، ولا يتواتهم احد ان رفع يده عن حصة المالك مع بقاء حصته هو ان يقتسما الثرة ثم يتصرف كل واحد منها بحصته ؛ لأن قسمة الثمن قبل الفراغ من جميع ما يحتاج اليه من العمل غير جائز ؛ لأن العامل لا يستقر ملكه على حصته منها إلا ب تمام العمل جميعه على وجه الشياع ؛ لأن من شرط صحة المساقاة كون الحصة مشاعة الى حين الفراغ من العمل ليكون التاليف منها والباقي لها ، فالقسمة قبل ذلك تنافي هذا الحكم ، لاحتلال تلف احد النصبين او بعضه دون الآخر فيختص الآخر بمجموع الباقي او بأكثر مما شرط له ، وهو غير جائز .

فإذا عرفت هذا فأجرة هذا الأجير من أصل الثرة كما قاله المصنف؛ لأن عمله لها، أما كونه للعامل فلأن جميع العمل واجب عليه، وهذا قد عمل بعضه، وأما كونه للملك فلأن العمل لمصلحته ليس ماله من الحياة، اذ لو لا مصلحته لما جاز ضم هذا الأجير إلى العامل، وإذا كان العمل لها كانت الأجرة عليها.

ويحتمل كون الأجرة من خاص العامل؛ لأن العمل واجب عليه، وقد تعذر استيفاؤه منه بسبب خيانته، فيجب عليه بذل المعرض، وهو أجرة العامل، وهو قوي.

أما لو خرم الملك إليه أميناً حافظاً من غير أن يعلم شيئاً ولا يرفع يده العامل عن شيء كانت أجرته على الملك خاصة؛ لأن عمله له خاصة.

ولو عجز العامل عن القيام بالعمل أو بعضه مع كونه أميناً استوجر من العمل جميع العمل أو بعضه، وكانت الأجرة من خاص العامل؛ لأن جموع العمل له.

فرع : لو لم يكن الأمين الحفظ لكون العامل قوياً باطلاً لا يمكن التعرز منه رفعت يده عن الجميع ، والزم أجرة عامل يقوم مقامه ليحصل الجمع بين العمل وحفظ مال الملك .

قال رحمة الله : وقيل له الرجوع على العامل بالجميع إن شاء؛ لأن يده عادية ، والأول أشبه ، إلا بتقدير أن يكون العامل عالماً به .

أقول : مذهب المصنف ، وهو الرجوع على العامل بالنصف خاصة ، وهو مذهب الشيخ في المسوط؛ لأنه لم يقبض الثرة كلها ، وإنما كان حافظاً لها نائباً عن الغاصب .

وقيل : يرجع عليه بالجميع لما قاله المصنف : (لأن يده عادية) ثم يرجع على الغاصب؛ لأنه غرر ، واختاره العلامة ، وهو المعتمد؛ لأن الأيدي إذا تعاقبت

كتاب المزارعة والمساقاة ٢٨٢

على المغصوب تغيير المالك في تضمين من شاء .

كتاب الوديعة

في العقد

قال رحمة الله : ولو عين له موضع الاحتفاظ ، اقتصر عليه ، ولو نقلها ضمن الا الى الأحرز أو مثله على قول .

أقول : اذا دفع اليه الوديعة لا يخلو اما ان يعين له المحرز او لا يعينه ، بل جمل النظر اليه او يعين حرزًا ولم ينته عن النقل عنه او نهاء ، واطلق أى لم يقول : وان تلفت ، أو قال : ولا ينقلها عنه وان تلفت ، فالاقسام اربعة :

الأول : ان لا يعين موضع الحفظ ، فاذا تركها في موضع جاز له نقلها الى غيره ، سواء كان مثل الأول او أعلى او أدون اذا كان حرز مثلها ؛ لأن الابداع اقتضى حفظ الوديعة في حرز مثلها ، والمالك قد وكل النظر اليه ورضي باجتهاده حيث لم يعين موضع الحفظ ، فله الوضع حيث شاء بشرط ان يكون حرز مثلها ، ولا ضمان عليه في ذلك .

الثاني : عين المحرز ولم ينته عن النقل عنه ، قال الشيخ في المبسوط : فان نقلها الى ما يعادلها لم يضمن ؛ لأن صاحبها رضي بأن يكون في ذلك الموضع أو مثله ، فصار كما لو استأجر ارضاً ليزرعها طعاماً فله ان يزرع ما يكون ضرره

مثل ضرر الطعام او دونه .

واختاره المصنف والعلامة في القواعد ، واختار في المختلف عدم جواز النقل والضمان به ، بناءً على ان الأمر بالشيء يستلزم النهي عن ضده . هذا مع عدم الخوف عليها في ذلك الموضع الذي عينه المالك ، أما مع الخوف فانه يجب نقلها ولو ترك النقل مع المكتنة ضمن ان تلفت .

الثالث : ان يعين الموضع وينفعه من النقل الى غيره ، ويطلق المنع ، أي لم يقبل : وان تلفت ، هذا يضمن بالنقل ، سواء كان الى الأعلى او الأدنى او المثل ؛ لأن صاحبها قطع اجتهاد المستودع حيث عين الموضع ونهاه عن النقل .

ولو حصل خوف من نهب او لص او حريق وجب النقل ، فلو لم ينقلها مع الخوف احتمل الضمان ؛ لأنه كان مأموراً بالنقل ولم يفعله ، فيكون ضامناً وهو المعتمد .

ويحتمل عدم الضمان ؛ لأن المالك نهاية عن النقل ، فاذا امتنى امره لم يكن ضامناً .

الرابع : اذا قال : لا تنقلها وابن تلفت ، فحصل الخوف ، جاز نقلها وتركها ، ولو تلفت في أحد الوجهين فلا ضمان ؛ لأن الشارع أذن له بالنقل عند الخوف ، والمالك أذن له بالترك عنده ، فهو كما لو سلطه على تلفه ، فلا ضمان مع اتباع احد الأمرين .

فرع : قال الشيخ في المبسوط : اذا ادعى الوديعي النقل خوف الحريق او النهب او الفرق ، فإنه لا يقبل قوله إلا بالبيبة ؛ لأن مثل ذلك لا يحيى ، وكل موضع يدعى السرقة أو الغصب أو يقول : تلفت من غير تفريط ، فإنه لا يقبل قوله إلا مع البيبة ، والفرق امكان اقامة البيبة على الأول دون الثاني .

وقال العلامة : يقبل قوله مطلقاً ، سواء ادعى أمراً خفياً أو ظاهراً ، لما رواه

الخلبي في الحسن ، عن الصادق عليه السلام « قال : صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان »^(١) .

قال رحمة الله : ولو كان الفاصل مزجها بالله ، ثم أودع الجميع فان امكن المستودع تميز الماليين رد عليه ماله ومنع الآخر ، وان لم يمكن تميزها وجب اعادتها على الفاصل .

أقول : هذه المسألة عائلة للأصل ؛ لأنها تتضمن دفع مال الغير الى غير مالكه مع كونه غاصباً ، وهو غير جائز إلا أن عمل اكثر الأصحاب على ذلك .

قال ابن ادريس : ولو كانت الوديعة من حلال وحرام لا يتميز احدهما عن الآخر رد جميعها الى المودع متى طلبها بدليل اجماع اصحابنا . فقد ظهر ان المسألة اجماعية ، والعلامة حكم في القواعد بما هو فتوى الأصحاب ، ثم استشكل ذلك .

قال فخر الدين : منشأه من قول الأصحاب ، ثم نقل قول ابن ادريس هذا الذي نقلناه ، ثم قال : ومن انه رد الفصل الى الفاصل وهو لا يجوز ، والأولى رده الى الحاكم . هذا كلامه رحمة الله ، ولا باس بالعمل على ما اجمع عليه الأصحاب ؛ لأن الاجماع حجة .

(١) - الوسائل ، كتاب الوديعة ، باب ٤ ، حديث ١ .

في اللواحق

قال رحمة الله : اذا انكر الوديعة او اعترف وادعى التلف أو الرد ولا بينة ، فالقول قوله ، وللهالك احلافه على الاشبه ، أما لو دفعها الى غير المالك وادعى الاذن (فانكر) ، فالقول قول المالك مع بینته ، وان صدقه على الاذن)^(٢) لم يضمن وان ترك الاشهاد على الاشبه .

أقول : في هذا الكلام مباحثت :

الأول : اذا ادعى عليه الوديعة فانكر ، كان القول قوله مع اليدين بلا خلاف ، لقوله عليه السلام : « البينة على المدعي واليمين على من انكر »^(٣) .

الثاني : اذا اعترف بالوديعة ثم ادعى التلف كان القول قوله ، وظاهر المصنف قبول قوله مطلقاً ، كما هو مذهب العلامة . والشيخ فرق بين ان يدعى التلف بسبب ظاهر كالنهب والحرق والفرق ، وبين ان يدعى بسبب خفي كالسرقة وما شابه ذلك ، وحكم بعدم قبول قوله بالأول من غير بينة ، لامكان إقامتها على

(٢) - ما بين القوسين لم يرد في الشرائع .

(٣) - المستدرک ، باب ٣ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعاوى ، حديث ٤ .

ما يدعيه ، ولقبوها بالثاني من غير بينة مع اليدين ، وقد اشرنا الى ذلك فيما مضى .
 الثالث : اذا اعترف بالوديعة ثم ادعى الرد ، قال المصنف فالقول قوله ،
 وللملك احلاقه على الاشتبه ، وظاهر قوله : (على الاشتبه) عائد الى احتمال عدم
 احلاقه ، وليس كذلك ؛ لأنّه لا خلاف في ايجاب اليدين عليه على القول بأن القول
 قوله ، بل عائد الى قوله : (فالقول قوله على الاشتبه وللملك احلاقه) .

اذا عرفت هذا : فالقول بأن القول قوله هو المشهور بين الأصحاب ، وعليه
 فتوى الجميع وان استشكله بعضهم بعد الفتوى ، لاحتمال ان يكون القول قول
 المالك ؛ لأنّه منكر ، وقد قال عليه السلام : « البينة على المدعى واليمين على من
 انكر » ^(٤) ، ولم اجد قاتلاً بهذا الإحتمال ، بل الفتاوى متطابقة على ان القول قول
 الوديعي ؛ لأنّه امين قبض المال لصالحة المالك ، فيكون قوله مقبولاً بالرد ، وهو
 المعتمد .

تنبيه : اما يقبل قوله بالرد على من انتمنه خاصة ، أما لو مات المالك
 فادعى الوديعي الرد على وارثه لم يقبل إلا بالبينة ؛ لأنّه غير امين للوارث ، وكذا
 لو مات الوديعي فادعى الرد على المالك ؛ لأنّه لم يكن اميناً للملك ، ولو اراد
 السفر فاوعدها ثقة لتعذر المالك والوكيل والحاكم ، فادعى الثقة ردها على المالك
 لم يقبل إلا ببينة لما قلناه ، ولو ادعى ردها الى المستودع الأول ، قبل قوله مع
 اليدين ؛ لأنّه ادعى على من انتمنه ، ولو ادعى من طير الريح ثواباً الى داره رده الى
 المالك لم يقبل الا بالبينة ؛ لأنّه لم يكن اميناً له باختياره .

ولو قال المالك : (اذا سافرت اودعها فلاناً) ، فاوعده ، فادعى الرد على
 المالك قبل قوله مع اليدين ؛ لأنّه ادعى الرد الى من انتمنه ، ولو ادعى دفعها الى
 المستودع الأول لم تقبل إلا بالبينة ؛ لأنّه لم يكن اميناً له ، بل هو امين للملك .

و اذا ادعى الاذن بالدفع الى غيره فصدقه على الاذن و انكر الدفع ، قال المصنف : (لم يضمن وان ترك الاشهاد على الأشبه) ، واختاره العلامة في القواعد ؛ لأنه قال : ولو صدق الاذن وانكر التسليم فكدعوى الرد أهي كدعوى الرد على المالك ، وقد اختار ان القول قول المستودع في الرد ، وجزم في التحرير بعدم الضمان وان ترك الاشهاد ، ووجهه كونه اميناً ، والاحتال الوارد في دعوى الرد على المالك وارد هنا ، فلهذا قال : (على الأشبه) .

وفرق الشيخ بين ان يكون الأمر بالدفع الى الغير على سبيل الایداع له ، وبين ان يكون على سبيل الإبقاء ، وقوى في الأول عدم الضمان مع ترك الاشهاد ، وحكم في الثاني الضمان مع تركه ؛ لأن الاذن بقضاء الدين للبراءة منه ، وهي لم تحصل بدون الاشهاد ، بخلاف الوداعة فاتها مبنية على الاخفاء ، ولا يشترط الاشهاد .

قال رحمة الله : اذا أقام المالك البيينة على الوديعة بعد الانكار فصدقها ثم ادعى التلف قبل الانكار لم تسمع دعواه (وعدم قبول بينته)^(٥) ، لاشتغال ذمته بالضمان ، ولو قيل : تسمع دعواه وتقبل بينته كان حسناً .

أقول : عدم سماع دعواه وعدم قبول بينته مذهب الشيخ رحمة الله ؛ لأنه بانكار الوديعة مكذب لدعوى اهلاك ولا تقبل هذه الدعوى ، و اذا كانت الدعوى غير مسموعة لم تقبل البيينة بها ؛ لأن البيينة فرع الدعوى .

وقال ابن الجنيد : يقبل دعواه ؛ لأن انكاره يجوز ان يكون عن سهو أو نسيان . والمعتمد ان كان صورة الانكار نفي الایداع لا تقبل دعواه ولا يسمع بينته .

قال رحمة الله : اذا اعترف بالوديعة ثم مات ، وجهلت عينها ، قيل : تخرج

(٥) - لم يرد في الشرائع .

من أصل تركته ، ولو كان له غرماء وضاقت التركة حاصلهم المستودع ، وفيه تردد .

أقول : اذا حضرته الوفاة وعنده وديعة كان حكمها كما لو أراد السفر وعنده وديعة ، وهو ردها الى مالكها أو وكيله ، فان فقدهما فالحاكم ، فان تعذر الجميع وجب عليه اظهار امرها والإشهاد عليها والإيصاء بها الى الثقة ليدفعها الى صاحبها ، فان لم يفعل ذلك يكون قد اتلفها على صاحبها ، لانتقال التركة الى الورثة بالموت ، وقوفهم مقبول بعدم الوديعة فلو لم يوص كان ضامناً ، وكذا لو اوصى الى الفاسق .

إذا عرفت هذا اذا اعترف بالوديعة ووصفها بصفتها المميزة لها عن غيرها ثم مات ، وجهلت عينها ، هل يخرج من اصل تركته ويكون صاحبها شريكاً للغرماء لو كان عليه ديون ؟ تردد المصنف في ذلك ، والظاهر ان تردد المصنف من احتفال الضمان وعدمه .

ووجه الضمان انه اعترف بوجود الوديعة عنده ، والأصل بقاوتها ، وجهل عينها لا يوجب عدم الضمان ، لعموم قوله عليه السلام : « على اليد ما اخذت حتى تؤدي »^(٦) .

ووجه احتفال عدم الضمان ان الوديعي امين لا يضمن إلا مع التسعي او التغريط ، والأصل عدمه لاحتفال تلف الوديعة من غير تغريط ، والأصل براءة الذمة .

واعلم ان العلامة ذكر هذه المسألة في موضعين من القواعد ، قال في الأول : أما لو قال : (عندني ثوب) ولم يوجد في التركة ثوب ، لم يضمن تزيلاً على التلف قبل الموت على إشكال ، وفي الثاني : لو مات المستودع ولم توجد الوديعة في

(٦) - المستدرك ، كتاب الوديعة ، باب ١ وجوب أداء الأمانة ، حديث ١٢ .

تركته ، فهي والدين سواء على اشكال ، فعميد الدين رحمة الله لم يفرق بينها ، وجعل منشأ الاشكال فيها من احتفال الضمان وعدمه ، وفخر الدين رحمة الله فرق بينها ، وجعل منشأ الاشكال في الأول من احتفال الضمان وعدمه ، وجعل موضوعها اصل الضمان ، وجعل موضوع الثانية كيفية الضمان ، بمعنى ان الوديعة ، هل تقدم على الدين ويندرج قيمتها او لا والتتص يدخل على الفرماء او حكمها حكمه ؟ ثم اختار تقديمها عليه لتعلقها بعين التركة كالرهن .

ولما نع ان يمنع حجة فخر الدين ؛ لأن الدين متعلق بعين التركة أيضاً بلا خلاف ، وإنما الخلاف في صفة تعلقه ، هل هو كتعلق الدين بالرهن او كتعلق الأرث برقبة المعاي ؟ واذا ثبت ان الدين متعلق بالتركة فلا ترجيع ، والقياس على الرهن باطل ؛ لأن تقديم صاحب الرهن لتعلق حقه بعين مشخصة مميزة عن غيرها ، بخلاف الوديعة ؛ لأنها غير مميزة ولا مقطوع ببيانها فافتراقا ، فكما لو كان الرهن مقبوضاً بيد المالك ثم مات ولم يوجد في التركة فإنه لا يختص بقيمة فكذا في الوديعة ، وهذا ظاهر لا يحتاج الى تأمل .

وقطع العلامة في التحرير بمشاركة الفرماء من غير تردد ، وهذا الحكم يختص فيما اذا اعترف بالوديعة حال موته إذا قامت البينة انه مات وهي عنده .
اما لو كان عنده وديعة حال حياته ، ثم مات ولم يعترف بها ، ولا قامت البينة بأنه مات وهي عنده ، هل يكون ضامناً لها ؟ استشكله في القواعد والتحرير ، من عموم قوله عليه السلام : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي »^(٧) ، ومن اصالة البراءة مالم يتحقق السبب ، وهو غير متحقق .

فروع :

الأول : لو وجد كيس مختوم في التركة وعليه مكتوب : بأنه وديعة فلان ، لم

(٧) - ص ٢٩٢ المصدر المقدم .

يجب تسليمه اليه إلا بالبينة ، لاحتمال ان يكون اشتراه من مالكه ، وترك القلامة عليه .

الثاني : لو قال : (عندى توب وديعة) ، ولم يصفه ، وفي تركته أثواباً ، كان ضامناً لنفيطه بعدم التبييز ، فهو كما لم يخلط الوديعة بغيرها .

ولو وجد في التركة ثوب واحد احتمل تزيل الوصية عليه ، ويجب دفعه الى الموصى له ، ويعتبر الضبان لعدم التبيين ، وعدم وجوب دفع الثوب الموجود ، لاحتمال ان يكون غير الموصى به ، وهو قوي .

الثالث : يجب ان يميزها حالة الوصية ، إما بالاشارة الى عينها بمحضرة الشهود ، او بذكر الجنس والوصف الرافع للجهالة ، فلو قال : (عندى وديعة) ، ولم يميزها بما ذكرناه فهو كما لم يوص لعدم الفائد حيئنذا ، ويكتفى ذكر الجنس من دون الوصف ، ويكتفى الإشارة وان لم يذكر الجنس والوصف .

قال رحمة الله : اذا فرط واختلفا في القيمة ، فالقول قول المالك مع يمينه ، وقيل : القول قول الغارم مع يمينه ، وهو اشبه .

أقول : قال الشيخان : القول قول المالك ؛ لأن المستودع صار خاتناً ، فلا يكون قوله مسماً . وقال ابو الصلاح : القول قول المستودع . وبه قال ابن حمزة وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأنَّه غارم ، والأصل براءة ذمته .

كتاب العمارية

في المستعير

قال رحمة الله : ولو استعار من الفاصلب وهو لا يعلم ، كان الضمان على الفاصلب ، وللمالك الزام المستعير بما استوفاه من النفقه ، ويرجع على الفاصلب ؛ لأنَّه أذن له في استيفائها بغير عوض ، والوجه تعلق الضمان بالفاصلب حسب .

أقول : يحتمل تعلق الضمان بالفاصلب حسب وليس للمالك أن يرجع على المستعير بشيء مع جهله بالقصب ؛ لأنَّه تصرف تصرفاً مشروعاً في ظاهر الشرع ، فلا يتعقبه ضمان ، وإلا لزم تكليف العاقل ، وهو حال ، والمعتمد كونه غيرَ يتضمن المنافع والعين مع تلفها بين أن يضمن الفاصلب أو المستعير ؛ لأنَّ كل يد تترتب على الفاصلب بيد ضمان ، فان ضمن الفاصلب لم يرجع على المستعير مع جهله ، ويرجع عليه مع علمه ، ولو ضمن المستعير لم يرجع على الفاصلب مع علمه ، ويرجع عليه مع جهله ؛ لأنَّه غرر .

فرع : اذا استعار من الفاصلب وهو جاهم بالقصب استقر الضمان على الفاصلب ؛ لأنَّه لو رجع على المستعير رجع المستعير على الفاصلب ، فلو كانت العين ذهباً أو فضة أو شرط الفاصلب الضمان على المستعير ، هل يستقر الضمان على

المستعير مع جهله ؟ يتحمل ذلك ، لأنَّه دخل على انه ضامن ، ويتحمل الدعم لظهور فساد الشرط لوقوعه من غير المالك ، وال fasid لا يترتب عليه اثر ، والضمان اثر الشرط ، وقد بان فساده .

والمعتمد استقرار ضمان العين ان تلقت على المستعير ؛ لأنَّه دخل على ان يكون ضامناً لها مع التلف ، وقد حصل ، فلا يكون مغروراً .
وأما ضمان المنافع ونقص العين بالاستعمال ، فهو يستقر على الغاصب ؛ لأنَّ المستعير دخل على عدم الضمان فيها .

في العين المعاشرة

قال رحمه الله : ويصح استعارة الأرض للزرع والفرس والبناء ، ويقتصر المستعير على القدر المأذون فيه ، وقيل : يجوز ان يستبع ما دونه فيضرر ، لأن يستعير أرضاً للفرس فيزرع ، والأول أشبه .

أقول : قال ابن ادريس : فإذا أذن صاحب الأرض للمستعير في الغراس او البناء ، فزرع جاز ؛ لأن ضرر الزرع أخف من ضرر ما اذن فيه . وهو اختيار العلامة في القواعد ، قال : ولو أذن له في زرع الحنطة تخلى إلى المساوي والأدون لا الأضر .

والمصنف اقتصر على مورد الإذن ؛ لأن التصرف في مال الغير بغير اذنه غير جائز ، وإذا تصرف في غير المأذون فيه يصدق عليه انه تصرف بمال الغير بغير اذنه .

تنبيه : لا يجب في العارية تعين جهة الارتفاع وان تعددت وتفاوتت ، فإذا أعاره أرضاً واطلق ، جاز البناء والفرس والزرع ، وإن عين الفرس واطلق غرس ما شاء من الأشجار والنخل ، ولا يجوز البناء لاختلاف ضررها ؛ لأن

ضرر الغراس تحت الأرض أكثر لانتشار عروقه في الأرض ، وضرره فوق الأرض أقل من البناء ؛ لأنه يمكن الزرع تحته ، والبناء بالعكس ؛ لأنه لا يمكن الزرع تحته فيكون ضرره فوق الأرض أكثر وليس له عروق تند تحت الأرض ، فيكون ضرره تحت أقل .

ولو أذن في الزرع واطلق ، زرع ما شاء وليس له الفرس ، وإذا انتهى الزرع لم يكن له أن يزرع غيره إلا بآذن جديد ، قال في التذكرة : وفيه نظر ؛ لأن المستعير الانتفاع بالعارية المطلقة ما لم ينهه المالك .

قال رحمة الله : ولو أذن له بالبناء والغرس ، ثم أمره بالإزالة ، وجابت الإجابة ، وكذا في الزرع ، ولو قبل ادراكه على الأشبه ، وعلى الآذن الأرش .

أقول : فرق الشيخ وابن ادريس بين الزرع وبين البناء والغرس ، وجوز الرجوع في إذن البناء والغرس بعد الفعل ؛ لأنها للتأييد ، فلا يجب على المعمir الصبر في ذلك ، ولم يجوز الرجوع في إذن الزرع بعده قبل انتهائه ؛ لأن له وقتاً ينتهي إليه ، فلا يجب الرجوع قبله ، لما في ذلك من الضرر على المستعير .

والمعنى اختار عدم الفرق ، وهو مذهب العلامة وابنه ؛ لأن العارية ليست لازمة ، فللعمير الرجوع متى شاء والضرورة تزول ببذل الأرش ، وهو التفاوت بين قيمته قاتماً وبين قيمته مقلوعاً .

والتحقيق : انه لا يخلو اما ان يكون الرجوع في الاذن قبل الفعل أو بعده ، فان كان قبل الفعل ، ثم زرع او غرس او بني بعد ذلك ، كان حكم الفاحص اذا كان عملاً بالرجوع ، ولو لم يعلم بالرجوع فبني او غرس او زرع بعده ، فهو للهالك الإزالة من غير ارش ؟ يبني على ان المأذون في امر ، هل يبطل تصرفه مع رجوع الاذن وان لم يعلم المأذون له بالرجوع ؟ يأتي ذلك انشاء الله تعالى في باب الوكالة (*) .

والمعتمد عدم وجوب الإزالة من غير أرض ، وإلزام تكليف الغافل وهو عال ، وان كان الرجوع بعد الفعل ، فلا يخلو إما ان يقيد الإذن بدة معلومة او لا ، وعلى التقديرتين إما ان يشترط القلع بعد انتهاء المدة في صورة تقديرها ، أو متى شاء في صورة عدم التقدير ، أو لا يشترط القلع ، فالأنقسام أربعة :

الأول : ان لا يعين مدة ولا يشترط القلع ، وهذا الاختلاف في جواز القلع ، وإنما الاختلاف في استحقاق الأرض ، قال قوم : لا يجب الأرض ؛ لأن له المطالبة بتفریغ ملكه متى شاء ؛ لأنّه غير مستحق للبقاء ، والعارية لا يتعقبها ضمان ، وقيل : ليس له الإزالة إلا مع ضمان الأرض ؛ لأنّه غرس مأذون فيه ، وفي الإزالة خرر على مالكه ، فيجب الأرض على المزيل ؛ لأنّه لتفریغ ملكه ، وهو المعتمد .

فرع : لو اختار المستعير القلع ونكارة المالك ذلك ، كان له القلع إجماعاً ، وهل عليه طم الخفر ؟ يتحمل ذلك ؛ لأنّه نقص ادخله على مال الغير من غير إذنه لتخليص ماله ، فكان عليه ارضه ، وهو طم الخفر ليبعد الأرض كما كانت .
ويتحمل العدم ؛ لأنّ المالك لما اعاره الأرض للغرس مع علمه ان له اخذ غرسه متى شاء ، وذلك تشویش الأرض وحرفها كان ذلك اذنا في القلع ، فلا يجب عليه الطم .

الثاني : ان لا يعين مدة ويشترط القلع متى شاء ، وهنا لا يجب على المالك أرض الغرس ولا على المستعير طم الخفر ؛ لأن المستعير دخل على انه متى أمره المعير بالإزالة أزاله ، وهو يعلم ان ازالته تقتضي نقص الغرس ، والمستعير أذن في ذلك مع علمه ان الإزالة تقتضي تشویش الأرض ، فهو كما لو اعاره توبأ فلبسه حتى خلق ثم رده عليه ، فكما لا يضمن ما نقص من التوب بالاستعمال لعلم المعير بالنقص ، كذلك لا يضمن نقص الأرض بالخفر لعلم المعير به .

الثالث : ان يقييد الاذن^(١) بمدة معلومة ولا يشترط القلع بعدها ، وهنا هل يجوز القلع قبل انتهاء المدة ؟ قال الشيخ وابن الجنيد لا يجوز ، وقال العلامة بالجواز ، وهو ظاهر المصنف ؛ لأنَّه اطلق ذلك لكن بشرط الأرض ، وهو التفاوت بين قيمته مقلوعاً وقيمتها قائماً الى انتهاء المدة ، وأما بعد انتصاء المدة فلا خلاف في جواز القلع ، وإنما الخلاف في الأرض .

واختار العلامة في القواعد والتحرير وجوب القلع بجاناً ، ولو اختار المالك الإزالة قبل انتهاء المدة او بعدها ، كان له ذلك ، وهل يجب عليه طم المفتر ؟ سبق اختال ذلك في الفرع السابق ، والمعتمد وجوبه ؛ لأنَّه نقص دخل على مال الغير لتخليص ماله .

الرابع : ان يقييد بمدة معلومة ثم يشترط القلع بعدها ، وهنا لا يجب ارض نقص الغرس ، ولا يجب طم الحفر سواء اتفقا على القلع بعد انتصاء المدة او اختلافاً ، لاتفاقهما عند الاذن على ذلك ، فلا يوثر اختلافهما بعده .

قال رحمة الله : ولو اعاره حائطاً ليطرح خشبة ، وطالبه بالازالة كان له ذلك ، إلا أن تكون أطرافها الآخر مثبتة في بناء المستعير فيؤدي الى خرابه ، واجباره على ازالة جذوعه عن ملكه ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه مما قاله المصنف ، ومن ان العارية عقد جائز ، لكل منها الرجوع ، والنقص الذي يدخل على ملك الغير يعبر بالأرض . وعدم جواز الإزالة مذهب الشيخ وابن ادريس ، وجوازها مع ضمان الأرض مذهب العلامة ، وهو المعتمد .

قال رحمة الله : ولو اذن له في غرس شجرة ، فانقلعت جاز أن يغرس غيرها استصحابياً للاذن الأول ، وقيل : يفتقر الى اذن مستأنف ، وهو أشبه .

(١) - في «ن» و«ر٢» : الأول .

أقول : المعتمد عدم جواز الفرس إلا باذن جديد ؛ لأن الأذن لم يتناول غير تلك الشجرة المعينة ، وهو اختيار المصنف والعلامة ، أما لو انقلعت الشجرة الماذون في غرسها في غير الوقت المعتاد قلماها فيه ، فله أن يغرسها ثانياً من غير اذن إن كانت صالحة للفرس .

في الأحكام المتعلقة بها

قال رحمة الله : ويعوز للمسعير ان يبيع غروسه وأبنته في الأرض
المستعاره للمسعير ولغيره ، على الأشده .

أقول : قوى الشيخ رحمة الله عدم جواز بيعها على غير المالك الأرض لعدم
إمكان التسليم ، وهو مبني على عدم دخول صاحب الغرس اليه بعد رجوع المسعير
في العارية ، فيمتنع التسليم حيثذا ، والمصنف والعلامة جوزاً البيع بناءً على جواز
الدخول اذا كان لمصلحة الغرس كالسوق والتلقيح ، فان اتفقا على بيع الأرض
والغراس معاً بيعاً بشمن واحد ثم يقسط على القيمتين ، فيقال : كم قيمة هذه
الأرض لو بيعت منفردة عن الغراس مع كون الغراس فيها الى ان يموت ؟ فإذا
قيل : مثلاً ، قيل : كم قيمة هذا الغراس لو بيع منفرداً عن الأرض مع استحقاقه
للبقاء في الأرض الى حين يموت ويستقلع ؟ فإذا قيل : خمسون مثلاً ، قسط الثمن
على القيمتين ، وكان لكل منها قيمة حقه .

ولو بيع الغرس منفرداً عن الأرض قوم مستحقاً للبقاء في ملك الغير حتى
يستقلع ، واذا امتنعا من البيع وامتنع المسعير من بذل الأرض في موضع يجب عليه
بذلها عند ارادة القلع ، كان للمسعير الدخول الى ارضه والاستظلال بالشجر دون

الانتفاع به من ربط دابة وغيرها ، وله الانتفاع بالأرض كيف شاء ، وهل للمستعير الدخول إلى شجره ؟ يقول ان كان الدخول للتفرج والتزه منع منه قطعاً؛ لأن الأرض ملك لنغيره ، وقد رجع في اعارتها ، فلا يجوز الدخول إليها لغير حاجة .

وان كان ارادة الدخول لسقي الفرس وتلقيح النخل وجذاذ الثرة ، ولقطع الرطب وما شاكل ذلك ، هل يجوز له ذلك أم لا ؟ قوى الشيخ رحمة الله عدم الجواز ؛ لأن المعتبر قد رجع في العارية فيبطل حكمها ، إلا في مغارس الشجر خاصة لتعلق حق المستعير بها حتى يقلع .

ونص العلامة على جواز الدخول ؛ لأن مالك الأرض لما اعارها للغراس مع علمه ان الغراس يقر في ارضه وهو يفتقر الى السقي والتلقيح والجذاذ وغير ذلك تضمن اذن المستعير الدخول لذلك ، والا تضرر المستعير ، وقد قال عليه السلام : «لا ضرر ولا إضرار»^(٢) ، وهذا هو المعتمد .

قال رحمة الله : ولو قال الراكب : أعرتنيها ، وقال المالك : أجرتكها ، فالقول قول الراكب ؛ لأن المالك مدعى الأجرة ، وقيل : القول قول المالك في عدم العارية ، فإذا حلف سقطت دعوى الراكب ، ويثبت عليه أجرة المثل لا المسئ ، وهو أشبه .

أقول : القول بأن القول قول الراكب ، هو قول الشيخ رحمة الله لاتفاقها على اباحة المنفعة ، والأصل براءة الذمة من وجوب الأجرة ، والقول بان القول قول المالك فيحلف ويرجع الى اجرة المثل هو قول ابن ادريس ، واختياره المصنف والعلامة في التحرير .

واختار في القواعد والمختلف أنها يت الخافان ويثبت له الأقل من اجرة

(٢) - الوسائل ، كتاب الشفعة ، باب ٥ ، حديث ١ .

المثل وما ادعاه ، هذا وإذا كان التنازع بعد استيفاء المنافع او بعضها ، أما لو كان قبل استيفاء شيء من المنافع كان القول قول المستعير ، لأصله عدم العقد .
قال رحمة الله : لو فرط في العارية كان عليه قيمتها يوم التلف ، اذا لم يكن لها مثل ، وقيل : أعلى القيم من حين التفريط الى وقت التلف ، والأول أشبه .
أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في إن المضمون هل هو القيمة يوم التلف أو أعلى القيم من حين التفريط إلى حين التلف ؟ المشهور الأول ؛ لأن العين ما دامت باقية لا يجب غير ردتها ولا ينتقل إلى القيمة إلا مع التلف ، فيكون الواجب قيمتها يوم ضمانها بالقيمة ، وهو يوم التلف .

وقيل : أعلى القيم من يوم التفريط إلى يوم التلف ؛ لأنه من حين التفريط صار قبضه مضموناً عليه كالغاصب ؛ لأنها بعد التفريط مضمونة عليه في جميع الحالات ، ومن جملتها الحالة العليا .

الثانية : فيما إذا اختلفا في القيمة ، قال الشيخان وسلام وابن حمزة وابن البراج : القول قول المالك ؛ لأن المستعير صار خائناً بالتفريط فلا يكون قوله مقبولاً . وقال ابن ادريس : القول قول المستعير ؛ لأنه منكر به ، واختاره المصنف والعلامة ^(٢) ، وهو المعتمد .

فروع :

الأول : لو كانت العين مضمونة لا للتفريط ، بل للشرط ثم تلقت واختلفا في القيمة كان القول قول المستعير قطعاً لعدم الخيانة ؛ لأن حجة القائل بان القول قول المالك صرورة المستعير خائناً بالتفريط ، فلا يكون قوله مسموعاً ، وهذه الحجة منتفية هنا ، اذ التقدير انه لم يفرط ، واغا ضمن لاشترط الضمان عليه .

(٢) لم ترد في « ر ». « ٢ »

الثاني : لو نقصت العين بالاستعمال ثم تلفت ، وكانت مضمونة عليه لاشتراك الضمان او للتغريط ضمن قيمتها يوم التلف دون ما نقص بالاستعمال ؛ لأنه مأذون فيه ، إلا على القول بأن المفرط يضمن أعلى القيم من حين التغريط إلى حين التلف .

الثالث : لو تلفت العين بالاستعمال كثوب ابلاء اللبس ، احتمل عدم الضمان لاستناد التلف إلى فعل مأذون فيه ، ويعتمل الضمان لانصراف الإذن غالباً ، إلى استعمال غير متلف ، فعلى هذا يضمن قيمة آخر حالات التقويم ، وهي القيمة التي لا يفرض لها بعدها قيمة .

الرابع : اذا استعار شيئاً ليرهنه جاز وكان مضموناً على المستعير وان لم يشترط المعير ضمانه ، ولا فرط المستعير ؛ لأنه معرض للتلف ، ولا أنه ربا يبع بدینه فكان عوضاً عن دينه ، فيكون مضموناً عليه ، نص الأصحاب على ذلك ، وذكره العلامة في كتاب الرهن من القواعد والتحرير ، وقال في كتاب العارية من التحرير : ولو تلف من غير تغريط لم يكن على احدهما ضمانه ، يعني الراهن والمرتهن ، والعمل على الأول .

اذا عرفت هذا فان عين المعير قدر الدين او جنته او عين المرتهن او الحلول او الأجل لم يجز المخالفه ، فان خالف كان للمعير فسخ الرهن وانتزاع رهنه ، وان عين اجلأ فرهنه الى اقل منه يكون قد خالف أيضاً ؛ لأنه ربما لم يجد ما يفتكه عند ذلك الأجل القريب ، فيسلط المرتهن على العين ، بخلاف ما لو عين قدرأ فرهنه على اقل منه ؛ لأنه من رضي بالأكثر يكون قد رضي بالأقل ، وان لم يعين شيئاً كان ذلك تفوياضاً الى المستعير فيرهنه على ما شاء الى أي امد شاء ، وليس له المطالبة قبل الأجل ، لأنه المالك اذن بعقد لازم ، فليس له المطالبة بغير اختيار المتعاقدين .

كتاب الألاجارة

في عقد الاجارة

قال رحمة الله : والعبارة الصريحة عن الایجاب : آجرتك ، ولا يكفي : ملكتك ، أما لو قال : ملكتك سكنى هذه الدار سنة مثلاً ، صع ، وكذا اعرتك ، لتحقق القصد الى المنفعة ، ولو قال : بعتك هذه الدار ونوى الاجارة لم يصح ، وكذا لو قال : بعتك سكنناها سنة لاختصاص لنظر البيع بنقل الأعيان ، وفيه تردد . أقول : للاجارة عبارتان صريحتان : آجرتك وأكريتك ، بأيهما اتي انعقدت الاجارة اجماعاً ، وكذا لو قال : ملكتك سكنى هذه الدار سنة بكذا .

ولو قال : أعرتك هذه الدار سنة بكذا ، هل يصح ذلك ؟ جزم المصنف بالصحة ، قال : (لتحقق القصد الى المنفعة) ، وجزم العلامة بعدم الصحة ، واستشكل في التحرير ، والمعتمد عدم الصحة لاصالة بقاء الملك على مالكه ، وإنما ينتقل عنه مع تحقق الناقل وهو اللفظ المتفق عليه ، ولفظ العارية موضوع نقل المنافع بغير عوض نقاً غير لازم ، ولفظ الاجارة موضوع نقل المنافع بعوض نقاً لازماً ، فلا يفيد كل منها حكم الآخر .

ولو قال : بعتك سكنناها ، تردد المصنف في الصحة وعدمهها ، من ان

الاجارة تملك المนาفع بعوض ، والبيع موضوع نقل الأعيان والمانع ، فلا مانع من استعماله في نقل المนาفع منفردة عن الأعيان ، ومن أنه لفظ موضوع نقل الأعيان ، والمانفع تبعاً لها ، فلا يجوز استعماله في نقل المนาفع خاصة ، لأصله بقاء الملك على مالكه ما لم يعلم السبب الناقل ، والعقود متلقاة من الشرع ، فيجب الاقتصار على مورد الاذن فيها ، وهو المعتمد .

قال رحمة الله : وهل تبطل بالموت ؟ المشهور بين الأصحاب نعم ، وقيل : لا تبطل بموت المؤجر ، وتبطل بموت المستأجر ، وقال آخرون : لا تبطل قوت أحدما ، وهو الأشبه .

أقول : الاجارة من العقود الالازمة التي لا تبطل إلا بالتقايل^(١) ، او بأحد الأسباب الموجبة للفسخ ، كتجدد العيب المانع من الانتفاع كفرق الأرض وانهدام الدار وما شابه ذلك ، ولا تبطل بالبيع ، بل يتغير المشتري مع عدم العلم ، ولا تبطل بالعدر ، كما لو اكتوى جلا للحج ثم بدا له او مرض ولم يخرج ، لم يكن له فسخ الاجارة ، وكذلك لو استأجر دكاناً للتجارة ثم تلف قاشه فليس له فسخ الاجارة ، وكذلك لو اجر جمله للحج ثم بدا للمؤجر ، او اجر دكانه او داره وأراد السفر ثم بدا له عن السفر ، لم يكن له فسخ الاجارة في هذه الموضع وما شاكلها .

وقال أبو حنيفة : يفسخ بقتل هذه الاعذار .

ولو حصل الخوف في الطريق كان لكل من المؤجر والمستأجر الفسخ حذرا من التغريب ، سواء كان الخوف على النفس او المال لوجوب حفظهما ، وعدم جواز التغريب فيها .

وهل الموت موجب للفسخ ؟ اختلف الأصحاب في الموت على ثلاثة أقوال :

(١) - في « ر٢ »: إلا بالموت أو التقاييل .

الأول : البطلان بالموت من ابيها اتفق ، وهو مذهب الشيخ وسلام وابن البراج وابن حمزة ، لتعذر استيفاء المنفعة ان كان الموت للمؤجر ، وتعذر استيفاء الاجرة ان كان الموت للمستأجر ، أما تعذر استيفاء المنفعة ؛ لأن المستأجر استحق استيفاءها على ملك المؤجر ، وبالموت ينتقل الى الورثة ويحدث المنافع على ملکهم ، فلا يجوز استيفاء ما ليس بملوك للمؤجر ، وأما تعذر استيفاء الاجرة ؛ لأنها استحق من مال المستأجر وبالموت تنتقل التركة الى الورثة ، ولأنه ربما كان غرض المالك تخصيص المستأجر لتفاوت الأغراض بتفاوت المستأجرين ، وقد تعذر ذلك بالموت ، فتبطل الاجارة .

الثاني : بطلانها بموت المستأجر دون موته للمؤجر ، نقله الشيخ في المسوط والخلاف عن الأصحاب ، وقال في المسوط : وهو الأظهر عندهم ، أي عند الأصحاب ، ووجهه ما قلناه أولاً : من انه ربما كان غرضه تخصيص المستأجر دون غيره لتفاوت الأغراض بتفاوت المستأجرين .

الثالث : عدم البطلان بالموت مطلقاً ، وهو مذهب السيد المرتضى وابي الصلاح وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن الإجارة عقد ناقل بالاجماع ، وقد اقتضى نقل المنافع الى المستأجر مدة الإجارة ونقل الأجرة الى المؤجر ، والأصلبقاء ، والموت لا يسقط حق الغير المستعلم بمال الميت ، ويكون المنتقل الى الورثة العين مسلوبة المنافع مدة الإجارة ان كان الموت للمؤجر ، وبمجموع التركة مع استحقاق الأجرة فيها ان كان الموت للمستأجر ، وتكون الأجرة ديناً على المستأجر ، وينتقل حق الميت الى وارثه .

ولو آجر البطن الأول الوقف ثم انقضوا قبل انتهاء المدة ، استقرب العلامة بطلان الإجارة ؛ لأن البطن الثاني يتلقى الوقف عن الواقع لا عن البطن الأول ، فالبطن الأول قد انقضت مدة لهم لانقضائهم ، وصار الملك الى غيرهم من

غيرهم ، بخلاف الوارث فانه يتلقى الملك عن الميت .
 قال رحمة الله : والعين المستأجرة أمانة لا يضمنها المستأجر إلا بتعدّ أو تفريط ، وفي اشتراط ضمانها من غير ذلك تردد ، أظهره المنع .
 أقول : اذا شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين المستأجرة ، هل يصح هذا الشرط ؟ تردد المصنف من عموم قوله عليه السلام : «المؤمنون عند شروطهم »^(٢) ، ولأنه شرط سائع فيجب الوفاء به ؛ لأنّه غير مخالف للكتاب ولا للسنة ، ومن كونه شرطاً مخالفًا لمقتضى العقد ؛ لأن عقد الإجارة يقتضي كون العين أمانة في يد المستأجر لا يضمنها إلا بتعدّ أو تفريط ، وهذا يقتضي ضمانها مطلقاً فكان مخالفًا لمقتضى العقد ، فيكون باطلًا ، واذا بطل الشرط بطل العقد ، لعدم حصول الرضى بدونه ، وهو المعتمد .

في شرائط الاجارة

قال رحمة الله : وكذا المميز إلا باذن الولي ، وفيه تردد .

أقول : اذا أوقع الصبي المميز العقد باذن الولي ، هل تصح الاجارة ؟ تردد المصنف في ذلك ، ومنشوه من عموم النص ^(٢) على عدم اعتبار عبارة الصبي ، ومن انه مميز قد اذن له الولي فانعير نقصه ، والمعتمد عدم الصحة .

فرع : لو اجر الولي الصبي أو ماله مدة يعلم بلوغه فيها بطلت الاجارة فيما زاد على خمس عشرة سنة من عمره ، وصحت في الباقي ، فلو اجر ابن عشرة عشرأً ، صحت الاجارة في خمس سنين وبطلت في خمس ، ولو اجره خمساً من عشرة ، فبلغ في اثنائها ، قال الشيخ وابن ادريس : لم يكن للصبي الفسخ ؛ لأن العقد وقع صحيحًا على الصبي او ماله ، فن ادعى أن له الفسخ بعد البلوغ كان عليه الدلاله .

وقال العلامة : له الفسخ ؛ لأن الولاية تابعة للصغر ، وقد زال فتزول

(٢) - الوسائل ، كتاب التجارة ، الباب ١٤ من ابواب عقد البيع وشروطه ، حديث ٣ ، وكتاب الحجر ، الباب ١ و ٢ ، وكتاب الوصايا ، الباب ٤٥ ، ٤٦ من ابواب احكام الوصايا .

الولاية ، والعقد تابع لها ، فإذا زالت زال العقد ، ولأنه إذا أوقع العقد إلى مدة يعلم بلوغه في بعضها بطل العقد في الزائد قطعاً ، فكذا إذا حصل البلوغ في انتهاء المدة التي يمكن بلوغه فيها .

قال رحمة الله : الثاني أن تكون الأجرة معلومة بالوزن أو الكيل فيها يكال أو يوزن ليتحقق انتفاء الغرر ، وقيل : تكفي المشاهدة ، وهو حسن ، وقلل الأجرة بنفس العقد .

أقول : هنا مسائل .

الأولى : هل يمكن المشاهدة في مال الاجارة ؟ اكتفى بها الشيخ في المبسوط ، واستحسنه المصنف لأصالة الجواز وانتفاء الغرر لحصول المعلم بالمشاهدة . ومنع ابن ادريس من ذلك ، وأوجب العلم بالكيل أو الوزن ، واختاره العلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن الجهة مبطلة بالاجماع ، وهي متحققة هنا ؛ لأن المعهود من عرف الشرع ان المكيل والموزون اغا يصح المعاوضة عليه بالكيل أو الوزن ، ولم يكتف الشارع بالمشاهدة في البيع ولا مانع غير الجهة ، وهي ثابتة هنا فت تكون مانعة من الاجارة .

الثانية : اطلق الأصحاب وجوب تعجيل الأجرة ما لم يشترط التأجيل ، والمعتمد التفصيل ، وهو ان وقعت الإجارة على عين ذات منافع كالدار والعبد والدابة وما شاكل ذلك ملك المؤجر الأجرة بنفس العقد ، واستحق تسليمها إليه ، ولا يشترط استيفاء المدة ولا مضي مدة يمكن فيها ذلك ، وإن وقعت على عمل كخياطة ثوب او نساجة غزل او بناء دار ملك الأجير الأجرة بنفس العقد أيضاً ، لكن لا يجب تسليمها إلا بتسليم العمل ، فان كان العمل ينزل المستأجر استحق الأجرة بنفس الفراغ ، وإن كان في منزل الأجير لم يستحق إلا بعد تسليم العين .

الثالثة : اذا استأجر شيئاً ، هل يجوز ان يقرجه بأكثر مما استأجره مع اتحاد الجنس قبل ان يحدث فيه حدثاً ؟ من المصنف من ذلك ، وهو مذهب الشيوخين والسيد المرتضى وابي الصلاح وابن البراج في المذهب لثبوت الربا ، ولم عليه

روايات (٤).

وأجازه ابن ادريس ، واختاره العلامة وابنه ؛ لأنَّه قد ملك المنافع بالعقد وصارت ملكه ، فله المعاوضة عليها بآشاء ، ولم يُمْعَنْ عليه روايات (٥) ، وهو المعتمد .

الرابعة : اذا سكن بعض الدار وآجر الباقى بمقدار الأجرة او أكثر ، هل يجوز ذلك ام لا ؟ منع الشيخ منه ، واختاره المصنف هنا لبيوت الربا ، وأجازه ابن البراج وابن ادريس والعلامة ، وهو المعتمد لما تقدم .

الخامسة : اذا استأجره ليحمل له متاعا الى موضع معين بأجرة معينة في وقت معين فان قصر عنه نقص من اجرته شيئاً ، هل يجوز ذلك ؟ جزم المصنف بالجواز ، وهو المشهور في كتب الأصحاب ، والمستند روایة محمد الحلبي في الموثق ، « قال : كنت قاعداً عند قاض وعنه أبو جعفر عليه السلام جالس ، فأتاه رجالان ، فقال أحدهما : إني تكاريتك إيل هذا الرجل ليحمل لي متاعاً إلى بعض المعادن ، واشترطت عليه ان يدخلني المعدن يوم كذا وكذا ؟ لأنَّه سوق اخنوف ان تفوتني ، فان أحتبس عن ذلك حططت من الكري عن كل يوم احتبسه كذا وكذا ، وانه حبسني عن ذلك الوقت كذا وكذا يوماً ؟ فقال القاضي : هذا شرط فاسد ، أوقف كراء ، فلما قام الرجل أقبل الى أبي جعفر عليه السلام ، فقال : شرطه بهذا جائز ما لم يحط بجميع كرائه » (٦) .

ونقل ابو العباس في هذه المسألة أربعة أقوال : الأولى : صحة هذا الشرط والعمل بوجبه ما لم يحط بالأجرة فيجب اجرة المثل ، نقله عن الشيخ في النهاية ،

(٤) - الوسائل ، كتاب الاجارة ، باب ٢٠ وباب ٢١ وباب ٢٢ .

(٥) - الوسائل ، كتاب الاجارة ، باب ٢٠ وباب ٢١ وباب ٢٢ .

(٦) - الوسائل ، كتاب الاجارة ، باب ١٣ ، حدیث ٢ .

قال : وافقني به العلامة ، وهو المعتمد .

الثاني : صحة هذا الشرط والعمل بموجبه ما لم يحط بالأجرة ، فيجب القضاء بالصلح ، نقله عن ابن الجنيد .

الثالث : بطلان الشرط وصحة العقد ، فيجب الأجرة بكاملها ، نقله عن ابن ادريس .

الرابع : بطلانها معاً ، فيجب اجرة المثل ، سواء أوصله في الوقت المعين او في غيره ، سواء احاط بالأجرة او لا ، نقله عن العلامة وفخر الدين .

السادسة : اذا قال : (آجرتك كل شهر بكلذا) ، قال المصنف : صحي في شهر بكلذا ولو في الزائدة أجرة المثل ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ، والمفيد في المقنة . وقال ابن ادريس : تبطل في الجميع ، ويلزم اجرة المثل في الجميع ، واختاره العلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن العلم بقدر المنفعة شرط ، وهي مقدرة هنا بالمدة ، والمدة مجهولة فتبطل الاجارة .

احتاج الشيخ بأن الشهر الأول معلوم وما عداه مجهول ، فيصبح في المعلوم وتبطل في المجهول . والجواب ان المعلوم اذا اضيف الى المجهول صار مجهولاً . قال رحمة الله : لو قال ان خطته فارسيأً فلك درهم ، وان خطته رومياً فلك درهمان صحيح .

أقول : الصحة مذهب الشيخ في الخلاف ، واختاره المصنف لعموم « المؤمنون عند شروطهم »^(٧) ، وهذا شرط سائغ ، ولأنه استأجره على كل واحد من الفعلين بأجرة معلومة ، فيكون صحيحاً .

وقال ابن ادريس : لا يصح هذا العقد ، واختاره العلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن عقد مجهول لم يعين فيه الموضع ولا الموضع ؛ لأن العقد لم يوجب شيئاً معيناً

فكان باطلًا .

والفارسي هو ما يكون بدرز واحد ، والرومی هو ما يكون بدرزين .

قال رحمة الله : لو قال ان عملت هذا العمل في هذا اليوم فلنك درهان وفي

غدیر درهم ، فيه تردد ، أظهره الجواز .

أقول : الجواز مذهب الشيخ في الخلاف ، ودليله ما تقدم ، واختاره المصنف ، واختار ابن ادريس المتن ، وهو المعتمد ، ووجهه انه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير فلا يصح ، كما لو قال : بعتك هذا بدرهم نقداً وبدرهمين نسبية شهرين .

قال رحمة الله : ويستحق الأجير الأجرة بنفس العمل سواء كان في ملكه أو في ملك المستأجر ، ومنهم من فرق .

أقول : قد سبق ^(٨) البحث في هذه المسألة ، والفرق هو المعتمد ، وهو مذهب العلامة في التعرير ؛ لأن العمل اذا كان في ملك المستأجر كان كالمقبوض في يده ، فلا يتوقف استحقاق الأجرة بعد الفراغ من العمل الى التسلیم لكونها في ملكه ، وتحت يده ، واذا كانت العين مقبوضة في ملك الأجير وفي تصرفه ، فلا يستحق تسلیم الأجرة إلا بعد تسلیم العمل ، ولا يحصل الا بتسلیم العين الى مالكها .
والمصنف اختار الإستحقاق بنفس الفراغ ؛ لأنه قد ملك الأجرة بالعقد واستحقها بالعمل ، واذا استحق الإنسان شيئاً وجب تسلیمه اليه عند طلبه له ، ولا يجوز تأخيره ، وهو مذهب قوي .

ويتفرع على المذهبين : ما لو تلفت العين بعد الفراغ من العمل وقبل التسلیم من غير تغريط ، فعل القول بالاستحقاق بنفس الفراغ لم تسقط اجرته ، وعلى القول بعدم الاستحقاق قبل التسلیم تسقط الأجرة ، كسقوط الثمن مع تلف المبيع

قبل قبضه .

قال رحمة الله : ويكره أن يستعمل الأجير قبل أن يقاطع على الأجرة وأن يضمن إلا مع التهمة .

أقول : الذي سمعناه من مشايخنا عليهم رضوان الله وحشرهم مع الآئمة الظاهرين ان مراد المصنف في كراهة التضمين مع عدم التهمة ، كما اذا ادعى المستأجر رد العين فانكر المالك ، فهنا يكون القول قول المالك فانه يكره ان يخلف المالك على عدم الرد ثم يغرن المستأجر مع كونه ثقة غير متهم ، وكما اذا تلفت العين المستأجرة فادعى المالك انها تلفت بتفريط من المستأجر فانكر المستأجر التفريط ، فهنا يكون القول قول المستأجر ، فلو نكلا عن اليدين كره للمالك تغريمه مع كونه ثقة ، ونقل العلامة عبارة المصنف في القواعد من غير زيادة ولا نقصان . والذى قاله مشايخنا جيد ، ويدل عليه عبارة الشيخ في النهاية ، قال : ولا ينبغي لأحد ان يضمن صانعا شيئاً إلا اذا اتهمه في قوله ، فاما اذا كان ثقة مأموناً وجب ان يصدقه ولا يغفر له شيئاً . وهذه العبارة تدل على ما قاله مشايخنا ، وقول الشيخ : (وجوب ان يصدقه) ، ليس مراده بالوجوب اللزوم ، بل الأولوية والاستحباب .

وليس مراد المصنف بالتضمين ان يشترط عليه الضمان في العقد ؛ لأن ذلك يؤدي الى بطلان العقد عند المصنف ، وقد ذكره آنفاً .
قال رحمة الله : ولو اجر غير المالك تبرعاً ، قيل : بطلت ، وقيل : وفقت على اجازة المالك ، وهو حسن .

أقول : قد سبق الخلاف في باب البيع في عقد الفضولي * ، هل هو باطل من اصله او موقف على الاجازة ؟ والحكم فيها واحد .

قال رحمة الله : ولو قدر المدة والعمل ، مثل أن يستأجره ليخيط هذا الثوب

في هذا اليوم ، قيل : يبطل ؛ لأن استفهام العمل في المدة قد لا يتفق ، وفيه تردد .
 أقول : من شرط صحة الاجارة كون المنفعة معلومة لينتفي الغرر والعلم
 بحصول بأن تكون المدة معلومة والعمل بجهولاً ، مثل ان يقول : (آجرتك نفسى
 شهراً مثلاً لأبني أو لأخيط) ، او يكون العمل معلوماً والمدة مجهلة مثل :
 (آجرتك نفسى لأخيط لك هذا التوب او لنسخ لك هذا الكتاب) ، فلو قال :
 (آجرتك نفسى لأخيط لك هذا التوب في هذا اليوم) ، هل يصح ذلك ؟ قال :
 الشيخ وابن ادريس : لا يصح ؛ لأنه ربما خلص منه قبل الغروب ، فيبيق بعض
 المدة مستحقة بلا عمل ، او لا يخلص منه في ذلك اليوم ، فيحتاج الى مدة اخرى
 فيحصل جهالة المدة والعمل معاً وذلك غير جائز .

وتردد المصنف من هذه الحقيقة ، ومن احتلال الصعنة ؛ لأن العقد قد وقع
 على العمل ، والمدة ذكرت للتعجيز ، فان فرغ من العمل قبل انتهاء المدة لم يكن له
 ان يلزمها في باقيها بعمل غيره ، وان لم يفرغ منه فيها كان المستأجر خيراً بين
 الفسخ والزامه بالعمل في غيرها ، فان فسخ قبل ان يعمل شيئاً فلا اجرة ، وان
 فسخ بعد بعض العمل كان له من الأجرة بحسبه ، وإن اختار الصبر لم يكن للأجير
 الفسخ ، والأول هو المعتمد .

وان كان العين مما له عمل كالحيوان جاز تقدير المنفعة بأي الوجهين شاء ،
 وان كان مما ليس له عمل كالدار والأرض لم يجر الا بالمدة خاصة .

قال رحمة الله : هل يشترط اتصال مدة الاجارة بالعقد ؟ قيل : نعم ، ولو
 أطلق بطلت ، وقيل : الاطلاق يقتضي الاتصال ، وهو اشبه . ولو عين شهراً
 متاخراً عن العقد ، قيل : بطل ، والوجه الجواز .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في وجوب الاتصال بالعقد ، وبالاشتراك قال الشيخ رحمة الله ،

قال في الخلاف والمبسوط : اذا استأجر الدار شهراً ولم يقل من هذا الوقت
واطلق ، بطلت الإجارة .

وقال ابن البراج وابن ادريس : لا يبطل ، وينصرف الاطلاق الى
الاتصال بالعقد ، واختاره المصنف والعلامة في اكثر كتبه ، وقال في المختلف :
والتحقيق ان كان العرف في الاطلاق يتضمن الاتصال فالحق ما قاله ابن البراج ،
وان كان لا يتضمنه فالحق ما قاله الشيخ ، لحصول الجهة على التقدير الثاني دون
الأول ، ومذهب المصنف هو المعتمد .

الثانية : لو عين شهراً متأخراً عن العقد ، هل يصح ام لا ؟ قال الشيخ في
المبسوط والخلاف : لا يصح وهو فرع على اشتراط الاتصال ، ولأن عقد الاجارة
حكم شرعي فيقف على الدلالة الشرعية ، ولا دليل على ثبوت الاجارة على هذا
الوجه .

وقال ابن البراج وابن ادريس بالصحة ، واختاره المصنف والعلامة ،
لعموم قوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^(١) وهذا عقد ، فيجب الوفاء به ، ولعموم
« المؤمنون عند شروطهم »^(٢) ، وهذا شرط سانع فيكون لازماً ، ولأنها معاوضة
على مدة معلومة بأجرة معلومة ف تكون صحيحة .

قال رحمة الله : اذا سلم العين المستأجرة ومضت مدة يمكن فيها استيفاء
المنفعة وجبت الأجرة ، وفيه تفصيل .

أقول : أطلق اكثر الأصحاب لزوم الأجرة ، وكذلك المصنف في المختصر ،
وفصل هنا ، ومراده بالتفصيل ان كانت الأجرة مقدرة بالزمان ومضى ذلك
الزمان لزمه الأجرة المعينة ولم يجز له استيفاء المنفعة بعدها ، وان لم تكن مقدرة

(١) - الماندة : ١ .

(٢) - تقدمت الاشارة الى مصدره من ٤٤ .

بالزمان، بل بالعمل ثم سلم العين ومضت مدة يمكن فيها استيفاء العمل ولم ي عمل شيئاًً وجوب عليه في تلك المدة الماضية اجرة المثل لها ، وله استيفاء المنفعة المقدرة بالأجرة المسماة .

وهو تفصيل حسن ؟ لأن العقد وقع على استيفاء منفعة معينة فلا يجوز للهالك الفسخ قبل استيفائها ، بل كل ما مضت مدة يمكن الاستيفاء فيها ولم يستوف وجوب عليه اجرة مثل تلك المدة ، فاذا استوفى المنفعة المعقود عليها وجوب عليه المسماة .

قال رحمة الله : اما لو انقضى بعض المدة ثم تلف أو تجدد فسخ الأجرة صع فيها مضى وبطل في الباقي ، ويرجع من الأجرة بما قابل المختلف من المدة .

أقول : حكم المصنف بالرجوع من الأجرة بما قابل المختلف من المدة ولم يذكر كيفية التقسيط على المدين ، وربما يتوهם الناظر ان الأجرة توزع^(١١) على المدينين ، فما قابل المستوفي منها فهو للهالك ، وما قابل الباقي فهو للمستأجر ، وليس كذلك .

قال الشيخ وابن البراج وابن ادريس : اذا استأجر عبداً سنة ثم مات بعد مضي نصفها ، فان العقد يصح فيها مضى وبطل في باقي ، وله المطالبة بأجرة المثل ، فان تساوايا اخذه ، وان كان اجرة الباقي اكثر استحق الزيادة ، مثل ان يكون اجرة الماضي منه والباقي مثنتين ، فإنه يستحق عليه مثنتين ، وبالعكس لو انعكس ، هذا كلامهم رحهم الله .

وفي نظر ؟ لأنه ربما^(١٢) اجرة مثل الباقي تحيط بمجموع الأجرة ، فلا يتحقق للهالك مقابل المدة الماضية شيء ، كما لو كانت الأجرة مثنتين وكان اجرة مثل المدة

(١١) - في « ر ٢ » زيادة : سهماً .

(١٢) - (ربما) لم ترد في « ر ٢ » .

الباقية مثتين فحيثما يخرج المالك بغير شيء ، بل الأجود أن يقال : ينسب المسمى إلى مثل أجرة المدين ، ثم يسقط ما قابل المختلف من المدة ، وهو ظاهر العلامة رحمة الله .

قال رحمة الله : ويلزم مؤجر الدابة كلما يحتاج إليه في امكان الركوب من الرحيل والقطب وألة والحزام والزمام ، وفي رفع المحمل وشده تردد ، اظهره اللزوم .

أقول : التردد في رفع المحمل وشده ، هل هو على المكري أو المكري ؟ ومنشأ التردد من اصالة براءة الذمة من وجوب ذلك عليه ، ولأن المحمل غير واجب عليه ولا يجب عليه شده وحله ، ومن انه من المحمولة ، وجميع الأهمال يجب على المكري رفعها وخطها وشدها وحلتها فيكون ذلك واجبا عليه ، وهو المشهور بين الأصحاب ، وهو المعتمد .

فروع :

الأول : كلما يمكن فعله على الراحلة كصلة النوافل والأكل والشرب لا يجب على المكري ان يوقفها لأجله ، وما لا يمكن فعله عليها كالصلة اليومية الفرض ، وقضاء الحاجة يجب عليه ان يوقفها لذلك ، وليس للمصللي ان يطول صلاته ، بل يقتصر على اقام (١٢) الأفعال وينحصر الأذكار؛ لأن حق الغير قد تعلق به .

الثاني : على الجمال (١٤) ان يبرك البعير لركوب المرأة وتزووها؛ لأنها ضعيفة الخلقة ، ولأنها عورة ربما انكشفت ، والرجل ان كان مريضاً أو سيناً لا يقدر على الركوب ، كان حكمه حكم المرأة ، وإلا فلا ، عملاً بالعرف والعادة .

(١٣) - في «ر٢» : قام .

(١٤) - «ر٢» : الحال .

الثالث : لو كانت العادة تقتضي النزول والمشي عند قرب بعض المنازل لم يجب على الراكب النزول فيه وإن كان جلداً على المشي .

الرابع : اذا استأجر بئمة ثم ذكر انها متبعة ، نظر في حاله فان كان ذلك من قبله ، مثل ان يكون لاعادة له بالركوب ولا صبر له عليه ، لم يكن له خيار ، وإن كان ذلك من قبل البئمة كالعتار والصعوبة فان كان قد إكتراها بعينها خيراً بين الفسخ والإمساء ، ولا يجب على المالك ابداها ، وإن كان في الذمة ردها وأخذ يدها ؛ لأن ذلك عيب .

الخامس : لو اختلفا في اوقات السير واماكن النزول ، بأن اختار احدهما السير بالليل والآخر بالنهر ، كان المرجع الى العادة .

قال رحمه الله : لو حفر بعض ما قوطي عليه ثم تعذر حفر الباقى إما الصعوبة الأرض أو مرض الأجير أو غير ذلك قوم حفروا وما حفروا منها ورجع عليه بحسبه في الأجرة ، وفي المسألة قول آخر مستند الى رواية مهجورة .

أقول : روى الشيخ في النهاية عن أبي شعيب المحاملي ، عن الرفاعي ، « قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل قبل رجلاً بحفر له بنراً عشر قامات بعشرة دراهم ، فحفر له قامة ثم عجز ، قال يقسم على خمسة وخمسين جزءاً ، فاصاب واحداً فهو للقامة الأولى والاثنتين للثانية والثلاثة للثالثة ، وعلى هذا الحساب على عشرة »^(١٥) ، ولم يتعرض الشيخ للاقتاء وعدمه .

وقال في المبسot : يقسط المسمى على اجرة المثل ؛ لأن الحفر مختلف فحفر ما قرب من الأرض اسهل ؛ لأنـه يخرج التراب من قرب ، وحفر ما هو ابعد اصعب ، فان كان اجرة مثل ما يقي عشرة واجرة مثل ما حفر خمسة كان له ثلث

(١٥) - الوسائل ، كتاب الاجارة ، باب ٣٥ ، حديث ٢ ، وفي التهذيب ٦ : ٢٨٧ ، كتاب القضايا والاحكام ، باب ٩٢ في الزيادات في القضايا والاحكام ، حديث ١١ (٧٩٤) .

المسمى . واختاره ابن ادريس والعلامة والمصنف ، وهو المعتمد .

قال رحمة الله : ويجوز استئجار المرأة للرضاع لمدة معينة باذن الزوج ، فان

لم يأذن فيه تردد ، والجواز أشبه اذا لم يمنع الرضاع حقه .

أقول : ذهب الشيخ الى اشتراط اذن الزوج ؛ لأن منافع المرأة مسلوكة له

بعد النكاح ، فلا يجوز لها العقد على شيء منها بغير اذنه ، واختاره ابن ادريس ،

وذهب المصنف الى الجواز ما لم يمنع الرضاع حقه وهو الاستمتاع ، واختاره

العلامة لأصالة الجواز ، وعموم قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^(١٦) ، ولأن الملوك

للزوج منفعة الاستمتاع خاصة ، فاذا لم تمنع الاجارة من الاستمتاع كانت

صحيعة لامانة منها ، وهو المعتمد .

قال رحمة الله : وهل يشترط ذكر الموضع الذي يرضع فيه ؟ قيل : نعم ،

وفيه تردد .

أقول : منشوه من اصالة الصحة واصالة عدم اشتراط الموضع ، ومن

اختلاف الأغراض في ذلك ؛ لأن الرضاع في بيت المرضعة أسهل عليها ليحصل

الجمع بين الرضاع وبين اصلاح منزلها ، والرضاع في بيت الطفل اصلح للطفل

لاشراف ابيه عليه وهو اشق على المرضعة ، فيحصل الغرر بعدم اشتراط الموضع ،

وبالاشتراط قال الشيخ ، واختاره العلامة ، وهو المعتمد .

فروع :

الأول : لو استأجرها للرضاع لم يكن عليها حضانته ولا غسل خرقه ، ولا

غسل الصبي وتنظيفه ما لم يشترط ذلك عليها ، لعدم تناول العقد لغير الرضاع .

الثاني : لو استأجرها بالأكل والكسوة مدة معلومة جاز بشرط تعين

الكسوة وتعين نفقة كل يوم .

الثالث : لو استأجر زوجته لارضاع ولده جاز ، وقال الشيخ : لا يجوز ما دامت في حاله .

الرابع : على المرضعة ان تأكل وتشرب ما يكثر به اللبن ويدر ويصلح ، وللمستأجر ان يطالها به ، لتوقف استيفاء المنفعة عليه .

قال رحمه الله : ولو مات أبوه هل يبطل ؟ يبني على القولين .

أقول : المراد بالقولين ان الإجارة هل تبطل بموت المستأجر أو لا ؟ وقد تقدم البحث^(١٧) في ذلك .

قال رحمه الله : وهل يجوز إجارة الحافظ المزوج للتنزه ؟ قيل : نعم ، وفيه تردد .

أقول : القول بالجواز قول ابن ادريس اذا كان فيه غرض وهو التعلم من البناء المحكم ، كما يجوز اجارة كتاب فيه خط جيد للتعلم منه ؛ لأن فيه غرضاً صحيحاً ؛ ولأنه لا مانع يمنع منه ، وقال الشيخ : لا يجوز للبالك المتع من النظر اليه والتفرج عليه ، وكل منفعة ليس للبالك منع المتنفع بها لا يجوز اجرتها كالاستظلال بالحافظ ، واختارة العلامة في المختلف ، واختار في القواعد والتحرير مذهب ابن ادريس .

قال رحمه الله : ولو آجر عبداً آيقاً لم تصح وانضم اليه شيء ، وفيه تردد .

أقول : منشوه من اشتراط القدرة على تسليم المنفعة ، والآبق لا يقدر على تسليمه ، ومن جواز بيعه مع الضئيمة فيجوز اجراته معها ؛ لأن الإجارة ليست ابلغ من البيع ، وظاهر القواعد الجواز مع الضئيمة .

قال رحمه الله : ولو منعه المؤجر منه سقطت الأجرة ، وهل له أن يلتزم ويطالب المؤجر بالتفاوت ؟ فيه تردد ، والأظهر نعم .

أقول : منشئه من أن المستأجر قد ملك المنافع بنفس العقد فان منعه المالك منها كان غاصباً ، له ان يرجع عليه بالتفاوت بين ^(١٨) المسمى واجرة المثل ان كانت اكبر ، ومن أن استمرار القبض شرط في صحة الإجارة ، وهذا بطل مع تلف العين وان كان بعد قبضها ، واذا لم يحصل القبض كانت الإجارة باطلة ، واذا بطلت لم يصح الالتزام بالباطل ، والأول هو المعتمد كما لو كان المانع أجنبياً ، وينقص البطلان بالتألف دون المنع من التسليم .

قال رحمه الله : ولو انهدم المسكن كان للمستأجر فسخ الإجارة ، إلا أن يعيده صاحبه ويمكنه منه ، وفيه تردد .

أقول : اذا فات شيء من المنافع جاز الفسخ قطعاً ، والتردد (اما هو) ^(١٩) اذا اعاده قبل فوات شيء من المنافع .

ومنشئه من وجود سبب الفسخ ، والأصل بقاوه ، ومن زوال السبب المبيح للفسخ قبل فوات شيء من المنافع فيزول اثره ، والمعتمد بقاء الخيار .

(١٨) - في «ن» و «ر٢» : من .

(١٩) - لم يرد «ن» و «ر٢» .

في أحكامها

قال رحمه الله : اذا تعدى في العين المستأجرة ضمن قيمتها وقت العدوان ، ولو اختلافا في القيمة كان القول قول المالك إن كانت دائبة ، وقيل : قول المستأجر على كل حال ، وهو أشبه .

أقول : قال الشيخ في النهاية : القول قول المالك ان كانت دائبة ، وان كانت غير الدابة ، فالقول قول الغارم ، ومستنده روایة أبي ولاد^(٢٠) ، عن الصادق عليه السلام .

وقال ابن ادریس : القول قول الغارم مطلقاً ، واختارة المصنف والعلامة ، وهو المعتمد لعموم قوله عليه السلام : «البينة على المدعى واليمين على من انكر»^(٢١) ، والغارم منكر لما يدعيه المالك من الزيادة على ما اعترف به فيكون القول قوله .

(٢٠) - الوسائل ، كتاب الأجراء ، باب ١٧ في احكام الأجراء ، حديث ١ .

(٢١) - الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ٣ ابواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى مع اختلاف في المتن ، الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ٢٥ ابواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث ٣ .

قال رحمه الله : من تقبل عملاً لم يجز أن يقبله غيره بنقضة على الأشهر ، إلا أن يحدث فيه ما يستبيح به الفضل ، ولا يجوز تسليمه إلى غيره إلا أن يأذن له المالك ، ولو سلم من غير إذن ضمن .

أقول : اذا تقبل عملاً كخيانة ثوب بدينار^(٢٢) مثلاً ، هل يجوز ان يقبله غيره بأقصى من الدينار ، ويأخذ هو الفاضل قبل ان يحدث فيه حدثاً كتفصيله او خيانة شيء منه ؟ منع المصنف من ذلك ، وهو مذهب الشيخ رحمه الله ، ومنع العلامة في التحرير اذا قبله بالجنس ، وجوزه اذا كان بغير الجنس ، واطلق الجواز في القواعد .

ودليل الشيخ والمصنف الروايات^(٢٣) ، ودليل العلامة ان المالك استحق عليه العمل المطلق ، فيكون له الاستئابة والاستئجار عليه والفضل له بمقتضى العقدين ، وهو المعتمد ، إلا انه ان يكون ضامناً مع عدم الإذن ؛ لأن المالك لم يرض بغير أمانته ، ويتحمل عدم الضمان ؛ لأنّه عمل ما هو مأذون فيه شرعاً ، واذن الشارع لا يتعقبه ضمان .

قال رحمه الله : أما لو تلف في يد الصانع لا بسببه من غير تعذر ولا تفريط لم يضمن على الأصح ، وكذا المكاري واللاح لا يضمنان إلا ما يتلف عن تفريط على الأشهر .

أقول : اختلف اصحابنا في تضمين الصناع كالخياطين والقصارين والجامين والقصدين وتشابههم ، وفي تضمين الملاحين والمكارين ، قال المفید والسيد المرتضى : انهم ضامنون لجميع الأمتمة وعليهم البينة إلا ان يظهر هلاكه ويشهـر عالـاً يـكـن دـفـاعـه ، مثل المحرقـ العامـ والنـهـبـ العامـ .

(٢٢) - في « ن » بزيادة : أو خيانة شيء منه .

(٢٣) - الوسائل ، كتاب الاجارة ، باب ٢٣ في أحكام الاجارة .

وقال الشيخ وابو الصلاح وابن ادريس : لا ضمان عليهم إلا فيما جنت ايديهم او فرطوا في حفاظه . واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأنهم امناء ، والأصل براءة الذمة ، ورواية معاوية بن عمار في الصحيح^(٢٤) ، عن الصادق عليه السلام دالة على عدم الضمان .

احتاج الأولون بعموم قوله عليه السلام : « على اليد ما اخذت حتى تؤدي »^(٢٥) ، فعلى قول الأولين لا يقبل قول الصناع والمكارين بالتلف إلا مع البينة العادلة ، او الإشتهار بما لا يمكن رده ، وعلى قول الآخرين يقبل قولهم مع البيين بالتلف من غير تفريط إلا مع قيام البينة بالتفريط وبعدم التلف ، ولو تلف بسبب فعلهم ضمنوا ، سواء كان بتفريط او غير تفريط .

فرع : اذا استأجر عيناً ليتنفس بها مدة معلومة ثم انقضت المدة ، هل يجب عليه ردها او موتنة ردها الى مالكها أو لا يجب ، بل الواجب عليه ان يرفع يده عنها اذا طلبها مالكها ؟

قال الشيخ في المسوط : يجب ، ويكون ضامناً مع التأخير ، قال : لأن الامساك بعد مضي المدة غير مأذون فيه ، ومن امسك شيئاً بغير اذن صاحبه وعken من رده ولم يرده فهو ضامن ، قال : وفي الناس من قال : لا يصير ضامناً ولا يجب عليه الرد ولا موتنة الرد ، واكثر ما يلزمـه ان يرفع يده عنه اذا أراد صاحبه استرجاعه ؛ لأنـه امانة في يده ، فلا يجب عليه رده كالوديعة ، والى هذا ذهب ابن ادريس والعلامة في القواعد ، واستشكلـه في التحرير والمختلف ، والمعتمد مذهب ابن ادريس .

قال رحـمه الله : ولو آجر الوصي صبياً مدة يعلم بلوغـه فيها بطلـت في المتيقن

(٢٤) - الوسائل ، كتاب الاجارة ، باب ٢٩ في أحكام الاجارة حديث ١٤ .

(٢٥) - تقدم ص ٢٩٢ .

وصحت في المحتمل ، ولو اتفق البلوغ فيه ، فهل للصبي الفسخ بعد بلوغه ؟ قيل :
نعم ، وفيه تردد .

أقول : قال الشيخ في الخلاف وابن ادريس : ليس له الفسخ ؛ لأن العقد على
الصبي او ماله وقع صحيحًا بلا خلاف ، فن ادعى ان له الفسخ بعد بلوغه فعليه
الدلالة .

وقال الشيخ في المسوط : كان له فسخها ، وقيل : ليس له ذلك ، وهو
الأقوى ، قال العلامة في المختلف : والحق ان له الفسخ ؛ لأن الولاية تابعة للصغر
وقد زال فتزول الولاية ، والعقد تابع لها فيزول بزوالها ، ولأنه لو عقد عليه مدة
يعلم بلوغه في بعضها بطل في الزائد ، وكذا المجهول مع وقوعه ؛ لأن العلم والجهل
لا مدخل لها في ثبوت الولاية . انتهى كلامه رحمه الله ، وهو المعتمد .

في التنازع

قال رحمه الله : اذا ادعى الصانع أو الملاح أو المكاري هلاك المtau وانكر المالك كلفوا البينة ، ومع فقدها يلزمهم الضمان ، وقيل : القول قوله مع اليدين ، لأنهم أمناء ، وهو أشهر الروايتين .

أقول : وقد سبق^(٢٦) البحث في هذه ايضا .

قال رحمه الله : لو قطع الخياط ثوباً قبله ، فقال المالك : أمرتك بقطعه قيضاً فالقول قول المالك مع يمينه ، وقيل : قول الخياط ، والأول أشبه .
أقول : قال الشيخ في كتاب الاجارة من الخلاف وابن ادريس : القول قول المالك ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن الأصل عدم الإذن الذي يدعيه الخياط ، ولأنه لو اختلفا في الإذن كان القول قول المالك ، فكذا اذا اختلفا في صفتة .

وقال الشيخ في كتاب الوكالة من الخلاف : القول قول الخياط ؛ لأن الأصل عدم تغريطه ، فعل الأول يجب عليه الأرش والأجرة له ، وعلى الثاني لا ارش

كتاب الاجارة ٣٣٤
 عليه، وله اجرة المثل دون المسمى ان زاد؛ لأنّه يثبت^(٢٧) بقوله.

(٢٧) - في بعض النسخ: لا يثبت.

كتاب الموكالات

في العقد

قال رحمه الله : ومن شرطها أن تقع منجزة ، فلو علقت بشرط متوقع أو وقت متجدد لم تصح ، نعم لو نجيز الوكالة وشرط تأخير التصرف جاز .
أقول : لا خلاف في بطلان الوكالة اذا علقت على شرط ، مثل ان يقول : (اذا قدم زيد من السفر فأنت وكيلي) ، وكذا اذا علقت على صفة ، مثل ان يقول : (اذا هل الشهر فأنت وكيلي) ، او (اذا كان يوم الجمعة فأنت وكيلي) .
ومع بطلان الوكالة لتعليقها على شرط او صفة ، هل يصح تصرف الوكيل ويكون لازماً للموكل ؟ يحتمل العدم ؛ لأن الفاسد لا يترتب عليه أثره ، وهذا عقد فاسد فلا يجوز للوكيل التصرف كما لا يجوز للمشتري بشراء فاسد أن يبيع ما اشتراء ، ولا يجوز للبائع التصرف في ثمنه ، وكل واحد من المتابعين قبض ما صار إليه بإذن مالكه ، فكما لا يجوز للمتابعين التصرف بما صار إليهم مع فساد العقد كذا لا يجوز للوكيل التصرف لفساد عقد الوكالة .

ويحتمل المعاوز ؛ لأن الموكل قد اذن له في التصرف ، والاذن باق لم يزول بفساد العقد ، واذا لم يزول الإذن جاز التصرف ، وهو اختيار العلامة في التذكرة ، وكذلك في المختلف ؛ لأنه حكم فيه بصحة تصرف الوكيل بعد عزله نفسه عن

الوكالة اعتماداً على الإذن السابق ، ولا خلاف في بطلان الوكالة اذا عزل الوكيل نفسه عنها .

والفرق بين الوكالة الفاسدة والبيع الفاسد ظاهر ، فان البيع الفاسد وان تضمن الاذن في قبض الثمن والثمن فهو باعتبار تلك الثمن للبائع والمثمن للمشتري ، وكل منها يتصرف فيها قبضه لنفسه فإذا تبين انه غير مملوک كان تصرفه باطلأ ، بخلاف الوكيل فإنه يتصرف للأذن لا لنفسه ، فكان تصرفه مأذوناً فيه .

فإن قيل : اذا جاز التصرف في الوكالة الفاسدة كما يجوز في الوكالة الصحيحة ، فما الفارق بينها وما فائدة الصحة ؟

قلنا : فائدة الصحة استحقاق الوكيل للجعل المسمى على تقدير الصحة ان كانت يجعل وبطلان المسمى والرجوع الى اجرة المثل على تقدير الفساد كالعامل في المضاربة ، وهذا هو المعتمد .

ولو قال : (وكلتك في بيع هذا العبد مثلا ولا تبعه حتى يدخل الشهر الفلاني) ، جاز قطعاً ، وكذا لو قال : (وكلتك في البيع شهراً) صحيحة ، ولا يجوز التصرف بعده .

قال رحمه الله : ولو وكله في شراء عبد إنفتر الى وصفه ليتنفي الغرر ، ولو وكله مطلقاً لم يصح على قول ، والوجه الجواز .

أقول : المراد بالإطلاق بأن وكله في شراء عبد ولم يصفه ، بل أطلق ، قال الشيخ في المسوط : لا يصح للغرر ؛ لأنه ربما اشتري له ما ليس بمطلوبه ، وذهب المصنف الى الجواز واختاره العلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن الموكيل قد أقام الوكيل مقام نفسه وفوض اليه الاختيار فتتصرف الوكالة الى شراء العبد الصحيح بمنفذ البلد ، والخيار في النوع والصفات الى الوكيل لأصالة صحة الوكالة .

قال رحمه الله : وللموكل أن يعزله بشرط أن يعلمه العزل ، ولو لم يعلمه لم ينزعز بالعزل ، وقيل : إن تذرر إعلامه فأشهد انعزل بالعزل والإشهاد ، والأول أظهر .

أقول : للأصحاب هنا ثلاثة أقوال :

الأول : عدم الانزال إلا مع العلم وتصرفه قبل العلم ماض ، وهو مذهب ابن الجيند ، واختاره المصنف والعلامة في الارشاد ، وأبو العباس في المقتصر ، وهو المعتمد ؛ لأنـه من التكاليف الشرعية وهي لا تلزم إلا بعد الإعلام بها ، وإلا لزم تكليف الغافل ، ولأنـ في ذلك ضرراً ، إذ قد يتصرف تصرفاً يؤدي بطلاـه إلى الضـرـرـ ، كما لو باع جارية فوطأها المشـترـيـ ، أو طـاماـ فأـكلـهـ ، أو تـلفـ المـبيـعـ فيـ يـدـ المشـترـيـ ، فـانـ استـرجـاعـ ذـلـكـ يـؤـديـ إـلـىـ ضـرـرـ المشـترـيـ ، ولرواية هشـامـ بنـ سـالمـ^(١) ، عنـ الصـادـقـ عليهـ السـلامـ الدـالـةـ عـلـىـ المـطـلـوبـ .

الثاني : أنـ يـنـزعـزـ معـ الإـشـهـادـ عـلـىـ العـزـلـ وـاـنـ لـمـ يـعـلـمـ إـذـ تـذـرـرـ عـلـمـ ، وـهـوـ مـذـهـبـ الشـيـخـ فيـ النـهـاـيـةـ وـابـنـ الـبرـاجـ وـابـنـ حـمـزـهـ وـابـيـ الصـلاحـ وـابـنـ اـدـرـيسـ ، وـوـجـهـ الـجـمـعـ بـيـنـ الـأـحـادـيـثـ^(٢) .

الثالث : انـزالـهـ بـنـفـسـ العـزـلـ مـنـ غـيرـ شـرـطـ الإـشـهـادـ وـالـإـعـلـامـ ، وـهـوـ مـذـهـبـ العـلـمـ فيـ القـوـاـعـدـ ؛ لأنـ الوـكـالـةـ مـنـ الـعـقـودـ الـجـائزـةـ ، فـلـكـ مـنـهـاـ فـسـخـهـ وـاـنـ لـمـ يـعـلـمـ صـاحـبـهـ ، وـإـلـاـ كـانـتـ لـازـمـةـ ، وـلـأـنـ العـزـلـ رـفـعـ عـقـدـ لـاـ يـفـتـرـ إـلـىـ رـضـيـ صـاحـبـهـ ، فـلـاـ يـفـتـرـ إـلـىـ عـلـمـهـ .

قال رحمـهـ اللهـ : إـذـ باـعـ الـوـكـيلـ بـشـمـنـ فـأـنـكـ المـالـكـ إـلـذـنـ فيـ ذـلـكـ الـقـدـرـ كـانـ القـوـلـ قـوـلـهـ مـعـ يـيـنهـ ، ثـمـ تـسـعـادـ العـيـنـ إـنـ كـانـتـ باـقـيـةـ وـمـثـلـهـ أـوـ قـيـمـهـ إـنـ كـانـتـ

(١) - الوسائل ، كتاب الوكالة ، باب ٢ في أحكام الوكالة حديث ١.

(٢) - الوسائل ، كتاب الوكالة باب ١ .

تالفة ، وقيل : يلزم الدلال اقام ما حلف الموكيل عليه ، وهو بعيد .

أقول : هذا قول الشيخ في النهاية ، ووجه بعده ظهور بطلان البيع لمخالفته الوكيل اذن الموكيل ، واذا بطل البيع ردت العين او مثلاً او قيمتها - على التفصيل - الى المالك ، فلا وجه لغواية الوكيل ، ويحمل قول النهاية على ما اذا تعذر استعادة العين وقيمتها من المشتري ، فيغيرم الوكيل القيمة ويكون موافقة لما ادعاه المشتري ، وما اختاره المصنف^(٢) وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، وهو المعتمد . ولو اشتري جارية بعشرين ، فقال : ما اذنت إلا بعشرة ، قدم قول الموكيل ، فان كان الشراء بالعين فذكر ان الشراء للموكيل ردت الجارية على البائع ، واسترجع الثمن ، وان لم يذكر ان الشراء للموكيل ، فان صدقه البائع للمشتري في دعواه ان الشراء لغيره ، وانه لم يرض بالشراء بهذا الثمن ردت الجارية ايضاً الى البائع وان كذبه ، فان ادعى عليه العلم حلقه على نفيه ، ويلزم البيع للوكيل ويغيرم للموكيل ، فان كان الوكيل كاذباً فالجارية للبائع ، وعليه دفع الثمن في الباطن لوقوع العقد باطلاقاً ، لمخالفته امر الموكيل ، وان كان صادقاً والموكيل كاذباً كانت الجارية للموكيل .

فعل التقديرين لا يحمل للوكيل وطي الجارية لعلمه بعدم استحقاقها ، إلا أن يشتريها من له باطنأً ، فان كان الموكيل ، قال : (ان كنت اذنت لك بعشرين) ويقبل الوكيل ، وان كان البائع ، قال : (ان كنت صادقاً ان الشراء لغيره ، وهو باطل فقد بعثتك بعشرين) فحيينتهذ بحل له الوطيء ، ولا يقدح هذا الشرط في صحة البيع ؛ لأنه ليس شرطاً حقيقياً وان كان بصيغة الشرط ؛ لأن الشرط الحقيقي هو المتوقع الذي يمكن وقوعه ويمكن عدم وقوعه ، وهذا واقع في الماضي فلا يكون شرطاً ، فان امتنع من هي له من البيع ، جاز للحاكم ان يتولى بيعها .

(٢) - كذلك .

وان كان الشراء في الذمة وأطلق لزمه البيع ، وان ذكر ان الشراء للموكل بطل ، وكل موضع بطل فيه البيع ترجع العين الى البائع ، وكل موضع يصح البيع يكون العين للموكل ، وانا يلزم الوكيل البيع ظاهراً ، وطريق الاستحلال ما ذكرناه .

في ما لا تصح فيه الوكالة

قال رحمه الله : والالتفاوت والاحتطاب والاحتشاش .

أقول : ذهب المصنف الى عدم جواز التوكل في حيازة المباحثات ، وهو بناءً على أنها تملك بالحيازة من دون النية ، فاذا ملكها بالاستيلاء لم ينتقل عنه الى الموكيل ، ومن قال ان تملك المباحثات يفتقر الى النية أجاز التوكل في ذلك وكان ما يحوزه للموكل ؛ لأنَّه حازه انه موكله ، فلا يدخل في ملك الوكيل ؛ لأنَّه لم ينسى التملُّك لنفسه ، وقد سبق^{*} البحث في تحقيق افتقار تملك المباحثات الى النية في باب الشركة ، فلا وجه لإعادته .

قال رحمه الله : وفي الجهاد على وجه .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : وأما الجهاد ، فلا يصح فيه النيابة بحال ؛ لأنَّ كل من حضر الصفة توجه عليه فرض القتال وكيلًا كان او موكلًا ، وقد روی^(٤) انه يدخله النيابة ، وقال ابن البراج : تدخله النيابة ، واختاره العلامة ، قال : وهذا قال : صح الاستجخار عليه .

(*) - تقدم من ٢٣٩ .

(٤) - الوسائل ، كتاب الجهاد ، باب ٨ جهاد العدو وما يناسبه حديث ١ .

وقوله : (على وجه) أي اذا لم يتعين عليه ، مثل ان يستتب قبل ان يحضر الصف ولم يكن عينه الامام للخروج ، فهذا يجوز ان يستتب في الجهاد لعدم تعينه . قال رحمه الله : ولو وكله على كل قليل أو كثير ، قيل : لا يصح لما يتطرق من [إحتال] الضرر ، وقيل : يجوز ، ويندفع الحال باعتبار المصلحة ، وهو بعيد عن موضع الفرض ، نعم لو وكله على كل ما يملكه صح : لأنه ينافي بالصلاحة . أقول : القول بعدم الصحة قول الشيخ في الخلاف ؛ لأن في ذلك ضرراً عظيماً ؛ لأن رجبا الزمه بالعقود بما لا يمكنه الوفاء به ، أو يؤدي الى ذهاب جميع ماله ، مثل ان يزوجه بأربع حرائر ويطلقهن قبل الدخول ، فيلزم منه نصف مهورهن ثم يزوجه بأربع حرائر اخرى ويطلقهن قبل الدخول ، وهكذا ، أو يشتري له من الأرضين والعقارات وغيرها ما لا حاجة له فيه ، وفي ذلك ضرر عظيم ، وما يؤدي الى الضرر فهو باطل ، واختاره فخر الدين .

وقال الشيخ في النهاية والمفيد وسلام وابن البراج وابن ادريس بالمواز ، واختاره العلامة في الإرشاد والمختلف ؛ لأن كل واحد من الأفعال التي تدخله النيابة يصبح التوكيل فيه على حدته ، فإذا عم الوكالة دخل الجميع تحتها ، والضرر الذي ذكره الشيخ مدفوع ؛ لأن فعل الوكيل منوط بالمصلحة ، سواء كانت عامة أو خاصة ، فكل فعل يفعله ان كان فيه مصلحة للموكل كان صحيحاً وإلا كان باطلاً ، وهذا هو المعتمد .

وقول المصنف : (وهو بعيد عن موضع الفرض) مراده إذا خصينا فعل الوكيل بما فيه مصلحة كان بعيداً عن موضع الفرض ، إذ الفرض انه وكيل في كل قليل وكثير مما للموكل ان يفعله ، وذلك ليس مقيداً بالمصلحة ، فالتقيد بالمصلحة اخراج للمسألة عن موضعها .

والجواب يعلم مما سبق^(٥) من ان فعل الوكيل منوط بالصلاح بخلاف الموكل ، فلو وكل في بيع عين مشخصة لم يجز للوكييل ان يبيعها بأقل من ثمن المثل والموكل له ذلك فقد ظهر انه ليس للوكييل ان يفعل كل ما يفعله الموكيل إذ له ان يتصدق ويحب ويعابي ، وليس للوكييل ذلك سواء كانت الوكالة عامة او خاصة .

وقوله : (نعم لو وكله على ما يملك صحيحاً؛ لأنَّه ينطاط بالصلاح) الضمير في ذلك عائد الى الوكييل ، اي لو قال : وكلتك على قليل وكثير مما يملك فعله ، صحيحاً؛ لأنَّ الوكييل لا يملك فعل ما ليس بالصلاح فيكون وكالة صحية لتقيدها بالصلاح ، ولا يجوز عود الضمير الى ما يملكه الموكيل من التصرفات ؛ لأنَّه يملك كل قليل وكثير مما فيه مصلحة واما ليس فيه مصلحة ، فلا فرق حينئذ بين المتأتتين .

قال رحمه الله : ولو بلغ عشرأً جاز أن يوكل فيما له التصرف فيه ، كالوصية والصدقة والطلاق على رواية .

أقول : جواز الوكالة في هذه الأشياء مبني على جواز مباشرتها من الموكل ، وقد سبق البحث في ذلك في باب البيع ، والمعتمد عدم الجواز مباشرة وتوكيلا .

قال رحمه الله : وتصح الوكالة في الطلاق للغائب إجماعاً ، وللحاضر على الأظهر .

أقول : منع الشيخ في النهاية من توكيل الحاضر في الطلاق ، وبه قال ابو الصلاح وابن البراج ، لرواية سماعة عن الصادق عليه السلام « قال : لا يجوز الوكالة في الطلاق »^(٦) . فحملوها على الحاضر ، وحملوا الروايات^(٧) الدالة على

(٥) - ص ٣٤٤.

(٦) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٣٩ ابواب مقدماته وشرائطه ، حديث ٥ وفيه عن ابن سماعة .

(٧) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٣٩ من ابواب مقدماته وشرائطه .

الجواز على الغائب جمعاً بين الأدلة.

وقال ابن ادريس بالجواز ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد لأصالة الصحة ، وأنه من الأفعال القابلة للنيابة لوقع الاجماع على جواز توكيل الغائب في الطلاق ، وإذا ثبت قبوله للنيابة جاز نيابة الحاضر فيه ، إذ لا مانع من ذلك غير الرواية المذكورة ، وهي مع ضعف سندها غير دالة على مطلوب الشيخ ؛ لأنها دالة على المنع مطلقاً وهو لا يقول به .

والمراد بالحضور هو المحضور في البلد وان كان غائباً عن مجلس الطلاق ، فعلى القول بالمنع من وكالة الحاضر لا يصح وكتله مع غيبته عن مجلس الطلاق وحضوره في البلد .

في الوكيل

قال رحمه الله : ويعجز للمرأة ان تتوكل في طلاق غيرها ، وهل يجوز في طلاق نفسها ؟ قيل : لا ، وفيه تردد .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : واما المرأة فانها تتوكل لزوجها في طلاق نفسها عند الفقهاء ، وفيه خلاف بين اصحابنا ، والأظهر انه لا يصح ، وتبعه ابن ادريس على عدم الصحة . قال العلامة : والوجه الجواز ؛ لأنّه فعل يقبل السيابة صدر من اهله فكان واقعاً عملاً بالأصل ، وهذا هو المعتمد .

قال رحمه الله : ولا يتوكل الذمي على المسلم للذمي ولا للمسلم على القول المشهور ، وهل يتوكل المسلم للذمي على المسلم ؟ فيه تردد ، والوجه الجواز على كراهيته .

أقول : لا يخلو حال الوكيل والموكل عليه عن ثمانية اقسام :

الأول : ان يتوكل المسلم للمسلم على المسلم ، وهذا لانزعاع فيه .

الثاني : ان يتوكل المسلم للمسلم على الذمي ، وهذا لانزعاع في صحته أيضاً .

الثالث : ان يتوكل المسلم على الذمي للذمي ، وهذا صحيح أيضاً.

الرابع : ان يتوكل الذمي للذمي على ذمي ، وهذا صحيح ايضاً.

الخامس : ان يتوكل الذمي للمسلم على الذمي ، وهذا لا شك في صحته .

السادس : ان يتوكل الذمي للذمي على مسلم ، ولا شك في بطلان هذا

القسم .

السابع : ان يتوكل الذمي على مسلم لمسلم . ذهب المصنف الى عدم

الجواز ، وهو المشهور بين اصحابنا لاتبات السيل على المسلم ^(٨) ، وهو غير
جائز .

الثامن : ان يتوكل المسلم للذمي على مسلم ، وقد تردد المصنف في صحة
هذه الوكالة ثم اختار الجواز ، ومنشأ التردد من اصالة الجواز ، ولأن للذمي
مطالبة المسلم بالحقوق ، فيكون تولي المسلم لذلك أولى ، وهو مذهب ابن ادريس
والمصنف والعلامة .

ومن ان في ذلك سلطنة وسيلا ، فكما لا يجوز ان يتسلط الذمي على المسلم
كذا لا يجوز أن يسلط المسلم على المسلم وهو مذهب الشيخ في النهاية والخلاف ،
وبه قال المفيد وابو الصلاح وسلام .

في ما به تثبت الوكالة

قال رحمه الله : ولا بشاهد ويعين على قول مشهور .
أقول : المشهور بين الأصحاب عدم ثبوت الوكالة بشاهد ويعين ، ولا أعلم في ذلك خلافا ؛ لأن جميع الولايات لا تثبت بغير الشاهدين العدلين الذكررين ، والمصنف لما لم يقف على دليل مقنع عنده على ذلك نسبه الى القول المشهور ، كما جرت عادته في ذلك من ان كل قول يجده مشهوراً بين الأصحاب لا يختلفون فيه ولم يجد عليه دليلاً اشار اليه بالمشهور ، وقد اشرنا الى ذلك في اول هذا الشرح ^(٩) .
والظاهر ان الذي منع المصنف من الجزم في هذه المسألة نظره الى قاعدتين :
احداهما ان الولايات لا تثبت إلا بالشاهدين ، والأخرى كلما كان مالاً أو
المقصود منه المال يثبت بشاهد ويعين ، والوكالة قد يكون المقصود منها المال ، كما
لو وكل وكيلًا في قبض دينه من زيد ، فدفع زيد الى الوكيل فأنكر الموكل الوكالة ،
فأقام الغريم شاهداً واحداً بالوكالة ، فإنه يحتمل ثبوتها بالشاهد واليمين ؛ لأن
المقصود هنا اثبات دفع المال وما شابه ذلك ، فلما عمل الأصحاب بالقاعدة

الأولى وتركوا الثانية - مع احتفال جواز العمل بها - لم يجزم بما عملوا به لعدم ترجيح قاعدتهم التي بنوا عليها على القاعدة التي تركوها .

قال رحمة الله : ولو اختلفا في لفظ العقد بأن شهد أحدهما أن الموكل قال : وكلتك ، وشهد الآخر انه قال استنبك ، لم تقبل ؛ لأنها شهادة على عقددين ، إذ صيغة كل واحد منها مختلفة للأخرى ، وفيه تردد ؛ إذ مرجعه الى أنها شهدا في وقتين .

أقول : قال الشيخ بعدم القبول لما ذكره المصنف ، وقال ابن الجنيد بالقبول ، والمعتمد ان شهدا على الانشاء لم يقبل وكان الحق ما قاله الشيخ ، وان شهدا على الاقرار قبل وكان الحق ما قاله ابن الجنيد ، ولو قال احدهما : (أشهد انه وكله) ، وقال الآخر : (أشهد انه استنباه) ولم يعكرا قول الموكل جاز بغير خلاف .

قال رحمة الله : لو ادعني الوكالة عن غائب في قبض ماله من غريم فأنكر الغريم فلا يعين عليه ... الى آخر المسألة .

أقول : لا يخلو المال الذي ادعني الوكالة في قبضه من ان يكون عيناً او ديناً ، وعلى التقديرتين إما ان يعترف الغريم بالوكالة او لا ، والأول ان يكون المال عيناً وينكر الغريم الوكالة ولا بينة ، فليس بهذه الدعوى حكم في وجوب الدفع اجماعاً ، سواء صدقه الغريم او كذبه ، فلا يجب التسليم اليه مع التصديق ؛ لأن تصادق الغريم والوكيل على ثبوت الوكالة لا ينفذ^(١٠) على الموكل ، وهل يجوز الدفع ؟ قال الشيخ في المسوط بالجواز ، والمشهور عدم .

الثاني : ان يكون المال ديناً وينكر الغريم الوكالة ولا بينة ، وهنا لا يخلو إما ان يدعني عليه العلم او لا ، فان ادعني عليه العلم لا يخلو إما ان يعترف بالوكالة او ينكرها ، فان اعترف بها ، هل يجب التسليم اليه ام لا ؟ قال الشيخ في الخلاف : لا

(١٠) - في « ر ٢ » : (يتعلق بحق له) بدل : (ينفذ) .

يجب ، وهو اختيار المصنف والعلامة . وقال ابن ادريس : يجب الدفع اليه ؛ لأنـه صار وكيلـاً عليه بتصديقه لـيـاه ؛ لأنـ اقرار العـلاء عـلـى نـقوـسـهم جـائزـ (١١) .

ووجه الأول انه لا يجبر على دفع غير مبـريـ ، وهذا الدفع غير مـبـريـ ، لـاحتـالـ انـكـارـ الوـكـالـةـ فـيـكـونـ القـولـ قـوـلـهـ فيـ ذـلـكـ ، وـمـنـ هـذـيـنـ الـوجـهـيـنـ نـشـأـ التـرـدـدـ ، وـالـمـعـتـمـدـ عـدـمـ وجـبـ الدـفـعـ .

وانـ انـكـرـ العـلـمـ ، هلـ يـجـبـ الـيـمـينـ ؟ـ قالـ ابنـ اـدـرـيسـ :ـ يـجـبـ الـيـمـينـ وـهـوـ بـنـاءـ علىـ قـاعـدـتـهـ منـ وجـبـ الدـفـعـ معـ الإـعـتـرـافـ ،ـ وـهـذـهـ قـاعـدـةـ مـطـرـدـةـ فيـ جـمـيعـ الـأـحـكـامـ اـنـ كـلـ مـوـضـعـ يـجـبـ الـحـقـ معـ الـاـقـرـارـ يـجـبـ الـيـمـينـ معـ الـانـكـارـ ،ـ وـمـاـلـ فـلاـ .ـ فـرعـانـ :

الأول : اذا ادعـيـ اـحـالـةـ النـائـبـ عـلـيـهـ فـصـدـقـهـ اـحـتـمـلـ وجـبـ الدـفـعـ ؛ـ لأنـ المـحـواـلـ نـاقـلـةـ لـلـمـالـ منـ ذـمـةـ الـمحـيلـ اـلـىـ ذـمـةـ الـمـحـالـ عـلـيـهـ ،ـ وـقـدـ اـعـتـرـفـ الـفـرـيمـ بـالـمـحـواـلـةـ فـيـكـونـ قدـ اـعـتـرـفـ بـمـالـ فـيـ ذـمـتهـ فـيـجـبـ دـفـعـهـ اليـهـ ،ـ وـهـوـ المـعـتـمـدـ .

ويـحـتـمـلـ عـدـمـ وجـبـ الدـفـعـ ،ـ لـاحـتـالـ انـكـارـ الـمـحـيلـ المـحـواـلـةـ فـلـاـ يـجـبـ الـفـرـيمـ بـالـدـفـعـ ،ـ وـهـوـ ضـعـيفـ ؛ـ لأنـ اـحـتـالـ انـكـارـ المـحـواـلـةـ -ـ بـلـ تـعـقـقـ انـكـارـهـ -ـ لـاـ يـجـبـ اـسـقـاطـ حـقـ الـمـحـتـالـ عـلـيـهـ ،ـ وـالـفـرـقـ بـيـنـ دـعـوـيـ المـحـواـلـةـ وـدـعـوـيـ الـوـكـالـةـ ظـاهـرـ ؛ـ لأنـ دـعـوـيـ المـحـواـلـةـ يـتـضـمـنـ اـثـبـاتـ حـقـ لـنـفـسـهـ وـقـدـ اـعـتـرـفـ لـهـ ،ـ فـيـجـبـ دـفـعـهـ اليـهـ ،ـ وـدـعـوـيـ الـوـكـالـةـ تـتـضـمـنـ اـسـتـحـقـاقـ اـثـبـاتـ يـدـهـ عـلـىـ مـالـ الـغـيرـ .

الثـاني : لوـ اـدـعـيـ اـنـهـ وـارـثـ الـفـرـيمـ وـلـاـ وـارـثـ سـوـاـ ،ـ فـانـ صـدـقـهـ وجـبـ الدـفـعـ وـانـ كـذـبـهـ وـجـبـ الـيـمـينـ ،ـ فـانـ دـفـعـ المـالـ وـظـهـرـ وـارـثـ سـوـاـ فـلـاـ غـرمـ ،ـ فـانـ كانـ لـتـصـدـيقـهـ اـيـاهـ غـرمـ حـصـةـ الـوـارـثـ .

في اللواحق

قال رحمه الله : ولو ادعى بعد ذلك ان تلف المال قبل الامتناع ، أو ادعى الرد قبل المطالبة ، قيل : لا تقبل دعواه ولو أقام بينة ، والوجه أنها تقبل .

أقول : اذا طالب الموكل الوكيل بالرد فقال : (غداً أرده عليك) مع تمكنه من رده في الحال كان ضامناً ، فان ادعى بعد ذلك التلف ، وذكر انه قبل المطالبة وادعى انه رده قبل ^(١٢) لم يقبل قوله ؛ لأنه صار ضامناً بتأخره للرد مع الامكان ، فان اقام بينة قال الشيخ : فيه وجهان :

احدها : انها تقبل ، وهو الصحيح ، واختاره المصنف ؛ لأنه اقامها على تلف او رد ، ولو صدقه عليه لا يدفع عنه الضمان ، فع التكذيب تقبل البينة ، وقيل : لا تقبل دعواه ولا بينة ^(١٣) ؛ لأنه مكذب لها قوله : (ارده عليك) فلا تكون مقبولة ، وهو اختيار العلامة في المختلف .

قال رحمه الله : كل من في يده مال لغيره أو في ذمته له أن يمتنع من التسليم

(١٢) - في « ن » و « ر » قبلها .

(١٣) - كذا في النسخ .

حق يشهد صاحب الحق بالقبض ، ويستوي في ذلك ما قبل قوله في رده وما لا يقبل إلا ببينة ... إلى آخر المسألة .

أقول : هذا هو المشهور بين الأصحاب ، وجزم به العلامة في القواعد والتحرير ، إلا أنه قيد في التحرير ما لم يؤد الإشهاد إلى تأخير الحق ، قال : فان أدى إلى التأخير ، فالوجه وجوب الدفع فيما قبل قوله فيه مع اليدين ، فان أخر ضمن ، واطلق في القواعد كما اطلق المصنف .

وقيل بالتفصيل فان كان الحق مما قبل القول في رده مع اليدين من غير بينة ليس له الامتناع من التسليم لأجل الإشهاد ، لعموم وجوب دفع الحق إلى مستحقه عند الطلب ، خرج منه ما لا يقبل القول برده إلا بالبينة حذراً من الانكار المؤدي إلى غرم المال ، وإن كان الحق مما قبل القول برده جاز ذلك ، والمشهور الجواز مطلقاً لأن مع الانكار يفتقر إلى اليدين وهي عظورة^(١٤) ، وهذا هو المعتمد .

قال رحمه الله : الوكيل في الإيداع اذا لم يشهد على الوديعي لم يضمن ، ولو كان وكيلًا في قضاء الدين فلم يشهد بالقبض ضمن ، وفيه تردد .

أقول : الفرق بينهما أن الوداعة مبنية على الاحفاء والكتابان ؛ وقضاء الدين مبني على الظهور والإعلان ، قال الشيخ رحمه الله : ولو أمره بقضاء الدين فلم يشهد ضمن بترك الإشهاد وإن صدقه على القضاء ؛ لأنه فرط حيث دفع دفعاً غير مبريء ، ومنشأ التردد من الوجه الذي ذكره بترك الإشهاد الشيخ ، ومن أنه امتنل ما أمره به وهو القضاء ، والمحود من القابض لا يوجب الضمان على الدافع ، والبراءة في نفس الأمر قد وقعت ، والأول هو المشهور .

فرع : لو انكر الوديعي الوديعة فصدقه الموكل ، وادعى على الوكيل عدم

(١٤) - في «ن» : محروزة ، وفي «ر٢» : معدودة .

الايداع ، كان القول قول الوكيل ؛ لأنها اختلفا في تصرفه فيها هو وكيل فيه وليس للوكيل ان يخلف الوديعي ؛ لأنه لا يدعى عليه حق نفسه ولا لموكله ؛ لأن موكله لا يدعى عليه شيئاً ؛ لأنه مصدقة على عدم دفع الوكيل اليه ، والوكيل لا يغرن شيئاً بحيث يرجع عليه فيه ، ومع عدم تصديق الموكل للوديعي تكون المعاشرة للموكل دون الوكيل .

قال رحمه الله : اذا اذن الموكل لوكيله في بيع ماله من نفسه فباع جاز ، وفيه تردد ، وكذا في النكاح .

أقول : قد مضى البحث في هذا في كتاب البيع^(١٥) ، والمنع مذهب الشيخ وابن ادريس وابن الجنيد ، والجواز مذهب المصنف والعلامة ، ومنشأ التردد من ان البيع يفتقر الى ايجاب وقبول ، ولا يتصور الا من اثنين ، فالشخص الواحد لا يكون موجباً قابلاً .

واجيب بأن الشخص الواحد اذا كان موجباً باعتبار البيع قابلاً باعتبار الشراء كان قاماً مقام اثنين .

وصورة العقد هنا أن يقول : بعث هذه العين عن موكلي من نفسي بدینار مثلاً ، قبلت البيع لنفسي ، وكذا النكاح ، فيقول : زوجت موكلتي من نفسي بكذا ، قبلت الزواج لنفسي .

في التنازع

قال رحمه الله : اذا اختلفا في رد المال الى الموكيل ، فان كان يجعل كلف البينة ؛ لأن مدعى ، وان كان بغير جعل ، قيل : القول قوله كالوديعة ، وهو قول مشهور ، وقيل : القول قول المالك ، وهو الأشبه .

أقول : لا يخلو الوكيل من احد امرتين اما ان يكون وكيلا بجعل او بغير جعل : الأول ان يكون بجعل ، وقد افتق المصنف في كتابيه ان القول قول الموكيل ، وهو المشهور ، وقال الشيخ في المبسوط : فيه وجهان : أحدهما أن القول قول الموكيل ؛ لأن الوكيل قبض المال لمنفعة نفسه وهو الجعل فهو كالمرتهن والمستعير . والثاني : ان القول قول الوكيل ؛ لأنه قبض العين لمنفعة الموكيل ، بخلاف المرتهن والمستعير ؛ لأن حقهما متصلق بالعين .

الثاني : ان يكون بغير جعل ، وهذا^(١٦) - قال^(١٧) الشيخ - : يكون قوله مقبولاً في الرد ؛ لأنه قبض العين لمنفعة الموكيل دون منفعة نفسه فهو كالموعظ ، واختاره

(١٦) - في « ر ٢ » : وبهذا .

(١٧) - في « ن » : قول .

المصنف في المختصر . وقال ابن ادريس : القول قول الموكل لعموم قوله عليه السلام : «البينة على المدعى واليمين على من انكر»^(١٨) ، خرج منه الودعى بالاجماع ، يبقى الباقى داخلا في العموم ، واختاره المصنف هنا ، وهو مذهب العلامة وقواء فخر الدين .

قال رحمه الله : اذا ادعى الوكيل التصرف وأنكر الموكل ، مثل ان يقول : بعت او قبضت ، قيل : القول قول الوكيل ؛ لأنه أقر بهاته أن يفعله ، ولو قيل : أن القول قول الموكل أمكن ، لكن الأول أشبه .

أقول : اذا ادعى الوكيل بيع العين التي وكل في بيعها او قبض الثمن الذى وكل في قبضه ، وادعى انه قد تلف بعد القبض فانكر الموكل دعواه ، كان القول قول الوكيل على قول مشهور بين الأصحاب ، وقد ذكر المصنف وجهه ، ويحمل ان يكون القول قول الموكل ؛ لأنه اقرار في حق القير فلا يلزم به ، لكن الأول هو المشهور .

قال رحمه الله : اذا زوجه امرأة فانكر الوكالة ولا بينة كان القول قول الموكل مع بینته ، ويلزم الوكيل مهرها ، وروي نصف مهرها ، وقيل : يحکم ببطلان العقد في الظاهر ، و يجب على الموكل أن يطلقها إن كان يعلم صدق الوكيل وان يسوق لها نصف المهر ، وهو قوي .

أقول : في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

الأول : وجوب المهر كملًا على الوكيل ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ، وتبعه ابن البراج وقواء ابن ادريس ؛ لأن المهر يثبت جمیعه بالعقد واما ينتصف بالطلاق ، وليس هنا طلاق ؛ لأن^(١٩) الوكيل منع حقها بترك الاشهاد على الوكالة

(١٨) - الوسائل ، كتاب الفضاء ، باب ٢٥ كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، حديث ٣ .

(١٩) - في «ر١» : لأن .

فيكون ضامناً.

الثاني: وجوب نصف المهر على الوكيل ، وهو مذهب الشيخ في المسوط ، واختاره ابن أدريس ؛ لأنها فرقه قبل الدخول ، فيكون كالطلاق ، ولرواية عمر بن حنظلة^(٢٠) ، عن الصادق عليه السلام .

الثالث: بطلان العقد في الظاهر ، ولا يجب على الوكيل شيء ، كما لو اشتري عيناً مدعياً وكالته فأنكر الوكالة ، فإن القول قوله ويبطل البيع ولا يغنم الوكيل شيئاً ، لأن التفريط ليس من الوكيل ، بل هو منسوب إليها كيف أجبت إلى التزويج بن لم ثبت وكالته شرعاً .

وإذا حكم ببطلان العقد في الظاهر يبق الموكل فيما بينه وبين الله تعالى ، فإن كان وكل وجب عليه أن يطلقها ويدفع اليه نصف مهرها ، فإن لم يفعل كان مائوماً عند الله تعالى ، وهذا القول نقله المصنف هنا والعلامة ، ولم يسميا قائله ، وقواه المصنف هنا ، والعلامة في المختلف ، وهو قوي لمناسبة لأصول المذهب ، ولا يضمن الوكيل شيئاً إلا أن يضمن لها بعد العقد ، فحيثند يغنم الجميع ، وله مقاومة^(٢١) الموكل إن كان صادقاً في الوكالة واذن له في الضمان ، وإلا فلا .

فروع :

الأول: إذا لم تعلم المرأة صدق الوكيل جاز لها التزويج ظاهراً ، وإن علمت صدقه لم يجز لها ان تتزوج إلا مع الطلاق ، فلو لم يطلق لم يجر عليه وفسخ الحاكم العقد ، فإن لم يكن هناك حاكم فسخت هي دفعاً للضرورة .

الثاني: لو طلقها وسماها عند الطلاق ، بأن قال : (زوجتي فلانة طالق) ، كان اقراراً بالنكاح ، ويجب دفع نصف المهر إلى الوكيل إن كان قد غرمها ، وإلا إلى

(٢٠) - الوسائل ، كتاب الوكالة ، باب ٤ في أحكام الدعوى ، حديث ١ .

(٢١) - في « ر » و « ن » : معاوضة .

المرأة .

الثالث : لا يجوز للوكيل ان يتزوجها في موضع يحکم ببطلان العقد ظاهراً من غير طلاق ، ولا فسخ ان كان صادقاً في دعوه لعلمه انها ذات بعل ما لم يتمت الموكيل ، فتحل له حينئذ بعد العدة بالنسبة اليها لا اليها .

الرابع : لو ادعى أن فلاناً الغائب وكله في زواج امرأة فزوجها له ، ثم مات الغائب لم ترثه إلا ان يصدقه الورثة او تقوم بذلك بيته ، و يجب عليها العدة لزوم العقد قبل موته و انكاره ، وانما منعت من الارث ؛ لأن الأصل عدمه ما لم يتحقق السبب الموجب له وهو غير متحقق ، وليس كذلك لو زوجها فضوليا ثم مات الزوج قبل الاجازة او الفسخ ، فان هنا لا يجب عليها العدة وان كان العقد لازماً من جهتها ؛ لأنها هنا أوقعت عقداً غير لازم للزوج حالة وقوعه ، وانما هو موقوف على اجازته ، وهناك أوقعت عقداً لازماً له في زعمها حالة وقوعه ، وانما تعدد له الفسخ ظاهراً بسبب الانكار للوکالة ، والأصل عدمه ، فالفرق حاصل بين عقد يعتقد لزومه حالة وقوعه ، وبين عقد يعتقد عدم لزومه حالة وقوعه .

قال رحمه الله : لو وكل بقبض دينه من غريم له ، فأقر الوکيل بالقبض وصدقه الغريم وأنكر الموكيل ، فالقول قول الموكيل ، وفيه تردد .

أما لو أمره ببيع سلعة وتسليمها وقبض ثمنها ، فتلف من غير تغريط فأقر الوکيل بالقبض وصدقه المشتري وانكر الموكيل ، فالقول قول الوکيل ؛ لأن الدعوى هنا على الوکيل من حيث انه سلم البيع لم يتسلم الثمن ، فكانه يدعي ما يوجب الضمان ، وهناك الدعوى على الغريم ، وفي الفرق نظر .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : اذا وكل وكيلاً في استيفاء دين له على انسان ، فقال : استوفيته وصدقه الغريم وانكر الموكيل ، نظر فان قال : استوفيته وهو قائم بیدي فحده ، كان

عليه قبضه من الوكيل ولا معنى لهذا الاختلاف ، وان قال استوفيته وتلف من غير تفريط ، وأنكر الموكل الاستيفاء احتمل ان يكون القول قول الموكل ، لأصله بقاء الحق فلا يقبل تصادق الوكيل والغريم إلا ببينة ؛ لأن قولهما على خلاف الأصل ، ويحتمل ان يكون القول قول الوكيل ؛ لأنه اختلاف في التصرف المأذون فيه ، وهو امين فيكون قوله مقبولاً فيه .

وفتوى الأصحاب على ان القول قول الموكل في هذه المسألة إلا فخر الدين ، فإنه اختار ان القول قول الوكيل ، واتفقت فتاواهم على ان القول قول الوكيل ، اذا اختلفا في التصرف المأذون فيه .

الثانية : اذا أمره ببيع سلعة وتسليمها الى المشتري وقبض الثمن منه فادعى أنه باعها وقبض ثمنها ثم تلف الثمن من غير تفريط ، فانكر الموكل قبض الثمن من المشتري ، فالقول قول الوكيل على ما تطابقت عليه فتاوى الأصحاب ؛ لأن الوكيل لا يجوز ان يسلم المبيع حتى يتسلم الثمن ، فلو فعل ذلك كان مفرطاً فيصير ضامناً فإذا انكر الموكل قبض الوكيل للثمن بعد ثبوت قبض المشتري للسلعة يكون قد ادعى خيانة الوكيل وتفريطه حيث قدم على فعل غير جائز ، وهو تسليم المبيع قبل قبض الثمن ، والأصل عدم الخيانة والتفريط .

قال المصنف : (وفي الفرق نظر) ، وجه النظر ان الدعوى هنا على المشتري ايضا ، كيما ان الدعوى هناك على الغريم ، ووجه قبول قول الموكل في صورة استيفاء الدين كون الدعوى على غير الوكيل وهي هنا كذلك . هذا وجده عدم الفرق الذي نظره رحمه الله ، وهو ضعيف ؛ لأنه لو قلنا ان القول قول الموكل هنا ، وتعذر استيفاء الثمن من المشتري رجع على الوكيل لتفريطه بخلاف صورة استيفاء الدين فإنه اذا تعذر استيفاؤه من الغريم ليس على الوكيل شيء ، فالفرق ظاهر . قال رحمه الله : ولو ظهر في المبيع عيب ، ردّها على الوكيل دون الموكل ؛

لأنه لم يثبت وحول الثن اليه ، ولو قيل برد المبيع على الموكيل كان أشبه .
 أقول : وجوب رده على الوكيل مذهب الشیخ رحمه الله ، وذهب المصنف
 والعلامة وفخر الدين الى رده على الموكيل ، وهو المعتمد ؛ لأنه ملك للموكيل
 فيكون الرد عليه مع ثبوت الوكالة شرعاً ؛ لأنه قد صار في يد وكيله ، فهو كما لو
 كان في يده ؛ لأن يد الوكيل يد الموكيل ، والمخاصة بين المشتري والموكيل اذا
 تحققت الوكالة ، فلا وجه لرده على الوكيل .

فرع : اذا رده على الوكيل بجهل المشتري بالوكالة ، فان صدقه الوكيل على
 سبق العيب لزمه قبوله ولا يضيى تصديقه على الموكيل ، فان صدقه الموكيل ايضاً او
 قامت بذلك بینة رده الوكيل على الموكيل ، وان كذبه وكان العيب مما يمكن حدوثه
 ولا بینة ، كان القول قول الموكيل ، فاما احلفه لم يملك الوكيل رده عليه ، وان كذب
 الوكيل المشتري حلف ، فان نكل الوكيل عن اليدين وحلف المشتري رده على
 الوكيل ، وهل يملك الوكيل رده على الموكيل ؟ فان قلنا ان اليدين المردودة على
 المدعى كاقرار الخصم لم يملك رده على الموكيل ، وان قلنا انها كالبينة كان له رده
 عليه .

كتاب الوثائق والصدقات

في العقد

قال رحمه الله : ولو قال : حبست وسبلت ، قيل : يصير وقفاً وإن تجبرد ،
لقوله عليه السلام : «حبس الأصل ، واطلق الثرة» ، وقيل : لا يكون وقفاً إلا مع
القرينة ، إذ ليس ذلك عرفاً مستقراً بحيث يفهم من الاطلاق ، وهذا أشبه .
أقول : القول بمحصول الوقف بقوله : (حبست وسبلت) مجردأ عن القرينة ،
قول الشيخ في الخلاف ، وبه قال السيد المرتضى وابن زهرة ، واختاره العلامة في
القواعد ، فالصريح عندهم ثلاثة : (وقت وحبست وسبلت) ؛ لأن (حبست
وسبلت) تبت لها عرف الإستعمال بين الناس ، وللخبر الذي ذكره المصنف .
وقال الشيخ في المبسوط : الذي يقوى في تقسيي ان صريح الوقف قول واحد
وهو : (وقت) لا غير ، وبه يحکم بالوقف ، وأما غيره من الألفاظ فلا يحکم به الا
بدليل ، واختاره ابن ادریس والمصنف ، والعلامة في الارشاد ، وقواه في التحریر ،
وبه قال فخر الدين والشهید ، وهو المعتمد ، لأصالة بقاء الملك على صاحبه ما لم
يتتحقق السبب المزيل ، وهو غير متحقق هنا ، والموضوع للقدر المشترك لا دلالته
له على التخصيص ، ولفظ (حبست وسبلت) موضوع للتثبت وغير التأييد فهو

مشترك ، فلا يعمل على التأييد من غير قرينة دالة عليه ، كما روى عن امير المؤمنين عليه السلام انه تصدق بداره في بنى زريق ، وكتب :

«بسم الله الرحمن الرحيم»

هذا ما تصدق به امير المؤمنين على بن ابي طالب ، وهو حبي سوي ، تصدق بداره التي في بنى زريق صدقة لاتباع ولا توهب حتى يرثها الله الذي يرث السموات والأرض ، واسكن هذه الصدقة حالاته ما عشن وعاش عقبهن ، واذا انقرضوا فهي لذوي الحاجة من المسلمين »^(١) .

فغير لفظ الوقف يحتاج الى قرينة دالة على التأييد ، كما في كتاب امير المؤمنين عليه السلام مثل : « لا تباع ولا توهب حتى يقبض الله الارض ومن عليها » ، وبالجملة كل ما يدل على التأييد .

والفاظ الوقف ستة : (وقفت وحبست وسبلت وحرمت وتصدقت وأبدت) وكلها تقتصر الى القرينة عدا (وقفت) .

قال رحمة الله : أما لو وقف في مرض الموت ، فان أجاز الورثة ، وإلا اعتبر من الثالث كاهية والمحاابة في البيع ، وقيل : يعني من اصل التركة . والأول أشبه ، ولو وقف ووهب واعتق وباع فحابي ولم يجز الورثة ، فان خرج ذلك من الثالث صبح ، وأن عجز بُندي بالأول حق يستوفي قدر الثالث ، ثم يبطل ما زاد ، وهكذا لو أوصى بوصايا ، ولو جهل المتقدم قيل : يقسم على الجميع بالمحص .
أقول : يأتي تحقيق البحث في هذه انشاء الله تعالى في باب الوصايا^(٢) .

(١) - الوسائل ، كتاب الوقوف والصدقات ، باب ٦ أحكام الوقف والصدقات ، حدثت ٤ .

(٢) - ص ٤٥١ من هذا الجزء ، تصرفات المريض .

في الشرائط

قال رحمه الله : وهل يصح وقف الدنانير والدرامـ؟ قـيل : لا ، وهو الأـظـهـر ، لأنـهـ لا نـفعـ هـاـ الاـ التـصـرفـ فـيـهاـ ، وـقـيلـ : يـصـحـ ، لأنـهـ قدـ يـفـرـضـ هـاـ نـفعـ معـ بـقـائـهـاـ .

أقول : الذهب والفضة اذا كان حلياً صـحـ وـقـفـهـ اـجـمـاعـاـ ، والخلاف اـنـاـ هوـ فيـ الدرـامـ وـالـدـنـانـيرـ ، وـنـقـلـ فـيـ المـبـسـطـ الـاجـمـاعـ ، إـلاـ مـنـ شـذـ عـلـىـ عدمـ جـواـزـ وـقـفـهـ ، وـهـوـ المـشـهـورـ بـيـنـ الـأـصـحـابـ ؛ لأنـ نـفـعـهـ فـيـ إـخـرـاجـهـ ، وـهـوـ منـافـ لـلـوـقـفـ .
وـقـيلـ : يـصـحـ مـعـ تـقـدـيرـ الـمـنـفـعـةـ الـحـكـيـةـ كـالـتـحـلـيـ بـهـاـ . قالـ العـلـامـ فـيـ التـحرـيرـ :
ولـوـ سـوـغـنـاهـ فـيـ جـواـزـ عـمـلـهـ حـلـيـاـ لـلـمـوـقـوفـ عـلـيـهـ نـظـرـ ، وـالـمـعـتـمـدـ عدمـ جـواـزـ عـلـىـ
الـقـوـلـ بـالـصـحـةـ ؛ لأنـهـ يـؤـديـ إـلـىـ تـغـيـرـ عـيـنـ الـوـقـفـ ، وـهـوـ غـيرـ جـائزـ ، وـيـحـتـمـلـ
الـجـواـزـ ؛ لأنـهـ نـوعـ اـنـتـفـاعـ مـعـ بـقـاءـ الـعـيـنـ .

قالـ رـحـمـهـ اللهـ : وـلـوـ وـقـفـ مـاـ لـاـ يـمـلـكـهـ لـمـ يـصـحـ وـقـفـهـ ، وـلـوـ أـجـازـ الـمـالـكـ ، قـيلـ :
يـصـحـ ، لأنـهـ كـالـوـقـفـ الـمـسـتـأـنـفـ ، وـهـوـ حـسـنـ .

أـقـولـ : اـسـتـقـرـبـ الـعـلـامـ فـيـ الـقـوـاـعـدـ صـحـةـ الـوـقـفـ مـعـ الإـجـازـةـ ، وـهـوـ ظـاهـرـ

الارشاد ومنع منه في التحرير ، وهو مذهب الشهيد رحمه الله ، وقواه فخر الدين ، قال : لعدم صحة التقرب بمال الغير .

قال رحمه الله : وفي وقف من بلغ عشرًا تردد ، والمروي جواز صدقته ، والأولى المنع .

أقول : جواز وقف من بلغ عشرًا مذهب الشيخ رحمه الله وابي الصلاح وابن الجنيد ، لرواية زرارة^(٢) عن الصادق عليه السلام المتضمنة جواز صدقته والوقف صدقة ، والمنع مذهب سلار وابن ادريس والمصنف والعلامة ، وهو المعتمد ، لصوم الحجر عليه قبل البلوغ^(٤) .

قال رحمه الله : ولو بدأ بالمدعوم ثم بعده بالموجود ، قيل : لا يصح ، وقيل : يصح على الموجود ، والأول أشبه .

أقول : اذا كان الوقف منقطع الابتداء متصل الانتهاء ، كأن يقف أولاً على من لا يصح الوقف عليه ، ثم على من يصح ، كأن يقف على نفسه او عبده او المجهول كأحد هذين ، او المدعوم ، ثم على الفقراء والمساكين ، قال الشيخ في الحالف : يبطل الوقف فيمن بدأ بذكره ؛ لأنّه لا يصح الوقف عليه ويصح^(٥) في حق الباقيين ، لأنّه يصح الوقف عليهم ، وقواه في المسوط ؛ لأنّه ذكر نوعين احدهما لا يصح الوقف عليه والآخر يصح الوقف عليه فيبطل في حق من لا يصح الوقف عليه ، ويصح في حق من يصح في حقه ؛ لأن تفريق الصفة جائز ، فلا مانع من صحة هذا الوقف ، واختار المصنف البطلان ، وهو مذهب العلامة

(٢) - الوسائل ، كتاب الوقوف والصدقات ، باب ١٥ في أحكام الوقوف والصدقات ، حديث ١

(٤) - الوسائل ، كتاب الحجر ، الباب ١ ، حديث ٤ .

(٥) - من « ن » ، وفي « ر٢ » : وهل يصح ، وباقى النسخ : فيبطل .

وفخر الدين ، وهو المعتمد؛ لأنَّه لا مقر له في الحال ، فيكون باطلًا.

فروع :

الأول : اذا قلنا بصحَّة الوقف فيمن يصح في حقِّهم ، هل تصرف منفعة الوقف اليهم في الحال ؟ قال الشيخ في المسوط : ينظر فان كان الذي بطل الوقف في حقه لا يمكن انقراضه كالمعدوم والميت فان منفعة الوقف تصرف الى من يصح في حقهم في الحال ، ويكون أولئك بمذلة المعدوم الذي لم يذكر في الوقف ، فان كان الموقوف عليه أولاً يمكن انقراضه كالعبد ، فنهم من قال يصرف اليهم في الحال ؛ لأنَّه لا مستحق غيرهم ، وهو الأصح ، ومنهم من قال لا يصرف اليهم في الحال ؛ لأنَّه اما جعل منفعة الوقف لهم بشرط انقراض من قبلهم ، والشرط لم يوجد ، فيصرف الى الفقراء والمساكين مدةبقاء الموقوف عليه أولاً ، ثم اذا انقرض رجعت اليهم ، هذا جميعه قول الشيخ في المسوط ، وهذا الفرع ساقط سقوط اصله .

الثاني : لو انقطع وسط الوقف ، كما لو وقف على زيد ثم على عبده ثم على الفقراء والمساكين ، احتمل الصحة في الطرفين فيصرف^(٦) منفعته في الوسط الى الواقف او وارته ولو كان منقطع الطرفين ، فهو كمنقطع الأول .

الثالث : اذا وقف على ما ولده سنة ثم على الفقراء والمساكين صح ، لأنَّه مؤبد في طريقه ووسطه .

الرابع : اذا وقف على اولاده وشرط ان يكون غلة العام الأول لزيد ، والعام الثاني لعمرو ، وهكذا ، وبعدهم على الفقراء والمساكين ، العام الأول لعلمائهم ، والثاني لزهادهم ، والثالث لعبادهم ، صح ولزم الشرط .

قال رحمة الله : ولو وقف على المؤمنين إنصرف الى الائني عشرية ، وقيل :

(٦) - من «ن» ، وفي «ر٢» : وتصرف ، وفي الباقي من النسخ : وصرف .

إلى مجتبني الكبار، والأول أشبه .

أقول : لا خلاف في انصرافه إلى الآمني عشرية القائلين بامامة الآمني عشر عليهم السلام ، وإنما الخلاف في اشتراك الجميع أو اختصاص مجتبني الكبار منهم .

قال الشيخ في النهاية والمفید وابن البراج وابن حزرة : باختصاص مجتبني الكبار منهم ، وقال سلار وابن ادريس : باشتراك الجميع ، واختياره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن الفسق لا يخرج المؤمن عن ايمانه .

وقال العلامة في المختلف : والتعقيق أن الإيمان أن جعلناه مركباً من الإعتقداد القلبي والعمل بالجوارح لم يكن الفاسق مؤمناً ، وان جعلناه عبارة عن الأول كان مؤمناً ، قال : وهو الحق عندى .

قال رحمه الله : ويشارك الذكور والإناث المتسبون إليه من جهة الأب نظراً إلى العرف ، وفيه خلاف للأصحاب .

أقول : إذا قال : وقف على الهاشيين أو العلويين أو الحسينيين ، كان لمن اتنسب إلى هاشم أو علي أو الحسين بن علي ، ويشارك الذكور والإناث في ذلك ما لم يحصل التفصيل ، وهل يشترط الانتساب بالأب أو يدخل المتسبب بالأم ؟ . اختلف الأصحاب في ذلك ، والمشهور اختصاص المتسبب بالأب والأم أو الأب خاصة دون المتسبب بالأم خاصة ، وقال السيد المرتضى : يدخل المتسبب بالأم خاصة ، ويشارك أهل الوقف ، وقد مضى تحقيق ذلك في باب الخامس^(٧) فلينظر من هناك .

قال رحمه الله : ولو وقف على جيرانه يرجع إلى العرف ، وقيل : من يلي داره إلى أربعين ذراعاً ، وهو حسن ، وقيل : إلى أربعين داراً من كل جانب ، وهو

مطرح .

أقول : هنا ثلاثة أقوال :

الأول : الرجوع الى العرف ، وهو مذهب المصنف والعلامة ؛ لأن مع تعذر الحقيقة الشرعية يرجع الى العرف .

الثاني : مذهب الشيخين وسلام رابن البراج وابن حمزة وابن زهرة وابن ادريس .

الثالث : قول بعض الأصحاب ، وهو منقول عن عائشة ، وهو متroxك .

فروع :

الأول : هل يشترط ملك الجار للدار ، حتى لو كان مستأجرًا أو مستعيرًا لم يستحق من الوقف شيئاً ؟ يحتمل ذلك ؛ لأن الجار الحقيقي هو المالك^(٨) الدار دون مستعيرها ومستأجرها . ويحتمل استحقاق المستعير والمستأجر لصدق اسم المجاورة عرفاً ، أما الفاصل فالأقرب عدم دخوله ؛ لأنه مأمور بالخروج في كل آن فلا يصدق عليه المجاورة ، وعلى القول باستحقاق المستأجر والمستعير لو خرجا خرجا عن الوقف .

الثاني : اذا باع الملك^(٩) خرج عن الوقف ويصير للمشتري لصيورته جاراً .

الثالث : لو لم تكن الدار مسكونة ، هل يستحق مالكها شيئاً من الوقف ؟ يحتمل ذلك لصدق اسم المجاورة بالملك ، فإنه يجوز أن يقال : فلان جار فلان اذا كانت داره الى جانب داره وان لم تكن مسكونة ، ويحتمل العدم ؛ لأن المجاورة في العرف انما تكون مع السكنى به دون الملك ، وهذا يصدق على المستأجر والمستعير

(٨) - من « ن » ، وفي النسخ : المالك .

(٩) - من « ن » ، وفي النسخ : مالك .

بأنه جار.

الرابع: لو كان في داره اثنان فصاعداً دخلوا في الوقف لصدق المعاوازة.

الخامس: لا يخرج صاحب الدار عن الوقف بسفره المتقطع، ولا في تردد

بالسكنى بينها وبين غيرها.

قال رحمه الله: ولو وقف على بنى تميم صح ويصرف الى من يوجد منهم،

وقيل: لا يصح لأنهم مجاهدون، والأول هو المذهب.

أقول: قال الشيخ في المبسوط والخلاف: اذا وقف على بنى تميم او بنى هاشم صح الوقف، وان كانوا غير محصورين كالقراء والمساكين، قال: وفي الناس من قال: انه لا يصح؛ لأنه مجاهول. وقال ابن حزرة: لا يجوز الوقف على بنى فلان، وهم غير محصورين في البلاد، والشهير الجواز، وهو المعتمد لوقع الاجماع على صحة الوقف على القراء والمساكين وعلى المسلمين والمؤمنين، ولا شك في انتشارهم وعدم انحصرهم.

ويجب اعطاء ثلاثة فا زاد ولا يجزي أقل من ثلاثة، ولا يجب الزائد عليها، وكذلك حكم كل قبيلة منتشرة، ولا يجب التسوية بين المدفوع إليهم، بخلاف المحصورين فإنه يجب التسوية والاستيعاب^(١٠)، ولو كانوا من محصورين ثم انتشروا وجوب استيعاب ما امكن؛ لأن الواقع أراد التسوية والتعميم في ابتداء وقفه لكونه ممكناً لأنحصر الموقف عليه، فإذا تعذر بعد ذلك وجوب العمل بما امكن بخلاف المنتشرين ابتداءً؛ لأن الواقع لم يقصد التعميم ولا التسوية لتعذر في حق المنتشرين، فلا يجب أكثر من أقل المجمع، ولا يكفي دونه.

قال رحمه الله: ولو وقف على الذمي جاز؛ لأن الوقف تمليل فهو كإباحة

المنفعة، وقيل: لا يصح؛ لأنه يشترط فيه نية القربة إلا على أحد الأبوين، وقيل:

(١٠) - في «ن»: الاستيعاب.

يصح على ذوي القرابة ، والأول أشبه ، وكذا يصح على المرتد ، وفي المجري تردد ،
أظهره^(١١) المنع .

أقول : هنا ثلاث مسائل :

الأولى : في جواز الوقف على الذمي ، وقد اختلف الأصحاب في ذلك على

اربعة أقوال :

الأول : الجواز مطلقاً ، وهو مذهب المصنف والشميد ، لقوله تعالى : ﴿ لَا

يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يَقْاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِّنْ دِيَارِكُمْ إِنْ تَبْرُوْهُمْ وَتَقْسِطُوا إِلَيْهِمْ ﴾^(١٢) .

الثاني : انه يصح على ذي الرحم دون الأجنبي ، وهو مذهب الشيختين

للبحث على صلة الأرحام .

الثالث : يصح على الوالدين دون غيرهم ، واختاره ابن ادريس ، لقوله

تعالى : ﴿ وَصَاحِبَاهَا فِي الدِّينِ مَعْرُوفًا ﴾^(١٣) ، وللبحث على برهما ، ثم رجع بعد ذلك الى مذهب الشيختين ، وهو يدل على اضطرابه في هذه المسألة .

الرابع : المنع مطلقاً ، واختاره فخر الدين لقوله تعالى : ﴿ لَا تَجِدُ قَوْمًا

يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمَ الْآخِرِ يَوَادُونَ مِنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ﴾^(١٤) الآية وهي دالة على النهي عن مودة الكافر وان كان أبداً .

الثانية : في المرتد عن غير فطرة ، ذهب المصنف والعلامة في القواعد الى

جواز الوقف عليه ، ووجه الصحة كون الوقف صدقة ، وهي جائزة على المرتد

(١١) - في بعض النسخ : أشبه .

(١٢) - المحتونة : ٨ .

(١٣) - لقمان : ١٥ .

(١٤) - المجادلة : ٢٢ .

من غير فطرة؛ لأنَّه له اهلية التلبيك، ولعموم: «على كل كبد حرى أجر»^(١٥).
ويحتمل المنع لكونه كافراً، واختياره فخر الدين.

الثالثة: في المحربي، لا خلاف في عدم جواز الوقف على الأجانب، وإنما
الخلاف في جوازه على الأقارب، قال الشيخان: بجوازه عليهم سواء كانوا أبوين
أو غيرهما من ذوي الأرحام، وكذا ابو الصلاح وابن حمزة، وقال سلار: ووقف
المؤمن على الكافر باطل، وقد روي انه ان كان الكافر احد ابوي الواقف او من
ذوي رحمه كان جائزاً، والأول لم يثبت، ومثله قال ابن البراج.

وجزم المصنف في المختصر بعدم جواز الوقف على المحربي، وهو مذهب
العلامة، ووجه الجواز والمنع ما تقدَّر في الذمي.

قال رحمه الله: وكذا لو جعله لمن ينقرض غالباً، كأن يقفه على زيد ويقتصر
أو يسوقه إلى بطون تنقرض غالباً، أو يطلقه في عقبه ولا يذكر ما يصنع به بعد
الانقراض، ولو فعل ذلك، قيل: يبطل الوقف، وقيل: يجب إجراؤه حتى ينقرض
المسئون، وهو الأشبه فإذا انقرضوا رجع إلى ورثة الواقف، وقيل: إلى ورثة
الموقف عليهم، والأول أظهر.

أقول: هنا مسألتان:

الأولى: من شرط في الوقف التأييد فإذا جعله لمن ينقرض غالباً، كما وصفه
المصنف ولم يسقه بعد ذلك إلى من لا ينقرض كالفقراء والمساكين والمساجد
والمشاهد، هل يصح ذلك؟ قال الشيخ في المبسوط والخلاف: إذا وقف على من
يصح انقراضه في العادة مثل أن يقف على ولده وله ولد وسكت، فمن أصحابنا من
قال: لا يصح الوقف، ومنهم من قال: يصح، والمشهور الصحة، وهو مذهب
الشيخين وابن الجنيد وسلام وابن ادريس وابن حمزة، واختياره المتأخرون،

ويكون حبساً أو سكناً أو عمرى بلفظ الوقف؛ لأنَّه نوع تمليل وصدقه، فيتبع اختبار المالك في التخصيص وغيره، ولأنَّ تمليل الآخر ليس شرطاً في تمليل الأول، وإلا لزم الدور؛ لأنَّ تمليل الأول شرط في تمليل الثاني، فلو كان تمليل الثاني شرطاً في تمليل الأول لزم الدور.

واحتسب المانعون بأنَّ الوقف مقتضاه التأييد، فإذا كان منقطعاً صار وقفاً على بجهول، فلا يصح كلام وقفه على بجهول في الابتداء.

الثانية: إذا انقض الموقوف عليهم، هل يرجع الوقف إلى ورثة الواقف أو ورثة الموقوف عليهم أو إلى وجوه البر؟ فيه ثلاثة أقوال:

الأول: إلى ورثة الواقف، وهو مذهب الشیخ وابن البراج وسلام، واختاره المصنف والعلامة، وهو المعتمد؛ لأنَّ حبس في الحقيقة لانقضاض أربابه، وحكم الحبس رجوعه إلى ورثته عند انقضاض المعبيس عليهم لعدم خروجه عن ملكه بالكلية.

الثاني: إلى ورثة الموقوف عليهم، وهو مذهب المفید (وابن ادریس)^(١٦)؛ لأنَّ الوقف خرج عن ملك الواقف فلا يعود إليه ولا الموقوف عليه تملك الوقف فينتقل إلى ورثته بعد موته.

والجواب عدم انتقال الرقبة إلى الموقوف عليه هنا لما بيننا من أنه حبس في الحقيقة، وإنما ينتقل الوقف إلى الموقوف عليه في صورة التأييد.

الثالث: قال ابن زهرة: ينتقل إلى وجوه البر لانتقال الوقف عن الواقف وزواله عن ملكه، ومال إليه العلامة في المختلف.

قال رحمة الله: ولو وقف على أولاده الأصغر فقبضه يكون قبضه عنهم، وكذا الجد للأب، وفي الوصي تردد، أظهره الصحة.

أقول : منشأه : من انه قائم مقام الأب والجند مع فقدهما ، فيكون حكمه حكمهما ، ومن انه لا يجوز ان يتولى طرف العقد عند الشيخ وابن ادريس ، وهذا عقد ، والمعتمد الجواز .

قال رحمه الله : ولو وقف على نفسه لم يصح ، وكذا لو وقف على نفسه ثم على غيره ، وقيل : يبطل في حق نفسه ويصح في حق غيره ، والأول أشبه .

أقول : هذا منقطع الابتداء ، وقد مضى^(١٧) البحث فيه .

قال رحمه الله : وقيل : اذا وقف على أولاده الأصغر جاز أن يشرك معهم وإن لم يشترط ، وليس بمعتمد .

أقول : الجواز مذهب الشيخ في النهاية ، وتبعه ابن البراج لرواية عبد الله بن الحجاج^(١٨) ، عن الصادق عليه السلام ، والمشهور المぬ ، وهو المعتمد لعدم جواز تغيير الوقف ، ولرواية جحيل بن دراج^(١٩) ، عن الصادق عليه السلام .

. ٣٦٨ - ص (١٧)

(١٨) - الوسائل ، كتاب الوقف والصدقات ، باب ٥ أحكام الوقف والصدقات ، حدیث ٣ .

(١٩) - الوسائل ، كتاب الوقف والصدقات ، باب ٤ في أحكام الوقف والصدقات حدیث ٢

في اللواحق

قال رحمه الله : ولو وقف حصته من عبده ثم اعتقه لم يصح العتق لخروجه عن ملكه ، ولو اعتقه الموقوف عليه لم يصح أيضاً لتعلق حق البطون به ، ولو اعتقه الشريك مضى العتق في حصته ولم يقوم عليه ؛ لأن العتق لا ينفذ فيه مباشرة ، فالالهى أن لا ينفذ فيه سراية ، ويلزم من القول بانتقاله الى الموقوف عليهم افتراكه من الرق ، ويفرق بين عتقه مباشرة وعتقه سراية بأن العتق مباشرة يتوقف على انحصر الملك في المباشر او فيه وفي شريكه ، وليس كذلك افتراكه فإنه ازالة للرق شرعاً فيسري في باقيه ويضمن الشريك القيمة ؛ لأنه يجري بمحض الالتفاف ، وفيه تردد .

أقول : منشأ التردد من عدم ترجيح أحد الاحتiaطين وقد بين وجههما ، وعدم نفوذ العتق مباشرة وسراية مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره العلامة في مصنفاته ، وهو المعتمد ، وعلى القول بالانتقال الى الله تعالى لا يتوجه احتياط الافتراك ، واما يتوجه على القول بانتقاله الى الموقوف عليهم .

قال رحمه الله : اذا وقف مملوكاً كانت نفقته في كسبه ، اشترط ذلك اولاً لم

يشترط ، ولو عجز عن الاكتساب كانت نفقته على الموقوف عليهم ، ولو قيل في المسألتين كذلك كان أشبه .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : نفقة العبد الموقوف في كسبه اذا لم يشترط او شرطها في الكسب ؛ لأن الفرض بالوقف انتفاع الموقوف عليه ، واما يمكن ذلك ببقاء عينه ، واما يبقى بالنفقة ، فقتضي العقد يوجب كون النفقة في كسبه ، هذا اذا كان ذا كسب ، واما اذا عجز عن الكسب فالنفقة على الموقوف عليهم على القول بانتقال الملك اليهم ، وعلى القول بانتقاله الى الله تعالى فهي من بيت المال مع عجز العبد عن التكسب .

وظاهره ترجيع كون النفقة على الموقوف عليهم ، سواء كان ذا كسب او لم يكن لكونه مملوكا لهم والنفقة تابعة للملك ، واختاره العلامة ، وهو المعتمد .
قال رحمه الله : لو جنى العبد الموقوف عمداً لزمه التصاص ... الى آخر المسألة .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : اذا جنى العبد الموقوف ، فان كانت الجنائية عمداً فلا خلاف في جواز الاقتصاص منه وبطلان الوقف ، واذا كانت خطأ لم يتعلق برقبته ؛ لأنه انا يتعلق برقبته من بيع بالارش ، أما رقبة من لا بيع بالارش فلا يتعلق بها ، وهذا اجماع وانا الخلاف في محل الدية ، هل هو كسب العبد او مال الموقوف عليه او مال الواقع او بيت المال ؟ فيه أقوال :

الأول : تعلقها بمال الموقوف عليه ، وهو بناءً على انتقال الملك إليه ، وقد تعذر استيفاء الدية من رقبة الملوك لعدم جواز بيعه ، ولا سبيل إلى إهدار الجنائية فيكون في مال المالك .

الثاني : تعلقها بمال الواقع ، وهو بناءً على انتقال الملك الى الله تعالى ؛ لأنه

الذي منع الرقبة من تعلق الأرشن بها بالعتق ، فيكون ضامناً .
الثالث : تعلقها ببيت المال كالحر المعرس ، وهو بناءً أعلى انتقال الملك إلى الله تعالى أيضاً .

الرابع : تعلقها بكسبه ؛ لأنَّه أقرب الأشياء إلى رقبته ، فإذا تذرَّع تعلقها برقبته تعلقت بما هو أقرب الأشياء إليها ، وهذا هو المعتمد ؛ لأنَّه لا يجوز إهدار الجنائية ولا تعلقها برقبة العبد لعدم جواز بيعها ولا بمال المولى ؛ لأنَّ المولى لا يعقل عبداً ، فوجب تعلقها بالكسب ، وقال العلامة في المختلف : ويحتمل تعلقها بالرقبة وتابع فيه كما تقبل في العدم والبيع أدون من القتل ، وهذا الاحتمال لم يقل به أحد ، ولو لم يكن له كسب كان الاحتمال قوياً .

فرع : لو كانت الجنائية عمداً هل يتخير المجنى عليه بين القتل والعفو والاسترقاء كما يتخير في الطلاق أو يتحتم القتل أو العفو دون الاسترقاء ؟ يحتمل ذلك لوجوب دوام الوقف بدوام الحياة في الحيوان ؛ لأنَّه يقتضي التأييد ، وهو مانع من ذلك غير الموقوف عليه للوقف ما دام موجوداً ، ويحتمل جواز الاسترقاء ؛ لأنَّ له إبطال الوقف بقتله ، فابطاله مع بقاء الحياة أولى ؛ لأنَّه عفو ، وهو حسن ، والأول أقوى .

الثانية : في الجنائية على العبد الموقوف ، فإذا جنى عليه فلا خلاف في وجوب ارشن الجنائية على الجاني ، وإنما الخلاف في مصروفها ، قال الشیخ في المبسوط : قال قوم يشتري بها عبداً آخر ويقام مقامه ، سواء قبل بانتقال الملك إلى الله تعالى أو إلى الموقوف عليه ؛ لأنَّ حق البطون الآخر متعلق برقبة العبد ، فإذا فاتت اقيم غيرها بقيمتها مقامها ، ومنهم من قال بنقل القيمة إليه ، قال : وهو الأقوى ؛ لأنَّا قد بينا أنَّ ملكه له ، والوقف لم يستناد إلى القيمة . هذا كلامه في المبسوط ، وهو يدل على اختيارة انتقال القيمة إلى الموقوف عليه ، ويكون ملكاً

له كالماء ، واختاره المصنف .

والعلامة اختار ان يشتري بها غيره ويقام مقامه ؛ لأن البطن الأول لا يملك الوقف على المخصوص ، ولهذا ان البطن الثاني يتلق الوقف من الواقف لا من البطن الأول .

وهنا فروع :

الأول : على القول بتملك البطن الأول للقيمة يجوز لهم العفو ، وعلى القول بوجوب شراء بدله ليس لهم العفو .

الثاني : على القول بوجوب الشراء يتولاه الناظر الخاص ، وهو الذي جعل الواقف النظر اليه ، ومع فقده يتولاه الناظر العام ، وهو الامام عليه السلام او من يقوم مقامه ، وهو حاكم الشرع ، ومع التعذر يتولاه الموقوف عليه .

الثالث : لا يفتقر هذا العبد المستتر الى وقف جديد ، بل يصير وقفاً بنفس الشراء ؛ لأنه بدل من الوقف ؛ لأنه اما اشتري ليكون وقفا فلا يفتقر الى وقف ، وهو مذهب فخر الدين ، والشهيد في شرح الارشاد .

الرابع : يجب ان يكون البدل من جنس المبدل ، ويجب المتألة ما امكن حتى في الذكرة والأنونة .

الخامس : ل ولم تف قيمة الأول بعد اشتري بها شخص عبد يكون وقفا ، ولو فضل عن قيمة العبد اشتري بها شخص^(٢٠) .

قال رحمه الله : اذا كان له موالي من أعلى - وهم المتعدون له - وموالٍ من اسفل - وهم الذين أعتقهم - ثم وقف على مواليه ، فإن علم أنه أراد أحدهما انصرف إليه ، وإن لم يعلم انصرف إليها .

أقول : هذا هو المشهور بين الأصحاب ، وهو مذهب الشيخ وابن ادريس

والمصنف ؛ لأن الاسم متناوحاً ، وذهب العلامة إلى البطلان عند عدم القرينة الدالة على ارادة أحدهما ؛ لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر ، فلا يمكن حمله عليهما ؛ لأن الاسم يقع عليها بمعنىين مختلفين كالاسم المشتركة مثل العين ، والاسم المشترك لا يمكن حمله على جميع مسمياته ، وحمله على البعض دون البعض من غير قرينة ترجيح^(٢١) من غير مرجع ، فيبطل ؛ لأنه يجري مجرى الوقف على أحد هذين .

قال رحمه الله : ولو وقف على أولاده انصرف الى أولاده لصلبه ولم يدخل معهم أولاد الأولاد ، وقيل : بل يشترك الجميع ، والأول أظهر .

أقول : اذا قال : (وقفت على اولادي) ، فلا يعنلو إما ان يحصل قرينة دالة على اختصاص البطن الأول ، مثل ان يقول : (على أولادي لصلي او الذي يلوفي) ، او تحصل قرينة دالة على التشيريك ، كما لو قال : (وقفت على اولادي) ، وليس له اولاد لصلبه ، بل اولاد اولاد ، او قال : (ويفضل اولاد الابكر او الاعلم على غيرهم) ، او قال : (فإذا خلت الأرض من عقيبي فهو للمساكين) ، او قال : (او يفضل اولاد الذكور على اولاد الاناث) ، او قال : (ويفضل الأعلى من يليه) ، او ما شابه ذلك من القرائن الدالة على التشيريك ، او يتجرد اللفظ عن القرائن الدالة ، ولا شك في وجوب اتباع القرآن في التخصيص والتشيريك .

والبحث اغا هو مع تجريد اللفظ عن القرآن ، وهنا قال الشیخ في المبسوط وابن الجنید بتخصیص البطن الأول ، واختاره المصنف ، والعلامة في القواعد والمختلف ، وهو المعتمد ؛ لأن اللفظ اذا اطلق حمل على الحقيقة دون المجاز ، ولا يجوز ان يعدل عن الحقيقة الى المجاز بغير قرينة دالة على المجاز وليس .
ولا شك في ان الولد حقيقة هو ولد الصلب المكون من نطفته دون ولد

(٢١) - في «ن» ، وفي باقي النسخ : ترجح .

الولد ؛ لأن اطلاق اسم الولد عليه بجاز ، وهذا يصح سلبه عنه ، فانه يصح ان يقال : (هذا ليس : بولدي ، بل ولد ولدي) ، وصحة النفي من علامات المجاز . وقال المفید وابن البراج وابن ادریس يشترک الأولاد واولاد الأولاد ، واختاره العلامة في التحریر ؛ لأن اسم الولد شامل للولد من الصلب ولو لولد الولد ، ولقوله تعالى : ﴿ يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ﴾^(٢٢) ، وهو شامل لأولاد البنين وإن سفلوا ، ولقوله تعالى : ﴿ حرمتم عليكم أمهاتكم وبنياتكم ﴾^(٢٣) ، وهو شامل للبنت وبنت البنت وإن نزلت ، ومثل هذا كثير في القرآن ، والمطلق من كلام الآدمي اذا خلا عن قرينة ينبغي ان يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ، ومطلق كلام الله تعالى دال على دخول اولاد الأولاد في لفظ الأولاد ، فيحمل عليه كلام الآدمي .

قال رحمة الله : ولو قال : على أولادي فإذا انقرضوا وانتقض اولاد أولادي فعل القراء ، فالوقف لأولاده ، فإذا انقرضوا ، قيل : يصرف إلى اولاد أولاده ، فإذا انقرضوا فإلى القراء ، وقيل : لا يصرف إلى اولاد الأولاد ؛ لأن الوقف لم يتناولم لكن يكون انقراضهم شرطاً لصرفه إلى القراء ، وهو أشبه .

أقول : القولان نقلهما الشيخ في المبسوط عن قوم ، ثم قوى الأول ؛ لأنه شرط انقراض اولاد الأولاد ، وذلك بظاهره يدل على انه وقف عليهم ، فهو كما لو صرخ به ، والمصنف ذهب الى الثاني ، وهو مذهب العلامة ، وهو المعتمد ، ووجهه ما قاله المصنف فيكون الوقف منقطع الوسط ، في حال انقطاعه تصرف غلتة الى الواقف ، ان كان ، وإلا إلى ورثته .

قال رحمة الله : و اذا وقع بين الموقوف عليهم خلف بحيث يخشى خرابه جاز

. ١١) النساء : (٢٢)

. ٢٣) النساء : (٢٣)

يعه ، ولو لم يقع خلف ولا خشي خرابه ، بل كان البيع أتفع ، قيل : يجوز بيعه ، والوجه المتع ، ولو انقلعت شجرة من الوقف ، قيل : يجوز بيعها لعدم الانتفاع بالبيع ، وقيل : لا يجوز لإمكان الانتفاع بالإجارة للسقف وشبهه ، وهو أشبه .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في جواز بيع الوقف اذا وقع بين الموقوف عليهم خلف وخشي خرابه ، وتحقيق البحث ان الأصحاب قد اختلفوا هنا على ستة اقوال :

الأول : جواز بيعه اذا حدث^(٢٤) للموقوف عليهم ما يمنع الشرع عن معونتهم والقربة الى الله تعالى بصلتهم ، وهو قول المفید رحمه الله ، وهو محظوظ على ان الواقف قصد معونة الموقوف عليهم لصلاحهم وديانتهم ثم يخرج اربابه عن هذا الوصف الى حد الكفر ، فعینتني مكن خروجهم عن الاستحقاق ، ولأن الوقف صدقة والصدقة يتشرط التقرب بها الى الله تعالى ، فمن لا يصح التقرب عليه لا يصح الوقف عليه ، فيبطل الوقف في حفهم ويرجع طلقا .

الثاني : جواز بيعه اذا كان البيع اتفع لهم وأردد وارد^(٢٥) عليهم من تركه ، وهو قول المفید ايضا ، وكأنه عوّل على رواية جعفر بن حسان ، « قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل وقف غلة على قرابتة من أبيه وقرابتة من امه ، فللمورثة ان يبيعوا الأرض اذا احتاجوا او اختلفوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلة ؟ قال : نعم اذا رضوا كلهم وكان البيع خيراً باعوا »^(٢٦) ، فهذه الرواية دالة على جواز البيع اذا كان اتفع لهم من بقائه .

(٢٤) - في « ر ٢ » : أحدث .

(٢٥) - في « ن » و « ر ٢ » : وارد .

(٢٦) - الوسائل ، كتاب الوقف والصدقات ، باب ٦ أحكام الوقف والصدقات ، حديث ٨ مع ، وفيه (حنان) بدلي (حسان) .

الثالث : جواز بيعه اذا حصل لأربابه ضرورة شديدة الى ثمنه ، ولا يجوز لهم ذلك مع فقد الضرورة ، وهو قول السيد المرتضى والمفيد وسلام وابن حمزة ؛ لأن الواقف قصد بالوقف نفع الموقوف عليهم ودفع حاجتهم ، واذا لم يكن دفع حاجتهم الا بالثمن جاز بيعه .

الرابع : جواز بيعه اذا وقع بين اربابه فتنة وخشي خرابه ، ولا يمكن انسدادها بدون بيعه ، وهو قول الشيخين ، واختارة العلامة ، وهو ظاهر المصنف ؛ لأن المقصود من الوقف استيفاء مفتنته فإذا تعذرت جاز بيعه تحصيلاً للغرض ، ولأن الجمود على العين مع تعطيلها تضييع للمال وتعطيل لفرض الواقف ، ولرواية علي بن مهزيار^(٢٧) .

الخامس : التفصيل ، وهو ان كان الوقف موحداً لم يجز بيعه بحال ، وان كان حبساً على اقوام معينين ، وليس فيه ما يقتضي تأييده جاز بيعه عند خوف هلاكه ، وافساده اذا كان بأربابه حاجة ضرورية ، وهو قول ابن البراج ، وابي الصلاح ومحمد بن بابويه ، ويعنى استدلالهم برواية جعفر بن حسان المتقدمة التي استدللنا بها على مذهب المفيد ؛ لأن منهومها دال على عدم التأييد .

ال السادس : عدم جواز البيع مطلقاً ، وهو مذهب ابن الجنيد وابن ادريس ، واختاره فخر الدين لما رواه علي بن راشد ، « قال : سألت ابا الحسن عليه السلام ، قلت : جعلت فداك اشتريت ارضاً الى جنب ضيعي ، فلما وزنت المال خبرت ان الضيعة وقف ، قال : لا يجوز شراء الوقف ولا يدخل الفلة في مالك ، ادفعها الى من اوقفت عليه ، قلت : لا اعرف لها رباً ، قال : تصدق بفلتها »^(٢٨) ،

(٢٧) - الوسائل ، كتاب الوقوف والصدقات ، باب ٦ أحكام الوقوف والصدقات ، حدیث ٦ .

(٢٨) - الوسائل ، كتاب الوقوف والصدقات ، باب ٦ أحكام الوقوف والصدقات ، حدیث ١ ، وفي المصدر (أبي علي) بدل (علي) .

وما لا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز بيعه مع تعطيلها ، والمعتمد مذهب المصنف والعلامة .

الثانية : اذا انقلعت نخلة من الوقف ، قال الشيخ : يجوز بيعها ؛ لأنّه لا يمكن الانفاع بهذه النخلة إلا على هذا الوجه ، وقال ابن ادريس : يمكن الانفاع بهذه النخلة من غير بيعها بأن يعمل جسراً أو زورقاً^(٢٩) ، إلى غير ذلك من المنافع مع بقاء عينها ، ومنع من بيعها ، والمعتمد جواز بيعها مع خروجها عن المنافع بالكلية ، وعدم الجواز مع فرض المنفعة .

تنبيه : اذا بيع الوقف بحيث يجوز بيعه ما يصنع بعنه ؟ قال المرتضى والمفيد : يدفع الى الموجودين ينتفعون به ، وقال العلامة : والأقوى عندى ان امكن شراء شيء بالثنين يكون وقفا على اريابه كان اولى ، فان اتفق مثل هذا الوقف كان اولى ، وإلا جاز شراء مهما كان مما يجوز وقفه ، وان لم يكن^(٣٠) صرف الثمن الى التابعين^(٣١) ينتفعون به مهما شاءوا ، ولأن فيه جماع بين التوصل الى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام ، وبين النص الدال على عدم جواز خالفة الواقف حيث شرط التأييد .

واذا لم يمكن تأييده بحسب الشخص وامكناً بحسب النوع وجب ؛ لأنّه موافق لغرض الواقف وداخل تحت الأول الذي وقع العقد عليه ، ومراعاة المخصوصية بالكلية تفضي الى فوات الفرض بأجمعه ، ولأن قصر الثمن على التابعين يقتضي خروج باقي البطون عن الاستحقاق بغير وجه ، مع انهم

(٢٩) - في النسخ : ردّنقاً ، وما أثبتناه من السرائر ج ٣ ص ١٦٧ .

(٣٠) - كما في النسخ ، ولعل الصحيح : يمكن .

(٣١) - في « ر٢ » : البائعين .

يستحقون من الوقف كما يستحق البطن الأول ، تعذر وجودهم حالة الاستحقاق .
الى هنا كلام العلامة ، وهو المعتمد .

ويتولى البيع والشراء البطن الذي اشترطه الواقف ، فان لم يكن فالحاكم
فان لم يكن فالمحوق عليهم ، ويصيير وقفًا بنفس الشراء على ما اختاره فخر
الدين والشهيد ، ولا يفتقر الى احداث عقد الوقف بعد الشراء .

قال رحمه الله : ولو آجر البطن الأول الوقف إلى مدة ثم انقضوا في
اثنائها ... الى آخر المسألة .

أقول : (على القول)^(٣٢) بأن الموت لا يبطل الاجارة ، واختار^(٣٣) المصنف
والعلامة وابنه بطلانها هنا ، ووجهه ما قاله المصنف ، وقد سبق البحث في هذه في
باب الاجارة^(٣٤) ، واختيار المصنف هو المعتمد .

قال رحمه الله : وهل تصير ام ولد ؟ قيل : نعم وتنعم بموته وتؤخذ القيمة
من تركته لمن يليه من البطون ، وفيه تردد .

أقول : اذا وطأ الامة الموقوفة احد من ارباب الوقف فأحبلها ، فلا يخلو إما
أن يكون الوقف عاماً كالوقف على الفقراء والمساكين ، او خاصاً كالوقف على
اقوام معينين وعلى عقبهم وما تعاقبوا ، وعلى التخصيص لا يخلو إما أن يكون في
طبقة المواطن ، او غيره او لم يكن ، فالأقسام ثلاثة :

الأول : ان يكون الوقف عاماً كالوقف على الفقراء والمساكين فيطأها
احدهم فيحبلها ، فهنا لا تصير ام ولد اجاعاً ، ولو كان هناك شبهة وجوب المهر
جميعه على الفقير المواطن ، يقبضه الحاكم ، وله دفعه الى غيره من الفقراء ، ويجوز

(٣٢) - كذا ، وفي « ر ٢ » : لم يرد .

(٣٣) - في « ر ٢ » : واختيار .

(٣٤) - ٣١٢ - ص .

ان يدفع اليه بعضه لكونه فقيراً ولا يجوز دفع جميعه اليه؛ لأن الوقف العام لا يجوز صرف غلته الى اقل من ثلاثة.

الثاني: ان يكون الوقف خاصاً ولا يكون في طبقة الواطي غيره ، فهنا لا يلزم عقر^(٣٥)؛ لأنـه لا يتعلـق بذمـته شـيء لنفسـه ، فإذا أـحـبـلـها هـلـ تصـيـرـ اـمـ وـلـدـاـمـ لاـ؟ فـيـهـ اـشـكـالـ يـنـشـأـ مـنـ اـنـهـ مـلـكـهـ ، وـقـدـ عـلـقـتـ مـنـهـ فـتـصـيـرـ اـمـ وـلـدـ ، وـمـنـ اـدـانـهـ الـىـ بـطـلـانـ حـقـ باـقـيـ الـبـطـونـ بـعـتـقـهاـ بـوـتـ مـوـلـاـهـاـ ، وـاخـتـارـ فـخـرـ الدـينـ صـبـرـوـرـتـهاـ اـمـ وـلـدـ؛ لأنـ الاـسـتـيـلـادـ مـبـنيـ عـلـىـ التـغـلـيبـ ، وـعـلـىـ القـوـلـ بـهـ تـنـعـقـ بـوـتـ مـوـلـاـهـاـ وـبـؤـخـذـ قـيـمـتـهاـ مـنـ تـرـكـتـهـ؛ لأنـهـ اـنـلـفـهـ عـلـىـ مـنـ بـعـدـ مـنـ الـبـطـونـ بـعـدـ مـوـتـهـ ، وـهـذـاـ عـلـىـ القـوـلـ بـعـدـ اـخـتـصـاصـ الـبـطـنـ الـأـوـلـ بـعـوـضـ الـمـوـقـوـفـ ، وـعـلـىـ القـوـلـ بـالـاـخـتـصـاصـ لـاـ يـؤـخـذـ شـيءـ لـاـسـحـالـةـ غـرـمـهـ لـنـفـسـهـ ، قـالـهـ الشـمـيدـ فـيـ شـرـحـ الـاـرـشـادـ ، وـهـوـ مـعـارـضـ بـأـنـ الـفـرـمـ اـنـماـ يـتـحـقـقـ بـعـدـ مـوـتـهـ ، وـهـوـ لـاـ يـمـلـكـ شـيـئـاـ حـيـنـئـ، فـلـاـ يـتـصـورـ غـرـمـهـ لـنـفـسـهـ بـلـ لـنـفـيـرـهـ مـنـ الـبـطـونـ ، وـهـوـ مـذـهـبـ فـخـرـ الدـينـ ، وـهـوـ لـاـ يـتـوـجـهـ إـلـاـ عـلـىـ القـوـلـ بـأـنـ السـبـبـ اـذـ كـانـ عـدـوـانـاـ ضـمـنـ فـاعـلـهـ مـاـ يـتـلـفـ بـهـ ، وـانـ كـانـ بـعـدـ مـوـتـهـ كـمـ حـفـرـ بـنـرـأـ عـدـوـانـاـ فـيـ مـلـكـ غـيرـهـ ، فـوـقـ فـيـهاـ اـنـسـانـ بـعـدـ مـوـتـ الـحـافـرـ فـاـنـ الـدـيـةـ تـؤـخـذـ مـنـ تـرـكـةـ الـحـافـرـ عـلـىـ مـاـ هـوـ مـشـهـورـ بـيـنـ الـأـصـاحـابـ .

وقـالـ عـمـيدـ الدـينـ : اـنـماـ يـتـوـجـهـ عـتـقـهاـ بـعـدـ مـوـتـ سـيـدهـاـ ، وـبـؤـخـذـ ثـنـيـهاـ مـنـ تـرـكـتـهـ اـذـ كـانـ وـلـدـ مـنـهـ دـاـخـلـاـ فـيـ الـوـقـفـ ، فـاـمـاـ اـذـاـ لمـ يـكـنـ دـاـخـلـاـ فـيـ الـوـقـفـ فـاـنـهاـ تـعـتـقـ لـعـدـمـ اـنـتـقـاـلـهـ اـلـىـ الـوـلـدـ ، بـلـ اـلـىـ الـبـطـونـ ، وـمـذـهـبـ فـخـرـ الدـينـ عـتـقـهاـ بـعـدـ مـوـتـ الـواـطـيـءـ وـاـخـذـ قـيـمـتـهاـ مـنـ تـرـكـتـهـ مـطـلـقاـ ، سـوـاءـ كـانـ وـلـدـهـاـ دـاـخـلـاـ فـيـ الـوـقـفـ اوـ لـمـ يـكـنـ .

وـجـرـىـ بـيـنـ السـيـدـ عـمـيدـ الدـينـ وـبـيـنـ الشـمـيدـ بـحـثـ فـيـ هـذـهـ الـمـسـأـلـةـ ذـكـرـهـ

الشهيد في شرح الارشاد ، قال : قلت له ان الأصحاب اطلقوا انها تصير ام ولد ، وحكم امهات الأولاد العتق بموت المولى من نصيب الولد ، فقال : اذا لم يكن له نصيب منها ، فكيف يقال انها تعتق من نصبيه ؟ ! فقلت : اذا حكم بأنها ام ولد اقضى موت المولى جري^(٣٦) المواريث فيها فصار له فيها نصيب وتعتق من نصبيه ، وطول البحث هنا .

والمعتمد اختيار فخر الدين ، فان كان الولد غير داخل في الوقف جعلت في نصبيه لصيروتها ام ولد ، وام الولد موروثة بعد موت المولى وان كان داخلا في الوقف ، هل يحسب القيمة من نصبيه ؟ يحتمل ذلك لعموم النص^(٣٧) ، واختاره فخر الدين .

ويحتمل الدعوى لأن الوقف صح فيها ولا ينفك إلا بخروجها عن صلاحية الملك ، وهذا الاحتلال ذكره فخر الدين ، وهو ضعيف .

الثالث : ان يكون الوقف خاصاً ويكون في طبقة الواطيء غيره ، والحكم على القول بنفوذ الاستيلاد دفع قيمة حصص الشركاء اليهم في الحال او يشتري به شيء يكون وقفاً ، ولا يجب الصبر الى بعد الوفاة ، وأما حصة الواطيء فالإشكال فيها بعد وفاته كما تقدم ، ويجب عليه حصص الشركاء من المهر يختصون به ؛ لأنه كان كالمنافع ، وكذا حصصهم من قيمة الولد يوم سقوطه حياً .

(٣٦) - في « ن » : كون .

(٣٧) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكاتبنة والاستيلاء ، احاديث الباب ٦ .

في العطية

قال رحمه الله : ولا يجوز الرجوع في الصدقة بعد القبض سواء عُوض عنها أو لم يعوض ، لرحم كانت أو لأجنبي ، على الأصح .

أقول : المشهور بين الأصحاب عدم جواز الرجوع في الصدقة بعد القبض ، سواء كانت فرضاً أو نفلاً ، وقال الشیخ في المبسوط : صدقة التطوع بمنزلة الهمة في جميع الأحكام ، فكل موضع يجوز الرجوع في الهمة يجوز الرجوع في الصدقة . والمعتمد الأول لما قاله المصنف : من ان المقصود منها التواب ، وقد حصل فهي كالمعوض عنها ، وادعى ابن ادریس الاجماع على ذلك ، ولا فرق بين الرحم والأجنبي .

كتاب السكني والمحبس

قال رحمه الله : فيلزم بالقبض ، وقيل : يلزم ان قصد به القربة ، والأول

أشهر .

أقول : المشهور بين الأصحاب والم Howell عليه عندهم اللزوم بالقبض بعد الإيجاب والقبول ، ولا يجوز الرجوع بعد القبض مطلقاً ، سواء نوى القرابة او لم ينو ، وهذه الأقوال التي نقلها المصنف ، نقلها العلامة في كتبه ، وفخر الدين وعميد الدين في شرحها ، وابو العباس في المذهب ، كما نقلها المصنف من غير اشارة الى تخصيص القائل ، ولم ينسبوا شيئاً من هذه الأقوال الى شخص معين ، ونسب المقداد رحمه الله في شرح المختصر القول بعدم اللزوم مطلقاً الى الشيخ ، ونسب القول باللزوم مع القرابة الى ابي الصلاح ، والمعتمد ما هو مشهور بين الأصحاب .
قال رحمه الله : ولو قال لك سكني هذه الدار ما بقيت أو حييت ، جاز وترجع الى المسكن بعد موت الساكن على الأشبه .

أقول : حكى الشيخ رحمه الله في المبسوط أن في هذه المسألة قولين : أحدهما بطلان الوقف ، والآخر الصحة ، ثم القائلون بالصحة اختلفوا فنهم من

قال : يكون للمعمر مدة حياته ولورثته بعده ، ومنهم من قال : يكون له مدة حياته ، فإذا مات رجعت إلى المعمر او ورثته ان كان مات ، ثم قال : وهذا هو الصحيح على مذهبنا . هذا قوله رحمة الله في المبسوط ، ولم أجده في هذه المسألة خلافاً للأصحاب ، والخلاف الذي ذكره رحمة الله للجمهور ، ذكره شارح مختصر الشافعي .

قال رحمة الله : ولو قال اعمرتك هذه الدار لك ولعقبك ، كان عمرى ولم تنتقل إلى المعمر ، وكان كما لو لم يذكر العقب .

أقول : اذا قال : (اعمرتك هذه الدار لك ولعقبك) ، هل يرجع إلى المالك بعد افتراض العقب او يصير ملكاً للمعمر ولا يرجع إلى المالك الأول ؟ المشهور رجوعها إلى المالك بعد افتراض المعمر وعقبه ، لأصلحة بقاء الملك على مالكه ، وظاهر الشيخ في المبسوط وابن البراج في المذهب ان المعمر يملكونها ولا يرجع إلى المالك ؛ لأنه اعطى اعطاءً يجري فيه الارث ، وانما يورث الملوك ، ولما رواه جابر : « ان النبي صلى الله عليه واله وسلم قال : أيا رجل عمر عمرى له ولعقبه ، فاما هي للذى يعطها ، ولا يرجع إلى الذى اعطها ، فإنه اعطها اعطاءً وقعت فيه المواريثت »^(٣٨) .

قال رحمة الله : ولا تبطل بالبيع ، بل يجب أن يوفى للمعمر ما شرط له .

أقول : هذه العبارة تقتضي جواز البيع مطلقاً سواء كان مقروناً بالمددة او بالمعمر ، ولا خلاف في جواز البيع اذا كان الاسكان مقروناً بالمددة ، وكذلك الحبس اذا كان الى مدة معلومة ، ومع عدم العلم يتغير المشتري ، اما اذا كان الحبس او الاسكان مقروناً^(٣٩) بالمعمر ، هل يجوز بيعه ام لا ؟ قال ابن الجنيد بالجواز ، وهو

(٣٨) - صحيح مسلم ٢ : ٦٤ ، كتاب اليماء ، باب ٤ حديث ٢٢ مع اختلاف في المتن .

(٣٩) - من « ن » و « ر » وفي الباقي : غير مقرون .

ظاهر المصنف لاطلاقه الجواز .

واطلق العلامة في الارشاد كاطلاق المصنف هنا ، ورواية الحسن بن أبي نعيم (٤٠) ، عن أبي الحسن الكاظم عليه السلام دالة على جواز البيع ، وهي حجة القاتلين به . واستشكل العلامة صحة البيع في القواعد والمختلف ، واستقرب في التحرير عدمه ، واستشكله الشهيد أيضاً ، ومنظوره جهالة وقت الاستفهام ، ولأنهم قد منعوا من بيع المسكن الذي تعتد فيه المرأة بالاقراء بجهالة وقت الاستفهام ، وهذه العلة سارية هنا .

وجوز الشيخ في المبسوط بيع العبد الموصى بخدمته على التأييد ، ويلزم منه جواز البيع هنا ، ومنع العلامة في القواعد من بيعه ، ويلزم منه عدم جواز البيع هنا .

والذي سمعناه من مشايخنا جواز البيع على المحبس عليه والمعمر دون الغير ، ولعل وجده انتفاء المانع ، وهي جهالة وقت الاستفهام ؛ لأن المنافع مملوكة في الحال ، فإذا ملك الرقبة صارت المنافع والرقبة ملكاً له مقبوضة في يده ، فلا مانع حينئذ ، وهو حسن .

كتاب الهدبات

في الحقيقة

قال رحمه الله : ولو وهب ما في الذمة ، فان كان لغير من عليه الحق لم يصح على الأشبه .

أقول : ذهب الشیخ وابن ادریس والعلامة في المختلف الى صحة هبة الدين بغير من هو عليه لصحة بیعه والمعاوضة عليه كالعين فيصح هبته . نعم يتشرط في اللزوم القبض ، فإذا قبضه الموهوب له من هو عليه لزمه الهمة ، وذهب المصنف والعلامة في القواعد والارشاد والتحریر الى عدم الجواز على غير من هو عليه ، والدليل ما ذكره المصنف في المتن ، وهو اشتراط القبض ، وهذا الدليل غير ناهض بطلوهم ؛ لأن القبض كما هو ممكن في العين هو ممكن في الدين فالفرق ضعيف ؛ لأنهما هو شرط في العين وهو شرط في الدين ، فلو جعلوا دليлем حصول المجهالة لعدم التعيين كان أقوى ؛ لأن الدين غير متعين قبل قبضه ولو وهب شيئاً غير معين كشاة من قطع أو أحد العبدین بطلت الهمة اجمعأ ، نصوا على ذلك في مصنفاتهم ، وعللوا بحصول المجهالة ، وهي سارية في الدين ولم يعللوا بها ، بل بما لا يصلح أن يكون علة .

قال رحمه الله : ولا يشترط في الابراء القبول على الأصح .

أقول : ذهب الشیعین فی المبسوط وابن زهرة وابن ادریس الى اشتراط القبول فی الابراء لاشتھاله علی المنة ، ولا یجبر علی قبوھا كالعلمین فلو لم یعتبر قبوله أجر على قبول المنة ، وذهب المصنف والعلامة الى عدم اشتراط القبول ، واستدل القائلون بعدم اشتراط القبول بقوله تعالى : ﴿ وَان تصدقوا خير لكم ﴾^(١) ، ومن العجب استدلاهم بهذه الآية علی عدم القبول ، وهم اجمعوا علی اشتراط القبول فانها دلت علی ان الابراء صدقة ، وقد ثبت افتقار الصدقة الى القبول والقرآن مخصص بالاجماع ، وقد اجمعوا علی افتقار الصدقة الى القبول ، والآية وان كانت مطلقة دليلاً ، والدليل ان الابراء استقطاع حق ، فلا یفتقر الی القبول كالعنق والطلاق بخلاف الھبة ، فانها تملیک ، والتلیک یفتقر الی القبول .

قال رحمه الله : ولو وھب ما هو في يد الموهوب له صع ، ولا یفتقر الی اذن الواھب فی القبض ولا مضي زمان یکن فیه القبض ، وربما صار الی ذلك بعض الأصحاب .

أقول : الصائر الی ذلك الشیعین فی المبسوط ، ومذهب المصنف هو المعتمد؛ لأن اقرار يده عليه بعد العقد دليل علی الرضا بالقبض السابق .

قال رحمه الله : و اذا قبضت الھبة فان كانت للأبوين لم یکن للواھب الرجوع اجماعاً ، وكذا اذا كان ذارھما غيرھما ، وفيه خلاف .

أقول : عبارۃ المصنف هنا وفي المختصر دالة علی اختصاص الاجماع بالمنع من الرجوع بالھبة اذا كانت لأحد الأبوين اوھما ، ويفهم منه وقوع الخلاف اذا كانت الھبة للأولاد لتخصيص الاجماع بالأبوين ، وكذلك عبارۃ العلامۃ في

التحرير؛ لأنها كعبارة المصنف هنا.

وقال العلامة في المختلف : اذا وهب ولد الصغير او الكبير واقبضه لم يكن للأب الرجوع في الهمة اجماعاً ولو كانت لغير الولد من ذوي الأرحام للشيخ قولان ، وهذه العبارة دالة على عدم وقوع الخلاف اذا كانت الهمة من الأب للأولاد ، ودالة على وقوع الخلاف اذا كانت الهمة من الأولاد لأبائهم ، وهو عكس مذهب المصنف .

والشهيد قصر الاجماع بعدم الرجوع على هبة الأب لولد الصغير ، ويفهم منه وقوع الخلاف في الكبير وفي الآباء ، والمقتضى للجمع بين الأقوال وقوع الاجماع على عدم جواز الرجوع اذا كانت لأحد الآبوبين وان علا والأولاد وان نزلوا ، وهو مذهب ابن حزنة .

وأما غير العموديين من ذوي الأرحام ففيه خلاف ، قال الشيخ في المسوط والخلاف : بجواز الرجوع ، وهو مذهب السيد المرتضى وابن الجنيد ، واختاره ابن ادريس ، وقال الشيخ في النهاية والمقدى سلار وابن البراج بعدم جواز الرجوع ، واختاره المصنف والعلامة والشهيد وابو العباس ، وهو المعتمد لرواية محمد بن مسلم ، عن الباقر عليه السلام : « قال : الهمة والنحله يرجع فيها صاحبها حيزت أو لم تجز ، إلا الذي رحم ، فإنه لا يرجع فيها »^(٢) .

قال رحمة الله : وهل يلزم بالتصرف ، قيل : نعم ، وقيل : لا ، وهو الأشبه .

أقول : اللزوم مع التصرف مذهب الشيخ في النهاية ، واختاره ابن حزنة وابن البراج وابن ادريس والعلامة ، وابو العباس في المتصدر ، وقال سلار وابو الصلاح بجواز الرجوع ما دامت العين باقية وان تصرف ، واختاره المصنف والعلامة ، والمعتمد الأول : لأن المتهب قد ملك الهمة بالعقد والاقراض ، وقد ظهر

(٢) الوسائل ، كتاب الهدبات ، باب ٣ في أحكام الهدبات ، حديث ٢ .

أثر الملك بالتصرف ، فيقوى وجود السبب وكان تاماً ، واذا ملك ملكاً تماماً افترق في خروجه عنه الى سبب ، والرجوع هنا ليس سبباً لاستقرار الملك بالتصرف ، وهم عليه روايات^(٣) .

وастدل المجوزون برواية محمد بن مسلم المتقدمة^(٤) في مسألة ذوي الأرحام ، واطلاق التصرف اعم من ان يكون مخرجاً للعين عن الملك كالبيع والهبة ، او لا يكون مخرجاً كالرهن والكتابة ، وسواء غير صفتة كقصارة التوب وعمل الخشب باباً او سريراً ، او لم يغير صفتة كاستخدام العبد والوطيء ولبس التوب ، وبالجملة كل تصرف ينافي الى الملك واذن الملك فانه مانع من الرجوع على اطلاق الشيخ وابن ادريس والعلامة في القواعد والمختلف والارشاد ، وقسم ابن حمزة التصرف غير المخرج عن الملك الى ما يحصل معه تغير الصفة ، كقصارة التوب ونسج الغزل ، والى ما لا يحصل معه التغيير كالرهن والكتابة ، ومنع الرجوع في الأول ، وجوزه في الثاني .

تنبيه : انا عملك اهبة وتلزم بالقبض ان كانت لرحم ، وبالتصرف ان كانت لأجنبي اذا ثبتت بشروطها من الايجاب والقبول والقبض ، فلو كانت معاطة من غير عقد لم يحصل الملك ، بل يباح التصرف ، ولله الملك الرجوع ما دامت العين باقية سواء كانت لرحم او لأجنبي ، فلو نقلها الى غيره بعقد لازم او أتلفها سقط الرجوع ، وقد اشار العلامة في القواعد الى ذلك ، قال : ولا يكفي المعاطة ولا الاعمال الدالة على الايجاب ، نعم يباح التصرف .

قال رحمة الله : ويكره الرجوع فيها تهبه الزوجة لزوجها والزوج لزوجته ، وقيل : يجري مجرئ ذوي الرحم ، والأول أشبه .

(٣) - الوسائل ، كتاب المباهات ، باب ٨ في احكام المباهات ، حديث ١ .

(٤) - ص ٣٩٩ .

أقول : جواز الرجوع لكل من الزوجين على صاحبه مذهب الشيخ وابن ادريس ، واختاره المصنف لرواية محمد بن مسلم المتقدمة ، فانه حكم فيها بجواز الرجوع في حق غير ذوي الرحم ، وهو عام وليس الزوج رحماً .

ونقل الشيخ في الخلاف عن بعض الأصحاب تحرير الرجوع ، واختاره العلامة في التذكرة ، وفخر الدين في شرح القواعد وابو العباس في المقتصر ، لرواية زرارة الصحيحة ، عن أبي عبدالله عليه السلام : « قال : ولا يرجع الرجل فيها يهبه لزوجته ، ولا المرأة فيها تهبه لزوجها خيرت او لم تغير ، أليس الله تعالى يقول : ﴿وَلَا يَعْلُمُ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مَا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا﴾^(٥) ، وقال تعالى : ﴿فَإِنَّ طَبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هُنْبِئَا مَرِينًا﴾^(٦) وهذا يشمل الصداق والهبة »^(٧) .

فرع : استقرب العلامة في القواعد والتحرير عدم انتقال حق الرجوع بالهبة الى الوراث ، واختاره فخر الدين ؛ لأن الموهوب قد ملك اهبة بالقبض واستحقاق الرجوع على خلاف الأصل ، فيقتصر فيه على مورد النص ، وإنما ورد في الواهب خاصة ، فلا يستحق غيره ذلك .

(٥) - البقرة : ٢٢٩ .

(٦) - النساء : ٤ .

(٧) - الوسائل ، كتاب المبات ، باب ٧ أحكام المبات ، حديث ١ .

في حكم الهمبات

قال رحمة الله : ولو تلقت وال الحال هذه أو عابت لم يضمن الموهوب له ؛ لأن ذلك حديث في ملكه ، وفيه تردد .

أقول : اذا اشترط عليه التواب ولم يشه حتى تلقت العين او عابت ، هل يضمن المتهب قيمة العين في صورة التلف ، والأرض في صورة العيب ؟ تردد المصنف في ذلك بعد الفتوى بعدم الضمان ، ومنشأ التردد من ان التلف او التعيب حصل في العين المملوكة للمتهم بغير عوض لازم له ؛ لأنه غير بين دفع العوض وبين عدم دفعه فلا يلزم ضمان ، ومن انه لم يملكتها بجاناً ، بل بشرط دفع العوض ، ولو كان العوض غير لازم له قبل التلف وقد صار لازما له بعده ؛ لأن المالك يتسلط على استرجاع العين مع عدم دفع العوض اذا كانت باقية ، وهذا التسلط قد تذرع بتلف العين فتحتم العوض إذا كانت العين باقية ، وهكذا التسلط ، وكذا الأرض لم الحصول النقص في يده ، وهذا هو المعتمد ، فحيث لا يخلو إما ان يكون العوض مقدراً او غير مقدر ، فان كان مقدراً كان عليه اقل الأمرين من المقدر ومن قيمة العين ؛ لأنـه ان كانت القيمة اقل فهي الالزمه له ؛ لأنـ العوض غير لازم له ؛ لأنـه كان غيرـاً بين دفع العوض وبين عدم دفعه ، فيتسلط المالك على العين ،

وان كان العوض اقل من قيمة العين فقد رضي المالك به عوضاً عن عينه فليس له ازيد منه .

فإن قيل : إذا كان العوض غير مقدر تغير المتهد بدفع ما شاء ، وإن قل ، نص عليه المصنف والعلامة مع بقاء الدين ، فكيف يتحتم مع التلف قيمة المثل ؟
 قلنا : الجواب : الفرق بين الصورتين حاصل ، فإن في صورة بقاء العين إذا دفع ما شاء يتخير المالك بين قبوله وبين استرجاع العين إذا كان أقل من القيمة ، فإذا اختار القبول فقد رضي بترك الزائد مع قدرته على أخذها باسترجاع العين ، أما في صورة تلف العين فقد تعذر الاسترجاع فتتعين القيمة ؛ لأنه قضى على أنها مضمونة عليه ، وضمان القيمى بقيمته ، فهذا فرق بين الصورتين .

قال رحمة الله : إذا وهب في مرضه المخوف فبراً صحت الهمة ، وإن مات في مرضه ولم يجز الورثة اعتبرت من الثلث على الأظهر .

أقول : منجزات المريض تلزم مع البرء اجماعاً ، فإذا مات في ذلك المرض اختلف في خروجها من الثلث أو الأصل ، وسيأتي البحث في تحقيق ذلك انشاء الله تعالى في باب الوصية .

فرع : حكم الهدية حكم الهمة ، والمشهور افتقارها إلى الإيجاب والقبول والقبض كالمبة ، ومن دون الإيجاب والقبول نظماً يباح للمهدى إليه التصرف فيها مع بقائها على ملك المهدى ، فلو كانت جارية لم يجز له وطوزها ؛ لأن الاستمتناع لا يحل بالاباحة ، فمن أراد تلقيك المهدى إليه وكل رسوله في الإيجاب والاقباض ، ويعتمد عدم الحاجة إلى الإيجاب والقبول نظماً ، ويكتفى الفعل الدال عليها ؛ لأن الهدايا كانت تعمل إلى رسول الله صلى الله عليه واله وسلم ، ولم ينقل أنه راعى القدر ، وكان يتصرف فيها تصرف المالك ، وعلى هذا الناس فيسائر الأمصار والأعصار ، وهذا الاحتياط ظاهر العلامة في التحرير .

كتاب السين والرمائية

في الألفاظ المستعملة فيه

قال رحمة الله : فالسابق هو الذي يتقدم بالعنق والكتد ، وقيل : باذنه ، والأول اكثـر .

أقول : الكند - بفتح التاء وكسرها والأول أشهـر - جمع الكتفين من أصل
العنق والظهر ، والسبق به مذهب الشيخ وابن ادريس ، واختاره المصنف
والعلامة ، واعتبار الاذن مذهب ابن الجنيد ، لقوله عليه السلام : « بعثت وال الساعة
كفرسي رهان كاد احدهما يسبق الآخر باذنه »^(١) .

(١) - مسند أحمد بن حنبل ٢: ٣٣١.

في عقد المسابقة

قال رحمه الله : عقد المسابقة والرماية يفتقر الى إيجاب وقبول ، وقيل : هي جعلة ، فلا يفتقر الى قبول ، فيكتفى البذل .

أقول : اختلف في عقد المسابقة ، هل هو لازم أم جائز ؟ قال ابن ادريس : انه لازم ، وهو اختيار المصنف في المختصر ، وظاهره هنا اختيار اللزوم ايضاً لعموم : **﴿أوفوا بالعقود﴾**^(٢) ، وقال الشيخ انه جائز ، واختاره العلامة ، لأصله عدم اللزوم ؛ لأنّ نوع جعلة ؛ لأنّ قوله : (من سبق فله كذا) هو عين الجعلة .

قال رحمه الله : وهل يشترط التساوي في الموقف ، قيل : نعم ، والأظهر لا ؛ لأنّ مبني على التراضي .

أقول : المشهور بين الأصحاب عدم اشتراط التساوي في الموقف ، وختاره المصنف والعلامة ابو العباس ، وهو المعتمد ؛ لأنّ مبني على التراضي كما قاله المصنف ، وقيل بالاشترط ؛ لأنّه اقرب الى العدل .

قال رحمه الله : وفي اشتراط المبادرة والمحاطة تردد ، والأظهر أنه^(٣) لا يشترط .

أقول : المبادرة مثل من سبق إلى اصابة خمسة من عشرين فقد نصل صاحبه ، فان كان الرشق عشرين والاصابة خمسة ، أو شرطاً المبادرة ، فلن بدر إلى اصابة الخمسة قبل صاحبه فقد نصله ، ولا يجب الاكمال .

والمحاطة^(٤) اسقاط ما تساويا فيه شيئاً بشيء ، حتى ينتهي العدد . اذا عرفت هذا ، هل يشترط المبادرة او المحاطة في العقد ؟ تردد المصنف ثم اختار عدم الاشتراط ، ومنشأ التردد من أصلالة الصحة ، وحمل الاطلاق على المحاطة ، واختاره ابو العباس في مقتصره ، ومن حصول الجهة المفضية الى التنازع .

(٣) - في الشرائع : والظاهر .

(٤) - من «ن» و«ر٢» وفي باقي النسخ : المحاطة .

في أحكام النضال

قال رحمه الله : ولو شرط في العقد إطعامه لحربه لم يستبعد صحته .
أقول : قال الشيخ في الخلاف : يكون النضال صحيحاً والشرط باطلأ ،
وقال في المبسوط : النضال باطل ، وظاهر المصنف صحة النضال والشرط معاً ،
واختاره العلامة .

كتاب الوضاية

في الوصية

قال رحمه الله: ولا ينتقل منفرداً عن القبول على الأظهر.
أقول: ذهب الشيخ في الخلاف الى انتقالها بالموت منفرداً عن القبول؛ لأنَّه لا
يمكن بقاء الموصي به على ملك الميت؛ لأنَّ الميت لا يملك ولا يمكن انتقاله الى
الوارث؛ لقوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَةٍ يُوصَىَ بِهَا أَوْ دِينٍ﴾^(١)، جعل الميرات
لهم بعد الوصية، ولم يقل بعد وصية الموصي وقبول الموصي له، فكانت ملك
الموصي له بنفس الموت وان لم يقبل.

ونقل في المبسوط ثلاثة اقوال:

أحدها: انتقال الملك بموت الموصي وقبول الموصي له، فإذا وجد الشيطان
انتقل الملك عقيب القبول.

والثاني: أنه من ادعى أنه قبل الوصية تبيينا أنه انتقل إليه بوفاة الموصي، وإن
لم يقبل تبيينا أنه انتقل إلى الورثة.

والثالث: أنه ينتقل إلى الموصي له بوفاة الموصي كالميرات،
وملتمس أن نقول: الوصية إن كانت لمن لا يمكن حصرهم كالفقراء

والمساكين، أو لقبيلة منتشرة كبني هاشم، أو كانت للمساجد والمدارس وشبه ذلك، فإنها تنتقل بنفس الموت؟ لعدم اعتبار القبول هنا، وإن كانت لغير لم تنتقل إلا بالموت والقبول معاً؛ لأن القبول هنا معتبر، فلا يحصل الملك قبله كسائر المعقود المفترقة إلى الإيجاب والقبول، ولا يشترط القبول لفظاً، بل يكفي الفعل الدال علىه.

قال رحمة الله: ولو قبل قبل الوفاة جاز، وبعد الوفاة أكد.

أقول: نقل ابن إدريس عن بعض علمائنا عدم الاعتداد بالقبول قبل الوفاة، واختاره العلامة في المختلف؛ لأنه أوجب له بعد الموت، فقبله ليس محل للقبول فهو كما لو قبل [قبل] الإيجاب.

وقال في التواعد: وقبوله بعد الموت لا اثر له لو تقدم. فهو موافق لمذهبه في المختلف، ثم رجع عنه في ثاني سطر إلى اختيار المصنف هنا، قال: فلو قبل بعد الموت بعده أو في الحياة بعد مدة صحيحة. وهو مذهب في التحرير والارشاد.

وهو المعتمد؛ لعدم اشتراط مقارنته للايجاب، فهو كما يجوز تأخيره عن الموت يجوز تقديمه عليه؛ إذ لا مانع من ذلك، وهو اختيار ابن إدريس أيضاً.

قال رحمة الله: ولو رد بعد الموت والقبول قبل القبض، قبل: تبطل، وقيل: لا تبطل، وهوأشبه.

أقول: قال الشيخ في المسوط وابن حمزه: تبطل الوصية إذا ردتها قبل القبض بعد الموت والقبول؛ لأن ملكه لا يستقر إلا بالقبض كالمحقوق عليه.

وقيل: لا تبطل، واختاره المصنف والعلامة وفخر الدين.

وهو المعتمد؛ لحصول الملك بالموت والقبول فلا يزول إلا بسبب ناقل، والرد ليس شيئاً ناقلاً للملك عن مالكه.

في الموصي

قال رحمه الله: ولا الصبي ما لم يبلغ عشرة، فإن بلغها فوصيته جائزة في
وجوه المعروف لأقاربه وغيرهم على الأشهر إذا كان بصيراً، وقيل: تصح وإن بلغ
ثانية، والرواية شاذة.

أقول: الصحة مع بلوغ العشر مذهب الشيخ وأبي الصلاح، والصحة مع
بلوغ الثمان مذهب ابن الجنيد، وعدم الصحة قبل البلوغ مذهب ابن ادريس، وعليه
عمل المؤاخرين؛ للحجر عليه قبل البلوغ، ودليل المحوظين الروايات^(٢).

(٢) - الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ٤٤ في أحكام الوصايا ، وباب ١٥ من أبواب الوقوف
والصدقات ، حديث ٣ .

في الموصي به

قال رحمه الله: وإنجازة الوارث تعتبر بعد الوفاة، وهل تصح قبل الوفاة؟
فيه قولان: أحدهما أنه يلزم الوارث.

أقول: اختلاف الأصحاب في اعتبار الإجازة ولزومها قبل الوفاة.

قال المفيد وسلّار وابن إدريس بعدم اللزوم، واعتباره فخر الدين؛ لأن الورثة قبل الوفاة لا يستحقون شيئاً، فلا تعتبر إجازتهم فيها لا يستحقونه.

وقال الشيخ وابن حمزة وابن الجنيد والعلامة في المختلف بلزومها، وهو ظاهر المصنف، وأختيار أبي العباس والمقداد.

وهو المعتمد؛ لأن الرد حق الورثة، فإذا رضوا بالوصية سقط حقهم.

ولما رواه منصور بن حازم في الصحيح^(٣)، ومحمد بن مسلم في المحسن^(٤)، عن أبي عبدالله عليه السلام: «في رجل أوصى بوصية وورثته شهود، فأجازوا ذلك، فلما مات الرجل نقضوا الوصية، هل هم أن يردوا ما أقروا به؟ قال: ليس لهم ذلك، الوصية جائزة عليهم إذا أقروا بها في حياته»، وبعثناها روايات^(٥).

(٣) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ١٢ في أحكام الوصايا، حديث ٢ (مع اختلاف في المتن).

(٤) - المصدر المتقدم، حديث ١.

(٥) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ١١ حديث ١٩، وباب ١١، أيضاً حديث ١٦ و١٧ و١٨.

وادعى الشيخ الاجماع على ذلك.

قال رحمه الله: ولو أوصى إلى إنسان بالمضاربة بتركته أو ببعضها على أن الربح بيته وبين ورثته نصفان صحيح، وربما يشترط كونه قدر الثلث فأقل، والأول مروي.

أقول: المشهور بين الأصحاب صحة هذه الوصية إذا كان الأولاد صغاراً ودليلهم الروايات^(١).

وقال ابن إدريس: الوصية لا تنفذ إلا بالثلث قبل موته والربح قد تجدد بعد موته فلا تنفذ فيه وصية، وقد سبق البحث في هذه في باب المضاربة.

قال رحمه الله: ولو أوصى بثلثه لواحد، وبثلثه لآخر كان ذلك رجوعاً عن الأول إلى الثاني.

أقول: هذا مذهب الشيخ في الخلاف، وادعى عليه الإجماع، وبه قال ابن إدريس والمصنف؛ لأن الإنسان لا يستحق في ماله بعد موته غير الثلث، فإذا أوصى به لزيد ثم أوصى به بعد ذلك لعمرو، فقد نقل الثلث الذي يستحقه من زيد إلى عمرو، وأنه يعلم أنه لا يستحق في ماله غير الثلث، فتكون الوصية الثانية ناسخة للأولى.

وقيل: لا يكون رجوعاً، واختاره العلامة في المختلف، وفخر الدين في شرح القواعد؛ لأصالحةبقاء الوصية الأولى، والثانية لا تتفافها؛ لأنها مع الإجازة تصح الوصييان إجماعاً، فلو كانت الثانية ناسخة للأولى لم تؤثر الإجازة فيها؛ لأنها تعقد بفعل^(٢) الموصي لا^(٣) ابتداء عطية، فلو أوصى لزيد بشيء ثم رجع عنه واجاز

(١) - الوسائل، كتابوصايا، باب ٩٢ في أحكاموصايا، حديث ١ و ٢.

(٢) - من «ر ٢» وفيباقي: لفعل.

(٣) - في «ن»: له.

الورثة الوصية لم تتم الإجازة ملكاً اجماعاً، فدل على أن الوصية الثانية ليست رجوعاً عن الأولى، والا لم تند الإجازة سبباً. هذا إذا لم تحصل قرينة دالة على الرجوع مثل أن يقول: (اعطوا عمروأ التلت الذي أوصيت به لزيد)، او يوصي لزيد بثلث ولعمرو بثلث، ثم يقول: (هنا ثلت واحد)، أو يقال له عقيب الوصيتيين: (أضررت بالورثة)، فيقول: (إنما أوصيت بالثلث) فان حصلت قرينة دالة على الرجوع كان رجوعاً، والا ففيه الاشكال.

وعلى القول بعدم الرجوع إذا لم يجز الورثة كان الثلت للأول، لعموم قوله: «إذا زادت الوصايا عن الثلت ولم يجز الورثة بدئي»، بالأول فالأول حق يستوفى الثلت ويدخل النقص على الأخير»^(١).

ولو ردة أحدهما الوصية ولم يقبلها كان الثلت للأخر مع الإجازة وعدتها.
وعلى القول بكون الثانية رجوعاً ولم يجز الورثة، فان ردة الأول فلا حكم لرده؛ بطلان وصيته بالوصية الثانية، وإن رد الثاني رجع المال إلى الورثة وبطلت الوصيتيان معاً، تبطل الأولى بالثانية، والثانية بالرد.
ومذهب المخالف قوي.

قال رحمه الله: ولو أوصى بعتق ماليكه دخل في ذلك من يملكه منفرداً ومن يملك بعضه أعتقد نصيبيه حسب، وقيل: يقوم عليه حصة شريكه إن احتمل ثلته ذلك، وإلا أعتقد منهم من يحتمله الثلت، وبه رواية ضعيفة.
أقول: عدم التقويم مذهب الشيخ في المبسوط، واختاره المصنف، والعلامة في القواعد والارشاد؛ لأن ملكه قد زال بالموت فلا يسري عليه حينئذ.
وقال الشيخ في النهاية وابن البراج: يقوم عليه؛ لأنه أوجد سبب السراية

(١) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ١١ في أن من أوصى بأكثر من الثلت صحت الوصية في الثلت.

لاستناد العتق في الحقيقة اليه، ولرواية احمد بن زيدان^(١٠)، عن أبي الحسن عليه السلام.

قال رحمه الله: ولو أوصى بنصف ماله مثلاً، فأجاز الورثة ثم قالوا: ظننا أنه قليل، قضى عليهم بما ظنوه واحلفوا على الزائد، وفيه تردد، أما لو أوصى بعد أو دار فأجازوا الوصية... إلى آخره.

أقول: فرق الأصحاب هنا بين الوصية بالجزء المشاع كالنصف مثلاً، وبين الوصية بالمعين كالعبد والدار مثلاً، وفتواهم على قبول دعوى الورثة ظن القلة اذا كانت بمجزء مشاع، وعدم قبول دعواهم ظن الكثرة اذا كانت بمعين، إلا انهم اختلفوا في الجزم وعدمه، فالمحصن هنا جزم بعدم الالتفات الى دعواهم اذا كانت الوصية بمعين، وتردد في قبول دعواهم اذا كانت بمشاع.

والعلامة في القواعد والتحرير جزم بقبول دعواهم اذا كانت بمشاع، ولم يجزم بعدم القبول إذا كانت بمعين، بل يحتمل عنده القبول ايضاً، كما لو كانت بمشاع، عكس مذهب المصنف.

ووجه الفتوى: ان الوصية اذا كانت بمجزء مشاع من التركة كتصفيها مثلاً، كان العلم بمقداره موقوفاً على العلم بالجيمع، والأصل عدم كونه معلوماً، فيقبل دعوى الجهة فيه مع اليمن، بخلاف ما اذا كانت بمعين؛ لحصول العلم بمقدار ما تضمنته الوصية.

ووجه تردد المصنف في عدم قبول الدعوى اذا كانت الوصية بمشاع - كما لا تقبل اذا كانت بمعين؛ لأن الوصية قد لزمت بالاجازة فيلزمهم العمل بها، ولا تقبل دعواهم ما يبطلها - لأصالة عدم البطلان بعدم اللزوم.
ووجه احتلال قبول قوله في المعين كقوله في المشاع - كما ذهب اليه العلامة -

(١٠) الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٧٤ أحكام الوصايا، حديث ٢.

دفع ضرر الوارث؛ لأنَّه إِنْ يُسمَحُ بِذَلِكَ الْمُعِينَ ظنًا مِنْ أَنَّهُ يَبْقَى لِهِ مِنَ الْمَالِ مَا يَكْفِيهِ، فَإِذَا بَانَ خَلَافُ ذَلِكَ لِحَقِّهِ الضرر بِالإِجَازَةِ، وَقَدْ قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَا ضَرَرُ وَلَا إِضَارَ»^(١١).

قال رحمه الله: ولو لم يكن له عُودٌ إِلَّا عُودُ النَّهْوِ، قيل: يُبْطَلُ، وَقَيْلٌ: يُصْحَّ، وَتَزَالُ عَنْهُ الصَّفَةُ الْمُحَرَّمَةُ أَمَا لَوْمَ مَنْ يَكْنِي فِيهِ مَسْنَعَةً إِلَّا الْمُحَرَّمَةُ بَطَلَتِ الْوِصِيَّةِ.

أَقُولُ: نَقْلُ الْعَالَمَةِ فِي التَّعْرِيرِ هَذَا الْقَوْلُ، كَمَا نَقْلَهُ الْمَصْنُفُ هَنَا. وَظَاهِرُ الْقَوْاعِدِ وَالْإِرْشَادِ صَحَّةُ الْوِصِيَّةِ مَعَ إِمْكَانِ إِزَالَةِ الصَّفَةِ الْمُحَرَّمَةِ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ فِي الْبَطْلَانِ عَدَمُ إِمْكَانِ إِزَالَةِ الصَّفَةِ الْمُحَرَّمَةِ.
وَاشْتَرَطَ الشَّهِيدُ فِي الصَّحَّةِ قَصْدُ الرِّضَاضِ فِي الْوِصِيَّةِ، فَلَوْلَمْ يَقْصُدْهُ كَانَ بَاطِلَةً.

قال رحمه الله: لو أوصى بجزءٍ من ماله، فيه روايتان، أشهرها العشر، وفي رواية سبع الثالث.

أَقُولُ: وَرَدَ فِي هَذِهِ الْمَسَأَةِ ثَلَاثُ رِوَايَاتٍ:
الْأُولَى: تَضَمَّنَتِ الْعُشْرَ، وَهِيَ صَحِيحَةُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَنَانٍ: «قَالَ: إِنَّ امْرَأَ أَوْصَتَ إِلَيَّ، وَقَالَتْ: ثَلَاثَيْ تَقْضِيَ بِهِ دِينِيِّ، وَجَزْءَ مِنْهُ لِفَلَانَ، فَسَأَلَتْ عَنْهُ ابْنُ ابْنِ لَيْلَى، قَالَ: مَا أَرَى لَهَا شَيْئًا مَا أَدْرِي مَا الْجَزْءُ؟ فَسَأَلَتْ ابْنَابِنِ لَيْلَى عَلَيْهِ السَّلَامُ بَعْدَ ذَلِكَ وَخَبْرَتِهِ كَيْفَ قَالَتِ الْمَرْأَةُ وَمَا قَالَ ابْنُ ابْنِ لَيْلَى، قَالَ: كَذَبَ ابْنُ ابْنِ لَيْلَى، لَهَا عُشْرُ الْثَّلَاثَ، إِنَّ اللَّهَ أَمَرَ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَقَالَ: ﴿اجْعَلْ عَلَى كُلِّ جَبَلٍ مِنْهُنَّ

(١١) - الوسائل ، كتاب إحياء الموات ، باب ١٢ ، حديث ٣ ، ٥ ، وكتاب الشفعة ، باب ٥ من أبواب الشفعة ، حديث ١.

جزءاً^(١٢) والجبال كانت عشرة، فالجزء هو العشر من الشيء»^(١٣). وبضمونها افتى ابن بابويه، والشيخ في التهذيب والاستصار، وهو اختيار المصنف، والعلامة في المخالف.

الثانية: تضمنت السبع، وهي صحيحة أحمد بن محمد البزنطي، «قال: سألت أبي الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله، فقال واحد من سبعة، إن الله تعالى يقول: ﴿لَا سبعة أبواب لكل باب منهم جزء مقسوم﴾^(١٤)». ^(١٥).

وبضمونها افتى الشيخ في النهاية والخلاف، والمفيد والسيد وسلام وابن الجنيد وابن حمزة وابن البراج وابن إدريس، والعلامة في القواعد.

الثالثة: سبع الثالث، وهي رواية الحسن بن خالد، عن أبي الحسن عليه السلام^(١٦)، ذكرها ابن بابويه في من لا يحضره الفقيه.

قال رحمة الله: ولو أوصى بوجهه فني الوصي وجهاً، جعله في وجوه البر، وقيل: يرجع ميراثاً.

أقول: جعله في وجوه البر مذهب الشيفيين، ومحمد بن بابويه وابن البراج واختاره المصنف والعلامة؛ لأن خرج عن ملك الورثة بالوصية وخفي مالكه ومستحقة فيصرف في وجوه البر؛ لأن الغالب قصد القرابة، ولأن الوصية قد لزمت فلا يجوز تغييرها.

(١٢) - البقرة: ٢٦٠.

(١٣) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٥٤ الوصايا، حدث٢.

(١٤) - الحجر: ٤٤.

(١٥) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٥٤ من أحكام الوصايا، حدث١٢.

(١٦) - من لا يحضره الفقيه: ٤، ٥٥، ٥٤٧٧، حدث١٥٥، الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٥٤ أحكام الوصايا، حدث١٤.

والقول برجوعه ميراثاً مذهب ابن إدريس، نقله عن الشيخ في المائرات؛
لتعذر القيام بالوصية، فيبطل ويصير ميراثاً.
وال الأول هو المعتمد.

قال رحمه الله: ولو أوصى بسيف معين وهو في جهن، دخل الجهن والخلية
في الوصية، وكذلك لو أوصى بصدق و فيه ثياب، أو بسفينة وفيها متاع، أو
جراب وفيه قاش، فإن الوعاء وما فيه داخل في الوصية، وفيه قول آخر بعيد.
أقول: اختيار المصنف هو المشهور بين الأصحاب، وهو مذهب الشيوخين
ومحمد بن بابويه وأحمد بن الجنيد وأبي الصلاح وبين البراج، واختاره العلامة في
الارشاد، وجزم به في التحرير.

ومستند الحكم في السيف والصدق ورواية أبي جميلة، عن الرضا عليه
السلام، «قال: سأله عن رجل أوصى بسيف كان في جهن وعليه حلية، فقال له
الورثة: إنما لك التصل وليس لك المال، فقال: بل السيف بما فيه له، قال: قلت:
رجل أوصى لرجل بصدق و كان فيه مال، فقال له الورثة إنما لك الصدق و
ليس لك المال، قال: فقال أبو الحسن عليه السلام: الصدق و بما فيه له»^(١٧).
وأبو جميلة كذاب معلوم، إلا أن أكثر الأصحاب على العمل بهذه الرواية،
و عمل الأصحاب وإن لم يستند إلى نعم فهو حجة.

ومستندهم في السفينة رواية عقبة بن خالد، عن الصادق عليه السلام،
«قال: سأله عن رجل قال: هذه السفينة لفلان، ولم يسم ما فيها وفيها طعام،
أيعطاها الرجل وما فيها؟ فقال: هي للذي أوصى لها بها، إلا أن يكون صاحبها

(١٧) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٥٧ في أحكام الوصايا، حديث ١ مع اختلاف يسير في
المتن.

استثنى ما فيها»^(١٨).

وقول المصنف: (وفيها قول آخر بعيد)، اي بعدم دخول الجميع، ونقله ابو العباس في المقتصر عن ابن ادريس، ونقل عنه في المذهب دخول الجميع، كما هو المشهور وهو الصحيح، وهذا مذهبه في السراير، ولم اعلم له كتاباً غيره. وظاهر العلامة في المختلف عدم دخول الجميع إلا مع القرينة الدالة على الدخول - واختاره فخر الدين في شرح القواعد، وأبو العباس في المقتصر - ؛ لأن المحسن والطعام والمانع ليس داخلاً في مسمى الوصية، ولا هو جزء من أجزائها فلا يدخل في الوصية.

والتشهيد حكم بدخول المحسن والحلية في السيف والمانع في التصدق، ولم يحكم بدخول الطعام في السفينة، قال: والعمل بالقرينة هنا متوجه. تنبئه: اشترط الشيخ وابن البراج في الموصي في هذه الأشياء العدالة، قال: فان لم يكن عدلاً وكان منها لم تمض الوصية بأكثر من الثالث. وباق الأصحاب على عدم الاشتراط، وأن الوصية لا تمضي بأكثر من الثالث، سواء كان الموصي عدلاً أو فاسقا. واطلق الشيخ ذكر الصندوق والجراب. وقد المفید وابو الصلاح الصندوق بالقفل والجراب المشدود.

وقال فخر الدين: والبحث إنما هو في المشار اليه.

قال رحمه الله: ولو أوصى بإخراج بعض ولده من تركته لم تمض، وهل يلغى اللفظ؟ فيه تردد بين البطلان وإجرائه بجري من أوصى بجميع ماله من عدا الولد، فتمضي في الثالث ويكون للمسخرج نصيبيه من الباقي بمحض الفريضة، والوجه الأول، وفيه روایة بالجواز مهجورة.

(١٨) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٥٩ في أحكام الوصايا، حديث ١ مع اختلاف في المتن، وفي من لا يحضره الفقيه بنفس المتن ٤ : ١٦٣ .

أقول: البحث هنا في موضوعين:

الأول: في صحة هذه الوصية، وأكثر الأصحاب على عدم الصحة؛ لأن النسب اذا ثبت شرعاً ثبت الارث شرعاً أيضاً، فلا يملك الانسان إزالته ولا تغييره.

وقد وردت رواية بلزوم هذه الوصية، رواها محمد بن يابوبيه، عن وصي علي بن السري، «قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: إن علي بن السري توف واوصى إليّ، فقال: رحمه الله، قلت: وإن ابنته جعفراً وقع على أم ولد له، فأمرني أن أخرجه من الميراث، فقال لي: اخرجه فإن كنت صادقاً فسيصيبه خبل، قال: فرجعت فقدمني إلى أبي يوسف القاضي، فقال له: أصلحك الله أنا جعفر بن علي بن السري، وهذا وصي أبي، فرره فلديفع إليّ ميراثي (من أبي)^(١٩)، فقال لي: ما تقول؟ قلت: نعم هذا جعفر بن علي بن السري وانا وصي علي بن السري، قال: فادفع اليه ماله، قلت: أريد أن أعلمك^(٢٠)، قال: فادن، فدنوت حيث لا يسمع أحد كلامي، قلت له: هذا وقع على أم ولد أبيه^(٢١) فأمرني أبوه، وأوصى إليّ أن أخرجه من الميراث ولا أورثه شيئاً، فأتيت موسى بن جعفر عليه السلام بالمدينة فأخبرته وسألته، فأمرني أن أخرجه من الميراث ولا أورثه شيئاً، فقال: الله، قسماً أن آبا الحسن عليه السلام أمرك؟ قلت: نعم، فاستحلقني ثلاثة، ثم قال: أتفذ ما أمرك به فالقول قوله، قال الوصي: فأصابه الخبل بعد ذلك»^(٢٢).

قال محمد بن يابوبيه عقيب لإثارة هذه الرواية: من أوصى بآخر ابنته من

(١٩) - من المصدر.

(٢٠) - في المصدر: أكلمك.

(٢١) - في المصدر: لأبيه.

(٢٢) - الفقيه ٤: ١٦٥، حديث ٥١٥٥، ورواه في الوسائل كتاب الوصايا، باب ٩٠، أحكام الوصايا حدث ٢.

الميراث ولم يكن أحدث هذا الحدث لم يجز للوصي إنفاذ وصيته في ذلك. وهو يدل على أنه إن فعل ذلك جاز إخراجه من الميراث.

وقال الشيخ في الاستبصار: هذا الحكم مقصور على هذه الوصية فلا يتعدى إلى غيرها. وهو المعتمد.

الثاني: هل تلغى هذه الوصية ويكون وجودها كعدمها، أو يختص الورثة دونه بالثلث ويشاركهم بالثلثان؟ اختار المصنف الأول، وهو اختيار فخر الدين. وهو المعتمد؛ لأن لفظ لا يعتبره الشارع فلا يكون له أثر.

واختار العلامة في المختلف الثاني؛ لأن إخراجه من تركته يستلزم تخصيص باقي الورثة فيها، فيمضي من الثلث.

قال رحمة الله: ولو قال: أعطوه كثيراً، قيل: يعطى ثمانين درهماً كها في النذر، وقيل: يختص هذا التفسير بالنذر اقتصاراً على موضع النقل. أقول: الأول قول الشيخ محمد بن بابويه وابن البراج؛ لأن الكثير ثمانون فا زاد، لقوله تعالى: ﴿لَقَدْ نَصَرْتُكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنِ كَثِيرَةٍ﴾^(٢٣) وكانت ثمانين موطنًا.

والثاني قول ابن إدريس، واختاره العلامة وابنه؛ لأن الرواية وردت في متن نذر أن يتصدق عال كثير، ولم يرد في الوصية، فيتصرّ بالرواية على مورد النص، ويرجع في الوصية إلى تفسير الوارد كما لو قال: (اعطوه حظاً أو قسطاً) فإن للورثة أن يعطوا ما شاؤوا.

قال رحمة الله: ولو أوصى بخدمة عبد مدة معينة فنفقة على الورثة؛ لأنها تابعة للملك، أو ثمرة بستان أو سكنى دار، أو غير ذلك من المنافع على التأييد أو مدة معينة، فرممت المنفعة فان خرجت من الثلث، وإلا كان للموصى له ما يحتمله

الثالث، وإذا أوصى بخدمة عبده.

أقول: لا خلاف في جواز الوصية بالمنافع على التأييد والتأقيت، وقد اختلف في كيفية التقويم في الحالين.

أما المؤقتة، فقد قيل: إنها تقوم بنفسها من دون الرقبة؛ لأن قيمة المنفعة المؤقتة معلومة بدون تقويم الرقبة؛ لأن قيمتها أجرة المثل تلك المدة، فيحسب من الثالث. وقيل: تقوم الرقبة بمنافعها، ثم تقوم مسلوبة المنافع تلك المدة، فالناقص يخرج من الثالث، وهذا هو المشهور.

وهو المعتمد؛ لأن هذه الوصية تنقص قيمة العين قطعاً، فيكون النقص محسوباً على الموصى له.

وأما المؤبدة فيمتنع تقويعها بمنافعها دون العين؛ لأن المراد بالتأييد هنا ما دامت العين باقية، ومدة بقائها غير معلومة، فلا يمكن تقويعها بنفسها، فلا بد من تقويعها مع العين.

إذا عرفت هذا فقد نقل الشيخ في المبسوط في كيفية التقويم ثلاثة أقوال: أحدها: أن تقوم الرقبة والمنفعة، ويعتبر خروج الرقبة ومنافعها من الثالث، فإن خرج من الثالث صحت الوصية بمنافعها، وإن لم يخرج من الثالث صحت فيها بمنافعها من الثالث، وبطلت في الباقي.

ووجه هذا القول: أن استحقاق منفعة العين على التأييد بمنزلة إتلاف الرقبة؛ لأن المقصود من الأعيان المنافع، فتقوم العين ومنافعها على الموصى له.

والثاني: تقوم المنفعة من الثالث والرقبة من الثنائي على الورنة. ووجهه: أن الرقبة تنتقل إلى الورنة كما تنتقل المنفعة إلى الموصى له، فتكون الرقبة مقومة على من انتقلت إليه. وطريق التقويم أن يقوم العين بمنافعها، فإذا قيل: منه، قومت العين مسلوبة المنافع، فإذا قيل: عشرة علم أن قيمة المنفعة تسعون، فالمحسوب على

الورثة قيمة الرقبة، والمحسوب من الثالث قيمة المنفعة.

وهذا هو المعتمد إن فرض للرقبة قيمة، وإلا كان الأول هو المعتمد.

الثالث: الرقبة لا تقام لا على الوارث ولا على الموصى له، واختارة الشيخ؟

لأن الرقبة إذا كانت مسلوبة المنافع فلا قيمة لها كالحشرات. والمصنف هنا لم

يتعرض لكيفية التقويم، بل قال: (قامت المنفعة) ولم يذكر الرقبة، وفيهم من تقيد

وجوب النفقة على الوارث في المؤقتة، وعدم وجوبها عليهم في المؤبدة. وقد جزم

العلامة في التحرير بوجوبها في الحالين على الورثة.

فروع:

الأول: لو كان الموصى بخدمته على التأييد أمة، لم يملك الوارث وطه

الجارية؛ لأنَّه إنما يملك الرقبة مسلوبة المنافع، والوطه من المنافع فلا يملكه، ولا

يملكه الموصى له أيضاً وإن كان من جملة المنافع؛ لأن النكاح إنما يستباح بملك

الرقبة أو التحليل أو عقد النكاح، والكل مقود هناء، وليس لها أن تتزوج إلا

بإذنها.

الثاني: لو وُطئت بشبهة، هل يكون المهر للوارث أو للموصى له بالخدمة

على التأييد؟ قال الشيخ: إنه للموصى له؛ لأنَّه من جملة المنافع. وحكم العلامة في

التحرير بأنه للوارث؛ لأنَّه عوض منفعة البعض، وهي لم تدخل بالوصية. وكذلك

حكم الصداق لو زوجها.

الثالث: لو أتت بولد من الزنا كان مملوكاً، وهل يكون للوارث أو للموصى له؟

جزم في التحرير بأنه للوارث. واستشكله في القواعد؛ من أن الولد كالجزء من أمه،

والأم ملك الوارث، ومن أنه كالثمام.

الرابع: لو قتل العبد الموصى بخدمته على التأييد، فإنَّ كان القتل موجباً

للقصاص كان المطالبة للوارث، وإن كان موجباً للديمة احتمل صرفها إلى الوارث؛

لانتهاء الوصية بانتهاء العمر.

واحتمل ان يشتري بها من يكون حكم حكم المقتول، واحتمل تقسيطها على قيمة الرقبة والمنفعة؛ لأن الديمة قيمة الجميع، فيكون للوارث ما قابل الرقبة، وللموصي له ما قابل المنفعة.

قال رحمه الله: ولا تثبت الوصية بالولاية إلا بشاهدين، ولا تقبل شهادة النساء في ذلك، وهل تقبل شهادة شاهد مع اليدين؟ فيه تردد، أظهره المنع.

أقول: منشئه من ان ثبوت الولاية حكم شرعي فييقف على الدلاله الشرعية، والمشهور عدم ثبوتها بغير الشاهدين الذكرىين، ومن أن كل ما كان مالاً أو المقصود منه المال فانه يثبت بالشاهد واليدين، والولاية هنا قد يستفيد منها مالاً؛ لأنها يستحق أجراً مثله أو قدر نفقته مع الحاجة، على الخلاف بين الأصحاب، والشيخ في المبسوط قوله ثبوتها بشاهد وامرأتين، ويلزم منه ثبوتها بشاهد وعين.

والمعتمد عدم ثبوتها بغير الشاهدين الذكرىين العدولين.

قال رحمه الله: ولو أشهد إنسان عبدين له على حمل أمته أنه منه، ثم مات فأعطاها، فشهاداً بذلك، قبلت شهادتها ولا يسترقها المولود، وقيل: يكره، وهو أشبه.

أقول: اطلاق المصنف القول بأنه: (لا يسترقها المولود) لا وجده له؛ لأنه يفهم منه انه يجب على المولود إمضاء العقد الذي صدر من الوارث بعد موت مولاهما الذي شهدا على إقراره، وليس كذلك، بل الخلاف فيها إذا ادعيا أن مولاهما الذي أشهدهما اعتقهما.

قال الشيخ في النهاية: إذا أشهد رجل عبدين له على نفسه بالإقرار لوارث فردة شهادتها وحاز الميراث غير المقر له فأعطاها بعد ذلك فشهاداً للمقر له، قبلت شهادتها له، ورجع بالميراث على من كان أخذها، ورجعا عبدين، فان ذكره

أن مولاهما كان اعتقها في حال ما كان أشهدهما، لم يجز للمرء له أن يردهما في الرق ويقبل شهادتها في ذلك؛ لأنهما أحياها حقه، هذا قول الشيخ في النهاية، وهو مراد المصنف في قوله: (ولا يسترقها المولود)، إلا أنه غير مفهوم من لفظه.

وقال ابن إدريس: قول الشيخ هذا غير واضح ولا مستقيم؛ لأن هذه الشهادة الأخيرة شهادة على سيدهما، وقد ثبت أنه لا يجوز شهادة العبيد على ساداتهم.

والمعتمد كراهيته استراقاً لها ان ادعيا أن مولاهما اعتقها.

قال رحمه الله: ولو أوصى بعتق عدد مخصوص من عبيده، استخرج ذلك العدد بالقرعة، وقيل: يجوز للورثة أن يتغيرة بقدر ذلك العدد، والقرعة على الاستحباب. وهو حسن.

أقول: وجه القرعة: ان الوصية بالعتق مع عدم التشخيص حق للجميع، وتخصيص البعض دون البعض من غير قرعة ترجيح من غير مرجع، ووجه القول بالتبخير: أن الواجب على الورثة اعتناق العدد المعين من غير تخصيص فيكون التخصيص اليهم. واستحسنه المصنف هنا، واستجوده العلامة في التحرير.

قال رحمه الله: ولو اعتقد ملوكه عند الوفاة منجزاً وليس له سواه، قيل: عتق كلهم، وقيل: يعتقد ثلثه ويسعى للورثة في باقي قيمته. وهو أشهر.

أقول: الخلاف هنا مبني على ان منجزات المريض، هل هي من الأصل او الثالث؟ وسيأتي^(٢٤) تحقيق البحث في ذلك ، إن شاء الله تعالى.

قال رحمه الله: ولو أوصى بعتق رقبة مؤمنة وجب، فإن لم يجد اعتقد من لا يعرف بنصب.

أقول: البحث هنا في موضعين:

الأول: في جواز عتق المخالف غير الناصلب عند تعدد المؤمن، وبالجواز قال الشيخ في النهاية، واختاره المصنف؛ لرواية علي بن حمزة^(٢٥)، عن أبي الحسن عليه السلام. ومنع ابن إدريس من ذلك، واختاره العلامة في المفتلف، وهو مذهب فخر الدين؛ لقوله تعالى: ﴿فَنَبْذَلَهُ بَعْدَ مَا سَعَدَ فَإِنَّمَا إِثْمَهُ عَلَى الَّذِينَ يَبْدُلُونَهُ﴾^(٢٦)، والوصية تضمنت عتق المؤمن فإذا أعتق المخالف كان تبديلاً للوصية، بل يتوقع الرقبة المؤمنة.

وهو المعتمد.

الثاني: في تفسير الناصلب، وقد حكى المقداد رحمه الله في شرح المختصر في تفسيره وجوهًا:

الأول: انه الخارجى الذى يقول في علي عليه السلام.

الثانى: انه الذى ينسب الى احد المقصومين ما يسقط العدالة.

الثالث: من إذا سمع فضيلة لعلي عليه السلام او لغيره من المقصومين أنكرها.

الرابع: من اعتقاد أفضلية غير علي عليه السلام.

الخامس: من سمع النص على علي عليه السلام من النبي، او سمعه متواتراً بطريق يعتقد صحته، فأنكر.

قال: والحق صدق النصب على الجميع، أما من يعتقد إماماً غيره للجماع أو لصلاحة^(٢٧)، ولم يكن من أحد الأقسام الخمسة، فليس بناصلب، ثم نقل عن المرتضى وابن إدريس أنها اطلاقاً النصب على غير القاتل بإماماً الآتني عشر عليهم السلام.

(٢٥) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٧٤ أحكام الوصايا، حديث ١ و ٢.

(٢٦) - البقرة: ١٨١.

(٢٧) - في «ن»: مصلحته.

في الموصى له

قال رحمه الله: وتصح الوصية للذمي ولو كان أجنبياً، وقيل: لا يجوز مطلقاً. ومنهم من خص الجواز بذوي الأرحام، والأول أشده، وفي الوصية للعربي تردد، أظهره المنع.

أقول: هنا مسألتان:

الأولى: في الوصية للذمي، وقد حكى المصنف هنا ثلاثة أقوال:

الأول: صحة الوصية له مطلقاً سواه كان رحماً أو أجنبياً، وهو مذهب ابن إدريس، واختاره المصنف والعلامة؛ لأنها نوع عطية، وهي جائزة له، ولرواية محمد بن مسلم، عن أحد هما عليها السلام^(٢٨).

الثاني: عدم الجواز مطلقاً؛ لحرم موته الكافر^(٢٩)، وهو قول ابن البراج.

الثالث: جوازها للرحم دون الأجنبي، حكاه الشيخ في الخلاف عن بعض أصحابنا؛ للبحث على صلة الأرحام.

(٢٨) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٣٢ في أحكام الوصايا، حديث ١.

(٢٩) - البهادلة: ٤٤.

الثانية: في الوصية للعربي، والمشهور بين الأصحاب عدم جوازها، وتردد المصنف. ومنشأ التردد من أن الوصية نوع صلة ومودة، وهي غير جائزة للكافر، ومن كونها نوع عطية، وهي جائزة.

والمعتمد عدم الجواز للعربي سواء كان رحماً أو اجنيباً.

قال رحمه الله: ويعتبر ما يوصى به لملوكيه بعد خروجه من الثلث فإن كان بقدر قيمته أعتق وكان الموصى به للورثة، وإن كان قيمته أقل أعطي الفاضل، وإن كانت أكثر سعى للورثة فيما يبقى ما لم تبلغ قيمته ضعف ما أوصى به له، فإن بلغت ذلك بطلت الوصية، وقيل: يصح ويسعى فيباقي كيف كان، وهو حسن. أقول: إذا أوصى لملوك نفسه بجزء مشاع كثلت التركة أو نصفها أو ربها مثلاً صحت الوصية إجماعاً، وكان الحكم ما قاله المصنف من أن الوصية إن كانت بقدر قيمتها أعتق، وإن كانت أقل من القيمة سعى بالباقي، وإن كانت أكثر أخذ الفاضل سواء كانت الوصية أكثر من القيمة أو أقل.

وهذا هو المعتمد.

وقال الشيخ في النهاية والمفيد في المقتنعة: إن كانت قيمتها ضعف الوصية، أي بقدرها مرتبين بطلت الوصية.

ومستندهما رواية الحسن بن صالح^(٢٠)، عن الصادق عليه السلام المتضمنة مطلوبها، وهو زيدي إليه تسب الصالحة.

وإذا أوصى لعبد بشيء معين من التركة، هل يصح أم لا؟ استشكله العلامة في القواعد، واختار في المختلف عدم الصحة؛ لأنه إذا أوصى له بمعين لم يجز صرف ذلك المعين إلى قيمة رقتها؛ لما فيه من تبديل الوصية، وهو غير جائز، ولأنه يكون قد قصد تقليله لتلك العين والعبد لا يملك شيئاً، وإنما صحت الوصية، بالجزء

(٢٠) - الوسائل، كتابوصايا، باب ٧٩ في أحكاموصايا، حديث ٢.

الشاع؛ لتناوحاً رقبة العبد، فهو كما لو اوصى بعتقه.
والأصحاب اطلقوا جواز الوصية ولم يفصلوا بين المعين وغيره، وحكموا
بصرف ما اوصى له سيده الى قيمة نفسه من غير تفصيل. واما فصل ابن الجنيد
والعلامة في المختلف. وفخر الدين اختار اطلاق الأصحاب، وكذا الشهيد.
وهو المعتمد.

قال رحمة الله: وإذا أوصى بعقد مملوكه وعليه دين، فإن كانت قيمة العبد
بقدر الدين مرتين أعتقد وسعي في خمسة أسداس قيمته، وإن كانت قيمته أقل
بطلت الوصية بعتقه. والوجه أن الدين يقدم على الوصية فيبدأ به ويعتق منه
الثالث مما فضل عن الدين، أما لو ثجيز عتقه عند موته كان الأمر كما ذكرنا أولاً؛
عملاً برواية عبد الرحمن، عن أبي عبدالله عليه السلام.

أقول: هنا مسائلان:

الأولى: إذا أوصى بعقد عبده المستو عبد وعليه دين. وما حكمه المصنف من
اشتراط كون قيمته ضعف الدين مذهب الشيخ في النهاية، وتبعه ابن البراج: لحسناته
المحلي^(٣١)، عن أبي عبدالله عليه السلام. وما اختاره من تقديم الدين على الوصية
مذهب ابن إدريس، واختياره العلامة.

وهو المعتمد؛ لأن الدين من الأصل، والوصية من الثالث.

الثانية: إذا أثجز عقد المستو عبد وعليه دين، فإن قلنا: إن المنجزات من
الأصل، مضى العقد في جميعه وسقط الدين، وإن قلنا المنجزات من الثالث، فيه
قولان:

احدهما: اختيار المصنف، وهو إن كانت قيمته بقدر الدين مرتين، نفذ العقد
في سدسه وسعي بنصف قيمته للدين وبثلث قيمته للورثة، وإن كان الدين أكثر من

(٣١) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٣٩ أحكام الوصايا، حديث ٣.

نصف قيمته، بطل المتق واسترق أهل الدين يقدر دينهم وللورثة الباقي، وهو مذهب المفيد، واختاره أبو العباس في المقتصر؛ لرواية عبدالرحمن بن الحجاج^(٣٢)، عن الصادق عليه السلام.

والثاني: الحكم بصحة المتق من ثلث الفاضل عن الدين وإن قال ، ويستسني للديان والورثة على النسبة، واختاره العلامة في المختلف.

قال رحمه الله: ولو أوصى الإنسان لأم ولده، صحت الوصية، وهل تعتق من الوصية أو من نصيب ولدتها؟ قيل: تعتق من نصيب ولدتها ويكون لها الوصية، وقيل: تعتق من الوصية؛ لأنه لا ميراث إلا بعد الوصية.

أقول: القول بأنها تعتق من نصيب ولدتها وتأخذ الوصية قول الشيخ في النهاية، واختاره العلامة في المختلف؛ لأن التركة تتنقل إلى الورثة بنفس الموت، فيثبتت ملك الولد على جزء من أمه فتنتفع عليه وتستحق الوصية.

والقول بأنها تعتق من الوصية، وإن فضل منها شيء أعتق من نصيب الولد، قول ابن إدريس، واختاره العلامة في التحرير وأبو العباس في المقتصر؛ لأن الارث متأخر عن الوصايا، لقوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وِصْيَةِ يَوْمَ الْحِجَّةِ هُوَ أَوْدِينٌ﴾^(٣٣).

قال رحمه الله: وكذا لو أوصى لأعمامه وأخواه، كانوا سواه على الأصح، وفيه رواية مهجورة.

أقول: إذا أوصى لأعمامه وأخواه وأطلق الوصية، قال الشيخ في النهاية وابن الجنيد وابن البراج بتفصيل الأعمام على الأخوال كالميراث. ومستندهم رواية زرارة^(٣٤)، عن الباقر عليه السلام، وهي التي اشار إليها المصنف بال مجر.

(٣٢) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٢٩ أحكام الوصايا، حديث ٥.

(٣٣) - النساء : ١٢.

(٣٤) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٦٢ أحكام الوصايا، حديث ١.

وذهب ابن إدريس إلى التسوية، واختاره المصنف والعلامة؛ لأن الإطلاق يقتضي التسوية، فما اقتضى التسوية بين الذكور والإناث من الأولاد اقتضى التسوية بين الأعمام والأخوال. وهو المعتمد.

قال رحمه الله: ولو أوصى لذوي قرابته كان للمعروفين بنسبة مصرىاً إلى العرف، وقيل: كان من يتقرب إليه إلى آخر أب وأم له في الإسلام، وهو غير مستند إلى شاهد.

أقول: التفسير الأول مذهب الشيخ في المبسوط والخلاف، وبه قال ابن إدريس، واختاره المصنف والعلامة؛ حملأ لللفظ على المعنى العربي عند تذر النص الشرعي، والتفسير الثاني مذهب المفيد، ومعناه الارتفاع إلى أبعد جد في الإسلام والى فروعه، ولا يرتفق إلى أب المشرك.

قال الشيخ في الخلاف: ولم أجده به نصاً، ولا عليه دليلاً مستخراجاً، وهو معنى قول المصنف: (وهو غير مستند إلى شاهد) أي لا يشهد به نص ولا دليل.

قال رحمه الله: ولو أوصى لقومه قيل: هو لأهل لغته.

أقول: قال الشیخان: قومه جماعة اهل لغته من الذكور والإناث. وبه قال ابن حمزة وابن البراج. وقال أبو الصلاح: يعمل بالعلوم من قصده، فان لم يعلم قصده عمل بعرف قومه في ذلك الإطلاق. وقال ابن إدريس: الذي يقتضيه أصول المذهب، ويشهد بصحته الأدلة الظاهرة انه يكون مصروفاً إلى الرجال من قبلته من يطلق العرف انهم اهله وعشيرته دون غيرهم من سواهم، هذا الذي تشهد به اللغة، وعرف العادة وفحوى الخطاب، قال الشاعر:

قومي هم قتلوا أسم اخي فإذا رميت يصيبي سهمي
واختار العلامة مذهب الشیخین، قال: لأنها اعرف باللغة ومقاصد العرب،
والمرجع في ذلك إليهم اي إلى العرب.

قال رحمه الله : ولو قال : لم يلبي داره إلى أربعين ذراعاً من كل جانب ، وفيه قول آخر مستبعد .

أقول : القول المستبعد اربعون داراً ، وهو مروي عن عائشة^(٣٥) ، وقد سبق البحث في ذلك في باب الوقف فيطلب من هناك .

قال رحمه الله : ولو أوصى لإنسان ثات قبل الموصي ، قيل : بطلت الوصية ، وقيل : إن رجع الموصي بطلت الوصية ، سواء رجع قبل موته الموصى له أو بعده ، وإن لم يرجع كانت الوصية لورثة الموصى له ، وهو أشهر الروايتين .

أقول : كون الوصية لوارثه مع عدم رجوع الموصى هو المشهور بين الأصحاب لرواية محمد بن قيس^(٣٦) ، عن الباقر عليه السلام .

وقال ابن الجنيد : بطل الوصية ، واختاره العلامة في المختلف ؛ لما رواه أبو بصير و محمد بن مسلم معاً ، عن الصادق عليه السلام^(٣٧) .

قال رحمه الله : ولو أوصى في سبيل الله صرف إلى ما فيه أجر ، وقيل : ينحصر بالغزة ، والأول أشبه .

أقول : القائل باختصاص الفزعة الشيف في الخلاف ؛ لأن عرف الشرع يقتضى حل السبيل على الغزاة ، وحكم كلام الآدميين إذا أطلق حل على عرف الشرع . والمعتمد اختيار المصنف ؛ لأن سبيل الله كل طريق يؤدي إلى الأجر .

(٣٥) - الوسائل ، كتاب الحجج ، باب أحكام العشرة ، حديث ١ وباب ٩٠ ، حديث ١ و ٢ و ٤ ، والمستدرك ، كتاب الحجج باب ٧٦ من أحكام العشرة . حديث ١ و ٢ و ٣ ، وليس في المصادر عن عائشة .

(٣٦) - الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب أحكام الوصايا ، حديث ١ .

(٣٧) - الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ٣٠ أحكام الوصايا ، حديث ٤ و ٥ .

في الاوصياء

قال رحمة الله: وهل تُعتبر العدالة؟ قيل: نعم تعتبر؛ لأن الفاسق لا أمانة له، وقيل: لا؛ لأن المسلم محل للأمانة كالوكالة والاستيداع.

أقول: اشتراط العدالة هو المشهور بين الأصحاب، وهو مذهب الشيخ في المسبوط، والمفید في المقنعة، وابن البراج وابن حمزة وسلام، واختاره العلامة في القواعد والإرشاد، وفخر الدين والشہید. وعدم اشتراط العدالة مذهب ابن إدريس، واختاره المصنف في المختصر والعلامة في المختلف، وقد ذكر المصنف دليل الفريقين.

والفرق بين الوصية إلى الفاسق ووكالته وإيداعه ظاهر؛ لأن الوكالة والإيداع ولاية على مال نفسه، والوصية إليه ولايته على مال غيره، فاقتصر الحكم.

والعمل على المشهور مع كونه أحوط.

اما اذا اوصى الى عدل ففسق، أجمع الأصحاب على بطلان وصيته، إلا ابن إدريس فإنه لم يبطلها، قال: لأن الأصل عدم تبديل الوصية، وبطلانها تبديل لها،

وهو حرام.

قال رحمه الله: ولو مرض أحدهما أو عجز ضم إليه المحاكم من يقويه، أما لومات أو فسق لم يضم المحاكم إلى الآخر، وجاز له الإنفراد؛ لأنَّه لا ولادة للحاكم مع وجود وصي، وفيه تردد.

أقول: منشئه من اطلاق أكثر الأصحاب أنه يستند من غير ضم، وأنَّه مع وجود الوصي لا ولادة للحاكم، والوصي هنا موجود، ومن احتلال وجوب الضم؛ لأنَّ الموصي لم يرض برأي أحدهما بالإنفراد، والوصي إنما هو هما مما، لا أحدهما بالإنفراد، فلا بد من ضم آخر إليه، وهو اختيار العلامة في القواعد والتحرير وفخر الدين والشهيد.

وهو المعتمد.

فرعان:

الأول: على وجوب الضم، هل يجوز للحاكم أن يجعل جميع الولاية للباقي منها؟ فيه وجهان، أحدهما: عدم الجواز؛ لأنَّ الموصي لم يرض برأيه منفرداً، فليس للحاكم أن يفوض إليه الجميع، والآخر الجواز؛ لأنَّ النظر قد صار للحاكم.

وال الأول هو المعتمد.

الثاني: لو تغير حالها معاً وصرفها المحاكم، جاز له نصيب واحد، ولا يجب التعدد، والفرق أنَّ الباقي منها في الصورة الأولى منصوب الموصي، وهو لم يرض برأيه وحده، وهنا قد انقطع نظر الموصي وصار النظر إلى المحاكم، فله نصب ما شاء، وهو اختيار الشهيد.

قال رحمه الله: ولو كان للوصي دين على الميت، جاز أن يستوفى بما في يده من غير إذن حاكم إذا لم يكن له حجَّة، وقيل: يجوز مطلقاً، وفي شرائطه لنفسه من نفسه تردد، والأشبه الجواز.

أقول: هنا مسألتان:

الأولى: في جواز استيفاء دينه مما في يده، قال الشيخ في النهاية: لا يجوز أن يأخذ مما في يده إلا ما تقوم به البيئة، وتبعه ابن البراج. وقال ابن إدريس: يجوز وإن لم يكن له بينة؛ لأن من له على غيره مال ولا له عليه بينة ولا يقدر على أخذة ظاهراً فله أخذة باطنناً. وقيل: ليس له الأخذ بغير إذن المحاكم إلا مع عدم البينة، فأما إذا كانت له بينة فليس له ذلك؛ لأنه قادر على استيفاء حقه ظاهراً فليس له أخذة باطنناً، وهو ظاهر المصنف هنا.

وذهب العلامة إلى جواز الأخذ بغير إذن المحاكم مطلقاً: سواء كان له بينة أو لم يكن.

الثانية: في جواز بيعه من نفسه، وقد سبق^(٣٨) البحث في ذلك، والمعتمد الجواز.

قال رحمه الله: وإذا إذن الموصي للوصي أن يوصي جاز إجماعاً.

أقول: لا خلاف في عدم جواز الإيصاء إذا منعه منه، كما لا خلاف في جوازه مع الأمر به، وإنما الخلاف في الإطلاق، فهل يجوز للموصي أن يوصي؟ قال الشيخ في النهاية: نعم، ووجهه أنه ملك ولاية فيملك الإيصاء بها. ولو رواية محمد بن الحسن الصفار^(٣٩)، عن الحسن بن علي عليها السلام، وهي مشتملة على المكتبة. وقال المفيد: لا يجوز، وبه قال أبو الصلاح وأiben إدريس، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس.

وهو المعتمد: لبطلان ولایته بالموت، والأصل عدم جواز تسلیط الغیر على حق الأطفال مالم يحصل الإذن الشرعي، وولاية الوصي تابعة لإذن الموصي، وهو

(٣٨) - ص ١٨.

(٣٩) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٧٠ في أحكام الوصايا، حديث ١.

مقصور على تصرفه دون تصرف غيره.

قال رحمه الله: ولو لم يكن هناك حاكم جاز أن يتولاه من المؤمنين من يوثق به، وفي هذا تردد.

أقول: منشوه من أن الولاية الشرعية إنما ثبتت للأب أو المجد أو الحاكم، فلا يجوز لغيرهم، ومن أنه محل ضرورة، فتجاوز الولاية مع فقدهم لغيرهم من المؤمنين، وهو المشهور بين الأصحاب. والمراد بالحاكم هنا السلطان العادل الأصلي أو نائبه، فان تعذر فالفقيد الجامع شرائط الفتوى.

قوله: (فإن لم يكن حاكم)، المراد فقد هؤلاء الثلاثة.

قال رحمه الله: وإذا أوصى بالنظر في مال ولده إلى أجنبي وله أب لم يصح وكانت الولاية إلى جد البتيم دون الوصي، وقيل: يصح ذلك في قدر الثالث ما ترك، وفي أداء الحقوق.

أقول: في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

الأول: بطلانها مطلقاً، وهو قول الشيخ في المسوط والخلاف، والعلامة وابنه، وهو مذهب المصنف؛ لأن ولاية المجد ثابتة بالأصل وهي متساوية لولاية الأب أو أقوى منها، فكما لا يصح وصية المجد مع بقاء الآب كذلك العكس.
الثاني: عدم جواز العمل بالوصية مع وجود المجد، فإذا مات أو حدث عليه أمر يمنع ولائمه، جاز للوصي العمل بوصية الأب إليه، وهو منقول عن بعض الأصحاب.

الثالث: ذهب الشيخ في موضع من المسوط إلى صحة الوصية بالثالث؛ لأن له إخراجه عن ملك الوارث فإذا زالت الولاية أولى.
والمعتمد الأول.

أما الوصية بإخراج الحقوق إلى الأجنبي مع وجود أب^(٤٠) الموصي فهي صحيحة.

قال رحمه الله: الصفات المعتبرة في الوصي تعتبر حال الوصية، وقيل: حين الوفاة، فلو أوصى إلى صبي فبلغ ثم مات الوصي صحت الوصية، وكذا الكلام في الحرية والعقل، والأول أشبه.

أقول: الصفات المعتبرة في الوصي وهي: البلوغ والعقل والحرية، والاسلام - اذا كان الموصي مسلماً - والعدالة، على القول باشتراطهما^(٤١) تعتبر حالة موت الموصي إجماعاً، وهل تعتبر حالة الوصية؟ في هذه المسألة ثلاث اقوال:

الأول: اعتبارها حالة الموت خاصة، لا قبل ذلك؛ لأن الوصية إنما تلزم بالموت ويشتت للوصي^(٤٢) النظر والتصرف في تلك الحالة، فالشرائط معتبرة حينئذ؛ لأن قبل ذلك لا تصرف ولا ولادة، فلا فائدة في اعتبار الشرائط قبله.

الثاني: لا بد أن تكون ثابتة حالة الوصية والموت معاً، أما حالة الموت فلما تقدم، وأما حالة الوصية؛ لأنها حالة الإيجاب والقبول والركون إليه، ولأنه لو مات بعد الوصية بلا فصل كان للموصي التصرف، فلا بد من أن يكون جاماً للصفات حالة الوصية.

الثالث: حالة الوصية والموت، وما بينهما وما بعدهما، فلو أوصى إلى عاقل فجئ بعد الوصية ثم زال العذر قبل موت الموصي، صحت على القولين الأولين دون الثالث. وقوى الشيخ ابن إدريس الوسط، و اختياره المصنف والعلامة. وهو المعتمد.

(٤٠) - من «ر٢» و«ن».

(٤١) - كذا في النسخ.

(٤٢) - في «ن»: الموصي إليه.

قال رحمه الله: يجوز لمن يتولى أموال اليتيم أن يأخذ أجراً مثل عن نظره في ماله، وقيل: يأخذ قدر كفايته، وقيل: أقل الأمرين، والأول أظهر.

أقول: نقل المصنف هنا ثلاثة أقوال:

الأول: أجراً مثل، واختاره المصنف والعلامة والشهيد وأبو العباس؛ لأنَّه عمل عملاً محترماً لم يتبرع به، فكان له أجراً مثله.

الثاني: قدر الكفاية، وهو قول ابن إدريس بشرط الحاجة؛ لصحيحه عبدالله بن سنان^(٤٣)، عن الصادق عليه السلام.

الثالث: أقل الأمرين من قدر الكفاية وأجراً مثل، قاله الشيخ في المسوط والتبيان.

