٨٢١

كنز الفوائد

في حل مشكلات القواعد

تأليف

السيد عميد الدين عبد المطلب بن محمد الأعرج

٦٨١ - ٧٥٤هـ

الجزء الأول

تحقيق

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة

این کتاب با استفاده از کاغذ حمایتی وزارت
فرهنگ و ارشاد اسلامی به چاپ رسیده است

٨٢١

كنز الفوائد

في

حل مشكلات القواعد

تأليف

السيد عميد الدين عبد المطلب بن محمد الأعرج

٦٨١ ـ ٧٥٤هـ

الجزء الأول

تحقيق

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة

كنز الفوائد

في حلّ مشكلات القواعد

(ج ١)

■ المؤلّف: السيّد عميد الدين عبدالمطّلب بن محمّد الأعرج □
■ الموضوع: فقه □
■ تحقيق ونشر: مؤسّسة النشر الإسلامي □
■ عدد الأجزاء: ثلاثة أجزاء □
■ الطبعة: الأُولى □
■ المطبوع: ١٠٠٠ نسخة □
■ التاريخ: ربيع الأول ١٤١٦هـ □

مؤسّسة النشر الإسلامي
التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله كما هو أهله، والصلاة والسلام على البشير النذير أبي القاسم محمّد المصطفىٰ، وعلى أهل بيته الطيّبين الطاهرين الغرّ الميامين، واللعن الدائم على أعدائهم أجمعين الى قيام يوم الدين.

وبعد، لايخفىٰ على ذوي الاطّلاع في شؤون الشريعة الإسلامية مراحل التطوّر والتكامل التي تميّز بها الفقه الإسلامي وعلم الأحكام الشرعية في المدرسة الإمامية نتيجة فتح باب الاجتهاد والتحقيق في استنباط الأحكام وإصدار الفتاوى. فبينما كانت المرحلة الأُولى لا تتعدّى سماع الرواية والتحديث بها والسعي لحفظ مضمونها عن التغيير ولفظها عن التحريف والتبديل بعد التأكّد من صحّة صدورها من ينابيع العلم ومعادن الحكمة عليهم أفضل صلوات المصلّين نجد أنّ المرحلة الثانية اتّخذت نطاقاً أوسع فظهرت الكتب الفتوائية التي خرجت عن التقيّد بألفاظ الروايات من دون خروج عن مضامينها ودلالاتها نظير النهاية لشيخ الطائفة الطوسي قدّس سرّه. ثمّ حدثت نقلة نوعية في طريقة التصنيف وذلك احتواءً للمسائل الجديدة الحادثة التي لم يرد فيها نصّ أو دليل بالخصوص ودفعاً للشبهة التي كان يثيرها مخالفو الشيعة ويشنّعون بها عليهم بقصر الباع في الفقه الاستدلالي وقلّة الفروع الشرعية في كتبهم. فظهرت الكتب الاستدلالية العميقة والكثيرة الفروع، ويعتبر الشيخ الطوسي رائد

هذه النقلة الفكرية وكتابه «المبسوط» أوضح شاهدٍ على ذلك. ثمّ استمرّ الفقه في التوسّع والتعمّق في آنٍ واحد حتى بلغ أوجّه في عهد صاحب الجواهر والشيخ الأنصاري وأمثالهما من جهابذة الطائفة أعلى الله مقامهم، ولا تزال هذه الحركة في حياةٍ نشطةٍ وعطاءٍ طيّب أُكله سائغ شرابه للمحصّلين والمحقّقين من طلبة العلوم الدينية.

ولمدرسة الحلّة دورٌ متميّز في مسيرة التكامل هذه، فقد برز فيها أفذاذ يعدّون من مفاخر الطائفة ومورد اعتزازها على مرّ التاريخ، منهم مصنّف هذا الكتاب «كنز الفوائد في حلّ مشكلات القواعد» العالم الفاضل شيخ أهل البيت في زمانه عميد الحقّ والدين السيّد عبدالمطّلب ابن السيّد مجد الدين أبي الفوارس المنتهي نسبه الى زين العابدين عليّ بن الحسين عليهما السلام. ولمّا كان كتابه هذا غزير الفوائد كثير النكت والدقائق العلمية ارتأت المؤسّسة طبعه بعد أن كان مخطوطاً ومحفوظاً في المكتبات وجعله في متناول الطلبة للاستفادة منه، وذلك بعد جمع ما وصلت إليه أيدينا من النسخ الخطّية لهذا الكتاب ومقابلتها وانتخاب المتن الصحيح، ومن ثمّ تقطيعه وتخريجه وتبويبه وترتيب فهارس فنّية له وإخراجه بهذه الصورة الأنيقة والحمد لله. ولايفوتنا أن نتقدّم بوافر شكرنا للاخوة الشيخ محي‌الدين الواعظي والحاج كمال الكاتب وجلال الاسدي وبقية الاخوة العاملين على ما بذلوه في تحقيق هذا الكتاب القيّم، سائلين المولى جلّ شأنه أن يوفّقهم وإيّانا لنشر معالم سيّد المرسلين وآله المنتجبين، وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين.

مؤسّسة النشر الاسلامي

لتابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة

نبذة من حياة المؤلّف

هو السيّد عميد الدين عبدالمطّلب ابن السيّد مجد الدين أبي الفوارس محمّد بن أبي الحسن عليّ بن محمّد بن أحمد بن عليّ الأعرج المنتهي نسبه الى عبيد الله الأعرج ابن الحسين ابن الامام زين العابدين وسيّد الساجدين عليّ بن الحسين ابن أميرالمؤمنين عليّ بن أبي طالب صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين.

كان والده مجدالدين أبو الفوارس محمّد بن أبي الحسن عليّ عالماً جليلاً، وقد بالغ في الثناء عليه السيّد ضامن بن شذقم في «تحفة الأزهار» وقال: اسمه مرقوم في حائر الحسين عليه السلام ومساجد الحلّة ويقال لوُلده بنو الفوارس[1].

وأمّا أُمّه فهي بنت الشيخ سديد الدين والد العلّامة الحلّي. وكان أخوه ضياء الدين عبدالله فقيهاً مبجّلاً، قال عنه صاحب «رياض العلماء» هو الفقيه الجليل الأعظم الأكمل الأعلم الأفضل الفاضل العالم الكامل المعروف بالسيّد ضياء الدين الأعرج الحسيني أخو السيّد عميد الدين الفقيه المشهور[2].

---

(١) نقلاً عن تعليقة السيّد بحر العلوم على لؤلؤة البحرين: ص ١٨٧.

(٢) رياض العلماء: ج ٣ ص ٢٤٠.

وأمّا الجدّ الأعلىٰ لهذا السيّد أبوالحسن عليّ بن عبيدالله فقد ذكر في رياض العلماء: أنّه كان سيّداً جليل القدر كبيراً في الغاية، وكانت إليه رئاسة العراق، وكان مستجاب الدعوة. وقد كان هذا مذكوراً في كتب الرجال ومدَحوه كثيراً فيها، ولهذا الجدّ اختصاص تامّ بالكاظم و الرضا عليهما السلام[١].

عُرف المترجَم له بعدّة ألقاب وهي: فخر الدين، عميد الدين،العميد، العميدي، العبيدي، والمراد من الأخير النسبة الى جدّه عبيد الله الأعرج.

ولادته ووفاته:

ولد ليلة النصف من شعبان سنة ٦٨١هـ في مدينة الحلّة من أعمال العراق، وتوفّي ليلة الاثنين ١٠ شعبان ببغداد سنة ٧٥٤هـ، وحمل الى المشهد الغرويّ الأشرف، ودفن بجوار حامي الجار أميرالمؤمنين وسيّد الوصيّين الإمام عليّ عليه السلام بعد أن صُلّي عليه عند مقام الإمام عليّ عليه السلام في مدينة الحلّة يوم الثلاثاء.

أقوال العلماء في حقّه:

قال ضامن بن شذقم في «تحفة الأزهار»: كان سيّداً جليل القدر، رفيع المنزلة، عظيم الشأن، حسن الشمائل، جمّ الفضائل، عالي الهمّة، وافر الحرمة، كريم الأخلاق، زكيّ الاعراق، عمدة السادة الأشراف بالعراق، عالماً عاملاً، فاضلاً كاملاً، فقيهاً محدّثاً، مدرّساً بتحقيق وتدقيق، فصيحاً بليغاً، أديباً مهذّباً[٢].

---

(١) رياض العلماء: ج ٣ ص ٢٤٠.

(٢) نقلاً عن تعليقة السيد بحر العلوم على لؤلؤة البحرين: ص ١٨١.

قال خاله العلّامة الحلّي قدّس سرّه تقريضاً لرسالته «في مناسخات الميراث» ما نصّه: أحسنت أيّها الولد العزيز، العضد الحسيب النسيب، المعظّم الفقيه المدقّق عميد الملّة والدين، جُعلت فداك، فيما أودعته في هذه الأوراق الدالّة على التمييز عن الأقران والتبريز على أكثر أشخاص نوع الانسان، وقد أتيت فيها بالمعاني اللطيفة والمسائل الشريفة، أحسن الله إليك، وأفاض نعمته عليك، ولا استبعاد في ذلك منك وأنت من نسل شجرة النبوّة، وفّقك الله لكلّ خير، ودفع عنك كلَّ ضير بمنّه وكرمه[١].

قال العلّامة السيّد تاج الدين ابن معيّة الديباجي في ضمن إجازته للشهيد الأوّل رضوان الله عليهما: ومن مشايخي الذين استفدت منهم مَن أراش جناحي، وأذكىٰ مصباحي، وحباني نفائس العلوم، وأبرأ ردء نفسي من الكلوم، وهو درّة الفخر وفريدة الدهر مولانا الإمام الربّاني عميد الملّة والحقّ والدين أبو عبدالله عبد المطّلب ابن الأعرج أدام الله شرفه، وخصّ بالصلاة والسلام سلفه، فهو الذي خرّجني ودرّجني والى ما يسّر الله تعالىٰ من العلوم أرشدني...الخ[٢].

وقال في حقّه الشهيد الأوّل محمّد ابن جمال الدين مكّي بن محمّد العاملي قدّس سرّه في إجازته لابن نجدة: عن عدّة من أصحابنا منهم المولى السيّد الامام المرتضىٰ عَلَم الهُدىٰ شيخ أهل البيت عليهم السلام في زمانه عميد الحقّ والدين أبو عبدالله عبدالمطّلب ابن الأعرج الحسيني طاب ثراه وجعل الجنّة مثواه[٣].

---

(١) أعيان الشيعة: ج ٨ ص ١٠٠.

(٢) روضات الجنات: ج ٤ ص ٢٦٥.

(٣) روضات الجنات: ج ٤ ص ٢٦٤.

وقال الشهيد الثاني في وصفه في إجازته للشيخ حسين بن عبدالصمد: السيّد الجليل الطاهر ذو المجدين المرتضىٰ عميد الدين عبدالمطّلب ابن السيّد مجد الدين أبي الفوارس محمّد بن عليّ الأعرج الحسيني العبيدي[١].

وقال عنه العلّامة المجلسي في أوّل «البحار»: السيّد عميد الدين من مشاهير العلماء، وأثنى عليه أرباب الإجازات وكُتُبه معروفة متداولة... إلخ[٢].

وقال المحدّث الكبير الشيخ يوسف البحراني أعلى الله مقامه في «لؤلؤة البحرين» في حقّه وحقّ أخيه السيّد ضياء الدين عبدالله ما نصّه:فهما فاضلان فقيهان قد أثنى عليهما مشايخنا في إجازاتهم[٣].

مشايخه وتلامذته:

يروي السيّد المترجَم له عن جماعة عديدة من مشايخ عصره: منهم والده أبو الفوارس، ومنهم جدّه السيّد فخر الدين عليّ كما يظهر من أربعين الشهيد وغيره[٤]. وكذا يروي عن خاله العلّامة قدّس الله أسرارهم جميعاً.

أمّا تلاميذه فكثيرون، منهم: ولده السيّد العلّامة جمال الدين أبي طالب محمّد، والسيّد تاج الدين ابن معيّة الديباجي، والسيّد الأديب الحسن بن أيّوب الشهير بابن نجم الاطراوي العاملي، والشيخ عبدالحميد النيلي، والشهيد الأوّل، وغيرهم[٥].

---

(١) نقلاً عن رياض العلماء: ج ٣ ص ٢٥٩.

(٢) بحار الأنوار: ج ١ ص ٤٠.

(٣) لؤلؤة البحرين: ص ١٨٧.

(٤) نقلاً عن رياض العلماء: ج ٣ ص ٢٦٢.

(٥) انظر رياض العلماء: ج ٣ ص ٢٦٣.

مؤلّفاته:

١ـ تبصرة الطالبين في شرح نهج المسترشدين.

٢ـ منية اللبيب في شرح التهذيب، في علم الأُصول، وقد ألّفه لولده محمّد، فرغ منه سنة ٧٤٠هـ.

٣ـ أنوار الملكوت، وهو شرح على شرح الياقوت لابن نوبخت في أُصول الكلام تأليف خاله العلّامة، ألّفه في حياة خاله قدّس سرّه.

٤ـ رسالة في مناسخات الميراث وقد ألّفها ببغداد سنة ٧٣١هـ تكميلاً لمسألة المناسخات التي أوردها الخواجة نصيرالدين الطوسي في «رسالة الفرائض».

٥ـ نهاية البادئ في شرح المبادئ وهو شرح لمبادئ الأُصول تصنيف خاله العلّامة الحلّي، وشرح المبادئ رسالة صغيرة في أُصول الفقه تناولها العلماء بالشرح من لدن حياة العلّامة حتى اليوم كما ذكر ذلك في الذريعة[1].

٦ـ كنز الفوائد في حلّ مشكلات القواعد: وهو الكتاب الذي بين يديك، هو شرح لطيف على قواعد خاله العلّامة. وقد ذكر فيه جملة من محاوراته مع خاله المبرور، وأورد نبذة من مذكّراته معه في مجلس الدرس وغيره.

وقال المحقّق الشهير الشيخ أغا بزرك الطهراني في «الذريعة»: «كنز الفوائد في حلّ مشكلات القواعد وتردّداته» يعني قواعد الأحكام تصنيف العلّامة الحلّي، شرح عليه، لابن أُخته السيّد عميد الحقّ والدين شيخ أهل البيت، كما صرّح به الشهيد في إجازته للسيّد عبدالمطّلب ابن السيّد مجد الدين أبي الفوارس محمّد بن أبي

(١) الذريعة الى تصانيف الشيعة: ج ١٤ ص ٥٢.

الحسن عليّ الأعرجي الحسيني الحلّي، كتبه لولده السيّد أبي طالب محمّد بعد وفاة خاله العلّامة، وقد تعرّض فيه للردّ على ابن خاله فخر المحقّقين... الخ[١].

هذا ما وقفنا عليه في المصادر التي تعرّضت لترجمة هذا العلَم الكبير من أعلام الطائفة، ولا شكّ أنّه قليل جدّاً في حقّه، ولا غرو فإنّ هؤلاء من الذين يصدق عليهم أنّهم مجهولون في الأرض معروفون في السماء. تغمّده الله برحمته الواسعة وأسكنه فسيح جنّاته في مقعد صدقٍ عند مليكٍ مقتدر في جوار أجداده محمّد وآله الغرّ الميامين، وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين.

(١) الذريعة الى تصانيف الشيعة: ج ١٨ ص ١٦٢.

منهجنا في التحقيق

ينقسم منهجنا في تحقيق هذا الكتاب القيّم الى المراحل التالية:

(الأُولىٰ) المقابلة:

تمّ مقابلة أوراق الاستنساخ ـ التي استنسخت من إحدىٰ النسخ الخطّية المتوفّرة ـ على النُسخ الخطّية التالية:

١ـ نسخة مصوّرة من أصلها المحفوظ في مكتبة مجلس الشورى الإسلامي تحت رقم (١٤٤٣٥) وهي من أوّل كتاب الطهارة الى آخر كتاب الوصايا، أي الجزء الأوّل من الكتاب بتجزئة المصنّف.

ورمزنا لها بـ«م ١».

٢ـ نسخة أُخرىٰ مصوّرة من أصلها المحفوظ في مكتبة مجلس الشورى الإسلامي، وهي نسخة كاملة في مجلّدين، الأوّل منهما تحت رقم (٦٣٢٢٨) وهو من أوّل كتاب الطهارة الى آخر كتاب الوقوف والعطايا. والثاني منهما تحت رقم (٦٦٦٩٣) وقد فُرغ من تحريرها لثمانٍ خلونَ من المحرّم عام ٧٥٨هـ، أي أربع سنوات بعد وفاة المصنّف رحمه الله.

ورمزنا لها بـ«م ٢».

٣ـ نسخة مصوّرة من أصلها المحفوظ في مكتبة مجلس الشورى الاسلامي تحت رقم (٦٢٦٢٢ / ٣٢٠٤) وهي من أوّل الكتاب ـ ما عدا قسم من خطبة الكتاب ـ الى آخر كتاب الوصايا، أي الجزء الأوّل من الكتاب فقط بتجزئة المصنّف، وقد فُرغ من نسخها يوم الاثنين السابع عشر من شهر صفر سنة ٧٨٢هـ.

ورمزنا لها بـ«م ٣».

٤ـ نسخة مصوّرة من أصلها المحفوظ ضمن موقوفات مكتبة مدرسة الآخوند في همدان، وهي من أوّل الكتاب الى آخر كتاب الوصايا.

ورمزنا لها بـ«هـ».

٥ـ نسخة مصوّرة من أصلها المحفوظ في مسجد گوهرشاد تحت رقم (١٩٤) وهي من أوّل كتاب التجارة الى آخر الطلاق، ويعود تاريخ استنساخها الى حدود عام ٨٢٢هـ، كما أُشير الى ذلك في نهاية كتاب الوصايا.

ورمزنا لها بـ«ق».

٦ـ نسخة مصوّرة من أصلها المحفوظ في مكتبة آية الله العظمى السيّد المرعشي النجفي قدّس سرّه تحت رقم (٧٦٩٨) وهي من أوّل كتاب النكاح الى آخر الكتاب، وقد فرغ من تحريرها المرحوم محمّد بن عليّ الجزائري في مسجد حكيم داود في مدينة إصفهان غرّة شهر ربيع الثاني سنة ١٣١٨هـ.

ورمزنا لها بـ«ش».

٧ـ نسخة خطّية مكتوبة بيد المرحوم العلّامة الشيخ علي بن محمّد قاسم الخوانساري بعد أن قابلها مع نسختين خطّيتين عنده وتصحيح ما فيهما من أغلاط، وقد فرغ من تحريرها في اليوم الخامس والعشرين من شهر رمضان سنة ١٢٥٦هـ في مدينة إصفهان.

ورمزنا لها بـ«ج».

وهنا نلفت الانتباه الى أنّ النُسخ (م ١، م ٢، م ٣، هـ) هي من النُسخ غير الجيّدة وكثيرة الأخطاء. أمّا باقي النُسخ فهي نُسخ جيّدة وصحيحة، وقد اعتمدنا في التصحيح غالباً على نسخة «ج».

(الثانية) التخريج:

١ـ قمنا باستخراج جميع الآيات والروايات الواردة في المتن، وكانت طريقتنا في تخريج الروايات أنّها اذا وردت عن الشيخ الطوسي قدّس سرّه فقد أشرنا الى عنوانها في «التهذيب» و«وسائل الشيعة». واذا وردت عن الشيخ الصدوق قدّس سرّه فقد أشرنا الى عنوانها في «من لايحضره الفقيه» و«وسائل الشيعة».

٢ـ بذلنا قصارىٰ جهدنا في تخريج أقوال الفقهاء والمشايخ الذين وردت كلماتهم في المتن وأشرنا الى مصادرها الأصلية، اللهمّ إلّا في بعض الموارد التي لم يتوفّر عندنا المصدر أو أنّه مخطوط غير موجود فأشرنا الى مصادر ثانوية حاكية لها.

(الثالثة) تنظيم المتن والشرح:

قمنا بتمييز متن القواعد عن الشرح بجعل الأوّل بحروف بارزة وسطور قصيرة، مضافاً الى تقطيع النصّ وتقويمه وذكر معاني الكلمات الضرورية.

(رابعاً) تنظيم الفهارس:

رتّبنا للكتاب فهارس فنّية شاملة للآيات والأحاديث والموضوعات،نسأل الله جلّ شأنه أن يتفضّل علينا بالقبول والرضا وأن ينفع بهذا الكتاب الحوزات العلمية المباركة وطلّابها الكرام، وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين.

وصلى الله تعالى
وأنا ربيع بعزى
الراجي تهدي الاجوادي الستي

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على سيد المرسلين محمد النبي وعلى آله المعصومين اما بعد فقد سألني احد الخلان من
افضل الاخوان ان املي عليه شرح خطبة القواعد لمصنفه والدي عليه من التحية والاكرام وادخل المؤمنين في شفاعته يوم القيام
فاجبت سؤاله واملية هذه الرسالة وحررت هذه المقالة وسميتها بجامع الفوائد في شرح خطبة القواعد بين فيها الدقائق والفوائد التي
اشتمل عليها خطبة الكتاب متوكلا على مسبب الاسباب الملك الوهاب المعطي الثواب فقوله الحمد لله على سوابغ النعماء وترادف الآلاء اقول
اعلم ان للنفس الناطقة قوتين قوة علم وعمل وفي كل واحد منهما مراتب اما مراتب القوة العلمية فاربع الاول ما يسمى عقلا هيولانيا من القوة
التي زشانها الاستعداد المحض وهو شامل لكل النفوس الناطقة والبارئ اشار على سوابغ النعماء والثاني العقل بالملكة وهو القوة التي
من شانها الانتقال في العلوم البديهية الى العلوم الكسبية وثالثها العقل بالفعل وهي القوة التي تدرك المعقولات الكسبية الرابعة العقل
المستفاد من انطباع الصور المعقولة في النفس كالصور في المرآة وكونها حاضرة عندها بالفعل والى هذه المراتب الثلث اشار بقوله
وترادف الآلاء حيث يحصل بها بعد بها وترادفها القوة العملية فرابعها ثالث الاول فهذه الظاهر باستعمال الشرائع الحقة الثاني تخلية الباطن
من الاخلاق الذميمة والبارئ اشار بقوله فدافع من ذكرها بجاية السر والى هذه المراتب اشار بقوله وترادف الآلاء والنعم هي المنفعة
الحاصلة الواصلة الى الغير على جهة الاحسان اليه وهي اما ظاهرة او باطنة والنعم الباطنة باسم الآلاء والنعم الظاهرة يطلق عليها النعماء
قوله المنفضل بارسال الانبياء لارشاد الدهماء اقول ههنا ثلث فوائد الاولى ما كان اعظم النعم هو النبوة لان نفعها عام ويحصل بالنظر
لاحوال الشخص في نفسه وفي تدبير منزله ومشاركته من يمنزه المسمى بالسياسة المدن فلهذا حمد الله عليه الثانية اشار الى دليل النبوة بقوله
لارشاد الدهماء اي الخلق الكثير وتقرير الدليل ان الانسان مدني بالطبع لا يمكن ان يعيش وحده بل لا بد له من مشارك من بني نوعه لتفرع
كل منهم الى ما يحتاج الآخر اليه والاجتماع مظنة التنازع ولان ضعفاء العقول يختارون باوغ شهواتهم ويحتقرون فيها فساد نظام النوع فكان
عالم نظام النوع يحتاج الى شريعة وناموس الهي وحد ومبلغ الشهوات والقوة الغضبية فلا بد ان يكون الصادع به موحى من قبل الله تعالى ويدل
عليه معجزات وآيات لاشتماله الترجيح من غير مرجح الثالثة الاشارة الى الغاية بعثة النبي وهو ارشاد الخلائق في امور معاشهم ومعادهم الى
طريق الصواب والهداية الى احكام الشريعة واعلم ان اورد على والدي المص قدس الله روحه ان ارسال الانبياء واجب على الله تعالى عند الامامية
والمعتزلة فكيف جعله هنا تفضلا فاجاب بان ارسال الانبياء موقوف على خلق المكلفين وتكميل عقولهم وخلق الشهوات فيهم والقدرة وتلك
كلها تفضل فاذا كان الاصل منبع عليه تفضلا كان الفرع اولى بالتفضل فقوله المنطوي نصب الاوصياء لتكميل الاولياء اقول نسبة الارشاد
الى الانبياء ونسبة التكميل الى الاوصياء واشارة الى قوله تعالى انما انت منذر ولكل قوم هاد جعل النبي للتبليغ وجعل الوصي للتكميل فلما

كان

صورة فوتوغرافية للصفحة الأولى من نسخة «ج»

حسب الفرمایش سرکار شریعت مدار فضلاء الانام قدوة العلماء الاعلام وحید الزمان فرید الاوان سلاله دودمان مصطفوی شاکونه
گلستان مرتضوی سمی خامس اثنی عشر علی اجداده واولاده صلوات الله المجید الاکبر اطال الله بقاءه وادام عزه وتاییده
وکرامته وسعادته وسلامته واتم نعمته علیه وزاد فی احسانه الیه وجمیل مواهبه لدیه وجعلنی من کل سوء ومکروه فداه
در دار السلطنه اصفهان صانها الله عن حوادث الزمان سمت تحریر پذیرفت بر دست بی اقبال الطلاب والکتاب
واحوجهم الی عفو ربه الملک الوهاب الفقیر الی نیل کرامة ربه الباری علی بن محمد قاسم الخوانساری غفر الله
لها ولوالدیها ولجمیع المؤمنین ملتمس ومتوقع از برادران دینی که از فوائدش منتفع میگردند
آنکه این حقیر سراپا تقصیر را بدعای خیری یاد فرمایند واز لغزشی که در کتابت اتفاق
افتاده باشد چشم بپوشند بجهت آنکه این حقیر غایت سعی را در تصحیح کتاب
مصروف داشتم واصح از این ممکن نشد بجهت آنکه دو نسخه در بلد عظیم بود
که از کثرت غلط از صحیحیت بی نفع بوده همیشه
بمشقت بسیاری این نسخه از روی آن دو نسخه نوشته
وامید چنانست که از این نسخه نفع بتوان
برد وکان ذلک فی اواخر
شهر رمضان المبارک
سنه ۱۲۵۶

سَیَبْقَی خُطُوطِی وَکُنْتُ رَاقِمًا فَیَا نَاظِرًا فِیهِ قُلْ لِی دُعَاءً

صورة فوتوغرافية للصفحة الأخيرة من نسخة «ج»

بسم الله الرحمن الرحيم رب تمم بالخير

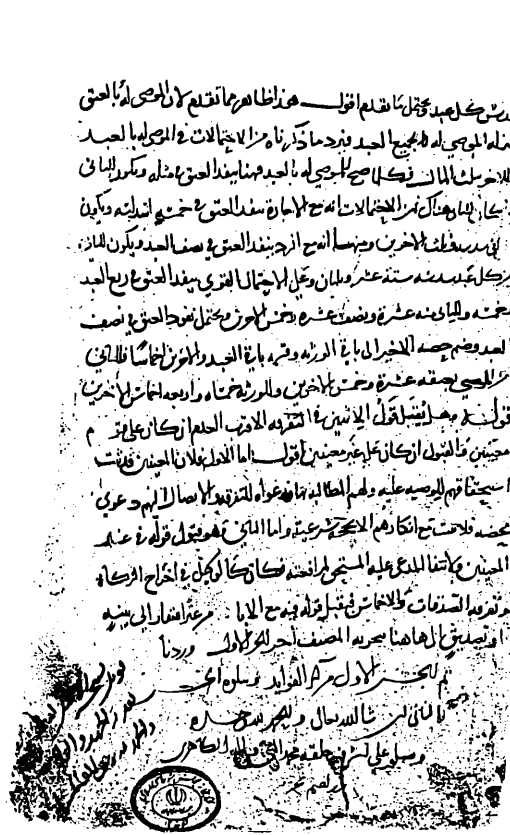
كتاب النكاح قوله والاقرب انه اقتران التخلي للعبادة اقول
البحث هنا يقع في مقامين الاول انه هل يتوقف نفس النكاح على التخلي
له النكاح ام لا المشهور الاستحباب وقال الشيخ في المبسوط اجمع المسلمون على
ان التزويج مندوب اليه وان اختلفوا في وجوبه ثم قال في موضع آخر منه
النكاح يستحب في الجملة للرجال والنساء وليس واجبا خلافا لداود والناس
يقدر بان ضرب مستند للعبادة وقادر على النكاح وضرب لا يستريه فالمستند يستحب له
ان يتزوج والذي لا يشتهي لا يستحب ان يتزوج لقوله صلى الله عليه وآله تزوجوا وحصنوا
فقد حرض على كونه حصورا وهو الذي لا يشتهي النساء وقال تعالى وهو الذي يكره
ان يتزوج النساء والا يعظم وقسم ابن حمزة الرجال والنساء اذا لم يعزلا قسمين
مستند للنكاح وقادر عليه فيستحب له وغير مستند وقادر عليه فيكره له
ومستند غير قادر عليه وقادر غير مستند لا يستحب ولا يكره وعموما فيه
نقول الشيخ ذكر حرمة الاستمناء لقادر المستند واما حذر الاستحباب
مطلقا لعموم الامر بالنكاح على ما يأتي المتناول للنزاع المقام الثاني
هل هو مع كونه مستحبا افضل من التخلي للعبادة ام لا الاقرب عند المص
الاول ووجه القرب انه مع مشاركته للتخلي للعبادة مع كونه طاعة مختصة
باسم مطلوب للشارع وهو حصول النسل المفضي الى بقاء النوع انسانا
مشاركة للتخلي للعبادة مع كونه طاعة فلانه مامور به لقوله تعالى
فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله صلى الله عليه وآله تناكحوا تناسلوا
وقد ثبت ان الامر للوجوب او الندب والاشتراك اللفظي والمعنوي
وعلى تقدير ثبوته يستلزم المطلوب ولقوله صلى الله عليه وآله مكاثر بكم
الامم وهو يتناول ذم التخلي للعبادة مع تركه للنكاح كما يتناول
غيره ولما رواه عبد الرحمن بن الحجاج عن ابي الحسن عليه السلام قال جاء رجل الى
ابي عبد الله عليه السلام فقال ان لي زوجة قال لا اقل لك ما احب ان لي الدنيا بما فيها
وان ابيت ليلة ليس لي زوجة ثم قال لي ركعتين يصليهما رجل متزوج افضل
من رجل يقوم ليله ويصوم نهاره ولما رواه محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام
قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله رذال موتاكم العزاب وعن عبد الله بن ميمون

صورة فوتوغرافية للصفحة الأولى من نسخة «ش»

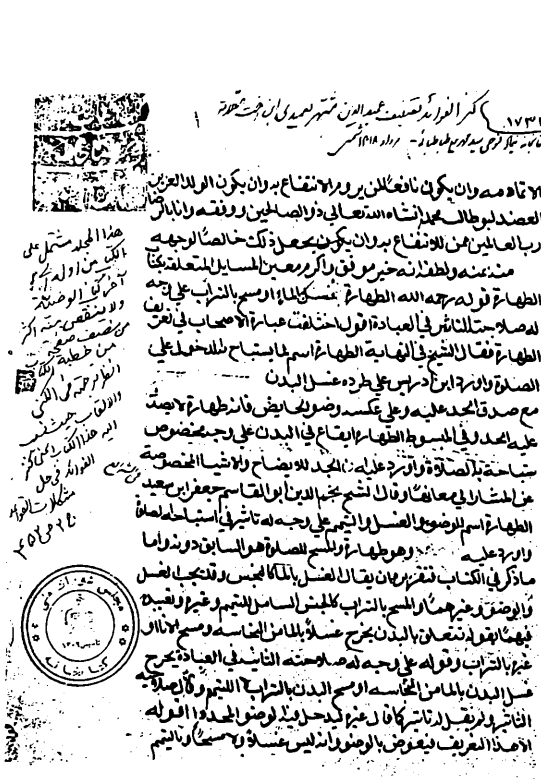
القداح

اقول انه هل يشترط نية قال في المبسوط اذا لم يذكرا جنسا ولا نقدا واختلفا في الارادة قال قوم الايجاب الكا
فيه لانهما اذا اختلفا فيصار البذل مجهولا ووجب مهر المثل وقال الباقون يصح ويتخالفان على القولين يجب مهر
المثل وقد علمنا على انه هنا بالايجاب الخلع اصلا والاقرب عندي ان القول قول المرأة لانها اختلفت في ارادتها
وهي اعرف بقصدها فكان قولها فيه مقدما ولو زاد فالاقرب بطلان الخلع يريد انها اذا وكلت المرأة
في الخلع فخالع الوكيل بازيد من مهر مثلها فالاقرب بطلان الخلع لان الطلاق يقتضي بذل مهر المثل فالزيادة لا يلزمها
لعدم اذنها فيها والزوج لم يرض بالخلع الا بها ولم يسلم فكان الخلع باطلا ولو كان الموكل في الطلاق فعوض
او اتمر بالطلاق قبل قبح رجعيا ولا فيه ولا يبعد الوكيل وقد نظر تقدم انه اذا وكلت المرأة في الخلع فلم
اقتضى ذلك الخلع بمهر المثل فان بذل الوكيل ازيد فالاقرب عنده بطلان الخلع اما لو كانت قد وكلته في الطلاق فعوض
وبذل الوكيل ازيد من مهر المثل فطلق الزوج او كان الموكل في الخلع وبذل الوكيل الازيد واتبع الزوج بالخلع
الطلاق قال صاحب الشرائع يبطل الزيد لانه بذله عنها بغير اذن فيه لفظا ولا حكما فيبقى الطلاق مجردا عن العوض فيقع رجعيا
ولا يلزم الوكيل لانه بذله عنها لا عنه وفيه نظر شيخنا وجاز كرناه ومن ان الطلاق بغير عوض غير مقصود فلا يقع الطلاق
ولو قال لها طلقيه يوم الخميس فطلق يوم الجمعة فالاقرب البطلان ولو طلقها يوم الاربعاء بطل يريد انه اذا وكلها الزوج
غيره في طلاق امرأته فامرته ان تطلقها يوم الخميس اقتضى الاذن في ايقاعه في ذلك اليوم فان طلق يوم الجمعة فالاقرب بطلان هذه
لان الاذن لم يتناوله ويحتمل الصحة على ضعف والفرق بينه وبين يوم الاربعاء اذا طلق يوم الجمعة فان الطلاق يقع بعد ان
صار اذنا في الطلاق ولا اصل تجاوز الاذن بخلاف الاربعاء فانه لم يدخل الوقت الذي اذن في ايقاعه فيه سوى
الشقص المستقبل بالربح في العوض فنفى اسحاق الشفعة حينئذ الاشكال قد تقدم وجه الاشكال في اسحاق الشفعة على اثار
في البذل قبل خروج العدة وانتباهها بلفظ الطلاق اجماعا وفي الخلع خلافا يريد ان المباراة لا تقع حتى تقع
بالطلاق اجماعا اما الخلع فهل يشترط الاتباع بالطلاق او يقع بمجرده فيه خلاف والحق قد اشرنا الى الخلاف من
قبل

صورة فوتوغرافية للصفحة الأخيرة من نسخة «ق»



صورة فوتوغرافية للصفحة الأخيرة من نسخة «م ١»



صورة فوتوغرافية للصفحة الأولى من نسخة «م ٣»

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا نبيه محمد وآله وسلم

الحمد لله الذي اوضح لعباده سبل الرشاد وهداهم الى طرق السداد ولم يجعلهم يهيمون
في مهامه الجهالات وظلمات الشبهات بل خلق لهم العقل ليتوصلوا بنوره الى معرفة القضايا اليقينية وبعث
اليهم الرسل ليبينوا لهم ما خفي عليهم من الاحكام الشرعية ونصب الاوصياء المعصومين لحفظ
تلك الاحكام بحيث يصل الشرع الى كافة الانام وصلى الله على اشرف رسله واسنى آيه واعظم
حججه امنائه محمد المصطفى وعلى المعصومين من عترته وخلفائه وبعد فان جماعة
من طلاب علم الفقه طالبوني على كتاب قواعد الاحكام في معرفة الحلال والحرام لشيخنا
الامام الشهير العلامة جمال الدين ابي منصور الحسن بن الشيخ الفقيه السعيد شديد الدين
ابي المظفر يوسف بن المطهر قدس الله روحهما ونور ضريحهما الذي فاق نظراءه من الكتب الفقهية
لاشتماله على جملة من المصنفات الشرعية وجدوا فيه مسائل مشكلة ونكات معضلة يحتاج
ادراكها الى بحث وتدقيق وكشفها الى بحث وتحقيق وكرروا علي السؤال مرة بعد اخرى في عمل
شرح يحتوي على شرح معضلاته وكشف مشكلاته فتحاشيت عن ذلك شواغل الدهر المنسوب
الى اهله الضعاف اهل العصر ثم ارهفت عزمي على عمل هذا الكتاب الموسوم بجزر الفوائد
لمشكلات القواعد ولم اقتصر فيه على شرح ما ذكر ان فيه اشكالا لا غير بل كل مسئلة ذكرتها
فيه اشكالا اشرت او اشاروا فيها الى رواية او خلاف او احتمال او كانت تلك المسئلة من الدقائق التي
يحتاج الى بيان فانا نحن ان شاء الله بعونه وحسن توفيقه ارجو انا نبين وجه الاشكال وا
[illegible] وسند تلك الرواية ووجه ذلك الاحتمال واوضح المسئلة المشكلة عا
[illegible] ارجو من الله تعالى التوفيق لاتمامه وان يكون ذلك نافعا لمن يزوره الاسماع
[illegible] بعد ابو طالب محمد انشاء الله لينتفع الصالحين ووفقه وايانا لرضاه [illegible]
[illegible] البعاع به وان يجعل ذلك خالصا لوجهه ومقربا منه بمنه ولطفه انه خير موفق واكرم معين

المسائل المتعلقة بالطهارة قوله رحمه الله الطهارة غسل بالماء ومسح بالتراب متعلق بالبدن
[illegible] في العبادة اقول اختلفت عبارة الاصحاب في تعريف الطهارة فقال الشيخ في
الطهارة اشرط فيه استباحة الدخول في الصلاة واردف ادريس على طرد غسل البدن والثياب
[illegible] ليمنع صدق الجنب عليه وعلى عكسه وضوء الحائض فانه طهارة لا يصدق حلها الجنب و
[illegible] الطهارة ايضا [illegible] في البدن مخصوصة على وجه مخصوص فيستباح به الصلاة واورد عليه
الايضاح والاستباحة المخصوصة غير مشار الى بيانها وقال الشيخ نجم الدين ابو القاسم جعفر بن سعيد
[illegible] الوضوء والغسل او التيمم على وجه [illegible] في استباحة الصلاة واورد عليه شيخنا الوضوء
[illegible] والمبيح الصلاة هو الثابت دونه واما ما ذكره في الكتاب فتفسيره ان بيان الغسل
[illegible] يدخل فيه الغسل والوضوء وغيرهما والمسح بالتراب كالجنس الشامل للتيمم وغيره وتقييده [illegible]
[illegible] يخرج غسل الثوب بالماء من النجاسة ومسح الاسنان او غيره بالتراب وقوله على وجه له
[illegible] العبادة يخرج غسل البدن بالماء من النجاسة او مسح البدن بالتراب لا للتيمم وقال

حاصله

صورة فوتوغرافية للصفحة الأولى من نسخة «م ٢»

صورة فوتوغرافية للصفحة الأولى من نسخة «هـ»

[مقدّمة المؤلّف]

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي أوضح لعباده سبل الرشاد، وهداهم الى طرق السداد، ولم يجعلهم يهيمون في غياهب الجهالات وظلم الشبهات، بل خلق لهم العقل ليتوصّلوا بنوره الى معرفة القضايا اليقينية، وبعث إليهم الرسل لبيان ما خفي عليهم من الأحكام الشرعية، ونصب الأوصياء المعصومين لحفظ تلك الأحكام، بحيث يصل الشرع الى كافّة الأنام، وصلى الله على أشرف رسله وأنبيائه وأعظم من اصطفاه من أُمنائه محمد المصطفى وعلى المعصومين من عترته وخلفائه.

أمّا بعد، فانّ جماعة من طلّاب علم الفقه لمّا وقفوا على كتاب «قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام» لشيخنا الامام السعيد العلّامة جمال الدين أبي منصور الحسن ابن الشيخ الفقيه السعيد سديد الدين أبي المظفّر يوسف بن المطهّر الحلّي ـ قدّس الله روحهما ونوّر ضريحهما ـ الذي فاق نظراءه من الكتب الفقهية، ولم يناسبه غيره من المصنّفات الشرعيّة، وجدوا فيه مسائل مشكلة ونكات معضلة يحتاج إدراكها الى بحث وتدقيق، وكشفها الى شرحٍ وتحقيق، فكرّروا عليّ السؤال

مرّة بعد أُخرى من عمل كتاب يحتوي على شرح معضلاته وكشف مشكلاته، فمنعني عن ذلك شواغل الدهر المنسوب أكثرها الى قلّة إنصاف أهل هذا العصر.

ثمّ أرهفت عزمي على عمل هذا الكتاب الموسوم بكتاب «كنز الفوائدِ في حلّ مشكلات القواعد» ولم أقتصر فيه على شرح ما ذكر فيه إشكالاً لاغير، بل كلّ مسألةٍ ذكر فيها ذلك، أو قال: فيها نظر، أو أشار فيها الى رواية أو خلاف أو احتمال، أو كانت تلك المسألة من الدقائق التي تحتاج الى البحث والبيان، فانّني إن شاء الله بعونه وحسن توفيقه أرجو أن أُبيّن وجه الاشكال والنظر وخلاف من أشار الى خلافه، ومستند تلك الرواية، ووجه ذلك الاحتمال، وأُوضّح تلك المسألة المشكلة على وجهٍ يظهر لمن له أدنى بصيرة.

وأرجو من الله تعالى التوفيق لإتمامه، وأن يكون ذلك نافعاً لمن يروم الانتفاع به، وأن يكون الولد العزيز العضد أبو طالب محمد، أنشأه الله نشوء الصالحين، ووفّقه وإيّانا لمراضي ربّ العالمين ممّن وفّق للانتفاع به، وأن يجعل ذلك خالصاً لوجهه، ومقرّباً منه بمنّه ولطفه، انّه خير موفّقٍ وأكرم معين.

كتاب

الطهارة

المسائل المتعلّقة بكتاب الطهارة

قوله رحمه الله: «الطهارة غسل بالماء أو مسح بالتراب متعلّق بالبدن على وجهٍ له صلاحيّة التأثير في العبادة».

أقول: اختلفت عبارة الأصحاب في تعريف الطهارة، فقال الشيخ في النهاية: الطهارة اسم لما يستباح به الدخول في الصلاة[1].

وأورد ابن ادريس على طرده غسل البدن والثياب من النجاسة فانّه ليس بطهارة مع صدق الحدّ عليه، وعلى عكسه وضوء الحائض فانّه طهارة ولا يصدق عليها الحدّ[2].

وفي المبسوط: الطهارة إيقاع افعال في البدن مخصوصة على وجهٍ مخصوص يستباح بها الصلاة[3].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الطهارة باب ١ في ماهيّة الطهارة ج ١ ص ١٩٦.

(٢) السرائر: كتاب الطهارة باب في أحكام الطهارة... ج ١ ص ٥٦.

(٣) المبسوط: كتاب الطهارة فصل في ذكر حقيقة الطهارة.. ج ١ ص ٤.

وأُورد عليه أنّ الحدّ للايضاح، والأشياء المخصوصة غير مشارٍ الى بيانها.

وقال الشيخ نجم الدين أبو القاسم جعفر بن سعيد: الطهارة: اسم للوضوء أو الغسل أو التيمّم على وجهٍ له تأثير في استباحة الصلاة[1].

وأورد عليه شيخنا الوضوء المجدّد، إذ هو طهارة والمبيح للصلاة هو السابق دونه.

وأمّا ما ذكره في الكتاب فتقريره أن يقال: الغسل بالماء كالجنس، ويندرج فيه الغسل والوضوء وغيرهما. والمسح بالتراب كالجنس الشامل للتيمّم وغيره، وتقييده فيها بقوله: «متعلّق بالبدن» يخرج غسل الثوب بالماء من النجاسة أو مسح الاناء أو غيره بالتراب.

وقوله: «على وجهٍ له صلاحيّة التأثير في العبادة» يخرج غسل البدن بالماء من النجاسة أو مسح البدن بالتراب لا للتيمّم.

وقال «له صلاحيّة التأثير» ولم يقل: له تأثير كما قال غيره؛ ليدخل فيه الوضوء المجدّد.

وأقول: انّ هذا التعريف منقوض بالوضوء فانّه ليس غسلاً ولا مسحاً، وبالتيمّم بالثلج فانّه ليس غسلاً بالماء ولا مسحاً بالتراب، بل لو قيل: الطهارة غسل بالماء، أو غسل ومسح به، أو مسح بالتراب، أو به... الى آخر الحدّ لكان أجود.

فانّ الأوّل يراد به الغسل، والثاني الوضوء، والثالث التيمّم بالتراب، والرابع التيمّم بالثلج، ومجموع الحدّ يتناول جميع جزئيات الطهارة.

---

(١) شرائع الاسلام: ج ١ ص ١١.

قوله رحمه الله: «فان انضمّ الوضوء فاشكال».

أقول: يعني لو اجتمع[١] على المكلّف غسلان: أحدهما: غسل الجنابة، والآخر: غسل من مس ميتاً من الناس بعد برده بالموت قبل الغسل مثلاً، فان نوى غسل الجنابة أجزأ عن الغسل الآخر، إذ غسل الجنابة يبيح الصلاة بانفراده من غير وضوء بخلاف الآخر، فكان أكمل منه، والناقص يدخل في الكامل. أمّا العكس فغير مجزٍ عنده؛ لما قلناه.

يبقى الاشكال ولو نوى غير غسل الجنابة ثم توضّأ فانّ هاهنا يحتمل الاجزاء عن غسل الجنابة حينئذٍ؛ لأنّ هذا الغسل مع الوضوء مساوٍ لغسل الجنابة بانفراده في كون كلّ منهما يبيح الصلاة ويرفع الحدث، وفعل أحد المتساويين[٢] يسدّ مسدّ الآخر.

ويحتمل عدم الإجزاء عن غسل الجنابة، إذ هي مستمرّة بعد الغسل الآخر قبل الوضوء، فلا يرتفع بالوضوء، فانّه لا وضوء فيها.

قوله رحمه الله: «ونيّة الاستباحة أقوى اشكالاً».

أقول: المسألة بحالها، لكن هناك نوى رفع الحدث، وهاهنا نوى استباحة الصلاة، ولم يقصد رفع حدث الجنابة ولا الحدث الآخر، فانّ الاشكال هاهنا أقوى.

والمراد بقوّة الاشكال هنا تكافؤ الاحتمالين، وعدم رجحان أحدهما على الآخر.

---

(١) في م٢: «أوجب».

(٢) في م٢: «المقارنين».

ووجه القوّة انّه هناك ربّما رجّح أحدهما، وهو عدم الإجزاء؛ لما قرّرناه. وأمّا هاهنا فوجه تكافؤ الاحتمالين أنّ المكلّف فعل فعلاً يصلح لكلٍّ منهما، وصرفه الى غسل الجنابة يوجب ارتفاعهما من دون الوضوء، وصرفه الى الآخر يقتضي الاحتياج الى الوضوء، لكن صرفه الى أحدهما دون الآخر مع صلاحيته لكلّ منهما على السواء ترجيح من غير مرجّح. فتحقّق ما قلناه من قوّة الاشكال هاهنا.

قوله رحمه الله: «وعندي انّ التيمّم إن كان لعذرٍ لايمكن زواله كذلك».

أقول: يريد أنّه إذا تيمّم قبل الاستنجاء فقد تيمّم قبل تضيّق الوقت، وهو عنده جائز إن كان لعذر لايمكن زواله الى آخر الوقت عادةً كالمجروح في ذلك الوقت.

قوله رحمه الله: «الأقرب جواز الاستنجاء في الخارج من غير المعتاد إذا صار معتاداً».

أقول: البحث هاهنا في موضعين:

أحدهما: جواز الاستنجاء في غير المعتاد اذا صار معتاداً، كما هو منصوص عليه في الكتاب.

والآخر: عدم جوازه في غير المعتاد قبل صيرورته معتاداً، وهو مدلول عليه بمفهوم اللفظ.

أمّا الأوّل: فلأنّ عموم الروايات الدالّة على جواز الاستنجاء مطلقاً يتناول محلّ النزاع.

وأمّا الثاني: فلأنّ الخطاب إنّما يحمل على ما هو معهود عند المكلّفين وهو المخرج المعتاد ومن ثمّ قال: «الأقرب» فانّه يحتمل ضعيفاً عدم الجواز. وإن صار معتاداً فانّ الخطاب اذا كان إنّما يحمل على ما هو المعهود بالوضع، و انّما هو ذلك الموضع دون غيره فصار معتاداً.

قوله رحمه الله: «لو وافقت النجاسة الجاري في الصفات فالوجه عندي الحكم بنجاسته إن كان يتغيّر بمثلها على تقدير المخالفة، وإلّا فلا».

أقول: أمّا الحكم الأوّل ـ وهو الحكم بنجاسة الماء الجاري بوقوع النجاسة الموافقة له في صفاته اذا كانت بحيث لو كانت بخلافه لكانت مغيّرة له ـ فلوجود انفعال الماء عن النجاسة المذكورة في نفس الأمر غايته عدم الإدراك له بالحس، لكن عدم الإدراك مع وجود الانفعال لايزيل حكم النجاسة، والفرض أنّ النجاسة غالبة بحيث لو كان لها ما يميّزها عن صفات الماء لظهر.

وأمّا الحكم الثاني ـ وهو عدم النجاسة لو لم ينفعل عنها بتقدير المخالفة ـ فظاهر؛ لعدم التغيير بكلى المعنيين.

ويحتمل ضعيفاً عدم نجاسته مطلقاً، إذ نجاسة الجاري موقوفة على تغييره في إحدى الصفات المذكورة، وصفاته كما كانت أوّلاً لم تتغيّر.

قوله رحمه الله: «الواقف غير البئر إن كان كرّاً فصاعداً مائعاً على إشكال».

أقول: هل يشترط في عدم قبول الكرّ من الماء للنجاسة أن يكون مائعاً أم لا؟

يحتمل الأوّل؛ لخروج الجامد عن اسم الماء عرفاً، فانّ الآمر باحضار الماء لو أحضر إليه المأمور جامداً لايعدّ ممتثلاً وحَسُن لومه عرفاً. فاذن تحمل الأحكام الواردة في الماء على ما هو المتعارف وهو المائع.

ويحتمل عدم الاشتراط؛ لعدم خروجه بالجمود عن كونه ماءً حقيقةً.

قوله رحمه الله: «ماء البئر إن غيّرت النجاسة أحد أوصافه نجس إجماعاً، وإن لاقته من غير تغيير فقولان، أقربهما البقاء على الطهارة».

أقول: أمّا القائلون بنجاستها بالملاقاة من غير تغيّر فهم أكثر أصحابنا، منهم المفيد[١]، وسلّار[٢]، وابن ادريس[٣]، وهو أحد قولي الشيخ رحمه الله ذكره في النهاية[٤]، والجمل[٥]، والمبسوط[٦].

والقول الآخر له: إنّها لاتنجس[٧]، وهو اختيار الحسن بن أبي عقيل[٨]،والمصنّف.

احتجّ الأوّلون بما رواه علي بن يقطين في الصحيح عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال: سألته عن البئر تقع فيها الحمامة أو الدجاجة أو الفأرة أو الكلب أو

---

(١) المقنعة: كتاب الطهارة باب ١١ في تطهير المياه من النجاسات ص ٦٦.

(٢) المراسم: كتاب الطهارة ذكر ما يتطهّر به ص ٣٤.

(٣) السرائر: كتاب الطهارة باب المياه وأحكامها ج ١ ص ٦٩.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الطهارة باب المياه وأحكامها ج ١ ص ٢٠٧.

(٥) الجمل والعقود: فصل في أحكام المياه ص ٥٥.

(٦) المبسوط: كتاب الطهارة باب المياه وأحكامها ج ١ ص ١١.

(٧) النهاية ونكتها: كتاب الطهارة باب المياه وأحكامها ج ١ ص ٢٠٠.

(٨) نقله عنه في المختلف: كتاب الطهارة الفصل الثالث في ماء البئر ج ١ ص ١٨٧.

الهرّة، فقال: يجزئك أن تنزح منها دلاء، فانّ ذلك يطهّرها إن شاء الله[١]. اسند التطهير الى النزح؛ فلا تكون طاهرة قبله.

ولما رواه محمد بن اسماعيل في الصحيح قال: كتبت الى رجل أسأله أن يسأل أبا الحسن الرضا عليه السلام عن البئر يكون في المنزل للوضوء فتقطر فيها قطرات من بول أو دم أو يسقط فيها شيء من العذرة كالبعرة أو نحوها ما الذي يطهّرها حتى يحلّ الوضوء منها للصلاة؟ فوقّع عليه السلام في كتابي بخطّه: ينزح منها دلاء[٢].

احتجّ الآخرون بما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن اسماعيل بن بزيع، عن الرضا عليه السلام قال:ماء البئر واسع لايفسده شيء إلّا أن يتغيّر ريحه أو طعمه فينزح حتى يذهب الريح ويطيب طعمه؛ لأنّ له مادّة[٣].

قوله رحمه الله: «لو لم يكفه المطلق للطهارة فتمّم بالمضاف الطاهر وبقي الاسم صحّ الوضوء به، والأقرب وجوب التتميم».

أقول: وجه القرب انّه مكلّف بالطهارة بالماء المطلق مع التمكّن ولا يتم إلّا بالتتميم المقدور له، وما لايتمّ الواجب إلّا به وكان مقدوراً فهو واجب. وخالف

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١١ في تطهير المياه ح ٧ ج ١ ص ٢٣٧، الاستبصار: ب ٢٠ في البئر يقع فيها.. ح ٥ ج ١ ص ٣٧، وسائل الشيعة: ب ١٧ من أبواب الماء المطلق ح ٢ ج ١ ص ١٣٤.

(٢) الكافي: كتاب الطهارة باب البئر ما يقع فيه ح ١ ج ٣ ص ٥، وسائل الشيعة: ب ١٤ من أبواب الماء المطلق ح ٢١ ج ١ ص ١٣٠.

(٣) الاستبصار: ب ١٧ البئر يقع فيها.. ح ٨ ج ١ ص ٣٣، وسائل الشيعة: ب ١٤ من أبواب الماء المطلق ح ٦ ج ١ ص ١٢٦.

الشيخ رحمه إلله في ذلك حيث قال: لايجب عليه التتميم؛ لأنّه فاقد للماء المطلق فيجوز له التيمّم[١].

قوله رحمه الله: «وأمّا ماء الغسل من الحدث الأكبر فانّه طاهر إجماعاً ومطهّر على الأصحّ».

أقول: ما ذهب إليه المصنّف هو اختيار السيد[٢]، وابن ادريس[٣].

وقال الشيخان[٤] وابنا بابويه[٥]: هو طاهر غير مطهّر.

احتجّ المصنّف وموافقوه بأنّه ماء مطلق طاهر وكلّ ما كان كذلك جاز التطهير به، أمّا الصغرى فمقدّرة، وأمّا الكبرى فلقوله عليه السلام[٦]: الماء يُطهِّر ولا يُطهَّر[٧]. علّق الطهوريّة[٨] على مطلق الماء، وهو ثابت في صورة النزاع.

ولما رواه عبدالله بن مسكان في الصحيح قال: حدّثني صاحب لي ثقة أنّه سأل

---

(١) المبسوط: كتاب الطهارة باب المياه وأحكامها ج ١ ص ٩ ـ ١٠.

(٢) الناصريات «الجوامع الفقهية»: كتاب الطهارة ص ٢١٥ المسألة ٦.

(٣) السرائر: كتاب الطهارة في أحكام المياه ج ١ ص ٦١.

(٤) المقنعة: كتاب الطهارة ب ١٠ المياه وأحكامها ص ٦٤، المبسوط: كتاب الطهارة باب المياه وأحكامها ج ١ ص ١١.

(٥) نقل عن علي بن بابويه في المختلف: كتاب الطهارة الفصل الرابع في الماء المضاف ج ١ ص ٢٣٣، من لايحضره الفقيه: باب المياه وطهرها ونجاستها ذيل الحديث ١٧ ج ١ ص ١٣.

(٦) في هـ: «والمقدّم حقّ لأنّه المقدر فالتالي كذلك بيان الملازمة قوله عليه السلام» بدل قوله: «أمّا الصغرىٰ... فلقوله عليه السلام».

(٧) الكافي: كتاب الطهارة باب طهور الماء ح ١ ج ٣ ص ١، من لايحضره الفقيه: باب المياه وطهرها ح ٢ ج ١ ص ٥، وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب الماء المطلق ح ١ ج ١ ص ٩٩.

(٨) في م١: الطهارة.

أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل ينتهي الى الماء القليل في الطريق فيريد أن يغتسل وليس معه إناء والماء في وهدة[١] إن هو اغتسل رجع غسله في الماء كيف يصنع؟ [قال: ينضح بكف بين يديه وكفاً من خلفه وكفاً عن يمينه وكفاً عن شماله ثمّ يغتسل[٢].

وعن علي بن جعفر، عن أبي الحسن الأوّل عليه السلام قال: سألته عن الرجل يصيب الماء في ساقيه أو مستنقع أيغتسل فيه للجنابة أو يتوضّأ منه للصلاة اذا كان لايجد غيره والماء لايبلغ صاعاً للجنابة ولا مداً للوضوء وهو متفرق، فكيف يصنع به][٣] وهو متخوّف أنّ السباع قد شربت منه؟ فقال: إذا كانت يده نظيفة فليأخذ كفّاً من الماء بيد واحدة فينضحه خلفه وكفّاً أمامه وكفّاً عن يمينه وكفّاً عن شماله، فإن خشي أن لا يكفيه غسل رأسه ثلاث مرّات ثمّ مسح جلده بيده فانّ ذلك يجزئه، وان كان للوضوء غسل وجهه ومسح بيده على ذراعيه ورأسه ورجليه، وان كان الماء متفرّقاً وقدر أن يجمعه وإلّا اغتسل من هذا وهذا، فان كان في مكانٍ واحد قليل لا يكفيه لغسله فلا عليه أن يغتسل ويرجع الماء فيه، فان ذلك يجزئه[٤].

احتجّ الشيخان وموافقوهما بما رواه عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لابأس أن يتوضّأ بالماء المستعمل، فقال: الماء الذي يغسل به

---

(١) الوهدة: الأرض المنخفضة.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٢١ في المياه وأحكامها ح ٣٧ ج ١ ص ٤١٧، وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب الماء المضاف ح ٢ ج ١ ص ١٥٧.

(٣) ما بين المعقوفتين ليس في جميع النسخ، أثبتناه من المصدر، وذلك لاقتضاء السياق.

(٤) تهذيب الأحكام: ب ٢١ في المياه وأحكامها ح ٣٤ ج ١ ص ٤١٦، وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب الماء المضاف ح ١ ج ١ ص ١٥٦.

الثوب أو يغتسل به الرجل من الجنابة لايجوز أن يتوضّأ منه وأشباهه[١].

وأجاب المصنّف: بالمنع من صحّة السند، فانّ في طريق هذه الرواية الحسن بن علي وأحمد بن هلال. أما الحسن فان كان ابن فضال ففيه قول، وأمّا أحمد فانّه من الغلاة، وذمّه العسكري عليه السلام[٢].

قوله رحمه الله: «لا باتمامه كرّاً على الأصح».

أقول: اختلف أصحابنا في الماء القليل إذا وقعت فيه نجاسة غير مغيّرة له هل يطهر باتمامه كرّاً؟

قال الشيخ في الخلاف: إنّه لايطهر[٣]، واختاره المصنّف، ونقله عن ابن الجنيد[٤].

وقال السيد المرتضى: انّه يطهر[٥]، وهو قول سلّار[٦]، وابن البرّاج[٧] وابن ادريس[٨].

احتجّ الأوّلون بأنّ الماء الملقى عليه لاقى نجساً، وكلّ قليل لاقى نجساً نجس، كما لو

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١٠ في المياه وأحكامها ح ١٣ ج ١ ص ٢٢١، وسائل الشيعة: ب ٩ من أبواب الماء المضاف ح ١٣ ج ١ ص ٢١٥.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب الطهارة الفصل الرابع في حكم المضاف... ج ١ ص ٢٣٧.

(٣) الخلاف: كتاب الطهارة المسألة ١٤٧ ج ١ ص ٤٨.

(٤) مختلف الشيعة: كتاب الطهارة الفصل الأوّل في الماء القليل ص ١٧٩.

(٥) جوابات المسائل الرسية الأُولى (رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثانية): المسألة السابعة عشر ص ٣٦١.

(٦) المراسم: ذكر ما يتطهر به وهو المياه ص ٣٦.

(٧) المهذّب: كتاب الطهارة باب المياه وأحكامها ج ١ ص ٢٣.

(٨) السرائر: كتاب الطهارة باب المياه وأحكامها ج ١ ص ٦٣.

لاقى نجاسة. ولأنّ الماء النجس قبل إتمامه نجس بيقين، والأصل بقاء النجاسة.

واحتجّ الآخرون بأنّ النجاسة لو وقعت فيه بعد بلوغ الكرّ لم تؤثّر فيه فكذا قبله اذا حصل البلوغ؛ لانّ الكرّية الرافعة لحكم النجاسة موجودة في الحالين. ولقوله عليه السلام: «إذا بلغ الماء كرّاً لم يحمل خبثاً»[١].

والجواب عن الأوّل: بالفرق، فانّه بعد البلوغ لاينفعل شيء منه عن النجاسة إجماعاً، وأمّا قبل بلوغ الكرّ فقد تحقّق انفعال ذلك البعض قطعاً فافترقا.

وعن الثاني: بالمنع من صحّة النقل، فانّ هذه الرواية رواها الشيخ مرسلة.

قوله رحمه الله: «أوجب بعض هؤلاء الجميع فيما لم يرد فيه نصّ، وبعضهم أربعين».

أقول: القائلين بنجاسة البئر بملاقاة النجاسة من قال: اذا وقعت فيها نجاسة لم يرد من الشارع تقدير ما ينزح لها، ينزح جميع مائها، وهو قول الشيخ في المبسوط[٢]، وابن زهرة[٣]، وابن ادريس[٤]. ومنهم من أوجب نزح أربعين دلواً، وهو صاحب الوسيلة ابن حمزة[٥].

احتجّ الأوّلون بأنّه ماء محكوم بنجاسته، فلا يزول هذا الحكم عنه إلّا بنزح الجميع؛ لعدم نصّ دالّ على غيره، إذ هو المقدّر.

---

(١) عوالي اللآلي: الفصل الرابع ح ١٥٦ ج ١ ص ٧٦.

(٢) المبسوط: كتاب الطهارة باب المياه وأحكامها ج ١ ص ١٢.

(٣) الغنية «الجوامع الفقهية»: كتاب الطهارة فيما يحصل به الطهارة ص ٤٩٠.

(٤) السرائر: كتاب الطهارة باب المياه وأحكامها ج ١ ص ٧١.

(٥) الوسيلة: كتاب الصلاة فصل في بيان أحكام المياه ص ٧٤ ـ ٧٥.

ويمكنْ أن يحتجّ لابن حمزة بوقوع الاتفاق على وجوب نزح الأربعين، والأصل براءة الذمّة ممّا زاد عليها، ومع الشكّ يرجع الى أصالة الطهارة.

قوله رحمه الله: «فلو اتخذ آلة تسع العدد فالأقرب الاكتفاء».

أقول: وجه القرب أنّ الغرض إخراج ذلك القدر من الماء، وهو كما يحصل بالدلاء المتعدّدة يحصل بالدلو الذي يسع ما يحمله مجموع تلك الدلاء فكان مجزئاً.

قوله رحمه الله: «ولو زال تغيّرها بغير النزح والاتصال فالأقرب نزح الجميع، وإن زال ببعضه ـ لو كان ـ على إشكال».

أقول: يريد أنّ النجاسة إذا غيّرت أحد أوصاف ماء البئر ثمّ زال ذلك التغيير من غير نزح ولا اتصلت بالماء الجاري نزح جميع مائها؛ لأنّه ماء حكم بنجاسته إجماعاً، فوجب نزح الجميع؛ لعدم أولويّة بعض من بعض آخر.

هذا إذا لم يعلم مقدار ما يزيل تغيّره من النزح لو كان التغيّر مستمرّاً، أمّا إذا علم انّ قدراً معيّناً يزيل التغيّر لو كان باقياً فانّه يحتمل ذلك أيضاً لعين ما قلناه.

ويحتمل الاكتفاء بنزح ذلك القدر؛ لأنّه يزيل النجاسة حال قوّتها ـ أعني حال وجود التغيّر وانفعال الماء بالنجاسة ـ فعند ضعفها وزوال ذلك الانفعال عن الماء يكون أولى.

وانّما كان الأوّل من الوجهين أقرب؛ لأنّ نجاسة الماء متيقّنة، فلا تزول إلّا بيقين مثله، ولا يقين بدون نزح الجميع، فكان نزح الجميع أولى.

قوله رحمه الله: «ومع انقلاب أحدهما فالوجه الوضوء والتيمّم».

أقول: لو كان عنده إناءان أحدهما مطلق والآخر مضاف ثمّ انقلب أحدهما ولا يعلم أهو المطلق أو المضاف فالوجه أنّه يتطهّر[1] من ذلك الاناء الباقي ويتيمّم؛ لأنّه يجب عليه تحصيل الطهارة بيقين، ولا يقين بدون ما قلناه، إذ لو تيمّم لأمكن أن يكون الباقي هو المطلق، فيكون قد تيمّم مع وجود الماء، فيكون تيمّمه باطلاً.

ويحتمل ضعيفاً وجوب التيمّم؛ لأنّه فاقد لما يعلمه ماء مطلقاً.

قوله رحمه الله: «وكذا يصلّي في الباقي من الثوبين وعارياً مع احتمال الثاني خاصّة».

أقول: يريد لو كان عنده ثوبان نجس وطاهر ثمّ عدم أحدهما ولا يعلم حال الثوب الباقي هل هو الطاهر أم النجس؟ فانّه يصلّي في ذلك الثوب الصلاة الواحدة، ثمّ ينزعه ويصلّي تلك الصلاة عارياً ليحصل له يقين البراءة.

ويحتمل ضعيفاً أن يصلّي عارياً؛ لأنّ الأصل براءة ذمّة المكلّف من صلاة أُخرى، وحكم المشتبه بالنجس حكم النجس، فيكون كمن عنده ثوب نجس فانّه يصلّي عارياً مرةً واحدةً لاغير.

قوله رحمه الله: «ولو اشتبه بالمغصوب وجب اجتنابهما، فان تطهّر بهما فالوجه البطلان».

أقول: وجه البطلان انّه محرّم عليه استعمال المغصوب، ويجب عليه تركه،

---

(١) في م٢: «يتوضّأ».

ولايتم إلّا بترك استعمالها، وما لايتم الواجب إلّا به كان واجباً، فاستعمالها يكون منهيّاً عنه، والنهي في العبادة يقتضي الفساد.

ويحتمل ضعيفاً الصحّة؛ لأنّه بعد الفراغ يقطع على انّه تطهّر طهارة بماءٍ مملوك، ووجه ضعفه أنّ المملوك عند اشتباهه بالمغصوب يكون استعماله حراماً، فلايجزئ الطهارة به.

قوله رحمه الله: «وهل يقوم ظنّ النجاسة مقام العلم؟ فيه نظر، أقربه ذلك، إن استند الى سبب وإلّا فلا».

أقول: وجه القرب أنّ اعتقاد نجاسته راجح متأكد بالاستناد الى سبب النجاسة، امّا مع تجرّد الظن عن السبب يكون ضعيفاً بمعارضة أصالة الطهارة.

قوله رحمه الله: «فان عارضهما مثلهما فالوجه إلحاقه بالمشتبه».

أقول: لو شهد عدلان بنجاسة أحد الاناءين وشهد آخران بأنّ النجس هو الآخر على وجه التعارض بحيث لايمكن الجمع بينهما، بأن شهد الأوّلان بأنّهما شاهدا كلباً معيّناً ولغ في إناء بعينه من الاناءين، وشهد آخران بأنّ ذلك الاناء في ذلك الوقت كان وراء باب مغلق وقد شاهدا ذلك الكلب في ذلك الوقت قد ولغ في الآخر. قال الشيخ: يكون الماء على أصل الطهارة فيهما جميعاً، سواء أمكن الجمع أو لا. قال: ولو قلنا: إن أمكن الجمع حكم بنجاستهما كان قوياً؛ لأنّ وجوب قبول

شهادة الشاهدين معلوم من الشرع، وليستا متنافيين[١]. ولم يتعرّض لما لايمكن فيه الجمع بينهما الذي هو محلّ البحث هاهنا.

وقال ابن ادريس ـ بعد حكمه بنجاستهما على تقدير إمكان الجمع ـ: وان لم يمكن الجمع أُقرع. ثمّ استبعد القرعة في الأواني والثياب، وقال: لا أولويّة في العمل باحدى الشهادتين دون الأُخرى فيطرح الجميع؛ لأنّه ماء طاهر في الأصل وقد حصل الشكّ في النجاسة. ثمّ استقر رأيه وفتواه على نجاسة الجميع، قال: لأنّ كلّاً من الشهادتين قد أثبت ما نفته الأُخرى[٢].

والمصنّف اختار في مسائل الخلاف الطهارة، بناءً على الأصل السالم عن معارضة يقين النجاسة أو ظنّها؛ لأنّ كلّاً من الشهادتين انّما يثمر الظنّ مع عدم معارضتها، وعند التعارض وعدم الأولويّة يحصل الشكّ، والشكّ في النجاسة لايجامع حكم الطهارة المعلوم أوّلاً، ثمّ قال فيه: لايقال: يحكم بنجاسة أحد الاناءين، للعلم بصدق إحدى الشهادتين، فيكون بمنزلة الاناءين المشتبهين. لأنّا نقول: نمنع حصول العلم بنجاسة أحد الاناءين وصحّة إحدى الشهادتين؛ لأنّ صحّة الشهادة انّما تثبت مع انتفاء المكذّب، أمّا مع وجوده فلا، على أنّه لو قيل بذلك كان وجهاً ـ وهو إشارة الى ما يختاره في هذا الكتاب ـ ثمّ أشار الى وجه ترجيح هذا القول، بأن قال: ولهذا يردّه المشتري[٣].

وأقول لقائل: أن يمنع ردّ المشتري على تقدير الحكم بطهارتهما وجواز استعمالهما

---

(١) المبسوط: كتاب الطهارة باب المياه وأحكامها ج ١ ص ٨.

(٢) السرائر: كتاب الطهارة باب المياه وأحكامها ج ١ ص ٨٧.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب الطهارة الفصل الرابع في الماء المضاف ج ١ ص ٢٥١.

في رفع الحدث وإزالة النجاسة، وإنّما يكون له الردّ لو حكم بالنجاسة فيهما وإلحاقه بالمشتبه، وكلاهما يرد عليه المنع.

وأقول أيضاً: وجه إلحاقهما بالمشتبه: انّ الشهود الأربعة اتفقوا جميعاً على نجاسة أحد الإناءين، وانّما وقع التعارض في تعيين ذلك النجس، ولا نعني بالمشتبه إلّا ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو اشتبه استناد موت الصيد في القليل الى الجرح أو الماء احتمل العمل بالأصلين، والوجه المنع».

أقول: العمل بالأصلين يقتضي الحكم بطهارة الماء؛ لأنّ الأصل فيه الطهارة وتحريم أكل الصيد؛ لأنّ الأصل عدم حصول شرائط التذكية فتكون منفية.

ووجه هذا الاحتمال: ما ثبت أنّه عند التردّد في نجاسة الماء أو طهارته يرجع الى أصالة الطهارة، وعند التردّد في حصول الشرائط المبيحية لأكل الصيد، وتحقّق الشكّ فيما به فقدت حياته يحكم بتحريمه، بناء على انّ الأصل عدم حصول الشرائط.

ووجه المنع: انّ ذلك حكم بالجمع بين المتنافيين، إذ قد وجد حيوان مفقود الحياة محكوم بكونه ميتةً في ماء قليل فيحكم بنجاسته حينئذٍ، والحكم بطهارته على هذا التقدير جمع بين النقيضين وهو محال.

قوله رحمه الله: «ولا يطهر العجين النجس بخبزه بل باستحالته رماداً، وروي بيعه على مستحلّ الميتة أو دفنه».

أقول: الرواية الأُولى اشارةً الى ما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن أبي

عمير، عن بعض أصحابنا ـ وما أحسبه إلّا حفص بن البختري ـ قال: قيل لأبي عبدالله عليه السلام: في العجين يعجن من الماء النجس كيف يصنع به؟ قال: يباع على من يستحلّ أكل الميتة[١].

والرواية الأُخرى إشارةً الى ما رواه الشيخ في الصحيح عن ابن أبي عمير، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: يدفن ولا يباع[٢].

وأقول: لو قيل: كيف الجمع بين الروايتين فانّ إحداهما تضمّنت جواز البيع والأُخرى النهي عنه؟

قلنا: الأُولى: تضمّنت جواز بيعه على مستحلّ الميتة، والثانية: النهي عن مطلق البيع الذي يمكن اضافته الى مستحلّي الميتة ومحرّميها، ولا يلزم من النهي عن مطلق البيع النهي عن كلّ واحد من افراده، مع احتمال كون النهي للتنزيه، أو يكون السؤال ممّن لا يجد من يستحلّ الميتة.

قوله رحمه الله: «والأقرب طهارة المسوخ».

أقول: أقرب المذهبين عند المصنّف طهارة المسوخ، خلافاً للشيخ فانّه قال في الخلاف: لا يجوز بيع القرد؛ لأنّه مسخ نجس[٣]، وتبعه سلّار[٤]، وابن حمزة[٥].

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١١ في المياه وأحكامها ح ٢٤ ج ١ ص ٤١٤، وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب الأسآر ح ١ ج ١ ص ١٧٤

(٢) تهذيب الاحكام: ب ١١ في المياه وأحكامها ح ٢٥ ج ١ ص ٤١٤، وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب الأسآر ح ١ ج ١ ص ١٧٤.

(٣) الخلاف: كتاب البيوع المسألة ٣٠٦ ج ٣ ص ١٨٣.

(٤) المراسم: كتاب المكاسب ص ١٧٠.

(٥) الوسيلة: كتاب البيع فصل في بيع الحيوان ص ٢٤٨.

ووجه قرب ما اختاره المصنّف ما رواه الفضل أبو العباس في الصحيح قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن فضل الهرّة والشاة والبقرة والإبل والحمار والخيل والبغال والوحش والسباع، قال: فلم أترك شيئاً إلّا سألته عنه، فقال: لابأس به، حتى انتهيت الى الكلب فقال: رجس نجس[1]. ولأصالة الطهارة.

احتجّ الشيخ ومن تبعه بتحريم البيع، وليس المانع إلّا نجاستها[2].

وردّ بمنع المقدّمة الثانية.

قوله رحمه الله: «ومن عدا الخوارج والغلاة والنواصب والمجسّمة من المسلمين».

أقول: المختار عند المصنّف طهارة كلّ مسلم وان لم يكن محقّاً غير الفرق الأربع الذين ينتمون الى الاسلام، وهم: الخوارج: الذين يكفّرون علياً عليه السلام وعثمان. والغلاة: وهم الذين يعتقدونه إلهاً، تعالى الله عمّا يقولون علواً كبيراً. والنواصب: وهم المعلنون بالبغضاء والشنآن لآل محمد عليهم السلام. والمجسّمة: وهم الذين يعتقدون أنّ الله تعالى جسم حقيقةً، سبحانه وتقدّس عمّا يفتريه المبطلون.

ووجه قرب طهارة ما عدا هذه الفرق من أصناف المسلمين أنّه مسلم فيكون طاهراً؛ لوقوع الاجماع على أنّ الاسلام هو أحد المطهّرات، بمعنى أنّه إذا أسلم الكافر طَهر بالاسلام وهو ظاهر.

---

(١) تهذيب الأحكام: باب في المياه وأحكامها ح ٢٩ ج ١ ص ٢٢٥، وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب الأسآر ح ٤ ج ١ ص ١٦٣ وفيه: «عن الفضل عن العباس».

(٢) الخلاف: كتاب البيوع المسألة ٣٠٦ ج ٢ ص ٨١

قوله رحمه الله: «والفأرة».

أقول: أقرب المذهبين عند المصنّف طهارة الفأرة، خلافاً للشيخ؛ حيث أوجب غسل الثوب إذا أصابته برطوبة[١]. وهو اختيار المفيد[٢] وسلّار[٣]. وما اختاره المصنّف هو اختيار ابن ادريس[٤].

ووجه القرب أصالة الطهارة، ولعدم انفكاك المتناول منها غالباً، فالتحرّز عنها حرج منفيّ بقوله تعالى: ﴿ما جعل عليكم في الدين من حرج﴾[٥]، ولما رواه الفضل أبو العباس، وقد تقدّم.

احتجّ الشيخان وموافقوهما بما رواه علي بن جعفر في الصحيح، عن أخيه موسى عليه السلام قال: سألته عن الفأرة الرطبة قد وقعت في الماء تمشي على الثياب أيصلّي فيها؟ قال: اغسل ما رأيت من أثرها، وما لم تره فانضحه بالماء[٦].

والجواب: الحمل على الاستحباب جمعاً بين الأدلّة.

قوله رحمه الله: «والوزغة».

أقول: أقرب المذهبين طهارة الوزغة، وهو مذهب ابن ادريس[٧]، خلافاً

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الطهارة في تطهير الثياب... ج ١ ص ٢٦٧.

(٢) المقنعة: كتاب الطهارة باب في تطهير الثياب... ص ٧٠.

(٣) المراسم: ص ٥٦.

(٤) السرائر: كتاب الطهارة باب تطهير الثياب من النجاسات ج ١ ص ١٨٧.

(٥) الحج: ٧٨.

(٦) تهذيب الأحكام: ب ١٢ تطهير الثياب وغيرها من النجاسات ح ٤٨ ج ١ ص ٢٦١، وسائل الشيعة: ب ٣٣ من أبواب النجاسات ح ٢ ج ٢ ص ١٠٤٩.

(٧) السرائر: كتاب الطهارة باب تطهير الثياب ج ١ ص ١٨٧.

للشيخين[١] ووجه القرب ما تقدّم.

احتجا بما رواه معاوية بن عمّار في الصحيح قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الفأرة والوزغة تقع في البئر، قال: ينزح منها ثلاث دلاء[٢].

والجواب: لايدلّ على محل النزاع، إذ وجوب النزح بسبب الموت لايقتضي نجاستها حيةً.

قوله رحمه الله: «والثعلب والأرنب».

أقول: أقرب المذهبين عنده طهارة الثعلب والأرنب، وهو اختيار ابن ادريس[٣]، خلافاً للشيخ[٤]، وابن البرّاج[٥]، وأبي الصلاح[٦].

ووجه القرب ما تقدم من دلالة عموم نفي الحرج، ورواية الفضل، والعمل بالأصل.

احتجّ الآخرون بما رواه يونس، عن بعض أصحابه، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته هل يجوز أن يمسّ الثعلب والأرنب أو شيئاً من السباع حياً أو ميتاً؟ قال:

---

(١) المقنعة: كتاب الطهارة باب تطهير الثياب و.. ص ٧٠، النهاية ونكتها: كتاب الطهارة باب تطهير الثياب ج ١ ص ٢٦٧.

(٢) تهذيب الأحكام: باب ١١ في تطهير المياه من النجاسات ح ١٩ ج ١ص٢٣٨،وسائل الشيعة: ب ١٨ من أبواب الماء المطلق، ح ٢ ج ١ ص ١٣٧.

(٣) السرائر: كتاب الطهارة باب تطهير الثياب ج ١ ص ١٨٧.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الطهارة باب تطهير الثياب ص ٢٦٧.

(٥) المهذّب: كتاب الطهارة باب فيما يتبع الطهارة ج ١ ص ٥١.

(٦) الكافي في الفقه: فصل في النجاسات ص ١٣١.

لايضرّه ولكن يغسل يده[١].

والجواب: الحمل على الميتة؛ لقوله: «يغسل يده» إذا مسّها ميتةً، جمعاً بين الأدلة.

قوله رحمه الله: «وعرق الجنب من الحرام».

أقول: أقرب المذهبين عنده طهارة عرق الجنب من الحرام، وهو اختيار ابن ادريس[٢]، وسلّار[٣]. خلافاً للشيخين حيث أوجب غسل الثوب منه[٤]، ولأبي جعفر ابن بابويه حيث قال: يحرم الصلاة في ثوبٍ أصابه عرق الجنب من الحرام[٥].

ووجه القرب انّ الأصل الطهارة، ولأنّ الجنب من الحرام ليس بنجس، فلا ينجس عرقه كبصاقه.

احتجّوا بما رواه الحلبي في الحسن قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل أجنب في ثوبه وليس معه ثوب غيره، قال: يصلّي فيه، واذا وجد الماء غسله[٦].

وحملها الشيخ على أنّ المراد اذا عرق فيه من حرام. ولايخفى بعده، فانّ السؤال

---

(١) تهذيب الأحكام: باب ١٢ في تطهير الثياب ح ٥٠ ج ١ ص ٢٦٢، وسائل الشيعة: ب ٦ من أبواب غسل المسّ ح ٤ ج ٢ ص ٩٣٥.

(٢) السرائر: كتاب الطهارة باب تطهير الثياب ج ١ ص ١٨١.

(٣) المراسم: كتاب الطهارة في تطهير الثياب ص ٥٦.

(٤) المقنعة: كتاب الطهارة باب ١٢ في تطهير الثياب و.. ص ٧١، النهاية ونكتها: كتاب الطهارة باب تطهير الثياب ج ١ ص ٢٦٨.

(٥) من لايحضره الفقيه: باب ما ينجّس الثوب.. ذيل الحديث ١٥٣ ج ١ ص ٦٧.

(٦) تهذيب الأحكام: ب ١٢ في تطهير الثياب ح ٨٦ ج ١ ص ٢٧١، وسائل الشيعة: ب ٢٧ من أبواب النجاسات ح ١١ ج ٢ ص ١٠٣٩.

عمّن أجنب في ثوبه.

قوله رحمه الله: «وعرق الابل الجلّالة».

أقول: أقرب المذهبين عنده طهارة عرق الابل الجلّالة، وهو اختيار ابن ادريس[١]، وسلّار[٢]. خلافاً للشيخين[٣] وابن البرّاج[٤] حيث أوجبوا غسل الثوب من ذلك. ووجه القرب ما تقدّم.

احتجّ الآخرون برواية هشام بن سالم الصحيحة، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لاتأكلوا لحوم الجلّالة، وان أصابك شيء من عرقها فاغسله[٥].

والجواب: يحمل على الاستحباب جمعاً بين الأدلّة.

قوله رحمه الله: «والأقرب في المتفرّق الازالة إن بلغه لو جمع».

أقول: اعلم أنّه لا خلاف في وجوب إزالة الدم من الثوب والبدن في الصلاة إن زاد على مقدار الدرهم مجتمعاً، وانّه لايجب إزالته اذا نقص عن مقدار الدرهم،

---

(١) السرائر: كتاب الطهارة باب تطهير الثياب ج ١ ص ١٨١ وفيه: «وعرق الإبل الجلّالة يجب إزالته على ما ذهب اليه بعض أصحابنا دون عرق غيرها من الجلّالات».

(٢) المراسم: كتاب الطهارة في تطهير الثياب ص ٥٦.

(٣) المقنعة: كتاب الطهارة باب ١٢ في تطهير الثياب و.. ص ٧٠، النهاية ونكتها: كتاب الطهارة باب تطهير الثياب ج ١ ص ٢٦٨.

(٤) المهذّب: كتاب الطهارة باب فيما يتبع الطهارة ج ١ ص ٥١.

(٥) الكافي: باب لحوم الجلّالات و.. ح ١ ج ٦ ص ٢٥٠، تهذيب الأحكام: ب ١٢ في تطهير الثياب و.. ح ٥٥ ج ٦ ص ٢٦٣.

وانّما الخلاف في ثلاثة مواضع:

الأوّل: الدم إذا بلغ مقدار الدرهم مجتمعاً هل يجب إزالته؟

قال سلّار: لايجب إلّا إذا زاد[١].

وقال الشيخان[٢]، وابنا بابويه[٣]، وابن البرّاج[٤]، وابن ادريس[٥]: يجب إزالته.

الثاني: القائلون بوجوب الازالة اذا بلغ مقدار الدرهم مجتمعاً اختلفوا فيه اذا كان متفرّقاً، بحيث لو جمع لبلغ الدرهم، فاختار ابن ادريس عدم وجوب إزالته[٦].

وقال في المبسوط: الأحوط إزالته[٧]. وشرط في النهاية التفاحش[٨].

الثالث: اذا زاد عن مقدار الدرهم متفرّقاً قال سلّار: يجب إزالته[٩]، وهو مذهب الشيخ[١٠]، خلافاً لابن ادريس.

ولم يتعرّض المصنّف رحمه الله لمقدار الدرهم، فانّه قال: ولو زاد الدم عن سعة

---

(١) المراسم: كتاب الطهارة في تطهير الثياب ص ٥٥.

(٢) المقنعة: كتاب الطهارة باب ١٢ في تطهير الثياب و.. ص ٦٩، النهاية ونكتها: كتاب الطهارة باب تطهير الثياب ص ٢٦٦.

(٣) نقله عنه في السرائر: كتاب الطهارة باب تطهير الثياب ص ١٧٩، الهداية: باب المياه ص ١٥.

(٤) المهذّب: كتاب الطهارة باب فيما يتبع الطهارة ج ١ ص ٥١.

(٥) السرائر: كتاب الطهارة باب تطهير الثياب ج ١ ص ١٧٨.

(٦) المصدر السابق.

(٧) المبسوط: كتاب الطهارة في تطهير الثياب و.. ج ١ ص ٣٦.

(٨) النهاية ونكتها: كتاب الطهارة باب تطهير الثياب ص ٢٦٦.

(٩) المراسم: كتاب الطهارة في تطهير الثياب ص ٥٥.

(١٠) النهاية ونكتها: كتاب الطهارة باب تطهير الثياب ص ٢٦٦، المبسوط: كتاب الطهارة في تطهير الثياب و.. ج ١ ص ٣٥.

الدرهم مجتمعاً وجبت الازالة، والأقرب في المتفرّق الازالة إن بلغه لو جمع. والظاهر انّ الضمير راجع الى الدرهم، فحينئذٍ يكون قد اختار مذهب الشيخ رحمه الله وهو: أنّه لو كان بحيث لو جمع لبلغ الدرهم وجبت إزالته.

ووجه القرب عموم الأدلّة المتناولة لغسل جميع النجاسات، خرج منه ما نقص عن سعة الدرهم؛ للاجماع عليه، فيبقى الباقي داخلاً تحت العموم. ولأنّه أحوط للعبادة.

احتجّ المشترطون الاجتماع بأنّ كلّ واحد لايجب إزالته فالمجموع كذلك.

والجواب: نمنع الملازمة.

احتجّ المشترطون للزيادة على مقدار الدرهم برواية محمد بن مسلم في الحسن قال: فاذا كنت قد رأيته وهو أكثر من مقدار الدرهم فضيّعت غسله وصلّيت فيه صلاة كثيرة فأعد ما صلّيت فيه[1]. قيّد بقوله: «وهو أكثر من الدرهم» فدلّ على أنّ ما لم يزد لايوجب الاعادة.

والجواب: دلالة المفهوم ضعيفة.

قوله رحمه الله: «وفي تطهير الكلب أو الخنزير إذا وقعا في المملحة فصارا ملحاً، والعذرة إذا امتزجت بالتراب وتقادم عهدها حتى استحالت تراباً نظر».

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١٢ في تطهير الثياب ح ٢٣ ج ١ ص ٢٥٤، وسائل الشيعة: ب ٢٠ من أبواب النجاسات ح ٦ ج ٢ ص ١٠٢٧.

أقـول: وجه النظر من حيث تعلّق النجاسة على مسمّى تلك الأعيان النجسة وصورتها النوعية وقد عدمت فتزول النجاسة، كما لو انقلب الخمر خلّاً، ومن بقاء شيء من أجزائها وجزء النجس نجس.

قوله رحمه الله: «اللبن إذا كان مـاؤه نجسـاً أو نجاسة طهر بالطبخ على إشكال».

أقـول: وجه الاشكال من حيث زوال تلك الرطوبات بالنار التي هي أعظم تجفيفاً من الشمس المطهّرة للأرض من النـجاسة. ولروايـة ابـن أبي عـمير، عـن الصادق عليه السلام قال: أكلت النار ما فيه[1].

ومن أنّ النار إنّما تطهّر ما أحالته بأن صيّرته رماداً، إذ حمل النار على الشمس ممنوع، إذ هو محض القياس. والحديث وقع جواباً عن الماء الذي وقعت فيه مـيتة وعجن به عجين وخبز، فيمكن أن يكون ذلك الماء كثيراً.

قوله رحمـه الله: «وهـل يحـرم اتخـاذها لغـير الاستعمال كـتزيين المجـالس؟ فـيه نـظر، أقـربه التحريم».

أقـول: وجه النظر من حيث إنّه سرف وإضاعة المال المنهي عنه، كما تضمّنه الحديث المشهور. وهو اختيار الشيخ في المبسوط[2].

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢١ في المياه وأحكامها ح ٢٣ ج ١ ص ٤١٤، وسائل الشيعة: ب ١٤ من أبواب الماء المطلق ح ١٨ ج ١ ص ١٢٩.

(٢) المبسوط: كتاب الطهارة باب حكم الاواني و.. ج ١ ص ١٣.

ومن حيث إنّ النهي في الأواني انّما ورد في استعمالها، فلا يتناول اتخاذها لغيره. وكونه إضاعة للمال ممنوع، بل هو حفظاً له، ووجه قرب التحريم انّه إخراج لها عن المنفعة المخلوقَين لها[١]، وهي الانفاق ومواساة الفقير، مع اشتماله على السرف والخيلاء، وكلّ ذلك يناسب التحريم. واختار المصنّف في الخلاف الجواز[٢].

قوله رحمه الله: «وقيل: يجب اجتناب موضع الفضة».

أقول: القائل بذلك هو الشيخ في المبسوط[٣]، لرواية الحلبي، عن الصادق عليه السلام قال: لاتأكل في آنية من فضة، ولا في آنية مفضضة[٤].

قوله رحمه الله: «ولو غسله بالماء عوض التراب لم يطهر على إشكال».

أقول: وجه الاشكال من حيث إنّ الماء أقوى المطهّرات لاجتماع وصفي الطهارة والتطهير لغيره فيه دون غيره، واذا كانت الطهارة تحصل بالأضعف فحصولها بالأقوى أولى.

ومن حيث إنّ الأمر في كيفيّة غسلها بالتراب فلا يجزئ غيره، ويمنع كون الماء أبلغ، فانّ مجموع الماء والتراب أبلغ من الماء وحده.

---

(١) في هـ: «.. المنفعة المخلوقة لهما..».

(٢) مختلف الشيعة: كتاب الطهارة الفصل الثاني في أحكام النجاسات ج ١ ص ٤٩٥.

(٣) المبسوط: كتاب الطهارة باب حكم الاواني و.. ج ١ ص ١٣.

(٤) تهذيب الأحكام: باب ٢ في الذبائح والاطعمة و.. ح ١٢١ ج ٩ ص ١٢١، وسائل الشيعة: باب ٦٦ من أبواب النجاسات ح ١ ج ٢ ص ١٠٨٥.

قوله رحمه الله: «ويجب في النيّة القصد الى رفع الحدث، أو استباحة فعل مشروطٍ بالطهارة والتقرب الى الله تعالى، وأن يوقعه لوجوبه أو لندبه لوجههما على رأي».

أقول: يجب عند المصنّف في نيّة الطهارة القصد بها الى الأُمور الاربعة، أعني رفع الحدث، أو الاستباحة والتقرب الى الله تعالى، وأن يوقعها لوجوبها أو لندبها، أو لوجههما.

وقال في المبسوط: كيفيّتها أن ينوي رفع الحدث، أو استباحة فعلٍ من الأفعال التي لايصحّ فعلها إلّا بطهارة[١]. والظاهر أنّ مراده ذلك مع نيّة الوجوب أو الندب والتقرب، فيكون حينئذٍ هو الذي اختاره المصنّف.

وقال أبو الصلاح: حقيقة النيّة العزم عليه ـ يعني: الوضوء بصفاته المشروعة ـ لرفع الحدث واستباحة الصلاة لوجوبه قربة الى مكلّفه سبحانه[٢].

وقال في النهاية: بالاكتفاء بنيّة القربة[٣]. وابن سعيد زاد عليها الوجوب أو الندب لاغير[٤].

---

(١) المبسوط: كتاب الطهارة وجوب النيّة في الطهارة ج ١ ص ١٩.

(٢) الكافي في الفقه: فصل في النجاسات ص ١٣٢.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الطهارة باب آداب الحدث و.. ص ٢٢٠.

(٤) الجامع للشرائع: كتاب الطهارة باب الوضوء ص ٣٥.

والاستدلال هنا في موضعين:

أحدهما: في وجوب نيّة رفع الحدث أو الاستباحة، خلافاً لما ذكره في النهاية، وابن سعيد. وتقريره: إنّ قوله تعالى: ﴿إذا قُمتم الى الصلاة فاغسلوا وُجُوهَكُمْ..﴾[1] أي لأجل الصلاة؛ لأنّه المتعارف لغةً، وأمّا نيّة رفع الحدث فلاستلزامه الاستباحة.

والثاني: عدم وجوب الأمرين جميعاً، خلافاً لأبي الصلاح. وتقريره: إنّ من نوى أحد الأمرين يجب أن يحصل له مانواه؛ لقوله عليه السلام: «لكلّ امرئٍ ما نوى»[2]. وهو يقتضي أنّه إذا نوى الاستباحة وحدها استباح الصلاة، أو رفع الحدث وحده ارتفع حدثه، وهو المطلوب.

قوله رحمه الله: «وذو الحدث الدائم كالمبطون وصاحب السلس والمستحاضة ينوي الاستباحة، فان اقتصر على رفع الحدث فالأقوى البطلان».

أقول: وجه القوّة أنّه نوى شيئاً محالاً؛ لأنّ رفع الحدث مع وجوده محال فلا يكون صحيحاً. ويحتمل ضعيفاً الاجزاء؛ لاستلزام رفع الحدث الاستباحة، فكأنّه بنيّة ملزوم الاستباحة قد نواها.

قوله رحمه الله: «ولو ضمّ التبرّد صحّ على إشكال».

---

(١) المائدة: ٦.

(٢) تهذيب الأحكام: باب ١٤ في نيّة الصيام ح ٢ ج ٤ ص ١٨٦، وسائل الشيعة: باب ٥ من أبواب مقدمة العبادات ح ١٠ ج ١ ص ٣٤.

أقـول: منشأه احتمال الاجزاء من حيث انّه فعل الواجب وزيادة لاتنافيه، كما قاله الشيخ في المبسوط[١].

ومن حيث إنّه اذا كان للتبرّد فدخل في الداعي لم يتحقق الاخلاص في النيّة وهو واجب؛ لقوله تعالى: ﴿وما أُمِرُوا إلّا ليَعبُدوا الله مُخلِصِينَ...﴾[٢].

قوله رحمه الله: «لو عزبت النيّة في الأثناء صحّ الوضوء وان اقترنت بغسل الكفّين، نعم لو نوى التبرّد في باقي الأعضاء بعد عزوب النيّة فالوجه البطلان».

أقـول: هذا تفريع على عدم قدح نيّة التبرّد في الوضوء، فلو نواه بعد عزوب نيّة الطهارة لكانت طهارته باطلة؛ لأنّ غسل باقي الأعضاء بمجرد التبرّد. ويحتمل ضعيفاً صحّة الطهارة، إذ ضمّ التبرّد غير مبطل؛ لأنّا نبحث على تقديره، واستحضار النيّة فعلاً بعد وقوعها وهو في محلّها غير واجب، إذ الواجب انّما هو الاستمرار عليها حكماً.

قوله رحمه الله: «ولو نوى ما يستحبّ له كقراءة القرآن فالأقوىٰ الصحّة».