وهذا البحث إذا كان الوصي محتاجاً، فإذا كان غنياً، هل يجوز له ذلك، أو يجب عليه الاستعفاف؟

أوجبه ابن إدريس عملاً بظاهر الآية، وهي قوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلِيَسْتَعِفْ فَوْمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلِيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوف﴾^(٤٤).

وحمل الشيخ وأبن الجنيد والعلامة الاستعفاف على الندب، واختاره أبو العباس في المقتصر؛ لرواية هشام بن الحكم، «قال: سألت أبي عبدالله عليه السلام فيمن تولي مال اليتيم، ما له أن يأكل منه؟ فقال: ينظر إلى ما كان غيره يقوم به من الأجر لهم، فليأكل بقدر ذلك»^(٤٥)، وهي عامة.

(٤٣) - الوسائل، كتاب التجارة، باب ٧٢ ما يكتسب به، حديث ١.

(٤٤) - النساء: ٦.

(٤٥) - الوسائل، كتاب التجارة، باب ٧٢ ما يكتسب به، حديث ٥.

في اللواحق

قال رحمه الله : ولو كان له زوجة وبنات ، وقال : مثل نصيب بنتي ، فأجاز الورثة ، كان له سبعة أسمهم وللبنت مثلها وللزوجة سهام ، ولو قيل : لها سهم واحد من خمسة عشر كان أولى .

أقول : كونها من ستة عشر ، قول الشيخ ، وهو سهو القلم ؛ لأن الزوجة اذا اخذت سهرين من ستة عشر خرجت الوصية جميعها من نصيب البنت دون نصيب الزوجة ؛ لأن السهرين ثمن الستة عشر من غير نقص ، بل يجب ان يكون من خمسة عشر ؛ لأن اصل الفريضة ثانية ، للزوجة سهم وللبنت سبعة ، فاذا زاد عليها سبعة أخرى صارت خمسة عشر ، فيصير سبعة الموصى له خارجة من الجميع : هذامع الاجازة .

ومع الرد تكون المسألة من اثني عشر ، للموصى له اربعة وللبنت والزوجة ثانية ، سهم للزوجة وسبعة للبنت ، فلو اجازت احداهما وردت الاخرى ضربت وفق مسألة الاجازة في مسألة الرد أو بالعكس ، والوفق هنا بالثالث ، فاذا ضربت ثلث احدى المسائلين بالأخرى بلغت ستين ، فمن اجاز منها اخذ نصيبيه

من مسألة الاجازة مضروباً في وفق مسألة الرد ، ومن رد اخذ نصيبه من مسألة الرد مضروباً في وفق مسألة الاجازة ، فع اجازة الزوجة ورد البنت تأخذ الزوجة نصيبها من مسألة الاجازة ، وهو سهم مضروباً في وفق مسألة الرد وهو اربعة ، فيكون لها اربعة ، وتأخذ البنت نصيبها من مسألة الرد وهو سبعة مضروباً في وفق مسألة الاجازة وهو خمسة ، يكون لها خمسة وثلاثون يبقى من ستين احد وعشرون للموصى له .

ومع اجازة البنت ورد الزوجة تأخذ البنت نصيبها من مسألة الاجازة وهو سبعة مضروباً في ثلث مسألة الرد وهو اربعة يكون لها ثمانية وعشرون ، وتأخذ الزوجة نصيبها من مسألة الرد وهو سهم مضروباً في ثلث مسألة الاجازة وهو خمسة ، فيكون لها خمسة يبقى من الستين سبعة وعشرون للموصى له .

وهذه قاعدة مطردة مع اختلاف الوراثة بالرد والاجازة ، فإنه ينظر الى مسألة الرد ومسألة الاجازة ثم ينظر الى الموافقة بينها ، فتضرب جزء الوفق من احدها بالآخر ، فما اجتمع فرض فيه كما فرضناه في هذه المسألة .

قال رحمه الله : ولو كان له اربع زوجات وبنات ، فأوصي بمثل نصيب احداهن ، كانت الفريضة من اثنين وثلاثين ، يكون للزوجات الثمن اربعة بينهن بالسوية ، وله سهم كواحدة ، يبقى سبعة وعشرون للبنت ، ولو قيل : من ثلاثة وثلاثين كان أشبه .

أقول : كونها من اثنين وتلائين قول الشيخ ، وهو مردود بما قلناه في المسألة السابقة ؛ لأن الوصية كلها تكون من نصيب البنت خاصة ، وهو غير جائز ، بل السهم الموصى به يكون على الجميع فيزياد على اصل الفريضة فتصير ثلاثة وثلاثين ، للبنت ثمانية وعشرون ، ولكل واحدة من الزوجات والموصى له سهم .
قال رحمه الله : ولو اوصى لأجنبي بنصيب ولده ، قيل : تبطل الوصية ؛

لأنها وصية مستحقة ، وقيل : تصح فيكون كما لو أوصى بمثل نصيبه ، وهوأشبه .
 أقول : القول بالبطلان قول الشيخ في المسوط والخلاف ، ولم يختر في
 القواعد والارشاد والتحrir شيئاً ، بل قال : احتمل الصحة والبطلان . وفخر
 الدين اختار البطلان ، وهو قوي ؛ لأن قوله : (أوصيت لزيد بننصيب ابني) ،
 يجري بجري قوله : (أوصيت لزيد بدار ابني) ، ولا شك في بطلان هذه الوصية ؛
 لأنها وصية بما يستحقه الغير ، وكذلك الوصية بنصيبه ؛ لأنها مستحقة له ، كما ان
 داره مستحقة له .

ونقل الشيخ عن بعض علمانا صحة الوصية ، وتكون بعزلة من قال : (بمثل
 نصيبي ولدي) ، واختاره المصنف ؛ لأن اللفظ يحمل على بجازه عند تعذر حمله
 على حقيقته صوناً لكلام المقلاء عن المذم .

قال رحمه الله : ولو كان له ابن قاتل وأوصى له بمثل نصيبيه ، قيل : صحت
 الوصية ، وقيل : لا تصح ؛ لأنها لا نصيبي له ، وهوأشبه .

أقول : عدم الصحة قول الشيخ في المسوط ، وقيل : يصح ويقدر كما لو لم
 يكن قاتلاً صوناً لكلام العاقل عن المذم ، وقال في المختلف : ان علم انه قاتل
 وان القاتل لا يستحق شيئاً بطلت الوصية ، وان جهل احدهما صحت الوصية ،
 واختاره فخر الدين ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : اذا اوصى بضعف نصيبي ولده كان له مثلاه ، ولو قال :
 ضعفاه كان أربعة ، وقيل : ثلاثة ، وهوأشبه .

أقول : اذا اوصى بضعف نصيبي ولده للشيخ فيه قولان :
 احدهما : يكون له اربعة امثاله ؛ لأن ضعف الشيء مثلاه ، فإذا تناه وجب
 ان يكون اربعة امثاله وللآخر ثلاثة امثاله ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو
 المعتمد ؛ لأن ضعف الشيء ضم مثله اليه فإذا تناه فكانه ضم مثليه اليه .

قال رحمه الله : وهل يجب ان يعطي ثلاثة فصاعداً ؟ قيل : نعم ، وهو الأشيه .

أقول : الخلاف هنا مبني على ان القراء اسم جمع او اسم جنس ؟ فعلى الأول يكون اقله ثلاثة ، وعلى الثاني يكفي الواحد ؛ لأن اسم الجنس يصدق على القليل كما يصدق على الكثير ، والأصل براءة الذمة من الزائد .

قال رحمه الله : اذا اوصى له بدار فانهدمت ، وصارت براحاً ثم مات الموصي بطلت الوصية ؛ لأنها خرجت عن اسم الدار ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه من ان الاعتبار بالوصية ما يقع عليه الاسم عند لزوم الوصية ، والبراح لا يصدق عليه اسم الدار ، فتبطل ، ومن ان الوصية بالدار تتضمن الوصية بالبراح ، فالوصية انا هي بالبراح والمدران والسقوف ، فلا تبطل الوصية بالمجموع بقوات بعض الاجزاء ، كما لو اوصى له بعددين فات احدهما ، فان الوصية ثابتة فيباقي منها اجمعأ .

قال رحمه الله : اذا قال : اعطوا زيداً والقراء كذا ، كان لزيد النصف من الوصية ، وقيل : الرابع ، والأول أشهى .

أقول : وجه الأول انه اضاف الوصية اليه واليهم فوجب ان يساويم وحده ، ووجه الثاني ان القراء اسم جمع ، واقله ثلاثة ، فكانه اوصى له ولثلاثة ، فيكون له الرابع ، ويحتمل ان يكون كأحدهم للتسوية بينهم وبينه ، واختاره فخر الدين ، فعلى هذا يعطى كواحد منهم ويكونفائدة ذكره عدم جواز الاخلال به ، ووجوب الدفع اليه وان كان غنياً .

في تصريحات المريض

قال رحمه الله : متجرزات المريض اذا كانت تبرعاً كالمحاباة في المعاوضات والهبة والوقف والعتق ، فقد قيل : انها من اصل المال ، وقيل : من الثالث .
أقول : القول انها من الأصل قول الشيخ في النهاية والمفید في المقنعة وابن البراج وابن ادریس ؛ لأنّه مالك تصرف في ملكه فكان تصرفه ماضياً كالصحيح ؛ لأنّ الأصل عدم الحجر على البالغ العاقل ، لقوله عليه السلام : « الناس مسلطون على اموالهم » ^(٤٦) .

وقال الشيخ في المبسوط ومحمد بن بابويه وابن الجنيد : انها من الثالث ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ، والمستند الروايات ^(٤٧) .

قال رحمه الله : كل مرض لا يؤمن معه الموت غالباً فهو مخوف ، كحمى الدق والسل وقدف الدم والأورام السوداوية الدموية والاسهال المتن والذى يمازجه دهنية أو براز أسود يغلي على الأرض وما شاكله ، وأما الأمراض التي

(٤٦) سبحار الانوار ٢ : ٢٧٢ ..

(٤٧) - الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ١٠ وباب ١١ وباب ١٧ .

الغالب فيها السلامة فحكمها حكم الصحة ، كحمى يوم ، وكالصداع عن مادة أو غير مادة والدمل والرمد والسلاق ، وكذا ما يحتمل الأمرين كحمى العفن والزحير والأورام البلعومية ، ولو قيل : يتعلق الحكم بالمرض الذي يتفق به الموت سواء كان مخوفاً بالعادة أو لم يكن ، كان حسناً .

أقول : اذا ثبت ان المنجزات الواقعه تخرج من الثالث اقتصر على بيان المرض ، فان المرض فيه مخوف وغير مخوف ، وقد بينه المصنف في المتن ، والشيخ في المبوسط علق المخروج من الثالث على المرض المخوف دون ما ليس بمخوف ، لرواية علي بن يقطين : « قال : سألت ابا الحسن عليه السلام ، ما للرجل من ماله عند موته ؟ قال : الثالث ، والثالث كثير » (٤٨) .

فقوله : (عند موته) لا يكون الا عند امارة الموت ، والامارات اما تكون بالمرض المخوف دون غيره .

وذهب المصنف والعلامة الى تعليق الحكم بكل مرض اتفق فيه الموت سواء كان مخوفاً او غير مخوف لصدق اسم المرض عليه ، فيدخل تحت قوله عليه السلام : « المريض محجور عليه الا في ثلث ماله » (٤٩) ، والوصف هنا سبب ، فاذا اتصف بالمرض وحصل الموت ثبت الحكم ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : اذا أعتقتها في مرض الموت وتزوج ودخل بها ، صح العتق والعقد وورثت ان خرجت من الثالث ، وان لم تخرج فعل ما مر من الخلاف .

أقول : المراد بالخلاف المشار اليه ان منجزات المريض ، هل هي من الأصل او من الثالث ؟ فعل القول بأنها من الأصل ينفذ العتق والنكاح سواء خرجت من

(٤٨) - الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ١٠ في أحكام الوصايا ، حديث ٨.

(٤٩) - الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ١٠ في أحكام الوصايا ، حديث ٤ و ٧ و ٨ مع اختلاف في المتن .

الثلث او لم تخرج ، وعلى القول بأنها من الثلث فان خرجت منه فلا بعث ، وان لم تخرج منه افتقرنا الى البحث ، فان لم تكن سواها ولم يدخل عتق ثلثها ، واسترق ثلثها ، وبطل النكاح ، وان كان قد دخل بها ومهرها نصف قيمتها مثلاً عتق منها ثلاثة اسابيعها واسترق اربعة اسابيعها .

وطريقه ان نقول : عتق منها شيء وطا بصدقها نصف شيء وللورثة شيئاً ، فيجمع ذلك فتكون ثلاثة اشياء ونصف ، فإذا بسطناها انصافاً كانت سبعة ، لها منها ثلاثة وهم اربعة تسعين فيها للورثة .

قال رحمه الله : ولو اعتقد امته وقيمتها ثلث تركته ، ثم اصدقها الثالث الآخر ودخل ثم مات ، فالنكاح صحيح ، وبطل المسمى ؛ لأن زائد عن الثالث وترثه وفي ثبوت مهر المثل تردد ، وعلى القول الآخر يصح الجميع .

أقول : أما وجه بطلان المسمى ؛ لأن ثبوته يتوقف على صحة العقد المتوقف على العتق المتوقف على الخروج من الثالث المتوقف على بطلان المسمى .

وأما وجه التردد في ثبوت مهر المثل ؛ لأنه مع ثبوت المهر لم يبق هنا ثلث ينفذ عتقها فيه ، وإذا لم تتحقق لم يصح النكاح ولا الصداق ، فلا بد من ابطال المهر حتى يصح العتق والنكاح .

ومن حيث ان مهر المثل كأرش الجنابة فلا يجوز اسقاطه ، وهو المعتمد ، وحيثند لا تعتق بجملتها ، وإلا لوجب لها مهر المثل كملأ ، فينقض الثالث عن قيمتها ، فلا ينفذ العتق ، فلا يثبت جميع مهر المثل ، بل يعتق بعضها ويثبت لها من مهر المثل بازاء ما عتق ، فحيثند يدخلها الدور ؟ لأن نقصان مهر المثل يستلزم زيادة التركة فيزيد العتق فيزيد مهر المثل ، فيتوقف معرفة مهر المثل على معرفة قدر العتق ومعرفة قدر العتق ، على معرفة مهر المثل ، وهو دور .

وطريق التخلص ان نقول : عتق منها شيء وطا من مهر المثل شيء بازاء ما

عتق منها وللورثة شيئاً يقابلان ما عتق منها دون ما حصل لها من مهر المثل ؛ لأنّه كأرش الجنایة فهو لا يجب ^(٥٠) على أحد.

والتركة حينئذ في تقدير أربعة أشياء : شيئاً للجارية ، وشيئاً للورثة ، وقيمة الجارية ثلث الترفة فينعتق ثلاثة أرباعها ؛ لأنّ ربع المجمع ثلاثة أرباع الثالث ، ويحصل لها ثلاثة أرباع الثالث الآخر ، مهر المثل تؤدي منه ثلثه تمام قيمتها ، ويبقى معها نصف الثالث ومع الورثة ثلث ونصف ثلث بقدر ما عتق منها مرتين ؛ لأنّ الذي عتق منها ثلاثة أرباعها وهو سدس الترفة ونصف سدسها ، ومهر المثل غير محسوب عليها ، فلا يجب مقابلة ^(٥١) شيء للورثة .

تم الجزء الأول ^(٥٢) من كتاب غاية المرام في شرح شرائع الإسلام ، ويتلوي الجزء الثاني أن شاء الله تعالى والحمد لله حق حده ، وصلى الله على محمد عبده ورسوله وآلـه الطيبين الطاهرين ، والحمد لله رب العالمين .

(٥٠) - في « ر٢ » : يحسب .

(٥١) - في « ر٢ » : في مقابلة .

(٥٢) - هذا بحسب تقسيم الشارح رضوان الله تعالى عليه .

محتويات الجزء الثاني

كتاب التجارة

الصفحة

الموضوع

فيما يكتسب به

٥	بيع الأحوال
٥	مسألة في بيع المسوخ
٦	مسألة في بيع السباع
٦	أخذ الأجرة على القضاء ، فرع
٧	تبنيه في الضابط الذي جعله فخر المحققين لما يحرم أخذ الأجرة عليه
٩	حكم بيع الكلب

في عقد البيع

١١	في اشتراط تقديم الاجياب على القبول
١٢	في نفوذ بيع الصبي وعدمه
١٢	في صحة ابتياع العبد نفسه في غيره

البيع الفضولي

١٣	فروع خمسة وفي الأول منها فائدة
١٦	في عدم الرجوع بالثنين مع العلم بالغصب

الموضوع

الصفحة

١٦	تنبيه وفيه بيان لعبارة للشيخ في النهاية
١٧	جواز تولي طرف العقد وعدمه
١٨	مسألة : في تولي الوصي طرف العقد ، وافتراضه مع الملاة
١٩	في لزوم كون المشتري مسلماً إذا ابتعث مسلماً
١٩	حكم الأرض المأخوذة عنوة ، وحكم بيوت مكة
٢٠	بيع الوقف
٢١	بيع أم الولد
٢١	تنبيه في مواضع بيع أم الولد
٢٢	حكم بيع العبد الجاني
٢٣	حكم عتق العبد الجاني
٢٤	حكم بيع ما يتذرع تسليمه إلا بعد مدة
٢٤	حكم ما لو باع بحكم أحد هما
٢٥	حكم اختلاف البائع والمشتري في البيع
٢٥	حكم شراء ما يمكن اختباره من غير اختبار
٢٦	حكم بيع سمك الأحاجم والمجلود والأوبار على الانعام
٢٧	طهارة المسك وحكم بيعه
٢٨	حكم الربح على المؤمن مع الاضطرار وعدمه
٢٩	مسألة : في الدخول في سوم المؤمن ، وفيها تنبيه
٢٩	مسألة : في توكل الحاضر للبادي
٣٠	مسألة في تلقي الركبان
٣١	مسألة في حرمة النجاش وحكم البيع معه

الصفحة	الموضوع
٣٢	مسائل أربعة في حكم الاحتكار وحمله وحده والاجبار على البيع معه
<u>في الخيار</u>	
٣٣	في ما يسقط به خيار المجلس
٣٤	حكم مالو قال: اختر، فسكت
٣٤	في حكم خيار المجلس إذا كان العاقد واحد
٣٥	الخيار الحيوان
٣٥	فرع: فيما إذا باعه حيواناً بحيوان
٣٦	كشف وايضاح في خيار الغبن، حقيقته، ثبوته وعدمه
٣٧	في أن التصرف غير الناقل لا يبطل هذا الخيار
	في صحة العقد إذا لم يقبض الثمن مع عدم اشتراط
٣٨	تأخيره وعدم تسلیم المبيع
٣٩	حكم مالو تلت المبيع قبل القبض
٣٩	تبسيط
٤٠	فروع أربعة ..
٤٠	حكم ما يفسد من يومه، وفيه بحث طويل وتحقيق
٤١	في عمل هذا الخيار، وبيان مناقضة في عباره فخر الحقائق
٤٢	في حكم البيع بعد انقضاء اليوم، والجمع بين عبارات الاصحاب
٤٣	في العقود التي يثبت فيها خيار المجلس
٤٣	فرع: في من انشأ العقد من بعد مفرط
٤٤	الكلام في العقود التي يثبت فيها خيار الحيوان وخيار الشرط

الصفحة	الموضوع
٤٥	الكلام في العقود التي يثبت فيها خيار المغبون
٤٦	في أن المبيع يملك بالعقد أو به وبيان قطام الخيار ؟
٤٦	في أن خيار الشرط يثبت من حين التفرق أو من حين العقد
٤٧	فروع ستة

في أحكام العقود

٤٩	حكم مالو باع بشمن حال وبأزيد منه الى أجل
٤٩	فرعان
٥٠	حكم مالو ابتعاد بجنس ثنه بزيادة أو نقصة
٥٠	في أن قبض الحق واجب على صاحبه ، وحكم امتناعه منه
٥١	حكم من ابتعاد شيئاً بشمن مؤجل وأراد بيعه مراجحة
٥٣	فيا يدخل في المبيع

في التسليم

٥٦	في معنى القبض
٥٦	حكم تلف المبيع قبل تسليمه الى المشتري
٥٧	حكم اختلاط المبيع بغيره
٥٧	حكم مالو باع شيئاً فن慈悲 من يد البائع
٥٧	حكم مالو ابتعاد متأخراً ولم يقبضه ثم أراد بيعه
٥٨	حكم مالو دفع من عليه طعام الى ديابنه مالاً وقال : اشتري به طعاماً
٥٩	مسائلتان : في الاسلاف والاقراض في بلد والمطالبة في آخر

الصفحة

مسألة : في الفحص في بلد و مطالبة المقصوب منه في آخر ٦٠

الموضوع

في الشرط

٦١	في جواز ابتعاد الملوك بشرط أن يعتقه و عدمه ، وفيه مقامان ، الاول
٦٢	فروع سبعة
٦٣	لوابعه بشرط التدبير
٦٤	حكم مالو باع العبد بشرط ان يكتابه
٦٤	المقام الثاني : حكم مالو اشتري جارية بشرط منافٍ لعقد البيع
٦٥	تنبيه : في جواز بيع الشيء بيسير بأضعاف قيمته
٦٦	فروع خمسة ، وبيان اشكال في عبارة التذكرة
٦٨	حكم مالو باعه أرضاً أنها جريان معينة وكانت أقل
٦٩	فرع

في أحكام العيب

٧١	معنى التصريرية وأن فيها الخيار ، وحكم الدين المحتلب منها
٧٢	في ثبوت هذا الخيار في الناقة والبقرة و عدمه
٧٣	تنبيه في مدة هذا الخيار
٧٣	في أن الخيار يثبت بتحمير الشعر وتدعيس الوجه
٧٤	فرع ، حكم حدوث العيب بعد العقد و قبل القبض

في المراجحة والمواضة

٧٥	إذا باع الثمن أنقص مما وقع عليه العقد
----------	---

الصفحة

الموضوع

إذا ادعى الغلط وأن رأس ماله أكثر مما ذكره ٧٦	
حكم مالو حط البائع بعض الثن ٧٦	

في الربا

حكم بيع المتأثرين في الجنس والختلفين مع كونهما ربويين ٧٧	
في كون الحنطة والشعير جنساً واحداً وعدمه ٧٨	
مسائلان : في كون كل من الحمام والسموك جنساً واحداً وعدمه ٧٩	
في ثبوت الربا في الطين الموزون كالارمني وعدمه ٧٩	
في حكم المكيل والموزون مع العلم بالحال في عصر النبي أو الجهل به ٨٠	
في بيان حكم بيع الطلب باليابس من جنسه متساوياً نقداً، وفيه عدة مسائل ٨١	

حكم مالو كان المبيعان في حكم الجنس الواحد واحدهما

مكيل والآخر موزون ٨٢	
في ثبوت الربا بين المسلم والذمي ٨٣	
تبييه ٨٣	
في جواز بيع لحم الحيوان من جنسه وعدمه من غيره ٨٤	

بيع الصرف

في أن التقاض شرط من بيع الصرف ٨٤	
فرع ٨٤	
حكم مالو كان له عليه دراهم فاشتر بها دنانير ٨٥	
حكم ما إذا اشترا دراهم في الذمة بثلثها ٨٦	

الصفحة	الموضوع
٨٦	بيان عبارة موهنة للعلامة في القواعد
٨٧	إذا اشتري ديناراً بدينار فدفعه فزاد ..
	حكم بيع الدرهم بالدرهم مع شرط صياغة خاتم،
٨٨	وحكم تعديتها إلى باقي الشروط ..
٨٩	تببيه ..
٨٩	بيع المراكب العلاة بجنس الخلية
٨٩	لوباع ثواباً بعشرين درهماً ..
٩٠	تحقيق في حكم بيع مئة درهم بدينار إلا درهماً

بيع الثمار

٩١	حكم بيع النخل قبل ظهورها عاماً واحداً
٩٢	حكم بيع النخل قبل بدو صلاحها عاماً ..
٩٢	تببيه في بيان مراد العلامة في قواعده وتحريره
٩٣	تفريع على اشتراط بدو الصلاح ، وأنه يختلف باختلاف محله
٩٤	مسألة في المزاينة ..
٩٥	مسألة في تعدية التحرير إلى غير ثمرة النخل من الفواكه ..
٩٥	مسألة في الماقلة ، في حكم بيع العرايا ..
٩٧	فروع أربعة ..

بيع الحيوان

٩٩	في قبول اقرار لقيط دار المغرب بالرقية وعدمه ..
٩٩	تببيه في بيان المراد بدار الاسلام ..

الموضوع	الصفحة
في تسوية الرضاع بالنسبة في عدم جواز الملك	١٠٠
حكم تبعية العمل للبيع	١٠١
حكم مالو باع واستثنى الرأس والجلد	١٠١
فرع	١٠١
حكم مالو قال الربع لنا والخسران عليك	١٠٢
حكم وطيء من ولدت من الزنا	١٠٣
بيان الخلاف في أن العبد يملك أولا	١٠٣
حكم مال العبد المباع	١٠٤
حكم مالو قال اشتري ذلك علي كذا	١٠٥
البحث في تحرير التفرقة وكراهتها	١٠٥
البحث في الغاية التي يزول معها التحرير أو الكراهة	١٠٦
من أولد ثم ظهر أنها مستحقة ، وحكم الرجوع على البائع بما اغترمه	١٠٦
حكم ما يؤخذ من دار المغرب بغير إذن الإمام	١٠٧
تبيه	١٠٧
فرع	١٠٨
إذ دفع إلى مأذون مالاً ليشتري نسمة ويعتقلا ويصح ...، وهذا فرع	١٠٩
مسألة فيمن اشتري عبداً في الذمة ووضع البائع عبدين ...	١١٠
مسألة فيها إذا اشتري عبداً من عبدين معينين على أن يختار أحدهما	١١١
حكم ما إذا وطأ أحد الشركين مملوكة بينهما	١١١
فروع ستة	١١٢
المملوكان المأذون لهما إذا ابتاع كل منها صاحبه من مولاه	١١٣

الصفحة الموضوع

١١٤ من اشتري جارية سرقت من أرض الصلح

بيع السلف

١١٥ في احتلال انتقاد البيع بلفظ السلم

١١٥ في عدم جواز اشتراط الأجود

١١٦ حكم بيع الجلود مع المشاهدة وعدمه
مسائلتان في جواز الاسلاف في شاة معها ولدها أو

١١٦ حامل أو جاريء كذلك

١١٧ حكم الاسلاف في جوز القز ، حكم شرط كونه الثمن من دين عليه ، وحكم الاسلاف

١١٧ في المعدود

١١٨ حكم مالوقال : الى شهرين

١١٨ في شرطية ذكر موضع التسليم

١١٩ في عدم جواز كونه الثمن موجلاً في السلف

١٢٠ في جواز بيع الدين بعد حلوله ، وفيه بيان سهو للشهيد وأبي العباس

١٢١ تبييه فيما لو باع الدين بأقل من ثمنه ، ويليه فرع

١٢٢ مسألة فيما إذا اسلف في غنم واشتراط اصوات نعمات معينة

١٢٢ مسألة فيما إذا أسدل السلف الى معين

١٢٣ لو شرط الصحاح عوض المكسرة

١٢٤ تبييه

١٢٤ في اقتراض المثل والمقيمي وأنه يثبت بالثانية القيمة

١٢٥ حكم اقتراض المجروري والآلي

الموضع	الصفحة
في أن القرض يملك بالقبض لا بالتصرف	١٢٥
في شرط التأجيل في القرض وأنه لا يتأنجل إلا بأمر ثلاثة	١٢٥
حكم الدين الذي غاب صاحبه غيبة منقطة	١٢٦
لو كان على الدين رهن	١٢٧

دين المملوك

في أن المملوك عجوز عليه في أنواع التصرفات	١٣٩
ولا يجوز له التصرف في نفسه	١٣٩
في بيان غلط صاحب الترددات	١٣٠
حكم الدين مع الاذن للعبد في الاستدامة	١٣٠
حكم تلف المال مع الاذن له في الاستدامة دون التجارة ويليه فرع	١٣١
في أن أجرة البيع أو الشراء على الأمر بأحدهما	١٣٢

كتاب الرهن

في شرطية القبض وعدمه	١٣٥
فيما لو أقر الراهن بالاقباض	١٣٦
في اعتبار اذن الشريك في جواز تسلیم المشاع	١٣٧
تنبيه : في امتلاع الشريك من الاذن في القبض	١٣٧

في شرائط الرهن

في رهن المدير	١٣٩
---------------	-----------

الموضوع	الصفحة
حكم رهن المسلم خمرا، حكم رهن ما لا يصح قبضه	١٤٠
في صحة الرهن زمن المخيار	١٤١
مسألة في جواز رهن العبد المرتد	١٤١
مسألة في جواز رهن العبد القاتل	١٤٢
فرعان	١٤٢
حكم ما لو رهن ما يسرع إليه الفساد قبل الأجل	١٤٣
فرع.	١٤٣

في الحق

في جواز أخذ الرهن على مال الكتابة	١٤٥
في عدم صحة الرهن على ما لا يمكن استيفاؤه من الرهن وصحته على ما هو ثابت في الذمة	١٤٥
في حكم الاستدامة بعد الرهن وجعل الرهن على المالين	١٤٦
فروع ثلاثة	١٤٧
في أن ليس للمالك فسخ الوكالة في بيع الرهن وأن الوكالة تبطل مع الموت دون الرهانة	١٤٨
فرع	١٤٩
في أن المرتهن أحق من غيره في استيفاء دينه	١٤٩
في حكم الرهن ذي المؤنة كالدابة	١٤٩
مسائلتان في تصرف الراهن والمرتهن في الرهن وهذا فرع	١٥١
في حكم رهن الأمة بعد وطأ الراهن لها	١٥٢

الموضوع	الصفحة
مسألة في رهن المغصوب عند الغاصب	١٥٢
مسألة في رهن المقبوض بالبيع الفاسد	١٥٣
مسألة في ابراء الغاصب من خيانة الغصب وهو في يده	١٥٣
فروع ثلاثة	١٥٤
في أن حل الشجرة والملوكة رهن كالأصل	١٥٤
في دخول الثرة في رهن التخل وعدمه	١٠٠
فرع	١٠٠
في اجبار الراهن على ازالة النابت بعد الرهن وعدمه	١٠٥
حكم مالو رهن لقطة مما يلتقط كالخيار	١٥٦
حكم مالو رهن من مسلم خيرا	١٥٧
مسألة في القيمة التي يفرمها المرتهن إذا ثبت تغريمه	١٥٧
مسألة في لو اختلف الراهن والمرتهن في القيمة	١٥٨
حكم مالو اختلفا على الراهن او في متاع	١٥٩

كتاب المفلس

في منع التصرف

حكم إقرار المفلس بالدين أو العين	١٦٣
فيما لو أدعى المفلس أن هذا المال مضاربة لفائض	١٦٤

في اختصاص الغريم بعين ماله

في أن من وجد من الفرمان عين ماله كان له أخذها أو الضرب مع الفرمان	١٦٥
---	----------

الصفحة	الموضوع
١٦٦	حكم الخيار في ذلك ، وأنه على الفور أو لا ؟
	مسألة فيمن وجد بعض المبيع سليماً أو معيناً
١٦٦	بعيب قد استحق أرشه
١٦٧	تحقيق وفيه بيان لعبارة غامضة في القواعد
١٦٩	حكم ما لو كان النماء متصلأً فزادت قيمته
١٧٠	حكم ما لو اشتري أرضاً بغير المشتري فيها ، أو زيتها فخلطه بيته
١٧١	حكم ما لو أسلم في متعاق ثم أفلس المسلم إليه
١٧١	تببيه
١٧١	فيما لو شهد للمفلس شاهد بال
١٧٢	في أن المفلس إذا مات هل يحمل ماله وما عليه ؟
١٧٣	في وجوب إنقشار المعر و عدم جواز إلزامه ولا مؤاجرته

في قسمة ماله

١٧٥	فيما لو اقتضت المصلحة تأخير القسمة
١٧٥	في زوال المجر ب مجرد الأداء أو أنه يفتقر إلى حاكم

كتاب الحجر

في موجباته

١٧٩	في السن الذي يعلم به البلوغ
١٨٠	الوصف الثاني : الرشد
١٨٠	حكم ما لو باع فأجاز الولي

الصفحة**الموضوع**

١٨١ تتبّيه في حكم حرف الصبي أمواله في وجوه الخير بعد البلوغ

أحكام الحجر

١٨٣ في أن حجر المفلس يثبت بحكم المحاكم أو بظهور السفة

١٨٤ حكم ضمان الوديعة مع اتلافها قبل الحجر وبعد

١٨٤ حكم نذر السفهه وعيته

١٨٥ في اختبار المرأة ، والصبي قبل البلوغ

١٨٥ بيان وجه استشكال العلامة في القواعد في صحة بيع الصبي قبل البلوغ

كتاب الضمان

١٩١ في تعريف الضمان ، وأنه ثلاثة أقسام

ضمان المال

١٩٤ في اشتراط العلم بالضمن له أو المضمن عليه

١٩٤ في اشتراط رضى المضمن له وأنه لا عبرة برضى المضمن عنه

١٩٥ مسائل أربعة متفرعة على أن الضمان تناقل للذمة لا ضام إليها

١٩٦ حكم الضمان المؤجل والحال

١٩٧ تتبّيه

١٩٨ فروع ثلاثة وفي الاول منها تحقيق

١٩٩ تتبّيه في شرح عارد غامضة للعلامة في القواعد

٢٠٠ حكم ضمان مال السبق والرمادية ، وبيان أن الحقوق على أربعة أقسام

الصفحة	الموضوع
٢٠١	فرعون
٢٠٢	حكم ضمان الاعيان المضمنة
٢٠٣	في عدم اشتراط العلم بكية المال المضمن
٢٠٤	إذا ضمن عهدة الثمن ، معنى ضمان العهدة
٢٠٥	في بيان معنى العهدة
٢٠٦	حكم مالو ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدث
٢٠٧	ضمان المريض
٢٠٨	حكم مالو كان الدين مؤجلاً وضمنه حالاً
٢٠٩	بحث في أنه ضامن المؤجل حالاً هل له مطالبة الأصيل قبل حلول الأجل

في العوالة

٢١٠	مسألة في اعتبار رضى ثلاثة
٢١١	مسألة في اشتراط إبراء العتال للمعيل
٢١٢	مسائل في شروط العوالة
٢١٣	تحقيق في أحكام العوالة
٢١٤	حكم إحالة المشتري البائع بالثمن ثم رد المبيع بالعيوب السابق
٢١٥	فروع أربعة
٢١٦	مسألة فيها إذا أحال البائع ثمناً، وفيها إذا ظهر فساد البيع

في الكفالة

٢١٧	في صحتها حالة ومؤجلة
٢١٨	حكم من أطلق غريباً من يد صاحب الحق قهراً عليه

الموضوع	الصفحة
فروع ثلاثة	٢١٦
في وجوب تسلم الفرع إذا حضر قبل الأجل	٢١٧
مسائل في لواحق الكفالة	٢١٧
تبيبة في حكم الكفالة بيدن من عليه المد	٢١٨

كتاب الصلح

في تعريف الصلح	٢٢١
حكم مالو أتلف على رجل ثواب قيمته درهم فصالمه على درهين	٢٢٢
لوادعى داراً فأنكر من هي في يده ثم صالحه المنكر على سكتي سنة	٢٢٣
<u>في أحكام الزواج في الأملاك</u>	
حكم اخراج الرواشن والأجنحة إلى الطرق مع الضرر وعدمه	٢٢٥
في حكم الاستطراف من غير الباب المعتادة في الطرق المرفوعة	٢٢٦
فرع	٢٢٦
مسألة في جواز الرجوع بعد وضع المذوع في حاط المبار	٢٢٧
مسألة فيها إذا انهدم المدار ثم أعاده المالك، هل يعود للوضع؟	٢٢٧
في بقية مسائل الزواج	٢٢٨

كتاب الشركة

<u>أقسام الشركة</u>	الصفحة
في أن الشركة تحصل في ثلاثة أشياء	٢٣٣

الموضوع	الصفحة
حكم اشتراط احدهما الزيادة في الربح مع تساوي الماليين أو المكس ٢٣٤	تنبيه على ما وقع لعميد الدين في شرح القواعد مع ذكائه وعظم
٢٣٦ نهايته	

في الواقع

٢٣٩ في افتقار التملك بالحيازة إلى نية وعدمه	سألتان
٢٤٠ لوباع اثنان عبدين كل واحد منها بانفراده صفة بشمن واحد	٢٤١ فرع

كتاب المضاربة

٢٤٥ فيما لو شرط أن يشتري أصلاً يشتراك في ثمانة	٢٤٦ حكم مالوكان لنفسه مال غير مال القراض
٢٤٦ حكومة الشارح بين شارحي القواعد	٢٤٧ تنبيه في معنى النفقة والسفر
٢٤٧ فرع	

في مال القراض

٢٤٩ حكم القراض بالنقرة	٢٥٠ في كفاية المشاهدة وعدمها
---------------------------------	---------------------------------------

في الربح

٢٥١ في اللازم بالشرط	
-------------------------------	--

الموضوع	الصفحة
مسائل في الربح	٢٥٢

في الواقع

في قبول قول المضارب في التلف والرد	٢٥٣
مسألة	٢٥٤
شراء العامل أبا رب المال	٢٥٤
فرع	٢٥٤
مسأالتان	٢٥٥
مسائل أربعة وفي الأخيرة مباحثة مع صاحب الترددات	٢٥٦
فيما إذا قارض العامل غيره بغير إذن المالك	٢٥٨
فيما إذا تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه في التجارة	٢٦٠
فيما لو شرط أن يأخذ له بضاعة	٢٦٢
حكم شراء المضارب الجارية التي يطؤها	٢٦٢

كتاب المزارعة

فيما لو شرط أحدهما على الآخر شيئاً يضمنه	٢٦٧
مسألة في إيجارة الأرض بمنطقة أو شعير يخرج منها	٢٦٧
مسألة في الأرض بأكثر مما استأجرها به	٢٦٨
حكم الإزالة فيما لو مضت المدة والزرع باق ، فرع	٢٦٨
إذا استأجر أرضاً ليغرس فيها ما يحب بعد المدة	٢٦٩

الموضوع الصفحة

٢٧٠ حكم مالو تنازعا في المدة أو في قدر المخصصة، أو في كونها عارية

كتاب المساقاة

٢٧٣ حكم المساقاة قبل ظهور الثرة وبعدها
٢٧٣ فرع
٢٧٤ في بطلان المساقاة بموت المساقٍ أو العامل وعدمه
٢٧٤ حكم المساقاة فيها لاثرة له
٢٧٥ مسألة فيها لو شرط أن يعمل غلام المالك معه
٢٧٥ مسألة فيها اذا شرط على رب المال أجرة الاجراء أو خروج أجورتهم من وسط الثرة
٢٧٦ حكم ما لو شرط مع المخصصة من النماء حصة من الاصل الثابت
٢٧٧ حكم المساقاة مع عدم التعيين، حكم الاجارة بحصة
٢٧٨ في أن هرب العامل لا يبطل المساقاة، وما يترتب على ذلك من أحكام
٢٧٩ فرع
٢٨٠ حكم ثبوت خيانة العامل
٢٨٠ تبييه
٢٨١ فرع
٢٨١ لو انقضت الثرة وتلفت

كتاب الوديعة

٢٨٥ في أن دفع الوديعة على أربعة أنحاء

الموضوع	
الصفحة	
فرع	٢٨٦
حكم ايداع الغاصب المقصوب المزوج بماله	٢٨٧

في اللواحق

حكم مالو ادعى عليه الوديعة فأنكر ، ومالو اعترف بها ثم ادعى التلف	٢٨٩
حكم مالو اعترف بالوديعة ثم ادعى التلف	٢٩٠
تبنيه فيه فروع	٢٩٠
إذا أقام المالك البينة على الوديعة بعد الانكار	٢٩١
إذا حضرته الوفاة وعنده وديعة ، أو اعترف بها وبصفتها	٢٩٢
في المحاكمة بين فخر الدين وعميد الدين	٢٩٣
فروع ثلاثة ..	٢٩٣
إذا فرط واختلفا في القيمة	٢٩٤

كتاب العارية

حكم الضمان لو استعار من الغاصب وهو لا يعلم	٢٩٧
فرع	٢٩٧

في العين المعاشرة

حكم استئجار الأرض للزرع والغرس والبناء	٢٩٩
تبنيه	٢٩٩
تحقيق في الامر بالازالة بعد الاذن بالبناء ، أو الغرس	٣٠٠

الصفحة	الموضوع
٢٠١	في أن أقسام المسألة أربعة ، وفي الأول منها فرع
٢٠٢	حكم ما لو أذن له في غرس شجرة فانقلعت
	<u>في الأحكام المتعلقة بها</u>
٢٠٥	حكم بيع المستعير غروسه وأبنيته في الأرض المستعارة
٢٠٦	حكم اختلاف المالك وراكب الدابة
٢٠٧	مسألة في أن المضمن هل هو قيمة يوم التلف أو أعلى القيم ؟
٢٠٧	مسألة في الاختلاف في القيمة
٢٠٧	فروع أربعة

كتاب الاجارة

في عقد الاجارة

٣١١	في الناظر العقد
٣١٢	في بطلان الاجارة بالموت وعدمه
٣١٤	في أن العين المستأجرة أمانة

في شرائط الاجارة

٣١٥	في عقد الميز
٣١٥	فرع في إجارة الولي الصبي
٣١٦	مسألة في كفاية المشاهدة في مال الاجارة
٣١٦	مسألة في حكم التعجيل لوم يشترط التأخيل
٣١٦	مسألة في جواز إيجار شيء بأكثر مما استأجر مع اتحاد الجنس

الموضوع	الصفحة
مسألة في ما اذا سكن بعض الدار وآجر الباقي ٣١٧	٣١٧
مسألة فيها اذا استأجره ليحمل له متعاعاً ٣١٧	٣١٧
مسألة فيها اذا قال : آجرتك كل شهر بكتذا ٣١٨	٣١٨
فيما لو قال ابن خطته فارسياً فلك درهم ورورياً قدر همان ٣١٨	٣١٨
فيما لو قال ابن عملت اليوم فلك درهمان وغداً قدر هم ٣١٩	٣١٩
حكم استعمال الاجير قبل المقاطعة على الاجرة	
وأنه لا يضمن الا مع التهمة ٣٢٠	٣٢٠
حكم ما لو قدر المدة والعمل ٣٢٠	٣٢٠
مسألة في اشتراط اتصال مدة الاجارة بالعقد ٣٢١	٣٢١
مسألة فيها لو عين شهراً متاخراً عن العقد ٣٢٢	٣٢٢
فيما اذا سلم العين المستأجرة ومضت مدة ٣٢٢	٣٢٢
فيما لو انقضى بعض المدة ثم تلف او تجدد فنسخ الاجرة ٣٢٣	٣٢٣
في أن كل ما يحتاج اليه في إمكان الركوب لازم على مؤجر الدابة ٣٢٤	٣٢٤
فروع خمسة	
حكم ما لو حفر بعض ما قطع عليه ثم تعذر حفر الباقي ٣٢٥	٣٢٥
حكم استئجار المرأة للرضاع ٣٢٦	٣٢٦
فروع أربعة	
حكم اجارة الحافظ المزوج للتنتزه ٣٢٧	٣٢٧
وحكم اجارة العبد الآبق ٣٢٧	٣٢٧
حكم ما لو انهدم المسكن ٣٢٨	٣٢٨

الصفحة	الموضوع
--------	---------

في أحكامها

٣٢٩	حكم الاختلاف في القيمة
٣٣٠	حكم تقبيل الغير العمل الذي تقبله ..
٣٣٠	حكم تضمين الصناع ..
٣٣٠	فرع ..
٣٣١	فرع ..
٣٣١	حكم مالو آجر الوصي صبياً

في النزاع

٣٣٣	فيما لو قطع الخياط ثواباً قبل المالك أمرتك بقطعه قيضاً
-----------	--

كتاب الوكالة

في العقد

٣٣٧	في صحة الوكالة معلقة
٣٣٨	في ترطبة الوصف لانتفاء الغرر وحكم عدمه ..
٣٣٩	حكم العزل ..
٣٤٠	فيما لو باع الوكيل بشمن فانكر المالك الاذن في ذلك القدر

في ما لا تصح فيه الوكالة

٣٤٣	حكم التوكيل في حيازة المباحثات
٣٤٤	حكم التوكيل على كل قليل أو كثير

الصفحة	الموضوع
٣٤٥	حكم الوكالة في الطلاق
<u>في التوكيل</u>	
٣٤٧	حكم توكيل المرأة في طلاق نفسها وغيرها
٣٤٧	حكم توكيل المسلم والذمي على المسلم والذمي
<u>في ما به ثبتت الوكالة</u>	
٣٤٩	في نبوت الوكالة بشاهد وعين
٣٥٠	حكم الاختلاف في لفظ العقد
٣٥٠	حكم ادعاء الوكالة عن غائب في قبض ماله من غير ملء فاتنكر الغريم
٣٥١	فرعان
<u>في اللواحق</u>	
٣٥٣	حكم مالو ادعى بعد زوال العذر وتأخر التسليم تأخر الامتناع عن تلف المال
٣٥٣	في أن كل من في يده مال ثغيرة له أن يمتنع من التسليم حتى يشهد على القبض
٣٥٤	في حكم الوكيل في الادعاء اذا لم يشهد على الوديعي
٣٥٤	فرع
٣٥٥	حكم ما إذا أذن الموكل لوكيله في بيع ماله من نفسه فباع

الصفحة	الموضوع
--------	---------

في النزاع

٣٥٧	في الاختلاف في رد المال الى الموكل
٣٥٨	فيما لو ادعى الوكيل التصرف وانكر الموكل
٣٥٨	فيما اذا زوجه امرأة فانكر الوكالة ولا يبيثة
٣٥٩	فروع أربعة
٣٦٠	مسألة في من وكل وكيلًا في استيفاء دين ثم صدقه الغريم وأنكر الموكل
٣٦١	مسألة فيمن أمر ببيع سلعة وتسليمها الى المشتري وقبض الثمن منه ففعل ثم ادعى التلف من غير تفريط
٣٦١	في حكم الرد لو ظهر في المبيع عيب
٣٦٢	فرع

كتاب الوقف والصدقات

في العقد

٣٦٥	في الفاظ العقد
-----------	----------------

في الشرائط

٣٦٧	حكم وقف الدنانير والدرام
٣٦٧	حكم وقف ما لا يملك
٣٦٨	حكم وقف وصدقة من بلغ عشرًا
٣٦٨	حكم مالو بدأ الوقف بالمعذوم ثم بعده بال موجود
٣٦٩	فروع أربعة

الصفحة

الموضوع

٣٦٩	في أنه اذا وقف على المؤمنين انصرف الى الاثنى عشرية في اشتراك الذكور والإناث في المتبين ، واختلاف
٣٧٠	حكم المنتسب بالأب او الام
٣٧٠	حكم مالو وقف على جيرانه
٣٧١	فروع خمسة
٣٧٢	حكم الوقف على غير المعصور والذمي
٣٧٣	مسألة في الوقف على المرتد عن غير فطرة
٣٧٤	مسألة في الوقف على الحربي
٣٧٤	مسألة في شرطية التأييد
٣٧٥	مسألة في حكم الوقف اذا انفرض الموقوف عليهم
٣٧٥	في حكم قبض الواقف على أولاده الأصغر

في اللواحق

٣٧٧	في حكم نفقة الملوك الموقوف
٣٧٨	مسألة فيها اذا جنى العبد الموقوف
٣٧٩	فرع ، مسألة في الجنابة على العبد الموقوف
٣٨٠	فروع خمسة
٣٨١	فيما لو وقف على أولاده
٣٨٢	فيما قال على أولادي فاذا انفرضوا فعل القراء
٣٨٣	تحقيق في جواز بيع الوقف مع الخلاف وخشية الخراب
٣٨٥	مسألة في ما إذا انقلعت نخلة من الوقف

الموضوع	الصفحة
تنبيه فيها يصنع بثمن الوقف لو جاز بيده ٣٨٥	٣٨٥
في مال وطأ الأمة الموقوفة واحد من أرباب الوقف ٣٨٦	٣٨٦
مباحثة بين الشهيد والسيد عميد الدين ٣٨٧	٣٨٧
في العطية ٣٨٩	٣٨٩

كتاب السكنى والحبس

في ما تلزم به ٣٩١	٣٩١
في البطلان بالبيع وعدمه ٣٩٢	٣٩٢
في جواز البيع على المحس عليه والمعمر وعدمه ٣٩٣	٣٩٣

كتاب الهبات

في الحقيقة

حكم مال وهب ما في الذمة ٣٩٧	٣٩٧
في اشتراط القبول في الإبراء وعدمه ٣٩٨	٣٩٨
في حكم الرجوع بالهبة بعد القبض ٣٩٨	٣٩٨
في لزوم المبة بالتصرف وعدمه ٣٩٩	٣٩٩
في حكم رجوع الزوج في يبهه لزوجته والعكس ٤٠٠	٤٠٠
فرع في انتقال حق الرجوع بالارث ٤٠١	٤٠١

الصفحة	الموضوع
--------	---------

في حكم الهبات

٤٠٣ حكم الضمان في ما لو اشترط عليه التواب ولم يتبه حتى تلفت أو عابت	الصفحة
٤٠٤ حكم الهبة إذ وهب في مرضه المخوف	الموضوع
٤٠٤ فرع في حكم المدية	الصفحة

كتاب السبق والرماية

٤٠٧ في الالفاظ المستعملة فيه	الصفحة
------------------------------------	--------

في عقد المسابقة

٤٠٩ في انتقاده الى الايجاب والقبول وعدمه	الصفحة
٤٠٩ في اشتراط التساوي في الموقف	الموضوع
٤١٠ في اشتراط المبادرة والمحاطة	الصفحة
٤١١ في احكام النضال	الموضوع

كتاب الوصايا

في الوصية

٤١٥ في الانتقال بالموت منفرداً عن القبول	الصفحة
٤١٦ حكم ما لو قبل قبل الوفاة وبعدها	الموضوع
٤١٦ حكم ما لو رد بعد الموت والقبول وقبل القبض	الصفحة

الصفحة	الموضوع
٤١٧	في الموصى به
<u>في الموصى به</u>	
٤١٩	في اعتبار إجازة الوارث بعد الوفاة
٤٢٠	لو أوصى بثلثه لواحد وبثلثه لآخر
٤٢١	لو أوصى بعنتق عماليكه
٤٢٢	لو أوصى بنصف ماله فأجاز الورثة ثم قالوا ظننا أنه قليل
٤٢٣	لو أوصى بجزء من ماله
٤٢٤	لو أوصى بوجهه ف nisi الوصي وجهاً
٤٢٥	لو أوصى بسيف معين وهو في جهن
٤٢٦	تنبيه
٤٢٦	في صحة الوصية باخراج بعض الولد من التركه
٤٢٨	حكم ما لو قال أعطوه كثيراً
٤٢٨	في الوصية بالمنافع مؤقتاً ومؤبداً وكيفية التقويم في الحالين
٤٣٠	فروع أربعة
٤٣٠	فيما تثبت به الوصية
٤٣١	لوأشهد عبدين له على حمل أمته منه
٤٣١	لو أوصى بعنتق عدد مخصوص من عباده
٤٣٢	لو أوصى بعنتق رقبة مؤمنة
٤٣٢	في جواز عنتق الخالف عند تعذر المؤمن
٤٣٣	في تفسير الناصب

الصفحة

الموضوع

في الموصي له

٤٣٥	مسألة في الوصية للذمي
٤٣٦	مسألة في الوصية للحربى
٤٣٦	فيما يوصى به للمملوك
٤٣٧	مسألة فيما اذا اوصى بعتق عبد المستوعب وعليه دين
٤٣٧	مسألة فيما اذا انجز عتق المستوعب وعليه دين
٤٣٨	حكم الوصية لأم الولد والاعمام والاخوال
٤٣٩	حكم الوصية لذوي القرابة والقوم والجيران
٤٤٠	لو اوصى لانسان ثبات قبل الموصي
٤٤٠	لو اوصى في سبيل الله

في الاوصياء

٤٤١	في اعتبار العدالة
٤٤١	حكم مالو مرض أحد الموصي إليها أو عجز أو مات أو فق
٤٤٢	فرعان
٤٤٢	مسألة في جواز استيفاء الوصي دينه مما في يده
٤٤٣	إذا اذن الموصي للوصي أن يوصي
٤٤٣	في جواز تولي المؤمنين وصاية من لا وصي له
٤٤٤	إذا اوصى بالنظر في حال ولده الى أخيه ولد أب
٤٤٤	في اعتبار الصفات في الوصي حال الموت والوصية
٤٤٥	في جوازأخذ أجراة المثل من مال اليتيم لمن يتول أمواله

الموضوع	الصفحة
---------	--------

في الواحد

فيمن كان له زوجة وبنت وقال : مثل نصيببني ، فأجاز الورثة ٤٤٧	٤٤٧
فيمن كان له أربع زوجات وبنت فأوصى بمنزل نصيب إحداهم ٤٤٨	٤٤٨
فيمن أوصى لأجنبه بنصيب ولده ٤٤٨	٤٤٨
لو أوصى لابنه القاتل ٤٤٩	٤٤٩
لو أوصى بضعني بنصيب ولده ٤٤٩	٤٤٩
لو أوصى للقراء ٤٥٠	٤٥٠
لو أوصى بدار فانهدمت ٤٥٠	٤٥٠
لو قال : أعطوا زيدا والقراء كذا ٤٥٠	٤٥٠

في تصرفات المريض

في أن تصرفات المريض التبرعية تخرج من الثالث أو الاصل ٤٥١	٤٥١
في بيان المرض الخوف ٤٥١	٤٥١
إذا اعتقها في مرض الموت وتزوج ودخل بها ٤٥٢	٤٥٢
لو اعتقها وقيمتها ثلث تركته ثم أصدقها الثالث الآخر ودخل ومات ٤٥٣	٤٥٣

كتاب المعلم

في شرح شرائع الإسلام

تأليف

الفقيه المحقق

اشيخ موضع الصيام في البخاري

من أعلام القرن اثنين والعشرين

تحقيق

اشيخ جعفر الكوثراني الصالحين

المجموع الثالث

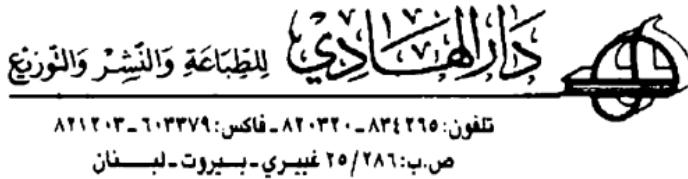
دار المطبعة الأبيع

غاییت الْمُنْزَل

فِي شَرِحِ شَرَائِعِ الْإِسْلَامِ

جميع الحقوق محفوظة
الطبعة الأولى

١٤٢٠ - ١٩٩٩ م



غایة المکافر في شرح شرائع الإسلام

تألیف
الفقیہ المحقق

الشیخ مفاسع الصیمری البخاری
كتاب
من اعلام الفرق التاسع المعتبر
من مصنفات
شماره ثبت: ٣٠٣
تاریخ ثبت:

تحقيق
الشیخ جعفر الگوثری العسالینی

شبكة كتب الشيعة

الجزء الثالث

جزء الہفت الایخ





كتاب النجاح

في آداب العقد

قال رحمه الله : النكاح مستحب لمن تاقت نفسه من الرجال والنساء ، وإن
لم تتق فيه خلاف ، والمشهور استحبابه .

أقول : المشهور استحباب النكاح للقادر عليه ، سواء أتاقت^(١) النفس أو لم
تتق ، لعموم الأدلة الواردة^(٢) في الترغيب فيه ، وقد ذكر المصنف طرفا منها ، فيه
كفاية ، وقال الشيخ في المبسوط : تركه أولى من لم تتق نفسه اليه ؛ لأن الله تعالى
وصف يعنى عليه السلام بكونه حصوراً^(٣) ، وهو الذي لم يقارب النساء ، ولو لا
أفضلية هذا الوصف لامتنع مدحه تعالى على ذلك ، ولا يجوز حمله على اطلاقه
اجماعاً ، فيحمل على من لم تتق نفسه الى النكاح ، والأول هو المعتمد .

قال رحمه الله : وأكل ما ينثر في الأعراس جائز ، ولا يجوز أخذه الا بأذن
أربابه نظراً أو بشاهد الحال ، وهل يملك بالأخذ ؟ الأظهر نعم .

(١) - في «ن» : تاقت .

(٢) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١ من أبواب مقدماته وآدابه ، لاحظ جملة الباب .

(٣) - آل عمران : ٣٩ .

أقول : لاختلاف في جواز أكل ما ينتر في الأعراس ، لا أخذه ، والظاهر أن المراد بالأخذ المنوع منه هو نقله من المجلس لا التقاطه بعد النثر ؛ لأن الأكل جائز ولا يمكن إلا بالالتقاط ، وظاهر عبارة المصنف تدل على ذلك ، وعبارة القواعد مصರحة به ؛ لأنه قال : ويجوز أكل ثمار العرس لا أخذه ، فدلل على أن المراد بالأخذ هو نقله من المجلس ، وعلى تقدير جواز الأخذ للاذن فيه أو شاهد^(٤) الحال ، هل يملك بالأخذ ؟ مذهب الشیعین في المسوط أنه يملك بالأخذ ، واختاره المصنف والعلامہ في القواعد ، وجزم به في الأرشاد ؛ لأنه بالاذن فيه والاعراض عنه صار مباحاً فيملك بالاستيلاء .

وفي نظر لأصالة بقاء الملك على مالكه ما لم^(٥) يعلم السبب الناقل ، فيكون مباحاً مع بقائه على ملك مالكه ويجوز له الرجوع فيه ما دامت العين باقية .

(٤) - في «ن» و «م» : بشاهد .

(٥) - في «ن» زيادة : يمكن .

في اللواحق

قال رحمه الله : يجوز أن ينظر إلى وجه امرأة يريد نكاحها وإن لم يستاذنها ، ويختص المجاز بوجهها وكفيها ، وله تكرار النظر إليها ، وإن يتذكرها قافلة ومامشية ، وروي جواز أن ينظر إلى شعرها ومحاسنها وجسدها من فوق الشياط ، وكذا يجوز أن ينظر إلى أمة يريد شراءها وإلى شعرها ومحاسنها ، ويجوز النظر إلى أهل الذمة وشعورهن لأنهن بمنزلة الاماء ، لكن لا يجوز ذلك لتلذذ ولا لريبة ، ويجوز أن ينظر الرجل إلى مثلك ما خلا عورته ، شيخاً كان أو شاباً ، حسناً أو قبيحاً ، مالم يكن النظر لريبة أو تلذذ ، وكذا المرأة .

أقول : تحقيق البحث هنا يقع في مقامات :

الأول : في الأجنبية والنظر إليها لا يخلو إما أن يكون لضرورة أو حاجة أو لغير حاجة ، فالضرورة مثل أن ينظر الطبيب إليها ، فإنه يجوز له النظر إلى موضع الملة وإن كانت الموردة ؛ لأنه لا يمكن العلاج إلا بعد الوقوف عليه . وال الحاجة مثل أن يتحصل شهادة على امرأة ، فله أن ينظر إلى وجهها من غير ريبة ليعرفها ويتحققها ، وكذا لو كان بينه وبينها معاملة أو مبايعة فيعرف وجهها ليعلم من التي

يعطيها الثمن ان كانت بائعة والثمن ان كانت مشترية ، فان قيل : اذا كان البيع نقداً بنقد فما الحاجة^(٦) الى معرفة الوجه فانه يدفع الثمن الى من دفع^(٧) اليه الثمن أو بالعكس ، فلا حاجة الى المعرفة فلا بياح النظر .

قلنا : الحاجة حاصلة كما لو ظهر ما صار اليه مستحقاً فانه يفتقر الى معرفتها ليدعى عليها بما صار اليها ، وروي : « ان امرأة اتت النبي صلى الله عليه وآله لتباعيه فأخرجت يدها ، فقال النبي صلى الله عليه وآله : أيد امرأة أو يد رجل ؟ فقالت : يد امرأة ، فقال : أين الحنا »^(٨) . فدل هذا الخبر على جواز النظر عند الحاجة ؛ لأنها عرف انه لا هنا على يديها^(٩) بالنظر اليها مكتوفة ، ومن الحاجة ان يريد نكاحها ، فيجوز له ان ينظر^(١٠) الى وجهها وكفيها والى جميع جسدها من وراء الشباب مقبلة ومذيبة ، وهذا الجماع بشرط إمكان النكاح عرفاً وشرعاً ، فلو انتقى أحد الأمكانين لم يجز .

وقال المصنف : (وروي جواز ان ينظر الى شعرها ومحاسنها) ، أمّا رواية الشعر فهي إشارة الى رواية عبد الله بن سنان ، « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يريد أن يتزوج المرأة فيجوز أن ينظر الى شعرها ؟ فقال^(١١) : نعم ائمّا يريد ان يشتريها بأغلى الثمن »^(١٢) .

وأمّا رواية المحاسن فرواية غيث بن إبراهيم ، عن جعفر ، عن أبيه ، عن

(٦) - في «ن» : فلا حاجة .

(٧) - في «ن» : يدفع .

(٨) - مستند أحمد ٦ : ٢٦٢ .

(٩) - في «م» و «ن» : يدها .

(١٠) - في «ن» : النظر .

(١١) - في «م» و «ن» : قال .

(١٢) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٣٦ من أبواب مقدماته وأدابه ، حديث ٧ .

علي عليه السلام : « في رجل نظر إلى محسن أمراًة يريد أن يتزوجها ، قال : لا بأس ، إنما هو مستام »^(١٣) .

تنبيه : أكثر عبارات الأصحاب تعطي الفرق بين المحسن وبين الوجه والكفين ، لجزءهم بجواز النظر إلى الوجه ، وترددتهم بجواز النظر إلى الشعر والمحسن ، وعبارة أبي العباس في المذهب مصرحة بالمخاورة ؛ لأنَّه بعد أن ذكر جواز النظر إلى الوجه والكفين ، قال : وهو اجماع من علماء الإسلام . يقِنُ البحث في الشعر والمحسن ، هل يجوز النظر إلى ذلك أم لا ؟ وهذا تصرُّع بالمخاورة وابن ادريس عرف المحسن بالوجه واليدين^(١٤) ؛ لأنَّه قال : ولا بأس أن ينظر الرجل إلى أمَّة يريد شراءها وينظر إلى شعرها ومحاسنها ووجهها ويديها فحسب ، قوله : (وجهها ويدتها فحسب) يريد به المحسن ؛ لأن قوله ومحاسنها معطوف على شعرها في جواز النظر ، قوله : (وجهها ويدتها) عطف بيان ، يريد به تفسير المحسن ، فعل هذا يكون التردد في الشعر خاصة .

وان كان النظر إلى الأجنبية لغير^(١٥) حاجة فقد جوز أكثر الأصحاب النظر إلى وجهها وكفيها مرة لا أزيد ، قوله صلى الله عليه وآله : « لكم أول نظرة ، فلا تتبعوها بالثانية »^(١٦) .

هذا مع عدم التلذذ وخوف الفتنة ، فإن حصل أحدهما انتقى الجواز . وذهب فخر الدين إلى المنع من ذلك ، ونقله عن والده في التذكرة ، لعموم

(١٣) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٣٦ من أبواب مقدماته وأدابه ، حديث ٨.

(١٤) - ليست في « م ». .

(١٥) - في « ن » : بغير .

(١٦) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٠٤ من أبواب مقدمات النكاح وأدابه ، الحديث ١١ ، ١٢ ، ١٤ ، ١٥ ، ١٧) مع اختلاف يسير .

الآية^(١٧) ، وهو أحوط .

الثاني : في النظر إلى الأمة ، وهو لا يخلو إلّا أن يزيد شراءها أو لم يرده ، فان اراده جاز له النظر إلى وجهها وكفيها وشعرها ومحاسنها ، قال العلامة في التذكرة : وله أن يمسها بيده ويقلبها إلا العورة لرواية أبي بصير^(١٨) ، عن الصادق عليه السلام .

وان لم يردد شراءها ، قال العلامة في التذكرة : لم يجز النظر إلا إلى الوجه والكتفين ، لقول الصادق عليه السلام : « لا أحب الرجل^(١٩) ان يقلب جارية إلا جارية يردد شراءها »^(٢٠) ، وسؤاله حبيب بن معلم الخنمي ، « قال : اني اعترضت جواري بالمدينة فامدحها ، قال : اما من ترید شراءها فليس به بأس وأما من لا ترید ان يشتري فاني أكرهه »^(٢١) دل هذا الخبر على كراهة^(٢٢) النظر من غير تحرير ، وظاهر ابن ادريس تحرير^(٢٣) المنع لغير المشتري لعموم : « قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم »^(٢٤) .

وما يقوى الأول قول الشيوخين بجواز النظر إلى نساء أهل الذمة وشعورهن إلى الآلية أو تلذذ^(٢٥) ؛ لأنهن بنزلة الاماء ، وما يقويه أيضاً قولهم النظر واللمس

(١٧) - النور : ٣٠ .

(١٨) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٠ من أبواب بيع الحيوان ، حدیث ١ .

(١٩) - في « م » و « ن » : للرجل .

(٢٠) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢٠ من أبواب بيع الحيوان ، حدیث ٣ .

(٢١) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢٠ من أبواب بيع الحيوان ، حدیث ٢ .

(٢٢) - في « ن » : كراهة .

(٢٣) - ليست في « م » و « ن » .

(٢٤) - النور : ٣٠ .

(٢٥) - في « ن » : تلذذ .

لما (٢٦) يسوغ لغير المالك كنظر الوجه ولمس الكفين لا ينشر الحرمة .
 فرع : الوكيل في التزويج وفي شراء الأمة ان كان وكيلًا مطلقاً بحيث
 يزوجه بن شاء ويشتري له من يشاء (٢٧) كان له النظر ، كما لو كان الزواج أو
 الشراء لنفسه ، بل أبلغ ؛ لأنّه يجب عليه تحرير المصلحة لموكله ، وذلك لا يتم إلا
 بالنظر ، وان كان وكيلًا على زواج معينة أو شراء معينة ، فلا يخلو اما ان يتراضي
 على النكاح والشراء ولم يبق غير العقد أو لم يتراضيا ، فان كان الأول لم يجز
 للوكيل النظر ؟ لأنّه وكيل على ايقاع العقد فقط .

وان كان الثاني جاز له النظر ؛ لأنّ الظاهر انه أقامه مقام نفسه على شيء
 معين فلا بد ان ينظر اليه مع امكان النظر ليعلم هل هو صالح لموكله (٢٨) أو غير
 صالح .

الثالث : في النظر الى نساء أهل الذمة والى شعورهن ، والمشهور جوازه ؛
 لأنّهن بعذلة الاما لاحرمة هن ، كما لاحرمة للأمة (٢٩) ، ولما رواه محمد بن يعقوب
 يرفعه الى السكوني ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، « قال : قال رسول الله صلى
 الله عليه وآله : لاحرمة لنساء أهل الذمة ، له أن ينظر الى شعورهن وأيديهن » (٣٠) .
 وهذا بشرط ثلاثة : ان لا يكون النظر لريبة ، ولا تلذذ ، ولا يخاف
 الافتتان ، فان حصل شيء من ذلك حرم ، وذهب ابن ادريس والعلامة في
 المختلف الى عدم الجواز ، لعموم قوله تعالى : « قل للمؤمنين يغضوا من

(٢٦) - في «ن» : الذي .

(٢٧) - في «ن» : شاء .

(٢٨) - ليس في «م» .

(٢٩) - «ن» : (نساء أهل الذمة) بدل : (للأمة) .

(٣٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١١٢ من أبواب مقدماته وآدابه ، حدیث ١ .

أبصارهم $\textcircled{ب}$ ^(٣١) والأول هو المعتمد ، وهو مذهب الشعبيين $\textcircled{ج}$ ^(٣٢) وابن البراج والعلامة في القواعد والتحرير والآرشاد .

الرابع : في النظر الى المحارم ، والمراد بالمحارم هنا كل امرأة يحرم نكاحها مؤبداً بنسب أو رضاع أو مصاهرة أو ملك يمين ، دون من حرم نكاحها بسبب غير ذلك كالمطلقة تسعأً للعدة والمزنى بها ، وهي تحت بعل أو معتدة أو كالملاعنة ، فإن هؤلاء لا يجوز النظر اليهن إجماعاً وإن حرم نكاحهن مؤبداً .

وأما القسم الأول فيجوز النظر الى الوجه والكتفين إجماعاً ، ومثله $\textcircled{د}$ ^(٣٣) التدي حالة الرضاع لحصول المشقة بالتحرز منه ، أما النظر اليه غير حالة الرضاع والنظر الى البدن ففيه خلاف ، والمشهور الجواز الى الجميع عدا العورة ، لقوله تعالى : ﴿ وَلَا يَبْدِئُنَّ إِلَيْهِنَّ أَلْبَعْلَتْهُنَّ أَوْ آبَاهُنَّ ﴾^(٣٤) الآية ، ووجه المخ عموم $\textcircled{هـ}$ قبل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم $\textcircled{ب}$.

الخامس : الطفل الذي لم يظهر على عورات النساء ، وهو الذي لا يبلغ مبلغاً يعكي ما يرى ، فهذا يجوز لهن $\textcircled{جـ}$ ^(٣٥) التبرج قبالة والنظر اليه ؛ لأن وجوده وعدمه سواء واما اذا بلغ مبلغاً يعكي ما يرى فلا يجوز التبرج قبالة .

وهل يجوز النظر اليه قبل بلوغه ؟ نقول ان كان في النظر اليه تحريتك شهوة أو شوق $\textcircled{دـ}$ ^(٣٦) الى الرجال فلا يجوز قطعاً ، وان لم يكن فيه شيء من ذلك ، احتمل الجواز وعدمه وهو أحوط .

.٣٠ - النور : $\textcircled{ب}$ ^(٣١)

.٣١ - ليس في «م» .

.٣٢ - «ن» : ومثلها .

.٣٣ - النور : $\textcircled{د}$ ^(٣٢)

.٣٤ - ليس في «ن» .

.٣٥ - «ن» : تشوق .

.٣٦ - «ن» : تشوق .

السادس : الشيخ والشيخة إذا صارا في غير محل الشهوة وقعدا عن النكاح جاز النظر اليها لانتفاء دواعي الشهوة ، وكذا حكم الصبية الصغيرة التي ليست في محل الشهوة ، ولا يجوز النظر الى العورة في حال لغير الزوجين وغير الطيب حالة العلاج .

قال رحمه الله : هل يجوز للخصي النظر الى المرأة المالكة أو الأجنبية ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، وهو الأظهر ، لعموم المنع ، وملك العين المستثنى بالآية المراد به الإماماء .

أقول : قيل : يجوز للخصي النظر الى المرأة سواء كانت مالكته ^(٣٧) أو أجنبية ، أمّا الأجنبية فقوله تعالى : ﴿غَيرُ أُولَئِكَ مِنَ الرِّجَالِ﴾ ^(٣٨) ، وأمّا المالكة فقوله ^(٣٩) تعالى : ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ ^(٤٠) ، وذهب العلامة في المختلف الى جواز نظره الى مالكته دون الأجنبية ، والمشهور المنع منها لتفسير : ﴿غَيرُ أُولَئِكَ﴾ بالشيخ الفاني الذي ذهبت شهوته للنساء ^(٤١) ، وتفسير ملك العين بالاماء دون العبيد ، لعموم قوله تعالى : ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغْضُبُوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ ^(٤٢) .

قال رحمه الله : الوطى في الدبر فيه رواياتان ، إحداهما : الجواز ، وهي المشهورة بين الأصحاب ، لكن على كراهية شديدة .

ـ أقول : رواية الجواز رواية عبد الله بن أبي يعفور ^(٤٣) ، عن الصادق عليه

(٣٧) - «ن» : مالكة .

(٣٨) - التور : ٢١ .

(٣٩) - «م» و «ن» : فلقوله .

(٤٠) - التور : ٣٦ .

(٤١) - تفسير القمي . ج ٢ ، ص ١٠٢ .

(٤٢) - التور : ٣٠ .

(٤٣) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٧٣ من أبواب مقدماته وأدابه ، حدیث ٢ .

السلام ، وهو المشهور بين الأصحاب ، للأصل ، وللرواية ، ولقوله تعالى : **﴿نَسَاوْكُمْ حَرثًا لَكُمْ فَأَتُوا حِرثَكُمْ أَنَّى شَتَّمْ﴾**^(٤٤) ورواية العدم رواية سدير^(٤٥) عن أبي عبد الله عليه السلام ، وهو مذهب ابن حمزة من أصحابنا ، وبه قال جميع العامة غير مالك ؛ لأنّه قال : ما أدركت أحداً أقتدي به في ديني يشك أن وطى المرأة في دربها حلال ، ثم قرأ : **﴿نَسَاوْكُمْ حَرثًا لَكُمْ﴾**.

قال رحمه الله : العزل عن الحرة اذا لم يشترط في العقد ولم تؤذن ، قيل : هو محروم ، وتعجب معه دية النطفة عشرة دنانير ، وقيل : هو مكروه وإن وجبت الدية ، وهو أشبه .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في تحرير العزل أو كراحته ، فالتحرير مذهب المقيد وابن حمزة ؛ لأن حكم النكاح الاستيلاد ولا يحصل غالباً مع العزل ، فيكون منافيًّا لفرض الشارع . والكرامة مذهب الشيخ في النهاية وابن البراج وابن ادريس ، واختياره المصنف والعلامة وأبو العباس في مقتصره ، وهو المعتمد ، لأصله الإباحة ، وما رواه محمد بن مسلم ، « قال : سألت أبي عبد الله عليه السلام عن العزل ؟ فقال : ذلك إلى الرجل يصرفه حيث شاء »^(٤٦) وفي الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهم السلام « انه سئل عن العزل ؟ فقال : أما الأمة فلا بأس ، وأما الحرة فإني أكرهه »^(٤٧) .

الثانية : في دية النطفة ، وأوجبها الشيخ وابن ادريس ، و اختياره^(٤٨) .

(٤٤) - البقرة : ٢٢٣ .

(٤٥) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٧٢ من أبواب مقدماته وآدابه ، حديث ٢ .

(٤٦) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٧٥ من أبواب مقدماته وآدابه ، حديث ١ .

(٤٧) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٧٦ من أبواب مقدماته وآدابه ، حديث ١ .

(٤٨) - ليست في «م» و «ن» .

المصنف هنا ، والعلامة في الارشاد ، والاستحباب مذهب المصنف في باب
الدييات ، واختيار العلامة وأبو العباس في المقتصر في خصائص النبي صلى الله
عليه وآله .

في خصائص النبي (ص)

قال رحمه الله : منها : ما هو في النكاح ، وهو تجاوز الأربع بالعقد ، وربما كان الوجه الوثيق بعد له بيهن دون غيره .

أقول : الوثيق بالعدل ليس علة تامة لاباحة تجاوز الأربع بالعقد^(٤٩) ، والا لسرت الى غيره من يحصل الوثيق بعده من المصومين ، والا لكان كل واحد من ائتنا عليهم السلام يباح له ذلك الوثيق^(٥٠) بعده فلما لم (يباح ذلك)^(٥١) لهم باجماع المسلمين مع الوثيق بعدهم عندهنا ثبت ان الوثيق بالعدل ليس علة تامة للاباحة ، واما الوجه في ذلك الاكرام والتفضيل من الله تعالى لنبيه صلى الله عليه وآله ليحصل له التبیز عن غيره من رعيته .

قال رحمه الله : وتحريم الصدقة الواجبة ، وفي المندوبة في حقه خلاف .
أقول : اما عد تحريم الصدقة الواجبة من خواصه مع تحريمه على جميع

(٤٩) - ليس في «ن» .

(٥٠) - «م» و «ن» : للوثيق .

(٥١) - من «م» ، وفي الأصل كلمة غير مقررة .

مستحق الخامس ؟ لأن التحرير على غيره بسيبه ؟ لأن التحرير عليهم بسبب استحقاقهم الخامس ، وإنما استحقوه به صلى الله عليه وآله ، فرفقهم الله تعالى عن الصدقة الواجبة لكونها أوساخاً ، وعوّضهم عنها بالخمس تعظيمًا لرسوله وتشريفاً له ولأهل بيته عليهم السلام ، فلما كان هو السبب في ذلك عدّها من خواصه صلى الله عليه وآله .

وأما الصدقة المندوبة فقد توقف الشيخ في المسوط فيها ، والأكثر على عدم تحريرها كباقي بني هاشم .

قال رحمه الله : تحرم زوجاته صلى الله عليه وآله على غيره .

أقول : أما التي مات عنها بعد الدخول بها فانها تحرم على غيره اجماعاً ، وهل تحرم التي لم يدخل بها ؟ قال العلامة في التحرير : زوجاته صلى الله عليه وآله كلهن دخل بهن . فعلى ما قال العلامة لو قدرنا أنه مات عن غير مدخول بها ، هل تحرم على غيره ؟ الظاهر ذلك ، لدخولها في اسم الزوجات فتدخل في الآية^(٥٢) .

ويحتمل العدم لأصلية الإباحة فيقتصر بالتحرير على المدخول بها دون غيرها .

واما من فارقها في حياته اما بفسخ كالمرأة التي وجدت بكشحها بياضًا ففسخ نكاحها ، أو بطلاق كالمرأة التي قالت : أعود باهـة منك ، فطلقها ، هل للغير نكاحها ؟ يحتمل ذلك ، لأصلية الإباحة ، وقوله تعالى : ﴿ ولا تنكحوا أزواجاً من بعده ﴾^(٥٣) دال على التحرير بعد الموت فيبيق ما قبله على أصلية الإباحة .

ويحتمل المنع وهو المعتمد ؛ لأن تحريرهن بعد الموت إكرام له عليه السلام ،

(٥٢) - الأحزاب : ٥٣ .

(٥٣) - المصدر المتقدّم .

والاكرام في حال الحياة أولى منه بعد الموت ، فيكون التحرير في حال الحياة أبلغ وأولى منه بعد الموت .

قال رحمه الله : من الفقهاء من زعم أنه لا يجب على النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ الْقَسْمَةَ بَيْنَ ازْوَاجِهِ ، لقوله تعالى : ﴿ ترجي من شاء منهن و تؤوي اليك من شاء ﴾ ، وهو ضعيف ؛ لأن في الآية احتالاً يرفع دلالتها ، إذ يحتمل أن تكون المشية في الارجاء المتعلقة بالواهبات .

أقول : ليس للمانعين من وجوب القسم على النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ حجة غير هذه الآية^(٥٤) ، وقد نقل الشيخ رحمه الله في تفسيرها وجوهها ببعضها يدل على عدم وجوب القسم عليه ، وبعضها لا يدل على ذلك ، فالذى يدل على عدم الوجوب ما نقله عن عباده ، قال^(٥٥) : معناه تعزز من شئت من نسائك فلا تأتينها ، وتأتي من شئت من نسائك فلا تقسم لها .

قال الشيخ : فعل هذا يكون القسم ساقطاً عنه ، قال : وكان من أرجمن ميمونة وأم حبيبة وجودية^(٥٦) وصفية وسودة ، وكان يقسم لهن من نفسه وما له ما شاء ، وكان من يأوي عائشة وحفصة وأم سلمة وزينب ، وكان يقسم بينهن نفسه وما له بالسوية .

ومثله ما نقله عن قتادة ، قال : كان نبِيُّ اللهِ يقسم بين أزواجه فأوحى^(٥٧) الله له ترك ذلك .

ونقل عن ابن عباس ان معناه : أن ترك نكاح من شئت وتنكح من شاء من نساء أمتك ، ونقل عن زيد بن أسلم أن الآية نزلت في اللاقي وهن أنفسهن ،

(٥٤) - الأحزاب : ٥١ .

(٥٥) - ليست في «م» .

(٥٦) - «م» و «ن» : جوزية .

(٥٧) - «م» و «ن» : فأهل .

فقال الله له : تزوج من شئت منها واترك من شئت ، قال : وهو اختيار الطبرسي .
 اذا عرفت هذا ، فالمصنف اختار هذا الوجه من وجوه تفسير هذه الآية ،
 وهو ظاهر الشيخ في التبيان ؛ لأن النبي صلى الله عليه وآلـه مكلف بالأحكام
 الشرعية كغيره من المكلفين الا ما أخرجـه النصـ مما اختصـ به صلـى الله
 عليه وآلـه ، ولم يثبتـ تخصـيصـه بهذاـ الحـكم لـحـصـولـ الـاحتـالـ الـرافـعـ لـالتـخصـيصـ
 الذي (٥٨) ثبتـ فيـ العـقدـ (٥٩) .

(٥٨) - في «ن» بزيادة : الأصل عدمـه ، والعلامة جزمـ فيـ القوـاعدـ بعدـ وجـوبـ القـسمـ عـلـيـهـ ،
 واستـقـرـبـ فيـ التـحرـيرـ الـوجـوبـ .

(٥٩) - (ثـبتـ فيـ) لـيـسـتـ فيـ «مـ» وـ (ثـبتـ فيـ العـقدـ) لـيـسـتـ فيـ «نـ» .

في العقد

قال رحمة الله : والعبارة عن الإيجاب لفظاً : زوجتك وانكحتك ، وفي متعتك تردد ، وجوازه أرجح .

أقول : منشأ التردد من أصلالة عصمة الفرج وصيانته عن الغير ، خرج اباحتة بما اتفق عليه من الألفاظ يبقى الباقي على اصلالة المتع ، وأن المتعة حقيقة في العقد المنقطع في العرف الشرعي فيكون مجازاً في الدائم ، لأصلالة عدم الاشتراك ، والمجاز لا يكفي في صيغ العقود والام لم تحصر الألفاظ .

ومن أنهم قالوا : المنقطع اذا لم يذكر^(٦٠) فيه الأجل ينقلب دائماً ، فلو لم يكن من صيغة لم ينعقد . والاقتصار على اللفظين خاصة مذهب الشیعه والسيد المرتضى وابی الصلاح وابن حمزة وابن ادریس ، واختاره العلامة في المختلف وهو أحوط .

ونقل عن بعض علمائنا انعقاده بلفظ المتعة وزرجه المصنف هنا ، وجزم به في المختصر وجزم به العلامة أيضاً في القواعد والارشاد .

(٦٠) - «م» و «ن» : يكن .

فرعان :

الأول : يجب توقى اللحن المخل بالمعنى المقصود .

الثاني : لا يشترط في القبول لنظر معين ، بل كل ما دل على الرضا جاز وقوعه به ؛ لأنّه كالمعول للإيجاب والآخر له فلا يشترط غير ما يدل على الرضا بالإيجاب .

قال رحمه الله : ولابد من وقوعها بلفظ الماضي الدال على صرخ الانشاء اقتصاراً على المتعين وتحفظاً من الاشتار المشبه للاباحة ، ولو أقى بلفظ الأمر وقصد الانشاء كقوله: زوجنيها ، فقال: زوجتك ، قيل: يصح كما في خبر سهل الساعدي وهو حسن ، ولو أقى بلفظ المستقبل كقوله: أتزوجك ، فيقول: زوجتك جاز ، وقيل: لا بد بذلك من تلفظه بالقبول ، وفي رواية ابن بن تغلب في المتعة ، « أتزوجك متعة ، فادا قالت : نعم ، فهي أمرأتك » .

أقول : لاختلاف في وقوع العقد بلفظ الماضي ؛ لأنّه دال على صرخ الانشاء لدخول الماضي في الوجود فيحصل اليقين بوقوعه ، والمستقبل لا وتحققه بمحضه ، لاحتال^(٦١) الوعد والاستفهام ، ولمشاركة الحال في الصيغة ، فهو لفظ مستمر^(٦٢) أي غير منحصر بوجه ، وهذا قال المصنف : و حفظاً من الاشتار المشبه المشتمل للاباحة ، اي (موقع للشبه)^(٦٣) في الاباحة ، لاحتال ارادة الوعد او الاستفهام ، فلا تحصل الاباحة بخلاف الماضي ، فانه لا يعتمد غير المقصود لدخوله في الوجود ولا يحصل شبهة في الاباحة فتعين^(٦٤) الاتيان به دون ما يحصل فيه الشبهة ، وهو مذهب ابن حمزة وابن ادريس والعلامة ، وهو المعتمد لما بيناه .

(٦١) - «م» : لاحتاله .

(٦٢) - «م» و «ن» : مستمر .

(٦٣) - «م» و «ن» : الموقع للشبهة .

(٦٤) - «م» و «ن» : فيتعين .

وظاهر المصنف هنا جواز الاتيان بلفظ المستقبل لرواية أبأن بن تغلب^(٦٥)، عن الصادق عليه السلام.

وأما وقوعه بلفظ الأمر فهو^(٦٦) مذهب الشيخ في المسوط ، واستحسنه المصنف هنا ، لخبر سهل الساعدي : « ان امرأة أتت النبي صلّى الله عليه وآلـهـ في النساء ، فقامت طويلاً فقال رجل : يا رسول الله صلّى الله عليك وآلـكـ زوجـيـهاـ ان لم يكن لكـ فيهاـ حاجةـ ، فقال رسول الله صلّى الله عليه وآلـهـ : أعنـدـكـ شيءـ تـصـدقـهاـ ايـاهـ ؟ فقال : ما عنـدـيـ إـلاـ إـزارـيـ هـذـاـ ، فقال النبي صلّى الله عليه وآلـهـ : ان اعـطـيـتهاـ جـلـسـتـ ولاـ اـزاـرـ لـكـ ، فـالـتـمـسـ شـيـئـاـ ، فقال : ما أـجـدـ شـيـئـاـ ، فقال له رسول الله صلّى الله عليه وآلـهـ : هل معـكـ من القرآن شيءـ ؟ قال : نـعـمـ ، سـورـةـ كـذـاـ وـسـورـةـ كـذـاـ ، وـسـاـهـمـاـ ، فقال رسول الله : زـوـجـتـكـ بما معـكـ من القرآن »^(٦٧) . قال رحـمـهـ اللهـ : ولوـ قـالـ الـوـليـ أوـ الزـوـجـةـ مـعـتـكـ بـكـذـاـ ، وـلـمـ يـذـكـرـ الأـجـلـ . انعقد دائماً ، وهو دلالة على انعقاد الدائم بلفظ المتع.

أقول : انعقاد المنقطع دائماً مع الاخـلـالـ بـذـكـرـ الأـجـلـ مـذـهـبـ الشـيـخـ وـابـنـ البرـاجـ وـابـيـ الصـلـاحـ وـالـسـيـدـ وـابـنـ زـهـرـةـ ، واختـارـهـ المـصـنـفـ رـحـمـهـ اللهـ لـرـوـاـيـةـ عـبـدـ اللهـ بـكـيرـ فـيـ المـوـقـعـ^(٦٨) ، عن الصادق عليه السلام.

وقـالـ اـبـنـ اـدـرـيـسـ : يـبـطـلـ الـعـقـدـ ، وـاخـتـارـهـ العـلـامـ ؛ لأنـ المـتـعـةـ مـنـ شـرـطـهاـ ذـكـرـ الأـجـلـ ، وـمـعـ الـاخـلـالـ يـبـطـلـ المـتـرـوـطـ رـوـاهـ زـرـارـةـ فـيـ الصـحـيـحـ ، عن الصـادـقـ

(٦٥) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٨ من أبواب المتعة ، حديث ١.

(٦٦) - من «م» ، وفي باقي النسخ : وهو .

(٦٧) - المستدرک ، كتاب النكاح ، باب ٢ من أبواب المهر ، حديث ٢ (مع اختلاف يسير).

(٦٨) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٠ من أبواب المتعة ، حديث ١.

عليه السلام ، « قال لا يكون متعة الا بأمرين بأجل مسمى وأجر مسمى »^(٦٩) .
ومثله ما رواه اسماعيل بن الفضل الماشي في الصحيح : « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة ؟ فقال : مهر معلوم الى أجل معلوم »^(٧٠) .

قال رحمه الله : ولو قال : زوجت بنتك من فلان ، فقال : نعم ، فقال الزوج : قبلت ، صح ، لأن نعم تتضمن إعادة السؤال ولو لم يعد اللفظ ، وفيه تردد .
أقول : ينشأ من ان نعم صريحة في إعادة السؤال وكأنه^(٧١) قال : زوجت وقد حصل لنظر الاجباب ، فإذا قبل الزوج صح النكاح لأصالة الصحة . ومن ان قوله : زوجت بنتك من فلان استخار ، وقول الأب : نعم زوجت خبر ؛ لأنه جواب الاستخار ، والجواب لا يصلح ان يكون انشاءاً ؛ لأن الانشاء لغة الابتداء ، واصطلاحاً ايجاد عقد بلنقط يقارنه في الوجود ، فالجواب لا يكون انشاءاً ، وهذا هو المعتمد .

قال رحمه الله : وفي السكران الذي لا يعقل تردد ، أظهره أنه لا يصح ولو أفاق فأجاز ، وفي رواية : إذا زوجت سكري نفسها ثم أفاق فرضيت أو دخل بها أفاق واقتصرت كان ماضياً .

أقول : لا فرق بين السكران والسكرى ، ومنشأ التردد ، من ان السكران الذي لم يحصل كالمحنون في زوال العقل ، فيكون حكمه حكمها في عدم الالتفات إلى عقده فيقع باطلأ ، وإذا وقع باطلأ لم يؤثر فيه الأجزاء بعد الانعقاد .

ومن الرواية التي أشار إليها المصنف ، وهي رواية محمد بن اسماعيل بن بزيع في الصحيح ، « قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب

(٦٩) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٧ من أبواب المتعة ، حديث ١ .

(٧٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٧ من أبواب المتعة ، حديث ٢ .

(٧١) - « ان » : فكأنه .

النبيذ فسكت فزوجت نفسها رجلاً في سكرها ، ثم أفاقت فأنكرت ، ثم ظنت انه يلزمها فوزعت منه ثم أقامت مع الرجل على ذلك التزويع ، أحلال هو لها أم التزويع فاسد لمكان السكر ولا سيل للزوج عليها ؟ فقال : اذا أقامت عنده بعدما أفاقت فهو رضا منها ، فقلت : ويجوز ذلك التزويع عليها ؟ قال : نعم » (٧٢) . وبضمونها أفتى الشيخ رحمه الله في النهاية ، وتبعه ابن البراج ، ومنع ابن ادريس من ذلك ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد .

في أولياء العقد

قال رحمة الله : وهل يشترط في ولادة الجد بقاء الأب ؟ قيل : نعم ، مصيراً إلى رواية لا تخلو من ضعف ، والوجه أنه لا يشترط .

أقول : اشتراط بقاء الأب في ولادة الجد مذهب الشيخ في النهاية وابن البراج ومحمد بن بابويه وأحمد بن الجنيد وابي الصلاح ، لرواية الفضل بن عبد الملك ، عن الصادق عليه السلام « قال الجد اذا زوج ابنته وكان أبوها حياً وكان الجد مرضياً جاز »^(٧٣) مفهوم هذه الرواية على اشتراط بقاء الأب في ولادة الجد لقوله : « وكان أبوها حياً وكان الجد مرضياً » ، وذهب المفید وسلام والسيد المرتضى وابن ادریس الى عدم الاشتراط ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد ؛ لأن ولادة الجد ثابتة في حياة الأب فتشبت بعد وفاته عملاً بالاستصحاب ، ولأن ولادة الجد أقوى من ولادة الأب ؛ لأنهما لو زوجاهما بргلتين دفعه صحة عقد الجد وبطل عقد الأب .

ولو اختار الأب زوجاً واختار الجد غيره قدم اختيار الجد وكان ولاته

^(٧٣) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١١ من أبواب عقد النكاح ، حديث ٤

أقوى ، والأقوى لا يكون مشروطاً بالضعف ، والرواية قاصرة عن المطلوب ، لضعف سندها ؛ لأن في طريقها الحسن بن محمد بن سماعة وعمر بن سماعة ، وهما واقفيان ، ولضعف دلالة المفهوم .

ولا فرق في ثبوت ولايتها على الصغارين والجنونين ، قال أبو العباس في مذهبه : سواء كان جنونهما مستمراً قبل البلوغ أو عرض بعد زوال الولاية عنها لرشد هما بعد البلوغ ، وهو جيد .

قال رحمه الله : ولا خيار لها بعد بلوغها على أشهر الروايتين ، وكذا لو زوج الأب أو الجد الولد الصغير لزمه العقد ، ولا خيار له بعد بلوغه ورشده على الأشهر ، وهل تثبت ولايتها على البكر الرشيد ؟ فيه روايات ، أظهرها : سقوط الولاية عنها ، وثبوت الولاية لنفسها في الدائم والمنتقطع حتى لا يجوز لها أن ينفردا عنها بالعقد .

أقول : هنا ثلاث مسائل :

أ - في ثبوت الخيار للصبية بعد البلوغ إذا زوجها أبوها أو جدها له ، والمشهور عدم ثبوته لها ، ولم يتردد فيه أحد من الأصحاب ، وجزم به المصنف في المختصر ، ولم يجزم به هنا ، بل قال على أشهر الروايتين^(٧٤) ؛ لأن محمد بن مسلم روى عن البارق عليه السلام قال ، « سأله عن الصبي يتزوج الصبية ؟ قال : إن كان أبوها اللذان زوجاهما فنعم جائز ، لكن لها الخيار إذا أدركها ، فإن رضي بعد فالمهر على الأب »^(٧٥) فهذه الرواية دالة على ثبوت الخيار لها ، ولم يعمل بها أحد من الأصحاب ؛ لأنه عقد صدر من ولد شرعي لا يضرر فيه على المولى عليه

(٧٤) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ، حديث ١١ و ٢ و ٧ .

(٧٥) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ، حدیث ٨ .

فكان (٧٦) ثابتاً.

ب - في ثبوت الخيار للصبي اذا زوجه أبوه أو جده لأبيه ، وأثبته الشيخ في النهاية ، وتبعه ابن البراج وابن ادريس ، وهو مذهب ابن حزرة ، لرواية يزيد الكافي (٧٧) ، والمعتمد لزوم العقد ، وهو مذهب المصنف والعلامة ؛ لأنّه عقد صدر من أهله وهو الولي الاجباري ، فيكون لازماً كالصبية .

ويمكن الفرق بينها فان الصبي ربما تطرق اليه الضرر في ذلك ؛ لأنّه أثبت لها ذمته مهراً ونفقة ، ولا فائدة له في النكاح حالة الصبي ، بخلاف الصبية فانه أثبت لها مهراً في ذمة الزوج ونفقة ، ولا ضرورة عليها .

والمعتمد المساواة بينها في عدم ثبوت الخيار ؛ لأنّ الولي أغفر بالصلحة ، وهي غير منتفية ، فيلزم العقد لعموم «أوفوا بالعقود» (٧٨) .

ج - في ثبوت ولايتها على البكر البالغة الرشيدة وقد اختلف الأصحاب هنا على خمسة أقوال :

الأول : لا ولایة عليها في الدائم والمنتقطع ، بل الولایة لنفسها خاصة ، وهو قول المفید في أحكام النساء ، وبه قال سلار والسيد المرتضى وابن الجسید ، واختاره ابن ادریس والمصنف والعلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد .

الثاني : ثبوت الولایة عليها للأب خاصة ، وهو قول الشيخ في النهاية وابن البراج و محمد بن بابويه .

الثالث : اشتراك الولایة بينها وبين الأب والجد بحيث لا ينفرد احد منهم دون الآخر ، وهو أحد قولى المفید .

(٧٦) - من «ن» و «م» وفي غيرهما : وكان .

(٧٧) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حدیث ٩ .

(٧٨) - المائدة : ١ .

الرابع : اشتراك الولاية بينها وبين الأب خاصة ، وهو قول أبي الصلاح .
 الخامس : استقلالها دونها بعقد المتعة خاصة ، لكن لا يطأها الزوج في الفرج ، وهو قول ابن حمزة ، وذكره الشيخ في النهاية رواية .
 ونقل المصنف قولهً سادساً : وهو استقلالها بالدائم دون المنقطع ، ولم أقف على قائله ، ومستند الجميع الروايات^(٧٩) .

قال رحمه الله : ولا ولادة للوصي وإن نص له الموصي على النكاح على الأظهر .

أقول : قال الشيخ في الخلاف بشبوت الولاية للوصي إذا نص الموصي على ذلك ، واختاره العلامة في المختلف لرواية أبي بصير^(٨٠) ، عن الصادق عليه السلام ، وقيل : ليس له ذلك وإن نص الموصي ، واختاره المصنف والعلامة في باقي كتبه .

قال رحمه الله : ولو وكلته في تزويجها منه ، قيل : لا يصح لرواية عمار ، ولأنه يلزم أن يكون موجباً قابلاً ، والجواز أشبه .

أقول : المشهور الجواز ، وهو المعتمد ، وقد تقدم البحث^(٨١) في عدم المنع من كونه موجباً قابلاً ، والرواية ضعيفة ؛ لأن عماراً فطحي ، وفي طريقها مصدق بن صدقة ، وهو فطحي أيضاً .

وتصورة العقد على نفسه أن يقول : زوجت موكلتي فلانة من نفسي ، قبلت النكاح .

قال رحمه الله : إذا زوجها الولي بدون مهر المثل ، هل لها أن تعرض ؟ فيه

(٧٩) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب (٢ و ٤ و ٦ و ٩) من أبواب عقد النكاح ، وباب ١١ من أبواب المتعة .

(٨٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٨ من أبواب عقد النكاح ، حديث ٤ .

(٨١) - ج ٢ ، ص ١٧ - ١٨ ، وص ٣٥٥ .

تردد ، والأظهر أن لها الاعتراض .

أقول : منشأ التردد من ان النكاح معاوضة على الفرج ، فكما لها الاعتراض اذا باع مالها بدون ثمن المثل ، كذا لها الاعتراض اذا زوجها بدون مهر المثل .

ومن انه ليس بمعاوضة مخضة لجواز أخلاق النكاح عن ذكر المهر ، ولأن المقصود من النكاح التسل وكت الشهوة ، والمهر تابع ، بخلاف بيع المال فان المقصود منه العرض فقط ، والأصل الصحة .

وذهب المصنف والعلامة في القواعد ان لها الاعتراض ، واحتاره فخر الدين ، وهل الاعتراض في فسخ المهر ؟ أو فسخ النكاح اطلق المصنف والعلامة في القواعد وفخر الدين ذلك ، وجزم العلامة في التحرير بان لها فسخ المسمى ، قال : وهل لها فسخ النكاح ؟ فيه نظر .

قلت : هذا نظر غريب من العلامة ؛ لأن الذي يتضمنه الأصل عدم جواز فسخ النكاح قطعاً ، لجواز النكاح عن ذكر المهر ، وانما الاعتراض في فسخ المسمى اذا كان دون مهر المثل ، وقد نصوا على ذلك في باب تقويض المهر .

قال المصنف : ولو زوجها الولي بدون مهر المثل أو لم يذكر مهراً صبح العقد وثبت لها مهر المثل بنفس العقد ، وفيه تردد . منشأ التردد من أن الولي له نظر المصلحة فيصح التقويض وثوقاً بنظره ، وهوأشبه .

وقال العلامة في القواعد ولو زوج الولي مفوظه او بدون مهر المثل صح ، وقيل : يثبت مهر المثل بنفس العقد ، وفيه اشكال ينشأ من اعتبار المصلحة المنوطة بنظر الولي .

وقال في التحرير نحو ذلك . فقد ثبت ان التردد في المهر دون العقد .

قال رحمه الله : عقد النكاح يقف على الاجازة على الأظهر (X)

أقول : هذا هو المشهور بين الأصحاب ، وقال الشيخ في المبسوط والخلاف : لا يكون موقوفاً ، والعمل على المشهور ، وقد تقدم احتجاج الفريقين في باب البيع .

قوله : ويقع من البكر بالسكت عنده عرضه عليها .

الأصل في ذلك قول النبي صلى الله عليه وآله : « البكر تستاذن ، واذنها صاتها ، والثيب يعرب عنها لسانها »^(٨٢) والاعراب هو التبيين أي يبين عنها لسانها ، وقال ابن ادريس : لابد من النطق ولا يكفي السكت ؛ لأنه أعم .

قال رحمه الله : اذا زوجها بملوك لم يكن لها الخيار اذا بلغت ، وكذا (لو زوج) * الطفل ، وقيل : بالمنع في الطفل ؛ لأن نكاح الأمة مشروط بخوف العنت ولا خوف في جانب الصبي .

أقول : قوله : (وكذا الطفل) أي لو زوجه بالملوكة ليس له خيار بعد البلوغ ، وسيأتي وجه الخلاف في ذلك انشاء الله تعالى .

قال رحمه الله : لا يجوز نكاح الأمة الا باذن مالكها ، ولو كانت إمرأة ، وقيل : ها ان تتزوج متعة اذا كانت لامرأة من غير إذنها ، والأول أشبه .

أقول : القائل هو الشيخ في النهاية استناداً إلى رواية سيف بن عميرة^(٨٣) ، عن الصادق عليه السلام ، والأول هو المعتمد ؛ لعموم قوله تعالى : « فانكحوهن باذن اهلهن »^(٨٤) .

قال رحمه الله : اذا اذن المولى لعبدة في ايقاع العقد صحيحة ، واقتضى الاطلاق الاقتصر على مهر أمثاله ، فان زاد كان الزائد في ذمته يتبع به اذا تحرر ، ويكون

(٨٢) - سنن ابن ماجة ، كتاب النكاح ، باب استئثار البكر والثيب ، حديث ١٨٧٢ (قريب منه) .
(*) - من المطبوعة .

(٨٣) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٤ من أبواب المتعة ، حديث ١ و ٢ و ٣ .
(٨٤) - النساء : ٢٥ .

مهر المثل على مولاه ، وقيل : في كسبه ، والأول أظهره ، وكذا القول في نفقتها .

أقول : اختلاف الأصحاب هنا على ثلاثة أقوال :

أ - ان المهر والنفقة على المولى ؛ لأنهما من توابع العقد المأذون فيه ، وهو مذهب ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة في قواعده وفخر الدين ، وهو المعتمد .

ب - في كسب العبد وهو مذهب الشيخ في المبسوط .

ج - التفصيل وهو ان كان مكتسباً كان في كسبه ، وان لم يكن مكتسباً كان على المولى ، وهو قول ابن حزرة ، واختاره العلامة في المختلف ، وسيأتي تحقيق ذلك ان شاء الله تعالى .

قال رحمه الله : اذا زوجها اخوان بргلين ، فان وكلتها فالعقد للأول ، ولو دخلت بن تزوجها أخيراً فحملت الحق الولد به وألزم مهرها وأعيدت الى السابق بعد انقضاء العدة ، وان اتفقا في حالة واحدة ، قيل : يقدم الأكبر ، وهو تحكم .

أقول : القائل بتقديم عقد الأكبر مع الأقتران هو الشيخ في النهاية وابن حزرة وابن البراج ، لرواية وليد بيعاصي الاصفاط^(٨٥) ، عن أبي عبد الله عليه السلام . ومنع ابن ادريس من ذلك ، ونسب المصنف تقديم الأكبر الى التحكم سوهو القول بغير دليل - لأنهما وكيلان ، ومع الأقتران يبطل العقد ان لتدافعهما ، فتقديم احدهما على الآخر ترجيح من غير مرجح ، فلهذا نسبة الى التحكم .

قال العلامة في المختلف : وليس بعيد عندي من الصواب ان يجعل هما الخيار في امضاء عقد ايهما كان اذا عقد كل واحد منها قد قارن زوال ولايته ؛ لأنه

(٨٥) الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٧ من أبواب عقد النكاح ، حديث ٤ .

حالة عقد الآخر فبطلت هيئة عقد كل واحد منها وهي (ونهى)^(٨٦) اللزوم، ويتحقق كل واحد منها كأنه فضولي في العقد، هذا آخر كلامه رحمه الله.

وفي نظر؛ لأنهم قد حكوا ببطلان المقددين مع التقارن، فتخصيص البطلان باهية التي هي اللزوم دون بطلان اصل العقد تخصيص من غير مخصص.

فروع :

الأول : اذا تحقق سبق عقد أحد الوكيلين أو الوالدين كالأب والجد له واشتبه، فيه اختلالات، اقواها انها يؤمر ان بالطلاق، بأن يقول كل واحد منها: ان كانت فلانة زوجتي فهي طلاق، ثم ينكح من شاءت بعد ذلك، فان امتنعا أو احدهما من الطلاق لم يعبر عليه ولا احدهما، للاجماع على عدم وقوع طلاق المكره، ولا يقرع بينهما؛ لأن القرعة امراة ضعيفة تفيد الظن، فلا يباح بها التروج المترتب عليها الحاق النسب، وتحريم المحارم، وجواز النظر اليهن، وما شاكل ذلك من الأمور المهمة المبنية على الاحتياط، ولا يجب الترخيص الى حين التذكرة لما في ذلك من الاضرار بالمرأة، بل يفسخ الحاكم ان كان والا المرأة دفعاً للضرر المنفي، والا لزم تعطيلها ومنها من حقوقها، وذلك ضرر عظيم، وهو منفي بقوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار»^(٨٧)، ولا مهر مع الفسخ؛ لانه كفسخ العيب.

الثاني : لو اشتبه الحال، فلم يعلم السبق ولا الاقتران، فالعلامة في القواعد جعل حكمه كما لو علم سبق احدهما واشتبه، وقال الشیخ: مع الاشتباہ يبطل العقد؛ لأنه ان افترنا بطلان^(٨٨)، وان تربى لم يكن العلم به ولا بخصوصية السابق فيبطل، والا لزم تكليف ما لا يطاق؛ لأن العلم به غير مقدور لنا، فلا يمكن

(٨٦) - كذا في الأصل، وليس في «م» و«ن».

(٨٧) - الوسائل، كتاب احياء الموات، باب ٢١٢ حديث ٣ و٤ و٦، وكتاب الشفاعة، باب ٥، حديث ١.

(٨٨) - «م» و«ن»: بطل.

امضاوه ، وكل عقد تذرع امضاوه فهو باطل .

ومذهب العلامة أحوط لاحتلال ترتيبهما ، فيكون احدهما صحيحاً فلا يباح له نكاح غيره بغير الطلاق أو الفسخ .

الثالث : لو ادعى كل منها السابق وصدقت^(٨٩) احدهما احتمل ثبوت عقده ؛ لأنّه ادعى عليها حقاً فاعترفت به فيثبت ما ادعاه . ويحتمل العدم ؛ لأنّ الخصم هو الزوج الآخر فلا ينفذ تصديقها في حقه ودعواه ثابتة ، فعلى القول بعدم اعتبار تصديقها يكون الحكم كما في الفرع الأول ، وعلى القول باعتباره ، هل يسقط دعوى الآخر ؟ لأن الحق قد ثبت لغيره ، أو لا تسقط ؟ والفائدة ثبوت مهر المثل للثاني لو اعترفت له على القول بضمان منفعة الوضع بالتفويت ، وسيأتي تحقيقه في بابه انشاء الله تعالى * .

ولو نكلت عن اليدين فحلف ، فان قلنا : اليدين مع التكول كالبينة ، انتزعت من الأول الى الثاني ؛ لأن البينة أقوى من الاقرار ، وان قلنا : كالاقرار فهي للأول وتغزم للثاني .

قال رحمة الله : ولا ولایة للأم على الولد ، فلو زوجته فرضي لزمه العقد ، وان كره لزمه المهر ، وفيه تردد ، وربما حمل على ما اذا ادعت الوكالة عنه .
أقول : منشأ التردد من اصالة براءة ذمة الأم من المهر ؛ لأن عقدها فضولي كالاجنبي وكما^(٩٠) لا يضمن الأجنبي مع عدم الرضا بعده شيئاً ، كذا لا تضمن الأم مع عدم الرضا بعدها شيئاً .

ومن روایة محمد بن مسلم^(٩١) ، عن الباقر عليه السلام الدالة على لزوم المهر

(٨٩) - «م» و «ن» : فصدقت .

(٩٠) - «م» و «ن» : فكما .

(٩١) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٧ من أبواب عقد النكاح ، حديث ٢ .

للأم ، وبضمونها افتى الشيخ في النهاية وتبعه ابن البراج ، ومنع منه ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة ، والحمل على دعوى الوكالة ضعيف ؟ لأن الرواية خالية عن ذلك .

قال رحمة الله : اذا زوج الاجنبي امرأة ، فقال الزوج : زوجك العاقد من غير إذنك ، فقالت : بل أذنت ، فالقول قولها مع يمينها على القولين ؛ لأنها تدعى الصحة .

أقول : المراد بالقولين القول بان عقد الفضولي يقف على الاجازة والقول بأنه يقع باطلأ ، فعلى القولين يكون القول قولها .

فإن قيل : أما على القول بوقوعه باطلأ فقد يتصور هذه الدعوى فائدة ؛ وهي لو اعترفت لها بما ادعاه أو نكلت فحلق بطل العقد ، أما على القول بوقفه على الاجازة ، فلا يتصور للدعوى فائدة ؛ لأنها لو اعترفت بعدم الاذن ثم اجازته لزم العقد ، فما الفائدة في قوله : (على القولين) ؟

قلنا : الفائدة هنا - مع التصديق - انتفاء اللزوم ، (اذ لو صدقت)^(٩٢) بما ادعاها لم يلزم العقد حالة وقوعه ، وكان لها فسخه ، وربما رجأ^(٩٣) بذلك منها ؛ لأنه اذا قال : زوجك العاقد بغير إذنك وأريد أن تفسخي العقد ، ربما اجابت الى ذلك ، فيتصور للدعوى فائدة ، وإنما كان القول قولها على القولين ؛ لأن على احدهما تدعى الصحة ، وعلى الآخر تدعى اللزوم فيقدم قولها ؛ لأن الأصل في المقدمة الصحة واللزوم .

(٩٢) - في «م» و «ن» .

(٩٣) - «ن» : جاز .

في أسباب التحرير

قال رحمه الله : فلو زنا فالخلق من مائه ولد على الجزم لم ينسب اليه شرعاً ،
وهل يحرم على الزاني والزانية ؟ الوجه انه يحرم ؛ لأنه مخلوق من مائه ، فهو
يسمي ولدأ لغة .

أقول : اجمعـت الـامـامـية عـلـى التـحرـير هـنـا ، إـلـا أـنـهـمـ اـخـتـلـفـواـ فـيـ وـجـهـهـ ، قال
الـشـيـخـ فـيـ الـحـلـافـ : دـلـيـلـنـاـ أـنـهـ إـذـ زـنـىـ بـأـمـرـأـ حـرـمـتـ عـلـيـهـ بـنـتـهاـ وـأـنـتـشـرـتـ الـحـرـمـةـ
وـهـنـدـ بـنـتـهاـ ، ثـمـ قـالـ : وـإـيـضـأـ قـوـلـهـ تـعـالـىـ : ﴿ حـرـمـتـ عـلـيـكـمـ أـمـهـاتـكـمـ وـبـنـاتـكـمـ ﴾^(٩٤)
وـهـنـدـ بـنـتـ لـفـةـ وـانـ لـمـ يـكـنـ شـرـعاـ .

وابن ادريس جعل الوجه كفر ولد الزنا ، والكافر لا يجوز نكاحه للمسلم .
والصنف والعلامة وغيرهما من المتأخرین جعلوا الوجه ثانی وجهي الشيخ رحمه
الله ، وهو أنس .

والمعتمد انه لا يثبت من تواعي النسب غير تحرير النكاح فقط ، وما عداه
فالحكم فيه كالا جانب .

قال رحمه الله : ولو احتمل ان يكون منها استخراج بالقرعة على تردد ،
أشبه ان يكون للثاني .

أقول : اما يحتمل ان يكون منها اذا كان لستة أشهر من وطي الثاني
ولغيره ^(٩٥) عشرة ، فـا (دون من وطي الأول ، فـهـا) ^(٩٦) يحتمل ان يكون منها ،
وتردد المصنف بين القرعة وبين الحاقه بالثاني ^(٩٧) من عموم قوله عليه السلام :
«الولد للفراش » ^(٩٨) والمراد به الوطـي (المباح ، فهي فراش للثاني) ^(٩٩) حقيقة ؛ لأن
الأول قد زال فراشه بالطلاق .

ومن احتمال الحاقه بكل (واحد منها ، فاختصاص) ^(١٠٠) احدهما دون
الآخر من غير قرعة ترجيح من غير مرجع ، فلا بد من القرعة ، وهو مذهب
الشيخ في المبسوط ، و اختياره فخر الدين ، والأول اختيار المصنف والعلامة في
القواعد .

(٩٥) - ليس في «م» و «ن» .

(٩٦) - من «م» و «ن» .

(٩٧) - هنا زيادة في «م» و «ن» : (من غير قرعة ومنشأ التردد) .

(٩٨) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ٩ ، حديث ٣ .

(٩٩) - من «م» و «ن» .

(١٠٠) - ما بين القوسين من «م» و «ن» .

في الرضاع

قال رحمه الله : الأول: أن يكون اللبن عن نكاح ، فلو دَرَّ لم ينشر ، وكذا لو كان عن زنا ، وفي نكاح الشبهة تردد ، أشبهه تنزيله على النكاح الصحيح .
أقول : منشوه من ان اللبن تابع للنسب ، ونکاح الشبهة يلحق به النسب بلا خلاف ، وقال عليه السلام : «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(١٠١) ، فيكون حكم لبن الشبهة حكم لبن النكاح الصحيح لتساويهما في التحاق النسب فيتساويان في حكم الرضاع .

ومن أصلحة الاباحة ما لم يعلم السبب المحرم ، وهو غير معلوم هنا .
وال الأول هو المشهور بين الأصحاب ، وهو المعتمد ، والثاني مذهب ابن ادريس (فانه قال : الشبهة لا تنشر حرمة ، ثم بعد ذلك بلا فصل قول التحرير ، ثم قال : في ذلك نظر وتأمل ، وحاصله يرجع الى ترددده فيه)^(١٠٢) .
قال رحمه الله : ولا حكم لما دون العشر الا في رواية شاذة ، وهل يحرم

(١٠١) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١ من أبواب ما يحرم بالرضاع .

(١٠٢) - ليس في «م» و «ن» .

بالعشر؟ فيه روايتان، أصحهما: أنه لا يحرم، وينشر المحرمة إن بلغ خمس عشرة رضعة، أو رضع يوماً وليلة.

أقول: يعتبر تقدير الرضاع المحرم بأمور ثلاثة:

أ - ما انبت اللحم وشد العظم والمرجع فيه إلى عرف أهل الخبرة.

ب - رضاع يوم وليلة بشرط أن لا ينبعه من الرضاع في اليوم والليلة مانع من مرض أو غيره، ولا بد أن يحصل مسمى الأرتضاع، فإذا حصل ذلك نشر المحرمة من غير اعتبار عدد ولا استداد.

ج - العدد، وقد اختلف الأصحاب فيه على أقوال أربعة:

أ - ما يصدق عليه اسم الرضعة - وهو ملأة بطن الصبي ، إما بالملص أو بالوجر - حرم للنكاح، وهو قول ابن الجيني محتاجاً برواية علي بن مهزيار^(١٠٣)، عن أبي الحسن عليه السلام ، وهي مشتملة على المكاتبة ، واليها أشار المصنف بقوله: (في رواية شادة).

ب - ما رواه محمد بن سبابويه : « انه لا يحرم الارضاع خمسة عشر يوماً»^(١٠٤) ، وروي « انه لا يحرم الا ما ارتفع من تدبي واحد سنة »^(١٠٥).

ج - حصول التحرير بعشر رضعات ، وهو قول المفيد والسيد المرتضى وأبي الصلاح وابن البراج وابن حزرة وابن أبي عقيل ، واختاره العلامه في المختلف وابو العباس في كتابيه؛ لأنها أحوط ، وعليه روايات^(١٠٦) كثيرة ، وهو قول

(١٠٣) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع ، حديث ١٠.

(١٠٤) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ٥ . راجع المقعن: ١١٠.

(١٠٥) - المصدر المتقدم ، حديث ١٧ ، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ص ، حديث ١٣ - ١٤ . (١٤٧٦ - ١٤٧٥)

(١٠٦) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع ، حديث ١١ وغيره.

أكثر الأصحاب.

د - اشتراط خمس عشرة رضعة ، وهو قول الشيخ في النهاية والمبسوط وكتابي الأخبار ، واختاره المصنف والعلامة في أكثر كتبه ، والدليل الروايات^(١٠٧). وابن ادريس اختار في أول بحثه التحرير بالعشر رضعات ، وشنع على الشيخ ، وجعل قوله مذهب الشافعي ثم رجع إلى قول الشيخ في آخر بحثه ، فشنع عليه العلامة في المختلف في ذلك .

قال رحمه الله : ويرجع في تقدير الرضعة إلى العرف ، وقيل : أن يرى الصبي ويصدر من قبل نفسه .

أقول : القولان للشيخ رحمه الله ، والمشهور اعتبار العرف ، واختاره المصنف والعلامة ؛ لأن كل لفظ اطلبه الشارع ولم يبين^(١٠٨) له حداً رجع فيه إلى العرف ، والثاني اختيار فخر الدين .

قال رحمه الله : ولابد من ارتفاعه من الثدي في قول مشهور .

أقول : هذا هو المشهور بين الأصحاب ، إلا ابن الجندى فإنه لم يشترط الامتصاص من الثدي ، بل اكتفى بالوجور في حلقة لرواية جميل بن دراج في الصحيح^(١٠٩) ، عن الصادق عليه السلام .

وال الأول هو المعتمد ؛ لأن أنه لا يسمى رضاعاً إلا مع الامتصاص من الثدي .

قال رحمه الله : ولو ارتفع من ثدي الميتة أو رضع بعض الرضعات وهي حية واقتصرت على ميتة لم ينشر الحرمة ؛ لأنها خرجت بالموت عن التعاقب الأحكام وهي كالبهيمة المترصدة ، وفيه تردد .

(١٠٧) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع ، حدث ١ و ١٤ .
(١٠٨) - «م» : يعني .

(١٠٩) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٥ من أبواب ما يحرم بالرضاع ، حدث ٢ .

أقول : منشأ التردد بما قاله المصنف ، ومن عموم قوله عليه السلام : « حرمة الميّة كحرمة الحياة »^(١١٠) ومن جملته انتشار التحرّم بالرضاع ، ولم أجده به قولًا لأصحابنا ، بل هو قول أكثر الجمهور كأبي حنيفة ومالك والأوزاعي ، وفتاوي أصحابنا كلها متطابقة على عدم انتشار الحرمة بين الميّة .

قال رحمه الله : الثالث : أن يكون في الحولين ويراعى ذلك في المرتضى ، لقوله عليه السلام : « لارضاع بعد فطام » ، وهل يراعى في ذلك ولد المرضع ؟ الأصح انه لا يعتبر .

أقول : اما اعتبار الحولين في المرتضى فهو اجماع الا من ابن أبي عقيل ، فانه نشر الحرمة بالرضاع بعد الحولين كما قبلها اذا لم يتخلله فطام ، والمشهور الأول ، لما رواه حماد بن عثمان في الموقت : « قال : سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول : لارضاع بعد فطام ، قلت : جعلت فداك ، وما الفطام ؟ قال : الحولان اللذان قال الله عز وجل »^(١١١) .

اما المرتضى الذي حصل اللبن بولادته فالمشهور عدم اعتبار الحولين فيه ؛ لأن المرأة اذا كان لها لبن من نكاح حلال ومضى لها أكثر من حولين ثم أرضعت به من له أقل من حولين رضاعا عرماً انتشرت الحرمة بينهما .

وقال ابو الصلاح وابن حمزة وابن زهرة باعتبارهما في ولد المرضعة كاعتبارهما في المرتضى ؛ لأن الرضاع المعتبر ما حصل قبل الفطام ، وكما^(١١٢) اعتبر في أحد المرضعين اعتبر في الآخر ، ولعموم قوله عليه السلام : « لارضاع بعد فطام »^(١١٣) والأول هو المعتمد ، وهو اختيار المصنف والعلامة في أكثر كتبه ،

(١١٠) - الوسائل ، كتاب المحدود والتعزيزات ، باب ١٩ من أبواب حد السرقة ، حديث ٦ .

(١١١) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٥ من أبواب ما يحرم بالرضاع ، حديث ٥ .

(١١٢) - «م» : فكرا . وفي «ن» : فليا .

(١١٣) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٥ من أبواب ما يحرم بالرضاع ، الأحاديث

وتوقف في المختلف .

فرع^(١٤) : لو حصل الاشتباه في الرضاع ، هل وقع قبل المولين أو بعدهما ؟ فقد تعارض أصل البقاء وأصل الاباحة ؛ لأن الأصل عدم خروج المولين ما لم تتحقق ، والأصل عدم التحرير مالم يتحقق السبب المحرم وهو غير متحقق ؛ لأن مطلق الرضاع غير حرم ، بل اذا احصلت شروطه^(١٥) وبعض شروطه غير متحقق ، وهو وقوعه في المولين فيرجع أصل الاباحة لشبوته قبل الرضاع ، والسبب الناقل عنه غير متحقق .

قال رحمه الله : ويكره أن يستر ضع من ولادتها عن زنا ، وروي : أنه إذا أحلاها مولاها فعلها طاب لبنيها وزالت الكراهة ، وهو شاذ .

أقول : الرواية إشارة الى ما رواه اسحاق بن عمار ، عن أبي عبد الله عليه السلام : « قال : سأله عن غلام لي وتب على جارية فاحببها فولدت ، واحتاجنا الى لبنيها ، فماذا حللت لها ما صنعا يطيب لبنيها ؟ قال : نعم »^(١٦) وبضمون الرواية افتى الشيخ في النهاية ، واطرحها الباقيون لمخالفتها للأصل ؛ لأن التحليل اثما يبيح اذا وقع قبل الفعل لا بعده .

قال رحمه الله : وهل ينكح اولاده الذين لم يرضعوا من هذا اللبن في أولاد هذه المرضعة وأولاد فعلنها ؟ قيل : لا ، والوجه الجواز .

أقول : قال^(١٧) الشيخ في الخلاف بعدم الجواز مولا على رواية أيوب بن

(١٢) و١١ و٩ و٥ .

(١٤) - «ن» : فروع : الأول .

(١٥) - «ن» : شرائطه .

(١٦) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٧٥ من أبواب أحكام الأولاد ، حديث ٥ .

(١٧) - «م» : قول .

نوح^(١١٨)، عن أبي الحسن عليه السلام ، والجواز مذهب ابن ادريس والمصنف والعلامة في أكثر كتبه ؛ لأن أخ الأخ اذا لم يكن أخاً يحل من النسب فعله من الرضاع أولى ، وهو المعتمد .

فرع : المشهور بين اصحابنا انه يجوز للفحل ان يتزوج^(١١٩) باخت المرضع وجدته ؛ لأنه لا تسب بينها ولا رضاع ، وخالف ابن ادريس في ذلك ؛ لأنه لا يجوز ان يتزوج بجده ولده ولا أخته من النسب ، فكذا لا يجوز من الرضاع . وأجيب بأن التعميم من جهة النسب لأجل المعاشرة ، ولا معاشرة في الرضاع .

قال رحمه الله : ولو تولت المرضعة ارضاعها مختارة ، قيل : كان للصغريرة نصف المهر ؛ لأن فسخ حصل قبل الدخول ولم يسقط ؛ لأنه ليس من الزوجة ، وللزوج الرجوع على المرضعة بما أداه ان قصدت الفسخ ، وفي الكل تردد ، مستنده الشك في ضمان منفعة البعض .

أقول : لاشك^(١٢٠) ان ضمانها والرجوع عليها مبني على ضمان منفعة البعض بالتفويت ، وهو مشكوك فيه من أصلالة براءة الذمة ؛ لأنه ليس بمال ، ولأن منفعة البعض لا تضمن بغير الوطى المباح لها ظاهراً .

ومن قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ﴾ الى قوله ﴿وَآتُوهُم مَا انفَقُوا﴾^(١٢١) وأراد بذلك المهر عوض المنفعة ، ولأن المهر عوض المنفعة ، فإذا أتلت أحد المنفعة التي قابلها يكون ضامناً لها ، فعل هذا يتحقق الضمان ، وهل يفتقر الضمان الى قصد الفسخ ؟ ظاهر المصنف افتقاره اليه ،

(١١٨) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٦ من أبواب ما يحرم بالرضاع ، حديث ١.

(١١٩) - «ن» : يزوج .

(١٢٠) - «ن» : لأن .

(١٢١) - المحتلة : ١٠ .

وظاهر العلامة ومذهب فخر الدين عدم الافتقار؛ لأن جميع المخلفات لا يفتقر في ضمانها إلى قصد الاتلاف.

وهل الضمان للجميع أو للنصف؟ المشهور ضمان النصف؛ لأنها فرقته^(١٢٢) حصلت قبل الدخول، ويحتمل وجوب الجميع؛ لأنه يجب جميعه بالعقد، وإنما يتنصف بالطلاق، ولم يحصل، فيجب الجميع.

قال رحمه الله : وللصغيرة مهرها لانفساخ العقد بالجميع * ، وقيل : يرجع به على الكبيرة .

أقول : سبق البحث في هذه ؛ لأن مبناه على ضمان منفعة البعض ، وقد سبق^(١٢٣) البحث فيها .

قال رحمه الله : نعم لو كانت موطةة بالعقد رجع عليها ، وعندي في ذلك تردد .

أقول : منشئه من القول بضمان منفعة البعض وعدمه ، وقد سبق^(١٢٤) .

قال رحمه الله : اذا قال : هذه اختي من الرضاع أو بنى على وجه يصح فان كان قبل العقد حكم عليه بالتحريم ظاهراً، وان كان بعد العقد ومحه ببينة حكم بها ، فان كان قبل الدخول فلا مهر ، وان كان بعده كان لها المسمى ، وان فقد البيينة وانكرت الزوجة ، لزمه المهر كله مع الدخول ونصفه مع عدمه على قول مشهور ، ولو قالت المرأة : ذلك بعد العقد ، لم تقبل دعواها في حقه إلا ببينة ، ولو كان قبله حكم عليها بظاهر الاقرار .

أقول : هنا مسائلتان :

(١٢٢) - «م» و «ن» : فرقة .

(*) - في الشرائع المطبوع : بالجمع .

(١٢٣) - ص ٣٢ .

(١٢٤) - ص ٣٣ .

الأولى : ان يكون المدعي هو الزوج ولا يخلو اما ان يدعى ذلك قبل الدخول أو بعده ، وعلى التقديررين لا يخلو اما ان تصدقه المرأة أو تكذبه ، فالاقسام أربعة :

- أ - ان يكون قبل الدخول وتصدقه المرأة ، فيبطل العقد ولا مهر ولا متمة .
- ب - قبل الدخول أيضاً وتكذبه المرأة ولا بينة فيحكم عليه بالحرمية دونها ؛ لأن « اقرار العقلاء على انفسهم جائز »^(١٢٥) ، واما المهر فالمشهور انه يجب عليه نصفه ؛ لأنها فرقة حصلت من جهةه قبل الدخول فاشبّهت الطلاق .
- ويحتمل وجوب الجميع عليه ؛ لأن الجميع قد ثبت بالعقد ، وانما يستصن بالطلاق ، وهو لم يحصل ، فيجب الجميع ، وهو المعتمد .
- ج - ان يكون الدعوى بعد الدخول وتصدقه المرأة ، فان كانت جاهلة حالة العقد وجب لها المهر المسمى على المشهور ؛ لأن العقد هو سبب ثبوت المهر ، ولأنه السبب في إباحة الوطى ، وكان كالصحيح المقتضي لوجوب المسمى .
- ويحتمل ثبوت مهر المثل دون المسمى لظهور بطلان العقد والمهر ما زمه من جهة العقد ، بل هو من جهة الوطى بالتشبهة ، فيكون لها عوض البعض ، وهو مهر امثالها ، وهو المعتمد والضابط ان كل عقد حكم ببطلانه من أصله ثم تعقبه وطريقه مع جهل المرأة وجب فيه مهر المثل ، وكل عقد تعقبه الفسخ وجب فيه المسمى .
- د - ان يكون بعد الدخول وتكذبه المرأة ولا بينة ، فهنا يجب المسمى قطعاً ، وتحرم عليه ؛ لأن اقرار العقلاء على انفسهم جائز ، ولا يجعل لها الزواج لاعترافها بأنها زوجة .

ويستحب له ان يطلقها بأن يقول : (ان كانت فلانة زوجتي فهي طالق)
فإن امتنع لم يجر على ذلك ، وفسخ الحاكم ان كان ، والا فسخت هي دفعاً

(١٢٥) - الوسائل ، كتاب الأقرار باب ٣ ، حدث ٢ .

للضرورة .

الثانية : أن تكون المرأة هي المدعية والأقسام الأربع آتية هنا :

أ - ان يكون قبل الدخول وتصدقها ، فعینتذ ثبت الفرقة ولا مهر ولا

متنة .

ب - ان يكون قبله ويكتذبها ، فلا تحصل الفرقة ، وليس لها المطالبة بشيء ،

وان ادعت علمه بذلك وجبت العين على نفي العلم ، فان حلف ثبت العقد بمعنى

عدم حلها للأزواج لا بمعنى (١٢٦) وجوب تسليم نفسها اليه ؛ لأنها أقرت على نفسها

بأنها محمرة عليه ، فلا يحل لها تكينه من نفسها ، وان نكل حلفت على الجزم وبطل

العقد .

ج - ان يكون بعد الدخول وتصدقها ، فعینتذ ثبت المحرمية قطعاً ، اما

المهر فان ادعت جهلها حالة العقد ثم حصل لها العلم بذلك بعد العقد والدخول

بقول الفتاة كان لها المسئ أو مهر المثل على الأختال السابق .

د - أن يكون بعد الدخول ويكتذبها ، والحكم فيه كما لو كان قبل الدخول ثم

كتذبها فلا تحصل الفرقة بينهما ، الا ان هناك ليس لها المطالبة بشيء خلافه هنا ، الا

في المهر فان هناك لمهر وهنا يتبت لها مع الجهل لها مهر المثل .

فروع :

الأول : إذا استقر العقد بيعين الزوج أو بنكوهها بعد نكوله بقيت معطلة ما لم

يطلقها أو تموت ، وليس للحاكم ولا لها فسخ النكاح ، كما لها فسخه اذا كان الزوج

هو المدعى .

والفرق اذا كان الزوج هو المدعى فان الضرورة قد حصلت لها بفعل

الزوج لا بفعلها فساغ القسم دفعاً للضرورة ، واذا كانت هي المدعية فالضرورة

(١٢٦) - من «م» و «ن» وفي غيرها : معنى .

قد حصلت لها ب فعلها بنفسها ، فلا يباح الفسخ ، لأن حاله عدم جواز اشتراط حق الغير بغير رضاه ، خرج منه الضرورة الأولى ؛ لأنه أنزل الضرورة بغيره فساغ للشارع دفعها باسقاط حق من أنزله بها .

الثاني : ليس لها المطالبة بشيء من حقوق الزوجية المتضمنة للاستمتاع قطعاً لاعتراضها بتحرىم ذلك عليها، ولا يجوز لها تكينه منه لو أراده منها، وهل لها المطالبة بالنفقة؟ استشكل العلامة ذلك؛ لأنَّه معترض باستحقاق النفقة عليها، وقد عطلها عن الأزواج فيجب النفقة دفعاً للضرورة.

وهذا ضعيف جداً؛ لأن النفقه لا تتعجب مع عدم التكين من الزوجية ، فكيف تعجب مع انتفاء التكين واعتراف الزوجة بعدم الزوجية ؟!

- الثالث^(١٢٨) : لو كذب المقر نفسه أو أدعى الغلط بعد الفرقة لم يقبل ؛ لأنَّه أقر بما يقتضي التحريم ظاهراً ، فلا يباح برجوعه عن الأقرار .

قال رحمه الله : وهي تتحقق مع الوطى الصحيح ، وتشكل مع [الزنا و] الوطى بالشَّهَة والنَّظَر واللَّمْس .

أقول : يأتي تحقيق البحث في ذلك انشاء الله تعالى^(١٢٩) .
قال رحمة الله : ولو تعبّر العقد عن الوطّي حرمت الزوجة على أبيه ولده ،
ولم تحرم بنت الزوجة عيناً ، بل جمعاً ، ولو فارقها جاز له نكاح بنتها ، وهل تحرم
امها بنفس العقد ؟ فيه روايتان : أشهرها أنها تحرم .

أقول : إذا عقد الإنسان على امرأة ثم فارقها قبل أن يدخل عليها لم تعمر عليه بنتها أبداً ، وهل تعمر أمها ؟ المشهور بين الأصحاب التحرير ، وهو

(١٢٧) - «م» و «ن»: إسقاط.

(١٢٨) -كذا «م» و «ن» وفي الأصل: فحيتند.

٤٢، ٤٠، ص - (١٢٩)

المعتمد لقوله تعالى: ﴿وَامْهَاتُ نِسَاءِكُمْ وَرَبَائِكُمُ الَّاتِي فِي حِجُورِكُمْ مِنْ نِسَاءِكُمْ الَّاتِي دَخَلْتُمْ بَهْنَ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بَهْنَ فَلَا جُنَاحُ عَلَيْكُمْ﴾^(١٢٠) وجه الاستدلال انه اطلق تحريم أم الزوجة ولم يقيده بالدخول بالبنت ، وقيد تحريم الريبة التي هي بنت الزوجة بالدخول بالأم ، فوجوب العمل بمقتضى اطلاق الآية ، ولما رواه أسحاق بن عمار ، عن الصادق^(١٢١) عليه السلام : «ان عليا عليه السلام كان يقول الربائب عليكم حرام مع الأمهات الاتي دخلتم بهن في الحجور وغير في الحجور سواء ، والأمهات مبهات ، دخل بالبنات أو لم يدخل بهن ، فحرموا وأبهموا ما أبهم الله»^(١٢٢).

وقال المسن بن أبي عقيل و محمد بن بابويه في كتابه بعدم تحريم الأم إلا مع الدخول بالبنت لأصالة الاباحة ، ولتفيد تحريم الربائب بالدخول ، وهو معطوف على تحريم الأمهات فيكون أيضاً تحريم الأمهات مقيداً بالدخول لتساوي المطوف والمعطوف عليه بالحكم ، ولرواية جليل بن دراج ، عن الصادق عليه السلام («قال : الأم والبنت سواء اذا لم يدخل بها يعني اذا تزوج المرأة ثم طلقها قبل ان يدخل بها فانه ان شاء تزوج امها وان شاء ابنته»^(١٢٣) تهذيب^(١٢٤)). قال رحمه الله : ولو وطأ الأب زوجة ابنه لشبهة ، لم تحرم على الابن لسبق الحل ، وقيل : تحرم؛ لأنها منكوبة الأب ، ويلزم الأب مهرها ، ولو عاودها الولد فان قلتنا : الوطيء بالشبهة ينشر الحرمة كان عليه مهران ، وان قلتنا : لا يحرم - وهو

(١٢٠) - النساء : ٢٣.

(١٢١) - «م» و «ن» : عن الباقر عليه السلام.

(١٢٢) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٨ من أبواب ما يحرم بالمحاشرة ، حديث ٣ و باب ٢٠ ، حديث ٢.

(١٢٣) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٠ أبواب ما يحرم بالمحاشرة ، حديث (٣ و ٤).

(١٢٤) - ما بين المعقودتين ليس في «م» و «ن».

الصحيح - فلا مهر سوى الأول .

أقول : قد ذكر المصنف وجهي التحرير و عدمه^(١٢٥) ، والمعتمد عدم التحرير ، و قوله : فان قلنا : الوطى بالشبهة ينشر الحرجة كان عليه مهران ان المراد به وطى الأب المذكور في هذه المسألة ، وإنما وجب عليه مهران على تقديم التحرير ؛ لأنّه يجب عليه مهر بالعقد السابق على وطى أبيه ثم يجب عليه مهر آخر بالوطى الآخر المتأخر عن وطى أبيه ؛ لأنّها صارت حرجه عليه وقد وطأها للشبهة فيجب عليه مهر آخر لوطى الشبهة .

قال رحمه الله : ولو تزوج بنت الأخ أو بنت الأخت على العمة أو الحالة من غير إذنها كان العقد باطلأ ، وقيل : كان للعممة وللحالة المثيارة في اجازة العقد وفسخه أو فسخ عقدها بغير طلاق والاعتزال ، والأول أصلح .

أقول : الأول مذهب ابن ادريس ، و اختياره المصنف وأبو العباس لكونه منهاً عنه ، والثاني قول الشيختين وسلامر وابن ادريس^(١٢٦) وابن البراج ، و اختياره العلامة في التحرير والمختلف ، والدليل الروايات^(١٢٧) .

والثالث نقله العلامة في المختلف عن أكثر الأصحاب ، قال : ويعتمل ان يقال : ليس لها فسخ نكاحها ، بل فسخ نكاح الداخلة ، قال : وهو اختيار شيخنا أبو القاسم جعفر بن سعيد ؛ لأن المبني عنه إنما هو العقد الثاني ، فيختص الحكم به ، ولا فرق بين العمة والحالة الدنيا كاخت الأب وأخت الأم ، أو العليا كاخت اب الأب وان علا وأخت أم الأم وان علت ، ولا يبين كونها^(١٢٨) من النسب أو الرضاعة ، ولا يبين الحرج والإلامة في العقد .

(١٢٥) - ليس في «م» و «ن» .

(١٢٦) - ليس في «م» و «ن» .

(١٢٧) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمساهرة .

(١٢٨) - «م» و «ن» : كونها .

أما (١٣٩) ملك اليدين فالعلامة في القواعد ذهب إلى جواز نكاح بنت الأخ
وبنت الأخ على العمة والخالة لأصله الإباحة ، وأن الأمة لا اعتراض لها على
سيدها ، ولا تملك معه من أمر نفسها شيئاً . وذهب فخر الدين إلى التحرير أيضاً
لعموم قوله عليه السلام : « لا ينكح المرأة على عمتها ولا على خالتها » (١٤٠) نهى
عن النكاح على العمة والخالة ، وهو عام في المقدار ملك اليدين ، وهو أحوط .

قال رحمه الله : وان كان الزنا سابقاً على العقد ، فالشهور تحرير العمة
والخالة اذا زنى بأمهما ، أما الزنى بغيرهما ، هل ينشر حرمة المصاهرة كالوطني
الصحيح ؟ فيه روايتان : أحدهما ينشر ، وهي أصحها طريقاً ، والأخرى لا ينشر .
أقول : الزنا بالمرأة هل ينشر حرمة التزويج في أمها وبنتها ؟ وهل يحرم
على أبي الزاني وابنه ؟ اختلف الأصحاب في ذلك ، والبحث هنا يقع في أماكن :
أ - في الزنا المتأخر عن العقد والوطني كمن زنا بأم زوجته أو بنتها أو
بزوجة أخيه أو ابنه بعد الدخول بالزوجة ، فهذا الزنا لا ينشر الحرمة أجمعأ .

ب - في الزنا المتأخر عن العقد المتقدم على الوطني ، وهذا لا ينشر الحرمة
أيضاً عند الأكثر ، وخالف ابن الجيني في ذلك ونشر الحرمة به ، فعنده من عقد على
امرأة ثم زنا بأمها أو بنتها ، أو لاط بأبيها أو ابنها أو أخيها قبل دخوله بالزوجة
حرمت الزوجة عليه وانفسخ عقده ، وكذلك لو زنى بزوجة أخيه أو ابنه قبل دخول
الأب أو الأبن عليها ، والمعتمد الأول لسبق الحل ، وقوله عليه السلام : « لا يحرم
الحلال الحرام » (١٤١) .

ج - في الزنا السابق على العقد ، وهو محل الخلاف ، وهو على قسمين : زنا

(١٣٩) - « ر ١ » : أو .

(١٤٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالصاهرة ، حديث ٢ .

(١٤١) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٨ من أبواب ما يحرم بالصاهرة ، حديث ٢ .

بالعمة والخالة ، وزنا بغيرها .

أما الزنا بالعمة والخالة فهو حرم لبنتها على المشهور بين الأصحاب إلا ابن ادريس ، فظاهره التوقف في ذلك ، والمعتمد التحرير ، والمستند روایة أبي أيوب ، عن الصادق عليه السلام^(١٤٢) وأما الزنا بغيرها فهو ينشر الحرمة عند الشيخ وأبي الصلاح وابن البراج وابن حمزة وابن زهرة^(١٤٣) ، واختاره العلامة في المختلف ، وقواه فخر الدين ، واختاره أبو العباس في المختصر ، وهو المعتمد ، وهو أحوط ، والمحظى في تحرير النكاح عظيم ، والمحظى وإن كان هنا غير متيقن فهو مظنون لورود الأخبار الصحاح بالتحرير ، كصحيحة محمد بن سلم^(١٤٥) ، وصحيحة عيسى بن القسم^(١٤٦) ، وصحيحة منصور بن حازم^(١٤٧) وغير ذلك ، والضرر المظنون يجب التحرز منه بتزك ما لا يضر فيه .

وقال المفيد وسلام والسيد وابن ادريس : لا ينشر الحرمة ، واختاره المصنف في المختصر ، والعلامة في الأرشاد ولم يغتر في القواعد والتحرير شيئاً ، واستدلوا بقوله تعالى : ﴿ وَانكحُوا مَا طَابَ لَكُمْ ﴾^(١٤٨) ولأصالة الاباحة ، ولأنه وطلي لاحرمة له فلا يوجب تحريراً ، ولهم عليه روايات ، منها رواية هشام بن المثنى^(١٤٩) ، ورواية حنان بن سدير^(١٥٠) ، والأول مجهول والثاني وافقه .

(١٤٢) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٠ من أبواب ما يحرم بالمشاهرة ، حدیث ١ - ٢ .

(١٤٣) - ليس في «ان» .

(١٤٤) - «م» و «ن» : لأنـه .

(١٤٥) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٦ من أبواب ما يحرم بالمشاهرة ، حدیث ١ .

(١٤٦) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٦ من أبواب ما يحرم بالمشاهرة ، حدیث ٢ .

(١٤٧) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٦ من أبواب ما يحرم بالمشاهرة ، حدیث ٣ .

(١٤٨) - النساء ، ٣ .

(١٤٩) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٦ من أبواب ما يحرم بالمشاهرة ، حدیث ٧ - ١٠ .

(١٥٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٦ من أبواب ما يحرم بالمشاهرة ، حدیث ١١ .

وأجيب عن الآية : ان المراد **﴿بِمَا طَابَ لَكُمْ﴾** أي بما حل وأبيح ، وهذه ليست حلالاً . وعن الأصل : بوجوب مخالفته للدليل وقد بيته ، وعن الروايات : بعملها على وقوع الزنا بعد العقد أو على ما يكون دون الوطى لتفصيل رواية منصور بن حازم الصحيحة ، عن الصادق عليه السلام : « في رجل كان بينه وبين امرأة فجور، هل يتزوج ابنتها ؟ قال : ان كان قبلة أو شبهها فليتزوج ابنتها ، وان كان اجتماعاً فلا يتزوج ابنتها وليتزوجها هي » ^(١٥١) .

قال رحمه الله : وأما الوطى بالشبهة فالذى خرجه الشيخ ان ينزل منزلة النكاح الصحيح ، وفيه تردد ، والأظهر انه لا ينشر ، لكن يلحق مع النسب .
أقول : منشأ التردد من ان حكمه حكم الصحيح في الاباحة ، ولحوق النسب ، ووجوب المهر ، فيكون حكمه كذلك في نشر الحرمة ومن أصللة الاباحة .
وال الأول مذهب الشيخ والعلامة في أكثر كتبه ، والثاني مذهب ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة في التحرير ، وعلى القول بنشر الحرمة بالزنا فهو هنا اولى .

قال رحمه الله : اما النظر واللمس مما يسوغ لنغير المالك ، كنظر الوجه وليس الكف لا ينشر الحرمة ، وما لا يسوغ لنغير المالك كنظر الفرج والقبلة ولمس باطن المسد بشبهة فيه تردد ، أظهره أنه ينشر كراهة .

أقول : اذا نظر الانسان من ^(١٥٢) مملوكته أو لمس بشبهة ما يحرم على غيره ، هل تحرم على أبيه وأبنته ؟ وهل تحرم امها وبنتها على الناظر واللامس أم لا ؟
البحث هنا في اماكن .

أ - في تعريرها على أبيه وأبنته ، وقد تردد المصنف فيه ، من عموم قوله

(١٥١) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٦ من أبواب ما يحرم بالمشاهة ، حدیث ٣ - ٤ .

(١٥٢) - ليس في « م » .

تعالى: ﴿ولَا تنكحوا مانكح أباً ذكراً﴾^(١٥٣) وشراء الأمة مع النظر واللمس بشهوة أقوى في الاستمتاع من نشر الحرمة في العقد المجرد عن الوطى ، وهذه^(١٥٤) تحرم على الأب والأبن مجرد العقد ، وكذلك تحرم بالشراء مع النظر واللمس لما لا يباح لغير المالك ، ومن أصلالة الإباحة ، وعموم قوله تعالى : ﴿أَوْ مَا ملَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾^(١٥٥) وقوله تعالى : ﴿وَأَحْلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾^(١٥٦) ولو ثقہ علی بن يقطین ، عن العبد الصالح عليه السلام : «في الرجل يقتل الجارية ويباشرها من غير جماع داخل أو خارج ، أتحل لأبيه وأبنته ؟ قال : لا بأس»^(١٥٧) .

وبنشر الحرمة قال الشيخ وابن البراج وابن حمزة ، واختاره العلامة في التذكرة والمختلف ، وبعدمه قال ابن ادریس ، واختاره العلامة في القواعد والارشاد ، وهو مذهب المصنف .

ب - في تحرير أمها وبنتها على الناظر واللامس ، وبه قال الشيخ في الخلاف ، فإنه جزم فيه بتحرير أم المنظورة وان علت ، وبنتها وان نزلت ، وهو مذهب أحمد بن الجنيد .

وقال ابن ادریس والمصنف والعلامة بعدم التحرير ، وهو المعتمد .

ج - قد تقدم انه اذا عقد على امرأة ثم فارقها قبل الدخول حلت له بيتها ، فلو نظر أو لمس من زوجته ما لا يحل لغيره ثم فارقها قبل الوطى ، هل تحرم بيتها عليه ؟ قال الشيخ في الخلاف وابن الجنيد : نعم ، والمعتمد عدم التحرير .

قال رحمه الله : ولو تزوج بأختين كان العقد للسابقة ويبطل عقد الثانية ،

(١٥٣) - النساء : ٢٢.

(١٥٤) - «م» و «ن» : وهي .

(١٥٥) - النساء : ٣.

(١٥٦) - النساء : ٢٤.

(١٥٧) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٧٧ من أبواب نكاح العبيد والأماء ، حدیث ٣.

ولو تزوجها في عقد واحد ، قيل : بطل نكاحها ، وروي أنه يتخير ايتها شاء ، والأول أشبه ، وفي الرواية ضعف .

أقول : القول بالبطلان قول ابن ادريس وابن حمزة ، واختاره المصنف والعلامة في التواعد والارشاد ، وبه قال فخر الدين ، وهو المعتمد ؛ لأنَّه عقد منهي عنه ، والنهي يدل على الفساد ، وقال الشيخ في النهاية وابن الجنيد وابن البراج : يتخير ايتها شاء ، واختاره العلامة في المختلف لرواية جليل بن دراج ^(١٥٨) ، عن بعض أصحابنا ، عن احدها عليهما السلام ، ولأن العقد عليهما عقد على كل واحدة منها والانضمام لا يقتضي تحرير المباح ، كما لو جمع بين المحرم والمحلل في البيع ، والرواية مرسلة ، وهذا أشار إليها المصنف بالضعف .

وحكم الجميع بين الخميس بعقد واحد وبين الأختين لصاحب اللالات كحكم الجمع بين الأخرين ، فان القائل بالبطلان في الأخرين قائل بالبطلان هنا ، والقائل بالتبغير هناك قائل به هنا .

فرع : لو تزوج الأخرين على التعاقب ثم اشتبه السابق منها منع منها لوجوب اجتناب غير الزوجة ولا يتم الا باجتنابهما ، وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ، ويجب عليه طلاقهما لقوله تعالى : « فاسماك بمعرف أو تسرع بأحسان » ^(١٥٩) والامساك متذر فتعين التسرع ، ولا يتم الا بطلاقهما ، وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ، فإذا حصل الطلاق فان كان قبل الدخول وجب عليه دفع ^(١٦٠) ربع المهرين فيوقف ^(١٦١) حتى يصطدحا عليه .

وان كان بعد الدخول وجب المهران ، فان اتفق المسمايان ومهر المثل فلا

(١٥٨) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٥ من أبواب ما يحرم بالمساهرة ، حدث ٢ .

(١٥٩) - البقرة : ٢٢٩ .

(١٦٠) - ليست في « م » و « ان » .

(١٦١) - « ان » : فيوقف .

بحث ، وان حصل الاختلاف^(١٦٢) بين المسمين ومهر المثل أو مسمى احدهما ومهر متلها فالقرعة أو الاتفاق حتى يصطدعا .

قال رحمه الله : ولو وطىء أمة بالملك ثم تزوج بأختها ، قيل : يصح وحشت الموطئة بالملك أولأ .

أقول : هذا هو المشهور ؛ لأن النكاح أقوى من الوطيء بالملك لتضمنه وجوب القسمة والمهر ، بخلاف الوطيء بالملك .

قال رحمه الله : ولو كان له أمتنان فوطنهما ، قيل : حرمت الأولى حتى تخراج الثانية عن ملكه ، وقيل : ان كان بجهالة لم تحرم الأولى ، وان كان مع العلم حرمت حتى تخراج الثانية لا للعود الى الأولى ، ولو اخرجها للعود والحال هذه لم تحل الأولى ، والوجه ان الثانية تحرم على التقديرين دون الأولى .

أقول : اذا ملك اختين جاز له وطيء ايتهما شاء ، فاذا وطيء احدهما حرم عليه وطيء الأخرى حتى تخراج الموطئة عن ملكه ، فان وطيء الثانية بعد وطيء الأولى ، قال الشيخ في النهاية : ان كان عالماً بتحرريها حرمت عليه الأولى حتى تموت الثانية او تخراج عن ملكه ، فان اخرج الثانية ليرجع الى الأولى لم يجز له الرجوع اليها وإن اخرجها عن ملكه لان ذلك جاز له الرجوع الى الأولى وان لم يعلم تحرر^(١٦٣) ذلك عليه جاز له الرجوع الى الأولى على كل حال اذا اخرج الثانية عن ملكه ببيع أو هبة .

والفرق بين العالم والجاهل عند الشيخ ان العالم لا تحل له الأولى اذا اخرج الثانية لأجل العود الى الأولى ، والجاهل يجعل له الأولى اذا اخرج الثانية ، سواء كان الارتجاع للعود او لغير العود ، فهذا فرق بينهما ، ولا فرق عنده في تحرريها اذا

(١٦٢) - «م» و «ن» : اختلاف .

(١٦٣) - «م» و «ن» : بتحرر .

ابقاها في ملكه ، وتابعه ابن البراج وابن حمزة على ذلك ، واختاره العلامة في المختلف ، والدليل الروايات (١٦٤) .

وقال ابن ادريس : ان ابقاها في ملكه حرمت الثانية دون الأولى وان اخرج احداها حلت الأخرى ، سواء كان الارجاع للعود أو لغيره ، ولا فرق عنده بين العالم والماهيل ، واختاره المصنف ، والعلامة في القواعد والتحرير ، وهو المعتمد لسبق حل الأولى (فلا تحرم عليه الا الثانية) (١٦٥) لقوله عليه السلام : « لا يحرم الحلال الحرام » (١٦٦) فان اخرج الأولى حللت الثانية ، ويشرط في الارجاع ان يكون حرماً للوطىء ، تخريجاً لا يقدر على دفعه ، فهو يحصل بأمره :

أ- بالبيع اللازم ، فلو كان بخيار للبائع لم يجز ، ويجزى لو كان المخيار للمشتري .

ب- بالحبة مع القبض ولا تكفي قبله .

ج- قال في التحرير : يكفي الكتابة واستشكله في القواعد لعدم الخروج عن الملك .

د- الرهن والتزويع لا يكفي وان كان حرماً للوطىء لبقائها على ملكه .
قال رحمة الله : قيل : لا يجوز للحر العقد على الأمة الا بشرطين : عدم الطول وهو عدم المهر والنفقة ، وخوف العنت وهو المشقة من الترك وقيل : يكره ذلك من دونها ، وهو الأشهر .

أقول : عدم الجواز مع وجود الشرطين مذهب المفيد وابي الصلاح وابن الجنيد وابن البراج ، لقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ لَمْ يُسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا إِنْ يَنْكِحْ

(١٦٤) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٩ من أبواب ما يحرم بالمحاورة .

(١٦٥) - « م » و « ن » : فلا يجرمه وطى الثانية .

(١٦٦) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٨ من أبواب ما يحرم بالمحاورة ، حدث ٢ .

المحصنات المؤمنات ﴿إلى قوله ﴿ذلك لمن خشي العنت منكم﴾ (١٦٧) الآية، وهي دالة على عدم الاستطاعة وخوف العنت في (ابا حاتة) (١٦٨) نكاح الاماء بالعقد. والجواز على كراهة مع وجود الشرطين مذهب الشيخ في النهاية، والمصنف والعلامة ، لعموم قوله تعالى : ﴿و انكحوا الأيامن منكم والصالحين من عبادكم وامائكم﴾ (١٦٩) ، وأصلة الاباحة .

ويترفع على القول بالمنع مع وجود الشرطين .

فروع :

الأول : لا فرق بين الدائم والمنتقطع .

الثاني : المرجع الى قوله في خوف العنت وعدم الطول ولو كان في يده مال وادعى ان عليه دينا بقدره قبل قوله من غير نية ولا عين .

الثالث : حدوث الشرطين بعد العقد لا يبطله وان كان قبل الدخول ، وكذا لو حدثا بعد الطلاق الرجعي ، فإنه يباح له الرجوع ؛ لأنها ليست ابتداء عقد .

قال رحمه الله : لا يجوز نكاح الأمة على الحرة الا باذنها ، فان بادر كان العقد باطلأ ، وقيل : كان للحرة اختيار في الفسخ والأمساء ، وها فسخ عقد نفسها ، والأول أشبه ، اما لو تزوج الحرة على الأمة كان العقد ماضياً وها اختيار في نفسها ان لم تعلم ، ولو جمع بينهما في عقد واحد صع عقد الحرة دون الأمة .

أقول : تحقيق البحث هنا يقع في اماكن :

. أـ اذا تزوج الأمة على الحرة ولم تاذن الحرة ، وقلنا بصحة العقد على الأمة لمن عنده حرمة ، هل يقع باطلأ أو موقوفاً على اجازة الحرة ؟ بالأول قال ابن

(١٦٧) - النساء : ٢٥ .

(١٦٨) - من «م» و «ن» .

(١٦٩) - التور : ٣٢ .

المجيد وأبو الصلاح وأبن ادريس ، وحكاه عن الشيخ في التبيان ، واختاره المصنف لكونه منهيًّا عنه ، وله عليه روايات^(١٧٠) .

وبالثاني قال الشيخان^(١٧١) وأبن البراج وابن حمزة ، واختاره العلامة وأبو العباس في مقتصره ، وهو المعتمد ، وله عليه روايات .

وهل للحرة فسخ عقد نفسها اذا دخلت الأمة عليها ؟ قال الشيخان : نعم ، وبه قال ابن البراج وسلام وابن حمزة ، والوجه فيها ما تقدم في العمة والخالة ، ومنه المصنف والعلامة لوقوع عقدها صحيحًا ، والمنهي عنه عقد الأمة فيختص بالمحكم .

ب - اذا تزوج الحرة على الأمة ، قال الشيخ : تخير الحرة بين الصبر والاعتزال ، وبه قال القاضي وابن زهرة ، واختاره المصنف والعلامة ، وقال الشيخ في التبيان : ها فسخ عقد الأمة ، ومنه ابن ادريس لوقوعه صحيحًا ، بل تخير في فسخ عقد نفسها .

ج - ان يجمع بينها في عقد واحد ، بأن يقول : تزوجتكما على الف ، فيقولا : زوجناك ، قال المصنف : يصح عقد الحرة ويبطل عقد الأمة ، وهو بناءً على مذهبـه .

اما على القول بوقوعه موقوفاً ، فان قبلنا لم يكن للحرة الفسخ بعد ذلك ، ولو قالت في القبول : زوجتك نفسـي وفسخت عقد الأمة ثبت عقدها ، وبطل عقد الأمة .

قال رحمـه الله : اذا دخل بصـبية لم تبلغ تسعاً فاضـها حرمـه عليه وطـوها ولم

(١٧٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٤٦ من أبواب ما يحرم بالمحاشرة وباب ٤٧ منه ،

حديث ٢ (دراج حـول روايات الثاني ما ذكرـه في الحـدائق) ٥٧٣ : ٢٢ .

(١٧١) - «م» : الشيخ .

تخرج من حباهه ، ولو لم يفتها لم تحرم على الأصح .

أقول : أطلق الشيخ تحريرها بنفس الوطىء سواء افضاها أم لم يفتها ، لما رواه يعقوب بن يزيد ، عن بعض اصحابنا ، عن الصادق عليه السلام : « قال اذا خطب الرجل المرأة فدخل بها قبل ان تبلغ تسع سنين فرق بينها ولم تحل له أبداً » (١٧٢) .

والمشهور أن التحرير منوط بالاففاء تمسكاً بالعقد الصحيح واصالة الاباحة ، خرج ما وقع عليه الاجماع ، وهو التحرير مع الاففاء ويبيّن الباقى على اصالة الاباحة واللزوم ، وهو المعتمد .

ولهذه أحكام :

أـ هل تخرج من حباهه بنفس الاففاء ، أو لا تخرج الا بالطلاق ؟ نص ابن حزرة على خروجها من حباهه بغير طلاق ، وهو ظاهر الشيخ ؛ لأن خروج البعض عن الاباحة يقتضي البينونة ، ولأن التحرير كما يبطل العقد سابقاً يبطله لاحقاً كالرضايع ، ونص ابن ادريس على عدم الخروج بغير طلاق ، وهو ظاهر المفيد ، واختارة المصنف (١٧٣) لأصالةبقاء العقد ، ولرواية بريد العجل (١٧٤) الدالة على مطلوبهم ، ولما رواه محمد بن بابويه في كتابه ، يرفعه الى حزرة (١٧٥) بن حران ، عن الصادق عليه السلام (١٧٦) ، وهي دالة على المطلوب أيضاً ، ويترفع عليه تحرير الآخت والخامسة والتواتر قبل الطلاق ، وعلى الأول تتتفق هذه الأحكام بنفس

(١٧٢) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٣٤ من أبواب ما يحرم بالصاهرة ، حدث ٢ .

(١٧٣) - « ر » : العلامة .

(١٧٤) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٣٤ من أبواب ما يحرم بالصاهرة ، حدث ٣ .

(١٧٥) - « ن » : ابن حزرة .

(١٧٦) - الفقيه ٢ : ٢٧٢ ، حدث ٧٩ ، والوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٣٤ من أبواب ما يحرم بالصاهرة ، حدث ١ . لكن فيها (حران) بدل (حزرة بن حران) .

بـ- وجوب الديمة والأتفاق^(١٧٧) عليها ، وان طلقها فان تزوجت فالأقرب زوال النفقة عنه^(١٧٨) ؛ لأن وجوبها عليه لأجل تعطيلها عن الأزواج ، فاذا اصلحت لهم وتزوجت وجبت النفقة على الزوج الثاني فلا تبقى على الأول ؛ لأن المرأة لا تجب نفقتها بالزوجية على اثنين بغير اشتباه ، فان طلقها الثاني باتنا^(١٧٩) أو مات عنها عاد الأتفاق على الأول لانتفائه عن الثاني .

جـ - لو اندمل الموضع وصلح للوطيء لم يعد الحال لحكم الشارع بالتحريم بنفس الافضاء ، والأصل بقاوه .

دـ^(١٨٠) - هذه الأحكام ثابتة للزوجة المعقود عليها دانماً أو منقطعاً ، حرمة أو امة ، وهل تحرم الموطوءة بالملك أو الشبهة أو المفضة بالأصبع ؟ استقرب العلامة في القواعد عدم تحريم الأمة والمفضة بالأصبع ، واختاره فخر الدين لأصالحة الاباحة وعدم النص على الأمة والمفضة بالأصبع .

واما الموطوءة بالشبهة فالشيخ في الخلاف جعلها كالزوجة في جميع الأحكام ، وابن ادريس منها من النفقة لأصالة براءة الذمة ، واختاره العلامة في المختلف ، ولو أكرها على الزنا قبل التسع فافضاها وجبت الديمة والمهر .

قال رحمه الله : اذا تزوج في العدة ودخل فعملت ، فان كان جاهلاً لحقه الولد ان جاء لستة أشهر فصاعداً منذ دخل ، وفرق بينهما ولزمه المسمى ، وتم العدة للأول وستائف أخرى للثاني ، وقيل : تعزى واحدة ، ولها مهرها على الأول ومهر على الآخر إن كانت جاهلة بالتحريم ، ومع علمها فلا مهر .

(١٧٧) - «ن» : والنفقة .

(١٧٨) - «ر١» : على الزوج .

(١٧٩) - «ن» : ثانية .

(١٨٠) - «م» و «ن» و «ر١» : تنبية .

أقول : اذا تزوج المعتدة بائناً أو رجعياً أو عدة وفاة ، فاما ان يكون عالماً بالعدة والتحرير أو جاهلاً بأحد هما ، فهنا قسمان : الأول أن يكون عالماً وله أحكام .

أ - ثبوت التحرير المؤبد بنفس العقد سواء كانت عالمة أو جاهلة ولا مهر لها الا مع الدخول وجهلها ، ولا تحرم على ابيه وابنه بنفس العقد .

ب - عدم انقطاع عدتها من الأول وان دخل الثاني وحملت لعدم اعتبار وطه ، الثاني في نظر الشرع ، فان كانت معتدة بالشهر أكملت ثلاثة من حين الطلاق ، سواء حملت اول تعلم ، وان كانت معتدة بالإقراء فلا بد من ثلاثة ، وان حملت فان كان قد مضى قبل الحمل قروء فلا بد من قرئتين آخرين فان رأت الدم في زمان الحمل وقلنا باجتناعه مع الحمل أحتسبت ما تراه فيه من العدة ، فان أكملت قبل الوضع ثلاثة اقراء خرجت من العدة والا صبرت حتى تضع ، فان رأت الدم عند الولادة اعتدت به حيضة وخرجت من العدة ان كانت ثلاثة والا صبرت حتى تكمل ثلاثة اقراء ، وان تأخر المحيض لمكان الرضاع ؛ لأنها من اهل الأقراء وانقطاع الدم هنا لعارض ، فلا تخرج الا بالإقراء .

ج - يجوز للأول المراجعة ان كان الطلاق رجعياً فان كانت حاملاً جاز له الوطى قبل الوضع ؛ لأن هذا الحمل لا حرمة له ، وان كانت حائلاً ، قال : أبو العباس في مذهبـه : لا يحل له الوطى في الطهر الذي وطا فيه العاقد حتى تحيض بمواز (ان تحمل)^(١٨١) من الوطى ، والولد للزوج في الظاهر ، فيكون قد الحق بنسبه من ليس منه ، وهو غير جائز هذا كلامـه رحمة الله .

وفيـه نظر ؛ لأنـه زان ، والزاني لا حرمة لوطـيه ، والا لوجـب اجتنـاب كل زوجـة زـنت في طـهر لم يـقرـبـها زـوجـهاـ فيـهـ قبلـ الزـانيـ حتىـ تـحيـضـ وـتـطـهرـ ، وـهـوـ خـلافـ المشـهـورـ .

د - لو راجعها الزوج وهي حامل من الزافي ووطأها ، جاز له طلاقها في الحال من غير استبراء ؛ لأن المراد من الاستبراء علم براءة الرحم من الزوج وهو هنا حاصل .

الثاني أن يكون جاهلاً ، وله أحكام :

أ - عدم التحرير بنفس العقد ، بل بالوطيء ، فلو عقد في العدة جاهلاً فسد العقد ، فان دخل في العدة حرمت مؤبداً ، وان دخل بعد العدة ، قال أبو العباس في مهذبه : لم تحرم مؤبداً ؛ لأن الحكم في الجاهل متعلق بالوطيء وقد حصل بعد العدة ، وحيثنى لافرق بين ان يتجدد له العلم بعد العدة أو قبلها اذا كان الوطيء بعد العدة ^(١٨٢) هذا آخر كلامه رحمة الله ، وهو جيد ، لأن ابن ادريس قيد الدخول في العدة ، فيحمل اطلاق غيره عليه .

ب - ينقطع عدة الأول بوطيء الثاني وان لم تتحمل منه ، وهل ^(١٨٣) يكفي واحدة عنها بأن تتعذر عند مفارقة الثاني بثلاثة اقراء ان كانت من اهل الاقراء ، أو بثلاثة أشهر ، ويكتفى بها عنها ^(١٨٤) ، أو لا بد من عدتين بأن تكمل عدة الأول عند مفارقة الثاني اذا لم تتحمل من الثاني ثم تستأنف للثاني عدة أخرى فان حللت من الثاني اعتدت له بوضع حمله ثم تكمل عدة الأول بأن تبني على ما مضى من الاقراء ان كانت من أهلها أو الشهور ان لم تكن من أهلها ؟

قيل بالأول ؛ لأن المقصود من العدة استبراء الرحم وهو يحصل بالعدة الواحدة ، ولرواية زرارة ^(١٨٥) ، عن الباقر عليه السلام الدالة على الاكتفاء بالعدة

(١٨٢) - في «م» بزيادة : (إلا إذا كان المجهل للتحرير ، فانها تحرم بنفس العقد ولو لم يدخل على أصح القولين) أقول : هذه الزيادة ليست في المذهب البارع ، راجع المذهب ٣ : ٢٨٥ .

(١٨٣) - ليست في «ن» .

(١٨٤) - «ن» : عنها .

(١٨٥) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٦ من أبواب ما يحرم بالمساورة ، حدیث ٢ .

(١٨٦) الواحدة.

وقيل بالثاني ؛ لأنها حكمان ، وتدخلهما على خلاف الأصل فلا بد من عدتين ، وهو المعتمد .

ج - للزوج مراجعتها في عدته سواء كانت متأخرة عن عدة العاقد كما في صورة العمل ، او متقدمة عليها كما في صورة عدمه ، وهل له مراجعتها في عدة العاقد في صورة تقدمها على عدته ؟ منع العلامة في القواعد منه ، قال : وله الرجعة في الأكمال دون زمان العمل وظاهر أبي العباس جواز الرجوع في زمان حمل الثاني الا انه يمنع من الوطى ، أما لو كان الطلاق باثنا فانه لا يجوز له ان يعقد عليها في عدة الثاني اجماعاً ، ولا في عدة نفسه اذا كانت متقدمة على عددة الثاني ؛ لأن التزويج يسقط عدته فيثبت (١٨٧) حكم عدة الثاني فيمتنع عليه الاستمتاع ، وكل عقد لا يتعقبه حل الاستمتاع كان باطلأً عدا ما اخرجه النص والأجماع من جواز العقد على الصغيرة وان حرم نكاحها (حتى تبلغ) (١٨٨) .

فروع :

الأول : لو تزوج بذات بعل هل يكون حكمه حكم المعتدة ؟ قال العلامة : فيه اشكال من عدم التنصيص ، ومن أولوية التعميم ، وقال في التحرير : لا نعرف لعلماتنا فيه فتيا ، وحمله على ذات العدة قياس ، مع ان الأقرب ذلك ، وثبتت الحكم فيه من طريق التبيه لا القياس .

وعن زرارة ، عن الباقر عليه السلام : « في امرأة فقدت زوجها او نعمت اليها فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقتها قال تعنت منها جميعاً ثلاثة أشهر

(١٨٦) - «م» و «ن» : بعدة واحدة .

(١٨٧) - «م» و «ر» : ويثبت .

(١٨٨) - ليس في «م» و «ر» .

عدة واحدة وليس للأخير أن يتزوجها أبداً»^(١٨٩).

قال العلامة : وفي طريقها ابن بكر ، وهي تدل على مساواة النكاح للعدة .
ومذهب أبي العباس المساواة ، وفخر الدين اقتصر على مورد النص .

الثاني : هل وطى الأمة في الاستبراء كالوطى في العدة ؟ استشكل^(١٩٠)
العلامة من أنه عدة الأمة ، ومن اختصاصه باسم لم يتناوله النص ، والأصل
الاباحة ، وفخر الدين على عدم التحرير .

الثالث : لو تزوج ذات البعل عالماً حرمت عليه قطعاً ، وإنما الأشكال اذا
كان جاهلاً أو لشبهة ، كما لو طلقها رجعياً ثم رجع في العدة وأشهد على الرجعة
من حيث لاتعلم ، فتزوجت بعد انقضاء العدة ، فأقام البينة بالرجعة في العدة ، أو
كمن قامت البينة عندها بوفاة زوجها ، فنكتحت غيره ثم ظهرت حياته .

قال رحمه الله : من زنى بأمرأة لم يحرم عليه نكاحها ، وكذا لو كانت
مشهورة بالزناء ، وكذا لو زنت امرأة وإن أصرت على الأصح ، ولو زنا بذات
بعل ، أوفي عدة رجعية ، حرمت عليه أبداً في قول مشهور .

أقول : هنا ثلات مسائل :

الأولى : في جواز نكاح الزانية ، والمشهور جوازه على كراهة وإن كان
الزاني هو العاقد عليها ، وهو مذهب الشيخ في الخلاف والأستبصار ، ومذهب ابن
ادريس ، واختاره المتأخرون ، لأن الصالة الاباحة ، ولهم عليه روایات^(١٩١) .

وقال المفيد والشيخ في النهاية : اذا فجر بامرأة غير ذات بعل فلا
يجوز^(١٩٢) العقد عليها ما دامت مصرة على ذلك الفعل ، فان ظهر منها التوبة جاز

(١٨٩) - تقدمت الاشارة الى مصدرها ص ٥٣.

(١٩٠) - «م» و «ن» و «ر» : استشكله .

(١٩١) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١١ من أبواب ما يحرم بالمساهرة .

(١٩٢) - «م» و «ن» و «ر» : بزيادة له .

له العقد عليها وتعتبر توبتها بان يدعوها الى ما كان منه فان أجابت امتنع من العقد عليها ، وان امتنعت عرف بذلك توبتها . ومثله قال ابن البراج ، وأبو الصلاح اطلق تحرير الزانية حتى تتب.

احتى الشيخ ومن تابعه برواية ابي بصير « قال : سأله عن رجل فجر بأمرأة تم اراد بعد ان يتزوجها ؟ فقال : اذا تابت حل له نكاحها ، قلت : كيف نعرف توبتها ، قال : يدعوها الى ما كانت عليه من الحرام فان امتنعت واستغرت ربها عرف توبتها »^(١٩٣) ومثلها رواية عمار ابن موسى السباطي^(١٩٤) ، عن الصادق عليه السلام .

احتى أبو الصلاح على اطلاقه بقوله تعالى : ﴿ والزانة لا ينكحها الا زان أو شرك وحرم ذلك على المؤمنين ﴾^(١٩٥) .

الثانية : في تحرير الزوجة إذا زنت وأصرت على الزنا ، وبالتحرير قال سلار ، وهو قول المفيد ، الا أنها لا تبين الا بالطلاق ، وقال ابن حمزة : ينفسخ نكاحها على قول بعض الأصحاب .

احتى سلار بأن أعظم فوائد النكاح التناسل ، واعظم حكمة المد والجزر عن الزنا اختلاط الأنساب ، فلو أبىع نكاح الزانية لزم اختلاط الأنساب .

والمشهور عدم التحرير لقوله عليه السلام : « لا يحرم الحلال الحرام »^(١٩٦) ، ولرواية عباد بن صهيب^(١٩٧) ، عن الصادق عليه السلام^(١٩٨) ، الدالة على جواز

(١٩٣) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١١ من أبواب ما يحرم بالصاهرة ، حدث ٧.

(١٩٤) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١١ من أبواب ما يحرم بالصاهرة ، حدث ٢.

(١٩٥) - التور : ٥.

(١٩٦) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٨ من أبواب ما يحرم بالصاهرة ، حدث ٢.

(١٩٧) - في «ن» : غياث بن صهيب . وفي «م» : عباد بن صهيب . وكذا في المصدر .

(١٩٨) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٢ من أبواب ما يحرم بالصاهرة ، حدث ١.

امساك الزانية .

الثالثة : الزنا بذات البعل أو العدة الرجعية ، والمشهور تحريرها مؤيداً لا أعلم فيه خلافاً ، وادعى عليه المقداد رحمه الله في شرح المختصر الاجماع ، ولا فرق عندهم بين علم الزاني بالزوج والمدة وعدمه ، ولا بين دخول الزوج وعدمه ، ولا بين الدائم والمنتقطع .

ولو زنا بذات عدة بائن أو وفاة أو عدة المستمنع بها هل تحرم أم لا ؟ قال العلامة في التحرير : ليس لأصحابنا فيه^(١٩٩) نص ، وعلى ما قلناه من التفسير^(٢٠٠) يحتمل التحرير مع العلم ؛ لأننا قد بينا ثبوته مع العقد ، فمع التجدد عنه أولى ، قال : وهو الأقرب . وجزم في القواعد بعدم التحرير .

وهل الزنا بالأمة الموطئة كالزنا بذات البعل ؟ قال في القواعد : فيه نظر ، واختار فخر الدين عدم التحرير ، وهو اختيار العلامة في التحرير مخلوها عن النص .

قال رحمه الله : اذا طلق احدى الأربع بائنا وتزوج اثنين ، فان سبقا إحداهما كان العقد لها ، وإن اتفقا في حال بطل العقدان ، وروي أنه يتغير ، وفي الرواية ضعف .

أقول : الرواية هي رواية جحيل بن دراج^(٢٠١) ، وهي مرسلة وبضمونها أفتى الشيخ في النهاية ، وابن الجنيد وابن البراج ، وقد سبق^(٢٠٢) البحث في هذه المسألة . والمعتمد فيها البطلان .

قال رحمه الله : لا يجوز للمسلم نكاح غير الكتابية اجماعاً ، وفي تحرير

(١٩٩) - «م» و «ن» : في ذلك .

(٢٠٠) - في «م» و «ر» : التنبية . وفي «ن» : البينة .

(٢٠١) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٤ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ، حديث ١ .

(٢٠٢) - ص ٥٥ .

الكتابية من اليهود والنصارى روایتان ، أشهرها المنع في الدائم ، والجواز في المؤجل وملك اليدين ، وكذا حكم المحسوس على أشهر الروایتين .

أقول : هنا مسألتان :

الأول - في جواز نكاح الكتابيات من اليهود والنصارى ، وقد اختلف الأصحاب هنا على أقوال كثيرة ، والمشهور منها ثلاثة :

الأول : تحرير النكاح بجميع أنواعه ، وهو مذهب السيد المرتضى والشيخ في كتاب الأخبار ، وأحد قول المفيد ، وقوله ابن ادريس ، واختاره فخر الدين ، قال : وهو الذي استقر عليه رأي والدي ، وهو مذهب أبي العباس في كتابه لأنهن مشركات لقوله تعالى : ﴿ وَقَالَتِ الْيَهُودُ عَزِيزُ ابْنِ اللَّهِ وَقَالَ النَّصَارَى الْمُسِيْحُ ابْنُ اللَّهِ ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ سُبْحَانَهُ عَمَّا يَشْرَكُونَ ﴾^(٢٠٣) وإذا ثبت انهن مشركات ثبت تحرير نكاحهن لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنْنَ ﴾^(٢٠٤) وقوله : ﴿ وَلَا تُقْسِكُوا بَعْضَ الْكُوَافِرَ ﴾^(٢٠٥) ، ولأن النكاح يستلزم المودة ، لقوله تعالى : ﴿ وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مُوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾^(٢٠٦) ومودة الكافر غير جائز ، لقوله تعالى : ﴿ لَا تَحْجُدوَا قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمَ الْآخِرُ يَوْمَ الْحِسَابِ ﴾^(٢٠٧) .

الثاني : جوازه بجميع أنواعه ، وهو مذهب ابني بابويه وابن أبي عقيل ، لقوله تعالى : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أَوْتُوا الْكِتَابَ ﴾^(٢٠٨) ولرواية أبي^(٢٠٩) مريم

(٢٠٣) - التوبة : ٣١، ٣٠.

(٢٠٤) - البقرة : ٢٢١.

(٢٠٥) - المحتلة : ١٠.

(٢٠٦) - الروم : ٢١.

(٢٠٧) - المجادلة : ٢٢.

(٢٠٨) - المائدة : ٥.

الأنصارى^(٢١٠) ، عن الصادق عليه السلام . وأجيب عن الآية بأنها منسوخة بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُنْسِكُوا بِعْضَ الْكُوافِرِ ﴾^(٢١١) وعن الرواية بضعف السند .

الثالث : جواز المتعة وملك العين دون الدائم ، وهو مذهب سلار وأبي الصلاح ، واختاره المصنف واستقر به العلامة في القواعد والتحرير ، لرواية ابن بن عثمان ، عن زرارة^(٢١٢) .

الثانية : في نكاح المجنوسيات ، والمشهور أن حكمهن حكم أهل الكتاب ، لقوله عليه السلام : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب »^(٢١٣) ومنع ابن ادريس من مناكيثهن لأصالة تحريم المشرفات ، خرج منه اليهوديات والنصرانيات على الخلاف ، ويبقى الباقى على أصالة المنع .

قال رحمه الله : ولو أسلمت زوجته قبل الدخول انفسخ العقد ولا مهر ، وإن كان بعد الدخول وقف على انتفاء العدة ، وقيل : إنَّ كان الزوج بشرائط الذمة كان نكاحه باقياً ، غير انه لا يمكن من الدخول عليها ليلاً ولا من الخلوة بها نهاراً ، والأولأشبه .

أقول : القول المحكى قول الشيخ في النهاية وكتابي الأخبار معولاً على رواية جحيل بن دراج^(٢١٤) ، عن بعض أصحابنا ، عن أحد هما عليهم السلام وقال في

(٢٠٩) - «ن» : أبن .

(٢١٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٥ من أبواب ما يحرم بالكفر ، حديث ٣ . في «م» و «ن» و «ر١» : عن الباقي عليه السلام .

(٢١١) - المختحة : ١٠ .

(٢١٢) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٤ من أبواب ما يحرم بالكفر ، حديث ٢ .

(٢١٣) - الوسائل ، كتاب الجهاد ، باب ٤٩ من أبواب جهاد العدو حديث ٩ .

(٢١٤) - التهذيب ، كتاب النكاح ، فيمن يحرم نكاحهن بالأسباب دون الأسباب الحديث ١٢

(١٢٥٤) ج ٧ ص ٣٠٠ . والأستبصار ، أبواب ما أحلَّ الله العقد عليهن وما حرَّم ، باب الرجل والمرأة اذا كانوا ذميين فتسلم المرأة دون الرجل حديث ١١ ج ٦٥٨ ص ٣

ج ٣ ص ١٨١ .

المخلاف بانفاساخ العقد مطلقاً ، وهو المشهور بين الأصحاب ؛ لأن التزويج نوع سلطنة على الزوجة والكافر ممنوع من السلطنة على المسلم .

قال رحمه الله : ولو قبّل ولمس بشهوة يمكن أن يقال : هو اختيار ، كما هو رجعة في حق المطلقة ، وهو يشكل بما يتطرق اليه من الاحتال .

أقول : وجه الاشكال ان التقبيل واللمس قد يوجدان في الأجنبية فهما اعم من الاختيار وعدهما ، ولا دلالة للعام على الخاص ، ومن مشاركة الاختيار للرجعة^(٢١٥) في ارادة النكاح ، وكل ما كان رجعة كان اختياراً وهذا اذا قارنا الشهوة رجعة اجماعاً فيكونان رجعة اختياراً ، وهو مذهب العلامة في القواعد والتحرير ، واختاره فخر الدين .

قال رحمه الله : اذا تزوج امرأة وبنتها ثم أسلم بعد الدخول بهما حرمتا ، وكذا لو كان دخل بالأم ، أما لو لم يكن دخل بوحدة بطل عقد الأم دون البنت ، ولا اختيار ، وقال الشيخ : له التخيير ، والأول أشبه .

أقول : اذا أسلم عن امرأة وبنتها زوجتين ولم يكن دخل باحدهما ، قال الشيخ : يتغير أيهما شاء ؛ لأن عقد الشرك لا يحكم لصحته^(٢١٦) الا باضمام الاختيار حال الاسلام ولهذا لو تزوج عشرأً واختار منهن أربعاً لم يجب للبوافق مهر ولا نفقة وكن بنزلة من لم يقع عليهن عقد ، فاذا اختار الأم كان بنزلة من لم يعقد على البنت ، قال : ويحتمل لزوم عقد البنت ، اذ نكاح الشرك صحيح ، كما لو تزوج اختيارين وانه^(٢١٧) يختار أيهما يشاء ، فيكون صحيحاً فيها وصحة النكاح في البنت تقضي التحرير المؤيد في الأم والمصنف اختار هذا الاحتال ، وهو اختيار

وفي الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٩ من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ١ .

(٢١٥) - «م» و «ر» : للرجعية . وفي «ن» : للمرجعية .

(٢١٦) - كذا

(٢١٧) - «م» و «ن» و «ر» : فأنه .

العلامة ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو أسلم العبد وعنه أربع حرائر وثنيات ، فأسلم معه اثنان ثم اعتق ولحق به من يقي لم يزد على اختيار اثنين ؟ لأنه كمال العدد المحلل له ، ولو أسلمن واعتق ، أو أسلمن بعد إسلامه وعتقه في العدة ثبت نكاحه عليهم لاتصافه بالحرية المبيحة للأربع ، وفي الفرق اشكال .

أقول : منشئه من وجود الحرية المبيحة للأربع في الصورتين قبل الاختيار ، فيكون له اختيار الأربع في الصورتين ، ووجه الفرق انه في الصورة الأولى حين ثبوت الاختيار كان عبداً ، لأن ثبوته حال اجتماع المسلمين^(٢١٨) ، وهو حينئذ عبد ، وفي الصورة الثانية حالة^(٢١٩) اجتمعوا بها وهو حر ، هذا الفرق بينهما ، وحينئذ لا فرق ان يختار في الصورة الأولى من سبق اسلامها عتقه أو تأخر اسلامها عنه ، وله ان يحدد العقد على الآخرين .

قال رحمه الله : اختلاف الدين فسخ لطلاق فان كان من المرأة قبل الدخول سقط المهر ، وان كان من الرجل فنصفه على قول مشهور .

أقول : هذا هو المشهور بين الأصحاب ، ويحتمل ثبوت الجميع لأن التنصيف مشروط بالطلاق ، والفسخ ليس طلاقاً ، ولا يعد في الثلاث .

قال رحمه الله : ولو لم يسم مهراً والحال هذه كان لها المتعة كالمطلقة ، وفيه تردد ، ولو دخل الذمي وأسلم وكان المهر خرآ ولم يقبسه ، قيل : سقط ، وقيل : يلزم مهر المثل ، وقيل : تحجب قيمته عند مستحله ، وهو أصح .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى: اذا لم يسم مهراً ثم أسلم قبل الدخول ، قال الشیعی : لها المتعة ، كما

(٢١٨) - في «ن» : الاسلام .

(٢١٩) - «ن» : حال .

لو طلقها ، وبه قال المصنف ثم تردد من انه فسخ قبل الدخول فأشبه الطلاق في وجوب المتعة اذا لم يسم مهراً ، ومن أصلالة براءة الذمة ؛ لأنه لم يسم لها مهراً صحيحاً ولا فاسداً ولا طلقها ، فلا يثبت عليه شيء ؛ لأن المتعة مشروطة بالطلاق قبل الدخول ولم يحصل .

الثانية : اذا سمي مهراً فاسداً كالخمر والخنزير ، ثم اسلم بعد الدخول وقبل قبض المهر ما الواجب عليه ؟ حكى المصنف ثلاثة أقوال :

أ - السقوط ، ووجهه سقوط الخمر عن ذمته باسلامه ، والأصل براءة الذمة مما سواه لعدم تناول العقد لنغير الخمر فلا يلزمها شيء .

ب - وجوب مهر المثل ، ووجهه استقراره في ذمته بالدخول فلا يسقط لكونه فاسداً ، فيكون كما لو لم يسم مهراً .

ج - وجوب قيمته عند مستحلبيه ، ووجهه انه اتلف باسلامه حقاً لذمسي يستحقه ويلكه ، فيكون ضامناً بقيمتها ، واختاره المصنف وهو قوي .

قال رحمه الله : اذا ارتد المسلم بعد الدخول حرم عليه وطىء زوجته المسلمة (ووقف نكاحها على انقضاء العدة) * ، فلو وطنها لشبهة ويقع على كفره الى انقضاء العدة ، قال الشيخ : عليه مهران ، الأصلي بالعقد والآخر بالوطني بالشبهة ، وهو يشكل بما انها في حكم الزوجية اذا لم يكن عن فطرة .

أقول : اذا ارتد الزوج أو الزوجة أو هما بعد الدخول عن غير فطرة ، حرم الوطئ من حين الارتداد ، ووقف انساخ النكاح على خروج العدة ، فان عاد^(٢٢٠) او عاد المرتد منها الى الاسلام في العدة فالزوجية باقية والا تبيننا البيونة من حين الارتداد ، فان وطأها مدة التربص لشبهة ، هل يجب عليه مهران ؟ قال الشيخ :

(**) - ما بين التوسين من الشرائع المطبوع .

(٢٢٠) - كذا في الأصل ، وفي «ن» : عادوا .

نعم ، واستشكل المصنف ، ومنتُّهٌ من أنها بحكم الزوجة (فهي كالمطلقة)^(٢٢١) رجعياً ، لغواز الرجوع إليها باسلام المرتد منها ووجوب النفقة اذا كان المرتد هو الزوج ، فهي في العدة بحكم الزوجة ، فلا يجب بوطنها مهر ، كما لا يجب بوطن المطلقة رجعياً .

ومن كون العدة كاشفة عن حصول البيينونة حين الارتداد ، فلما انقضت على الارتداد تبين كونها أجنبية في زمان العدة ، ومن وطأ أجنبية للشبة كان عليه مهر مثلها ، فيكون عليه المهر هنا ، وهو اختيار العلامة في التحرير جزماً .
قال رحمه الله : ولو مات أو متن ، قيل : يبطل الخيار والوجه استعمال القرعة ؛ لأن فيهن وارثات وموروثات .

أقول : اذا اسلم على اكثـر من أربع ثم اسلـمـنـ في العـدـةـ كانـ عـلـيـهـ اخـتـيـارـ أربعـ ، فـلوـ مـتـنـ أوـ مـاتـ بـعـضـهـنـ قـبـلـ الاـخـتـيـارـ لمـ يـسـقـطـ الاـخـتـيـارـ ، بلـ لـهـ اـنـ يـخـتـارـ مـنـ يـشـاءـ وـيـرـثـهـنـ ، فـلوـ مـتـنـ أوـ مـاتـ قـبـلـ الاـخـتـيـارـ قـيـلـ : يـبـطـلـ الاـخـتـيـارـ ، ولـتـعـذرـهـ^(٢٢٢) بـمـوتـ الزـوـجـ ، وـحـيـنـتـذـ يـوـقـفـ رـبـعـ تـرـكـتـهـ أوـ نـصـفـ رـبـعـهـ لـلـجـمـيعـ حـتـىـ يـصـطـلـحـ ، وـيـوـقـفـ مـنـ تـرـكـتـهـ كـلـ وـاحـدـةـ نـصـفـهـاـ أوـ رـبـعـهـاـ حـتـىـ يـصـطـلـحـ وـرـثـتـهـ وـورـثـةـ الزـوـجـ عـلـيـهـ ، وـاـخـتـارـ المـصـنـفـ اـسـتـعـالـ القرـعـةـ ؛ لأنـ فيـهـنـ وـارـثـاتـ وـموـرـثـاتـ ، وـقـدـ اـشـكـلـنـ فـيـقـرـعـ بـيـنـهـنـ ؛ لأنـ كـلـ أـمـرـ مـشـكـلـ فـيـهـ القرـعـةـ ، وـالـقـوـلـ بـالـبـطـلـانـ يـؤـديـ إـلـىـ تـورـيـثـ غـيـرـ الـوارـثـ وـمـنـعـ الـوارـثـ مـنـ أـرـثـهـ أـوـ بـعـضـهـ ، وـهـوـ غـيـرـ جـائزـ .

قال رحمه الله : ولو مات قبلهن ورثه أربع منهن لكن لما لم يتعين وجوب ايقاف الحصة حتى يصطلحن ، والوجه القرعة او التشرييك .

(٢٢١) - في الأصل : وهي المطلقة .

(٢٢٢) - كذلك .

أقول : ذكر المصنف في التصييب الموقوف - وهو الربع أو نصفه - ثلاثة

وجوه :

الأول : ان يصطدحون عليه ، ووجهه ان المستحق له منحصر فيهن ، لكنه
مجهول فالاحتياط يقتضي الصلح .

الثاني : القرعة ؛ لأنّه امر مشكل ، وكل امر مشكل فيه القرعة .

الثالث : القسمة بينهن بالسوية لانحصر المستحق فيهن وعدم أو لوية
بعض دون البعض فكان مشتركاً بينهن ، كما لو تداعياً عيناً ولا ترجيح
لأحدهما .

قال رحمه الله : روى عمار السباطي ، عن أبي عبد الله عليه السلام : « ان
إيقاع العبد طلاق امرأته فانه بمنزلة الارتداد ، فان رجع بالعدة فهي امرأته
بالنكاح الأول ، وان رجع بعد العدة وقد تزوجت فلا سبيل له عليها ، وفي العمل
بها تردد ، منشؤه ضعف السنده .

أقول : افتى الشيخ في النهاية بضمون هذه الرواية^(٢٢٣) ، وأنكره ابن
ادريس ، لأصله بقاء النكاح ، ولضعف سند الرواية ؛ لأن عماراً فطحي المذهب ،
ولا يعمل بما انفرد به ، خصوصاً مع خالفة^(٢٢٤) الأصل .

. (٢٢٣) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٧٣ من أبواب نكاح العبيد والأماء ، حديث ١ .

(٢٢٤) - كذلك . ولعل الصحيح : عخالفته .

مسائل من لواحق العقد

قال رحمه الله : الكفأة شرط في النكاح ، وهي التساوي في الاسلام ، وهل يشترط التساوي في الإيمان ؟ فيه روايتان ، أظهرها الاكتفاء بالاسلام ، وان تاكد استحباب الإيمان .

أقول : ظاهر المفید واین الجنید الاكتفاء بالاسلام وان تاکد استحباب الإيمان ، فعلى هذا يجوز نكاح المؤمنة للمخالف ، لرواية محمد بن الفضل الهاشمي « قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : الكفؤ أن يكون عفيفاً ويكون عنده يسار »^(٢٢٥) ولقوله عليه السلام : « اذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه زوجوه لا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير »^(٢٢٦) .

ومن الشيخ في المبسوط من نكاح المخالف للمؤمنة ، وبه قال ابن ادریس ، واختاره العلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد لرواية عبد الله بن سنان ، عن

(٢٢٥) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٨ من أبواب مقدمات النكاح ، حديث ٥ مع اختلاف يسير .

(٢٢٦) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٨ من أبواب مقدمات النكاح ، حديث ١ - ٢ - ٣ - ٦ .

الصادق عليه السلام : « ولا تزوج المستضعف مؤمنه »^(٢٢٧) وفي رواية زرارة ، عن الباقر عليه السلام « قال : إن العارفة لا توضع إلا عند عارف »^(٢٢٨) و « مثل الصادق عليه السلام عن امرأة مؤمنة عارفة وليس في الموضع أحد على دينها ، هل تزوج منهم ؟ قال : لا تزوج إلا من كان على دينها . وأن المرأة تأخذ من دين بعلها ، فلا يؤمن أن يخدعها عن دينها »^(٢٢٩) .

واستدلال المجوزين بقوله عليه السلام : « اذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه »^(٢٣٠) لا يصلح ان يكون دليلاً لهم ؛ لأن دين المخالف ليس بعرضي عند المؤمن ، فلا يدخل في الأمر بزواجه لعدم الارتضاء بدينه .

فرع : اذا ثبت ان اليمان شرط في اباحة نكاح المؤمنة كما أن الاسلام شرط في اباحة نكاح المسلمة وان المخالف يعن من المؤمنة ، كما ان الكافر يعن من المسلمة ، ثبت ابطال المخالف لمقد المؤمنة لاحقاً كابطاله سابقاً ، فلو خرج المؤمن من دينه الى دين أهل الخلاف انفسخ نكاح زوجته المؤمنة كانفساخ نكاح المسلمة بارتداد الزوج ؛ لأن الشرط يجب مصاحبة للمشروط ، وينتفي المشرط عند انتفاء الشرط ، فكما تنتفي اباحة الصلاة عند انتفاء الطهارة كذلك تنتفي اباحة المؤمنة والمسلمة عند انتفاء اليمان والاسلام ؛ لأن اليمان والاسلام شرط في اباحتها ، كما ان الطهارة شرط في اباحة الصلاة .

اذا عرفت هذا ، فهل تبين زوجته المدخول بها حين انفساخ المقد

(٢٢٧) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١١ من أبواب ما يحرم بالكفر ، حديث ٦ .

(٢٢٨) - الرواية الموجودة بنفس النص المذكور ليست عن زرارة عن الباقر عليه السلام بل عن الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام راجع الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٠ من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٥ .

(٢٢٩) - المستدرك ، كتاب النكاح ، باب ٩ من أبواب ما يحرم بالكفر ، حديث ٨ .

(٢٣٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٨ من أبواب مقدمات النكاح وأدابه ، حديث ١ .

باختلاف الدين ، أو يتوقف الفسخ على انتفاء العدة كالمترد عن ملة فان عاد الى الإيمان في العدة كانت الزوجية باقية وان يقع على الخلاف بانت منه كالمترد ؟
يعتمل ذلك ؛ لأن خروج المؤمن الى دين أهل الخلاف ليس أبلغ من الارتداد عن الاسلام الى الكفر ، وقد ثبت ان الارتداد لا يوجب بيتونته^(٢٣١) حتى تنتهي العدة ،
فتوقف البيتونة على انتفاء العدة في الخروج الى دين أهل الخلاف أولى ، ويكون
من باب التبيه بالأدنى على الأعلى ، لا من باب القياس .

ويتعمل البيتونة بنفس انساخ العقد حالة المفروض عن الأيمان ؛ لأن الأصل
في الفسخ انتفاء البيتونة من حين الفسخ ، سوى^(٢٣٢) اقتضى التحرير المؤبد كالفسخ
بسبب الرضاع او لا يقتضي ذلك كالفسخ بالعيب خرج منه الفسخ بسبب
الارتداد للنص^(٢٣٣) ، والاجماع ، يبقى الباقى على اصالة ما يقتضيه الفسخ من
البيتونة من حينه .

قال رحمه الله : وهل يشترط تكثته من النفقه ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، وهو
أشبه .

أقول : القائل بالاشتراط هو الشيخ في المسوط ، وقال في النهاية بعدم
الاشتراط ، وبه قال ابن حزرة والمصنف والعلامة ، وهو مذهب القاضي وابن
الجندى ، وهو المعتمد ، لقوله تعالى : ﴿أَن يَكُونُوا فَقَرَاءٍ يَغْنِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾^(٢٣٤)
ولا فائدة في الآية مع اشتراط الفنى ، ولأنها لو علمت بصره ثم رضيت فنكاحه
صحيف اجماعاً ، فلو كانت القدرة شرطاً لما سقطت بالراضي كغيرها من

(٢٣١) - «م» و «ن» و «ر» : البيتونة .

(٢٣٢) - كذا . ولعلها : سواء .

(٢٣٣) - الوسائل ، كتاب الفرائض والمواريث ، باب ٦ من أبواب موانع الأرض ، حدث ٤ .
وكتاب الطلاق ، باب ٣٥ من أبواب أباق العبد ، حدث ١ .

(٢٣٤) - النور : ٣٢ .

الشروط . وقال ابن ادريس بعدم الاشتراط الا أن المرأة تسلط على الفسخ مع عدم العلم بفقره ، واختاره العلامة في المختلف .

قال رحمه الله : ولو تجدد العجز عن النفقة هل تتسلط على الفسخ ؟ فيه روایتان ، أشهرهما : أنه ليس لها .

أقول : أما على القول باشتراط التمكن من النفقة ابتداء ، كمذهب الشيخ في المسوط ، فاذا تجدد العجز ثبت لها الخيار ، وما على القول بعدم اشتراطه ، كما هو المشهور ، هل يثبت الخيار ؟ قال ابن الجنيد : نعم ، ونقله ابن ادريس عن بعض أصحابنا ، واختاره العلامة في المختلف دفعاً للضرورة الحاصلة لها لاحتياجها الى النفقة وتعميم تزويجها بغيره ، فع عدم اباحة الفسخ يحصل الضرر العظيم ، وهو منفي بالآية (٢٣٥) والرواية (٢٣٦) .

والمشهور عدم جواز الفسخ لأصالة بقاء العقد ، ولعموم قوله تعالى : « وان كان ذو عشرة فنثرة الى ميسرة » (٢٣٧) وهذا البحث مع دخولها عليه موسراً ثم تجدد له الاعسار ، اما لو دخلت عليه مسراً لم يكن لها الفسخ قطعاً ؛ لأنها هي التي ادخلت الضرر على نفسها واستقطت حقها باختيارها .

تنبيه : على القول بان التمكن من المؤنة شرط ليس هو كفيرة من الشروط التي لا يباح المشروط بدونها ، كالطهارة في اباحة الصلاة ، والإيمان والاسلام في اباحة المؤمنة والمسلمة ، بل هو شرط في وجوب الاجابة ؛ لأنه مع الرضا باعسارة يباح له النكاح اجماعاً ، وليس كذلك لو رضيت بكونه كافراً أو عالفاً مع كونها مؤمنة أو مسلمة ، فإنه لو رضيت المؤمنة بالمخالف لم يبح لها نكاحه

(٢٣٥) - البقرة : ٢٢١ . والطلاق : ٦ .

(٢٣٦) - الوسائل ، كتاب احياء الموات ، باب ٧ ، حديث ٢ وفي كتاب الفرائض ، باب ١ من أبواب مواعن الأرث ، حديث ١٢ .

(٢٣٧) - البقرة : ٢٨٠ .

اجماعاً من القائلين بالمنع ، ولو رضيت المسلمة بالكافر لم يبع لها اجماعاً ، فقد ظهر الفرق بين اشتراط القدرة على النفقة وبين غيره من الشروط .

قال رحمه الله : اذا خطب المؤمن القادر على النفقة وجبت اجابته وان كان أخفض نسباً ، ولو امتنع الولي كان عاصياً .

أقول : روي (٢٣٨) انه اذا خطب المؤمن الى غيره بنته وكان عنده يسار بقدر نفقتها ، وكان من يرضى افعاله وامانته ولا يكون مرتكباً لشيء يدخل فيه في جملة الفساق ، وان كان حقيراً في نفسه قليل المال ، فلم يزوجه ايها كان عاصياً الله تعالى خالقاً لسنة نبيه صلى الله عليه وآله .

قال ابن ادريس : ووجه الحديث في ذلك اما يكون عاصياً اذا رده ولم يزوجه ما هو عليه من الفقر والانفة منه كذلك (٢٣٩) ، واعتقاد ان ذلك ليس بكفو في الشرع ، فاما اذا رده ولم يزوجه لا لذلك ، بل لأمر آخر وغرض غير ذلك من صالح دنياه ، فلا حرج عليه ولا يكون عاصياً ، فهذا فقه الحديث .

هذا تحقيق ابن ادريس رحمه الله ، وهو جيد ، الا ان قوله : واعتقاد ان ذلك ليس بكفو في الشرع ، فإنه يفهم منه انه لو رده للأنفة من فقره وخفض نسبه مع اعتقاد انه كفوء في الشرع ، فإنه لم يكن عاصياً وهذا غير صحيح ، والا كان تارك الواجب مع اعتقاده انه واجب لم يكن عاصياً ، وهو ضروري البطلان ؛ لأنه اذا ترك اجابته مع علمه بأنه كفوء في الشرع وان اجابه الكفوء واجبة واما ترك ذلك لأنفة كان تاركاً للواجب مع علمه بكونه واجباً ، وهذا يكون عاصياً اجماعاً ، فيكون تقبيده للعصيان بالاعتقاد بأنه ليس بكفوء غير صحيح ، بل لو قيده بالاعتقاد بأنه كفوء كان أحسن .

(٢٣٨) - الوسائل . كتاب النكاح ، باب ٢٨ من أبواب مقدمات النكاح .

(٢٣٩) - «م» و «ن» و «رأ» : لذلك .

وقال العلامة في القواعد : ولو امتنع الولي كان عاصيًّا الا الى العدول الى الأعلى ، جوز الامتناع اذا كان العدول الى الأعلى ، وعند التحقيق يلزم من اطلاق قول العلامة ترك العمل بما تضمنه الخبر^(٢٤٠) من وجوب اجابة المؤمن اذا كان قليل المال أو أخفض نسباً ؛ لأنَّه افأ يترك الاجابة لأجل العدول الى من هو اعلى منه لقصد عدم تزويج ابنته ، فاذا جاز رد المؤمن لأجل قصد من هو اعلى لزم ترك العمل بالخبر ، فلو قيد العدول الى الأعلى بحضوره ورغبة في النكاح كان حسناً .

فرعان :

الأول : هل حكم المرأة اذا كان أمرها بيدها حكم الأب في وجوب اجابة المؤمن اذا خطبها وان كان اخفض نسباً بحيث لو منعه كانت عاصية ؟ يحتمل ذلك ؛ لأنَّه كفء في الشرع اذا خطب الكفوء وجبت الاجابة ، فكما يجب على أبيها اذا كان أمرها بيده يجب عليها اذا كانت مالكة امر نفسها .

ويحتمل العدم لأصالة براءة الذمة من اشتغالها بواجب او ندب ما لم يحصل الدليل الشاغل ، والرواية^(٢٤١) اغما وردت في الأب ، فيقتصر في الوجوب على مورد النص دون ماءده .

الثاني : لو كان للمرأة أخ أو عم وكان أمرها مفوض اليه ، هل يجب عليه الاجابة ام لا ؟ يحتمل العدم ؛ لأنَّه ليس ولِيَّ حقيقة ، والنص اغما ورد في الولي الاجباري إذ مع عدمه يكون امرها بيدها ؛ ويحتمل الوجوب لأنَّه مع التقويض اليه وعدم مخالفته يصير كالولي الاجباري ، فيجب عليه الاجابة ، فان رضيت والا انتهى الوجوب عنه ، وهذا هو الأحوط .

(٢٤٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٨ من أبواب مقدمات النكاح ، حديث ١ .

(٢٤١) - المتقدمة آنفًا .

قال رحمة الله : لو انتسب الى قبيلة فبان من غيرها كان للزوجة الفسخ ، وقيل : ليس لها ، وهو أشبه .

أقول : اختلاف الأصحاب في هذه المسألة على أربعة أقوال :

أ - قول الشيخ في النهاية قال : اذا انتهى الرجل الى قبيلة وتزوج ، فوجد على خلاف ذلك بطل التزويج ، وبه قال ابن حزرة وابن الجينيد ، وجعله ابن البراج رواية ، وهي رواية الحلبي ^(٢٤٢) ، وهي حجة القوم .

ب - عدم ثبوت لزوم ^(٢٤٣) المختار ولزوم العقد ، وهو مذهب الشيخ في المسوط ، واختصاره المصنف والعلامة في التواعد ، لأحالة بقاء العقد ، ولعموم : **﴿أوفوا بالعقود﴾** ^(٢٤٤) .

ج - ثبوت الخيار اذا بان أدنى من القبيلة التي انتسب اليها بحيث لا يلام شرفها شرفة ، وهو قول العلامة في المختلف .

د - ثبوت الخياران اشترط ذلك في العقد ، وعدم ثبوته ان لم يشترط ، وهو قول فخر الدين ، ووجهه الجمع بين الأقوال .

فرع : هل الحكم مشترك بين الرجل والمرأة ؟ قال ابن الجينيد وابن حزرة ^(٢٤٥) : نعم ، ولم يتعرض له باقون ، وحكم الانتساب الى الصنعة حكم الانتساب الى القبيلة عند ابن الجينيد لما روى : « ان رجلاً تزوج على انه يبيع الدواب ، فوجد بائعاً للستانير فلم يفسخ أمير المؤمنين عليه السلام نكاحه ، وقال : **الستانير دواب** » ^(٢٤٦) ، وهي دالة على الحكم من حيث المفهوم .

(٢٤٢) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٦ من أبواب العيوب والتدعيس ، حدث ١ .

(٢٤٣) - ليست في «م» و «ن» و «ر١» .

(٢٤٤) - الماندة : ١ .

(٢٤٥) - ليس في «ن» .

(٢٤٦) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٦ من أبواب العيوب والتدعيس ، حدث ٢ .

قال رحمه الله : اذا تزوج بامرأة ثم علم أنها كانت زنت ، لم يكن له فسخ العقد ولا الرجوع على الولي بالمهر ، وروي أن له الرجوع وهما الصداق بما استحل من فرجها ، وهو شاذ .

أقول : الرواية اشارة الى رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام ، « قال : سأله عن رجل تزوج امرأة فعلم بعد ما تزوجها انها كانت ^(٢٤٧) زنت ؟ قال : ان شاء زوجها اخذ الصداق من زوجها وهما الصداق بما استحل من فرجها ، وان شاء تركها » ^(٢٤٨) وابن الجنيد وابن سابويه اثبتتا له الخيار ، واثبته ابن الجنيد للمرأة بزنا الرجل ، والمعتمد انه لا خيار ولا رجوع على الولي .

ويحصل العلم بالزنا للزوج بالتواتر والمشاهدة أو قول المقصوم أو البينة الشرعية .

قال رحمه الله : ولو خطب فأجابت قيل : يحرم على غيره خطبتها ، ولو تزوج ذلك الغير كان العقد صحيحاً .

أقول : بالتحريم قال الشيخ رحمه الله ، وهو مبني على تحريم الدخول في سوم المؤمن ، والمشهور الكراهة ببناء على كراهة الدخول في سوم المؤمن ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : اذا تزوجت المطلقة ثلاثة ، ولو شرطت في العقد أنه إذا حللها فلا نكاح بينهما بطل العقد ، وربما قيل : يلغى الشرط ، ولو شرطت الطلاق، قيل: يصح النكاح ، ويبطل الشرط .

(٢٤٧) - «م» و «ن» و «ر» : قد .

(٢٤٨) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٦ من أبواب العيوب والتدعيس . حديث ٤ .

أقول : هنا مسألتان :

الأول: اذا شرطت المرأة على المحلل (اذا حللها) (٤٤٩) فلانكاح بينها، قال المصنف : بطل العقد واستقر به العلامه في القواعد ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، ونقل فخر الدين عن الشيخ قوله بعدم البطلان ، وهو ان وجود هذا الشرط كعدمه ، والمعتمد الأول لعدم حصول التراضي بدون الشرط ، وهو مناف للعقد فيكون باطلأ.

الثانية : اذا اشترطت عليه الطلق بعد التحليل قال الشيخ في المبسوط
يصح العقد ويبطل الشرط ، واختاره العلامة في التحرير ، والمعتمد البطلان ، وهو
اختيار فخر الدين لما قلناه أولاً: من عدم حصول التراضي بدون سلامة الشرط ،
وهو لا يصح سلامته .

قال رحمة الله : نكاح الشغار باطل .

أقول : قال الجوهري : والشِّغَار بكسر الشين نكاح كان في الجاهلية ، وهو
ان يقول الرجل للآخر : زوجني ابنتك أو اختك على ان ازوجك اختي أو بنتي
على ان صداق كل واحدة منها بعض الأخرى ، كأنهما رفعا المهر واحليا البعض
عنه .

وفي الحديث «لاشغار في الإسلام»^(٢٥٠) فإذا عرفت أن الشغار عبارة عن جعل نكاح امرأة مهر الأخرى فهو لا يخلو من اقسام.

أ- ان يدور مثل ان يقول : زوجتك بنتي على ان تزوجني بنتك على ان يكون نكاح بنتك مهراً لبنتي ونكاح بنتي مهراً لبنتك ، فيقول : زوجتك وقبلت

(٢٤٩) - لیس ف «ن» .

(٢٥٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٧ من أبواب عقد النكاح ، حدیث ٢.

النكاح، فيبطل النكاحان لحصول^(٢٥١) الأشتراك في البعض؛ لأنَّه صار ملكاً للزوج بالزوجية، وللبنت^(٢٥٢) بالمهر.

ب - ان لا يدور مثل ان يقول : زوجتك بنتي على ان تزوجني بنتك على ان يكون نكاح بنتي مهرأً لبنتك ، فيقول : زوجتك وقبلت النكاح ، فهنا يبطل نكاح المهرورة خاصة ، وهي بنت المخاطب ، وصح نكاح بنت المخاطب ، ولو عكس مثل ان يقول : على ان نكاح بنتك مهرأً لبنتي انعكس الحكم .

ج - ان يقول : زوجتك بنتي بنتة وتزوجت ابنتك بنتة أو اقل أو اكتر ، فيقول : زوجتك^(٢٥٣) ، فهنا يصح النكاحان والصداقان لعدم الشرط ، ولو لم يذكرا صداقاً صح النكاحان وتبت لكل واحدة مهر المثل مع الدخول .

د - لو قال : زوجتك بنتي بنتة على ان تزوجني بنتك بنتة ، فقال : زوجتك وقبلت النكاح ، قال الشيخ : يصح العقدان ويبطل المهران ؛ لأنَّه شرط مع المهر تزويجاً ، وهو غير لازم ، فيبطل واذا بطل الشرط بطل المهر ؛ لأنَّ التزويج بعض^(٢٥٤) الصداق ، فإذا بطل بجهل المهر فيبطل ، وهو المشهور ، وبه قال العلامة في كتبه ، وتردد المصنف ، مما قاله الشيخ ، ومن انه شرط سائق فيجب الوفاء به لقوله عليه السلام : «المؤمنون عند شروطهم»^(٢٥٥) وكذا الزوجه وشرط ان ينكحه ابنته ولم^(٢٥٦) يذكر مهرأً ففيه التردد بين وجوب الوفاء بالشرط وعدمه .

فرع : لو قال : (زوجتك جاريقي على ان تزوجني بنتك ويكون رقبة

(٢٥١) - «م» : بحصول .

(٢٥٢) - في الأصل : (وليس) ، وما اثبتناه في سائر النسخ .

(٢٥٣) - «م» و «ن» و «ر١» بزيادة : وقبلت النكاح .

(٢٥٤) - «ن» : بعد .

(٢٥٥) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٠ من أبواب المهر ، حديث ٤ .

(٢٥٦) - «م» «ن» «ر١» : ولو لم .

جار يقي مهراً لبنتك) صع النكاحان لقبول الرقة للنقل وليس تشيريكا ؛ لأن الرقة ملك للبنت ، والبعض ملك لأبيها فلا يشتركان في البعض اثنان ، لكنه يبطل المهر ؛ لأن شرط نكاح احدهما في نكاح الأخرى ، وهو غير لازم كما قاله الشيخ رحمه الله ، ويكون لكل منها مهر المثل .

في النكاح المنقطع

قال رحمه الله : ويشترط فيها الآتيان بها بلفظ الماضي ، فلو قال : أقبل أو أرضن وقصد الأشاء لم يصح ، وقيل : لو قال : اتزوجك مدة كذا مهر كذا وقصد الأشاء فقالت : زوجتك صح ، وكذا لو قالت : نعم .

أقول : هذا قول ابن أبي عقيل لرواية ابن بن سغلب^(٢٥٧) الدالة عليه ، والمشهور عدمه ، وقد تقدم^(٢٥٨) البحث في ذلك .

قال رحمه الله : كاليهودية والتصرانة والمجوسية على أشهر الروايتين .

أقول : هذا هو المشهور ، وقد سبق^(٢٥٩) تحقيق البحث فيه .

قال رحمه الله : ولو تبين فساد العقد إما بأن ظهر لها زوج أو كانت أخت زوجته أو أمها وما شاكل ذلك من موجبات الفسخ ولم يكن دخل بها فلا مهر ، ولو قبضته كان له استعادته ، ولو تبين ذلك بعد الدخول كان لها ما أخذت ، وليس

. ٢٥٧) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٨ من أبواب المتعة ، حديث ١ .

. ٢٥٨) - ص ٢٢ - ٢٣ .

. ٢٥٩) - ص ٦٩ - ٦٨ .

عليه تسليم ما بقي ، ولو قيل : لها المهر ان كانت جاهلة ويستعاد [ما أخذت] ان كانت عالمة كان حسناً .

أقول : اذا ظهر فساد العقد في المتعة ، فان كان قبل الدخول فلا مهر وان
كان بعده قال الشيخ في النهاية : لها ما اخذت وليس عليه تسليم ما بقي ، مستدلاً
برواية حفص بن البختري (٢٦٠) في المحسن ، عن الصادق عليه السلام .

واستحسن المصنف استعادة ما أخذت مع علمها؛ لأنها بغية حيتند ولا مهر
لبغية، وثبتت المهر لها مع جهلها لما استحل من فرجها، واختاره العلامة واختار
المصنف في المختصر بطلان المسمى مع الجهل والرجوع إلى مهر المثل، واختاره
فخر الدين وأبو العباس، وهو المعتمد بطلان المقد فلا يلزم ما ذكر فيه.

قال رحمة الله : ولو قال مرة أو مرتين ولم يجعل ذلك مقيداً بزمان لم يصح ، وينعقد دافعاً ، وفيه روایة دالة على الجواز وانه لا ينظر اليها بعد ایقاض ما شرطه ، وهي مطروحة لضعفها ، ولو عقد على هذا الوجه انعقد دافعاً ، ولو قرن ذلك بعده صحيحاً متعة .

أقول : يشترط في الأجل أن يكون معلوماً مضبوطاً بما لا يحتمل الزيادة والنقصان، فلو قدره بالفعل كالمرة والمرتين، فلا يخلو اما ان يقول^(٢٦١): الفعل بعدة مضبوطة أولاً، فهنا قسمان :

أـ أن يقيده بعدها مضبوطة ، وهذا يصح قطعاً ولا يجوز له الزيادة على القدر المنشط .

بـ ان لا يقيده بعده مضبوطة ، وهذا يكون مجهولاً ، والمعتمد فيه البطلان ،
وهو اختيار العلامة واي العباس ، وقال الشيخ في النهاية ينقلب داماً ، واختاره

(٢٦٠) - الوسائل ، كتاب النكارة ، باب ٢٨ من أبواب المتعة . حديث ١ .

(٢٦١) - «م» و «ر۱»: يقرن . وفي «ن»: يقدر .

المصنف هنا ؛ لأن الأجل المجهول كغير المذكور ، وعندما انه اذا لم يذكر الأجل ينقلب دائماً ، وهو من نوع ؛ لأن المتعة من شرطها ذكر الأجل ، فإذا انتق الشروط انتق المشروط ، وهو مذهب ابن ادريس والعلامة ، واعتمد^(٢٦٢) الشیخ على ما قاله في النهاية على رواية ابن فضال ، عن القاسم بن محمد ، عن رجل سماه « قال سأله ابا عبد الله عليه السلام ، الرجل يتزوج المرأة عن فرد واحد قال لا بأس ، ولكن اذا فرغ فليحول وجهه ولا ينظر »^(٢٦٣) وهي مع ضعف الطريق مرسلة ولا تدل على مطلوب الشیخ لقوله : « فليحول وجهه ولا ينظر » دل على تحريرها بعد الفراغ من ايقاع^(٢٦٤) ما شرطه ، وهو منافي انعقاده دائماً .

فرعان :

الأول : لو عقد على مدة متأخرة عن زمان العقد صحيحاً ، ومنعت الزواج فيها بيتها ؛ لأن عليها عقد ولها زوج ، ولا يجوز ان يكون للمرأة زوجان ولا يكون عليها عقدان باجماع المسلمين ، ولا يجوز ان يتزوج بأختها وان وفت المدة بالأجل والمدة قبل حلول المدة المعينة ؛ لأنه يكون جاماً^(٢٦٥) بين الأخرين .

الثاني : لو مات بعد العقد وقبل حضور المدة المشترطة احتمل بطلان العقد ولا يهر ولا عده ؛ لأن العقد سبب لتغيير الأباحة عند حضور المدة المشترطة ، فإذا مات^(٢٦٦) زالت صلاحية التأثير فيبطل العقد .

(٢٦٢) - «م» و «ن» و «ر» : واعتقاد .

(٢٦٣) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٤٥ من أبواب المتعة ، حديث ٤ (لكن فيه «على عرد» بدل «عن فرد») .

(٢٦٤) - في الأصل : أنواع ، وما انتبهنا في بقية النسخ .

(٢٦٥) - «م» و «ن» و «ر» : من الزواج .

(٢٦٦) - «م» : جماعاً .

(٢٦٧) - «ن» : بانت .

ويحتمل عدم البطلان فيجب المهر والعدة؛ لأنّه وقع صحيحاً والموت يرفع استمراره لا ابتدائه كالدائم . وذهب فخر الدين إلى عدم جواز العقد على مدة متأخرة عنه ، واختار على القول بالجواز البطلان مع الموت قبل حضور المدة ، واحتلال عدم البطلان لا يخلو من قوة لما ثبت من تحريرها على الأزواج فيما بين العقد والمدة وتحريم اختها عليه ، وذلك لكونها زوجة ، وكل زوجة مات عنها زوجها كان عليها العدة وثبت لها المهر ، وقد ثبت أنها زوجة فتدخل في حكم الأزواج . قال رحمه الله : كل شرط يشترط فيه فلا بد أن يقرن بالإيجاب والقبول ، ولا حكم لما يذكر قبل العقد ما لم يستعد فيه ولا لما يذكر بعده ، ولا يشترط مع ذكره في العقد استعادته بعده ، ومن الأصحاب من شرط اعادته بعد العقد ، وهو بعيد .

أقول : قال الشيخ في النهاية : كل شرط يشترطه الرجل على المرأة إنما يكون له تأثير بعد ذكر ذلك العقد فان ذكر الشروط وذكر العقد بعدها كانت الشروط التي قدم ذكرها باطله لتأثيرها وأن ذكرها بعد العقد ثبت على ما شرطه وقال ابن ادريس لا شرط يجب ذكره ويلزم الا شرطان ذكر الأجل المحروس من الزيادة والتقصان والمهر المعلوم بالكيل او الوزن او المشاهده والمعتمد ان كل شرط سائع تخلل ذكره بين الأيجاب والقبول كان لازما وان كان غير سائع وتخلل ذكره بين الأيجاب والقبول كان باطلأ ومبطل للعقد ولا عبره بما تقدم على العقد ولا بما تأخر عنه سواء كان سائناً أو غير سائناً الا ان يذكر قبله ثم يعاد فيه ولو جهله كان يقول زوجتك نفسى بكذا مده كذا على ما تقدم من الشروط المذكورة فيقول قبلت فهنا يكون لها تأثير .

قال رحمه الله : لا يقع بها طلاق وتبين بانقضاء المدة ، ولا يقع بها (إيلام

ولا^(*) لعan على الأظهر ، وفي الظهار تردد ، أظهره انه يقع^(٢٦٨) .

أقول : هذه مسائل :

الأولى : لاختلاف بين الأصحاب في المستحب بها لا يقع^(٢٦٩) بها طلاق ، بل تبين بانقضاء المدة او هبتها ايها ، وفي رواية محمد بن اسماعييل ، عن أبي الحسن الرضا عليه السلام « قال : قلت : وتبين بغير طلاق ؟ قال : نعم »^(٢٧٠) .

الثانية : لا يقع بها ايلاء على أقوى الوجهين ، لظاهر قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ عَزَّمُوا الطلاق ﴾^(٢٧١) وليس في المتعة طلاق ، ولأن من لوازم الايلاء على أقوى الوجهين المطالبة بالوطي ، وذلك في المتعة منف ، وبانتفاء اللازم يتوقف المزوم . ويعتمل ضعيفاً الواقع ، وهو قول المرتضى لعموم لفظ النساء في قوله تعالى : ﴿ الَّذِينَ يَؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ﴾^(٢٧٢) ورفع العموم بقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ عَزَّمُوا الطلاق ﴾ فان عود الضمير الى بعض العام تخصيصه .

الثالثة : لا يقع بها لعan لنـي الولد ولا للقذف ، اما الأول فظاهر ، لأن الولد يتوقف بمجرد نفيه قطعاً ، ولا خلاف فيه واما الخلاف في وقوع اللعـان للقذف ، فقال الأكثر كالشـيخ وابن الحـنـيد وأبي الصـلاح والمـصنـف : لا يقع ، لصـحـيـحةـ ابنـ سـنـانـ عنـ الصـادـقـ عـلـيـهـ السـلـامـ « لـا يـلـاعـنـ الـمـرـأـةـ وـلـاـ الـذـمـيـةـ وـلـاـ الـتـيـ تـمـعـ بـهـاـ »^(٢٧٣) وهو اختيار المـلاـمةـ .

(**) - من الشرائع المطبوع.

(٢٦٨) - في « رأي » بعد المتن : أقول : سياق البحث في ذلك ان شاء الله تعالى .
(٢٦٩) - كذا .

(٢٧٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٥ من أبواب المتعة ، حديث ١ .

(٢٧١) - البقرة : ٢٢٧ .

(٢٧٢) - البقرة : ٢٢٦ .

(٢٧٣) - الوسائل ، كتاب اللعـانـ ، بـابـ ١٠ـ ، حـدـيـثـ ٢ـ .

وقال المفید بالوقوع لأنها زوجة قطعا للعلم بأنها ليست ملك عین وجعل الوطء منحصر فيها ، وكل زوجة يقع بها اللعان لعموم قوله تعالى : ﴿وَالذين يرمون أزواجاهم﴾^(٢٧٤) فان الجمع المضاف لعموم .

وجوابه ان ذلك في الدائم ؛ لأن الكتاب يخص بالسنة ، والأصح عدم الرابعة اختلقو في وقوع الظهار بها ، فقال الصدوق وابن ادریس : لا يقع ، لأن الصالحة بقاء الحال ، ولأن المظاهر يلزم بالفیفة أو الطلاق ، ولا طلاق في المتعة ، والالزام بالفیفة وحدها بعيد .

وقال الحسن والمفید والمرتضی وأکثر الأصحاب : يقع لعموم الآية ، فان المستمنع بها زوجة لما قدمناه^(٢٧٥) .

قال رحمة الله : لا يثبت بهذا العقد میراث بين الزوجین شرطا سقوطه او أطلاقا ، ولو شرطا التوارث او شرط احدهما ، قيل : يلزم عملاً بالشرط ، وقيل : لا يلزم ؛ لأنه لا يثبت الا شرعاً فيكون اشتراطًا لغير وارث ، كما لو شرط للأجنبي ، والأول أشهر .

أقول : في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

أـ تبوت الميراث بالأصل ، ويسقط باشتراط سقوطه ، وهو مذهب ابن أبي عقیل ، وحکاء المصنف في المختصر عن السيد المرتضی ، اما ثبوته بالأصل فلصدق اسم الزوجة عليها فيدخل في عموم الآية^(٢٧٦) ، واما سقوطه مع الشرط فلموثقة محمد بن مسلم^(٢٧٧) ، عن الباقر عليه السلام الدالة على المطلوب .

بـ سقوطه في الأصل وتبوته مع الشرط ، وهو مذهب ابن حمزة ،

(٢٧٤) - التور : ٦ .

(٢٧٥) - مابین القوسین ، أي من قوله : (أقول الى قوله : لما قدمناه) ليس في باقي النسخ .

(٢٧٦) - النساء : ١٢ .

(٢٧٧) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٤ من أبواب المتعة ، حدیث ٤ .

والشيخ في النهاية ، واختاره المصنف في المختصر وهو ظاهره هنا ، لحسنـة احمد بن محمد بن أبي نصر ، عن الرضا عليه السلام « قال : تزويع المـتعة نـكاح مـيراث ونـكاح بـغير مـيراث ، ان اشـرطـ المـيراثـ كانـ ، وان لمـ يـشـرـطـ لمـ يكنـ »^(٢٧٨) .
 ج - عدم ثبوته مطلقاً ، وهو مذهب أبي الصلاح وابن ادريس ، واختاره العـلـامـةـ وـابـنـهـ وـأـبـوـ الـعـبـاسـ ، وـهـوـ الـمـعـتـمـدـ ؛ لأنـهـ غـيـرـ ثـابـتـ بـأـصـلـ^(٢٧٩) الشرـعـ ، فـاشـرـاطـهـ يـعـرـىـ مـيرـاثـ الـأـجـنبـيـ ، وـهـوـ مـخـالـفـ لـلـكـاتـبـ وـالـسـنـةـ ، فـيـكـونـ باـطـلـاـ وـاـذـاـ بـطـلـ الشـرـطـ بـطـلـ الـعـقـدـ عـلـىـ القـوـلـ بـأـنـ الشـرـطـ الـفـاسـدـ يـقـضـيـ فـسـادـ الـعـقـدـ ؛ لأنـ التـراـضـيـ لـمـ يـعـصـلـ بـدـوـنـهـ .

قال رحمـهـ اللهـ : اذا انقضـيـ اـجـلـهاـ بـعـدـ الدـخـولـ فـعـدـتـهاـ حـيـضـتـانـ ، وـرـوـيـ حـيـضـةـ وـهـوـ مـتـرـوـكـ ، وـلـوـ كـانـتـ لـاـ تـحـيـضـ وـلـمـ تـيـأسـ فـخـمـسـ وـأـرـبـعـونـ يـوـمـاـ وـتـعـدـ منـ الـوـفـةـ ، وـلـمـ يـدـخـلـ بـهـاـ ، بـأـرـبـعـةـ أـشـهـرـ وـعـشـرـ اـيـامـ اـنـ كـانـتـ حـائـلـاـ ، وـبـأـبـعـدـ الـأـجـلـينـ اـنـ كـانـتـ حـائـلـاـ عـلـىـ الـأـصـحـ ، وـلـوـ كـانـتـ أـمـةـ كـانـتـ عـدـتـهاـ حـائـلـاـ شـهـرـيـنـ وـخـمـسـةـ أـيـامـ .

أـقـولـ : الـبـحـثـ هـنـاـ فـيـ مـوـضـعـيـنـ :

أـ - فيـ عـدـةـ الفـرـقـةـ بـعـدـ الدـخـولـ اـمـاـ بـاـنـقـضـاءـ الـأـجـلـ اوـ بـهـبـةـ ماـ بـقـيـ مـنـ اـيـامـهاـ ، وـقـدـ اـخـتـارـ الـأـصـحـابـ فـيـ ذـلـكـ ، قـالـ الشـيـخـ فـيـ النـهـاـيـةـ : اـنـهـ حـيـضـتـانـ اوـ خـسـةـ وـأـرـبـعـونـ يـوـمـاـ ، وـبـهـ قـالـ سـلـارـ وـابـنـ الـبرـاجـ ، وـاـخـتـارـهـ الـمـصـنـفـ وـالـعـلـامـةـ فـيـ الـقـوـاعـدـ وـالـتـحـرـيرـ ، وـقـالـ المـفـيدـ اـنـهـ قـرـآنـ لـمـ سـتـقـيمـهـ الـحـيـضـ وـبـهـ قـالـ اـبـنـ اـدـرـيـسـ ، وـاـخـتـارـهـ الـعـلـامـةـ فـيـ الـمـخـتـلـفـ ، وـقـالـ اـبـنـ اـبـيـ عـقـيلـ اـنـهـ حـيـضـةـ وـاـحـدـةـ ، وـقـالـ اـبـنـ بـابـيـهـ :

.
 (٢٧٨) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٣٢ من أبواب المـتعـةـ . حـدـيـثـ ١ .
 (٢٧٩) - «مـ» وـ «نـ» : فـيـ أـصـلـ .

حضرية ونصف ، ودليل الجميع الروايات^(٢٨٠) . وأطبق الجميع على خمسة وأربعين يوماً للمسترابة ، ولافرق هنا بين الحرة والأمة .

ب - في المتوفى عنها ، وقد اختلف الأصحاب في كميتهما ، والمشهور أنها أربعة أشهر وعشرة أيام ان كانت حائلاً ، وبأبعد الأجلين ان كانت حاملاً ، وقال المفید وسلام : أنها شهرين وخمسة أيام ، وعند ابن أبي عقيل عدة المحامل في الوفاة بوضع الولد ولم يعتبر الشهور وهو شامل للدائم والمنتقطع والحرجة والأمة ، المعتمد هو المشهور .

واما عدة الأمة المتوفى عنها في المتعة فشهران وخمسة أيام ان كانت حائلاً وبأبعد الأجلين ان كانت حاملاً ، اختاره المفید والمصنف ، والعلامة في القواعد والتحریر ، وقال ابن ادریس : أنها أربعة أشهر وعشرة أيام كالحرجة وقواه العلامة في المختلف ، واختاره أبو العباس للعموم^(٢٨١) ، ول الحديث زرار^(٢٨٢) ، عن الباقي عليه السلام الدالة عليه ، فيكون عدة الأمة في المتعة أطول منها في الدائم .

(٢٨٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٤٣ وباب ٤٥ وباب ٢٢ من أبواب المتعة ، وباب ١٢ من أبواب ما يحرم بالاستيفاء ، وباب ٥٢ من أبواب العدد .

(٢٨١) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٥٢ من أبواب العدد ، حديث ١ .

(٢٨٢) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٥٢ من أبواب العدد ، حديث ٢ .

في نكاح الأماء

قال رحمه الله : لا يجوز للعبد ولا للأمة ان يعقدا لأنفسهما نكاحاً الا باذن المالك ، فان عقد احدها من غير اذن وقف على اجازة المالك ، وقيل : يكون اجازة المالك كالعقد المستأنف ، وقيل : يبطل فيها وتلغى الأجازة ، وفيه قول رابع مضمونه اختصاص الاجازة بعقد العبد دون الأمة ، والأول أظهر .

أقول : حكم المصنف هنا أربعة أقوال :

أ - وقوعه موقوفاً ، وهو المشهور واختاره المصنف والعلامة وابن ادريس في أول بحثه .

ب - كون الأجازة كالعقد المستأنف ، وهو قول الشيخ في النهاية ، والفرق بينه وبين الأول انه في الأول يحكم بصححة العقد من حين وقوعه ، وفي الثاني من حين الاجازة ، ويترفع على ذلك : ما لو كان عنده اخت الزوجة حين العقد وحصلت الاجازة بعد موتها او فارقها بائنا ، فإنه يبطل على الأول ويصبح على الثاني .

ج - البطلان فيها اي في العبد والأمة ، وهو قول الشيخ في المبسوط و

الخلاف ، واختاره ابن ادريس في آخر بحثه .

د- اختصاص الاجازة بعقد العبد دون الأمة ، وهو قول ابن حمزة ، والطريق الروايات (٢٨٣) ، وقد سبق (٢٨٤) البحث في ذلك .

قال رحمه الله : ولو كان أحد الزوجين حرأ الحق الولده ، سواء كان الحر هو الأب أو الأم ، الا ان يشترط المولى رق الولد ، فان شرط لزم الشرط على قول مشهور .

أقول : هذا هو المشهور لا أعلم فيه خلافاً ، ولم يجز المصنف هنا وتردد في المختصر ، ووجهه ان الولد منعقد حرأ مع عدم الشرط ، والشرط اذا اشتمل على استرقاق الحر كان باطلأ .

والجواب ان شرط استرقاق الحر بعد انعقاده حرأ غير جائز ، اما الشرط قبل الانعقاد (٢٨٥) فلا مانع منه اذا كان أحد أبويه رقاً لعموم : « المؤمنون عند شروطهم » (٢٨٦) وحيثند ينعقد رقاً .

قال رحمه الله : وكذا لو عقد عليها لدعواها الحرية لزمه المهر ، وقيل : عشر قيمتها ان كانت بكرأً أو نصف العشر ان كانت ثبياً ، وهو المروي ، ولو كان دفع اليها مهرأً استعاد ما وجد منه وكان ولدها منه رقاً ، وعلى الزوج ان يفكهم بالقيمة ويلزم المولى دفعهم اليه ، ولو لم يكن له مال سعى في قيمتهم ، وان أبي السعي فهل يجب ان يدفعهم للأمام ؟ قيل : نعم تعويلاً على رواية فيها ضعف ، وقيل : لا يجب ؛ لأن القيمة لازمة للأب ؛ لأنه سبب الحيلولة ، ولو قيل : بوجوب الفدية على الإمام ، فمن أي شيء يدفعهم ؟ قيل : من سهم الرقاب ، ومنهم من

(٢٨٣)- الوسائل ، كتاب النكاح ، باب النكاح ، باب ٢٢ ، ٢٤ ، ٢٦ ، ٢٩ ، من أبواب نكاح العبيد والأماء .

(٢٨٤)- ص ٣٢ .

(٢٨٥)- «ن» : انعقاده .

(٢٨٦)- الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٠ من أبواب المهر ، حديث ٤ .

اطلق .

أقول : اذا ادعت المغيرة فتزوجها على ظاهر الحال ، ثم ظهرت أمة كان البحث في أماكن .

أ - في المهر ، وهو واجب هنا اجماعاً ؛ لأنّه وطى ، ليس بزنا ولا ملك يعين ، فيجب فيه المهر ، وفي قدره خلاف :

الأول : قال ابن البراج : يلزم المسمى ، واختاره العلامة ؛ لأنّه عقد صحيح قبض فيه أحد العوضين فيجب الموضع الآخر .

الثاني : العشر مع البكاره ونصفه مع الثيوبه ، وهو اختيار ابن حمزة وأبي علي ابن الجنيد لرواية الوليد بن صبيح ^(٢٨٧) ، عن أبي عبد الله عليه السلام .

الثالث : مهر المثل ، وهو قول الشيخ في المبسوط لظهور فساد العقد فيكون شبهة فيلزم مهر المثل .

ب - في حكم الأولاد فقد حكم المصنف برقمهم والزام الأب لنکتهم مع الايسار وبالاستعاء ^(٢٨٨) مع الاعسار ، والزام المولى بتسلیمهم اليه عند دفع قيمتهم ، وهو مذهب الشيخ وابن حمزة لما رواه سماعة ، عن الصادق عليه السلام « قال : سأله عن مملوكة أنت قوماً وهي تزعم أنها حرّة ، فتزوجها رجل منهم وأولادها ولداً ، ثم ان مولاها اتاهم فاقام عندهم البينة انها مملوكته ، واقررت الجارية بذلك ؟ قال : تدفع الى مولاها هي وأولادها ^(٢٨٩) ، وعلى مولاها ان يدفع ولدها الى أبيه بقيمتها يوم يصير اليه ، قلت : فان لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنته به ؟ قال : يسعني ابوه في ثمنه حتى يؤديه ويأخذ ولده ، قلت : فان أبي الأب ان يسعني

(٢٨٧) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد ، حدیث ١ .

(٢٨٨) - «م» : وبالمعنى .

(٢٨٩) - «م» «ن» «ر» : ولدها .

في ثمن ابنه عنده ؟ قال : فعل الامام ان يفديه ولا يعيلك ولد حر «(٢٩٠)».

دللت هذه الرواية على أمور :

الأول : كون الولد رقاً للسيد ، لقوله «تدفع هي وولدها» ، وبه قال الشيخ في النهاية وابن البراج وابن حمزة والمصنف ، والعلامة في القواعد والتحرير ، وقال أبو الصلاح : يكون الولد حرأً وعليه قيمته لمولى الأمة ، وبه قال ابن ادريس والعلامة في المختلف ، واختاره أبو العباس في المذهب وقوله في آخر الرواية : « ولا يعيلك ولد حر » بتنوين الدال والراء ، يدل عليه ، ومن اضافة نفي الأستدلال .

الثاني : دلت على لحقوق النسب ، لقوله عليه السلام : «يسعني أبوه في ثمنه» ، وهو اجماع .

الثالث : دلت على وجوب قبول القيمة على السيد ودفعه الى أبيه عند دفع القيمة وهو اجماع ايضاً .

الرابع : اعتبار القيمة يوم دفعها اليه ، والمصنف هنا ، والعلامة في القواعد وابن ادريس أوجبوا القيمة يوم سقوطه حرياً ، لأنه وقت الحيلولة .

الخامس : جواز حجر السيد على الولد حتى يقبض قيمته ، لقوله عليه السلام فيها : « حتى يؤذبه ويأخذ ولده » ، وهو جيد على القول بانعقاده رقا ، ويشكل على القول بانعقاده حرأً .

السادس : وجوب السعي على الأب مع اعساره ، وحمل بعضهم الأمر بالسعي على سيل الاستحباب لا الوجوب .

السابع : مع تعذر الفك من جهة الأب ، قال الشيخ : يفكهم الامام من سهم الرقاب ، وتبعه ابن حمزة ، وليس في الرواية ما يدل على ان الفك من جهة سهم

(٢٩٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، حدث ٥ .

الرقب ، وقال ابن ادريس : الذي يقتضيه أصول المذهب ان الامام لا يعطي مولى الجارية قيمتهم من سهم الرقب ؛ لأن ذلك السهم خصوص بالعبيد والذاتيين ، وهؤلاء غير عبيد ولا ذاتيين ، بل هم احرار في الأصل انعقدوا بذلك ما مسهم رق ، وقد وصفه انه ولد ، فكيف يشتري الحر من سهم الرقب ؟ وانما اغناهم في ذمة أبيهم ؛ لأن من حقهم ان يكونوا رقاً لمولى الأمة ، فلما حال الأب بينه وبينهم بالحرية وجب عليه قيمتهم يوم وضفهم أحيا ، وهو وقت الحيلولة .

والعلامة في المختلف جوز دفعه من بيت المال لا على سبيل الوجوب ، بل على سبيل المحواز ؛ لأنه لصالح المسلمين . وانما حصل الخلاف في بعض الأحكام لما تضمنه^(٢٩١) الرواية ؛ لأنها ضعيفة السندي ؛ لأن ساعة واقفي ، فلهذا رجع بعضهم فيها خالفت فيه الأصل الى الأصل وترك العمل بها .

الثامن : لو تذر فكه ، قال أين حجزة ؛ بقي الولد رقاً حتى يبلغ ويسمى في فكاك رقبته ، وهو بناءً على مذهبه من انعقاده رقا ، وقال أبو العباس : يبق في يد السيد مع انه اختار ان الولد حر في الأصل وان وجوب القيمة على أبيه من باب الالتفاف ، وفي الجمع بين انعقاده حرًا وبين ابقاره في يد السيد مع تذر الفك اشكال ؛ لأنه يكون^(٢٩٢) معاقباً بجنائية غيره ، بل يكون القيمة متعلقة بذمة الأب توخذ منه مع يساره وينظر مع اعساره ، ويحاصل الترميم بعد موته ، وبالجملة حكمها كالدين ، ويجوز ان يدفع من سهم الفارمين .

ج - في حكم الرجوع بالمهر وقيمة الولد على من دلسها فان كانت هي دلست نفسها بدعواها الحرية رجع عليها بعد العتق ، ولو تزوجها على ظاهر الحال من غير دعواها للحرية فلا رجوع على احد لعدم الفرور ، والتبرير حصل

(٢٩١) - «م» و «ن» و «ر١» : تضمنته .

(٢٩٢) - «م» و «ن» و «ر١» : يصر .

من طرفه بتركه للسؤال ، وكذلك الزوجها على سماعه لشهادة (٢٩٣) شاهدين بالحرية من غير ان يحكم المحاكم بشهادتها ، ولو كان المدلس هو السيد فان تلقيظ بما تقتضي الحرية حكم عليها (٢٩٤) بها ، ويثبت العقد وكان المهر لها عملاً ظاهر اقراره ، وان لم يتلقيظ بما يوجب الحرية لم تتحقق وسقط عن الزوج قيمة الولد والمهر الا اقل ما يصلح ان يكون مهراً ، قاله الشيخ في المبسوط ، واختاره العلامة في القواعد . ولو كان المدلس اجنبياً رجع عليه بالجيمع ، ولو تزوجها بشهادة شاهدين ، وحكم المحاكم بشهادتها (نعم) (٢٩٥) ظهرت الرقية فان كان برجوعها عن الشهادة لم تقبل ذلك في حق الزوج ولا الزوجة وغرماً للسيد قيمة الجارية وقيمة الولد والمهر واستمر النكاح ، وان كان بتزويدهما حكم بفساد النكاح وردة رقا وغرم الزوج المهر وقيمة الولد ، ويرجع به عليهما : لأنهما سبب الغرور .

قال رحمه الله : اذا زوج المولى عبد امته هل يجب ان يعطيها المولى شيئاً من ماله ؟ قيل : نعم ، والاستحساب أشبه .

أقول : بالوجوب قال الشيخ في النهاية ، وابن الجنيد وابن حزرة وأبو الصلاح وابن البراج ، لما رواه الشيخ في التهذيب في الصحيح ، عن محمد بن مسلم ، عن الباقر عليه السلام « عن الملوك يكون مولاه أو مولاته امة يريدها يجمع بينها ، اينكحه نكاحاً ، او يجزيه ان يقول : انكحتك فلانة ويعطي من قبله شيئاً أو من قبل العبد ؟ قال : نعم ولو مد ، وقد رايته يعطي الدراما » (٢٩٦) ومثله ما

(٢٩٣) - «م» «ن» «ر» : شهادة .

(٢٩٤) - «م» «ن» «ر» : عليه .

(٢٩٥) - من «م» و «ن» و «ر» .

(٢٩٦) - التهذيب ٧: ٣٤٦، حديث ٤٧. ورواه في الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٤٣ من أبواب نكاح العبيد والأماء ، حديث ٣.

رواه الصدوق محمد بن بابويه في كتابه في الصحيح ، عن العلا ، عن محمد ابن مسلم ، عن الباقر عليه السلام ، « قال : سأله عن الرجل كيف ينكح عبده أمه ؟ قال : يجوز له أن يقول : قد انكحتك فلانة ، ويعطيها شيئاً من قبله أو من مولاه ولو مد من طعام أو درهم أو نحو ذلك »^(٢٩٧) وبعدم الوجوب قال ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة ؛ لأن مهر الأمة للمولى ، وهو لا يستحق في ذمة نفسه شيئاً ولا يثبت له في ذمة عبده مال ، وحملوا الروايات^(٢٩٨) الواردة بالدفع على الاستحباب جبراً لخاطر الأمة ورفعاً لمزلة العبد عندها وجبراً له أيضاً .

تبنيه : صيغة العقد هنا على ما تضمنته الرواية أن يقول : (انكحتك فلاناً) أو (انكحتك فلانة) من غير افتقار إلى قبول من العبد ولا السيد ، لقوله في الرواية : « وانه يجوز له أن يقول : انكحتك فلانة » ولم يذكر القبول ، فلو كان القبول شرطاً كان ما جعله بجزياً غير بجز ، فظهوره أن القبول غير شرط حيث اجترأ بذاته .

قال العلامة في التواعد : ولو زوج عبده أمه في اشتراط قبول المولى أو العبد اشكال ، ينشأ من أنه عقد أو اباحة ، (فعنده من يقول)^(٢٩٩) : أنه عقد - كما هو المشهور بين الأصحاب - افتقر إلى قبول ؛ لأن كل عقد يفتقر إلى إيجاب وقبول ، وان قيل : انه اباحة - كمذهب ابن ادريس - لم يفتقر إلى قبول ، وجزم في التحرير والمختلف أنه عقد ، ومنع من كونه اباحة .

وأجاب في المختلف عن حجة ابن ادريس : انه ليس عقداً ؛ لأنه لا يفتقر إلى القبول ، ولو كان عقداً لأفتقر إليه بأن القبول إنما يشترط في حق من يملكه ،

(٢٩٧) - الفقيه ٣ : ٢٨٤ ، حديث ١ ، ورواه في الوسائل ، باب ٤٣ من أبواب نكاح العبيد ، حدثت ١ (باختلاف يسير فيها) .

(٢٩٨) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٤٣ من أبواب نكاح العبيد والأماء .

(٢٩٩) - « ر ١ » : فانه ان قيل .

والعبد هنا لا يملك القبول ، سواء قلنا انه عقد أو اباحة ؛ لأن النكاح مبني على الاحتياط التام ، ومع احتفال اشتراط القبول وعدمه اذا اقى بالقبول صح النكاح قطعاً ، واذا لم يأت به كان مشكوكاً فيه ، فالاحتياط يقتضي القول بوجوب القبول ، وهو حسن .

قال رحمه الله : لو تزوج أمة بين شريكين ، ثم اشتري حصة احدهما بطل العقد وحرم عليه وطؤها ، ولو امضى الشريك الآخر العقد بعد الابتیاع لم يصح ، وقيل : يجوز له وطؤها بذلك ، وهو ضعيف ، ولو حللها له ، قيل : تحل ، وهو المروي ، وقيل : لا ؛ لأن سبب الاستباحة لا يتبعض .

أقول : اذا ملك بعض زوجته بطل عقده عليها ؛ لأنه لا يستقر عقد انسان على ملكه ، ويحرم عليه وطؤها لعدم اختصاصه بذلكها ، وهل هناك طريق الى اباحتها (سوى اشتري)^(٣٠٠) الباقى ؟ قيل : لا ؛ لأن سبب الاباحة لا يتعدد ولا يتبعض ، وهو مذهب ابن الجنيد ، و اختياره المصنف والعلامة فخر الدين وأبو العباس ، وهو المعتمد .

وقال الشيخ في النهاية : اذا امضى الشريك الآخر العقد بعد الابتیاع جاز وطؤها . واستبعضه المصنف ؛ لأن العقد الأول قد بطل بالشراء فلا يصير صحيحاً بالأجازة ، وعقد البيع أوقعه الشريك ، فلا يفتقر الى اجازة ، فقول النهاية لا وجه له .

وقال ابن ادریس : الأولى ان يقال : او يرضا مالك بضمها^(٣٠١) ، بأن يبيحه وطي ما يملكه فيها ، ويطأها بالملكية والأباحة دون العقد ؛ لأن الفرج لا يتبعض ، فيكون بعضه بالملك وبعضه بالعقد . هذا مذهب ابن ادریس : ويعضده رواية محمد

(٣٠٠) - كذا في «م» و «ن» وفي الأصل كلمة غير مقروءة ، وفي «ر١» : سواء سرى .

(٣٠١) - «م» و «ر١» : نصفها .

بن مسلم (٣٠٢)، عن أبي جعفر عليه السلام.

وفيه اشكال لتعدد الأسباب فلا طريق الى اباحتها بدون شراء للباقي.

قال رحمه الله : وكذا لو ملك نصفها و كان الباقي حراً لم يجز له و طرزاها بالملك

ولا بالعقد (٣٠٣)، فان ها ياماها على الزمان ، قيل : يجوز ان يعقد عليها متعة في الزمان
المخصص بها ، وهو مروري ، وفيه تردد لما ذكرناه من العلة .

أقول : قوله : (وكذا) عطف على المنع من وطى من ملك بعضا ، فاذا كان

البعض الآخر حرراً فهيا لها مولاها على الزمان ، قال في النهاية : يجوز نكاحها
متعة في ايامها ؛ اعتقاداً على رواية محمد بن مسلم (٣٠٤)، عن الباقر عليه السلام ،

ولأنها في أيامها كالحررة .

ومن المصنف والعلامة ؟ لأن الفرج لا يتبعض ، اما جواز متعتها لغيره باذنه

فهو جائز .

قال رحمه الله : فاذا اعتقت المملوكة كان لها فسخ نكاحها سواء كانت تحت حر

أو عبد ، ومن الأصحاب من فرق ، وهو الأشبه ، وال الخيار على الفور .

أقول : لاختلاف في ثبوت الخيار لها اذا كان زوجها عبداً ، واختلفوا في ثبوت الخيار لها اذا كان زوجها حرراً ، فالشيخ في النهاية والمفيد وابن البراج وابن الجنيد وابن ادريس لم يفرقوا بين الحر والعبد ، واختاره المصنف في المختصر والعلامة وابنه ، وهو المعتمد .

واختار الشيخ في المسوط والخلاف عدم ثبوته اذا كانت تحت حر ،

(٣٠٢) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٤١ من أبواب نكاح العبيد ، حدث ١ . رواه الشيخ الصدوق عن محمد بن مسلم .

(٣٠٣) - في الشرائع المطبوع : بالعقد الدائم .

(٣٠٤) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٤١ من أبواب نكاح العبيد ، حدث ١ . رواه الشيخ الصدوق عن محمد بن مسلم .

واختاره المصنف هنا ، واصل الخلاف ينشأ من اختلاف الرواية^(٣٠٥) في واقعة بريرة ، ففي بعضها : ان زوجها كان حراً ، وفي بعضها : انه كان عبداً ، وذلك ان عائشة اشتربت ببريرة ، وهي تخت زوج واعتقتها ، فخيرها رسول الله .

وقد ورد في بعض^(٣٠٦) روايات اصحابنا : ان زوجها كان حراً ، وكذا ورد من طريق العامة^(٣٠٧) ، وروى ابن عباس : « ان زوج بريرة كان عبداً أسود اسمه مغيث ، كأنني انظر اليه يطوف خلفها وهو يبكي ودموعه تجري على لحيته » ، فقال النبي صل الله عليه وآله وسلم للعباس : يا عباس الا تعجب من حب مغيث بريرة ومن بعض بريرة مغيثاً ؟! فقال لها صل الله عليه وآله : لو راجعتيه فانه أبو ولدك ، فقالت : يا رسول الله اتأمرني ؟ فقال : اغا اشفع ، فقالت : لاحاجة لي فيه»^(٣٠٨) .

أحتاج الشيخ على الفرق باختصاص النص بالعبد فيختص بالحكم دون الحر ؛ لأن المقد قد ثبت ، والخيار يحتاج إلى دليل .

واحتاج المثبتون بأن المقتضي للخيار في العبد موجود في الحر ، وهو ملكها نفسها لقوله عليه السلام لبريرة : « ملكتي بضمك ، فاختاري »^(٣٠٩) ولم عليه روايات^(٣١٠) والخيار اغا هو على الفور .

(٣٠٥) - لاحظ باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والاما .

(٣٠٦) - لم نعثر عليها ، بل يوجد روايات مطلقة مثل (كان لها زوج) أو (كانت تخت زوج لها) ولا يوجد فيها وصف الزوج بأنه حر أو عبد .

(٣٠٧) - سنن البيهقي : ٧، ٢٢٢ .

(٣٠٨) - مستدرك الوسائل ١٥ : ٣٢ ، حدیث ٣ .

(٣٠٩) - هذا النص غير موجود بيته . ومضمونه في الوسائل ، باب ٥٢ نكاح العبيد ، ح ٦ و ٩ . ومسند أحمد ١ : ٢١٥ .

(٣١٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد ، حدیث ١١ وغيرها .

فروع :

الأول : لو أخرت الفسخ لجهالة العتق لم يسقط خيارها لاستحالة تكليف الغافل .

الثاني : لو أخرته لجهالة ثبوت الخيار احتمل السقوط ؛ لأن جاهم الحكم لا يعذر ، ويتحمل عدم السقوط ؛ لأن حكم خفي لا يجب معرفته على الأعيان وكان جاهمه معدوراً والا لزم المرجح ، وإنما الحكم الذي لا يعذر جاهمه الذي يجب معرفته على الأعيان ، ودفائق الفقه معرفتها واجبة على الكفاية دون الأعيان ، فيكون الجاهم بها معدوراً حتى يعلم بها باجتهاد أو تقليد لأهله .

الثالث : لو علمت بالعتق وال الخيار وأخرته لجهلها بالفورية ، احتمل مساواته لجهل أصل الخيار لاتمام طريق المسألتين ؛ لأن العلة فيها واحدة ، وهي جهل الحكم فان عذر هناك عذر هنا والا فلا .

ويحتمل الفرق بين جهل أصل الخيار وجهل الفورية ، والحكم بالعذر في الأول دون الثاني ؛ لأنها إذا لم تعلم بأصل الخيار كان التأخير لنغير الأهمال والتقصير فلا يظهر منها امارة^(٣١١) الرضا ، بخلاف ما إذا علمت بشيئوت الخيار هاتم آخرته ، فان التأخير هنا امارة دالة على الرضا وان جهلت الفورية .

الرابع : لو اعتقت في العدة الرجعية كان لها خيار الفسخ فيمتنع الرجعة حينئذ ، وتكميل عدة الحرة ، ولو اختارت البقاء على النكاح لم يصح ؛ لأنها جارية إلى بيئتها ، ولا يسقط خيارها لو راجعها في العدة فتعمد عدة أخرى من حين الفسخ .

الخامس : لو اعتقت الصبية أو المجنونة كان لها الخيار عند زوال العذر . قال رحمه الله : ويجوز ان يجعل عتق الأمة صداقها ويبثت عقده عليها

شرط تقديم لفظ العقد على العتق، بأن يقول: تزوجتك واعتقتك وجعلت عتقك صداقك؛ لأنَّه لو سبق العتق كان لها الخيار في القبول والامتناع، وقيل: لا يشترط؛ لأنَّ الكلام المتصل كالمجملة الواحدة، وهو حسن، وهو حسن، وقيل: يشترط تقديم العتق؛ لأنَّ بعض الأمة يباح لمالكها فلا يستباح بالعقد مع تحصيق الملك، والأول أشبه*. .

أقول: الأصل في هذه المسألة واقعة صفيه بنت حي بن اخطب من ولد هارون بن عمران عليهما السلام، اصطفاها النبي صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَاٰلِهٖ وَسَلَّمَ من الفنية يوم فتح خير، واعتقها وتزوجها، جعل عتقها صداقها بعد ان حاضرت حيضة^(٣١٢) واجمعت الامامية (اصحابنا)^(٣١٣) على انها من السنن المباحة المشروعة لجميع الأمة، فإنه يجوز لكل واحد من أمة محمد صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَاٰلِهٖ وَسَلَّمَ ان يعتق امهه ويتزوجهها ويجعل عتقها صداقها، وأكثر الجمهور جعلوا ذلك من خصائص النبي صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَاٰلِهٖ وَسَلَّمَ.

فإذا ثبت ذلك، فهل يشترط تقديم النكاح او تقديم العتق او لا يشترط احدهما؟ حكى المصنف ثلاثة أقوال، وقد أشار إلى وجوبها^(٣١٤) بما فيه كفاية.

أ - قول الشيخ في النهاية وابن البراج وابن ادريس ، واختارة المصنف .

ب - قول أبي الصلاح ، واختارة العلامة في المختلف وفخر الدين وأبو العباس ، وهو المعتمد .

ج - قول الشيخ في الخلاف .

تنبيه: هل يشترط في هذا العقد القبول؟ أطلق جميع الأصحاب صحة هذا

(٣١٢) - في الشرائع المطبوع: أشير.

(٣١٣) - البحار: ٢١: ٢٤.

(٣١٤) - ليس في «م» و «ن» و «ر». .

(٣١٤) - «ن»: أجودها.

العقد ولم يذكروا فيه القبول تبعاً لواقعه صفة المتقدم ذكرها ولم يستقل اعتبار قبوها ، لأن (سبب حريتها تزويج السيد بها فلو اعتبرنا قبوها لزوم الدور لأن اعتبار قبوها)^(٣١٥) سبب حريتها ، وحريتها متوقفة على التزويج ، فلو توقف التزويج على القبول لزم الدور فلا يفتقر إلى القبول .

واستشكل العلامة في قواعده اشتراط قبوها من انه عقد نكاح^(٣١٦) ، فاشترط فيه القبول كغيره من عقود النكاح ، والأول هو المعتمد ؛ لأن هذا العقد مخالف للأصل وإنما صير إليه لأجل النص ، فيجب المتابعة على ما ورد فيه النقل . قال رحمه الله : وام الولد لا تعتق إلا بعد وفاة مولاهما من نصيب ولدها ، ولو عجز النصيب سعت في المتخلف ولا يلزم على ولدها السعي فيه ، وقيل : يلزم ، والأول أشبه .

أقول : الزام ولدها بالسعي في المتخلف مذهب الشيخ في المسوط ، وبه قال ابن حزة لرواية يونس بن يعقوب^(٣١٧) ، ووجوب السعي عليها مذهب ابن ادريس والمفيد ، واختاره المصنف والعلامة لأصالة براءة ذمة الولد من وجوب السعي عليه .

قال رحمه الله : ويجوز بيعها (مع وجود ولدها) * في ثمن رقبتها .

أقول : قد سبق البحث في ذلك في باب البيع ، وقد ذكرنا جواز بيعها في اثنى عشر موضعأ .

قال رحمه الله : لو كان ثمنها ديناً فتزوجها المالك وجعل عتقها مسهرها ثم

(٣١٥) - ليس في «ر١» .

(٣١٦) - في الأصل : النكاح .

(٣١٧) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٥ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، حدث ٢ . راجع المدائق ٢٤ : ٢٦٩ .

(*) - من الشرائع المطبوع .

أولدها وأفلس بثمنها ومات بيعت في الدين ، وهل يعود ولدتها رقاً ؟ قيل : نعم لرواية هشام بن سالم ، والأشبه انه لا يبطل العتق ولا النكاح ولا يرجع الولد رقاً لتحقق الحرية فيها .

أقول : روى الشيخ في الصحيح ، عن هشام بن سالم ، عن أبي بصير ، « قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام وانا حاضر عن رجل باع من رجل جارية بكرأاااالى سنة فلما قبضها المشترى اعتقها من الغد وتزوجها وجعل مهرها عتقها ، ثم مات بعد ذلك بشهر ؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام : ان كان الذي اشتراها الى سنة له مال أو عنده ما يحيط بقضاء ما عليه من ثمن ^(٣١٨) رقتها كان عنته ونكاحه جائزان ، وإن لم يكن يملك ما يحيط بقضاء ما عليه من ثمن رقتها كان عنته ونكاحه باطلان ؛ لأنه عتق ما لا يملك ، وارى أنها ملولاها الأول ، قيل له : فان كانت قد علقت من الذي اعتقها وتزوجها ، ما حال الذي في بطنها ؟ قال : الذي في بطنها مع امه كهيبتها » ^(٣١٩) وبضمون هذه الرواية أفتى الشيخ في النهاية ، وابن البراج وابن الجنيد .

وقال ابن ادريس : لا يبطل العتق ولا النكاح ؛ لأنهما صادفا ملكاً صحيحاً ، والولد قد انعقد حراً فلا سبيل الى بطلان ذلك . واعتباره المصنف والعلامة وفخر الدين وأبو العباس ، وهو المعتمد ؛ لأن هذه الرواية قد خالفت اصلين قطعيين يجمع على عدم جواز عغافتها : الأولى : اقتضت بطلان العتق بعد وقوعه صحيحاً لصدوره من مالك بالغ عاقل جائز التصرف ، مع ان العتق اذا وقع صحيحاً لم يجز ابطاله قطعاً . الثاني : انها اقتضت استرقاق مولود بين حرين ، وهو يجمع على بطلانه ، فلا يرجع عن الأصول القطعية الا بأدلة قطعية مثلها ، ولم

(٣١٨) - « م » و « ن » و « رأ » : الدین فی .

(٣١٩) - التهذيب ٨: ٢١٣ ، حدیث ٧٦٢ ، ورواه في الوسائل ، كتاب العتق ، باب العتق ، حدیث ١.

يحصل.

وأول اصحابنا الرواية بتأويلات لا يخلو احدها من ضعف ، فلافائدة في ايرادها ، بل اما ان يرجع الى صورة النص من غير تأويل ، كمذهب الشيخ ومن تابعه ، او الى الأصول المسلمة كمذهب ابن ادريس ومن تابعه من غير توسط تأويل .

قال رحمه الله : وكذا حكم العبد اذا كان تحته أمة ، ولو كان تحته حرفة بيع
كان للمشتري الخيار على رواية فيها ضعف .

أقول : اذا يبعت الأمة المزوجة كان للمشتريها الخيار وان كانت تحت حر ،
ولو بيع العبد المزوج كان للمشتريه الخيار اذا كانت زوجته أمة ، ولو كانت حرقة هل
يكون لها خيار ؟ قال الشيخ في النهاية والقاضي وابن حمزة : نعم ، واختاره العلامة
وأبو العباس لرواية محمد بن علي ^(٣٢٠) ، عن أبي الحسن عليهم السلام ، ومنع ابن
ادريس لأصلية بقاء العقد .

فرع : لو كان المشتري جماعة ، فاختار بعضهم الفسخ وبعضهم الامضاء ، قدم
اختيار الفاسخ .

قال رحمه الله : لو باعها بعد الدخول كان المهر للأول ، سواء اجاز الثاني أو
فسخ ، لاستقراره في ملك الأول ، وفيه أقوال مختلفة ، والمحصل ما ذكرناه .
أقول : اختيار المصنف هو مذهب ابن ادريس ، واختياره العلامة ، وهو
المعتمد .

وقال الشيخ في المبسوط : ان كان الأول قبض المهر فهو له ، فان كان بعد
الدخول استقر ، وان كان قبله رد نصفه وان كان لم يقبضه فلا مهر لها لا للأول ولا
للثاني ، فان اختار المشتري الامضاء ولم يكن قبض الأول المهر كان للثاني ؛ لأنه

(٣٢٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٦٤ من أبواب نكاح العبيد والأماء ، حدیث ٤ .

تجدد في ملكه ، فان دخل بها بعد الشراء استقر الكل ، وان طلقها قبل الدخول كان عليه نصف المهر للثاني ، وان كان الأول قد قبض المهر ورضي الثاني بالعقد لم يكن له شيء ، فان باعها قبل الدخول فرضي المشتري بالعقد ودخل بها الزوج بعد البيع كان نصف المهر للسيد الأول ونصفه للثاني ، وان كان قد قبض الأول بعض المهر ثم باعها لم يكن له المطالبة بباقي المهر سواء دخل بها او لم يدخل ؛ لأنه حال بيته وبين الاستمتعان بها ، فان كان الثاني رضي بالعقد كان له المطالبة بباقي المهر (سواء دخل بها أو لم يدخل) ^(٣٢١) وان لم يرض لم يكن له ذلك .
ومستنده في ذلك رواية سعدان بن مسلم ^(٣٢٢) ، عن أبي بصير ، عن احدهما عليها السلام .

قال رحمه الله : لو زوج عبد بحرة ثم باعه قبل الدخول ، قيل : كان للمشتري الفسخ ، وعلى المولى نصف المهر ، ومن الأصحاب من انكر الأمرين .
أقول : المنكر ابن ادريس فإنه انكر ثبوت الفسخ لشري العبد اذا كان تخته حرة ، وقد سبق البحث في ذلك ، وعلى تقدير الفسخ انكر تنصيف المهر ، وواجب الجميع على السيد ؛ لأن البيع يجب الجميع بالعقد ، واما تنصف بالطلاق ولم يحصل فلا يسقط منه شيء لأصله بقاء حق المسلم ما لم يعلم سقوطه ، وهو لا يعلم بغير الطلاق .

ووجوب التنصيف خاصة مذهب الشيخ رحمه الله وابن البراج وابن حزرة ، واختاره المصنف والعلامة وفخر الدين ؛ لأن البيع سبب التفريق فإذا انضم اليه فسخ المشتري كمل السبب فيسقط نصف المهر كالطلاق ، ولرواية علي بن

(٣٢١) - ليس في «م» و «ن» و «ر» .

(٣٢٢) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٨٧ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، حدث ١ .

حرمة^(٣٢٣) ، عن أبي الحسن عليه السلام ، الدالة على المطلوب .

قال رحمة الله : لو باع أمته وادعى ان جلها منه ، وانكر المشتري لم يقبل قوله في إفساد البيع ويقبل في التحاقد الولد ؛ لأنه اقرار لا يتضرر به الغير ، وفيه تردد .

أقول : منشأه من انه اقرار لا يتضرر به المشتري ؛ لأنه لا يخرج عن ملكه بنفس الاقرار ، بل هو وأمه باقيان على ملك المشتري وان التحقق نسبة بالمقابل ، ومن احتفال تطرق الضرر الى مالكه كما لو مات أبوه من غير وارت سواه ، فانه يشتري قهراً على مالكه ، وهو عليه ضرر ، وكل اقرار يتضرر به الغير فهو غير مقبول .

قال رحمة الله : ولو زوجه امته كان عقداً صحيحاً لا اباحة ، وكان الطلاق بيد المولى ولو ان يفرق بينهما بغير لفظ الطلاق ، مثل أن يقول : فسخت عقد كما ، أو يأمر احدهما باعتزال صاحبه ، وهل يكون هذا اللفظ طلاقاً ؟ قيل : نعم حتى لو كرره مرتين وبينهما رجعة حرمت حتى تنكح غيره ، وقيل : يكون فسخاً ، وهو أشبى .

أقول : اذا فرق بينهما بلفظ الطلاق كان طلاقاً على القول بأن تزويج العبد بأمة مولاه عقد ، وحينئذ تفتقر الى شروط الطلاق ، وعلى القول بأنه اباحة - كمذهب ابن ادريس - لا يكون طلاقاً وان فرق بينهما بالطلاق ، اما اذا فرق بينهما بغير لفظ الطلاق ، كقوله : (فسخت عقد كما) أو بأمر احدهما باعتزال صاحبه ، فقد قيل : انه يكون طلاقاً ؛ لأنه قائم مقام الطلاق في الفرقه وحكم احد المساوين حكم الآخر ، ولأن الفسخ اما يكون بواسطة عقد أو بيع أو عتق أو ردء ، وليس هذا منها ، فيكون هذا اللفظ طلاقاً .

(٣٢٢) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٧٨ من أبواب نكاح العبيد والآماء ، حدث ١ .

وقيل : انه فسخ لامتناع وقوع الطلاق بالكتابية باجماع الامامية ، ولو قلنا : انه طلاق لوقع الطلاق بالكتابية ، وهو خلاف اجماع الامامية ، فلا يكون طلاقا ولا يفتقر الى شرط الطلاق ، وهو اختيار ابن ادريس والمصنف والعلامة ، والشهيد في شرح الرشاد ، وهو المعتمد .

فرعان :

الأول : لو استقل العبد بالطلاق من غير اذن السيد ، هل تقع أم لا ؟
 (اختاره العلامة) ^(٣٢٤) على اشكال ، ووجه الاشكال عوم قوله عليه السلام : «الطلاق يهد من أخذ بالسوق» ^(٣٢٥) غاية ما في الباب انه منهي عنه بغير اذن السيد هنا ، والنهي هنا لا يدل على الفساد .

ومن ان الطلاق يهد السيد هنا لما رواه ليث المرادي « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد يجوز طلاقه ؟ قال : ان كانت امتلك فلا ان الله تعالى يقول : ﴿عَبْدًا عَلَوْكَ أَلَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾ ^(٣٢٦) وان كانت امة غيرك أو حرة جاز طلاقه » ^(٣٢٧) وهذا نص على عدم صحة طلاقه ، ولأن الطلاق هنا يهد المولى ، والطلاق لا يجوز ان يكون يهد العبد ^(٣٢٨) ، فلو جوزنا طلاق العبد هنا بغير اذن سيده لكان الطلاق يهد العبد ^(٣٢٩) بالأصلحة وهو غير جائز فلا يصح طلاق العبد بغير اذن السيد هنا ، وهو المعتمد .

الثاني : لو امره المولى بالطلاق ، هل يكون نفس الأمر فسخاً ؟ يحتمل

(٣٢٤) - «م» و «ن» و «ر» : اختار العلامة وقوعه .

(٣٢٥) - سنن البهقي ٧ : ٣٦٠ .

(٣٢٦) - الغل : ٧٥ .

(٣٢٧) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٤٢ من أبواب مقدماته وشرائطه ، حديث ٢ .

(٣٢٨) - «م» و «ن» و «ر» : أثنيين .

(٣٢٩) - «م» و «ن» و «ر» : أثنيين .

ذلك؛ لأن الأمر بالأعتزال يتضمن الاعتزال ، وهو معنى الفسخ ، ولأن عصمة نكاح العبد أمة مولاه ضعيفة يكتفي في زوالها ادنى امارة ، وقد وجدت في يوجد الفسخ .

ويحتمل العدم ؛ لأن الأمر بالطلاق يتوقف على بقاء الزوجية إلى حين ايقاعه ، فلو دل على فسخ العقد بنفس الأمر بالطلاق لتسافي مدلولاً^(٣٣٠) اللفظ ، ولأن أمر العبد بالطلاق يدل على إيراده^(٣٣١) ايقاع الطلاق بفعل العبد فيتوقف على فعله فلا يحصل قبله ، وهو المعتمد .

(٣٣٠) - «م» و «ن» و «ر» : مدلول .

(٣٣١) - «ن» : إرادة .

في ملك المنفعة

قال رحمه الله : اما الصيغة فان يقول : احللت لك وطأها او جعلتك في حل من وطتها ، ولا يستباح بلفظ العارية ، وهل يستباح بلفظ الأباحة ؟ فيه خلاف ، اظهره الجواز .

أقول : الأقتصار على لفظ التحليل مذهب الشيخ وابن حمزة^(٣٢٢) ، واختاره فخر الدين لأصالة التحرير مالم يحصل السبب المبيح بنص الشارع ، وهو لم يحصل بغير التحليل فيقي الباقى على اصالة التحرير ، وسوغه ابن ادريس بلفظ الأباحة ، واختاره العلامة لمشاركة التحليل الأباحة في المعنى فيشتراك في الحكم ، وهو ظاهر المصنف .

فروع :

الأول : لو كانت مشتركة ووكل احدهما الآخر في العقد او يوكلان ثالثاً فهو باشرا ف قال كل منها : (احللت لك وطأها) صحي اذا اوقعاه دفعه ، وان كان على التعاقب لم يصح ، ولو قال كل منها : (احللت لك حتى) هل يصح أم لا ؟

_____ (٣٢٢) - «م» و «ن» و «ر» : زهرة .

يحتمل الصحة ؛ لأن اباحتة كل منها أنها هو لحصته وقد ثبت أنها اذا باشرا دفعة بأن قال كل منها : (احللت لك وطي هذه الجارية) صح لدلالة اللفظ على حصته ضمناً ، واذا دل اللفظ على الحصة بالطابقة كان اولى .

ويحتمل العدم ؛ لأن منفعة البعض واحدة فلا يصح افراد حصة كل واحد منها بالاباحة ، وهذا هو المعتمد ، وكما لا يصح افرادها بالاباحة لا يصح افرادها بالعقد ، ولا يجوز لأحد الشركين الاستمتاع بما يحرم على الأجنبي .

الثاني : هل يفتقر هذا العقد الى تعيين مدة ؟ نص الشيخ في المسوط على اتفاقاره الى مدة ، قال : لأنه يجري بجري اسكان الدار واعمارها ، (ولأن حل) ^(٣٣٣) ذلك يحتاج الى مدة ^(٣٣٤) ، وظاهر ابن ادريس عدم احتياجه الى المدة ، وهو اختيار العلامة ؛ لأن نوع تعليله خال عن المعاوضة فأشبه العارية ، وهذا هو المعتمد ، فحيثنىذ يباح الوطى حتى يحصل النبي عنه ، ولو قرنه بعدة جاز الرجوع قبل اقضائهها .

الثالث : هل يفتقر هذا العقد الى قبول مقارن للإيجاب ؟ اطلق أكثر الأصحاب ذلك ولم يذكروا القبول ، وقال فخر الدين : قال ابن ادريس : انه ملك منفعة ، ونقل عن المرتضى انه عقد ، ثم قال : تذنيب يلزم من ذلك ذنبك ^(٣٣٥) اشتراط القبول عندي ^(٣٣٦) . هذا آخر كلامه رحمه الله ، واختاره أبو العباس في المذهب ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : وهل هو عقد او قليل منفعة فيه خلاف بين الأصحاب ، منشأه عصمة الفرج عن الاستمتاع بغير العقد او الملك ، ولعل الأقرب هو الأخير .

(٣٣٢) - «م» و «ن» و «ر١» : ولا يجل .

(٣٣٤) - «م» و «ن» و «ر١» : بزيادة معلومة .

(٣٣٥) - كذا في الأصل و «م» ، أما في «ن» و «ر١» لا توجد : ذنبك .

(٣٣٦) - «م» و «ن» و «ر١» : وهو الأقوى عندي .

أقول : نقل ابن ادریس عن السيد المرتضی في الانتصار ان تحلیل السيد جاریته لغيره عقد متعة ، والتحليل والأبایحة عبارة عنه ؛ لأن ابایحة الفروج منحصرة في العقد والملك (للتیره ما) ^(٣٢٧) ، وملك الرقبة هنا منتف فما بقي غير العقد ، ولا يجوز ان يكون عقداً دامياً ؛ لأن رفعه لا يتوقف على اختيار الزوج الرجوع ، فيكون عقد متعة .

ونقل عن الشیخین وغیرہما من المشیخة انه تعلیک منفعة مع بقاء الأصل ، کسكنی الدار واعمارها ، ثم اختيار مذهب الشیخین ، وهو اختيار المصنف والعلامة .

ويتفرع على قول السيد تعین الأجل واذن المرة ان كانت عنده ، وكذلك اذن المدة والخالة ان كانتا عنده ، وعلى قول ابن ادریس لا يفتقر الى شيء من ذلك ، وعلى قول ابن ادریس للسيد النظر اليها ولمسها وتقبيلها بشهوة وغير شهوة ، وليس له ذلك على قول المرتضی .

قال رحمه الله : وفي تحلیل امته لمملوکه روایتان أحدهما المنع ، ويؤیدها انه نوع من تعلیک والعبد بعيد عن الملك ، والأخرى الجواز اذا عين له الموطوءة ، ويؤیدها انه نوع من ابایحة وللملوک اهلية الأبایحة ، والأخر أشبه .

أقول : المنع مذهب الشیخ في النهاية ، واختاره العلامہ في المختلف ، وفخر الدين في شرحه لرواية علي بن يقطین ، عن أبي الحسن الماضی عليه السلام «ان سئل عن المملوک أيمحى له ان يطا الأمة من غير تزویج اذا أحل له مولاه ؟ قال : لا يحل له» ^(٣٢٨) ولأنه نوع تعلیک والعبد لا يعلمك شيئاً ، والجواز مذهب ابن ادریس ، واختاره المصنف ، والعلامة في القواعد والارشاد لعموم قوله تعالى :

(٣٢٧) - «م» و «ن» و «ر» : للتیره ما .

(٣٢٨) - الوسائل ، كتاب النکاح ، باب ٣٣ من أبواب نکاح العبد والأماء ، حدیث ٢ .

﴿فَانكحوهنَّ بِإذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾^(٣٣٩) وعموم قوله تعالى: ﴿وَانكحوا الْأَيَامِيْنِ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عَبَادِكُمْ وَامَائِكُمْ﴾^(٣٤٠) ولأنه نوع اباحة ، والعبد أهل لها .
والمراد بقولهم : (نوع اباحة) أي في الحكم ؛ لأن للملك رفع يده في كل حين ، وعند^(٣٤١) استيفاء المتفعة بمحصل الملك^(٣٤٢) كالعارية ؛ لأن الناس في قانقائل بأنه عقد ، وقائل بأنه تملك منفعة ، ولا قائل بأنه اباحة ، فثبتت ان المراد بقولهم : (انه نوع اباحة) ما قلناه .

فرع : لو أحل امته لملوك غيره فان قلنا : انه عقد أفتقر الى إذن السيد قبله او اجازته بعده ، وان قلنا : انه تملك لم يجز ؛ لأن العبد لا يملك شيئاً .
قال رحمه الله : ولو ملك بعضها فاحتله نفسها لم تحمل ، ولو كانت مشتركة فاحمله الشريك ، قيل : تحمل والفرق انه ليس للمرأة ان تحمل نفسها .

أقول : القائل بالحمل مع تحليل الشريك هو الشيخ في النهاية ، واختاره العلامة في القواعد والتحرير ، ويحتمل العدم لعدم جواز تبعيض سبب الأباحة .
والتحقيق انه ان جعلناه عقداً كمذهب السيد فالتبسيط هنا حاصل فلا يجوز ، وان جعلناه تملكياً كمذهب ابن ادريس والمصنف والعالمة كان الجواز قوياً؛ لأن الملك له اسباب كالشراء والأرث والاتهاب والاجارة والعارية ، ومن جملتها التحليل هنا ؛ لأن سبب تملك الشريك منفعة البعض فيصير الجميع مملوكاً له فلا تبعيض ؛ لأن تبعيض الملك غير مانع .
ويحتمل المنع ؛ لأنه ملك البعض تبعاً للرقبة ، والبعض الآخر مجرد عن

(٣٣٩) - النساء : ٢٥ .

(٣٤٠) - التور : ٣٢ .

(٣٤١) - «ن» : وعنه .

(٣٤٢) - «ن» : للملك .

(٣٤٣) - «ر١» : تملكه .

الرقبة فهو كالترزيع والتبعيض حاصل فيقوى المنع.

قال رحمه الله : ولد المحللة حر ، ثم ان شرط الحرية مع لفظ الأباحة فالولد حر ولا سبيل على الأب وان لم يشترط قيل : يجب على أبيه فكه بالقيمه ، وقيل : لا يجب ، وهو أصح الروايتين .

أقول : مذهب الشيخ في النهاية أن ولد المحللة مع عدم اشتراط الحرية لولها ، وعلى أبيه ان يشتريه بماله ان كان له مال ، والا استعن في ثمنه لرواية ضريس بن عبد الملك « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يحل لأخيه فرج جاريته ؟ قال : هو حلال ، فان جاءت بولد منه فهو لموسى الجارية الا ان يكون اشترط على مولى الجارية حين احلها ان جاءت بولد فهو حر » (٣٤٤) ومثلها رواية حسين المطار (٣٤٥) ، عنه عليه السلام .

وقال ابن ادريس : الولد يكون حراً وليس على أبيه شيء ؛ لأن الولد يلحق بأشرف الطرفين ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن مبني الحرية على التغليب ، وهذا الم اعتق جزءاً من مئة جزء سرى العتق الى الجميع ، ولما رواه زراة في الحسن « قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام : الرجل يحل جاريته لأخيه ؟ قال : لا بأس ، قال : قلت : فان جاءت بولد ؟ قال : يضم اليه ولده ويرد الجارية على صاحبها ، قلت له : انه لم يأذن في ذلك ؟ قال : قد اذن له وهو لا يأمن ان يكون ذلك » (٣٤٦) وفي معناها رواية اسحق بن عمار (٣٤٧) .

(٣٤٤) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٣٧ من أبواب نكاح العبيد ، حدیث ١ .

(٣٤٥) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٣٧ من أبواب نكاح العبيد ، حدیث ٢ .

(٣٤٦) - التهذيب ٧ : ٢٤٧ ، حدیث ١٠٧٣ ، ورواه في الوسائل ، باب ٣٧ من أبواب نكاح العبيد ، حدیث ٤ .

(٣٤٧) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٣٧ من أبواب نكاح العبيد ، حدیث ٧ .

في العيوب

قال رحبه الله : عيوب الرجل ثلاثة : الجنون والخماء والعنن فالجنون سبب لتسليط الزوجة على الفسخ دائمًا كان أو إدواراً ، وكذا المتجدد بعد العقد وقبل الوظي او بعد العقد والوظي وقد يشترط في المتجدد أن لا يعقل أوقات الصلة وهو في موضع التردد .

أقول : البحث هنا في موضوعين :

أ - في عدد عيوب الرجل ، والمشهور أربعة بالإضافة الجب إلى ما عده المصنف هنا ، وجزم به في المختصر ، وهو مذهب العلامة ، وتردد في الجب هنا لأصالة التمسك بمقتضى العقد حتى يتتحقق السبب المبيع للفسخ ، ومن تحقق العجز عن الوظي ، وزاد ابن البراج في المذهب البرص والمخذام والعنن ، وهو ظاهر ابن الحميد ، واستحسنه العلامة في المختلف ؛ لأن هذه الثلاثة عيوب في المرأة اجمعًا ، في الرجل أولى ؛ لأن الرجل له مندوحة التخلص بالطلاق ، وقد (٣٤٨) جعل الشارع له الفسخ دفماً للضرورة فيكون ثبوت الفسخ لمن ليس له مندوحة التخلص بدونه

اولى .

احتاج المانعون بأصلحة بقاء العقد .

ب - في الجنون المتجدد بعد العقد او بعده وبعد الوطى ، فالمصنف والعلامة اثبتا الفسخ فيه وان كان ادواراً ، واختاره ابو العباس لعموم النص ، روى علي بن ابي حمزة « قال سئل ابو ابراهيم عن امرأة يكون لها زوج قد اصيب عقله بعدما تزوجها او عرض له جنون؟ قال: ها تزع نفسها منه اذا شاءت »^(٣٤٩) ولما فيه من الضرر المنفي .

واشتربط الشیخان والقاضی وابن حمزة وابن ادریس ان لا يعقل أوقات الصلاة ، ومعنى قولهم : (لا يعقل أوقات الصلاة) أي لا يميز بينها وبين غيرها من الأوقات .

قال رحمة الله : والخصاء : وهو سل الأنثيين وفي معناه الوجاء ، واما يفسخ به مع سبقه على العقد ، وقيل : وان تجدد [بعد العقد] ، وليس بمعتمد .

أقول : للشيخ قول بثبوت الفسخ بالمتجدد بعد العقد ، وهو قول ابن البراج ، لأن به انقطاع النسل وهو ضرر عظيم ، والمشهور عدمه لأصلحة بقاء اللزوم .

قال رحمة الله : فلو وطأها ولو مرة ثم عن او امكنه وطيء غيرها مع عنته عنها لم يثبت لها الخيار على الا ظهر .

أقول : هذا هو المشهور بين الأصحاب ، ولهم عليه روايات^(٣٥٠) مع التسليم بأصلحة بقاء اللزوم ، والمفيد لم يفرق بين العنة الحادثة بعد الدخول وقبله لما في ذلك من الضرر بقوات فائدة النكاح ، وتوقف العلامه في المختلف ، اما العن المتجدد بعد العقد وقبل الدخول فالخيار ثابت فيه .

(٣٤٩) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٢ من أبواب العيوب والتدليس ، حديث ١ .

(٣٥٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٤ من أبواب العيوب والتدليس .

قال رحمه الله : ولو حدث الجب لم يفسخ به ، وفيه قول آخر .

أقول : اذا تجدد الجب الموجب للفسخ بعد الوطى ، هل يثبت فيه الخيار ؟

قال الشيخ في موضع من المسوط : نعم ، وهو مذهب ابن البراج ، واختاره العلامة في التحرير والمختلف ، وهو اختيار فخر الدين وابو العباس لفوات الاستمتاع وهو ضرر عظيم .

وقال في موضع من المسوط والخلاف : لاختيار لها ، واختاره ابن ادريس والمصنف ، والعلامة في الارشاد لأصالة بقاء العقد .

قال رحمه الله : ولو بان خنق لم يكن لها الفسخ وقيل : لها ذلك وهو تحكم مع امكان الوطى .

أقول : قال [قوى] الشيخ في موضع من المسوط بجواز [جواز] الفسخ اذا بان خنق ، ونسبة المصنف الى التحكم وهو القول بغير دليل ، والمراد انه يلحق بالرجال مع امكان الوطى من طرفه .

تنبيه : المتحقق من مذاهب الأصحاب في عيوب الرجل ان الجنون او الجب يبيحان الفسخ وان تجددت بعد الوطى ، وكذلك الجذام على القول بأنه عيب ، وهو ظاهر القواعد ، واما العنة فانها تبيح الفسخ وان تجددت بعد العقد قبل الوطى ولا تبيحه بعده ، واما الحصى فانه يبيحه اذا كان سابقاً على العقد ولا يبيحه بعده .

قال رحمه الله : واما القزئ فقد قيل هو العفل ، وقيل : عظم ينبت في الرحم ، يمنع الوطء والأول أشبه .

أقول : القزئ بسكون الراء ، قال الشيخ في المسوط : انه عظم ينبت في الفرج يمنع (الوطىء من الوطىء) ^(٣٥١) وحکى في المسوط ايضاً انه لحم ينبت في

(٣٥١) - «م» و «ن» و «ر» : من الوطى .

فرج المرأة لعارض يعتريها عند الولادة يسمى المفل ، واختاره ابن الجنيد والمصنف ؛ لأن العظم لا ينبع في الفرج ، وقال فخر الدين : إن اعتبار الوضع النظري وهي مسألة من علم^(٣٥٢) التشريع ، والفقيه يسلّمها ويبحث عن القدر المشترك ، وهو كل مانع من الوطى يثبت فيه الفسخ لغوات غاية النكاح والافلا . وعلى التقديرين اذا لم يمنع من الوطى فلا فسخ ، وان منع ثبت الفسخ الا ان يكن ازالته ويغلب^(٣٥٣) ذلك فلا فسخ حينئذ .

١) «زيادة» في اللغة ، وان اعتبرت الحقيقة فهي مسألة من علم التشريع .
٢) «م» و «ن» : و فعلت .

في أحكام العيوب

قال رحمه الله : واما العرج ففيه تردد اظهره دخوله في أسباب الفسخ اذا بلغ الاقعاد ، وقيل : الرتق احد العيوب المسلطة على الفسخ ، وربما كان صواباً اذا منع من الوطى اصلاً لغوات الاستماع .

أقول : اطلق اكثر الأصحاب جواز الفسخ بالعرج والرتق ، وهو التحام الفرج ولم يفصلوا ، وبعضهم اعرض عن ذكر ما اصلاً ، وفصل المصنف وهو ابن بلغ الفرج الى حد الاقعاد والرتق الى المنع من الوطى اصلاً جاز الفسخ والافلا ، واختاره العلامة وابنه ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : العيوب الحادثة للمرأة قبل العقد مبيحة للفسخ ، وما يتجدد بعد العقد والوطى لا يفسخ به ، وفي المتجدد بعد العقد وقبل الدخول تردد اظهره أنه لا يبيح الفسخ تمسكاً بمقتضى العقد السليم عن معارض .

أقول : منشأ التردد من عموم الأخبار^(٣٥٤) الدالة على جواز الفسخ بهذه العيوب ، خرج منه اذا كان بعد العقد والوطى يبقى الباقى على العموم ، وهو مذهب

(٣٥٤) - الوسائل . كتاب النكاح ، باب ١ من أبواب العيوب والتدعيس .

الشيخ في المبسوط والخلاف .

ومن أصالة لزوم العقد بعد وقوعه صحيحاً ، خرج ثبوت الفسخ بالعيب السابق على العقد ، يبقى الباقى على أصالة اللزوم ، وهو مذهب ابن ادريس^(٣٥٥) ، واختاره المصنف والعلامة وفخر الدين ، وهو المعتمد . وابن البراج اثبت الفسخ بالجنون المستغرق اذا حدت بعد العقد وقبل الوطى .

قال رحمه الله : لا يثبت العنن الا باقرار الزوج او البينة باقراره او نكوله ، ولو لم يكن ذلك وادعى عنته فانكر فالقول قوله مع يمينه ، وقيل : يقام في الماء البارد فان تقلص حكم بقوله وان بي مسْتَرْخِيَا حكم طا ، وليس بشيء .

أقول : هذا قول ابني بابويه وابن حمزة ، وانكره ابن ادريس ، واختار عدم ثبوته بغير الاقرار ، والنکول^(٣٥٦) مع يمين الزوجة على الخلاف ، واختاره المصنف .

قال رحمه الله : ولو ثبت العنن ثم ادعني الوطى فالقول قوله مع يمينه ، وقيل : ان ادعني الوطى قبلًا وكانت بكرأ نظر اليها النساء وان كانت ثياباً حشياً قبلها خلوقاً فان ظهر على العضو صدق ، وهو شاذ .

أقول : اذا ثبت العنن باقراره او نكوله ويعينها ورفعت امرها الى المحاكم اجله سنه من حين الترافع لغيره بفصل السنه الأربعه ، فان كان ذلك من رطوبة زال في زمان الييس ، وان كان من حرارة زال في زمان البرد ، فان واقعها فيها او واقع غيرها فلا خيار ، وان ادعني انه واقعها في مدة التربص فانكرت كان القول قوله مع يمينه لعدم امكان اقامة البينة على دعواه ، وهو مذهب ابن أبي عقيل والشيخ في النهاية ، واختاره المصنف والعلامة ، والقول باعتبار النظر اليها ان كانت بكرأ باعتبار المخلوق ان كانت ثياباً قول الشيخ في الخلاف ، واستدل باجماع

(٣٥٥) - «م» و «ن» و «ر١» بزيادة : وابن حمزة .

(٣٥٦) - «ر١» : او النکول .

الفرقة واخبارهم .

قال رحمه الله : ويحكم عليه ان نكل وقيل : بل يرد اليدين عليها ، وهو مبني
على التضاء بالنکول .

أقول : يأتي البحث في ذلك ان شاء الله تعالى ﷺ

في التدليس

قال رحمه الله : اذا تزوج امرأة على انها حرة فبانت امة (الى آخر البحث) .
أقول : سبق البحث في هذه مستوفى في باب نكاح الاماء ، فليطلب من
هناك .

قال رحمه الله : اذا عقد على بنت رجل على انها بنت مهيرة فبانت بنت امة
كان له الفسخ ، والوجه ثبوت الخيار مع الشرط إلا مع اطلاق العقد .
أقول : اطلق الشیخ في النهاية وابن البراج وابن ادریس ثبوت الفسخ من
غير قيد الشرط ، لرواية محمد بن مسلم ^(٣٥٧) ، عن الباقي عليه السلام ، وقيده
المصنف بالشرط ، واختاره العلامة لأصلحة صحة العقد .

قال رحمه الله : اذا تزوج امرأة ، وشرط كونها بكرًا فوجدها ثياباً لم يكن لها
الفسخ لامكان تجده بسبب خلي وكان لها أن ينقص من مهرها ما بين مهر البكر
والثيب ويرجع فيه الى العادة ، وقيل : ينقص السادس ، وهو غلط .

(٣٥٧) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٨ من أبواب العيوب والتدليس ، حديث ١ و ٢ .

أقول : البحث هنا في موضوعين :

أ - هل يثبت له خيار الفسخ أم لا ؟ قال أبو الصلاح : لاختيار له ، وهو المشهور بين الأصحاب لأصالة بقاء العقد وامكان الذهاب بسبب خفي كالنزوء والحرقوص ، وقال العلامة : اذا تحقق سبق الشيوبه ثبت له الخيار لعدم تتحقق الشرط ؛ لأنـه اشترط صفة كما لوم يوجد فيثبت له الخيار .

ب - في نقص المهر ، قال أبو الصلاح : لا ينقص منه شيء لتبنته بالعقد ، والأصل بقاوه ، والمشهور النقص ، وفي قدره أربعة أقوال :

أ - في نقص شيء من غير تعين القدر ، وهو قول الشيخ في النهاية وابن البراج لرواية محمد بن جرزاً - بالجيم المفتوحة والزاي المنقطة المشددة والكاف أخيراً - « قال كتبت الى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن رجل تزوج جارية بكراً فوجدها شيئاً ، هل يجب لها المهر كاماً أو ينقص ؟ قال ينقص » ^(٣٥٨) ولا بد من اضمار شيء .

ب - انه ينقص السادس ، قاله الرواندي في شرح مشكل النهاية حملأ على الوصية ؛ لأنـشيء في عرف الشرع السادس . قال المصنف : وهو غلط ؛ لأنـاللازم من الرواية اضمار شيء ، وهو يصدق على القليل والكثير ، فتخصيصه بالسادس تخصيص من غير عخصوص .

ج - انـينقص ما بين مهر البكر والثيب والمرجع فيه الى العادة واختاره المصنف هنا ، وهو مذهب العلامة ؛ لأنـالشارع لم يقدر فالمرجع فيه الى العادة .

د - الرجوع في التقدير الى نظر المحاكم ، قاله المصنف في نكت النهاية ، واختاره أبو العباس في مقتصره .

قال رحمـه الله : اذا استمتع امرأة فبانت كتابية لم يكن له الفسخ من دون

(٣٥٨) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٠ من أبواب العيوب والتدليس ، حدـيث ٢ .

هبة المدة ولله استقطاع شيء من المهر ، وكذا لو تزوجها دافعاً على أحد القولين .
 أقول : المراد بأحد القولين القول بجواز نكاح الكتابية دافعاً أو منقطعاً ،
 وعلى القول بالمنع منه دافعاً إذا ظهرت كتابية ظهر بطلان العقد من اصله لعدم
 مشروعيته .

قال رحمه الله : كل موضع حكنا فيه ببطلان العقد للزوجة مع الوظي مهر
 المثل لا المسني ، وكل موضع حكنا فيه بصحمة العقد فلها مع الوظي المسني وان
 لحقه الفسخ ، وقيل : ان كان الفسخ بعيوب سابق على الوظي لزمه مهر المثل سواء
 كان حدوثه قبل العقد أو بعده ، والأول أشبه .

أقول : القائل هو الشيخ في المبسوط قال : لأن أحكام العقد الفاسد تترتب
 عليه وكذا (٣٥٩) المهر ، والمعتمد مذهب المصنف ؛ لأن عقد صحيح ، وهذا لا اختبار
 البقاء عليه جاز ذلك ولزم ، بخلاف العقد الفاسد فإنه لا يلزم بالرضا به ولا يجوز
 ذلك ، وكل عقد صحيح يعقبه دخول وجوب المسني فيه .

في المهر

قال رحمة الله : وعلى اجارة الزوج نفسه مدة معينة ، وقيل بالمنع استناداً الى رواية لا تخلو من ضعف مع قصورها عن افاده المنع .

أقول : اذا جعل المهر عملاً مضموناً في ذمة الزوج جاز قطعاً وان جعل منفعة^(٣٦٠) مدة معينة ، قال الشيخ في النهاية : لا يجوز ، وكذلك قال ابن البراج في كتابه الكامل لما رواه أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ فِي الْقَوِيِّ ، عَنْ أَبِي الْمَسْنَى عَلَيْهِ السَّلَامُ «قال : سأله عن الرجل يتزوج المرأة ويشرط اجراته شهرين ؟ قال : موسى عليه السلام قد علم انه يستمر له شرطه ، فكيف لهذا بان يعلم بأنه سيسبق حتى يفـ»^(٣٦١) واستضعفها المصنف ؛ لأن رجالها غير منصوص على عدتهم .

والمشهور الجواز للأصل ولقوله تعالى : ﴿وَلَا جَنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ﴾^(٣٦٢) والرضا قد وقع على الأجرة ، ولهم عليه روایات^(٣٦٣) .

(٣٦٠) - «م» «ن» «و١» : منفعته .

(٣٦١) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٢ من أبواب المهر ، حديث ١ .

(٣٦٢) - النساء : ٢٤ .

(٣٦٣) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢ من أبواب المهر .

قال رحمه الله : ولو كانا مسلمين أو كان الزوج مسلماً ، قيل : يبطل العقد ، وقيل : يصح ويثبت لها مع الدخول مهر المثل ، وقيل : بل قيمة الخمر ، والثاني أشبه .

أقول : البحث هنا في موضوعين :

أ - في صحة عقد المسلم على الخمر والخنزير ، وبالصحة قال الشيخ في الخلاف والمبسوط وابن حمزة وابن زهرة وابن الجنيد وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد ؛ لأن عقد النكاح لا يشترط فيه ذكر المهر فإذا أوقعه على مهر باطل كان كما لو لم يذكر مهراً ، وقال الشيخ في النهاية بعدم الصحة ، وبه قال المفيد وأبو الصلاح وأبن البراج ؛ لأن العقد مترب على الرضا بالمهر ، وهو باطل والمترب على الباطل باطل ؛ لأن عقد معاوضة فيفسد بفساد العرض .

ب - على القول بالصحة ما يثبت لها ؟ حتى المصنف قوله : أحدثها مهر المثل ، وهو مذهب الشيخ في الخلاف وابن حمزة وظاهر ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد ؛ لأن مع بطلان المسمى يخلو العقد عن المهر فيجب مهر المثل مع الدخول كما لو لم يذكر مهراً ، وأن مهر المثل هو قيمة البعض وقد بطل عوجه المسمى فرجع (٣٦٤) إلى قيمة العرض ، وهو مهر المثل . والآخر ثمن الخمر عند مستحلبه قاله الشيخ في موضع من المبسوط ؛ لأنها لم يغفل المهر وذكرها عوضاً ف fasda فيرجع إلى قيمة العرض .

قال رحمه الله : وقيل بالمنع من الزيادة على مهر السنن ، ولو زاد رد إليها وليس معتمد .

أقول : المشهور عدم تقدير المهر في طرف القلة ما لم يخرج عن القول ، وهو

اجماع ، اما في طرف الكثرة فالمشهور عدم تقديره أيضاً ؛ لأنّه عقد معاوضة يرجع فيه الى تراضي المعاوضين لقوله تعالى : ﴿ وَانْ اتَيْتُ احْدَاهُنَّ قَنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ﴾^(٣٦٥) ولو رواية الوشاء^(٣٦٦) ، عن الرضا عليه السلام الدالة على المطلوب .

وقال السيد المرتضى : اذا تجاوز مهر السنة وهو خمسائه درهم جياداً قيمتها خمسون ديناراً أردالها ، ورواية الصدوق^(٣٦٧) في كتاب من لا يحضره الفقيه ، واستدل بعد الأجماع برواية الفضل بن عمر « قال : دخلت على ابي عبد الله عليه السلام ، فقلت له : أخبرني عن مهر المرأة الذي لا يجوز للمؤمن ان يؤخره قال : فقال : مهر السنة المحمدية خمسائه درهم ، فمن زاد على ذلك رد الى السنة ، ولا شيء عليه أكثر من الخمسائة »^(٣٦٨) .

وأجيب بضعف الرواية لوقوع محمد بن سنان في طريقها ، وقد ضعفه الشيخ والعلامة .

قال رحمه الله : ويجوز ان يتزوج امراتين او أكثر بهر واحد ويكون المهر بينهن بالسوية ، وقيل : يقسط على مهر امثالهن ، وهو أشبه .

أقول : قال الشيخ في المبسوط بالتسوية^(٣٦٩) ، واختاره ابن البراج عملاً بالاصل ؛ لأن النكاح ليس معاوضة حقيقة فلا يعتبر فيه قيمة البضيع ، وقيل بالتنسيط على مهر المثل ، واختاره المصنف والعلامة وفخر الدين ، وهو المعتمد .
قال رحمه الله : ولو تزوجها على خادم غير مشاهد ولا موصوف ، قيل :

(٣٦٥) - النساء : ٢٠ .

(٣٦٦) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٩ من أبواب المهر ، حديث ١ .

(٣٦٧) - الفقيه ٣ : ٢٥٢ ، حديث ١٢ .

(٣٦٨) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٨ من أبواب المهر ، حديث ١٤ .

(٣٦٩) - «م» و «ن» : بالسوية .

كان لها خادم وسط ، وكذا لو تزوجها على بيت مطلقاً استناداً إلى رواية علي بن أبي حمزة ، أو دار على رواية ابن أبي عمر .

أقول : القائل هو الشيخ في النهاية ، وتبعه ابن ادريس والعلامة في الأرشاد مصيراً إلى النص^(٣٧٠) المذكور ، وجزم به المصنف في المختصر وحكاه هنا ، والعلامة في القواعد ساكتين عليه ، وفخر الدين اختار بطلان المسمى والرجوع إلى مهر المثل ، وهو قوي ؛ لأنَّه مع عدم التعبير^(٣٧١) أو الوصف يصير عبئاً فبيطل ؛ لأنَّه يشرط علمه بما يرفع الجهة .

قال رحمه الله : وشرط أن تُعطي إباها منه شيئاً معيناً قيل : يصح المهر ويلزم الشرط .

أقول : هذا القول تقله فخر الدين عن بعض الأصحاب ، وظاهر كلام ابن الجنيد أن شرطت الزوجة في نفس العقد لزم ؛ لأنَّه جعله بعض الصداق ، وهو قوي لأنَّ الرضام يحصل الأبه ، وقال الشيخ أن كان على سبيل الهدية لم يلزم^(٣٧٢) المهر الوفاء به ، وإن كان على سبيل التوكيل فكذلك .

قال رحمه الله : فلو أصدقها تعليم سورة وجب تعينها ، ولو أبهم فسد المهر وكان لها مع الدخول مهر المثل ، وهل يجب تعين الحرف ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، ويلقنها الجائز وهو أشبه .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : وهل يجب تعين القراءة ، وهي المحرف الذي يعلمها إياها ؟ على وجهين : أحدهما لا يجب ، وهو الأقوى ؛ لأنَّ النبي صلَّى الله عليه وآله لم يعين على الرجل^(٣٧٣) .

(٣٧٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٥ من أبواب المهر ، حدث ١ و ٢ .

(٣٧١) - «م» «ن» «ر» : التعيين .

(٣٧٢) - «م» «ن» «ر» : يلزمها

(٣٧٣) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢ من أبواب المهر ، حدث ١ .

والوجه الآخر لابد من تعين المحرف ؛ لأن بعضها اصعب من بعض ، فمن قال انه شرط فان ذكره والا كان فاسداً وها مهر المثل ، ومن قال ليس بشرط لقنه أي حرف شاء ، وان شاء بالجائز وهو الصحيح عندنا ؛ لأن التعين يحتاج الى دليل انتهى كلام الشيخ رحمة الله .

ومنه يعلم تحقيق المسألة ، والمعتمد عدم الوجوب ويلقنه ماشاء من السبعة دون العشرة ، وهو ظاهر التحرير .

فرع : لو نسيت الآية الأولى عقب تلقين الثانية ، هل يجب الاعادة ؟ ذكر الشيخ في المبسوط في هذه المسألة وجهين : احدهما عدم وجوب الاعادة ، واختاره العلامة في الارشاد والتحرير لحصول القبض باستقلالها بالتلاوة والنسayan بسبب تفريطها فلا يضمنه الزوج .

والآخر انها لا تكون قابضة أقل من ثلاث آيات ؛ لأن أقل ما نفع (٣٧٤) الاعجاز بثلاث آيات لقوله تعالى : ﴿فَأُتُوا بِسُورَةٍ مِّنْ مُّثْلِهِ﴾ (٣٧٥) وأقل سورة وجدت ثلاث آيات ، وهي سورة الكوثر ، واختاره فخر الدين .

قال رحمة الله : ولو أصدقها ظرفا على انه خل فبان خرأ قيل : كان لها قيمة الخمر عند مستحلبيه ، ولو قيل : كان لها مثل الخل كان حسناً .

أقول : القول بوجوب القيمة عن مستحلبيه قول الشيخ في المبسوط والخلاف ، والسائل بوجوب المثل ابن ادريس وابن الجنيد ، واختاره المصنف ، وفيه قول آخر وهو وجوب مهر المثل واختاره العلامة في القواعد ، ولو تزوجها (٣٧٦) على عبد فبان حرأ كان الحكم كذلك .

(٣٧٤) - «م» «ن» «ر١» : يقع .

(٣٧٥) - البقرة : ٤٢ .

(٣٧٦) - «م» «ن» «ر١» : زوجها .

قال رحمه الله : والمهر مضمون على الزوج فلو تلف قبل تسليمه كان ضامناً له بقيمتها وقت تلفه على قول مشهور لنا .

أقول : إذا أصدقها عيناً معينة فتلفت قبل تسليمها إليها ، فإن كانت مثالية كان عليه مثلها ، وإن كانت قيمة فالمشهور وجوب القيمة يوم التلف ؛ لأنَّه حين الأنتقال إلى القيمة ، وقيل : اعتلاً القيمة^(٣٧٧) ؛ لأنَّه كان كالغاصب إلا في الأثم ، فإنه لا إثم عليه .

والتحقيق : أنه لا يخلو أبداً أن يتلف قبل المطالبة بالتسليم أو بعدها فان تلف قبل المطالبة كان عليه القيمة يوم التلف ؛ لأنَّ العين قبل المطالبة لا يجب تسليمها والحق متعلق بها ، فإذا تلفت انتقل الحق إلى القيمة حين التلف ، وإن كان التلف بعد المطالبة والامتناع لغير عذر كان عليه أعلى القيم من حين المطالبة إلى حين التلف ، هذا إذا كان التلف بسببه أو بأمر سواه ، ولو اتلفه أجنبي تغيرت بين الزام الزوج بالقيمة يوم التلف أو أكثر على ما قلناه من التفصيل وبين الزام التلف بالقيمة يوم التلف خاصة مطلقاً ، سواء كان الأتفاق قبل المطالبة أو بعدها ، فإن رجعت على الزوج رجع على المتألف بقيمتها يوم اتفاقه خاصة ، سواء رجعت عليه بها أو بالأكثر .

وان رجعت على المتألف بالقيمة يوم التلف وكان التلف بعد المطالبة ، هل لها ان ترجع على الزوج بتفاوت القيمة من حين المطالبة إلى حين الأتفاق ؟ يحتمل ذلك ؛ لأنَّه حق لها ، فلهما الرجوع به ، ويعتمد العدم ؛ لأنَّ الشارع خيرها في الرجوع على أيهما شاءت ، ولا يسوغ لها الرجوع عليهما وقد رضيت بالرجوع على المتألف فليس لها الرجوع على الزوج بشيء .

قال رحمه الله : ولو وجدت به عيباً كان لها رد بالعيوب ، ولو عاب بعد

العقد، قيل : كانت بالخيار في أخذه أو أخذ القيمة ، ولو قيل : ليس لها القيمة و لها عينه وأرشه كان حسنا .

أقول : الأول قول الشيخ في النهاية ؛ لأنّه إنما اصدقها العين سليمة ، وهي مضمونة في يده ، فان عاشرت قبل التسليم فهي بالخيار بين ان يقتصها معيبة وبين ان تردها ، فلو اختارت الرد كان كتلف الصداق معيناً^(٢٧٨) .

واستحسن المصنف أخذ العين معيبة مع أرش العيب ، واختاره العلامة لوجود العين التي تناولها العقد والعيب يعبر بالأرشن ، فلا يجوز العدول عنها تناوله العقد إلى غيره مع وجوده ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : وما ان قنعت من تسلیم نفسها حتى تقبض مهرها سواء كان الزوج موسرأً أو معسراً ، وهل لها ذلك بعد الدخول ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا وهو الأشبه .

أقول : أما الامتناع قبل الدخول فهو اجماع ، وأما بعده فالشيخ في الخلاف والسيد المرتضى وأبو الصلاح وأبن حمزة وابن ادريس قد منعوا من ذلك ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد لحصول الملك التام بالعقد^(٢٧٩) ، فليس لها الامتناع بعده ؛ لأن التسلیم الأول استقر به العوض برضاء المسلم^(٢٨٠) ، فهو كما لو سلم المبيع قبل تسلیم الثمن ، ولأن البعض حق له والمهر حق عليه ، وليس اذا كان له عليه^(٢٨١) حق جاز له^(٢٨٢) ان يمنع حقه .

وقال في المبسوط : لها الامتناع ؛ لأن الامتناع كان سائغاً لها قبل ان تسلم

(٢٧٨) - «ن» «ر» : المعن.

(٢٧٩) - «م» «ن» بزيادة : والقبض.

(٢٨٠) - «م» : المسلم .

(٢٨١) - «م» : عليه .

(٢٨٢) - ليست في «م» «ن» «ر» .

نفسها ، فكذا بعده توصلًا إلى استيفاء حقها .
فرعان :

الأول : لو أكرهها على تسلیم نفسها قبل دفع المهر كان لها الامتناع بعده ؟
لأن هذا التسلیم لا اعتبار به لعدم الرضا به .

الثاني : لو كان المهر مؤجلًا لم يجز لها الامتناع قبل المحلول اجماعاً ، فلو حل
قبل التسلیم احتمل جواز الامتناع ؛ لأن المهر حال على زوج لم يدخل بزوجته
فلها ان تمنع حتى تقبضه اجماعاً^(٣٨٣) ، ويحتمل العدم لاستقرار وجوب التسلیم قبل
المحلول ، والأصل بقاء ما كان على ما كان وهو المعتد .

قال رحمه الله : ولو زوجها الولي بدون مهر المثل او لم يذكر مهراً صحيحاً العقد
وثبت لها مهر المثل بنفس العقد ، وفيه تردد منشؤه ان الولي له نظر المصلحة فيصح
التفويض وثيقاً بنظره ، وهو أشبه .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : اذا زوجها الولي بدون مهر المثل ، وقد مضى البحث فيها مستوفٍ
في باب اولىاء العقد .

الثانية : اذا زوجها مفوضة^(٣٨٤) ، ولا أشكال في صحة العقد ، وإنما الاشكال
في صحة التفويض مما قاله المصنف وهو الوثق بنظر الولي ، فيصبح التفويض ،
وما قاله الشيخ رحمه الله ، وهو عدم صحة التفويض ؛ لأن عقد معاوضة فلا يصح
للولي اخلاؤه من العوض كسائر المعاوضات ، فعلى قول الشيخ يثبت لها مهر
المثل بنفس العقد لفساد التفويض ، ويترفع على القولين : ما اذا كان لو طلقها قبل
الدخول فعلى قول الشيخ يجب لها نصف مهر المثل ، وعلى ما اختاره المصنف يجب

(٣٨٣) - ليست في «م» «ن» «ن» «ر١» .

(٣٨٤) - «ن» : مفوضته .

ها المتعة ، والمعتمد اختيار المصنف .

فروع :

الأول: مفروضة البضـع هـا ان تـقـنـع (٣٨٥) من الدخـول حتى يـوـصلـهـاـ الـمـهـرـ وـيـسـلـمـ الـلـهـاـ فـاـنـ اـتـقـفـاـ عـلـىـ الفـرـضـ جـازـ ، وـاـنـ اـخـتـلـفـاـ وـتـرـافـعـاـ اـلـىـ الـحـاـكـمـ فـرـضـ مـهـرـ المـثـلـ مـاـلـ مـاـلـ يـتـجـاـزـ مـهـرـ السـنـةـ فـيـرـدـ الـلـهـاـ ، وـلـيـسـ لـهـ الفـرـضـ قـبـلـ اـنـ يـعـلـمـ مـهـرـ مـثـلـهاـ .

الثاني: هل يجوز للأجنبي أن يفرضه ويدفعه من ماله ؟ يحتمل ذلك ؛ لأنـهـ يـصـحـ قـضـاؤـهـ عـنـهـ ، وـيـحـتـمـلـ الـعـدـمـ لـعـدـمـ تـبـوتـ الـوـلـاـيـةـ وـالـوـكـالـةـ لـهـ ، فـلاـ يـجـوزـ ذـلـكـ فـلـاـ يـصـحـ الفـرـضـ وـلـاـ الدـفـعـ وـيـكـوـنـ مـضـمـونـاـ عـلـيـهـ (٣٨٦) لـأـنـهـ قـبـضـتـهـ قـبـضاـ فـاسـداـ ، وـكـلـ مـنـ قـبـضـ شـيـئـاـ (٣٨٧) قـبـضاـ فـاسـداـ كـانـ مـضـمـونـاـ عـلـيـهـ .

وعـلـىـ أـحـتـالـ الصـحـةـ لـوـ طـلـقـهـاـ قـبـلـ الدـخـولـ ، اـحـتـمـلـ رـجـوعـ النـصـفـ إـلـىـ الـزـوـجـ ؛ لـأـنـهـ مـلـكـهـ حـيـنـ قـضـائـهـ دـيـنـاـ عـلـيـهـ ؛ لـأـنـ الـإـنـسـانـ اـذـ قـضـىـ دـينـ غـيرـ دـخـلـ المـدـفـعـ فـيـ مـلـكـ الـمـدـيـوـنـ ضـمـنـاـ آـنـاـ (٣٨٨) ، ثـمـ يـنـتـقـلـ إـلـىـ مـلـكـ الـدـيـانـ .

ويـحـتـمـلـ رـجـوعـهـ إـلـىـ الـأـجـنـبـيـ ؛ لـأـنـهـ قـضـاـمـاـ وـجـبـ عـلـيـهـ ، وـبـالـطـلاقـ (٣٨٩) سـقطـ النـصـفـ فـيـرـدـ النـصـفـ إـلـىـ مـنـ دـفـعـهـ ؛ لـأـنـهـ لـمـ يـسـقـطـ بـهـ حـقـ عـمـنـ قـضـاهـ عـنـهـ فـيـعـودـ إـلـيـهـ ، وـفـخـرـ الـدـيـنـ مـنـ هـذـاـ الـحـكـمـ مـنـ أـصـلـهـ وـأـبـطـلـ فـرـضـ الـأـجـنـبـيـ وـدـفـعـهـ .

الثالث: لو فـرـضـ الزـوـجـ فـرـضـاـ وـلـمـ تـرـضـاـ بـهـ الزـوـجـةـ بـطـلـ الـفـرـضـ اـذـ كـانـ دـوـنـ مـهـرـ المـثـلـ ، فـلـوـ طـلـقـهـاـ قـبـلـ الدـخـولـ كـانـ هـاـ المـتـعـةـ دـوـنـ نـصـفـ الـفـرـضـ الـذـيـ فـرـضـهـ ؛ لـأـنـهـ لـمـ تـقـبـلـهـ .

(٣٨٥) - «ر١» : تـقـنـعـ .

(٣٨٦) - «م» «ن» «ر١» : عـلـيـهـ .

(٣٨٧) - مـنـ «مـ» وـ «رـ١ـ» .

(٣٨٨) - لـيـسـتـ فـيـ «نـ» .

(٣٨٩) - «مـ» «نـ» «رـ١ـ» : وـبـالـطـلاقـ .

الرابع : لو كان محجوراً عليه ثم فرض أكثر من مهر المثل ضربت بما قابل مهر المثل مع الفرماء ، والزاد عن مهر المثل يتبعه به بعد ذلك حجره ولا تشارك الفرماء فيه .

الخامس : لو وطى المفوضة بعد سنتين وقد تغيرت صفتها وجب مهر المثل معتبراً بحال العقد .

ال السادس : لو ابرأته قبل الوطى والفرض والطلاق من مهر المثل أو المتعة او منها لم يصح ؛ لأنه ابراء مما لم يجب ، ولو قالت : (اسقطت حق من طلب الفرض) لم يستقطع .

تبنيه : يجب على القبيه ان يعرف مهر المثل على وجه كلي والولي^(٣٩٠) ؛ لأنه يبحث عنه في اماكن مثل وطى الشبهة ووطى المكرهة ومفوضة البضع والتسمية الفاسدة ، والتيسير عليه كما لو تزوج امرأتين بمهر واحد ، أو جمع بين النكاح وغيره من العقود وما شابه ذلك ، ويقتصر معرفتهم^(٣٩١) الى اعتبار حال المرأة في أمرتين :

الأول : النسب ، وهو الركن الأعظم فيه ، وقد اختلف الأصحاب في ذلك ، قال الشيخ في الخلاف والميسوط باعتبار حال نسانها من الطرفين كالأم والأخت والعمة والخالة ومن يجري بمحاجتها ما لم يتجاوز خمس مئة درهم فان تجاوزها رد اليها ، وبه قال ابن الجنيد وابن ادريس ، واختاره العلامة في المختلف والتحرير لاختلاف المهر باختلاف الأحوال من الطرفين ، ولما رواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله ، عن الصادق عليه السلام «في رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقها ،

(٣٩٠) – «م» «ن» «ر١» : قانوني .

(٣٩١) – «م» «ن» «ر١» : معرفته .

ثم دخل بها ؟ قال : صداق نسائها ^(٣٩٢) والنساء شامل للعصبات وغيرها ، وابن البراج اعتبر نساءها من جهة الأب دون الأم ونساءها من جهتها ، قال : لأن المرأة أم الولد تكون من عرض المسلمين تحت الشريف النسب ، مثل الرجل يكون من ولد الحسن أو الحسين عليهما السلام ، فيتزوج المرأة من العامة ليس لها نسب ولا حسب ، فالمعتبر من نسائها من كان (من) ^(٣٩٣) جهة الأب .

وجزم العلامة في القواعد بعدم اعتبار الأم ، قال : لأنها ليست من نسبيها ، واستشكل في اعتبار العصبات او الأقارب ، والمصنف اطلق اعتبار حال نسائها ولم يفرق بين العصبات وغيرها ، وظاهره الاعتداد على قول الشيخ ، وهو المعتمد . الثاني : في اعتبار الصفات ، فالمعنى اقتصر على الجمال والشرف ، وزاد أبو الصلاح السن والتعصين ، وقال الشيخ : كل امر مختلف المهر لأجله فإنه يعتبر ، وقال ابن البراج ، يعتبر سنها وعقلها وحقها وجهاها وقبحها ويسارها واعسارها وادبها والبكارة والثبوة . وهذا بالحقيقة تفسير لكلام الشيخ ، وبعدهم اعتبر البلد أيضاً ، وانكره فخر الدين وينبغي اعتبار الأقرب فالأقرب إلى المستحقة لمهر المثل ؟ لأنهن اشبه بها .

ولو ^(٣٩٤) فقدت نساءها ، قال ابن البراج : يعتبر نساء أهل بلدتها ، فإن تعذر ، قال : يعتبر حال نساء أقرب البلدان إلى بلدتها ، واستشكله العلامة في التحرير .

تنبيه : آخر الاعتبار لمهر المثل المستند إلى العقد الفاسد يوم الوطى لا يوم العقد ، فلو عقد عليها عقداً فاسداً ثم وطأها بعد مدة وقد تغيرت أو صافتها اعتبر

(٣٩٢) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٢ من أبواب المهر ، حديث ٣ .

(٣٩٣) - من «أن» .

(٣٩٤) - في الأصل : وقد .

يوم الوطني ؛ لأن سبب المهر هنا الشبهة والاعتبار^(٣٩٥) بوطي الشبهة يوم الوطني ، فان اعدهت^(٣٩٦) الشبهة كالعقد الفاسد والتسيب بالزوجة وجوب مهر واحد وان تعدد الوطى .

ولوزنا بها مكرهاً لغير شبهة كان عليه لكل وطني مهر ، والفرق اتحاد سبب المهر هناك ، وهو الشبهة الواحدة وتعدد سبب المهر هنا وهو الوطني أكراهاً . واستقرب العلامة عدم ردها الى مهر السنة اذا تجاوز مهور نسائها فيها يشبه الجنابة^(٣٩٧) ، كالنکاح الفاسد ووطى الشبهة والاكراء؛ لأنه قيمة متلف^(٣٩٨) فلا تقدر بمهر السنة ، بخلاف المفروضة فإنه لا يتتجاوزه اجماعاً لورود النص^(٣٩٩) فيه ، وهو جيد .

قال رحمه الله : ولو مات الحاكم قبل الحكم وقبل الدخول قيل : يسقط المهر وها المتعة ، وقيل : ليس لها احدها ، والأول مروي .

أقول : اذا فرض^(٤٠٠) تقدير المهر الى أحد هما مثل ان تقول : (زوجتك نفسك على ما شئت او ما شئت انا) صح النکاح والتقويض ، ولو مات من فوض اليه تقدير المهر بعد الدخول وقبل الفرض وجوب مهر المثل ، وان كان قبل الدخول والفرض فيه ثلاثة اقوال :

أ - وجوب المتعة ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ، وتبعه ابن البراج وابن حمزة ، والعلامة في المختلف ، واختاره ابو العباس لما رواه محمد بن مسلم في

(٣٩٥) - «ن» : ولا اعتبار .

(٣٩٦) - «ر» : تجددت .

(٣٩٧) - كذا ، ولعلها : الجنابة .

(٣٩٨) - «ن» : مختلف .

(٣٩٩) - الوسائل ، كتاب النکاح ، باب ٢١ من أبواب المهر ، حديث ١ .

(٤٠٠) - كذا ، ولعلها : فوضت .

الصحيح ، عن الباقر عليه السلام « في رجل تزوج امرأة على حكها او على حكمه فات او ماتت قبل ان يدخل بها ؟ قال لها المتعة والميراث ، ولا مهر لها »^(٤٠١) وهو المعتمد .

ب - لاشيء لها : لأن المتعة تجب بالطلاق ولم يحصل ، ومهر المثل بالدخول ولم يحصل فلا شيء لها ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط .

ج - وجوب مهر المثل ، حكاه الشيخ في المبسوط ، وهو مذهب العلامة في القواعد ؛ لأنها ذكرت مهراً مجهولاً ، وقد تعذر تعينه بحوث من إليه التعيين فيرجع إلى قيمة البعض ، وهو مهر المثل .

قال رحمه الله : اذا دخل الزوج قبل تسلیم المهر كان ديناً عليه ولم يسقط بالدخول ، سواء طالت مديتها او قصرت طالبت به او لم تطالب ، وفيه رواية أخرى مهجورة .

أقول : نقل الشيخ في التهذيب عن بعض اصحابنا ان الدخول يهدى المهر ، والى خلاف هذا القول اشار المصنف بقوله : (ولا يسقط بالدخول) .

والرواية المهجورة اشارة الى ما رواه محمد بن مسلم^(٤٠٢) ، عن احدها عليها السلام انها مع الدخول ليس لها المطالبة اذا لم تطالبه أولاً .

قال رحمه الله : والدخول الموجب للمهر هو الوطى قبلأً أو دبراً ، ولا يجب بالخلوة ، وقيل : يجب ، والأول أظهر .

أقول : الموجب لتفريغ المهر أمور :

١ - الوطى قبلأً أو دبراً وان كان مكرها او حراماً كالوطى في الميض او

(٤٠١) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢١ من أبواب المهر ، حديث ٢ .

(٤٠٢) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٨ من أبواب المهر ، حديث ٦ . (ولكن الرواية عن « أبي جعفر عليه السلام » وليس عن « أحدها عليها السلام ») .

الأحرام .

٢- ارتداد الزوج .

٣- مorte على المشهور بين الأصحاب ، وخالف فيه محمد بن سبويه في المقنع .

٤- موت الزوجة على المشهور أيضاً ، وخالف فيه الشيخ وابن البراج في الكامل .

٥- الخلوة التامة ، وهي المعركة العظيمة بين الفقهاء ، والمراد بالتمامة ارخاء الستر وأغلاق الباب مع عدم المانع من جهة الزوج كالعن ، ومن جهة الزوجة كالقرن والرثق ، وغير ذلك كالمرض من احدهما ، وقد أختلف الأصحاب في ذلك ، حتى الشيخ في المسوط والخلاف عن قوم من أصحابنا أنها قائمة مقام الدخول في تقرير المهر ، وبؤيده رواية زرار ، عن الباقر عليه السلام « قال : اذا تزوج الرجل المرأة ثم خلا بها فأغلق عليها باباً وأرخي ستراً ثم طلقها فقد وجب الصداق » (٤٠٢) .

وابن الجينيد اشترط في الخلوة الوطي او الانزال بسبب النظر او التقبيل او اللمس ، وحتى الشيخ في المسوط والخلاف أيضاً ان وجود الخلوة كعدمها مع عدم الوطي ، والقول قول الزوج في عدمه ، قال : وهو الظاهر في روايات (٤٠٤) أصحابنا .

واختاره المصنف ، والعلامة في أكثر كتبه ، وهو اختيار فخر الدين لما رواه يونس بن يعقوب ، عن الصادق عليه السلام « قال : سمعته يقول : لا يوجب المهر

(٤٠٢)- الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٥٥ من أبواب المهر ، حديث ٣ .

(٤٠٤)- الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٥٤ من أبواب المهر ، وباب ٥٥ منه .

الا الواقع في الفرج»^(٤٠٥) وفي معناها رواية حفص بن البخاري^(٤٠٦)، واذ ثبت عدم استقراره بدون الواقع والأصل^(٤٠٧) عدمه ولا صالة براءة الذمة.

وقيل : ان وجود الخلوة كعدمها في نفس الأمر الا انها اماراة دالة على رجحان قبول قول المرأة اذا ادعت الدخول وانكره الرجل ، فان القول قولها مع يمينها ؛ لأن الظاهر من حال الصحيح السليم اذا خل بالزوجة المواقعة ، فيكون القول قولها عملاً بالظاهر ولا تستحق في نفس الأمر غير النصف ان كانت كاذبة ، وهذا القول نقله الشيخ عن محمد بن أبي عمير ، عن قدماء الأصحاب ، ثم استحسنه وافقني به ، واختاره أبو العباس في كتابيه .

قال رحمه الله : قيل : اذا لم يسم لها مهراً وقدم لها شيئاً ثم دخل كان ذلك مهراً ولم يكن لها مطالبته بعد الدخول الا ان تشارطه قبل الدخول على ان المهر غيره ، وهو تعوييل على تأويل رواية واستناد الى قول مشهور .

أقول : هذا هو المشهور بين الأصحاب وهو مذهب الشيوخين وسلام وابن البراج ، وادعى ابن ادريس عليه الأجماع ، ومستندهم رواية أبي عبيدة والفضل في الصحيح^(٤٠٨) ، عن الباقي عليه السلام ، وتوقف المصنف ؛ لأن مقتضى الأصل مع الدخول وعدم التسمية وجوب مهر المثل ، والذي قدمه قبل الدخول قد يكون مهراً وقد يكون هدية ، وعدم مشارطتها على غيره لا يدل على الرضا به ، ولا دلالة للعام على الخاص .

وقال العلامة : قد كان في الزمن الأول لا يدخل الرجل حقًّا يقدم المهر ، والعادة الآن بخلاف ذلك ، فلمع منشأ الحكم هو العادة فنقول : ان كانت العادة في

(٤٠٥) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٥٤ من أبواب المهر ، حديث ٦.

(٤٠٦) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٥٤ من أبواب المهر ، حديث ٧.

(٤٠٧) - «م» «ن» «ر١» : فالالأصل .

(٤٠٨) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٨ من أبواب المهر ، حديث ١٣ .

بعض الأزمان او الاصياع كالعادة التقديمة كان الحكم ما تقدم وإن كانت العادة كالعادة الآن كان القول قوله^(٤٠٩) . هذا آخر كلامه رحمه الله ، واستحسنه أبو العباس ، وهو حسن .

قال رحمه الله : ولو نقصت عينه أو صفتة مثل عور الدابة أو نسيان الصنعة ، قيل : كان له نصف القيمة [سليماً] ولا يعبر على اخذ نصف العين ، وفيه تردد .

أقول : اذا دفع المهر قبل الدخول ثم طلقها قبله رجع بنصفه ، ولو تعيب هل يعبر على أخذ نصفه معييناً ؟ قال الشيخ في المبسوط : يتخير بين نصف العين ونصف القيمة ، وتردد المصنف من عموم قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ طُلِقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَسْوِهِنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لِهِنَّ فَرِصْتَمْ ﴾^(٤١٠) فليس له غير نصف ما فرض مع نصف أرش النقسان ؛ لأن الجميع مضمون عليها ، فكذا الأبعاض والصفات ، وهو اختيار العلامة في القواعد .

ومن ان المفروض عين صحيحة وقد صارت معيية ، والمعيب غير الصحيح ، فلا يعبر على أخذ المعيية .

قال رحمه الله : ولو زاد بكر او سمن كان له نصف قيمته من دون الزيادة ولا تعبر المرأة على دفع العين على الأظهر .

أقول : اذا زاد الصداق زيادة منفصلة كانت للزوجة اجماعاً ، وان زاد زيادة متصلة كالسمن والكبتر وتعليم الصنعة ، فان دفعت نصف العين اجبه على قبوها اجماعاً ، ولو امتنعت من دفع العين وبذلت القيمة ، فالمشهور قبول ذلك

(٤٠٩) - النسخ مضطربة في نقل عبارة العلامة (قده) ، وقد اثبتنا أقربها إلى المختلف . لاحظ

المختلف : ٥٤٣ .

(٤١٠) - البقرة : ٢٢٧ .

منها؛ لأن العين قد نمت في ملكها فيكون النماء لها من دون الزوج ، وهو لا يتميز عن العين ولا يمكن دفع العين بدونه فلا يجب دفعها .

وقال الشيخ في المبسوط بعد ان خيرها بين دفع العين أو القيمة : ويقوى في نفسي ان له الرجوع في نصفه مع الزيادة التي تتميز^(٤١١) لقوله تعالى : ﴿فَنَصْفُ مَا فِرْضْتُمْ﴾^(٤١٢) وان كان الأول قوياً ، والأول هو المعتمد .

فرع : لو زادت العين ونقصت باعتبارين ك التعليم صنعة ونسيان أخرى ، فعلى القول باجبار الزوج على قبول نصف العين معيبة - كمذهب القواعد - ويكون^(٤١٣) الخيار هنا للزوجة لكونها خيرة في طرق الزيادة والقصاص ، وعلى القول بتخierre بين نصف العين ونصف القيمة - كمذهب الشيخ ، والعلامة في الأرشاد والتحرير - فالخيار لها لحصول موجهه له بالنقضة وله بالزيادة ، فان اتفقا على نصف العين جاز ، وان امتنعت من تسلیم نصفها او امتنع من الرجوع في النصف اعطي الزوج نصف القيمة خالية عن الزيادة والقصاص .

قال رحمه الله : ولو كان تعليم سورة قيل : يعلمها النصف من وراء الحجاب ، وفيه تردد .

أقول : القائل هو الشيخ في المبسوط والخلاف ، وتردد المصنف من ان الواجب مع الطلاق قبل الدخول نصف المهر المسني ، وهو قد سمي سورة فيجب ان يعلمهها نصفها من وراء الحجاب لحريم نظرها عليه بعد الطلاق ، ومن ان التنصيف في التعليم غير ممكن لاختلاف الآيات بالسهولة والصعوبة ، والتعليم يختلف باختلاف ذلك ، فلا يجب التعليم و يجب نصف أجرة المثل ، وهو اختيار

(٤١١) - «م» «ن» «ر١» : لا تتميز .

(٤١٢) - البقرة : ٢٢٧ .

(٤١٣) - كذا ، ولعل الواو زائدة .

العلامة ، وهو المعتمد .

ولافرق بين تعلم السورة وتعلم الصنعة ، ولو كان الطلاق بعد التعلم
رجع بنصف الأجرة .

قال رحمه الله : اذا امهرها مدبرة ثم طلقها صارت بينها نصفين ، فاذا ماتت
تحررت ، وقيل : بل يبطل التدبير يجعلها مهرأ كما لو كانت موصى بها ، وهو
أشبه .

أقول : اذا جعل المدبرة مهرأ هل يبطل التدبير وتغلق المرأة رقبة المدبرة او
لا يبطل التدبير وينصرف الأمهار الى الخدمة وتعتق بموت المولى ولا سبيل للمرأة
عليها بعد موته ، سواء دخل بها أو لم يدخل ، سواء طلق أو لم يطلق ؟ بالأول
قال أكثر الأصحاب ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن التدبير
كالوصية ، وهي تبطل بالتصرف ، فكذا التدبير .

وبالتالي قال الشيخ وابن البراج ، وهو بناءً على ان التدبير لا يبطل الا
بصرح الرجوع .

قال رحمه الله : وكذا لو شرط ان لا يفتقضها لزم الشرط ولو اذنت بعد ذلك
جاز عملاً باطلاق الرواية ، وقيل : يختص لزوم هذا الشرط بالنكاح المنقطع ،
وهو تحكم .

أقول : اختلاف الأصحاب في هذه المسألة على خمسة أقوال :
أ - صحة العقد والشرط واباحة الافتراض مع الأذن في الدائم والمنقطع ،
وهو مذهب الشيخ في النهاية ، واختياره المصنف والعلامة في الأرشاد جزماً ، وابو
العباس في المقتصر لأصالة صحة العقد ، ووجوب الوفاء بالشرط ، واما تسويغه
بعد الأذن ؟ لأنه بالعقد ملك الاستمتاع ، وانما وجوب الامتناع لوجوب الوفاء
بالشرط ، وقد زال برضاهما ، ولرواية سماعة بن مهران ، عن الصادق عليه السلام

«قال : قلت له : في رجل جاء الى امرأة فسألها ان تزوجه نفسها ، فقالت : ازوجك نفسك على ان تلمس مني ما شئت من نظر وال manus ، وتنال مني ما ينال الرجل من أهله إلا أنك لا تدخل فرجك في فرجي وتتلذذ بما شئت ، فاني اخاف القصيدة ، قال : ليس له منها الا ما اشترط »^(٤١٤).

وعن اسحق بن عمار ، عن الصادق عليه السلام « قال : قلت : رجل تزوج بجارية عاتق عانس ^(٤١٥) على ان لا يقتضها ، ثم اذنت له بعد ذلك ؟ قال : اذا اذنت له فلا يأس »^(٤١٦).

ب - بطلان الشرط خاصة ، وصحة العقد في الدائم والمتقطع ، قوله ان يقتضها وان لم ترض ، وهو مذهب ابن البراج وابن ادريس ، واختاره فخر الدين ، ووجهه كون الشرط فاسداً لمنافاته للعقد ؛ لأن العقد يقتضي اباحة النكاح ، وهذا الشرط يقتضي تحريره فيكون شرطاً فاسداً ، وفساد الشرط لا يقتضي فساد العقد ، كما لو شرط ان لا يتزوج عليها او لا يتسرى .

ج - مذهب الشيخ في المبسوط ، وهو بطلان العقد والشرط اذا وقع في الدائم ، وصحتها اذا وقع في المتقطع ، ونسبة المصنف الى التحكيم ؛ لأنه لا دليل عليه .

د - مذهب ابن حمزة ، وهو بطلان الشرط دون العقد في الدائم ، وصحتها في المتقطع .

ه - مذهب العلامة في المختلف ، وهو بطلانها في الدائم والمتقطع ؛ لأنه شرط يمنع المقصود من العقد فكان باطلأ ، فيبطل العقد لعدم الرضا بدون سلامة

(٤١٤) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٣٦ من أبواب المهر ، حديث ١.

(٤١٥) - ليس في النسخ والا المصدر .

(٤١٦) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٣٦ من أبواب المهر ، حديث ٢.

الشرط .

قال رحمه الله : اذا شرط ان لا يخرجها من بلدها ، قيل : يلزم ، وهو المروي ولو شرط لها مهراً ان اخرجها الى بلاده واقل منه ان لم تخرج معه فاخرجها الى بلد الشرك لم يجب اجانته ولها الزائد وان اخرجها الى بلد الاسلام كان الشرط لازماً ، وفيه تردد .

أقول : البحث هنا في موضوعين :

أ- في جواز اشتراط أن لا يخرجها من بلدها وبجوازه قال الشيخ في النهاية ، وبه قال ابن البراج وابن حمزة ، واختاره العلامة ، وهو المعتمد؛ لأن الاغراض تتعلق باللبث في المنازل والبلدان التي حصل فيها المربى ، وهو أمر مطلوب للعقلاء ، سائغ في نظر الشرع ، فجاز جعله شرطاً في عقد النكاح توصلاً إلى تحصيل الأغراض المباحة . ولرواية أبي العباس ، عن الصادق عليه السلام «في الرجل يتزوج امرأة وتشترط ان لا يخرجها من بلدها ؟ قال : يفي لها بذلك ، او قال يلزمها ذلك (٤١٧)» .

وقال في المسوط والخلاف بصحبة العقد وبطلان الشرط ، واختاره ابن ادريس وفخر الدين ؛ لأن اقتضاء النكاح وجوب طاعة الزوج والخروج معه اين شاء ، وتسلط الزوج على الزوجة بالاسكان والاستماع في كل مكان ، وهذا الشرط يخالفه فكان باطلاً.

ب- إذا شرط لها مائة دينار مثلاً ان اخرجها الى بلاده ، وتحسين ان لم يخرجها من بلادها ، قال المصنف : (إن اخرجها الى بلاد الشرك لم يجب اجانته ولها الزائد ، وان اخرجها الى بلد الاسلام كان الشرط لازماً) ثم تردد في ذلك ، وما حكمه هو قول الشيخ رحمه الله في النهاية وقول ابن البراج .

(٤١٧)- الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٤٠ من أبواب المهر ، حدیث ١ .

فإن قيل : كيف تستحق المثنة مع عدم الخروج اذا طلب اخراجها إلى بلد الشرك ، وهو لم يجعل المثنة الا على الخروج معه ، فكيف يلزمها مع عدم الخروج ؟!
 قلت : المراد ان العقد وقع على مئة وشرط الخمسين على تقدير الامتناع من الخروج معه ، فحيث إن اراد اخراجها إلى بلاده وهي بلاد الكفر لم يجب اجابتها له لوجوب الهجرة عن بلاد الشرك ، فلا يعقل وجوب الهجرة إليها ولا ينقص من المهر الذي وقع عليه العقد شيء ، وإن ارادها^(٤١٨) إلى بلاد الإسلام وجبت اجابتها ، فإن لم يفعل نقص من المهر بقدر ما اقتضاه الشرط ، ومستند الحكم حسنة على بن رزاب ، عن الكاظم عليه السلام « قال : سهل - وانا حاضر عنده - عن رجل تزوج امرأة على مئة دينار على ان تخرب معه الى بلاده ، فإن لم تخرب فشهرها خسون ديناراً أرأيت ان لم تخرب معه الى بلاده ؟ فقال : ان اراد ان يخرجها الى بلاد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك وهذا مئة دينار الذي اصدقها اليها ، وإن اراد ان يترجحها الى بلاد المسلمين ودار الاسلام فله ما اشترطه عليها ، والمسلمون عند شروطهم »^(٤١٩) وتردد المصنف مما تضمنته الرواية ، وما قاله الشيخ في المبسوط والخلاف وقول ابن ادريس من فساد الشرط ، ونقل ابو العباس عن بعض الأصحاب فساد المهر لعدم تعينه ، ثم استضعفه واعتمد على ما تضمنته الرواية .

قال رحمه الله : الصداق يملك بالعقد على اشهر الروايتين ولما التصرف فيه قبل القبض على الأشيء ، فإذا طلق الزوج عاد اليه النصف وبقي للمرأة النصف .
 أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في تملك المرأة لجميع الصداق بنفس العقد ، وهو المشهور بين

(٤١٨) - «م» «ن» «ر» : أراد اخراجها .

(٤١٩) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٤٠ من أبواب المهر ، حديث ٢ .

الأصحاب لقوله تعالى : ﴿وَأَتَوْا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نَحْلَةً﴾^(٤٢٠) امر باتيانهن كلها ، ولم يفرق قبل الدخول او بعده ، ولما رواه عبيد بن زراة في الموثق ، عن الصادق عليه السلام « قال : قلت له : رجل تزوج امرأة وأمهرها مهرًا ، فساق اليها غنماً ورقيقاً فولدت عبيدها ، وطلقتها قبل الدخول بها ؟ قال : ان كان ساق اليها ما ساق وقد حمل عنده فله نصفها ونصف ولدها ، وان كان حمل عندها فلا شيء له من الأولاد »^(٤٢١) لأن الصداق بدل البعض فإذا ملك الزوج البعض بنفس العقد ملكت الزوجة بده .

وقال ابن الجينيد : الذي يوجه العقد من المهر المسمى النصف ، والذي يوجب النصف الثاني من المهر بعد الذي وجب بالعقد منه هو الواقع او ما قام مقامه من تسليم المرأة نفسها كذلك ؛ لأنه لو ملكته بالعقد لاستقر ولم يزل عن ملكها الا بسبب ناقل كالبيع والهبة ، ولما رواه يونس بن يعقوب ، عن الصادق عليه السلام « قال : سمعته يقول : لا يوجب المهر الا الواقع في الفرج »^(٤٢٢) والأول هو المعتمد .

الثانية : في جواز التصرف فيه قبل القبض ، فالشيخ في الخلاف منع من ذلك ، واستدل بالاجماع على جواز تصرفها فيه بعد القبض ، ولا دليل على جواز التصرف فيما قبله وللنهي عن بيع ما لم يقبض .
والمشهور الجواز ، وهو المعتمد ؛ لأنها ملكته بالعقد فلها التصرف فيه ، والنهي محمول على الكراهة .

(٤٢٠) - النساء : ٤ .

(٤٢١) - التهذيب ٧ ، ٣٦٨ ، حدث ٥٤ ، وفي الوسائل باب ٣٤ من أبواب المهر حديث ١ .

(٤٢٢) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٥٤ من أبواب المهر ، حديث ٦ .

فرعان :

الأول : اذا طلق الزوج قبل الدخول ، هل تلك نصف المهر بغير اختياره كالأثر او يملك ان اختار التملك ؟ قال الشيخ بالأول ، وجزم به الصlamة في القواعد ولم يجزم في التحرير بل نقله عن الشيخ ، ثم قال : ويحتمل انه يملك ان تلك فيه ويتفرع^(٤٢٣) على ذلك الناء فعلى قول الشيخ ناء النصف من حين الطلاق للزوج وعلى الأحتمال فهو للمرأة الى حين اختيار التملك ، والأول هو المعتمد .

الثاني : لو تلف النساء المتعدد بعد الطلاق في يدها فان كان بتوريتها ضمته قطعاً ، وان كان بغير توريتها فان كان بعد المطالبة والمنع من التسلیم ضمته أيضاً قطعاً ، وان كان قبل المطالبة احتمل الضمان أيضاً ؛ لأنّه تولد من أصل مضمون فيكون مضموناً .

ويحتمل العدم ؛ لأنّه امانة في يدها ، ولا يلزم من ضمان الأصل ضمان النساء ؛ لأنّ الأصل قبضته لنفسها فكان مضموناً عليها ، والثانية قبضته لا لنفسها ، بل لغيرها فهو امانة ، حكمه حكمها ، اما لو تلف الأصل أو تعيب فهو مضمون عليها . قال رحمه الله : فلو عفت عنها كأن الجميع للزوج ، وكذا لو عقى الذي يده عقدة النكاح ، وهو الولي كال الأب والجد للأب ، وقيل : أو من توليه المرأة عقدها (الى آخر البحث) .

أقول : المطلقة اما ان تكون باللغة رشيدة او غير باللغة ، فان كانت باللغة رشيدة كان الغزو بيدها ، فان كان المهر ديناً في ذمة الزوج جاز عنوها عنه ، قال الشيخ في المسوط بالفاظ ستة : الغزو والتملك والهبة والاستقطاع والترك والابراء ، قال وهل تفتقر الى قبوله ؟ فيه وجهان (والأولى ان تقول)^(٤٢٤) فتلتقي الى قبوله ،

(٤٢٣) - من «م» «ن» «ر» وفي الأصل : فرع .

(٤٢٤) - كذا في الأصل ، وفي «ن» : (الأول) بدل ما بين القوسين .

والمعتمد عدم الأفتخار الى القبول ؛ لأنَّه ابراء واسقاط ، فهو كالعتق والطلاق فلا تفتقر الى القبول .

ولو قبضته المرأة ثم تلف في يدها كان للزوج العفو بهذه الألفاظ ، ولو كان عيناً مسخضة قائمة في يد الزوج أو المرأة وأراد العفو من ليس هو في يده جاز بلفظ العفو واهبة والتلبيك ، ويشترط هنا القبول ولا يشترط مضي زمان يمكن فيه القبض ، ولو كان العايني من هو في يده صعب بلفظ اهبة والتلبيك دون غيرها ، وافتقر الى القبول والقبض ، وإن كانت صغيرة كان العفو يهد الأب والجد له ؛ لأنَّ الولي بعد الطلاق هو الذي يهد عقدة النكاح ، وليس لغيرها العفو ، وهو المشهور بين الأصحاب .

وقال الشيخ في النهاية وابن البراج : للذى توليه أمرها العفو كما هو للأب والجد له ، وفيه روايات^(٤٢٥) ، والمعتمد هو المشهور بين الأصحاب .

وأصل هذا الحكم قوله تعالى : ﴿ وَان طلقوهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضت لهن فريضة فنصف ما فرضت الا ان يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح ﴾^(٤٢٦) فحيثنى يشترط في عفو الولي كون المرأة صغيرة ، وكونه بعد الطلاق وقبل الدخول ، وكونه عن بعض النصف لا عن جميعه .

قال رحمه الله : لو كان المهر مؤجلاً لم يكن لها الامتناع (الى آخره) .
أقول : قد سبق^(٤٢٧) البحث في هذه المسألة .

قال رحمه الله : اذا زوجها الولي بدون مهر المثل الى آخره .

أقول : قد سبق^(٤٢٨) البحث في هذه المسألة في باب اوليات العقد فليطلب من

(٤٢٥) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٥٢ من أبواب المهر .

(٤٢٦) - البقرة : ٢٢٧ .

(٤٢٧) - ص ١٤٠ .

(٤٢٨) - ص ١٤٠ .

هناك .

قال رحمه الله : لو أدى الوالد المهر عن ولده الكبير تبرعاً ثم طلق الولد
رجع الولد بنصف المهر ولم يكن للوالد انتزاعه لعين ما ذكرناه في الصغير وفي
المسأليتين تردد .

أقول : المراد بالمسأليتين هذه المسألة والمسألة السابقة عليها ، وهي اذا زوج
الوالد ولده الصغير ثم دفع المهر من مال نفسه عن ولده ثم بلغ الولد وطلق قبل
الدخول ، قال المصنف : يرجع النصف الى الولد دون الأب ؟ لأن دفعه عنه يجري
بجرى الهمة له ، ثم تردد في الصورتين ، ومنشوه من ان التبرع بقضاء الدين عن
هو عليه يجري بجرى الهمة للمديون ، فلابد ان يدخل في ملك المديون أولاً قهراً ،
ثم يتقل عنده في نافي الحال الى الديان ، واذا ثبت دخوله في ملكه فاذا عاد بعد
ذلك عاد اليه دون التبرع لانتقاله عنه .

ومن ان الدفع اثماً كان قضاء عن الواجب عليه ، وبالطلاق سقط عنه
النصف فلم يسقط بالدفع واجب ^(٤٢٩) عن قضاة عنه ، فيرجع الى ملك الدافع ،
والأول هو المعتمد ، وكذا لو عاد جميع المهر لزدة الزوجة قبل الدخول او الفسخ
قبله بأحد العيوب الموجبة للفسخ .

قال رحمه الله : اذا اختلفا في أصل المهر فالقول قول الزوج مع عينيه ولا
أشكال قبل الدخول لاحقال تبعيد العقد عن المهر ، لكن الأشكال لو كان بعد
الدخول ، فالقول قوله أيضاً .

أقول : هذا هو المشهور أيضاً بين الأصحاب ، وهو مبني على ان العقد لا
يستلزم ثبوت المهر ؟ لأن ذكر ذلك المهر ليس بشرط في صحته لقوله تعالى :

﴿لا جناح عليكم ان طلقت النساء ما لم تمسوهن او تفرضواهن فريضة﴾^(٤٣٠) دلت هذه الآية على جواز العقد بغير مهر ، فإذا جاز خلو المقد من المهر كان القول قوله في عدم ذكره ؛ لأن الأصل عدمه .

هذا اذا كان قبل الدخول ، واما اذا وقع الاختلاف بعده فكذلك عند المصنف وغيره من تقدمه ، ووجهه عدم استلزم الدخول لوجوب المهر في ذمة الزوج ، بل قد يكون في ذمة غيره ، كما لو زوج الأب ولده الصغير المسر ، وكما لو زوج المولى عبده ثم اعتقه فان المهر في ذمة الأب قطعاً ، وفي ذمة المولى على الصحيح من المذهب ، وإذا ثبت ان الدخول لا يستلزم وجوب المهر في ذمة الداخل في بعض الصور كان القول قوله استناداً إلى البراءة الأصلية .

قال العلامة رحمه الله - ونعم ما قال - والتحقيق انه ان انكر التسمية صدق باليمين ، لكن يثبت عليه قبل الدخول مع الطلاق المتعة ، ومع الدخول مهر المثل ، والأقرب ان دعواها ان قصرت عنها ثبت ما ادعته ، ولو انكر الاستحقاق عقيب دعواها اياه أو دعواها التسمية فان اعترف بالنكاح فالأقرب عدم سماعه ، هذا آخر كلامه رحمه الله ، وهو مشتمل على قبول انكار التسمية وعدم قبول انكاره الاستحقاق ، وقبول دعواها ان قصرت عما يستحقه بالطلاق او الدخول مع عدم التسمية ، ومراده رحمه الله في ذلك اذا وقع الاختلاف بعد الطلاق او بعد الدخول لا قبلها ؛ لأنه اذا قبل قوله في عدم التسمية لم يستحق شيئاً قبل الدخول أو الطلاق ، ولو مات قبلها لم يثبت لها شيء من المهر ولو ادعى قبلها عدم الاستحقاق قبل قطعاً وان لم يقبل عنده اذا وقع بعد احدهما ؛ لأن الطلاق موجب للمتعة مع عدم التسمية ولنصف المسمى معها ، والأمر لا يخلو عن أحد القسمين فهو يستحق اخذهما ، فلما كان الأصل عدم التسمية كان عليه المتعة ، والدخول

موجب لاستقرار المهر قطعاً مطلقاً ، والأصل عدم تعلقه بذمة غير الداخل فيقبل قوله في عدم التسمية ، ويرجع فيه الى مهر المثل ، فان نقصت دعواها عن المتعة اذا كان الاختلاف بعد الطلاق او عن مهر المثل اذا كان الاختلاف بعد الدخول كان لها ما ادعت ؛ لأنها اقل ما ثبت لها ، وقد اعترفت بالرضا به فليس لها غيره ، وان زادت دعواها عن المتعة اذا كان الاختلاف بعد الطلاق ردت اليها ، وكذا ان زادت عن مهر المثل اذا كان بعد الدخول فانها ترد اليه^(٤٣١) ، ولو كان قبلها لم يثبت لها شيء ، هذا تحقيق كلام الملاحة رحمة الله ، وهو المعتمد .

قال رحمة الله : اذا خلا بها فادعت المواقعة فان أمكن الزوج اقامة البينة - بأن ادعت هي أن المواقعة قبلأً وكانت بكرأً - فلا كلام ، وإلا كان القول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل عدم المواقعة وهو منكر لما تدعى به . وقيل : القول قول المرأة عملاً بشاهد حال الصحيح في خلوته بالخلاف ، والأول أشبه .

أقول : سبق^(٤٣٢) البحث في ذلك فلا وجه لاعادته .

قال رحمة الله : اذا أقامت المرأة بيضة انه تزوجها في وقتين بعقدتين فادعنى الزوج تكرار العقد الواحد ، وزعمت المرأة انها عقدان ، فالقول قوله ؛ لأن الظاهر معها ، وهل يعجب عليه مهران ؟ قيل : نعم عملاً بمقتضى العقدتين ، وقيل : يلزم مهر ونصف ، والأول أشبه .

أقول : جزم الشيخ في المسوط بوجوب المهرين ، ثم نقل عن بعضهم وجوب مهر ونصف ، ثم قوله وهو يدل على تردد ، واختار المصنف وجوب المهرين ، واختاره العلامة في القواعد ، وتردد في التحرير : من ان العقد يوجب المهر كملأ ، والأصل بقاوه مالم يعلم المسقط ، وهو غير معلوم ، والتحقيق انه ان

(٤٣١) - «ن» : اليها .

(٤٣٢) - ص ١٤٧ .

ادعى عدم الأصابة في الأول قبل قوله ؛ لأن الأصل عدمها ، وان اعترف بها او سكت لزمه مهران لثبوت موجبهما ، والأصل عدم المسقط .

في القسم

قال رحمه الله : والقسمة بين الأزواج حق على الزوج حرأً كان أو عبداً ، ولو كان عتيناً أو خصيّاً ، وكذا لو كان بمنوناً ، ويقسم عنه الولي ، وقيل : لا تجب القسمة حق يبتدى بها ، وهو أشبه .

أقول : القسمة بين الأزواج واجبة لمن تجب لها النفقة ، وهل هي واجبة من حين العقد ، او اذا اراد الابتداء بوحدة وجب ان يقسم ؟ المشهور الأول ؛ لأنّه حق مشترك بين الزوجين لاشتراكه ترته فلها المطالبة بحقها منه ، وهو اختيار العلامة وابنه ، ولأنّه حق واجب على الزوج ، والأصل عدم اشتراطه بالابتداء . وقال الشيخ في المسوط بالثاني ، واختاره المصنف ، لأصالة براءة الذمة منه ابتداء ، خرج منه ما اذا ابتدأ بوحدة منهم ، فإنه يجب عليه القسم للباقي بوجوب العد ، ولاستحالة الترجيح من غير مرجع ، فعلى الأول يبتدى بالقرعة وجوباً ، وعلى الثاني استحباباً .

قال رحمه الله : وهل يجوز ان يجعل القسمة ازيد من ليلة لكل واحدة ؟ قيل : نعم ، والوجه اشتراط رضاهن .

أقول : أما القسمة أقل من ليلة فلا يجوز قطعاً لما فيه من التفصيص^(٤٣٣) ، وأما ما زاد على ليلة ، فالمعتمد اعتبار رضاهن ؛ لأن النبي صلى الله عليه وآله كان يقسم ليلة ليلة^(٤٣٤) ، ولأن الزائد فيه اضرار بعد المهد وتغريب ؛ لأنه قد يقسم لبعضهن ويتحقق ما يقطعه^(٤٣٥) عن القسم للباقيات ، فيفتقر إلى رضاهن بذلك ، وقيل : يجوز بغير رضاهن لعدم التفاوت ، وقال الشيخ : يجوز ثلاثة ليال بغير رضاهن ، وأما الزائد فلا يد فيه من رضاهن .

قال رحمه الله : ولو تزوج أربعاء دفعة ربهن بالقرعة ، وقيل : يبدأ بن شاء حتى يacy عليهم ، ثم يجب التسوية على الترتيب ، وهو أشبه .

أقول : هذا مبني على القول بوجوب القسمة ابتداء أو حتى يبتدي بها ، فعل الأولى تجب القرعة ، وعلى الثاني يتخير بالابتداء بن شاء .

قال رحمه الله : ويفتتص الوجوب بالليل دون النهار ، وقيل : يكون عندها في ليلتها ويظل عندها في صيحتها ، وهو المروي .

أقول : المشهور بين الأصحاب اختصاص القسم بالليل دون النهار ؛ لأنه زمان الراحة والدعة ، والنهار زمان الأنتشار والمعاش ، وقال ابن الجنيد : والواجب مبيت الليل وطول صبحية تلك الليلة ، ومستنده روایة ابراهيم الكرخي « قال : سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل له أربع نسوة ، فهو مبيت عند ثلاثة منهن في لياليهن ، فإذا نام عند الرابعة في ليلتها لم يمسها ، فهل عليه في هذا أثم ؟ قال له عليه السلام : إنما عليه أن يكون عندها في ليلتها ويظل عندها في

(٤٣٣) - «م» - «ن» : التبعيض .

(٤٣٤) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٥ من أبواب القسم والشوز ، حديث ٢ (يدل على المطلوب) وسنن البيهقي ٧ : ٣٠٠ - ٣٠١ .

(٤٣٥) - «ن» - «ر» : يقطنه .

صحيتها ، وليس عليه ان يجامعها اذا لم يرد ذلك «^(٤٣٦) فعل هذه الرواية يكون صحيحة الليلة حكم الليلة ، ويأثم لو أخل بجزء منها الا برضاهما كالليل ، ومذهب المصنف والعلامة في القواعد عدم تخصيصها بشيء من النهار ليس على سبيل الوجوب ، بل على سبيل الاستحباب في صحيحة الليلة خاصة ، وعند الشيخ في المبسوط محل القسم هو الليل ، والنهار تابع له من أوله الى آخره .

ولا فرق بين الصبيحة وغيرها ، ولا يجوز له ايشار احد الضراير فيه ، وهو معنى التبعية ، الا انه يجوز له الالتباس فيه لحاجة وغير حاجة ، والدخول الى الضراير لحاجة وغير حاجة الا انه لا يجوز له اللبس الطويل عندهن ولا الجماع ، واختاره العلامة في التحرير الالجماع ، فانه استقرب جوازه ، وأبو العباس وافق المبسوط في الصبيحة .

تنبيه : على القول بمذهب المبسوط والتحرير والمقتصر بمحض الفرق بين الليل والنهار من وجہ ، والمساواة بينها من وجہ ، أما الفرق : فالليل لا يجوز الدخول فيه الى الضرر ولا مع الحاجة ، بل مع الضرورة ، والنهار يجوز الدخول فيه لحاجة وغير حاجة .

اما المساواة : في وجوب قضاء اللبس الطويل فيها وتحريم الجماع فيها أيضاً على اختيار المبسوط والمقتصر دون التحرير ، وعلى اختيار الشرائع والقواعد يجوز ايشار غير صاحبة الليلة بجميع نهارها ، والمعتمد بمذهب المبسوط ؛ لأنّه أقرب الى العدل وعدم الميل .

قال رحمه الله : ولو بات عند الأمة ليلة ثم اعتفت قبل استيفاء الحرة ، قيل : يتضي للأمة ليلة ؛ لأنّها ساوت الحرة ، وفيه تردد .

أقول : القول المشار اليه هو قول الشيخ في المبسوط ، ومن شأ التردد بما قاله

(٤٣٦) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٥ من أبواب القسم والنشوز ، حديث ١.

الشيخ من أنها ساوت المرة ، ومن أنها لم يتساويا إلا بعد استيفاء الأمة لحقها فلا يجب لها غيره حتى تستوفي المرة حقها أيضاً ، ثم تصر القسمة بينها بالسوية ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو سبق اليه زوجتان أو [ثلاث] [زوجات في ليلة ، قيل : يبتدىء بن شاء ، وقيل : يقعع ، والأول أشبه والثاني أفضل .

أقول : سبق^(٤٣٧) البحث في هذه المسألة ، وانه مبني على القول بوجوب القسمة ابتداءً أو حتى يبتدىء بها ، واختاره المصنف هناك ، فهنا مبني على مذهبه من عدم الوجوب حتى يبتدىء بها .

قال رحمه الله : وتسقط القسمة بالسفر وقيل : يقضى سفر النقلة والأقامة دون سفر الغيبة .

أقول : ظاهر المصنف سقوط القسم في السفر مطلقاً ، سواء كان للنقلة ، كمن يريد الانتقال من بلد إلى آخر أو سفر عينه^(٤٣٨) ورجوع فعنده اذا استصعب بعض نسائه في السفر لاقضاء للبواقي مطلقاً ؛ لأن زمان السفر ليس داخلاً في القسم ، ونقل وجوب القضاء في سفر النقلة والأقامة أي زمان الأقامة المنوية التي يجب فيها اقام الصوم والصلوة ، وهو مذهب العلامة في القواعد ؛ لأن سفر النقلة والتحويل لا يختص باحداهن ، فإذا خص واحدة منهن قضا للبواقي ، و أيام الأقامة ليست من أيام السفر ، فإذا خص بها احداهن قضا للبواقي ، وهذا هو المعتمد .

قال رحمه الله : ويستحب أن يقعع بينهن اذا اراد استصحاب بعضهن ، وهل يجوز العدول عن خرج اسمها إلى غيرها ؟ قيل : لا ؛ لأنها تعينت للسفر ،

(٤٣٧) - ص ١٦١ .

(٤٣٨) - «م» «ن» «ر» : غيبة .

وفيه تردد .

أقول : القائل هو الشيخ في المسوط لتعيينها بالقرعة والا لأنفت فائدة القرعة ، وتردد المصنف من ان هذا الزمان ليس داخلاً في القسم ، فللزوج ان يتغیر من شاء للخروج معه ، والأصلبقاء هذا التغيير ؛ لأن القرعة لا توجب ما ليس بواجب ، ولو أراد ترك من خرج اسمها والسفر وحده جاز اجماعاً.

قال رحمه الله : ولو التست عوضاً عن ليتها فبذلك الزوج ، هل يلزم ؟ قيل : لا ؛ لأن حق لا يتقوم منفرداً فلا يصح المعاوضة عليه .

أقول : هذا قول الشيخ رحمه الله ؛ لأن الموضع عنه كون الزوج عندها وهو لا يقابلها عوض ، وهذا هو المشهور بين الأصحاب ، ولا يوجد فيه خلاف ، وإنما لم يجزم لاحتلال الجواز ؛ لأن حق يقبل النقل باهبة اجماعاً ، وكلما يقبل النقل باهبة يقبل النقل بالموضع ، والأول هو المعتمد ، وجزم به العلامة في القواعد ، ونقله في التحرير كنقل المصنف هنا .

في النشوز

قال رحمة الله : وصورة المجر أن يحول إليها ظهره في الفراش ، وقيل : أن يعتزل فراشها ، والأول مروي .

أقول : لاختلاف في جواز المجر مع ظهور امارة النشوز لقوله تعالى :

﴿وَاللَّاتِي تَخَافُنْ نِسَوَتُهُنَّ فَعَظُوهُنْ وَاهْجِرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ﴾^(٤٣٩)

وأغا الخلاف في كيفيةه ، قال ابن بابويه : يحول ظهره إليها في المضجع ليتحقق^(٤٤٠) المجران به ؛ لأن الأمر المطلق لما^(٤٤١) يقبل الشدة والضعف ، إما^(٤٤٢) يحمل على أضعف مراته ، واقلها تحويل الظهر في الفراش ، وهو المشهور بين الأصحاب .

وقال الشيخ في المسوط وابن ادريس : يعتزل فراشها . قال العلامة في المختلف : وكلامها جائز ، ويعتذر ذلك باختلاف الحال في السهولة والطاعة وعدمهما ، وهو مذهب في التحرير أيضاً ، وهو المعتمد ، وفي القواعد نقل لفظ

. (٤٣٩) - النساء : ٣٤ .

(٤٤٠) - «م» «ن» : لتحقيق .

(٤٤١) - «ن» : لا ، وفي «م» و «ر» : بما .

(٤٤٢) - في الأصل : أما .

المصنف هنا (فانه قال : فان رجعت والا هجرها في المضاجع بأن يحول ظهره اليها في الفراش وقبل ان يعزل فراشها ، ولا يجوز له ضربها حينئذ ، فان تحقق التشوذ وامتنعت من حقه جاز له ضربها بأول مرة ، ويقتصر على ما يرجو الرجوع به ، ولا يبرح ولا يدمي انتهى) (٤٤٣).

وليس الهجر قبل الوعظ فإذا تحقق التشوذ والأمتناع من حقه جاز الضرب ، ولا يجوز قبل ذلك ؛ لأن تقدير الآية : فعظوهن ان وجدتم امارة التشوذ واهجروهن ان امتنعن واضربوهن ان اصررن على الامتناع من الحق .

وصورة الوعظ ان يقول : (اتق الله فان حقي عليك واجب والله يعاقبك على تركه) وما اشبه ذلك .

(٤٤٣) - ما بين القوسين موجود في هامش الأصل ولم يذكر كونه من المتن وغير موجود في بقية النسخ .

في الشقاق

قال رحمه الله : وهل بعثهما على سبيل التحكيم أو التوكيل ؟ الأظهر انه تحكيم .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : الذي يقتضيه مذهبنا ان ذلك تحكيم ؛ لأنهم رواوا ان هم الأصلاح من غير استئذان ، وليس لها الفرقة بالطلاق وغيره إلا بعد استئذانها ، ولو كان توكيلًا كان ذلك تابعًا للوكلة بحسب شرطها .

وبه قال ابن ادريس والمصنف والعلامة ، وهو المعتمد لما قاله الشيخ ، ولقوله تعالى : ﴿فَابعثوا حِكْمَةً مِّنْ أَهْلِهِ وَحِكْمَةً مِّنْ أَهْلِهَا إِنَّمَا يُرِيدُ أَصْلَاحَهُمْ﴾^(٤٤) سماهما حكيمين ، وجعل الارادة لها دون الزوجين ، ولو كانا وكيلين لم يكن لها ارادة ؛ لأن فعل الوكيل تابع لارادة الموكل .

وقال ابن البراج في الكامل : ان بعثهما على سبيل التوكيل ؛ لأن البعض حق الزوج ، والمال حق المرأة ، فليس لأحد الحكمين ان يتصرف فيه الا بولاية عليها او وكلة عنها ، وها رشيدان ، فلم يكونا الا وكيلين ، ثم رجع في كتابه المذهب

كتاب النكاح

إلى المذهب الأول؛ لأنَّه لا امتناع من اثبات الولاية على الرشيد عند امتناعه من
اداء الحق.

في أحكام الأولاد

قال رحمه الله : وان لا يتجاوز اقصى الوضع وهو تسعة اشهر على الأشهر ، وقيل : عشرة أشهر ، وهو حسن يقصد الوجдан في كثير ، وقيل : سنة ، وهو متروك .

أقول : القول بالتسعة هو المشهور بين الأصحاب وهو مذهب الشعدين وسلامر وابن البراج وابن الجنيد وابن ادريس وظاهر المصنف ، والقول بالعشرة حكاية ابن حمزة ، واستحسنه المصنف ، واختاره العلامة في أكثر كتبه وأبو العباس في مقتصره ، والقول بالسنة هو قول السيد في الانتصار ، وحكاية ابن حمزة ، وهو متروك ، ومستند الجميع ظاهر الروايات ^(٤٤٥) ، والمتمد اختيار أبي العباس .

قال رحمه الله : ولو وطأ امته ووطأها آخر فجوراً الحق الولد بالمولى ، ولو حصل مع ولادته امارة يغلب بها الظن انه ليس منه قيل : لم يجز له الحاقه به ولا نفيه ، بل ينبغي ان يوصي له بشيء ولا يورثه ميراث الأولاد ، وفيه تردد .

(٤٤٥) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٧ من أبواب أحكام الأولاد ، وكتاب الطلاق ، باب ٢٥ من أبواب العدد .

أقول : القول المشار اليه قول الشيخ في النهاية وابن البراج وابن حمزه ، ومستندهم روایة عبد الله بن سنان « ان رجلاً من الأنصار اتى الصادق عليه السلام ، فقال له : اني ابتليت بأمر عظيم ان لي جاريه كنت اطأها ، فوطئتها يوماً وخرجت في حاجة بعد ما اغتسلت منها ونسبيت نفقة يوم لي فرجعت الى المنزل فوجدت غلامي على بطنها ، فعددت لها من يومي ذلك تسعه أشهر فولدت جارية ، فقال عليه السلام : لا ينبغي لك ان (تقدمها ولا تنفيها)^(٤٤٦) ، ولكن اتفق عليها من مالك ما دمت حياً ، ثم أوصي عند موتك ان ينفق عليها من مالك حتى يجعل الله لك وها مخرجاً »^(٤٤٧) .

وتردد المصنف من انه اما ان يكون سبب الالتحاق موجوداً فيجب الاقرار ، ولا تعارضه الأمارة ؛ لأنها ليست سبباً صالحأ لنفي الولد ، واما ان لا يوجد السبب فيجب النفي ولا عبرة بالأماراة ، ومضمون هذه الرواية منافق لهذين الأصلين ، فأوجب له التردد .

(٤٤٦) - «م» «ن» «ر» : تقريرها ولاتبعيها .

(٤٤٧) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٥٥ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، حدیث ١ .

في أحكام الولادة

قال رحمه الله : وهل تجب العقيقة ؟ قيل : نعم ، والوجه الاستحباب .
أقول : المشهور الاستحباب لأصالة براءة الذمة ، وقال السيد المرتضى
وابن الجنيدي بالوجوب لما رواه علي بن أبي حمزة ، عن العبد الصالح عليه السلام
« قال : العقيقة واجبة اذا ولد للرجل ولد ، وان احب ان يسميه من يومه
فعل » (٤٤٨) .

وعن أبي بصير ، عن الصادق عليه السلام « قال : سأله عن العقيقة واجبة
هي ؟ قال : نعم » (٤٤٩) وعن أبي خديجة ، عن الصادق عليه السلام « قال : كل مولود
مرتهد بالحقيقة » (٤٥٠) .

واجيب بشده الاستحباب ، وروي عن الباقر عليه السلام « قال : اذا
ذبحت العقيقة ، فقل : بسم الله وبإله و الحمد لله والله اكبر ايهاً باش وتناءً على

(٤٤٨) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٣٨ من أبواب أحكام الأولاد ، حدیث ٥ .

(٤٤٩) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٣٨ من أبواب أحكام الأولاد ، حدیث ٤ .

(٤٥٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٣٨ من أبواب أحكام الأولاد ، حدیث ٢ .

رسول الله صلى الله عليه وآلـه وسلم ، والعظمة لأمره والشكر لرزقه والمعرفة
بفضلـه علينا أهلـالبيت ، وانـكان ذكرـاً فقل : اللهم انـك وهـبتـ لنا ذـكرـاً وانت اعلم
بـما وهـبتـ ، وـمنـك ما اعطيـتـ وكلـ ما صـنـعـنا ، فـتـقـبـلـهـ مـنـاـ عـلـىـ سـنـتـكـ وـسـنـةـ نـبـيـكـ
وـرـسـولـكـ صـلـىـ اللهـ عـلـيـهـ وـآلـهـ وـاخـسـأـ عـنـ الشـيـطـانـ الرـجـيمـ لـكـ سـفـكـتـ الدـمـاـ
لاـشـرـيـكـ لـكـ وـالـحـمـدـ لـهـ رـبـ الـعـالـمـينـ » (٤٥١) .

في الحضانة

قال رحمه الله : فلا يجحب على الأم ارضاع الولد ولها المطالبة باجرة ارضاعه ، وله استبعارها اذا كانت بائناً ، وقيل : لا يصح ذلك وهي في حباله ، والوجه الجواز .

أقول : اطلق الأصحاب عدم وجوب^(٤٥٢) الرضاع على الأم ، وعدم اجبارها عليه ، وقال العلامة في القواعد : تجبر على ارضاع اللبا ؛ لأن الولد لا يعيش بدونه ، وهو المعتمد ، إلا أنها تستحق الأجرة عليه جماعاً بين الحقين ، فان اختارت بعد ارضاع اللبا ارضاعه ، والألم تجبر عليه لقوله تعالى : ﴿فَإِنْ تَعَاشِرُتُمْ فَسْتَرْضِعُوهُ أُخْرَى﴾^(٤٥٣) ، وإن ارضعته غير متبرعة استحقت الأجرة سواء كانت في حباله او بائنة عنده على المشهور بين الأصحاب ، وهو المعتمد لعموم قوله تعالى : ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتَّوْهُنْ أَجْوَرُهُنْ﴾^(٤٥٤) .

(٤٥٢) - من «م» و «ن» و «رأ» .

(٤٥٣) - الطلق : ٦ .

(٤٥٤) - الطلق : ٦ .

وقال الشيخ في المسوط : ان كانت في حبالة لم تستحق أجرة ؛ لأن مناها في كل وقت مستحقة للزوج لعقد النكاح فيما يرجع إلى أحكام الوظي وتوابعه ، وإذا ملك جميع المنافع لم ينعقد الأجرة ، كما لو استأجر غيره لعمل شهر ، ثم استأجره للعمل ذلك الشهر بعينه ، فان الثاني باطل ، وان كانت مطلقة طلاقاً لا يملك الزوج الرجعة فيه فلها ان تعمد على نفسها لرضاع ولدها . الى هنا كلام الشيخ .

وأجاب العلامة بالمنع من تملك الزوج لمنافعها ، وتملكته لوجه الاستمتناع لا يقتضي تملكته للاسترخان .

قال رحمه الله : لو ادعى الأب وجود متبرعة وانكرت الأم فالقول قول الأب ؛ لأنه يدفع عن نفسه وجوب الأجرة على تردد .

أقول : المشهور ان القول قول الأب ، وهو قول الشيخ في المسوط ، وجزم به العلامة في القواعد ، وتردد المصنف من ان دعواه تتضمن سقوط حق الأم من الرضاع والأجرة ، وهي منكرة ، فيكون القول قوتها لعموم «البينة على المدعي واليمين على من أنكر »^(٤٥٥) .

ومن ان انكارها لوجود المتبرعة يتضمن اثبات الأجرة في ذمة الأب ، والأصل براءة الذمة ، فصارت هي المدعية ؛ لأنها مدعية خلاف الأصل ، فيكون القول قول مدعى الأصل .

وتعليق المصنف بأنه يدفع عن نفسه الأجرة يريد ما حققناه من ان دعواه مطابقه للأصل ودعواها مخالفة له ، فيكون هي المدعية على تعريفهم ان المدعى هو الذي يدعي خلاف الأصل .

قال رحمه الله : فإذا قُسِّل فالوالد أحق بالذكر ، والأم أحق بالانتداب حتى تبلغ

سبعين ، وقيل : تسعًا ، وقيل : الأم أحق بها مالم تتزوج ، والأول أظهر .
 أقول : الحضانة ولاية وسلطنة على تربية الولد لكنها بالأننى اليق ، فاذا افترق الأبوان وبينهما ولد فتنازعا في حضانته ، فان كان بالغاً رشيداً فأمره الى نفسه ينضم الى من شاء ، سواء كان ذكرأ أو انثى ، ولاحق للأبوبين فيه الا انه يكره للأنثى (مفارقتها لأمها) ^(٤٥٦) مالم تتزوج الأم أو البنت .
 وان كان طفلاً فالأم أحق بالذكر مدة الرضاع ، وبالأنثى الى سبع سنين ، ثم يصير الأب أولى ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ، وبه قال ابن البراج في الكامل ، وابن حمزة وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد .
 وقال الشيخ في الخلاف : الأم أحق بالصبي الى سبع سنين ، وبالبنت حتى تتزوج - يعني الأم - فاذا تزوجت الأم سقطت حضانتها ، وبه قال ابن الجنيد .
 وقال ابن البراج في المذهب : الأم أحق بالصبي الى سبع سنين ، وبالبنت الى تسع .

واستدل الجميع بالروايات ^(٤٥٧) .

قال رحمه الله : فان فقد الأبوان فالحضانة لأب الأب ، فان عدم ، قيل : كانت الحضانة للأقارب ، وترتبوا ترتيب الأرض نظراً الى الآية ، وفيه تردد .
 أقول : القول المشار اليه هو قول الشيخ لقوله تعالى : ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بعضاهم أولى ببعض في كتاب الله﴾ ^(٤٥٨) .

وتردد المصنف من قول الشيخ ، ومن ان الحضانة حكم شرعى يتوقف على الدلالة الشرعية ، ومنع ابن ادريس من حضانة غير الأب والأم ، ومع فقدهما

(٤٥٦) - «م» «ر١» : مفارقة أمها .

(٤٥٧) - الوسائل ، كتاب التكالب ، باب ٨١ من أبواب أحكام الأولاد .

(٤٥٨) - الأنفال : ٧٥ .

الجد للأب ، وتنسب قول الشيخ إلى تخريجات المخالفين ، والعلامة اختار مذهب الشيخ ، وهو المعتمد .

فرع : اذا سقطت حضانة الأم لتزوجها أو لانتهاء المدة لم يمنع من الأجتماع بأمها ، فالذكر يذهب إليها ، والجارية تأتي امها إليها من غير اطالة ولا ابساط في بيت مطلتها ، ولو فعلته كان مكروهاً غير حرام ، ولو مرض الولد لم تمنع الأم من تغريبه ، ولو مرضت الأم لم يمنع الولد من التردد إليها ذكرأً كان أو انتقى ، ولو مات الولد حضرته أمه وتولت أمره وآخرأجه ، ولو ماتت الأم حضرها الولد .

قال رحمه الله : اذا طلبت للرضاع الأم اجرة زائدة على غيرها فله تسليمه إلى الأجنبية ، وفي سقوط حضانة الأم تردد ، والسقوط أشبه .

أقول : منشؤه من ان الحضانة والرضاعة حقان متغيران ، ولا يلزم من سقوط احدهما سقوط الآخر ، ومن حصول الضرر على الطفل بنقله كل يوم من الأم إلى المرضعة ومنها إلى الأم ، فيشوش الولد لذلك ، ولأنها لما سقطت حقها من الرضاع بطلب الزيادة كانت مسقطة لحقها من الحضانة لكونها تابعة للرضاع ، والمصنف اختار السقوط ، وفخر الدين اختار عدمه ، وهو اختيار العلامة في التحرير الا ان يتذرع حمل الصبي إلى المرضعة ويتعذر مجئها إلى امهه لترضعه عندها فتسقط الحضانة حينئذ ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : اذا تزوجت سقطت حضانتها فان طلقها رجعيه فالحكم باق وان بانت منه ، قيل : لم ترجع حضانتها ، والوجه الرجوع .

أقول : القائل بعدم الرجوع ابن ادريس : لأن ولايتها قد زالت بالتزويج وعودها يحتاج إلى دليل ، وقال الشيخ : تعود الولاية بالطلاق البائن ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد لزوال المانع بزوال التزويج ، وأن الحضانة جعلت إرفاقاً بالصبي ، فإذا تزوجت الأم خرجت باشتغالها بزوجها وحقوقه عن

المضانة للطفل؛ لأنها ربما منعت الزوج بعض حقوقه لو حضنته ، فإذا طلقت زال
المانع فتعمود الولاية .

في النفقات

قال رحمة الله : وفي وجوب النفقة بالعقد أو بالتمكين تردد، أظهره بين الأصحاب وقوف الوجوب على التمكين .

أقول : منشوه من ان مطلق العقد غير كاف في وجوب النفقة كسقوط (٤٥٩) نفقة الناشر اجماعاً ، فصار مشروطاً بالتمكين فلا يجب قبله لأصالة برامة الذمة ما لم يعلم السبب الشاغل لها ، وهو غير متحقق قبل التمكين .
ومن عموم الآيات (٤٦٠) والروايات (٤٦١) الدالة على وجوب النفقة بالعقد حتى يتحقق الشوز ، والمعتمد عدم الوجوب قبل التمكين ، وهو مذهب ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة في التحرير والارشاد .
ويتفرع على الأحتمالين فروع :

الأول: لو تعاقد النكاح ولم يطالبه ولا بذلك بأن (٤٦٢) قالت: (سلمت نفسي

(٤٥٩) - «م» «ن» «ر١» : لسقوط .

(٤٦٠) - البقرة: ٢٢٣ ، الطلاق: ٧ ، النساء: ٣ و ٢٤ .

(٤٦١) - الوسائل ، كتاب النكاح باب ١٦٤٠٢ من أبواب النفقات .

(٤٦٢) - «م» «ن» «ر١» : فان .

اليك) بل سكنا ومضى زمان ، لم يكن لها نفقة عن ذلك الزمان على القول باشتراط التكين ؛ لأن النفقة تجب بالتكين لا بامكانه ، وعلى القول بأن الشرط عدم النشوذ يجب نفقة ذلك الزمان لمدح تحقق النشوذ قبل الطلب والأمتناع .

الثاني : لو سافر قبل التكين لم يستحق شيئاً على استراطه ، فان حضرت عند الحاكم وبذلت التكين لم تستحق شيئاً قبل اعلامه ووصوله أو وكيله ، ويجب عليه^(٤٦٣) المبادرة بعد العلم ، وان علم ولم يبادر ولم ينفذ وكيلاً مع الأمكان سقط عنه بقدر وصوله والزم بما زاد .

الثالث : لو تنازعا في التكين كان عليها اقامة البينة على القول بأنه شرط ، وعلى القول بأن الشرط عدم النشوذ كان عليه اقامة البينة بالنشوز .

قال رحمه الله : أما لو كانت كبيرة وزوجها صغيراً قال الشيخ لانفقة ها ، وفيه اشكال ، منشأة تتحقق التكين من طرفها ، والأشهه وجوب الأنفاق .

أقول : قال الشيخ في المبسوط والخلاف اذا كان الزوج كبيراً والمرأة صغيرة او بالعكس ، فلا نفقة ، وتبعه ابن البراج في المذهب لأصالة براءة الذمة . وقال ابن الجنيد بسقوط النفقة عن الزوج مع صفر الزوجة وان كان الزوج كبيراً ، ووجوبها للزوجة الكبيرة وان كان الزوج صغيراً . وبه قال ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد .

اما سقوط نفقة الصغيرة ؛ لأن الموجب للنفقة التكين^(٤٦٤) النام المستند الى العقد الصحيح ، وهو غير معلوم الثبوت هنا ، واذا لم يعلم وجود السبب لم يعلم وجود المسبب .

واما وجوب النفقة للكبيرة مع صفر الزوج اذا حضرت عند الحاكم وبذلت

(٤٦٣) - في الأصل : عليها .

(٤٦٤) - «م» «ن» «ر» : التكين .

التمكين ولو وجود المقتضي ، وهو التمكين التام من طرفها المستند الى العقد الصحيح ، وتعذر الوظي من طرفه لا يسقط حقها مع تمكينها كالمريض .

قال رحمه الله : وتسقط نفقة البابن وسكنها سواه كانت عن طلاق او فسخ ، نعم لو كانت المطلقة حاملا لزم الانفاق عليها حق تضع ، وكذا السكن ، وهل النفقة للحمل او لأمه ؟ قال الشيخ رحمه الله : هي للحمل ، وظهور الفائدة في مسائل .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : قيل : فيه قولان احدهما النفقة لها لأجل الحمل ، وهو اصحها عند المخالف ، والثاني النفقة للحمل وهو اقواما عندي ، واختاره العلامة في المختلف ؛ لأنها لو كانت حائلة لم يكن لها نفقة ، وإذا كانت حاملا كان لها النفقة ، وهي دائرة معه وجوداً وعديماً فتكون له ، ولأنه لما كانت النفقة له اذا كان منفصلة ، فهي له اذا كان متصلة .

احتاج المخالف بأن نفقتها مقدرة بحال الزوج وكانت لها دون الحمل ؛ لأن نفقة الأقارب غير مقدرة ، فلما كانت نفقتها مقدرة دل على أنها للزوجة ، ولأنها لو كانت للحمل لو جببت على الجد مع فقد الأب ، فلما لم تجب عليه دل على أنها لها . وفائدة الخلاف تظهر في أماكن .

أ- إذا تزوج العرأمة وشرط مولاها رق الولد ثم أباها الزوج ، فعل القول بأنها للحمل ، نفقتها على سيدتها ؛ لأنها مالك الولد ، وعلى القول بأنها للزوجة فهي على الزوج .

ب- إذا تزوج العبد بعمره أو بأمه ، ثم اشترط سيده رق الولد لنفسه ثم أباها وهي حامل ، فعل القول بأن النفقة للحمل فهي على سيد العبد ، وعلى القول بأنها للزوجة فهي أما على سيده أو في كسب العبد على الخلاف .

ج- إذا تزوج العبد بعمره أو بأمه ولم يشترط سيده رق الولد ثم أباها وهي

حامل فالولد هنا حر ، فعلى القول بأن النفقة للولد فهي على الزوجة ؛ لأن المعلوم لا يجُب عليه نفقة أقاربه ، ومن قال للزوجة فهي في كسب العبد أو في ذمة مولاه على المخلاف .

د- إذا كان النكاح فاسداً فاقتراقا لفساد النكاح وهي حامل ، فعلى القول بأن النفقة للحمل فهي على أبيه ، وعلى القول بأنها للزوجة فليس عليه شيء ؛ لأن النفقة للمعنة من نكاح صحيح دون النكاح الفاسد ، وإنما يتساوى الصحيح وال fasid في لحوق النسب خاصة وسقوط الحد .

هـ- لو أخر الدفع ومضى زمان علم فيه الحمل وجب القضاء على القول بأنها للزوجة ، ولا يجُب على القول بأنها للحمل ؛ لأن نفقة الأقارب لا تقتضي .

و- لو لم ينفق عليها ثم اسقطت الحمل فعل القول بأنها للزوجة بشرط الحمل ترجع عليه بالنفقة من حين الطلاق إلى حين الأستفاط ، وعلى القول بأنها للحمل لم ترجع عليه بشيء ، ولو انفق عليها ثم اسقطت لم يرجع عليها بشيء على القولين ، وتسقط النفقة بعد الاستفاط على القولين أيضاً .

قال رحمه الله : وفي الحامل المتوفى عنها زوجها روايتان أشهرها أنه لا نفقة لها ، والأخرى ينفق من نصيب ولدها .

أقول : الرواية المتضمنة للنفقة رواية أبي الصباح^(٤٦٥) الكتاني ، عن الصادق عليه السلام « قال ينفق عليها من مال ولدها الذي في بطنها »^(٤٦٦) وبضمونها أفتى الشيخ في النهاية وأبن البراج وأبن الجنيد وأبن حمزة وأبو الصلاح والرواية المتضمنة لمعدم النفقة حسنـه الحلبي ، عن الصادق عليه السلام « قال : المرأة الحبلى ..

(٤٦٥) - «م» - «ن» - «ر» : الصلاح .

(٤٦٦) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٠ من أبواب التفقات ، حديث ١ .

المتوفى عنها لآنفقة لها^(٤٦٧) ويعضمونها أفقى الحسن بن أبي عقيل وابن ادريس ، وهو اختيار العلامة وابنه وأبي العباس ، وهو المعتمد ؟ لأن الأصل عدم وجوب النفقة في مال الغير ما لم يحصل الدليل الشرعي ، ولأن العمل لا يملك مستقراً ، بل ملكه مشروط بانفصاله حياً ، وهو غير متحقق بجواز سقوطه ميتاً ، فيرجع نصيبه إلى باقي الورثة ، فيكون هذا الاتفاق قبيحاً لاشتاله على التغیر بمال الغير ، ولأن نسبة الملك إلى العمل على سبيل المجاز ، وإنما يجب الأنفاق فيما يملكه المتفق عليه ، وهو قبل انفصاله لم يملك شيئاً حقيقة .

قال رحمة الله : وفي تقدير الأطعام خلاف فنهم من قدره بحد للرفع عنه والوضيعة من المسر والمضر ، ومنهم من لم يقدر واقتصر على سد الخلة ، وهو أشبه .

أقول : في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

أ - التقدير بحال الزوج لا بحالها ، فإن كان موسراً فعليه مدان في كل يوم ، وإن كان متوسطاً متجملاً فد ونصف ، وإن كان معسراً فد ، وهو قول الشيخ في المبسوط .

ب - قوله في الخلاف ، وهو التقدير بعد للمسر والمضر ، واستدل بأجماع الفرقة واخبارهم .

ج - قول ابن ادريس ، قال : نفقة الزوجات عندنا غير مقدرة بلا خلاف إلا من شيخنا أبي جعفر في مسائل خلافه ، فإنه ذهب إلى أنها مقدرة ، ومبليها مد ، وقدره رطلان وربع ، واستدل بأجماع الفرقة واخبارهم ، وهذا عجيب منه رضي الله عنه والسبير بيننا وبينه ، فإن اخبارنا لم يرد فيها خبر بتقدير نفقة ، وأما أصحابنا المصنفون فما يوجد لأحد منهم في تصنيف له تقدير النفقة إلا من قوله

(٤٦٧) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٩ من أبواب النفقات ، حديث ١ (مع اختلاف يسير) .

وتاسعه ، والدليل على أصل المسألة قوله تعالى : ﴿ وعاشروهن بالمعروف ﴾^(٤٦٨) ، أي بما يتعارف الناس ، وايضاً الأصل براءة الذمة من التقدير ، فن ادعى شيئاً بعينه فإنه يحتاج إلى دليل ، ولا دليل عليه من كتاب ولا سنة^(٤٦٩) . إلى هنا كلام ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد . قال رحمه الله : ولو دفع إليها كسوة مدة جرت العادة ببقائها إليها صح ، ولو أخلقتها قبل المدة لم يجب عليه بدها ، ولو انقضت المدة والكسوة باقية طالبته بكسوة لما يستقبل .

أقول : تتحقق هذا الكلام يحتاج إلى معرفة الأصل الذي يبني عليه وهو أن الكسوة هل هي امتاع أو علىك ؟ يتحمل الأول ؛ لأن المقصود من الكسوة يحصل بالأمتاع دون التمليل ، ولأن الأصل براءة الذمة من وجوب التمليل فيكون امتاعاً كالمسكن ، وجزم به العلامة في الأرشاد .

ويتحمل الثاني لطف الكسوة على الرزق في الآية ، وهي قوله تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾^(٤٧٠) وحكم المطوف حكم المطوف عليه ، ولاشك في تمليل الرزق فكذلك الكسوة للطف عليه ، وهو اختيار العلامة في القواعد وابنه في شرحه .

إذا عرفت هذا ، فإذا دفع إليها كسوة مدة كما فرضه المصنف فاخليقتها قبلها ، فالعلامة في القواعد بنى استحقاق المطالبة بغيرها قبل انقضاء المدة ، وعدمه على القولين ، جعل لها المطالبة على القول بالأمتاع ، والدم على القول بالتمليل ، ومع انقضاء المدة والكسوة باقية أوجب لها غيرها على القول بالتمليل ، ولم

(٤٦٨) - النساء : ١٩ .

(٤٦٩) - السرائر : ٢ : ٦٥٥ .

(٤٧٠) - البقرة : ٢٢٣ .

يوجب شيئاً على القول بالأمتاع ، ثم فرع على المذهبين ما لو طلقها او مات احدهما قبل مضي المدة ، فعلى القول بالأمتاع تكون الكسوة للزوج ، وعلى القول بالتمليك يتحمل اختصاصها بها كما لو دفع لها نفقة يوم ثم طلقها او مات احدهما قبل مضييه ، فانها عملك بمجموع النفقة اجمعياً ، فكذلك الكسوة ، ويتحمل التشريك على قدر المدة^(٤٧١) بين الماضية والمستقبلة ، وهو اختيار فخر الدين ، ويكون للزوجة او ورتتها ما قابل الماضية ، وللزوج او ورثته ما قابل المستقبلة ؛ لأنه اما ملكها ايها بمجموع المدة بسبب الزوجية المقتضية لوجوب الكسوة .

وقد ظهر انتفاء الزوجية في بعضها ، فوجب ان يكون مقسمة على المدين فان كان الماضي نصف المدة كان لها نصف ما بقي من الكسوة ، وان كان ثلث المدة كان لها ثلث الباقي ، وهكذا .

فاما تحقق هذا كان كلام المصنف متناقضاً ؛ لأنه منعها من غيرها اذا اخلقتها قبل مضي المدة المضروبة ، واجب عليه غيرها بعد المدة وان كانت الأولى باقية ، وهو بناء على القول بالتمليك ، كما قاله العلامة في قواعده ، ثم قال المصنف : (ولو سلم اليها نفقة لمدة ثم طلقها قبل اقضائها استعاد نفقة الزمان المتخلف الا نصيب يوم الطلاق ، اما الكسوة فله استعادتها سالم تنتص المدة المضروبة لها) وانما يستعاد بمجموع الباقي من الكسوة على القول بأنها امتاع على ماتقدم من كلام العلامة ، فقد ظهر متناقضه كلام المصنف رحمه الله .

قال رحمه الله : ولا ينفق على بائن غير المطلقة [الحامل] ، وقال الشيخ : ينفق لأن النفقة للولد .

أقول : البائن غير المطلقة كالمحتدة من نكاح الشبهة او الملاعنة اذا كانت حاملاً ثم اعترف بالحمل ، قال الشيخ : ينفق عليها ؛ لأن النفقة للحمل ، وقد

سبق (٤٧٢) البحث في ذلك.

قال رحمه الله : نفقة زوجة الملوك تتعلق برقبته ان لم يكن متকسباً ويباع منه في كل يوم بقدر ما يجب عليه ، وقال آخرون : يجب في كسبه ، ولو قيل : يلزم السيد لوقوع العقد بأذنه كان حسناً .

أقول : قال الشيخ في المسوط : اذا تزوج بأذن مولاه وكان متكتسباً فالنفقة في كسبه ويكون اذن السيد في التزويج اذناً في تعلق نفقة الزوجة بكسبه ، وان لم يكن متكتسباً قال قوم : يتعلق برقبته ؛ لأن الوطى في النكاح ينزلة المعنوية ، ومنهم من قال : يتعلق بذمته ؛ لأنه حق لزم باختيار من له الحق ، فكان في ذمته كالفرض ، والأول اليق بذهبنا .

ثم قال : فمن قال : يتعلق برقبته على ما اخترناه قال ان امكن ان يباع منه كل يوم بقدر ما يجب عليه من النفقة فعل ، وان لم يكن بيع كله كما قيل في المعنوية ووقف ثمنه ينفق عليها منه ، وقد انتقل ملك سيده عنه الى ملك سيد آخر .

وقال ابن ادريس : النفقة على السيد ؛ لأنه اذن في شيء فيلزمه توابعه . واختاره المنصف والعلامة .

وقال ابن حمزة : اذا كان العبد مكتسباً تغير السيد بين جعل النفقة من كسبه والأنفاق من خالص ماله . واختاره العلامة في المختلف ؛ لأن السيد تغير في جهات القضاء كالدين ، وهو قول ابن ادريس ؛ لأن كسب العبد مال السيد ، فان وفى بالنفقة ، والاتمامه السيد من خاصه (٤٧٣) .

قال : وقال رحمه الله : ولو كان مكتاباً لم تجب نفقة ولده من زوجته ويلزمه نفقة الولد من امته ؛ لأنه ماله ، ولو تحرر منه شيء كانت نفقته في ماله

(٤٧٢) - ص ١٨٤ .

(٤٧٣) - «ن» «ر١» : خاصته .

بقدر ما تحرر منه .

أقول : الضمير في قوله (قال رحمه الله) عائد إلى الشيخ رحمه الله ، وهذه المسألة لم أجده فيها خلافا ، إلا أن المصنف نقلها عن الشيخ وكذلك العلامة في التحرير ، وجزم بها في القواعد ، والمراد بالزوجة المنكوبة بالعقد سواء كانت حرمة أو أمة أو مكاتبة ، فإن ولده منها لا يجب نفقته عليه ؛ لأن نفقة الأقارب إنما يجب مع اليسار ، والمكاتب المشروط أو المطلق الذي لم يتحرر منه شيء غير موسر ؛ لأن جميع ما في يده لسيده ، وهذا الورد في الرق كان الجميع له ، فإن كانت الأم حرمة كانت النفقة عليها مع يسارها ، ومع إعسارها أو فقدها وقد من يقوم مقامها من الأجداد فعلت بيت المال ، وإن كانت أمة أو مكاتبة فالنفقة تابعة لملك الولد ، فن كان ملكه كانت نفقته عليه ، وأما وجه وجوب نفقته على ولده من امته ؛ لأن المكاتب له ابتياع الرقيق ؛ لأن له تنمية المال ، فإذا ابتاع أمه لم يجوز له وطأها ؛ لأن في ذلك تغيراً بمال سيده ، فإن اذن له جاز فإن وطأها باذن سيده أو بغير اذنه فالولد لاحق به ، أما مع الأذن فظاهر ، وأما مع عدمه فلحصول الشبهة فهو وطي لا يجب فيه الحد ، وكل وطي يسقط فيه الحد عن الوطيء فالنسبة لاحق به والولد هنا مملوك ؛ لأن تولد من مملوكيين ، فيكون مملوكاً لأبيه (٤٧٤) ؛ لأن ولد امته ، ولا يتعق عليه ؛ لأن ناقص الملك ، ولا يجوز له بيعه ؛ لأن الشرع منع من بيع الآباء والأولاد ، ولا يملك عتقه ؛ لأن فيه اتلاف بمال سيده ، بل يوقف فإن أدى الأب وتحرر تحرر الولد ، وإن استرق الأب استرق الولد ، وعليه نفقته ؛ لأن المكاتب يجب عليه نفقة رقيقه ؛ لأن التنمية لا يحصل إلا بها .

ولو تحرر من الأب شيء كان عليه من نفقة ولده من الحرية بقدر ما تحرر منه ، والباقي على الأم .

في نفقة الأقارب

قال رحمه الله : تجب النفقة على الآباء والأولاد اجمعأً وفي وجوب
الاتفاق على آباء الآباء وامها لهم تردد ، اظهره الوجوب .
أقول : فتاوى الأصحاب كلها متطابقه على وجوب الاتفاق على الآباء
وان علوا والأولاد وان نزلوا ، وتردد المصنف فيها علام الآباء لعدم صدق الأبوة
عليهم حقيقة وان صدقت بمحازاً ؛ ولأصالة براءة الذمة وهو مذهب مالك ،
والمعتمد الأول .

وأوجبهما الشيخ لكل وارت والمعتمد الاقتصار على العمودين .
قال رحمه الله : ويشترط في وجوب الأنفاق الفقر وهل يشترط العجز عن
الأكتساب ؟ الأظهر اشتراطه .

أقول : وجه الاشتراط قد ذكره المصنف ، ووجه عدم الاشتراط صدق
اسم الفقر عليه ؛ لأن الفقير هو الادى لامال له ، وهذا كذلك ، والمعتمد
الاشتراط ، والمراد التكسب اللائق بحاله ، فلو كان قادراً على مكسب غير لائق
بحاله ولا مروءته وجب الأنفاق عليه ولا يكلف ذلك ، وعلى القول ان المتكسب

غنى لا يجب عليه الأنفاق على قريبه المعاسر ، و يجب عليه التكسب لذلك .

تنبيه : قال فخر الدين رحمه الله : فائدة : المانع من الأرث كالرق والقتل والكفر مانع من وجوب الأنفاق ، قلت : اما الرق فسلم لانزعاف فيه ، واما الكفر فجميع الأصحاب اوجبوا النفقة على القريب وان كان كافراً ، وبه قال أبوه في قواعده وتحريمه ، وأما القتل فاما يتصور الأنفاق بعده من المتقرب اليه بالمقتول ، ولم يتعرض الأصحاب لاسقاط نفقة القريب لغير الرق ؛ لأنها تجب على مولاه دون قريبه ، فإذا حصل القرابة والفقر وجبت النفقة على القريب الغني مالم يعلم سقوطها ، وهو غير معلوم بغير الرق ، فيثبتت الوجوب .

كتاب الطلاق

في المطلق

قال رحمه الله : فلا اعتبار بعبارة الصبي قبل بلوغه عشرأً ، وفيمن بلغ عشرأً عاقلاً وطلق للسنة رواية بالجواز فيها ضعف .

أقول : الرواية إشارة الى ما رواه الصدوق في كتابه عن زرعة عن سماعة ، « قال : سأله عن طلاق الغلام ولم يحتمل وصدقته ؟ قال : إذا طلق للسنة ووضع الصدق في موضعها وحقها فلا بأس »^(١) ، وهو جائز ، ورواية ابن بكير عن الصادق عليه السلام ، « قال يجوز طلاق الصبي اذا بلغ عشر سنين »^(٢) وبضمونها أفتى الشیخان وابن البراج وابن حمزة ، ومنه ابن ادریس لضعف سند الرواية ، لأن سماعة واقفی ، وابن بكير ملعون كذاب ، وهو واقفی أيضاً ، مع المعارضه بروايات^(٣) أصح طریقاً ، وكون الصبي محجوراً عليه قبل البلوغ ، فلا بصح طلاقه قبل البلوغ وهو المعتمد .

(١) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٣٢ من أبواب مقدمات الطلاق ، حدیث ٧ - والفقیه ، كتاب الطلاق ، باب ١٥٧ في طلاق الغلام حدیث ١ .

(٢) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٣٢ من أبواب مقدمات الطلاق ، حدیث ٦ .

(٣) - في «م» و«ن» و«ر» : (برواية) . لاحظ المصدر المتقدم .

قال رحمه الله : فلو بلغ فاسد العقل^(٤) طلاق وليه مع مراعاة الغبطة ومنع

منه قوم ، وهو بعيد .

أقول : جواز طلاق الولي عنم بلغ فاسد العقل مع مراعاة الغبطة مذهب الشيخ في النهاية وابن البراج وابن الجنيد ، واختاره المصنف والعلامة ؛ لأن الحاجة تشتد إليه وتدعو الضرورة إلى إيقاعه ، وهو غير ممكن من المجنون^(٥) لسلب أهلية التصرفات عنه ، فلو لم يشرع للولي ذلك لزم الضرر الدائم على المجنون ، وعلى الزوجة أيضاً وهو منفي بقوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام »^(٦) ، وله عليه روايات^(٧) .

ومنع ابن ادريس ، لقوله عليه السلام : « الطلاق يد من أخذ بالساق »^(٨) ،

وال الأول هو المعتمد .

قال رحمه الله : وتعوز الوكالة في الطلاق للغائب اجماعاً ، وللحاضر على

الأصح .

أقول : منع الشيخ في النهاية ، وابن حمزه وابن البراج من وكالة الحاضر في البلد ، لرواية زدراة عن الصادق عليه السلام ، « قال : لا يجوز الوكالة في الطلاق »^(٩) ، قال الشيخ في التهذيب والأستبصار^(١٠) : وهذا الحديث لا ينساني

(٤) - وفي نسخة في الأصل زياده في المتن بعد قوله (ره) فاسد العقل : فيطلق عنه الولي مع الغبطة ، فان فقد فالوصي ، فان فقد فالحاكم ، فلو تجدد جنونه بعد عقله ورشده فالولايه عليه للحاكم .

(٥) - في الأصل المجنون وباقى النسخ على ما انتبهنا .

(٦) - الوسائل ، كتاب احياء الموات ، باب ٧ ، حدث ٢ ، وكتاب المواريث ، باب موانع الارث ، حدث ١٢ . وفي « م » : (ولا ضرار) بدل (ولا ضرار) .

(٧) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٢٥ من أبواب مقدمات الطلاق .

(٨) - كنز العمال : ج ٥ ، ص ١٥٥ ، حدث ٣١٥١ .

(٩) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٣٩ من أبواب مقدمات الطلاق ، حدث ٥ . وفي الأصل

الأخبار الأولية^(١١)؛ لأننا نعمل هذا الخبر على الحال التي يكون الرجل فيها حاضراً غير غائب عن بلده ، فإنه متىً كان الأمر كما وصفناه لم تجز وكالته في الطلاق . وابن ادريس يجوز^(١٢) الوكالة مطلقاً ، وهو المعمول^(١٣) عليه عند المتأخرین ، لأصلة الصحة ، ولعدم اشتراط وقوعه من مباشر معين ، فإذا جاز^(١٤) الوكالة للغائب جاز للحاضر ، وله عليه روایات^(١٥) ، وهو المعتمد . قال رحمه الله : ولو وكلها في طلاق نفسها قال الشيخ : لا يصح ، والوجه الجواز .

أقول : حجة الشيخ (رحمه الله) أن القابل لا يكون فاعلاً ، وهي^(١٦) مفعول بها^(١٧) الطلاق فلا تكون فاعله ، وجوزه ابن ادريس والمتأخرین ؛ لأن كل فعل قبل النيابة لا يتشرط فيه خصوصية النائب ، وهو المعتمد . قال رحمه الله : لو قال : طلي نفسك ثلاثة فطلقت واحدة ، قيل : ببطل ، وقيل : يقع واحدة ، وكذلك لو قال : طلي واحدة فطلقت ثلاثة ، قيل : ببطل ، وقيل : يقع واحدة ، وهو أشبه .

أقول : قال الشيخ في الخلاف ، بعدم وقوع شيء لمخالفتها أمر الموكل ،

زيادة قوله (الحاضر) في ذيل الرواية .

(١٠) - هذه الكلمة من الأصل وليس في النسخ .

(١١) - في «م» : الدالة .

(١٢) - في النسخ : (جوز) .

(١٣) - في الأصل و«م» : المعمول .

(١٤) - كذا

(١٥) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٣٩ من أبواب مقدماته وشرائطه .

(١٦) - في الأصل : وهي .

(١٧) - هذه الكلمة ليست في «ن» .

واختاره فخر الدين وهو قوي ، لاختلاف الحكم بين ما أمرها به^(١٨) وبين ما أوقعته ، لأن البائن تقتضي اسقاط النفقة والرجمة و(الطلقة)^(١٩) ، الواحدة تقتضي ثبوتها ، وربما كان^(٢٠) غرضه متعلق بحكم ما أمرها به ، وقد أوقعت ضده فلا يقع صحيحأً .

وقيل : يقع^(٢١) واحدة في الصورتين ، لأن الأذن في الثلاثة يستلزم الأذن في^(٢٢) الواحدة قطعاً ، فإذا فعل الوكيل بعض المأمور به لا يجب عليه فعلباقي ، ويصح ما فعله لكونه مأموراً به ، وكذلك لو أمرها بواحدة فاوقعت ثلاثة ؛ لأنها أوقعت المأمور به وغيره فيصح المأمور به ويبطل غيره ، واختاره المصنف والعلامة .

(١٨) - هذه الكلمة ليست في الأصل .

(١٩) - هذه الكلمة ليست في «ن» و «ر» .

(٢٠) - ليست في الأصل .

(٢١) - في النسخ : يصح .

(٢٢) - هاتان الكلمتان ليستا في الأصل .

في المطلقة

قال رحمه الله : ومن فقهائنا من قدر المدة التي يسوغ معها طلاق الغائب
بشهر ، عملاً برواية يعضدها الفالب في الحيض ، ومنهم من قدرها بثلاثة أشهر ،
عملاً برواية جليل عن أبي عبد الله عليه السلام ، والمحصل ما ذكرناه .
أقول : اختلف علماؤنا في قدر المدة التي يسوغ معها طلاق الغائب على
خمسة مذاهب (٢٣) .

الأول : عدم وجوب الانتظار وجواز الطلاق في أي وقت شاء ، وهو
مذهب المفيد وسلامر وعلي بن بابويه وأبي الصلاح وابن أبي عقيل ، ومستندهم
صحيحه محمد بن مسلم عن أحد هما عليها السلام ، « قال سأله عن الرجل
يطلق امرأته وهو غائب ؟ قال : يجوز طلاقه على كل حال ، وتعتذر المرأة من يوم
طلاقها (٢٤) » .

الثاني : عدم جوازه قبل مضي شهر ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ، وبه

(٢٣) - في «ن» : أبووال .

(٢٤) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٢٦ من أبواب مقدماته ، حديث ١ .

قال ابن حمزة ، والمستند روایة أصحاق^(٢٥) بن عمار .

الثالث : عدم جوازه قبل مضي ثلاثة أشهر ، وهو مذهب ابن الجنيد واختاره العلامة في المختلف ، لصحيحه جليل بن دراج^(٢٦) .

الرابع : تحديد أقل المدة بشهر ، وأوسطها بثلاثة أشهر ، وأقصاها خمسة أشهر أو ستة ، وهو مذهب محمد بن بابويه ، والمستند روایة أصحاق^(٢٧) بن عمار .

الخامس : اعتبار مدة يعلم انتقاها من طهر المواقعة إلى آخر بحسب عادتها ، والمراد بالعلم هنا غلبة الظن المستند إلى المادة التي يعلمها من شأنها^(٢٨) ، وهو مذهب ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد والأرشاد والتحرير ، ووجهه الجمع بين الروايات^(٢٩) ، فإذا علم انتقاها من طهر إلى آخر صح طلاقها وإن صادف الحيض ، وكذلك إذا علم حيضها حالة الطلاق ، أما لو رجع من غيبته فوجدها حائضاً فإنه لا يصح طلاقها ، ولو علم انتقاها في حال الفيبة من طهر إلى آخر لم يموم^(٣٠) من المعاشر من طلاق المخاض .

قال رحمه الله : ولو كان له زوجتان أو زوجات فقال : زوجي طلاق ، فإن نوى معينة صح ويقبل تفسيره ، وإن لم ينوي ، قيل : يبطل الطلاق ، لعدم التعيين ، وقيل : يصح ، وتستخرج بالقرعة وهوأشبه .

أقول : أختلف الأصحاب في اشتراط تعيين المطلقة بالأسم أو الأشارة أو

(٢٥) - المصدر السابق ، حديث ٣.

(٢٦) - المصدر السابق ، حديث ٧.

(٢٧) - المصدر السابق ، حديث ٨ إلا أنه لم يتضمن الشهر الواحد ، لكن الحديث رقم (٣) المقدم يتضمن ذلك .

(٢٨) - في «ن» : نسائها .

(٢٩) - الوسائل ، الباب ٢٦ من أبواب مقدمات الطلاق .

(٣٠) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، لاحظ أحاديث الباب ٩ والباب ٢٥ من أبواب المقدمات .

القصد ، والمشهور اشتراطه ، وهو مذهب المفید والسيد والشيخ في أحد قوله ، واختاره العلامة في المختلف والتحریر ، وابنه في شرح القواعد ، وأبو العباس في شرح المختصر ، وهو المعتمد .

ولم يشترطه الشيخ في موضع من المبسوط ، وابن البراج ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد والأرشاد ، ويکفى قوله إحدى نسافی طلاق أو إحداھن^(٣١) أو امرأة طلاق^(٣٢) ، من غير قصد ، ثم يعین بعد ذلك .

احتاج الأولون بأن الطلاق أمر معین فلا بد من محل معین ، لاستحالة وقوع المعین في المبهم ، ولأن توابع الطلاق كالعدة لا بد له من محل معین .

واحتاج الآخرون بعموم النص^(٣٣) ، وان احداھما زوجة وكل زوجة يصح طلاقها ، وفيه نظر ؛ لأن الكبرى ممنوعة وهي قوهم ؛ وكل زوجة يصح طلاقها ؛ لأن من الزوجات ما لا يصح طلاقها كزوجة الصبي ، وزوجة الحاضر اذا كانت حائضاً .

تنبيه :

على القول بوقوعه مع عدم التعيين ، هل الواقع سبب مؤثر في البينوته حالة الواقع ، أو أثر له صلاحية التأثير عند وقوع^(٣٤) التعيين ؟ كلاهما محتمل .

ويتفرع على ذلك فروع :

أـ- يجرب عليه^(٣٥) التعيين ويطالب به وبخس عليه على الأول ، دون الثاني ، ويجرب الاتفاق على الأحتالين معاً ، ولافرق بين الباین والرجعي .

(٣١) - في النسخ : احداھن .

(٣٢) - هذه الكلمة في «ن» .

(٣٣) - الطلاق : ۱ .

(٣٤) - هذه الكلمة من الاصل وليس في النسخ .

(٣٥) - في الأصل : علیهما ، وفي «م» : (عليه) .

ب - يجب العدة من حين التلفظ بالطلاق على الأول ، وهو الذي قواه الشيخ في المسوط ، ومن حين التعيين على الثاني ، وهو اختيار العلامة .
 ج - التعيين بالقرعة على الأول ، وهو مذهب المصنف ، وباختيار المطلق على الثاني ، وهو اختيار القواعد .

د - يحرم عليه الجميع حتى (يعين على الأول) ^(٣٦) ، كما لو اشتبهت زوجته بأجنبية ، وعلى الثاني الكل زوجات بياح ^(٣٧) نكاحهن حتى يعين .
 هـ - لو وطىء واحدة وجب تعيين الطلاق في غيرها على الأول ، ويجوز أن يعيئها على الثاني .

و - الفرع الذي ذكره المصنف ، وهو قوله : هذه طلاق أو هذه ^(٣٨) فعل إشتراط التعيين ببطل الطلاق ، وعلى القول (بعدمه يعين للطلاق من شاء) ^(٣٩) .
 قال رحمه الله : ولو قال : هذه طلاق أو هذه ، وهذه ، طلقت الثالثة ويعين من شاء الأولى أو الثانية ولو مات استخرجت واحدة بالقرعة ، وزبما قيل بالأحتفال في الأولى والأخيرتين جميعاً ، فيكون له أن يعين للطلاق الأولى أو الأخيرتين معاً ، والأشكال في الكل ينشأ من عدم تعيين المطلقة .

أقول : هذه فرع على القول بعدم اشتراط التعيين والقول بطلاق الثالثة هو قول الشيخ في المسوط ؛ لأنها معطوفة على المطلقة (لأنه عدل من لفظ الشك إلى واو المطف فلا تشاركتها الثالثة في الشك) ^(٤٠) وقال بعضهم : الثالثة معطوفة على الثانية لقربها ، وهو ظاهر و اختياره ابن ادريس ، فعل الأول تطلق الثالثة قطعاً ؛

(٣٦) - ما بين القوسين من النسخ ، وفي الأصل : على تعيين الأول .

(٣٧) - في «ر١» : (بياح له) .

(٣٨) - هذه الكلمة ليست في «ر١» .

(٣٩) - في «ن» بدل ما بين القوسين : بعدم التعيين يعين من شاء .

(٤٠) - من «م» و «ن» .

لأنها معطوفة على المطلقة^(٤١) في نفس^(٤٢) الأمر وبصير التردد^(٤٣) بين الأولى والثانية يعين منها من شاء.

وعلى القول الثاني حكم الثالثة حكم الثانية لمطافها عليها، فيقع التردد^(٤٤) بين الأولى وحدها وبين مجموع الثانية والثالثة ، فان عين الأولى للطلاق كانت الثانية والثالثة زوجتين ، وإن عينهما للطلاق كانت الأولى زوجة .

قال رحمه الله : ولو نظر الى زوجته وأجنبية ، فقال : أحداكما طلاق ، ثم قال : أردت الأجنبية ، قبل ، ولو كان له زوجة وجارة كل منها سعدى ، فقال : سعدى طلاق ، ثم قال : أردت الجارة ، لم يقبل ؛ لأن أحداكما يصلح لها ، وايقاع الطلاق على الأسم يصرف الى الزوجة ، وفي الفرق نظر .

أقول : لم يفرق الشيخ في المسوط بين المألتين ؛ لأنه قال : فرع : إذا نظر الى امرأته وأجنبية ، فقال : أحداكما طلاق ، ثم قال : نوبيت الأجنبية ، لم يقع الطلاق على زوجته بلا خلاف ، ولو كان اسم زوجته زينب ، فقال : زينب طلاق ، ثم قال عنيت به جاري وكان له جارة اسمها زينب ، عندنا يقبل وعندهم لا يقبل منه .

والفرق بينها : أن قوله : أحداكما يصلح لكل واحدة منها (لفظاً ، فإذا أخبر أنه أراد إحداها قبل منه ، وليس كذلك الأخرى ؛ لأنها طلاق واحدة (وانتها تشارها)^(٤٥) في هذا الأسم ؛ لأن اللفظ تناولها ، وإذا كان اللفظ لا يتناول الا واحدة فالعادة أنه لا يطلق الا زوجته ، وعندني أنه لا فرق بين الموضعين .

(٤١) - ما بين القوسين ليس في «رأ».

(٤٢) - في «ن» : تعيين .

(٤٣) - في النسخ : التردد .

(٤٤) - في النسخ : التردد .

(٤٥) - في «ن» : (واما تشاركتها) . وفي «م» : (واما شاركتها) .

انتهى كلام الشيخ رحمه الله ، وقوله : (وعندهم لا يقبل منه) إشارة الى الجمهور ، لأنهم بجمعون على الفرق بين الصورتين ، لفرق الذي ذكره الشيخ ، ووجه اختيار الشيخ أن أحدا كما يصلح لكل واحدة منها)^(٤٦) ، كذلك الاسم اذا كان موضوعا لها^(٤٧) ، فالفرق بينها لا وجه له .



النحو الثاني من سورة

(٤٦) - ما بين القوسين ليس في «رأ» .

(٤٧) - في «م» : لها .

في الصيغة

قال رحمه الله : لو قال : أنت الطلاق او طلاق او من المطلقات لم يكن شيئاً ولو نوى به الطلاق ، وكذا لو قال : انت مطلقة ، وقال الشيخ رحمه الله : إنه يقع اذا نوى الطلاق ، وهو بعيد عن شبه الأشلاء .

أقول : لاشك في عدم وقوع الطلاق بقوله : انت الطلاق أو طلاق أو من المطلقات ، وإنما الشك في قوله : أنت المطلقة^(٤٨) ، قال الشيخ في المبسوط : قوله (أنت مطلقة) إخبار عما مضى فقط ، فان نوى به الأيقاع في الحال فالاقوى أن تقول إنه يقع ، ومنع في الخلاف من وقوعه ، واختاره المصنف والعلامة وهو المعتمد ؛ لأن الطلاق لفظ إنشائي وضعه الشارع لازالة قيد النكاح ، فيقتصر على موضع الوضع ، لأصالة بقاء النكاح ما لم يعلم المزيل له .

قال رحمه الله : ولو قال : طلقت فلانة [فقال : نعم] قال [الشيخ] : لا يقع ، وفيه اشكال ينشأ من وقوعه عند سؤاله هل طلقت امرأتك ؟ فيقول : نعم .

أقول : الضمير في قوله (قال : لا يقع) عائد الى الشيخ رحمه الله ، ومراده

(٤٨) - في «ر١» : مطلقة .

أنه^(٤٩) لو قال : طلقت فلانة وقصد الأنساء أنه^(٥٠) لا يقع الطلاق عند الشيخ ، قال المصنف : وفيه إشكال ، ينشأ من وقوعه عند سؤاله هل طلقت امرأتك ؟ فيقول : نعم . وجه استدلاله رحمة الله أنه لو قيل له : هل طلقت امرأتك ؟ فقال : نعم ، وقع الطلاق عند أكثر الأصحاب ؛ لأن نعم تتضمن إعادة السؤال فكانه قال : طلقت امرأتي ، وإذا وقع الطلاق بما يتضمن قوله (طلقت) ، فووقعه بالتصريح أولى . واختار العلامة عدم الوقع ، وهو المعتمد ، والأصل الذي بني عليه المصنف من نوع ، وسيأتي^(٥١) تحقيقه إن شاء الله تعالى .

قال رحمه الله : ويقع طلاق الآخرين بالأشارة الدالة ، وفي رواية يلقي عليها القناع فيكون ذلك طلاقاً ، وهي شاذة .

أقول : المشهور أن طلاق الآخرين بالأشارات المفيدة أو الكتابة^(٥٢) إن عرفها ، وهو مذهب الشيخ وابن الجنيد وابن البراج وابن ادريس ، واختاره المؤاخرون لما رواه أحد بن محمد بن أبي نصر ، « قال : سألت الرضا عليه السلام عن الرجل يكون عنده المرأة يصمت فلا يتكلم ، فقال : آخرس ، فقلت : نعم ، قال فيعلم منه بغض لاماته وكراهة لها ؟ قلت : نعم ، أيعوز له أن يطلق عنه وليه ؟ قال : لا ، ولكن يكتب ويشهد على ذلك ، قلت أصلحك الله لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها ؟ قال : بالذى يعرف به من فعله مثل ما ذكرت من كراحته لها وبغضه لها »^(٥٣) وقال ابن^(٥٤)بابويه : والأخرس اذا اراد أن يطلق ، ألقى على امرأته قناعاً

٤٩) - لیست فی «م».

٥٠) لیست فی «ن» و «ر۱».

٢٠٨ ص - (٥١)

(٥٢) - «(١)» : والكتابة .

(٥٣) - المساند ، كتاب الطلاق ، باب ١٩ من أبواب مقدماته ، حديث ١ .

• چل: «چ»، ۳ = (۵۴)

يرى أنها قد حرمت عليه ، فإذا أراد مراجعتها رفع القناع عنها يرى أنها قد حللت له ، واحتاجاً ما رواه السكوني عن الصادق عليه السلام « قال : طلاق الآخرين أن يأخذ مقتنتها ويضعها على رأسها ثم يعزّ لها »^(٥٥) ، وكذا روى أبو بصير^(٥٦) عن الصادق عليه السلام ، والأول هو المعتمد .

قال رحمه الله : وقيل : يقع بالكتابة اذا كان غائباً عن الزوجة ، وليس بمعتمد .

أقول : قال الشيخ في النهاية : وان كان غائباً وكتب بخطه أن فلانة طالق وقع الطلاق ، وقال في الحال بعدم وقوعه بالكتابة مع القدرة على اللفظ ، واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة ، وهو المعتمد ، لوجوب مراعاة اللفظ المخصوص والكتابة غير اللفظ ، ولأصلالة بقاء النكاح ما لم يعلم السبب المزيل ، ولم يعلم بغير اللفظ المخصوص عليه .

أحتاج الشيخ على مذهبة في النهاية بما رواه الثمالي في الصحيح^(٥٧) عن أبي عبد الله عليه السلام .

قال رحمه الله : ولو قال : اعتدي ، ونوئ به الطلاق قيل : يصح وهي رواية الخلبي و محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام ، ومنعه كثير وهو الأشبه .

أقول : قال ابن الجنيد : يقع الطلاق بقوله (اعتدي) اذا قصد به الطلاق ، ومستند ما ذكره المصنف ، والأكثر على عدم الواقع وهو المعتمد ، لأصلالة بقاء العقد ما لم يعلم السبب المزيل له .

قال رحمه الله : ولو خيرها وقصد الطلاق فان اختارته أو سكتت ولو لحظه

(٥٥) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ١٩ من أبواب مقدماته ، حديث ٢ .

(٥٦) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ١٩ من أبواب مقدماته ، حديث ٥ .

(٥٧) - المصدر المتقدم ، باب ١٤ ، حديث ٣ - وكذا في المصدر و « ر » ، ولكن في الأصل وبافي النسخ الا « ن » : (عبد الرحمن الثمالي) وفي « ن » : البافني .

فلا حكم ، وإن اختارت نفسها في الحال ، قيل : تقع الفرقة ببينة ، وقيل : تقع رجعية ، وقيل : لاحكم له ، وعليه الأكثرون .

أقول : البحث هنا في موضوعين :

أ - وقوع التخير وكونه طلاقا ، وبوقوعه قال ابن أبي عقيل وأحمد بن الجنيد بشروط ثلاثة ، وقوعه في ظهر لم يقر بها فيه جماع ، وحضور شهود ، وجوابها على الفور ، والمستند الروايات^(٥٨) ، وصورة التخير أن يقول لها : اختاري نفسك ، أو جعلت أمرك بيديك ، أو خيرتك ، أو جعلت لك الخيار ، فان قالت : أخترت نفسي ، طلقت عند القائل به ، وإن قالت : أخترتوك أو سكتت ثبت النكاح .

وقال الشيخ : لا يقع به الطلاق ، وبه قال ابن ادريس واختاره المتأخرون ، وهو المعتمد ، لأصالة بقاء النكاح ، والروايات الواردة بالجواز معارضة بغيرها^(٥٩) .

ب - أختلف القائلون بوقوعه ، فقال بعضهم : إنه يقع طلقة واحدة رجعية ، وقال بعضهم : إنه يقع واحدة ببينة ، ومنشأ الاختلاف اختلاف الروايات^(٦٠) . قال رحمه الله : ولو قيل هل طلقت فلانه ؟ فقال : نعم ، وقع الطلاق .

أقول : هذا مذهب الشيخ في النهاية وابن البراج وابن حمزه ، واختاره المصنف والعلامة في الأرشاد جزما ؛ لأن نعم تتضمن إعادة السؤال ، ولرواية السكوني^(٦١) عن الصادق عليه السلام ، (والباقي عليه السلام)^(٦٢) ، وقال ابن

(٥٨) - الوسائل ، كتاب الطلاق . لاحظ أحاديث الباب ٤١ من أبواب مقدماته وشرائطه .

(٥٩) - المصدر المتقدم .

(٦٠) - المصدر المتقدم .

(٦١) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ١٦ من أبواب مقدماته حديث ٦ .

(٦٢) - ما بين القوسين ليس في «ن» .

ادريس : اذا قيل للرجل : هل طلقت ثلاثة ؟ فيقول : نعم ، كان ذلك اقراراً بطلاق شرعي ، وظاهره أنه إن قصد الأنساء لا يكون طلاقاً ، واختاره العلامة في المختلف وهو المعتمد ، لأصالة البقاء ما لم يعلم المزيل وهو غير معلوم بدون اللفظ المتفق عليه وهو لفظ طلاق .

قال رحمه الله : ولو فسر الطلاق باثنتين أو ثلاث قيل : يبطل الطلاق ، وقيل : تقع واحدة بقوله طلاق ، ويلغى التفسير وهو أشهر الروايتين .
 أقول : تفسير الطلاق بواحدة أو اثنين مثل أن يقول : أنت طلاق ثلاثة ، أو اثنين ، قال الشيخ في النهاية وابن البراج وابن زهرة وابن ادريس : تقع واحدة وتلغوا^(٦٣) الضمية واختاره المصنف^(٦٤) والعلامة في المختلف والأرشاد ، وابنه في شرح القواعد ، وأبو العباس في المقصر ، وهو المعتمد لوجود المضى ، - وهو قوله : أنت طلاق - وانتفاء المانع ؛ لأنه ليس الا الضمية وهي مؤكدة غير منافية ، فلا يؤثر البطلان ، ولرواية جميل بن دراج في الصحيح عن أحد هما عليها السلام ، « قال : سأله عن الذي يطلق في حالة ظهر في مجلس ثلاثة ؟ قال : هي واحدة »^(٦٥) .

وقال السيد المرتضى وابن أبي عقيل وابن حمزة بالبطلان ، لأن الواحدة المنفردة المقيدة بقيد الوحدة غير مراده ، فلا يقع لاشترط القصد في الطلاق ، ولصحىحة أبي بصير عن الصادق عليه السلام ، « من طلق ثلاثة في مجلس فليس بشيء »^(٦٦) .

(وأجاب العلامة بالقول بالوجب ، فإن الثلاثة لا تقع ، فهو ليس بشيء)

(٦٣) - في الأصل : تلغى وما اثبتناه في النسخ .

(٦٤) - هذه الكلمة ليست في « رواية » .

(٦٥) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٤٩ من أبواب مقدماته حديث ٣ .

(٦٦) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٤٩ من أبواب مقدماته حديث ٨ .

فوجب ما قصده)٦٧(وهو تأويل حسن .

قال رحمه الله : ولو قال انت طالق للسنه صح اذا كانت ظاهراً ، وكذا لو قال للبدعة ، ولو قيل : لا يقع ، كان حسناً ; لأن البدعي لا يقع عندنا والآخر غير مراد .

أقول : قال الشيخ في الخلاف : لو قال لها في طهر لم يجتمعها فيه : أنت طالق للبدعة ، وقع طلاقه ، وقوله للبدعة لغوا)٦٨(، واستحسن المصنف عدم وقوعه واختاره العلامة وابنه ؛ لأن البدعي لا يقع بل ولا يتصور ثبوته هنا ، لانفاس المانع من الطلاق من الحيض وغيره ، وغير البدعي غير مقصود والطلاق من (شرط صحته)٦٩(القصد ، وهو مفقود فيكون باطلًا وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو قال : أنت طالق قبل طلاقه أو بعدها أو قبلها أو معها لم يقع شيء ، سواء كانت مدخلة بها أو لم تكن ، ولو قيل : تقع طلاقة واحدة بقوله (طالق) مع طلاقة أو بعدها أو عليها ، ولا يقع لو قال : قبلها طلاقة أو بعد طلاقة ، كان حسناً .

أقول : قال بعض علمائنا لا يقع شيء من هذا الطلاق الموصوف بهذه الصفات ؛ لأنه طلاق معلق بما قبله أو ما بعده ، ولم يقصد طلاقاً مطلقاً ، بل قصده موصوفاً بهذه الصفات فلا يقع الموصوف من حيث أنه موصوف ، ولا غير الموصوف ؛ لأنه غير مقصود .

وفصل المصنف بين قوله : مع طلاقة أو بعدها طلاقة)٧٠(أو عليها ، وبين قوله

(٦٧) - ما بين التوسيتين ليس في «م» .

(٦٨) - هكذا وردت هذه الكلمة في النسخ إلا «رأ» فلم ترد فيها .

(٦٩) - كذا في النسخ وفي الأصل : شرطه صحة العقد .

(٧٠) - هذه الكلمة ليست في النسخ .

قبلها طلقة^(٧١) أو بعد طلقة ، واستحسن الصحة في الأول والبطلان في الثاني . ووجه الصحة في الأول : وقوع الطلاق بقوله : أنت طالق ، ويلغو قوله : مع طلقة أو بعدها طلقة^(٧٢) أو عليها ؛ لأنَّه قصد لفظ طلقة أخرى منضمة إلى الطلقة الواقعة ، فتصح المجزأة ، وتبطل المضمة .

ووجه البطلان في الثاني : لأنَّه قصد طلقة بعد طلقة لم تقع ، فلا تتحقق الشروط بها .

قال رحمه الله : ولو قال : [انت] طالق نصي طلقة أو ثلاثة أثلاث ، قال الشيخ رحمه الله: لا يقع ، ولو قيل : يقع [واحدة] بقوله انت طالق ويلغو الضمائم اذ ليست رافعة للقصد : كان حسناً .

أقول : قال الشيخ في المسوط بعدم الواقع ، واختاره العلامة في المختلف ، وأبنته في شرح القواعد : لأنَّه قصد طلاقاً يتصف^(٧٣) ، وهو غير جائز ، وظاهر المصنف وقوع الطلاق بقوله : أنت طالق ، ويلغو الضمائم ، واستقر به العلامة في القواعد ، وجزم به في الأرشاد .

(٧١) - هذه الكلمة ليست في الأصل وإن كانت في هامش وفي باقي النسخ .

(٧٢) - هذه الكلمة ليست في النسخ .

(٧٣) - في «ر١» : بتنصيف .

في الاشهاد

قال رحمه الله : بل لا بد من حضور شاهدين ظاهرين العدالة ، ومن فقهائنا من اقتصر على اعتبار الاسلام فيها ، والأول أظهر .
أقول : المشهور بين الأصحاب اعتبار ظاهر العدالة ، لقوله تعالى : ﴿فَإِذَا
بَلَغُنَّ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾^(٧٤) ، وقوله تعالى :
﴿وَاشْهِدُوا ذُوِّي عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾^(٧٥) .
والشيخ رحمه الله اقتصر في النهاية على اعتبار الاسلام ، والأول هو المعتمد .

فروع :

الأول : لا يشترط في صحة الطلاق العدالة الباطنة بل الظاهر ، فلو طلقها بمحضة شاهدين ظاهرين العدالة وكانتا فاسقين في الباطن ، صح طلاقها وحلت على غيرها إجماعاً .

. (٧٤) - البقرة : ٢٣١ .

. (٧٥) - الطلاق : ٢ .

وهل تحل لها ؟ يحتمل ذلك لصحة طلاقها وبينونتها من زوجها في ظاهر الشرع ، فيجوز لكل أحد نكاحها مطلقة غير ذات بعل ، ويحتمل العدم ؛ لأن الظاهر إنما حكم بالنسبة إلى غيرها^(٧٦) لعدم اطلاعه على باطن غيره ، فلو كلفناه بالباطن لزم تكليف ما لا يطاق وهو باطل ، وأما بالنسبة إليها أنفسها فلا يحكم لها بالظاهر لعلمه بأنفسها ضرورة ، وقد علما عدم حصول شرط الطلاق فلا يكون صحيحاً بالنسبة إليها فلا تباح لها وهو المعتمد ، ولا يلزم من إياحتها لغيرها بااحتتها لها .

الثاني : لو كان أحدهما فاسقاً بالباطن دون صاحبه حرمت عليه خاصة على المختار ، ولو كان العدل عالماً بفسق صاحبه حرمت عليهما .

الثالث : لو كان الزوج مطليعاً على فسقها ، هل يصح الطلاق أم لا ؟ يحتمل عدم الصحة ؛ لأن الآية^(٧٧) تضمنت أمر الأزواج باشهاد عدلين ولم يحصل ؛ لأنها غير عدلين عنده فلا يحصل امتنال الأمر ، فلا يصح الطلاق وهو المعتمد .

ويحتمل الصحة ؛ لأن الشرط إشهاد من ظاهرها العدالة وقد فعل ؛ لأن ظاهرها العدالة عند غيره ، فلهذا يجوز للغير نكاحها ، وكان الطلاق صحيحاً .

وعلى عدم الصحة لو أدعى علمه بفسقها بعد إيقاع الطلاق لم يؤثر في إبطاله ما لم يقم اليقنة على فسقها قبل الإيقاع ، ولو لم يقم بينة وصدقه الشاهدان لم يؤثر البطلان أيضاً في حق الزوجة .

الرابع : لو علمت المطلقة بفسق الشاهدين دون المطلق ، احتمل صحة الطلاق ؛ لأن الزوج هو المأمور باشهاد عدلين^(٧٨) وقد فعل ، فيقع الطلاق صحيحاً .

(٧٦) - في «در ١» : المحاصل .

(٧٧) - الطلاق : ٢ .

(٧٨) - في النسخ : العدلين .

لامتنال الأمر ، ويحتمل عدم الصحة بالنسبة الى المرأة ، لعلها بفساد شرط الصحة ، وهو عدالة الشاهدين ، ولا يؤثر^(٧٩) قوله بفساد الطلاق بالنسبة الى الزوج وإن صدقها ، ويعرم عليها الأزواج ما دام حياً ، ولا يجحب عليه طلاقها ثانية بل يستحب له ، فان لم يفعل احتمل جواز فسخ الحاكم إن كان ، وإلا فسخت هي دفعاً للضرر المتنى بقوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام »^(٨٠) ، وهو قوي ، ويحتمل الصبر حتى يموت أحدهما .

(٧٩) - «م» و «ر» : ولو توافق .

(٨٠) - الوسائل ، كتاب أحياء الموات ، باب ٧ ، حديث ٢ .. وكتاب المواريث ، باب ١ من أبواب موانع الأرث ، حديث ١٢ .

أقسام الطلاق

قال رحمه الله : اذا طلق المحامل وراجعها جاز له أن يطأها ويطلقها في الثانية للعدة اجماعاً ، وقيل : لا يجوز للسنة ، والجواز أشبه .
أقول : هذه المسألة من مشكلات هذا الفن ، وتحقيقها يفتقر الى معرفة أقسام الطلاق ، فنقول :

الطلاق ينقسم الى قسمين : سفي ، وبدعي .

فالبدعي : ما نهي عنه ، كطلاق المانض المدخول بها ، الحاضر زوجها عندها ، وطلاق النساء قبل ظهرها ، والطلاق في ظهر المواقعة فبهذا بدعة عندنا غير صحيح ، وعند العامة يقع صحيحاً وإن أثم فاعله .

والسفي : هو الطلاق المأذون به شرعاً ، وهو ينقسم الى ثلاثة أقسام :
طلاق عدة : وهو أن يطلقها على الشرائط ثم يراجعها في العدة ويطأها فيها .

وطلاق سنة بالمعنى الأخص : وهو أن يطلقها على الشرائط ، ثم يتركها حتى تنتهي عدتها ، ثم يراجعها بعقد جديد ومهر جديد إن شاءت .

وطلاق سنة بالمعنى الأعم : وهو الذي يقابل البدعي ، سمي طلاق سنة (بالمعنى الأعم) ^(٨١) لأنه شامل للسفي والعدى والباين والرجعي وجميع أنواع الطلاق المباحة .

إذا عرفت هذا فإنه لاختلاف في جواز طلاق الحامل المستبيهن حلها ، فإذا طلقها فلأ ^(٨٢) خلاف في جواز الرجوع فيها قبل الوضع ، فإذا أراد أن يطلقها ثانية ، فإن كان واقعها بعد المراجعة جاز طلاقها إجماعاً وكان طلاق العدة ، وإن لم يكن واقعها ، هل يجوز طلاقها ثانية قبل المواقعة وقبل الوضع ؟ قال الشيخ في النهاية : لا يجوز ، وتابعه ابن البراج وابن حمزة ، لصحيحة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام ، « قال : الحبلى تطلق تطليقة واحدة » ^(٨٣) ، ومثلها صحيحة اسماعيل الجعفى ^(٨٤) عن أبي جعفر عليه السلام ، وصحيحة الحبلى ^(٨٥) عن أبي عبد الله عليه السلام ، فهذه الروايات تضمنت وحدة طلاق الحبلى ، ففسر الشيخ رحمة الله ومن تابعه الوحدة بالوحدة النوعية ، أي لا يقع بها إلا نوع واحد من أنواع الطلاق وهو العدى خاصة .

وقال ابن ادريس يجوز طلاقها للسنة كما يجوز ^(٨٦) للعدة ، واختاره المتأخرون ، لعموم الروايات ^(٨٧) .

قال المصنف في نكت النهاية : وهذا التأويل بعيد ، يعني تأويل الشيخ ومن

(٨١) - ما بين القوسين ليس في الأصل .

(٨٢) - في النسخ : لا .

(٨٣) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٢٠ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه . حديث ٤ .

(٨٤) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٢٠ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه . حديث ١ .

(٨٥) - المصدر السابق ، حديث ٢ .

(٨٦) - في نسخة من الأصل : يصح .

(٨٧) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٢ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه .

تابعه الوحدة بالوحدة النوعية ، قال : لأن^(٨٨) الطلاق واحد ، وإنما يصير لسنة
ترك الرجعة والموافقة ، ولعدة بالموافقة بعد الرجعة ، ولا ريب أنه إذا طلقها طلقه
كان له مراجعتها ومواقعتها ، وله طلاقها من دون الموافقة عملاً بطلاق الأذن ،
ومثله قال العلامة في المختلف .

والمراد بطلان السنة هنا السنة بالمعنى الأعم ؛ لأنَّه لا يتصور بالمعنى
الخاص .

قال رحمه الله : إذا طلق الحال ثم راجعها فان واقعها وطلقها في طهر آخر
صح اجماعاً ، وإن طلقها في طهر آخر من غير موافقة ، فيه روايتان : إحداهما
لا يقع الثاني أصلاً ، والأخرى يقع ، وهو الأصح ، ثم لو راجع وطلقها ثالثاً في طهر
آخر حرمت عليه ، ومن فقهائنا من حمل الجواز على طلاق السنة والمنع على
طلاق العدة ، وهو تحكم .

أقول : البحث هنا في موضوعين :

الأول : في وقوع الطلاق وعدمه ، وقد وردت فيه روايتان احدهما
تنضمن الصحة ، وهي رواية محمد بن مسلم ، « قال : سألت أبي عبد الله عليه
السلام عن رجل طلق امرأته وأشهد على الرجعة ولم يجامعها ثم طلق في طهر
آخر على السنة ؟ أثبتت التطليقة الثانية بغير جماع ؟ قال : نعم اذا هو أشهد على
الرجعة ولم يجامع كانت التطليقة ثابتة »^(٨٩) ، وعلى هذه الرواية عمل جمهور
الأصحاب ، ويعضدها رواية أحمد بن محمد (بن أبي نصر)^(٩٠) في الصحيح « قال :
سألت الرضا عليه السلام عن رجل طلق امرأته بشاهدين (ثم راجعها ولم

(٨٨) - في الأصل : إن .

(٨٩) -وسائل ، كتاب الطلاق ، باب ١٩ من أبواب اقسام الطلاق ، حديث ١ .

(٩٠) - « ن » : أبي بصير .

يجامعها بعد الرجمة حتى ظهرت من حيسها ، تم طلقها على ظهر شاهدين)٩١(، أىقع عليها التطليقة الثانية وقد راجعها ولم يجامعها ؟ قال : نعم)٩٢(، والرواية الأخرى تتضمن عدم الصحة ، وهي رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام : «المراجعة في الجماع ، والافانما هي واحدة»)٩٣(، وبضمونها أفتى ابن أبي عقيل والأول هو المعتمد .

الثاني : في حمل الجواز على طلاق السنة ، والمنع على طلاق العدة ، وقد حمله بعض الأصحاب على ذلك ، ووجه هذا الحمل : أن لفظ الطلاق مشترك بين السنى والعدى وغير ذلك من أنواع الطلاق ، فلا يلزم من ورود النبي والآئمّات عليه تناقض ، لجواز اختلاف المعنين ، وإذا أمكن الجمع بين الأخبار من غير مناقضة كان أولى من إبطال بعضها ، فتحمل رواية الجواز على طلاق السنى ، لعدم اشتراط الوطى فيه ، ورواية المنع على (الطلاق العدى لاشتراط الوطى فيه))٩٤(لتأتى تناقض الأخبار ، وقال المصنف : وهو تحكم ، أي قول غير دليل ؛ لأن الأخبار وردت مطلقة ، فتخصيص خبر الجواز بطلاق السنة ، وتخصيص خبر المنع بطلاق العدة ، لا يخصص له فكان تحكماً .

وفخر الدين جعل الأعراض (أي قول المصنف))٩٥(غير هذا ، قال : لأن شرط العدى الوطى بعده وبعد الرجمة منه في العدة ، فهنا شرط سبق الوطى ، وليس بشرط في طلاق العدة ، فيلزم هذا القائل أنه أخذ غير الشرط مكانه ، هذا آخر كلامه رحمة الله .

(٩١) - ما بين القوسين ليس في «م» .

(٩٢) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ١٩ من أبواب أقسام الطلاق ، حديث ٢ .

(٩٣) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ١٧ من أبواب أقسام الطلاق ، حديث ١ .

(٩٤) - ما بين القوسين ليس في «ن» .

(٩٥) - ما بين القوسين ليس في النسخ .

قلت : قوله (فهنا شرط سبق الوظي وليس بشرط في طلاق العدة) من نوع ،
بل هو شرط في طلاق العدة ، فلا يتصور بدونه ؛ لأنَّه^(٩٦) طلاق العدة وهو الذي
يراجع بعده في العدة ويطأ ، فإذا لم يسبق الطلاق وظي فلا يكون طلاق العدة ،
فثبت أن سبق الوظي على الطلاق شرط في طلاق العدة ، كما أن الرجوع في العدة
والوظي بعده شرط فيه ، فلا يرد على الجامع بين الروايات اعتراف فخر الدين ،
وإما يرد عليه ما قلناه خن والله الموفق للصواب ، وقد دينا حجة الجامع ، وهي
الفارق من التناقض .

قال رحمه الله : وكذا لو أوقع الطلاق بعد المراجعة وقبل المواقعة في الظهر
الأول ، فيه روايتان أيضاً ، لكن هنا الأولى ، تفريق الطلقات على الاطهار إن لم
يقع وظي .

أقول : أما رواية الجواز فهي رواية اسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه
السلام ، « قال : قلت له : رجل طلق امرأته ثم بدأ له فراغها بشهود ثم طلقها ثم
راجعها بشهود ثم طلقها بشهود ، أتبين ؟ قال : نعم ، قلت : كل ذلك في ظهر
واحد ؟ قال : تبين منه »^(٩٧) ، وأما رواية المنع فرواية عبد الرحمن بن الحجاج ،
« قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يطلق امرأته له أن يرجعها ؟ قال :
لا يطلق التطليقة الأخرى حتى يمسها »^(٩٨) ، وعمل الأصحاب على الأولى
لا اعتراضها بعموم القرآن^(٩٩) ، ويكون هذا الطلاق طلاق السنة بالمعنى الأعم لا

(٩٦) - في النسخ : لأن .

(٩٧) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ١٩ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ، حديث ٥ مع
اختلاف يسير .

(٩٨) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ١٧ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ، حديث ٢ مع
اختلاف يسير أيضاً .

(٩٩) - البقرة : ٢٢٩ ~ ٢٣٠ .

بالمعني الشخصي .

قوله رحمه الله : (لكن هنا الأولى تفريق الطلاق على الاطهار) ، أي اذا لم تحصل (المواقعة بعد)^(١٠٠) المراجعة فال الأولى تفريق الطلاق على الاطهار هو^(١٠١) ان لا يقع الطلاق في طهر واحد ، بل اذا راجعها ولم يطأها تركها حق تعيض و تظهر ثم يطلقها كما في المسألة السابقة ، وليس هذه الأولويه مانعة من التقييض ، لوقوع الاختلاف مع تفريق الطلاق على الاطهار ، اذا لم يحصل الوطى بينها^(١٠٢) كما تقرر في المسألة الأولى ، بل هذا أولى من ايقاعه في طهر واحد ، و عمل الطائفه الان على الجواز .

(١٠٠) - ما بين القوسين ليس في نسخة بدل في الأصل ، وما اثبتناه موافق لنسخة الأصل الأخرى ويباقي النسخ .

(١٠١) - كذا

(١٠٢) - «ن» : (منها) وفي «ر» : (بينها) .

في طلاق المريض

قال رحمه الله : ولو قال طلقت في الصحة ثلاثة^(١٠٣) قبل منه ولم ترثه والوجه
انه لا يقبل بالنسبة اليها .

أقول : اذا أقر المريض أنه طلق زوجته في حال الصحة ثلاثة^(١٠٤) قبل منه ؛
لأنه إقرار بما له أن يفعله فيكون مقبولا ، وهل ترثه ؟ يحتمل العدم ؛ لأن قبول
إقراره يتضيي عدم الأرث ، ويحتمل أنها ترثه ؛ لأن إقراره إنما يقبل بالنسبة اليه
بمعنى تعريتها عليه حتى تنكح زوجاً غيره (ولا يقبل بالنسبة اليها بمعنى أنها ترثه
إن مات في ذلك المرض ما لم تصدقه ؛ لأن إقرار الغير على غيره غير جائز^(١٠٥) ،
(اما بالنسبة اليها فاقراره غير جائز^(١٠٦) ، ولو كان الأقرار في حال الصحة بانت
منه قطعاً .

قال رحمه الله : وهل التوريث لمكان التهمة ؟ قبل : نعم ، والوجه تعلق

(١٠٣) - هذه الكلمة ليست في «م» .

(١٠٤) - هذه الكلمة أيضاً ليست في «م» .

(١٠٥) - ما بين القوسين ساقط في نسخة بدل من الأصل .

(١٠٦) - ما بين القوسين ليس في النسخ .

الحكم بالطلاق في المرض لا باعتبار التهمة .

أقول : اختار الشيخ في الخلاف والمبسوط عدم اعتبار التهمة وأوجب الأثر مطلقاً ، سواء كان متهمأً أو لم يكن ، واختاره ابن ادريس والمصنف لعموم الأخبار^(١٠٧) الواردۃ بتوریث المريض الى سنة ما لم تتزوج^(١٠٨) أو يرأ من مرضه ، وقال في الأستبصار : إنما ترثه بعد انقضاء العدة اذا طلقها للاضرار بها ، لما رواه زرعة عن سماعة ، « قال : سأله عن رجل طلق امرأته وهو مريض ؟ قال : ترثه مادامت في عدتها ، وإن طلقها في حال إضرار فهي ترثه الى سنة ، فان زاد على السنة يوم واحد لم ترثه »^(١٠٩) ، وروى محمد بن القاسم الهاشمي ، « قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : لاترث المختلعة والمبارة والمستأمرة في طلاقها من الزوج شيئاً اذا كان منهن في مرض الزوج وإن مات ؛ لأن العصمة قد انقطعت منها ومنه »^(١١٠) وهذا هو المعتمد ؛ لأن الأصل عدم الأثر بعد البينة فيقف فيه على موضع الوفاق ، وهو اذا لم ترث بالطلاق بل وقع بغير رضاها .

قال رحمه الله : وفي ثبوت الأثر مع سؤالها الطلاق تردد ، أشبهه أنه لا أثر ، وكذا لو خالعه أو برأته .

أقول : هذا التردد مبني على اعتبار التهمة وعدمه ، فان قلنا إنها تعتبر في استحقاق الأثر انتقى هنا قطعاً ، لتحقق انتفاء التهمة ، وإن قلنا بعدم اعتبارها احتمل الأثر هنا للعموم^(١١١) ، ويحتمل عدمه لنصرخ الرواية^(١١٢) بسقوط إرث

(١٠٧) - الوسائل ، كتاب المواريث ، باب ١٤ من أبواب ميراث الأزواج .

(١٠٨) - في « ر١ » : يزوج .

(١٠٩) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٢٢ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه . حديث ٤ .

(١١٠) - الوسائل ، كتاب المواريث ، باب ١٥ من أبواب ميراث الأزواج ، حديث ١ .

(١١١) - الوسائل ، كتاب المواريث ، باب ١٤ من أبواب ميراث الأزواج ، حديث ١ .

(١١٢) - لاحظ رواية محمد بن القاسم الهاشمي المتقدمة في المسألة السابقة .

المختلعة والمبادرة والمستأمرة .

ويكون الفرق بين المسألة الأولى وهذه : أنه إن طلق بغير إذنها فانها ترثه وإن لم يحصل قرينة دالة على التهمة ، أما إذا سألهما الطلاق فقد رضيت باسقاط حقها فلا ترثه ، فهذا فرق بينها وهذا اختلف اختيار المصنف فيها ، اختار في الأولى الأثر للعموم (١١٣) ، وفي الثانية عدمه لرضاهما باسقاط حقها ، ويترتب على اعتبار التهمة وعدمه ما ذكره المصنف من توريث الأمة اذا اعتقت بعد الطلاق ، ثم ماتت بعد خروج العدة ، وتوريث الكتائية اذا أسلمت بعد الطلاق ، وحصل الموت بعد العدة ، والمعتمد عدم الأثر .

في ما يزول به تحرير ثلاث

قال رحمه الله : وفي المراهن تردد أشبهه انه لا يحلل .
أقول : يشترط في المحلل كونه بالغاً ، وهل يحل المراهن الذي يقارب
البلوغ ؟ قال المصنف : فيه تردد ، ومنظمه من عموم قوله تعالى : « حقٌّ تنكح
زوجاً غيره »^(١١٤) ، ولاشك أن المراهن زوج قادر على الوظي فيدخل ، وهو
مذهب ابن البراج^(١١٥) والشيخ في المسنط والخلاف ، ومن أن غير البالغ لا يلتحمه
شيء من أحكام المكلفين ، ولأن الأصل بقاء التحرير حتى يستتحقق الرافع له ،
ولقوله عليه السلام : « حقٌّ تذوق عسilkته ويدلوك عسilkتها »^(١١٦) والعسيلة لذة
الجماع ، وهي لا تحصل من غير البالغ وهو المعتمد .

قال رحمه الله : وهل يهدى ما دون الثلاث ؟ فيه روايتان أشهرها أنه

يهدى .

(١١٤) - البقرة : ٢٢٠ .

(١١٥) - في النسخ : ابن الجنيد .

(١١٦) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٤ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه . حديث ١٣ .

أقول : رواية الهمد هي رواية رفاعة بن موسى النخاس^(١١٧) عن أبي عبد الله عليه السلام ، ويؤيدها قول علي عليه السلام لمن لما قضى أنها تبني^(١١٨) على ما بقي من الطلاق : «سبحان الله أهيمد ثلاثة ولا يهدم واحدة ؟ »^(١١٩) ، وهذه الرواية أشهر ، وعليها عمل أكثر الأصحاب ، والأخرى رواية الحلبـي^(١٢٠) عن الصادق عليه السلام ، وهي متروكة ، ونقل ابن ادريس عن بعض أصحابنا العمل بها .

قال رحمـه الله : لو انقضـت مدة فـادعـت أنها تـزوجـت وفارـقـها وـقـضـت العـدة وـكـان ذلك مـكـتاـً في تلك المـدة ، قـيل : يـقـيل ؛ لأنـ في جـملـة ذلك مـا لا يـعـلمـ الاـ منها كالـوطـيـ ، وفي رـوـاـيـةـ إذاـ كـانـتـ ثـقـةـ صـدـقـتـ .

أقول : المشهور قبولـ قـوـلـاـ معـ إـمـكـانـ الصـدـقـ ، سـوـاءـ كـانـتـ ثـقـةـ أوـ لـمـ تـكـنـ ، لـتـعـذرـ إـقـامـةـ الـبـيـنـةـ (ـفـيـ كـلـ مـكـانـ وـزـمـانـ ، وـلـأـنـ مـنـ شـرـطـ التـحـلـيلـ الـوـطـيـ ، وـهـوـ لـأـيـلـمـ اـبـقـوـلـاـ لـتـعـذرـ إـقـامـةـ الـبـيـنـةـ)^(١٢١) عـلـيـهـ ، وـهـوـ مـذـهـبـ الـعـلـامـةـ ، وـلـمـ يـعـزـمـ بـهـ المـصـنـفـ لـخـالـفـتـهـ لـلـأـصـلـ ؛ لأنـ الـأـصـلـ بـقـاءـ التـحـرـيمـ مـا لـمـ يـعـلـمـ الرـافـعـ لـهـ ، وـأـمـاـ الـرـوـاـيـةـ الـمـشـارـ إـلـيـهـ ، وـهـيـ رـوـاـيـةـ الـحـسـينـ بـنـ سـعـيـدـ عـنـ أـبـيـ عـبـدـ اللهـ عـلـيـهـ السـلـامـ ، فـيـ دـرـجـ طـلـقـ اـمـرـأـتـهـ تـلـاتـاـ فـبـانـتـ مـنـهـ وـأـرـادـ مـرـاجـعـتـهـ ، فـقـالـ هـاـ : إـنـيـ أـرـيدـ أـنـ أـرـاجـعـكـ فـتـزـوـجـيـ زـوـجـاـ غـيرـيـ ، فـقـالـتـ : قـدـ تـزـوـجـتـ وـحـلـلتـ لـكـ ، أـفـيـصـدقـهـاـ وـيـرـاجـعـهـاـ كـيـفـ يـصـنـعـ ؟ـ قـالـ : إـذـاـ كـانـتـ ثـقـةـ صـدـقـتـ فـيـ دـعـوـاـهـاـ^(١٢٢) .

قال رـحـمـهـ اللهـ : إـذـاـ دـخـلـ الـمـحـلـ فـادـعـتـ الـأـصـابـةـ فـانـ صـدـقـهـاـ حلـتـ لـلـأـولـ .

(١١٧) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٦ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ، حديث ١.

(١١٨) - في النسخ : تيقـ .

(١١٩) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٦ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ، حديث ٣.

(١٢٠) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٦ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ، حديث ٦.

(١٢١) - ما بين القوسين ليس في « ر ». .

(١٢٢) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ١١ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ، حديث ١.

وإن كذبها ، قيل : يعمل الأول بما يقلب على ظنه من صدقها أو صدق المحلل ، ولو قيل : يعمل بقولها على كل حال كان حسناً ، لتعذر إقامة البينة لما تدعيه . أقول : الأول اختيار الشيخ في المبسوط ؛ لأن الظن مناط الأحكام الشرعية ، والمعتمد قبول قوله مطلقاً ؛ لأنها تصدق في شرطه ، وهو انقضاء العدة ، فتصدق في سبيه ، ولتعذر إقامة البينة عليه ، فلو لم يقبل قوله لزم المخرج ، لاحتلال موت الزوج (أو عناده)^(١٢٣) فيتعذر العلم به فيلزم المخرج ، وهو ظاهر المصنف واختاره العلامة وابنه .

فرع :

لو ادعت المرأة أن زوجها طلقها وانقضت العدة جاز العقد عليها ، ولا يجب مطالبتها بالبينة ولا بخط الطلاق ، لأن الخط لا يعمل عليه ، وإقامة البينة في كل مكان وزمان متذر ، فلو لم يقبل قوله إلا ببينة لزم تعطيلها دائماً ، وهو ضرر عظيم ، وقال عليه السلام : « لا ضرر ولا أضرار »^(١٢٤) فلو جاء الزوج الأول وادعى عدم الطلاق انتزعها من الثاني ما لم تقم البينة بالطلاق .

(١٢٣) - في «ن» بدل ما بين القوسين : لو أعاده .

(١٢٤) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٤ من أبواب أقسام الطلاق ، وأحكامه ، حديث ١٣ وفي «ن» بدل (ولا أضرار) : (ولا ضرار في الإسلام) .

في الرجعة

قال رحمة الله : ولو قال راجعتك اذا شئت او ان شئت لم يقع ولو قالت
شت و فيه تردد .

أقول : منشأة من أصل بقاء الطلاق مالم تتحقق الرجعة ، وهي لاتتحقق
اذا كانت معلقة على شرط ، وان وجد فـ^(١٢٥) كما أن النكاح والطلاق لا يقبل التعليق
على شرط ، كذلك الرجعة ، وهو مذهب الشيخ ، وجزم به العلامة في القواعد ،
ومن الدلالـة على (الالتزام بالنـكاح) ^(١٢٦) عند حـصول الشرط ، وقد حـصل فيـصـحـ
الرجـعة ؛ لأنـها تـحصل بـجـمـيع ما يـدلـ عـلـى القـسـكـ بـالـنـكـاحـ مـنـ الـأـقـوالـ وـالـأـفـعـالـ ،
وـهـيـ ^(١٢٧) لـيـسـ كـالـنـكـاحـ وـالـطـلاقـ ، لـعـدـ ثـبـوتـهـ ^(١٢٨) بـغـيرـ الـأـلـفـاظـ المـخـصـوصـةـ
لـهـاـ ^(١٢٩) .

(١٢٥) - من النـسـخـ ، وـفـيـ الأـصـلـ : وـكـماـ .

(١٢٦) - فـيـ «رـ» : النـكـاحـ بـالـلـازـمـ .

(١٢٧) - فـيـ النـسـخـ : فـهيـ .

(١٢٨) - فـيـ «مـ» : ثـبـوتـهـ .

(١٢٩) - فـيـ «مـ» : هـاـ .

قال رحمه الله : ولو طلقها رجعية فارتدت فراجع لم يصح ، كما لا يصح ابتداء الزوجية ، وفيه تردد ، ينشأ من كون الرجعية زوجة ، [لو أسلمت بعد ذلك استأنفت الرجعة إن شاء ، ولو كان عنده ذمية فطلاقها رجعياً ثم راجعها في العدة ، قيل : لا يجوز ، لأن الرجعة كالعقد المستأنف ، والوجه الجواز : لأنها لم تخرج عن زوجيتها ، فهي كالمستدامه]^(١٢٠) .

أقول : ينشأ من أن الرجعية زوجة ، والرجعة استدامة للنكاح السابق والردة لا تنافي الاستدامه (في العدة)^(١٢١) ، ومن أنه بالطلاق زال عقد النكاح والمرتدة لا يصح ابتداء النكاح عليها ، فلا تصح مراجعتها ، المعتمد صحة المراجعة فان أسلمت في العدة والا بطلت ، وهو اختيار فخر الدين .

(قوله « ولو كان عنده ذمية فطلاقها رجعياً إلى آخره » البحث في هذه كالسابقة ، ويزيد هنا أن الذمية لا يعم استدامة نكاحها ، فاذا لم يجعل الطلاق مزيلاً للنكاح الأول رأساً جازت الرجعة بخلاف المرتدة لغيرهم نكاحها)^(١٢٢) .

قال رحمه الله : ورجعة الآخرين بالأشاره الدالة على المراجعة ، وقيل : بأخذ القناع عن رأسها ، وهو شاذ .

أقول : القائل ابنا بابويه فعندهما أن طلاق الآخرين بالقاء القناع على رأسها ورجعته بأخذه عن رأسها ، لرواية السكوني^(١٢٣) ، وقد سبقت في طلاق الآخرين^(١٢٤) ، المشهور أن طلاقه ورجعته بالأشاره الدالة ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو أدعني أنه راجع زوجته الأمة في العدة فصدقته فانكر

(١٢٠) - ما بين القوسين زيادة اقتضاها بحث المصنف .

(١٢١) - ما بين القوسين ليس في « ر١ ». .

(١٢٢) - ما بين القوسين ليس في النسخ ، بل هو في هامش الأصل .

(١٢٣) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ١٩ من أبواب مقدماته وشروطه ، حديث ٢ .

(١٢٤) - ص ٢٠٦ - ٢٠٧ .

المولى وأدعى خروجها ، قبل الرجعة فالقول قول الزوج ، وقيل : لا يكلف اليمين لتعلق حق النكاح بالزوجين ، وفيه تردد .

أقول : التردد في توجيه اليمين على الزوج ، ومنشوه من تعلق حق النكاح بالزوجين كما قاله المصنف ، وقد تصادقا على الرجعة فلا يمين ، ومن أن المولى يدعى عود البعض إليه بانتفاء العدة ، والزوج ينكر ذلك فيكون عليه اليمين ، لعموم قوله عليه السلام : «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(١٢٥) ، واختاره العلامة فخر الدين في شرح القواعد وهو المعتمد .

فرع : لو تزوجها في العدة الرجعية بطل العقد ؛ لأنها زوجة ، وهل يكون رجعة ؟ فيه إشكال من بطلانه شرعاً ، فلا يترتب عليه أثر ، ومن دلالته على القليل^(١٢٦) بها ، وقواه الشيخ وفخر الدين وهو المعتمد ؛ لأن الرجعة تحصل بكل قول أو فعل يدل على التمسك ، والعقد عليها من هذا القبيل .

(١٢٥) - الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعاوى ، حديث ٢ . والمستدرك : كتاب القضاء ، باب ٣ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعاوى ، حديث ٤

. ٥

(١٢٦) - في النسخ : (التمسك بها) .

في العِدَدِ

قال رحمه الله : ولا تجب العدة بالخلوة منفردة عن الوطى على الأشهر ، ولو
خلام اختلافا في الأصابة فالقول قوله مع يمينه .

أقول : الدخول الموجب للعدة هو الدخول الموجب لتقدير المهر وقد سبق
البحث فيه في باب الصداق^(١٣٧) ، وعلى القول بأن القول قول الرجل اذا أنكر
الأصابة وادعها ، فان العدة لازمة لها ، لاعتراضها بما يوجبها عليها ، ولا يلزم
من عدم^(١٣٨) قبول دعواها في حق الزوج بوجوب المهر ، عدم وجوب العدة عليها ؛
لأن إقرار المقلام على أنفسهم جائز .

قال رحمه الله : في ذات الأقراء ، وهي المستقيمة الحيض وهذه تعد بثلاثة
أقراء ، وهي الأطهار على أشهر الروايتين .

أقول : المستقيمة الحيض هي التي في سن من تحيض ، وها عادة مستقرة ،
وهذه قد اتفق الفقهاء على ان عدتها من الطلق ثلاثة أقراء ، لقوله تعالى :

. ١٤٥ (١٣٧) .

. (١٣٨) هذه الكلمة ليست في نسخة من الأصل .

﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾^(١٣٩) واختلفوا في تفسير القراءة ، وهل هو الظهر أو الحيض ؟ ذهب بعضهم إلى أنه الحيض ، وذهب بعضهم إلى أنه الظهر ، وأختاره المصنف والعلامة أبو العباس ، وبالطرفين روايات^(١٤٠) .

قال رحمه الله : وأقل زمان تنتهي به العدة ستة وعشرون يوماً ولحظتان ولكن الأخير ليست من العدة ، وإنما هي دلالة على الخروج منها ، وقال الشيخ رحمه الله : هي من العدة ، لأن الحكم بانتهاء العدة موقوف على تتحققها ، والأول أحق .

أقول : إنما كان أقل زمان تنتهي به العدة ستة وعشرون يوماً ولحظتان ؛ لأنه لا يتصور أقل من ذلك ؛ لأنه أقل الأمكان بأن يبقى الظهر بعد الطلاق لحظة ، ثم ترى الدم ثلاثة أيام ، ثم تظهر عشرة أيام ، ثم ترى الدم ثلاثة أيام ، ثم تظهر عشرة ، ثم ترى لحظة وهل هذه اللحظة من العدة ؟ قال الشيخ في المبسوط : نعم ، ووجهه ما ذكره المصنف ، وقال ابن أدریس : ليست من العدة ؛ لأنها غير داخلة فيها ؛ لأن العدة هي الاطهار ، وقد انقضى لها ثلاثة ، وأختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد . وتظهر الفائدة في أماكن :

الأول : لو راجعها في تلك اللحظة صحت الرجعة عند الشيخ ، وبطلت عند ابن أدریس .

الثاني : لو تزوجت فيها ، صح النكاح عند ابن أدریس ، وبطل عند الشيخ .

الثالث : لو مات أحدهما فيها ورثه الآخر عند الشيخ ، ولم يرثه عند ابن أدریس .

قال رحمه الله : وفي اليائسة والتي لم تبلغ روايتان أحدهما : أنها تعتدان

(١٣٩) - البقرة : ٢٢٢.

(١٤٠) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ١٤ من أبواب العدد .

بثلاثة أشهر ، والأخرى لا عدة عليها ، وهو الأشهر .

أقول : عدم وجوب العدة عليها مذهب أبيه بابويه وسلام وأبي الصلاح وابن حمزة وابن ادريس والمصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؟ لأن العدة إنما شرعت لاستعلام فراغ الرحم من الحمل غالباً ، وهذه الحكمة منتفية عنها ، ولما رواه عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام ، « قال : ثلاثة يتزوجن على كل حال ، التي لم تتعض ومثلها لا تعيض ، قال : قلت : وما حدتها ؟ قال : التي لها أقل من تسع سنين والتي لم يدخل بها والتي يئست من المحيض ، قلت : وما حدتها اذا كان لها خمسون سنة »^(١٤١) ، ومثلها رواية زراره^(١٤٢) عن الصادق عليه السلام ، وكذلك رواية محمد بن مسلم^(١٤٣) عن الباقي عليه السلام ، وأوجب السيد المرتضى عليها العدة ثلاثة أشهر ، لقوله تعالى : ﴿ وَاللَّاتِي يَئْسَنُ مِنِ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْتُمْ فَعُدْتُمْ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّاتِي لَمْ يَحْضُنْ ﴾^(١٤٤) ، قال : وهذا صريح في أن اليائسات من المحيض واللائي لم يبلغن ، عدتهن الأشهر ، ولما رواه أبي بصير ، « قال عدة التي لم تبلغ المحيض ثلاثة أشهر ، والتي قعدت عن المحيض ثلاثة أشهر »^(١٤٥) ، واجيب عن الآية بأنها مشترطة بالريبة ، وعن الرواية بضعف السند ، لأن في طريقها سماحة وابن جبلة وعلى بن أبي حمزة وكلهم منحرفون عن الحق ، وهي غير مستدنة إلى الأمام .

قال رحمه الله : وحد اليأس أن تبلغ خمسين سنة ، وقيل : في القرشية والنبطية : ستين سنة .

(١٤١) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٢ من أبواب العدد ، حديث ٤ مع اختلاف يسير .

(١٤٢) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٣ من أبواب العدد ، حديث ٣ .

(١٤٣) - المصدر المتقدم ، حديث ١ .

(١٤٤) - الطلاق : ٤ .

(١٤٥) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٢ من أبواب العدد ، حديث ٦ .

أقول : في حد اليأس ثلاثة أقوال :

الأول : خمسين سنة مطلقاً (وهو قول الشیعی في النهاية و اختاره
المصنف)^(١٤٦).

الثاني : ستين مطلقاً ، وهو قول العلامة في منتهى المطلب ، ورجحه في
المختلف .

الثالث : التفصیل ، رواه ابن بابویہ في كتابه^(١٤٧) ، واختاره العلامة في أكثر
كتبه .

ومستند الجميع الروایات^(١٤٨) ، وقريش هو النضرین کنانة ، فن انتسب اليه
 فهو قرشي ، والنبط قيل : إنهم قوم يسكنون البطائحة بين العراقيین البصرة
والکوفة ، وقيل : إنهم عرب أستعجموا أو عجم أستربوا .

قال رحمه الله : أما لو رأت في الثالث حيضاً وتأخرت الثانية أو الثالثة ،
صبرت تسعة أشهر ، لاحتمال الحمل ، ثم اعتدت بعد ذلك بثلاثة أشهر ، وهي
أطول عدة ، وفي رواية عمر تصدر سنة ، ثم تعتد بثلاثة أشهر ، ونزلها الشیعی في
النهاية على احتباس الدم الثالث ، وهو تحکم .

أقول : المرأة التي لا^(١٤٩) تحيض ومتلها تحيض تعتد بثلاثة أشهر إجماعاً ،
وهي المستراة ، وهذه تراعي الشهور والحيض ، فأبیها سبق خرجت به ، وقد
تبتدى العدة بالأشهر ثم تصير من ذوات الأقراء ، كما لو طلقها بعد بلوغ تسع
سنین وقبل رؤية الحیض ، فإنه إذا جاءها الدم قبل انقضاء ثلاثة أشهر ولو بیوم
بطل الاعتداد بالأشهر ، واحتسبت الماضي قراء وافتقرت إلى قرئین آخرين .

(١٤٦) - في الأصل بدل ما بين القوسين قوله : (وقيل في القرشیة والنبطیة : ستين) .

(١٤٧) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٣١ ، حديث ٩ وغيرها .

(١٤٨) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٣٢ .

(١٤٩) - هذه الكلمة من النسخ ولیست في الأصل .

وقد ينعكس بأن تبتدئ العدة بالحيض ، ثم تصير من ذوات الشهور ، كما لورأت قرءاً أو قرأين ثم بلغت اليأس ، فهذه تعويض عن كل قراء يبقى بشهرين . وان انقطع الدم لعارض فلا يخلو إما أن يكون معلوماً كالحمل والرضاع ، أو غير معلوم ، فان كان معلوماً انتظرت الاقراء ، ولا يجوز لها الاعتداد الا بها وإن طالت مدتها ؛ لأن انقطاع الدم هنا لعارض معلوم الزوال ، فلا تخرج إلا بالاقراء .

وان كان غير معلوم فهي مسألة الكتاب المبحوث عنها ، وهذه تصير أقصى مدة الحمل ، فان ظهر فيها حمل اعتدت بوضعه ، وإن لم يظهر حمل دل على براءة الرحم واعتدت بعدها بثلاثة أشهر ؛ لأن التربص السابق لم يكن عدة ، وإنما اعتبر ليعلم أنها ليست من ذوات الاقراء ، فإذا علم ذلك بعضي مدة الحمل ، ولم يكن حمل ولا رضاع ولا بلغت اليأس ، تحققت الريبة ، فعليها الاعتداد بالأشهر .

والرواية المشار إليها رواية عمار السباطي ، « قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل عنده امرأة شاية وهي تحيض في كل شهرين أو ثلاثة أشهر حيضة واحدة ، كيف يطلقها زوجها ؟ قال أمر هذه شديد ، هذه تطلق طلاق السنة تطليقة واحدة من غير جماع بشهود ، ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيضات ، متى ما حاضتها انقضت عدتها ، قلت : فان مضت سنة ولم تحيض فيها ثلاثة حيضات ؟ قال : تربص بها بعد السنة ثلاثة أشهر ، ثم قد انقضت عدتها . قلت : فان ماتت أو مات زوجها ؟ قال : فأيتها مات ورثه صاحبه ما بينه وبين خمسة عشر شهر »^(١٥٠) .

وبضمونها أفتى الشيخ في النهاية إن كان المحتبس هو الدم الثالث . قال المصنف : وهو تحكم ؛ لأن الرواية وردت غير مقيدة بالثالث ، فمن

قيدها به افتقر الى الدليل وليس ، فالتفيد مع عدم الدليل الموجب له يكون تحكما.

فرع :

اذا اعتدت بثلاثة أشهر بعد مدة التربص ، فان مضت ثلاثة لم تر فيها دماً انقضت عدتها وحلت لها الازواج ، وإن رأت فيها دماً بطل اعتدادها بالأشهر ؛ لأنها تبينا أنها من ذوات الاقراء فيلزمها الاعتداد بها وإن طالت مدتها .
وهل يجب عليها ثلاثة أقراء غير الاقراء المتخللة بين الطلاق وغاية التربص ؟ قال الشيخ في المبسوط : نعم ، وذلك لأن مدة التربص ليست من العدة فلا عبرة بها ، ونقل أبو العباس عن الشهيد قوله : إنها تبني على ما بعد الطلاق فيكتفيها تمام الثلاثة^(١٥١) أقراء وهو قوي ؛ لأنها لما رأت الدم بعد انقطاعه تبينا أنها من ذوات الاقراء وذوات الاقراء عدتهن ثلاثة اقراء من حين الطلاق لا أزيد من ذلك ، أما لو رأت الدم الثالث قبل مضي مدة التربص ولو بيوم انقضت عدتها اجماعاً ، ولو رأته بعد مدة التربص ولو بيوم كان فيه الاحتفال .

قال رحمه الله : ومتى طلقت في أول الملل اعتدت بثلاثة أشهر أهلة ، ولو طلقت في أثنائه اعتدت بهاللين ، وأخذت من الثالث بقدر الفائت من الشهر الأول ، وقيل : تكمل ثلاثين وهو أشبه .

أقول : انا يتصور الطلاق في أول الشهر اذا قارن آخر جزء من الطلاق أول جزء من الشهر ، فلو تأخر عن ذلك ولو بساعة حصل الأنكسار ، ولا يظن ظان أنه اذا طلقها في أول يوم من الشهر كان ذلك أول الشهر ، واكتفت بثلاثة أشهر أهلة وتبيّن برؤية الرابع ؛ لأن ذلك ليس مراداً اجماعاً ؛ لأن الشهر هو ما بين الهاللين من الأيام والليالي ، فإذا وقع الطلاق بعد مضي جزء مما بين الهاللين

(١٥١) - في النسخ : ثلاثة .

حصل أنكسار الشهر ، ويقال : إنها طلت في أثناءه .

إذا عرفت هذا ، فإذا طلت في أثناء الشهر فقد أنكسر ذلك الشهر وتعذر بعده بشهرين هلاليين ، قال المصنف : وأخذت من الثالث بقدر الفائت من الشهر الأول ، أي^(١٥٢) الشهر الثالث بالنسبة إلى الشهرين الهلاليين ، وهو رابع بالنسبة إلى الشهر الأول المنكسر .

وهذا مذهب أبي حنيفة ، وقواه الشيخ في المبسوط : لأنه لو طلت من أول الشهر اكفت بما بين الهلالين ، فإذا كان بعد فوات بعضه أكفت بقضاء الفائت ، وقال الشيخ في الخلاف^(١٥٣) : تكمل المنكسر بثمين ، سواء كان تماماً أو ناقصاً ، واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة وهو المعتمد ؛ لأن الشهر إما عدة بين هلالين أو ثلاثة يوماً ، والأول متذر في المنكسر فتعين الثاني ، فعل الأول لو مضى من الشهر عشرون يوماً ثم طلقها وأهل ناقصاً ، اكفت بشهرين هلاليين بعده ، وبعشرين يوماً من الرابع ، وعلى الثاني تحسب بستة من الأول وتأخذ من الرابع أحد وعشرين يوماً وتلتفc الساعات والأنصاف ، ولا عبرة بطول الأيام وقصرها .

قال رحمة الله : لو أرتات بالحمل بعد انتهاء العدة والنكاح لم يبطل ، وكذا لو حدثت الريبة بالحمل بعد العدة قبل النكاح ، أما لو أرتات قبل انتهاء العدة لم تنكح ولو أنقضت العدة ، ولو قيل بالجواز ما لم يتيقن العمل كان حسناً .

أقول : المرتبة بالحمل هي التي يحصل لها بعض أمارات الحمل ، بحيث يحصل مع وجود تلك الأمارة شك في الحمل ، ككبر البطن ونقلها وغير ذلك من الأمارات ، ولا يخلو إما أن يحصل الريبة في العدة ، أو بعدها . قبل النكاح ، أو

(١٥٢) - «م» : الـ .

(١٥٣) - في الأصل (المختلف) والظاهر أنه تصحيف وفي «ر١» : (المبسوط) .

بعدها أو بعد النكاح^(١٥٤) ، في الفرضين الآخرين لا يبطل النكاح ولا يحرم للحكم بخروج العدة وصحة النكاح شرعاً ، ولا^(١٥٥) يقدح الأباحة الشك في الحمل ما لم يتحقق . وفي الفرض الأول - وهو حصول الريبه قبل انتهاء العدة -

قال الشيخ في المسوط : لا يجوز لها ان تنكح ، فان خالفت ونکحت على تلك الحال فالنكاح باطل ؛ لأن النكاح مبني على الاحتياط التام ، واستحسن المصنف جواز النكاح واختاره العلامة وهو (المعتمد ، لوجود)^(١٥٦) المقتضي لاباحة النكاح ، وهو خروج العدة وانتفاء الرجعة والنفقة وجواز نكاح الاخت والخامسة ، وذلك دليل على انتظام المقصة بينها ما لم يتحقق الحمل ، فان تحقق بعد النكاح بطل وكان نكاح شبهة .

(١٥٤) - كذا في الأصل وجميع النسخ .

(١٥٥) - النسخ : فلا .

(١٥٦) - ما بين القوسين سقط من « ر » لبيان

في عدة الحامل

قال رحمه الله : ولو طلت (فادعت الحمل) ^(١٥٧) صبر عليها أقصى العمل ، وهي تسعه أشهر ، ثم لا يقبل دعواها ، وفي رواية سنة وليس مشهورة .

أقول : قد مضى تحقيق البحث في باب الحاق الأولاد في أقصى مدة الحمل ^(١٥٨) ، والمعتمد أنه عشرة أشهر ، وهو اختيار المصنف (والعلامة) ^(١٥٩) في أكثر كتبه وأبي العباس في مقتصره ، وقال السيد المرتضى في الانتصار وأبو الصلاح : إنه سنة ، والأكثر على أنه تسعه أشهر ، واستناد الجميع إلى الروايات ^(١٦٠) .

تبنيه : اذا مضى أقصى مدة العمل ، هل تنقصي عدتها للعلم بكذب دعواها ، او تفتقر الى ثلاثة أشهر بعدها ؟ بالأول قال ابن ادريس ، لعدم ظهور الحمل وقد حصل ثلاثة أشهر يقين ^(١٦١) فتخرج العدة بانقضاء أقصى مدة العمل ،

(١٥٧) - ما بين القوسين ليس في «م» .

(١٥٨) - ص ١٧١ .

(١٥٩) - ما بين القوسين ليس في «م» .

(١٦٠) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٢٥ من أبواب العدد .

(١٦١) - كذا والكلمة في النسخ غير واضحة ، ولعل الصحيح (يقين) .

وقال الشيخ (في النهاية)^(١٦٢) بالثاني ، واختاره العلامة في المختلف وفخر الدين في شرح القواعد ؛ لأن الأشهر التسعة مدة الاستبراء ، فتجب العدة بعدها ، ولما رواه عبد الرحمن في الصحيح ، « قال سمعت أبا إبراهيم عليه السلام يقول : اذا طلق الرجل امرأته فادع特 حيلاً أنتظر تسعة أشهر فان ولدت والا اعتدت بثلاثة أشهر ثم بانت منه »^(١٦٣) .

قال رحمه الله : ولو كان حملها أثنتين بانت بالأول ، ولم تنكح الا بعد وضع الاخير ، والأشبه أنها لاتبين الا بوضع الجميع .

أقول : الأول مذهب الشيخ في النهاية وابن البراج وابن حمزة ، لرواية عبد الرحمن بن عبد الله البصري^(١٦٤) عن الصادق عليه السلام ، ولأن الحامل تبين من المطلق بوضع الحمل ، وهذه يصدق عليها الوضع ، وإنما لم يجز نكاحها قبل وضع الثاني لاشتغال رحمها .

والثاني مذهب الشيخ في الخلاف ، وبه قال ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة وابنه ، وهو المعتمد لقوله تعالى : ﴿ وَأُولَاتِ الْأَهْمَالِ أَجْلَهُنَّ أَنْ يَضْعُنَ حَلْمَهُنَّ ﴾^(١٦٥) ، والحمل هو الجميع ، ويظهر فائدة الخلاف في أماكن : الأولى : جواز الرجعة فيها بين الوضعين على مذهب الخلاف دون النهاية .

الثانية : وجوب النفقة على المطلق على مذهب الخلاف (دون النهاية) .

الثالث : لو مات أحد الزوجين بين الوضعين ورثه الآخر على مذهب الخلاف دون النهاية^(١٦٦) ، وبالجملة هي بينهما زوجة على مذهب الخلاف .

(١٦٢) - ما بين القوسين ليس في « ن ». .

(١٦٣) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٢٥ من أبواب العدد ، حدیث ١ .

(١٦٤) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ١٠ من أبواب العدد ، حدیث ١ .

(١٦٥) - الطلاق : ٤ .

(١٦٦) - ما بين القوسين ليس في « ر ». .

فرع : لانتقضى العدة بانفصال بعض الولد فلو مات الزوج أو المرأة بعد خروج رأسه ورثه صاحبه ، على رأيه وورثه صاحبه ولو خرج منه قطمه كيده لم يحكم بالأنقضاض ولو خرج ما يصدق عليه أسم الولد^(١٦٧) ناقصاً كيد علم بقاوها^(١٦٨) ، اختار^(١٦٩) العلامة خروج العدة بذلك لصدق وضع الولد ، واختار فخر الدين عدم خروج العدة به ، لعدم فراغ الرحم من الحمل وهو أحوط .

قال رحمة الله : لو اقرت بانقضاض العدة ثم جاءت بولد لستة أشهر فصاعداً منذ طلقها ، قيل : لا يلحق ، والأشبه الحق أنه لم يتتجاوز أقصى مدة الحمل .
أقول : اذا طلقها ثم مضى بعد الطلاق مدة يمكن فيها انقضاض العدة ، فادعت انقضاضها قبل قوتها ، فاذا أنت بعد ذلك بولد لستة أشهر فصاعداً منذ طلقها ، وادعت أنه من المطلق ، قال الشيخ في المبسوط لا يلحق به ؛ لأن هذه الدعوى مكذبة لا قرار لها^(١٧٠) بانقضاض العدة ، فلا تكون مقبولة مع امكان تجده بعد الطلاق ، وهو يمكن بعضى ستة أشهر فصاعداً ، وقد مضت فلا يلحق الولد بالمطلق .

واختار المصنف التحاقة به ما لم يتتجاوز أقصى مدة الحمل ، وذلك مع خلوها من زوج ومولى ، ووجهه : أنها كانت فراشاً له وهذا الولد يمكن أن يكون منه ، وليس هنا من هو أولى منه أو^(١٧١) مساو له فيتحقق به ، واختاره العلامة في التحرير ، وهو المعتمد .

(١٦٧) - في نسخة في الأصل : الأدمي .

(١٦٨) - كما

(١٦٩) - «م» : واختار .

(١٧٠) - من النسخ، وفي الأصل : اقراره .

(١٧١) - في النسخ : ولا .

في عدة الوفاة

قال رحمه الله : وفي الأمة تردد أظهره أنه لاحداد عليها.

أقول : منشأه من أصالة براءة الذمة من وجوب المداد ، وما رواه الشيخ في الصحيح عن زرارة عن الباقر عليه السلام : «إن الحرة والأمة كلتيهما إذا مات عنها زوجيهما سواء في العدة إلا أن الحرة تحد والأمة لا تحد»^(١٧٢) ، ومن قوله عليه السلام : «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشرة أيام»^(١٧٣) ، ولم يفرق بين الحرة والأمة فيجب عليها^(١٧٤) المداد ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره ابن ادريس ، والأول مذهب الشيخ في النهاية ، واختاره ابن الجنيد وابن البراج ، واختاره المصنف والعلامة في المختلف .

قال رحمه الله : وان خرجت من العدة ولم تتزوج فيه روایتان ، أشهرها

(١٧٢) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٤٢ من أبواب الصدد ، حديث ٢ .

(١٧٣) - المستدرك : كتاب الطلاق ، باب ٢٥ من أبواب العدد ، حديث ٩ .

(١٧٤) - «ن» و«ر١» : عليهما .

أنه لا سبيل له عليها.

أقول : اذا اعتدت زوجة المفقود باذن الحاكم بعد البحث عنه أربع سنين ثم جاء بعد انتفاء عدتها وقبل زواجهها ، قال الشيخ في النهاية والخلاف : هو أولى بها ، واختاره فخر الدين ، وقال سلار وابن ادريس هي أولى بها ، واختاره المصنف والعلامة ؛ لأن حكم الشارع بالبينونة بتنزيله للطلاق ، وحكمه عدم الرجوع بعد المدة^(١٧٥) .

فروع :

الأول : ابتداء المدة المضروبة من حين رفع القضية إلى الحاكم ، ولا عبرة بالمدة السابقة على ذلك وإن طالت .

الثاني : لابد من أمر الحاكم بالأعتداد بعد انتفاء المدة المضروبة ، فلو اعتدت بغير إذنه لم يجز ، وافتقرت إلى عدة أخرى بعد الأذن ؛ لأن هذا الحكم منوط بالحاكم لكونه من المسائل الأجتهادية ، فلا بد من إذنه فيه ، ولا ينطاط بأجتهاد غير الحاكم .

الثالث : هذه العدة كمدة الوفاة ، يجب فيها الحداد على الزوجة ، وإن قيل بافتقارها إلى الطلاق .

الرابع : لو غلط الحاكم في المساب فأمرها بالاعتداد قبل مضي أربع سنين ، فاعتعدت وتزوجت ثم ظهر الغلط ، بطل النكاح الثاني ، واستقرب العلامة في قواعده أنها تحرم على الثاني مؤبداً ، وقواه فخر الدين ؛ لأن مدة الترخيص كالملدة ، وكل من عقد على معتقدة ودخل بها حرمت عليه أبداً ، ويحتمل العدم ؛ لأن مدة الترخيص ليست عدة حقيقة ، ولم يحصل من^(١٧٦) زنا بذات بعل لحصول

(١٧٥) - في التفسير : العدة .

(١٧٦) - في التفسير : (منه) .

الشيبة ، ولأصالة الأباحة .

تنبيه : هل يفتقر الى الطلاق^(١٧٧) بعد البحث أم لا ؟ أطلق الشيخان وابن البراج وابن ادريس والمصنف القول بالاعتداد بعد مدة البحث عدة الوفاة ، ثم تعل للازواج ولم يقيدوا بالطلاق ، قال^(١٧٨) ابن الجنيد : بأمر السلطان الولي بالطلاق ، فان لم يطلق أمرها بالعدة ، وقال ابن بابويه بأمر السلطان الولي بالطلاق ، فان لم يطلق طلقها الحاكم ، وبه قال ابن حزرة ، واختاره العلامة وفخر الدين وأبو العباس ، لما رواه بريد بن معاویة المجلی في الصحيح ، « قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المفقود ، كيف تصنع امرأته ؟ قال : ما سكتت وصبرت فخل عنها ، وإن رفعت أمرها إلى الوالي أجلها أربع سنين ثم يكتب إلى الصقع الذي فقد فيه . فيسأل عنه ، فان أخبر عنه بحياة صبرت وإن لم يخبر عنه بحياة حتى يمضي أربع سنين دعاولي الزوج المفقود ، فقيل له : هل للزوج مال ؟ فان كان له مال أنفق عليها حقاً يعلم حياته ، وإن لم يكن له مال قال أنفق عليها ، فان فعل فلا سبيل لها إلى أن تتزوج ما أنفق عليها ، وإن أبي أن ينفق عليها أجده الوالي أن يطلقها تطليقة في استقبال العدة . وهي ظاهر ، فيصير طلاق الولي طلاق الزوج ، فان جاء زوجها قبل أن تنتهي عدتها من يوم طلقها الولي فبدأ له أن يراجعها فهي امرأته ، وهي عنده على تطليقتين وإن انقضت العدة قبل أن يجيء ويراجع فقد حللت للازواج ، ولا سبيل للأول عليها »^(١٧٩) ، أنتهت الرواية .

وقال العلامة في قواعده والأقرب أنَّ للحاكم أن يطلقها بعد مضي مدة^(١٨٠) البحث ، للرواية الصحيحة وهي هذه الرواية التي ذكرناها ، وإنما اسند العلامة

(١٧٧) - في النسخ : (طلاق) .

(١٧٨) - في النسخ : (وقال) .

(١٧٩) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٢٣ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ، حدث ١ .

(١٨٠) - هذه الكلمة ليست في «ن» .

الطلاق إلى الحاكم والرواية دالة على ابيقاعه من الولي ؟ لأنَّ الحاكم هو المطلق بالحقيقة ، لأنَّ طلاق الولي موقوف على أمرِ الحاكم وإذنه فيه ، وهو غير واقع بغير إذنِ الحاكم ، فكأنَّ الحاكم هو المطلق وإنْ كان المباشر غيره ، ولو لم يكن للمفقود ولِي باشر الطلاق الحاكم .

قال رحمه الله : لانفقة على الغائب في زمان العدة ولو حضر قبل انتقضائها ، نظراً إلى حكم الحاكم بالفرقة ، وفيه تردد .

أقول : منشأه من أنَّ نفقة الزوجة تابعة للزوجية والتken ، وقد حكم الحاكم بالفرقة فتنقطع الزوجية فتنقطع النفقة ، ومن حيث أنه إذا حضر قبل انتضاء العدة صارت كالعدة الرجعية ، لجواز رجوعه فيها فـيلزمه النفقة على مذهب الشيخ في المسوط ، وجزم به العلامة في التحرير ، وهو اختيار فخر الدين (١٨١) .

قال رحمه الله : إذا أتت بولد بعد مضي ستة أشهر من دخول الثاني لحق به ، ولو أدعاه الأول وذكر أنه وطأها سراً لم يلتفت إلى دعواه ، وقال الشيخ : يقع بينهما ، وهو بعيد .

أقول : بالقرعة قال الشيخ في المسوط لكونه ممكناً ، ووجه بعده أنه قد بانت من الأول وزال فراشه وصارت فراشاً للثاني ، وقال عليه السلام : « الولد

(١٨١) - في هامش الأصل حاشيه لم يعلم لمن وهي : إذمات المفقود أو زوجته بعد الحكم بالفرقة ، فاما أن يكون موته في أثناء العدة أو بعدها قبل التزويج أو بعده ، ففي الأخير لانتوارث بينها ، وكذا لو كان بعد العدة ، لأنقطاع العصمة بينها . وعلى القول بأنه لو حضر كان أحق بها يحتمل التوارث لظهور وجوده ، والأقوى عدم التوارث ، ولو مات أحدهما وهي في العدة فقولان : العدم لأن العدة عدة وفاة ، والآخر التوارث وهو الأقوى لبقاء حكم الزوجية .

للفراش»^(١٨٢) فيكون تابعاً له وهو المعتمد.

قال رحمه الله : لا يرثها الزوج لو ماتت بعد العدة وكذا لا ترثه ، والتردد لو
مات أحدهما في العدة ، والأشبه الأرجح .

أقول : منشئه من أنها عدة بائنة ، والبائنة لاميراث فيها ، ومن عدم^(١٨٣)
انقطاع العصمة بينها ؛ لأنَّه لو حضر في العدة كان له الرجوع فيها وكل عدة يصح
الرجوع فيها يثبت فيها التوارث ، وهو مذهب المصنف والعلامة ، وهو المعتمد .

. (١٨٢) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ٩ ، حديث ٢ .

(١٨٣) - هذه الكلمة ليست في «م» .

في عدة الاماء

قال رحمه الله : عدة الامااء في الطلاق مع الدخول قرآن وهما طهران ،
وقيل : حيستان ، والأول أشهر .

أقول : تقدم البحث (١٨٤) في تفسير القرء فلا فائدة في الاعادة .

قال رحمه الله : وعدة الذمية كالحرثة في الطلاق ، والوفاة ، وفي روایة تعدد
عدة الامة ، وهي شاذة .

أقول : الروایة إشارة الى ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام ،
«قال: سأله عن نصرانية كانت تحت نصراني فطلقتها ، هل عليها عدة مثل عدة
المسلمة؟ فقال: لا، الى قوله ، فقلت: ما عدتها؟ فقال: عدتها عدة الأمة ، حيضة
أو خمسة وأربعون يوماً» (١٨٥) المشهور أن عدتها عدة المرة ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو كانت أم ولد لمولاها كانت عدتها أربعة أشهر وعشراً .

(١٨٤) - من ٢٣٦ .

(١٨٥) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٤٥ من أبواب العدد ، حديث ١ . وفيه (حيستان) بدل (حيضة) .

أقول : مراده اذا زوج السيد أمهه وله منها ولد كانت عدتها من (الطلاق ووفاة)^(١٨٦) الزوج كالمرأة ؛ لأن لها تشبثاً بالحرية كالمكاتبية ، ولو مات السيد عن أم ولد يطأها ، قال أبو الصلاح : اعتدت من موته كالمرأة ، وهو ظاهر ابن حمزة ، واختاره ابو العباس في مذهبة لوثقة أسحاق بن عمار^(١٨٧) عن أبي إبراهيم عليه السلام .

وقال ابن ادريس : لاعدة عليها من موت سيدها غير الاستمراء بمحضة ، لأصالة براءة الذمة من وجوب العدة ؛ لأنها ليست زوجة بل هي باقية على الملك والبودية الى حين الوفاة ، وهي^(١٨٨) كسائر الاماء الموطئات ، وجئن اليه العلامة في المختلف ، وجزم به في التحرير .

(١٨٦) - ما بين القوسين ليس في نسخة في الأصل ، وما أثبتناه موافق للنسخ ولنسخة الأصل الأخرى .

(١٨٧) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٤٢ من أبواب المدد ، حديث ٤ .

(١٨٨) - في النسخ : فهي .

في اللواحق

قال رحمه الله : ولو طلقت في مسكن دون مستحقها ، جاز لها الخروج عند الطلاق إلى مسكن يناسبها ، وفيه تردد .

أقول : منشوه من عموم تحرير المتروج من منزل الطلاق ما لم تأت بناحشة ، ومن حصول الفضاضة على الزوجة بلبيها في مسكن غير مناسب لحالها ، فلها الانتقال إلى ما يناسب حالها ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، وجزم به العلامة في القواعد والتحرير ، وهو المعتمد .

وكذا يجوز نقلها من منزل الطلاق إلى غيره عند الضرورة ، كما لو كان يبتها في طرف البلد وخففت من الأقامة فيه ، أو كانت بين قوم فسقة ؛ أو خافت أنهدام المسكن .

قال رحمه الله : لو مات فورث المسكن جماعة لم يكن لهم قسمته إذا كان بقدر مسكنها إلا باذنها ، أو مع انقضاء عدتها ؛ لأنها استحقت السكنى فيه على صفة ، والوجه أنه لا سكني بعد الوفاة ما لم تكن حاملاً .

أقول : السكنى تابعة لوجوب النفقة ، فمن لانفقة لها لاسكني لها ، والنفقة إنما

هي للمطلقة الرجعية والبائن الحامل ، والموت مع عدم الحمل مسقط للنفقة
إجماعاً.

وهل يسقطها مع الحمل؟ فيه خلاف قد تقدم^(١٨٩) ، وهو مبني على أن الفقه
هل هي للحمل أو للعامل بشرط الحمل؟ وقد سبق تعقيده .
قال رحمه الله : ولا نفقة للمتوفى عنها ولو كانت حاملاً ، وروي أنه ينفق
عليها من نصيب الحمل ، وفي الرواية بعد .

أقول : قد سبق البحث في هذه في باب النفقات^(١٩٠) .

قال رحمه الله : لو تزوجت في العدة لم يصح ولم تقطع عدة الأول فإن لم
يدخل الثاني بها فهي في عدة الأول ، وإن وطأها الثاني عالماً بالتعريم فالحكم
فذلك حملت أو لم تحمل ، ولو كان جاهلاً ولم تحمل أقامت عدة الأول؛ لأنها أسبق
واستأنفت أخرى للثاني على أشهر الروايتين .

أقول : قد سبق البحث في هذه في باب المحرمات^(١٩١) مستوفى فليطلب من
هناك ، وبباقي الخلاف المذكور في هذا الباب إلى كتاب الخلم لا يقتصر إلى الشرح
لتنبيه المصنف على وجه الخلاف فيها .

. ١٨٤ - (١٨٩)

. ١٨٤ - (١٩٠)

. ٦٣ - (١٩١) - ص ٦١

كتاب الخلاع

في الصيغة

قال رحمه الله : وهل يقع بمجرده ؟ المروي نعم ، وقال الشيخ : لا يقع حتى يتبع بالطلاق .

أقول : قال المرتضى وأبن الجنيد والمقيد وسلام و محمد بن بابويه وأبن حزرة يقع بمجرده ، واختاره العلامة في مختلفه ، وفخر الدين وأبو العباس في مقتصره ، لروايات^(١) كثيرة ، منها ما رواه زرارة و محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام ، « قال الخلع تطليقة باينة »^(٢) ، وقال الشيخ : يفتقر إلى اتباعه بالطلاق ، واختاره ابن ادريس ، لأن الصالة بقاء النكاح حتى يعلم السبب المزيل له ، ولرواية موسى بن بكر عن أبي الحسن الأول عليه السلام ، « قال : المختلعة يتبعها الطلاق مادامت في عدتها »^(٣) ، والأول هو المعتمد .

تنبيه : لا يشترط تقديم البذل على الخلع ، بل يكفي قوله خلعتك ، أو

(١) - « ر ١ » : والروايات .

(٢) - الوسائل ، كتاب الخلع والعبارة ، باب ٥ ، حديث ٢ مع اختلاف يسير .

(٣) - الوسائل ، كتاب الخلع والعبارة ، باب ٣ ، حديث ١ .

أخلعتك ، أو خلعت موكليتك فلاته على كذا ، فتقول هي أو وكيلها : قبلت ، ولا يلزم بدون القبول منها أو من وكيلها ، ولو سبق البذل منها أو من وكيلها لم يفتقر إلى القبول بعد الخلع ، ولو قلنا بافتقاره إلى الطلاق أو أتبعه به وإن لم يفتقر إليه ، فقال : خلعتك على كذا (وأنت)^(٤) طالق ، فلم تقبل وقعت الطلقة رجعية ، إن شاء رجع وإن شاء ترك ، ولا يجب عليها القبول .

قال رحمه الله : وبتقدير الاجتزاء بلفظ الخلع هل يكون فسخاً أو طلاقاً ؟

قال المرتضى رحمه الله : هو طلاق ، وهو المروي ، وقال الشيخ رحمه الله : الأولى أن يقال فسخ ، وهو تخریج .

أقول : القول بوقوع الفرقة بلفظ الخلع ، هل هو طلاق ؟ بمعنى أنه (هل تعد في الثلاث)^(٥) ؟ قال المرتضى وأبن الجنيد والعلامة في المختلف : إنه طلاق بمعنى أنه بعد في الثلاث^(٦) ، واختاره فخر الدين وأبو العباس وهو المعتمد ، لما روي عن^(٧) ثابت بن قيس لما خلع زوجته بين يدي النبي صلى الله عليه وآله لم يأمره بلفظ الطلاق ، فلما خالها قال لها رسول الله صلى الله عليه وآله : أعتدي ، ثم التفت إلى أصحابه وقال : هي واحدة^(٨) ، ولما رواه زرارة ومحمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام : « الخلع تطليقة باينة (وليس فيها رجعة)^(٩) » ، وفي

(٤) - في النسخ : أنت .

(٥) - في « م » : (يعد في الثلاث) وفي « ن » و « ر » : (يعد من الثلاث) .

(٦) - في « م » : (بمعنى أنه يعد في الثلاث) .

(٧) - في النسخ : (أن) .

(٨) - لاحظ كنز العمال ج ٣ ص ٢٢٤ ، وفي المستدرك ، كتاب الخلع والمباراة ، باب ٣ ما ينافي ذلك مع اتحاد المحادثين ظاهراً .

(٩) - ما بين القوسين ليس في النسخ .

(١٠) - تقدمت هذه الرواية في المسألة السابقة .

معنى ذلك روايات كثيرة^(١١).

وقال الشيخ : ولو قلنا بوقوعه مجردأً كان الأولى أنه فسخ ؛ لأنه لو كان طلاقاً لكان كنایة لا صريحاً ، والطلاق لا يقع بالكنایة ، ولقوله تعالى : ﴿الطلاق مرتان﴾ ثم قال : ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدا به﴾ ، ثم قال : ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حق تنكح زوجاً غيره﴾^(١٢) ، وقد ذكر تعالى تطليقتين ، والخلع وتطليقة بعده ، فلو كان الخلع طلاقاً لكان رابعاً ، وهذا عمال .

وقول المصنف (وهو تخریج) : أي قول الشيخ مخرج غير منصوص عليه ؛ لأن التخریج هو : تعدیة الحكم من منطلق به الى مسکوت عنه ، ولم يرد النص بأن الخلع فسخ ، وإنما حمله الشيخ على الفسخ لخلوه من لفظ الطلاق وكل فرقة حصلت بغير لفظ الطلاق فهي فسخ ، فكان الخلع فسخاً .

ويحتمل أن يكون مراده بالتخریج هنا : تزيل الحكم على غير مذهب القائل على تقدير قوله بالمذهب الذي يتفرّع عليه الحكم ؛ لأن الشيخ لم يقل بوقوعه مجردأً ، فكان قوله بأنه فسخ تغريجاً على مذهب القائل بوقوعه مجردأً لا على مذهبـهـ .

وعلى القول بأنه فسخ يصح من ولي الطفل مع المصلحة ، ولا يصح على القول بأنه طلاق .

(١١) - الوسائل ، كتاب الخلع والمبارة ، حديث ٣ - ٥ - ١٠ .

(١٢) - لاحظ الآيتين ٢٢٩ ، ٢٣٠ من سورة البقرة .

في الفدية

قال رحمه الله : ويصح بذل الفداء منها ومن وكيلها ومن يضممه بأذنها ،
وهل يصح من المتبرع ؟ فيه تردد ، والأشبه المنع .

أقول : منشوه من أنه عقد معاوضة فلا يكون المعرض لشخص والعرض
على غيره ، فلا يصح من المتبرع ، ومن أنه افتداء ، لقوله تعالى : ﴿فَلَا جِنَاحَ
عَلَيْهَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^(١٢) ، وهو يصح من الأجنبي ، والأول مذهب الشيخ
واختاره المصنف والعلامة وفخر الدين ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : اما لو قال^(١٤) طلقها على ألف من مالها وعلى ضمانتها ، أو على
عبدتها هذا وعلى ضمانتها صحيحاً ، فإن لم ترض بدفع البذل صحيحاً للخلع وضمن المتبرع ،
وفيه تردد .

أقول : ما حكاه المصنف مذهب الشيخ في المسوط ، ونشأ التردد من
فتوى الشيخ ، ولأنه مما تمس الحاجة إليه فهو كقوله : ألق متاعك في البحر وعلى

(١٣) - البقرة : ٢٢٩ .

(١٤) - هذه الكلمة ليست في «م» و «ن» .

ضمانه ، ومن أنه ضمان ما لم يجب فيكون باطلًا ، ومع بطلان العوض يبطل المخلع ، لاشتراط صحته بسلامة العوض ، وهو لم يسلم .

قال رحمه الله : ولو خالعت في مرض الموت صح وإن بذلت أكثر من الثالث وكان من الأصل ، وفيه قول أن الزائد عن مهر المثل من الثالث ، وهو أشبه .

أقول : الخلاف هنا مبني على أن منجزات المريض هل هي من الأصل أو من الثالث ؟ وقد سبق^(١٥) البحث في ذلك ، والمعتمد أنها من الثالث .

قال رحمه الله : ولو خلعمها على عين فباتت مستحقة ، قيل : يبطل المخلع ولو قيل : يصح ويكون له القيمة أو المثل إن كان مثلياً كان حسناً .

أقول : قال الشيخ في المسوط : يبطل المخلع ؛ لأن العوض شرط في صحة المخلع ، وإذا بطل الشرط بطل المشرط ، ويعتمد عدم البطلان لأصالة الصحة ، ويضمن المثل أو القيمة ، والمعتمد الأول وهو اختيار فخر الدين .

قال رحمه الله : ويصح البذل من الأمة ، فإن أذن مولاها أنصرف الأطلاق إلى الافتداء بغير المثل ، ولو بذلت زيادة عنه ، قيل : يصح وتكون لازمة لذمتها تتبع بها بعد العتق واليسار ، وتتبع باصل البذل مع عدم الأذن .

أقول : المشهور بين الأصحاب جواز بذل الأمة مع الأذن وعدمه ، فع عدم الأذن يتعلق البذل في ذمتها تتبع به بعد العتق واليسار ، وكذا لو زاد بذلتها عن القدر المأذون فيه ، أو زاد عن مهر المثل مع الأطلاق ، فالزائد في ذمتها تتبع به بعد العتق واليسار لا أعلم في ذلك خلافاً .

وإنما الخلاف في محل البذل المأذون فيه ، قال الشيخ في المسوط : إن كانت مأذوناً لها في التجارة أعطت مما في يدها ، وإن لم تكن تاجرة أعطت من كسبها ، فإن لم يكن لها كسب تعلق بذمتها تتبع به بعد عتقها ويسارها ، واستحسن العلامة

في القواعد تعلقه بذمة السيد مع الأذن مطلقاً ، سواء كانت تاجرة أو لا وسواء كانت مكتسبة أو لا ، وهو بناء على أن مهر العبد على سيده مع الأذن بالنكاح ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو قالت : لأدخلن عليك من تكرهه لم يجب [عليه] خلعها ، بل يستحب ، وفيه رواية بالوجوب .

أقول : بعضون الرواية^(١٦) قال الشيخ في النهاية ؛ لأنه قال : إنما يجب المخلع اذا قالت المرأة لزوجها : إني لا أطيع لك أمراً ، ولا أقيم لك حداً ، ولا أغسل لك من جنابة ، ولاؤطئن فراشك من تكرهه إن لم يطلق وجوب عليه خلعها ، فإذا سمع منها هذا القول أو علم من حاتها عصيانه في شيء من ذلك إن لم يطلق وجوب عليه خلعها ، وتبعه ابن البراج وأبو الصلاح وأبن زهرة ؛ لأن النهي عن المنكر واجب ، ولا يتم الا بالخلع . وأنكر الوجوب ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة ، للأصالة براءة الذمة من الوجوب ، وهو المعتمد .

(١٦) - صرخ في الموارث (٤٥: ٣٣) - ونقله عن غيره أيضاً - أنه لم يعثر على رواية بالوجوب .

في الأحكام

قال رحمه الله : إذا أتت بفاحشة جاز عضلها لتفدي نفسها ، وقيل : هو منسوخ ، ولم يثبت .