أقـول: منع الشيخ[٣]، وابن ادريس[٤] من ذلك. واحتجّ المصنّف بأنّه نوى شيئاً

---

(١) المبسوط: كتاب الطهارة في وجوب النيّة في الطهارة ج ١ ص ١٩.

(٢) البيّنة: ٥.

(٣) المبسوط: كتاب الطهارة في وجوب النيّة في الطهارة ج ١ ص ١٩.

(٤) السرائر: كتاب الطهارة في كيفيّة الوضوء ج ١ ص ٩٨.

لايحصل إلّا برفع الحدث؛ لأنّه نوى المستحب، وانّما يحصل برفع الحدث في ضمن نيّة رفع الحدث.

قوله رحمه الله: «لو شكّ في الحدث بعد يقين الطهارة الواجبة فتوضّأ احتياطاً ثمّ تيقّن الحدث فالأقوى الاعادة».

أقول: وجه القوّة أنّه أوقع الواجبُ مع عدم الجزم بوجوبه فلا يكون مجزئاً.

قوله رحمه الله: «لو اغفل لمعةً في الأُولى فانغسلت في الثانية على قصد الندب فالأقوى البطلان».

أقول: وجه القوّة انّه فعل الواجب بنيّة الندب.

قوله رحمه الله: «أمّا لو نوى غسل الوجه عنده لرفع الحدث وغسل اليمنى عنده لرفع الحدث وهكذا فالأقرب الصحّة».

أقول: وجه القرب أنّه نوى كلّ واحدٍ من الواجبات مقارناً لفعله، فكان أولى من تقديم النيّة على الأفعال، ولأنّ نيّة كلّ واحدٍ على وجه التفصيل أولى من نيّة المجموع مجملاً، فاذا كانت النيّة المجملة مجزئة كانت المفصلة أولى بالاجزاء.

قوله رحمه الله: «لو دخل الوقت في أثناء المندوبة فأقوى الاحتمالات الاستئناف».

أقـول: الاحتمالات هنا ثلاثة:

أحدها: الاتمام؛ لأنّ محلّ النيّة عند غسل الوجه، وقد فعله على الوجه المشروع فيكون مجزئاً.

والثاني: الاتمام بشرط أن ينوي الوجوب في باقي الأفعال التي يفعلها بعد دخول الوقت؛ لأنّه حينئذٍ مكلّف بالطهارة على وجه الوجوب، فلو فعلها بنيّة النـدب أو استمرّ على نيّة الندب السابقة لكان قد أوقع الواجب بنيّة الندب، وهو باطل.

الثالث: الاستئناف ـ وهو أقواها ـ؛ لأنّ نيّة الندب غير كافية؛ لما قلناه، ونـيّة الوجوب حينئذٍ يقتضي أن تكون الطهارة مبعّضة، أي بعض اجزائها بنيّة الوجوب وبعضها بنيّة الندب، وهو ظاهر البطلان، فتعيّن الاستئناف، ولأنّه أحوط.

قوله رحمه الله: «فان زال السبب ففي الاعـادة من غير حدثٍ إشكال».

أقـول: يريد لو مسح على خفّ أو غيره لضرورة أو تقيّة صحّت طهارته ما دام السبب موجوداً، فاذا زال السبب ففي وجوب إعادتها لغيرها مـن الصـلوات إشكال.

ينشأ من أنّها طهارة شرّعت للضرورة فتتقدر بقدر الضرورة وقد زالت.

ومن أنّها طهارة رفعت الحدث ولم يتعقبها حدث يزيلها فكان حكمها باقياً.

قوله رحمه الله: «وناذر الوضوء موالياً لو أخلّ بها فالأقرب الصحّة والكفّارة».

أقـول: ناذر الوضوء موالياً اذا تعلّق نذره بزمان معيّن لو أخلّ بالموالاة فـلا

شكّ في وجوب كفّارة خلف النذر، أمّا الوضوء فهل يصحّ أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: عدم الصحة؛ لوقوعه على خلاف ما نذره، واخلاله فيه بالواجب فيكون باطلاً.

وثانيهما: الصحّة، وهو الأقرب.

ووجه القرب أنّ النذر لم يكن مقتضياً لوجوب الموالاة، فانّها قبل النذر كانت واجبة، ومع ذلك لو أخلّ بها مع عدم جفاف السابق يكون وضوؤه صحيحاً، وانّما تكون فائدة النذر وجوب الكفّارة لو أخلّ بما نذره، ونحن نقول به.

قوله رحمه الله: «والأشهر التحريم في الثالثة».

أقول: تحريم الغسلة الثالثة للوجه واليدين في الوضوء هو اختيار الشيخ[١]، وابن بابويه[٢]، وأبي الصلاح[٣]، وابن ادريس[٤]، وأكثر أصحابنا. خلافاً لأبي علي ابن الجنيد[٥]، والمفيد[٦]، والحسن بن أبي عقيل[٧] حيث قالوا: هي تكلّف.

قوله رحمه الله: «ومسّ كتابة القرآن، إذ يحرم مسّها على الأقوى».

---

(١) المبسوط: كتاب الطهارة في كيفيّة الوضوء و.. ج ١ ص ٢٣.

(٢) المقنع: كتاب الطهارة باب الوضوء ص ٤.

(٣) الكافي في الفقه: الفصل الثالث في أحكام الوضوء ص ١٣٢.

(٤) السرائر: كتاب الطهارة في كيفيّة الوضوء ج ١ ص ١٠٠.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطهارة الفصل الثالث في كيفيّة الوضوء ج ١ ص ٢٨٥.

(٦) المقنعة: كتاب الطهارة باب ٤ في صفة الوضوء ص ٤٩.

(٧) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطهارة الفصل الثالث في كيفيّة الوضوء ج ١ ص ٢٨٥.

أقـول: كما أنّ الوضوء يستباح به الصلاة والطواف إجماعاً فكذلك يستباح به مسّ كتابة القرآن، بناءً على انّ الأقوى عنده انّ المحدث يحرم عليه مسّ كتابة القرآن، وهو قول أبي الصلاح[١]، وأحد قولي الشيخ ذكره في الخلاف[٢]. والقول الآخر له: إنّه مكروه ذكره في المبسوط[٣]، واختاره ابن البرّاج[٤]، وابن ادريس[٥].

ووجه قوّة القول بالتحريم قوله تعالى: ﴿لايمسّه إلّا المطهّرون﴾[٦]، ولما رواه أبو بصير قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عمّن قرأ في المصحف وهو على غير وضوء، قال: لابأس، ولايمسّ الكتابة[٧].

واستناد القائلين بالجواز الى أصالة الجواز يندفع بما ذكرناه.

قوله رحمه الله: «وفي الاستئناف مع الزوال إشكال».

---

(١) الكافي في الفقه: الفصل الاول في تعيين شروط الصلاة ص ١٢٦.

(٢) الخلاف: كتاب الطهارة في ترتيب الوضوء المسألة ٤٦ ج ١ ص ١٧.

(٣) المبسوط: كتاب الطهارة في كيفيّة الوضوء ج ١ ص ٢٣.

(٤) المهذّب: كتاب الطهارة باب أقسام الطهارة ج ١ ص ٣٢.

(٥) السرائر: كتاب الطهارة باب في أحكام الطهارة... ج ١ ص ٥٧، وفيه: «والوضوء على ضربين: واجب وندب، فالواجب هو الذي يجب لأسباب الصلاة الواجبة أو الطواف الواجب، لا وجه لوجوبه إلّا لهذين الوجهين».

(٦) الواقعة: ٧٩.

(٧) تهذيب الأحكام: ب ٦ في حكم الجنابة و.. ح ٣٤ ج ١ ص ١٢٧، وسائل الشيعة: ب ١٢ من أبواب الوضوء ح ١ ج ١ ص ٢٦٩.

أقـول: القائل بالاستئناف مع زوال العذر هو قول الشيخ في المبسوط[١]، وقد تقدّم وجه الاشكال.

قوله رحمه الله: «وإلّا فلا التفات في الوضـوء والمرتمس والمعتاد على إشكال».

أقـول: يريد انّه اذا شكّ المكلّف في شيءٍ من أفعال الطهارة بعد انصرافه من حال الطهارة فأمّا أن يكون المشكوك فيه من أفعال الوضوء، أو من أفعال الغسل.

ففي الوضوء لا يلتفت؛ لورود النصّ فيه، وهو قول الصادق عليه السلام فيما رواه عنه عبدالله بن أبي يعفور قال: إذا شككت في شيء من الوضوء وقد دخلت في غيره فليس شكّك بشيء، انّما الشكّ إذا كنت في شيء لم تجزه[٢].

ولأنّ الأصحاب أفتوا بذلك معلّلين بأنّه لم تجر العادة بالانصراف عنه إلّا بعد إكماله.

وان كان في الغسل فامّا أن يكون مرتّباً أو مرتمساً، والمرتب إمّا أن يكون عادته جارية بالموالاة بين أفعاله أو لا، والأخير يجب عليه فعل المشكوك فيه قطعاً.

وأمّا الأوّلان ـ أعني: المرتمس والمعتاد ـ فيحتمل عدم الالتفات فيهما؛ لمشاركتهما المتوضّئ في أنّه لم تجر عادتهما بالانصراف إلّا بعد الاكمال.

ويحتمل فعل المشكوك فيه وما بعده، لأنّ الأصل عدم فعل ما شكّ فيه.

---

(١) المبسوط: كتاب الطهارة في كيفيّة الوضوء ج ١ ص ٢٣.

(٢) تهذيب الأحكام: باب ٤ في صفة الوضوء ح ١١١ ج ١ ص ١٠١، وسائل الشيعة: ب ٤٢ من أبواب الوضوء ح ١ ج ١ ص ٣٣٠.

وحمله على الوضوء قياس مع ثبوت الفرق بينهما، فانّ الموالاة واجبة في الوضوء دون الغسل، فبني الوضوء على الغالب من أنّ المكلّف لايفعل الفعل الذي كلّف به على غير الوجه المشروع.

ويحتمل رجوع الاشكال الى المعتاد خاصة دون المرتمس، فلا يلتفت المرتمس بعد فراغه وانصرافه ما لم يتيقّن ترك شيء من بدنه.

قوله رحمه الله: «ولو جدد ندباً ثمّ ذكر اخلال عضو من احداهما أعاد الطهارة والصلاة وان تعدّدت على رأي».

أقول: الخلاف ليس راجعاً الى التعدّد، بل الخلاف هاهنا مبني على صفة النيّة، فان قلنا: إنّ نيّة القربة كافية ـ كما ذهب إليه الشيخ في النهاية[1] ـ لم يعد؛ لأنّ العضو المتروك إن كان من الطهارة الواجبة صحّت الصلاة بالطهارة المندوبة اتحدت أو تعدّدت، وان كان في المندوبة صحّت بالواجبة كذلك.

وان قلنا بوجوب أو نيّة رفع الحدث أو استباحة الصلاة ـ كما اختاره الشيخ في المبسوط[2] وابن إدريس[3] ـ وجب عليه الاعادة، لاحتمال كون المتروك من الطهارة الواجبة فيهما فلا تصحّ بالمندوبة؛ لعدم كونها رافعة للحدث، ولا مبيحة للصلاة من حيث لم ينو أحدهما. ولوجوب الطهارة عليه ولم يقصد بها الوجوب.

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الطهارة باب آداب الحدث و.. ص ٢٢٠.

(٢) المبسوط: كتاب الطهارة في وجوب النيّة في الطهارة ج ١ ص ١٩.

(٣) السرائر: كتاب الطهارة في كيفيّة الوضوء ج ١ ص ٩٨.

قوله رحمه الله: «والأقرب جواز إطلاق النيّة فيهما والتعيين فيأتي بثالثة».

أقول: يريد أنّ من أخلَّ بواجب من طهارتين فان كان حاضراً وجب عليه أربع فرائض: الصبح ورباعيتان والمغرب بينهما، وإن كان مسافراً وجب عليه ثنائيّتان والمغرب بينهما.

والأقرب عنده جواز إطلاق النيّة في الرباعيتين للحاضر، فيقول في كلّ واحدة من الرباعيتين: أُصلّي أربع ركعات عمّا في ذمّتي إن ظهراً فظهراً، وإن عصراً فعصراً، وإن عشاءً فعشاءً. أو الثنائيّتين للمسافر فيقول في كلّ ثنائيّة: أُصلّي ركعتين عمّا في ذمّتي إن صبحاً فصبحاً،وإن ظهراً فظهراً، وان عصراً فعصراً، وان عشاءً فعشاءً. والتعيين بأن يقول: أُصلّي فريضة الظهر مثلاً فحينئذٍ يتعيّن عليه الاتيان برباعيّة ثالثة إن كان حاضراً، أو بثنائيّة ثالثة إن كان مسافراً، لاحتمال كون تلك المعيّنة غير الفريضتين الفائتتين.

ووجه القرب: انّ كلّ واحد من الفعلين طريق لتحصيل براءة ذمّة المكلّف من الواجب عليه فكان مخيّراً فيهما، إذ تكليفه إنّما هو تحصيل ما هو في ذمّته بيقين، وهو حاصل على كلّ واحدٍ من صورتي الاطلاق والتعيين مع الاتيان بالثالثة.

ويحتمل ضعيفاً عدم الجواز؛ لأنّ المكلّف لايعلم وجوبها ولايظنّه، فلا يصحّ أن ينوي فاعلها بها الوجوب، بخلاف من قال: أُصلّي أربعاً عمّا في ذمّتي أو اثنتين عمّا في ذمّتي على الوجه السابق فانّه يقطع على أنّه نوى الواجب.

لايقال: هذا وارد في الصبح والمغرب فانّه ينوي كلّ واحدة منهما على وجه

الوجوب ومع ذلك لايعلم وجوبها ولايظنّه.

لأنّا نقول: نمنع عدم وجوبها، بل كلّ واحدةٍ منهما واجبة من حيث إنّه يجب عليه الاتيان بما فاته بيقين، ولايتم ذلك إلّا أن يفعل كلّ واحدة من الفرائض المعيّنة والمطلقة، وما لايتم الواجب إلّا به فهو واجب، بخلاف صورة النزاع فإنّه يتمّ بدونها بالاطلاق فيها.

قوله رحمه الله: «ولو ذكر جمعهما في يومٍ واشتبه صلّى أربعاً، وتظهر الفائدة في اتمام أحد اليومين وتقصير الآخر حتماً فيزيد ثنائيّة، أو بالتخيير، ووجوب تقديم فائتة اليوم على حاضرته لاغير».

أقول: إذا تيقن المكلّف أنّه أخلّ بواجبٍ من الطهارتين في يومين فهو على أقسام:

الأوّل: أن يذكر التفريق بأن يقول: فاتني من أمس واجب من طهارة ومن يومٍ آخر واجب من طهارة، فهذا يجب عليه عن كلّ يوم ثلاث فرائض: الصبح والمغرب ورباعيّة إن كان حاضراً، ولم يجمع بين الرباعيتين بطهارة ومغرب وثنائيّة إن كان مسافراً.

الثاني: أن يقول: فاتني واجب من طهارتين لصلاتين لا أعلم انّهما من أمس أو من اليوم ـ مثلاً ـ فنقول: هذا يجب عليه إن كان حاضراً فيهما أربع فرائض: الصبح ورباعيتان ينوي بكلّ واحدةٍ منها ما في ذمّته وبينهما المغرب.

وقول المصنّف: «وتظهر الفائدة... الى آخره» جواب عن سؤال مقدّر. وتقريره

أن يقال: أيّ فارقٍ بين صلاتي أمس واليوم ـ مثلاً ـ حتى يقول: لا أعلم هل هي من صلاة أمس أم اليوم؟ وتقرير الجواب أن يقال: تظهر الفائدة في ثلاث مواضع:

الأوّل: يمكن أن يكون في أحد اليومين فرضه الاتمام حتماً، وفي الآخر التقصير حتماً، أي لايكون مخيّراً فيه بين الاتمام والتقصير، وحينئذٍ يلزمه الاتيان بثنائيّة أُخرى؛ لاحتمال كون الفائت صلاتين من يومه الذي يلزمه فيه التقصير حتماً.

الفائدة الثانية: يمكن أن يكون في أحد اليومين فرضه الاتمام حتماً أو التقصير حتماً، وفي الآخر فرضه التخيير.

فعلى تقدير كون فرض الاتمام في أحدهما حتماً وفي الآخر التخيير، فان اختار الاتمام اكتفى بأربع: صبح ورباعيتان ومغرب، وان اختار التقصير وجبت الخامسة، وان لم يختر أحدهما اكتفى بالأربع أيضاً.

وعلى تقدير كون فرضه التقصير في أحدهما حتماً وفي الآخر التخيير يكفيه ثنائيتان أن ينوي بكلّ واحد منهما ما في ذمّته، إن صبحاً فصبحاً، وإن ظهراً فظهراً، وإن عصراً فعصراً، وإن عشاءً فعشاءً وبينهما مغرب إن اختار التقصير في يوم التخيير، وإن اختار التمام وجب الخمس، فان لم يختر أحدهما اكتفى بالثلاث.

الفائدة الثالثة: انّ مذهب المصنّف رحمه الله انّ الفائتة إن كانت من صلاة يوم حاضر فانّه لايجوز تقديم الحاضرة على الفائتة، بل يجب عليه أن يقدم فائتة ذلك اليوم على حاضرته، وان كانت من يوم غير حاضر جاز تقديم حاضرته عنده على الفائتة، وإليه أشار بقوله: «لاغير».

فعلى هذا لو صلّى في يوم حاضر الصبح والظهر والعصر والمغرب كلّ واحدة بطهارة ثمّ تطهّر للعشاء ثمّ ذكر الاخلال من طهارتين وشكّ في كونهما من يومه أو

أمسه فانّه يجب عليه تجديد الطهارة وصلاة صبح ومغرب وأربع مرتين، ثمّ يصلّي العشاء لجواز أن يكون الاخلال من طهارة في يومه، فافترق حكم اليومين.

الثالث: أن يجهل الجمع والتفريق، بمعنى انّه يجزم على بطلان طهارتين لصلاتين من يومين لايعلم هل في كلّ يوم منها طهارة أو طهارتين في أحد اليومين ولا يعلمه بعينه؟ قال المصنّف رحمه الله: يصلّي عن كلّ يوم ثلاث صلوات.

وأقول: مراده إذا كان حاضراً، أمّا لو فرضنا كونه مسافراً فيهما فانّه يصلّي ثنائيتين معهما مغربان مراعياً للترتيب، بأن يصلّي ثنائية ثمّ مغرباً ثمّ ثنائية ثمّ مغرباً، وان كان مسافراً في أحدهما دون الآخر فحكمه ما تقدم.

قوله رحمه الله: «وغيبوبة الحشفة في فرج آدمي قُبل أو دبر، ذكر أو أُنثى، حي أو ميت، أنزل معه أو لا، فاعلاً أو مفعولاً على رأي».

أقول: هذا هو اختيار الشيخ في المبسوط فانّه قال في كتاب الصوم منه: والجماع في الفرج أنزل أم لم ينزل، سواء كان قُبلاً أو دبراً أو فرج غلام أو ميت[١]. وكذا لم يفرّق السيد المرتضى[٢]، وابن الجنيد[٣]، وابن ادريس[٤]، وابن حمزة[٥] بين القُبل والدبر.

---

(١) المبسوط: كتاب الصوم فيما يمسك عنه الصائم ج ١ ص ٢٧٠.

(٢) الناصريات «الجوامع الفقهية»: كتاب الطهارة المسألة ٤٠ ص ٢٢٣.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطهارة الفصل الثاني في غسل الجنابة ج ١ ص ٣٢٣.

(٤) السرائر: كتاب الطهارة باب أحكام الاحداث ج ١ ص ١٠٧.

(٥) الوسيلة: كتاب الصلاة في بيان الطهارة الكبرى ص ٥٥.

وفي النهاية[١] والاستبصار[٢] للشيخ: لايجب الغسل بالوطء في دبر المرأة.

وقال في فصل الجنابة من المبسوط: إذا أولج ذكره في دبر المرأة أو الغلام فلأصحابنا فيه روايتان، إحداهما: يجب الغسل عليهما، والثانية: لايجب عليهما[٣]، وهذا الكلام يدلّ على توقّفه فيه.

قوله رحمه الله: «ولكلٍّ منهما الائتمام بالآخر على إشكال».

أقول: منشأه أنّ الشارع أسقط اعتبار هذه الجنابة، ولهذا لايجب على أحدهما الغسل ويحكم بصحّة صلاة كلّ منهما، وحينئذٍ لا مانع من اقتداء أحدهما بالآخر.

ومن أنّ المأموم على هذا التقدير يقطع على أنّه إمّا محدث أو مقتدٍ بمحدث فتكون صلاته باطلة على كلّ واحدٍ من التقديرين.

قوله رحمه الله: «وفي وجوب الغسل لنفسه أو لغيره خلاف».

أقول: القول بأنّه واجب لنفسه اختيار المصنّف في مسائل الخلاف، ونقله عن والده رحمه الله[٤].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الطهارة باب الجنابة وأحكامها و.. ج ١ ص ٢٢٧.

(٢) الاستبصار: ب ٦٦ في الرجل يجامع المرأة.. ح ٢ ج ١ ص ١١٢.

(٣) المبسوط: كتاب الطهارة في ذكر غسل الجنابة ج ١ ص ٢٧.

(٤) مختلف الشيعة: كتاب الطهارة الفصل الثاني في غسل الجنابة ج ١ ص ٣٢١.

وقال ابن ادريس: إنّه واجب لغيره[١].

واستدلّ المصنّف بروايات متعدّدة تقتضي تعلّق وجوب الغسل على مجرّد التقاء الختانين.

أحدها: ما رواه الشيخ في الصحيح عن زرارة، عن الباقر عليه السلام قال: جمع عمر بن الخطاب أصحاب النبي صلّى الله عليه وآله فقال: ما تقولون في الرجل يأتي أهله فيخالطها ولا ينزل؟ فقالت الأنصار: الماء من الماء، وقال المهاجرون: إذا التقى الختانان فقد وجب الغسل، فقال عمر لعلي عليه السلام: ما تقول يا أبا الحسن؟ فقال عليه السلام: أتوجبون عليه الحدّ والرجم ولا توجبون عليه صاعاً من الماء؟! اذا التقى الختانان فقد وجب الغسل، فقال عمر: القول ما قاله المهاجرون ودعوا ما قالت الأنصار[٢].

واحتجّ ابن ادريس بمفهوم الآية[٣]

وأُجيب: بأنّ إيجاب الغسل عند إرادة الصلاة لا ينافي وجوبه لا عندها.

قوله رحمه الله: «فان تجدّد أحدهما في الأثناء أعاد فيهما على الأقوى».

أقول: يعني إذا تجدّد الحدث الأكبر أو الأصغر في أثناء الغسل أعاد الغسل،

---

(١) السرائر: كتاب الطهارة باب الجنابة وأحكامها و.. ج ١ ص ١٢٨.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٦ في حكم الجنابة ح ٣١٤ ج ١ ص ١١٩، وسائل الشيعة: باب ٦ من أبواب الجنابة ح ٥ ج ١ ص ٤٧٠.

(٣) السرائر: كتاب الطهارة باب أحكام الاحداث... ج ١ ص ١٠٨.

أمّا عند تجدّد الأكبر فلا خلاف فيه، وأمّا عند تجدّد الأصغر فالأقوى عند المصنّف الاعادة أيضاً، وهو اختيار الشيخ في النهاية[١]، والمبسوط[٢]، ومذهب ابن بابويه[٣].

وقال السيد المرتضى: يتمّم الغسل ويتوضّأ[٤].

وقال ابن البرّاج[٥]، وابن ادريس[٦]: يتمّم ولا شيء عليه.

ووجه قوّة الاعادة انّ الحدث الأصغر ناقض لحكم الاستباحة بتلك الطهارة عند كمالها، فنقض حكم أبعاضها أولى، واذا انتقض حكم ما فعله وجب عليه إعادة الغسل، لأنّه حينئذٍ يصدق عليه أنّه جنب لم يرتفع حكم جنابته، وما فعله من البعض قد انتقض حكمه فكان عليه الاستئناف.

احتجّ ابن ادريس بأنّ الأصغر غير موجب للغسل إجماعاً، فلا معنى للاعادة.

وأُجيب بأنّ الاعادة ليست بسبب انّ الأصغر موجب للغسل، بل لحكم الجنابة الباقي قبل كمال الغسل.

واحتجّ المرتضى رحمه الله بأنّ الحدث الأصغر لو حصل بعد اكمال الطهارة لاقتضى وجوب الوضوء فكذا في أثنائها.

وأُجيب بمنع المساواة فانّه قبل كماله جنب، وبعد تمامه قد ارتفعت الجنابة ووجد ما يوجب الوضوء.

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الطهارة باب الجنابة وأحكامها ج ١ ص ٢٣٣.

(٢) المبسوط: كتاب الطهارة في غسل الجنابة وأحكامها ج ١ ص ٢٩.

(٣) من لايحضره الفقيه: باب صفة غسل الجنابة ذيل الحديث ١٩١ ج ١ ص ٨٨.

(٤) نقله عنه في المختلف: كتاب الطهارة الفصل الثاني في غسل الجنابة ج ١ ص ٣٣٨.

(٥) جواهر الفقه: كتاب الطهارة المسألة ٢٢ ص ١٢.

(٦) السرائر: كتاب الطهارة باب الجنابة وأحكامها و.. ج ١ ص ١١٩.

قوله رحمه الله: «وفي الملفوف نظر».

أقول: وجه النظر أنّ السبب المقتضي للجنابة إمّا خروج المني أو التقاء الختانين ـ أعني مماسّة أحد الفرجين للآخر في موضع يتحاذى عنده الختانان ـ لأنّ التقاء الختانين لا يتحقّق، وانّما المراد المحاذاة ولم يتحقّق أحدهما فلا جنابة.

ومن المنع من اشتراط تماسّ الفرجين، فانّ التقاء الختانين ـ أعني تحاذي موضعهما ـ أعمّ من التماس وعدمه.

قوله رحمه الله: «لو خرج المني من ثقبه في الصلب فالأقرب الاعتياد وعدمه».

أقول: يريد أنّ ذلك الموضع إن صار معتاداً فالأقرب وجوب الغسل، وإلّا فالأقرب عدمه. أمّا الأوّل: فلأنّ خطاب الشارع لم يعيّن موضعاً معيّناً في صورة الانزال، وانّما يحمل على الموضع المعهود، وهذا الموضع قد صار معهوداً بالقياس الى هذا المكلّف فيناوله الخطاب. وأمّا الثاني: فلعدم دخوله في ما يحمل عليه خطاب الشارع ـ أعني الموضع المعهود ـ.

قوله رحمه الله: «لو وجد المرتمس لمعةً لم يصبها الماء فأقوى الاحتمالات الاجتزاء بغسلها لسقوط الترتيب، ثمّ غسلها وغسل ما بعدها لمساواته الترتيب، ثمّ الاعادة لعدم صدق الوحدة».

أقــول: قد ذكر في هذه المسألة احتمالات ثلاثة معلّلة أقواها الاجتزاء بغسلها.

ووجه القوّة: أنّ المرتمس لا ترتيب عليه، وانّما يجب عليه غسل جميع بدنه، وبغسل اللمعة يتحقّق ذلك، فيخرج به عن العهدة، ويحتمل غسلها وغسل ما بعدها ثمّ الاعادة؛ لما ذكر المصنّف فيهما.

قوله رحمه الله: «ويجامع الحمل على الأقوى».

أقــول: اختلف أصحابنا في أنّه هل يجتمع الحيض مع الحمل؟ على أقوالٍ أربعة: الأوّل: عدمه مطلقاً، وهو قول ابن الجنيد[١]، وابن ادريس[٢]. الثاني: يجتمعان قبل أن يستبين الحمل ولايجتمعان بعد استبانته، وهو قول الشيخ في الخلاف[٣]. الثالث: يجتمعان إذا جاء في أيام عادتها أو بعدها ما لم يتأخّر بمقدار عشرين يوماً فلا يكون حينئذٍ حيضاً، وهو قول الشيخ في النهاية[٤]. الرابع: يجتمعان مطلقاً، وهو قول السيد المرتضى في المسائل الناصرية[٥]، ومحمد بن بابويه[٦]، وهو الأقوى عند المصنّف.

ووجه القوّة الروايات الصحيحة الدالّة على ذلك، منها: ما رواه صفوان قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الحبلى ترى الدم ثلاثة أيام أو أربعة أيام تصلّي؟

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطهارة الفصل الثالث في غسل الحيض ج ١ ص ٣٥٦.

(٢) السرائر: كتاب الطهارة باب أحكام الحيض ج ١ ص ١٥٠.

(٣) الخلاف: كتاب الحيض في وجوب الاغسال على المستحاضة المسألة ١٢ ج ١ ص ٦٨.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الطهارة باب حكم الحائض و.. ج ١ ص ٢٣٦.

(٥) الناصريات «الجوامع الفقهية»: كتاب الطهارة المسألة ٦١ ص ٢٢٧.

(٦) المقنع: كتاب الطهارة باب الحائض و.. ص ١٦.

قال: تمسك عن الصلاة[١].

واحتجّ ابن الجنيد بما رواه السكوني، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام، قال: قال النبي صلّى الله عليه وآله: ما كان الله ليجعل حيضاً مع حبل[٢]. وأُجيب بضعف السند.

واحتجّ الشيخ على قوله في النهاية برواية أبي نعيم الصحّاف في الصحيح قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: إنّ أُمّ ولدي ترى الدم وهي حامل كيف تصنع بالصلاة؟ قال: إذا رأت الحامل الدم بعدما يمضي عشرون يوماً من الوقت الذي كانت ترى الدم فيه من الشهر الذي كانت تقعد فيه فان ذلك ليس من الرحم ولا من الطمث فلتتوضأ وتحتشي... الحديث[٣]. وأُجيب بالحمل على عدم حصول التوالي[٤].

قوله رحمه الله: «ولو اجتمع التمييز والعادة فالأقوى العادة إن اختلفا زماناً».

أقول: مع اتفاق الزمان فيهما لا كلام فيه، وانّما البحث في الدم الذي تراه في أيام عادتها بصفة دم الاستحاضة وقبله أو بعده أو هما بصفة دم الحيض ويتجاوز

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١٩ في الحيض والاستحاضة و... ح ١٦ ج ١ ص ٣٨٧، وسائل الشيعة: ب ٢٩ من أبواب الحيض ح ٤ ج ٢ ص ٥٧٧.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ١٩ في الحيض والاستحاضة و.. ح ١٩ ج ١ ص ٣٨٧، وسائل الشيعة: ب ٣٠ من أبواب الحيض ح ١٢ ج ٢ ص ٥٧٩.

(٣) تهذيب الأحكام: باب ١٩ في الحيض والاستحاضة.. ح ٢٠ ج ١ ص ٣٨٨.

(٤) في ج: «الشرائط».

المجموع العشرة، فانّ الأصحاب اختلفوا هنا.

فقال السيد المرتضى[١]، والمفيد[٢]، وابن الجنيد[٣]: تبني على العادة، وهو قول الشيخ في الجمل[٤].

وقال في النهاية: ترجع الى التمييز[٥].

وتردّد في المبسوط[٦]، والخلاف[٧]؛ لأنّه قال فيهما: ترجع الى التمييز، ثمّ قال: لو قلنا بالرجوع الى العادة كان قويّاً.

والأوّل اختيار المصنّف، واستدلّ على ذلك برواية يونس، عن غير واحد، عن الصادق عليه السلام حيث سنّ النبي صلّى الله عليه وآله السنن الثلاث، فانّ امرأة يقال لها: فاطمة بنت أبي حُبيش استحاضت فأتت أُمّ سلمة فسألت رسول الله صلّى الله عليه وآله في ذلك، فقال: تدع الصلاة قدر اقرائها وقدر حيضها، قال الصادق عليه السلام: هذه السنّة للتي تعرف أيامها ولم تختلط عليها، وكذلك أفتى أبي عليه السلام[٨].

---

(١) لم نعثر عليه في المصادر المتوفّرة لدينا وحكاه في المعتبر ج ١ ص ٢١٢.

(٢) المصدر السابق.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطهارة الفصل الثالث في غسل الحيض و.. ج ١ ص ٣٦٨.

(٤) الجمل والعقود: الفصل ٧ في ذكر الحيض و.. ص ٤٦.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب الطهارة باب حكم الحائض و.. ص ٢٣٥.

(٦) المبسوط: كتاب الطهارة في الاستحاضة و.. ج ١ ص ٤٨.

(٧) الخلاف: كتاب الحيض المسألة ٢١٠ ص ٢٤١ ـ ٢٤٢.

(٨) تهذيب الأحكام: ب ١٩ في الحيض و.. ح ٦ ج ١ ص ٣٨١، وسائل الشيعة: ب ٨ من أبواب الحيض ح ٣ ج ٢ ص ٥٤٧.

احتجّ الشيخ برواية حفص بن البختري، عن الصادق صلوات الله عليه، قال: دم الحيض حارّ غليظ أسود له دفع[١].

وأُجيب بالحمل على الغالب، أو انّه حكم المضطربة.

قوله رحمه الله: «لو ذكرت المضطربة العدد دون الوقت تخيّرت في تخصيصه وان منع الزوج التعيين. وقيل: تعمل في الزمان كلّه ما تعمله المستحاضة، وتغتسل لانقطاع الحيض في كلّ وقتٍ تحتمله، وتقضي صوم العدد».

أقول: القائل هو الشيخ رحمه الله[٢].

قوله رحمه الله: «الأحوط ردّ الناسية للعدد والوقت الى أسوأ الاحتمالات في ثمانية».

أقول: لا شكّ في انّه أحوط؛ لأنّه التزام بمجموع تكليفي الطاهرة والحائض.

قوله رحمه الله: «وقضاء أحد عشر على رأي».

أقول: ومن جملة الأحكام الثمانية التي تردّ إليها ناسية الوقت والعدد احتياطاً أن تقضي أحد عشر يوماً؛ لأنّه غاية ما يمكن أن يبطل به الصوم بأن يبتدأ الحيض بجزء من يوم من أيام رمضان فآخره بعض الحادي عشر، فيبطل الجميع.

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٧ في حكم الحيض و.. ح ١ ج ١ ص ١٥١، وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب الحيض ح ٢ ج ٢ ص ٥٣٧.

(٢) المبسوط: كتاب الطهارة في أقسام المضطربة ج ١ ص ٥١.

وقال الشيخ: فتقضي صوم عشرة؛ لأنّ أكثر أيام الحيض عشرة[١].

قوله رحمه الله: «وصوم يومين أوّل وحادي عشر قضاء عن يوم، وعلى ما اخترناه تضيف إليهما الثاني والثاني عشر، ويجزئها عن الثاني والحادي عشر يوم واحد بعد الثاني وقبل الحادي عشر».

أقول: من جملة الثمانية المشار إليها احتياطاً أنّها اذا أرادت قضاء يوم بيقين، قال الشيخ ـ بناءً على قوله ـ: إنّها تختار يوماً فتصومه قضاءً، ثمّ تصوم الحادي عشر بالنسبة إليه، فيكون أحدهما ـ على قوله ـ واقعاً في الطهر.

وعلى ما اختاره المصنّف من التلفيق يمكن ابتداء حيضها في بعض اليوم الأوّل ويمتدّ الى بعض الحادي عشر فيبطلان جميعاً، بل تضيف إليهما الثاني والثاني عشر فيكون أربعة عشر يوم، ولا ريب في استحالة كون مجموعها واقعاً في الحيض، فلابدّ فيها من يوم يكون طهراً فيصحّ.

وهذا صحيح، لكن فيه زيادة صوم يوم لا حاجة إليه، فلا تكلّف به؛ لحصول يقين البراءة بدونه، بأن تصوم يوماً معيّناً تختاره، ثمّ تصوم آخر متخلّلاً بين الثاني والحادي عشر وتصوم الثاني عشر، فانّها يحصل لها صوم يوم بيقين في طهر متيقن، وذلك لأنّ اليوم الأوّل إمّا أن يكون كلّه طهراً أو حيضاً أو بعضه طهراً أو بعضه حيضاً، وعلى تقدير كون كلّه حيضاً إمّا أن يكون أوّل الحيض أو وسطه أو آخره،

---

(١) المبسوط: كتاب الطهارة فصل في ذكر الحيض.. ج ١ ص ٥٨.

وعلى تقدير أن يكون بعضه طهراً أو بعضه حيضاً إمّا أن يكون الجزء الأوّل هو الطهر ويتعقّبه الحيض أو بالعكس، فالأقسام ستة:

الأوّل: أن يكون كلّه طهراً فيصح صومه.

الثاني: يكون أوّل الحيض فتمام غايته العاشر فيصحّ الثاني عشر.

الثالث: يكون أوسط الحيض فغايته التاسع فيصحّ الثاني عشر.

الرابع: يكون بجملته آخر الحيض فيصحّ المتخلّل.

الخامس: يكون الجزء الأوّل منه آخر حيض سابق فيصحّ المتخلّل أيضاً.

السادس: يكون الجزء الأوّل منه هو آخر طهر سابق فيصحّ الثاني عشر.

قوله رحمه الله: «وفي وجوب الكفّارة قولان أقربهما الاستحباب».

أقول: القول بالوجوب هو المشهور بين الأصحاب، ذهب إليه السيّد[١]، والمفيد[٢]، وابن البرّاج[٣]، وابن ادريس[٤]، واختاره الشيخ في المبسوط[٥] والخلاف[٦] والجمل[٧].

---

(١) الانتصار: مسائل الطهارة أحكام الحيض ص ٣٣.

(٢) المقنعة: كتاب الطهارة ب ٧ في حكم الحيض و.. ص ٥٤.

(٣) المهذّب: كتاب الطهارة باب الحيض ج ١ ص ٣٥.

(٤) السرائر: كتاب الطهارة باب أحكام الحيض و.. ج ١ ص ١٤٤.

(٥) المبسوط: كتاب الطهارة فصل في ذكر الحيض و.. ج ١ ص ٤١.

(٦) الخلاف: كتاب الحيض المسألة ١ ج ١ ص ١٦٣.

(٧) الجمل والعقود: الفصل ٧ في ذكر الحيض و.. ص ٤٤.

وقال في النهاية بالاستحباب[١]، واختاره شيخنا المصنّف في الخلاف عملاً بأصالة براءة الذمّة من الوجوب[٢].

ويحتمل ما ورد من الأمر بها على الندب جمعاً بين الأدلّة.

قوله رحمه الله: «والمبتدئة بعد مضي ثلاثة على الأحوط».

أقول: هذا مذهب السيد المرتضى[٣]، وأبي الصلاح[٤]،وابن ادريس[٥].

وقال الشيخ: تترك الصلاة والصوم برؤية الدم يوماً أو يومين كذات العادة[٦].

واحتجّ المصنّف هنا بأنّه أحوط، فانّ الصلاة والصوم في ذمّتها بيقين، فلا يجوز لها تركهما إلّا عند تيقن المسقط.

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الطهارة باب حكم الحائض و.. ج ١ ص ٢٣٧. .

(٢) مختلف الشيعة: كتاب الطهارة الفصل الثالث في غسل الحيض.. ج ١ ص ٣٤٨.

(٣) لم نعثر عليه في المصادر المتوفّرة لدينا، والظاهر أنه في المصباح كما نقله عنه في المعتبر: كتاب الطهارة ج ١ ص ٢١٣.

(٤) الكافي في الفقه: الفصل الأوّل في تعيين شروط الصلاة ص ١٢٨.

(٥) السرائر: كتاب الطهارة باب أحكام الحيض و.. ج ١ ص ١٤٦.

(٦)المبسوط: كتاب الطهارة من مسائل التلفيق ج١ ص٦٦، وليس فيه: «يوماً أو يومين كذات العادة».

مسائل في أحكام الموتى

قوله رحمه الله: «وفي وجوب الاستقبال الى القبلة حالة الاحتضار قولان».

أقول: كلا القولين للشيخ رحمه الله، قال في موضع من النهاية بالوجوب[1]، وهو اختيار المفيد[2]، وسلّار[3]، وابن البرّاج[4]، وابن ادريس[5].

وقال في موضع آخر من النهاية: إنّه مستحبّ[6]، واختاره أيضاً في الخلاف[7].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الصلاة باب معرفة القبلة ج ١ ص ٢٨٤.

(٢) المقنعة: كتاب الطهارة ب ١٣ في تلقين المحتضرين و.. ص ٧٣.

(٣) المراسم: كتاب الطهارة ذكر تغسيل الميت وأحكامه ص ٤٧.

(٤) المهذّب: كتاب الطهارة باب الأحكام المتعلّقة بحال الاحتضار ج ١ ص ٥٣.

(٥) قال ابن ادريس في السرائر: كتاب الطهارة باب غسل الاموات و.. ج ١ ص ١٥٨ «ويستحبّ أن يوجّه الى القبلة... الخ».

(٦) النهاية ونكتها: كتاب الطهارة باب تغسيل الأموات و...ج ١ ص ٢٤٣.

(٧) الخلاف: كتاب أحكام الجنائز المسألة ١ ج ١ ص ٢٥٣.

قوله رحمه الله: «وفي الحنوط إشكال».

أقول: يريد أنّه اذا وجد الصدر كان حكمه حكم الميّت في وجوب تغسيله وتكفينه والصلاة عليه ودفنه، أمّا الحنوط فانّ فيه إشكالاً.

ينشأ من الاتفاق على أنّ الصدر كالميّت في جميع أحكامه، ومن جملتها وجوب تحنيطه فكان تحنيطه واجباً.

ومن أنّ محلّ الحنوط الواجب هو المساجد السبعة، وهي مفقودة في الصدر، فيسقط وجوب التحنيط لانتفاء محلّه.

قوله رحمه الله: «وفي إعادة الغسل لو وجد المسلم بعده إشكال».

أقول: منشأه انّ كلّ ميّت مسلم أو بحكمه يجب أن يغسّله المسلم قبل الدفن مع الامكان وقد أمكن فيغسله المسلم.

ومن أنّ الشارع أمر بأن يغسّله الكافر عند فقد المسلم وقد فعل، والأمر يقتضي الاجزاء.

قوله رحمه الله: «ويؤمر من وجب قتله بالاغتسال قبله ثلاثاً على إشكال».

أقول: منشأه أنّه بدل عن غسل الميّت، ولهذا يجب أن يحنّط ويكفّن فيكون كمبدله ثلاثاً؛ لوجوب مساواة البدل للمبدل منه.

ومن إطلاق الأمر بالاغتسال وبالمرّة الواحدة يتحقّق الامتثال؛ لأصالة عدم

وجوب مازاد عليها. وظاهر كلام المفيد يدلّ على ذلك، حيث قال: والمقتول قوداً يؤمر بالاغتسال فيغتسل كما يغتسل من الجنابة[١].

قوله رحمه الله: «وروي أنّهم يغسلون محاسنها يديها ووجهها».

أقول: هذه الرواية نقلها الشيخ باسناده الى المفضّل بن عمر قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: جعلت فداك ما تقول في المرأة تكون في السفر مع رجال ليس لها فيهم محرم ولا معهم امرأة فتموت المرأة ما يصنع بها؟ قال: يغسل منها ما أوجب الله عليه التيمّم، ولايكشف لها شيء من محاسنها التي أمر الله بستره، فقلت: فكيف يصنع بها؟ قال: يغسل بطن كفّها ثمّ يغسل وجهها ثمّ يغسل ظهر كفّها[٢].

قوله رحمه الله: «ولو خيف تناثر جلد المحترق والمجدور لو غسله يمّمه مرّة على إشكال».

أقول: منشأه من حيث إنّه بدل عن ثلاثة أغسال فيتعدّد بتعدّدها.

ومن حيث إنّ غسل الميّت في الحقيقة غسل واحد، والغسلات الثلاث هي كيفيّة لذلك الغسل الواحد لا أنّها أغسال متعدّدة، ولهذا لمّا عدّوا الأغسال الواجبة جعلوها ستة أغسال، أحدها غسل الأموات، فكان بدله التيمّم مرّةً واحدة.

قوله رحمه الله: «والأقرب سقوط الترتيب مع غمسه في الكثير».

---

(١) المقنعة: كتاب الطهارة باب تلقين المحتضرين و.. ص ٨٥.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٢٣ في تلقين المحتضرين ح ٦٧ ج ١ ص ٤٤٠ وليس فيه: «ثمّ يغسل ظهر كفّها»، وسائل الشيعة: ب ٢٢ من أبواب غسل الميّت ح ١ ج ٢ ص ٧٠٩ ـ ٧١٠.

أقـول: وجه القرب أنّ الشارع أقام الارتماسة الواحدة مقام غسل الرأس ثمّ الجانب الأيمن ثمّ الأيسر وقد فعل فيكون مجزئاً، ولأصالة براءة الذمّة من وجوب الترتيب خرج منه ماعدا الارتماس؛ لوجود النصّ فيه، فيبقى الباقي على الأصل.

قوله رحمه الله: «وأقل واجب الكفن للرجل والمرأة ثلاثة أثواب: مئزر وقميص وإزار على رأي».

أقـول: هذا مذهب أكثر أصحابنا كالشيخ[١]، وابن البرّاج[٢]، والمرتضى[٣]، وابن ادريس[٤].

وقال سلّار: الواجب قطعة واحدة والباقيتان سنّة[٥].

قوله رحمه الله: «والأقرب عدم الاكتفاء به في الصلاة ما لم ينو ما يتضمّن رفع الحدث».

أقـول: قد تقدّم انّ المختار عنده في الوضوء اشتراط نيّة رفع الحدث أو استباحة فعل مشروط بالطهارة، فاذا نوى بالوضوء القربة لاغير لم يجز له الدخول

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الطهارة باب تغسيل الأموات و.. ج ١ ص ٢٤٣، والمبسوط: كتاب الجنائز ج ١ ص ١٧٦.

(٢) المهذّب: كتاب الطهارة باب الأكفان والتكفين ج ١ ص ٦٠.

(٣) جمل العلم والعمل «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثالثة»: كتاب الجنائز فصل في غسل الميّت ص ٥٠ وفيه: «مئزر وقميص ولفافة».

(٤) السرائر: كتاب الطهارة باب غسل الأموات و.. ج ١ ص ١٦٠.

(٥) المراسم: كتاب الطهارة في تغسيل الميت وأحكامه ص ٤٧.

به في الصلاة؛ لعدم حصول الشرط، أمّا اذا نوى ما يتضمّن ذلك جاز له الدخول به في الصلاة؛ لاشتماله على الشرط.

قوله رحمه الله: «ولو دفن قبل الصلاة عليه صُلّي على قبره يوماً وليلة على رأي».

أقول: التقدير الذي اختاره المصنّف هو مذهب الشيخين[١]، وابن البرّاج[٢]، وابن حمزة[٣]، وابن ادريس[٤].

وقال سلّار: يُصلّى عليه ثلاثة أيام[٥].

وقال ابن الجنيد: يُصلّى عليه ما لم يعلم منه تغيّر صورته[٦].

وابن أبي عقيل[٧]، وعلي بن بابويه[٨] لم يقدّرا لها وقتاً بل قالا: من لم يدرك الصلاة على الميّت صلّى على قبره.

---

(١) المقنعة: كتاب الصلاة ب ٣٥ في زيادات الصلاة على الموتى ص ٢٣١، المبسوط: كتاب الصلاة في أحكام الجنائز ج ١ ص ١٨٥.

(٢) المهذّب: كتاب الصلاة باب الصلاة على الموتى ج ١ ص ١٣٢.

(٣) الوسيلة: كتاب الصلاة في بيان الصلاة على الأموات ص ١٢٠.

(٤) السرائر: كتاب الصلاة باب الصلاة على الأموات ج ١ ص ٣٦٠.

(٥) المراسم: كتاب الصلاة في الصلاة على الموتى ص ٨٠.

(٦) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل الرابع في الصلاة على الأموات المطلب الأوّل في الصلاة على الميّت ج ٢ ص ٣٠٥.

(٧) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل الرابع في الصلاة على الأموات المطلب الأوّل في الصلاة على الميّت ج ٢ ص ٣٠٥.

(٨) المصدر السابق.

قوله رحمه الله: «والظاهر أنّ النجاسة هنا حكميّة، فلو مسّه بغير رطوبة ثمّ لمس رطباً لم ينجس».

أقول: النجس إمّا أن يكون نجساً بنجاسة عينيّة، وهو المسمّى بالنجاسة العينيّة كالكلب والخنزير والعذرة وأشباه ذلك، أو بملاقاة النجاسة العينيّة له. وأمّا أن يكون حكميّة.

وليست نجاسة الميّت نجاسة عينيّة، وإلّا لما طَهُر بالغسل، ولا بسبب ملاقاة نجاسة عينيّة له وهو ظاهر، فتعيّن أن يكون نجاسةً حكميّة.

مسائل التيمّم

قوله رحمه الله: «وغسل النجاسة العينيّة عن البدن والثوب أولى من الوضوء مع القصور عنهما، فان خالف ففي الاجزاء نظر».

أقول: أمّا أولوية غسل النجاسة عن الثوب والبدن من الوضوء فلأنّ للوضوء بدلاً، وليس لغسل النجاسة بدل.

وأمّا وجه النظر على تقدير المخالفة فلأنّه كان يجب عليه غسل النجاسة به فيكون استعماله في الوضوء منهيّاً عنه، والنهي في العبادة يقتضي الفساد.

ومن حيث إنّ السبب المقتضي لفساد الوضوء وجوب غسل النجاسة به ليصلّي مع طهارة بدنه أو ثوبه، وهذه العلّة الغائية متعذّرة؛ لعدم امكان إزالة النجاسة حينئذٍ فينتفي المعلول ـ أعني فساد الطهارة ـ.

ويمكن أن يقال: منشأ النظر من الشكّ في غسل النجاسة به عيناً، فانّه كما يجب على المكلّف إزالة النجاسة عن ثوبه وبدنه كذلك يجب الطهارة بالماء، ولايجوز العدول الى التيمّم مع وجوده وتمكّنه من استعماله، فقد اجتمع عليه واجبان فعل كلٍّ

منهما يستلزم الاخلال بالآخر، وكون التيمّم بدلاً انّما يتحقّق عند فقد الماء أو تعذّره، لا مع وجوده وتمكّنه من استعماله، غايته أن يكون المكلّف مخيّراً وحينئذٍ تصحّ طهارته[١].

قوله رحمه الله: «ولو لم يجد ماءً ولا تراباً طاهراً فالأقوى[٢] سقوط الصلاة أداءً وقضاءً».

أقول: ما ذكره المصنّف من سقوط الصلاة أداءً وقضاءً نقله الشيخ نجم الدين جعفر بن سعيد[٣] عن بعض علمائنا، ولم نظفر نحن بذلك القائل.

وأمّا باقي الأصحاب كالسيد المرتضى[٤]، والمفيد في المقنعة[٥]، والشيخ أبي جعفر[٦] فانّهم أوجبوا القضاء. وتردّد المصنّف في ذلك في كتاب المختلف[٧].

وقال المفيد في رسالته الى ولده: عليه أن يذكر الله تعالى في أوقات الصلوات، وليس عليه قضاءً[٨]. فالأقوال هنا إذن ثلاثة.

ووجه ما ذهب إليه في الكتاب انّ الصلاة مشروطة بالطهارة، فلا يكون مكلّفاً بأدائها عند تعذّر الطهارة؛ لاستحالة التكليف بالمشروط عند تعذّر الشرط، ولا

---

(١) عبارة «ويمكن أن يقال... وحينئذٍ تصح طهارته» ليست في ج.

(٢) في م ٢: «فالأقرب».

(٣) شرائع الاسلام: كتاب الطهارة في أحكام التيمّم ج ١ ص ٤٩.

(٤) الناصريات «الجوامع الفقهية»: كتاب الطهارة المسألة ٥٥ ص ٢٢٦.

(٥) المقنعة: كتاب الطهارة ب ٨ التيمّم وأحكامه ص ٦٠.

(٦) المبسوط: كتاب الطهارة في ذكر التيمّم ج ١ ص ٣١.

(٧) مختلف الشيعة: كتاب الطهارة فصل في أحكام التيمّم ج ١ ص ٤٤٣.

(٨) لم نعثر على هذه الرسالة.

بالقضاء؛ لأنّه تابع لوجوب الأداء، والاستدلال بعموم «من فاتته فريضة فليقضها كما فاتته»[١]. قيل: المراد به من فاتته من المكلّفين بتلك الصلاة، وإلّا لوجب على الصبي والمجنون عند زوال عذرهما قضاء ما فاتهما، وهو باطل اتفاقاً.

قوله رحمه الله: «وفي السعة خلاف أقربه الجواز مع العلم باستمرار العجز، وعدمه مع عدمه».

أقول: المشهور عند أصحابنا وجوب تأخير التيمّم الى آخر الوقت مطلقاً، ولو تيمّم في حال السعة لم يصحّ تيمّمه، اختاره السيد المرتضى[٢]، والشيخ[٣]، وابن أبي عقيل[٤]، وأبو الصلاح[٥]، وابن البرّاج[٦]، وسلّار[٧]، وابن ادريس[٨].

وقال ابن بابويه: يجوز في أوّل الوقت[٩].

وفصّل ابن الجنيد بأن قال: طلب الماء قبل التيمّم مع الطمع في وجوده والرجاء للسلامة واجب على كلّ أحدٍ الى آخر وقت مقدار رمية سهم في الحزنة وفي الأرض

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١٠ أحكام فوائت الصلاة ذيل الحديث ١٤ ج ٢ ص ١٦٤.

(٢) الانتصار: مسائل الطهارة في نواقض الوضوء ص ٣١.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الطهارة باب التيمّم وأحكامه ج ١ ص ٢٦١، المبسوط: كتاب التيمّم في التيمّم وأحكامه ج ١ ص ٣١.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطهارة الفصل الرابع في أحكام التيمّم ج ١ ص ٤٤٧.

(٥) الكافي في الفقه: الفصل الرابع في التيمّم ص ١٣٦.

(٦) المهذّب: كتاب الطهارة باب كيفيّة التيمّم ج ١ ص ٤٧.

(٧) المراسم: كتاب الطهارة في ذكر كيفيّة التيمّم... ص ٥٤.

(٨) السرائر: كتاب الطهارة باب التيمّم وأحكامه ج ١ ص ١٣٥.

(٩) الهداية «الجوامع الفقهية»: ص ٤٩.

المستوية رميتي سهم، فان وقع اليقين بفوته الى آخر الوقت أو فيما يغلب على الظنّ كان تيمّمه وصلاته في أوّل الوقت أحبّ إليّ[١].

والأقرب عند المصنّف التفصيل الذي ذكره في الكتاب، أمّا جواز التيمّم في أوّل الوقت مع العلم باستمرار العجز، خلافاً للسيد والشيخ وموافقيهما، فلعموم قوله تعالى: ﴿يا أيّها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا ـ الى قوله: ـ فلم تجدوا ماءً فتيمّموا﴾[٢] خرج منه ما اذا لم يعلم باستمرار العجز لما يأتي فبقي صورة النزاع داخلة تحت العموم.

ولما رواه زرارة في الصحيح، عن الباقر عليه السلام قال: قلت له: فان أصاب الماء وقد صلّى بتيمّم وهو في وقت الصلاة، قال: صحّت صلاته ولا اعادة عليه[٣]. وتقرير الاستدلال بها كما ذكرناه.

وأمّا وجوب التأخير مع عدم العلم باستمرار العجز وإمكان وجود الماء في الوقت؛ فلما رواه زرارة في الحسن، عن أحدهما عليهما السلام قال: إذا لم يجد المسافر ماءً فليطلب ما دام في الوقت، فاذا خاف أن يفوته الوقت فليتيمّم وليصلّ في آخر الوقت[٤].

احتجّ ابن بابويه بالأوّلين، والسيد وموافقوه بالأخير.

والجواب: يظهر ممّا قررناه.

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطهارة الفصل الأول في التيمّم ج ١ ص ٤١٤.

(٢) المائدة: ٦.

(٣) تهذيب الأحكام: باب ٨ من أبواب الطهارة ح ٣٦ ج ١ ص ١٩٤، وسائل الشيعة: ب ١٤ من أبواب التيمّم ح ٩ ج ٢ ص ٩٨٣.

(٤) تهذيب الأحكام: ب ٨ التيمّم وأحكامه ح ٦٣ ج ١ ص ٢٠٣، وسائل الشيعة: باب ١٤ من أبواب التيمّم ح ٣ ج ٢ ص ٩٨٢.

قوله رحمه الله: «ولو تيمّم لفائتة ضحوة جاز أن يؤدي الظهر في أول الوقت على إشكال».

أقول: وجه الاشكال من حيث إنّه يستبيح للصلاة بالتيمّم السابق فجاز له فعلها، وهو الظاهر من كلامه في المبسوط فانّه قال فيه: لو تيمّم لنافلة في غير وقت فريضة أو لقضاء فريضة في غير وقت فريضة حاضرة جاز ذلك، فاذا دخل الوقت جاز أن يصلّي بذلك التيمّم[١].

ومن وجود المقتضي لتأخير[٢] التيمّم، وهو تجويز تحصيل الطهارة المائيّة لما يرجوه من حصول الماء في آخر الوقت، فلا يصحّ فعله قبله، وهو اختيار المصنّف في المختلف إن أمكن زوال عذره في آخر الوقت[٣].

قوله رحمه الله: «وهل له العدول الى النفل؟ الأقرب ذلك».

أقول: وجه القرب انّ غرض الشارع تعلّق بايقاع الصلاة بالطهارة المائيّة مع الامكان، وعدم جواز التيمّم إلّا عند تعذّرها وهو قادر على تحصيلها، لكن قطع الصلاة منهيٌّ عنه؛ لقوله تعالى: ﴿ولا تبطلوا أعمالكم﴾[٤]. فالجمع بينهما العدول منها الى النافلة، والطهارة بالماء للفريضة.

---

(١) المبسوط: كتاب الطهارة في ذكر التيمّم ج ١ ص ٣٣ ـ ٣٤.

(٢) في م ٢: «المقتضي لوجوب تأخير».

(٣) مختلف الشيعة: كتاب الطهارة الفصل الرابع في أحكام التيمّم ج ١ ص ٤٤٩.

(٤) محمّد: ٣٣.

ويحتمل عدمه؛ لأنّه دخل في صلاة مشروعة صحيحة فليس له إبطالها للآية، والعدول الى النافلة إبطال للفريضة، خصوصاً اذا كان قد تضيّق وقت الفريضة، فانّ التيمّم إنّما يصحّ عند الأكثر إذا تضيّق الوقت، وعند المصنّف أيضاً اذا كان العذر ممّا يمكن زواله.

قوله رحمه الله: «فان فقد بعده ففي النقض نظر».

أقول: قد تردّد المصنّف في هذه المسألة أيضاً في كتابي التحرير[1] والمختلف[2].

ووجه النقض أنّه قادر على استعمال الماء، ومنع الشارع من إبطال الصلاة لا تسلبه القدرة من استعمال الماء، فانّ القدرة صفة حقيقيّة قائمة بالقادر لاتزول عنه بالأمر والنهي.

ووجه عدمه أنّه منهيّ عن إبطال الصلاة شرعاً، فلا يتمكّن من جهة الشرع من استعمال الماء؛ ولأنّه لو كان وجود الماء في الصلاة ناقضاً لتيمّمه لبطلت صلاته كغيره من الأحداث وهو باطل.

قوله رحمه الله: «وفي تنزّل الصلاة على الميّت منزلة التكبير نظر».

أقول: وجه النظر من حيث إنّه تيمّم قد فعلت عقيبه العبادة المترتبة عليه، فلا ينتقض بوجود الماء بعد ذلك كالتيمّم للصلاة اليومية اذا شرع فيها عقيبه فانه

---

(١) تحرير الأحكام: كتاب الطهارة الفصل الثالث في كيفيّة التيمّم ج ١ ص ٢٣.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب الطهارة الفصل الرابع في أحكام التيمّم ج ١ ص ٤٤٨.

لاينتقض بذلك التيمّم، والمشاركة في العلّة تقتضي المشاركة في الحكم.

ومن وجود الماء مع التمكّن من استعماله وهو مبطل للتيمّم، بخلاف الشروع في اليوميّة لاختصاصها بالنصّ عليها.

قوله رحمه الله: «فان أوجبنا الغسل ففي إعادة الصلاة إشكال».

أقـول: وجه الاشكال من حيث إنّ كلّ ميّت يجب تغسيله، ولاتصح الصلاة عليه إلّا بعد تغسيله، وهذا قد وجب تغسيله؛ لأنّه المقدّر.

ومن أنّه قد صلّى عليه صلاة مشروعة[1] مأموراً بها، والأمر يقتضي الاجزاء.

---

(١) في م١: «شرعية».

كتاب

الصلاة

كتاب الصلاة

قوله رحمه الله: «والمماثلة بين الفيء الزائد والظلّ الأوّل على رأي».

أقول: ما ذكره المصنّف هو اختيار الشيخ في التهذيب فانّه قال فيه: المعتبر بزيادة الظلّ قدر الفيء الأوّل لا قدر الشخص[1]. والاكثر على أنّ المعتبر قدر الشخص، واختاره المصنّف في المختلف[2].

قوله رحمه الله: «ولو ضاق الوقت إلّا عن الطهارة وركعة صلّى واجباً مؤدّياً للجميع على رأي».

أقول: الذي اختاره المصنّف من كونه مؤدّياً للجميع هو مذهب الشيخ رحمه الله[3].

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٤ أوقات الصلاة... ذيل الحديث ١٧ ج ٢ ص ٢٣.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل الأوّل في الأوقات ج ٢ ص ٣٨.

(٣) المبسوط: كتاب الصلاة فصل في ذكر المواقيت ج ١ ص ٧٢.

وقال المرتضى: يكون قاضياً للجميع، نقله عنه الشيخ في مسائل الخلاف[١].

قال: ومنهم من قال: يكون قاضياً لبعضها[٢].

قوله رحمه الله: «وهل الأربع للظهر أو العصر؟ فيه احتمال».

أقول: وجه احتمال كون الاربع للظهر انّ الشارع فرض عليه الاتيان بالظهر في ذلك القدر من الزمان على وجه التضييق، ولانعني بوقت الفريضة إلّا الوقت الذي فرضه لتلك الفريضة عيناً دون غيره.

ومن أنّ مقدار أربع قد كان مختصّاً بالعصر لولا إدراك قدر الخامسة، فكذا إذا أدركه لامتناع صيرورة ما ليس بوقتٍ وقتاً. ولأنّ ذلك يقتضي كون مقدار ثلاث بعد المغرب لو أدرك قدر ركعة من آخر وقت العصر وقتاً للعصر دون المغرب؛ لأنّه قد فرض عليه الاتيان بباقي العصر في ذلك الزمان مضيّقاً، وهو باطلٌ قطعاً.

قوله رحمه الله: «وتظهر الفائدة في المغرب والعشاء».

أقول: يريد انّه إن جعلنا مقدار الاربع وقتاً للظهر، فلو أدرك قبل الانتصاف مقدار أربع وجب عليه المغرب والعشاء؛ لأنّ مقدار ثلاث يدرك بها المغرب وتدرك العشاء بادراك ركعة في وقتها. وان جعلنا الأربع للعصر كان قدر الاربع قبل الانتصاف للعشاء لا غير ويقضي المغرب، وهذا التفريع عندي ليس بشيء.

---

(١) الخلاف: كتاب الطهارة المسألة ١١ ج ١ ص ٢٦٨.

(٢) المبسوط: كتاب الصلاة فصل في ذكر المواقيت ج ١ ص ٧٢.

قوله رحمه الله: «وفي الندب قولان».

أقول: في وجه استقبال القبلة بالنافلة قولان: أحدهما: الوجوب[١]، قاله ابن أبي عقيل إلّا في موضعين: حال الحرب والمسافر على الراحلة حيث توجهت[٢] وأوجبه الشيخ أيضاً إلّا الماشي والراكب[٣]، واختاره المصنّف في المختلف[٤].

والقول الأخر: الاستحباب، نقله شيخنا في خلافه عن بعض المتأخّرين[٥]. والظاهر انّ مراده هو الشيخ نجم الدين جعفر بن سعيد؛ لأنّه قال في كتاب الشرائع: وأمّا النوافل فالافضل استقبال القبلة بها[٦].

قوله رحمه الله: «وان يمكن من استيفاء الأفعال على إشكال».

أقول: منشأه من أنّه قادر على الصلاة بجميع الامور المعتبرة فيها شرعاً.

ومن عموم النهي عن الصلاة على الراحلة المتناول لصورة النزاع.

واستجماعها بجميع الامور المعتبرة فيها ممنوع، إذ من جملته أن لا يصلّي على الراحلة اختياراً.

---

(١) في م ٢: «في وجوب».

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل الثاني في القبلة ج ٢ ص ٧٣.

(٣) المبسوط: كتاب الصلاة فصل في ذكر القبلة ج ١ ص ٧٩.

(٤) مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل الثاني في القبلة ج ٢ ص ٧٤.

(٥) مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل الثاني في القبلة ج ٢ ص ٧٣.

(٦) شرائع الاسلام: المقدّمة الثالثة في القبلة ج ١ ص ٦٧.

قوله رحمه الله: «وفي صحّة الصلاة على بعير معقول أو أُرجوحة معلّقة بالحبال نظر».

أقول: منشأه من مشابهتها للراحلة المنهي عنها، وأنّه في معرض حركة البعير أو الارجوحة التي قد توجب عدم التمكّن من بعض الأفعال الواجبة.

ومن أصالة الجواز مع قدرته على جميع الأفعال الواجبة، بخلاف الراحلة التي ربّما انحرفت في حال سيرها عن سمت القبلة في أثناء الصلاة، أمّا البعير المعقول أو الارجوحة فلاستقرارهما ولزوم المصلّي عليهما سمت القبلة فلا مانع منهما.

قوله رحمه الله: «ولو فقد البصير العلم والظنّ قلّد كالأعمى مع احتمال تعدّد الصلاة».

أقول: هذا الاحتمال ـ أعني وجوب كلّ صلاة الى أربع جهات ـ هو مذهب الشيخ رحمه الله في الخلاف فانّه قال فيه: الاعمى ومن لا يعرف القبلة يصلّي الى أربع جهات.

وفصّل في المبسوط فقال: فيه العالم بدليل القبلة اذا اشتبه عليه الامر لم يجز له أن يقلّد غيره؛ لأنّه لا دليل عليه، بل يصلّي الى أربع جهات[1]. وجوّز تقليد العدل كفاقد الامارات ومن لم يحسنها[2]، والمصنّف جوّز تقليد العدل لمن فقد العلم والظنّ.

ووجهه أنّ اخبار العدل مفيد للظنّ، فوجب البناء على قوله؛ لأنّه كالامارة المفيدة للظنّ عند فقد العلم.

---

(١) المبسوط: كتاب الصلاة فصل في ذكر القبلة وأحكامها ج ١ ص ٨٠.

(٢) المبسوط: كتاب الصلاة فصل في ذكر القبلة وأحكامها ج ١ ص ٧٩.

قوله رحمه الله: «لو ظهر خطأ الاجتهاد بالاجتهاد في القضاء إشكال».

أقول: منشأه من ظهور خطأه في الجهة التي صلّى إليها، وكون الصلاة قد كانت في ذمّته بيقين فلا يخرج عن العهدة إلّا بمثله.

ومن أنّه صلّى صلاة مشروعة مأموراً بها شرعاً، والامر يقتضي الأجزاء، وكونه مخطئاً في اجتهاده السابق غير معلوم؛ لاستناده الى الاجتهاد الذي يمكن خطأه أيضاً.

قوله رحمه الله: «وفي السنجاب قولان».

أقول: في جواز الصلاة في فرو السنجاب لأصحابنا قولان: أحدهما: الجواز، اختاره الشيخ في المبسوط[١] وفي كتاب الطهارة من النهاية[٢].

ومنع في الخلاف[٣] وفي كتاب الاطعمة من النهاية[٤]، وهو اختيار ابن البرّاج[٥]، وابن ادريس[٦]، وظاهر كلام المفيد[٧]، وأبي الصلاح[٨]، وسلّار[٩] حيث منعوا من

---

(١) المبسوط: كتاب الصلاة فصل فيما يجوز الصلاة فيه من الصلاة ج ١ ص ٨٢ ـ ٨٣.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الصلاة باب ما يجوز الصلاة فيه من الثياب... ج ١ ص ٣٢٦.

(٣) الخلاف: كتاب الصلاة المسألة ٢٥٦ ج ١ ص ٥١١.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الصيد والذبائح باب ما يحلّ من الميتة.. ج ٣ ص ٩٩ ـ ١٠٠.

(٥) المهذّب: كتاب الصلاة باب ما يجوز الصلاة فيه من اللباس وما لا يجوز ج ١ ص ٧٤ ـ ٧٥.

(٦) السرائر: كتاب الصلاة باب القول في لباس المصلّي ج ١ ص ٢٦٢.

(٧) المقنعة: كتاب الصلاة باب ما تجوز الصلاة فيه من اللباس ...ص ١٥٠.

(٨) الكافي في الفقه: الفصل الرابع في فرض التيمّم ص ١٤٠.

(٩) المراسم: كتاب الصلاة في أحكام ما يصلّى فيه ص ٦٤.

الصلاة في جلد ما لا يؤكل لحمه.

احتجّ المانعون برواية ابن بكير في الموثق قال: سأل زرارة أبا عبدالله عليه السلام عن الصلاة في الثعالب والفنك والسنجاب وغيره من الوبر، فأخرج كتاباً زعم أنّه إملاء رسول الله صلّى الله عليه وآله: انّ الصلاة في وبر كلّ شيء حرام أكله فالصلاة في شعره وجلده وبوله وروثه وكلّ شيء منه فاسد لاتقبل تلك الصلاة حتى يصلّي في غيره ممّا أحلّ الله أكله[١].

واحتجّ المجوّزون بما رواه أبوعلي ابن راشد في الصحيح قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام : ما تقول في الفراء أيّ شيء يصلّى فيه؟ قال: أيّ الفراء؟ قلت: الفنك والسنجاب والسمّور؟ قال: فصلّ في الفنك والسنجاب، فأمّا السمّور فلا تصلّ فيه[٢].

ولأصالة الجواز، خرج منه ما وقع الاتفاق على منعه، فبقي الباقي على الاصل.

قوله رحمه الله: «وهل يفتقر استعمال جلده في غير الصلاة مع التذكية الى الدبغ؟ قولان».

أقول: القول بالجواز على كراهية هو اختيار الشيخ نجم الدين[٣] وكذا

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١١ في ما يجوز الصلاة فيه من اللباس... ح ٢٦ ج ٢ ص ٢٠٩، وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب لباس المصلّي ح ١ ج ٣ ص ٢٥٠.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ١١ في ما يجوز الصلاة فيه من اللباس... ح ٣٠ ج ٢ ص ٢١٠، وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب لباس المصلّي ح ٥ ج ٣ ص ٢٥٣.

(٣) شرائع الاسلام: كتاب الصلاة المقدّمة الرابعة في لباس المصلّي ج ١ ص ٦٨.

المصنّف[١] في اكثر كتبه، ولم أعرف لهما موافقاً في ذلك من أصحابنا.

والقول بالتحريم هو اختيار السيد المرتضى[٢]، والشيخ أبي جعفر[٣] رحمهما الله تعالى.

قوله رحمه الله: «والأقوى إلحاق الناسي ومستصحب غيره به».

أقول: الأقوى عند المصنّف انّ من صلّى في المغصوب ناسياً كان حكمه في وجوب إعادة الصلاة حكم العامد، وكذا من كان معه شيء غصبه من غيره وصلّى مستصحباً له حال الصلاة.

أمّا الأوّل: فلأنّ ستر العورة بالثوب المملوك أو ما في حكمه شرط في صحّة الصلاة ولم يحصل، فلا تصحّ الصلاة المشروطة به؛ لامتناع حصول المشروط من دون شرطه، كما لو صلّى بغير طهارة.

وأمّا الثاني: فلأنّه منهيّ عن الصلاة على هذا الوجه، والنهي في العبادة يدلّ على الفساد، فتكون صلاته على هذا الوجه باطلة.

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب الطهارة الفصل الثالث في الأواني والجلود ج ١ ص ٥٠٢.

(٢) الناصريات «الجوامع الفقهية»: كتاب الطهارة المسألة ١٨ ص ٢١٨.

(٣) المبسوط: كتاب الصلاة فصل فيما يجوز الصلاة فيه من اللباس ج ١ ص ٨٢.

أحكام ستر العورة

قوله رحمه الله: «وتظهر الفائدة في المأموم».

أقـول: فائدة قولنا في من[1] صلّى في ثوب واسع الجيب بحيث تظهر عـورته عند الركوع انّه تبطل صلاته حينئذٍ لا قبله، وتظهر في صلاة المأموم وذلك لأنّا اذا جعلنا الصلاة باطلة من رأس كانت صلاة المأموم العالم بذلك باطلة، وان جعلناها تبطل عند الركوع وقت ظهور عورته لا تبطل إذا جدد المؤتم نيّة الانفراد في ذلك الوقت.

---

(١) في م ١ : «من».

أحكام المكان

قوله رحمه الله: «وفي الناسي إشكال».

أقول: الاشكال هاهنا قريب من الاشكال في صحّة الصلاة في الثوب المغصوب ناسياً، وقد تقدّم توجيهه.

قوله رحمه الله: «ولو أمره بعد التلبّس مع الاتساع احتمل الاتمام والقطع والخروج مصلّياً».

أقول: يريد لو كان المالك أذن للمصلّي في الكون في منزله من غير أن يتعرّض للاذن في الصلاة بنفي ولا اثبات ثمّ أمره بالخروج من منزله بعد تلبّسه بالصلاة والوقت متّسع احتمل فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: وجوب الاتمام؛ لأنّه دخل في عبادة دخولاً مشروعاً، فلا يجوز إبطالها؛ لقوله تعالى: ﴿ولا تبطلوا أعمالكم﴾[1]، وليس للمالك أمره بالخروج، ولا إبطال

---

(١) محمّد: ٣٣.

شيء من واجباتها؛ لأنّه حينئذٍ يكون آمراً بالمحرّم.

الثاني: القطع، وفعلها خارج المنزل؛ لأنّ الصلاة واجب موسّع؛ لأنّه المقدور، والخروج من منزل الغير عند الامر به واجب مضيّق؛ لأنّ حقوق الادميين مبنيّة على التضيّق فيقدّم المضيّق.

الثالث: الخروج مصلّياً؛ لأنّه قد اجتمع عليه واجبان، أحدهما: الاتمام، والاخر: الخروج من منزل الغير، فان اذنه في الكون فيه عارية يجوز الرجوع فيهما متى شاء، ويمكن الجمع بينهما بأن يخرج مصلّياً فتعيّن عليه ذلك.

قوله رحمه الله: «وفي جواز صلاته والى جانبه أو أمامه امرأة تصلّي قولان، والأقرب الكراهية».

أقول: أحد القولين: الجواز، اختاره المرتضى[١]، وابن ادريس[٢]، والمصنّف هنا وفي المختلف[٣].

والقول الاخر: التحريم، ذهب إليه الشيخان[٤]، وأبو الصلاح[٥]، وابن حمزة[٦]

---

(١) لم نعثر عليه في المصادر المتوفّرة لدينا، ولعلّه في المصباح كما نقله عنه في السرائر: كتاب الصلاة باب القول في مكان المصلّي ج ١ ص ٢٦٧.

(٢) السرائر: كتاب الصلاة باب القول في مكان المصلّي ج ١ ص ٢٦٧.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل الرابع في المكان ج ٢ ص ١١١.

(٤) المقنعة: كتاب الصلاة باب ما تجوز الصلاة فيه من اللباس والمكان... ص ١٥٢، المبسوط: كتاب الصلاة فصل في ذكر ما يجوز الصلاة فيه من المكان وما لايجوز ج ١ ص ٨٦.

(٥) الكافي في الفقه: باب تفصيل أحكام الصلاة الخمس ص ١٢٠.

(٦) الوسيلة: فصل في بيان ستر العورة ص ٨٩.

ووجه قرب ما اختاره المصنّف من الجواز على كراهية.

أمّا الجواز فلأنّه أتى بماهيّة الصلاة المأمور بها بجميع أفعالها الواجبة فخرج عن العهدة. ولما رواه جميل بن درّاج، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل والمرأة تصلّي بحذاه، قال: لابأس[1].

وأمّا الكراهية فللروايات التي استدلّ بها الشيخ وموافقوه على مذهبهم المتضمنة للنهي عن ذلك، فانّها تحمل على الكراهية جمعاً بين الادلّة فمنها: ما رواه عمّار الساباطي، عن أبي عبدالله عليه السلام انّه سُئل عن الرجل يصلّي وبين يديه امرأة تصلّي بحَذاه، قال: لايصلّي حتى يجعل بينه وبينها أكثر من عشرة أذرع... الحديث[2].

قوله رحمه الله: «والأقرب اشتراط صحة صلاة المرأة لولاه في بطلان الصلاتين».

أقول: وجه القرب انّ صلاة المرأة اذا لم تكن صحيحة كصلاة الحائض ـ مثلاً ـ لاتكون مشروعة ولا متعبداً بها، فجرت مجرى سائر الافعال الصادرة عن المرأة غير الصلاة في كونها غير قادحة في صحة صلاة الرجل. ومن تناول عموم النهي لمحل النزاع.

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١١ ما يجوز الصلاة فيه... ح ١٢٠ ج ٢ ص ٢٣٢، وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب مكان المصلّي ح ٦ ج ٣ ص ٤٢٨.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ١١ ما يجوز الصلاة فيه... ح ١١٩ ج ٢ ص ٢٣١، وسائل الشيعة: ب ٦ من أبواب مكان المصلّي ح ١ ج ٣ ص ٤٣٠ ـ ٤٣١.

قوله رحمه الله: «وفي الرجوع إليها حينئذٍ نظر».

أقول: على تقدير القول بعدم بطلان صلاة الرجل لو كانت صلاة المرأة غير صحيحة للحيض أو عدم الطهارة ـ مثلاً ـ هل يرجع إليها في ذلك؟ فيه نظر،

منشأه انّ طهر المرأة وحيضها وكونها محدثة أو متطهّرة أُمور مستفادة منها، فكان المرجع فيه إليها، وقولها فيه مقبولاً.

ومن أنّ قول الغير لايكون ماضياً على غيره، فلا تأثير له في صحّة صلاة غيره ولا فسادها.

قوله رحمه الله: «ولو لم يتعد نجاسة المكان الى بدنه أو ثوبه صحّت صلاته إذا كان موضع الجبهة طاهراً على رأي».

أقول: هذا هو المشهور بين الاصحاب.

وقال أبو الصلاح: يشترط طهارة باقي مساقط الاعضاء السبعة[1].

---

(١) الكافي في الفقه: الفصل الرابع في فرض التيمّم ص ١٤٠ ـ ١٤١.

الأذان والإقامة

قوله رحمه الله: «والمتعمد لترك الأذان والإقامة يمضي في صلاته، والناسي يرجع مستحبّاً ما لم يركع، وقيل بالعكس».

أقول: القائل بالعكس هو الشيخ في النهاية[1]، وتبعه ابن ادريس[2]، والذي اختاره المصنّف هو مذهب السيد المرتضى في المصباح حيث قال فيه: ولو تركهما ناسياً تداركهما ما لم يركع، واستقبل صلاته استحباباً[3].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الصلاة باب الأذان والاقامة... ج ١ ص ٢٨٨.

(٢) السرائر: كتاب الصلاة باب الأذان والاقامة... ج ١ ص ٢٠٩.

(٣) نقله عنه في المعتبر: كتاب الصلاة المقدّمة السابعة في الأذان والاقامة... ج ٢ ص ١٢٩.

أفعال الصلاة

قوله رحمه الله: «ولايجوز الاعتماد مع القدرة إلّا على رواية».

أقول: الرواية المشار إليها هي ما رواه علي بن جعفر، عن أخيه موسى عليه السلام قال: سألته عن الرجل هل يصلح له أن يستند الى حائط المسجد وهو يصلّي أو يضع يده على الحائط وهو قائم من غير مرض ولا علّة؟ فقال: لابأس. وعن الرجل يكون في صلاة فريضة فيقوم في الركعتين الأُولتين هل يصلح له أن يتناول من المسجد منهضاً فيستعين به على القيام من غير ضعف ولا علّة؟ قال: لابأس[1].

وأبو الصلاح عدّ الاعتماد على ما يجاور المصلّي من الابنية مكروهاً[2]، استناداً الى هذه الرواية.

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١٥ كيفيّة الصلاة... ح ١٩٥ ج ٢ ص ٣٢٦ ـ ٣٢٧، وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب القيام ح ١ ج ٤ ص ٧٠١ ـ ٧٠٢.

(٢) الكافي في الفقه: باب تفصيل أحكام الصلاة الخمس ص ١٢٥.

قيل: إنّ ظاهر الرواية معارض بالاجماع، فيجب تأويلها إمّا بأنّ الاستناد لا يستلزم الاعتماد أو غير ذلك.

قوله رحمه الله: «وفي جواز الاضطجاع نظر».

أقول: هل يجوز للقادر على القيام أن يصلّي النافلة مضطجعاً؟ فيه نظر.

ينشأ من احتمال الجواز عملاً بالاصل.

ومن اختصاص المصلّي جالساً بالنفل، فلا يحمل عليه غيره.

واعلم انّ المصنّف رحمه الله جعل منشأ الاشكال من عدم وجوبها، فلا يجب كيفيّتها. ومن أنّه يمحو صورة الصلاة.

قوله رحمه الله: «ومعه الأقرب جواز الايماء للركوع والسجود».

أقول: يريد مع القول بجواز صلاة النافلة مضطجعاً للمختار الاقرب جواز الايماء للركوع والسجود.

ووجه القرب أنّ صلاة المضطجع المشروعة للمضطر في الفريضة، كذلك فاذا جوّزنا له الصلاة مضطجعاً مختاراً صلّى كما شرّعت الصلاة للمضطجع، ولأصالة الجواز، ولأنّ الاصل مندوب فلا تكون الكيفيّات واجبة؛ لاستحالة وجوب الكيفيّة مع ندبية أصل الفعل.

قوله رحمه الله: «ولو نوى في الأُولى الخروج في الثانية فالوجه عدم البطلان إن رفض القصد قبل البلوغ الى الثانية».

أقــول: هذا الكلام يفهم منه أمران، أحدهما: انّه اذا نوى انّه يخرج من الصلاة في الركعة الثانية ثمّ رفض ذلك القصد قبل الثانية وعزم على اتمام الصلاة فالوجه أنّها لاتبطل؛ لأنّه دخل في صلاة بنيّة صحيحة دخولاً مشروعاً مع استمراره على النيّة فيما أتى به، فلا يقدح فيها نيّة الابطال لفعل لم يوجد، خصوصاً مع رفض ذلك القصد قبل فعله فكانت صلاته صحيحة، عملاً بأصالة الصحة. وهذا المفهوم منطوق ومصرّح به في الكتاب.

والثاني: انّه اذا لم يرفض ذلك القصد تبطل صلاته، وهذا القسم لم يتعرّض المصنّف لحكمه بالتصريح لكن يفهم منه.

ويمكن الاستدلال عليه بأنّه لم يستمرّ على نيّة الصلاة حكماً؛ لأنّه أتى بنيّة تنافيها، وفعل باقي الافعال لا بنيّة الصلاة فكانت باطلة. خلافاً للشيخ أبي جعفر رحمه الله فانّه قال في مسائل الخلاف: اذا دخل في صلاته ثمّ نوى انّه خارج منها أو نوى انّه سيخرج منها قبل اتمامها أو شكّ هل يخرج منها أو يتمّها فانّ صلاته لاتبطل؛ لأنّه لا دليل عليه[1].

وقال في المبسوط: اذا عزم على ما ينافي الصلاة من حدث أو كلام أو فعل خارج منها ولم يفعل أثم، ولم تبطل صلاته؛ لأنّه لا دليل على ذلك، وان نوى بالقيام أو الركوع أو السجود غير الصلاة بطلت صلاته[2].

والسيد المرتضى أيضاً أطلق القول بعدم الابطال، وطوّل البحث في ذلك[3].

---

(١) الخلاف: كتاب الصلاة في كيفيّة الصلاة المسألة ٥٥ ج ١ ص ٣٠٧.

(٢) المبسوط: كتاب الصلاة فصل في ذكر النيّة... ج ١ ص ١٠٢.

(٣) راجع جوابات المسائل الرسّية الأُولى «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثانية»: ص ٤٤٤.

قوله رحمه الله: «وكذا لو علّق الخروج بأمر ممكن كدخول شخص فان دخل فالأقرب البطلان».

أقول: يريد اذا دخل قبل رفض ذلك القصد، ووجه القرب يعلم ممّا ذكر.

قوله رحمه الله: «ولو نوى أن يفعل المنافي لم تبطل إلّا معه إشكال».

أقول: لو نوى أن يتكلّم أو يحدث هل تبطل صلاته من دون فعل ذلك؟ فيه وجهان، أحدهما: البطلان؛ لعدم الاستمرار على النيّة حكماً الذي هو شرط في صحة الصلاة. والاخر: عدم البطلان؛ لأنّ المبطل للصلاة الحدث أو الكلام لا نيّتهما، وهو اختيار السيد[1].

قوله رحمه الله: «أمّا الزيادة على الواجب من الهيئات كالطمأنينة فالوجه البطلان مع الكثرة».

أقول: يريد لو نوى بالزائد على الواجب الرياء أو غير الصلاة فالوجه البطلان؛ لأنّ تلك الهيئات على هذا التقدير لاتكون من أفعال الصلاة فيصدق أنّه فعل أفعالاً كثيرة ليست من أفعال الصلاة، وكلّ من فعل أفعالاً كثيرة ليست من الصلاة تبطل صلاته. والصغرى مقدّرة، والكبرى اجماعية.

---

(١) لم نعثر عليه في المصادر المتوفّرة لدينا ونقله عنه في ايضاح الفوائد: كتاب الصلاة الفصل الثاني في النيّة ج ١ ص ١٠٢.

قوله رحمه الله: «ولو ظنّ الخروج فنوى القضاء ثمّ ظهر البقاء فالأقرب الاجزاء مع خروج الوقت».

أقول: هذا أيضاً يدلّ بمنطوقه على أقربية الاجزاء، وبمفهومه على وجوب الاعادة مع بقائه وان لم يكن قد صرّح بذلك.

أمّا وجه الاوّل: فلأنّ الشارع تعلّق غرضه بايقاع الفريضة في وقتها المعيّن، وأوجب على المكلّف نيّة ذلك مع قدرته عليه وعدم ظنّه بخروج الوقت. أمّا عند غلبة ظنّه بخروج الوقت فهو مكلّف ظاهراً بأن ينوي القضاء وقد فعل. وعند تيقّنه بقاء الوقت عند الفعل لم يكن قادراً على ايقاعه في الوقت؛ لأنّ علمه بذلك انّما تجدد بعد خروج الوقت فلا يكون مكلّفاً به؛ لأنّ فعل المأمور على الوجه المشروع، فكان مجزئاً لاقتضاء ذلك الاجزاء.

وأمّا وجه الثاني: فلإمكان الاتيان بما تعلّق غرض الشارع بايقاعه، وهو فعل الصلاة في وقتها، فلا يخرج عن العهدة إلّا به.

قوله رحمه الله: «ويجوز أن يقرأ من المصحف، وهل يكتفي مع إمكان التعلّم؟ نظر».

أقول: وجه النظر من حيث انّه مكلّف بالصلاة وأفعالها التي من جملتها القراءة فيجب عليه تعلّمها.

ومن أنّ الواجب القراءة وهي تحصل بالقراءة من المصحف.

قوله رحمه الله: «ويجب البسملة بينهما على رأي».

أقول: روى أصحابنا انّ الضحى وألم نشرح سورة واحدة، وكذا الفيل ولإيلاف[١]، لكن اختلفوا في وجوب البسملة بينهما. فأوجبه المصنّف، وهو قول ابن ادريس[٢].

وقال الشيخ في التبيان: لا يفصل بينهما بالبسملة[٣].

قوله رحمه الله: «ولو قرأ عزيمة في الفريضة ناسياً أتمها وقضى السجدة فالأقرب وجوب العدول إن لم يتجاوز السجدة».

أقول: هذا أيضاً يفهم منه أمران:

أحدهما: من منطوقه، وهو وجوب العدول من تلك العزيمة الى غيرها ممّا ليس بعزيمة اذا لم يتجاوز السجدة. ووجه قربه انّه يحرم عليه قراءة العزائم؛ لاشتمالها على السجدة الزائدة في الصلاة، وقبل الوصول الى السجدة اذا ذكر يكون المقتضي للمنع موجوداً فيجب قراءة غيرها.

والاخر: بمفهومه، وهو انّه اذا كان قد تجاوز السجدة لا يجب عليه العدول، إذ المانع من قراءة الباقي منتفٍ فلا يكون منهيّاً عنه.

---

(١) مجمع البيان: سورة الانشراح ج ١٠ ص ٥٠٧.

(٢) السرائر: كتاب الصلاة باب كيفيّة فعل الصلاة ج ١ ص ٢٢١.

(٣) التبيان: سورة الانشراح ج ١٠ ص ١٧١.

قوله رحمه الله: «وبالقراءة مطلقاً في الجمعة وظهرها على رأي».

أقول: هذا الذي ذكره المصنّف ـ وهو استحباب الجهر بالقراءة يوم الجمعة بالجمعة وظهرها ـ هو قول الشيخ[١].

وقال محمد بن بابويه: اذا صلّى المنفرد ظهراً لم يجهر بالقراءة[٢]، وبه قال ابن ادريس[٣].

قوله رحمه الله: «وقراءة الجحد في أوّل ركعتي الزوال وأوّل نوافل المغرب والليل والغداة اذا أصبح والفجر والإحرام والطواف، وفي ثوانيها بالتوحيد، وروي العكس».

أقول: الذي اختاره الشيخ هنا ـ من استحباب الجحد بعد الحمد في الركعة الاولى في كلّ موضع من المواضع السبعة المذكورة ـ هو اختيار الشيخ في باب القراءة من كتابيَ النهاية[٤] والمبسوط[٥].

ثمّ روى رواية مرسلة، وهي التي أشار إليها المصنّف بقوله:«وروي العكس»

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الصلاة باب الجمعة وأحكامها ج ١ ص ٣٣٨.

(٢) من لايحضره الفقيه: في صلاة الجمعة ذيل الحديث ١٢٣٣ ج ١ ص ٤١٨.

(٣) السرائر: كتاب الصلاة باب صلاة الجمعة وأحكامها ج ١ ص ٢٩٨.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الصلاة باب القراءة في الصلاة... ج ١ ص ٣٠٥.

(٥) المبسوط: كتاب الصلاة فصل في ذكر القراءة وأحكامها ج ١ ص ١٠٨.

فقال: وقد رويّ انّه يقرأ في هذه المواضع في الركعة الاولى «قل هو الله أحـد» وفي الثانية «قل يا أيها الكافرون»[١].

وكذا رواها مرسلة في تهذيب الاحكام، فانّه أورد أوّلاً الرواية الدالّة على مـا ذهب إليه في النهاية والمبسوط، وهي: ما رواه محمد بن يعقوب، عن علي بن ابراهيم، عن أبيه، عن علي بن المغيرة قـال: حـدّثني مـعاذ بـن مسـلم، عـن أبي عـبدالله عليه السلام أنّه قال: لاتدع أن تقرأ بـ«قل هو الله أحد» و «قل يا أيّها الكافرون» في سبع مواطن: من الركعتين قبل الفجر، وركعتي الزوال، وركعتين بـعد المـغرب، وركعتين في أوّل صلاة الليل، وركعتي الاحرام والفجر اذا أصبحت بهما، وركـعتي الطواف[٢].

ثمّ قال بعد ذلك ـ أعني الشيخ ـ: وفي رواية أُخرى انّه يقرأ في هذا كلّه بـ«قل هو الله أحد» وفي الثانية بـ«قل يا أيّها الكافرون» إلّا في الركعتين قبل الفجر فانّه يبدأ بـ«قل يا أيّها الكافرون» ثمّ يقرأ في الثانية «قل هو الله أحد»[٣].

قوله رحمه الله: «والذكر من تسبيح وشبهه على رأي».

أقـول: الذي اختاره المصنّف ـ من وجوب الذكر مطلقاً في الركوع تسـبيحاً

---

(١) المبسوط: كتاب الصلاة فصل في ذكر القراءة وأحكامها ج ١ ص ١٠٨.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٨ في كيفيّة الصلاة... ح ٤١ ج ٢ ص ٧٤، وسائل الشيعة: ب ١٥ من أبواب القراءة في الصلاة ح ١ ج ٤ ص ٧٥١.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ٨ في كيفيّة الصلاة ح ٤٢ ج ٢ ص ٧٤، وسائل الشـيعة: ب ١٥ مـن أبواب القراءة في الصلاة ح ٢ ج ٤ ص ٧٥١.

كان أو غيره ـ هو مذهب الشيخ في المبسوط[١]، وابن ادريس[٢].

وقال في الخلاف[٣] والنهاية[٤]: التسبيح في الركوع والسجود واجب، وهو اختيار السيد[٥]، وابن بابويه[٦]، والمفيد[٧]، وسلّار[٨]، وابن حمزة[٩]، وابن الجنيد[١٠].

قوله رحمه الله: «وجلسة الاستراحة على رأي».

أقول: المشهور بين الاصحاب استحباب جلسة الاستراحة عقيب رفع الرأس من السجدة الثانية من الركعة الاولى.

وقال المرتضى: بالوجوب[١١].

قوله رحمه الله: «ولو أسقط الواو في الثاني أو

---

(١) المبسوط: كتاب الصلاة فصل في ذكر الركوع... ج ١ ص ١١١.

(٢) السرائر: كتاب الصلاة باب تفصيل أحكام ما تقدّم ذكره ... ج ١ ص ٢٤٠.

(٣) الخلاف: كتاب الصلاة مسائل الركوع المسألة ٩٩ ج ١ ص ٣٤٨.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الصلاة باب القراءة في الصلاة وأحكامها والركوع... ج ١ ص ٣٠٧.

(٥) الانتصار: مسائل الصلاة ص ٤٥.

(٦) الهداية: ب ٤٧ من أبواب الصلاة ص ٣٢.

(٧) المقنعة: كتاب الصلاة باب كيفيّة الصلاة ص ١٠٥ و ١٠٦.

(٨) المراسم: كتاب الصلاة في ذكر كيفيّة الصلاة ص ٦٩.

(٩) الوسيلة: فصل في بيان ما يقارن حال الصلاة ص ٩٣.

(١٠) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل الثالث في باقي الأفعال الواجبة ج ٢ ص ١٦٥.

(١١) الانتصار: مسائل الصلاة ص ٤٦.

اكتفى به أو أضاف الآل أو الرسول الى المضمر فالوجه الاجزاء».

أقول: يريد لو أسقط الواو في الثاني بأن قال عقيب قوله أشهد أن لا إله إلّا الله: أشهد أن محمداً رسول الله، أو اكتفى به ـ أي بالواو ـ عن لفظ الشهادة، بأن قال: وأنّ محمداً رسول الله، أو أضاف الرسول الى المضمر، كقوله: وأشهد أنّ محمداً رسوله، أو الال بأن قال: اللهمّ صلّ على محمد وآله، فالوجه الاجزاء؛ لأنّها عبارات مترادفة تدلّ على المعنى المقصود من الشهادتين والصلاة على محمد وآل محمدٍ فكانت مجزئة، ويحتمل عدم الاجزاء؛ لحصول التوقيف من الشارع على كيفيّة ذلك فيجب الاتباع.

قوله رحمه الله: «الأقوى عندي استحباب التسليم».

أقول: الذي قوّاه المصنّف هنا ـ من استحباب التسليم ـ هو مذهب الشيخين[١]، وابن البرّاج[٢]، وابن ادريس[٣]، واختاره المصنّف في الخلاف[٤].

والمشهور بين أصحابنا الوجوب، ذهب إليه السيد[٥]، وأبو الصلاح[٦]، وابن أبي

---

(١) المقنعة: كتاب الصلاة باب تفصيل أحكام ما تقدّم ذكره في الصلاة... ص ١٣٩، الخلاف: كتاب الصلاة المسألة ١٣٤ ج ١ ص ٣٧٦.

(٢) المهذّب: كتاب الصلاة باب تفصيل الأحكام المقارنة للصلاة ج ١ ص ٩٩.

(٣) السرائر: كتاب الصلاة باب كيفيّة فعل الصلاة... ج ١ ص ٢٣١.

(٤) مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل الرابع فيما يظنّ انّه واجب وليس كذلك ج ٢ ص ١٧٥.