أقول : اذا فعلت المرأة الفاحشة ، وهي الزنا ، جاز للرجل عضلها - وهو منعها - من حقوقها حق تفدي نفسها ، لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَعْضُلوهُنَّ لِتَذَهَّبُوَا بِعِصْمَانِ مَا آتَيْتُهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحْشَةٍ مُّبِينَ ﴾^(١٧) ، قال الشيخ في المبسوط دلت هذه الآية على أنها متى زنت جاز عضلها وإخراجها^(١٨) بالعدل إلى أن تفدي نفسها ، قال : وقيل : إنها منسوخة كما نسخت أية الحبس^(١٩) بالفاحشة عن الحبس إلى الحدود ، ثم قال : والأول أقوى ؛ لأنَّه الظاهر ولا دليل على أنها منسوخة ، واختاره المصنف والعلامة وابنه ، لقيام الدليل على الجواز ، وعدم ثبوت النسخ .

(١٧) - النساء : ١٩.

(١٨) - في النسخ : (وإخراجها) .

(١٩) - النساء : ١٥.

ويحتمل العدم ، لقوله تعالى : ﴿فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَذِئَا مَرْتَبًا﴾^(٢٠) ، والمشروط عدم عند عدم شرطه ، والأول هو المعتمد .
 قال رحمه الله : اذا قالت : طلقني ثلاثة ألف فطلاقها قال الشيخ : لا يصح ؛ لأنه طلاق بشرط ، والوجه أنه طلاق في مقابلة بذل ، فلا يعد شرطاً .
 أقول : قد ذكر المصنف وجهي القولين ، واختار المصنف والعلامة وابنه صحة الطلاق وهو المعتمد ؛ لأنه طلاق لغرض - وهو البذل - فلا مانع منه .
 قال رحمه الله : فان قصدت الثلاث ولا لم يصح البذل وان طلاقها ثلاثة مرسلاً ؛ لأنه لم يفعل ما سأله ، وقيل : يكون له الثالث لوقوع الواحدة .
 أقول : معنى الولاء أن يقول : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق ، ومعنى المرسلة هنا : أن يقول أنت طالق ثلاثة .

ووجه البطلان في الأول امتناع الغاية المجعل علىها ؛ لأن الطلاق الثاني والثالث (لو)^(٢١) أوقعه على مطلقة فهو لغو لاحكم له ، وإذا امتنع الفعل المجعل عليه بطلت الجعلة .

واما وجہ البطلان في الثاني وهو الطلاق المرسل ، فلأنه لم يوقع ما سأله ؛ لأن سأله ثلاثة فلا يستحق مع المخالفه شيئاً ، والمعتمد بطلان البذل ووقوع الطلاق رجعياً .

قال رحمه الله : ولو كانت معه على طلقة ، فقالت طلقني ثلاثة ألف ، فطلاق واحدة كان له ثلث الألف ، وقيل : له الألف إن كانت عاملة ، والثلث إن كانت جاهلة ، وفيه الأشكال .

(٢٠) النساء : ٤ .

(٢١) هذه الكلمة ليست في «رأي» .

أقول : منشأ الأشكال من حيث أن البذل وقع في^(٢٢) مقابلة المجموع من حيث هو مجموع ، فلا يقع البعض مقابل البعض ، ووجه وجوب الالف مع العلم تزيل كلام المسلم على الصحة ، وهي تعلم عدم وقوع الثلاث عليها فيكون مقصودها تكيل الثلاث ليقع التحرير ، وأما مع الجهل فيكون مقصودها العدد و(هو)^(٢٣) لا يقع منه غير واحدة ، فيكون لها (مع)^(٢٤) مقابلتها من البذل . والمعتمد إن قصدت تكميل الثلاث ليحصل التحرير استحق الألف وإلا لم يستحق شيئاً .

قال رحمه الله : لو اتفقا على ذكر القدر دون الجنس واختلفا في الارادة ، قيل : يبطل ، وقيل : على الرجل البينة ، وهو أشبه .

أقول : القائل بالبطلان هو الشيخ في المسوط ؛ لأن عند التناكر يصير البذل عبهاولا ، فيبطل ويرجع إلى مهر المثل ، واختار المصنف أن على الزوج البينة ؛ لأنه مدع ومع فقد البينة يكون القول قولها ؛ لأنها أبصر بنفسها^(٢٥) وقصدتها ، واختاره العلامة وابنه .

(٢٢) - هذه الكلمة ليست في النسخ .

(٢٣) - هذه الكلمة ليست في «ن» و «ر١» .

(٢٤) - هذه الكلمة ليست في «م» و «ر١» .

(٢٥) - في «م» و «ر١» : (بنيتها) .

كتاب الظهار

في الصيغة

قال رحمه الله : ولو شبهها بظهر احدى المحرمات نسباً أو رضاعاً كالأم أو الأخت ، فيه روایتان أشهرها الواقع .

أقول : اختلف الأصحاب في المشبه بها ، قال الشیخان وابن الجنید هي كل محرمة بنسب أو رضاع ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد ، لقوله عليه السلام : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب »^(١) ، ولما رواه زرارة في الصحيح^(٢) عن الباقر عليه السلام .

وقال (أبن ادریس) : إنها الأم خاصة ، واختاره فخر الدين لرواية سيف التمار عن الصادق عليه السلام^(٣) ، « قال : قلت له : إن الرجل يقول لأمرأته : أنت على كظهر أختي أو عمي أو خالي ، فقال : إنما ذكر الله الأمهات ، وإن هذا المحرام »^(٤) وأقتصر ابن البراج على المحرمات بالنسبة دون الرضاع لفارق بين

(١) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١ من أبواب ما يحرم بالرضاع .

(٢) - الوسائل ، كتاب الظهار ، باب ٤ ، حديث ١ .

(٣) - ما بين القوسين ليس في « م ». .

(٤) - الوسائل ، كتاب الظهار ، باب ٤ ، حديث ٣ .

التحرير بالنسبة والتحرير بالرضا عن ظهوره ؛ لأن التحرير بالنسبة ملازم للوجود ، والتحرير بالرضا مسبوق بالأبادة ، وإنما حصل التحرير بعد الرضا ، فالفرق ظاهر ، والمعتمد الأول .

قال رحمه الله : ولو شبهها بيد أمها أو بطنها ، قبل : لاتقع ، أقصاراً على منطق الآية ، وبالوقوع رواية فيها ضعف .

أقول : الرواية إشارة إلى مارواه سدير عن الصادق عليه السلام ، « قال : قلت له الرجل يقول لأمرأته : أنت على كشعر أمي أو بطنها أو كرجلها ؟ قال : ما عني ؟ إن أراد به الظهار فهو الظهار »^(٥) ، وفي طريقها سهل بن زياد وهو ضعيف ، وبضمونها أفتى الشيخ في المسوط ، وابن البراج في المذهب ، وابن حمزة . وقال المرتضى وابن ادريس بعدم الواقع ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد لأصالة الأبادة ما لم يعلم السبب المحرم ، وهو غير معلوم هنا .

قال رحمه الله : ولو جعله ييناً لم يقع ولا يقع إلا منجزاً ، فلو علقه بانقضاء الشهر أو دخول الجمعة لم يقع على القول الأظهر ، وقيل : يقع ، وهو نادر . وهل يقع في اضرار ؟ قيل : لا ، وفيه إشكال ، منشوه التمسك بالعموم ، وفي وقوعه موقوفاً على الشرط تردد ، أظهره الجواز . ولو قيده بعده كأن يظاهر منها شهراً أو سنة ، قال الشيخ : لا يقع ، وفيه إشكال مستند إلى عموم الآية ، وربما قيل : إن قصرت المدة عن زمان التبصر لم يقع ؛ وهو تخصيص للعموم بالحكم المخصوص ، وفيه ضعف .

أقول : هنا مسائل :

الأولى : لا يقع الظهار بجعله ييناً ، مثل أن يقول : أنت على ظهر أمي إن

(٥) - الوسائل ، كتاب الظهار ، باب ٩ ، حديث ٢ .

فعلت كذا ، فصورة اليدين صورة الشرط ، وبجعل الفرق بينها من وجهين :
 الأول : أن اليدين لا يكون متعلقة^(٦) بفعل غير المتكلم ، والشرط قد يتعلق
 بفعل المتكلم وبغير فعله ، كقوله : إن برىء مريضى أو قدم مسافرى ، والبرء
 والقدوم ليس من فعل الحالف .

الثاني : إن اليدين يكون المقصود منها كف النفس وزجرها عن إيجاد
 الشرط ، والزام نفسه بمحذور الظهور إن أوجد الشرط ، فهو يترك الشرط حذراً
 من الظهور ، كما يترك الحالف الحنت حذراً من الكفاراة ، وأما الشرط فالقصد
 منه مجرد التعليق ، فغرضه وجود الشروط^(٧) عند وجود الشرط^(٨) ، فهو
 تقىض^(٩) اليدين .

الثالثة : هل يقع معلقاً على صفة ، كقوله إذا اقتضى الشهر : أنت على كظهر
 أمي ، أو إذا دخل يوم الجمعة : أنت على كظهر أمي ؟ المشهور بين الأصحاب عدم
 وقوفه معلقاً على الصفة .

وأعلم أن القول بوقوعه هنا فرع على القول بوقوع الشروط ، فكان ينبغي
 للمصنف تقديم الأصل على الفرع في الترتيب كما فعله في المختصر ، وهنا قدم
 الفرع على الأصل ، وهو غير مستحسن ، فكل قائل بعدم وقوعه مشروطاً (منه
 هنا)^(١٠) ، والقائلون بوقوعه مشروطاً أختلفوا هنا ، قال الشيخ في المبسوط :
 بالوقوع لاشراكهما بالتعليق ، وقال الأكثر : لا يقع ، لعدم النص على وقوعه معلقاً

(٦) - كذا

(٧) - في «ن» : (الشرط) .

(٨) - في «ن» : (الشروط) .

(٩) - في «م» : (مقتضى) .

(١٠) - في النسخ بدل ما بين التوسيع : (قابل بعدم وقوعه معلقاً بالصفة) .

على الصفة ، وقد ورد النص^(١١) بوقوعه مشروطاً ، والفرق بينها : أن الشرط يعنى وقوعه والمعلق على الزمان يستحيل وقوعه في الحال ويتحتم وقوعه فيما بعد .

الثالثة : هل يقع الظهار اذا قصد به اضرار المرأة ؟ قال الشيخ في النهاية :

لا يقع ، واختاره العلامة ، لقوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار »^(١٢) ، ويحتمل وقوعه مطلقاً ، لعموم الآية^(١٣) ، وهو ظاهر المفید وابن الجنید وابن ادریس ؛ لأنهم أطلقوا القول بوقوع الظهار ولم يقيدوه بعدم الأضرار ، والمعتمد مذهب العلامة .

والمراد بالاضرار المانع من الظهار : هو أن يكون مقصود المظاهر إضرار المظاهر منها فقط ، فهذا القصد يمنع من وقوع الظهار عند القائل به وإن لم يتضرر المرأة بالظهار ، وإن أوقعه لغرض غير الأضرار ، فإنه يقع وإن تضررت به ، فالمعتبر قصد المظاهر ولا أثر لتضررها مع عدم قصد الأضرار ، ولا (أثر)^(١٤) لعدم تضررها مع قصد الأضرار ؛ لأن دليлем على حكم الظهار قوله تعالى : ﴿ قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله والله يسمع ﴾^(١٥) ، الآيات ، وذلك أن خولة بنت مالك بن تغلبة ظاهر منها زوجها أوس بن الصامت ، فأدت رسول الله صلى الله عليه وآله فأخبرته بذلك ، فاخبرها بتحريها عليه ، فرفعت يديها إلى السماء وقالت : أشكوا إلى الله فراق زوجي ، فنزلت الآيات^(١٦) ، ولا خلاف بينهم في وقوع هذا الظهار ، والأية دلت على شکوى الزوجة إلى الله ، والشکوى دلالة على تضررها بفارق زوجها ، فلو كان لتضرر الزوجة مع عدم

(١١) - الوسائل ، كتاب الظهار ، آية ١٦ .

(١٢) - الوسائل ، كتاب احياء الموات ، باب ٧ ، حديث ٢ ، مع اختلاف ولم نعثر عليه بلفظه .

(١٣) - المجادلة : ٣ .

(١٤) - هذه الكلمة ليست في نسخة من الأصل .

(١٥) - المجادلة : ١ و ٣ و ٤ .

(١٦) - الوسائل ، كتاب الظهار ، باب ١ ، حديث ١ و ٢ و ٤ .

قصد الزوج الأضرار أثر لوقع الخلاف في هذا الظهور ، وهو غير واقع ، فثبتت أن الأعتبار بقصد الزوج ، ولا اعتبار بحال المرأة .

الرابعة : في وقوعه موقوفاً على شرط ، وهو اختيار الشيخ محمد بن بابويه وابن حزرة ، واختاره المصنف والعلامة فخر الدين وأبو العباس ، لعموم الآية^(١٧) ، ولما رواه حريري في الصحيح عن الصادق عليه السلام ، « قال : الظهور ظهاران ، أحدهما : أنت على كظهر أمي ، ثم يسكت . فذلك الذي يكفر قبل أن ي الواقع ، وإذا قال : أنت على كظهر أمي إن فعلت كذا وكذا فقد وجبت عليه الكفارة حين يحيى »^(١٨) .

وقال السيد المرتضى وابن البراج وسلام وأبو الصلاح وأبن ادريس : لا يقع مشروطاً ، لرواية القاسم بن محمد ، « قال : قلت لأبي الحسن الرضا عليه السلام : إبني ظاهر من امرأتي ؟ فقال : كيف قلت ؟ قال : أنت على كظهر أمي إن فعلت كذا وكذا ، فقال : لاشيء ، عليك ولا تعد »^(١٩) .

الخامسة : هل يقع مؤقاً ، مثل أن يقول : أنت على كظهر أمي يوماً ، أو شهر ، أو سنة ؟ قال الشيخ في المسوط والخلاف : لا يقع ، وتبعه ابن البراج وابن ادريس ، لما رواه سعيد الأعرج في الصحيح ، عن الكاظم عليه السلام ، « في رجل ظاهر من امرأته يوماً ؟ قال : ليس عليه شيء »^(٢٠) ، وقال ابن الجنيد : يلزم منه الظهور ، للعموم^(٢١) ، فحيثندلوا أنقضت مدة الظهور حللت من غير تكثير ، واختاره العلامة في القواعد ، واختار فخر الدين مذهب الشيخ ، وعلى القول بوقوعه مؤقتاً

(١٧) - المجادلة : ٣ .

(١٨) - الوسائل ، كتاب الظهور ، باب ١٦ ، حديث ٧ .

(١٩) - الوسائل ، كتاب الظهور ، باب ١٦ ، حديث ٤ .

(٢٠) - المصدر المتقدم ، حدثت ١٠ ، لاحظ المواهر ، ج ٢٢ ، ص ١٠٩ - ١١١ .

(٢١) - المجادلة : ٢ .

لفرق بين أن يقصر المدة عن زمان الترخيص أو لا ، للعموم^(٢٢) ، وزمان الترخيص هنا ثلاثة أشهر .

قال رحمه الله : وكذا لو قال : أنت حرام كظهر أمي .

أقول : هذا عطف على المسألة السابقة التي ذكر المصنف وجده الخلاف فيها ، ومذهب الشيخ في الأولى وقوع الظهار ، ومذهبـه في هذه عدم وقوعه ، والمصنف عطف هذه على مذهبـه في السابقة وهو عدم الواقع ؛ لأنـ هذه (الصيغة غير)^(٢٣) الصيغة المنصوصـة^(٢٤) ، والأصل بقاء الحال ، وهو ظاهر الصلامة في القواعد ، واختار في المختلف وقوع الظهار ، واختاره فخر الدين أيضاً ، لرواية زرارة الصحيحة ، عن البارق عليه السلام ، « قال : سألهـ عن الظهار ؟ فقال : يقول الرجل لأمرأته وهي طاهرـ من غير جمـاع : أنتـ على (حرام) كظـهرـ أمـي أوـ أخـي ، وهوـ يـريـدـ الـظـهـارـ »^(٢٥) .

(٢٢) - المصدر المتقدم .

(٢٣) - ما بين القوسين ليس في النسخ .

(٢٤) - الوسائل ، كتاب الظهار ، باب ١ .

(٢٥) - الوسائل ، كتاب الظهار ، باب ٢ ، حدـيث ٢ . وما بين القوسين ليس في الأصل وإنـ كان فيـ النـسـخـ والمـصـدرـ أيـضاً .

في المظاهرة

قال رحمه الله : وفي اشتراط الدخول تردد ، والمروي أشتراطه .

أقول : منشئه من عموم الآية^(٢٦) ، ومن صحیحه محمد بن مسلم عن أحدھما علیھما السلام ، « في المرأة التي لم يدخل بها ؟ قال : لا يقع فيھا إيلاء ولا ظهار »^(٢٧) ، ومثلھا روایة الفضل بن يسار^(٢٨) ، عن الصادق علیھ السلام ، واشتراط الدخول مذهب الشیخ وابن بابویہ وابن الجنید ، واختاره العلامۃ في مختلف ، وأبو العباس في المقتصر ، وهو المعتمد ، وعدم الأشتراط مذهب المفید وسلام وأختاره فخر الدین .

قال رحمه الله : وهل يقع بالمستمع بھا ؟ فيه خلاف ، والأظهر الواقع .

أقول : وقوعه بھا مذهب السيد المرتضی وابن زهرة وأبی الصلاح ، واختاره المصنف ، والعلامة في القواعد والمختلف ، وأبو العباس ، وهو المعتمد ،

. (٢٦) - المجادلة : ٢.

. (٢٧) - الوسائل ، كتاب الظهار ، باب ٨ ، حديث ٢.

. (٢٨) - الوسائل ، كتاب الظهار ، باب ٨ ، حديث ١.

لقوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾^(٢٩) ، وهي من النساء .
 وقال ابن بابويه وابن الجنيد : لاتقع بها ، واختاره ابن ادريس ، لما رواه
 ابن فضال ، عن أخبره « قال : لا يكون الظهار الا على موضع الطلاق »^(٣٠) ،
 والمستمع بها لا يقع بها طلاق ، فلا يقع بها ظهار .
 وأجيب بأرسال الرواية مع ضعف سندها .

قال رحمه الله : وفي الموطنة بالملك تردد ، والمروي أنه يقع كما يقع بالحرمة .
 أقول : منشأه من أنها من النساء لتحرىم أنها وبنتها وأختها ، فتدخل في
 عموم الآية^(٣١) ، ولصحيحة محمد بن مسلم عن أحد هما عليها السلام ، « قال :
 سأله عن الظهار على الحرمة والأمة ؟ قال : نعم »^(٣٢) ، ومنتها رواية أحسان بن
 عمار^(٣٣) عن الكاظم عليه السلام ، ومن أصالة بقاء الملح ، ورواية حمزة بن
 حمران ، « قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل جعل جاريته عليه كظهر
 أمها ؟ قال : يأتيها ، وليس عليه شيء »^(٣٤) ، وفي طريقها ابن فضال وهو ضعيف ،
 ومساواتها مذهب الشيخ في النهاية (والخلاف)^(٣٥) ، وبه قال ابن أبي عقيل ،
 وابن حمزة ، والعلامة في المختلف (والتحرير)^(٣٦) ، ورجحه أبو العباس في
 مقتصره ، وقال المفيد وسلام وأبو الصلاح وابن ادريس بعدم وقوعه بها ،
 والأول هو المعتمد .

(٢٩) - المجادلة : ٢ .

(٣٠) - الوسائل ، كتاب الظهار باب ١٦ ، حدیث ١٣ .

(٣١) - المجادلة : ٣ .

(٣٢) - الوسائل ، كتاب الظهار ، باب ١١ ، حدیث ٢ .

(٣٣) - المصدر المتقدم ، حدیث ١ .

(٣٤) - المصدر المتقدم ، حدیث ٦ .

(٣٥) - ليس في «ن» وفي الأصل : (المختلف) .

(٣٦) - ليس في «ن» .

في الأحكام

قال رحمه الله : الظهار محروم لاتصافه بالمنكر ، وقيل : لاعقاب فيه ، لتعقيبه بالعفو .

أقول : أجمع أصحابنا على تحرير الظهار ، لقوله تعالى : ﴿وَإِنْهُمْ لِيَقُولُونَ مُنْكِرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا﴾^(٣٧) وكل منكر حرام ، وكذا كل زور ، ثم اختلفوا .
قال بعضهم : إنه يعف عنه ولا يعاقب عليه في الآخرة ، لقوله تعالى : ﴿وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌ غَفُورٌ﴾^(٣٨) ، عقب بالعفو ، أو هو يستلزم نفي العقوبة ، (وقيل نفي العقوبة)^(٣٩) غير متحتم ، بل تفضل من الله تعالى ، إن شاء عف وان شاء عاقب .
قال رحمه الله : لا تجحب الكفارة بالتلذذ وإنما تجحب بال وعد ، وهو إرادة الوطى ، والأقرب أنه لا استقرار لها ، بل معنى الوجوب تحرير الوطى حتى يكفر .
أقول : إذا أراد المظاهرون الوطى وجبت عليه الكفارة قبله ، لقوله تعالى :

(٣٧) - المجادلة : ٢ .

(٣٨) - المجادلة : ٢ .

(٣٩) - ما بين التوسفين ليس في «ن» .

﴿ ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة ﴾^(٤٠) والعود إرادة الوطيء ، وهل يستقر بمجرد هذه الأرادة وتسفر في ذمته ، أو معنى الوجوب تحرير الموجب حتى يكفر ؟ أكثر الأصحاب على الثاني ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد ، والأول مذهب نجيب الدين يحيى بن سعيد ، واختاره العلامة في التحرير .

وتظهر الفائدة في أماكن :

الأول : لو أراد الوطيء ثم مات قبله ، وجبت الكفاراة في ماله على الأول دون الثاني .

الثاني : لو طلق بعد إرادة الوطيء قبله ، وجبت الكفاراة على الأول خاصة .

الثالث : وجوب إخراجها على الفور عند الأرادة ، على الأول دون الثاني .

الرابع : سقوط الزكاة لو كانت الكفاراة تمام النصاب ، وأراد الوطيء قبل دخول المول ، ولم يطأ حتى حال المول ، على الأول دون الثاني .

قال رحمه الله : ولو ظهر من واحدة مراراً وجب عليه بكل مرة كفاراة ، فرق الظهار أو تابعه ، ومن فقهائنا من فضل .

أقول : تعدد الكفاراة بتعدد المرات مطلقاً ، سواء كان الثاني متراخيأً أو غير متراخي ، وسواء اتاحت المتشبه بها أو تعددت ، هو مذهب الشيخ في النهاية ، والحسن بن أبي عقيل ، واختاره المصنف والعلامة ، لأن كل ظهار سبب مستقل يوجب التكفير لعموم الآية^(٤١) ، ولأن تعليق الحكم على الوصف يشعر بالعلمية ، وأحكام الظهار معلقة على حصوله ، فيكون علة ، وهو موجود في كل مرة .

وقال الشيخ في المسوط وابن حزنة بتكرر الكفاراة مع تراخي الثاني عن

.٣) - المجادلة : ٤٠)

.٣) - المجادلة : ٤١)

الأول ، ومع تحاليه ، إن قصد بالثاني ظهاراً مستانفاً تعدد^(٤٢) وإن قصد به تأكيد الأول لم يتعدد ، وأدعي الشيخ الاجماع على عدم التعدد مع قصد التأكيد ، وهو ظاهر فخر الدين .

وقال العلامة في المختلف : قول الشيخ لا بأس به .
وقال ابن الجنيد : يتعدد إن تعدد المشبه بها ، كقوله : أنت على كظهر أمري ، أنت على كظهر أخي ؛ لأنها حرمتان انتهكتا ، وتتعدد إن احده المشبه بها .
والمعتمد التعدد مطلقاً ، ما لم يقصد بالثاني تأكيد الأول .

قال رحمه الله : ولو كان الوطى هو الشرط ثبت الظهار بعد فعله ، ولا تستقر الكفارة حق يعود ، وقيل : تجنب بنفس الوطى ، وهو بعيد .

أقول : القائل هو الشيخ رحمه الله ، بناء على أن الاستمرار وطي شأن ، ووجه بعده أن الوطى من ابتدائه إلى النزع واحد في العرف ، والأطلاق إنما يحمل على العرف ، والشرط إنما يقع بعد وقوع الشرط لا قبله ، وقبل النزع لم يتحقق الشرط .

قال رحمه الله : يحرم الوطى على المظاهر ما لم يكفر ، سواء كفر بالعتق أو الصيام أو الأطعام ، ولو وطأها خلال الصوم استأنف ، وقال شاذ منا : لا يبطل التتابع لو وطألياً .

أقول : أجمع المسلمين على وجوب تتبع صيام كفارة الظهار ، وأجمعوا على وجوب الاستئاف مع الأفطار لغير عذر ، قبل^(٤٣) مضي شهر ويوم من الثاني ، واختلفوا في موضعين :

(٤٢) - هذه الكلمة في النسخة وليس في الأصل .
(٤٣) - في «ن» : قبل .

الأول: اذا حصل الوطى ليلا في خلال الشهر^(٤٤)، هل يبطل التتابع أم لا؟
 قال ابن ادريس : لا يبطل التتابع ، وهو مذهب نجيب الدين يعني بن سعيد ، واستقر به العلامة في القواعد؛ لأنَّه لم يبطل من الصوم شيء ، فلا يجب الاستئناف ، لأنَّ الصالحة براءة الذمة ؛ لأنَّ التتابع : هو إتباع صوم يوم لا حق بصوم يوم^(٤٥) سابق وهو حاصل ، لعدم بطلان الصوم بالوطى ليلاً ، ويجب عليه كفارة أخرى للوطى قبل التكثير .

والمشهور الاستئناف ، لقوله تعالى : **﴿فِصَامُ شَهْرَيْنِ مُتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَسَاءَلَا﴾**^(٤٦) ، وهو لم يأت بالمؤمر به فلا يجزيه ، وهو مذهب الشيخ ، والصنف ، والعلامة في المخالف والتحرير ، وفخر الدين ، وهو المعتمد .
الثاني: إذا وطى نهاراً قبل أن يضي من الثاني شيء ، قال الشيخ : إن تعمد الوطى بطل التتابع مطلقاً ، سواء كان (عمداً أو سهواً)^(٤٧)؛ لأنَّه لم يأت بالمؤمر به على وجهه ، والسهوا يسقط الامر لا الاعادة ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : وهل يحرم عليه ما دون الوطى ، كالقبلة واللامسة؟ قيل :
 نعم : لأنَّه خمسة ، وفيه أشكال ، ينشأ من اختلاف التفسير .

أقول : تحريم الجميع مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره العلامة في القواعد ، وهو اختيار فخر الدين ، لصدق أسم المensis على التقبيل واللمس ؛ لأنَّ حقيقة المensis تلقي الأبدان لغة ، والأصل عدم النقل ، وقال ابن ادريس : لا يحرم غير الوطى ، وقواه العلامة في المخالف ؛ لأنَّ المensis يراد به الوطى

(٤٤) - في «م» و«ن» : (الشهرين) .

(٤٥) - ليست هذه الكلمة في «رأ» .

(٤٦) - المجادلة : ٣ .

(٤٧) - في النسخ بدل ما بين التوسين : (عمداً أو ساهياً) .

لغير ، لقوله تعالى : « من قبل أن قسوهن » ^(٤٨) .

قال رحمه الله : اذا عجز المظاهر عن الكفاره أو ما يقوم مقامها عدا الاستغفار ، قيل : تحرم عليه حق يكفر ، وقيل : يجزيه الاستغفار ، وهو أكثر .

أقول : البحث هنا في موضوعين :

الأول : في قوله أو ما تقوم مقامها ، فنقول الكفاره عتق رقبه ، فان عجز صام شهرين متتابعين ، فان عجز اطعم ستين مسكتنا ، ومع العجز عن الجميع ، هل لها بدل يقوم مقامها في حل الوطى أو لا ؟

قال المفید وابن الجنید : لا بدل لها بل يحرم عليه وطؤها ، حتى يكفر بأحدى الثلاث المذکورة ، واختاره فخر الدين ؛ لأن نص القرآن ^(٤٩) اغا جاء على هذه الثلاث الخصال ، فلا يجزى غيرها ، ولما رواه أبو بصير ، عن الصادق عليه السلام ، « قال : كل من عجز عن الكفاره التي تجنب عليه من صوم أو عتق أو صدقة أو نذر أو قتل أو غير ذلك مما يجب على صاحبه فيه الكفاره ، فالاستغفار له كفاره ، ما خلا عين الظهور ، فإنه إذا لم يجد ما يكفر به حرمت عليه وفرق بينها ، الا أن ترضي المرأة أن يكون معها ولا يجتمعها » ^(٥٠) .

وقال كثير من الفقهاء ^(٥١) لها بدل يقوم مقامها في حل الوطى ، و اختلقو فيه ، قال الشيخ في النهاية : اذا عجز عن إطعام ستين مسكتنا صام ثانية عشر يوماً ، فان عجز عن ذلك كان حكمه ما قدمناه من أنه يحرم عليه وطؤها حتى يكفر ^(٥٢) .

(٤٨) - البقرة : ٢٢٧ ، والاذراذ : ٤٩.

(٤٩) - المجادلة : ٤ - ٣.

(٥٠) - الوسائل ، كتاب الایلاء والكافارات ، باب ٦ من أبواب الكفارات ، حدیث ١.

(٥١) - في « م » و « ر » : (الأصحاب) .

(٥٢) - ص

وقال علي بن بابويه في الرسالة ، وابنه في المقنع : اذا عجز عن اطعام ستين مسكيناً (تصدق بما يطبق) ، ثم قال في المقنع أيضاً : وروي اذا لم يطق اطعام ستين مسكيناً^(٥٣) ، صام ثمانية عشر يوماً^(٥٤) .

وقال ابن البراج : يصوم ثمانية عشر يوماً .

وقال ابن حمزة : فان عجز عن الأطعام صام ثمانية عشر يوماً ، فان عجز تصدق عن كل يوم بمدين من طعام .

والنصف أقى بما يشمل الجميع ، فقال : إن عجز عن الكفار أو ما يقوم مقامها ، ومثله قال العلامة في القواعد .

الثاني : في حكم العاجز عن الكفاره وما يقوم مقامها ، هل يكفيه الاستغفار ويحل له الوطى ؟ مذهب الشيخ في النهاية ، والمفيد ، وابن الجيند ، وفخر الدين عدم ذلك ، وقد تقدم^(٥٥) وجهه .

وقال ابن ادريس : يكفيه الاستغفار ويستحل به الوطى ، واختاره المصنف ، والعلامة ، وأبو العباس ، لما رواه اسحاق بن عمار في المسوتف ، عن الصادق عليه السلام ، « إن الظهار إذا عجز صاحبه عن الكفاره فليستغفر الله ، وينوي أن لا يعود قبل أن ي الواقع ، وقد أجزى ذلك عن الكفاره »^(٥٦) ، ولأن إيجاب الكفاره عند^(٥٧) العجز عنها يكون تكليفاً بما لا يطاق وهو معال .

ونقل ابن ادريس عن الشيخ في الاستبصار قوله ثالثاً ، وهو اياحة الوطى بعد الاستغفار ، ويكون الكفاره في ذمته إذا قدر عليها كفر .

(٥٣) - مابين القوسين ليس في « ر١ » .

(٥٤) - الوسائل ، كتاب الايات والكافارات ، باب ٨ من أبواب الكفارات ، حدیث ١ .

(٥٥) - ص ٢٨٥ .

(٥٦) - الوسائل ، كتاب الايات والكافارات ، باب ٦ من أبواب الكفارات ، حدیث ٤ .

(٥٧) - في النسخ : مع .

والمعتمد مذهب ابن ادریس ، ولابد في الاستغفار (من نية التکفیر ، فيقول : أستغفر الله عن كفارۃ الظہار ، لوجوبه قربة الى الله ، والندم على ما صدر منه)^(٥٨) من الظہار ، والعزم على ترك العود الى مثله ، والتلتفظ بالاستغفار ، ويکفى مرة واحدة ، ولا يکفى التلتفظ من دون النية والندم والعزم على ترك المعاودة .

. (٥٨) - ما بين القوسين من النسخ وليس في الأصل .

في الكفارات

قال رحمه الله : وكفارة من أفتر يوماً نذر صومه على أشهر الروايتين ، وكذا كفارة الحنث في العهد وفي النذر على التردد ، والواجب في كل واحدة عتق رقبة ، أو صيام شهرين متتابعين ، أو إطعام ستين مسكيناً على الأظهر .

أقول : هنا تلات مسائل :

الأولى : من أفتر يوماً نذر صومه ، وكفارته كفارة رمضان كبيرة خيرة عند الشيوخين وأبي الصلاح وابن حمزة وابن البراج ، واختاره المصنف والعلامة وفخر الدين وأبو العباس ، وهو المعتمد .

وقال ابن بابويه : من نذر أن يصوم في كل سبت فليس عليه أن يتركه إلا من علة ، وإن أفتر من غير علة تصدق لكل يوم على عشرة مساكين .

الثانية : كفارة الحنث في النذر ، قال الشيخ : إنها كبيرة خيرة ، وتبعه ابن البراج ، وهو مذهب ابن حمزة وأبي الصلاح ، واختاره المصنف والعلامة وفخر الدين وأبو العباس ، وهو المعتمد .

وقال سلار : إنها كبيرة مرتبة .

وقال ابن بابويه : هي كفارة يمين .

ونقل ابن ادريس عن السيد المرتضى أنها كبرى^(٦١) إن كان النذر صوماً ، وكفارة يمين إن كان النذر غير الصوم ، واختاره العلامة في الأرشاد .

واستند الجميع الى الروايات^(٦٠) ، ووجد الأخير الجمع بينها .

الثالثة : كفارة خلف العهد ، والمشهور أنها كبيرة مخيرة وهو المعتمد .

وقال المفيد : كفارة خلف العهد كفارة قتل الخطأ ، وهو يعطي وجوب الترتيب ، والمستند الروايات^(٦١) أيضاً .

قال رحمه الله : من حلف بالبراءة فعليه كفارة ظهار فإن عجز فكفارة يمين ، وقيل : يأثم ولا كفارة ، وهو أشبه .
أقول : هنا مسائل :

الأولى : الملحف بالبراءة من الله أو الرسول أو الأئمة عليهم السلام حرام ، وهل تجب به كفارة ؟ قال الشيخ في المبسوط والخلاف : يأثم ولا كفارة ، وبه قال ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة وابنه ، وقال المفيد وسلام الشيشاني في باب الكفارات من النهاية : تجب الكفارات .

واختلفوا في تقديرها ، قال الشيخ في النهاية وابن البراج : إنها كفارة ظهار ، فإن عجز فكفارة يمين ، وقال ابن حمزة : إنها كفارة النذر ، وروى أنس بابويه ، « قال : كتب محمد بن الحسن الى العسكري عليه السلام في رجل حلف بالبراءة من الله أو من رسوله فحنت فاتوبته وكفارته ؟ فوقع عليه السلام : يطعم عشرة مساكين لكل مسكين مد ، ويستغفر الله عزوجل »^(٦٢) ، وعلى هذه الرواية

(٦١) - في «ن» : كبيرة .

(٦٠) - الوسائل ، كتاب الآلياء والكافارات ، باب ٢٣ من أبواب الكفارات .

(٦١) - المصدر المتقدم ، باب ٢٤ .

(٦٢) - المصدر المتقدم ، باب ٢٠ حدث ١ .

عمل العلامة في التحرير والمختلف .

تبنيه : هل يترتب الحكم على الحلف لكل واحد من الثلاثة ، أو لابد من الجميع (٦٣) ؟ صرخ الشیع بالاول وهو المعتمد ، لدلالة الروایة (٦٤) عليه ، وسلام رتب الحكم على المجموع .

وهل تستقر الكفارة بمجرد الحلف او لا تستقر الا بالمحنة ؟ قال المفید وسلام : إنما تجب مع المخالفة ، وقال ابن بابويه تجب بمجرد القول ، وهو يقتضي الزامه بها معجلا عقیب الحلف .

ويتفق على مذهب ابن بابويه وجوبها بالعموس وإن كان صادقا ، وعدم وجوبها على مذهب المفید وإن كان كاذبا .

الثانية : في جز المرأة شعرها في المصاب ، وفيه ثلاثة أقوال :

الأول : وجوب كفارة كبيرة مرتبة ، قاله سلام وابن ادریس .

الثاني : وجوب كفارة صغيرة ، وهو مذهب ابن البراج ، وظاهر النهاية ، واختاره أبو العباس اعتقاداً على رواية (خالد بن) (٦٥) سدير (٦٦) عن أبي عبد الله عليه السلام .

الثالث : عدم وجوب الكفارة ، وهذا القول نقله المصنف والعلامة ، واختاره فخر الدين .

فروع :

الأول : لو جزته في غير المصاب لغير حاجة ، احتمل قوياً وجوب الكفارة ، لأن وجوب الكفارة في المصاب يقتضي وجوبها في غير المصاب بطريق

(٦٣) - في النسخ : (المجموع) .

(٦٤) - الوسائل ، كتاب الایلاء والکفارات ، باب ٢٠ من أبواب الکفارات ، حدیث ١ .

(٦٥) - ما بين القوسين ليس في النسخ .

(٦٦) - الوسائل ، كتاب الایلاء والکفارات ، باب ٣١ من أبواب الکفارات ، حدیث ١ .

الأولى ، ويعتزل عدمه ، لعدم النص عليه ، ولأصلالة براءة الذمة ، أما لو جزته لحاجة فلا كفارة قطعاً .

الثاني : الجزء هو النص ، واستقرت العلامة إلماق الحلق به ، وزاد الشهيد الحلاق الاحتراق بها ، ويعتزل عدم النص .

الثالث : لا فرق بين جزء الكل أو البعض ، لصدق أسم الجزء على القليل والكثير .

الرابع : لا فرق أن تفعله مباشرة أو يفعله الغير باذنها .

الثالثة : كفارة الحيض مع التعمد ، والعلم بالتحرّم ، والتوكن من التكبير ، قيل : تستحب ، وقيل : تجب ، وهو الأحوط ، ولو وطأ أمته حانضاً كفر ثلاثة أداد من طعام ، وقد سبق البحث في هذه في باب الحيض ^(٦٧) .

الرابعة : من تزوج امرأة في عدتها ففارق وكفر بخمسة أصوات من دقيق ، وهل هذه الكفاره واجبه أو مستحبة ؟ بالوجوب قال ابن حمزة ، واختاره العلامة في القواعد والمختلف ، وهو ظاهر التحرير والدروس ، واختاره فخر الدين وأبو العباس ، وقال ابن ادریس : إنه مستحب ، واختاره المصنف ، والمستند الروايات ^(٦٨) ، والشيخ أطلق التكبير ولم ينص على الوجوب ولا الاستحباب .

فروع :

الأول : لا فرق بين العدة البائية والرجعية وعدة الوفاة .

الثاني : لو تزوج بذات بعل ، وجبت الكفاره أيضاً لصریح الروایة ^(٦٩) ، وروى ابن بابويه في كتاب من لا يحضره الفقيه ، عن أبي عبد الله عليه السلام ،

(٦٧) - الجزء الأول ، ص ٧٢ .

(٦٨) - الوسائل ، كتاب الایلاء والكافارات باب ٣٦ من أبواب الكفارات حدیث ١ . وكتاب الحدود ، باب ٢٧ من أبواب حد الزنا ، حدیث ٥ .

(٦٩) - الوسائل ، كتاب الایلاء والكافارات ، باب ٣٦ من أبواب الكفارات ، حدیث ١ .

«في رجل تزوج امرأة وله زوج ؟ فقال : إذا لم يرفع خبره إلى الأمام فعليه أن يتصدق بخمسة أصوات من دقيق هذا بعد أن يفارقها »^(٧٠).

الثالث : أطلق أكثر الأصحاب وجوب التكبير ، ولم يفصلوا بين العامل والماهيل ، ونص العلامة في التحرير على عدم الفرق بين العالم (بالعدة والتحريم)^(٧١) والماهيل بها أو بأحد هما ، ثم استشكل ذلك وهو في محل الأشكال ؛ لأن رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام مصريحة بالعلم ، « قال سأله عن امرأة تزوجها رجل في عدتها فوجد لها زوجاً ؟ قال : عليه الجلد وعليها الرجم ؛ لأن تقدم بعلم وتقدمت هي بعلم ، وكفارته اذا لم يقدم الى الإمام خمسة أصوات دقيقاً »^(٧٢). فهذه الرواية مصريحة بعلمه ، وأيضاً وجوب الحد والكافرة يقتضي العلم ؛ لأنها عقوبة ، والماهيل لعقوبة عليه .

والمعتمد عدم وجوبها على الماهيل ، وقوله في الرواية (فكتارته اذا لم يقدم الى الإمام خمسة أصوات دقيقاً ، تدل على أنه إذا أقيمت عليه الحد لم تجب عليه الكفارة)^(٧٣) وإنما تجب مع عدم رفع أمره إلى المحاكم ، وإقامة الحد عليه .

الرابع : لافرق بين الحرة والأمة ، ولا بين الدخول وعدمه .

الخامس : لا تخزي الصدقة من غير الدقيق وإن كان أصلها ، كالمحنطة والشعر ، ومنع المقداد رحمة الله من إجزاء غير دقيق المحنطة والشعر ، وجزم العلامة في التحرير باضافة دقيق الذرة والدخن الى دقيق المحنطة والشعر ،

(٧٠) - الفقيه : كتاب النكاح ، باب ١٤٤ في النوادر ، حديث ٢٣ (١٤٤٠) . ولاحظ المصدر المتقدم أيضاً .

(٧١) - ما بين القوسين ليس في «م» .

(٧٢) - الوسائل ، كتاب المحدود ، باب ٢٧ من أبواب حد الزنا ، حديث ٥ .

(٧٣) - ما بين القوسين من النسخ وليس في الأصل .

(٧٤) - من «ن» وفي باقي النسخ والأصل : (وجزم به) .

واستقرب فيه إجزاء الخمسة الأصوات من الخبر.

الخامسة : من نام عن العشاء حتى جاوز نصف الليل أصبح صائمًا ، وهل الصوم وأجب أو ندب ؟ قال المرتضى وأبو الصلاح هو واجب ، لرواية عبد الله بن المغيرة ، عن حدثه ، عن الصادق عليه السلام ، « في رجل نام عن العتمة ولم يقم إلا بعد انتصاف الليل ؟ قال : يصلحها ويصبح صائمًا »^(٧٥) ، وهي مرسلة . وأطلق الشيخ وكثير من الأصحاب الصوم ، ولم يقيدوا بالوجوب ولا بالاستحباب .

ونص ابن ادريس على الاستحباب ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد ، لأصالة البراءة .

فروع :

الأول : يجب الصوم على غير النائم كالمامد والسكران والناسي ، ولا صوم على النائم عن غير العتمة ، اقتصاراً على مورد النص^(٧٦) .

الثاني : لو أفتر ذلك اليوم على القول بوجوبه ، احتمل وجوب الكفاراة لتعين صوم ذلك اليوم ، وكل من أفتر في صوم معين وجبت عليه الكفاراة ، ويعتمل العدم ؛ لأن صوم ذلك اليوم كفاراة ، ولا كفارة في إفطار صوم الكفاراة .

الثالث : لو أافق ذلك اليوم^(٧٧) في السفر أو في العيد ، فلا شيء عليه لعدم قبول الزمان للصوم .

الرابع : لو وافق ذلك^(٧٨) صوماً معيناً تداخلاً ، قاله الشهيد ، وعلى القول به لابد من نية السببين معاً .

(٧٥) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٢٩ من أبواب المواقف ، حديث ٨ .

(٧٦) - المصدر المتقدم .

(٧٧) - من « م » .

(٧٨) - هذه الكلمة ليس في النسخ .

السادسة: من نذر صوم يوم معين فعجز عنه ، قال المصنف : أطعم مسكتنا مدين ، فان عجز تصدق بما استطاع ، فان عجز استغفر الله تعالى .
وأقصى الشیخ في النهاية على إطعام المدين .

وقال المقید : إن أظطره لغير عذر كان عليه القضاء والکفارة ، وإن كان لعذر
كان عليه القضاء دون الکفارة ، واختاره العلامة في المختلف .

وقال ابن ادریس : إن كان عجز لمرض لا يرجى زواله عادة - كالعطاش
الذی لا يرجى برءه - كان قول الشیخ صحيحاً ، وإن كان لمرض يرجى زواله
كالحمى كان عليه القضاء خاصة ، وهو حسن .

قال رحمة الله : الأولى الإيمان وهو معتبر في کفارة القتل إجماعاً ، وفي غيرها
على التردد ، والأشبہ اشتراطه ، والمراد بالإيمان هنا الإسلام أو حكمه .

أقول : أجمع المسلمين على اعتبار الإيمان في کفارة القتل لنص القرآن^(٧٩) ،
واختلفوا في صحة عتق الكافر في غيره^(٨٠) ذلك من الكفارات ، فالمترتضى وأبو
الصلاح وابن ادریس وسلام منعوا من عتق الكافر ، وكذلك الشیخ في كتابي
الأخبار ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد .

وجزم في المسوط والخلاف بجواز عتق الكافر في جميع الكفارات عدا
القتل ، لأصلالة براءة الذمة من وجوب الرقبة المؤمنة ، ولأن الله لم يقيدها بالمؤمنة
في غير القتل ، فحمل غيرها عليها عتاج الى دليل .

أحتاج الأولى بحمل المطلق على المقید ، وبقوله تعالى : ﴿ ولا تيمموا
الخيث منه تتفقون ﴾^(٨١) ، ولاشك في خبث الكافر ، ولأن دليل الاحتياط

(٧٩) - النساء : ٩٢.

(٨٠) - هذه الكلمة من النسخ .

(٨١) - البقرة : ٢٦٧ .

يقتضيه لحصول يقين البراءة بعقد المؤمن وحصول الشك فيها عداته.

اذا عرفت هذا فأكثر مصنفات الأصحاب بأن^(٨٢) المراد بالإيمان هنا الإسلام ، فيدخل فيه كل مظهر للشهادتين عدا الناصب والغالي .

وقال العلامة في القواعد : وهل يشترط الإيمان ؟ الأقوى ذلك .

قال فخر الدين في شرحه : اختلف القائلون باشتراط الإسلام في اشتراط الإيمان ، قال المرتضى وابن ادريس : لا يجزى الا المؤمن ، وهو الأصح عندي وعند والدي ، لما تقدم من الاحتياط ، ولقوله تعالى : ﴿ ولا تيموا الخبيث منه تنفقون ﴾^(٨٣) ، والكافر خبيث إجماعاً .

وهذا الكلام فيه نظر من وجهين :

الأول: نسبة قول المرتضى وابن ادريس الى اشتراط الإيمان الحقيق الذي يعتقده الإمامية دون غيرهم من أهل الخلاف ، مع أن عبارة ابن ادريس لا تدل على ذلك ، وهذه عبارته : قال شيخنا أبو جعفر الطوسي لا يعتبر الإيمان في العتق في جميع أنواع الكفارات إلا في كفارة قتل الخطأ خاصة وجوباً ، وما عداه يجوز أن يعتق من ليس بهؤمن وإن كان المؤمن أفضل ، وقال المرتضى وبباقي أصحابنا باعتبار الإيمان في جميعها ، وهو الذي أعتمده وأافق به ، لقوله تعالى : ﴿ ولا تيموا الخبيث منه تنفقون ﴾ و الكافر خبيث بغير خلاف ، وأيضا دليل الاحتياط يقتضيه ، هذا آخر كلامه رحمة الله .

وهذا يدل على أن المراد بالإيمان هو الإسلام الذي هو ضد الكفر ، بدليل تقسيمه المسألة الى قولين ، قول الشيخ بعدم اشتراط الإيمان في غير كفارة القتل ، وقول المرتضى وبباقي الأصحاب باشتراطه في الجميع ، مع أن الفريقين إنما

(٨٢) - كذا

(٨٣) - البقرة : ٢٦٧

اختلفوا في جواز عتق الكافر وعدمه ، ولم يقع بينهم اختلاف في عتق المخالف ، ويدل عليه قوله : (والكافر خبيث بغير خلاف) ، فلو أراد المؤمن ضد المخالف من المسلمين لقال : والمخالف خبيث .

وأيضاً يلزم من قوله (اختلف القائلون باشتراط الإسلام في اشتراط الإيمان) ، خروج السيد وابن ادريس من هذا التقسيم ؛ لأنهما قائلان بعدم إسلام المخالفين ، والخلاف^(٨٤) الذي ذكره بين القائلين بسلامهم ، فلا يدخلان فيه ، فلا يصح الأستدلال بقولهما على مطلوبه .

واما يصح استدلاله بقول من يقول بسلام المخالف ، وهو يمنع من عتقه . الوجه الثاني : الذي فيه النظر ، قول فخر الدين : والكافر خبيث إجماعاً ، فهذا الأستدلال غير مطابق للقاعدة التي يبحث عنها ؛ لأن مجده في جواز عتق غير المؤمن من المسلمين ، بدليل قوله (اختلف القائلون باشتراط الإسلام في اشتراط الإيمان) ، فالكافر لا مدخل له في هذا البحث ، فكان ينبغي الاستدلال (بعنت المخالف ؛ لأن المبحوث عنه (عنده)^(٨٥) والكافر قد مضى البحث فيه في المسألة السابقة ، فالاستدلال^(٨٦) بعنت الكافر غير مطابق للبحث .

والتحقيق : أن المسلمين اختلفوا في هذه المسألة على قولين بعد اتفاقهم على اشتراط الإيمان في كفارة قتل الخطأ ، فالشيخ في المسوط والخلاف ، وابن الجنيد من الأمامية ، وعطا ، والنخعي ، والتوري ، وأبو حنيفة وأصحابه من العامة ، جوزوا عتق الكافر في جميع الكفارات عدا كفارة قتل الخطأ ، وبباقي الأمامية والشافعية ومالك والأوزاعي وأحمد وأسحاق من العامة منعوا ذلك ، والجميع

(٨٤) - في «م» : (فالخلاف) وفي «ن» : (في الخلاف) .

(٨٥) - من «ر» .

(٨٦) - ما بين القوسين من النسخ وليس في الأصل .

يجمعون أن المراد بالإيمان هنا الإسلام الذي هو ضد الكفر .

ويلزم من مذهب السيد وابن ادريس عدم جواز عتق غير الإمامي ، لقولهما بـكفر من عده ، ولا يلزم منه خروج المسألة عن القولين ؛ لأن الناس عندهما على قسمين ، مؤمن وكافر ، والسلام عندهما قسم واحد وهو الإيمان فقط ، والناس عند غيرهما من الأمامية على ثلاثة أقسام : مؤمن وكافر ومسلم ، فن قال بإسلام المخالف قال بجواز عتقه عدا العلامة في القواعد ، فإنه قال : وهل يعتبر الإيمان ؟ الأقوى ذلك . وهو يشعر بعدم جواز عتق المخالف ، وجزم في التحرير بـجواز عتقه ، وكذلك في الأرشاد ؛ لأنـه لم يشترط فيه غير الإسلام ، ولم أجـد قولـاً غير عبارة القواعد تدل على اشتراطـ غيرـ الإسلام ، وهذاـ أقتصرـ عمـيدـ الدينـ رـحـمـ اللهـ فيـ شـرـحـهـ عـلـىـ بـيـانـ وـجـهـ الـقـوـةـ ،ـ وـلـمـ يـذـكـرـ أـنـ مـذـهـبـ لأـحـدـ مـنـ الأـصـحـابـ .

وأنا طولنا البحث في هذه المسألة لاشتباهاها على كثير من الأصحاب بسبب تقرير فخر الدين ونسبته القول باشتراط الإيمان الى السيد وابن ادريس ، حتى قوله المقادد في ذلك ، وسطره في كتابه شرح المختصر ، وقد ظهر مما حققناه وحـكـيـناـهـ فـسـادـ ذـلـكـ ،ـ وـاـشـ المـوقـفـ لـلـصـوابـ (٦)ـ .

في خصال الكفارة

قال رحمه الله : والطفل في حكم المسلم ، ويعجزي ان كان أبواء مسلمين ، أو أحدهما ولو حين يولد ، وفي رواية : لا يعجزي في القتل خاصة ، الا البالغ الحنث . وهي حسنة .

أقول : الرواية إشارة الى ما رواه عمر بن يحيى في الحسن ، عن الصادق عليه السلام ، « قال : سأله عن الرجل يظاهر من امرأته يجوز عتق المولود ؟ فقال : كل العنق يعجز فيه عتق المولود الا في كفارة القتل ، فان الله تعالى يقول : ﴿فَتُحرِرُ رَقْبَةً مَؤْمَنَةً﴾^(٨٧) ، يعني بذلك مقررة قد بلغت الحنث »^(٨٨) ، ومنتها رواية الحسين بن سعيد^(٨٩) ، عن الصادق عليه السلام ، والمراد بالحنث الطاعة والمعصية ، أي يبلغ مبلغاً يناب على الطاعة ويعاقب على المعصية ، ويضمنون الرواية قال ابن الجنيد .

(٨٧) - النساء : ٩٢ .

(٨٨) - الوسائل ، كتاب الایلاء والکفارات ، باب ٧ من أبواب الكفارات ، حدیث ٦ .

(٨٩) - الوسائل ، كتاب الایلاء والکفارات ، باب ٧ من أبواب الكفارات ، حدیث ٦ .

وقال ابن البراج : يجزي المولود في الجميع ، وهو ظاهر المصنف والعلامة ، واختاره فخر الدين ، لقوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَاتَّبَعُوهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمَانِ الْحَقِّ إِنَّمَا ذُرِّيَّتُهُمْ﴾^(٩٠) ، واللهاق إنما هو في الإيمان ، وهذا يلحق به أحكام الأرتداد والإيمان بعد بلوغه وإن لم يسبق منه لفظ الشهادة ، وذلك للحكم بإيمانه ، فيكون بجزءاً في الجميع ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو أسلم المراهق لم يحكم باسلامه على تردد ، وهل يفرق بينه وبين أبيويه ؟ قيل : نعم ، صوناً له أن يستزله عن عزمه ، وإن كان يحكم الكافر .

أقول : منشأ التردد من وصفه برفع القلم عنه قبل البلوغ ، فلا يحكم باسلامه ولا يكتره إلا بالتبعية ، ومن ورود الأخبار^(٩١) بأمضاء أفعاله المشتملة على المعروف كالوصية والوقف والصدقة وغير ذلك فيصح إسلامه ، ولأن مباشرة الإسلام بعد التمييز أقوى من تبعيته للغير .

والمعتمد عدم الحكم باسلامه في اعتبار شيء من أحكام الإسلام ، وإنما يعتبر في التفرقة بينه وبين أهله لثلا يردوه عن الإسلام ، ولا فرق بين الآباء وغيرهما من أهله .

قال رحمه الله : ويجزي ولد الزنا ، ومنعه قوم استسلاماً لوصفه بالكفر ، أو لتصوره عن صفة الإيمان ، وهو ضعيف .

أقول : جواز عتق ولد الزنا في الكفار هو المشهور بين علمائنا ، وادعى الشيخ عليه الإجماع ، ولما رواه سعيد بن يسار ، عن الصادق عليه السلام ، «

(٩٠) - الطور : ٢١.

(٩١) - الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ٤٤ .

قال: لا يأس بان تعتق ولد الزنا^(٩٢) وهو عام في الكفارات^(٩٣) وغيرها .
ومن المترتضى وابن الجبند من عتقه في الكفارات^(٩٤) ، لقوله تعالى: ﴿ وَلَا
تَيْمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تَنْفَعُونَ ﴾^(٩٥) ، ولد الزنا خبيث ، لما ورد عن رسول الله صلى
الله عليه وآله قال: « لا خير في ولد الزنا ، لا في لحمه ، ولا في دمه ، ولا في جلده ،
ولا في عظمه ، ولا في شعره ، ولا في بشره ، ولا في شيء منه »^(٩٦) واجزاوه في
الكافرات^(٩٧) ، واستقطاب الحكم به عن الجاني ضرب من المثير ، وقد نفاه الرسول
صلى الله عليه وآله وسلم ، فدل على أنه لا يجوز .

والمعتمد المشهور وهو الأجزاء ، قال الشهيد : ويتحقق اسلام ولد الزنا
بالمباشرة بعد البلوغ ، وتبعية السافي ، وفي تتحققه بسبب الولادة من المسلم نظر ،
من انتفاء عنه شرعاً ، ومن تولده عنه حقيقة ، فلا يقصر عن السافي ، وهذا هو
المعتمد .

قال رحمة الله : فلا يجوز المدير ما لم ينتقض تدبيره ، وقال في الخلاف
والبساط : يجوز ، وهو أشبه ، ولا المكاتب المطلق اذا أدنى من مكاتبته شيئاً ،
ولو لم يؤد او كان مشروطاً ، قال في الخلاف : لا يجوز ، ولعله نظر الى نقصان الرق
لتحقيق الكتابة ، وظاهر كلامه في النهاية أنه يجوز ، ولعله أشبه من حيث تحقق
الرق .

(٩٢) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ١٦ ، حدث ١ .

(٩٣) - في النسخ : (الكفارة) .

(٩٤) - في النسخ : (الكفارة) .

(٩٥) - البقرة : ٢٦٧ .

(٩٦) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٤ من أبواب ما يحرم بالمساورة ، حدث ٧ باختلاف
بيان .

(٩٧) - في النسخ : (الكفارة) .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى: في جواز عتق المدبر في الكفارات^(٩٨) قبل نقض تدبيره ، قال الشيخ في النهاية : لا يصح الا بعد نقض تدبيره ، ورده الى محض الرق ، لما رواه عبد الرحمن في الموتى ، « قال : سأله عن رجل قال لعبدة : إن حدث بي حدث فهو حر ، وعلى الرجل تحرير رقبة في كفارة مبين أو ظهار ، أله أن يعتق عبدة الذي جعل له العتق إن حدث به حدث في كفارة ملك المين ؟ قال : لا يجوز (للذى جعل) له ذلك »^(٩٩) ، وقال ابن ادريس والمصنف والعلامة وابنه : يصح ، ويكون ذلك إبطالاً لتدبيره ، وهو مذهب الشیعہ في الخلاف والمبسوط وهو المعتمد ؛ لأن التدیر وصیة بجوز الرجوع فيها قولًا وفعلاً .

الثانية: في جواز عتق المكاتب المطلق الذي لم يؤد شيناً ، والمشروط الذي لم يوف جميع كتابته في الكفارة ، قال الشيخ : لا يصح ، واختاره (العلامة في المختلف)^(١٠٠) ؛ لأن الملك غير تمام ، وقال ابن ادريس : يجوز ؛ لأنه مملوک ، وكل مملوک يصح عتقه عن الكفارة ، واختاره المصنف والعلامة وابنه ، وهو المعتمد . قال رحمة الله : ولو أعتقد المرهون لم يصح مالم يحيى المرتهن ، وقال الشيخ : يصح مطلقاً إذا كان موسرأ ، ويكلف أداء المال ان كان حالاً ، أو رهناً بدلـه إن كان مؤجلاً ، وهو بعيد .

أقول : المعتمد عدم صحة عتق المرهون بدون إجازة المرتهن مطلقاً سواء كان الراهن معسراً أو موسرأ ، سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً ، سواء وضع رهناً غيره أو لا ؛ لأن الراهن من نوع جميع التصرفات المقتضية لنقض المال من

(٩٨) - في النسخ : الكفاراة .

(٩٩) - الوسائل ، كتاب التدیر والمکاتبة ، باب ١٢ من أبواب التدیر ، حديث ١ - وما بين القوسين ليس في « ر١ » .

(١٠٠) - في « ن » بدل ما بين القوسين : فخر الدين .

دون إذن المربّه ، وهو اختيار المصنف والعلامة وابنه .

قال رحمه الله : ولو قتل عمداً فاعتقه في الكفار ، فللشيخ قولان ، والأشبه المنع وإن قتل خطأ ، قال في المسوط : لم يجز عتقه ، لتعلق حق المجنى عليه برقبته ، وفي النهاية ، يصح ويضمن السيد دية المقتول ، وهو حسن .

أقول : أختلف الفقهاء في جواز عتق العبد المجاني ، قال الشيخ في المسوط : الذي يقتضيه مذهبنا أن الجنائية إن كانت عمداً نفذ العتق ؛ لأن حق المجنى عليه من القود لا يبطل بصيرورته حرّاً ، وإن كانت الجنائية خطأ لم ينفذ ؛ لأنها تعلقت برقبته ، والعتق يمنع من الأسترقاق ، وقال في النهاية : بجواز عتقه إذا كانت خطأ ، ويلزم المعتق الديمة ؛ لأنه عاقلة العبد ، وابن ادريس قوله مذهب المسوط .

وقال العلامة في المختلف : المعتمد أن تقول : إن كانت عمداً لم يصح عتقه ، إلا أن يعيزوا أولياء المقتول ، وإن كانت خطأ وكان موسراً جازو إلا فلا ، وفي القواعد أجاز العتق إن كانت خطأ بشرطين : إما دفع الديمة قبل العتق أو يضمنها (ويرضى الولي)^(١٠١) بالضمان لابد منها ، وهو يدل على عدم جواز عتقه في العدم (والخطأ معاً) ؛ لأن مع حصول أحد الشرطين لا كلام في صحة العتق ، لزوال تعلق الجنائية برقبة العبد^(١٠٢) ، أما مع أداء المال ظاهر ، وأما مع الضمان فلان الضمان مع رضي الولي ناقل للارش من رقبة العبد إلى ذمة المولى ، ولا كلام في جواز العتق بعد أحد هذين الشرطين ، وهذا هو المعتمد ، أما عدم جوازه في العدم ، فلأنه يؤدي إلى إسقاط حق المجنى عليه ؛ لأنه خير بين قتله وبيعه واسترقاقه ، والعتق يمنع من البيع والاسترقاق^(١٠٣) وكل تصرف يمنع حق الغير فهو باطل ، وأما عدم

(١٠١) - في الأصل يدل ما بين القوسين : المولى .

(١٠٢) - ما بين القوسين ليس في «م» .

(١٠٣) - في «ر» : والاشترط .

جوازه في الخطأ، فلان الجنائية متصلة برقبته، وعم عدم افتراك^(١٠٤) المولى^(١٠٥) فهو خير بين البيع والسترقة ، والعتق عن من ذلك ، فيكون باطلًا ، وهو مذهب الدروس ؛ لأنَّه قال : في الجنائي عمداً أو خطأً قولان أقربهما المراعاة بالخروج من عهدة الجنائية ، ولا يخرج من عهدة الجنائية إلا^(١٠٦) بأحد الشرطين المذكورين .

قال رحمه الله : ولو تبرع بالعتق عنه ، قال الشيخ : نفذ العتق عن المعتق دون من أعتق عنه ، سواء كان المعتق عنه حيَا أو ميتاً ، ولو أعتق الوارث عن الميت من ماله لا من مال الميت ، قال الشيخ : يصح والوجه التسوية بين الأجنبي والوارث في المنع أو الجواز .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : إذا تبرع أجنبي بالعتق عنه من غير مسألة ، قال الشيخ في المبسوط : يقع عن المالك المعتق لا عن المعتق عنه ؛ لأنَّ العتق مبني على التغليس ، وهو لم يقع عن المعيق عنه فيقع عن المالك ، قال فخر الدين : والأصح انه لا يصح ؛ لأنَّه نوى العتق عن الغير بغير إذنه ، (وهو لا ولایة)^(١٠٧) له ، فلا يصح عن الغير ولا عنه ؛ لأنَّه لم يقصده . واللفظ إنما هو تابع للإرادة ، وهو لم يقصد إزاله الرق^(١٠٨) عن نفسه .

الثانية : إذا أعتق الوارث عن الميت من ماله لا من مال الميت ، قال الشيخ : يصح وفرق بين الوارث والاجنبي ، لأنَّ الوارث قائم مقام الموروث في كثير من الأحكام ؛ لأنَّ الوارث يملك ما كان يملكه الموروث ، ويقبل قوله فيها كان يقبل

(١٠٤) - في النسخ : انفكاك .

(١٠٥) - في «ان» : المنع .

(١٠٦) - من النسخ ، وفي الأصل غير مقوء .

(١٠٧) - في «م» : ولا ولاته .

(١٠٨) - ليست في «م» .

قوله فيه كالآثار (بالجهول)^(١٠٩) ، وتعيين المطلقة ، والمعتق وقضاء ما كان عليه من صيام أو صلاة ، وليس كذلك الأجنبي ، فحصل الفرق بينها ، وهو ظاهر فخر الدين ؛ لأنه قال : وقال شيخنا ابن سعيد في شرائعه : والوجه التسوية بين الأجنبي والوارث في المنع والجواز ، وضيقه ظاهر . حكم بضعف قول ابن سعيد في شرائعه ، وجزم في الدورس باجزاء نية المتبرع إن كان وارثاً ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : وإذا قال أعتق عبدك عني فقال : اعتقت عنك ، فقد وقع الاتفاق على الأجزاء ، ولكن متي ينتقل إلى الأمر ، قال الشيخ رحمه الله : ينتقل بعد قول المعتق اعتقت عنك ثم ينعقد بعده وهو تحكم ، والوجه الاقتصار على الثرة ، وهو صحة العتق وبراءة ذمة الأمر ، وما عداه تخمين ، ومثله إذا قال له : كل هذا الطعام فقد أختلف أيضاً في الوقت الذي يملكه الأكل ، والوجه عندي أنه يكون إباحة للتناول ، ولا ينتقل إلى ملك الأكل .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : إذا قال أعتق عبدك عني ففعل صح العتق ووقع عن الأمر إجماعاً ، والنية هنا من الوكيل وهو المأمور بالعتق ، ولا بد من دخوله في ملك الأمر ضمناً ، لقوله صلى الله عليه وآله : « لاعتق إلا في ملك »^(١١٠) ، وفي وقت انتقاله إلى ملكه إشكال ، نقل المصنف عن الشيخ انتقاله بعد قول المعتق (اعتقت عنك) ثم ينعقد بعده^(١١١) ، قال : وهو تحكم ، أي قول بغير دليل ، ووجه قول الشيخ : أن العلة في ملكه والعتق قوله أعتقت عنك ، فهو علة في أمرين : أحدهما سابق على الآخر ،

(١٠٩) - في «ن» و«ر» : المجهول .

(١١٠) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٥ والعوالى .

(١١١) - في النسخ : (عنه) .

وهو انتقال الملك اليه ثم المعتق واقتضاء^(١١٢) العلة الواحدة بسبعين بالترتيب^(١١٣) بينها ممكناً .

ونقل فخر الدين قوله لا بانتقاله بالأمر ، ويكون قوله (أعْتَقْتُ عَنْكَ) كاشفاً عن سبق الملك بالأمر ؛ لأن ملك المعتق شرط في صحة المعتق ، ومقدم عليه بالزمان ، ولا واسطة بين قوله (أعْتَقْتُ عَبْدَكَ عَنِّي) وبين قوله (أعْتَقْتُ)^(١١٤) ؛ لأنَّه لو تخلل زمان لم يصح المعتق ؛ لأنَّه بعزلة إيجاب وقبول .

قال فخر الدين والأصح أن قوله (أعْتَقْتُ) عقيب قوله (أعْتَقْتُ عَنِّي) مركب بأول جزء يحصل الملك للأمر ، والمجموع علة في اعتقاده عنه ، وهو اختيار المقيد .

(قلت : وهذا^(١١٥) معنى قول الشيخ : وإن اختلاف بعض اللغوظ .

الثانية : إذا قال : كل هذا الطعام ، قيل : (يأكله مملوكاً له)^(١١٦) ، واختلف في وقت ملكه ، قيل : يملكه بأخذته بيده ، وقيل : بوضعه^(١١٧) فيه ، وقيل : بابتلاعه ، والأقوال الثلاثة حكاها الشيخ في المبسوط .

واختار المصطف كون ذلك لياحة للتناول ولا يدخل في ملك الأكل ؛ لأنَّه لاضرورة هنا إلى دخوله في ملكه بخلاف المعتق ، واختاره العلامة في المختلف ، وابنه في الإيضاح وهو المعتمد .

وعلى القول بالملك بالأخذ يجوز إعطاؤه لغيره ، ولو نبت من غايته شجرة

(١١٢) - من النسخ وفي الأصل : (فإنها) .

(١١٣) - في نسخة من الأصل : (والترتيب) .

(١١٤) - في «ن» : (أعْتَقْتُ عَنْكَ) .

(١١٥) - في «م» : (وهذا هو) .

(١١٦) - في الأصل بدل ما بين القوسين : (يأكله يكون مملوكاً) .

(١١٧) - في «ن» : (بمضنه) .

كالبطيخ وغيره يكون للأكل على القول بالملك بأحد الأقوال الثلاثة، وعلى القول بعدم الملك يكون لصاحب الطعام، وهو المعتمد.

قال رحمه الله : ويعتبر نية التعيين إن اجتمعت أجناس مختلفة على الأشيه، ولو كانت الكفارات من جنس واحد ، قال الشيخ : يجوز نية التكفير مع القربة، ولا يفتقر إلى التعيين ، وفيه إشكال ، أما الصوم فالأشبه بالذهب أنه لا بد فيه من نية التعيين ، ويجوز تجديدها إلى الزوال .

أقول : يشترط في التكفير النية المشتملة على الوجه والقربة والتكفير ، فلو نوع الوجه والقربة ولم يتو عن الكفاره لم يجز ، وهذه الشروط جميع عليها .
وهل يشترط التعيين ؟ أختلف الأصحاب في ذلك ، فالشيخ في المسوط لم يشترط التعيين مطلقاً سواء أعدد الجنس كما لو كان الجميع للظهور أو القتل أو النذر ، أو تعدد الجنس كما لو كان للظهور والقتل والنذر وغير ذلك ، ويكتفي قوله : أنت حر ، عن الكفاره وإن لم يعين سبباً .

وقال في الحلال^(١١٨) : وإن أحد الجنس كفى نية التكفير من غير افتقار إلى نية التعيين ، وإن تعدد الجنس أفتقر إلى نية التعيين ، واختاره ابن ادريس والعلامة في القواعد والتحرير .

وفصل في المختلف ، فقال : إن كانت الكفارة من جنس واحد كالحنث إذا تكرر منه فلا يفتقر إلى التعيين^(١١٩) فيها ، وإن كانت من أجناس مختلفة ، فإن اتفقت في الحكم كقتل الخطأ والظهور أجزأ الأطلاق أيضاً ، لأن حكمها واحد ، وهو العتق عيناً ، فان عجز فالصوم ، وإن أختلف الحكم كالظهور والأفطار ، فلا بد من تعين السبب ؛ لأنه إذا أعتقد نوع مطلق التكفير لم يكن صرفة إلى أحد هما

(١١٨) - «م» : المختلف .

(١١٩) - ما بين القوسين ليس في «ن» .

أولى من الآخر ، فان صرفه الى الظهور يبقى التخيير بين العتق والصيام والأطعما ، وإن صرفه الى الأفطار تعين عليه المتق في الأخرى ، وليس إحداها أولى من الأخرى ، فلا بد من التعين .

والمصنف اختار هنا وجوب التعين مع الاختلاف ، واستشكل وجوبه مع الأتفاق ، من أن التكفير جنس شامل يدخل فيه جميع جزئياته ، ومن أن كل واحد من الكفارات عمل ، وكل عمل يفتقر الى نية ، فيشترط التعين ليحصل التمييز .

والشيخ أدعى الأجماع على عدم وجوب نية التعين مع أحتماد السبب ، ومذهب العلامة في الأرشاد وجوب التعين وإن أتهد السبب .

قال الشهيد في شرح الأرشاد : لم أعرف هذا القول لأحد من العلماء .
ومذهبة في الدروس وجوب التعين اتحدت الكفارات^(١٢٠) أو تعددت ، اختلف الجنس أو اتهد ، وهو ظاهر المصنف في المختصر ؛ لأنه أطلق وجوب التعين وهو المعتمد ، لحصول تعين البراءة به ، ولأنه أحوط ، والمراد بالتعين تعين السبب لتعيين شخص الكفارة ، فلا يجُب أن يقول قتل زيد أو عمرو ، ولا النذر الفلاني .

وإذا كان الأتبه عند المصنف وجوب التعين في الصوم ، لاطلاق الأصحاب وجوب التعين في صوم غير رمضان والنذر المعين ، وليس الكفارة منها ، فيجب في صومها التعين قطعاً ، ويحتمل مساواة الصوم للعتق ، لاتحاد الملة فيتحدد الحكم .

قال رحمه الله : ولو قال له قائل إعتق مملوكك عن كفارتك ولك على كذا ، فأعتقه لم يجز عن الكفارة [لأنه قصد العوض] ، وفي وقوع العتق تردد ، ولو قيل

بوقوعه، هل يلزم العوض؟ قال الشيخ: نعم، وهو حسن.

أقول: هنا مسألتان:

الأولى: في وقوع العتق عن^(١٢١) غير الكفار، وبالوقوع قال الشيخ في المبسوط: لأنّه أوقعه عن أمرين: الكفارة والعوض، وإذا لم يقع عن أحدهما وقع عن الآخر؛ لأن العتق مبني على التغليب.

وتردد المصنف مما قال الشيخ، ومن أن المعتق لم ينـو^(١٢٢) بالعـتق غير^(١٢٣) الكفارـةـ، وهو لم يـقعـ عـنـ هـاـ؛ لأنـهـ (لو وـقـعـ عـنـ غـيرـ هـاـ)^(١٢٤) لـزـمـ وـقـعـهـ بـغـيرـ نـيـةـ وـهـوـ باـطـلـ.

واستشكل العـلامـةـ فـيـ القـوـاعـدـ وـالـتـحـرـيرـ وـالـأـرـشـادـ منـ غـيرـ تـرـجـيـعـ، وـكـذـلـكـ فـخـرـ الدـيـنـ لـمـ يـرـجـعـ شـيـئـاـ، وـاستـقـرـبـ الشـهـيدـ فـيـ درـوـسـهـ عـدـمـ الـوـقـوعـ، وـذـهـبـ فـيـ شـرـحـ الـأـرـشـادـ إـلـىـ الـوـقـوعـ.

الثانية: على القول بوقوع العتق لا عن الكفارـةـ، هل يلزم البـاذـلـ العـوضـ؟ قال الشيخ: نـعـمـ، واستحسـنـهـ المـصـنـفـ، وـبـهـ قـالـ العـلامـةـ وـالـشـهـيدـ تـفـرـيـعاـ عـلـىـ الـوـقـوعـ؛ لأنـ المـعـتـقـ لـمـ يـتـبـرـعـ بـالـعـتـقـ، بلـ جـعـلـهـ مـقـابـلـهـ^(١٢٥) عـوـضـ بـذـلـهـ الغـيرـ^(١٢٦) فـيـكـونـ لـازـمـاـ لـلـبـاذـلـ، وـيـحـتـمـلـ الـدـعـمـ؛ لأنـ الجـعـلـ مـقـابـلـ المـعـتـقـ المـجـزـيـ عـنـ الكـفـارـةـ، وـهـوـ لـمـ يـحـصـلـ، وـلـاـ يـلـزـمـ^(١٢٧) البـاذـلـ كـمـ لـمـ يـعـتـقـ، إـذـ لـافـرـقـ بـيـنـ عـدـمـ

(١٢١) - «ر١»: من.

(١٢٢) - في «ن»: (ينف).

(١٢٣) - في النسخ: (بالعـتقـ عـنـ غـيرـ).

(١٢٤) - في «م»: بـدـلـ ماـ بـيـنـ الـقـوـسـينـ: (أـوـقـعـ عـنـ غـيرـ هـاـ).

(١٢٥) - في «ر١»: (معاملة).

(١٢٦) - في «م»: (للغير).

(١٢٧) - في النسخ: (فـلاـ يـلـزـمـ).

العتق، وعتق لا يجزي عن الكفار، وهو اختيار العلامة في المختلف.

قال رحمه الله : وان صام من الثاني ولو يوماً أثمن، وهل يأثم مع الأفطار؟

فيه تردد، اشبهه عدم الأثم .

أقول : منشئه من أن التتابع في الشهرين إنما يحصل بكمالها ، فإذا لم يحصل تحقق الأثمن ، ومن أصللة براءة الذمة وهو مذهب ابن الجنيد ، واختاره المصنف والعلامة في المختلف ، وفخر الدين في شرح القواعد ، وقال أبو الصلاح وابن ادريس : يأثم ، والأول هو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو انظرت الحامل أو المرضع خوفاً على أنفسهما لم ينقطع التتابع ، ولو انظرتا خوفاً على الولد ، قال في المبسوط : ينقطع ، وفي الخلاف لا ينقطع ، وهو أشبه .

أقول : لاختلاف في جواز الأفطار مع الخوف على الولد ، وإنما الخلاف في انقطاع^(١٢٨) التتابع وعدمه ، بالانقطاع قال في المبسوط ، وهو ظاهر ابن ادريس ؛ لأنَّه حصر الذي يقطع التتابع بالمرض والحيض لا غير .

والمشهور مذهب الخلاف ؛ لأنَّ فيه حفظ نفس الغير وهو واجب فلا يوجب عقوبة وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو أكلَه على الأفطار لم ينقطع التتابع سواء كان اجباراً كمن وجر في حلقة ، أو لم يكن كمن ضرب حق أكل ، وهو اختيار الشيخ في الخلاف ، وفي المبسوط قال بالفرق .

أقول : الاكراه على قسمين ، أحدهما : أن^(١٢٩) يبلغ حد الاجراء ، وهو الذي

(١٢٨) - هذه الكلمة ليست في «ن».

(١٢٩) - من النسخ ، وفي الأصل : (أنه).

لا يقع للمكره^(١٣٠) معه قصد النية^(١٣١)، ولا يمكنه الامتناع منه ، والآخر : لا يدفع القصد بالكلية ، ويعkin معه الترك وذلك مثل من يضرب حتى يأكل ، فهذا كان يمكّنه ترك الأكل ، فقد حصل الفرق بينها في فرقان في الحكم أيضاً .

والشهور عدم الفرق وهو المعتمد ؛ لأن دفع الضرر عن النفس واجب ،
وهو لا يتم الا بالافطار فيكون واجباً ، وفاعل الواجب لعقوبة عليه ،
والاستئناف عقوبة فيكون منفياً .

قال رحمة الله : ويجب إطعام العدد [المعتبر] لكل واحد مد ، وقيل : مدان ،
ومع العجز مد ، والأول أشبه .

أقول: المكرف غير بين إطعام المساكين، وبين التسليم اليهم، والبحث في

موضعیں:

الأول : التسليم اليهم ، وهل يجزي المد الواحد اختياراً ؟ قال ابنا بابويه :
نعم ، وبه قال المفید وسلام ، واختاره المصنف والعلامة وابنه الشهید وأبو
العباس وهو المعتمد ، لما رواه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام ، الى أن
قال : «فإن لم يستطع أطعم ستين مسكيناً مأدماً» (١٣٢)، ولأن الواجب في الآية (١٣٣)
الاطعام من غير تقييد ، والأصل براءة الذمة بما زاد عن المد .

(١٢٠) - «م» و «ر»، وفي الباقي غير مقرفة.

(١٣١) - «م»: البنة، وهو محتمل في الأصل أيضاً.

^١ (١٣٢) - الوسائل ، كتاب الإبلاء والكفارات ، باب ١٠ من أبواب الكفارات ، حديث ١.

٨٩ - المائدة : (١٢٣)

ونية الدفع إلى ولد الصغير : أخرج هذا القدر من الكفارة إلى فلان ليقبضه عن فلان ، لوجوبه قربة إلى الله ، وكذلك في الزكاة والخمس ، ولو لم يجد غير واحد دفع إليه يوماً ففيوماً إلى تمام ستين يوماً ، ولا يجوز الدفع دفعة لجواز التكهن من العدد .

الثاني : الأطعمة ، والواجب شبعه مرة واحدة على المشهور بين الأصحاب ، وقال المفيد وسلام وأبو الصلاح وأبن البراج بوجوب شبعه في يومه ، وأوجب ابن الجنيد العشاء والغداء ، والأول هو المعتمد .
ولا يقدر الشبع بقدر ، سواء زاد شبعه عن المد أو نقص .
ولا يشترط إذن الولي في إطعام الطفل .

وعل النية عند الشروع في الأكل ، فيقول : أطعم هؤلاء المساكين أو هذا المسكين عن كفارة كذا لوجوبه قربة إلى الله ، وجوز الشيخ في النهاية دفعها إلى المستضعف من المخالفين مع تعذر المؤمنين وأطفالهم وهو ظاهر المصنف ؛ لأنه لم يستثن غير الكافر والناتح ، واختاره العلامة ^(١٣٤) في مختلف ، ومنع ابن البراج وأبن ادريس من إعطاء غير المؤمنين وأطفالهم ، ومع التعذر يتوقع وجودهم ، واختاره العلامة في القواعد والتحرير ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : كفارة العين مخيرة بين العتق والأطعمة والكسوة فإذا كان الفقير وجب أن يعطيه ثوابين مع القدرة ، ومع العجز ثوباً واحداً ، وقيل : يجزي الثوب الواحد مع الأخيار ، وهو أشبه .

أقول : وجوب التوبيخ مع القدرة مذهب الشيخ (في النهاية) ، وتبعه ابن البراج . وقال محمد بن بابويه : لكل رجل ثوابان ، وروي ثوب ، والاقتصار على

الثوب الواحد مطلقاً مذهب الشیعه^(١٢٥) في المبسوط ، واختاره المصنف وهو المعتمد .

والمشهور عدم الفرق بين الرجل والمرأة ، وفرق بينهما ابن الجنيد وأوجب للمرأة ما يصح فيه صلاتها ، وهو درع وخمار ، والمعتمد عدم الفرق ودليل الجميع الروايات^(١٢٦) ، والمعجزي قيس أو سراويل أو متزر ، وكذلك للمرأة مقنعته أو إزار أو قيس أو سراويل أو متزر ، ولا يشترط الجديد بل يكفي الفسيل ما لم يتخرق ، فلا يجوز حيتنذ وان رقع ، ويكتفى ما يواري الطفل وإن كان رضيعاً إذا قبل^(١٢٧) الولي عنه .

قال رحمه الله : من وجب عليه شهران [متتابعان] فان صام هلالين فقد أجزأه ولو كانوا ناقصين ، وإن صام بعض الشهر وأكمل الثاني اجتزأ به وإن كانوا ناقصاً ، وأكمل الاول ثلاثة ، وقيل : يتم ما فات من الاول ، والأول أشبه .
أقول : مضى البحث في هذه في باب العدة وباب السلف^(١٢٨) ، فليطلب من هناك .

قال رحمه الله : اذا كان له مال يصل إليه بعد مدة غالباً لم ينتقل فرضه ، بل يجب الصبر ولو كان مما يتضمن المشقة بالتأخير كالظهور ، وفي الظهور تردد .
أقول : ما قاله المصنف من أول المسألة الى قوله (الظهور) حكاية قول الشیعه في المبسوط ، ثم تردد المصنف في الظهور ، ومنشوه من أن الصبر حتى يصل المال يتضمن ضرراً وحرجاً على المظاهر لحرم الوطی عليه قبل التکفیر ،

(١٢٥) - ما بين القوسين ليس في «ر١» .

(١٢٦) - الوسائل ، كتاب الآيات والکفارات ، باب ١٤ - ١٥ - ١٧ - ١٨ .

(١٢٧) - في النسخ : (قبض) .

(١٢٨) - ص ٢٤٠ وج ٢ ، من ١١٨ (باب السلف) .

والضرر والمرجع منفيان بالآية^(١٣٩) والرواية^(١٤٠)، فينتقل فرضه إلى الصيام، ولا يجب عليه الصبر لما يتضمن من الضرر، ومن عموم عدم جواز الانتقال في المرتبة من الحصلة العليا إلى ما دونها إلا مع تحقق العجز عن العليا، وهو غير عاجز في ثانية الحال، فيجب عليه الصبر إلى حين القدرة؛ لأنَّه حق^(١٤١) لا يفوت بالتأخير، وكما يجب عليه الصبر في غير كفارة الظهار، فكذلك فيها للمشاركة في العملة وهي الترتيب، والمعتمد: الانتقال إن حصل في الصبر مشقة، كما لو كان ذا شهوة ولا زوجة له غير المظاهر منها، ومع عدم الانتقال ووجوب الصبر مع عدم المشقة^(١٤٢). قال رحمه الله: لو ظاهر ولم ينبو العود فاعتق عن الظهار، قال الشيخ: لا يجزيه؛ لأنَّه كفر قبل الوجوب، وهو حسن.

أقول: هذا هو المشهور بين الأصحاب؛ لأن الكفارة إنما تجب بنينة العود وقبلها لا يجب، فإذا كفر قبل النية لم يأت بالواجب عليه، فلا يخرج من العهدة. وإنما لم يجزم المصنف به^(١٤٣) لاحتلال الأجزاء؛ لأن الكفارة هنا سبب في اباحة الوطى وشرط في تسويقه، فالمعتبر تقديم الشرط على مشرطه، ولا يعتبر تقديم غير الشرط عليه، ولأن السبب الموجب للتکفير هو الظهار الموجب للتعريم بدون التکفير؛ لأن إرادة الوطى من دون الظهار لا توجب التکفير وكان^(١٤٤) الظهار هو السبب أو جزء السبب الموجب للتکفير، فيصدق عليه أنه كفر بعد الوجوب فيكون مجزياً، والأول هو المعتمد.

(١٣٩) - المائدة: ٦.

(١٤٠) - الوسائل، كتاب أحياء الموات باب ٧، حديث ٢ وكتاب المواريث، باب ١ من أبواب موانع الأرث، حديث ١.

(١٤١) - من «م» و«ن».

(١٤٢) - كذا

(١٤٣) - من النسخ.

(١٤٤) - في «رأ»: (فكان). (X)

كتاب الأدب

في الصيغة

قال رحمه الله : أما لو قال : لا أجمع رأسي ورأسك في بيت أو مخدة ، أو لاساقفتك ، قال الشيخ في الخلاف : لا يقع به إيلاء ، وقال في المسوط : يقع مع القصد ، وهو حسن .

أقول : معنى قوله (لاساقفتك) : أي لا اجتمعت أنا وأنت تحت سقف ، وبالوقوع قال الشيخ في المسوط ، واستحسن المصنف ، واستقر به العلامة في التحرير^(١) ، واختاره في المختلف ؛ لأنَّه (لفظ يستعمل)^(٢) عرفاً في مانواه وقصده ، فيحمل على مانواه كغيره من الألفاظ ، وللأخبار^(٣) الدالة عليه ، وقال الشيخ في الخلاف : لا يقع وإن قصد ، واختاره ابن ادريس ، والعلامة في الأرشاد ، وفخر الدين في شرح القواعد ، لأصالته بقاء الحال ما لم يتحقق السبب المحرم ، وهو غير متحقق مع احتفال الألفاظ ، فلا يتحقق إلا باللفظ الصريح .

(١) - في «إن» : (النهاية) .

(٢) - في «ر» بدلاً ما بين التقوسين : (مستعمل) .

(٣) - الوسائل ، كتاب الإيلاء والكافرات ، باب ٨ و ١٠ .

قال رحمه الله : وهل يشترط تجريد الإيلاء عن الشرط ؟ للشيخ [فيه]
قولان ، أظهرها اشتراطه .

أقول : مذهب الشيخ في الخلاف اشتراط تجريده عن الشرط ، واستدل
باجماع الفرقة وأخبارهم ^(٤) ، وبأصالة الأباحة ، وتابعه ابن حزوة وابن زهرة
وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة في الأرشاد وفخر الدين ، وقال في
الميسوط : يقع معلقاً على الشرط والصفة ، واختاره العلامة في المختلف ، لعموم
القرآن ^(٥) ، والأول هو المعتمد .

(٤) - الوسائل ، كتاب الإيلاء والكافارات ، باب ٨ ، حديث ١ - ٩ ، وباب ٩ . لاحظ الجواهر

ج ٢٢ ص ٢٠١ .

(٥) - البقرة : ٢٢٧ .

في المؤلي

قال رحمة الله : وفي صحته من المجبوب تردد ، أشبهه الجواز و تكون فسحة كفته العاجز .

أقول : منشأه من عموم الآية^(٦) فيصع من المجبوب وغيره من الأزواج ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره المصنف ، والعلامة في القواعد والتحرير ، ومن أنه حلف على فعل ممتنع فلا يقع ، كما لو حلف ليصعدن إلى السماء ، وأيضاً الآلاء لا يقع إلا في إضرار ، وهو لا يتصور^(٧) من المجبوب لمدّ قدرته على الوطى ، وهو اختيار العلامة في المختلف ، وبه قال فخر الدين . ولو بقي للمجبوب ما يكتنه معه الوطى صح أيلاؤه اجماعاً .

(٦) - البقرة : ٢٢٦ .

(٧) - في «ن» و «ر» : (لا يقع) .

في المؤلّف منها

قال رحمة الله : وفي وقوعه بالمستمع بها تردد ، أظهره المنع .

أقول : منشأه من قوله تعالى : ﴿فَإِنْ عَزَمُوا الطَّلاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَيِّعُ عِلْمَه﴾^(٨) ، والتفقيب بالطلاق يمنع دخول المستمع بها ، لعدم وقوع الطلاق عليها ، وهذا هو المشهور بين الأصحاب وهو المعتمد ، ومن أنها من النساء فيدخل في عموم قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يُؤْلِنُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾^(٩) .

(٨) - البقرة : ٢٢٧ .

(٩) - البقرة : ٢٢٧ .

في أحكامه

قال رحمه الله : فان طلق فقد خرج من حقها وتقع الطلاقة رجعية على الأشهر .

أقول : هذا هو المشهور بين الأصحاب ، لأصلالة عدم البيبوتة ما لم يثبت ، وقيل : يقع الطلاق بانياً ، لعدم الفائدة مع ثبوت الرجعة ، والأول هو المعتمد ، فان راجع ضربت له^(١٠) مدة أخرى ووقف بعد انقضائها ، فان طلق (وراجع ضربت له مدة أخرى ووقف بعد انقضائها ، فان طلقت)^(١١) بانت قاله في التحرير ، وربما قيل : لا يفتقر الى مدة أخرى بعد الرجعة .

قال رحمه الله : لو انقضت مدة التبعض وهناك ما يمنع من الوطى كالحيض والمرض . لم يكن لها المطالبة ، لظهور عذرها في التخلف ، ولو قيل : لها بالمطالبة بفترة العاجز عن الوطى ، كان حسناً .

أقول : الأول مذهب الشيخ في النهاية ؛ لأن الإمتاناع من جهتها ، ووجه

(١٠) - في «ن» : (لها) .

(١١) - ما بين القوسين ساقط في «ن» .

اختيار المصنف عدم سقوط الميسور بالمعسor فيطالبه (بنفيه) ^(١٢) العاجز ، وهو إظهار العزم على الوطى وهو اختيار فخر الدين .

قال رحمه الله : ولو تجددت أذارها في أثناء المدة قال في المبسوط : تقطع الاستدامة عدا الحيض ، وفيه تردد .

أقول : معنى انقطاع الاستدامة : عدم احتساب أيام العذر غير الحيض من المدة ، فإذا زال العذر بنت على ما مضى من المدة قبل العذر ، والفرق بين الحيض وغيره من الأذار كالمجنون والإغماء والمرض : أن الحيض يتكرر في كل شهر مرة أو مرتين غالباً ، فلو قطع الاستدامة لامرت مدة التربص في أربعة أشهر غالباً ، بخلاف باقي الأذار فإنها نادرة ، فلهذا حكم الشيخ بالفرق بينها .

وتردد المصنف بما قاله الشيخ ، ومن احتمال عدم الفرق بين الحيض وغيره في عدم قطع الاستدامة ، وقواه فخر الدين ونقله عن كثير من الأصحاب ، لقيام (العاجز فيه) ^(١٣) مقام الوطى من القادر ، وعدم قبول المحل كعدم القدرة من الفاعل ^(١٤) ، فكما يلزم بنفيه ^(١٥) العاجز عند عجزه عن الوطى ، كذلك يلزم عند عجزها عن الوطى أيضاً ، فلا فرق حينئذ بين الحيض وغيره من الأذار ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : إذا وطأ في مدة التربص لزمه الكفاره إجماعاً ولو وطأ بعد المدة ، قال في المبسوط : لا كفاره ، وفي الخلاف : تلزمها وهو الأشبه .

أقول : مذهب الخلاف هو المشهور بين الأصحاب ، لعموم قوله تعالى :

(١٢) - كذا في جميع النسخ .

(١٣) - في النسخ : (فيه العاجز) .

(١٤) - في «م» : (القاعد) .

(١٥) - كذا في الأصل وجميع النسخ .

﴿ذلك كفارة أيمانكم اذا حلفتم﴾^(١٦) ، ولرواية منصور بن حازم^(١٧) عن الصادق عليه السلام ، ووجه اختيار المبسوط أصالة البراءة والأول هو المعتمد . قال رحمه الله : قال في المبسوط : المدة المضروبة بعد الترافع لا من حين الالقاء ، وفيه تردد .

أقول : منشأ التردد من قوله تعالى : ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾^(١٨) ، جعل المدة أربعة أشهر من حين الالقاء ، ولرواية بزيد^(١٩) بن معاوية^(٢٠) في الحسن عن الصادق عليه السلام ، الدالة على ابتداء المدة من حين الالقاء ، ومن أن ضرب المدة حكم شرعى فيقف على إذن الشارع ، وهو موقف على الترافع .

والأول مذهب ابن الجنيد ، وابن أبي عقيل ، واختاره العلامة في المختلف ، وابنه في الإيضاح ، والثاني مذهب الشيخين وأبي الصلاح وابن حمزه وابن البراج وابن ادريس ، واختاره العلامة في الأرشاد ، والشهيد في شرح الأرشاد ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : لو قال : والله لا وطنتك خمسة أشهر فاذا انقضت ، فوالله لا وطنتك سنة ، فيها ايلاءان ، وها المرافعة لضرب مدة التربص عقيب اليدين ، ولو وافقته فماطل حق انقضت خمسة الاشهر ، فقد انحلت اليدين ، قال الشيخ : ويدخل وقت الالقاء الثاني ، وفيه وجه وبطلان الثاني ، لتعلقه على الصفة على ما قرره الشيخ .

(١٦) - المائدة : ٨٩

(١٧) - الوسائل ، كتاب الالقاء والكافارات ، باب ١٢ من أبواب الكفارات ، حدیث ٣ .

(١٨) - البقرة ، ٢٢٦ .

(١٩) - في النسخ : بيزيد .

(٢٠) - الوسائل ، كتاب الالقاء والكافارات ، باب ١٠ من أبواب الكفارات ، حدیث ١ .

أقول : الذي قرره الشيخ أن هذا الإيلاء معلق على صفة ، قال في المسوط : لو قال : والله لا أصبتك خمسة أشهر ، فإذا انقضت فو الله لا أصبتك سنة فها إيلاءان ويعينان مختلفان ، أحدهما خمسة أشهر ، والآخر سنة ، والأولى مطلقة والثانية مطلقة بصفه ، فإذا وجدت الصفة انعقدت^(٢١) ، كقوله : إذا قدم زيد فوا الله لاوطتك سنة ، فتى قدم زيد انعقد الإيلاء ، فقد ظهر من تقرير الشيخ أنه معلق على صفة ، وأنه يقع مع التعليق ، والقاتل بعدم وقوعه معلقاً منع منه ، وقد مضى^(٢٢) البحث فيه .

(٢١) - في «ان» : (انعقدت اليمين) .

(٢٢) - ص ٣١٨ .

كتاب الألعان

في السبب

قال رحمه الله : ولو كان للقاذف بينة فعدل عنها الى اللعان قال في الخلاف يصح ومنع في المبسوط التفاتاً الى اشتراط عدم البينة في الآية وهو الأشبه .
أقول : مذهب الخلاف اختيار العلامة في المختلف ؛ لأن النبي صلى الله عليه وآله لا عن بين العجلاني وزوجته ، ولم يسأل هل له بينة أولاً^(١) . (ومذهب المبسوط اختيار المصنف)^(٢) ، والعلامة في أكثر كتبه ، وبه قال فخر الدين ، لقوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شَهَادَةٌ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِأَنَّهُ إِنَّمَا لَمْ يَرْمُمْ أَزْوَاجَهُمْ لِمَ شَهَادَةُ الْمَبْصُورِيَّةِ﴾^(٣) ، شرط في اللعان عدم البينة^(٤) وهو المعتمد .

قال رحمه الله : وكذا ليس له مطالبة زوج أمه بالتعزير في قذفها ، فان ماتت ، قال الشيخ : له المطالبة ، وهو حسن .

(١) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ١ ، حدث ٩ .

(٢) - في نسخة من الأصل بدل ما بين القوسين : (ومذهب المصنف اختيار المبسوط) .

(٣) - النور : ٦ .

(٤) - في النسخ : (البينة) .

أقول : هذا هو المشهور ؛ لأنَّه حدَّق بِالْفَلَذِفِ ، فَلَا وَجْهٌ لِاستِقْاطِهِ ،
لعدم جواز تعطيل المحدود ، ويحتمل عدم جواز مطالبه السيد به ؛ لأنَّ المحدود لا ينتقل
بِالْمُلْكِ ، وَالْإِلْكَانِ مُلْكًا^(٥) لِهِ حَالُ حَيَاةِ الْأُمَّةِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ ، وَلَا يَنْتَقِلُ بِالْمِيرَاتِ ؛
لأنَّ الْمُلُوكَ لَا يُورِثُ شَيْئًا ، وَالْمُعْتَمِدُ مَا هُوَ الشَّهُورُ بَيْنَ الْأَصْحَابِ .

قال رحمه الله : ولا يلحق الولد الخصي المجبوب على تردد .

أقول : اذا اتفق الخصي والجنب في إنسان ، هل يلحق به الولد ؟ تردد
المصنف في ذلك ، من أن العادة قاضية بان الخصي المجبوب لا يولد له ، والعادة لها
تأثير في الشرع ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، ومن عموم قوله عليه السلام ،
« الولد للفراش »^(٦) ، علقة على مجرد الفراش ، وهي فراش للخصي المجبوب
فيلحقه الولد ، والأول هو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو كان الزوج حاضرًا وقت الولادة ، ولم ينكِر الولد مع
ارتفاع الاعذار لم يكن له انكاره بعد ذلك ، الا أن يؤخره بما جرت العادة به ،
كالسعى إلى الحاكم ، ولو قيل : له إنكاره [بعد ذلك] ما لم يعترض به ، كان حسناً .
أقول : ما حكاه أولاً مذهب الشيخ في المبسوط ، وهو المشهور بين
الاصحاب ، ثم استحسن المصنف قبول الإنكار ما لم يحصل الاقرار ، ووجهه : ان
السکوت اعم من الاعتراف وعدمه ، ولا دلاله للعام على المخاص ، ولأنه مع
الإنكار قبل الاعتراف يكون قد انكر ولدأ لم يعترض به ، فيقبل إنكاره له .

قال رحمه الله : واذا طلق الرجل وأنكر الدخول فادعته ، وادعْتَ أَنْهَا
حامِلٌ مِنْهُ ، فَإِنْ أَقَامَتْ بَيْنَهُ أَرْخَنِ سَرَّاً ، لَا عَنْهَا وَحْرَمَتْ عَلَيْهِ وَكَانَ عَلَيْهِ
الْمَهْرُ ، وَإِنْ لَمْ تَقْمِ بَيْنَهُ ، كَانَ عَلَيْهِ نَصْفُ الْمَهْرِ وَلَا لَعَانَ ، وَعَلَيْهَا مِنْهُ سَوْطٌ ، وَقَيْلٌ :

(٥) - في النسخ : مالكا .

(٦) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ٩ ، حديث ٣ .

لا يثبت اللعان ما لم يثبت الدخول وهو الوطى ، ولا يكفى إرخاء الستر ولا يتوجه عليه الحد ؛ لأنّه لم يقذف ولا أنكر ولذا يلزم الإقرار به ، ولعل هذا أشبه .
أقول : ما حكاه المصنف أولًا كلام الشيخ في النهاية ، وهو مشتمل على
أحكام .

الأول : إن الخلوة قائمة مقام الدخول المترتب عليه كمال المهر والمحوق
النسبة ، وقد مضى^(٧) البحث في ذلك .

الثاني : مع عدم ثبوت الخلوة ينتهي الولد بغير لعان ، ولا يثبت عليه^(٨) غير
نصف المهر .

الثالث : جلدتها حينئذ مئة سوط حد الزنا ، لانتفاء العمل عن الزوج بغير
لعان ، فهو كاقرارها أو نكوها أو قيام البينة عليها بالزنا ، والقول الثاني قول ابن
ادريس ، واختياره المصنف والعلامة وفخر الدين ، واختيار أبو العباس في مقتصره
مذهب النهاية عدا وجوب الحد عليها ، لامكان صدقها فتتحقق الشبهة .

(٧) - ص ١٤٦ .

(٨) - من «م» .

في الملاعن

قال رحمة الله : وفي لعان الكافر روایتان ، أشهرها أنه يصح وكذلك القول في الملعون .

أقول : أختلف الأصحاب في صحة لعان الكافر ، كما لو كانا ذميين وترافقا علينا أو يكون الزوج مسلماً والزوجة ذميه أو بالعكس ، كما لو أسلمت تحت الذمي وأنت بولد يلحقه شرعاً ، وكذلك اختلفوا في لعان الملعون ، قال الشيخ في النهاية والميسوط والخلاف به ، وبه قال ابن باز وابن البراج ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس ، لعموم الآية^(٩) ، ولحسنة جليل عن الصادق عليه السلام ، « قال : سأله عن الحر بينه وبين الملعونة لعان ؟ قال : نعم ، وبين الملعون والحر ، وبين العبد والأمة ، وبين المسلم واليهودية والنصرانية ، ولا يتواتران ، ولا يتواترت الحر والملعونة »^(١٠) ، وقال المفيد وسلام وابن الجنيد : لا يصح مطلقاً ،

(٩) - النور : ٦ - ٩

(١٠) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ٥ ، حديث ٣

لأن اللعان شهادات ، لقوله تعالى : ﴿ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاء إِلَّا أَنفُسُهُمْ ﴾^(١١) ؛ لانه يفتقر الى لفظ الشهادات ، والشاهد يشترط فيه الاسلام .

وفصل ابن ادريس والشيخ في الاستبصار فجوازا اللعان لنفي الولد دون القذف ، لرواية زرارة^(١٢) ، واسمااعيل بن زياد^(١٣) عن الصادق عليه السلام ، وعن الباقر عليه السلام : « أَنْ عَلَيْأَ عَلِيهِ السَّلَامُ قَالَ : لَيْسَ بَيْنَ حُسْنِ نِسَاءٍ وَأَزْوَاجِهِنَّ مَلَعَةً : الْيَهُودِيَّةُ تَكُونُ تَحْتَ الْمُسْلِمِ فَيَقْذِفُهَا ، وَالنَّصَارَى ، وَالْأَمَّةُ تَكُونُ تَحْتَ الْمَحْرَمِ فَيَقْذِفُهَا ، وَالْمَرْأَةُ تَكُونُ تَحْتَ الْعَبْدِ فَيَقْذِفُهَا ، وَالْمَجْلُوذُ فِي الْفَرِيَةِ ؛ لَأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ : ﴿ وَلَا تَقْبِلُوا هُنَّ شَهَادَةً أَبْدًا ﴾^(١٤) ، وَالْمَرْسَاءُ لَيْسَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ زَوْجِهِ الْلَّعَانَ أَنَّمَا اللَّعَانَ بِاللِّسَانِ »^(١٥) .

قال رحمه الله : ويصح لعان الآخرين اذا كان له اشارة معقولة كما يصح طلاقه وإقراره ، وربما توقف شادة منا ، نظراً الى تعذر العلم بالاشارة وهو ضعيف ، اذ ليس حال اللعان بزياد على حال الإقرار بالقتل .

أقول : المشهور صحة لعان الآخرين بالاشارة المعقولة ، وتوقف ابن ادريس في صحة لعنه ، قال : لأن النطق منه بالشهادات في حال اللعان متغذر ، والأصل براءة الذمة ، واللعان حكم شرعي يحتاج في إثباته الى دليل شرعي ، وأيضاً لو رجع عن اللعان عند من جوزه له وجوب عليه المد ، والرسول عليه السلام قال « ادرو الحدود للشبهات »^(١٦) من المعلوم أن في إيمائه وإشارته بالقذف

(١١) - التور : ٦.

(١٢) - لم يبروه في الوسائل عن زرارة .

(١٣) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ٥ ، حدیث ١٢ .

(١٤) - التور : ٤ .

(١٥) - انظر هامش ١٣ .

(١٦) - الوسائل ، كتاب الحدود ، باب ٢٤ من أبواب مقدمات الحدود ، حدیث ٤ .

شبهة ، هل إرادته القذف أو غيره ؟ وهو غير المعلوم^(١٧) يقيناً ، كالناطق بلا خلاف ، ثم قال : وإن قلنا يصح منه اللعان كان قوياً ؛ لأنَّه يصح منه الإقرار والایمان وأداء الشهادات وغير ذلك من الأحكام^(١٨) .

قال العلامة في المختلف : وهذا يدل على اضطرابه وتردد़ه في هذه المسألة ، ولو التزم بالتوقف كما حكم به أولاً كان أجود ، فان الفرق بين الاقرار وأداء الشهادات ، وبين اللعان ظاهر ، لاشترط خصوصيه اللفظ هنا دون الاقرار والشهادات ، إذ القصد فيها المعنى بأي عبارة كان .

(١٧) - في النسخ : (معلوم) .

(١٨) - السراير ٢ : ٧٠٢

في الملاعنة

قال رحمة الله : وفي اعتبار الدخول بها خلاف المروي أنه لا لعان [قبله] ، وفي قول بالجواز ، وقال : ثالث بشبوته بالقذف دون نفي الولد .
أقول : اعتبار الدخول مذهب الشيخ في النهاية ، وابن البراج وابن حمزة وابن زهرة ، لموثقة أبي بصير عن الصادق عليه السلام ، « قال لا يقع اللعان حتى يدخل الرجل بامرأته »^(١٩) ، ومثلها رواية^(٢٠) مصادف^(٢١) عن أبي عبد الله عليه السلام .

وعدم اعتبار الدخول منقول عن المفيد رحمة الله ، واختاره العلامة في القواعد ، لعموم قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ اَزْوَاجَهُم﴾^(٢٢) .
والتفصيل مذهب ابن ادریس ، واستحسنه العلامة في المختلف ، واختاره

(١٩) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ٢ ، حدیث ٦ .

(٢٠) - في «ر» : (زيارة) .

(٢١) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ٢ ، حدیث ٤ ، ٨ ، وفيه (ابن مضارب) .

(٢٢) - النور : ٦ .

فخر الدين وأبو العباس في مقتصره ، وهو المعتمد ، أما ثبوته بالقذف ^(٢٣) فلعموم الآية ^(٢٤) ، وأما عدم ثبوته لنفي النسب فلأنه إنما يلحق بعد الدخول ، وقبيله يتطرق عنه مجرد النفي ، والتقول قوله فيه ، واللعان إنما يثبت لنفي النسب مع عدم نفيه بدون اللعان ، وقد ثبت أنه قبل الدخول يكون التقول قوله في نفيه ، ولا يفتقر ^(٢٥) إلى اللعان ^(٢٦) .

قال رحمه الله : ويثبت اللعان بين الحر والملوكة ، وفيه روایة ^(٢٧) بالمنع ، وقال ثالث . بثبوته يعني الولد دون القذف .

أقول : ثبوته مطلقاً مذهب الشيخ في النهاية والمسوط والخلاف ، وبه قال ابن الجنيد وابن بابويه وأبو الصلاح ، وهو ظاهر المصنف والعلامة ، لعموم القرآن ^(٢٨) ، ولروایة جحيل المتقدمة ^(٢٩) ، ومنعه المفید وسلام مطلقاً لصحيحه ابن سنان عن الصادق عليه السلام ، « قال : لا يلاعن الحر الأمة » ^(٣٠) إلى آخر الحديث ، وبالفرق قال ابن ادریس : لأن اللعان بالقذف لأجل إسقاط الحد ، ولاحد في قذف الامه ، بل التعزير ، واختاره فخر الدين ، واستحسن أبو العباس في مقتصره ، وضعفه الشهيد في شرح الإرشاد ، واختار ثبوته مطلقاً .

قال رحمه الله : ولا تنصير الأمة فراشاً بالملك وهل تصير فراشاً بالوطني ؟ فيه روایتان ، أظهرهما : أنها ليست فراشاً ، ولا يلحق ولدها إلا باقراره ، ولو

(٢٣) - في « ان » : (في القذف) .

(٢٤) - النور : ٦ .

(٢٥) - في « م » : (فلا يفتقر) .

(٢٦) - في النسخ : (لعان) .

(٢٧) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ٥ ، حديث ٤ .

(٢٨) - النور : ٦ .

(٢٩) - ص ٣٣٣ .

(٣٠) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ٥ ، حديث ٤ .

اعترف بوطنها ولو نفاه لم يفتقر إلى لعان.

أقول : معنى صيرورة الأمة فراشاً بالوطني أنها إذا أتت بولد بعد الوطني في مدة الحمل لحق به ولم يجز له نقيه ، ومعنى عدم صيرورتها فراشاً : عدم وجوب اعترافه بالولد وجوائز نقيه بغير لعان ، وهو اختيار الشيخ والمصنف والعلامة وفخر الدين ، لما رواه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام ، «أن رجلا من الأنصار أتى إلى أبي عبد الله عليه السلام ، وقال له : إبني ابتنيت بأمر عظيم ، وإن لي جارية كنت أطؤها فوطأتها يوماً وخرجت في حاجة لي بعد ما اغتصبت منها ، ونسخت نفقة لي ، فرجعت إلى المنزل لأخذها فوجدت غلامي على بطنها ، فعددت لها من يومي ذلك تسعة أشهر فولدت جارية ؟ فقال له عليه السلام : لا ينبغي لك أن تقربها ولا تنفيها ، ولكن أتفق عليها من مالك حتى يجعل الله عزوجل لك وها مخرجاً»^(٣١).

واما الرواية الدالة على أنها تصير فراشاً بالوطني ، فرواية سعيد بن يسار ، «قال : سألت أبي عبد الله عليه السلام عن رجل وقع على جارية له تذهب وتعبي ، وقد عزل عنها ، ولم يكن منه إليها شيء ، ما تقول في الولد ؟ قال : أرى ألا يباع هذا الولد ياسعيد ، قال : وسألت أبي الحسن عليه السلام ؟ فقال : أتهمها ؟ قلت : أما تهمة ظاهرة فلا ، فقال : كيف تستطيع إلا يلزمك الولد ؟!»^(٣٢) والأول هو المعتمد.

(٣١) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٥٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١.

(٣٢) - المصدر المتقدم.

في كيفية اللعان

قال رحمه الله : و لا يصح إلا عند الحاكم او من ينصبه لذلك ، ولو تراضيا
برجل من العامة فلا عن بينها جاز ، ويثبت حكم اللعان بنفس الحكم ، وقيل :
يعتبر رضاها بعد الحكم .

أقول : هنا ثلاث مسائل :

الأولى : في اشتراط إيقاعه عند الحاكم أو من يأمره ، وهو مجمع عليه ؛ لأن
النبي صلى الله عليه وآله تولى اللعان بنفسه بين هلال بن أمية وزوجته^(٣٣) ، وبين
العجلاني وزوجته^(٣٤) ، ولأنه إما أيمان أو شهادات ، ولا يثبت حكم أحدهما إلا
عند الحاكم ، قال الشيخ : ولا يقتصر إلى حضوره بل إلى استدعائه والقائه على
الزوجين ، والمعتمد أنه لابد من حضوره وأمره وسماعه الشهادات ، فلو أمر به ثم
أوقعاه بغيرته لم يقع ، ولا يقتصر إلى حضور الزوجين معاً ، فلو لاعن كل واحد منها
بغيبة صاحبه جاز .

(٣٣) - سنن البيهقي ، ج ٧ ، ص ٢٩٤ .

(٣٤) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ١ ، حدث ٩ .

الثانية: إذا تراضيا برجل وهو جامع لشروط الأجتهاد فلا عن يبنها ، هل يصح ذلك أم لا ؟ بالصحة قال ابن حمزة والشيخ في موضع من المبسوط ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد والأرشاد ؛ لأن الحصين إذا تراضيا بحكم أحدٍ من الرعية ، وهو جامع لشروط الأجتهاد ، جاز له الحكم يبنها .

وقال العلامة في المختلف ، وفخر الدين في شرح القواعد : لا يجوز ؛ لأن اللعن حكم شرعي يتعلق به أحكام وكيفيات مخصوصه ، وحكمه يتعدى إلى غير الزوجين كنفي الولد ، فيناط بالإمام وخلفيته دون غيرهما .

الثالثة: على القول بصحة إيقاعه من غير المحكم ومنصوبه ، هل يلزم بنفس الإيقاع أو يفتقر إلى التراضي بعده ؟ يبني على مسألة ، هي أن الحصين إذا تراضيا برجل من العامة غير القاضي المنصوب من قبل الإمام يحكم يبنها ، فهل ينفذ^(٣٥) حكمه بنفس الحكم أو يفتقر إلى تراضيهما بعده ؟ فيه خلاف ، وسيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى في باب القضاء^(٣٦) .

قال رحمه الله : فالواجب التلفظ بالشهادة على الوجه المذكور ، وأن يكون الرجل قافغاً عند التلفظ ، وكذا المرأة ، وقيل : يكونان جميعاً قائمين بين يدي المحكم .

أقول : أختلف علماً نا في المرأة حال تلفظ الرجل بالشهادات واللعن ، هل تكون قائمة أو قاعدة ؟ قال الشيخ في المبسوط : تكون قاعدة ، وهو مذهب أبني^(٣٧) بابويه وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد والتحرير ، وقال الشيخ في النهاية : يجب قيامها معاً ، وبه قال المقيد وابن أبي عقيل وأبو

(٣٥) - في «ن» : (ثبت) .

(٣٦) - لم نعثر عليه في كتاب القضاء .

(٣٧) - في «م» : (ابن) .

الصلاح وابن حمزة وسلام روا ابن زهرة ، واختاره العلامة في المختلف ، وهو اختيار فخر الدين ، ودليل الفريقين الروايات (٢٨) .

قال رحمه الله : وقال الشيخ : اللعان أيمان وليس شهادات ، ولعله نظر الى اللفظ فانه بصورة اليدين .

أقول : هل اللعان شهادات أو أيمان ؟ قال الشيخ في المبسوط : هو أيمان ، لما روی عكرمة عن أبي عباس ، «أن النبي صلى الله عليه وآله لما لا عن بين هلال بن أمية وزوجته ، قال : إن أنت به على نعمت كذا وكذا ، فما أراه إلا وقد كذب عليها ، وإن أنت به على نعمت كذا وكذا ، فما أراه إلا من شريك بن السجا ، قال : فأنت به على النعم المكرورة ، فقال النبي صلى الله عليه وآله : لو لا الأيمان لكان لي ولها شأن» (٢٩) ، فسمى اللعان عينا ، وعندهم أنه شهادة ولا يصح الامن تصح منه الشهادة (٣٠) . هذا آخر كلام المبسوط ، وجزم العلامة في القواعد أنه أيمان ، وظاهر المصنف أنه شهادات .

ولا شك أن اللعان قد اشتمل على أحكام تشابه اليدين ، وأحكام تشابه الشهادات .

فالتشابه لليمين اشتراط اسم الله فيه ، ولا شيء من الشهادات يشرط فيه ذلك ، وأيضاً افتقاره إلى صيغة مخصوصة ، وهي : أشهد بالله ، وليس الشهادة كذلك ، بل يكفي ما يدل على المعنى ، والشهادة لا تصح لنفس الشاهد ، وهنا الشهادة لنفسه فلا يكون شهادة .

وأما التشابه لأحكام الشهادات : إن اصل الزنا لا يثبت إلا بأربعه شهود ،

(٢٨) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ١ .

(٢٩) - سنن البهقي ، ج ٧ ، ص ٣٩٤ .

(٣٠) - المبسوط ٥ : ١٨٣ . مع اختلاف يسير في عبارة المبسوط .

وهو مشتمل على أربعة شهادات ، ولأن الله تعالى سماه شهادة لقوله تعالى :
﴿فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ﴾^(٤١) ويلحقه أحكام آخر غير ما ذكرناه مما تشابه الآيات والشهادات أعرضنا عنها ثلاثة يطول الكتاب .



في الأحكام

قال رحمه الله : ولو أكذب نفسه بعد اللعان لحق به الولد ، لكن يرثه الولد ولا يرثه الأب ولا من يتقرب به ، وترثه الأم ومن يتقرب بها ، ولم يعد الفراش ولم يزل التحرير ، وهل عليه الحد ؟ فيه روايتان . أظهرها : أنه لا حد .

أقول : رواية عدم الحد هي رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام : « في رجل لاعن أمراته وهي حبلى ، ثم أدعني ولدتها بعدها ولدت ، وزعم أنه منه ؟ فقال : يرد إليه الولد ولا تحمل له ؛ لأنه قد مضى التلاعن »^(٤٢) وهو يدل على تفويت الحد ؛ لأن قوله (مضى التلاعن) دليل على ترتيب أثره عليه ، ومن جملته نفي الحد ، وإنما خرج الولد خاصة للنص والأجماع ، وصونا له عن الضياع ، ففيه الباقى على أصله ، وهو مذهب الشيخ (في النهاية)^(٤٣) ، واختاره المصنف والعلامة في المختلف والتحرير والأرشاد ، وأبو العباس في المقتصر .

والرواية المتضمنة لثبوت الحد رواية محمد بن الفضل عن أبي الحسن عليه

. (٤٢) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ٦ ، حديث ٢ مع اختلاف .

(٤٣) - ما بين التوسيتين ليس في « ر » .

السلام ، « قال : سأله عن رجل لاعن أمرأته وانتف من ولدها ثم أكذب نفسه ، هل يرد عليه ولده ؟ فقال : إذا أكذب نفسه جلد الحد ورد عليه ابنه ، ولا ترجع عليه امرأته أبداً » (٤٤) ، وهي صريحة في إثبات الحد ، وحملها الشيخ في التهذيب على حصول الأكذاب قبل إتمام اللعان ، وأآخر الخبر يدفعه ؛ لأن قوله (ولا ترجع عليه امرأته أبداً) يدل على كون الأكذاب بعد اللعان ، وإلا لم تحرم عليه امرأته . وبوجوب الحد قال الشيخ في المسوط ، واختاره العلامة في القواعد ، وابنه في شرحه .

قال رحمه الله : ولو اعترفت بعد اللعان لم يجب عليها الحد إلا أن تقر أربع مرات ، وفي وجوبه معها تردد .

أقول : منشئه من أنها أقرت أربع مرات ، وكل من أقر بالزناء أربع مرات مع إمكانه وجوب عليه الحد ، ومن عموم قوله تعالى : ﴿ ويدرؤا عنها العذاب أَنْ تَشَهِّدْ أَرْبَعْ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ﴾ (٤٥) ، وقد شهدت فيسقط عنها الحد ، وهو اختيار فخر الدين للشبيبة .

ووجوب الحد مذهب الشيخ في النهاية وأبن البراج وأبن ادريس ويعين بن سعيد وظاهر الأرشاد .

قال رحمه الله : اذا قذفها فأقرت قبل اللعان ، قال الشيخ : لزمهها الحد إن أقرت أربعاً ، وسقط عن الزوج ، ولو أقرت مرة فبان كان هناك نسب لم ينتف باللغان ، وكان للزوج أن يلاعن لنفيه ؛ لأن تصادق الزوجين على الزنا لا ينسى النسب ، اذا هو ثابت بالفراس ، وفي اللغان تردد .

أقول : التردد اما هو في اللغان فقط ، دون ثبوت الحد عليها مع الأقرار

(٤٤) - الوسائل ، كتاب اللغان ، باب ٦ ، حديث ٦ .

(٤٥) - النور : ٨ .

أربعاً، ودون سقوط الحد عنه بالاقرار ولو مرة، فهذا الأشكال^(٤٦) فيه عندهم^(٤٧)، والأشكال إنما هو في ثبوت اللعان مع تصادقها على الزنا، واستشكله العلامة في كتبه أيضاً، ومنشأ الأشكال عندهم من أن تصادق الزوجين على الزنا لايتنى النسب الثابت بالفراس ، ومن أن اللعان إنما يتصور مع تكاذبها ولا تكاذب^(٤٨) هنا ولا لعان .

قلت : مع التحقيق ينبغي انتفاء هذا الأشكال ؛ لأنه إذا تصادقا على الزنا ، لا يخلو إنما أن يتصادقا على أن الولد من ذلك الزنا الذي تصادقا عليه أم لا .
 فان كان الأول لم يتصور اللعان ؛ لأن من شرطه أن تشهد المرأة أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ، وهذا الشرط متوفٍ مع عدم التكاذب ، فينتفي المشرط وهو اللعان .
 وإن كان الثاني وهو الا يتصادقا (على أن)^(٤٩) الولد من ذلك الزنا الذي تصادقا عليه ، وادعى الزوج أنه منه أو من غيره (ولم)^(٥٠) تصدقه عليه ، (أو) ادعى^(٥١) أنه ليس ولده وأطلق ، وادعت أنه ولده فها هنا (لا إشكال)^(٥٢) في عدم نفيه عنه بغير لعان ؛ (لأن الولد لاحق به)^(٥٣) في ظاهر الشرع وقد تكاذبا في نفيه فلا ينتفي الا باللعان^(٥٤) فالاشكال متوفٍ على التقديرتين ، وهذا واضح

(٤٦) - كذا

(٤٧) - في «ن» : (عنده مسلم ثم) .

(٤٨) - في النسخ : (فلا لعان) .

(٤٩) - ما أثبتناه من «ر١» في باقي النسخ : (بأن) .

(٥٠) - في «ر١» : (ولو لم) .

(٥١) - في «ر١» : (إن ادعى) .

(٥٢) - في «م» و «ر١» : (الأشكال) .

(٥٣) - في «م» : (الله) .

(٥٤) - ما بين القوسين ليس في «ر١» .

لاغبار عليه.

قال رحمه الله : اذا قذفها فاعترفت ثم انكرت فاقام شاهدين باعترافها ،

قال الشيخ : لا يقبل إلا باربعه ويجب الحد ، وفيه إشكال ينشأ من كون ذلك
شهادة بالإقرار لا بالزنا .

أقول : اذا قذفها فانكرت فادع عن إقرارها وأقام شاهدين بالإقرار ، هل
يقبل بالنسبة الى إسقاط الحد عنه ؟ قال الشيخ : لا يقبل إلا أربعه ويجب عليه
الحد ؛ لأنها^(٥٥) شهادة على الزنا ، وشهادة الزنا لا تقبل فيها إلا أربعة ، لعموم قوله
تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأُرْبَعَةِ شَهِيدٍ فَاجْلِدُوهُمْ ثَانِينَ﴾^(٥٦) ، واستشكل المصنف من أنها شهادة على الإقرار لا على الزنا ، فإ إنما
لو أقرت مرة واحدة سقط الحد عن القاذف بتلك المرة ، فإذا ثبت إقرارها
بالشاهدين^(٥٧) انتقد الحد عنه ولا يثبت زناها بذلك ، بل فائدة هذه الشهادة سقوط
الحد عنه .

قال رحمه الله : اذا قذفها ماتت قبل اللعان سقط اللعان وورثها الزوج
وعليه الحد للوارث ولو أراد دفع الحد باللعان جاز ، وفي رواية أبي بصير : « إن
قام رجل من أهله فلا عنه فلا ميراث له ، والاأخذ الميراث » ، وإليه ذهب
[الشيخ] في الخلاف ، والأصل أن الميراث يثبت بالموت فلا يسقط باللعان
المتعقب .

أقول : اذا قذف الرجل^(٥٨) زوجته وجوبه وجوب عليه الحد ، وإنما يسقط بالبينة او
بالاعتراف او اللعان ، فان ماتت قبل ذلك كان الحد باقياً وللوارث المطالبه به ،

(٥٥) - في النسخ : (لأنه) .

(٥٦) - التور : ٤ .

(٥٧) - في «ن» : (بالشاهد) ، وفي «ر» : (بشاهددين) .

(٥٨) - هذه الكلمة ليست في «م» و «ر» .

فإذا طالب به ، هل له إسقاطه بلعاته وحده من غير احتياج إلى اللعان^(٥٩) من الوارث ؟ قال الشيخ في المسوط : الوجه أنه لا لعان بعد موتها لوروده بين الزوجين ، واختاره ابن إدريس ، وجوزه المصنف والعلامة في القواعد ، واختاره أبو العباس لعموم قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شَهَادَةٌ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعْ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾^(٦٠) ، فعل هذا يكون فائدة لعنه سقوط الحد خاصة دون باقي أحكام اللعان من البيئونة^(٦١) والتصرّم المؤبد ، لتوقف ذلك على لعنهما^(٦٢) ، ويحكم بموتها على زوجيتها ، فيرتها وعليه مزنة التجهيز وهو أولى بفضلها والصلة عليها .

وهل لأحد من ورثتها ملاعته لتبيّن منه ويسقط إرثه ؟ قال الشيخ في النهاية والخلاف : نعم ، وبه قال ابن حمزة وابن البراج ، رواية^(٦٣) أبي بصير ، ومنعه في المسوط ، وبه قال ابن إدريس واختاره المصنف والعلامة ، لاضافة اللعان إلى الزوجين في الآية لا إلى الولي^(٦٤) ، ولأن اللعان أيام وكيف يختلف الإنسان عن غيره ؟ ولأن الأرث قد ثبت بالموت فلا يبطل باللعان المتعقب له ، وهذا هو المعتمد .

قال رحمه الله : إذا قذفها ولم يلاعن فعد ثم قذفها به ، قيل : لا أحد ، وقيل : ي تعد ، فسألاً بحصول الموجب وهو أشبه ، وكذا الخلاف فيما لو تلاعننا ثم قذفها به ، وهنا سقوط الحد أظهر .

(٥٩) - في النسخ : (لعان) .

(٦٠) - التور : ٦ .

(٦١) - في «ان» : (التسوية) .

(٦٢) - في «م» و«ن» : (لعنهما) .

(٦٣) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ١٥ ، حديث ١ .

(٦٤) - في «م» : (المولى) .

أقول : تكرار القذف من غير تخلل حد ولا لعان لا يوجب غير حد واحد إجماعاً ، فان تخلل أحدهما حصل الخلاف ، فهنا مسألتان :

الأولى : اذا قذفها ولم يلاعن فحد ثم قذفها به ثانياً ، هل يجب عليه حد أم لا ؟ للشيخ قوله ، أحددهما : عدم الحد ، قاله في المبسوط ، قال : لأنه يثبت كذبه لعجزه عن البينة ، والقذف إنما يكون بما يحتمل الصدق والكذب ، وهذا حكم بكتابه ، وقال في الخلاف بوجوب الحد لوجود المتضي وهو القذف ، وانتفاء المانع وهو وجود ما يسقطه من بينة أو إقرار أو لعان فيثبت الحد ، واختاره المصنف والعلامة وهو المعتمد .

الثانية : اذا قذفها فلا عن ثم قذفها به^(٦٥) ثانياً ، قال الشيخ في المبسوط (والخلاف)^(٦٦) بعد ثبوت الحد ، واختياره المصنف والعلامة ؛ لأن اللعان جاري بغير إقامة البينة او الأقرارات في سقوط الحد ، ومع إقامة البينة او الأقرارات لا يجب الحد باعادة القذف ، فكذلك لا يجب مع اللعان للمساواة .

ويحتمل ثبوت الحد بالقذف الثاني ؛ لأن اللعان إنما أسقط الحد الذي يجب قبله بالقذف السابق عليه^(٦٧) ولم يثبت زناها باللعان كما يثبت باليقنة او الأقرارات ، فإذا قذفها بعد اللعان وجب عليه الحد ، لعموم الآية^(٦٨) ، والمعتمد سقوطه ، وهو المشهور بين الأصحاب ، والظاهر أن الخلاف الذي أشار إليه المصنف في قوله : (وكذا الخلاف فيما لو تلاعنتم قدفها) للجمهور ، لعطفها على المسألة السابقة ؛ لأن الشيخ حكى فيها خلافاً لهم ثم اختلف قوله فيها^(٦٩) ، وأما هذه المسألة الثانية

(٦٥) - من النسخ وليس في الأصل .

(٦٦) - ما بين القوسين ليس في «م» .

(٦٧) - من النسخ وليس في الأصل .

(٦٨) - التور : ٤ .

(٦٩) - في الأصل : فيها .

فتاوي الأصحاب متطابقة على سقوط الحد فيها . وإن لم يحصل الجرم ، لأحتفال عدم السقوط كما بیناه .

قال رحمه الله : ولو قذفها ولاعن فنكلت ثم قذفها الأجنبي قال الشيخ : لاحد كما لو أقام بینة ، ولو قيل : يحد ، كان حسناً .

أقول : اذا قذفها الزوج ولاعن فنكلت^(٧٠) عن اللعان وحدت ثم قذفها الأجنبي ، قال الشيخ في المخلاف والمتسوط : لاحد ؛ لأن النكول كالبينة ، واذا قامت عليها البينة بالزنا لم يجد القاذف لها بل يعزز ، ولأنها بنكولها وحدها خرجت عن الأحسان ، والحد إنما يجب بقذف المحسنة ، لقوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يرْمُونَ الْمُحْسَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهِيدٍ فَاجْلِدُوهُمْ ثَانِيَنِ جَلْدَةٍ﴾^(٧١) ، واستحسن المصنف وجوب الحد ؛ لأنه لم يوجد منها إقرار ، ولا قامت عليها بینة بالزنا ، فلا يزول إحسانها ، واختاره (المصنف و)^(٧٢) العلامة وابنه ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : لو شهد أربعة والزوج أحدهم فيه روایتان ، إحداهما : ترجم المرأة ، والأخرى يجد الشهود ويلاعن الزوج ، ومن فقهائنا من نزل رد الشهادة على اختلال بعض الشرائط ، أو سبق الزوج بالقذف ، وهو حسن .

أقول : قال الشيخ في النهاية : إذا شهد أربعة نفر على امرأة بالزنا أحدهم زوجها (وجب عليه الحد ، وقد روی : «أن البينة يجلدون حد المفترى ويلاعنها زوجها »)^(٧٣) ، قال : وهذه الروایة محمولة على أنه اذا لم^(٧٤) تعدل الشهود

(٧٠) - في «ن» : (ثم نكلت) .

(٧١) - النور : ٤ .

(٧٢) - ما بين القوسين من «ر١» .

(٧٣) - النهاية : ٦٩٠ .

(٧٤) - ما بين القوسين ليس في «م» .

(٧٥) - ليس في «ر١» .

واختلفوا في إقامة الشهادة أو اختل بعض شرائطها ، فاما مع اجتماع^(٧٦) شرائط الشهادة كان الحكم ما قدمناه ، فقد ظهر أن مذهب الشيخ في النهاية وجوب حد المرأة ما لم يختل بعض شرائط الشهادة .

وقال محمد بن بابويه وأبو الصلاح تحد الشهود ويلعن الزوج ؛ لأن الزوج هو المدعى فلا تقبل شهادته ، واختاره العلامة في القواعد والتحرير ، وبه قال فخر الدين .

وقال ابن حمزة وابن ادريس بوجوب حد المرأة ما لم يسبق قذف الزوج لها ، واستحسنه المصنف ، ومال اليه العلامة في المختلف ، لعموم قوله تعالى : « واللائي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم »^(٧٧) ، ولم يفرق بين أن يكون الزوج أحدهم أو لا وهو خطاب للحكام .

(٧٦) - هذه الكلمة من النسخ وليس في الأصل .

(٧٧) - النساء : ١٥

كتاب العتيق

أسباب العتق

قال رحمه الله : وعبارة الصريحة التحرير ، وفي الاعتق تردد .

أقول : منشأه من أصالة بقاء الملك على مالكه ، وأصالة بقاء الرق ما لم يعلم السبب الناقل ، وهو غير متحقق بغير لفظ التحرير ، لوقوع الخلاف فيما عداه ، ومن استعمال لفظ العتق في التحرير استعمالا ظاهرا بحيث لا يفهم منه عند الاطلاق الا التحرير ، واجماع علمائنا على حصول العتق بقوله : اعتنقك وتزوجتك وجعلت مهرك عتقك ، والاقتصار على لفظ التحرير فقط مذهب الشيخ في الخلاف ، وبه قال أبو الصلاح وأبن البراج وأبن ادريس ، ووقعه بلفظ العتق مذهب العلامة والشميد ، واختاره أبو العباس وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو قال لأمته : يا حرّة وقدد العتق في تحررها تردد ، والأأشبه عدم التحرر لبعده عن الانشاء .

أقول : منشأ التردد من أن الشارع وضع للعتق صيغة الاخبار حقيقة^(١) ، وهي : أنت حرّة ، والنداء ليس اخبارا ، فلا يفيد العتق ، لأنّ أصالة بقاء الرق ما لم

(١) - ليست في «رق» .

يعلم السبب المزيل له ، ومن أن حرف الاشارة لم يعتبره الشارع ، وانما الاعتبار بالنظر التحرير وقد أتى به ، فقوله : يا حرّة مع قصد التحرير ، بمعنى قوله : أنت حرّة ، والمعتمد مذهب المصنف وهو اختار فخر الدين .

قال رحمه الله : أما لو قال : بدنك أو جسدك فالأشبه وقوع العتق؛ لأنّه هو المعنى بقوله : أنت حرّة .

أقول : الالفااظ الموضوعة للتحرير ؛ أنت حرّ ، أو عبدي حرّ ، أو زيد حرّ ، او هذا حرّ ، فلو قال : بدنك أو جسدك حرّ ، هل يقع التحرير ؟ قال المصنف والعلامة واينه والشهيد بوقوعه ، وهو المعتمد ؛ لأنّ الانسان على اختلاف مذاهب المتكلمين ، اما جوهر مجرد او اجزاء اصلية في البدن او هذا الهيكل المحسوس ، وعلى كل تقدير فالمملک إنما يتناول الهيكل المحسوس دون الجوهر المجرد والاجزاء الاصلية ، والتحرير ازالة الملك بعد ثبوته عما يثبت عليه الملك ، والملك اما يثبت على هذا الجسد ، فاذًا قصده بالتحرير تحرر ، ويحتمل عدم التحرير ؛ لانه ليس الصيغة المنصوص عليها ، والاصل بقاء الملك .

قال رحمه الله : وهل يشترط تعين المعتق ؟ الظاهر لا ، فلو قال : أحد عبدي حر صبح ، ويرجع الى تعينه ، فلو عين ثم عدل لم يقبل ، ولو مات قبل التعين ، قيل : يعين الوارث ، وقيل : يقع ، وهو أشبه بعدم اطلاع الوارث على قصده .

أقول : بعدم وجوب تعين المعتق قال الشيخ وأبن حزوة والمصنف ، والعلامة في جميع كتبه ، والشهيد في شرح الارشاد ، وفي الدروس قال : فيه خلاف ، ولم يرجع شيئاً ، وقال فخر الدين : وعندى في هذه المسألة توقف ، وقال عميد الدين : لم اقف على قول باشتراط التعين .

اذا عرفت هذا فحجة القائلين بعدم الاشتراط عموم مشروعية المعتق

وأصلة عدم الاشتراط ، ويعتمد الوجوب ؛ لأن العتق أمر معين فيفترق إلى محل معين ، ولا صالة بقاء الرق مالم يعلم السبب المزيل ، وهو غير معلوم مع عدم التعيين وعلى القول بالصحة يعني من شاء فان عين واحداً وعدل عنه إلى غيره لم يقبل العدول ولم يعتق الثاني ؛ لأنه لم يبق محل للعتق ، بخلاف ما لو أعتقد معيناً وأشتبه فعين ثم عدل ، فانهما يعتنان . والفرق أن التعيين في الصورة الأولى تعين شهوة واختيار ، فإذا عينه في واحد تعين ولم يبق محل للعتق ؛ لأن محله واحد منهم وقد تعين ، والتعيين في الصورة الثانية تعين اقرار واختيار ، فإذا عينه في واحد ثم عدل عنه إلى غيره لم يقبل العدول بالنسبة إلى من عينه أولاً ، وينعقد الثاني ، لأنه اقرار بعنته ، «واقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^(٢) كما لو أقر لزيد بعين ثم أقربها لعمرو ، فإنه يلزم لعمرو ولا يضفي اقراره على زيد فكذا هنا ، وإذا مات قبل التعيين قيل تعين الوارث ؛ لأنه قائم^(٣) مقام الموروث واختاره العلامة في القواعد والارشاد ، وقيل بالقرعة واختاره المصنف ، والعلامة في التحرير ، والشهيد في الدروس ، لعدم اطلاع الوارث على قصد الميت قاله المصنف ، وفيه نظر ؛ لأن المعتق لم يقصد معيناً فلا يضر عدم الاطلاع على قصده ، ولأن القرعة لا استخراج ما هو معين في نفسه ، لا لتحصيل التعيين .

والتحقيق : أن الواقع هل هو العتق في الحال والتعيين كاشف أو سبب له صلاحية التأثير عند التعيين ، فعلى الاول يكون العمل على القرعة ، وعلى الثاني يكون التعيين للوارث ، ويتفرع على الوجهين فروع .

الاول : عدم جواز الاستخدام لواحد منهم قبل التعيين على الاول ؛ لأن فيهم حراً يحرم استخدامه وهو مشتبه ، وإذا أشتبه المحل بالمحرم اجتنبا ، وعلى

(٢) - الوسائل ، كتاب الأقرار ، باب ٣ ، حديث ٢ .

(٣) - في الأصل : قام .

الثاني يجوز الاستخدام بالجميع قبل التعيين ، لعدم تحرير شيء منهم قبل التعيين .
 الثاني : عدم جواز بيع شيء منهم قبل التعيين على الاول ، وجوائزه على
 الثاني لما قلناه في الفرع الاول .

الثالث : عدم جواز وطى شيء منه لو كان إماء على الاول ، وجوائزه على
 الثاني ، وأما النفقه فواجبة على الجميع قبل التعيين على الوجهين .

قال رحمه الله : وفي عتق الصبي اذا بلغ عشرأً وصدقته تردد ، ومستند
 الجواز رواية زراراة عن أبي جعفر عليه السلام .

أقول : منشأ التردد من الرواية^(٤) المذكورة وبضمونها أفق الشيخ وابن
 البراج ، ومن ثبوت الحجر على الصبي^(٥) حتى يبلغ ، وهو المشهور وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ويبطل باشتراط نية القرابة عتق الكافر لتعذرها في حقه ،
 وقال الشيخ في الخلاف : يصح .

أقول : جوز الشيخ في الخلاف والمبسوط عتق الكافر للمسلم وأثبتت له
 الولاء على العتق ، لعموم قوله عليه السلام « الولاء من اعتقد »^(٦) ، لكنه لا يرتئه
 مادام كافرا ؛ لأن الكفر ينبع الارث من المسلم ، ومنع منه ابن ادريس والصنف
 والعلامة في أكثر كتبه ، وهو مبني على اشتراط نية القرابة ، لقوله عليه السلام « لا
 عتق الا ما أريده به ووجه الله »^(٧) وقال العلامة في المختلف : إن كان الكفر باعتبار
 جهله بالله تعالى فالوجه ما قاله ابن ادريس ، وإن كان باعتبار جحده النبوة أو
 بعض أصول الاسلام كالصلوة ، فالوجه ما قاله الشيخ ، وقواء الشهيد في شرح
 الارشاد واستقربه في الدروس ، ولا يأس به اذا اعتقد أن العتق قربة الى الله ،

(٤) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٥٦ ، حديث ١ .

(٥) - في « ان » : عليه .

(٦) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٥٦ ، حديث ١ .

(٧) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٣٥ ، حديث ١ و ٢ .

لعموم الدليل على صحة العتق اذا أريد به وجه الله ، فيقع وان لم يستحق عليه ثوابا لكتفه .

قال رحمه الله : ويعتبر في المعتقد الاسلام والملك فلو كان المملوك كافراً لم يصح عتقه ، وقيل : يصح عتقه مطلقاً ، وقيل : يصح مع النذر .
أقول : هنا ثلاثة أقوال :

الاول : عدم الصحة مطلقاً ، وهو قول السيد المرتضى وابن الجبید وسلام وأبي الصلاح وابن زهرة وابن ادريس ، واختاره المصنف هنا والعلامة في القواعد ، وهو مذهب فخر الدين ، لقوله تعالى : ﴿ لَا تَسْمِعُوا الْخَيْثَ مِنْهُ تَنْقُونُ ﴾^(٨) والكافر خيث ، ولما رواه سيف بن عميرة عن الصادق عليه السلام « قال : سأله أيجوز للمسلم أن يعتق مملوكاً مشركاً ؟ قال : لا »^(٩) .

الثاني : الصحة مطلقاً وهو قول الشيخ في المبسوط والخلاف ، لما رواه الحسن بن صالح عن الصادق عليه السلام « قال : إن علياً عليه السلام أعتقد عبداً نصراانياً فاسلم حين أعتقده »^(١٠) .

الثالث : وقوعه مع النذر لابدونه ، وهو قول الشيخ في النهاية ، واختاره المصنف في المختصر ، ووجهه الجمع بين الخبرين المذكورين ، وعلى القول بالصحة يشترط أن يتعلق النذر بعد معين ، لقوله : اللهم على أن أعتقد سالماً ، أما لو قال : اللهم على أن أعتقد عبداً كافراً ، لم ينعقد قطعاً ؛ لأن الحكم على ماهية^(١١) مقيدة بوصف يشعر بعلية ذلك الوصف ، وحيثئذ يكون النذر معصية لاطاعة فيه أصلاً ، فلا ينعقد . أما مع تعينه من غير تقييد بالوصف . لا يكون الوصف مقصوداً .

(٨) - البقرة : ٢٦٧ .

(٩) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ١٧ ، حديث ٥ .

(١٠) - المصدر السابق ، حديث ٢ .

(١١) - في « م » و « ن » و « ر » : الماهية .

قال رحمه الله : ويصح عتق ولد الزنا ، وقيل : لا يصح بناء على كفره ، ولم يثبت .

أقول : القائل ابن الجنيد وابن ادريس ، والشهير الجواز وهو المعتمد ،
لعدم ثبوت كفره ، ولما رواه سعيد بن يسار عن الصادق عليه السلام ، « قال :
ولا يأس أن يعتق ولد الزنا »^(١٢) .

قال رحمه الله : ولو شرط على العتيق شرطا في نفس العتق لزمه الوفاء به
ولو شرط بإعادته في الرق إن خالق أعيد مع المخالفه عملاً بالشرط ، وقيل :
يبطل ؛ لانه اشتراط لاسترقاق من ثبت حريته .

أقول : يجوز أن يشترط على العتيق شرطا سائغا ، كقوله : أنت حر وعليك
منة دينار ، أو خدمة سنة مثلا ، ولا يكون هذا تملقا بل عتقا وشرط ، ولا يشترط
رضا العبد في اشتراط الخدمة ؛ لأن السيد يملك الرقبة والمنافع ، فإذا استثنى منافعه
مدة معلومة لم يفتقر إلى رضاه ، ويشترط رضاه في اشتراط المال ؛ لأن المولى
لاملك اثبات مال في ذمة العبد لا برضاه .

إذا عرفت هذا ، (فإذا قال : فإن لم تف بالشرط فانت رد في الرق هل يصح
هذا)^(١٣) الشرط ؟ فيه ثلاثة أقوال :

الاول : صحة العتق والشرط ، قاله الشيخ في النهاية وتبعه ابن البراج ،
واختاره المصنف والعلامة في القواعد ، لعموم « المؤمنون عند شروطهم »^(١٤) ولما
رواه اسحاق بن عمار وغيره عن الصادق عليه السلام ، « قال سأله عن الرجل
يعتق مملوكه وزوجه ابنته ، ويشترط ان هو اغارها أن يرده في الرق ؟ قال : له

(١٢) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ١٦ ، حديث ١ .

(١٣) - ما بين القوسين سقط من « ر » .

(١٤) - مستدرك الوسائل ، كتاب البيع ، باب ٦ من أبواب الخيار ، حديث ٧ .

شرطه «^(١٥)».

الثاني : بطلانها معاً ، قاله المصنف في نكت النهاية ، واختاره العلامة في الارشاد والتحرير والمختلف ، والشهيد في شرح الارشاد ؛ لأن العتق لا يقبل التعليق ، فلو قال : أنت حر إن فعلت كذا بطل ، واذا شرط عوده في الرق مع المخالفة صار معلقاً فيبطل .

الثالث : قال ابن ادريس : يبطل الشرط دون العتق ؛ لأن الحر لا يجوز أن يصير رقاً ، فهذا الشرط مخالف للكتاب والسنّة فيكون باطلأ دون العتق ، واختاره فخر الدين .

قال رحمه الله : ولو شرط خدمة زمان معين صحيحة ، ولو قضى المدة آبقاً لم يعد في الرق ، وهل للورثة مطالبتة بأجرة مثل الخدمة ؟ قيل : لا ، والوجه اللزوم .
أقول : اذا شرط خدمة سنة مثلاً ثم آبى بعد العتق حتى مضت السنّة ، ليس للسيد ولا للورثة المطالبة بالخدمة ؛ لأن الزمان إن كان معيناً فقد فات ، والشرط لم يتناول غير المعين وإن كان مطلقاً فهو يقتضي الاتصال بالعقد ، فيصير كالمعين وقد فات فلا يضمن الخدمة بعثتها ؛ لأنها ليست من ذوات الأمثال ، وإنما يضمن القيمة وهي أجرة المثل .

إذا عرفت هذا ، فهل للسيد أو للورثة المطالبة بأجرة مثل المدة ؟ قال الشيخ في النهاية وابن البراج : لا ، لصحيحه يعقوب بن شعيب ، « قال : سألت أبي عبد الله عليه السلام عن رجل اعتق جاريته ، وشرط عليها أن تخدمه خمس سنين أو سنة . فابتلاه ومات الرجل فوجدها ورثته ، ألم أن يستخدموها ؟ قال : لا »^(١٦) . وقال ابن ادريس : يجب عليها الأجرة ، واختاره المصنف والعلامة وابنه

(١٥) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ١٢ ، حديث ١ - ٢ - ٣ .

(١٦) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ١١ ، حديث ١ ، وفي النسخ : خمسين سنة .

وأبو العباس ، وهو المعتمد ؛ لأن الخدمة مستحقة وقد فاتت أوقاتها ، فيرجع بقيمتها وهي أجرة المثل .

فرع : هل يجب على المعتق نفقة العتيق مدة الخدمة ؟ قال ابن الجنيد : نعم ، لقطعه عن التكسب ، ويحمل العدم ؛ لأنها تابعة للملك فينفق عليه من بيت المال أو الصدقات .

قال رحمه الله : لو نذر عتق أول مملوك يملكه ذلك جماعة ، قيل : يعتق أحدهم بالقرعة ، وقيل : يتخير ويعتق ، وقيل : لا يعتق شيئاً ؛ لأنه لم يتحقق شرط النذر ، والأول مروي .
أقول : هنا ثلاثة أقوال :

الاول : يعتق بعضهم بالقرعة وهو مذهب النهاية وابن البراج ، وهو ظاهر المصنف ، واختاره العلامة في المختلف وأبو العباس في المختصر ، لصحيحة الحلبى عن الصادق عليه السلام ، « في رجل قال : اول مملوك أملكه فهو حر ، فورث سبعة جيماً ؟ قال : يقرع بينهم ويعتق الذي يخرج اسمه » ^(١٧) .

الثانى : التخمير ، وهو مذهب ابن الجنيد ، واختاره المصنف ^(١٨) في المختصر ^(١٩) ، والشهيد في شرح الارشاد ، وأبو العباس في المذهب ، لرواية الصيقل عن الصادق عليه السلام ، ولالأصالة براءة الذمة من وجوب القرعة .

الثالث : بطلان النذر ، وهو قول ابن ادريس ، لعدم تحقق شرطه ، لأن نذر عتق اول مملوك يملكه ، وليس من ملك جماعة في حالة واحدة أول .

قال رحمه الله : من أعتق وله مال فالف له لولاه ، وقيل : إن لم يعلم به المولى

(١٧) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٥٧ ، حديث ١ مع اختلاف يسير .

(١٨) - في « م » : العلامة .

(١٩) - في غير الأصل : المختلف .

فهو له ، وإن علمه فهو للعمق إلا أن يستثنى المولى ، وال الأول أشهر .

أقول : هذه المسألة مبنية على أن العبد هل يملك أم لا ؟ فعلى القول بعدم الملك فما في يده لمولاه (سواء علم به السيد أم لا)^(٢٠) وسواء استثناء أم لا ، ومن أثبتت له الملك قال : إن علم به حالة العتق ولم يستثنى فهو للعبد ، وان استثناء فهو للسيد ، ومستندهم رواية^(٢١) زراره عن الصادق عليه السلام ، واشترط الشيخ تقديم الاستثناء ، بأن يقول : مالك لي وأنت حر ، ولو قال : أنت حر ومالك لي ، لم يصح عنده ، وبه قال فخر الدين تفريعا على القول بالملك ؛ لأنه إذا قال أنت حر وقع التحرير فلا يكون للاستثناء بعده فائدة ، والمشهور عدم اشتراط تقديم الاستثناء ؛ لأن الكلام كله كالجملة الواحدة ، لا يتم أوله إلا بأخره .

وتحقيق هذه المسألة مضى البحث فيه في باب البيع^(٢٢) .

قال رحمه الله : ولو اختلفت القيمة ولم يكن التعديل أخرج ثلثهم قيمة وطرح اعتبار العدد ، وفيه تردد .

أقول : اذا اعتقدت عبده او اعتقادهم في مرض الموت ، ولا مال سواهم ولم تجز الورثة ، او أوصى بعتق ثلاثة استخرج الثالث بالقرعة ، وحيثنة المفروض لا يخلو من ستة :

الاول : أن يمكن تعديلا لهم عددا وقيمة ، بان يكونوا ستة أو تسعه قيمتهم واحدة ، فيقسمهم ثلاثة اقسام قسماً للحرية وآخرين للرقية ، ويكتب ثلاث رقاع في واحدة حرية ، وفي آخرين رقية ، وتسريحهم يقال لرجل لم يحضر : اخرج على اسم هذا القسم ، فان خرجت رقعة الحرية عتق ، وان خرجت رقعة الرقية رق ،

(٢٠) - ما بين القوسين ليس في «م».

(٢١) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٢٤ ، حديث ١ عن الباقر (ع).

(٢٢) - ج ٢ ص ١٠٤.

واخرجت أخرى فان خرجمت (رقعة المحرية عتق ورق الثالث ، وان خرجمت)^(٢٣) رقعة الرقية رق وعنتق الثالث ، أو يكتب أسم كل قسم في رقعة ثم يخرج رقعة على المحرية فينعتق المسمون فيها وكان الباقيين رقا ، وان أخرج على الرقية رق المسمون فيها وافتقر الى اخراج أخرى على الرقية او المحرية ، فان أخرج على المحرية عتق المسمون فيها وكان الباقي رقا ، وان اخرج على الرقية رق المسمون فيها وكان الباقي حراً .

الثاني : أن يمكن تعديلهم بالعدد والقيمة معاً ، لكن قيمتهم مختلفة كستة قيمة كل واحد من اثنين ألف وكل واحد من آخرين ألفان ، وقيمة كل واحد من الباقيين ثلاثة آلاف ، فالمجموع اثنا عشر ألفاً ، فتجعل الا وسطين جزءاً واحداً من الاولين وواحداً من الاخرين جزءاً ، وكذا الثالث ثم تفرع كما تقدم .

الثالث : ان يمكن تعديلهم بالعدد دون القيمة ، او بالقيمة دون العدد ، (ولا يمكن الجمع بينهما كستة قيمة واحد ألف ، وقيمة اثنين ألف ، وقيمة ثلاثة ألف فان اعتبرنا العدد لم يكن التعديل بالقيمة ، وان اعتبرنا القيمة)^(٢٤) لم يكن التعديل بالعدد ، فحيثند ما المعتبر منها ؟

قال الشيخ رحمه الله : يعتبر القيمة ويترك العدد ، كما أن قسمة الدار اذا لم يكن بالمساحة والاجزاء عدلت بالقيمة ، وقال آخرون : يعتبر العدد ويترك القيمة ، فيضم الى من قيمته الف واحد من الثلاثة الذين قيمتهم الف ، فستكون عبдан أقل من ألف وعبدان اكثر من ألف ، لأن النبي صلى الله عليه وآله جعل كل عبدين جزءاً ، قال : وال الاول أصح عندنا ، وعنى بفعل النبي صلى الله عليه وآله ما رواه عمران بن حصين : « ان رجلاً من الانصار أعتق ستة عبد عند موته لم يكن

(٢٣) - ما بين القوسين ليس في « ان » .

(٢٤) - ما بين القوسين ساقط من « ان » .

له مال غيرهم فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وآله ، فقال قولاً سديداً ودعاهم فجزاهم ثلاثة أجزاء ، ثم أقرع بينهم فأعتقد عبدين وأرق أربعة^(٢٥) وحملت على تساوى القيمة .

وتردد المصنف من اطلاق الرواية الدالة على اعتبار العدد ، ومن حصول الضرر على الورثة بحصول التشخيص في العتق ، وهو ضرر عظيم ، ومراعاة ما لا يضر فيه أولى .

الرابع : أن يمكن التعديل بالعدد دون القيمة ، كستة قيمة اثنين ألف ، وقيمة اثنين خمسة ، وقيمة اثنين سبعة ، فيقسم أثلاثاً بالعدد كل اثنين قسماً ، فتجمل كل واحد من قيمتها (ألف ، وواحد من قيمتها خمس مئة جزء ، وتتحمل اللذين قيمتها)^(٢٦) سبع مئة جزء ثم يقرع ، فإن أخرجت القرعة على جزء قيمته أقل من الثالث اعتقاً ، واكمل الثالث من الباقي بالقرعة ، وإن خرجت على جزء قيمته أكثر من الثالث أقرع بينها ، فينبعق من تخرجه القرعة ومن الباقي^(٢٧) تتمه الثالث ، ويسمى في باقيه للورثة .

الخامس : أن يمكن تعديلهم بالقيمة دون العدد ، كسبعة قيمة أحدهم ألف ، وقيمة اثنين ألف ، وقيمة أربعة ألف ، فيعدلون بالقيمة .

ال السادس : أن لا يمكن تعديلهم لا بالعدد ولا بالقيمة ، كخمسة قيمة أحدهم ألف ، وقيمة اثنين ألف ، واثنين ثلاثة آلاف ، فحيثند يكتب خمس رقاع بأسمائهم ثم تخرج على الحرية ، فإن كان الخارج بقدر الثالث عتق ، وإن زاد سعى في الباقي ، وإن نقص أكمل من الباقي ، واستقرب العلامة هذا العمل في جميع الفروض .

(٢٥) - سنن أبي داود ، ج ٢ ، كتاب العتق ، الباب ١٠ فيمن أعتقد عبداً له لم يبلغهم الثالث ، ص ٢٤٠ ، حدث ٣٩٥٨.

(٢٦) - ما بين القوسين ساقط من «م» .

(٢٧) - في «م» و«ن» : الباقي .

قال رحمه الله : من أشتري أمة نسبيّة ولم ينقد ثمنها فأعتقها ، وتزوجها وماتت ولم يختلف سواها ، بطل عتقه ونكاوه ، ورددت الى البائع رقاً . ولو حلت كان ولدها رقاً ، وهي رواية هشام بن سالم ، وقيل : لا يبطل العتق ، ولا يسرق الولد ، وهو أشبه .

أقول : سبق البحث في هذه في باب النكاح^(٢٨) .

قال رحمه الله : اذا اوصى بعتق عبد فخرج من الثالث لزم الوارث اعتاقه ، فان امتنع اعتقه الحاكم ، ويحكم بحريته حين الاعتق لا حين الوفاة . وما اكتسبه قبل الاعتق وبعد الوفاة يكون له ، لاستقرار سبب العتق بالوفاة . ولو قيل : يكون للوارث لتحقق الرق عند الاكتساب ، كان حسناً .

أقول : ذكر المصنف وجهي المسألة ، والأول مذهب الشيخ في المسوط ، والثاني اختيار العلامة وهو المعتمد ؛ لأنّه قبل العتق رق لا يملك شيئاً .

قال رحمه الله : اذا أعتق مملوک عن غيره باذنه وقع العتق عن الامر ، وينتقل الى الامر عند الامر بالعتق ، ويتحقق العتق في الملك ، وفي الانتقال تردد .

أقول : مضى البحث في هذه في باب الكفارات مستوفاً فليطلب من

هناك^(٢٩) .

قال رحمه الله : والعتق في مرض الموت يمضى من الثالث ، وقيل : من الاصل ، والأول مروي^(٣٠) .

أقول : قد مضى البحث في هذه أيضاً في باب الوصايا^(٣١) ، وهل تعتبر قيمة العتق يوم الوفاة أو يوم العتق ؟ قال الشيخ في المسوط : قيمة من أعتقه في مرضه

(٢٨) - ص ١٠٨ .

(٢٩) - ص ٣٠٥ .

(٣٠) - الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ١٧ ، حديث ١٣ .

(٣١) - تقدم في الجزء ص

يوم الاعتقاد ؛ لأنه وقت إتلافه ، وقيمة من أوصى بعنته تعتبر يوم الوفاة ؛ لأنه وقت استحقاق العتق ، ومثله قول ابن الجنيد .

والتحقيق : أن الاصل في هذه المسألة أن العبد اذا اعنته مولاه المريض ولا شيء سواه^(٢١) ثم مات العبد قبل مولاه ، هل يكون حرأ كله أو رقا كله ، أو يعتق ثلثه لغيره ؟ يحتمل الاول ، لعدم الفائدة للوارث في رده الى الثالث ، ويحتمل الثاني لعدم تلك الوارث ضعفه ، ويحتمل الثالث كما لو بقي حق مات المولى ، فان قلنا : إنه يتحرر كله ، فالوجه مذهب العلامة في المختلف ، وهو اعتبار القيمة حين الوفاة وان نقصت قيمة المنجز ؛ لأنه لو بقي عبدا لم يتفاوت على الورثة ، سواه نقص القيمة فلم يتلف عليهم أكثر منها ، وان زادت القيمة كان بمنزلة الكسب للعلم يعتق شيء منه وقت الاعتقاد ، فإذا زادت قيمة المعتق لم تحسب الزيادة المقابلة للشيء المعتق منه من التركة وعلى (اعتبار القيمة وقت الاعتقاد)^(٢٢) تحسب على المعتق^(٢٤) ، وأما ما قابل الرق فتحسب زيادته من التركة فان خلف ضعف قيمته الاولى من غيره عتق كله ، وإن خلف أقل او لم يختلف شيئاً دخلها الدور لزيادة التركة بزيادة قيمة الرق (من العتق)^(٢٥) فيكثر العتق ، فتقل التركة ، فيقل العتق ، فيكثر التركة ، وذلك دور .

وطرق استخراج معرفة مقدار ما انتق منه أن يقول : لو كانت قيمة منه وقت العتق ثم مات السيد ولم يختلف سواه بعد أن صارت قيمته ثلاثة مئة فنقول : عتق منه شيء وله من زيادة القيمة شيئاً ؛ لأن الزيادة بقدر القيمة مرتان^(٢٦) ،

(٢١) - كذا .

(٢٢) - ما بين القوسين ليس في «ن» وفي «م» و(ر) بدل ما بين القوسين : قول الشيخ .

(٢٤) - في «م» زيادة : ثم يحسب الزيادة المقابلة للشيء المعتق من التركة وعلى قول الشيخ .

(٢٥) - في النسخ وليس في الاصل .

(٢٦) - في النسخ : مرتين .

وللورثة شيئاً ضعف ما انتق منه ، فيصير العبد في تقدير خمسة أشياء ، ثلاثة له واثنان للورثة ، فينعتق منه مئة وثمانون ، وللورثة مئة وعشرون ، ولو صارت قيمته مئتين وخلف السيد مئة غيره ، فنقول : عتق منه شيء ، ولو من نفسه باعتبار زيادة القيمة شيء آخر ، وللورثة من نفسه ومن المئة شيئاً باعتبار ما انتق منه ، فالمجموع في تقدير أربعة أشياء ، شيئاً للعبد من نفسه ، وشيئاً للورثة ، فالشيء خمسة وسبعين ، فينعتق منه ثلاثة أرباعه ، وتسليم المئة والربع الآخر للورثة .

وإذن قلنا بالاحتلال الثاني ، وهو أن العبد إذا مات قبل سيده مات كله رقا ، كان الاعتبار بالقيمة يوم الاعتقال ، كما ذهب إليه الشيخ وابن الجنيد ؛ لأن وقت الالتفاف فإذا زادت القيمة فلا عبرة بالزيادة عندهما ، وإن نقصت دخلها الدور أيضاً على قوتها ؛ لأنما لا نعلم مقدار ما عتق منه حتى يعلم مقدار ما يحصل للورثة ، ولا نعلم حتى نعلم مقدار ما عتق منه .

وطريق استخراج معرفة القدر الذي انتق منه أن نفرض قيمته مثلاً حال الاعتقال ، ثم نفرض رجوعه إلى خمسين حال موت السيد ، فنقول عتق منه شيء ورجع إلى نصف شيء بيقى خمسون لا نصف شيء ، يعدل ضعف ما عتق منه ، وذلك شيئاً فاجبر الخمسين بنصف شيء ، وقابل بهته ليصير خمسين كاملة ، تعدل شيئاً (٢٧) ونصف شيء ، فالشيء عشرة ، فلما حكنا برجوع الشيء إلى نصف شيء ظهر أن المعتق خمس العبد ، لأن نصف شيء هو خمس شيئاً ونصف ، وكان قيمة خمس العبد يوم الاعتقال عشرين ، وعادت يوم موت السيد إلى عشرة ، وبقي للورثة أربعة أخماس ، وقيمتها يوم موت السيد أربعون وهي (٢٨) ضعف قيمة خمسه يوم الاعتقال .

(٢٧) - في الأصل والنسخ : ستين . وما أبنته فهو من «أ» .

(٢٨) - في النسخ : وهو .

ولو خلف السيد مئة أخرى ، فعل مذهب العلامة ينعتق كله لخروجه من الثالث ، وعلى مذهب الشيخ وابن الجنيد نقول : عتق منه شيء ورجع^(٢٩) إلى نصف شيء بقي منه خمسون النصف شيء ، يبقى للورثة المئة والخمسون النصف شيء يعدل شيئاً ، وبعد الجبر والمقابلة تصير المئة والخمسون تعدل شيئاً ونصف ، فالشيء ستون فينعتق منه ثلاثة أخاسه هي الآن ثلاثون ، وللورثة مئة وعشرون ضعف ما عتق منه حالة الاعتقاد .

ولو أعتق ثلاثة أبعد قيمه كل واحد مئة يوم الاعتقاد فعادت قيمة أحدهم إلى خمسين يوم موت السيد ، أقرع بينهم ، فان خرجت رقة الحرية للذى أقصى قيمة عتق ثلث آخر من الاثنين الباقيين بالقرعة على مذهب الملاكم رحمة الله ، وعلى مذهب الشيخ وابن الجنيد لم يعتق من الآخر شيء ؛ لأن قيمة المعتق يوم الاعتقاد وينبغي أن يبقى للورثة ضعفها وان خرجت القرعة لأحد الآخرين فعل قول العلامة وقوطها تعتق خمسة اسداسه وقيمتها ثلاثة وثمانون وثلاث وسبعين ويبقى للورثة سدسها والآخران وقيمتها مئة وستة وستون وثلاثان ضعف ما عتق منه ؛ لأن المحسوب على الورثة الباقي بعد النقصان وهو متنان وخمسون وقس على هذا جميع ما يرد في هذا الباب .

وانما طولنا البحث في هذه لخلو أكثر مصنفات أصحابنا عنها وقد يحتاج الفقيه إلى معرفة ذلك .

قال رحمة الله : اذا اعتقد ثلاثة إمام في مرض الموت ، ولا مال له سواهن اخرجت واحدة منهن بالقرعة . فان كان بها حبل تجدد بعد الاعتقاد فهو حر اجماعاً . وان كان سابقاً على الاعتقاد ، قيل : هو حر أيضاً وفيه تردد .

أقول : القائل بحرية الحال وان كان سابقاً على العتق هو الشيخ في المبسوط

(٢٩) - في «ر١» : أو رجع .

وابن الجنتيد رحيمها الله ، وهو بناء على مذهبها من أن الحمل جزء من المحامل يتبعها في البيع والعتق وغير ذلك من العقود الناقلة ، وتردد المصنف بما قاله ، ومن سبق رق الحمل على اعتناق أمه ، والاصل بقاوته على ما كان عليه وهو منفرد عن الأم وليس كالجزء منها ، بل هو كالثماء وهو المعتمد .

واعلم أن تقدير المسألة تساوي قيمة الثلاث بحيث يكون كل واحدة ثلث التركة ، ولابد من تقويم الحمل فعلى تقدير يقوم من الثالث ، وعلى تقدير رفيته يقوم على الورثة .

في السراية

قال رحمه الله : وقيل : إن قصد الاضرار فكه إن كان موسرا ، أو بطل عنته
ان كان معسرا وان قصد القربة عنت حصته ، وسعى العبد في حصة الشريك ، ولم
يجب على المعتق فكه .

أقول : اذا اعتقد احد الشريكين حصته لا يخلو إما أن يكون موسرا أو
معسرا فهنا قسمان :

الاول : في الموسر ، وشرط الشيخ (عليه في التقويم)^(٤٠) قصد الاضرار
لشريكه ، ومع قصد القربة لا يقوم عليه بل يستحب له افتكاكه ، فان فكه والا
سعى العبد ، وان امتنع من السعي كان له بقدر ما اعتقد منه لمولاه الباقى ، واحتج
برواية الحلبى الحسنة ، عن الصادق عليه السلام : « انه سئل عن رجلين كان بينهما
عبد فاعتق أحدهما نصبه ؟ فقال : إن كان مضادا كلف أن يعتقد كلها^(٤١) والا
استسعى العبد في النصف الآخر » ، وأورد أبن ادریس عليه لزوم التناقض

(٤٠) - في النسخ بدل ما بين القوسين : في التقويم عليه .

(٤١) - من النسخ وليستا في الاصل .

لاشرط نية القربة في العتق ، ومع قصد الاضرار تنقضي القربة ، فلا عتق حيث ذلك . وأحاجي العلامة بأن الشيخ لم يقصد انه اعتق لمجرد^(٤٢) الاضرار من غير قصد التقرب ، وهو لا ينافي منع الشريك من التصرف في حصته ، ومعنى الاضرار هو هذا ، وهو معلوم أنه لو قصد التقرب لغير حصل هذا النوع من الضرر^(٤٣) ، فلما كان تضرر الشريك حاصلا على التقديرين لم يكن قصد الاضرار مانعا من اراده التقرب ، فإنه لا يزيد بالاضرار شيئا زائدا^(٤٤) على المقدر في الشرع ، وإذا كان ذلك القدر حاصلا على كلا التقديرين لم يكن مانعا من العتق قصده أو لا .

هذا آخر كلام العلامة رحمه الله .

وأجبته^(٤٥) قلت : والتحقيق ان ضم نية اللازم الى نية القربة هل يقدح في نية القربة ، كضم نية البر الى نية القربة في الموضوع أم لا ؟ فان قلنا ببطلان الموضوع مع ضم نية التبرد قلنا ببطلان العتق هنا ، وإن قلنا بصحته قلنا بصحة العتق هنا ؛ لأن الاضرار لازم بعتق الشريك كما أن التبرد لازم لل موضوع ، والمشهور التقديم مطلقا ، لموم قول النبي عليه السلام : « من أعتق شفلا من عبد وله مال قوم عليه الباقي »^(٤٦) (القسم الثاني) : الميسر وفيه ثلاثة أقوال :

الاول : إن قصد الاضرار بطل العتق ، وإن قصد القربة استساعي العبد في فك رقبته ، فان امتنع من السعي كان له من نفسه بقدر ما عتق منه ولو لاه الباقي ، وهو قول الشيخ في النهاية .

(٤٢) - في النسخ : بمجرد .

(٤٣) - في النسخ : التضرر .

(٤٤) - في الاصل : أبداً ، وما أثبتناه من النسخ .

(٤٥) - هذه الكلمة ليست في النسخ .

(٤٦) - سنن البيهقي : ج ١٠ ص ٢٨٥ ، سنن أبي داود : كتاب العتق ، باب في ذكر سعایة العبد ، حديث ٢ .

الثاني : استقرار الرق في الباقى ، وهو قول الشيخ في المبسوط .

الثالث : إستسقاء العبد في نصيب الشريك ، وهو المشهور . والمستند في

الجميع الروايات .

فرع : اذا وجب على العبد السعي ، هل يكون جميع سعيه له او له منه بقدر الحرية ؟ يحتمل الاول ، لما رواه القاسم بن محمد عن الصادق عليه السلام « قال سأله عن مملوك بين اثنين فاعتق أحدهما نصيبه ؟ قال : يقوم عليه ثم يستسعي فيها بق ، وليس للثاني أن يستخدمه ولا يأخذ الضريبة »^(٤٧) ، وهو يدل على انقطاع الشريك من التصرف فيه وفي كسبه ، ونحوها رواية سليمان بن خالد^(٤٨) ، عن الصادق عليه السلام ، وهو ظاهر القواعد والدورس .

ويحتمل الثاني : لأن الماء تابع للاصل فيكون نصيب الرقية للشريك ؛ لأنه ماء ملكه فلو كان محسوبا عليه كان قد فك ماله بالله .

قال رحمه الله : وتعتبر القيمة وقت العتق لانه وقت الميلولة ، وتنعد حصة الشريك باداء القيمة لا بالاعتقاق ، وقال الشيخ : هو مراعى .

أقول : اختلف الاصحاح في أي وقت ينعتق نصيب الشريك مع اجتناب شروط السراية ، قال المفید والشيخ في النهاية : عند الاداء ، واختاره المصنف والعلامة في التحرير والمختلف : لأن للاداء مدخلان في العلة^(٤٩) ، وهذا لا ينعتق مع الاعسار ، ولأنه لو انعمت مع الاعتقاق لزم تضرر الشريك بتقدير هرب المعتق أو اعساره^(٥٠) قبل الاداء ، ولقوله عليه السلام : « لاعتق الا في ملك »^(٥١) ، وهو قبل

(٤٧) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ١٨ ، حديث ١٠ ، مع اختلاف يسير .

(٤٨) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ١٨ ، حديث ٩ .

(٤٩) - في النسخ : العلية .

(٥٠) - في « ن » : اعتبار وفي « ر » : إذا إعساره .

(٥١) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٥ ، حديث ٢ ، مع اختلاف يسير .

الاداء غير مالك لحصة الشريك فلا ينفذ العتق فيها ، ولرواية محمد بن قيس (٥٢) ، عن الباقي عليه السلام الدالة على توقف الاعتقاق على الاداء .

وقال الشيخ في المسوط : يكون مراعى إن أدى تبيناً عتقه (٥٣) وإن لم يؤد حق مات أحدهما أو أفسر المعتقد تبيناً رقه . ووجهه الجمع بين قول الشيخ عتقه باللفظ وعتقه بالاداء ، وقال ابن ادریس : يعتقد جميعه حالة الاعتقاق ، ومستنده (رواية سليمان بن خالد) (٥٤) ورواية : غياث بن ابراهيم (٥٥) ، عن الصادق عليه السلام ، وفخر الدين والشهيد في شرح الارشاد توافقاً في هذه المسألة .

ويتفرع على عتق حصة الشريك بالاداء أو الاعتقاق فروع :

الاول : لو أعتقد الشريك بعد إعتقاد شريكه نفذ العتق ، لمصادفته الملك على الاول ويسقط الغرم على المعتقد اولاً ، وعلى الثاني لا يسقط الغرم عنه لبطلان عتق الثاني ، لمصادفة الحرية .

الثاني : لو اختلفا في القيمة بعد مضي زمان يمكن تغيره ، قدم قول المعتقد عند ابن الجينيد ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد والارشاد ، سواء قلنا : يعتقد بالاداء أو الاعتقاق ؟ لأنه غارم ، ولصوم قوله عليه السلام : « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » (٥٦) ، وبناها الشيخ على العتق باللفظ او بالاداء ، فعلى الاول القول قول المعتقد ، وعلى الثاني يحلف الشريك ؛ لأن التصريح ينزع من يده ، واختاره العلامة في التحرير والشهيد في الدروس .

الثالث : يعتبر القيمة عند الاداء على الاول عند الشهيد ، وعند المصنف

(٥٢) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ١٨ ، حدث ٣ .

(٥٣) - في النسخ : زيادة (حالة الاعتقاق) بعد قوله : (عتقه) .

(٥٤) - ما بين التقوسين ليس في « ن » والرواية في : الوسائل ، كتاب العتق ، باب ١٨ ، حدث ٩ .

(٥٥) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٦٤ ، حدث ١ .

(٥٦) - الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ٢٥ من ابواب كيفية الحكم وأحكام الدعاوى ، حدث ٣ .

والعلامة حالة الاعتقاق مطلقاً.

الرابع : لو مات العبد قبل الاداء مات بعضا ولا شيء على المباشر على الاول ، وعلى الثاني يموت حراً ويغrom المباشر .

الخامس : لو مات المباشر قبل الاداء يسعى العبد في باقيه على الاول ، وتوخذ قيمة حصة الشريك من التركة على الثاني .

السادس : لو أدعى على شريكه العتق فانكره وحلف ، بقي نصيب المدعي على الرق لغير^(٥٧) ، لا عترافه بعتقه فلا يبطل بانكار الشريك .

السابع : لو أدعى كل واحد من الشركيين عتق شريكه تحالفاً واستقر ملكهما عليه على الاول إن كانا موسرين ، وتحرر على الثاني ، لا عتراف كل منها بعتق شريكه ، ولو كانوا مسرين سعى لها ، ولو كانوا عدلين ، قال العلامة في التحرير : يحلف معها ويتحرر^(٥٨) أو يحلف مع أحدهما ويتحرر نفسه ، ومثله قال في القواعد ، وهو يقتضي ثبوت العتق بالشاهد واليمين ، (مع أنه جزم في كتاب القضاء من الكتابين مما (بعدم^(٥٩)) ثبوت العتق بالشاهد واليمين)^(٦٠) ، وهو المشهور بين الأصحاب ، ثم أوصى في كتاب الشهادات من الكتابين الى ثبوت العتق بشاهد وامرأتين ، وهو يقتضي ثبوته بالشاهد واليمين ؛ لأن كل ما يثبت بشاهد وامرأتين يثبت بشاهد ويمين .

قال رحمة الله : ولو ورث شخصاً من ينعتق عليه ، قال في الخلاف : يقوّم عليه ، وهو بعيد .

أقول : عتق الشخص إما مباشرة بالصيغة وقد مضى حكمه ، او بالسبب

(٥٧) - في النسخ : على الأول .

(٥٨) - ليست هذه الكلمة في «ن» .

(٥٩) - هذه الكلمة ليست في «ر» .

(٦٠) - ما بين القوسين ليس في «م» .

وهو ملك القريب ، والملك إما باختياره أو لا ، فهنا قسمان :
 الاول : ان يملك الشخص باختياره ، كالبيع والهبة والصلح والصداق ، فهذا
 هل يقوم عليه الباقي مع يساره أم لا ؟ قال الشيخ في المبسوط بالتفصيم واختاره
 العلامة وابنه ؛ لانه فعل سبب العتق اختياراً فكان كالمباشر .

الثاني : أن يملك الشخص بغير اختياره كالارث ، قال الشيخ في الخلاف :
 يقوم عليه أيضاً ، واستدل باجماع الفرقه وأخبارهم^(٦١) ، وقال في المبسوط : لا
 يقوم ، وهو المشهور بين الاصحاب ، وهو المعتمد ، لأصلة براءة النسبة ، ولأن
 العتق ليس من فعله فلا يسري عليه .

قال رحمه الله : ولو أعتق الحامل تحرر العمل وإن استثنى رقه على رواية
 السكوني ، عن أبي جعفر عليه السلام ، وفيه اشكال منشأه : عدم القصد الى
 عنته .

أقول : مضى البحث في هذه ، وبضمون الرواية^(٦٢) أفتى الشيخ في النهاية
 وتبعه ابن البراج وابن حزنة ، والمعتمد عدم تبعية العمل لامة في^(٦٣) العتق ولا في
 البيع ولا يسري عنته ؛ لأن السراية في الاشخاص لا في الاشخاص .

قال رحمه الله : فإذا دفع لعنة قيمة نصيب شريكه ، هل ينعتق عند الدفع ،
 أو بعده ؟ والاشبه انه بعد الدفع ليقع العتق في الملك ، ولو قيل بالاقتران كان
 حسناً .

أقول : منشأ التردد من عموم قوله عليه السلام : « لا عتق الا في ملك »^(٦٤) ،
 وهو لا يملك الا بالاداء فيكون العتق بعده ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، ومن

(٦١) - راجع ما ذكره في عيون الحقائق الناظرة ، ج ١ ، ص ٢٩٣ .

(٦٢) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٦٩ ، حدیث ١ .

(٦٣) - في « ر١ » : لا في .

(٦٤) - تقدم ص ٣٧٣ .

قيام الاداء هنا مقام الصيغة ، فيقع العنق مقارنا للاداء كما يقع مقارنا للصيغة ،
لتساويها في سبيبة العنق .

في الملك

قال رحمه الله : ولو ملك الرجل من جهة الرضاع من ينعتق عليه بالنسبة
هل ينعتق عليه ؟ فيه روايتان أشهرها : المتفق .

أقول : أما الرواية المتضمنة للمعنى فرواية الحلبي ^(٦٥) ، ومثلها رواية ابن بن
عثيأن ^(٦٦) ، عن الصادق عليه السلام ، واختاره المصنف والعلامة وهو المعتمد ، وأما
الرواية المتضمنة لعدم المتفق فرواية عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام
« قال : اذا اشتري الرجل أباً أو أخيه فلكله فهو حر الا ما كان من قبل
الرضاع » ^(٦٧) ، ومثلها رواية الحلبي ، عن الصادق عليه السلام « في بيع الام من
الرضاع ؟ قال : لا بأس » ^(٦٨) ، وبضمونها افتى الشيخ سلار وابن أدريس .

قال رحمه الله : اذا ملك شقاصاً من ينعتق عليه [لم] يقوم عليه ان كان
مسراً ، وكذا لو ملكه بغير اختياره ، ولو ملكه اختياراً وكان موسراً قال الشيخ :

(٦٥) - الوسائل ، كتاب المتفق ، باب ٨ ، حديث ١ .

(٦٦) - الوسائل ، كتاب المتفق ، باب ٨ ، حديث ٢ .

(٦٧) - التهذيب ، كتاب المتفق والتديير والمكاتبة ، باب ١ ، حدث ١١٨ ، ولم نعثر عليه في الوسائل .

(٦٨) - التهذيب ، كتاب المتفق والتديير والمكاتبة ، باب ١ ، حدث ١١٩ ، ولم نعثر عليه في الوسائل .

يقوم عليه ، وفيه تردد .

أقول : منشئه من أصلالة براءة الذمة من التقويم ، خرج ما وقع عليه الاتفاق وهو التقويم مع مباشرة عتق شخص ، يبق الباقي على الاصل ، ومن أنه ملك بعض قريبه باختياره مع علمه بأنه ينعتق عليه ، فكان كالمباشر للعтик ، فيجب تقويمه عليه ، وهو مذهب الشيخ واختاره العلامة وأبنه .

قال رحمه الله : ولو أوصى له ببعض من ينعتق عليه وكان مسراً ، جاز القبول ، ولو كان المولى عليه موسراً ، قيل : لا يقبل ؛ لأنَّه يلزم افتراكه ، والوجه القبول ، إذا الأشبه : أنه لا يقوم عليه .

أقول : هذه المسألة مبنية على وجوب الافتراك وعدمه ، فالقاتل بوجوبه يمنع من القبول ، والقاتل بعدم الوجوب لا يمنع منه ، وقد تقدم البحث في ذلك^(٦٩) .

في العوارض

قال رحمه الله : واما العوارض فهي العمى ، والجذام ، والاقعاد ، وإسلام الملوك في دار الحرب سابقاً على مولاه ، ودفع قيمة الوراث ، وفي عتق من مثل به مولاه تردد ، والمروي : أنه ينعتق .

أقول : منشأه من أصلالة بقاء الرق والملك ما لم يثبت المزيل المتفق عليه ، ومن الرواية الصحيحة المتضمنة للعتق بالتنكيل ، روى الصدوق في الصحيح ، عن أبي بصير ، عن الصادق عليه السلام « قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن نكل بملوكيه : إنه حر لا سبيل عليه »^(٧٠) والمشهور العمل بضمون الرواية ، وقال ابن ادريس : أورد شيخنا هذه الرواية في نهايته إبراداً ، وهو يدل على ضعفها عنده .

(٧٠) - من لا يحضره الفقيه ، باب ٥٣ في المعرفة حديث ٥ ، لكنه رواه عن أبي جعفر عليه السلام وكذلك الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٢٢ ، حديث ٢ .

كتاب التدبیر

في العبارة

قال رحمه الله : وفي صحة تدبيره بعد وفاة غيره كزوج المملوكة، ووفاة من يجعل له خدمته تردد ، اظهيره الجواز ، ومستنده النقل .

أقول : منشوه من أن العتق يقبل التأخير كما أنه يقبل التجيز ، ولا تفاوت بين الاشخاص فإذا جاز تعلقه^(١) بوفاة المالك جاز تعليقه بوفاة غيره ، ولما رواه الشيخ في الصحيح ، عن يعقوب بن شعيب « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له الخادم ، فقال : هي لفلان تخدمه ما عاش ، فإذا مات فهي حرمة ، فتأتي الأمة قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ست سنين ثم يجدها ورثة ، ألم أن يستخدموها بقدر ما أبقيت ؟ فقال : إذا مات الرجل فقد عتقت »^(٢) ومن أصلالة بقاء الرق ، والتدبير في عرف الشرع هو عتق العبد بعد موت مولاه ، والمحمول له الخدمة غير المولى فلا يصح التدبير بهمه ، (ولأن

(١) - في النسخ : تعليقه .

(٢) - التهذيب ، كتاب العتق والتدبير والمكانتة ، باب ٢ التدبير ، حديث ٢٨ . وفي الاستبصار ، كتاب العتق ، باب ١٧ من أبواب التدبير ، حديث ٢ . وفي الوسائل ، كتاب التدبير باب ١١ حديث ١ .

التدبير^(٢) وصية وهي لاتصح معلقه بموت غير الموصي ، ولأن التدبير لصلاح تعليقه على موت غير المالك لبطل بالاباق ، كما يبطل به اذا علق بموت المالك ، وهو مذهب ابن ادريس والاول مذهب الشيخ في النهاية ، وتبعه ابن حمزة وابن البراج واختاره المصنف والعلامة وابنه .

وأجاب العلامة بعدم الملازمة بين الصحة والبطلان بالاباق ، ولأن حمله على تعليقه بموت المولى قياس لا تقول به ، وللحصول الفارق بينهما : لأن الخدمة اذا جعلت للمولى ثم أبقي فقد قابل النعمة بالكفر والاباق ، ففيبطل التدبير مقابلة بنقض مقصوده ، كقاتل العدد في المنع من الارث ، بخلاف ما اذا جعلت الخدمة للغير .

اذا عرفت هذا فالنص إنما ورد بجواز التعليق بموت من جعلت له الخدمة ، ثم عداء المنصف والعلامة الى التعليق بموت زوج الامة للمشابهة ، قال الشهيد : ويظهر من ابن الجنيد جواز تعليقه بموت الغير مطلقا ، قلت : وهو اللازم من تعليل العلامة في المختلف ؛ لأنه قال : لانا أن العتق قابل للتأخير كما هو قابل للتجزئ ، ومعلوم أنه لا تفاوت بين الاشخاص في ذلك ، وهذا يدل على جواز تعليقه على موت الغير مطلقا .

فرع : على القول بجواز تعليقه بموت الغير لو مات ذلك الغير في حياة المدير كان التدبير ماضيا من الاصل ، ولو مات المالك أولاً خرج من الثالث وليس للورثة الرجوع بتديريه ثم^(٤) مع خروجه من الثالث (لابحث)^(٥) ، ولو خرج بعضه من الثالث كان ذلك البعض مدبرا يتحرر بموت من علق تديريه على موته ،

(٢) - ما بين القوسين ليس في « ر١ » .

(٤) - هذه الكلمة ليست في النسخ .

(٥) - ما بين القوسين ليس في النسخ ، وفي الاصل في نسخة دون أخرى .

ثم يسمى للورثة في باقيه .

قال رحمه الله : ولو كان الملوك لشريكين ، فقلالا : إذا متنا فأنت حر ، انصرف قول كل واحد منها الى نصيبيه وصح التدبير ، ولم يكن معلقاً على شرط ، وينتفع بعوتها إن خرج نصيب كل واحد منها من ثلاثة ، ولو خرج نصيب أحدها تحرر وبقي نصيب الآخر أو بعده رقا ، ولو مات أحدوها تحرر نصيبيه وبقي نصيب الآخر حتى يموت .

أقول : أطلق المصنف صحة التدبير مع قولهما : اذا متنا فأنت حر ، ثم حكم بأنه لو مات أحدوها تحرر نصيبيه من ثلاثة^(٦) ، وبقي نصيب الآخر حتى يموت ، وهذا الذي حكاه جميعه قول الشيخ رحمه الله .

ونقل العلامة : في القواعد قول المصنف ، ثم قال : أما لو قصدا عنته بعد موتها بطل التدبير ، وإنما يصح لو قصدا توزيع الأجزاء على الأجزاء ، ويحمل اطلاق المصنف على هذا التفصيل ، وقال الشهيد في دروسه : ولو قال الشريكان فإذا متنا فأنت حر ، وقصدا تبعية النصيب بموت صاحبه وقع ، وإن قصدا تبعيته بعوتها بطل ، وهو موافق لمذهب القواعد ؛ لأن معنى قوله في القواعد : وإنما يصح لو قصدا توزيع الأجزاء على الأجزاء ، وهو ما قاله الشهيد رحمه الله ، وهو تبعية النصيب بموت صاحبه .

وقال في التحرير - بعد أن نقل كلام الشيخ - والوجه عندي بطلان التدبير الامع تجويز التعليق بموت الغير ، نعم لو قال كل واحد منها : اذا مت فنصببي حر ، كان تدبيراً صحيحاً وكان الحكم فيه ما تقدم .

وقال في الارشاد : ولو قال الشريكان : فإذا متنا فأنت حر ، لم يتعق شيء بعوتها حتى يموت الآخر ، وليس للورثة بعده حتى يموت الشريك .

(٦) - في «ر١» : الثالث .

فظهر من هذه العبارة أن للعلامة في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

الأول : قوله في القواعد : وهو تقيد الصحة بقصد توزيع الأجزاء على

الأجزاء ، أي ^(٧) قصد تبعية ^(٨) النصيب بموت صاحبه ، وتابعه الشهيد .

الثاني : قوله في التحرير وهو بطلان التدبير ^(٩) مطلقاً إذا قالا : إذا ماتنا فأنت

حر ، وإنما يصح إذا قال كل منها : إذا مات فنصببي حر ، وبين ^(١٠) جوازه إذا قالا إذا

ماتنا فأنت حر ، على القول بجواز التعليق بموت الغير ، ومراده بالغير غير المالك

والزوج المجعل له الخدمة ؛ لأن الشريك ليس من هؤلاء ، وهذا قول نادر كما

تقدمنا .

الثالث : قوله في الارشاد وهو الصحة مطلقاً وإن قصداً عتقه بموتهما ، بدليل

قوله لم يعتقد منه شيء بموت أحدهما حتى يموت الآخر ، وهذا يدل على أنها لم

يقصداً عتقه إلا ^(١١) بعد موتها ^(١٢) ، إذ لو قصد تبعية النصيب بموت صاحبه تحرر

بموته ، وقول الارشاد خارج عن تقدمه من الأقوال ، وينفهم منه جواز التعليق

على شرط ؛ لأنه إذا لم يتحرر نصيب كل واحد عند موته كان موت كل واحد

شرطًا في تحرير نصيب الآخر ، والمعتمد مذهب القواعد .

قال رحمة الله : وفي اشتراط نية القرابة تردد ، والوجه أنه غير مشترط .

أقول : منشئه من أن التدبير هل هو عتق أو وصية ؟ فعلى الأول يشرط

(٧) - في «ر» : إن .

(٨) - هذا من النسخ ، وفي الأصل : بتبعية .

(٩) - من النسخ وفي الأصل : التحرير .

(١٠) - في النسخ : وبين .

(١١) - هذه الكلمة موجودة في النسخ ، وفي الأصل جعلت على نحو النسخة البذر .

(١٢) - في هذه الكلمة من «ن» و «ر» وفي الأصل و «م» : موت أحدهما .

نية القربة على القول باشتراطها في العتق ، وهو مذهب ابن ادريس ، وعلى الثاني لا يشترط نية القربة ، لعدم اشتراطها في الوصية ، وهو المشهور بين الاصحاب .
ويتفرع على القولين جوازه من الكافر (وعدمه)^(١٢) ، وعلى اشتراط القربة لا يصح تدبيره ، ويصح على عدم الاشتراط ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : الشرط الثاني تجريدها عن الشرط والصفة في قول مشهور للاصحاب .

أقول : المشهور بين الاصحاب أن التدبير لا يصح^(١٤) معلقاً على شرط ولا صفة ، قال الملاحة : للاجماع المتفق يبتنا على أن العتق بشرط باطل ، وذهب ابن البراج الى وقوعه معلقاً بالشرط والصفة ، والاول هو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو حلت بملك سواء كان عن عقد أو زنا أو شبهة كان مدبراً كاملاً ، فلو رجع المولى في تدبيره لم يكن له الرجوع في تدبير ولدها ، وقيل : له الرجوع ؛ والاول مروي .

أقول : القول الاول - وهو عدم جواز الرجوع في تدبير الولد - قول الشيخ في النهاية والخلاف ، وتبعه ابن حمزة وابن البراج ، وهو ظاهر المصنف هنا وصرح به في المختصر ، لرواية أبيان بن تغلب^(١٥) ، عن الصادق عليه السلام الدالة على عدم جواز الرجوع في تدبير الولد ، ولأن الرجوع إنما يكون فيما دبره باختياره والولد ليس كذلك ؛ لأن تدبيره بغير اختياره بل بالسراية فليس له الرجوع فيه .

والقول الثاني - وهو جواز الرجوع - قول ابن ادريس واختاره الملاحة

(١٢) - من النسخة وليس في الاصل .

(١٤) - في النسخ : لا يقع ، وهو في الاصل أيضاً على نحو النسخة البدل .

(١٥) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاد ، باب ٧ من أبواب التدبير ، حديث ١ .

وابنه وأبو العباس ؛ لأنه مدبر (وكل مدبر)^(١٦) يصح الرجوع فيه ، فعل تجويف الرجوع في الولد يصح فيه دون الأم وبالعكس ، ولا يلزم من الرجوع في أحدهما الرجوع في الآخر .



المنارة

(١٦) - ما بين القوسين ليس في «م» .

في المباشر

قال رحمه الله : ولا يصح التدبير الا من بالغ ، عاقل ، قاصل ، مختار ، جائز التصرف . فلو دبر الصبي لم يقع تدبيره . وروي : أنه إذا كان مميزاً له عشر سنين صح تدبيره ، ولا يصح تدبير المجنون ، ولا المكره ، ولا السكران ، ولا الساهي ، وهل يصح التدبير من الكافر ؟ الا شبه : نعم ، حربياً كان أو ذمياً .
أقول : هنا مسألتان :

الاولى : في تدبير الصبي اذا بلغ عشر سنين ، وقد مضى البحث في تصرفات من بلغ عشر سنين مراراً متعددة ^(١٧) .
الثانية : في تدبير الكافر ، وهو مبني على اشتراطانية القرابة ، فمن اشترطها منع تدبير الكافر ، ومن لم يشترطها لم يمنع من ذلك ، وقد مضى البحث في اشتراطانية القرابة وعدمه ^(١٨) .

قال رحمه الله : ولو دبر المسلم ثم ارتد لم يبطل تدبيره ، ولو مات في حال

. ١٧) - ص ٣٥٨ . وج ٢ ص ١٢

. ١٨) - ص ٣٨٨

ردهه عن المدبر ، هذا إذا كان الارتداد لاعن فطرة ، ولو كان عن فطرة لم يعتق
المدبر بوفاة الملك لخروج ملكه عنه ؛ وفيه تردد .

أقول : منشأه من أن الارتداد عن فطرة موجب لخروج الملك عن المالك ،
وشرط العتق بالتدبير بقاء الملك على المدبر إلى حين وفاته ، فيبطل التدبير
بالارتداد عن فطرة الموجب لخروج الملك عن المدبر ، ومن سبق حق العبد المدبر
على حق الوارث ، فلا ينتقل إلى الوارث بارتداد مدبره ، وهو مبني على القول
بعدم جواز بيع^(١٩) رقبة المدبر قبل الرجوع في التدبير .

لكن هنا دقة وهي : إذا قلنا بعدم بطلان التدبير وأنه ينعتق بموت المدبر ،
لم ينعتق غير ثلاثة^(٢٠) ؛ لأنه لا مال للمدبر سواء ؛ لأن ماله قد انتقل إلى الورثة
بنفس الارتداد ، (ولم يبق غير العبد المدبر (لتتعلق التدبير به)^(٢١) فلا ينعتق جميعه
بل ثلاثة ، ولو قيل : ينعتق بنفس الارتداد^(٢٢) عن فطرة لاجراء الارتداد هنا
بعري الموت كان وجها .

والمعتمد بطلان التدبير ؛ لأن المدبر مملوك يقبل النقل على المشهور بين
الاصحاب ، والارتداد عن فطرة ناقل جميع أموال المرتد^(٢٣) إلى ورثته وهو^(٢٤) من
جملتها .

قال رحمه الله : ولو ارتد لا عن فطرة ثم دبر صحيحة على تردد .

أقول : منشأه من بقاء ملك المرتد عن غير فطرة عليه ، فإذا دبر صحيحة

(١٩) - هذه الكلمة ليست في الأصل .

(٢٠) - كذا واظهر كونه : ثلاثة .

(٢١) - ما بين القوسين من «م» و «ر» .

(٢٢) - سقط من «ر» من قوله : ولم يبق إلى هنا .

(٢٣) - من «ن» وفي الأصل وباقى النسخ : المدبر .

(٢٤) - في النسخ : والمدبر .

تدبيره ؛ لأنّه بالغ عاقل مالك ، وكل من كان كذلك صبح تدبيره ، ومن أنه محجور^(٢٥) عليه بالردة فلا يصح تدبيره ، والمعتمد صحة تدبيره موقوفا ، فان تاب والا بطل ، وهو فتوى القواعد .



(٢٥) - كذا في الاصل والنسخ .

في الأحكام

قال رحمه الله : التدبير بصفة الوصية يجوز الرجوع فيه ، قوله :
رجعت في هذا التدبير ، وفعلاً ، كأن يهب ، أو يعتق ، أو يوقف ، أو يوصي ، سواء
كان مطلقاً ، أو مقيداً ، وكذلك لو باعه بطل تدبيره ، وقيل : إن رجع في تدبيره ثم باع
صح بيع رقبته ، وكذلك إن قصد بيعه الرجوع ، وإن لم يقصد مضى البيع في خدمته
دون رقيته .

أقول : إنما قال : التدبير بصفة الوصية ولم يقل وصية ، لوقوع الخلاف فيه ،
فقد قيل : انه وصية بالمعنى ؛ لأنها تعتبر من الثالث ويجوز الرجوع فيه اجماعاً ،
وهذا حكم الوصية ، ولأن العتق لا يقع معلقاً والتدبير معلق بالموت فيكون
وصية .

وقيل : هو عتق بصفة لعدم اشتراط القبول فيه ، وعدم افتقاره إلى الاعتقاق
بعد الموت ، وكان عتقاً بصفة ، وإنما جاز تعليق العتق هنا للإجماع عليه .
إذا عرفت هذا ، فالرجوع بالتدبير جائز اجماعاً ، وهو قد يكون بالقول ،
مثل رجعت بالتدبير ، أو أبطلته ، أو رفعته ، أو فسخته ، أو نقضته ، أو أزالته ، بأي

هذه الالفاظ أتى بطل التدبير إجماعاً.

وقد يكون بالفعل ، مثل الهبة ، والعتق ، والوقف ، والوصية به للغير ، وقد جزم المصنف ببطلانه في هذه الاشياء ، سواء كان مطلقاً ، مثل قوله : أنت حر بعد وفاني ، او معلقاً^(٢٦) ، مثل قوله : إن مت في سنتي هذه^(٢٧) أو مرضى هذا فأنت حر ، وهذا الذي صرخ به المصنف هو المشهور بين الاصحاب ، وذهب ابن حزرة الى بطلان الهبة والوقف والوصية قبل الرجوع في التدبير لفظاً .

أما البيع قبل الرجوع في التدبير فقد منع منه محمد بن بابويه والحسن ابن أبي عقيل الا مع اشتراط العتق على المشتري عند موته ، فاذا أعتقه كان الولاء للعمق .

وقال الشيخ في النهاية : ومتى أراد بيعه من غير أن ينتقض^(٢٨) تدبيره لم يجز له ذلك الا أن يعلم المشتري أنه يبيعه خدمته ، وأنه متى مات هو كان حرأ لا سبيل له عليه ، ومستنده الروايات^(٢٩) ، فعلى هذا يتحرر ببوت البائع ولا سبيل للمشتري عليه حينئذ .

وقال ابن ادريس ببطلان التدبير مع البيع ؛ لأن التدبير وصية ، وكل وصية تبطل باخراج الموصى به عن ملك الموصي في حياته ، وبيع المنافع لا يصح لعدم كونها أعياناً ، وعدم العلم بها وبقدرها ، وتحمل الاخبار^(٣٠) الدالة على المنع من بيع المدبر على ما اذا كان التدبير واجباً بالنذر ، فهنا لا يجوز لما فيه من مخالفة النذر .

(٢٦) - هذه الكلمة ليست في النسخ .

(٢٧) - هذه الكلمة من النسخ ، وليس في الاصل .

(٢٨) - في النسخ : ينتقض .

(٢٩) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاد ، باب ١ من أبواب التدبير .

(٣٠) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاد ، باب ١ و ٢ و ٤ من أبواب التدبير .

قال رحمه الله : ولو كان على الميت دين يستوعب التركة ، بطل التدبير ، وبيع المدبر فيه ، وإلا بيع منه بقدر الدين ، وتحرر ثلث من بقى ، سواء كان الدين سابقاً على التدبير ، أو لاحقاً على الاصح .

أقول : ما حكاه المصنف هو المشهور بين الأصحاب وهو المعتمد ؛ لأن التدبير بمنزلة الوصية ، والدين مقدم عليها فيكون مقدماً على التدبير ، سواء كان سابقاً على التدبير أو متاخراً عنه .

وفصل الشيخ في النهاية وابن البراج ، قالا : إن كان الدين متقدماً على التدبير فهو مقدم عليه ، وإن كان متاخراً عنه فالتدبير مقدم على الدين ، ومستند لها صحيحنا أبي بصير^(٣١) ، عن الصادق عليه السلام وعلي بن يقطين^(٣٢) ، عن الكاظم عليه السلام .

تنبيه : إذا كان الدين بقدر نصف المدبرين مثلاً ولا تركة سواهم ، كتب رقعة للدين وأخرى للتركة بعد أن يقسم العبيد قسمين ، ثم يخرج رقعة على أحد القسمين ، فان خرجت رقعة الدين بيع ذلك القسم فيه ، وعنت ثلث القسم الآخر (في التدبير)^(٣٣) .

وإن كان الدين بقدر ثلث العبيد كتب ثلاث رقاع ، واحدة للدين واثنتين للتركة وهكذا ، وكذلك الحكم لو أعتق المريض في مرض الموت وما ت وعليه دين ، واحتتجنا إلى بيع بعض المعتقين في الدين .

قال رحمه الله : لو دبر الشريكان ثم أعتق أحدهما لم تقوَ عليه حصة الآخر ، ولو قيل : تقوَ ، كان وجهاً .

(٣١) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكتابة والاستيلاد ، باب ٩ من أبواب التدبير ، حديث ٢ .

(٣٢) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكتابة والاستيلاد ، باب ٩ من أبواب التدبير ، حديث ١ .

(٣٣) - ما بين القوسين ليس في النسخة بل فيها : بالترقة أيضاً وإن خرجت رقعة التركة أعتق ثلث القسم الذي خرجت عليه ، وبيع القسم الآخر في الدين .

أقول : قال الشيخ في المبسوط بعدم التقويم ؛ لأن حصة الشريك لها جهة يعتق بها ، والمعتمد التقويم ؛ لأن عبد لم يخرج بالتدبير عن الرقة وهو مذهب المصنف والعلامة .

قال رحمه الله : ولو دبر أحدهما ثم أعتق وجب عليه فك نصيب الآخر ، ولو أعتق صاحب الحصة القن لم يجب عليه فك الحصة المذيرة على تردد .

أقول : منشأ التردد في هذه المسألة معلوم من المسألة السابقة ، إذ لا فرق بينها .

قال رحمه الله : ولو لاه أن يبيع خدمته وله أن يرجع في تدبيره ثم يبيعه .
أقول : سبق البحث في هذه^(٣٤) ، والمعتمد عدم جواز بيع الخدمة (كما)^(٣٥) تقدم .

قال رحمه الله : أما لو دبره ثم كاتبه كان تقضيًّا للتدبير ، وفيه إشكال .
أقول : منشأه من أن التدبير وصية وهي تبطل بفعل ما ينافيها ، والكتابة منافية للوصية ؛ لأنها تقضي العتق في حال حياة المكاتب ، والوصية تقضي العتق بعد موت الموصي ، وهذا متنافيان ، وهو مذهب الشيخ واختاره العلامة ، ومن أصلالة بقاء التدبير ما لم يعلم السبب المبطل له ، والكتابة ليست سبباً مبطلاً للتدبير ، لاجتئاعها في صورة تقدم الكتابة على التدبير ، فكذلك مع التأخير عنه إذ لو تنافيها لما اجتمعوا في حال ؛ لأن المقصود من الكتابة والتدبير هو العتق فلا يتنافيان ، وهو مذهب ابن الجنيد وابن البراج واختاره الشهيد ، لصحىحة أبي بصير^(٣٦) .

(٣٤) - تقدم عند شرح قوله التدبير بصفة الوصية .

(٣٥) - في الاصل مع هذه الكلمة على نحو النسخة البدل : لما .

(٣٦) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكتابة والاستيلاد ، باب ٤ من أبواب التدبير ، حديث ١ .

كتاب المكاتب

في الأركان

قال رحمه الله : ولا يصح من دون الأجل على الأشبه .

أقول : اشتراط الأجل في الكتابة مذهب الشيخ وابن حمزة ، واختاره المصنف والعلامة في الارشاد ، وفي موضع ^(١) من القواعد وفخر الدين والشميد؛ لأن ما في يد العبد لولاه فلا تصح المعاملة عليه ، وإنما يقع على المتوقع حصوله بالكسب ^(٢) ، فلابد من الأجل حذراً من جهالة وقت الحصول .

وابن ادريس لم يشترط الأجل وجوزها حاله واختاره العلامه في موضع من القواعد وفي التحرير ، لاصالة عدم الاشتراط ، وعموم قوله تعالى : ﴿وَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خِيرًا﴾ ^(٣) .

قال رحمه الله : وهل يفتقر إلى قوله : فإذا أديت فانت حر ، مع نية ذلك ، قيل : نعم ، وقيل : تكفي النية مع العقد ، فإذا أدى عتق سواء نطق بالضميمة أو

(١) - في «ن» : مواضع .

(٢) - في «م» و «ن» : بالتكسب ، وفي «ر» : في الكسب .

(٣) - التور : ٣٣ .

أغفلها ، وهو أشبه .

أقول : اختلف قول الشيخ في هذه المسألة ، ففي المسوط لم يشترط قوله في العقد : فإذا أديت فأنت حر ، واشترط ذلك في المخلاف ، واختار المصنف والعلامة مذهب المسوط ؛ لأن الكتابة عقد مشروع بالنص والاجماع ، وغايتها تحرير العبد عند أداء المال ، فلا يقتصر إلى ذكر الغاية في العقد ، كما لا يقتصر إلى ^(٤) ذكرها في غير الكتابة كالبيع والاجارة وغير ذلك .

وفخر الدين والشهيد في شرح الارشاد رجحا مذهب الخلاف ؛ لأن لنظر الكتابة مشترك بين المراسلات والكتابة الشرعية ، وهي أعم ، ولا دلالة للعام على الخاص .

قال رحمة الله : وحد العجز أن يؤخر نجها إلى نجم ، أو يعلم من حالة العجز عن فك نفسه ، وقيل : أن يؤخر نجماً عن محله ، وهو مروي .

أقول : اختلف الاصحاب في حد العجز بالمبين ^(٥) للفسخ في المشروع ^(٦) ، قال المفید والشيخ في الاستبصار وابن ادريس : حدّه أن يؤخر النجم عن محله ، واختاره المصنف في المختصر والعلامة في المختلف والارشاد وفخر الدين وأبو العباس ، لصحيحه معاوية بن وهب ^(٧) وقال الشيخ في النهاية : وحدّه أن يؤخر نجها إلى نجم أو يعلم من حالة العجز ، ومعناه انه ليس للسيد أن يعجزه بنفس تأخر النجم عن محله ، بل يجيء الصبر إلى أن يحل نجم آخر إلا أن يعلم من حالة العجز علمًا عاديًّا ، فلا يجيء الصبر حينئذ ، وبه قال ابن البراج ، وهو ظاهر المصنف هنا

(٤) - ليس في الأصل .

(٥) - في الأصل : بالمبين .

(٦) - في النسخ : المشروع .

(٧) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكاتب والاستيلاد ، باب ٥ من ابواب المكاتبة ، حديث ١ و ٢ .

والعلامة في القواعد والتحرير ، والمستند رواية إسحاق بن عمار^(٨) ، عن الصادق عليه السلام ، وقال محمد بن يابويه : حده التأخير إلى ثلاثة أنجم .

قال رحمه الله : والكتابة عقد لازم ، مطلقة كانت أو مشروطة ، وقيل : إن كانت مشروطة فهي جائزة من جهة العبد ، لأن له أن يعجز نفسه ، والowell أشبه .

أقول : البحث هنا في موضوعين :

الاول : هل هي لازمة أو جائزة ؟ وللاصحاب فيه ثلاثة أقوال :

الاول : قول الشيخ وهو لزومها من جهة السيد^(٩) (وجوازها من جهة العبد)^(١٠) ، ولم يقيد بالمشروطة ، واستدل باجماع الفرقة واخبارهم^(١١) على أن المكاتب متى عجز كان للمولى رده في الرق اذا كانت الكتابة مشروطة ، وهذا الاستدلال يدل على أن المراد المشروطة ، وصرح ابن ادريس بلزوم المطلقة من الطرفين ، وجواز المشروطة من طرف العبد ، وهو موافق لقول الشيخ .

الثاني : قول ابن همزة ، وهو جواز المشروطة من الطرفين ، ولزوم المطلقة من جهة السيد ، وجوازها من جهة العبد .

الثالث : لزومها مطلقاً ، سواء كانت مشروطة او مطلقة ، وهذا القول نقله الشيخ في المبسوط عن قوم ، واختاره العلامة وابنه وهو المعتمد ؛ لأن عقد الكتابة اقتضى وجوب السعي على العبد ، فليس له تركه مع القدرة عليه .

الثاني : في معنى الجواز ، وفسره الشيخ في الخلاف بأنه له الامتناع من أداء ما عليه ، فيتخير السيد حينئذ بين الفسخ وبين البقاء على العقد ، وقال في

(٨) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكتابة والاستيلاد ، باب ٤ من ابواب المكتابة ، حدیث ١٣ وفيه لفظ عام أو عامین .

(٩) - في «ر١» العبد .

(١٠) - ما بين القوسين ليس في «ر١» .

(١١) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكتابة والاستيلاد ، باب ٤ وباب ١٠ من ابواب المكتابة .

المبسوط : ولسنا نريد بقولنا جائزه من جهة العبد ، أن له الفسخ كعامل القراض ، بل له أن يتغىظ من أداء ما عليه مع القدرة على ذلك ، فيتخير المالك حينئذ ، والقائل باللزوم يوجب عليه السعي مع القدرة ، ويجبره على ذلك الحاكم أو السيد .

قال رحمه الله : وهل يعتبر الاسلام ؟ فيه تردد .

أقول : هل يشترط في صحة الكتابة إسلام السيد ؟ قال المصنف : فيه تردد ، ومن شوئه من أن الكتابة ، هل هي عتق بعوض أو معاملة بين السيد وعبده على عوض معلوم ؟ فعل الاول يشترط الاسلام عند من أشتراه في العتق^(١٢) ، وعلى الثاني لا يشترط الاسلام ؛ لأنها نوع معاملة فلا يشترط فيها الاسلام ، وهو المشهور بين الاصحاب وهو المعتمد ، هذا اذا كان السيد والعبد كافرين أما لو كان السيد كافرا والعبد مسلما ، فالمعتمد وجوب البيع على الكافر و (لا)^(١٣) يصح (لم)^(١٤) مكاتبة العبد المسلم ، لعموم النص^(١٥) بوجوب البيع وليس الكتابة بيها ، ولو جوب إخراج المسلم عن ملك الكافر على الفور ، وللحصول السبيل بالسلطنة على المسلم بالاستيفاء وهو متني^(١٦) ، ويحمل الجواز لقطع السلطنة .

قال رحمه الله : ويعجز لولي اليتيم مكاتبة ملوكه مع اعتبار الغبطة للمولى عليه ، وفيه قول بالمنع .

أقول : للشيخ في هذه المسألة قولان : أحدهما الجواز ، قاله في الخلاف ؛ لأن لولي التصرف بجميع ما فيه غبطة ، فإذا حصلت الغبطة في الكتابة جاز له ذلك ، واختاره المصنف والعلامة وابنه وهو المعتمد ، والثاني عدم الجواز ، قاله في

(١٢) - في «م» و «ر» : المعتق .

(١٣) - ليس في «ر» .

(١٤) - ليس في الاصل .

(١٥) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٧٣ ، حديث ١ .

(١٦) - إشارة الى قوله تعالى : (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) النساء : ١٤١ .

المبسוט ؛ لأنها نوع (من انواع التبرعات ؛ لأنها)^(١٧) معاملة على ماله بماله ، وليس للولي أن يتبرع بشيء من مال الطفل .

قال رحمه الله : ويعتبر في الملوك البالوغ ، وكمال العقل ؛ لأنه ليس لأحد هما أهلية القبول ، وفي كتابة الكافر تردد أظهره المنع ، لقوله تعالى : ﴿فَكَاتُوبُهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾^(١٨) .

أقول : منع السيد المرتضى والشيخ في المبسوت من كتابة العبد الكافر ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد والارشاد والتحرير ، وظاهر المختلف الجواز وقواء أبو العباس في المذهب .

والخلاف مبني على تفسير المثير^(١٩) المذكور في الآية^(٢٠) ، قال السيد : إنه الدين والأمانة ، فعل هذا لا يصح كتابة الكافر ؛ لأنه على هذا التفسير لآخر فيه أصلاً ، وقال الشيخ : إنه الكسب والأمانة فعل هذا لا يصح أيضاً ؛ لأن الكافر لا أمانة له ، وقال الحسن البصري والنوري : هو الاكتساب حسب ، فعل هذا لا يصح^(٢١) كتابة الكافر ، ولا شك أن المثير ورد في القرآن بمعنى المال ، مثل قوله تعالى : ﴿وَإِنَّهُ لَحُبُّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ﴾^(٢٢) ومثل قوله : ﴿إِنْ تَرَكْ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلَّوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾^(٢٣) ، ولا شك ، إن المراد بالخير هنا المال ، وورد بمعنى العمل الصالح في قوله تعالى : ﴿فَنَّ يَعْمَلُ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ﴾^(٢٤) ، وهو مناسب

(١٧) - ما بين القوسين ليس في «ن» .

(١٨) - النور : ٣٣ .

(١٩) - الوسائل ، كتاب التدبر والمكافحة والاستيلاد ، باب ١ من أبواب الكتابة ، حديث ١ .

(٢٠) - النور : ٣٣ .

(٢١) - في النسخ : يصح .

(٢٢) - العاديات : ٨ .

(٢٣) - البقرة : ١٨٠ .

(٢٤) - الززلة : ٧ .

للدين ؛ لأن عمل الكافر لا خير فيه ، وورد بمعنى الشواب في قوله تعالى : ﴿
والبدن جعلناها لكم من شعائر الله لكم فيها خير﴾^(٢٥) ، يعني توابا ، وهذا مناسب
للدين أيضا ؛ لأن التواب مترتب على الایمان فغير المؤمن لا تواب له .

قال رحمه الله : وأما الأجل ففي اشتراطه خلاف .

أقول : مضى ذكر الخلاف فيه^(٢٦) .

قال رحمه الله : وفي اعتبار اتصال الأجل بالعقد تردد .

أقول : منشئه من أصلالة بقاء الملك على مالكه ما لم يعلم السبب الناقل ،
وهو غير معلوم مع عدم اتصال الأجل بالعقد . وهو مذهب الشيخ في المسوط ،
ومن أصلالة الصحة وحصول شرائطها من ذكر الأجل وضبطه ، وذكر المال ،
وصدور الصيغة من أهلها ، وهو اختيار العلامة وابنه .

قال رحمه الله : ولو قال : على خدمة شهر بعد هذا الشهر ، قيل : يبطل على
القول باشتراط اتصال المدة بالعقد ، وفيه تردد .

أقول : القائل بالبطلان هو الشيخ في المسوط وهو تفريع على اتصال المدة
بالعقد ، وفيه التردد المذكور في المسألة الأولى ، وقد مضى البحث فيه^(٢٧) .

قال رحمه الله : ولو كاتبه ثم حبسه مدة ، قيل : يجب أن يؤجله مثل تلك
المدة ، وقيل : لا يجب ، بل تجحب أجوره لمدة احتباسه ، وهوأشبه .

أقول : القولان نقلهما الشيخ في المسوط عن قوم ثم قواهما معا لأن
الاول عنده أرجح ، واستحسنه فخر الدين ؛ لأن المدة لاقيمتها لها فيضمنها بعثتها ،
واختار المصنف والعلامة الثاني ؛ لأن منافع الايام اثما تضمن بالقيمة ، وهي

. (٢٥) - الحج : ٣٦.

. (٢٦) - ص ٤٠١ .

. (٢٧) - في الحاشية السابقة .

٤٠٧ في الأركان

مثـل (٢٨) أجرة ذلك الزمان وهو المعتمد .

(٢٨) - ليس في الأصل .

في الأحكام

قال رحمة الله : اذا مات المكاتب ، وكان مشروطاً بطلت الكتابة ، وكان ما تركه لولاه ، وأولاده رقاً ، وإن لم يكن مشروطاً تحرر منه بقدر ما أداء ، وكان الباقى رقاً . ولولاه من تركته بقدر ما فيه من رق ، ولو رثته بقدر ما فيه من حرية ، ويؤدي الوارث من نصيب الحرية ما باقى من مال الكتابة ، وإن لم يكن له مال سعن الاولاد فيما يقع على أبيهم ، ومع الاداء ينعدم الاولاد . وهل للسولى إجبارهم على الاداء ؟ فيه تردد ، وفيه رواية أخرى^(٢٩) ، تفضي أداء ما تختلف من أصل التركة ، ويتحرر الاولاد ، وما باقى لهم ، والاول أشبه .

أقول : اذا كان الاولاد احراراً كان لهم مما تركه أبوهم بقدر ما تحرر (من أبيهم^(٣٠)) ، وللسيد بقدر ما فيه من الرقية ولاسيعى عليهم ، وإن كانوا أرقاً فما ورثوا^(٣١) بعد الكتابة كان ما قابل نصيب الرقية منهم مكتوباً ، وكان عليهم أن

(٢٩) - الوسائل ، كتاب الارث ، باب ٤٣ من ابواب موانع الارث ، حديث ٦ - ٨ .

(٣٠) - في النسخ بدل ما بين القوسين : منه .

(٣١) - في النسخ : ولدوا .

يؤدوا^(٣٢) ما بقي على أبيهم من مال الكتابة ، لا^(٣٣) ما يساوي قيمتهم .

فإذا لم يف نصيبيهم بما بقي على أبيهم وامتنعوا من السعي بالباقي ، هل يجبرون عليه ؟ تردد المصنف في ذلك من أصلالة البراءة ، وكون الاخبار^(٣٤) على خلاف الأصل ، ومن أن الشارع جعل السعي عوضاً عن رقية الاولاد وقطع تصرفة عن ملكه مقابل هذا العوض ، فلا يجوز لهم الامتناع منه^(٣٥) ، وهو اختيار العلامة في القواعد . والرواية المتضمنة لاداء ما عليه من أصل التركة كالدين ، واختصاص الورثة بالباقي هي رواية جميل ، عن الصادق عليه السلام « قال : سألته عن مكاتب يؤدي بعض مكاتبته ثم يموت وترك أبناء له من جارية له ؟ فقال : إن كان اشترط عليه إن عجز فهو رق رجع ابنه منها مملوكاً وإن لم يشرط عليه صار ابنه حراً ورد على المولى بقيمة المكاتبية وورث ابنه ما بقي »^(٣٦) ، ومثلها صحيحة ابن سنان^(٣٧) ، عن الصادق عليه السلام ، وبعضونها أفتى ابن الجنيد ، والمعتمد مذهب المصنف وهو المشهور بين الأصحاب .

فرع : إذا كان وارث المكاتب جماعة انتقد من كل واحد منهم بقدر ما انتقد من أبيهم ، ومع عدم وفاء نصيبيهم من ميراث أبيهم بالباقي من مال الكتابة يتعلق الباقي بكل واحد بعينه وبالجميع كواجب الكفاية ، فإذا أدأه بعضهم انتقدوا أجمع ، وإن أدى بعضهم بعده انتقد من الجميع بقدرها ، ولا يختص المؤدي بالعتق ؟

(٣٢) - في «ن» : يردا .

(٣٣) - في «م» : إلا .

(٣٤) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكاتبية والاستيلاد ، باب ١٩ من أبواب المكاتبية .

(٣٥) - في النسخ إضافة : ولأنه عوض افتقته المعاوضة الشرعية الازمة فلا يجوز لهم الامتناع منه . وفي «ن» سقطت (منه) الأولى .

(٣٦) - التذبيب ، كتاب العتق والتدبیر والمکاتبیة ، باب المکاتب ، حدیث ٢٥ ، وفي الوسائل اشاره اليه في كتاب التدبير والمكاتبية والاستيلاد ، باب ١٩ من أبواب المكاتبية . حدیث ٣ .

(٣٧) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكاتبية والاستيلاد ، باب ١٩ من أبواب المكاتبية ، حدیث ٣ .

لأن الجميع كواحد وهو المورث.

قال رحمه الله : ولو كان المولى أذن له ، قيل : لم يجزه ؛ لأن كفر بما لم يجب عليه .

أقول : اذا كفر المكاتب بغير الصوم بغير إذن مولاه لم يجزه قطعاً ؛ لأنه محجور عليه في التصرفات المتضمنة لاخراج المال بغير عوض بقدره او أزيد منه ، ويکفر بالصيام سواء كانت مخيرة أو مرتبة .

ولو أذن له السيد بالعتق او الاطعام ، هل يجزيه أم لا ؟ قيل : لا يجزيه ؛ لأن فرضه الصيام فاذا كفر بغيره كان قد كفر بغير الواجب عليه فلا يجزيه ، والمعتمد الاجزاء ؛ لأنه بالغ عاقل مالك ، وانما لم يجزه مع عدم الاذن ؛ لأنه محجور عليه لحق السيد ، فاذا أذن السيد زال المانع ، ويتمكن انحصر فرضه في الصيام بل حكم حكم العاجز عن غير (٣٨) الصوم ، ومع الاذن لا يتحقق عليه العتق في المرتبة بل تشير مخيرة .

قال رحمه الله : اذا ملك المملوك نصف نفسه ، كان كسبه بينه وبين مولاه ، وهو طلب أحد هما المهاية أجبر الممتنع ، وقيل : لا يعبر ، وهوأشبه .

أقول : وجه الاجبار أن لكل منها الانفراد بحصته ولا يلزم مشاركة صاحبه ، (ولايكنه من) (٣٩) الانفراد الا بالمهاية فيجبر الممتنع عليها ، ووجه عدم الاجبار كون المهاية جارية بجري قسمة ما لا يمكن قسمته ؛ لأن المشترك بينها اما الرقبة وهي لا يمكن قسمتها أو المنافع طول حياته وذلك غير معلوم المقدار فيكون عبولا ، وقسمة المجهول غير ممكنه فلا يعبر الممتنع ، وهو اختيار المصنف والعلامة وابنه وهو المعتمد .

(٣٨) - ليس في «م» و «ر» .

(٣٩) - في النسخ : ولا يمكن .

قال رحمه الله : اذا اختلف السيد والمكاتب في مال الكتابة ، أو في المدة ، أو في النجوم ، فالقول قول السيد مع يمينه ، ولو قيل : القول قول المنكر زيادة المدة والمال ، كان حسناً .

أقول : اذا اختلف السيد والمكاتب في قدر مال الكتابة مثل أن يقول السيد : هو خمسون ، ويقول العبد : هوأربعون ، او اتفقا على قدر المال واختلفا في المدة ، مثل أن قال السيد : المدة شهر ، وقال العبد : إنها شهرين ، او اتفقا على المدة واختلفا في النجوم ، مثل ان قال السيد : هي نجتان وقال العبد : هي ثلاثة .

قيل : القول قول السيد (في هذه الصور^(٤٠) كلها) لأن العبد وكسبه لسيده ، والمكاتب معاملة على مال السيد^(٤١) بالله ، فالمدعى بالحقيقة هو العبد : لأنه يدعى العتق بأداء ما اعترف به من المال ، والسيد هو المنكر فيكون القول قوله ، ولاشك في أن القول قوله في انكار زيادة المدة وزيادة النجوم ، لأن الاصل عدم الزيادة ، ولأن العبد هو المدعى فيها قطعاً ، فيصير القول قوله في الجميع .

وأستحسن المصنف أن القول قول منكر الزيادة منها ، لأن السيد قد اعترف بالكتابة وادعى على^(٤٢) العبد ما لا زائدأ عنها اعترف به ، والعبد ينكر تلك الزيادة فيكون القول قوله فيها ، والقول قول السيد في انكار زيادة المدة والنرجوم ، وهذا هو المعتمد .

قال رحمه الله : اذا دفع مال الكتابة وحكم بحريته ، فبان العوض معيناً ، فان رضي المولى فلا كلام ، وإن رده بطل العتق المحكوم به ، لانه مشروط بالعوض ، ولو تجدد بالعوض عيب لم يمنع من الرد بالعيب الاول مع أرش

(٤٠) - من «ر١» وفي الاصل وبباقي النسخ : الصورة .

(٤١) - ما بين القوسين ليس في «م» .

(٤٢) - في «ر١» : عليه .

الحادث ، وقال الشيخ : يمنع ، وهو بعيد .

أقول : البحث هنا في موضعين :

الاول : في بطلان العتق مع رد العوض بالعيوب ، وبالبطلان قال الشيخ في المسوط والمصنف والعلامة في الارشاد والتحرير ، وفي موضع من القواعد ، وبه قال الشهيد وهو المعتمد ؛ لأن العتق مشروط بدفع العوض الذي وقع عليه العقد وهو الصحيح السليم ، فلما ظهر العوض معييناً ظهر أنه غير العوض المذكور في العقد ، ومع عدم دفع العوض يتحقق عدم العتق .

واستشكل العلامة بطلان العتق في موضع من القواعد ، ثم كتب عليه حاشية بعنه وهذه صورتها : منشأ الاشكال أن يقال : العتق إتلاف واستهلاك فإذا حكم بوقوعه لم يبطل كالخلع ، وأن يقال العتق إنما يستقر باستقرار الأداء ، وقد ارتفع الأداء فيرتفع العتق . هذا آخر ما كتبه العلامة نقله عنه فخر الدين في إيضاحه .

الثاني : اذا تجدد بالعوض عيب عند السيد ، هل يجوز له رده بالعيوب السابق مع أرش الحادث ؟ منع منه الشيخ في المسوط كما في البيع ، واختار المصنف والعلامة الرد مع الارش .

قال رحمه الله : يجوز أن يكتب بعض عبده إذا كان الباقى حرأً أو رقاً له ، ومنعه الشيخ ، ولو كان الباقى لغيره فأذن صح ، وإن لم يأذن بطلت الكتابة ؛ لأنها تتضمن ضرر الشريك ؛ لأن الكتابة تمررتها الاكتساب ومع الشركة لا يمكن من التصرف .

أقول : اذا كاتب بعض عبده لا يخلو البعض الآخر من كونه حرأً أورقاً ، له أو لنغيره ، فان كان البعض الآخر حرأً صحت الكتابة إجماعاً ،

لاستfrac الكتابة للرق^(٤٣) ، فلا مانع حينئذ ، وان كان بعضه رقا لنفسه من الشيخ في المبسوط من كتابة البعض ، قال : لأن المقصود من الكتابة : وقوع المتق بالاداء ، وهذا مفقود هنا ؛ لأنه لا يتمكن من التصرف ؛ لأن السيد يمنعه من التصرف بما فيه من الرق ، ولا يأخذ من الصدقات اذا اخذ اقتضى أنه يقاسم السيد عليها ، وإن كان الباقي رقا لغيره اشترط الشيخ في صحة كتابة حصته إذن الشريك واختاره المصنف ، وقد ذكر المصنف الوجه في ذلك .

وذهب في الخلاف الى الجواز مطلقا واختاره العلامه وهو المعتمد لقوله عليه السلام : «الناس مسلطون على مواهم»^(٤٤) ، لأنه يجوز بيع النصيب وعنته فيجوز كتابته ؛ لأنها لا تتفك عنها وقمع ضرر^(٤٥) الشريك بالكتابة فان السعي الثابت قبل الكتابة ثابت بعدها اقصى ما في الباب أن الشريك يقاسم شريكه وهذا يقاسى العبد ، وينعى مشاركته فيها يأخذ منه من الصدقات ؛ لأنه انا يأخذ بجزءه المكاتب ما يصرفه في الكتابة ، ولا يجوز له صرفه في غيرها فلا يشاركه السيد في ذلك .

(٤٣) - في نسخة في الاصل : بالعقد .

(٤٤) - البحار ، ج ٢ ، ص ٢٧٢ .

(٤٥) - في الاصل : ضرر .

في اللواحق

قال رحمه الله : اذا كان للمكاتب على مولاه مال ، وحل نجم ، فان كان الملاان متساوين جنساً وصفاً تهاترا ، ولو فضل لاحدهما رجع صاحب الفضل ، وان كانوا مختلفين لم يحصل التناقص الا برضاهما ، وهكذا حكم كل غرئين ، وإذا تراضيا كفى ذلك ، وإن لم يقبض الذي له لم يعده عوضاً ، سواء كان المال أثنا اثنا أو أعواضاً ، وفيه قول آخر بالتفصيل .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : اذا كان للمكاتب على سيده مال وحل للسيد شيء من النجوم ، فان كان الحقان من جنس واحد من النقود تقاصا ، وان اختلف الجنس او كان من غير النقود فان أحدهما لا يصير قصاصاً عن الآخر ، ثم إن كان الملاان تقددين لم يجتهد الى قبض الحقين (معاً بل)^(٤٦) يقبض أحدهما ما عليه من صاحبه ، ثم يرده عليه عوضاً عياله في ذمته ؛ لأن دفع الموضع عن الدرارهم والدنانير التي في الذمة يجوز ، وإن كانوا عرضين فلا بد أن يقبض كل واحد منها ماله على صاحبه ، ولا يجوز أن يقبض أحدهما ثم يردد ما قبضه على الآخر

(٤٦) - في «در» و«ن» : مقابل .

عوضاً عنها له عليه؛ لأن هذا العوض الذي في الذمة ثابت في أحد المحسنين (عن سلم)^(٤٧)، فان المكاتب لا يجوز له أن يعوض عنها في ذمته من المال، وأخذ المال الثابت عن كتابة لو^(٤٨) سلم غير جائز، وإن كان أحد هما تقدما والآخر عرضا فانه إن قبض صاحب النقد حقه لم يجز أن يدفعه عوضاً عن العرض الذي في ذمته بل عليه تسليمه وإقباضه، وإن قبض صاحب العرض حقه جاز أن يدفعه بدلاً عن النقد وعوضاً عنه، إلى هنا كلام الشيخ، وهو الذي أشار إليه المصنف بالتفصيل والمعتمد مذهب المصنف وهو اختيار العلامة؛ لأن التناقض نوع من الابراء فلا يفتقر إلى القبض.

قال رحمه الله : إذا جنى عبد المكاتب لم يكن له فكه بالأرش ، إلا أن يكون فيه الغبطة له ، وكذا لو كان الملوك أبا المكاتب لم يكن له انفكاكه بالأرش ، ولو قصر عن قيمة الاب ؛ لانه يتتعجل باتفاق مال له التصرف فيه ، ويستبيق مالا ينتفع به ؛ لانه لم يتصرف في أبيه ، وفي هذا تردد .

أقول : هذا التردد مبني على جواز شراء المكاتب لقريبه الذي ينعتق عليه ، فنقول أما مع إذن السيد فلا خلاف في جوازه ، ومع عدم الاذن فيه إشكال ، من حيث أنه تصرف يستلزم نقص المال ؛ لأن المكاتب اذا اشتري من ينعتق عليه كان موقوفاً إن أدى^(٤٩) المكاتب مال الكتابة (والعقد ، العتق القريب)^(٥٠) ، وإن عجز المكاتب واسترق استرق القريب ، فيلزم من شراء القريب نقص المال ، لانقطاع تصرفه بقيمه ، وكل تصرف يشتمل على نقص المال فهو ممنوع منه بغير

(٤٧) - في الاصل : غير مسلم ، وما أثبتناه من النسخ .

(٤٨) - في النسخ : أو .

(٤٩) - في «ر» : نوى .

(٥٠) - ما بين التوسيتين من «م» و«ر» وفي الاصل : انتقام العتق القريب وفي «ن» : انتقام القريب .

إذن السيد ، ومن حيث أنه أشتري بملاوكا لا ضرر فيه^(٥١) على السيد بشراته ؛ لأنه يأخذ كسبها ومع العجز يسترقهما ، فلا ضرر عليه في ذلك .

والمعتمد الاول وهو مذهب الشيخ والعلامة فخر الدين ، فعلى هذا لو أذن السيد لمكاتبه بشراء أبيه فجني الاب ، لم يجز له (افتراكه الا مع)^(٥٢) الاذن أيضاً ، وإن كان في ذلك^(٥٣) غبطة ، ولو قلنا بجواز الشراء مع عدم^(٥٤) الاذن جاز الافتراك مع النبطة من غير اذن .

(٥١) - ليست هذه الكلمة في «ر١» .

(٥٢) - في «ر١» بدل ما بين القوسين : انكار .

(٥٣) - في نسخة من الاصل : فيه .

(٥٤) - هذه الكللة ليست في الاصل وهي في النسخ .

في أحكام المكاتب

قال رحمه الله : اذا قال ضعوا عنه أو سط نجومه فان كان فيها أو سط عدداً ، أو قدرأ انصرف اليه ، وإن اجتمع الأمران كان الورثة بالخيار في أيها شاؤوا ، وقيل : تستعمل القرعة ، وهو حسن .

أقول : اذا قال : ضعوا عنه أو سط نجومه ، فاما أن يكون فيها وسط بحسب العدد لغير ، أو بحسب القدر لغير ، أو بحسب الاجل لا غير ، أو بحسب العدد والقدر ، أو بحسب العدد والقدر والاجل ، أو لا يكون لها وسط بحسب شيء ، فالاقسام ستة :

الاول : أن يكون لها وسط بحسب العدد لغير ، كما اذا كان مال الكتابة ثلاثة دنانير في ثلاثة نجوم ، أجل كل نجم شهر ، قسط كل نجم دينار ، فان الوسط هنا بحسب (٥٥) العدد لغير ؛ لأنه لا تفاوت في المال ولا في الاجل ، ومع عدم التفاوت لا ينقدر الوسط فيها ، فلم يبق غير العدد .

الثاني : أن يكون لها وسط بحسب القدر لغير ، كسبعة دنانير في أربعة نجوم

(٥٥)- في الاصل : بسبب .

أجل كل نجم منها شهر ، قسط الاول ديناران والثاني دينار ، والثالث دينار أيضاً ، والرابع ثلاثة دنانير ، فالوسط هنا (الديناران) لأن أقل ما فيها من المقادير دينار ، والاكثر الثلاثة ، وأوسط المقادير الديناران ، لأنه لا وسط لها (٥٦) بحسب عدد النجوم ؛ لأنه أربعة ، ولا بحسب الاجل ؛ لأنه أربعة أشهر ، فلم يبق غير القدر.

الثالث : أن يكون لها وسط بحسب الاجل لغير ، كأربعة دنانير في أربعة نجوم ، قسط كل نجم دينار ، وأجل الاول شهر ، والثاني شهرين ، والثالث ثلاثة ، والرابع ثلاثة أيضاً ، فالوسط الشهرين (٥٧) ؛ لأنها بين الاقل والاكثر.

الرابع : أن يكون لها وسط بحسب العدد والقدر دون الاجل ، كستة دنانير في ثلاثة نجوم أجل كل نجم شهر ، وقسط الاول ديناران ، والثاني قسطه دينار ، وقسط الثالث ثلاثة ، فالثاني أوسط بحسب العدد ، وال الاول أوسط بحسب القدر ؛ لأنه بين الاقل والاكثر ، فلا أوسط لها بحسب الاجل لتساويها.

الخامس : أن يكون لها وسط بحسب العدد والاجل والقدر ، كما اذا كان عدد النجوم ثلاثة ، ومال الكتابة ستة ، وأجل النجم الاول شهر وقسطه دينار ، وأجل الثاني شهرين وقسطه ديناران ، وأجل الثالث ثلاثة أشهر وقسطه ثلاثة دنانير ، فالثاني وسط بحسب العدد والقدر والاجل.

السادس : أن لا يكون لها وسط بحسب شيء كما إذا كانت النجوم أربعة ومال الكتابة أربعة ، والآجال أربعة ، فهنا لم يحصل الوسط بحسب شيء .

اذا عرفت هذا رجعنا الى الحكم فع وجود الوسط وكونه واحداً يتبعين ، لعدم وجود ما يحمل عليه لفظ الموصي غيره ، ومع تعدد الوسط يتغير الوارد ،

(٥٦) - ما بين القوسين من نسخة في هامش الاصل .

(٥٧) - في نسخة من الاصل إضافة كلمة : الثلاثة .

وقال ابن البراج : يستعمل القرعة ، واستحسنه المصنف لما فيه من العدل والمعتمد الاول ، والثاني أفضل ، ومع عدم الوسط يجمع بين نجمين فالثاني والثالث وسط للاربعة ، والثالث والرابع وسط للستة ، وهكذا .

قال رحمة الله : اذا اعتقد مكاتبته في مرضه او ابرأه من مال الكتابة ، فان برأ فقد لزم العتق والابراء ، وإن مات خرج من الثالث ، وفيه قول آخر : إنه من أصل التركة .

أقول : هذا القول مبني على خروج منجزات المريض من الاصل ، وقد مضى البحث فيه^(٥٨) .

كتاب الاستبيان

في الأحكام

قال رحمه الله : ولو أولد أمة غيره مملوكاً ثم ملكها لم تصر أم ولده ، ولو أولدتها حراً ثم ملكها ، قال الشيخ : تصير أم ولد ، وفي رواية ابن مارد : لا تصير أم ولد .

أقول : اذا وطىء أمة الفير بشبهة او بعقد فاولدتها حراً ثم ملكها بعد ذلك ، قال الشيخ : تصير أم ولد ، لأن طريقة الاشتغال تقضيه ، فالضابط عنده اجتماع نسب الولد منه وحربيته وملك أمه ، فإذا اجتمعت هذه الثلاثة شروط صارت أم ولد ، والمعتمد عدم صيرورتها أم ولد الا مع علوقها منه في ملكه للاصل ، ولما رواه الشيخ في التهذيب يرفعه الى ابن مارد ، عن الصادق عليه السلام : « في رجل يتزوج الامة ويولدها ثم يملكونها ولم تلد عنده بعد ذلك ؟ قال : هي أم ولد إن شاء باعها ، ما لم يحدث بعد ذلك حمل ، وإن شاء أعتق »^(١) .

قال رحمه الله : ولو وطأ المراهنة فحملت دخلت في حكم أمهات الاولاد ، وكذا لو وطأ الذمي أمته فحملت منه ، ولو أسلمت بيعت عليه ، وقيل : يحال بينه

(١) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكانتة والاستيلاد ، باب ٤ من ابواب الاستيلاد ، حديث ١
ولم نجد لها في التهذيب .

وبينها ، وتجعل على يد امرأة ثقة ، والاول أشبه .

أقول : البيع على الذمي مذهب الشيخ في المسوط ، وبه قال ابن ادريس واختاره المصنف والعلامة في التحرير والشهيد في شرح الارشاد ، لوجوب انتفاء سيل الكافر على المؤمن ، وهو لا يتنقى الا بالبيع .

وقال الشيخ في الخلاف : يحال بينه وبينها ، وتوضع على يد امرأة ثقة ، لعموم المぬ^(١) من بيع أمهات الاولاد .

وقال العلامة في المختلف : تستسغى في قيمتها فإذا أدت عتقن للنبي عن بيع أمهات الاولاد ، وابقاوها في يد المولى لا يجوز ، وعتقها عمانا اضرارا على المولى ، وكذا الحيلولة بينه وبينها ، فيتعين السعي ، واختاره فخر الدين والاول هو المعتمد .

قال رحمه الله : اذا مات مولاها وولدها حر جعلت في نصيب ولدها ، وعنتقت عليه ، ولو لم يكن سواها عتق نصيب ولدها منها ، وسعت في الباقي ، وفي رواية : تقوم على ولدها إن كان موسرأ ، وهي مهجورة .

أقول : الرواية إشارة الى ما رواه أبو بصير^(٢) ، عن الصادق عليه السلام ، وبضمونها أفتى الشيخ في المسوط وابن الجنيد ، وهو بناء على أن من ملك بعض قريبه بغير اختياره هل يقوم عليه أم لا ؟ وقد سبق البحث فيه^(٣) ، والمشهور الاستئماء وهو المعتمد .

قال رحمه الله : إذا أوصى لام ولده ، قيل : تنتعق من نصيب ولدها وتعطى الوصية ، وقيل : تنتعق من الوصية ، فان فضل منها شيء عتق من نصيب ولدها ،

(١) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاد ، باب ٢ من ابواب الاستيلاد ، حديث ١ .

(٢) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاد ، باب ٥ من ابواب الاستيلاد ، حديث ٢ .
والاستبصار ، كتاب العتق ، باب ٨ ، حديث ٤١ .

(٣) - ص ٣٧٩ .

وهو أشبه .

أقول : قال الشيخ في النهاية تعتق من نصيب ولدها وتعطى الوصية ، واختاره العلامة في المخالف ؛ لأن التركة تستقل إلى الورثة بنفس الموت ، فيثبت ملك الولد على جزء من أمه فينتزع عليه وتعطى الوصية .

وقال ابن ادريس : تنتزع من الوصية ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد والارشاد والتعمير وأبو العباس في باب الوصايا من المقتصر ، وهو المعتمد ؛ لأن الارث متأخر عن الوصايا ، لقوله تعالى : ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَةٍ يُوصَىٰ بِهَا أُوْدِيْن﴾^(٥) .

قال رحمه الله : اذا جنت أم الولد تعلقت الجنابة برقبتها ، وللمولى فكها وبكم يفكها ؟ قيل : بأقل الامرين من الجنابة وقيمتها ، وقيل : بأرش الجنابة ، وهو الاشبه ، وإن شاء رفعها إلى المجنى عليه ، وفي رواية مسمع ، عن أبي عبد الله عليه السلام : « جنابتها في حقوق الناس على سيدها »^(٦) .

أقول : اذا جنت أم الولد تعلقت الجنابة برقبتها ؛ لأنها مملوكة وجنابة الملوك متعلقة برقبته ، فلو أراد المولى فكها في الخطأ كان ذلك اليه .

وبكم يفكها ؟ قال الشيخ في المبسوط : بأقل الامرين ، واختاره العلامة ؛ لأنه ان كانت الجنابة أقل فلا يجب غيرها ، وإن كانت أكثر فلا يجب عليه غير قيمة الجنابة ، وقال في الخلاف : يفكها بالارش سواء زاد عن قيمتها أو نقص ؛ لأنه هو الذي تعلق برقبتها ، فإذا اختار المولى فكها كان الواجب فكها بما تعلق برقبتها ، واختاره المصنف . واختار الشهيد الاول وهو المعتمد ، ورواية مسمع^(٧)

(٥) - النساء : ١٢ - ١١ .

(٦) - الوسائل ، كتاب المحدود والتعميرات ، باب ١٤ من أبواب بقية المحدود والتعميرات .
Hadith ٢ .

(٧) - المقدمة .

عمولة على أن للمولى الفداء.

وقال الشيخ في باب الديات من المسوط : جنائية أم الولد على سيدها بلا خلاف إلا أبو ثور جعلها في ذمتها تتبع به بعد المتق ، وقال في باب الاستيلاد من المسوط ، أيضاً : يتعلّق أرش جنائيتها برقبتها بلا خلاف .

قال رحمه الله : روى محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام في وليدة نصرانية أسلمت عند رجل ، وولدت منه غلاماً ومات ، فاعتقدت وتزوجت نصرانياً وتنصرت وولدت، فقال عليه السلام : ولدها لا ينها من سيدها ، وتحبس حتى تضع فإذا ولدت فاقتلها ، وفي النهاية : يفعل بها ما يفعل بالمرتدة ، والرواية شادة .

أقول : رواية محمد بن قيس^(٨) هذه مخالفة للاصول في شينين ؛ لأنها تضمنت استرافق الولد وهو حر ، والحر لا يجوز استرافقه ، وتضمنت تحمّم القتل على المرأة بالارتداد وهو منوع ، والمعتمد اطراح الرواية والحكم بعريمة الولد ، وتحبس هي وتضرب أوقات الصلوات حتى تتبّع أو تموت .

(٨) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكافحة والاستيلاد ، باب ٨ من أبواب الاستيلاد ، حديث ١ .

كتاب الأقرار

النظر الأول في الصيغة

قال رحمه الله : ولو قال: ان شهد لك فلان فهو صادق ، لزمه الاقرار في الحال ؛ لأنه إذا صدق وجب الحق وان لم يشهد .

أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ في المبسوط ، ونقلها المصنف والعلامة في كتبه كما قالها الشيخ ولم يترددوا^(١) فيها ، ومنع الشهيد ذلك ، قال : لامكان اعتقاد المخبر أن شهادته محال ، والمحال جاز ان يستلزم المحال ، ولأن الاقرار المعلق على شرط يمكن باطل .

وعلل المصنف لزوم الاقرار في الحال : لأنه اذا صدق وجب الحق وإن لم يشهد ، وبيانه : أن المقر قد اعترف بصدق الشاهد على تقدير الشهادة ، ويلزم من صدقه ثبوت المال في ذمة المقر ، وينعكس الى قولنا كلما لم يكن المال ثابتنا في ذمة المقر لم يكن الشاهد صادقا ، وقد ثبت كونه صادقا باقراره ؛ لأن « إقرار العلاء على أنفسهم جائز »^(٢) ، فيكون المال ثابتنا في ذمته ، فيلزم به في الحال وان لم

(١) - كذا .

(٢) - الوسائل ، كتاب الاقرار ، باب ٣ ، حديث ٢ .

يشهد؛ لأن الشهادة ليس لها تأثير في ثبوت الصدق ولا عدمه؛ لأنه لو لا ثبوت الصدق عند المقر لما علقه على الشهادة، إذ يستحيل أن يجعله الشهادة صادقاً إذا كان غير صادق، وإذا لم يكن للشهادة تأثير في حصول الصدق وقد حكم به، ووجب أن يلزم بالمال وإن لم يشهد الشاهد.

ووجه اختيار الشهيد أن تعليق الصدق على شهادته يوجب توقفه على الشهادة؛ لأن المعلق على شرط متوقف على حصول ذلك الشرط، والشهادة وإن كانت ممكنة في نفس الأمر فانها قد تكون محالة بالنسبة إلى اعتقاد المخبر؛ لأنه قد يعتقد عدم ثبوت المال في ذمته ويعتقد صدق الشاهد، وأنه لم يشهد بغير الحق ويجزم بذلك.

ويلزم من هذا الاعتقاد عدم وقوع الشهادة من الشاهد الذي أشار إليه، لاعتقاده صدقه وعدالته، وعدم ثبوت المال في ذمته فلا يشهد عليه بما ليس في ذمته، فتعليق الأقرارات على شهادته لا يكون أقراراً، وأيضاً فإن الأقرارات المعلقة على شرط باطل باتفاقهم؛ لأن الواجب لا يقبل التعليق وهذا معلق فيكون باطلًا، وهذا في غاية القوء إلا أنه عخالف لجمهور الأصحاب.

قال رحمه الله: إذا قال: له على ألف إذا جاء رأس الشهر، لزمه الالف، وكذا لو قال: إذا جاء رأس الشهر فله على ألف، ومنهم من فرق، وليس شيئاً.

أقول: الفرق هو إن بدأ بالمال لزمه ولغت الضمية، وإن بدأ بالشهر لم يلزم شيء، وهذا مذهب العلامة في التحرير، أما اللزوم مع تقدم ذكر المال، فلأن قوله: على الف، أقرار صحيح قوله: إذا جاء رأس الشهر، تقييب له بما يبطله، فيلزم الأقرار وتلغى الضمية، وأما البطلان مع تقديم فلأن قوله: إذا جاء رأس الشهر فله على الف، تعليق على الصفة، والأقرارات المعلقة غير جائز.

والمعنى استضعف هذا الفرق، إذ لا فرق بين تقديم حرف الشرط

وتأخيره ، فكما يلزم الاقرار مع تأخير الشرط ، كذا يلزم مع تقديمها .
والشهيد رحمه الله أطلق البطلان في الصورتين معاً للتعليق ، ولعدم الفرق
بين تقديم الشرط وتأخيره ، وجزم العلامة في القواعد والارشاد بالصحة مع قصد
التأجيل ، وبالبطلان مع قصد الشرط وهذا هو المعتمد ، فعلى هذا يستفسر ويقبل
قوله بالقصد .

قال رحمه الله : ولو قال : كثيراً ، قال الشيخ رحمه الله : يكون ثمانين ،
رجوعاً في تفسير الكثرة الى رواية النذر^(٢) ، وربما خصها بعض بوضع الورود ،
وهو حسن ، وكذا لو قال : عظيم جداً ، كان كقوله : عظيم ، وفيه تردد .

أقول : هنا مسألتان :

الاولى : اذا قال له عندي مال كثير ، قال الشيخ في الخلاف والمسوط :
يلزم ثمانون درهما ، وتبعه ابن البراج ؛ لأنَّه قد ثبت في عرف الشرع هذا المقدار
في النذر فكذا في غيره ، واللازم الاشتراك والاصل عدمه ، وقال ابن ادريس
يرجع في تفسيره اليه ، واختاره المصنف والعلامة ؛ لأنَّ حمله على النذر قياس
وهو باطل ، ولأنَّه بجهول فيرجع في تفسيره اليه وهو المعتمد .

الثانية : اذا قال له عندي مال عظيم جداً ، هل يقبل تفسيره بالقليل كما
يقبل لو قال عظيم واقتصر ؟ قال الشيخ وابن ادريس : يقبل ، واختاره العلامة
والشهيد وهو المعتمد ، وتردد المصنف ، ومنشأه من أن لفظة جداً موضوعة
للبالغة في الكثرة فلا يقبل تفسيره لها بأقل ما لا يمكن حمل الكثرة عليه ، ومن أن
كل مال فهو عظيم جداً لعظم خطره (وهو كفر مستحله)^(٤) والاصل براءة الذمة
من الزائد على ما يفسره المقر .

(٢) - الوسائل ، كتاب النذر والمعهد ، باب ٣ ، حدیث (٤٠٣، ٢٠١) .

(٤) - ما بين المقوسين ليس في «م» و «ر» .

قال رحمه الله : لو قال له كذا درهم ، كان اليه تفسيره ، كما لو قال : شيء ، ولو فسره بالدرهم نصباً أو رفعاً ، كان إقراراً بدرهم ، وقيل : إن نصب كان له عشرون ، ويمكن هذا مع الاطلاع على القصد ، وإن خفض احتمل بعض الدرهم ، واليه تفسير البعضية ، وقيل : يلزم منه مائة مراعاة لتجنب الكسر ، ولست أدرى من أين نشأ هذا الشرط .

أقول : قال الشيخ في المسوط والخلاف : إذا قال له على كذا درهم ، بالرفع لزمه درهم ، فإن خفض لزمه مائة ، وإن نصب لزمه عشرون ، ووجهه : أن أقل عدد مفرد تفسيره بمفرد مجرور مائة ، وأقل عدد مفرد تفسيره بمفرد منصوب عشرون ، وقال ابن ادريس : يرجع بالتفسير اليه ؛ لأن كذا لفظ مفرد مبهم بجمل ، ولا يعلق على الذم شيناً بل لفظ بجمل ، لاصالة براءة الذمة ، واختاره المصنف والعلامة وابنه والشهيد وهو المعتمد ، ويكون الرفع على البدل والنصب على التييز والجر على الاضافة ؛ لأن الجر يحصل بعد الجزء من الدرهم مثل نصف درهم وربع درهم وما شابه ذلك .

وقال العلامة في المختلف : إن كان المقر من أهل اللسان لزمه ما قاله الشيخ ، وإلا رجع إلى تفسيره كما اختاره ابن ادريس ، واختياره المقداد في شرح المختصر وهو معارض بالبراءة الأصلية ، وكون الرفع على البدل والنصب على التييز والجر على الاضافة كما قلناه أولاً ، فلا يخرج بذلك عن كونه^(٥) من أهل اللسان .

قال رحمه الله : ولو قال : كذا كذا ، فإن اقتصر فاليه التفسير ، وإن أتبعه بالدرهم نصباً أو رفعاً ، لزمه درهم ، وقيل : إن نصب لزمه أحد عشر ، ولو قال : كذا وكذا درهماً نصباً ، أو رفعاً لزمه درهم ، وقيل : إن نصب لزمه أحد

وعشرون ، والوجه الاختصار على التعين [اليقين] الا مع العلم بالقصد .

أقول : اذا كرر كذا^(٦) بغير عطف ، قال الشيخ : يلزم مه أحد عشر درهماً لأن أقل عددين ركبا وانتصب ما بعدهما أحد عشر ، وعند ابن ادريس والمصنف والعلامة ومن تابعهم يلزم مه درهم ، كأنه قال : شيء شيء ، وفي الجر يحتمل أنه أضاف الجزء الى جزء ثم^(٧) أضاف الآخر الى الدرهم كنصف ربع درهم ، والاصل براءة الذمة من الزائد ، وهذا هو المعتمد .

واذا كرر مع العطف ، قال الشيخ : يلزم مه أحد وعشرون ، وقال ابن ادريس . ومتابعوه : يلزم مه درهم ؛ لأنه جمل فيرجع الى تفسيره ، لاصالة براءة الذمة من الزائد وهو المعتمد .

قال رحمة الله : ولو قال : أليس لي عليك كذا ؟ فقال : بلى ، كان إقراراً ، ولو قال : نعم ، لم يكن إقراراً ، وفيه تردد من حيث يستعمل الأمران استعمالاً ظاهراً .
 أقول : منشأ التردد من تعارض العرف واللغة ؛ لأن أهل العرف لا يفرقون بين لفظي نعم وبلى في كونهما إقرارا ؛ لأن تقدير الكلام : نعم لك عندي ، والاقرار اما يحمل على مفهوم العرف دون دقائق العربية ، ومن حيث أن نعم في جواب السؤال تصدق لما دخل عليه حرف الاستفهام ، فقوله : نعم ، أي ليس لك على كذا وبلى تكذيب لما دخل عليه حرف الاستفهام ؛ لأن اصل بلى بل وهي للرد والاستدراك ، وقوله : بلى ، رد لقوله : أليس لي عليك كذا ، لأنه الذي دخل عليه حرف الاستفهام ونفي له ، ونفي النفي إثبات ، قال تعالى : ﴿ أَلسْتَ بِرَبِّكُمْ ？ قَالُوا : بَلْ ۚ ۝ ، فَلَوْ قَالُوا : نَعَمْ كَفَرُوا ، وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ أَيْحَسِبُ الْإِنْسَانُ أَنْ لَنْ يَجْمِعُ

(٦) - هذه الكلمة ليست في النسخ .

(٧) - هذه الكلمة ليست في الاصل .

(٨) - الاعراف : ١٧٢ .

عظامه ، بلي قادرين ^(١) ، والمشهور عند ^(١٠) الاصحاب أن قوله (نعم) بعد الاستفهام ليس إقراراً ، وهو مذهب الشيخ واختاره العلامة وابنه وأبو العباس في مقتصره ، وتردد المصنف في كتابه ^(١١) .

واستقرب الشهيد في دروسه عدم الفرق بين بلي ونعم في كونها اقراراً ، وربما قيل : بالتفصيل ، وهو إن كان المقر من أهل العربية لم يكن إقراراً ، والا كان إقراراً ، وهو غير بعيد من الصواب .

قال رحمه الله : الاستثناء من الجنس جائز ، ومن غير الجنس على تردد .

أقول : منشئه من ان الاستثناء اخراج ما لولاه لدخل في اللفظ ، وغير الجنس غير داخل في اللفظ فلا يخرج بالاستثناء ، ولأن ثبوت الاستثناء في الأقرار على خلاف الأصل ، لما يتضمن

من الانكار بعد الأقرار ، فيقتصر على موضع الوفاق ، ومن أن استعمال الاستثناء من غير الجنس كاستعماله من الجنس ، وقد ورد ذلك في قوله تعالى وفي أشعار العرب ، أما قوله تعالى : ﴿فَاتَّهُمْ عَدُوٌّ لِإِلَّا رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾ ^(١٢) ، ﴿لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لِغْوًا وَلَا تَأْيِمًا إِلَّا قِيَلًا سَلَامًا﴾ ^(١٣) وأمثال ذلك ، وأما أشعار العرب فقتل قوله :

وبسلدة ليس بها أنسيس الا اليعاifer والا العيس ^(١٤)
وأمثال ذلك كثير ، وإذا ورد استعماله من غير الجنس كاستعماله من

(٩) - القيامة : ٣ ، ٢.

(١٠) - في «رأ» : بين .

(١١) - في «م» : كتابه .

(١٢) - الشعراء : ٧٧ .

(١٣) - الواقعة : ٢٦ ، ٢٥ .

(١٤) - اوضح المسالك ، ج ٢ ، الشاهد رقم ٢٦١ .

المجنس ، ثبت المجاز فيها ، لثبوت الاستثناء في الاقرار وهو المعتمد ، لكن يجب أن يبقى شيئاً بعد رفع قيمة المستثنى ، فلو لم يبق شيء ، قال ابن الجينيد : بطل الاستثناء ووجب ما أقرّ به أولاً ؛ لأن الاستثناء باطل وإذا بطل بقي ما أقرّ به ، والمعتمد بطلان التفسير ويطالب بتفسير غيره ، بحيث يبقى بعد قيمة المخرج شيء . قال رحمه الله : اذا قال : له عشرة إلا درهما ، كان إقراراً بستة ونفياً للدرهم ، ولو قال : إلا درهم ، كان اقراراً بالعشرة .

أقول : الفرق بين النصب والرفع كون النصب على الاستثناء ؛ لأن الاستثناء من الموجب يوجب النصب ، فإذاً هنا حرف استثناء ، والرفع يكون على الوصف فلا يكون إلا حرف استثناء ، وهذا كان ما بعدها مرفوعا ، قال ابن ادريس : لأن المعنى غير درهم ، ومثله قول الشيخ في الميسوط .

قال رحمه الله : ولو قال : ماله عندي شيء إلا درهم ، كان اقراراً بدرهم ، وكذا لو قال : ماله عشرة إلا درهم ، كان اقراراً بدرهم ، ولو قال : إلا درهما ، لم يكن إقراراً بشيء .

أقول : الفرق بين الرفع والنصب هنا كون الرفع على البدل من العشرة ، فكأنه قال : ماله على إلا درهم ، أبدل الدرهم من العشرة فيثبت عليه درهم ، وأما عدم لزوم شيء مع النصب ؟ فلأنه أدخل حرف النفي ، وهو (ما) على الجملة الموجبة المشتملة على الاستثناء ، وذلك ماله على عشرة إلا درهما ، فلما أدخل حرف النفي وهو (ما) على هذه الجملة يكون قد نفى ثبوت ذلك عن ذاته ، ومعناه أن هذا المقدار الذي هو عشرة إلا درهما ليس له على ، فلهذا لم يلزم شيء . (١)

النظر الثاني في المقر

قال رحمه الله : ويقبل إقرار المفلس ، وهل يشارك المقر له الفرما ، أو يأخذ حقه من الفاضل ؟ فيه تردد .

أقول : منشأه من تعلق حقوق الفرما بأعيان ماله فلا يشارك المقر له ، بل يعطي من الفاضل عن الفرما إن كان والا بقي في ذمة المقر ، ومن أن المقر له صار غريباً في شارك الفرما ، في أعيان ماله ، وقد مضى البحث في هذه في باب المفلس^(١٥) .

والتحقيق : إن كان المفلس غير متهم في إقراره اختص المقر له بالعين ويشارك الفرما في الدين ، وإن كان منها وكان الإقرار بعين أو قفت ، فان فضلت عن دين الفرما أخذها المقر له ، وإن لم تفضل أخذها الفرما وتبع المقر له المفلس في قيمتها ، وإن كان الإقرار بدين لم يشارك الفرما مع التهمة ، فان فضل عن الفرما شيء أخذها المقر له والا بقي في ذمة المقر .

قال رحمه الله : ويقبل وصية ، المريض في الثالث وان لم يحيز الورثة ، وكذا

إقراره للوارث والاجنبي مع التهمة على أظهر القولين.

أقول : أختلف علينا في إقرار المريض اذا مات في مرضه على أربعة

أقوال :

الاول : أنه يضي من الأصل مع عدالة المقر وانتفاء التهمة في إقراره ، ومن الثالث إن كان متها ، سواء كان الإقرار لوارث او لأجنبى ، وهو قول الشيخ في النهاية وابن البراج والمصنف هنا ، واختاره العلامة والشميد ، ومستندهم الروايات الصحاح ، كرواية اسماعيل بن جابر^(١٦) في الصحيح وصحيفة الحلبي^(١٧) وصحيفة مصوّر بن حازم^(١٨) ، عن الصادق عليه السلام .

الثاني : قال المفيد : إقرار العاقل في مرضه للأجنبى والوارث سواء ، وهو ماضٍ واجب لمن أقر له به ، وإذا كان على الرجل دين معروف بشهادة قائلة وأقر لقوم آخرين بدين مضافاً إلى ذلك ، كان إقراره ماضياً عليه ، وللقوم أن يحاسبوا^(١٩) باقي الفرماء فيما تركه بعد وفاته ، وإذا كان عليه دين يحيط بما في يده فأقر بأنه وديعة لوارث أو غيره قبل إقراره إن كان عدلاً مأموناً ، وإن كان متها يقبل إقراره انتهى كلام المفيد رحمه الله .

ومضمونه قبول الأقرار بالدين ، ووجوبه لمن أقر له به سواء كان وارثاً أو غير وارث ، سواء كان هناك دين أو لم يكن ، سواء كان متهمًا أو غير متهم ، وهو قول سلار وابن ادريس ، لعموم : «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^(٢٠) ، ولم

(١٦) - الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ١٦ من أبواب احكام الوصايا ، حدیث ٣ .

(١٧) - الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ١٦ من أبواب احكام الوصايا ، حدیث ٥ - ٧ .

(١٨) - الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ١٦ من أبواب احكام الوصايا ، حدیث ١ وكتاب الأقرار ، باب ١ ، حدیث ١ .

(١٩) - من النسخة رفي الاصل غير واضح وكأنها : يحاسبوا .

(٢٠) - الوسائل ، كتاب الأقرار ، باب ٢ ، حدیث ٢ .

يشترط العدالة في الاقرارات بالعين الا اذا كان هناك دين مستغرق ، وقال الشيخ في النهاية : اذا كان عليه دين مستغرق^(٢١) فاقرأن جميع ما في ملكه لبعض ورثته لم يقبل إقراره الا ببيبة ، فان لم يكن عند المقر له بيبة أعطى صاحب الدين حقه أولا ثم ما يبقى يكون ميراثا ، قال ابن ادريس : ما ذكره رحمة الله صحيح ابن أضافه الى نفسه ولم يقل إنه حق واجب ، وأما إن أطلق إقراره ولم يقل : جميع ما في ملكي ، او هذه داري لفلان ، بل قال : هذه الدار لفلان ، أو جميع هذا الشيء لفلان ، كان ذلك صحيحاً ، سواء كان المقر له وارثا أو غير وارث ، في صحة كان إقراره او في مرض ، وعلى جميع الاحوال .

قال العلامة في المختلف : والحق أن الشيخ رحمة الله لم يعتبر ما قاله ابن ادريس هنا ، اذ لا خصوصية لهذا الموضوع بهذا الحكم ، بل إنما لم يقبل إقراره ؛ لأنه في الحقيقة إقرار في حق الغير فلا يسمع الا بالبيبة انتهى كلام العلامة ، والمراد بالبيبة بينه المقر له على استحقاق المقرب ، وظاهر المختلف موافقة النهاية ، وهو الصحيح مع التهمة اذ لو صلح ذلك لكان وسيلة الى إسقاط حق أهل الدين ؟ لأن كثيراً من الناس لا يبالي بذمته ويجتهد باسقاط الحق عنه بالجحود والابيات الكاذبة والشهود المزوره ، فإذا حصل له استحقاق الحق عنه باقراره ان ما في يده لورثته أولئك لهم من غير بيبة باستحقاق المقر له كان ذلك أهون عليه من كل شيء ، وفعل ذلك أكثر الناس الا الاتقياء والصالحين وقليل ما هم .

الثالث : انه يضرى من الاصل مطلقا ، سواء كان لوارث أو لاجنبي ، وسواء كان متهمأ أو غير متهم ، وهو قول سلار وابن ادريس ، لعموم : «اقرار العقلاء على أنفسهم جائز »^(٢٢) .

(٢١) - هذه الكلمة ليست في النسخ .

(٢٢) - تقدمت في الصفحة السابقة .

الرابع : أنه يضي من الثالث إن كان لوارث ، سواء كان المقر متهمأً أو غير متهم ، ومن الاصل إن كان لأجنبي ، مع عدم التهمة ومعها من الثالث ، وهو قول المصنف في المختصر ولم أجده به قائلًا غيره ، ولعل وجهه الجمع بين الاقوال والروايات (٢٢) ، والمعتمد الاول .

تنبيه : المراد بالتهمة العلم او الظن المتاخم له بقرينة حالية أو مقالية بارادة تخصيص المقر له ، وان الاقرار ليس صحيحاً في نفس الامر ، ولو اختلفا في التهمة فادعاها الوارث وأنكرها المقر له ، كان الاصل عدم التهمة فعل مدعياها البينة وعلى المنكر اليدين مع عدمها ، ويكونه الحلف على عدم العلم بالتهمة .

ولايجب عليه الحلف على أنها ليست حاصلة في نفس الامر ؛ لأن الاقرار مبني على الظاهر وهو غير مطلع على قصد المقر ، ولا يشترط في صحة الاقرار علم المقر له بثبت الحق في ذمة المقر ، لامكان خفاء سبب الاستحقاق ، فلا يجب عليه عين الاستحقاق في ذمه المقر ، بسبب غير الاقرار ؛ لأنه قد لا يعلم بل يجب عليه الحلف أنه لا يعلم كونه متهمًا في حقه ، ولا ينفيها مواطأة على ذلك ، فان ذكر المقر السبب وصدقه المقر له وجب الحلف على الاستحقاق .

قال رحمة الله : ويقبل الاقرار بالتهم ، ويلزم المقرباته ، فان امتنع حبس وضيق عليه حق يتبعن ، وقال الشيخ رحمة الله : يقال له : إن لم تفسر جعلتك ناكلاً ، فان أصر حلف المقر له .

أقول : المعتمد اختيار المصنف وهو حبسه حتى يبين ؛ لأنه صار مقرا ، وبالامتناع عن التفسير يصير مانعاً لحق قد ثبتت عليه ، ومن امتنع من حق ثابت عليه مع قدرته عليه ، حبس حتى يخرج منه .

في المقر له

قال رحمه الله : لو أقر للبيمة لم يقبل ، ولو قال : بسببها ، صح ويكون
الاقرار للمالك ، وفيه إشكال ، إذ قد يجب بسببها مالا يستحقه المالك ، كأرش
الجناية على سائقها أو راكبها .

أقول : قال الشيخ في المسوط : إذا قال بسببها كان لماكها حلا على أنه
استأجرها أو جن عليها ، وعوض الاجارة وارش الجناية للملك قطعا ، ولأن
الأسباب المقتضية لتلقي المالك هي الغالية ، ويرد عليه ما قاله المصنف ؛ لأنه قد
يجب بسببها مالا يستحقه المالك ، كأرش الجناية على سائقها أو راكبها ، فحينئذ
الكلام عتمل لأمررين وتخصيصه في أحدهما دون الآخر لا وجه له ، اذ لا دلالة
للعام على الخاص .

وظاهر العلامة في القواعد والتحرير بطلان الاقرار ما لم يقل بسببها لماكها
أو لاجنبي ، فيلزم حينئذ ، فعلى هذا لو قال بسببها واقتصر لزم التفسير ، وهو
المعتمد .

قال رحمه الله : ولو أقر لحمل صبح ، سواء أطلق أو بين سببا محتملا ،

كالارث والوصية ، ولو نسب الأقرار إلى السبب الباطل كالجنائية عليه ، فالوجه الصحة ؛ نظراً إلى مبدأ الأقرار ، وإلغاء لما يبطله .

أقول : وجه الصحة عموم قوله عليه السلام : « أقرار العقلاء على أنفسهم جائز »^(٢٤) وقد أقر إقراراً يمكننا مع كونه مختاراً فيلزم بما أقرب به ، ولا يلتفت إلى تفسيره بما يبطله ، لعدم قبول الانكار بعد الأقرار وهذا اختيار المصنف والعلامة ، وقال ابن الجنيد وابن البراج : يبطل إقراره ، واختياره فخر الدين ، لأصله براءة الذمة ، ولأن الكلام كله كالمجملة الواحدة لا يتم أوله إلا بأخره .

فرع : لو أقر لمسجد أو مقبرة وفسره بسبب صحيح ، كما لو قال من غلة وقنه صحيح الأقرار قطعاً ، وإن أطلق أو فسره بسبب فاسد كان فيه الوجهان المذكوران في العمل ، والمعتمد صحة الأقرار له مطلقاً سواء أطلق أو فسره بسبب صحيح أو فاسد .

قال رحمة الله : ولو أقر بعدي لانسان فأنكر المقر له ، قال الشيخ : يعتقد ؛ لأن كل واحد منها أنكر ملكيته ، ولو قيل : يبقى على الرقية المجهولة المالك كان حسناً .

أقول : أما قول الشيخ فقد ذكر المصنف وجهه ، وأما وجه ما استحسنه المصنف فإنه عبد محكوم برقه ، وهو مال ورفع المخاص لا يستلزم رفع العام ؛ لأنه لا يلزم من خروجه عن ملك المقر بالأقرار ، وخروجه عن ملك المقر له بالانكار ، خروجه عن المالية المجهولة المالك ، فإن ادعى العبد الحرية ، قال فخر الدين : يقبل دعواه ؛ لأنه مدع لامناع له ، ويتحمل العدم للحكم عليه بالملكية .

فروع : الاول : اذا أقر بعد لزيد فكذبه زيد ، وأقر العبد أنه لعمرو وصدقه عمرو على إقراره ، قوى الشيخ عتق العبد وعدم الالتفات إلى إقراره لعمرو ،

وصاحب اليد اعترف به لزید وقد أنكره زید فينعتق ، وتبعه اين البراج .
واختار العلامه قبول إقرار العبد ، لانتفاء ملك المقر والمقر له ، فيبيق إقراره
صادر عن عاقل فينفذ الاقرار إذ لا مزاحم له .

الثاني : اذا اقر بعين لزيد فكذبه لم تسلم العين لزيد، وهل يترك في يد المقرب او ينتزعها الحاكم ؟ يحتمل الاول ؛ لأننا لا نعرف مالكلها ويد من له اهليه اليه عليها ، والاصل في يد المسلم وأفعاله الصحة فهو أولى الناس بحفظها ، ويحتمل انتزاع الحاكم لها وكونه أولى من صاحب اليد ؛ لأنه ولـي القائب فحيـنـذاـ لهـ أـنـ يـتـرـكـهاـ فيـ يـدـ صـاحـبـ الـيدـ وـيـكـونـ أـمـيـنـاـ للـحاـكـمـ .

الرابع : لو رجع المقر عن إقراره وكذب نفسه بالاقرار بعد انكار المقر له ، لم يقبل رجوع المقر ؛ لأنّه اعترف بالحق لغيره وسلبه عن نفسه فلا يقبل رجوعه بعد ذلك ، لعموم : « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز »^(٢٧) ، والفرق بين رجوع المقر والمقر له أن رجوع المقر انكار بعد اقرار وهو غير مقبول ورجوع المقر له اعتراض بدعوى انكراها قبل والاعتراض بعد الانكار مقبول .

قال رحمة الله : ولو أقر أن المولى أعتق عبده ثم اشتراه ، قال الشيخ : ص

(٤٥) - فی «م» و «ر۱»: لأن.

(٢٦) - في النسخ بدل ما بين القوسين : وصدقه فله .

(٢٧) - تقدم ذكر الرواية قريباً.

الشراء ولو قيل يكون ذلك استقاذًا لشراء أكان حسناً . وينعقد .

أقول : الشهادة على الغير بعين في يده يكون إقراراً من الشاهد من وجهه ،
معنى أنه لو لم ينفذ شهادته ثم حصل يوماً من الدهر في يد الشاهد ، بحيث لولا
شهادته كان ملكه ، تمحضت تلك الشهادة للاقرار وحكم عليه بمقتضها ، فلو
قال : أن زيداً اعتقد سالماً ، لم يحكم بجريته لمجرد قوله ويبيّن على ملك زيد ، فلو
أشتراء الشاهد من زيد ، قال الشيخ في المسوط : صح الشراء ، لأن الشارع لم
يعتبر قول الشاهد فكان شراءه صحيحاً ؛ لأنه اشترى عيناً مملوكة للبائع في ظاهر
الشرع فيصح شراءه ، واستحسن المصنف كون الشراء هنا استقاذًا ؛ لأن البيع
مركب من جزئين إيجاب وقبول ، وصحة البيع موقوفة على صحتها ويفسد بفساد
أحدهما ، والقبول غير صحيح لاعتراف المشتري بحرية العبد والحرر لا يصح
تملكه . والمعتمد أنه بيع من جهة البائع واستقاذ من جهة المشتري فلا يثبت فيه
خيار المجلس ولا خيار الحيوان ولا خيار الشرط .

فإن مات هذا العبد ولا وارث له ، قال المصنف كان للمشتري من تركته
قدر الثمن خاصة ، وأطلق القول في ذلك والمراد به إذا اعترف أنه أعتقد عتقاً
يستحق به الولاء على العبد ، أما إذا لم يكن له على العبد ولاء فإنه لا يجوز أخذ
شيء من تركته . واستشكل الشهيد أخذ الثمن من تركته على تقدير ثبوت الولاء ؟
لأن المشتري متبرع بدفع الثمن فليس له مقاومة المدفوع إليه ، ثم أجاب بان مثل
هذا الدفع مرغب فيه للاستقاذ ، ويكون مضموناً على القاضي لظلمه .

قال رحمه الله : إذا قال : على ألف وقطع ، ثم قال : من ثمن مبيع لم أقبضه ،
لزم الالف ، ولو وصل فقال : له على الف من ثمن مبيع وقطع ، ثم قال : لم أقبضه ،
قبل ، سواء عين المبيع أو لم يعينه ، وفيه احتلال بالتسوية بين الصورتين ، ولعله
أشبه .

أقول : أما لزوم الالف في الصوره الاولى فهو اجماع لم أجد فيه مخالف ، وأما الصورة الثانية فقد قال الشيخ في المبسوط والخلاف : يقبل قوله (لم أقضه) ، وبه قال ابن البراج ، واختاره العلامة في المختلف وابنه في شرح القواعد ، لأن قوله^(٢٨) (لم أقضه) لا ينافي إقراره الاول ؛ لأنّه قد يكون عليه ألف درهم ولا يجب عليه التسليم قبل قبض المبيع ، ولأن للانسان أن يخبر بما هو ثابت في ذمته على حد ما هو ثابت في الذمة ، وقد يشتري الانسان ولا يقبض المبيع وكان له أن يخبر بذلك ، ولو ألزم بغير ما أقر به كان ذلك ذريعة الى سد باب الاقرار ، وقال ابن ادريس : لا فرق بين الصورتين ويجب عليه الالف ولا يقبل تفسيره ، لما فيه من إسقاط ما أقر به بعد الاعتراف ، واختاره المصنف والعلامة في التحرير .

في الاقرار بالنسب

قال رحمه الله : ولا يعتبر تصديق الصغير ، وهل يعتبر تصدق الكبير ؟

ظاهر كلامه في النهاية [لا] ، وفي المبسوط يعتبر ، وهو أشبه .

أقول : المشهور مذهب المبسوط وهو المعتمد ؛ لأن الاصل عدم الاتساب ، ولانه اقرار في حق الغير فلا يقبل الا مع التصديق والبيبة^(٢٩) ، خرج منه الاقرار بالصبي والجنون للاجماع على قبول ذلك من غير بيبة ولا تصدق ؛ لأن تصديقهما غير معتر .

واحتاج الشيخ على مذهب النهاية بان التصديق غير معتر والا لما صبح الاقرار بالطفل والجنون . أجيبي بأنه لا اعتداد بتصديقهما ، فلا يكون شرطا بخلاف البالغ العاقل .

قال رحمه الله : ولو أقر بابن إحدى أمتيه وعيشه لحق به ، ولو ادعت الأخرى أن ولدها [هو] الذي أقر به كان القول قول المقر مع بيشه ، ولو لم يعين ومات ، قال الشيخ : يعين الوارث ، وان امتنع أقرع بينهما ، ولو قبل باستعمال

_____.
(٢٩) - في النسخ : أو البيبة .

القرعة بعد الوفاة مطلقاً، كان حسناً.

أقول : وجه حسن كونه أمرًا مشكلاً لتعذر العلم بخصوصية المقر به بعد موت المقر، فيدخل في عموم : « كل أمر مشكلاً فيه القرعة »^(٣٠)، ولما في ذلك من العدل ، وقال الشيخ في المبسوط : يعين الوارث ؟ لأنَّه قائم مقام مورثه والاول هو المعتمد وهو اختيار العلامة ، وذهب الشهيد إلى اختيار الشيخ .

قال رحمه الله : ولا يثبت النسب الا بشهادة رجلين عدلين ، ولا يثبت بشهادة رجل وامرأتين على الاظهير ، ولا بشهادة رجل ويين .

أقول : قال الشيخ في الخلاف وفي موضع من المبسوط : يثبت بشهادة رجل وأمراتين ، وقال في موضع آخر من المبسوط : لا يثبت الا بشهادة رجلين عدلين ، واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة^(٣١) وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو شهد الاخوان وكانا عدلين يابن للميت ، ثبت نسبة وميراثه ، ولا يكون ذلك دوراً.

أقول : ذهب الشيخ في المبسوط الى تبوت النسب دون الميراث حذراً من الدور ؟ لأنَّه قال : كل موضع يثبت النسب بالاقرار يثبت المال الا في موضع واحد ، وهو اذا كان إثبات الميراث يؤدي الى إسقاطه ، مثل أن يقر الاخوان بابن للمورث ، فان نسبة يثبت ولا يثبت الميراث ؟ لأنَّه لو ورث حجب الاخوين فخرجا عن كونهما وارثين فيبطل الاقرار بالنسبة ، اذ هو إقرار من غير وارث ، واذا بطل النسب بطل الميراث فاذا أدى اثبات الميراث الى إسقاطه اسقط ليثبت النسب دونه .

(٣٠) - الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ١٢ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، حديث ١١ الى ١٨ ، والمصدر ، كتاب القضاء ، باب ١١ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، حديث ١ .

(٣١) - ليست في الاصل .

هذا كلامه رحمه الله ، حكم بان اثبات الميراث يؤدي الى اسقاطه وذلك
دور ، وجزء المصنف بثبوت الميراث ؟ لأنه تابع للنسب وقد ثبت بشهادتها فيثبت
الميراث ولا دور الى آخره ٨٠

الجعالة

قال رحمه الله : إذا بذل جعلاً فان عينه فعلية تسليمه مع الرد ، وإن لم يعينه لزمه مع الرد أجرة المثل ، الا في رد الآبق على رواية أبي سيار ، عن أبي عبد الله عليه السلام : أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم جعل في الآبق ديناراً إذا أخذ في مصره ، وإن أخذ في غير مصره فأربعة دنانير^(٢٢) ، وقال الشيخ رحمه الله في المبسوط : هذا على الأفضل لا الوجوب ، والعمل على الرواية ، ولو نقصت قيمة العبد ، وقيل الحكم في البعير كذلك ، ولم اظفر فيه بمستند .

أقول : اذا رد الانسان عبد غيره أو ضالته ، لا يخلو إما أن يذكر المالك جعلاً بجهولاً أو معيناً أو لم يجعل شيئاً ، فان جعل جعلاً معيناً لزم مع الرد ولا كلام ، وان جعل جعلاً بجهولاً لزم مع الرد أجرة المثل الا في رد العبد والبعير ، فان في رد كل واحد منها من المصر دينار قيمته عشرة دراهم ، ومن غير المصر أربعة دنانير قيمتها أربعون درهماً ، وإن رده من غير ذكر جعل معلوم ولا بجهول لم يكن له شيء في غير العبد والبعير اجماعاً ؛ لأنه متبرع بالعمل فلا يستحق عليه جعلاً ،

(٢٢) - التهذيب ، كتاب المكاسب ، باب ٩٤ اللقطة والضالة ، ص ٣٩٨ ، حديث ١٢٠٣ .

وإن رد العبد ^(٣٣) البعير فقد اختلف الاصحاب فيه ، ذهب الشيخ في النهاية والمفید وابن حمزة الى وجوب المقدار المذكور في الرواية التي أشار اليها المصنف ، وظاهره العمل بها ، وحمل الشيخ الرواية بالنسبة الى المتبرع على الاقضل لا على الوجوب ، ولم يوجب ابن ادريس شيئاً واختاره المتأخرین وهو المعتمد ؛ لأنه متبرع .

نعم لو أمر بالرد ولم يذكر عوضاً فال الاول العمل بالرواية ، ومع العلم بها يجب العمل بها على اطلاقها وإن قصرت قيمة العبد والبعير عن المقدار المذكور فيها على ما هو مشهور بين الاصحاب ، واستشكله العلامة في القواعد ، وجزم به ^(٣٤) في التحریر كما ^(٣٥) جزم به المصنف هنا ، وهو لزوم المقدار وان قصرت قيمة العبد عنه ، والنصختص في العبد ، وألحق الشیخان البعير بالعبد ، قال المصنف: ولم أظفر فيه بعستند .

قال رحمه الله : لو جعل لواحد جعلا على الرد ، فشاركه آخر في الرد ، كان للمجعل له نصف الاجرة ؛ لانه عمل نصف العمل ، وليس للآخر شيء ؛ لأنه متبرع وقال الشيخ : يستحق نصف أجرة المثل ، وهو بعيد .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : ان قال لواحد : إن جتنى بعدي فلك دينار فجاء به هو وغيره ، فان هذا الذي عينه يستحق نصف الدينار ولا يستحق للآخر شيئاً ؛ لأنه تطوع به ، قال : وعلى ما قلناه يستحق أجرة المثل .

قال العلامة في المختلف بعد حکایة قول الشيخ : قوله (وعلى ما قلناه) ان من رد العبد فله ما عين ويجعل ذلك عاماً مع الجمالة ^(٣٦) والاطلاق ، ويجعل

(٣٣) - في النسخ : أو .

(٣٤) - هذه الكلمة ليست في النسخ .

(٣٥) - في النسخ : بها .

(٣٦) - في «م» : الجمالة .

باجرة^(٣٧) المثل ما قرره الشارع لكن الوجه عدم ذلك ، هذا آخر كلامه رحمة الله .
وقال في القواعد : ولو قصد الثاني إعانته العامل . وللعامل الجميع ، ولو قصد
أجرة لنفسه فهو متبرع .



(٣٧) -في النسخ : أجرة .

في اللواحق

قال رحمه الله : لو اختلفا في قدر المجعل أو جنسه ، فالقول قول الجاعل مع يبيه ، قال الشيخ : وثبتت أجرة المثل ، ولو قيل : أقل الامرين من الأجرة والقدر المدعى ، كان حسناً ، وكان بعض من عاصرناه يثبت مع اليدين ما ادعاه الجاعل ، وهو خطأ ؛ لأن فائدة يبيه إسقاط دعوى العامل لاتبؤت ما يدعى بها الخالف .

أقول : اذا اختلفا في قدر المجعل بعد الرد ، مثل أن قال المالك دينار ، وقال العامل بل جعلت دينارين ، أو في جنسه ، مثل أن قال المالك متقابل فضة ، وقال العامل بل متقابل ذهب ، فالبحث هنا في موضوعين .

الاول : في اليدين ، هل هي على المالك خاصة ؟ لأنه منكر لما يدعى العامل من الزائد على ما اعترف به ويكون القول قوله ، كما لو أنكر أصل المعاملة ؟ أو يتحالفا ؛ لأن كل واحد منها مدعاً لعقد مخالف للعقد الذي يدعى صاحبه ، ومنكر لما يدعى الآخر ؟ فالاول قول الشيخ وابن البراج واختاره المصنف والعلامة في الارشاد والتحرير ، والثاني قاله العلامة في القواعد ، والشهيد قال بالاول إن كان الاختلاف بالقدر وبالثاني إن كان الاختلاف بالجنس ، والاول

أشهر بين الاصحاب .

الثاني : في الثابت للعامل بعد العين ، وقد أختلف الاصحاب فيه على ثلاثة

أقوال :

الاول : أجراة المثل ، وهو قول الشيخ وابن البراج ، ببطلان ما ادعاه العامل بيمين المالك ، ولا يقبل ما اعطاه^(٣٨) المالك ، لعدم موافقة العامل عليه فلم يبق غير أجراة المثل .

الثاني : أقل الامرين من أجراة المثل وما يدعى العامل ، وأكثر الامرين من أجراة المثل وما يدعى المالك ، وهو مذهب المصنف والعلامة وابنه وهو المعتمد ؛ لأن أجراة المثل إن كانت أقل مما يدعى العامل لم يستحق غيرها ، ببطلان ما ادعاه بيمين المالك ، وإن كانت أكثر مما يدعى لم يستحق الرائد ، لاعترافه بعدم استحقاقه لغير ما ادعاه (بيمين المالك)^(٣٩) ، وإن كان مما يدعى المالك أكثر من أجراة المثل فقد اعترف له به فيجب تسلیمه اليه ، وإن كان أقل من أجراة المثل فهو قد استحق أجراة المثل ، ببطلان ما يدعى المالك بانكار العامل .

الثالث : قول الفقيه محمد بن نا شيخ المصنف رحمهما الله تعالى ، وهو الذي أشار اليه بقوله : وكان بعض من عاصرناه يثبت مع العين ما ادعاه المباعل قال : يخلف المالك ويثبت ما ادعاه ، وقواه الشهيد كما لو كان الاختلاف في الاجارة ، وكما^(٤٠) يثبت ما يدعى المؤجر مع يمينه ، كذا يثبت ما ادعاه المباعل ، مع يمينه ، لاصالة عدم الزائد واتفاقها على العقد المتخoss بالاجرة المعينة وانحصرها في دعواها ، فإذا حلف المالك على نفي دعوى العامل ثبت مدعاه لقضية الحصر .

(٣٨) - في النسخ : ما ادعاه .

(٣٩) - ما بين القوسين ليس في النسخ .

(٤٠) - في النسخ : فكما .

كتاب الأليمان

في ما به ينعقد اليدين

قال رحمه الله : لا ينعقد اليدين الا بالله ، أو باسمه التي لا يشركه فيها غيره ،
إذ مع إمكان المشاركة ينصرف إطلاقها [إليه ،] فالاول كقولنا : وقلب القلوب
الذي نفسي بيده الذي فلق الحبة وبرا النسمة ، والثاني كقولنا : والله الرحمن ،
والاول الذي ليس قبله شيء ، والثالث كقولنا : والخالق والباري والرازق ، وكل
ذلك ينعقد به اليدين مع التصد .

أقول : إن المصنف رحمه الله قد مما ينعقد به اليدين إلى ثلاثة أقسام :
الاول : بالله تعالى .

الثاني : باسمه التي لا يشركه فيها غيره .

الثالث : ما يمكن معه المشاركة وينصرف اطلاقه إليه تعالى .

ثم عرف الاول الذي هو المخلف بالله تعالى بقوله : وقلب القلوب ، والذي
نفسي بيده ، والذي فلق الحبة وبرا النسمة ، وتتابعه العلامة على ذلك ، وهو تعريف
أبن أدریس ، فعندهم أن هذه اللفاظ ليست أسماء الله بل دالة عليه .

واستضعفه الشهيد ، قال : لأن مرجعه إلى أسماء تدل على صفات الأفعال ،

الخالق والرازق التي هي أبعد في الانعقاد من الاسماء الدالة على صفات الذات ، كالرحمن الرحيم هذا كلامه رحمة الله ؟ لأن صفاته تعالى على قسمين : صفات ذات ، وصفات فعل ، وصفات الذات كالرحمن الرحيم ، وعظمته الله وجلاله الله وقدرة الله وكبرياته وما شابه ذلك ، وصفات الفعل كالخالق والرازق والمصور ، فكما أن الخالق فاعل الخلق والرازق فاعل الرزق ، فكذا مقلب القلوب : لأنه فاعل التقليل .

واما كانت صفات الافعال أبعد في الانعقاد من صفات الذات ؛ لأن صفات الافعال مشتركة بينه وبين خلقه ، فانه يقال : خالق الخلق له تعالى ، وخالق الافلک لغيره تعالى ، ويقال : رازق الخلق له تعالى ، ورازق الجنادل لغيره تعالى ، ورب العالمين له تعالى ورب البيت لغيره ، وصفات الذات مختصة به تعالى ، والمحلف بالصفة المشتركة أبعد في الانعقاد من الحلف بالصفة المختصة .

قال رحمة الله : ولو قال : وقدرة الله ، وعلم الله ، فان قصد المعاني الموجبة للحال لم ينعدد اليدين ، وإن قصد كونه قادرًا عالمًا جرى مجرئ القسم بالله القادر والعالم ، وكذا ينعدد بقوله : وجلال الله وعظمته الله وكبرياته الله ، وفي الكل تردد . أقول : المراد بالمعاني الموجبة للحال ما ذهب اليه الاشاعرة من كونه قادرًا وقدرة عالمًا بعلم ، فان قصد الحالف هذه المعاني لم ينعدد يمينه قطعاً ، وان قصد كونه قادرًا عالمًا انعقدت يمينه عند الشيخ وابن ادریس والعلامة من غير تردد ، وكذا الحلف بعظمته الله وجلال الله وكبرياته الله ، وما شابه ذلك من صفات الذات لم يتزدوا في الانعقاد ، والمصنف تردد في ذلك من أن انعقاد اليدين حكم شرعي يفتقر ثبوته الى دليل شرعي لأصالة براءة الذمة ، والدليل إنما دل على انعقادها بالحلف به أو بأسمائه المختصة أو المشتركة مع انتصارف إطلاقها اليه لقوله عليه

السلام : «من كان حالفاً فليحلف بالله أو يترك»^(١) ، ومن أن الصفات المختصه به تعالى يعبر بها عن الذات كما يعبر بالاسماء المختصة ، فينعقد العين بها كما ينعقد بالاسماء وهو المعتمد .

قال رحمه الله : وكذاأشهد ، إلا أن يقول : بالله ، وفيه للشيخ قولان .
 أقول : اذا قال : أشهد ، ولم يقل : بالله ، لم ينعقد ، كما لو قال : أقسم ، ولم يقل : بالله ، وإن قال : أشهد بالله^(٢) ، قال الشيخ في الخلاف : لا يكون عينا ، وتبعه ابن ادريس ؛ لأن هذا لفظ الشهادة ، ولفظ الشهادة لا يسمى عينا ، وقال في المبسوط : إن أراد به العين كان عينا ، وتبعه ابن البراج ، واختاره المصنف والعلامة للعرف ، ولاستعمال ذلك في اللعان^(٣) .

قال رحمه الله : وكذا وحق الله ؛ فإنه حلف بمحق لا به ، وقيل : ينعقد ، وهو بعيد .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : اذا قال وحق الله كانت عيناً اذا اراد عينا ، وقال في الخلاف : لا يكون عينا قصد أو لم يقصد ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد والارشاد ، وهو مذهب ابن ادريس ؛ لأنه حلف بمحق الله وحق الله فروضه وعباداته ، واختار العلامة في المختلف والتحرير وابنه في شرح القواعد الانعقاد مع قصد العين بالله ، واستقر به الشهيد وإن أطلق به القصد كما لو قصد به الله الحق أو المستحق للعبادة ، ولأن حق صفة عامة فإذا أضيفت إلى الله اختصت به ، ولأن اختصاص الاضافة تفيد الاختصاص فهو كما لو حلف بعظمة الله وكبرياء الله ، وليس بعيد من الصواب .

(١) - المستدرك ، كتاب اليمان ، باب ٢٤ ، حديث ١ مع اختلاف يسير .

(٢) - في «ر١» : هـ .

(٣) - في «ن» : اللغات .

قال رحمه الله : ولو تراخي عن ذلك من غير عذر حكم باليمن، ولغنى الاستثناء ، وفيه رواية مهجورة^(٤) ، ويشترط في الاستثناء النطق ، ولا يكفي النية .

أقول : البحث هنا في موضوعين :

الاول : يجوز الاستثناء بمشيئة الله في اليمن إجماعا ، وقد استثنى رسول الله صلى الله عليه وآله في بيته ، « قال : والله لا أغزو قريشاً إن شاء الله »^(٥) ، واستثنى أمير المؤمنين عليه السلام في صفين ، « قال : والله لا أقتلهم غداً إن شاء الله »^(٦) ، لكن بشرط الاتصال المادي فلو فصل بالتنفس والسعال وابتلاع اللقمة وقدف النخامة بحيث لا يخرج عن الاتصال لم يضر ، ولو تراخي لغير عذر حكم باليمن ولغنى الاستثناء عملاً بعادة^(٧) (اللغة وأهل اللسان ، فانهم لا يلحقون الاستثناء المنفصل بالكلام الاول بل يلغونه ، ولما رواه الجمhour عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم : « من حلف على شيء ورأى غيره خيراً فليكفر ولیأت الذي هو خيراً »^(٨) ، فلو جاز تأخير الاستثناء لارشدنا اليه لينحل اليمن به من غير كفاره ، وهو المشهور بين الاصحاب ، وروى محمد بن بابويه في الصحيح ، عن عبد الله بن ميمون ، عن الصادق عليه السلام ، « قال : للعبد أن يستثنى ما بيته وبين أربعين يوماً إذا نسي ، إن رسول الله صلى الله عليه وآله أتاه ناس من اليهود فسألوه عن أشياء ؟ فقال : تعالوا أغدو أخذتكم ولم يستثن ، فاحتبس عنه جبرائيل

(٤) - الوسائل ، كتاب اليمان ، باب ٢٩ ، حدیث ٣٠٤ .

(٥) - المستدرک ، كتاب اليمان ، باب ١ ، حدیث ٣ نقله عن العوالي وسنن أبي داود ، كتاب اليمان والتذور ، حدیث ٢٢٨٥ .

(٦) - الكافي ، كتاب اليمان والتذور والکفارات ، باب التوادر ، حدیث ١ .

(٧) - في « م » : بعبارة .

(٨) - سنن ابن ماجه ، كتاب الكفارات ، باب ٧ ، حدیث ٢١٠٨ .

عليه السلام أربعين يوماً ثم أتاه ، فقال : « ولا تقولن لشيء إني فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله ، واذكر ربك اذا نسيت »^(٩) ، وتأولها العلامة بحملها على ما اذا حلف وفي ضمير الاستثناء ونسيه لفظاً ، فجاز له استداركه ولا حد له ، والتقييد في الحديث بالأربعين للعبارة وفي هذا التأويل نظر .

الثاني : هل يشترط النطق في الاستثناء أو يكفي النية ؟ اختلف الاصحاب في ذلك على ثلاثة أقوال :

الاول : لا يكفي النية بل لابد من النطق ، قاله الشيخ في المسوط واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة في القواعد والارشاد جزماً .

الثاني : الاكتفاء بالنية والاعتقاد ، سواء حلف سراً أو علانية ، وهو قول العلامة في المختلف ، وقواه الشهيد .

الثالث : من حلف علانية فليستن علانية ، ومن حلف سراً فليستن سراً ، وهو قول (الشيخ في النهاية)^(١٠) ، ورواوه محمد بن بابويه^(١١) .

قال رحمه الله : ولا يدخل بالاستثناء غير اليدين وهل يدخل الاقرار ؟ فيه تردد ، والاشبه أنه لا يدخل .

أقول : المراد بدخول الاستثناء^(١٢) في الاقرار أنه اذا عقب الاقرار بالمشينة بطل الاقرار ولم يلزمه ما أقر به ، كما يبطل اليدين اذا عقب بها .

اذ اعرفت هذا فشأ التردد من أن الاستثناء يتضمن بطلان ما أقر به ، فهو

(٩) - من لا يحضره الفقيه ، باب ٩٨ اليمان والتذور والكافارات ، حديث ٢ (ج ٢ ص ٢٢٩) وفي الوسائل ، كتاب اليمان ، باب ٢٩ ، حديث ٦ .

(١٠) - في «م» بدل ما بين القوسين : الشهيد .

(١١) - من لا يحضره الفقيه ، باب ٩٨ اليمان والتذور والكافارات ، حديث ٢٩ (ج ٢ ص ٢٣٣) ، حديث ٢٩) وفي الوسائل ، كتاب اليمان ، باب ٢٥ ، حديث ٢ .

(١٢) - في «رأ» : الاقرار .

كالانكار عقيب الاقرار فلا يكون مقبولا ، وهو مذهب الشيخ في الخلاف ، واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة في القواعد ، وابنه في شرحه . ومن أصلة براءة الذمة مما أقر به ، والاصل عدم لزومه له ، فاذا استثنى بطل إقراره ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره العلامة في المختلف ، والمعتمد الاول .

قال رحمه الله : والمحروف التي يقسم بها : الباء ، والواو ، والتاء ، وكذا لو خفض ونوى القسم من دون النطق بحرف القسم على تردد أشبهه الانعقاد . أقول : منشأه من أصلة عدم انعقاد اليدين ، خرج ما اتفق عليه - وهو مع الاتيان باحد حروف القسم - بيق الباقي على اصللة عدم الانعقاد ، وهو مذهب الشيخ في الخلاف ، وحکاه عن جميع الفقهاء الا آبا جعفر الاسترآبادي ، وتبعه ابن ادريس .

ومن أن أهل اللغة جوزوا حذف حرف القسم ، ولو بطل القسم حينئذ لما جاز ذلك في اللغة ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو قال : هاء الله كان يمينا ، وفي أيمن الله تردد ، من حيث هو جمع يمين ، ولعل الانعقاد أشبهه ؛ لانه موضوع للقسم بالعرف ، وكذا ايمن الله ، ومن الله ، وم الله .

أقول : منشأ التردد في أيمن الله ، من اختلاف النحوة في هذه اللفظة ، قال الكوفيون هي جمع يمين ، واستدلوا بقول الشاعر :

تبدي لها من أيمن وأشعل^(١٢) .

فلو لم يكن جماعاً لما قابلها بالأشمل ، فعلى هذا لا يكون عيناً (قطعاً) ^(١٤)؛ لأن العين ليس بقسم فكذا جمعها ؛ لأنه عبارة عن تضييف الواحد .
وقال البصريون : هي مفردة ، وانتفاقة من العين والبركة ، فعلى هذا يكون عيناً قطعاً .

والمشهور انعقاد العين بها ؛ لأنها موضوعة للقسم .
وأما أيم الله فأصلها : أين الله ، فحذف التون منها تخفيفاً لكثرة استعمالها ، وهمزتها تكسر وتفتح ، وأما من الله فأصلها : أين الله أيضاً ، فحذفت الهمزة تخفيفاً ، وبقيت الياء ساكنة ، والابتداء بالساكن عمال فحذفت أيضاً ، وحکى الجوهري في الصحاح في هذه اللحظة : ثلاث لغات : فتح الميم والتون وكسرهما وضمها .

وأما وم الله فأصلها : أيم الله .
واعلم أن التردد في الجميع ؛ لأن أصل الجميع أين الله ، والتردد واقع فيه فيكون التردد واقعاً في الجميع .

في الحالف

قال رحمه الله : ويصح اليدين من الكافر كما يصح من المسلم ، وقال في
الخلاف : لا يصح ، وفي صحة التكبير منه تردد ، منشأه الالتفات إلى اعتبار نية
القربة .

أقول : ومن عموم الآيات^(١٥) والأخبار^(١٦) الدالة على وجوب فعل الكفارة
مع المحت .

وأعلم أن الأصحاب اختلفوا في انعقاد يمين الكافر ، قال الشيخ في المبسوط
بانعقاده ، واختاره ابن البراج والمصنف والعلامة في القواعد والارشاد والتحرير ،
لعموم الآيات الدالة على انعقاد اليدين ، وهو مذهب الشهيد ، قال : لأن القربة غير
مراده .

وقال في الخلاف : لا ينعقد يمين الكافر ، واختاره ابن ادريس ؛ لأن اليدين
إنما يصح بالله من يكون عارفاً بالله ، والكافر غير عارف بالله فلا يصح يمينه .

(١٥) - الماندة : ٨٩.

(١٦) - الوسائل ، كتاب اليمان ، باب ١٥ و ٣٠ .

وفصل العلامة في المختلف ، قال : إن كان الكفر باعتبار جهل الله وعدم علمه به ينعقد^(١٧) يمينه ؛ لأنّه يحلف بغير الله ، وإن كان باعتبار جحده نبوة أو فريضة معلومة الثبوت من دين الاسلام ، انعقدت يمينه بإلهه تعالى ، لوجود المقتضي وهو الحلف بالله من عارف به عاقل ولا ولایة لأحد عليه ، وإذا انعقدت وجب عليه الفعل المحلوف عليه ، فان كان من الطاعات وقصد إيقاعه على وجه التقرب الى الله ، وجب تقديم الاسلام وفعله اذ لاطاعة من الكافر ، وإن كان غير طاعة وجب عليه فعله مطلقا ، ومتى حنت وجبت عليه الكفاررة ، لوجود المقتضي ، لكن لا يصح منه اداؤها الا بتقديم الاسلام عليه ، فان أسلم بعد الحنت سقطت الكفاررة عنه ، لعموم : « الاسلام يجب ما قبله »^(١٨) .

واعلم أنه لا يتحقق الحنت قبل الموت الا مع التقييد بزمان معين ، ومع عدمه لا يتحقق الا بعد الموت فيعاقب عليه في الآخرة ، واختار فخر الدين وابو العباس في مقتصرة مذهب المختلف ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولا ينعقد من الولد مع والده إلا مع إذنه ، وكذا يمين المرأة والملوك إلا أن يكون اليدين في فعل واجب أو ترك قبيح ، ولو حلف أحد الثلاثة في غير ذلك كان للاب والزوج والمالك حل اليدين ولا كفاررة .

أقول : في عبارة المصنف هنا تسامع ؛ لأنّه حكم أولاً بعد انعقاد يمين الثلاثة مع عدم إذن الوالد والزوج والمالك ثم قال : ولو حلف أحد الثلاثة كان للزوج والأب والمالك حل اليدين ، والحل إنما يكون بعد المقد ، وقد حكم بعد الانعقاد فينبغي وقوعها لاغية فلا تفتقر الى حل ، وإنما تفتقر الى الحل على الوجه الذي خرجه العلامة في القواعد ، قال : ولو قيل بانعقاد ايمانهم كان وجها ، نعم هم الحل

(١٧) - في النسخ : لم ينعقد .

(١٨) - عوالى الالى ٥٤ : ٢٢٤ .

في الوقت مع بقاء الوالد والزوجية والعبودية ، فلو مات الأب أو طلقت الزوجة أو اعتق العبد وجب عليهم الوفاء مع بقاء الوقت ، وعبارة التحرير كعبارة الشرائع فالاعتراض متوجه عليه أيضاً .

الا أن يقال : المراد بعدم الانقاد عدم اللزوم ، والمراد بالاذن هو السابق على اليدين والمتعقب له ، وهو تعسف ؛ لأن فيه حملأ للفظ على غير ظاهره ؛ لأن ظاهر عدم الانقاد وقوعه لاغيا ، وظاهر الاذن هو السابق على العقد .

فرع : على القول بوقوع اليدين لاغية مع عدم الاذن ، فلو أجازها الاب أو الزوج أو المالك بعد الحلف لم ينعقد ؛ لأن الاجازة لا تؤثر في الفاسد ، وعلى القول الآخر ينعقد مع الاجازة .

في متعلق اليدين

قال رحمة الله : إذا حلف : لا يشرب من لبن عزّل له ، ولا يأكل من لحمها ، لزمه الوفاء ، وبالمخالفة الكفارة ، إلا مع الحاجة إلى ذلك ، ولا يتعداها التحرير ، وقيل يسري التحرير إلى أولادها على روایة فيها ضعف .

أقول : الروایة أشارت إلى ما رواه عيسى بن عطية ، « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إني آليت أن لا أشرب من لبن عزّل ولا أأكل من لحمها فبعثها وعندی من أولادها ؟ قال : لا تشرب من لبنها ولا تأكل من لحمها فانها منها »^(١٩) ، وبضمونها أفتى الشيخ في النهاية ، وأنكر ابن ادریس تعدیة التحرير إلى الاولاد ، واختاره المصنف والعلامة^(٢٠) وهو المعتمد ، لاصالة الإباحة ، ولعدم تناول النبي للأولاد ، ولضعف الروایة ؛ لأن في طريقها عبد الله بن الحكم وهو ضعيف ، وسهل بن الحسن ويعقوب بن اسحاق وهما مجتهدان .

قال رحمة الله : اذا حلف لا يأكل طعاماً ما اشتراه زيد ، لم يحيث بأكل ما

. (١٩) - الوسائل . كتاب اليمان ، باب ، ٣٧ ، حدیث ١ .

(٢٠) - هذه الكلمة من النسخة وليس في الأصل .

يشترىه زيد وعمرو ، ولو اقتساه على تردد ، ولو اشتري كل واحد منها طعاماً وخلطاه ، قال الشيخ : إن أكل زيادة على النصف حنث ، وهو حسن .
أقول : هنا ثلات مسائل :

الأولى : أن يأكل ما اشتراه زيد وعمرو صفة واحدة قبل القسمة ، والمشهور عدم الحنث هنا ، وهو مذهب الشيخ في الخلاف ، وبه قال ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة وهو المعتمد ؛ لأن كل جزء يشار إليه لم ينفرد زيد بشرائه ، بل يقال : اشتراه زيد وعمرو ؛ لأن الشراء عقد واحد فإذا اشترى فيه أنتان اختص كل واحد منها في العرف بنصفه ، فلم تكتمل الصفة لاحدهما فلا يقع الحنث .

وقوى في المبسوط الحنث ؛ لأنهما لما اشتريا معاً فكل واحد قد اشتري نصفه ؛ لأن على كل واحد منها ثمن نصفه ، فإذا كان لزيد نصفه فقد أكل من طعام اشتراه زيد .

الثانية : اقتساه ثم أكل من حصة زيد ، هل يحيث أم لا ؟ تردد المصنف في ذلك ، ومنشوه من أن القسمة تميز لما اشتراه زيد عنها اشتراه عمرو ، فإذا أكل مما حصل بعد القسمة لزيد صدق عليه أنه أكل مما اشتراه زيد ، ومن أن ذلك القدر المحاصل لزيد بالقسمة لم يشره زيد بانفراده ، فلا يحيث بأكله ، وهو اختيار ابن ادريس والعلامة وهو المعتمد .

الثالثة : لو أشتري زيد طعاماً صفة بانفراده وأشتري عمرو طعاماً بانفراده ثم خلطاه وأكل منه الحالف ، هل يحيث ؟ قوى الشيخ في الخلاف والمبسوط عدم الحنث ما لم يزيد على النصف ، والحنث إذا زاد ما أكله عليه ؛ لأنه لا يقطع على أنه أكل من طعام أنفرد زيد بشرائه حتى يزيد على النصف ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد ، وقال ابن البراج : يحيث بأكل القليل والكثير ؛ لأنه

لم يقطع أنه لم يأكل من طعام أشتراه زيد.

وفصل العلامة في المختلف ، قال : إن كان مائعاً كال اللبن والعسل أو ما يشبه المتر济 كالدقيق ، حنت بأكل قليله وكثيره ، لامتزاجه واختلاط جميع أجزائه بعضها ببعض ، فرأى شيء أكل منه علم أن فيه جزءاً مما أشتراه زيد ، وإن كان متبيزاً كالرطب والخبز لم يجئ حتى يأكل أكثر مما أشتراه عمرو ، وهذا هو المعتمد .

قال رحمه الله : لو حلف لاشربت من الفرات ، حنت بالشرب من مائها ، سواء كرع منها ، أو اغترف بيده ، أو باناء ، وقيل : لا يجئ إلا بالكرع منها ، والأول هو العرف .

أقول : إذا حلف لاشربت من الفرات أو من نهر ، قال الشيخ في الخلاف : متى شرب من مائها حنت ، سواء أغترف بيده أو باناء أو كرع منها كالبيمة واختاره المصنف والملاحة في القواعد والتحرير ؟ لأن معنى هذا الكلام لاشربت من مائها ، بهذا جرت العادة وهو المتعارف عند الناس .

وقوى في المسوط عدم الحنت بدون الكرع ، واختاره ابن ادريس ؟ لأن الكلام في الحقائق دون المجاز ، وهذا هو الحقيقة وما عداه بجاز ، لأنه اذا شرب غرفاً بيده ما شرب منها ، وإنما شرب من يده وكذلك الاناء ، والأول هو المعتمد .

قال رحمه الله : إذا حلف : لا أكلت رؤوساً ، انصرف إلى ما جرت العادة بأكله غالباً ، كرؤوس البقر والغنم والإبل ، ولا يجئ برؤوس الطيور والسمك والجراد ، وفيه تردد ، ولعل الاختلاف عادي ، وكذلك لو حلف : لا يأكل لحاماً ، وهنا يقوى أنه يجئ بالجميع ، ولو حلف : لا يأكل شحاماً ، لم يجئ بشحوم الظهر ، ولو قيل : يجئ ، كان حسناً ، ولو قال : لا ذقت شيئاً ، فضجه ولفظه ، قال الشيخ : يجئ وهو حسن .

أقول : هنا ثلاثة مسائل :

الأولى : اذا حلف لا يأكل الرؤوس ، فان نوعاً نصرف اليه . وإن خلا عن النية ، هل ينصرف الى الحقيقة اللغوية أو المعرفية ؟ قال الشيخ في المسوط والخلاف : لا يحيث الا بأكل رؤوس النعم خاصة كالابل والبقر والغنم ؛ لأنها هي المأكولة بالعرف والعادة ، وهو ظاهر المصنف والعلامة في القواعد والتحرير والشميد .

وقال ابن ادريس يحيث بأكل جميع الرؤوس ؛ لأن ذلك هو الحقيقة ، فلا يعدل عنه الى المجاز .

وقال العلامة في المختلف : إن نوعي الحالف نوعاً صرف اليه ، وان لم ينو ، فان كان هنا عرف خاص يعده الحالف انصرف^(٢١) اطلاق لفظه اليه ، وحمل^(٢٢) عليه والا حل على الحقيقة اللغوية ، واختاره فخر الدين .

الثانية : اذا حلف لا يأكل لحما ، فان نوعي معيناً نصرف اليه ، وإن لم ينو شيئاً نصرف الى لحم الانعام والصيد والطائر ، وهل ينصرف الى لحم السمك أيضاً ويحيث باكله ؟ ذهب الشيخ في المسوط الى عدم الحثت بأكل لحم الحيتان ، واختاره العلامة في القواعد والتحرير ، للعرف والعادة^(٢٣) ، وقال في الخلاف : يحيث بأكله لأن اسم اللحم يطلق عليه ، لقوله تعالى : « ومن كل تأكلون لحما طریاً »^(٢٤) ، ورجحه ابن ادريس وقواه المصنف ، وقال العلامة في المختلف : يرجع الى العرف .

الثالثة : اذا حلف لا يأكل شحما ، هل يحيث بشحوم الظهر ؟ ذهب الشيخ في

(٢١) - في النسخ : ويصرف .

(٢٢) - في النسخ : حمل ، بدون الواو .

(٢٣) - ليس في الاصل .

(٢٤) - فاطر : ١٢ .

المبسot إلى عدم الحنت به ولا بالالية ، قال : لأن الشحم هو ما يكون في المجوف من شحم الكلاء^(٢٥) و غيره فان أكل منه حنت ، وإن أكل من غيره لم يحنث ؛ لأن اسم الشحم لا يقع عليه ، واختاره العلامة في القواعد ؛ لأن لحم سين و لهذا يحرر عند المزال .

وقال ابن ادريس : يحنث بشحم الظهر ، واستحسنه المصنف واختاره العلامة في المختلف والتحرير ، وهو المعتمد ؛ لأن الشحم عبارة عن غير اللحم من أي موضع كان ، سواء كان شحم الالية أو الظهر أو البطن ، وأن اللحم والشحم جنسان مفترقان في الاسم والحقيقة ، أما افتراقها في الاسم ظاهر ، وأما افتراقها في الحقيقة فلان اللحم أحمر كثيف ذو طعم خاص ، والشحم أبيض رخو ذو طعم آخر ، سواء كان في المجوف أو في الظهر أو غيره ، ولقوله تعالى : ﴿مِنَ الْبَقَرِ وَالغَنَمِ حَرَمَنَا عَلَيْهِمْ شَحُونَهَا إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظَهُورُهَا أَوْ الْحَوَابِيَا أَوْ مَا اخْتَلَطَ بِعِظَمٍ﴾^(٢٦) ، فلو لم يكن شحونا كان الاستثناء من غير الجنس فيكون مجازاً والاصل عدمه .

الرابعة : اذا حلف لاذقت شيئاً فقضه ولحظه حنت ؛ لأن الذوق عبارة عن معرفة طعم الشيء ، وهو يحصل بالمضغ وإن لم يبتلعه .

قال رحمة الله : لو قال : لا أكلت من هذه الحنطة ، فطعنها دقيقاً أو سويقاً لم يحنث ، وكذا لو حلف : لا يأكل الدقيق فخبزه وأكله ، وكذا لو حلف : لا يأكل لحماً ، فأكل إليه لم يحنث ، وهل يحنث بأكل الكبد والقلب ؟ فيه تردد .

أقول : هنا مسائل :

الاولى : اذا حلف لا أكلت من هذه الحنطة ، فطعنها دقيقاً أو سويقاً ، أو حلف لا يأكل الدقيق فخبزه وأكله ، هل يحنث أم لا ؟

(٢٥) - في النسخ : الكل

(٢٦) - الأنعام : ١٤٦

اختلف الاصحاب في ذلك ، قال الشيخ في الخلاف : (لا يعنى ، وجزم به المصنف والعلامة في القواعد ، وقال ابن البراج يعنى ، واختاره العلامة في المختلف والتحرير)^(٢٧).

والتحقيق : أن الأيمان قد تتبع الاعيان المتعينة بالاشارة ، كما لو قال : لا أكلت هذا الطعام أو لا لبست هذا التوب ، فان اليدين يتعلق بتلك العين ، فلا يحل له أكل ذلك الطعام ولا لبس ذلك التوب على أى حال كان.

وقد تتبع الاسماء ، كما لو حلف : لا أكلت حنطة أو لا لبست ثوبا ، تعلق اليدين بالاسم هنا ، فلو أكل دقيقا أو خبزا لم يعنى ، لزوال الاسم بزوال الصفة .
فلو اجتمع الاسم والاشارة ، كما لو قال : لا أكلت هذه الحنطة ، فهنا تعلقت اليدين بالعين والاسم ، فان تغيرت الصفة تغيرا لا يوجب تغير الاسم فلا يخلو اما ان تستحيل الاجزاء أم^(٢٨) لا ، فان استحالت^(٢٩) الاجزاء كما لو حلف : لا يأكل هذه الحنطة فصارت دقيقا أو سويقا ، أو هذا الدقيق فصار خبزا ، هل يتبع اليدين العين أو الاسم ؟ يحتمل الاول ؛ لأن العين التي تعلقت بها اليدين موجودة و انا تغيرت بالطعن والخبز ؛ لأن مبني الأيمان على المرف ، وإضافة الاكل الى الحنطة انا يكون على هذه الصفة ؛ لأن اسم الاكل لا ينصرف الى الحنطة الا اذا صارت دقيقا أو سويقا أو خبزا ، ويحتمل الثاني لأصالة براءة الذمة ، ولأنه حلف على أكل ما هو مسمى حنطة لا ما يسمى دقيقا .

الثانية : اذا حلف لا يأكل لها فأكل الاية ، هل يعنى أم لا ؟ نقول : من اقتصر على أن الشحم هو ما في البطن ، كالشيخ في المسوط اقتضى قوله المحت

(٢٧) - ما بين القوسين ليس في «م» .

(٢٨) - كذا .

(٢٩) - في النسخ والاصل : استحالة .

بالالية ، اذا حلف : لا يأكل لحما ؛ لأنها لحم .

وعلى ما اختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة في المختلف من أن الشحم يعم ما في البطن وغيره لا يحنت وهو المعتمد .

الثالثة : اذا حلف لا يأكل لحما ، هل يحنت بأكل الكبد والقلب ؟ تردد المصنف في ذلك من أصلالة براءة الذمة ، وانفراد الكبد والقلب باسم خاص غير اسم اللحم ، ومن صدق اسم اللحم عليه لغة . وعدم الحنت فيها مذهب الشيخ في الخلاف ، وجزم به العلامة في القواعد والحنن فيها^(٢٠) مذهب ابن ادريس ، والاول هو المعتمد .

قال رحمه الله : لو حلف لا يأكل بسرأ فاكل منصفاً حنت ، وفيه قول آخر ضعيف .

أقول : القول الآخر لأبن ادريس ، فانه قال : الذي يقوى في النفس أن لا يحنت للعرف ؛ لأن الانسان اذا قال لفلامه : اشتراكنا رطبا ، فاشترى منصفا لم يبتلي أمره ، وكذلك اذا أمره باشتراء البسر فاشترى المنصف ؛ لأن العرف والعادة أن الرطب هو الذي نضج جميعه ، والبسر هو الذي جميء لم ينضج .

والحنن مذهب الشيخ رحمه الله ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد والتحرير ؛ لأن المنصف هو الذي نصفه رطب ونصفه بسر ، فإذا حلف لا يأكل رطباً فاكل منصفاً فقد أكل الرطب وأكل معه شيء آخر ، وكذا لو حلف لا يأكل بسرأً فاكل منصفاً ، وقال العلامة في المختلف : يحكم للاغلب والاكثر ، فان كان مذنبًا فانه يجرى عليه حكم البسر ، وإن كان قد أرطبه أكثر ، فانه يجري عليه حكم الرطب ، ولم يفرق في التحرير بين المذنب والمنصف .

قال رحمه الله : الفاكهة تقع على : الرمان والعنبر والرطب ، فرق حلف لا

يأكل فاكهة حتى يأكل واحد من ذلك ، وفي البطيخ تردد .

أقول : الفاكهة : أسم لما يفكه به بعد الطعام وقبله ، وليس المقصود منه التقوت بل التنعم ، فهل البطيخ فاكهة ؟ تردد المصنف في ذلك ، من أنه يصدق عليه أسم الفاكهة عرفا ، ولأن له نضجاً كنضج الرب ، يخلو إذا نضج ويوكل كالعنب فيكون فاكهة ، ومن أنه من الخضروات كالثاء والخيار ، ولا خلاف في أن الخضروات ليست فاكهة فلا يكون البطيخ فاكهة ، ولأنه ورد في تفسير قوله تعالى : ﴿أَزْكِنِي طَعَاماً﴾^(٢١) ، أنه البطيخ فلا يكون فاكهة .

والاول مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره العلامة في الارساد والتحرير ، وهو مذهب الشهيد ؛ لأنه عد من الفاكهة حب الصنوبر والبطيخ بقسيمه ، واشتربط العلامة في التحرير الرطوبة فلا يحنت يابس الفاكهة .

قال رحمه الله : اذا قال : لاشربت ماء هذا الكوز لم يحنت الا شرب الجميع .

أقول : اذا قال : والله لاشربت ماء هذا البذر ، هل يحنت بشرب البعض أو لا يحنت الا شرب الجميع دون البعض ؟ قيل : لا يحنت بشرب البعض لأصالة براءة الذمة ، ولأن الكلام يحمل على الحقيقة دون المجاز ، وحقيقة ماء البذر جميعه ، فإذا شرب البعض لم يحنت ؛ لأن اليدين تعلقت بجميع ماء البذر وهو لم يشربه فلم يحنت ، فلهذا استحسن المصنف .

والمشهور الحنت بالبعض حملًا للبيدين على العرف والعادة ، وهي لم تجر بشرب جميع ماء البذر اذا لا يمكن ذلك ، فيحمل الكلام على عدم الشرب من مانها ؛ لأن بذلك جرت العادة ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : اذا قال : لا شربت لك ماء من عطش ، فهو حقيقة في تحرير الماء ، وهل يتعدى الى الطعام ؟ قيل : نعم عرفاً ، وقيل : لا تمسكا بالحقيقة .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : اذا قال : لا شربت لك ماء من عطش عقيب تعدد انعمه عليك ، كقوله : أحسنت اليك أو وهبتك كذا أو أعطيتك كذا وكذا ، تعلق الحكم بشرب مائه من عطش ، فان انتفع بغير الماء من ماله واكل من طعامه وليس تيابه وركب دوابه لم يحيث ؟ لأنه ائمـا ينظر الى خرج اليدين ويحيث صاحبها وير ^(٣٢) على خرجها دون أسبابها ، وقال بعضهم : يحيث بكل ^(٣٣) حال ، والاول أقوى عندي ، لأصالة براءة الذمة ، والثاني قوي لفحوى الخطاب : هذا آخر كلامه ، وهو يدل على ترددـه .

والمعتمد : أن مبني اليدين على نية الحالـف ، فـان قصد بيـmine رفع المـنة اـنـصرف الى كل ما فيه منه ، وإن لم يقصد شيئاً اـحـتمـل صـرـفـه الى الحـقـيقـة اللـغـوـية وـهـوـ المـاءـ فـقـطـ ، وـيـحـتـمـلـ صـرـفـهـ الىـ العـرـفـ وـفـحـوىـ الـخـطـابـ فـيـصـرـفـ الىـ كـلـ ماـ فـيـهـ منهـ ؟ـ لـاـنـ حـلـفـهـ بـعـدـ تـعـدـيـدـ اـنـعـامـهـ عـلـيـهـ يـدـلـ عـلـىـ اـلـامـتـاعـ عـنـ كـلـ ماـ يـعـدـ نـعـمةـ ، وـيـعـصـلـ فـيـهـ مـنـهـ ، وـلـعـلـ الـاقـوىـ عـدـمـ الـحـنـتـ ، لـأـصـالـةـ بـرـاءـةـ الـذـمـةـ مـاـ لـمـ يـتـحـقـقـ اـشـتـغـالـهـ ، وـهـوـ غـيرـ مـتـحـقـقـ مـعـ الـاحـتـالـ .

قال رحمـهـ اللهـ : أـمـاـ النـظـيـبـ فـيـهـ التـرـدـ ، وـلـعـلـ الـاشـبـهـ : أـنـهـ لـاـ يـحـنـثـ باـسـتـادـامـهـ .

أـقـولـ : الـافـعـالـ عـلـىـ ثـلـاثـةـ أـقـسـامـ :

الـأـوـلـ : مـاـ يـحـنـثـ فـيـهـ بـاـبـتـادـ الـفـعـلـ وـاسـتـادـمـسـتـهـ ، مـسـتـلـ السـكـنـيـ وـالـلـبـسـ وـالـرـكـوبـ وـالـغـصـبـ وـالـجـمـاعـ ، فـاـذـاـ حـلـفـ : لـاـ سـاـكـنـتـ فـلـانـاـ وـهـوـ سـاـكـنـ مـعـهـ ، وـجـبـ الخـرـوجـ عـلـىـ الـفـورـ ، (ـوـاـذـاـ حـلـفـ لـاـ لـبـسـتـ ثـوـبـ زـيـدـ وـهـوـ لـابـسـهـ ، وـجـبـ نـزـعـهـ عـلـىـ

(٣٢) - في الاصل وفي «ان» : وهي .

(٣٣) - كـذـاـ فـيـ النـسـخـ وـفـيـ الاـصـلـ : لـكـلـ 

الفور)^(٣٤) ، وكذا لا ركبت وهو راكب وجب النزول على الفور ، ووجب رد المضروب على الفور لو حلف لاغصبت شيئاً ، ولو حلف عن الجماع وهو بجماع وجب التزع على الفور ، فلو تأخر في هذه الصور مع الامكان حنت ؛ لأن أسم الفعل في هذه الصور يطلق على الاستدامة كما يطلق على الابتداء فاستوى حكمها)^(٣٥) .

الثاني : ما يحيث بالابتداء دون الاستدامة ، وهو النكاح والاحرام والشراء والرهن والوقف ، وبالجملة كل عقد لازم ، ولو حلف لا نفع في أحد هذه العقود وقد فعله لا يحيث حتى يستأنفه .

الثالث : ما اختلف فيه ، هل يكون استدامته كابتدائه أم لا ؟ وهو ثلاثة : الطيب والطهارة والسفر ، والشيخ ذهب إلى عدم الحثت بالاستدامة واختاره المصنف والعلامة وابنه ؛ لأن التطيب حقيقة في الابتداء بجاز في الاستدامة ؛ لأنه يجوز للتطيب أن يقول ما تطيبت الآن ، والسلب من علامات المجاز ، ولأصالحة براءة الذمة .

قال رحمة الله : لو حلف : لا دخلت دار زيد ، أو لا كلمت زوجته أو لا استخدمت عبده ، كان التحرير تابعاً للملك ، ومتى خرج شيء من ذلك عن ملكه زال التحرير ، أما لو قال : لا دخلت دار زيد هذه ، تعلق التحرير بالعين ، ولو زال الملك ففيه قول بالمساواة حسن .

أقول : اذا قال لا دخلت دار زيد هذه ، أو لا كلمت عبده هذا أو زوجته هذه ، هل يزول اليدين بزوال الاضافة أم لا ؟ قال الشيخ رحمة الله في الخلاف : يزول بزواياها ، واستحسن المصنف لاصالة براءة الذمة ، وأنه اذا دخل الدار بعد

(٣٤) - ما بين القوسين ليس في «رأ» .

(٣٥) - في «م» : حكمها .

خروجها عن ملك زيد لا يقال دخل دار زيد ، فيجب أن لا يحث ، لأن العين متعلقة بالاسم فإذا زال الاسم زالت العين .

وقال ابن البراج : يحث مع بقاء الاضافة وعدتها ، وهو ظاهر المصنف والعلامة في القواعد ، وبه قال فخر الدين والشبيط : لأن العين تعلقت بالعين وهي موجودة والا ضافة للتعریف ، ولأن الدخول فعل موضوع الدار واضافتها إلى زيد لا تقتضي تعلق الحكم بها ؛ لأنه أعم ولا دلالة للعام على الخاص .
هذا إذا لم يقصد الاضافة ولا العين بل اطلق وقد ما يطلق عليه هذا اللفظ ، ومع القصد لأشكال في التعليق بما قصده ، وكذلك لو قصد في التعليق العداوة والمبينة للمضاف إليه ، اختصت العين بالاضافة دون العين .

(قال رحمه الله) : أما لو قال : لا دخلت هذه الدار فانهدمت وصارت براحاً ، قال الشيخ رحمه الله : لا يحث ، وفيه اشكال ، من حيث تعلق العين بالعين فلا اعتبار بالوصف .

أقول : ومن عدم (٣٦) تسمية العرصة بالدار ، والاصح الحنث (٣٧) .

قال رحمه الله : لو حلف لا أدخل على زيد بيتنا ، فدخل عليه وعلى عمرو ناسيا أو جاهلا بكونه فيه ، فلا يحث ، وإن دخل مع العلم حث ، سواء نوى الدخول على عمرو خاصة أو لم يتو ، والشيخ رحمه الله فصل .

أقول : التفصيل مذهب الشيخ في المسوط ، وهو إن نوى الدخول على عمرو دون زيد لم يحث ، وإن لم يستثن زيدا بالنية حث ، (لأن مبني) (٣٨) هذه المسألة على من حلف لا يكلم زيدا ثم سلم على جماعة هو فيهم واستثناء من

(٣٦) - هذا من «ن» وفي الاصل و«ر» : عده أو عنده وهي غير واضحة .

(٣٧) - ما بين القوسين ليس في «م» .

(٣٨) - في الاصل و«ر» : لابد مبني ، وفي «م» : لأنه مبني وما أثبتناه من «ن» .

بینهم ، وقوی عدم الحنث مع الاستثناء ، فكذلك الدخول عنده ، وفرق بینها في
الخلاف وجوز الاستثناء في الكلام دون الدخول ، واختاره ابن ادریس والمصنف
والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن السلام لفظ عام فيجوز أن يخصه بقلبه ، والدخول
فعل واحد فلا يجوز تخصيصه بعمر ودون زيد ، واذا لم يقبل التخصيص فقد حنث
بالدخول ، سواء خصص أو لم يخصص .

قال رحمه الله : وهل يحنث بدخوله عليه في مسجد أو الكعبة ؟ قال الشيخ :
لا ؛ لأن ذلك لا يسمى بيتاً في العرف ، وفيه إشكال ، يعني على ممانعته دعوى
العرف .

أقول : هذه المسألة مبنية على ان المسجد والكعبة ، هل يسمى كل واحد
منها بيتاً في العرف أو لا ؟ قال الشيخ : لا يسمى بيتا ؛ لأن البيت اذا اطلق يتناول
ما بني للايواء والسكنى ، فلا يحنث بما بني للعبادة والصلة ، واستند في ذلك الى
العرف ، وتابعه العلام في قواعده واختاره التهيد ، وأششكله المصنف وبين
الإشكال على ممانعة العرف ^(٣٩) الشيخ دعوى العرف ، أي يمنع دعوى الشيخ أن
كلا من الكعبة والمسجد لا يسمى بيتاً في العرف ؛ لأن الله تعالى سماه بيتا ^(٤٠) فهو
يعرف الشرع يسمى بيتا ، وإن كان يعرف العادة والاستعمال لا يسمى بيتا ، وإذا
طريق عرف الشرع على عرف اللغة أو الاستعمال كان الحكم لعرف الشرع ، وهو
مذهب أبن ادریس .

والمعتمد اتباع القصد فان خلا عن القصد انصرف الى عرف الحالف .

قال رحمه الله : العقد : اسم للايجاب والقبول فلما يتحقق إلا بهما ، فإذا حلف
ليبيعن لا يبرئ إلا مع حصول الايجاب والقبول ، وكذا لو حلف ليهبن ، وللشيخ في

(٣٩) - هذه الكلمة ليست في «م» و «ن» .

(٤٠) - المحج : ٣٠ ، النور : ٣٦ .

المبة قولان ، أحدهما : أنه يبر بالإيجاب ، وليس يعتمد .

أقول : الاكتفاء بالإيجاب خاصة مذهب في الخلاف ، واشترط القبول مذهبه في المبسوط ، وهو المشهور بين الأصحاب ؛ لأن المبة عقد وهو لا يكون إلا بين اثنين فهو كالبيع ، إلا أن القبول في المبة قد يكون قوله وقد يكون فعلًا ، ولا يكون البيع إلا بالقول دون الفعل .

قال رحمه الله : قال الشيخ : المبة : اسم لكل عطيه متبرع بها ، كالمدية والنحله والعمري والوقف والصدقة ، ونحو منع الحكم في العمري والنحله اذا يتناولان المنفعة ، والمبة تتناول العين ، وفي الوقف والصدقة تردد ، منشأه متابعة العرف في أفراد كل واحد باسم .

أقول : البحث هنا في موضوعين :

الاول : في العمري والنحله ، هل يعدان هبة أم لا ؟ ذهب الشيخ الى أنها نوعان من أنواع المبة ، فإذا حلف لا وثبت له فأعمره أو نحله حتى عند الشيخ ، واختاره العلامة والشهيد ، لمساواة المنافع للإعيان في النقل والتقويم ، فإذا تبرع بها كانت هبة كالعين ، ومنع المصنف من ذلك ؛ لأن اطلاق المبة ينصرف الى تمليلك الإعيان فما لا يكون تمليلًا للإعيان لا يكون هبة ، فلا يحيث بتمليلك المنفعة مجرد عن العين ، للأصالة براءة الذمة .

الثاني : في الوقف والصدقة المندوبة ، هل يتناولها اسم المبة ؟ قال الشيخ : يتناولها اسمها إذا حلف على عدم المبة ، واختاره العلامة في القواعد والاختلاف لان دارجتها تحت اسم المبة ؛ لأنها كل عطيه متبرع بها حال الحياة ، وإنما قلنا حال الحياة ليخرج الوصية ؛ لأنها عطيه متبرع بها لكنها بعد الموت . فلا تسمى هبة . وقال ابن ادريس : قوله المبة عبارة عن كل عطيه يملكه إياها متبرعاً بغير عرض فغير واضح ؛ لأن الوقف كذلك ولا يسمى هبة بغير خلاف ، وصدقة

التطوع عندنا لا تسمى هبة ، بل بينها وبين الهبة فرق كثير ؛ لأن صدقة التطوع^(٤١) بعد القبض لا يجوز الرجوع فيها ، والهبة يجوز الرجوع فيها ، وتردد المصنف في ذلك لافراد كل واحد من الهبة والصدقة والوقف باسم ، واليمين إنما تناول اسم الهبة فلا يدخل الوقف والصدقة (باسم فيها ، بل)^(٤٢) وللمغايرة في الحكم أيضاً ؛ لأن الوقف لا يجوز بيعه ولا هبته بخلاف العين الموهوبة ، ولأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم كان^(٤٣) يقبل الهبة ويرد الصدقة ، ولأن المقصود من الصدقة التقرب إلى الله تعالى وتحصيل الأجر ، والمقصود من الهبة تحصيل المودة ، فإذا حصل المغايرة في الاسم والحكم والغاية خرجا عن حد الهيئة وهو قوي .

قال رحمة الله : إذا حلف لا يفعل لم يتحقق الحنت إلا بال المباشرة ، فإذا قال : لا بعث ، أو لا شربت ، فوكل فيه لم يحيث ، أما لو قال : لا بنتيت بيتك بناء بأمره أو استتجاه ، قيل : يحيث نظراً إلى العرف ، والوجه : أنه لا يحيث إلا بال المباشرة ، ولو قال : لا ضربت فأمر بالضرب لم يحيث ، وفي السلطان تردد ، أشبهه أنه لا يحيث إلا بال المباشرة ، ولو قال : لا أستخدم فلاناً فخدمه بغير إذنه لم يحيث ، ولو توكل لغيره في البيع أو الشراء فيه تردد ، والأقرب الحنت لتحقق المعني المشتق منه .

أقول : إذا حلف لا يفعل ثم باشر الفعل بنفسه حنت مطلقاً ، سواء كان (ما جرت عادته)^(٤٤) مباشرة ذلك الفعل أولاً ، وإن فعله غيره باذنه أو فعله هو نيابة عن غيره ، هل يحيث أم لا ؟ البحث هنا في موضعين :

الاول : أن يفعله غيره بأمره ، فنقول : إن كان المحالف عادته^(٤٥) مما يلي ذلك

(٤١) - في الأصل : لأن الصدقة التطوع الهيئة القرابة ، وما أثبتناه من «م» و«ن» .

(٤٢) - في «ن» : فيها ، وفي «م» و«ر» : فيها .

(٤٣) - هذه الكللة في «ر» .

(٤٤) - في «ن» بدل ما بين القوسين : ما جرت العادة .

(٤٥) - هذه الكلمة ليست في النسخ .

ال فعل بنفسه فوكيل فيه غيره لم يحيث ؟ لأنه لم يفعله ؛ لأن الأيمان إنما تتعلق بمحقاتي الأسماء والفعال ، فإذا فعله غيره فهو وإن أضيف إليه لم يفعله حقيقة ، لصحة سلب الفعل عنه .

وإن كان الحالف من لم تجر عادته بتولي ذلك الفعل بنفسه مثل السلطان ، يحلف على عدم البيع أو الشراء أو الضرب فيأمر فيه ، او غير البناء يحلف على عدم البيان ، فيأمر فيه ، هل يحيث أم لا ؟ تردد المصنف في ذلك ثم رجع عدم الحيث ، وهو مذهب الشيخ في الخلاف وابن ادريس ؛ لأن حقيقة اضافة الفعل إليه أن بيأشره بنفسه ، وإنما ينسب ما يفعله غيره بأمره إليه على ضرب من المجاز ، وهذا يحسن أن يقال ما ضربه وإنما ضربه غلامه ، والآيمان تتعلق بالحقائق دون المجازات ، والاصل براءة الذمة ، وقوى في المبسوط الحيث وقوى^(٤٦) عدمه أيضاً ، واختار العلامة وابنه والشهيد الحيث اتباعاً للعرف ؛ لأن العرف صرف حقيقة اللفظ إلى مجازه ، فيصير اعتبار المجاز حيث اقترن بالعرف أولى من اعتبار الحقيقة إذا فارقت العرف ؛ لأن المتبادر إلى فهم السامع حمل اللفظ عند اطلاقه إلى المتعارف بين الناس وإن خالف الحقيقة .

وهذا البحث إنما يتوجه مع اطلاق^(٤٧) (اللفظ عند اطلاقه إلى المتعارف)^(٤٨) وقد مدلوله ، أما مع قصد المباشرة أو الامر فلا يحيث بل يتبع القصد .

الثاني : اذا باشر الفعل المحلوف على تركه لغيره كما لو حلف لا يبيع ولا يشتري ثم باع او اشتري لغيره ، هل يحيث أم لا ؟ تردد المصنف في ذلك ثم رجع الحيث ، قال : لتحقق المعنى المشتق منه ؛ لأن البائع من صدر منه البيع ،

(٤٦) - في النسخ : ثم قوى .
ـ كذا .

(٤٧) - ما بين القوسين ليس في النسخ .

والمشترى من صدر منه الشراء ، وهذا المعنى متتحقق في المباشر للبيع والشراء ، سواء كان لنفسه أو لغيره .

ويحتمل عدم الحث ؛ لأن المبادر إلى الفهم عند اطلاق لفظ البيع والشراء ما كان لنفسه دون غيره ، فيحمل اللفظ عند اطلاقه إلى المبادر إلى فهم السامع وبعده أصلالة البراءة .

قال رحمه الله : اذا حلف ليضررين عبده مئة سوط ، قيل : يجزي الضفت ، والوجه انصراف اليدين الى الضرب بالآلة المعتادة كالسوط والخشبة .

أقول : اذا حلف ليضررين عبده مئة سوط في الحد والتغزير المأمور به ، انعقدت اليدين ووجب الوفاء بها ، ولا يجب الوفاء بها^(٤٩) اذا كان للتأديب على شيء من المصالح الدنيوية ، ولا يحثت بالترك بل يكون أولى .

ومع وجوب الوفاء ، قال الشيخ في المبوسط : يجزي خربة واحدة بضفت مشتمل على العدد لقوله تعالى : ﴿ وَخُذْ بِيَدِكَ ضَغْنًا فَاضْرِبْ بِهِ وَلَا تُحْنِثْ ﴾^(٥٠) ، ولأن حقيقة الضرب وقوع الاله المضروب بها على المضروب بقوة فعل^(٥١) الضارب ، وقد حصل المسنى الحقيق فيبرئ .

واختار المصتف عدم اجزاء الضفت مع عدم الخوف على نفس المضروب ، بل لا بد من الضرب بالآلة المعتادة للضرب ، كالسوط والخشبة ، واختاره المصتف وهو المعتمد ، لاقتضاء العرف ذلك والأيمان تتصرف إلى المتعارف بين الناس ، وهنا هو المتعارف ، فينصرف اليدين عند اطلاق اللفظ إليه .

تنبيه : لا بد في الضرب من الايام ، فلا يجزي وضع الآلة ورفعها من غير

(٤٩) - ليس في الأصل .

(٥٠) - صاد : ٤٤ .

(٥١) - في النسخ : بفعل .

ايلام ؟ لانه لا يسمى في العرف ضربا الا مع الايلام ، ومع عدمه لا يصدق عليه^(٥٢) اسم الضربحقيقة ، واللکم واللطم المؤلم يسمى ضربا ، بخلاف المصرا والمختنق والقرص ، خلافا لابن الجنيد في الثلاثة .

قال رحمه الله : اذا حلف لاركبت دابة العبد ، لم يحيث برکوبها ؛ لأنها ليست له حقيقة ، وإن أضيقت اليه فعل المجاز ، أما لو قال : لاركبت دابة المكاتب ، حتى يركوبها ؛ لأن تصرف المولى ينقطع عن أمواله ، وفيه تردد .
أقول : منشئه مما قاله المصنف ، ومن عدم تمامية الملك ؛ لأنه من نوع من التصرف في أمواله بغیر النبطة ولا صالة براءة الذمة ، والمشهور الحنث ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره العلامة في كتبه^(٥٣) .

قال رحمه الله : التسري [هو] وطى ، الأمة ، وفي اشتراط التخدير نظر .
أقول : منشأ النظر من اختلاف الاصحاب في حقيقة التسري ، قال الشيخ في الخلاف : اذا حلف لا يتسرى فقى تسرى حنث ، وما هو التسري ؟ الاولى أن يقال : إنه عبارة عن الوطى والتخدیر ؛ لأن الجارية ضربان : سرية وخادمة ، فإذا خدرها ووطى فقد تسرى وترك الاستخدام ، وتتابعه ابن ادريس واختاره العلامة في الارشاد .

ونقل في المبسوط ثلاثة أقوال : الاول : مذهب في الخلاف والثاني : أن التسري مجرد الوطى أتزل أو لم ينزل ، حصنها أو لم يحصنها ، واختاره العلامة في التحرير والشهيد في دروسه . الثالث : أنه الوطى مع الانزال وإن لم يخدرها ، ثم قواه .

واختار العلامة في المختلف الرجوع الى العرف ، فإنه مختلف باختلاف

(٥٢) - هذه من النسخ ، وفي الأصل : معه .

(٥٣) - في «ن» : أكثر كتبه .

الزمان والاصفاع^(٥٤) والاضاع^(٥٥) ، واختاره فخر الدين وهو المعتمد .
 قال رحمه الله : اذا حلف لاقضين دين فلان الى شهر كذا ، كان غاية ، ولو
 قال : الى حين او زمان ، قال الشيخ : يحمل على المدة التي حمل عليها نذر الصيام ،
 وفيه إشكال من حيث هو تعدد عن موضع التقل وما عداه إن فهم المراد به ، والا
 كان مبهماً .

أقول : اذا قال لاقضين حقه الى حين او الى زمان ، قال الشيخ رحمه الله :
 يحمل على نذر الصوم ، وهو أن الحين ستة أشهر والزمان خمسة ، وقواء العلامة في
 المختلف ؛ لأن العرف الشرعي ناقل عن الوضع اللغوي ، والعرف الشرعي نقل
 الحين في نذر الصوم الى ستة أشهر والزمان الى خمسة أشهر ، واستقر^(٥٦) العرف في
 ذلك .

وابن ادريس خص ذلك بورد النقل ، وهو نذر الصوم خاصة ؛ لأن الزمان
 والحين من الاسماء المبهمة التي تقع على القليل والكثير ، قال تعالى : ﴿ وَلِيَعْلَمَنَّ
 نَبَاءَهُ بَعْدَ حِينٍ ﴾^(٥٧) وفسر يوم القيمة ، وقال تعالى : ﴿ هَلْ أَقِنَّا عَلَى الْإِنْسَانِ
 حِينَ مِنَ الدَّهْرِ ﴾^(٥٨) ، وفسره بعضهم بستة أشهر مدة حمله ، وقيل : هوأربعون
 سنة ، إشارة الى آدم عليه السلام ؛ لأنه صور من حماً مسنون وطين لازب ثم تفتح
 فيه الروح بعد أربعين سنة ، وقال تعالى : ﴿ فَذَرْهُمْ فِي غُمَرَتِهِمْ حَقِّ حِينٍ ﴾^(٥٩) ،

(٥٤) - من النسخ وفي الاصل : والاجتئاع .

(٥٥) - ليس في النسخ .

(٥٦) - في «م» : واستقرب .

(٥٧) - صاد : ٨٨

(٥٨) - الدهر : ١ .

(٥٩) - المؤمنون : ٥٤ .

وقال : ﴿ حين يمسون وحين يصبحون ﴾^(٦٠) ، فهو أسم مشترك بين القليل والكثير ، ولا يمكن حمله على جميع معانيه فلهذا صار منها .

والبحث في الزمان كالبحث في المين ؛ لأنه أسم مهم يصدق على القليل والكثير أيضا .

والمعتمد : أنه^(٦١) إن فهم المراد عمل عليه والا كان مبيهاً لا يتحقق المحت في الابوت أحد هما ، لحصول تعين المحت حينئذ ، والاصل فيها عداء براءة الذمة .

(٦٠) - الروم : ١٧ ، وفي الآية (حين تمسون وحين تصبحون) .

(٦١) - من « ر » .

في اللواحق

قال رحمه الله : اليدين بالبراءة من الله سبحانه ، أو من رسوله صلى الله عليه وآله لا ينعقد ، ولا يجحب فيها كفارة ، ويأثم ولو كان صادقاً ، وقيل : يجحب بها كفارة ظهار ولم أجده به شاهداً ، وفي توقيع العسكري عليه السلام الى محمد بن يحيى : يطعم عشرة مساكين ويستغفر الله (٦٢) .

أقول : لا خلاف في عدم جواز الحلف بالبراءة من الله أو من رسوله أو من الأئمة عليهم السلام ، سواء كان المحالف صادقاً أو كاذباً ، وإنما الخلاف في وجوب الكفارة لو حلف ثم حنت ، قال المفيد رحمه الله : ولا يجوز اليدين بالبراءة من الله ومن رسوله ومن أحد الأئمة عليهم السلام ، فتى حلف بشيء من ذلك ثم حنت كان عليه كفارة ظهار ، ومثله قال الشيخ في باب الكفارات من النهاية ، وزاد : فان لم يقدر على ذلك كان عليه كفارة يمين ، وتبعد ابن البراج ، وقال ابن حمزة : يأثم ويلزمه مع المخالفة كفارة النذر ، وقال في المبسوط والخلاف : يأثم ولا

(٦٢) - التهذيب ، كتاب اليمان والنذور والكافارات ، باب التوادر ، حدیث ٧ (ج ٧ ص ٤٦١) ونقله في الوسائل - عن محمد بن الحسن - في كتاب اليمان ، باب ٧ ، حدیث ٣ .

كفارة، واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة في أكثر كتبه ، لأصالة براءة الذمة ، ولأنه لا يعن بغير الله ، واعتمد العلامة في المختلف على توقيع العسكري عليه السلام الى محمد بن يحيى ، وقد أشار اليه المصنف وهو : « اطعام عشرة مساكين ثم يستغفر الله تعالى » (٦٣) .

قال رحمه الله : اذا انعقدت يمين العبد ، ثم حنت وهو رق ففرضه الصوم في الكفارات خيرها ومرتبها ، ولو كفر بغيره من عتق أو كسوة أو إطعام ، فان كان بغير إذن المولى لم يجز ، وإن أذن اجزاء ، وقيل : لا يجزيه ؛ لأنه لا يملك بالقليل ، والأول أصلح ، وكذا لو أعتق عنه المولى باذنه .

أقول : التول بعدم الاجزاء وإن أذن له المولى نقله الشيخ في المسotto عن بعضهم ثم قوله ، قال : لأنه وإن ملكه مولاه لا يملك عندنا ، واختار المصنف الاجزاء مع الاذن ؛ لأنها كالمسروق ، فلو كفر الغير عن المسر باذنه صحيح ، وادعنى العلامة الاجماع على ذلك ، وكما يصح عن المسر يصح عن العبد ، اذا لا مانع سوى عدم الوجود ، وهو كما يثبت بالاعسار يثبت بالارقام ، واختاره العلامة . وذهب فخر الدين الى عدم الاجزاء ، قال : أما العتق فلا شرط له الملك والعبد لا يملك ، وكذا الاطعام والكسوة الا مع القول بأن تبرع الاجنبي يجزي عن الحبي ، هذا آخر كلامه رحمه الله ، وقد حكينا عن أبيه أنه ادعى الاجماع على اجزاء تكثير الغير عن المسر باذنه ، قاله في المختلف .

قال رحمه الله : ولو حنت من غير إذنه كان له منعه ولو لم يكن الصوم مضراً ، وفيه تردد .

أقول : اذا حلف العبد باذن سيده ثم حنت بغير إذنه ، هل له منعه من

(٦٣) - التهذيب ، كتاب الایمان والتذور والکفارات ، باب التوادر ، حدیث ٧ (ج ٧ ص ٤٦١) ونقله في الوسائل - عن محمد بن الحسن - في كتاب الایمان ، باب ٧ ، حدیث ٢.

الصيام أم لا؟ ظاهر الشيخ في المبسوط له المنع ، سواء كان الصوم مضرًا أو مفعلاً في بدنك وعمله كزمان الصيف ، أو غير مضر كزمان الشتاء وما جاوره^(٦٤)؛ لأنّه إذا أذن له باليمين فقد منعه من الحنث .

وقال ابن البراج : إن كان الصوم يضره لسيده منه ، وإن لم يضره ليس له منعه ؛ لأن الصوم لا ضرر على السيد فيه .

وتردد المصنف من أن الامر بالشيء يستلزم الامر بلازمة ، والكافارة من لوازم اليمين المأذون فيها ؛ لأن سبب الكفاررة ليس الحنث المطلق ، بل الحنث عن اليمين المأذون فيها ، وهو اختيار العلامة في المختلف ، وابنه في شرح القواعد ، ونقله الشيخ في المبسوط عن قوم ، ومن أن الحنث منافٍ لليمين فهو ضد له ، والامر بالشيء يستلزم التهي عن ضده . (فالامر باليمين يستلزم (التهي عن)^(٦٥) الحنث ، فلا يستلزم معلول الحنث)^(٦٦) وهو قوي .

(٦٤) - في «ن» و «ر» : أو ما جاوزه .

(٦٥) - ما بين القوسين ليس في «م» .

(٦٦) - ما بين القوسين ليس في «ر» .

كتاب النذر

في النادر

قال رحمه الله : ويشترط في نذر المرأة بالتطوعات إذن الزوج ، وكذا يتوقف نذر الملوك على إذن المالك ، فلو بادر لم ينعقد وإن تحرر ؛ لانه وقع فاسداً ، وإن أجاز المالك ، ففي صحته تردد ، أشبهه اللزوم .

أقول : منشأ التردد من الشك في إذن السيد ، هل هو شرط في الاعتقاد ، يعني أن نذر الملوك لا ينعقد بذاته أو شرط في اللزوم ، يعني أنه ينعقد بدون الاذن لكنه لا يلزم الا معه ؟ فعل الاول لا يلزم مع الاجازة لأن الاجازة لا توفر في الفاسد الصحة ، وعلى الثاني يلزم مع الاجازة ، وهو اختيار المصنف والعلامة في القواعد ، والشهيد في دروسه وفي شرح الارشاد .

وحكم الزوجة مع الزوج والولد مع الوالد حكم العبد مع سيده ، فعلى مذهب المصنف والعلامة والشهيد اذا اعتقد العبد او طلقت الزوجة او مات الزوج او الوالد قبل محل الاجازة لزم النذر ، لوقوعه صحيحاً ، لزوال مانع اللزوم وهو المعتمد .

فرعان : الاول : لو بيع العبد بعد النذر وقبل الاجازة وال محل لم يلزم النذر ،

لقاء المجر وللمشتري حله واجازته .

الثاني : لو قال زيد : إن تزوجت عمرة فللله علي أن اطأها كل جمعة ، وقالت عمرة أن تزوجني زيد فللله علي أن أصوم كل جمعة ثم تزوجها انعقد نذرها دونه ؟ لأنها نذرت في حالة لا يتوقف نذرها على رضاه ، وقد حصل الشرط فانعقد النذر ووجب الوفاء به ؟ لأن نذر الوطى إنما يتناول الوطى المباح دون المحرم ، ولا شك في تحريم وطتها في صومها الواجب عليها ، كما لو كانت حائضا ، وأنه لو نذر وطتها في يوم معين فاتفاق الحيض فيه بطل نذرها ، نعم لو صادف يوم الجمعة سفراً أو ظهرت في أثنائه من الحيض أو النفاس وجب الوطى لوجوب الوفاء بالنذر مع الامكان ، ولا فرق بين علم كل واحد منها بنذر صاحبه وعدمه .

في الصيغة

قال رحمه الله : ولا شبهة في انعقاد النذر بالاولين ، وفي الثالث خلاف ،
والانعقاد أصح .

أقول : اختلف علماؤنا في النذر المطلق غير المعلق على شرط ، مثل قوله الله
عليه أن أصوم يوماً والاكثر على وقوعه وصحته ، وهو مذهب الشيخ وابن
ادريس واختاره المتأخرون ؛ لأن النذر المطلق يصدق عليه أنه نذر فيجب عليه
الوفاء ، لعموم الآيات^(١) الدالة على وجوب الوفاء بالنذر ، وعموم قوله عليه
السلام : «من نذر أن يطع الله فليطعه»^(٢) ولصحيحة أبي الصباح الكتافي عن
الصادق عليه السلام : «قال سأله عن رجل قال : على نذر ؟ إنه قال : ليس النذر
شيء حتى يسمى شيئاً شاهد صياماً أو صدقة أو هدية أو حجاً»^(٣) وقال السيد
المقطني : لا ينعقد النذر الا معلقاً على شرط ، كأن يقول : الله على إن قدم فلان أو

(١) - منها الحج : ٢٩ ، الانسان : ٧ ، آل عمران : ٣٥ .

(٢) - المستدرك ، باب ١٢ من أبواب النذر والمهد ، حدث ٢ .

(٣) - الوسائل ، كتاب النذر والمهد ، باب ١ من أبواب النذر ، حدث ٢ والتهذيب ، كتاب
الإيمان والنذور والكافارات ، باب النذور ، حدث ٢ .

إن كان كذا فللله علي كذا ، واحتتج بالاجماع ، ولأن معنى النذر ما كان معلقا على شرط وما ليس معلقا لا يستحق أسم النذر ، وأجيب بمعنى الاجماع وبأأن معنى النذر ما كان معلقا^(٤) على شرط هو المتنازع فيه ، فلا يكون دليلا .



الغترة التي يكره سحبها

(٤) - في الاصل : ما يكون مطلقاً ، وفي «ن» : أن يكون معلقاً .

في متعلق النذر

قال رحمه الله : أما الحج فنقول : لو نذر ماشيا لزم ، ويتquin من بلد النذر ،
وقيل من الميقات .

أقول : إذا نذر الحج ماشيا أو راكبا أتفقد أصل النذر إجماعا ، وهل يلزم
القيد مع القدرة ؟ فيه خلاف مبني على أن المشي أفضل من الركوب أو الركوب
أفضل من المشي ، وقد مضى تحقيق البحث في ذلك في باب الحج^(٥) . فإذا لزم قيد
المشي ، هل يلزم المشي من بلد النذر أو من الميقات ؟ الاول ظاهر الشيخ في
المبسot ، واختاره (المصنف و)^(٦) العلامة للعرف ، والالفاظ اما تحمل على
الاصطلاح العريفي ، ونقل في المبسot أنه يلزم من الميقات ، وال الاول هو المعتمد ما
لم يقصد من الميقات ، وباقى فروع هذه المسألة مذكورة في كتاب الحج فلافائدة في
الاعادة .

قال رحمه الله : لو نذر أن يمشي الى بيت الله الحرام انصرف الى بيت الله

(٥) - ج ١ ص ٣٩٨ .

(٦) - ليس في الاصل بل من النسخ .

سبحانه بحكة ، وكذا لو قال : الى بيت الله ، واقتصر ، وفيه قول بالبطلان إلا أن ينوي الحرام .

أقول : اذا قال الله على أن أمشي الى بيت الله ولم يقل الحرام ، للشيخ في ذلك قوله : أخذها : ينصرف الى بيت الله الحرام ؛ لأن الاطلاق ينصرف اليه وهو قوله في المسوط ، واختارة المصنف والعلامة في الارشاد والشهيد في الدروس ، وقال في الخلاف : يبطل الا أن يقصد البيت الحرام ، واختار العلامة في المختلف عدم البطلان ، فان انصرف الى المسجد الحرام بحكة والا انصرف الى مطلق المساجد فيتخير في اختيار أي مسجد شاء ، واذا انعقد النذر وجب الاتيان بحج أو عمرة ، لعدم جواز دخول مكه بغير إحرام فلو جاز ذلك كالمتكرر أو من دخل بعد احرام لم يض له شهر لم يجب النسك .

قال رحمه الله : ولو قال : أن أمشي الى بيت الله لا حاجا ولا معتمرا ، قيل : ينعقد بصدر الكلام وتلغى الضمية ، وقال الشيخ : يسقط النذر ، وفيه إشكال من كون قصد بيت الله طاعة .

أقول : المعتمد إن كان لا يجوز له الدخول بغير إحرام : بطل نذره ؛ لأن نذر ترك الواجب وهو لا ينعقد ، وان جاز له الدخول بغير إحرام كمن دخل بعد إحرام لم يض له شهر ، أو كان متكررا كالخطاب والمحاشي أنعقد نذره ؛ لأن نفس قصد البيت طاعة ، فإذا انعقد لم يلزم القيد ، وهو الدخول بغير حج ولا عمرة ، بل هو غير إن شاء دخل عمرما بحج أو عمره ، وإن شاء دخل غير حرم ؛ لأن الإحرام غير واجب عليه ؛ لأن الواجب المشي الى البيت خاصة فلا يجب النسك ، مالم يكن واجبا عليه قبل النذر أو بسبب الدخول .

فرع : اذا نذر المتنبي الى أحد المساجد انعقد نذره ووجب الوفاء به ، قال الشيخ : فإذا وصله لزم أن يصل في ركعتين ؛ لأن الطاعة المقصودة من المشي الى

المسجد الصلاة فيه ؛ لأن القصد لغير الصلاة ليس بطاعة ، وقال العلامة والشهيد : لا يلزم في صلاة ؛ لأن نفس القصد طاعة ، لقوله عليه السلام : « من مثني إلى المسجد لم يضع رجله على رطب ولا يابس الا سبحت له إلى الأرضين السابعة »^(٧) ، ولأنه إن كان القصد طاعة انعقد ولم يجب الصلاة ، لعدم تناول اللفظ لها والاصل براءة الذمة منها ، وإن لم يكن القصد طاعة فلا ينعقد النذر فلا يجب الصلاة ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو نذر أن يحج ولم يكن له مال ، فحج عن غيره ، أجزاء عنها ، وفيه تردد .

أقول : سبق البحث في هذه في باب الحج^(٨) والمعتمد عدم الأجزاء ما لم يكن ذلك بنيته^(٩) .

قال رحمه الله : كما لو نذر يوم قدوم زيد ، سواء قدم ليلاً أو نهاراً ، أما ليلاً فلعدم الشرط ، وأما نهاراً فلعدم التكهن من صيام اليوم المنذور ، وفيه وجه آخر .

أقول : أما مع القدوم ليلاً فلا خلاف في عدم الانعقاد لعدم حصول الشرط ، وإنما الخلاف إذا قدم نهاراً ، قال الشيخ وابن ادريس بعدم الانعقاد أيضاً ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد والارشاد وفخر الدين ، لعدم التكهن من صيام اليوم المنذور ؛ لأنه إذا قدم في اثناء النهار فقد مضى جزء من النهار قبل حصول شرط الصوم وهو قدوم زيد وبقى بعض ، فلا يصح افراد بعض النهار

(٧) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، الباب الرابع من أبواب أحكام المساجد ، حديث ١ ، وفيه زيادة كلمة : (الارض) بين كلمتي : (له الى) .

(٨) - ج ١ ص ٣٩٩ .

(٩) - في النسخ : (في نيته) .

بالصوم ، ولو سبق ^(١٠) الوجوب الى الجزء الماضي لزم وجوب صوم زمان بعد مضيئه وفواته وهو باطل ، فلا يكون النذر صحيحا ، وقال ابن الجنيد : من نذر أن يصوم يوم يقدم فلان قدم في بعض النهار أجزأه صوم ذلك اليوم ، وإن لم يبيت الصيام من الليل ، والاحتياط أن يصام يوم مكانه بتقدم نيته على كل حال ، ولا يختار له فطر ذلك اليوم اذا لم يكن أحدث ما يفطر الصائم وان قدم ليلا لم يلزمته النذر ، هذا آخر كلامه رحمة الله .

ووافقة العلامة في باب النذور من المختلف على انعقاد النذر ، ووجوب الصوم اذا قدم قبل الزوال ولم يتناول الناذر ، واختياره التمهيد ؛ لأنه قد يجب الصوم في زمان لا يمكنه فعله كما لو بريء المريض أو قدم المسافر قبل الزوال ولم يتناولا المفتر ، فإنه يجب عليهما إكمال الصوم وينبأان حيئتذ ويجزيهمها ، فيكون نيتها مؤتة في الزمان المتقدم عليها ، وكذا لو أصبح بنية الافطار يوم الشك ثم ثبت الالال قبل الزوال .

قال رحمة الله : ولو اتفق ذلك يوم عيد أفتطر إجماعا ، وفي وجوب قضائه خلاف ، والأشبه عدم الوجوب .

أقول : اذا نذر صوم يوم قدوم زيد داما ، فقدم يوم الخميس مثلاً لزمه صوم كل خميس يأتي بعد يوم القدوم إجماعا ، أما الخميس الذي قدم فيه فعل ما من الخلاف ، فإذا اتفق العيد يوم الخميس أفتطره إجماعا ، لحرمة صوم يوم العيد .

وهل يجب القضاء فيه قوله : احدهما : الوجوب ، وهو قول الشيخ في النهاية والمبسط ، لرواية علي بن مهزيار ^(١١) عن أبي المحسن عليه السلام الدالة

(١٠) - في «ن» و«ر» : سرى وفي «م» : سراء .

(١١) - الوسائل ، كتاب النذر والمهد ، باب ١٠ من ابواب النذر ، حديث ١ .

على وجوب القضاء ، الثاني عدم الوجوب ، وهو مذهب ابن البراج و ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة وابنه ؛ لأنَّه نذر زماناً لا يصح صومه فلا ينعقد صومه ، كما لو نذر صوم الليل ، والجهل بكونه يوم العيد لا يخرج المحل عن عدم قبوله للصوم ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو نذر الصيام في بلد معين ، قال الشيخ : صام أين شاء ، وفيه تردد .

أقول : منشوه من أنه إذا لم يقعه في البلد المعين بالنذر لم يأت بالمنذور فلا يخرج من المهدة ، ومن أنه لا ترجيح لايقاعه في البلد المنذور ؛ لأنَّه لم يحصل للصوم صفة زاتدة لايقاعه في ذلك المكان ، فلا ترجيح حينئذ وهو قول الشيخ في البسيط ، واختاره العلامة في الارشاد والتحرير ، وابنه في شرح القواعد ، وذاك إذا لم يكن للمكان المذكور مزية على غيره ، أما لو كان له مزية كصوم ثلاثة أيام للحاجة في المدينة ، فلا شك في تعينه بالنذر .

قال رحمه الله : إذا نذر صلاة فأقل ما يجزيه ركعتان ، وقيل : ركعة ، وهو حسن ، وكذلك لو نذر أن يفعل قربة ولم يعينها .

أقول : إذا نذر صلاة وأطلق ، قال الشیخان وابنا بابویه والشهید : أقل ما يجزيه ركعتان ، لرواية مسعم بن عبد الله^(١٢) عن الصادق عليه السلام ، ولأنَّ المعمود من الشرع إنما هو صلاة ركعتين والركعة نادرة ، ونقل الشيخ عن بعض الجمهور وجوب ركعة لغير ، وهو مذهب ابن ادريس واستحسنه المصنف ، واختاره العلامة في الارشاد والتحرير والمختلف ، لأصله براءة الذمة ، ولأنَّها عبادة فتكون مجزية .

(١٢) - الوسائل ، كتاب النذر والمهد ، باب ٢ من أبواب النذر ، حديث ٣ لكنه نقله عن مسعم بن عبد الملك وكذلك في التهذيب .

فعلى إجزاء الركعة هنا لو نذر أن يفعل قربة وأطلق ، اجترأ بالرکعة الواحدة ، ولاشك أن الاول أحوط ، للنبي عن البتاء فیقتصر بها على موضع الوفاق .

قال رحمه الله : ولو نذر الصلاة في مسجد معين أو مكان معين من المسجد لزم ؛ لأنها طاعة ، أما لو نذر الصلاة في مكان لا مزية فيه للصلاحة على غيره ، قيل :

لایلزم وتحب الصلاة ، ويعجزي ایقاعها في كل مكان ، وفيه تردد .

أقول : منشأه من أنه لا ترجح في إيقاعها في المكان المعين ، لعدم المزية له على غيره فلا يلزم إيقاعها فيه ، وهو قول الشيخ في المبسوط ، ومن أنه مع عدم الإيقاع في ذلك المكان المعين لم يأت بالمنذور (على وجهه)^(١٣) فلا يخرج من العهدة .

قال رحمه الله : ولو نذر عتق عبد كافر غير معين لم ينعقد ، وفي المعين خلاف ، والأشبه : أنه لا يلزم .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : اذا نذر عتق رقبة فانه يعجز اي رقبة كانت صغيرة أو كبيرة ، معيبة أو سليمة ، مؤمنة كانت أو كافرة ، ومثله قال في الخلاف ، وقال ابن البراج : اذا نذر عتق رقبة معينة أعتقداها على كل حال ، سواء كانت مؤمنة او كافرة ، وان كانت غير معينة أعتقد اي رقبة بعد أن لا تكون كافرة ، وهو قول الشيخ في النهاية ، وقال ابن ادریس : لا يجوز عتق الكافرة مطلقا ، لقوله تعالى : ﴿وَلَا تِيمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تَنْفَقُون﴾^(١٤) ، والكافر خبيث واختاره المصنف .

قال رحمه الله : ومن نذر أن لا يبيع مملوكا لزمه النذر ، فان اضطر الى بيعه ،

(١٣) - ما بين القوسين ليس في النسخ .

(١٤) - البقرة : ٢٦٧ .

قيل : لم يجز ، والوجه الجواز مع الضرورة .

أقول : القول بعدم جواز البيع وان اضطر قول الشيخ في النهاية وتبعه ابن البراج ، لما رواه الشيخ في الضعيف ، عن الحسن بن علي ، عن أبي الحسن عليهم السلام : « قال : قلت له : إن لي جارية ليس لها مكان ولا ناحية ، وهي تتحمل الثمن إلا أن حلفت عليها عين ، فقلت : الله على أن لا أبيعها أبداً ولـى ثمنها حاجة مع تخفيف المونـة ، فقال : في الله بـنـذـرـك »^(١٥) ، ومنع ابن ادريس من ذلك وجوز البيع مع الضرورة ، للإجماع (على جواز)^(١٦) مخالفة النذر إذا كانت المخالفة أصلـحـ دـيـنـاـ أوـ دـنـيـاـ ، واختـارـهـ المـصـنـفـ والـعـلـامـةـ ، وـهـوـ الـعـتـمـدـ .

فرع : الاول : لو باع ما نذر ترك بيده من غير ضرورة بل كان الاولى ترك البيع ، هل يصح البيع ؟ يتحمل عدم الصحة ، لكونه منهياً عنه ؛ لأنـهـ منـوعـ منـ البيـعـ منـعاـ شـرـعـياـ ، فهو كـبـيعـ المـعـجـورـ عـلـيـهـ فـلـاـ يـقـعـ صـحـيـحاـ ، ويـتـحـمـلـ الصـحـةـ ؛ لأنـهـ بـيـعـ صـدـرـ مـاـ مـالـكـ بـالـغـ عـاقـلـ فـيـكـوـنـ صـحـيـحاـ ، وـالـتـهـيـ الـمـوـجـبـ لـلـبـطـلـانـ النـهـيـ المـتـعـلـقـ بـالـعـبـادـاتـ لـاـ فـيـ الـعـامـلـاتـ ، وـهـوـ الـعـتـمـدـ ، فـعـيـنـتـ تـجـبـ الـكـفـارـ بـمـخـالـفـةـ النـذـرـ اـخـتـيـارـاـ ، وـلـوـ قـلـنـاـ بـالـبـطـلـانـ لـمـ يـجـبـ الـكـفـارـةـ .

الثاني : اذا نذر أن يعتق عبده إن برىء المريض أو قدم المسافر ، هل يجوز له بيده قبل حصول الشرط ؟ يتحمل ذلك ؛ لأنـهـ قـبـلـ حـصـولـ الشـرـطـ مـالـكـ لـلـعـبـدـ مـلـكاـ تـامـاـ ، وـلـمـ يـوـجـدـ مـانـعـ مـنـ التـصـرـفـ فـيـهـ ؛ لأنـهـ المـانـعـ وـجـوبـ الـوـفـاءـ بـالـنـذـرـ وـهـوـ مـشـرـوطـ بـوـقـعـ الشـرـطـ ، وـيـسـتـحـيلـ تـقـدـمـ الشـرـطـ عـلـىـ شـرـطـهـ ، وـالـمـقـضـيـ لـجـواـزـ الـبـيـعـ مـوـجـودـ وـهـوـ الـمـلـكـ التـامـ ، وـالـمـانـعـ وـهـوـ جـوـبـ الـوـفـاءـ بـالـنـذـرـ مـفـقـودـ ، فـيـجـوزـ

(١٥) - التهذيب ، كتاب اليمان والنذور والكافارات ، باب ٥ في النذور ، حديث ٢٦ . وفيه (فـيـهـ بـقـولـكـ لـهـ) . والوسائل ، كتاب النذر والمهد ، باب ١٧ من أبواب النذر ، حديث ١١ (وـفـيـهـ بـدـلـ - فـيـهـ بـنـذـرـكـ - فـيـهـ بـقـولـكـ) .

(١٦) - في « رأي » : مع .

البيع . وهو مذهب ابن الجنيد وظاهر العلامة في المختلف .

ويحتمل العدم لتعلق النذر به ، ولهذا قال علياًونا : لو حلف ليأكلن هذا الطعام غداً فاتله اليوم باختياره كان عليه الكفارة ، فاقتضى ذلك تعلق النذر بهذه العين قبل بيعي ، الغد ، فلا يصح بيعه قبل حصول الشرط ، وهو اختيار فخر الدين ؛ لأن النذر قبل حصول الشرط له صلاحية التأثير ، وإخراجه عن ملكه يزيل صلاحية التأثير فلا يكون جائزأً وهو قوي ولو نذر الصدقة بعين مشخصة عند حصول الشرط كان الحكم بجواز بيعها قبل حصول الشرط كذلك .

الثالث : ولو قلنا بجواز البيع فأعمق العبد ، المتذور عتقه عند حصول الشرط ، قبل حصوله ، (وتصدق بالعين التي نذر الصدقة بها كذلك ، صح العتق والصدقة قطعاً ، ولو قلنا بالمنع من البيع فأعمق)^(١٧) أو تصدق قبل حصول الشرط ، هل يقع ذلك صحيحاً ؟ يحتمل العدم ؛ لأنه من نوع من التصرف المخرج من الملك قبل حصول الشرط ، لما في ذلك من إبطال النذر الذي الزم بالوفاء به ، فيكون فعلاً منهيأ عنه ، والنهي يدل على فساد ما اشترط فيه نية القرابة ، وهي مشروطه في العتق والصدقة ، فلا يقع شيء من ذلك صحيحاً ، ويحتمل وقوعه صحيحاً ، لأنه تصرف قد صادف الملك وهو فعل مرغب فيه غير مناف لغاية النذر ؛ لأن الغاية فيه تحصيل العتق أو الصدقة بتلك العين ، فإذا فعل ذلك قبل الوجوب عليه كان ذلك مسارعة في الخير ومبادرة في الطاعة ، فيكون صحيحاً .

الرابع : لو نذر عتق عبد غداً فأعمقه اليوم تبرعاً ، هل يكون الحكم كذلك ؟ يحتمل العدم للفرق بين المعلق على شرط والمعلق على صفة ، لتحقق وقوع

(١٧) - ما بين القوسين ليس في «م» .

الصفة والشك في حصول الشرط ، فسبب^(١٨) الوجوب المعلق على صفة متحقق ، والمعلق على الشرط مشكوك فيه ، وهذا قال علماً : ولو حلف ليأكلن هذا الطعام غداً فأكله اليوم حتى ، لتحقق المخالفة ، ولو كان معلقاً على شرط لم يتحقق الحنت باتفاقه قبل حصول الشرط قوله واحداً وان حرم الاتلاف ، فعل هذا لا يصح عتقه قبل الغد .

ويحتمل الصحة وعدم الحنت ، للفرق بين العتق وأكل الطعام ؛ لأن أكل الطعام من باب المباح المتساوي فعله وتركه ، ولم يكن أكله في اليوم أولى من أكله في الغد واللام يتحقق الحنت ، والعتق من باب الطاعات المتذوب^(١٩) إلى المسارعة إليها والمبادرة فيها^(٢٠) ، وتعجيل الطاعه أولى من تأخيرها فيصحي العتق ولا حنت ، لعدم المنافاة كما قلناه أولاً ، وهو (فتوى ابن ادريس بجواز)^(٢١) مخالفة النذر اذا كانت المخالفة أصلح ديناً أو دنياً .

قال رحمه الله : ولو نذر الصدقة في موضع معين وجب ، ولو صرفها في غيره أعاد الصدقة بمثلها فيه .

أقول : إنما وجبت الاعادة فيه ؛ لأنه اذا نذر الصدقة بوضع معين أستحق النذر أهل ذلك الموضع ، فكأنه نذر الصدقة على أقوام معينين ، فإذا تصدق في غير ذلك الموضع فقد دفع النذر الى غير المنذور له ، فلا تعجزيه الصدقة وتعجب الاعادة على المنذور له ، فان كان المال معيناً وجبت الكفاره أيضاً والا أكتفى بالاعادة .
وهل تعجزي الصدقة على أهل ذلك البلد المعين في غيره ؟ استشكله العلامة في القواعد من أن النذر الصدقة في بلد معين ينصرف الى أهل ذلك البلد ، وقد

(١٨) - في الأصل : فيثبت .

(١٩) - في الأصل : المتذوب .

(٢٠) - في النسخ : إليها .

(٢١) - في النسخ بدل ما بين القوسين : قوي بجواز .

تصدق عليهم فيخرج من العهدة ، ومن أنه لم يأت بالمنذور فلا يخرج من العهدة ، والمعتمد إن بقى في البلد أحد وجب الصرف إليه ولا يجوز في غيره ، وإن لم يبق أحد صرف إلى أهله أين كانوا .

فرع : الاول : اذا نذر الصدقة الى (٢٢) اقوام معينين لزم وان كانوا اغنياء أو هاشمين ، وهل يجب عليهم القبول ؟ فيه إشكال ، من توهم أنه كالدين فيجب قبوله ؛ لأنه يجب على الديان قبول دينه عند الدفع اليه اذا كان حالا ، ومن توهم أنه كالحبة المنذورة المعينة (٢٣) ، فلا يجب القبول ، فحيثند اذا دفعه اليهم ولم يقبلوا بطل النذر ، لعدم مصروفه وسقط عن الناذر ، وهو مذهب العلامة وابنه ، ولا يبطل النذر على القول بوجوب قبوليهم مع الرد .

الثاني : لا يملك المنذور له الابراء اذا تعلق النذر بعين مشخصة ؛ لأن الابراء يتناول ما في الذمم ، والعين ليست كذلك ، ولا يجوزي القيمة ، ولو نمت العين قبل دفعها الى المنذور له كان النماء تابعاً للملك ، فان قلنا بالملك القهري فهو للمنذور له ، وإن قلنا انه لا يملك الا بالاختيار فهو للناذر .

ولو كان المنذور غير مشخص بل في الذمة ملك المنذور له الابراء ، وجاز احتساب الدين والمعاوضة ، إن كان صيغة نذره ان لفلان علي كذا ، وإن نذر الصدقة عليه أو الاهداء اليه أو الایصال لم يجز الابراء والاعتراض ، فلو مات أحدهما قبل الصدقة أو الاهداء أو الایصال وكانت صيغة نذره لفلان علي كذا لم يبطل النذر بموت المنذور له و يتنتقل النذر الى ورثته ، ولا كفارة على الناذر ، لعدم تحقق المخالفة فانه لم ينذر غير إثبات الشيء في ذمته لزيادة مثلاً ، ولم ينذر دفعه اليه فصار كالدين المعلق في ذمته ، وهذا لم يبطل بالموت من أحدهما .

(٢٢) - كذا .

(٢٣) - في النسخ : لمعن .

الثالث : ذهب الشهيد إلى جواز مطالبة المندور له للنذر بالنذر على كل تقدير ، سواء كان النذر معلقاً بعين مشخصة أو بشيء مقدر بالذمة ، وسواء كانت صفة النذر أن له على كذا أو تصدق عليه أو أهدى إليه ، وهو يشكل على القول بالموافقة وهو مذهبه ؛ لأن كل موضع ^(٢٤) لا يلزم من عليه المقى الدفع حالاً ليس للغريم المطالبة ، كالدين ^(٢٥) المؤجل ، وقد يجتاب بأن الدفع هنا واجب وإن جاز التأخير ، وإذا وجب الدفع جازت المطالبة بخلاف الدين المؤجل فان الدفع غير واجب قبل حلول الأجل ، فلهذا لم يجز المطالبة ، وقول الشهيد هو المعتمد إلا أنه مع الامتناع من الدفع لا يجوز حبسه ولا مقاضاته لاباحة التأخير له .

الرابع : اذا قيد النذر بعين مشخصة أو قدر الفعل بزمان معين ، فأخر حتى تلقت العين أو فات الزمان اختياراً كان عليه القضاء والكافرة ، وإن كان غير اختيار فالقضاء خاصة .

قال رحمة الله : ولو نذر أن يهدى واقتصر ، انصرف الاطلاق في المدي الى النعم ، وله أن يهدى أقل ما يسمى من النعم هدياً ، وقيل : كان له ان يهدى ولو ببيضة ، وقيل : يلزم ما يجزي في الاوضحة ، والأول أشبه .

أقول : جزم الشيخ في الخلاف بان إطلاق المدي ينصرف إلى ما يجزي في الاوضحة من النعم ، وهو الثاني من الابل والبقر والمعز ، والجذع من الصأن ، سواء نكر مثل أن قال : الله على أن أهدى هدياً ، أو عرف بالآلف واللام كأن يقول : الله على أن أهدى المدي ، واستدل باجماع الفرقه واخبارهم ، بأنهم رواوا : «أن المدي لا يقع الا على النعم » ^(٢٦) ، وقوى في المسوط أن يلزمـه أقل ما يقع عليه

(٢٤) - في الاصل : حق .

(٢٥) - في «م» و «ر» : كالنذر .

(٢٦) - الوسائل ، كتاب الحجج ، باب ١٠ من ابواب الذبح ، حديث ١١، ٩، ٥، ١ .

الاسم من تمرة أو بيضه فما فوقها؛ لأنَّ أسمَ الهدي يقع عليه لغة، وشرعًا، يقال: أهدي بيضة وتمرة، وقال تعالى: ﴿يُحکمْ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدِيًّا بِالْعَجْمَةِ﴾^(٢٧)، وقد يعکمان بقيمة عصفور أو جرادة، وسُمِّيَ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَهْدِيَ بِيَضْهِ فَقَالَ: «فِي التَّكْبِيرِ إِلَى الْجَمْعَةِ إِلَّا وَمَنْ رَاحَ فِي السَّاعَةِ الْخَامِسَةِ فَكَانَ أَهْدِيَ بِيَضْهِ﴾^(٢٨)، واختاره العلامه في المختلف لاصالة براءة الذمة من الزائد على ذلك، واختار المصنف انصراف الاطلاق إلى النعم واجزأ أقل ما يسمى هديا، واختاره العلامه في القواعد والارشاد والتحرير، وبه قال فخر الدين والشهيد وهو المعتمد.

قال رحمه الله: ولو نذر أن يهدى إلى بيت الله سبحانه غير النعم، قيل: بطل النذر، وقيل: بيع ذلك ويصرف في مصالح البيت.

أقول: القول بالبطلان قول ابن الجنيد وابن البراج وابن ادريس وابن أبي عقيل، لاصالة براءة الذمة، ولما رواه أبو بصير في طريق ضعيف عن الصادق عليه السلام: «فَإِنْ قَالَ الرَّجُلُ: أَنَا أَهْدِي هَذَا الطَّعَامَ، فَلَيْسَ بِشَيْءٍ إِنَّمَا يَهْدِي الْبَدْنَ»^(٢٩)، ولأنه لم يتبع بالآهداء إلا في النعم فيكون نذراً لغير متبعده به.

وقيل: ينعقد النذر وبيع ذلك ويصرف في مصالح البيت، واختاره العلامه في المختلف، وبه قال فخر الدين والشهيد؛ لأنَّ طاعة وقربة فيفع لمساكين تلك البقعة فينعقد ويجب الوفاء، والخلاف إنما هو في غير النعم وغير العبد والجاريه والدابة، لاجاعهم أن من جعل عبده أو أمته أو دابته هدياً لبيت الله، بيع ذلك وصرف في مصالح البيت.

(٢٧) - المائدة: ٩٥.

(٢٨) - سنن البيهقي، ج ٣ ص ٢٢٦.

(٢٩) - الوسائل، كتاب النذر والمعهد، باب ١ من أبواب النذر، حديث ٣.

قال رحمه الله : ولو نذر غير المدي بعكة وجب ، وهل يتعين التفرقة بها ؟

قال الشيخ : نعم عملاً بالاحتياط ، وكذا بعنى ، ولو نذر خمره بغير هذين ، قال الشيخ : لا ينعقد ، ويقوى أنه ينعقد : لانه قصد الصرف على فقراء تلك البقعة ، وهو طاعة .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : اذا نذر أن ينحر بعكة ولم يزد على هذا ، قال قوم : يلزم النحر والتفرقة معاً بها ، ومنهم من قال : يلزم النحر فقط ، ويفرق اللحم حيث يشاء ، والاول أقوى عندنا^(٣٠) وأحوط ، فاما إن نذر بغير مكة كالبصرة والكوفة وغيرهما ، فان نذر أن ينحر ويفرق اللحم بها لزمه ذلك ؛ لأن نذرء لمساكين تلك البقعة ، وإن أطلق ولم يذكر تفرقة اللحم ، قال قوم : إنه يلزم النحر وتفرقة اللحم بها ، ومنهم من قال : لا ينعقد نذر أصلاً ، وهو الأقوى عندي ؛ لأن الاصل براءة الذمة .

وقال في الخلاف : فان نذر خمره بالبصرة أو الكوفة لزمه الوفاء ، ويفرق في الموضع الذي ذكره ، واختار المصنف مذهب الخلاف ، وهو ظاهر العلامة في الارشاد والتحرير ، فإنه اختار فيها انعقاد النذر ولم يذكر التفرقة ، قال الشهيد في شرح الارشاد : وهو اختيار الشيخ في الخلاف ونعم الدين ، فدل على أن مذهب الخلاف كمذهب الارشاد والشرائع ، وهو انعقاد النذر ووجوب التفرقة في موضع النحر وإن كان بغير مكة ومنى .

وفصل الشهيد في دروسه بعد أن أوجب تفرقة اللحم بعكة ومنى إن كان النحر فيها ، فقال : ولو نوى غيرهما وقدر الصدقة أو الاهداء للمؤمنين صحيحاً ، وإن قصد الاهداء للبقعة بطل ، وإن قصد مجرد الذبح فيها فهو من باب المباح ،

٥١٦ كتاب النذر

وهو جيد مع حصول القصد ، والاشكال انما هو مع الاطلاق واعتقاد القصد ؛ لانه
المبحث عنه .

في اللواحق

قال رحمه الله : والشهر إما عدة بين هلالين أو ثلاثة يوماً ، ولو صام شوالاً وكان ناكلاً أتقه بيوم بدلاً عن العيد ، وقيل يومين ، وهو حسن .
أقول : تردد الشيخ في المسوط بين الاتمام بيوم أو يومين ، ففي أول بحثه حكم بالاتمام بيومين ، وفي آخره قوى الاتمام بيوم ، ووجه الاتمام بيومين : أن الشهر إما عدة بين هلالين أو ثلاثة يوماً ، وهو قد أفتر يوماً من شوال فصار الاعتبار بالعدد ، ووجه الاتمام بيوم واحد ؛ لأنه لم يفطر من الشهر الهلالي غير يوم فلا يجب عليه غيره ، والأول هو المعتمد .

قال رحمه الله : [الثالثة :] إذا نذر أن يصوم أول يوم من شهر رمضان لم ينعقد ؛ لأن صيامه مستحق بغير النذر ، وفيه تردد .

أقول : منشأه من أن صيامه مستحق بغير النذر ولا يمكن وقوع غير رمضان فيه فلا ينعقد نذره ، وهو مذهب الشيخ في المسوط وأ ابن ادريس ، ومن انعقاد الاجماع على انعقاد النذر اذا كان المنذور طاعة ، ووجوب صومه بأصل الشرع لا ينافي الانعقاد ، لما فيه من الحث على فعل الواجب ، حذراً من لزوم

الكافرة معه ؛ لأنه مع الاخلال يلزمه كفارتان ، وقبل النذر كان يلزمك كفارة واحدة ، فيحصل تأكيد الوجوب ، وهو مذهب العلامة والشهيد وهو المعتمد.

فرع : على القول بانعقاد نذر الواجب ينبغي التعرض لنية المندور الموكل مع الاصل مثل ان يقول : أصوم غداً لوجوبي على بالاصل والنذر قربة الى الله ، ويجوز ترامي النذر أيضاً وتعدد الكفارنة بتعدده ، كما لو نذر أن يصوم شهرا مطلاقاً ، ثم بعد انعقاد النذر نذر أن يصومه من سنة معينة ثم بعد انعقاده نذره بعينه بشهر معين من تلك السنة ، فان أخل به حتى مات لزمك ثلاث كفارات وإن أتي به في غير السنة المعينة لزمك كفارتان ، وإن أتي به في تلك السنة المعينة في غير ذلك الشهر المعين منها لزمك كفارة واحدة .

قال رحمه الله : [الخامسة :] اذا عجز الناذر عما نذر سقط ، فلو نذر المتعصّد سقط النذر ، وكذا لو نذر صوماً ، لكن روي في هذا : يتصدق عن كل يوم بعد من طعام .

أقول : الرواية إشارة الى ما رواه محمد ابن منصور ، عن الرضا عليه السلام ، « قال : كان يقول من عجز عن صوم نذر فكان كل يوم مد »^(٣١) ، وقد سبق البحث في ذلك في باب الكفارات^(٣٢) .

قال رحمه الله : وكفارنة المخالف في العهد كفارنة يمين ، وفي رواية : كفارنة من أفتر يوماً من شهر رمضان^(٣٣) ، وهي أشهر .

أقول : قد سبق البحث في ذلك في باب الكفارات^(٣٤) ، والمعتمد أنها كفارنة

(٣١) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ١٥ من ابواب بقية الصوم الواجب ، حديث ٢ وفيه اختلاف يسير .

(٣٢) - ص ٢٨٩ لكن ليس فيه صورة المجز .

(٣٣) - الوسائل ، كتاب الایلاء والكافارات ، باب ٢٤ من ابواب الكفارات : حديث ٢ .

(٣٤) - ص ٢٩٠ .

من أفتر يوماً من شهر رمضان.

قال رحمه الله : [السابعة : النذر والعهد ينعقدان بالنطق ، وهل ينعقدان بالضم والاعتقاد ؟ قال بعض الاصحاب : نعم ، والوجه : أنها لا ينعقدان إلا بالنطق .

أقول : الانعقاد بالضم والاعتقاد مذهب الشيخ في النهاية ، وتبعد ابن البراج وابن حزرة ، وهو ظاهر المفید ، لقوله عليه السلام : « إنما الاموال بالنيات »^(٣٥) ، وإذا انتفى العمل عند انتفاء النية وجب تحققه عند تتحققها ، ولأن المناط في العبادات^(٣٦) اللغظية الاعتقاد ، وهو هنا حاصل ، واللغظ إنما هو لاعلام الغير بما في الضمير ، والله تعالى عالم بسرائر القلوب ، ولقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ تَبْدُوا مَا فِي أَنفُسِكُمْ أَوْ تُخْفُوهُ يَحْسِبُكُمْ بِهِ اللَّهُ أَعْلَم﴾^(٣٧) .

وقال ابن الجنيد : لا ينعقد الا باللغظ مع النية ، وبه قال ابن ادریس ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس وهو المعتمد : لأن النذر ايقاع فلا يمكن فيه مجرد النية ، كاليمين والعتق ، وأنه من الاسباب ولا يجري على ما في القلوب بل لا بد من ظهورها .

(٣٥) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٥ من ابواب مقدمة العبادات ، حديث ١٠ .

(٣٦) - في الاصل : الاعتقادات .

(٣٧) - البقرة : ٢٨٤ .

ملاحظة

قد تمت طريقة التحقيق في مدين الجزأين - أي الثالث والرابع - على خلاف ما قبلهما؛ لتوفر نسخة مهمة لدينا تبدأ من كتاب النكاح إلى نهاية الشرح ، وقد عرّقنا بها في مقدمة التحقيق ج ١ ص ٢٠ ورمزنا لها بـ «ي» فراجع .

لذا جعلناها «أصلًا» ، وما خالفها من بقية النسخ أشرنا إليه في الهاشم ، إلا ما اعتقدنا خطأ في نسخة الأصل فصححناه اعتماداً على النسخ الأخرى ، مع الاشارة إلى ذلك .

محتويات الجزء الثالث

كتاب النكاح

الصفحة	الموضوع
٧	في الواحق
٩	نبیه : في الفرق بين المحاسن وبين الوجه والكفین
١١	فرع في حكم نظر الوكيل إلى المرأة التي يرید تزويجها للموکل أو الأمة التي يرید شراءها له
١١	حكم النظر إلى نساء أهل الذمة وإلى شعورهن
١٢	في النظر إلى المحارم
١٢	في جواز تبرج النساء قبال الطفل الذي لم يظهر علی عورات النساء
١٣	حكم نظر الحصي إلى المرأة
١٣	حكم الوطء في الدبر
١٤	حكم العزل عن الحرة
١٤	مسألة في دبة النطفة
١٧	في خصائص النبي (ص)

٢١	في العقد
٢٢	حكم العقد لو وقع بغير الماضي
٢٣	حكم الإخلال بذكر الأجل في العقد المقطوع
٢٤	حكم السكران أو السكري إذا زوجت نفسها
٢٧	في أولياء العقد
٢٧	في حكم ولایة الجد مع بقاء الأب
٢٨	في ثبوت الخيار للصبي بعد البلوغ إذا زوجها أبوها أو جدها له
٢٩	في ثبوت الخيار للصبي إذا زوجه أبوه أو جده لأبيه
٢٩	في ثبوت ولائهم على البكر البالغة الرشيدة
٣٠	في ولایة الوصی علی النکاح
٣٠	لو وکلته في تزويجها منه
٣٠	لو زوجها الولي بدون مهر المثل
٣٢	حكم سکوت البکر
٣٢	في جواز نکاح الامة بإذن مالکها
٣٣	إذا زوجها الاخوان برجلين
٣٤	فروع في اختلاف الوکيلین أو الولیین
٣٥	في ولایة الأم علی الولد
٣٦	في العقد الفضولي مع انکار الزوج الاذن
٣٧	في أسباب التحریم
٣٩	في الرضاع
٤٠	في تقدير ما ينشر الحرمة
٤٣	فرع فيما لو حصل الاشتباہ في الرضاع
٤٣	في كراھیة استرضاع من ولادتها عن زنا

فرع في جواز تزوج الفحل بأخت المرتضى وجده ٤٤	
إذا عقد الإنسان على امرأة ثم فارقها قبل الدخول لم تحرم عليه بيتها فهل تحرم أهلا ٤٨	
هل للعمة والخالة اختيار في اجازة العقد ونسخه فيما لو تزوج بنت اختها أو أختها ٥٠	
الرثا بالمرأة هل ينشر حرمة التزويج في أهلا وبيتها ٥١	
حكم الوطيء بالشبهة ٥٣	
حكم النظر واللحس الذي يسوغ لغير المالك ٥٣	
هل تحرم المعلوكة على أبي اللامس أو ابنه إذا نظر أو لمس ما يسوغ لغير المالك ٥٣	
حكم ما لو تزوج بأختين ٥٤	
حكم ما لو وطى أمة بالملك ثم تزوج بأختها ٥٦	
في شرطي جواز عقد الحر على الأمة ٥٧	
فروع ٥٨	
في عدم جواز نكاح الأمة على الخرة إلا باذنها ٥٨	
حكم المفضاة التي لم تبلغ تسعما ٥٩	
حكم الدخول بالمعتدة ٦١	
فروع ٦٤	
حكم التزوج بذات البعل ٦٤	
حكم وطى الأمة في الاستبراء ٦٥	
في أن من زنا بأمرأة لم يجرم عليه نكاحها ٦٥	
في جواز نكاح الزانية على كراهة ٦٥	
حكم الزنا بذات عدة باطن أو وفاة أو عدة المستمنع بها ٦٧	
إذا طلق أحدي الأربع بائناً وتزوج ثالثين ٦٧	

غایة المرام (ج)	٣٢
في عدم جواز نكاح غير الكتابية	٦٧
في جواز نكاح الكتابيات من اليهود والنصارى	٦٨
في نكاح المجرسيات	٦٩
حكم ما لو أسلمت زوجته قبل الدخول	٦٩
إذا تزوج امرأة وبنتها ثم أسلم بعد الدخول بهما حرمتا ..	٧٠
لو أسلم العبد وعنته أربع حرائر وثنيات	٧١
في ان اختلاف الدين فسخ لا طلاق	٧١
إذا لم يسم مهراً ثم أسلم قبل الدخول	٧١
إذا سمي مهراً فاسداً كالخمر والختير ثم أسلم بعد الدخول وقبل قبض المهر ..	٧٢
إذا أرتد المسلم بعد الدخول	٧٢
لو أسلم على أكثر من أربع ثم أسلمن في العدة	٧٣
في ان اباق العبد طلاق امرأته فانه بمنزلة الارتداد	٧٤
في مسائل من لواحق العقد	٧٥
في ان الكفاءة شرط في النكاح	٧٥
هل يشترط التساوي في الايمان	٧٥
فرع	٧٦
لو تجدد عجز الزوج عن النفقة هل تستلطف على الفسخ	٧٨
تنبيه : في أن التمكن من المؤنة هل هو شرط في وجوب الاجابة	٧٨
في وجوب اجابة المؤمن القادر على النفقة إذا خطب ولو امتنع الولي كان عاصياً	٧٩
فرعان	٨٠
في انتفاء الرجل إلى قبيلة وتزوج بفان الخلاف	٨١
فرع	٨١

إذا تزوج بأمرأة ثم علم أنها كانت زنث ٨٢	
لو خطب فأجبت ، هل يحرم على غيره خطبتها ٨٢	
في بطلان العقد مع اشتراط المرأة على المحلل أن لا نكاح بينهما بعد التحليل ٨٣	
في اشتراطها الطلاق بعد التحليل ٨٣	
في بطلان نكاح الشغار ٨٣	
فرع ٨٤	

النكاح المنقطع

ضبط الأجل و معلوميته ٨٨	
فرحان ٨٩	
في أن الشروط يجب أن تقرن بالإيجاب والقبول ٩٠	
في إن المستمتع بها تبين بانقضاء المدة ٩٠	
في انه لا يقع لعان بالمستمتع بها لنفي الولد ٩١	
لاتوارث بين الزوجين في المنقطع ٩٢	
في عدة المستمتع بها ٩٣	

نكاح الأماء

تنبيه في صيغة العقد هنا ١٠١	
في انه إذا ملك بعض زوجته بطل عقده عليها ١٠٢	
إذا اعتقت المملوكة كان لها فسخ نكاحها ١٠٣	
فروع تتعلق في خيار المملوكة المزوجة بعد العتق ١٠٥	
في جواز جعل عتق الأمة صداقها ١٠٦	

في ان ام الولد تتعنت بعد وفاة مولاهما من نصيب ولدها	١٠٧
لو زوج عبدة بحرة ثم باعه قبل الدخول	١١٠
في ان طلاق الأمة بيد المولى	١١١
فرحان	١١٢
حكم ما لو استقل العبد بالطلاق من غير اذن السيد	١١٢
هل أمر المولى بالطلاق يكون فسخاً	١١٢
في ملك المنفعة	١١٥
فروع	١١٥
حكم تخليل امته لمملوکه	١١٧
في ان ولد المحللة حر	١١٩

في العيوب

في عيوب الرجل	١٢١
تبنيه في أن الجنون أو الجب يبيحان الفسخ وان تمجدت بعد الوطى	١٢٣
في تعريف القرآن	١٢٥

في أحكام العيوب

في الجنون	١٢٥
في العن	١٢٦
في التدليس	١٢٩
في المهر	١٣٣
إذا جعل المهر عملاً مضموناً في ذمة الزوج	١٣٣

حكم عقد المسلم على الخمر والخنزير ١٣٤	
حكم الزيادة على مهر السنة ١٣٤	
في جواز ان يتزوج امرأتين او أكثر بمهر واحد ١٣٥	
فروع ١٣٧	
لو أصدقها ظرفاً على انه خل فبان خرأ ١٣٧	
في ان المهر مضمون على الزوج ١٣٨	
وهنا تحقيق ١٣٨	
لو وجدت في مهرها عيباً كان لها رده بالعيب ١٣٨	
في ان لها ان تنزع من تسليم نفسها حتى تقبض المهر ١٣٩	
فرعان في تسليم نفسها قبل دفع المهر ١٤٠	
فيما لو زوجها الولي بدون مهر المثل ١٤٠	
فروع ١٤١	
تبنيه: في انه يجب على الفقيه ان يعرف مهر المثل على وجه كلي ١٤٢	
تبنيه آخر: الاعتبار لمهر المثل المستند إلى العقد الفاسد يوم الوطى لا يوم العقد ١٤٣	
لو فوضت تقدير المهر إلى أحدهما (هي أو الزوج) ١٤٤	
في الدخول الموجب للمهر ١٤٥	
إذا لم يسم لها مهراً وقدم لها شيئاً ثم دخل كان ذلك مهرها ١٤٧	
لو شرطت أن لا يفتضها لزم الشرط ١٥٠	
إذا شرط أن لا يخرجها من بلدتها ١٥٢	
في ان الصداق يملك بالعقد ١٥٣	
فرعان ١٥٥	
في الاختلاف في أصل المهر ١٥٧	

إذا خلا بها فادعت المواقعة ١٥٩

في القسم

في ان القسمة بين الأزواج حق على الزوج ١٦١
في اختصاص القسم بالليل ١٦٢
في سقوط القسمة بالسفر ١٦٤
في الشوز ١٦٧
في صورة الهجر ١٦٧
في الشفاق ١٦٩
في ان بعث الحكم على سبيل التحكيم لا التوكيل ١٦٩

أحكام الأولاد

في ان أقصى الوضع هو تسعه أشهر ١٧١

في أحكام الولادة

حكم العقيقة ١٧٣

في الحضانة

في عدم وجوب الرضاع على الأم ١٧٥
إذا ادعى الأب وجود متبرعة وانكرت الأم ١٧٦
في حق الحضانة ١٧٧

فرع يتعلق بسقوط حضانة الأم ١٧٨
في ان أولوية الرضاع للأم مالم تطلب اجرة زائدة ١٧٨
إذا طلقت الأم فهل ترجع حضانتها ١٧٨

في النفقات

هل ان وجوب النفقة بالعقد أو بالتمكين ١٨١
فروع ١٨١
حكم النفقة مع صغر أحد الزوجين وعدم تمكنه ١٨٢
في سقوط نفقة البائن وسكنها ١٨٣
في نفقة الحامل المتوفى عنها زوجها ١٨٤
في تقدير الاطعام ١٨٥
في كسوة الزوجة وهل هي إمتاع أو تمليك ١٨٦
في نفقة زوجة الملوك ١٨٨

في نفقة الأقارب

في نفقة الأبوين والأولاد ١٩١
تنبيه: وفيه ان المانع من الارث مانع من وجوب الانفاق ١٩٢

كتاب الطلاق

في المطلق

في طلاق الغلام الذي لم يختلم ١٩٥
في طلاق الولي عمن بلغ فاسد العقل ١٩٦

١٩٦	في الوكالة في الطلاق للغائب
١٩٧	حكم توكيلها في طلاق نفسها

في المطلقة

١٩٩	في تقدير المدة التي يسوغ معها طلاق الغائب
٢٠٠	هل يشترط تعين المطلقة بالاسم أو بغيره لمن كان له أكثر من زوجة
٢٠١	تنبيه: يتفرع عليه فروع
٢٠٣	إذا نظر إلى أجنبية وزوجته فقال: إحداكم طالق

في الصيغة

٢٠٥	في الطلاق بغير الصيغة المعهودة
٢٠٦	في طلاق الآخرين
٢٠٧	لور خيرها وقصد الطلاق
٢١٠	في الطلاق المعلن
٢١١	في تنصيف الطلاق

في الأشهاد

٢١٣	في اشتراط العدالة بالشاهدين
٢١٣	فروع تتعلق بعدالة الشاهدين

في أقسام الطلاق

٢١٧	في طلاق الحامل
٢١٧	في تعريف الطلاق البدعي والسنوي

محتويات الجزء الثالث ٥٣١

في طلاق الحالئ ثم مراجعتها ٢١٩

في طلاق المريض

في اقرار المريض بطلاق زوجته في حال الصحة ثلاثة ٢٢٣

إذا سأله الطلاق فلا إرث لها ٢٢٤

في ما يزول به تحريرم الثلاث

في محلل وشروطه ٢٢٧

لو ادعت المطلقة ثلاثة أنها تزوجت وقضت العدة ٢٢٨

فرع في جواز العقد على المرأة لو ادعت أنها مطلقة وانقضت عدتها ٢٢٩

في الرجعة

في عدم تحقق الرجعة المعلقة على شرط ٢٣١

حكم ارتداد المطلقة رجعية ٢٣٢

في كيفية رجعة الآخرين ٢٣٢

لو تزوجها في العدة الرجعية ٢٣٣

في العدة

في الدخول الموجب للعدة ٢٣٥

في عدة المستقيمة الحيض ٢٣٥

في أقل زمان تنقضي به العدة ٢٣٦

في عدة اليائسة ٢٣٦

٢٣٧	في حد اليأس
٢٣٨	في عدة المرأة المسترابة
٢٤٠	فرع
٢٤٠	حكم المدة في ما إذا طلقت في اثناء الشهر
٢٤١	حكم المرتبة بالحمل

في عدة الحامل

٢٤٣	في أقصى مدة الحمل
٢٤٣	تنبيه في مضي أقصى مدة الحمل
٢٤٤	حكم الحامل باثنين
٢٤٥	فرع في انه لا تنقضي العدة بانفصال بعض الولد
٢٤٥	لو أفرت بانقضاء العدة ثم جاءت بولد لستة أشهر فصاعداً

في عدة الوفاة

٢٤٧	في وجوب الخداد على الأمة وعدمه
٢٤٨	حكم اعتداد زوجة المفقود باذن الحاكم ثم رجوعه بعد انقضاء العدة وقبل زواجها
٢٤٨	فروع
٢٥٠	في انه لا نفقة على الغائب في زمان العدة
٢٥٠	حكم الولد لستة أشهر من دخول الثاني
٢٥١	في انه لا توارث لو كان الموت بعد العدة
٢٥١	حكم الميراث لو مات أحدهما في العدة
٢٥١	في ان البائنة لا ميراث فيها

في عدة الاماء

٢٥٣ في عدة الذمية.

٢٥٣ في عدة أم الولد

في اللواحق

٢٠٥ حكم المطالقة في مسكن دون مستحقها

٢٠٥ في ان السكنى تابعة لوجوب النفقة

كتاب الخلع

في الصيغة

٢٥٩ في وقوع الخلع بمجرده

٢٥٩ تنبئه: في انه لا يشترط تقديم البذل على الخلع

٢٦٠ هل ان وقوع الفرقة بلفظ الخلع طلاق أم فسخ

في الفدية

٢٦٣ في من يصح منه بذل الفداء

٢٦٤ لو خالعت في مرض الموت صح

٢٦٤ لو خلعاها على عين فبانت مستحقة

٢٦٤ في صحة البذل من الأمة

٢٦٥ متى يجب الخلع على الزوج

في الأحكام

من يجوز للرجل عضل الزوجة	٢٦٧
في معنى العضل	٢٦٧
حكم العلاق بشرط	٢٦٨
في معنى الولاء	٢٦٨
حكم البذل المجهول	٢٦٩

كتاب الظهار

في الصيغة

حكم شبيه بغير الأم (أي انه يقع الظهار؟)	٢٧٣
حكم التشبيه بيد الأم أو الشعر أو البطن	٢٧٤
في انه لا يقع الظهار يجعله يميناً	٢٧٤
حكم تعليق الظهار على صفة	٢٧٥
هل يقع الظهار إذا قصد به اضرار المرأة	٢٧٦
في وقوعه موقوفاً على شرط	٢٧٧
هل يقع الظهار مؤقتاً	٢٧٧
في وقوعه بغير الصيغة المنصوصة	٢٧٨

في المظاهرة

في اشتراط الدخول وعدمه	٢٧٩
هل يقع الظهار بالمستمع بها	٢٧٩
في وقوعه بالموافقة بالملك	٢٨٠

في الأحكام

٢٨١	في حرمة الظهور
٢٨١	في وجوب الكفارة على المظاهر
٢٨٢	في تعدد الكفارة بتكرر الظهور
٢٨٣	في حرمة الوطيء على المظاهر ما لم يكفر
٢٨٤	في حرمة ما دون الوطيء عليه
٢٨٥	في اجزاء الاستغفار إذا عجز عن الكفارة

في الكفارات

٢٨٩	في كفارة من أفتر يوماً نذر صومه
٢٨٩	في كفارة الحنى في النذر
٢٩٠	في كفارة خلف المهد
٢٩٠	حكم من حلف بالبراءة من الله أو الرسول أو الأئمة عليهم السلام
٢٩١	تنبيه: في ترتيب الحكم على الحلف لكل واحد أو للجميع
٢٩١	هل تستقر الكفارة بمجرد الحلف أو لا بد من الحنى
٢٩١	في جز المرأة شعرها في المصاب
٢٩١	فروع
٢٩٢	في معنى الجز
٢٩٢	في كفارة الحيس مع التعمد
٢٩٢	حكم من تزوج امرأة في عدتها
٢٩٢	فروع
٢٩٢	في وجوب الكفارة على من تزوج بذات بعل

في انه لا يجزي الصدقة من غير الدقيق ٢٩٣
حكم من نام عن (صلوة) العشاء حتى جاوز نصف الليل ٢٩٤
فروع ٢٩٤
في اعتبار اليمان في الرقة في كفارة القتل وعدمه ٢٩٥
في المراد باليمان ٢٩٦
تحقيق في مسألة اشتراط ايمان الرقة ٢٩٧

في خصال الكفار

في جواز عتق المولود في كفارة الظهار ٢٩٩
في اسلام المراهق ٣٠٠
في جواز عتق ولد الزنا في الكفار ٣٠٠
في جواز عتق المدبر في الكفارات ٣٠٢
في عدم صحة عتق المرهون بدون إجازة المرتهن ٣٠٢
في جواز عتق العبد الجاني ٣٠٣
في تبرع أجنبي بالعتق عنه ٣٠٤
إذا أعتق الوارث عن الميت من ماله لا من مال الميت ٣٠٤
إذا قال : اعتق عبدك عني ففعـل ٣٠٥
في كيفية ملك الطعام الذي قدم للأكل يقول مالكه (كل هذا الطعام) ٣٠٦
في انه يشترط في التكبير النية المشتملة على الوجه والقربة والتکفير ٣٠٧
في وقوع العتق عن غير الكفارة فيما لو قال له قائل : اعْتَنْ عَلَوْكَ عَنْ كُفَّارَتِكْ ولك على كذا ٣٠٨
حكم من أفتر في اليوم الثاني من الشهر الثاني في صوم الكفارة ٣١٠
في عدم انقطاع التابع لو أفترت الحامل أو المرضع خوفاً على أنفسهما ٣١٠

٣١٠	في ان الاكراه على الافطار لا يقطع التتابع
٣١١	في اقسام الاكراه
٣١١	في تغير المكفر بين اطعام المساكين وبين التسليم اليهم
٣١٢	في ان كفاررة اليمين تغيرة بين العنق والاطعام والكوة
٣١٤	في وجوب كفاررة الظهار بنية العود

كتاب الايلاء

في الصيغة

٣١٧	في ان الايلاء لا يتحقق إلا باللفظ الصريح
٣١٨	حكم الايلاء المتعلق على شرط أو صفة

في المؤلي

٣١٩	في صحة الايلاء من المجبوب وعدمها
-----------	--

في المؤلي منها

٣٢١	في انه لا يقع بال المستمع بها
-----------	-------------------------------------

في أحكام الايلاء

٣٢٤	في معنى انقطاع الاستدامة
٣٢٤	حكم الوطء في مدة التربص

كتاب اللعان

في السبب

- | | | |
|-----|--|-------|
| ٣٢٩ | في عدول القاذف عن البيينة إلى اللعان | |
| ٣٣٠ | في حقوق الولد بالخصي والمحبوب وعدهمه | |

في الملاعن

- | | | |
|-----|-----------------------------|-------|
| ٣٣٣ | في صحة لعان الكافر | |
| ٣٣٤ | في كيفية لعان الآخرين | |

في الملاعنة

- | | | |
|-----|--|-------|
| ٣٣٧ | في اعتبار الدخول بالملاعنة وعدمه | |
| ٣٣٨ | في ثبوت اللعان بين الحر والمملوكة | |
| ٣٣٩ | في صيرورة الأمة فراشاً بالوطني وفي معناه | |

في كيفية اللعان

- | | | |
|-----|--|-------|
| ٣٤١ | في اشتراط ايقاع اللعان عند الحاكم | |
| ٣٤٢ | في وضع الرجل والمرأة (من القيام أو القعود) حال تلفظه بالشهادة واللعن | |
| ٣٤٣ | هل اللعان شهادات أو أيمان | |

في الأحكام

فبما لو أكذب نفسه بعد اللعان ٣٤٥
في انه لا يحب الحد عليها لو اعترفت بعد اللعان ٣٤٦
حكم اقرارها بعد القذف وقبل اللعان ٣٤٦
إذا قذفها فماتت قبل اللعان ٣٤٨
لو قذفها ولم يلاعن فبعد ثم قذفها به ٣٤٩
حكم نكولها بعد القذف واللعان ثم قذفها الاجنبي ٣٥١
حكم شهادة اربعة نفر على امرأة بالزنا أحدهم الزوج ٣٥١

كتاب العتق

في أسباب العتق

في وقوع العتق بغیر لفظ التحریر ٣٥٥
في الأنماط الموضوعة للتحریر ٣٥٦
في اشتراط تعيين العتق ٣٥٦
في صحة عتق الصبي ٣٥٨
في بطلان عتق الكافر ٣٥٨
في شروط صحة العتق ٣٥٩
في صحة عتق ولد الزنا ٣٦٠
في لزوم وفاء العتيق بشروط العتق ٣٦٠
من ندر عتق أول مملوك فملك جماعة ٣٦٢
حكم العتق في مرض الموت ٣٦٣
تحقيق في مسألة العتق في مرض الموت ٣٦٧

في السراية

٣٧١	في عتق أحد الشريكين حصته
٣٧٣	فرع في وجوب السعي على العبد
٣٧٣	في انعتاق نصيب الشريك مع اجتماع شروط السراية
٣٧٤	فروع حول عتق حصة الشريك
٣٧٥	في ان عتق الشخص إما مباشرة بالصيغة أو بالسبب
٣٧٦	لو أعتق الحامل تحرر الحمل
٣٧٦	إذا دفع لمعتق قيمة نصيب شريكه

في الملك

٣٧٩	لو ملك من جهة الرضاع من ينعتق عليه
-----------	------------------------------------

في المعارض

٣٨١	في عتق من مثل به مولاه
-----------	------------------------

كتاب التدبير

في العبارة

٣٨٥	في تعليق التدبير بوفاة غير المالك
٣٨٦	فرع لو مات المالك أولاً
٣٨٧	في صحة تدبير الملوك لشريكين مع قولهما: إذا متنا فانت حر
٣٨٨	في اشتراط نية القرابة

محتويات الجزء الثالث ٥٤١

في تعليق التدبير على شرط أو صفة ٣٨٩
في عدم جواز الرجوع في تدبير الولد ٣٨٩

في المباشر

٣٩١ في تدبير الصبي
٣٩١ في تدبير الكافر
٣٩٢ في بطلان تدبير المرتد عن فطرة
٣٩٢ في عدم بطلان تدبير المرتد عن غير فطرة

في الأحكام

٣٩٥ في ان التدبير بصفة الوصية
٣٩٧ في بطلان التدبير لو كان على الميت دين يستوعب التركة
٣٩٨ في ان الكتابة منافية للتدبير

كتاب المكاتبة

في الأركان

٤٠١ في اشتراط الأجل في الكتابة
٤٠٢ في حد العجز بالبيع للفسخ في الشروط
٤٠٣ في أن الكتابة عقد لازم
٤٠٣ في معنى الجواز المقابل للزوم
٤٠٤ هل يشترط في صحة الكتابة اسلام السيد

في جواز مكاتبته ملوك اليتيم من قبل ولد ٤٠٤
في اعتبار البلوغ والكمال والاسلام في المكاتب ٤٠٥
لو كاتبه ثم حبسه مدة ٤٠٦

في الأحكام

في موت المكاتب ٤٠٩
فرع: لو كان وارث المكاتب جماعة ٤١٠
في تكثير المكاتب بغیر الصوم بغیر إذن مولاه ٤١١
إذا ملك الملوك نصف نفسه ٤١١
في اختلاف السيد والمكاتب في مال الكتابة ٤١٢
في بطلان العتق مع رد العوض بالعيوب ٤١٣
في مكاتبته بعض عبده ٤١٣

في الواقع

إذا كان للمكاتب على سيده مال وحل للسيد شيء من التجorum ٤١٥
في جواز شراء المكاتب لقريبه الذي ينعتق عليه ٤١٦

في أحكام المكاتب

إذا قال: ضعوا عنـه أوسط نجومه ٤١٩

كتاب الاستيلاد

إذا وطىء أمة الغير بشبهة أو بعقد فأولدها ٤٢٥
لو وطأ الذمي أمته فحملت منه وأسلمت ٤٢٥
إذا أوصي لأم ولده ٤٢٦
إذا جنت أم الولد ٤٢٧
في وليدة نصرانية أسلمت ٤٢٨

كتاب الأقرار

في الصيغة ٤٣٦
في ان الاستثناء من الجنس جائز ٤٣٦

في المقر

في اقرار المفلس ٤٣٩
في اقرار المريض ٤٤٠
في قبول الاقرار بالتهم ٤٤٢

في المقر له

في الاقرار للبيهمة ٤٤٣
في الاقرار للحمل ٤٤٣

فرع : لو أقر لمسجد أو مقبرة ٤٤٤
لو أقر بعد لانسان فأنكر المقر له ٤٤٤
فروع ٤٤٤
إذا أقر بعين لزيد فكذبه ٤٤٥
لو رجع المقر له عن تكذيب المقر ٤٤٥
لو رجع المقر عن اقراره ٤٤٥
في ان الشهادة على الغير بعين في يده يكون اقراراً ٤٤٦
لو قال : علي ألف وقطع ثم قال : من ثمن مبيع لم أقضه ٤٤٦

في الاقرار بالنسب

في عدم اعتبار تصديق الصغير ٤٤٩
في ثبوت النسب ٤٥٠

في الجمالة

إذا رد الانسان عبد غيره أو ضالته ٤٥٣
لو جعل لواحد جعلاً على الرد فشاركه آخر ٤٥٤

في اللواحق

لو اختلفا في قدر الجمالة ٤٥٧

كتاب الأيمان

في ما به ينعقد اليمين

٤٦١	في اقسام ما ينعقد به اليمين
٤٦٢	في المراد بالمعانى الموجبة للحال
٤٦٤	في الاستثناء بمشيئة الله
٤٦٥	في دخول الاقرار بالاستثناء
٤٦٦	في الحروف التي يقسم بها

في الحالف

٤٧٩	في صحة يمين الكافر وعدمهها
٤٧٠	في يمين الولد والزوجة والملوك
٤٧١	فرع

في متعلق اليمين

٤٧٣	إذا حلف ان لا يشرب من لبن عذر له ولا يأكل من لحمها
٤٧٣	إذا حلف أن لا يأكل طعاماً اشتراه زيد فأكل ما اشتراه زيد وعمرو
٤٧٥	لو حلف لا شربت من الفرات
٤٧٦	إذا حلف لا يأكل الرؤوس
٤٧٦	إذا حلف لا يأكل لحماً
٤٧٦	إذا حلف لا يأكل شحاماً

إذا حلف لا يأكل من هذه الخنطة فطحنتها ٤٧٧
لو حلف لا يأكل بسراً ٤٧٩
في معنى الفاكهة ٤٨٠
إذا قال لا شربت ماء هذا الكوز ٤٨٠
إذا حلف أن لا يتطيب ٤٨١
لو حلف لا دخلت دار زيد ٤٨٢
لو قال: لا دخلت هذه الدار فانهدمت ٤٨٣
لو حلف: ليعن ٤٨٥
في المراد من الهبة وكيفية القبول فيها ٤٨٥
إذا حلف لا يفعل ثم باشر الفعل بنفسه حنث ٤٨٦
إذا حلف ليضر بن عبده مئة سوط ٤٨٨
إذا حلف لا ركبت دابة العبد ٤٨٩
في حقيقة التسري ٤٩٠
إذا حلف لأقضين دين فلان إلى حين أو زمان ٤٩٠

في الواقع

في عدم جواز الحلف بالبراءة من الله أو من رسوله أو من الأئمة عليهم السلام ٤٩٣
إذا انعقدت يمين العبد ثم حنث وهو رق ٤٩٤
إذا حلف العبد باذن سيده ثم حنث بغير اذنه ٤٩٤

كتاب النذر

في النادر

يشترط إذن الزوج في نذر المرأة ٤٩٩
فرعن ٤٩٩

في الصيغة

في النذر المطلق ٥٠١

في متعلق النذر

في نذر الحج ٥٠٣
لو نذر أن يمشي إلى بيت الله ٥٠٤
فرع إذا نذر المشي إلى أحد المساجد ٥٠٤
لو نذر صوم يوم قドوم زيد ٥٠٥
لو نذر الصيام في بلد معين ٥٠٧
إذا نذر صلاة فأقل ما يجزيه ركعتان ٥٠٧
لو نذر الصلاة في مسجد معين أو مكان معين منه لزم ٥٠٨
لو نذر عتق عبد كافر غير معين لم ينعقد ٥٠٨
من نذر أن لا يبيع علوكا ٥٠٨
فرع ٥٠٩
إذا نذر أن يعتق عبده إن بريه المريض أو قدم المسافر ، هل يجوز له بيعه قبل

٥٠٩	حصول الشرط
٥١٠	لو نذر عتق عبده غداً فاعتقه اليوم تبرعاً
٥١١	لو نذر الصدقة في موضع معين
٥١٢	فرع : لو نذر الصدقة إلى أغنياء أو هاشميين
٥١٣	في مطالبة المنذور له بالنذر
٥١٣	لو نذر الهدي واطلق
٥١٤	لو نذر أن يهدى إلى بيت الله سبحانه غير النعم
٥١٥	لو نذر نحر الهدي بمكة

في المواحق

٥١٧	في إن الشهرين إما عدة بين هلالين أو ثلاثة أيام
٥١٧	إذا نذر أن يصوم أول يوم من شهر رمضان
٥١٨	فرع
٥١٨	إذا عجز الناذر عما نذر سقط
٥١٨	في كفاررة المخالفات في العهد
٥١٩	في إن النذر والمهد ينعدمان بالنطق
٥٢١	محتويات الكتاب

حَدِيثُ الْمَلَكِ فِي شَرَعِ شَرَاعِ الْإِسْلَامِ

تأليف

الفقيه المحقق

الشيخ مفزع العيسوي البغدادي

بن أسد الدارمي الثايس البغدادي

تحقيق

الشيخ جعفر الكوثراني العسافين

الجزء الرابع

دار المتنال الرابع

غاية المُرْمَر في شرح شرائع الإسلام

تأليف
الفقيه المحقق

الشيخ مفلح الصيمرى البحرانى
من أعلام الفرق التاسع الهجري

تحقيق
الشيخ جعفر الكوثرى العالمى

شبكة كتب الشيعة

الجزء الرابع

كتاب الفتن والآدلة



جميع الحقوق محفوظة
الطبعة الأولى

١٤٥٠ - ١٩٩٩ م

كتاب المحتوى العربي للطباعة والتوزيع والنشر

تلفون: ٨٢٤٢٦٥ - ٨٢٠٣٢٠ - فاكس: ٦٠٣٣٧٩ - ٨٢١٢٠٣

ص.ب: ٢٨٦ / ٢٥ - غبيري - بيروت - لبنان

كتاب الصيد

فيها يؤكل صيده

قال رحمه الله : ولو أرسل المجنوس أو الذمي لم يحل أكل ما يقتله ، وإن أرسله اليهودي والنصراني فيه خلاف ، أظهره أنه لا يحل .

أقول : قال ابن أبي عقيل : ولا بأس بصيد اليهود والنصارى وذبائحهم ، واعلم أن الخلاف في حال الصيد كالخلاف في حال الذبيح ، فمن قال بحل ذبائحهم قال بحل صيدهم ، وسيأتي^(١) ت تحقيق ذلك إن شاء الله تعالى .

قال رحمه الله : وقيل : يحرم أن يرمي الصيد بأكابر منه .

أقول : ذهب الشیخ في النهاية إلى تحريم رمي الصيد بما هو أكبر منه ، وحكم بتحريم الصيد أيضاً مع اتفاق ذلك ، وذهب المصنف إلى الكراهة واختاره العلامة ، وهو المعتمد لأصلالة الإباحة .

(١) - يأتي في أول كتاب الذبابة .

في أحكام الاصطياد

قال رحمه الله : ولو قطعه بنصفين فلم يتحركا فهما حلال ، ولو تحرك أحدهما فالحلال هو ، وقيل : يؤكلان إذا لم يكن في المتحرك حياة مستقرة ، وهو أشبه ، وفي روایة : يؤكل ما فيه الرأس ، وفي أخرى يؤكل الأكبر دون الأصغر ، وكلها شاذ .

أقول : اختلف الاصحاب في هذه المسألة ، والمحقق من مذاهبهم أنه اذا قطع الصيد باثنين ، فان لم يتحركا حلا ، وان تحركا او أحدهما فان كان مع عدم استقرار الحياة حلا أيضا ، لعدم اعتبار هذه الحركة ؛ لأنها كحركة المذبوح ، وان كان مع استقرار الحياة حل ما فيه الرأس مع التذكرة ، وحرم الآخر ؛ لأنه أبين من حي فهو ميتة ، هذا هو المحقق وهو المعتمد ، والقول المشار اليه بأنها يؤكلان إن لم يكن في المتحرك حياة مستقرة هو قول ابن ادريس ، والرواية المتضمنة أكل ما فيه الرأس هي روایة اسحق بن عمار^(٢) عن الصادق عليه السلام ، والرواية

(٢) الوسائل ، كتاب الصيد والذبائح ، باب ٣٥ من أبواب الصيد ، حديث ٢ .

المتضمنة أكل الأكبر دون الأصغر هي رواية التوفلي^(٣) عن الصادق عليه السلام أيضاً، وأقوال الأصحاب هنا كثيرة أعرضنا عنها لثلاثاً يطول الكتاب واقتصرنا على المحقق منها الذي يحب المصير إليه.

(٣) - المصدر المتقدم، حديث ٤.

في اللواحق

قال رحمه الله : إذا عض الكلب صيداً ، كان موضع العضة نجسأً يجب غسله على الاصح .

أقول : هذا هو المشهور بين الاصحاب لنجاسة الكلب وقد لاقى موضع العضة برطوبة فيجب غسله ، وقال الشيخ رحمه الله : لا يجب الفسل لاطلاق الآية^(٤) الامر بالأكل من غير قيد الفسل فلا يجب ، والجواب عدم الامر بالفسل لانيافي وجوبه بدليل خارجي ، والدليل اجماع أصحابنا على نجاسة مالاقاه الكلب برطوبة .

قال رحمه الله : إذا أرسل كلبه أو سلاحده فأدركه حيا ، فان لم تكن حياته مستقرة فهو بحكم المذبوح ، وفي الاخبار : أدنى ما يدرك ذكاته أن يجده يركض رجله أو تطرف عينه ، أو يتعرك ذنبه ، وإن كانت مستقرة والزمان يتسع للذبح لم يجعل حتى يذكرني .

أقول : اختلف الاصحاب في مستقر الحياة ما هو ؟ قال الشيخ في المبسوط

مستقر الحياة هو ما يمكن أن يعيش يوماً أو نصف يوم ، وهو المشهور بين الاصحاب ، وقال ابن حمزة : ادناه أن يطرف عينه أو تركض رجله أو يتحرك ذنبه ، وهو ظاهر المصنف في المختصر ، وهو الذي تضمنته الاخبار ، رواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله ، عن الصادق عليه السلام ، « قال : في كتاب علي عليه السلام ، اذا طرقت العين أو ركضت الرجل أو تحرك الذنب فكل منه ، فقد أدركت ذكاته »^(٥) ، وعن أبي أيوب بن تغلب ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، « قال : اذا شكت في حياة شاة ورأيتها تطرف عينها أو تحرك اذنها أو تoccus بذنبها فاذبها فانها لك »^(٦) وروى محمد الحلبي ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، « قال : سأله عن الذبيحة ؟ قال : اذا تحرك الذنب أو الطرف أو الاذن فهو ذكي »^(٧) ، فهذه الاخبار دالة على مذهب ابن حمزة ، ولاشك أن مذهب الشيخ أحوط ، لحصول تعين الحل .

اذا عرفت هذا فغير مستقر الحياة غير صيد الكلب والسمم لم يحل بالتنذكية سواء كان وحشيا او إنسانيا ؛ لأنه بحكم الميتة ، أما صيد الكلب والسمم اذا أدرك حيا وغير مستقر الحياة فهو حلال ، سواء ذاكاه أو لم يذكه والذكرة أفضل .
قال رحمة الله : وقيل : إذا لم يكن معه ما يذبح به ، ترك الكلب يقتله ثم يأكله إن شاء ، أما إذا لم يتسع الزمان لذبحه فهو حلال .

أقول : اذا أدرك الصيد وحياته مستقرة لم يحل الا بالتنذكية ، فان لم يكن معه ما يذكيه به ، قال الشيخ في النهاية : يترك الكلب حتى يقتله ثم يأكل أن شاء ، وبه قال محمد بن بابويه وابن الجنيد واختاره العلامة ، لعموم قوله تعالى : ﴿فَكُلُوا﴾

(٥) - الوسائل ، كتاب الصيد والذبائح ، باب ١١ من ابواب الذبائح ، حدث ٦ .

(٦) - الوسائل ، كتاب الصيد والذبائح ، باب ١١ من ابواب الذبائح ، حدث ٥ .

(٧) - الوسائل ، كتاب الصيد والذبائح ، باب ١١ من ابواب الذبائح ، حدث ٣ .

ما أمسكن عليكم ﴿٨﴾ ، ولما رواه جحيل بن دراج في الصحيح ، عن الصادق عليه السلام ، « قال : سأله عن الرجل يرسل الكلب على الصيد فیأخذه ولا يكون معه سكين فیدکیه ، أفیدعه حق يقتله الكلب ويأكل منه ؟ قال : لا بأس » ^(٩) وقال ابن ادریس : لا يحمل بغیر التذکیه واختاره المصنف والعلامة في الارشاد ، واستحسنه في التحریر وهو اختيار فخر الدين وأبی العباس وهو المعتمد ؛ لأن كل مستقر الحياة غیر ممتنع لا يحمل بغیر التذکیة .

(٨) - المائدة : ٤ .

(٩) - الوسائل ، كتاب الصيد والذبائح ، باب ٨ من أبواب الصيد ، حدیث ١ .

كتاب الأذباحة

في الأركان

قال رحمه الله : اما الذبائح فيشترط فيه الاسلام أو حكمه ، ولا يتولاه الوثني . فلو ذبح كان المذبوح ميتة ، وفي الكتابي روایتان ، أشهرها : المنع ، فلا تؤكل ذبحة اليهودي ، ولا النصراني ، ولا المجوسي ، وفيه روایة ثالثة ، تؤكل ذبحة الذمي ، اذا سمعت تسميتها ، وهي مطروحة .

أقول : أختلف الاصحاب هنا على ثلاثة أقوال :

الاول : تحريم ذبائح غير المسلمين من جميع أصناف الكفار ، سواء كانوا أهل كتاب اولم يكونوا ، وهو المشهور بين الاصحاب ، ذهب اليه الشیخ والمفید والمرتضی وسلامر وابن البراج وابو الصلاح وابن حمزة وابن ادریس ، واختاره المصنف والعلامة والشید ، وهو المعتمد لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مَا لَمْ يُذْكُرْ أَسْمَاهُ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفَسْقٌ ﴾^(۱) ، والكافر لا يعرف الله ولا يذكره على الذبيحة ، ولا يعتقد ذلك فرضا ولائنة ، وقد ورد في المنع روایات كثيرة ، منها : روایة سماعة في الموتى ، عن الكاظم عليه السلام ، « قال : سأله عن ذبحة اليهودي

والنصراني؟ فقال : لا تقر بها «^(٢)».

الثاني : إباحة ذبائح أهل الكتاب مطلقاً سواء سمعته يسمى أولاً ، وهو قول الحسن بن أبي عقيل وظاهر ابن الجنيد ، لقوله تعالى : ﴿ وَطَعَامُ الَّذِينَ أَوْتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَّكُمْ ﴾^(٣) ، وورد في ذلك روایات ، منها : صحيح البخاري ، عن الصادق عليه السلام ، « قال : سأله عن ذبيحة أهل الكتاب ونسائهم ؟ قال : لا يأس به »^(٤) .

الثالث : إباحة ذبائحهم مع سماع التسمية^(٥) من الذابح ، قال محمد بن بابويه ، لصحيح حرقان ، « قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول في ذبيحة الناصب واليهودي والنصراني : لا تأكل ذبيحته حتى تسمعه يذكر اسم الله تعالى ، قلت : والمجوسى ؟ قال : نعم اذا سمعته يذكر الله ، أما سمعت قول الله : ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه »^(٦) ، وفي معناها غيرها من الصحاح^(٧) ، وأحاديث الاولون عن الطعام بعمله على المحبوب ، وعن الروایات بعملها على الثقة لا الضرورة .

قال رحمه الله : ولا يشترط اليمان ، وفيه قول بعيد باشتراطه ، نعم لا تصح ذبابة المعلن العداوة لأهل البيت عليهم السلام وإن أظهر الاسلام .

أقول : البحث هنا في موضوعين :

(٢) - الوسائل ، كتاب الصيد والذبابة ، باب ٢٧ من ابواب الذبائح ، حديث ٩.

(٣) - المائدة : ٥.

(٤) - الوسائل ، كتاب الصيد والذبابة ، باب ٢٧ من ابواب الذبائح ، حديث ٣٤.

(٥) - في الاصل : التذكرة .

(٦) - الوسائل ، كتاب الصيد والذبابة ، باب ٢٧ من ابواب الذبائح ، حديث ٣١ مع اختلاف سير .

(٧) - الوسائل ، كتاب الصيد والذبابة ، باب ٢٧ من ابواب الذبائح ، حديث ٤٥ و ٣٩ و ١٨ .

الاول : في اشتراط الاعيان و تحرير ذبائح المخالفين ، وهو مذهب ابن البراج وأبي الصلاح الحلبـي وابن حمزة وابن ادريس ، وتحل عنده ذبحة المستضعف ، وعنى به من ليس منا ولا منهم ، وهو الذي لا يعرف الحق ولا يعتقد ضده ، واستدلوا برواية زكريا بن آدم ، « قال : قال أبو الحسن عليه السلام : إني أنهـاك عن ذبيحة كل من كان على خلاف الذي أنت عليه وأصحابك إلا في وقت الضرورة ، أوفي محل التقىة »^(٨) ، واكتفى الشيخ بالاسلام ، واختاره المصنف والعلامة وفخر الدين والشهـيد ، لعموم قوله تعالى : « فـكـلـوا مـا ذـكـرـ اسم الله عليه »^(٩) ، ولما رواه محمد بن قيس ، عن الباقيـر عليه السلام ، « قال : قال أمـير المؤمنـين عليه السلام : ذبيحة من دـانـ بكلمة الاسلام وصـامـ وصـلـىـ لكم حـلـلـ اذا ذـكـرـ اسم الله عليه »^(١٠) ، وللأصل ، وأجابوا عن الرواية المتقدمة بالحمل على الكراهة .

تبـيـهـ : يـشـرـطـ فيـ إـيـاحـةـ ذـبـيـحـةـ الـمـخـالـفـ التـسـمـيـةـ كـاـشـتـراـطـهـ فيـ إـيـاحـةـ ذـبـيـحـةـ الـمـؤـمـنـ ، لـتـقـيـدـ الـآـيـةـ^(١١) وـالـرـوـاـيـةـ^(١٢) بـذـكـرـ اسم الله ، وهـلـ يـشـرـطـ معـ الذـكـرـ اعتقاد الـوـجـوبـ ؟ـ أـكـثـرـ مـصـنـفـاتـ الـاصـحـابـ خـالـيـةـ عنـ ذـكـرـ اعتقادـ الـوـجـوبـ وـعـدـمـهـ ، وـاشـرـطـ العـلـامـ فيـ الـمـخـلـفـ اـعـتـقـادـ الـوـجـوبـ ، وـلـمـ يـشـرـطـهـ الشـهـيدـ فيـ درـوـسـهـ ، وـأـطـلـقـ الـاصـحـابـ تـحرـيرـ الذـبـيـحـةـ معـ الـاخـلـالـ بـالـتـسـمـيـهـ عـمـدـاـ وـالـحلـ معـ

(٨) - الوسائل ، كتاب الصيد والذبائح ، باب ٢٦ من ابواب الذبائح ، حديث ٩ . وليس فيها : (أوفي محل التقىة) .

(٩) - الانعام : ١١٨ .

(١٠) - الوسائل ، كتاب الصيد والذبائح ، باب ٢٨ من ابواب الذبائح ، حديث ١ ، روایة محمد بن قيس .

(١١) - الانعام : ١١٨ .

(١٢) - هي روایة محمد بن قيس المتقدمة .

النسیان ، ولم یفصلوا بین معتقد الوجوب وغيره ، ولا بین المؤمن والمخالف .
وفصل الشهید بین معتقد الوجوب وعدمه ، قال : ولو تركها عمدأً فهو ميتة
اذا كان معتقداً لوجوهاها ، وفي غير المعتقد نظر ، وظاهر الاصحاب التحریر لكنه
يشکل بحکمهم بحل ذبیحة المخالف على الاطلاق مالم يكن ناصباً ، ولاریب أن
بعضهم لا يعتقد وجوباها فتحل الذبیحة ولو تركها عمدأً .

قلت : اما كان ظاهر الاصحاب التحریر ؛ لأن جميع مصنفاتهم مصرحة
 بالتحریر مع الاخلاص بالتسمیة عدماً ، ولم یفرقوا بین معتقد الوجوب وعدمه ،
 واعترض الشهید عليهم من حيث أطلاقهم اباحة ذبیحة المخالف مع أن بعضهم
 لا يعتقد وجوب التسمیة ، ولم یفرقوا بین المعتقد للوجوب وغيره ، وغير المعتقد
 للوجوب یجوز له ترك التسمیة عدماً ، وقد أباحوا ذبیحته لحکمهم بحل ذبیحة
 المخالف على الاطلاق ، فهذا الاطلاق مناف لاطلاقهم التحریر مع ترك التسمیة
 عدماً ، بل ینبعی تقيیده بمعتقد وجوباها دون غيره وهذا الاعتراض غير وارد على
 صاحب المختلف ؛ لأنه اشترط في اباحة ذبیحة المخالف اعتقاد وجوب التسمیة .
 اذا عرفت هذا فلو سئل غير المعتقد للوجوب احتمل الحل ، لحصول
 الشرط ، وهو ذکر أسم الله على الذبیحة ، وهو ظاهر الشهید ، ويحتمل العدم ؛ لأنه
 كغير القاصد الى التسمیة ، ومن ثم لم تحل ذبیحة المجنون والسكران وغير الم Miz ،
 لعدم تحقق القصد الى التسمیة .

تبییه : أجمع اصحابنا على تحریر ذبیحة الناصب وفي تفسیره وجوهه :
 الاول : أنه المخارجي الذي قال في علي عليه السلام ما قال ، وهو ظاهر
 المصطف والعلامة .

الثاني : أنه الذي ینسب الى أحد المعصومين ما یتلزم العدالة .
 الثالث : انه من اذا سمع فضیلة لعلی عليه السلام أو لغيره من المعصومين

أنكرها.

الرابع : من اعتقاد فضيلة غير علي عليه السلام .

الخامس^(١٢) : من سمع النص على علي عليه السلام من النبي صلى الله عليه وآله، أو بلغه متواتراً أو بطريق يعتقد صحته فأنكره .

وهذه الوجوه نقلها المقداد في كتاب الوصايا من شرح المختصر ، ثم قال بعد أن نقل هذه الوجوه : والحق صدق النصب على الجميع ، أما من يعتقد إمامية غيره للجماع أو لم يكن لصلحة ولم يكن من أحد هذه الأقسام الخمسة فليس بناصب .

قال رحمه الله : وهل تقع الذكارة بالظفر والسن مع الضرورة ؟ قيل : نعم؛ لأن المقصود بمحصل ، وقيل : لا ، لكان النهي ولو كان منفصلاً .

أقول : تتعين التذكرة بالحديد مع القدرة ولا يجوز بغيره ، سواء كان من المعادن كالذهب والفضة والنحاس ، أو الخشب والقصب أو غير ذلك مما يفرى الاوداج غير الحديد ، ويجوز مع الضرورة كخوف فوات الذبيحة أو مع الحاجة إلى أكلها بكل ما يفرى الاوداج اذا تعذر ذبحها بالحديد .

وهل يجوز بالظفر والسن اذا امكن فري الاوداج بها ؟ اختلف الاصحاب في ذلك ، ذهب الشيخ في المسوط والخلاف الى المنع ، واختاره الشهيد في شرح الارشاد ، وذهب في التهذيب الى الجواز واختاره ابن ادريس والعلامة في التحرير والمختلف ، والشهيد في الدروس ، واعلم أن روایات اصحابنا خالية من ذكر الظفر والسن ، أما مصنفاتهم فطبقة على اعتبار الحديد مع القدرة ، واجزاء ما عدا الظفر والسن مع الضرورة ، ثم يتزدرون فيها مع عدم النص عليها من طريقهم ، وإنما ورد النهي عنها من طريق العامة ، روى رافع بن خديج ، بالخاء

المجمدة المفتوحة ، والدال المهملة ، والجيم بعد الياء المتشاء تحت ، « قال : يا رسول الله إنا نرجوا أن تلق العدو غداً وليس معنا مدى ، أذبّح بالقصب ؟ قال : قال عليه السلام : ما أبهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا الا ما كان من سن أو ظفر وأسأحدنكم عن ذلك ، أما السن فعظم من الإنسان ، وأما الظفر فدي الحبشه »^(١٤) ، استثنى الظفر والسن من المأكول فلا يكون ماكولا ، والسؤال إنما وقع عن حال الاضطراري ، وبهذه الرواية استدل الشيخ في الخلاف على المنع . ولم يفرق أصحابنا بين المنفصل والمتصل ، وفرق أبو حنيفة فأجاز مع الانفصال ومنع مع الاتصال ، لكون ذلك أشبه بالأكل والتقطيع ، والمقتضى للتذكرة هو الذبّح ، ولم يفرق الشافعي أيضا .

فرع : على ما تضمنته الرواية لا يجوز التذكرة بعظم الإنسان عند الضرورة ، لتعليقه السن بأنه عظم من الإنسان ، دل هذا على المنع من الذبّح بعظم الإنسان ، وأiben ادريس لم يعتبر هذه الرواية : لأنها من طريق المخالفين .

قال رحمه الله : والواجب قطع الأعضاء الاربعة ، المري وهو مجرى الطعام ، والحلقوم وهو مجرى النفس ، والودجان وهو عرقان محيطان بالحلقوم ، فلا يجوز قطع بعضها مع الامكان ، هذا في قول مشهور ، وفي رواية : اذا قطع الحلقوم وخرج الدم فلا بأس .

أقول : الرواية إشارة الى ما رواه الشيخ في الصحيح عن زيد الشحام ، عن الصادق عليه السلام ، « قال : سأله عن رجل لم يكن بحضرته سكين ، أيذبّح بقصبة ؟ قال : إذبّح بالحجر ، والمعظم ، والقصبة ، والعود ، اذا لم تنصب الحديد ، اذا قطع الحلقوم وخرج الدم فلا بأس »^(١٥) ، وفي حسنة عبد الرحمن بن الحجاج ،

(١٤) - سنن ابن ماجة ، كتاب الذبابة ، باب ٥ ، حدث (٣١٧٨) .

(١٥) - الوسائل ، كتاب الصيد والذبابة ، باب ٢ من ابواب الذبابة ، حدث ٣ .

عن أبي إبراهيم عليه السلام ، « قال : سأله عن المروءة والقصبة والعود يذبح بها اذا لم يجد سكينا ؟ قال : اذا أفرى الاوداج فلا يأس »^(١٦) ، واشترط في المسوط والخلاف قطع الاعضاء الاربعة ، وانعقد عليه الاجماع ، فلو بقي من أحد الاعضاء الاربعة ولو بقدر الشعرة لم تحل الذبيحة ، أما النحر فلا يشترط فيه قطع شيء من الاعضاء ، بل يكفي الطعن في وheadة اللبة ، وهي النقرة التي بين الترقوتين ، والوheadة الموضع المنخفض والجمع وهاد ، واللبة النحر والجمع لباب .

قال رحمه الله : فان نحر المذبوح او ذبح المنحور ثبات لم يجعل ، ولو ادركت

ذكائه فذكي حل ، وفيه تردد ، إذ لا استقرار للحياة بعد الذبح والنحر .

أقول : أطلق الشيخ في النهاية وابن ادريس الحل مع إدراك الذكاء ، لوجود المقتضي للحل ، وهو الذبح أو النحر ، وتردد المصنف ، لعدم استقرار الحياة بعد ذبح المنحور أو نحر المذبوح ، والمعتمد الحل اذا صادفت الذكاء حياة مستقرة ، والتحرير مع عدم استقرار الحياة ؛ لأنه يجري مجرى ذبح الميت ، وكذا لو قطع بعض الاعضاء ثم أرسله ثم تممه ، فان كانت الحياة مستقرة أو قصر الزمان حل والا حرر .

قال رحمه الله : وفي إبانة الرأس عمداً خلاف ، أظهره الكراهة ، وكذا سلخ الذبيحة قبل بردها ، أو قطع شيء منها .

أقول : هنا ثلاث مسائل :

الاولى : في إبانة الرأس عمدا ، وقد اختلف الاصحاب هنا على أربعة أقوال ، الاول : تحرير الأكل والفعل ، وهو قول الشيخ في النهاية ، الثاني : كراهتها معاً ، وهو قول ابن ادريس ، وهو ظاهر المصنف والعلامة في القواعد والتحرير ، الثالث : كراهة الفعل وتحريمه الذبيحة ، وهو قول الشيخ في الخلاف ، الرابع : تحرير

(١٦) - الوسائل ، كتاب الصيد والذبائح ، باب ٢ من ابواب الذبائح ، حديث ١ .

ال فعل وكراهة الذبيحة ، وهو مذهب العلامة في المختلف ، واختاره فخر الدين والشهيد وأبو العباس ، ومنشأ الاختلاف من اختلاف الروايات^(١٧) .

الثانية : في سلخ الذبيحة قبل بردتها ، قال الشيخ في النهاية : لا يجوز سلخ الذبيحة الا بعد بردتها ، فان سلخت قبل ان تبرد أو سلخ منها شيء لم يحل أكله ، وتبعه ابن البراج وابن حمزة ، لما رواه أحمد بن محمد بن عيسى رفعه ، قال : « قال الرضا عليه السلام : الشاة اذا ذبحت وسلخت او سلخ منها شيء قبل ان تموت فليس يحل اكلها »^(١٨) ، وأنكر ذلك ابن ادریس ، لقوله تعالى : ﴿فَكُلُوا مَا ذُكِرَ أَسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾^(١٩) وهذا ذكر اسم الله عليه وذبح ذبابة شرعية ، وحصلت جميع الشرائط المعتبرة في الذبابة ، فيكون حلالا ، واختاره المصنف والعلامة وابنه وهو المعتمد ، وتحمل الرواية على الكراهة .

الثالثة : اذا قطع شيء من اعضاء الذبيحة بعد ذبحها وقبل بردتها ، قال أبو الصلاح : إنه حرام لا يجوز أكله ، واحتاج بقوله تعالى : ﴿فَإِذَا وُجِبَتْ جِنَوْبَهَا فَكُلُوا مِنْهَا﴾^(٢٠) ، فلا يجوز الاكل قبل ذلك ، والمشهور بين الاصحاب الكراهة ، وهو المعتمد ؛ لأنها بعد الذبح ذكية فتكون حلالاً .

قال رحمه الله : الحركة بعد الذبح كافية في الذكاة ، وقال بعض : لا بد مع ذلك من خروج الدم ، وقيل : يجزي أحدهما ، وهو أشبه .
أقول : للاصحاب هنا ثلاثة أقوال :

الاول : الاكتفاء بالحركة فقط ، وهو قول محمد بن بابويه ، واختاره العلامة

(١٧) - الوسائل . كتاب الصيد والذبائح ، باب ١٥ من ابواب الذبائح . حديث ٢ - ٣ وباب ٩ من ابواب الذبائح ، حديث ١ - ٢ - ٥ - ٦ - ٧ .

(١٨) - الوسائل . كتاب الصيد والذبائح ، باب ٨ من ابواب الذبائح ، حديث ١ .

(١٩) - الاتمام : ١١٨ .

(٢٠) - المحج : ٣٦ .

في المختلف ، لما رواه محمد الحلبي في الصحيح ، عن الصادق عليه السلام ، « قال : سأله عن الذبيحة ؟ فقال : اذا تحرك الذنب أو الطرف أو الاذن فهو ذكي »^(٢١) ومتلها رواية رفاعة^(٢٢) عن الصادق عليه السلام .

الثاني : لابد من الحركة وخروج الدم المعتدل ، ويعني به الدفع القوي لا ما يكون متساقلا ، وهو الذي يسيل من غير دفع ، وهو مذهب المفيد وسلام وابن البراج ، ل الاحتياط ، ولأن الأصل تحرير الحيوان حتى يعلم ذكاته ، ومع اعتبار الامرين يحصل يقين الحال ، لوقوع الاجماع عليه وما عداه مشكوك .

الثالث : الاكتفاء بأحد هما ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ، وبه قال ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد والتحرير ، والشميد وأبو العباس ، أما الاكتفاء بالحركة ، فلرواية محمد الحلبي وقد تقدمت ، واما الاكتفاء بخروج الدم المعتدل فلرواية الحسين بن مسلم ، « قال : كنت عند أبي عبد الله عليه السلام اذ جاءه محمد بن مسلم ، قال : جعلت فداك تقول لك جدي : إن رجلا ضرب بقرة بفأس فطرحها ثم ذبحها ؟ فلم يرسل معه بالجواب ، ودعني سعيده مملوكة أم فروة ، فقال لها : إن محمد جانبي بر رسالة منك فكرهت أن أرسل معه بالجواب ، فان كان الرجل الذي ذبح البقرة حين ذبح خرج الدم معتدلا فكلوا وأطعموا ، وإن كان خرج خروجا متساقلا فلا تقربوه »^(٢٣) .

تبنيه : إذا ذبح المشرف على الموت كالنطيحة ، والمردية ، والمسقوفة ، وأكيل السبع ، وما ذبح من قفاه ، اعتبر في حالة استقرار الحياة ، فلو علم موته قطعا في الحال حرم عند أكثر المتأخرین ، وإن علم بقاوه فهو حلال ، ولو اشتبه

(٢١) - الوسائل ، كتاب الصيد والذبائح ، باب ١١ من ابواب الذبائح ، حديث ٢.

(٢٢) - الوسائل ، كتاب الصيد والذبائح ، باب ١١ من ابواب الذبائح ، حديث ٤.

(٢٣) - الوسائل ، كتاب الصيد والذبائح ، باب ١٢ من ابواب الذبائح ، حديث ٢.

اعتبر بالحركة بعد الذبابة ، أو خروج الدم المعتدل ، أو هما على الخلاف ، وظاهر الاخبار^(٢٤) والقدماء أن خروج الدم والحركة أو أحدهما كاف وان لم تكن الحياة مستقرة ، ونقل الشهيد عن الشيخ يعني أن اعتبار استقرار الحياة ليس من المذهب ، قال : - ونعم ما قال - قلت : إنما استحسنه الشهيد لأن الاخبار^(٢٥) الواردة في هذا المعنى لم يذكر فيها غير الحركة وخروج الدم المعتدل ولم يذكر في شيء منها اشتراط استقرار الحياة وكذلك ، قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ﴾^(٢٦) إلى قوله ﴿ الاما ذكيرم ﴾^(٢٧) لم يشترط غير الذكارة ، وقد دلت الاخبار على وقوعها مع الحركة وخروج^(٢٨) الدم المعتدل من غير اشتراط قيد آخر ، والمذهب هو مادل عليه القرآن^(٢٩) والأحاديث^(٣٠) ، ولم يدلا على اشتراط استقرار الحياة فلهذا قال : اعتبار استقرار الحياة ليس من المذهب .

وأعلم أن من اشتراط استقرار الحياة لم يصير في ذلك إلى النص الصريح ، وإنما استخرج من الأصول المخصوصة المجمع عليها ، ولا شك في النص^(٣١) والاجماع على تحريم الميتة ، فاستخرجوا من ذلك تحريم غير مستقر الحياة ؛ لأن حركته تجري بجري حركة المذبوح ، فهو مقطوع على موته عاجلاً كالقطع على موت المذبوح ، فلا اعتبار بتلك الحركة ، وقد يقال : إن النص والاجماع إنما انعقد على تحريم الميتة ، ومن فيه روح وله حركة فليس بهيت ، وظاهر الآيات

(٢٤) - الوسائل ، كتاب الصيد والذبائح ، باب ١١ وباب ١٢ من أبواب الذبائح .

(٢٥) - الوسائل ، كتاب الصيد والذبائح ، باب ١١ وباب ١٢ من أبواب الذبائح .

(٢٦) - الماندة : ٣ .

(٢٧) - في «ر١» : أو خروج .

(٢٨) - الماندة : ٣ .

(٢٩) - تقدمت في ٢٤ ، ٢٥ .

(٣٠) - الوسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ١ من أبواب الاطعمة المحرمة ، حديث ١ ، ٣ ، ١ .

والروايات دالة على إياحته .

قال رحمة الله : وأن تنفع الذبيحة وأن تقلب السكين فيذبح إلى فوق ،
وقيل : فيها : يحرم ، والأول أشهى ، وأن يذبح حيواناً وآخر ينظر إليه .

أقول : هنا ثلاث مسائل :

ال الأولى : نفع الذبيحة وهو قطع نخاعها متصلة بالذبح قبل بردها ، والنخاع
بضم النون وكسرها وفتحها هو الخيط الأبيض الناظم للخرز ، وهو ممدود من
الرقبة إلى أصل الذنب ، وقد مضى البحث في التحرير والكرامة في إيانة
الرأس (٣١) ؛ لأن المسألة واحدة في الحكم وإن أوردها في مسألتين باللفظ ، قال
الشيخ في النهاية : ومن السنة أن لا تنفع الذبيحة إلا بعد بردها ، وهو أن لا يبين
الرأس من الجسد وتقطع النخاع ، ومثله قول ابن البراج ، وقال ابن ادريس :
ويكره أن تنفع الذبيحة إلا بعد أن تبرد بالموت ، وهو أن لا يبين الرأس من الجسد
ويقطع النخاع ، وهو الخيط الأبيض الذي يحيط منظومة فيه ، فهذه العبارة (٣٢)
دالة على أن النفع هو إيانة الرأس ، وأiben الجنيد جعل النفع غير إيانة الرأس ،
قال : وليس للذابح أن يعتمد قطع رأس البهيمة إلا بعد خروج نفسها ، فإن سبقته
شرفته وخرج الدم لم يكن به بأس ، وليس له أيضاً أن ينفع الذبيحة وهو كسر
رقبتها أو يركبها برجله ليستعجل خروج نفسها .

الثانية : قلب السكين بأن يذبح إلى فوق ، ومعناه أن يدخل السكين في
وسط اللحم تحت المقلوم ثم يقطع إلى الجلد ، وبتحريمه قال الشيخ وابن البراج ،
لرواية حران بن أعين ، عن الصادق عليه السلام ، « قال : ولا تقلب السكين

(٣١) - ص ٢١ .

(٣٢) - في النسخ : العبارات .

تدخلها تحت الملقوم وتذبح الى فوق »^(٣٣) ، وبالكراهية قال ابن ادريس ، واختاره المتأخرن للاصل .

الثالثة : أن يذبح حيواناً وآخر ينظر اليه ، قال الشيخ في النهاية : ولا يجوز ذبح شيء من الحيوان صرراً ، وهو أن يذبح شاة وينظر اليه حيوان آخر ، وقال ابن ادريس : هذه رواية^(٣٤) أوردها ايرادا ، فان صحت حملت على الكراهة دون الحظر ؛ لأنّه لا دليل على حظر ذلك من كتاب ولا سنة ولا اجماع ، والاصل الاباحة^(٣٥) ، وتابعه المتأخرن على الكراهة دون التحريم ، وهو المعتمد .

(٣٣) - الوسائل ، كتاب الصيد والذبائح ، باب ٣ من ابواب الذبائح ، حديث ٢ .

(٣٤) - الوسائل ، كتاب الصيد والذبائح ، باب ٧ من ابواب الذبائح ، حديث ١ .

(٣٥) - السراج ٣ : ١٠٩ .

في اللواحق

قال رحمة الله : ذكاة السمك إخراجه من الماء حيًّا ، ولو وثب فأخذه قبل موته حلًّ ، ولو أدركه بنظره ، فيه خلاف ، أشبهه أنه لا يعل .

أقول : أكتفى الشيخ في النهاية بادراكه بنظره وإن لم يأخذه بيده ، لما رواه سلمة بن حفص ، عن أبي عبد الله عليه السلام : « أن علياً عليه السلام كان يقول في صيد السمك : اذا أدركها وهي تتضطرب وتضرب بذنبها وتطرف بعينها فهو ذكاتها »^(٣٦) والمعتمد أن ذكاة السمك أخذه حيا إما باليد أو بالله متصلة باليد ثم يموت خارج الماء ، ولا يكفي النظر الا في صيد الكافر اذا شاهده مسلم وهو مخرج من الماء حيا ، وهو مذهب متاخر اصحابنا ، لحسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام ، قال : « إنما صيد المحيتان أخذه »^(٣٧) ، وإنما للحضر ، وللاح提اط .

فروع :

الاول : يشترط في إباحة السمك إخراجه من الماء مستقر الحسية ، فلو

(٣٦) - الرسائل ، كتاب الصيد والذبائح ، بـ ٣٤ من أبواب الذبائح ، ح ٢ .

(٣٧) - المصدر المقتدم ، بـ ٣٢ ح ٩ .

ضربه بمجدد أو ينتقل ثم أخرجه غير مستقر الحياة لم يحل ، ومستقر الحياة هو الذي لو ترك في الماء لعاش يوماً أو أياماً .

الثاني : لو أخرج السمكة حية وألقاها في قدر فيه ماء وهو يغلن على النار فاتت فيه ، حرمت ؛ لأنها ماتت في الماء ، ولو كان في القدر غير الماء من المانعات كالزبيب والخل وغير ذلك فألقاها فيه وهي حية فاتت فيه لم تحرم ؛ لأنها لم تمت فيها في حياتها .

الثالث : لو قطع منها قطعة بعد إخراجها من الماء ثم وقعت في الماء وهي مستقرة الحياة لم تحرم تلك القطعة ، لأنها قطعت بعد أن حكم بذكيتها ، ولو قطع منها قطعة وهي في الماء كانت حراماً .

قال رحمه الله : وهل يحل أكل السمك حياً ؟ قيل : لا ، والوجه الجواز ؛ لأنه مذكى .

أقول : القائل بعدم الجواز الشيخ في المسوط ، والمشهور الجواز لما قاله المصنف .

قال رحمه الله : ولو نصب شبكة لات بعض ما حصل فيها واشتبه المي بالميت ، قيل : حل الجميع حتى يعلم الميت بعينه ، وقيل : يحرم الجميع تغليباً للحرمة ، والowell أحسن .

أقول : حل الجميع مذهب الشيخ في النهاية وابن البراج وابن أبي عقيل واختاره المصنف ، لرواية ابن مسلم ^(٢٨) في الصحيح ، عن الباقر عليه السلام الدالة على إباحة الجميع ، ومثلها رواية مساعدة بن صدقة ^(٣٩) عن الصادق عليه السلام ، ولأنه لا طريق إلى تمييزه وهو مما تعم به البلوى ؛ لأن الغالب موت بعض

(٢٨) - الوسائل ، كتاب الصيد والذبائح ، باب ٣٥ ، حديث ٢ .

(٣٩) - المصدر المتقدم ، حديث ٤ .

السمك في الشبكة والمحظيرة (ولهذا عدل ابن أبي عقيل الحل بأنه هكذا يكون صيد السمك ، أي لا بد أن يموت بعضه في الشبكة والمحظيرة)^(٤٠) وتحريم الجميع مذهب ابن حمزة وابن ادريس ، واختاره العلامة وابنه ؛ لأن السمك اذا مات في الماء حرم ، لما رواه عبد المؤمن ، « قال : أمرت رجلاً أن يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل صاد سمكاً وهنَّ أحياء ، ثم أخرجهم بعد ما مات بعضهم ؟ فقال : ما مات فلا تأكله ، فإنه مات فيها فيه حياته »^(٤١) ، وإذا ثبت تحريم ما مات في الماء وجوب اجتنابه ، ولا يتم الا باجتناب الجميع ، وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ، فوجب اجتناب الجميع وهو المعتمد ، وحملت الاخبار بالاباحة على عدم الموت في الماء ، بل في الشبكة والمحظيرة ولا دلالة فيها على الموت في الماء . قال رحمة الله : ذكارة الجنين ذكارة أمّه إن قت خلقته ، وقبل أن تلجه الروح ، ولو ولجته لم يكن بد من تذكيره ، وفيه إشكال ، ولو لم تتم خلقته لم يحل أصلاً ، ومع الشرطين يحل بذكارة أمّه ، وقيل : ولو خرج حيّاً ولم يتسع الزمان لتذكيره حل أكله ، وال الاول أشبه .

أقول : ورد في الاحاديث من طريق العاشرة والخاصة عنه صلى الله عليه وآله : « ذكارة الجنين ذكارة أمّه »^(٤٢) ، والمشهور الضم في الذكتين معاً ، الاولى على الابداء ، والثانية على الخبر ، يكون المعنى : ذكارة الجنين هي ذكارة أمّه ، فهي مبيحة له وقائمة مقام ذكانته ، وروى نصب الثانية بنزع الخافض ، وهو الكاف فيكون المعنى : ذكارة الجنين هي كذكارة أمّه ، أي مثلها . فعل هذا لا يباح بدون التذكرة ولا تبيحه ذكارة أمّه ، فلو خرج ميتاً أو حياً ولم يتسع الزمان للذبحه حرم ويكون حكمه

(٤٠) - ما بين القوسين ليس في « ر » .

(٤١) - المصدر المقدم ، حديث ١ .

(٤٢) - مستدرك الوسائل ، كتاب الصيد والذبائح ، باب ١٦ من ابواب الذبائح ، حديث ٢ نقلأ عن عوالي الالآل ، ولاحظ الوسائل ، باب ١٨ من ابواب كتاب الصيد والذبائح .

بانفراده حكم سائر الذبائح ، والمعتمد الاول وعليه عمل أكثر الاصحاب لكن
بشرطين :

الاول : ان تم خلقته ، وحد ذلك أن يشعر أو يوبر ، ولو خرج ميتا ولم تتم
خلقته لم يحل إجماعا.

الثاني : اختلف الاصحاب فيه على أربعة أقوال :
الاول : أنه يتشرط مع تمامية الخلقة أن تلتجه الروح ، ولا يجعل مع اختلال
أحد الشرطين ، فلو ولجته الروح ولم يتم خلقته لم يحل ، ولو تمت خلقته وولجته
الروح في جوف أمه لم يحل الا بالذكية بعد خروجه حيا ، فلو خرج ميتا او حيا
ولم يتسع الزمان لذبحه حل ، وهو مذهب الشیعیین في النهاية ، وبه قال ابن حمزہ
وابن البراج وابن ادریس ، واختاره المصنف هنا والعلامة في الارشاد .

والى هذین الشرطین أشار المصنف بقوله (ومع الشرطین يحل بذکاة أمه) ،
لكنه استشكل في ذلك ، ووجه الاشكال أن اشتراط عدم إيلاج الروح مع
اشتراط الاشعاع والایثار بعيد ؛ لأن الروایة^(٤٢) خالية من ذكر هذا الشرط ،
ولأنه لم يبر في العادة أنه يشعر أو يوبر قبل أن تلتجه الروح ، فالشرطان متنافيان .

الثاني : خروجه ميتا أو حيا ، ولم يتسع الزمان لفعل التذکیة نفسها ، لا
باعتبار^(٤٤) عارض من فقد آله أو بعد مذکن ، وهو مذهب الشیعیین في
المبسوط^(٤٥) لانه مع قصور الزمان عن تذکیته في حکم غير مستقر الحیاة ، ولو
خرج حیا لم يحل الا بالذکیه وإن ضاق الزمان عنها ، وهو عارض باطلاق
الاصحاب وجوب^(٤٦) التذکیة مع خروجه حیا .

(٤٢) - الوسائل ، كتاب الصيد والذبائح ، باب ١٨ من ابواب الذبائح .

(٤٤) - في الأصل : الا باعتبار .

(٤٥) - في «رأ» : النهاية .

(٤٦) - في الأصل و«ن» : وجوب .

الثالث : خروجه ميتاً من غير قيد تقدم ولوح الروح ، وهو مذهب المصنف في المختصر ، وهو مذهب الشيخ في الخلاف ، وبه قال ابن الجنيد ، واختاره العلامه في القواعد ، وابنه في شرحه واختاره أبو العباس في مقتصره .

الرابع : الاقتصار على تمامية الخلقة من غير قيد آخر ، وهو مذهب المفيد والحسن بن أبي عقيل .

والمعتمد : أن الجنين لا يحمل بذكرة أمه إلا مع تمام خلقته بالاشعار أو الايبار^(٤٧) ، وخروجه ميتاً او حياً غير مستقر الحياة ؛ لأنه في حكم الميت حينئذ ، أما مع خروجه حياً مستقر الحياة فلا يحمل إلا بالتنذكية ، فان قصر الرمان عنها لم يجعل ، لاطلاق الاصحاب وجوب التنذكية مع خروجه حياً .

خاتمة

قال رسمه الله : المسون لا تقع عليها الذكاة كالغيل والقرد والدب ، وقال المرتضى : تقع .

أقول : أما القائل بنجاسة المسون كالشيوخين وسلام وابن حمزة يلزم منهم^(٤٨) عدم وقوع الذكاة عليها ، وأما القائل بالطهارة فأكثرهم على وقوع الذكاة ، للانتفاع بجلودها ، ولم يقل منهم^(٤٩) بعدم الواقع غير المصنف ، ولمل وجهه أن الذكاة حكم شرعي فيقف على الدليل الشرعي وليس ، ولا يلزم من الحكم بالطهارة وقوع الذكاة ، لما في الذبح من التعذيب المنهي عنه^(٥٠) ، فلا يباح بغير دليل .

قال رسمه الله : الثالث : الحشرات كالفارة وابن عرس والضب ، ففي وقوع الذكاة عليها تردد ، أشبهه أنه لا يقع .

(٤٨) - في النسخ : يلزم منهم .

(٤٩) .. ما بين القوسين سقط من « م » .

(٥٠) - راجع مسند أحمد ٦٠٠:٢ ، وفيه النهي عن التمثيل به ، والوسائل ، التجارة ب٩٤
ما يكتب به) ح ٦ وفيه : النهي عن احراقه بالنار .

أقول : منشأ التردد من أن وقوع الذكاة حكم شرعى فيقف على الدليل الشرعى وليس ، ولأن ذبح الحيوان وقتله محظور ما لم يرد الشرع بياحته لما فيه من التعذيب ، وقد نهى^(٥١) النبي صلى الله عليه وآله عن تعذيب الحيوان ، فلا يصح إلا مع ورود الشرع به ، ومن أنها ظاهرة فتصح ذكاتها للاتفاق بجلودها أيضاً كالمسوخ ، والمشهور عدم الواقع وهو المعتمد .

قال رحمه الله : الرابع : السباع كالأسد والنمر والثعلب ، ففي وقوع الذكاة عليها تردد ، والواقع أشبه ، وتطهير بالذكاة ، وقيل : لا تستعمل مع الذكاة حتى تدبى .

أقول : البحث هنا في موضوعين :

الاول : في وقوع الذكاة عليها ، وهو المشهور بين الاصحاب ؛ لأنهم جوزوا استعمال جلود السباع وجلود الثعلب والأربن ، ولو لا وقوع الذكاة عليها^(٥٢) لما جاز استعمال جلودها ، وقيل بعدم الواقع ، لعدم الدليل عليه ، وال الاول هو المعتمد .

الثاني : في جواز استعمال جلود ما لا يؤكل لحمه بعد الذكاة وقبل الدباغ ، وبالجواز قال المصنف في كتاب الصلاة ، واختاره العلامة في التحرير ، وهو ظاهر فخر الدين والشهيد في شرح الارشاد ؛ لأنه إما أن يظهر بالتنكية أو لا ، فإن لم يظهر لم يجز استعماله بعد الدباغ ؛ لأن الدباغ غير مطهر عندنا ، وإن ظهر جاز استعماله قبل الدباغ ؛ لأنه ظاهر .

وقال الشيخان والمرتضى وابن البراج وابن ادريس : لا يجوز الاستعمال قبل الدباغ ، للجماع على جوازه بعده ولا دليل على جوازه قبله .

(٥١) - نقدم في الصفحة السابقة .

(٥٢) - هذه الكلمة من «م» و «ر»

قال رحمه الله : ولو اتخذ موحلة للصيد ، فتشبّث بحيث لا يمكّنه التخلص ، لم يملّكه بذلك ؛ لأنّها ليست آلة معتادة ، وفيه تردد .

أقول : منشأه مما قاله المصنف ، ومن أنه صيره غير ممتنع بفعله بما يصلح أن يكون آلة فيملّكه بذلك ، والمشهور الاول وهو ظاهر الشيخ في المسوط ، وظاهر المصنف والعلامة ، وقوى الشهيد الملك مع التصد ؛ لأن الصيد يملّكه (بالاثبات المزيل) ^(٥٣) للمنعة ، وهو حاصل .

قال رحمه الله : ولو أغلق عليه بابا ولا مخرج له في مضيق لا يتعذر قبضه ملّكه ، وفيه أيضاً إشكال ، ولعل الاشبّه : أنه لا يملّكه هنا إلا مع القبض باليد أو الآلة .

أقول : منشأ الاشكال من أنه لم يقبضه في يده ولا اتبّه في آلة فكان باقياً على اصل الاباحة ، ومن انه أزال امتناعه بالجناح الى المضيق الذي لا يمكّنه التخلص منه ، وال الاول اقوى . لكنه هل يصير أولى به من غيره كالمحجر ؟ نقل فخر الدين عن والده انه يصير أولى به .

قال رحمه الله : ولو اطلق الصيد من يده لم يخرج عن ملّكه ، وان نوى اطلاقه وقطع بيته عن ملّكه ، وهل يملّكه غيره باصطياده ؟ الاشبّه : لا ؛ لأنّه لا يخرج عن ملّكه بنية الارجاج وقيل : يخرج كما لو وقع منه شيء حقير فأهله ؛ لأنّه كالمبيع له ، ولعل بين الحالين فرقاً .

أقول : أطلق الشيخ وابن ادريس عدم خروج الصيد عن الملك اذا انفلت بعد إقباضه ، ولم يتعرضا له ^(٥٤) اذا قطع نية الملك عنه ، واغدا تعرضا له المصنف هنا والعلامة في القواعد والشهيد في الدروس ، واختار الجميع عدم الخروج عن

(٥٣) - في «ن» : باثبات المزيلة .

(٥٤) - في النسخ : لما .

الملك، ونقلوا قوله بالخروج محتاجاً على إذا ما (٥٦) القى الحقير مهملاً له كالكسرة والترة، وهذا أباح السلف الصالح التناط المسكين للستانبل، ف Gund القائل أن هذا الشيء القليل يخرج عن ملك ملقيه إذا أهمله، قاس عليه خروج الصيد إذا أطلقه وقطع نية الملك عنه.

قال المصنف : ولعل بين الحالين فرقا .

قال شارح ترددات الشرائع : أشار بالفرق الى أن الاعمال هنا أنها أفعال
الاباحة على تقدير تسليمها ، وهو غير المتنازع فيه ، اذ الفرزاع اتفا وقع في إفادة
الملك وهو غير الاباحة . هذا آخر كلامه رحمه الله .

وليس مراد المصنف رحمة الله أن القائل المنسوب اليه القول بخروج الصيد عن الملك قائل بخروج الحقير اذا القاه مهملا ؛ لأنه جعل إلقاء الحقير واهماهه أصلا ثم قاس عليه خروج الصيد اذا أطلقه قاطعا لنية الملك عنه ، وقد أجمع^(٥٧) القائلون بالقياس على اشتراط عدم الفرق بين الفرع (والاصل المقيس عليه ، فلو أن مراد القائل باباحة الحقير مع بقائه على ملك ملقيه لما جاز قياس^(٥٨) خروج الصيد عليه ، ويدل على ما قلناه قول الشهيد : ولما نع أن يمنع خروج الحقير عن ملكه وإن كان ذلك إباحة لتناول غيره وفي الصيد كذلك ، دل على أن مراد القائل خروج الحقير عن ملكه من أهمله واللام يحسن منه .

اذا عرفت هذا فالظاهر من كلام فخر الدين في شرح القواعد ، أن المراد بالفرق : الفرق بين ملك الصيد وملك^(٥٩) الحمير ، فان الاصل في الصيد الاباحة

(٥٥) - في النسخ: مقياساً

(٥٦) - في النسخة : ما اذا

(٥٧) - في «م» و «ن»: احتج رف. «ر١»: اجتماع.

^{٥٨}) - ما بين القوسين يسقط من «م».

(٥٩) - هذه الكلمة ليست في الأصل، وهي من التسريب.

واما ملك بقبضه^(٦٠) مع نية الملك ، فاذا اطلقه وقطع نيته عن ملكه فقد زال سبب الملك ، فيزول الملك ويرجع الى اصله وهو الاباحة ، أما الشيء المغير فالاصل فيه الملك ؟ لأنَّه مال مملوك بالاصل ، والامال ليس سبباً ناقلاً للملك عن مالكه ، وأيضاً فان الملك لا ينتقل الى غير مالكه وعلى القول بخروج المغير عن ملك مهمله يلزم منه انتقال الملك الى غير مالك^(٦١) وهو باطل^(٦٢) . واذا ثبت الفرق بين الاصل والفرع (المقياس عليه بطل القياس ، فيكون قياس خروج الملك عن الصائد باطلاق الصيد وقطع نية الملك عنه ، على خروج المغير عن الملك بالقائه وإهماله باطلاً ، للفرق بينهما فيكون لكل من الاصل والفرع^(٦٣) حكم على حدته ، فهذا مراد المصنف بذكر الفرق .

فعلى القول به يكون حكم الصيد خروجه عن الملك باطلاقه وقطع نية الملك عنه ، ويكون حكم المغير عدم جواز^(٦٤) خروجه عن الملك بالقائه وإهماله بل يكون مباحاً لمن يتناوله ، والمعتمد بقاوئها على ملك الصائد والمقي ، وبيان للغير تناولها لحصول القرائن الدالة على الاباحة ، ولا يعلمهما بالتناول بل يباح له التصرف فيها بالأكل وغيره ، وللأول الانتزاع مادامت العين باقية .

قال رحمه الله : ولو أثبتت الاول ولم يصبه في حكم المذبوح فقتله الثاني ، فهو متلف فإن كان أصحاب محل الذكرة فذكراه على الوجه فهو لل الأول ، وعلى الثاني الارش وان أصحابه في غير المذبح فعليه قيمة إن لم تكن لميته قيمة وإن كان له الأرش وإن جرحة الثاني ولم يقتله ، فان ادرك ذكاته فهو حلال لل الأول .

(٦٠) - هذه الكلمة ليست في الاصل وهي من النسخ .

(٦١) - هذا من النسخ وفي الاصل : مالكه .

(٦٢) - في «م» : غير باطل .

(٦٣) - ما بين المقوسين سقط من «م» .

(٦٤) - هذه الكلمة ليست في النسخ .

وإن لم يدرك ذكاته فهو ميتة؛ لأنه تلف من فعلين أحدهما مباح والآخر محظور، كما لو قتله كلب مسلم ومجوسى، وأما الذي يجب على الجارح فالذى يظهر أن الأول ان لم يقدر على ذكاته فعل الثاني قيمته بقائمها معيناً بالعيوب الاول، وإن قدر فأهل فعل الثاني نصف قيمته معيناً، ولعل فقه هذه المسألة ينكشف باعتبار فرض نفرضه ، وهي دابة قيمتها عشرة جني علىها فصارت تساوي تسعه ، ثم جرحتها آخر فصارت الى ثانية ، ثم سرت الجنaitan ، ففيها احتيالات خمسة : لا يخلو أحدها من خلل الى آخر البحث .

أقول : هذه المسألة من المسائل المشكلة من هذا الفن ، وقد ذكر المصنف هنا خمسة احتيالات ثم ذكر أنه لا يخلو أحدها من خلل ، أي لا يخلو كل احتيال من هذه الاحتيالات الخمسة من خلل ، ونحن إن شاء الله نذكر لفظ المصنف في كل احتيال منها ونبين وجهه ونذكر^(٦٥) الخلل الذي فيه .

قال رحمه الله : وهو إما الزام الثاني كمال قيمته معيناً؛ لأن جنائية الاول غير مضمونة بتقدير أن يكون مباحاً ، وهو ضعيف؛ لأن مع إهمال التذكرة جرى مجرئ المشارك في جنائيته .

أقول : هذا هو الاحتيال الاول من الاحتيالات الخمسة ، وقد أشار المصنف الى وجهه والى وجه ضعفه ، ونزيره بيانا ، أما وجه ضمان الثاني كمال^(٦٦) قيمته معيناً؛ لأن جنائية الاول مباحة ، والثانية محمرة ، وإذا اجتمع المباح والمحرم غالب المحرم ، كما لو اشترك المؤمن والكافر في الرمي فات الصيد من جرحهما فانه يكون حراما ، وإذا كان المحرم هو المجرح^(٦٧) الثاني فهو المتلف؛ لأنه جعل اللحم

(٦٥) - في «م» و «ن» : ثم نذكر .

(٦٦) - في الأصل : كماله .

(٦٧) - في «م» و «ن» : جرح .

لاقيمه له فيكون الضمان عليه دون الاول ، ووجه ضياع الثاني نصف قيمته معيناً أنه تلف من فعلها معاً فلا يختص أحدهما بالضمان ، لاستحالة الترجيح من غير مرجع ، كما لو كانت شاه مملوكة لواحد فجرحها ثم جرحها آخر وماتت من المحرحين ، فإنه يسقط مقابل جرح المالك ويجب على الثاني مقابل جرحه من القيمة .

وهذا الاختال مذهب المصنف لقوله : والذى ^(٦٨) يظهر أن الاول إن ^(٦٩) لم يقدر على ذكاته فعل الثاني قيمته بتمامها معيناً بالعيوب الاول ، وإن قدر فأهل فعل الثاني نصف قيمته معيناً ، وهو مذهب العلامة في قواعده وتعريفه .
قال رحمه الله : وإنما التسوية في الضمان ، وهو حيف على الثاني .

أقول : هذا الاختال الثاني من الاختلالات الخمسة ، وهو التسوية في الضمان لتساويها ^(٧٠) بين الاول والثاني ؛ لأن كل واحد منها انفرد باتفاق ما قيمته درهم ، وتساويها في اتفالباقي بالسرالية فيتساوىان في الضمان ، لتساويها في أرش السراية .

ويشكل بحصول الحيف على الثاني ؛ لأنه جنى عليه وقيمه دون قيمته حال جنائية الاول ، ولأنه لم يدخل أرش الجنائية في بدل النفس .

وأجيب بأن دخول الارش في بدل النفس إنما يكون في نفس لا ينتقض ^(٧١) بدها (باتلاف بعضها) ^(٧٢) كالادمى .

أما البهائم فلا فإنه لوجنى عليها ما أرشه درهم نقص ذلك من قيمتها ، فإذا

(٦٨) - في النسخ : فالذى .

(٦٩) - في «م» : وإن .

(٧٠) - هذه الكلمة ليست في النسخ .

(٧١) - في «ر١» : ينتقض .

(٧٢) - هذا من النسخ وفي الأصل يدل ما بين القوسين : في اتفال كبعضها .

سرت الجنائية الى النفس أو جبنا على الجنائي ما بقي من قيمة النفس.

قال رحمه الله : أو الزام الاول بخمسه ونصف والثاني بخمسة ، وهو حيف أيضاً .

أقول : هذا الاختلال الثالث ، ومبناه دخول أرش جنائية كل واحد منها في بدل النفس ؛ لأن الجنائية اذا صارت نفسا سقط حكمها ، فعلى الاول نصف درهم ونصف قيمته يوم جنائيته فعليه خمسه ونصف ، وعلى الثاني نصف درهم ونصف قيمته يوم جنائيته وهي تسعه فعليه خمسه .

واما أدخلنا نصف أرش كل منها في بدل النفس ؛ لأنه لو انفرد بالجنائية دخل جميع الارش في بدل النفس ، فاذا شاركه غيره سرت جنائيته الى نصف النفس فيدخل نصف الارش في بدل نصفها ، ولم يدخل النصف الآخر في بدل النصف الباقي ؛ لأنه ضمته غيره فلا يدخل أرش جنائيته في بدل نفس ضمته غيره ، كما لو قطع يد حر ثم قتله آخر فانه لم يدخل^(٧٣) اليه^(٧٤) في دية النفس .

فاذا ثبت هذا رجع الاول على الثاني بنصف أرش جنائية الثاني ، وهو النصف الذي دخل في (نصف بدل)^(٧٥) النفس ؛ لأنه جنى على ما دخل في ضمان الاول ، ومن جنى على ما ضمته غيره ضمته له كالجنائي على المغصوب ، فاته يضمه للغاصب^(٧٦) اذا دفعه^(٧٧) الغاصب الى المالك ، فان رجع المالك على الاول بخمسة ونصف رجع على الثاني بأربعة ونصف ، ويرجع الاول على الثاني بالنصف ، وإن رجع على الاول بخمسة رجع على الثاني بخمسه .

(٧٣) - في «ن» : لا يدخل .

(٧٤) - هذه الكلمة ليست في «م» .

(٧٥) - في «ن» : بدل النصف .

(٧٦) - في «ن» : الغاصب .

(٧٧) - في «م» و «ر» : دفع وفي «ن» : رجع .

والمصنف لم يتعرض لرجوع الاول على الثاني بشيء ، لكن ذلك مراده ،
لحصول الزيادة بدونه في ^(٧٨) مستحقة للمالك ، والجيف المحاصل على الثاني في
الاحتلال السابق حاصل هنا ، لتساويها حينئذ في الضمان مع أن الثاني جنى عليه
وقيمتها دون قيمته حين جنائية الاول عشرة ^(٧٩) .

قال رحمه الله : أو الزام الاول بخمسة ، والثاني بأربعة ونصف ، وهو تضييع
على المالك .

أقول : هذا الاحتلال الرابع ، ووجهه دخول جنائية كل منها في بدل النفس ؛
لأن كل واحد منها لو انفرد بالجنائية دخل أرش جنائيته في بدل النفس ، فكذا اذا
اجتمعوا ، فحينئذ يضمن كل واحد منها نصف قيمة النفس حال جنائيته ، وقيمة
النفس حال جنائية الاول عشرة ، فيضمن نصفها خمسة وقيمتها حال جنائية
الثاني تسعة ، فيضمن نصفها أربعة ونصف ، فيضيع نصف درهم على المالك وهو
غير جائز .

قال رحمه الله : أو إلزم كل واحد منها بنسبة قيمته يوم جنى عليه ، وضم
القيمتين ، وبسط العشره عليهما فيكون على الاول عشرة أسهم من تسعة عشر ،
وهو أيضاً إلزم الثاني بزيادة لا وجده .

أقول : هذا هو الاحتلال الخامس ، ومبناه على دخول أرش جنائية كل منها
في بدل النفس ، وعلى وجوب رجوع كمال القيمة على المالك ، وهذا الاحتلال
اختيار الشيخ ، وعلله ^(٨٠) بسلامته من جميع المذورات ، وهو اختيار نجيب
الدين يحيى بن سعيد ، واستقر به العلامة في القواعد والتحرير .

(٧٨) - في النسخ : وهي .

(٧٩) - هذه الكلمة ليست في النسخ .

(٨٠) - في النسخ : وعلل .

واعتراض عليه المصنف بان فيه إلزام الثاني^(٨١) بزيادة لا وجه لها ، وتابعه العلامة في القواعد ، وذلك أنا اذا بسطنا المشرة على التسعة عشر ضربينا التسعة عشر في عشرة يبلغ مئة وتسعين ، يكون على الاول مئة ، وهي خمسة دراهم وخمسة اجزاء من تسعة عشر جزءاً (من درهم) ، وعلى الثاني تسعون ، وهي أربعة دراهم وأربعة عشر جزءاً من تسعة عشر جزءاً من درهم^(٨٢) ، وقد أتى ذلك نصف تسعة دراهم أربعة دراهم ونصف ، وهي خمسة وثمانون جزءاً ونصف جزء ، وقد ألزمناه بتسعين جزءاً فيزيد عليه^(٨٣) أربعة اجزاء ونصف جزء من تسعة عشر جزءاً من درهم ، فهذه الزيادة عند المصنف لا وجه لها .

قلت : تحضير الزيادة بالثاني دون الاول غير مسلم ؛ لأن الاول عليه نصف العشرة كما أن الثاني عليه نصف التسعة ، وقد أوجبنا على الاول مئة جزء من مئة وتسعين جزءاً ، وذلك خمسة دراهم وخمسة اجزاء ، فقد زاد عليه خمسة اجزاء^(٨٤) من تسعة عشر جزءاً من درهم ، فالزيادة لاحقة لها ، وقد أشار العلامة في التحرير الى ذلك .

وقوله : لا وجه لها ، غير مهلل أيضا ؛ لأن هذا الاختال مبني على رجوع جميع القيمة الى المالك ، فلو ألزمناها بنصف القيمتين لضاع على المالك نصف درهم ، وهو تسعة اجزاء ونصف وهو غير جائز ، فوجب تقسيط ذلك النصف عليها^(٨٥) بالنسبة ، فيليحق الاول خمسة اجزاء من تسعة عشر جزءاً من درهم ، والثاني أربعة ونصف من تسعة عشر جزءاً من درهم ، وذلك هو المدعى ، فيسلم

(٨١) - في النسخ : للثاني .

(٨٢) - ما بين التوسيتين سقط من « م » .

(٨٣) - في « م » : على .

(٨٤) - في « م » و « ن » : أخرى .

(٨٥) - في الأصل : عليها .

تعليل الشيخ : انه سالم من جميع المخذورات .

قال رحمه الله : والاقرب أن يقال : يلزم الاول خمسة ونصف ، والثاني أربعة ونصف ؛ لأن الارش يدخل في قيمة النفس فيدخل نصف أرش جنائية الاول في ضمان النصف ، ويبيّن عليه نصف الارش مضافاً إلى ضمان نصف القيمة ، وهو أيضاً لا يخلو من ضعف .

أقول : هذا الاختلال السادس^(٨٦) ذكره المصنف ، وهو مبني على دخول نصف أرش جنائية الاول في بدل النفس تبعاً لضمان نصف القيمة ، ودخول بمجموع أرش جنائية الثاني في بدل النفس بمشاركة غيره بخلاف الاول ؛ لأنه جنى عليه (قبل ان يجني عليه)^(٨٧) ، واذا دخل نصف أرش جنائية الاول في بدل النفس وهو درهم ، بقي^(٨٨) عليه نصف درهم مضافاً إلى نصف التسعة يوم جنائيته ، وهي عشرة فيلزم مده^(٨٩) خمسة ونصف ، واذا دخل بمجموع أرش جنائية الثاني في بدل النفس لم يلزم مده غير نصف قيمته يوم جنى عليه ، وهي تسعة فيلزم مده أربعة ونصف .

وهذا لا يخلو من ضعف ، لأنفراد الثاني باتفاق ما يساوي درهماً ، ولم يشتركا الا في ثمانية ، فان أدخلنا^(٩٠) نصف أرش^(٩١) جنائية الاول في بدل النفس كان الثاني كذلك ، وإن أدخلنا بمجموع جنائية الثاني كان الاول كذلك ،

(٨٦) - هذا من «ن» وفي الباقي : سادس .

(٨٧) - ما بين الترسين ليس في «رأ» .

(٨٨) - في الأصل : نق .

(٨٩) - في الأصل : يلزم مده .

(٩٠) - هذه الكلمة ليست في «رأ» .

(٩١) - هذه الكلمة ليست في الأصل .

لانفراد كل منها بما يساوي درهما واشتراكها فيباقي ولافارق^(٩٢) بينها .
 تتبئه : لو قال كل واحد منها : أنا أتبئه وأنت قتلتني فعليك ضمانه ، حلف كل واحد منها للآخر ولم يتبت لاحدهما على الآخر شيء ، فان حلف أحددهما ونكل الآخر حلف مع نكوله على ما ادعاه واستحقه ، ولو قال الاول : أنا أتبئه وأنت قتلتني ، فقال : أصبتني ولم تتتبئ وبقي على امتناعه وأنا أتبئه ، فان كان يعلم انه لم يبق له بعد جراحته الاول وامتناع ، كما لو كسر جناح من يمتنع بالطيران ، فالقول قول الاول ، وإن كان يجوز أن يمتنع بعد جراحته الاول ، فالقول قول الثاني مع عينه ؛ لأن الاصل الامتناع فلا يزول بجرح الاول .

قال رحمه الله : اذا كان الصيد ممتنع بأمررين كالدراج والقبح ، يمتنع يعناقيه وعدوه ، فكسر الرامي جناحه ثم كسر الآخر رجله ، قيل : هو لها ، وقيل : هو للآخر ؛ لأن بفعله تتحقق الاتهامات ، والآخر أقوى .

أقول : القولان نقلهما الشيخ في المسوط ، ثم قوى الاشتراك ؛ لأن سبب الملك الاتهامات وقد حصل بفعلهما اذ فعل كل واحد لو^(٩٣) انفرد لم يكن مثبتا . فكان الملك لها ، وقوى المصنف أنه للآخر ، واختارة العلامة في التحرير والارشاد ، وهو مختار الشهيد ؛ لأن الاتهامات قد حصل بفعله .

قال رحمه الله : إذا أصابا صيداً دفعه وأثبتاه فهو لها ، ولو كان أحدهما جارحاً والآخر مثبتاً فهو للمثبت ، ولا ضمان على المجرح ؛ لأن جنائيته لم تصادف ملكاً لغيره ، ولو جهل المثبت منها فالصيد بينهما ، ولو قيل : يستخرج بالقرعة كان حسنا .

أقول : أما وجده كونه لها فلا تعاد نسبتها اليه ولاستحالة ترجيح أحددهما

(٩٢) - في النسخ : فلا فارق .

(٩٣) - في الأصل : أو .

من غير مرجع ، وأما وجہ القرعة فللعلم بان أحدھما أثبته دون الآخر ، فالاشتراك يوجب تلمسك من ليس بمالك وهو غير جائز ، فلما لم يتعین المشتب منها وجہ استخراجھ بالقرعة ، لقوله عليه السلام : « كل أمر مشكل فيه القرعة »^(١٤) ، أما لو حصل الاشتباھ في الاتباعات ^(١٥) هل هو ب فعلھما أو ب فعل أحدھما ؟ فالاشتراك أقوى .

(٩٤) الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ١٣ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، حديث ١١ إلى ١٨ ، والمصدر كتاب القضاء ، باب ١١ من أبواب الحكم وأحكام الدعوى ، حديث

(٩٥) - في «م» : بالائيات .

كتاب الأطعمة والشربة

في حيوان البحر

قال رحمه الله : أما ماليس له فلس كالجوري ، فيه روایتان ، أشهرها :
التعمیر ، وكذا الزمار والمارماهي والزهو ، لكن أشهر الروایتين هنا الكراهة .
أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في الجري - بكسر الجيم - والمشهور تحريره ، لرواية سمرة بن سعيد ،
« قال : خرج أمير المؤمنين عليه السلام على بغلة رسول الله صلى الله عليه وآله
وسلم فخرجنا معه حتى انتهينا الى موضع السملك فجمعهم ، فقال : اتدرون لأي
شيء جمعتكم ؟ قالوا : لا ، قال : لا تشتروا الجريث ولا المارماهي ولا الطافي على
الماء ولا تبيعوه »^(١) ، ومثلها رواية ابن فضال ^(٢) عن غير واحد من أصحابنا
عن الصادق عليه السلام ، وقال ابن البراج انه يكره ، لرواية وزارة الصحيفة
عن الباقي عليه السلام : « قال : سأله عن الجريث ؟ فقال : ما الجريث ؟ فنعته له ،

(١) - الوسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ٩ من ابواب الاطعمة المحرمة ، حدیث ١٤.

(٢) - الوسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ٩ من ابواب الاطعمة المحرمة ، حدیث ١٥.

فقال : لا أجد فيها أوثقى إلى عمرًا على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة^(٣). الآية ، ثم قال : لم يحرم الله شيئاً من الحيوان في القرآن إلا المخنزير بعينه ، ويذكره كل شيء من البحر ليس له قشر كالورق ، وليس بحراً وإنما هو مكره^(٤) ، ومثلها صحيحة محمد بن مسلم^(٥) ، والمعتمد التحرير .

الثانية : في الزمار والممار ماهي والزهو ، وظاهر المصنف كراهة ذلك ، وهو مختار الشيخ في موضع من النهاية وبه قال ابن البراج ، لرواية زرارة المتقدمة ، وقال الشيخ في الخلاف وفي موضع آخر من النهاية بالتحرير ، وهو مذهب ابن أبي بابويه والسيد المرتضى وأبن الجنيد وأبن أبي عقيل وأبن ادريس والعلامة في المختلف ، واختاره الشهيد وأبو العباس ، وهو المعتمد ، لرواية سرة بن سعيد المتقدمة .

قال رحمه الله : ولو وجد في جوف سمكة سمكة أخرى ، حلت إن كانت من جنس ما يحل ، وإلا فهي حرام ، وهذا روايتان طريق إحداها السكوفي والآخرى مرسلة ، ومن المتأخرین من منع استناداً إلى عدم اليقين بخروجها حية ، وربما كانت الرواية أرجح استصحاباً لحال الحياة .

أقول : إذا شق جوف سمكة فوجد فيها أخرى ، قال الشيخ في النهاية : حلت إن كانت مما يحل أكلها ولم تسلخ ، ولا تحل لو انسلخت ، وقال المفید وعلى بن بابويه : حلت إن كانت ذات ذات فلس ، ولا تحل إن لم يكن لها فلس ، ولم يشترط عدم السلخ ، وجزم المصنف في المختصر بحلها إن كانت مما يؤكل ولم يشترط عدم السلخ وهو ظاهره هنا ، لما رواه السكوفي في الموثق عن الصادق عليه السلام :

(٣) - الانعام : ١٤٥

(٤) - الوسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ٩ من أبواب الاطعمة المحرمة ، حديث ١٩ .

(٥) - الوسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ٩ من أبواب الاطعمة المحرمة ، حديث ٢٠ .

«أن عليا عليه السلام سئل عن سمكة شق بطنها فوجد فيها سمكة؟ قال : كلها جيّعا»^(٦) ، ومثلها رواية أبّان عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام ، «قال : يُوكلان جيّعا»^(٧) وفي طريق الأولى السكوفي وهو ضعيف ، والثانية مرسلة ، واليهما اشار المصنف ، ثم مال الى ترجيح الرواية استصحابا لحال الحياة ؛ لأن الاصل بقاء الحياة الى حين أخذها ، فيكون شرط التذكرة موجودا ، لاصالة عدم موتها قبل الاخذ .

ومنع ابن ادريس من أخذها ما لم توجد حيّه ، لأن الشرط في إيساحة (السمك اخراجه) من الماء حيّا^(٨) ، وهذا الشرط غير معلوم فلا يباح أكلها ، واختاره فخر الدين ؛ لأن المشروط بدون وجود الشرط محال والا لم يكن الشرط شرطا .

قال رحمه الله : ولو وجدت في جوف حية أكلت إن لم تكن تسلخت ، والامتحن ، ولو تسلخت لم تحمل ، والوجه أنها لا تحمل إلا أن يقذفها والسمكة تتضطرّب ، ولو اعتبر مع ذلك أخذها حية لتحقق الذakaة ، كان حسنا .

أقول : اذا قذفت الحية سمكة ، قال الشیخ في النهاية : حلّت ان لم تسلخ ، ومنع ابن ادريس من ذلك الا أن تقذفها والسمكة تتضطرّب ، وظاهر المصنف اعتبار أخذها بالتنذکة^{(٩) ... (١٠)} ، واختاره العلامه وهو مبني على أن ذکاة السمک هل هي إخراجها باليد او بالآلة المتصلة باليد او يكفي موته خارج الماء مع

(٦) - الوسائل ، كتاب الصيد والذبائح ، باب ٣٦ من ابواب الذبائح ، حديث ١ .

(٧) - الوسائل ، كتاب الصيد والذبائح ، باب ٣٦ من ابواب الذبائح ، حديث ١ .

(٨) - في «م» و «ر» : السمکه إخراجها .

(٩) - في (م) و (ر) : حية .

(١٠) - في النسخ : باليد حية .

(١١) - هنا كلمة في الاصل غير مقررة .

الادراك بالطرف وان لم يأخذه بيده ، وقد تقدم البحث في ذلك^(١٢) .

احتاج الشيخ رحمه الله بما رواه أبوبن أعين عن الصادق عليه السلام ، «قال : قلت له : جعلت فداك ما تقول في حية ابتلعت سمكة ثم طرحتها وهي حية تضطرب ، أجعل اكلها ؟ فقال : إن كان فلوسها تسلخت فلا تأكلها ، وان لم تكن تسلخت فكلها »^(١٣) ، وأجيب بالقول بوجوب الرواية وليس فيها (دلالة على مطلوب الشيخ ، لأنها مصريحة بان الحية ابتلت السمكة وهي (تضطرب و)^(١٤) لم يذكر فيها)^(١٥) إخراجها ميتة والمعتمد اختيار المصنف .

قال رحمه الله : ولو اختلط الميت بالحي بحيث لا يتميز ، قيل : حل الجميع واجتنابه أشبه .

أقول : سبق البحث في هذه في باب الصيد والذبائح^(١٦) ، واختيار المصنف هناك اياحة الجميع وهنا اختيار المنع وهو المعتمد .

٢٧ - من^(١٢)

(١٣) سالسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ١٥ من ابواب الاطعمة المحرمة ، حدیث ١ .

(١٤) - ليس في «ر» .

(١٥) - ليس في «م» .

(١٦) - تقدم .

في البهائم

قال رحمه الله : وقد يعرض التحرير للمحلل من وجوه ، أحدها : الجلال ، وهو أن يغتذى عذرة الإنسان لا غير ، فيحرم حتى يستبرى ، وقيل : يكره ، والتحريم أظهر ، وفي الاستبراء خلاف المشهور استبراء الناقة بأربعين يوماً ، والبقرة بعشرين ، وقيل تستوي البقرة والناقة في الأربعين ، والأول أظهر ، والشاة عشرة ، وقيل بسبعة ، والأول أظهر ، وكيفيته أن يربط ويعلف علفاً طاهراً هذه المدة .

أقول : البحث هنا في أماكن :

ال الأول : في تحرير الجلال ، وبتحريمه قال جمهور الاصحاب وهو المعتمد ، لرواية هشام بن سالم ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، « قال : لا تأكلوا الحوم الجلاله وإن أصابك من عرقها فاغسله »^(١٧) ، وقال ابن الجندى بالكراهية لاصالة الاباحة .

الثاني : فيما به يحصل الجلل ، وهو بالاعتناء بعذرة الإنسان محضاً ، فلا يحرم

(١٧) - الوسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ٢٧ من ابواب الاطعمة المحرمة ، حديث ١.

لو خلط على المشهور بين الاصحاب ، وقال الشيخ في المسوط والخلاف : الجلال هي^(١٨) التي تكون أكثر علتها العذرة ، وهو يدل على (حصول الجلل مع الخلط وليس يعتمد الا على القول بالكرابية) لأنها متحققة مع الخلط والمشهور عدم^(١٩) حصول الجلل^(٢٠) بغير الاغتساء بعذرة الانسان ، خلافاً لأبي صلاح^(٢١).

اذا عرفت هذا فقد أطلق الاصحاب أن الجلال هو الذي يغتنى بعذرة^(٢٢) الانسان عضا ، ولم يذكروا القدر الذي يصير به الحيوان جلاعاً وهل^(٢٣) هو ايام متعددة او يوم واحد او أكله واحدة ؟ والروايات^(٢٤) حالية عن هذا التقدير أيضاً ، ونقل أبو العباس عن المصنف أنه قال : وحيث لا تقدير في ذلك فالذى يتغلب أن يخلو من العلف الظاهر ويصير ما يتناوله من العذرة مالاً لآلات الغذاء ، بحيث يتحقق استحالة القدر الذي (يتناوله الى شبهه^(٢٥)) الاعضاء اذا لا يتحقق التمييز في الغذاء الاعلى هذا الوجه .

الثالث : فيما يزول به حكم الجلل وهو الاستبراء ، وينتسب باختلاف الحيوان ونحن نذكر إن شاء الله كل قسم من الاقسام المذكورة في المتن على حدته .
الاول : الناقة ، واستبراؤها بأربعين يوماً إجماعا .

(١٨) - من النسخ .

(١٩) - ما بين التوسيتين ليس في النسخ .

(٢٠) - في «م» بعد هذا : مع الخلط والمشهور عدم حصول الجلل .

(٢١) - كذا .

(٢٢) - في الاصول : عذرة ، وما أثبتناه في النسخ .

(٢٣) - من النسخ .

(٢٤) - الوسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ٢٧ من ابواب الاطعمة المحرمة ، وباب ٢٨ ، وباب ٢٤ .

(٢٥) - ما بين التوسيتين من النسخ ، وفي الاصول : شريه .

الثاني : البقرة ، والمشهور استبراؤها بعشرين يوماً قاله الشيخ في النهاية والخلاف ، وتبعه ابن البراج وابن حمزة واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة ، وقال الشيخ في المبسوط : تستبرى بأربعين يوماً ، وهو مذهب أبي الصلاح ، واختاره فخر الدين ل الاحتياط ، وقال ابن بابويه : تستبرى بثلاثين .

الثالث : في الشاة ، وقد اختلف الاصحاح في مقدار ما تستبرى به على أربعة أقوال :

أ) عشرة ايام ، قاله الشيخ في النهاية ، وتبعه ابن البراج وابن حمزة وابن زهرة واختاره المصنف والعلامة .

ب) عشرون ، قاله محمد بن بابويه في المقنع واختاره فخر الدين .

ج) أربعة عشر يوماً حكاها ابن الجنيد رواية^(٢٦) .

د) سبعة أيام ، قاله الشيخ في المبسوط ، وبه قال أبو الصلاح .

واستدلال الجميع في هذه المسائل بالروايات^(٢٧) ، والمشهور استبراء البطة بخمسة أيام والدجاجة بثلاثة أيام ، وقيل بالعكس ، ويشرط في العلف الذي يستبرى به الجلال أن يكون ظاهراً بالأصل خالياً عن نجاسته عارضة .

(٢٦) - الوسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ٢٨ من ابواب الاطعمة المحرمة ، حدیث ٥ .

(٢٧) - الوسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ٢٨ من ابواب الاطعمة المحرمة ، حدیث ١ -

- ٢ - ٥ - وغيرها ، والمصدرك ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ١٩ من ابواب الاطعمة المحرمة ، حدیث ١ - ٢ .

في الطير

قال رحمه الله : وفي الغراب روایتان ، وقيل : يحرم الأبغض والكبير الذي يسكن الجبال ، ويحل الزاغ ; وهو غراب الزرع ، والغدال وهو أصغر منه يحل الى الغرة ما هو .

أقول : المشهور عند علمائنا أن الغراب على أربعة أضرب :

. الاول : الكبير الاسود الذي يسكن الجبال والخربات ويأكل الجيف .

. الثاني : الأبغض وسماه ابن ادریس المعمق ، وعرفه بأنه طويل الذنب .

. الثالث : الزاغ ، وهو غراب الزرع أسود صغير .

. الرابع : الغراف ، وهو اصغر من الزاغ واغبر اللون كالرماد .

واضاف أبو العباس الى هذه الاربعة خامسا: وهو أنه جعل الأبغض على ضربين : أحدهما المذكور آنفا وهو المسما بالمقعق طويل الذنب ، والآخر المسما عند عامة أهل العراق بالبقيع وهو أكبر من المعمق ، والمعمق أشد منه بياضاً وأطول منه ذنبا ، وهو الذي ذكره أبو العباس مشاهدة في العراق والبصرة كما وصفه لكن الظاهر أن مراد الاصحاب الاعم الشامل للعمق والبقيع ، لصدق

الاسم عليهما ، وأن كان أحدهما أصغر من الآخر وأطول منه ذنبا .

إذا عرفت هذا فالمشهور مما ورد في الغربان رواياتان : أحدهما تتضمن تحرير الجميع ، والآخر تضمن إباحة الجميع على كراهية ، والذي يتضمن تحرير الجميع رواية على بن جعفر ، عن أخيه موسى عليه السلام ، « قال : سأله عن الغراب الابقع والأسود أجعل أكله ؟ قال : لا يجعل شيء من الغربان زاغ ولا غيره »^(٢٨) ، وبضمونها أفتى الشيخ في المبسوط والخلاف وفخر الدين وأبوه في المختلف .

والرواية التي تتضمن إباحة الجميع على كراهية فهي رواية زارة عن أحد هما عليها السلام أنه قال : « إن أكل الغربان ليس بحرام إنما الحرام ما حرم الله في كتابه ولكن للنفس نرة عن كثير من ذلك تعززا »^(٢٩) ، وبضمونها أفتى الشيخ في النهاية والاستبصار واختاره المصنف في المختصر ، لاعتراض الرواية بأصله الإباحة .

وذهب ابن ادريس الى اباحة الزاغ وحرير الباقي ، واختاره أبو العباس في مقتصره ، وهو مذهب العلامة في التحرير والارشاد .

قال رحمة الله : وفي الخطاف رواياتان^(٣٠) ، والتحرير أشبه .

أقول : الخطاف طائر أسود صغير في قدر العصفور يأكل العراق في آخر القرفيق فيه حتى يبيض ويفرخ ، فإذا استوت أولادها للطيران ذهبت جميعاً

(٢٨) - الوسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ٧ من ابواب الاطعمة المحرمة ، حديث ٣ و في كتاب رسائل علي بن جعفر ص ١٧٤ الحديث ٣١٠ .

(٢٩) - الوسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ٧ من ابواب الاطعمة المحرمة ، حديث ١ مع اختلاف يسير .

(٣٠) - الوسائل ، كتاب الصيد والذبائح ، باب ٢٩ من ابواب الصيد ، حديث ١ - ٢ - ٥ - ٦ - ٦ وفي كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ١٧ من الاطعمة المحرمة ، حديث ٢ - ٦ .

أول سماطم المحرر .

اذا عرفت هذا ففي تحريرها خلاف بين الاصحاب ، فال المقيد على الاباحة واختاره المصنف والمعلامة وأبو العباس وهو المعتمد ، لأصلالة الاباحة ، ولصحيحة زراراة ، « قال : والله ما رأيت مثل أبي جعفر عليه السلام قط ، قال : سألته ، قلت : أصلحك الله ما يؤكل من الطير ؟ قال : يؤكل كل مادف ، ولا يؤكل كل ما صاف »^(٣١) ، ومثلها رواية سماعة بن مهران^(٣٢) ، عن الصادق عليه السلام ، والخطاف مما يدف .

وقال الشيخ في النهاية بالتحرير وتبعه ابن البراج وابن ادريس ، لما رواه الحسن بن داود البرقي ، « قال : بينما نحن قعود عند أبي عبد الله عليه السلام إذ مرّ رجل بيده خطاف مذبوج فوتب اليه أبو عبد الله عليه السلام حتى أخذه من يده ثم رمى به ثم قال : أعملكم أمركم بهذا أم فتيهكم ؟ ! فقد أخبرني أبي عن جدي أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن قتل ستة : النحله ، والنملة ، والضفدع ، والصرد ، والهدد ، والخطاف »^(٣٣) .

وأجيب بان المنع من القتل لا يدل على تحريم الاكل .

(٣١) - الوسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ١٩ من ابواب الاطعمة المحرمة ، حديث ١ .

(٣٢) - الوسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ١٩ من ابواب الاطعمة المحرمة ، حديث ٢ .