(٥) الناصريات «الجوامع الفقهية»: كتاب الصلاة المسألة ٨٢ ص ٢٣٢.

(٦) الكافي في الفقه: باب تفصيل أحكام الصلاة الخمس ص ١١٩.

عقيل[١]، وسلّار[٢]، وابن زهرة[٣]، واختاره المصنّف في منتهى المطلب[٤].

واستدلّ المصنّف على الاستحباب في مسائل الخلاف بأصالة البراءة. ولما رواه زرارة في الصحيح، عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن رجل يصلّي ثمّ يجلس فيحدث قبل أن يسلّم، قال: تمّت صلاته[٥].

احتجّ السيد المرتضى بما روي عن أميرالمؤمنين عليه السلام أن النبي صلّى الله عليه وآله قال: مفتاح الصلاة الطهور، وتحريمها التكبير، وتحليلها التسليم[٦].

وتقديم الخبر يقتضي انحصاره في المبتدأ، ومفهوم الحصر حجة، فلا يقع التحليل بغيره. ولأنّه عليه السلام كان مداوم عليه، وقال عليه السلام:«صلّوا كما رأيتموني أُصلّي»[٧] وغير ذلك.

قوله رحمه الله: «وفي الحرف الواحد المفهم والحرف بعده مدّه وكلام المكره عليه نظر».

أقول: وجه النظر في الاوّل: أنّه حرف واحد فلاتفسد به الصلاة. ومن أنّه

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل الرابع فيما يظنّ انّه واجب وليس كذلك ج ٢ ص ١٧٤.

(٢) المراسم: كتاب الصلاة في ذكر كيفيّة الصلاة ص ٦٩.

(٣) الغنية «الجوامع الفقهية»: كتاب الصلاة في أقسام الصلوات ص ٤٩٦.

(٤) منتهى المطلب: كتاب الصلاة البحث الثامن في التسليم ج ١ ص ٢٩٥.

(٥) مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل الرابع فيما يظنّ انّه واجب وليس كذلك ج ٢ ص ١٧٥.

(٦) الناصريات «الجوامع الفقهية»: كتاب الصلاة المسألة ٨٢ ص ٢٣٢.

(٧) عوالي اللآلي: الفصل التاسع ح ٨ ج ١ ص ١٩٧.

كالكلمة المركّبة من الحروف لكونه كلمة مفيدة، فكان مفسداً للصلاة، كما تفسدها الكلمة المركّبة.

وأمّا الثاني: فيحتمل أيضاً فيه عدم الفساد؛ لأنّه حرف وليس مفهماً. ومن أن المدة كالحرف، فكان كمن تكلّم بحرفين.

وأمّا الثالث: فلصدق أنّه تكلّم عامداً وهو ينافي الصلاة، إذ ليس المراد بالاكراه هاهنا ما بلغ الى حدّ الالجاء، فانّه لايعقل أن يفعل الانسان في غيره كلاماً.

ومن حصول الاكراه المقتضي لرفع الحرج بقوله عليه السلام: «رفع عن أُمّتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[1].

قوله رحمه الله: «ولو قال: ادخلوها بسلام آمنين على قصد القراءة جاز، وان قصد التفهيم ولم يقصد سواه بطل على إشكال».

أقول: منشأه انّ هذا قرآن، ولا شيء من القرآن مبطل للصلاة.

ومن أنّ اللفظ تابع للقصد، فاذا تكلّم بكلام ولم يقصد كونه قرآناً بل قصد به كلام نفسه فانّه لايكون قرآناً، وان وجد مثله في القرآن، كما لو قال القائل لمن اسمه هارون: «يا هارون» بقصد نداءه فانّ القائل يكون منادياً له لا قارئاً وان وجد مثله في القرآن، وهو ظاهر.

قوله رحمه الله: «ولا العقص للرجل على قول».

---

(١) من لايحضره الفقيه: باب في من ترك الوضوء... ح ١٣٢ ج ١ ص ٥٩.

أقــول: هذا القول ـ أعني تحريم عقص الشعر للرجل المصلّي ـ مذهب الشيخ في النهاية[١] والمبسوط[٢] والخلاف[٣].

وقال أبو الصلاح[٤]، وسلّار[٥]، وابن ادريس[٦]: هو مكروه، واختاره المصنّف في الخلاف.

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الصلاة باب السهو في الصلاة... ج ١ ص ٣٢٥.

(٢) المبسوط: كتاب الصلاة فصل في ذكر تروك الصلاة... ج ١ ص ١١٩.

(٣) الخلاف: كتاب الصلاة المسألة ٢٥٥ ج ١ ص ٥١٠.

(٤) الكافي في الفقه: باب تفصيل أحكام الصلاة الخمس ص ١٢٥.

(٥) المراسم: كتاب الصلاة في ذكر أحكام ما يصلّى فيه ص ٦٤.

(٦) السرائر: كتاب الصلاة باب القول في لباس المصلّي... ج ١ ص ٢٧١.

[صلاة] الجمعة

قوله رحمه الله: «ولا يشترط الحرية على رأي».

أقول: أي لا يشترط في النائب من قبله عليه السلام في صلاته بالناس الجمعة أن يكون حرّاً، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[1].

وقال في النهاية[2]: يشترط.

قوله رحمه الله: «وهل يجوز في حال الغيبة ـ والتمكّن من الاجتماع بالشرائط ـ الجمعة؟ قولان».

أقول: الجواز هو مذهب الشيخ في النهاية[3]. والمنع مذهب ابن ادريس[4]،

---

(١) المبسوط: كتاب الصلاة كتاب صلاة الجمعة ج ١ ص ١٤٩.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الصلاة باب الجمعة وأحكامها ج ١ ص ٣٣٧.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الصلاة باب الجمعة وأحكامها ج ١ ص ٣٣٨ وفيه: «في زمان التقية».

(٤) السرائر: كتاب الصلاة باب صلاة الجمعة ج ١ ص ٣٠٤.

وسلّار[١]، وهو الظاهر من كلام السيد[٢].

قوله رحمه الله: «ويحتمل الدخول معهم؛ لأنّها جمعة مشروعة».

أقول: أمّا وجه عدم دخوله فلعدم حصول الشرائط بالنسبة إليه.

قوله رحمه الله: «وفي الأبرص والأجذم والأعمى قولان».

أقول: الكلام في هذه المسألة في موضعين:

أحدهما: في إمامة الابرص والاجذم في الجمعة، ولأصحابنا في ذلك قولان، أحدهما: المنع، قاله الشيخ[٣]، وأبو الصلاح[٤]، وابن ادريس[٥]، والسيد في أحد قوليه[٦]. والاخر: الجواز، وهو القول الاخر للسيد ذكره في الانتصار على كراهية[٧]، وهو ظاهر كلام سلّار حيث منع من إمامة ولد الزنا والفاسق والمرأة لاغير[٨].

---

(١) المراسم: كتاب الصلاة في ذكر صلاة الجمعة ص ٧٧.

(٢) المسائل الميافارقيات «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الأُولى»: ص ٢٧٢.

(٣) المبسوط: كتاب الصلاة كتاب صلاة الجمعة ج ١ ص ١٥١.

(٤) الكافي في الفقه: فصل في صلاة الجماعة ص ١٤٣.

(٥) السرائر: كتاب الصلاة باب صلاة الجماعة وأحكامها ج ١ ص ٢٨٠.

(٦) جمل العلم والعمل «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثالثة»: فصل في أحكام صلاة الجماعة ص ٣٩.

(٧) الانتصار: كتاب الصلاة ص ٥٠.

(٨) المراسم: كتاب الصلاة في ذكر أحكام الصلاة جماعة ص ٨٦.

واختاره الشيخ نجم الدين بعد تردّده في ذلك[١]، وهو اختيار المصنّف أيضاً في المختلف[٢].

الثاني: في جواز إمامة الاعمى، وقد ذكر المصنّف انّ فيها قولين. ولم أقف لأصحابنا على قولٍ بالمنع من إمامته إلّا ما رواه السكوني، عن أبي عبدالله عليه السلام، عن أبيه عليه السلام قال: قال أميرالمؤمنين عليه السلام: لا يؤم المقيّد المطلقين، ولا يؤم صاحب الفالج الاصحّاء، ولا صاحب التيمّم المتوضّين، ولا يؤم الاعمى في الصحراء إلّا من توجّه الى القبلة[٣]. وليس فيها دلالة على المطلوب.

قوله رحمه الله: «العدد وهو خمسة على رأي».

أقول: ضبط العدد الذي تنعقد به الجمعة الخمسة ـ كما اختاره المصنّف ـ هو مذهب المرتضى[٤]، والمفيد[٥]، وابن الجنيد[٦]، وابن أبي عقيل[٧]، وأبي الصلاح[٨]،

---

(١) شرائع الاسلام: كتاب الصلاة الفصل الأوّل في صلاة الجمعة ج ١ ص ٩٧.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل الرابع في صلاة الجماعة ج ٣ ص ٥٦.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ٣ أحكام الجماعة... ح ٦ ج ٣ ص ٢٧، وسائل الشيعة: ب ٢٢ من أبواب صلاة الجماعة ح ١ ج ٥ ص ٤١١.

(٤) جمل العلم والعمل «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثالثة»: فصل في صلاة الجمعة وأحكامها ص ٤١.

(٥) المقنعه: كتاب الصلاة باب العمل في ليلة الجمعة ويومها ص ١٦٤.

(٦) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل الأوّل في صلاة الجمعة ج ٢ ص ٢٠٧.

(٧) المصدر السابق.

(٨) الكافي في الفقه: فصل في صلاة الجماعة ص ١٥١.

وسلّار[١]، وابن ادريس[٢].

وقال الشيخ: بالخمسة تستحبّ، وانّما تجب بسبعة نفر[٣]، وهو مذهب ابن البرّاج[٤]، وابن زهرة[٥]، وابن حمزة[٦].

قوله رحمه الله: «وفي انعقادها بالعبد إشكال».

أقول: منشأه من احتمال عدم الانعقاد، كما هو مذهب الشيخ في المبسوط[٧]، وابن حمزة[٨]، لأنّ وجوبها على المكلّف حينئذٍ لا ينفكّ من قبح فيكون قبيحاً.

أمّا الاولى: فلتحريم الحضور على العبد بغير إذن سيده وهو غير معلوم، بل الاصل عدم الاذن فيحكم ظاهراً بقبحه، فلو اعتدّ بحضوره في تكميل العدد المقتضي لتكليف غيره لم ينفكّ ذلك التكليف من القبيح، وهوالتصرّف في ملك الغير بغير اذنه ظاهراً، هكذا استدلّ المصنّف في المختلف[٩].

ومن احتمال الانعقاد، كما هو مذهب الشيخ في الخلاف[١٠]، وابن ادريس[١١]،

---

(١) المراسم: كتاب الصلاة في ذكر صلاة الجمعة ص ٧٧.

(٢) السرائر: كتاب الصلاة باب صلاة الجمعة وأحكامها ج ١ ص ٢٩٠.

(٣) المبسوط: كتاب الصلاة كتاب صلاة الجمعة ج ١ ص ١٤٣.

(٤) المهذّب: كتاب الصلاة باب صلاة الجمعة ص ١٠٠.

(٥) الغنية «الجوامع الفقهية»: ص ٤٩٨.

(٦) الوسيلة: فصل في بيان صلاة الجمعة ص ١٠٣.

(٧) المبسوط: كتاب الصلاة كتاب صلاة الجمعة ص ١٤٣.

(٨) الوسيلة: فصل في بيان صلاة الجمعة ص١٠٣.

(٩) مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل الأوّل في صلاة الجماعة ج ١ ص ٢٣١ ـ ٢٣٢.

(١٠) الخلاف: كتاب الصلاة المسألة ٣٩٨ ج ١ ص ٦٢٧.

(١١) السرائر: كتاب الصلاة باب صلاة الجمعة وأحكامها ج ١ ص ٢٩٣.

عملاً بعموم الادلّة الدالّة على اعتبار مطلق العدد من غير تقييد بحرية أو غيرها، وعدم وجوبها عليه لا ينافي انعقادها به كالمريض لو حضر.

قوله رحمه الله: «الخطبتان: ووقتهما من زوال الشمس لا قبله على رأي».

أقول: هذا قول ابن ادريس، ونقله عن السيد[١].

وقال الشيخ في النهاية[٢] والمبسوط[٣]: ينبغي للامام اذا قرب من الزوال أن يصعد المنبر ويأخذ في الخطبة بمقدار ما اذا فرغ من الخطبتين زالت الشمس.

قوله رحمه الله: «وقيل: تجزئ الآية التامة الفائدة».

أقول: المشهور بين الاصحاب وجوب قراءة سورة خفيفة من القرآن.

وقال في الخلاف: يقرأ شيئاً من القرآن[٤].

أمّا تقييد ذلك بالاية التامة الفائدة فانّما نقله شيخنا المصنّف، والشيخ نجم الدين ابن سعيد في كتاب الشرائع[٥].

قوله رحمه الله: «والأقرب عدم اشتراط

---

(١) السرائر: كتاب الصلاة باب صلاة الجمعة وأحكامها ج ١ ص ٢٩٦.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الصلاة باب الجمعة وأحكامها ج ١ ص ٣٣٦.

(٣) المبسوط: كتاب الصلاة كتاب صلاة الجمعة ج ١ ص ١٥١.

(٤) الخلاف: كتاب الصلاة المسألة ٣٨٤ ج ١ ص ٦١٦.

(٥) شرائع الاسلام: كتاب الصلاة الفصل الأوّل في صلاة الجمعة ج ١ ص ٩٥.

الطهارة، وعدم وجوب الاصغاء إليه، وانتفاء تحريم الكلام».

أقول: هنا أحكام:

الاوّل: الاقرب عند المصنّف أنّ الطهارة ليست شرطاً في الخطبتين، وهو مذهب ابن ادريس[١]. خلافاً للشيخ في كتابَي المبسوط[٢] والخلاف[٣].

الثاني: الاقرب عنده أيضاً أنّه لا يجب على من حضر الجمعة استماع الخطبتين، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[٤]. والمشهور الوجوب، اختاره الشيخ في النهاية[٥]، والمفيد[٦]، وابن حمزة[٧]، وابن ادريس[٨].

الثالث: الاقرب عنده أيضاً عدم تحريم الكلام في أثنائها، وهو قول الشيخ في المبسوط حيث قال: هو مكروه وليس بمحظور[٩]. والمشهور تحريم الكلام فيها اختاره في النهاية[١٠]، وبه قال ابن حمزة[١١]، وابن ادريس[١٢].

---

(١) السرائر: كتاب الصلاة باب صلاة الجمعة ج ١ ص ٢٩١.

(٢) المبسوط: كتاب الصلاة كتاب صلاة الجمعة ج ١ ص ١٤٧.

(٣) الخلاف: كتاب الصلاة المسألة ٣٨٦ ج ١ ص ٦١٨.

(٤) المبسوط: كتاب الصلاة كتاب صلاة الجمعة ج ١ ص ١٤٨.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب الصلاة باب الجمعة وأحكامها ج ١ ص ٣٣٦.

(٦) المقنعة: كتاب الصلاة باب العمل في ليلة الجمعة ويومها ص ١٦٤.

(٧) الوسيلة: فصل في بيان صلاة الجمعة ص ١٠٤.

(٨) السرائر: كتاب الصلاة باب صلاة الجمعة وأحكامها ج ١ ص ٢٩٥.

(٩) المبسوط: كتاب الصلاة كتاب صلاة الجمعة ج ١ ص ١٤٧.

(١٠) النهاية ونكتها: كتاب الصلاة باب الجمعة وأحكامها ج ١ ص ٣٣٦.

(١١) الوسيلة: فصل في بيان صلاة الجمعة ص ١٠٤.

(١٢) السرائر: كتاب الصلاة باب صلاة الجمعة وأحكامها ج ١ ص ٢٩٥.

ووجه القرب فيما اختاره المصنّف أنّ الاصل براءة الذمّة، وشغلها بوجوب حكم أو تحريمه يفتقر الى دليلٍ يقتضيه ولم يثبت.

قوله رحمه الله: «ولو شكّ هل كان الامام راكعاً أو رافعاً؟ رجّحنا الاحتياط على الاستصحاب».

أقول: وجه الترجيح أنّ جانب الاحتياط للعبادة المعارض بأصالة عدم الرفع يعضده أصالة بقاء التكليف على المكلّف، حيث لم يثبت خروجه عن العهدة.

قوله رحمه الله: «ومع اشتباه السابق بعد تعيينه أوّلاً بعده أو اشتباه السبق الأجود اعادة جمعة وظهر في الأخير وظهر في الأولين».

أقول: اذا صلّى في بلد واحد جمعتان بينهما أقل من ثلاثة أميال بطلت الاخيرة وصحّت السابقة، وان اقترنتا بطلتا معاً، فان حصل اشتباه في السابقة فامّا أن يكون قد حصل بعد أن كانت احداهما معلومة بالسبق بعينها، أو معلومة السبق لا بعينها، أو لم يعلم كون أحدهما سابقة أو مقارنة.

ففي الصورتين الأُولتين يعيد كلّ واحدة من الطائفتين ظهراً لحصول القطع ببراءة الذمّة من صلاة الجمعة، وقد وقعت في ذلك البلد جمعة صحيحة.

ولمّا كان كلّ من المكلّفين شاكّاً في كون الصحيحة جمعته أو جمعة غيره فقد حصل له الشكّ في الخروج ممّا علم كونه مكلّفاً به، فيبقى في عهدة التكليف.

ولمّا لم يصحّ له فعل الجمعة تعيّن عليه الظهر.

أمّا في القسم الأخير: فانّهم يعيدون جمعةً وظهراً ليحصل لهم يقين البراءة، فانّهم

لو أعادوا جمعة أمكن أن تكون جمعة أحدهما صحيحة فتبطل صلاة الأُخرى، وان فعلوا الظهر خاصّةً أمكن اقتران الجمعتين فتبطلان وتبقى عليهم الجمعة، فلا يحصل يقين البراءة إلّا بهما.

وقوله: «الأجود» اشارة الى خلاف الشيخ في المبسوط حيث حكم بالبطلان في الصور الثلاث، واعادة الجمعة مع بقاء الوقت[١].

قوله رحمه الله: «وكلّهم لو حضروا وجبت عليهم وانعقدت بهم، إلّا غير المكلّف والمرأة والعبد على رأي».

أقول: الاشارة بقوله: «على رأي» يمكن رجوعه الى العبد، فانّ في انعقادها بالعبد قولان لأصحابنا، أحدهما: الانعقاد به، والاخر: عدمه، وقد تقدّم ذكر ذلك.

ويمكن رجوعه الى الكلّية[٢] في قوله: «وكلّهم اذا حضروا وجبت عليهم وانعقدت بهم» فانّ من جملة ما يتناوله الكلّية المسافر، وقد اختلف أصحابنا فيه.

فقال في الخلاف: انّها تنعقد به[٣]، وتبعه ابن ادريس[٤].

وقال في المبسوط: لاتنعقد به[٥]، وتبعه ابن حمزة[٦]، فليلحظ ذلك، فانّ فيه اشتباهاً على غير المحصّل.

---

(١) المبسوط: كتاب الصلاة كتاب صلاة الجمعة ج ١ ص ١٤٩.

(٢) في ج ، م ١: «المكلّف».

(٣) الخلاف: كتاب الصلاة المسألة ٣٧٥ ج ١ ص ٦١٠.

(٤) السرائر: كتاب الصلاة باب صلاة الجمعة وأحكامها ج ١ ص ٢٩٣.

(٥) المبسوط: كتاب الصلاة كتاب صلاة الجمعة ج ١ ص ١٤٣.

(٦) الوسيلة: فصل في بيان صلاة الجمعة ص ١٠٣.

قوله رحمه الله: «وينعقد على رأي».

أقول: البيع وقت النداء منهيّ عنه بالقرآن والاجماع، فلو باع فعل حراماً وانعقد البيع عند المصنّف، ونقله الشيخ في المبسوط عن بعض أصحابنا[١].

وقال هو فيه[٢] وفي الخلاف[٣]: أنّه لا ينعقد، واختاره ابن الجنيد[٤].

قوله رحمه الله: «وكذا ما يشبه البيع على إشكال».

أقول: منشأه من اختصاص البيع بالنص، فيختصّ به الحكم.

ومن مشاركته للبيع في المنع عن العبادة الواجبة فكان حراماً.

قوله رحمه الله: «ولو لحقه راكعاً في الثانية تابعه ولو لحقه رافعاً فالأقرب جلوسه حتى يسجد الامام ويسلّم ثمّ ينهض الى الثانية، وله أن يعدل الى الانفراد. وعلى التقديرين يدرك الجمعة».

أقول: يعني انّ من زوحم في سجود الاولى حتى سجد ولم يلحق الامام إلّا بعد رفعه من الركوع في الثانية لم يتابعه في سجود الثانية لئلّا يزيد سجوداً، أو يكون

---

(١) المبسوط: كتاب الصلاة كتاب صلاة الجمعة ج ١ ص ١٥٠.

(٢) المصدر السابق.

(٣) الخلاف: كتاب الصلاة المسألة ٤٠٤ ج ١ ص ٦٣١.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل الأوّل في صلاة الجمعة ج ٢ ص ٢٣٦.

قد ترك ركوعاً، وكلاهما مبطل للصلاة. لكن الاقرب صحّة صلاته؛ لأنّه أدرك مع الامام ركوعاً فيدرك به الركعة، إذ الركعة قد يدركها المأموم بادراك الركوع وقد حصل، فحينئذٍ يكون مخيّراً بين جلوسه حتى يسجد الامام الثانية ويسلّم، ولا يتابعه في ذلك، ثمّ يقوم بعد تسليم الامام لا قبله فيأتي بثنائية، أو يعدل الى الانفراد؛ لأنّه لم يتابعه في شيء من أفعاله، فكان له الانفراد عنه، ويكون مدركاً للجمعة على كلّ من التقديرين لإدراك ركعة مع الامام.

ويحتمل ضعيفاً فوات الجمعة؛ لأنّه لم يحصل له مع الامام سجدتان في الأُولى، ولا شيء من أفعال الثانية، فلم يدرك ركعة معه؛ لأنّ الركعة انّما تتحقّق بالسجدتين.

قوله رحمه الله: «ولو لم يتمكّن من السجود في ثانية الامام أيضاً حتى قعد للتشهّد فالأقوى فوات الجمعة».

أقول: وجه القوّة هاهنا أنّه لم يحصل له تمام الركعة الاولى إلّا بعد أن لم يبق للامام ركوع ولا سجود، فكان كما لو لم يتمكّن من السجود إلّا بعد فراغ ركعة الامام، بخلاف الاولى فانّه سجد ولحق الامام قبل سجود الثانية. ويحتمل إدراكه الركعة؛ لأنّه قد سجد قبل فراغ الامام من صلاته.

قوله رحمه الله: «وهل له العدول الى الظهر أو يستأنف؟ الأقرب الثاني».

أقول: يحتمل ضعيفاً جواز العدول بهذه الركعة الى الظهر، ويستأنف على تقدير القول بفوات الجمعة؛ لأنّها صلاة دخل فيها دخولاً مشروعاً فجاز العدول بها

الى فرضه، كما لو صلّى صلاة ثمّ تبيّن أنّ عليه سابقة عليها.

والاقرب عند المصنّف الاستئناف؛ لأنّها مخالفة بالنوع لصلاة الظهر وان كانت مسقطة لها. ولأنّ إجزاء بعض ركعات إحدى الفرائض عن بعض غيرها انّما يتلقّى من الشارع ولم يرد هنا.

صلاة العيدين

قوله رحمه الله: «والأقرب وجوب التكبيرات الزائدة».

أقول: أقرب المذهبين عند المصنّف وجوب التكبيرات الزائدة على اليومية في صلاة العيدين، وهو المشهور بين الاصحاب، ذهب إليه ابن الجنيد[1]، وأبو الصلاح[2]، وجماعة[3].

وقال الشيخ في التهذيب: إنّه سنّة وفضيلة لو أخلّ به لم تبطل صلاته[4].

قوله رحمه الله: «والقنوت بينهما».

أقول: الاقرب عند المصنّف وجوب القنوت بين التكبيرات، وهو أيضاً

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل الثاني في صلاة العيدين ج ٢ ص ٢٥٧.

(٢) الكافي في الفقه: فصل في صلاة العيدين ص ١٥٣.

(٣) منهم السيد المرتضى في الانتصار: مسائل الصلاة ص ٥٦.

(٤) تهذيب الأحكام: ب ٦ صلاة العيدين ذيل الحديث ٢٢ ج ٣ ص ١٣٣.

المشهور بين الأصحاب، ذهب إليه السيّد[١]، وأبو الصلاح[٢]، حتى أنّ السيّد قال: ممّا انفردت به الامامية وجوب القنوت.

وقال الشيخ: يستحبّ له أن يدعو بين التكبيرات بما يسنح له[٣].

ووجه القرب فيما اختاره من الوجوب في المسألتين أنّ الائمة عليهم السلام بيّنوا وجوب صلاة العيد ثمّ بيّنوا كيفيتها وما رواه يعقوب بين يقطين في الصحيح قال: سألت العبد الصالح عن التكبير في العيدين أقَبلَ القراءة أم بعدها؟ وكم عدد التكبيرات في الاولى والثانية والدعاء بينهما؟ وهل بينهما قنوت أم لا؟ فقال: تكبير العيدين للصلاة قبل الخطبة يكبّر تكبيرة يفتتح بها الصلاة ثمّ يقرأ ويكبّر خمساً ويدعو بينهما ثمّ يكبّر أُخرى ويركع بها فذلك سبع تكبيرات بالتي افتتح بها، ثمّ يكبّر في الثانية خمساً يقوم فيقرأ ثمّ يكبّر أربعاً ويدعو بينهنّ ثمّ يركع بالتكبيرة الخامسة[٤].

واستدلّ المصنّف على وجوبها أيضاً، بأنّ النبي صلّى الله عليه وآله صلّاها كذلك، وقال عليه السلام: «صلّوا كما رأيتموني أُصلّي»[٥].

قوله رحمه الله: «ولو أدرك الامام راكعاً تابعه

---

(١) الانتصار: مسائل الصلاة ص ٥٧.

(٢) الكافي في الفقه: فصل في صلاة العيدين ص ١٥٤.

(٣) الخلاف: كتاب الصلاة المسألة ٤٣٣ ج ١ ص ٦٦١.

(٤) تهذيب الأحكام: ب ٦ صلاة العيدين ح ١٩ ج ٣ ص ١٣٢، وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب صلاة العيد ح ٨ ج ٥ ص ١٠٧.

(٥) عوالي اللآلي: الفصل التاسع ح ٨ ج ١ ص ١٩٧.

وسقط التكبير، وكذا يسقط الفائت لو أدرك البعض، ويحتمل التكبير ولاءً من غير قنوت إن أمكن».

أقول: قد مرّ انّ التكبيرات واجبة، وهذا المأموم قادر على الاتيان بما فاته منها مع بقاء محلّه فكان من المحتمل وجوبه.

قوله رحمه الله: «وأقل ما يكون بين فرضي العيدين ثلاثة أميال كالجمعة على إشكال».

أقول: منشأه من عموم قولهم: إنّ شرائط صلاة العيدين شرائط صلاة الجمعة، ومن جملتها أن لا يكون بينهما أقل من ذلك القدر.

ومن المنع من كونه شرطاً في الجمعة وان كان من أحكامها تحريم جمعتين في بلدة وبطلانهما عند الاقتران، هكذا منع المصنّف في التذكرة[١].

وأقول: هذا المنع مشكل من المصنّف، حيث عدّ ذلك من الشرائط في هذا الكتاب، وكذلك عدّه جماعة من أصحابنا في الشرائط كالشيخ في المبسوط[٢]، وابن حمزة[٣]، وابن ادريس[٤].

---

(١) تذكرة الفقهاء: كتاب الصلاة ج ١ ص ١٥٠.

(٢) المبسوط: كتاب الصلاة كتاب صلاة الجمعة ج ١ ص ١٤٩.

(٣) الوسيلة: فصل في بيان صلاة الجمعة ص ١٠٣.

(٤) السرائر: كتاب الصلاة باب صلاة الجمعة وأحكامها ج ١ ص ٢٩١.

صلاة الكسوف

قوله رحمه الله: «ولو أدرك الامام في ركعات الأُولى فالوجه الصبر حتى يبتدئ بالثانية، ويحتمل المتابعة فلا يسجد مع الامام، فاذا انتهى الى الخامس بالنسبة إليه سجد ثمّ لحق الامام بالامام ويتمّ الركعات قبل سجود الثانية».

أقول: وجه ترجيح الصبر حتى يقوم الامام الى الثانية؛ لأنّه حينئذٍ أحوط، فانّه يكون متابعاً للامام في مجموع ثانيته وهي أولى له، فاذا سلّم الامام قام فأتى بالثانية، ولايفارق الامام على هذا التقدير ما دام الامام مصلّياً.

أمّا على الاحتمال الاخر فانّه يفارق الامام عند سجود الامام الأُولى فلا يسجد معه، فاذا قام الامام الى الثانية وبلغ الى الخامسة بالنسبة الى المأموم فارقه المؤتم وقعد للسجدتين والامام قائم ثمّ يقوم ويلحق به، فاذا تمّ الامام ثانيته وسجد لايسجد معه. والغرض في الائتمام المتابعة لا المفارقة في كثير من أحوال الصلاة، وانّما قلنا باحتمال جواز ذلك أيضاً لأصالة الجواز.

قوله رحمه الله: «فلو اشتغل أحد المكلّفين في الابتداء وخرج الوقت وقد أكمل ركعة فالأقرب عدم وجود الائتمام».

أقول: أي لو اشتغل أحد المكلّفين في ابتداء الكسوف بالطهارة والصلاة من غير إهمال وخرج الوقت وقد أدرك ركعةً فالاقرب عدم وجوب الائتمام.

ووجه القرب من حيث إنّا علمنا انّه غير مكلّف بتلك الفريضة؛ لاستحالة أن يكلّف الله تعالى بفرض في وقت لايتسع لأدائه. ويحتمل ضعيفاً الائتمام؛ لأنّ من أدرك ركعة من الفريضة في وقتها أدرك تلك الفريضة، ووجب عليه فعل الباقي خارج الوقت وكان مؤدّياً للجميع كما مرّ.

قوله رحمه الله: «أمّا الآخر فلا يجب عليه القضاء على التقديرين».

أقول: المراد بالآخر الذي لم يدرك الركعة بتمامها، وهو أعمّ من أن يكون قد تلبّس ولم يدرك الركعة أو لم يتلبّس أصلاً، فانّه لايجب عليه قضاؤها على التقديرين، أي سواء قلنا بوجوب الاتمام على من أدرك ركعة أو لم نقل.

صلاة النذر

قوله رحمه الله: «ولو أوقعها في غير ذلك المكان فكذلك، إلاّ أن يخلو القيد عن المزية فالوجه الاجزاء».

أقول: يريد من نذر صلاةً في مكان مخصوص فأوقعها في غير ذلك المكان الذي تعلّق به النذر كان كما لو أوقعها في غير زمان النذر فيجب عليه القضاء والكفّارة لخلف النذر، إلاّ أن يكون ذلك المكان خالياً عن المزية، فاذا أوقعها في غيره فالوجه انّه يجزئ ولا قضاء ولا كفّارة عليه، إذ المكان الذي لا مزية فيه لا تعلّق لغرض الشارع بخصوصياته، كالصلاة في زاوية معيّنة من البيت فإنّ خصوصية تلك الزاوية لا مدخل لها في التعبّد، فلا يجب بمخالفتها كفّارة. ويحتمل الكفّارة؛ لأنّ المنذور الصلاة في تلك البقعة بعينها، فاذا أتى بها في غيرها يكون قد أخلّ بالعبادة المنذورة، فتعيّن عليه كفّارة خلف النذر، وهو وجه قوي، وفي كلام المصنّف تساهل.

والتحقيق: انّ الناذر إمّا أن يكون قد نذر ايقاع الصلاة في زمان معيّن من غير تعرّض للمكان، أو في مكان معيّن مع التعرّض للزمان، أو نذرهما.

فالأوّل: إذا أخلّ به حتى خرج ذلك الزمان كان عليه الكفّارة قطعاً، سواء فعلها في الزمان الثاني أو لم يفعلها، لكن في الأخير عليه القضاء على الأقوى.

والثاني: إذا فعلها في غير ذلك المكان، فان كان المكان المنذور خالياً عن المزية احتمل الاجزاء وعدمه على ما تقدم، فان اشتمل على المزية وفعلها في غيره لم يجز عليه الاعادة، لا القضاء ولا كفّارة عليه.

والثالث: إن أخلّ بالفعل حتى خرج ذلك الزمان أو فعلها في غير ذي المزية فيه كان عليه الاعادة فيه، فان خرج الوقت ولم يفعل كان عليه القضاء والكفّارة على ما تقدّم.

قوله رحمه الله: «ولو فعل فيما هو أزيد مزية ففي الاجزاء نظر».

أقول: منشأه انّ المكان الذي فعل فيه المنذور مشتمل على المزية المنذورة وزيادة، فيكون قد أتى بما نذره وزيادة مزية.

ومن إخلاله بالنذر لما فيه مزية بعد انعقاده.

قوله رحمه الله: «والأقرب وجوب التسليم بين كلّ ركعتين».

أقول: وجه القرب انّ النذر اذا أطلق انّما يحمل على الغالب، والغالب في

الصلاة[١] المتبرّع بها ـ أي غير الواجبة بأصل الشرع ـ كون كلّ ركعتين منها بتسليم فينصرف النذر إليه. ويحتمل عدم الوجوب، اذ النذر يتناول وجوب عدد مخصوص، وهو كما يتحقّق الامتثال به بالتسليم بين كلّ ركعتين يتحقّق بالتسليم عقيب أقل أو أكثر، وقد تعبّدنا الشارع بكلّ واحد منها.

قوله رحمه الله: «ولو شرط خمساً ففي انعقاده نظر».

أقول: منشأه من احتمال الانعقاد؛ لأنّه نذر صلاة على وجه مخصوص فتنعقد، إذ الصلاة في نفسها طاعة، والتعبّد بقدر معيّن من الركعات لا يمنع من التبرّع بما عداه.

ومن عدم التعبّد بمثل تلك الصلاة[٢] فتكون بدعة.

قوله رحمه الله: «ولو اطلق ففي إجزاء الواحدة إشكال أقربه ذلك».

أقول: منشأه من صدق الصلاة على الواحدة، والى هذا الاحتمال ذهب ابن ادريس[٣].

ومن بناء النذر على الغالب، والغالب ركعتان، والى هذا الاحتمال ذهب الشيخ في الخلاف[٤] والمبسوط[٥].

---

(١) في م ١: «على المتعارف والمتعارف في الصلوات الخمس» وفي م ٢: «المعتاد من أفعال الصلوات».

(٢) م ١: العبادة.

(٣) السرائر: أحكام الايمان باب النذور والعهود... ج ٣ ص ٦٣.

(٤) الخلاف: كتاب النذور المسألة ١٧ ج ٣ ص ٣٠٧.

(٥) لم نعثر عليه.

والأوّل من الاحتمالين أقرب عند المصنّف؛ لأصالة براءة الذمّة من الزائد على الركعة، ولصدق اسم الصلاة عليها فكانت مجزئة.

قوله رحمه الله: «ولو نذر الفريضة اليومية فالوجه الانعقاد».

أقول: لأنّه نذر طاعة فانعقد نذره، وكونه واجباً لايمنع من انعقاد النذر، فانّ الفائدة وجوب الكفّارة مع القضاء لو أخلّ بها.

قوله رحمه الله: «أو مستدبراً إن لم نوجب الضد».

أقول: يريد لو نذر أن يصلّي مستدبر القبلة انعقد النذر في الصلاة دون القيد إن لم يوجب الضدّ ـ أي إن لم نقل بوجوب الاستقبال في النافلة ـ وقد تقدّم.

أحكام الخلل في الصلاة

قوله رحمه الله: «لو شكّ في ركوعه وهو قائم فركع ثمّ ذكر قبل انتصابه انّه كان قد ركع بطلت على رأي».

أقول: هذا الذي اختاره المصنّف من بطلان الصلاة مذهب ابن أبي عقيل[1].

وقال السيد: يرسل نفسه الى السجود ولا يرفع رأسه[2]، وهو مذهب الشيخ[3]، وأبي الصلاح[4]، وابن ادريس[5].

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل الأوّل في السهو ج ٢ ص ٣٦٠.

(٢) جمل العلم والعمل «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثالثة»: فصل في أحكام السهو ص ٣٦.

(٣) المبسوط: كتاب الصلاة فصل في أحكام السهو... ج ١ ص ١٢٢.

(٤) الكافي في الفقه: باب تفصيل أحكام الصلاة الخمس ص ١١٨.

(٥) السرائر: كتاب الصلاة باب أحكام السهو... ج ١ ص ٢٥١.

قوله رحمه الله: «ما لايجب معه شيء ـ الى قوله:ـ وقيل: يجب سجدتا السهو في هذه المواضع أيضاً، وهو الأقوى عندي».

أقول: في سجدتي السهو في هذه المواضع لأصحابنا أقوال:

أحدها: وجوبهما في موضع واحدٍ، وهو قول محمد بن بابويه في المقنع حيث قال فيه: واعلم انّ السهو الذي يجب فيه سجدتا السهو هو انّك اذا أردت أن تقعد قمت، واذا أردت أن تقوم قعدت[١].

الثاني: وجوبهما في موضعين، وهو قول والده علي حيث أوجبهما في نسيان التشهد، وفي الشكّ بين الثلاث والاربع اذا ذهب وهمه الى الرابعة[٢]. وقول الحسن ابن أبي عقيل حيث قال: تجبان في موضعين: الكلام ساهياً، ودخول الشكّ عليه في أربع ركعات أو خمس فما عداها[٣].

الثالث: وجوبهما في ثلاثة مواضع، وهو قول المفيد في المقنعة حيث قال فيها: تجبان في ثلاثة مواضع: من ترك سجدة حتى فات محلّها، ومن ترك التشهّد الاوّل حتى ركع في الثالثة، ومن تكلّم ساهياً[٤].

---

(١) المقنع: باب السهو في الصلاة ص ٣٣ وفيه: «واعلم أنّ السهو الذي تجب فيه سجدتا السهو»، والعبارة كلها نقلها عنه العلّامة في مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل الأوّل في السهو ج ٢ ص ٤٢١ ـ ٤٢٣.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل الأوّل في السهو ج ٢ ص ٤٢٢.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل الأوّل في السهو ج ٢ ص ٤١٩ ـ ٤٢٠.

(٤) المقنعة: كتاب الصلاة باب أحكام السهو في الصلاة... ص ١٤٧ ـ ١٤٨.

وقول آخر لمحمّد بن بابويه حيث قال: لا تجب سجدتا السهو إلّا على من قعد في حال قيام أو بالعكس، أو ترك التشهّد، أو لم يدر زاد أو نقص[١].

الرابع: وجوبهما في أربعة مواضع، وهو قول الشيخ في الجمل[٢] والاقتصاد[٣] حيث قال فيهما: تجبان في أربعة مواضع: من تكلّم ساهياً، ومن سلّم في الأُولتين ناسياً، ومن ترك إحدى السجدتين حتى يركع فيما بعد، ومن شكّ بين الاربع والخمس، وهو قول سلّار حيث أوجبهما في أربعة مواضع: نسيان السجدة، والتشهّد والكلام ناسياً، والقعود في حال القيام، وبالعكس[٤].

وقول الشيخ في الخلاف حيث قال فيه: سجدتا السهو لاتجبان إلّا في أربعة مواضع: من تكلّم ناسياً، ومن سلّم في غير موضعه ناسياً، واذا نسي سجدة واحدة ولا يذكر حتى يركع في الركعة التي بعدها، وإذا نسي التشهّد الاوّل ولا يذكر حتى يركع في الثالثة[٥].

الخامس: وجوبهما في خمسة مواضع، وهو قول الشيخ في المبسوط فانّه ذكر المواضع الاربعة التي عدّها في الجمل والاقتصاد، وزاد عليها من نسي التشهّد الاوّل حتى يركع في الثالثة[٦]. وهو قول السيد حيث أوجبهما في الاربعة التي اختارها سلّار، وزاد عليها الشكّ بين الاربع والخمس[٧].

---

(١) من لايحضره الفقيه: باب أحكام السهو في الصلاة ذيل الحديث ٩٩٣ ج ١ ص ٣٤١.

(٢) الجمل والعقود: كتاب الصلاة فصل في ذكر ما يقطع الصلاة ص ٨٠.

(٣) الاقتصاد: فصل في حكم السهو ص ٢٦٧.

(٤) المراسم: كتاب الصلاة في ذكر ما يلزم المفرط في الصلاة ص ٩٠.

(٥) الخلاف: كتاب الصلاة المسألة ٢٠٢ ج ١ ص ٤٥٩.

(٦) المبسوط: كتاب الصلاة فصل في أحكام السهو... ج ١ ص ١٢٣.

(٧) جمل العلم والعمل «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثالثة»: فصل في أحكام السهو ص ٣٧.

وقول أبي الصلاح حيث قال: تجبان على من شكّ في كمال الفرض وزيادة ركعة، وعلى من جلس ساهياً في موضع قيام أو بالعكس، وعلى من تكلّم ساهياً، ومن سها عن سجدة، وعلى من تشهّد عن ركعة أو ركعتين وسلّم ثمّ يذكر ذلك قبل أن ينصرف فيلزمه التلافي وسجدتا السهو التسليم[١].

والسادس: وجوبهما في ستة مواضع، وهو قول ابن البرّاج حيث أوجبهما في الخمسة التي أوجبها فيها السيد، وزاد التسليم في غير موضعه[٢].

وقول ابن حمزة أيضاً، إلّا انّه أسقط التسليم في غير موضعه وجعل مكانه السهو عن سجدتين من الاخيرتين[٣].

وقول ابن ادريس أيضاً حيث أوجبهما في نسيان السجدة، والتشهّد، والتكلّم ناسياً، والتسليم في غير موضعه، والقعود في حال قيام وبالعكس، والشكّ بين الاربع والخمس[٤].

وانّما طوّلنا الكلام هنا بذكر أقاويل فقهائنا في هذه المواضع حيث قال المصنّف:«وقيل: تجبان لكلّ زيادة أو نقيصة» ولم نقف على خصوصية ذلك القائل، وانّما نقل ذلك الشيخ أبو جعفر في مسائل الخلاف فانّه قال: لاتجب سجدتا السهو إلّا في أربعة مواضع ـ كما تقدّم ـ ثمّ قال: وأمّا ما عدا ذلك فهو كلّ سهو يلحق الانسان، ولا تجب عليه سجدتا السهو فعلاً كان أو قولاً، زيادةً كان أو نقصاناً، محقّقةً كانت أو

---

(١) الكافي في الفقه: فصل في حكم السهو... ص ١٤٨ ـ ١٤٩.

(٢) المهذّب: كتاب الصلاة باب السهو في الصلاة ج ١ ص ١٥٦.

(٣) الوسيلة: فصل في بيان أحكام السهو ص ١٠٢.

(٤) السرائر: كتاب الصلاة باب أحكام السهو... ج ١ ص ٢٥٧.

متوهّمة. وعلى كلّ حال وفي أصحابنا من قال: عليه سجدتا السهو في كلّ زيادة أو نقصان[١]، كما ذكرناه.

والدليل على ما اختاره المصنّف ما رواه سفيان بن السمط، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: يسجد سجدتا السهو في كلّ زيادة تدخل عليك أو نقصان[٢].

ولانّهما تجبان على الشاكّ في الزيادة والنقصان، فايجابهما على متيقّنهما أولى، والاوّل حقّ فالثاني كذلك.

بيان حقّية الأوّل: ما رواه الفضيل بن يسار انّه سأل أبا عبدالله عليه السلام عن السهو فقال: من حفظ سهوه فأتمّه فليس عليه سجدتا السهو، وانّما السهو على من لم يدر انّه أزاد في صلاته أو نقص منها[٣].

قوله رحمه الله: «ويشترط فيه عدم تخلّل حدث على رأي».

أقول: خالف ابن ادريس في ذلك حيث قال: يفسد صلاته[٤].

قوله رحمه الله: «وفي السجدة المنسية أو التشهّد أو الصلاة على النبي وآله عليهم السلام إشكال».

---

(١) الخلاف: كتاب الصلاة المسألة ٢٠٢ ج ١ ص ٤٥٩.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٩ تفصيل ما تقدّم ذكره في الصلاة... ح ٦٦ ج ٢ ص ١٥٥، وسائل الشيعة: ب ٣٢ من أبواب الخلل الواقع في الصلاة ح ٣ ج ٥ ص ٣٤٦.

(٣) من لايحضره الفقيه: باب أحكام السهو في الصلاة ح ١٠١٨ ج ١ ص ٣٥٠.

(٤) السرائر: كتاب الصلاة باب أحكام السهو... ج ١ ص ٢٥٩.

أقـول: منشأه انّ كلّ واحد من هذه الثلاثة جزء من الصلاة، فالحدث الحاصل قبلها يصدق عليه وأنّه حدث في أثناء الصلاة فكان مبطلاً لها.

ومن أنّه أحدث بعد التسليم وبراءة ذمّته من الصلاة، ووجوب قضاء ذلك الفائت لايستلزم عدم براءته من باقي أفعال الصلاة؛ لوقوع الاتفاق على انّه انّما يجب عليه ذلك الفائت لاغير.

قوله رحمه الله: «وقيل: في كلّ زيادة و نقيصة غير مبطلتين، وهو الوجه عندي».

أقـول: قد ذكرنا أقوال أصحابنا في هذه المسألة مستوفى. وأنّ قوله: «قيل» اشارة الى ما نقله الشيخ عن بعض علمائنا[1]، وأشرنا الى وجه ترجيح هذا القول فلا نكرره.

قوله رحمه الله: «وفي اشتراط الطهارة والاستقبال والذكر، وهو: بسم الله وبالله اللهمّ صلّ على محمد وآل محمد، أو السلام عليك أيّها النبي ورحمة الله وبركاته نظر».

أقـول: وجه النظر من حيث انّه استدراك وجبر لعبادة مشروطة بالطهارة والاستقبال، فاشترط فيه الطهارة كالمجبورة. ومن أصالة عدم الوجوب.

ولأنّها ليست صلاة ولا جزءً منها، وانّما هي كالعقوبة عن غفلته في الصلاة، فلا يشترط فيها الطهارة كسائر العقوبات.

---

(١) الخلاف: كتاب الصلاة المسألة ٢٠٢ ج ١ ص ٤٥٩.

أمّا الذكر فيحتمل عدم وجوبه أيضاً عملاً بالاصل، ويحتمل وجوبه؛ لما رواه عبدالله الحلبي قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول في سجدتي السهو: بسم الله وبالله وصلّى الله على محمد وآل محمد، وسمعته مرة أُخرى يقول فيهما: بسم الله وبالله السلام عليك أيّها النبي ورحمة الله وبركاته[١]. وأكثر الاصحاب نصّوا على الذكر فيهما دون القراءة والتكبير، إلّا الشيخ أبا جعفر فانّه قال: اذا أراد أن يسجد للسهو استفتح بالتكبير[٢].

قوله رحمه الله: «محلّه بعد التسليم للزيادة كان أو للنقصان على رأي».

أقول: هذا هو المشهور، ذهب إليه ابن أبي عقيل[٣]، والشيخ[٤]، والسيد المرتضى[٥]، والمفيد[٦]، وسلّار[٧].

وقال ابن الجنيد: إن كان لزيادة فهو بعد التسليم، وان كان لنقصان كان قبل التسليم[٨].

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١٠ أحكام السهو... ح ٧٤ ج ٢ ص ١٩٦، وسائل الشيعة: ب ٢٠ من أبواب الخلل الواقع في الصلاة ح ١ ج ٥ ص ٣٣٤.

(٢) المبسوط: كتاب الصلاة فصل في أحكام السهو... ج ١ ص ١٢٥.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل الأوّل ج ٢ ص ٤٣١.

(٤) المبسوط: كتاب الصلاة فصل في أحكام السهو ج ١ ص ١٢٥.

(٥) جمل العلم والعمل «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثالثة»: فصل في أحكام السهو ص ٣٧.

(٦) المقنعة: كتاب الصلاة باب أحكام السهو... ص ١٤٨.

(٧) المراسم: كتاب الصلاة في ذكر ما يلزم المفرط في الصلاة ص ٩٠.

(٨) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل الأوّل في السهو ج ٢ ص ٤٣١.

قوله رحمه الله: «لا تداخل في السهو وإن اتفق السبب على رأي».

أقـول: هذا هو قول الشيخ في الخلاف فانّه قال فيه: الاحوط أنّ عليه لكـلّ واحد سجدتي السهو، سواء اختلف أو تعدّد[١].

وقال ابن ادريس: إن تماثل تداخل واكتفى بالسجدتين، وإن اخـتلف الجـنس وجب لكلّ واحدة سجدتا السهو[٢].

(١) الخلاف: كتاب الصلاة المسألة ٢٠١ ج ١ ص ٤٥٨، وليس فيه: «سواء اختلف أو تعدّد».

(٢) السرائر: كتاب الصلاة باب أحكام السهو... ج ١ ص ٢٥٨.

أحكام القضاء

قوله رحمه الله: «وهل تتعيّن الفائتة مع السعة؟ قولان».

أقول: أحد القولين: القول بالمضايقة، بمعنى أنّ الفائتة يتعيّن فعلها قبل الحاضر مادام الوقت واسعاً كما فرض، وهو قول السيد المرتضى[1]، والشيخ في المبسوط[2]، وابن البرّاج[3]، وأبي الصلاح[4]، وابن ادريس[5].

والثاني: القول بالمواسعة، وهو مذهب ابني بابويه[6]، ونقله المصنّف عن والده

---

(١) جمل العلم والعمل «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثالثة»: فصل في أحكام قضاء الصلاة ص ٣٨.

(٢) المبسوط: كتاب الصلاة فصل في حكم قضاء الصلوات... ج ١ ص ١٢٦.

(٣) المهذّب: كتاب الصلاة باب قضاء الفائت من الصلاة ج ١ ص ١٢٥.

(٤) الكافي في الفقه: فصل في القضاء وأحكامه ص ١٤٩.

(٥) السرائر: كتاب الصلاة باب أحكام قضاء الفائت من الصلوات ج ١ ص ٢٧٢.

(٦) نقله عنهما في مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل الثاني في قضاء الصلوات ج ٣ ص ٥.

رحمه الله وأكثر معاصريه من مشائخ علمائنا رحمهم الله[١].

قوله رحمه الله: «لو نسي الترتيب في سقوطه نظر، والأحوط فعله».

أقول: يحتمل عدم السقوط؛ لأنّه كان واجباً قبل النسيان، والاصل بقاؤه. ويحتمل سقوطه؛ لأصالة البراءة، ولا يلزم من وجوبه حالة الذكر وجوبه حالة النسيان.

ولأنّ النسيان عذر يرفع المؤاخذة عن فعل القبيح والاخلال بالواجب؛ لقوله عليه السلام: «رفع عن أُمّتي الخطأ والنسيان»[٢] وهو نوع من الاعتبار يتناول صورة الفرض، ولكن الاحوط فعله، وهو ظاهر لحصول يقين البراءة معه، فيصلّي من فاتته ظهر وعصر لايعلم السابق منهما أيّهما شاء مرتين والاخرى بينهما، وإذا كان معهما مغرب بجهولة الترتيب أيضاً صلّى سبع صلوات، فيصلّي ـ أيّ الثلاث شاء ـ أربع مرات أُولى وثالثة وخامسة وسابعة، ويصلّي أُخرى مرتين ثانية وسادسة، ويصلّي الثالثة مرةً واحدة رابعة، وهو ظاهر.

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل الثاني في قضاء الصلوات ج ٣ ص ٦.

(٢) من لايحضره الفقيه: باب في من ترك الوضوء... ح ١٣٢ ج ١ ص ٥٩.

[صلاة] الجماعة

قوله رحمه الله: «وفي اشتراط الحرية قولان».

أقول: هل يشترط في امام الصلاة أن يكون حرّاً فيه؟ قولان، أحدهما: عدم الاشتراط مطلقاً، اختاره ابن الجنيد[1]، وأبو الصلاح[2]. والآخر: ما ذهب إليه الشيخ في المبسوط[3] والنهاية[4]، وهو اشتراط الحرية إذا كان إماماً لغير مواليه، وهو اختيار ابن البرّاج[5].

قوله رحمه الله: «ولا يجوز إمامة الصغير وإن كان مميّزاً على رأي».

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل الرابع في صلاة الجماعة ج ٣ ص ٤٨.

(٢) الكافي في الفقه: فصل في صلاة الجماعة ص ١٤٤.

(٣) المبسوط: كتاب الصلاة كتاب صلاة الجماعة ج ١ ص ١٥٥.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الصلاة باب الجماعة... ج ١ ص ٣٤٤.

(٥) المهذّب: كتاب الصلاة باب الامامة وما يتعلّق بها ج ١ ص ٨٠.

أقـول: للشيخ في هذه المسألة قولان:

أحدهما: عدم الجواز، ذكره في النهاية[١].

والآخر: الجواز، ذكره في المبسوط: لأنّه قال في المبسوط: المراهق اذا كان عاقلاً مميّزاً يصلّي صلاة صحيحة جاز أن يكون إماماً[٢].

قوله رحمه الله: «ويقف الخنثى خلف الرجل والمرأة خلف الخنثى استحباباً على رأي».

أقـول: قد تقدّم في الخلاف في وجوب تأخّر المرأة عن الرجل في الموقف، وهذه مبنيّة عليها[٣].

وأمّا ابن حمزة فانّه مع قوله بوجوب تأخّر المرأة عن الرجل، قال: يجوز للخنثى أن يأتمّ بمثله[٤].

قوله رحمه الله: «فلو صلّيا داخل الكعبة أو خارجها مشاهدين لها فالأقرب اتحاد الجهة».

أقـول: وجه القرب انّ المأموم يمكنه أن يتابع الامام في الافعال التى من جملتها الاستقبال للجهة المعيّنة، ويحتمل جوازالاختلاف عملاً بالاصل.

واعلم انّ ابن الجنيد قال كلاماً فيه دلالة ما على الجواز فانّه قال: الامام اذا صلّى

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الصلاة باب الجماعة ج ١ ص ٣٤٥.

(٢) المبسوط: كتاب صلاة الجماعة ج ١ ص ١٥٤.

(٣) الخلاف: كتاب الصلاة المسألة ٢٨٨ ج ١ ص ٥٤٨.

(٤) الوسيلة: فصل في بيان أحكام الجماعة ص ١٠٥.

في المسجد الحرام أحاط المصلّون حول البيت من حيث لايكون أحدهم أقرب الى جدار البيت منه[١].

قوله رحمه الله: «واذا أدركه رافعاً من الأخيرة تابعه في السجود، فاذا سلّم استأنف بتكبيرة الافتتاح على رأي».

أقول: الذي اختاره من استئناف التكبير عند قيامه بعد تسليم الامام اختيار نجم الدين أبي القاسم ابن سعيد رحمه الله ذكره في الشرائع، ونقل قولاً آخر وهو: أنّه يبني على التكبير الاوّل[٢]. ولم أظفر لأصحابنا بقول يتضمّن ذلك، سوى ما ذكره الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: ومن أدرك الامام بعد رفع رأسه من الركوع استفتح الصلاة وسجد معه السجدتين ولا يعتدّ بهما، وإن وقف حتى يقوم الامام الى الثانية كان له ذلك[٣]. فهذا الكلام منه يدلّ على جواز البناء على التكبير السابق وان كان قد زاد سجدتين، وكما يتناول ذلك السجدتين من الركعة الاولى يتناول السجدتين من غيرها.

قوله رحمه الله: «وفي إدراك فضيلة الجماعة في هذين نظر».

أقول: يريد أنّه اذا أدركه بعد رفع رأسه من ركوع الاخيرة قبل السجود

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل الرابع في صلاة الجماعة ج ٣ ص ٩٠.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب الصلاة الطرف الثالث في أحكام الجماعة ج ١ ص ١٢٦.

(٣) المبسوط: كتاب الصلاة كتاب صلاة الجماعة ج ١ ص ١٥٩.

فكبّر وسجد معه وجلس حتى سلّم ثمّ قام فاستأنف، واذا أدركه بعد سجود الاخيرة فكبّر معه وجلس حتى سلّم الامام هل يحصل له إدراك فضيلة الجماعة في هذين الموضعين؟ فيه نظر.

من حيث إنّه لم يصلّ معه تلك الصلاة والركعة منها، فلا يدرك فضيلة الجماعة فيها.

ومن استحباب الاقتداء بالامام فيما يتخلّف عليه من الصلاة، ولولا إدراكه فضيلة الجماعة لم يكن للآمر بالاقتداء حينئذٍ فائدة.

وأقول: يحتمل ادراك فضيلة الجماعة في الاولى؛ لما رواه الشيخ عن محمد بن مسلم قال: قلت له: متى يكون يدرك الصلاة مع الامام؟ قال: إذا أدرك الامام وهو في السجدة الاخيرة من صلاته فهو مدرك لفضل الصلاة مع الامام[1]. فدلّت بمنطوقها على إدراك الفضيلة عند إدراك السجدة، ومن حيث إنّ إدراكها فيها بمعنى الشرط، فيقتضي انّه اذا لم يدرك السجدة لم يدرك فضيلة الصلاة مع الامام، إلّا انّ هذه الرواية مقطوعة.

قوله رحمه الله: «الأقرب عدم جواز تجدّد نيّة الائتمام للمنفرد».

أقول: وجه القرب من حيث إنّ كيفيّة إيقاع العبادة أمر متلقّى من الشارع فيقف جوازه على التوقيف منه، ولم يشرع انتقال المنفرد في أثناء صلاته الى الائتمام

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣ أحكام الجماعة ح ١٠٩ ج ٣ ص ٥٧، وسائل الشيعة: ب ٤٩ من أبواب صلاة الجماعة ح ١ ج ٥ ص ٤٤٨.

بالغير فلا يكون جائزاً.

ولأنّه دخل في صلاة يلزمه فيها القراءة فلا تسقط عنه، ولقوله عليه السلام:«الصلاة على ما افتتحت عليه»[١].

واعلم أنّ الشيخ ذهب في الخلاف الى جواز ذلك، واستدلّ باجماع الفرقة وأخبارهم، ولعدم المانع من جوازه[٢].

قوله رحمه الله: «ومنع إمامة الأخسّ في حالات القيام للأعلى كالمضطجع للقاعد، ومنع إمامة العاجز عن ركن القادر عليه».

أقول: وجه القرب فيهما أنّ صلاة الامام بالنسبة الى غيره ممّن يقدر على ما عجز عنه باطلة، فلا يجوز لغيره الاقتداء به فيها.

ولأنّه لايجوز للقارئ الاقتداء بالعاجز عن القراءة، ولا للقائم الاقتداء بالقاعد، فكذا هنا، إذ المقتضي للمنع هناك انّما هو مجرّد عجز الامام عن بعض الواجبات وهو متحقّق هنا.

واعلم انّ الشيخ أبا جعفر خالف في ذلك، وجوّز للقاعد الائتمام بالمضطجع محتجّاً لصحّة صلاة الامام، فجاز لغيره الاقتداء به فيها[٣]. وعورض بالقاعد للقائم[٤].

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١٦ أحكام السهو ح ٧ ج ٢ ص ٣٤٣، وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب تكبيرة الاحرام ح ٢ ج ٤ ص ٧١٢ وفيهما: «هي على ما افتتح الصلاة عليه».

(٢) الخلاف: كتاب الصلاة المسألة ٣١٨ ج ١ ص ٥٦٥ ـ ٥٦٦.

(٣) الخلاف: كتاب الصلاة المسألة ٢٨٣ ج ١ ص ٥٤٥.

(٤) الخلاف: كتاب الصلاة المسألة ٢٨٢ ج ١ ص ٥٤٤.

قوله رحمه الله: «والأقرب وجوب الائتمام على الأُمّي بالعارف وعدم الاكتفاء بالائتمام مع إمكان التعلّم».

أقول: أمّا الأوّل: فلأنّ قراءة الامام تجري مجرى مباشرة المؤتم للقراءة ولهذا سقطت عنه، فلو لم يأتم العاجز حينئذٍ بالقارئ لكان بمنزلةِ من أخلّ بالقراءة مع تمكّنه منها فتكون صلاته باطلة. وأمّا الثاني: فلأنّ العاجز مكلّف بالصلاة التي من جملتها القراءة، وكلّ مكلّف يجب عليه تعلّم ما كلّف به، والمقدّمتان ظاهرتان.

قوله رحمه الله: «وفي انسحابه على العالم بنجاسة ثوب الامام نظر، أقربه ذلك إن لم يوجب الاعادة مع تجدّد العلم في الوقت».

أقول: وجه النظر من حيث احتمال بطلان صلاة المأموم؛ لعلمه بوجود المقتضي لبطلان صلاة الامام، ولو علمه فكان بمنزلة من اقتدى بناسي الطهارة مع علمه.

ومن احتمال الصحّة؛ لأنّه اقتدى بمن صلّى صلاة صحيحة.

والأقرب عند المصنّف التفصيل، وهو: أنّه إن قلنا: يجب عليه الاعادة في الوقت لم يجز الائتمام به، وإلّا جاز.

أمّا الاوّل: فلأنّ صلاة الامام ليست بصحيحة في نفس الامر، وإلّا لما وجبت إعادتها لو علم في الوقت، فلا يصحّ الاقتداء به فيها لغير المتطهّر.

وأمّا الثاني: فلأنّها مجزئة في نفس الامر، ولهذا لا يجب عليه إعادتها لو علم.

صلاة الخوف

قوله رحمه الله: «صلاة الخوف مقصورة سفراً وحضراً إن صلّيت جماعة وفرادى على أقوى القولين».

أقول: ما قوّاه المصنّف من القولين هو مذهب ابن الجنيد[1]، وابن البرّاج[2]، وأبي الصلاح[3].

وقال ابن ادريس: هي مقصورة سفراً مطلقاً وحضراً إن صلّيت جماعة[4].

ووجه قوّة ما قوّاه المصنّف عموم قوله تعالى: ﴿واذا ضربتم في الارض فليس عليكم جناح أن تقصُروا من الصلاة إن خفتم أن يفتنكمُ الذين كفروا﴾[5].

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل الثالث في صلاة الخوف ج ٣ ص ٣٦.

(٢) المهذّب: كتاب الصلاة باب صلاة الخوف... ج ١ ص ١١٢.

(٣) الكافي في الفقه: ص ١٤٦.

(٤) السرائر: كتاب الصلاة باب صلاة الخوف... ج ١ ص ٣٤٨.

(٥) النساء: ١٠١.

ووجه الاستدلال: أنّ الشرطين ـ أعني السفر والخوف ـ إن كانا على سبيل الجمع في جواز التقصير وجب الاتمام إن فقد أحدهما، والتالي باطل بالاجماع فبطل المقدّم، واذا لم يكونا شرطين على الجمع وجب كونهما شرطين على البدل، فأيّهما حصل جاز القصر، هكذا قال المصنّف في المختلف[١].

ولقائل أن يقول: يمنع بطلان التالي، فانّ الاية تدلّ على اشتراطهما، فيثبت حكم التقصير في السفر بانفراده بدليل منفصل، وهو قوله عليه السلام: «تلك صدقة تصدّق الله عليكم بها فاقبلوا صدقته»[٢]. لكنّ المصنّف رحمه الله منع في التذكرة من كون المراد بالضرب في الارض السفر[٣]، وحينئذٍ يثبت المطلوب؛ لأنّ التقصير في الاية حينئذٍ يكون معلّقاً على مجرّد الخوف المتناول للسفر والحضر، ثمّ يثبت حكم السفر بانفراده بالنسبة أيضاً. إلّا أنّ جماعة من المفسّرين ذكروا أنّ المراد بالضرب السفر، نصّ عليه الطبرسي[٤]، والراوندي[٥] من أصحابنا، والزمخشري[٦][٧].

ولرواية زرارة الصحيحة، عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن صلاة الخوف وصلاة السفر يقصّران جميعاً؟ قال: نعم، وصلاة الخوف أحقّ أن تقصّر من صلاة

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل الثالث في صلاة الخوف ج ٣ ص ٣٧.

(٢) عوالي اللآلي: المسلك الرابع ح ١٦٤ ج ٢ ص ٦١.

(٣) تذكرة الفقهاء: كتاب الصلاة الفصل الثالث في صلاة الخوف ج ١ ص ١٩٤.

(٤) مجمع البيان: في تفسير سورة النساء ج ٣ ص ١٠٠.

(٥) فقه القرآن: باب صلاة الخوف ج ١ ص ١٤٨.

(٦) الكشاف: في تفسير سورة النساء ج ١ ص ٥٥٨.

(٧) عبارة «ووجه الاستدلال أنّ الشرطين... والزمخشري» غير موجودة في «م ٣ وه».

السفر الذي ليس فيه خوف[١]. جعل اقتضاء الخوف بانفراده للقصر أولى من السفر بانفراده، ولمّا كان يقصّر المسافر وان انفرد فكذا من هو أولى منه بالتقصير.

قوله رحمه الله: «ولو شرطنا في القصر السفر».

أقول: هذا تفريع على قول من لم نظفر بقائله عيناً، وانّما نقله الشيخ في المبسوط والخلاف.

فقال في المبسوط: اختلف أصحابنا، فظاهر أخبارهم يدلّ على أنّها يقصّر مسافراً كان أو حاضراً، ومنهم من قال: إنّه لا يقصّر إلّا بشرط السفر. ـ ثمّ قال بعد ذلك: ـ هذا الترتيب إذا أرادوا أن يصلّوا جماعة[٢].

وقال في الخلاف: من أصحابنا من يقول: صلاة الخوف مقصورة ركعتين ركعتين إلّا المغرب، ومن أصحابنا من يقول: لا يقصّر أعدادها إلّا في السفر[٣].

قوله رحمه الله: «ويجوز أن يصلّي الجمعة على صفة ذات الرقاع دون بطن النخل ـ الى قوله: ـ ويغتفر التعدّد لوحدة صلاة الامام».

أقول: يغتفر التعدّد جواب عن سؤال تقديري وهو: انّه كيف يجوز أن يصلّي بهم الجمعة على صفة ذات الرقاع وهم فرقتان؟ فكأنّه صلّى جمعتين في موضع واحدٍ

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢٩ صلاة الخوف ح ١٢ ج ٣ ص ٣٠٢، وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب صلاة الخوف ح ١ ج ٥ ص ٤٧٨.

(٢) المبسوط: كتاب الصلاة كتاب صلاة الخوف ج ١ ص ١٦٣.

(٣) الخلاف: كتاب الصلاة المسألة ٤٠٩ ج ١ ص ٦٣٧.

وهو غير جائز.

والجواب: انّ تعدّد المأمومين غير قادحٍ في الصحّة مع وحدة صلاة الامام، كما لو تلبّس الامام بالصلاة بقوم ثمّ جاء آخرون.

وأنا أقول أيضاً: انّه يجوز أن يصلّيها بهم جميعاً صلاة عسفان، بل الجواز فيه أولى؛ لأنّهم فرقة واحدة، وانّما يحول بعضهم الى مكان بعض.

قوله رحمه الله: «ولا حكم لسهو المأمومين حالة المتابعة بل حالة الانفراد، ومبدأه عند رفع الامام من سجود الأُولى مع احتمال الاعتدال في قيام الثانية».

أقول: يحتمل أن يكون وقت مفارقة الفرقة الاولى في صورة صلاة ذات الرقاع عند رفع الامام من سجود الركعة الاولى؛ لأنّهم قالوا: يصلّي الاولى ركعة، والركعة تتم عند رفع رأسه من السجدة الثانية، ويحتمل عند اعتداله قائماً في الثانية؛ لأنّهم لايزالون مؤتمّين به الى حين شروعه في الثانية، وابتداء الثانية قيامه فيها.

قوله رحمه الله: «والأقرب ايقاع نيّة الانفراد».

أقول: وجه القرب انّهم مكلّفون بالانفراد وجوباً، فيجب عليهم نيّته؛ لعموم وجوب نيّة كل واجب.

صلاة المسافر

قوله رحمه الله: «ولو سافر في أثناء الوقت أتمّ على رأي».

أقـول: هذا هو اختيار ابن أبي عقيل[1]، ومحمد بن بابويه[2].

وقال المفيد[3]، وعلي بن بابويه[4]: يقصّر، واختاره ابن ادريس ونقله عن السيد[5].

قوله رحمه الله: «فان فاتت احتمل وجوب قصر القضاء مطلقاً، وفي غيرها التخيير مطلقاً».

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل السادس في صلاة المسافر ج ٣ ص ١١٧.

(٢) المقنع: باب صلاة المسافر ص ٣٧.

(٣) المقنعة: كتاب الصلاة باب أحكام فوائت الصلاة ص ٢١١.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل السادس في صلاة المسافر ج ٣ ص ١١٩.

(٥) السرائر: كتاب الصلاة باب صلاة المسافر ج ١ ص ٣٣٣ ـ ٣٣٤.

أقـول: يريد لو فاتته صلاة في أحد المواطن التي يـتخيّر فـيها بـين الاتمـام والتقصير احتمل في قضائها ثلاثة أوجه:

أحدها: وجوب قضائها قصراً مطلقاً، أي سواء كان قد قضاها في الموضع الذي تخيّر فيه أولاً؛ لأنّ الاصل وجوب التقصير عـلى المسـافر، خـرج مـنه الاداء في المواطن الاربعة؛ للنصّ[1]، فبقي ما عداه داخلاً تحت عموم وجوب التقصير لكـلّ مسافر.

الثاني: انّه إن قضاها في تلك المواطن تخيّر، وإلّا قصّر. أمّا الاوّل: فلأنّ القضاء تابع للأداء، وكما انّ أداءها في تلك المواطن مخيّر فيه كذلك قضاؤها. وأمّا الثـانى: فلأنّ فرضه في الاصل التقصير؛ لكونه مسافراً، وانّما يستحبّ الاتمام في ذلك الموضع لاغير، وليس له الاتمام في غيره.

الثالث: التخيير مطلقاً لوجوب قضاء الفائت كما فاتت، وقد فـاتته فـريضة لا يجب قصرها حتماً ولا اتمامها حتماً، بل يتخيّر فيها فكان القضاء كذلك.

قوله رحمه الله: «ولو بقي للغروب مقدار أربـع احتمل تحتّم القصر فيها وفي الظهر».

أقـول: لو كان في أحد المواطن الاربعة التي يتخيّر فيها ولم يصلّ الظهرين حتى بقي للغروب مقدار أربع ركعات ففيه احتمالات ثلاثة:

الأوّل: سقوط التخيير حينئذٍ ووجوب صلاتهما قصراً، إذ لو تخيّر الاتمام لكان

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢٦ من الزيادات في فقه الحج ح ١٤٠ ج ٥ ص ٤٣٠، وسائل الشيعة: ب ٢٥ من أبواب صلاة المسافر ج ٥ ص ٥٤٣.

اذا أتمّ الظهر خرج وقت العصر بالكلّية، وهو غير جائز.

الثاني: وجوب التقصير في الظهر خاصّةً؛ لأنّ المحذور المذكور انّما لزم من اتمامه، أمّا العصر فلا، فانّه اذا تخيّر الاتمام فيه أدرك منه ركعتين في وقته، مع أنّ الصلاة تدرك بادراك ركعة منها في وقتها.

الثالث: وجوب قضاء الظهر والاتيان بالعصر؛ لأنّه اذا اختار الاتمام كان الذي قد بقي من الوقت مقدار أداء العصر فيختصّ به، ولايجوز الاتيان بالظهر في الوقت المختصّ بالعصر، فتعيّن قضاؤه بعد أداء العصر. وهذا الاحتمال ضعيف؛ لأنّ اختصاص العصر بذلك الوقت انّما يكون لو كان حاضراً، أمّا حال السفر فالمختصّ بالعصر مقدار ما يمكن فيه أداء العصر وذلك مقدار ركعتين، والاتمام انّما يكون محتملاً لو لم يتضمّن ترك واجب، وهنا يتضمّن ترك أداء الظهر في وقته، فلا يكون الاتمام حينئذٍ جائزاً.

قوله رحمه الله: «أو التجارة على رأي».

أقول: السفر للصيد على أقسام ثلاثة: إمّا لصيد اللهو أو لقوته وقوت عياله ـ ولا خلاف في وجوب الاتمام على الأوّل والتقصير على الثاني ـ أو التجارة. وفي التقصير فيه قولان، أحدهما: وجوب التقصير مطلقاً ـ أي في الصلاة والصوم ـ اختاره المصنّف، وهو الظاهر من كلام السيد[1]، وابن أبي عقيل[2]، وسلّار[3] حيث

---

(١) جمل العلم والعمل «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثالثة»: فصل في صلاة السفر ص ٤٧.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل السادس في صلاة السفر ج ٣ ص ٩٦.

(٣) المراسم: كتاب الصلاة في ذكر صلاة المسافر ص ٧٤.

أوجبوا التقصير بمطلق السفر المباح.

وقال الشيخ في النهاية: يقصّر في الصوم ويتمم صلاته[١]، وهو اختيار المفيد[٢]، وعلي بن بابويه[٣]، وابن البرّاج[٤]، وابن حمزة[٥]، وابن ادريس[٦].

قوله رحمه الله: «الشرائط واحدة في الصلاة والصوم، وكذا الحكم مطلقاً على رأي».

أقول: يريد كلّ شرط يشترط في قصر الصلاة يشترط في قصر الصوم، وكذا الحكم مطلقاً، أي كلّ موضع يقصّر في الصلاة يقصّر في الصوم وبالعكس، وسواءً كان وجوباً أو تخيّراً، وسواءً كان قصده أربع فراسخ أو لا، وهو ظاهر كلام السيد المرتضى[٧]، وابن أبي عقيل[٨]، وسلّار[٩].

وخالف الشيخ في ذلك في ثلاثة مواضع، الأوّل: مسألة صيد التجارة، وقد تقدّمت. الثاني: قال: من قصد أربعة فراسخ ولم يرد الرجوع من يومه يتخيّر في اتمام

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الصلاة باب الصلاة في السفر ج ١ ص ٣٥٨.

(٢) المقنعة: كتاب الصيام باب حكم المسافرين في الصيام ص ٣٤٩.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل السادس في صلاة المسافر ج ١ ص ٩٦.

(٤) المهذّب: كتاب الصلاة باب صلاة المسافر ج ١ ص ١٠٦.

(٥) الوسيلة: فصل في بيان أحكام السفر ص ١٠٩.

(٦) السرائر: كتاب الصلاة باب صلاة المسافر ج ١ ص ٣٢٧.

(٧) جمل العلم والعمل «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثالثة»: فصل في صلاة المسافر ص ٤٧.

(٨) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصلاة الفصل السادس في صلاة السفر ج ٣ ص ١٠٢.

(٩) المراسم: كتاب الصلاة في ذكر صلاة المسافر ص ٧٥.

الصلاة وقصرها، ولايتخيّر في الصوم بل يجب عليه الصوم حتماً. الثالث: من سافر وكان سفره أكثر من حضره كالمكاري عقيب اقامته خمسة في بلده يقصّر نهاراً ويتمّ ليلاً، ذكر ذلك في النهاية[١] والمبسوط[٢].

وفي رواية عبدالله بن سنان، عن الصادق صلوات الله عليه قال: المكاري إن لم يستقرّ في منزله إلّا خمسة أيام أو أقل قصّر في سفره بالنهار وأتمّ بالليل، وعليه صوم شهر رمضان[٣].

قوله رحمه الله: «وفي الناسي إشكال».

أقول: لو نوى المسافر إقامة عشرة أيام في بلدٍ لزمه الاتمام، ويصحّ رجوعه ما لم يصلّ صلاةً واحدةً على التمام. ولو نسي الصلاة حتى خرج وقتها ثمّ رجع احتمل فيه وجهان: أحدهما: صحة رجوعه فيلزمه التقصير لما يستقبل لصدق انّه لم يصلّ واحدة تماماً. وعدمه؛ لأنّه في حكم المصلّي، ولهذا يجب عليه قضاء المنسية تماماً، إذ لو كان ذاكراً لها لصلّاها تماماً؛ لأنّه كان في ذلك الوقت ناوياً اتمام العشرة.

قوله رحمه الله: «والأقرب أنّ الشروع في الصوم كالاتمام».

أقول: وجه القرب من حيث انّه فعل فعلاً من أفعال المقيم مع نيّة المقام فلا

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الصلاة باب الصلاة في السفر ج ١ ص ٣٥٨.

(٢) المبسوط: كتاب الصلاة كتاب صلاة المسافر ج ١ ص ١٤١.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ٢٣ الصلاة في السفر ح ٤٠ ج ٣ ص ٢١٦، وسائل الشيعة: ب ١٢ من أبواب صلاة المسافر ح ٦ ج ٥ ص ٥١٩.

يزول عنه حكم المقيم حتى ينتهي السفر، كمن صلّى على التمام.

ولأنّه بنيّة الاقامة عشرة وجب عليه الاتمام، والاصل فيها[١] الوجوب، خرج منه ما اذا لم يصلّ على التمام ولم يشرع في الصوم، فبقي الباقي على الاصل. ويحتمل جواز الرجوع عملاً بالاصل، خرج منه ما إذا صلّى على التمام للنصّ[٢] عليه، فبقي الباقي على أصل الجواز

قوله رحمه الله: «وفي المرتفعة إشكال».

أقول: لو كان المسافر من قرية مرتفعة على موضعٍ عالٍ ففي اعتبار خفاء جدرانها إشكال.

ينشأ من عموم النهي عن التقصير مع مشاهدة الجدران.

ومن كون المراد خفاءها عن مدّ البصر في الارض المستوية، وإلّا لزم التقصير لو كانت في وهدة وخفيت عنه.

---

(١) في ج: «بقاء».

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٢٣ الصلاة في السفر ح ٦٢ ج ٣ ص ٢٢١، وسائل الشيعة: ب ١٨ من أبواب صلاة المسافر ح ١ ج ٥ ص ٥٣٢.

كتاب

الزكاة

كتاب الزكاة

قوله رحمه الله: «ويستحبّ في غـلّات الطـفل وأنعامه على رأي».

أقـول: هذا مذهب سلّار[1]، وابن ادريس، ونقله عن ابن أبي عقيل[2]. خلافاً للشيخين[3]، وأبي الصلاح[4]، وابن حمزة[5].

قوله رحمه الله: «أو الموسر على رأي».

أقـول: يريد لا زكاة في الدّين، سواء كان المديون معسراً أو موسراً به، وهـو

---

(١) المراسم: كتاب الزكاة ص ١٢٨.

(٢) السرائر: كتاب الزكاة فصل في حقيقة الزكاة... ج ١ ص ٤٢٩.

(٣) المقنعة: كتاب الزكاة باب زكاة أموال الأطفال والمجانين ص ٢٣٨، النهـاية ونكـتها: كـتاب الصلاة باب وجوب الزكاة... ج ١ ص ٤٢٣.

(٤) الكافي في الفقه: فصل في ذكر ما يجب الزكاة وأحكامها ص ١٦٥.

(٥) الوسيلة: كتاب الزكاة ص ١٢١.

قول السيّد[١]، وابن الجنيد[٢]، واختاره ابن ادريس[٣]. خلافاً للشيخ حيث قال في النهاية[٤] والجمل[٥]: مال الدَين إن كان تأخيره من جهة صاحبه فهذا يلزمه زكاته.

وفي المبسوط: لا زكاة في الدَين، إلّا أن يكون تأخيره من جهته، فان لم يكن متمكّناً فلا زكاة عليه في الحال[٦].

قوله رحمه الله: «ولو اشترى نصاباً جرى في الحول من حين العقد على رأي».

أقول: الخلاف هاهنا مبني على القول بانتقال الملك حتى يحصل، فالمشهور أنّه يحصل بمجرد العقد، فيجري في الحول من حين العقد مطلقاً، سواء كان الخيار لازماً بالأصل كخيار المجلس وخيار الحيوان، أو بتقرير المتعاقدين كخيار الشرط، واختاره المصنّف، والشيخ نجم الدين[٧]، وابن ادريس[٨].

وقال الشيخ أبو جعفر رحمه الله في المبسوط: واذا باع نصاباً يجب فيه الزكاة قبل

---

(١) جمل العلم والعمل «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثالثة»: كتاب الصلاة فصل في شروط وجوب الزكاة ص ٧٤.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الزكاة المقصد الأوّل من تجب عليه ج ٣ ص ١٦١.

(٣) السرائر: كتاب الزكاة باب ما تجب فيه الزكاة... ج ١ ص ٤٤٤.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الديون باب القرض وأحكامه ج ٢ ص ٣٣.

(٥) الجمل والعقود: كتاب الزكاة فصل في ذكر مال الدَين ص ١٠١ ـ ١٠٢.

(٦) المبسوط: كتاب الزكاة فصل في زكاة الذهب والفضّة ج ١ ص ٢١١.

(٧) شرائع الاسلام: كتاب الزكاة النظر الأوّل في من تجب عليه ج ١ ص ١٤١.

(٨) لم نعثر عليه في السرائر.

الحول بشرط الخيار، فان كان الخيار للبائع أو لهما فانّه يلزمه زكاته؛ لأنّ ملكه لم يزل، وان كان الخيار للمشتري استأنف الحول[١].

قوله رحمه الله: «ولا منذور التصدّق به، وأقوى في السقوط ما لو جعل الأغنام ضحايا أو هذا المال صدقة بنذر وشبهه، أمّا لو نذر الصدقة بأربعين شاة ولم يعيّن لم يمنع الزكاة، إذ الدَين لا يمنع الزكاة وفي النذر المشروط نظر».

أقول: النصاب المنذور للصدقة أو الاضحية إمّا أن يكون معيّناً أو مطلقاً، فالثاني بأقسامه ـ أي سواء كان النذر مشروطاً أو مطلقاً، وسواء حصل شرط النذر أو لا ـ لايمنع من تعلّق الزكاة بما يملكه من النصاب، لما ذكره المصنّف: من أنّ الدَين لايمنع الزكاة.

وأمّا الأوّل وهو أن يكون النصاب معيّناً، إمّا أن يكون النذر مطلقاً أو مشروطاً، فالأوّل قسمان؛ لأنّه إمّا أن يكون قد تعلّق النذر بأن يتصدّق به أو يضحّي أو يجعله صدقة أو ضحايا، وعلى كلا التقديرين لا زكاة فيه لمنعه من التصرّف في كلّ منهما، لكنّ الثاني أقوى في السقوط.

ووجه القوّة ما ذكره المصنّف في حاشية على كتابه بخطّه فانّه قال: وجه القوّة انّه اذا نذر الصدقة بعين المال لم يخرج عن ملكه إلّا بالصدقة، وهنا خرج.

والثاني: انّ المشروط قسمان، أحدهما: حصل شرطه، وحكمه كالأوّل؛ لتعيّن

---

(١) المبسوط: كتاب الزكاة فصل في مال التجارة... ج ١ ص ٢٢٧.

الصدقة بعين المال فيكون ممنوعاً من التصرّف فيه كالمنذور والمعيّن. وثانيهما: المشروط الذي لم يحصل شرط النذر فيه بعد، ففي سقوط الزكاة فيه نظر من وجهين، أحدهما: السقوط؛ لتعلّق النذر بهذه العين، فينتفي تمامية الملك الذي هو شرط في تعلّق الزكاة. والآخر: عدم السقوط؛ لبقاء الملك وعدم حصول شرط النذر.

والمصنّف أطلق القول بأنّ في النذر المشروط نظراً، والمراد ما ذكرناه. فهذا تحقيق فقه هذه المسألة فليضبط كما ذكرناه، فانّ فيه اشتباهاً على كثير.

قوله رحمه الله: «ولو استطاع بالنصاب ووجب الحجّ ثمّ مضى الحول على النصاب فالأقرب عدم منع الحجّ من الزكاة».

أقول: ينبغي أن يحقّق فقه هذه المسألة بذكر أقسامها وحكم كلّ واحدٍ منها، ثمّ نذكر وجه القرب الذي أشار إليه المصنّف فنقول: هذا النصاب إمّا أن يكون قد حال عليه الحول قبل الاستطاعة أو بعدها أو حصلا معاً، بأن أهلّ الثاني عشر عندها.

فالأوّل والآخر: لايمنعان من تعلّق الزكاة بالنصاب؛ لأنّه كان ملكاً له طول الحول ملكاً تاماً فلايسقط عنه.

وأمّا الثاني ـ أعني الذي يكون الاستطاعة سابقة على تمام الحول ـ: وهو الذي ذكره المصنّف في الكتاب، فانّ فيه نظراً عندي.

ينشأ من حصول الاستطاعة به فيتعيّن صرفه في الحج، فلا يكون ملكاً تاماً كمنذور الصدقة.

ومن تعلّق الزكاة بالعين، ووجوب صرفه في الحج يجري مجرى وجوب صرفه في

الدَين على المديون اذا لم يكن غيره، وكما لايمنع ذلك من تعلّق الزكاة به فكذا هنا، وهو الأقرب عند المصنّف.

قوله رحمه الله: «ولو شرطها على المالك لم يصح على رأي».

أقول: هذا اختيار المفيد في المقنعة[١]، وعلي بن بابويه في رسالته[٢]، وابن ادريس[٣].

وللشيخ قولان، أحدهما: مثل هذا ذكره في باب الزكاة من النهاية[٤]، وفي مسائل الخلاف[٥].

وقال في باب القرض من النهاية: إن شرط زكاة القرض على القارض وجبت عليه دون المستقرض[٦].

قوله رحمه الله: «وفي احتساب الثاني عشر من الحول الأوّل أو الثاني إشكال».

أقول: انّه قد يوجد في بعض الكتب اثني عشر هلالاً، فعلى هذا لا إشكال. أمّا

---

(١) المقنعة: كتاب الزكاة باب زكاة المال... ص ٢٣٩.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الزكاة المقصد الأوّل من تجب عليه ج ٣ ص ١٥١.

(٣) السرائر: كتاب الزكاة باب ما تجب فيه الزكاة... ج ١ ص ٤٤٥.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الزكاة باب ما تجب فيه الزكاة... ج ١ ص ٤٢٤.

(٥) الخلاف: كتاب الزكاة المسألة ١٢٩ ج ٢ ص ١١٠.

(٦) النهاية ونكتها: كتاب الديون باب القرض وأحكامه ج ٢ ص ٣٤.

اذا اعتبرنا مضي أحد عشر شهراً مطلقاً ووجبت الزكاة بهلال الثاني عشر فانّ الإشكال يتحقّق في الثاني عشر، فيحتمل أن يحتسب من الحول الأوّل، بمعنى انّه لايتعلّق الزكاة فيه بالنسبة الى الحول الثاني إلّا بهلال الثاني عشر؛ لأنّ وجوب الزكاة في الحول الأوّل موقوف على دخوله، ولا يكون الشهر الواحد محسوباً من حولين. ويحتمل احتسابه من الثاني؛ لأنّ الوجوب في الأوّل قد استقرّ بمجرّد هلاله، فيبقى ثلاثون يوماً لاتعلّق للحول الأوّل بها فيكون من الحول الثاني، وإلّا لضاع على الفقراء شهر لايحتسب من أحد الحولين.

والمصنّف رحمه الله في التذكرة جعل منشأ الإشكال من كونه من العام الأوّل حقيقة، ومن صدق الحولين باستهلال الثاني عشر[1].

قوله رحمه الله: «ولو ملك ثلاثين بقرة وعشراً بعد ستة أشهر فعند تمام الحول الثلاثين تبيع أو تبيعة، وعند تمام حول العشر ربع مسنّة، فاذا تمّ حول آخر على الثلاثين فعليه ثلاثة أرباع مسنّة، فاذا حال آخر على العشر فعليه ربع مسنّة، وهكذا. ويحتمل التبيع وربع المسنّة دائماً، وابتداء حول الأربعين عند تمام حول الثلاثين».

أقول: امّا احتمال وجوب ثلاثة أرباع المسنّة عند تمام الحول الثاني بالنسبة الى الثلاثين فلأنّه ملك أربعين بقرة حولاً ففيها مسنّة، لكن قد برئت ذمّته من زكاة

---

(١) تذكرة الفقهاء: كتاب الزكاة الفصل الثاني في وقت الاخراج ج ١ ص ٢٠٥.

عشر منها لإخراج ربع المسنّة عنها عند تمام حولها، فبقي عليه ثلاثة أرباع المسنّة.

وأمّا احتمال إجزاء ربع المسنّة والتبيع دائماً فلأنّ حول الثلاثين مغاير لحول العشر، فعند تمام حول الثلاثين لايكون قد تمّ حول العشر، فلا يجب فيها شيء، فيكون الوجوب انّما هو في الثلاثين والفريضة فيها تبيع أو تبيعة، وعند تمام حول العشر يكون قد وجب عليه عن عشر من جملة أربعين، وقد سقط الوجوب عن ثلاثين منها باخراج التبيع عنها، فبقي الواجب في ربعها ربع المسنّة.

وأمّا احتمال ابتداء حول الأربعين عند تمام حول الثلاثين فلأنّه يصدق عند اخراج التبيع عن الثلاثين انّه مالك من الآن أربعين فيكون ابتداء حولها من ذلك الوقت، لكن هذا يقتضي تضييع ستة أشهر في العشر على الفقراء. والأوّل من الاحتمالات الثلاثة أعدل.

قوله رحمه الله: «وفي اشتراط الانوثة قولان».

أقول: شرطها سلّار[1]، خلافاً لباقي الأصحاب.

قوله رحمه الله: «بدو الصلاح: وهو اشتداد الحبّ واصفرار الثمرة واحمرارها وانعقاد الحصرم على رأي».

أقول: هذا هو المشهور عند أصحابنا.

وقال ابن الجنيد: لاتجب الزكاة حتى تسمّى تمراً أو زبيباً أو حنطة أو شعيراً، وهو

---

(١) المراسم: كتاب الزكاة في ذكر الصفة... ص ١٢٩.

بلوغها حدّ الجفاف[١]. وهو اختيار نجم الدين جعفر بن سعيد[٢].

قوله رحمه الله: «وفي إجزاء بنت المخاض عن خمس شياه مع قصور القيمة عنها، بل وعن شاة مع قصور القيمة عنها نظر».

أقول: منشأه من أنّها تجزئ عن الست والعشرين المشتملة على الخمس، فاذا كانت مجزئة عن أضعافها فإجزاؤهما عنها وحدها أولى.

ومن أنّ المخرج ليس هو الواجب ولا قيمته فلا يجزئ.

قوله رحمه الله: «ثمّ ثلاثمائة وواحدة ففيه أربع على رأي».

أقول: اختار الشيخ[٣]، وابن الجنيد[٤]، وأبو الصلاح[٥]، وابن البرّاج[٦] ما ذكره المصنّف في الكتاب وهو: انّ النصاب الرابع للغنم ثلاثمائة وواحدة، وانّ فيه أربعاً.

وقال المفيد[٧]، والسيد المرتضى[٨]، وابن بابويه[٩]، وابن أبي

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الزكاة الفصل الثاني في باقي الأصناف ج ٣ ص ١٨٦.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب الزكاة في زكاة الغلّات ج ١ ص ١٥٣.

(٣) المبسوط: كتاب الزكاة فصل في زكاة الغنم ج ١ ص ١٩٩.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الزكاة المقصد الأوّل من تجب عليه ج ٣ ص ١٧٩.

(٥) الكافي في الفقه: ص ١٦٧.

(٦) المهذّب: كتاب الزكاة باب زكاة الغنم ج ١ ص ١٦٤.

(٧) المقنعة: كتاب الزكاة باب زكاة الغنم ص ٢٣٨.

(٨) جمل العلم والعمل «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثالثة»: فصل في زكاة الغنم ص ٧٧.

(٩) المقنع: ب ٦ في زكاة الغنم ص ٥٠.

عقيل[١]، وسلّار[٢]، وابن حمزة[٣]، وابن ادريس[٤]: تجب في كلّ مائة شاة.

قوله رحمه الله: «وقيل: بل يؤخذ من كلّ مائة شاة في الرابع، وتظهر الفائدة في الوجوب والضمان».

أقول: قد ذكرنا القائل بأنّه يؤخذ من كلّ مائة شاة في الرابع، وأمّا فائدة الخلاف فانّها تظهر في موضعين:

أحدهما: في الوجوب، لأنّه على اختيار المصنّف وموافقيه يكون الواجب فيه أربع شياه، وعلى قول المفيد وموافقيه الواجب فيه ثلاث شياه.

والثاني: في الضمان، فانّه تابع للوجوب، فاذا تلف شيء من النصاب المذكور بعد حؤول الحول من غير تفريط المالك سقط من الواجب بنسبة التالف إمّا من الأربع كما ذهب إليه المصنّف وموافقوه، أو من الثلاث على القول الآخر.

وقد يغلط هنا الناس فيظنّون أنّه إذا تلفت واحدة ـ مثلاً ـ يجب ما يجب في النصاب السابق ويقسّطون الشاة الزائدة على مازاد عليه ويسقطون نصيب الواحدة التالفة من ذلك ويوجبون الباقي، وهو غلط، فانّ النصاب المتأخر ليس عبارة عن مجموع نصيب سابقه عليه معه، بل إذا بلغ ذلك القدر صار نصاباً آخر واحداً غير الأوّل وكان الفرض متعلّقاً بمجموعه، فاذا تلف شيء من ذلك بسط

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الزكاة المقصد الأوّل من تجب عليه ج ٣ ص ١٧٩.

(٢) المراسم: كتاب الزكاة في ذكر واجب الغنم ص ١٣١.

(٣) الوسيلة: كتاب الزكاة فصل في بيان زكاة الغنم ص ١٢٦.

(٤) السرائر: كتاب الزكاة فصل في الأصناف... ج ١ ص ٤٣٦.

مجموع الواجب على مجموع النصاب ويسقط منه بنسبة التالف، مثلاً إذا تلفت واحدة في صورة الفرض بسطنا الشياه الأربع على ثلاثمائة وواحدة وتسقط من ذلك جزء واحد من ثلاثمائة وجزء من أربع شياه، كما أنّه لو تلف نصف النصاب سقط نصف الواجب أو ثلاثة فثلاثة وهكذا، ففي هذه الصورة يجب عليه ثلاث شياه ومائتا جزء وسبعة وتسعون جزء من ثلاثمائة جزء وجزء من شاة، ويسقط عنه أربعة أجزاء من ثلاثمائة جزء وجزء من شاة؛ لأنّ الساقط جزء من ثلاثمائة جزء وجزء من أربع شياه، وذلك أربعة أجزاء من ذلك القدر من شاة.

قوله رحمه الله: «ولو تضاعفت الدرجة فالقيمة السوقية على رأي».

أقول: لو كان التفاوت بين ما عنده ما وجب عليه أكثر من درجة واحدة، بأن وجب عليه بنت مخاض وعنده حقّة ـ مثلاً ـ قال ابن ادريس: ينتقل الى القيمة السوقية[١]، كما اختاره المصنّف.

وقال أبو الصلاح: يتضاعف الجبران[٢]، فيأخذ في صورة الفرض من الساعي بعد دفع الحقّة عن بنت المخاض أربع شياه أو أربعين درهماً، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[٣]، والمصنّف في المختلف[٤] والتذكرة[٥].

---

(١) السرائر: كتاب الزكاة باب المقادير... ج ١ ص ٤٥٠.

(٢) الكافي في الفقه: ص ١٦٧ بالمعنى.

(٣) المبسوط: كتاب الزكاة فصل في زكاة الابل ج ١ ص ٩٥.

(٤) مختلف الشيعة: كتاب الزكاة المقصد الأوّل من تجب عليه ج ٣ ص ١٧٧.

(٥) تذكرة الفقهاء: كتاب الزكاة ج ١ ص ٢٠٨.

قوله رحمه الله: «العلس حنطة حبتان منه في كمام واحد على رأي».

أقول: في العلس قولان، أحدهما: انّه حنطة يخرج منه الزكاة إذا بلغ النصاب ويضمّ الى باقي أصناف الحنطة، وهو قول المصنّف هنا، واختيار الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: العلس نوع من الحنطة يقال إنّه إذا ديس بقي كلّ حبتين في كمام ثمّ لا يذهب ذلك حتى يدق أو يطرح في رحى خفيفة[١].

وقال ابن سعيد: انّه نوع يغاير الحنطة لا زكاة فيه[٢]، واختاره المصنّف في خلافه[٣].

قوله رحمه الله: «والسلت يضمّ الى الشعير لصورته، ويحتمل الى الحنطة لاتفاقهما طبعاً، وعدم الانضمام».

أقول: قد ذكر في السلت ثلاثة أوجه:

أحدها: انّه يضمّ الى الشعير، وهو اختيار الشيخ[٤]، فيجب فيه الزكاة مع بلوغه النصاب ويضمّ الى باقي أصنافه.

ووجه ذلك انّه مشاركة في الصورة فكان ملحقاً به، ولأنّه أحوط لبراءة الذمّة.

---

(١) المبسوط: كتاب الزكاة فصل في زكاة الغلّات ج ١ ص ٢١٧.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب الزكاة في زكاة الغلّات ج ١ ص ١٥٣.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب الزكاة الفصل الثاني في باقي الأصناف ج ٣ ص ١٨٧.

(٤) المبسوط: كتاب الزكاة فصل في زكاة الغلّات ج ١ ص ٢١٧.

الثاني: انّه يضمّ الى الحنطة لتساويهما في الطبع فيتساويان في الحكم.

الثالث: عدم الانضمام لكونه مخالفاً للشعير في الطبع والحنطة في الصورة، فيكون نوعاً مغايراً لهما، فلا زكاة فيه كغيره من الحبوب، وهو اختيار المصنّف في الخلاف[١]، وابن سعيد[٢]، عملاً بأصالة براءة الذمّة السالمة عن معارضة ما يدلّ على الوجوب.

قوله رحمه الله: «وهل الاعتبار في الأغلبية بالأكثر عدداً أو نفعاً أو نموّاً؟ الأقرب الثاني».

أقول: اذا سقى الغلّة بالسيح أو ما جرى مجراه ففيه العشر، وبالناضح وشبهه ففيه نصف العشر، فان اجتمعا حكم للأغلب، فهل الاعتبار بالأغلبية هنا في عدد السقي، بمعنى انّ المرتين أو مازاد عليهما أغلب من الواحدة مطلقاً، أو بالأكثر نموّاً، بمعنى انّ السقية الواحدة من السيح ـ مثلاً ـ لو كانت أكثر نفعاً من الاثنين كانت أغلب؟ فيه وجهان:

أحدهما: انّ الاشارة بالأغلبية الى زيادة أحدهما على عدد الآخر، إذ هو المتبادر الى الأذهان عند الاطلاق.

والآخر: انّ الاشارة به الى كثرة النمو، فتكون الواحدة المشتملة على نمّو الزرع أكثر من الاثنين القاصرتين عن نفع الواحدة، وهو الأقرب عند المصنّف، إذ الغرض بالسقي انّما هو النفع، والنمو دون تعدّده من غير نفع.

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب الزكاة الفصل الثاني في باقي الأصناف ج ٣ ص ١٨٧.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب الزكاة في زكاة الغلّات ج ١ ص ١٥٣.

قوله رحمه الله: «ولو اشترى بنصاب زكاة أثناء الحول متاعاً للتجارة استأنف حولها من حين الشراء على رأي».

أقول: خالف الشيخ رحمه الله في ذلك حيث قال: حول السلعة حول الأصل[1].

قوله رحمه الله: «ولو عارض أربعين سائمة بمثلها للتجارة استأنف حول المالية على رأي».

أقول: خالف الشيخ رحمه الله في ذلك حيث قال: يبنى على حول الأصل ولا يستأنف[2].

قوله رحمه الله: «ولو ظهر في المضاربة الربح ضممنا حصة المالك منه الى الأصل وأخرجنا منه الزكاة، ومن حصة العامل إن بلغت نصاباً وإن لم ينض المال على رأي؛ لأنّ الاستحقاق أخرجه عن الوقاية».

أقول: خالف في ذلك الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: ليس للعامل إخراج الزكاة إلّا بعد القسمة؛ لأنّ ربحه وقاية للمال لما لعلّه يكون من الخسران. ثمّ قال: ولو

---

(١) المبسوط: كتاب الزكاة فصل في مال التجارة... ج ١ ص ٢٢٠.

(٢) المبسوط: كتاب الزكاة فصل في مال التجارة... ج ١ ص ٢٢٣.

قلنا: إنّ ذلك له كان أحوط[١].

وقوله: «لأنّ الاستحقاق أخرجه عن الوقاية» جواب عمّا استدلّ به الشيخ رحمه الله على منع العامل من إخراج الزكاة، وهو قوله: «انّه وقاية للمال» بأن قال: إنّما يكون ذلك القدر المخرج وقايةً لرأس المال لو لم يستحقّه الفقراء، امّا اذا استحقّه الفقراء فنمنع كونه وقايةً للمال حينئذٍ؛ لأنّ استحقاق الفقراء له أخرجه عن كونه وقاية، والفقراء قد استحقّوه.

قوله رحمه الله: «والأقرب انّه لا منافاة بين الاستحقاق والوقاية فيضمن العامل الزكاة لو تمّ بها المال».

أقول: هذا تأكيد لجواز إخراج العامل الزكاة من حصته.

وتقريره أن يقال: ولئن سلّمنا أنّ هذا الربح وقاية للمال فالأقرب أنّه لا منافاة بينه وبين استحقاق الفقراء له، وذلك بأن نقول: متى أخرج العامل الزكاة ثمّ خسر المال بحيث لايتمّ إلّا بذلك القدر أو ببعضه كان ذلك القدر الذي يتمّ به المال ممّا أخرجه العامل مضموناً عليه، وعندي فيه نظر؛ لأنّ تجويز إخراج العامل من حصّته يتضمّن خطراً على مال المالك لإمكان الخسران، فيكون العامل معسراً عن ضمان المخرج فيؤدي الى ضياع مال المالك، وهو غير جائز.

قوله رحمه الله: «ولو اشترى معلوفة للتجارة

---

(١) المبسوط: كتاب الزكاة فصل في مال التجارة ج ١ ص ٢٢٤.

ثمّ أسامها فالأقرب استحباب زكاة التجارة في السنة الأُولى».

أقول: المراد بذلك انّه اذا اشترى من الأنعام قدر النصاب وعلفها بعض الحول كستة أشهر ـ مثلاً ـ ثمّ أسامها فالأقرب استحباب الزكاة عند تمام الحول الأوّل؛ لأنّ الزكاة فيه ليست واجبة؛ لعدم حصول السوم في مجموع الحول، فلا يزول الاستحباب بحصول السوم في أثنائه[1]، ويحتمل ضعيفاً عدم الاستحباب؛ لأنّ عند سومها صارت الزكاة الواجبة متعلّقة بالنصاب فلا يتعلّق به المندوبة، إلّا بعد مضي ستة أشهر أُخرى يجب إخراج الزكاة منها، فتكون تلك الأشهر الستة قد تعلّقت بها الزكاتان ـ أعني الواجبة والمندوبة ـ وهي منفي بقوله عليه السلام: «لا تثنّي في صدقة»[2].

قوله رحمه الله: «في كون نتاج مال التجارة منها نظر».

أقول: منشأه من أنّ مال التجارة هو ما ملك بعقد معاوضة للاكتساب عند التملك، وهذا غير صادق على النتاج؛ لأنّه لم يملك بعقد فضلاً عن كونه عقد معاوضة الى آخره.

ومن أنّ النماء تابع للأصل، والأصل مال تجارة فيثبت له حكمه.

---

(١) في ج: «في الثانية».

(٢) لم نعثر عليه في كتبنا ووجدناه في المغني لابن قدامة: كتاب الزكاة باب زكاة التجارة ج ٢ ص ٦٣٠.

قوله رحمه الله: «فعلى تقديره لو اشترى نخلاً للتجارة فأثمر فالعشر المخرج لا يمنع من انعقاد حول التجارة على الثمرة ولا على الأصل».

أقول: هذا تفريع على القول بدخول نماء مال التجارة فيه، وهو انّ الثمرة إذا جعلناها تابعةً للأصل ـ وهو مال تجارة ـ كانت من جملة مال التجارة، ولم يمنع ما وجب عليه من إخراج عشر[1] الثمرة من انعقاد الحول على الأصل ولا على الثمرة، أمّا على الأصل فظاهر؛ لأنّه مغاير للثمرة فلم يلزم بالاخراج منه[2] اجتماع زكاتين في المال الواحد. وأمّا على الثمرة فمن حيث تغاير الوقت، إذ الثمرة لا يعتبر فيها الحول، وزكاة التجارة يعتبر فيها الحول فيضمّ الى الأصل، وتخرج الزكاة عند تمام حول كلّ منهما.

قوله رحمه الله: «وفي ضمّ ما يزرع مرّتين في السنة كالذرة بعضه الى بعض نظر».

أقول: منشأه من انّه زرع لعام واحد من نوع واحد فيضمّ أحدهما الى الآخر كالهرف والأفل.

ومن أنّ كلّ واحد منهما زرع مستقل بنفسه لا علاقة له بالآخر فجرى مجرى الزرع في عامين، فلا يضمّ أحدهما الى الآخر.

---

(١) في ج : «عين».

(٢) في ج : «عنه».

قوله رحمه الله: «واختلف في انّهما أسوأ حالاً الى آخره».

أقول: اختلف أصحابنا في أنّ الفقير هل هو أسوأ حالاً من المسكين أو بالعكس؟ للشيخ قولان، أحدهما: الفقير أسوأ حالاً، ذكره في الجمل[١] والمبسوط[٢]، وهو مذهب ابن حمزة[٣]، وابن البرّاج[٤] وابن ادريس[٥].

والآخر: العكس، ذكره في النهاية[٦]، وهو مذهب المفيد[٧]، وابن الجنيد[٨]، وسلّار[٩]. وقد أشار المصنّف الى حجّة كلّ واحد من الفريقين.

قوله رحمه الله: «ولو قصر الكسب جاز أن يعطى من التتمة على رأي».

أقول: هذا الذي اختاره المصنّف اختيار نجم الدين جعفر بن سعيد[١٠]، ونقلا عدم جواز إعطائه زيادة عن قدر التتمة، ولم نظفر نحن بخصوصية ذلك القائل.

---

(١) الجمل والعقود: كتاب الزكاة فصل في مستحقّ الزكاة ص ١٠٣.

(٢) المبسوط: كتاب الزكاة كتاب قسمة الزكاة ج ١ ص ٢٤٦.

(٣) الوسيلة: كتاب الزكاة فصل في بيان من يستحقّ الزكاة ص ١٢٨.

(٤) المهذّب: باب في المستحقّ للزكاة ج ١ ص ١٦٩.

(٥) السرائر: كتاب الزكاة باب مستحقّ الزكاة... ج ١ ص ٤٥٦.

(٦) النهاية ونكتها: كتاب الزكاة باب مستحقّ الزكاة... ج ١ ص ٤٣٣.

(٧) المقنعة: كتاب الزكاة باب أصناف أهل الزكاة ص ٢٤١.

(٨) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الزكاة المقصد الثالث فيما تصرف إليه الزكاة ج ٣ ص ١٩٨.

(٩) المراسم: كتاب الزكاة في ذكر من يجوز إخراج الزكاة إليه ص ١٣٢.

(١٠) شرائع الاسلام: كتاب الزكاة القول في من تصرف إليه ج ١ ص ١٥٩.

قوله رحمه الله: «المؤلّفة وهم قسمان: كفّار يستمالون الى الجهاد أو الى الاسلام ـ الى قوله: وقيل: المؤلّفة الكفّار لا غير».

أقول: القول المحكي هو قول الشيخ أبي جعفر رحمه الله فانّه قال في المبسوط: المؤلّفة قلوبهم عندنا هم الكفّار الذين يستمالون بشيء من الصدقات الى الاسلام، ويتآلفون ليستعان بهم على قتال أهل الشرك[١]. ولايعرف أصحابنا مؤلّفة أهل الاسلام.

وقال ابن ادريس: المؤلّفة ضربان: مؤلّفة الكفر ومؤلّفة الاسلام، ونقله عن المفيد رحمه الله[٢].

قوله رحمه الله: «والأقرب جواز الاعتناق من الزكاة وشراء الأب منها».

أقول: وجه القرب من وجهين، أحدهما: أنّهما داخلان تحت عموم قوله تعالى: ﴿وفي الرقاب﴾[٣]. الثاني: أنّ سبيل الله من جملة مصارف الزكاة، وهو على ما يأتي كلّ ما يتقرّب به الى الله تعالى فيدخلان فيه؛ لكون كلّ منهما قربةً.

قوله رحمه الله: «والأقوى في المجهول حالة الاستحقاق».

---

(١) المبسوط: كتاب الزكاة كتاب قسمة الزكاة ج ١ ص ٢٤٩.

(٢) السرائر: كتاب الزكاة باب مستحقّ الزكاة... ج ١ ص ٤٥٧.

(٣) التوبة: ٦٠.

أقـول: الغارم إمّا أن يعلم صرف ما استدانه في المعصية أو في الطاعة أو يجهل الأمران، ولا خلاف في منع الأوّل واعطاء الثاني. وأمّا الثالث ففيه قولان، أحدهما: الاستحقاق، وهو الأقوى عند المصنّف؛ لأنّه مسلم مـؤمن مـديون، والأصـل في تصرّفات المسلم[١] الصحة وعدم العصيان، ولعموم قوله تعالى: ﴿والغارمين﴾[٢] خرج منه ما لو علم انفاقه في معصية بالاجماع، فيبقى ما عداه داخلاً تحت عـموم النص.

احتجّ الشيخ بما رواه علي بن ابراهيم ـ في كتاب التفسير ـ عن العالم صلوات الله عليه قال: والغارمون قوم قد وقعت عليهم ديون أنفقوها في طاعة الله مـن غـير إسراف[٣].

وأُجيب بأنّ كون الغير مطيعاً أو عاصياً بأفعاله غير معلوم على سبيل القطع، وانّما يعلم ظاهراً، وقد بيّنا انّ الظاهر من فعل المسلم المؤمن عدم العصيان.

قوله رحمه الله: «وقيل: يختصّ الأخير».

أقـول: يريد انّ سبيل الله إشارة الى «كلّ ما يـتقرّب بـه الى الله عـزّوجلّ» فيدخل في ذلك كلّ ما يتقرّب به الى الله عزّوجلّ من بناء القناطر وعمارة المساجد وغيره من معونة الحاج والزائرين وقضاء الدَين عن الحيّ والميّت وجميع سبل الخير من المصالح والجـهاد، وهـو مـذهب الشـيخ في المـبسوط[٤] والخـلاف[٥]، وقـول

---

(١) في م١: «المؤمن».

(٢) التوبة: ٦٠.

(٣) تفسير علي بن ابراهيم: في تفسير سورة التوبة ج ١ ص ٢٩٩.

(٤) المبسوط: كتاب الزكاة كتاب قسمة الزكاة ج ١ ص ٢٥٢.

(٥) الخلاف: كتاب قسمة الصدقات المسألة ٢١ ج ٢ ص ٣٥٢ طبعة اسماعيليان.

ابن حمزة[١]، وابن ادريس[٢].

وقال المفيد: يختصّ الأخير أي الجهاد لاغير[٣] وهو قول سلّار[٤]، واختاره الشيخ في النهاية[٥].

قوله رحمه الله: «وفي اعتبار العدالة قولان».

أقول: ذهب الشيخ الى اعتبار العدالة فيما عدا المؤلّفة، ذكر ذلك في الجمل[٦] والنهاية[٧]، وهو الظاهر من كلام المفيد[٨]، واختاره ابن البرّاج[٩]، وابن ادريس[١٠].

ولم يتعرّض سلّار وابنا بابويه لاشتراط العدالة.

ونقل الشيخ في الخلاف عن بعض أصحابنا انّها غير شرط[١١]، واختاره المصنّف[١٢] في أكثر كتبه. أمّا ابن الجنيد فاعتبر مجانبة الكبائر فانّه قال: لا يجوز إعطاء

---

(١) الوسيلة: كتاب الزكاة فصل في بيان من يستحقّ الزكاة ص ١٢٨.

(٢) السرائر: كتاب الزكاة باب مستحقّ الزكاة ج ١ ص ٤٥٧ ـ ٤٥٨.

(٣) المقنعة: كتاب الزكاة باب أصناف أهل الزكاة ص ٢٤١.

(٤) المراسم: كتاب الزكاة في ذكر من يجوز اخراج الزكاة إليه ص ١٣٣.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب الزكاة باب مستحقّ الزكاة ج ١ ص ٤٣٤.

(٦) الجمل والعقود: كتاب الزكاة فصل في مستحقّ الزكاة ص ١٠٣.

(٧) النهاية ونكتها: كتاب الزكاة باب مستحقّ الزكاة ج ١ ص ٤٣٥.

(٨) المقنعة: كتاب الزكاة باب صفة مستحقّ الزكاة... ص ٢٤٢.

(٩) المهذّب: باب في من المستحقّ للزكاة ج ١ ص ١٦٩.

(١٠) السرائر: كتاب الزكاة باب مستحقّ الزكاة ج ١ ص ٤٥٩.

(١١) الخلاف: كتاب قسمة الصدقات المسألة ٣ ج ٢ ص ٣٤٧ طبعة اسماعيليان.

(١٢) مختلف الشيعة: كتاب الزكاة المقصد الثالث فيما تصرف إليه الزكاة ج ٣ ص ٢٠٨، تذكرة الفقهاء: كتاب الزكاة البحث الثاني في الأوصاف ج ١ ص ٢٣٤، نهاية الأحكام: كتاب الزكاة المطلب الثاني في الأوصاف ج ٢ ص ٣٩٦.

شارب خمر ولا مقيم على كبيرة منها شيئاً[١].

قوله رحمه الله: «والحرية على إشكال».

أقول: منشأه من احتمال الاشتراط، إذ العبد لايملك شيئاً، فلا يكون له نصيب منها.

ومن أنّها نوع إجارة والعبد من أهلها، والأوّل مذهب الشيخ في المبسوط[٢].

قوله رحمه الله: «ولا يكفي العزل على رأي».

أقول: يريد انّه يجب إخراج الزكاة على الفور، ولا يكفي عزلها في جواز تأخيرها. خلافاً للشيخ في النهاية حيث جوّز تأخيرها مع العزل ما بينه وبين شهر أو شهرين[٣]. والأوّل هو اختيار المفيد[٤].

قوله رحمه الله: «ولايجوز تقديمها، فان فعل كان قرضاً لا زكاة معجّلة على رأي».

أقول: هذا هو اختيار المفيد[٥]، وابني بابويه[٦].

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الزكاة المقصد الثالث فيما تصرف إليه الزكاة ج ٣ ص ٢٠٧.

(٢) المبسوط: كتاب الزكاة كتاب قسمة الزكاة ج ١ ص ٢٤٨.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الزكاة باب الوقت الذي تجب فيه الزكاة ج ١ ص ٤٣٢ ـ ٤٣٣.

(٤) المقنعة: كتاب الزكاة باب تعجيل الزكاة... ص ٢٣٩.

(٥) المقنعة: كتاب الزكاة باب تعجيل الزكاة... ص ٢٤٠.

(٦) من لايحضره الفقيه: باب الأصناف التي تجب عليها الزكاة ذيل الحديث ١٦٠٠ ج ٢ ص١٨، ولم نعثر على رسالة علي بن بابويه، ونقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الزكاة المقصد الرابع في كيفيّة الاخراج... ج ٣ ص ٢٣٨.

وكلام ابن أبي عقيل يشعر بجواز تعجيلها زكاة فانّه قال: يستحبّ إخراج الزكاة وإعطاؤها في استقبال السنة الجديدة في شهر المحرم، فان أحبّ تعجيله قبل ذلك فلا بأس[١]، وهو الظاهر من كلام سلّار أيضاً فانّه قال: وقد ورد الرسم بجواز تقديم الزكاة عند حصول المستحق[٢].

قوله رحمه الله: «أو ذكره مع اليمين على إشكال».

أقول: الاشكال في تقديم قول المالك لو ادّعى اشتراط التعجيل قولاً أو تقديم قول القابض، وليس المراد انّه جزم بتقديم قوله، وتردّد في لزوم اليمين. ومنشأالاشكال ما ذكره في الكتاب، وبه استدلّ على ما ادّعيناه من قصد المصنّف.

قوله رحمه الله: «ولو انتفى العلم فالأقرب عدم الرجوع».

أقول: يريد أنّه لو لم يعلم الفقير. بأنها زكاة معجّلة بأن دفع اليه زكاة ولم يعرفه بحالها وقصد المالك كونها معجّلة هل يجوز له الرجوع أم لا؟ الأقرب عدمه، سواء كانت باقية أو تالفة.

أمّا على تقدير التلف فظاهر؛ لأنّ المالك يكون حينئذٍ قد سلّطه على إتلافها فلا يتعلّق بذمّته، إذ الاتلاف المأذون فيه لايتعقبه ضمان.

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الزكاة باب كيفيّة الاخراج... ج ٣ ص ٢٣٧.

(٢) المراسم: كتاب الزكاة ص ١٢٨.

وأمّا على تقدير بقائها فى يد القابض فلأنّه ملكها بدفعها إليه على وجه الزكاة تملّكاً ظاهراً، فلا يزول ملكه عنها إلاّ بسبب مزيل، وقول المالك ليس حجةً عليه.

قوله رحمه الله: «فان فرّقها المالك حينئذٍ أثم، وفي الإجزاء قولان».

أقول: يريد اذا طلب الامام الزكاة ممن وجبت عليه دفعها إليه، فان فرّقها حينئذٍ أثم إجماعاً، وهل تكون مجزئة أو يجب عليه دفع عوضها الى الامام؟ فيه قولان، أحدهما: الإجزاء، نقله المصنّف، وابن سعيد عن بعض علمائنا[١].

وقال الشيخ رحمه الله: لا تجزئه[٢]، وهوالذي يقتضيه مذهب من أوجب حملها الى الامام ابتداءً، كالمفيد[٣]، وأبي الصلاح[٤]، والظاهر من كلام ابن البرّاج[٥].

قوله رحمه الله: «ودعاء الامام عند القبض على رأي».

أقول: يريد أنّه يستحبّ الامام إذا قبض الزكاة من صاحبها أن يدعو له، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[٦]، وفي كتاب قسمة الصدقات من الخلاف[٧].

---

(١) شرائع الاسلام: كتاب الزكاة القول في القسم الثالث في المتولّي للاخراج ج ١ ص ١٦٤.

(٢) المبسوط: كتاب الزكاة كتاب قسمة الزكاة ج ١ ص ٢٤٤.

(٣) المقنعة: كتاب الزكاة باب وجوب إخراج... ص ٢٥٢.

(٤) الكافي في الفقه: فصل في جهة هذه الحقوق... ص ١٧٢.

(٥) المهذّب: باب في المستحقّ للزكاة ج ١ ص ١٧١.

(٦) المبسوط: كتاب الزكاة كتاب قسمة الزكاة ج ١ ص ٢٤٤.

(٧) الخلاف: كتاب قسمة الصدقات المسألة ٥ ج ٢ ص ٣٤٧ طبعة اسماعيليان.

وقال في كتاب الزكاة منه: تجب[١].

قوله رحمه الله:«ولو قال: إن كان مالي الغائب سالماً فهذه زكاته فبان تالفاً ففي النقل الى غيره إشكال».

أقول: منشأه من احتمال عدم جواز النقل الفوات محل النيّة وهو اختيار الشيخ في المبسوط[٢].

من أنّه انّما ملكه الفقير بتقدير سلامة المال لا مطلقاً والمال لم يكن سالماً فلم يحصل المقتضي لتملّك الفقير له فيبقى على ملك المالك، وحينئذٍ يجوز له النقل الى غيره.

والتحقيق هنا أن يقال: امّا أن يكون المال المدفوع باقياً أو لا، فان كان باقياً جاز له الاحتساب؛ لأنّه لم يخرج عن ملكه. وان لم يكن باقياً فامّا أن يكون المالك قد صرّح للفقير بكونه زكاة المال الغائب على تقدير كونه سالماً أو لا، فان لم يكن صرّح له بل دفعه زكاة ونوى ذلك في نفسه لم يكن له نقله الى غيره؛ لأنّه تصرّف فيه تصرّفاً مأذوناً فيه، فلا يثبت في ذمّته لكونه غير مضمون عليه، فليس له احتسابه من زكاة أُخرى، إذ لا عين له في يده ولا دين له في ذمّته، وان كان المالك قد صرّح للفقير بذلك ففي الاحتساب وجهان مبنيّان على أنّ الفقير المصرّح له بذلك هل له

---

(١) الخلاف: كتاب الزكاة المسألة ١٥٥ ج ٢ ص ١٢٥.

(٢) المبسوط: كتاب الزكاة فصل في اعتبار النيّة في الزكاة ج ١ ص ٢٣٢.

التصرّف فيه بإتلاف قبل العلم بحال المال الغائب؟ فان منعناه كان ضامناً وجاز الاحتساب؛ لأنّه صار كالدَين في ذمّته، وان جوّزناه أمكن القول بعدم جواز الاحتساب؛ لأنّه إتلاف مأذون فيه فلا يتعقّبه ضمان.

قوله رحمه الله: «ولو دفع الى وكيله ونوى حينئذٍ ونوى الوكيل حال الدفع أجزأ، ولو فقدت نيّة أحدهما لم يجزأ على إشكال أقربه الاكتفاء بنيّة الوكيل».

أقول: لاشكّ في الإجزاء عند اجتماع نيّة الوكيل عند الدفع الى الفقير ونيّة الموكل عند الدفع الى وكيله، أمّا لو نوى أحدهما دون الآخر ففي الإجزاء وجهان،

أحدهما: الإجزاء مطلقاً، وهو مذهب الشيخ في المبسوط[1].

وأمّا على تقدير أن يكون المالك قد نوىٰ عند الدفع الى الوكيل فلأنّها تعيّنت زكاة بتعيين المالك، فكأنّه قصد الى إخراجها على يد الوكيل وقد سلّمت الى مستحقّها على يد وكيله فكانت مجزئةً لوقوعها موقعها ووصولها الى مستحقّها.

وأمّا على تقدير نيّة الوكيل خاصةً فلأنّه قائم مقام الموكّل، وليست من العبادات التي لايجزئ فيها التوكيل فيصدق أنّها دفعت الى أربابها بنيّة من هو قائم مقام الموكّل فكانت مجزئة.

---

(١) المبسوط: كتاب الزكاة فصل في اعتبار النيّة في الزكاة ج ١ ص ٢٣٣.

والأقرب عند المصنّف الاكتفاء بنيّة الوكيل خاصةً؛ لأنّ النيّة تجب أن تكون حاصلة عند الدفع الى الفقراء، ولم يحصل إلّا من الوكيل فيجزئ، بخلاف الموكّل الذي نوى عند الدفع الى الوكيل لا الى المستحق.

قوله رحمه الله: «وأقل ما يعطى الفقير عشرة قراريط أو خمسة دراهم على رأي».

أقول: خالف ابن ادريس في ذلك وقال: يجوز إعطاؤه القليل والكثير من غير حدّ، ونقله عن السيد المرتضى في الجمل[١].

واعلم انّ السيد المرتضى في الجمل قال: يجوز أن يعطى من الزكاة لواحد من الفقراء القليل والكثير، وقد روي انّه لايعطى الفقير الواحد من الزكاة المفروضة أقلّ من خمسة دراهم، وروي انّ الأقلّ درهم واحد[٢]. وباقي الفقهاء يخالفون في ذلك ويجيزون إعطاء القليل والكثير من غير تحديد، وحجتنا ما ذهبنا إليه إجماع الطائفة وطريقة الاحتياط وبراءة الذمّة[٣].

واحتجاجه على الفقهاء باجماع الطائفة على التقدير بأحد الأمرين يدلّ على اختياره لذلك، أمّا باقي الأصحاب فالمفيد قدّره بخمسة دراهم أو نصف دينار وجوباً، إلّا أن يكون على المكلّف درهم أو درهمان من النصاب الذي يزيد على

---

(١) السرائر: كتاب الزكاة باب مستحقّ الزكاة... ج ١ ص ٤٦٤.

(٢) الى هنا انتهى ما جاء في جمل العلم والعمل «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثالثة»: فصل في وجوه إخراج الزكاة ص ٧٩، وما بعده في الانتصار.

(٣) الانتصار: كتاب الزكاة ص ٨٣.

المائتين في الورق أو عشر مثقال فما زاد على العشرين من العين. أمّا من عليه جملة من الزكاة في حالة واحدة فلا يخرج أقلّ من خمسة دراهم أو نصف دينار[١]. ويقرب منه قول الشيخ في النهاية[٢].

وقال علي بن بابويه: لايجزئ من الزكاة أقلّ من نصف دينار[٣].

وقال ابنه الصدوق: يجوز إعطاء الدرهمين والثلاثة، ولايجوز في الذهب إلّا نصف دينار[٤].

وقال ابن الجنيد: أقلّه درهم[٥].

وقال سلّار: أقلّه ما يجب في نصاب[٦]، وكذا ابن البرّاج[٧].

قوله رحمه الله: «ولو فقد وارث المشتري من الزكاة ورثه الامام على رأي».

---

(١) لم نعثر عليه في المقنعة والظاهر انّه في الرسالة الغرية كما نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الزكاة المقصد الرابع في كيفيّة الاخراج... ج ٣ ص ٢٢٥.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الزكاة باب مستحقّ الزكاة... ج ١ ص ٤٣٩.

(٣) نقله عنه في من لايحضره الفقيه: باب الأصناف التي تجب عليها الزكاة ذيل الحديث ١٥٩٩ ج ٢ ص ١٧.

(٤) المقنع: باب زكاة الذهب ص ٥٠، وفيه:«ولا يجزي في الزكاة أن يعطي أقلّ من نصف دينار» ونقله عنه نصّ العبارة العلّامة في مختلف الشيعة: كتاب الزكاة المقصد الرابع في كيفيّة الاخراج... ج ٣ ص ٢٢٦.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الزكاة المقصد الرابع في كيفيّة الاخراج... ج ٣ ص ٢٢٦.

(٦) المراسم: كتاب الزكاة في ذكر أقلّ ما يجزئ... ص ١٣٣.

(٧) المهذّب: كتاب الزكاة باب المقدار... ج ١ ص ١٧٢.

أقـول: خالف الشيخ[١]، وابنا بابويه[٢]، وابن ادريس[٣] في ذلك حيث قالوا: يرثه أرباب الزكاة.

قوله رحمه الله: «وأُجرة الكيّال والوزّان على المالك على رأي».

أقـول: خالف الشيخ في موضع من المبسوط في ذلك حيث قال: وأُجرة الحاسب والوزّان والكاتب من سهم العاملين[٤].

وقال في موضع آخر منه: قيل: فيه قولان، أحدهما: على أرباب الأموال، والآخر: على أرباب الصدقات. والأوّل أشبه[٥].

قوله رحمه الله: «وفي تعلّق الزكاة بعين المال احتمال الشركة».

أقـول: من الحقوق ما يتعلّق بالذمّة كالديون وقيم المتلفات وأشباهها، ومنها ما يتعلّق بالأعيان وان كانت ملكاً لغير أرباب الحقوق، فمنها ما لا يشابه تعلّق الزكاة لحقّ الشفعة، ومنها ما يناسب تعلّق الزكاة، وهو ما ذكره المصنّف من الصور،

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الزكاة باب مستحقّ الزكاة... ج ١ ص ٤٣٨.

(٢) المقنع: باب العتق من الزكاة ص ٥٢، ولم نعثر على رسالة علي بن بابويه، ونقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الزكاة المقصد الرابع في كيفيّة الاخراج... ج ٣ ص ٢٥٢.

(٣) السرائر: كتاب الزكاة باب مستحقّ الزكاة... ج ١ ص ٤٦٣.

(٤) المبسوط: كتاب الزكاة الفصل الثالث في بيان من يأخذ الصدقة... ج ١ ص ٢٥٧.

(٥) المبسوط: كتاب الزكاة الفصل الثالث في بيان من يأخذ الصدقة ج ١ ص ٢٥٦.

وقد ذكر وجوه المناسبات فلا نكررها[١]، لكن نقول: لمَ لا يجوز أن يكون تعلّق الزكاة بالعين أصلاً بنفسه ليس محمولاً على غيره فيقال: تعلّق الزكاة بالنصاب؟ وذلك لأنّه وان شارك كلّ واحد من الصور في شيء فانّه يخالفه من جهة أُخرى.

قوله رحمه الله: «والأقرب الوجوب على الوارث».

أقول: يريد لو مات ذو العبد المديون مع قصور التركة عن الدَين وفطرة العبد فالأقرب انّ زكاة الفطرة على الوارث.

ووجه القرب: انّ الفطرة تابعة للملك، وعند المصنّف أنّ الملك قد انتقل الى الوارث بمجرّد موت المورث. خلافاً للشيخ حيث قال: لم تنتقل وهي على حكم مال الميت[٢]. وسيأتي تمام البحث فيها إن شاء الله.

قوله رحمه الله: «لو قبل الوصية بالعبد من الميت قبل الهلال فالزكاة عليه، ولو قبلها بعده سقطت، وفي الوجوب على الوارث إشكال».

أقول: منشأ الاشكال من أنّ القبول هل هو كاشف عن سبب الملك أو مملّك؟ فان جعلناه كاشفاً تبيّناً كونه غير مملوك للوارث بل للموصي له، وان كان مملّكاً فقد كان ملكاً للورثة عند الهلال فالزكاة عليهم.

---

(١) في م ١: «نذكرها».

(٢) الخلاف: كتاب الزكاة المسألة ١٧٩ ج ٢ ص ١٤٤.

قوله رحمه الله: «ولو كان الزوج معسراً وجبت نفقتها دون فطرتها، والأقرب وجوبها عليها».

أقول: هذا الذي اختاره المصنّف هو اختيار ابن ادريس[١].

ووجه القرب: انّ فطرتها لم تجب على الزوج؛ لأنّ وجوبها مشروط بالغنى، فكانت الفطرة واجبة على نفسها؛ لوجود المقتضي للوجوب وانتفاء المانع. امّا الأوّل: فلأنّ المقتضي للوجوب التكليف والحرية والغنى، والكلّ حاصل عند الهلال. وأمّا انتفاء المانع؛ فلأنّ المانع من الوجوب على الزوجة انّما هو وجوبها على زوجها، وهو هنا منتفٍ.

وقال الشيخ في المبسوط: لا تجب الفطرة عليها ولا على الزوج[٢].

قوله رحمه الله: «لو أخرجت زوجة الموسر عن نفسها بإذن الزوج أجزأ، وبدونه إشكال، ينشأ من التحمّل والأصالة».

أقول: قد ذكر وجه الاشكال لكن مراده إن قلنا بأنّ الزكاة واجبة في الأصل عليها وانّما الزوج يتحملها أجزأ؛ لأنّها أخرجت ما وجب عليها في نفس الأمر. وإن قلنا: انّها واجبة بالأصالة على الزوج دونها لم يجز؛ لانّه مكلّف بها ابتداءً ولم يفعل ما كلّف به، فبقي في عهدة التكليف.

---

(١) السرائر: كتاب الزكاة باب وجوب زكاة الفطرة ج ١ ص ٤٦٨.

(٢) المبسوط: كتاب الزكاة كتاب الفطرة ج ١ ص ٢٤١.

قوله رحمه الله: «لو وقعت مهاياة بين المتحرر بعضه وبين مولاه فوقع الهلال في نوبة أحدهما ففي اختصاصه بالفطرة إشكال».

أقول: وجه الاشكال من حيث إنّ الفطرة تابعة للعيلولة، وهي في تلك النوبة مختصّة لمن حصلت له فتختصّ بالوجوب.

ومن أنّها في الحقيقة مشتركة لوصول عوضها الى الآخر.

قوله رحمه الله: «ثمّ إن عزلها وخرج الوقت أخرجها واجباً بنيّة الأداء، وإلّا قضاها على رأي».

أقول: إذا أخّر المكلّف إخراج الفطرة الى بعد الزوال ففيه أقوال:

أحدها: أنها تسقط مطلقاً وتكون تطوّعاً، قاله المفيد[١]، وابنا بابويه[٢]، وأبو الصلاح[٣]، وابن البرّاج[٤].

الثاني: تكون قضاءً، قاله سلّار[٥].

---

(١) المقنعة: كتاب الزكاة باب وقت زكاة الفطرة ص ٢٤٩.

(٢) المقنع: ب ١٧ الفطرة ص ٦٧، ولم نعثر على رسالة علي بن بابويه، ونقله عنه في من لايحضره الفقيه: باب الفطرة ذيل الحديث ٢٠٨١ ج ٢ ص ١٨٢.

(٣) الكافي في الفقه: فصل في الفطرة ص ١٦٩.

(٤) المهذّب: باب في ذكر الوقت... ج ١ ص ١٧٦.

(٥) المراسم: كتاب الزكاة في ذكر من تجب عليه ص ١٣٥، وفيه: «كافياً» بدل «قاضياً».

الثالث: تكون أداءً دائماً، وهو قول ابن ادريس[١]. والمصنّف اختار في الكتاب التفصيل وهو: أنّها مع العزل تكون أداءً دائماً، ومع عدمه قضاءً.

قوله رحمه الله: «ويخرج من غيرها بالقيمة السوقية من غير تقدير على رأي».

أقول: يريد لو أخرج الفطرة من غير الحنطة أو الشعير، حبّاً[٢] كان أو دقيقاً أو سويقاً، أو التمر أو الزبيب أو الأرز أو اللبن أو الاقط أجزأ قيمةً، وهل يتقدّر بقدر؟ اختياره انّها لاتقدّر، بل يتقدّر بالقيمة السوقية بسعر ذلك الوقت، وهو قول أكثر أصحابنا.

وظاهر كلام الشيخ في الاستبصار يدلّ على جواز إعطاء درهم، فانّه لمّا أورد رواية اسحاق بن عمار ـ عن الصادق عليه السلام قال: لابأس أن يعطي قيمتها درهماً ـ قال: هذه رواية شاذة، والأحوط أن يعطى بقيمة الوقت قلّ ذلك أم كثر، وهذه رخصة لو عمل الانسان بها لم يكن مأثوماً[٣].

فهذا الكلام منه يعطي تجويز إعطاء الدرهم، وإلّا لكان العامل بذلك مأثوماً.

قوله رحمه الله: «ويجزئ من اللبن أربعة أرطال بالعراقي على رأي».

---

(١) السرائر: كتاب الزكاة باب الوقت الذي يجب فيه... ج ١ ص ٤٦٩.

(٢) في ج: «خبزاً».

(٣) الاستبصار: ب ٢٦ إخراج القيمة ح ٣ وذيله ج ٢ ص ٥٠.

أقول: اختلف قول الأصحاب في هذه المسألة فأوجب السيد صاعاً من جميع الأجناس[١]، وهو قول المفيد[٢]، وابن الجنيد[٣]، وسلّار[٤]، وابن البرّاج[٥]، وابن زهرة[٦]، وأبي الصلاح[٧]، وأحد قولي الشيخ ذكره في الخلاف[٨].

والقول الآخر له ذكره في النهاية: صاع من جميع الأجناس، إلّا اللبن فأربعة أرطال[٩]، وأطلق الوزن. وقيّده في المبسوط بالمدني[١٠].

وقال ابن حمزة: الواجب صاع تسعة أرطال، إلّا اللبن فستة أرطال[١١].

وقال ابن ادريس: الواجب صاع تسعة أرطال بالبغدادي، إلّا اللبن فستة بالبغدادي وأربعة بالمدني[١٢]. والذي يناسب اختيار المصنّف ويقرب منه من هذه الأقوال قول الشيخ في النهاية.

---

(١) جمل العلم والعمل «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثالثة»: فصل في زكاة الفطرة ص ٨٠.

(٢) المقنعة: كتاب الزكاة باب كمية الفطرة ص ٢٥٠.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الزكاة المقصد الخامس في زكاة الفطرة ج ٣ ص ٢٨٢.

(٤) المراسم: كتاب الزكاة في ذكر من تجب عليه ص ١٣٥.

(٥) المهذّب: باب ما تجب فيه الفطرة ج ١ ص ١٧٥.

(٦) الغنية «الجوامع الفقهية»: كتاب الزكاة ص ٥٠٦.

(٧) الكافي في الفقه: فصل في الفطرة ص ١٦٩.

(٨) الخلاف: كتاب الزكاة المسألة ١٨٨ ج ٢ ص ١٥٠.

(٩) النهاية ونكتها: كتاب الزكاة باب ما يجوز إخراجه... ج ١ ص ٤٤١.

(١٠) المبسوط: كتاب الزكاة كتاب الفطرة ج ١ ص ٢٤١.

(١١) الوسيلة: فصل في بيان زكاة الرؤوس ص ١٣١.

(١٢) السرائر: كتاب الزكاة باب ما يجوز إخراجه في الفطر ج ١ ص ٤٦٩.

قوله رحمه الله: «والأقرب في الجبن والمخيض والسمن القيمة».

أقول: وجه القرب انّها عند الاطلاق لا تدخل تحت اسم اللبن عرفاً، وبعضها ليس لبناً حقيقة أيضاً، فلا يجوز ولا يجب إخراجها مع قصور قيمتها عن الواجب؛ لأنّها حينئذٍ ليست الواجب ولا مع زيادتها عنه؛ لأنّه لا يجب عليه في البدل دفع ما يزيد على قيمة الواجب.

قوله رحمه الله: «ولو اختلف قوت مالكي عبد جاز اختلاف النوع على رأي، والأقرب عندي الجواز مطلقاً».

أقول: منع الشيخ في المبسوط من ذلك مطلقاً حيث قال فيه: لا يجوز أن يخرج صاعاً واحداً من جنسين؛ لأنّه مخالف للخبر[١]. وجوّزه الراوندي بالقيمة السوقية[٢].

وقال في الخلاف: اذا كان العبد مشتركاً بين اثنين جاز أن يختلفا في الجنس المخرج[٣].

وأمّا المصنّف فالأقرب عنده الجواز مطلقاً، أي سواء كان لمالكي عبد أو غيره؛

---

(١) المبسوط: كتاب الزكاة كتاب الفطرة ج ١ ص ٢٤١.

(٢) فقه القرآن: باب زكاة الفطرة ج ١ ص ٢٥٣.

(٣) الخلاف: كتاب الزكاة المسألة ١٩٤ ج ٢ ص ١٥٣.

لأنّ المطلوب إخراج صاع من قوت من الأجناس المذكورة من غير تعيين بعضها، وإلّا لما جاز التخيير، وهو باطل اتفاقاً، والمطلوب للشارع حاصل في المتنازع فكان مجزئاً.

قوله رحمه الله: «وما يوجد في جوف سمكة من غير احتياج الى تعريف».

أقول: يريد انّ من جملة ما هو ملحق بما يجب فيه الخمس ما يوجد في جوف السمكة فانّه يخرج منه الخمس ويكون الباقي للواجد، ولايقتصر الى تعريف.

والأقرب عند المصنّف اشتراط انتفاء أثر الاسلام، فانّه لو كان عليه أثر الاسلام دلّ على سبق تملّك المسلم له من قبل، فكان كاللقطة المفتقرة الى التعريف.

قوله رحمه الله: «ولو وجد في دار الاسلام وأثره عليه فلقطة، وان كانت مواتاً على رأي».

أقول: للشيخ رحمه الله في هذه المسألة قولان، أحدهما في المبسوط: انّه لقطة[1]، كما ذكره المصنّف. والثاني: انّه يخرج منه الخمس، وهو قول ابن ادريس[2].

قوله رحمه الله: «ولو اختلف مالك الدار ومستأجرها في ملكية الكنز قدّم قول المالك مع اليمين على إشكال».

---

(١) المبسوط: كتاب الزكاة فصل في ذكر ما يجب فيه الخمس ج ١ ص ٢٣٦.

(٢) السرائر: باب الخمس والغنائم ج ١ ص ٤٨٧.

أقول: منشأ الاشكال من أنّه متصل بملك المالك، فكان كما لو كان في يده يحكم له به، وهذا مذهب الشيخ في المبسوط[١].

ومن حيث إنّه في يد المستأجر فيحكم له به قضاء لليد عند عدم البيّنة، كالدعوى في غيره. وهو اختيار الشيخ في الخلاف[٢].

قوله رحمه الله: «والنصاب على رأي».

أقول: في اعتبار النصاب في المعادن للشيخ قولان، أحدهما: انّه يعتبر، كما اختاره المصنّف ذكره في النهاية[٣] والمبسوط[٤]، واختاره ابن حمزة[٥].

وقال في الخلاف[٦] والاقتصاد[٧]: لايعتبر فيها النصاب، وهو اختيار ابن البرّاج[٨]، وابن ادريس[٩].

وأطلق الباقون الوجوب في المعادن من غير تعرّض لاعتبار النصاب وعدمه، كالسيد المرتضى[١٠]، وابن أبي عقيل[١١]، وابن الجنيد[١٢]، وابن

---

(١) المبسوط: كتاب الزكاة فصل في ذكر ما يجب فيه الخمس ج ١ ص ٢٣٧.

(٢) الخلاف: كتاب الزكاة المسألة ١٥١ ج ٢ ص ١٢٣.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الزكاة باب الخمس والغنائم ج ١ ص ٤٤٨.

(٤) المبسوط: كتاب الزكاة فصل في ذكر ما يجب فيه الخمس ج ١ ص ٢٣٧.

(٥) الوسيلة: كتاب الخمس ص ١٣٨.

(٦) الخلاف: كتاب الزكاة المسألة ١٤٢ ج ٢ ص ١١٩.

(٧) الاقتصاد: فصل في ذكر ما يجب الخمس ص ٢٨٣.

(٨) المهذّب: باب الخمس وأحكامه ج ١ ص ١٧٩.

(٩) السرائر: كتاب الزكاة باب الخمس والغنائم ج ١ ص ٤٨٨ ـ ٤٨٩.

(١٠) الانتصار: في مسائل كتاب الخمس ص ٨٦.

(١١) نقله عنه في مختلف الشيعة: المقصد السادس في الخمس الفصل الأوّل في محلّه ج ٣ ص ٣١٨.

(١٢) المصدر السابق.

زهرة[١]، وسلّار[٢].

وقال أبو الصلاح: يعتبر قيمته ديناراً واحداً[٣].

قوله رحمه الله: «ويعطى من انتسب بأبيه خاصّة دون من انتسب بأُمّه خاصّة على رأي».

أقول: من كان أبوه هاشمياً وأُمّه غير هاشمية أُعطي إجماعاً، وفي العكس قولان:

أحدهما: انّه لايعطى، كما اختاره المصنّف، وهو اختيار الشيخ في كتابَي النهاية[٤]، والمبسوط[٥].

والآخر: انّه يعطى، اختاره السيد[٦]، وابن ادريس[٧]، وابن حمزة[٨].

قوله رحمه الله: «وفقر اليتيم على رأي».

أقول: يريد انّه يشترط في استحقاق اليتيم الخمس أن يكون فقيراً. خلافاً للشيخ[٩]، وابن ادريس[١٠].

---

(١) الغنية «الجوامع الفقهية»: ص ٥٠٧.

(٢) المراسم في الفقه الامامي: كتاب الخمس ص ١٣٩.

(٣) الكافي في الفقه: فصل في الخمس ص ١٧٠.

(٤) النهاية ونكتها: باب الخمس والغنائم ج ١ ص ٤٤٩ ـ ٤٥٠.

(٥) المبسوط: كتاب الزكاة فصل في ذكر قسمة الأخماس ج ١ ص ٢٦٢.

(٦) رسائل الشريف المرتضى المجموعة الرابعة: ص ٣٢٨.

(٧) السرائر: باب قسمة الغنائم والأخماس ج ١ ص ٤٩٦.

(٨) الوسيلة: كتاب الخمس ص ١٣٧.

(٩) المبسوط: كتاب الزكاة فصل في ذكر قسمة الأخماس ج ١ ص ٢٦٢.

(١٠) السرائر: باب قسمة الغنائم والأخماس ج ١ ص ٤٩٦.

قوله رحمه الله: «وللامام فاضل المقسوم على الكفاية للطوائف مع الاقتصاد، وعليه المعوز على رأي».

أقول: هذا مذهب الشيخين[١]، وابن البرّاج[٢]، وسلّار[٣]. خلافاً لابن ادريس فانّه قال: ليس له أخذ الفاضل من حقّهم، ولايلزمه المعوز[٤].

---

(١) المقنعة: باب قسمة الغنائم ص ٢٧٨، النهاية ونكتها: باب قسمة الغنائم والأخماس ج ١ ص ٤٤٩.

(٢) المهذّب: باب ذكر قسمة الخمس ج ١ ص ١٨٠.

(٣) المراسم: كتاب الخمس ص ١٤٠.

(٤) السرائر: باب قسمة الغنائم والأخماس ج ١ ص ٤٩٢ ـ ٤٩٣.

كتاب

الصـوم

كتاب الصوم

قوله رحمه الله: «والنذر المعيّن على رأي»

أقــول: يريد به أنّ نيّة القربة في النذر المعيّن كافية كرمضان، وهو قـول ابـن ادريس[1].

وقال الشيخ في الجمل[2]، والمبسوط[3]، والخلاف[4]: لابدّ فيه من نيّة التعيين.

قوله رحمه الله: «ولو نذر الصوم غداً عن قضاء رمضان ففي الاكتفاء بالاطلاق نظر».

أقــول: هذا تفريع على ما اختاره من إجزاء نيّة القربة في النذر المعيّن، وهو أنّه إذا نذر أن يصوم غداً قضاء عن رمضان هل يكفي فيه نيّة القربة من غير تعيين؟ فيه وجهان:

---

(١) السرائر: كتاب الصوم باب حقيقة الصوم... ج ١ ص ٣٧٠.

(٢) الجمل والعقود: كتاب الصوم ص ١٠٩.

(٣) المبسوط: كتاب الصوم فصل في ذكر النيّة ج ١ ص ٢٧٧ ـ ٢٧٩.

(٤) كتاب الصوم المسألة ٤ ج ٢ ص ١٦٤.

أحدهما: الاكتفاء به؛ لأنّه قد تعيّن بذلك الزمان فصار يكتفي فيه بنيّة القربة كغيره من أقسام النذر المعيّن.

وثانيهما: عدم الاكتفاء؛ لوجوب نيّة التعيين في قضاء رمضان قبل النذر، فلا يسقط عنه؛ لأصالة بقاء وجوب ما كان واجباً.

قوله رحمه الله: «وفي النقل قول الى الغروب».

أقول: هذا القول نقله الشيخ عن بعض أصحابنا في مسائل الخلاف فانّه قال: يجوز أن ينوي لصيام النافلة نهاراً، ومن أصحابنا من أجازه الى عند الزوال، وهو الظاهر من الروايات، ومنهم من أجازه الى آخر النهار، ولستُ أعرف به نصّاً[١]. ويقرب منه اختيار السيد المرتضى[٢]، وابن ادريس[٣] فانّهما جوّزا تجديدها في النافلة الى بعد الزوال.

ويقرب من هذا القول قول الشيخ في المبسوط حيث قال: ومتى فاتت الى بعد الزوال فقد فات وقتها، إلّا في النوافل خاصة، فانّه روى بعض الروايات جواز تجديدها بعد الزوال، وتحقيقها انّه يجوز تجديدها الى أن يبقى من النهار بمقدار ما يبقى زمان بعدها يمكن أن يكون صوماً، فأمّا إذا كان انتهاء النيّة مع انتهاء النهار فلا صوم بعده على حال[٤].

---

(١) الخلاف: كتاب الصوم المسألة ٦ ج ٢ ص ١٦٧.

(٢) الانتصار: مسائل الصوم ص ٦٠.

(٣) السرائر: كتاب الصوم باب حقيقة الصوم... ج ١ ص ٣٧٣.

(٤) المبسوط: كتاب الصوم فصل في ذكر النيّة... ج ١ ص ٢٧٨.

ونحوه قال ابن حمزة[١] فانّه قال: وإن نسي النيّة في صوم نافلة جدّد بعد الزوال الى أن يبقى من النهار ما يكون الصائم فيه ممسكاً[٢].

قوله رحمه الله: «والمحبوس الجاهل بالأهلّة يتوخّى شهراً فيصومه متتابعاً، فان أفطر في أثنائه استأنف على إشكال».

أقول: منشأ الاشكال من وجوبه عليه متتابعاً، وقد أخلّ بوصف التتابع بالإفطار في أثنائه فلا يجزئ.

ومن عدم استلزام وجوب التتابع للبطلان بالاخلال به اذا لم يكن شرطاً كالأصل.

قوله رحمه الله: «ولو قدّم النيّة على الشهر ونسي عنده لم يجزئه على رأي».

أقول: هذا هو مذهب ابن ادريس[٣]، خلافاً للشيخ في النهاية[٤] والمبسوط[٥].

قوله رحمه الله: «ولابدّ في كلّ ليلة من نيّة على رأي».

---

(١) الوسيلة: كتاب الصوم ص ١٤٠.

(٢) عبارة «فإنه قال: وإن نسي... ما يكون الصائم فيه ممسكاً» ليس في م ٣ وهـ و ج.

(٣) السرائر: كتاب الصيام باب حقيقة الصوم... ج ١ ص ٣٦٤.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الصيام باب علامة شهر رمضان... ج ١ ص ٣٩٢.

(٥) المبسوط: كتاب الصيام فصل في ذكر النيّة... ج ١ ص ٢٧٦.

أقـول: خالف السيد المرتضى[١]، والشيخان[٢]، وسلّار[٣]، وأبو الصلاح[٤] في ذلك حيث حكموا بإجزاء نيّة واحدة من أوّله.

قوله رحمه الله: «ولو نوى غـير رمـضان فـيه فرضاً أو نفلاً ففي الإجزاء عن رمضان نظر».

أقـول: منشأه من انّه قصد غيره لم يقصد صومه، فكان كتارك النيّة فيه. ومن أنّ نيّة القربة كافية، وقد حصلت ضمناً. والأوّل اختيار ابـن ادريس[٥]، والثاني اختيار السيد المرتضى[٦]، والشيخ في كتابَي المبسوط[٧]، والخلاف[٨].

قوله رحمه الله: «ولو نواه عن قضاء رمـضان وأفطر بعد الزوال عمداً ثمّ ظهر أنّه من رمضان ففي الكفّارة إشكال».

---

(١) جمل العلم والعمل «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثـالثة»: كـتاب الصـوم فـصل في حقيقة الصوم... ص ٥٣.

(٢) المقنعة: كتاب الصيام باب نيّة الصيام ص ٣٠٢، النهاية ونكتها: كتاب الصوم بـاب عـلامة شهر رمضان... ج ١ ص ٣٩٢.

(٣) المراسم: كتاب الصيام في ذكر أحكام صوم شهر رمضان ص ٩٦.

(٤) الكافي في الفقه: فصل في صوم شهر رمضان ص ١٨١.

(٥) السرائر: كتاب الصيام باب حقيقة الصوم... ج ١ ص ٣٧٢.

(٦) جمل العلم والعمل (رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثالثة): كتاب الصوم فصل في حقيقة الصوم... ص ٥٣.

(٧) المبسوط: كتاب الصوم فصل في ذكر النيّة... ج ١ ص ٢٧٦.

(٨) الخلاف: كتاب الصوم المسألة ٤ ج ٢ ص ١٦٤.

أقـول: يريد لو نوى آخر يوم من شعبان عن قضاء يوم من رمضان في ذمّته ثمّ أفطر فيه بعد الزوال عامداً ثمّ تبيّن ذلك اليوم من رمضان فـفي وجـوب الكـفّارة إشكال.

ينشأ من أنّه يصدق عليه انّه أفطر يوماً من شهر رمضان عامداً مع تعيين صومه عليه، وكل من أفطر يوماً في رمضان عامداً مع وجوب صوم ذلك اليوم عليه لزمته الكفّارة، والأُولى مقدّرة والثانية اجماعية.

ومن أنّه حال الإفطار لم يكن مكلّفاًبصومه عن رمضان؛ لعدم علمه بكونه عن رمضان في ذلك الوقت، ولهذا لولا قضاء رمضان لم يحـرم عـليه الإفـطار في ذلك الوقت، فلا تجب كفّارة رمضان ولا كفّارة القضاء؛ لأنّ رمضان لا يقع فـيه غـيره فكان صومه عن القضاء باطلاً، ولا كفّارة في الصوم الباطل.

قوله رحمه الله: «ومعه في تعيينها إشكال».

أقول: على تقدير القول بلزوم الكفّارة في صورة الفرض أيّ الكفّارتين يلزمه؟

يحتمل كفّارة رمضان لما قلناه: من إقدامه على إفطار صوم وجب عليه في شهر رمضان.

ويحتمل كفّارة قضاء رمضان لما قلناه: من أنّ وقت الإفطار لم يكن صومه عن رمضان واجباً، ولجواز الإفطار لولا القضاء، وانّما حرّم عليه الإفطار في ذلك الوقت بسبب القضاء فيلزمه كفّارته.

قوله رحمـه الله: «ولو نـوى الإفـطار في يـوم رمضان ثمّ جدّد نيّة الصوم قبل الزوال لم ينعقد على رأي».

أقـول: خالف الشيخ نجم الدين رحمه الله في ذلك حيث قال في الشرائع: اذا نوى الإفطار في يوم من رمضان ثمّ جدد قبل الزوال قيل: لا ينعقد وعليه القضاء، ولوقيل: بانعقاده كان أشبه[١].

قوله رحمه الله: «ولو تقدّمت نيّة الصوم ثمّ نوى الإفطار ولم يفطر ثمّ عاد الى نـيّة الصـوم [قـبل الزوال][٢] صحّ الصوم على إشكال».

أقـول: وجه الإشكال من حيث إنّه صوم قد انعقد ابتداءً فلا يـبطل بمـجرّد العزم على إبطاله؛ لأصالة الصحّة، وقد جدّدها قبل الزوال الذي هو محلّ النـيّة في بعض صور الصوم كالناسي.

ومن أنّه عبادة تفتقر صحّتها الى النيّة إمّا فعلاً أو حكماً ولم يحصل، إذ ذلك القدر الذي نوى فيه الإفطار من النهار لم يحصل فيه نيّة الصوم ولا الاستمرار على حكمه فكان باطلاً، وفساد صوم جزء من النهار يستلزم فساد جميعه، إذ الصوم لايتبعّض.

واعلم أنّ الشيخ رحمه الله قال في الخلاف[٣] والمبسوط[٤]: لايبطل الصوم بالعزم على الإفطار في أثناء النهار.

وأطلق فيه أبو الصلاح الحكم بفساد الصوم، وأوجب عليه بمجرّد العـزم عـلى

---

(١) شرائع الاسلام: كتاب الصوم الركن الأوّل ج ١ ص ١٨٨.

(٢) ما بين المعقوفتين ليس في متن القواعد.

(٣) الخلاف: كتاب الصيام المسألة ٨٩ ج ٢ ص ٢٢٢.

(٤) المبسوط: كتاب الصوم باب فصل في ذكر النيّة... ج ١ ص ٢٧٨.

المفطر القضاء والكفّارة[١].

وأمّا السيد المرتضى رحمه الله فإنّ كلامه يدلّ على أنّه اذا نوى في ابتداء النهار الصوم ثمّ عزم على فعل المفطرات لم يفسد صومه، فانّه قال: كنت أمليت مسألة أنظر فيها على انّ كلّ من عزم في نهار رمضان على أكل أو شرب أو جماع يفسد بهذا العزم صومه، ونصرت ذلك بغاية التمكين، وقوّيته ثمّ رجعت عنه، وأفتيت بأنّ العازم على شيء ممّا ذكرناه في نهار شهر رمضان بعد تقدّم نيّته وانعقاد صومه لا يفطر به[٢]. وطوّل في الاستدلال على ذلك.

قوله رحمه الله: «وعن الحقنة بالمائع وفي إفساده الصوم نهاراً[٣] نظر».

أقول: يريد انّه يجب على الصائم الإمساك عن الحقنة بالمائع، فلو احتقن بمائع ففي فساد صومه وجهان:

أحدهما: الإفساد، وهو اختيار المفيد[٤]؛ لأنّه مائع وصل الى الجوف فكان مبطلاً للصوم، كما لو وصل بالفم، إذ تحريم الأكل والشرب ليس لتحريم كونه في الفم قطعاً فانّه جائز، وانّما الغرض هو أن يصل الى جوفه، واذا كان الغرض هو عدم إيصال المفطر الى الجوف مطلقاً اشترك فيه الحقنة وغيرها. ومن أصالة الجواز، خرج منه

---

(١) الكافي في الفقه: فصل في صوم شهر رمضان ص ١٨٢.

(٢) رسائل الشريف المرتضى: مسائل شتى في استمرار الصوم مع قصد المنافي له «المجموعة الرابعة» ص ٣٢٣.

(٣) في متن القواعد: «وفي الافساد» بدل «وفي إفساده الصوم نهاراً».

(٤) المقنعة: كتاب الصيام باب ما يفسد الصوم... ص ٣٤٤.

الأكل والشرب بالاتفاق فيبقى ماعداه.

واعلم انّ الشيخ اختار في الجمل[١] والاقتصاد[٢] فساد الصوم بالمائع، وأوجب بها القضاء.

وفي النهاية قال: يحرم بالمائعات[٣]، ولم يجب بها قضاء. واختار السيد عدم فساد الصوم بها[٤].

قوله رحمه الله: «وبالجامد قول بالجواز».

أقول: هذا قول الشيخ في النهاية على كراهيّة[٥]، وقول كلّ من جوّز بالمائع كالسيد[٦].

قوله رحمه الله: «وعن الارتماس في الماء والكذب على الله وعلى رسوله وأئمته صلوات الله عليهم وفي الإفساد بهما نظر».

أقول: وجه النظر في الارتماس من أصالة براءة الذمّة، ومن وجوب القضاء.

---

(١) الجمل والعقود: كتاب الصوم فصل في ذكر ما يمسك عنه الصائم ص ١١٢.

(٢) الاقتصاد: كتاب الصوم فصل فيما يجب على الصائم اجتنابه ص ٢٨٨.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الصيام باب ما على الصائم اجتنابه... ج ١ ص ٣٩٩.

(٤) جمل العلم والعمل«رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثالثة»: كتاب الصوم فصل فيما يفسد الصوم وينقضه ص ٥٤.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب الصيام باب ما على الصائم اجتنابه... ج ١ ص ٣٩٩.

(٦) جمل العلم والعمل «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثالثة»: كتاب الصوم فصل فيما يفسد الصوم وينقضه ص ٥٤.

وكونه منهياً عن فعل الارتماس لايلزم منه بطلان صومه، كفعل غيره من المحرّمات الذي لايفسد الصوم.

ومن قول الباقر عليه السلام فيما رواه محمد بن مسلم عنه في الصحيح: لايضرّ الصائم ما صنع اذا اجتنب ثلاث خصال: الطعام والشراب والنساء والارتماس[١]. وهو يدلّ بمفهومه على ثبوت الضرر بأحدها، والضرر في الصوم انّما يكون ببطلانه.

واعلم انّ الوجه الأوّل ـ أعني عدم الإفساد ـ هو اختيار السيد المرتضى[٢]، والثاني مذهب الشيخ[٣]، مع أنّه أوجب القضاء والكفّارة، ومذهب أبي الصلاح[٤]، لكنّه أوجب به القضاء خاصّة.

وأمّا وجه النظر في الكذب على الله وعلى رسوله وعلى الأئمة عليهم السلام فمن أصالة صحّة الصوم وعدم وجوب القضاء، وهو اختيار السيد في الجمل[٥]، وابن ادريس[٦]، ويعضده الحديث السابق، وهو قوله: لايضرّ الصائم... الى آخر.

ومن قول أبي عبدالله عليه السلام فيما رواه أبو بصير في الموثق عنه عليه السلام:الكذبة تنقض الوضوء وتفطر الصائم، قال: قلت: هلكنا، قال: ليس

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٥٤ ما يفسد الصيام... ح ٥١ ج ٤ ص ٢٠٢، وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب ما يمسك عنه الصائم ح ١ ج ٧ ص ١٨ ـ ١٩.

(٢) جمل العلم والعمل «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثالثة»: كتاب الصوم باب فيما يفسد الصوم وينقضه ص ٥٤.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الصيام باب ما على الصائم اجتنابه... ج ١ ص ٣٩٦ ـ ٣٩٧.

(٤) الكافي في الفقه: فصل في صوم شهر رمضان ص ١٨٣.

(٥) جمل العلم والعمل «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثالثة»: كتاب الصوم باب فيما يفسد الصوم وينقضه ص ٥٤.

(٦) السرائر: كتاب الصيام باب حقيقة الصوم... ج ١ ص ٣٧٧.

حيث تذهب، انّما ذلك الكذب على الله وعلى رسوله وعلى الأئمة عليهم السلام[١]. وهذا الاحتمال مذهب السيد في الانتصار[٢]، ومذهب الشيخين[٣].

قوله رحمه الله: «فيما يوجب الإفطار: وهو فعل ما أوجبنا الإمساك عنه عمداً اختياراً عدا الكذب على الله وعلى رسوله وأئمته عليهم السلام، والارتماس على رأي».

أقول: يريد على خلاف في الكذب والارتماس، وقد ذكرناه.

قوله رحمه الله: «وفي الإفطار بالإمناء عقيب النظر الى المحرّمة إشكال».

أقول: وجه الاشكال من حيث إنّه فعل محرّماً فأنزل عقيبه وبسببه، فكان كما لو استمنى بيده.

ومن أصالة صحّة الصوم، وعدم وجوب القضاء والكفّارة.

واعلم أنّ الاحتمال الأوّل مذهب الشيخ في المبسوط[٤] والمفيد[٥]، وأوجب عليه

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٥٤ ما يفسد الصيام... ح ٢ ج ٤ ص ٢٠٣، وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب ما يمسك عنه الصائم ح ٢ ج ٧ ص ٢٠.

(٢) الانتصار: مسائل الصوم ص ٦٢.

(٣) المقنعة: كتاب الصيام باب ما يفسد الصوم ص ٣٤٤، النهاية ونكتها: كتاب الصيام باب ما على الصائم اجتنابه ج ١ ص ٣٩٤.

(٤) المبسوط: كتاب الصوم فصل في ذكر ما يمسك عنه الصائم ج ١ ص ٢٧٢.

(٥) المقنعة: كتاب الصيام باب حكم الساهي والغالط في الصيام ص ٣٥٩.

القضاء، لكنهما قيّدا النظر بشهوة. وسلّار أوجب القضاء[١]، ولم يقيّد النظر بالشهوة.

وقال المرتضى: من استدعى الماء الدافق فعليه القضاء والكفّارة وإن كان بغير جماع[٢]، وتبعه ابن البرّاج[٣].

والاحتمال الثاني ـ وهو عدم الإفساد ـ مذهب ابن ادريس[٤]، وظاهر كلام الشيخ في الخلاف حيث قال فيه: اذا كرّر النظر فأنزل أثم ولا قضاء عليه ولا كفّارة[٥]، ولم يذكر محلّله ولا محرّمه.

قوله رحمه الله: «وفي إلحاق العابث بالمضمضة أو طرح الخرز وشبهه في الفم مع ابتلاعه من غير قصد بالمتبرّد إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حصول الابتلاع من غير قصد، فلا يكون مفسداً كالأكل ناسياً.

ومن مشاركتهما للمتمضمض للتبرّد في التفريط بالوضع في فيه المفضي الى الابتلاع المفطر فيفسد صومه كالمتبرّد.

قوله رحمه الله: «وفي إلحاق وصول الدواء الى الجوف من الإحليل بالحقنة بالمائع نظر».

---

(١) المراسم: كتاب الصيام أحكام الإفطار في صوم الواجب ص ٩٨.

(٢) الانتصار: مسائل الصوم ص ٦٤.

(٣) المهذّب: كتاب الصيام باب ما يفسد الصوم... ج ١ ص ١٩١.

(٤) السرائر: كتاب الصيام باب ما يجب على الصائم اجتنابه... ج ١ ص ٣٨٩.

(٥) الخلاف: كتاب الصيام المسألة ٥٠ ج ٢ ص ١٩٨.

أقـول: منشأه من مشاركته للحقنة بالمائع لاشتمال كلّ منهما على وصول المائع الى الجوف فيتساويان في الحكم، وهو اختيار الشيخ في المبسوط حيث قال: صبّ الدواء في الإحليل إذا وصل الى جوفه يفطر، وإن كان ناسياً لم يفطر[١].

ومن اختصاص الحقنة بالنصّ فتختصّ بالحكم، فلا يفسد به الصوم، وهو اختياره في الخلاف[٢]، وهو مذهب ابن الجنيد[٣].

قوله رحمه الله: «ولو قدر على قطعها من مجراها فتركها حتى نزلت فالأقرب عدم الإفطار».

أقـول: وجه القرب من حيث إنّه لم يبتلعها بعد حصولها في فيه ولا ابتلع شيئاً من خارج فلا يجب عليه منع جريان شيء من أعضائه الى جوفه، ما لم يحصل في الفم فلم يفسد صومه، ولأصالة صحّة الصوم وعدم القضاء.

قوله رحمه الله: «ولو جرى الريق ببقية طعام في خلل الأسنان، فان قصّر في التخليل فالأقرب القضاء خاصّة».

أقـول: وجه قرب وجوب القضاء على تقدير التقصير بترك التخليل والابتلاع؛ لأنّه قد دخل الى جوفه بسبب تقصيره، فكان كالمتبرّد بالمضمضة. وأمّا قرب عدم وجوبه على تقدير عدم التقصير فلأنّه ابتلاع من غير قصدٍ ولاتفريط، فكان كالناسي.

---

(١) المبسوط: كتاب الصيام فصل في ذكر ما يمسك عنه الصائم ج ١ ص ٢٧٣.

(٢) الخلاف: كتاب الصيام المسألة ٧٣ ج ٢ ص ٢١٣.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصيام الفصل الثاني فيما يجب الإمساك عنه ج ٣ ص ٤١٤.

قوله رحمه الله: «والأقرب التحمّل عن الأجنبية والأمة المكرهتين».

أقول: يريد لو أكره الصائم الأجنبية على الفجور بها أو أمته على الوطء فالأقرب انّه يتحمّل عنها الكفّارة، خلافاً لابن ادريس حيث قال: لايتحمّل في الصورتين[١].

ووجه القرب ما رواه المفضّل بن عمر، عن الصادق عليه السلام في رجل أتى امرأة وهو صائم، فقال: إن كان قد استكرهها فعليه كفّارتان، وان كانت مطاوعة فعليه كفّارة وعليها كفّارة[٢]. والمرأة المكرهة تتناول الجميع.

واعلم أنّ المصنّف في خلافه اختار وجوب التحمّل في الأمة استناداً الى حديث المفضّل بن عمر، واستشكل المزني بها من حيث إنّ الكفّارة عقوبة على الذنب وهنا أفحش، ومن أنّ الكفّارة لتكفير الذنب واسقاطه، فاذا كان قوياً لم يؤثر في إسقاطه[٣].

قوله رحمه الله: «أو خوّف على إشكال».

أقول: يريد لايفسد الصوم لو خوّف الصائم فأفطر للخوف على إشكال.

ينشأ من كونه مكرهاً فلا يفسد صومه؛ لقوله عليه السلام:«رفع عن اُمّتي الخطأ

---

(١) السرائر: كتاب الصيام باب ما يجب على الصائم... ج ١ ص ٣٨٦.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٥٦ حكم من أفطر يوماً... ح ٢ ج ٤ ص ٢١٥، وسائل الشيعة: ب ١٢ من أبواب ما يمسك عنه الصائم ح ١ ج ٧ ص ٣٧ ـ ٣٨.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب الصيام الفصل الثاني فيما يجب الإمساك عنه ج ٣ ص ٤٣٠.

والنسيان وما استكرهوا عليه»[١].

ومن انّه مع التخويف مختاراً للإفطار فيصدق عليه انّه أفطر مختاراً فيفسد صومه، والأوّل اختيار الشيخ في الخلاف[٢]، والثاني اختياره في المبسوط[٣].

قوله رحمه الله: «لو سقط فرض الصوم بعد إفساده فالأقرب سقوط الكفّارة».

أقول: هذه المسألة مبنية على أنّ من علم الله تعالى انتفاء حصول شرط التكليف عنه هل يحسن تكليفه أم لا؟ المعتزلة على منعه والأشاعرة على تجويزه.

فعلى الأوّل: اذا أصبحت المرأة صائمة فأفطرت عمداً ولزمتها الكفّارة ظاهراً ثمّ حصل المسقط كالحيض في أثناء النهار سقطت عنها الكفّارة؛ لأنّا بيّنا انّها لم تكن مكلّفة بالصوم في نفس الأمر، ووجوب الكفّارة مبنيّ على وجوب الصوم.

ولمّا كان الحقّ عند المصنّف هو الأوّل على ما بيّن في أُصول الفقه[٤] كان الأقرب عنده سقوط الكفّارة، خلافاً للشيخ أبي جعفر[٥]، وسيأتي تتمّة البحث في ذلك إن شاء الله.

قوله رحمه الله: «فلو أُعتقت ثم حاضت فالأقرب بطلانه».

---

(١) من لايحضره الفقيه: باب في من ترك الوضوء... ح ١٣٢ ج ١ ص ٥٩.

(٢) الخلاف: كتاب الصيام المسألة ٤٦ ج ٢ ص ١٩٥.

(٣) المبسوط: كتاب الصيام فصل في ذكر ما يمسك عنه الصائم ج ١ ص ٢٧٣.

(٤) مبادئ الوصول الى علم الأُصول: البحث الخامس في أنّ الأمر المشروط... ص ١٠٣ـ١٠٤.

(٥) شرائع الاسلام: الركن الثاني ما يمسك عنه الصائم ج ١ ص ١٩٤.

أقـول: هذا تفريع على سقوط الكفّارة، فلو أنّ المرأة المشار إليها أُعتقت عن الكفّارة التي لزمتها ظاهراً قبل حيضها ثمّ حاضت فالأقرب عند المصنّف بطلان العتق؛ لأنّها انّما أُعتقت بنيّة الوجوب عن الكفّارة لا مطلقاً، وقد بيّنا عدم وجوبها عليها.

قوله رحمه الله: «ولو قدر على أكثر من ثمانية عشر أو على الأقل فالوجه عدم الوجوب».

أقـول: لو وجب على المكلّف شهران متتابعان فعجز صام ثمانية عشر يوماً، فإن عجز استغفر الله تعالى.

فلو فرضنا تمكّنه من صوم زيادة على ثمانية عشر فالوجه انّه لايجب عليه؛ لأنّ فرضه عند العجز عن الشهرين قد انتقل الى ثمانية عشر، فلا يجب عليه الزائد عن فرضه. وكذا لو عجز عن ثمانية عشر وقدر على صوم أقل منها فالوجه عدم وجوب ذلك القدر، ولانتقال فرضه مع العجز عن ثمانية عشر الى الاستغفار، فلا يجب غيره.

قوله رحمه الله: «أمّا لو قدر على العدد دون الوصف فالوجه وجوب المقدور».

أقـول: يريد لو كان قادراً على عدد صوم الشهرين دون وصفهما ـ أعني وصف التتابع ـ فالوجه وجوب ما قدر عليه، وهو شهران غير متتابعين؛ لأنّه كان قد وجب عليه شيئان، أحدهما: العدد، والآخر: الوصف، وسقوط أحد الواجبين لا يستلزم سقوط الآخر.

قوله رحمه الله: «ولو صام شهراً فعجز احتمل تسعة، وثمانية عشر، والسقوط».

أقـول: أمّا احتمال وجوب صوم تسعة أيام فلأنّه عند العجز عن شهرين يلزمه ثمانية عشر يوماً، فعند العجز عن نصفها وهو الشهر يلزمه صوم نصف ما لزمه هناك وهو تسعة.

وأمّا احتمال لزوم ثمانية عشر فلإطلاق الأصحاب أنّه اذا عجز عن صوم شهرين يلزمه صوم ثمانية عشر يوماً، وهذا يصدق عليه أنّه عجز عن صوم الشهرين.

وأمّا احتمال السقوط فلأنّ عند العجز عن الشهرين يلزمه ثمانية عشر، وقد صامها مع زيادة.

قوله رحمه الله: «ولو أجنب ليلاً وتعذّر الماء بعد تمكّنه من الغسل حتى أصبح فالقضاء على إشكال».

أقـول: وجه الاشكال من حيث انّه فرّط بترك الغسل وقت وجود الماء فيلزمه القضاء، كالمفرط بمعاودة النوم.

ومن تسويغ التأخير الى تضيّق الوقت وظهور العذر بفقد الماء.

قوله رحمه الله: «ويجب الثلاث بالإفطار على المحرّم على رأي».

أقـول: هذا اختيار ابن بابويه[1]، وابن حمزة[2]. والمشهور بين الأصحاب وجوب كفّارة واحدة بالجماع وتناول المفطر من غير تفصيل.

---

(١) من لايحضره الفقيه: باب ما يجب على من أفطر أو جامع... ذيل الحديث ١٨٩٢ ج ٢ ص ١١٨.

(٢) الوسيلة: كتاب الصوم فصل في بيان أقسام الصوم ص ١٤٦.

قوله رحمه الله: «وفي كفّارة النذر المعيّن قولان».

أقول: أحد القولين: إنّ كفّارة النذر مطلقاً كفّارة يمين، اختاره الصدوق في المقنع فانّه قال فيه: فإن نذر أن يصوم كلّ سبت فليس له أن يتركه إلّا من علّة، فإن أفطر من غير علّة تصدّق مكان كلّ يوم على عشرة مساكين[١].

والآخر: قول الشيخين: إنّ كفّارة خلف النذر كفّارة من أفطر يوماً من شهر رمضان صوماً كان أو غيره[٢].

ونقل ابن ادريس عن المرتضى في المسائل الموصلية وعن الصدوق قولاً ثالثاً: وهو أنّ النذر إن كان لصوم يوم فأفطر لزمه كفّارة من أفطر يوماً من رمضان، وإلّا فكفّارة يمين[٣]. وجعله المصنّف احتمالاً بخطّه حاشية على كتاب القواعد.

قوله رحمه الله: «وهل يقبل الصوم التحمّل؟ الظاهر من فتاوى علمائنا ذلك».

أقول: الأمر كما نقل عن ظاهر فتاوى علمائنا فانّهم أطلقوا القول بأنّه يتحمّل عنها الكفّارة، وفسّروا الكفّارة بالخصال المشتملة على الصوم.

قوله رحمه الله: «لو جامع ثمّ أنشأ سفراً اختياراً لم تسقط الكفّارة، ولو كان اضطراراً سقطت على رأي».

---

(١) المقنع: باب الايمان والنذر والكفّارات ص ١٣٦.

(٢) المقنعة: كتاب النذور والعهود ص ٥٦٢، النهاية ونكتها: باب الكفارات ج ٣ ص ٦٦.

(٣) السرائر: باب الكفّارات ج ١ ص ٧٥.

أقــول: خالف الشيخ في ذلك حيث قال: من فعل ما يوجب الكفّارة في أوّل النهار ثمّ سافر أو مرض مرضاً يبيح له الإفطار أو حاضت المرأة فإنّ الكـفّارة لا تسقط عنه بحال[1]، وهو اختيار ابن الجنيد[2]، وقد بيّنا الأصل الذي تبتني عليه هذه المسألة.

قوله رحمه الله: «ولو خافتا على أنـفسهما فـي إلحاقهما بالخوف على الولد أو بالمريض إشكال».

أقــول: منشأه من عموم قولهم الحامل المقرّب والمرضعة القليلة اللبن تفطران وتتصدّقان، وهو يتناولهما اذا خافتا على أنفسهما أوّلاً.

ومن مشاركتهما للمريض في كون كلّ منهم خائفاً على نفسه في حصول الضرر بالصوم فيتناولهما حكمه.

قوله رحمه الله: «ويجب الفدية في غيره رمضان إن تعيّن على إشكال».

أقــول: منشأ الاشكال انّه صوم مـتعيّن فـيتعلّق الفـدية بـإفطاره بمـا تـقدّم كرمضان.

ومن اختصاص النصّ برمضان فيختصّ بالحكم.

قوله رحمه الله: «وهل يلحق بهما منقذ الغريق من الهلاك مـع افـتقاره الى الإفـطار؟ الأقـرب العدم».

---

(١) المبسوط: كتاب الصيام فصل في ذكر ما يمسك عنه الصائم ج ١ ص ٢٧٤.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصيام الفصل الثالث في الكفّارة ج ٣ ص ٤٥٢.

أقـول: يحتمل إلحاقه بهما؛ لأنّه أبطل صومه خوفاً على نـفس غـيره، فكـان كالمرضعة الخائفة بالصوم على الولد التي شرع لها الإفطار مع الفداء.

والأقرب عند المصنّف العدم؛ لأصالة براءة الذمّة من وجوب الفداء، خرج منه المذكورتان للنصّ، فيبقى الباقي على أصالة عدم الوجوب.

قوله رحمه الله: «ولو فات بالسفر ومات قـبل التمكّن مـن قـضائه في روايـة يجب عـلى الولي قضاؤه».

أقـول: الرواية هي ما رواه منصور بـن حـازم، عـن أبي عـبدالله صـلوات الله عليه في الرجل يسافر في شهر رمضان فيموت، قال: يُـقضى عـنه، وإن امـرأة حاضت في رمضان فماتت لم يقض عنها، والمريض في رمضان لم يصحّ حتى يموت لايقضى عنه[1]. والشيخ أبو جعفر ذهب في التهـذيب الى ذلك اسـتناداً الى هـذه الرواية[2].

قوله رحمه الله: «ولو كان الأكبر أُنثى فلا قضاء عليها وحينئذٍ يسقط، وقيل: يتصدّق من تركته عن كلّ يوم بمدٍ».

أقـول: القائل بوجوب الصدقة هو الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: فإن كانوا

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٦٠ من أسلم في شهر رمضان ح ٨ ج ٤ ص ٢٤٧، وسـائل الشـيعة: ب ٢٣ من أبواب أحكام شهر رمضان ح ٩ ج ٧ ص ٢٤٢.

(٢) المصدر المتقدّم.

أُناثاً ـ يعني الأولياء ـ لم يلزمهم القضاء، وكان الواجب الفدية[١].

قوله رحمه الله: «فإن انكسر يوم فكالواجب على الكفاية، فإن صاماه وأفطرا بعد الزوال دفعةً أو على التعاقب أو أحدهما ففي الكفّارة وجوباً ومحلّاً إشكال».

أقول: يريد مع تعدّد الأولياء لو انكسر يوم، كما لو كانا اثنين وعليه قضاء ثلاثة أيام ـ مثلاً ـ وصام كلّ واحد منهما يوماً وبقي الثالث كان الواجب على الكفاية بالنسبة إليهما، أيّهما صامه سقط عنهما جميعاً وبرئت عنه ذمّة الميّت، فإن حصل ممّن صامه منهما إفطار له بعد الزوال فإمّا أن يكونا قد صاماه جميعاً أو أحدهما.

وعلى التقدير الأوّل: إمّا أن يفطراه بعد الزوال دفعةً أو على التعاقب أو يفطر أحدهما خاصّة، والصور المبحوث عنها أربع، والإشكال فيها في موضعين، أحدهما: في الوجوب، بمعنى أنّ هذا الإفطار هل يوجب الكفّارة أم لا؟ الثاني: محلّ الوجوب على تقديره، بمعنى: أيّ الوليّين يلزمه الكفّارة منهما.

واعلم انّ الإشكالين ليس المراد كونهما حاصلين في كلّ واحدة من الصور الأربع كما سنبيّن.

الصورة الأُولى: صاماه وأفطراه بعد الزوال دفعةً، فهاهنا يحتمل وجوب الكفّارة؛ لأنّه إفطار لقضاء رمضان بعد الزوال، فتعلّق به وجوب الكفّارة، أمّا الأُولى فلأنّها مقدّرة، وأمّا الثانية فظاهرة. وعدمه؛ لأنّ وجوب الكفّارة في إفطاره

---

(١) المبسوط: كتاب الصيام فصل في حكم قضاء ما فات من الصوم ج ١ ص ٢٨٦.

انّما هو بشرط أن لا يكون واجباً على غيره، أمّا اذا كان واجباً على غيره فيمنع وجوبها حينئذٍ.

وبتقدير القول بوجوبها في هذه الصورة فمحلّ الوجوب هل هو محلّ كلّ واحد منها، بمعنى لزوم كلّ واحد منهما كفّارة أو مجموعهما فعليهما كفّارة واحدة؟ يحتمل الأوّل؛ لأنّ كلّ منهما أفطر يوماً من قضاء شهر رمضان بعد الزوال، ويحتمل الثاني؛ لأنّ الواجب عليهما انّما هو قضاء صوم يوم واحد عن الميّت فلا تتعدّد الكفّارة، ولأصالة براءة الذمّة. وفي هذه الصورة اجتمع الإشكالان.

الثانية: أفطراه على التعاقب، والإشكالان أيضاً واردان، لكن هنا وجوب الكفّارة على الأوّل منهما أضعف؛ لأنّه عند إفطاره كان الآخر صائماً لما وجب على الميّت وعند صوم غيره يسقط عنه، كما لو لم يشرع في الصوم وصام الآخر فيه ابتداءً.

الثالثة: صاماه جميعاً ثمّ أفطر أحدهما خاصّة، فالإشكال هاهنا في الوجوب خاصّة، بمعنى أنّ هذا المفطر هل يلزمه كفّارة أم لا؟ فيه وجهان، أحدهما: لزوم الكفّارة لما تقدّم من أنّه أفطر يوماً من قضاء شهر رمضان بعد الزوال، ومن كون الآخر صائماً لذلك اليوم المقضي، وقد حصلت براءة ذمّة الجميع به، كما لو صامه ابتداءً ولم يشرع الآخر في الصوم.

الصورة الرابعة: صامه أحدهما ولم يشرع الآخر في الصوم ثمّ أفطر هذا الصائم بعد الزوال فيحتمل وجوب الكفّارة، لما ذكرناه من إفطاره القضاء بعد الزوال. ويحتمل عدم وجوبها؛ لعدم تعيين الصوم عليه خاصّة، إذ الآخر قد تعلّق به وجوب صوم اليوم، وقد تقدّم منع وجوب الكفّارة على هذا التقدير.

قوله رحمه الله: «وفي القضاء عن المرأة والعبد إشكال».

أقول: وجه الإشكال من أصالة براءة الذمّة من وجوب القضاء، خرج منه الرجل الحر؛ لتناول النصّ له فبقي ما عداه على الأصل. ومن احتمال وجوبه.

أمّا عن المرأة فلما رواه أبو بصير في الصحيح، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن امرأة مرضت في رمضان وماتت في شوّال فأوصتني أن أقضي عنها، قال: هل برئت من مرضها؟ قلت: لا، ماتت فيه، قال: لاتقضي عنها، فانّ الله لم يجعله عليها، قلت: فانّي أشتهي أن أقضي عنها وقد أوصتني بذلك، قال: وكيف تقضي شيئاً لم يجعله الله عليها؟! فإن اشتهيت أن تصوم لنفسك فصم[1].

فسؤاله عليه السلام عن برئها، واسقاطه الصوم عنها حيث لم تكن قد جعله الله عليها؛ لكونها مريضة، يدلّ على وجوبه مع البرء.

ولأنّ[2] تعليل السقوط بعدم البرء يدلّ على وجوبه عنده؛ لوجوب انتفاء المعلول ـ أعني السقوط ـ عند انتفاء العلّة ـ أعني موتها في مرضها ـ.

وأمّا العبد فلدخوله تحت عموم يقضي عنه أكبر أولاده الذكور.

قوله رحمه الله: «ولو نسي غسل الجنابة حتى مضى عليه الشهر أو بعضه قضى الصلاة والصوم على رواية».

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٦٠ من أسلم في شهر رمضان ح ١١ ج ٤ ص ٢٤٨، وسائل الشيعة: ب ٢٣ من أبواب أحكام شهر رمضان ح ١٢ ج ٧ ص ٢٤٢.

(٢) في ج: «ولازم».

أقـول: الرواية المشار إليها هي ما رواه الصدوق أبو جعفر محمد بن بابويه، عن ابراهيم بن ميمون، عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يجنب بالليل في شهر رمضان ثمّ نسي أن يغتسل حتى يمضي لذلك جمعة أو يخرج شهر رمضان، قال: عليه قضاء الصلاة والصوم[١].

وحكم هذه الرواية مذهب الشيخ أبي جعفر في النهاية[٢] والمبسوط[٣]، وهو اختيار ابن الجنيد[٤]. خلافاً لابن ادريس حيث قال: يقضي الصلاة حسب[٥].

قوله رحمه الله: «يجوز الإفطار في قضاء رمضان الى الزوال ويحرم بعده، والأقرب الاختصاص بقضاء رمضان».

أقـول: يريد الأقرب اختصاص تحريم الإفطار بعد الزوال ممّا لايتعيّن صومه بقضاء شهر رمضان خاصّة، فلو أفطر في قضاء يوم منذور أو في نذر مطلق أو غيرهما ممّا لايتعيّن صومه بعد الزوال لم يكن حراماً؛ لأنّ الصوم في ذلك اليوم غير متعيّن، ولأصالة الجواز.

وقال علي بن بابويه: اذا قضيت رمضان أو النذر كنت بالخيار في الإفطار الى زوال الشمس، فاذا أفطرت بعد الزوال فعليك الكفّارة[٦].

---

(١) من لايحضره الفقيه: كتاب الصوم باب ما يجب على من أفطر... ح ١٨٩٥ ج ٢ ص ١١٨.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الصيام باب قضاء شهر رمضان... ج ١ ص ٤٠٩.

(٣) المبسوط: كتاب الصيام فصل في حكم قضاء ما فات من الصوم ج ١ ص ٢٨٨.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصوم الفصل الرابع فيمن يصحّ منه الصوم ج ٣ ص ٤٨٣.

(٥) السرائر: كتاب الصيام باب قضاء شهر رمضان... ج ١ ص ٤٠٧.

(٦) نقله عنه في السرائر: كتاب الصيام باب قضاء شهر رمضان ج ١ ص ٤١٠.

قوله رحمه الله: «ولو نذر يوماً فاتفق أحدها أفطر ولا قضاء على رأي».

أقول: يعني: لو نذر يوماً كالخميس ـ مثلاً ـ أو ثاني قدوم زيد فاتفق أحد الأيام التي يحرم صومها كالعيدين ـ مثلاً ـ وجب عليه إفطاره ولم يصحّ صومه، ففي وجوب قضائه قولان:

أحدهما: عدم وجوب القضاء، كما اختاره المصنّف، وهو قول ابن البرّاج[١]، وابن ادريس[٢]، وقول الشيخ في موضع من المبسوط[٣].

والآخر: وجوب القضاء، ذهب إليه الشيخ في النهاية[٤]، وموضع آخر من المبسوط[٥]، وهو قول أبي جعفر بن بابويه[٦]، وابن حمزة[٧].

قوله رحمه الله: «وصوم الصبي المميّز صحيح على إشكال».

أقول: منشأه من أنّ الصحّة هنا من صفات العبادات، والصبي غير متعبّد بشيء لكونه غير مكلّف، فلا يوصف ما فعله بكونه صحيحاً.

---

(١) المهذّب: كتاب الصيام باب صوم النذر ج ١ ص ١٩٨.

(٢) السرائر: كتاب الصيام باب حكم المسافر... ج ١ ص ٣٩٤.

(٣) المبسوط: كتاب الصوم فصل في ذكر أقسام الصوم ج ١ ص ٢٨٢.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الصيام باب حكم المسافر... ج ١ ص ٤٠٦.

(٥) المبسوط: كتاب الصوم فصل في ذكر أقسام الصوم ج ١ ص ٢٨١.

(٦) المقنع: باب الايمان والنذور والكفّارات ص ١٣٧.

(٧) الوسيلة: فصل في بيان النذر ص ٣٥٠.

ومن ورود الأمر للأولياء بذلك، ولا يرد الأمر بإنشاء الفاسد، على أنّ الشيخ أبا جعفر رحمه الله ذهب الى أنّه لو بلغ في الأثناء وجب عليه إتمامه[١].

واحتجّ بأنّ صومه قد انعقد في أوّل النهار شرعاً، ونحن نمنع انعقاده في أوّل النهار.

قوله رحمه الله: «والأقرب في المندوب الكراهية».

أقول: أقرب المذاهب عند المصنّف انّ صوم النافلة في السفر مكروه، وهو اختيار الشيخ[٢]، وابن البرّاج[٣]، وابن ادريس[٤].

وقال المفيد: لا يجوز ذلك إلّا ثلاثة أيام للحاجة: الأربعاء والخميس والجمعة عند قبر النبي صلّى الله عليه وآله، وفي مشهد من مشاهد الأئمة عليهم السلام. ثمّ قال: وقد روي أحاديث في جواز التطوّع في السفر وهي أكثر، وعليها العمل عند فقهاء العصابة، فمن أخذ بالحديث لم يأثم اذا أخذ به من جهة الاتّباع، ومن عمل على أكثر الروايات واعتمد على المشهور منها في اجتناب الصوم في السفر على وجه سوى ما عدّدناه كان أولى بالحقّ[٥].

وقال ابن حمزة: صوم النفل في السفر ضربان، مستحبّ: وهو صوم ثلاثة أيام

---

(١) الخلاف: كتاب الصوم المسألة ٥٧ ج ٢ ص ٢٠٣.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الصيام باب حكم المسافر في شهر رمضان... ج ١ ص ٤٠٥.

(٣) المهذّب: كتاب الصيام باب حكم المسافر في الصوم ج ١ ص ١٩٤.

(٤) السرائر: كتاب الصيام باب حكم المسافر... ج ١ ص ٣٩٣.

(٥) المقنعة: كتاب الصيام باب حكم المسافرين في الصيام ص ٣٥٠.

للحاجة عند قبر النبي صلّى الله عليه وآله، وجائز: وهو ما عدا ذلك[١].

ووجه قرب ما اختاره المصنّف من الكراهيّة قول النبي صلّى الله عليه وآله: «ليس من البرّ الصيام في السفر»[٢] وهو عامّ يدخل فيه النفل.

وقول الصادق عليه السلام فيما رواه زرارة عنه في الصحيح: لم يكن رسول الله صلّى الله عليه وآله يصوم في السفر[٣].

قوله رحمه الله: «وكذا في الكفّارة على إشكال، ولا يبطل به التتابع».

أقول: يريد لو استيقظ جنباً في أوّل نهار صامه من الكفّارة كان حكمه حكم النافلة، والواجب غير المعيّن في عدم الانعقاد على إشكال.

ينشأ من وجوب التتابع في الكفّارة فكان كالمعيّن ولا يبطل.

ومن أنّ صوم الكفّارات لايختصّ زماناً دون زمان، فجرى مجرى النذر المطلق وقضاء رمضان، فيبطل كما يبطل فيهما.

إذا تقرّر هذا فاعلم انّ التتابع لايبطل على كلّ واحدٍ من الاحتمالين: إمّا على الأوّل فظاهر لصحّة الصوم، وامّا على الثاني فلأنّه عذر.

---

(١) الوسيلة: فصل في بيان الصوم في السفر ص ١٤٨.

(٢) من لايحضره الفقيه: باب وجوب التقصير في الصوم في السفر ح ١٩٨١ ج ٢ ص ١٤٢ وفيه: «عن الصادق (ع)، سنن ابن ماجة: كتاب الصيام ب ١١ ما جاء في الإفطار في السفر ح ١٦٦٤ و ١٦٦٥ ج ١ ص ٥٣٢، سنن النسائي: ج ٤ ص ١٧٧.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ٥٥ الكفّارة في اعتماد... ح ٦٦ ج ٤ ص ٢٣٥ ـ ٢٣٦، وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب من يصحّ منه الصوم ح ٤ ج ٧ ص ١٤٣.

قوله رحمه الله: «وشرائط قصر الصلاة والصوم واحدة، ويزيد اشتراط الخروج قبل الزوال على رأي، وقيل: يشترط التبييت».

أقول: في هذه المسألة أربعة أقوال:

أحدها: انّ شرط التقصير في الصوم زيادة على شرائط التقصير في الصلاة أن يخرج قبل الزوال، فلو خرج بعده لم يجز له التقصير، كما قد اختاره المصنّف في الكتاب، وهو قول المفيد[١]، وابن الجنيد[٢].

الثاني: اشتراط التبييت مع الخروج قبل الزوال، وهو ظاهر قول الشيخ في المبسوط حيث قال: إن خرج قبل الزوال وقد بيّن نيّة السفر أفطر وعليه القضاء[٣].

الثالث: اشتراط النيّة[٤] لاغير، وهو قول الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: اذا خرج الى السفر بعد طلوع الفجر أيّ وقت كان من النهار وكان قد بيّت نيّته من الليل للسفر وجب عليه الإفطار. وإن لم يكن قد بيّت نيّته من الليل ثمّ خرج بعد طلوع الفجر كان عليه إتمام ذلك اليوم، وليس عليه قضاؤه[٥].