(٣٣) - الوسائل ، كتاب الصيد والذبائح ، باب ٣٩ من ابواب الصيد ، حديث ٢ - ٣ وفي كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ١٧ من ابواب الاطعمة المحرمة ، حديث ١ .

في الجامدات

قال رحمه الله : وهل يعتبر فيها الجز ؟ الوجه أنها إن جزت فهي ظاهرة ، وان انتسلت غسل موضع الاتصال ، وقيل لا يحل منها ما يقلع ، والاول أشبه .
أقول : اختيار المصنف هو المشهور بين الاصحاب ، للحكم بظهورة شعر الميته ووبرها ، وما اتصل بالميته من الشعر والوبر فهو ميته ، فيجب طهارته مع القلع ويصبح استعماله بعد ذلك ، لكن يشترط خلوه من أجزاء الميته .
وقال الشيخ : لا يجوز استعماله مع القلع ، ولعل وجهه أنه مع القلع لا ينفك عن شيء من أجزاء الميته ؛ لأن الغالب ذلك ، والمعتمد هو المشهور بين الاصحاب .

قال رحمه الله : وفي اللبن روایتان ، إحداهما : الحل ، وهي أصحهما طریقاً ، والأشبه التحریم ؛ لنجاسته بعلاقة الميت .

أقول : ذهب الشيخ في النهاية والتهذیب والاستبصار والمفید ومحمد بن بابویه وابن حزنة الى اباحة اللبن المحلوب من الميته ، لرواية زرارة عن الصادق عليه السلام ، « قال : سأله عن الانفعۃ يخرج من الجدي الميت ؟ قال : لا يأس

قلت للبن يكون في ضرع الشاة وقد ماتت فقال لا باس به ^(٣٤) ، وقال ابن ادريس : إنه حرام لما رواه وهب عن الصادق عليه السلام وعن الباقي عليه السلام : « أنه سثل عن شاة ماتت فحلب منها لبن ؟ فقال : قال علي عليه السلام : ذلك الحرام محضاً ^(٣٥) ، ولأنه ينجس بمقابلة الميتة ، واختاره المتأخر من وهو المعتمد .

قال رحمه الله : اذا اختلط الذكي بالميت وجب الامتناع منه حتى يعلم الذكي بعيته ، وهل يباع من مستحل الميتة ؟ قيل : نعم ، وربما كان حسناً إن قصد بيع الذكي حسب .

أقول : اذا اختلط اللحم الذكي بالميت ولا طريق الى تبييزه ، فقد أجمع الاصحاب على تحريم الجميع وعلى عدم جواز بيعه على غير مستحل الميتة ، واختلفوا في جواز بيعه على مستحل الميتة ، قال الشيخ في النهاية بالجواز ، وتبعه ابن حزرة ، لما رواه الحلباني في الصحيح ، عن الصادق عليه السلام ، « قال : سمعته يقول اذا اختلط الذكي بالميت باعه من يستحل الميتة ^(٣٦) ، ومنع ابن ادريس من بيعه وأنكر العمل بهذه الرواية ، لقول رسول الله صلى الله عليه وآله : « إن الله اذا حرم شيئاً حرم منه » ، ولقوله عليه السلام : « لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها ^(٣٧) ، فذمهم على بيع ما حرم الله أكله ، ولا شك في تحريم الميتة فيحرم بيعها .

واختار العلامة في المختلف مذهب الشيخ ، قال : لأنه في الحقيقة ليس بيعايل هو استنقاذ مال الكافر من يده برضاه فكان سايقاً .

(٣٤) - الوسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ٣٣ من ابواب الاطعمة المحرمة ، حدیث ١٠ .

(٣٥) - الوسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ٣٣ من ابواب الاطعمة المحرمة ، حدیث ١١ .

(٣٦) - الوسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ٣٦ من ابواب الاطعمة المحرمة ، حدیث ١ .

(٣٧) - المستدرک ، كتاب التجارة ، باب ٦ من ابواب ما يكتسب به ، حدیث ٨ .

ويرد عليه أن مال الكافر حرمًا^(٢٨) إذا كان ذمياً إلا على الوجه الشرعي،
ولهذا يحرم أخذ الربا منه.

وتحمل المصنف والملامة في القواعد والتحرير والارشاد صحة البيع على
قصد المذكى دون الميتة ، ويرد عليهم جهالة المبيع حينئذ وعدم إمكان تسليمه
مبينا.

قال رحمه الله : المعمرات من الذبيحة خمس : الطحال ، والقضيب ،
والفرث ، والدم ، والاثنان ، وفي المثانة والمرارة والمشيمة تردد؛ أشبهه التحرير
لما فيها من استحبات ، أما الفرج ، والنخاع ، والعلبا ، والقعد ، وذات الاشاجع ،
وخرزة الدماغ ، والحدق ، فلن أصحابنا من حرمها ، والوجه الكراهة .

أقول : عد المصنف هنا خمسة عشر شيئاً ، ثم اختار تحرير ثمانية منها ، خمسة
جزماً وثلاثة على التردد ، والكراء في الباقى ، وذهب ابن ادريس الى تحرير
الجميع واختاره العلامة في القواعد جزماً والشهيد كذلك ، واستقر به ابو العباس
في مذهبه ، لقوله تعالى : ﴿ وَيُحِرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثُ ﴾^(٢٩) ، وهذه اشياء مستحبته
فتدخل في عموم الآية ، ومذهب الشيخ في النهاية تحرير الجميع عدا المثانة^(٣٠)
واقتصر المفید على ذكر الطحال والقضيب والاثنان ولم يتعرض لنغير ذلك ، وكذا
سلام ، والاحوط مذهب ابن ادريس .

تفسير : المثانة جمع البول وعقنه ، والمشيمة بيت الاولاد ، والنخاع
بعركات النون الثلاث هو الخيط الاييض الذي في وسط سلسلة الظهر الناظم لخرز
السلسلة ، ويسمى الوتين لاقوام للحيوان بدونه ، والعلبا عصبة عريستان

(٢٨) - كذا .

(٢٩) - الاعراف : ١٥٧ .

(٣٠) - في النسخ : الثانية .

ممدودتان من الرقبة الى أصل الذنب ، وذات الاشاجع هي أصول الاصابع التي تتصل بعصب ظاهر الكف ، والمحدق المراد به حبة الحدقه وخرزة الدماغ ، قال ابن ادريس : تكون في وسط الدماغ ، والدماغ المخ ، يخالف لونها لون المخ ، هي بقدر الحمصة قليل^(٤١) الى الغبره ما يكون^(٤٢) ، وتابعه العلامة في التحرير على هذا التفسير وكذلك المقداد في شرح المختصر ، وقال ابو العباس في مذهبه : المراد بها المخ الكائن في وسط الدماغ شبه الدودة ، وابن ادريس فسر الدماغ بالمخ والخرزة في وسطه بقدر الحمصة ، وأبو العباس فسر الخرزة بالمخ في وسط الدماغ شبه الدودة ولم يفسر الدماغ ، ويلزم من تفسير الخرزة أن الدماغ غير المخ ، فعل تفسير ابن ادريس يكون الى^(٤٣) المخ مباحا ، والمحرم الخرزة التي في وسطه ، وعلى تفسير أبي العباس يكون المخ حراماً والدماغ غيره .
وهذه الاشياء حرمـة من كل شيء ، يذبـح سواـء كان كـبيراً كالجـزور أو صـغيراً كالـصـفـور .

قال رحمـه الله : أو وقـعت فيه نجـاسـة وهو مـا يـمـتعـكـالـبـولـ ، أو باـشـرـهـ الـكـفارـ .
وإن كانوا أـهـلـ الـذـمـةـ عـلـىـ الـاصـحـ .

أـقـولـ : اختـلـفـ الـاصـحـابـ فـيـ نـجـاسـةـ ماـ يـمـتعـكـالـبـولـ ، أو باـشـرـهـ الـكـفارـ .
الـشـيـخـ فـيـ النـهـاـيـةـ بـعـدـ نـجـاسـتـهـ ، لما رـوـاهـ فـيـ الصـحـيـعـ ، عنـ عـيـصـ بنـ القـاسـمـ ، عنـ الـصادـقـ عـلـيـهـ السـلـامـ ، «ـ قـالـ : سـأـلـتـهـ عـنـ مـؤـاكـلـةـ الـيهـودـيـ وـالـنـصـرـانـيـ ؟ـ فـقـالـ : إـذـاـ توـضـأـ فـلاـ بـأـسـ»^(٤٤) ، وـالـمرـادـ بـالـتـوـضـىـ غـسـلـ الـيـدـ ، وـحلـلـهـ الـعـلـامـةـ فـيـ الـقـوـاعـدـ

(٤١) - ليس في النسخ .

(٤٢) - كذا .

(٤٣) - ليس في النسخ .

(٤٤) - الوسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ٥٣ من ابواب الاطعمة المحرمة ، حديث ١ .
لكن في زيادة (ان كان من طعامك وتوضأ) .

على تعدد الاواني ، وفي المختلف على مالا ينفع بالملائكة كالقواركه اليابسة ، وحكم بنجاسة ما يلاقيه من الماءيات ، وهو المشهور بين الاصحاب وهو المعتمد ؛ لأنهم أنجاس فينفع ما يباشرونه ببرطوبة .

قال رحمه الله : الرابع الطين ، ولا يحل منه الا تربة الحسين عليه السلام ، فانه يجوز للاستشفاء ، ولا يتجاوز قدر الحمصة ، وفي الارمني رواية بالجواز^(٤٥) وهي حسنة لما فيه من المنفعة المضطر اليها .

أقول : المشهور بين الاصحاب جواز استعمال الطين الارمني اذا دعت الضرورة اليه ، وقيل : إنه من طين قبر الاسكندر رحمه الله^(٤٦) ويحصل الفرق بينه وبين تربة الحسين عليه السلام بأمور :

الاول : التربة يجوز تناوله للاستشفاء وإن لم يصفها الطيب بل ولو حذر منها ، والارمني لا يجوز تناوله الا اذا كان موصوفا .

الثاني : التربة لا يجوز أن يتناول منها أكثر من الحمصة ، والارمني لا يتقدر بقدر بل هو راجع الى تقدير الطيب وإن زاد على قدر الحمصة .

الثالث : ان التربة محترمة لا يجوز تقريبها من النجاسة ، والارمني ليس بمحترم .

والمحترم من التربة الذي لا يجوز تقريب النجاسة منه هو ما أخذ من الضريح او من خارج ووضع على الضريح المقدس ، أما ما أخذ من خارج ولم يوضع على الضريح فانه لم يثبت له الحرمة ، الا أن يأخذه بالدعاء المرسوم ويعتزم عليه فيثبت له الحرمة حيثئذ .

قال رحمه الله : ولو قطر قليل من دم كالأوقية فما دون في قدر وهي تغلي

(٤٥) - الوسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ٦٠ من ابواب الاطعمة المحرومة ، حديث ١.

(٤٦) - كذا .

على النار ، قيل : حل مرقها اذا ذهب الدم بالغليان ، ومن الاصحاب من منع الرواية وهو حسن .

أقول : اختلاف الاصحاب في هذه المسألة على ثلاثة أقوال :

الأول : طهارة المرق اذا كان الدم قليلاً كالاوقية فادون ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ، لما رواه سعيد الاعرج عن الصادق عليه السلام ، « قال : سأله عن قدر فيها جزور وقع فيها قدر أوقية من دم ، أبى كل ؟ قال : نعم ، ثم قال النار تأكل الدم » (٤٧) .

الثاني : إطلاق القول بظهوره اذا ذهب الدم بالغليان وان كان كثيراً ، وهو مذهب المفید وسلام ، لعموم رواية زكريا بن آدم ، عن الرضا عليه السلام ، « قال : سأله عن قطرة خمر او نبيذ مسکر قطرت في قدر فيه لحم ومرق كثير ؟ قال : يهراق المرق او يطعن أهل الذمة او الكلاب ، واللحم اغسله وكله . قلت : فان قطر في الدم ؟ قال : الدم تأكله النار إن شاء الله تعالى » (٤٨) .

الثالث :نجاسة المرق سواء قل الدم او كثر ، وهو مذهب ابن ادريس واستحسنه المصنف واختاره العلامة ، وهو المعتمد ؛ لأنّه ما قليل او مضاف لاقته نجاسة فينجس .

قال رحمة الله : ولو كان المائع دهنًا جاز الاستباح به تحت السباء ، ولا يجوز تحت الأظلة ، وهل ذلك لنجاسة دخانه ؟ الاقرب : لا ، بل هو تعبد .

أقول : البحث هنا في موضعين :

الاول : في عدم جواز الاستباح به تحت الأظلة ، وهو مذهب الشيوخين

(٤٧) - الوسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ٤٤ من ابواب الاطعمة المحرمة ، حديث ٢ .

(٤٨) - الوسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ٤٤ من ابواب الاشربة المحرمة ، حديث ١ .

مع اختلاف يسير .

وابن البراج ، واختاره المصنف والعلامة وهو مذهب ابن ادريس ، وقال الشيخ في المبسوط : إنه مكرر و ، واختاره فخر الدين ، لاصالة براءة الذمة ، ولأن دخانه ليس بنجس ، ولأن رواية معاوية بن وهب^(٤٩) عن الصادق عليه السلام ، وصحيحة زراره^(٥٠) مطلقتان من غير قيد بالسماء ، لكن الاول هو المشهور في فتاوى الاصحاب .

الثاني : هل عدم جواز الاستصبح به تحت الاظلة لنجاسة دخانه او تعبده شرعاً ؟ نقل في المبسوط عن قوم أن كلما نقطع بنجاسته فدخانه نجس ، قال : وهو الذي دل عليه الخبر الذي قدمناه من رواية الاصحاب ، والذي قدمه جواز الاستصبح به تحت السماء دون السقف ، ثم قال : وقال آخرون : - وهو الاقوى - ليس بنجس . وقال ابن ادريس : ويجوز الاستصبح به تحت السماء لا تحت الاظلة لأن دخانه نجس بل تعبده ؛ لأن دخان الاعيان النجسة ورمادها طاهران عندنا بغير خلاف بيننا ، واختاره المصنف والعلامة وهو المعتمد ؛ لأن النار تظهر ما أحالته رماداً او دخاناً .

قال رحمة الله : والكافر أنجاس ، ينجس الماء بمباشرتهم ، سواء كانوا أهل حرب ، أو أهل ذمة على أشهر الروايتين^(٥٢) .
أقول : تقدم البحث في ذلك^(٥٣) .

قال رحمة الله : ولو عجن بالماء النجس عجين لم يظهر بالنار اذا خبز على الاشهر .

(٤٩) - الوسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ٤٣ من ابواب الاطعمة المحرمة ، حديث ١ .

(٥٠) - الوسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ٤٣ من ابواب الاطعمة المحرمة ، حديث ٢ .

(٥١) - في النسخ : وروایة زراره عن الباقى عليه السلام .

(٥٢) - الوسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ٥٢ و ٥٣ من ابواب الاطعمة المحرمة .

(٥٣) - ص ٦٤ .

أقول : قال الشيخ في باب المياه من النهاية بظهارته ، وقال في باب الاطعمة منها بعدهم ، وهو المعتمد ؛ لأن النار إنما تظهر ما أحالته رماداً أو دخاناً.

قال رحمه الله : [الرابع :] الاعيان النجسة ، كالبول مما لا يؤكل لحمه ، نجسأً كان الحيوان كالكلب والخنزير ، أو ظاهراً كالأسد والنمر ، وهل يحرم ما يؤكل ؟ قيل : نعم ، إلا بول الأبل : فإنه يجوز للاستشفاء ، وقيل : يحل الجميع لمكان طهارته ، والأشبه التحرير لاستخبارتها .

أقول : اختلف قول المصنف في هذه المسألة ، اختار هنا تحرير الابوال كلها لاستخبارتها ، واختار^(٥٤) في المختصر وفي باب البيع من هذا الكتاب المشروح الإباحة ؛ لأنها أعيان ظاهرة فيكون الابوال كلها مباحة ، وهو مذهب السيد المرتضى وابن الجنيد وابن ادريس ، فعلى هذا يجوز شرب الابوال كلها لضروره وغيره ضرورة .

والتحرير مذهب ابن حمزة واختاره العلامة والمصنف وابو العباس في مقتصره فعلى هذا لو احتجي إليها للاستشفاء جاز^(٥٥) شربها .

(٥٤) - في الاصل : واختاره ، وفي «ن» ليست هذه الكلمة موجودة .

(٥٥) - ليست في النسخ .

في اللواحق

قال رحمه الله : اذا وجد لها ولا يدرى أذكي هو أو ميت ؟ قيل : يطرح في النار ، فان انقبض فهو ذكي ، وإن انبسط فهو ميت .

أقول : ما حكاه المصنف قول الشيخ في النهاية ، واختاره المصنف في المختصر جزما ، والمستند روایة شعيب^(٥٦) عن أبي عبد الله عليه السلام ، « عن رجل دخل قرية فأصاب بها لحسا لا يدرى أذكي هو أو ميت ؟ قال : يطروح في النار فـا انقبض فهو ذكي ، وما انبسط فهو ميت »^(٥٧) ، ومنع العلامة في القواعد من هذا القول ، واختاره فخر الدين وأبو العباس وهو المعتمد ؛ لأصالة التحرير في الصيد واللحم ما لم يعلم تذكيته ، ولو وجد عليه آثار التذكرة كقطع الصاب وهو في بلاد الاسلام ، فهو حلال كالجلد اذا وجد في بلاد الاسلام وعليه آثار التذكرة كالدبة الماء .

(٥٦) - في النسخ : شعيب . والمصدر .

(٥٧) - الوسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ٣٧ من ابواب الاطعمة المحرمة ، حدیث ١ . مع اختلاف يسير .

قال رحمة الله : لا يجوز أن يأكل الإنسان من مال غيره إلا بإذنه ، وقد رخص مع عدم الأذن في التناول من بيوت من تضمنته الآية إذا لم يعلم منه الكراهة ، ولا يحمل منه ، وكذا ما يرمي به الإنسان من التخل ، وكذا الزرع والشجر على تردد .

أقول : الاصل عدم جواز التصرف في مال الغير بغير إذنه ، لقوله تعالى : ﴿وَلَا تأكُلُوا مِمْوَالَكُمْ بِيَنْكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(٥٨) ، وقوله عليه السلام : « المسلم أخوه المسلم لا يجعل ماله إلا عن طيب نفس منه »^(٥٩) ، واخرج النص من هذا الاصل وجوها :

الأول : ثبوت من تضمنته الآية ، وهي قوله تعالى : ﴿وَلَا عَلَى أَنفُسِكُمْ أَن تأكُلُوا مِن بَيْنَكُمْ أَوْ بَيْنَ أَبَانِكُمْ﴾^(٦٠) إلى آخر الآية ، وانتشرت الأصحاب عدم علم الكراهيـه فلو تيقنـ الكراهيـه لم يجعلـ الأكلـ ، ولو لم يعلمـ هل يكرهـ أم لا ؟ جازـ الأكلـ لاصـالـه عدمـ الكراهيـه ؟ لأنـهـ الاـيـشـترـطـ عـلـمـ عـدـمـ الكـراـهـيـهـ بلـ يـشـترـطـ عـدـمـ عـلـمـ الكـراـهـيـهـ والاـ لمـ يـحـصـلـ الفـرقـ^(٦١) بينـ ثـبـوتـ منـ تـضـمـنـتـهـ الآـيـةـ وـبـينـ غـيرـهـ ، لـاـنـهـ مـعـ عـلـمـ عـدـمـ الكـراـهـيـهـ يـجـوزـ الـاـكـلـ مـنـ جـمـيعـ الـبـيـوـتـ ؟ لأنـ عـلـمـ عـدـمـ الكـراـهـيـهـ يـقـومـ مـقـامـ الـاـذـنـ الصـرـعـ فيـ جـواـزـ الـاـكـلـ مـنـ جـمـيعـ الـبـيـوـتـ ، ويـكـفيـ فيـ ذـلـكـ غـلـبةـ الـظـنـ .

ونقل ابن ادريس عن بعض أصحابنا أنه لا يأكل الاما يخشى عليه التلف ،

(٥٨) - البقرة : ١٨٨ .

(٥٩) - المضمون موجود في الوسائل ، كتاب القصاص ، باب ١ من أبواب القصاص في النفس ، حديث ٣ ، والمستدرك ، كتاب القصاص ، باب ١ من أبواب القصاص في النفس ، حديث ٢٢ - ٦ .

(٦٠) - النور : ٦١ .

(٦١) - ليس في الاصل .

واشترط في جواز^(٦٢) الاكل من غير إذن الاذن في الدخول ، والمشهور عدم اشتراط الاذن في الدخول ، بل يكفي البناء على حسن الظن ؛ لأن الروايات^(٦٣) الدالة على جواز الاكل مطلقة غير مقيدة بالاذن في الدخول ، وكذلك الآية ، والمشهور ايضا عدم تقييد الاكل بما يخشى تلفه بل هو عام يتناول كل ماكول .

الثاني : الاموال المشتركة كالماطعنة والاشجار والتخل فان لكل واحد من الشركين الاكل بدون شريكه بشرط عدم علم الكراهيه لقوله تعالى : ﴿الآن تكون تجارة عن تراضي بينكم﴾^(٦٤) .

الثالث : جواز الشرب والنسل والوضوء من المياه المعلوكة ، كمياه الدوالى والدواليب وما شابه ذلك لشاهد الحال ، ولو علم الكراهيه حرم .

الرابع : ما يضر به الانسان من التخل والشجر والزرع ، وقد سبق البحث فيه في باب التجارة^(٦٥) .

قال رحمة الله : ولو ألقى في الخمر خل حق يستهلكه لم يحل ولم يظهر ، وكذا لو ألقى في الخل خمر فاستهلكه الخل ، وقيل : يحل إذا ترك حق يصير الخمر خلاً ، ولا وجه له .

أقول : تصوير المسألة أن نفرض إناء ان في أحدهما خمر وفي الآخر خل ، فوقع من إماء الخمر في إناء الخل قطرة فما زاد فتجسس الخل لملاقاته التجasse ، فلو فرضنا صيرورة الخمر الذي وقع منه في إناء الخل خلا ، فإنه يحل قطعا للإجماع على حله باتفاقه .

وهل يظهر الخل الذي فيه الخمر ويحل ؟ فيه ثلاثة أقوال :

(٦٢) - في «ر١» : في عدم جواز الاكل .

(٦٣) - الوسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ٢٤ من ابواب آداب المائدة .

(٦٤) - النساء : ٢٩ .

(٦٥) - من كتاب الشرائع ٢ : ٥٥ (في لواحق بيع الشمار) ولم يعنق الشارح على المسألة هناك .

الأول : الطهارة وحله ، وهو مذهب الشيخ في النهاية والتهديب ، واستقر به العلامة في المختلف ؛ لأن انقلاب المحرر الواقع منه يدل على انقلاب المحرر الواقع في الخل^(٦٦) فترزول نجاسة الخل ؛ لأن نجاسة المخل تابعة لنجاسة المحرر فإذا انقلب الى الخل ظهر فيظهر الخل .

الثاني : حل الخل اذا مضت عليه مدة ينقلب^(٦٧) في مثلها العين من التحليل الى التحرير ومن التحرير الى التحليل ، سواء انقلب الاصل اولاً ، وهو قول ابن الجنيد .

الثالث : بقاء الخل على النجاسة والتحرير ، لأصالة بقاء النجاسة ، وهو مذهب ابن ادريس واختاره المصنف والعلامة وهو المعتمد .

فروع : الاول : يظهر المحرر باقلابه خلا إجماعاً بشرط نجاستها بسبب التخمير ، فلو لاقاه نجاسة من خارج قبل انقلابه ك المباشرة الكافرة او غير ذلك لم يظهر بالانقلاب ، وإذا حكم بطهارته حكم بطهاره انانه ، سواء كانت تامة او ناقصة ، وسواء كان النقص (بعد الامتناء اولاً ، وسواء كان النقص)^(٦٨) بسبب الاخذ منه او بسبب شرب الاناء له او غير ذلك من الاسباب .

الثاني : لا يكره استعمال هذا الخل اذا انقلب من نفسه ، ويكره لو كان بعلاج ، وتظهر الاجسام الواقعه فيه للعلاج او لغيره ، وان حكمنا بنجاستها قبل الانقلاب ، كما يظهر الاناء بعد الحكم بنجاسته ؛ لأن النجاسة لمكان المحررة^(٦٩) وقد زالت .

الثالث : العصير اذا غلى حرم ، ومعنى الفليان : أن يصير أسلنه أعلاه ، ولا

(٦٦) - من النسخ وليس في الاصل .

(٦٧) - في النسخ : ينتقل .

(٦٨) - مابين التوسيتين ليس في «م» .

(٦٩) - في «م» و «رأ» : المحرمية .

فرق بين أن يكونه ذلك من نفسه أو بسبب تسخينه بالنار أو الشمس ، ولا يشترط أن يقذف بالزبد ، ولا صرورته مسکرا فيحرم حينئذ العتب والرطب دون التمر والزيبيب ، إلا أن يصير مسکرا فيحرم حينئذ ، ويظهر باقلابه خلا أو بذهباب ثلثيه ، ولا يشترط كون الذهباب بالغليان بل لو ذهب الثلثان بالشمس أو بالهواء حل ، وإذا حكم بطهارته حكم بطهارة القدر والسواطة^{٧٠١} ، ويظهرها على القدر الذي قذف إليه الزبد بالغليان .

قال رحمه الله : أوانى الخمر من الخشب والقرع والمخزف غير المغضور ، لا يجوز استعماله لاستبعاد تخلصه ، والأقرب الجواز بعد زوال عين النجاسة وغسلها ثلاثة .

أقول : عدم جواز الاستعمال مذهب الشيخ في النهاية ، وقوى في المبسوط جواز الاستعمال واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ويكره الاسلاف في العصير ، وأن يستأمن على طبخه من يستحل شربه قبل أن يذهب ثلاثة إذا كان مسلماً ، وقيل : لا يجوز مطلقاً ، والowell أشبه .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : الاسلاف في العصير ، قال الشيخ في النهاية : إنه مكروده ؛ لأنه لا يؤمن أن يطلبه صاحبه وقد تغير إلى حال الخمر ، بل ينبغي أن يتبعه يداً بيده . وإن كان لو فعل ذلك لم يكن عظوراً ، وقال ابن ادريس ما ذكره شيخنا فيه نظر ؛ لأن السلف لا يكون إلا في الذمة ولا يكون في العين ، فإذا كان في الذمة سواء تغير ما عنده إلى حال الخمر أو لم يتغير فإنه يلزمته تسليم ما في ذمته إليه من أي موضع

كان ، فلا أرى لكراسيته وجها ، وإنما هذا لفظ خبر واحد^(٧١) أوردته ايراداً ، وأجاب العلامة في مختلف بحثه كلام الشيخ على بيع عين مشخصة ، ويسلمها إليه في وقت معين ، وأطلق عليه اسم السلف بجازا .

الثانية: اختلف الصحابة في جواز أن يؤمّن على طبخه من يستحل شربه قبل ذهاب ثلثيه ، قال الشيخ : لا يجوز ، لأنّه لا يقبل شهادته في ذهاب ثلثيه ولا غيرها ، واختاره ابن ادريس وفخر الدين ، لرواية معاوية بن عمار^(٧٢) ، عن الصادق عليه السلام ، واختار المصنف الجواز وهو اختيار العلامة في الارشاد على كراهيّة .

(٧١) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٥٩ من أبواب ما يكتسب به ، حديث ٣ .

(٧٢) - الوسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ٧ من أبواب الاشربة المحرمة ، حديث ٤ .

النظر في حال الاضطرار

قال رحمه الله : ولا يرخص للباغي ، وهو الخارج على الامام ، وقيل : الذي يبغى الميتة ، ولا العادي ، وهو قاطع الطريق ، وقيل : الذي يعد وشبعه .
أقول : اذا اضطر الباغي او العادي الى أكل الميتة لم يجز له إجماعا ، لقوله تعالى : ﴿فَنَاضْطَرُّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادِي﴾^(٧٣) ، واختلفوا في تعريفهما ، والمشهور أن الباغي هو الخارج على الامام العادل ، والعادي هو قاطع الطريق .
ونقل المصنف والعلامة في القواعد والتحرير قوله بأن الباغي هو الذي يبغى الميتة ، والعادي هو الذي يعد ويتبعه ، وقوى فخر الدين عدم الاباحة لها معاً واختاره الشهيد وهو المعتمد ، لأن باغي الميتة^(٧٤) والعادي من اتبعه لا ضرورة له الى ذلك .

قال رحمه الله : ولو اضطر الى طعام الفير ، وليس له الثمن وجب على صاحبه بذلك ؛ لأن في الامتناع اعانته على قتل المسلم ، وهل له المطالبه بالثمن ؟

(٧٣) - البقرة : ١٧٣

(٧٤) - من النسخ وما في الاصل غير واضح .

قيل : لا : لأن بذلك واجب فلا يلزم العوض ، وإن كان الثمن موجوداً وطلب ثمن مثلك وجب دفع الثمن ، ولا يجب على صاحب الطعام بذلك ، لو امتنع من بذلك العوض ؛ لأن الضرورة المبيحة لاقساره مجاناً زالت بالتمكن من البذل ، وإن طلب زيادة عن الثمن ، قال الشيخ : لا يجب الزيادة ، ولو قيل : تجب كان حسناً ؛ لارتفاع الضرورة بالتمكن .

أقول : هنا ثلاثة مسائل :

الأولى : إذا اضطرَّ الإنسان إلى طعام الغير بمعنى أنه إن لم يستعمله تلف ولم يكن المالك مضطراً إليه ، هل يجب على المالك بذلك أم لا ؟ قال الشيخ في المبسوط : يجب ، وقد ذكر المصنف الوجه في ذلك ، وهو عدم جواز الاعانة على قتل المسلم ، وفي الامتناع من بذل الطعام إعانته على ذلك ، وهو غير جائز فوجب البذل ، واختاره المصنف والعلامة وهو المعتمد ، وقال الشيخ في الخلاف : لا يجب البذل ، لاصالة براءة الدمة واختاره ابن أدريس .

الثانية : على المختار من وجوب البذل ، هل يجب على المضطر العوض إذا لم يكن^(٧٥) يقدر عليه في الحال ، بمعنى أنه يصير متعلقاً في ذاته يجب عليه دفعه عند القدرة عليه ؟ نقل المصنف والعلامة قولـاً بعدم وجوب العوض لوجوب^(٧٦) البذل ولا عوض على الواجب ، واختار فخر الدين الوجوب لعصمة مال الغير ، ولما فيه من الجمع بين الحقين وهو المعتمد .

الثالثة : أن يكون الثمن موجوداً عند المضطر وطلب صاحب الطعام أزيد من ثمن المثل فحيثـٰ لا خلاف في وجوب دفع ثمن المثل ، وإنما الخلاف في دفع الزيادة ، لارتفاع الضرورة بالتمكن من دفع الزيادة ، واختاره العلامة وابنه وهو

(٧٥) - ليست في النسخ .

(٧٦) - في الأصل : لوجوب .

المعتمد.

قال رحمه الله : ولو وجد ميتةً وطعام الغير فان بذل له الغير طعامه بغير عوض أو بعوض هو قادر عليه ، لم يحمل الميتة ، ولو كان صاحب الطعام غائباً أو حاضراً ولم يبذل وقوى صاحبه عن دفعه عن طعامه ، أكل الميتة فان كان صاحب الطعام ضعيفاً لا يمنع ، أكل الطعام وضمنه ولم تحمل الميتة ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه من انتفاء الضرورة المبيعة لأكل الميتة ، لوجود طعام حلال بأن يقومه على نفسه ويأكله ثم يؤدي قيمته عند القدرة عليها ، وإنما يباح الميتة مع عدم وجود طعام غيرها ، وهو هنا موجود فلا يباح الميتة ، ومن عموم النهي^(٧٧) عن التصرف بمال الغير من غير إذنه ، خرج منه جواز التصرف لدفع الضرورة التي لا تندفع الا بتناوله ، للإجماع على ذلك ، ولو جنوب حفظ النفس ، والضرورة هنا مندفعة بتناول الميتة ، فلا يحصل الشرط المبيع لتناول مال الغير قهراً ، وهو قوى .

قال رحمه الله : ولو لم يجد المضطر ما يلزم رمقه سوى نفسه ، قيل : يأكل من الموضع اللحمة كالفخذين ، وليس شيئاً إذ فيه دفع الضرر بالضرر .

أقول : قال الشیخ في المسوط : فان لم يجد المضطر شيئاً حلاً^(٧٨) بحال ، قال قوم : له أن يقطع من بدنه من الموضع اللحمة كالفخذ ونحوها ؛ لأنه لا يمنع من إتلاف البعض ، لاستبقاء الكل كما لو كان به أكلة او خبيثة فقطعها ، قال : والصحيح عندنا أنه لا يفعل ذلك ؛ لأنه إنما يأكل خوفاً على نفسه ، وفي القطع منه خوف على نفسه فلا يزال الخوف بالخوف ، ويفارق الخبيثة ؛ لأن في قطعها قطع سراية ، وليس كذلك قطع موضع من بدنك ؛ لأن في قطعه إحداث سراية ، وتابعه

(٧٧) - تقدمت الاشارة اليه من الكتاب والسنة .

(٧٨) - ليست هذه الكلمة في «رأ» و «ن» .

ابن ادريس والمصنف والعلامة وهو المعتمد ، وفوى فخر الدين الجواز ؛ لأن مع ترك الاكل يحصل الجزم بعوته ، وعند قطع شيء من لحمه يظن السلامة فكان أولى .

قال رحمة الله : ولو اضطر الى خمر وبول تناول البول ، ولو لم يجد إلا الخمر ،

قال الشيخ في المبسوط : لا يجوز دفع الضرورة بها ، وقال في النهاية : يجوز ، وهو الاشبيه .

أقول : ذهب ابن البراج والمصنف والعلامة الى اختيار مذهب النهاية ؛ لأن إباحة المينة والدم المسقوح ولحم الخنزير للمضطر مستلزم إباحة كل ما حرم تناوله ؛ لأن تحريرها أفحش فبابحته يستلزم إباحة الادون ، واستدل الشيخ على مذهبه في المبسوط بما رواه الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلام « قال : سأله عن دواء عجن بالخمر ؟ فقال : والله ما أحب النظر اليه فكيف أنتداوى به وهو بنزلة شحم الخنزير »^(٧٩) ، ونحوها رواية عمر بن أذينة^(٨٠) ، عن الصادق عليه السلام ورواية معاوية بن عمارة^(٨١) ، عنه عليه السلام ايضاً .

(٧٩) - الوسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ٢٠ من ابواب الاشربة المحرمة ، حدث ٤ .

(٨٠) - الوسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ٢٠ من ابواب الاشربة المحرمة ، حدث ١ .

(٨١) - التهذيب ، كتاب الصيد والذبائح ، باب الذبائح والاطعمة ، حدث ٤٩١ (٢٢٦)

وقريب منها عن علي بن جعفر ، الوسائل ، كتاب الاطعمة والاشربة ، باب ٢٠ من ابواب الاشربة المحرمة ، حدث ١٥ .

كتاب الفصب

في السبب

قال رحمه الله : فالغصب هو الاستقلال بثبات اليد على مال الغير عدواً .
أقول : اختلف الاصحاب في تعريف الغصب على معنين :
احدهما : أنه الاستقلال بثبات اليد على مال الغير عدواً ، وهو المشهور
بين الاصحاب .

والآخر : أنه الاستيلاء على مال الغير بغير حق ، وبهذا عرفه العلامة في
التحرير ، وهو أعم من الاول ، فعلى هذا لو كان لانسان عند صانع او غسال ثوب
فرد عليه غيره غلطًا ، ثم علم به بعد قبضه والاستيلاء عليه كان غاصباً ، لحصول
الاستيلاء على مال الغير بغير حق ، وعلى الاول لا يكون غاصباً ؛ لأنَّه غير ظالم
ولا متعد بقبضه ، وكذا لو خرج من جامع فوجد نعلا مختلطة فصار يرفع نعلا
ويضع نعلا ليعرف نعله ، فهو غاصب على التعريف الثاني وليس غاصباً على
التعريف الاول ؛ لأنَّه إنما فعل ذلك ليميز نعله من نعل غيره ، وهو لا يتم الا بما
فعله ، ولو كان غاصباً بذلك لزم المخرج ، والتعريف الاول هو المعتمد والا لازم
المخرج .

قال رحمه الله : فلو سكن الدار مع مالكها قهرا لم يضمن الاصل ، وقال الشيخ : يضمن النصف ، وفيه تردد ، منشأه عدم الاستقلال من دون المالك .

أقول : اذا سكن الدار قهرا مع مالكها ، هل يكون غاصبا بمعنى ضمان^(١) نصف الدار لو تلفت عليه^(٢) ؟ قال الشيخ نعم ، واختاره العلامة ، لتحقق معنى الغصب وهو إثبات اليد على مال الغير عدواً ، لأن مرادهم بإثبات اليد على مال الغير عدواً هو اثبات القدرة على الانتفاع بمال الغير ظلماً بغير وجه شرعي ، مع رفع قدرة المالك عن^(٣) الانتفاع به ، وليس المراد إثبات الممارحة ، واستشكل المصنف تحقق الغصب هنا ، لعدم استقلال الغاصب ؛ لأنهم عرفوا الغصب بأنه الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدواً ، والمراد بالاستقلال الانفراد ، وهذا لم ينفرد بإثبات يده لمشاركة المالك له بالتصريف والمعتمد اختيار الشیخ والعلامة .

اذا عرفت هذا فإذا تلفت الدار ضمن الغاصب النصف سواء سكن النصف أو أكثر او أقل ؛ لأن المتصرف بالدار اثنان ، فيحال الضمان عليها^(٤) كالمجنيات ، أما الاجرة فلا يضمن منها إلا قدر ما يتتفع به من السكنى ، وهذا البحث على تقدير تصرف كل واحد من المالك والغاصب في جميع الدار أما لو فرضنا استقلال الغاصب ببيت من الدار مثلا ، ولم يشارك المالك في باقي الدار بل المتصرف فيه المالك وحده ، لم يضمن غير البيت الذي هو مستقل فيه خاصة ، ويضمن نصف المجاز الى البيت لمشاركة المالك له فيه ، ولو شارك المالك في باقي الدار ضمن البيت ونصف باقي الدار .

(١) - في «م» : ضاماً .

(٢) - ليست هذه الكلمة في النسخ .

(٣) - في «م» : على .

(٤) - كذا .

قال رحمه الله : والحر لا يضمن بالغصب ولو كان صغيراً ، ولو أصابه حرق أو غرق أو موت في يد الفاصل من غير تسبيبه لم يضمنه ، وقال في كتاب المراح : يضمنه الفاصل اذا كان صغيراً وتلف بسبب ، كلدغ الحية والعقرب ووقوع الحانط .

أقول : الحر لا يضمن تحت اليد ؛ لأنّه ليس مالا ولا يتحقق غصبه فلا يضمن بالغصب ؛ لأن المضمون بآيات اليد إنما هو الاموال ، أما الحر فلا وإنما يضمن بالجنائية عليه .

فلو غصب حرّاً صغيراً وتلف قال المصنف : لا يضمنه الفاصل ، سواء كان التلف بسبب او بغير سبب ، كما لو مات حتف نفسه ، وقال الشيخ في كتاب المراح من المبسوط : يضمنه الفاصل اذا كان صغيراً وتلف بسبب كلدغ الحية والعقرب ووقوع الحانط ، واختاره العلامة ؛ لأنّه فعل سبب الاختلاف اذ الصغير لا يمكنه الاحتراز فهو كالعافر البذر ، ولأنّه أتم احتياطاً في حفظ الدماء وعصمة النفوس ، وقال في كتاب الغصب منه وفي المخالفة : لا يضمنه ؛ لأنّ الحر لا يضمن باليد بلا سبب وليس بباشر والضمان معلم بها ، وانتفاء العلة يوجب انتفاء معلومها ، فوجوب القول بانتفاء الضمان ، ولأحالة البراءة ، ثم قال : ولو قلنا بالضمان كان قوياً والمصنف اختار عدم الضمان من غير فرق بين الموت بالسبب والموت بغيره ، وأكثر الأصحاب على الفرق .

قال رحمه الله : ولو حبس صانعاً لم يضمن أجورته مالم ينتفع به ؛ لأن منافعه في قبضته ، ولو استاجرها لعمل واعتقله ولم يستعمله فيه تردد ، والاقرب أن الأجرة لا تستقر لما قلناه .

أقول : منشأ التردد من أن المؤجر قد ملك الأجرة بنفس العقد ، وقد مضى زمان يمكنه العمل فيه وهو باذل للمنفعة لكنه منع بسبب المستأجر فتستقر

الاجرة عليه ، ومن أن منافع الحر لا تضمن بالفوات بل بالتفويت ، وهو لم يحصل فلا تستقر الاجرة ، وهو مذهب المصنف واختاره فخر الدين ، وهو مذهب أبيه في التحرير وهذا البحث ما إذا كان العمل في الذمة ، كما إذا وقع العقد على العمل ثم حبسه مدة يمكنه فيها العمل .

اما لو كان العقد مقيداً بالزمان كما لو استأجره مدة معلومة ثم حبسه تلك المدة ، فإنه تستقر الاجرة عليه قطعاً؛ لأنـه قد استحق منافعه تلك المدة وقد فوتها على نفسه ، فتستقر^(٥) الاجرة عليه .

قال رحمـه الله : ويضمن الخمر بالقيمة عند المستحلـ ، ولو كان المتلف ذمـ ، وفي هذا تردد .

أقول : اذا أتلفـ الإنسان على الذمي خـراً وهو مشترـها ضـمنـها بالقيـمة ، سواءـ كانـ المتـلـفـ مـسـلـماً اوـ ذـمـياً ؛ لأنـهـ مـالـ مـلـوـكـ للـذـمـيـ معـصـومـ فـوـجـبـ ضـمانـهاـ ، فـانـ كانـ المتـلـفـ مـسـلـماً وـجـبـ عـلـيـهـ الـقـيـمـةـ عـنـ دـسـتـحـلـ قـطـعاًـ ، وإنـ كانـ المتـلـفـ ذـمـياًـ ، هلـ يـضـمـنـ بـالـمـثـلـ اوـ الـقـيـمـةـ ؟ـ تـرـدـدـ الـمـصـنـفـ فـيـ ذـلـكـ ، وـمـنـشـأـ التـرـدـدـ مـنـ أـنـهـ مـالـ مـلـوـكـ لـكـلـ مـنـهـاـ ، وـهـوـ مـنـ ذـوـاتـ الـإـمـاـلـ فـيـضـمـنـ بـعـثـتـهـ ، وـهـوـ مـذـهـبـ اـبـنـ الـبـرـاجـ ، وـمـنـ أـنـهـ عـرـمـةـ فـيـ شـرـيـعـةـ الـإـسـلـامـ فـاـذـاـ تـحـاـكـمـواـ إـلـيـنـاـ لـمـ نـوـجـبـ الـمـثـلـ ، لـكـونـهـ غـيـرـ مـلـوـكـ عـنـدـنـاـ ، وـهـوـ مـذـهـبـ الشـيـخـ فـيـ الـمـبـسـطـ وـالـخـلـافـ ، وـهـوـ ظـاهـرـ الـمـصـنـفـ وـالـعـلـامـةـ وـاخـتـارـهـ فـخرـ الـدـينـ وـهـوـ الـمـعـتـمـدـ .

قال رـحـمـهـ اللهـ :ـ وـلـوـ غـصـبـ شـاةـ قـاتـ وـلـدـهاـ جـوـعـاـ ،ـ فـيـ الضـمانـ تـرـدـدـ ،ـ وـكـذـاـ لوـ حـبـسـ مـالـكـ الـمـاشـيـةـ عـنـ حـرـاسـتـهاـ فـاـتـقـنـ الـتـلـفـ ،ـ وـكـذـاـ التـرـدـ لـوـ غـصـبـ دـابـةـ فـتـبعـهـ الـوـلـدـ .

أـقـولـ :ـ مـنـشـأـ التـرـدـ فـيـ هـذـهـ الـمـسـائـلـ الـثـلـاثـ مـنـ عـدـمـ اـسـتـقلـالـ الـيـدـ عـلـىـ الـوـلـدـ .

(٥) - فـيـ «ـنـ»ـ :ـ فـلاـتـسـتـقـرـ .

والماشية فلا يتحقق الغصب فيستنقض الضمان ، ولأن الاصل براءة الذمة ما لم يتحقق الشاغل لها ، ومن أنه سبب في اتلاف الولد والماشية اذا لولاه لم يتحقق التلف وإن كان لعلة^(٦) اخرى ، وتردد العلامه في القواعد والتحrir والارشاد ، ولم يرجح شيئاً كالمصنف ، وظاهر فخر الدين والشهيد في شرح الارشاد ترجيح أصالة البراءة ، وفي الدروس اختار ضمان الولد اذا تبع أمه ولم يتعرض موطه جوعاً ولا لبس مالك الماشية عن حراستها بائنات ولانق ، وظاهر الاموال النفي ، ولم يفرق غيره بين الثلاث المسائل .

ولعل وجه الفرق كون السبب في اتباع الولد لامه أقوى ، لـيل الولد الى متابعة أمه بالطبع بحيث لا يمكن الاستثناء عنها بغيرها ، بمعنى أنه لا يميل بالطبع الى غيرها كميله اليها بخلاف موطه جوعاً ، فإنه يمكن الاعتراض بلبن غيرها عنها ، وبخلاف حبس مالك الماشية عن حراستها ، فإنه تصرف في مالك الماشية ولم يتصرف فيها فأشبه المنع من إمساك الدابة المرسلة ، وقد أفقى جميع الأصحاب بعدم الضمان اذا منع المالك من امساك دابته المرسلة ، فتلتلت ، وترددوا في الضمان اذا حبسه عن حراسة دابته فتلتلت ، وفي الفرق نظر .

قال رحمه الله : أما لو فتح رأس الظرف فقلبه الريع او ذاب بالشمس ، في الضمان تردد ، ولعل الاشبہ أنه لا يضمن : لأن الريع والشمس كالمباشر ، ويبطل حكم السبب .

أقول : منشأ التردد بما قاله المصنف ، ومن أن الريع والشمس لا أثر لها في إخراج السنن من الظرف واما اثرا في انقلابه واذابته ، واما خرج السنن بسبب فتح رأس الظرف الصادر عنه فكان ضامنا له ، لضعف المباشر ، اذا لو اقلب الظرف او ذاب ورأسه مشدود لم يؤثر الانقلاب والاذابة شيئاً ، فكان السبب أقوى وهو

في الحكم

قال رحمه الله : ولو حدث في المغصوب عيب ، مثل تسويس القر او تحريق الثوب رده مع الارش ، ولو كان العيب غير مستقر كعفن الحنطة ، قال الشيخ : يضمن قيمة المغصوب ، ولو قيل : يرد العين مع أرش العيب المحاصل ، ثم كلما زاد دفع أرش الزيادة كان حسناً .

أقول : اذا غصب طعاماً فعن عنده بطول المكت او بحسب الماء عليه ولم يستقر نقصه ، قال الشيخ : فهو كالمستهلك يضمن ، واستحسن المصنف رد العين مع ضمان أرش العيب المحاصل ثم كلما زاد دفع أرش الزيادة ، واختاره العلامة وابنه ، لبقاء العين المغصوبه فيجب ردتها ورد نقصها المحاصل والمتجدد ؛ لأنّه السبب في ذلك ، واستشكل العلامة رد المتجدد لحصول البراءة بدفع العين والارش المحاصل .

والمعتمد ضمانه ؛ لأنّ وجود السبب كوجود المسبب . هذا اذا لم يكن اصلاحه ولا التصرف فيه ، فلو أمكننا وأهل فالاقرب انتقاء الضمان ، لاستناده الى تفريط المالك .

فرع : اذا غصب سمناً ودقيقاً ودبساً واتخذ منه حلوى كان فيه الوجهان أيضاً؛ لأنه كالمستهلك عند من لا يريده فيضمن القيمة ، والمعتمد رده مع أرش النقص ، فحيثند إن كانت قيمته لا تقص بالاختلاط عن قيمته حال الانفراد ، أخذه المالك ولا شيء للغاصب ولا عليه ، وان زادت بالاختلاط عن الانفراد أخذه المغصوب منه ولا شيء للغاصب ؛ لأنه ليس له عين مال فيكون شريكاً بها ، واما حصل منه عمل في مال الغير بغير إذنه فلا يستحق بسيبه شيئاً ، وان نقصت قيمته بالاختلاط عن قيمته حال الانفراد رده مع أرش النقص ، لأنه السبب في ذلك .

قال رحمه الله : وإن لم يكن مثلياً ضمن قيمته يوم غصبه ، وهو اختيار الاكثر ، وقال في المسوط والخلاف : يضمن أعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف ، وهو حسن ، ولا عبرة بزيادة القيمة ولا بنقصانها بعد ذلك على تردد .
 أقول : يجب رد المغصوب مع بقاء عينه وان تعسر وأدى^(٧) الى اتلاف^(٨) مال الغاصب ، وكان قيمته أضعاف قيمة المغصوب ، كاللوح في السفينة وهي في اللجة وأدى نزعه الى غرقها وغرق ما فيها للغاصب ، اما لو كانت هي أو ما فيها لغير الغاصب او كان ما^(٩) فيها له وادى نزع اللوح الى غرقه او غرق حيوان له حرمة ، فإنه يؤخر النزع الى حيث يصل الساحل ، وللمغصوب منه المطالبة بالقيمة حتى يقبض العين ، ويرد القيمة التي قبضها ، ومع رد العين لا^(١٠) يلتفت الى القيمة ، سواء زادت او نقصت اذا كانت العين على صفتها ، فان تلتف العين او تمذر ردها بان غصبها ظالم ، وجب على الغاصب رد

(٧) - في النسخ : أو أدى .

(٨) - في النسخ : تلف .

(٩) - في النسخ : أو كانت وما فيها .

(١٠) - هذه الكلمة من النسخ وليس في الأصل .

المثل إن كانت مثالية ، وهي التي تساوي قيمة أجزائها كالمحبوب والادهان ، ورد القيمة إن كانت قيمية ، وهي التي لا تساوي قيمة أجزائها كالثياب والحيوان .

واختلف الاصحاب في القيمة المردودة على ثلاثة أقوال : الاول : قيمته يوم الغصب ؛ لأنّه وقت انتقال الضمان اليه ، والضمان هنا بالقيمة فيقضى عليه بها ، نقله المصنف عن الاكثر . الثاني : قيمته يوم التلف ؛ لأنّه وقت استقرار ضمان القيمة ؛ لأنّه قبل ذلك مخاطب برد العين ، وانما خوطب برد القيمة بعد سلتها ، فيتضمن القيمة يوم التلف ، وهو مذهب ابن البراج واختاره العلامة في المختلف . الثالث : أعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف ، وهو مذهب الشيخ في النهاية والخلاف وموضع من المسوط ، واختاره فخر الدين وأبو العباس ؛ لأنّه مضمون في جميع الحالات التي من جملتها الحالة العليا ، ولأنّه أنساب^(١١) الى التعليظ على الغاصب وهو المعتمد .

أما القيمة بعد التلف فلا يلتفت الى زيتها ولا نقصانها^(١٢) على ما هو المشهور بين الاصحاب ، ولم يتردد في ذلك غير المصنف والشهيد ، بناء على ضمان زيادة القيمة بعد التلف على القول بضمان القيمي بعثله ، وهو قول نادر لا عمل عليه .

والظاهر أنّه منشأ التردد من عدم الثبات الاصحاب الى زيادة القيمة او نقصانها بعد التلف ، ومن أن الغاصب مخاطب برد العين او قيمتها من حين الغصب الى حين الدفع ، فيكون مخاطباً بأعلى القيم من حين الغصب الى حين الدفع . قال رحمه الله : والذهب والفضة يضمنان بعثلهما ، وقال الشيخ رحمه الله : يضمنان بعقد البلد كما لو كان مما لا مثيل له .

(١١) - في «ن» و «ر» : السبب .

(١٢) - هذه الكلمة من النسخ وليس في الاصل .

أقول : هذا هو قول الشيخ رحمه الله في المسوط حذرا من الربا ، وقال ابن ادريس يضمنان بالمثل ؛ لأنهما من ذوات الامثال والربا إنما يكون في البيع وهذا ليس بيعاً ، واختاره المصنف والعلامة وابنه .

قال رحمه الله : ولا تقدير في قيمة شيء من أعضاء الدابة ، بل يرجع الى الارش السوقى ، وروي ^(١٤) في عين الدابة ربع قيمتها ، وحکى الشيخ رحمه الله في المسوط والخلاف عن الاصحاب في عين الدابة نصف قيمتها ، وفي العينين كمال القيمة ، وكذا كلما في البدن منه اثنان ، والرجوع الى الارش السوقى أشبه .

أقول : المشهور الضمان بالارش السوقى ؛ لأن الجنائية على الباهائم لا تضمن بقدر بل بالارش السوقى ، والرواية التي أشار اليها المصنف هي مارواه أبو العباس عن الصادق عليه السلام ، « قال : من فقا عين الدابة فعليه ربع قيمتها » ^(١٥) ، والمعتمد الارش .

قال رحمه الله : ولو غصب عبداً أو أمة قتله ، أو قتله قاتل ، ضمن قيمته مالم يتجاوز قيمة الحر ، ولو تجاوز لم يضمن الزيادة ، ولو قيل : يضمن الزائد بسبب الفصب كان حسناً .

أقول : وجوب الرد الى دية الحر مع زيادة قيمة العبد عليها مذهب الشيخ في المسوط والخلاف للعموم ^(١٦) ، واستحسن المصنف الازمام ^(١٧) بالزيادة ، وهو مذهب ابن ادريس واختاره العلامة وهو المعتمد ، لأنه لو مات او تلف بسبب غير القتل ضمنه بتمام القيمة فكذا لو قتله ، وأن العمل على المجانى غير

(١٢) - في الاصل : البيع، وما أبنته فهو من النسخ .

(١٤) - الوسائل ، كتاب الدييات ، باب ٤٧ من ابواب ديات الاعضاء ، حديث (٤٣٢٠١) .

(١٥) - الوسائل : كتاب الدييات ، باب ٤٧ من ابواب ديات الاعضاء ، حديث ١ .

(١٦) - الوسائل ، كتاب الدييات ، باب ٦ من ابواب ديات النفس ، حديث (٥٣٢) .

(١٧) - في النسخ : الازمام الناصب .

الغاصب قياس لانقول به ، فان كان الجانبي هو الغاصب ضمن القيمة بالغاً ما بلغت ، وإن كان غير الغاصب ورجع المالك على الغاصبأخذ القيمة بالنهاً ما بلغت ، وان رجع على الجانبي رجع عليه بالقيمة مالم تتجاوز دية المهر ، فان تجاوزت ردت الى دية المهر ، وكان الزائد في مال الغاصب ، ومع الرجوع على الغاصب يرجع الغاصب على الجانبي بما عدا الزائد على دية المهر .

قال رحمه الله : ولو جنى الغاصب عليه بما دون النفس ، فان كان تمثيلاً ، قال الشيخ : عتق وعليه قيمته ، وفيه تردد ينشأ من الاقتصر بالعتق في التمثيل على مباشرة المولى .

أقول : قال الشيخ وابن البراج يعتقد عليه ويضمن قيمته ، واختاره فخر الدين ، وظاهر المصنف عدم العتق ؛ لأن العتق بالتنكيل على خلاف الاصل ، فيقتصر فيه على مورد النقل وهو مباشرة المولى ، واختاره العلامة في أكثر كتبه .

قال رحمه الله : وكل جنائية مقدرة في المهر فهي مقدرة في العبد بمحاسب قيمته ، وما ليست مقدرة في المهر ففيه الحكومة ، ولو قيل : يلزم الغاصب أكثر الأمرين من المقدر والارش كان حسناً ، اما لو استغرقت قيمته ، قال الشيخ رحمه الله : كان المالك مخيراً بين تسليمه وأخذ القيمة ، وبين إمساكه ولاشيء له ، تسوية بين الغاصب وغيره ، وفيه تردد .

أقول : اذا جنى الانسان على عبد غيره فلا يخلو إما أن يعني عليه بما فيه مقدر من المهر أو بما ليس فيه مقدر ، وعلى التقديرتين لا يخلو : إما أن تعطي الجنائية بقيمة العبد أو لا ، فالاقسام أربعة :

الأول : أن يعني عليه بما فيه مقدر في المهر ، كقطع يد العبد ، فان في ذلك نصف القيمة ، لأن في يد المهر نصف ديته .

الثاني : أن يعني عليه بما ليس فيه مقدر من المهر ، كالجراحات في البدن ،

وهذا فيه الارش ، وهو أن يقوم سليماً من تلك المبراحة ، ثم يقوم بعروحاً ، ثم يغنم الجاني ما نقص بسبب المبراحة .

هذا اذا كان الجاني غير غاصب ، فان كان الجاني غاصباً ، هل يكون كذلك؟ قال الشيخ في المبسوط والخلاف : نعم ، محتاجاً باجماع الفرقة واخبارهم^(١٨) ، وتبعه ابن ادريس .

واستحسن المصنف إلزام الغاصب بأكثر الامرين من الارش والمقدر الشرعي ، واختاره العلامة وقاوه الشهيد وهو اختيار أبي العباس في مقتصره ، أما ضمان المقدر على تقدير الزيادة فللعموم ، وأما ضمان الارش على تقدير الزيادة فلأنه نقص أدخله على مال غيره فيكون ضامناً له ، ولأنه أنساب^(١٩) بالتنليط ؛ لأن الغاصب مخاطب بأشق الاحوال ، فحينئذ لو قطع يد عبد قيمته منه فصارت عشرين ضمن ثمانين ، ولو صارت ثمانين ضمن خمسين ، وهو المعتمد . الثالث : أن لا تستغرق الجنائية للقيمة ولا خلاف فيأخذ العبد مع أرش الجنائية مع القصور عن القيمة ولو بدرهم .

الرابع : أن تحيط الجنائية بالقيمة مثل أن يقطع يده ورجله أو يقلع عينيه أو يقطع ذكره وما شابه ذلك ، فهنا يتخير بين دفع العبد الى الجاني وأخذ القيمة منه ، وبين إمساكه بجاناً ، فلو كان الجاني غاصباً هل الحكم كذلك؟ قال الشيخ في المبسوط : نعم ، لثلا يجتمع للملك العين والقيمة ، وقال ابن ادريس : له إمساكه والمطالبة بالقيمة ، واختاره العلامة والشهيد ؛ لأن الناصل مأخوذ بأشق الاحوال ، وهو المعتمد .

قال رحمة الله : وإن تعذر تسليم المضروب دفع الغاصب البدل ، ويلكه

(١٨) - الوسائل . كتاب الديات ، باب ٨ من أبواب ديات الشجاج والمبراح ، حديث ٤ - ٢ .

(١٩) - في «ر» : المسبب .

المغصوب منه ، ولا يملك الفاصل العين المغصوبة ، ولو عادت كان لكل منها الرجوع ، وعلى الفاصل الاجرة إن كان ماله أجرة في العادة من حين الغصب الى حين دفع البدل ، وقيل : إلى إعادة المغصوب ، والواول أشبه .

أقول : اذا تعذر رد العين وهي باقية ، كما لو أبق العبد ، ضمن الفاصل القيمة في الحال ، للحيلولة ، ويلكها المغصوب منه ملكا لا عوض له ، لأن الفاصل لا يملك العين المغصوبة مقابل ما دفع من القيمة ، فإذا عادت العين المغصوبة الى الفاصل وتمكن من دفعها الى مالكها ترada وجوبا مع الناس أحدهما ، ولو تراضيا بذلك المعاوضة جاز ، وعلى الفاصل أجرة العين المغصوبة من حين الغصب الى حين دفع البدل ان كانت ذات اجرة .

وهل يجب اجرة ما بين دفع البدل الى رده ؟ قيل : نعم ، لبقاء العين ومنافتها على ملك المالك فالمนาفع الفائته تلك المدة مملوكة له ، ف تكون مضمونة على الفاصل ، وذهب المصنف الى عدم ضمان المنافع تلك المدة ، واختاره العلامة وابنه ، لحصول البراءة بدفع البدل فلا معنى لضمان المنافع .

قال رحمة الله : ولو غصب شيئاً ينقص قيمة كل واحد منها اذا انفرد عن صاحبه كالخفين ، فتلف أحدهما ، ضمن التالف بقيمة مجتمعاً ، وردباقي وما نقص من قيمته بانفراده ، وكذا لو شق ثواباً نصفين فنقصت قيمة كل واحد منها بالشق ثم تلف أحدهما ، أما لو أخذ فرداً من خفين يساويان غيره فتلف في يده وبقي الآخر في يد المالك ناقصاً عن قيمته بسبب الانفراد ، رد قيمة التالف لو كان منضماً الى صاحبه ، وفي ضمان ما نقص من قيمة الأجر تردد .

أقول : منشأه من أن الذي في يد المالك لم يجز عليه غصب ، ولا دخل تحت يد الفاصل فلا يضمن نقصه ، لاصالة البراءة من ذلك ، ومن كونه سبب النقص فيضمه ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو غصب فحلاً فأنزاه على الانثى كان الولد لصاحب الانثى ، وإن كانت للغاصب ، ولو نقص الفحل بسبب الضرب ضمن الغاصب عليه أجرة الضرب ، وقال الشيخ في المسوط : لا يضمن الأجرة ، والاول أشبه ; لأنها عندنا ليست محمرة .

أقول : احتاج الشيخ بنبي النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن كسب الفحل (٢٠) ، وقال ابن ادريس بوجوب الأجرة ، واختاره المصنف والعلامة وهو المعتمد ؛ لأنها منفعة وكان عليه عوضها ، والنهي محمول على الكراهة دون التحرير .

قال رحمه الله : ولو أغلى الزيت فنقص ضمن النقصان ، ولو أغلى عصيراً فنقص وزنه ، قال الشيخ : لا يلزم ضمان التقيصة ؛ لأنها نقيضة الرطوبة التي لا قيمة لها بخلاف الاولى ، وفي الفرق تردد .

أقول : فرق الشيخ بين الصورتين ؛ لأن الزيت لاماء فيه فإذا نقص منه شيء نقص من أحرازه ، بخلاف المصير فان فيه أحرازء مائية لا قيمة لها ، فإذا نقص منه شيء لم يضمنه الغاصب ، وتردد المصنف من أنه نقص أدخله على مال الغير فيكون مضموناً ، واختاره العلامة وابنه وهو المعتمد .

وموضوع المسألة نقصان العين دون القيمة ، أما لو نقصت القيمة ضممتها قطعاً .

(٢٠) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٢ من ابواب ما يكتسب به ، حديث ٣.

النظر الثالث في اللواحق

قال رحمه الله : اذا غصب دهنا كالزيت او السمن ، فخلطه بمثله فهما شريكان ، وإن خلطه بأدون او بأجود ، قيل : يضمن المثل لتعذر تسلیم العین ، وقيل : يكون شريكاً في فضل الجودة ، ويضمن المثل في فضل الرداءة الا أن يرضي المالك بأخذ العین .

أقول : لم يفرق ابن ادريس بين الخلط بالاجود وبالمثل ، وحكم في الصورتين أنه كالمستهلك يتخير الفاصل بين دفع المثل منه او من غيره ، ونقل عن بعض أصحابنا أنه يكون شريكا كما تلقه المصنف هنا ، واختاره العلامة في القواعد جزما وهو المعتمد ؟ لأن عين المغصوب موجودة في هذا العين فلا ينتقل الحق الى المثل او القيمة مع وجود العين .

أما لو مزجه بالاردي فإنه يتخير المالك بين أخذ العين او المثل من غيرها .

قال رحمه الله : ولو أولدها المشتري كان حراً وغرم قيمة الولد ورجع بها على البائع ، وقيل : في هذه له مطالبة أيهما شاء ، ولو طالب المشتري رجع على البائع ، ولو طالب البائع لم يرجع على المشتري ، وفيه احتلال آخر .

أقول : القول المشار اليه هو قول الشيخ في المبسوط ، قال : يرجع بقيمة الولد على أيديها شاء ، أما البائع فلأنه السبب في حصول المغاربة في يد المشتري ، وأما المشتري فلل مباشرة ، وابن ادريس قصر الرجوع على المشتري خاصة ؛ لأن السبب ضعف بال المباشرة .

ويتفرع على مذهب ابن ادريس أنه اذا رجع على البائع رجع البائع على المشتري ، وإليه أشار المصنف بقوله (وفيه احتقال آخر) .

والمعتمد أن المشتري يرجع على البائع ؛ لأنه غره ولم يحصل له في مقابلة^(٢١) الولد نفع فيرجع على الغار بما اغترمه في مقابلته^(٢٢) وإن رجع على البائع لا يرجع على المشتري لاستقرار الضمان على البائع .

قال رحمة الله : اذا غصب مملوكة فوطأها فان كانا جاهلين لزمه مهر أمثلاها ، للشبة ، وقيل : عشر قيمتها إن كانت بكرأ ، او نصف العشر إن كانت ثيأ ، وربما قصر بعض الاصحاب هذا الحكم على الواطي بعقد الشبة .

أقول : القول بوجوب مهر المثل قول الشيخ وابن ادريس ، قال ابن ادريس : وذهب بعض أصحابنا الى أن عليه نصف عشر قيمتها ، قال : والأول أصح ؛ لأن ذلك في من اشتري جارية ووطأها وكانت حاملاً وأراد رددها على باليها ، فإنه يرد نصف عشر قيمتها فلا يقاس عليه ذلك ، والى هذا القول أشار المصنف بقوله (وربما قصر بعض الاصحاب هذا الحكم على الواطي بعقد الشبة) ، وذهب العلامة في الارشاد الى وجوب العشر مع البكاره ونصفه مع الشبيهية ، واختاره الشهيد ، وقال في القواعد : ويحتمل الاكثر من الارش والشر وهو قريب ؛ لأنه مأخوذ باشق الاحوال ، وظاهر التحرير متابعة الشيخ وابن

(٢١) - في النسخ : مقابلة .

(٢٢) - في النسخ : مقابلة .

ادریس .

قال رحمه الله : ولو أحيلها الحق به الولد ، وعليه قيمته يوم سقط حيا ، وأرش ما نقص من الأمة بالولادة ، ولو سقط ميتاً ، قال الشيخ رحمه الله : لا يضمنه لعدم العلم بحياته ، وفيه إشكال ينشأ من تضمين الاجنبي ، وفرق الشيخ رحمه الله بين وقوعه بالجناية وبين وقوعه بغير جناية .

أقول : ذهب الشيخ رحمه الله في المسوط إلى عدم الضمان مع خروجه ميتاً لاصالة براءة الذمة ، ولأن الضمان إنما كان للحيلولة بين الولد ومالك الامة ، والحيلولة إنما تتحقق بعد خروجه حياً ، واختاره العلامة في التحرير والإرشاد والشهيد في دروسه ، واستشكله المصنف ؛ لأن الاجنبي اذا ضربها فألفت جنيناً ميتاً ضمه ، والمقتضى للضمان إنما هو ظن حياته قبل الضرب ، وهذا المعنى موجود مع وضعه ميتاً من غير ضرب ، والشيخ فرق بين الصورتين ؛ لأنه اذا ألقته ميتاً عقيب ضرب بطنهما كان الظاهر أن موته بسبب الجناية ، بخلاف ما اذا ألقته ميتاً من غير جناية ، وهو حسن .

قال رحمه الله : ولو كان الغاصب والأمة عالمين بالتحريم ، فللملوك المهر إن أكرها على الوطى ، وعليه الحد ، وإن طاوت حد الواطى ولا مهر ، وقيل : يلزم عوض الوطى ؛ لأنه للملك ، والأول أشبه .

أقول : المشهور عدم ثبوت المهر مع علمها بالتحريم ومطاوتها ؛ لأنها حينئذ بغية ، وقال عليه السلام : « لا مهر لبغية »^(٢٢) ، وقيل : يلزم المهر ؛ لأن سقوط مهر المرأة مستند إلى رضاها ، ورضا الأمة لا يوثق في حق السيد ، والأول هو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو وضعته ميتاً ، قيل : لا يضمن ؛ لأننا لا نعلم حياته قبل

(٢٣) - سنن البهقي ، ج ٦ ، ص ٦ مع اختلاف في اللفظ .

ذلك ، وفيه تردد .

أقول : سبق البحث في هذه^(٢٤) .

قال رحمه الله : ولو غصب حبا فزرعه ، أو بيضاً فاستفرخه ، قيل : الزرع والفرخ للفاصلب ، وقيل : للمخصوص منه ، وهو أشبه .

أقول : قال الشيخ في باب الفصب من الخلاف والمبوسط : إن الزرع والفرخ للفاصلب ؛ لأن عين المخصوص قد تلقت ، وإذا تلقت لا يلزم غير القيمة ، قال : ومن يقول إن الفرخ عين البيض وإن الزرع هو عين الحب مكابر ، والمشهور أن الفرخ والزرع لمالك البيض والحب ؛ لأنهما متولدين من أصل مخصوص ، وتغير الاوصاف والالوان لا يوجب الخروج عن ملك المالك ، وهو المتمد .

قال رحمه الله : قال الشيخ في المبوسط : اذا خشي على حائط جاز أن يسند بمذع بغير إذن مالك المذع مدعياً للاجماع ، وفي دعوى الاجماع نظر .

أقول : هذا قول الشيخ في المبوسط عتباً على مراعاة المصالح الكلية أولى من الجزئية مع التعارض ، وفي اسناد الحائط حفظ النفس والمال ، وفي تركه حفظ بعض منافع جذع مع إمكان زواله سريعاً ، وكان الاول أولى لوجوبه على صاحبه^(٢٥) كفاية ، وعيناً بفقد سواه ، ومنشأ النظر من أنه تصرف في مال الغير بغير إذنه فلا يجوز .

قال رحمه الله : اذا تلف المخصوص واختلفا في القيمة ، فالقول قول المالك مع يمينه ، وهو قول الاكثر ، وقيل : القول قول الفاصلب ، وهو أشبه .

أقول : قال الشيخ في النهاية والمفيد رحمه الله : إن القول قول المالك ونقله

(٢٤) - من

(٢٥) - في النسخ : صاحب المذع .

المصنف عن الاكثر ؛ لأن الفاصل جاني^(٢٦) فلا يقبل قوله ، وقال الشيخ في المبسوط والخلاف : القول قول الفاصل ، واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة وهو المعتمد ؛ لأنه منكر فيكون القول قوله ، ولأن الاصل عدم الزيادة عما يدعوه الفاصل .

قال رحمه الله : اذا باع الفاصل شيئاً ثم انتقل اليه بسبب صحيح ، فقال للمشتري : بعثك ما لا أملك وأقام بيته ، هل تسمع بيته ؟ قيل : لا ، لانه مكذب لها بباشرة البيع ، وقيل : إن اقتصر على لفظ البيع ولم يضم اليه من الانفاظ ما يتضمن الملكية قبل ، وإلا ردت .

أقول : أما وجه عدم القبول فقد ذكره المصنف وهو التكذيب بباشرة البيع ، والظاهر أن الانسان انا يبيع ملكه فلا يقبل دعواه بعد ذلك أنه ليس بملكه ، وكل موضع لا يقبل الدعوى لاتسمع البينة ؛ لأنها متوقفة^(٢٧) على صحة الدعوى ، ووجه القبول أن الانسان قد يبيع ملك غيره ، فنفس البيع مع عدم ما يتضمن الملك لا ينافي دعوى عدم الملك ، أما لو ضم الى البيع^(٢٨) ما يتضمن الملك مثل قوله : بعثك ملكي او هذا ملكي او قبضت ثمن ملكي ، فإنه لا يقبل الدعوى بعد ذلك ما لم يتضمن الى البيع شيء من الانفاظ المتضمنة للملك ، والدعوى مقبولة ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : اذا مات العبد فقال الفاصل : ردته قبل موته ، وقال المالك : بعد موته ، فالقول قول المالك مع بيته ، وقال : ولو قلنا في هذه بالقرعة ، كان جائزأً .

(٢٦) - في النسخ : خائن .

(٢٧) - في النسخ : متربة .

(٢٨) - في النسخ : البيع .

(٢٩) - في النسخ : فالدعوى .

أقول : المعتمد أن القول قول المالك ؛ لأن الاصل عدم رد العبد قبل موته ،
والاصل عدم زوال الضمان مالم يعلم السبب المزيل ، ووجه القول بالقرعة أن كلا
منهما مدع موت العبد عند صاحبه ولا ترجيع ؛ لأن الاصل عدم موته عند
الفاصل فيعمل بالقرعة .

كتاب الشفاعة

ما تثبت فيه الشفعة

قال رحمة الله : وثبتت في الأرضين كالمساكن والعراس والبساتين إجماعاً ، وهل يثبت فيها ينقل كالثياب والآلات والسفن والحيوان ؟ قيل : نعم ، دفعاً لكلفة القسمة ، استناداً إلى رواية يونس ، عن بعض رجاله عن أبي عبدالله عليه السلام ، وقيل : لا ، اقتصاراً في التسلط على مال المسلم بوضع الاجماع ، واستبعافاً للرواية المشار إليها ، وهو أشبه .

أقول : اختلاف الصحابة في محل الشفعة على أربعة أقوال :

الأول : اختصاصها في غير المنقول كالمساكن والعراس والبساتين ، وهو قول الشيخ في المخلاف والمبسوط ، وابن حزنة ، واختاره المتأخرون وهو المعتمد ؛ لأن الشفعة على خلاف الأصل ؛ لأن الأصل عدم التسلط على مال الغير بغير اختياره ، فيقتصر فيه على موضع الوفاق ، ولما رواه جابر عن النبي صلى الله عليه وآله : « لا شفعة إلا في ريع أو حائط »^(١) .

الثاني : ثبوتها في كل مبيع ، وهو قول ابن الجنيد وابن أبي عقيل والسيد

(١) - كنز العمال ، ج ٤ ، ص ٢ ، رقم ١ . سنن البيهقي ، ج ٦ ، ص ١٠٤ ، ١٠٩ .

المرتضى وابن البراج وابن ادريس ، لرواية يونس ، عن بعض رجاله ، عن الصادق عليه السلام ، « قال : سأله عن الشفعة لمن هي وفي أي شيء ولمن تصلح ، وهل تكون في الحيوان ؟ فقال : الشفعة جائزه في حيوان او ارض او مтайع »^(٢) وأجيب باستضاعف الرواية ؛ لأنها مرسلة .

الثالث : ثبوتها في كل مبيع بشرط عدم امتناع القسمة ، وهو قول الشيخ في النهاية فيخرج النهر والطريق والحمام والمضارب الضيقية ، لرواية طلحه بن زيد ، عن جعفر ، عن أبيه ، عن علي عليه السلام ، « قال : لا شفعة الا لشريك مقاسم »^(٣) .

الرابع : ثبوتها في غير المنسوب ، وفي العبد خاصة من المنسوب ، نقله المصنف عن بعض الاصحاب ، واختاره العلامة في المختلف للضرر بقسمته .

قال رحمه الله : وفي دخول الدولاب والتاعورة في الشفعة اذا بيع مع الارض تردد ، إذ ليس من عادته أن ينتقل .

أقول : منشؤه من أنه من المنسولات في الحقيقة فلا تثبت فيه الشفعة على القول باختصاصها في غير المنسوب ، ومن جريان العادة بعدم نقله وتحويله فيدخل في الشفعة ، وهو اختيار فخر الدين ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو كان بعض الدار وقفها وبعضها طلاقاً فيبيع الطلاق ، لم يكن للموقوف عليه شفعة ولو كان واحداً ؛ لانه ليس مالكاً للرقبة على المخصوص ، وقال المرتضى رحمه الله : ثبتت الشفعة .

أقول : اختلاف الاصحاب هنا على ثلاثة اقوال :

(٢) - الوسائل ، كتاب الشفعة ، باب ٧ ، حدیث ٢ .

(٣) - الوسائل ، كتاب الشفعة ، باب ٢ ، حدیث ٧ وفيه بدل (مقاسم) قوله (غير مقاسم) ، راجع النهاية : ص ٤٢٤ .

الاول : ثبوتها مطلقاً ، سواء كان الموقوف عليه واحد أو أكثر ، فان كان للمساجد او القراء والمساكين كان للحاكم المطالبة بالشفعة ، وهو قول المرتضى وأبي الصلاح ، وظاهر العلامة في التحرير ، لم عموم^(٤) ثبوت الشفعة مع الشركة وهي حاصلة هنا .

الثاني : ثبوتها مع اتحاد الموقوف عليه ، وهو قول ابن ادريس واختاره العلامة في القواعد والمختلف ، واستحسن ابو العباس ؛ لأن شريك واحد فكان له الشفعة .

الثالث : عدم ثبوت مطلقاً ، وهو قول الشیخ (في المبسوط)^(٥) ، واختاره المصنف وقد ذكر وجهه ، وهو أنه ليس مالكا للرقبة على المخصوص .

(٤) - المصدر المتقدم .

(٥) - ما بين القوسين ليس في « ر١ » .

في الشفيع

قال رحمه الله : وثبتت بين الشركين ، وهل تثبت لما زاد عن شفيع واحد ؟
فيه أقوال : أحدها نعم ، وثبتت مطلقاً على عدد الرؤوس ، والثاني تثبت في
الارض مع الكثرة ولا تثبت في العبد الا للواحد ، والثالث لا تثبت في شيء مع
الزيادة على الواحد ، وهو أظهر .

أقول : المشهور بين أصحابنا عدم ثبوت الشفعة مع زيادة الشركاء على
اثنين ، ويکاد أن يكون اجماعاً كما ^(١) نقله ابن ادريس ؛ لأن الاصل عدم
الشفعة ، وثبتت الملك للمشتري خرج منه موضع الاجماع ، لتفيضر بالشركة
أو طلب القسمة ، فيقع اليقى على الاصل ، ولما رواه يونس بن عبد الرحمن ، عن
عبد الله بن سنان في الصحيح ، عن الصادق عليه السلام : « قال لا يكون الشفعة
الا لشركين ما لم يتقاسما » ^(٧) ، وأثبتها ابن الجنيد مع القسمة وهو نادر ،

(٦) - ليست في الاصل .

(٧) - الوسائل ، كتاب الشفعة ، باب ٧ ، حديث ١ .

نعم^(٨) ورد في ذلك روايات وأثبتها^(٩) محمد بن بابويه مع الكثرة في غير الحيوان ، (وفي الحيوان)^(١٠) مع الشريك الواحد وهو نادر ، والاول هو المعتمد ، ثم اختلف ابن الجنيد وابن بابويه ، فقال ابن الجنيد : إنها تثبت على قدر السهام ، وقال ابن بابويه : على قدر الرؤوس ، وهو أوجه ؛ لأن المقتضي للأخذ بالشفعة مطلق الشركة ، وهذا لو انفرد الشريك بالجزء من المتنا لاخذ الجميع ، فصار المعتبر مطلق الشركة .

قال (رحمه الله) : ولو باع الجد او الاب عن اليتيم شقصه المشترك معه ، جاز أن يتشرع وترتفع التهمة ؛ لانه لايزيد على بيع ماله من نفسه ؟ وهل ذلك للوصي ؟ قال الشيخ : لا ، لمكان التهمة ، ولو قيل بالجواز كان أشبه كالوكيل .
أقول : قال الشيخ في المبسوط لو باع ولی^(١١) اليتيم حصته من المشترك بيته وبينه لم يكن له الاخذ بالشفعة الا أن يكون أبا أو جدا ؛ لأن الوصي منهم فيؤثر تقليل الثمن ، ولأنه ليس له ان يشتري لنفسه ، بخلاف الاب والجد ؛ لأنها غير متهمين وهما أن يشتريا لأنفسهما ، وظاهر المصنف جواز الاخذ للوصي أيضا واختاره العلامة في القواعد وابنه والشهيد ؛ لأنه يجوز له عندهم أن يشتري لنفسه من نفسه كالاب والجد ، ولا يزيد الاخذ بالشفعة على ذلك ، والامانه تدفع التهمة ، والاصل عدم الخيانه وهو المعتمد ، والعلامة في المختلف أبطل شفعة الولي مطلقا سواء كان أبا او جدا او وصيا للرضا بالبيع .

قال رحمه الله : ولو قال الحاضر لا اخذ حق بحضور الغائب ، لم تبطل شفعته ؛ لأن التأخير لفرض لا يتضمن الترك ، وفيه تردد .

(٨) - في الاصل : أورد .

(٩) - هذه الكلمة ليست في الاصل .

(١٠) - ما بين الترسين ليس في «ر١» .

(١١) - في «ر١» : إلى .

أقول : منشأه من ان الأخذ^(١٢) [بـ] الشفعة على الفور على الصحيح من المذهب ، والتأخير مناف للفورية فتبطل الشفعة ، ومن أن التأخير اذا كان لفرض لا يتضمن الترك وهو هنا كذلك .

قال رحمه الله : لو كانت الدار بين ثلاثة ، فباع أحدهم من شريكه استحق الشفعة الثالث دون المشتري ؛ لأنه لا يستحق شيئاً على نفسه ، وقيل : يكون بينها ، ولعله أقرب .

أقول : القائل بان الشفعة بينها هو الشيخ في المسوط ، ووجه قوله أنها اشتراكاً في الشركة الموجودة حال الشراء ، فوجب أن لا ينفرد أحدهما بالشفعة على القول بتبوتها مع الكثرة يكون اختصاص الثالث فيها أقوى^(١٣) ؛ لأن الشفعة مستحقة على المشتري فلا تستحقها على نفسه .

(١٢) - من النسخ .

(١٣) - كذا وردت هذه الجملة في الاصل والنسخ .

في كيفية الأخذ

قال رحمه الله : ويدفع الشفيع مثل الثن إن كان مثليا كالذهب والفضة ، وإن لم يكن له مثل كالحيوان والثوب والمجوهر ، قيل : يسقط لتعذر المثلية ، ولرواية علي بن رئاب عن أبي عبد الله عليه السلام ، وقيل : يأخذ بقيمة العرض وقت العقد ، وهو أشبه .

أقول : القول بالبطلان اذا كان الثن قيميا هو قول الشيخ في الخلاف وابن حزرة ، واختاره العلامة في المختلف ؛ لأن الأخذ بالشفعه على خلاف الاصل فيقتصر فيه على موضع الوفاق ، ولرواية علي بن ذئاب^(١٤) عن أبي عبد الله عليه السلام ، المتضمنه لسقوط الشفعه اذا كان الثن قيميا ، وقال المفید والشيخ في المسotto وابو الصلاح وابن ادریس : يأخذة بالقيمة حالة العقد ، لعموم ثبوت الشفعه^(١٥) ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد والارشاد وابنه والشهید ، والمشهور الأخذ

(١٤) - الوسائل ، كتاب الشفعة ، باب ٧ ، حدیث ٥ .

(١٥) - الوسائل ، كتاب الشفعة ، باب ٥ ، حدیث ٣ وباب ٧ ، حدیث ٢ .

بالقيمة يوم العقد ، وقال فخر الدين يأخذ بأعلى القيم (من حين العقد)^(١٦) إلى حين الدفع ؛ لأنّه أخذ قهري كالنصب ، والاول هو المعتمد ؛ لأن الفرق بين الغاصب والشفيق ظاهر .

قال رحمة الله : ولو انهدم المبيع أو عاب ، فان كان بغير فعل المشتري ، أو بفعله قبل مطالبة الشفيع فهو بالخيار بين الاخذ بكل الثمن او الترک والانقضاض للشفيع ، باقيه : كانت في المبيع أو منقوله عنه ؛ لأنها لها نصيباً من الثمن ، وإن كان العيب بفعل المشتري بعد المطالبه ضمنها المشتري ، وقيل : لا يضمنها ؛ لانه لا يملك بنفس المطالبة بـل بالاـخذ ، والـاول أـشيـه .

أقول : اذا تعيب المبيع بعد المطالبة بفعل المشتري ، قال الشيخ : لا يضمن ، وقد ذكر المصنف حجته ، والمشهور أنه يضمن وهو المعتمد : لأنه وان لم يكن (١٧) يملك بالمطالبة فقد تعلق حقه بالعين ، فلا يجوز للمشتري احداث نقص فيها ولو أحدهـه كان ضامنا .

قال رحمه الله : ولو حل النخل بعد الابياع فأخذ الشفيع قبل التأمير ، قال الشيخ رحمه الله : الطلع للشفيع ، لانه بحكم السعف ، والأشبه اختصاص هذا الحكم بالبياع .

أقول : اذا نعا المبيع في يد المشتري نماء منفصلا قبل الاخذ بالشقة فهو للمشتري ؛ لأنّه نمى في ملكه فاذا طلع التخل ثم أخذه الشفيع ، فان كان بعد التاجر فهو للمشتري اجماعا ، وإن كان الاخذ قبل التاجر ، هل يكون الطلع للمشتري او للشفيع ؟ قال الشيخ رحمه الله : هو للشفيع ؛ لأنّه بحكم السعف ؛ لأنّه يتبع الاصل في البيع فكذا هنا ، وكما لو باع التخل بعد الطلم وقبل التاجر يكون الطلع

(١٦) - لیست فی "مرأة"

(١٧) - هذه الكلمة من (٢)

للمشتري ، فكذلك يكون للشفيع اذا أخذه قبل التأثير ؛ لأن المقتضي للتبيبة في البيع ليس الا كونه جزءاً من المسمى فكذا هنا ، والمتمد اختصاص هذا الحكم بالبيع وقوفا على مورد النص^(١٨) ، وهو اختيار المصنف والعلامة .

قال رحمه الله : اذا كانت الارض مشغولة بزرع يجب تبقيته ، فالشفيع بالخيار بين الاخذ بالشفعه في الحال وبين الصبر حتى يحصد ؛ لأن له في ذلك غرضاً وهو الانتفاع بالمال ، وتعذر الانتفاع بالارض المشغولة ، وفي جواز التأخير مع بقاء الشفعة تردد .

أقول : منشوه من أن التأخير لغرض صحيح فيكون جائزأ ، ومن أن الأخذ بالشفعه على الفور ، والتأخير ينافيه فتبطل الشفعة معه ، وهو المعتمد .

(١٨) - الوسائل ، كتاب الشفعة ، باب ٢ ، حديث ١.

في لواحق الأخذ بالشفعية

قال رحمه الله: اذا اشتري بشمن مؤجل ، قال في المبسوط : للشفعي أخذه بالثن عاجلاً، وله التأخير وأخذه بالثن في محله ، وفي النهاية يأخذه عاجلاً ويكون الثن عليه ، ويلزم كفياً بالمال اذا لم يكن مليماً ، وهو أشبه .

أقول : هذا الخلاف مبني على اشتراط الفورية وعدمه ، والمشهور اشتراطها وهو مذهب الشیخ في المبسوط والخلاف والمفید وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة وهو المعتمد ، ومن لم يشترط الفورية جوز التأخير الى حلول الاجل .

قال رحمه الله : قال المفید رحمه الله ، والمرتضی رحمه الله : الشفعة تورث ، وقال الشیخ رحمه الله : لا تورث تعویلاً على رواية طلحة بن زید وهو بتیری ، والاول أشبه ، تمسكاً بعموم الآية .

أقول : احتاج القائلون بالارث بعموم آية الارث^(١٩) ولانه حق للمورث فيكون موروثاً كسائر الحقوق وهو المعتمد ، واحتاج المانعون برواية طلحة بن

زيد، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليهما السلام، «قال: الشفعة لا تورث»^(٢٠)، وهي ضعيفة السند.

قال رحمه الله: وهي تورث كالمال، ولو ترك زوجة ولداً فللزوجة الثمن وللولد الباقي، ولو عفا أحد الورثة عن نصيبه لم يسقط، وكان من لم يعف أن يأخذ الجميع، وفيه تردد ضعيف.

أقول: منشؤه من أن الورثة يقومون مقام مورثهم، وهو لو عفى عن بعض الشفعة سقط الباقي وبطلت شفعته في الجميع، فمكذلك الورثة، ومن أنه يلزم من ذلك إسقاط حق الغير بغضون غيره عن حقه وهو باطل، وهذا كان التردد ضعيفاً.

قال رحمه الله: إذا باع الشفيع حصته بعد العلم بالشفعة، قال الشيخ:

سقطت شفعته؛ لأن الاستحقاق بسبب النصيب، أما لو باع قبل العلم لم تسقط؛ لأن الاستحقاق سابق على البيع، ولو قيل: ليس له الاخذ في الصورتين، كان حسناً.

أقول: أما قول الشيخ فقد ذكر المصنف وجهه، وأما وجه ما استحسنـه المصنف فهو أن السبب في استحقاق الشفعة الشركة، وقد زالت فيزول معلوهاً، ولأن الشفعة إنما شرعت لازالة الضرر وقد زال ببيع ملكه، فلو ابنتها هنا لزم حصول ضرر آخر، وأصلـة البقاء منافية لزوال السبب، وهو اختيار العـلامـة في الارشاد والمختلفـ.

قال رحمـه اللهـ: إذا تبـاعـاـ شـقـصـاـ فـضـمـنـ الشـفـيـعـ الدـرـكـ عـنـ الـبـاـيـعـ أوـ عـنـ الـمـشـتـريـ، أوـ شـرـطـ الـمـتـبـاعـانـ الـخـيـارـ لـالـشـفـيـعـ، لـمـ يـسـقـطـ بـذـكـرـ الشـفـعـةـ، وـكـذـاـ لـوـ كانـ وـكـيـلاـ لـاـحـدـهـاـ، وـفـيـهـ تـرـدـدـ مـاـفـيـهـ مـنـ أـمـارـةـ الـذـمـيـ بـالـبـيـعـ.

أقول: ذهبـ الشـيـخـ وـابـنـ اـدـرـيـسـ إـلـىـ عـدـمـ سـقـوـطـ الشـفـعـةـ بـهـذـهـ الـأـشـيـاءـ،

واختاره العلامة في القواعد والتحرير وهو اختيار فخر الدين ، وذهب في المختلف إلى بطلان الشقة ، لما في هذه الاعمال من الدلالة على الرضا بتمليك المشتري ، والأول هو المعتمد .

قال رحمه الله : إذا أخذ بالشقة فوجد فيه عيباً سابقاً على البيع ، فإن كان الشفيع والمشتري عالمين فلا خيار لاحدهما ، وإن كانوا جاهلين ، فإن رده الشفيع كان المشتري بالخيار في الرد والارش ، وإن اختار الأخذ لم يكن للمشتري الفسخ لخروج الشخص عن يده ، قال الشيخ رحمه الله : وليس للمشتري المطالبة بالارش ، ولو قيل : له الارش ، كان حسناً .

أقول : احتاج الشفيع على عدم ثبوت الارش بأن المشتري قد استدرك ظلامته بحصول جميع الثمن إليه من الشفيع ، وأنه قد سقط الرد باخذ الشفيع فيسقط الارش ، لخروجه عن ملك المشتري ، ووجه عدم السقوط أنه (عوض جزء) (٢١) فايـت ، فلا يسقط بخروجه عن ملكه ، فإذا أخذ الارش سقط عن الشفيع من الثمن بقدرـه ؛ لأنـه ليس له عليهـ الـثـمـنـ الـذـيـ اـسـتـقـرـ عـلـيـهـ الـعـدـقـ ،ـ وـالـذـيـ اـسـتـقـرـ عـلـيـهـ هـوـ مـاـ زـادـ عـنـ الـارـشـ ،ـ وـلـوـ تـرـكـ المشـتـريـ الـارـشـ لـمـ يـكـنـ لـلـشـفـيـعـ الـرجـوعـ بـشـيـءـ ؟ـ لـأـنـهـ إـسـقـاطـ لـبـعـضـ الـثـمـنـ بـعـدـ الـعـدـقـ .

قال رحمه الله : ولو باع الشخص بعوض معين لا ممثل له كالعبد فإن قلنا لا شقة فلا بحث ، وإن أوجبنا الشقة بالقيمة فأأخذـهـ الشـفـيـعـ وـظـهـرـ فـيـ الـثـمـنـ عـيـبـ ،ـ كـانـ لـلـبـائـعـ رـدـهـ وـالـمـطـالـبـةـ بـقـيـمـةـ الـشـقـصـ ،ـ إـذـاـ لمـ يـجـدـتـ عـنـهـ مـاـ يـمـنـ الرـدـ .ـ وـلـاـ يـرـجـعـ الشـقـصـ ،ـ لـأـنـ الـفـسـخـ الـمـتـعـقـبـ لـلـبـيـعـ الصـحـيـحـ لـاـ يـبـطـلـ الشـقـةـ ،ـ وـلـوـ عـادـ الـشـقـصـ إـلـىـ الـمـشـتـريـ عـلـىـ مـسـتـأـنـفـ ،ـ كـاـلـهـةـ أـوـ الـمـيرـاتـ ،ـ لـمـ يـعـلـمـ رـدـهـ عـلـىـ الـبـائـعـ ،ـ وـلـوـ طـلـبـهـ الـبـائـعـ لـمـ يـجـبـ عـلـىـ الـمـشـتـريـ إـجـابـتـهـ .ـ وـلـوـ كـانـتـ قـيـمـةـ الـشـقـصـ وـالـحـالـ هـذـهـ

(٢١) - في «رأ» بدل ما بين القوسين : (جـزـءـ عـوـضـ) .

أقل من قيمة العبد ، قيل : يرجع الشفيع بالتفاوت ، وفيه تردد ، والأشبه لا : لأنه الثمن الذي اقتضاه العقد .

أقول : اذا كان الثمن قيميا كالعبد ، ثم ظهر فيه عيب قد يبعد أخذ الشفيع للشخص ودفع قيمة الثمن ، لم يملك البائع استرجاع الشخص من الشفيع ؛ لأن ملكه بالأخذ ، ولو فسخ البيع والرجوع على المشتري بقيمة الشخص ، فلو كانت القيمة التي يرجع فيها أقل من قيمة العبد التي دفعها الشفيع الى المشتري ، هل للشفيع الرجوع بالتفاوت ؟ تردد المصنف في ذلك من أن الشفيع إنما يجب عليه دفع ما استقر ثناً ، وليس إلا قيمة الشخص التي رجع فيها البائع بعد الفسخ على المشتري ، فيرجع الشفيع بالتفاوت ؛ لأننا تبينا أنه دفع أكثر مما وجب عليه .

ومن أن الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذي اقتضاه العقد ، والعقد وقع على العبد فيلزم قيمة ، ونقيسة الثمن بسبب الفسخ لا يوجب سقوط ما وجب على الشفيع بسبب العقد .

والمعتمد ؛ إن كان المشتري أخذ من الشفيع قيمة العبد سليماً رجع الشفيع عليه بالتفاوت ، وإن أخذ قيمة معيلاً لم يرجع عليه بشيء .

قال رحمه الله : لو كانت داراً لها صاحر وغائب وحصة الغائب في يد آخر ، فباع الحصة وادعى أن ذلك باذن الغائب ، قال في الخلاف : ثبتت الشفعة ، ولعل المنع أشبه ؛ لأن الشفعة تابعة لثبت البيع . فلو قضى بها وحضر الغائب ، فان صدقه فلا بحث ، وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه ، وينزع الشخص ولو أجرته ، من حين قبضه إلى حين رده ، ويرجع بالأجرة إن شاء على البائع ؛ لأنه سبب الالتفاف ، أو على الشفيع ؛ لأنه المباشر للاتفاق ، فان رجع على مدعى الوكالة لم يرجع الوكيل على الشفيع ، وإن رجع على الشفيع ، رجع الشفيع على الوكيل ، لأنه غرّه ، وفيه قول آخر ، هذا أشبه .

أقول : القول الآخر هو قول الشيخ في المبسوط ، وهو أن رجع على الوكيل ، رجع الوكيل على الشفيع لحصول التلف في يده ، فيستقر الضمان ؛ لأن المباشرة أقوى من السبب ، والمعتمد اختيار المصنف ؛ لأن المباشرة ضعفت بالغور ، فصار السبب أقوى ، فيستقر الضمان على الوكيل .

قال رحمه الله : وتبطل الشفعة بترك المطالبة مع العلم وعدم الغرر ، وقيل : لا تبطل إلا أن يصرح بالاسقاط وإن تطاولت المدة ، والأول أظهر .

أقول : الخلاف هنا مبني على الخلاف باشتراط الفورية وعدم الاشتراط ، وقد سبق البحث في ذلك^(٢٢) ، والمعتمد البطلان مع التأخير لغير عذر .

قال رحمه الله : ولو نزل عن الشفعة قبل البيع لم تبطل مع البيع ؛ لأن إسقاط مالم يثبت ، وفيه تردد ، وكذا لو شهد على البيع ، أو بارك للمشتري أو للبائع ، أو أذن للمشتري في الابتياع ، فيه تردد ؛ لأن ذلك [ليس] أبلغ من الاسقاط قبل البيع .

أقول : منتأ التردد في الجميع ، من حصول أمارة الرضا باليبيع على الغير وهو مسقط للشفعه ؛ لأنها إنما شرعت الإزالة ضرر الشرير ، ومع الرضا يزول الضرر ، ومن أن الشفعة إنما تثبت بعد البيع ، والاسقاط قبله إسقاط مالم يثبت فلا عبرة فيه ، وهو مذهب ابن الجنيد وابن ادريس ، وظاهر المصنف واختاره العلامة في القواعد وابنه ، والسقوط مذهب الشيخين وابن حمزة ؛ لأنه تمكن من دفع الضرر ولم يفعل ، فتبطل شفعته .

قال رحمه الله : ولو بان الثن مستحقا بطلت الشفعة ببطلان العقد ، وكذا لو تصادق الشفيع والمشتري غصبية الثن ، أو أقر الشفيع بغضبيته ، منع من المطالبة ، وكذا لو تلف الثن المعين قبل قبضه لتحقيق البطلان على تردد في هذا .

أقول : منشوه من أن الشفعة تابعة لصحة البيع ، والبيع قد بطل بتلف الثمن المعين قبل قبضه ، فتبطل الشفعة تحيقاً للتبعة وهو مذهب الشيخ في المسوط ، فلا فرق حينئذ بين ظهور الثمن مستحقاً ، وبين تلفه مع تعينه قبل القبض ، لاشراكها في بطلان البيع ، ومن أن التفيف قد تعلق حقه بالشخص قبل بطلان البيع فلا يبطل بالفسخ المتعدد ؛ لأن الاصل بقاوه ، وليس البيع هنا باطلاقاً من أصله كظهور^(٢٣) الثمن مستحقاً فافتقر الحكم بينهما ، وهو ظاهر العلامة في المختلف واختاره فخر الدين ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو ادعى عليه الابتياع فصدقه ، وقال : أنسنت الثمن ، فالقول قوله مع عينيه ، فإذا حلقه بطلت الشفعة ، أما لو قال : لم أعلم كمية الثمن لم يكن جواباً صحيحاً وكيف جواباً غيره وقال الشيخ : ترد اليدين على الشفيع .

أقول : فرق أصحابنا بين قول المشترى نسيت الثمن وبين قوله لم أعلم كميته ، وحكموا بصحمة الاول وعدم صححة الثاني ، والمراد بالنسيان هو نسيان الجنس والقدر ، بحيث صار لا يعلم هل هو من ذوات الامثال او من ذوات القيم ؟ والمراد بعدم علم الكمية هو أن يذكر الجنس ويدعى جهة القدر .

واما حكموا بصحمة دعوى النسيان ؛ لأنه اعترف بصحمة البيع وادعى شيئاً ممكناً ؛ لأن الانسان قد ينسى الشيء القريب ويذكر الشيء البعيد ، ودعوى النسيان ليست منافية لصحمة البيع الذي اعترف به ، بخلاف دعوى جهة الكمية ؛ لأنه اذا اعترف باليبيع الصحيح وادعى عدم المعرفة بكمية الثمن ، - وهي منافية لصحمة البيع ، لاشرطت الصحة بالعلم بقدر الثمن - فلا يسمع دعوى جهة الكمية فيكلف جواباً صحيحاً غير مناف لاعترافه .

وقال الشيخ رحمه الله : ترد اليدين على الشفيع ؛ لأنه لو ادعى رجل على

رجل ألفا ، وقال : لا اعلم مقدار مالك علي ، فانه يقال له : إما أن تبين مقدار ماله والاجعلناك ناكلاً ، وردنا اليدين على المدعى فيحلف ويستحق ما ادعاه ، فكذا هنا .

قال رحمه الله : ولو أقام كل منها بينة حكم ببينة المشتري ، وفيه احتقال القضاء ببينته ؛ لأنه خارج .

أقول : اذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر الغن ولا بينة ، كان القول قول المشتري ؛ لأن الشخص يتزعز من يده ، ومع وجود البينة لأحدهما فالحكم له . ولو أقام كل منها بينة لما ادعاه ، قال المصنف اليئنه بينة المشتري وهو مذهب الشيخ في المسوط والخلاف ، واختيار العلامة في التحرير ؛ لأن المدعى وهو داخل ، وقال بن ادريس : البينة ببينة الشفيع ؛ لأنه الخارج ، واختاره العلامة في القواعد .

ومبني المسألة على تقديم بینة الداخل والخارج وسيأتي^(٤١) انشاء الله تعالى .

قال رحمه الله : قال في الخلاف : اذا ادعني أنه باع نصيبي من أجنبني فأنكر الاجنبي ، قضي بالشفعة للشريك بظاهر الاقرار ، وفيه تردد ، من حيث وقوف الشفعة على ثبوت الابتهاج ، ولعل الاول أشبه .

أقول : قد ذكر المصنف وجهي المسألة ، وال الاول اختيار الشيخ والمصنف والعلامة ، لعموم : « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز »^(٤٥) ، ولا يلزم من عدم قبول قوله في حق المشتري بطلان حق الشفيع لترتبه على البيع ، وقد اعترف به

. ٢٥٩) - (٤٤)

. (٤٥) - الوسائل ، كتاب الاقرار ، باب ٣ ، حدیث ٢ .

من الشخص^(٢٦) في يده فلا يسقط بانكار غيره وهو المعتمد .

والثاني مذهب ابن ادريس ؛ لأن الشفعة إنما تثبت بعد ثبوت البيع ، والشفيع إنما يأخذ الشخص من المشتري دون البائع والبيع لم يحصل ، ولا يجوز للحاكم أن يحكم بوقوعه فكان المستحق الشفيع بيع لم يثبت عند الحاكم ، والجواب البيع يثبت بالنسبة الى الشريك باقراره وعدم ثبوته بالنسبة الى المشتري غير مانع منأخذ الشفيع .

قال رحمه الله : اذا ادعى الابتياع وزعم الشريك أنه ورث ، وأقاما بيته :

قال الشيخ : يقع بينهما لتحقق التعارض .

أقول : هذا قول الشيخ في المبسوط وقد ذكر المصنف وجهه ، والمعتمد تقديم بيته الشفيع ؛ لأنها ناقلة وتلك مقررة ، والناقلة أولى من المقررة ، وهو مذهب العلامة والمصنف^(٢٧) .

قال رحمه الله : ولو ادعى الشريك الايداع قدمت بيته الشفيع ؛ لأن الايداع لا ينافي الابتياع ، ولو شهدت بالابتياع مطلقاً وشهدت الاخر أن المودع أودعه ما هو ملكه في تاريخ متاخر ، قال الشيخ : قدمت بيته الايداع ؛ لأنها انفردت بالمالك ويكتاب المودع ، فان صدق قضي بيته وسقطت الشفعة ، وإن أنكر قضي بيته الشفيع .

أقول : اذا كانت الدار في يد رجلين نصفها لاحدهما والنصف الآخر لغائب فادعى مالك النصف على شريكه بالتصريف بالابتياع من المالك الغائب ، وأنه استحق الاخذ بالشفعة ، وأقام بذلك بيته ، وأنكر الشريك وادعى الايداع وأقام

(٢٦) - في الاصل والنسخ : النقص ، والظاهر أن ما أثبتناه هو الصحيح .

(٢٧) - هذه الكلمة من « ر ١ » .

بذلك بينة ، فان كانتا مطلقتين او بينة الابتهاج^(٢٨) متأخرة التاريخ ، او مقيدة بان المالك باع ما هو ملكه ، ولم تقييد بينة الایداع بان المودع أودع ما هو ملكه ، قدمت بينة الشفيع لعدم المنافاة حينئذ بين الابتهاج والايداع ، فلا منافاة بين البينتين لاحتلال الابتهاج بعد الایداع ، أما لو تأخر تاريخ بينة الایداع عن تاريخ بينة الابتهاج^(٢٩) ، وقيدت بأن المودع أودع ما هو ملكه ، وأطلقت بینه الابتهاج أي لم تقييد بأن البايع باع ما هو ملكه ، قال الشيخ : قدمت بينة الایداع ؛ لأنها انفردت بالملك ، ومراده : أنه لم يحصل التعارض بينها ، لترجح بينة الایداع بتقييدها بذكر الملك دون بينة الابتهاج ، ومع ترجيح إحدى البينتين على الأخرى فلا تعارض ويقضى بالراجحة ، وحكاه المصنف والعلامة عن الشيخ ولم يتعرض له بقوة ولا ضعف ، وجزم به الشهيد وإنما لم يجزم به المصنف والعلامة ، لاحتلال عدم الترجح بذكر الملك ؛ لأن الإنسان اذا باع شيئاً ولم يقل هو ملكي ، ثم ادعى بعد البيع أنه ملك زيد لم يقبل منه في حق المشتري ، ويحكم الشراع عليه بأنه ملكه ، وإذا حكم الشراع على البايع بملكية ما باعه مع الاطلاق كحكمه عليه مع التقييد ، فلا ترجح حينئذ بذكر الملك ، فالتعارض حينئذ حاصل كما لو قيدنا بالملك او اتحد التاريخان ، ومع حصول التعارض يحكم بالقرعة او التساقط .

(٢٨) - في الاصل و «ن» : الابتهاج .
 (٢٩) - في «ر١» : الایداع .

كتاب أحياء الموات

في الأرضين

قال رحمه الله : واما الموات فهو الذي لا ينتفع به لعطلته ، إما لانقطاع الماء عنه ، أو لاستيلاء الماء عليه ، أو لاستيجمامه ، أو غير ذلك من موانع الانتفاع ، فهو لللامام عليه السلام لا يملكه أحد وإن أحياه ، ما لم يأذن له الإمام ، وإذا ذه شرط ، فتى أذن ملكه المعين له إذا كان مسلماً ، ولا يملكه الكافر ، ولو قيل : يملكه مع إذن الإمام عليه السلام كان حسناً .

أقول : اذا أذن الإمام للذمي باحياء الارض الميتة ، هل يملكها الذمي بالاحياء حيثئذ^(١) كما يملكها المسلم مع الاذن بالاحياء ؟ المشهور عند اصحابنا عدم الملك ، وهو مذهب الشافعي ، قوله عليه السلام : « موتان الارض لله ولرسوله وهي لكم مني »^(٢) وهو خطاب للمسلمين فيختص بهم ، واستحسن المصنف تملك الكافر بالاحياء مع اذن الإمام ، واختاره العلامة في التحرير ، وهو

(١) - من «م» و «ر١» .

(٢) - مستدرك الوسائل ، كتاب احياء الموات ، باب ١ ، حدیث ٢ . وفي الاصل (موتاة) ، وما أثبتناه من المصدر و «م» و «ر١» .

مذهب أبي حنيفة ، ولعل وجده أن الذمي له أهلية التملك فاذا سلطه المالك وهو الإمام على ملكيته^(٣) ملكه كغيره ، لعموم قوله عليه السلام : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق »^(٤) .

والبحث إنما هو مع اطلاق الاذن بالاحياء ولم يفهم منه اراده التملك ، اما لو علم منه اراده التملك فانه بذلك قطعاً ؛ لأن الإمام عندنا لا يأمر بغير المشروع . قال رحمه الله : الثاني : أن لا يكون حرماً عامراً ، كالطريق والشرب وحريم البز والعين والحانط ، وحد الطريق - من ابتكر ما يحتاج اليه في الارض المباحة - خمسة اذرع ، وقيل : سبعة اذرع فالثاني يتبع هذا المقدار ، وحريم الشرب بمقدار مطرح شرابه ، والمجاز على حافتيه ولو كان النهر في ملك الغير فادعى الحريم ، قضي به له مع يبيته ؛ لأنه يدعى ما يشهد به الظاهر ، وفيه تردد ، وحريم البز المعطن : اربعون ذراعاً ، وبذرا الناضج : ستون ، وللعين ألف ذراع في الارض الرخوة ، وفي الصلبة خمسة ذراع ، وقيل حد ذلك أن لا يضر الثاني بالاول ، والاول أشهر .

أقول : هنا مسائل :

الاولى : في حد الطريق المبتكر في الارض المباحة ، فعنده المصنف أنه خمسة اذرع واختاره العلامة في القواعد ، ونقله فخر الدين عن كثير من الاصحاب ، وقال الشيخ في النهاية : إنه سبعة اذرع ، واختاره ابن ادريس والعلامة في المختلف وقواه في التحرير وهو مذهب فخر الدين ، والشميد رحمه الله قال : والقول بالخمس ضعيف ، والمستند الروايات^(٥) .

(٣) - في « ر » و « ن » : ملكه .

(٤) - مستدرك الوسائل ، كتاب أحياء الموات ، باب ١ ، حديث ١ .

(٥) - الوسائل ، كتاب أحياء الموات ، باب ١١ ، حديث ٥ و ٦ وكتاب الصلح ، باب ١٥ ، حديث ١ و ٢ .

الثانية : اذا كان لشخص نهر في ملك غيره فادعى مالك النهر المحرّم ، وادعاء مالك الارض ، قال المصنف : يقضى به لمالك النهر : لانه يدعى ما يشهد به الظاهر ، ثم تردد المصنف في ذلك ومنشأ التردد من أن المحرّم من جملة الارض وهي لغير مالك النهر فيكون القول قول مالك الارض ، ومن ان المحرّم ملازم للنهر ، وثبتت الملزم يستلزم ثبوت اللازم فيكون دعوى مالك النهر موافقة للظاهر ، فيكون القول قوله ، وهو اختيار المصنف والعلامة في القواعد والتحرير .

الثالثة : في حرّم بذر المقطن بكسر الطاء ، وهي التي يسوق منها الابل ، اربعون ذراعا ، وحرّم بذر الناضج ، وهي التي يسوق منها الزرع - والناضج اسم للجمل او التور الذي يجذب الدلو - ستون ذراعا ، وحرّم العين الف ذراع في الارض الرخوة ، وفي الصلبة خمس مئة ذراع ، هذا هو المشهور بين الاصحاب .

وقال ابن الجنيد : حد ذلك أن لا يضر الثاني بالاول ، واختياره العلامة في المختلف ، والاول هو المعتمد لورود الروايات^(٦) الصلاح به .

قال رحمه الله : الثالث أن لا يسميه الشارع مشمراً للعبادة ، كعرفة ومني والمشعر ، فإن الشرع دل على اختصاصها موطنًا للعبادة ، فال تعرض لتملكتها تقويت تلك المصلحة ، أما لو عمر فيها ما لا يضر ولا يؤدي إلى ضيقها عنها يحتاج إليه المتبعدون كاليسير ، لم أمنع منه .

أقول : منع العلامة في القواعد والتحرير ، والشهيد في الدروس من إحياء اليسيير من هذه الموضع لتعلق حقوق الخلق كافة بها وهو المعتمد .

قال رحمه الله : الرابع : أن لا يكون مما أقطعه إمام الأصل ولو كان موائماً خالياً من تحجيم ، كما أقطع النبي صل الله عليه وآلـهـ الدور وأرضاً بحضور موت ،

(٦) - أما حرّم المقطن والناضج في الوسائل ، أحياء الموات ، باب ١١ ، حديث ٥ .
وأما حرّم العين فالمصدر السابق ، حديث ٣ .

وحضر فرس الزبير ، فإنه يفيد اختصاصاً مانعاً من المراحة ، فلا يصح رفع هذا الاختصاص بالاحياء .

أقول : المراد بالدور هنا الدور التي أقطعها النبي صلى الله عليه وآله بالمدينة ، واختلف الناس في ذلك ، فنهم من قال : أقطع المزراب الذي أرادوا أن يبنوا فيه دوراً فسماه بما يؤول اليه من العماره ، وقال آخرون : كانت تلك المزراب من ديار عاد فسموها التي^(٧) كانت عليه وكلاهما بجاز ، وأقطع وائل بن حجر أرضاً بعضرموت ، وأقطع الزبير حضر فرسه أى عدوها ، فاجراه حتى قام فرمى بسوطه فقال : اعطوه من حيث وقع السوط^(٨) ، وهذا غير ملك بل يفيد اختصاصها^(٩) كالتحجير .

(٧) - في «م» و «ن» و «و» و «أ» : باسمها .

(٨) - سنن البيهقي - ج ٦ ص ١٤٤ . وفي المصدر (بغ) وفي «ن» دفع بدل (وقع) .

(٩) - في «م» و «ن» و «و» و «أ» : اختصاصاً .

في كيفية الاحياء

قال رحمة الله : ومن فقهائنا الان من يسمى التحجير إحياء ، وهو بعيد .
أقول : المرجع في كيفية الاحياء وصفته الى العرف والعادة فكلما تعارفه
الناس احياء ملك به وما لا فلا ؟ لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : «من
احيا أرضاً ميتة فهي له»^(١٠) ذكر ان الملك يحصل بالاحياء ولم يذكر كيفية ذلك
ولا وصفه^(١١) ، وكلما ورد به الشرع مطلقاً ولا بد من تحديده فالمرجع فيه الى
العرف ، وقد بين المصنف كيفية الاحياء والتحجير (وذكر أن التحجير)^(١٢)
لا يفيد ملكاً بل أولوية ، والاحياء يفيد الملك ، ثم ذكر عن بعض فقهاء زمانه^(١٣)
أنه يسمى التحجير احياء ، بمعنى انه يحصل منه^(١٤) الملك ، ثم استبعد ذلك ،
والقاتل المشار اليه هو شيخ المصنف نجيب الدين محمد بن نعيم . وحمله الشهيد على

(١٠) - المستدرك ، كتاب إحياء الموات ، باب ١ ، حديث ١ .

(١١) - في «م» و «ر»^١ : صفتة .

(١٢) - ما بين التقوين من «م» و «ر»^١ و «ن» .

(١٣) - في «ن» : فقهائنا .

(١٤) - في «ن» : منه .

أرض ليس فيها استيعام^(١٥) ولا ماء غالب وتسقيها العيون^(١٦) غالبا ، فان ذلك قد^(١٧) يعد احياء .

والمعتمد ان الرجوع في ذلك الى العرف كما هو مشهور^(١٨) بين الاصحاب .

(١٥) - من «ر» وهو موافق للمصدر وهو الدروس ، ج ٢ ، ص ٥٦ . وفي الباقي من السخ : أشجار .

(١٦) - في المصدر و «م» و «ن» و «ر» : القبور .

(١٧) - ليست في الاصل مع أنها في المصدر أيضاً .

(١٨) - في «ن» : المشهور .

في المنافع المشتركة

قال رحمه الله : وقيل : لو قام لتجديد الطهارة أو إزالة نجاسة أو ما أشبه ذلك ، لم يبطل حقه .

أقول : إذا سبق إلى موضع من المسجد كان أحق مادام في المسجد ، فإذا فارقه زال الاستحقاق سواء كانت المفارقة لعذر كتجديد الطهارة وإزالة النجاسة ، أو لغير عذر ، جزم به العلامة في القواعد والتحرير والشهيد في الدروس ، لزوال سبب الاستحقاق بالمفارقة . ونقل المصنف قوله بعدم زوال الاستحقاق اذا كانت المفارقة لعذر كتجديد وضوء أو ازالة نجاسة ، ووجهه أنه صار أحق به بسبب السبق والاصل بقاء الاستحقاق ، خرج منه زوال حقه اذا فارق لغير عذر لوقوع الاجماع فلا التفات ، يبقى الباقى على اصالة الاستحقاق ، والاول هو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو فارق لعذر ، قيل : هو أولى عند العود ، وفيه تردد ، ولعل الأقرب عدم الاولوية .

أقول : منشئه من أن المفارقة لعذر غير مانع لاستحقاقه ، والاحصل

التضرر المنفى أما بقوات غرضه أو بقوات الاستحقاق ، وما منه التضرر فهو من نوع بقوله عليه السلام : « لا ضرر ولا اضرار في الاسلام »^(١٩) فلا يسقط الاستحقاق بالفارقة لعذر ، ومن زوال سبب الاستحقاق وهو الكون في المدرسة والرباط ، لاستحقاقه بسبب الكون في ذلك الموضع ، فاذا فارقه زال السبب ، فيزول المسبب وهو المعتمد .

(١٩) - الوسائل ، كتاب احياء الموات ، باب ١٢ ، حديث ٣ و ٤ و ٥ والفقيه ، كتاب الارث ، باب ميراث اهل الملك ، حديث ٢ .

في المعادن الظاهرة

قال رحمه الله : وفي جواز اقطاع السلطان للمعادن تردد ، وكذا في اختصاص المقطع بها .

أقول : منشأه من عدم جواز الاختصاص بها فلا يجوز إقطاعها ، وهو المشهور بين الاصحاب ، وهو بناء على عدم اختصاص الامام بها ، والبحث هنا في المعادن الظاهرة . ومن قول المفید وابن البراج باختصاص الامام بها ، فيجوز إقطاعها ، والمعتمد الاول .

قال رحمه الله : ولو تسايق اثنان فالسابق أولى ، ولو توافيا وأمكن أن يأخذ كل منها نصيه فلا مبحث ولا أقرع بينهما مع التعاسر ، وقيل : يقسم ، وهو حسن .

أقول : إذا لم يمكن الجمع بينها احتمل القرعه لأنحصر الحق فيها ، وعدم أولويه احدها على صاحبه . وقيل : يقسم ذلك الموجود بينها لاشراكها في سبب الاستحقاق ، وهو اثبات اليد دفعه وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ومن فقهائنا من خص المعادن بالامام عليه السلام ، وهي

عنه من الانفصال فعلى هذا لا يملك ما ظهر منها وما يطن.

أقول : ذهب المفيد وابن البراج في المذهب الى أن جميع المعادن للامام ، وذهب ابن ادريس الى أن ما كان في ملكه عليه السلام ، كبطون الاودية ورؤس الجبال فهو له ، وما كان في أملاك المسلمين فهو لهم دونه ، وذهب الشيخ في المبسوط الى أن المعادن للMuslimين كافة ، والناس كلهم فيها سواء ، يأخذ كل واحد منهم قدر حاجته ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو حفرها لا للتملك بل للاستفادة ، فهو أحق بها مدة مقامه عليها ، وقيل : يجب عليه بذل الفاضل من مائها عن حاجته ، ولو قيل : لا يجب ، كان حسناً .

أقول : أقسام الابار ثلاثة : ما يحفر في ملكه^(٢٠) ، وما يحفر في الموات للتسلیک ، وفي هذين القسمين يملك الحافر البتر وماءها ، وما يحفر في المباح لا للتسلیک ، بل للاستفادة بإقامتهم عليها فهو أحق بها مدة الاقامة .

وهل يجب على الحافر بذل الفاضل عن قدر حاجته ؟

قال الشيخ يجب ذلك لما رواه ابن عباس عن النبي صل الله عليه وآله قال : « الناس شركاء في ثلاثة : الماء والنار والكلاء »^(٢١) ، وروى أبو هريرة عن النبي صل الله عليه وآله قال : « من منع فضل الماء ليتعين به الكلاء ، منعه الله فضل رحمته يوم القيمة »^(٢٢) واستحسن المصنف رحمه الله عدم الوجوب ، واختاره العلامة في التحرير والمختلف ، وابنه في شرح القواعد ، والشهاد : لأن المباحث إن قلنا : لا يفتقر في ملكها^(٢٣) إلى النية فقد ملك هنا الماء ، ولم يجب عليه بذل ما هو ملكه .

(٢٠) - في «ن» و«م» و«ر» : ملك .

(٢١) - مستدرک الوسائل ، إحياء الموات ، باب ٤ ، حدیث ٢ .

(٢٢) - المصدر ، باب ٦ ، حدیث ٥ .

(٢٣) - في «م» و«ن» و«ر» : تملکها .

وإن قلنا : إنها تفتقر إلى نية فيكون هذا كالتحجير يفيد أولويه ، فلا يجب بذلك الفاضل منه ، ويجوز بيعه كيلاً وزناً ، وهذا هو المعتمد .

قال رحمه الله الأولى : ما يفiste النهر المملوك من الماء المباح ، قال الشيخ : لا يملكه الحافر كما إذا جرى سيل إلى أرض مملوكة ، بل الحافر أولى بهاته من غيره ؛ لأن يده عليه ، فان كان فيه جماعة ، فان وسعهم التراضي فيه فلا بحث ، وإن تعاسروا قسم بينهم على سعة الضياع ، ولو قيل : يقسم على قدر انصبائهم من النهر ، كان حسناً .

أقول : الأصل في الماء الإباحة لجميع الناس ، لقوله عليه السلام : «الناس شركاء في ثلاثة : الماء والنار والكلام»^(٢٤) ويلك بالاحراز في الإناء إجماعاً ، وباستبطاط بذر أو عين بقصد التلك ، فإنه يملك البذر والماء على المختار .

وقال الشيخ في الخلاف وفي موضع من المسوط : إذا ملك الإنسان البذر بالاحياء وخرج ما منها ، فإنه أحق بها من غيره بقدر حاجته وحاجة ماشيته ، فان فضل بعد ذلك شيء وجب بذلك وغير عوض للمحتاج إليه لشربه ، والمعتمد عدم الوجوب .

واذا حفر نهراً في ملكه او في الموات ، وحصل فيه من الماء المباح شيء ، هل يملكه مالك النهر وهو الحافر ؟

قال الشيخ : لا يملك بل يكون أحق به من غيره ؛ لأنه لم يحدث على ملكه بل دخل فيه . والمعتمد أنه يملكه ، وهو اختيار العلامة في القواعد وابنه والشهيد ؛ لأنه مباح قابل للتمليك^(٢٥) ، وقد قبضه النهر المملوك فصار مملوكاً ، كما لو كان نبعاً من قعر النهر .

(٢٤) - تقدم مصدره في هامش رقم ٢١.

(٢٥) - في «م» : للتملك .

وعلى الحكم بالملك لا يصح لاحد التصرف فيه إلا مع الاذن صريحاً أو عرفاً ، كالوضوء^(٢٦) منه والشرب والغسل وغسل التوب ، ولو علم الكراهة لم يجز .

ولو كان النهر المملوك لجماعة كان مأوه بينهم على قدر انصابهم من النهر على ما استحسنه المصنف ، والنصيب^(٢٧) على قدر العمل باليد^(٢٨) أو النفقه ؛ لأن ملك الماء تابع لملك النهر ، وملك النهر مستفاد من العمل أو النفقه على العمل فيكون النصيب على قدر ذلك .

فحينئذٍ إن كفى الجميع فلا بحث ، وإن قصر وتراضوا على القسمة بالمهایة او غيرها صحيحاً وان تعاسروا قسم المحاكم بينهم على قدر حقوقهم من النهر ، وتوضع خشبة صلبة او حجر مشقوق الطرفين والوسط ، فيوضع على موضع مستوى من الارض في مقدم^(٢٩) الماء فيه ثقوب متساوية في السعة على قدر حقوقهم ، يخرج من كل ثقب الى ساقية منفردة الى كل واحد منهم ، فاذا حصل الماء في ساقية انفرد به .

فإن اختلفت الحقوق بأن يكون لاحدهم نصفه ولاخر ثلاثة وللثالث سدسها ، جعل فيه ستة ثقوب لصاحب النصف ثلاثة تصب في ساقية ، ولصاحب الثلث اثنان ، ولصاحب السادس واحد ، وعلى هذا فقس .

قال رحمة الله : لو أحياناً انسان أرضًا ميتة على مثل هذا الوادي ، لم يشارك السابقين ، وقسم له ما يفضل عن كفايتهم ، وفيه تردد .

أقول : قوله (لو أحياناً انسان أرضًا ميتة على مثل هذا الوادي) أي الوادي

(٢٦) - في «م» و «ن» و «ر» : بالوضوء .

(٢٧) - ليس في الأصل .

(٢٨) - في «ن» : بالبذل .

(٢٩) - في «ن» : مقدم .

المذكور في المسألة السابقة الذي لم يف مسيله^(٣٠) بسوق ما عليه دفعه .
 وهذه المسألة ذكرها الشيخ في المبسوط محتاجاً بأن هذا الماء من مرافق
 أرضهم وحقوقها ، وكانوا أحق به من غيرهم مع حاجتهم اليه فلا يقسم لهذا
 المحيي الامانضل عن حاجتهم ، وهو اختيار العلامة والشهيد من غير تردد .
 وتردد المصنف بما قاله الشيخ ، ومن أنه قد ملك الأرض بالاحياء فيكون له
 نصيب في الماء ، فعلى هذا لا خلاف في تقدمهم^(٣١) عليه لسبقهم بالاحياء ، وكل
 من أحيا أو لا كان حقه أسبق بالسوق . وإنما يبدأ بن يلي الفوهة ، ثم من يليه مع
 جهل السابق ، ولو علم سبق الأقصى وتأخر من يلي الفوهة قدم الأقصى بالسوق
 وتأخر المتأخر بالاحياء ، وهو الذي يلي الفوهة .

إذا عرفت هذا فهذا المحيي لا شك في تأخره ، فان قلنا بالمشاركة سقي
 أخيراً ، ولا يجوز رد الماء الى الارض الا بعد فراغه وإن احتاج الاول اليه ، وأن
 قلنا بعد المشاركة كذهب الشيخ والعلامة ، فان فضل عن قدر حاجتهم شيء
 قسم له ، وإن احتاج اليه الاول بعد سقي الاخير قدم الاول على هذا المحيي ،
 لمد المفضل حينئذ فهذا معنى قوله (ويقسم له ما يفضل عن كفايتهم) .

(٣٠) - ليس في الاصل .

(٣١) - في «م» «ر١» : تقديمهم .

كتاب اللقطة

في اللقيط

قال رحمه الله : ولا ريب في تعلق هذا الحكم بالتقاط الطفل غير المميز وسقوطه في طرف البالغ العاقل ، وفي الطفل المميز تردد ، أشبهه جواز التقاطه ، لصغره وعجزه عن دفع ضرورته .

أقول : منشأه مما قاله المصنف ، ومن امتناعه عن الضياع لاستقلاله^(١) بحفظ نفسه فلا يجوز التقاطه . والمعتمد الجواز ، وهو مذهب المصنف والعلامة والشهيد .

قال رحمه الله : وهل يراعى الاسلام ؟ قيل : نعم ؛ لأنه لا سبيل للكافر على الملقط المحكوم بسلامه ظاهراً ، ولأنه لا يؤمن بمخادعته عن الدين .

أقول : المشهور اشتراط الاسلام في ملقط الطفل المحكوم بسلامه ظاهراً ، كالوجود في دار الاسلام ، أو دار الكفر وفيها ولو مسلم واحد لما ذكره المصنف ، وهو اختيار العلامه والشهيد من غير توقف . وظاهر كلام المصنف يشعر بالتوقف ، ووجهه : أن الغرض الاهم حضانته وتربيته ، وهو يحصل من

(١) - في «ن» : لاشتغاله .

. الكافر .

والمعتمد الاول ، لانتفاء سبيل الكافر عن المسلم ، ولا شك في ثبوت السبيل للملتقط على الملقوط .

قال رحمه الله : ولو كان الملتقط فاسقا ، قيل : ينتزعه الحاكم من يده ويدفعه إلى عدل ؛ لأن حضانته استيان ولا أمان للفاسق ، والاشبه أنه لا ينتزع . أقول : القول بانزعاعه من يد الفاسق قول الشيخ في المبسوط ، واختاره العلامة في القواعد والارشاد ، لعدم أمانة الفاسق فلا يؤمن أن يدعى رقه ، واختار المصنف عدم انتزاعه ، واستقربه الشهيد في دروسه ؛ لأن المسلم محل للأمانة ، والاول أحوط .

قال رحمه الله : ولو التقى بدوي لا استقرار له في موضع التقاطه ، او حضرى يريد السفر ، قيل : ينتزع من يده لما لا يامن من ضياع نفسه [نسبة] ، فإما يطلب في موضع التقاطه ، والوجه الجواز .

أقول : القول المحكى قول الشيخ في المبسوط ، وقد ذكر المصنف وجهه ، ثم اختار جواز التقاط البدوى ومرىيد^(٢) السفر ، واختاره العلامة ايضاً ، لوجود شرائط الالتفاظ فيها ، فيثبت لها من الولاية بائنات اليد ما يثبت لغيرها ، وهو المعتمد .

وعلى القول بانزعاعه منها ، إنما ينتزع مع وجود غيرها أولى بالحفظ منها ، ومع عدم ذلك لا ينتزع منها قطعاً .

قال رحمه الله : واذا وجد الملتقط سلطاناً ينفق عليه استuan به ، وإلا استuan بال المسلمين ، وبذل النفقة عليهم واجب على الكفاية ؛ لانه دفع ضرورة مع التمكن ، وفيه تردد .

(٢) - في «م» : ومن يريد .

أقول : منشئه من أنه إحسان ومساعدة على البر فيكون واجبا ، لعموم قوله تعالى : ﴿ واحسنوا ﴾^(٢) ، قوله تعالى ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ﴾^(٤) ، ولما في ذلك من حفظ نفس المسلم ، فيكون واجباً على الكفاية ؛ لأن فعله غير مراد من واحد معين فإذا قام به البعض سقط عن الباقى .

ومن أن الوجوب حكم شرعى فيقف على الدلاله الشرعية ، والاصل براءة الذمة ، والمعتمد الاول .

قال رحمه الله : قال الشيخ رحمه الله : أخذ التقىط واجب على الكفاية ؛ لأنه تعاون على البر ، ولأنه دفع ضرورة المضطر ، والوجه الاستحباب .

أقول : المشهور وجوب أخذ التقىط على الكفاية ، وجزم به العلامة والشهيد ، ولم يوجه المصنف ، لاصالة البراءة ، وحمل الاية على الاستحباب ، واستبعده الشهيد اذا خيف على التقىط التلف .

قال رحمه الله : التقىط يملك كالكبير ... وفيها يوجد بين يديه او الى جانبه تردد ، اشبهه أنه لا يقضى له ، وكذا البحث لو كان على دكة وعليها متاع ، وعدم القضاء هنا له أوضح .

أقول : منشأ التردد من انتفاء اسباب الملك هنا ؛ لأن سبب الملك اثبات اليد على ما هو متصل به ، كالقميص الذي عليه ، ودرارهم مشدودة فيه ، وفراش تحته ، ودرارهم مصبوبة تحت الفراش ، ودابة هو راكبها أو مشدودة بشيء متصل به ، فهذه الاشياء كلها تحت يده .

والذي بين يديه والى جانبيه غير متصل به ولا يده عليه ، فلا يقضى له به . ومن أن العادة قاضية أن الانسان قد يترك ماله بقربه وهو غير متصل به

(٢) - البقرة : ١٩٥ .

(٤) - المائدة : ٢ .

المليزان وغيرها للبقاء .

والمعتمد أن هذا الشيء الذي يقاربه وهو غير متصل به ، إن ادعاه مدعٍ غير اللقيط قضي له به ، والا فهو للقيط .

قال رحمه الله : وكذا لو كان أمّا ، ولو قيل : لا يثبت نسبة الا مع التصديق ، كان حسنا .

أقول : لم يفرق الشيخ في الخلاف والمبسوط بين دعوى الرجل والمرأة للبنوة ، وانه يقبل دعوى المرأة كما يقبل دعوى الرجل ، واستحسن المصنف عدم ثبوت نسبة المرأة الا مع التصديق ، والمراد به بعد البلوغ أو باقامة البينة قبله ، وهو اختيار العلامة وابنه ؛ لأن الاصل عدم النسب ، خرج منه قبول دعوى الاب للاجماع ، بيق الباقي على أصالة المنع ما لم يحصل البينة او التصديق بعد الدعوى .

قال رحمه الله : ولا يحكم برقة ولا بكفره إذا وجد في دار الاسلام ، وقيل : يحكم بكفره إذا أقام الكافر بینته بيته ، وإلا حكم باسلامه ل مكان الدار وإن لحق نسبة بالكافر ، وال الاول أولى .

أقول : الملقط في دار الاسلام يحكم باسلامه تبعاً للدار ، فان ادعى كافر بنته لحقه نسبة .

وهل يحكم باسلامه أو بكفره ؟ قال الشيخ في المبسوط : إن كان معه بینة حكم بكفره ؛ لأن البينة اثبّتت فراشه ، والمولود على فراش الكافر يكون كافرا . وإن لم يكن معه بینة حكم باسلامه لانه وجد في دار الاسلام ، وقال في الخلاف مثل ذلك .

وظاهر المصنف الحكم بالاسلام مطلقاً ، سواء أقام بینة او لم يقم ، ووجهه أنه قد حكم الشرع باسلامه ل مكان الدار ، والاصل البقاء على الحكم بالاسلام

الى حين البلوغ ، فان بلغ واعرب الكفر حكم بارتداده ، وذهب العلامه الى اختيار الشيخ وهو المعتمد .

قال رحمه الله : اذا اختلف مسلم وكافر ، او حر وعبد في دعوى بنوته ، قال الشيخ : يرجع المسلم على الكافر والحر على العبد ، وفيه تردد .

أقول : هذا إشارة الى ما قاله الشيخ في المسوط ، فإنه حكى عن قوم ترجيح المسلم على الكافر ، والحر على العبد ، ثم قال : وهو قوى . وحكم في الخلاف بعدم الترجيح ، واستدل بعموم الاخبار فيمن ادعى النسب ولم يخضوا كافرا من مسلم ولا عبدا من حر . وتوقف المصنف والعلامة ولم يرجحا شيئاً .

ورجع فخر الدين المسلم اذا كان التقىط محكوما بالسلامه كالمتقطع في دار الاسلام او دار الكفر وفيها مسلم ، لتأييد دعوى المسلم بالحكم بالسلام التقىط ، ولا يكون مسلما الا مع احد أبييه ، وظاهر الشهيد في الدرس متابعته ، وظاهره في شرح الارشاد متابعه مذهب الشيخ في الخلاف .

في الملقط في الحيوان

قال رحمه الله : وكذا حكم الدابة ، وفي البقرة والسمار تر:د ، أظهره المساواة ؛ لأن ذلك فهم من فحوى المنع منأخذ البعير .

أقول : وقع الاجماع على عدم جواز أخذ البعير إذا ترك من غير جهد مطلقا ، سواء كان في كلام وماء أو لم يكن ، وكذا إذا ترك من جهد في كلام وماء ، والشهور عند أصحابنا جواز أخذه إذا ترك من جهد في غير كلام ولا ماء ، ويملكه الآخذ حينئذ بنفسه الأخذ ، لاته كالماباح .

ومنع ابن حمزة من أخذ مطلقا ، لما رواه الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلام ، قال : « جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال يا رسول الله أني وجدت بعيرا ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، خفه حذاؤه ، وكرشه سقاوه ، فلا تهيجه »^(٥) ، وهو محمول على الواحد في كلام وماء ، أو ترك^(٦) من غير جهد .

(٥) - الوسائل ، اللقطة ، باب ١٣ ، حدیث ١ .

(٦) - في «م» و«ن» و«ر»^١ : تركه .

إذا عرفت هذا فالمشهور الحق الدابة بالبعير ، وفي^(٧) جواز الاخذ إن تركت من جهد في غير كلام ولا ماء ، والمنع ان تركت صحيحة أو مجهودة وهي في كلام وماء لساواتها للبعير في الامتناع ، ويحتمل جواز أخذها مطلقاً؛ لأن الخيل لا تصر عن الماء صبر الابل .

وهل حكم البقرة والحمار حكم الابل والخيل ؟

تردد المصنف في ذلك من المشاركة في العلة المانعة من أخذ البعير ، وهي القدرة على رعي الاشجار ، والشرب من الانهار ، والامتناع من صغير السباع لكبر حجمها فيها بها صغير السباع ومن أن الحمير والبقر لا تصر صبر البعير على الجوع والعطش ، فيجوز أخذها .

وجزم العلامة في القواعد بالمساواة وكذا الشهيد ، وهو المعتمد .

فرع : اذا أخذ البعير وشبهه في موضع الجواز ملكه بنفس الاخذ ولا ضمان عليه ؛ لأنك كالنالف ، فلو جاء المالك وأقام به بينة أو صدقه الآخذ ، هل له الانتزاع العين ؟ استشكله العلامة في القواعد ، من أصلالة بقاء الملك السابق ، ومن الحكم بملك الملتقط ، فلا يبطل بوجود المالك .

واختار فخر الدين وجوب الدفع الى المالك ، وجزم العلامة في التحرير والشهيد في الدروس باستقرار ملك الملتقط وعدم جواز الانتزاع ، وهو المعتمد . قال رحمه الله : والشاة إن وجدت في الفلاة أخذها الواحد ؛ لأنها لا تقنع من صغير السباع فهي معرّضة للتلف ، والآخذ بالخيار إن شاء ملكها ، ويضمن على تردد .

أقول : اذا وجد الشاة في الفلاة وهي الموضع الذي ليس فيه قرى مسكونة ولا أهل طنب جاز أخذها اجماعاً و اذا أخذها كان خيراً بين حفظها لمالكها ، وبين

دفعها الى الحاكم ليحفظها لمالكها ، ولا ضمان فيها اجماعا ، وبين أن يتسلكها .
وهل يضمن هنا ؟ تردد المصنف في ذلك ، لقوله عليه السلام حين سُئل عن
صلة الفتن « خذها فاما هي لك او لأخيك او للذئب »^(٨) ، وظاهر قوله هي لك
يقتضي التملّك^(٩) ، فيكون كالبعير اذا ترك من جهد ، ومن عموم قوله عليه
السلام : « لا يجعل مال امرء مسلم الا عن طيب نفس منه »^(١٠) ، وعموم قوله
عليه السلام : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي »^(١١) ولا منافاة بين جواز الاخذ
والضمان ، وهو المعتمد . وقوى العلامه عدم وجوب التعريف للخبر السابق وهو
جيد .

قال رحمه الله : وفي حكمها كل ما [لا] يمتنع من صغير السباع ، كاطفال
الابل والبقر والخيل والحمير على تردد .

أقول : منشأه من الاشتراك في العلة الميسحة للاخذ ، وهي عدم القدرة على
الامتناع من صغير السباع ، والاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في الحكم ،
ومن احصالة عدم جواز السلط على مال الغير بغير اذنه ، فيقتصر فيه على مورد
النص ولا يتعدى الى غيره ؛ لأن التعدي قياس لانقول به .
والمعتمد الاول ، وهو اختيار الشيخ في المسوط ، وتابعه ابن ادريس
والعلامة .

قال رحمه الله : ويصح أخذ الفضالة لكل بالغ عاقل ، أما الصبي والمجنون
فقطع الشيخ رحمه الله فيها بالجواز ؛ لانه اكتساب ، وينزع ذلك الولي ويتولى
التعريف عنها سنة ، فان لم يأتي مالك ، فان كان الغبطة في قليكه وتضمينه إياها

(٨) - الوسائل ، اللقطة ، باب ١٣ ، حديث ١ وغيره .

(٩) - في «م» : التملك .

(١٠) - المستدرک ، النصب ، باب ١ ، حديث ٥ - ٣ .

(١١) - المستدرک ، كتاب الوديعة ، باب ١ ، حديث ١٢ . والمصدر السابق حديث ٤ .

فعل ، وإلا أبقاهاأمانة ، وفي العبد تردد ، أشبهه الجواز ؛ لأن له أهلية الحفظ ، وهل يشترط الاسلام ؟ الاشبه : لا ، وأولى منه بعزم الاشتراط العدالة .

أقول : البحث هنا في موضعين :

الأول : في لقطة الكافر والفاقد فالمشهور بين الاصحاب جوازها لها ؛ لأنها نوع اكتساب فيتساوی فيها المسلم والكافر والعدل والفاقد ، لتساويها في جواز الاكتساب ، وظاهر ابن الجنيد عدم جواز اخذها للفاقد فيكون أولى منه الكافر ؛ لأن اللقطة أمانة وولاية ، وليس الفاقد والكافر أهلاً لها ، فعلى هذا يحتمل منع الطفل والجنون من أخذها ، لأنها ليسا أهلاً للأمانة والولاية ، وهذا لم يجزم المصنف بجواز التقاطها ، بل أنسد ذلك الى الشیخ ، وهو يشعر بالتوقف . والمعتمد تحریم لقطة الحرم على هؤلاء الاربعة ؛ لأنها أمانة محضة ، وجواز غيرها ؛ لأنها اكتساب بمحض الفرض .

الثاني : في لقطة العبد ، والمشهور جوازها ؛ لأن له أهلية الاكتساب ، وأهلية الامانة فكان له الالتفات . وقال ابن الجنيد ليس له ذلك لما رواه أبو خديج عن الصادق عليه السلام قال : « لا يعرض لها العبد »^(١٢) ، ولأن المقصود من اللقطة التملك بعد المحول ، وهو ليس من أهل التملك . والمعتمد جواز أخذ اللقطتين له .

اما لقطة الحرم فلانها أمانة وهو أهل للأمانة ، ونقل الشهيد عن العلامة أنه قال : لانعلم فيه خلافا ، وأما غير لقطة الحرم فلما تقدم من أنها نوع اكتساب ويتولى التعريف السيد إن أذن فيها او رضى بها ، ولا ضمان على السيد إن كان العبد أمينا وان لم يكن أمينا ، وعرف سيده بذلك ولم ينتزعها منه كان الضمان على السيد لا في رقبة العبد ، قاله الشیخ في المبسوط ، وظاهر العلامة في المختلف

والتحرير عدم ضمان السيد ؛ لأن للعبد التسلط على اللقطة ولا يجب على السيد الانتزاع ؛ لأنه لا يجب عليه حفظ مال الغير ، وهو قوي .

قال رحمه الله : اذا كان للقطة نفع ، كالظهر واللبن والخدمة ، قال في النهاية : كان ذلك بازاء ما أتفق ، وقيل : ينظر في النفقه وقيمة المنفعة ويتناصان ، وهوأشبه .

أقول : اختلف الاصحاب هنا على ثلاثة أقوال : الاول : كون النفع بازاء النفقه سواء تساويها قيمة أو تفاوتا ، وهو قول الشيخ في النهاية ، ومستنده روایة السكوني ^(١٢) عن جعفر عن أبيه عن آبائه صلى الله عليهم جيما .

الثاني : التناص ، ومعنىه تقويم المنفعة والنفقه ، فان تساوا يباهرا ، وان تفاوتا رجع صاحب الفضل ^(١٤) على صاحبه ؛ لانه أنساب الى العدل ، وهو اختيار المصنف والعلامة ، وهو المعتمد .

الثالث : عدم الرجوع بالنفقه ؛ لأنها واجبة على الملقط وهو مذهب ابن ادريس .

(١٢) - الوسائل ، كتاب الرهن ، باب ١٢ ، حدیث ٢ .

(١٤) - في «ن» : الفاضل .

في اللقطة

قال رحمه الله : اللقطة : كل مال ضائع أخذ ولا يد لأحد عليه ، فما كان دون الدرهم جاز أخذها والارتفاع به بغير تعريف ، وما كان ازيد من ذلك ، فما كان في الحرم ، قيل : يحرم أخذها وقيل ، يكره ، وهو أشيه .

أقول : البحث هنا في لقطة الحرم ، والتحقيق : أن لقطة الحرم خالفت غيرها بأربعة أمور لا يخلو أحدها عن الخلاف .

أ) هل يجوز أخذها أم لا ؟ قال الشيخ في النهاية : لا يجوز ، واختاره العلامة وأبو العباس وهم عليه روایات^(١٥) ، وقال الشيخ في الخلاف : أخذها مكروه ، واختاره المصنف ، لاصالة الم gioaz ، ولما روى عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم « قال : لا تحمل لقطة الحرم الا لمنشد »^(١٦) ، دل عفهومه على اباحتها مع نية الانشاد ، قلت : وكذلك لقطة غير الحرم اذا تجاوزت الدرهم ، لا يحمل أخذها الا مع قصد الانشاد وهو التعريف ، فلا فرق حينئذ . والمعتمد التحرير وال لم يبق

(١٥) - الوسائل ، كتاب اللقطة ، باب ١ .

(١٦) - سنن البيهقي - ج ٦ - ص ١٩٩ .

للحرم مزية على غيره .

ب) هل تملك لقطة الحرم اذا قصرت عن الدرهم كما تملك لقطة غيره ، او تكون أمانة يجب تعريفها حولاً كما لو زادت على الدرهم ؟ الاول ظاهر ابن البراج والمصنف ، واختاره الشهيد وهو مذهب ابن ادريس ، لأصالة الجواز ، ولعموم^(١٧) تملك ما نقص عن الدرهم من اللقطة ، والثاني مذهب الشيخ في النهاية والمفید وابنی بابویہ ، وهو ظاهر القواعد والارشاد والا لما حصل الفرق بين الحرم وغيره .

ج-) هل يجوز تملك لقطة الحرم بعد التعريف حولاً كما يجوز تملك غيرها ، ام لا بل تبقى أمانة ؟ بالاول قال ابو الصلاح ، وبالثاني قال اکثر الاصحاب .

د) اذا تصدق بها بعد التعريف فكره المالك هل يضمن ام لا ؟ قال الشيخ في المسوط والخلاف : إنه يضمن ، وهو اختيار العلامة في المختلف ، وقال المفید وابن البراج وابن حمزة لا يضمن ، واختاره ابو العباس وهو مذهب المصنف ؛ لانه دفعه دفعا^(١٨) مشروعا فلا يتعقبه ضمان ، احتاج الموجبون بقوله عليه السلام : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي »^(١٩) ، لأنه تصرف في اتلاف المال بغير اذن صاحبه ، فيكون مضمونا كلقطة الحرم ، وهو قوى .

قال رحمه الله : وفي جواز التقاط النعلين والاداوة والسوط خلاف ، أظهره الجواز ، وكذا العصا والشظاظ والوتد والحبيل والعقال ، وأشباهه من الالات التي يعظم نفعها وتصغر قيمتها .

أقول : جزم ابو الصلاح بجواز التقاط الاداوة والقربة وغيرها من أوعية

(١٧) - الوسائل ، اللقطة ، باب ٢ ، حديث ٩ .

(١٨) - في « م » و « ن » و « ر » : دفع .

(١٩) - المستدرك ، كتاب الفصلب ، باب ١ ، حديث ٤ .

الماء ، والخداء والسوط ونحوه قول علي بن بابويه وابنه محمد بن بابويه ، وجوز ابن الجنيد التقاط الوتد والعقال والشظاظ لمن هو محتاج اليه ، قال : ويغفرم^(٢٠) لمالكه مع التلف ، ومال اليه العلامة في المختلف ؛ لأنه اتلف مال الغير فيكون عليه ضيائه ، وقال الشيخ في النهاية : ويكره أخذ ماله قيمة يسيرة مثل العصا والشظاظ والوتد والحبيل والعقال وأشباه ذلك وليس بمحظور ، وهو المشهور بين الأصحاب وهو المعتمد ، لأصالة الم gioz ، ولو رواية حرزي^(٢١) في الحسن عن الصادق عليه السلام الدالة على جواز التقاط هذه الأشياء .

احتاج المانعون برؤاية عبد الرحمن^(٢٢) عن أبي عبد الله عليه السلام ، وهي محولة على الكراهة .

قال رحمه الله : لا تملك النقطة قبل المول ، ولو نوى ذلك ، ولا بعد المول ما لم يقصد الملك ، وقيل : يملك بعد التعريف حولاً وإن لم يقصد ، وهو بعيد .
أقول : اختلف الأصحاب هنا على ثلاثة أقوال :

الأول : دخوها في ملك الملتقط بعد التعريف قهراً بغير اختياره ، وهو مذهب الشيخ في النهاية وابن بابويه وابن ادريس ، لقول الصادق عليه السلام : « يعرفها سنة فان جاء صاحبها والا فهي كسبيل ماله »^(٢٣) والفاء للتعقيب من غير تراخ ، فلو احتاج دخوها في الملك بعد التعريف الى نية لحصل التراخي وهو باطل فلا تفتقر إلى نيتها نية .

الثاني : لا يدخل في ملكه بعد التعريف الا باختياره ، وبكفي فيه القصد وإن لم يتلفظ ، قاله العلامة في المختلف ، واختاره فخر الدين وابو العباس وهو

(٢٠) - في الاصل : عصرم ويغفرم .

(٢١) - الوسائل ، النقطة ، باب ١٢ ، حدث ١ .

(٢٢) - المصدر السابق ، حدث ٢ .

(٢٣) - الوسائل ، كتاب النقطة ، باب ٢ ، حدث ١ .

المعتمد ، أما الافتقار إلى النية فلا صالة بقاء الملك على مالكه ما لم يحصل قصد الملك ، وأما عدم الافتقار إلى اللفظ فلان النية من افعال القلوب فيكون فيها القصد كسائر النيات .

الثالث : لا يدخل في ملكه بعد التعريف الا بالنية واللفظ ، مثل أن يقول أخترت تملكها ، وهو مذهب الشيخ في الخلاف وابن حمزة وابو الصلاح ، للاجماع على حصول الملك بذلك دون غيره ، فلا يحصل الملك بدونه .

قال رحمه الله : قال الشيخ رحمه الله ، اللقطة تضمن بطالبة المالك لابنية الملك وهو بعيد لأن المطالبة تترتب على الاستحقاق .

أقول : هذا قول الشيخ في المبسوط ، لقوله عليه السلام : « من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل ولا يكتم ولا يعنت ، فان جاء صاحبها فليردها والا فهو ما الله يؤتى به من يشاء » ^(٤) ، واستبعده المصنف ؛ لأن المطالبة تتوقف على الاستحقاق ، فلو توقف الاستحقاق على المطالبة لزم الدور ، وهو باطل ، فيكون سبب الضمانية للملك ، وهو المشهور بين الاصحاب ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : قيل : لا يجب التعريف الا مع نية الملك ، وفيه إشكال ينشأ من خفاء حاملها على المالك ، فلا يجوز تملكها الا بعد التعريف ، ولو بقيت في يده أحوالاً .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : اذا أراد حفظها على صاحبها لا يلزمه التعريف ؛ لأن التعريف اما يكون للملك ، وإن أراد الملك وجوب التعريف سنة ، والمشهور وجوبه مطلقا ، سواء قصد الملك او لم يقصد ، لعموم ^(٥) الامر به ، ولأن فائدة الحفظ وصوتها الى المالك ، واما يتم بالتعريف لخفاء حاملها على

(٤) - سنن البهقي ، ج ٦ ، ص ١٨٧ . وفي ن (ويكتم) .

(٥) - الوسائل ، اللقطة ، باب ٢ .

مالكها ، وإنما يظهر بالتعريف ، ويجب أن يكون التعريف عقب الالتفاظ بلا فصل ، وينبغي أن يكثر من التعريف يوم الوجдан وبعده على التدريج ، ونقل العلامة في التحرير قوله أقوله أن يعرف في الأسبوع ، وقال الشهيد : وينبغي أن يعرف كل يوم مرة أو مرتين من الأسبوع الأول ، ثم في الأسبوع الثاني مرة ، ثم في الشهر مرة ، ومثله عبارة القواعد ، والضابط : وجوب المتابعة بحيث لا ينسى اتصال التالي بتلوكه من غير تقدير معين^(٢٦) .

فروع : أ) لو نوى الملك قبل انقضاء المول ، لم يحصل الملك وضمن بنفس النية ، ولا تشير أمانة لو عاد إلى نية الحفظ ، ولو الملك بعد انقضاء التعريف ، لعدم تأثير الأولى غير الضمان .

ب) تأخير التعريف حرام ، ولو أخره مع امكانه أثم ، ولا يسقط التعريف بالتأخير ، وابتداء المول من حين التعريف لا من حين الالتفاظ .

ج) لو أخر التعريف حول الاول ثم عرف حول الثاني أو بعده ، كان له الملك بعد حول التعريف على المختار ، لعموم^(٢٧) جواز تملكتها بعد التعريف .

قال رحمة الله : ولو عايت بعد الملك ، فأراد ردتها مع الارش جاز ، وفيه إشكال ؛ لأن الحق تعلق بغير العين فلم يلزمها أخذها معيبة .

أقول : اذا حضر المالك بعد أن نوى الملك تملك طالب الملتقط ، وكانت قد تعبيت بعد نية الملك ، هل يعبر المالك على قبوها معيبة مع أرض العيب ؟ يحتمل ذلك ؛ لأنها عين ماله فيجب عليه القبول والعيب^(٢٨) يعبر بالارش ، ويحتمل العدم ؛ لأن بنفس نية الملك تعلق حقه بالمثل او القيمة ، فلا يجب عليه قبوها

(٢٦) - من «م» و «ر» .

(٢٧) - الوسائل ، اللقطة ، باب ٢ ، حديث ١ وغره .

(٢٨) - في الاصل : والفايت .

معيبة ، وإنما وجوب عليه قبولاً صحيحة ؛ لأن وجوب قبول المثل أو القيمة يقتضي وجوب قبول العين صحيحة ؛ لأن وجوب قبولاً أولى من وجوب قبول مثلاً أو قيمتها ؛ لأن المثل إنما يجب قبوله لكونه مشابهاً لها ، والقيمة إنما يجب قبولاً مع عدم وجود العين على صفاتها ، فإذا وجدت على صفاتها كان قبولاً أولى من قبول المثل أو القيمة .

قال رحمه الله : ولو علم المولى قبل التعريف ولم يأخذ منه، ضمن لتفريطه بالامال إذا لم يكن أمنياً ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه مما قاله المصنف ، ومن حيث أن العبد له التسلط على اللقطة ، فلا يجب على المولى الانتزاع ؛ لأنه لا يجب عليه حفظ مال الغير ، وقد سبق البحث في ذلك^(٢٩) .

كتاب الفرائض

في موانع الارث

قال رحمه الله : ولو كان الميت مرتدًا ورثه الإمام مع عدم الوارث المسلم ،
وفي رواية : يرثه الكافر ، وهي شاذة .

أقول : الرواية هي ما رواه إبراهيم بن عبد الحميد عن رجل ، « قال : قلت :
لأبي عبد الله عليه السلام رجل نصراني أسلم ثم رجع إلى النصرانية ثم مات ،
قال : ميراثه لولده النصراني ، ومسلم تنصر ثم مات ؟ قال : ميراثه لولده
المسلم »^(١) وبضمونها أفقى الشيخ في الاستبصار ، والمشهور عند أصحابنا أن
ميراثه للإمام مع فقد الوارث المسلم لتعريفه بالاسلام فلا يرثه الكافر ، والرواية
محمولة على التقبة وهو المعتمد .

قال رحمه الله : أما لو لم يكن وارث سوى الإمام ، وأسلم الوارث فهو
أولى من الإمام ؛ رواية أبي بصير ، وقيل : إن كان قبل نقل التركة إلى بيت مال
الإمام ورث وإن كان بعده لم يرث ، وقيل : لا يرث ؛ لأن الإمام كالوارث
الواحد .

(١) - الوسائل ، كتاب الارث ، باب ٦ من أبواب موانع الارث ، حديث ٦.

أقول : هنا ثلاثة أقوال :

الأول : اذا أسلم وارت الكافر كان أولى من الامام مطلقا سواء نقله الى بيت المال او لم ينقله ، فعل هذا له أخذه ما دامت العين باقية ، وهو اختيار المصنف ونقله فخر الدين عن كثير من الاصحاب ، ولم ينقله عميد^(٢) الدين عن غير المصنف ، والمستند روایة أبي بصير ، « قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل مسلم مات وله أم نصرانية وله زوجة ولد مسلمان ؟ فقال : إن أسلمت أمه قبل أن يقسم ميراثه اعطيت السدس ، قلت : فان لم يكن لها امرأة ولا ولد ، ولا وارت لها سهم في كتاب الله من المسلمين وأمه نصرانية ، ولو قرابة نصارى من له سهم في الكتاب لو كانوا مسلمين لمن يكون ميراثه ؟ قال : فان أسلمت امه فان جميع ميراثها ، وان لم تسلم امه واسلم بعض قرابتة من له سهم في الكتاب ، فان ميراثه له ، وإن لم يسلم من قرابتة احد فهو للامام »^(٣) .

الثاني : التفصيل ، وهو إن أسلم قبل نقل التركة الى بيت المال فهي له ، وإن كان بعده لم يستحق شيئاً ، وهذا القول صرخ به ابن حمزة ، وهو ظاهر الشيخ في المبسوط ، وجزم به العلامة في الارشاد واختارة فخر الدين .

الثالث : وهو عدم الاستحقاق مطلقاً؛ لأن الامام كالوارث الواحد ، وهذا القول نقله المصنف والعلامة ساكتين عليه .

فروع : الأول : لو أسلم الوارث قبل^(٤) قسمة بعض التركة فيه ثلاثة احتلالات ، أحدها : المشاركة في الجميع إن كان مساوياً ، واجازة^(٥) الجميع إن

(٢) - في «ن» : غير عميد الدين .

(٣) - الوسائل ، كتاب الارث ، باب ٣ من ابواب مواقيع الارث ، حديث ١ ، وفي المصدر سأله ابا عبد الله (عليه السلام) .

(٤) - في النسخ : بعد .

(٥) - في النسخ : اجازة .

كان أولى؛ لأن التركة اسم لمجموع المال المتروك ولم يقسم المجموع، فيصدق أنه أسلم على مال قبل قسمته، فيجيزه إن كان أولى.

الثاني: أنه لا يرث فيها قسم، ويرث في غير المقسم، أما عدم ميراثه من المقسم، فلوجود المانع من الميراث في ذلك البعض وهو القسمة، فلا يرث منه شيئاً، وأما ميراثه من غير المقسم، فلعدم وجود المانع من الارث؛ لأن المانع القسمة ولم يوجد في ذلك البعض فيرث جميع^(٦) غير المقسم أو بعضاً منه على التفصيل.

الثالث: عدم الارث من الجميع؛ لأن الارث مترôط بالاسلام قبل القسمة، وهذا الشرط لم يوجد لحصول القسمة في البعض، والثاني هو المعتمد.

الثاني^(٧): لو خلف الميت ما لا يمكن قسمته مثل العبد والجوهرة وأشباه ذلك ثم أسلم الوارث، هل يشارك في ذلك أم لا؟ يحتمل العدم؛ لأن قولهم إذا أسلم على ميراث قبل قسمته، يفهم منه اختصاص الارث فيما يمكن قسمته دون ما لا يمكن، والا لم يحسن قولهم قبل قسمته، ويحتمل الارث منه قبل القسمة^(٨) فيما بينهم ورد بعضهم على بعض لصدق إسلامه على مال قبل قسمته، وهو المعتمد. تنبية^(٩): هل يشارك في النماء المتعدد بين الموت والاسلام قبل القسمة؟ يحتمل ذلك؛ لأن النماء نابع للاصل وهو يشارك في الاصل قطعاً، فيشارك في النماء خصوصاً على القول ببقاء التركة على حكم مال الميت، ولأنه لما استحق النصيب من التركة بالميراث عن الميت بينما^(١٠) أنه كان مالكاً حالة الموت والكفر

(٦) - ليس في الأصل.

(٧) - من «ن» وفي غيرها: الرابع.

(٨) - في «م» و«ر»: الشترين، وفي «ن»: التبیز.

(٩) - في الاصل: الثاني.

(١٠) - في «ن»: ثبت.

مانع وهو المعتمد ، ويعتمل العدم ، لتجدد النماء على ملك الورثة المسلمين فلا يستحق فيه شيئاً ؛ لأنه إنما يستحق فيها كان مملوكاً لورثة وهذا النماء لم يدخل في ملك المورث فلا يستحقه .

فرع (١١) : لو باع بعض الورثة حصته من التركة أو وهبها من آخر قبل القسمة ثم أسلم الكافر ، هل يمنع من الميراث ؟ يحتمل ذلك ؛ لأن البيع والهبة أقوى من القسمة ، لاقضايتها^(١٢) زوال الملك عن المالك^(١٣) إلى غيره ، والقسمة تقتضي تميز الحقوق بعضها عن بعض معبقاء الملك على المالك ، وإذا كان الأضعف مانعاً من المشاركة كان منع الأقوى أولى ، وهو المعتمد ، ويعتمل عدم المنع لصدق الاسم^(١٤) على مال قبل قسمته .

قال رحمه الله : ولو كان الوارث زوجاً أو زوجة ، وأخر كافر ، فإن أسلم أخذ ما فضل من نصيب الزوجة ، وفيه إشكال ، ينشأ من عدم إمكان القسمة ، ولو قيل : يشارك مع الزوجة دون الزوج ، كان وجهاً .

أقول : الارث هنا مبني على القول بعدم الرد على الزوج والزوجة ، وعدم الارث مبني على القول بالرد ، وسيأتي أن شاء الله تحقيق ذلك^(١٥) .

قال رحمه الله : لو خلف نصراني أولاداً صغاراً ، وابن أخي وابن اخت مسلمين ، كان لابن الأخ ثلثا التركة ، ولابن الاخت الثالث وينفق الاثنان على الاولاد بنسبة حقوقها ، فإن بلغ الاولاد مسلمين فهم أحق بالتركة على روایة مالك بن أعين .

(١١) - ليس في الاصل .

(١٢) - في «ن» : لاقضايتها .

(١٣) - في «ن» : الكافر .

(١٤) - في النسخ : الاسلام .

(١٥) - ص ١٧٣ .

أقول : روى مالك بن أعين عن الباقي عليه السلام ، « قال : سأله عن نصراني مات وله ابن أخ مسلم ، وابن اخت مسلم ، وللنصراني اولاد وزوجة نصارى ؟ قال : فقال : أرى أن يعطى ابن أخيه المسلم ثلثا ما ترك ، ويعطى لابن اخته ثلث ما ترك إن لم يكن له ولد صغار ، وإن كان له ولد صغار كان على الوارثين أن ينفقا على الصغار مما ورثا من أبيهم حتى يدركوا ، قيل له : كيف ينفقان ؟ قال : فقال : يخرج وارت الثلثين ثلثي النفقة ، والآخر ثلث النفقة ، فإذا أدركوا اقطمت النفقة عليهم ، وإذا أسلموا وهم صغار دفع ما ترك أبوهم إلى الإمام حتى يدركوا ، فان بقوا على الإسلام دفع الإمام ميراثهم إليهم ، وإن لم يبقوا اذا ادركوا دفع الإمام الميراث إلى ابن أخيه وابن اخته المسلمين »^(١٦) وهذه الرواية من المشاهير ، وبضمونها أفق الشيخ في النهاية والمفید في المقتنة وابن البراج ، وردتها ابن ادریس وحكم بالميراث لابن الاخ وابن الاخت المسلمين ؛ لأن الاولاد بحكم آبائهم ولم يوجب الانفاق على الاولاد ، واختارة المصنف والعلامة .

قال رحمة الله : ولو كان القتل خطأ ورث على الاشهر ، وخرج المفید رحمة الله وجها آخر ، هو المنع من الدية ، وهو حسن ، والاول أشبه .

أقول : القتل اذا كان عمدأ ظلما من القاتل من إرث المقتول إجماعا مقابلة بنقض مقصوده ، وعقوبة^(١٧) على فعله ، واحتياطا في عصمة الدم كيلا تقتل أهل المواريث بعضهم بعضا طمعا في الميراث ، وإن كان خطأ فقد اختلف فيه الاصحاح على ثلاثة أقوال :

الأول : المنع مطلقا ، وهو قول ابن أبي عقيل احتياطا لعصمة الدم ، ولاه

(١٦) - الوسائل ، كتاب الارث ، باب ٢ من موانع الارث ، حديث ١ .

(١٧) - في «ن» : بعقوبة .

يؤخذ منه الديمة فكيف يرث منها .

الثاني : التوريث مطلقاً ، وهو قول المفید وسلاط واختاره المصنف ؛ لأن المنع عقوبة وقاتل الخطأ غير مذنب ، ولصحيحه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام ، « قال سأله عن رجل قتل أمه أيرتها ؟ قال : إن كان خطأ ورثها ، وإن كان عمداً لم يرثها »^(١٨) ولا يتوجه أحد من قول المصنف (وخرج المفید وجهاً وهو المنع من الديمة) أن ذلك مذهب المفید ، بل مذهب التوريث مطلقاً ، نقله عنه العلامة في المختلف ، وابنه ، وعميد الدين في شرح القواعد ، والشهيد ، وأبو العباس ، والوجه الذي اشار اليه المصنف هو أن المفید حمل الرواية^(١٩) الواردة بمنع القاتل وإن كان خطأً على المنع من الديمة دون غيرها ، نقله عنه الشيخ في النهاية ، قال في النهاية : والقاتل ضربان ، قاتل عمداً ولا يرث المقتول على كل حال ، ولذاً كان أو والدًا ، زوجًا أو زوجة ، من نفس التركيبة ومن الديمة وقد رویت رواية بأن القاتل لا يرث وإن كان خطأ ، وهذه رواية شاذة لا عمل عليها ؛ لأن أكثر الروايات على ماقدمناه ، وكان شيخنا رحمة الله يحمل هذه الرواية على أنه إذا كان القاتل خطأ لا يرث من الديمة ويرث من التركيبة ، للجمع بين الاخبار ، وعلى هذا أعمل ؛ لأنه أحوط . هذا آخر كلام الشيخ في النهاية ، وإنما نسب المصنف هذا التفصيل إلى المفید ؛ لأنه هو السابق إليه وليس ذلك مذهبًا له .

الثالث : المنع من الديمة دون باقي التركيبة ، وهو قول الشيخ والمرتضى^(٢٠) وابن الجنيد وأبي الصلاح وابن البراج وابن حمزة وابن زهرة وابن ادریس ، واختاره العلامة وابنه وابو العباس ، وهو المعتمد ، للجمع بين الروايات^(٢١) .

(١٨) - الوسائل ، كتاب الارث ، باب ٩ من موانع الارث ، حدیث ٢ .

(١٩) - الوسائل - الارث ، باب ٧ من موانع الارث ، حدیث ١ .

(٢٠) - ليست في النسخ .

(٢١) - الوسائل ، كتاب الارث ، احاديث باب ٧ - ٨ - ٩ من ابواب موانع الارث .

واما شبه العمد فكالعمد عند ابن الجنيد ، واختاره العلامة في القواعد وابنه ، وكالمخطأ عند سلار ، واختاره العلامة في التحرير ، وألحق بالخطأ أيضاً قتل الصبي والجنون ، وقال في القواعد : والقتل بالسبب مانع ، وكذا قتل الصبي والجنون والنائم ، ولعل المعتمد فتوى التحرير ، لعدم المؤاخذة بالعقوبة .

قال رحمه الله : ولو كان للقاتل وارث كافر منعاً جيماً ، وكان الميراث للامام ، ولو أسلم الكافر كان الميراث له ، [والمطالبة اليه] وفيه قول آخر .

أقول : القول الآخر إشارة الى ما سبق^(٤٢) من الخلاف فيما لو لم يكن وارث غير الامام فأسلم الوارث ، هل يجوز المال مطلقاً أو لا يجوز مطلقاً ؟ لأن الإمام كالوارث الواحد أو يجوزه ما لم ينفل الى بيت المال وقد سبق البحث في ذلك واختيار المصنف هنا هو اختياره هناك ، وهو الحيازة مطلقاً .

قال رحمه الله : يرث كل مناسب ومسايب عدا من يتقرب بالام ، فان فيهم خلافاً .

أقول : اختلاف الاصحاب في الوارث لدية المقتول على ثلاثة أقوال :

الأول : يرثها كل وارث ، وهو قول الشيخ في المبسوط وموضع من الخلاف ، وابن حمزة وابن ادريس في كتاب الجنایات ، واختاره ابو العباس في المقتصر .

الثاني : يرثها كل مناسب ومسايب عدا المتقرب بالام ، وهو اختيار الشيخ في النهاية ، والعلامة في القواعد ، وابنه ، والشهيد .

الثالث : يرثها العمودان ، ومع فقدها يرثها المتقرب بالابوين معاً ، دون من يتقرب بأحددهما من الاخوة والعمومة ، ومع فقدهم فلمولى النعمة ان كان ،

وإلا فالامام وهو القول الثاني للشيخ في الخلاف ، ومستند الجميع الروايات^(٢٣) . قال رحمه الله : ولو لم يكن للميت وارث سوى الملوك ، اشتري الملوκ من التركة وأعتق ، وأعطي بقية المال ، ويقهر المالك على بيعه ، ولو نقص المال عن قيمته قيل : يفك بما وجد ويسعى في الباقي ، وقيل : لا يفك ويكون المال للامام ، وهو الظاهر ، وكذا لو ترك وارثين أو أكثر وقصر نصيب كل واحد منهم أو نصيب بعضهم .

أقول : البحث هنا في موضوعين :

الأول : فيها اذا كان الوارث واحداً ، وقصرت التركة عن قيمته ، هل يفك منه ما قبل التركة ويسعى في الباقي ، او تكون التركة للامام ؟ اختلف الاصحاب في ذلك ، قال الشیخان وسلام تكون الترکه للامام ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس ، لاصالة عدم الفک ، خرج ما اذا وفت الترکه بالقيمة ، يبق الباقي على أصله المنع ؛ لأن الاصل عدم جواز إجبار الغير على بيع ماله ، ونقل الشيخ وابن الجنيد وابن البراج عن بعض الاصحاب أنه يشتري منه ما قبل الترکة ويسعى في الباقي ، قال العلامة في المختلف : وليس بعيداً من الصواب ؛ لأن عتق الجزء يساوي عتق الكل في الامور المطلوبة شرعاً ، فيساويه في الحكم ، وال الاول هو المعتمد .

الثاني : فيها اذا تعدد الوارث ثم قصر نصيب كل واحد عن قيمته ، او قصر نصيب بعضهم ، وهذا تفريع على القول بعدم شراء بعض الوارث الواحد ، بل تكون الترکة للامام ، فعلى هذا القول لو خلف وارثين او أكثر ، وقصرت الترکة عن فك الجميع ونهضت بذلك البعض ، إما لكثره نصبيه او لقلة قيمته ، هل تكون الترکة للامام او يفك من نهض نصبيه بقيمتها (ويموز الباقي ؟ فيه اشكال ، منشئه

من أن شراء الوارث مشروط بوفاء التركة بقيمتها^(٢٤) وليس لأن الوارث بمجموع الوارث ، والتركة قاصرة عن قيمة الجميع ، فلا يتحقق الشرط فيتنق الشروط ، فيكون التركة للأمام ؛ لأن اختصاص كل شيء معين موقوف على حريته ، وليس له نصيب قبل الحرية حتى يفك به ، وهذا إذا وفت التركة بقيمة الجميع فكوا من غير الثغرات إلى تفاوت السهام ولا تفاوت القيمة ، فإنه لو كانت قيمة أحدهما جزء وسهمه منه جزء ، والآخر بالعكس فكما جمِيعاً لمجموع التركة ، من (غير الثغرات إلى هذا التفاوت ، ولو كان لأحد هما نصيب قبل الحرية لما جاز ذلك ، ومن وجود وارث ثني^(٢٥)) التركة بقيمتها فيشتري ويُعتقد ويُعطى باقي التركة ، لعموم النص^(٢٦) ، واختاره فخر الدين ، قال : ولا اشكال عندي في هذه المسألة ؛ لأنَّه يجب عتق واحد لوجود المقتضي وهو وجود قريب وارث على تقدير المهرية ، فحيثُنَّ يختص من^(٢٧) نهض نصبيه بقيمتها وإلا أفرع .

تبنيه : لو امتنع المالك عن البيع ، دفع إليه الثمن وانزع منه العبد قهراً ، ويكون ذلك كافياً في الشراء ، ولا يكفي الشراء عن العتق بعده ويتولا هما الإمام ، ومع تعذرها يتولاه الفقيه من باب الحسبة ، وكسبه قبل الشراء والعتق لسيده ، ولو باعه قبل شراء الإمام صبح البيع ويفكه الإمام من الثاني^(٢٨) .

قال رحمة الله : يفك الأبوان إجماعاً ، وفي الأولاد تردد ، أظهره انهم يفكون وهل يفك ما عدا الآباء والأولاد ؟ الاظاهر : لا ، وقيل : يفك كل وارث ولو كان زوجاً أو زوجة ، وال الأول أولى .

(٢٤) - ما بين القوسين ليس في «م» .

(٢٥) - ما بين القوسين ليس في «ر» .

(٢٦) - الوسائل - الارث ، باب ٢٠ من موانع الارث .

(٢٧) - في «ن» : بن .

(٢٨) - في «م» : الباقي .

أقول : اختلف الاصحاب فيمن يفك من الوارث ومن لا يفك على أربعة

أقوال:

الاول : الاbowan خاصة ، وهو قول سلار ، وظاهر ابني بابويه : لأن الفك على خلاف الاصل ، فيقتصر فيه على موضع الوفاق .

الثاني: إضافة الأولاد إلى الآبوبين ، والمراد بهم أولاد الصلب دون أولاد الأولاد ، وهو قول المفيد وابن حمزة ، وقواء ابن ادريس ، ونقله السيد المرتضى ، واختارة المصنف ، لحسنـة جـيل^(٢٩) عن الصـادق عـلـيـه السـلام الدـالـة عـلـى فـكـ الأولـاد .

الثالث : إضافة الأقارب إلى الآبوبين والولد ، فيدخل فيه من علام الآباء ومن سفل من الأولاد ، والأخوه والأعمام والأخوال ، وبالجملة كل وارت عدا الزوج والزوجة ، وهو اختيار العلامة فخر الدين الشهيد وابي العباس ، والمستند روایة عبد الله بن طلحة ^{٣٠١} عن الصادق عليه السلام الدالة على مطلوبهم .

الرابع : اضافة الزوجين الى باقي الورثة ، وهو قول الشيخ في النهاية ،
والمستند صححه سليمان بن خالد^{٣١} عن الصادق عليه السلام الدالة على
المطلوب .

قال رحمة الله : الغائب غيه منقطعة لا يورث حتى يتحقق موته إلى آخره .

أقول : ذكر المصنف هذه المسألة في ما بعد^(٣٢) وبين وجهها بما لا يحتاج معه

کشف

^٤ (٢٩) الوسائل، كتاب الارث، باب ٢٠ من مواطن الارث حديث .

. (٣٠) -المصدر السابق حديث ٥.

^{١٠} (٢١) - المصدر السابق، حديث

(٣٢) - من کتاب ائمہ ائمہ

في الحجب

قال رحمة الله : الرابعة ؟! أن لا يكون هناك وارث اصلا من مناسب ومسايب ، والنصف للزوج والباقي رد عليه ، وللزوجة الربع ، وهل يرد عليهما ؟ فيه أقوال ثلاثة : أحدها : يرد ، والآخر : لا يرد ، والثالث : يرد مع عدم الامام لا مع وجوده ، والحق انه لا يرد .

أقول : البحث هنا في موضوعين :

الأول : في الرد على الزوج مع فقد غيره من الوارث ، والمشهور الرد عليه^(٣٣) دون الامام حتى ادعى الشیخان والمرتضى عليه الاجماع ، ويظهر من سلار وجود الخلاف فيه ، لونقة جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام ، « قال : لا يكون الرد على زوج ولا زوجة »^(٣٤) وتعارضها^(٣٥) أخبار^(٣٦) صاحب مصريحة بالرد عليه .

(٣٣) - في «م» و «ر١» : على الزوج .

(٣٤) - الوسائل ، كتاب الارث ، باب ٢ من ميراث الازواج ، حدث٨ .

(٣٥) - في «ن» : يؤيدها .

(٣٦) - الوسائل ، كتاب الارث ، احاديث البابين ٢ - ٤ .

الثاني : في الرد على الزوجة ، وفيه ثلاثة أقوال نقلها المصنف :

الأول : الرد مطلقاً في غيبة الامام وحضوره ، وهو قول المفيد ، وهو قول نادر قاله في آخر باب ميراث الاخوة من المقنعة ، ومستنده روایة أبي بصير عن الصادق عليه السلام ، « قال : قلت له رجل مات وترك امرأة ؟ قال : المال لها ، قال : قلت امرأة ماتت وتركت زوجها ؟ قال : المال له »^(٣٧) وحملها الشيخ على كونها قريبة له تأخذ الباقي بالقرابة .

الثاني : عدم الرد مطلقاً ، وهو قول أبيه بابويه وابن البراج وابن ادريس ، واختاره المصنف وفخر الدين ، لما رواه ابو بصير عن الباقر عليه السلام ، « قال : سأله عن امرأة ماتت وتركت زوجها ولا وارث لها غيره ؟ قال : اذا لم يكن غيره فله المال والمرأة لها الرابع وما يبيه للامام »^(٣٨) .

الثالث : التفصيل وهو الرد عليها مع غيبة الامام دون حضوره ، وهو قول محمد بن بابويه في كتاب من لا يحضره الفقيه ، واستقره الشيخ في النهاية ، واختاره العلامة في التحرير والارشاد ، ووجهه الجمع بين الاخبار .^(٣٩)

قال رحمه الله : وهل يحجب القاتل ؟ فيه تردد ، والظاهر أنه لا يحجب .
أقول : منشأه من عموم قوله تعالى : ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلَا مِهْرَبٌ^(٤٠)﴾ خرج منه الماليك والكافر ، للرواية الصحيحة عن محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام ، « قال : سأله عن الملوك والمشركين يحجبان اذا لم

(٣٧) - الوسائل ، كتاب الارث - ابواب ميراث الازواج . وهي روایة ابن مسكن عن أبي بصير ، قطعها في الوسائل ، فجعل قسماً في باب ٣ ، حدیث ٦ ، والآخر في: باب ٤ ، حدیث ٩ .

(٣٨) - الوسائل ، كتاب الارث ، باب ٤ من ميراث الازواج ، حدیث ٨ .

(٣٩) - المصدر السابق ، احاديث باب ٤ .

(٤٠) - النساء : ١١ .

يرثا ؟ قال : لا «^(٤١)» فييق الباقي على العموم ، ولأنه لا يشترط في الحاجب أن يكون وأرثنا ، فان الاخوة يحجبون ولا يرثون ، فكذلك القاتل يحجب وان منع من الارث ، وهو مذهب محمد بن بابويه والحسن بن ابي عقيل ، ومن أن القاتل يشارك الكافر والملوك في المنع من الارث ، فيشاركتها في عدم الحجب ، وهو مذهب الشيخ في المخلاف ، واستدل باجماع الفرقة ، قال : (اي كونها ممنوعين من ارث الميت فيشتراكن في عدم الحجب) «^(٤٢)» بل باجماع الامة ، وابن مسعود خالق في ذلك ، وقد انقرض خلافه ، وبه قال المفید وابن الجنید وابن البراج ، واختاره المصنف والعلامة الشهید وهو المعتمد .

قال رحمه الله : وفي اشتراط وجودهم منفصلين لا حملا تردد ، أظهره أنه شرط .

أقول : منشئه من انتقاء علة الحجب ونفي وجوب نفقة الاخوه على الاب ، قال المفید وابنا بابويه اما يحجب الاخوة للاب : لأنهم عيالة وعليه نفقتهم ، وهذه مروية «^(٤٣)» وهي منتفية في الحمل فلا يكون حاجباً ، وعليه فتوى الاصحاب ومن عموم (آية الحجب) «^(٤٤)» وأصالة عدم اشتراط الانفصال ، والقاتل بهذا غير معلوم) «^(٤٥)» .

. (٤١) - الوسائل ، كتاب الارث ، باب ١٤ من ابواب ميراث الابوين ، حدیث ١ .
- ما بين القوسين ليس في النسخ .

. (٤٢) - الوسائل ، كتاب الارث ، باب ١٠ من ميراث الابوين والابناء ، حدیث ٣ .
- في الاصل زيادة وهي : (رواها الفضیل عن أبي عبد الله عليه السلام) .

. (٤٣) - في الاصل : أنه يحجب .

. (٤٤) - ما بين القوسين ليست في «م» و «ن» .

ميراث الانساب

قال رحمه الله : ولو انفره أولاد الابن وأولاد البنت كان لاولاد الابن
الثلثان ولاولاد البنت الثالث على الاظهر .

أقول : المشهور بين^(٤٧) الاصحاب أن اولاد الاولاد يقومون مقام آبائهم في
الميراث فلكل نصيب من يتقرب به ، فلاولاد الابن نصيب الابن ولاولاد البنت
نصيب البنت ، فلو خلف ابن بنت وبنت ابن ، أخذ ابن البنت الثالث ، وأخذت
بنت الابن الثلثين هذا هو المشهور ، واستدل عليه بصحاح الاخبار ، كصحيحة
عبد الرحمن بن الحجاج^(٤٨) عن الصادق عليه السلام ، وصحيحة سعد بن أبي
خلف^(٤٩) عن الكاظم عليه السلام ، وقال المرتضى وابن ادريس : إنهم يقتسمون
مقاسمة الاولاد للصلب ، للذكر مثل حظ الانثيين ، ولا عبرة بالآباء ؛ لأن اولاد
الاولاد اولاد حقيقة ، لقوله تعالى : ﴿ حُرِّمتْ عَلَيْكُمْ أَمْهَاتُكُمْ وَبِنَاتُكُمْ ﴾^(٥٠)

(٤٧) - في الاصل : اتفق .

(٤٨) - الوسائل ، كتاب الارث ، باب ٧ من ميراث الابوين ، حدیث ٤ .

(٤٩) - الوسائل ، كتاب الارث ، باب ٧ من ميراث الابوين ، حدیث ٣ .

(٥٠) - النساء : ٢٣ .

واجتمعت^(٥١) الأمة على الاستدلال بهذه الآية على تحرير بنت البنت ، وقوله تعالى : ﴿ وَلِلَّاتِلِ ابْنَائِكُم ﴾^(٥٢) واجتمعت^(٥٣) الأمة على تحرير زوجة ابن زوجة ابن البنت هذه الآية ، والمعتمد الأول .

قال رحمه الله : وأولاد البنت يقتسمون نصيبيهم للذكر مثل حظ الاثنين كما يقسم أولاد الابن ، وقيل : يقتسمون بالسوية ، وهو متروك .

أقول : القول بالسوية قول ابن البراج ، والمشهور الأول ، لعموم القرآن وهو قوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِذِكْرِ مُثْلِ حَظِ الْأَنْتَيْنِ ﴾^(٥٤) .

قال رحمه الله : يجيء الولد الأكبر من تركة أبيه بشياب بذنه وسيفه ومصحفه ، وعليه قضاء ما عليه من صلاة وصيام ، ومن شرط اختصاصه أن لا يكون سفيهاً ولا فاسداً الرأي على قول مشهور ، وإن يختلف الميت مالاً غير ذلك .

أقول : البحث هنا في أماكن :

الاول : هل تخصيص الأكبر بالحبوة لازم للورثة على سبيل الوجوب او على سبيل الاستحباب ؟ ابن ادريس على الوجوب ، وهو ظاهر المصنف والعلامة في القواعد والارشاد والتحrir ، وهو مذهب الشهيد لاطلاق الروايات^(٥٥) الواردة في ذلك ، ونص المرتضى وابن الجنيد على الاستحباب ، وهو ظاهر أبي الصلاح ، واختاره العلام في المختلف ، لأصله عدم التخصيص .

الثاني : هل هذا التخصيص بالقيمة او بجاناً ؟ قال المرتضى وابن الجنيد : هو بالقيمة ، للجمع بين قوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِذِكْرِ مُثْلِ حَظِ

(٥١) - في النسخ : وأجتمع .

(٥٢) - النساء : ٢٣ .

(٥٣) - في النسخ : وأجتمع .

(٥٤) - النساء : ١١ .

(٥٥) - الوسائل ، كتاب الارث ، احاديث باب ٣ من أبواب ميراث الابوين .

الاثنين ^(٥٦) وبين ما اجتمع ^(٥٧) عليه الطائفه من التخصيص ، ونص ابن ادريس أنه يعطى ذلك مجاناً ، وهو ظاهر القائلين بالوجوب ، وهو المعتمد.

الثالث : المشهور اختصاص الحبوة بالاربعة التي ذكرها المصنف ، وهي ثياب البدن والخاتم والسيف والمصحف ، وزاد ابن الجنيد السلاح ، لرواية بشار ^(٥٨) ، وفي رواية ربعي ^(٥٩) عن الصادق عليه السلام إضافة الدرع والكتب والرحل والراحلة ، والمعتمد الاول ، لأصالة عدم التخصيص ، خرج المتفق عليه يبق الباقي على أصالة المنع .

الرابع : لو تعددت أشخاص هذه الاربعة ، قال ابن الجنيد : يجيء بما كان الميت يعتاد لبسه ويدعوه ، قال الشهيد : وهو حسن فيما جاء بلفظ الوحدة كالسيف والمصحف والخاتم ، وقال العلامة : يعطى واحد يتخيره الوارث ، أما الثياب فيعطي الجميع لمجيئها بلفظ الجمع المضاف وهو للعموم ، فالاقتصر على البعض على خلاف النص ، وهو المعتمد .

الخامس : هل العيامة من الثياب أم لا ؟ استشكله العلامة من أن البدن هل هو اسم لهذا الهيكل المحسوس او لما عدا الرأس ؟ ومن أن العيامة هل هي من ثياب بدنه أم لا ؟ واختار الشهيد دخول العيامة للعموم .

السادس : هل يشترط كونه غير سفيه ولا فاسد الاعتقاد ؟ اشترط ابن ادريس وابن حمزة ذلك ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد .

السابع : لو تعدد الولد الاكبر قسمت الحبوة بينهم ، وهو المشهور بين

(٥٦) - النساء : ١١ .

(٥٧) - في النسخ : أجمعوا .

(٥٨) - الوسائل ، كتاب الارث ، باب ٣ من ميراث الابوين - وليس فيه رواية لشار والمنظون

كونها تصحيف (بن بشار) وهي ذات رقم ٦ .

(٥٩) - المصدر السابق . حديث ١ و ٢ .

الاصحاب ، وأسقط ابن حمزة الحبوبة لأنه اشترط عدم وجود آخر في سنة .

الثامن : هل يشترط بلوغ الاكبر حالة الموت أم لا ؟ ظاهر ابن ادريس

وابن حمزة اشتراطه ، والروايات^(٦٠) واكثر فتاوى الاصحاب مطلقة .

التاسع : هل يشترط هذه الحبوبة بقضاء الفايت من الصلاة والصيام بحيث

ينبع من الاخلال بذلك ، او الحبوبة له والقضاء واجب عليه ، وليس أحدهما

مشروطا بالآخر ؟ ابن حمزة على الاول ؛ لأنه جعل قضاء الصلاة والصيام شرطا

خامسا وظاهر الروايات^(٦١) وفتاوى الاصحاب وجوب القضاء وإن لم يكن

حبوبة ، واستحقاق الحبوبة وإن لم يكن على الميت قضاء صلاة ولا صيام ، وهو

المعتمد .

العاشر : الحبوبة اما تكون بعد الدين والوصايا ، فلو كان الدين مستغرقا فلا

حبوبة ، ولو لم يكن مستغرقا لم يجز بيعها في الدين ، ولا يجوز دفع العين الى

الديان ، بل يقضى الدين من غيرها ، ولو أبدا صاحب الدين المستوعب الميت او

قضاء متبرع تعينت الحبوبة ، لحصول الميراث .

الحادي عشر : لو أوصى بالاعيان المشخصة للحبوبة نفذت الوصية

فيها^(٦٢) ، فان خرجت من التلث والا افتقرت الى إجازة الاكبر خاصة .

الثاني عشر : لابد أن يخلف الميت ما ألا غير قدر الحبوبة وإن قل .

قال رحمه الله : إذا ترك جد لأبيه ، وجدته لأبيه ، وجده وجدته لأمه ،

ومثلهم للام ، كان لأجدادها الثلث بينهم أرباعاً ، ولأجداد الاب الثلثان بينهم

أثلاثاً ، ثلثا ذلك لجده وجدته لأبيه، بينهما للذكر مثل حظ الانثيين ، والثلث الآخر

(٦٠) - المصدر السابق .

(٦١) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ١٢ من ابواب قضاء الصلوات - وكتاب الصوم ،

الباب ٢٣ من ابواب احكام شهر رمضان ، وكتاب الارث ، باب ٣ من ميراث الابوين .

(٦٢) - في «م» : منها .

لجده وجدته لامة أثلاثاً على ما ذكره الشيخ رحمه الله ، فيكون أصل الفريضة ثلاثة ، تنكسر على الفريقين ، فتضرب أربعة في تسعة ، ثم تضرب الجميع في ثلاثة فتكون منه وثمانية .

أقول : للبيت في الدرجة الاولى أربعة اجداد ، وفي الثانية ثانية ، وفي الثالثة ستة عشر ، فإذا مات عن ثانية أجداد كان لأجداد الام الثالث بينهم اربعاء ولا جد اب الثلثان بينهم أثلاثا كما فرضه المصنف وقاله الشيخ رحمه الله ، وهو المشهور بين الاصحاب ، وإنما كان أصله ثلاثة ؛ لأن فيها ثلاثة وثلاثين (وقد تبين ان خرج المفرد المكرر سعيا فهو من ثلاثة)^(٦٣) ولا شك في انكسارها على الفريقين ، فتضرب أقل عدد ينقسم على أجداد الام - وهو أربعة - في أقل عدد ينقسم على أجداد الأب وهو تسعة ، ثم المجتمع في أصل الفريضة يبلغ العدد المذكور ، فيحصل لكل من أجداد الام الأربع تسعة ، ولجدى الام^(٦٤) لاب^(٦٥) اربع وعشرون بينها أثلاثا ولجدي^(٦٦) اب الاب ثانية وأربعون بينها أثلاثا ، وقال معين الدين المصري رحمه الله : ثلث الثلث لأبوي أم الأم بالسوية ، وثلثاه لأبوي أم الام بالسوية ، وثلث الثلثين لأبوي أم الأب بالسوية ، وثلثاهما لأبوي أبيه أثلاثا ، فسهام قرابة الام ستة ، وسهام قرابة الاب ثانية عشر ؛ لانه أقل عدد ينقسم عليهم فيبلغ أقل العدددين ، لدخوله تحت الاكثر ، ويضرب الاكثر في أصل الفريضة تبلغ أربعة وخمسين ، ومنها تصح ، وقيل : ثلث الثلث لأبوي أم الأم بالسوية ، وثلثاه لأبوي أم الأب ، فتصح أيضاً من أربعة وخمسين ، والمعتمد الاول .

(٦٣) - ما بين التقويسين ليس في النسخ .

(٦٤) - في النسخ : أم .

(٦٥) - في «ر١» : الاب .

(٦٦) - في «ن» : لأبوي .

قال رحمه الله : ولو اجتمع عم الأب وعمته ، وحاله وخالته ، وعم الأم وعمتها ، وخالها وخالتها ، قال في النهاية : كان لمن يتقرب بالام الثالث بينهم بالسوية ، ولمن تقرب بالاب الثالثان ، ثلثة خال الاب وخالته بينهما بالسوية ، وثلاثة بين العم والعممة بينها للذكر مثل حظ الاثنين ، فيكون اصل الفريضة ثلاثة تنكسر على الفريقين فتضرب أربعة في تسعة فتصير ستة وثلاثين ، ثم تضربها في ثلاثة فتصير مئة وثمانية .

أقول : هذا قول الشيخ في النهاية ، وهو المشهور بين الاصحاب ؛ لأن قرابة الام يأخذ الذكر منهم مثل حظ الانتى ، فالميراث بينهم بالسوية ، قال العلامة في القواعد : ويحتمل أن يكون لعم الام وعمتها ثلثا سهم الام^(٦٧) بالسوية ، وثلثة لخالها وخالتها بالسوية ، ووجهه أن الاعم والاخوال لو اجتمعوا كان للأعما اثنان ، وللإخوال الثالث ، وقد اجتمع أعمام الام وأخوهاها ، بالنسبة الى الثالث فيتقسّون كذلك ، وهو ضعيف ؛ لأنهم جمِيعاً يرثون الميت من جهة الام ، فيشتركون بالسوية ، فعلى الاول يصح من مئة وثمانية ؛ لأن أصلها ثلاثة ، وأقل عدد ينقسم على أقرباء (الام اربعة وأقل عدد ينقسم على أقرباء)^(٦٨) (الاب ثمانية عشر ، وبينها موافقة بالنصف ، فتضرب أربعة في تسعة ، ثم المجتمع في ثلاثة يصل العدد المذكور ، وعلى الثانيي تصح من أربعة وخمسين .

قال رحمه الله : اذا كان للزوجة من الميت ولد ، ورثت من جميع ما يترك ، ولو لم يكن لها ولد لم ترث من الارض شيئاً ، وأعطيت حصتها من قيمة الآلات والابنية ، وقيل : لا لقمع إلا من الدور والمساكن ، وخرج المرتضى رحمه الله قوله ثالثاً وهو : تقويم الارض وتسليم حصتها من القيمة ، والقول الاول أظهر .

(٦٧) - في النسخ : الثالث .

(٦٨) - ما بين القوسين ليس في «رأ» .

أقول : نقل المصنف هنا ثلاثة أقوال .

الاول : حرمانها من الارض ، واستحقاقها من قيمة الالات والابنية ، وهو المشهور واختاره المصنف والعلامة وابنه ، وهو المعتمد .

الثاني : حرمانها من ارض الدور خاصة دون ارض البساتين والضياع ، وتعطى قيمة آلات الدور وأبنيتها ، وهو قول ابن ادريس .

الثالث : قد ذكر المصنف قائله وهو المرتضى ، وابن الجنيد لم يجرها من شيء ، وقد سبقه الاجماع وتأخر عنه ، واستدلوا بالنصوص^(٦٩) الواردۃ عن أنتم عليهم السلام ، والحكمة في ذلك مذکورة في النصوص وعبارات الاصحاب ، وهو تطرق الضرر على اقرباء الميت ، إذا لا حجر لهم عليها بالتزويج فربما تزوجت بن كأن منافساً للميت وعدوا له فيتقل ذلك على أهله وعترته ، فعدل بها عن ذلك الى أجمل الوجوه ، وروى حماد بن عثمان ، عن أبي عبد الله عليه السلام : « إنما جعل للمرأة قيمة الخشب لولا تزوج فيدخل عليهم من يفسد مواريثهم »^(٧٠) ومثلها رواية محمد بن مسلم^(٧١) ، عن أبي عبد الله عليهم السلام ، والمفید والمرتضى وأبو الصلاح وابن ادریس لم يخضعا^(٧٢) الحرمان بغير ذات الولد بل أطلقوا ، وابن ادریس صرخ بحرمان ذات الولد كغيرها ، والمعتمد اختصصه بغير ذات الولد ، وهو مذهب الشيخ (في النهاية واکثر)^(٧٣) اصحابنا . تنبیه : فتاوى أصحابنا ورواياتهم^(٧٤) مطلقة باستحقاق قيمة الاشجار

(٦٩) - الوسائل ، كتاب الارث ، أحاديث باب ٦ من أبواب ميراث الأزواجال .

(٧٠) - المصدر السابق ، حديث ٩ .

(٧١) - المصدر السابق ، حديث ٧ .

(٧٢) - في « م » : يصرروا .

(٧٣) - في السخ بدال ما بين القوسين : متاخرى .

(٧٤) - الوسائل ، كتاب الارث ، باب ٦ من أبواب ميراث الأزواجال .

والابنية والالات ، ولم يذكروا كيفية التقويم ، والذى يدل عليه أصول امذهب واطلاق القتاوى والروايات استحقاق قيمة هذه الاشياء على الصفة التي هي عليها حالة الموت فتقوم قائمة مستحقة للبقاء حتى تستقلع الاشجار وينهدم البنيان ؛ لأن الموت موجب لاستحقاق القيمة وهي على هذه الصفة ، فتكون مستحقة لها ، ولا يقوم على تقدير كونها مقلوعة ؛ لأنها لو كانت مقلوعة لاستحققه^(٧٥) العين اجمعاعا ، وانما تستحق القيمة لكونها قائمة ، واذا علق الاستحقاق على وصف لم يجز أن يعطى المستحق على تقدير زواله ، والا لحصلت المناقضة ، فتقوم على الصفة التي هي علة الاستحقاق .

اذا عرفت هذا فلك في التقويم طريقان : احدها : أن تقوم هذه الارض على تقدير خلوها من الاشجار ما تسوى فاذا قيل : عشرة مثلا ، قومنت مضافة الى الاشجار ، فاذا قيل : عشرون مثلا ، كانت شريكة في العشرة الزائدة (وكذلك الرابع تقوم العرصة خالية من البناء ثم تقوم مضافة إليه ومشاركة في الزيادة)^(٧٦) كما قلناه ، والثانى تقوم هذه الاشجار غرموا في الارض مستحقة للبقاء الى حين تستقطع^(٧٧) ، والأبنية مستحقة للبقاء الى حين تسهدم ، من غير التفات الى قيمة الارض ، ثم تأخذ حصتها من هذه القيمة .

فروع : الأول : يدخل قيمة الابنية والاشجار في ملك الزوجة قهرا كسائر المواريث ، وانما يعتبر القيمة حالة الموت ؛ لأنها التي تستحقها^(٧٨) بالموت ، ولا عبرة بالزيادة والنقصان بعد ذلك وإن تأخر التقويم .

الثانى : لو نعمت هذه الاشجار قبل التقويم كان النماء للورثة دون الزوجة ؟

(٧٥) - كذلك .

(٧٦) - ما بين القوسين ليس في «م» .

(٧٧) - في «م» : تستقلع .

(٧٨) - في النسخ : استحقتها .

لأن الماء تابع للأصل ، وهي لم تستحق في عين الأصل شيئاً .

الثالث : لو باع الورثة هذه الابنية والآلات قبل التقويم صبح البيع ، فان دفعوا حصتها اليها ، والا كان لها فسخه لتعلق حقها بالبيع .

الرابع : هذه القيمة مستحقة من التركة وليس^(٧٩) متعلقه في ذمة الورثة ، ولو غصبت التركة من غير تفريط من الورثة لم يضمنوا لها ، فان عادت التركة عاد حقها .

الخامس : ولو دفعوا اليها حصتها من العين احتمل وجوب القبول ؟ لأن حقها متعلق بالعين ، واما جاز للورثه دفع القيمة للارفاق بهم ، فاذا تركوا هذا الارفاق وجب عليها قبول العين ، ويعتمل العدم ؛ لأنها استحقت من تركة الميت قيمة هذه الاشياء دون أعيانها فلا يجب عليها قبول ما ليس بحق لها وهو أقرب .
السادس : لو كان لها شريكة ذات ولد أخذتا من مجموع التركة ، واختصت ذات الولد بما منعت غير ذات الولد ، ودفعت اليها قيمة الابنية والاشجار ، وليس للورثة ذلك لخروج مجموع الثمن عنهم .

السابع : أجرى الشهيد ولد ولد الزوجة اذا كان وارثا ، مجرى الولد في استحقاق الجدة من جميع التركة كاستحقاق ام الولد ، قال : ولو لم يكن وارثا كما لو كان هناك ولد للصلب ففيه نظر ، من صدق الولد ، ومن عدم إرثه ، فتبقى علة المنع موجودة وهي إدخال المرأة عليهم من يكرهونه ، ولو منع الولد من الصلب من الارث لكونه قاتلا او كافر احتمل الوجهان .

في الميراث بالولاء

قال رحمه الله : إنما يرث المنعم إذا كان متبرعا ، ولم يتبرأ من ضمان جريرته ولم يكن للمنعم وارثاً مناسب ، فلو أعتق في واجب ، كالكافارات والندور ، لم يثبت للمنعم ميراث ، وكذا لو تبرع واشترط سقوط الضمان ، وهل يشترط في سقوطه الأشهاد بالبراءة ؟ الوجه لا .

أقول : اذا اشترط المعتق المتبرع بالعتق سقوط ضمان الجريرة كان ذلك مسقطا للولاية باتفاق الامامية ، وهل يشترط في سقوط الولاء الاشهاد بالبراءة ؟ ظاهر الشيخ محمد بن بايويه وجماعة من الاصحاب الاشتراط ، لما رواه ابن سنان عن الصادق عليه السلام ، « قال : من أعتق رجلا سانية فليس عليه من جريرته شيء ، وليس له من الميراث شيء وليشهد على ذلك »^(٨٠) وعن أبي الربيع ، « قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن السانية ؟ فقال الرجل يعتقد غلامه ، ويقول : إذهب حيث شئت ليس لي من ميراثك شيء ، ولا علي من

(٨٠) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٤٣ ، حديث ٤ .

جريرتك شيء ، ويشهد على ذلك شاهدين »^(٨١) وابن الجنيد لم يشترط الاشهاد واختاره المصنف والعلامة وابنه ؛ لأن المراد بالاشهاد في جميع المقصود عدا الطلاق ثبوتها عند المحاكم ، لا وقوعها في نفسها ، ولأصله عدم الاشتراط وهو المعتمد . قال رحمه الله : ولو عدم المنعم ، قال ابن بابويه : يكون الولاء للأولاد الذكور والإبنا ، وهو حسن ، ومثله في الخلاف لو كان رجلاً ، وقال المفيد رحمه الله : الولاء للأولاد الذكور دون الإبنا ، ورجلاً كان المنعم أو امرأة ، وقال الشيخ رحمه الله في النهاية : يكون للأولاد الذكور دون الإبنا إن كان المعتق رجلاً ، ولو كانت امرأة كان الولاء لعصبتها ، وبقوله رحمه الله تشهد الروايات . أقول : اذا مات المنعم - وهو المعتق - الى من ينتقل الولاء بعده ؟ للاصحاب فيه خمسة أقوال :

الأول : إنتقاله الى الولاد ذكوراً كانوا او إبناً ، كسائر المتروكات ، وهو قول محمد بن بابويه معتبراً بقوله عليه السلام « الولاء لحمة كل حمة النسب »^(٨٢) ، واستحسنه المصنف .

الثاني : الاعتقاد على هذا القول إن كان المنعم ذكراً ، وإن كان امرأة فالى عصبتها دون أولادها ، وهو قول الشيخ في الخلاف .

الثالث : أنه للأولاد الذكور دون الإبنا ، سواء كان المعتق رجلاً أو امرأة ، وهو قول المفيد .

الرابع : التفصيل المنقول عن الشيخ في النهاية ، وهو أنه للأولاد الذكور دون الإناث إن كان المعتق رجلاً ، وإن كان امرأة فهو لعصبتها ، وهو المشهور بين الاصحاب .

(٨١) - المصدر السابق ، حديث ٢

(٨٢) - المصدر السابق ، باب ٤٢ ، حدث ٦

الخامس : انتقاله الى العاقلة الذين يكون عليهم الديمة اذا قتل خطأ ،
ومستند الجميع الروايات (٨٢) .

والمعتمد مذهب النهاية ؛ لأنَّ أَشَهَرَ فِي الرِّوَايَاتِ ، وَأَظْهَرَ بَيْنَ الاصحَابِ ،
وَهُوَ بَعْيَنِهِ مذهبُ الْخَلَافِ لَكُنَّ الاصحَابَ ذَكْرُهُمَا قَوْلَيْنِ فَذَكَرْنَا هَمَا كَذَلِكَ .
قال رحمه الله : ومع عدم الابوين والولد يرثه الاخوة ، وهل ترثه
الاخوات ؟ على تردد أظهره نعم ؛ لأنَّ للولاء لحمة كلحمة النسب .

أقول : هذه المسألة فرع على التي قبلها ، فإن قلنا : إنَّ الولاء ينتقل الى
الذكور والإناث من يرث تركة المنعم انتقل الى الاخوه والاخوات مع فقد الآباء
والاولاد ، وان خصصنا به الذكور من الاولاد خصصنا به الاخوه دون
الاخوات ، وهو مذهب العلامة في القواعد ، قال : ولا يثبت الولاء لامرأة على
رأي الا اذا باشرت العتق ، فلها الولاء عليه ، وعلى أحفاده ، وعيته ، وعيته
عبيته ، وهذا اختيار الشيخ في النهاية وابن البراج ، واختاره فخر الدين ، فعلى
هذا لا ينتقل الولاء الى المرأة ، سواء كانت أم المنعم أو ابنته أو عمتها أو خالتها .

قال رحمه الله : اذا أولد العبد من معتقة ابنا فولاء الابن المعتق أمه ، فلو
اشترى الابن عبداً فاعتقه كان ولاؤه له ، فلو اشتري معتقه اب المنعم فاعتقه اخبراً
الولاء من مولى الام الى مولى الاب ، وكان كل واحد منها مولى الآخر ، فلو مات
الاب في رثائه لابنه ، وإن مات الابن ولا مناسب له في رثائه [فولاؤه] [المعتق أبيه]
وان مات المعتق ولا مناسب له فولاؤه للابن الذي باشر عتيقه ، ولو ماتا ولم يكن
لهما مناسب ، قال الشيخ : يرجع الولاء الى مولى الام ، وفيه تردد .

أقول : هذا قول الشيخ رحمه الله في المبسوط ؛ لأنَّ «الولاء لحمة كلحمة

النسب» ومعنى انحراره من مولى الام^(٨٤) الى مولى الاب ، صيرورة مولى الاب أولى من مولى الام ، ولا يزول الولاء عن مولى الام ، كما لا يزول النسب بوجود^(٨٥) أولى منه ، وتردد المصنف في ذلك ؛ لأنهم فسروا الانحرار بانقطاع ولاء مولى الام^(٨٦) وزواله من حين عتق الاب ، واذا حكم بانقطاعه وزواله فلا وجہ لموده اليه ، بل يكون الميراث للامام ، وهو مذهب العلامة وابنه وهو المعتمد.

(٨٤) - في «ر١» : الامام .

(٨٥) - في الاصل : الوجود .

(٨٦) - في «ر١» : الامام .

في ميراث ولد الملاعنة

قال رحمه الله : ولو لم يكن ولد كان الميراث لامه ، الثالث بالتسمية والباقي بالرد ، وفي رواية ترث الثالث ، والباقي للامام ؛ لانه الذي يعقل عنه ، والاول أشهر .

أقول : الرواية إشارة الى ما رواه زرارة عن الباقي عليه السلام ، قال : «قضى أمير المؤمنين عليه السلام أنه ترث أمه الثالث ، والباقي للامام ؛ لأن جنابته على الامام »^(٨٧) ومثلها رواية أبي عبيدة^(٨٨) عن الباقي عليه السلام أيضاً ، وبضمون الرواية أفتى ابن الجنيد ، والمشهور عدم إرث الامام مع وجود الام ؛ لأنها وارثة ، وإرث الامام مشروط بعدم المناسب ولهم عليه روايات^(٨٩) كثيرة . قال رحمه الله : وهل يرث قرابة أمه ؟ قيل : نعم ؛ لأن نسبة من الام ثابت وقيل : لا يرث إلا أن يعترض به الاب ، وهو متزوج .

(٨٧) - الوسائل ، كتاب الارث ، باب ٣ من ابواب ميراث ولد الملاعنة : حديث ٤ .

(٨٨) - المصدر السابق ، حديث ٣ .

(٨٩) - المصدر السابق ، احاديث باب ١ .

أقول : ذهب الشيخ في الاستبصار الى أن ولد الملاعنة لا يرث أخواه ، بل هم يرثونه ، لما رواه الحلبـي عن الصادق عليه السلام في حديث طويل الى أن قال : « أما الولد فافي أردهـا اليـه إـن اـدعـاهـ ، ولا اـدعـ ولـدـهـ وـلـيـسـ لهـ مـيرـاثـ ، وـيرـثـ الـابـ وـلـاـ يـرـثـ الـابـ الـابـ بلـ يـكـوـنـ مـيرـاثـهـ لـأـخـواـهـ ، فـانـ لمـ يـدـعـهـ أـبـوهـ فـانـ أـخـواـهـ يـرـثـونـهـ وـلـاـ يـرـثـهـ »^(٩٠) وذهب في التهذيب الى أنه يرثهم ، وهو المشهور بين الأصحاب ، وهو المعتمد ؛ لأن نسبة من الأم ثابت ، فهم كالأخوة منها ، ولرواية زيد الشعـام عن الصادق عليه السلام ، « قال : وهو يرث أخواه »^(٩١) . قال رحـمهـ اللهـ : ولا يـرـثـ أـبـوهـ وـلـاـ منـ يـتـرـبـ بـهـ ، فـانـ اـعـتـرـفـ بـهـ بـعـدـ اللـعـانـ وـرـثـ هوـ أـبـاهـ وـلـاـ يـرـثـ الـابـ ، وـهـلـ يـرـثـ أـقـارـبـ أـبـيهـ معـ الـاعـتـرـافـ ؟ قـيلـ : نـعـمـ ، وـالـوـجـهـ أـنـهـ لـاـ يـرـثـهـ [وـلـاـ يـرـثـونـهـ] ، لـاـنـقـطـاعـ النـسـبـ بـالـلـعـانـ ، وـاـخـتـصـاصـ حـكـمـ الـاقـرـارـ بـالـمـقـرـبـ حـسـبـ .

أقول : قال أبو الصلاح : يـرـثـ الـابـ قـرـابةـ أـبـيهـ إـذـ أـكـذـبـ الـابـ نـفـسـهـ ، وـقـوـاهـ اـبـنـ اـدـرـيسـ ، قـالـ : لـأـنـهـ إـذـ أـقـرـ بـهـ حـكـمـ عـلـيـهـ بـاـنـهـ اـبـنـهـ الـأـمـ أـخـرـجـهـ الدـلـلـ ؛ لـأـنـ الـأـقـرـارـ يـمـزـلـهـ الـبـيـنـةـ بـلـ أـقـوىـ ، وـالـمـشـهـورـ عـدـمـ إـرـثـهـ قـرـابةـ أـبـيهـ ، لـاـنـقـطـاعـ النـسـبـ بـالـلـعـانـ وـاـنـغـاـ وـرـثـ أـبـاهـ لـاـعـتـرـافـهـ بـهـ ، وـإـقـرـارـهـ بـنـسـبـهـ ، وـإـقـرـارـ الـإـنـسـانـ عـلـىـ نـفـسـ^(٩٢) لـاـ يـنـفـذـ عـلـىـ غـيـرـهـ ، فـلـاـ يـرـثـ قـرـابةـ أـبـيهـ وـلـاـ يـرـثـونـهـ ، قـالـ الـعـلـامـةـ فـيـ الـقـوـاعـدـ : وـلـوـ قـيلـ : إـنـ اـعـتـرـفـواـ بـهـ وـكـذـبـواـ الـابـ فـيـ الـلـعـانـ يـرـثـونـهـ كـانـ وـجـهـ ، وـقـوـاهـ فـخـرـ الـدـيـنـ ، لـمـ حـصـولـ الـاقـرـارـ بـالـنـسـبـ مـنـ الـأـبـ وـأـقـارـبـهـ ، قـالـ الشـهـيدـ : وـهـ نـادـرـ ، مـعـ أـنـ الشـرـعـ حـكـمـ بـالـنـقـطـاعـ النـسـبـ فـكـيفـ يـعـودـ ؟

(٩٠) - المصدر السابق ، بـابـ ٤ ، حـدـيـثـ ٧.

(٩١) - المصدر السابق ، حـدـيـثـ ٣ إـلـاـنـ فـيـهـ (يـوـارـثـ) بـدـلـ (يـرـثـ) .

(٩٢) - كـذا .

ميراث ولد الزنا

قال رحمه الله : وأما ولد الزنا فلا تُنْسَب له ، ولا يرثه الزاني ولا التي ولدته ، ولا أحد من أنسابها ، ولا يرثهم هو ، وميراثه لولده ومع عدمهم للإمام ، ويرث الزوج والزوجة نصيبيهما الأدنى مع الولد ، والأعلى مع عدمه ، وفي رواية : ترثه أمه ومن يتقرب بها مثل ابن الملاعنة ، وهي مطروحة .

أقول : ولد الزنا لا يرثه أبوه ولا من يتقرب به إجماعاً ، وهل ترثه أمه ومن يتقرب بها ؟ المشهور : لا ، لانتفاء النسب الشرعي ، ولدلالة الاخبار الصحاح على عدم التوارث بينها ، كخبر عبد الله بن سنان^(٩٣) عن الصادق عليه السلام ، وخبر زيد الشحام عنه ، وعن الباقر عليه السلام ، « إن علياً عليه السلام كان يقول : ولد الزنا وابن الملاعنة يرثه أمه واحشوته لامة او عصبتها »^(٩٤) والمعتمد الاول .

(٩٣) - الوسائل ، كتاب الارث ، باب ٨ من ابواب ميراث ولد الملاعنة ، حدیث ٣ و ٤ .
(٩٤) - المصدر السابق ، حدیث ٩ .

ميراث المختنى

قال رحمه الله : في ميراث المختنى من له فرج الرجال والنساء يرث على الفرج الذي يسبق منه البول ، فإن جاء منها اعتبر الذي ينقطع منه أخيرا ، فيورث عليه . فان تساواي في السبق والتأخر ، قال في الخلاف : يعمل فيه بالقرعة محتاجاً بالاجماع والأخبار ، وقال في النهاية والإعجاز والمبسوط : يعطى نصف ميراث رجل ونصف ميراث امرأة ، وعليه دلت رواية هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام في قضاء علي عليه الصلاة والسلام ، وقال المفید والمرتضی رحهما الله : تعد أضلاعه ، فان استوى جنباه فهو امرأة ، وان اختلفا فهو ذكر ، وهي رواية شریع القاضی حکایة لفعل علي عليه السلام ، واحتاجا بالاجماع ، والرواية ضعيفة والاجماع لم يتحقق .

أقول : المختنى من له فرج النساء وفرج الرجال ، وأحدهما أصل والآخر زائد ، فهو إما ذكر وإما أنثى ويستحيل اجتناعهما ، فإذا اتفق ذلك ورث على الاصل منها وأنهى الزائد ، وكان حكمه حكم غيره من الزوائد على أصل الخلقة ، كالاصبع الزائد وما شاكل ذلك ، فان عرف الاصل من الزائد فلا بحث ، وإن

اشتبه الاصلية منها بالزائد اعتبر الفرج الذي يسبق منه البول ، فان سبق من أحد هما ورث عليه ، لاتفاق الاصحاب ، وإن خرج منها دفعه اعتبر بالانقطاع ، فايها انقطع منه أخيرا فهو الاصلية ولا اشتباه حينئذ ، وإن تساوا يأخذان وانقطاعا تحقق الاشتباه ، هذا هو المشهور بين الاصحاب وهو قول الشيخين وسلام وابن حمزة^(٩٥) وابن ادریس والمصنف والعلامة والشهید ، وادعى ابن ادریس عدم الخلاف فيه بين الاصحاب .

وأما ابنا بابويه وابن أبي عقيل وابن الجنيد فجعلوا الاشكال بعد تساويها في الاخذ ولم يعتبروا الانقطاع ، والاول هو المعتمد ، فاذا تحقق الاشكال فيه ففيه ثلاثة أقوال نقلها المصنف :

الأول : العمل بالقرعة ، وهو مذهب الشيخ في الخلاف ، محتجا بالاجماع والاخبار ؛ لانه أمر مشكل ، وقال الصادق عليه السلام : « كل مشكل فيه القرعة »^(٩٦) وصورتها أن يكتب في رقعة (عبد الله) وفي أخرى (أمة الله) ، وتقول ما رواه الفضل بن يسار عن الصادق عليه السلام : « اللهم انت الله لا اله الا أنت عالم الغيب والشهادة ، أنت تحكم بين عبادك فيما كانوا فيه يختلفون ، بين لنا أمر هذا المولود كيف يورث ما فرضت له في كتابك »^(٩٧) ثم يورث على ما يخرج .

الثاني : قول الشيخ في النهاية والمبسوط والايغار ، وهو أن يعطى نصف

(٩٥) - من « رأى » .

(٩٦) - المستدرک ، كتاب القضاء ، باب ١١ من أبواب كيفية الحكم والدعوى ، حديث ١ ، ولم أجده بلقطه .

(٩٧) - الوسائل ، كتاب الارث ، باب ٤ من أبواب ميراث المتنقى ، حديث ٢ وفيه (الفضيل) بدل (الفضل) .

ميراث رجل ونصف ميراث امرأة ، وهو المشهور بين^(٩٨) الاصحاب ، لما رواه هشام بن سالم^(٩٩) في الموقق عن الصادق عليه السلام الدالة على المطلوب .

الثالث : قول المفید والمرتضی وابن ادریس ، قالوا : تعد أضلاعه ، فان استوى جنباه فهو امرأة ، وإن اختلفا فهو ذكر ، واستدلوا عليه بفعل علي عليه السلام : في المرأة التي جاءت الى شریع^(١٠٠) ، ولما روى أن حواء خلقت من ضلع آدم الأيسر ، فصار الرجال أقل من النساء^(١٠١) ، والمعتمد ما هو المشهور بين الاصحاب وهو مذهب النهاية .

قال رحمه الله : ولو اجتمع مع الحنفی ذکر بیقین ، قیل : يكون للذکر أربعة أسمیم وللحنفی ثلاثة ، ولو كان معها أنتی كان لها سهیان ، وقیل : بل تقسم الفریضة مرتین ، وتفرض في مرّة ذکر وفي أخرى أنتی ، ویعطی نصف النصیبین .

أقول : اختلاف الفقهاء القائلون باستحقاقه نصف النصیبین ، في كيفية توريث الحنفی اذا اجتمع مع الذکور والاناث ، قال بعضهم : يجعل للانثی سهیان ، وللحنفی ثلاثة ، وللذکر اربعة ؟ لانا نجعل للانثی اقل عدد له نصف وهو اتنان ، وللذکر ضعف ذلك أربعة ، وللحنفی نصفها ثلاثة المجموع تسعة .

وقال آخرون : يجعل مرّة ذکراً ومرة أنتی ، وتقسم الفریضة على هذا مرّة ، وعلى هذا أخرى ، ثم یعطی نصف النصیبین .

وهذه القسمة توافق الاولى في بعض الموارد ، وتخالفها في البعض ، كما لو اجتمع حنفی وذکر وأنتی ، فعلی القسمة الاولى تصح من تسعة للحنفی الثالث ثلاثة ، وعلى القسمة الثانية ، مسألة الذکورية من خمسة ، والانوثية من أربعة ،

(٩٨) - في «م» و«ر» : عند .

(٩٩) - الوسائل ، كتاب الارث ، باب ٤ من أبواب ميراث الحنفی ، حدیث ١ .

(١٠٠) - المصدر السابق ، حدیث ٣ .

(١٠١) - المصدر السابق .

ويبينها تباعين ، فيضرب أحدهما في الآخرى تبلغ عشرين للختنى ، على تقدير كونها ذكرًا ثانية ، وعلى تقدير كونها أنثى خمسة ، وليس للمجموع نصف صحيح فتضرب اثنين مخرج النصف في عشرين تبلغ أربعين ومنها تصح الفريضة ، فيحصل لها ثلاثة عشر سهما وهي دون ثلث الأربعين بثلاث سهم ، فتحصل التفاوت بين القسمين .

ولو جامع الختني ذكرٌ فقط فعل القسمة الأولى الفريضة من سبعة ، للذكر أربعة وللختنى ثلاثة ، وعلى القسمة الثانية الفريضة ، من اثنتي عشر ، للذكر سبعة وللختنى خمسة ، ولو جامع الختني أنثى فقط ، فعل الأولى الفريضة من خمسة ، وعلى الثانية من اثنتي عشر أيضًا .

قال رحمه الله : وفي كون الآباء والاجداد خناثيًّا بعد : لأن الولادة تكشف عن حال الختني إلا أن يبيّن على ما روی عن شريح في المرأة التي ولدت وأولدت ، [و] قال الشيخ رحمه الله ولو كان الختني زوجاً أو زوجة كان له نصف ميراث الزوج ونصف ميراث الزوجة .

أقول : قال الشيخ في المسوط : ولا يتقدّر في الختني أن يكون أباً أو أمًا ، لأنّه متى كان أباً كان ذكرًا يُبيّن ، ومتى كان أمًا كان أنثى يُبيّن ، ويُتقدّر أن يكون زوجاً أو زوجة على ما روی في بعض الاخبار^(١٠٢) ، فله نصف ميراث الزوج ونصف ميراث الزوجة .

قلت : كون الختني زوجاً أو زوجة أبعد من كونه أمّاً أو أباً ، لأن كونه أباً أو أمّا قد يتفق بوطي الشبهة ، أما كونه زوجاً أو زوجة فانه يستوقف على المقدّص الصحيح ، مع أنه لا يصح تزويع الختني ما دام مشكلاً ، لا برجل لاحتلال كونه رجلاً ، ولا بامرأة لاحتلال كونه امرأة .

(١٠٢) - المصدر السابق ، حديث ٥ ، لاحظ الجواهر ، ج ٣٩ ص ٢٩٢ آخر الصفحة وما بعده .

وأبعد منه إرثه نصف نصيب الزوج ونصف نصيب الزوجة؛ لأنَّه إن تزوج أُنثى فلا يتقدير كونه زوجة، وإن تزوج رجلاً لا يتقدير كونه زوجاً، وإنما يتقدير ذلك لو تزوج خنثي مثله، وقلنا بصحته، مع أنَّا لا نقول بصحَّة تزويجه مطلقاً ما دام مشكلاً.

والرواية التي أشار إليها المصنف هي مارواه الشيخ رحمه الله عن أبي الحسين قال: حدثني محمد بن الكاتب، عن علي بن عبد الله بن معاوية ابن ميسرة بن شريح، «قال ميسرة: قدمت إلى شريح امرأة فقالت: إني جئتكم مخالصة، فقال: وابن خصمك، فقالت: أنت خصمي، فأخل لي المجلس وقال: تكلمي، فقالت: إني امرأة لي إحليل ولِي فرج، فقال: قد كان لأمير المؤمنين عليه السلام في هذه قضية وورث من حيث جاء البول، فقالت: إنه يجيء منها جيئاً، فقال من أين سبق البول؟ فقالت: ليس منها شيء يسبق، يجيئان في وقت واحد وينقطعان كذلك، فقال: إنك لتخبرين بعجب، فقالت: أخبرك بما هو أعجب من هذا، تزوجني ابن عم لي وأخدمني خادماً فوطأتها فأولدتني، وإنما جئتكم لما ولد لي لتفرق بيني وبين زوجي، فقام من مجلس القضاة ودخل على علي عليه السلام وأخبره بما قالت المرأة، فأمر بها فادخلت وسألها عما قال القاضي، فقالت: هو الذي أخبرك به، قال: فاحضر زوجها ابن عمها وأخبره بما قالت المرأة فأمر بها فقال أمير المؤمنين عليه السلام: هذه امرأتك ابنة عمك؟ قال: نعم، قال: قد علمت ما كان؟ قال: نعم، قد أخدمتها خادماً فوطأتها فأولدتني، قال: ثم وطأتها بعد ذلك؟ قال: نعم، قال له علي عليه السلام: لأنَّت أجراً من خاصي الأسد، علي بدينار الخادم وكان معدولاً وبأمرأتين فاوقي بهم، فقال: خذوا هذه المرأة، إن كانت امرأة فادخلوها بيتي وألبسوها ثياباً وجربوها من ثيابها، وعدوا أضلاع جنبيها، فعلوا ذلك ثم خرجوا إليه فقالوا عددنا الجنب اليسير

إحدى عشر ضلعاً، والجنب الاعین إثنا عشر ضلعاً، فقال علي عليه السلام : الله أكابر انتوني بمحاجم ، فأخذ من شعرها وأعطها رداء وحذاء ، والحقها بالرجال ، فقال الزوج : يا أمير المؤمنين امرأقي وابنة عمي الحقها بالرجال ، من أخذت هذه القضية ؟ قال : إني ورثتها من أبي آدم عليه السلام ، وحواء خلقت من ضلع آدم ، فاضلاع الرجل أقل من أضلاع النساء بضلعاً ، وعدد أضلاعها أضلاع رجل فأمر بهم فأخرجوها»^(١٠٣).

قال رحمه الله : قال الشيخ رحمه الله : لو كان للميت ابن موجود وحـلـ ، أعطـيـ المـوـجـودـ الثـلـثـ وـوـقـفـ لـلـحـلـلـ الثـلـاثـانـ ؛ لأنـهـ الأـغـلـبـ فيـ الـكـثـرـ ، وـمـاـ زـادـ نـادـرـ ، ولوـ كـانـ المـوـجـودـ أـنـثـيـ أـعـطـيـتـ الـخـمـسـ حـتـىـ يـتـبـينـ الـحـلـمـ ، وـهـوـ حـسـنـ . أـقـولـ : هـذـاـ هوـ المـشـهـورـ بـيـنـ الـاصـحـابـ لـاـعـلـمـ فـيـهـ خـلـافـاـ ، وـأـنـاـ نـسـبـ القـوـلـ إـلـىـ الشـيـخـ مـخـلـوـهـ عـنـ خـبـرـ نـاطـقـ بـهـ .

في ميراث الغرق والمهدوم عليهم

قال رحمة الله : وفي ثبوت هذا الحكم بغير سبب الهدم والفرق مما يحصل معه الاشتباه تردد .

أقول : اذا اشتبه تقدم موت أحد بسبب غير الهدم والفرق ، كالقتل والحريق وأكل السبع ، هل يحصل بينها توارث أم لا ؟ نص ابن حزرة وابو الصلاح على التوارث كالفرق والهدم ، وهو ظاهر الشيخ في النهاية وابن الجنيد ، واختاره العلامة في المختلف ^(١٠٤) ، وقصره المقيد على الغرق والهدم ، واختاره العلامة في التحرير والمختلف ، وبه قال فخر الدين وأبو العباس في المقتضى ، وتردد المصنف ومنشئه من الاشتراك في العلة ، وهي الاشتباه (فيجب الاشتراك) ^(١٠٥) في الحكم ، ومن أن الاصل اشتراط الارث بحياة الوارث بعد موت الموروث ، وهو هنا مجهول ولا يجوز الحكم بالشروط مع الجهل بالشرط ،

(١٠٤) - في النسخ : القواعد .

(١٠٥) - ما بين القوسين ليس في « ر » .

ترك الممل بذلك في الفرق والمهدوم عليهم للنص^(١٠٦) والاجماع ، يبق الباقي على أصله المنع ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : فع حصول الشراءط يرث بعضهم من بعض ، ولا يرث الثاني مما ورث منه ، وقال المفید رحمه الله: يرث مما ورث منه ، والاول أصح .

أقول : اذا ورث أحدهما من صاحبه ثم اردا توريث الآخر ، هل يورثه من أصل مال الآخر دون من ورث من صاحبه ، او يورثه منها جيئا ؟ فالشيخ وأبو الصلاح وابن أبي عقيل وابن حزوة وابن الجيند وابن البراج على الاول ، واختاره المصنف والعلامة وهو المعتمد ، لما قاله المصنف ، وهو اغا نفرض الممكن ، والتوريث مما ورث منه يستدعي الحياة بعد الموت ، وهو غير ممكن .

فان قيل : هذا وارد على كل واحد من التقديرين ؛ لأنك تفرض موت أحدهما وتورث الآخر منه ، ثم تفرض موت الثاني وتورث منه من فرضت موته أولا ، فقد لزم منه فرض الحياة بعد الموت ، وهو محال .

قلنا : أجيبي بالفرق بين التقديرين ، وذلك ظاهر ؛ لأننا اذا فرضنا موت أحدهما وحياة الآخر ، وورثنا الآخر منه قطعنا النظر عن هذا الفرض ، ثم نفرض موت الآخر وحياة الاول كانا لم نفرض موت الآخر ، ولم نجعل^(١٠٧) للثاني منه ميراثا ، بخلاف ما إذا ورثنا الاول من الثاني مما كان قد ورث الثاني من الاول ، فإنه يلزم منه فرض موت الاول وحياته في حالة واحدة ، وهو محال واحتجووا بصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام : « في اخرين ماتا لاحدهما مئة ألف درهم ، والآخر ليس له شيء فركبا في السفينة

(١٠٦) - الوسائل ، كتاب الارث ، باب ١ - من ابواب ميراث الفرق . ويلاحظ أحاديث باب ٥ أيضاً .

(١٠٧) - في «م» و «ر» : يحصل .

ففرقا ، ولم يدرأها مات أولا ؟ قال : الميراث لورثة الذى ليس له شئ «^(١٠٨) ، وقال المفید رحمه الله وسلام : يرث منها جمیعا لوجوب تقديم الضعیف في التوریث ، ولو لا القول بوجوب التوارث مما ورث من صاحبه لم يكن للتقديم مزیة .

قال رحمه الله : وفي وجوب تقديم الضعیف في التوارث تردد ، قال في الایجاز : لا يجب ، وفي المبسوط : لا يتغير [يتغير] به حکم غير أنا نتبع الاثر في ذلك ، وعلى قول المفید رحمه الله تظهر فائدة التقديم ، وما ذكره في الایجاز أشبه بالصواب .

أقول : هل يجب فرض موت الاكثر نصیباً أولا او يورث الاضعف نصیباً أولاً أو لا يجب ذلك ؟ قال المفید وسلام وابن ادريس بوجوب توریث الاضعف نصیباً أولاً ، وهو ظاهر الشیخ في النهاية ، لرواية عبید بن زرار ، « قال : سألت الباقر عليه السلام عن رجل سقط عليه وعلى امرأته بیت ؟ فقال : يورث المرأة من الرجل ، ثم الرجل من المرأة »^(١٠٩) ، ولأنه احوط ، وعدم الوجوب مذهب الشیخ في الخلاف والایجاز ، وهو ظاهر ابی الصلاح وابن زهره واختاره المصنف والعلامة ، لأصالة براءة الذمة ، ولا ثمرة من تحقيقه الا على قول المفید ، والمعتمد خلافه^(١١٠) .

(١٠٨) - المصدر السابق ، باب ٢ ، حدیث ١ .

(١٠٩) - المصدر السابق ، باب ٦ ، حدیث ٢ .

(١١٠) - في الاصل : وهو المعتمد .

في ميراث المجروس

قال رحمه الله : في ميراث المجروس : المجرسي قد ينفع المحرمات بشبهة دينه ، فيحصل له النسب الصحيح وال fasid ، والسبب الصحيح وال fasid ، ونعني بال fasid ما يكون عن نكاح حرم عندنا لا عندهم ، كما إذا نفع أمه فأولادها ولدأ ، فنسب الولد fasid ، وسبب زوجيتها fasid . فمن الأصحاب من لا يورثه إلا بالصحيح من النسب والسبب ، وهو المحكي عن يونس بن عبد الرحمن ومتابعيه ، ومنهم من يورثه بالنسبة صحيحه وفاسده ، وبالسبب الصحيح لا fasid ، وهو اختيار الفضل بن شاذان من القدماء ومن تابعه ، ومذهب شيخنا المفيد رحمه الله ، وهو حسن ، والشيخ أبو جعفر رحمه الله يورثه بالأمررين صحيحهما وفاسدهما .

أقول : نقل المصنف في توريث المجروس ثلاثة أقوال :

الأول : بالنسبة والسبب الصحيحين دون الفاسدين منها ، وهو قول يونس بن عبد الرحمن من متقدمي أصحابنا كان في زمن الصادق عليه السلام ، قال أبو العباس في المذهب : له مصنفات كثيرة قريب من اربع مئة مصنف ، واختاره أبو الصلاح وابن ادريس والعلامة في المختلف ، لقوله تعالى : ﴿فَإِن﴾

جاوز فاحكم بينهم او اعرض عنهم وان تعرض عنهم فلن يضروك شيئاً ، وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط ^(١١١) ولا شيء من الفاسد بقسط ، ولأن ماعدا الصحيح باطل فلا يتعلق به حكم .

الثاني : بالنسبة الصحيح وال fasid ، والسبب الصحيح خاصة ، نقله عن الفضل بن شاذان من القدماء ، وهو من رجال الهاادي عليه السلام ، ونقله عن المفيد أيضاً ثم استحسنه ، واختاره العلامة في القواعد ، وابنه في الإيضاح ؛ لأنه من الأنساب الفاسدة عندنا صحيح عندهم ، وقد أقرّهم الشارع عليه ، فلا أقل من أن يكون شبهة النسب ، ونحن نورث ولد الشبهة للحق نسبه ، بخلاف السبب الفاسد فان الاجماع منعقد على عدم اعتباره في شرع الاسلام ، فلا يوجد إرثاً .

الثالث : بالنسبة والسبب صحيحها وفاسدهما ، نقله عن ^(١١٢) ، الشيخ أبي جعفر ، وهو مذهب ابن الجنيد وابن البراج وابن حزرة ؛ لأنهم يعتقدون ذلك نكاحاً صحيحاً ونسبة صحيحاً ، ونحن مأمورون باقرارهم على دينهم ولا تناهينا عن قذفهم بالزنا ، لما روى : «أن رجلاً سبب مجوسيًا بحضور الصادق عليه السلام فزبره ونهاه ، فقال : إنه تزوج بأمه ، فقال : أما علمت أن ذلك عندهم النكاح» ^(١١٣) ولما روى عن الصادق عليه السلام : «كل قوم دانوا بشيء يلزمهم حكمه» ^(١١٤) والمعتمد مذهب الفضل بن شاذان ، وهو اختيار أبي العباس في مقتصره .

قال رحمة الله : وكذا عمة هي أخت من أب لها نصيب الاخت دون العمة ، وكذا عمة هي بنت عمة لها نصيب العمة .

(١١١) - المائدة : ٤٢.

(١١٢) - من «م» و«و» .

(١١٣) - الوسائل ، كتاب الأرض ، باب ١ من أبواب ميراث المجروس ، حدث ٢ .

(١١٤) - المصدر السابق ، حدث ٣ .

أقول : هذا تفريح على مذهب الشيخ والفضل بن شاذان ، دون مذهب يونس ، فإنه منع من تورطهم بالنسب الفاسد ، وعلى الاول لو اجتمع سببان يمنع أحدهما الاخر ورث بالمانع خاصه ، ثم ذكر المصنف أمثلة تصويرها^(١١٥) ظاهرا ، ثم قال : وكذا عمة هي أخت لأب ، وتصويره : مجوسي تزوج باسمه فأولدها بنتاً ولد ، فالبنت أخت هذا الولد لايده وعمته أيضاً ؛ لأنها أخت أبيه ، وعمة هي بنت عمه ، تصويره : مجوسي تزوج بيته فأولدها بنتاً ولد وهي أخت هذا الولد وبنت أخيه ، وهي عمة ولد هذا الولد وبنت عمه .

في المنسخات

قال رحمه الله : في المنسخات ونعني به أن يموت إنسان فلا تقسم تركته ، ثم يموت بعض ورائه ويتعلق الفرض بقسمة الفريضتين من أصل واحد . فطريق ذلك أن تصح مسألة الاول ، ويجعل للثاني من ذلك نصيب ، اذا قسم على ورثته صح من غير كسر . فان كان ورثة الثاني هم ورثة الاول من غير اختلاف في القسمة كان كالفرضية الواحدة ، مثل أخوه ثلاثة وأخوات ثلاث من جهة واحدة ، مات أحد الأخوة ثم ماتت احدى الأخوات ثم ماتت أخرى وبقي أخ وأخت ، قال الموقر بينهما أثلاثاً أو بالسوية ، ولو اختلف الاستحقاق أو الوارث او هما فانظر نصيب الثاني فان نهض بالقسمة على الصحة فلا كلام .

أقول : لا يخلو الحال عن أحد اربعة أقسام :

الأول : ان يتعدد الوارث والاستحقاق ، كأخوه ثلاثة مات أخ ثم آخر ، وبقي أخ ، فوارث الثاني هو بعينه وارت الاول ، والاستحقاق بالصورتين بالأخوة .

الثاني : اختلافهما ، كأخوين مات أحدهما ثم مات الآخر عن ابن ، فوارث الثاني غير وارث الاول ، والاستحقاق في الاول كان بالاخوة والثاني بالبنوة .
 الثالث : اختلاف الوارث خاصة ، كأنسان مات عن ولدين ، ثم مات أحدهما عن ابن ، فله ما كان لأبيه فوارث الثاني غير وارث الاول ، والاستحقاق في الصورتين بالبنوة .

الرابع : اختلاف الاستحقاق خاصة ، كأنسان مات عن زوجة وابن ، ثم ماتت الزوجة عن هذا الابن ، فوارث الثاني هو بعينه وارث الاول ، والاستحقاق في الاول كان بالزوجية ، وفي الثاني بالبنوة ، وفي هذه الصور الأربع نصيب الثاني ناهض بالقسمة على ورثته من الفريضة الاولى ، من غير كسر على ما مثلناه ، وإن لم ينهض نصيب الثاني على ورثته من غير كسر فلا يخلو : إما أن يكون بين فريضة الثاني ونصيبه وفق أولاً ، فان كان الاول فاضرب الوفق من الفريضة الثانية في الفريضة الاولى ، وإن كان الثاني فاضرب الفريضة الثانية في الفريضة الاولى .

وقد ذكر المصنف في المتن مثال الوجهين فلا فائدته في إعادته ، وإنما ذكرنا هذه المسألة ، لتبين اختلاف الوارث او الاستحقاق او هما ، وما عدا ذلك فقد يبينه المصنف فليطلب من هناك .

في معرفة سهام الوارث من التركة

قال رحمه الله : ولو كانت التركة عدداً أصم فاقسم التركة عليه ، فان بقي ما لا يبلغ ديناراً فابسطه قراريطاً واقسمه ، فان بقي مالا يبلغ قيراطاً فابسطه حبات واقسمه ، فان بقي ما لا يبلغ حبة فابسطه أرزات واقسمه ، فان بقي ما لا يبلغ أرزه فابسطه بالاجزاء اليها ، وقد يغلط الحاسب فاجمع ما يحصل للوارث ، فان ساوي التركة فالقسمة صواب ، وإلا فهي خطأ .

أقول : العدد الاصم في حساب الضرب هو الذي لا سيل الى علم حقيقته أي أصله ، وهو الجذر الذي إذا ضرب في نفسه اجتمع منه المال ، والجذر المنطق^(١١٦) : هو ما يعرف حقيقة مقداره ويمكن ان ينطق به كائنين فانها جذر الاربعة ، وثلاثة فانها جذر التسعه ، وأربعة فانها جذر الستة عشر ، والعشرة فانها جذر المئة ، فالمال ما اجتمع من ضرب الجذر في نفسه ، كالاربعة والتسعه والستة عشر والمئة .

اذا عرفت هذا ، فالاصم هو الذي ليس له جذر اذا ضرب في نفسه اجتمع

(١١٦) - في «م» و «ن» : المطلق .

منه المال ، كاتنين وثلاثة عشرة ؛ لانه ليس له جذر اذا ضرب في نفسه بلغ اثنين او ثلاثة او عشرة .

اذا عرفت هذا ، فثال ما ذكره المصنف ، فنقول مثال ذلك : كما لو خلف الميت أحد عشر ولدا واثني عشر دينارا ، فاعطى كل واحد ديناراً يبق دينار ، فابسطه قراريطا يكون عشرين قيراطا ، فاعط كل واحد قيراطاً يبق تسعه قواريط فابسطها حبات تبلغ سبعة وعشرين حبة ؛ لأن القيراط ثلاث حبات ، فاعط كل واحد حبيتين يبق خمس حبات ، فابسطها ارزات تبلغ عشرين أرزة ؛ لأن الحبة أربع أرزات ، فاعط كل واحد أرزة يبق تسعة أرزات ، فابسطها احد عشر جزءا ، فاعط كل واحد جزءاً ، فيحصل لكل واحد دينار وقيراط وحبتان وأرزة وجزءاً من أحد عشر جزءاً من تسعة أرزات ، يكون الجمع اثنى عشر دينارا وذلك مجموع التركة .

كتاب الفحص

في الصفات

قال رحمه الله : وهل يشترط علمه بالكتابة ؟ فيه تردد ، نظراً إلى اختصاص النبي عليه السلام بالرياسة العامة مع خلوه في أول أمره من الكتابة ، والاقرب اشتراط ذلك لما يضطر إليه من الأمور التي لا تيسّر لغير النبي صلى الله عليه وآله وسلم بدون الكتابة .

أقول : قد أشار المصنف (رحمه الله) إلى منشأ التردد ، وما اختاره مذهب الشيخ في المبسوط ، وهو اختيار العلامة والشهيد وأبي العباس ، وهو المعتمد . وأجيب بالفرق بين النبي صلى الله عليه وآله وسلم وبين غيره ، لعصمة النبي من الخطأ والنسيان ، وجواز ذلك على غيره ، ولأنه يوحى إليه عليه السلام بخلاف غيره .

وإذا قال لخلوه في مبدأ أمره من الكتابة لأن الشيخ رحمه الله قال في المبسوط : إنما كان خالياً من الكتابة قبلبعثة لا بعدها واختاره ابن ادريس . قال رحمه الله : وفي انعقاد قضاء الاعمى تردد ، أظهره أنه لا ينعقد ، لافتقاره إلى التمييز بين المقصوم ، وتعذر ذلك مع الاعمى إلا فيما يقل .

أقول : منشأ التردد مما قاله المصنف ، ومن أن شعيبا عليه السلام كان أعمى ، ولا صالة الجواز .

وأجيب بالفرق بين الانبياء وغيرهم ، وشرط البصر هو المشهور بين الصحابة ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : وهل يشترط الحرية ؟ قال الشيخ في المبسوط نعم ، والاقرب أنه ليس شرطا .

أقول : اشتراط الحرية مذهب الشيخ في المبسوط ، وابن البراج ، ويعنى بن سعيد ، واختاره العلامة وابنه والشهيد ؛ لأن القضاء من المناصب الجليلة التي لا تليق بالعبد ، ولأن القضاء ولایة والعبد مولى عليه فلا يكونه واليا ، والمصنف لم يشترط الحرية ؛ لأن المناط العلم مع العدالة والاجتهاد ، فاذا حصل في العبد ذلك جاز أن يكون قاضيا لاصالة الجواز ، ولعموم قول الصادق عليه السلام : « إياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى قضاة الجور ، ولكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضائنا فاجعلوه بينكم قاضيا فانى قد جعلته قاضيا »^(١) .

قال رحمه الله : تولي القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرطه ، وربما وجب ، ووجوبه على الكفاية ، وإذا علم الامام أن بلداً خال عن قاضٍ لزمه أن يبعث له ، ويأثم أهل البلد بالإتفاق على منعه ، ويحل قتالهم طلباً للإجابة ، ولو وجد من هو بالشروط فامتنع لم يجبر مع وجود مثله ولو ألزمه الامام ، قال في الخلاف : لم يكن له الامتناع ، لأن ما يلزم به الامام واجب ، ونحن نمنع الالزام ، إذ الامام لا يلزم بما ليس لازماً ، أما لو لم يوجد غيره تعين هو ولزمه الإجابة ، ولو لم يعلم به الامام وجب أن يعرف بنفسه ؛ لأن القضاء من باب الامر بالمعروف ، وهل يجوز أن يبذل مالاً ليلي القضاء ؟ قيل : لا ، لأنه كالرسوة .

(١) - الوسائل ، القضاء ، باب ١ من أبواب صفات القاضي ، حدیث ٥ .

أقول : الناس في القضاء على أربعة اقسام :

أ) من يستحب له ، وهو جامع الشرائط الواائق من نفسه بالقيام بشرائطه خصوصا اذا لم يكن له من ماله كفاية ، واقتصر في طلب الكفاية الى الاشتغال بالمباح كالتجارة وغيرها ، وبذل له الرزق من بيت المال ، فهذا توليه للقضاء وصرف زمانه في طاعة الله تعالى وارتزاقه من بيت المال خير من الاشتغال بالمباح ، لما في ذلك من تضييع العلم والعمل .

ب) من يستحب له تركه ، وهو من كان له كفاية من ماله وكان مشهوراً بالعلم والفضل تقصده الناس وتتعلم منه ، فهذا يستحب له ترك القضاء ؛ لأن التدريس والتعليم طاعة وعبادة مع السلامة من الاخطار ، والقضاء وان كان طاعة فهو مشتمل على خطر عظيم ؛ لقوله عليه السلام : « من نصب نفسه قاضيا فقد ذبح نفسه بغير سكين »^(٢) ، والاخبار في هذا المعنى كثيرة .

وإن لم يكن مشهورا ولا يعرف علمه وفضله ولا ينتفع أحد بعلمه ولا يقصده أحد ليتعلم منه ، فهذا قيل : يستحب له أن يلي القضاء ليدل الناس عليه ليحصل الانتفاع بعلمه وذلك مع استكمال الشرائط .

ج) من يحروم عليه ، وهو الجاحد العدل او العالم الفاسق وان كان مستترا بالفسق .

د) من يجب عليه ، وهو جامع الشرائط اذا لم يوجد غيره ، فهذا على الامام أن يوليه ، وعليه أن يقبل ولو لم يعلم به الامام وجب عليه أن يعلمه بنفسه ليوليه القضاء ، لما في ذلك من الامر بالمعروف ، ولا يجب أن يبذل مالاً ليلي القضاء ، الا أن يعلم من تعين عليه أن الظالم لا يوليه إلا ببذل المال ، فيجوز له ذلك حينئذ إذا علم أنه اذا تولى القضاء تمكن من الامر بالمعروف والنهي عن المنكر .

(٢) - مستدرك الوسائل ، القضاء ، باب ٣ من ابواب صفات القاضي ، حديث ٤

قال رحمه الله : اذا وجد اثنان متفاوتان في الفضيلة مع استكمال الشرائط المعتبرة فيها ، فان قلد الافضل جاز ، وهل يجوز العدول الى المفضول ؟ فيه تردد ، والوجه الجواز : لأن خلله ينجر بنظر الامام .

أقول : إذا تساويا في الشرائط المعتبرة في القاضي ، وكان أحدهما أفضل من الآخر ، إما بزيادة علم أو زهد ، هل يجوز للامام توليه المفضول ؟ اختار المصنف والعلامة في القواعد وابنه الجواز لأن خلله ينجر بنظر الامام ، وظاهر العلامة في التحرير والشهاد في الدروس عدم الجواز ، لعموم قبح تقديم المفضول على الفاضل .

تنبيه : هذا الخلاف إنما هو في حال ظهور الامام وكونه المستولي لنصب المفضول ، أما في حال الغيبة فإنه لا يجوز العدول عن الفاضل الى المفضول ، نص العلامة في القواعد والشهاد على ذلك ، ولأن العلة المبيحة لتقديم المفضول على الخلاف - وهي جبر خلله بنظر الامام - منتفية في حال الغيبة ، فحيثئذ يجب الترافع الى الاعلم ، فإن تساويا فالاورع ، فلو كان أحدهما أعلم والأخر أورع رجح الاعلم ؛ لأن ما فيه من الورع يمحى عن التهمج على المحرام ويبيق علمه لا معارض له .

قال رحمه الله : أما أخذ الجعل من المحاكمين فيه خلاف ، والوجه التفصيل ، فع عدم التعيين وحصول الضرورة ، قيل : يجوز ، والاولى المنع ، ولو اختل الشرطين لم يجز .

أقول : حكى الشيخ في المبسوط عن قوم ، جواز أخذ الجعل للقاضي من أحد المحاكمين بشرط الضرورة وعدم التعيين ، وكذلك نقله المصنف والعلامة والشهاد ، واختار الجميع المنع ؛ لأنه يؤدي واجبا فلا يجوز أخذ الاجرة عليه ، ولأنه نوع من الرشوة وهو حرام .

احتاج القائلون بالجواز بأنه فعل مباح غير متعين^(٣) على فاعله فكان له أخذ العمل عليه مع الضرورة إلى ذلك ، قال الشهيد : فإن جوزناه في جواز تخصيص أحدهما به أو جعله على المدعى أو التshireek بينهما ، نظر من الشك في أنه تابع للعمل أو المنفعة الحاصلة .

قلت : الظاهر على القول به أنه تابع للشرط ، فإن اشترطه عليهما أو على أحدهما والتزمما به أو أحدهما لازم ، ومع عدم سبق الشرط لا يلزمها ولا أحدهما شيء .

قال رحمه الله : إذا حدث به ما يمنع الانعقاد انعزل وإن لم يشهد الإمام بعزله كالجنون والفسق ، ولو حكم لم ينفذ حكمه ، وهل يجوز أن يعزل اقتراحاً ؟ الوجه : لا ، لأن ولايته ثبت شرعاً فلا تزول تشبيهاً .

أقول : لاشك في جواز عزل القاضي للإمام أو نائمه ، لمصلحة كاطفاء الفتنة أو وجود من هو أصلح منه .

وهل يجوز عزله بغير سبب ولا لمصلحة ؟ فيه قولان حكاهما الشيخ في المسوط ، والمصنف اختار عدم الجواز وقد ذكر وجهه ، واختياره العلامة في الارشاد^(٤) جزماً ، واختار في التحرير الجواز ؛ لأنها ولایة ثبت بنظر الإمام أو نائمه فيتبع اختيار المتوكلا ، ولو حصلت ريبة عند الإمام في القاضي جاز له عزله قطعاً ، وكفاءة الظن ، قاله العلامة في التحرير .

قال رحمه الله : إذا مات الإمام [عليه السلام] ، قال الشيخ : الذي يقتضيه مذهبنا انزال القضاة أجمع ، وقال في المسوط : لا ينزعلون ؛ لأن ولايته ثبت شرعاً فلا تزول بموته ، والowell أشبه .

(٣) - في الأصل و «أن» : معنـ.

(٤) - في «رأ» : التواعد .

أقول : أما وجہ عدم الانزال فقد ذکرہ المصنف ، وأما وجہ الانزال فلانہم كالوكلاء ، وهو اختیار المصنف والعلامة وابنه والشید ، وهو المعتمد . قال رحمه الله : ولو مات القاضی الاصلی لم ینعزل النائب عنه ؛ لأن الاستنابة مشروطة باذن الامام ، فالنائب عنه كالنائب عن الامام فلا ينعزل بموت الواسطة ، والقول بانزاله أشبه .

أقول : إذا زالت ولایة القاضی الاصلی بموت او جنون او فسق او عزله الامام ، هل ینعزل النائب عنه ؟ ذکر المصنف في أول بحثه أنه لا ینعزل ، وقد ذکر وجهه ، وذلك : أن القاضی المتصوب من قبل الامام لا یجوز له أن ینصب غيره الا باذن الامام صریحا ، مثل أن یقول له انصب قاضیا یعينک على القضاة ، أو بشاهد الحال : مثل أن يكون ولایته متسبعة لاینهض بها القاضی الواحد ، فشاهد الحال هنا یدل على إذنه بالاستنابة ، وإذا أذن له أن ینصب قاضیا کان منصوبا من قبل الامام ، فلا ینعزل بعزل الواسطة ، ثم اختار^(٥) انزاله ؛ لأن ظاهر إذن الامام بالاستنابة یدل على أن القاضی یستتب عن نفسه لا عن الامام ، وإذا كان النائب عن القاضی انزعز بعزله وهو المعتمد ، إلا أن یقول له یستتب عنی یفیستتب عنه ، فحيثیت لا ینعزل بعزل الواسطة .

(٥) - فی «ن» : اختیار .

في الآداب والمسائل

قال رحمه الله : وأن يستعمل الانقباض المانع من اللحن بالمحجة .

أقول : يكره للقاضي الانقباض وهو ضد الانبساط المانع من اللحن بالمحجة ، أي التقطن لها ، قال صاحب الصلاح : اللحن بالتحريك الفطنة ، وقد لحن ، وفي الحديث : « ولعل احدكم ألحن بمحجته »^(٦) اي أفحض لها ، فهذا مراد المصنف باللحن ، وليس اللحن بسكون الحاء الذي هو الخطأ في الاعراب .

قال رحمه الله : الامام يقضي بعلمه مطلقاً ، وغيره من القضاة يقضي بعلمه في حقوق الناس ، وفي حقوق الله تعالى ، على قولين أصحهما القضاء .

أقول : اذا أقر المقصود او قامت البينة بما يدعوه خصمه جاز للحاكم الحكم قطعاً ، وإن لم يتفق الاقرار ولا البينة بل علم المحاكم بما يوجب الحكم ، مثل أن شاهد الغصب او الزنا او سمع الطلاق او العتق ، ثم انكر الفاعل ولم تقم عليه بذلك بينة ، هل يجوز له الحكم بعلمه ؟

فنقول : أما بالنسبة الى جرح الشهود وتعديلهم فيجوز الحكم بعلمه قطعاً ،

(٦) - الوسائل ، القضاء ، باب ٢ من أبواب كيفية الحكم ، حديث ٣.

وأما غير ذلك من الحقوق فقد قال الشيخ في الخلاف والمرتضى وابو الصلاح :
 يجوز مطلقا ، سواء كان امام الاصل او غيره ، وسواء كان الحق الله وأولاده ،
 واختاره المصنف والعلامة وابنه والشهيد وابو العباس ، لقوله تعالى : ﴿ الزانية
 والزاني فاجلدو اكل واحد منها مائة جلدة ﴾^(٧) وقوله تعالى : ﴿ والسارق
 والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾^(٨) علق الحكم على ثبوت الوصف وهو خطاب
 للحاكم^(٩) ، فإذا علم المحاكم بثبوت الوصف وجوب الحكم بوجبه ، وإذا ثبت
 ذلك في الحدود في غيرها أولى ، ولأن الحكم بالشاهدين ظن والعلم يقين ،
 و الحال في الحكمة جواز الحكم مع الظن ومنه مع اليقين ، ولأنه لو لم يحكم بعلمه
 لزم فسق المحاكم أو إيقاف الحكم ؛ لأنه اذا طلق الرجل زوجته ثلاثة ثم جحد
 الزوج الطلاق مطلقا^(١٠) كان القول قوله مع يمينه ، وإذا حكم المحاكم بغير علمه
 وهو احلاف الزوج وتسليمها اليه فسق ؛ لأنه سلطه على فرج يعلم تحريره عليه ،
 وإن لم يعلم^(١١) بشيء لزم إيقاف الحكم وكذا لو غصب مال رجل بحضوره ثم
 جحده ، فإنه يقتضي إلى ما قبلناه ، فلم يبق إلا الحكم بعلمه وهو المعتمد .

وقال ابن حمزة وابن ادريس : أما الامام فيحكم بعلمه مطلقا ، وأما غيره
 في حقوق الناس دون حقه تعالى ؛ لأن حقوقه تعالى مبنية على التخفيف .

قال رحمة الله : المحاكم إذا عرف عدالة الشاهدين حكم ، وإن عرف فسقها
 أطرح ، وإن جهل الامررين بحث عنها ، وكذا لو عرف إسلامها وجهل عدالتها
 وقف حق يتحقق ما يبني عليه من عدالة أو جرح ، وقال في الخلاف : يحكم ، وبه

(٧) - النور : ٢ .

(٨) - المائدۃ : ٣٨ .

(٩) - في «ن» : للحاكم .

(١٠) - ليست في «م» و «ن» و «ر» .

(١١) - في غير «ر» : يحكم .

رواية شادة .

أقول : المشهور بين الاصحاب التوقف في بجهول العدالة حتى يتبيّن حاله ؛ لأن العدالة شرط في قبول الشهادة ، ولا يجوز الحكم بالشروط مع جهالة الشرط ، وهو المعتمد . وقال الشيخ في الخلاف : إذا شهد عند الحاكم شاهدان يعزف اسلامهما ولا يعرف فيها جرح حكم بشهادتها ولا يقف على البحث بجرح المحكوم عليه ، بان يقول : هما فاسقان ، فحينئذ يجب عليه البحث ؛ لأن الاصل في المسلم العدالة ، ولأنه لم ينتقل عن الصحابة والتابعين البحث عن حال المسلم ورواية حرير^(١٢) عن الصادق عليه السلام دالة على ذلك .

قال رحمه الله : ولا يثبت المجرح الا مفسرا ، وفي الخلاف يثبت مطلقا .

أقول : نقل العلامة في المختلف وابنه في الايضاح عن الشيخ أنه قال في المبسوط والخلاف : لا يقبل المجرح الا مفسرا ، ويقبل التعديل المطلق من غير تفسير ، وحكيانا استدلاله في الخلاف ، وهو : ان الناس يختلفون فيها هو جرح وما ليس بجرح ، فيجب أن يفسر ؛ لأنه ربما اعتقاد فيها ليس بجرح أنه جرح ، فإذا فسره عمل القاضي بما يقتضي الشرع فيه من جرح او تعديل ، واستدل في المبسوط بان التزكية إقرار صفة على الاصل فلهذا قبلت من غير تفصيل^(١٣) ، والمجرح اخبار عنها حدث من عيوبه وتجدد من معاصيه ، فبان الفرق بينها .

ونقل المصنف عن الشيخ في الخلاف أنه يثبت مطلقا اي لا يفتقر الى ثبوت^(١٤) تفسير كالتعديل ، وهو ضد ما نقله عنه العلامة وابنه ، فعمل هذا للشيخ في الخلاف قولهان : أحدهما لا يقبل في المجرح الا مفسرا ، والثاني : يقبل مطلقا ، والاول هو

(١٢) - الوسائل ، كتاب الشهادات ، باب ٤٠ ، حديث ١٨ .

(١٣) - في «م» و«ن» و«ر» : تفسير .

(١٤) - ليست في النسخ .

المعتمد.

وذهب ابن الجنيد الى التفصيل فيها ، واختاره العلامة في المختلف ؛ لأن المقتضى لتفصيل المجرح ثابت في التزكية ؛ لأن الشيء قد لا يكون سبباً للجرح عند الشاهدين ويكون جارحاً عند المحاكم ، فإذا أطلق الشاهد التعديل تعويلاً منه على عدم تأثير ذلك الشيء ، كان تغريراً للحاكم ، ثم قال : والاحوط أن يسمع المجرح مطلقاً ، ويستفصل عن سبب العدالة ؛ لأنه أحاط بالحقوق .

قال رحمه الله : وإذا اختلف الشهود في المجرح والتعديل قدم المجرح ؛ لأن شهادة بما يخف عن الآخرين ، ولو تعارضت البيتان في المجرح والتعديل ، قال في الخلاف : وقف المحاكم ، ولو قيل : يعمل على المجرح ، كان حسناً .

أقول : قال الشيخ في الخلاف : إذا شهد اثنان بالجرح وشهد اثنان^(١٥) بالتعديل وجب على المحاكم أن يتوقف ، وقال في المسوط : يقدم المجرح على التعديل ، واختاره ابن ادريس وابن حمزة ؛ لأن البينة الجارحة تشهد بما يخف على المزكية .

قلت : فعل هذا لا يضر فرقاً بين اختلاف الشهود في المجرح ، وبين التعارض ؛ لأن الاختلاف هو ان يشهد شاهدان بالجرح وآخران بالتعديل ، وكذلك التعارض المحكي عن الشيخ ، مع أن المصنف والعلامة في القواعد والتحرير فرقاً بين الاختلاف والتعارض ، وجزماً بتقديم المجرح في صورة الاختلاف ، وحكياً الخلاف في صورة التعارض ، قال العلامة في المختلف بعد أن حکى قول الشيخ في الخلاف والمسوط : والحق عندي التفصيل ، وهو أن نقول : إن جاز الجمع بين الشهادتين حكم بالجرح ، لجواز خفائه على المعدل ، وإن لم يجز وقف المحاكم ولم يحكم بالشهادة ، بل تساقط بينة المجرح والتزكية ، وذلك

(١٥) - في «م» و «ن» و «ر١» : آخران .

بان^(١٦) يشهد المخارج بسبب ينفيه المعدل ، كما لو شهد أنه في الوقت الفلاني كان في المكان الفلاني شرب خمرا ، وتشهد المعدل أنه كان في ذلك الوقت يعنيه في مكان آخر لم يكن ان يجتمع كونه في ذلك المكان الاول في ذلك الوقت ، لعدم اولوية القبول ، بخلاف الاول فان قبول الجرح أولى . هذا آخر كلامه في المختلف .

فعلى هذا تصير^(١٧) مسألة الجرح والتعديل على ظاهر الشريعة والقواعد والتحrir منقسمة الى ثلاثة اقسام : اختلاف الشهود الذي جزما بتقديم الجرح به ، والتعارض وهو ينقسم الى قسمين : الى ما يجوز الجمع بين الشهادتين ، والى ما لا يجوز .

والمعتمد عدم الفرق بين اختلاف الشهود ، وبين التعارض غير المانع من الجمع بين الشهادتين ؛ لأن الفرق غير متصور هنا ، وإنما يتصور مع عدم امكان الجمع بين الشهادتين كما فرضه العلامة ، والحكم بتقديم الجرح في الاول والتوقف في الثاني .

(١٦) - في «م» و «ن» و «ر»؛ مثل أن .

(١٧) - ليست في الأصل .

في كيفية الحكم

قال رحمه الله : اذا ورد المخصوص متربين بدأ بالاول فالاول ، فان وردوا جميعاً ، قيل : يفرع بينهم ، وقيل : يكتب أسماء المدعين ، ولا يحتاج الى ذكر المخصوص ، وقيل : يذكرهم ايضاً لحضور الحكومة معه ، وليس معتمداً ، ويجعلها تحت ساتر ثم يخرج رقعة ، فيتعين صاحبها ، وقيل : إنما يكتب أسماءهم مع تصرير القرعة بالكثرة .

أقول : المشهور القرعة بين المخصوص اذا وردوا دفعة ، وهو اختيار العلامة والشهيد ، وقال ابن البراج : إن كان عددهم قليلاً يمكن الاقراع بينهم أفرع بينهم ، فلن خرجت قرعته قدمه ، وان كثروا وتعدرت القرعة كتب المحاكم أسماءهم في رقاع ، وجعلها بين يديه يأخذ رقعة بعد أخرى ، فاذا قدم انساناً بالسبق او بالقرعة او بالرقعة ، فحكم بيته وبين خصمه وفرغ منها أمرهما بالقيام وقدم غيرهما ، فان قال الاول : لي حكومة أخرى لم يلتفت اليه .

قال رحمه الله : قال الشيخ : لا تسمع الدعوى اذا كانت مجهولة ، مثل أن يدعى فرساً او ثوباً ، ويقبل الإقرار بالجهول ويلزم تفسيره ، وفي الاول إشكال .

أقول : اذا ادعى وصية مجهولة سمعت دعواه قطعاً ، وكذا لو أقر له عند المحاكم او عند الشهود بجهول ، كان له المطالبه بما أقر له بلا خلاف ، أما غير ذلك كدعوى الفرس والثوب المجهولين ، فهل تسمع أم لا ؟ قال الشيخ : لا تسمع ، لعدم فائدتها ، وهو حكم المحاكم بها لو أجاب بنعم ؛ لأن الحكم بالجهول غير جائز . ثم اعترض على نفسه بصحة الاقرار بالجهول ، ثم أجاب بالفرق بأنه لو طالبناه بالتفصيل ربما رجع ، بخلاف المدعى فإنه لا يرجع عند مطالبته بالتفصيل .

واختار المصنف في المختصر والعلامة وابنه وابو العباس السماع ؛ لأن المدعى ربما يعلم حقه بوجه ما ، كما لو علم أن له عنده فرساً او ثوباً ولا يعلم شخصها ولا صفتها ، فلو لم يجعل له الشارع طريقاً الى الدعوى لبطل حقه ولزم^(١٨) المرح ، فتصبح الدعوى المجهولة ويستفسرها المحاكم كما يستفسره عن الاقرار المجهول .

والشهيد رحمه الله اختار مذهب الشيخ وهو عدم سماع الدعوى المجهولة ، بل لا بد من ضبط المثلي بصفاته ، والقيمي بقيمتها ، والاتنان بجنسها ونوعها وقدرها .

قال رحمه الله : ولا بد من إيراد الدعوى بصيغة الجزم ، فلو قال : أظن أو أتوهم لم يسمع ، وكان بعض من عاصرناه يسمعها في التهمة ويختلف المنكر ، وهو بعيد من شبهة [شبهة] الدعوى .

أقول : اشترط المصنف إيراد الدعوى بصيغة الجزم ، والشرط إنما هو الجزم في الإيراد لا الجزم في نفس الأمر ، بمعنى أنه إن لم يكن جازماً في نفس الأمر حرمت عليه الدعوى ، فإن من المعلوم إذا كان للإنسان بينةً تشهد له بالحق وهو

لا يعلم ، كان له أن يدعي عند الحاكم لتشهد له البينة ، مع أن البينة تفيد الظن ، فصار الشرط الجزم في الإيراد خاصة .

وأسئلته العلامة في القواعد والارشاد والتحرير ولم يفت بشيء ، ومن شكله الاشكال من عموم قوله تعالى : ﴿ وَأَنْ أَحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ بِكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكَمُوا فِيهَا شَجَرٌ بَيْنَهُمْ ﴾^(١٩) ، أو جب الحكم في مطلق التنازع ، وهو شامل لصورة الجزم وغيرها ، ومن أنه بعيد عن شبهة الدعوى ؛ لأن المهدود من الدعوى القول الجازم فلا يكفي الظن او الوهم . قوله (وكان بعض من عاصرناه يسموها في التهمة) أشار بذلك الى شيخه الفقيه محمد بن نما الحلي ، قال الشهيد في شرح الارشاد : ولا يأس به ، لما فيه من حسم مادة الفزع ، وقال في الدرس : وأما الجزم فالاطلاق محظوظ عليه ، أي اطلاق الدعوى بصيغة الجزم (محظوظ على الجزم)^(٢٠) ، ولا يشترط أن يقول الحاكم : هل انت جازم ام لا ؟ ثم قال : ولو صرخ بالظن او الوهم فثالث الاوجه السباع فيها يعسر^(٢١) الاطلاق عليه ، كالقتل والسرقة دون المعاملات .

تنبيه : على القول بسباع دعوى الظن او الوهم لا يثبت الحق الا بالبينة ، ومع عدمها يحلف المنكر ، ولا يجوز له رد اليمين ، ولا يجوز للمدعى المخلف لا يبرد اليمين ولا ينكح ولا مع الشاهد الواحد ، فان حلف المنكر فلا كلام وان امتنع هل يلزم من الحق استشكله العلامة في التحرير والاشكال مبني على القول بالقضاء بالنكح مع الامتناع من اليمين او يرد اليمين على المدعى فعل الاول يقضى عليه هنا كما يقضى عليه بصورة الجزم لقيام النكح حيثذا مقام الاقرار وعلى الثاني

(١٩) - المائدة : ٤٩ ، النساء : ٦٥ .

(٢٠) - ما بين القوسين ليس في « ر ». .

(٢١) - في الاصل والنسخ : يعتبر ، وما أثبتناه من المصدر ص ١٧٥ .

ليس الاخذ بمجرد انكار المدعى عليه ونکوله عن اليمين من غير بينة ولا اقرار فحيثني يحبس المنكر حق يقر او يحلف لو عاد المدعى بعد نکول المنكر عن اليمين وادعى العلم قوى الشهيد في شرح الارشاد السماع لجواز حصوله فيما بعد .

قال رحمه الله : اذا ثبت الدعوى ، هل يطالب المدعى عليه بالجواب ، أم يتوقف ذلك على التباس المدعى ؟ فيه تردد ، والوجه أنه يتوقف ؛ لأنه حق له فيقف على المطالبة .

أقول : منشؤه مما قاله المصنف ، ومن أن العادة وشاهد الحال دليلان على أن الخصم لا يحضر خصمه عند المحاكم ثم يدعى عليه ثم ينصرف من غير جواب ، واختار العلامة مذهب المصنف .

قال رحمه الله : أما الاقرار فيلزم إذا كان جائز التصرف ، وهل يحكم به عليه بغير سؤال المدعى ؟ قيل : لا ؛ لأنه حق له فلا يستوفى إلا بمسألته .

أقول : البحث في الحكم عليه بغير سؤال المدعى كالبحث في المطالبة بالجواب وقد سبق .

قال رحمه الله : ولو ادعى الاعسار كشف عن حاله ، فان استبان فقره انظر ، وفي تسليمه الى غرمائه يستعملوه او يؤاجروه روایتان ، اشهرها : الانظار حق يوسر .

أقول : قال ابن حمزة : اذا ثبت إعساره خلى سبيله اذا لم يكن ذا حرفه يكتب بها وامرء بالتحمل ، وإن كان ذا حرفه دفعه اليه ليستعمله ، فافضل عن قوته وقوت عياله بالمعروف أخذذه بمحق ، ومثله قول الشيخ في النهاية ، للخبر المشهور الذي رواه السكون عن الصادق والباقر «أن علياً (عليهم السلام) كان يحبس في الدين ثم ينظر ، فان كان له مال اعطي الغرماء ، وإن لم يكن له مال دفعه الى الغرماء ، فيقول لهم : اصنعوا به ما شئتم ، إن شئتم واجروه وإن شئتم

استعملوه»^(٢٢) . قال ابن ادريس : هذا الخبر غير صحيح ولا مستقيم ؛ لأنَّه عخالف لاصول مذهبنا ، ومضاد لتنزيل الكتاب ، فان الله تعالى قال : ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عَسْرَةَ فَنَظِرْهُ إِلَى مِيسَرَةٍ﴾^(٢٣) ولم يذكر : استعملوه ولا واجروه ، وإنما أورده شيخنا في نهاية ابراداً لا اعتقاد ، وهذا هو المشهور بين الاصحاب .

قال رحمه الله : وهل يجحب حق يبين حاله ؟ فيه تفصيل ذُكر في باب المفلَّس .

أقول : التفصيل المذكور هو : إن كان له أصل مال او كانت الدعوى مالا ، حبس حق يثبت إعساره وإن لم يعلم له أصل مال ، ولا كانت الدعوى مالا فادعى الأعسار ، قبلت دعواه ولا يكلف البينة وللفرماء مطالبته باليمين .

قال رحمه الله : ولو أقام البينة بما حلف عليه المنكر لم تسمع ، وقيل : يعلم بها مالم يشترط المنكر سقوط الحق باليمن ، وقيل : إن نسي بينة سمعت وإن أحلف بالأول هو المروي .

نقل فخر الدين وأبو العباس إجماع المسلمين على عدم سماع الدعوى في مجلس الحلف ، وهل يسمع في غيره لو عاودها واقام البينة ؟ فهنا اختلف الاصحاب على ثلاثة أقوال :

أـ- عدم السماع مطلقاً ، وهو اختيار الشيخ في النهاية والخلاف وموضع من المبسوط ، وبه قال ابن الجنيد ، واختاره المصنف والعلامة وابنه والشهيد ؛ لأنَّ البينة حجة المدعى فيكون اليمين حجة المنكر ، وكما لا تسمع يمين المنكر بعد بينة المدعى ، لا تسمع بينة المدعى بعد يمين المنكر ، ولصحيحه عبد الله بن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام : «قال : اذا رضي صاحب الحق بيمين المنكر فاستحلقه

(٢٢) - الوسائل ، كتاب الحجر ، باب ٧ ، حديث ٣ .

(٢٣) - البقرة : ٢٨٠ .

فحلف أن لاحق له قبله ، ذهبت اليدين بدعوى المدعى ولا دعوى له ، قلت له : وان كانت له بينة عادلة ؟ قال : نعم ، وإن أقام بعد ما استخلفه خسین قسامة ما كان له حق ، فان اليدين قد ابطلت كلما ادعاه قبله مما استخلفه عليه ، قال رسول الله صلی الله عليه وآلہ وسلم : من حلف لكم فصدقوه ، ومن سألكم باشه فاعطوه ، ذهبت اليدين بدعوى المدعى فلا دعوى له »^(٢٤) .

ب - السباع مالم يشترط المنكر سقوط الحق ببینته ، وهو قول المفید وابن حزنة وابن البراج في الكامل ؛ لأن حكم البينة حكم الاقرار ، ولو أقر بعد اليدين لزم الحق قطعا ، فكذا مع قيام البينة ، وأجيب عن المساواة .

ج - لا تسمع البينة مع علم المدعى بها واعتراضه عنها ورضاه باليدين ، وتسمع لو لم يعلم بها من رأس ، بأن يولي غيره ^(٢٥) الاشهاد على حقه ، أو يعملها وتسيرها حالة المقصوم ، وهو قول الشیخ في موضع من المبسوط ، واختاره ابو الصلاح وابن ادریس ، وجئن اليه العلامة في المختلف ؛ لأنه إنما طلب ^(٢٦) اليدين لعجزه عن استخلاص حقه بالبینة :

فرع : لو أقام المدعى بینة على إقراره بالحق بعد الحلف سمعت ، لجواز المطالبة مع إكذابه نفسه اجماعا .

قال رحمه الله : وإن نكل المنكر بمعنى أنه لم يحلف ولم يرد ، قال له المحاکم : إن حلفت والا جعلتك ناكلاً ، ويکرر ذلك ثلاثة استظهاراً لا فرضاً ، فان أصرَّ قيل : يقضى عليه بالنكول ، وقيل : بل يرد اليدين على المدعى ، فان حلف ثبت حقه ، وإن امتنع سقط ، وال الاول أظهر .

(٢٤) - الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ٩ من ابواب كيفية الحكم ، حدیث ٢ .

(٢٥) - في الاصل : بأن غيره أقام .

(٢٦) - في «ان» : يطلب .

أقول : الاول اختيار ابني بابويه والمفید وسلام وابي الصلاح الحسليبي ، واختاره المصنف ، لصحيحه محمد بن مسلم ^(٢٧) عن الصادق عليه السلام : « أنه حکى عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه ألزم أخرين بدین ادعی عليه به فأنکر ونکل عن اليدين ، فالزمه الدين بامتناعه عن اليدين » ، وأجيب باحتلال الزامة عقیب احلاف المدعی ، والثاني اختيار الشیعی في الخلاف وابن حمزة وابن الجنید وابن ادريس ، واختاره العلامة وابنه والشهید ؛ لأن الحكم مبني على الاحتیاط التام ، والاحتیاط يقتضی الحكم بعدین المدعی ، لامتناع الحق من غير بینة ، ولا إقرار ولا مین ، لا حتیال نکوله عن اليدين ، لحرمة اليدين او للخلف على عدم الخلف ، لأن الحق ثابت عليه ، ولما روى عن النبي صلی الله عليه وآلہ ^(٢٨) : « أنه رد اليدين على صاحب الحق » ^(٢٩) ، وهذا هو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو شهدت على صبي ، او مجنون ، او غائب ، ففي ضم اليدين الى البینة تردد ، أشبهه أنه لا مین .

أقول : منشوه من مساواة الثلاثة للموتى في المقتضي لوجوب اليدين على المدعی ، وهو جهل حاله وعدم العلم بجوابه ، فيثبت الحكم لهم كما هو ثابت له وهو المشهور ، ومن أصلالة براءة الذمة من وجوب اليدين مع البینة ، خرج الميت بالنص ^(٣٠) والاجماع ، يبقىباقي على أصلالة المنع .

قال رحمه الله : وأما السکوت فان اعتمدته ألزم الجواب ، فان عاند حبس حق بيین ، وقيل : يحبس حق بحیب ، وقيل : يقول الحاکم : إما أجبت وإلا جعلتك

(٢٧) - الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ٣٣ من أبواب كيفية الحكم ، حدیث ١ .

(٢٨) - من « ن » و « ر » .

(٢٩) - الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ٧ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، حدیث ٢ عن أبي عبدالله عليه السلام مع اختلاف يسر .

(٣٠) - الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ٤ من أبواب كيفية الحكم ، حدیث ١ .

ناكلاً وردت البيهين على المدعى، فان أصرَّ رد المحاكم البيهين على المدعى ، والاول مروي .

أقول : إذا سكت عن الجواب عنادا ، أي من غير آفة ، حكى الشيخ ثلاثة اقوال :

أ - أن يجسس حتى يجرب ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ، وبه قال المفید وابن حزرة ، واختاره المصنف والعلامة وابنه ؛ لأن الواجب عليه^(٣١) الجواب فيجسس عليه حتى يجرب ، والاصل عدم الزامه بغير ذلك .

ب - يجبر على الجواب وهذا القول نقله المصنف والعلامة .

ج - قول الشيخ في المسوط ، وبه قال ابن ادريس ؛ لأن السكوت عنادا كالنكول ، والمعتمد الاول .

(٣١) - ليست في الاصل .

في القضاء على الغائب

قال رحمه الله : يقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقا ، مسافراً كان او حاضراً ، وقيل : يعتبر في الحاضر تغدر حضوره مجلس الحكم .
أقول : المشهور جواز القضاء على من غاب عن مجلس الحكم مطلقا ، أي سواء كان في البلد او مسافرا ، وسواء تغدر احضاره ام ^(٣٢) لا ؛ لأنه إما منكر أو مقر ، فان كان منكرا فقد قامت عليه البينة ، وان كان مقرًا فالبينة م Zukda ، ولا ريب في جواز الحكم حينئذ على التقديرتين ، وهذا هو المعتمد . ويبقى الغائب على حجته ، فان حضر وأقام بينة بفسق الشهود او بالوفاء ^(٣٣) او الابراء بطل الحكم ، وإلا فلا .

وقال الشيخ في المبسوط : فاما إذا كان حاضرا في البلد غير ممتنع من الحضور ، فهل له أن يحكم عليه وهو غائب عن مجلس الحكم ^(٣٤) ام لا ^(٣٥) ؟

(٣٢) - في «م» : أو .

(٣٣) - في الاصل : القضاة .

(٣٤) - في «ن» و «م» و «ر» ^ا : حديثكم .

(٣٥) - ليست في النسخ .

قال قوم : له ذلك ؛ لأنّه غائب عن مجلس الحكم ، والصحيح أنه لا يقضى عليه ؛ لأنّه مقدور على احضاره ، والقضاء على الغائب إنما جاز لوضع الحاجة اليه وتعذر احضاره ^(٣٦).

قال رحمه الله : يقضى على الغائب في حقوق الناس كالديون والعقود ، ولا يتضمن في حقوق الله كالزنا واللواط ؛ لأنّها على التخفيف ، فلو اشتمل الحكم على الحقين قضي بما يخص الناس ، كالسرقة تقضى بالغرم ، وفي القضاء بالقطع تردد .
 أقول : منشؤه من أن القضاء بالقطع لازم للقضاء بالسرقة ، والحكم بأحد المتلازمين يتضمن الحكم بالآخر ، وقد حكم بالسرقة فيحكم بالقطع .
 ومن أن القطع حق من حقوق الله تعالى ولا يحكم بها على الغائب فلا يحكم به ، وهو المشهور ، وجذب به العلامة في القواعد والارشاد والتحرير ، وجذب به الشهيد في الدروس ، وهو المعتمد .

في كيفية الاستحلاف

قال رحمه الله : ولا يستحلف أحد إلا بالله ، ولو كان كافرا ، وقيل : لا يقتصر في المجرمي على لفظ الجلالة ؛ لأنّه يسمى النور إلها ، بل يضم إلى هذه اللنفة الشريفة ما يزيل الاحتمال .

أقول : القول المشار إليه قول الشيخ رحمه الله ، واعتباره فخر الدين والشهيد ، ولا بد أن يضم إليه ما يزيل الاحتمال التأويل ، كقوله : والله خالق النور والظلمة ، فحينئذ يتضمن التأويل وبعطل الجزم بأنه حلف بالله ، والمصنف والعلامة لم يشترط ذلك ، لقوله تعالى : ﴿فِي سَبَانِ بَالَّهِ لَشَاهِدَتْنَا أَحَقُّ مِنْ شَاهِدَتْهَا﴾^(٣٧) وقوله تعالى : ﴿وَاقْسُمُوا بَالَّهِ جَهَدَ أَيْمَانِهِمْ﴾^(٣٨) ، ولقوله عليه السلام : « من كان حالفا فليحلف بالله »^(٣٩) ومن ألفاظ العموم .

قال رحمه الله : وحلف الآخرين بالإشارة ، وقيل : توضع يده على اسم الله

(٣٧) - المائدة : ١٠٧ .

(٣٨) - الانعام : ١٠٩ وغيرها .

(٣٩) - مستدرك الوسائل ، كتاب الإيمان ، باب ٢٤ ، حديث ١ .

تعالى في المصحف ، ويكتب اسم الله سبحانه وتوضع يده عليه ، وقيل : يكتب اليدين في لوح ويغسل ويؤمر بشربه بعد إعلامه فإن شرب كان حالفاً وإن امتنع ألزم الحمق ، استناداً إلى حكم علي عليه الصلاة والسلام في واقعة الآخرين .

أقول : في كيفية تحليف الآخرين ثلاثة أقوال :

أ - الاكتفاء بالاشارة المفهمة وهو المشهور بين الاصحاح ، واختاره المصنف والعلامة وابنه ؛ لأن الشارع أقام إشارته مقام الكلام .

ب - لابد مع الاشارة من وضع يده على اسم الله تعالى ، وهو مذهب الشيخ في النهاية .

ج - غسل اليدين بعد كتابته ويؤمر بشربه ، وهو قول ابن حمزة ، لما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الصادق عليه السلام : « قال : سأله عن الآخرين ، كيف يحلف إذا ادعى عليه دين ولم يكن للمدعى بيته ؟ قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام لما ادعى عنده على آخرين بدينه من غير بيته : الحمد لله الذي لم يخرجني من الدنيا حتى بینت للامة جميع ما تحتاج اليه ، ثم قال : انتوني بمصحف فأؤتي به اليه ، فقال للآخرين : ما هذا ؟ فرفع رأسه إلى السماء وأشار أنه كتاب الله عز وجل ، ثم قال : انتوني بوليه فأني بأني له فأقعده إلى جنبه ، ثم قال : ياقبر على بدواه وصحيفة ، فأتأهلهما ، ثم قال لآخر : قل لا حيك : هذا بينك وبينك إاته على ، فتقدمن إليه ثم كتب أمير المؤمنين عليه السلام : والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب الفاتح النافع المهلك المدرك ، الذي يعلم من السر ما يعلمه من العلانية أن فلان بن فلان المدعى ليس له قبل فلان بن فلان ، اعني الآخرين ، حق ولا طلبة بوجه من الوجوه ، ولا يسبب من الاسباب ، ثم غسله وأمر الآخرين أن يشربه فامتنع فالزم

الدين»^(٤٠).

وحملها ابن ادريس على اخرين له كتابة معقولة ولا إشارة مفهومة^(٤١).

قال رحمه الله : أما المدعى ولا شاهد له فلا يبين عليه الا مع الرد ، او مع النكول على قول ، فان رد المذکور توجهت فيحلف على الجزم ، ولو نكل سقطت دعواه إجماعاً ، ولو رد المذکور اليدين ثم بذلها قبل الاحلاف ، قال الشيخ : ليس له ذلك الا برضى المدعى ، وفيه تردد منشؤه أن ذلك تقويض لا اسقاط .

أقول : هنا ثلاث مسائل :

الاولى : في ثبوت اليدين على المدعى مع نكول المذکور عن اليدين وقد مضى البحث في ذلك^(٤٢).

الثانية : في نكول المدعى عن اليدين إذا رد المذکور ، قال المصنف : ولو نكل سقطت دعواه إجماعاً ، والمراد به في ذلك المجلس . وهل تسمع في غيره ؟ استشكله العلامة في القواعد من أصلالةبقاء الحق ، ومن أدائه الى التسلسل فيحصل الاضرار ولم تقطع المنازعه . واختار العلامة في التحرير عدم سماع دعواه ما لم يأت بيئنة كاملة ، واختاره الشهيد في الدروس ، وهو المعتمد ، لانتفاء التسلسل مع قيام البيئة .

الثالثة : إذا رد المذکور اليدين ثم بذلها قبل إخلاف المدعى ، قال الشيخ في المبسوط : ليس له ذلك الا برضى المدعى ؛ لأن المذکور لما رد اليدين استحقها المندubi ، والاصل بقاء الاستحقاق فلا ينتقل عن المستحق إلا برضاه . وتردد المصنف والعلامة في القواعد ، من حيث أن الرد تقويض لا اسقاط ، وإذا كان

(٤٠) - الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ٣٣ من أبواب كيفية الحكم والدعوى ، حديث ١.

(٤١) - في «م» : مفهومة .

(٤٢) - ص ٢٣٢

تفويضاً جاز الرجوع قبل الاحلاف ، واختاره فخر الدين والشهيد .

واعلم : أنه يظهر من المصنف والعلامة في القواعد الفرق بين اليدين التي ردتها المنكر ، وبين اليدين التي ردتها الحاكم بسبب النكول ؛ لأنهما جزماً بعدم قبول بذل المنكر اليدين بعد نكوله ، وترددًا في قبول بذلك لهما مع الرد .

ولعل الفرق : أن يعين النكول ثبت بحكم الحاكم وحكمه لا ينقض ما لم يظهر خطأ ، ويعين الرد ثبت باختيار المنكر فله الرجوع (مال مخالف) ^(٤٣) ، والشهيد لم يفرق وجوز الرجوع قبل الحل .

والمعتمد : إن قال القاضي بعد تعريف المنكر بحكم النكول قد حكمت بنكوله ورددت اليدين على المدعى ، لم يكن له الحلف بعد ذلك مالم يرض المدعى ؛ لأن حكم الحاكم لازم ^(٤٤) ، وقد ثبت اليدين بمحكمه ، فلا يسقط إلا برضاه ، وقال العلامة في التحرير : وكذا لو قال للمدعى : إخالف ، فهو كالقضاء بالنكول ، ولو أقبل على المدعى بوجهه ، فقال الناكل : أنا حالف ^(٤٥) ، فالأقرب أن له الرجوع . فروع : أ) إذا حلف المدعى ، هل يعینه كافرار الخصم أو اليينة ؟ استشكله العلامة في القواعد ، وجزم في التحرير أنها كافرار الخصم ، واختاره الشهيد . والفائدة في مثل انكار الوكيل العيب ونکوله عن اليدين ، فيحلف المدعى ، فإن جعلناها كالبينة ملك ^(٤٦) رده على الموكل ، وإن جعلناها كالاقرار فلا .

ب) هل للمدعى إلزام المنكر باحضار المال قبل اليدين ؟ قال أبو الصلاح : نعم ، وقال العلامة في المختلف : ولم يحضر في الآن قول لاصحابنا يوافقه ، قال : والوجه المنع ؛ لأن تكليف الاحضار قبل التثبت تسليط على مال المسلم بغير

(٤٣) - ما بين القوسين ليس في «ن» .

(٤٤) - في «ن» : لازم .

(٤٥) - في «م» و «ن» : أحلف .

(٤٦) - في «م» : فله .

حق ، وإنما يستحق الاحضار بعد العين ، ولا يأس بهذا القول .

ج) لو طلب المدعى الامهال باليدين المردودة أمهل ؛ لأن الحق له بخلاف المنكر ، فإنه لو طلب الامهال لم يمهل ؛ لأن الحق عليه .

قال رحمه الله : لو كان له بينة فأعرض عنها والتس بين المنكر [أو] قال : أسقطت البينة وقنعت باليدين ، فهل له الرجوع ؟ قيل : لا ، وفيه تردد ، ولعل الأقرب الجواز ، وكذا البحث لو أقام شاهداً فأعرض عنه ، وقنع ببين المنكر .

أقول : قال الشيخ : ليس له الرجوع ؛ لأن إقامة البينة واليمين حق له وقد أسقطه فلا يعود إليه الأدلة ، ويحتمل عدم السقوط ؛ لأن الحق له^(٤٧) لا يسقط بالاعراض ، والالأصل بقاوه ما لم يحلف المنكر ، وهو اختيار المصنف والعلامة وابنه .

قال رحمه الله : أما لو ادعى الصغير الحربي الاتساق بعلاج لا بالسن ليتخلص عن القتل ، فيه تردد ، ولعل الأقرب أنه لا يقبل إلا مع البينة .

أقول : تقبل^(٤٨) دعوى الصبي المسلم البلوغ من غير بين والأدار ، وتقبل دعواه عدم البلوغ من غير بين أيضاً^(٤٩) ، وإلا لزم من صحة اليدين إبطالها .

أما لو وقع صبي من المشركين في يد المسلمين فادعى البلوغ ليسلم من القتل ويتحقق بالذراري ، فاعتبر فوجد الشعر الخشن على عاته ، فادعى أنه استتبته بالدواء ، هل يقبل منه ذلك بلا عين ، أو مع العين ، أو لا يقبل إلا بالبينة ؟ فيه ثلاثة احتمالات :

أ) القبول بلا عين ؛ لأن مجرد الدعوى شبهة القتل حد ، وقال عليه السلام :

(٤٧) - من الأصل .

(٤٨) - في الأصل : (لا يقبل) .

(٤٩) - ليس في الأصل .

«إدروا المحدود للشبهات»^(٥٠)؛ ولأن دعوه موافقة للاصل؛ لأن الاصل عدم البلوغ والقتل موقف على تحقق الواقع^(٥١)، وهو لم يتحقق فلا يقتل ويقبل قوله من غير عين ، كدعوى الذمي الاسلام قبل المول^(٥٢) ، ودعوى اخراج الزكاة وابدال النصاب وتقص الخرص ، فكما أن الدعوى بهذه الاشياء^(٥٣) مقبولة وغير عين؛ لأنها حقوق الله وهي مبنية على التخفيف كذلك هذه الدعوى ، ولأن عين غير البالغ غير معتبرة فإذا قبل قوله بعد القبول فلا قائمة بعينه .

ب) لا يقبل دعوه إلا بالعين ، وهو قول الشيخ في المسوط واختاره العلامة ، ونقله فخر الدين عن كثير من الفقهاء؛ لأنه محکوم ببلوغه ظاهراً ، ولا يزول هذا الحكم بمجرد دعوه فلا بد له من مزيل ، فقد^(٥٤) يتذرع إقامة البينة فلم يبق غير العين .

ج) لا يقبل دعوه الا بالبينة ، وهو اختيار المصنف؛ لأن الشارع جعل الآيات أمارة البلوغ وقد وجدت فيوجد البلوغ ، ودعوه خالفة للظاهر فلا يقبل الا بالبينة ، ولأنه لو كان عدم العلاج شرطا لما جاز قتل محتمل المعالجة إلا بعد علم انتفائها ، وهو باطل اجماعا .

(٥٠)- الوسائل ، كتاب المحدود ، باب ٢٤ من ابواب المقدمات ، حديث ٤.

(٥١)- في «رأ»: البلوغ .

(٥٢)- في «م»: المول .

(٥٣)- في «ن»: الاسباب .

(٥٤)- كذا .

في اليدين مع الشاهد

قال رحمه الله : وضابطه ما كان مالا ، أو المقصود منه مال ، وفي النكاح

تردد .

أقول : منشأه من أن المشهور من فتاوى أصحابنا عدم ثبوت النكاح بالشاهد واليمين ، ومن أنه عقد معاوضة على مال فيثبت بالشاهد واليمين . واستقرب العلامة الثبوت إن كان المدعى المرأة ؛ لأنها تدعى ما يستلزم المال إن كان بعد الدخول والتسمية . وظاهر فخر الدين عدم الثبوت مطلقا ؛ لأن المقصود من النكاح الاحسان وكف النفس وحصول التنازل ، والمهر والنفقة تابعان .

قال رحمه الله : وفي الوقف إشكال منشأه النظر إلى من ينتقل ، والا شبه القبول ، لانتقاله إلى الموقوف عليهم .

أقول : على القول بانتقال الوقف إلى الله تعالى لا يثبت بالشاهد واليمين ، وعلى القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم يثبت بها ، وقد مضى تحقيق البحث في ذلك في باب الوقف ^(٥٥) .

في كتاب قاضٍ إلى قاضٍ

قال رحمة الله : إنما حكم الحاكم إلى الآخر : إما بالكتابة او العقول او الشهادة ، أما الكتابة فلا عبرة بها ، لا مكان التشبيه ، واما القول مشافهة فهو أن يقول للآخر : حكت بكندا ، او أنسفت ، او أمضيت ، ففي القضاء به تردد ، نص الشيخ في الخلاف : انه لا يقبل .

أقول : منشأ التردد من أن حكم الحاكم الثاني بمجرد إخبار الاول قول في الشرع بغير علم ، وهو غير جائز ، لقوله تعالى : ﴿وَلَا تَقْرَبُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾^(٥٦) ، وقوله تعالى : ﴿أَن تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾^(٥٧) ، ومن أنه لما كان حكم الحاكم الاول مقبولاً ماضياً كان إخباره مقبولاً أيضاً ، وهو اختيار العلامة في القواعد ، وبه قال الشهيد ، اما لو لم يقل : حكت ، ولا أنسفت ولا أمضيت ، بل قال : ثبت عندي ، لم ينفذ الثاني قطعاً ؛ لأن الاول لم يحکم ، والثاني لم يعز له ان يحکم بما ثبت عند غيره .

(٥٦) الاسراء : ٣٦.

(٥٧) البقرة : ١٦٩.

قال رحمه الله : إذا عرفت هذا ، فالعمل بذلك مقصور على حقوق الناس ، دون الحدود وغيرها في حقوق الله تعالى ، فما ينفي إلى الحاكم أمران ، أحدهما : حكم وقع بين متخاصمين ، والثاني : إثبات دعوى مدع على غائب ، فان حضر شاهداً لإنتهاء خصومة الخصمين سمعها يحكم به الحاكم ، وأشهدها على حكمه ثم شهدا بالحكم عند الآخر ، ثبت بشهادتها حكم ذلك الحاكم ، وأنفذ ما ثبت عنده الا [لا] أنه يحكم بصحبة الحكم في نفس الامر اذا لا علم له به ، بل الفائدة فيه قطع خصومة الخصمين لو عاودا المنازعة في تلك الواقعة وإن لم يحضر الخصومة تحكي لها الواقعة وصورة الحكم وسيء المتعاكدين باسمائهما وأبيانهما وصفاتها وأشهدها على الحكم ، فيه تردد والتقول أولى ؛ لأن حكمه كما كان ماضياً كان إخباره ماضياً .

أقول : منشأ هذا التردد كمنشأ التردد السابق من غير فرق ، إلا أن اخباره في الاول للحاكم الاخر وهنا للشهود ، فكما جاز أن يشهدوا بالحكم جاز لها الشهادة بالاخبار ، وهو اختيار العلامة في القواعد .

واعلم أن المصنف قد ذكر في هذا الفصل تردد آخر ، ومنشأه معلوم من هنا فلا فائدة في ذكره ؛ لأن منشأ الجميع واحد وإن تغابرت المسائل .

في مبحث القسمة

قال رحمه الله : وفي التراضي بقسمة الكافر نظر ، أقربه الجواز ، كما لو تراضياً بأنفسهما من غير قاسم .

أقول : منشأه من عدم جواز الركون الى الكافر ، ومن عدم اشتراط الامانة في غير القاسم المنصوب من جهة الامام ، ولقد جزم العلام في القواعد والتحرير ، والشهيد في الدروس بجواز قسمة الكافر إذا تراضياً به .

قال رحمه الله : المنصوب من قبل الامام قضى قسمته بنفس القرعة ، ولا يشترط رضاها [بعدها] وفي غيره يقف اللزوم على الرضا بعد القرعة ، وفي هذا إشكال من حيث أن القرعة وسيلة الى تعين الحق ، وقد قارنها الرضا .

أقول : ومن حصول الفرق بين قسمة قاسم الامام وقسمة غيره ؟ لأن قسمة قاسم الامام بمنزلة حكمه ، فلهذا كانت لازمة بعد القرعة بخلاف قسمة غيره ، لأن الاصل بقاء الاشتراك ما لم يحصل التراضي بعد القرعة ، وبه جزم العلام في التحرير وهو أحاط ، وجزم الشهيد بعدم اعتبار التراضي بعد القرعة الا في قسمة الرد خاصة .

قال رحمه الله : ويتحقق الضرر المانع من الاجبار بعدم الانتفاع بالنصيب بعد القسمة [وقيل] بنقصان القيمة ، وهو أشبه ، وللشيخ قولان .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : والضرر عند قوم أن لا ينتفع بما يفرد له ولا يراعي نقصان قيمته ، وهو قول الأكتر ، وهو الأقوى ، وقال بعض المتأخرین : الضرر نقصان قيمة سهمه بالقسمة ، فتى نقص بالقسمة فهو الضرر وهو قوي أيضاً . وهذا يدل على ترددہ .

وذهب المصنف والعلامة إلى حصول الضرر بنقصان القيمة ، لعموم قوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار » ^(٥٨) .

قال رحمه الله : واذا سألا الحاكم القسمة ولهما بينة بالملك قسم ، وإن كان يدهما عليه ولا تنازع ، قال في المبسوط : لا يقسم ، وقال في الخلاف : يقسم ، وهو أشبه ؛ لأن التصرف دال على الملك .

أقول : احتاج المانع من القسمة بأن قسمة الحاكم حكم بالملك من غير حجة ، وهو باطل ، فأجاب الشيخ في الخلاف عن هذا بأننا نحترز من هذا بأن تكتب الصورة بأنه قسم بينها بقولها ، فإذا قال هذا لا يكون قد حكم لها بالملك ، وهو اختيار المصنف والعلامة ^(٥٩) وأبيه ^(٦٠) ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : وإن تساوت المخصص قيمة لا قدرأ ، مثل أن يكون لواحد النصف وللآخر الثلث وللآخر السادس ، وقيمة أجزاء ذلك الملك متباوته [متقاربة] سويت السهام على أقلهم نصيباً فجعلت أساساً ثم كم يكتب رقة ؟ فيه تردد بين أن يكتب بعد الشركاء ، أو بعد السهام ، والأقرب الاقتصار على

(٥٨) - الوسائل ، كتاب أحياء الموات ، باب ١٢ ، حديث ٣ ، وفيه (ضرار) بدل (إضرار) .

(٥٩) - ليست في «م» و«ن» و«ر» .

(٦٠) - ليست في «ن» .

عدد الشركاء ، لحصول المراد به ، فالزيادة كلفة .

أقول : قال الشيخ في المسوط : يكتب ست رقاع ، لصاحب السدس رقعة ، ولصاحب الثالث رقعتان ، ولصاحب النصف ثلاثة رقاع ، قال : وقال بعضهم : تجزي ثلاثة رقاع ؛ لأنها إنما تخرج القرعة مرتين ويكتفى بها عن الثالث ، فإذا أمكن الاختصار فلا معنى للتطويل ، قال : والاول أقوى ؛ لأن كل من كان سبعة أكثر كان حظه ^(٦١) أوفر وله مزية على صاحب الأقل ، فإذا اكتب لصاحب النصف ثلاثة رقاع كان خروج القرعة أسرع وأقرب وإذا اكتب له واحدة كان خروج القرعة وقرعة صاحب السدس سواء ، وهذا قيل : يكتب له أكثر من رقاع غيره ، قال : والثاني أيضاً أقوى ؛ لأننا فرضنا أن القسمة متساوية فلا فائدة في ذكر التقديم والتأخير ، وهذا يدل على ترددك ، والمعتمد اختيار المصنف وهو مذهب العلامة .

قال رحمه الله : ولو كان المستحق مشاعاً بينهما ، فللشيخ رحمه الله قوله : أحدهما : لا يبطل فيما زاد عن المستحق ، والثاني : يبطل ؛ لأنها وقعت من دون إذن الشريك ، وهوأشبه .

أقول : قال الشيخ في المسوط : إذا كان بينهما ضياعة نصفين فاقتسمها ب三分ها مستحقة ، فإن كان معيناً وحصل بينها بالسوية لم تبطل القسمة ، والا بطلت . وإن كان مشاعاً بطلت في قدر المستحق ، ولم تبطل فيما يبقى وقال قوم : تبطل فيما يبقى ، والاول مذهبنا ، والثاني قوي ؛ لأن القسمة تغير حق كل منها عن صاحبه وقد بان أنه على الاتساع ، قال : والمعلمة الجيدة أنها اقتسمها نصفين وتلتتها لفائض ومن قسم ما هو شرك بينه وبين غيره من غير حضوره كانت القسمة باطلة ، والى هذه العلة اشار المصنف بقوله (لأنها وقعت من دون إذن الشريك) ، والمعتمد مذهب

كتاب القضاء ٤٥٠

المصنف وهو اختيار العلامة .

في أحكام الدعوى

قال رحمه الله : المدعى : هو الذي يترك لو ترك المخصوصة ، وقيل : هو الذي يدعى خلاف الأصل أو أمراً خفياً ، وكيف عرفناه فالمنكر في مقابلته .

أقول : اجتمعت ^(٦٢) الأمة على أن البيينة على المدعى واليمين على المنكر ، والالأصل في ذلك قوله عليه السلام : « البيينة على المدعى واليمين على من أنكر » ^(٦٣) ، وقيل : إن السبب في ذلك أن جانب المنكر أقوى من جانب المدعى لموافقة دعوى المنكر للأصل ؛ لأن الأصل براءة ذمته مما يدعى عليه المدعى ، ومخالفة دعوى المدعى للأصل ، والبيينة أقوى من اليمين لعدم التهمة فيها ، والانسان قد يتهم بدعواه لنفسه فاعطى الشارع أقوى الحجتين لأضعف الجانبين ، وأضعف الحجتين لأقوى الجانبين ، ليجيز الضعيف القوي ليحصل العادلة بينها ، وهذه القاعدة أحوجت إلى معرفة المدعى من المدعى عليه ، ليطالب كل منها بمحنته ، وقد عرفا المدعى بثلاث تعريفات :

(٦٢) - في النسخ : أجمعـت.

(٦٣) - الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم ، حدـيث ٣.

الاول : الذي يترك لو ترك المخصوصة ، فيكون المدعى عليه من لا يترك لو سكت .

الثاني : هو الذي يدعي خلاف الاصل ، والمدعى عليه هو الذي يوافق الاصل .

الثالث : هو الذي يدعي امراً خفياً ، فيكون المدعى عليه هو الذي يدعي ما يوافق الظاهر .

اذا عرفت هذا فاذا ادعى زيد ديناراً او عيناً على عمر وفزيده هو المدعى على التعريفات الثلاث ؛ لأنه لو سكت ترك وسكته ، ولانه هو الذي يدعي خلاف الاصل وخلاف الظاهر ؛ لأن الاصل والظاهر براءة ذمة عمر و لما يدعى زيد .

والفائدة إنما تظهر في مثل ما اذا أسلم الزوجان قبل الدخول وادعى الزوج تقارن الاسلام ليثبت العقد ، وادعت الزوجة تعاقبه لينفسخ العقد ، فان قلنا : المدعى من يترك لو ترك المخصوصة فالزوجة مدعية ؛ لأنها لو تركت لما نازعها^(٦٤) الزوج واستقر العقد فيحلف الزوج ويستقر عقده ، وكذا لو قلنا : إن المدعى هو الذي يدعي خلاف الاصل ، فالزوجة المدعية ؛ لأن الاصل عدم تقدم^(٦٥) احدهما على الاخر ، وإن قلناه : إن المدعى هو الذي يدعي خلاف الظاهر فالزوج هو المدعى ؛ لأن التقارن^(٦٦) قادر والظاهر التعاقب .

ولو انعكست الدعوى فادعت الزوجة التقارن لثبت النكاح والمهر ، وقال الزوج : اسلمت قبل فلا نكاح ولا مهر ، فعل التفسير الاول فالمدعى الزوجة ؛

(٦٤) - في «ن» : بان عنها .

(٦٥) - من النسخ وفي الاصل : تقديم .

(٦٦) - من النسخ وفي الاصل : والتقارن .

لأنها تخلى وسكتها ، وكذا على الثالث ، لدور الاقتران ، وعلى الثاني فالمدعى الزوج ؛ لأن الاصل عدم سبق أحدهما على الآخر ، في المسألة الاولى الزوجة مدعية على الاول والثاني ، والزوج مدعى^(٦٧) على الثالث وفي المسألة الثانية الزوجة مدعية على الاول والثالث ، والزوج مدع على الثاني .

قال رحمه الله : ولو ادعي المتكفر فرق الحاكم أو الشهود ولا بينة ، وادعى علم المشهود له ، ففي توجه اليدين على نفي العلم تردد ، أشبهه عدم التوجه ؛ لانه ليس له حقاً لازماً ، ولا يثبت بالنکول ولا بالبين المردودة ؛ لانه [يثير] فساداً .

أقول : ومن أنه ينتفع به في حق لازم ، وهو بطلان الحكم مع الاقرار ، فحيثئذٍ لو صدقه على فرق الحاكم او الشهود ويظل الحكم ولم تبطل الدعوى ، فله اعادتها عند غير ذلك الحاكم ، وله إقامة غير تلك الشهود . والمعتمد عدم توجه اليدين ، وهو اختيار المصنف وفخر الدين والشهيد . أما لو التمس بعد اقامة البينة عليه احلاف المدعى على الاستحقاق اجيب ، قاله العلام في القواعد جزماً .

قال رحمه الله : وفي الزامه بالجواب عن دعوى الاقرار تردد ، منشأه أن الاقرار لا يثبت حقاً في نفس الامر ، بل اذا ثبت قضى به ظاهراً .

أقول : منشأه من أنه ينتفع به مع التصديق ؛ لأنه لو صدقه بأنه قد اقر له الزم بذلك الاقرار ، وما قاله المصنف ، وبيانه : أن الاقرار لا يوجب حقاً في نفس الامر ؛ لأنه لو علم المقر له كذب المقر بما أقر به لم يجعل له اخذ المقر به ، فلهذا قال المصنف : الاقرار لا يثبت حقاً في نفس الامر ، والمعتمد وجوب الجواب وهو اختيار العلامة وابنه .

قال رحمه الله : ولو كان المدين حاضراً و[جاء] للغريم بينة تثبت عند المحاكم ، والوصول اليه ممكن في جواز الاخذ تردد أشبهه الجواز ، وهو الذي

ذكره الشيخ في الخلاف والميسوط ، وعليه دل عموم الاذن في الاقتراض .
أقول : هذا هو المشهور ، لعموم قوله تعالى : ﴿فَنِ اعْتَدْتِ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدْنَا
عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدْتِ عَلَيْكُم﴾^(٦٨) ولقوله عليه السلام : « الواجد يحمل عقوبته
وعرضه »^(٦٩) واختاره المصنف هنا والعلامة والشهيد ، ويتحمل عدم الجواز ؛
لان التسلط^(٧٠) على مال الغير خلاف الاصل ، فيقتصر على محل الضرورة ،
وهو عدم^(٧١) وجود البينة وتعذر^(٧٢) الوصول الى الحاكم ، ونقله الشهيد عن
المصنف في المختصر .

قال رحمة الله : ولو لم يكن بينة أو تعذر الوصول الى الحاكم ، وووجد الغريم
من جنس ماله اقتضى مستقلًا بالايفاء [بالاستيفاء] ، نعم لو كان المال وديعة
عنه ، ففي جواز الاقتراض تردد أشبهه الكراهة ، ولو كان من غير جنس
الموجود أخذه بالقيمة العدل .

أقول : الكراهة مذهب الشيخ في الاستبصار ، وبه قال ابن ادريس ،
واختاره المصنف والعلامة والشهيد ، لرواية أبي العباس^(٧٣) عن الصادق عليه
السلام الدالة على المطلوب ، وذهب الشيخ في النهاية^(٧٤) وابن البراج وابن
زهرة الى تحريم الأخذ ، لعموم قوله تعالى : ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَؤْدُوا الْأَمَانَاتَ
إِلَى أَهْلِهَا﴾^(٧٥) وهو ينافي جواز الأخذ ، ولرواية ابن أبي عمر^(٧٦) ، عن أبي

(٦٨) - البقرة : ١٩٤ .

(٦٩) - الوسائل ، كتاب الدين ، باب ٨ من ابواب القرض ، حدیث ٤ .

(٧٠) - في «ر١» : التسلیط .

(٧١) - في النسخ : مع عدم .

(٧٢) - في النسخ : او تعذر .

(٧٣) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٨٣ من ابواب ما يكتسب به ، حدیث ١ .

(٧٤) - في «ان» : الاستبصار .

(٧٥) - النساء : ٥٨ .

عبد الله عليه السلام الدالة على عدم الجواز ، وال الاول هو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو تلفت قبل البيع ، قال الشيخ : الألائق بمذهبنا أنه لا يضمها ، والوجه الضمان : لأن قبض لم يأذن فيه المالك ، ويتقادان [بقيمتها] مع التلف .

أقول : إذا أخذ من مال^(٧٧) المهاطل شيئاً كان خيراً بين أن يتملكه بالقيمة وبين البيع اذا لم يكن من جنس الحق ، فإن تلف قبل ذلك او قبل البيع ، هل يضمنه ؟ قال الشيخ : لا يضمنه ؛ لأن قبضه قبضاً مشروعاً فلا يتعقبه ضمان ، وقال المصنف : يضممه ، وقد ذكر وجهه واختاره العلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن قبضه لنفسه فيكون مضموناً عليه .

قال رحمه الله : لو انكسرت سفينة في البحر ، فما أخرج البحر فهو لأهله ، وما أخرج بالغوص فهو لخرجه ، وبه رواية في سندها ضعف .

أقول : الرواية إشارة إلى ما رواه الحسين بن يقطين ، عن أميه بن عمرو ، عن الشعيري : « قال : سألت أبي عبد الله عليه السلام عن سفينة انكسرت في البحر فاخرج بعضه بالغوص واخرج البحر بعض ما غرق فيها ؟ فقال : أما ما أخرج البحر فهو لأهله الله اخرجه ، وأما ما اخرج بالغوص فهو لهم وهم أحق به »^(٧٨) واوردها الشيخ في النهاية على صورتها ، واستضفتها المصنف ؛ لأن أمية بن عمرو وافقني . وقال ابن ادريس : ما أخرج البحر فهو لأهله ، وما أخرج بالغوص ، فإن تركه أهله آيسين منه فهو من أخرجه وغاص عليه ؛ لأنه ينزله المباح ، كالبعير يترك من جهد في غير كلام ولا ماء ، فإنه يكون لواجده ، وادعى

(٧٦) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به ، حديث ١ .

(٧٧) - ليست في الأصل .

(٧٨) - الوسائل ، كتاب اللقطة ، باب ١٢ ، حديث ٢ .

٢٥٦ كتاب القضاء

الاجماع على ذلك ؟ لأن الاصل بقاء الملك على مالكه ما لم يعلم المخرج ،
واستحسن ابو العباس في مقتصره قول ابن ادریس .

في الاختلاف في دعوى الاملاك

قال رحمه الله : لو تنازعا عينا في يدهما ولا يبين ، قضى بها بينهما نصفين ،
وقيل : يحلف كل واحد منها لصاحبه .

أقول : المشهور أنه لا يقضى بينهما^(٧٩) نصفين إلا بعد أن يتحالفا ؛ لأن كل واحد مدع بالنصف ، ومدع عليه في النصف الآخر ، فان حلفا او نكلما استقرت العين بينهما ويحلف كل واحد منها على النفي ، فان حلف أحدهما ونكل الآخر ردت العين على المخالف ، فيحلف على الاثبات في النصف الآخر ؛ لأن هذه عين المدعي المردودة ، ولو نكل الاول الذي بدأ به القاضي تحكم^(٨٠) او بالقرعة ، عرض على الثاني عين النفي والعين المردودة ، ويكتفى ببيان واحدة جامعه بين النفي والاثبات ، فيحلف أن جميع العين له ليس لصاحبها فيها حق ، ولو قال : والله إن النصف الذي يدعويه ليس له فيه حق والنصف الآخر لي كفاه ؛ لأن الواجب في عين النفي أن ينفيه عن المدعي ولا يجب عليه أن يثبته لنفسه .

(٧٩) - في «م» : بها .

(٨٠) - في الاصل تحاكما .

قال رحمه الله : وفي الثاني يقضى بها للخارج دون المتشبث ، إن شهدت لها بالملك المطلق ، وفيه قول آخر ذكره في الخلاف بعيد ، ولو شهدتا بالسبب ، قيل : يقضى لصاحب اليد ، لقضاء علي عليه السلام في الدابة ، وقيل : يقضى للخارج ؛ لأنها لا بينة على ذي اليد كما لا يمين على المدعى عملاً بقوله صلى الله عليه وآله : « واليمين على من أنكر » ، والتفصيل قاطع الشركة ، وهو أولى ، أما لو شهدت للمتشبث بالسبب ، وللخارج بالملك المطلق ، فإنه يقضي لصاحب اليد ، سواء كان السبب مما لا يتكرر كالنجاج ونساجة الشوب الكتان ، أو يتكرر كالبيع ، أو الصياغة ، وقيل : يقضي للخارج ، وإن شهدت بينة بالملك المطلق عملاً بالخبر ، والowell أشبه .

أقول : إذا تداعيا علينا في يد أحدهما وأقام كل منها بينة فلا يخلوا ، إما أن تشهد لها بالملك المطلق ، أو تشهد لها بالسبب ، أو تشهد لاحدهما بالملك المطلق وللآخر بالسبب ، فالاقسام أربعة :

(أ) أن تشهد لها بالملك المطلق ، قال الشيخ في الخلاف : إن البينة بينه الداخل سواء أطلقناها أو قيدناها بالسبب ؛ لأن له بينة ويد ، ولما رواه غياث بن ابراهيم عن الصادق عليه السلام : « أن أمير المؤمنين عليه السلام اختصم إليه رجالان في دابة وكل منها أقام بينة أنه أنتجهما فقضى بها للذى هي في يده ، وقال لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين »^(٨١) ، ومثلها رواية جابر^(٨٢) عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم . واستبعده المصنف^(٨٣) ، وهو مذهب الشيخ في التهذيب^(٨٤) والاستبصار ، لقوله عليه السلام : « البينة على المدعى واليمين على

(٨١) - الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ١٢ من أبواب كيفية الحكم ، حديث ٣ .

(٨٢) - سنن البيهقي - ج ١٠ - ص ٢٥٦ .

(٨٣) - في الأصل بعد هذا عبارة غير موجودة في النسخ وهي : وما اختاره من تقديم الخارج .

(٨٤) - في « ن » : النهاية .

من أنكر^(٨٥) ولا شك أن المثبت منكر فيكون الخارج هو المدعى والبينة^(٨٦) بيته ، ولعدم دلالة الحديث على مطلوبه ؛ لأنه مقيد بالسبب فلا دلالة فيه على الاطلاق .

ب) أن تشهد لها بالسبب ، فهنا يقدم الداخل عند الشيخ في الخلاف والتهديب والاستبصار ، والخارج عند الصدوقين والمفيد ، للحديث المشهور بين الاصحاب فيقدم الخارج لما تقدم من قوله عليه السلام : «البينة على المدعى واليدين على من أنكر»^(٨٧) ، جعل عليه السلام لكل واحد حجة ، وكما لا يعين على المدعى لبينة على المنكر ، والازم الاشتراك بين المدعى والمنكر في البينة واليدين ، فلا يتحقق فائدة التفصيل أي تخصيص كل واحد بشيء ، وهو معنى قوله (والتفصيل قاطع للشركة) أي تخصيص المدعى بالبينة والمنكر باليدين قاطع لشركتها بالبينة واليدين ، وهو اختيار المصنف والعلامة وابنه ، وهو المعتمد .

ج) أن تشهد ببينة الخارج بالملك المطلق والداخل بالسبب ، فهنا قال الشيخ في النهاية : يحكم له واختاره المصنف والعلامة وابنه ، لتأييد اليد بالسبب ، ولرواية غياث بن ابراهيم المتقدمة عن علي عليه السلام ، ورواية جابر عن النبي صلى الله عليه وآله ، وقال ابن ادريس : يقضى للخارج مطلقا ، لعموم قوله عليه السلام «البينة على المدعى واليدين على من انكر» .

د) ان تقيد ببينة الخارج بالسبب ويطلق ببينة الداخل ، فهنا يقدم الخارج بلا خلاف ؛ لأن القائل بتقديم ببينة الداخل قيد ذلك باطلاقها او بشهادتها لها بالسبب او بتقييد الداخل بالسبب مع اطلاق الخارج ، ولم يقل احد بتقديم ببينة

(٨٥) - الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ٢٥ من ابواب كيفية الحكم ، حدث ٣ .

(٨٦) - في ن : فالبينة .

(٨٧) - الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ٢٥ من ابواب كيفية الحكم ، حدث ٣ .

الداخل مع اطلاقها وتقييد بينه الخارج بالسبب .

قال رحمه الله : ولو كانت في يد ثالث ، قضى بأرجع البيتين عدالة ، فان تساويما قضى لاكثرهما شهوداً ، ومع التساوي عدداً وعدالة يتفرع بينها فمن خرج اسمه أحلف وقضى له ، وإن امتنع أحلف الآخر وقضى له ، وإن نكلا قضى به بينها بالسوية ، وقال في المسوط : يقضى بالقرعة إن شهدتا بالملك المطلق ، ويقسم بينها إن شهدتا بالملك المقيد ، وإن اختصت إحداهما بالتقييد قضى بها دون الأخرى ، وال一秒 أنساب بالمنقول .

أقول : ما حكاه أولاً - وهو الحكم بالقرعة مع التساوى عدداً وعدالة - قول الشيخ في النهاية ، وتبعه ابن البراج واختاره المصنف والعلامة وابنه ، وقد ورد فيه وفي قول المسوط روایتان^(٨٨) عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، وإنما كان مذهب النهاية أنساب بالمنقول ؛ لأنها بيتنان تعارضتا ولا ترجح لاحدهما على الأخرى ، ولا يجوز ابطالهما ، فيتعين الجمع بينها بالقسمة بعد القرعة واليمين ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ويتحقق التعارض بين الشاهدين والشاهد والمأتين ، ولا يتحقق بين شاهدين وشاهد ويمين ، وربما قال الشيخ نادراً : يتعارضان ويستقر بينهما .

أقول : الشيخ ذكر هذه المسألة في موضعين من المسوط ، احدهما : فصل الرجوع عن الشهادة ، وحكي الخلاف فيها ولم يختار شيئاً ، والآخر : فصل الدعاوى والبيئات ، واختار عدم التعارض بل تقدم الشاهدان والشاهد والمأتين على الشاهد واليمين ، وصرح في الخلاف بعدم التعارض أيضاً ، وهو المعتمد .

(٨٨) الوسائل ، القضاة ، باب ١٢ من أبواب كيفية الحكم ، حدیث ١ و ٦ .

قال رحمه الله : اذا ادعى شيئاً فقال المدعي عليه : هو لفلان اندفعت عنه الم خاصة ، حاضر اكان المقر له او غائباً ، فان قال المدعي : أحلفه أنه لا يعلم أنها لي ، توجهت اليدين ؛ لأن فائدتها الغرم لو امتنع لا القضاة بالعين لو نكل أورده ، وقال الشيخ رحمه الله : لا يحلف ولا يغنم لو نكل ، والأقرب أنه يغنم ؛ لانه حال بين المالك وملكه باقراره لغيره .

أقول : قال الشيخ في المسوط : اذا ادعى داراً في يد رجل ، فقال المدعي عليه : ليست علني لي واما هي لفلان ، فقال المدعي : أحلفوا المقر الذي ادعيت عليه أولاً انه لا يعلم أنها ملكي ، قال قوم : يجب عليه اليدين ، وقال اخرون : لا يجب عليه ، بناء على مسألة هي : اذا قال الدار نزيد لا بل لعمرو سلمت الى زيد ، وهل يغنمها لعمرو ؟ على قولين ، كذلك هنا لو اعترض بها للمدعي بعد أن اقر بها لغيره ، وهل عليه الغرم ام لا ؟ (على قولين)^(٨٩) : فن قال : لو اعترض لزمه الشهان ، قال : عليه اليدين ؛ لأنه لما لزمه الغرم مع الاقرار لزمه^(٩٠) اليدين مع الانكار ، وقال قوم : لا يحلف ؛ لأنه لا فائدة فيها ؛ لأن أكثر ما فيه أن يعترض خوفاً من اليدين ، ولو اعترض فلا شيء عليه ، فلما لم يلزم الغرم مع الاقرار لا يلزم منه اليدين مع الانكار ، قال : وهو الذي يقوى في نفسي ، والمعتمد مذهب المصنف وقد ذكر وجهه .

قال رحمه الله : لو ادعى داراً في يد انسان ، وأقام بينة أنها كانت في يده أمس ، او من ذ شهر ، قيل : لا تسمع هذه البينة : وكذا لو شهدت له بالملك أمس ؛ لأن ظاهر اليد الآن الملك فلا تندفع بالمحتمل ، وفيه إشكال ، ولعل الأقرب القبول .

(٨٩) - ما بين القوسين ليس في الاصل .
(٩٠) - في «رأ» : لا يلزم .

أقول : اختلف قول الشیخ في هذه المسألة ، فتارة حکم بسماع البینة لسبق اليد ، وتارة لم يحکم بها ، واختار المصنف والعلامة في المختلف والارشاد سماع البینة بذلك ؟ لأن اليد دلیل ظاهر على الملكیة ، واذا ثبت بالبینة والاقرار^(٩١) سبقها فقد ثبت دلیل الملك ، وتبوت دلیل الملك يقتضی ثبوت مدلوله وهو الملك ، والا لم يكن دلیلا ، وقال فخر الدين : لا تسمع هذه البینة ولا تنزع هذه^(٩٢) العین من ذی الید بهذا^(٩٣) ؛ لأن هذه ید معلومة وتلك مظنونة ، والمظنون لا یعارض المعلوم ، ولأن الید قد تكون مستحقة وقد لا تكون ، فإذا زالت ضفت دلالتها .

واحتاج الشیخ على عدم السماع بأن المدعی یدعی الملك الآن والبینة تشهد له بالملك^(٩٤) بالامس ، فقد شهدت بغير ما یدعیه فلم یقبل ، ثم قال : فان قالوا : شهدت له بالملك امس والملك مستدام الى أن یعلم زواله ، قلت لا نسلم ان الملك یثبت بها حتى یكون مستداما ، على أن زوال الاول موجود فلا یزول^(٩٥) الثابت بأمر محتمل .

(٩١) - في النسخ : أو الاقرار .

(٩٢) - هذه الكلمة ليست في النسخ .

(٩٣) - في «ان» : هذا .

(٩٤) - من «ن» .

(٩٥) - في النسخ : يزال .

في الاختلاف في العقود

قال رحمه الله : إذا اتفقا على استيغار دار معينة شهراً معيناً ، واختلفا في الاجرة ، وأقام كل منهما بيته بما قدره ، فان تقدم تاريخ أحدهما عمل به ؛ لأن الثاني يكون باطلأً ، وإن كان التاريخ واحداً تحقق التعارض إذ لا يمكن في الوقت الواحد وقوع عقدتين متنافيين ، فحيثني يقع بينهما ويحكم له خرج اسمه مع بيته ، هذا اختيار شيخنا في المسوط ، وقال آخر : يقضى ببيبة المؤجر ، لأن القول قول المستأجر لو لم يكن بيته ، اذ هو يخالف على ما في ذمة المستأجر فيكون القول قوله ، ومن كان القول قوله مع عدم البيبة كانت البيبة في طرف المدعي ، فحيثني نقول هو مدع [زيادة] ، وقد أقام البيبة بها ، فيجب ان تثبت ، وفي القولين تردد . أقول : منشأ التردد من عدم ترجيح أحد القولين عنده ؛ لأن كل واحد منها مدع ولو بيته فقد يدين أحدهما على الآخر ترجيح من غير مرجع ، وذهب العلامة في التحرير الى اختيار الشيخ وهو اعتبار القرعة ، ولم يرجح في القواعد والارشاد شيئاً ، واختار الشهيد في شرح الارشاد القرعة أيضاً ، وهو قوي . قال رحمه الله : ولو ادعى استيغار دار ، فقال المؤجر : بل آجرتك بيها

منها ، قال الشيخ : يقرع بينها ، وقيل : القول قول المؤجر ، والأول أشبه ؛ لأن كلاً منها مدع ، ولو أقام كل منها بينة تحقق التعارض مع اتفاق التاريخ ، ومع التفاوت يحکم للأقدم .

أقول : اذا ادعى المستأجر أنه استأجر جميع الدار المعينة بعشرة مثلاً وادعى المؤجر أنه آجره بيته عشرة ولم يكن بينة ، حتى المصنف أنه يقرع بينها ، ونقل قوله بتقدیم قول المؤجر ثم اختار القرعة ، لأن كلامها مدعٍ ومدعى عليه فلا أولويه بتقدیم أحدهما على الآخر ، وظاهر العلامة وابنه أنها يتحاالفان ويبطل العقد ويرجع الى أجرة المثل ان كان بعد استيفاء المنفعة^(٩٦) ، وإن كان قبل الاستيفاء فلا شيء ، وإن كان في الائتماء بطل في المختلف ، ولو آجره المثل في الماضي ، وهذا القول نقله (الشهيد عن)^(٩٧) الشیخ وهو قريب ، وإن أقام كل بينة تتحقق التعارض مع اتفاق التاريخ فحيثند بتساقطه ويرجع الى التحالف او القرعة او تقدیم قول المؤجر كما لو لم يكن بينة ، ووجه تقدیم قول المؤجر ؛ لأن^(٩٨) المستأجر يدعي استيجار الزائد على البيت والمؤجر منكر ، واختار العلامة في التحریر مذهب المصنف وهو القرعة ، وإن اختلف التاريخ عمل العقدان إلا أنه ينقص من العشرة بنسبة ما بين البيت والدار ، ومثله قول صاحب القواعد ، قال : إن كان الأقدم بينة البيت حكم باجارة البيت بأجرته وباجارة بقية الدار بالنسبة من الأجرة ، بيانه : إن سبق عقد الدار حكمنا بصحته ولا بحث ؛ لأنه لم يبق شيء يقع عليه العقد الثاني لاشتغال الدار على البيت ، وإن سبق عقد

(٩٦) - في الاصل : الاستيفاء .

(٩٧) - ما بين القوسين ليس في «رأ» .

(٩٨) - كذلك .

البيت صح العقدان وحكم باجارة البيت باجرته وهي العشرة ، وحكم باجارة مجموع الدار والبيت عشر لكن ينقص من العشرة نسبة ما بين الدار والبيت ، فيسقط ما قابل البيت ويؤخذ منه ما قابل بقية الدار ؛ لأن عقد الدار وقع على ما يملكه^(٩٩) وهو بقية الدار وعلى ما لا يملكه^(١٠٠) وهو البيت ، لسبق العقد عليه ، هذا اذا لم يتتفقا أنه لم يعبر الا عقد واحد فان اتفقا على أنه لم يعبر الا عقد واحد تحقق التعارض .

قال رحمه الله : لو ادعى كل منها أنه اشتري داراً معينة وأقبض الثمن وهي في يد البائع ، قضي بالقرعة مع تساوي البينتين عدالة ، وعدداً ، وتاريخاً وحكم من خرج اسمه مع يمينه ، ولا يقبل قول البائع لأحدهما ، ويلزمه إعادة الثمن على الآخر ؛ لأن قبض الثنين ممكן ، فتزدحم الالتبان فيه . وسو نكلا عن اليمين قسمت بينها ، ويرجع كل منها بنصف الثمن ، وهل لها ان يفسخا ؟ الاقوى : نعم ، لتبسيط الميع قبل قبضه ، ولو فسخ أحدهما كان للآخرأخذ الجميع لعدم المزاحم ، وفي لزوم ذلك له تردد أقربه اللزوم .

أقول : منشئه من أنه يثبت له خيار الفسخ ابتداءً والاصل بقاوه ، ومن وجود المقتضي للزوم وهو دعوه الشراء وقيام البينة به ، وزوال المانع ؛ لأن المانع من اللزوم دعوى الآخر للشراء وقيامه البينة على ما ادعاه ، وقد زالت الدعوى فيلزم الميع^(١٠١) للآخر ، وهو اختيار المصنف والعلامة وابنه . ولو لم يقمها بيضة رجع اليه ، فان كذبها حلف لها وتدافعا ، وإن صدق أحدهما حلف للآخر وقضى لل الاول ، وللتالي إخلاف الاول أيضا ، ولو أقر لكل واحد بالنصف قضى له به

(٩٩) - في النسخ : يملك .

(١٠٠) - في النسخ : يملك .

(١٠١) - في النسخ : الميع .

وحلف لها أيضاً.

قال رحمه الله : ولو ادعى عبداً أن مولاه اعتقد ، وادعى آخر أن مولاه باعه منه ، وأقاما البينة ، قضي لأسبق البيتين تاريخاً ، فان اتفقا قضي بالقرعة مع اليدين ، ولو امتنعا من اليدين ، قيل : يكون نصفه حراً ونصفه رقاً لمدعي الابتياع ، ويرجع بنصف الثمن ، ولو فسخ عتق كله ، وهل يقوم على بانعه ؟ الاقرب : نعم ، لشهادة البيينة ب المباشرة عتقه .

أقول : إذا ادعى عبداً أن مولاه اعتقد وادعى آخر أن مولاه باعه منه ولا بيته ، فان انكروا لها حلف لها واستقر ملكه على العبد ، وإن أقر لاحدها^(١٠٢) ثبت ما أقر به ، وهل يحلف لمدعي الشراء مع إقراره بالعتق ؟ يبني على مسألة : هي أن إنلاف البائع للمبيع قبل قبض المشتري ، هل هو كالآفة السماوية او كاتلاف الأجنبي ؟ إن قلنا بالاول انفسخ العقد ولا يبين لافراره بالعتق قبل قبض المشتري انلافاً فينفسخ العقد ، وإن ادعى تسلیم الثمن الى البائع طالبه به ، فان اعترف سلمه اليه ، وإن انكر حلف ، وإن قلنا بالثاني - وهو ان اتلاف البائع كاتلاف الأجنبي وهو المعتمد - كان له إحلاله ، فان حلف برئ منه ، وإن أقر أو نكل فحلف المشتري غرم له قيمة العبد ، وإن أقرَّ أولاً بالمبيع ، هل يحلف للعبد قيل : لا ؛ لأنَّه لو اعترف بالعتق بعد الاقرار بالمبيع لم يعتق ولم يغنم ؛ لأنَّه عبد .

والمعتمد وجوب اليدين ، فان حلف برئ منه ، وإن اعترف او نكل فحلف العبد الزم بفكه من المشتري ، وإن أقام أحدهما بيته عمل بها ، ولو أقاما بيته وتساويا بعدها وعدداً وتاريخاً أقرع بينهما ، فمن خرج اسمه حلف وثبت مدعاه ، فان امتنعا قسم بينهما فيعتق نصفه ويرق نصفه للمسحتري ، ويبتسبت للمسحتري الخيار لتبعيسن الصفة ، وإن فسخ عتق كله لقيام البينة بالعتق وانتفاء المعارض ؛

لان المعارض حق المشتري^(١٠٣) وقد زال ، وإن لم يفسخ^(١٠٤) المشتري بل أخذ النصف ، هل يقوم على البائع مع يساره ؟ قال المصنف : نعم ، واختاره العلامة وابنه ، لقيام البيينة بالعتق مختاراً ، وقد ثبت بها عتق النصف فيقوم عليه النصف الآخر ، ويعتمد العدم لاعمال بینة الشراء بالنصف وهو يبني أصل العتق ، والنصف الآخر عتق قهراً فلا يقوم حينئذ ، هذا اذا كان العبد في يد البائع ، وإن كان في يد المشتري قدّمت بينته على القول بتقدیم بینة الداخلي ، وتقدم^(١٠٥) بینة العبد على القول بتقدیم بینة الخارج .

قال رحمه الله : لو ادعى كل واحد منها أن الذبيحة له ، وفي يد كل واحد منها بعضها ، وأقام كل منها بينة قيل : يقضى لكل واحد بما في يد الآخر ، وهو الآتيق بمذهبنا .

أقول : هذا القول مبني على القول بتقدیم بینة الخارج ، وقد مضى البحث في ذلك^(١٠٦) .

قال رحمه الله : اذا تداعى الزوجان مثاب البيت ، قضى من قامت له البيينة ، ولو لم يكن بينها فيد كل واحد على نصفه ، قال الشيخ في المسوط : يحلف لصاحبها ويكون بينهما بالسوية ، سواء كان مما يخص الرجال او النساء او يصلح لها ، سواء كانت الدار لها او لاحدها ، سواء كانت الزوجية باقية بينها او زائلة ، ويستوي في ذلك تنازع الزوجين والوارث ، وقال في الخلاف : ما يصلح للرجال للرجل ، وما يصلح للنساء للمرأة ، وما يصلح لها يقسم بينها ، وفي رواية : أنه للمرأة ؛ لأنها تأتي بالمتاع من أهلها ، وما ذكره في الخلاف أشهر في الروايات

(١٠٣) - في النسخ : للمشتري .

(١٠٤) - في النسخ : يفسخه .

(١٠٥) - في النسخ : وتقديم .

(١٠٦) - ص ٢٥٩ .

وأظهر بين الأصحاب .

أقول : للشيخ في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

الأول : مذهب في المبسوط ، وهو قسمته بينها بالسوية ، واختاره العلامة في القواعد والارشاد ، وهو اختيار فخر الدين ، والمحجة عليه إلحاقة بسائر الدعاوى لدخوله تحت الأصول المحققة والعمومات المسلمة .

الثاني : مذهب في الخلاف ، وقد حكاه المصنف ثم جنح إليه ، وبه قال ابن حزنة وابن الجنيد ، واختاره ابن ادريس والعلامة في التحرير وأبو العباس في المقتصر ، ودليلهم الروايات .

الثالث : مذهب في الاستبعار وهو أنه للمرأة ؛ لأنها تأتي بالمتاع من أهلها ،
لصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام أنه قال : «المتاع متاع
المرأة إلا أن يقيم الرجل البينة قد علم من بين لايتها يعني جبلي مني أن المرأة
ترتفع إلى بيت زوجها المتاع ، ونحن يومئذ عبّني »^(١٠٧) ، وقال العلامة في المختلف :
إن كان هناك قضاء عرف في رجع اليه وحكم به بعد اليمين ، والا كان الحكم كما في
غيره من الدعاوى ، قال : لأن عادة الشرع في باب الدعاوى بعد الاعتبار والنظر
راجعة إلى ذلك ، وهذا حكم بقول المنكر مع اليمين بناء على الأصل ، وكون
المتشبه أولى من الخارج لقضاء العادة بملكية ما في يد الإنسان غالباً ، فحكم
بایجاب البينة على من يدعى خلاف الظاهر ، والرجوع إلى من يدعى ظاهر
العرف ، وأما مع انتفاء العرف فلتتصادم الدعوتين مع عدم الترجيح فيتساويان ،
واختاره الشهيد في شرح الارشاد ، ولا بأس به .

قال رحمه الله : ولو أدعى أبو المية أنه أغارها بعض ما في يدها من متاع أو

(١٠٧) - الوسائل ، كتاب الأرض ، باب ٨ من أبواب ميراث الأزواج ، حديث ١ ، ويراجع في روایات القولين الآخرين بباب نفسه .

غيره ، كُلُّ البيَنَةِ كَفِيرٌ مِنَ الْأَسْبَابِ ، وَفِيهِ رِوَايَةٌ بِالْفَرْقِ بَيْنَ الْأَبِ وَغَيْرِهِ ضَعِيفَةٌ .

أقول : الرواية اشارة الى ما رواه جعفر بن عيسى ، « قال : كتبت الى أبي المحسن عليه السلام : جعلت فداك المرأة تموت فيدعى أبوها أنه أغارها ما كان عندها من متاع وخدم ، أيقبل ذلك بلا بيضة أم لا يقبل إلا بيضة ؟ فكتب في الاب بجوز بلا بيضة ، وكتبت اليه : إن ادعى زوج الميتة او أبو زوجها أو أم زوجها في متاعها وخدمها مثل الذي ادعى ابوها من عارية بعض المتاع او الخدم ، أيكونون بمزلة الاب في الدعوى ؟ فكتب لا »^(١٠٨) ، والمشهور عدم الفرق بين الاب وغيره ، لعموم « البينة على المدعى والبيين على من أنكر »^(١٠٩) وهو المعتمد .

(١٠٨) - الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ٢٣ من أبواب كيفية الدعوى ، حديث ١ .

(١٠٩) - مستدرك الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ٣ من أبواب كيفية الحكم والدعوى ، حديث ٤ .

والوسائل ، كتاب القضاء ، باب ٣ من أبواب كيفية الحكم والدعوى حديث ٥ .

(٥,٣,٢,١) مع اختلاف يسير .

كتاب الشهادات

في صفات الشهود

قال رحمه الله : الاول : البلوغ ، فلا تقبل شهادة الصبي ما لم يصر مكلفاً وقيل : تقبل مطلقاً إذا بلغ عشرأً ، وهو متزوك ، واختلفت عبارة الاصحاب في قبول شهادتهم في الجراح والقتل فروى جعيل عن أبي عبدالله عليه السلام : « تقبل شهادتهم في القتل ويؤخذ بأول كلامهم ، ومثله روى محمد بن حسان عن أبي عبدالله عليه السلام ، وقال الشيخ في النهاية : تقبل شهادتهم في الجراح والقصاص ، وقال في الخلاف : تقبل شهادتهم في الجراح ما لم يتفرقوا إذا اجتمعوا على مباح ، والتهجم على الدماء بغير الواحد خطر ، فالأخلى الاقتصار على القبول في الجراح بالشروط الثلاثة : بلوغ العشر ، وبقاء الاجتئاع إذا كان على مباح تمسكاً بوضع الوفاق .

أقول : شهادة الصبي إما أن تكون في الجراح والقتل أو في غيرها من الحقوق كالاموال وغيرها ، وعلى التقديرين إما أن يبلغ عشر سنين أو^(١) لا ، فالأنقسام أربعة :

(١) - في غير «م» : أم .

الاول : شهادتهم في غير الجراح والقتل قبل بلوغ العشر باطلة إجماعاً .

الثاني : شهادتهم في الجراح والقتل قبل بلوغ العشر ، وظاهر الشيخ في النهاية أنها لا تقبل أيضاً؛ لأن عبارته فيها: ويجوز شهادة الصبيان اذا بلغوا عشر سنين الى أن يبلغوا في الشجاع والقصاص ، ويؤخذ بأول قوهم ، ولا يؤخذ بشانيه ، ولا يقبل شهادتهم فيما عدا ذلك ، وهو يدل على اشتراط بلوغ العشر ، وأطلق ابن الجنيد قبول شهادة الصبيان في الجراح ، وكذا الشيخ في الخلاف .

الثالث : قبول شهادتهم اذا بلغوا عشر سنين في الجراح خاصة دون القتل وغيره من الحقوق بقيود ثلاثة : بلوغ العشر ، وبقاء الاجتماع ، وكونه على المباح^(٢) ، وهو اختيار المصنف والعلامة والشهيد .

الرابع : القبول مطلقاً في الجراحات وغيرها من الحقوق مع بلوغ العشر ، وهو القول الذي أشار اليه المصنف ، وقيل : يقبل مطلقاً اذا بلغ عشراً ، وهو متroxك . وهذا القول نقله العلامة والشهيد ، كما نقله المصنف ، قال عميد الدين في شرح القواعد : ولم نظر إلى الآن بهذا القائل .

تنبيه : إنما قال المصنف : اختفت عبارة الاصحاب في قبول شهادتهم في الجراح والقتل ؛ لانه لا خلاف بينهم في قبول شهادتهم في الجملة ، وإنما الخلاف في العبارات ، فبعضهم قبلها في الجراح والقصاص وهو المفيد ، وبعضهم قبلها في الجراح دون القصاص ، وهو الشيخ في النهاية والمصنف والعلامة والشهيد ، وبعضهم اشترط عدم الانفصال ، ولم يشترطه بعضهم ، ومنع فخر الدين من قبول شهادتهم مطلقاً ، لقوله تعالى : ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدِيْنَ مِنْ رِجَالِكُمْ ﴾^(٣) ، وأن إقراره غير مقبول

(٢) - في السخ : مباح .

(٣) - البقرة : ٢٨٢ .

على نفسه فعدم قبوله على غيره أولى ، وهو قوي ، لكن مخالفة ما أجمع عليه الاصحاب مشكل .

قال رحمه الله : وتقبل شهادة الذمي خاصة في الوصية إذا لم يوجد من عدول المسلمين من يشهد بها ، ولا يشترط كون الموصي في غربة ، وباشتراكه روایة مطروحة ، ويثبت الاعيان بمعرفة الحاكم أو قيام البينة أو الاقرار . وهل تقبل شهادة الذمي على الذمي ؟ قيل : لا ، وكذا لا تقبل على غير الذمي ، وقيل : تقبل شهادة كل ملة على ملتهم ، وهو استناد الى روایة سماعة ، والمنع أشبه .

أقول : أجمع أصحابنا على عدم قبول شهادة غير المؤمن المحق العدل ، مسلما كان أو كافرا ، لاتصافه بالفسق فهو غير مقبول الشهادة وان كان موتفقا ، إلا شهادة الذمي في الوصية ، فانهم أجمعوا على قبولها بشروط ثلاثة : الاول : تعذر عدول المسلمين ، وكون الشاهد عدلا في دينه ، معتقداً تحريم الكذب ، وكون الشهادة على الوصية في المال دون الولاية . وهل يشترط كون الموصي غريبا مسافرا ؟ قال أبو الصلاح وابن الجنيد : نعم ، لأصلحة عدم قبول شهادة الكافر ، خرج منه قبول شهادة الذمي في الوصية بالشروط المذكورة مع السفر ، لقوله تعالى : ﴿أَوْ آخَرُانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرِبُتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾^(٤) ، اشترط في القبول الضرب في الأرض وهو السفر ، ولما رواه حمزة بن حران عن الصادق عليه السلام ، « قال : سأله عن قول الله عزوجل : ذوي عدل منكم أو آخران من غيركم ؟ قال : اللذان منكم مسلمان ، واللذان من غيركم من أهل الكتاب ، قال : اما ذلك اذا مات الرجل المسلم في أرض غربة ، وطلب رجالين مسلمين يشهدما على وصيته ، فلم يجد مسلمين ، يشهد على وصيته رجالين ذميين من

أهل الكتاب مرضي عندهم اصحابهم ^(٥) ، والمشهور اطلاق القبول من غير تقييد بالسفر ، وهو اختيار المصنف والعلامة والشهيد ؛ لأن المناط في القبول عدم عدول المسلمين ، اذ لا تأثير للأرض في القبول .

وهل تقبل شهادة الذمي على غيره من أهل الذمة أم لا ؟ نقول : أما في الوصية فهي مقبولة ؛ لأنه اذا قبلت على المسلمين في الوصية فقبولها على أهل الذمة فيها أولى ، وأما في غير الوصية فقد اختلف الاصحاب في ذلك ، قال ابن الجنيد : تقبل مطلقاً ، أي سواء اتفقت الملة أو اختلفت ، وقال ابن أبي عقيل والمفيد : لا تقبل مطلقاً ، واختاره المصنف والعلامة ؛ لأنهم فسقة والفاشق لا تقبل شهادته ، خرج القبول في صورة معينه للنص والاجماع ، يبقى الباقى على أصله المنع وهو المعتمد .

وقال الشيخ في النهاية : يقبل مع اتفاق الملتدين أي ملة الشاهد والشهود عليه ، كاليهودي على اليهودي ، ولا تقبل شهادة اليهودي على النصراني وبالعكس .

قال رحمه الله : الرابع : العدالة ، إذ لا طمأنينه مع التظاهر بالفسق ، ولا ريب في زواها بمواقع الكبائر ، كالقتل والزنا واللواء وغصب الاموال المخصوصة ، وكذا بمواقع الصغار مع الاصرار وفي الاغلب ، أما لو كان في الندرة ، فقد قيل : لا يقدح لعدم الانفكاك منها إلا فيما نقل باشتراط إلزام الاشق ، وقيل : يقدح لامكان التدارك بالاستغفار ، والاول أشبه ، وربما توهم واهم أن الصغار لا تطلق على الذنب الا مع الاحباط ، وهو بالاعراض حقيق ، فان اطلاقها بالنسبة ، ولكل فريق اصطلاح .

أقول : العدالة شرط في قبول الشهادة ، لقوله تعالى : ﴿ وَاشْهِدُوا ذُوِّي عَدْلٍ

(٥) - الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ٢٠ ، حدث ٧.

منكم ^(٦) وقوله ^(٧) من ترثون من الشهداء ^(٨) والفاسق ليس بمرضي ، وقوله ^(٩) إن جاءكم فاسق بنينا ^(١٠) وهي كيفية راسخة في النفس تبعث على ملازمة التقوى والمرءة ، ولاشك في زوال التقوى بفعل شيء من الكبائر وبالاصرار على الصغائر ، والكبيرة عند أكثر ^(١١) الاصحاب كل فعل ^(١٠) توعد الله تعالى عليه بخصوصه بالعقاب ، ومنهم من قال : كل ذنب يوجب الحد فهو كبيرة وما لا يوجبه فهو صغيرة ، ومنهم من قال : إن الذنوب كلها كبائر ، نظراً إلى الاشتراك في عائلة أمره ونهيه ، وإنما سمي صغائر بالنسبة إلى ما فوقها ، كالقبلة المحرمة ، صغيرة بالنسبة إلى الزنا وكبيرة بالنسبة إلى النظر ، وجاء في الحديث «لاتنظر إلى ما فعلت ولكن أنظر لمن عصيت» ^(١١) وقال بعضهم : إن الصغائر لا تطلق على الذنب إلا على القول بالاحباط كما هو مذهب المعتزلة ، وقد فسروا الكبيرة والصغرى بثلاث معان :

الاول : بالإضافة إلى الطاعة ، وهو إن زاد عقابها على تواب تلك الطاعة فهي كبيرة بالنسبة إليها ، وإن نقص فهي صغيرة ، الثاني : بالإضافة إلى معصية أخرى ، وهو إن زاد عقابها على عقاب تلك المعصية فهي كبيرة بالنسبة إليها ، وإن نقص فهي صغيرة . الثالث : بالإضافة إلى فاعلها ، فان صدرت من له علم ^(١٢) وزهد فهي كبيرة ، وإن صدرت من ليس له ذلك فهي صغيرة .

(٦) - الطلاق : ٢.

(٧) - البقرة : ٢٨٢.

(٨) - الحجرات : ٦.

(٩) - لست في «ن».

(١٠) - في النسخ : (ذنب).

(١١) - الوسائل.

(١٢) - في «ن» : علم بها .

قال المصنف : وهذا بالاعراض عنه حقيق ، فان اطلاقها بالنسبة لكل فريق اصطلاح ، أي اطلاق الكبيرة والصغرى عند هذا التالئ بالنسبة الى غيرها ، وذلك لا يستلزم الاحتياط ؛ لأنهما يقالان بالنظر الى ذاتهما وبالنسبة الى غيرها كما عرفت ، وذلك لا يستلزم الاحتياط ، لعدم العلم بقدر ثواب الطاعة وعقاب المعصية حتى يناسب بعضها الى بعض ، وهذا اصطلاح المعتزلة ، فلا يلزم منا القول به^(١٣) .

واما المرارة التي هي شرط في قبول الشهادة فتنزية النفس عن الافعال التي لا تليق بمنه ، كالسخرية ، وكشف ما يتأند است Hubbard ستره في الصلاة ، وهو ما بين السرة والركبة ، والاكل في الاسواق غالباً ، ولبس الفقيه القبا والقلنسوة ، ولبسه لباس الجندي بحيث يسخر منه وبالعكس ، وكشف الرأس في المعمافل وهم ليس كذلك ، وبالجملة كل فعل يسقط المحل والغزة من قلوب الناس ترد شهادة فاعله .

اذا عرفت هذا ، فهل يقدح فعل الصغرى نادرا ؟ قال ابن ادريس : نعم ، لامكان التدارك بالاستفار وقال الشيخ في المبسوط : لا يقدح ، واختاره المصنف والعلامة ؛ لأن اشتراط اجتناب جميع القبائح مما يعسر ويشق ، ويوادي الى بطلان الشهادة وعدم مشروعيتها ، لعدم اتفراك غير المعصوم عن ذلك ، قال العلامة : وقول ابن ادريس ليس بستي ؛ لأن مع التوبة لا فرق بين الصغرى والكبيرة في سقوطها بها ، على أن التوبة من شرطها العزم على ترك المعاودة ، ولاشك أن الصغار لا ينفك منها الانسان ، فلا يصح هذا العزم منه غالباً فلا يمكن التوبة^(١٤) في أغلب الاحوال ، وهذا هو المعتمد .

(١٣) - هكذا وردت هذه الفقرة .

(١٤) - ليس في الأصل .

قال رحمه الله : ولا تقبل شهادة القاذف ، ولو تاب قبلت ، وحد التوبة : أن يكذب نفسه وإن كان صادقاً ويواري باطنها ، وقيل : يكذبها إن كان كاذباً ، وبخطتها في الملا إِنْ كَانَ صَادِقًا ، والاول مروي ، وفي اشتراط إصلاح العمل زيادة عن التوبة تردد ، والاقرب الاكتفاء بالاستمرار ؛ لأن بقاءه على التوبية إصلاح ولو ساعة .

أقول : هنا مسألتان :

الاولى : في حد التوبة ، وقد اختلف الاصحاب في ذلك ، قال الشيخ رحمه الله في النهاية ، وعلي بن بابويه والحسن بن أبي عقيل : حدّها أن يكذب نفسه فيما قذف به إن كان صادقاً ، واختاره المصنف في المختصر من غير قيد بالتورية مع الصدق ، لما رواه أبو الصباح^(١٥) عن الصادق عليه السلام ، « قال : سأله عن القاذف بعد ما يقام عليه الحد ما توبته ؟ قال : يكذب نفسه »^(١٦) وهو عام ، وهذا قيد بالتورية مع الصدق ، واختاره الشهيد وأبو العباس ، لحصول التخلص (عن الكذب)^(١٧) بالتورية ، وقال ابن ادريس : يقول : القذف باطل حرام ولا أعود إلى ما قلت ، ولا يقول : كذبت ؛ لأنّه قد يكون صادقاً فيكون مأموراً بالكذب وهو قبيح ، وهو مذهب الشيخ في المسوط .

ومذهب العلامة في القواعد والارشاد والمختلف التفصيل ، وهو : إن كان كاذباً كان توبته التصرّح بالكذب والا عتراف به حقيقة ، وإن كان صادقاً اعترف بتحريم ما قاله ، وأظهر الاستغفار منه من غير أن يصرّح بالكذب ، وحمل الاخبار^(١٨) على هذا التفصيل . وعلى جميع الاقوال لابد من فعل ذلك عند الذي

(١٥) - وفي النسخ : أبو الصلاح .

(١٦) - الوسائل ، كتاب الشهادات ، باب ٣٦ ، حديث ١ .

(١٧) - ليسا في الأصل .

(١٨) - راجع أخبار باب ٣٦ من كتاب الشهادات من الوسائل .

قذف عنده^(١٩) وعند الحاكم الذي أقام عليه الحد ، فان تعذر فعند^(٢٠) ملأ من الناس .

الثانية : هل يشترط إصلاح العمل ، وهو أن يفعل طاعة بعد التوبة ، قال الشيخ في الخلاف والمسوط : يجب ذلك ، لقوله تعالى : ﴿ الا الذين تابوا من بعد ذلك واصلحوه ﴾^(٢١) اعتبر التوبة واصلاح العمل وفسر الاصلاح بالاستمرار على التوبة ، واختاره المصنف والعلامة وهو المعتمد ، لأن الصالة براءة الذمة من الزبادة على ذلك .

قال رحمه الله : ليس الحرير للرجال في غير الحرب اختياراً محروم ترد به الشهادة ، وفي الاتكاء عليه ، والافتراض له تردد ، والجواز مروي .

أقول : منشؤه من عموم^(٢٢) المع من استعمال الحرير ، فيدخل الاتكاء والافتراض ، ومن أصلحة الجواز خرج منه تحريم اللبس للنص^(٢٣) والاجماع ، يبقى الباقى على أصلحة الجواز ، وهو المشهور بين الاصحاب ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : وفي شهادة الولد على والده خلاف والمنع أظهر سواء شهد بال أو بحق يتعلق بيده كالقصاص والحد .

أقول : ذهب السيد المرتضى الى جواز شهادة الولد على والده ، واختاره أبو العباس في المقتصر ، وقواه الشهيد في الدروس ، لقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء الله ولو على انفسكم أو الوالدين

(١٩) - في النسخ : وعند .

(٢٠) - في النسخ : في .

(٢١) - آل عمران : ٨٩ .

(٢٢) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ١١ الى ١٦ من أبواب لباس المصل .

(٢٣) - المصدر المقدم .

والاقربين^(٢٤) وقال الشيخان وابنا سابويه وابن البراج وابن حمزه وابن ادريس : لاتقبل ، واختاره المصنف والعلامة وابنه والشهيد في شرح الارشاد ، وادعى عليه^(٢٥) الشيخ في الخلاف الاجماع ، واستدل العلامة بقوله تعالى : **﴿وَصَاحِبَهَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾**^(٢٦) وليس من المعروف الشهادة عليه واظهار كذبه ، فيكون ارتکاب ذلك معصية ، ولأنه نوع عقوق ، وفيه نظر ؛ لأن الشهادة بالحق غير منافية للمعروف ، بل ذلك هو المعروف بعينه ، خصوصاً مع عدم قيام شاهد غيره يثبت به ذلك الحق ، والجواب^(٢٧) عن الآية بأن الأمر بالاقامة لا يستلزم وجوب^(٢٨) قبولها ، وفيه نظر أيضاً ؛ لأن الامر بالاقامة مع عدم القبول يستلزم العبرت ، ولأنه معطوف على المقبول^(٢٩) وهو الشهادة على نفسه ، ومعطوف عليه المقبول وهو الشهادة على الاقربين ، وحكم المعطوف حكم المعطوف عليه ، فوجب أن يكون مقبولاً ، فلا حاجة للقاتل بالمنع أقوى من الاجماع المنقول عن الشيخ ؛ لأن الاجماع المنقول بخبر الواحد حجة والشهادة على الام مقبولة .

قال رحمه الله : وكذا تقبل شهادة الزوج لزوجته ، والزوجة لزوجها مع غيرها من أهل العدالة ، ومنهم من شرط في الزوج الضمية كالزوجة ، ولا وجد له ، ولعل الفرق إنما هو لاختصاص الزوج بعزيزه القوة في المزاج أن تعذبه دواعي الرغبة .

(٢٤) - النساء : ١٣٥ .

(٢٥) - ليس في الأصل .

(٢٦) - لقمان : ١٥ .

(٢٧) - في النسخ : فأجلاب .

(٢٨) - ليس في الأصل .

(٢٩) - في «ن» القبول .

أقول : شرط الشيخ في النهاية الضميمة في الزوج والزوجة ، والولد والوالد والأخ اذا شهد بعضهم لبعض ، والاشتراط في الوالد والاخ نادر ، وأما في الزوجين فتابعه ابن البراج وابن حمزة ، وظاهر المصنف الضميمة^(٣٠) في الزوجة دون الزوج ، وأشار الى الفرق بأن الزوج له مزية قوية^(٣١) في مزاجه تمنعه من دواعي الرغبة ، وأما الزوجة فلضعف عقلها لا تؤمن من الانخداع ، والمشهور عدم اشتراط الضميمة مطلقا ، لانتفاء التهمة مع تحقق العدالة ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : أما الفاسق المستتر إذا أقام فردت ثم تاب وأعادها فيها [فهنا] تهمة الحرص على دفع الشبهة ، لاهتمامه باصلاح الظاهر ، لكن الاشهـ القبول .

أقول : لو شهد المستتر بالفسق فردت شهادته ، ثم تاب ، قبلت شهادته في كل شيء وهل تقبل شهادته^(٣٢) فيما ردت فيه ؟ بحيث لو أعاد الشهادة المردودة ، هل تسمع أم لا ؟ يحتمل العدم ، لحصول التهمة بدفع عار الكذب ، والتهمة مانعة من قبول الشهادة ، ويحتمل القبول ، لوجود المقتضي وهو العدالة التابتة بالتوبة ، وزوال المانع وهو الفسق ، وهو اختيار المصنف وفخر الدين ، أما المعلن بالفسق فإذا تاب قبلت شهادته مطلقا ، فيما ردت فيه وفيما لم ترد ، والفرق حرص المستتر على إصلاح الظاهر ، ودخول الفضاعة عليه بظهور كذبه ، بخلاف المعلن ؛ لأن المعلن بالشيء لا يدخله غضاضة مع ظهوره ، فيحصل التهمة للأول دون الثاني .

قال رحمه الله : قيل : لا تقبل شهادة الملوك أصلا ، وقيل : تقبل مطلقا ، وقيل : تقبل إلا على مولاه ، ومنهم من عكس ، والأشهر القبول إلا على المولى .

(٣٠) - ليس في الأصل .

(٣١) - في النسخ : مزيد قوة .

(٣٢) - من «ان» .

ولو أعتق قبلت شهادته على مولاه ، وكذا حكم المدبر والمكاتب المشروط ، أما المطلق إذا أدى من كتابته ، قال الشيخ : تقبل على مولاه بقدر ما تحرر منه وفيه تردد أقربه المنع .

أقول : هنا مسألتان :

الاولى : في شهادة القن ومن هو في حكمه كالمدبر والمكاتب المشروط ، وقد ^(٣٣) اختلف الاصحاب هنا على طرفين وواسطة ، الطرف الاول : المتن مطلقاً ، وهو قول الحسن بن أبي عقيل العساني ، فانه قال : لا يجوز شهادة العبيد ^(٣٤) والاماء في شيء من الشهادات ، الطرف الثاني : القبول مطلقاً ، وهذا القول نقله المصنف والعلامة ، وأما الواسطة ففيها أقول :

الأول : قول ابن الجنيد ، وهو المنع من القبول على الحر المؤمن مطلقاً ، واحترز بالحر عن العبد ، وبالمؤمن عن الكافر ، فعنده يقبل شهادة العبد على مثله من المسلمين ، وعلى الكافر مطلقاً ^(٣٥) .

الثاني : القبول مطلقاً على غير مولاه ، وهو قول السيد المرتضى والمفيد والشيخ في النهاية وسلام رابن البراج وابن زهرة وابن حمزة وابن ادريس ، واختاره (المصنف و) ^(٣٦) العلامة في القواعد والمختلف ، وابنه في الايضاح ، للجمع بين الروايات .

الثالث : قول أبي الصلاح ، لا تقبل للسيد ولا تقبل عليه ، وتقبل فيها عداته .

الرابع : تقبل لغير السيد مطلقاً ، وهو قول ابني ^(٣٧) بابويه .

(٣٣) - ليس في «ن» .

(٣٤) - في غير «وأ» : العبد .

(٣٥) - ليس في «وأ» .

(٣٦) - ليس في النسخ .

(٣٧) - في «م» و«وأ» : ابن .

الخامس : عدم القبول الا على مولاه ، نقله المصنف .

ودليل الجميع الرويات ^(٣٨) ، المعتمد مذهب السيد المرتضى وهو القبول مطلقا الا على مولاه .

الثانية : في شهادة من عتق بعضه ، قال الشيخ في النهاية : تقبل شهادة المكاتب على مولاه بقدر ما ادى ^(٣٩) وهو مذهب ابن الجنيد ، واستقرب المصنف والعلامة المنع ، واختاره فخر الدين والشميد وهو المعتمد ؛ لأن الشهادة لا تتبعض .

قال رحمه الله : التبرع بالشهادة قبل السؤال يطرق التهمة فيمنع القبول ، أما في حقوق الله تعالى أو الشهادة للمصالح العامة فلا يمنع ، إذ لا مدعى لها ، وفيه تردد .

أقول : منشأه من أن التهمة المانعة من قبول الشهادة موجودة في الموضعين فيمنع من القبول فيها ، لتساويها في العلة ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ، نقله عنه صاحب كشف الرموز ، ومن أن حقوق الله تعالى والمصالح العامة لامدعى لها ، فلو لم تقبل فيها شهادة المتبرع لأدى ذلك الى سقوطها ، المشهور القبول هنا ، وهو المعتمد ؛ لأن العدالة تدفع التهمة .

قال رحمه الله : المشهور بالقصق اذا تاب لتقبل شهادته ، الوجه أنها لا تقبل حتى يستبين استمراره على الصلاح ، وقال الشيخ : يجوز أن يقول : تب لا قبل شهادتك .

أقول : هذا قول الشيخ في المبسوط ، قال العلامة في القراءد : وليس بجيد ؛ لأن التوبة واجبة فيجب فعلها ؛ لأنها واجبة ، وفعل الواجب لا يقع صحيحا الامر

(٣٨) - الوسائل ، كتاب الشهادات ، باب ٤٣ . والباب ٣١ ، حديث ٦ .

(٣٩) - في «رأي» : ادعني .

الاخلاص بفعله الله ، وظاهر هذا انه لم يتتب الا لتقيل شهادته ، فلم يحصل الاخلاص فلا تقبل توبته ، وكل فاسق لاتقبل^(٤٠) توبته لم تقبل شهادته ، وقواء فخر الدين ، والمعتمد اختيار المصنف ، وهو أنها لاتقبل حتى يستبين استمرار صلاحه فتقبل حيثئذ .

قال رحمه الله : فلا تقبل شهادة ولد الزنا أصلأً ، وقيل : تقبل في الشيء اليسير مع تمسكه بالصلاح ، وبه رواية نادرة ، ولو جهلت حاله قبلت [شهادته] وإن نالته بعض الالسن .

أقول : القول المشار اليه قول الشيخ في النهاية ، لما رواه عيسى بن عبد الله عن الصادق عليه السلام ، « قال : سأله عن شهادة ولد الزنا ؟ فقال : لا يجوز إلا في اليiser اذا رأيت فيه صلحاً »^(٤١) وقال الشيخ في الخلاف : لاتقبل أصلأً ، وبه قال المرتضى وابن الجنيد وابن البراج وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة وابنه والشهيد وأبو العباس ، وهم عليه روایات^(٤٢) ، ولقوله عليه السلام : « ابن الزنا شر الشلاتة »^(٤٣) وإذا كان أشر^(٤٤) من الزاني ، والزاني لاتقبل شهادته ، فمن هو أشر منه أولى بعدم قبول شهادته ، وادعى السيد عليه الاجاع .

(٤٠) - في السخن : لم تقبل .

(٤١) - الوسائل ، كتاب الشهادات ، باب ٢١ ، حدیث ٥ .

(٤٢) - راجع الباب السابق من المصدر المتقدم

(٤٣) - البحار ، ج ٥ ، ص ٢٨٥ .

(٤٤) - في « م » و « ن » : شر .

فِيهَا بَهْ يَصِيرُ شَاهِدًا

قال رحمه الله : وتقبل فيه شهادة الاسم ، وفي رواية يؤخذ بأول قوله
لابثانيه ، وهي نادرة .

أقول : الرواية إشارة إلى ما رواه جميل عن الصادق عليه السلام : « قال :
سألته عن شهادة الاسم في القتل ؟ قال : يؤخذ بأول قوله »^(٤٥) وبضمونها أفتى
الشيخ في النهاية وتبعد ابن البراج وابن حمزة ، والمشهور القبول مطلقاً فيها لا يقتصر
إلى السباع مع تكامل شروط الشهادة ؛ لأن كل ما يدرك بمحض البصر لا حاجة
فيه إلى السباع ، فلا فرق فيه بين الاسم وغيره وهو المعتمد .

قال رحمه الله : وما يكفي فيه السباع فالنسب والموت والملك المطلق ، لتعذر
الوقوف مشاهدة في الأغلب ، ويتحقق كل واحد من هذه بتواتي الاخبار من
جماعة لا يضمهم قيد الموعدة ، أو يستفيض ذلك حتى يتاخم العلم ، وفي هذا
عندني تردد ، وقال الشيخ رحمه الله : لو شهد عدلان فصاعداً ، صار الساع
متحملاً وشاهد أصل ، لا شاهداً على شهادتها ؛ لأن ثمرة الاستفاضة الفتن وهو

(٤٥) - الوسائل ، الشهادات ، باب ٤٢ ، حديث ٣.

حاصل بها ، وهو ضعيف ؛ لأن الظن يحصل بالواحد .

أقول : الأصل في الشهادة البناء على العلم واليقين ، لقوله تعالى :

﴿ ولا تتفق ما ليس لك به علم ﴾^(٤٦) وروى عن ابن عباس أنه سأله رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن الشهادة ؟ فقال : هل ترى الشمس ؟ فقال : نعم ، قال : على مثلها فاشهد والا فدع «^(٤٧) خرج عن هذا الأصل الاستفاضة ، وبما تحصل الاستفاضة التي يصير بها شاهدا ؟ اختلف الاصحاب في ذلك ، قال الشيخ في الخلاف : والضابط الاستفاضة المقيدة للظن ، واستدل بأننا نحكم بزوجية النبي صلى الله عليه وآله وسلم لزوجاته (ولم نشاهد هم ولا طريق إلى ذلك غير الاستفاضة) ، ثم اعتراض بأن النبي عليه السلام علم زوجيته بالتواتر^(٤٨) وأجيب بأن التواتر يشترط فيه استواء الطبقات في التواتر ، واستناده إلى الحسن ، ومن المعلوم بالضرورة أن الطبقات المخبرين بعد موت النبي صلى الله عليه وآله ، وموت أزواجها لم يخبروا عن مشاهدة العقد ولا عن اقرار النبي عليه السلام ، وإنما أخبروا عن الطبقة الأولى ، والظاهر أن الطبقة الأولى لم تبلغ المشاهدة منهم حد التواتر ، وإنما أخبروا عن السباع فلا طريق غير الاستفاضة ، وقال بعضهم : الاستفاضة بالشهاد بحيث يتاخم العلم .

والفرق بينه وبين قول الشيخ في الخلاف هو : أن الشيخ بنى^(٤٩) الاستفاضة على مطلق الظن ، وهذا القائل اشترط الظن الراجح المقارب للعلم بحيث لا يرجع عليه ظن مثله ، وإنما يرجع عليه العلم^(٥٠) ، وتعدد المصنف في

(٤٦) - الأمراء : ٣٦.

(٤٧) - المستدرك ، كتاب الشهادات ، باب ١٥ ، حديث ٢.

(٤٨) - ما بين القوسين ليس في «م» .

(٤٩) - في النسخ : علق .

(٥٠) - في الأصل : مثله .

ذلك من عموم^(٥١) النهي عن اتباع الظن ، وعموم^(٥٢) تحرير القول بغير علم ، ولا شك أن العلم اليقيني لم يحصل ، ومن أن العمل بقول الشيخ يقتضي العمل بهذا القول بطريق الاولى ، وقال : المصنف والعلامة وفخر الدين : إنما يتحقق ذلك بالأخبار من جماعة لابضمهم قيد الموافطة على الكذب ، ويستحيل ذلك عادة ، فيتمرر قولهم العلم ، فلا يكون السامع خارجاً عن الأصل وهو أح�وط ، وقال الشيخ في المسوط : يكفيه السباع من عدلين فيصير شاهد أصل ، وهو بناء على قاعدته من اعتبار الظن ، واستضعفه المصنف ؛ لأن الظن يحصل بقول الواحد ولو امرأة .

إذا عرفت هذا فالذى يثبت بالاستفاضة عشرة ، النسب ، والملك المطلق ، والوقف ، والنكاح ، والموت ، والولاية من قبل الإمام ولو^(٥٣) نصب قاضياً ثبتت ولائيته بالاستفاضة ، والولاء ، والعتق ، والرق ، والعدالة . هذا هو الحق من فتاوى الأصحاب ، واقتصر ابن الجنيد على النسب فقط ، ولم يذكر المصنف غير الموت والنسب والملك المطلق والوقف ، والمعتمد ما قلناه .

قال رحمه الله : الشاهد بالاستفاضة لا يشهد بالسبب ، مثل البيع والهبة والاستغفار ، لأن ذلك لا يثبت بالاستفاضة ، فلا يعزى الملك اليه مع إثباته بالشهادة المستندة إلى الاستفاضة ، أما لو عزاه إلى الميراث صع ؛ لأنه يكون عن الموت الذي يثبت بالاستفاضة والفرق تكليف ؛ لأن الملك إذا ثبت بالاستفاضة لم تتحقق الضمية مع حصول ما يقتضي جواز الشهادة .

أقول : أما الفرق بين سبب الارث وغيره فقد ذكره المصنف ، وهو المشهور

(٥١) - يونس : ٣٦ .

(٥٢) - الاسراء : ٣٦ .

(٥٣) - في «ن» : فلو .

بين الاصحاب ، فان أستنه الى الارث قبل بالأصل والسبب ، وإن أستنه الى سبب غير الارث - كالبيع والهبة وغيره - قبلت الشهادة في أصل الملك دون السبب ، ولم يكن ذكر السبب قادحاً في قبول الشهادة في أصل الملك ، و ظاهر المصنف عدم الفرق بين سبب الارث و غيره ؛ لأنه جعل الفرق تكلاً .

و تظهر الفائدة في ترجيحه على مدع آخر ، فلو شهد شاهدان لواحد بالاستفاضة من غير سبب ، وشهد آخران لآخر بها مع ذكر السبب ، فان قلنا بقبول السبب كما هو ظاهر المصنف رجحناه على غير ذي السبب ، وإن قلنا بعدم قبول السبب^(٥٤) كما هو المشهور بين الاصحاب - وهو المعتمد - فلا ترجيح .

قال رحمه الله : اذا شهد بالملك مستنداً الى الاستفاضة ، هل يفتقر الى مشاهدة اليد والتصرف ؟ الوجه : لا ، أما لو كان لواحد يد ولاخر ساع مستفيض ، فالوجه : ترجيع اليد ؛ لأن الساعة قد يحتمل إضافة الاختصاص المطلق المحتمل للملك وغيره ، فلا تزال اليد بالمحتمل .

أقول : إما أن يجتمع اليد والتصرف والتسامع ، أو اليد والتصرف دون التسامع ، أو اليد فقط مجردة عن التصرف ، أو التسامع فقط مجردةً عن اليد ، فالألقاس أربعة :

الاول : أن يجتمع اليد والتصرف والتسامع ولاشك حينئذ في جواز الشهادة بالملك المطلق ؛ لأن هذا الاجتماع غاية الامكان .

الثاني : أن يجتمع اليد والتصرف المتكرر من غير منازع دون التسامع ، فحينئذ هل يجوز الشهادة بالملك المطلق أم لا ؟ قال الشيخ في الخلاف : يجوز ، واستدل بجماع الفرقـة وآخبارـهم ، وبـه قال ابو الصلاح وابن البراج وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة والشهيد ، وحكى في المبسوط قولـين ،

أحد هما: الجواز ، والآخر : عدمه ، ولم يختر شيئاً ؛ لتساوي الاحتمالين ؛ لأن اليد تختلف ف تكون يد المالك ، ومستأجر ، ومستعير ، ووكيل ، ووصي ، والتصرف واحد ، فإذا اختلفت الأيدي وأحكامها لم تجز الشهادة بالملك المطلق ، والأول هو المعتمد .

الثالث : أن تخلو اليد عن التصرف والتسامع ، ولا ريب في جواز الشهادة باليد^(٥٥) ، وهل تشهد له بالملك المطلق ؟ ظاهر الشيخ في المبسوط عدم الفرق بين اليد المتصرفة واليد المجردة عن التصرف ، واختاره العلامة في القواعد والإرشاد والتحرير ، وهو اختيار الشهيد ؛ لأن اليد قاضية بالملك ، ولما رواه محمد بن بابويه ، عن سليمان بن داود المتربي ، عن حفص بن غياث ، عن الصادق عليه السلام « قال : قال له رجل : أرأيت إن رأيت شيئاً في يد رجل ، أيجوز أنأشهد أنه له ؟ فقال : نعم ، فقلت : فلعله لغيره ، قال : ومن أين جاز لك أن تشتبه ويصير ملكاً لك ، ثم تقول بعد الملك ، هو لي وتعلف عليه ، ولا يجوز أن تتسبه إلى من صار ملكه إليك من قبله ، ثم قال الصادق عليه السلام : لو لم يجز هذا لما قامت للمسلمين سوق »^(٥٦) واستشكل المصنف هذا ، قال : لأن اليد لو أوجبت ملكاً لم تسمع دعوى من يقول : الدار التي في يد هذا لي ، كما لا تسمع لو قال : ملك هذا لي ، وأجيب : بأن دلاله اليد ظنية ؛ لأنها تدل على الملك دلاله ظاهرة لاقطمية ، والاقرار قاطع ، والصرف عن الظاهر جائز بخلاف القاطع ، فحصل الفرق بين ثبوت الملك بدليل قطعي ونبوته بدليل ظني ، فلا منافاة بين جواز دعوى من يقول : الدار التي في يد فلان لي ، وبين عدم جواز دعوى من يقول ملك فلان لي ؛ لأن النافي أقرَّ بالملك لغيره فلا تقبل دعواه ، بخلاف الأول .

(٥٥) - في الأصل : مع اليد .

(٥٦) - الوسائل ، القضاة ، باب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم . حديث ٢ .

الرابع : التسامع المجرد عن اليد ، وقد مضى البحث فيه^(٥٧) ، فاما على القول باشتراط السماع من جماعة يشمر أخبارهم العلم ، فلا كلام في جواز الشهادة به ، وأما على القول باعتبار الظن فيرجع الى الخلاف السابق .

بقي هنا مسألة : هي اذا كان لواحدٍ يدٌ والآخر^(٥٨) سماع مستفيض ، قال المصنف : الوجه ترجيح اليد ، واختاره العلامة والشهيد ، وذكروا الوجه في ذلك ، ويحتمل عدم الترجيح لليد^(٥٩) ، لأن اليد قد تكون يد مالك ويديه غيره ، فلا ترجيح على السماع .

قال رحمه الله : وأما النكاح فلأننا نقضى بأن خديجة عليها السلام زوجة النبي صلى الله عليه وآله ، كما نقضى بأنها أم فاطمة عليها السلام ، ولو قيل : ان الزوجية ثبتت بالتواتر ، كان لنا أن نقول : التواتر لا يشمر إلا إذا استند السماع إلى المحسوس . ومن المعلوم أن المخبرين لم يخبروا عن مشاهدة العقد ، ولا عن إقرار النبي صلى الله عليه وآله ، بل نقل الطبقات متصل إلى الاستفاضة التي هي الطبقة الأولى ، ولعل هذا أشبه بالصواب .

أقول : قد سبق البحث في ذلك^(٦٠) .

(٥٧) - ص ٢٨٨ .

(٥٨) - كذا .

(٥٩) - ليست في النسخ .

(٦٠) - ص ٢٢٨ .

في أقسام الحقوق

قال رحمه الله : وفي أقسام المحقق وهي قسمان : حق الله سبحانه ، وحق الأدمي . وال الأول منه ما لا يثبت إلا بأربعة رجال ، كالزنا واللواط والسحق ، وفي إثبات البهائم قولان ، أصحهما ثبوته بشاهدين ، ويثبت الزنا خاصة بثلاثة رجال وأمرأتين ، ويرجلين وأربع نساء ، غير أن الأخير لا يثبت به الرجم ويثبت به الجلد ، ولا يثبت بغير ذلك .

ومنه ما يثبت بشاهدين وهو ما عدا ذلك من الجنایات الموجبة للحدود كالسرقة وشرب الخمرة والردة .

ولا يثبت شيء من حقوق الله تعالى بشاهد وامرأتين ، ولا بشاهد وعين ولا بشهادة النساء منفردات ولو كثرن .

وأما حقوق الأدمي فثلاثة ، منها ما لا يثبت إلا بشاهدين ، وهو الطلاق ، والخلع ، والوكالة ، والوصية إليه ، والنسب ، ورؤية الأهلة ، وفي العتق والنكاح والقصاص تردد ، أظهره ثبوته بالشاهد والمرأتين ، ومنها ما يثبت بشاهد وأمرأتين ، وشاهد وعين ، وهو الديون والأموال ، كالقرض والقراض والنصب ،

وعقود المعاوضات ، كالبيع والصرف والسلم والصلح والاجارات والمساقاة والرهن والوصية له ، والجناية التي توجب الديمة ، وفي الوقف تردد أظهره أنه يثبت بشاهد وامرأتين وبشاهد ويعين .

الثالث : ما يثبت بالرجال والنساء منفردات ومنضمات ، وهو الولادة والاستهلال وعيوب النساء الباطنة ، وفي قبول شهادة النساء منفردات في الرضاع خلاف ، أقربه الجواز .

وتقبل شهادة امرأتين مع رجل في الديون والأموال ، وشهادة امرأتين مع اليدين ، ولا تقبل فيه شهادة النساء منفردات ولو كثرن ، وتقبل شهادة المرأة الواحدة في ربع ميراث المستهلك وفي ربيع الوصية ، وكل موضع تقبل فيه شهادة النساء لا يثبت بأقل من أربع .

أقول : الحقوق تقسم بالنسبة إلى الشهود أقساماً :

الأول : لا يثبت إلا بأربعة رجال وهو السحق واللواط .

الثاني : لا يثبت إلا بأربعة رجال ، أو ثلاثة وأمرأتين ، أو بргلين وأربع نساء ، وهو الزنا ، فان ثبت بالأولين وجب الرجم ، وان ثبت بالآخرين وجب الجلد خاصة ، والمشهور عدم ثبوت الزنا برجل واحد وست نساء ، وأنبته الشيخ في الخلاف بذلك ، وأوجب به الجلد وهو متزوج .

الثالث : لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين ، وهو شرب المخمر ، والردة ، والقطع في السرقة ، وإثبات البهائم ، على ما هو مشهور بين الأصحاب ؟ لأنه ليس زنا ولا يوجب الجلد بل التعزير ، ويحتمل عدم ثبوته بدون شهود الزنا ، لاستئصاله على اهتك كالزنا ، والمعتمد الأول ، والقذف ، والطلاق ، والرجعة ، والعدة ، والخلع ، والوكالة ، والوصية إليه ، والنسب ، والهلال ، على ما هو المشهور بين الأصحاب ، وأثبت سلار هلال شهر رمضان بالشاهد الواحد احتياطاً للصوم ، وهو متزوج ،

والبلوغ ، والجرح والتعديل ، والغفو عن القصاص ، وتردد المصنف في العتق ، والقصاص ، والنكاح ، ثم رجع الشهود بالشاهد والمرأتين ، واختاره العلامة في القواعد والارشاد ، وظاهر التحرير عدم التثبوت بغير الشاهدين ، وهو المشهور بين الاصحاب ، وضبطوا ذلك بما كان من حقوق الله أو حقوق الادميين ، وليس مالاً ولا المقصود منه المال ، فانه لا يثبت الا بشهادة الرجال دون النساء .

الرابع : ما يثبت برجلين ، أو برجل وامرأتين ، أو برجل ويعين ، أو بامرأتين ويعين ، وضابطه : ما كان مالاً كالقرض ، والقراض ، والفصب ، وعقد المعاوضات ، كالبيع ، والصرف ، والسلم ، والصلح ، والاجارات ، والرهن ، والوصية له ، أو حقا متعلقاً بالمال ، كالخيار ، والفسخ ، والأجل ، والشفعمة ، أو (٦١) المقصود منه المال ، كقتل الخطأ ، والجرح المشتمل على التعزير ، كالهاشمة والمنقلة والمأومة وإن كان عمداً ، وما لا قود فيه كقتل الوالد ولده ، والمسلم الكافر ، والحر العبد .

وهل يثبت الوقف الخاص (٦٢) بذلك ؟ تردد المصنف فيه ، ثم رجع القبول ، واختاره العلامة وابنه والشهيد ومنشأ التردد ، من أن الوقف هل ينتقل الى الله تعالى ، أو الى الموقوف عليه ، أو لا ينتقل الى أحد بل يبقى على ملك المالك ؟ فعلى الاول والثالث لا يثبت الا برجلين ، وعلى الثاني يثبت بما ثبتت به الاموال ، وهو المعتمد . وكذلك قبض نجوم المكاتب ، وإن كان في الاخير أشكال .

الخامس : ما يثبت بشهادة الرجال والنساء منفردات ومنضمات ، وهو ما يسر اطلاع الرجال عليه غالباً كالولادة ، والاستهلال ، وعيوب النساء الباطنة ، واختلف الاصحاب في الرضاع ، فنعت الشيخ في الخلاف من قبول شهادة النساء

(٦١) - في «ن» و «ر» : و .

(٦٢) - ليس في «ن» .

فيه مطلقاً، منفردات ومنضمات، وقبلها المفید منفردات ومنضمات، وبه قال سلار
وابن حمزة وابن أبي عقيل، واختاره المصنف والعلامة وابنه الشهيد، وهو
المعتمد؛ لأنـه من الأمور الخفية عن الرجال، ومنع ابن البراج من قبول شهادة
الرجال في ما لا يجوز لهم النظر اليه، واستضعفه الشهيد.

السادس : ما يثبت بشهادة امرأة واحدة ، وهو ربع الوصية ، وربع ميراث المستهلك ، ويثبت بالمرأتين ، النصف ، وبالثلاث ثلاثة أرباع ، وبالأربع الجميع ، كل ذلك من غير مبين . ولو حلف مع المرأة الثلاثة أخذ الجميع ، وليس له أن يحلف مع الواحدة ويأخذ النصف ، وليس للمرأة تضييف المال ليصير ما أوصى به الرابع^(٦٣) ، ولو فعلت ذلك قبل ظاهرا ، وهل يستطيع الشهود له المال مع علمه بالحال ؟ المعتمد ذلك إن علم بالوصية والا فلا ، ولو شهد عدل واحد احتمل المهاقة بالمرأة في ثبوت ربع الوصية من غير مبين ، والا لازم ان يكون أسوء حالاً من المرأة وهو اختيار العلامة في القواعد ، ويستعمل عدم (ثبوت شيء بغير مبين)^(٦٤) اقتصاراً على مورد النص ، وهو اختيار فخر الدين وهو المعتمد . قال رحمه الله : اذا دعى من له اهلية التحمل وجب عليه ، وقيل : لا يجب ، والowell مروي .

أقوال : اختلف الفقهاء في وجوب تحمل الشهادة على من له أهلية التحمل اذا دعى الى التحمل ولا يضرر غير مستحق^(١٥) عليه ولا على أحد من المؤمنين^(١٦) في الدين ولا في الدنيا على ثلاثة أقوال .

الاول: قول المفید، قال: ليس لأحد أن يدعى إلى شيء ليشهد به أو عليه ،

(٦٣) -**في النسخ**: ربم ما شهدت به للكذب.

(٦٤) - ما بين القوسين من النسخ وفي الأصل غير مقوء .

(٦٥) - فـ «مـ» : مـتحقـقـ .

(٦٦) فـ «نـ»: المسلمين

فيمتنع من الاجابة الا أن يكون حضوره يضر بالدين أو بأحد من المسلمين ضرراً لا يستحقه ، وهو يدل على الوجوب عيناً ، وهو قول أبي الصلاح وابن البراج وسلام زهرة ، لعموم قوله تعالى : ﴿ ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا ﴾^(٦٧) .

الثاني : قول الشيخ في النهاية والمبسوط ، وهو الوجوب على الكفاية ، وقد يتعين اذا لم يكن غيره ، كغيره من فروض الكفايات ، واختاره العلامة وابنه .

الثالث : قول ابن ادريس ، وهو أنه لا يجب عيناً ولا على الكفاية ، لأصله البراءة ، وأجاب عن الآيات والروايات^(٦٨) المتضمنة لعدم جواز الامتناع بالحمل على^(٦٩) التعلم لاقبله ، المعتمد وجوبه على الكفاية ؛ لأن ذلك من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وهو واجب على الكفاية .

(٦٧) - البقرة ، آية : ٢٨٢ .

(٦٨) - البقرة : ٢٨٢ - ٢٨٣ ، والوسائل ، كتاب الشهادات ، باب الاول .

(٦٩) - كذا .

في الشهادة على الشهادة

قال رحمه الله : ولا تقبل في الحدود سواء كانت الله محضاً ، كحد الزنا واللواء والسحق ، أو مشتركة ، كحد السرقة والقذف على خلاف فيها .

أقول : أجمع الأصحاب على جواز الشهادة على الشهادة مرة واحدة في الأموال ، والديون ، ونحوها من حقوق الناس ، لعموم قوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم »^(٧٠) ، ولقول أبي جعفر عليه السلام في رواية محمد بن مسلم ، « حين سئل عن الشهادة على شهادة الرجل وهو حاضر في البلد ؟ فقال : نعم ولو كان خلف سارية ، اذا لم يكنه أن يقيمه العذر يمنعه من أن يحضر ويقيمه »^(٧١) وأجمعوا أيضاً على عدم سماعها في حقوق الله تعالى المحضة ، ونقل المصنف والعلامة الخلاف في حد السرقة وحد القذف ، ثم اختار المنع .

وابن الجنيد والشبيخ في النهاية والخلاف وابن البراج وابن زهرة أطلقوا المنع في الحدود ، فيدخل حد السرقة والقذف ، وصرح الشيخ في المبسوط بالجواز

(٧٠) - البقرة : ٢٨٢ .

(٧١) - الوسائل ، كتاب الشهادات ، باب ٤٤ ، حديث ١ .

في حد القذف ، وبالمنع في حد السرقة ، وظاهر ابن حمزة المنع من حد القذف ، واختار الشهيد في شرح الارشاد مذهب المسوط .

قال رحمه الله : وللتحمل مراتب أئمها : أن يقول شاهد الأصل :أشهد على شهادتي أني أشهد على فلان بن فلان بكذا ، وهو الاستدعاء ، وأخفض منه أن يسمعه يشهد عند المحاكم فلا ريب في تصريحه هناك بالشهادة ، ويليه أن يسمعه يقول : أنا أشهد لفلان بن فلان بكذا ، ويدرك السبب مثل : أن يقول : من ثمن ثوب أو عقار ، إذ هي صورة جزم وفيه تردد .

أقول : منسوه من التسامع بمثل ذلك في غير ^(٧٢) مجلس الحكم ، ومن أنها صورة جزم والعدل لا يتسع إلى مثل هذه الغاية .

قال رحمه الله : أما لو لم يذكر سبب الحق بل اكتصر على قوله إنما أشهد لفلان على فلان بكذا ، لم يضر بتحمله لاعتبار التسامع بثله ، وفي الفرق بين هذه وبين ذكر السبب أشكال .

أقول : أعلم أن الشيخ في المسوط فرق بين الصورتين بعد أن ذكر أقسام التحمل كما ذكرها المصنف هنا ، وتبعه ابن ادربيس ، ثم قال : هذا جميعه أورده شيخنا في مبوطه وأوردناه كما أورده ، ولم يرد في اخبارنا من هذا شيء ، وهو يدل على تردد ، واستشكل المصنف الفرق بين هاتين الصورتين بعد ترددته في الصورة الأولى ، ومنشأ الاشكال من تساوي الصورتين بالجزم في إثبات الحق في ذمة المشهود عليه فيتساويان في الحكم ، والمعتمد الفرق بينها وهو ^(٧٣) مشهور بين الاصحاب ، وجزم به العلامة والشهيد .

قال رحمه الله : ولو شهد شاهد الفرع فانكر [شاهد] الأصل ، فالمروري

(٧٢) - ليت في «م» .

(٧٣) - في النسخ : كما هو .

العمل بشهادة أعدلها ، فإن تساوياً أطْرَح الفرع ، وهو يشكل بما أن الشرط في قبول الفرع عدم الأصل ، وربماً ممكناً لو قال الأصل : لا أعلم .

أقول : الرواية إشارة إلى ما رواه عبد الله بن سنان^(٧٤) ، عن الصادق عليه السلام ، وبضمونها أفتى الشيخ في النهاية وأبا^(٧٥) بابويه وأبن البراج ، وقال في المبسوط : إن سمع المحاكم من الفرع ، والأصل مريض أو غائب ، ثم قدم الغائب أو برأه المريض فان كان بعد حكم المحاكم لم يقدح ذلك في حكمه ؛ لأن حكمه قد نفذ قبل حضور الأصل ، وإن كان قبله لم يحكم بشهادة الفرع ؛ لأنه إنما يحكم بالفرع لعدم الأصل ، واختاره العلامة وهو المعتمد .

وقال : ابن حمزة : وإن كان حكم بشهادة الفرع ثم بعد الحكم كذبه الأصل ، فإن تساوياً في الدالة نقض الحكم ، وإن تفاوتاً أخذ بقول أعدلها ، فإن لم يحكم سع من الأصل ، وحمل المصنف قول الشيخ في النهاية على قوله : لا أعلم ، أما لو صرخ بكذب الفرع أطْرَح شهادة الفرع ، قال فخر الدين : والآولى عندي اذا قال شاهد الأصل : لا أعلم ، ثبتت شهادة الفرع ، وفيه نظر ؛ لأن المشهور بين الاصحاب عدم قبول شهادة الفرع مع حضور^(٧٦) شاهد الأصل ، وهو أعم من أن يقيم الأصل الشهادة أو يترك الأقامة ، لعدم علمه بها أو لغير ذلك .

قال رحمه الله : وتقبل شهادة النساء على الشهادة ، فيما تقبل فيه شهادة النساء منفردات ، كالعيوب الباطنة والاستهلال والوصية ، وفيه تردد أشبهه المنع .

أقول : منشأه من أن قبول شهادتهن في هذه الأشياء يستلزم قبول

(٧٤) - الوسائل ، كتاب الشهادات ، باب ، ٤٦ ، حدث . ٣ .

(٧٥) - في «م» : وأبن .

(٧٦) - في «ن» : حديث صول .

شهادتهن فيها فرعاً بطريق الأولى؛ لأن الأصل أقوى من الفرع ، فإذا قبلت في الأقوى قبلت في الأضعف بطريق الأولى ، ولعموم قوله تعالى : ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنَ مِنْ رِجَالِكُمْ ، فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رِجَلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾^(٧٧) ، وهو مذهب الشيخ في الخلاف و ابن الجنيد ، و اختياره العلامة في المختلف ، والشهيد ، ومن انتقاء العلة المجوزة لقبول شهادة النساء منفردات ، وهي عدم اطلاق الرجال على هذه الاشياء غالباً وعدم ^(٧٨) حضور الرجال حالة الوصية ، و دعاء ضرورة الموصي الى الوصية ، فلهذه العلة جازت شهادة النساء وهي منتفية في صورة القزاع ، واذا انتفت العلة انتف المعلول ، فلا تقبل شهادة النساء على الشهادة في شيء البتة ، وهو مذهب ابن ادريس و اختياره المصنف والعلامة في القواعد والتحرير و فخر الدين وأبو العباس .

(٧٧) - البقرة : ٢٨٢ .

(٧٨) - في «م» و «ر١» : أو عدم .

في الطوارئ

قال رحمة الله : ولو رجعا عن الشهادة قبل الحكم لم يحكم ، ولو رجعا بعد الحكم والاستيقاء وتلف المحكوم به ، لم ينقض الحكم وكان الضبان على الشهود ، ولو رجعا بعد الحكم وقبل الاستيقاء ، فإن كان حدأ الله نقض الحكم للشبهة الموجبة للسقوط ، وكذا لو كان للأدمي كحد القذف ، أو مشتركاً كحد السرقة ، وفي نقض الحكم لما عدا ذلك من الحقوق تردد .

أقول : منشؤه من ان الشهادة إثبات حق بجري مجرى الاقرار ، والرجوع نفي ذلك الحق ، فهو جار بجري الانكار بعد الاقرار ، فلما لم يبطل الحكم بالاقرار^(٧٩) بمحدث الانكار لم يبطل الحكم بالشهادة بمحدث الرجوع ، ولأن رجوعهما ليس شهادة منها ، وهذا لم تفتقر الى لفظ الشهادة ، فلا يسقط حقه بعد ثبوته بما ليس بشهادة عليه ، ولا اقرار^(٨٠) منه ، ولأن الشهادة اثبتت الحق ، فلا يزول بالطارئ كالفسق ، ومن أن الحق ثبت بشهادتها فإذا رجعا سقط كما لو كان

(٧٩) - في الأصل : الاقرار .

(٨٠) - في «ن» و «ر» : والاقرار .

قصاصاً، وأجيب بالفرق : لأن القصاص والحدود تسقط بالشبهة ، بخلاف غيرها ، والأول هو المعتمد ، وهو مذهب ابن ادريس والعلامة .

قال رحمه الله : أما لو حكم وسلم فرجعوا والعين قائمة ، فالاصل أنه لا ينقض ولا تستعاد العين ، وفي النهاية : ترد على صاحبها ، وال الاول أظهر .

أقول : لافرق عند ابن ادريس والعلامة وابنه اذا كان الرجوع بعد الحكم بين أن يكون قبل الاستيفاء أو بعده ، ولا بين كون العين المستوفاة قائمة أو تالفة ، وحكموا في الجميع بعد قتضى الحكم ، ويفرم الشهود كما لو كان الحكم^(٨١) الرجوع بعد الاستيفاء^(٨٢) وتلف العين ، وقال الشيخ في النهاية اذا كانت العين قائمة نقض الحكم ورددت العين الى صاحبها ، وتبعه ابن حزرة وابن البراج ، وحججة الفريقين ما تقدم في المسألة الاولى ، والمعتمد مذهب ابن ادرис .

قال رحمه الله : يقتل ويبره عليه الباقيون ثلاثة أرباع الديمة .

أقول : اذا شهد أربعة رجال على رجل بالزنا وهو عصن فرجح ثم رجع واحد منهم عن الشهادة ، وقال : تعمدت فلم^(٨٣) يصدقه الباقيون لم يمض إقراره عليهم ، وكان لأولياء المقتول قتلهم ، قال الشيخ في النهاية : ويرد عليه الباقيون ثلاثة أرباع الديمة ، وهو ظاهر ابن الجنيد ، لرواية^(٨٤) ابراهيم بن نعيم ، وقال ابن ادريس : لا يضي إقراره الا على نفسه ، واختاره المصنف والعلامة وابنه وابو العباس ، وهو المعتمد : لانه لا يجوز إلزام الفير باقرار غيره ، فحيثند يكون الرد من أولياء المقتول .

قال رحمه الله : اذا ثبت أنهم شهدوا بالزور ، نقض الحكم واستعيد المال .

(٨١) - ليست في النسخ .

(٨٢) - في الأصل : بعد الحكم والاستيفاء .

(٨٣) - في النسخ : فان لم .

(٨٤) - الوسائل ، كتاب الشهادات ، باب ١٢ ، حدیث ٢ .

فان تعذر غرم الشهود .

أقول : لا يثبت أنهم شهدوا بالزور باقرارهم ؛ لأن رجوع فله أحكام الرجوع ، ولا بشهادة غيرهم ؛ لأن تعارض في لحقة أحكام التعارض ، وإنما يثبت تزويرهم بدليل قاطع ، وهو علم الحكم أو قول المقصوم ، وهذا يجب نقض الحكم من غير تفصيل وبغير خلاف .

قال رحمه الله : اذا رجعا معا ضمنا بالسوية ، فان رجع أحدهما ضمن النصف ، ولو ثبت بشاهد وامرأتين فرجعوا ضمن الرجل النصف ، وضمن كل واحدة الربع ، ولو كان عشر نسوة مع شاهد فرجع الرجل ضمن السادس ، وفيه تردد .

أقول : منشأه من أن الضمان على الجميع مع الرجوع ، والرجل بامرأتين في ضمن السادس ، وهو المشهور بين الأصحاب وعليه فتاواهم ؛ لأن الحق ثبت بشهادة الجميع ، ومن أن الرجل نصف البينة ، ولهذا لا يثبت المال بدونه ولا غيره بالزاد على امرأتين ، لثبوت المال بشهادتها مع الرجل ، ولا يثبت بشهادة العشر من دون الرجل ، فلهذا كان نصف البينة ، فيكون عليه نصف المال ، وهو قوي ، لكن فتاوى الأصحاب على الاول .

قال رحمه الله : لو كان الشهود ثلاثة ضمن كل واحد منهم الثالث ولو رجع واحد متفرداً ، وربما خطر أنه لا ي ضمن ؛ لأن في الباقي ثبوت الحق ، ولا ي ضمن الشاهد بالحكم بشهادة غيره للمشهود له ، وال الاول اختيار الشيخ رحمه الله ، وكذا لو شهد رجل وعشر نسوة فرجع ثمان منهن ، قبيل : على كل واحدة نصف السادس ، لاشتراكهن في نقل المال ، والاشكال فيه كما في الاول .

أقول : اذا شهد أكثر من العدد الذي يثبت به الحق كثلاثة في المال فرجع

الرازد قبل الحكم لم يمنع ذلك من (٨٥) الحكم ولا غرم ، وإن رجع بعد الحكم ، قال الشيخ : يضمن بالنسبة ، وهو المشهور بين الاصحاب ؛ لأن الحق ثبت بشهادة الجميع ولا تخصيص بشهادته (٨٦) بشهادة البعض دون البعض ، وهو المعتمد . وخطر للمصنف أنه لم يضمن ، وقد ذكر وجهه وهو ضعيف ؛ لأن الحكم ثبت بالجميع ، والراجع (٨٧) جزء من السبب المتفاوت فيضمن وتخصيص الشهادتين بشهادتها دون شهادته ترجيع من غير مرجع ، فعل هذا لو رجع ثان من عشر نسوة ضمنت كل واحدة نصف السادس ، وعلى ما خطر للمصنف لم يضمنوا شيئاً ؛ لأن الحق ثبت بالباقي .

قال رحمه الله : ولو حكم فقامت بينة بالمرجح مطلقاً لم ينقض الحكم ، لا حتّى التجدد بعد الحكم ، ولو تعين الوقت وهو متقدم على الشهادة نقض ، ولو كان بعد الشهادة وقبل الحكم لم ينقض ، وإذا نقض الحكم فان كان قتلاً أو جرحاً فلا قود والفرية [الدية] من بيت المال ، ولو كان المباشر للقصاص هو الولي في ضمانه تردد ، والأشبه أنه لا يضمن مع حكم الحاكم وإذنه ، ولو قتل بعد الحكم وقبل الإذن ضمن الدية .

أقول : إذا حكم بشهادة اثنين في قطع أو قتل وأنفذ ذلك ، ثم ظهر كفرهما أو فسقهما قبل الحكم نقض الحكم ، ولم يجب على الشاهدين ضمان بطلان الحكم في نفسه ، بخلاف الرجوع ؛ لأن الراجع معترض بكذبه ويضمن الحاكم لتفريطه وحكمه بشهادة من لا يجوز شهادته ، ولا قصاص ؛ لأنه مخطئ ، فتتعجب الدية وعملها بيت المال ؛ لأنه نائب عن المسلمين وكليلهم ، وخطأ الوكيل في حق

(٨٥) - في «ن» : من ذلك .

(٨٦) - في «م» : بشهادته .

(٨٧) - في النسخ : فهو .

موكله عليه ، ولا يجب على عاقلته ولا الامام^(٨٨) وسوى^(٨٩) تولى ذلك
الحاکم^(٩٠) بنفسه او أمر من يتولاه .

وتردد المصنف في ضمان الولي اذا كان هو المباشر من أنه فاعل السبب
وال المباشرة فيكون ضامنا ؛ لأن سبب الحكم الدعوى وإقامة البينة ، فإذا باشر بعد
ذلك كان الضمان عليه دون المحاکم ، ومن أن المحاکم قد سلط الولي على القصاص ،
وهو يدعى أنه حقه فلا ضمان عليه ، وهو المعتمد اذا كان ذلك باذنه كما قاله
المصنف ، ولو كان المحكوم به مالا فالضمان على المحكوم له دون المحاکم ؛ لأن
المال يضمن بالقبض بخلاف القصاص ، ولا فرق بين أن تكون العين باقية أو تالفة
، ولا بين أن يكون المضمون له موسرا أو معسرا ، خلافا للشيخ في المعسر ، فإنه
قال : لو كان معسراً ضمن الامام ، ويرجع به على المحكوم له اذا أيسر .

(٨٨) - في النسخ : عاقلة الامام .

(٨٩) - كذلك

(٩٠) - في «م» : الحكم .

كتاب المدود والتعزيرات

في حد الزنا

قال رحمه الله : ولو تشبهت عليه فعلها الحد دونه ، وفي رواية يقام عليها الحد جهراً وعليه سراً ، وهي متروكة .

أقول : بضمون الرواية^(١) أفق ابن البراج المعتمد اختصاصها بالحد لاختصاصها بالزنا دونه والا لزم تكليف ما لا يطاق^(٢) .

قال رحمه الله : ويسقط الحد مع الاكراء ، وهو يتحقق في طرف المرأة قطعاً ، وفي تتحققه في طرف الرجل تردد ، والأشبه إمكانه لما يعرض من ميل الطبيع المزجور بالشرع .

أقول : لاشك أن المكره لا يتعلق به تحريم على فعل ما اكره عليه ، والا لزم تكليف ما لا يطاق ، وهل يتحقق الاكراء في طرف الرجل بمعنى هل تقدر المرأة أن تكره الرجل على الزنا بها ؟ تردد المصنف في ذلك من أن الحرف يمنع من انتشار العضو ؛ لانه مانع من انبعاث القوى ، ولا يمكن الزنا مع عدم انتشار العضو وهو

(١) - الوسائل ، كتاب المحدود ، باب ٣٨ من أبواب حديث الزنا ، حديث ١ .

(٢) - في الأصل إضافة : الغافل به .

لا ينشر الا مع انباع القوى بالشهوة ، والخوف يمنع من ذلك فامتنع الاكراه ، ومن أن الطبع له ميل الى ذلك فيحصل الانتشار لميل الطبع المزجور بالشرع ، فلو كان الخوف مانعاً من انتشار المضو لا متنع انتشار عضو الزانى مطلقاً ، لحصول الخوف بجزر الشرع عن الزنا ، والتوعيد عليه بالعقوبة التي هي أعظم عليه^(٣) من العقوبة الحاضرة ، فلما لم يمنع ذلك من انتشار المضو دل على أن الخوف غير مانع ، وهو المعتمد؛ لأن التخويف بترك الفعل ، والفعل لا يختلف منه فلا يمنع من الانتشار .

قال رحمه الله : ويثبت للمكرهة على الواطي مثل مهر نسائها على الأظهر .
أقول : هذا هو المشهور بين الاصحاب ، وهو المعتمد ، وقال الشيخ في كتاب المحدود من الخلاف : لا مهر لها ، واستدل بقول النبي صلى الله عليه وآله : «أنه نهى عن مهر البغية»^(٤) ، وقال : البغي الزانية ، وقال ابن ادريس : وهذا الاستدلال نرubb عن ذكره ، وهل هذه المكرهة بغي حتى استشهد بهذا الحديث على نفي مهرها ؟!

قال رحمه الله : وفي اعتبار كمال العقل خلاف ، فلو وطأ المجنون عاقلة وجوب المحرجاً أو جلداً ، هذا اختيار الشيختين رحمهما الله ، وفيه تردد .
أقول : منشئه من اختلاف الاصحاب وتساوي أدلةهم عند المصنف ، وأوجب الشیخان وابن البراج وابن بابويه الحمد على المجنون اذا زنى ، لرواية ابیان بن تغلب^(٥) عن الصادق عليه السلام الدالة على وجوب الحمد ، وقال سلار وابن ادریس : لا يجيء ، واختاره العلامة وابنه ؛ لأن الحد عقوبة سببها

(٣) - ليس في النسخ .

(٤) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٥ من أبواب ما يكتب به ، حديث ١٣ .

(٥) - الوسائل ، كتاب المحدود ، باب ٢١ من أبواب حدث زنا ، حديث ٢ .

التحريم ، وهو منتف عن المجنون ؟ لانه غير مكلف وهو المعتمد .

اما لو كان يفتيق ثم زنى وقت الافاقه حد مته جلدة عصناً كان او غير محسن ، وهو مذهب أبي الصلاح واختاره أبو العباس ، وأجمع الكل على عدم حد المجنونة ؛ لأن المرأة توق والرجل يأني ، وإنما يأني إذا عقل ، وهذا الفرق ذكره الصادق عليه السلام في الرواية^(٦) وفيه دلالة على مذهب أبي الصلاح .

قال رحمه الله : ويجب الحد على الاعمى ، فان ادعى الشبهة ، قبل : لا تقبل ، والأشهر القبول مع الاحتجال .

أقول : القول المحكى هو قول الشيخ رحمه الله ، والمشهور القبول مع الاحتجال صدقه ؛ لانه في مظنة ما أخبر به ، ولأن دعوه شبهة ، وقال عليه السلام : «ذروا المحدود للشبهات»^(٧) ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو أقر أربعاً في مجلس واحد ، قال في الخلاف والمبسوط : لا يثبت ، وفيه تردد .

أقول : منشأه من عموم قوله عليه السلام « إقرار العلاء على انفسهم جائز »^(٨) ولأن الحكم معلق على الاقرار ، (لا على اماكن الاقرار)^(٩) ، ومن أن حد الزنا مبني على التخفيف ، فيقتصر فيه على ما وقع في حضرة النبي صلى الله عليه وآله ، وهو لم يحد ما عزا حتى أقر أربعاً في أربعة مجالس^(١٠)

(٦) - المصدر السابق .

(٧) - الوسائل ، كتاب المحدود ، باب ٢٤ من أبواب مقدمات المحدود ، حديث ٤ وفيه (ادرزا) بدل (ذروا) .

(٨) - الوسائل ، كتاب الاقرار ، الباب ٣ ، حديث ٢ وفي المستدرك ، باب الثاني من الكتاب ، حديث ١ .

(٩) - ما بين القوسين ليس في «ن» .

(١٠) - سنن البهقي ، ج ٨ ، ص ٢٢٥ و ٢٢٦ و ٢٢٧ .

والاول^(١١) هو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو قال : زنيت بفلانة ، لم يثبت الزنا في طرفه حتى يكرره أربعًا ، وهل يثبت القذف للمرأة ؟ فيه تردد .

أقول : منشأه من أن حد القذف شرع لمنع الناس من الفحش ، وهذا فحش ، ومن أن زناه بها لا يستلزم زناها ، لاحتلال اكراهها ولا دلالة للعام على الخاص .

قال رحمه الله : ولو أقر بحد ولم يبينه ، لم يكُلف البيان وضرب حتى ينهى عن نفسه ، وقيل : لا يتجاوز به الملة ولا ينقص عن الثانين ، وربما كان صواباً في طرف الكثرة ، ولكن ليس بصواب في طرف التقصان ، لجواز أن يريد بالحد التعزير .

أقول : الأصل في هذه المسألة رواية محمد بن قيس عن الباقي عليه السلام : «أن أمير المؤمنين عليه السلام أمر برجل أقر على نفسه بحدٍ ولم يسمه أن يضرب حتى ينهى عن نفسه»^(١٢) ، وبضمونها أفتى الشيخ وابن البراج ، وجزم به العلامة في القواعد والارشاد ، والقول الذي أشار اليه المصنف هو قول ابن ادريس ، والمعتمد صوابه في طرف الكثرة ؛ لأن الملة أعلى الحد ، وعدم صوابه في طرف القلة بل متى نهى عن نفسه ترك ؛ لأن حد القواد خمسة وسبعين ، وهو أقل من الثانين ، والتعزير قد يسمى حداً بجازأ ، فتفسید طرف القلة بثمانين لا وجه له .

قال رحمه الله : وفي التقبيل ، والمضاجة بزار واحد ، والمعانقة روایتان ، إحداهما : مئة جلدة ، والآخر : دون الحد ، وهي أشهر .

أقول : المشهور ان في ذلك التعزير ، لأصالة براءة الذمة من الزائد ، ولما

(١١) - ليس في «رأي» ، والعبارة هكذا : وهو المعتمد .

(١٢) سالوسائل ، كتاب المحدود ، باب ١١ من أبواب المقدمات ، حديث ١ .

رواه حريري في الصحيح عن الصادق عليه السلام ، «أن علياً عليه السلام وجد رجلاً وأمرأةً في لحاف فحمد كل واحد منها منه سوطاً»^(١٢) وروى عبد الرحمن المذائ عن الصادق عليه السلام «أنه إذا وجد الرجل والمرأة في لحاف واحد جلداً متهة جلدة»^(١٣) ، والأول هو المعتمد

قال رحمه الله : وكذا قيل بالزاني بامرأة أبيه أو ابنه .

أقول : لاختلاف في قتل الزاني باحدى المحرمات السبع الأم والبنت والأخت وبنتها وبين الأخ والعمة والخالة ، وألحق الشيخ من زنى بامرأة أبيه ، وتبعه ابن البراج ، وابن حمزة أضاف^(١٤) جارية الأب الذي وطأها ، وأضاف ابن ادريس الى ما ذكره الشيخ ، من زنى بامرأة ابنه أيضاً ، والشهور مذهب الشيخ وهو المعتمد ؛ لأن عصمة نفس الإنسان أمر مطلوب للشارع ، فلا يصار الى خلافه إلا بدليل ، وحرمة الجارية ليس كحرمة المرأة ، فلا يثبت بالزنا بمحاربه الأبا ما يثبت بالزنا بزوجته ، وحرمة الأبا أقل من حرمة الأبا فلا يجب على الأب القتل بالزنا بزوجة الأبا ، واحتاج القاتل بالقتل بأنها محترمان كزوجة الأبا .

قال رحمه الله : وهل يقتصر على قتله بالسيف ؟ قيل : نعم ، وقيل : بل يجلد ثم يقتل إن لم يكن محسناً ، عملاً بمقتضى الدليلين ، والأول أظهر .

أقول : الزاني باحدى المحرمات المذكورة ، والذمي إذا زنى بمسلمة ، ومن اكرهه امرأة على نفسها ، وجب قتله مطلقاً ، محسناً كان أو غير محسن ، شاباً كان أو شيئاً ، حراً كان أو عبداً ، وهل يقتصر على ضرب العنق ؟ قال الشيخان^(١٥) :

(١٢) - الوسائل . كتاب المحدود ، باب ١٠ من أبواب حديث د الزنا ، حديث ٢٠ .

(١٣) - المصدر السابق ، حديث ٥ .

(١٤) - في «م» و«ر» : وأضاف .

(١٥) - في «ن» : الشيخ .

نعم، واختاره المصنف والعلامة وابنه ، لرواية زرارة^(١٧) عن أحدها عليها السلام ، وقال ابن ادريس : يجلد ثم يقتل إن كان غير محسن ، ويجلد ثم يرجم إن كان محسنا ، ليحصل انتقال الأمر في الحدين معا ، ولا يسقط واحد منها .

قال رحمه الله : وأما الرجم فيجب على المحسن إذا زنى ببالغة عاقلة ، فإن كان شيخاً أو شيخه جلد ورجم [ثم رجم] ، وإن كان شاباً ففيه روايتان ، إحداهما : يرجم لا غير ، والآخر : يجمع له بين الحدين ، وهوأشبه .

أقول : أما رواية الرجم لا غير فرواية عبد الله بن طلحة عن الصادق عليه السلام ، « قال : إذا زنى الشيخ والعجوز جلدا ثم رجما ، وإذا زنى النصف من الرجال رجم ولم يجلد إذا كان قد أحصن »^(١٨) ، وبمضمونها أفتى الشيخ في النهاية وأبو الصلاح .

وأما رواية الجمع ، فمن محمد بن مسلم^(١٩) عن الباقر عليه السلام ورواية زرارة^(٢٠) أيضاً ، وذلك هو المشهور بين الاصحاب ، لم عموم قوله تعالى : ﴿ الزاني والزانية فاجلدوا كل واحد منها مائة جلدة ﴾^(٢١) ، لأن علياً عليه السلام : « جلد سراحة يوم الخميس وقتلها يوم الجمعة فقيل له : اتحدها حدين ؟ فقال : حدتها بكتاب الله ، ورجحتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم »^(٢٢) .

قال رحمه الله : وفي ثبوته في طرف المجنون تردد ، والمروي الثبوت .

(١٧) - الوسائل ، كتاب المحدود ، باب ١٧ من أبواب حديث الزنا ، حديث ٢ - ٤ .

(١٨) - المصدر السابق ، باب الاول من أبواب حديث الزنا ، حديث ١١ .

(١٩) - المصدر السابق ، حديث ٨ .

(٢٠) - المصدر السابق ، حديث ١٤ .

(٢١) - التور : ٢ .

(٢٢) - سنن البيهقي ، ج ٨ ، ص ٢٢٠ .

أقول : قد مضى البحث في ذلك^(٢٣) فلا وجه لاعادته .

قال رحمه الله : وأما الجز [المجلد] والتغريب ، فيجبان على الذكر الحر غير المحسن ، يجلد مئة ، ويجز رأسه ، ويغ رب عن مصراه إلى آخر عاماً ، مملكاً كان أو غير مملك ، وقيل : يختص التغريب بمن أملك ولم يدخل ، وهو مبني على البكر ما هو ؟ والأشبه أنه عبارة عن غير المحسن وإن لم يكن مملكأً .

أقول : الأصل في هذا الحكم قول النبي صل الله عليه وآله : « البكر بالبكر جلد مئة ويغ رب عاماً ، والثيب بالثيب جلد مئة والرجم »^(٢٤) ، وقول الصادق عليه السلام في صحيفة الحلي : « الشیخ والنیخة جلد مئة والرجم ، والبکر بالبکر جلد مئة ونفي سنة »^(٢٥) ، واختلف الاصحاب في تفسیر البکر ، قال الشیخ في النهاية : هو من أملك ولم يدخل ، أي عقد على امرأة ولم يدخل بها ، وبه قال ابن بابویه وابن البراج وابن حمزة وابن زهرة وسلام ، واختاره العلامہ في التحریر والمختلف ، وابنه في شرح القواعد ، وابو العباس في المقتصر ، وقال الشیخ في المبسوط والخلاف : هو غير المحسن ، سواء كان مملكاً أو غير مملك ، وبه قال ابن ادریس ، واختاره المصنف ، ومستند الفرقین الروایات^(٢٦) ، فعل مذهب النهاية ينقسم الزانی غير المحسن الى قسمین : البکر : وهو من أملك ولم يدخل ، وحده الجز والمجلد والتغريب ، (وغير البکر وهو من ليس بملك)^(٢٧) وحده الجلد لا غير ، وعلى مذهب المبسوط والخلاف غير المحسن قسم واحد .

قال رحمه الله : ولو تكرر من الحر الزنا فاقسم عليه الحد مرتين ، قتل في

(٢٣) - ص ٣١٢.

(٢٤) - سنن البیهقی ، ج ٨ ، ص ٢٢٢ .

(٢٥) - الوسائل ، کتاب المحدود ، باب الأول من ابواب حدیث د الزنا ، حدیث ٩ .

(٢٦) - راجع احادیث باب المذکور . والباب السابع أيضاً .

(٢٧) - فی الأصل بدل ما بين التقویین : ومن لم يملك .

الثالثة ، وقيل : في الرابعة .

أقول : الاول مذهب محمد بن بابويه ، واختاره ابن ادریس مدعياً عليه الاجماع ، لقوله عليه السلام : « أهل الكبار يقتلون في الثالثة »^(٢٨) والثاني قول الشیخین والمرتضی وابن البراج وأبی الصلاح وسلام ، واختاره المصنف و العلامة ، لرواية اسحاق بن عمار ، عن أبي بصیر عن الصادق عليه السلام ، قال : « قال : الزانی اذا جلد ثلاثة يقتل في الرابعة »^(٢٩) ولما في ذلك من الاحتیاط على حفظ النفس ، وعدم التهجم على إراقة الدم ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : أما الملوك إذا اقيم عليه الحد سبعاً قتل في الثامنة ، وقيل : في التاسعة ، وهو أولى .

أقول : الاول مذهب الشیخ في الخلاف ، وبه قال ابننا^(٣٠) ببابويه والمفید وسلام وابن حمزة وابو الصلاح وابن ادریس ، والثاني قول الشیخ في النهاية ، وبه قال ابن البراج ، واختاره المصنف والعلامة وأبی العباس ، والوجه معلوم مما تقدم .

قال رحمه الله : في كيفية الحد ، فان فر أعيد إن ثبت زناه بالبنية ، ولو ثبت بالاقرار لم يعد ، وقيل : إن فر قبل إصابته بالاحجار أعيد .

أقول : اذا فر المرجوم من الحفيرة ، فان ثبت موجب رجمه بالبينة أعيد إجماعاً ، سواء أصابته الاحجار أو لم تصبه ، وإن ثبت الموجب بالاقرار قال المفید وسلام وأبی الصلاح : لا يعاد مطلقاً ، سواء أصابته الاحجار أو لم تصبه ، واختاره المصنف والعلامة ؛ لأن فراره كالانكار ، ولو أنكر بعد الاقرار لم يرجح فكذا إذا

(٢٨) - الوسائل ، كتاب المحدود ، باب ٥ من أبواب المقدمات ، حديث ١ .

(٢٩) - المصدر السابق ، حديث ٢ .

(٣٠) - في « م » و « ر » : ابن .

فَرَّ ؛ لأن المحدود مبنية على التخفيف ، ولما روى من إنكار رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على قتلة ما عز بن مالك ، لما فرّ فلتحق الزبیر وضربه بساقه بغير فوجع فلتحقه وقتلوه ، فأنكر رسول الله صلى الله عليه وآله ذلك ، وقال : « هلا تركتموه لما هرب فذهب ، فإنه المقرب على نفسه ، أما لو كان على عليه السلام حاضراً لما ظلمتم »^(٣١) وروي أنه فداء من بيت المال^(٣٢) ، وقال في النهاية : يعاد مع عدم اصابة الاحجار ، ولا يعاد مع اصابتها ، وتبعه ابن البراج ، وهو مذهب ابن الجنيد ، لرواية الحسين بن خالد^(٣٣) عن الكاظم عليه السلام .

قال رحمة الله : ويستحب أن يحضر اقامه الحد طائفة ، وقيل : يجب تمسكاً بالآلية ، وأقلها واحد ، وقيل : عشرة ، وخرج متاخر ثلاثة ، والاول أحسن .

أقول : هنا مسئلتان :

الأولى : حضور الطائفة ، هل هو مستحب أو واجب ؟ بالاول قال الشيخ في الخلاف ، وهو ظاهر المصنف ، لاصالة البرامة ، وبالثاني قال ابن ادریس ، واختاره المصنف في المختصر ، وهو اختيار العلامة وابو العباس ، لقوله تعالى : « وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين »^(٣٤) ، والأمر حقيقة في الوجوب ، وهو المعتمد .

الثانية : اختلف الاصحاب في الطائفة ، قال في النهاية : أقلها واحد ، واختاره المصنف والعلامة وابنه وابو العباس ؛ لأن الطائفة واحد من الفرقـة ،

(٣١) - الوسائل ، كتاب المحدود ، الباب ١٥ من أبواب حديث الزنا ، حديث ١ ، وفيه (ظلمتم) بدل (ظلمتم) .

(٣٢) - المصدر السابق .

(٣٣) - المصدر السابق .

(٣٤) - التور : ٢ .

لقوله تعالى : ﴿ فلو لا نفر من كل فرقة منهم طائفه ﴾^(٣٥) والفرقة جماعة ، والطائفة واحد ، وقال الشيخ في الخلاف : أقلها عشرة ، نقله عن الحسن (البصري ، وقال ابن ادريس : أقلها ثلاثة ؛ لأن الطائفة تقال عرفا على الجماعة ، وأقل الجمع ثلاثة)^(٣٦) وال الاول هو المعتمد .

قال رحمه الله : وقيل : لا يرجحه من الله قبله حد ، وهو على الكراهة .

أقول : ورد في الروايات^(٣٧) النبي عن أن يرجحه من الله قبله حد ، فظاهره التحرير ، ويعتمل أن يكون الكراهة لاصالة البراءة ، وهو المشهور ، لوجوب القيام بأمر الله تعالى ، وعموم وجوب الامر بالمعروف والنبي عن المنكر ، والرجم من هذا القبيل . واعلم أن المخلاف إنما هو في المقر ، أما من قامت عليه البيينة فالواجب بدأة الشهود ؛ لأن النبي إنما ورد في صورة الاقرار .

قال رحمه الله : يجعل الزاني مجردأ ، وقيل : على الحالة التي وجد عليها قاتناً أشد الضرب ، وروى موسطا .

أقول : المشهور جلدته قاتناً مجردأ ، سواء وجد بشيابه أو عارياً ، وقال في النهاية : يجعل على مثل حالة الزنا إن زنا وهو مجرد جلد مجرد ، وإن زنى وعليه بشيابه جلد بشيابه ، وال الاول هو المعتمد ، والمرأة تضرب وهي جالسة لابسة بشيابها على المشهور بين الاصحاب ، وقال ابن بابويه : إن وجدت مجردة كذلك ، وال الاول هو المعتمد ، والمشهور أن^(٣٨) يضرب أشد الضرب ، ورواية التوسط رواية الحسين بن سعيد^(٣٩) عن الباقي عليه السلام ، وال الاول هو المعتمد ، لقوله تعالى :

(٣٥) - التوبه : ١٢٢ .

(٣٦) - ما بين القوسين ليس في «ر١» .

(٣٧) - الوسائل ، كتاب الحدود ، احاديث باب ٣١ من أبواب المقدمات .

(٣٨) - في «ن» و«ر١» : أنها .

(٣٩) - لم أعثر على رواية للحسين بن سعيد بهذا المضمون . والموجود في الجوادر ، ج ٤١

﴿ولا تأخذكم بها رأفة﴾^(٤٠) ، والضرب الضعيف رأفة وقد نهي عنه .
 قال رحمه الله : اذا شهد أربعة على امرأة بالزنا قبلًا ، فادعه أنها بكر ،
 فشهد لها أربع نساء [بذلك] فلا حد ، وهل تحد الشهود للفريضة ؟ قال في النهاية :
 نعم ، وقال في المبسوط : لاحد ، لاحتال الشبهة في المشاهدة ، والاول أشبه .
 أقول : بمذهب النهاية قال ابن الجنيد و اختاره المصنف : لأنهم شهدوا بزنا
 لم يثبت فيجب عليهم الجلد للفريضة ، وبمذهب المبسوط قال ابن حزم و ابن
 ادريس ، و اختياره العلامه وابنه وابو العباس ، لحصول الشبهة بتعارض
 الشهادتين وهي دارئة للحد ، ولا مكان عود البكاره ، قاله العلامه في القواعد ،
 والمتمدد مذهب المبسوط .

قال رحمه الله : قال الشيخ رحمه الله : لا يجب على الشهود حضور موضع
 الرجم ، ولعل الاشبه الوجوب ، لوجوب بدأتهم بالرجم .

أقول : البدأ بالرجم واجب ، وهو لا يتم الا بالحضور ، وما لا يتم الواجب
 الا به فهو واجب ، وقال في المبسوط والخلاف : لا يجب عليهم الحضور ، و اختياره
 العلامه في المختلف ، وابنه في شرح القواعد ، لاصالة براءة الذمة ، فعل هذا يكون
 شرط وجوب البداءة الحضور لا الشهادة ، فان حضروا واجب^(٤١) عليهم
 البدأ بالرجم والا فلا .

قال رحمه الله : اذا كان الزوج أحد الاربعة فيه روایتان ، ووجه الجمع
 [سقوط] العقوبة والحد إن اختل بعض شروط الشهادة ، مثل سبق الزوج
 بالقذف ، ويحد الزوج ، أو يدرأ بالللعان ويحد الباقون ، وثبوت الحد إن لم يسبق

ص ٣٦٠ مرسلاً حریز ، وهي مرؤية في المحدود من الوسائل باب ١١ من أبواب حد الزنا -
 حديث ٦٧ وفي باب روایة لابن سعيد حديث ١ .

(٤٠) - التور : ٢ .

(٤١) - كذا .

الزوج ولم يختل بعض الشرائط .

أقول : اذا كان الزوج أحد الشهود الاربعة ، قال المصنف : فيه روايتان ،
اما رواية قبول شهادتهم ووجوب حد المرأة فرواية علي بن ابراهيم بن نعيم عن
الصادق عليه السلام ، « قال : سأله عن أربعة شهدوا على امرأة بالزنا أحد هم
زوجها ؟ قال : يجوز »^(٤٢) وبضمونها أفتى الشيخ في النهاية والخلاف
والاستبصار ، وبه قال ابن حمزة وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة وابنه
وابو العباس ، ان لم يختل بعض شروط الشهادة ، ورواية حد الشهود دون المرأة
رواية زرارة عن أحد هم عليها السلام : « في أربعة شهدوا على امرأة بالزنا
أحد هم زوجها ؟ قال : يلاعن ويحد الباقيون »^(٤٣) ، وبضمونها أفتى ابن بابويه
وابن الجنيد وأبو الصلاح وأبن البراج ، وحمل الأولون الرواية على اختلال بعض
الشرائط ، كسبق الزوج بالقذف أو عدم تعديل الشهود واختلافهم^(٤٤) في
الإقامة ، وقد سبق البحث في هذه في باب اللعان^(٤٥) .

قال رحمه الله : اذا شهد بعض وردت شهادة الباقيين ، قال في الخلاف
والبسot : إن ردت بأمر ظاهر حد الجميع ، وإن ردت بأمر خفي فعل المردود
الحد دون الباقيين ، وفيه إشكال من حيث تحقق القذف العاري عن بينة .

أقول : مذهب الخلاف والبسot هو المشهور بين الاصحاب ، وجزم به
العلامة في القواعد والتحرير وهو المعتمد : لأنهم أقاموا شهادة مقبولة في ظاهر
الشرع ، ولم يطعنوا على جرح من ردت شهادته منهم ، لخفاء حاله عليهم ،
فيختص المردود بالحد دونهم ، كما لو رجع في شهادته ، والا لزم تكليف ما

(٤٢) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ١٢ ، حديث ١ .

(٤٣) - المصدر السابق ، حديث ٢ .

(٤٤) - في «م» : واحلائهم .

(٤٥) - ج ٢ ص ٣٥١ .

لا يطاق وهو باطل ، وظاهر المصنف وجوب حد الجميع ، لتحقق^(٤٦) القذف
الخالي عن بينة ، وهو معارض برجوع بعضهم عن الشهادة فانه يختص بالحمد مع
عدم تحقق البينة .

قال رحمة الله : من افتض بكرأ باصبعه لزمه مهر نسائها ، ولو كانت أمة
لزمه عشر قيمتها ، وقيل : يلزمها الأرش ، والاول مروي .

أقول : لزوم عشر القيمة مذهب الشيخ في النهاية ، ولزوم الارش مذهب
ابن ادريس ، وجعل ما قاله الشيخ رواية ، قال : وروي^(٤٧) أن عليه عشر
قيمتها ويجلد من ثلاثة الى تسعة وتسعين سوطا عقوبة ، قال : والأولى أن يغرن
ما بين قيمتها بكرأ وثيبا .

(٤٦) - في الأصل : لتحقق حد القذف .

(٤٧) - السرائر ، ج ٢ ، ص ٤٤٩ .

في حد اللواط والسحق والقيادة

قال رحمه الله : ويحكم الحاكم فيه بعلمه ، إماماً كان أو غيره على الأصح .
أقول : قد سبق البحث في هذه في كتاب القضاء .

قال رحمه الله : وكيفية إقامة الحد القتل إن كان اللواط إيقاباً ، وفي رواية :
إن كان محسناً رجم وإن كان غير محسن جلد ، وال الأول أشهر ثم الامام مخير في
قتله ، بين ضربه بالسيف ، أو تحريره ، أو رجمه أو إلقائه من شاهق ، أو إلقاء جدارٍ
عليه ، ويجوز أن يجمع بين أحد هذه وتحريره وإن لم يكن إيقاباً كالتفحيد أو بين
الاليتين فحده مائة جلدة ، وقال في النهاية : يرجم إن كان محسناً ، ويجلد إن لم يكن
وال الأول أشبه .

أقول : اللواط قد يكون إيقاباً وغير إيقاب ، فالإيقاب غيبوبة الحشمة في
الدبر ، وغير الإيقاب كالتفحيد بين الاليتين ، فان كان الاول وجوب قتل الفاعل
والمفعول مع بلوغهما ورشدهما ، ولا فرق بين المحرر والمبد ، ولا بين المسلم
والكافر ، ولا بين المحسن وغيره ، وهذا هو المشهور وعليه فتوئي الاصحاب ،
قال المصنف : وفي رواية إن كان محسناً رجم وإن كان غير محسن جلد ، وهو

أشاره الى ما رواه العلاء بن الفضل عن الصادق عليه السلام ، « قال : حد اللوطى مثل حد الزانى ، وقال : إن كان قد أحصن رجم والا جلد »^(٤٨) ، ومثلها روایة حماد بن عثمان^(٤٩) عن الصادق عليه السلام ، وحملها الشيخ على عدم الایقاب أو التقبة ، لأن ذلك مذهب بعض العامة ، وان كان الثاني - وهو غير الایقاب - فالمشهور أن الحد فيه جلد مئة مطلقا ، سواء كان محصنا أو غير محصنا ، وهو مذهب المقيد وسلام وأبي الصلاح وابن أبي عقيل والسيد المرتضى وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس وهو المعتمد ، لاصالة برامة الذمة ، ولرواية سليمان بن هلال عن الصادق عليه السلام : « في الرجل يفعل بالرجل ؟ قال : إن كان دون الثقب فالجلد وإن كان الثقب أقيم قاما ثم ضرب بالسيف »^(٥٠) وقال الشيخ في النهاية : يترجم مع الاحسان ويجلد مع عدمه ، وتبعه ابن البراج وابن حزرة وهو ظاهر ابني بابويه للحاديدين المتقدمين .

قال رحمه الله : لو تكرر منه الفعل وتخلله الحد مرتين قتل في الثالثة ، وقيل : في الرابعة .

أقول : هذا غير الموقب ، والاول قول ابن ادريس ، والثاني قول الشيخ في النهاية ، وبه قال أبو الصلاح وأبن البراج ، واختاره المصنف والعلامة وابنه ، وهو المعتمد ، والوجه ما تقدم في الزنا .

قال رحمه الله : والحد في السحق مئة جلدة ، حرفة كانت أو أمة ، مسلمة أو كافرة ، محصنة أو غير محصنة ، الفاعلة والمفعولة ، وقال في النهاية : ترجم مع الاحسان وتحدم مع عدمه ، والاول أولى .

(٤٨) - الوسائل ، كتاب المحدود ، باب من ابواب حد اللسواط ، حديث ٢ وفيها العلاء بن الفضيل .

(٤٩) - المصدر السابق ، حديث ٤ .

(٥٠) - المصدر السابق ، حديث ٢ .

أقول : الاول مذهب السيد المرتضى والمفيد وأبى الصلاح وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة وابنه ، وهو المعتمد ، لأصالة البراءة ، ولما رواه زرارة عن الباقر عليه السلام ، « قال المساحقه تجلد »^(٥١) وبعد مذهب النهاية قال ابن البراج وابن حزرة لما رواه هشام بن حزره وحفص ، عن الصادق عليه السلام ، « أنه دخل عليه نسوة فسألته امرأة منهم عن السحق ؟ فقال : حدتها حد الزاني ، فقالت المرأة : ما ذكره الله تعالى في القرآن ؟ فقال : بلى ، فقالت : أين ؟ قال : هن أصحاب الرس »^(٥٢) وحملت على حد الزاني من الجلد .

قال رحمه الله : والأجنبيتان إذا وجدتا في إزار مجردتين عزرت كل واحدة دون الحد ، فان تكرر الفعل منها والتغزير مرتين أقيم عليهما الحد في الثالثة ، فان عادتا ، قال في النهاية : قتلتا والأولى الاقتصار على التغزير ، إحتياطاً في التهم على الدم .

أقول : قال الشيخ في النهاية : اذا وجدت امرأتان في إزار واحد مجردتين من ثيابهما ، وليس بينهما رحم ولا أحوجتها الى ذلك ضرورة من برد وغيره ، كان على كل واحدة منها التغزير من ثلاثين سوطا الى تسعة وتسعين ، فان عادتا الى مثل ذلك نهيا وادبتا ، فان عادتا ثالثة اقيم عليهما الحد كاملا مئة جلدة فان عادتا رابعة كان عليهما القتل ، وتبعه ابن البراج ، واختاره العلامة في المختلف وأبى العباس في المقتصر ، لما رواه أبو خديجة^(٥٣) عن الصادق عليه السلام ، « ولأن أصحاب الكبار يقتلون في الرابعة على المشهور ، وابن ادريس أوجب القتل في الثالثة بناءً على مذهبه من أن أصحاب الكبار يقتلون في الثالثة ،

(٥١) - المصدر السابق ، باب ١ من أبواب حديث السحق ، حديث ٢ .

(٥٢) - المصدر السابق ، حديث ١ ، وفيه هشام بن أبي حزرة .

(٥٣) - الوسائل ، كتاب المحدود ، باب ١٠ من أبواب حد الزنا ، حديث ٢٥ .

والمصنف لم يوجب القتل بل التعزير في الرابعة والمهد في الثالثة ، واختاره العلامة في القواعد والتحرير .

قال رحمه الله : اذا وطأ زوجته فساحت بكرأ فحملت ، قال في النهاية : على المرأة الرجم وعلى الصبي الجلد مئة بعد الوضع ، ويلحق الولد بالرجل ، وعلى المرأة المهر ، أما الرجم فعل ما مضى من التردد ، وأشتهر [وأشبهه] الاقتصار على الجلد ، وأما جلد الصبي لوجه ثابت ، وهي المضاجعة [المساحة] ، وأما لحقوق الولد فلأنه ماء غير زان وقد اخْلَق منه الولد فيلحق به ، وأما المهر فلأنها سبب في إذاب العذرة ، وديتها مهر نسائها ، وليس كالزنانية في سقوط دية العذرة ؛ لأن الزانية أذنت في الافتراض وليس هذه كذا ، وأنكر بعض المتأخرین ذلك ، وظن أن المساحة كالزنانية في سقوط دية العذرة وسقوط النسب .

أقول : أنكر ابن ادریس الرجم ولحقوق الولد بالرجل وإيجاب المهر على الزوجة ، قال : لأننا قد بینا أن جلأ أصحابنا لا يرجون المساحة ، سواء كانت محصنة أو غير محصنة ، واستدللنا على ذلك ، فكيف نوجب على هذه الرجم ؟ قال : والحاقد الولد بالرجل فيه نظر يحتاج الى دليل قاطع ؛ لأنه غير مولود على فراشه ، والرسول صلی الله عليه وآلہ وسلم قال « الولد للفراش »^(٥٤) وهذه ليست فراشنا للرجل ؛ لأن الفراش عبارة في الخبر عن العقد ، وامكان الولد ، ولا هو من وطئ شبهة ، قال : والزام المرأة المهر أيضا فيه نظر ولا دليل عليه ؛ لأنها اختارة غير مكرهة ، وقد بینا أن الزاني اذا زنى بالبكر الحرة البالغة لا مهر عليه اذا كانت مطاوية ، والبكر المساحة هنا مطاوية ، وقد اوجبنا عليها المهد ؛ لأنها بغي ، والنبي صلی الله عليه وآلہ وسلم : « نهى عن مهر البغي »^(٥٥) الى هنا كلام ابن

(٥٤) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٥٦ من أبواب نكاح العبيد والاما ، حديث ١.

(٥٥) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٥ من أبواب ما يكتسب به ، حديث ١٢.

ادريس^(٥٦).

قلت : اما الرجم فالمعتمد فيه مذهب ابن ادريس ، والشيخ بناء ذلك على مذهبة وهو وجوب رجم المساحقة اذا كانت عصنة ، وقد مضى البحث في ذلك^(٥٧).

واما لحق الولد بالرجل ووجوب المهر على الزوجة ، فالمشهور في ذلك مذهب الشيخ وقد بين المصنف الوجه في ذلك ، ولا يلحق الولد بالكبيرة إجماعاً وهل يلحق بالصبية التي ولدته ؟ استقرب العلامة في القواعد عدم اللحق ، لأنها لاتفاقه سببه ، وهو النكاح الصحيح أو الشبهة وما منفيان ، لأنها في حكم الزانية ، وهذا يجب عليها الحد ويحتمل اللحق ؛ لأنها ولدته من غير زنا فيلحق بها ، والاول هو المعتمد .

قال رحمه الله : ومع ثبوته يجب على القواد خمس وسبعين جلدة ، وقيل : يحلق رأسه ويشهر .

أقول : المشهور بين الأصحاب أن القواد يحلق رأسه ويشهر شنعة له ، والمصنف لم يجزم بذلك لخلو الأحاديث^(٥٨) عنه ، وإنما هو شيء ذكره الشیخان وتبعهما الباقيون .

قال رحمه الله : وهل ينقى بأول مرأة ؟ قال في النهاية : نعم ، وقال المفید رحمه الله : ينقى في الثانية ، والاول مروي ، أما المرأة فتجعله وليس عليها جز ولا شهرة ولا نفي .

أقول : القواد يجعله خمساً وسبعين جلدة ويحلق رأسه ويشهر في البلد ، ثم

(٥٦) - السرائر ، ج ٢ ، ص ٤٦٥ .

(٥٧) - ص ٣٢٦ .

(٥٨) - الوسائل ، كتاب المحدود ، أحاديث باب الخامس من أبواب حد السحق والقيادة .

ينقُّ من البلد الذي فعل فيه ذلك إلى غيره ، أما الجلد والخلق والشهرة فبأول مرة ، وهل ينقُّ بأول مرة أيضاً ؟ قال الشيخ في النهاية : نعم ، وتبعد ابن البراج وابن ادريس ، واختاره المصنف في المختصر وفخر الدين وأبو العباس ، لما رواه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام ، « قال : يضرب ثلاثة أرباع حد الزاني خمس وسبعين سوطاً ، وينقُّ عن المصر الذي هو فيه »^(٥٩) وقال المفيد : لا ينقُّ إلا في الثانية ، وبه قال أبو الصلاح وسلام .

في حد القذف

قال رحمه الله : ولو قال ولدت من زنا ، في وجوب الحد لأمه تردد ،
لاحتمال إنفراد الاب بالزنا ولا يثبت الحد مع الاحتمال ، أما لو قال : ولدتك أمه
من الزنا فهو قذف للام ، وهنا الاحتمال أضعف ، ولعل الاشبه عندي التوقف
لتطرق الاحتمال وان ضعف .

أقول : اذا قال لغيره ولدت من الزنا ففيه قولان ، أحدهما : اختصاص
القذف بالام ، لاختصاص الام بالولادة ظاهر^(٦٠) وقد عداه الى الزنا بعرف
الجر ، ومقتضاه نسبة الام الى الزنا ، وهو قول الشيخ في النهاية ، وتبعه ابن
البراج ، ونقله الشهيد عن نجم الدين في نكت النهاية ، وعن العلامة في التلخيص ،
والثاني اشتراك القذف بين الام والأب ؛ لأن نسبة اليها واحدة فلا اختصاص ،
وهو قول ابن ادريس ، واستحسنه العلامة في المختلف ، ولم يصرح بشبوت الحد
ولا نقية ، وظاهر المصنف هنا عدم ثبوت الحد ، وقد ذكر وجهه وهو ظاهر العلامة
في التحرير أيضاً ، وجزم في القواعد بشبوته لها ؛ لأن ظاهر اللفظ القذف لها ،

والاحتال لainي ما ثبت بظاهر اللفظ ، واختاره الشهيد في شرح الارشاد ، فعل
هذا إذا قال : ولدتك أمك من الزنا ، كان قذفا للأم خاصة ، وكان احتال تبوت
الحمد لله⁽¹¹⁾ أضعف ، وجزم العلامه بالثبوت ، وهو المعتمد .

قال رحمة الله : ولو قال : زنيت بغلان أو لطت به ، فالقذف للمواجه ثابت ، وفي ثبوته للمنسوب اليه تردد ، وقال في النهاية وفي المبسوط : يثبت حدان ؛ لأنّ فعل واحد مقتذباً في أحد هما كذب في الآخر ، ونحن لا نسلم أنه فعل واحد ؛ لأنّ موجب الحد في الفاعل غير الموجب في المفعول ، وحيث إنّه يمكن أن يكون أحد هما مختاراً دون صاحبه .

أقول : ثبوت المدين مذهب الشيخ وابن زهره وأبي الصلاح وابن البراج ، واختاره العلامة في المختلف ، وفخر الدين في الإيضاح ، وأبو العباس في المقتصر؛ لأنَّه أضاف الزنا واللواء إليها ، وهو فعل واحد . وثبوته للسواقة خاصة مذهب ابن أدریس ، واختاره المصنف ؛ لأنَّ موجب الحد في الفاعل غير موجب الحد في المفعول ؛ لأنَّ نسبة إلى المفعول به الانفعال لا إلى الفعل ، والانفعال أعم من المطاعة والإكراه ، لصدق حقيقته فيها ، ولا دلالة للعام على الخاص ، ولا حد مع الاحتمال ، لكونه شبهة ، وقال عليه السلام « ذروا الحدود بال شبئات » (١٢) .

أقول : التردد المذكور هو ما سبق^(٦٣) من التردد في قوله : زيت بغلان أو لطت به ، فن أثبتت القذف في هذه الصورة للمنسوب اليه ، أثبتته للزوجة في صورة

(٦١) - ليست في الأصل .

(٦٢) الوسائل، كتاب الحدود، باب ٢٤ من أبواب المقدمات، حديث ٤، وفيه (ادرزا) بدل (ذروا).

(٦٣) - تقدم في المسألة السابقة.

قول الزوج لها : زنيت بك ، ومن لا فلا وقد سبق البحث فيه .

قال رحمة الله : وهل يشترط في وجوب الحد الكامل الحرية ؟ قيل : نعم ،
وقيل : لا يشترط ، فعلى الاول يثبت نصف الحد ، وعلى الثاني يثبت الحد كاملاً .

أقول : المشهور بين الاصحاح عدم الفرق بين المحرر والعبد في وجوب
القانين جلدة ، وهو مذهب الشيخ في النهاية والخلاف ، وابن الجنيد وأبي الصلاح
وابن البراج وابن زهرة وابن ادريس ، واختارة المصنف في المختصر ، والعلامة
في القواعد والتحرير ، لعموم قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا
بِأَرْبَعَةِ شَهَادَةٍ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدًا﴾^(١٤) الاية ولما رواه الشيخ في التهذيب ،
عن أبي بكر المضرمي ، « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عبد مملوك
قذف حرا ؟ قال : يجلد ثمانين ، هذا من حقوق الناس ، وأما ما كان من حقوقه
تعالى فإنه يضرب نصف الحد ، قلت : الذي من حقوقه تعالى ما هو ؟ فقال : الزنا
وشرب الخمر ، وهذا من الحقوق التي يضرب فيها نصف الحد »^(١٥) وقال في
المبسوط : يجلد العبد أربعين لما رواه ابو العباس بن سليمان ، « قال : سألت أبا عبد
الله عليه السلام عن المملوك اذا افترى على المحرر ، كم يجلد ؟ قال : أربعين »^(١٦) ،
والاول هو المعتمد .

قال رحمة الله : ولو ادعني المقتذوف الحرية فأنكرها القاذف ، فان ثبت
أحدما عمل عليه ، وإن جهل فيه تردد ، أظهره أن القول قول القاذف لطرق
الاحتمال .

أقول : اذا قذف رجل رجلا ثم اختلفا ، فقال المقتذوف : أنا حر فعليك

(١٤) - التور : ٤ .

(١٥) - الوسائل ، المحدود ، باب ٤ من أبواب القذف ، حديث ١٤ .

(١٦) - المصدر السابق ، حديث ١٥ .

المحد، وقال القاذف : أنت عبد فعلي التعزير ، قال الشيخ في الخلاف : القول قول القاذف ؛ لأصالة البراءة ، وقال في المبسوط : إن علم أنه حر أو عبد اعتق قبل القذف فعليه المحد ، وإن علم أنه مملوك عزر ، وإن جهل ، قال قوم : القول قول القاذف لأصالة البراءة ، وقال آخرون : القول قول المقذوف لأصالة الحرية ، وهو ما قوياً ، وهو يدل على تردد ، واختار العلامة في المختلف مذهب الشيخ في الخلاف ، واختاره فخر الدين .

قال رحمه الله : ولو قال لمسلم يا ابن الزانية ، أو أمك زانية ، وكانت أمه كافرة أو أمة ، قال في النهاية : عليه الحد تماماً حرمة ولدها ، والاشبه التعزير .
أقول : بمذهب النهاية قال ابن الجنيد وابن البراج ، والتعزير مذهب ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة وابنه ، لأصالة براءة الذمة ؛ لأن الاصل مراعاة التكافؤ للقاذف أو على المقذوف ، والامر هنا ليس كذلك ؛ لأن المقذوف هنا الام ، وهي غير مكافحة للقاذف ، والمعتمد مذهب المصنف .

قال رحمه الله : اذا تكرر الحد بتكرر القذف مرتين ، قتل في الثالثة ، وقيل : في الرابعة ، وهو أولى .

أقول : الاول مذهب ابن ادريس ؛ لأن أهل الكبار عنده يقتلون في الثالثة ، والثاني مذهب الشيخ في النهاية ، واختاره المصنف والعلامة وابنه وأبو العباس^(٦٧) ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : قيل : لا يعزز الكفار مع التنازع بالألقاب والتعزير بالأمراض ، إلا أن يخشى حدوث فتنة فيحسمها الإمام بما يراه .

أقول : هذا هو المشهور بين الأصحاب لا أعلم فيه خلافاً^(٦٨) ، ويحتمل

(٦٧) - ليست في «ن».

(٦٨) - في الأصل : عمالقاً .

ثبوت التعزير ، لعموم قوله : «كل من ترك واجباً أو فعل حرماً فلللام تعزيره بما لا يبلغ الحد»^(٦٩) ، قال المقداد في شرح المختصر : وجه العدم ثبوت التعزير في الطرفين فيتهاoran ، وفي هذا التوجيه نظر ؛ لانه لو كان ثبوت التعزير في الطرفين علة في سقوطه عندها لسرت في المسلمين ، مع أنه لو تقادف اثنان من المسلمين عزرا إجماعاً .

قال رحمه الله : يكره أن يزاد في تأديب الصبي على عشرة أسواط ، وكذا الملوك ، وقيل : إن ضرب عبده في غير حد حداً لزمه إعتاقه ، وهو على الاستحباب .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : من ضرب مملوكه فوق المحد كان كفارته أن يعنته ، وتبعه ابن البراج ، وقال ابن ادريس : لا دليل على ذلك من كتاب ولا سنة مقطوع بها ولا إجماع ، والأصل براءة الذمة من العتق ، وبقاء الرق ، والمشهور الاستحباب ، وهو المعتمد لأصالة البراءة من الوجوب .

(٦٩) - كأنه من عبارات الفقهاء . لاحظ مفاتيح الشرائع للغيب الكاشاف في رحمه الله ، ج ٢ ، ص ١٠٦ ، والتنقيح الرابع للمقداد السيوري رحمه الله ، ج ٤ ، ص ٣٦٤ .

في حد المسكر

قال رحمة الله : أما التر إذا غلى ولم يبلغ حد الاسكار ، ففي تحريمها تردد ، والأشبه بقاوه على التحليل حتى يبلغ ، وكذا البحث في الزبيب إذا نقع بالماء فقل من نفسه أو بالنار ، والأشبه أنه لا يحرم ما لم يبلغ الشدة المسكرة .
أقول : التر أو الزبيب اذا جعل^(٧٠) بالماء فلن من نفسه أو بالنار ، ولم يبلغ الشدة المسكرة احتمل فيه التحرير ، مساواة للعصير اذا غلى ، ومحتمل عدم التحرير لاصالة الاباحة ، فيقتصر على موضع النص^(٧١) ، وهو المشهور بين الاصحاب واختاره المصنف والعلامة وابنه وهو المعتمد .

تنبيه : اختلف في تعريف المسكر ، قيل : هو ما يحصل معه اختلال الكلام المنظوم ، وظهور السر المكتوم ، وقيل : هو ما يغير العقل ويحصل معه نشوة وسرور وقوة نفس وعربدة ، فان حصل مع ذلك تغير الحواس الخمس فهو المرقد ، والمعتمد صدق السكر لكل واحدة من هذه الاشياء ، فاذا غلى التر

(٧٠) - من «ن» وفي غيرها : جعلا .

(٧١) - في المفاتيح ج ٢ ، ص ٨٧ : لم يجد مستنده .

والزبيب حتى صار أسفله أعلاه ، وحصل فيه القوة المسكرة التي تفعل بالمزاج أحد هذه الآسياء ، حرم والا فهو حلال .

قال رحمه الله : المد ثمانون جلدة ، حرأ كان الشارب أو عبدا ، رجلاً كان الشارب او امرأة ، وفي رواية يحد العبد أربعين ، وهي متروكة .

أقول : الرواية إشارة إلى ما رواه أبو بكر الحضرمي^(٧٢) عن الصادق عليه السلام وقد تقدمت في القذف ، وبضمونها أفقى محمد بن بابويه ، والمشهور عدم الفرق بين الحر والعبد في وجوب الثناءين ، لاطلاق الروايات الدالة على ذلك ، كروايه زرار^(٧٣) عن الباقر عليه السلام وفي رواية^(٧٤) أبي بصير عن أحدهما عليها السلام ، ورواية بريد بن معاوية^(٧٥) عن أبي عبد الله عليه السلام ، وهو مذهب الشیخین وابن البراج وابن ادریس ، واختاره المصنف والعلامة وابنه ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : وإذا حد مرتين ، قتل في الثالثة ، وهو المروي ، وقال في الخلاف : يقتل في الرابعة .

أقول : قتله في الثالثة مذهب المفيد وابن أبي عقيل وأبي الصلاح وابن حزنة وابن ادریس ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ، وختاره المصنف والعلامة في المختلف ، لما رواه أبو عبيدة عن الصادق عليه السلام ، « قال : من شرب المخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه »^(٧٦) ولصحيحه يومنس عن الكاظم عليه السلام ، « قال : أصحاب الكبائر كلها اذا اقيمت عليهم المد مرتين

(٧٢) - تقدمت في المامش (٦١) ص

(٧٣) - الوسائل ، المحدود ، باب ٤ من أبواب حد المسكر ، حديث ٧.

(٧٤) - المصدر السابق ، باب ٦ من أبواب حد المسكر ، حديث ٤ - ٥ .

(٧٥) - المصدر السابق ، باب ٤ من أبواب حد المسكر ، حديث ١ .

(٧٦) - الوسائل ، كتاب المحدود ، باب ١١ من أبواب حد المسكر ، حديث ٣ .

قتلوا في الثالثة^(٧٧)، وقتله في الرابعة مذهب الشيخ في المبسوط و محمد بن بابوه ، واختاره فخر الدين .

قال رحمة الله : ولو شهد واحد بشربها ، والآخر بقيتها ، وجوب الحد ، ويلزم على ذلك وجوب الحد لو شهدما بقيتها نظراً إلى التعليل المروي ، وفيه تردد لاحتمال الاكراه على بعد ، ولعل هذا الاحتمال يندفع : لأنه [بأنه] لو كان واقعاً لدفع به عن نفسه ، أما لو ادعاه فلا حد .

أقول : اذا شهد واحد بشربها والآخر بقيتها فالمشهور بين الاصحاب ثبوت الحد ، قال الشميد في شرح الارشاد : وعليه فتوى الاصحاب ، لم أقف فيه على مخالف ، وفيه نظر ؛ لأن فخر الدين نقل عن والده في المختلف تقوية عدم وجوب الحد ، قال : وهو الاقوى عندى ، والاصل في هذه المسألة حكم على عليه السلام على الوليد بوجوب الحد ، حين شهد عنده واحد بشربها وآخر بقيتها ، فقال عليه السلام : « ما قاءها إلا وقد شربها »^(٧٨) ، وإلى هذا التعليل أشار المصنف بقوله نظراً إلى التعليل المروي .

إحتاج فخر الدين بان سبب الحد الشرب مختاراً ، فلا يدل القى عليه لاحتمال الاكراه ، ويجاب بأن الاصل في الشرب الاختيار حتى يثبت الاكراه .

فعل القول بثبوت الحد لو شهدما^(٧٩) بقيتها ، هل يثبت أم لا ؟ يحتمل الثبوت ، وهو المشهور لقوله عليه السلام : « ما قانها الا وقد شربها » ، ويحتمل عدم لاحتمال الاكراه ، قال المصنف : وهذا الاحتلال يندفع بأنه لو كان واقعاً لدفع به عن نفسه ، أي لو كان مكرها لادعاه ، وقال : إني شربته مكرها ، فان ادعنى

(٧٧) - المصدر السابق ، حديث .

(٧٨) - المصدر السابق ، باب ١٤ من أبواب حد المسكر ، حديث ١ ، وليس فيه الوليد بل قدامة بن مظعون .

(٧٩) - في الأصل : شهد .

الاكراء لم يثبت الحد قطعاً.

قال رحمه الله : ومن شرب الخمر مستحلاً استيب ، فان تاب أقيم عليه الحد ، وإن امتنع قتل ، وقيل : يكون حكم حكم المرتد ، أما سائر المسكرات فلا يقتل مستحلها لتحقق الخلاف بين المسلمين فيها .

أقول : الاول قول الشيخ في النهاية ، وتبعه ابن البراج ، لما روي^(٨٠) عن النبي صلى الله عليه وآله في قضية قدامة بن مالك لما شرب الخمر مستحلاً ، والثاني مذهب أبي الصلاح وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأنَّه أنكر ما علم تحرِّيده من الدين ضرورة ، ومن أنكر شيئاً من ذلك كان مرتدًا .
قال رحمه الله : ولو كان ثبوت الحد بإقراره ، كان الإمام مخيراً [بين حدة وغفوه] ، ومنهم من منع التخيير وحتم الاستيفاء هنا ، وهو أظهر .

أقول : اذا ثبت الشرب بالاقرار فتاب بعد الثبوت ، قال الشيخ : يتخير الإمام بين المغفو أو إقامه الحد ، وبه قال ابن البراج وابن حمزة ، واختاره العلامة في القواعد والمختلف ، وابنه في الإيضاح وأبو العباس ؛ لأنَّ التوبة تسقط تحتم القتل ، وهو أقوى من الحد فاسقاطها تحتم الحد أولى ، وقال الشيخ في المسوط والخلاف : يتحتم الحد هنا ، واختاره ابن ادريس والمصنف والشهيد ، لثبوت الحد بالاقرار ، وسقوطه يفتقر إلى دليل ، وحمله على الرجم قياس مع ثبوت الفارق .
قال رحمه الله : من قتله الحد أو التعزير فلا دية له ، وقيل : تجب على بيت المال ، وال一秒ل مروي .

أقول : الخلاف إنما هو في التعزير ، أما الحد فلا خلاف في سقوط الدية فيه ؛ لأنَّه مقدر بالشرع المظہر صلى الله على الصادع به وعلى آله ، أما التعزير فاجتهادى ، فان مات به ، قيل : لا دية له ، وبه قال الشيخ في الخلاف وابن

(٨٠) الوسائل ، كتاب الحدود ، باب ٢ من أبواب حد المسكر ، حدیث ١.

ادريس، وهو ظاهر المصنف والعلامة وابنه، لاصالة براءة الذمة، وشغلها يحتاج إلى دليل، ولأن التعزير حد من حدود الله تعالى، وكل من قتله المخد فلادية له، ولما روى عن أمير المؤمنين عليه السلام، «قال : من أقنا عليه حدأ من حدود الله تعالى فات فلا ضمان»^(٨١) ، وقال الشيخ في المسotto : اذا عزرا الامام رجلا فات من الضرب فعليه كمال الدية؛ لانه ضرب تأديب ، قال : وأين تجب الدية؟ قال قوم : تجب في بيت المال ، وهو الذي يقتضيه مذهبنا ، وال الاول هو المعتمد . قال رحمة الله : ولو أمر بالاقصرار على المخد فزاد المخد عدأ ، فالنصف على المخد في ماله ، ولو زاد سهواً فالدية على عاقلته ، وفيه احتلال آخر .

أقول : يحتمل أن يكون مراده بالاحتلال الآخر ما اختاره العلامة في القواعد والتحرير ، وهو وجوب التصاص مع العدأ؛ لأنه مباشر للاتفاق عدأ فيقتضي منه بعد رد نصف الديه ، ووجوب النصف على العاقلة مع السهو ، هذا اختياره في الكتابين المذكورين ، وقال في القواعد : ويمكن أن تسقط الديه على الاسوات التي حصل بها الموت ، فيسقط ما قابل السائغ ، وإيجاب الجميع؛ لانه قتل حصل من فعله تعالى وعدوان الضارب في الحال الضمان كله على العادي كما لو ضرب مريضاً مشرفاً على التلف ، وكما لو ألق^(٨٢) حبراً على سفينة مسورة ففرقها ، فيحتمل أن يكون مراد المصنف بالاحتلال هذا الامكان الذي ذكره العلامة في قواعده .

(٨١) - الوسائل ، كتاب المحدود ، باب ٣ من أبواب المقدمات ، حديث ٤ ، مع اختلاف يير .

(٨٢) - في «ن» : أبق .

في حد السرقة

قال رحمه الله : ولو سرق الطفل لم يحده و يؤدب ولو تكررت سرقته ، وفي النهاية يعف عن أولئك ، فان عاد أذب ، فان عاد حكت أنامله حتى تدمي ، فإن عاد قطمت أنامله ، فان عاد قطع كما يقطع الرجل ، وبهذا روايات .

أقول : بتفصيل النهاية قال ابن البراج و ابن حمزة ، و اختاره المصنف في المختلف ، لرواية الحلبـي^(٨٣) عن الصادق عليه السلام ، و اقتصر ابن ادريس على التأديب داعماً ، و اختاره المصنف والعلامة في القواعد والتحرير ، لاصالة البراءة ، ولا تصف الطفل بما يوجب رفع القلم عنه ، وأما التأديب فليس من باب التكليف ، بل من باب وجوب التأديب على الحاكم ، لاشتغاله على المصلحة ، وهذا هو المعتمد .

قال رحمه الله : الرابع ارتفاع الشركة ، فلو سرق من مال الشركة فيه روایتان ، إحداهما : لا يقطع والأخرى : إن زاد ما سرقه عن نصيبه قدر النصاب قطع ، والتفصيل حسن .

(٨٣) - الوسائل ، كتاب الحدود ، باب ٢٨ من أبواب حد السرقة ، حديث ٢.

أقول : أما رواية عدم القطع فعن محمد بن قيس عن البارق عليه السلام ، « قال : في رجل أخذ بضة من المغنم ، قالوا : قد سرق أفتقطعه ؟ فقال : إني لم أقطع أحدا له فيها أخذه شركة »^(٨٤) ، وبضمونها أفتى المفید وسلام وفخر الدين ، وأما رواية التفصیل فعن عبد الله بن سنان^(٨٥) عن الصادق عليه السلام ، وبضمونها أفتى الشیخ في النهاية ، وابن الجنید وابن البراج ، وروى عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام ، « قال : سأله عن البیضة التي قطع فيها أمیر المؤمنین عليه السلام ؟ فقال : كانت بیضة حديد سرقها رجل من المغنم قطعه »^(٨٦) ، وليس فيها دلالة على أن السارق من الغافلین .

قال رحمه الله : تقطع الأجير إذا أحرز المال من دونه ، وفي رواية : لا يقطع ، وهي محولة على حالة الاستئنان ، وكذا الزوج إذا سرق من زوجته ، أو الزوجة ، وفي الضیف قولان ، أحدهما : لا يقطع مطلقاً ، وهو المروي ، والآخر : يقطع إذا أحرز من دونه ، وهوأشبه .

أقول : هنا مسألتان :

الاولى : في قطع الأجير إذا أحرز من دونه ، وبقطعه قال ابن الجنید وابن ادریس ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس ، لعموم القرآن^(٨٧) والأخبار^(٨٨) ، ومنع محمد بن بابویه والشیخ في النهاية من قطعه ، لرواية الخلبی^(٨٩) في الحسن عن الصادق عليه السلام ، ورواية سليمان^(٩٠) عنه والاول

(٨٤) - الوسائل ، كتاب المحدود ، باب ٢٤ من أبواب حد السرقة ، حديث ١ .

(٨٥) - المصدر السابق ، حديث ٤ .

(٨٦) - المصدر السابق ، حديث ٣ .

(٨٧) - المائدة : ٣٨ .

(٨٨) - الوسائل ، كتاب المحدود ، أحاديث باب الثاني من أبواب حد السرقة .

(٨٩) - المصدر السابق ، باب ١٤ من أبواب حد السرقة ، حديث ١ .

هو المعتمد ، وروايات عدم القطع محولة على الاستئمان ، وفيها دلالة عليه ، لقوله عليه السلام : « وهو مؤمن ليس بسارق »^(٩١) .

الثانية : في قطع الضيف اذا احرز من دونه ، وبقطعمه قال الشيخ في الخلاف والمبسot ، واختاره المصنف والعلامة وابنه وأبو العباس ، لعموم الآية^(٩٢) ، وقال ابن بابويه والشيخ (في النهاية)^(٩٣) لا يقطع لما رواه محمد بن قيس عن الصادق عليه السلام ، « قال الضيف : اذا سرق لا يقطع اذا اضاف الضيف ضيفاً فسرق قطع ضيف الضيف »^(٩٤) والمعتمد القطع من الاحراز مطلقاً .

وأما الزوج أو الزوجة فإذا سرق أحدهما من صاحبه وكان المال محرازاً عنه ، فإنه يقطع بغير اشكال .

قال رحمه الله : ومن شرطه أن يكون محرازاً بقفل أو غلق أو دفن ، وقيل : كل موضع ليس لغير مالكه الدخول إلا بأذنه .

أقول : أجمع الاصحاب على اشتراط المحراز في القطع ، وعلى أن المرجع فيه إلى العرف ؛ لأنـه لـا حـقـيقـة شـرـعـيـة لـه ، واختلف الاصحاب في تعريفه ، لعدم تنصيص الشارع عليه ، قال الشيخ في النهاية : المحراز هو كل موضع لم يكن لغير المتصرف فيه الدخول إلا بأذنه ، أو يكون مغلقاً عليه ، أو مدفوناً .

وقال في المبسot : معرفة المحراز مأخوذة من العرف ، فاكان حرازاً لـمـثلـهـ فيـ العـرـفـ فـفـيـ القـطـعـ ، وـمـاـ لـيـكـ حـرـزاـ لـمـثـلـهـ فـلاـ قـطـعـ ؛ لأنـهـ لـيـسـ بـحـرـزاـ فـحـرـزاـ الـبـلـقـ وـالـخـضـرـوـاتـ فـيـ الدـكـاـكـينـ وـرـاءـ شـرـيـعـةـ تـغـلـقـ أوـ تـقـلـلـ ، وـحـرـزاـ الـذـهـبـ

(٩٠) - المصادر السابق ، حديث ٣.

(٩١) - لاحظ الروايتين السابقتين .

(٩٢) - المائدة : ٢٨ .

(٩٣) - ليست في الأصل

(٩٤) - الوسائل ، كتاب المحدود ، باب ١٧ من أبواب حد السرقة ، حديث ١ .

والفضه والجواهر والشیاب الاماکن الحریزة في الدور الحریزه^(٩٥) وتحت
الاغلاق الوئیة ، وكذلك الدکاکن والخانات الحریزة ، فن جعل الجوهرة في دکان
البقل تحت شریحة قصب فقد ضیع ماله ، والحرز يختلف باختلاف المحرز فيه ،
وقال قوم : اذا كان الموضع حرزا لشيء فهو حرز لسائر الاشياء ، ولا يكون
المكان حرزا لشيء دون شيء . قال : وهو الذي يقوی في نفسي ؟ لأن أصحابنا
قالوا : إن الحرز هو کل موضع ليس لنغير المالك أو المتصرف فيه دخوله الا باذنه .
وقال ابن ادریس : المراعاة بالعين حرز ، والذي يقتضيه المذهب أن الحرز
ما كان مقللا أو مغلقا أو مدفونا دون ما عدا ذلك ، واختاره المصنف والعلامة في
المختلف ، وهو أحوط ، لما رواه السکونی عن الصادق عليه السلام يرفعه الى
علي عليه السلام : « لا يقطع الا من ثقب ثقبا أو كسر قيلا »^(٩٦) .

وباقی ترددات هذا الباب وخلافاته الى قوله (الثالث فيها فيه يثبت)
متفرعة على هذه المسألة ، فلا فائدة في ایراداتها^(٩٧) ، لرجوعها الى هذه
القاعدة .

قال رحمة الله : ولو لم يكن له يسار ، قال في المبسوط قطعت يمينه ، وفي
رواية عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام : لا يقطع ، والأول
أشبه .

أقول : عمل القطع من السارق في المرة الأولى يده اليمنى ، سواء كان له يد
يسرى أو لم يكن ، وقال ابن الجنيد : لا يقطع مع فقد اليسرى ، لرواية عبد الرحمن
بن الحجاج^(٩٨) المذکورة ، ولثلا يصیر بلا يدين والمعتمد القطع لوجود الموجب

(٩٥) - ليست في « ن ».

(٩٦) - الوسائل ، كتاب المحدود ، باب ١٨ من أبواب حد السرقة ، حديث ٣ .

(٩٧) - كذا

(٩٨) - الوسائل ، كتاب المحدود ، باب ١١ من أبواب حد السرقة ، حديث ٢ .

وال محل .

قال رحمه الله : ولو سرق ولا يعين له ، قال في النهاية : قطعت يساره ، وقال في المبسوط : ينتقل الى رجله ، ولو لم يكن له اختيار قطعت رجله اليسرى ، ولو سرق ولا يدل له ولا رجل حبس ، وفي الكل إشكال من حيث أنه تخطى عن موضع القطع فيقف على إذن الشرع وهو مفقود .

أقول : اذا سرق السارق قطعت يده اليمنى في أول مرة ، فاذا سرق ثانية قطعت رجله اليسرى ، فاذا سرق ثالثاً حبس دائماً ، فلو سرق في الحبس قتل . فلو فقد العضو المخصوص بالقطع ، هل يسقط القطع او ينتقل الى غيره كما لو سرق ولا يعين له ؟ قال ابن ادريس : تختص كل مرتبة بما وظف لها ، فلا يحبس من لم يسرق مرتين ، ويقطع في كل منها بل يعزر ، وكذا لا يقطع رجل من لم يقطع يده في السرقة^(٩٩) ، وهو ظاهر المصنف ، وقال الشيخ : اذا فقد عمل القطع انتقل الى غيره ، واختلف قوله في الانتقال ، في المبسوط : ينتقل الى رجله اليسرى ؛ لأنها عمل يؤخذ في السرقة ، واختاره ابن البراج في المذهب ، وفي النهاية : ينتقل الى يده اليسرى ؛ لأن اليد أقرب الى مائة اليد من الرجل ، ولا ينتقل الى الرجل الا مع فقد اليدين معاً ، واختاره العلامة في القواعد .

قال رحمه الله : ولو تاب بعد الاقرار ، قيل : يتعتمد القطع ، وقيل : يتخير الامام في الإقامة والعفو ، على روایة فيها ضعف .

أقول : تعمد الحمد قول ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد ، لثبت القطع بالاقرار ، والأصل عدم سقوطه ، والتخيير مذهب الشيخ في النهاية ، وبه قال أبو الصلاح وأبو العباس ، لروایة أبي عبد الله البرقي^(١٠٠) ، وهي

(٩٩) - في النسخ : سرقة .

(١٠٠) - الوسائل ، كتاب المحدود ، باب ١٨ من أبواب المقدمات ، حدیث ٢ .

مرسلة ، فلهذا قال المصنف : فيها ضعف .

قال رحمه الله : اذا سرق اثنان نصابا في وجوب القطع قولان ، قال في النهاية : يجب القطع ، وقال في الخلاف : إذا نسب ثلاثة بلغ نصيب كل واحد نصاباً قطعوا ، وإن كان دون ذلك فلا قطع ، والتوقف أحوط .

أقول : القطع مذهب الشيخ في النهاية ، وهو قول السيد المرتضى وأبي الصلاح وأبن البراج وأبن حمزه ؛ لأن موجب الحد ثابت ، وهو سرقة النصاب ، وقد صدر عن الجميع فيجب عليهم القطع ، وقال في الخلاف : لا قطع مع قصور نصيب كل واحد عن النصاب ، وبه قال ابن الجنيد وأبن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة في المختلف ، وابنه في الإيضاح ، وهو المعتمد لأصالة براءة الذمة ، ولعدم صدور الموجب عن كل واحد منها ، بل الصادر عن كل واحد بعض السبب ، والبعض لا يقوم مقام الكل .

قال رحمه الله : ولو قامت الحجة بالسرقة ثم مسكت حقاً قطع ، ثم شهدت عليه بأخرى ، قال في النهاية : قطعت رجله في الثانية ، استناداً إلى الرواية ، وتوقف بعض الأصحاب فيه ، وهو أولى .

أقول : الرواية إشارة إلى ما رواه بكير بن أعين^(١٠١) ، عن الباقي عليه السلام ، وبضمونها أفتى أبو الصلاح وأبن بابويه والشيخ في النهاية ، وقال في المسوط : لا قطع في الشهادة^(١٠٢) الثانية ، لعدم تأخر السرقة عن القطع الأول ، بل الكل سابق على القطع وان تأخرت البيينة ، كما لو زنا وشرب مرارا ثم قامت عليه البيينة بالجميع ، فإنه يكفي حد واحد ، وبه قال أبن ادريس والمصنف وأبو العباس ، وهو المعتمد .

(١٠١) - الوسائل ، كتاب المحدود ، باب ٩ من أبواب حد السرقة ، حديث ١ .

(١٠٢) - في النسخ : بالشهادة .

في حد المحارب

قال رحمه الله : المحارب : كل من جرد السلاح لاخافه الناس في بر أو بحر، ليلاً أو نهاراً، في مصر وغيره ، وهل يشترط كونه من أهل الريبة ؟ فيه تردد، أصحه أنه لا يشترط مع العلم بقصد الاخافه .

أقول : منشأ التردد من اختلاف فتاوى الاصحاب ، قال في النهاية المحارب هو الذي يجرد السلاح ويكون من أهل الريبة أي الفساد ، ومثله قول المفيد ، وهو المشهور في عبارات الاصحاب ؛ لأن من ليس من أهل الريبة أي الفساد لا يكون محارباً . ولم يشترط المصنف كونه من أهل الريبة ، واختياره العلامة وابنه وأبو العباس ، لعموم الآية^(١٠٣) .

قال رحمه الله : وفي ثبوت هذا الحكم للمجرد مع ضعفه عن الاخافه تردد، أشبهه الثبوت وتجربى بقصده .

أقول : منشئه من عموم الآية^(١٠٤) ، وصدق اسم المحارب عليه ؛ لأنهم

(١٠٣) - المائدة : ٢٢.

(١٠٤) - المائدة : ٢٢.

عرفوا المحارب بأنه من جرد السلاح لاختافة المسلمين ، فإذا حصل ذلك كان محاربا ، وهو اختيار المصنف والعلامة وابنه ، ومن أنه اذا كان ضعيفاً عن الاختافه لم يكن صالحأ لها ، فلا فائدة في تجريده وقصده الاختافه مع ضعفه ، فيكون وجود فعله وعدمه سواء ، والمعتمد الأول لسلوكه طريق المحاربين ، فيجزى بقصده ونيته .

قال رحمه الله : وحد المحارب القتل أو الصلب أو القطع عذالنا أو النبي ، وقد تردد فيه الاصحاب ، فقال المفید رحمه الله بالتخیر ، وقال الشيخ أبو جعفر رحمه الله بالترتيب .

أقول : التخیر مذهب المفید وسلاط وابن ادریس ، واختاره المصنف والعلامة في المختلف وابنه وأبو العباس ، لدلالة القرآن^(١٠٥) عليه ، والترتيب المحکي في المتن للشيخ وابن البراج ، للروايات الدالة عليه ، کرواية عبد الله المدائني^(١٠٦) عن الصادق عليه السلام .

قال رحمه الله : أما لو جرح طلبا للهال كان التصاص الى الولي ، ولا يتحتم الاقتصاص في الجرح بتقدير أن يغفو الولي على الأظهر .

أقول : أجمع الكل على تحتم قتل المحارب اذا قتل غيره طلبا للهال ، فان كان المقتول كفوا قتل قصاصا ، وان عف عن الولي او كان المقتول غير كفوه قتل حدا ، هذا في صورة القتل بلا خلاف .

فلو لم يقتل بل جرح جرحا يوجب التصاص في غير المحاربه طلبا للهال ، هل يتحتم القصاص كما يتحتم القتل سواء عف عن الولي او لم يعف ، او اذا عف عن الولي

(١٠٥) - المائدة : ٣٣ .

(١٠٦) - الوسائل ، كتاب الحدود ، باب ١ من أبواب حد المحارب ، حديث ٤ ، وفيه (عبد الله) بدل (عبد الله) .

سقط القصاص ؟ قال الشيغ في الخلاف : لا يتحتم القصاص وللولي العفو ، لاصالة جواز العفو ، وتحتم وجوبه في القتل لا يوجب تحتمه في المجرح ، واختاره المصنف وجزم به العلامة في القواعد ، وقال في المسوط : يتحتم القصاص ، واختاره العلامة في المختلف ، قال : لنا أنه يتحتم القتل فكذا المجرح حسماً لمادة الفساد ، ومجازاة له على فعله بقتلها .

في حد المرتد

قال رحمه الله : وكم يستتاب ؟ قيل : ثلاثة أيام ، وقيل : القدر الذي يمكن معه الرجوع ، والواول مروي ، وهو حسن لما فيه من التأني لازالة عذره .
أقول : القولان نقلهما الشيخ في المسوط عن قوم ، ثم قوى الثاني ، وهو القدر الذي يمكن معه الرجوع ، قال : والواول أحوط ، وقوى فخر الدين ما قوله الشيخ ، وظاهر المصنف العمل على الأول ، والمعتمد مذهب فخر الدين ، لقوله عليه السلام : « لا تأخير في حد » ^(١٠٧) .

قال رحمه الله : اذا تكرر الارتداد ، قال الشيخ : يقتل في الرابعة ، قال : وروى أصحابنا يقتل في الثالثة .

أقول : المشهور أنه يقتل في الرابعة ، وهو المعتمد ، وأما الرواية المذكورة ، قال فخر الدين : هي رواية الشيخ عن يونس عن الكاظم عليه السلام ، « قال : أصحاب الكبار يقتلون في الثالثة » ^(١٠٨) .

(١٠٧) - الوسائل ، كتاب الحدود ، باب ٢٥ من المقدمات ، حديث ١ ، ولم اعثر عليه بلفظه .

(١٠٨) - المصدر السابق ، باب ٥ من المقدمات ، حديث ١ .

قال رحمه الله : كل ما يتلفه المرتد على المسلم ، يضمنه في دار الحرب أو دار الاسلام ، حالة الحرب وبعد انقضائها ، وليس كذلك الحرب ، وربما خطط اللزوم في الموضعين لتساويهما في تسبب الغرم .

أقول : قال الشيخ : الحربي لا يضمن ما يتلفه على المسلم مطلقا ، أي سواء كان في دار الحرب أو دار الاسلام ، وسواء كان في حال الحرب أو في غيره ، لقوله عليه السلام : « الاسلام يحب ما قبله »^(١٠٩) ، وفصل فخر الدين ، قال : ان كان الاللاف في حال الحرب سقط بالاسلام سواء كان نفسا أو مالا ، اذ لم تكن العين موجودة ، وإن كان في غير حال الحرب ضمن النفس والمال ، سواء كان في دار الحرب أو دار الاسلام ، وظاهر المصنف أن الحربي يضمن مطلقا كالمرتد ، لتساويهما في سبب الغرم ؛ لأن السبب هو الاللاف ظلما ، ولأن الكفار مخاطبون باتباع الشريائع ، واختاره العلامة في القواعد .

قال رحمه الله : لو زوج حربي بنته المسلمة لم يصح ، لتصور ولايته عن التسلط على المسلم ، ولو زوج أمته في صحة نكاحها تردد ، وأشبهه الجواز .

أقول : منشئه من بقاء الملك ، وكل مالك بالغ عاقل له تزويع مسلوكته ، ومن أن الكافر ليس له على المسلم سبيل مع كونه محجوراً عليه ، فلا يصح إنكاحه لما يحده ، وجزم به العلامة في القواعد ، واختار في التحرير مذهب المصنف ، ومذهب القواعد هو المعتمد .

قال رحمه الله : اذا قتل المرتد مسلما عمداً فللولي قتله قود ، ويسقط قتل الردة ، ولو عقى الولي قتل بالردة ، ولو قتل خطأً كانت الدية في ماله مخففة مؤجلة ؛ لأنها لا عاقلة له على تردد .

أقول : منشئه من أنه مرتد فلا يعقله المسلمين ؛ لأنهم كافر ، ولا الكفار ؛

(١٠٩) - المستدرك ، كتاب الصوم ، باب ١٥ من أبواب أحكام شهر رمضان ، حديث ٢.

لأنهم لا يرثونه ، فتكون الديبة في ماله ، ومن أن ميراثه لوارثه المسلم ، فيكون دية الخطأ عليه ، وهو اختيار فخر الدين .

في إتيان البهائم

قال رحمه الله : وإن كان الامر منها ظهرها لا لسمها ، كالمخيل والبغال والحمير لم تذبح ، وأغرم الواطي ثمنها لصاحبها ، وأخرجت من بلد المواقعة ، وبيعت في غيره ، إما عبادة لعلة مفهومة لنا ، أو لثلا يغير بها صاحبها ، وما الذي يصنع بثمنها ، قال بعض الأصحاب : يتصدق به ، ولم أعرف المستند ، وقال آخرون : يعاد على المفترم ، وإن كان الواطي هو المالك دفع إليه ، وهو أشبه .

أقول : القول بالصدقة قول المفید رحمه الله ، عقوبة للفاعل ورجاءً لتكفير ذنبه ، والقول بالاعاده على المفترم قول الشيخ في النهاية ، وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة^(١١٠) وفخر الدين لاصاله عدم وجوب الصدقة ولاته^(١١١) لما غرم ثمنها صارت ملكا له ، والمتولى لاخراجها وبيعها الحاكم .

قال رحمه الله : وقيل : لا يثبت الا بالاقرار مرتين ، وهو غلط .

أقول : المشهور بين الأصحاب أن إتيان البهائم يثبت بشهادة رجلين

(١١٠) - من «ن» .

(١١١) - في الأصل : لأنه .

عدلين ، وبالاقرار ولو مرة واحدة ، وقال ابن ادريس : يثبت بالاقرار مرتين ، ويفهم منه عدم ثبوته بالاقرار مرة واحدة ، وهذا غلطه المصنف ، والمعتمد : إن كانت الدابة له ثبت بالمرة الواحدة التعزير والاحراق إن كانت مأكلة واخراجها وبيعها عليه في غير البلد إن كانت غير مأكلة ، لعموم : « اقرار المقلاء على انفسهم جائز »^(١١٢) وإن كانت لغير المقر ثبت التعزير بالاقرار ، سواء اتحد أو تعدد ، ولا يثبت الحيلولة بين مالكها وبينها الا بالبيينة دون الاقرار ، لعدم نفوذ اقرار العاقل على غيره .

في الدفاع

قال رحمه الله : ولو قطع يده مقبلاً، ورجله مدبراً ، ثم يده مقبلاً ، ثم سرى الجميع ، قال في المبسوط : عليه ثلث الدية إذا تراضيا ، وإن أراد الولي التصاص جاز بعد رد ثلثي الدية ، أما لو قطع يده ثم رجله مقبلاً ، ويده الأخرى مدبراً ، وسرى الجميع ، فان توافقاً قبض الدية ، وإن طلب التصاص رد نصف الدية ، والفرق أن المجرمين هنا تواليها فجريا مجرئ المحرح الواحد ، وليس كذلك في الأولى ، وفي الفرق عندي ضعف ، والاقرب أن الأولى كالثانية : لأن جنائية الطرف يسقط اعتبارها مع السراية ، كما لو قطع يده الآخر رجله ، ثم قطع الاول يده الأخرى ، فمع السراية بهما هما سواء في التصاص والديمة .

أقول : فرق الشيخ بين توالي المجرمين المباحثين ، وبين تخلل المحرح المحرم بينهما ؛ لأنهما اذا توالي كان كال مجرح الواحد ، واذا تخللها المحرم كانا اثنين ، فتسقط الديمة عليها وعلى المحرم ، والمعتمد ما قاله المصنف ، وهو اختيار العلامة ، وقد ذكر المصنف وجده .

قال رحمه الله : ومن به سلعة اذا أمر بقطعها فات ، فلا دية له على القاطع ،

- كتاب الحدود والتعزيرات ٣٦٠
- ولو كان مولى عليه فالدية على القاطع إن كان ولها، كالاب والجد للاب، وإن كان
أجنبياً في القود تردد، والاشبه الدية في ماله لا القود؛ لأنه لم يقصد القتل.
أقول : يحتمل القود؛ لأنه تعمد فعل ما يقتل غالباً ، فاتفاق القتل كان عليه
القود^(١١٢) لعموم : **«النفس بالنفس»**^(١١٤) والمعتمد اختيار المصنف.

(١١٣) - كذا

(١١٤) - المائدة : ٤٥ .

كتاب الفحاص

قصاص النفس

قال رحمة الله : ويتحقق العمد بقصد البالغ العاقل إلى القتل بما يقتل غالباً ، ولو قصد القتل بما يقتل نادراً فاتفاق القتل فالأشبه القصاص ، وهل يتحقق مع القصد إلى الفعل الذي يحصل به الموت وإن لم يكن قاتلاً في الغالب ، إذا لم يقصد به القتل ، كما لو ضربه بحصاة أو عود خفيف ، فيه روایتان ، أشهرها : أنه ليس بعمد يوجب القود .

أقول : القتل على ثلاثة أقسام : العمد المحسن ومحبته القصاص ، والخطأ المحسن ومحبته الدية في مال العاقلة وشبيه العمد : ومحبته الدية في مال الجاني ، فالعمد يتحقق بقصد الفعل والقتل بما يقتل غالباً كالسيف والمنجل ، وهو اللذان^(١) والحراب والنشاب ، بقي هنا مسألتان :

الأولى : لو قصد الفعل والقتل بما يقتل نادراً لا غالباً فاتفاق القتل ، هل يجب القصاص ؟ قال المصنف : الأشبة القصاص ، وهو المشهور بين الأصحاب ، لتحقق الاختلاف مع القصد إليه ، وظاهر الشيخ في المبسوط عدم وجوب القود بل الدية

(١) - من النسخ ، وفي الأصل غير واضحة .

مغلظة^(٢) في مال المحاني.

الثانية: أن يقصد الفعل دون القتل بما يقتل غالباً، كما مثلناه فاتفاق القتل، هل يكون عمداً يوجب القود أم لا؟ قال المصنف: فيه رواياتان: اشهرهما أنه ليس بعد يوجب القود، واختاره العلامة وابنه وأبو العباس، لرواية أبان بن عثيـان^(٣) عن الصادق عليه السلام، ولأن شبيه العمد هو الذي يكون عمداً في فعله خطأ في قصده، وهو هنا كذلك، وقوى الشيخ في المبسوط وجوب القصاص، لعموم: ﴿النفس بالنفس﴾^(٤) ولرواية أبي بصير^(٥) عن الصادق عليه السلام، وأما الخطأ المحسض فضابطه: ما كان خطأ في فعله وقصده، كمن رمى طائراً فتختلطه السهم إلى إنسان فقتله، وشبيه العمد ويسمى عمداً الخطأ، وهو ما يقصد به الفعل دون القتل، كالضرب للتآديـب.

قال رحمـه الله: أما لو حبس نفسه يسيراً لا يقتل غالباً ثم أرسـله ثـاتـ، في التصاص تردد، والأشبه التصاص إن قصد القتل، والدية إن لم يقصد أو اشتبـه القصد.

أقول: منـشـاً التردد من أنه أوجـد عـلة القـتل عـتـارـاً فـيـقـتـلـ بـهـ، لـعـومـ: ﴿النفس بالنفس﴾^(٦)، ومن أنه أوجـد عـلة غـير صـالـحة لـلـقـتلـ فـيـ الـعـادـةـ، فـحـصـلـ الشـكـ بـوـجـوبـ شـرـطـ التـصـاصـ، معـ أـنـ فـيـ التـهـجمـ عـلـىـ الدـمـاءـ خـطـرـ عـظـيمـ، فـلـاـ يـبـاحـ إـلـاـ مـعـ تـحـقـقـ السـبـبـ الـمـوـجـبـ، وـهـوـ هـنـاـ غـيرـ مـتـحـقـقـ، وـالـمـعـتمـدـ التـفـصـيلـ الـذـيـ ذـكـرـهـ الـمـصـنـفـ وـهـوـ اـخـتـيـارـ الـمـلاـمـةـ وـابـتـهـ، وـلـوـ كـانـ الـمـفـعـولـ بـهـ ضـعـيفـاـ

(٢) - في «م»: معلقة.

(٣) - الوسائل، كتاب التصاص، باب ١١ من أبواب قصاص النفس، حديث ٧.

(٤) - المائدة: ٤٥.

(٥) - المصدر السابق من الوسائل، حديث ٨.

(٦) - المائدة: ٤٥.

لا يحتمل مثل ذلك قيد به^(٧) قطعاً.

قال رحمه الله : ولو جعل السم في طعام صاحب المنزل ، فوجده صاحبه فأكله ثالث ، قال في الخلاف والمبسوط : عليه القود ، وفيه إشكال .

أقول : منشأه من استقلاله باتلاف نفسه ب المباشرة الأكل العادي عن إذن جاعل السم في الطعام فيسقط القود : لأن طرح السم في الطعام سبب ، وإذا اجتمع السبب وال المباشر اختص الضمان بال المباشر دون ذي السبب ، ومن أنه قصد قتله بما يقتل غالباً ، وال المباشرة ضعفت بالغرور فيكون عليه القود ، وتوقف المصنف والعلامة في كتبه ، وابنه في شرح القواعد .

وعلى القول بسقوط القصاص ، هل يلزم الدية ؟ يحتمل ذلك ، وهو ظاهر الشديد في شرح الارشاد ؛ لانه سبب في ازهاق النفس مع عرضة^(٨) الأكل ، وسقوط القصاص للشك في موجبه فثبتت الدية ، ويحتمل عدم الأمررين لعدم السبب الحقيق .

قال رحمه الله : ولو جرحة ثم عضه الأسد وسرتا ، لم يسقط القود ، وهل ترد فاضل الدية ؟ الأشبه : نعم ، وكذلك لو شاركه أبوه أو اشتراك عبد وحر في قتل عبد .

أقول : إذا جرحة إنسان وعضه أسد ثم سرتا ، كان للولي قتل الجزار حقطعاً ، لكن هل يرد عليه نصف الدية ؟ قال المصنف : الأشبه نعم ، وجزم به العلامة في القواعد والتحرير ؛ لانه مات بسبعين : أحدهما يوجب القصاص ، والأخر لم يوجبه ، فليس له القصاص الا بعد رد نصف الدية ، وهو المعتمد . ويعتمل عدم وجوب الرد ؛ لأنه مات من جرحين : أحدهما مضمون ، والأخر

(٧) - في النسخ : قيل .

(٨) - في النسخ : غرور .

غير مضمون ، فيحال الضمان على المضمون دون غير المضمون ، أما لو شاركه أبو المقتول أو اشترك حر وعبد في قتل عبد ، فلا يقتضي من الأجنبي والعبد إلا بعد الرد قطعاً؛ لأن جنائية المشارك هنا مضمونة بالديه ، بخلاف الأولى .

قال رحمه الله : اذا اكرهه على القتل فالقصاص على المباشر دون الامر ولا يتحقق الاكراه في القتل ، ويتحقق في ما عداه ، وفي رواية علي بن رئاب : يحبس الآخر بقتله حتى يموت ، هذا إذا كان المقهور بالغاً عاقلاً ، ولو كان غير مميز كالطفل والمجنون فالقصاص على المكره ، لأنه بالنسبة إليه كالآلة ، ويستوي في ذلك الحر والعبد ، ولو كان مميزاً عارفاً غير بالغ وهو حر فلا قود ، والدية على عاقلة المباشر .

وقال بعض الاصحاب : ينتص منه إن بلغ عشرة ، وهو مطرح ، وفي الملوك المميز تتعلق الجنائية برقبته فلا قود ، وفي الخلاف : إن كان الملوك صغيراً أو معنوأ سقط القود ووجبت الدية ، وال الاول أظهر .

أقول : لا يتحقق الاكراه في القتل ، لاشتاله على دفع الضرر بثنه ، ويتحقق فيما دونه ، ومن هذا الباب قيل : « لاتقية في الدماء »^(٩) ؛ لأنها افأ ابيحت ليحقن بها الدم فلا يكون سبباً لاراقته ، ويجوز فيما دون النفس اذا خاف على النفس .

ادا عرفت هذا اذا اكره رجل غيره على قتل آخر ، فلا يخلو : إما أن يكون المأمور بالغاً عاقلاً ، أو مميزاً غير بالغ ، أو لا بالغ ولا مميز ، وعلى التقادير لا يخلو اما ان يكون حراً أو عبداً فهنا اقسام :

(٩) - هذا مضمون عدة روايات ، راجع الوسائل ، كتاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، الباب ٢١ . المستدرك ، كتاب الأمر بالمعروف ، باب ٢٩ ، والمذكور في المتن بأنه من عبارات العلماء ، لاحظ مثلاً التنقية ، ج ٤ ص ٤٠٦ .

الاول : أن يكون المقهور بالغا عاقلا ، ولا شك في كون القصاص على المباشر دون الأمر ؛ لأنه قتل عمداً ظلماً لاستيفاء نفسه ، فأشبه ما لو كان قتله في المخصلة ليأكله ، ولا فرق في ذلك بين الحر والعبد قاله المصنف والعلامة ، وهو المشهور بين الاصحاب ، وأما الامر فلا يجب عليه هنا قصاص ولادية ، بل يجس حق يوت على ما هو مشهور^(١٠) بين الاصحاب ، وجزم به العلامة في كتبه ، وظاهر المصنف عدم الجرم ؛ لأنه نسبة الى رواية^(١١) علي بن رئاب ، وهو يدل على عدم الجرم .

الثاني : أن يكون مميزاً غير بالغ وهو حر ، قال المصنف : لا قود والدية على عاقلة المباشر ، وبه قال العلامة ، وتقل المصنف عن بعض الاصحاب أنه يقتضي منه اذا بلغ عشرأً ، وهو قول الشيخ في المبسوط وأستند^(١٢) ذلك الى الروايات ، ولو كان المميز عبداً ، قال الشيخ في المبسوط : تجب الدية متصلة برقبته ، وجزم به المصنف والعلامة .

الثالث : أن يكون المقهور غير مميز ، كالطفل والمجنون فالقصاص على الآخر ، لأن غير المميز كالآلة ، والمشهور عدم الفرق بين الحر والعبد ، وقال الشيخ في الخلاف : اذا كان العبد صغيراً أو عبناً سقط القود ، ووجبت الدية على السيد ، واختاره ابن ادريس وفخر الدين ، وال الاول مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره المصنف والعلامة^(١٣) وهو ظاهر أبي العباس ، قال : واختيار المبسوط أوضح في الحكم وأقرب الى الادلة العقلية ؛ لأن المجنون وغير المميز آلة عضة ، فيتوجه القود على الآخر بخلاف العاقل المميز .

(١٠) - في «م» و «ن» : المشهور .

(١١) - الوسائل ، كتاب القصاص ، باب ١٣ من قصاص النفس ، حديث ١ .

(١٢) - في النسخ : واستند في

(١٣) - ليست في الأصل .

قال رحمه الله : لو قال : اقتل نفسك ، فان كان مميزاً فلا شيء على الملزم ، والا فعل الملزم القود ، وفي تحقق إكراه العاقل هنا إشكال .

أقول : منشئه من أن الم فهو على قتل غيره إنما يقتله ليدفع القتل عن نفسه ، فلا يعقل دفع القتل عن نفسه بقتل نفسه ، ومن تفاوت أسباب القتل ، فربما عدل إلى سبب هو أقل أثراً من السبب المتوعد به ، والمعتمد الأول .

قال رحمه الله : ولو قطع يده من الكوع وأخر ذراعه فهلك ، قتلا به ، لأن سراية الأول لم تقطع بالثاني ، لشيع ألمه قبل الثانية ، وليس كذلك لو قطع واحد يده وقتل الآخر ؛ لأن السراية انقطعت بالتعجيل ، وفي الأولى إشكال .

أقول : ما حكم المصنف قول الشیعی في الخلاف ، وجزم به العلامة في القواعد ، واستشكله المصنف والعلامة في التعریر ، ومنشئه من أن الثاني قطع سراية الأول ؛ لأنه لا يتجدد ألم للأول بعد قطع الثاني ، فيكون الأول قاطعاً والثاني قاتلا ، فتكون المسألة الأولى كالثانية ، ولأن سراية الأول مظنونة والثانية معلومة ، والمظنون لا يساوي المعلوم ، والمعتمد الأول .

قال رحمه الله : ولو كان الجاني واحداً دخلت دية الطرف في دية النفس إجماعاً ، وهل يدخل قصاص الطرف في قصاص النفس ؟ اضطررت فتوى الأصحاب فيه ، ففي النهاية : يقتضي منه إن فرق ذلك ، وإن ضربه ضربة واحدة لم يكن له أكثر من القتل ، وهي رواية محمد بن قيس عن أحد هم عليها السلام ، وفي المسوط والخلاف : يدخل قصاص الطرف في قصاص النفس ، وهو رواية أبي عبيدة عن أبي جعفر عليه السلام ، وفي موضع آخر من الكتاب : لو قطع يد رجل ثم قتله قطع قتل ، والأقرب ما تضمنته النهاية لثبت قصاص بالجناية الأولى ، ولا كذا لو كانت الضربة واحدة .

أقول : اذا جرحة بان قطع يده مثلاً ثم سرت الى نفسه تداخل القصاص

وليس له غير قتله إجماعاً، أما لو قطع يده مثلاً ثم قتله، هل يدخل قصاص الطرف في قصاص النفس، يعني أنه لا يقتصر على قتله أو لا يدخل بل يقطع يده أولأ ثم يقتله^(١٤) بعد ذلك؟ أختلف الأصحاب فيه على ثلاثة أقوال.

الاول : التداخل مطلقاً ، قاله الشيخ في المسوط والخلاف ، وقد ذكر المصنف مستنده.

الثاني : عدم التداخل مطلقاً ، وهو قول أبن ادريس ، لقوله تعالى : «والجروج قصاص»^(١٥) و قوله تعالى : «فن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»^(١٦) ، ولا فرق بين أن يكون ذلك بضربة واحدة أو بضربات .

الثالث : التفصيل ، لرواية محمد بن قيس ، عن أحدهما عليهما السلام : «في رجل فقام عين رجل وقطع أنفه وأذنيه ثم قتله؟ فقال : إن كان فرق ذلك اقتضى منه ثم قتل ، وإن كان ضربه ضربة واحدة ضربت عنقه ولم يقتضي منه»^(١٧) ، ومنتها رواية حفص بن أبي البختري^(١٨) ، عن الصادق عليه السلام ، واختاره المصنف والعلامة في التحرير ، وهو المعتمد .

قال رحمة الله : ولو اشترك رجل وامرأة فعلى كل واحد منها نصف الديمة ، وللولي قتلها ، ويختص الرجل بالرد ، وفي المقنعة يقسم الرد بينهما أشلاقاً وليس معتمداً ، ولو قتل المرأة فلا رد ، وعلى الرجل نصف الديمة ، ولو قتل الرجل ردت المرأة عليه نصف ديتها ، وقيل : نصف ديتها ، وهو ضعيف ، وكل موضع يوجب

(١٤) - في «ن» : يقتله .

(١٥) - المائدة : ٤٥ .

(١٦) - البقرة : ١٩٤ .

(١٧) - الوسائل ، كتاب القصاص ، باب ٥١ من أبواب قصاص النفس ، حدديث ١ .

(١٨) - المصدر السابق ، حدديث ٢ .

الرد فانه يكون مقدماً على الاستيفاء .

أقول : المخلاف هنا في موضعين :

الأول : اذا قتلها معاً كان على الولي رد نصف الديمة ، خمس مئة دينار ، وفي مستحقها قوله ، قال الشيخ وابن ابيه بكون الجميع لا ولاء الرجل ؛ لأن عليه نصف الديمة فيبقى له نصف ، بخلاف المرأة ؛ لأن عليها نصف الديمة أيضاً ، وديتها نصف دية الرجل فلا يبقى لها شيء ، وهذا هو المعتمد . وقال المفید في المقتنة : يقسم الرد أثلاثاً ، ووجهه تقسيط الرد على ديتها ، فكما أن دية المرأة ثلثة الديتين يكون لها ثلث الرد .

الثاني : اذا قتل الرجل خاصة ردت المرأة نصف ديتها خمس مئة دينار ، على ما هو مشهور بين الاصحاب ؛ لأن عليها نصف الجنابة فيكون عليها نصف الديمة ، وقال الشيخ في النهاية وتبعه ابن البراج . برد نصف ديتها ؛ لأن الجناني لا يعني على أكثر من نفسه ، وال الاول هو المعتمد .

قال رحمه الله : واذا اشترك حر وعبد في قتل حر عمداً ، قال في النهاية : لل AOLIYAE AN YQTLUHAA WIYODWA ALI SID ALUBD THINNE ، AO YQTLU AL HUR WIYODI SID ALUBD ALI WORRAH MALKUTUL KHSETT AL AF DRHM ، AO YSLM AL YHIM ALUBD ، AO YQTLU ALUBD ، WLISS MOLAH ALI HUR SIBIL ، WLA ASHBEH AN MU QNTLHAA WIYODUN ALI HUR NCSF DITEH ، WLA YIRD ALI MOUJI ALUBD SHIE ، MAM TAKN QIMTHA AKTRH MN NCSF DYE AL HUR ， FIRD ALI ZAIDH ، WBN QNTLHAA ALUBD WKAANT QIMTHA ZAIDAH ALI NCSF DYE MALKUTUL ， ADWA ALI MOLAH AL ZAIDH ، FAN ASTWUB DYE ALAKAN QAM DYE LAOLIYAE ALUWAL ، WFI HZ AXTLAF ALASCHAB ، WMA AXTRNAH ANSAB BALMDHAB .

أقول : اختلاف الأصحاب في هذه المسألة على أقوال :

الأول : ما حکاه المصنف عن الشيخ في النهاية ، وهو قول المفید وتبعهما ابن

الراج ، وفيه نظر ؛ لأنه قال : يقتلونها ويودون إلى سيد العبد تمنه ، وهذا لا وجه له ؛ لأنَّه يخرج العبد عن كونه جانبياً ، لعدم دخول القصاص حينئذ على سيده ، بل^(١٩) يرد عليه الزائد عن نصف الديمة أن اتفق والا فلا شيء ، وفي رد سيد العبد على ورثة المهر نصف الديمة في صورة قتل المهر خاصة نظر أيضاً ، لاحتلال نقصان قيمة العبد عن ذلك ، فلا يلزم السيد أكثر من قيمة العبد ، وفي قوله : يقتلو العبد وليس لولاه على المهر سبيل ، نظر أيضاً ، لاحتلال زيادة قيمة العبد على نصف دية المهر ، فيرجع سيده على المهر بالزيادة .

الثاني : قول أبي الصلاح ، وهو اذا قتلتها الولي رد قيمة العبد ؛ لأنها^(٢٠) الفاحش عن حقه على سيد العبد وورثة المهر يكون بينها نصفين ، وإن قتل العبد خاصة دفع المهر إلى سيده نصف قيمته ، وإن قتل المهر خاصة كان على سيد العبد نصف الديمة ، وإن اختار الديمة كان عليها نصفين ، ويرد عليه ما ورد على قول الشيخ .

الثالث : كون الجنابة عليهما نصفين ، وذلك يفضي إلى ضمان كل واحد منها لنصفها ، وهو اختيار المصنف والعلامة ، وحيثئذ تقول قيمة العبد إما أن تزيد على جنابتها أم لا ، وعلى التقديرين فالولي إما أن يختار قتلها أو الديمة منها أو قتل المهر خاصة^(٢١) أو العبد ، فالاقسام أربعة ، فإذا ضربت في القسمين الأولين أعني زيادة قيمة العبد على جنابتها وعدم الزيادة ، صارت ثمانية ، أربعة منها في طرف الزيادة ، وأربعة في طرف عدمها .

الطرف الاول في زيادة قيمة العبد على جنابتها ، ومسائله أربعة .

(١٩) - في «رأ» : وهل .

(٢٠) - كذا

(٢١) - من «آن» .

الاولى : أن يختار الولي قتلها ، فله ذلك ويرد على المحر نصف ديته ؛ لأنه الفاضل عن قدر جنابته ، وعلى سيد العبد الزائد على قيمته عن نصف الديمة ، ما لم يتجاوز القيمة دية المحر فيرد إليها .

الثانية : أن يختار الديمة منها ، فعل المحر نصف الديمة وعلى سيد العبد النصف الآخر ، أو تسليم ما قابل النصف من العبد إلى الولي ليسترقه .

الثالثة : اختيار قتل المحر فيؤدي سيد العبد إلى المحر نصف ديته ، أو يسلم من العبد ما قابل نصف الديمة ليسترقه ، وليس لهم قتله .

الرابعة : اختيار قتل العبد فيؤدي المحر إلى سيده ما زاد عن نصف الديمة ، فإن قصر الزائد عن نصف الديمة أدى المحر إلى الولي تمام النصف ، وإن لم يقتصر لم يؤد إلى الولي شيئاً ، وإن زادت الزيادة عن النصف ردت إليه^(٤٢) ؛ لأن قيمة العبد إذا تجاوزت دية المحر ردت إليها .

الطرف الثاني في عدم الزيادة ، ومسانده أربع أيضاً :

الاولى : اختيار قتلها ، فلا شيء لسيد العبد على المولى ، ولا للمولى على سيد العبد ، ولو رثة المحر نصف الديمة على الولي .

الثانية : اختيار الديمة منها^(٤٣) فعل المحر نصفها وعلى سيد العبد النصف الآخر ، أو يسلم العبد إلى ولی المقتول إن شاء استرقه ، وإن شاء باعه ، وإن شاء قتله ، وليس على سيد العبد ولا على الشريك المحر تكيل ما نقص عن نصف الديمة لو كان هناك نقص .

الثالثة : اختيار قتل المحر ويؤدي سيد العبد إلى ورثته نصف ديته أو يسلم العبد إليهم فلهم استرقاقه ويعمه لاقتله ، فإن كانت قيمته بقدر نصف الديمة فهو

(٤٢) - في «م» : إليها ، وفي «ن» و «ر١» : إليها .

(٤٣) - في «ر١» : منها .

حقهم ، وان كانت أنتقص كان على الولي^(٢٤) تمام^(٢٥) النقص .

الرابعة : اختار قتل العبد ، ولا سبيل لسيده على الحر ، وعلى الحر نصف الدية للولي ، ولا شيء له على سيد العبد لو نقصت قيمة عن النصف ؟ لأنه لا يعقل عبده ، ولا على الحر تمام أيضاً ؛ لأن عليه النصف لا أزيد .

قال رحمه الله : فيقتل الحر بالحر ، والحرمة مع رد فاضل ديتها ، والحرمة بالحرمة ، وبالحر ، ولا يؤخذ ما فضل على الأشهر .

أقول : اذا قتلت المرأة رجلا كان لوليه قتلها ، وهل يأخذ منها مع ذلك نصف الديمة ؟ المشهور بين الأصحاب عدم ذلك وربما كان اجماعا ، للروايات المتضارفة عن أهل البيت عليهم السلام ، كرواية حماد عن أبي عبد الله عليه السلام ، « قال : اذا قتلت المرأة الرجل قتلت به وليس لهم الا نفسها »^(٢٦) ، وروى أبي عمير عن هشام بن سالم ، عن أبي عبد الله عليه السلام أيضاً ، « في المرأة تقتل الرجل ما عليها ؟ قال لا يعني الجاني على أكثر من نفسه »^(٢٧) ، وانفرد أبو مريم الانصاري بما رواه عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال ، « في امرأة قتلت رجلا ؟ قال : تقتل ويؤدي ولها بقية المال »^(٢٨) ، قال الشيخ في الاستبصار : وهذه الرواية شاذة لم يروها الا أبو مريم وان تكررت في الكتب في مواضع متفرقة ، ومع ذلك فانها مخالفه لظاهر الكتاب العزيز ، قال تعالى : ﴿ وَ كُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنِ ﴾^(٢٩) الآية ولم يذكر معها شيئا آخر ،

(٢٤) - في «ن» : للولي .

(٢٥) - في النسخ : إتمام .

(٢٦) - الوسائل ، كتاب القصاص ، باب ٣٣ من أبواب قصاص النفس ، حدث ٢ .

(٢٧) - المصدر السابق ، حدث ١٠ .

(٢٨) - المصدر السابق ، حدث ١٧ .

(٢٩) - المائدة : ٤٥ .

والرواية من الصحاح لكن الأصول وعمل الأصحاب على خلافها.

قال رحمه الله : ولا يقتل حر بعدي ولا أمة ، وقيل : إن اعتاد قتل العبيد قتل

حسماً للجراة .