الرابع: عدم اشتراط أحدهما، وهو قول ابن ادريس[٦]، وقول علي بن بابويه[٧]،

---

(١) المقنعة: كتاب الصيام باب حكم المريض... ص ٣٥٤.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصوم الفصل الرابع فيمن يصحّ منه الصوم ج ٣ ص ٣٦٨.

(٣) المبسوط: كتاب الصوم فصل في حكم المريض... ج ١ ص ٢٨٤.

(٤) في ج: «تبييت».

(٥) النهاية ونكتها: كتاب الصيام باب حكم المسافر في شهر رمضان... ج ١ ص ٤٠٤.

(٦) السرائر: كتاب الصيام باب حكم المسافر... ج ١ ص ٣٩٢.

(٧) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصوم الفصل الرابع فيمن يصحّ منه الصوم ج ٣ ص ٣٦٨.

وظاهر قول السيد المرتضى[١]، وابن أبي عقيل[٢].

قوله رحمه الله: «ولايشترط خلوّ الذمّة من صوم واجب على إشكال».

أقول: يريد لايشترط في صحّة صوم المندوب خلوّه من صوم واجب على إشكال.

ينشأ من أصالة الجواز، ولأنّه يجوز ترك صوم الواجب في ذلك اليوم، فالصوم فيه أولى.

ومن اشتغال ذمّته بصومٍ واجب، فلا يصحّ فعل المندوب قبله كالصلاة.

ولما رواه الحلبي في الحسن قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل عليه من شهر رمضان طائفة أيتطوّع؟ فقال: لا، حتى يقضي ما عليه من شهر رمضان[٣].

والأوّل اختيار المرتضى[٤] في بعض رسائله، والآخر مذهبه في الجمل[٥]، وهو

---

(١) جمل العلم والعمل «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثالثة»: فصل في حكم المسافر... ص ٥٥ ـ ٥٦.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصوم الفصل الرابع فيمن يصحّ منه الصوم ج ٣ ص ٣٦٨.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ٦٥ قضاء شهر رمضان... ح ٨ ج ٤ ص ٢٧٦، وسائل الشيعة: ب ٢٨ من أبواب أحكام شهر رمضان ح ٦ ج ٧ ص ٢٥٣.

(٤) جوابات المسائل الرسية الأُولى «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثانية»: ص ٣٦٦.

(٥) جمل العلم والعمل «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثالثة»: فصل في قضاء شهر رمضان ص ٥٧.

اختيار الشيخين[١]، وابنْ بابويه[٢]، وأبي الصلاح[٣].

قوله رحمه الله: «لو قيّد ناذر الدهر بالسفر ففي جواز سفره اختياراً في رمضان إشكال أقربه ذلك، وإلّا دار».

أقول: منشأ الإشكال من أنّ سفره يستلزم وجوب الإفطار، المستلزم لوجوب القضاء، المستلزم لترك صوم أيام تعيّن صومها للنذر فيكون حراماً.

ومن أصالة الجواز، وكون رمضان وقضاؤه مستثنيين بالأصل فلا يتناولهما النذر.

والأقرب عند المصنّف الأخير، لما ذكره من أنّه لو حرم عليه السفر لزم الدور والتالي باطل، فكذا المقدم.

بيان الملازمة: انّه لو حرم عليه السفر لما جاز له التقصير؛ لأنّه حينئذٍ عاصٍ بسفره فينتفي المانع من السفر ـ أعني لزوم ترك الأيام المنذورة ـ فلا يكون سفره حراماً؛ لانتفاء المقتضي لتحريمه، فيلزمه التقصير؛ لكون السفر مباحاً، فيحرم عليه؛ لاستلزامه ترك المنذور، وذلك دور.

وتوجيه الدور: انّ التحريم موقوف على وجوب التقصير، الموقوف على الاباحة، الموقوفة على وجوب الإتمام، الموقوف على تحريم السفر، فتحريم السفر موقوف على نفسه بأكثر من مرتبة واحدة. وأمّا بطلان الثاني فظاهر.

---

(١) المقنعة: كتاب الصيام باب قضاء شهر رمضان... ص ٣٦٠، النهاية ونكتها: كتاب الصيام باب قضاء شهر رمضان... ج ١ ص ٤٠٦.

(٢) المقنع: باب الرجل يتطوّع بالصيام... ص ٦٤.

(٣) الكافي في الفقه: فصل في صوم القضاء والكفّارة ص ١٨٤.

قوله رحمه الله: «فان سوّغناه ـ الى قوله: ـ وفي وجوب التأخير الى شعبان إشكال».

أقول: منشأ الإشكال من حيث إنّ قضاء رمضان مستثنى لايتناوله النذر، فجاز صومه في أيّ وقتٍ شاء؛ لأنّ التكليف بتعيينه موكول الى اختيار المكلّف. ولأنّ وجوب التأخير على خلاف الأصل، فيكون منفياً.

ومن حيث إنّ كلّ يوم يفرض قبل شعبان يصدق عليه فيه انّه اجتمع عليه واجبان، أحدهما: موسّع وهو القضاء، والآخر: مضيّق وهو صوم النذر، فيقدّم المضيّق.

قوله رحمه الله: «وكفّارة رمضان وقضائه بعد الزوال على رأي».

أقول: هذا عطف على التخيير.

واعلم أنّ هنا مسألتين:

الأُولى: كفّارة شهر رمضان، والمشهور انّها مخيّرة، كما ذهب إليه المصنّف في الكتاب ذهب إليه ابنا بابويه[١]، والسيد[٢]، والشيخان[٣]، وابن الجنيد[٤]،

---

(١) المقنع: باب من أفطر أو جامع في شهر رمضان ص ٦٠ ـ ٦١، ولم نعثر على رسالة علي بن بابويه ونقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصوم الفصل الثالث في الكفّارة ج ٣ ص ٤٣٨.

(٢) الانتصار: مسائل الصوم ص ٦٩.

(٣) المقنعة: كتاب الصيام باب الكفّارة في اعتماد... ص ٣٤٥، النهاية ونكتها: كتاب الصيام باب ما على الصائم اجتنابه... ج ١ ص ٣٩٧.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصوم الفصل الثالث في الكفّارة ج ٣ ص ٤٣٨.

وأبو الصلاح[١]، وابن البرّاج[٢]، وسلّار[٣]، وابن ادريس[٤].

وقال ابن أبي عقيل: إنّها مرتّبة: العتق ثمّ الصيام ثمّ الاطعام[٥].

الثانية: كفّارة قضائه بعد الزوال، وفي كيفيّتها قولان، أحدهما: انّها صغيرة، ذهب إليه الشيخان[٦]، وسلّار[٧]، وابن ادريس[٨]. والثاني: انّها كبيرة مثل كفّارة شهر رمضان، وهو قول ابن بابويه[٩]. ثمّ اختلف القائلون بأنّها صغيرة على أقوال:

الأوّل: انّها كفّارة يمين، ذهب إليه الشيخ في باب الكفّارات من النهاية[١٠]، وسلّار[١١].

الثاني: إطعام عشرة مساكين، فإن لم يجد فصيام ثلاثة أيام، قاله الشيخان في كتابَي الصوم من المقنعة[١٢]، والنهاية[١٣]، واختاره المصنّف في باب الكفّارات من

---

(١) الكافي في الفقه: فصل في صوم شهر رمضان ص ١٨٢ ـ ١٨٣.

(٢) المهذّب: كتاب الكفّارات باب كفّارة من أفطر... ج ٢ ص ٤٢٢.

(٣) المراسم: في ذكر الكفّارات ص ١٨٧.

(٤) السرائر: كتاب الصوم باب حقيقة الصوم... ج ١ ص ٣٦٤.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصوم الفصل الثالث في الكفّارة ج ٣ ص ٤٣٨.

(٦) المقنعة: كتاب الصيام باب قضاء شهر رمضان... ص ٣٦٠، النهاية ونكتها: كتاب الصيام باب قضاء شهر رمضان... ج ١ ص ٤٠٧.

(٧) المراسم: في ذكر الكفّارات ص ١٨٧.

(٨) السرائر: كتاب الصيام باب قضاء شهر رمضان... ج ١ ص ٤٠٦.

(٩) المقنع: باب قضاء شهر رمضان ص ٦٣.

(١٠) النهاية ونكتها: باب الكفّارات ج ٣ ص ٦٨.

(١١) المراسم: في ذكر الكفّارات ص ١٨٧.

(١٢) المقنعة: كتاب الصيام باب قضاء شهر رمضان... ص ٣٦٠.

(١٣) النهاية ونكتها: كتاب الصيام باب قضاء شهر رمضان... ج ١ ص ٤٠٧.

هذا الكتاب[١].

الثالث: التخيير بين إطعام عشرة مساكين وصيام ثلاثة أيام، وهو قول الشيخ في الجمل[٢]، وأبي الصلاح[٣]، والمصنّف هنا.

قوله رحمه الله: «وجزاء الصيد على رأي».

أقول: لأصحابنا في كفّارة جزاء الصيد قولان، أحدهما: انّها مخيّرة، كما اختاره المصنّف، وهو قول المفيد[٤]، وابن ادريس[٥]. والآخر: انّها مرتّبة، وهو قول الشيخ[٦]، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى.

قوله رحمه الله: «وهل يجب المبادرة بعد زواله؟ فيه نظر».

أقول: يريد انّ الصوم الذي يجب فيه التتابع اذا أفطر فيه لعذرٍ ثمّ زال العذر ففي وجوب المبادرة الى إتمامه عند زوال العذر وجهان، أحدهما: الوجوب؛ لعموم وجوب المتابعة عند الشروع فيها، خرج أيام العذر للضرورة، فيبقى الباقي داخلاً تحت العموم.

ومن أنّها في الأصل لم تتعيّن بزمان، وانّما وجب عليه المتابعة بعد الشروع

---

(١) قواعد الأحكام: كتاب الايمان المقصد الثالث ج ٢ ص ١٤٤ منشورات الرضي.

(٢) الجمل والعقود: كتاب الصيام فصل في ذكر أقسام الصوم... ص ١١٦.

(٣) الكافي في الفقه: فصل في صوم القضاء والكفّارة ص ١٨٤.

(٤) المقنعة: كتاب الحج باب الكفّارة عن خطأ المحرم... ص ٤٣٥.

(٥) السرائر: كتاب الحج باب ما يلزم المحرم عن جناياته... ج ١ ص ٥٥٧.

(٦) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب ما يجب على المحرم... ج ١ ص ٤٨٠.

ليحصل وصف التتابع وقد سقط بذلك العذر، فوجوبه بعد سقوطه على خلاف الأصل.

قوله رحمه الله: «وفي إباحته قولان».

أقول: لا خلاف في أنّه اذا وجب عليه صوم شهرين متتابعين فصام شهراً ويوماً من آخر متتابعاً ثمّ فرّق الباقي أو وجب عليه شهر فصام خمسة عشر يوماً متتابعة ثمّ فرّق الباقي أجزأه، وانّما الخلاف في هذا التفريق هل هو مباح أم لا؟ قال ابن الجنيد: لا إثم عليه[١].

وقال أبو الصلاح[٢] وابن ادريس[٣]: يكون مأثوماً. وهو ظاهر كلام السيد[٤]، والمفيد[٥] حيث قالا: يكون مخطئاً.

قوله رحمه الله: «وشهادة عدلين مطلقاً على رأي».

أقول: اختلف أصحابنا في العدد الذي يثبت به دخول رمضان من الشهود على أقوال أربعة:

الأوّل: ما ذكره المصنّف من أنّه يثبت بشهادة عدلين مطلقاً، أي سواء كان في

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصوم الفصل السادس في اللواحق ج ٣ ص ٥٦١.

(٢) الكافي في الفقه: فصل في بيان أحكام صيام شهرين متتابعين ص ١٨٩.

(٣) السرائر: كتاب الصيام باب ما يجري مجرى شهر رمضان... ج ١ ص ٤١١.

(٤) جمل العلم والعمل «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثالثة»: فصل في حكم قضاء شهر رمضان ص ٥٨.

(٥) المقنعة: كتاب الصيام باب قضاء شهر رمضان... ص ٣٦١.

الصحو أو الغيم، وسواء كانا من البلد أو من خارجه، وهو قول السيد المرتضى[١]، والمفيد[٢]، وابن الجنيد[٣]، وابن ادريس[٤].

الثاني: قول الشيخ في النهاية: إن كان في السماء علّة لم يثبت إلّا بشهادة خمسين نفساً من أهل البلد أو عدلين من خارجه، وإن لم تكن هناك علّة فطلب فلم يـر لم يجب الصوم إلّا أن يشهد خمسون نفساً من خارج البلد[٥].

الثالث: قوله في المبسوط وهو: مع وجود العلّة من غيم أو غبار أو قـتام قـبل شهادة عدلين مسلمين، وأطلق. وإن لم تكن علّة لم تقبل إلّا بشهادة القسامة خمسين نفساً[٦]، وأطلق.

الرابع: قول سلّار: ويثبت بالشاهد الواحد[٧].

قوله رحمه الله: «ولا يشترط اتحاد زمان الرؤية مع اتحاد الليلة، ومع التعدّد وتعدّد الشهران شهداء بالأولية فالأقرب وجوب

---

(١) جمل العلم والعمل «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثالثة»: فصل في حقيقة الصوم... ص ٥٤.

(٢) المقنعة: كتاب الصيام باب علامة أول شهر رمضان... ص ٢٩٧.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصوم الفصل الخامس في أحكام أقسام الصوم ج ٣ ص ٤٨٨.

(٤) السرائر: كتاب الصيام باب علامة شهر رمضان... ج ١ ص ٣٨٠ ـ ٣٨١.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب الصيام باب علامة شهر رمضان... ج ١ ص ٣٩١.

(٦) المبسوط: كتاب الصوم فصل في ذكر علامة شهر رمضان ج ١ ص ٢٦٧.

(٧) المراسم: كتاب الصوم في ذكر أحكام صوم شهر رمضان ص ٩٦.

الاستفصال، والقبول إن أسنداها إليها أو موافق رأي الحاكم».

أقول: يريد أنّ اتحاد زمان رؤية الشاهدين للهلال اذا كان في ليلة واحدةٍ غير شرط، فلو رآه أحدهما وقت الغروب والآخر عند ذهاب الشفق قبلت؛ لاتفاقهما على المقصود من رؤية الهلال في تلك الليلة. أمّا اذا تعدّد زمان الرؤية بتعدّد الشهر بأن رآه أحدهما في تلك الليلة ورأى الآخر هلال شعبان في ليلة يلزم منها أن تكون هذه الليلة أوّل رمضان وتحقّق عند الشاهدين أنّ هذه الليلة أوّل الشهر، أو كانا أو أحدهما قد استند في أوّليّة الشهر الى طريق آخر غير الرؤية كالجدول أو العدد أو عدّ خمسة من هلال الماضية ثمّ حضرا عند الحاكم وشهدا بأنّ هذه الليلة هي أوّل رمضان فالأقرب عند المصنّف وجوب الاستفصال؛ لاحتمال استناد الشاهدين في ذلك الى عقيدته بطريق لايثبت بمثله الأوّليّة عند الحاكم، فاذا استفصله الحاكم أسند الشهادة الى الرؤية أو الى طريقٍ يوجب الأوّليّة عند الحاكم قبلت، وان أسندها الى طريق غير موافق لمذهب الحاكم لم يسمعها.

ووجه القرب فيها ظاهر.

أمّا الأوّل: فلأنّها شهدا إمّا بالرؤية التي هي طريق الثبوت اتفاقاً، أو بأوّليّته على وجهٍ يعتقد الحاكم كونه طريقاً يثبت به الهلال من غير حصول قادح في شهادتهما فوجب عليه قبولها.

ولأنّ وجوب قبول شهادة الشاهدين قد ثبت انّه طريق شرعي، وأمّا عدم قبول الشهادة اذا لم يوافق رأيه وان شهدتا بالأوّليّة فلاعتقاد الحاكم فساد ما يبني عليه الشاهد.

قوله رحمه الله: «ولو غمت الشهور فالأقرب العمل بالعدد».

أقـول: ذكر جماعة من أصحابنا انّه لا عبرة بالعدد ولا بعدّ خمسة أيـام مـن هلال السنة الماضية، كما ذكر المصنّف في هذا الكتاب، ويريدون بالعدد: أن تكون شهور السنة جميعاً اذا غمت شهراً واحداً تامّاً وآخر ناقصاً الى رمضان، ويعدّ خمسة أيام من هلال الماضية بأن يعدّ من هلال السنة الماضية خمسة أيام وصـيام اليـوم الخامس.

فقول المصنّف: «لو غمت الشهور فالأقرب العمل بالعدد» الظاهر انّه ما أراد إلّا الأخير ـ أعني عدّ خمسة أيام من هلال الماضية ـ لأنّه قال في مسائل خلافه عند ذكر الأقوال التي من جملتها قول الشيخ في المبسوط في آخر كلامه: ويجوز عندي العمل على هذه الرواية التي وردت بأنّه يعدّ من السنة الماضية خمسة أيام ويصوم اليوم الخامس؛ لأنّه من المعلوم أنّ الشهور كلّها لا تكون تامّة[١].

وقال المصنّف: وقول الشيخ في المبسوط لابأس به، فانّ العادة قاضية بعدم كمال شهور السنة ثلاثين ثلاثين، فلا يجوز بناء السنة على ما يعلم انتفاؤه، فانّما يبنى على مجاري العادات، والعادة قاضية بتفاوت هذا العدد في شهور السنة[٢].

قال: ويؤيده ما رواه عمران الزعفراني قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: وانّ السماء تنطبق علينا بالعراق اليومين والثلاثة فأيّ يوم نصوم؟ قال: تفطر اليوم الذي صمت فيه من السنة الماضية وصم اليوم الخامس[٣].

وقد ظهر ممّا قلناه وجه قرب ما اختاره المصنّف.

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب الصوم الفصل الخامس في أحكام أقسام الصوم ج ٣ ص ٤٩٨.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق.

قوله رحمه الله: «لو أصبح معيداً وسار به المركب الى موضع لم ير فيه الهلال لقرب الدرج ففي وجوب الإمساك نظر».

أقول: منشأه من أنّه وصل الى بلد هذا اليوم بالنسبة الى أهله من رمضان، وكلّ من كان في بلدٍ فحكمه حكم أهله فله الإمساك.

ومن كونه مسافراً بعد رؤية هلال شوال، والحكم بتحريم الصوم عليه في ابتداء النهار.

لايقال: لايلزم من تحريم الصوم في أوّل النهار عدم وجوبه بعده، كالمسافر اذا قدم أهله قبل الزوال والتناول فانّ الإمساك كان حراماً عليه في أوّل النهار وواجباً في أثنائه.

لأنّا نقول: الفرق حاصل فانّ زمان السفر قابل للصوم في نفسه والتحريم فيه لعارض ـ وهو السفر ـ وقد زال، بخلاف العيد فانّ زمانه لايقبل الصوم.

قوله رحمه الله: «ولو رأى هلال رمضان ثمّ سار الى موضع لم ير فيه فالأقرب الصوم يوم واحد وثلاثين، وبالعكس يفطر يوم التاسع والعشرين».

أقول: وجه القرب انّه قد لزمه حكم ذلك البلد الذي وصل إليه يوم أحد وثلاثين بالنسبة إليهم من رمضان ويوم التاسع والعشرين يوم عيد فتعيّن عليه صوم الأوّل وإفطار الثاني.

المسائل المتعلّقة بـ«كتاب الاعتكاف»

قوله رحمه الله: «أو بمضي يومين فيجب الثالث على قول».

أقول: يريد أنّه يجب أيضاً بمضي يومين اعتكاف الثالث على قول الشيخ وجماعة من أصحابنا، فانّ الشيخ قال في المبسوط: الاعتكاف إن كان ندباً فإن شرط على ربّه أنّه متى عرض له عارض رجع فكان له الرجوع متى شاء ما لم يمض به يومان، فإن مضى به يومان وجب الثالث، وان لم يشرط وجب عليه الإتمام بالدخول فيه[1].

وفي النهاية: من اعتكف ثلاثة أيام كان فيما زاد بالخيار إن شاء ازداد وإن شاء رجع، فإن اعتكف بعد الثلاثة يومين وجب الثالث[2].

وقال ابن الجنيد: من اعتكف يوماً وإن لم يكن اشترط كان له أن يخرج، وإن أقام

---

(١) المبسوط: كتاب الاعتكاف فصل في حقيقة الاعتكاف وشروطه ج ١ ص ٢٨٩.

(٢) النهاية ونكتها: باب الاعتكاف ج ١ ص ٤١٦.

يومين ولم يكن قد اشترط فليس له أن يفسخ حتى تمضي ثلاثة أيام[١].

وقال ابن حمزة: إن لم يشترط ومضى يومان وجب الثالث[٢].

والمرتضى رحمه الله قال في المسائل الناصرية: المندوب لايجب عندنا بالدخول فيه، واذا أفسده لايجب قضاؤه[٣]، وهو اختيار ابن ادريس[٤].

قوله رحمه الله: «والمندوب لا يجب بالشروع إلّا أن يمضي يومان على قول».

أقول: هذا هو المشهور.

وقال الشيخ في المبسوط: وإن لم يكن قد شرط وجب عليه الإتمام بالدخول فيه[٥]، وهذا حكيناه عنه من قبل.

قوله رحمه الله: «ولو كان عليه قضاء صوم أو صوم منذور غير معيّن واعتكاف كذلك فنوى بالصوم القضاء أو النذر فالأقرب الإجزاء عنه وعن صوم الاعتكاف».

أقول: وجه القرب من أنّه ليس من شرط الاعتكاف الصوم عنه، وإلّا لما صحّ الاعتكاف في رمضان، بل الشرط هو الصوم مطلقاً وقد حصل.

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل السابع في الاعتكاف ج ٣ ص ٥٨١.

(٢) الوسيلة: كتاب الاعتكاف ص ١٥٤.

(٣) الناصريات «الجوامع الفقهية»: كتاب الصيام المسألة ١٣٥ ص ٢٤٣.

(٤) السرائر: كتاب الصيام باب الاعتكاف ج ١ ص ٤٢٢.

(٥) المبسوط: كتاب الاعتكاف فصل في حقيقة الاعتكاف وشروطه ج ١ ص ٢٨٩.

ويحتمل ضعيفاً عدم الإجزاء؛ لأنّه يجوز الاعتكاف فسيلزم نذر الصوم، فانّ ايجاب المشروط يستلزم ايجاب الشرط، وحينئذٍ نقول: قد تعدّد سبب الصوم بتعدّد المسبب.

قوله رحمه الله: «ولو اعتكف خمسة قيل: وجب السادس ولايجب الخامس».

أقول: هذا قول الشيخ[١]، وابن الجنيد[٢].

قوله رحمه الله: «وإنّما يصحّ في أربعة مساجد: مكّة والمدينة وجامع الكوفة والبصرة على رأي».

أقول: لأصحابنا في هذه المسألة خمسة أقوال:

الأوّل: ما ذكره المصنّف وهو قول المرتضى[٣]، والشيخ[٤]، وأبي الصلاح[٥]، وسلّار[٦]، وابن ادريس[٧]، واختاره ابن بابويه في كتاب من لايحضره الفقيه[٨].

---

(١) النهاية ونكتها: باب الاعتكاف ج ١ ص ٤١٦ وفيه: «فإن صام» بدل «فإن اعتكف».

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل السابع في الاعتكاف ج ٣ ص ٥٨١.

(٣) جمل العلم والعمل «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثالثة»: كتاب الاعتكاف ص ٦٠.

(٤) النهاية ونكتها: باب الاعتكاف ج ١ ص ٤١٥.

(٥) الكافي في الفقه: فصل في صوم الاعتكاف... ص ١٨٦.

(٦) المراسم: في ذكر الاعتكاف ص ٩٩.

(٧) السرائر: كتاب الصيام باب الاعتكاف ج ١ ص ٤٢١.

(٨) من لايحضره الفقيه: باب الاعتكاف ح ٢٠٨٩ ج ٢ ص ١٨٤.

الثاني: في أربعة، وجعل عوض مسجد البصرة مسجد المدائن، وهو قول علي بن بابويه قال: والعلّة فيه انّه لايعتكف إلّا في مسجد جمع فيه إمام عدل، وقد جمع النبي صلّى الله عليه وآله بمكة، وجمع أمير المؤمنين عليه السلام في هذه المساجد الثلاثة. وقد روي في مسجد البصرة[١].

الثالث: أن يكون في خمسة، وأضاف الى الأربعة: الأوّل: مسجد المدائن، وهو قول أبي جعفر ابن بابويه في المقنع[٢].

الرابع: قول المفيد: وهو أن لا يكون إلّا في المسجد الأعظم، وجعل الاعتكاف في الأربعة المتقدّمة رواية[٣].

الخامس: مذهب ابن أبي عقيل الاعتكاف عند آل الرسول لايكون إلّا في المساجد، والأفضل الاعتكاف في المسجد الحرام ومسجد النبي صلّى الله عليه وآله ومسجد الكوفة وسائر الأمصار مساجد الجماعات[٤].

قوله رحمه الله: «والضابط ما جمع فيه النبيّ أو وصيّ له جماعة أو جمعة على رأي».

أقول: الضابط في الموضع الذي يصحّ فيه الاعتكاف عند أكثر الأصحاب. خلافاً لابن أبي عقيل: هو ما جمع فيه نبيّ أو وصيّ نبيّ، لكن اختلفوا فمنهم من قال:

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل السابع في الاعتكاف ج ٣ ص ٥٨٠ وليست فيه: «وقد جمع... في مسجد البصرة».

(٢) المقنع: باب الاعتكاف ص ٦٦.

(٣) المقنعة: باب الاعتكاف ص ٣٦٣.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل السابع في الاعتكاف ج ٣ ص ٥٧٨.

جماعةً مطلقاً، وهو ظاهر قول ابن الجنيد فانّه قال: روى ابن سعيد، عن أبي عبدالله عليه السلام جوازه في كلّ مسجد صلّى فيه إمام عدل صلاة جماعة، وفي المسجد الذي يصلّى فيه الجمعة بإمام وخطبة[١]. وهو أيضاً ظاهر كلام علي بن بابويه حيث قال: العلّة في انّه لايجوز الاعتكاف إلّا في المساجد الأربعة انّه لايعتكف إلّا في مسجد جمع فيه إمام عدل[٢]. ولم يذكر الجمعة، وكذا ابنه الصدوق في المقنع[٣].

وقال السيد المرتضى في الانتصار[٤]، وابن حمزة[٥]، وابن ادريس[٦]: جمعةً، وهو مذهب المفيد[٧].

قوله رحمه الله: «فإن أكره المعتكفة فأربع على رأي».

أقول: يريد اذا أكره المعتكف في رمضان المعتكفة على الجماع نهاراً لزمه أربع كفّارات، وهو قول السيد في الانتصار[٨]، والشيخ في المبسوط[٩]، وابن الجنيد[١٠]،

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل السابع في الاعتكاف ج ٣ ص ٥٨٠.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المقنع: باب الاعتكاف ص ٦٦.

(٤) الانتصار: في الاعتكاف ص ٧٢.

(٥) الوسيلة: كتاب الاعتكاف ص ١٥٣.

(٦) السرائر: كتاب الصيام باب الاعتكاف ج ١ ص ٤٢٢.

(٧) المقنعة: باب الاعتكاف ص ٣٦٣.

(٨) الانتصار: باب الاعتكاف ص ٧٣.

(٩) المبسوط: كتاب الاعتكاف فصل فيما يفسد الاعتكاف... ج ١ ص ٢٩٤.

(١٠) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل السابع في الاعتكاف ج ٣ ص ٥٩٦.

وابن البرّاج[١]، وابن حمزة[٢]، وابن ادريس[٣].

وقال ابن سعيد: يلزمه كفّارتان، ونقله عن بعض الفقهاء[٤].

قوله رحمه الله: «ولو باع و اشترى فالأقرب الانعقاد».

أقول: وجه القرب ما ذكرناه في البيع وقت النداء من أنّ النهي في المعاملات لايدلّ على الفساد.

وقال الشيخ[٥]، وابن ادريس[٦]: يبطل العقد.

قوله رحمه الله: «والأقرب صحّة الإتيان بيوم من النذر وآخرين من غيره».

أقول: يريد لو نذر اعتكاف ستة أيام فالأقرب انّه يجوز أن يعتكف ثلاثة ثلاثة ستّ نوب، كلّ نوبة تشتمل على يومٍ من النذر ويومين من غيره.

ووجه القرب انّه فعل المنذور على وجهٍ يصحّ، فكان الإتيان به مجزئاً.

وأقول: هذا مبنيّ على جواز صوم النذر لمن عليه صوم واجب، وقد تقدّم البحث فيه.

---

(١) المهذّب: كتاب الصيام باب الاعتكاف ج ١ ص ٢٠٤.

(٢) الوسيلة: كتاب الاعتكاف ص ١٥٣.

(٣) السرائر: كتاب الصيام باب الاعتكاف ج ١ ص ٤٢٦.

(٤) شرائع الاسلام: كتاب الاعتكاف في أحكامه ج ١ ص ٢٢٠.

(٥) المبسوط: كتاب الاعتكاف فصل فيما يفسد الاعتكاف... ج ١ ص ٢٩٥.

(٦) السرائر: كتاب الصيام باب الاعتكاف ج ١ ص ٤٢٦.

قوله رحمه الله: «ولو لم يشترط التتابع في المعيّن فخرج في أثنائه صحّ ما فعل إن كان ثلاثة فما زاد وأتمّ الباقي وقضى ما أهمل، وكذا لو شرطه، وقيل: يستأنف وكفّر فيهما».

أقول: الاعتكاف المنذور بحسب التتابع وعدمه على أقسام أربعة؛ لأنّه إمّا أن يكون قد شرط التتابع لفظاً ومعنىً كأن يقول: لله عليّ إنني أعتكف رمضان متتابعاً، أو لايشترط لا لفظاً ولا معنىً كأن يقول: أعتكف شهراً ـ مثلاً ـ من غير تعيين الشهر، أو يشترط لفظاً لا معنىً كأن يقول: اعتكاف شهر متتابع، أو بالعكس كأن ينذر اعتكاف رمضان.

والذي ذكره هاهنا من الأقسام الأربعة قسمان: التتابع معنىً، والتتابع لفظاً ومعنىً، وباقي الأقسام مذكورة أيضاً في الكتاب.

ومراده بقوله: «ولم يشترط التتابع» أي لم يشترط لفظاً؛ لأنّ كونه معيّناً هو المراد بالتتابع معنىً.

اذا عرفت هذا فنقول: قد اختار المصنّف انّه اذا نذر اعتكاف شهر بعينه كرمضان ـ مثلاً ـ ولم يشرط التتابع لفظاً ثمّ خرج في أثنائه فإن كان ما اعتكف منه ثلاثة فما زاد صحّ ما فعل ويقضي ما أخلّ به منه وأتمّ ما بقي، وكذا الحكم لو قال فيه متتابعاً، لكن هنا قال الشيخ في المبسوط: يستأنف[1]؛ لإخلاله بالصفة المشترطة لفظاً ـ أعني التتابع ـ

واعلم أنّه في الصورتين يجب كفّارة خلف النذر، وإليه أشار بقوله: «وكفّر فيهما».

---

(١) المبسوط: كتاب الاعتكاف فصل في أقسام الاعتكاف ج ١ ص ٢٩١.

قوله رحمه الله: «لو عيّن شهراً وأخلّ بـه كـفّر وقضى، ولا يجب التتابع في قضائه إلّا أن يشترط التتابع لفظاً على إشكال».

أقـول: هذا اشارة الى المسألة المبحوث عنها، لكن هناك صام بعضاً وأخـلّ ببعض وبقي بعض، وهاهنا تركه حتى خرج الشهر وحكمه وجوب القضاء والكفّارة وهو ظاهر، لكن هل يجب التتابع في قضائه؟ قال: إن لم يكن قـد شرط التـتابع لم يلزمه التتابع؛ لأصالة البراءة، وإن شرط التتابع ففي وجوبه في قضائه وجهان:

أحدهما: الوجوب؛ لأنّ النذر تعلّق بوصف التتابع، كما تعلّق بـالأصل. ولأنّـه يجب عليه أن يقضي الفائت كما فات وقد فات متتابعاً.

والآخر: عدم الوجوب؛ لأنّ وجوب التتابع انّما تعلّق بتلك الأيام المعيّنة، فـلا يدخل غيرها في النذر.

قوله رحمه الله: «فلو ظهر يوم الثـلاثين العـيد فالأقرب البطلان».

أقـول: يريد لو نذر اعتكاف يوم صحّ وضمّ إليه آخرين، فلو اعتكف يـوم الثامن والعشرين والتاسع والعشرين والثلاثين من رمضان ثمّ ظهر بعد ذلك كون يوم الثلاثين هو العيد فالأقرب بطلان اعتكافه فانّه لم يبرأ من اليوم المنذور؛ لأنّ الاعتكاف لايصحّ إلّا ثلاثة، وقد ظهر انّه لم يعتكف إلّا يومين؛ لبطلان صوم يوم العيد فيبطل اعتكاف الآخرين.

كتاب

الحجّ

كتاب الحجّ

قوله رحمه الله: «وهي شوّال وذو القعدة وذو الحجّة على رأي».

أقول: اختلف أصحابنا في أشهر الحجّ على ستّة أقوال:

أحدها: ما قاله المصنّف وهو قول الشيخ في النهاية[1]، وابن الجنيد[2].

الثاني: هي شوّال وذو القعدة وعشرة من ذي الحجّة، وهو قول السيد[3]، وابن أبي عقيل[4]، وسلّار[5].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب أنواع الحج ج ١ ص ٤٦٤ وباب آخر من فقه الحج ج ١ ص ٥٥٨.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحج الفصل الثاني في أنواع الحج ج ٤ ص ٢٧.

(٣) جمل العلم والعمل «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثالثة»: كتاب الحج فصل في وجوب الحج... ص ٦٢.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحج الفصل الثاني في أنواع الحج ج ٤ ص ٢٧.

(٥) المراسم: كتاب الحج ص ١٠٤.

الثالث: الى طلوع الشمس من اليوم العاشر من ذي الحجّة، وهو قول ابن ادريس[١].

الرابع: الى يوم النحر قبل طلوع الفجر، فإن طلع فقد مضت أشهر الحجّ، وهو قول الشيخ في الخلاف[٢]، والمبسوط[٣]، وابن حمزة[٤].

الخامس: الى تسعة من ذي الحجّة، وهو قول الشيخ في الجمل[٥]، والاقتصاد[٦]، وقول ابن البرّاج[٧].

السادس: الى ثمانية من ذي الحجّة، وهو قول أبي الصلاح[٨].

قوله رحمه الله: «وللقارن والمفرد الطواف اذا دخلا مكّة الطواف لكنّهما يجدّدان التلبية استحباباً عقيب صلاة الطواف، ولا يحلان لو تركاها على رأي، وقيل: للمفرد خاصّة، والحلق بشرط النيّة».

---

(١) السرائر: كتاب الحج باب في أقسام الحج ج ١ ص ٥٢٤.

(٢) الخلاف: كتاب الحج المسألة ٢٣ ج ٢ ص ٢٥٨.

(٣) المبسوط: كتاب الحج فصل في ذكر أنواع الحج ج ١ ص ٣٠٨.

(٤) الوسيلة: كتاب الحج ص ١٥٨.

(٥) الجمل والعقود: كتاب الحج فصل في كيفيّة الاحرام وشرائطه ص ١٣١.

(٦) الاقتصاد: كتاب الحج فصل في الاحرام وكيفيّته وشروطه ص ٣٠٠.

(٧) المهذّب: كتاب الحج باب ما يجوز الاحرام فيه... ج ١ ص ٢١٣.

(٨) الكافي في الفقه: باب حقيقة الحج وأحكامه وشروطه الفصل الخامس ص ٢٠١.

أقـول: ظاهر كلام الشيخ في المبسوط يعطي انّهما يحلّان فانّه قال عن القارن والمفرد: لكن يجوز لهما أيضاً دخول مكّة والمقام على إحرامهما حتى يخرجا الى عرفات، فاذا أرادا الطواف بالبيت استحباباً فعلاً، غير أنّهما كلّ ما فرغا من طواف وسعي عقدا إحرامهما بالتلبية على ما بيّناه[١].

وقد صرّح قبل ذلك في المبسوط في فصل أنواع الحجّ فقال: وإن أراد الطواف بالبيت تطوّعاً ـ يعني القارن ـ فعل، إلّا أنّه كلّ ما طاف بالبيت لبّى عند فراغه من الطواف ليعقد إحرامه بالتلبية؛ لأنّه لو لم يفعل ذلك صار محلّاً، ثمّ قال: والمفرد عليه ما على القارن لايختلف حكمهما في شيء[٢].

وقال في التهذيب عند تأويل بعض الروايات: إنّ السائق لايحلّ وان كان قد طاف لسياقه الهدي[٣]. وهذا يدلّ على أنّه انّما يحلّ المفرد خاصّة.

وابن ادريس اختار ما ذهب إليه المصنّف من أنّه لايحلّ أحدهما إلّا بالنيّة؛ لقوله صلّى الله عليه وآله: «الأعمال بالنيّات» ولأنّه دخل في فرضه دخولاً مشروعاً فلا ينتقل عنه بغير دليل، ولم يثبت[٤].

قوله رحمه الله: «ولايخرج المجاور عن فرضه ـ الى قوله: ـ إلّا اذا أقام ثلاث سنين فيصير في الثالثة كالمقيم في نوع الحجّ، ويحتمل العموم، فلا يشترط الاستطاعة».

---

(١) المبسوط: كتاب الحج فصل في ذكر دخول مكة والطواف بالبيت ج ١ ص ٣٥٥.

(٢) المبسوط: كتاب الحج فصل في ذكر أنواع الحج ج ١ ص ٣١١.

(٣) تهذيب الاحكام: ب ٤ ضروب الحج ذيل الحديث ٦٠ ج ٥ ص ٤٤.

(٤) السرائر: كتاب الحج باب في أقسام الحج ج ١ ص ٥٢٥.

أقـول: امّا احتمال الاختصاص بنوع الحجّ لاغير فلأصالة بقاء أحكامه، خرج منها الانتقال في نوع الحجّ؛ للروايات الصحيحة الدالّة على ذلك، فبقي الباقي على أصالة الاستمرار.

ويحتمل العموم ـ يعني أن يكون مساوياً لأهل مكّة في جميع الأحكام ـ لقول الباقر عليه السلام في رواية زرارة الصحيحة عنه عليه السلام: من أقام بمكّة سنتين فهو من أهل مكّة[١].

واذا ثبت كونه من أهل مكّة بهذه الرواية وما شابهها[٢] لحقتهم أحكامهم كلّها من غير تخصيص، فعلى الأخير لايشترط في وجوب الحجّ عليه أن يكون مستطيعاً من بلده، كما لايشترط في غيره من أهل مكّة.

قوله رحمه الله: «والوليّ هو وليّ المال، وقيل: للأُمّ ولاية الإحرام بالطفل».

أقـول: الذي اختاره في هذا الكتاب من أنّ الوليّ من له ولاية المال هو قول ابن ادريس[٣].

والقائل: بأن للأُمّ ولاية الإحرام بالطفل هو الشيخ رحمه الله[٤]، واختاره المصنّف في الخلاف[٥].

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٤ ضروب الحج ح ٣٠ ج ٥ ص ٣٤، وسائل الشيعة: ب ٩ من أبواب أقسام الحج ح ١ ج ٨ ص ١٩١.

(٢) في ج: «وما يناسبها».

(٣) السرائر: كتاب الحج باب حكم الصبيان في الحج ج ١ ص ٦٣٦.

(٤) المبسوط: كتاب الحج فصل في ذكر الصبيان في الحج ج ١ ص ٣٢٨.

(٥) مختلف الشيعة: كتاب الحج الفصل الأوّل في شرائط الحج ج ٤ ص ١٥.

قوله رحمه الله: «وللمولى الرجوع في الإذن قبل التلبّس لا بعده، فلو لم يعلم العبد صحّ حجّه، وللمولى أن يحلّله على إشكال، والفائدة تظهر في العتق قبل المشعر وإباحة التحليل للمولى».

أقول: اذا أذن المولى لعبده في الإحرام ثمّ رجع فيه فإن كان بعد تلبّسه بالإحرام لم يكن له الرجوع فيه؛ لأنّه إحرام صحيح مأذون فيه فيجب إتمامه لعموم الآية؛ وليس للمولى منعه من الواجبات، وإن رجع قبل التلبّس فإن علم العبد برجوعه صحّ الرجوع وإن لم يكن للعبد الإحرام؛ لأنّه يكون حينئذٍ قد تصرّف في ملك الغير بغير إذنه فكان حراماً، وإن لم يعلم العبد برجوع المولى حتى تلبّس قال المصنّف: صحّ حجّه، وهو مذهب الشيخ فانّه قال في المبسوط: الأولى أن نقول ينعقد إحرامه[1].

اذا تقرّر هذا فنقول: هل يجوز للمولى أن يحلّله؟ فيه إشكال.

ينشأ من أنّه إحرام صحيح فيلزمه المضي فيه، وليس للمولى منعه من الواجبات.

ومن صحّة رجوع المولى قبل التلبّس.

وقوله: «والفائدة... الى آخره» جواب عن سؤال مقدّر.

وتقريره أن يقال: اذا كان للمولى أن يحلّله منه فأيّ فائدة للحكم بصحّة احرامه؟

والجواب: فيه فائدتان، أحدهما: انّه لو أُعتق قبل أن يحلّله مولاه أدرك الحجّ وأجزأه عن حجّة الاسلام؛ لأنّه أُعتق قبل أحد الموقفين متلبّساً بإحرام صحيح

---

(١) المبسوط: كتاب الحج فصل في حكم العبيد والمكاتبين... ج ١ ص ٣٢٧.

ينعقد فأجزأه عن حجّة الأسلام كغيره من المعتقين. الثانية: جواز تحليل المولى، بمعنى: أنّه لو حلّله هنا لم يكن مأثوماً، بخلاف ما لو حلّله من إحرام صحيح ثمّ يرجع في الإذن فيه فانّه يكون حراماً.

قوله رحمه الله: «ولو هاياه وأحرم في نوبته فالأقوى الصحّة، وللمولى التحليل مع قصورها عن أفعال الحجّ».

أقول: وجه القوّة في الصحّة أنّه أحرم في وقت له فيه التسلّط على سائر التصرّفات التي من جملتها الإحرام فكان صحيحاً. وأمّا جواز التحليل للمولى فلأنّه لم يأذن له في الإحرام المستلزم لأفعال تقع في نوبة السيد، فلا يصحّ من دون إذنه.

قوله رحمه الله: «ولو أفسد المأذون وجب القضاء وعلى السيد التمكين على إشكال».

أقول: منشأ الاشكال من أنّ السيد لم يأذن له إلّا في حجّ صحيح، وهو لا يستدعي الحجّ في القابل[1]، فلا يلزمه التمكين في ما لم يأذن له فيه.

ومن أنّ الإذن في الحجّ إذن في لوازمه التي من جملتها وجوب القضاء عليه لو أفسد، ولأنّه صار واجباً عليه، وليس للمولى منعه من الواجبات، وهذا الأخير مذهب الشيخ في المبسوط[2].

وقول المصنّف بعد ذلك: «ولو تطيّب المأذون أو لبس فعليه الصوم وللمولى منعه؛

---

(١) في ج: «قابلاً» بدل «في القابل».

(٢) المبسوط: كتاب الحج فصل في حكم العبيد والمكاتبين... ج ١ ص ٣٢٨.

لأنّه لم يأذن فيه» كما قال الشيخ في المبسوط[١] بعينه، وابن ادريس أوجب على المولى بالإذن فيه[٢]، وهو لايخلو من قوّة، فانّ الفرق بينهما وبين التي قبلها فيه ما فيه؛ لأنّ الإذن في الإحرام إن كان يقتضي الإذن في توابعه ثبت فيهما وإلّا انتفى فيهما، فالفرق لا وجه له، ويمكن تكلّف الفرق، فانّ القضاء في الكفّارات يجري مجرى بقية أفعال الحجّ؛ لأنّها في المعنى حجّة واحدة، والحجّ المشتمل على تلك الأفعال مأذون فيه، فكان كما لو أذن في الإحرام فانّه يستلزم الإذن في بقية الأفعال، إذ لايصحّ من دون ذلك، بخلاف كفّارات ما أتى به من المحرّمات؛ لأنّه لم يأذن فيها، وليست من أجزاء الحجّ، ولايتوقّف صحّة الحجّ عليها.

قوله رحمه الله: «ولو لم يجد الزاد والراحلة وأمكنه الشراء وجب، وإن زاد عن ثمن المثل على رأي».

أقول: خالف الشيخ في ذلك حيث قال: لو لم يجد المأكول أو وجده بثمن يضرّه وهو أن يكون في الرخص بأكثر من ثمن مثله، وفي الغلاء بمثل ذلك لم يجب عليه، وكذا حكم المشروب[٣].

قوله رحمه الله: «وليس الرجوع الى كفاية من صناعة أو حرفة شرطاً على رأي».

---

(١) المبسوط: كتاب الحج فصل في حكم العبيد والمكاتبين... ج ١ ص ٣٢٨.

(٢) السرائر: كتاب الحج باب حكم العبيد والمكاتبين... ج ١ ص ٦٣٦.

(٣) المبسوط: كتاب الحج فصل في حقيقة الحج... ج ١ ص ٣٠٠.

أقول: هذا قول السيد المرتضى[١]، وابن الجنيد[٢]، وابن أبي عقيل[٣]، وابن ادريس[٤]. خلافاً للشيخين[٥]، وأبي الصلاح[٦]، وابن البرّاج[٧]، وابن حمزة[٨] حيث جعلوا الرجوع الى كفاية شرطاً في وجوب الحجّ.

قوله رحمه الله: «وهل يجب على المتضرّر الاستنابة؟ الأقرب العدم».

أقول: قد اختار المصنّف هنا أنّه لو كان الانسان يتضرّر بالركوب كالمريض العاجز عنه المتضرّر به انّه لا يجب عليه الاستنابة، وهو اختيار ابن ادريس[٩]، خلافاً لأكثر الأصحاب.

قال الشيخ: كان عليه أن يخرج رجلاً يحجّ عنه، فاذا تمكّن بعد ذلك كان عليه إعادة الحجّ، ذكر ذلك في النهاية[١٠] والمبسوط[١١]

---

(١) راجع جمل العلم والعمل «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثالثة»: كتاب الحج فصل في وجوب الحج... ص ٦٢.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحج الفصل الأوّل في شرائط الحج ج ٤ ص ٦.

(٣) المصدر السابق.

(٤) السرائر: كتاب الحج باب حقيقة الحج... ج ١ ص ٥٠٨.

(٥) المقنعة: كتاب الحج باب وجوب الحج ص ٣٨٤، المبسوط: كتاب الحج فصل في حقيقة الحج... ج ١ ص ٢٩٦.

(٦) الكافي في الفقه: باب حقيقة الحج... ص ١٩٢.

(٧) شرح جمل العلم والعمل: كتاب الحج ص ٢٠٥.

(٨) الوسيلة: كتاب الحج ص ١٥٥.

(٩) السرائر: كتاب الحج باب حقيقة الحج... ج ١ ص ٥١٦.

(١٠) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب وجوب الحج... ج ١ ص ٤٥٧.

(١١) المبسوط: كتاب الحج فصل في حقيقة الحج... ج ١ ص ٢٩٩.

والخلاف[١]، وتبعه أبو الصلاح[٢]، وابن البرّاج[٣]، ونحو ذلك قال ابن الجنيد[٤]، وابن أبي عقيل[٥].

ووجه القرب فيما اختاره المصنّف أنّ وجوب الحجّ مشروط بالاستطاعة كما تضمّنته الآية، وقد عدم الشرط فيعدم المشروط ـ أي الوجوب ـ لما ثبت من أنّ المشروط يعدم عند عدم شرطه، ولأنّ الأصل براءة الذمّة.

قوله رحمه الله: «ولو لم يستمسك خِلقةً لم يلزمه الاستنابة على رأي».

أقول: خالف الشيخ في ذلك حيث قال في المبسوط: المعضوب الذي خلق نضواً[٦] ولا يرجى زوال خلقته كان فرضه أن يحجّ رجلاً عن نفسه[٧].

قوله رحمه الله: «فيسقط الحجّ مع الخوف على النفس من عدوّ أو سبع، ولا تجب الاستنابة على رأي».

أقول: خالف الشيخ في ذلك، حيث أوجب الاستنابة على من منعه عدوّ أو

---

(١) الخلاف: كتاب الحج المسألة ٦ ج ٢ ص ٢٤٨.

(٢) الكافي في الفقه: فصل في النيابة في الحج ص ٢١٩.

(٣) المهذّب: كتاب الحج باب ما يفعله من وجب عليه الحج... ج ١ ص ٢٦٧.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحج الفصل الأوّل في شرائط الحج ج ٤ ص ١١.

(٥) المصدر السابق.

(٦) النضو: المهزول.

(٧) المبسوط: كتاب الحج فصل في حقيقة الحج... ج ١ ص ٢٩٩.

سلطان[١].

قوله رحمه الله: «ولو كان العدوّ لا يندفع إلّا بمال وتمكّن من التحمّل به ففي سقوط الحجّ نظر».

أقول: ينشأ من أنّ العدوّ غير مانعٍ من الحجّ، غايته انّه يندفع بمال مقدور، فوجب تحمّله كشراء الآلات.

ومن عدم تخلية السرب[٢] فيسقط عنه فرضه، وهو قول الشيخ في المبسوط[٣].

قوله رحمه الله: «ولو وجد بدرقة[٤] بأُجرة وتمكّن منها فالأقرب عدم الوجوب».

أقول: وجه القرب أنّ من جملة شرائط وجوب الحجّ الاستطاعة المشتملة على تخلية السرب من الموانع، وهو غير معلوم الحصول. ولأصالة براءة الذمّة، وهو اختيار الشيخ في المبسوط حيث حكم فيه بأنّه اذا احتاج الى خفارة سقط الوجوب على سائر الضروب[٥].

قوله رحمه الله: «ولو افتقر الى القتال فالأقرب السقوط مع ظنّ السلامة».

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب وجوب الحج... ج ١ ص ٤٥٧.

(٢) السرب: الطريق.

(٣) المبسوط: كتاب الحج فصل في حقيقة الحج... ج ١ ص ٣٠١.

(٤) البدرقة: وهي الجماعة التي تتقدّم القافلة وتكون معها تحرسها وتمنعها العدوّ.

(٥) المبسوط: كتاب الحج فصل في حقيقة الحج... ج ١ ص ٣٠١.

أقـول: يريد أنّه مع ظنّ العطب أو الشكّ لا تردّد في سقوطه، وانّما الاحتمال فيما اذا ظنّ السلامة فيحتمل ضعيفاً الوجوب؛ لأنّ وجود العدوّ كعدمه لكونه يندفع بقتال مقدور يظنّ معه سلامة النفس والمال، فلا يسقط به وجوب الحجّ.

ويحتمل قوياً السقوط، وهو الأقرب عند المصنّف، إذ السرب غير مخلّى، وظنّ السلامة لاينفي إمكان العطب، والاحتياط في وجوب الحجّ يعارضه الاحتياط في وجوب حفظ النفس.

قوله رحمه الله: «من أقرب الأماكن على رأي».

أقـول: يريد أنّ من وجب عليه الحجّ فأهمل أداءه حتى مات وجب أنّ يقضى عنه من أقرب الأماكن، وهو قول الشيخ في المبسوط[١] والخلاف[٢].

وقال في النهاية: إن كان في التركة سعة وجب من بلده، وإلّا فمن أقرب الأماكن[٣]، واختاره ابن البرّاج[٤]، وابن ادريس[٥].

قوله رحمه الله: «والاستقرار بالإهمال بعد اجتماع الشرائط، ومضي زمان أفعال الحجّ، أو دخوله الحرم على إشكال».

---

(١) المبسوط: كتاب الحج فصل في حقيقة الحج... ج ١ ص ٣٠٤.

(٢) الخلاف: كتاب الحج المسألة ١٨ ج ٢ ص ٢٥٥.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب وجوب الحج... ج ١ ص ٤٥٧ نقلاً بالمضمون.

(٤) المهذّب: كتاب الحج باب ما يفعله من وجب عليه الحج... ج ١ ص ٢٦٧.

(٥) السرائر: كتاب الحج باب حقيقة الحج... ج ١ ص ٥١٦.

أقـول: لا ريب في استقرار الحجّ على المكلّف لو تمكّن من الحجّ وحصلت جميع شرائط الوجوب وأهمل اذا مضى من الوقت مقدار ما يوقع فيه جميع أفعال الحجّ، امّا لو حصلت الشرائط وأهمل حتى مضى زمان يمكّنه فيه قطع المسافة ودخول الحرم، فهل يستقرّ بذلك في ذمّته؟ فيه إشكال.

ينشأ من امتناع التكليف بفعل في وقت يقصر عنه، وبموته قبل مضي زمان يمكّنه إيقاع أفعال الحجّ فيه يعلم عدم تكليفه به.

ومن أنّه يدرك الحجّ بادراك الإحرام ودخول الحرم، فجرى مجرى من تمكّن من جميع الأفعال في إدراك الحجّ، فكما أنه يكون مستقرّاً هناك فكذا فيما يساويه.

وقال الشيخ في المبسوط: وشرائط الاستقرار أن يمضي من الزمان ما يمكنه فيه الحجّ بعد الوجوب ولا يفعل[1].

قوله رحمه الله: «ولو استطاع في حال الردّة وجب عليه وصحّ منه إن تاب، ولو مات أخرج من صلب تركته، وان لم يتب على إشكال».

أقـول: وجه الإشكال من حيث إنّه قد وجب عليه وأهمل بعد استقرار الوجوب في ذمّته، وكلّ من وجب عليه الحجّ واستقرّ وجب أن يقضي عنه من صلب تركته.

ومن عدم صحّة الحج عن الكافر.

قوله رحمه الله: «ولو نذر أو أفسد وهو معضوب قيل: وجبت الاستنابة».

---

(١) المبسوط: كتاب الحج فصل في حقيقة الحج... ج ١ ص ٣٠٠.

أقــول: هذا القول المحكيّ هو قول الشيخ رحمه الله فـانّه قـال في المـبسوط: المعضوب إذا وجب عليه حجّة بالنذر أو بإفساد حجّه وجب عليه أن يحجّ عن نفسه رجلاً، فإن فعل فقد أجزأه، فإن برأ فيما بعد تولّاها بنفسه[١].

قوله رحمه الله: «ولو ركب البعض فكذلك على رأي».

أقــول: يريد لو نذر الحجّ ماشياً فركب بعضاً قضاه ماشياً كما لو ركب مجموع الطريق، خلافاً للشيخين حيث قالا: اذا ركب من غير عذر قضاه بـأن يمـشي مـا يركب ويركب ما يمشي، وان كان قد ركب لعذرٍ جاز له الركوب ولا قضاء عليه[٢].

قوله رحمه الله: «ولو عجز فإن كان مطلقاً توقع المكنة، وإلّا سقط على رأي».

أقــول: ما ذكره المصنّف هو مذهب ابن ادريس[٣]، خلافاً للمفيد[٤] حيث قال: يركب ولا كفّارة عليه، وهو قول الشيخ في النهاية[٥].

وقال في المبسوط: يركب وعليه دم[٦].

---

(١) المبسوط: كتاب الحج فصل في حقيقة الحج... ج ١ ص ٢٩٩.

(٢) المقنعة: كتاب الحج باب من الزيادات في فقه الحج ص ٤٤١، النهاية ونكتها: كتاب الحج باب وجوب الحج... ج ١ ص ٤٦٠ ـ ٤٦١.

(٣) السرائر: كتاب الايمان باب النذور... ج ٣ ص ٦١ ـ ٦٢.

(٤) المقنعة: كتاب الحج باب من الزيادات في فقه الحج ص ٤٤١.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب وجوب الحج... ج ١ ص ٤٦٠ ـ ٤٦١.

(٦) المبسوط: كتاب الحج فصل في حقيقة الحج... ج ١ ص ٣٠٣.

وما اختاره المصنّف والشيخ في النهاية اختيار ابن الجنيد حيث قال: ولو بلغ جهده من المشي فركب أو كان نذره حافياً فتعب لم يكن عليه شيء. وقد أمر النبي صلّى الله عليه وآله رجلاً نذر أن يمشي في حجّه أن يركب، فقال: إنّ الله عزّ وجلّ غنيّ عن تعذيب هذا نفسه، ولم يأمره بالكفّارة[١].

قوله رحمه الله: «ولو نذر حجّة الاسلام لم يجب غيرها، ولو نذر غيرها لم يتداخلا، ولو أطلق فكذلك على رأي».

أقول: خالف الشيخ في ذلك فانّه قال: اذا حجّ بنيّة النذر أجزأ عن حجّة الاسلام[٢].

قوله رحمه الله: «ولا المميّز على رأي».

أقول: يريد لايصحّ نيابة الصبي مطلقاً، سواء كان مميّزاً أو غير مميّز، وهو مذهب الشيخ أبي جعفر رحمه الله[٣].

وما عرفت فيه مخالفاً إلّا ما نقله المصنّف هنا وفي مسائل خلافه، فانّه حكى عن الشيخ رحمه الله المنع، ثمّ قال: وقيل: بالجواز[٤].

وكذا ابن سعيد رحمه الله فانّه قال في الشرائع: ولا نيابة المجنون لانغمار عقله

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الايمان الفصل الثاني في النذر ص ٦٥٩ س ١٣ (طبع حجري).

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب وجوب الحج... ج ١ ص ٤٦٠.

(٣) المبسوط: كتاب الحج فصل في حقيقة الحج... ج ١ ص ٣٠٢.

(٤) مختلف الشيعة: كتاب الحج المقصد الرابع في التوابع الفصل الاول في النيابة ج ٤ ص ٣٣٢.

بالمرض المانع عن القصد، وكذا الصبي غير المميّز، وهل تصحّ نيابة المميّز؟ قيل: لا؛ لاتصافه بما يوجب من رفع القلم، وقيل: نعم؛ لأنّه قادر على الاستقلال بالحجّ ندباً[1].

قوله رحمه الله: «والأقرب اشتراط العدالة لا بمعنى عدم الإجزاء لو حجّ الفاسق».

أقول: يريد الأقرب اشتراط العدالة في التائب بمعنى انّه لايجوز لولي الميّت أن يستأجر فاسقاً، إذ إيقاع الحجّ عمّن استؤجر له لايعلم إلّا منه لعدم اطّلاع البيّنة على قصده، وقول الفاسق غير مقبول، لا بمعنى أنّ الفاسق لو حجّ لم تبرأ ذمّة الميّت من الحجّ، حتى لو كان هو الولي وأوقع الحجّ برئت ذمّة الميّت؛ لأنّه أوقع الحجّ على الوجه المشروع فكان مجزئاً.

قوله رحمه الله: «والحامل والمحمول وإن تعدّد يحتسبان، وإن كان الحمل بأُجرة على إشكال».

أقول: منشأه من أنّ فرض المحمول الطواف كذلك، وفرض الماشي المشي، ولا منافاة بينهما، بأن يطوف الحامل عن نفسه ويحمل غيره بأُجرة عن الحمل حال طوافه، وحينئذٍ يكون قد فعل كلّ منهما ما وجب عليه من الفرض فكان مجزئاً.

ومن أنّ الأجير قد وجب عليه قطع المسافة بالأُجرة عن غيره فلا يحسب له، ولأنّ قطع المسافة لا بمجرّد القربة فلا يكون مجزئاً، وهو الظاهر من كلام ابن الجنيد فانّه قال: والحامل للمريض يجزئه طوافه عن الطواف الواجب عليه اذا لم يكن

---

(١) شرائع الاسلام: كتاب الحج القول في النيابة ج ١ ص ٢٣٢.

أجيراً[١] وباقي الأصحاب أطلقوا القول بجواز الاحتساب، ولم يتعرّضوا للأُجرة ولا لعدمها، وقول ابن الجنيد لايخلو من قوّة.

قوله رحمه الله: «ولو أُحصر تحلّل بالهدي ولا قضاء عليه، وإن كانت الإجارة مطلقة على إشكال».

أقول: وجه الاشكال من حيث إنّ الإجارة اقتضت وجوب الحجّ من غير حصرٍ في زمانٍ معيّن، ولا يبرأ الأجير إلّا بفعله.

ومن أنّه بالشروع في تلك السنة تعيّن عليه إتمامه عن المستأجر، فصار كالإجارة المتعلّقة بالزمان المعيّن.

قوله رحمه الله: «ولو قصر عن الأقل عاد ميراثاً على رأي».

أقول: خالف الشيخ في ذلك حيث قال في النهاية: يصرف في وجوه البر[٢]، وحكى المصنّف القولين في مختلفه ثمّ قال فيه: وعندي في القولين تردّد[٣].

قوله رحمه الله: «وهو الوجه إن قصد بقطع المسافة الحجّ، وإن قصد الاعتمار فالأوّل».

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحج الفصل الثاني في الطواف ج ٤ ص ١٨٥.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب آخر من فقه الحج ج ١ ص ٥٥٧.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب الحج الفصل الخامس في مسائل متعدّدة من هذا الباب ج ٤ ص ٣٧٩.

أقـول: يريد انّه اذا استؤجر للحجّ خاصّة فأحرم من الميقات بعمرة عن نفسه وأكملها ثمّ أحرم للحجّ من مكّة عن المستأجر مع عدم التمكّن من العود الى الميقات أجزأ، وهل تحسب المسافة عليه أوّلاً؟ فيه إشكال.

منشأه ما ذكره المصنّف من كونه انّما قطع المسافة لنفسه فلا أُجرة له عنها، وحينئذٍ يحطّ من الأُجرة قدر التفاوت، بأن يقال: كم أُجرة حجّه من بلده وحجّه من مكّة، وتنسب إحداهما الى الأُخرى، ويكون له من الأُجرة بمثل تلك النسبة. مثلاً لو قيل: من مكّة عشرة ومن بلده عشرين فله نصف المسمّى.

ومن أنّه قصد بالمسافة الحجّ الذي استؤجر له، إلّا أنّه أراد أن يربح في طريقه عمرةً، وحينئذٍ يقال: كم أُجرة حجّه من بلدة إحرامها من الميقات وأُجرة حجّه من بلدة إحرامها من مكّة، فاذا قيل أُجرة الأُول عشرون والأُخر خمسة عشر فله ثلاثة أرباع المسمّى.

والوجه عند المصنّف التفصيل وهو: انّه إن قصد بقطع المسافة الحجّ ثمّ عزم عند الوصول الى الميقات التعبّد بعمرة عن نفسه كان الحكم هو الأخير؛ لأنّه لا حجر عليه في فعل العبادة في طريقه عن نفسه؛ لعدم منافاته لفعل ما استؤجر له، وإن قصد بقطع المسافة لعمرة عن نفسه فلا أُجرة له عن قطع المسافة، وكان الحكم هو الأوّل؛ لأنّه لا يأخذ الأُجرة عمّا[1] عمله لنفسه، وقطع المسافة انّما فعله لنفسه.

قوله رحمه الله: «لو فاته الحجّ بتفريط تحلّل بعمرة عن نفسه لانقلابه إليه ولا أُجرة له، وإن

---

(١) في ج: «على».

كان بغير تفريط فله أُجرة المثل الى حين الفوات، قاله الشيخ[١]، والأقرب أنّ له من المسمّى بنسبة ما فعل».

أقول: انّما كان الوجه انّ له بالنسبة من المسمّى؛ لأنّه فعل بعض ما استؤجر له بعقدٍ صحيح لم يكن باطلاً في أصله، وانّما تجدّد انفساخه بغير تفريط، فوجب توزيع ما وقع عليه العقد من الأُجرة على ما فعله وعلى ما بقي.

قوله رحمه الله: «ولو عيّن الموصي النائب والقدر تعيّناً، فإن زاد عن المثل أو كان الحجّ ندباً ولم يخرج من الثلث أُخرج ما يحتمله الثلث، فإن رضي النائب به وإلّا استؤجر به غيره، ويحتمل أُجرة المثل».

أقول: وجه الأوّل: انّه يجب العمل بالوصيّة ما أمكن، وقد تضمّنت شيئين: أحدهما: صرف ذلك القدر في الحجّ، والآخر: استنابة ذلك الشخص، وسقوط أحدهما لتعذّره لا يوجب سقوط الآخر.

ووجه الاحتمال الآخر: وهو الاستئجار بأُجرة المثل لاغير؛ لأنّ الموصي انّما تبرّع بتلك الزيادة على ذلك الشخص، فاذا لم يقبل رجعت الى الورثة، كما لو أوصى لواحد بشيء فرده الموصى له فانّه يكون للورثة قطعاً.

---

(١) المبسوط: كتاب الحج فصل في ذكر الاستئجار للحج ج ١ ص ٣٢٥.

قوله رحمه الله: «ولو لم يؤدّ الى المحاذاة فالأقرب إنشاء الإحرام من أدنى الحلّ، ويحتمل مساواة أقرب المواقيت».

أقول: يريد لو سلك طريقاً لا يؤدّي الى أحد المواقيت ولا الى محاذاة أحدها، احتمل فيه وجهان.

أقربهما انّه ينشئ الإحرام من أدنى الحلّ؛ لأنّه لا يجوز له دخول مكّة إلّا محرماً، فيجب عليه إنشاء الإحرام قبل دخولها، وما زاد على أدنى الحلّ ليس بميقات ولا مجاز له، فالحكم بوجوب الإحرام فيه على خلاف الأصل.

والثاني: انّه يحرم من موضع يكون بينه وبين مكّة بقدر ما بين أقرب المواقيت إليها؛ لأنّ ذلك القدر من المسافة قد اشتركت جميع المواقيت في تحريم مجاوزته بغير إحرام، فتعيّن الإحرام منه أولى.

قوله رحمه الله: «وناسي الإحرام إذا أكمل المناسك يجزئه على رأي».

أقول: هذا قول الشيخ[1].

وقال ابن ادريس: يبطل حجّه وعليه قضاؤه[2].

قوله رحمه الله: «ولو أحرم من غير غسل أو صلاة ناسياً تداركه وأعاد الإحرام، وأيّهما المعتبر؟ إشكال».

---

(١) المبسوط: كتاب الحج فصل في ذكر الاحرام... ج ١ ص ٣٦٥.

(٢) السرائر: كتاب الحج باب كيفيّة الحج ج ١ ص ٥٢٩ ـ ٥٣٠.

أقــول: يحتمل أن يكون المعتبر هو الأوّل؛ لأنّه لم يقع فاسداً، ولا منافاة بين أن يكون المعتبر المبرئ للذمّة واستحباب إعادته، كالمنفرد اذا صلّى وحده ثمّ وجد جماعة فانّه يستحبّ له إعادة الفريضة طلباً لفضيلة الجماعة، مع انّه قد برئت ذمّته بالأُولى، ومن أنّ الأمر بالإعادة الدالّ على عدم اعتباره.

قوله رحمه الله: «ولو نوى الإحرام ولم يعيّن لا حجّاً ولا عمرةً أو نواهما معاً فالأقرب البطلان».

أقــول: هنا مسألتان، إحداهما: انّه نوى مطلق الإحرام ولم يعيّن حجّاً ولا عمرةً، والثانية: أحرم بالحجّ والعمرة معاً.

وأقرب القولين عند المصنّف البطلان فيهما.

أمّا الأُولى: فلأنّ الحجّ والعمرة متغايران، ولكلّ واحد منهما أفعال متلقّاة من الشرع، وحكم الإحرام لأحدهما مغاير لحكم الآخر، فلا يتم إلّا بالنيّة ولم يحصل ذلك[1] الإحرام، وصرفه الى أحدهما يستدعي مرجّحاً ولم يثبت حصوله.

وأمّا الثانية: فللنهي عن القران بين النسكين، وهو يدلّ على الفساد.

وخالف الشيخ في ذلك حيث قال في الأُولى في المبسوط: إن كان عليه أحدهما انصرف إليه، وإلّا تخيّر إن كان في أشهر الحجّ واعتمر إن كان في غيرها[2].

وقال في الخلاف في الثانية: لا ينعقد إحرامه إلّا بالحجّ[3].

---

(١) في ج: «وقت».

(٢) المبسوط: كتاب الحج فصل في ذكر كيفيّة الاحرام ج ١ ص ٣١٦.

(٣) الخلاف: كتاب الحج المسألة ٣٠ ج ٢ ص ٢٦٤.

قوله رحمه الله: «والأقرب جواز الحرير للنساء».

أقول: أقرب المذهبين عند المصنّف جواز الإحرام للمرأة في الحرير؛ لأصالة الجواز، ولأنّه يجوز لها أن تصلّي فيه فيجوز الإحرام فيه. أمّا الأُولى فاتفاقية، وأمّا الثانية فلما رواه حريز في الحسن، عن الصادق عليه السلام قال: كلّ ثوب يصلّى فيه فلا بأس أن يحرم فيه[١]. وهذا هو مذهب المفيد ذكره في كتاب أحكام النساء[٢]، ومذهب ابن ادريس[٣].

وقال الشيخ: لايجوز[٤]، وهو اختيار ابن الجنيد[٥].

قوله رحمه الله: «من إحرامه أو إحلاله على إشكال».

أقول: يريد أنّ كلّ من دخل مكّة وجب عليه الإحرام، إلّا من تكرّر دخوله أو دخل بقتال مباح أو سبق له إحرام قبل مضي شهر، وهل الشهر من حين إيقاع الإحرام أو من إحلاله منه، بمعنى انّه لو دخل بعد مضي شهر من حين إحرامه أو أقلّ منه من حين الإحلال هل يجب عليه إنشاء الإحرام أم لا؟ فيه إشكال.

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٧ صفة الاحرام ح ٢٠ ج ٥ ص ٦٦، وسائل الشيعة: ب ١٧ من أبواب الاحرام ح ١ ج ٩ ص ٣٦.

(٢) أحكام النساء «مصنّفات الشيخ المفيد»: باب أحكام النساء في الحج والعمرة ج ٩ ص ٣٥.

(٣) السرائر: كتاب الحج باب ما يجب على المحرم... ج ١ ص ٥٤٢.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب ما يجب على المحرم اجتنابه... ج ١ ص ٤٧٤.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحج المطلب الثاني كيفيّة الاحرام ج ٤ ص ٦١.

ينشأ من إطلاق النصّ المحتمل لكلٍّ منهما، ويعضد احتمال الوجوب عموم النصّ الدالّ على وجوب الإحرام على كلّ داخل خرج منه المتكرّر.

ومن مضى له أقل من شهر منذ أحرم والداخل بقتال مباح فيبقى الباقي داخلاً تحت العموم، ويحتمل عدمه لأصالة براءة الذمّة من الوجوب.

وظاهر كلام الشيخ في المبسوط يدلّ على أنّه من حين إحلاله قال فيه: ولا ينبغي للمتمتّع بالعمرة الى الحجّ أن يخرج من مكّة قبل أن يقضي مناسكها ـ الى قوله: ـ فإن خرج بغير إحرام ثمّ عاد فإن كان عوده في الشهر الذي خرج فيه لم يضرّه أن يدخل مكة بغير إحرام، وان كان عوده إليها في غير ذلك الشهر دخلها محرماً بالعمرة الى الحجّ، وتكون العمرة الأخيرة هي التي يتمتّع بها الى الحجّ[1].

قوله رحمه الله: «ولو أكمل عمرة التمتّع المندوبة ففي وجوب الحجّ إشكال».

أقول: منشأه من أنّه عند الإحلال صار كغيره من المحلّين، فلا يجب عليه الحجّ لأصالة براءة الذمّة، وهو قول ابن ادريس[2].

ومن أنّ عمرة التمتّع كالجزء من الحجّ؛ لقوله عليه السلام: «دخلت العمرة في الحجّ هكذا، وشبك بين أصابعه عليه الصلاة والسلام»[3] فيكون كأنّه قد شرع فيه، والحجّ

---

(١) المبسوط: كتاب الحج فصل في السعي وأحكامه ج ١ ص ٣٦٣.

(٢) السرائر: كتاب الحج باب تفصيل فرائض الحجّ ص ٦١٨.

(٣) تهذيب الأحكام: كتاب الحج ب ٢٦ في الزيادات في فقه الحج قطعة من حديث ١٥٨٨ ج ٥ ص ٤٥٥، وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب أقسام الحج قطعة من حديث ٤ ج ٨ ص ١٥١.

المندوب يجب بالشروع اتفاقاً، ولقوله تعالى: ﴿وأتمّوا الحجّ والعمرة﴾[١] وهو اختيار الشيخ في النهاية[٢]، وقول ابن حمزة[٣]، وابن البرّاج[٤].

قوله رحمه الله: «ويجوز لمن نوى الإفراد مع دخول مكّة الطواف والسعي والتقصير وجعلها عمرة التمتّع ما لم يلبّ، فإن لبّى انعقد إحرامه، وقيل: إنما الاعتبار بالقصد لا بالتلبية».

أقول: القول المحكي بأنّ الاعتبار بالقصد هو مذهب ابن ادريس[٥]، وما ذكره في الكتاب هو اختيار الشيخ رحمه الله في المبسوط[٦].

قوله رحمه الله: «وللمشترط مع الحصر التحلّل بالهدي، وفائدة الشرط جواز التحلّل على رأي».

أقول: يريد انّه يجوز للمحصور اذا كان قد شرط على ربّه أن يحلّه حيث حبسه أن يتحلّل بالهدي ولا يسقط بالشرط، وفائدة الشرط عنده جواز تحلّل

---

(١) البقرة: ١٩٦.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب العمرة المفردة ج ١ ص ٥٥٤.

(٣) الوسيلة: كتاب الحج فصل في بيان العمرة ص ١٩٥.

(٤) المهذّب: كتاب الحج باب ما يتعلّق بالعمرة ج ١ ص ٢٧٢.

(٥) السرائر: كتاب الحج باب كيفيّة الاحرام ج ١ ص ٥٣٦.

(٦) المبسوط: كتاب الحج فصل في ذكر كيفيّة الاحرام ج ١ ص ٣١٦.

المحصور بالهدي، وهو قول الشيخ[١] رحمه الله، ومذهب ابن الجنيد[٢] أيضاً.

وقال السيد رحمه الله: فائدة الشرط سقوط الهدي؛ لأنّه قال ـ عند ايراده قول النبي صلّى الله عليه وآله لضباعة بنت الزبير: حجّي واشترطي وقولي: اللهمّ حلّني حيث حبستني ـ: ولا فائدة لهذا الشرط إلّا التأثير فيما ذكرناه[٣] ـ يعني سقوط الهدي ـ وهو مذهب ابن ادريس[٤].

(١) المبسوط: كتاب الحج فصل في حكم المحصور والمصدود ج ١ ص ٣٣٤.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحج المطلب الثاني في كيفيّة الاحرام ج ٤ ص ٦٥.

(٣) الانتصار: مسائل الحج ص ١٠٥.

(٤) السرائر: كتاب الحج باب حكم المحصور والمصدود ج ١ ص ٦٤٠.

المسائل المتعلّقة بما يحرم على المحرم

قوله رحمه الله: «والأقرب جواز توكيل الجدّ المحرم محلّاً».

أقول: وجه القرب من حيث إنّه لم يوكّل عن نفسه بل عن الصغير، فكأنّ الموكّل هو الصغير الذي لاتعلّق له بالإحرام، وعبارة الجدّ في التوكيل عنه، ولأصالة الجواز.

قوله رحمه الله: «وإقامة على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من أنّ المقصود من كلام الأصحاب في ظاهر النظر تحريم إقامة الشهادة التي وقعت على عقد بين محرم ومحلّ أو محرمين، هكذا ذكره المصنّف على كتاب الأصل حاشية بخطّه.

ومن عموم إطلاق المنع، ولظهور هذا الاحتمال لم يذكره المصنّف في بقية الحاشية.

قوله رحمه الله: «فإن كان المنكر المرأة فالأقرب وجوب المهر كملاً».

أقـول: يريد انّه لو ادّعى الرجل وقوع العقد حالة الإحرام وأنكرت المرأة فالأقرب وجوب المهر كملاً، يريد بذلك مع يمينها وعدم البيّنة.

ووجه القرب انّه قد ثبت مجموع المهر بمجرّد العقد، فلا ينتصف إلّا بالطلاق، فكان لها المطالبة به كملاً.

قوله رحمه الله: «الطيب مطلقاً على رأي».

أقـول: يريد انّه يحرم على المحرم الطيب مطلقاً، وهو قول السيد[١]، والمفيد[٢]، والصدوق في المقنع[٣]، وأبي الصلاح[٤]، وابن حمزة[٥].

وللشيخ أقوال، أحدهما: كما قالوا، ذكره في المبسوط[٦] والاقتصاد[٧]. والثاني: اختصاص التحريم بستة أجناس منه: المسك والعنبر والكافور والعود والزعفران والورس، قاله في النهاية[٨]. والثالث: قوله في التهذيب: المحرّم أربعة: المسك والعنبر والورس والزعفران[٩].

---

(١) جمل العلم والعمل «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثالثة»: كتاب الحج فصل فيما يجتنبه المحرم ص ٦٦.

(٢) المقنعة: كتاب المناسك باب ما يجب على المحرم اجتنابه... ص ٤٣٢.

(٣) المقنع: كتاب الحج ص ٧٢.

(٤) الكافي في الفقه: الفصل الخامس في شروط الحج ص ٢٠٤.

(٥) الوسيلة: كتاب الحج فصل في موجبات الكفّارة ص ١٦٣.

(٦) المبسوط: كتاب الحج فصل فيما يجب على المحرم اجتنابه ج ١ ص ٣١٩.

(٧) الاقتصاد: كتاب الحج فصل في الاحرام... ص ٣٠١.

(٨) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب ما يجب على المحرم اجتنابه... ج ١ ص ٤٧٣.

(٩) تهذيب الأحكام: ب ٢٤ ما يجب على المحرم اجتنابه... ح ٣٧ ج ٥ ص ٣٠٤.

وقال ابن البرّاج: المحرّم خمسة: المسك والكافور والعنبر والعود والزعفران[١].

قوله رحمه الله: «الاكتحال بالسواد على رأي».

أقول: يريد انّه يحرم على المحرم أيضاً، وهو قول المفيد[٢]، وسلّار[٣]، وابن ادريس[٤]، وأحد قولي الشيخ ذكره في النهاية[٥]، والمبسوط[٦]. والقول الآخر: انّه مكروه، ذكره في الخلاف[٧].

قوله رحمه الله: «النظر في المرآة على رأي».

أقول: يريد تحريمه على المحرم أيضاً، وهو قول أبي الصلاح[٨]، وابن ادريس[٩]، وقول الشيخ في النهاية[١٠] والمبسوط[١١].

وقال في الخلاف: هو مكروه[١٢]، وهو اختيار ابن البرّاج[١٣].

---

(١) المهذّب: كتاب الحج باب ما ينبغي للمحرم اجتنابه ج ١ ص ٢٢٠.

(٢) المقنعة: كتاب المناسك باب ما يجب على المحرم اجتنابه ص ٤٣٢.

(٣) المراسم: كتاب الحج في ذكر الكف ص ١٠٦.

(٤) السرائر: كتاب الحج باب ما يجب على المحرم اجتنابه... ج ١ ص ٥٤٦.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب الحجّ باب ما يجب على المحرم اجتنابه... ج ١ ص ٤٧٧.

(٦) المبسوط: كتاب الحج فصل فيما يجب على المحرم اجتنابه ج ١ ص ٣٢١.

(٧) الخلاف: كتاب الحج المسألة ١٠٦ ج ٢ ص ٣١٣.

(٨) الكافي في الفقه: الفصل الخامس في شروط الحج ص ٢٠٣.

(٩) السرائر: كتاب الحج باب ما يجب على المحرم اجتنابه ج ١ ص ٥٤٦.

(١٠) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب ما يجب على المحرم اجتنابه ج ١ ص ٤٧٧.

(١١) المبسوط: كتاب الحج فصل فيما يجب على المحرم اجتنابه ج ١ ص ٣٢١.

(١٢) الخلاف: كتاب الحج المسألة ١١٩ ج ٢ ص ٣١٩.

(١٣) المهذّب: كتاب الحج باب ما ينبغي للمحرم اجتنابه ج ١ ص ٢٢١.

قوله رحمه الله: «إخراج الدم اختياراً على رأي».

أقول: هذا أيضاً محرّم عنده على المحرم، وهو قول السيد[١]، والمفيد[٢]، وسلّار[٣]، وأبي الصلاح[٤]، وابن البرّاج[٥]، وابن ادريس[٦].

وللشيخ قولان، أحدهما: مثل ذلك، قاله في النهاية[٧] والمبسوط[٨]. والآخر: انّه مكروه، ذكره في الخلاف[٩].

قوله رحمه الله: «والأقرب اختصاص المنع بهذه الصيغة».

أقول: وجه القرب الاتفاق بين الأصحاب على تفسير الجدال بأنّه هو قول: لا والله وبلى والله، فيكون التحريم مقصوراً عليها، ولأصالة الإباحة فيما عداها.

قوله رحمه الله: «وفي دفع الدعوى الكاذبة إشكال».

---

(١) جمل العلم والعمل «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثالثة»: كتاب الحج فيما يجتنبه المحرم ص ٦٦.

(٢) المقنعة: كتاب المناسك باب ما يجب على المحرم اجتنابه ص ٤٣٢.

(٣) المراسم: كتاب الحج في ذكر الكف ص ١٠٦.

(٤) الكافي في الفقه: الفصل الخامس في شروط الحج ص ٢٠٤.

(٥) شرح جمل العلم والعمل: كتاب الحج ص ٢١٥.

(٦) السرائر: كتاب الحج باب ما يجب على المحرم اجتنابه ج ١ ص ٥٤٧.

(٧) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب ما يجب على المحرم اجتنابه ج ١ ص ٤٧٩.

(٨) المبسوط: كتاب الحج فصل فيما يجب على المحرم اجتنابه ج ١ ص ٣٢١.

(٩) الخلاف: كتاب الحج المسألة ١١٠ ج ٢ ص ٣١٥ وفيه: «يكره للمحرم أن يحتجم».

أقـول: منشأه عموم التحريم المتناول بصورة الفرض.

ومن حصول الضرر على تقدير المنع منها حينئذٍ؛ لاحتمال أن تكـون الدعـوى عليه كذباً بما يستعرف مآله، وهو منفي بقوله عليه السلام: «لاضرر ولا إضرار»[١].

قوله رحمه الله: «ولا يشـقّهما لو اضـطرّ عـلى رأي».

أقـول: يريد انّه لو اضطرّ الى لبس الخفّين جاز لبسهما، ولا يجب عليه شقّهما، وهو قول ابن ادريس[٢].

وقال الشيخ: يشقّهما[٣].

قوله رحمه الله: «الحناء للزينة على رأي».

أقـول: يريد انّه يحرم على المحرم أيضاً الحناء للزينة.

وقال الشيخ: يكره[٤].

قوله رحمه الله: «لبس السـلاح اخـتياراً عـلى رأي».

أقـول: يريد انّه يحرم على المحرم أيضاً لبس السلاح، اختياراً وهو قول أكثر

---

(١) من لايحضره الفقيه: باب ميراث أهل الملل ح ٥٧١٨ ج ٤ ص ٣٣٤.

(٢) السرائر: كتاب الحج باب ما يجب على المحرم اجتنابه... ج ١ ص ٥٤٣.

(٣) المبسوط: كتاب الحج فيما يجب على المحرم اجتنابه ج ١ ص ٣٢٠.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب ما يجب على المحرم اجتنابه... ج ١ ص ٤٧٧.

علمائنا، ذكره الشيخ في المبسوط[١] والنهاية[٢]، واختاره ابن البرّاج[٣]، وأبو الصلاح[٤]، وابن حمزة[٥]، وابن ادريس[٦]. ونقل عن بعض الفقهاء انّه مكروه[٧]، واختاره ابن سعيد[٨].

قوله رحمه الله: «البدأة بالحجر الأسود، فلو بدأ بغيره لم يعتدّ بذلك الشوط الى أن ينتهي الى أوّل الحجر، فمنه يبتدئ الاحتساب إن جدّد النيّة عند الإتمام مع احتمال البطلان».

أقول: المقصود من الإتمام هنا إكمال الشوط الناقص بحيث لايجعل المبدأ[٩] منتهى، فيبتدئ بالطواف منه ثمّ يأتي الى الحجر لاشتماله على زيادة الشوط. هذا بعينه صورة المكتوب حاشيةً على النسخة الأصلية التي بخطّ المصنّف.

وأقول: هذا الاشكال والاحتياج الى هذا التفسير المحتاج الى شرح طويل

---

(١) المبسوط: كتاب الحج فصل فيما يجب على المحرم اجتنابه ج ١ ص ٣٢٢.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب ما يجب على المحرم اجتنابه... ج ١ ص ٤٧٩.

(٣) المهذّب: كتاب الحج باب ما ينبغي للمحرم اجتنابه ج ١ ص ٢٢١.

(٤) الكافي في الفقه: الفصل الخامس في شروط الحج ص ٢٠٣.

(٥) الوسيلة: كتاب الحج فصل في بيان موجبات الكفّارة ص ١٦٢.

(٦) السرائر: كتاب الحج باب ما يجب على المحرم اجتنابه... ج ١ ص ٥٤٨.

(٧) قاله العلّامة في تحرير الأحكام: كتاب الحج المقصد الحادي عشر في تروك الاحرام ج ١ ص ١١٥.

(٨) شرائع الاسلام: كتاب الحج في تروك الاحرام ج ١ ص ٢٥١.

(٩) في ج: «المبتدئ».

انّما هو بسبب قوله: «الاتمام» فكان يغني عنه أن يقال: جدّد النيّة عنده ـ أي عند الحجر ـ لابتداء الطواف، ويحتمل البطلان؛ لانّه يجب عليه البدأة بالحجر الأسود، وقد ابتدأ بغيره فيكون باطلاً.

قوله رحمه الله: «والمشي والاقتصاد فيه بالسكينة على رأي، ويرمّل ثلاثاً ويمشي أربعاً في طواف القدوم على رأي».

أقول: قد أشار المصنّف رحمه الله الى قول أصحابنا في الاقتصاد في الطواف مطلقاً، أي سواء كان طواف القدوم أو غيره أو الاقتصاد فيما عداه، وفيه يرمّل ثلاثاً ويمشي أربعاً.

فالأوّل ـ أعني استحباب الاقتصاد فيه مطلقاً ـ هو قول الشيخ في النهاية[١]، وقول أبي الصلاح[٢]، وابن ادريس[٣].

والقول الثاني ـ وهو أن يرمّل ثلاثاً ويمشي أربعاً في طواف القدوم خاصّة ـ وهو قول الشيخ رحمه الله في المبسوط؛ لأنّه قال: يستحبّ أن يرمّل ثلاثاً ويمشي أربعاً في الطواف، هذا في طواف القدوم فحسب اقتداءً بالنبي صلّى الله عليه وآله؛ لأنّه كذا فعل[٤].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب دخول مكّة والطواف بالبيت ج ١ ص ٥٠٣.

(٢) الكافي في الفقه: الفصل الرابع في أحكام الحج ص ١٩٤.

(٣) السرائر: كتاب الحج باب دخول مكّة والطواف بالبيت ج ١ ص ٥٧٢.

(٤) المبسوط: كتاب الحج فصل في دخول مكّة... ج ١ ص ٣٥٦.

قوله رحمه الله: «وقيل: لا كفّارة إلّا على من واقع بعد الذكر».

أقول: القول الذي حكاه المصنّف ـ وهو وجوب عدم الكفّارة على من نسي طواف الزيارة حتى رجع الى أهله وواقع ـ هو قول ابن ادريس فانّه قال: نعم يجب عليه الرجوع الى مكّة وقضاء طواف الزيارة[١].

والذي اختاره المصنّف من وجوب الكفّارة ـ أعني البدنة ـ هو قول الشيخ في النهاية[٢] والمبسوط[٣].

قوله رحمه الله: «ولو نذر الطواف على أربع فالأقوى بطلان النذر».

أقول: أقوى المذهبين عند المصنّف بطلان النذر، وهو قول ابن ادريس[٤].

خلافاً للشيخ حيث قال في النهاية: يلزمه طوافان: طواف ليديه وطواف لرجليه[٥].

ووجه القرب انّ الطواف عبادة، وكيفيّتها متلقّاة من الشارع، ولم يتعبّد بمثل ذلك، فلا ينعقد نذره. ولقوله عليه السلام: «خذوا عنيّ مناسككم»[٦] فيجب القيام

---

(١) السرائر: كتاب الحج باب دخول مكّة... ج ١ ص ٥٧٤.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب دخول مكّة... ج ١ ص ٥٠٦.

(٣) المبسوط: كتاب الحج فصل في دخول مكّة... ج ١ ص ٣٥٩.

(٤) السرائر: كتاب الحج باب دخول مكّة... ج ١ ص ٥٧٦.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب دخول مكّة... ج ١ ص ٥٠٨.

(٦) عوالي اللآلي: الفصل الرابع ح ٧٣ ج ١ ص ٢١٥.

فيه كما قام. ولقوله عليه السلام: «الطواف بالبيت صلاة»[١] فيجب القيام فيه؛ لأنّ المراد امّا انّه صلاة حقيقةً أو حكمة حكمها، وعلى التقديرين فيجب فيها القيام.

قوله رحمه الله: ولو ظنّ المتمتع إكماله في العمرة فأحلّ وواقع ثمّ ذكر النقص أتمه، وكفّر ببقرة على رواية».

أقول: الرواية هي ما رواه عبدالله بن مسكان في الموثّق قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل طاف بين الصفا والمروة ستة أشواط وهو يظنّ انّها سبعة فذكر بعدما أحلّ وواقع النساء انّه انّما طاف ستة أشواط، فقال: عليه دم بقرة يذبحها ويطوف شوطاً آخر[٢].

واعلم أنّ المفيد رحمه الله أفتى بمضمون هذه الرواية[٣].

وقال الشيخ في النهاية[٤] في باب الكفّارات والمبسوط[٥]: لا كفّارة عليه.

وقال ـ أعني الشيخ أيضاً ـ في باب السعي منهما: من سعى أقل من سبع مرات ناسياً وانصرف ثمّ ذكر أنّه نقص منه شيئاً رجع فتمّم ما نقص منه، فان لم يعلم كم

---

(١) عوالي اللآلي: الفصل التاسع ح ٧٠ ج ١ ص ٢١٤.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ١٠ الخروج الى الصفا ح ٣٠ ج ٥ ص ١٥٣، وسائل الشيعة: ب ١٤ من أبواب السعي ح ٢ ج ٩ ص ٥٢٩.

(٣) المقنعة: كتاب الحج باب الكفّارة عن خطأ المحرم... ص ٤٣٤.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب ما يجب على المحرم من الكفّارة... ج ١ ص ٤٩٦.

(٥) المبسوط: كتاب الحج فصل في ذكر ما يلزم المحرم من الكفّارة... ج ١ ص ٣٣٧.

نقص منه كان عليه دم بقرة وإتمام ما نقص من السعي[١].

قوله رحمه الله: «ولو ترك التقصير حتى أهلّ بالحجّ سهواً صحّت متعته ولا شيء عليه، وروي شاة».

أقول: الرواية التي أشار المصنّف إليها هي ما رواه اسحاق بن عمار قال: قلت لأبي ابراهيم عليه السلام: الرجل يتمتّع فينسى أن يقصّر حتى يهلّ بالحجّ، فقال: عليه دم يهريقه[٢].

واختار العمل بمضمونها الشيخ[٣]، وعلي بن بابويه[٤]، وابن البرّاج[٥]. وما اختاره المصنّف مذهب ابن ادريس[٦]، وسلّار[٧].

قوله رحمه الله: «وعمداً تصير حجّته مفردةً على رأي، ويبطل الثاني على رأي».

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب السعي بين الصفا والمروة ج ١ ص ٥١٣، والمبسوط: كتاب الحج فصل في السعي وأحكامه ج ١ ص ٣٦٢ وليس فيهما: «كان عليه دم بقرة».

(٢) تهذيب الأحكام: ب ١٠ الخروج الى الصفا ح ٥٢ ج ٥ ص ١٥٨ ـ ١٥٩، وسائل الشيعة: ب ٥٤ من أبواب الاحرام ح ٦ ج ٩ ص ٧٣ ـ ٧٤.

(٣) تهذيب الأححام: ب ١٠ الخروج الى الصفا ذيل الحديث ٥١ ج ٥ ص ١٥٨.

(٤) نقله عنه في ايضاح الفوائد: كتاب الحج الفصل الرابع في التقصير ج ١ ص ٣٠٣.

(٥) المهذّب: كتاب الحج باب ما ينبغي للمحرم اجتنابه ج ١ ص ٢٢٥ وباب التقصير بعد... ص ٢٤٢.

(٦) السرائر: كتاب الحج باب الحلق والتقصير ج ١ ص ٦٠١.

(٧) المراسم: كتاب الحج في ذكر النسيان من أفعال الحج ص ١٢٤.

أقـول: يريد لو كان إحرامه بالحجّ قبل التقصير عامداً ففيه قولان:

أحدهما: تبطل متعته وتصير حجّته مفردة، وهو قول الشيخ[١].

والآخر: يبطل الإحرام الثاني دون المتعة، وهو قول ابن ادريس[٢].

قوله رحمه الله: «وتاركه عمداً يبطل حـجّه لا ناسياً على رأي».

أقـول: لا خلاف في بطلان الحجّ إن ترك الإحرام عامداً، أمّا النـاسي فـفيه قولان تقدّما.

قوله رحمه الله: «فيجب ما يجب على المحرم من الكفّارة على إشكال».

أقـول: هذا تفريع على قول من قال: إنّه لو ترك الإحرام ناسياً حتى أكـمل مناسكه لم يبطل حجّه، وهو انّه اذا فعل ما يجب بفعله الكفّارة على المحرم هل تلزمه الكفّارة؟ فيه إشكال.

ينشأ من أنّه ليس بمحرم، والكفّارة بذلك انّما تلزم المحرم.

ومن أنّه بحكم المحرم، ولهذا حكم بصحّة حجّه، ومن جمـلة أحكـامه وجـوب الكفّارة بذلك.

قوله رحمـه الله: «ولايجـوز له الطـواف بـعد

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب كيفيّة الاحرام ج ١ ص ٤٧١.

(٢) السرائر: كتاب الحج باب السعي وأحكامه ج ١ ص ٥٨٠ ـ ٥٨١.

الإحرام حتى يرجع من منى، فإن طاف ساهياً لم ينتقض إحرامه، قيل: ويجدّد التلبية ليعقد بها الإحرام».

أقول: القول الذي أشار إليه المصنّف بتجديد التلبية هو قول الشيخ[١]، وابن حمزة[٢].

خلافاً لابن ادريس فانّه قال: لايلزمه تجديد التلبية وإحرامه منعقد[٣].

قوله رحمه الله: «ولو أدرك الاضطراريين فالأقرب الصحّة».

أقول: وجه القرب إقامة الاضطراريين مقام الاختياريين، فكان مدركها مدرك للحجّ كما يدركه ببدلها.

قوله رحمه الله: «ومع الضرورة يجب الصوم على رأي».

أقول: يريد لايجزئ الهدي الواحد في الواجب إلّا عن واحدٍ، ومع الضرورة ينتقل فرضه الى الصوم، وهو قول ابن ادريس[٤].

وقال الشيخ: يجزئ عن سبعة وعن سبعين اذا كانوا أهل خوان واحد[٥].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب الاحرام للحج ج ١ ص ٥١٧ ـ ٥١٨.

(٢) الوسيلة: كتاب الحج فصل في بيان الاحرام... ص ١٧٧.

(٣) السرائر: كتاب الحج باب الاحرام بالحج ج ١ ص ٥٨٤.

(٤) السرائر: كتاب الحج باب الذبح ج ١ ص ٥٩٥.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب الذبح ج ١ ص ٥٢٨.

وقال المفيد: تجزئ البقرة عن خمسة اذا كانوا أهل بيت[١]. وأطلق سلّار انّها تجزئ عن خمسة[٢].

قوله رحمه الله: «فإن وجد وقت الذبح فالأقرب وجوبه».

أقول: يريد لو كان معسراً عن الهدي فقدّم صوم الثلاثة من أوّل ذي الحجة ثمّ وجد الهدي وقت الذبح فالأقرب وجوب الهدي؛ لأنّ جواز تقديم الصوم إنّما كان بناءً على ظنّه الفاسد، وقد ظهر بطلانه، وهو قادر على ذبح ما وجب عليه في وقته.