أقول : لا يقتل الحر بالعبد مع عدم الاعتياض اجماعاً ، فان اعتاد قتل العبيد ،

هل يقتل أم لا ؟ قال في النهاية : يعاقب من يعتاد قتل العبيد ويزجر عن مثله في

المستقبل ، وهذا يدل على عدم القتل ، وبه قال في المسوط والخلاف ، وهو مذهب

ابن حمزة وابن أدریس ، واختاره المصنف والملاحة ، لقوله تعالى ، ﴿الحر بالحر

والعبد بالعبد﴾^(٣٠) وفي رواية أبي بصير عن أحد هما عليها السلام : « لا يقتل

حر بعد ولكن يضرب ضرباً شديداً ، ويغفر ثمنه دية العبد »^(٣١) وهو عام ،

وقال الشيخ في التهذيب والأستبصار وأبو الصلاح : يقتل مع الاعتياض ، لرواية

الفتح بن يزيد الجرجاني^(٣٢) ، والمرجع في الاعتياض الى العرف ، وقال ابن الجنيد :

يقتل في الثالثة أو الرابعة ، وال الاول هو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو قتل المولى عبده كفراً وعزراً ولم يقتل به ، وقيل : يغفر

قيمه ويصدق بها ، وفي المستند ضعف ، وفي بعض الروايات إن اعتاد ذلك قتل

به .

أقول : اذا قتل المولى عبده ، هل يجب عليه الصدقه بقيمه ؟ المشهور بين

الاصحاب : نعم ، وهو مذهب الشيوخين وأبي الصلاح وابن حمزة وابن البراج

وسلاط وابن زهرة وابن أدریس ، واختاره فخر الدين ، لما رواه مسح بن عبد

الملك عن أبي عبد الله عليه السلام : « أن أمير المؤمنين عليه السلام رفع اليه رجل

(٣٠) - البقرة : ١٧٨ .

(٣١) - الوسائل ، كتاب التصاص ، باب ٤٠ من أبواب قصاص النفس ، حدیث ١ .

(٣٢) - المصدر السابق ، باب ٣٨ من أبواب قصاص النفس ، حدیث ١ . وفي المصدر (أبي الفتح) بدل (الفتح) .

عذب عذبه حتى مات ، فضربه مئة نكالاً وحبسه سنه وغرمه قيمة العبد فتصدق بها عنه «^(٣٣)» وتوقف المصنف والعلامة ، لضعف طريقتها ، والمعتمد ما عليه الأصحاب .

وقوله (وفي بعض الروايات ان اعتناد ذلك قتل) إشارة الى ما رواه الفتح بن يزيد الجرجاني عن أبي الحسن عليه السلام ، « في رجل قتل مملوكه أو مملوكاته ؟ قال : إن كان المملوك له أدب فحبس إلا أن يكون معروفاً يقتل المالك فيقتل به »^(٣٤) ، والأول هو المعتمد .

قال رحمة الله : والمدبر كالقُنْ، فلو قتل عمداً قتل، وإن شاء الولي استرقاقه كان له ، وإن قتل خطأً فان فكه مولاه بأرش الجنابة ، وإلا سلمه للرق ، فإذا مات الذي دبره ، هل ينعتق ؟ قيل : لا ، لأنَّه كالوصية ، وقد خرج عن ملكه بالجنابة فيبطل التدبير ، وقيل : لا يبطل ، بل ينعتق [وهو المروي] ومع القول بعتقه ، هل يسعى بفك رقبته ؟ فيه خلاف ، الأشهر أنه لا يسعى ، وربما قال بعض الأصحاب : يسعى في دية المقتول ، ولعله وهم .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : اذا جنى المدبر عمداً واختار ولي الدم استرقاقه ، أو خطأ ودفعه السيد للرق ، هل يبطل تدبيره ويستقر ملك أولياء المقتول عليه ؟ أولاً يبطل بل ينعتق بموت المدبر ؟ اختلف الأصحاب في ذلك والمشهور بطلانه ، وهو مذهب ابن ادريس واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد ؛ لأنَّه خرج عن ملك المدبر بالجنابة وصار ملكاً لأولياء المقتول ، والأصل بقاء ملكهم عليه ،

(٣٣) - الوسائل ، كتاب التصاص ، باب ٣٧ من أبواب قصاص النفس ، حديث ٥.

(٣٤) - الوسائل ، كتاب التصاص ، باب ٣٨ من أبواب قصاص النفس ، حديث ٢.

فن اخرجه عن ملتهم يحتاج الى دليل ناقل ، ولرواية أبي بصير^(٣٥) ، عن الباقي عليه السلام الدالة على المطلوب ، وقال الشیخان وابن بابویه : لا يبطل التدبر ، لحسنة جمیل بن دراج^(٣٦) عن الصادق عليه السلام الدالة على مطلوبهم .

الثانية : على القول بعدم بطلان التدبر ، هل يسعى بعد عتقه لأولاء المقتول بشيء ؟ فيه أقوال :

الأول : عدم السعي بشيء ، وهو ظاهر المفید ، لحسنة جمیل المتقدمة ؛ لأنه قال فيها : « يخدمهم حتى يموت مدبره ثم يرجع حرأ لا سيل عليه » .

الثاني : يسعى في دية المقتول إن كان حرأ ، وفي قيمته إن كان عبداً ، وهو قول الشیخ في النهاية ؛ لأن الواجب في القتل دية الحر وقيمة العبد ، فاذا سعى انا يسعى في ذلك ؛ لأن الواجب عليه ونسبة المصنف الى الوهم ؛ لأن الجانی لا يعني على أكثر من نفسه ، وربما كانت الديمة أكثر من قيمة نفسه وقال محمد بن بابویه يسعى بقيمة نفسه .

الثالث : قال فخر الدين يسعى بأقل الأمرین من قيمته والديمة كما لو فكه مولاه .

قال رحمه الله : ولو قطع میین رجل ومثلها من آخر ، قطعت میینه بالأول ويصاره بالثاني ، فلو قطع يد ثالث ، قيل : سقط القصاص الى الديمة ، وقيل : قطعت رجله بالثالث ، وكذا لو قطع رابعاً .

أقول : اذا قطع میین رجل ومثلها من آخر ، قطعت عيشه بالأول ويصاره بالثاني اجماعاً ؛ لأن اليد مساوية لليد ، وان اختلفا^(٣٧) ، وهل يجب بقطع الثالث

(٣٥) - الوسائل ، كتاب القصاص ، باب ٤٢ من أبواب قصاص النفس ، حديث ١ .

(٣٦) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ٩ من أبواب ديات النفس ، حديث ١ .

(٣٧) - في « رأ » : اختلقتا .

قطع رجله اليسرى ، وبالرابع رجله اليمنى ، وبالخامس الدية ، أو ينتقل الى الدية بعد فقد اليدين ؟ أختلف الأصحاب في ذلك ، قال ابن الجنيد والشيخ في النهاية وابن البراج بالترتيب المذكور ، لما رواه الشيخ في الصحيح يرفعه الى حبيب السجستاني^(٣٨) ، عن أبي جعفر عليه السلام ، والانتقال الى الدية مع فقد اليدين مذهب ابن ادریس ، ونقله فخر الدين عن نعيم الدين في الشرائع وليس فيها ما يدل على ترجيع أحد القولين ؛ لأنَّه نقل القولين ولم يرجع شيئاً ، احتج ابن ادریس باشتراط المائة ، والعدول من اليد الى الرجل على خلاف الأصل (ولا دليل عليه)^(٣٩) وهو ظاهر فخر الدين .

قال رحمه الله : ولو قتل العبد حرين على التعاقب كان لأولياء الآخر ، وفي رواية أخرى يشتركان فيه مالم يحكم به للاول ، وهذه أشبه ، ويكفي في الاقتراض أن يختار الولي استرقاقه ولو لم يحكم به الحاكم .

أقول : اذا قتل العبد حرين أو أكثر دفعة كان لأولياء الجميع قتله قوله
واحداً ، وهل الحكم كذلك لو كان على التعاقب ؟ قال الشيخ في الاستبصار : نعم
ما لم يحكم به للاول ، وهو مذهب ابن الجنيد ، واختاره المصنف والعلامة ، لرواية
زاراة^(٤٠) ، عن الباقي عليه السلام ، واشترط الشيخ في انتقاله الى الأول حكم
الحاكم به للاول ، وابن ادریس قال : يكفي في انتقاله الى الأول اختيار أولياء
المقتول استرقاقه وان لم يحكم به الحاكم ، واختاره المصنف والعلامة في التحرير
وفخر الدين وهو المعتمد ، وقال الشيخ في النهاية : هو لأولياء الآخر ، ولم
يشترط الحكم به للاول ، وعليه دلت روايه علي بن عقبة عن الصادق عليه

(٣٨) - الوسائل ، كتاب القصاص ، باب ١٢ من أبواب قصاص الطرف ، حدث ٢ .

(٣٩) - من « ر١ » .

(٤٠) - الوسائل ، كتاب القصاص ، باب ٤٥ من قصاص النفس ، حدث ١ .

السلام ، « قال سأله عن عبد قتل أربعة أحراز واحداً بعد واحد ؟ قال : فقال : هو لأولياء الأخير إن شاؤا قتلواه وإن شاؤا استرقوه »^(٤١) ؛ لانه اذا قتل الاول استحقه اولياوه فإذا قتل الثاني استحق من أولياء الاول فصار لاولياء الثاني ، فإذا قتل الثالث استحق من أولياء الثاني فصار لاولياء الثالث ، فإذا قتل الرابع استحق من أولياء الثالث فصار لاولياء الرابع إن شاؤا قتلواه وإن شاؤا استرقوه . قال رحمة الله : ولو قطع يده قاطع ورجله آخر ، قال بعض الأصحاب : يدفعه إليهما ويلزمها الدية ، أو يمسكه كما لو كانت الجنائية [الجنaitan] من واحد ، والأولى أن له إلزام كل واحد بدية جنائيته ولا يجب دفعه إليهما .

أقول : قوله (قال بعض الأصحاب) إشارة الى ما قواه الشيخ في المبسوط ، قال ابن ادريس : ما قواه الشيخ أضعف من القام ، لانه كان رقاً للملوئ فيستصحب حتى يظهر المزيل ولم يثبت ، ولو لا الاجماع في الواحد كان الحكم فيه كذلك^(٤٢) ، ايضاً لكن صرنا الى الانتقال معأخذ الدية للاجماع المنفي هنا ، وهو اختيار المصنف والعلامة وهو المعتمد .

قال رحمة الله : كل موضع يفكه المولى إنما يفكه بأرش الجنائية ، زادت عن قيمة الملوك الجنائي أو نقصت ، وللشيخ قول آخر أنه يغدوه بأقل الامرين ، والأول مروي .

أقول : اذا جنى العبد تعلق أرش الجنائية برقبته ، فان اراد سيده أن يغدوه ، قال الشيخ في المبسوط : يغدوه عند قوم بأقل الامرين من قيمته أو أرش الجنائية ؛ لأنه إن كانت قيمته أقل فليس عليه غير قيمته ، وإن كانت جنائيته^(٤٣) أقل

(٤١) - المصدر السابق ، حديث . ٣

(٤٢) - في النسخ : ذلك .

(٤٣) - في النسخ : الجنائية .

فليس عليه غيرها^(٤٤) وعند آخرين^(٤٥) هو بال الخيار بين أن ينفيه بأرش الجنابه بالغاً ما بلغ أو يسمله للبيع^(٤٦)؛ لأنه قد يرثب فيه راغب يشتريه بذلك القدر أو أكثر، قال: وهذا أظهر في رواياتنا، والأول أقوى، واختاره العلامة في القواعد، وقال في الخلاف ينفيه بالارش بالغاً ما بلغ، واختاره المصنف والعلامة في المختلف، ووجهه ما حكيناه عن الشيخ في المبسوط.

قال رحمه الله : اذا قتل العبد حراً عمدأ فأعتقه مولاه ، صح ولم يسقط القود ، ولو قيل : لا يصح لثلا يسقط حق الولي من الاسترقاء ، كان حسناً ، وكذا البحث في بيعه الى آخره .

أقول : قد سبق البحث في هذه المسألة في باب البيع^(٤٧) فلا وجه للإعادة .

(٤٤) - في «ن» : غير قيمته .

(٤٥) - في «ر١» : آخر .

(٤٦) - في الأصل : الى البيع .

(٤٧) - تقدم في الجزء الثاني ، من ٢٣ .

فروع في السراية

قال رحمه الله : اذا جنى الحر على الملوك فسرت الى نفسه ، فللمولى كمال قيمته ، ولو تحرر وسرت الى نفسه كان للمولى أقل الأمرين ، من قيمة الجنایة او الديمة عند السراية ؛ لأن القيمة إن كانت أقل فهي المستحقة له ، والزيادة حصلت بعد الحرية فلا يلکها المولى ، وإن نقصت مع السراية لم يلزم الجنائي تلك النقصة ؛ لأن دية الطرف تدخل في دية النفس ، مثل أن يقطع واحد يده وهو رق ، فعليه نصف قيمته ، فلو كانت قيمته ألفاً كان الجنائي خمس مئة ، ولو تحرر وقطع آخر يده وثالث رجله ثم سرى الجميع ، سقطت دية الطرف وثبتت دية النفس وهي ألف ، فلزم الاول الثالث بعد أن كان يلزم النصف ، فيكون للمولى الثالث وللسورةة الثنائين من الديمة ، وقيل : له أقل الأمرين هنا من ثلث القيمة وثلث الديمة ، والاول أشبه .

أقول : اذا قطع أحد يد عبد فعتق ، ثم قطع آخر يده ثم آخر رجله ثم سرى الجميع ومات من الكل ، فلا قصاص على الأول اذا كان حراً في النفس ولا في الطرف ، وعلى الآخرين القصاص ، وأما الديمة فتقع موزعة على الجنایات

الثلاث على كل واحد ثلثها ، ولا حق للسيد فيها يجتب على الآخرين وأئمـا تعلق حقه بما يجتب على الجاني الأول الذي جنـى عليه حالة الرق ، وفيما يستحقه قوله : الاول : أقل الامرين من ثلث الدية وأرش الجنـائية ، وهو قول الشيخ في الخلاف ، ونقله عنه عمـيد الدين في شرح القواعد ، ووجهـه ما ذكره المصنـف ، وهو اختيار المصنـف والعلامة في القواعد .

الثانـي : أقل الامرين من ثلث القيمة وثلث الدـية ؛ لأنـه إنـ كان ثـلث الـقيمة أقل فلا يلزمـه أكـثر من ثـلث دـية الحرـ ، لأنـ قيمة العـبد اذا زـادت عن دـية الحرـ ردـت اليـها ، وتـوقف العـلامـة (في المـختلف) (٤٨) ، وابنهـ في شـرح القـوـاعد .

قال رـحـمه اللهـ : ولو قـطـع يـدـهـ وـهـ عـبـدـ ثـمـ رـجـلـهـ وـهـ حرـ ، كـانـ عـلـىـ الجـانـيـ نـصـفـ قـيمـتـهـ وـقـتـ الجـانـيـةـ لـوـلـاهـ ، وـعـلـيـهـ القـصـاصـ فـيـ الجـانـيـةـ حـالـ الحرـيـةـ ، فـانـ اـتـصـ بـالـعـقـتـ جـازـ ، وـإـنـ طـالـبـ بـالـدـيـةـ كـانـ لـهـ نـصـفـ الدـيـةـ يـخـتـصـ بـهـ دـوـنـ الـوـليـ ، وـلـوـ سـرـتـاـ فـلاـ قـصـاصـ فـيـ الـأـولـيـ ، لـعـدـمـ التـسـاوـيـ ، وـلـهـ القـصـاصـ فـيـ الرـجـلـ ؛ لأنـ مـكـافـءـ ، وـهـلـ يـشـتـ القـودـ ؟ قـيلـ : لـاـ ؛ لأنـ السـرـاـيـةـ عـنـ فـعـلـيـنـ أـحـدـهـمـ لـاـ يـوجـبـ القـودـ ، وـالـأـشـبـهـ ثـبـوـتـهـ مـعـ رـدـ مـاـ يـسـتـحـقـهـ الـوـليـ .

أـقـولـ : أـمـاـ وـجـهـ عـدـمـ القـصـاصـ فـقـدـ ذـكـرـهـ المـصـنـفـ ، وـأـمـاـ وـجـهـ ثـبـوـتـهـ فـلـوـجـودـ السـبـبـ وـهـوـ الجـانـيـةـ عـلـىـ الحرـ المـكـافـيـ وـكـونـ أـحـدـيـ الجـانـيـاتـ لـاـ تـوجـبـ القـصـاصـ غـيرـ مـانـعـ مـنـ القـصـاصـ بـالـجـانـيـةـ الـأـخـرـيـ ، كـمـاـ لـوـ (قطـعـ يـدـهـ ثـمـ) (٤٩) قـطـعـ أـجـنبـيـ رـجـلـهـ ثـمـ سـرـتـاـ ، فـانـهـ يـقادـ الـأـجـنبـيـ مـعـ رـدـ نـصـفـ الدـيـةـ ، وـكـذـلـكـ هـنـاـ يـقادـ الـأـجـنبـيـ مـعـ رـدـ نـصـفـ دـيـةـ العـبـدـ ، وـجـزـمـ بـهـ الـعـلامـةـ فـيـ كـتـبـهـ .

(٤٨) - ليسـاـ فـيـ الأـصـلـ .

(٤٩) - ماـ بـيـنـ الـقـوـسـيـنـ لـيـسـ فـيـ «ـمـ»ـ .

قال رحمه الله : وقيل : إن اعتاد قتل أهل الذمة جاز الاقتصاص بعد رد فاضل ديته .

أقول : لا خلاف في عدم قتل المسلم بالذمي مع عدم الاعتياد ، ومع الاعتياد اختلف الأصحاب فيه على ثلاثة أقوال :

الاول : قول الشیعی في النهاية : إنه يقتل قصاصاً بعد رد أولياء الذمی فاضل دیة المسلم ، وهو قول المفید واختاره المصنف في المختصر جزاً .

الثاني : انه يقتل حدأً لاقصاصاً ولكن لافساده قام مقام المحاربين ، وهو قول أبي الصلاح وأبي علي .

الثالث : عدم قتله مطلقاً ، وهو قول ابن ادریس وهو ظاهر المصنف هنا ، والعلامة في القواعد واختاره فخر الدين ومستند الجميع الروایات^(٥٠) ، قال الشهید في شرح الارشاد : والحق أن هذه المسألة اجماعية ، فإنه لم يخالف فيها أحد سوى ابن ادریس ، وقد سبقه الاجماع ولو كان هذا^(٥١) الخلاف مؤثراً في الاجماع لم يوجد اجماع قط ، اذا عرفت هذا فهنا فروع :

الاول : المراد بالذمي هو الملزوم بشرائط الذمة السابقة فلو أخلَّ بشرط واحد منها صار حریباً لم يقتل المسلم بقتله .

الثاني : معنى الاعتياد ، قيل : يحصل بقتله ثانية ؛ لأنَّه مشتق من العود ، وقيل بقتله ثالثاً ؛ لأنَّ ثبوت العادة شرط في القصاص ، والشرط مقدم على المشروط ، فبقتله مرتين يحصل العادة ، وبالثالثة يجب القتل .

الثالث : على القول بأنه قصاص يتوقف على طلب الولي ، وعلى القول بأنه حد يقتله الامام عليه السلام لفساده في الأرض .

(٥٠) - الوسائل ، أحاديث باب ٤٧ من أبواب قصاص النفس .

(٥١) - ليس في النسخ .

الرابع : على القول بقتله قصاصاً ، هل يتوقف على طلب جميع الاولاء أو طلب ولد الأخير خاصة ؟ يبني على مسألة هي أن قتل ما قبل الأخير هل هو شرط في وجوب القصاص أو جزء سبب ؟ فان كان الاول لم يتوقف على طلب الجميع بل على طلب ولد الأخير ؛ لأن قتله سبب تام في وجوب القصاص ، وان كان الثاني توقيف على طلب الجميع ، ويترفع على ذلك رد فاضل دية المسلم ، وكل من يتوقف القصاص على مطالبه كان الرد واجباً عليه .

قال رحمة الله : ولو قتل الذمي مسلماً عمدأً ، دفع هو وماله الى أولياء المقتول ، وهم مخiron بين قتله او استرقاقه ، وفي استرقاق ولده الصغار تردد ، أشبهه بقاوئهم على الحرية ، ولو أسلم ، قبل الاسترقاق لم يكن لهم إلا قتله .

أقول : منشأ التردد من تبعية الطفل لابويه في الكفر والاسلام ، فيتبعه في الرق ، ولأنه بخرق الذمه صار حريباً وحكم المغربي استرقاق أولاده الصغار ، ومن أصالته بقاء حرفيتهم السابقة ، لانقادهم عليها وجنائية الأب لا تخرجهم عنها لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُنْزِرْ وَازْرَةً وَزَرْ أَخْرَى ﴾^(٥٢) وبالاسترقاق قال المفيد وابن حمزة وسلام وقله العلامة في التحرير وفخر الدين وعميد الدين عن الشيخ في النهاية ، قال الشهيد في شرح الارشاد : ولم أر ذلك في شيء من كتب الشيخ ، ومن ابرهيس من الاسترقاق ، واختاره المصنف والشهيد في شرح الارشاد ، واستبعد القول باسترقاقهم .

قال رحمة الله : ولو قتل الذمي مرتدأً قتل به ؛ لأنه محقون الدم بالنسبة الى الذمي ، أما لو قتله مسلم فلا قود قطعاً ، وفي الدية تردد ، والأقرب أنه لا دية .

أقول : منشأه من أن المرتد مهدور الدم بالنسبة الى المسلم ، فلا قود

ولادية وان اساء بقتله ؛ لأن أمره الى الحاكم^(٥٣) ومن أنه لم يكن أقل حرمة من الذمي ، ويعجب بقتل الذمي الديبة فكذلك في^(٥٤) المرتد ، والأول هو المعتمد والمشهور بين الأصحاب ، وجزم به العلامة في القواعد .

قال رحمة الله : ولو ادعى اثنان ولداً مجهولاً ، فان قتله أحدهما قبل القرعة فلا قود لتحقق الاحتال في طرف القاتل ، ولو قتلاه فالاحتال بالنسبة الى كل واحد منها باقي ، وربما خطر الاستناد إلى القرعة ، وهو تهجم على الدم ، والأقرب الاول . ولو ادعياه ثم رجع أحدهما وقتلاه ، توجه القصاص على الراجع بعد رد ما يفضل عن جنابته ، وكان على الأب نصف الديبة وعلى كل واحد كفاردة القتل بانفراده . ولو ولد مولود على فراش مدعين له ، كالآمة أو الموطوءة بالشبهة في الطهر الواحد ، فقتلاه قبل القرعة ، لم يقبلأ ، لتحقق الاحتال بالنسبة الى كل واحد منها ، ولو رجع أحدهما ثم قتل لم يقتل الراجع ، والفرق أن البنوة هنا تثبت بالفراش لا بمجرد الدعوى ، وفي الفرق تردد .

أقول : فرق الأصحاب بين رجوع أحد المدعين للولد المجهول ، وهو الذي لم يعلم ولادته على فراش معلوم ، وبين رجوع أحد المدعين للولد المولود على فراشها كما فرضه المصنف ، ثم حكمو بقتل الراجع في الصورة (الاولى اذا قتل الولد ، وبعدم قتل الراجع في الصورة)^(٥٥) الثانية ؛ لأن البنوة اذا ثبتت بالفراش لم تنتف الا باللعان ، واذا ثبتت بمجرد الدعوى انتفت بالرجوع عنها مع وجود مدع غير الراجع ، هذا هو المشهور بين الأصحاب ، وتتردد المصنف في الفرق ؛ لأن المانع من القصاص هنا انما هو احتفال البنوة وهذا المعنى مشترك بين

(٥٣) - في النسخ : الإمام .

(٥٤) - من « ر١ » .

(٥٥) - ما بين القوسين ليس في « ر١ » .

الصورتين لأن النسب يثبت بالفراش المنفرد والدعوى المنفرد وكما ساوت الدعوى المنفرد الفراش المنفرد في ثبوت النسب وجب أن يتساوى الدعوى المشتركة والفراش المشترك في إحتمال النسب فالفرق بينها في صورة الأشتراك مع عدمه في صوره الاتحاد لا وجه له وعدم الفرق قوي غير أن عمل أكثر الأصحاب على الفرق من غير تردد.

قال رحمه الله : وفي رواية يقص من الصبي إذا بلغ عشرأً ، وفي أخرى اذا بلغ خمسة أشبار ، وتقام عليه الحدود ، والوجه أن عمد الصبي خطأ محض يلزم أرشه العاقلة حتى يبلغ خمسة عشرة سنة .

أقول : الرواية الاولى رواها الشيخ عن أبي بصير عن الباقي عليه السلام ، « قال : سأله عن غلام لم يدرك وامرأة قتلا رجلا خطأ ؟ فقال : إن خطأ المرأة والغلام عمد ، فان أحبت أولياء المقتول أن يقتلوا هما قتلوا هما ويردوا على أولياء الغلام خمسة الآف درهم وإن أحبوها أن يقتلوا الغلام قتلوه ، وترد المرأة على أولياء الغلام ربع الديمة قال وان أحبت أولياء المقتول ان يأخذوا الديمة كان على الغلام نصف الديمة وعلى المرأة نصف »^(٥٦) وحلها الشيخ على من بلغ العشر .

وأما الرواية الثانية فرواية السكوني ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، « قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : في رجل وغلام أشتراكا في قتل رجل ، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : اذا بلغ الغلام خمسة أشبار اقتضى منه واذا لم يكن بلغ خمسة أشبار قضى بالديمة »^(٥٧) وبضمون الاولى أفتى الشيخ وبضمون الثانية أفتى ابن بابويه والمفيد ، والمشهور اختيار المصنف ، لقوله عليه السلام : « رفع القلم عن ثلاثة ، عن الطفل حتى يبلغ ، والجنون حتى يفique ، والنائم حتى

(٥٦) - الوسائل ، كتاب التصاص ، الباب ٣٤ من أبواب قصاص النفس ، حديث ١.

(٥٧) - الوسائل ، كتاب التصاص ، باب ٣٦ من أبواب قصاص النفس ، حديث ١.

يتبه»^(٥٨) ولعدم جواز التهجم على الدماء الا في موضع اليدين .

قال رحمه الله : ولو قتل البالغ الصبي قتل به على الأصلع .

أقول : هذا هو المشهور بين الأصحاب ، وهو المعتمد ؛ لعموم : **﴿النفس﴾**

﴿بالنفس﴾^(٥٩) وقال أبو الصلاح : لا يقتل به بل تؤخذ الدية ؛ لأن الكامل لا يقتل بالناقص ، والطفل ناقص فلا يقتل به البالغ .

قال رحمه الله : ولا يقتل العاقل بالمحنون ، وثبتت الدية على القاتل إن كان

عمداً أو شبيهاً بالعمد ، وعلى العاقلة إن كان خطأ محضاً ، ولو قصد العاقل دفعه
كان هدراً ، وفي رواية ديته في بيت المال .

أقول : الرواية إشارة إلى ما رواه أبو بصير ، « قال سألت أبي جعفر عليه

السلام عن رجل قتل مجنوناً ؟ فقال : إن كان المجنون أراده فدفعه عن نفسه فقتله
فلا شيء عليه من قود ولادية ، وتعطى ورثته الدية من بيت المال »^(٦٠)

وبضمونها أفتى المقيد ، ولا يأس به ثلا يبطل^(٦١) دمه والمشهور سقوط القود
والدية معًا ، لأن الدفع أما مباح أو واجب فلا يتعقبه ضمان .

قال رحمه الله : وفي ثبوت القود على السكران تردد ، والثبوت أشبه ؛ لأنه

الصافي في تعلق الأحكام ، أما من بنج نفسه أو شرب مرقداً لا لعذر ، فقد ألمقه
الشيخ رحمه الله بالسكران ، وفيه تردد .

أقول : هنا مسألتان :

الاولى : في ثبوت القود على السكران ، ومنشأ التردد فيه من مساواته

للمحنون في زوال العقل فيساويه في انتفاء القصاص ، وأن العمد يعتبر فيه القصد

(٥٨) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات ، حديث ١٠ .

(٥٩) - الماندة : ٤٥ .

(٦٠) - الوسائل ، كتاب القصاص ، باب ٢٨ من أبواب قصاصات النفس ، حديث ١ .

(٦١) - كذا

إلى القتل ، والسكران لاقتده له فلا قود عليه ، وتجب الديمة في ماله ، ومن أن الشارع أجرأه مجرئ الصاحي في الأحكام ومن جملتها وجوب القود ، وهو اختيار المصنف وفخر الدين .

الثانية : هل حكم من بنج نفسه أو شرب مرقداً حكم السكران ؟ قال الشيخ : نعم ؛ لأن ابطال عقله بفعله واختياره ، مع نهي الشارع عنه ، فكان حكمه حكم السكران في تعلق الأحكام ، وتردد المصنف لاختصاص النص^(٦٢) بالسكران دون غيره ؛ لأن الاعتبار بالأفعالقصد والإرادة ، فع عدم القصد والإرادة تكون ملحقة بأفعال الساهي ، خرج منه السكران بالنص^(٦٣) والاجماع يبيّن الباقى على الأصل ، واختار فخر الدين مذهب الشيخ .

تبنيه : الفرق بين السكران والبنج وشارب المرقد تابع للفرق بين خواص المسكرات ، فخاصة المخمر التشوه لشاربها والسرور^(٦٤) وقوه النفس ، وقد يحصل مع ذلك تغير العقل ، واحتلال الكلام المنظوم ، وظهور السر المكتوم ، وعربدة في الكلام ، وخواص البنج تغير العقل لغير ، من غير تشوه ولا سرور ولا قوة نفس مع تعب^(٦٥) الحواس ، وخاصة المرقد كخاصة البنج ويزيد على ذلك تغير^(٦٦) الحواس الخمس^(٦٧) بحيث يصير راقداً لا يتحرك منه شيء كاملية ، غير أنه فيه نفس .

قال رحمه الله : وفي الاعمى تردد ، أظهره أنه كالمبصر في توجيه التصاص

(٦٢) - الوسائل ، كتاب الدييات ، باب الأول من أبواب موجبات الضمان ، حدیث ٢ .

(٦٣) - المصدر السابق .

(٦٤) - في «ن» : وهو السرور .

(٦٥) - في «رأ» : تغيب ، وفي «م» و «ن» : عدم تغيب .

(٦٦) - في النسخ : تغيب .

(٦٧) - من «رأ» .

لعمده ، وفي رواية الحلبـي عن أبي عبد الله عليه السلام : أن جنایته خطأ تلزم العاقلة .

أقول : ذهب الشیخ في النهاية الى ان عمد الأعمى بمنزلة الخطأ يجب فيه الدية على عاقلته ، وتبـعه ابن البراج وهو مذهب ابن الجنيد للرواية المذكورة ، وذهب ابن ادريس الى وجوب القود عليه مع العمد كالمبـصر ، واختاره المصنف والعلامة وابنه وأبو العباس ، وهو المعتمـد ، لتحقق القصد منه فيدخل في عموم : **«النفس بالنفس»**^(٦٨) لانه مكلف بالغ عاقل قادر فيقتضـ منه كالمبـصر .

في دعوى القتل

قال رحمه الله : ولو حرر الداعي بتعيين القاتل وصفة القتل ونوعه ، سمعت دعواه ، وهل تسمع منه متصرراً على مطلق القتل ، فيه تردد أشبهه القبول .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : اذا ادعى على رجل أنه قتل ولد امه ولم يقل عمدا ولا خطأ ، وأقام شاهداً واحداً يشهد له بما ادعاه ، قال قوم : لا يكون لوناً ، لأنه لو حلف مع شاهده لم يكن الحكم يبعنه ؛ لأننا لا نعلم صفة القتل فيستوفى بوجبه فتسقط الشهادة ، وهذا القول مذهب في المبسوط ، وتردد المصنف والعلامة في القواعد في ذلك ، قال فخر الدين وعميد الدين : ينشأ مما ذكره المصنف رحمه الله ، ومن إمكان علم الولي بتصور القتل من شخص وجهله بصفته ، فلو لم تسمع دعواه لزم ضياع حقه ، واختار المصنف والعلامة في التحرير سماع الداعي .

قال رحمه الله : ولو ادعى القتل ولم يقل عمداً أو خطأ ، الأقرب أنها تسمع ويستفصله القاضي ، وليس ذلك تلقيناً بل تحقيقاً للداعي ، ولو لم يبين ، قيل :

طرحت دعواه وسقطت البينة بذلك ، إذ لا يمكن الحكم بها ، وفيه تردد .

أقول : هذه المسألة هي السابقة بعينها ، وانما أوردها ثانياً ، لزيادة الايضاح والتبيين ، وعلى ما اختاره المصنف والسلامة في التحرير من سباع الدعوى ، ينبغي الحكم بالدية في مال القاتل لا بالقصاص لما فيه من التهجم على الدماء مع الشك في السبب ، ولا في مال العاقلة لأصلحة براءة ذمتهم ما لم يعلم الموجب ، فيتعين كونها في مال القاتل .

قال رحمه الله : ولو ادعني على شخص القتل منفرداً ، ثم ادعني على آخر ، لم يسمع الثانية برئ الاول أو شرركه ، لا كذابه نفسه بالدعوى الاولى ، وفيه للشيخ قول آخر .

أقول : القول الآخر نقله صاحب التردّدات عن الشيخ في الخلاف ، وهو سباع الدعوى الثانية ؛ لأنّ قول الولي قتله فلان وحده لم يقطع به ، وانما قاله بغالب ظنه ، والمعتمد عدم السباع ما لم يصدقه الثاني فيوخذ^(٦٩) باقراره ، وهو اختيار العلامة في القواعد والتحرير .

قال رحمه الله : اما الاقرار في يكنى فيه المرأة ، وبعض الأصحاب يشترط الاقرار مرتين .

أقول : نص الشيخ في النهاية على وجوب الاقرار مرتين ، وتبعه ابن ادريس ، لل الاحتياط للدماء ، ولأنه لا تقتصر عن الاقرار بالسرقة والزنا ، والمشهور الاكتفاء بالمرة ، لعموم : « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز »^(٧٠) ، ولأنه حق آدمي في يكنى فيه المرأة كغيره من الحقوق ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو أقر بقتله عمداً ، فأثر آخر أنه هو الذي قتله ، ورجع الاول درئ عنها القصاص والدية ، وودي المقتول من بيت المال ، وهي قضية

(٦٩) - في النسخ : فيؤخذ .

(٧٠) - الوسائل ، كتاب الاقرار ، باب ٣ ، حديث ٢ .

الحسن عليه السلام .

أقول : هذه قضية^(٧١) الحسن عليه السلام في حياة أبيه عليه السلام ، وعليها فتوى أكثر^(٧٢) الأصحاب ، وذهب أبو العباس في المقتصر إلى تخير الولي في تصدق أيهما شاء .

قال رحمه الله : أما البيينة فلا تثبت ما يجب به التصاص الا بشهادتين ، ولا يثبت بشاهد وامرأتين ، وقيل : تجب به الديمة ، وهو شاذ .

أقول : المشهور عدم قبول شهادة النساء منفردات ومنضمات فيما يجب التصاص ، وقال ابن الجنيد : ولو لم يتم الشهادة على القتل بالرجال ، وشاركتهن النساء أو جبنا بها الديمة ، وقال أبو الصلاح : ولا يقتضي بشهادتهن^(٧٣) وتتخاذل بها الديمة ، والمعتمد ما هو مشهور^(٧٤) بين الأصحاب .

قال رحمه الله : ولو شهدا لمن يرثانه ان زيداً جرحه بعد الاندماج قبلت ، ولا تقبل قبله ، لتحقق التهمة على تردد .

أقول : المشهور بين الأصحاب عدم القبول قبل الاندماج ، لوجود التهمة ؛ لأن الجرح قد يرى إلى النفس فتعجب الديمة على القاتل ، فيستحقها الشاهدان فتحققـتـالـتهمـةـ ، وتردد المصطفى ؛ لأن الوارث لو شهد للمرحـيـضـ بـدـيـنـ قبلـتـ شـاهـادـتـهـ معـ تـحـقـقـ التـهـمـةـ ، لـاحـقاـلـ موـتـهـ بـذـلـكـ المـرـضـ ، فـيـنـتـقـلـ المـالـ إـلـىـ الشـاهـدـيـنـ ، فـلـوـ أـنـ تـهـمـةـ الـوارـثـ مـانـعـ لـمـعـ شـاهـادـتـهـ للـمرـيـضـ^(٧٥) ، والمعتمد ما

(٧١) - الوسائل ، كتاب التصاص ، باب ٤ من أبواب دعوى القتل ، حديث ١ .

(٧٢) - ليست في «ن» .

(٧٣) - في الأصل : بشهادتين .

(٧٤) - في «م» : المشهور .

(٧٥) - في «ن» شهادة المرحـيـضـ .

هو مشهور^(٧٦) بين الأصحاب.

(٧٦) - في «م»: المشهور.

في القسامـة

قال رحـه الله : ولو قال الشـاهـد : قـتـلهـ أـحـدـ هـذـيـنـ ، كـانـ لـوـثـاـ ، ولوـ قالـ : قـتـلـ

أـحـدـ هـذـيـنـ ، لمـ يـكـنـ لـوـثـاـ ، وـفـيـ الفـرـقـ تـرـدـ .

أـقـولـ : فـرـقـ الشـيـخـ فـيـ الـمـبـسـطـ بـيـنـ الـمـسـائـلـيـنـ ؛ لـأـنـ فـيـ الـمـسـائـلـ الـأـوـلـيـ ثـبـتـ

أـنـ الـقـتـيلـ قـتـلـهـ أـحـدـهـاـ وـقـيـزـ الـقـاتـلـ قـدـ يـعـسـرـ ؛ لـأـنـ يـخـفـ⁽⁷⁷⁾ نـفـسـهـ ، بـخـلـافـ

الـمـقـتـولـ ، وـقـدـ أـطـلـقـ الـأـصـحـابـ أـنـ شـهـادـةـ الـوـاحـدـ لـوـثـ وـلـيـسـ الـثـانـيـةـ كـذـلـكـ ؛ لـأـنـ

كـلـ وـلـيـ لـاـ يـعـلـمـ أـنـ الشـاهـدـ يـشـهـدـ لـهـ ، فـلـاـ يـتـحـقـقـ شـهـادـةـ الـوـاحـدـ لـاـحـدـهـاـ فـلـاـ لـوـثـ

حـيـنـذـ .

وـتـرـدـ الـمـصـنـفـ فـيـ الـفـرـقـ ، وـمـنـشـئـهـ مـاـ قـالـهـ الشـيـخـ ، وـمـنـ اـحـتـالـ عـدـمـ الـلـوـثـ

فـيـ الـأـوـلـيـ أـيـضاـ ؛ لـأـنـ شـهـادـةـ الـوـاحـدـ إـنـماـ تـكـوـنـ لـوـثـاـ مـعـ جـزـمـ الشـاهـدـ بـتـعـيـنـ

شـخـصـ الـقـاتـلـ وـشـخـصـ الـمـقـتـولـ ، بـجـيـثـ لـاـ يـحـتـمـلـ أـحـدـهـاـ الـشـرـكـةـ ، لـاشـتـرـاطـ

الـجـزـمـ فـيـ الشـهـادـةـ ، فـلـمـ يـعـصـلـ الـجـزـمـ لـمـ يـبـتـ اللـوـثـ .

قال رحـه الله : ولاـ يـشـرـطـ فـيـ الـلـوـثـ وـجـودـ أـثـرـ الـقـتـلـ عـلـىـ الـأـشـيـهـ .

(77) - فـيـ «ـمـ» وـ «ـرـ1ـ» : لـأـيـغـنـ .

أقول : هذا مذهب الشيخ في الخلاف وهو المشهور ؛ لأن العادة موت الانسان بالامراض ، وموت الفجأة نادر ، فلا يحمل على النادر الا بدليل ، اذ قد يقتل الانسان غيره بأخذ نفسه وعصر خصيته وان لم يكن هناك أثر ، وقوى في المبسوط اشتراط وجود أثر القتل في تحقق اللوت ، فعلى هذا لا يتحقق بدونه الاول هو المعتمد .

قال رحمه الله : وهي في العمد خمسون يميناً فان كان له قوم حلف كل واحد يميناً إن كانوا عدداً القسام ، وإن نقصوا عنه كررت عليهم الإيمان حتى يكملوا القسام ، وفي الخطأ المحسن والشبيه بالعدم خمس وعشرين يميناً ، ومن الأصحاب من سوى بينهما ، وهو أوافق في الحكم ، والتفصيل أظهر في المذهب .

أقول : اتفق الأصحاب على أن القسام في العمد خمسون يميناً ، واختلفوا في الخطأ وشبيه العدم ، فنفهم من ساواهها بالعدم كالمفید وسلام وابن ادریس ، واختاره العلامة في القواعد والأرشاد والتحریر ، وابنه في الایضاح ؛ لأن القسام على خلاف الأصل فيعمل بها على الأحوط وكذلك^(٧٨) قال المصنف ، وهو أوافق ، وادعنى ابن ادریس على ذلك اجماع المسلمين ، وقال الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف : خمس وعشرون يميناً ، وادعنى في المبسوط اجماع الاصحاب ، وتبعه ابن البراج وابن حمزة ، واختاره المصنف والعلامة في المختلف ، وأبو العباس في المقتصر ، وطم عليه روایات ، كرواية عبد الله بن سنان^(٧٩) عن الصادق عليه السلام ، ورواية يونس^(٨٠) عن الرضا عليه السلام . قال رحمه الله : ولو كان المدعى عليهم أكثر من واحد ، ففيه تردد أظهره أن

(٧٨) - في «م» : ولذلك .

(٧٩) - الوسائل ، كتاب القصاص ، باب ١١ من أبواب دعوى القتل ، حدیث ١ .

(٨٠) - المصدر السابق ، حدیث ٢ .

على كل واحد خسین يبیناً ، كما لو انفرد ؛ لأن كل واحد منهم يتوجه عليه الدعوى
بانفراده .

أقول : منشأه مما قال المصنف ، ومن أنها جنایة واحدة لاتحاط موضوعها ،
وقد قدر لها الشارع خسین يبیناً فيقسط على الجميع ، والمعتمد اختيار المصنف
وهو مذهب العلامة .

قال رحمه الله : لو امتنع من القسامه ولم يكن له من يقسم ، ألزم الدعوى ،
وقيل : له رد المبين على المدعى .

أقول : لاشك أن القسامه على المدعى ، فان لم يحلف كان له إخلاف المدعى
عليه ، فان لم يحلف المدعى عليه ولا قومه أو^(٨١) لم يكن له قوم ، هل له رد المبين
على المدعى ؟ ذهب الشيخ في المسوط الى جواز ردها عليه ، والمشهور عدم
الرد ؛ لأنها كانت للمدعى أولاً فردها على المنكر فلا يجوز الرد على المدعى ، والا
لم تغل إما أن يجوز ردها على المنكر ثانياً أولاً ، فان كان لزم التسلسل ، وإن كان
الثاني انتفت فائدة الرد ، والمعتمد عدم جواز الرد .

قال رحمه الله : وثبتت القسامه في الاعضاء مع التهمة ، وكم قدرها ؟ قيل :
خمسون يبیناً احتياطاً إن كانت الجنایة تبلغ الديمة ، وإلا فبنسبتها من خسین ، وقال
آخرون : ست أیمان فيها فيه دية النفس ، وبحسابه من ستة فيها فيه دون الديمة ، وهي
رواية أصلها طريف .

أقول : القول بالخمسين مذهب سلار وابن ادریس ، واختاره العلامة في
القواعد والمختلف ؛ لأنه أحورط ، والقول بالستة مذهب الشيخ في النهاية
والمسوط والخلاف ، وتبعه ابن حمزه وابن البراج ، وإختاره المصنف في
المختصر ، وفخر الدين في الإيضاح ، وأبو العباس في المقتصر ، والمستند

رواية^(٨٢) سهل بن زياد ، عن الحسن^(٨٣) بن ظريف ، عن أبيه ظريف بن ناصح ، يرفعه إلى الصادق عليه السلام .

قال رحمه الله : وفي قبول قسامة الكافر على المسلم تردد . أظهره المنع .

أقول : منشأه من عموم الأخبار^(٨٤) الدالة على ثبوت القسامه فثبتت للكافر على المسلم كالمحبس ، وهو اختيار الشیعی في المسوط ، غير أنه لا يثبت به التصاص وإنما تثبت الديمة ، ومن أن استحقاق القسامه سهل ، ولا سهل للكافر على المسلم ، وهو اختيار المصنف والعلامة وابنه ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : وهل يذكر في العین أن النیة نیة المدعی ؟ قيل : نعم ، دفعاً لتوهم الخالق ، والأشبه أنه لا يجب .

أقول : القائل هو الشیعی رحمه الله ، ومنع^(٨٥) المصنف والعلامة وابنه (لأنه حکم شرعی وكل)^(٨٦) حکم شرعی لابد في ثبوته من دلیل شرعی ، ولم يتم على ذلك دلیل ، والأصل براءة الذمة ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : اذا اتهم والمس الوالی حبسه حق بحضور بيته ، ففي إجابته تردد ، ومستند الجواز ما رواه السکوی عن أبي عبد الله عليه السلام عن النبي صل الله عليه وآلہ ، كان يحبس في تھمة الدم ستة أيام ، فان جاء الاولیاء ببینة وإلا خلّ سبیله ، وفي السکوی ضعف .

أقول : منشأ التردد من الروایة^(٨٧) المذکورة ، وبضمونها أفتى الشیعی

(٨٢) - الوسائل ، كتاب التصاص ، باب ١١ من أبواب دعوى القتل ، حدیث ١ .

(٨٣) - في «ن» : (الحسين) بدل (الحسن) .

(٨٤) - الوسائل ، كتاب التصاص ، أحاديث الأبواب ٩ و ١٠ و ١١ من أبواب دعوى القتل .

(٨٥) - في «ن» : ومنعه .

(٨٦) - في «م» و «ر» بدل ما بين القوسين : لأن كل .

(٨٧) - الوسائل ، كتاب التصاص ، باب ١٢ من أبواب دعوى القتل ، حدیث ١ .

وابن البراج ، ومن ان المحبس عقوبة لم يثبت سببها فلا يجوز المحبس^(٨٨) ، وهو اختيار ابن ادريس والمصنف والعلامة ، وهو المعتمد .

في كيفية الاستيفاء

قال رحمه الله : ويرث القصاص من يرث المال عدا الزوج والزوجة ، فان لها نصيبها من الديه في العمد أو الخطأ ، وقيل : لا يرث القصاص الا العصبة ، دون الأخوة والأخوات من الأم ومن يتقرب بها ، وهو الأظهر ، وقيل : ليس للنساء عفو ولا قود [على الأشبه] ، وكذا يرث الديه من يرث المال ، والبحث فيه كالاول .

أقول : اختلف الاصحاب في وارث القصاص ، قال الشيخ في المبسوط وابن ادريس : إنه كل وارث عدا الزوج والزوجة ، واختاره العلامة وابنه ، ونقل في المبسوط أيضاً عن جماعة من أصحابنا أنه العصبة ، وقال في الاستبصار : ليس للنساء عفو ولا قود ، والمعتمد الاول ، لقوله تعالى : ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بِعِصْمِهِمْ أُولَئِكَ بِعِصْمِهِمْ﴾ .^(٨٩)

قال رحمه الله : ولو كان الولي واحداً كان له المبادرة ، والولي توقفه على إذن الامام ، وقيل : تحريم المبادرة ويعذر لو بادر ، ويتأكد الكراهة في قصاص

. الطرف .

أقول : قال الشيخ في في موضع من المبسوط : يتوقف على إذن الامام ؛ لأنها مسألة اجتهادية مبنية على الاحتياط التام ، فتكون منوطه باذن الامام ، فعل هذا لو بادر من غير إذن الامام لم يضمن دية ولا أرشا ، بل يكون مأتوماً ويعذر ، وقال في موضع آخر من المبسوط بعدم التوقف ، واختاره المصنف والعلامة في المختلف وابنه في الايصال ، وأبو العباس في المقتصر ، وهو المعتمد ، لقوله تعالى : ﴿ فقد جعلنا لوليه سلطاناً ﴾^(٩٠) ، وقال في المخلاف : يتوقف على إذن الامام في الطرف ؛ لأنـه من فروض الامام لجواز التخطي فانه في معرض السراية ، واختاره العلامة في القواعد^(٩١) .

قال رحمـه الله : ولو كانوا جماعة لم يجز الاستيفاء الا بعد الاجتماع ، اما بالوكالة او بالاذن لواحد . وقال الشيخ : يجوز لكل واحد المبادرة ، ولا يتوقف على إذن الآخر ، لكن يضمن حصص من لم يأخذن .

أقول : هذا قولـالشيخ في المبسوط ، مستدلا بالاجماع وعموم الآية^(٩٢) ، والمشهور اختيار المصنف وهو المعتمد ، فلو بادر أحدـهم عـزـر وضـمن حصـص الـباقيـن .

قال رـحـمه الله : اذا كان له أولـياء لا يـولـيـ عليهمـ كانوا شـركـاءـ فيـ القـصاصـ ، فـانـ حـضـرـ بـعـضـ وـغـابـ الـبـاقـونـ ، قالـ الشـيخـ : للـحـاضـرـ الـاستـيفـاءـ بـشـرـطـ انـ يـضـمنـ حصـصـ الـبـاقـينـ مـنـ الـدـيـةـ ، وكـذاـ لوـ كانـ بـعـضـهـمـ صـغارـاـ ، وـقـالـ : لوـ كانـ الـوـليـ صـغـيرـاـ وـلهـ أـبـ أوـ جـدـ ، لمـ يـكـنـ لـأـحـدـ أـنـ يـسـتوـفيـ حقـ يـسـلـغـ ، سـوـاءـ كـانـ

(٩٠) - الاسراء : ٣٣ .

(٩١) - ليست في « رأى » .

(٩٢) - الاسراء : ٣٣ .

القصاص في النفس أو الطرف ، وفيه إشكال ، وقال: يحبس القاتل حتى يبلغ الصبي ويفيق الجنون ، وهذا أشد إشكالاً من الأول .

أقول : هنا تلات مسائل :

الاول : ان يكون الاولياء مكلفين ثم يغيب بعضهم ويحضر بعض ، فهنا قال الشيخ في المسوط والخلاف : للحاضر الاستيفاء ويضمن حخص الباقيين ، (وهو بناء على مذهبه من جواز المبادرة لكل واحد من الشركاء بشرط ضمان حخص الباقيين)^(٩٣) سواء كان الشريك حاضر أو غائبا ، وعلى قول من يوجب الاجتياح يحصل عدم جواز الاستيفاء للحاضر ؛ لأن القتل غير مختص به ولا تبعيض ، فوجب تأخيره إلى حضور الغائب والا لزم ضياع حقه ، وحيثنة يحبس القاتل لو جنوب حفظ حقوقهم وهو لا يتم الا بالحبس ، وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ، وحكم الصغير غير ذي الأب والجد حكم الغائب .

الثانية : أن يكون بعض الاولياء صغيراً أو عجناً ولهم أب أو جد ، قال الشيخ : ليس لأحد أن يستوفي حقه حتى يبلغ الصغير أو يفقي الجنون ؛ لأنه لا يمكن تلافيه^(٩٤) وكل حق هذا شأنه لا يملكه الولي ، واستشكله المصنف ؛ لأن للولي استيفاء جميع حقوق المولى عليه مع المصلحة وهو قائم مقامه فله الاستيفاء ، وهو المعتمد .

الثالثة : قال الشيخ يحبس القاتل حتى يبلغ الصبي أو يفقي الجنون لما تقدم ، قال المصنف : وهذا أشد إشكالاً من الأول ؛ لأن الحبس زيادة عقوبة لا وجدها ؛ لأن الواجب على القاتل القصاص أو الدية ، ولم يجب عليه الحبس هنا فوجوبه عليه يحتاج إلى دليل .

(٩٣) - ما بين القوسين ليس في «م» .

(٩٤) - في «ر١» : طاقته .

قال رحمه الله : ولو اختار بعضهم الدية وأجاب القاتل جاز ، فاذا أسلم سقط القود على رواية ، والمشهور أنه لا يسقط ، وللآخرين القصاص من بعد ان يردوا عليه نصيب من فاداه .

أقول : الرواية المتضمنة لسقوط القود هي رواية جميل بن دراج ^(٩٥) عن زرارة عن الباقي عليه السلام ، والمشهور عدم السقوط وعليه فتوى الأصحاب .

قال رحمه الله : اذا قتل جماعه على التعاقب ، ثبت لولي كل واحد منهم القود ، ولا يتعلق حق واحد بالآخر ، فان استوفى الاول سقط حق الباقين لا الى بدل على تردد ، ولو بادر أحدهم فقتله فقد اساء ، وسقط حق الباقين ، وفيه إشكال من حيث تساوي الكل في سبب الاستحقاق .

أقول : منشأ التردد من فوات عمل القصاص فيسقط لا الى بدل ، لقوله عليه السلام : « لا يجني المجراني على أكثر من نفسه » ^(٩٦) ؛ لأن الدية اما تثبت بالتراضي منها وقد تعذر ، وهو فتوى الشيخ في المسوط والخلاف ، واستدل بجماع الفرقه وأخبارهم ، ومن كون السقوط لا الى بدل يستلزم اهدار الدم المحقون ، وقال عليه السلام : « لا يبطل دم امرئ مسلم » ^(٩٧) (فلما تعذر القصاص وجب الانتقال الى بدله وهو الدية لثلا يظل دم امرئ مسلم) ^(٩٨) ، وهو اختيار فخر الدين ولا فرق عنده ^(٩٩) بين أن يقتل بالاول أو بالأخير ، ولا بين أن يقتله أحد أولياء المقتولين بالقرعة أو بغير قرعة ، ويتفرع على ذلك ما لو قتله أجنبي خطأ أو مات قبل أن يقتضي منه ، فعل الاول ليس لهم الا الدية ،

(٩٥) - الوسائل ، كتاب القصاص ، باب ٥٤ من أبواب قصاص النفس ، حديث ٣ .

(٩٦) - الوسائل ، كتاب القصاص ، باب ٢٣ من أبواب قصاص النفس ، حديث ١٠ .

(٩٧) - الوسائل ، كتاب القصاص ، باب ٦ من أبواب دوى القتل ، حديث ١ .

(٩٨) - ما بين القوسين ليس في الأصل .

(٩٩) - ليست في الأصل .

فتكون بينهم على نسبة حقوقهم في صورة قتل المخطأ ، وتسقط حقوقهم في صورة الموت ، وعلى الثاني يرجع كل واحد على تركة الميت ب تمام حقه .

قصاص الطرف

قال رحمه الله : وقطع اليدين باليمين ، فان لم يكن يمين قطعت بها يسراه ، ولو لم يكن يمين ولا يسار قطعت رجله استناداً الى الرواية .

أقول : الرواية إشارة الى ما رواه الشيخ في الصحيح رفعه الى حبيب السجستاني^(١٠٠) عن أبي جعفر عليه السلام وقد تقدم ذكرها ، وقال ابن ادريس : تنتقل الى الديمة مع فقد اليدين ، وقد مضى البحث في هذه المسألة^(١٠١) . قال رحمه الله : وهل يجوز القصاص قبل الاندماج ، قال في المبسوط : لا ، لما لا يؤمن من المرأة الموجبة لدخول الطرف فيها ، وقال في الخلاف بالجواز مع استحباب الصبر ، وهو أشبه .

أقول : أما وجه مذهب المبسوط فقد حكاه المصنف ، وأما وجه مذهب الخلاف فعموم^(١٠٢) قوله تعالى : ﴿ والمرجوح قصاص ﴾^(١٠٣) ، وقوله تعالى :

(١٠٠) - الوسائل ، كتاب القصاص ، باب ١٢ من أبواب قصاص الطرف ، حديث ٢ .

(١٠١) - من ٣٤٧ .

(١٠٢) - في الأصل : فعلوم من .

(١٠٣) - المائدة : ٤٥ .

﴿فَنَعْتَدِي عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا نَعْتَدِي عَلَيْكُمْ﴾^(١٠٤) أَتَى بِالْفَاءِ الدَّالَّةُ عَلَى التَّعْقِيبِ وَهُوَ الْمُشْهُورُ بَيْنَ الْأَصْحَابِ وَهُوَ الْمُعْتَدِلُ.

قال رحمه الله : ولو قطع عدة من أعضائه خطأً جازأخذ دياتها ، ولو كان أضعاف الديمة ، وقيل : يقتصر على دية النفس حتى يندمل ، ثم يستوفيباقي ، أو يسري فيكون له ما أخذه ، وهو أولى ؛ لأن دية الطرف تدخل في دية النفس وفاما .

أقول : أما وجه أخذ^(١٠٥) جميع الديات وان زادت عن دية النفس فلان الجنائية موجبة للجميع والسردية مسقطة للبعض ، والأصل عدم الاسقاط لاصالة عدم السراية ، فلا يترك ما يتحقق استحقاقه لاحتلال سقوطه ؛ لأن احتلال السقوط لا يوجب تأخير الحق ، ووجه التأخير ظاهر وهو احتلال السراية الموجبه لدخول دية الطرف في دية النفس وهو المعتمد^(١٠٦) .

قال رحمه الله : ويثبت القصاص في العين وان كان الجاني أعيور خلقة ، وان عمي ، فان الحق أعماء ولا رد ، أما لو قلع عينه الصحيحة ذو عينين ، اقتضى له عين واحدة ، وهل له مع ذلك نصف الديمة ؟ قيل : لا ، لقوله تعالى : «والعين بالعين» وقيل : نعم ، تمسكاً بالاحاديث ، والأول أولى .

أقول : اذا قلع ذو العينين صحيحة الاعور وكان العور خلقة او بأفمه لم يوجب دية اقتضى له عين واحدة ، وهل تؤخذ له نصف الديمة مع ذلك ؟ للشيخ قولان : أحدهما : لا ، قاله في الخلاف ، وبه قال ابن ادريس ، واختاره المصنف ، وذكر وجيه وقواه العلامة في التحرير ، والثاني : نعم ، قاله في النهاية والمبسوط ،

(١٠٤) - البقرة : ١٩٤ .

(١٠٥) - في «رأ» : عدم .

(١٠٦) - في النسخ : الاول هو المعتمد .

وهو مذهب ابن المنيد واختاره العلامة في المختلف وابنه وأبو العباس ؛ لأن في عينه^(١٠٧) الديه كاملة لو كانت الجنابة خطأ ، فإذا اقتضى بما فيه نصف الديه كان له التفاوت والا لزم الظلم ، ولرواية محمد بن قيس^(١٠٨) عن الباقر عليه السلام ، ورواية عبد الله بن الحكم^(١٠٩) عن الصادق عليه السلام .

قال رحمه الله : وتؤخذ الصحيحة بالمتقوبة ، وهل تؤخذ بالمخرومة ؟ قيل : لا ، ويقتضى إلى حد المخرب ، والحكومة فيها بقي ، ولو قيل : يقتضى إذا رد دية المخرب ، كان حسناً .

أقول : المشهور بين الأصحاب أن الأذن الصحيحة تؤخذ بالمتقوبة في محل التقب ، وهل تؤخذ بالمتقوبة في غير محل التقب وبالمخرومة ؟ المشهور عدمه ، بل تقتضى إلى حد التقب أو المخرب والحكومة في الباقي ، هذا هو المشهور وجازم به العلامة في كتبه ؛ لأن الكامل لا يؤخذ بالناقص ، واستحسن المصنف جواز القصاص مع رد دية المخرب ، لعموم قوله تعالى : ﴿ والجروح قصاص ﴾^(١١٠) ، والأول هو المعتمد .

قال رحمه الله : وفي السن القصاص ، وإن كانت سن متغير وعادت ناقصة أو متغيرة كان فيها الحكومة ، وإن عادت كما كانت فلا قصاص ولا دية ، ولو قيل بالأثر كان حسناً .

أقول : المشعر من سقطت أسنان اللبن منه ثم نبتت ، فإذا قلع سن متغير فإن حكم أهل الخبرة أنها لا تعود ، كان له القصاص في الحال ، وإن حكموا أنها تعود بعد مدة فان انقضت المدة ولم تعد ثبت القصاص أيضاً ، وإن عادت في تلك المدة

(١٠٧) - في «م» : عينيه .

(١٠٨) - الوسائل ، كتاب القصاص ، باب ١٥ من أبواب قصاص الطرف ، حديث ١ .

(١٠٩) - المصدر السابق ، حديث ٢ .

(١١٠) - المائدة : ٤٥ .

فلا يخلوا إما أن تعود متغيرة أو على حاها التي كانت عليها ، فان عادت متغيره
كان فيها المحكمة اجمعأً .

ومعنى المحكمة : أن يقوم ما لو كان عبداً وله سن تامة ما قيمته ، ثم يقوم
بالسن المتغيرة ، فالارش هو تفاوت ما بين القيمتين ، وإن عادت كما كانت ، قال
ابن البراج : لاقصاص ولا دية ، واستحسن المصنف وجوب الأرش ، واختاره
العلامة ؛ لأن الجنية اقتضت نقصاً في المجنى عليه فلا جدر .

قال رحمه الله : أما سن الصبي فينتظر بها [سنها] ، فان عادت فيها
المحكمة ، والا كان فيها القصاص ، وقيل : في سن الصبي بغير مطلقأً .

أقول : القائل أبو الصلاح وابن حمزة ، وختاره العلامه في المختلف ،
والمستند روایة مسمع بن عبد الملك^(١١١) عن الصادق عليه السلام ، والمشهور
الارش وهو المعتمد .

قال رحمه الله : اذا قطع يداً كاملة ، وله يد ناقصة اصبعاً ، كان للمجنى عليه
قطع الناقصة ، وهل توخذ دية الاصبع ؟ قال في الخلاف : نعم ، وفي المسوط :
ليس له ذلك إلا أن تكون فلك [يكون أخذ] ديتها .

أقول : وجه القولين ظاهر ، والمعتمد مذهب المسوط .

قال رحمه الله : إذا قطع يميناً فيذل شماليأً فقطعها المجنى عليه من غير علم ،
قال في المسوط : يقتضي مذهبنا سقوط القود ، وفيه تردد ؛ لأن المتعين قطع اليدين
فلا تجزي اليسرى مع وجودها .

أقول : ومن^(١١٢) أن اليسرى قد تقطع باليمين مع فقدتها فكانت بدلاً منها ،
وحكم البدل حكم المبدل ، فإذا قطع اليسرى وقعت عن اليدين ، والمعتمد اختيار

(١١١) - الوسائل . كتاب الديات ، باب ٣٣ - من أبواب ديات الاعضاء . حديث . ٢ .

(١١٢) - في «ن» : من .

المصنف ؟ لأن البدل أثما يبجزي مع فقد المبدل ، والمبدل موجود فلا يبجزي البدل .
قال رحمه الله : ولو اتفقا على بذلها بدلًا لم تقع بدلًا ، وكان على القاطع
ديتها ، ولا قصاص في اليمن ؛ لأنها موجودة ، وفي هذا تردد .

أقول : منشأه من أنه رضي باليسرى عن اليمن فليكون ذلك عفوًا عن
القصاص بعوض ، ومن أنها معاوضة فاسدة وال fasid لا يترتب عليه أثر ، فعلى
هذا يضمن المقصص دية اليسرى وله قطع اليمنi وعلى القول بعدم قطع اليمنi
لا يضمن المقصص دية اليسرى ، لوقوعها عوضا عن اليمنi ، واختار فخر الدين
سقوط القصاص ؛ لأنه مبني على التخفيف وقد رضي المجنح عليه بسقوطه^(١١٣)
قطع اليسار فيسقط .

قال رحمه الله : ولو قطع بين مجرنون فوثب المجنون فقطع بينه ، قيل : وقع
القصاص موقعه ، وقيل : لا يكون قصاصا ؛ لأن المجنون ليس له أهلية الاستيفاء ،
وهو أشبه ، ويكون قصاص المجنون باقيا [على الجاني] ودية جنائية المجنون على
عاقلته .

أقول : حكى الشيخ في المسوط القولين ، ثم اختار الثاني ، واختاره
المصنف أيضاً وقد ذكر وجهه ، وأما وجه الأول فلان المجنون اذا كان له مال معين
فاتلفه ، كان بعزلة الاستيفاء كما لو كان وديعة عند شخص وهجم^(١١٤) عليها
فاتلفها . فلا ضمان على المستودع ، والأول هو المعتمد ، وينتقل الى اليسار لغوات
عمل اليمن ، وهو معنى قول المصنف : ويكون قصاص المجنون باقيا .

قال رحمه الله : اما لو قطع يده فادع عن الجاني الاندماج ، وادع عن الولي
السرابية ، فالقول قول الجاني إن مضت مدة يمكن فيها الاندماج ، ولو اختلافا

(١١٣) - في الأصل : لسقوطه .

(١١٤) - في النسخ : فهجم .

فالقول قول الولي ، وفيه تردد .

أقول : إنما كان القول قول الجاني مع مضي المدة التي يمكن فيها الاندماج ، لاصالة براءة الذمة مما زاد على الجنائية ، لأن الأصل عدم السراية . فيكون القول قول الجاني ، ولو لم يمض مدة يمكن فيها الاندماج كان القول قول الولي ؛ لأن دعوى الجاني غير ممكنة فلا تكون مسموعة ، وذلك مع التصادر على المدة أو^(١١٥) قيام البينة بها ، ولو اختلفا فقال الجاني : مضت مدة يمكن فيها الاندماج ، وقال الولي : لم تمض ، قال المصنف : القول قول الولي وفيه تردد ، ومنشئه من تعارض براءة الذمة مما زاد على دية اليد ، وأصالة عدم مضي المدة .

قال رحمه الله : ولو ادعى الجاني أنه شرب سماً ثبات ، وادعى الولي موته من السراية ، فالاحتال فيها سواء ، ومثله الملفوف في الكسae إذا قده بنصفين ، وادعى الولي أنه كان حياً ، وادعى الجاني أنه كان ميتاً ، فالاحتالان متساويان ، فيرجع قول الجاني بما أن الأصل عدم الضمان ، وفيه احتال آخر ضعيف .

أقول : إنما تساوي الاحتالان في المسألتين لتعارض الأصولين في الأولى ، والأصل والظاهر في الثانية ؛ لأن الأصل عدم الموت بالسراية في الأولى ، والأصل عدم شرب السم ، والأصل حياة^(١١٦) الملفوف بالكساء في الثانية ، والظاهر موته ؛ لأن الظاهر من حال الملفوف في الكسae الموت ، ومع التعارض يجب التساقط والرجوع إلى أصالة البراءة ؛ لأن الأصل عدم الضمان ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط ، ونقل عن بعض الفقهاء أن القول قول الولي ، واستضعفه الشيخ وتبعه المصنف .

قال رحمه الله : ولو صرخ بالغفو صع فيها كان ثابتًا وقت الإبراء ، وهو دية

(١١٥) - في «رأي» و.

(١١٦) - في الأصل : عدم حياة .

الجرح ، أما القصاص في النفس أو الديمة ففيه تردد ؛ لأنَّ إبراء مما لم يجُب ، وفي الخلاف : يصح العفو عنها وعما يحدث عنها ، فلو سرت كان عفوه ماضياً من الثالث ؛ لأنَّ بمغزلة الوصية .

أقول : منشأ التردد بما قاله المصنف ، وهو أنَّ العفو إبراء ، والإبراء مما لم يجُب لا يصح ؛ لأنَّ شرط العفو كون المغفو عنه ثابتاً في الذمة ، وهذا ليس كذلك ، ومن أنَّ وجود السبب كوجود المسبب ، وسبب السراية وهو الجرح موجود حالة العفو (فيصح العفو) ^(١١٧) عنها ، كما لو كانت موجودة ، والأول هو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو جنَّ عبد على حر جنائية تتعلق برقبته ، فإنَّ قال : أبرئك لم يصح ، وإنَّ أبراً السيد صح ؛ لأنَّ الجنائية وإنَّ تعلقت برقبة العبد فانه ملك السيد ، وفيه إشكال من حيث أنَّ الإبراء إسقاط لما في الذمة .

أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ في المبسوط ، وحكم بصحة إبراء السيد دون العبد ، واستشكله المصنف ؛ لأنَّ الإبراء إسقاط لما في الذمة ، ولم يتعلق في ذمة المولى شيء ^(١١٨) فلا يصح الإبراء له ^(١١٩) ، ولا للعبد أيضاً ؛ لأنَّ الجنائية متعلقة برقبته ، لا في ذمتها فلا يصح إبراء أحددها ، أما لو قال : عفوت عن أرش هذه الجنائية ، صح إجماعاً .

(١١٧) - ما بين القوسين ليس في «م» .

(١١٨) - ليست في «ن» .

(١١٩) - ليست في «م» و «ن» .

كتاب الديبات

في أقسام القتل

قال رحمه الله : وهل تقبل القيمة السوقية مع وجود الأبل ؟ فيه تردد
والأشبه لا .

أقول : منشئه من أن الواجب الأبل فلا تعذر عن الواجب إلى غيره إلا مع
التراضي ، ومن أن المقصود المال والقيمة قائمة مقام العين في ذلك ، ولأصالحة
المواز ، المعتمد الأول وهو اختيار المصنف والعلامة وابنه .

في مقادير الديات

قال رحمه الله : ودية شبيه العمد ثلاث وثلاثون بنت لبون ، وثلاث وثلاثون حقة ، وأربعة وثلاثون ثانية طروقة الفحل ، وفي رواية ثلاثون بنت لبون ، وثلاثون حقة ، وأربعون خلفة وهي الحامل .

أقول : الرواية إشارة الى صحيحة ابن سنان ، « قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : قال أمير المؤمنين عليه السلام : في الخطأ شبيه العمد أن تقتل بالسوط أو بالعصا أو بالمحجر أن دية ذلك تغليظ ، وهي منة من الابل منها أربعون خلفة من ثانية الى بازل عامها ، وثلاثون حقة وثلاثون بنت لبون »^(١) ، وبضمونها أفتى ابن الجندى وأبو العباس في المقتصر ، وما اختاره المصنف مذهب الشيخ في النهاية ، وتبعه ابن البراج والعلامة في القواعد .

قال رحمه الله : وقال المفيد : تستأدي في سنتين ، فهى إذن مخففة عن العمد في السن والاستيفاء .

أقول : قول المفيد هو المشهور بين الأصحاب ، وبه قال الشيخ في

(١) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ٢ من أبواب ديات النفس ، حديث ١ .

النهاية^(٢) ، وأبو الصلاح وسلام ، وجزم به العلامة في القواعد ، وقال الشيخ في الخلاف : تستأدي في سنة ، وجمع ابن حمزة بين القولين ، فقال : تستأدي في سنة اذا كان ذا يسار ، وفي سنتين اذا لم يكن ، والمعتمد الأول وهو اختيار أبي العباس . قال رحمه الله : ودية الخطأ المغض عشرون بنت مخاض ، وعشرون ابنت لبون ، وثلاثون بنت لبون ، وثلاثون حقة ، وفي رواية خمس وعشرون بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون ، وخمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة ، وتستأدي في ثلاث سنين .

أقول : اختار المصنف مذهب الشيوخين وابن البراج وسلام وابن سايبويه واختاره العلامة وابنه وأبو العباس ، وهو المعتمد والمستند رواية ابن سنان^(٣) عن الصادق عليه السلام ، والرواية التي أشار إليها المصنف هي رواية العلاء بن الفضل عن الصادق عليه السلام ، « قال : في قتل الخطأ مئة من الأبل أو ألف من الغنم أو عشرة آلاف درهم أو ألف دينار ، فان كانت من الأبل فخمس وعشرون بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون ، وخمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة »^(٤) .

قال رحمه الله : ولو قتل في أشهر الحرم ، ألزم دية وثلثاً من أي الأجناس كان تغليظاً ، وهل يلزم مثل ذلك في حرم مكة ؟ قال الشيخان : نعم ، ولا يعرف التغليظ في الأطراف .

أقول : قد يعرض التغليظ في الديه وسيبه أحد أمور ثلاثة :
الأول : العمد ، فيغلظ في السن بالنسبة الى الأبل وفي الاستيفاء فانها تؤخذ

(٢) - في «ن» : الخلاف والميسوط ، وفي (م) و «ر» : الميسوط .
(٣) - المصدر السابق .

(٤) - الوسائل ، كتاب الدييات . الباب ١ من أبواب ديات النفس ، حدیث ١٣ .

في سنة واحدة وغير العمد تؤخذ في سنتين أو ثلاثة.

الثاني : الزمان ، بان تقع الجنائية في أحد الأشهر الحرم رجب وذي القعدة وذي الحجة والمحرم ، فيلزم القاتل دية وثلث إجماعاً ، والسنن رواية كليب الاسدي^(٥) عن أبي عبد الله عليه السلام .

الثالث : المكان ، بان تقع الجنائية في أحد المحرمين أو مشاهد الأئمة عليهم السلام ، قاله الشیخان وتبعهما الباقون وليس عليه شاهد من الروايات ، فلهذا نسبة الى الشیخین ، والتغليظ اما هو في النفس دون الاطراف وإن كان فيها دية النفس .

قال رحمه الله : لو رمى في الحل الى الحرم فقتل فيه لزم التغليظ ، وهل يغليظ مع العكس ؟ فيه [الـ] تردد .

أقول : منشؤه من أن السبب الموجب للتغليظ هو القتل في الحرم ولم يوجد لأن التقدير أن القتل حصل في الحل ، والأصل براءة الذمة من وجوب التغليظ ، ومن أن سبب القتل حصل في الحرم ؛ لأن الرمي من الحرم الى الحل فهو كما لو رمى صيداً من الحرم فاصابه في الحل ، فإنه يجب عليه الكفاراة فكذلك هنا يجب التغليظ ؛ لأنه اذا لزمه الكفاراة في الصيد المباح لحرمة الحرم يكون لزوم التغليظ بالقتل المحرم أولى ، وهو اختيار فخر الدين ، والألف واللام في التردد لتعريف الماهية لا إشارة الى تردد سابق .

قال رحمه الله : ولا يقتضي من المتجئ الى الحرم فيه ، ويضيق عليه في المطعم والمشرب حقاً يخرج ، ولو جنى في الحرم اقتضي منه لانتهاكه الحرمة ، وهل يلزم مثل ذلك في مشاهد الأئمة عليهم السلام ؟ قال به في النهاية .

أقول : اذا قتل ثم التجأ الى احد مشاهد الأئمة عليهم السلام هل يقتضي منه

(٥) - المصدر السابق ، باب ٢ من أبواب ديات النفس ، حدیث ١ .

في المشهد ، أو يضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يخرج ، كما لو التجن الى الحرم ؟ قال الشيخ في النهاية بالثاني ، لساواة مشاهد الائمة عليهم السلام للحرم في الحرم ، ولم يجزم به المصنف ، لاحتمال جواز القصاص في المشهد ، لأصله عدم وجوب تأخير الحق خرج ما اذا التجأ الى الحرم للاجماع على ذلك ، يبقى الباقي على أصله الجواز ، وال الاول^(١) هو المعتمد .

قال رحمه الله : ودية ولد الزنا إذا أظهر الاسلام دية المسلم ، وقيل : دية الذمي ، وفي مستند ذلك ضعف .

أقول : المشهور بين الأصحاب أن دية ولد الزنا دية مسلم ، وذلك مبني على القول باسلامه ، وقال السيد المرتضى في الانتصار : دية ذمي ، وقال ابن ادربيس : والذي تقتضيه الاadle التوقف في ذلك ، وأن لا دية له لأصله براءة الذمة ، وال الاول هو المعتمد .

قال رحمه الله : ودية الذمي ثمان مئة درهم يهودياً كان أو نصرانياً أو مجوسيأً ، ودية نسائهم على النصف ، وفي بعض الروايات دية اليهودي والنصراني والمجوسى دية المسلم ، وفي بعضها دية اليهودي والنصراني أربعة الآف درهم ، والشيخ رحمه الله نزلها على من يعتاد قتلهم .

أقول : المشهور بين الأصحاب أن دية الذمي ثمان مئة درهم ، وعليه عمل الأكثر وهو المعتمد ، والمستند رواية درست عن أبي مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام ، « قال سألته عن دية اليهودي والنصراني والمجوسى قال : هم سواء ثمان مئة درهم »^(٢) ، وروى أبان بن تغلب عن أبي عبد الله عليه السلام ، « قال :

(١) - ليست في « ر ». .

(٢) - الوسائل ، كتاب الدييات ، باب ١٣ من أبواب ديات النفس ، حدیث ٨.

دية اليهودي والنصراني أربعة الآف درهم ^(٨) وحملها الشيخ على من يعتاد قتلهم ، فان الإمام يغليظ عليه بما شاء حسما للجرأة .

قال رحمه الله : ويستوي في ذلك [كله] القن والمدبر ، ذكراؤا كان أو أنثى ، وفي أم الولد تردد على ما مضى .

أقول : الاشارة بقوله على ما مضى الى ما ذكره في باب أم الولد من قوله : اذا جنت أم الولد خطأً تعلقت الجنابة برقبتها ، الى قوله : وفي رواية مسمع ^(٩) عن أبي عبد الله عليه السلام جنائيتها في حقوق الناس على سيدها ، وقد سبق البحث في ذلك ^(١٠) .

(٨) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ١٤ من أبواب ديات النفس ، حديث ٢ .

(٩) - الوسائل ، كتاب التصاص ، باب ٤٣ من أبواب قصاص النفس ، حديث ١ .

(١٠) - ج ٢ ص ٤٢٧ .

في موجبات الضمان

قال رحمه الله : النائم اذا أتلف نفساً بانقلابه [أو بحركته] ، قيل : يضمن الديمة في ماله ، وقيل : في مال العاقلة ، وهوأشبه .

أقول : لاختلاف في وجوب الديمة ، وإنما الخلاف في محلها ، قال الشيخان :

هي في ماله ، واختار المصنف والعلامة وابنه أنها في مال العاقلة ؛ لأنها مخاطبة^(١) فعله وقصده ، قال فخر الدين ، وإنما جعلها الشيخ في ماله ؛ لأنها من باب الأسباب لامن بباب الجنایات .

قال رحمه الله : اذا أعنف بزوجته جماعاً في قبل او دبر ، أو ضمانته ، ضمن الديمة ، وكذا الزوجة ، وفي النهاية إن كانوا مأمونين لم يكن عليهما شيء ، والرواية ضعيفة .

أقول : وجوب الديمة مذهب المفيد^(٢) وسلام ، واختاره المصنف

(١) - من «ر» ، وفي الأصل خطأ عرض ، وليس في «م» و «ن» كلمة خطأ ، والأخرى غير واضحة .

(٢) - في «ن» : السيد .

والعلامة وأبو العباس ، لاتفاق النفس المقصومة ف تكون مضمونة بالدية ، لعدم التعمد ، ومستند النهاية رواية يونس^(١٢) ، وهي مرسلة ، وواجب ابن ادريس القصاص مع التهمة : ومع عدمها الدية ، والأول هو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو كان مع المارضي قربه من السهم لاقاصداً فأصابه ، فالضمان على من قربه لا على الرامي ؛ لأنّه عرضه للتلف ، وفيه تردد .

أقول : منشأه من أن الرامي مباشر للاتفاق فيكون الضمان على عاقلته ؛ لأنّه خطأ ، ومن أن المار هو الذي عرضه للاتفاق بتقربه من طريق السهم فهو سبب ، وال المباشرة ضعفت بالغرور ، واختار فخر الدين ضمان الرامي أو عاقلته ، ولو قال الرامي حذار لم يضمن .

قال رحمه الله : روى السكوفي عن أبي عبد الله عليه السلام «أن علياً عليه السلام ضمن ختاناً قطع حشفة غلام» ، والرواية مناسبة للمذهب .

أقول : هذه الرواية^(١٤) وإن كانت ضعيفة السنّد فان عليها عمل أكثر الأصحاب ، لكونها مناسبة للاصل ، قال المصنف في نكت النهاية : الاصحاب مجمعون على أن الطيب يضمن ما يتلف بعلاجه ، وقال ابن ادريس : لاضمان ؛ لأنّه فعل سايغ مأدون فيه فلا يستعقب ضهاناً ، والرواية من الأحاداد مع ضعفها ، وعلى تقدير العمل بها يحمل على حصول التفريط ؛ لأنّه قطع غير ما أريد القطع منه ؛ لأن الحشفة غير محل القطع .

قال رحمه الله : روى أبو جيلة ، عن سعد الاسكاف ، عن الأصيغ ، قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في جارية ، ركبت أخرى فنخستها ثلاثة ، فقمصت المركبة فصرعت الراكبة فماتت ، أن ديتها نصفان على الناكسنة والمخوسة ، وأبو

(١٢) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ٣١ من أبواب موجبات الضمان ، حديث ٤ .

(١٤) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ٢٤ من أبواب موجبات الضمان ، حديث ٢ .

جحيلة ضعيف ، فلا استناد الى نقله ، وفي المقنعة على الناخصة والقامصة ثلثا الديمة ، ويسقط الثالث لرکوبها عبثاً ، وهذا وجه حسن ، وخرج متاخر وجهاً ثالثاً فأوجب الديمة على الناخصة إن كانت ملجمة للقامصة ، وإن لم تكن ملجمة فالدية على القامصة ، وهو وجه ايضاً غير أن المشهور بين الأصحاب الأول .

أقول : نقل المصنف هنا ثلاثة أقوال :

الأول : العمل بضمون رواية أبي جحيلة^(١٥) وهو مذهب الشيخ واتباعه .
الثاني : سقوط ثلث الديمة ، لركوبها^(١٦) عبثاً و يجب الثناء على الناخصة والقامصة ، وهو مذهب المفيد في المقنعة ، واختاره المصنف في نكت النهاية ، وقواته العلامة في المختلف ، لحصول التلف بالأسباب الثلاثة فثبتت الشرطة .

الثالث : قول ابن ادريس ، وهو التفصيل الى الاجاء وعدمه ، واختاره العلامة (في الارشاد)^(١٧) وابنه في الايضاح ؛ لأن مع الاجاء يكون فعل المكره مستندأاً الى مكرره ، قال الشهيد : ويشكل بان الامر على القتل لا يسقط الضمان .
قال رحمه الله : من دعى غيره فأخرجه من منزله ليلاً ، فهو له ضامن حتى يرجع اليه ، فان عدم فهو ضامن ديته ، وإن وجد مقتولاً وادعى قتله على غيره وأقام بينة فقد برئ ، وإن عدم البينة ففي القود تردد ، والأصح [أنه] لا قود ، وعليه الديمة في ماله ، وإن وجد ميتاً في لزوم الديمة تردد ، ولعل الأشباه أنه لا يضمن .

أقول : مستند هذا الحكم ما رواه عبد الله بن ميمون ، عن الصادق عليه السلام ، « قال اذا دعى الرجل أخيه ليلاً فهو ضامن له حتى يرجع الى بيته »^(١٨) ،

(١٥) - الوسائل ، كتاب الدييات - باب ٧ من أبواب موجبات الضمان ، حدث ١ .

(١٦) - في «ن» : لرواية جحيل بن دراج .

(١٧) - ليستا في «ر١» .

(١٨) - الوسائل ، كتاب الدييات ، باب ٣٧ من أبواب موجبات الضمان ، حدث ١ .

وروى عمرو بن أبي المقدم ، « قال : كنت شاهداً عند البيت الحرام وإذا رجل ينادي بأبي جعفر وهو يطوف وهو يقول يا أمير المؤمنين : إن هذين الرجلين طرقا أخي ليلاً فاخرجاه من منزله ولم يرجع إلى ، والله ما أدرى ما صنعا به ، فقال لها أبو جعفر ما صنعتا به ؟ قالا يا أمير المؤمنين كلمناه ثم رجع إلى منزله ، فقال لها : وافيةني غدا صلاة العصر في هذا المكان فوافيه من الغد صلاة العصر وحضرته ، فقال لجعفر بن محمد عليها السلام وهو قابض على يده اقض بينهم ، قال : فخرج جعفر عليه السلام فطرح له مصلٌّ قصب فجلس عليه ثم جاء الخصم فجلوا قدامه فقال : ما تقول ؟ فقال : يا ابن رسول الله ان هذين طرقا أخي ليلاً فاخرجاه من منزله فو الله ما رجع إلى ، والله ما أدرى ما صنعوا به ، فقال : ما تقولان ؟ فقالا : يا ابن رسول الله كلمناه ثم رجع إلى منزله ، فقال جعفر عليه السلام : يا غلام أكتب باسم الله الرحمن الرحيم قال رسول الله صلى الله عليه وآله : كل من طريق رجلاً بالليل فاخرجه من منزله فهو ضامن له الا ان يقيم اليته انه رده الى منزله ، يا غلام نح هذا فاضرب عنقه ، فقال : يا ابن رسول الله ما قتلته ولكنني أمسكته ، ثم جاء هذا فوجاه قتله ، قال : يا غلام نح هذا فاضرب عنق الآخر ، فقال : يا ابن رسول الله والله ما عذبته ولكنني قتلتة بضربة واحدة ، فأمر أخاه فضرب عنقه ثم أمر بالآخر فضرب جنبيه ثم حبسه في السجن ووقع على رأسه يحبس عمره ويضرب كل سنة محسين جلدة »^(١٩) اذا عرفت هذا فادا دعنى غيره فاخرجه من منزله ليلاً فان رجع فلا يغلو اما ان لا يوجد ولا يعلم خبره او يوجد مقتولاً او ميتاً ، فان كان الاول فلا خلاف في وجوب الدية في مال المخرج ، ما لم يعترف بقتله عمداً فيكون عليه القصاص ، وإن كان الثاني ولم يقم بيننا على أن القاتل غيره ، فقد تردد المصنف في وجوب

(١٩) - الوسائل ، كتاب القصاص ، باب ١٨ من أبواب قصاص النفس ، حدیث ١ .

القود ثم رجح وجوب الدية دون القود ، واختاره العلامة وابنه وهو اختيار الأكثر ؛ لأن شرط القود تحقق القتل ظلماً ، وهو غير متحقق ، والشك في الشرط يستلزم الشك في المشروط ، وقال المفید بوجوب القود للرواية المذكورة والأول هو المعتمد ، وان كان الثالث ، وهو أن يوجد ميتا فقد تردد المصنف في لزوم الدية ثم رجح عدم اللزوم ، ومنتجوه من أصلالة براءة الذمة ، فلا يلزمه شيء ، وهو مذهب ابن ادریس ، اذا ادعى أنه مات حتف أنه ولا لوث من عداوة أو خصومة ، ومع اللوث يخلف الولي القسامه ، ويثبت القود عند ابن ادریس والديه عند العلامة ، ومن كونه مضموناً حتى يرجع الى منزله فتعجب الدية ، وهو المشهور بين الأصحاب وهو المعتمد .

قال رحمه الله : روى عبد الله بن طلحة عن أبي عبد الله عليه السلام : في لص دخل على إمرأة فجمع الشياطين ووطأها قهراً، فثار ولدها فقتله اللص ، وحمل الشياطين ليخرج ، فحملت هي عليه فقتلته ، فقال : يضمن مواليه دية الغلام ، وعليهم فيها ترك أربعة آلاف درهم لمكافحتها على فرجها ، وليس عليها في قتله شيء ، ووجه الدية فوات محال التصاص ، وإيجاب المال دليل على أن مهر المثل في مثل هذا ، لا يقدر بخمسين ديناراً ، بل بمهر أمثالها ما بلغ . وتنزل هذه الرواية على أن مهر أمثال القائلة هذا القدر .

أقول : هذه الرواية^(٢٠) من المشاهير بين الأصحاب ، وقد تضمنت أحكاماً غير خالية عن الاعتراض^(٢١) :

الاول : ايجاب الغلام والجناية عمداً موجباً للقصاص ، واجيب

(٢٠) - الوسائل ، كتاب القصاص ، باب ٢ من أبواب قصاص النفس . حديث ٢ .

(٢١) - في «ن» : الاعراض .

لوجوب^(٢٢) المصير إلى الديمة عند فوات مهل القصاص.

الثاني : إيجاب الديمة على مواليه ، والعمد لا يضمنه العاقلة ، وأجيب بالصلم على فقره .

الثالث : أنها قتلتته بعد أن قتل ابنها ، فكان الواجب براءته من دية الغلام لاستيفاء القصاص منه ، وأجيب بأن قتله لم يكن قصاصاً بل دفاعاً فكان هدراً.

الرابع : إيجاب أربعة آلاف درهم عن هذا الوطلي ، مع أن الواجب مهر المثل وهو لا يزيد عن خمس مائة درهم ، وأجيب بأن مهر المثل في هذه الصورة لا يقدر بالسنة^(٢٣) ؛ لأنه كالجناية فجاز أن يكون مهر المثل ما ذكره ، ولأجل توجيه هذه الاعتراضات أوردها الأصحاب بلفظ الرواية .

قال رحمه الله : وروى عن أبي عبد الله عليه السلام : في امرأة أدخلت ليلة البناء بها صديقاً إلى حجرتها ، فلما أراد الزوج مواقعتها ثار الصديق فاقتلا فقتله الزوج فقتلته هي ، فقال : تضمن دية الصديق وتقتل بالزوج ، وفي تضمين دية الصديق تردد أقربه أن دمه هدر .

أقول : هذه الرواية أيضاً رواية عبد الله بن طلحة^(٢٤) ، والضمير عائد إليه في قوله : (وروى عنه) ، وتردد المصنف من أن الزوجة غارة للصديق ، فيلزمها ضمانه كما هو مضمون الرواية ؛ لأنها سبب قتله ، ومن أنه دخل دار الزوج بغير إذنه ، ولأنه محارب والمحارب دمه هدر إذا لم يكن الدفع بدونه ، وهذا هو المعتمد ، وهو اختيار ابن ادريس والمصنف والعلامة وابنه ، والرواية قضية في واقعة فلا تتعذر .

(٢٢) - كذا

(٢٣) - في «د» و «ن» : بالنسبة .

(٢٤) - الوسائل ، كتاب القصاص ، باب ٢ من أبواب قصاص النفس ، حدیث ٢ .

قال رحمه الله : روی محمد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام ، عن علي عليه السلام : في أربعة شربوا المسكر فجرح اثنان وقتل اثنان ، فقضى بدية المقتولين على المجروحين بعد أن ترفع جراحة المجروحين من الديمة ، وفي رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام : أنه جعل دية المقتولين على قبائل الأربعاء ، وأخذ دية جراحة الباقين من دية المقتولين ، ومن المحتمل أن يكون عليه السلام قد اطلع في هذه الواقعة على ما يوجب هذا الحكم .

أقول : اختلاف الروايتين^(٢٥) في الواقعة يوجب التوقف في الحكم ، والأصل أنه حكم خاص في واقعة خاصة فلا يوجب التعدي ، فعلمه عليه السلام اطلع في هذه القضية على ما يوجب هذا الحكم وأكثر الأصحاب عملوا بالرواية الأولى ، وقد اختلف الأصحاب في ذلك وأحسن ما وقنا عليه من آفواهم قول أبي العباس رحمه الله ، وهو أن هذه صورة لوث فلاؤلية المقتولين القسامية ، ثم للمجروحين أيضاً القسامية^(٢٦) وهو جيد ؛ لأن كل واحد من المقتولين والمجروحين يجوز أن تكون الجنابة عليه مضمونة ، ويجوز أن تكون مباحة بتقدير أن يكون غريمه قصد دفعه فيكون هدراً .

قال رحمه الله : روی السكوني ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، و محمد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام ، عن علي عليه السلام : في ستة غلمان كانوا في الفرات ، ففرق واحد ، فشهد اثنان على الثلاثة أنهم غرقوا ، وشهد الثالثة على الآثرين ، فقضى بالدية ثلاثة أخاس على الاثنين ، وخسین على الثالثة ، وهذه الرواية متروكة بين الأصحاب ، فان صح نقلها كانت حكماً في واقعة فلا يتعدى

(٢٥) - الوسائل ، كتاب الدييات ، باب الأول من أبواب موجبات الضمان ، حديث ١ ، روایة محمد بن قيس وحديث ٢ روایة السكوني .

(٢٦) - في «ر١» : على المقتولين .

لاحتفال ما يوجب الاختصاص .

أقول : يضمون هذه الرواية^(٢٧) افتى ابن البراج ، وهي مع ضعف سندها قضية في واقعة فلا يجب تعديتها ، والذي يتضمنه المذهب أن إحدى الشهادتين إن سبقت الأخرى مع استدعاء الولي إياها عند المحاكم ، وكانت بالشروط المعتبرة سمعت ثم لا تسمع شهادة الأخرى^(٢٨) ليتحقق بالتهمة^(٢٩) وإن كانت الدعوى على الجميع أو حصلت التهمة للجميع لم تقبل شهادة أحد من المخمسة لتحقق التهمة فيها ، ويكون ذلك لو تناً فللولي اثبات حقه بالقسماء ، وإنما أورد المصنف هذه المسألة ونظائرها بلفظ الرواية ؛ لأن مضمونها خالفة للأصول فاوردها بياناً لعلة الحكم تفصياً من حصول الاعتراض عليه .

قال رحمه الله : ولو حفر في الطريق المسلوك لمصلحة المسلمين ، قيل : لا يضمن : لأن الحفر لذلك شائع [سائغ] ، وهو حسن .

أقول : القائل الشيخ في النهاية ؛ لأنه فعل سائغ وكل فعل سائغ لا يتعقبه ضمان ، واستحسن المصنف واستقر به العلامة في التحرير ، واختار فخر الدين الضمان ؛ لأن ما أساげه الشارع لابد من خلوه من وجوده القبح والمقاسد ، فيكون سائغاً بشرط عدم الواقع ، فالواقع كاشف عن اشتغاله على وجه قبيح فيكون مضموناً .

قال رحمه الله : ولو بني مسجداً في الطريق ، قيل : إن كان باذن الإمام لم يضمن ما يتلف بسببه ، والأقرب استبعاد الفرض .

أقول : إذا بني مسجداً للمسلمين في طريق واسع في موضع لا يضر بالمارة

(٢٧) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ٢ من أبواب موجبات الضمان ، حديث ١ .

(٢٨) - كما

(٢٩) - في «ر١» : التهمة .

كالزاوية ، فلا ضمان قطعاً ، ولو كان يضر بالماردة ضمن ما يتلف بسيبه ، وقيل : إن كان باذن الإمام لم يضمن ، والمصنف استبعد هذا الفرض ؛ لأن الإمام إنما يأمر بالسائغ وهو لم يأمر به الإمام ، فالفرض بعيد .

قال رحمه الله : ولو من عشرة بالمحقق فقتل الحجر أحدهم ، سقط نصيبي من الديمة لمشاركته ، وضمن الباقيون تسعة أعشار الديمة ، وتعلق الجنائية بن يمد الخيال دون من أمسك الخشب ، أو ساعد بغير المد ، ولو قصدوا أجنبيا بالرمي كان عمداً موجباً للقصاص ، ولو لم يقصدوه كان خطأ ، وفي النهاية إذا اشترك في هدم الحائط ثلاثة فوق على أحدهم ضمن الآخرين ديته ؛ لأن كل واحد ضامن لصاحبه ، وفي الرواية بعد ، والأشبه الأول .

أقول : الرواية هي رواية أبي بصير ، عن الصادق عليه السلام ، « قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في حائط اشترك في هدمه ثلاثة فوق على واحد منهم فات ، قال : يضمن الباقيان ديته ؛ لأن كل واحد منهم ضامن دية صاحبه »^(٣٠) ، ووجه بعدها أنه تلف بفعله و فعل الباقيين فيسقط ما قابل فعله ، والا لزم أن يضمن الشريك في الجنائية جنائية شريكه وهو محال .

قال رحمه الله : نصب الميازيب إلى الطريق جائز وعليه عمل الناس ، وهل يضمن لو وقعت فاتلت ؟ قال المفید رحمه الله : لا يضمن ، وقال الشيخ : يضمن ؛ لأن نصيبياً مشروط بالسلامة ، والأمثلة .

أقول : عدم الضمان مذهب المفید وأبن ادریس وظاهر النهاية^(٣١) واختاره المصنف ؛ لأنه فعل سائغ فلا يتعقبه الضمان ، وبالضمان قال الشيخ في الخلاف ، وتبعه ابن البراج وأبن حمزة ، والعلامة في المختلف ؛ لأنه سبب الاتلاف

(٣٠) - الوسائل ، كتاب الدييات ، باب ٣ من أبواب موجبات الضمان ، حدیث ١ .

(٣١) - في « رأى » : العلامة .

فكان ضمانا ، وإباحة السبب لainافي الضمان كالطيب والمؤدب بالسائل شرعا ، ولما رواه السكوفي عن الصادق عليه السلام ، « قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من أخرج كنيفاً أو ميزاباً أو أوتدة أو أوتقة دابة أو حفر بذرأ في طريق المسلمين ، فأصاب شيئاً فهو له ضامن »^(٢٢) وقال في المبسوط : الحكم فيه كخشب الجناح سواء ، وقال في الجناح : يضمن النصف ؛ لأنه هلك من فعل مباح ومحظور ، ومراده بالمباح ما كان من الخشب في الحائط ، وبالمعظور ما كان خارجاً عن الحائط إلى الطريق ، فعل هذا لو أنكسر الميزاب أو الجناح فسقط منه ما خرج عن الحائط ضمن الجميع ، وإنما يضمن النصف بوقوع الداخل في الحائط ، وهذا التفصيل مذهب العلامة في القواعد ، وبه قال فخر الدين ، وجعل المصنف للضمان ضابطاً ، وهو كل ما كان للإنسان إحداثه في الطريق لم يضمن بسببه ، وما ليس له إحداثه يضمن بسببه وهو قوي .

قال رحمه الله : ولو بالت دابته في الطريق ، قال الشيخ : يضمن لو زلق فيه إنسان ، وكذا لو ألق قامة المنزل كفشل البطيء ، أو رش الدرب بالماء ، والوجه اختصاص ذلك بمن لم ير الرش ، أو لم يشاهد القهامة .

أقول : هذا قول الشيخ في المبسوط ، سواء كان راكباً أو سائقاً أو قائداً ؛ لأن يده عليه كما لو بال هو في هذا المكان ، قال : ومثله لو أكل شيئاً فرمي قشوره في الطريق كالبطيخ والخيار والباقلاء ، وكذا لو رش في الطريق ماء والباب واحد (هذا كلامه رحمه الله)^(٢٣) والمصنف اشترط عدم العلم من الواقع ؛ لأنه مع العلم يكون مباشراً أو سبيلاً في إتلاف نفسه ، ولم يتعرض لبول الدابة بل خص ذلك بمن لم ير الرش أو لم يشاهد القهامة ولم يذكر البول ، والظاهر أن الحكم عنده واحد

(٢٢) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ١١ من أبواب موجبات الضمان ، حديث ١.

(٢٣) - في الأصل غير مقرؤة ، وما أثبتناه فهو من النسخ .

لاتحاد علة الجميع ، وجزم العلامة في موضع من القواعد بذهب المبسوط ، ما لم يتعد الماء وضع الرجل عليه مع امكان العدول عنه فلا ضمان حينئذ ، ثم قال بعد ذلك بقليل : ولو بالدابة أو رأت فزق انسان فلا ضمان الا مع الوقوف على اشكال ، وهو رجوع عما جزم به أولاً .

قال رحمه الله : وفي ضمان جنایة الهر الملوكة تردد ، قال الشيخ : يضمن للتغريط مع الضرورة ، وهو بعيد ، إذ لم تجري العادة بربطها ، نعم يجوز قتلها .
 أقول : منشأ التردد من أن السنور اذا كان ضاريا كان كالكلب في الأذى ، فيجب حفظه كما يجب حفظ الكلب المقرر ، ويضمن مالك السنور مع التغريط كما يضمن مالك الكلب ومن أصلالة براءة الذمة ، قوله عليه السلام : « جرح العجماء جبار » ^(٣٤) أي هدر ، ترك العمل به في الكلب المقرر والدابة الصائنة مع التغريط لجريان العادة بربطها بخلاف الهرة ، فانه لم تجر العادة بربطها ، وبالضمان قال الشيخ في المبسوط ، وجزم به العلامة في القواعد .

قال رحمه الله : ولو هجمت دابة على أخرى ، فجنت الداخلة ، ضمن صاحبها ، ولو جنت المدخل علىها كان هدراً ، وينبغي تقييد الأول بتغريط المالك في الاحتفاظ .

أقول : اطلق الشيخ في النهاية وابن البراج القول بضمان صاحب الدخلة اذا جنت على المدخل عليها ، وعدم الضمان اذا جنت المدخل عليها على الداخلة ، والأصل في ذلك قضية علي عليه السلام في زمن النبي صلى الله عليه وآله وسلم روى : « أن ثوراً قتل حماراً على عهد النبي صلى الله عليه وآله فرفع ذلك اليه عليه السلام وهو في الناس من أصحابه فيهم أبو بكر وعمر وعلي ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : يا أبا بكر إقض بينهم ، فقال يا رسول الله : بهيمة

قتلت بهيمة فما عليها شيء ، فقال : يا عمر إقض بينهم فقال : مثل قول أبي بكر ، فقال يا علي : إقض بينهم ، فقال : نعم يا رسول الله ، إن كان الثور دخل على الحمار في مستراحته ضمن أصحاب الثور ، وإن كان الحمار دخل على الثور في مستراحةه فلا ضمان عليه ، قال فرفع رسول الله صلى الله عليه وآله يده إلى السماء فقال : الحمد لله الذي جعل مني من يقضى بقضاء النبيين ^(٢٥) والمصنف اعتبر التفريط فإن كان صاحب الداخله فرط في احتفاظها ضمن ، والا فلارداً للحكم الى أصله ، واختاره العلامة وأبو العباس وهو المعتمد .

قال رحمه الله : راكب الدابة يضمن ما تجنيه بيديها ، وفيما تجنيه برأسها تردد ، أقربه الضمان ، لتمكنه من مراوغاته ، وكذا القائد .

أقول : منشئه من أصالة البراءة خرج ضمان ما تجنيه بيديها للإجماع على ذلك ، يبقى الباقى على أصالة البراءة ، ومن مساواة الرأس لليدين في التمكن من المراوغة ، فيشتراكان في الحكم وهو المشهور في فتاوى الأصحاب .

وإنما يضمن الراكب ما تجنيه بيديها ورأسها مباشرة ، لا تسبيباً ، كما لو أصحاب شيء من الحصا المنطابر من وقع السنابك عين إنسان فابتلاه ضوءها ، واستشكله العلامة في القواعد ، من أنه مما تجنيه بيديها ، ومن أصالة براءة الذمة .

قال رحمه الله : ولو أركب ملوكه دايتها ضمن المولى جنائية الراكب ، ومن الأصحاب من شرط صغر الملوك ، وهو حسن .

أقول : اشتراط صغر الملوك ، مذهب ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس ، لنفريطه حينئذ ، وأطلق الشيخ في النهاية وابن البراج وابن الجنيد ، لرواية الحسن بن محبوب ، عن علي بن رناب ، عن أبي عبد الله عليه السلام : « في رجل حمل عبده على دايتها فوطأت طفلًا؟ فقال الغرم على :

(٢٥) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ١٩ من أبواب موجبات الضمان ، حدث ١ .

مولاه^(٣٦) ، وجعل على كونه صغيراً أو معنوناً وهو المعتمد .

هذا اذا كانت الجنابه على نفس آدمي ولو كانت على مال لم يلزم المولى ، قال المصنف : وهل يسعن فيه العبد ؟ الأقرب أنه يتبع به اذا اعتقد ، وهو جيد ؛ لأن الاستسقاء إضرار بالسيد .

قال رحمة الله : ولو قال : ألق متابعاك في البحر لتسليم السفينة ، فألقاه فلا ضمان ، ولو قال : على ضمانه ضمن دفعاً لضرورة الخوف ، ولو لم يكن خوف ، فقال : ألقه وعلى ضمانه ، ففي الضمان تردد ، أقربه أنه لا يضمن .

أقول : اذا خيف على السفينة من الغرق ، فقال بعض الركبان لبعض : ألق متابعاك وعلى ضمانه صح الضمان بلا خلاف ، لما في ذلك من المصلحة المطلوبة للعقلاء ، وهي دفع خوف الفرق على النفس والمال ، ولو لم يكن خوف فقال : ألقه وعلى ضمانه ، هل يصح هذا الضمان ؟ ادعى الشيخ في المبسوط الإجماع على بطلانه ؛ لأنه ضمان ما لم يجب ، وتردد المصنف في ذلك ، لثبوت الضمان في الصورة الأولى مع أنه ضمان ما لم يجب فيثبت في الصورة الثانية ، لعموم : « أوقفوا بالعقود »^(٣٧) ، ومن أن الأصل عدم صحة ضمان ما لم يجب ، خرج عنه الصورة الأولى للمصلحة الظاهرة ، بيق الباقي على أصالة المنع وهو المعتمد .

قال رحمة الله : ولو وقع واحد في زبنة الأسد فتعلق بثانية ، وتعلق الثانية بثالث ، والثالث برابع فافتتهم ، فيه روايتان : إحداهما رواية محمد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : قضى عليه السلام في الأولى فريسة الأسد بغرض أهلة ثلث الدية للثانية ، وغرم الثانية لأهل الثالث ثلثي الدية ، وغرم الثالث لأهل الرابع الدية كاملة ، والثانية رواية مسمع ، عن أبي عبد الله عليه السلام : أن عليا

(٣٦) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ١٦ من أبواب موجبات الضمان ، حديث ١ .

(٣٧) - المائدة : ١ .

عليه السلام قضى ان لا الاول ربع الديمة ، وللثاني ثلث الديمة ، وللثالث نصف الديمة ، وللرابع الديمة كاملة ، وجعل ذلك على عاقلة الذين ازدحوا ، والأخيرة ضعيفة الطريق الى مسمع ، فهي ساقطة ويمكن أن يقال : على الاول دية الثاني لاستقلاله باتلافه ، وعلى الثاني دية الثالث ، وعلى الثالث دية الرابع هذا المعنى ، وإن قلنا بالتشريك بين مباشر الامساك والمشاركة في الجذب ، كان على الاول دية ونصف وثلث ، وعلى الثاني نصف وثلث ، وعلى الثالث ثلث دية لا غير .

أقول : الزبيدة بضم الزاي حفيرة تحفر^(٣٨) للأسد في الموضع العالى غالباً ، والجمع الزبى ، ومنه قيل : بلغ السيل الربا ، والأصل في ذلك واقعة علي عليه السلام في اليمن ، والرواية الأولى هي المشهورة بين الأصحاب وعليها فتاويمهم ، وتوجيه الرواية : أن الثلاثة قتلوا الرابع بجرهم إياه ، فعل كل واحد ثلث الديمة ولم يكن على الرابع شيء ، فأولياء الأول يدفعون إلى أولياء الثاني ثلث الديمة ثم نضيف أولياء الثاني إليه ثلثاً آخر ويدفعون ذلك إلى أولياء الثالث ، ثم يضيف أولياء الثالث إلى ذلك ثلثاً آخر تتمة الديمة ، ثم يدفعون ذلك إلى أولياء الرابع ، وهذا معنى قوله في الرواية : « وغرم أهله ثلث الديمة للثاني ، وغرم الثاني لأهل الثالث ثلثي الديمة ، وغرم الثالث لأهل الرابع الديمة »^(٣٩) .

رأما توجيه الرواية الثانية^(٤٠) فإن الأول مات بسبب الوقع في البئر ووقوع الباقيين فوقه وهم ثلاثة ، وذلك مستند إلى فعله فيسقط حصته من الضمان وهي ثلاثة أرباع ويبيّن الرابع على حافر الزبيدة ، ونزلاها في القواعد على كون المحرر تعديا ، والثاني مات بسبب جذب الأول ، وهو ثلث السبب وقع الاثنين فوقه

(٣٨) - في النسخ : بمفترها الأسد .

(٣٩) - الوسائل ، كتاب الدييات ، باب ٤ من أبواب موجبات الضمان ، حديث ٢ .

(٤٠) - المصدر السابق ، حديث ١ .

وهو ثلثاء ، ووقعها فوقه من فعله فيسقط ذلك من الديمة يبقى له الثالث ، والثالث مات بسبب جذب الثاني وهو نصف السبب ، ووقع الرابع عليه وهو من فعله فيسقط النصف ، ويجب له نصف الديمة ، والرابع مات بجذب الثالث له فله كمال الديمة، فهذا توجيه قوله (للأول ربع الديمة ، وللثاني ثلث الديمة ، وللثالث نصف الديمة ، وللرابع كمال الديمة ، وجعل ذلك على عاقله الذين ازدحموا) أي جعل الثالث الذي وجب للثاني على عاقلة الأول ، والنصف الذي وجب للثالث على عاقلة الثاني ، والجميع الذي وجب للرابع على عاقلة الثالث ، وأما الربع الذي وجب للأول فعلى المأذن .

وأورد هنا الشهيد عليه اشكالين :

الأول : أن تكون الجنابة إما عمداً أو شبيه عمد ، وكلاهما لا تضمنه العاقلة .

الثاني : قوله (وجعل ذلك) إشارة إلى جميع ما تقدم ، فلا يختص بغیر الأول .

وأجاب أبو العباس عن الأول بمنع الحصر ، أما نفي العمدة فلان كل واحد منهم لم يقصد قتل صاحبه ، ولا ما اقتضت العادة بالتلف معه لظنه الخلاص ، وخلاصه وسلامته فرع على سلامته المسوκ ، وأما نفي شبيه العمدة فلانه حالة الوقع غافل عن كل شيء سوى ما يتوجهه منجيا له ، مع قطعه للنظر عمّا سوى ذلك ، فهو لا يقصد له إلى سواء ، فهو كرامي الطير .

وأجاب عن الثاني بمنع من وجوب الاشارة إلى الجميع ، بل تجوز الاشارة بالحكم إلى بعض الجمل ، (إذ لا يجب مشاركة المعطوف للمعطوف عليه في كل حكم^(٤١) ، وأبو العباس قدم الحكم على الجمل سهوا ، قال : بل يجوز

(٤١) - المذهب البارع ، الجزء الخامس ، ص ٢٩٧

الأشارة بالحكم إلى بعض الجمل) ^(٤٢) ، وذلك سهو القلم .
 وذكر المصنف في المسألة احتمالين : أحدهما : على الأول دية الثاني ، وعلى
 الثاني دية الثالث ، وعلى الثالث دية الرابع ، لاستقلال كل واحد باتفاق من باشر
 إمساكه ، والثاني : التشريح في الضمان بين مباشر الامساك والمشارك في الجذب ،
 فيكون على الأول دية للثاني (لاستقلاله باتفاقه ونصف دية الثالث ؛ لأنَّه تلف
 بجذبه وجذب الثاني ، وتلت دية الرابع ؛ لأنَّه تلف بجذب الثلاثة ، وعلى الثاني
 نصف دية الثالث ، وتلت دية الرابع ، لما ذكر ، وعلى الثالث ثلث دية لاغير ،
 وذكرهما) ^(٤٣) العلامة في القواعد والتحرير ، المشهور العمل بضمون الرواية
 الأولى .

(٤٢) - ما بين التوسعين ليس في «م».

(٤٣) - ما بين التوسعين ليس في النسخ ، بل فيها : («وعليه و» على الثاني دية الثالث وعلى
 الثالث دية الرابع وذكرها) . هذا وليس في «ر١» ما بين التوسعين الصغيرين من هذه الجملة

في الجنایة على الأطراف

قال رحمه الله : في شعر الرأس الديمة ، وكذا في شعر اللحية ، فان نبنا فقد
قيل : في اللحية ثلث الديمة ، والرواية ضعيفة ، والأشبه فيه وفي شعر الرأس
الأرش إن نبت ، وقال المفید رحمه الله : في شعر الرأس إن لم ينبت مئة دینار ، ولا
أعلم المستند ، أما شعر المرأة فقيه ديتها ، ولو نبت فقيه مهرها ، وفي الماجبين
خمس مئة دینار وفي كل واحدة نصف ذلك ، وما أصيّب منه فعل الحساب ، وفي
الأهداب تردد قال في المسوط والخلاف : الديمة إن لم ينبت ، وفيها مع الاجفان
ديتها ، والأقرب السقوط حالة الانضمام والأرش حالة الانفراد ، وما عدا ذلك
من الشعر لا تقدير فيه ، استناداً إلى البراءة الأصلية .

أقول : اقسام الشعر خمسة :

الاول : شعر الراس وهو لا يخلو اما أن ينبت بعد الجنایة أولاً ينبت ، فان لم
ينبت فقيه قولان : احدهما الديمة ، وهو المشهور بين الأصحاب ، وبه قال الشيخ
في النهايه وأبو الصلاح وابن حزوة وابن البراج وابن ادریس ، واختباره المصنف

والعلامة ، لقوله عليه السلام : « كل ما في البدن منه واحد فقيه الديمة »^(٤٤) ولما رواه سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام ، « قال : قلت له : رجل دخل الحمام فصب عليه صاحب الحمام الماء الحار فاسقط شعر رأسه ولحيته فلا ينبت ابدا ؟ قال : عليه دية »^(٤٥) والثاني قول المفید وهو مئة دینار عشر الديمة ، قال المصنف ولا أعلم المستند ، وان نبت بعد الجنایة ففيه قولان أيضاً : أحدهما : مئة دینار ، وهو قول محمد بن بابویه وأبی الصلاح ، والثاني الأرش ، وهو قول الشيخ في النهاية ، واختاره المصنف والعلامة .

الثاني : شعر اللحیة ، ولا يخلو اما أن ينبت بعد الجنایة أو لا ينبت ، فان لم ينبت ففيه قولان : أحدهما : الديمة كاملة ، وهو المشهور بين الأصحاب ، لما رواه مسمع عن الصادق عليه السلام : « قال قضى أمیر المؤمنین عليه السلام في اللحیة اذا حلقت فلم تنبت الديمة كاملة ، وإن نبتت فثلث الديمة »^(٤٦) ويؤیده عموم : « كل ما في البدن منه واحد فقيه الديمة » والثاني : مئة دینار ، قاله المفید ، وان نبت ففيه قولان أيضاً : ثلث الديمة قاله الشيخ ومحمد بن بابویه ، لرواية مسمع المتقدمة وطريقها ضعیف ، والثاني الأرش ، قاله المصنف واختاره العلامه وأبی العباس وهو المعتمد .

الثالث : شعر الحاجبين ، ولا يخلو اما أن ينبت بعد الجنایة او لا ، فان لم ينبت ففيه خلاف ، والمشهور نصف الديمة وفي كل واحد ربع الديمة ، جزم به المصنف والعلامة ، وادعى ابن ادریس عليه الاجماع ، وظاهر المبسوط الديمة كاملة ، ويؤیده قوله عليه السلام : « كلما في البدن منه اثنان فقيه الديمة »^(٤٧) ،

(٤٤) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب الاول من أبواب ديات الأعضاء ، حديث ١٢ .

(٤٥) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ٣٧ من أبواب ديات الأعضاء ، حديث ٢ .

(٤٦) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ٣٧ من أبواب ديات الأعضاء ، حديث ١ .

(٤٧) - وسائل ، كتاب الديات ، باب ٣٧ من أبواب ديات الأعضاء ، حديث ١ .

وقال سلار : روي فيها اذالم ينبعاً مئة دينار^(٤٨) ، والأول هو المعتمد .
 الرابع : شعر الاهداب ، وهو شعر الاجفان وفيه خلاف للاصحاب ، قال
 الشيخ في المسوط والخلاف : فيه كمال الديمة ، واحتىج باجتماع الفرقه ، وبه قال ابن
 حزرة ، والعلامة في القواعد ، وابنه في الايضاح ، وقال ابن البراج : نصف الديمة ،
 وقال ابن ادريس بوجوب الأرش حالة الانفراد ، والسقوط حالة الانضمام الى
 الاجفان ؛ لأن الاهداب تتبع الاجفان كشعر الساعدين ، واختاره المصنف ومآل
 اليه العلامة في التحرير والمختلف ، قال أبو العباس : وهو متين ، وقال الشيخ في
 المسوط : يقتضي مذهبنا أن في الاجفان والاهداب ديتين ، واختاره العلامة في
 القواعد وابنه في الايضاح .

الخامس : ما عدا ذلك من الشعر كشعر البطن والعانة والساقيين
 والسعدين ، وفيه الأرش مع الانفراد ، ولا شيء مع الانضمام اجماعاً .

تنبيه : اذا قلع شعر الرأس أو اللحية نظر فان حكم أهل الخبرة بعدم
 النبات بان يذهب على وجه لا يرجئ عوده ، مثل أن يقلب على رأسه ماء حار
 فيفسد المثبت وينقطع بالكلية بحيث لا يعود ، دفعت اليه الديمة ، فان عرض
 الاتبات بعد ذلك رجع عليه بالفضل من الثلث او الأرش على الخلاف ، وإن لم
 يحکم أهل الخبرة بعدم عوده بل حکموا بعوده أو اشتبه عليهم ولم يوجد من يعلم
 ذلك انتظر به سنة ، لما رواه الشيخ عن سلمه بن قتام ، « قال : اهرق رجل قدرا
 فيها مرق على راسه فذهب شعره فاختصموا في ذلك الى علي عليه السلام
 فأجله سنة ، فجاء ولم ينبع شعره فقضى عليه بالديمة »^(٤٩) ولو طلب الديمة قبل

(٤٨) - المراسم ص ٢٤٥ مع تفاوت فليراجع

(٤٩) - الوسائل ، كتاب الدييات ، باب ٣٧ من أبواب ديات الاعضاء ، حدیث ٢.

السنة لم يجُب ، ولو طلب الأرش وأرجئ الباقِي أعطى ذلك .
 قال رحمه الله : وفي الأَجْفَانِ الْدِيَةُ وَفِي تَقْدِيرِ كُلِّ جُنْفٍ خَلَافٌ قَالَ فِي
 الْمُبْسُطِ : فِي كُلِّ وَاحِدٍ رِبْعُ الدِّيَةِ ، وَفِي الْخَلَافِ : فِي الْأَعُلَى ثَلَاثَ الدِّيَةِ ، وَفِي
 الْأَسْفَلِ الثَّلَاثُ ، وَفِي مَوْضِعٍ آخَرَ : فِي الْأَعُلَى ثَلَاثَ الدِّيَةِ وَفِي الْأَسْفَلِ التَّصْفُ ،
 وَيَنْقُصُ عَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ سُدُسُ الدِّيَةِ ، وَالْقَوْلُ بِهَذَا كَثِيرٌ ، وَفِي الْجَنَاحِيَّةِ عَلَى بَعْضِهَا
 بِحَسَابِ دِيَتِهَا .

أقول : لاختلاف في وجوب الديمة في الأَجْفَانِ إِذَا قُلِّعَتْ جَمِيعًا ، والخلاف
 أَنَّا هُوَ فِي تَقْدِيرِ كُلِّ وَاحِدٍ عَلَى الْإِنْفَرَادِ ، وَلِلْأَصْحَابِ فِيهِ تَلَاثَةُ أَقْوَالٍ :
 الْأَوَّلُ : فِي كُلِّ وَاحِدٍ رِبْعُ الدِّيَةِ ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّيْخِ فِي الْمُبْسُطِ ، وَهُوَ اخْتِيَارُ
 أَبِي الْعَبَّاسِ ، قَالَ : وَاخْتِارَهُ الْمُصْنَفُ وَالْعَلَامَةُ ، وَالْمُسْتَنْدُ رَوَايَةُ هَشَامَ بْنِ
 سَالِمٍ^(٥٠) ، وَهِيَ غَيْرُ مُسْتَنَدَةٍ إِلَى أَمَامٍ لَكُنَّ الرَّاوِيَ تَقَةً .
 الثَّانِيُّ : فِي الْأَسْفَلِ الثَّلَاثُ وَفِي الْأَعُلَى الثَّلَاثَانِ ، قَالَهُ الشَّيْخُ فِي الْخَلَافِ مُعْتَجِلاً
 بِاجْمَاعِ الْفَرَقَةِ وَأَخْبَارِهِمْ ، وَاخْتِارَهُ أَبْنَاءُ ادْرِيسٍ .

الثَّالِثُ : فِي الْأَعُلَى الثَّلَاثُ وَفِي الْأَسْفَلِ النَّصْفُ ، قَالَهُ الشَّيْخَانُ فِي النَّهَايَةِ
 وَالْمُقْتَنَعَ ، وَبِهِ قَالَ أَبْنُ الْجَنِيدِ وَابْنُ حَمْزَةَ وَأَبْوَ الصَّلَاحِ ، فَعَلَى هَذَا يَنْقُصُ سُدُسُ
 الدِّيَةِ ، وَالْمُسْتَنْدُ رَوَايَةُ ظَرِيفِ بْنِ نَاصِحٍ^(٥١) عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ .
 قال رحمه الله : أَمَا الْعُورَاءُ فِي خَسْفِهَا رَوَايَاتَانِ ، إِحْدَاهُمَا : رِبْعُ الدِّيَةِ ،
 وَهِيَ مَتْرُوكَةُ ، وَالْأُخْرَى : ثَلَاثَ الدِّيَةِ ، وَهِيَ مَشْهُورَةٌ ، سَوَاءَ كَانَتْ خَلْقَهُ أَوْ
 بَعْنَائِيَّةُ جَانِ ، وَوَهُمْ هَنَا وَاهِمُ فَتُوقَ زَلْلَهُ .

أقول : الأولى رواية عبد الله بن جعفر عن الصادق عليه السلام ، « في

(٥٠) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب الاول من ابواب ديات الاعضاء ، حديث ١٢ .

(٥١) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ٢ من أبواب ديات الاعضاء ، حديث ٤ - ٣ .

العين العورا تكون قائمة فتخسـف ؟ قال : قضـى عـلـي عـلـيـه السـلام نـصـف الـدـيـة فـي
 العـين الصـحـيـحة ^(٥٢) وـمـثـلـه رـوـاـيـة سـلـيـمان ^(٥٣) عـن الصـادـق عـلـيـه السـلام وـبـهـا
 أـفـقـى المـفـيد وـسـلـار ، وـالـثـانـيـة رـوـاـيـة بـرـيدـ بنـ مـعـاوـيـة ^(٥٤) عـن الـبـاقـر عـلـيـه السـلام ،
 وـمـثـلـه صـحـيـحة أـبـي بـصـير ^(٥٥) عـن الـبـاقـر عـلـيـه السـلام أـيـضاً ، وـعـلـيـهـا فـتـوى أـكـثـر
 الـاصـحـاب ، وـلـا فـرـقـ في هـذـا الـحـكـمـ بـيـنـ كـوـنـ الـعـورـ خـلـقـةـ أـوـ جـنـابـةـ جـانـ ؟ لـأـنـهـ
 عـوـضـ ^(٥٦) عـضـ أـشـلـ ، وـإـنـ التـفـصـيلـ فـي صـحـيـحةـ الـاعـورـ لـاـ فـيـ فـاسـدـتـهـ ، وـفـصـلـ
 اـبـنـ اـدـرـيـسـ ، قـالـ : إـنـ كـانـ الـعـورـ خـلـقـةـ فـدـيـةـ كـامـلـةـ ، أـيـ دـيـةـ الـعـينـ كـامـلـةـ بـلـاـ خـلـافـ
 بـيـنـ الـاصـحـابـ ، وـإـنـ كـانـ الـعـورـ جـنـابـةـ جـانـ فـيـهـا تـلـتـ الـدـيـةـ ، قـالـ وـهـوـ اـخـتـيـارـ
 شـيخـنـاـ فـيـ مـبـسوـطـهـ وـمـسـائـلـ خـلـافـهـ ، وـذـهـبـ فـيـ نـهـاـيـتـهـ إـلـىـ أـنـ فـيـهـا نـصـفـ الـدـيـةـ ،
 قـالـ : وـالـأـوـلـ الـذـيـ اـخـتـرـنـاـ هـوـ الـاظـهـرـ الـذـيـ تـقـضـيـهـ أـصـولـ مـذـهـبـنـاـ ، وـإـلـىـ هـذـاـ
 التـفـصـيلـ أـشـارـ الـمـصـنـفـ بـقـوـلـهـ (وـوـهـمـ هـنـاـ وـاهـمـ فـتـوقـ زـلـلـهـ) فـالـوـاهـمـ إـشـارـةـ إـلـىـ اـبـنـ
 اـدـرـيـسـ ، وـالـوـهـمـ إـشـارـةـ إـلـىـ عـدـمـ التـدـبـيرـ ^(٥٧) لـكـلـامـ الشـيـخـ رـحـمـهـ اللهـ فـتوـهـمـ غـيـرـ
 مـقـصـودـ الشـيـخـ فـوـقـ فـيـ الغـلـطـ ، وـالـزـلـلـ هـوـ مـاـ ذـهـبـ إـلـيـهـ مـنـ التـفـصـيلـ إـلـىـ كـوـنـ الـعـورـ
 خـلـقـةـ أـوـ جـنـابـةـ جـانـ ، وـإـجـابـهـ فـيـ الـأـوـلـ نـصـفـ الـدـيـةـ ، وـحـيـثـنـذـ لـابـدـ مـنـ اـبـرـادـ لـفـظـ
 الشـيـخـ فـيـ النـهاـيـةـ لـيـتـبـيـنـ الـوـهـمـ فـهـذـاـ لـفـظـ رـحـمـهـ اللهـ : وـفـيـ الـعـينـ الـعـورـاءـ الـدـيـةـ كـامـلـةـ
 إـذـاـ كـانـتـ خـلـقـةـ أـوـ قـدـ ذـهـبـتـ بـآـفـةـ مـنـ جـهـةـ اللهـ تـعـالـىـ ، وـإـنـ كـانـتـ قـدـ ذـهـبـتـ وـأـخـذـ

(٥٢) - المصدر السابق ، بـابـ ٢٩ ، حـدـيـثـ ١.

(٥٣) - المصدر السابق ، حـدـيـثـ ٢ وـفـيـهـ عـبـدـ اللهـ بنـ سـلـيـمانـ .

(٥٤) - الوسائل ، كتاب الديات ، بـابـ ٣١ منـ أـبـوـابـ دـيـاتـ الـاعـضـاءـ ، حـدـيـثـ ١.

(٥٥) - المصدر السابق ، حـدـيـثـ ٢.

(٥٦) - لـيـتـ فـيـ النـخـ .

(٥٧) - فـيـ النـخـ : فـهـمـ .

ديتها أو استحق ديتها وان لم يأخذها ، كان فيها نصف القيمة^(٥٨) ، هذه عبارة الشيخ في النهاية ، وابن ادريس فهم من كلام الشيخ أن مراده بالعين العوراء العين الفاسدة كما هو ظاهر اللفظ ، وأن مراده بالدية الكاملة دية العين لادية النفس ، وان المراد بنصف القيمة نصف دية العين ، لأن نصف دية النفس ، وليس ذلك مقصود الشيخ بل إنما قصده بالعوراء الصحيحة ، وبالدية الكاملة دية النفس ، وبين نصف القيمة نصف دية النفس ، كما تضمنه خبر العلابين الفضل عن الصادق عليه السلام في حديث ، الى أن قال : « وفي لسانه الديمة تامة وأذنيه الديمة تامة ، والرجلان بتلك المزيلة ، والعينان بتلك المزيلة ، والعين العوراء الديمة تامة ، والاصبع من اليد أو الرجل فبشر الديمة »^(٥٩) والشيخ استعمل ذلك تبعاً للفظ الرواية واتساعاً في اللغة ، وإنما أطلق على الصحيحه اسم العوراء حيث لا أخت لها من جنسها ، وفي الحديث : إن أبو هلب اعترض على النبي صل الله عليه وآله عند اظهار الدعوى ، فقال له أبو طالب يا أمور ما أنت وهذا ؟ قال ابن الاعرابي : ولم يكن أبو هلب أمور وإنما العرب تقول للذى ليس له أخ من أبيه وأمه أمور ، فلهذا أطلق الشيخ على الصحيحه اسم العوراء .

فلم يفهم ابن ادريس مراده ، وليس ذلك لقصور علم ابن ادريس ، ولا بلادته . لأن فضله غير منكور ، ولكن الحكمة اقتضت وقوع السلط من غير المصوم وان كان حاذقاً ، فلابد من وجود معصوم حافظاً للشرع ، والا لجاز ان يكلف الله الخلق بغير المشروع ، وهو قبيح تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً .

قال رحمه الله : وفي الروثة ، وهي الحاجز بين المنحرفين نصف الديمة ، وقال ابن بابوية : هي مجمع المارن ، وقال أهل اللغة : هي طرف المارن .

(٥٨) - في «ن» : الديمة .

(٥٩) - الوسائل ، كتاب الدييات ، باب الاول من أبواب ديات الاعضاء ، حديث ١١ .

أقول : للفقهاء في تفسير الروتة قولان ، أحدهما : ما قاله المصنف ، وبه قال العلامة ، والثاني ما حكاه^(٦٠) علي بن بابويه ، وهو موافق لما قاله أهل اللغة ؛ لأن مجتمع المارن هو طرفه ، وفي ديتها قولان : أحدهما نصف الديمة كما قاله المصنف ، وهو قول الشيخ في النهاية والمبسot ، واختاره العلامة في القواعد ، ونقل في القواعد قولًا أن فيها الثالث ، لاشتمال المارن على ثلاثة أجزاء ، على المنخررين والروتة فتقسم الديمة عليها ، لأصلالة البراءة من الرائد .

قال رحمه الله : وفي أحد المنخررين نصف الديمة : لانه إذهب نصف المنفعة ، وهو اختياره في المبسot ، وفي رواية غياث ، عن أبي جعفر عليه السلام ، عن أبيه ، عن علي عليه السلام : ثلث الديمة ، وكذا في رواية عبد الرحمن العريفي ، عن جعفر ، عن أبيه عليهما السلام ، وفي الرواية ضعف غير أن العمل بمضمونها أشبه .

أقول : للاصحاب هنا ثلاثة أقوال : الأول : نصف الديمة ، لأن في الانف الديمة ، وهو منخران فتقسم الديمة عليها ، ولأنه اذهب نصف المنفعة ونصف الجمال ، وهو مذهب الشيخ في المبسot فتقسم الديمة عليها ، وبه قال ابن ادريس ، الثاني : ثلث الديمة ؛ لأن الانف مشتمل على ثلاثة أجزاء على منخررين وحاجز ، فتقسم الديمة عليها أثلاثا ، وللروايتين المذكورتين^(٦١) واختاره المصنف والعلامه في المختلف والتحرير ، وهو مذهب ابن الجنيد ، وقواء فخر الدين ، الثالث : الرابع ، وهو قول أبي الصلاح وابن زهرة ، لاشتمال الانف على أربعة : المنخررين والروتة وال حاجز ، على قول من يقول أن الروتة غير الحاجز ، كقول ابن بابويه وأهل اللغة .

(٦٠) - في «ر١» : عن علي .

(٦١) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ٤٣ من ديات الاعضاء ، حدث١ ، رواية غياث والباب الاول من أبواب ديات الاعضاء ، حدث١٣ ..

قال رحمه الله : الاذنان ، وفيها الديمة ، وفي كل واحدة نصف الديمة وفي بعضها بحسب ديتها ، وفي شحمتها ثلث ديتها على رواية فيها ضعف ، لكن يؤيدتها الشهرة ، قال بعض الأصحاب : وفي خرمها ثلث ديتها ، وفسره واحد بخرم الشحمة ، وبثلث دية الشحمة .

أقول : قال الشيعي في النهاية : وفي شحمة الاذن ثلث دية الاذن ، وكذلك في خرمها ثلث ديتها ، قال ابن ادريس : يعني في خرم الشحمة ثلث دية الشحمة ، وهو ثلث الثالث الذي هو دية الشحمة ، وقال في الخلاف : في شحمة الاذن ثلث دية الاذن وكذلك في خرمها ، قال العلامة في المختلف - بعد أن حكى قول الشيعي في الخلاف - : فهذا يدل على أنه أراد في النهاية خرم الاذن فثلاث دية الاذن ، لا كما قال ابن ادريس ، ثم حكى عبارة المبسوط ثم قال : وتأويل ابن ادريس لا دليل عليه ، والظاهر أن المصنف لم يرض بتاؤيل ابن ادريس أيضاً .

قال رحمه الله : الشفتان وفيها الديمة إجماعاً ، وفي تقدير كل واحدة خلاف قال في المبسوط في العليا الثالث ، وفي السفل الثالثان ، وهو خيرة المقيد رحمه الله ، وفي الخلاف : في العليا أربع مئة ، وفي السفل ست مئة ، وهي رواية أبي جيلة ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، وذكره طريف في كتابه أيضاً وفي أبي جيلة ضعف ، وقال ابن بابويه : هو مأثور عن طريف أيضاً في العليا نصف الديمة ، وفي السفل الثالثان ، وهو نادر ، وفيه مع ندوره زيادة لا معنى لها . وقال ابن أبي عقيل : هما سواء في الديمة ، استناداً إلى قوله عليهم السلام : كل ما في الجسد منه اثنان ففيه نصف الديمة ، وهذا حسن ، وفي قطع ببعضها نسبة مساحتها . وحد الشفتة السفل عرضاً ما تجافي عن اللثة مع طول الفم ، والعليما ما تجافي عن اللثة متصلأً بالمخرين والماجرز مع طول الفم ، وليس حاشية الشدقين منها .

أقول : حكى المصنف للاصحاب هنا أربعة أقوال :

الأول : في العليا الثالث ، وفي السفل third ، حكاہ الشیخ فی المبسوط ، قال : وهو خیرة المفید ، وبه قال أبو الصلاح وسلام ، لزيادة منفعة السفل على العليا ؛ لأنها تمسك الطعام والشراب ، وشينها أبغى من شين العليا ، قال المفید : وبهذا ثبتت الآثار عن آئمۃ الهدی علیهم السلام .

الثاني : في العليا أربع مئة ، وفي السفل ست مئة ، حكاہ عن الشیخ فی المخلاف ، قال : وهي رواية أبي جحيلة^(٦٢) ، عن أبان ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، وذکرہ ظریف^(٦٣) فی كتابه أيضاً ، وفي أبي جحيلة ضعف .

الثالث : في العليا نصف الديمة وفي السفل third ، وبه قال ابن البراج وابن حمزہ و محمد بن بابویہ ، واختاره العلامہ فی المخالف ، والمستند ما ذکرہ المصنف^(٦٤) ، قال : وهو نادر ، وفيه مع ندوره زيادة لا معنی لها ، وهذا القول مذهب ابن الجیند ؛ لأن السفل تمسك الطعام والشراب وتمسك اللعاب ، فتزداد ديتها عملاً بالمناسبة .

الرابع : كونها سواه فی الديمة ، فی كل واحدة منها النصف ، حكاہ عن ابن أبي عقیل واستحسنه المصنف هنا ، وقواه فی المختصر وهو ظاهر العلامہ فی القواعد والتحریر والأرشاد ، واختاره أبو العباس ، والمستند رواية هشام بن سالم ، « قال : كل ما فی الانسان منه اثنان ففیهما الديمة ، وفي أحدهما نصف الديمة »^(٦٥) ، وهي مقطوعة لكن رجالها ثقة ، قال العلامہ فی التحریر : وان لم يسندها الى امام الا أن هشاماً ثقة ، والظاهر أنه سمعها من الإمام .

قال رحمہ الله : ولو تقلصت ، قال الشیخ : فيه ديتها ، والأقرب الحكومة .

(٦٢) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ٥ من أبواب ديات الاعضاء ، حدیث ٢ .

(٦٣) - المصدر السابق ، حدیث ١ .

(٦٤) - المصدر السابق .

(٦٥) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب الاول من أبواب ديات الاعضاء ، حدیث ١٢ .

ولو استرختا فثثا الديمة .

أقول : هذا قول الشيخ في المسوط ، لذهب مصنفتها بالكلية ، ووجهه
القرب ^(٦٦) فيما اختاره المصنف أصالة براءة الذمة من وجوب الديمة تامة ، ولعدم
التقدير في ذلك ، فيرجع إلى الأرش ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : أما الصحيح فيعتبر بمحروف المعجم ، وهي ثانية وعشرون
حرفاً ، وفي رواية تسعه وعشرون حرفاً ، وهي مطرحة .

أقول : أشار إلى ما رواه حماد بن عيسى ^(٦٧) عن الصادق عليه السلام ،
و عمل الأصحاب على الثانية والعشرين ، ولا فرق بين المحروف اللسنية
والحلقية ، ولا بين التقبيلة والخلفية .

قال رحمه الله : ولو ادعى الصحيح ذهب نطقة [عند الجنائية] ، صدق مع
القصامة ، لتعذر البينة ، وفي رواية : يضرب لسانه بابرة ، فان خرج الدم أسود
صدق ، وإن خرج أحمر كذب .

أقول : الرواية إشارة إلى ما رواه الأصيغ بن نباتة ، « قال : سألت أمير
المؤمنين عليه السلام عن رجل ضرب رجلاً على هامته فادعى المضروب أنه
لا يبصر شيئاً ، ولا يشم الرائحة ، وأنه قد ذهب لسانه ، كيف يعلم أنه صادق ؟ قال
أمير المؤمنين عليه السلام : أما ما ادعاه أنه لا يشم الرائحة فإنه يدلي منه المراق
فإن كان كما يقول والا حول أنفه ودمعت عيناه ، وأما ما ادعاه في عينيه فإنه يقابل
بعينه عين الشمس ، فإن كان كاذباً لم يتلوك حتى يغمض عينيه ، وإن كان صادقاً
بقيتا مفتوحتين ، وأما ما ادعاه من لسانه فإنه يضرب لسانه بالأبيرة ، فان خرج

(٦٦) - في «ن» : الفرق .

(٦٧) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ٢ من أبواب ديات المنافع ، حدیث ٥ .

الدم أحمر فقد كذب وان خرج الدم أسود فقد صدق «^(٦٨)» ، وقال الشيخ : يثبت حقه بالقسوة ، واختاره المصنف والعلامة .

قال رحمه الله : ولو جنى على لسانه فذهب كلامه ثم عاد ، هل تستعاد الديمة ؟ قال في المسوط : نعم ، لأنه لو ذهب لما عاد ، وقال في الخلاف : لا ، وهو أشبه .

أقول : أما حجة الشيخ في المسوط فقد حكاهما المصنف ، وأما حجته في الخلاف فان العائد من الكلام هبة متتجدة من الله تعالى ، والجنى عليه قد استحق الديمة بسبب الجنابة الموجبة لها ، فلا تستعاد بسبب المبة من الله تعالى ، وفصل في القواعد ، قال : والأقرب الاستعادة إن علم أن الذاهب أولاً ليس بداعم ، والا فلا معناه ان حكم اهل الخبره بعدم دوام الذهاب ، بل يحتمل عود النطق ، وان كان بعلاج ثم عاد استعيضت الديمة ، وان حكوا بدوام الذهاب وعدم عود النطق ثم عاد لم تستعاد الديمة ؛ لأنه هبة متتجدة حتيتذ ، وهذا التفصيل لا يأس به لما فيه من الجمع بين القولين .

قال رحمه الله : وليس للزائد دية ان قلعت منضمة الى الباقي ، وفيها ثلث دية الأصلی إن قلعت منفردة ، وقيل : فيها الحكومة ، والأول أظهر .

أقول : القائل بالحكومة هو المفید رحمه الله قال : وما زاد على هذه الأسنان فليس له دية مقطوعة شرعاً ، لكن ينظر ما نقص من قيمة صاحبه بذهابه منه على تقدیر أن يكون عبداً ويعطى بحسبه ، المشهور الأول ، لأصالة براءة الذمة من الزائد عما قرره الشارع .

قال رحمه الله : ولو اسودت السن بالجنابة ولم يسقط فثلاث ديتها وفيها بعد الاسوداد الثالث على الأشهر .

— (٦٨) الوسائل ، كتاب الديات ، باب ٤ من أبواب ديات المنافع ، حديث ١ .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : اذا اسودت السن بالجنبية كان فيها الشisan ، قاله الشيخ في النهاية ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس وهو المعتمد ، المستند رواية عبد الله بن سنان^(٦٩) ، وقال في المبسوط : فيها الحكومة .

الثانية : اذا قلعت بعد الاسوداد بالجنبية ففيها ثلت الدية عند الشيخ في الخلاف ، وتبعه ابن البراج وابن حمزة وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة لرواية العزرمي ، عن أبيه ، عن جعفر ، عن أبيه عليهما السلام ، « في السن السوداء ثلت ديتها »^(٧٠) ، ولأنها في معنى الأشل ، وقال في المبسوط : فيها الحكومة ؛ لأنها المتيقن وما زاد من التقدير في رواية ضعيفة السند لاتعارض البراءة الاصلية ، وقال في النهاية : فيها ربع دية السن ، لرواية عجلان عن أبي عبد الله عليه السلام : « في السن السوداء ربع دية السن »^(٧١) ، وهي ضعيفة السند .
قال رحمه الله : وفي انصداعها ولم تسقط ثلثا ديتها ، وفي الرواية ضعف ، والحكومة أشبه .

أقول : وجوب الثنين مع الانصداع أي التخلخل ، وعدم السقوط مذهب الشيخ في النهاية ، واختاره العلام في القواعد ، ولعله تشبّه بالشلاء وكونها في معرض السقوط ، وأما الرواية المشار إليها بالضعف فلم تقف عليها ، وختار (المصنف و)^(٧٢) العلام المحكومة ، لأصالة براءة الذمة من وجوب شيء مقدر ؛ لأن التقدير حكم شرعي يتوقف على الدلالة الشرعية وليس .

قال رحمه الله : والدية في المقلوعة مع سخها ، وهو الثابت منها في اللثة ،

(٦٩) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ٨ من أبواب ديات الاعضاء ، حديث ٤ .

(٧٠) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ٤٣ من أبواب ديات الاعضاء ، حديث ٢ .

(٧١) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ٤٠ من أبواب ديات الاعضاء ، حديث ٣ .

(٧٢) - ما بين القوسين ليس في النسخ .

ولوكسر ما برب عن اللثة فيه تردد ، والأقرب أن فيه دية السن .

أقول : منشأه من أن الديمة الكاملة إنما تكون في جموع السن ، والمجموع ما كان بارزاً منه مع ما هو في اللثة ، ومع عدمه فلا يجيء الديمة كاملة بدون المجموع ، ومن اطلاق اسم السن على ما كان بارزاً منه عن اللثة ، قال الشيخ وابن ادريس : السن ما شاهدته بارزاً منه عن اللثة ، والسنخ أصله ، وجزم العلامة بوجوب الديمة في البارز عن اللثة وهو المعتمد .

قال رحمه الله : وينظر بسن الصغير ، فإن ثبتت لزم الأرش ، ولو لم يثبت فدية المفتر ، ومن الأصحاب من قال : فيها بغير ولم يفصل ، وفي الرواية ضعف .

أقول : الرواية إشارة إلى ما رواه التوفلي^(٧٣) عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام ، وهي ضعيفة السند ، والمعتمد التفصيل الذي ذكره المصنف ، وهو مذهب الشيخ في النهاية والخلاف ، وتبعه القاضي وابن ادريس واختياره المصنف والعلامة وهو المعتمد .

تنبيه : أطلق أكثر الأصحاب الانتظار من غير تعين^(٧٤) المدة ، وقيده العلامه بالسنة ؛ لأنه الفالب . وأورد عليه الشهيد بان من بلغ أربع سنين العادة قاضية بأن سنه لو قلعت لم ثبتت الا بعد مدة تزيد عن السنة قطعاً ، قال : وإنما هذا شيء اختص به المصنف رحمه الله - يعني العلامة - ولا أعلم وجه ما قاله ، وهو أعلم بما قال ، ثم اختار التقييد بنبات أسنانه بعد سقوطها ، وفاما لما قاله ابن البراج في المذهب قال : وينبغي للمجنى عليه أن يصبر حتى تسقط أسنانه التي هي أسنان الدين وتعود .

فرع : لو مات الصبي في مدة الانتظار قبل عودها وقبل اليأس منه لزم

(٧٣) - الوسائل ، كتاب الدييات ، باب ٣٣ من أبواب دييات الاعضاء ، حديث ٣ .

(٧٤) - في الأصل : تقييد .

الجافي الأرش ، فيقوم مقلوع السن من حين الجنابة إلى حين الموت وسلباً هذه المدة ، وتؤخذ من الديمة بنسبة تفاوت القيمتين .

قال رحمه الله : ولو قطعت من المرفق أو من المنكب ، قال في المسوط :

عندنا فيه مقدر ، محيلاً على التهذيب .

أقول : في اليدين معاً الديمة كاملة ، وفي كل واحدة نصف الديمة سواء المين والشمال ، وحدها المضم و هو المفصل الذي بين الكف والذراع ، ولو قطعت مع الأصابع فدية واحدة خمس مئة دينار ، فان قطعت الأصابع منفردة ففيها^(٧٥) خمس مئة دينار ، ولو قطع كفأ لا أصابع لها فالحكومة ، سواء ذهبت الأصابع بجنابة جان او من قبل الله تعالى ، ولو قطع مع اليد بعض الزند في اليد خمس مئة دينار ، وفي الزائد حكومة ، وهذا كله مما لا أشكال فيه .

ولو قطع اليد من المرفق أو المنكب ، قال الشيخ في المسوط : واليد التي يجب نصف الديمة فيها هي الكف إلى الكوع ، وهي أن يقطعنها من المفصل الذي بينها وبين الكوع ، فان قطع أكثر من ذلك كان فيها دية وحكومة بقدر ما قطع ، فان كان من نصف الذراع أو من المرفق أو العضد أو المنكب ففي الزائد حكومة ، وكلما كانت الزيادة أكثر كانت الحكومة أكثر ، وعندنا أن جميع ذلك فيه مقدر ذكرناه في تهذيب الأحكام ، وهو يعطي أن الحكومة ليست مذهبأ له وإنما نقلها عن المخالف ، وقال المفيد : في اليدين اذا استؤصلتا الديمة كاملة ، وكذا في الذراع والذراعين والعضد والعضدين ، وهو يعطي أن في الذراع وحده منفرداً الديمة ، وكذا في العضد ، وبه قال ابو الصلاح ، واختاره العلامة في القواعد والتحرير ، وابنه في الإيضاح ، لقوله عليه السلام : « كلها في البدن منه اثنان فيه الديمة »^(٧٦)

(٧٥) - كذا .

(٧٦) - تقدم في المامش (٢) من ص ٤٣٤ والموجود فيه (ففيها) بدل (ففيه) .

ويحتمل في الذراعين والعضدين المحكومة ؛ لأن الشارع لم يقدر لها دية بانفرادها^(٧٧)، وتحقيق الأول : أن اليد اذا قطعت من المضم أو من المرفق أو من المنكب فيها الديمة خاصة ، وإن قطعت من غير المفصل^(٧٨) بل من بعض الزند أو بعض العضد فيها ديمه وحكومة ، وإن قطعت من المضم ثم قطعت من المرفق كان فيها ديتان ، فان قطعت بعد ذلك من المنكب كان فيها ديمه اخرى ثالثة ، ولو قطعت أولاً من منفصل ، وثانياً من غير منفصل كان في الأول ديمه وفي الثاني حكومة وهذا التحقيق مذهب المفید وأبی الصلاح والقواعد والتحریر وهو المعتمد ، وظاهر المصنف العمل على ذلك ؛ لانه قال في آخر كلامه : ويظهر لي في الذراعين الديمة ، وكذا في العضدين ، وفي كل واحد نصف الديمة .

قال رحمه الله : فلو قطعهما في الأصلية ديمه ، وفي الزائدة حكومة ، وقال في المبسوط : ثلث ديمه الأصلية ، ولعله تشبيه بالسن .

أقول : المشهور بين الأصحاب أن في اليد الزائدة حكومة ؛ لأن الشارع لم يجعل لها ديمه مقدرة ، وما ليس له مقدر فيه الحكومة ، والظاهر أن الشيخ أحال اليد الزائدة على السن الزائدة ، فكما أن في السن الزائدة ثلث الأصلية كذلك في اليد الزائدة ثلث الأصلية ، والأول هو المعتمد .

قال رحمه الله : وفي أصابع اليدين الديمة ، وكذا في أصابع الرجلين ، وفي كل واحدة ثمن الديمة ، وقيل : في الابهام ثلث الديمة ، وفي الأربع بواقي الشستان بالسوية .

أقول : القائل أبو الصلاح وابن حمزة ، والمشهور الأول وهو مذهب

(٧٧) - في الأصل : لانفرادها .

(٧٨) - في النسخ : منفصل .

الشيفين وابن الجنيد^(٧٩) وابن البراج وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد ، ومستند الفريقين الروايات^(٨٠) .

قال رحمه الله : وفي الظفر اذا لم ينبت عشرة دنانير ، وكذا لو نبت أسود ، ولو نبت أبيض كان فيه خمسة دنانير ، وفي الرواية ضعف غير أنها مشهورة ، وفي رواية عبد الله بن سنان في الظفر خمسة دنانير .

أقول : الرواية الأولى المشار إليها بالضعف رواية مسمع بن عبد الملك^(٨١) عن الصادق عليه السلام ، وفي طريقها محمد بن الحسن بن شمعون^(٨٢) ، قال ابن الفضاري : إنه وقف ثم غلا فلا يلتفت إلى مصنفاته وسائر ما ينسب إليه ، وبضمونها أفتى الشيخ في النهاية وابن البراج وابن حمزة ، والرواية الثانية^(٨٣) محولة على نباته أبيض ، لوجوب حمل المطلق على المقيد ، وقال ابن ادريس يجب ثلثا ديته إذا خرج أسود ، وجنجح إليه العلامة في المختلف ، واختاره فخر الدين واستحسن أبو العباس ، لأصلالة براءة الذمة وشغلها يحتاج إلى دليل ، وأيضاً فليس خروجه أسود كلاماً خروجه ، فيكون ديته حال خروجه أسود أقل من ديته حال عدم خروجه عملاً بالمناسبة .

قال رحمه الله : الثاني عشر : الظهر ، وفيه إذا كسر الديمة ، وكذا إذا أصيب واحد ودب أو صار بجحث لا يقدر على القعود ، ولو صلح كان فيه ثلث الديمة ، وفي رواية ظريف : إن كسر الصلب فجبر على غير عيب فئة دينار ، وان عثم فالله دينار ولو كسر فشلت الرجلان فدية له ، وثلثا دية للرجلين ، وفي الخلاف : لو

(٧٩) - ليس في «ر١».

(٨٠) - الوسائل ، كتاب الديات ، احاديث باب ١٢ و ٣٩ من أبواب ديات الأعضاء .

(٨١) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ٤١ من أبواب ديات الأعضاء ، حدث ١ .

(٨٢) - في «ن» : الحسين بن ميمون ، وفي «ر١» : الحسن بن شمعون .

(٨٣) - المصدر المتقدم ، حدث ٢ .

كسر الصلب فذهب مشيه وجماعه فديتان .

أقول : مختار المصنف هو المشهور بين الأصحاب ، ومستندهم صحيحة الحلي (٨٤) عن الصادق عليه السلام ، وما حكاه عن المخلاف من وجوب الديتين بذهب الشيء والماء هو المشهور بين الأصحاب أيضاً ، وجزم به العلامة في القواعد ، فعلى هذا لو جبر صلبه فعادت إحدى المتفاعلتين وجبت دية واحدة ، ولو عادت ناقصة فدية وحكومة عن نقص العائد ، والقول قول المجني عليه مع يبينه في ذهاب الجماع إن ادعاه ، وشهدت أهل الخبرة أن هذه الجنابة تؤدي إلى ذهابه والا فلا ، ولو ذهب ما ذهبت دون جماعه احتمل وجوب الدية ؛ لأنه أذهب منفعة مقصودة ، ويتحمل الحكومة ؛ لأنه لم يذهب المنفعة أجمع وهو أقوى (٨٥) .

قال رحمه الله : ولو قطع الحلمتين ، قال في المبسوط فيها الدية ، وفيه إشكال من حيث أن الدية في الثديين ، والحلمتان بعضها ، أما حلمتا الرجل في المبسوط والخلاف : فيها الدية ، وقال ابن بابوية رحمه الله : في حلمة ثدي الرجل ثمن الدية ، مئة وخمسة وعشرون ديناراً ، وكذا ذكر الشيخ رحمه الله في التهذيب عن طريف ، وفي إيجاب الدية فيها بعد ، والشيخ أضرب عن رواية ظريف ، وقسّك بالحديث الذي مر في فصل الشفتين .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في حلمة ثدي المرأة ، وقد حكى عن (٨٦) الشيخ في الكتاين أن فيها الدية ثم استشكله ؛ لأن الدية في الثديين والحلمة بعضها ، فلو وجب في الحلمة ما وجب في الجميع لزم مساواة الكل للبعض وهو باطل ، ونقص بالألف .

(٨٤) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب الاول من أبواب ديات الاعضاء ، حدث ٤ .

(٨٥) - في النسخ : قوي .

(٨٦) - ليس في « ر » .

واليد والذكر ، وأجيب بوجود النص هنا وفقده هناك . أحتاج الشيخ بـ « كل ما فيه من البدن اثنان فيه الديمة » ، وفخر الدين ذهب إلى وجوب الحكومة وهو ظاهر المصنف .

الثانية : في حلمة ثدي الرجل وقد حكى المصنف^(٨٧) عن الشيخ أن فيها الديمة ، لقوله عليه السلام : « كل ما في البدن منه اثنان فقيه الديمة » ، ثم حكى قول ابن بابويه (أيضاً) ، وابن ادريس والعلامة في المختلف تابعاً الشيخ ، وابن الجبيه وابن حمزة تابعاً ابن بابويه^(٨٨) والمصنف استبعد الديمة لما مر من الاشكال المتقدم في حلمتي المرأة وظاهره وجوب الحكومة وهو اختيار فخر الدين لأن ذلك هو المتيقن وما عداه مشكوك فيه والأصل براءة الذهمة .

قال رحمه الله : وفي الحصتين الديمة ، وفي كل واحدة نصف الديمة ، وفي رواية في اليسرى ثلاثة الديمة : لأن منها الولد ، والرواية حسنة لكن يتضمن عدولاً عن عموم الروايات المشهورة .

أقول : الرواية إشارة إلى حسنة عبد الله بن سنان^(٨٩) عن الصادق عليه السلام ، وبضمونها أفتى الشيخ في الخلاف ، وتبعه ابن حمزة وابن البراج في المذهب وسلام ، قال المصنف : لكن يتضمن عدولاً عن عموم الروايات المشهورة ، والمراد به ما ورد من قوله : « كل ما في البدن منه اثنان فقيهها الديمة » والمشهور التساوي فيها ، وهو مذهب الشيخ في النهاية والمبسوط وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : وفي ادراة الحصتين أربع مئة دينار ، فان فتح فلم يقدر

(٨٧) - ليس في « م ».

(٨٨) - ما بين القوسين ليس في « ر ».

(٨٩) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ١ من أبواب ديات الاعضاء ، حدیث ١ .

على المشي فتنان مئة دينار ، ومستنده كتاب ظريف غير أن الشهرة تؤيده .

أقول : قال صاحب الصحاح الإدره : نفخة في الخصية ، يقال رجل أدر بين الادره ، وتسمى في العرف القروه ، والمستند^(٩٠) وان كان ضعيفاً لكن عليه عمل الأصحاب .

قال رحمه الله : وفي إضاء المرأة ديتها ، ولو كانت المكرهة بكرأً ، هل يجب لها أرش البكاره زائداً عن المهر ؟ فيه تردد ، والأشبه وجوبه .

أقول : منشأه من أنه فعل واحد فيجب مهر المثل وهو^(٩١) عوض الوطى ، فلا يجب غيره ، ومن أنه جنابة زائدة عن الوطى فوجب عليه أرشها ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو كسر بعصوصه فلم يملك غائطة ، كان فيه الديه ، وهي رواية سليمان بن خالد ، ومن ضرب عجانه فلم يملك غائطه ولا بوله ، ففيه الديه ، وهي رواية اسحاق بن عمار .

أقول : البعض عظم دقيق حول الدبر ، والعجان ما بين الخصية الى حلقة الدبر ، وقد ذكر المصنف مستند الحكم^(٩٢) في ذلك ولم اجد فيه عخالفًا بل فتاوى الأصحاب متطابقة على ذلك .

قال رحمه الله : قال في المبسوط والخلاف : في الترقوتين الديه ، وفي كل واحدة منها مقدر عند أصحابنا ، ولعله إشاره الى ما ذكره الجماعة عن ظريف ، وهو في الترقوة إذاكسرت فجبرت على غير عيب أربعون ديناراً .

أقول : المشهور بين الأصحاب ما ذكره الشيخ في الكتابين المذكورين ،

(٩٠) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ١٨ من أبواب ديات الأعضاء ، حديث ١ .

(٩١) - ليس في الأصل .

(٩٢) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ٩ من أبواب ديات المنافع ، حديث ١ - ٢ .

وجزم به العلامة ، والمستند كتاب ظريف^(٩٣) والمصنف لم يجزم بذلك ؛ لأن التقدير حكم شرعي فيقف على الدلالة الشرعية ولم يذكر الأصحاب حكمها اذا لم تجبر أو جبرت على عيب^(٩٤) ، والظاهر أن فيها الدية وفي كل واحدة نصف الدية ، لعموم قوله عليه السلام : « كل ما في البدن منه اثنان ففيها الدية وفي أحدهما نصف الدية ، وما كان فيه واحد ففيه الدية ». .

قال رحمه الله : من داس بطن انسان حتى أحدث ديس بطنه أو يفتدي ذلك بثلث الديمة ، وهي رواية السكوني ، وهو ضعيف .

أقول : روى السكوني عن الصادق عليه السلام ، « قال : رفع الى أمير المؤمنين عليه السلام رجل داس بطن رجل حتى أحدث في تيابه ، فقضى عليه أن يداس بطنه حتى يحدث كما أحدث أو يغرم ثلث الديمة »^(٩٥) وبضمونها أفتى الشیخان وابن حمزة ، وقال ابن ادریس : لقصاص هنا ، لما فيه من التغیر بالنفس^(٩٦) واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس ، ويقضي على الجاني بالحكومة ؛ لأنـه المتيقن ، والتقدیر بالثلث حكم شرعي فلا يثبت بمثل رواية السكوني لضعفه ، وإنما يثبت بالأخبار الضعيفـه ما اعتضـدـ بالـأصلـ أوـ بـعـملـ الأـصـحـابـ .

قال رحمه الله : من افترض بكرأً باصبعه فخرق مثانتها فلم تملك بولها ، فعلـهـ ثـلـثـ دـيـتهاـ ، وـفـيـ روـاـيـةـ دـيـتهاـ ، وـهـوـ أـوـلـىـ ، وـقـيـلـ : مـهـرـ نـسـائـهاـ .

أقول : أما وجوب ثلث ديتها فرواية محمد بن بابويه في من لا يحضره الفقيه والشيخ في التهذيب عن علي عليه السلام ، « في رجل افترض جارية باصبعه

(٩٣) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ٩ من أبواب ديات الاعضاء ، حدیث ١ .

(٩٤) - في « م » : غير عيب .

(٩٥) - الوسائل ، كتاب القصاص ، باب ٢٠ من أبواب قصاص الطرف ، حدیث ١ .

(٩٦) - في الأصل : التعزير في النفس .

فخرق مثانتها فلم تمل بولها فجعل لها ثلث نصف الديمة منه وستة وستين ديناراً وثلثي دينار ، وذلك ثلث دية المرأة ، وقضى لها عليه صداقها مثل نسائها »^(٩٧) ، والرواية المتضمنة لديتها رواية هشام^(٩٨) عن أبي الحسن عليه السلام ، ويعددها أن استمساك البول منفعة واحدة فيجب في تفويتها الديمة ، وهو اختيار فخر الدين ، وهو المعتمد ، وعلى القولين لابد من مهر نسائها لذهبها بكارتها .

. (٩٧) - الوسائل ، كتاب الدييات ، باب ٣٠ من أبواب دييات الأعضاء ، حديث ٢.

. (٩٨) - المصدر السابق ، حديث ٣.

في الجنائية على المنافع

قال رحمه الله : العقل وفيه الدية ، وفي بعضه الأرش في نظر المحاكم ، اذ لا طريق الى تقدير التقصان ، وفي المبسوط يقدر بالزمان ، فلو جن يوماً وأفاق يوماً كان الذاهب نصفه ، او [جن] يوماً وأفاق يومين ، كان الذاهب ثلاثة ، وهو تخمين .

أقول : جزم العلامة في القواعد بما قرره الشيخ في المبسوط ، وهو التقدير في الزمان وذلك مع إمكان الضبط ، مثل أن يجيئ يوماً ويفيق يوماً ، أو يجيئ يوماً ويفيق يومين ، أو بالعكس وهكذا ، ولو لم يضبط زمان الافتقاء ولا زمان الجنون ، مثل أن يجيئ بعض يوم ويفيق بعضه فإنه يرجع الى تقدير المحاكم ، والمصنف لم يلتفت الى هذا التقدير ؛ لأن التقدير حكم شرعي فيقف على الدلالات الشرعية وليس ، والقول بغير دليل تخمين ، فالمرجع في ذلك الى رأي المحاكم سواء أمكن ضبط الزمان أو لم يمكن ، وهو ظاهر العلامة في التحرير .

قال رحمه الله : ولو شجه فذهب عقله لم يستدخل دية الجنائيتين ، وفي رواية : اذا كان ضربة واحدة تداخلنا ، والأول أشبه ، وفي رواية : لو ضربه على

رأسه فذهب عقله انتظر به سنة ، فان مات فيها قيد به ، وإن بقي ولم يرجع عقله فيه الدية ، وهي حسنة .

أقول : الرواية إشارة إلى ما رواه الشيخ في التهذيب ، عن أبي عبيده الحداء « قال : سألت أبي جعفر عليه السلام عن رجل ضرب رجلاً بعمود فسقط على رأسه ضربة واحدة فأجاقه حتى وصلت الضربة إلى الدماغ فذهب عقله ؟ فقال : إن كان المضرب لا يعقل أوقات الصلاة ولا يعقل ما قال ولا ما قيل له ، فإنه ينتظر به سنة ، فان مات فيها بيته وبين سنة قيد به ضاربه ، وإن لم يمت فيها بيته وبين سنة ولم يرجع اليه عقله ، لزم ضاربه الديمة في ماله لذهب عقله ، قلت فما ترى عليه في الشجعة شيئاً ؟ قال : لا ؛ لأنها إنما ضربه واحدة فجنت الضربة جنایتين ، فالزمرة أغفلت الجنایتين وهي الديمة ، ولو كان ضربه ضربتين فجنت الضربتان جنایتين لأنزمه جنایة ما جنى كائناً ما كائناً إلا أن تكون فيها الموت ، فيقاد به ضاربه بواحدة وتطرح الأخرى »^(٩٩) ، وبضمونها أفتى الشيخ في النهاية ، واختار المصنف والعلامة عدم التداخل مطلقاً ما لم تسر الجنایة إلى النفس ، واختاره أبو العباس أيضاً ؛ لأنها جنایتان وتداخلهما على خلاف الأصل ، ولو قال المصنف : وفي الرواية كان أحسن من قوله : وفي رواية ؛ لأن الثانية هي الأولى .

قال رحمه الله : وفي رواية يقابل بالشمس فان كان كما قال بقيتا مفتوحتين .

أقول : الرواية إشارة إلى ما رواه الأصيغ بن نباتة عن أمير المؤمنين عليه السلام^(١٠٠) ، وقد تقدمت في اللسان^(١٠١) .

(٩٩) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ٧ من أبواب ديات المنافع ، حديث ١ .

(١٠٠) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ٤ من أبواب ديات المنافع ، حديث ١ .

(١٠١) - نقدم من ٤٥٠

قال رحمه الله : وفي رواية : يحرق له حراق ويقرب منه ، فان دمعت عيناه ونخني أنفه فهو كاذب .

أقول : هذه رواية الأصيغ بن نباته المتقدمه ، ولا عمل عليها في شيء مما تضمنته .

قال رحمه الله : قيل : في سلس البول الديمة ، وهي رواية غياث بن ابراهيم ، وفيه ضعف ، وقيل : إن دام الى الليل فيه الديمة ، وإن كان الى الزوال فثلثا الديمة ، والى ارتفاع النهار فثلث الديمة .

أقول : روى غياث ابن ابراهيم عن الصادق عليه السلام ، «أن علياً عليه السلام قضى في رجل ضرب رجلاً حتى سلس بوله بالديمة كاملة»^(١٠٢)
 وبضمونها أفتى الشيخ وابن حمزة وابن ادريس ، واختاره العلامة^(١٠٣) ؛ لأنـه
 منتفعة^(١٠٤) واحدة في البدن ، والمصنف توقف في ذلك ؛ لأنـ غياث بتري فعلـ
 تقدير عدم العمل بالرواية يجـب المحـكـومة ، وروىـ الشـيخـ في التـهـذـيبـ عنـ اسـحـاقـ
 بنـ عـمـارـ ، «ـ قالـ : سـأـلـ رـجـلـ أـبـا عـبـدـ اللهـ عـلـيـهـ السـلـامـ وـأـنـ حـاضـرـ عـنـ رـجـلـ
 ضـرـبـ رـجـلـ فـلـمـ يـنـقـطـ بـوـلـهـ ؟ـ فـقـالـ : إـنـ كـانـ الـبـولـ يـمـرـ إـلـىـ الـلـيـلـ فـعـلـيـهـ الـدـيـمـةـ ،ـ وـإـنـ كـانـ إـلـىـ اـرـتـفـاعـ الـنـهـارـ فـعـلـيـهـ ثـلـثـ الـدـيـمـةـ»^(١٠٥)ـ قالـ العـلـامـ :ـ وـالـظـاهـرـ أـنـ الـمـرـادـ فـيـ ذـلـكـ (ـ فـيـ كـلـ)ـ^(١٠٦)ـ يـوـمـ وـالـمـعـتمـدـ
 اختـيـارـ المـصـنـفـ .

(١٠٢)ـ الوسائلـ ، كتابـ الـديـاتـ ، بـابـ ٩ـ مـنـ أـبـوابـ دـيـاتـ الـمـنـافـعـ ، حـدـيـثـ ٤ـ .

(١٠٣)ـ فـيـ النـسـخـ :ـ المـصـنـفـ .

(١٠٤)ـ فـيـ النـسـخـ :ـ لـأـنـ مـنـفـعـتـهـ .

(١٠٥)ـ الوسائلـ ، كتابـ الـديـاتـ ، بـابـ ٩ـ مـنـ أـبـوابـ دـيـاتـ الـمـنـافـعـ ، حـدـيـثـ ٣ـ .

(١٠٦)ـ مـاـ بـيـنـ الـقـوـسـيـنـ لـيـسـ فـيـ «ـمـ»ـ وـ«ـرـ»ـ .

في الشجاج والجراح

قال رحمه الله : أما المخارصه فهي التي تتشق الجلد ، وفيها بغير ، وهل هي الداميه ؟ قال الشيخ : نعم والرواية ضعيفه ، والأكثرون على أن الداميه غيرها ، وهي رواية منصور بن حازم ، عن أبي عبد الله عليه السلام .

أقول : ذهب الشيخ الى أن المخارصه والداميه متراوختان على معنى واحد ، وتبعد ابن البراج في الكامل وهو ظاهر أبي الصلاح وابن حزوة حيث أسقطا لفظ المخارصه وذكر^(١٠٧) الداميه وهو تفسير الاصمعي ، استند الشيخ ومن تابعه الى رواية مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام ، « قال : قال : أمير المؤمنين عليه السلام قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في المأومة ثلث الدية ، وفي المنقوله خمس عشرة من الأبل ، وفي الموضحة خمس من الأبل ، وفي الداميه بغير ، وفي الباضعه بغيران ، وقضى في المتلاجمه ثلاثة ابعة »^(١٠٨) ومثلها

(١٠٧) - كذا

(١٠٨) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ٢ من أبواب ديات الشجاج ، حديث ٦ ورواية السكوني . حديث ٨ .

روايه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام ، والمشهور المغايرة بين الداميه والخارصه ، لما رواه منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام عن علي عليه السلام : « في الخارصه وهي الحدش بغير ، وفي الداميه بغيران »^(١٠٩) .

وعلى القولين لا يزيد الشجاج على ثمان ولا ينقص عنها ، وهي الخارصه والداميه المتلاحمه والسمحاق والموضحة والهاشمه والمنقله والساممه ، فعلى القول بأن الخارصه هي الداميه تكون الباضعة غير (الداميه)^(١١٠) المتلاحمه ، فحيثنه يصير الداميه والخارصه واحداً ، وهي التي تفترس الجلد وفيها بغير ، وان شئت سميتها خارصه ، وان شئت سميتها داميه ، وتصير الباضعة هي التي تأخذ في اللحم يسيراً ، وعلى القول بأن الداميه غير الخارصه تكون الباضعة هي المتلاحمه فلا تفاوت حيثنه في العدد ، ولا في الديه .

قال رحمه الله : أما الهاشمه فهي التي تهشم العظم ، وديتها عشر من الأبل أرباعاً إن كان خطأ ، وأثلاثاً إن كان شبيه العد .

أقول : قوله أرباعاً إن كان خطأ وأثلاثاً إن كان شبيه العد أي أربعه أسنان من الأبل أو ثلاثة منها ، وذلك ؛ لأن دية الخطأ عشرون بنت مخاض ، وعشرون ابن لبون ، وثلاثون بنت لبون ، وثلاثون حقة ، فهذه أربعة أسنان ، ودية الهاشمه عشر ذلك ، فتأخذ عشر كل سن فيجتمع بنتا مخاض ، وابنا لبون ، وثلاث بنات لبون ، وثلاث حقاق فهذا معنى قوله (أرباعاً) أي بالنسبة الى الأسنان .

ودية شبيه العد تشمل على ثلاث أسنان من الأبل ، هي ثلاثون بنت لبون ، وثلاثون حقه ، وأربعون خلفه وهي الحامل ، ودية الهاشمه عشر الجميع فتأخذ ثلاث بنات لبون ، وثلاث حقاق ، وأربع خلفات ، وهذا معنى قوله (أو

(١٠٩) - المصدر السابق ، حديث ١٤ .

(١١٠) - ليست في النسخ .

ولم يذكر العدد مع أن الواجب في الهاشمة الديبة وإن كانت عدداً ، لأن أسنان الأبل لا تختلف في العدد ، بل يجب فيها منه من مسان الأبل فلهذا أهمل ذكرها .
 قال رحمه الله : ولو أوضحته اثنتين وهشمه فيها ، واتصل المضم بناطنا ، قال في المبسوط : هما هاشمتان ، وفيه تردد .

أقول : منشأه من أن المضم ^(١١١) إنما تكون تبعاً للايضاح ، فاذا كانتا موضحتين كان المضم هاشمتين ، ومن اتصال المضم فيكون واحداً ولا يتشرط في المضم الجرح الظاهر ؛ لأنه لو حصل (المضم من غير جرح) ^(١١٢) تبت ديه وإن لم يكن جرحاً .

قال رحمه الله : ولا قصاص في المأومة ؛ لأن السلامة معها غير غالبة ، ولو أراد المجنى أن يقتضي في الموضحة ، ويطلب بدية الزائد جاز ، والزيادة ثمانية وعشرون بعيراً ، قال في المبسوط : ثلث بغير ، وهو بناء على أن في المأومة ثلاثة وثلاثين وثلاثة ، ونحن نقتصر على ثلاثة وثلاثين تبعاً للنقل .

أقول : قال ابن ادريس : وفي الثانية - يعني المأومة - ثلث دية النفس ، ثلات وثلاثون بعيراً فحسب من غير زيادة ولا نقصان إن كان من أصحاب الأبل ، ولا يلزم ثلث البعير الذي يكمل به ثلث المثلثة بغير التي هي دية النفس ؛ لأن روایتهم مطلقة وكذا مصنفاتهم وقول مشائخهم وفتاویهم ، واجماعهم منعقد على هذا الاطلاق أو ثلث الدية من العين أو الورق على السواء ؛ لأن ذلك يتعدد فيه الثلث ، ولا يتعدد في الأبل والبقر والغنم ، قال : وما حررناه واحتزناه تحرير السيد المرتضى في جواب المسائل الناصرية التي هي الطبريات ، وكذا قال

(١١١) - كذا .

(١١٢) - في الأصل و «م» : معه جرح ، بدل ما بين التقوسين .

شيخنا المفيد في مقتنه : دية المأموره ثلث دية النفس ثلاث وثلاثون بعيراً ، ولم يقل وثلث بعير ، وهكذا قول شيخنا أبي جعفر في نهايته^(١١٣) انتهى كلام ابن ادريس واختاره المصنف .

وجزم العلامة في القواعد : أن في المأومة ثلاث وثلاثون بعيراً وثلث بعير ، كما هو مذهب المسوط ، قال العلامة في المختلف : والروايات الدالة على أن فيها ثلث الديمة تدل على ذلك ، لكن الروايات الأخرى تدل على أن الواجب ثلاث وثلاثون بعيراً ، روى الحلبـي في الصحيح عن الصادق عليه السلام : « في المأومة ثلاث وثلاثون من الأبل ، والجـايـفة ثلاث وثلاثون من الأبل »^(١١٤) .
قال رحمـه الله : ولو طعنـ في صدره فخرجـ من ظهرـه ، قالـ في المـسوـط : واحدة، وفي الخـلاف : اثـنان ، وهو أـشبـه .

أقول : مذهب الخـلاف اختيار المـصنـف والـعلـامـة في القـوـاعـد والـتـحرـير ، وابـنهـ في الإـيقـاح ، لاـطـلاقـ الأـسـمـ عـلـيـهـاـ منـ^(١١٥) البـطـنـ وـالـظـهـرـ ، وـلـمـ فيـ ذـلـكـ منـ زـيـادـةـ الـأـلـمـ المـقـضـيـ لـزـيـادـةـ الـعـقوـبـةـ ، وـلـأـنـ لـوـ اـنـفـرـدتـ كـلـ مـنـهـاـ لـأـوـجـبـ حـكـماـ ، فـعـ الـاجـتـاعـ لـأـيـزـولـ ماـ كـانـ ثـابـتاـ حـالـةـ الـأـنـفـرـادـ لـلـاسـتصـحـابـ ، وـلـأـنـ لـوـ طـعـنـهـ مـنـ كـلـ جـانـبـ طـعـنـةـ وـالـتـقـتاـ كـانـتـاـ جـايـفـيـنـ فـكـذـاـ هـنـاـ ، اـذـ لـأـفـارـقـ غـيرـ اـتـحـادـ الـضـرـبـهـ وـتـعـدـدـهـ وـهـوـ غـيرـ صـالـحـ لـلـفـرـقـ . وـحـجـةـ الـمـسوـطـ أـصـالـةـ الـبـرـاءـةـ ، وـلـأـنـ الـجـايـفـةـ مـاـ نـفـذـتـ إـلـىـ الـجـوـفـ مـنـ ظـاهـرـ ، وـالـأـوـلـ هـوـ الـمـعـتمـدـ .

قالـ رـحـمـهـ اللهـ : قـيلـ: إـذـاـ نـفـذـتـ نـافـذـةـ فـيـ شـيـءـ مـنـ أـطـرافـ الرـجـلـ ، فـيـهـاـ مـنـ دـيـنـارـ .

(١١٣) - السـراـفـرـ ، جـ ٢ـ ، صـ ٤ـ٠ـ٨ـ .

(١١٤) - الـوسـائـلـ ، كـتـابـ الـدـيـاتـ ، بـابـ ٢ـ مـنـ أـبـوابـ دـيـاتـ الشـجـاجـ ، حـدـيـثـ ٤ـ .

(١١٥) - فـيـ الـأـصـلـ : كـمـاـ فـيـ .

أقول : هذا قول ظريف بن ناصح في كتابه ، قال : « والنافذة اذا نفذت من خنجر أو رمح في شيء من أطراف الرجل فديتها عشر دية الرجل مئة دينار »^(١١٦) وظاهر المصنف التوقف في ذلك ؟ لأن التقدير حكم شرعاً فييف على الدلاله الشرعية ، فعل عدم العمل بقول ظريف تكون فيها المحكومه ، وكذا لو كانت في أطراف المرأة فان فيها المحكومه وإن قلنا بما تضمنه كتاب ظريف ، لاختصاص ذلك بالرجل .

قال رحمه الله : وفي احرار الوجه بالجناية دينار ونصف ، وفي اخضراره ثلاثة دنانير ، وكذا في الاسوداد عند قوم ، وعند آخرين ستة دنانير وهو أولى ، لرواية اسحاق بن عمار^(١١٧) ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، ولما فيه من زيادة النكایة ، وقال في جماعة : ودية هذه الثلاث في البدن على النصف .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في احرار الوجه أو اخضراره أو اسوداده في الجنايه ، ولا خلاف فيها قدر في الاحرار والاخضرار ، وإنما الخلاف في الاسوداد ، فالمفید وسلام وابن الجنيد وأبو الصلاح والسيد المرتضى وابن ادريس ذهبوا الى مساواة الاسوداد للاخضرار في ايجاب ثلاثة دنانير ، لأصالة برامة الذمة عما زاد على ذلك ، وقال الشيخ في النهاية والخلاف : في الاسوداد ستة دنانير ، وتتابعه ابن حمزة وابن البراج في الكامل ، واختارة المصنف والعلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد والوجه ما ذكره المصنف .

الثانية : هذه الجناية اذا حصلت في البدن كان على النصف ، على ما هو مشهور بين الأصحاب ، وجزم به العلامه متبايعة للاصحاب ، ولم يجزم به

(١١٦) - المصدر السابق ، حديث ٢.

(١١٧) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ٥ من أبواب ديات الشجاع والجراج ، حديث ١.

المصنف ؟ لأنَّه لم يظفر بدليل مقنع ، والتقدير حكم شرعي فيقف على الدلالات الشرعية ، فعلى تقدير عدم العمل بما هو مشهور بين الأصحاب يكون في ذلك الحكومة ، والمشهور هو المعتمد .

قال رحمه الله : من لا ولِي له فلاماً ولا دمه يقتضي إن قتل عمدًا ، وهل له العفو ؟ الأصح : لا ، وكذا لو قُتِل خطأً فله استيفاء الديمة ، وليس له العفو .

اقول : عدم جواز العفو هو المشهور بين الأصحاب ، وهو قريب من الاجاع ، لما رواه أبو ولاد عن الصادق عليه السلام : « في الرجل يقتل وليس له ولِي إلا الإمام أنه ليس للإمام أن يغفر له أن يقتل أو يأخذ الديمة فيجعلها في بيت مال المسلمين لأن جنائية المقتول كانت على الإمام وكذلك دينه تكون له »^(١١٨) ، وقال ابن ادریس له العفو ؛ لأنَّه وارث فله استقطاع حقه كغيره من الوارث ، والأول هو المعتمد .

(١١٨) - الوسائل ، كتاب القصاص ، باب ٦٠ من أبواب القصاص في النفس ، حديث ١ و ٢ .

في اللواحق

قال رحمه الله : ولو كان ذميأً فعشر دية أبيه ، وفي رواية السكوني ، عن جعفر ، عن علي عليهما السلام : عشر دية أمه ، والمعتمد على الأول .
أقول : وجه الأول أن الواجب في جنين المحر مئة دينار ، وهي عشر دية الأب ، فكذا دية جنين الذمي فيه عشر دية أبيه ، وروى السكوني عن جعفر عن علي عليهما السلام : « في جنين اليهودية والنصرانية والمجوسية عشر دية أمه »^(١١٩) وهي متروكة ، وحلها العلامة على كون الام مسلمة .

قال رحمه الله : ولو لم تتم خلقته في ديته قولان ، أحدهما عشرة ، ذكره في المسوط ، وفي موضع من الخلاف ، وفي كتابي الأخبار ، والآخر : - وهو الأشهر -، توزيع الديمة على مراتب التقل ، فيه عظماً مائون ، ومضخة ستون ، وعلقة أربعون .

أقول : وجوب الغرة مذهب الشیعیین في الكتب المذکورة ، وابن الجنید أطلق وجوب الغرة في الجنین ، ولم يقید بقیام الخلقه وعدمه ، لما رواه أبو بصیر عن

(١١٩) - الوسائل . كتاب الديات ، باب ٢٢ من أبواب دیات الاعضاء ، حديث ٢ .

الصادق عليه السلام ، « قال : إن ضرب رجل امرأة حبلًا فألقت ما في بطئها ميتا ، كان عليه غرة عبد أو أمة يدفعها إليها »^(١٢٠) ، والتوزيع مذهب الشيخ في النهاية ، وبه قال ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس ، وله عليه روایات كثيرة^(١٢١) ، وهو المعتمد .

تنبيه : اختلاف الأصحاب في الغرة ، والمشهور أنها عبد أو أمة ، وهو قول صاحب الصحاح وأبو عبيدة من أهل اللغة ، وقال العلامة في القواعد عبد أو أمة ولا يكون معيباً ولا شيخاً كبيراً ولا له أقل من سبع سنين ، وقال الشيخ : الغرة من كل شيء خيار ، وهو قول أبي سعيد الضرير ، والأول هو المعتمد؛ لأنه قول الأكثر من الفقهاء وأهل اللغة .

قال رحمه الله : وقال بعض الأصحاب : وفيما بين كل مرتبة بحساب ذلك ، وفسره واحد بان النطفة تكث عشرين يوماً ثم تصير علقة ، وكذا بين العلقة والمضغة ، فيكون للكل يوم دينار ، ونحن نطالبه بصحة ما ادعاه الاول ، ثم نطالبه بالدلالة على أن تفسيره مراد . على أن المروي في المكث بين النطفة والعلقةأربعون يوماً ، وكذا بين العلقة والمضغة ، روى ذلك سعيد بن المسيب ، عن علي بن الحسين عليها السلام ، ومحمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام ، وأبو جرير القمي عن موسى على السلام ، وأما العشرون فلم تتفق بها على رواية ولو سلمنا المكث الذي ذكره ، من أين لنا أن التفاوت في الديمة مقسوم على الأيام ؟ غايته الاختلال وليس محتمل واقعاً ، مع أنه يحتمل أن تكون الاشارة بذلك إلى ما رواه يونس الشيباني عن الصادق عليه الصلة والسلام : « إن لكل قطرة تظهر في النطفة دينارين » . وكذا كل ما صار في العلقة شبه العرق من اللحم يزداد

(١٢٠) - الوسائل ، كتاب الدييات ، باب ٢٠ من أبواب ديات الاعضاء ، حديث ٥.

(١٢١) - راجع أحاديث الباب في المصدر السابق .

دينارين، وهذه الاخبار وإن توقف فيها لاضطراب النقل أو لضعف الناقل، فكذا توقف على التفسير الذي من بخيال ذلك القائل.

أقول : قال الشيخ رحمه الله الجنين أول ما يكون نطفة وفيه عشرون ديناراً، ثم يصير علقة وفيه أربعون ديناراً، وفيها بينها بحساب ذلك ، ثم يصير مضعة وفيها ستون ديناراً ، وفيها بين ذلك بحسابه ، ثم يصير عظماً وفيه ثمانون ديناراً ، ثم يصير مكسوا عليه اللحم خلقاً سوياً تشق له العينان والأذنان والالف قبل ان تلجه الروح وفيه مئة دينار ، وفيها بين ذلك بحسابه ، ولم يفسره .
قال ابن ادريس : الجنين الولد ما دام في البطن وأول ما يكون نطفة وفيها بعد وضها في الرحم الى عشرين يوماً عشرون ديناراً ، ثم بعد العشرين يوماً لكل يوم دينار الى أربعين يوماً فيه أربعون ديناراً ، وهي دية العلقة فهذا معنى قولهم (وفيها بين ذلك بحساب ذلك) .

وأنكر ذلك المصنف وطالبه بصححه ما ادعاه من أن النطفة تكث عشرين يوماً مع أن المروي في المكتوب بين المراتب أربعين يوماً ، روى أبو حرير القمي ، عن العبد الصالح عليه السلام ، « قال : إنه يكون في بطنه أيام أربعين يوماً ثم يكون علقة أربعين يوماً »^(١٢٢) ومثله رواه سعيد بن المسيب^(١٢٣) عن زين العابدين عليه السلام ، قال : أما العشرون فلم تتفق بها على رواية ، قال : ولو سلمنا المكتوب الذي ذكره ، من أين ان التفاوت في الديمة مقسم على الأيام ، ثم قال : يحتمل أن يكون الاشارة بذلك الى ما رواه يونس الشيباني^(١٢٤) ، عن الصادق عليه السلام ، وهذه الرواية رواها محمد بن بابويه في المقنع وفي كتاب من لا يحضره

(١٢٢) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ١٩ من أبواب ديات الاعضاء ، حدیث ٩ .

(١٢٣) - المصدر السابق ، حدیث ٨ .

(١٢٤) - المصدر السابق ، حدیث ٥ .

الفقيه ، قال في المقنع : في النطفة عشرة ديناراً ، فان خرج في النطفة قطرة دم فهي عشر النطفة فيها اثنان وعشرون ديناراً ، وإن قطرت قطرتين فأربعة وعشرون ديناراً ، فان قطرت ثلاث قطرات فستة وعشرون ديناراً ، فان قطرت أربع قطرات ففيها ثمانية وعشرون ديناراً ، فان قطرت خمس قطرات ففيها تلائون ديناراً ، وما زاد على النصف فعلى حساب ذلك حق يصير علقة ، فإذا صارت علقة فيها أربعون ديناراً ، ان خرجت مخضضة بالدم ، فان كان دما صافياً فيها أربعون ديناراً وان كان دماً أسوداً فلا شيء عليه الا التعزير ؛ لأنه ما كان من دم صافي فهو الولد وما كان من دم أسود فان ذلك من المعرف ، فان كان في المضعة شبه العقدة عظماً ناتياً^(١٢٥) فذلك العظم أول ما يبتدئ فيه أربعة دنانير ومتى (زاد زائد)^(١٢٦) اربعة حق تتم الثمانون ، وإذا اكتسح العظم لسا وسقط الصبي ، لا يدرى حيا كان أو ميتا ، فإنه اذا مضت خمسة أشهر فقد حارت فيه حياة ، وقد استوجب الديمة ، وبضمونها أفق ابن بابويه ، وظاهر المصنف والعلامة التوقف .

قال رحمه الله : ولو قتلت المرأة فمات معها [جنين] فدية للمرأة ونصف الديتين للجنين إن جهل حاله ، ولو علم ذكرأ فديته أو أثني فديتها ، وقيل : مع الجهة يستخرج بالقرعة ؛ لأن مشكل ولا إشكال مع وجود ما يصار اليه من النقل المشهور .

أقول : القرعة مذهب ابن ادريس ، قال : لأن القرعة بجمع عليها في كل

(١٢٥) - ليس في النسخ .

(١٢٦) - في «ن» : يابسا .

(١٢٧) - في «م» : أربعون .

(١٢٨) - في النسخ بدل ما بين الفوسين : ما زاد أزيد .

مشكل وهذا من ذاك ، ونصف الديتين مذهب الشيختين وسلام وابن البراج وابن حمزه ، واختاره المصنف والعلامة ، لانه لا اشكال مع النقل ، لتناسب الروايات بذلك مثل صحيحة عبد الله بن سنان^(١٢٩) ، ورواية ابن مسakan^(١٣٠) ، عن ذكره ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، وغير ذلك من الروايات^(١٣١) .

قال رحمه الله : ولو عزل المجامع اختياراً عن الحرة ولم تأذن ، قيل : يلزم عشرة دنانير ، وفيه تردد ، أشبهه أنه لا يجب .

أقول : الوجوب مذهب الشيختين وأبي الصلاح وابن البراج ، وجزم به العلامة في القواعد ، وقال ابن ادريس : لا يجب ، واختاره المصنف هنا ، وقد مضى البحث في هذه المسألة في باب النكاح^(١٣٢) .

قال رحمه الله : في قطع رأس الميت مئة دينار ، وفي قطع جوارحه بحسب ديته ، وكذا في شجاجه وجراحه ، ولا يرث وارثه منها شيئاً ، بل تصرف في وجوه القرب عنه ، عملاً بالرواية ، وقال علم المدى رحمه الله : يكون لبيت المال .

أقول : جرت عادة الفقهاء بالبحث عن دية قطع رأس الميت والجناية عليه عقيب دية الجنين ، للمشاركة بينهما في أن كل منها صورة آدمي ليس فيه روح ، وهذا ساوي الشارع بينها في الديمة ، والمشهور أن دية قطع رأس الميت مئة دينار وفي رواية عبد الله بن مسakan عن الصادق عليه السلام : « في قطع رأس الميت

(١٢٩) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ١٩ من أبواب ديات الاعضاء ، حديث ٢ ، لاحظ المذهب الرابع ، ج ٥ ، ص ٣٨٢ ، وغالي الآلى ، ج ٢ ، ص ٦٥٣ ، والكافى ، كتاب الديات باب دية الجنين ، حديث ٨ .

(١٣٠) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ٢١ من أبواب ديات النفس ، حديث ١ .

(١٣١) - الوسائل ، كتاب الإرث ، باب ٤ من أبواب ميراث المحنقى ، حديث ٢ .

(١٣٢) - ج ٣ ص ١٤ .

الدية ؛ لأن حرمته ميتا كحرمته وهو حي «^(١٣٣)» ، والمعتمد الأول ، والمشهور أنه يصدق بها عنه وتصرف في وجوه القرب ، لما رواه الحسن بن خالد ، عن أبي الحسن موسى عليه السلام ، « قال : دية الجنين اذا ضربت أمه فسقط من بطنها قبل أن تنشأ فيه الروح مئة دينار وهي لورثته ودية الميت اذا قطع راسه أو شق بطنه فليست هي لورثته انا هي له دون الورثة ، قلت : وما الفرق بينهما ؟ قال : ان الجنين مستقبل مرجو نفعه وان هذا قد مضى فذهب منفعته ، فلما مثل به بعد وفاته صارت دية تلك المثلة له لا لغيره يرجع بها عنه ويفعل بها من أبواب البر والخير من صدقة وغير ذلك » «^(١٣٤)» ، وقال المرتضى وابن ادريس : هي لبيت المال ، لما رواه اسحق بن عمار عن الصادق عليه السلام ، « قلت : من يأخذ ديته ؟ قال الامام : هذا الله » «^(١٣٥)» ، واجيب بعدم المنافة بين الصدقة وبين كونها لله ، والأول هو المعتمد .

(١٣٣) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ٢٤ من أبواب ديات الاعضاء ، حدث ٦ .

(١٣٤) - المصدر المتقدم ، حدث ٢ ، وفيه (الحسين بن خالد) بدل (الحسن بن خالد) .

(١٣٥) - المصدر السابق ، حدث ٣ .

في الجنائية على الحيوان

قال رحمه الله : وفي كلب الصيد أربعون درهماً ، ومن الناس من خصه بالسلوقي وقوفا على صورة الرواية ، وفي رواية السكوني ، عن أبي عبدالله عليه السلام في كلب الصيد ، أنه يقوم ، وكذا كلب الغنم وكلب الحافظ ، والأول أشهر ، وكلب الغنم كبش ، وقيل : عشرون درهماً ، وهي رواية ابن فضال عن بعض أصحابه ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، مع شهرتها لكن الاولى أصح طریقاً ، وقيل : في كلب الحافظ عشرون درهماً ، ولا أعرف المستند . وفي كلب الزرع قفیز من البئر ، ولا قيمة لما اعدا ذلك من الكلاب وغيرها ، ولا يضمن قاتلها شيئاً ، أما ما يملکه الذي كالخزیر ، فهو يضمن بقيمتها عند مستحليه ، وفي الجنائية على أطرافه الأرش .

أقول : الكلاب التي يجوز تملكها والانتفاع بها ويحرم على الغير الجنائية عليها خمسة ، كلب الصيد وكلب الغنم وكلب الحافظ وكلب الزرع وكلب الدار ، هذه الخمسة لاختلاف في جواز تملكها والانتفاع بها واجارتها وتحريم الجنائية

عليها ، وإنما المخلاف في جواز بيعها وقد مضى البحث فيه^(١٣٦) وفي تقدير دياتها ، وما عدا هذه الخمسة تسمى العكلى وكلب المراش فهذا لا يجوز تملكه ولا يحرم الجناء عليه .

إذا عرفت هذا فقد اختلف الأصحاب في ديات الكلاب ولنذكر كل صنف على انفراد .

الأول : كلب الصيد ، وفي ديته قوله : أحدهما أربعون درهما ، قاله الشيخان^(١٣٧) وابن البراج وسلاط وابن بابويه وابن ادريس ، واختاره أبو العباس ، وقال ابن الجنيد : تحب القيمة ولا يتجاوز أربعين درهما ، واستحسنه العلامة في المختلف ومنهم من خص ذلك بالسلوقي ، وهو ما كان منسوباً إلى سلوق قرية باليمن أكثر كلابها معلمة ، روى الوليد بن صبيح ، عن الصادق عليه السلام : « قال : دية كلب السلوقي أربعون درهماً أمر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بذلك لبني خزيمة »^(١٣٨) وقال ابن ادريس : دية كلب الصيد أربعون درهماً ، سواء كان سلوقياً أو غير ذلك اذا كان معلم ، قال : وشيخنا أطلق في دية الكلب السلوقي ، قال : الأولى تقيده بكلب معلم ؛ لأنه اذا كان غير معلم على الصيد ولا هو كلب ماشية ولا زرع ولا حانتط فلا دية له وان كان سلوقياً .

الثاني : كلب الغنم ، وفيه كبس عند المصنف والعلامة في التواعد ، لرواية أبي بصير^(١٣٩) عن أحدهما عليها السلام ، وقال الشيخان وابن بابويه عشرون درهما ، لرواية ابن فضال^(١٤٠) عن أبي عبد الله عليه السلام ، وظاهر العلامة في

(١٣٦) - تقدم في

(١٣٧) - في « إن » : الشيخ .

(١٣٨) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ١٩ من أبواب ديات النفس ، حدث ١ .

(١٣٩) - المصدر السابق ، حدث ٢ .

(١٤٠) - المصدر السابق ، حدث ٤ .

المختلف وجوب القيمة لرواية السكوني^(١٤١).

الثالث : كلب الماء ، وهو البستان ، قال الشيخان وابن البراج وابن ادريس : فيه عشرون درهماً ، قال المصنف : ولا أعرف المستند ، وظاهر المختلف في القيمة .

الرابع : كلب الزرع ، وهو الذي يتخذه أهل الزروع في مزارعهم للأنس به ، وليرسمون وما عندهم من العوامل من الذئاب والخنازير وصغير السباع ، وفيه قفيز من طعام عند الشيخ في النهاية ، وأختاره ابن البراج وابن ادريس والمصنف وأبو العباس ، لرواية أبي بصير^(١٤٢) وظاهر محمد بن بابويه : فيه زنبيل من تراب ، على القاتل أن يعطي وعلى صاحب الكلب أن يقبل ، وظاهر المقيد : لاشيء فيه ، والأول هو المعتمد .

الخامس : كلب الدار ، وهو الذي يتخذه البدوي^(١٤٣) لحراستهم ، وكذا أهل المضر أيضاً تتخذ للحراسة والأنس ، وأوجب ابن الجينيد فيه زبيلا من تراب ، وهو ظاهر ابن بابويه ، والمشهور : لاشيء فيه ، وهو المعتمد لاصالة البراءة .

قال رحمة الله : اذا جنت الماشية على الزرع ليلاً ضمن صاحبها ولو كان نهاراً لم يضمن ومستند ذلك رواية السكوني وفيه ضعف والأقرب اشتراط التفريط في موضع الضمان ليلاً كان أو نهاراً .

أقول : أكثر الأصحاب كالشيخين وأبي الصلاح وابن البراج وابن حمزة وابن زهرة على العمل بضمون رواية السكوني^(١٤٤) وابن ادريس اعتبر التفريط

(١٤١) - المصدر السابق ، حدثٌ ٣.

(١٤٢) - المصدر السابق ، حدثٌ ٢ وليلاحظ الجواهرج ٤٢ ص ٣٧.

(١٤٣) - كما

(١٤٤) - الوسائل ، كتاب الديبات ، باب ٤٠ من أبواب موجبات الضمان ، حدثٌ ١.

وعدمه ، واختاره المصنف والعلامة وابنه وأبو العباس ، وهو المعتمد ؛ لأن السكوني عامي المذهب .

قال رحمه الله : وروى عن أمير المؤمنين عليه السلام : أنه قضى في بعير بين أربعة عقله أحدهم فوق في بئر فانكسر ان على الشركاء حصته لانه حفظ وضعيف الباكون .

أقول : هذه رواية محمد بن قيس^(١٤٥) ، عن أبي جعفر عليه السلام ، قال المصنف في نكت النهاية : إن صحت هذه الرواية فهي حكاية واقعة ولا عموم للواقع ، ولعله عقله وسلمه إليهم فقرطاوا أو غير ذلك ، أما طرد الحكم على ظاهر الواقع فلا .

قال رحمه الله : في كفارة القتل تجب كفارة الجمع بقتل العمد ، المرتبة بقتل الخطأ ، مع المباشرة لا مع التسيب ، فلو طرح حجراً ، أو حفر بئراً ، أو نصب سكيناً في غير ملكه ، فعثر عاشر فهلك بها ضمن الديمة دون الكفار . وتجب بقتل المسلم ، ذكر أكان أو أنثى ، حرأً أو عبداً ، وكذا تجب بقتل الصبي والمجنون ، وعلى المولى بقتل عبده ولا تجب بقتل الكافر ، ذميأً كان أو معاهاً ، استناداً إلى البراءة الأصلية ، ولو قتل مسلماً في دار الحرب مع العلم باسلامه ولا ضرورة فعليه القود والكافرة ، ولو ظنه كافراً فلا دية وعليه الكفارة ، ولو كان أسيراً ، قال الشيخ : ضمن الديمة والكافرة ؛ لأنه لا قدرة للأسير على التخلص ، بخلاف غير الأسير ، وفيه تردد .

أقول : اذا قتل مسلماً في دار الحرب ظاناً انه كافر فبانأسيراً ، قال الشيخ على القاتل الديمة والكافرة ، واختاره العلامة ؛ لأن الأسير لا يقدر على التخلص بخلاف غير الأسير ، وتردد المصنف من مساواة الأسير وغيره في إباحة القتل مع

عدم العلم بالاسلام ، وتساويه^(١٤٦) في عدم^(١٤٧) وجوب الديمة ، ومن عموم قوله تعالى : « من قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مومنة ودية مسلمة الى أهله »^(١٤٨) وهذا مؤمن فيجب تسليم ديته الى أهله ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : واذا قبل من العائد الديه وجبت الكفارة قطعاً ، ولو قتل قواداً هل تجنب في ماله ؟ قال في المبسوط : لاتجنب ، وفيه إشكال ، ينشأ من كون الجنائية سبباً .

أقول : منشأه من أحالة البراءة واختيار ابن ادريس مذهب الشيخ^(١٤٩) ، ومن أن الجنائية سبب وجوب الكفارة وقد ثبتت السبب فيثبتت المسبب ، فيجب في تركة الجاني ، لأن الكفارة حق مالي فيثبتت في التركة كسائر الحقوق المالية ، وهو اختيار العلامة في المختلف .

(١٤٦) - في «م» و «ر» : وتساويه .

(١٤٧) - ليست في الأصل .

(١٤٨) - النساء : ٩٢ .

(١٤٩) - في الأصل : الشيدين .

في العاقلة

قال رحمه الله : وقيل : هم الذين يرثون دية القاتل لو قتل ، وفي هذا الاطلاق وهم ، فان الديمة يرثها الذكور والإناث ، والزوج والزوجة ، ومن يتقرب بالام على أحد القولين .

أقول : أختلف الأصحاب في تفسير العصبه على أقوال :

الأول : هم المتقربون بالأب من الرجال كالأخوه وأولادهم والعمومه وأولادهم سواء كانوا من أهل الأرض في الحال أو لا ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط وابن البراج ، واختباره المصنف والعلامة وأبو العباس وهو المعتمد .

الثاني : من يرث دية القاتل اذا قتل ، ولا يلزم من لا يرث دية ، وهو قول الشيخ في النهاية وهو مردود بما ذكره المصنف .

الثالث : هم المستحقون لميراث القاتل في الحال من الرجال العقلاء ، سواء كانوا من قبل أبيه أو أمه ، ولو تساوت القرابات كالأخوه للأب والأخوه للأم كان على إخوة الأب الثلاثة وعلى إخوة الأم الثالثة ، وهو قول ابن الجنيد مستدلاً

برواية سلمة بن كهيل^(١٥٠) عن أمير المؤمنين عليه السلام قال المصنف وفي سلمة ضعف ، ووجه ضعفه أنه يترى .

قال رحمه الله : وهل يدخل الآباء والأولاد في العقل ؟ قال في المبسوط والخلاف : لا ، والأقرب دخولها ؛ لأنهما أدنى قومه .

أقول : احتاج الشيخ على عدم الدخول بجماعنا ، واصالة البراءة وعدم الدليل على الدخول ، وذهب المفيد وابن الجنيد إلى دخولهم ؛ لأنهم أدنى قومه إليه ، واختاره المصنف والعلامة أبو العباس ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : وفي رواية سلمة ما يدل على الزام أهل بلد القاتل مع فقد القرابة ولو قتل في غيره ، وهو مطرح .

أقول : روى سلمة بن كهيل ، « قال : أقى أمير المؤمنين عليه السلام برجل من أهل الموصل قد قتل رجلا خطأ ، فكتب أمير المؤمنين عليه السلام إلى عامله بها في كتابه ، وسأل عن قرابتة من المؤمنين فأجمعهم اليك ثم اظر ، فان كان هناك رجل يرثه له سهم في الكتاب لا يمحجه عن ميراثه أحد من قرابتة فألزممه الديمة وخذله بها في ثلاث سنين وان لم يكن له أحد من قرابتة له سهم في الكتاب وكانوا سواء في النسب فقضى الديمة على قرابتة من قبل أبيه ، وقرابتة من قبل أمه من الرجال المدركون المسلمين ، اجعل على قرابتة من قبل أبيه ثلثي الديمة ، واجمل على قرابتة من قبل أمه ثلث الديمة ، وإن لم يكن له قرابة من قبل أبيه ولا من قبل أمه ، فقضى الديمة على أهل الموصل من ولد بها ونشأ ولا يدخل فيهم غيرهم ، وإن لم يكن له قرابة ولا هو من أهل الموصل فرده إلى فأتنا وليه والمودي عنه ولا يبطل دم امرء مسلم »^(١٥١) دلت هذه الرواية على دخول أهل البلد في العقل

(١٥٠) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ٢ من أبواب العاقلة ، حديث ١ .

(١٥١) - المصدر السابق .

مع فقد القرابة ، وابن كهيل بتري مذموم ، قاله الكشى .

قال رحمه الله : وتحمل العاقلة دية الموضحة فما زاد قطعاً ، وهل تحمل ما نقص ؟ قال في الخلاف : نعم ، ومنع في غيره ، وهو المروي ، غير أن في الرواية ضعفاً .

أقول : منع في النهاية من تحمل العاقلة مادون الموضحة ، وهو مذهب أبي الصلاح وابن الجنيد ، واختاره العلامة وابنه ؛ لأن الأصل إيجاب الديمة على مباشر الجناب ، خرج عنه دية النفس في الخطأ والموضحة فما زاد للنص والاجماع ، يبقى الباقى على أصله ، ولو رواية أبي مريم عن الباقر عليه السلام ، « قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام أن لا يحمل العاقلة إلا الموضحة فصاعداً »^(١٥٢) وفي طريقها ابن فضال وهو ضعيف ، وقال الشيخ في الخلاف : تحمل العاقلة الجميع وتتابعه ابن ادريس ، وادعى الشيخ الاجماع على ما ادعاه في الخلاف ، والأول هو المعتمد .
قال رحمه الله : ولا يعقل مولى الملعوك جنابته ، قتلاً كان أو مديراً أو مكتاباً أو مستولدة على الأشبه .

أقول : الخلاف في أم الولد خاصة ، وفي رواية مسموع عن الصادق عليه السلام : « أن جنابتها في حقوق الناس على سيدها »^(١٥٣) وقد مضى البحث في ذلك^(١٥٤) .

قال رحمه الله : وضا من البريرة يعقل ، ولا يعقل عنه المضمون ولا يجتمع مع عصبة ولا معتق ؛ لأن عقده مشروط بعهالة النسب وعدم المولى ، نعم لا يضمن الإمام مع وجوده ويسره على الأشبه .

(١٥٢) - الوسائل ، كتاب الديات ، باب ٥ من أبواب العاقلة . حديث ١ .

(١٥٣) - الوسائل ، كتاب التصاص ، باب ٤٣ من أبواب قصاصات النفس ، حديث ١ .

(١٥٤) - ص ٤٢٣ ، ٤٢٤ ، وج ٣ ص ٤٢٧ .

أقول : الامام عاقلة من لاعاقلة له من نسب او معتق او ضامن جريرة ، ولا يعقل الامام مع وجود ضامن الجريرة ويسره ، ولو لم يكن هناك ضامن جريرة^(١٥٥) او كان وهو فقير ضمن الامام من بيت المال لا أعلم فيه خلافا ، جزم الشيخ ابن ادريس والعلامة في أكثر كتبه بذلك ، ولم يجزم المصنف ، لاحتمال ضمان الامام مع وجود ضامن الجريرة ويساره .

قال رحمه الله : وأما كيفية التقسيط ، فان الدية تجب ابتداء على العاقلة ولا يرجع بها على الجاني على الأصح .

أقول : حكى الشيخ في المسوط والخلاف عن بعض الاصحاح جواز الرجوع على القاتل ، قال : ولا أعرف به نصاً ولا قولاً ، ثم استدل بظواهر الأخبار^(١٥٦) الدالة على لزوم الدية على العاقلة ابتداء ، قال : وليس في شيء منها ما يدل على الرجوع على القاتل ، ونسب ابن ادريس القول بالرجوع الى المفید في المقنعة ، ولم يذكر مستنده ، وربما استدل بأنه غرم لزم العاقلة بسيبه فيكون لها الرجوع عليه ، وعدم الرجوع هو المعتمد .

قال رحمه الله : وفي كمية التقسيط قولان ، أحدهما : على الفقي عشرة قواريط ، وعلى الفقير خمسة ، اقتصاراً على المتنق ، والآخر : يقسّطها الامام على ما يراه بحسب احوال العاقله وهو أشبه وهل يجمع بين القريب والبعيد ؟ فيه قولان : أشبههما الترتيب في التوزيع . وهل تؤخذ من المولى مع وجود العصبة ؟ الأشبه : نعم ، مع زيادة الدية عن العصبة ولو اتسعتأخذت من عصبة المولى ، ولو زادت فعل مولى المولى ثم عصبة مولى المولى ، ولو زادت الدية عن العاقلة أجمع ، قال الشيخ : يؤخذ الزائد من الامام حق لو كانت الدية ديناراً ، وله آخر ،

(١٥٥) - ليست في النسخ .

(١٥٦) - الوسائل ، كتاب الديات - أحاديث ابواب العاقله .

أخذ منه عشرة قراريط ، والباقي من بيت المال ، الأشبه إلزام الأخ بالجنيع إن لم يكن عاقلة سواه ؛ لأن ضمان الإمام مشروط بعدم العاقلة أو عجزهم عن الدية . ولو زادت العاقلة عن الدية لم يختص بها البعض ، وقال الشيخ : ينحصر الإمام بالعقل من شاء ، لأن التوزيع بالمحض يشق والأول أنساب بالعدل ، ولو غاب بعض العاقلة لم ينحصر بها الحاضر .

أقول : هذا البحث يشتمل على أحكام :

الأول : كمية التقسيط ، قال الشيخ في المسوط : يقسط على الغني عشرة قراريط وعلى الفقير خمسة قراريط ، ثم قال بعد ذلك : الذي يقتضيه مذهبنا أنه لا يقدر ذلك ، بل يقسم الإمام على ما يراه من حاله من الغنى أو الفقر ، وتاتي ابن البراج على الأول ، وهو ظاهر العلامة في القواعد ؛ لأن ذلك متفق عليه ، والزائد مختلف فيه ، والأصل براءة الذمة ، واختيار ابن ادريس الثاني ، وهو اختيار المصنف والعلامة في المختلف والتحرير ، لأصالة عدم التقدير .

الثاني : هل يجمع بين القريب والبعيد في العقل ؟ قال المصنف : فيه قولان أشبهما الترتيب في التوزيع^(١٥٧) ، اشار بذلك إلى ماذكره الشيخ في المسوط ، قال : يقسم الإمام على ما يراه من حالة الغنى والفقير ، وإن يفرقه على القريب والبعيد ، وإن قلنا بتقدم الأول فالأول^(١٥٨) كان قوياً ، لقوله تعالى : ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أُولَى بَعْضٍ﴾^(١٥٩) ، واختاره المصنف ؛ لأنه كالميراث ، فعل هذا يؤخذ من الموالي مع وجود العصبة مع زيادة الدية على العصبة ، ولو زادت على الموالي وموالي الموالي ، قال الشيخ : أخذ الزائد من الإمام ، واختار المصنف

(١٥٧) - في «ر١» : والتوزيع .

(١٥٨) - كذلك .

(١٥٩) - الأحزاب : ٦ .

عدم جواز الاخذ من الامام؛ لأن ضمانه مشروط بعدم وجود العاقلة أو عجزهم عن الدية.

الثالث: لو زادت العاقلة عن الدية ، قال الشيخ يخص الامام بالعقل من يشاء ؛ لأن التوزيع بالمحض يشق ، وقيل : يوزع على الجميع ، قال المصنف : وهو أنساب بالعدل ، ووجه كونه أنساب بالعدل ؛ لأن الدية وجبت على العاقلة كلهم ، فتبسط عليهم جميعاً ، فن خص بها قوما دون قوم فعليه الدلالة ، والتخصيص بغير دليل جور.

قال رحمه الله : ولو لم يكن عاقلة ، أو عجزت عن الدية أخذت من الجاني ، ولو لم يكن له مال أخذت من الأمام ، وقيل : مع فقر العاقلة أو عدمها يؤخذ من الامام دون القاتل ، والأول مروي .

أقول : الأول قول الشيخ في النهاية ، وبه قال سلار وأبو الصلاح وابن الجنيد ، والثاني قول الشيخ في الخلاف ، قال : والجاني لا يدخل في العقل بحال مع وجود من يعقل عنه من المصبات وبيت المال ، والأول هو المعتمد .

قال رحمه الله : ودية الخطأ شبيه العمد في مال الجاني ، فان مات أو هرب ، قيل : يؤخذ من الأقرب اليه من يرث ديته ، فان لم يكن فن بيت المال ، ومن الأصحاب من قصرها على الجاني ، وتوقع مع فقره يسره ، والأول أظهر .

أقول : الأول^(١٦٠) قول الشيخ في النهاية ، واختاره ابن البراج والمصنف والعلامة في المختلف ، لقوله عليه السلام : « لا يبطل دم امرء مسلم » والثاني قول ابن ادريس ، قال : هذا غير واضح ولا مستقيم ؛ لانه خلاف الاجاع وضد ما يقتضيه أصول مذهبنا ؛ لأن الأصل براءة الذمة ، فن شغلها يحتاج الى دليل ، واختار فخر الدين مذهب ابن ادريس .

قال رحمة الله : ولو قتل الأب ولده عمداً ، دفعت الديمة منه إلى الوارث ولا نصيب للأب ، ولو لم يكن وارث فهي للأمام عليه السلام ، ولو قتله خطأ فالدية على العاقلة ويرثها الوارث ، وفي توريث الأب هنا قولان ، ولو لم يكن وارث سوى العاقلة ، فإن قلنا : لا يرث فلا دية ، وإن قلنا : يرث ، ففي أخذة من العاقلة تردد ، وكذا لو قتل الولد أباه خطأ .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : إذا كان هناك وارث غير العاقلة ، كولد المقتول أو أمه أو زوجته ، فهنا هل يرث الأب من الديمة شيئاً أم لا ؟ سبق البحث في هذه في باب المواريث^(١٦١) ، فعل القول بمنع القاتل مطلقاً فلا يرث الأب شيئاً وكذا على القول بمنعه من الديمة ، وعلى القول بالأثر مطلقاً فإن قلنا برجوع العاقلة على القاتل - كما هو مذهب الفيد وسلام - فلا يرث هنا أيضاً ، وإن قلنا بوجوب الديمة على العاقلة ابتداء - كما هو المعتمد - احتمل إرثه منها لوجوب الديمة على العاقلة للوارث وهو أحد الوارث ، ويحتمل العدم ؛ لأن العاقلة تحمل جنائيته فلا يعقل تحملها له ، وكيف يمكن عقلاً أن يطالب الغير بجناية جنائهما ، والمعتمد عدم إرثه .

الثانية : لو لم يكن وارث سوى العاقلة (فإن قلنا : إن الأب لا يرث فلا دية ، وإن قلنا : يرث ، ففي أخذة من العاقلة تردد)^(١٦٢) ووجه المنع ما تقدم من أن العاقلة تحمل جنائيته عنه فلا تحملها له ، ومن كون قتله^(١٦٣) غير مانع من الأثر ، والجنائية غير المطلوبة^(١٦٤) ولا يرث لها سواء ، فتضمنها العاقلة له ، والمعتمد عدم إرثه مطلقاً سواء كان وارث غيره أو لم يكن .

(١٦١) - ص ١٦٩ .

(١٦٢) - ما بين القوسين ليس في «م» و «ن» .

(١٦٣) - في «م» : عقلها .

(١٦٤) - في «م» : مطلوبة ، وفي «ن» : مطلق .

قال رحمه الله : وكذا لو رمى طائرًا ثم أرتد فاصاب مسلماً ، قال الشيخ : لم يعقل عنه المسلمين من عصبه ولا الكفار ، ولو قيل : يعقل عن عصبه المسلمين كان حسناً ، لأن ميراثه لهم على الأصح .

أقول : وجه اختيار الشيخ انه رمى وهو مسلم فلا يعقل عنه^(١٦٥) الكفار ، وأصحاب وهو كافر فلا يعقل عنه^(١٦٦) المسلمين وما استحسنه المصنف هو اختيار فخر الدين ، لما قاله المصنف وهو المعتمد .

وهذا آخر ما قصدنا ايراده في هذا الكتاب والحمد لله رب العالمين وصلنا الله على محمد وآل الله الظاهرين ، وأنما التمس من أولى الأذهان الصافية ، والقول الوافية من أهل العلم والاعتراف النظر اليه بعين الاصناف ، واصلاح ما يتتحققونه غلطًا لا يقبل التأويل ، فاني في زمان يستكثر فيه القليل ، ويرضى منه باليسير دون الجليل ، ومع هذا فمن نظر الى كتابي هذا بعين الفكر والاعتبار ، وأعرض عن التقليد لأهل الفضل والاشتخار ، واتبع قول أمير المؤمنين عليه السلام : « لا تنظر الى من قال وانظر الى ما قال ، فان الرجال تعرف بالحق ولا يعرف الحق بالرجال » عرف فضل هذا الكتاب على ما سواه ، وأنه لم يسبق الى مثل ايجاز لفظه وبسط معناه ، واتخذه كنزًا يرجع عند الحاجة اليه ، ويغول في المهمات عليه ؛ لأنه اشتمل على تفصيل عمليات ، وايضاح مشكلات ، وفتح مرتقات ، وفروع وتبنيات ، لم تنهض بها المطولات ، وقصرت عنها المقصورات ، فاسأل الله أن يتقبله بأحسن قبول ، وبلغ فيه المأمول ، فانه تعالى بفضلة يقبل اليسير ، ويجاري عليه بالكثير ، ولقطع الكلام حامدين الله رب العالمين ، ومصلين على

(١٦٥) - في الأصل : عند .

(١٦٦) - في الأصل : عند .

محمد وآله الطاهرين .

قد اتفق الفراغ من كتابته وتحرير الفاظه بعون الله تعالى وحسن توفيقه فله
الحمد وله الشكر وله الفضل والمنه والاحسان على ذلك في رابع عشر من شهر
ربيع الأول سنة ستة وستين وتسعاً نة من الهجرة النبوية على مهاجرها اكمل
التحيات وافضل الصلوة وعلى الله الطاهرين على يد العبد الضعيف المحتاج الى
رحمة الله الملك الفقي غناء الله بن الحسين بن المرتضى الحسيني عفا الله عنهم
و عن جميع المؤمنين والمؤمنات وال المسلمين والسلمات انه جواد كريم والحمد لله
حق حمده وصلى الله على محمد رسوله وعبيده وسلم تسلیها ابداً دافماً سرداً كثيراً
برحسك يا ارحم الراحمين .

المصادر المعتمدة في التحقيق

الاعلام : للزرکلی / ط. بیروت.

أعيان الشيعة : السيد محسن الأمین / ط. بیروت.

أنوار البدرین : ط. قم.

أمل الأمل : الشيخ الحر العاملی / ط. بیروت.

أدب الطف : السيد جواد شبر / ط. بیروت.

بحار الأنوار : الشيخ محمد باقر المجلسي / ط. إیران.

تفہیع المقال : الشيخ المامقانی / ط. حجریة.

التهذیب : الشيخ الطوسي / ط. إیران.

جواهر الكلام : الشيخ محمد حسن النجفی / طبعة إیران.

الخدائق الناضرة : الشيخ يوسف البحراني / ط. جامعة المدرسین/قم.

الذریعة إلى تصنیف الشیعه : الآغا بزرگ الطهرانی / ط. دار الأضواء /

بیروت.

رياض العلماء : المیرزا عبد الله الأفندي / ط. قم.

رجال السيد بحر العلوم (الفوائد الرجالیة) : السيد محمد المهدی بحر

العلوم / ط. إیران.

روضات الجنات : محمد باقر الخونساري / ط. إیران.

- السرائر : محمد بن ادريس الحلبي / ط. جامعة المدرسين / قم.
- سنن البيهقي : أحمد بن الحسين بن علي البيهقي / ط. الهند.
- شرائع الإسلام : المحقق الحلبي / ط. إسماعيليان / قم.
- الصحاح : للجوهري / ط. إيران.
- طبقات أعلام الشيعة : الآغا بزرگ الطهراني / ط.
- فهرست آل بابويه وعلماء البحرين : ط. إيران.
- لسان العرب : ابن منظور / ط. بيروت.
- المبسوط : الشيخ الطوسي / ط. إيران.
- مسند أحمد : أحمد بن جنبل / ط. دار احياء التراث العربي / بيروت.
- معجم البلدان : ياقوت الحموي / ط. بيروت.
- مصنف المقال : الطهراني / ط. إيران.
- معجم المؤلفين : عمر رضا كحالة / ط. بيروت.
- منية المريد تحقيق رضا مختاری : الشهید الثانی / ط. قم.
- من لا يحضره الفقيه : الشيخ الصدوق / ط. النجف.
- مختلف الشيعة : العلامة الحلبي / ط. حجرية.
- المهدب البارع : ابن فهد الحلبي / ط. جامعة المدرسين قم.
- مقاييس الأنوار : الشيخ التستري / ط. حجرية.
- مستدرک الوسائل : المیرزا التوری / ط. مؤسسة آل البيت(ع).
- الهایة: ابن الأثير : ط. اسماعيليان / قم.
- النهاية : الشيخ الطوسي / ط. بيروت.
- هدیة العارفین : ط. بيروت.
- وسائل الشيعة : الشيخ الحر العاملی، ط. بيروت و ط. مؤسسة آل البيت(ع).

محتويات الجزء الرابع

كتاب الصيد

الصفحة	الموضع
٥	فيما يُؤكل صيده
٥	في صيد اليهود والنصارى
٥	في رمي الصيد بما هو أكبر منه
٧	في أحكام الاصطياد
٧	في قطع الصيد باثنين
٩	في الواقع
٩	إذا عض الكلب صيداً
٩	في مستقر الحياة
١٠	في عدم حلية الصيد الحى إلا بالتنذكية

كتاب الذبابة

في الأركان

١٥	في ذبائح غير المسلمين
١٧	في ذبائح المخالفين
١٧	تبنيه: في اشتراط التسمية لإباحة ذبيحة المخالف
١٨	تبنيه: في تحرير ذبيحة الناصب
١٨	في تفسير الناصب
١٩	في التذكرة بغير الحديد من الظفر والسن
٢٠	فرع: في التذكرة بعظام الإنسان
٢٠	في الأعضاء التي يجب قطعها في الذبابة
٢١	في نحر المذبوح وذبح المنحور
٢١	في إيانة الرأس عمداً
٢٢	في سلخ الذبيحة قبل بردها
٢٢	في قطع بعض الأعضاء بعد الذبح وقبل بردها
٢٢	في الاكتفاء بالحركة بعد الذبح في التذكرة
٢٣	تبنيه: في ذبح المشرف على الموت
٢٥	في نحر الذبيحة
٢٥	في قلب السكين
٢٦	في ذبح حيوان وأخر ينظر إليه
٢٧	في ذكارة السمك

٢٧	فروع
٢٨	هل يحل أكل السمك حيًّا
٢٨	لو نصب شبكة فمات بعض ما حصل فيها واشتبه
٢٩	في ذكاة الجنين

خاتمة

٣٣	في تذكرة المسوخ وعدمهها
٣٣	في وقوع الذكرة على الحشرات
٣٤	في تذكرة السباع
٣٤	في جواز استعمال جلود ما لا يؤكل لحمه
٣٥	لو اتخذ موحلة للصيد
٣٥	لو اغلق عليه باباً ، هل يملكه
٣٥	في عدم خروج الصيد عن الملك إذا انفلت
٣٧	لو اثبته الأول ، قتله الثاني
٤٤	إذا كان الصيد ممتنع بأمررين فكسر الرامي جناحه والآخر رجله
٤٤	إذا أصابا صيداً دفعة

كتاب الأطعمة والأشربة

في حيوان البحر

٤٩	في ما ليس له فلس
٥٠	لو وجد في جوف سمكة سمكة أخرى
٥١	إذا قذفت الحية سمكة

في البهائم

٥٣	في تحريم الجلال
٥٣	فيما به يحصل الجلل
٥٤	في الاستبراء

في الطير

٥٧	في الغراب وأنواعه
٥٨	في الخطاف

في الجمامدات

٦١	حكم شعر الميّة ووبرها
٦١	في اللبن المحلوب من الميّة
٦٢	في اختلاط اللحم الذكي بالميّت
٦٣	في عمرمات الذبيحة
٦٤	في نجاسة ما يباشره الذمي من المائعتات
٦٥	في تناول الطين
٦٥	في الفرق بين الطين الأرمني وبين تربة الحسين عليه السلام
٦٦	لو قطر قليل من دم في قدر وهي تغلي
٦٦	في حكم الاستصباح بالدهن النجس
٦٧	في عجن العجين بالماء النجس
٦٨	في تحريم الأبوال

في اللواحق

إذا وجد حمأ لا يدرى أذكي هو أو ميت ٦٩
في من محل الأكل من بيته مع عدم الاذن ٧٠
في القاء الخمر بالخل وبالعكس ٧١
فروع ٧٢
في طهارة الخمر إذا انقلب خلأ ٧٢
في حرمة العصير إذا أغلى وفي معنى الغليان ٧٢
في أواني الخمر ٧٣
الاسلاف في العصير ٧٣

النظر في حال الاضطرار

في ترخيص الباقي والعادي ٧٥
في تعريف الباقي والعادي ٧٥
لو اضطر إلى طعام الغير وليس له الشمن ٧٥
لو وجد المضطر ميته وطعام الغير ٧٧
إذا لم يجد المضطر شيئاً يأكله سوى نفسه ٧٧
لو اضطر إلى خر أو بول ٧٨

كتاب الغصب

في السب ٨١
في تعريف الغصب ٨١
إذا سكن الدار قهراً مع مالكها ٨٢

الحر لا يُضمن تحت اليد	٨٣
لو جس صانعاً لم يضمن اجرته ما لم يستفع به	٨٣
يضمن الخمر بالقيمة عند المستحل	٨٤
لو غصب شاة فمات ولدها جوعاً	٨٤

في الحكم

لو حدث في المغصوب عيب	٨٧
في ضمان القيمي	٨٨
في ضمان الذهب والفضة	٨٩
في كيفية ضمان أعضاء الدابة	٩٠
لو غصب عبداً فقتل	٩٠
في الجناية على العبد بما دون النفس	٩١
في تعلذر رد العين مع بقائها	٩٢
لو غصب فرداً من خفين قتلت في يده وبقي الآخر في يد المالك	٩٣
لو غصب فحلاً فأنزاه على الآتشى	٩٤
لو أغلى الزيت فنقص ضمن التقصان	٩٤

في اللواحق

لو خلط المغصوب بالأدون أو الأجدود	٩٥
إذا غصب ملوكه فوطأها	٩٦
لو غصب حباً فزرعه أو بيضاً فاستفرخه	٩٨
إذا تلف المغصوب واختلفا في القيمة	٩٨

إذا باع الغاصب شيئاً ثم انتقل اليه بسبب صحيح ٩٩

كتاب الشفعة

ما ثبت فيه الشفعة

في محل الشفعة ١٠٣
في عدم ثبوت الشفعة في المنقولات ١٠٤
لو كان بعض الدار وقفاً وبعضها طلقاً ١٠٤

في الشفيع

في عدم ثبوت الشفعة مع زيادة الشركاء على اثنين ١٠٧
لو باع ولد اليتيم حصته من المشترك معه لم يكن له الأخذ بالشفعة إلا أن يكون أباً أو جداً ١٠٨
في تأخير الأخذ بالشفعة حتى يحضر الغائب ١٠٨
لو كانت الدار بين ثلاثة فباع أحدهم من شريكه ١٠٩

في كيفية الأخذ

في سقوط الشفعة إذا كان الثمن قيمياً ١١١
إذا تعيب المبيع بعد المطالبة بفعل المشتري ١١٢
إذا نما المبيع قبل الأخذ بالشفعة ١١٢
إذا كانت الأرض مشغولة بزرع ١١٣

في لواحق الأخذ بالشفعه

إذا اشتري بشمن مؤجل ١١٥
في تورث الشفعه ١١٥
إذا باع الشفيع حصته بعد العلم بالشفعه ١١٦
إذا تباعوا شققاً فضمن الشفيع الدرك ١١٦
إذا أخذ بالشفعه فوجد فيه عيباً سابقاً على البيع ١١٧
إذا كان الثمن قيمياً كالعبد ، ثم ظهر فيه عيب قد يم بعد أخذ الشفيع ... ١١٨
لو كانت داراً حاضراً وغائب فباع الحصة مدعياً اذن الغائب ١١٨
في بطلان الشفعه بترك المطالبة مع العلم وعدم الغرر ١١٩
في استقطاع الشفعه قبل البيع ١١٩
لو بان الثمن مستحقاً بطلت الشفعه ١١٩
في أن الشفعه تابعة لصحة البيع ١٢٠
لو ادعي عليه الابتاع فصدقه ١٢٠
إذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر الثمن ١٢١
إذا ادعي انه باع نصبيه من أجنبى فأنكر ١٢١
إذا ادعي الابتاع وزعم الشريك انه ورث ١٢٢
لو ادعي الشريك الايداع ١٢٢

كتاب احياء الموات

في الأرضين

تعريف الموات ١٢٧
هل يملك الذي الأرض بالاحياء بعد الاذن له ١٢٧

في حد الطريق المبتكر في الأرض المباحة ١٢٨
في حريم بتر المعطن وحريم بتر الناضج ١٢٩
في أحياء المراضع التي يسميها الشارع مشعرأ للعبادة ١٢٩
في الدور التي اقطعها النبي (ص) بالمدينة ١٣٠

في كييفية الاحياء

في أن المرجع في كييفته وصفته إلى العرف والعادة ١٣١
--

في المنافع المشتركة

إذا سبق إلى موضع من المسجد كان أحق ١٤٣
لو فارق لعذر ١٤٣

في المعادن الظاهرة

في جواز اقطاع السلطان للمعادن ١٤٥
لو ت سابق اثنان ١٤٥
في اختصاص المعادن بالإمام عليه السلام ١٤٥
في أنفس الآبار ١٤٦
الأصل في الماء الاباحة لجميع الناس ١٤٧
لو أحيا أرضاً ميتة على الوادي الذي لم يف بسقي ما عليه دفعه ١٤٨

كتاب اللقطة

في اللقط

في التقاط الطفل غير المميز ١٤٣
اشتراط الاسلام في ملقط الطفل المحكوم بسلامه ١٤٣
لو كان الملقط فاسقاً ١٤٤
في جواز التقاط البدوي ومريد السفر ١٤٤
في استعانا الملقط بالسلطان للاتفاق ١٤٤
في وجوب أخذ اللقط ١٤٥
في ملكية اللقط ١٤٥
في دعوى النبوة ١٤٦
إذا ادعى الكافر بنوة الملقط لحقه نسبة ولم يحكم بكافره ١٤٦
في التنازع في بنته بين المسلم والكافر أو الحر والعبد ١٤٧

في الملقط من الحيوان

في عدم جواز أخذ البعير إذا ترك من غير جهد ١٤٩
فرع ١٥٠
إذا وجد الشاة في الغلة أخذها ١٥٠
في أخذ كل ما لا يمتنع من صغير السابع ١٥١
في صحة أخذ الضالة لكل بالغ عاقل ١٥١
في لقطة الكافر والفاسق ١٥٢
في لقطة العبد ١٥٢

في اللقطة

١٥٥	في لقطة الحرم
١٥٦	في جواز التقاط النعلين والأدوات والسوط
١٥٧	لا تملك اللقطة قبل الحول
١٥٨	في ضمان اللقطة
١٥٨	في وجوب التعريف
١٥٩	فروع
١٥٩	لو عايت بعد التملك
١٦٠	لو علم المولى قبل التعريف ولم يأخذ منه ضمن

كتاب الفرائض

في موانع الارث

١٦٣	لو كان الميت مرتدًا ولا وارث مسلم له
١٦٣	إذا أسلم وارث الكافر
١٦٤	فروع
١٦٥	لو خلف الميت ما لا يمكن قسمته
١٦٥	تنبيه: هل يشارك في النماء المتجدد بين الموت وأسلامه
١٦٦	فرع: لو باع بعض الوراثة حصته من التركة أو وهبها قبل القسمة ثم أسلم الكافر
١٦٦	لو كان الوارث زوجاً أو زوجة وأخر كافر وأسلم

لو خلف نصراني أولاداً صغاراً وابن أخ وابن اخت مسلمين ١٦٦
في توريث القاتل خطأ من ارث المقتول ١٦٧
لو كان للقاتل وارث كافر فالميراث للإمام (ع) ١٦٩
في الوراثة لدية المقتول ١٦٩
لو لم يكن للميت وارث سوى المملوك ١٧٠
في من يفك من الوراثة ١٧١
في الغائب غيبة منقطعة ١٧٢

في الحجب

في الرد على الزوج مع فقد غيره من الوارث ١٧٣
في الرد على الزوجة ١٧٤
في حجب القاتل ١٧٤
في حجب الحمل ١٧٥

ميراث الأنساب

أولاد الأولاد يقومون مقام آبائهم ١٧٧
أولاد البنت يقسمون نصيبيهم للذكر مثل حظ الاثنين ١٧٨
في تخصيص الأكبر بالحبوة ١٧٨
في الأمور التي تدخل في الحبوة ١٧٩
في اشتراط كون الأكبر غير سفيه ولا فاسد الاعتقاد ١٧٩
لو تعدد الولد الأكبر ١٧٩
هل يشترط بلوغ الأكبر حالة الموت ١٨٠

هل تشترط الحبوبة بقضاء الفائت من الصلاة والصيام ١٨٠
الحبوبة تكون بعد الدين والوصايا ١٨٠
لو ترك الميت أجداداً لأكثر من درجة ١٨٠
لو اجتمع عم الأب وعمته وخاله وخالته وعم الأم وعمتها وخالها وختالها ١٨٢
في إرث الزوجة من الأرض والأبنية ١٨٢
فروع ١٨٤

في الميراث بالولاء

في شروط إرث المنعم ١٨٧
في انتقال الولاء للأولاد بعد موت المنعم ١٨٨
في انتقال الولاء إلى الأخوة مع عدم الأولاد ١٨٩

في ميراث ولد الملاعنة

الميراث للأم مع عدم الولد ١٩١
في إرث ولد الملاعنة من قرابة أمه ١٩٢
يرث ولد الملاعنة قرابة أبيه مع تكذيب الأب لنفسه ١٩٢
في ميراث ولد الزنا ١٩٣
في ميراث الحشيش ١٩٥
في ميراث الغرق والمهدوم عليهم ٢٠١
لو اشتبه تقدم موت أحد بسبب غير الهدم والغرق ٢٠١
هل يجبر فرض موت الأكثر نصبياً أو الأضعف ٢٠٣

٢٠٥	في ميراث المجروس
٢٠٩	في المنسخات
٢١١	في معرفة السهام
٢١١	لو كانت التركة عدداً أصم

كتاب القضاء

في الصفات

٢١٥	في اشتراط علم القاضي بالكتابة
٢١٥	في انعقاد قضاة الأعمى
٢١٦	في اشتراط الحرية في القاضي
٢١٦	تولي القضاة مستحب لمن يثق من نفسه
٢١٧	من يستحب له ترك القضاة
٢١٧	من يكرم عليه القضاة
٢١٧	من يحب عليه القضاة
٢١٨	إذا تساوا في الشرائط المعتبرة في القاضي
٢١٨	تبنيه: انه في حال الغيبة لا يجوز العدول عن الفاضل إلى المفضول
٢١٨	في أحد الجعل من المحاكمين
٢١٩	في عزل القاضي
٢١٩	في انزال القضاة اجمع بموت الإمام (ع)
٢٢٠	في انزال النائب عن القاضي لو مات

في الآداب والمسائل

٢٢١	في حكم القاضي بعلمه
٢٢٢	في ان العدالة شرط في قبول الشهادة
٢٢٣	في ثبوت الجرح
٢٢٤	إذا اختلف الشهود في الجرح والتعديل

في كيفية الحكم

٢٢٧	إذا ورد الشهود دفعة
٢٢٧	في الدعوى المجهولة
٢٢٨	في إيراد الدعوى بصيغة الجزم
٢٢٩	تنبيه : في عدم ثبوت الحق إلا بالبيبة
٢٣٠	في مطالبة المدعى عليه بالجواب لو قت الدعوى
٢٣٠	لو ادعى الأعسار
٢٣١	في سماع الدعوى في غير مجلس الخلف
٢٣٢	فرع
٢٣٢	لو نكل المنكر
٢٣٣	في ضم اليمين إلى البيبة لو شهدت على صبي أو مجنون أو غائب
٢٣٤	إذا سكت عن الجواب عناداً

في القضاء على الغائب

٢٣٥	جواز القضاء على من غاب عن مجلس القضاء
٢٣٦	يقضى على الغائب في حقوق الناس

في كيفية الاستحلاف

٢٣٧	في عدم الاستحلاف إلا بالله
٢٣٧	حلف الآخرين
٢٣٩	نكول المدعي عن اليمين
٢٣٩	إذا رد المنكر اليمين ثم بذلها
٢٤٠	فروع
٢٤١	لو كان له بينة فأعرض عنها
٢٤١	دعوى الصبي البلوغ
٢٤٣	في اليمين مع الشاهد
٢٤٥	في كتاب قاض إلى قاض

في مبحث القسمة

٢٤٧	في التراضي بقسمة الكافر
٢٤٧	في قسمة المتصوب من قبل الإمام
٢٤٩	لو كان المستحق مشاعاً بينهما

في أحكام الدعوى

٢٥١	في تعريف المدعي
٢٥٣	في ادعاء المنكر فست الحكم أو الشهود
٢٥٣	في الزامة بالجلوab عن دعوى الاقرار
٢٥٣	في الاقتراض من المدين
٢٥٥	لو انكسرت سفينة في البحر

في الاختلاف في دعوى الاملاك

٢٥٧	لو تنازعنا عيناً في يدهما
٢٥٨	إذا تداعياً عيناً في يد أحدهما
٢٥٩	في تقديم بينة الداخل والخارج
٢٦٠	إذا تداعياً عيناً في يد ثالث
٢٦٠	في معارضته البينة
٢٦١	إذا ادعى داراً في يد رجل

في الاختلاف في العقود

٢٦٣	إذا اتفقا على الاستيجار واحتلما في الاجرة
٢٦٤	لو ادعى استيجار دار وادعى الموجر انه آجره بيته
٢٦٥	لو ادعى كل منهما انه اشتري داراً معينة وأقبض الشمن
٢٦٦	لو ادعى عبد أن مولاه اعتقه وادعى آخر ان مولاه باعه منه
٢٦٧	إذا تداعى الزوجان متابع البيت
٢٦٨	لو ادعى أبو المية أنه أغارها بعض ما في يدها

كتاب الشهادات

في صفات الشهود

٢٧٣	في شهادة الصبي
٢٧٤	تنبيه
٢٧٥	في قبول شهادة الذمي في الوصية

العدالة شرط في قبول الشهادة ٢٧٦
في شهادة القاذف ٢٧٩
في توبة القاذف ٢٨٩
في لبس الحرير للرجال ٢٨٠
في شهادة الولد على والده ٢٨٠
في شهادة الزوج لزوجته ٢٨١
في شهادة المستر بالفسق ٢٨٢
في شهادة المملوك ٢٨٢
في التبرع بالشهادة قبل السؤال ٢٨٤
شهادة المشهور بالفسق إذا تاب ٢٨٤
في شهادة ولد الزنا ٢٨٥

فيما به يصير شاهداً

في شهادة الأصم ٢٨٧
في ما يكفي فيه السمع ٢٨٧
الأصل في الشهادة البناء على العلم واليقين ٢٨٨
ضابط الاستفاضة التي يصير بها شاهداً ٢٨٨
في أن الشاهد بالاستفاضة لا يشهد بالسبب ٢٨٩
في اجتماع اليد والتصرف والتسامع ٢٩٠
في أقسام الحقوق ٢٩٣
تقسيم الحقوق بالنسبة إلى الشهود ٢٩٤
في وجوب تحمل الشهادة ٢٩٦

في الشهادة على الشهادة

٢٩٩	عدم قبولها في الحدود
٣٠٠	في مراتب التحمل
٣٠٠	في عدم ذكر سبب الحق
٣٠٠	لو شهد شاهد الفرع فانكر الأصل
٣٠١	في قبول شهادة النساء على الشهادة

في الطوارئ

٣٠٣	لو رجعا عن الشهادة قبل الحكم
٣٠٤	في رجوع الشهود
٣٠٤	لو رجع أحد شهود الزنا بعد الرجم
٣٠٥	في تقضي الحكم إذا ثبت الزور
٣٠٥	في ضمان الشهود بعد الرجوع
٢٠٦	إذا قامت بينة بالجرح بعد الحكم

كتاب الحدود والتعزيرات

في حد الزنا

٣١١	في سقوط الحد مع الاكراه
٣١٢	في ثبوت مهر المثل للمكرهة
٣١٢	في حد المجنون إذا زنى
٣١٣	وجوب الحد على الأعمى
٣١٣	في ثبوت الحد بالأقرار

في ثبوت حد القذف عليه لو أقر مرة على نفسه	٣١٤
لو أقر بحد ولم يبيه	٣١٤
في حد المضاجعة بازار واحد	٣١٤
في قتل الزاني باحدى المحرمات	٣١٥
في رجم المحسن	٣١٦
في الجلد والتغريب	٣١٧
في تفسير البكر	٣١٧
لو تكرر الحد على الحر	٣١٨
الملوك يقتل إذا أقيمت عليه الحد سبعاً	٣١٨
في كيفية الحد	٣١٨
إذا فر المرجوم من الحفيرة	٣١٨
في حضور الطائفة إقامة الحد	٣١٩
في أقل الطائفة	٣١٩
في النهي عن رجم الزاني من قبل من الله قبله حد	٣٢٠
في انه يحملد الزاني عبرداً	٣٢٠
إذا شهد أربعة على امرأة بالزنا قبلًا فادعت أنها بكر	٣٢١
في وجوب حضور الرجم على الشهود	٣٢١
إذا كان الزوج أحد الأربعة	٣٢١
إذا شهد بعض ورثت شهادة الباقيين	٣٢٢
من افتض بكرًا باصبعه	٣٢٣
في حد اللواط	٣٢٥
إن كان اللواط ايقاباً فحده القتل	٣٢٥
في حد السحق	٣٢٦

إذا وطا زوجته فساحت بكرأ فحملت ٣٢٨
في حد القواد ٣٢٩

في حد القذف

إذا قال لغيره ولدت من الزنا ٣٣١
لو قال: زنيت بفلان أو لعنت به ٣٣٢
لو قال لأمرأه: زنيت بك ٣٣٢
لو ادعى المقدوف الحرية ٣٣٣
لو قال لمسلم يا ابن الزانية ٣٣٤
إذا تكرر الحد بتكرر القذف قتل ٣٣٤
في التعزير مع التباين بالألقاب والتعير بالأمراض ٣٣٤
في تأديب الصبي ٣٣٥

في حد المسكر

في غليان التمر والزيسب ٣٣٧
تنبيه: في تعريف المسكر ٣٣٧
في حد شارب الخمر ٣٣٨
إذا حد مرتين ٣٣٨
إذا شهد واحد بشربها والآخر بقيتها ٣٣٩
من شرب الخمر مستحلاً استبيب ٣٤٠
إذا ثبت الشرب بالأقرار فتاب ٣٤٠
من قتله الحد أو التعزير فلا دية له ٣٤٠

لو زاد الحداد عمداً فقتل المحدود ٣٤١

في حد السرقة

إذا كان السارق طفلاً ٣٤٣
لو سرق من مال الغنيمة ٣٤٣
في قطع الأجير ٣٤٤
في قطع الضيف ٣٤٥
اشتراط الحرز في القطع ٣٤٥
عمل القطع من السارق ٣٤٦
لو سرق ولا يمين ٣٤٧
لو تاب بعد الأقرار ٣٤٧
إذا سرق اثنان نصابةً ٣٤٨
هل يتكرر الحد بتكرر الشهادة عليه بالسرقة ٣٤٨

في حد المحارب

في تعريف المحارب ٣٤٩
في ثبوت حكم المحارب على الضعيف عن الاخافة ٣٤٩
كيفية حد المحارب ٣٥٠
لو جرح طليباً للمال ٣٥٠

في حد المرتد

في استتابة المرتد ٣٥٣

٣٥٣	في تكرر الارتداد
٣٥٤	في ضمان الحربي ما يتلفه على المسلم
٣٥٤	في صحة تزويع ملوكته للحربى
٣٥٤	لو قتل المرتد مسلماً خطأ
٣٥٧	في اتىان البهائم
٣٥٩	في الدفاع

كتاب القصاص

في قصاص النفس

٣٦٣	في أقسام القتل
٣٦٤	لو حبس نفسه بسراً لا يقتل ثم ارسله فمات
٣٦٥	لو جعل السسم في طعام صاحب المنزل فأكله فمات
٣٦٥	لو جرمه انسان وعشهأسد وسرطا
٣٦٦	الاكراه في القتل
٣٦٨	لو قطع يده من الكوع وأخر ذراعه فهلك
٣٦٨	لو جرمه ثم سرت إلى نفسه
٣٦٩	لو اشترك رجل وامرأة في القتل
٣٧٠	إذا اشترك حر وعبد في قتل حر عمداً
٣٧٣	إذا قتلت المرأة رجلاً
٣٧٤	لا يقتل الحر بالعبد
٣٧٤	لو قتل المولى عبده
٣٧٥	إذا جنى المدبر عمداً

إذا قطع يمين رجل ومثلهما من آخر ٣٧٦
لو قتل العبد حرين على التعاقب ٣٧٧
لو قطع يده قاطع ورجله آخر ٣٧٨
إذا جنى العبد تعلق أرش الجنابة برقبته ٣٧٨

فروع في السراية

إذا قطع يد عبد فعتق ٣٨١
لو قطع يده وهو عبد ثم رجله وهو حر ٣٨٢
في جواز الاقتصاص من المسلم إذا اعتقد قتل أهل الذمة ٣٨٣
لو قتل الذمي مسلماً عمداً ٣٨٤
لو قتل الذمي مرتدأ قتل به ٣٨٤
لو ادعى اثنان ولدأ مجهاً ٣٨٥
لو اشترك غلام وامرأة في قتل رجل ٣٨٦
لو قتل البالغ الصبي قتل به ٣٨٧
لا يقتل العاقل بالجنون ٣٨٧
في ثبوت القود على السكران ٣٨٧
حكم من بنج نفسه أو شرب مرقداً ٣٨٨
تبنيه: الفرق بين السكران والمجنج وشارب المرقد ٣٨٨
في أن الأعمى كالبصر في توجيه القصاص لعمده ٣٨٩

في دعوى القتل

لو ادعى القتل ولم يقل عمداً أو خطأ ٣٩١
--

لو ادعي على شخص القتل منفرداً ثم ادعى على آخر ٣٩٢
في كفاية الاقرار مرة ٣٩٢
لو أقر بقتله عمداً فاقر آخر ٣٩٢
في شهادة النساء فيما يوجب القصاص ٣٩٣
في عدم قبول الشهادة مع تحقق التهمة ٣٩٣

في القسامه

في اللوث ٣٩٥
في عدد القسامه ٣٩٦
في أن القسامه على المدعى ٣٩٧
ثبوت القسامه في الاعضاء وفي قدرها ٣٩٧
في قبول قسامه الكافر على المسلم ٣٩٨
في حبس المتهم بالدم ٣٩٨

في كيفية الاستيفاء

في وارث القصاص ٤٠١
في مبادرة الولي استيفاء القصاص بدون إذن الإمام ٤٠١
لو كانوا جماعة لم يجز الاستيفاء إلا بعد الاجتماع ٤٠٢
في غياب بعض الأولياء المكلفين ٤٠٣
إذا كان بعض الأولياء صغيراً أو مجنوناً ٤٠٣
في حبس القاتل حتى يبلغ الصبي أو يفيق المجنون ٤٠٣
في سقوط القود ٤٠٤

٤٤ غاية المرام (ج)	٥٢٢
٤٠٤ إذا قتل جماعة على التعاقب	

قصاص الطرف

٤٠٧ في جواز القصاص قبل الاندماج	
٤٠٨ لو قطع عدة من أعضائه خطأً	
٤٠٨ إذا قلع ذو العينين صحيحة الأعور	
٤٠٩ في أن الأذن الصحيحة تؤخذ بالمثلثوبة في محل الثقب	
٤٠٩ في قصاص السن	
٤١٠ في قصاص اليد	
٤١٢ إذا قد الملفوف في الكساء نصفين	
٤١٢ لو صرخ بالغفو صرخ في دية الجرح دون النفس	
٤١٣ لو جنى عبد على حر جنائية تتعلق برقبه وأبرا العبد	

كتاب الديات

٤١٧ في أقسام القتل	
--------------------------	--

في مقدادر الديات

٤١٩ دية شبيه العمد	
٤٢٠ دية الخطأ المحس	
٤٢٠ التغليظ في الدية	
٤٢١ إذا قتل ثم التجأ إلى أحد مشاهد الأئمة عليهم السلام	
٤٢٢ دية ولد الزنا دية مسلم	

دية الذمي ٤٢٢

في موجبات الضمان

النائم إذا أتلف نفساً ٤٢٥

إذا أعنف بزوجته جماعاً ٤٢٥

إذا قرب المار الصبي من السهم فأصابه ٤٢٦

في ضمان الختان لو قطع الحشمة ٤٢٦

في قضاء أمير المؤمنين(ع) في جارية ركبت أخرى فنخستها ثلاثة

فقمصت المركبة فصرعت الراكبة فماتت ٤٢٦

من دعى غيره ليلاً فهو له ضامن حتى يرجع ٤٢٧

في لص دخل على امرأة فوطأها فهراً وقتل ولدها فحملت عليه فقتله ٤٢٩

في امرأة أدخلت صديقاً إلى حجلتها فاقتتل مع الزوج فقتله الزوج

فقتلت هي ٤٣٠

في أربعة شربوا المسكر فجرح اثنان وقتل اثنان ٤٣١

في ستة غلمان كانوا في الفرات ففرق واحد ٤٣١

لو حفر في الطريق المسلوك ٤٣٢

لو بنى مسجداً في الطريق ٤٣٢

لو رمى عشرة بالمنجنيق فقتل الحجر أحدهم ٤٣٣

في نصب الميازيب إلى الطريق ٤٣٣

لو بالت دابته في الطريق أو ألقى القمامنة فيه فزلق فيه انسان ٤٣٤

في ضمان جنابة الهر المملوكة ٤٣٥

لو هجمت دابة على أخرى فجنت ٤٣٥

في ضمان راكب الدابة ما تخبيه ٤٣٦

في ضمان المولى جنایة الدابة إذا أركبها مملوکه ٤٣٦
لو قال: ألق متاعك في البحر لتسلم السفينة فألقاه ٤٣٧
لو وقع واحد في زبة الأسد فتعلق بثان والثاني بثالث وهو برابع فافترسهم ٤٣٧

في الجنایة على الأطراف

شعر الرأس ٤٤١
شعر اللحية ٤٤٢
شعر الحاجبين ٤٤٢
شعر الأهداب وغيره من سائر البدن ٤٤٣
تنبيه: ٤٤٣
في قلع الأجنفان ٤٤٤
في خسف العين العوراء ٤٤٤
في الرونة ٤٤٦
في اذهاب أحد المخربين ٤٤٧
في الاذنان ٤٤٨
في الشفتان ٤٤٨
لو ادعى ذهاب نطقه ٤٥٠
لو جنی على لسانه ٤٥١
في قلع السن الزائدة ٤٥١
لو اسودت السن بالجنایة ٤٥١
في انصداع السن ٤٥٢
في سن الصغير ٤٥٣

٤٥٣	تنبيه
٤٥٣	فرع
٤٥٤	في قطع اليدين
٤٥٥	في قطع اليد الزائدة
٤٥٥	في أصابع اليدين
٤٥٦	في الظفر
٤٥٦	في الجنابة على الظهر
٤٥٧	في قطع حلمة الثدي
٤٥٨	في الخصيَّتين
٤٥٨	في ادمة الخصيَّتين
٤٥٩	في افضاء المرأة
٤٥٩	في كسر البعضوس
٤٥٩	في الترقوتين
٤٦٠	في داس بطن انسان حتى أحدث
٤٦٠	في افتضس بكرأ باصبعه فخرق مثانتها

في الجنابة على المنافع

٤٦٣	في الجنابة على العقل
٤٦٣	لو شجه فذهب عقله
٤٦٥	في سلس البول

في الشجاج والجراج

٤٦٧	في الحارضة والدامية
-----	---------------------

٤٦٨	في الهاشمة
٤٦٩	في الموضحة
٤٦٩	في المأومة
٤٧٠	لو طعن في صدره فخرج من ظهره
٤٧٠	إذا نفذت نافذة في شيء من أطراف الرجل
٤٧١	في احرار الوجه أو اخضراره أو اسوداده
٤٧٢	الإمام ولي من لا ولي له وليس له العفو

في اللواحق

٤٧٣	في دية الجنين
٤٧٤	تنبيه: في الغرة
٤٧٦	لو قتلت المرأة فمات معها الجنين
٤٧٧	في عزل النطفة عن الحرة
٤٧٧	في قطع رأس الميت المسلم

في الجنائية على الحيوان

٤٧٩	في الكلاب التي يجوز غلوكها ويجرم على الغير الجنائية عليها
٤٨٠	في ديات الكلاب
٤٨١	في جنائية الماشية على الزرع
٤٨٢	في كفارة القتل

في العاقلة

٤٨٥	في تفسير العصبة
٤٨٦	في دخول الآباء والأولاد في العقل
٤٨٦	في دخول أهل البلد في العقل مع فقد القرابة
٤٨٧	في تحمل العاقلة ما دون الموضحة
٤٨٧	في أن ضامن الجريمة يعقل مع يسره
٤٨٨	الإمام عاقلة من لا عاقلة له
٤٨٨	في الرجوع بالديبة على القاتل
٤٨٨	في كمية التقسيط
٤٩٠	لو زادت العاقلة عن الديبة
٤٩٠	لو لم يكن عاقلة أو عجزت عن الديبة
٤٩٠	في دية الخطأ شيء العمد
٤٩١	في إرث الأب من الديبة مع وجود ولد المقتول أو أمه أو زوجته
٤٩١	لو لم يكن وارث سوى العاقلة
٤٩٢	لو رمى وهو مسلم فأصاب وهو كافر
٤٩٥	المصادر المعتمدة في تحقيق الكتاب
٤٩٧	المحتويات