قوله رحمه الله: «ولو مات مَن وجب عليه الصوم قبله صام الولي وجوباً العشرة على رأي».

أقول: خالف في ذلك ابن حمزة فانّه قال: يصوم الثلاثة[٣].

وظاهر كلام محمد بن بابويه يدلّ على عدم وجوب شيء منها؛ لأنّه قال: وروى صفوان، عن معاوية بن عمار، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: من مات ولم يكن له هدي المتعة فليصم عنه وليه. انّ هذا على الاستحباب لا الوجوب[٤].

---

(١) المقنعة: كتاب المناسك باب في الذبح والنحر ص ٤١٨.

(٢) المراسم: كتاب الحج في ذكر الذبح ص ١٤٤.

(٣) الوسيلة: كتاب الحج في نزول منى... ص ١٨٢.

(٤) من لايحضره الفقيه: باب ما يجب من الصوم على المتمتع... ح ٣٠٩٧ وذيله ج ٢ ص ٥١٠.

قوله رحمه الله: «والأقوى وجوب الأكل».

أقول: أقوى المذهبين عند المصنّف وجوب الأكل من الهدي؛ لقوله تعالى: ﴿فكلوا منها﴾[١] والأمر يقتضي الوجوب، وهو قول ابن ادريس[٢].

وظاهر كلام الشيخ يدلّ على استحباب الأكل؛ لأنّه قال: ومن السنّة أن يأكل منها[٣]، وكذا ابن البرّاج فانّه قال: وينبغي أن يقسم ثلاثة أقسام يأكل أحدها[٤].

قوله رحمه الله: «ولا يتعيّن عليهما على رأي».

أقول: يريد لا يتعيّن على الصرورة والملبّد الحلق، بل يكون كلّ منهما مخيّراً بينه وبين التقصير كغيرهما، وهو قول الشيخ في الجمل[٥]، وقول ابن البرّاج[٦]، وابن ادريس[٧].

والقول الآخر للشيخ: انّه يتعيّن عليهما الحلق[٨]، وبه قال ابن الجنيد[٩]، وابن حمزة[١٠].

---

(١) الحج: ٣٦.

(٢) السرائر: كتاب الحج باب الذبح ج ١ ص ٥٩٨.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب الذبح ج ١ ص ٥٣١.

(٤) المهذّب: كتاب الحج باب أحكام الهدي... ج ١ ص ٢٥٩.

(٥) الجمل والعقود: كتاب الحج فصل في نزول منى... ص ١٤٨.

(٦) المهذّب: كتاب الحج باب الحلق ج ١ ص ٢٥٩.

(٧) السرائر: كتاب الحج باب الحلق والتقصير ج ١ ص ٦٠٠ ـ ٦٠١.

(٨) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب الحلق والتقصير ج ١ ص ٥٣٢ ـ ٥٣٣.

(٩) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحج المطلب الثالث في الحلق ج ٤ ص ٢٩٢.

(١٠) الوسيلة: كتاب الحج في نزول منى... ص ١٨٦.

قوله رحمه الله: «ويحرم الحلق وفي إجزائه نظر».

أقول: يريد انّه يتعيّن على المرأة التقصير ويحرم عليها الحلق، فإن فعلت ففي إجزائه نظر.

ينشأ من انّه يحرم فلا يقع مجزئاً عن الواجب.

ومن اشتماله على التقصير الواجب فكان مجزئاً.

قوله رحمه الله: «فاذا حلق أو قصّر أحلّ من كلّ شيء إلّا الطيب والنساء والصيد على إشكال».

أقول: الإشكال راجع الى الصيد خاصّة، ومنشأ الإشكال انّ الصيد قد كان حراماً عليه من وقت إحرامه، فيبقى الى أن يتحلّل منه بالكلّية، عملاً بعموم قوله تعالى: ﴿لاتقتلوا الصيد﴾[1].

ومن رواية عمر بن يزيد، عن الصادق عليه السلام انّه قال: اعلم إنّك إذا حلقت رأسك فقد حلّ لك كلّ شيء إلّا النساء والطيب[2].

قوله رحمه الله: «ويحرم على المرأة الرجل لو تركته على إشكال».

---

(١) المائدة: ٩٥.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ١٧ من كتاب الحج ح ٢٤ ج ٥ ص ٢٤٥، وسائل الشيعة: ب ١٣ من أبواب الحلق والتقصير ح ٤ ج ١٠ ص ١٩٣.

أقـول: ينشأ من أنّ وجوبه مشترك بين الرجال والنساء فيشتركان في حكمه ـ أعني كونه محلّلاً في حقّهما ـ وهو اختيار علي بن بابويه[١].

ومن أصالة الإباحة، خرج منه الرجل؛ لوقوع الاتفاق عليه، فتبقى المرأة على الأصل.

وقال المصنّف في خلافه: وفيه إشكال؛ لعدم الظفر بدليل يدلّ عليه[٢].

قوله رحمه الله: «وهل يشترط مغايرته لما يأتي به من طواف النساء في إحرام آخر؟ إشكال».

أقـول: يريد لو فاته طواف النساء فحجّ أو اعتمر بعد ذلك فهل يجب عليه طوافان للنساء أو يكتفي بطواف النساء في الإحرام الآخر؟ إشكال.

ينشأ من احتمال عدم الاشتراط للأصل، ولأنّ عقد طواف النساء في إحرام آخر يقتضي حلّ النساء له فيسقط به.

ومن وجوبه في ذمّته، فلا يبرأ إلّا بفعله؛ لأصالة بقاء الوجوب، ولوجوب تغاير السبب بتغاير المسبّب.

قوله رحمه الله: «ويحرم على المميّز النساء بعد بلوغه لو تركه على إشكال».

أقـول: منشأه من صدق اخلاله بطواف النساء المقتضي لتحريمهنّ عليه.

ومن انّ تركه للطواف كان في حالة عدم التكليف فلا يتعلّق به حكم.

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحج المطلب الثالث في الحج ج ٤ ص ٣٠١.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب الحج المطلب الثالث في الحلق ج ٤ ص ٣٠١.

قوله رحمه الله: «ورفع بناء فوق الكعبة على رأي».

أقول: خالف الشيخ في ذلك حيث قال: لايجوز[١].

قوله رحمه الله: «ومنع الحاجّ دور مكّة على رأي».

أقول: يريد بذلك ويكره أيضاً منع الحاجّ من سكنى دور مكّة، وخالف الشيخ أيضاً في ذلك حيث قال: يحرم[٢].

قوله رحمه الله: «ولو استطاع لحجّ الإفراد دون عمرته فالأقرب وجوبه خاصّة».

أقول: وجه القرب انّهما واجبان في حقّه لا تلازم بينهما، فلا يلزم من وجوب

---

(١) راجع النهاية ونكتها: كتاب الحج باب آخر من فقه الحج ج ١ ص ٥٥٨، والمبسوط: كتاب الحج فصل في الزيادات من فقه الحج ج ١ ص ٣٨٤، حيث قال فيهما: «ولاينبغي لأحد أن يرفع بناءً فوق الكعبة» مشعراً بالكراهية. ونقل عنه الحرمة فخر المحققين في ايضاح الفوائد: ج ١ ص ٣١٩ من كتاب الحج بقوله: «حرّمه الشيخ لمناسبة التعظيم». وقال الفاضل الهندي في كشف اللثام: كتاب الحج ج ١ ص ٣٨٤: «وعن الشيخ وابن ادريس الحرمة ولم أره في كلامهما».

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب آخر من فقه الحج ج ١ ص ٥٥٧، والمبسوط: كتاب الحج فصل في الزيادات من فقه الحج ج ١ ص ٣٨٤. وفيهما: «ولاينبغي أن يمنع الحاج شيئاً من دور مكّة» مشعراً بالكراهية. ونقل عنه الحرمة في ايضاح الفوائد: ج ١ ص ٣١٩ من كتاب الحج بقوله: «حرمه الشيخ».

الحج وجوب العمرة، فإن الاستطاعة شرط بمقتضى الآية[١]، وهي غير متحقّقة بالنسبة الى العمرة.

قوله رحمه الله: «ولو كانت عمرة الاسلام أو النذر ففي النقل إشكال».

أقول: يريد هل يجوز لمن اعتمر مفردة عمرة الاسلام أو بالنذر فنقلها الى التمتع؟ فيه إشكال».

ينشأ من انّه عدول الى الأفضل فكان جائزاً.

ومن انّها ليست فرضه.

قوله رحمه الله: «والعقد على إشكال».

أقول: يريد انّ طواف النساء واجب في العمرة المفردة على كلّ معتمر، بالغاً كان أو صبياً، صحيحاً أو خصياً، فيحرم على الخصي التلذّذ لو تركه، وهل يحرم العقد لو ترك المعتمر طواف النساء؟ فيه إشكال».

ينشأ من أصالة الإباحة، خرج منه الوطء اتفاقاً، فيبقى العقد على أصل الإباحة.

ومن إطلاق تحريم النساء، وهو يتناول العقد كما يتناول الوطء، فلا يختصّ بأحدهما دون الآخر.

قوله رحمه الله: «واختلف في الزمان بين العمرتين فقيل: سنة».

---

(١) آل عمران: ٩٧.

أقـول: هذا اختيار ابن أبي عقيل فانّه قال: لا تجوز عمرتان في عام واحـد. وقد تأوّل بعض الشيعة هذا الخبر على معنى الخـصوص، فـزعمت انّهـا في التمـتع خاصّة، فأمّا في غيرها فله أن يعتمر في أيّ الشهور شاء وكم شاء في العمر، قال: فإن كان ما تأوّلوه موجوداً في التوقيف عن السادة آل الرسول عليهم السلام فمأخوذ به، فإن كان غير ذلك من جهة الاجتهاد والظنّ فذلك مردود عليهم، وراجع في ذلك كلّه الى ما قاله الأئمة عليهم السلام[١].

قوله رحمه الله: «وقيل: شهراً».

أقـول: هذا ظاهر قول الشيخ في النهاية قال فيها: يستحبّ أن يعتمر في كلّ شهر[٢]، وكذا ابن حمزة[٣]، واختاره المصنّف في خلافه[٤].

قوله رحمه الله: «وقيل: عشرة أيام».

أقـول: هذا قول ابن الجنيد[٥]، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[٦] والخلاف[٧].

قوله رحمه الله: «وقيل: بالتوالي».

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحج الفصل الرابع في العمرة ج ٤ ص ٣٥٩.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب العمرة المفردة ج ١ ص ٥٥٤.

(٣) الوسيلة: كتاب الحج فصل في بيان العمرة ص ١٩٦.

(٤) مختلف الشيعة: كتاب الحج الفصل الرابع في العمرة ج ٤ ص ٣٦٢.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحج الفصل الرابع في العمرة ج ٤ ص ٣٥٩.

(٦) المبسوط: كتاب الحج فصل في شرائط وجوب الحج والعمرة ج ١ ص ٣٠٤.

(٧) الخلاف: كتاب الحج المسألة ٢٦ ج ٢ ص ٢٦٠.

أقــول: هذا قول السيد المرتضى رحمه الله[١]، وتبعه ابن ادريس[٢].

قوله رحمه الله: «وهل يكفي هدي السياق عن هدي التحلّل؟ الأقوى ذلك مع ندبه».

أقــول: اختلف الأصحاب في انّه هل يكفي المحصر بالمرض هدي السياق عن هدي التحلّل؟ على أقوال ثلاثة:

أحدها: الإجزاء مطلقاً، وهو قول الشيخ[٣]، وسلّار[٤]، وأبي الصلاح[٥]، وابن البرّاج[٦].

الثاني: وجوب آخر مطلقاً، وهو قول ابن بابويه[٧].

الثالث: التفصيل، وهو انّه إن كان الذي ساقه واجباً عليه بشيء من الأسباب الموجبة لم يجزئ، وان كان مندوباً أجزأ، وهو قول ابن الجنيد[٨]. والمصنّف لم يتعرّض هنا بقسم الواجب بالتصريح، بل قوله: «الأقوى ذلك مع ندبه» يدلّ بمفهومه على عدم الإجزاء مع الوجوب، ووجه القوّة في ذلك. أمّا الإجزاء مع الندب فلعموم قوله

---

(١) المسائل الناصريات «الجوامع الفقهية»: كتاب الحج المسألة ١٣٩ ص ٢٤٤.

(٢) السرائر: كتاب الحج باب العمرة المفردة ج ١ ص ٦٣٤.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب المحصور والمصدود ج ١ ص ٥٥٤ ـ ٥٥٥.

(٤) المراسم: كتاب الحج في ذكر أقسام الحجاج ص ١١٨.

(٥) الكافي في الفقه: باب حقيقة الحج ص ٢١٨.

(٦) المهذّب: كتاب الحج باب الصد والاحصار ج ١ ص ٢٧٠.

(٧) من لايحضره الفقيه: باب المحصور والمصدود ذيل الحديث ٣١٠٤ ج ٢ ص ٥١٤.

(٨) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحج الفصل الثالث في المحصور والمصدود ج ٤ ص ٣٤٧.

تعالى: ﴿فما استيسر من الهدي﴾[١] فأمّا عدمه مع الوجوب فلوجوب تعدّد المسبّب عند تعدّد السبب.

قوله رحمه الله: «ولا بدل له على إشكال».

أقول: المراد بذلك انّه مع العجز عن الهدي لايجوز له أن يتحلّل؛ لأنّه لا طريق له الى التحلّل إلّا بالهدي؛ لأنّه لا بدل له، وهو قول الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: واذا لم يجد الهدي ولا يقدر على ثمنه لايجوز له التحلّل، بل يبقىٰ على إحرامه حتى يهدي، ولايجوز له أن ينتقل الى بدل من الصوم أو الإطعام؛ لانّه لا دليل على ذلك[٢].

وقال ابن الجنيد في المصدود: ومن لم يمكنه ولا معه هدي أحلّ اذا صدّ، ولم يكن عليه دم. وقال في المحصور: وان لم يكن للهدي مستطيعاً أحلّ؛ لأنّه ممّن لم يتيسّر له الهدي[٣]. وقد ظهر ممّا قلناه منشأ الإشكال الذي أشار إليه المصنّف.

قوله رحمه الله: «أو يعلم الفوات على إشكال».

أقول: يريد لو كان للمصدود طريق آخر غير موضع الصدّ أطول منه ونفقته وافية لسلوكه لكن يعلم المصدود أنه لو سلكه فاته الحجّ فهل له التحلّل بالهدي أو يجب الصبر حتى يتحقّق الفوات؟ فيه إشكال.

---

(١) البقرة: ١٩٦.

(٢) المبسوط: كتاب الحج فصل في حكم المحصور والمصدود ج ١ ص ٣٣٣.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحج الفصل الثالث في المحصور والمصدود ج ٤ ص ٣٥١ وص ٣٥٦.

ينشأ من انّ البقاء على الإحرام لافائدة فيه؛ لحصول العلم بعدم إدراك الحجّ لو أقام عليه، فكان بمنزلة من لا طريق له غير موضع الصدّ، فجاز له التحلّل بالهدي.

ومن عموم وجوب البقاء على الإحرام خرج منه المحصور لقوله تعالى: ﴿فان أُحصرتم فما استيسر من الهدي﴾[١] فبقي الباقي مندرجاً تحت عموم البقاء على الإحرام، ولقوله تعالى: ﴿ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهديُ محلّه﴾[٢] وقد تحقّق الفوات فتحلّل بعمرة، ولا يلزمه بهدي.

واعلم انّ الشيخ علي بن بابويه أوجب عند الفوات على المتمتّع الأمرين: الهدي والعمرة، فقال: ولو انّ رجلاً حبسه سلطان جائر بمكّة ـ الى قوله: ـ وإن خلّى عنه يوم النحر بعد الزوال فهو مصدود عن الحجّ إن كان دخل مكّة متمتّعاً بالعمرة الى الحجّ فليطف بالبيت اسبوعاً ويسعى اسبوعاً ويحلق رأسه ويذبح شاة، وإن كان مفرداً للحجّ فليس عليه الذبح[٣].

قوله رحمه الله: «ويجوز التحلّل من غير هدي مع الاشتراط على رأي».

أقول: قد تقدّم البحث في المحصر مع الاشتراط، أمّا المصدود إن كان قد اشترط هل يجب عليه التحلّل بالهدي أو يسقط عنه؟ قال السيد المرتضى: لا هدي عليه، فانّه قال: المحرم اذا اشترط جاز له أن يتحلّل عند العوائق من مرض وغيره

---

(١) البقرة: ١٩٦.

(٢) البقرة: ١٩٦.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحج الفصل الثالث في المحصور والمصدود ج ٤ ص ٣٥٦.

بغير دم[١]، وهو اختيار المصنّف في الكتاب، ومذهب ابن ادريس[٢].

وقال الشيخ في المبسوط[٣] والخلاف[٤]: لابدّ من الهدي ونيّة التحلّل.

قوله رحمه الله: «لو صدّ عن مكّة بعد الموقفين فإن لحق الطواف والسعي في ذي الحجّة صحّ حجّه، وإلّا وجب عليه الرجوع من قابل لأداء باقي المناسك، ولو لم يدرك سوى الموقفين فاشكال».

أقول: ينشأ من احتمال إدراك الحجّ، كما اختاره ابن حمزة[٥]؛ لقوله صلّى الله عليه وآله: «الحجّ عرفة»[٦].

ومن احتمال عدمه، كما قاله الشيخ في المبسوط[٧]؛ لأنّه لم يستوف أركان الحجّ من الطواف والسعي.

قوله رحمه الله: «لو أفسد فصدّ فتحلّل وجبت بدنة الإفساد ودم التحلّل والحجّ من قابل، فان

---

(١) الانتصار: مسائل الحج ص ١٠٤ ـ ١٠٥.

(٢) السرائر: كتاب الحج باب في حكم المحصور والمصدود ج ١ ص ٦٤٠.

(٣) المبسوط: كتاب الحج فصل في حكم المحصور والمصدود ج ١ ص ٣٣٤.

(٤) الخلاف: كتاب الحج المسألة ٣٢٤ ج ٢ ص ٤٣١.

(٥) الوسيلة: كتاب الحج فصل في بيان أحكام المحصر والمصدود ص ١٩٤.

(٦) عوالي اللآلي: باب الحج ح ٥ ج ٢ ص ٢٣٦.

(٧) المبسوط: كتاب الحج فصل في حكم المحصور والمصدود ج ١ ص ٣٣٥.

قلنا: الأُولى حجّة الاسلام لم يكف الواحد، وإلّا فإشكال».

أقول: منشأه احتمال الاكتفاء بالقضاء مرة واحدة على تقدير القول بأنّ الأُولى حجّة العقوبة؛ لأنّ الأُولى سقطت بالتحلّل وقد حجّ الاسلام في المستقبل، فلا تجب أُخرى.

ومن انّه وجب عليه بالتحلّل قضاء ما تحلّل منه اذا كان واجباً، وهذا حجّ واجب، والإفساد يقتضي إعادة وجوب حجّة الاسلام، فيجب عليه حجّان.

ولأنّه لو لم يجب عليه آخر لما بقي فرق بين حالتي إفساد الحجّ وعدمه، إذ المصدود اذا تحلّل من الحجّ الواجب وجب عليه قضاؤه، فلو لم يجب على من أفسد حَجَّهُ حجةً أُخرى لزم ما قلناه من عدم الفرق بين حالتيه، وهو باطل.

قوله رحمه الله: «فإن انكشف العدو والوقت باقٍ وجب القضاء، وهو حجّ يقضي لسنته على إشكال».

أقول: هذا الاشكال مبنيّ على ما سبق من الإشكال، وذلك لأنّا اذا قلنا: إنّ الأُولى عقوبة والثانية حجّة الاسلام، فيمكن أن يقال: إنّ هذا القضاء في هذه السنة ليس بحجّة الاسلام، بل للعقوبة التي كان يجب إتمامها ويتحلّل منها.

وبالجملة فإن قلنا: تكفي الواحدة لو لم يدرك في بقية السنة كفى لقضاء في هذه السنة، وهو قول الشيخ في المبسوط قال: وليس هناك حجّة تقضي لسنتها إلّا

هذه[١]. وإن قلنا: لاتكفي الواحدة قضى في هذه السنة ما تحلّل منه ووجب عليه أُخرى في المستقبل.

واعلم انّ هذه المسألة لمّا كانت مبنيّة على انّ الأُولى هل هي حجّة الاسلام والثانية عقوبة أو بالعكس؟ بقي علينا أن نشير الى كلام الأصحاب في ذلك فنقول: ذهب الشيخ في النهاية[٢]الى الأوّل، وذهب ابن ادريس[٣] الى الثاني، واختاره شيخنا في خلافه ونقله عن والده[٤] رحمهما الله.

قوله رحمه الله: «ولو طلب مالاً لم يجب بذله، ولو تمكّن منه على إشكال».

أقول: يريد لو طلب العدوّ الصادّ من المصدود مالاً لم يجب بذله، وإن كان قادراً على المال المطلوب منه على إشكال.

ينشأ من كونه مكلّفاً بإتمام الحجّ والعمرة، ولايتمّ إلّا ببذل المال المقدور، وما لايتمّ الواجب إلّا به كان واجباً فكان بذله واجباً.

ولأنّه يجري مجرى ما لو وجد طريقاً غير موضع الصدَ وافتقر الى نفقة زائدة فانّه يتعيّن عليه سلوكه، وصرف تلك الزيادة.

ومن انّه لو وجب البذل لوجب على المحبوس على المال المقدور بغير حقّ، وهو باطل اتفاقاً.

---

(١) المبسوط: كتاب الحج فصل في حكم المحصور والمصدود ج ١ ص ٣٣٣.

(٢) لم نعثر عليه في النهاية وذكره في المبسوط: كتاب الحج فصل في المحصور والمصدود ج ١ ص ٣٣٣.

(٣) السرائر: كتاب الحج باب في حكم المحصور والمصدود ج ١ ص ٦٤٤.

(٤) لم نعثر عليه في مختلف الشيعة.

قوله رحمه الله: «ولو علم الفوات بعد البعث وزال العذر قبل التقصير ففي وجوب لقاء مكّة للتحلّل بالعمرة إشكال».

أقول: وجه الإشكال من انّه يصدق عليه الآن انّه صحيح فاته الحجّ قبل التحلّل بالهدي، وكلّ صحيح فاته الحجّ قبل التحلّل بالهدي يجب أن يتحلّل بعمرة، فهذا يجب عليه لقاء مكّة للتحلّل بالعمرة التي هي فرضة.

ومن أنّ المفروض عليه عند الحصر أن يبعث هدياً يتحلّل به وقد فعل فيكون مجزئاً؛ لأنّ الأمر يقتضي الإجزاء، إذ معناه الخروج عن العهدة بفعل ما أُمر به.

قوله رحمه الله: «لو زال عذر المعتمر بعد تحلّله قضى العمرة حينئذٍ واجباً، وإلّا ندباً، وقيل: في الشهر الداخل».

أقول: هذا مبنيّ على الخلاف فيما يكون بين العمرتين، وقد سبق.

قوله رحمه الله: «ولو تحلّل القارن أتى في القابل بالواجب، وقيل: بالقران».

أقول: القول المحكي هو قول الشيخ[1] رحمه الله، خلافاً لابن ادريس[2].

قوله رحمه الله: «وهل يسقط الهدي مع الاشتراط في المحصور والمصدود؟ قولان».

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب ٢١ في المحصور والمصدود ج ١ ص ٥٥٦.

(٢) السرائر: كتاب الحج باب في حكم المحصور والمصدود ج ١ ص ٦٤١.

أقـول: هذه مكررة تقدّم ذكر الخلاف فيها.

واعلم انّ الخلاف اذا لم يشعره ولم يقلّده، أمّا مع أحـدهما فـقد نـقل المـصنّف الاتفاق على بعث الهدي.

قوله رحمه الله: وروي أنّ من بعث هدياً مـن أُفق من الآفاق تطوّعاً يواعد أصحابه وقت ذبحه أو نحره، ثمّ يجتنب ما يجتنبه المحرم ولا يلبي، فاذا حضر وقت الوعد أحلّ، ولو فعل ما يحرم عـلى المحرم كفّر استحباباً».

أقـول: هذه الرواية رواها الشيخ والصدوق في الصحيح عن معاوية بن عمار قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يبعث بالهدي تطوّعاً وليس بواجب، فقال: يواعد أصحابه يوماً فيقلّدونه، فاذا كان تلك الساعة اجتنب ما يجتنبه المحرم، فاذا كان يوم النحر أجزأ عنه[1].

واعلم انّ هذه الرواية تتضمّن بعض الأحكام: أعني بعث الهدي، والمواعدة الى يوم بعثته، واجتناب ما يجتنبه المحرم، والإحلال يوم النحر.

وأمّا عدم التلبية فيدلّ عليه ما رواه الشيخ في التهذيب، عن عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: إنّ ابن عباس وعلياً كانا يبعثان بهديهما من المدينة ثمّ يتجرّدان، وان بعثا بهما من أُفق من الآفاق واعدا أصحابهما بتقليدهما وإشعارهما

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢٦ الزيادات في فقه الحج ح ١١٨ ج ٥ ص ٤٢٤، من لايحضره الفقيه: باب الرجل يبعث بالهدي... ح ٣١٠٩ ج ٢ ص ٥١٧.

يوماً معلوماً، ثمّ يمسكان يومئذٍ الى يوم النحر عن كلّ ما يمسك عنه المحرم ويجتنبان كلّ ما يجتنب المحرم، إلّا انّه لا يلبي إلّا من كان حاجّاً أو معتمراً[١].

وأمّا الكفّارة ـ اذا فعل ما يحرم على المحرم ـ فلما رواه الشيخ في التهذيب في حديث طويل عن ابن أبي عمير، عن هارون بن خارجة قال: انّ أبا مراد بعث ببدنة وأمر الذي بعث معه أن يقلّد ويشعر في يوم كذا و كذا، فقلت له: انّه لا ينبغي لك أن تلبس الثياب، فبعثني الى أبي عبدالله عليه السلام وهو بالحيرة فقلت له: انّ أبا مراد فعل كذا وكذا وانّه لا يستطيع أن يدع الثياب لمكان أبي جعفر، قال: مره فليلبس الثياب ولينحر بقرة يوم النحر عن لبس الثياب[٢].

وابن ادريس منع ذلك اعتماداً على طرح العمل بأخبار الآحاد[٣].

قوله رحمه الله: «وروي في الأسد اذا لم يرده كبش».

أقول: روى أبو سعيد المكاري قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل قتل أسداً في الحرم، قال: عليه كبش يذبحه[٤]. وحملها الشيخ على انّه لم يرده[٥].

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢٦ الزيادات في فقه الحج ح ١١٩ ج ٥ ص ٤٢٤، وسائل الشيعة: ب ٩ من أبواب الاحصار والصد ح ٣ ج ٩ ص ٣١٢.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٢٦ الزيادات في فقه الحج ح ١٢٠ ج ٥ ص ٤٢٥، وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب الاحصار والصد ح ١ ج ٩ ص ٣١٤.

(٣) السرائر: كتاب الحج باب في حكم المحصور والمصدود ج ١ ص ٦٣٩.

(٤) تهذيب الأحكام: ب ٢٥ في الكفّارة عن خطأ المحرم ح ١٨٨ ج ٥ ص ٣٦٦، وسائل الشيعة: ب ٣٩ من أبواب كفّارات الصيد ح ١ ج ٩ ص ٢٣٤.

(٥) تهذيب الأحكام: ب ٢٥ في الكفّارة عن خطأ المحرم ذيل الحديث ١٨٨ ج ٥ ص ٣٦٦.

واعلم انّ علي بن بابويه أوجب الكبش في قتل الأسد[١]، وتبعه ابن حمزة[٢].

وقال الشيخ في المبسوط: لا شيء عليه[٣]، وهو قول ابن ادريس[٤].

قوله رحمه الله: «ويجوز قتل الأفعى ـ الى قوله: ـ وشراء القماري و الدباسي[٥] وإخراجها من مكّة للمحلّ، وفي المحرم إشكال».

أقول: الإشكال ينشأ من أنّها صيد، فلا يجوز للمحرم شراؤه ولا إخراجه من الحرم[٦].

ومن استثناء الأصحاب له وعدم التصريح في النصّ على التحريم أو الكراهية، فإنّ الرواية الواردة في هذا المعنى هي ما رواه عيص في الصحيح قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن شراء القماري يخرج من مكّة والمدينة، فقال: ما أحبّ أن يخرج منهما شيء[٧].

واعلم انّ الشيخ أبا جعفر رحمه الله اختار كراهية ذلك، فقال في النهاية: يكره

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحج المطلب الرابع في كفّارات الاحرام ج ٤ ص ٨٨.

(٢) الوسيلة: كتاب الحج فصل في بيان الكفّارات... ص ١٦٤.

(٣) المبسوط: كتاب الحج فصل ما يلزم المحرم من الكفّارة ج ١ ص ٣٣٨.

(٤) السرائر: كتاب الحج باب ما يلزم المحرم عن جناياته... ج ١ ص ٥٦٧.

(٥) الدباسي: طائر صغير منسوب الى دبس الرطب، وهذا النوع قسم من الحمام البرّي.

(٦) في هـ: «ولا الأخذ منه».

(٧) تهذيب الأحكام: ب ٢٥ الكفّارة عن خطأ المحرم ح ١٢٥ ج ٥ ص ٣٤٩، وسائل الشيعة: ب ١٤ من أبواب كفّارات الصيد وتوابعها ح ٣ ج ٩ ص ٢٠٤.

شراء القماري وما أشبهها وإخراجها من مكّة[١].

وفي المبسوط قال: يكره شراء القماري والدباسي بمكّة واخراجها منها[٢].

ومنع ابن ادريس من ذلك حيث قال: ويكره شراء القماري وما أشبهها وإخراجها من مكّة على ما روي في الأخبار، والأولى عندي اجتناب إخراجها من الحرم؛ لأنّ جميع الصيد لايجوز إخراجه من الحرم إلّا ما أجمعنا عليه[٣].

واختاره المصنّف في المختلف مستدلاً بما ذكرناه من انّه صيد، وبرواية عيص[٤].

واعلم انّ في الاستدلال بهذه الرواية على التحريم بعد.

أمّا أوّلاً: فلأنّه عليه السلام نفى محبّة ذلك، وهو أعمّ من التحريم، فانّه كما لايجب المحرم كذا لا يجب المكروه، وكيف يكون المكروه محبوباً؟!

وأمّا ثانياً: فلأنّه عليه السلام نفى محبّته للمسؤول عنه، وهو الإخراج من مكّة والمدينة، ولا خلاف في عدم تحريم شراء ذلك من المدينة والإخراج منها، بل دلالة هذه الرواية على الكراهية أولى.

قوله رحمه الله: «والأقرب الصوم عن الستين».

أقول: يريد لو قتل نعامة ووجب عليه بدنة فعجز عنها فضّ ثمنها على البرّ وأطعم ستين مسكيناً لكلّ مسكين نصف صاع، فإن طابق فلا بحث، وإن زاد لم يجب عليه الزيادة، وإن نقص لم يجب عليه الإتمام، فإن عجز صام عن كلّ نصف صاع

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب ما يجب على المحرم... ج ١ ص ٤٨٣.

(٢) المبسوط: كتاب الحج فصل في ذكر ما يلزم المحرم من الكفّارة ج ١ ص ٣٤١.

(٣) السرائر: كتاب الحج باب ما يلزم المحرم عن جناياته من كفّارة... ج ١ ص ٥٥٩ ـ ٥٦٠.

(٤) مختلف الشيعة: كتاب الحج المطلب الرابع في كفّارات الاحرام ج ٤ ص ١٠٩.

يوماً، ولا يلزم صوم مازاد على ستين على تقدير الزيادة.

أمّا لو نقص فهل يجب عليه أن يصوم عن ستين أو عن مقدار القيمة الناقصة عن الستين؟ الأقرب الأوّل؛ لأنّ الواجب في الأصل هو إطعام ستين، وسقوط الزيادة عنه والعفو عن الناقص على تقديرهما في الإطعام لايستلزم مثله في الصيام.

ولأنّ الكفّارة في ذمّته يقين، ولا يحصل يقين الخروج عن العهدة إلّا بصوم الستين، فكان صومها واجباً. ومن لم يجب عليه عن كلّ نصف صاع يوم فلا يلزمه ما زاد، ولأصالة براء الذمّة من وجوب الزائد.

قوله رحمه الله: «فإن عجز صام ثمانية عشر يوماً، وفي وجوب الأكثر لو أمكن إشكال».

أقول: لو عجز عن الستين صام ثمانية عشر يوماً، ولو تمكّن من صوم أكثر منها فهل يجب عليه صومه؟ فيه وجهان، أحدهما: الوجوب، لدخوله فيما كان واجباً عليه وتمكّنه منه. والآخر: عدمه؛ لانتقال فرضه عند العجز عن الستين الى ثمانية عشر.

قوله رحمه الله: «لو عجز بعد صيام شهر فأقوى الاحتمالات وجوب تسعة ثمّ ما قدر ثمّ السقوط».

أقول: قد تقدّم مثل ذلك.

قوله رحمه الله: «وفي فرخ النعامة صغير من الإبل».

أقـول: هذا اختيار المفيد رحمه الله، فانّه قال: في صغار النعام الفداء بقدره من صغار الإبل في سنّه[١].

وقال في النهاية: في فراخ النعامة مثل ما في النعامة سواء[٢].

قوله رحمه الله: «وفي الثعلب والأرنب شاة، وقيل كالظبي».

أقـول: قوله: «وقيل: كالظبي» أي في الابدال، والقائل بذلك هو السيد[٣]، والمفيد[٤]، والشيخ[٥]، وابن ادريس[٦].

وأوجب ابنا بابويه فيهما[٧] شاة، كما ذكر المصنّف.

قوله رحمه الله: «والابدال على الترتيب على رأي».

أقـول: الابدال في هذه الثلاثة ـ أعني النعامة وبقرة الوحش وحماره

---

(١) المقنعة: كتاب الحج باب الكفّارة عن خطأ المحرم... ص ٤٣٦.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب ما يجب على المحرم من الكفّارة... ج ١ ص ٤٨٤.

(٣) جمل العلم والعمل «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثالثة»: كتاب الحج فصل فيما يلزم المحرم عن جنايته من كفّارة... ص ٧١.

(٤) المقنعة: كتاب الحج باب الكفّارة عن خطأ المحرم... ص ٤٣٥.

(٥) المبسوط: كتاب الحج فصل في ذكر ما يلزم المحرم من الكفّارة... ج ١ ص ٣٤٠.

(٦) السرائر: كتاب الحج باب ما يلزم المحرم عن جناياته من كفّارة...ج ١ ص ٥٥٧.

(٧) المقنع: باب الحج ص ٧٨، ولم نعثر على رسالة علي بن بابويه، ونقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحج المطلب الرابع في كفّارات الاحرام ج ٤ ص ١٠٠.

والظبي ـ هل هو على الترتيب أو على التخيير؟ قال الشيخ في النهاية: بالأوّل[١]، وهو مذهب السيد[٢]، وابن بابويه[٣]، وابن أبي عقيل[٤]. وقال ابن ادريس[٥] بالثاني.

قوله رحمه الله: «في كسر بيضة من القطاة والقبج والدرّاج من صغار الغنم، وقيل: مخاض من الغنم، وهو ما من شأنه أن يكون حاملاً إن كان قد تحرّك فيه الفرخ، وإلاّ أرسل فحولة الغنم في إناثها بعدد البيض فالناتج هدي، فإن عجز فكبيض النعام، قيل معناه: يجب عن كلّ بيضة شاة».

أقول: القائل بوجوب المخاض عند التحرّك هو الشيخ، فانّه قال: اذا كسر المحرم بيض القطاة والقبج فعليه أن يعتبر حال البيض، فإن كان قد تحرّك فيه الفرخ كان عليه عن كلّ بيضة مخاض من الغنم[٦].

والقائل بأنّه اذا عجز عن الابدال المذكورة كان حكمه حكم بيض النعام بمعنى

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب ما يجب على المحرم من الكفّارة... ج ١ ص ٤٨٠.

(٢) جمل العلم والعمل «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الثالثة»: فصل فيما يلزم المحرم عن جنايته من كفّارة... ص ٧١.

(٣) المقنع: باب الحج ص ٧٧.

(٤) نقله عنه في ايضاح الفوائد: كتاب الحج الفصل الثالث في كفّارات الاحرام ج ١ ص ٣٣٢.

(٥) السرائر: كتاب الحج باب ما يلزم المحرم عن جناياته من كفّارة ج ١ ص ٥٥٧.

(٦) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب ما يجب على المحرم من الكفّارة... ج ١ ص ٤٨٧ ـ ٤٨٩.

وجوب شاة لكلّ بيضة هو ابن ادريس، فانّه فسّر كلام الشيخ بذلك، ثمّ قال: ولايمنع ذلك اذا قام الدليل عليه[١].

قوله رحمه الله: «ولو ضرب ظبياً فنقص عشر قيمته احتمل وجوب عُشر الشاة لوجوبها في الجميع، وهو يقتضي التقسيط أو عُشر ثمنها، والأقرب إن وجد المشارك في الذبح فالعين، وإلّا القيمة».

أقول: لو تعيّب الظبي بجناية المحرم عليه فنقص عُشر قيمته مثلاً احتمل فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: عُشر الشاة، كما ذكره المصنّف، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[٢].

الثاني: عُشر القيمة؛ لأنّ التعيّب يوجب الأرش، وهو هنا عُشر القيمة، فكان هو الواجب.

الثالث: ما اختاره المصنّف من التفصيل وهو: أنّه إن وجد من يشاركه في ذبح فداء المعيّب بأن جنى آخر تعيّنت العين، هكذا فسّره المصنّف، وكتبه حاشيةً بخطّه على نسخة الأصل، وإلّا فالقيمة.

أمّا الأوّل: فلاجتماع وجوب الشاة عليهما حينئذٍ، فلا يجوز العدول عن العين الى غيرها مع القدرة عليها.

---

(١) السرائر: كتاب الحج باب ما يلزم المحرم عن جناياته من كفّارة ج ١ ص ٥٦٥.

(٢) المبسوط: كتاب الحج فصل في ذكر ما يلزم المحرم من الكفّارة ج ١ ص ٣٤٤.

وأمّا الفاني: فلتعذّر العين، فيجب الأرش ـ أعني عُشر قيمة الشاة ـ.

وأقول: يحتمل قوياً عشر قيمة الظبي، لأنّه الفائت بالجناية.

قوله رحمه الله: «وقيل: في البطّة والأوزة والكركي شاة».

أقول: يريد في كلّ واحدة من هذه شاة، والقائل بذلك هو الشيخ في المبسوط حيث قال: البطّة والأوزة والكركي يجب فيه شاة، وهو الأحوط. قال: وان قلنا: إنّ فيه القيمة لأنّه لانصّ فيه كان جائزاً[1].

ومثله قال ابن حمزة فانّه قال: في صيد الكركي شاة على رواية، وفي صيد البطّة والأوزة شاة[2].

وأوجب ابن بابويه شاة في كلّ طائر غير النعّامة[3].

قوله رحمه الله: «لو فقد العاجز عن البدنة البرّ دون قيمته فأقوى الاحتمالات التعديل عند ثقة ثمّ شراء غيره، ففي الاكتفاء بالستين لو زاد إشكال، فإن تعدّد احتمل التخيير، والأقرب إليه ثمّ الانتقال الى الصوم».

أقول: من وجب عليه بدنة في قتل النعّامة اذا عجز عنها ولم يجد البرّ لكنه

---

(١) المبسوط: كتاب الحج فصل في ذكر ما يلزم المحرم من الكفّارة ج ١ ص ٣٤٦.

(٢) الوسيلة: كتاب الحج فصل في بيان الكفّارات... ص ١٦٧.

(٣) المقنع: باب الحج ص ٧٨.

قادر على الثمن يحتمل فيه ثلاثة أوجه:

أقواها عند المصنّف: انّه يجب تعديله عند ثقة ليشتري البرّ عند وجوده ويصرفه في مصرفه؛ لأنّ الشارع انّما جوّز له الانتقال الى الصوم عند العجز عن البرّ، ومع وجود الثمن لايتحقّق العجز عنه، غاية ما في الباب انّه عاجز عن الفورية فجاز له التأخير. أمّا الانتقال عنه فممنوع؛ لاشتماله على نفع المحاويج المطلوب للشارع مع مشاركته للصوم في كونه عبادة، ولهذا لم يجوّز له الشارع الانتقال الى الصوم إلّا بعد العجز عنه.

الاحتمال الثاني: الانتقال الى غير البرّ من أنواع الطعام؛ لأنّ ايجاب إطعام البرّ يستلزم وجوب الإطعام، وكونه من البرّ وعجزه عن الوصف يقتضي سقوط وجوب الوصف دون وجوب الأصل؛ لعدم استلزام سقوط الوصف بسقوط وجوب الأصل، فعلى هذا لو تعدّد ما عدا الحنطة بأن وجد شعيراً أو ذرة أو دخناً ـ مثلاً ـ احتمل فيه الأمران.

أحدهما: التغيير، إذ الشارع لم يوجب واحداً بعينه ممّا عدا الحنطة، وانّما وجب لاشتماله على الطعام المشترك بين الجميع، فكان المكلّف مخيّراً فيها.

والآخر: وجوب الأقرب الى الحنطة لاختصاصه بعد مشاركة غيره في كونه طعاماً بالقرب الى الواجب، فكان أولى من الأبعد عنه.

وعلى التقديرين: لو زاد عن ثمن البدنة عن الستين ففي الاكتفاء بالستين وسقوط الزائد عنها إشكال، ينشأ من أنّ الجميع عوض البدنة الواجبة فلا يسقط. ومن أنّه عوض عن البرّ، وحكم البدل حكم المبدل فيسقط الزائد، ويكتفي بالستين كالمبدل.

الاحتمال الثالث: الانتقال الى الصوم؛ لأنّه مكلّف به عند عدم التمكّن من البرّ، وهو الآن غير متمكّن منه.

قوله رحمه الله: «والأولى إلحاق المعدل بالزكاة».

أقول: يريد على تقدير وجوب التعديل عند ثقة لو عدله فتلف هل يكون مضموناً عليه أم لا؟ الأقرب عنده انّ حكمه حكم الزكاة اذا عزلها، فانّها اذا كان عزلها لعدم المستحقّ غير مضمونة.

ووجه القرب انّه قد تعذّر عليه إخراجه في مصرفه فصار مكلّفاً بالتعديل وقد فعل، فكان كمال الزكاة المعزول عند عدم المستحقّ؛ لعدم التفريط في الصورتين.

قوله رحمه الله: «فمن قتل صيداً ضمنه، فإن أكله تضاعف الفداء، والأقرب أنّه يفدي القتيل ويضمن قيمة المأكول».

أقول: قد ذكر المصنّف في المحرم اذا قتل صيداً أو أكله مذهبين:

أحدهما: تضاعف الفداء، وهو قول الشيخ في النهاية[1]، والمبسوط[2] فانّه قال فيهما: من قتل صيداً وهو محرم في الحلّ كان عليه فداء واحد، فإن أكله كان عليه فداء آخر.

الثاني: قول الشيخ في الخلاف حيث قال: اذا أكل المحرم من صيد قتله لزمه قيمته[3].

ونقله ابن ادريس عن بعض أصحابنا حيث قال: وقال بعض أصحابنا: عليه

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب ما يجب على المحرم من الكفّارة... ج ١ ص ٤٨٦.

(٢) المبسوط: كتاب الحج فصل في ذكر ما يلزم المحرم من الكفّارة... ج ١ ص ٣٤٢.

(٣) الخلاف: كتاب الحج المسألة ٢٧٤ ج ٢ ص ٤٠٥.

قيمة ما أكل[١]، وهو الأقرب عند المصنّف هنا.

ووجه القرب انّه العوض المساوي لما تناول منه، والأصل براءة الذمّة من وجوب الزائد، لكنه اختار في المختلف المذهب الأوّل محتجّاً برواية علي بن جعفر الصحيحة، عن أخيه موسى عليه السلام قال: سألته عن قوم اشتروا ضبياً فأكلوا منه ما عليهم؟ قال: على كلّ من أكل منه فداء صيد[٢].

قوله رحمه الله: «ولو جرحه ثمّ رآه سوياً ضمن أرشه، وقيل: ربع القيمة».

أقول: القائل بذلك هو الشيخ في المبسوط[٣]، وتبعه ابن البرّاج[٤]، وابن ادريس[٥].

قوله رحمه الله: «أو خلّص صيداً من فم هرّة أو سبع ليداويه فمات في يده ضمنه على إشكال».

أقول: ينشأ من عموم النهي عن إثبات اليد على الصيد للمحرم فيكون ضامناً.

ومن عموم قوله تعالى: ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾[٦].

---

(١) السرائر: كتاب الحج باب ما يلزم المحرم عن جناياته من كفّارة... ج ١ ص ٥٦٤.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب الحج المطلب الرابع في كفّارات الاحرام ج ٤ ص ١٢٨.

(٣) المبسوط: كتاب الحج فصل في ذكر ما يلزم المحرم من الكفّارة... ج ١ ص ٣٤٣.

(٤) المهذّب: كتاب الحج باب ما ينبغي للمحرم اجتنابه ج ١ ص ٢٢٨.

(٥) السرائر: كتاب الحج باب ما يلزم المحرم عن جناياته... ج ١ ص ٥٦٦.

(٦) التوبة: ٩١.

قوله رحمه الله: «والأقرب أن لا شيء في الواحدة مع الرجوع».

أقول: وجه القرب انّه لم يتلف شيئاً بتنفيره ولم يعيب[1] فلم يكن ضامناً، ولا يلزمه مثله فيما اذا نفّر حماماً فعاد فانّه يلزمه شاة وإن لم يتلف ولا يعيب بفعله؛ لاختصاصه بالنصّ المقتضي لاختصاصه بالحكم.

قوله رحمه الله: «ولو أمسك المحلّ الأُمّ في الحرم فمات الولد في الحلّ ففي ضمانه نظر، ينشأ من كون الإتلاف بسبب في الحرم فصار كما لو رمي من الحرم».

أقول: والوجه الآخر لظهوره لم يذكره المصنّف، فانّه لم يتعرّض في ممسك الأُمّ لولدها بإمساك ولا غيره فلم يكن ضامناً له، ولأنّه الأصل.

قوله رحمه الله: «ولو نفّر الصيد فهلك بمصادمة شيء أو أخذه آخر ضمنه الى أن يعود الصيد الى السكون، فإن تلف بعد ذلك فلا ضمان، ولو هلك قبل ذلك بآفة سماوية فالأقرب الضمان».

أقول: وجه القرب انّه تلف في حالة هو فيها مضمون عليه فكان عليه ضمانه، كما لو تلفت العين المغصوبة في يده بآفة من الله تعالى.

---

(١) في هـ: «يتعيّب».

قوله رحمه الله: «ولو أغلق باباً على حمام الحرم وفراخ وبيض، فإن أرسلها سليمة فلا ضمان، وإلّا ضمن المحرم الحمامة بشاة، والفرخ بحمل، والبيضة بدرهم، والمحلّ الحمامة بدرهم، والفرخ بنصفه، والبيضة بربعه، وقيل: يضمن بنفس الإغلاق، ويحمل على جهل الحال كالرمي».

أقول: هذا القول نقله ابن سعيد[1] والمصنّف عن بعض الفقهاء بعموم الروايات[2] الدالّة على ضمان من أغلق.

وأُجيب: محمل الروايات بذلك على أنّ المغلق جهل حالها هل تلفت أم لا، وقوله:«كالرمي» يريد به كما لو رمى صيداً وجهل هل أثّر فيه أم لا؟ فانّه يضمن[3].

قوله رحمه الله: «وكذا الصيد على إشكال».

أقول: يريد لو حلّ الصيد المربوط فقتل صيداً فانّه يضمن الصيد على إشكال.

ينشأ من أنّه سبب في إتلاف المقتول.

ومن وجوب إرسال الصيد.

قوله رحمه الله: «وقيل: يملك وعليه إرساله».

---

(١) شرائع الاسلام: كتاب الحج الفصل الثاني في موجبات الضمان ج ١ ص ٢٩٠.

(٢) راجع تهذيب الأحكام: ب ٢٥ الكفّارة عن خطأ المحرم ح ١٢٨ و ١٢٩ و ١٣٠ ج ٥ ص ٣٥٠، وسائل الشيعة: ب ١٦ من أبواب كفّارات الصيد وتوابعها ج ٩ ص ٢٠٧.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب الحج المطلب الرابع في كفّارات الاحرام ج ٤ ص ١٤٦.

أقـول: القائل بذلك هو الشيخ رحمه الله حيث قال: ويقوىٰ في نفسي أنّـه إن كان حاضراً معه فانّه ينتقل إليه ويزول ملكه عنه[1] ـ يعني الميراث ـ.

قوله رحمه الله: «ولو استودع صيداً محلّاً ثمّ أحرم سلّمه الى الحاكم إن تعذّر المالك، وإن تعذّر فإلى ثقة محلّ، فإن تعذّر فإشكال، أقربه الإرسال والضمان».

أقـول: منشأ الإشكال من وجوب إرسال الصيد وتحريم إمساكه.

ومن وجوب حفظ الوديعة.

والأقرب عند المصنّف الإرسال والضمان.

ووجه القرب انّ فيه جمعاً بين الواجبين.

قوله رحمه الله: «ولو كسره فخرج فاسداً فالأقرب عدم الضمان».

أقـول: وجه القرب انّه أقل درجة من الصيد الميّت، فانّه لايضمنه بالتعرّض له، فلا يضمن ما هو دونه.

قوله رحمه الله: «فإن أصابه فدخل الحرم ومات فيه ضمنه على إشكال».

أقـول: منشأه من انّه صيد مات في الحرم بسببه، فكان مضموناً عليه.

---

(١) المبسوط: كتاب الحج فصل في ذكر ما يلزم المحرم من الكفّارة ج ١ ص ٣٤٧.

ومن أنّ السراية تابعة في الضمان للجناية، والجناية لم تقع مضمونة، لكونها صدرت من المحلّ في الحلّ، فلا يضمن سرايتها.

قوله رحمه الله: «ولو نتف ريشه من حمام الحرم تصدّق بشيء وجوباً باليد الجانية، وبغيرها إشكال».

أقول: منشأه ورود النصّ[1] على الصدقة بالجانية، فلا يجزئ بغيرها؛ لعدم الامتثال.

ومن أنّ المقصود هو الصدقة وقد حصلت.

قوله رحمه الله: «وفي تحريم حمام الحرم على المحلّ في الحلّ نظر».

أقول: ينشأ من أنّه غير مملوك لأحد، بل هو مباح في الأصل وليس في الحرم، فجاز صيده للمحلّ.

ومن ورود النقل بتحريمه، وهو ما رواه علي بن جعفر في الصحيح قال: سألت أخي موسى عليه السلام عن حمام الحرم يصاد في الحلّ، فقال: لايصاد حمام الحرم حيث كان[2].

---

(١) راجع تهذيب الأحكام: ب ٢٥ الكفّارة عن خطأ المحرم ح ١٢٣ ج ٥ ص ٣٤٨، وسائل الشيعة: ب ١٣ من أبواب كفّارات الصيد وتوابعها ج ٩ ص ٢٠٢.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٢٥ الكفّارة عن خطأ المحرم... ح ١٢٢ ج ٥ ص ٣٤٨، وسائل الشيعة: ب ١٣ من أبواب كفّارات الصيد وتوابعها ح ٤ ج ٩ ص ٢٠٣.

قوله رحمه الله: «وفداء المملوك لمالكه، وإن زاد على القيمة على إشكال».

أقـول: ينشأ من أنّه أتلف مالاً على غيره فيلزمه قيمته لاغير، كسائر المتلفين والمتلفات.

ومن عموم ايجاب الفداء للمالك.

قوله رحمه الله: «وتتكرّر الكفّارة بتكرّر القتل سهواً وعمداً على الأقوى».

أقـول: أمّا الأوّل: فلا خلاف فيه.

وأمّا الثاني: فللشيخ فيه قولان، أحـدهما: انّهـا تـتكرّر، قـاله في المـبسوط[١] والخلاف[٢]، واختاره ابن ادريس[٣]. والآخر: انّها لا يتكرّر، قـاله في النهـاية[٤]، واختاره ابن بابويه في كتابَي من لايحضره الفقيه[٥] والمقنع[٦]، وتبعه ابن البرّاج[٧].

والأوّل أقوى عند المصنّف؛ لعموم قوله تعالى: ﴿ومن قتله منكم متعمّداً فجزاء

---

(١) المبسوط: كتاب الحج فصل في ذكر ما يلزم المحرم من الكفّارة... ج ١ ص ٣٤٢.

(٢) الخلاف: كتاب الحج المسألة ٢٥٩ ج ٢ ص ٣٩٧.

(٣) السرائر: كتاب الحج باب ما يلزم المحرم عن جناياته من كفّارة... ج ١ ص ٥٦٣.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب ما يجب على المحرم من الكفّارة... ج ١ ص ٤٨٥.

(٥) من لايحضره الفقيه: باب ما يجب على المحرم في أنواع ما يصيب من الصيد ذيـل الحـديث ٢٧٣١ ج ٢ ص ٣٦٩ ـ ٣٧٠.

(٦) المقنع: باب الحج ص ٧٩.

(٧) المهذّب: كتاب الحج باب ما يلزم المحرم على جناياته من الكفّارة ج ١ ص ٢٢٧.

مثل ما قتل من النعم﴾[١] فانّه كما يتناول الابتداء يتناول المتكرّر.

واحتجّ المانع بقوله تعالى: ﴿ومن عاد فينتقم الله منه﴾[٢] وجوابه لا ينافي وجوب الكفّارة مكررة.

ولقائل أن يقول: انّ قوله تعالى: ﴿ومن عاد فينتقم الله منه﴾ يدلّ على انّه المراد بقوله: ﴿فمن قتله﴾ أي ابتداءً، وحينئذٍ لايكون صورة النزاع داخلة تحت النصّ، فلا يلزمه وجوب الكفّارة، عملاً بأصالة براءة الذمّة السالم من دخوله تحت العام.

قوله رحمه الله: «وروي أنّ كلّ من وجب عليه شاة في كفّارة الصيد وعجز فعليه إطعام عشرة مساكين، فإن عجز صام ثلاثة أيام في الحجّ».

أقول: هذه رواية الشيخ، عن الحسين بن سعيد، عن فضالة وابن أبي عمير وحماد، عن معاوية بن عمار قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: من أصاب شيئاً فداؤه بدنة من الإبل ـ الى قوله: ـ ومن كان عليه شاة فلم يجد فإطعام عشرة مساكين، فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحجّ[٣].

قوله رحمه الله: «ولو أمر المحرم مملوكه بقتل الصيد فقتله ضمن المولى، وإن كان المملوك محلّاً، إلّا أن يكون محلّاً في الحلّ على إشكال».

---

(١) المائدة: ٩٥.

(٢) المائدة: ٩٥

(٣) تهذيب الأحكام: ب ٢٥ الكفّارة عن خطأ المحرم... ح ١٠٠ ج ٥ ص ٣٤٣، وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب كفّارات الصيد وتوابعها ح ١١ ج ٩ ص ١٨٦.

أقـول: وجه الإشكال من حيث انّ العبد محلّ في الحلّ، فالصيد بالنسبة إليه مباح، فلا يتعلّق به ضمان على المولىٰ ولا على العبد.

ومن أنّ قتله مستند الى أمر السيد، فيكون السيد سبباً في قتله في الحلّ، فيلزمه ضمانه.

واعلم انّ لأصحابنا في هذه المسألة عبارات مختلفة، أمّا المفيد فانّه قال: المحرم اذا أمر غلامه المحل بالصيد فقتله كان على السيد الفداء، وان كان الغلام محرماً فقتل الصيد بغير إذن سيده فعلى السيد أيضاً الفداء اذا كان هو الذي أمره بالإحرام[١].

وقال ابن الجنيد: اذا جنى الصبي أو العبد على الصيد لزمت الولي والسيد إن كان بإذنه، وان كان بغير إذنه ولا علمه فعلى العبد الفداء بالصيام[٢].

وقال الشيخ: اذا أمر السيد غلامه بالإحرام وأصاب صيداً كان على السيد الفداء، وكذا لو أمر المحرم غلامه بالصيد[٣].

قوله رحمه الله: «ولو استمنى بيده من غير جماع فالأقرب البدنة خاصّة، وقيل: كالجماع».

أقـول: أقرب المذهبين عند المصنّف هنا لزوم الكفّارة ـ أعني البدنة لاغير ـ وهو اختيار أبي الصلاح[٤]، وابن ادريس[٥].

---

(١) المقنعة: كتاب الحج باب الكفّارة عن خطأ المحرم... ص ٤٣٩.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحج المطلب الرابع في كفّارات الاحرام ج ٤ ص ١٤٤.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب ما يجب على المحرم من الكفّارة... ج ١ ص ٤٩٣.

(٤) الكافي في الفقه: باب حقيقة الحج... الفصل الخامس ص ٢٠٣.

(٥) السرائر: كتاب الحج باب ما يلزم المحرم عن جناياته من كفّارة... ج ١ ص ٥٥٢.

وقال الشيخ[١] وابن البرّاج[٢]: انّه بمنزلة المجامع فيبطل حجّه ويتمه ويكفّر ببدنة ويقضي من قابل.

ووجه القرب انّ الأصل صحّة الحجّ، وبراءة الذمّة من وجوب القضاء.

قوله رحمه الله: «والوجه شمول الزوجة المستمتع بها وأمته كزوجته».

أقول: لأنّ الرويات[٣] في هذا الباب كثيرة اذا واقع أهله، وكلام الأصحاب اذا جامع امرأة أو متى وطأ امرأة، وكلّ ذلك يشمل الجميع والاشتراك في السبب، أعني وطء من يحرم عليه وطؤها بالإحرام بعد أن كان محلّله، وهو يقتضي الاشتراك في الحكم.

قوله رحمه الله: «والأقرب شمول الحكم للأجنبية بزنا أو شبهة، وللغلام».

أقول: وجه القرب انّه أفحش من وطء المرأة المحلّلة، واذا كانت الأحكام من الفساد وغيره يتعلّق بالوطء لمن كانت مباحة، وانّما عرض تحريمها بالإحرام فتعلّقها بمن كانت محرمة قبل الإحرام أبلغ.

وللشيخ رحمه الله قول بعدم ثبوت هذا الحكم في الغلام[٤].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب ما يجب على المحرم من الكفّارة... ج ١ ص ٤٩٧.

(٢) المهذّب: كتاب الحج باب ما يلزم المحرم على جناياته من الكفّارة ج ١ ص ٢٢٢.

(٣) راجع تهذيب الأحكام: ب ٢٥ الكفّارة عن خطأ المحرم... ج ٥ ص ٣١٦، وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب كفّارات الاستمتاع ج ٩ ص ٢٦٢.

(٤) لم نعثر عليه.

قوله رحمه الله: «ولو جامع زوجته المحرمة تعلّقت بها الأحكام مع المطاوعة ولا شيء عليه، ولو أكرهها فعليه بدنة على إشكال».

أقول: ينشأ من أنّه يتحمّل عنها الكفّارة الواجبة عليها.

ومن أنّ الوطء بالنسبة إليه مباح، فلا يلزمه بسببه كفّارة.

قوله رحمه الله: «ولو كان الغلام محرماً وطاوع ففي إلحاق الأحكام به إشكال».

أقول: ينشأ من أنّ مشاركته للمرأة في المقتضي ـ أعني الوطء المحرّم ـ إذ لا التفات للشارع الى خصوصية الذكورية والأُنوثية فيشاركها في الأحكام المرتّبة عليه.

ومن عدم النصّ، لاختصاصه بالمرأة فيختصّ بالحكم دونه.

قوله رحمه الله: «ولو جامع في إحرام العمرة المفردة أو المتمتّع بها على إشكال قبل السعي عامداً عالماً بالتحريم بطلت عمرته، ووجب إكمالها وقضاؤها وبدنة».

أقول: الإشكال في التمتّع بها، فانّه يحتمل فساد الحجّ بها، إذ هي كالجزء منه، فكأنّه قد وطأ المتمتّع قبل أحد الموقفين. ويحتمل عدمه؛ لأصالة براءة الذمّة من وجوب قضاء الحجّ وأصالة الصحّة[1].

---

(١) في م ١: «صحّته».

قوله رحمه الله: «وكذا لو كان العاقد محلّاً على رأي».

أقول: قال المفيد في المقنعة: ومتى عقد محلّ لمحرم مع علمه بذلك ثمّ واقع المحرم لزمته أيضاً الكفّارة كما يلزم المحرم[١].

وأمّا باقي الأصحاب فلم يتعرّضوا لوجوب الكفّارة على المِحلّ، إلّا ابن سعيد فانّه قال في كتابه: وكذا لو كان العاقد محلّاً على رواية سماعة[٢]، وهو إشارة الى ما رواه محمد بن يعقوب الكليني رحمه الله، عن عدة من أصحابنا، عن أحمد بن محمد وسهل بن زياد، عن الحسن بن محبوب، عن سماعة بن مهران، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لاينبغي للرجل الحلال أن يزوّج محرماً وهو يعلم انّه لايحلّ له، قلت له: فإن فعل فدخل بها المحرم؟ قال: إن كانا عالمين فإن على كلّ واحد منهما بدنة وعلى المرأة إن كانت محرمة بدنة، وإن لم تكن محرمة فلا شي عليها، إلّا أن تكون قد علمت انّ الذي تزوّجها محرم، فإن كانت علمت ثمّ تزوجته كان عليها بدنة[٣].

قوله رحمه الله: «وفي قلم كلّ الظفر مدّ من طعام، وفي أظفار يديه أو رجليه أو هما في مجلس واحد دم، وفي اليد الناقصة أو الزائدة اصبعاً أو اليدين الزائدتين إشكال».

---

(١) لم نعثر عليه.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب الحج المقصد الثالث في باقي المحضورات ج ١ ص ٢٩٥.

(٣) الكافي: كتاب الحج باب المحرم يتزوج... ح ٥ ج ٤ ص ٣٧٢، وسائل الشيعة: ب ١٤ من أبواب تروك الاحرام ح ١٠ ج ٩ ص ٩٠ ـ ٩١.

أقول: منشأ الاشكال من عموم الدليل الدالّ على وجوب المدّ في يديه ورجليه المتناول لناقصة الإصبع وزائدتها، واليدين الأصليتين والزائدتين، فتعلّق الحكم بالجميع.

ومن وجوب الكفّارة لكلّ اصبع بانفرادها، وهو يقتضي سقوط ما قابل الناقصة، ووجوب ما قابل الزائدة.

ومن وجوب حمل الخطاب على المعهود ـ وهو اليد الأصلية ـ فلا تدخل الزائدة عرفاً تحت الأمر بالكفّارة، ولأصالة براءة الذمّة.

قوله رحمه الله: «ولو قلع شجرة منه وغرسها في غيره أعادها، ولو جفّت قيل: ضمنها ولا كفّارة».

أقول: القائل بأنّه يضمنها هو الشيخ في المبسوط، فانّه قال فيه: ومن قلع شجرة من الحرم وغرسها في غيره فعليه أن يردّها الى مكانها، فاذا فعل نظر، فإن عادت الى ما كانت لم يلزمه شيء، وإن لم تعد وجفّت لزمه ضمانها[1].

وقول المصنّف بعد ذلك: «ولا كفّارة» لم نظفر بقول أحد من أصحابنا يتضمّن ذلك، فانّ منهم من لم يتعرّض لهذه المسألة أصلاً، ومنهم من تعرّض لذكرها واقتصر على قوله: «ضمنها».

قوله رحمه الله: «والتحريم في المخيط متعلّق باللبس، فلو توشّح به فلا كفّارة على إشكال».

---

(١) المبسوط: كتاب الحج فصل في ذكر ما يلزم المحرم من الكفّارة... ج ١ ص ٣٥٤.

أقـول: وجه الإشكال من أنّ لبس المخيط انّما هو بـالوضع المخـصوص، فـلا يدخل فيه التوشّح، ولأصالة البراءة.

ومن أنّ التوشح لبس، ولهذا قيل: في لبس ثوبَي الإحـرام يـتوشّح بـأحدهما، فأطلقوا عليه اسم اللبس، فيتناوله التحريم، ويتعلّق به الكفّارة.

كتاب

الجهاد

كتاب الجهاد

قوله رحمه الله: «وفي الجدّين نظر».

أقول: يريد انّه هل للجدّين منع ولد الولد من الجهاد كما للأبوين ذلك؟ فيه نظر، من حيث صدق الأبوين عليهما، ومن كونه مجازاً.

قوله رحمه الله: «ويستحبّ للعاجز الموسر الاستئجار له على رأي».

أقول: خالف الشيخ في ذلك حيث حكم بالوجوب[1]، وهو اختيار ابن البرّاج[2]، وابن ادريس[3].

قوله رحمه الله: «ولو تجدّد العذر الذي هو العمى والزمن والمرض والفقر بعد الشروع في القتال لم يسقط على إشكال».

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الجهاد باب في فرض الجهاد... ج ٢ ص ٤.

(٢) المهذّب: كتاب الجهاد ج ١ ص ٢٩٨.

(٣) السرائر: كتاب الجهاد باب فرض الجهاد... ج ٢ ص ٣.

أقـول: ينشأ من أنّه عذر مسقط في الابتداء، فيكون مسقطاً في الأثناء، ولعموم قوله تعالى: ﴿ليس على الأعمى حرج﴾[١].

ومن عموم قوله تعالى: ﴿ومن يولّهم يومئذٍ دبره... الآية﴾[٢] والأوّل اختيار الشيخ[٣]، والثاني اختيار ابن الجنيد[٤].

قوله رحمه الله: «إظهار منكر في دار الاسلام ولا ضرر فيه على المسلمين كإدخال الخنازير، وإظهار شرب الخمر في دار الاسلام ونكاح المحرّمات، وروى أصحابنا أنّه ينقض العهد».

أقـول: روى أصحابنا عن زرارة، عن الصادق عليه السلام قال: قال: إنّ رسول الله صلّى الله عليه وآله قبل الجزية من أهل الذمّة على أن لا يأكلوا الربا ولا يأكلوا لحم الخنزير ولا ينكحوا الأخوات ولا بنات الأخ ولا بنات الأُخت، فمن فعل ذلك منهم برئت منه ذمّة الله وذمّة رسول الله صلّى الله عليه وآله[٥].

قوله رحمه الله: «بشرط صلاحيتها للاستنجاد على إشكال».

---

(١) الفتح: ١٧.

(٢) الأنفال: ١٦.

(٣) المبسوط: كتاب الجهاد فصل في فرض الجهاد و... ج ٢ ص ٦.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الجهاد الفصل الثاني في كيفيّة الجهاد ج ٤ ص ٣٨٥.

(٥) تهذيب الأحكام: ب ٧٣ شرائط أهل الذمّة... ج ١ ج ٦ ص ١٥٨، وسائل الشيعة: ب ٤٨ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه ح ١ ج ١١ ص ٩٥.

أقــول: يريد ليس له الفرار عند التقاء الزحفين إلّا في المواضع التي نصّ عليها في القرآن المجيد التي من جملتها التحيّز الى فئة[1]، وهل يشترط فيها أن تكون صالحة للاستنجاد؟ وفيه إشكال.

ينشأ من عموم تسويغ التحيّز الشامل للفئة الصالحة وغيرها.

ومن أنّ الظاهر انّ المراد من التحيّز الى فئة يستنجد بها، فاذا لم تكن صالحة كان وجودها كعدمها.

قوله رحمه الله: «أو بعيدة على إشكال».

أقــول: ينشأ من العموم أيضاً.

ومن استلزامه لترك القتال.

قوله رحمه الله: «فإن بدا له عن القتال مع الفئة البعيدة فالوجه الجواز».

أقــول: على تقدير تسويغ المفارقة الى الفئة البعيدة لو فارق ثمّ بدا له فالوجه عند المصنّف الجواز؛ لأنّه حينئذٍ لم يشرع في القتال، وهو انّما يجب على الكفاية، وقد قام به غيره ولم يتعيّن عليه فساوى غيره من الناس الذين لم يشرعوا في القتال.

قوله رحمه الله: «فيجوز انهزام مائة ضعيف من المسلمين من مائة بطل مع ظنّ العجز على رأي».

أقــول: يريد لو غلب على ظنّ المسلمين العطب فإن كانوا ضعفاء وبإزائهم

---

(١) الأنفال: ١٦.

مثل عددهم أبطال جاز عنده الفرار. خلافاً للشيخ في المبسوط فانّه قال: الأولى أن نقول: ليس له ذلك، لقوله تعالى: ﴿اذا لقيتم فئة فاثبتوا﴾[١] قال: وقيل: يجوز، لقوله تعالى: ﴿ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة﴾[٢][٣].

قوله رحمه الله: «وإلقاء السمّ على رأي».

أقول: يريد ولا يجوز المحاربة بإلقاء السمّ في بلاد الكفّار، وهو مذهب الشيخ في النهاية[٤]، واختاره ابن ادريس[٥].

وقال في المبسوط: يكره[٦]، وهو مذهب ابن الجنيد[٧].

قوله رحمه الله: «ولو تترّسوا بالنساء أو الصبيان أو آحاد المسلمين جاز رمي الترس في حال القتال، ولو كانوا يدفعون عن أنفسهم واحتمل الحال تركهم فالأقرب جواز رمي الترس غير المسلم».

---

(١) الأنفال: ٤٥.

(٢) البقرة: ١٩٥.

(٣) المبسوط: كتاب الجهاد فصل في أصناف الكفار... ج ٢ ص ١٠.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الجهاد باب من يجب قتاله ج ٢ ص ٨.

(٥) السرائر: كتاب الجهاد باب في ذكر أصناف الكفار... ج ٢ ص ٧.

(٦) المبسوط: كتاب الجهاد فصل في أصناف الكفار... ج ٢ ص ١١.

(٧) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الجهاد الفصل الثاني في كيفيّة الجهاد ج ٤ ص ٣٩١.

أقـول: اذا تترّسوا الكفّار بمن لايجوز قتله كالنساء والأطفال والأُسراء من المسلمين فلا يخلو إمّا أن يكون الكفّار في تلك الحال يحاربون المسلمين، أو يدفعون عن أنفسهم بسلاح المسلمين لاغير. ففي الصورة الأُولى: يجوز رمي الترس اذا كانوا بحيث لايتمكّن من قتالهم إلّا برمية، وفي الصورة الثانية: إمّا أن يحتمل الحال بترك رمي الترس من غير لحوق ضرر على المسلمين أو لا، فإن لم يحتمل الحال بترك رمي الترس جاز أيضاً، وإن احتمل الحال بتركه فهل يجوز رميه؟ فيه وجهان، أقربه عند المصنّف وجوب ترك رمي المسلم، وجواز رمي من عداه.

أمّا الأوّل: فظاهر؛ لأنّ دم المسلم حرام معصوم من أعظم الكبائر وأفحشها، ولا ضرورة في قتله، فلا يجوز الإقدام عليه.

وأمّا الثاني: فلأنّه غير معصوم فلا حرمة له، غاية ما في الباب أنّه لايجب قتاله، وانّما يحرم بسبب انّه تضييع على المسلمين؛ لأنّهم في الحقيقة سبي وفيء للمسلمين، فلا تضيّق على المسلمين في كيفيّة القتال. ولأنّ تركهم وان احتمل، إلّا أنّه يتضمّن ترك محاربة الكفّار الواجبة.

قوله رحمه الله: «والمبارزة من دون إذن الإمام على رأي».

أقـول: يريد أنّه يكره المبارزة بغير إذنه عليه السلام. خلافاً للشيخ في النهاية[1]، وابن ادريس[2] حيث قالا: ولا بأس المبارزة بين الصفّين في حال القتال،

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الجهاد باب من يجب قتاله... ج ٢ ص ٨.

(٢) السرائر: كتاب الجهاد باب فرض الجهاد... ج ٢ ص ٨.

ولا يجوز له أن يطلب المبارزة إلّا بإذن الامام. ولأبي الصلاح حيث قال: لايجوز للمسلم أن يستبرز كافراً إلّا بإذن سلطان الجهاد، ويجب عليه أن يبرز الى من استبرزه بغير إذن الامام[١].

وأمّا ابن الجنيد فقال: والمبارزة ممّا قد جرت بها السنّة في زمن النبي صلّى الله عليه وآله وبحضرته، وجرت أيضاً في حروب أميرالمؤمنين عليه السلام[٢].

قوله رحمه الله: «ويحرم على الضعيف على إشكال».

أقول: يريد لو طلب الحربي المبارزة استحبّ للقويّ الخروج، ويحرم على الضعيف على إشكال.

ينشأ من أنه تغرير بنفسه وهو حرام، لقوله تعالى: ﴿ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة﴾[٣].

ومن أصالة الجواز، ومنع العموم في الآية.

ومن أنّ له طريقاً الى التخلّص عند خوف العطب بالفرار منه.

قوله رحمه الله: «ولو لم يطلبه فالأقوى المنع من محاربته».

أقول: يريد اذا شرط المشرك المبارزة بانفراده وانفراد المسلم بالقتال عن

---

(١) الكافي في الفقه: فصل في سيرة الجهاد ص ٢٥٦.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الجهاد الفصل الثاني في كيفيّة الجهاد ج ٤ ص ٣٩٤.

(٣) البقرة: ١٩٥.

غيرهما وجب الوفاء بالشرط، إلّا اذا فرّ المسلم فطلبه الحربي فيجوز حينئذٍ دفعه. أمّا لو فرّ المسلم ولم يطلبه الحربي فالأقرب المنع من محاربة الحربي حينئذٍ؛لوجوب الوفاء بالشرط.

قوله رحمه الله: «ولواستأجر للجهاد فخلّى سبيله قبل الموافقة استحقّ أُجرة الذهاب، ولو وقفوا من غير قتال ففي استحقاق كمال الأُجرة نظر، ينشأ من مساواة الوقوف للجهاد، ولهذا يسهم له».

أقول: والوجه الآخر استحقاق أُجرة الذهاب لاغير، لأنّه لم يعمل ما استؤجر له ـ أعني الجهاد ـ فليس له كمال الأُجرة، وهذا الظهور لم يذكره المصنّف.

قوله رحمه الله: «ولا يسقط الدَين للمسلم والذمّي عن الحربي بالسبي والاسترقاق، إلّا أن يكون للسابي فيسقط، كما لو اشترى عبداً له عليه دَين، ويقضي الدَين من ماله المغنوم إن سبق الاغتنام الرقّ على إشكال، وقدّم حقّ الدَين على الغنيمة وإن زال ملكه بالرقّ كما يقضي دَين المرتدّ، ولو استرقّ بعد الاغتنام تبع بالدَين بعد العتق وقدّم حقّ الغنيمة في ماله، ولو اقترنا فأقوى الاحتمالين تقديم حقّ الغنيمة

المتعلّق بالعين، ولو أسلما وأسلم المالك فهو باقٍ إلاّ أن يكون خمراً. هذا اذا كان الدَين قرضاً أو ثمناً وشبهه، أمّا لو كان إتلافاً أو غصباً فالأقرب السقوط بإسلام المديون».

أقول: هذه من المسائل التي تفتقر الى البحث، فلأجل ذلك لم يقتصر على بيان حلّ الإشكال في الموضع الذي ذكره فيها خاصّة، فإنّ فقهها يظهر بما نقوله وهو: أنّ الحربيّ المديون إمّا أن يكون الدَين الذي عليه لمسلم أو لكافر ذمّي أو حربي.

أمّا القسم الأوّل والثاني فنقول: إمّا أن يكون يفرض للمديون غنيمة ماله خاصّة أو استرقاقه خاصّة أو هما. أمّا على التعاقب بأن يكون اغتنام ماله سابقاً على استرقاقه، كما اذا كان ذكراً بالغاً وحصل الاستيلاء عليه وعلى ماله بعد أن وضعت الحرب أوزارها. أو يكون الاسترقاق سابقاً على الغنيمة، بأن يكون المديون امرأة أو بالغاً استولى عليه قبل الاستيلاء على ماله والظفر به. أو مقترناً، كما اذا كان المسبي امرأة واستولىٰ عليها وعلى مالها دفعةً. وأمّا أن لا يفرض شيء من ذلك، فإمّا أن يتجدّد إسلامه، أو يستمرّ على الكفر، فالأقسام (يد)[1]:

(أ ب)[2] غنم ماله خاصّة.

(ج د)[3] استرقّ خاصّة.

---

(١) يعني أربعة عشر (باعتبار حساب الجمل).

(٢) الأول والثاني.

(٣) الثالث والرابع.

(هـ و)[١] عرض له الأمران وتقدّم الاغتنام.

(ز ح)[٢] عرض له الأمران مع تقدّم الاسترقاق.

(ط ي)[٣] عرض له الأمران دفعة.

(يا يب)[٤] لم يعرض له أحد الأمرين وبقي على كفره.

(يج يد)[٥] لم يعرض له أحدهما وأسلم.

ففي هذه الصوَر جميعها يقع البحث في موضعين: أحدهما: سقوط الدَين عن ذمّته، والآخر: وجوب قضائه عنه.

أمّا الأوّل: فاعلم انّه لايسقط الدَين في شيء من الصوَر المذكورة عن ذمّته؛ لعدم ما يقتضي سقوطه، إذ هو دَين معصوم لم يتعقّبه قضاء ولا إبراء فكان باقياً، عملاً بالأصل السالم عن وجود ما يقتضي السقوط مالم يكن مملوكاً للسابي فانّه يسقط قطعاً، كما ذكره المصنّف.

وأقول أيضاً: أو يكون دَين الذمّي ممّا لايصحّ تملّكه للمسلم ثمّ بتجدّد إسلام المديون فهل يسقط عن ذمّته؟ فيه وجهان:

أحدهما: السقوط؛ لعدم ثبوت شيء من ذلك في ذمّة المسلم.

والآخر: الانتقال الى قيمته عند مستحلّيه؛ لأنّه مملوك للذمّي، وإسلام المديون

---

(١) الخامس والسادس.

(٢) السابع والثامن.

(٣) التاسع والعاشر.

(٤) الحادي عشر والثاني عشر.

(٥) الثالث عشر والرابع عشر.

يجري مجرى الإتلاف عليه، والإتلاف لذلك على الذمّي المستتر به يوجب ضمانه بقيمته عند مستحلّيه فكذا هنا. والمصنّف لم يتعرّض لشيء من ذلك في الكتاب.

وأمّا وجوب القضاء فنقول: فيه ثلاث صوَر ذكرها المصنّف: أحدها: يجب القضاء فيها من الغنيمة على إشكال. والثانية: لايجب لكنه مشتبه يحتاج الى بيان، والثالثة: فيها احتمالات قوّى المصنّف أحدها، وما عداها لايجب القضاء.

أمّا الصورة الأُولى: فهو ما اذا كان الاغتنام سابقاً على الاسترقاق ـ كما قلناه ـ ففي القضاء عنه من الغنيمة إشكال، ينشأ من أنّه مال معصوم كان ثابتاً في ذمّته وقد انتقلت عنه أمواله بإقامته على الكفر ومنع من التصرّف فيها، فلو لم يقض منها أدّىٰ الى ضياع مال المسلم، ومن هو بحكمه في حرمة المال ـ أعني الذمّي ـ ومن تعلّق حقّ الغانمين بالعين، وأصالة بقاء الدَين في الذمّة.

الصورة الثانية: عكسه، وهو أن يكون استرقاقه سابقاً على تملّك أمواله بأن سبيت المرأة قبل الظفر بأموالهم، فلا يجب على الحاكم قضاء ما في ذمّتها؛ لأنّه عند الاسترقاق لم يظفر للمديون بمال يقضي منه الدَين، ولا يجب عليه قضاؤه من خاصّة، ولايسقط؛ لعدم ما يوجب السقوط، فيكون في تلك الحال قد تعيّن فيه اتّباعه بالدَين بعد العتق، فلا يزول هذا الحكم المتعيّن بتجدّد غنيمة ماله؛ لأصالة بقاء الحكم على ما كان عليه.

الصورة الثالثة: اقترنا، ففي وجوب القضاء من ماله المغنوم وجهان:

أحدهما: عدم القضاء، بل يقدّم حقّ الغنيمة لتعلّق حقّ الغانمين بالعين وتعلّق الدَين بالذمّة، فلا يعارض حقّ الغنيمة وحينئذٍ يتبع به اذا عتق.

الثاني: تقديم حقّ الدَين لسبقه على الغنيمة كما يقضي دَين المرتدّ، لكن الأوّل

أقوى عند المصنّف؛ لأنّ تملّك الغانمين للغنيمة مستند الى سبب معلوم وهو الاستيلاء، ووجوب القضاء منه غير معلوم، بل الأصل عدمه.

القسم الثالث: أن يكون الدَين لحربي، ففي جميع الصوَر لايسقط؛ لعدم وجوب ما يقتضي السقوط إلّا في مواضع:

الأوّل: أن يكون قد استرقّه المسلمون فانّه لايجب قضاؤه، سواء استرقّ وغنم ماله أو لايغنم، وسواء اقترنا أو ترتّب، إذ لايجب على الامام قضاء دَين الحربي من مال الغنيمة وهو ظاهر، وهل يسقط من ذمّته؟ فيه وجهان:

أحدهما ـ وهو الأقرب عند المصنّف ـ: السقوط، إذ ليس بمعصوم، وقد صار المديون مملوكاً للمسلمين، فلا يتعلّق به حقّ الحربي.

ويحتمل بقاؤه[1]؛ لتعلّق دَينه بذمّة الحربي، وتعلّق حقّ الغانمين برقبته فلا تعارض، ولأصالة البقاء.

والمصنّف لم يتعرّض لذلك، بل يفهم منه بقوله: «ولايسقط دَين المسلم والذمّي عن الحربي» فتقييده بالمسلم والذمّي يدلّ بمفهومه على سقوطه لو كان لحربي.

الثاني: أن يسلم المديون وصاحب الدَين جميعاً، والدَين خمراً أو خنزيراً فانّه يسقط قطعاً؛ لعدم تملّك المسلم ـ أعني صاحب الدَين لذلك ـ

الثالث: ان يسلم المديون خاصّة، ويكون الدَين مثل ذلك فانّه يسقط أيضاً؛ لعدم ثبوت ذلك في ذمّة المسلم، وإتلاف ذلك على الحربي غير مضمون، والى ذلك أشار بقوله: «ولو أسلما أو أسلم المديون فهو باقٍ، إلّا أن يكون خمراً أو خنزيراً».

---

(١) في ج: «قضاؤه».

الرابع: أن يكون الدَين إتلافاً أو غصباً ويسلم المديون، فانّ الأقرب انّه يسقط بإسلام المديون؛ لأنّه مسلم قهر الحربيّ عليه بالغصب أو الإتلاف، وكلّ مسلم قهر حربياً على شيء من أمواله ملكه، فيسقط حينئذٍ عن ذمّته، بخلاف ما لو كان قرضاً أو ثمناً لمبيع فانّه لايسقط؛ لأنّه لم يأخذه قهراً، بل على وجه التراضي بدفع العوض فصار باقياً؛ لعدم المسقط، والى ذلك أشار بقوله: «هذا اذا كان قرضاً أو ثمناً وشبهه أمّا لو كان غصباً أو إتلافاً فالأقرب السقوط بإسلام المديون».

واعلم[1] انّ قول المصنّف: «ويقضي الدَين من ماله المغنوم إن سبق الاغتنام الرقّ على إشكال ـ الى قوله: ـ ولو استرقّ قبل الاغتنام يتبع بالدَين بعد العتق وقدّم حقّ الغنيمة في ماله، ولو اقترنا فأقوى الاحتمالين تقديم حقّ الغنيمة» فيه نظر.

والصواب أن يقال: إن سبق الاغتنام الرقّ على أن يكون الفاعل هو الرقّ، ويكون عوض «قبل» في قوله: «ولو استرقّ قبل الاغتنام» «بعد».

قوله رحمه الله: «ولو سبي منفرداً ففي تبعيته للسابي في الاسلام إشكال، أقربه ذلك في الطهارة لأصالتها السالمة عن معارضة يقين النجاسة».

أقول: يريد لو سبي الطفل دون أبويه الكافرين فهل يتبع السابي في الاسلام أم لا؟ فيه إشكال.

ينشأ من ورود الخبر بأن «كلّ مولود يولد على الفطرة فأبواه يهوّدانه وينصّرانه»[2] فكان يرفع يدي أبويه عنه باقياً على الفطرة. ولأنّ الأصحاب نصّوا

---

(١) في م ١: «فاعلم».

(٢) من لايحضره الفقيه: باب الخراج والجزية ح ١٦٦٨ ج ٢ ص ٤٩ وفيه «عن أبي عبدالله (ع)»، مسند أحمد بن حنبل: ج ٢ ص ٢٣٣ و٢٧٥ و٢٨٢ و٢٩٣، سنن البيهقي: كتاب اللقطة ج ٦ ص ٢٠٢.

على ذلك، ذكر ذلك ابن الجنيد[١]، والشيخ[٢]، وابن البرّاج[٣]، ولم يتعرّض الباقون لذكره نفياً ولا إثباتاً.

ومن أصالة عدم التبعية للسابي.

والأقرب عند المصنّف أن يتبع السابي في الاسلام في الطهارة خاصّة لما ذكره، وعلى قول الشيخ بالتبعية: لايجوز بيعه من كافر[٤].

قوله رحمه الله: «ولو وقع الشكّ في بلوغ الأسير اعتبر بالشعر الخشن على العانة، فإن ادّعى استعجاله بالدواء ففي القبول إشكال».

أقول: ينشأ من عموم إلحاق بالرجال عند الإثبات مطلقاً وهو متحقّق.

ومن حصول الشكّ بواسطة الدعوى المحتملة، وفائت القتل غير مستدرك.

قوله رحمه الله: «الغانم هل يملك حصّته من الغنيمة بمجرّد الاغتنام أو يملك إن تملّك؟ فيه احتمال».

أقول: وجه الاحتمال لكلّ منهما.

أمّا الأوّل: فلأنّ الاستيلاء على مال الكافر سبب في الملك، وقد صدر من الغانمين فيملكونها، كالمال المشترك يملك كلّ منهم قدر نصيبه.

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الجهاد الفصل الخامس في الأُسارى ج ٤ ص ٤٢١.

(٢) المبسوط: كتاب الجهاد فصل في حكم الأُسارى ج ٢ ص ٢٣.

(٣) المهذّب: كتاب الجهاد باب الأُسارى ج ١ ص ٣١٨.

(٤) المبسوط: كتاب الجهاد فصل في حكم الأُسارى ج ٢ ص ٢٣.

وأمّا الثاني: فلأنّ المقصود بالذات من الجهاد حفظ ملّة الاسلام، والغنيمة بانفرادها إمّا غير مقصودة أو مقصودة بالعرض، والأصل عدم تجدّد الملك إلّا مع ثبوت السبب المقتضي له، وهو غير معلوم.

قوله رحمه الله: «فعلى الثاني يسقط حقّه فيها بالاعراض قبل القسمة، إذ الغرض الأقصى في الجهاد حفظ الملّة، والغنيمة تابعة فتسقط بالاعراض».

أقول: هذا تفريع على قولنا: إنّه يملك، وهو ظاهر لما ذكره.

قوله رحمه الله: «والأقرب عدم صحّة الاعراض بعد قوله: اخترت الغنيمة».

أقول: لأنّه حينئذٍ يكون قد استقرّ ملكه لمجموع الاغتنام واختيار الغنيمة، والملك المستقرّ لا يزول بالاعراض.

قوله رحمه الله: «ولو أعرض الجميع ففي نقلها الى أرباب الخمس خاصّة نظر، أقربه انّها للامام».

أقول: ينبغي أن يقال: ففي نقلها الى أرباب الخمس عامّة أو الى الامام خاصّة فيه وجهان:

أحدهما: تكون لأرباب الخمس عامّة وللامام عليه السلام وباقي الهاشميين؛ لأنّ حق التملّك منحصر فيهم وفي الغانمين، وحقّ الغانمين قد زال بالاعراض، فتكون

لباقي الشركاء ممّن له التملّك.

والأقرب عند المصنّف انّها للامام خاصّة؛ لأنّ حقّه فيها أقوى من غيره.

وأقول: هذا يقتضي انّه اذا أعرض بعض الغانمين كان قدر نصيبه للامام، ويمكن الفرق بأنّ مع وجود بعض الغانمين يفرض المعرض بالنسبة الى باقي المجاهدين كالمعدوم، وهنا أعرض مجموع المجاهدين.

قوله رحمه الله: «والأقرب صحّة إعراض المفلس دون السفيه والصبي».

أقول: أمّا الأوّل فلأنّ المفلس إنّما يتعلّق حقوق غرمائه بأعيان أمواله، وهذه الحصّة من الغنيمة ليست مالاً له؛ لأنّ المقدّر انّه لا يملك. وأمّا السفيه: فلأنّه ممنوع من التصرّف في المال، فإعراضه تصرّف يقتضي زوال حقّ التملّك له منها فكان ممنوعاً منه. وكذا الصبي لعدم صحة شيء من تصرّفاته وقيام الحجر عليه الى بلوغه ورشده.

قوله رحمه الله: «هل يملك الغنيمة بالاستيلاء أو بالقسمة أو يظهر الملك بالاستيلاء مع القسمة وانتفاؤه مع الاعراض والتلف؟ فيه نظر، أقربه الأوّل».

أقول: أمّا احتمال كون الاستيلاء سبباً في الملك فقد تقدّم. وأمّا كونه يحصل بالقسمة فلوقوع الاتفاق على أنّه عند القسمة يكون مالكاً لايتجدّد الملك بعدها قطعاً، وقبلها غير معلوم فتكون هي السبب في الملك.

ويحتمل كونه إن قسّم تبيّناً الملك بالاستيلاء وعدمه بالإعراض، وذلك لأنّ القسمة تابعة للملك، إذ لو لم يكن شريكاً لما كان له أن يقاسم، فوجب تأخّر القسمة عن الملك، فلا يكون سبباً فيه وإلّا دار.

أمّا عند الاعراض فتبيّن عدم التملّك، وذلك بناءً على ماسبق منه من أنّه يملك إن تملّك، فاذا أعرض زال حقّه، وانّما كان الأوّل أقرب؛ لأنّ الشارع جعل استيلاء المسلم على مال الحربي سبباً في تملّكه، وهو حاصل هنا.

قوله رحمه الله: «لو كان في الغنيمة ممن ينعتق على بعضهم انعتق على الأوّل نصيبه، وقوّم عليه إن قلنا بالتقويم في مثله، ولا ينعتق على الثاني إلّا أن يخصّه الامام به فينعتق، وإن خصّ به جماعة هو أحدهم ورضي عتق عليه ولزمه نصيب الشركاء».

أقول: هذا تفريع على أنّ الغانم هل يملك نصيبه من الغنيمة بالاستيلاء أو يملك إن تملّك؟ وذلك انّه لو كان في الغنيمة من ينعتق على بعض الغانمين كأحد آبائه أو أولاده فإن قلنا: يملك بالاستيلاء عتقت حصّته قطعاً، وإليه أشار بقوله: «على الأوّل» وهل يقوّم عليه أم لا؟ يبني على أنّ مثل هذا: أي الذي يملك بغير اختياره كان يدخل في ملكه بميراث وشبهه هل يقوّم عليه؟ فإن أوجبنا التقويم قوّم عليه وإلّا فلا.

وعلى الثاني ـ أي على تقدير أن يملك بالقسمة ـ: لا ينعتق عليه قبلها؛ لعدم الملك،

أمّا اذا خصّه الامام به انعتق عليه؛ لأنّه قد ملك من ينعتق عليه، وهو ظاهر. ولذلك لو خصّه بجماعة هو أحدهم ورضي به فانّه ينعتق عليه؛ لأنّه قد ملك جزءً منه اختياراً ويلزمه قيمة حصص الباقين؛ لقوله صلّى الله عليه وآله: «من أعتق شقصاً من عبد عتق عليه كلّه»[1] وتملّكه لبعضه اختياراً يقتضي عتق ذلك البعض، فكان كما لو أعتقه، وسيأتي تتمّة ذلك في كتاب العتق إن شاء الله.

قوله رحمه الله: «والأقرب وجوب العشر مع الكبارة ونصفه مع عدمها».

أقول: يريد لو وطأ أحد الغانمين جارية من الغنيمة كان كوطء أحد الشركاء للجارية المشتركة، فاذا كان عالماً حدّ بنسبة حصص الباقين ويسقط عنه من الحدّ بقدر نصيبه.

فإن قيل: لِمَ لا يبنى على انّه ملك أو يملك إن ملك ويحدّ مع العلم كمال الحدّ على الثاني دون الأوّل؟

قلنا: بل يسقط قدر نصيبه على كلّ حال، أمّا على تقدير أن يملك فظاهر، وأمّا على تقدير يملك إن ملك فلحصول الشبهة في ذلك القدر فيسقط أيضاً، ويلزمه حصص الباقين من العشر أو نصف العشر على تقديري البكارة وعدمها على أقرب القولين عند المصنّف. خلافاً للشيخ في المبسوط حيث أسقط عنه المهر، واستدلّ بأصالة براءة الذمّة، مع انّه أوجب عليه الحدّ مع علمه بنسبة حصص الباقين[2]. وفي

---

(١) عوالي اللآلي: باب العتق ح ٢٨ ج ٢ ص ٣٠٦.

(٢) المبسوط: كتاب الجهاد ج ٢ ص ٣٢.

الخلاف أسقط الحدّ مطلقاً[١].

ووجه القرب في لزوم ما ذكره من المهر أنّه وطأ جارية مشتركة بينه وبين غيره، فكان عليه بقدر حصص الباقين.

وأقول: أمّا على تقدير القول بأنّه يملك فانّه يتوجّه هذا الاستدلال، وأمّا على الاحتمال الآخر فيمكن القول بأنّه لايلزمه شيء؛ لأنّها ليست لأحد منهم.

قوله رحمه الله: «ولا للأعراب وإن قاتلوا مع المهاجرين على رأي».

أقول: يريد لا سهم للأعراب من الغنيمة وإن قاتلوا مع المهاجرين. والمراد هنا بالأعراب: الذين يظهرون الاسلام ولا يصفونه، وهذا هو اختيار الشيخ في النهاية[٢].

وقال ابن ادريس: بل يسهم لهم كغيرهم من المقاتلة[٣].

قوله رحمه الله: «ولا يسهم للمغصوب مع غيبة المالك وله الأُجرة على الغاصب، ومع حضوره السهم له، وللمقاتل سهم الراجل، والأقرب احتساب الأُجرة منه».

---

(١) الخلاف: كتاب الأسير المسألة ١٤ ج ٣ ص ٢٣٣ طبعة اسماعيليان.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الجهاد باب من الزيادات في ذلك ج ٢ ص ١٤.

(٣) السرائر: كتاب الجهاد باب الزيادات ج ٢ ص ٢١.

أقول: وجه القرب من حيث إنّ للغاصب بسبب قتاله أسهم للفرس، إذ حضور المالك وحده أو الفرس وحده من غير قتال لا يقتضي استحقاق السهم، فكان السهم بواسطة فعل الغاصب، وانّما انتزع منه لكونه غاصباً، فلا يستحقّ عليه أُجرة أُخرى ما لم يقصر السهم عنها فيضمن القيمة[1] قطعاً.

قوله رحمه الله: «ولو كان ذا أفراس فالوجه التقسيط».

أقول: يريد لو كان للغاصب أفراس غير المغصوب أُعطي سهم فرسين، فيحتمل أن يكونا له مع سهمه؛ لأنّ له أفراساً مملوكة يستحقّ ذلك بسببها لو انفردت عن المغصوب، فلا يزول استحقاقه بغصبه الفرس؛ لأنّه يضمن الأُجرة عنها.

ويحتمل مع حضور المالك التقسيط؛ لأنّ للمالك فرساً يستحقّ بها السهم عند حضوره على ما تقدّم، وللغاصب أفراس. فتخصيص السهم بفرس المغصوب منه أو إحدى أفراس المالك خالٍ عن المرجّح، فوجب التقسيط.

فلو كان لمالك الأفراس ـ أعني الغاصب ـ فرسان بسط[2] السهمان عليهما وأخذ المغصوب منه ثلثي سهم وله الأُجرة جميعها، أو الإكمال على ما سبق من الوجهين.

قوله رحمه الله: «ولو تعدّدت أفراس المالك خاصّة أو أفرسهما معاً فإشكال».

---

(١) في ج: التتمّة».

(٢) في م ١: « قسّط».

أقـول: لو كان للمغصوب منه أفراس متعدّدة وليس مع الغاصب إلّا الفرس المغصوب كان للمالك سهم لنفسه وسهمان عن فرسين، فهل يكون السهم الذي للمغصوب عنه منه[١]؟ يحتمل ذلك لما بيّناه من أنّ سهم المغصوب بتمامه للمغصوب منه مع حضوره، ويحتمل عدمه؛ لأنّه يستحقّ سهم فرسين غير معيّنين، فتخصيص المغصوب بكمال السهم لا وجه له. وكذا الاشكال لو تعدّدت أفرسها جميعاً فهل للمغصوب منه أن يأخذ سهماً كاملاً من الغاصب عن فرسه أو بسطه[٢] بالقياس الى أفراس الغاصب؟

والوجه انّا اذا أوجبنا السهم مع حضور المالك له يكون[٣] بمنزلة باقي أفراسه، فاذا كان له أفراس غيره أُعطي سهم فرسين عنها أجمع التي من جملتها المغصوب وله الأُجرة على الغاصب، وأمّا الغاصب فيعطى بالنسبة الى ما يملكه هو من فرس أو أكثر أو الى كونه راجلاً، ففي الأحوال كلّها عليه أُجرة المغصوب.

قوله رحمه الله: «أمّا ما يده عليه وليس جنة كالمنطقة والخاتم والنفقة التي معه ففي كونها سلباً أو غنيمة نظر».

أقـول: منشأ النظر من حيث إنّ هذه الأشياء هل تعدّ سلباً في العرف أم لا؟ فانّ الظاهر انّ المتعارف من السلب أن يكون ملبوساً أو سلاحاً أو ما يستعين به

---

(١) كذا في ج، وفي بقيه النسخ: «منهما» بدل «عنه منه».

(٢) في م ١: «يقسّط».

(٣) في ج: «لم يكن».

المحارب على القتال كالفرس أو يستكنّ به كالترس، وهذه تعدّ في الأموال المحضة فتكون غنيمة.

ومن أنّ يده عليها فكانت كثيابه التي عليه.

قوله رحمه الله: «ولو عينها منها ففتح البلد صلحاً فإن اتفق المجعول له وأربابها على الأخذ أو دفع القيمة جاز، وإلّا فسخ الصلح وردّوا الى مأمنهم؛ لأنّه صلح منع الوفاء بما وجب بشرط قبله على إشكال».

أقول: وجه الاشكال من أنّ الصلح انّما يسوغ بشرط أن لايحلّل حراماً ولا يحرّم حلالاً للحديث المتضمّن ذلك[1]، وهذا صلح يتضمّن ترك الواجب من الوفاء بالشرط فيكون باطلاً، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[2].

ومن انّه استدراك لمصلحة عظيمة، أعني ترك الحرب المقتضية الى ذهاب النفوس وتجشّم المشاقّ فيكون مشروعاً، كما لو شرط له جارية فأسلمت قبل الفتح فانّه يعطي القيمة، فكذا هنا.

وفصّل ابن الجنيد بأنّ الصلح إن وقع مع استظهار المسلمين وقدرتهم على القلعة جاز فسخ الصلح مع التعاسر[3]، وان لم يكن عند استظهارهم لم يفسخ. قال: واجب

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٤١ من الزيادات في فقه النكاح ح ٨٠ ج ٧ ص ٤٦٧، وسائل الشيعة: ب ٢١ من أبواب المتعة ح ٩ ج ١٤ ص ٤٨٧.

(٢) المبسوط: كتاب الجهاد فصل في هل للامام... ج ٢ ص ٢٨.

(٣) في م ١: «التغاير».

أن يعوّض المجعول له بقيمتها من الغنيمة[١].

واعتبرْ المصنّف في خلافه مصلحة المسلمين في ذلك[٢].

قوله رحمه الله: «ولو كانت جارية ـ الى قوله: ـ ولو ماتت قبل التسليم مع المكنة احتمل أُجرة المثل والقيمة».

أقول: أمّا وجه احتمال الأُجرة فلأنّ له عملاً لم يتبرّع به، وقد تعذّر وصول ما شرط له، فكان له أُجرة المثل. وأمّا احتمال القيمة فلانحصار حقّه في العين، فان تعذّر وجب الرجوع بقيمتها[٣].

قوله رحمه الله: «ولو لم يحصل للغانمين سوى الجارية ففي وجوب تسليمها إشكال».

أقول: ينشأ من اجتماع حقوق الغانمين والمجعول له مع تعددهم ووحدته فلا

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الجهاد الفصل الثالث في عقد الأمان والهدنة والجعالة ج ٤ ص ٣٩٨.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب الجهاد الفصل الثالث في عقد الأمان والهدنة والجعالة ج ٤ ص ٣٩٩.

(٣) في ج:«أمّا وجه احتمال الأُجرة فلأنّ منافع المملوك مضمونة بالفوات والتفويت وقد فاتت منافعها على المجعول له من وقت التمكّن من دفعها إليه الى وقت موتها، فكان تجب له الأُجرة الى ذلك الوقت وقيمتها؛ لأنها قد وجب تسليمها الى المجعول له ولم يدفع إليه مع المكنة فكان له قيمتها. وأقول أيضاً: انه يحتمل ضمان المجموع لعين ما قلناه، ويمكن أن يكون المراد بقوله: «احتمل أُجرة المثل» أي أُجرة مثل الدلال؛ لأنّ له عمل تبرّع به فكان له أُجرة عمله» بدل العبارة المذكورة أعلاه.

يدفع إليه.

ومن وجوب الوفاء بالشرط، وهو الأصحّ عندي، إذ الغانمون لم يجاهدوا بعوض، بل فعلوا ما وجب عليهم، وتملّكهم الغنيمة حكم شرعي، والمشروع تملّكهم لها بعد الجعائل، والمجعول له يستحقّ تلك العين بمقتضى الشرط.

قوله رحمه الله: «أمّا لو قال: لاتخف، أو لا بأس عليك فإن انضمّ إليه ما يدلّ على الأمان كان أماناً، وإلّا فلا على إشكال».

أقول: ينشأ من أنّه موضوع للخبر أو النهي[1] لا للأمان.

ومن استعماله في الأمان عرفاً.

قوله رحمه الله: «فالأقرب اشتراط الذكورة والحرية».

أقول: الأقرب عند المصنّف من الوجهين اشتراط الذكورة والحرية في الحاكم، أمّا الذكورة فلأنّه موضع حظر من حيث إنّه حكم على فريقي المسلمين والكفّار فيحوج الى كمال العقل ووفور المعرفة وسداد الرأي، وذلك يتعذّر في المرأة غالباً. وأمّا الحرية فلأنّه من أعظم المناصب الجليلة، فلا تليق بالعبد، ولما يتضمّن حكم العبد من الغضاضة على أشراف الناس.

قوله رحمه الله: «ويسقط عن الهمّ على رأي».

---

(١) في ج: «التمنّي».

أقـول: هذا اختيار ابن إلجنيد[١]، خلافاً للشيخ في المبسوط[٢] والخلاف[٣] حيث قال فيهما: يؤخذ من الهم.

وظاهر كلامه في النهاية أيضاً حيث قال: الجزية واجبة على جميع الأصناف المذكورة اذا كانوا بشرائط المكلّفين، وتسقط عن الصبيان والمجانين والبله[٤]، وتبعه ابن البرّاج[٥]، وابن حمزة[٦]، وأبو الصلاح[٧]، وابن ادريس[٨].

قوله رحمه الله: ولو كان يجنّ ويفيق قيل: يحكم للأغلب، وقيل: بالتلفيق».

أقـول: القائل بالحكم للأغلب هو الشيخ في المبسوط، ونقل فيه أيضاً التلفيق، فقال: وقد قيل: انّه تلفق أيام الإفاقة، فاذا بلغت حولاً أُخذت منه الجزية[٩]. والأكثر من الأصحاب على سقوطها عن المجنون.

قوله رحمه الله: «ولو ظهر قوم زعموا أنّهم أهل الزبور ففي تقريرهم إشكال».

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الجهاد الفصل السادس في أحكام أهل الذمّة ج ٤ ص ٤٤٠.

(٢) المبسوط: كتاب الجزايا فصل في كيفيّة عقد الجزية... ج ٢ ص ٤٢.

(٣) الخلاف: كتاب الجزية المسألة ٧ ج ٣ ص ٢٣٨ طبعة اسماعيليان.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الزكاة باب الجزية وأحكامها ج ١ ص ٤٤٤.

(٥) المهذّب: كتاب الخمس باب في ذكر من يجب أخذ الجزية ج ١ ص ١٨٤.

(٦) الوسيلة: كتاب الجهاد فصل في أحكام الجزية ص ٢٠٥.

(٧) الكافي في الفقه: فصل في سيرة الجهاد ص ٢٤٩.

(٨) السرائر: كتاب الزكاة باب الجزية وأحكامها ج ١ ص ٤٧٣.

(٩) المبسوط: كتاب الجزايا فصل في كيفيّة عقد الجزية... ج ٢ ص ٤١.

أقول: ينشأ من أنّهم أهل كتاب، فلا يكونون أقلّ ممّن لهم شبه كتاب ـ كالمجوس ـ مع تقريرهم لمجرّد الشبه.

ومن ورود النقل من أنّ الجزية انّما تؤخذ من الفرق الثلاث لا غير.

قوله رحمه الله: «ولو دخلوا بعد التبديل قبل البعثة احتمل التقرير مطلقاً لانحطاط درجة المجوس المقرّين على دينهم عنهم، والتقرير إن تمسّكوا بغير المحرّف».

أقول: وجه الأخير انّهم من جملة الفرق الثلاث ولم يتمسّكوا بالمحرّف ولم يتجدّد دخولهم بعد البعثة فوجب إقرارهم، كغيرهم من باقي الفرق الثلاث. امّا اذا تمسّكوا بالمحرّف فانّهم تمسّكوا بغير ما جاء به موسى وعيسى عليهما السلام، وليسوا من المجوس، فكانوا كأهل الحرب.

قوله رحمه الله: «والأقرب تقرير المتولّد بين الوثني والنصراني بالجزية بعد بلوغه إن كان أبوه نصرانياً».

أقول: اعلم انّ الشيخ في المبسوط صرّح بأنّه تابع لأبيه مطلقاً[1]. والمصنّف جعله تابع لأبيه إن كان كتابياً، ولم يتعرّض للقسم الأخير.

ووجه القرب انّ جهة الأب بتقدير كونه ذمّياً أعلى والولد تابع لأشرف الطرفين.

---

(١) المبسوط: كتاب الجهاد فصل في حكم الأُسارى ج ٢ ص ٢٢.

قوله رحمه الله: «ولو توثّن نصراني وله ولد صغير ففي زوال حكم التنصّر عنه نظر».

أقول: وجه النظر من أنّ الولد تابع لأبيه، وقد زال عنه حكم التنصّر فيزول عن ولده.

ومن أنّ تبعية الولد للأب انّما هي لو انتقل الى الأعلى كما اذا انتقل من الكفر الى الاسلام. امّا العكس فلا، كمن يرتدّ عن الاسلام فانّه لا يحكم بكفر أولاده الأصاغر فكذا هنا، عملاً بأصالة البقاء على ما كان. وإقراره على الجزية بعد بلوغه مبنيّ على الاحتمالين.

قوله رحمه الله: «ويصحّ العقد مؤقتاً على إشكال، ينشأ من أنّه بدل عن الاسلام فلا يصحّ فيه التوقّت كالمبدل».

أقول: ويحتمل الجواز، لأنّه عقد مبنيّ على التراضي فجاز فيه التقويت والتأبيد، وكونه بدلاً عن الاسلام في وجوب الكفّ عن الذمّي، فببدله لا يستلزم مساواته للاسلام في جميع أحكامه، وإلّا لسقط العقاب عنه به كما يسقط بالاسلام، وهو باطل قطعاً.

قوله رحمه الله: «وله الجمع على رأي».

أقول: لا خلاف في جواز وضع الجزية على رؤوس أهل الذمّة خاصّة أو على أرضهم خاصّة، وهل للامام الجمع بأن يضعها على رؤوسهم وأرضهم؟ جوّز

المصنّف ذلك، وهو قول ابن الجنيد[١]، وأبي الصلاح[٢]. ومنع الشيخ في النهاية[٣] من ذلك، وهو اختيار ابن البرّاج[٤]، وابن حمزة[٥]، وابن ادريس[٦].

قوله رحمه الله: «فإن أسلم قبل الأداء سقطت وإن كان بعد الحول على رأي».

أقول: اختلف الأصحاب في سقوط الجزية لو أسلم الذمّي بعد الحول قبل الأداء، فقال الشيخ في النهاية: يسقط[٧]، وهو قول ابن الجنيد[٨]، وابن البرّاج[٩]، وابن ادريس[١٠].

ونقل المفيد[١١] عن بعض أصحابنا، وابن البرّاج[١٢]، وابن ادريس[١٣] وجوب

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الجهاد الفصل السادس في أحكام أهل الذمّة ج ١ ص ٤٣٥.

(٢) الكافي في الفقه: فصل في سيرة الجهاد ص ٢٤٩.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الزكاة باب الجزية وأحكامها ج ١ ص ٤٤٤.

(٤) المهذّب: كتاب الخمس باب في ذكر ما ينبغي أخذه من الجزية ج ١ ص ١٨٥.

(٥) الوسيلة: كتاب الجهاد في أحكام الجزية ص ٢٠٥.

(٦) السرائر: كتاب الزكاة باب الجزية وأحكامها ج ١ ص ٤٧٣.

(٧) النهاية ونكتها: كتاب الزكاة باب في الجزية وأحكامها ج ١ ص ٤٤٤.

(٨) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الجهاد الفصل السادس في أحكام أهل الذمّة ج ٤ ص ٤٣٩.

(٩) المهذّب: كتاب الخمس باب في ذكر من يجب أخذ الجزية ج ١ ص ١٨٤.

(١٠) السرائر: كتاب الزكاة باب الجزية وأحكامها ج ١ ص ٤٧٣.

(١١) المقنعة: كتاب الخمس باب في الزيادات ص ٢٧٩.

(١٢) المهذّب: كتاب الخمس باب في ذكر من يجب أخذ الجزية... ج ١ ص ١٨٤.

(١٣) السرائر: كتاب الزكاة باب الجزية وأحكامها ج ١ ص ٤٧٣.

الجزية، وهو الظاهر من كلام أبي الصلاح فانّه قال: لو أسلم قبل الحول سقط عنه بقية الجزية[١].

ويفهم من كلامه أيضاً انّه لو أسلم في أثناء الحول لم يسقط عنه الجميع، بل بقدر المتخلّف من الحول.

قوله رحمه الله: «ولو مات في أثناء الحول فالأقرب السقوط بالكلّية».

أقول: وجه القرب انّه انّما يجب عليه الجزية بشرط حؤول الحول ولم يتحقّق الشرط، ولأصالة براءة الذمّة.

قوله رحمه الله: «الصغار إن جعلناه عدم علمه بالمقدار لم تجب الإهانة، وإلّا فالأقرب الوجوب».

أقول: هذا البحث مبنيّ على حقيقة الصغار المشار إليه في قوله تعالى: ﴿حتى يعطوا الجزية عن يدٍ وهم صاغرون﴾[٢] وقد اختلف فيه، فقال الشيخ في الخلاف: هو إلزام الجزية على ما يحكم به الامام من غير أن تكون مقدّرة، والتزام أحكامنا عليهم[٣].

وبه قال ابن ادريس حيث قال: اختلف المفسّرون في الصغار، والأظهر أنّه التزام

---

(١) الكافي في الفقه: فصل في سيرة الجهاد ص ٢٤٩.

(٢) التوبة: ٢٩.

(٣) الخلاف: كتاب الجزية المسألة ٥ ج ٣ ص ٢٣٨.

أحكامنا عليهم وإجراؤها، وأن لا يقدّر الجزية فيوطّن نفسه عليها، بل يكون بحسب ما يراه الامام بما يكون معه ذليلاً خائفاً، ولا يزال كذلك غير موطّن نفسه على شيء فحينئذٍ يتحقّق الصغار الذي هو الذلّة[١].

وقال ابن الجنيد: الصغار أن يجري عليهم أحكامنا اذا تحاكموا مع المسلمين أو ترافعوا إلينا، وأن تؤخذ منهم وهم قيام على الأرض[٢].

ونقل شيخنا المفيد عن مولانا جعفر بن محمد الصادق عليهما السلام فقال: قال ـ يعني الصادق عليه السلام ـ: هو أن يأخذهم بما لا يطيقون حتى يسلموا، وإلّا فكيف يكون صاغراً وهو لا يكترث لما يؤخذ منه فيتألّم لذلك فيسلم[٣].

اذا عرفت هذا فنقول: إن جعلنا الصغار عدم علمه بالمقدار ـ كما قال الشيخ[٤] وابن ادريس[٥] ـ لم تكن الإهانة واجبة، إذ الأصل عدم الوجوب، وإلّا فالأقرب الوجوب؛ لأنّه حينئذٍ يكون مأموراً بها، إذ هي المفهوم من الصغار، والأمر يقتضي الوجوب.

قوله رحمه الله: «والأقرب في الجبران مراعاة مصلحة المسلمين في القيمة السوقية أو التقدير الشرعي».

---

(١) السرائر: كتاب الزكاة باب الجزية وأحكامها ج ١ ص ٤٧٣ ـ ٤٧٤.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الجهاد الفصل السادس في أحكام أهل الذمّة ج ٤ ص ٤٣٣.

(٣) المقنعة: كتاب الزكاة باب في مقدار الجزية ص ٢٧٣.

(٤) الخلاف: كتاب الجزية المسألة ٥ ج ٣ ص ٢٣٨.

(٥) السرائر: كتاب الزكاة باب الجزية وأحكامها ج ١ ص ٤٧٣ ـ ٤٧٤.

أقول: يريد لو بذل الذمّي زيادة عن مقدار الجزية ليؤخذ منه باسم الزكاة وجوّزناه فلو وجب عليه سنّ وليس عنده وعنده أعلى منها بسنّ أو أنقص هل يجوز أن تؤخذ أو تعطى ما قدّره الشارع بينهما من الجبران في الزكاة؟ يحتمل ذلك؛ لأنّه شرط أن يؤخذ منه باسم الزكاة فيلحقها حكمها[1].

والأقرب عند المصنّف مراعاة مصلحة المسلمين، فإن كان الجبران أكثر من القيمة السوقية جاز أخذه؛ لاشتماله على الواجب وزيادة.وإن كان أنقص لم يجزه؛ لأنّه ليس زكاة حقيقية، فلو أخذنا المقدّر الذي هو أقلّ لايستلزم ترك ما يستحقّه المسلمون عليه، وهو غير جائز.

قوله رحمه الله: «لو خرقوا الذمّة في دار الاسلام ردّهم الى مأمنهم، وهل له قتلهم واسترقاقهم ومفاداتهم؟ فيه نظر».

أقول: وجه النظر أنّهم دخلوا دار الاسلام بأمان منهم فلم يجز معارضتهم فيها بما ينافيه؛ لوجوب الوفاء بالشرط، فاذا نقضوه ردّهم الى مأمنهم وتكون حرباً حينئذٍ.

ومن نقضهم العهد وخروجهم عن الذمّة فصاروا حرباً لا ذمّة لهم وانتقض أمانهم فله ذلك، وهو اختيار الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: وكلّ موضع قلنا: ينتقض عهدهم فأوّل ما يعمل أنّه يستوفي منه موجب الجرم، ثمّ بعد ذلك يكون الامام مخيّراً بين القتل والاسترقاق والمنّ والفداء[2].

---

(١) في ج: «أحكامها».

(٢) المبسوط: كتاب الجزايا فصل فيما يشرط على أهل الذمّة ج ٢ ص ٤٤.

قوله رحمه الله: «ولو انفردوا ببلدة بعيدة عن بلاد الاسلام ففي وجوب دفع من يقصدهم من الكفّار إشكال، وان شرطناه وجب، وإن شرطنا عدم الذبّ لم يجب».

أقول: ينشأ من أنّ عقد الذمّة اقتضى وجوب الدفع عنهم.

ومن أنّه انّما اقتضى ذلك اذا كانوا في حوزة الامام في بلاد الاسلام.

أمّا على تقدير انفرادهم ببلدة بعيدة فيمنع الوجوب؛ لاقتضائه الى الضرر العظيم على المسلمين بجمع العساكر والسفر الى البلد البعيد للمحاربة.

واعلم انّ الشيخ قال في المبسوط: هم على أربعة أحوال: إمّا أن يكونوا في جوف بلاد الاسلام، أو طرف بلاد الاسلام فعليه أن يدفع عنهم؛ لأنّ عقد الذمّة اقتضى ذلك، فإن شرط أن لا يدفع عنهم لم يجز؛ لأنّه إن لم يدفع عنهم تخطّى الى دار الاسلام. وإن كانوا بين بلاد الاسلام وبلاد الحرب أو في جوف بلاد الحرب فعليه أن يدفع عنهم اذا أمكنه ذلك؛ لأنّ عقد الذمّة اقتضى ذلك، فإن شرط أن لا يدفع عنهم لم يفسد العقد؛ لأنّه ليس في ذلك تمكين أهل الحرب[1].

قوله رحمه الله: «نعم لو انهدمت ففي الإعادة نظر».

أقول: يريد لو كان لأهل الذمّة كنيسة قديمة لم يكلّفوا إزالتها، امّا لو انهدمت ففي جواز إعادتها نظر.

---

(١) المبسوط: كتاب الجزايا فصل في نقض العهد ج ٢ ص ٥٩.

ينشأ من أنها كنيسة لم تدخل في ملك المسلمين، وهي من حقوق أهل الذمّة.

ومن أنّ حقّهم انّما هو في إبقاء كنيسة موجودة متقدّمة، وقد زال ذلك بزوالها فلم يكن لهم إعادتها.

قوله رحمه الله: «وفي المساواة إشكال».

أقول: اتفقوا على أنّه لا يجوز للذمّي أن يعلو بنيانه على دار جاره المسلم وعلى جواز القصور، واختلفوا في المساواة، فمنع الشيخ من ذلك في المبسوط فانّه قال فيه: وقيل يجوز ذلك[1].

وتردّد المصنّف من حيث أصالة الجواز، ولأنّه تصرّف في ملكه فلا يمنع منه. ومن حيث قوله صلى الله عليه وآله: «الاسلام يعلو ولا يُعلى عليه»[2] وانّما يتحقّق ذلك مع قصور بناء الذمّي عن المسلم.

قوله رحمه الله: «ولو اشتراها المسلم من هذا الظالم لم تهدم، فلو باعها المسلم فالأقرب إقراره على العلو».

أقول: يريد لو باعها الذمّي الذي ظلم بعلوّها من مسلم لم يهدم على المسلم قطعاً، فإنّ الملك صار له، وله أن يبتدئ بها كذلك وأن يستديمه، وهو ظاهر قطعاً.

امّا لو باعها المسلم المشتري على ذمّي فالأقرب الجواز عند المصنّف؛ لأنّ وجوب الهدم زال بشراء المسلم لها.

---

(١) المبسوط: كتاب الجزايا فصل في حكم البيع والكنائس... ج ٢ ص ٤٦.

(٢) من لايحضره الفقيه: باب ميراث أهل الملك ح ٥٧١٩ ج ٤ ص ٣٣٤، وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب موانع الإرث ح ١١ ج ١٧ ص ٣٧٦.

قوله رحمه الله: «ولو كذب بعد إسلامه على رسول الله صلّى الله عليه وآله ـ الى قوله: ـ ولو نسبه الى الزنا فهو مرتدّ، فإن أسلم لم يلزمه شيء، واحتمل القتل؛ لأنّ حدّ قذف النبي صلّى الله عليه وآله القتل، وحدّ القذف لا يسقط بالتوبة ووجوب ثمانين؛ لأنّ قذف النبي صلّى الله عليه وآله ارتداد، وقد سقط بالتوبة فبقي حدّ القذف».

أقول: وأمّا وجه السقوط في قوله: «لم يلزمه شيء» فمن حيث إنّ قذفه صلّى الله عليه وآله ارتداد، وقد سقط حكمه بالتوبة.

قوله رحمه الله: «ولو انعكس الحال لم تجز الزيادة على سنة، لقوله تعالى ﴿فاذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين﴾[1] وتجوز الى أربعة أشهر، لقوله تعالى: ﴿فسيحوا في الأرض أربعة أشهر﴾[2] وفيما بينهما خلاف أقربه اعتبار الأصلح».

أقول: المانع من ذلك هو الشيخ في المبسوط[3]، وظاهر كلام ابن الجنيد الجواز[4].

---

(١) التوبة: ٥.

(٢) التوبة: ٢.

(٣) المبسوط: كتاب الجزايا فصل في المهادنة وأحكامها ج ٢ ص ٥١.

(٤) لم نعثر عليه.

والمصنّف جمع بين القولين، فاختار الجواز مع كونه أصلح للمسلمين، والمنع مع عدم كون الترك أصلح لهم.

ووجه ذلك انّ نظر الامام عليه السلام الى مراعاة المصلحة فتعيّن اعتماد ما يتضمّنها، ولأنّ شرع الأحكام معلّل بالمصالح، فلو اعتمد ما ينافيها كان مناقضاً.

قوله رحمه الله: «اذا انتقل الذمّي الى دين لا يقرّ أهله عليه أُلزم بالاسلام أو القتل، ولو انتقل الى ما يقرّ أهله عليه ففي القبول خلاف، ينشأ من كون الكفر ملّة واحدة، ومن قوله تعالى: ﴿ومن يبتغِ غير الاسلام ديناً فلن يُقبل منه﴾[١].

أقول: للشيخ في هذه المسألة قولان: أحدهما: أنّه يقرّ، ذكره في الخلاف[٢]، وهو مذهب ابن الجنيد[٣].

وقال في المبسوط: ظاهر المذهب يقتضي انّه يجوز. قال: فلو قيل: إنّه لا يقرّ عليه ـ لقوله تعالى: ﴿ومن يبتغِ غير الاسلام ديناً فلن يُقبل منه﴾ ولقوله صلّى الله عليه وآله: «من بدّل دينه فاقتلوه» وذلك عام، إلّا ما أخرجه الدليل ـ كان قوياً[٤].

---

(١) آل عمران: ٨٥.

(٢) الخلاف: كتاب الجزية المسألة ١٩ ج ٣ ص ٢٤١.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الجهاد الفصل السادس ج ٤ ص ٤٤٦.

(٤) المبسوط: كتاب الجزايا فصل في تبديل أهل الجزية دينهم ج ٢ ص ٥٧.

قوله رحمه الله: «وان عاد ففي قبوله قولان».

أقول: هذا تفريع على ما قوّاه الشيخ في المبسوط من عدم إقراره، وهو انّه لو رجع الى دينه السابق هل يقبل منه أم لا؟ قال في المبسوط: اذا قلنا: لايقرّ على ذلك ـ وهو الأقوى عندي ـ فانّه يصير مرتدّاً عن دينه، فيطالب إمّا أن يرجع الى الاسلام أو الى الدين الذي خرج منه. قال: ولو قلنا: إنّه لايقبل منه إلّا الاسلام أو القتل كان قوياً؛ للآية والخبر، ثمّ قال: فعلى هذا لو لم يرجع إلّا الى الدين الذي خرج منه قُتل ولم يعد الى دار الحرب؛ لأنّ فيه تقوية لأهل الحرب وتكثيراً لعددهم[1].

وقال ابن الجنيد: يجوز[2].

قوله رحمه الله: «فإن أصرّ فقُتل قيل: لايملك أولاده للاستصحاب».

أقول: هذا تفريع آخر أيضاً على عدم إقراره وعدم قبول رجوعه، وهو أنّه لو لم يسلم وأصرّ على ما انتقل إليه أو الى الرجوع الى دينه خاصّة حتى قتل قال الشيخ في المبسوط: انّ أولاده يقرّون أيضاً ولا يملكون[3]؛ لأنّهم كانوا مقرّين قبل قتل أبيهم، فكذا بعده عملاً بالاستصحاب.

قوله رحمه الله: «والأقرب كراهية كتب الأحاديث».

---

(١) المبسوط: كتاب الجزايا فصل في تبديل أهل الجزية دينهم ج ٢ ص ٥٧..

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الجهاد الفصل السادس ج ٤ ص ٤٤٧.

(٣) المبسوط: كتاب الجزايا فصل في تبديل أهل الجزية دينهم ج ٢ ص ٥٧.

أقول: أقرب المذهبين عند المصنّف جواز أن يشتري الذمّي كتب أحاديث الرسول عليه السلام على كراهية، خلافاً للشيخ في المبسوط حيث حرّم ذلك[١].

قوله رحمه الله: «وفي قسمة ما حواه العسكريين الغانمين قولان، أقربهما المنع».

أقول: لأصحابنا في الأموال التي حواها عسكر الامام العادل من أموال البغاة عليه قولان:

أحدهما: أنّها تقسّم كما تقسّم أموال أهل الحرب، وهو اختيار الشيخ في الخلاف[٢] والنهاية[٣]، ومذهب ابن الجنيد[٤]، وابن أبي عقيل[٥]، واختاره ابن البرّاج[٦]، وأبو الصلاح[٧].

والآخر: لايقسّم، وهي ملك لأربابها، وهو قول السيد المرتضى[٨]، واختاره ابن ادريس[٩].

والمصنّف اختار هنا المنع؛ لما رواه ابن عباس أنّ النبي صلّى الله عليه وآله قال:

---

(١) المبسوط: كتاب الجزايا فصل في الحكم بين المتعاهدين والمهادنين ج ٢ ص ٦٢.

(٢) الخلاف: كتاب الباغي المسألة ١٧ ج ٣ ص ١٦٩ طبعة اسماعيليان.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الجهاد باب قتال أهل البغي ج ٢ ص ١٢.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الجهاد الفصل السابع ج ٤ ص ٤٥٠.

(٥) المصدر السابق.

(٦) المهذّب: كتاب الجهاد باب قتال أهل البغي ج ١ ص ٣٢٥ ـ ٣٢٦.

(٧) الكافي في الفقه: كتاب الجهاد فصل في سيرة الجهاد ص ٢٥١.

(٨) الناصريات «الجوامع الفقهية»: المسألة السادسة والمائتان ص ٢٦١.

(٩) السرائر: كتاب الجهاد باب قتال أهل البغي ج ٢ ص ١٨ ـ ١٩.

«المسلم أخو المسلم لايحلّ ماله ولا دمه إلّا بطيب من نفسه»[١].

ولما روي أنّ علياً عليه السلام لما هزم الناس يوم الجمل قالوا له: يا أميرالمؤمنين ألا تأخذ أموالهم؟ قال: لا[٢].

ويمكن الجواب عن الأوّل: بالحمل على المسلم غير المحارب جمعاً بين الأدلّة، وعن الثاني بالحمل على مالم يحوه العسكر وقوله: «ألا تأخذ أموالهم» دليل على ذلك؛ لما رواه ابن أبي عقيل أنّ واحداً قال لأميرالمؤمنين عليه السلام يوم الجمل: يا أميرالمؤمنين ما عدلت حتى تقسّم بيننا أموالهم ولاتقسّم بيننا نساءهم، فقال له: إن كنت كاذباً فلا أماتك الله حتى تدرك غلام ثقيف، وذلك انّ دار الهجرة حرّمت ما فيها، وانّ دار الشرك أُحلّت ما فيها، فأيّكم يأخذ أُمّه من سهمه؟ فقام رجل فقال: وما غلام ثقيف يا أميرالمؤمنين؟ فقال: عبد لايدع لله حرمة إلّا انتهكها، قال: يُقتل أو يموت؟ قال: بل يقصمه الله قاصم الجبارين[٣].

---

(١) عوالي اللآلي: باب الجهاد ح ٩ ج ٣ ص ١٨٤.

(٢) لم نعثر عليه في المصادر الروائية ووجدناه في المبسوط: كتاب قتال أهل البغي ج ٧ ص ٢٦٦.

(٣) نقله عنه مختلف الشيعة: كتاب الجهاد الفصل السابع ج ٤ ص ٤٥١.

[الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر]

قوله رحمه الله: «ولا خلاف في وجوبهما مع وجوب المعروف، وانّما الخلاف في مقامين، أحدهما: أنّهما واجبان على الكفاية، أو على الأعيان، والثاني: انّهما واجبان عقلاً أو سمعاً. والأول في المقامين أقوى».

أقول: لا خلاف في أنّ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجبان، وانّما اختلف أصحابنا في كيفيّة وجوبهما في مقامين:

المقام الأوّل: هل هما واجبان على الكفاية بحيث اذا قام بهما البعض سقط عن الباقين كالصلاة على الأموات، أو أنّهما واجبان على الأعيان لايسقط عن أحد إلّا بفعله؟ فذهب السيد المرتضى رحمه الله الى الأوّل[1]، واختاره أبو الصلاح[2]،

---

(١) لم نعثر عليه في المصادر المتوفّرة لدينا ونقله عنه في السرائر: ج ٢ ص ٢٢.

(٢) الكافي في الفقه: كتاب الجهاد الفرض الثاني الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ص ٢٦٧.

وابن ادريس[١]. وذهب الشيخ رحمه الله الى الثاني[٢]، وهو اختيار ابن حمزة[٣].

والأوّل أقوى عند المصنّف؛ لقوله تعالى: ﴿ولتكن منكم أُمّة يدعون الى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر﴾[٤] فلم يعمّم الأمر، وأيضاً فالغرض ارتفاع المنكر ووقوع المعروف فكان واجباً على الكفاية؛ لأنّ معناه ما تعلّق غرض الشارع بوقوعه مطلقاً.

المقام الثاني: هل طريق وجوبهما العقل أو السمع؟ ذهب الشيخ[٥]، وابن ادريس[٦] الى الأوّل. والسيد المرتضى[٧] وجماعة الى الثاني. والأوّل أقوى عند المصنّف.

واستدل عليه انّهما لطف، وكلّ لطف واجب، والمقدّمتان عقليّتان ظهرتا في علم الكلام.

قوله رحمه الله: «فلو افتقر الى الجراح أو القتل ففي الجواز مطلقاً أو بإذن الامام قولان».

---

(١) السرائر: كتاب الجهاد باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ج ٢ ص ٢٢.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الجهاد باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ج ٢ ص ١٤ ـ ١٥.

(٣) الوسيلة: كتاب الجهاد فصل في بيان الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ص ٢٠٧.

(٤) آل عمران: ١٠٤.

(٥) الاقتصاد: فصل في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ص ١٤٧.

(٦) السرائر: كتاب الجهاد باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ج ٢ ص ٢١ ـ ٢٢.

(٧) لم نعثر عليه في المصادر المتوفّرة لدينا ونقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الجهاد الفصل الثامن في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ج ٤ ص ٤٥٧.

أقـول: أطلق الشيخ رحمه الله الجواز[١].

وقال سلّار: لايجوز إلّا بإذن الامام[٢].

قوله رحمه الله: «وللمولى في حال الغيبة إقامة الحدّ على مملوكه، وفي إقامته على ولده وزوجته قول بالجواز».

أقـول: القول المشار إليه هو قول الشيخ رحمه الله، فانّه قال في النهاية: وقد رخّص في حال قصور أيدي أئمة الحقّ وتغلّب الظالمين أن يقيم الانسان الحدّ على ولده وأهله ومماليكه اذا لم يخف في ذلك ضرراً من الظالمين[٣]. وتبعه ابن البرّاج[٤].

وقال ابن ادريس: أنّما يجوز له أن يقيم الحدّ على عبده فحسب دون من عداه من الأهل والقرابات[٥].

قوله رحمه الله: «ولو ولّى من قبل الجائر عالماً بتمكّنه من وضع الأشياء في مضانّها ففي جواز إقامة الحدّ بنيّة أنّه نائب عن سلطان الحقّ نظر».

أقـول: جوّز الشيخ رحمه الله ذلك فقال: ومن استخلفه ظالم على قوم وجعل إليه إقامة الحدود جاز أن يقيمها عليهم على الكمال، ويعتقد أنّه انّما يفعل ذلك بإذن

---

(١) التبيان: ج ٢ ص ٥٤٩.

(٢) المراسم: باب ذكر الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر... ص ٢٦٠.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الجهاد باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ج ٢ ص ١٦.

(٤) المهذّب: كتاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ج ١ ص ٣٤٢.

(٥) السرائر: كتاب الجهاد باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ج ٢ ص ٢٤.

سلطان الحقّ لا بإذن سلطان الجور[1]. وفيه نظر.

ينشأ من أنّه نوع من النهي عن المنكر فكان جائزاً.

ومن أنّ إقامة الحدود ولاية ثابتة للامام عليه السلام، فليس لغيره فعلها إلّا بإذنه، وهو منتفٍ، فينتفي الجواز بانتفاء شرطه.

(١) النهاية ونكتها: كتاب الجهاد باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ج ٢ ص ١٧.

كتاب

المتاجر

كتاب المتاجر

قوله رحمه الله: «والأقرب في أبوال ما يؤكل لحمه التحريم للاستخباث، إلّا بول الإبل للاستشفاء».

أقول: هذا قول الشيخ رحمه الله، خلافاً لابن ادريس حيث جوّز بيع أبوال كلّ ما يؤكل لحمه[1].

قوله رحمه الله: «والأقرب جواز بيع كلب الصيد والماشية والزرع والحائط».

أقول: هذا قول ابن حمزة[2]، وابن ادريس[3]، خلافاً للشيخ حيث قال في

---

(١) السرائر: كتاب المكاسب باب ضروب المكاسب ج ٢ ص ٢١٩.

(٢) الوسيلة: كتاب البيع فصل في بيان بيع الحيوان ص ٢٤٨.

(٣) السرائر: كتاب المكاسب باب ضروب المكاسب ج ٢ ص ٢١٥.

النهاية: ثمن الكلب سحت إلّا ما كان سلوقياً للصيد[١]. ومثله قال المفيد[٢]، وابن البرّاج[٣]. وجوّز ابن الجنيد[٤] بيع كلب الصيد والحارس للماشية والزرع.

واستدلّ المصنّف على جواز بيع ما عدا كلب الصيد انّها أعيان ينتفع بها، فجاز بيعها ككلب الصيد، إذ المقتضي لجواز بيعه ليس إلّا كونه ممّا ينتفع به، وهو متحقّق في باقي الأربعة. ولأنّ لها ديات قدّرها الشارع يضمن بإتلافها، فجازت المعاوضة عليها.

قوله رحمه الله: «ولو قيل بجواز بيع السباع كلّها لفائدة الانتفاع بذكاتها اذا كانت ممّا تقع عليه الذكاة كان حسناً».

أقول: الجواز هو قول ابن ادريس[٥]، خلافاً لجماعة من أصحابنا.

فقال المفيد: التجارة في القردة والسباع والفيَلة والدببة وسائر المسوخ حرام، وأكل أثمانها حرام، وجوّز التجارة في الفهد وسباع الطير[٦].

وقال سلّار: يحرم بيع السباع[٧].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب المكاسب باب المكاسب المحظورة ج ٢ ص ٩٨.

(٢) المقنعة: كتاب التجارة باب المكاسب المحرمة ص ٥٨٩.

(٣) المهذّب: كتاب الإجارات ج ١ ص ٥٠٢.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب المتاجر الفصل الأوّل فيما يحرم الاكتساب ص ٣٤١ س ١٥(طبع حجري).

(٥) السرائر: كتاب المكاسب باب ضروب المكاسب ج ٢ ص ٢٢١.

(٦) المقنعة: كتاب التجارة باب المكاسب ص ٥٨٩.

(٧) المراسم: كتاب المكاسب ص ١٧٠.

ومنع الشيخ في النهاية أيضاً في بيع السباع إلّا الفهود[١].

وجوّز في المبسوط بيع الفهد والنمر والفيل[٢].

ومنع ابن أبي عقيل من بيع السباع أيضاً فقال: ما يحرم بيعه وشراؤه عند آل الرسول عليهم السلام فجميع ما ذكرناه من الأصناف التي يحرم أكلها من السباع والطير والسمك والنبات والثمار والبيض[٣].

واستحسن المصنّف القول بجواز بيع السباع إن كانت ممّا يقع عليها الذكاة؛ لأنّها أعيان ينتفع بها وبجلودها وعظامها، ولقوله تعالى: ﴿وأحلّ الله البيع﴾[٤] وهو عام؛ لإجماع الفقهاء على الاستدلال به على وجه العموم.

قوله رحمه الله: «وفي جواز بيع لبن الآدميات نظر أقربه الجواز».

أقول: وجه القرب انّه عين طاهرة ينتفع بها، فجاز بيعها لوجود المقتضي، وللأصل، ولعموم ﴿وأحلّ الله﴾ ولجواز الاستئجار للرضاع الذي هو في الحقيقة معاوضة على اللبن بلفظ الاستئجار للمرضعة، فجازت المعاوضة عليه بلفظ البيع.

قوله رحمه الله: «وقد وردت رخصة في إباحة أجرها في العرس اذا لم تتكلّم بالباطل، ولم تلعب بالملاهي، ولم يدخل الرجال عليها».

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب المكاسب باب المكاسب المحظورة ج ٢ ص ٩٦.

(٢) المبسوط: كتاب البيوع فصل في حكم ما يصحّ بيعه وما لايصحّ ج ٢ ص ١٦٦.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب المتاجر الفصل الأوّل فيما يحرم الاكتساب ص ٣٤٠ س ٣٥ (طبع حجري).

(٤) البقرة: ٢٧٥.

أقـول: الرخصة الواردة ما رواه أبو بصير في الصحيح قال: قال أبو عـبدالله عليه السلام: أجر المغنّية التي تغنّي للعرائس ليس به بأس، ليست بالتي يدخل عليها الرجال[١].

واعلم انّ لأصحابنا هاهنا خلافاً، فقال الشيخ في النهاية: ولابأس بأجر المغنّية اذا لم تغنّ بالباطل، ولا يدخلن على الرجال، ولا يدخل الرجال عليهن[٢].

وقال أبو الصلاح: يحرم الغناء كلّه[٣].

وقال المفيد: كسب المغنّية حرام[٤]، واختاره ابن ادريس[٥].

قوله رحمه الله: «والأقرب انّه لا حقيقة له، وانّما هو تخييل».

أقـول: وجه القرب انّه قد ثبت انّه لايمكن أن يؤثّر الانسان في بدن غيره ولا في عقله أثراً من غير مباشرة ولا توسط جسم آخر فكان تخييلاً.

قـوله رحمـه الله: «ولو اشـتراه فـالأقرب البطلان».

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٩٣ في المكاسب ح ١٤٣ ج ٦ ص ٣٥٧، وسائل الشيعة: ب ١٥ من أبواب مايكتسب به ح ٣ ج ١٢ ص ٨٥.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب المكاسب باب المكاسب المحظورة والمكروهة والمباحة ج ٢ ص ١٠٣.

(٣) الكافي في الفقه: فصل فيما يحرم فعله ص ٢٨١.

(٤) المقنعة: كتاب التجارة باب المكاسب ص ٥٨٨.

(٥) السرائر: كتاب المكاسب باب ضروب المكاسب ج ٢ ص ٢٢٤.

أقـول: وجه القرب انّ مناسبة التعظيم للكتاب العزيز يقتضي منع النهي عن بيعه للكافر بطلان البيع لا للنهي بمجرده، إذ النهي عندنا في المعاملات لا يدلّ على الفساد، ولمّا كان التعظيم والإجلال للكتاب العزيز واجباً كان الحقّ انّه لا يصحّ بيعه على الكافر.

قوله رحمه الله: «لو أخذ الأُجرة على المستحبّ منه فالأقرب جوازه».

أقـول: يريد أخذ الأُجرة على ما ليس بواجب من تغسيل الموتى ودفنهم، بل على فعل الزائد على الواجب من المندوبات فالأقرب جوازه؛ لأنّه معاملة على فعل محلّل لم يتعيّن عليه فكان جائزاً.

قوله رحمه الله: «تلقّي الركبان مكروه على رأي».

أقـول: هذا اختيار الشيخان[1].

وقال ابن البرّاج[2]، وأبو الصلاح[3]، وابن ادريس[4]: إنّه محرّم.

---

(١) المقنعة: كتاب التجارة باب تلقّي السلع والاحتكار ص ٦١٦، النهاية ونكتها: كتاب التجارة باب الاحتكار والتلقّي ج ٢ ص ١١٦.

(٢) لم نعثر عليه في المصادر المتوفّرة لدينا، ونقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل الثاني في الاحتكار والتلقّي ص ٣٤٦ س ٢٤ (طبع حجري).

(٣) الكافي في الفقه: فصل في عقد البيع وشروط صحته ص ٣٦٠. لكنّه قال بالكراهة.

(٤) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب آداب التجارة ج ٢ ص ٢٣٧.

قوله رحمه الله: «وينعقد. ومع الغبن الفاحش يتخيّر المغبون على الفور على رأي».

أقول: المصنّف بنى انعقاد البيع على مذهبه من انّه جائز وان كان مكروهاً. وابن الجنيد: قال: لابيع[١].

وابن ادريس قال: المبيع حرام والبيع صحيح ويتخيّر البائع[٢]. ولم يقيّده بالغبن أو غيره على الفور أو التراخي.

قوله رحمه الله: «والنجش حرام: وهو الزيادة لزيادة من واطأه البائع، ومع الغبن الفاحش يتخيّر المغبون على الفور على رأي».

أقول: الخلاف هنا في مواضع، أحدها: أنّ البيع صحيح، وهو اختيار المصنّف وأكثر الأصحاب.

وقال ابن الجنيد: النجش في البيع يجري مجرى الغشّ والخديعة، وهو يبطلها إن[٣] كان من البائع، وإن كان من الواسطة لزم البيع ولزمه التدارك في الضرر إن أدخله على المشتري[٤].

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل الثاني في الاحتكار والتلقّي ص ٣٤٦ س ٢٩ (طبع حجري).

(٢) السرائر: كتاب المتاجر باب آداب التجارة ج ٢ ص ٢٣٧.

(٣) في م ١: «اذا».

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل الثاني في الاحتكار والتلقّي ص ٣٤٦ س ٣٣ (طبع حجري).

الثاني: ثبوت الخيار، كما ذكره المصنّف.

وقال في المبسوط: اذا كان النجش من غير أمر البائع ومواطأته فلا خيار له[١].

الثالث: انّ الخيار على الفور دون التراخي مع ثبوت الغبن الفاحش، كما اختاره المصنّف.

وقال في الخلاف: وللمشتري الخيار؛ لأنّه عيب[٢]، وأطلق.

قوله رحمه الله: «يحرم الاحتكار على رأي».

أقول: هذا اختيار الصدوق في المقنع[٣]، وابن البرّاج[٤].

وقال الشيخان: هو مكروه[٥].

قوله رحمه الله: «وهو حبس الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن والملح بشرطين: الاستبقاء للزيادة وتعذّر غيره، فلو استبقاها لحاجته أو وجد غيره لم يمنع، وقيل: أن يستبقيها في الغلاء ثلاثة أيام وفي الرخص أربعين يوماً».

---

(١) المبسوط: كتاب البيوع فصل في بيع الغرر ج ٢ ص ١٥٩.

(٢) الخلاف: كتاب البيوع المسألة ٢٨٠ ج ٣ ص ١٧١.

(٣) المقنع: باب المكاسب والتجارات ص ١٢٥.

(٤) المهذّب: كتاب المكاسب باب ضروب المكاسب ج ١ ص ٣٤٦.

(٥) المقنعة: كتاب التجارة باب تلقّي السلع والاحتكار ص ٦١٦، النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب آداب الاحتكار والتلقّي ج ٢ ص ١١٤.

أقول: القائل بتقدير الاحتكار بالثلاثة في الغلاء وبأربعين في الرخص هو الشيخ رحمه الله[١]، وابن البرّاج[٢].

قوله رحمه الله: «ويجبر على البيع لا على التسعير على رأي».

أقول: للأصحاب هنا ثلاثة أقوال، أحدها: ما اختاره المصنّف من عدم التسعير، وهو قول الشيخ فانّه قال: لايجوز للسلطان أن يجبره على سعر بعينه، بل يبيعه على ما يرزقه الله تعالى[٣]، وهو اختيار ابن البرّاج[٤]، وابن ادريس[٥].

الثاني: التسعير، وهو قول المفيد فانّه قال: وللسلطان أن يسعّرها على ما يراه من المصلحة، ولا يسعّرها بما يخسر أربابها فيها[٦].

الثالث: إن أجحف سعّر عليه، وإلّا فلا، وهو قول ابن حمزة[٧]، واختاره المصنّف في مسائل الخلاف[٨].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب التجارة باب الاحتكار والتلقّي ج ٢ ص ١١٥ ـ ١١٦.

(٢) لم نعثر عليه في المصادر المتوفّرة لدينا، ونقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل الثاني ص ٣٤٦ س ٧ (طبع حجري).

(٣) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب آداب الاحتكار والتلقّي ج ٢ ص ١١٤ ـ ١١٥.

(٤) لم نعثر عليه في المصادر المتوفّرة لدينا،ونقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل الثاني في الاحتكار والتلقّي ص ٣٤٦ س ١٤ (طبع حجري).

(٥) السرائر: كتاب المتاجر باب آدب التجارة ج ٢ ص ٢٣٩.

(٦) المقنعة: كتاب التجارة باب تلقّي السلع والاحتكار ص ٦١٦.

(٧) الوسيلة: باب الاحتكار والتلقّي ص ٢٦٠.

(٨) مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل الثاني في الاحتكار والتلقّي ص ٣٤٦ س ١٥ (طبع حجري).

قوله رحمه الله: «لو دفع إليه مالاً ليفرّقه في قبيل وكان منهم فإن عيّن اقتصر عليه، فإن خالف ضمن، وإن أطلق فالأقرب تحريم أخذه منه».

أقول: للشيخ رحمه الله هنا قولان، أحدهما: جواز أن يأخذ مثل غيره مع الإطلاق، اختاره في النهاية[١]، والآخر: التحريم، ذكره في المبسوط[٢]، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لما رواه عبدالرحمن بن الحجاج في الصحيح قال: سألته عن رجل أعطاه رجل مالاً ليقسّمه في محاويج أو مساكين وهو محتاج أيأخذ منه لنفسه ولا يعلمه؟ قال: لا يأخذ منه شيئاً حتى يأذن له صاحبه[٣].

قوله رحمه الله: «لو مرّ بثمرة النخل والفواكه لا قصداً قيل: جاز الأكل دون الأخذ، والمنع أحوط».

أقول: القائل بجواز الأكل دون الأخذ جماعة من الأصحاب منهم الشيخ في النهاية[٤]، وعلي بن بابويه[٥]، وأبو الصلاح وزاد الخضر والزرع حيث قال: أباحه القديم تعالى؛ للانتفاع بمّا ينبته الحرث من الخضر والثمار والزرع من غير حمل ولا

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب المكاسب باب المكاسب المحظورة والمكروهة ج ٢ ص ٩٦.

(٢) المبسوط: كتاب الوكالة حكم التوكيل في ابراء غرمائه ج ٢ ص ٤٠٣.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ٩٣ في المكاسب ح ١٢١ ج ٦ ص ٣٥٢، وسائل الشيعة: ب ٨٤ من أبواب ما يكتسب به ح ٣ ج ١٢ ص ٢٠٦.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب بيع الثمار ج ٢ ص ٢١٢ ـ ٢١٣.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل الأوّل في وجوه الاكتساب ص ٣٤٣ س ٢١ في الهامش (طبع حجري).

فساد ينوب مناب إذن المالك[١].

وقال ابن البرّاج: اذا مرّ الانسان بشجر الفواكه جاز له أن يأكل منها من غير إفساد بشيء من ذلك[٢].

وجوّز أيضاً ابن ادريس الأكل من الثمر، وشرط في ذلك أن لا يفسد ولا يحمل[٣]. وقال المصنّف بالمنع احتياطاً.

قوله رحمه الله: «وفي اشتراط تقديم الايجاب نظر».

أقول: وجه النظر من حيث إنّ الأصل بقاء الملك على مالكه إلّا مع تعيّن السبب المزيل، ولم يثبت عند تقديم القبول.

ومن أنّه عند تقديمه عقد، والأصل فيه الصحّة، ولقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾[٤] وهو عام.

قوله رحمه الله: «وهل يصحّ له استئجار المسلم أو ارتهان؟ الأقرب المنع».

أقول: وجه المنع قوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾[٥].

---

(١) الكافي في الفقه: الضرب الرابع من الأحكام فصل في الاذن ص ٣٢٢.

(٢) لم نعثر عليه في المصادر المتوفّرة لدينا، ونقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل الأوّل في وجوه الاكتساب ص ٣٤٣ س ٢١ في الهامش (طبع حجري).

(٣) السرائر: كتاب الأطعمة باب الأطعمة المحظورة والمباحة ج ٣ ص ١٢٦.

(٤) المائدة: ١.

(٥) النساء: ١٤١.

قوله رحمه الله: «والأقرب جواز الإيداع له والإعارة عنده».

أقول: يريد انّ الأقرب جواز إيداع المسلم عند الكافر والإعارة له؛ لأنّه ليس له تسلّط، إذ الوديعة استئمان، والإعارة تسويغ من المالك في الانتفاع بحسب اختياره، إذ هو عقد جائز له الرجوع فيه متى شاء، فلا يستلزم ثبوت حقّ للكافر وتسلّطه به على المسلم، بخلاف استئجاره وارتهانه اللازمين من جهة المؤجر والراهن.

قوله رحمه الله: «ولو أسلمت أُمّ ولده لم يجبر على العتق؛ لأنّه تخسير، وفي البيع نظر».

أقول: وجه النظر من عموم النهي عن بيع أُمّهات الأولاد.

ومن عموم الأمر بالبيع للمسلم عند الكافر على مسلم.

قوله رحمه الله: «وهل يباع الطفل بإسلام أبيه الحرّ أو العبد لغير مالكه؟ إشكال».

أقول: ينشأ من عموم تبعيّة الولد لأبيه في الاسلام.

ومن انقطاع ولاية الأب عن الطفل المملوك، وكون التبعيّة على خلاف الأصل.

قوله رحمه الله: «وإسلام الجدّ أقوى إشكالاً».

أقول: وجه القوّة انّ الأب لقربه ربّما كانت تبعيّته أرجح من عدمها، بخلاف الجدّ لبعده.

قوله رحمه الله: «فإن وكّله غيره في شراء نفسه من مولاه صحّ على رأي».

أقول: ذكر الشيخ في المبسوط فيه وجهين، ثمّ قوّى الصحّة، كما لو اشترىٰ عبداً آخر بإذن سيده[١].

وقال ابن البرّاج: لايصحّ إلّا اذا أذن سيده في ذلك[٢].

قيل عليه: إنّ رضا السيد كالإذن.

قوله رحمه الله: «وبيع الفضولي موقوف على الاجازة على رأي».

أقول: هذا اختيار الشيخ في النهاية[٣]، ومذهب المفيد[٤]، وابن الجنيد[٥]، وابن حمزة[٦].

وقال في المبسوط[٧] والخلاف[٨]: يقع باطلاً، واختاره ابن ادريس[٩].

---

(١) المبسوط: كتاب الوكالة ج ٢ ص ٣٩٣.

(٢) لم نعثر عليه في المصادر المتوفّرة لدينا، ونقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل التاسع الوكالة ص ٤٣٨ السطر الأخير (طبع حجري).

(٣) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب الشرط في العقود ج ٢ ص ١٣٥.

(٤) المقنعة: كتاب التجارة باب إجازة البيع وصحّته وفساده ص ٦٠٦.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل الرابع في عقد البيع وشرائطه ص ٣٤٨ س ١٦ (طبع حجري).

(٦) الوسيلة: كتاب البيع فصل في بيان بيع الفضولي ص ٢٤٩.

(٧) المبسوط: كتاب الوكالة ج ٢ ص ٣٩٨.

(٨) الخلاف: كتاب البيوع المسألة ٢٧٥ ج ٣ ص ١٦٨.

(٩) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب الشرط في العقود ج ٢ ص ٢٧٤.

قوله رحمه الله: «ومع علم المشتري إشكال».

أقـول: يريد لو باع الغاصب العين المغصوبة والمشتري عالم بالغصبية احتمل هاهنا الفساد، بخلاف ما اذا كان فضولياً غير غاصب؛ لأنّه تصرّف قهري، فيكون أبلغ في كراهية المالك للبيع المقتضي لبطلانه، فبطلانه هناك أبلغ.

ويحتمل كونه بمنزلة الفضولي فيصحّ عند إجازة المالك؛ لأنّ إجازة المالك تجري مجرى صدور العقد منه فكان صحيحاً.

قوله رحمه الله: «والأقرب اشتراط كون العقد له مجيز في الحال، فلو باع مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينعقد على إشكال».

أقـول: هذا تفريع على القول بجواز بيع الفضولي، وهو أنّه هل يشترط كون العقد الصادر منه له مجيز في الحال أم لا؟ فيه وجهان، أقربهما عند المصنّف اشتراطه، وإلّا أدّى الى حصول الضرر للمشتري، كما اذا باع الفضولي مال الطفل عليه؛ لامتناعه من التصرّف فيه وفي الثمن جميعاً الى حين بلوغ الطفل، فانّه مع تصرّفه في المبيع يمكن أن يفسخ عند بلوغه، فتبيّن بطلان البيع وعدم انتقاله الى المشتري، ومع تصرّفه في الثمن يمكن أن يجيزه ويكون الثمن ملكاً للطفل فيمنع منهما، وهو ضرر عظيم منفيّ بقوله صلّى الله عليه وآله: «لا ضرر ولا إضرار»[1].

ويحتمل عدم الاشتراط؛ لقيام الدليل الدالّ على وقوف بيع الفضولي على الاجازة مطلقاً.

---

(١) من لايحضره الفقيه: باب ميراث أهل الملل ح ٥٧١٨ ج ٤ ص ٣٣٤.

قوله رحمه الله: «وكذا لو باع مال غيره ثمّ ملكه وأجاز».

أقــول: يعني اذا باع مال غيره ثمّ انتقل إليه وأجاز فحكمه ما تـقدّم، أي إن شرطنا كون العقد له مجيزاً في الحال لم يصحّ؛ لأنّ هذا المجيز لم يكن له إجازة في حال البيع، فان لم نشترط ذلك صحّ البيع.

واعلم انّه ينبغي أن يقيّد الانتقال بالانتقال القهري كالميراث، فلو انتقل إليه من المالك الأوّل اختياراً كالشراء منه ـ مثلاً ـ كان ذلك ابطالاً لبيع الفضولي[1].

قوله رحمه الله: «وفي وقت الانتقال إشكال».

أقــول: ليس الإشكال مخصوصاً بهذه بل في مطلق بيع الفضولي، والمراد أنّه اذا باع الفضولي ثمّ أجاز المالك متى ينتقل الملك الى المشتري هـل يـتبيّن بـالاجازة انتقاله من حين العقد أو من حين الاجازة؟

ويحتمل الأوّل، لأنّ سبب الانتقال هو عقد البيع المرضي به، وقد علمنا بالاجازة حصول الرضا به، فكان مقتضياً للانتقال، ولا يتأخّر المعلول عن علّته.

ويحتمل الثاني، من حيث إنّ الاجازة إمّا شرط في الانـتقال أو جـزء، وعـلى التقديرين يتأخّر الانتقال عنها تأخّر المشروط عن شرطه أو المعلول عـن جـزء العلّة.

---

(١) في ق:«يريد وكذا يصحّ البيع لو باع الانسان مال غيره ثمّ ملكه ورضي قبل رضا الأوّل أو فسخه فإنّ البيع يصحّ، تفريعاً على القول بوقوف بيع الفضولي على الإجازة، وهذه ذكرناها وإن لم نذكر فيها إشكالاً ولا ما يناسبه؛ لأنّ فيها اشتباهاً» بدل عبارة «اذا باع مال غيره ثمّ انتقل... كان ذلك ابطالاً لبيع الفضولي».

قوله رحمه الله: «ولو باع مال أبيه بظنّ الحياة وانّه فضولي فبان ميتاً حينئذٍ وانّ المبيع ملكه فالوجه الصحّة».

أقول: لأنّه عقد صدر من أهله في محلّه فكان صحيحاً، وأوردنا بالأهل أن يكون بالغاً عاقلاً جائز التصرّف وهو هنا كذلك، وبالمحلّ أن يكون مالكاً أو في حكمه وهو عند البيع مالك، فيثبت ما ادّعيناه من الصحّة.

قوله رحمه الله: «ولا بالثمن مع علمه بالغصب، إلّا أن يكون الثمن باقياً فالأقوى الرجوع».

أقول: يريد اذا كان البائع غاصباً ورجع المالك على المشتري بالعين أو مثلها أو قيمتها ونمائها وأُجرتها لم يرجع المشتري على البائع بشيءٍ من ذلك اذا كان عالماً بالغصب، إلّا اذا كان الثمن موجوداً، فأقوى المذهبين عند المصنّف الرجوع، لأنه مال مملوك له لم ينتقل عنه بسبب ناقل فكان له استعادته، والأصحاب أطلقوا عدم رجوع المشتري العالم.

قوله رحمه الله: «ولو تلفت العين في يد المشتري كان للمالك الرجوع على من شاء منهما بالقيمة إن لم يجز البيع، فإن رجع على المشتري الجاهل ففي رجوعه على البائع بالزيادة على الثمن إشكال».

أقـول: يريد لو باع الغاصب العين المغصوبة ولم يجز المالك البيع أن قبض الثمن من المشتري وسلّم إليه المبيع كان لمالكها أخذها مع وجودها أو مثلها مع تلفها إن كانت مثلية، ولو تلفت وكانت من ذوات القيم كان له الرجوع بالقيمة على من شاء منهما، فلو رجع على المشتري الجاهل بالغصب بالقيمة وكانت زائدة عن الثمن الذي قبضه من الغاصب فهل له الرجوع على الغاصب بتلك الزيادة أم لا؟ فيه إشكال.

ينشأ من استقرار التلف في يده فيستقرّ عليه الضمان.

ومن كونه مغروراً فيكون السبب أقوى فيستقرّ الضمان على الغاصب.

قوله رحمه الله: «ولو باع مالك النصف انصرف الى نصيبه خاصّة، ويحتمل الإشـاعة فـيقف في نصف نصيب الآخر على الاجازة».

أقـول: يريد اذا كان الملك مشتركاً بين اثنين نصفين فباع أحـدهما النـصف وأطلق انصرف الى ما يملكه؛ لأنّ الظاهر انّ الانسان انّما يتصرّف في ملكه. ولأنّ الأصل صحّة البيع، وانّما يكون صحيحاً لو كان المبيع ملكه، فيحتمل المطلق عليه، ويحتمل الإشاعة، فانّه ما من جزء إلّا وهو مشترك بينه وبين شريكه، فاذا لم يعيّن كون المبيع هو الذي يختصّ به كانت نسبته إليهما على سبيل التسوية، فليس صرفه الى ما يملكه أحدهما أولى من العكس، فحينئذٍ يلزم البيع من جهته في الربع ويقف في الربع الذي لشريكه على إجازته.

قوله رحمه الله: «ولو باع جملة الثمرة وفيها عشر الصدقة صحّ فيما يخصّه دون حصّة الفقراء إلّا مع

الضمان، ولو باع أربعين شاة وفيها الزكاة مع عدم الضمان لم يصحّ في نصيبه، إذ ثمن حصّته مجهول على إشكال».

أقول: الفرق بين المسألتين انّ الثمرة من ذوات الأمثال، فاذا بطل في حصّة الفقراء ـ أعني العشر ـ بطل قسطه من الثمن وهو معلوم؛ لأنّه عشر الثمن، فانّ الثمن المثلي يقسّط على أجزاء المبيع، والغنم من ذوات القيم، والمستحقّ للفقراء شاة غير معيّنة فثمنها غير معلوم فكان باطلاً.

ويحتمل الصحّة؛ لأنّ الواجب في البيع علم المتبايعين بما وقع عليه العقد حال البيع وهو هنا حاصل، إذ البيع وقع على الأربعين المعلومة لهما بثمن معلوم لهما، كما لو ظهر شاة مستحقّه للغير فانّه اذا أخذها ولم يرض بالبيع لا يفسد البيع، بل يرجع المشتري على البائع بقسطها من الثمن فكذا هنا.

قوله رحمه الله: «وله أن يتولّى طرفي العقد مع الإعلام على رأي».

أقول: هذا قول أبي الصلاح فانّه قال: ويكره لمن سأله غيره أن يبتاع له متاعاً أن يبتاع له من عنده أو يبتاع منه ما سأله ببيعه له، وليس بمحرّم[1]، ومنع الشيخ في الخلاف[2] والمبسوط[3] إلّا مع الإعلام.

---

(١) الكافي في الفقه: كتاب البيع ص ٣٦٠.

(٢) الخلاف: كتاب الوكالة المسألة ٩ ج ٣ ص ٣٤٦.

(٣) المبسوط: كتاب الوكالة ج ٢ ص ٣٨١.

قوله رحمه الله: «ولو اتفق عقد الموكلين على الجمع والتفريق في الزمان بطلا، ولو سبق أحدهما صحّ خاصّة، ويحتمل التنصيف في الأوّل فيتخيّران، ولو باعا على شخص ووكيله أو على وكيليه دفعةً فإن اتفق الثمن جنساً وقدراً صحّ، وإلّا فالأقرب البطلان، ولو اختلف الخيار فالأقرب مساواته لاختلاف الثمن».

أقول: اذا وكّل المالك وكيلين في بيع سلعة وجعل إليهما الاجتماع والانفراد ففيه مسائل:

المسألة الأُولى: اذا باعاها على اثنين لأنفسهما، فإن تقدّم عقد أحدهما صحّ وبطل الآخر وهو ظاهر، وإن اقترنا في العقد احتمل بطلان العقدين لتدافعهما، إذ صحّة كلّ منهما يقتضي بطلان الآخر، ولا ترجيح لأحدهما على الآخر فيبطلان.

ويحتمل التنصيف بمعنى انّه يصحّ البيع بالنسبة الى كلّ من المشتريين في النصف؛ لأنّ الأصل صحّة البيع، ولمّا تعذّر في الجميع قسّم المبيع بينهما، كما لو ادّعى كلّ منهما الملك وأقام بيّنة فانّه يقسّم على بعض الوجوه الآتية إن شاء الله، فحينئذٍ يتخيّر كلّ واحد من المشتريين بتبعيض الصفقة عليه.

الثانية: باع الوكيلان السلعة على شخصٍ ووكيله أو على وكيلي شخص واحد دفعةً، فإن كان الثمن مختلفاً جنساً بأن كان أحدهما ذهباً والآخر فضةً أو قدراً، بأن كان أحدهما عشرةً والآخر عشرين بطلا أيضاً؛ لعدم الأولوية لو طلب البائع الأخذ بالزائد والمشتري الأخذ بالناقص.

وأقول: ينبغي على احتمال التنصيف هناك أن يقال: يحتمل صحّة البيع في مجموع

السلعة بنصف الثمنين، وعلى هذا هل يثبت هنا خيار لأحد المتبايعين؟ فأقول: إن كان الثمنان معيّنين ثبت الخيار لكلّ من البائع والمشتري لحصول الشركة في الثمنين المعيّنين، وذلك عيب بالنسبة الى كلّ منهما.

الثالثة: باعاها دفعةً على شخص ووكيله أو على وكيليه بثمن متفق في الجنس والقدر من غير اشتراط خيار مختلف.

قال: صحّ البيع، إذ لا منافاة؛ لأنّ بيع كلّ واحد منهما اقتضى انتقال الملك الى شخص واحد بثمن واحد غير مختلف في شيء من أوصافه.

وأقول: يحتمل قوياً البطلان هنا، إذ انتقال الملك الى المشتري والثمن الى البائع لابدّ له من سبب وهو هنا البيع، فإن كان النقل حصل ببيع أحدهما دون الآخر ترجيح بلا مرجّح، وإن كان بكلّ منهما اجتمع على المسبّب الواحد سببان مستقلّان وهو محال، وليس لأحد أن يقول: النقل حصل بمجموعهما؛ لأنّ التقدير انّ الواقع في نفس الأمر، ان كلّ واحد من العقدين مستغنٍ عن الآخر في اقتضاء الانتقال لا حاجة له الى الآخر، فلو وقع بهما لكان عند غنائه عن أحدهما محتاجاً إليه وهو محال.

الرابعة: باعاها على شخص ووكيله أو على وكيليه دفعةً بثمنين مختلفين فالأقرب عند المصنّف البطلان؛ لعدم الأولوية لو طلب البائع الثمن الزائد وللمشتري الأخذ بالناقص، وعلى الاحتمال السابق يحتمل التنصيف.

الخامسة: باعاها على شخص ووكيله أو على وكيليه دفعةً واحدة بثمن متفق جنساً وقدراً لكن بخيار مختلف، إمّا بأن يكون قد شرط الخيار في أحد العقدين للبائع خاصّة وفي الآخر للمشتري خاصّة، أو بأن يكون لأحدهما في أحد العقدين أزيد ممّا هو في الآخر، وكذا نقول: لو شرط الخيار لأحدهما خاصّة في أحدهما وكان

الآخر منجزاً فالأقرب على البطلان هناك البطلان هنا؛ لما قلنا من عدم الأولوية، إلّا أن يكوّن الخيار مشروطاً لهما جميعاً، فيكون كاتفاق الثمنين.

قوله رحمه الله: «والمغايرة للمتعاقدين، فلو باعه نفسه فالأقرب البطلان وان كان الثمن مؤجلاً».

أقول: من جملة شروط العوضين أن يكون المبيع مغايراً للمتعاقدين، فلو باع المولى العبد نفسه فالأقرب البطلان وان كان الثمن مؤجلاً؛ لامتناع كون الشيء مبيعاً مبتاعاً، فانّ المبتاع يملك المبيع، ولا يعقل ثبوت النسبة ـ أعني نسبة التمليك ـ بين الانسان الواحد ونفسه، بخلاف الكتابة فانّها عقد مشروع يقتضي انقطاع تصرّف السيد عن عبده، وعتقه بعد أداء ما شرط عليه في نجومه، وليس فيه استحالة.

قوله رحمه الله: «والأقرب صحّة بيعه من غير اختبار ولا وصف بناءً على الأصل من السلامة، فإن خرج معيباً فله الأرش إن تصرّف، وإلّا الأرش أو الردّ».

أقول: اذا كان المراد من المبيع طعمه كالعسل وشبهه أو ريحه كالمسك وأمثاله قال الشيخان: لايجوز بيعه بغير اختبار، فإن بيع بغير اختبار كان البيع غير صحيح ثمّ قالا: والمتبايعان فيه بالخيار، فإن تراضيا بذلك لم يكن به بأس[1].

---

(١) المقنعة: كتاب المكاسب باب بيع ما يمكن معرفته ص ٦٠٩، النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب بيع الغرر والمجازفة وما يجوز بيعه ومالايجوز ج ٢ ص ١٨٤.

وقال أبو الصلاح: من شرط صحّة بيع الحاضر اختبار ما يمكن اختباره بشمّ أو ذوق أو مشاهدة[١].

وابن ادريس جوّز بيع ما يمكن اختباره بالوصف[٢].

والمصنّف اختار الجواز بناءً على أصالة الصحّة مطلقاً، سواء كان مما يختبر أو لا، فإن خرج صحيحاً لزم البيع، وإن خرج معيباً تخيّر المشتري إن لم يتصرّف بين ردّه وإمساكه بالأرش، ومع التصرّف له المطالبة بالأرش.

ووجه الصحّة انّها أعيان مشاهدة معلومة المقدار فيصحّ بيعها، بناءً على أصالة الصحّة كسائر الأعيان، ولعموم ﴿وأحلّ الله البيع﴾[٣] ولأصالة الجواز.

قوله رحمه الله: «والأقرب جواز بيع بيوت مكّة».

أقول: منع الشيخ رحمه الله من بيع بيوت مكّة، فقال في الخلاف: لايجوز بيع رباع مكّة وبيوتها ولا اجارتها؛ لقوله تعالى: ﴿سواءً العاكف فيه والباد﴾[٤][٥].

والأقرب عند المصنّف الجواز، عملاً بعموم ﴿وأحلّ الله﴾، ولأصالة الجواز، والضمير في الآية الى المسجد، ولا مانع حينئذٍ.

---

(١) الكافي في الفقه: فصل في عقد البيع وشروط صحّته وأحكامه ص ٣٥٤، وفيه: «اعتبار ما يمكن اعتباره».

(٢) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب بيع الغرر والمجازفة وما يجوز بيعه ومالايجوز ج ٢ ص ٣٣١.

(٣) البقرة: ٢٧٥.

(٤) الحجّ: ٢٥.

(٥) الخلاف: كتاب البيوع المسألة ٣١٦ ج ٣ ص ١٨٨.

واعلم انّ الشيخ رحمه الله ادّعى انّ مكّة كلّها مسجد؛ لقوله تعالى: ﴿سبحان الذي أسرى بعبده ليلاً من المسجد الحرام الى المسجد الأقصى﴾[١] وكان الإسراء به صلّى الله عليه وآله من بيت خديجة عليها السلام. وروي من شعب أبي طالب، فسمّاه مسجداً[٢].

قوله رحمه الله: «وفي اشتراط موت المولى نظر».

أقول: يريد أنّه هل يشترط في صحّة بيع أُمّ الولد في ثمن رقبتها اذا كان ديناً على مولاها وأُعسر عنه موت المولى أم لا؟ فيه نظر.

ينشأ من عموم النهي عن بيع أُمّهات الأولاد، خرج منه ما اذا مات المولى اتفاقاً فيبقى الباقي على المنع، ولأنّه مع بقائه يكون الدَين مشغولاً بذمّته، بخلاف الميّت.

ولما روي عن الكاظم عليه السلام قال: قلت له: أسألك؟ قال: سل، قلت: لِمَ باع أميرالمؤمنين عليه السلام أُمّهات الأولاد؟ قال: في فكاك رقابهن، قلت: وكيف ذلك؟ قال: أيّما رجل اشترى جارية فأولدها ثمّ لم يؤدّ ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدّي عنه أخذ ولدها منها وبيعت في أداء ثمنها، قلت: فيبعن فيما سوى ذلك من دَين؟ قال: لا[٣].

ومن أنّ المشهور التجويز مطلقاً، فإنّ المفيد[٤]، وأبا جعفر الطوسي[٥]،

---

(١) الإسراء: ١.

(٢) الخلاف: كتاب البيوع ذيل المسألة ٣١٦ ج ٣ ص ١٨٩.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ١ في العتق وأحكامه ح ٩٥ ج ٨ ص ٢٣٨، وسائل الشيعة: ب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان ح ١ ج ١٣ ص ٥١.

(٤) المقنعة: كتاب التجارة باب ابتياع الحيوان وأحكامه ص ٦٠١.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب بيع الحيوان وأحكامه ج ٢ ص ١٩٥.

وابن البرّاج[١]، وابن حمزة[٢]، وابن ادريس[٣] أطلقوا القول بجواز بيعها من غير تفصيل.

وابن الجنيد أيضاً صرّح بذلك فقال: وكذلك حالها في حياة سيدها[٤].

ولما رواه زرارة في الحسن، عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن أُمّ الولد، قال: انّها تباع وتورث[٥].

وعن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن أُمّ الولد تباع في الدُين؟ قال: نعم في ثمن رقبتها[٦].

قوله رحمه الله: «فيضمن المولى حينئذٍ أقلّ الأمرين من قيمته وأرش الجناية على رأي».

أقول: يريد أنّه يجوز بيع الجاني عمداً كان أو خطأً، ويكون بيعه في الخطأ التزاماً للفداء فيضمن السيد حينئذٍ للمجنى عليه أقلّ الأمرين من قيمة العبد الجاني

---

(١) لم نعثر عليه في المصادر المتوفّرة لدينا، ونقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الخامس في الاستيلاد ص ٦٤٧ س ٩ (طبع حجري).

(٢) الوسيلة: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة فصل في بيان أحكام أُمّهات الأولاد ص ٣٤٣.

(٣) السرائر: كتاب المتاجر والبيع باب ابتياع الحيوان وأحكامه ج ٢ ص ٣٤٨.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الخامس في الاستيلاد ص ٦٤٧ س ١٦ (طبع حجري).

(٥) تهذيب الأحكام: ب ١ في العتق وأحكامه ح ٩١ ج ٨ ص ٢٣٧، وسائل الشيعة: ب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان ح ٣ ج ١٣ ص ٥١.

(٦) تهذيب الأحكام: ب ١ في العتق وأحكامه ح ٩٢ ج ٨ ص ٢٣٨، وسائل الشيعة: ب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان ح ٢ ج ١٣ ص ٥١.

وأرش الجناية، وهو الذي قوّاه الشيخ في المبسوط[١].

وقال في الخلاف: يضمن أرش جنايته فانّه قال فيه: اذا جنى العبد تعلّق أرش الجناية برقبته، فإن أراد السيد أن يفديه كان بالخيار بين أن يسلمه برقبته أو يفديه بمقدار أرش جنايته[٢].

قوله رحمه الله: «لو باع المغصوب وتعذّر تسليمه لم يصحّ، ولو قدر المشتري على انتزاعه دون البائع فالأقرب الجواز».

أقول: قد تقرّر أنّ من جملة شرائط البيع كون المبيع مقدوراً على تسليمه، فلو باع المغصوب ولا يقدر على تسليمه له لم يصحّ قطعاً[٣] اذا لم يقدر المشتري على انتزاعه من الغاصب، أمّا لو قدر المشتري على انتزاعه فالأقرب عند المصنّف الجواز؛ لأنّه يجري مجرى المقدور على تسليمه بسبب تمكّن المشتري من قبضه، ولأنّ الأصل صحّة البيع.

والشيخ رحمه الله منع من بيع المغصوب مطلقاً، قال: لأنّ يده ليست عليه[٤].

قوله رحمه الله: «ويصحّ بيع الصاع من الصبرة ـ الى قوله: ـ وهل ينزل على الإشاعة؟ فيه نظر».

---

(١) المبسوط: كتاب البيوع فصل في أنّ الخراج بالضمان ج ٢ ص ١٣٥ ـ ١٣٦.

(٢) الخلاف: كتاب الجنايات المسألة ٥ ج ٣ ص ٨٩ طبع اسماعيليان.

(٣) في م ١: «مطلقاً».

(٤) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٧٣.

أقـول: وجه النظر من حيث إنّ المبيع لم يتضمّن صاعاً مشخّصاً بل من جملة الصبرة، فيحتمل أن يكون قد انتقل الى المشتري مشاعاً، فاذا كان من جملة عشرة ـ مثلاً ـ كان له العشر؛ لأنّ البيع اقتضى نقل صاع من جملة عشرة ممتزجة، ولانعني بالمشاع إلّا ذلك.

ويحتمل أن يكون المبيع صاعاً كلياً بالنسبة الى أفراد صيعان[1] الصبرة؛ لأنّ البيع اقتضى وجوب تسليم صاع من جملة الصبرة غير مشار الى عينه، ويبنى على ذلك ما ذكره المصنّف وهو: أنّه لو تلف من الصبرة شيء تلف من المبيع بنسبته على الأوّل، مثلاً اذا تلف صاع من عشرة كان للمشتري تسعة أعشار الصاع ويرجع بنسبة من الثمن على البائع، وعلى الثاني يبقى البيع ما بقي صاع؛ لأنّ المبيع ـ أعني: الصاع الكلّي ـ يتحقّق عند وجود أيّ صاع بقي.

قوله رحمه الله: «وإن قال: بعتكها بحقوقها صحّ، فيثبت للمشتري السلوك من جميع الجوانب، وان كانت الى الشارع أو ملك المشتري على إشكال».

أقول: لو باع الانسان أرضاً محاطة بملك البائع من جميع جوانبها أو بعضها فباعها بحقوقها فإن عيّن موضع السلوك صحّ، وإن أبهم فإن لم يقل بحقوقها بطل البيع؛ لأنّ من جملة حقوقها المسلك وهو يتفاوت بالنسبة الى جانب دون آخر بالقياس الى البائع والمشتري بحسب رغبتهما ومصلحتهما فيكون باطلاً. أمّا اذا قال

---

(١) في ق: «صغار».

بحقوقها يثبت له الجواز من جميع الجهات، لأنّ المسالك من حقوقها، كانت الى ملك البائع خاصّة أو الى شارع أو ملك المشتري على إشكال.

ينشأ من أنّ الاستطراق من جملة حقوقها فيثبت كما قلنا.

ومن أنّ ثبوت الاستطراق عند الاطلاق انّما كان بسبب كونه ضرورياً لا ينتفع بالملك من دونه، وهذا المعنى لا يتحقّق عند انتهاء بعض حدودها الى الشارع أو ملك المشتري؛ لإمكان الاستطراق منهما إليه، فحينئذٍ لايلزم البائع بدل ما لم يتناوله العقد بشيء من الدلالات الثلاث، إذ الاستطراق منه الى ملك البائع ليس هو مسمّى الملك المبتاع ولا جزء منه ـ وهو ظاهر ـ ولا ملزوماً؛ لما قلناه.

قوله رحمه الله: «لو باع بحكم أحدهما أو ثالث من غير تعيين قدر الثمن أو وصفه بطل، فيضمن المشتري العين لو قبضها بالمثل أو القيمة يوم القبض، أو أعلى القيمة من حين القبض الى حين التلف على الخلاف».

أقول: القائل بأنّه يضمنه بقيمته يوم القبض هو الشيخ[1] وجماعة من أصحابنا، والقائل بأنّه يضمنها بأعلى القيم هو ابن ادريس[2].

قوله رحمه الله: «والقول قوله لو ادّعاه على إشكال».

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب الشرط في العقود ج ٢ ص ٣٨٧.

(٢) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب الشرط في العقود ج ٢ ص ٢٨٦.

أقول: يريد انّ المشتري اذا كان قد شاهد المبيع من مدّة يحتمل فيها تغيّره صحّ البيع؛ لأصالة بقائه على ما كان عليه من الصفات وعدم تغيّره، فإن اختلفا في التغيّر فادّعاه المشتري وأنكره البائع كان القول قول المشتري مع يمينه على إشكال».

ينشأ من وجوب تسليم المبيع على الصفات المعهودة، ولم يثبت، فقول البائع: بعدم التغيّر يتضمّن براءته ممّا وجب عليه بحكم العقد، وهو دعوى محضة والمشتري ينكرها. ومن أصالة عدم التعيّن.

قوله رحمه الله: «ويجوز بيع الصوف على الظهر منفرداً على رأي».

أقول: هذا مذهب المفيد[١]، وابن ادريس[٢]، ومنعه الشيخ[٣]، وابن البرّاج[٤]، وأبو الصلاح[٥].

قوله رحمه الله: «ولو قال: بعتك الحنطة التي في البيت وهذا الانموذج منها صحّ إن أدخل

---

(١) المقنعة: كتاب التجارة باب اشتراط البائع على المبتاع فيما باعه إيّاه ص ٦٠٩.

(٢) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب بيع الغرر والمجازفة وما يجوز بيعه وما لايجوز ج ٢ ص ٣٢٢.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب بيع الغرر والمجازفة وما يجوز بيعه وما لايجوز ج ٢ ص ١٧٢ ـ ١٧٣.

(٤) لم نعثر عليه في المصادر المتوفّرة لدينا، ونقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل الرابع عشر في بيع الغرر والمجازفة ص ٣٨٦ س ٣١ (طبع حجري).

(٥) الكافي في الفقه: فصل في عقد البيع وشروط صحّته وأحكامه ص ٣٥٦.

الانموذج لرؤية بعض المبيع، وان لم يدخل على إشكال، ينشأ من كون المبيع غير مرئي ولا موصوف، إذ لايمكن الرجوع إليه عند الإشكال بأن يفقد».

أقول: ومن أنّ رؤية المتعاقدين للانموذج الدالّ على المبيع أبلغ من وصفه فكان البيع صحيحاً، وللأصل.

قوله رحمه الله: «ولو قال: بعتك هذه السلعة بأربعة إلّا ما يساوي واحداً بسعر اليوم قال الشيخ: يبطل مطلقاً للجهالة[1]، والوجه ذلك، إلّا أن يعلما بسعر اليوم».

أقول: يريد انّهما لو علما سعر اليوم صحّ؛ لأنّ المستثنى حينئذٍ معلوم، وأقول: هذا وحده غير كافٍ في الصحّة، بل ينبغي أن يقال: إلّا اذا علما سعر اليوم ولم يستغرق المبيع فانّه قد يكون مستغرقاً، أو أزيد من المبيع فيكون قد استثنى من المبيع جملته، أو أزيد منه وهو باطل قطعاً.مثال ذلك: لو كان المساوي للدرهم من الحنطة قفيزاً وقال له: بعتك قفيزاً بأربعة دراهم، واستثنىٰ من القفيز ما يساوي درهماً، فانّه يكون قد استثنى القفيز، فكأنّه قال: بعتك قفيزاً إلّا قفيزاً بأربعة، وهو باطل قطعاً.

قوله رحمه الله: «ولو قال: إلّا ما يخصّ واحداً قال الشيخ: يصحّ في ثلاثة أرباعها بجميع الثمن[2]،

---

(١) المبسوط: كتاب البيوع فصل في بيع الثمار ج ٢ ص ١١٦.

(٢) المصدر السابق.

والأقرب عندي البطلان؛ لثبوت الدور المفضي الى الجهالة، فإن علماه بالجبر والمقابلة أو غيرهما صحّ البيع في أربعة أخماسها بجميع الثمن».

أقـول: وجه الدور انّ المتبايعين لا يعلمان بالمستثنى ـ أعني ما يخصّ واحداً إلّا بمعرفة المبيع ـ ولا يعلمان المبيع إلّا بعد علمهما بالمستثنى، وطريق التخلّص من الدور بالجبران. نقول: صحّ الاستثناء فيما قابل واحداً ـ وهو شيء يبقى المبيع السلعة ـ إلّا شيئاً واحداً يعدل أربعة أشياء، إذ المبيع ـ وهو ما بعد الاستثناء ـ هو الذي يقابل مجموع الثمن، وذلك أربعة أشياء، فمجموع السلعة يعدل خمسة، فالمقابل للواحد منها الخمس ـ وهو المستثنى ـ فبقي المبيع أربعة أخماسها بمجموع الأربعة، وذلك ما ادّعيناه.

قوله رحمه الله: «ولو باعه بعشرة وثلث الثمن فهو خمسة عشر؛ لأنّ الثمن شيء يعدل عشرة وثلث شيء، فالعشرة تعدل ثلثي الثمن، ولو قال: وربع الثمن فهو ثلاثة عشر وثلث، ولو قال: إلّا ثلث الثمن فهو سبعة ونصف».

أقـول: لمّا حكى المسألة التي حكم الشيخ[1] فيها بالبطلان مطلقاً وذكر أنّها تصحّ إن علماها على طريق الجبر أو غيره ذكر في هذا الباب ثلاث مسائل، وبيّن طريق الأُولى، والأخيرتان ظاهرتان، إلّا انّ بعض من يقف على هذا ربما احتاج الى بيانه.

---

(١) تقدّم في الصفحة السابقة.

فنقول: في قوله: «ولو قال: وربع الثمن فهو ثلاثة عشر وثلث» لأنّ الثمن شيء وقد باعه بعشرة وربع الثمن فقد باعه بعشرة وربع شيء، فالمجموع يعدل شيئاً أسقط ربع شيء بمثله يبقى عشرة يعدل ثلاثة أرباع شيء، فالربع ثلاثة وثلث، فالمجموع ثلاثة عشر وثلث، وهو المدّعى.

وفي قوله: «لو قال: إلّا ثلث الثمن فهو سبعة ونصف» لأنّ الثمن شيء فقد باعه بعشرة إلّا ثلث شيء، كلّه يعدل شيئاً أجبر العشرة بثلث شيء يصير عشرة كاملة يعدل شيئاً وثلثاً، فالشيء ثلاثة أرباع العشرة، وذلك سبعة ونصف، وهو المدّعى.

قوله رحمه الله: «والرضاع كالنسب على رأي».

أقول: هذا قول الشيخ رحمه الله[١]، وابن البرّاج[٢]، وابن حمزة[٣].

وقال المفيد: ولا يصحّ للرجل استرقاق أبويه ولا ولده ولا أُخته وعمّته وخالته من جهة النسب، فإذا ملكهم عتقوا في الحال، ويملك من سمّيناه من جهة الرضاع[٤]. وتبعه سلّار[٥] وابن ادريس[٦]، وهو ظاهر كلام ابن أبي عقيل فانّه قال: لابأس بملك الأُمّ والأُخت من جهة الرضاعة وبيعهن، وانّما يحرم منهنّ ما يحرم من

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر في بيع الحيوان وأحكامه ج ٢ ص ١٩٢.

(٢) المهذّب: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ج ٢ ص ٣٥٦.

(٣) الوسيلة: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٠.

(٤) المقنعة: كتاب التجارة باب ابتياع الحيوان وأحكامه ص ٥٩٩.

(٥) المراسم: كتاب المكاسب في ذكر الشرط الخاصّ في البيع والمبيع ص ١٧٦.

(٦) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب ابتياع الحيوان وأقسامه ج ٢ ص ٣٤٢ ـ ٣٤٣.

النسب في وجه النكاح فقط[١].

قوله رحمه الله: «والتحقيق: صرف البيع الى الاستنقاذ، فني لحوق أحكام البيع حينئذٍ نظر».

أقول: يريد انّ الكافر اذا قهر بعض ما ينعتق عليه كأبيه ـ مثلاً ـ فباعه صحّ البيع على إشكال».

منشأه ما ذكره من دوام القهر المقتضي للملك ودوام القرابة الرافعة[٢] له، واختار أنّ الأقرب هاهنا أن يكون البيع بمنزلة الاستنقاذ، فانّهم في الحقيقة فيء المسلمين. ثمّ فرّع على ذلك انّه هل يلحقه أحكام البيع على تقدير كونه استنقاذاً؟ فقال: فيه نظر.

ينشأ من وجود عقد البيع المقتضي لثبوت لوازمه من الأحكام، كخيار المجلس والحيوان وغير ذلك.

ومن الحكم بأنّه استنقاذ لا بيع حقيقي، والأحكام المذكورة تابعة للبيع الصحيح، وعلى تقدير القول: بأنّه ليس بيعاً وانّما هو استنقاذاً لا يلزم لحوق أحكامه.

قوله رحمه الله: «ولو استثنى البائع الرأس والجلد فالأقرب بطلان البيع والصحّة في المذبوح».

أقول: اذا استثنى بائع الحيوان رأسه أو جلده قال أكثر أصحابنا بالجواز، إلّا

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل الثاني عشر في بيع الحيوان ص ٣٧٩ س ١ (طبع حجري).

(٢) في م ١: «الواقعة».

أنّ الشيخ رحمه الله قال: ويكون البائع شريكاً للمشتري بقدر قيمة ثلثاه، ذكر ذلك في النهاية[١] والمبسوط[٢] والخلاف[٣]، وتبعه ابن البرّاج[٤]. والباقون كالمفيد[٥]، وأبي الصلاح[٦]، وابن ادريس[٧] أطلقوا القول بالصحّة.

وفصّل المصنّف فقال: إن كان المبيع حيّاً فالأقرب البطلان؛ لاستلزامه تضرّر أحد الشريكين، فانّه لو أراد أحدهما أخذ حقّه وأراد الآخر الابقاء فإن أُجيب الأوّل تضرّر الثاني وبالعكس، وإن كان مذبوحاً صحّ؛ لعدم المانع منه حينئذٍ.

قوله رحمه الله: «ولو قال له: الربح بيننا ولا خسران عليك فالأقرب بطلان الشرط».

أقول: يريد انّه اذا اشترك اثنان في شراء حيوان وشرط أحدهما بنفسه حصّة من الربح وأن لا خسران عليه فالأقرب عند المصنّف بطلان الشرط؛ لأنّه وعد، إذ الخسران من المال المشترك يقتضي أن يكون بين الشريكين فهو في الحقيقة وعدٌ لا

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب ابتياع الحيوان وأحكامه ج ٢ ص ٢٠٣ ـ ٢٠٤، وفيه: «كان شريكاً للمبتاع بمقدار الرأس والجلد».

(٢) المبسوط: كتاب البيوع فصل في بيع الثمار ج ٢ ص ١١٦، وفيه: «كان شريكاً بمقدار الرأس والجلد».

(٣) الخلاف: كتاب البيوع في مسائل بيع الثمار المسألة ٤٩ ج ١ ص ٤٠، وفيه: «كان شريكاً له بمقدار ما يستثنىٰ منه من الثمن» طبع اسماعيليان.

(٤) المهذّب: كتاب البيوع باب بيع الثمار ج ١ ص ٣٨٢، وفيه: «كان له مقدار الجلد والرأس».

(٥) المقنعة: كتاب التجارة باب اشتراط البائع على المبتاع فيما باعه إيّاه ص ٦٠٨.

(٦) الكافي في الفقه: فصل في عقد البيع وشروط صحّته وأحكامه ص ٣٥٤.

(٧) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب ابتياع الحيوان وأحكامه ج ٢ ص ٣٥٥.

يلزم الوفاء به، والبطلان مذهب ابن ادريس[١]. خلافاً للشيخ حيث قال: يصحّ الشرط[٢]، وتبعه ابن البرّاج[٣].

قوله رحمه الله: «ولا تقوّم بنفس الوطء على رأي».

أقول: يريد لو كانت الجارية مشتركة بين اثنين فوطأها أحدهما فإن كان جاهلاً فلاحدّ عليه، ومع العلم يحدّ بنسبة حصّة شريكه، ويسقط بقدر حصّته، ويقوّم عليه حصّة الشريك، وينعقد الولد حراً، وعلى أبيه قيمته يوم سقوطه حياً يوم الولادة.

وهل يقوّم بنفس الوطء؟ كلام الشيخ في النهاية يعطي ذلك؛ لأنّه قال فيها: اذا كانت الجارية بين شركاء فتركوهها عند واحد منهم فوطأها فانّه يدرأ عنه من الحدّ بقدر ماله فيها، ويحدّ بمقدار مالغيره من القيمة، وتقوّم الأمة قيمة عادلة ويلزمها، فإن كانت القيمة أقلّ من الثمن التي اشتريت به أُلزم ثمنها الأوّل، وإن كانت قيمتها في ذلك الوقت الذي قوّمت فيه أكثر من ثمنها أُلزم ذلك الأكثر، فإن أراد واحد من الشركاء الجارية كان له أخذها، ولا يلزمه إلّا ثمنها الذي يساوي في الحال[٤].

وقال ابن ادريس: لا تقوّم بنفس الوطء[٥]، وهو الذي اختاره المصنّف هنا.

---

(١) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب ابتياع الحيوان وأحكامه ج ٢ ص ٣٤٩.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب ابتياع الحيوان وأحكامه ج ٢ ص ١٩٦.

(٣) لم نعثر عليه في المصادر المتوفّرة لدينا، ونقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل الثالث عشر في بيع الحيوان ص ٣٨٢ س ١ في الهامش (طبع حجري).

(٤) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب ابتياع الحيوان وأحكامه ج ٢ ص ١٩٨ ـ ١٩٩.

(٥) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب ابتياع الحيوان وأحكامه ج ٢ ص ٣٥٢.

قوله رحمه الله: «ويتخيّر المشتري اذا تجدّد العيب في الحيوان بعد العقد وقبل القبض في الفسخ والإمساك مجّاناً، وبالأرش على رأي».

أقول: القول الأوّل ـ أعني تخيّر المشتري بين الردّ والإمساك مجّاناً ـ مذهب الشيخ في الخلاف[١] والمبسوط[٢]، واختاره ابن ادريس[٣]. وقال في النهاية[٤] بالثاني، واختاره أبو الصلاح[٥]، وابن البرّاج[٦].

قوله رحمه الله: «وفي الأرش نظر».

أقول: يريد لو تجدّد في الحيوان المبتاع عيب في مدّة الثلاثة الأيام التي هي خيار الحيوان كان للمشتري الردّ أو الإمساك، وهل له المطالبة بالأرش لو أمسكه؟ فيه نظر.

ينشأ من كونه مضموناً على البائع، ولهذا لو تلف في يد المشتري من غير جهته رجع بالثمن على البائع، فكذا أبعاضه.

ومن أنّ الرجوع بالأرش على خلاف الأصل فلا يثبت إلّا مع حصول السبب المقتضي له ولم يثبت، ونمنع استلزام الرجوع بمجموع الثمن لو تلف الرجوع بالأرش لو تعيّب.

---

(١) الخلاف: كتاب البيوع مسائل العيب المسألة ١٧٨ ج ٢ ص ٤٨.

(٢) المبسوط: كتاب البيوع فصل في أنّ الخراج بالضمان ج ٢ ص ١٢٧.

(٣) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب العيوب الموجبة للردّ ج ٢ ص ٢٩٦.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب العيوب الموجبة للردّ ج ٢ ص ١٦١ ـ ١٦٢.

(٥) الكافي في الفقه: كتاب البيع ص ٣٥٨.

(٦) المهذّب: كتاب البيوع وعقودها وأحكامها باب بيع المعيوب ج ١ ص ٣٩٢.

قوله رحمه الله: «والحمل حال البيع للبائع على رأي».

أقول: هذا قول المفيد[١]، وسلّار[٢]، وأبي الصلاح[٣].

وقال ابن البرّاج[٤]، وابن حمزة[٥]: يكون للمبتاع، وكلا القولين للشيخ[٦].

قوله رحمه الله: «والعبد لا يملك مطلقاً على رأي».

أقول: هذا قول ابن ادريس[٧]، وقول الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: العبد لايملك شيئاً، سواء كان قناً أو مدبراً أو بعضه حراً، فانّ ما بقي منه مملوك لا يملك به شيئاً[٨]. ثمّ قال: وقال بعض أصحابنا: إنّه يملك فاضل الضريبة وأرش الجنايات التي تصاب في بدنه[٩].

وقال في النهاية: والعبد لايملك شيئاً من الأموال ما دام رقّاً، فإن ملّكه مولاه

---

(١) المقنعة: كتاب التجارة باب ابتياع الحيوان وأحكامه ص ٦٠٠.

(٢) المراسم: كتاب المكاسب في ذكر الشرط الخاصّ في البيع والمبيع ص ١٧٦.

(٣) الكافي في الفقه: كتاب البيع ص ٣٥٦.

(٤) جواهر الفقه: كتاب البيع المسألة ٢٢١ ص ٦٠.

(٥) الوسيلة: كتاب البيع فصل في بيان بيع الحيوان ص ٢٤٨.

(٦) القول الأوّل في النهاية ونكتها: كتاب المتاجر في بيع الحيوان وأحكامه ج ٢ ص ١٩٢، والقول الثاني في المبسوط: كتاب البيوع فصل في بيع الغرر ج ٢ ص ١٥٦.

(٧) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب ابتياع الحيوان وأحكامه ج ٢ ص ٣٥٣.

(٨) المبسوط: كتاب البيوع فصل في أنّ الخارج بالضمان ج ٢ ص ١٣٧، وليس فيه: «به شيئاً».

(٩) المبسوط: كتاب البيوع فصل في أن الخارج بالضمان ج ٢ ص ١٣٧.

شيئاً ملك التصرّف بجميع ما يريده، وكذلك إن فرض عليه ضريبة يؤدّيها إليه وما يفضل بعد ذلك يكون له جاز له ذلك، واذا أدّى الى مولاه ضريبته كان له التصرّف فيما بقي من المال، وكذلك اذا أُصيب العبد في نفسه بما يستحقّ به الأرش كان له ذلك وحلّ له التصرّف فيه، وليس له رقبة المال على وجه من الوجوه فإن تزوج من هذا المال أو تسرّى كان ذلك جائزاً، وكذلك إن اشترى مملوكاً فأعتقه كان العتق ماضياً، إلّا انّه يكون سائبة لا يكون ولاؤه له[١]. ومثله قال ابن البرّاج[٢].

قوله رحمه الله: «ولو قال له العبد: اشترني ولك عليّ كذا لم يلزم على رأي».

أقول: هذا قول ابن ادريس[٣].

وقال الشيخ رحمه الله: إن كان للمملوك ـ عندما قال ذلك ـ مال لزمه أن يعطيه ما شرط، وإن لم يكن له مال في تلك الحال لم يكن عليه شيء[٤]، وتبعه ابن البرّاج[٥] في ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو دفع الى مأذون مالاً يشتري رقبةً ويعتقها ويحجّ عنه بالباقي فاشترى

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ج ٣ ص ١٣.

(٢) المهذّب: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ج ٢ ص ٣٥٩.

(٣) السرائر: باب ابتياع الحيوان وأحكامه ج ٢ ص ٣٥٣.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب ابتياع الحيوان وأحكامه ج ٢ ص ٢٠٠.

(٥) لم نعثر عليه في المصادر المتوفّرة لدينا، ونقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل الثالث في بيع الحيوان ص ٣٨٣ س ٢٩ (طبع حجري).

أباه ودفع إليه الباقي للحجّ، ثمّ ادّعى كلّ من مولى الأب والمأذون وورثة الدافع كون الثمن من ماله فالقول قول مولى المأذون مع يمينه وعدم البيّنة، وتحمل الرواية بالدفع الى مولى الأب عبده، كما كان على إنكار البيع».

أقول: الرواية التي أشار إليها المصنّف هي رواية ابن أشيم، عن الباقر عليه السلام في عبد لقوم مأذون له في التجارة دفع إليه رجل ألف درهم فقال له: اشتر بها نسمة واعتقها عنّي وحجّ بالباقي، ثمّ مات صاحب الألف فانطلق العبد فاشترى أباه فأعتقه عن الميّت ودفع إليه الباقي ليحجّ عن الميّت فحجّ عنه، فبلغ ذلك مولى أبيه وورثة الميّت جميعاً فاختصموا جميعاً في الألف، فقال موالي معتق العبد: انّما اشتريت أباك بمالنا، وقال الورثة: انّما اشتريت أباك بمالنا، فقال موالي العبد: انّما اشتريت أباك بمالنا، فقال أبو جعفر عليه السلام: أمّا الحجّة فقد مضت بما فيها لاتردّ، وأمّا المعتق فهو ردّ في الرقّ لموالي أبيه، وأيّ الفريقين بعد أقاموا البيّنة أنّه اشترى أباه من أموالهم كان رقّاً لهم[1].

واعلم أنّ الشيخ أبا جعفر[2] قال بمضمون هذه الرواية، وتبعه ابن البرّاج[3].

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢١ من الزيادات ح ٤٣ ج ٧ ص ٢٣٤، وسائل الشيعة: ب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان ح ١ ج ١٣ ص ٥٣.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر في بيع الحيوان وأحكامه ص ٢٠٦.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل الثالث عشر في بيع الحيوان ص ٣٨٥ س ٢ (طبع حجري).

وقال ابن ادريس: يكون العبد لمولى المأذون[١]، وهو اختيار المصنّف.
وحمل هذه الرواية على ما اذا أنكر موالي الأب عقد البيع.

قوله رحمه الله: «ولو اشترى مسروقةً من أرض الصلح قيل: يردّها على البائع ويستعيد الثمن، فإن مات فمن وارثه، فإن فقد استسعيت».

أقول: القائل بذلك هو الشيخ رحمه الله[٢]، وابن البرّاج[٣].

قوله رحمه الله: «والأقرب تسليمها الى الحاكم من غير سعي».

أقول: ابن ادريس[٤] اختار انّها لاتستسعي بل تسلّم الى الحاكم، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّها مملوكة لغيره، ومن حيث إنّ الشراء باطل اتفاقاً فتكون باقية على ملك صاحبها[٥]، وذلك يمنع من استسعائها بغير إذنه.

قوله رحمه الله: «ويحرم وطء الحامل قبلاً قبل مضي أربعة أشهر وعشرة أيام، ويكره بعده إن كان عن زنا، وفي غيره إشكال».

---

(١) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب ابتياع الحيوان وأحكامه ج ٢ ص ٣٥٧.
(٢) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر في بيع الحيوان وأحكامه ج ٢ ص ٢٠٥ ـ ٢٠٦.
(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل الثالث عشر في بيع الحيوان ص ٣٨٤ (طبع حجري).
(٤) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب ابتياع الحيوان وأحكامه ج ٢ ص ٣٥٦.
(٥) في ج: «مولاها».

أقــول: ينشأ من إطلاق الأصحاب التحريم أو الجواز من غير تفصيل بين الزنا وغيره.

ومن عموم قوله تعالى: ﴿وأُولات الأحمال أجلهنّ أن يضعن حملهن﴾[١] خرج منه الحامل من الزنا؛ لأنّ الزاني لا ماء له، فبقي الباقي داخلاً تحت العموم.

واعلم انّ المصنّف رحمه الله رجع عن هذا القول في الجزء الثاني من هذا الكتاب فقال: ولو اشتراها حاملاً كره له وطأها قبلاً قبل الوضع، أو مضي أربعة أشهر وعشرة أيام إن جهل حال الحمل؛ لأصالة عدم إذن المولى بالوطء، وانّ علم أنّ إباحته بعقد أو تحليل حرم حتى تضع، وإن علم كونه عن زنى فلا بأس[٢].

أمّا باقي الأصحاب فقد اختلفوا في أنّ الوطء قبل الوضع هل يحرم أم لا؟ فالأكثر على الأوّل، وابن ادريس[٣] على الثاني.

ثمّ اختلف القائلون بالتحريم، فمنهم من قال: يحرم وطؤها قبلاً، ويجوز في غيره الى مضيّ أربعة أشهر وعشرة أيام، أو وضع الحمل وهو الشيخ في النهاية[٤]. ومنهم من قال: الى أن يمضي أربعة أشهر أو تضع، وهو المفيد[٥]، وأبو الصلاح[٦]، وسلّار[٧].

---

(١) الطلاق: ٤.

(٢) قواعد الأحكام: كتاب النكاح الفصل الرابع في بقايا مسائل متبدّدة ج ٢ ص ٣٢.

(٣) السرائر: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان وما في ذلك من الأحكام ج ٢ ص ٦٣٥.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان ج ٣ ص ٣٩٠ ـ ٣٩١.

(٥) المقنعة: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان ص ٥٤٤.

(٦) الكافي في الفقه: كتاب النكاح في ملك اليمين ص ٣٠٠.

(٧) المراسم: كتاب النكاح في ملك اليمين ص ١٥٦.

قوله رحمه الله: «والتفرقة بين الطفل وأُمّه قبل الاستغناء ببلوغ سبع سنين أو مدة الرضاع على خلاف».

أقـول: اختلف الأصحاب في مدة الاستغناء الذي يزول معه تحريم التفرقة أو كراهيتها.

فقال الشيخ في المبسوط: سبع سنين أو ثمان سنين[١].

وقال ابن سعيد: سبع سنين، ونقل قولاً آخر انّها مدة الرضاع[٢]، ولم أقف عليه.

قوله رحمه الله: «وقيل: يحرم».

أقـول: القائل بذلك هو المفيد[٣]، وابن الجنيد[٤]، وابن البرّاج[٥]، وهـو أحـد قولَي الشيخ[٦]. والقول الآخر له: إنّه مكروه[٧]، كما اختاره المصنّف، وهو مـذهب ابن ادريس[٨].

---

(١) المبسوط: كتاب الجهاد في أحكام الأُسارى ج ٢ ص ٢١.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب التجارة في بيع الحيوان ج ٢ ص ٥٩.

(٣) المقنعة: كتاب التجارة باب ابتياع الحيوان وأحكامه ص ٦٠١.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل الثالث عـشر في بـيع الحـيوان ص ٣٨١ س ١٨ (طبع حجري).

(٥) المهذّب: كتاب الجهاد باب الأُسارى ج ٢ ص ٣١٨.

(٦) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر في بيع الحيوان وأحكامه ج ٢ ص ١٩٤.

(٧) النهاية ونكتها: كتاب العتق في أحكامه ج ٣ ص ٢٣.

(٨) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب ابتياع الحيوان وأحكامه ج ٢ ص ٣٤٧.

قوله رحمه الله: «والمرتدّ وإن كان عن فطرة على إشكال».

أقول: يريد انّه يجوز بيع المرتدّ وإن كان عن فطرة على إشكال.

منشأه انّه لم يخرج بالارتداد عن ملكه فجاز بيعه.

ومن كونه غير منتفع به؛ لوجوب قتله في الحال من غير استتابة، ولا قبول لرجوعه لو رجع.

قوله رحمه الله: «يجوز بيع ثمرة النخل بشرط الظهور عاماً واحداً وأزيد، ولا يجوز قبله مطلقاً على رأي».

أقول: هذا هو المشهور.

وقال محمد بن بابويه في المقنع: بالجواز عامين في النخل وغيره[1]. امّا العام الواحد فغير جائز إجماعاً.

قوله رحمه الله: «ولا يشترط فيما بدا صلاحه ـ وهو الحمرة والصفرة ـ الضميمة، ولا زيادة على العام الواحد، ولا يشترط القطع إجماعاً، وهل يشترط أحدها فيما لم يبد صلاحه؟ قولان، أقربهما إلحاقه بالأوّل».

---

(١) المقنع: بيع الثمار ص ١٢٣.

أقـول: ذهب جماعة من علمائنا الى اشتراط أحد الثلاثة المذكورة في صحّة بيع ثمرة النخل التي لم يبد صلاحها، اختاره ابن بابويه محمد[١]، وابن الجنيد[٢]، وأبو الصلاح[٣]، وهو قول الشيخ في المبسوط[٤] والخلاف[٥] والنهاية[٦].

وقال في كتابَي[٧] الأخبار بالجواز، وهو مذهب المفيد[٨]، وابن ادريس[٩]، وهو الأقرب عند المصنّف، عملاً بأصالة صحّة البيع المشروع بقوله تعالى: ﴿وأحلّ الله البيع﴾[١٠] وبقوله تعالى: ﴿إلّا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾[١١]. ولأنّها مال مملوك فيقبل البيع كغيره من الانتقالات مثل الهبة والوصية والميراث، وكغير[١٢] الثمرة من سائر الأعيان المملوكة.

---

(١) المقنع: بيع الثمار ص ١٢٣.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل الثاني عشر في بيع الثمار ص ٣٧٦ س ٦ (طبع حجري).

(٣) الكافي في الفقه: كتاب البيع ص ٣٥٦.

(٤) المبسوط: كتاب البيوع في بيع الثمار ج ٢ ص ١١٣.

(٥) الخلاف: كتاب البيوع المسألة ١٣٩ ج ٢ ص ٣٧.

(٦) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب بيع الثمار ج ٢ ص ٢٠٧.

(٧) تهذيب الأحكام: ب ٧ في بيع الثمار ذيل ح ١٨ ج ٧ ص ٨٨، الاستبصار: ب ٥٨ في بيع الثمار ذيل ح ١٢ ج ٣ ص ٨٨.

(٨) المقنعة: كتاب المكاسب باب بيع الثمار ص ٦٠٢.

(٩) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب بيع الثمار ج ٢ ص ٣٥٩.

(١٠) البقرة: ٢٧٥.

(١١) النساء: ٢٩.

(١٢) في م١: «كغيره».

قوله رحمه الله: «وأمّا ثمرة الشجر فيجوز بيعها مع الظهور، وحدّه انعقادالحبّ، ولا تشترط الزيادة على رأي».

أقول: خالف الشيخ في ذلك، حيث قسّم الثمار وجعل لكلّ واحد منها ضابطاً، فقال في المبسوط: بدو الصلاح يختلف ـ الى قوله: ـ وإن كان مثل التفاح فأن يحلو ويطيب أكله، وإن كان مثل البطيخ فأن يقع فيه النضج، قال: وقد روى أصحابنا انّ اللون يعتبر في النخل خاصّة، وأمّا ما عداه فبدو صلاحه أن ينثر الورد وينعقد، وفي الكرم أن ينعقد الحصرم، وان كان مثل الخيار والقثاء الذي لايتغيّر طعمه ولا لونه فإنّ ذلك يؤكل صغاراً، فبدو صلاحه أن يتناهى عظم بعضه[1].

قوله رحمه الله: «ولا يجوز قبل الظهور عاماً ولا اثنين على رأي».

أقول: قد أشرنا الى المخالف في ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو اعتاد قوم قطع الثمرة قبل انتهاء الصلاح كقطع الحصرم فالأقرب حمل الإطلاق عليه».

أقول: لأنّ اللفظ اذا أطلق أوّلاً حمل على المتعارف عند المتخاطبين[2] به. والتقدير: انّ المتعارف عندهم بحسب عادتهم ذلك، ولأنّ وجوب التبقية في ذلك على خلاف الأصل، وانّما حمل المطلق على الإبقاء قضاءً للعرف أيضاً.

---

(١) المبسوط: كتاب البيوع فصل في بيع الثمار ج ٢ ص ١١٤.

(٢) في ج: «المخاطبين».

قوله رحمه الله: «والأقرب إلحاق البائع به».

أقول: يريد أنّ الثمرة إذا تلفت في يد البائع قبل قبض المشتري لها كانت من ضمان البائع، ولو أتلفها أجنبي تخيّر المشتري بين فسخ البيع فيرجع على البائع بالثمن إن كان قد أقبضه إياه، وبين الرجوع على المتلف، فاذا أتلفها البائع فقد أطلق الأصحاب انّها اذا تلفت قبل القبض فهي من مال البائع، ولم يفصّلوا، وذلك يتناول تلفها من جهة الله تعالى والبائع.

والأقرب عند المصنّف انّ اتلاف البائع يلحق بإتلاف الأجنبي، بمعنى انّه يتخيّر المشتري بين أن يفسخ البيع ويرجع بالثمن أو لا، فيرجع بمثل الثمرة أو قيمتها؛ لأنّ الثمرة انتقلت عن البائع بالعقد، وكلّ من أتلف مال غيره ضمن مثله أو قيمته.

قوله رحمه الله: «وهل يسري المنع الى ثمر الشجر؟ الأقرب ذلك؛ لتطرّق الربا على إشكال».

أقول: قد ثبت انّه لايجوز بيع ثمرة النخل بثمر منها وهي المزابنة، ولا الزرع بحبّ منه وهي المحاقلة، فهل يسري المنع الى الشجر بحيث لايجوز أن يبيع ثمرة الشجرة بثمرة منها؟ قال المصنّف: الأقرب ذلك؛ لأنّه يلزم منه الربا، ثمّ تردّد في التعليل[1] فاستشكل كون ذلك ربا من حيث إنّه بيع لأحد المتماثلين بالآخر، وفي الأغلب انّ الثمن والمثمن حينئذٍ لايتساويان فيلزم الربا.

ومن حيث إنّ الربا انّما يثبت فيهما اذا كانا مكيلين أو موزونين وهنا ليس كذلك؛

---

(١) في ج: «العلة».

لأنّ الثمرة على رؤوس الشجر لايعتبر فيها الاعتبار بأحدهما، فلم يتحقّق شرط الربا فيه.

قوله رحمه الله: «والأصحّ عدم اشتراط كون الثمن من المثمن».

أقول: الأصحّ من القولين عند المصنّف انّه لايشترط في تحريم بيع الثمرة على النخل بالتمر، ولا في تحريم بيع الزرع بالحبّ أن يكون الثمن من المثمن بل يحرم، سواء كان قد باع ثمرة النخل بتمر منها أو لا منها، وكذلك الزرع يحرم بيعه بالحبّ مطلقاً، سواء كان منه أو لا، وهو قول الشيخ في المبسوط[1]، ومذهب ابن ادريس[2].

وقال في النهاية: إنّه يجوز بتمر أو حبّ من غير المبيع[3].

والدليل على صحّة ما ذهب إليه المصنّف انّه أحوط لما فيه من التحرّز من الربا، ولما رواه الشيخ في الصحيح رفعه الى أبي عبد الله عليه السلام قال: نهى رسول الله صلّى الله عليه وآله عن المحاقلة والمزابنة، قلت: وما هو؟ قال: أن يشترى حمل الثمرة بالتمر والزرع بالحنطة[4].

قوله رحمه الله: «انّما يجوز بيعها على مالك الدار أو البستان أو مستأجرهما أو مشتري ثمرة البستان على إشكال».

---

(١) المبسوط: كتاب البيوع فصل في بيع الثمار ج ٢ ص ١١٧ ـ ١١٨.

(٢) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب بيع الثمار ج ٢ ص ٣٦٨.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب بيع الثمار ج ٢ ص ٢١١.

(٤) تهذيب الأحكام: ب ١٠ في بيع الماء والمنع منه ح ١٨ ج ٧ ص ١٤٣، وسائل الشيعة: ب ١٣ من أبواب بيع الثمار ح ١ ج ١٣ ص ٢٣.

أقول: منشأه من حصول الضرر والمشقّة على مشتري الثمرة كحصولها على مالك الدار أو البستان، وذلك يقتضي الجواز.

ومن انّ الاستبقاء[١] للعرية المفسّرة بأنّها النخلة تكون في دار الانسان أو في بستانه، وذلك غير صادق على مشتري الثمرة، فيبقى على عموم المنع.

قوله رحمه الله: «ولو اشترى لقطة من الخضراوات فامتزجت بالمتجدّدة من غير تمييز فالأقرب مع مماحكة البائع ثبوت الخيار للمشتري بين الفسخ والشركة».

أقول: من حيث إنّه عيب تجدّد في يد البائع من غير جهة المشتري ـ وهو الشركة ـ فكان له الخيار بين الفسخ بالعيب أو الرضا به.

وقال الشيخ في المبسوط: يقال للبائع: امّا أن يسلّم الجميع فيجبر المشتري على القبول أو يفسخ الحاكم البيع[٢].

والمصنّف اختار في الخلاف: انّ الامتزاج إن كان بعد القبض لزم البيع ويحكم الحاكم بالصلح، وإن كان قبله فسخ الحاكم مع التشاح[٣].

قوله رحمه الله: «ولا خيار لو وهبه البائع على إشكال».

---

(١) في ج: «الاستثناء».

(٢) المبسوط: كتاب البيوع فصل في بيع الثمار ج ٢ ص ١١٥.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل الخامس عشر فيما يدخل في المبيع ص ٣٩١ س ٣٤ مع اختلاف (طبع حجري).

أقـول: اعلم انّ الشيخ في المبسوط قال: اذا سلم البائع الجميع أُجبر المشتري على القبول، ولا خيار، كما حكيناه عنه. والمصنّف تردّد في ذلك من حيث زوال العيب الذي يتسلّط على الخيار في الفسخ، ومن عدم وجوب قبول الهبة.

قوله رحمه الله: «ولو كان له دنانير فأمره أن يحوّلها الى الدراهم أو بالعكس بعد المساعرة على جهة التوكيل صحّ وان تفرّقا قبل القبض؛ لأنّ النقدين من واحد على إشكال».

أقـول: أورد الشيخ في النهاية هذه المسألة بأن قال: اذا كان لإنسان على صيرفيّ دراهم أو دنانير فيقول له: حوّل الدراهم الى الدنانير أو الدنانير الى الدراهم وساعره على ذلك كان ذلك جائزاً وان لم يوازنه في الحال ولا يناقده؛ لأنّ النقدين جميعاً من عنده[1].

وقال ابن ادريس: إن أراد بذلك انّهما افترقا قبل التقابض فلا يصحّ ذلك، ولا يجوز بغير خلاف؛ لأنّ الصرف لايجوز فيه أن يفترقا من المجلس إلّا بعد التقابض، فإن افترقا قبل أن يتقابضا بطل البيع والصرف، وإن أراد انّهما تقاولا على السعر وعيّنا الدراهم المبتاعة أو الدنانير المبيعة وتعاقدا البيع ولم يوازنه ولا ناقده بل نطق البائع بمبلغ المبيع ثمّ تقابضا قبل التفرّق والانفصال في المجلس كان صحيحاً جائزاً[2].

والمصنّف حمل الأمر بذلك على جهة التوكيل، واستشكل في الصحّة لو تفرّقا قبله

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب الصرف وأحكامه ج ٢ ص ١٢٥.

(٢) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب الصرف وأحكامه ج ٢ ص ٢٦٥ ـ ٢٦٦.

من حيث اشتراط التقابض في المجلس، كما قاله ابن ادريس. ومن قيام النقل على صحّة ما قاله الشيخ، وهو ما رواه الشيخ في الصحيح، عن اسحاق بن عمار قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: يكون للرجل عندي الدراهم فيلقاني فيقول: كيف سعر الوضح اليوم؟ فأقول: كذا وكذا، فيقول: أليس لي عندك كذا وكذا ألف درهم وضحاً؟ فأقول: نعم، فيقول: حوّلها إليّ دنانير بهذا السعر واثبتها لي عندك، فما ترى في هذا؟ فقال لي: اذا كنت قد استقصيت له السعر يومئذٍ فلا بأس بذلك، فقلت: إنّي لم أُوازنه ولم أُناقده وانّما كان كلام منّي ومنه، فقال: أليس الدراهم من عندك والدنانير من عندك؟ قلت: بلى، قال: لابأس[1].

وأقول: انّ هذه الرواية لا تدلّ على انعقاد البيع ولزومه، والنزاع لم يقع في إباحته، وانّما نازع ابن ادريس في كونه بيعاً صحيحاً، وهذه الرواية انّما دلّت على انّه يجوز ذلك ـ أي ليس بمحرم ـ من حيث إنّ الذي عنده الدراهم رضا بأن يبدّل له ذلك ويثبته عنده، بحيث اذا طلبه دفع ذلك إليه، ولاشكّ في أنّ ذلك سائغ، ويدلّ على ذلك قوله عليه السلام: «لابأس»، وتعليله لنفي البأس بأنّ النقدين من عندك، فانّ كونه راضياً ببذل ذلك عند طلب صاحبه لا حرج فيه.

والمصنّف في المختلف قال: يحمل كلام الشيخ على التوكيل، وحينئذٍ لا إشكال فيه، سواء تقابضا أو لا[2]. مع أنّه هنا فرض المسألة على تقدير التوكيل، ثمّ قال: على إشكال.

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٨ بيع الواحد بالاثنين ح ٤٧ ج ٧ ص ١٠٢، وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب الصرف ح ١ ج ١٢ ص ٤٦٣.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل السابع في الصرف ص ٣٥٨ س ١٦ (طبع حجري).

قوله رحمه الله: لو عيّنا الثمن والمثمن... الى آخره».

أقول: بنى هذه المسألة على أنّ الذهب والفضة يتعيّنان بالتعيين في العقد، فاذا تصادف اثنان فالثمن والمثمن إمّا أن يكونا معيّنين أو موصوفين، وإمّا أن يكون أحدهما معيّناً والآخر موصوفاً، فالأقسام إذن[1] ثلاثة:

القسم الأوّل: أن يكونا معيّنين، فاذا ظهر في أحدهما عيب فإمّا أن يكون العيب في الجميع أو في البعض، وعلى كلا التقديرين فإمّا أن يكون العيب من الجنس أو من غيره، وعلى التقادير فإمّا أن يظهر العيب في المجلس أو بعده، وعلى التقادير فإمّا أن يكونا متماثلين أو مختلفين، فالأقسام ستة عشر [ينظمها مسائل][2] عشر.

الأُولى: يشتمل منها على أربعة وهي: اذا كان العيب من غير الجنس في الجميع، سواء كانا متماثلين أو مختلفين في المجلس أو بعده، كما اذا ابتاع ذهباً فخرج بأجمعه نحاساً أو فضة فخرجت رصاصاً، والحكم فيها أجمع بطلان البيع؛ لعدم ما وقع عليه البيع، وكذا في غير التصرّف يبطل أيضاً، كما لو اشترى ثوباً على أنّه كتان فخرج صوفاً.

الثانية: أن يكون العيب من غير الجنس في البعض، سواء كانا متماثلين أو مختلفين في المجلس أو بعده، وذلك أربعة أقسام أُخرى، والحكم فيها أجمع بطلان البيع فيه وفي مقابله من العوض في الآخر، وحينئذٍ يكون من صار إليه المعيب مخيّراً بين الفسخ والإمضاء بحصّته من الآخر لتبعّض الصفقة عليه، وفي المسألتين ليس له المطالبة

---

(١) في ج: «حينئذٍ».

(٢) ما بين المعقوفتين في ج فقط.

بالبدل، سواء كان في المجلس أو لا؛ لأنّ العقد لايتناول ما عدا ما عيّن.

الثالثة: كانا متماثلين، وخرج العيب في المجلس أو بعده من الجنس، كخشونة الجوهر أو اضطراب السكة أو سواد الفضة، وذلك قسمان، والحكم فيه ثبوت الخيار لواجده عنده بين فسخ البيع والإمساك؛ لأنّه معيب، وليس له الإبدال أيضاً لتعيّن المبيع، ولا الأرش لئلّا يلزم الربا.

الرابعة: خرج العيب في البعض من أحد المتماثلين في المجلس أو بعده، وذلك قسمان أيضاً، فالحكم أيضاً الخيار بين الفسخ والإمساك مجّاناً، وليس له الإبدال لما قلناه.

الخامسة: كانا مختلفين، كأن يبيع الذهب بالفضة ثمّ خرج العيب في أحدهما جميعه أو بعضه من الجنس في المجلس، وذلك أيضاً قسمان، والحكم انّ من صار إليه المعيب مخيّر بين الفسخ للعيب والإمساك بالأرش لفوات جزء من المبيع، وليس له الإبدال لما قلناه.

السادسة: كانا مختلفين، وخرج العيب في أحدهما أجمع أو في بعضه من الجنس بعد التفرّق، وذلك قسمان أيضاً وله الفسخ؛ لوجود العيب، وهل له الأرش أم لا؟ قال المصنّف: إن أخذ الأرش من جنس السليم بطل فيه، وإن كان مخالفاً صحّ.

وأقول: يفهم من هذا انّه اذا باع مثقالاً معيّناً من ذهب ـ مثلاً ـ بعشرة مثاقيل معيّنة من الفضة ثمّ ظهر في المثاقيل العشرة من الدراهم خشونة بعد تفرّقهما وطالب بالأرش، فقال أهل الخبرة: إنّ الدراهم لو كانت صحيحة خالية من هذا العيب لكانت تساوي كلّ عشرة أجزاء منها جزءً من الذهب، واذا كانت معيبة تساوي كلّ خمسة عشر جزءً منها جزءً من الذهب فالتفاوت الثلاثة، فاذا رجع من صار إليه الفضة المعيبة بثلث الثمن وأخذ ذلك من جنس الذهب حتى رجع بثلث المثقال يبطل

فيه، فإن دفع من جنس المعيب أو من غيره صحّ.

وأقول: لو كان الأمر كذلك لم يكن مستقيماً؛ لأنّه على تقدير أخذ الأرش من جنس السليم اذا أخذ ثلث المثقال ـ مثلاً ـ حتى حكم بالبطلان فيه وجب أن يبطل في مقابله من الفضة، فاذا استرجع شيئاً آخر لم يكن قد استوفى من وصل إليه المعيب الأرش كملاً، وعلى تقدير أن يأخذ من جنس المعيب اذا سلم إليه دراهم أُخرى أرشاً كانت من جملة المبيع وقد حصل قبضه بعد التفرّق فيبطل ويبطل المقابل له[1].

بل الأجود أن يقال: المراد أخذ الأرش من غير الجنسين صحّ؛ لأنّه يكون بيعاً وصرفاً، والمبيع غير الصرف هو الذي أُخذ بعد التفرّق فلا يضرّ، وإن أخذ الأرش من الجنس الذي وقع عليه العقد، سواء كان من الذهب أو الفضة لم يصحّ؛ لأنّه يكون صرفاً قد قبض بعد التفرّق.

فقد صرّح المصنّف بهذا الذي اخترناه في التحرير فقال فيه: فلو فارقاه لم يجز أن يأخذ من الأثمان ويجوز من غيرهما[2].

القسم الثاني: أن يكون الثمن والمثمن غير معيّنين، فاذا ظهر فيه عيب فالأقسام الستة عشر واردة هاهنا، لكن الضابط فيها أن كلّ ما كان العيب من غير الجنس وكان الجميع كذلك ففي المجلس له المطالبة بالبدل وفي غير المجلس يبطل، وإن كان في البعض كان له المطالبة ببدل البعض المعيب قبل التفرّق وبعده يبطل فيه، ويتخيّر من

---

(١) في ج: «وأقول: المانع أن يمنع الفرق بين أخذ الأرش من جنس السليم أو المعيب، فإن كلّاً منهما قد حصل قبضه قبل التفرّق، فإن اقتضى ذلك البطلان بطل في الجميع، وإلاّ صحّ فيهما» بدل «وأقول: لو كان الأمر.... فيبطل ويبطل المقابل له».

(٢) تحرير الأحكام: كتاب البيع في الصرف ص ١٧٢.

صار إليه ذلك في الباقي لتبعيض الصفقة عليه، وكلّ ما كان العيب من الجنس فإن كانا في المجلس كان له المطالبة ببدل المعيب، إمّا الجميع أو البعض. قال المصنّف: وله المطالبة بالأرش مع اختلاف الجنس.

وأقول: هذا مع رضا البائع فانّه لايجبر عليه، إذ العقد لم يتضمّن ما قبضه المشتري بل الموصوف، فكان للبائع أن يدفع إليه البدل، لكن مراد المصنّف انّهما لو اتفقا على أخذ الأرش جاز، بخلاف المتماثلين فانّهما لو اتفقا على أخذ الأرش لم يجز للزوم الربا، ومع التفرّق هل له المطالبة بالأرش؟ كلام المصنّف يعطي ذلك، وفيه إشكال.

ينشأ من أنّه صرف إن كان من أحد الجنسين، وقد قبض بعد التفرّق ما لم يكن الأرش من غيرهما، وهل له البدل مع التفرّق؟ تردّد المصنّف في ذلك من حيث إنّهما تقابضا في المجلس فلم يحصل التفرّق قبل القبض المفضي الى بطلان المبيع.

ومن أنّ المقبوض أخيراً يكون هو المبيع، وقد حصل قبضه بعد التفرّق، فيبطل البيع.

القسم الثالث: أن يكون أحدهما معيّناً والآخر مطلقاً، فإن كان المعيب هو المعيّن كان له من الأحكام ما ذكرناه اذا كانا معيّنين[1]، وإن كان هو الموصوف فحكمه حكم ما ذكرناه في الموصوفين.

وقول المصنّف: «وفي اشتراط أخذ البدل في مجلس الردّ إشكال» يريد به انّه لو قلنا بعد التفرّق له المطالبة بالبدل ولا يبطل البيع، فاذا ردّه بعد التفرّق وطالب ببدله

---

(١) في ج: «معنيين».

هل يشترط أخذ البدل في مجلس الردّ أم لا؟ فيه إشكال.

ينشأ من أنّ المقبوض ثانياً ليس هو المبيع، فلا يشترط فيه التقابض.

ومن أنّه عوض المبيع في مقابلة المردود، فيكون كالصرف فيشترط فيه التقابض.

قوله رحمه الله: «لو كان لأحدهما على الآخر ذهب وللآخر على الأوّل دراهم فتصارفا بما في ذمّتهما جاز من غير تقابض على إشكال، منشأه اشتماله على بيع دَين بدَين».

أقول: ومن كون أنّ العوضين في ذمّة المتبايعين يجري مجرى المقبوض، بل هو أبلغ من القبض.

قوله رحمه الله: «وروي جواز ابتياع درهم بدرهم، ويشترط صياغة خاتم».

أقول: هذه رواية الحسين بن سعيد، عن محمد بن الفضيل، عن أبي الصباح الكناني قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يقول للصائغ: صغ لي هذا الخاتم وأبدل لك درهماً طازجاً بدرهم غلّة، قال: لابأس[1].

قوله رحمه الله: «ولو باعه بثمنين الناقص في مقابلة الحلول، أو قلّة الأجل والزائد في مقابلة الأجل، أو كثرته بطل على رأي».

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٨ في بيع الواحد بالاثنين ح ٧٧ ج ٧ ص ١١٠، وسائل الشيعة: ب ١٣ من أبواب الصرف ح ١ ج ١٢ ص ٤٨٠.

أقـول: خالف في ذلك جماعة من الأصحاب.

قال الشيخ في النهاية: فإن ذكر المتاع بأجلين ونقدين مختلفين، مثل أن يقول: ثمن هذا المتاع كذا عاجلاً وكذا آجلاً ثمّ أمضى البيع كان له أقلّ الثمنين وأبعد الأجلين[١].

وقال المفيد: لا يجوز البيع بأجلين على التخيير، كقولهم هذا المتاع بدرهم نقداً وبدرهمين الى شهر أو سنة، أو بدرهم الى شهر وباثنين الى شهرين، فإن ابتاع انسان على هذا الشرط كان عليه أقلّ الثمنين في آخر الأجلين[٢].

وقال المرتضى في المسائل الناصرية: المكروه أن يبيع الشيء بثمنين بقليل إن كان الثمن نقداً، وبأكثر منه نسيئة[٣].

وقال ابن الجنيد: وقد روي عن النبي صلّى الله عليه وآله انّه قال: «لاتحلّ صفقتان في واحدة» وذلك أن تقول: إن كان بالنقد فبكذا، وان كان بالنسيئة فبكذا، ولو عقد البائع للمشتري كذلك وجعل الخيار إليه لم اختر للمشتري أن يقوم على ذلك، فإن فعل واستهلكت السلعة لم يكن للبائع إلّا أقلّ الثمنين لإجازته البيع به، وكان للمشتري الخيار في تأخير الثمن الأقل الى المدة التي ذكرها البائع[٤].

وقال الشيخ في المبسوط: يبطل[٥]، وهو قول ابن حمزة[٦]، وابن ادريس[٧]، واختاره المصنّف.

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب البيع بالنقد والنسيئة ج ٢ ص ١٤٧ ـ ١٤٩.

(٢) المقنعة: كتاب التجارة باب البيع بالنقد والنسية ص ٥٩٥.

(٣) الناصريات «الجوامع الفقهية»: كتاب البيع المسألة ١٧٢ ص ٢٥٢.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل الثامن في النقد والنسيئة ص ٣٦١ س ٢٣ (طبع حجري).

(٥) المبسوط: كتاب البيوع فصل في بيع الغرر ج ٢ ص ١٥٩.

(٦) الوسيلة: كتاب البيع فصل في بيان البيع بالنسيئة ص ٢٤١.

(٧) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب البيع بالنقد والنسيئة والمرابحة ج ٢ ص ٢٨٧.

قوله رحمه الله: «والأقرب أنّ الجنس كذلك، وقيل: تجب المساواة».

أقول: يريد اذا باع شيئاً الى أجل فحلّ فاشتراه فإن كان بغير الجنس جاز من غير تقدير، وإن كان من الجنس قال الشيخ: تجب المساواة، ولا يجوز بيعه بزيادة أو نقصان[1].

وقال ابن ادريس: إنّه يجوز متفاوتاً، كما يجوز بغير الجنس[2]، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّه قد صار ملكاً للبائع فله أن يبيعه بما شاء مع رضا المشتري.

قوله رحمه الله: «ولو شرط أن لا يبيع، إن لم يأت به فيها ففي صحّة البيع نظر».

أقول: يريد لو باع شيئاً وشرط إحضار الثمن في مدة معيّنة، فإن لم يأت بالثمن فيها فلا بيع، ففي صحّته نظر.

ينشأ من أنّه شرط ينافي العقد ـ وهو ارتفاع العقد بعد وقوعه ـ وكلّ شرط ينافي مقتضى العقد اذا ذكر فيه يبطل[3].

ومن جريانه مجرى اشتراط الخيار لهما فلا يبطل العقد باشتراطه.

قوله رحمه الله: «فإن قلنا به بطل الشرط على إشكال».

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب البيع بالنقد والنسيئة ج ٢ ص ١٤٩ ـ ١٥٠ بالمضمون.

(٢) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب البيع بالنقد والنسيئة والمرابحة ج ٢ ص ٢٨٧ بالمضمون.

(٣) في ق: «لايصح».

أقـول: على تقدير القول بأنّه ينعقد البيع ولا يبطل بهذا الشرط هل يكـون الشرط فاسداً ويصحّ العقد؟ يحتمل ذلك، وهو مبنيّ على أنّه اذا بطل الشرط لا يبطل العقد، وسيأتي ذكره.

ومن أنّه جارٍ مجرى الخيار فلا يبطل الشرط أيضاً.

قوله رحمه الله: «والأقرب انعقاد البـيع بـلفظ السلم فيقول: أسلمت إليك هذا الثـوب في هـذا الدينار».

أقـول: قال الشيخ في النهاية: لو أخلّ بالأجل لم يصحّ العقد[١].

وفي الخلاف: السلم لا يكون إلّا مؤجّلاً، ولا يصحّ حالاً[٢].

والمصنّف قال: إن قصد الحال بأن يشير الى عين المبيع كأن يقول: أسلمت إليك هذا الثوب في هذا الدينار فالأقرب الصحّة؛ لأنّ السلم نوع من البيع، ويجوز إطلاق لفظ الكلّ على جزئه، فاذا قصد وجب أن ينعقد عملاً بالقصد، ولأصالة الصـحّة. ولأنّه يقتضي نقل الملك على وجه التأجيل، فاقتضاؤه لنقله عاجلاً مع القصد أولى؛ لأنّه أبعد عن الغرر.

قوله رحمه الله: «أو جارية كذلك على رأي».

أقـول: يريد كما أنّه يجوز السلم في شاة وولدها كذا يجوز في جارية وولدها.

ومنع الشيخ في المبسوط من ذلك فقال فيه: وان كانت جارية لا يجوز أن يشترط معها ولدها؛ لأنّ ولدها لا يمكن ضبطه بالصفة؛ لأنّه ربما لم يتفق ذلك[٣].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب السلف في جميع المبيعات ج ٢ ص ١٦٢ ـ ١٦٣.

(٢) الخلاف: كتاب السلم المسألة ٣ ج ٢ ص ٨٦ طبع اسماعيليان.

(٣) المبسوط: كتاب السلم في أحكامه ج ٢ ص ١٧٦.

قوله رحمه الله: «أو حامل على إشكال، ينشأ من الجهل بالحمل».

أقول: منع الشيخ من السلم في الجارية الحامل[1]؛ لما ذكره المصنّف ـ وهو الجهل بالحمل ـ وتردّد المصنّف في ذلك من حيث جواز بيع الحامل حالاً، فلو كانت هذه الجهالة مانعة من صحّة البيع لكانت مانعة منه مطلقاً.

قوله رحمه الله: «والأقرب جواز اشتراط مالايعزّ وجوده وإن كان استقصاءً كالثمن والجعودة».

أقول: وجه القرب من أنّه شرط شرطاً سائغاً لايعزّ وجوده فكان صحيحاً؛ لعدم المانع من وجود المقتضي للصحّة ـ أعني مشروعية البيع مطلقاً ـ.

قوله رحمه الله: «فإن شرط منزوع الحبّ فله، وإلّا كان له بحبّه مع الإطلاق، كالتمر بنواه على إشكال».

أقول: منشأ الاشكال من أنّه يجري مجرى شراء التمر، كما ذكره المصنّف فله بنواه.

ومن ثبوت الفرق، فانّه لم يعهد في التمر نزع نواه، بخلاف القطن، والحبّ ليس قطناً.

---

(١) المبسوط: كتاب السلم في أحكامه ج ٢ ص ١٧٦.

قوله رحمه الله: «وفي اشتراط الذكورة أو الأُنوثة نظر».

أقول: هل يشترط في السلم في الصوف ذكر كونه صوف ذكر أو أُنثى؟ فيه نظر، ينشأ من الشكّ في كونه ممّا يتفاوت به الأغراض غالباً وتتفاوت به الأثمان أوّلاً.

قوله رحمه الله: «وهل تعتبر الاستفاضة أم يكفي معرفة عدلين؟ الأقرب الثاني».

أقول: لابدّ من كون الصفات التي تضبط بها العين المسلّم فيها معلومة عند المتعاقدين وغيرهما، ولا يكفي معرفتها خاصّة؛ لجواز الاختلاف فيها فتفتقر الى من يرجع إليه، فعلى هذا هل يجب كونها مستفيضة بين الناس بحيث يرجع إليهم عند اختلافهما أو يكفي معرفة عدلين؟ فيه احتمالان، أقربهما عند المصنّف معرفة العدلين؛ لحصول الغرض بهما، فلا يحتاج الى غيرهما، عملاً بأصالة صحّة البيع وعدم الاشتراط.

قوله رحمه الله: «وفي جواز تقدير المكيل بالوزن وبالعكس نظر».

أقول: ينشأ من أنّ الغرض معرفة[1] مقداره وانتفاء الغرر، وقد حصل بأحد التقديرين.

ومن اختصاص كلّ منهما بما يتقدّر به، فلو قدّر بغيره كان كالمجهول.

---

(١) في ج: «علم».

قوله رحمه الله: «ولو أحاله بالثمن فقبضه البائع من المحال عليه في المجلس فالأقوى عندي الصحّة».

أقول: وجه القوّة من أنّهما لم يفترقا قبل القبض فكان العقد صحيحاً. وعلى كتاب المصنّف حاشية بخطه ما هذه صورته، قال بعض الشافعية: لا يصحّ؛ لأنّ الحق بالحوالة تحول الى ذمّة المحال عليه، فيكون أداؤه عن نفسه لا عن المسلّم[1].

قوله رحمه الله: «ولو جعل الثمن في العقد ما يستحقّه في ذمّة البائع بطل؛ لأنّه بيع دَين بدَين على إشكال».

أقول: ذهب الشيخ رحمه الله الى بطلان البيع قال: لأنّه بيع دَين بدَين[2].

والمصنّف استشكل هذا التعليل قال: بيع الدَين بالدَين المتفق على منعه هو أن يكون للواحد دَين في ذمّة غيره فيبيعه على آخر بدَين المشتري في ذمّة آخر، أمّا ماعداه فكونه داخلاً تحت النهي غير معلوم، والأصل جوازه.

قوله رحمه الله: «ولو لم يعيّنه ثمّ حاسبه بعد العقد من دَينه عليه فالوجه الجواز».

أقول: لأنّ البائع عاوض به ما في ذمّته فكان كالقبض.

---

(١) لم نعثر على كتابه.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الديون باب بيع الديون والأرزاق ج ٢ ص ٣١.

قوله رحمه الله: ولو أجّل الى نفر الحجيج احتمل البطلان، والنفر على الأوّل».

أقول: أمّا احتمال البطلان فلأنّ نفر الحجيج أمّا الثاني عشر أو الثالث عشر فلا يكون معيّناً فيبطل السلم؛ لوجوب تعيين الأجل فيه. وأمّا احتمال حمله على الأوّل فكما اذا قال: الى الجمعة أو الى جمادى أو ربيع فانّه يحمل في هذا على الأوّل وإن كان مقولاً على أكثر من واحد.

قوله رحمه الله: «وتعتبر الشهور بالأهلّة، فإن عقدا في أوّله اعتبر الجميع بالأهلّة، وان عقدا في خلاله اعتبرت الشهور بعده بالأهلّة، ثمّ تمّم المنكسر ثلاثين يوماً على رأي»[1].

أقول: خالف الشيخ في ذلك حيث تردّد في المبسوط، ثمّ قوّى أن يعدّ بقدر ما فات من الأوّل[2][3].

قوله رحمه الله: «ولو قال: محلّه في الجمعة أو في رمضان فالأقرب البطلان».

---

(١) في ج: «على رأي، ويحتمل انكسار الجميع بكسر الأوّل فيعتبر الكلّ بالعدد».

(٢) في ج:«ما فات من الأوّل، ووجه الاحتمال أنّ الشهر حقيقة في عدّة بين هلالين أو ثلاثين يوماً، وقد تعذّر المعنى الأوّل فيتعيّن الثاني، وتتمّة الشهر من الذي يليه هو المتبادر الى الفهم، والكلام في الشهرالثاني كالكلام... وهكذا».

(٣) المبسوط: كتاب السلم ج ٢ ص ١٧١.

أقـول: قال الشيخ رحمه الله:اذا جعل محلّه في يوم كذا أو شهر كذا أو سنة كذا جاز، ولزمه بدخول اليوم والشهر والسنة[١].

والأقرب عند المصنّف البطلان؛ لأنّه جعل ذلك الوقت ظرفاً، فيكون الأجل مدة اليوم أو الشهر أو السنة، ولم يعتبر جزءً منها معيّناً فيكون مجهولاً يبطل به البيع.

قوله رحمه الله: «ولو قال: الى أوّل الشهر أو آخره احتمل البطلان؛ لأنّه يعبّر به عن جميع النصف الأوّل أو النصف الأخير والصحّة فيحمل على الجزء الأوّل».

أقـول: هذا تفريع على ما اختاره من البطلان اذا قال: في شهر كذا، وهو أنّه لو قال: الى أوّل الشهر أو آخره احتمل فيه البطلان؛ لأنّه يعبّر به عن مجموع النصف الأوّل أو النصف الأخير، فكان كما اذا جعل الأجل في نصف الشهر الأوّل أو النصف الشهر الآخير فيبطل على ما قلناه.

ومن أنّه يعبّر به عن أوّل جزء منه أيضاً، والمستعمل في وقتين يحمل على أقربهما، كما مرّ في الجمعة وجمادى.

قوله رحمه الله: «والأقرب عدم اشتراط الأجل فيصحّ السلّم في الحال، لكن يصرّح بالحلول، فإن أطلق حمل على الأجل واشترط ضبطه».

---

(١) المبسوط: كتاب السلم ج ٢ ص ١٧٢.

أقــول: قد تقدّم ذكر هذه المسألة، وانّما كرّرها المصنّف لأنّه بنىٰ عليها مسألة أُخرى وهو: أنّه على تقدير القول بصحّة الحال بلفظ السلم يجب أن يصرّح بالحلول، فلو أطلق حمل على الأجل واشترط كونه مضبوطاً، وذلك لانّ السلم حقيقة شرعاً في المبيع الموصوف الى الأجل، وقد يستعمل مجازاً في الحال فعند الإطلاق يتعيّن الحمل على الحقيقة ـ أعني المؤجّل ـ فاذا لم يكن مضبوطاً كان باطلاً لفوات شرط الصحّة.

قوله رحمه الله: «ولو احتاج تحصيله الى مشقّة شديدة كما اذا أسلم في وقت الباكورة قدر كثير فالأقرب الصحّة».

أقــول: وجه القرب انّ الشرط فيه أن يكون المسلّم فيه ممّا لايتعذّر وجوده وهو هنا متحقّق، إذ انتفاء المشقّة ليس شرطاً.

قوله رحمه الله: «ولو تبيّن العجز قبل المحلّ احتمل تنجيز الخيار وتأخيره».

أقــول: يريد انّه اذا أسلم في شيء فلمّا حلّ تعذّر وانقطع المسلّم فيه تخيّر، فلو فرضنا علم انقطاعه قبل حلوله ـ كما اذا حصل آفة سماوية أو غيرها أتلفت ذلك النوع من المسلّم فيه في تلك البلاد قبل بلوغه ـ احتمل أن يتخيّر معجّلاً؛ لأنّ تلفه الآن يقتضي تعذّره في وقت الحلول الذي هو علّة في الخيار فكان له الخيار، واحتمل تأخير الخيار من حيث عدم استحقاق مطالبته الآن. ولأنّ ثبوت الخيار على خلاف الأصل، خرج منه ما اذا حلّ وتعذّر، فبقي الباقي على أصالة العدم.

قوله رحمه الله: «ولا يشترط ذكر موضع التسليم على إشكال».

أقول: للشيخ في اشتراط موضع التسليم قولان،أحدهما: الاشتراط، قاله في الخلاف[١] مطلقاً، وهو مذهب ابن الجنيد[٢].

وقال في المبسوط: اذا كان في حمله مؤونة وجب[٣]، وفي النهاية لم يشترطه.

وابن ادريس صرّح بأنّه ليس شرطاً[٤].

واستشكل المصنّف ذلك من حيث إنّ الاغراض تتعلّق بالأمكنة، فوجب تعيينها كتعيين الأزمنة.

ومن حيث إنّ الاطلاق يقتضي انصرافه الى بلد المعاملة، فلا يشترط تعيينه، عملاً بأصالة عدم وجوب الاشتراط.

قوله رحمه الله: «ولو كانا في برية أو بلد غربة وقصدهما مفارقته قبل الحلول فالأقرب عندي وجوب تعيين المكان».

أقول: وجه القرب من حيث إنّهما قصدا التسليم في غير موضع العقد قطعاً، وليس بعض الأمكنة أولى من بعض، فوجب تعيينه.

---

(١) الخلاف: كتاب السلم المسألة ٩ ج ٣ ص ٢٠٢.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل التاسع في السلف ص ٣٦٧ س ١٠ (طبع حجري).

(٣) المبسوط: كتاب السلم في أحكامه ج ٢ ص ١٧٣.

(٤) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب السلف ج ٢ ص ٣١٧ ـ ٣١٨.

قوله رحمه الله: «ولو اتفقا على أن يعطيه أرداً منه وأزيد، فإن كان ربوياً لم يجز على إشكال».

أقول: لو دفع المسلّم إليه عند الحلول أرداً ممّا شرط بزيادة في مقداره فإن كان من الربويّات احتمل المنع؛ لأنّه يلزم منه الربا وعدمه؛ لأنّ الربا هو بيع أحد المتماثلين بالآخر مع زيادة، وهذا ليس بيعاً وانّما دفع الزيادة عوضاً عن الرداءة من غير بيع.

قوله رحمه الله: «ولو اختلفا في اشتراط الأجل فالأقرب انّ القول قول مدّعيه إن كان العقد بلفظ السلم على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث تعارض أصالة عدم الاشتراط وأصالة صحّة العقد، وانّما يكون عقد السلم صحيحاً اذا كان مؤجّلاً.

قوله رحمه الله: «وعلى قولنا بصحّة الحال فالإشكال أقوىٰ».

أقول: على تقدير القول بأنّ السلم لا ينعقد إلّا مؤجّلاً، وانّما[1] ضعف الإشكال لترجيح جانب مدّعي الأجل؛ لأنّ جانبه يعضده انّ الأصل صحّة العقد، وانّما يكون صحيحاً لو كان مؤجّلاً على ما تقدّم، فاذا عورض بأصالة عدم ذكر الأجل يرجّح الأوّل، بأنّ الأصل في الإطلاق الحقيقة، والسلم لفظ وضع حقيقة شرعية للبيع المؤجّل. والآخر وإن جاز لكنه مجاز، وانّما يحمل عليه مع القرينة لتعيين

---

(١) في ج: «ربّما».

المبيع ـ مثلاً ـ وشبهه.

أمّا اذا قلنا بانعقاد البيع حالاً بلفظ السلم لم يقدح أصالة صحّة البيع في صحّته على هذا التقدير؛ لأنّه صحيح أيضاً، فبقي كون الأصل عدم ذكر الأجل معارضاً بأصالة الحقيقة من غير ترجيح لأحدهما فيكون الإشكال أقوى.

قوله رحمه الله: «ولو أسلم نصراني الى نصراني في خمر فأسلم أحدهما قبل القبض بطل وللمشتري أخذ دراهمه، ويحتمل السقوط والقيمة عند مستحلّيه».

أقول: أمّا احتمال أخذ دراهمه فلأنّه بالاسلام تعذّر قبض المسلم فيه؛ لعدم تملّك المسلم الخمر، فجرى مجرى تعذّره عند الحلول، فلصاحب الدراهم أخذها، إذ لايقال هاهنا: له الصبر.

وأمّا احتمال السقوط فلأنّ الواجب بمقتضى العقد إنّما هو الخمر، وقد زال تملّك المسلم عنه، خصوصاً اذا كان المسلم هو المشتري فإنّ السقوطّ فيه آكد، وأمّا احتمال القيمة عند مستحلّيه فلأنّها تتضّمن الجمع بين الحقّين ـ وهو حفظ مال المشتري ـ وعدم المطالبة بالخمر من المسلم أو المسلم الممنوع منه.

قوله رحمه الله: «لو وجد بالثمن عيباً فإن كان من غير الجنس بطل إن تفرّقا قبل التعويض أو كان معيّناً، وإن كان من الجنس رجع بالأرش وله البدل مع عدم التعيين، وإن تفرّقا على إشكال».

أقـول: منشأه ما تقدّم في باب الصرف.

قوله رحمه الله: «يجوز لبائع المتاع شراؤه بزيادة ونقيصة حالاً ومؤجّلاً بعد القبض، ويكره قبله إن كان مكيلاً أو موزوناً على رأي».

أقـول: لا خلاف في جواز أن يشتري البائع ما باعه على غيره بزيادة أو نقصان، حالاً ومؤجّلاً، اذا لم يكن المبيع نسيئة قد حلّ ثمنها، ويكون الابتياع قبل الإقباض، ولم يشترط ذلك في حال العقد، وإنّما الخلاف في جواز بيع ذلك قبل القبض، وهو مبنيّ على جواز بيع ما لم يقبض.

فنقول: ما ذكره المصنّف هاهنا هو اختيار المفيد رحمه الله فانّه قال: لابأس ببيع ما استوجبه المبتاع قبل قبضه، ويكون قبض المبتاع الثاني نائباً عن قبض الأوّل، ويكره ذلك فيما يكال أو يوزن، وليس بمفسد للبيع[١]. وكذا اختار في النهاية كراهية بيع المكيل أو الموزون قبل القبض[٢].

وقال في المبسوط: يحرم بيع الطعام قبل قبضه، ويجوز بيع غيره قبل القبض[٣].

وقال ابن أبي عقيل: يحرم بيع ما يكال أو يوزن قبل قبضه، ويجوز فيما عدا ذلك[٤].

---

(١) المقنعة: كتاب التجارة باب البيع بالنقد والنسية ص ٥٩٦.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب السلف ج ٢ ص ١٦٨.

(٣) المبسوط: كتاب البيوع فصل في حكم بيع ما لم يقبض ج ٢ ص ١١٩ ـ ١٢٠.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل السادس في القبض وحكمه ص ٣٩٣ س ١٥ (طبع حجري).

قوله رحمه الله: «لو ظهرّ كذب البائع في إخباره تخيّر المشتري في الإمضاء بالمسمىّ أو الفسخ ـ الى قوله: ـ وهل يسقط الخيار بتلف العين؟ فيه نظر».

أقول: يحتمل سقوطه؛ لأنّا انّما اثبتنا له الخيار بين ردّ السلعة وأخذها لا بالثمن، وبتلفها قد تعذّر الردّ فتعيّن أخذها بالثمن. ويحتمل عدمه؛ لأنّه انّما رضي بشرائه على تقدير صدق البائع فيما أخبر به، وعلى تقدير كذبه لايكون قد حصل الرضا بذلك العقد فلا يكون لازماً، فحينئذٍ يستردّ الثمن ويردّ مثل المبيع أو قيمته.

قوله رحمه الله: «ويكره بيع أحد المختلفين بالآخر نسيئة وإن تساويا قدراً اذا دخلهما أحد التقديرين على رأي».

أقول: مذهب المصنّف انّه يجوز بيع أحد المختلفين بالآخر نسيئة، سواء كانا متساويين أو متفاوتين على كراهية اذا كانا ممّا يكال أو يوزن، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[١]، وابن ادريس[٢]. وبالجواز قال الشيخ في النهاية[٣]، وابن حمزة[٤].

وقال المفيد: لايجوز البيع متفاضلاً نسيئة[٥]، وهو اختيار سلّار[٦]،

---

(١) المبسوط: كتاب البيوع فصل في ما يصحّ فيه الربا وما لايصحّ ج ٢ ص ٨٩ ـ ٩٠.

(٢) السرائر: كتاب المتاجر والمبيع باب الربا وأحكامه ج ٢ ص ٢٥٦.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب الربا وأحكامه ج ٢ ص ١١٩ ـ ١٢٠.

(٤) الوسيلة: كتاب البيع فصل في بيان الربا ص ٢٥٤.

(٥) المقنعة: كتاب التجارة باب بيع الواحد بالاثنين ص ٦٠٣.

(٦) المراسم: كتاب المكاسب ذكر بيع الواحد بالاثنين وأكثر ص ١٧٩.

وابن البرّاج[١]، ومذهب ابن أبي عقيل[٢]، وابن الجنيد[٣].

قوله رحمه الله: «والحنطة والشعير هنا جنس واحد على رأي».

أقول: لا خلاف في انّهما جنسان في الزكاة، فلا يكمل نصاب أحدهما بالآخر، ولايجزئ إخراج أحدهما عن الآخر إلّا بالقيمة. وأمّا في الربا فعند المصنّف انّهما جنس واحد لايصحّ التفاضّل فيهما بالبيع، وهو قول الشيخين[٤]، وأبي الصلاح[٥]، وسلّار[٦]، وابن البرّاج[٧]، وابن حمزة[٨].

وقال ابن أبي عقيل[٩] وابن الجنيد[١٠]: انّهما جنسان، وهو اختيار ابن ادريس[١١].

---

(١) المهذّب: كتاب البيوع وعقودها وأحكامها ج ١ ص ٣٦٤.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل السادس في الربا ص ٣٥٤ س ١٧ (طبع حجري).

(٣) المصدر السابق.

(٤) المقنعة: كتاب التجارة باب بيع الواحد بالاثنين ص ٦٠٤، النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب الربا وأحكامه ج ٢ ص ١٢٠.

(٥) الكافي في الفقه: فصل في عقد البيع وشروط صحّته ص ٣٥٧.

(٦) المراسم: كتاب المكاسب باب بيع الواحد بالاثنين وأكثر ص ١٧٩.

(٧) المهذّب: كتاب البيوع وعقودها وأحكامها ج ١ ص ٣٦٢.

(٨) الوسيلة: كتاب البيع فصل في بيان بيع ما لم يقبض ص ٢٥٢.

(٩) نقله عنه في مختلف الشيعة كتاب التجارة الفصل السادس في الربا ص ٣٥٤ س ٣٥ (طبع حجري).

(١٠) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل السادس في الربا ص ٣٥٤ س ٣٤ (طبع حجري).

(١١) السرائر: كتاب المتاجر والبيع باب الربا وأحكامه ج ٢ ص ٢٥٤ ـ ٢٥٥.

قوله رحمه الله: «والحمام جنس على إشكال».

أقول: منشأه من حيث شمول الاسم الخاصّ لجميعه فكان جنساً واحداً.

ومن حيث انفراد كلّ منها باسم فتكون أجناساً مختلفة.

قوله رحمه الله: «والحوالة في التقدير على عادة الشرع فيما ثبت أنّه مكيل أو موزون في زمانه عليه السلام حكم بدخولها فيه، فإن لم تُعلم العادة الشرعية فعادة البلد، فإن اختلفت البلدان فلكلّ بلد حكم نفسه على رأي».

أقول: هذا مذهب الشيخ في المبسوط[1]، وتبعه ابن البرّاج[2].

وقال في النهاية: يغلب جانب التحريم[3].

وقال المفيد: يحكم لأغلب الأحوال، فإن تساوت الأحوال فله حكم المكيل أو الموزون[4].

قوله رحمه الله: «لو كانا في حكم الجنس الواحد واختلفا في التقدير كالحنطة المقدّرة بالكيل والدقيق المقدّر بالوزن احتمل تحريم

---

(١) المبسوط: كتاب البيوع فصل في ما يصحّ فيه الربا ومالايصحّ ج ٢ ص ٩٠.

(٢) المهذّب: كتاب البيوع وعقودها وأحكامها ج ١ ص ٣٦٣.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب الربا وأحكامه ج ٢ ص ١٢٢ ـ ١٢٣.

(٤) المقنعة: كتاب التجارة باب بيع الواحد بالاثنين ص ٦٠٤ ـ ٦٠٥.

البيع بالكيل أو الوزن؛ للاختلاف قدراً، وتسويغه بالوزن».

أقول: لأنّ الوزن أصل للكيل.

قوله رحمه الله: «ولو اشتمل أحد العوضين على جنسين ربويين صحّ بيعهما بأحدهما مع الزيادة، كمدّ تمر ودرهم بمدّين أو بدرهمين أو بمدّين ودرهمين، فإن تلف الدرهم المعيّن أو استحقّ احتمل البطلان في الجميع وفي المخالف والتقسيط».

أقول: على تقدير انّ بيع درهماً معيّناً ومدّاً من تمر بمدين ودرهمين لو تلف الدرهم المعيّن قبل قبضه احتمل فيها ثلاثة أوجه:

أحدها: بطلان العقد في الجميع؛ لأنّ تلف الدرهم المعيّن قبل القبض يقتضي بطلان البيع في مقابله، فاذا كان المدّ من التمر يساوي درهماً ـ مثلاً ـ فقد تلف نصف المبيع، فيلزم بطلان البيع في نصف الثمن ـ وهو مدّ من المدين ودرهم من الدرهمين ـ فيبقى في مقابله المدّ الباقي من الثمن مدّ ودرهم، وذلك ربا غير جائز.

الثاني: البطلان في المخالف؛ لأنّهم قالوا: يكون الدرهم في مقابلة المدين والمدّ في مقابلة الدرهمين، واذا بطل في مخالفه ـ أعني المدين ـ بقي من المبيع مدّ في مقابلة درهمين، ولا يلزم الربا.

الثالث: التقسيط وهو البطلان بالنسبة الى قيمة التالف، فاذا كان الحال علىٰ ما ذكرناه وأنّ التالف نصف المبيع صحّ البيع في المدّ الباقي وهو نصف المبيع بنصف الثمن

وهو درهم ومدّ، ولا نسلّم انّ ذلك رباً، وانّما يكون رباً لو وقع العقد على الدرهم في مقابله مدّ ودرهم ابتداءً، أمّا اذا كان العقد وقع في ابتدائه صحيحاً ثمّ تجدّد بالتلف كون المدّ مع الدرهم في مقابلة المدّ، فانّ هذا حكم اقتضاه التقسيط بعد الحكم بصحّة العقد، ولا نسلّم انّه غير جائز.

قوله رحمه الله: «ولايجوز بيع اللحم بالحيوان إن تماثلا جنساً على إشكال».

أقول: ينشأ من أنّه أسلم من الربا وأحوط.

ومن عموم قوله تعالى: ﴿وأحلّ الله البيع﴾[1] وقوله تعالى: ﴿إلّا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم﴾[2] ولعدم المقتضي؛ للمنع، إذ المقتضي له لزوم الربا، وهو غير لازم؛ لأنّ الربا انّما يثبت في المتجانسين بشرط المكيلية أو الموزونية، وهما غير متحقّقين.

واعلم أنّ الأوّل أشهر عند الأصحاب، فانّ المفيد[3]، وسلّار[4]، وابن البرّاج[5] قالوا: لايجوز بيع الغنم باللحم لا وزناً ولا جزافاً، وكذا الشيخ في النهاية[6]. ولم يفصّلوا كون اللحم من الجنس أو من غيره.

---

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) النساء: ٢٩.

(٣) المقنعة: كتاب التجارة باب بيع الواحد بالاثنين ص ٦٠٤.

(٤) المراسم: كتاب البيوع ذكر بيع الواحد بالاثنين وأكثر ص ١٧٩.

(٥) المهذّب: كتاب البيوع وعقودها وأحكامها ج ١ ص ٣٧٣.

(٦) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب الربا وأحكامه ج ٢ ص ١٢١.

وقال في المبسوط[١] والخلاف[٢]: لايجوز اذا كان من جنسه، وهو اختيار ابن جنيد[٣].

والثاني ـ أعني الجواز مطلقاً ـ مذهب ابن ادريس[٤].

قوله رحمه الله: «ويثبت بين المسلم والذمّي على رأي».

أقول: هذا قول الشيخ[٥]، وابن ادريس[٦]، خلافاً للسيد المرتضى[٧]، والمفيد[٨]، وابن بابويه[٩]، فانهم قالوا: لايثبت الربا بينهما.

قوله رحمه الله: «ويجب على من أخذ الربا ردّه الى مالكه إن عرفه أو الى ورثته إن فقد، ويتصدّق به عنه إن جهله، سواء استعمله من علمه بالتحريم أو جهله على رأي».

---

(١) المبسوط: كتاب البيوع في ذكر ما يصحّ فيه الربا وما لا يصحّ ج ٢ ص ١٠٠.

(٢) الخلاف: كتاب البيوع المسألة ١٢٦ ج ٢ ص ٧٥.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل السادس في احكام الربا ص ٣٥٥ س ٢١ (طبع حجري).

(٤) السرائر: كتاب المتاجر والبيع باب الربا وأحكامه ج ٢ ص ٢٥٨.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب الربا وأحكامه ج ٢ ص ١١٨.

(٦) السرائر: كتاب المتاجر والبيع باب الربا وأحكامه ج ٢ ص ٢٥٢.

(٧) الانتصار: مسائل البيوع والربا والصرف ص ٢١٢

(٨) لم نعثر عليه في المقنعة كما في مفتاح الكرامة: كتاب المتاجر في أحكام الربا ج ٤ ص ٥٣٢، ونقله عنه في السرائر: كتاب المتاجر والبيع باب الربا وأحكامه ج ٢ ص ٢٥٢.

(٩) المقنع: باب الربا ص ١٢٦.

أقول: هذا قول ابن ادريس[١]، خلافاً للشيخ في النهاية[٢]، وابن بابويه في المقنع[٣].

قوله رحمه الله: «ولو قال له: اختر فسكت فخيارهما باقٍ على رأي».

أقول: هذا قول الشيخ في الخلاف[٤] والمبسوط[٥]، ونقل المصنّف قولاً آخر بسقوط خيار الأمر.

قوله رحمه الله: «وخيار العاقد عن اثنين باقٍ بالنسبة إليهما مالم يشترط سقوطه، أو يلزم به عنهما بعد العقد، أو يفارق المجلس على قول، ويحتمل سقوط الخيار وثبوته دائماً مالم يسقط بتصرّف أو إسقاط».

أقول: هذا القول ـ أعني أن يفارق المجلس ـ نقله الشيخ في المبسوط[٦]،

---

(١) السرائر: كتاب المتاجر والبيع باب الربا وأحكامه ج ٢ ص ٢٥١.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب الربا وأحكامه ج ٢ ص ١١٧.

(٣) لم نعثر عليه في المقنع كما قال صاحب مفتاح الكرامة: كتاب التجارة في أحكام الربا ج ٤ ص ٥٣٤ س ٩، ونقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل السادس في أحكام الربا ص ٣٥٢ س ٣٧ (طبع حجري).

(٤) الخلاف: كتاب البيوع المسألة ٢٧ ج ٣ ص ٢١.

(٥) المبسوط: كتاب البيوع فصل في بيع الخيار ج ٢ ص ٨٢.

(٦) المبسوط: كتاب البيوع فصل في بيع الخيار ج ٢ ص ٧٨.

وابن البرّاج[١]، ولم يسنداه الى أحد من أصحابنا.

وقول المصنّف: «ويحتمل سقوط الخيار» وجه الاحتمال: انّ سقوط[٢] الخيار على خلاف الأصل، وانّما يثبت بقوله عليه السلام: «البيّعان بالخيار مالم يفترقا»[٣] فأثبت خيار المجلس بين المتبايعين، وهاهنا لاتعدّد؛ لأنّ العاقد واحد فيكون لازماً لاخيار فيه، إذ الأصل في العقد اللزوم، ولقوله تعالى: ﴿اوفوا بالعقود﴾[٤].

وقوله: «وثبوته دائماً» وجه احتمال الثبوت دائماً: انّ العاقد في الحقيقة بمنزلة اثنين؛ لأنّه عاقد عنهما، وخيار المجلس يمتدّ مادام المتبايعان مصطحبين، وهو مصاحب لنفسه دائماً فكان ثابتاً دائماً.

قوله رحمه الله: «وهل يمتدّ بامتداد المجلس الذي وصل فيه الخبر؟ نظر».

أقول: يريد لومات أحد المتعاقدين قبل الافتراق وقلنا: لايبطل الخيار، بل ينتقل الى وارثه، فإن كان غائباً ثبت له الخيار عند وصول الخبر مادام الآخر لم يفارق المجلس، فهل يمتدّ خيار الوارث بامتداد المجلس الذي وصل إليه فيه الخبر أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: انّه يمتدّ؛ لأنّه بالنسبة إليه يجري مجرى مجلس العقد، إذ هو المجلس الذي ثبت له فيه خيار المجلس. وكذا كلّ مكان ثبت فيه لأحد خيار المجلس وجب

---

(١) المهذّب: كتاب البيوع وعقودها وأحكامها ج ١ ص ٣٥٣.
(٢) في م١: «ثبوت».
(٣) تهذيب الأحكام: كتاب التجارة ب ٢ في عقود البيع ح ٨٥ ص ٢٠، وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب التجارة ح ٣ ج ١٢ ص ٣٤٦، وفيهما: «عن أبي عبد الله عليه السلام».
(٤) المائدة: ١.

استمراره مادام باقياً فيه.

ويحتمل عدمه؛ لأنّه ليس له مجلس العقد، وليس الوارث أحد المتعاقدين، وانّما صار إليه بالميراث عن مورثه فحين انتقاله إليه إن فسخه بطل العقد وإلّا لزم، إذ خياره على خلاف الأصل.

قوله رحمه الله: «ولو حمل أحدهما ومنع من الاختيار لم يسقط خياره على إشكال».

أقول: ينشأ من حصول المفارقة المسقطة للخيار بقوله:«مالم يفترقا».

ومن كونه مكرهاً عليها فلا تكون صادرة منه، فإنّ الخبر يقتضي[1] ثبوت الخيار لهما مالم يتحقّق الافتراق المستند إليهما؛ لدلالة قوله: «مالم يفترقا» واسند الافتراق المسقط إليهما.

قوله رحمه الله: «أمّا الثابت فإن منع من التخاير أو المصاحبة لم يسقط، وإلّا فالأقرب السقوط».

أقول: لأنّه على تقدير أن لا يمنع من المصاحبة يكون اختياره للبقاء مفارقة فيسقط خياره، وحينئذٍ يسقط خيار الأوّل وإن قلنا باستمرار خياره في صورة الاكراه؛ لأنّ مفارقة أيّهما كان اختياراً يسقط الخيارين اتفاقاً.

قوله رحمه الله: «خيار الحيوان: ويمتدّ الى ثلاثة أيام من حين العقد على رأي».

---

(١) في ج: «اقتضى».

أقول: ظاهر كلام الشيخ في الخلاف والمبسوط، وابن ادريس أنّه يثبت من حين التفرّق؛ لأنّ الشيخ قال: إنّ خيار الشرط يثبت من حين التفرّق؛ لأنّ الخيار يثبت بعد ثبوت العقد، والعقد قبل التفرّق ما ثبت[١].

وابن ادريس قال فيه: لأنّ خيار الشرط يدخل اذا استقرّ العقد ولزم، والعقد لم يلزم، ويستقرّ قبل التفرّق. وأيضاً فهما خياران: خيار المجلس يثبت من غير شرط، وخيار الشرط زائد عليه[٢]. وهذا التعليل قائم في خيار الحيوان.

قوله رحمه الله: «ويثبت للمشتري خاصّة على رأي».

أقول: هذا قول الشيخين[٣]، ومحمد بن بابويه[٤]، وابن الجنيد[٥]، وسلّار[٦]، وابن البرّاج[٧]، وابن ادريس[٨]. خلافاً للسيد المرتضى حيث قال: يثبت الخيار

---

(١) المبسوط: كتاب البيوع فصل في بيع الخيار ج ٢ ص ٨٥، الخلاف: كتاب البيوع فيما ينقطع به خيار المجلس المسألة ٤٤ ج ٢ ص ١٥.

(٢) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب حقيقة البيع وبيان أقسامه ج ٢ ص ٢٤٧.

(٣) المقنعة: كتاب التجارة باب عقود البيع ص ٥٩٢، النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب الشرط في العقود ج ٢ ص ١٤٠.

(٤) المقنع: باب المكاسب والتجارة ص ١٢٢ ـ ١٢٣.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل الخامس في الخيارات ص ٣٥٠ س ٢١ (طبع حجري).

(٦) المراسم: كتاب المكاسب ص ١٧٣.

(٧) المهذّب: كتاب البيوع وعقودها وأحكامها ج ١ ص ٣٥٣.

(٨) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب حقيقة البيع وبيان أقسامه ج ٢ ص ٢٤٣ ـ ٢٤٤.

للبائع والمشتري[١].

قوله رحمه الله: «وفي ثبوته في الصرف إشكال».

أقول: ينشأ من عموم قول الصادق عليه السلام في رواية ابن سنان الصحيحة: المسلمون عند شروطهم، إلّا كلّ شرط خالف كتاب الله فإنّه لا يجوز[٢].

ومن أنّ الشيخ رحمه الله ادّعى الإجماع على عدم دخول خيار الشرط في الصرف[٣]، وهو مذهب ابن ادريس[٤].

قوله رحمه الله: «ولو دفع الغابن التفاوت فلا خيار على إشكال».

أقول: ينشأ من زوال المقتضي لتسلّط المغبون على الفسخ بدفع التفاوت.

ومن أنّ الخيار قد ثبت له قبل الدفع وهو حقّ له، فلا يسقط إلّا بإسقاط.

قوله رحمه الله: «فإن تلف في الثلاثة فمن البائع على رأي».

أقول: يريد انّ من باع شيئاً ولم يقبض الثمن ولا سلّم المبيع ولا شرط التأخير فانّ البيع يلزم ثلاثة أيام، فإن جاء المشتري فيها بالثمن لزم البيع، وإن انقضت ولم

---

(١) الانتصار: مسائل البيوع والربا والصرف ص ٢٠٧.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٢ في عقود البيع ح ١٠ ج ٧ ص ٢٢، وسائل الشيعة: ب ٦ من أبواب الخيار ح ٢ ج ١٢ ص ٣٥٣.

(٣) المبسوط: كتاب البيوع فصل في بيع الخيار ج ٢ ص ٧٩.

(٤) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب حقيقة البيع وبيان أقسامه ج ٢ ص ٢٤٤.

يأت به فله الخيار، فاذا تلف المبيع فإن كان بعد الثلاثة فمن البائع إجماعاً، وإن كان في الثلاثة فمنه أيضاً على ما اختاره، وهو قول الشيخ[١]، وابن البرّاج[٢]، وابن ادريس[٣].

وقال المفيد: التلف في الثلاثة من المشتري[٤]، واختاره سلّار[٥]، وابن حمزة[٦].

قوله رحمه الله: «ولو اشترى ما يفسد ليومه فالخيار فيه الى الليل، فإن تلف فيه احتمل الخلاف».

أقول: يريد اذا تلف في ذلك اليوم احتمل في ذلك ما ذكره من الخلاف في الثلاثة، بمعنى: إنّا إن قلنا بقول المفيد ـ انّ التلف في الثلاثة من المشتري ـ فهاهنا اذا تلف في اليوم فمن المشتري، إذ العلّة واحدة، وهي لزوم البيع في تلك المدة ـ أعني اليوم أو الثلاثة ـ وإن قلنا بقول الشيخ ـ وهو الأصحّ ـ فالتلف من البائع؛ لأنّه لم يقبض.

قوله رحمه الله: «ولو شرط نقد البعض وتأجيل الباقي ففي ثبوت الخيار بتأخير النقد إشكال».

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب الشرط في العقود ج ٢ ص ١٣٧.

(٢) المهذّب: كتاب البيوع وعقودها وأحكامها ج ١ ص ٣٥٨.

(٣) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب الشرط في العقود ج ٢ ص ٢٧٨.

(٤) المقنعة: كتاب التجارة باب عقود البيع ص ٥٩٢.

(٥) المراسم: كتاب المكاسب ص ١٧٢.

(٦) راجع الوسيلة: كتاب البيع فصل في بيان بيع الأعيان المرئية ص ٢٣٩، إلّا أنّ الظاهر من عبارته تدلّ على أنّ التلف من البائع كما في مفتاح الكرامة: ج ٤ ص ٥٨٢.

أقــول: ينشأ من أنّه بالنسبة الى الحال قد وجد فيه المقتضي لثبوت الخيار الى ثلاثة أيام، وهو انّ ثمنه لم يقبض ولا شرط تأخيره ولم يحصل قبض المشتري السلعة فيثبت[1] الحكم.

ومن أنّه قبض الثمن، فلا يتناوله النصّ الوارد بأنّه اذا لم يقبض الثمن ولم يشرط التأخير، وهو الأقرب عند المصنّف، إذ لايلزم من ثبوت حكمه لمجموع الثمن ثبوت حكمه لبعضه.

قوله رحمه الله: «والخيار موروث ـ الى قوله: ـ إلّا الزوجــة غـير ذات الولد في الأرض عـلى إشكال، أقربه ذلك إن اشتراه بخـيار لترث مـن الثمن».

أقــول: ينشأ من انّها لا حقّ لها في الأرض، فهي بـالنسبة إليهـا ليست مـن الورثة، فلا ترث الخيار المتعلّق بها.

ومن أنّها ترث من كلّ ما عدا الأرض، ومن جملته الخـيار المـتعلّق بـالأرض وغيرها، إذ هو من جملة الموروثات، وليس أرضاً حتى يمنع منه.

والأقرب عند المصنّف انّه إن كان الميّت قد اشترىٰ أرضاً وجعل لنفسه الخـيار كان لها ذلك؛ لأنّ الفائدة حينئذٍ استرجاع الثمن لترث منه، بخلاف العكس فانّها اذا فسخت ما باعه من الأرض اقتضى ذلك ردّ مافضل من الثمن واسترجاع الأرض، وليس لها حقّ فيها حتى يسترجعها.

---

(١) في ج: «فثبت».

قوله رحمه الله: «وهل للورثة التفريق؟ فيه نظر».

أقول: اذا انتقل الخيار الى الورثة هل لهم أن يفترقوا فيطلب بعضهم الفسخ وبعضهم الإمضاء؟ فيه نظر.

ينشأ من أنّ لكلّ واحد خياراً، وهو يقتضي ذلك.

ومن أنّهم انّما ورثوا خيار مورثهم ولم يكن له التبعيض فكذا الورثة.

والأقرب عند المصنّف المنع، وان جوّزناه لو باع الواحد على اثنين وقلنا بجواز افتراقهما في الخيار، إذ الفرق بينهما ظاهر، وهو انّ الورثة ورثوا عن واحد لم يكن له التفريق، بخلاف المشتريين، فانّ البائع ببيعه عليهما قد رضي بالتفريق؛ لكونه في حكم عقدين.

قوله رحمه الله: «والمبيع يملك بالعقد على رأي».

أقول: ظاهر كلام الشيخ[1] يقتضي انّه انّما يملك بانقضاء الخيار.

قوله رحمه الله: «والأقرب صحّة العقود».

أقول: يريد لو باع من له الخيار ماله استرجاعه به، كالبائع اذا كان قد اشترط الخيار لنفسه ثمّ باع أو وهب أو اعتق أو فعل المشتري ذلك في الثمن الذي شرط لنفسه فيه الخيار كان ذلك فسخاً، وهل تصحّ هذه العقود؟ الأقرب عند المصنّف

---

(١) الخلاف: كتاب البيوع المسألة ٢٩ ج ٣ ص ٢٢.

ذلك؛ لأنّه بوجود هذه العقود منه دلّ على اختياره للفسخ قبلها فتكون مصادفة لملكه.

قوله رحمه الله: «والعرض على البيع والإذن فيه كالبيع على إشكال».

أقول: ينشأ من أنّه قرينة دالّة على إرادة الفسخ فجرى مجرى البيع في كونه فسخاً.

ومن عدم اقتضائه لنقل الملك فلا ينفسخ به، بخلاف البيع.

قوله رحمه الله: «ولو باع المشتري أو وقف أو وهب في مدّة خيار البائع أو خيارهما لم ينفذ إلّابإذن البائع، وكذا العتق على إشكال».

أقول: يريد بالإذن هاهنا الإجازة، فانّه لا إشكال في صحّة عتق المشتري اذا تقدّم إذن البائع للخيار على العتق، وانّما الإشكال فيما اذا اعتق المشتري أوّلاً وأجاز البائع فيحتمل صحّة العتق؛ لوجود المقتضي للصحّة وانتفاء المانع.

أمّا الأوّل: فلأنّ المقتضي لصحّة العتق صدوره من المالك غير المحجور عليه، وهو متحقّق هنا.

وأمّا الثاني: فلأنّ المانع انّما هو تعلّق حقّ الغير به، وذلك قد زال برضاه. ويحتمل بطلان العتق؛ لأنّ العتق لايقع إلّا منجزاً، فلا يقف على الإجازة.

قوله رحمه الله: «نعم له الاستخدام والمنافع والوطء، فإن حبلت فالأقرب الانتقال الى القيمة من فسخ البائع».

أقـول: يريد لو كان الخيار للبائع أو لهما كان للمشتري التصرّف بالاستخدام والانتفاع والوطء؛ لأنّها تصرّفات تابعة للملك، والمشتري قد ملك بنفس العقد على ما تقدّم، مع أنّها لاتمنع من الخيار ولاتنافيه فكان له ذلك، لكن لو حبلت الجارية بوطء المشتري فالأقرب عند المصنّف سقوط خيار البائع في العين، فيكون له أخذ القيمة جمعاً بين الحقّين، فانّ أُمّ الولد لايجوز بيعها، وحقّ البائع من الخيار لايصحّ إسقاطه إلّا بإسقاط البائع له، فالجمع بينهما انّه اذا فسخ رجع بقيمة الجارية كالتالف.

قوله رحمه الله: «وان كان الخيار لبائع العبد لم ينفذ عتق الجارية ولا العبد إلاّ مع الإجازة على إشكال».

أقـول: يريد لو اشترى إنسان عبداً بجارية وجعل الخيار لبائع العبد في الفسخ والإمضاء ثمّ أعتقهما جميعاً بطل العتقان، أمّا الجارية فلأنّها ليست ملكه، وأمّا العبد فلتعلّق خيار البائع به، أمّا لو أجاز البائع فانّ في نفوذ عتق العبد إشكالاً.

ينشأ من أنّ العتق لايقع إلّا منجزاً، فلا يصحّ وقوفه على الإجازة.

ومن أنّه صادف الملك، والمانع انّما هو تعلّق حقّ البائع بسبب خياره وقد رضي بإسقاطه، وقد تقدّم مثل ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو اشترك الخيار صحّ عتق الجارية خاصّة؛ لأنّ إعتاق البائع مع تضمّنه للفسخ يكون نافذاً على رأي».

أقـول: لو كان الخيار مشتركاً بين البائع والمشتري واعتق المشتري الجارية والعبد في مدّة خياره نفذ عتق الجارية؛ لأنّ له فسخ البيع، وبعتق الجارية يكون قد فسخ البيع فيها، فينفذ على ما ذهب إليه المصنّف. خلافاً للشيخ[1] حيث ذهب الى أنّه اذا تصرّف في مدّة الخيار لايكون ذلك فسخاً صحيحاً حتى يقدّم الفسخ ثمّ يتصرّف.

قوله رحمه الله: «لو قبّلت الجارية المشتري فالأقرب انّه ليس بتصرّف، وان كان مع شهوة اذا لم يأمرها».

أقـول: لأنّ الفعل لم يصدر منه ولا منها بأمره، والتصرّف المسقط للخيار انّما هو ما يصدر عن المشتري.

قوله رحمه الله: «ليس للمشتري الوطء في مدّة الخيار المشترك أو المختصّ بالبائع على إشكال».

أقـول: وجه الإشكال من حيث إنّها ملكه فجاز له ذلك.

ومن أنّه ربّما حبلت فيمنع استيلادها من فسخ البائع العقد.

واعلم أنّ المصنّف قد صرّح من قبله بالجواز فقال: لو باع المشتري أو وهب أو وقف في مدّة خيار البائع أو خيارهما لم ينفذ إلّا بإذن البائع، وكذا العتق على إشكال.

نعم له الاستخدام والمنافع والوطء، فصرّح بجواز الوطء من غير تردّد، وهنا قد منع من الوطء على إشكال.

---

(١) المبسوط: كتاب البيوع فصل في بيع الخيار ج ٢ ص ٨٤.

قوله رحمه الله: «وبيع عين موصوفة بصفات السلم ـ الى قوله: ـ وهل يجب قبض الثمن في المجلس أو قبضه؟ فيه نظر».

أقول: منشأ النظر من حيث إنّ اشتراط القبض في المجلس انّما هو في السلم، وهذا البيع ليس سلماً، لأنّه حال.

ومن أنّه لولم يحصل قبض الثمن ولا المبيع كان بيع دَين بدَين، وهو منهيّ عنه.

قوله رحمه الله: «لو فسخ المشتري بخياره فالعين في يده مضمونة، ولو فسخ البائع فهي في يد المشتري أمانة على إشكال».

أقول: منشأه من حيث إنّها كانت في يده مضمونة، والأصل بقاء الضمان.

ومن انّها انّما كانت مضمونة بحكم البيع، وقد زال بسبب البائع ورضي بكونها في يد المشتري، والأصل براءة الذمّة من الضمان.

قوله رحمه الله: «ولا العسر على إشكال».

أقول: يريد انّ العسر ليس عيباً على إشكال.

ينشأ من وجود النقص في اليمنى؛ لأنّه لا يبطش بها كغيره فيكون عيباً.

ومن مساواته لغيره في أنّه يبطش في إحدى يديه أكثر من الأُخرى.

قوله رحمه الله: «ولو شرطها حائلاً فبانت حاملاً، فإن كانت أمة تخيّر، وإن كانت دابة احتمل ذلك؛ لإمكان إرادة حمل ما تعجز عنه

حينئذٍ، وعدمه للزيادة إن قلنا بدخول الحمل كالشيخ[1]».

أقول: مذهب الشيخ رحمه الله انّ بيع الحامل يقتضي دخول الحمل في البيع، فعلى هذا يأتي احتمال كون الحمل في الدابة ليس عيباً؛ لأنّه زيادة محضة، بخلاف الأمة؛ لاحتمال موتها في الطلق.

قوله رحمه الله: «وليس للمشتريين صفقة الاختلاف ـ فيطلب أحدهما الأرش والآخر الردّ بل يتّفقان ـ على إشكال».

أقول: من حيث إنّه باعهما صفقة فلا يتبعّضانها عليه بالتفريق.

ومن حيث إنّ بيعه على اثنين يكون بمنزلة عقدين، وقد تقدّم ذلك.

قوله رحمه الله: «امّا لو ورثا خيار عيب فلا إشكال في وجوب التوافق».

أقول: قد تقدّم انّه تردّد في هذه المسألة بعينها فقال ـ عقيب قوله ـ: والخيار موروث من أيّ أنواعه كان. ثمّ قال: وهل للورثة التفريق؟ فيه نظر. وهاهنا قال: أمّا لو ورثا خيار عيب فلا إشكال في وجوب التوافق.

قوله رحمه الله: «وطريقه أن يقوم في الحالين فيحتمل قيمته حين العقد والقبض والأقل منهما».

---

(١) الخلاف: كتاب البيوع المسألة ١٧٥ ج ٣ ص ١٠٧ ـ ١٠٨.

أقــول: أطلق أكثر الأصحاب التقويم، وهو يحتمل الأوقات الثلاثة.

ووجه الأوّل: حال الاستحقاق، إذ هو حال انـتقال المـبيع مـفوّتاً ذلك الجـزء الفائت فيقابله جزء من الثمن في تلك الحال.

ووجه الثاني: انّه حين انتقال الضمان الى المشتري فيما ليس له فيه خيار، وما قبله فهو مضمون على البائع.

ووجه الثالث: تيقّن لزومه، إلّاأنّ فيه نظر، وهذا اختيار الشيخ في المبسوط[1].

قوله رحمه الله: «لو حملت من السحق فوطأها المشتري بكراً فالأقرب انّ عليه عـشر قـيمتها، ويحتمل نصف العشر وعدم الردّ».

أقــول: وجه القرب في وجوب العشر أنّ وطء البكر مـوجب للـعشر وقـد حصل، ويحتمل وجوب نصف العشر؛ لإطلاق الأصحاب انّه يردّ الحامل اذا وطأها المشتري الجاهل بحملها، ويردّ معها نصف عشر قيمتها، وهـو عـامّ يـتناول محـلّ الفرض.

ويحتمل عدم الردّ؛ لأنّ التصرّف من المشتري موجب لسقوط ردّ المبيع المعيب، خرج منه ما اذا وطأ الحامل الثيّب؛ لأنّ ايجاب نصف العشر عند ردّها دليل على انّه اذا وطأها ثيّباً فلا تكون المسألة المفروضة داخلة تحت النصّ المتضمّن جواز الردّ مع التصرّف.

والأوّل أقرب الاحتمالات عند المصنّف؛ لأنّ ايجاب نـصف العـشر انّمـا كـان بناءً على الغالب من أنّ الحامل لاتكون إلّا ثيّباً؛ لأنّ الحكم مقصور عليه.

---

(١) المبسوط: كتاب البيوع فصل في أنّ الخراج بالضمان ج ٢ ص ١٣٢.

قوله رحمه الله: «وكذا الإشكال في وطء الدبر ونصف العشر فيه أقرب».

أقول: الاحتمالات المذكورة واردة هنا، لكن هنا الأقرب نصف العشر؛ لأنّ ايجاب العشر للبكر انّما هو بسبب البكارة، أمّا وطء الدبر فلا فرق بينهما، وكما يجب في الثيّب لو وطىء في الدبر نصف العشر ـ لعموم النصّ ـ فكذا ما يساويها.

قوله رحمه الله: «لو باع الجاني خطأ ضمن أقلّ الأمرين على رأي، والأرش على رأي».

أقول: قد ذكرنا من قبل بأنّ القول بأنّه يضمن أقلّ الأمرين، وهو الذي قوّاه الشيخ في المبسوط[1]. والقول بأنّه يضمن الأرش هو قول الشيخ في الخلاف[2].

واعلم انّ المصنّف كتب على الأصل حاشية بخطّه: قال أحمد والشعبي: يجعل الأرش في الرقاب[3].

قوله رحمه الله: «ويردّ معها مثل اللبن الموجود حال البيع دون المتجدّد على إشكال».

أقول: منشأه من انّه نماء حصل له قبل الفسخ فكان ملكاً للمشتري، فلا يجب ردّه.

ومن عموم إطلاق وجوب ردّ مثل اللبن.

وأقول: يؤيد ذلك وجوب ردّ عوض البضع في الأمة الحامل.

---

(١) المبسوط: كتاب البيوع فصل في أنّ الخراج بالضمان ج ٢ ص ١٣٦.

(٢) الخلاف: كتاب البيوع المسألة ١٩٨ ج ٣ ص ١١٧.

(٣) لم نعثر على الحاشية.

قوله رحمه الله: «والأقرب ثبوت التصرية في البقرة والناقة».

أقول: اعلم انّ الشيخ المفيد لم يتعرّض في التصرية لغير الشاة. امّا الشيخ فقال في المبسوط[١] والخلاف[٢]: التصرية تثبت في البقرة والناقة كثبوتها في الشاة، وبه قال ابن الجنيد[٣]، وابن البرّاج[٤]، وابن ادريس[٥].

ووجه القرب انّ الشيخ رحمه الله ادّعى على ذلك الإجماع[٦]، ونقله الإجماع مقبول فيكون حجّة.

قوله رحمه الله: «ولو تحفّلت[٧] الشاة بنفسها فالأقرب سقوط الخيار».

أقول: وجه السقوط انّ النص[٨] ورد في المحفلة، وهذه لم تحفل، والأصل لزوم العقد وعدم ثبوت الخيار.

---

(١) المبسوط: كتاب البيوع فصل في بيع المصراة ج ٢ ص ١٢٥.

(٢) الخلاف: كتاب البيوع المسألة ١٧٠ ج ٢ ص ١٠٥.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل الحادي عشر في العيوب ص ٣٧٢ س ٢٩ (طبع حجري).

(٤) المهذّب: كتاب البيوع وعقودها وأحكامها ج ١ ص ٣٩١.

(٥) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب العيوب الموجبة للردّ ج ٢ ص ٣٠٠.

(٦) الخلاف: كتاب البيوع المسألة ١٧٠ ج ٣ ص ١٠٥.

(٧) قال الجوهري: والتحفيل مثل التصرية، وهو أن لا تحلب الشاة أياماً ليجتمع اللبن في ضرعها للبيع.(الصحاح: ج ٤ ص ١٦٧١).

(٨) معاني الأخبار: ص ٢٨٢، وسائل الشيعة: ب ١٣ من أبواب الخيار ح ٣ ج ١٢ ص ٣٦٠.

قوله رحمه الله: «ويتخيّر المشتري بين الردّ والأرش لو تجدّد العيب قبل القبض وبعد العقد على رأي».

أقول: هذا قول الشيخ في النهاية[١]، واختاره ابن البرّاج[٢]، وأبو الصلاح[٣]. وقال في الخلاف: لايجبر البائع على بذل الأرش[٤]، وكذا في المبسوط[٥]، وتبعه ابن ادريس[٦] في هذا القول.

قوله رحمه الله: «ولو قبض البعض وحدث في الباقي عيب فله الأرش، أو ردّ الجميع دون المعيب على إشكال».

أقول: ينشأ من أنّ ردّ المعيب وحده يستلزم تبعيض الصفقة ـ وهو عيب ـ فيمنع المشتري منه ومن سبب وجود العيب عند البائع.

قوله رحمه الله: «ولو ردّ المشتري السلعة لعيب فأنكر البائع انّها سلعته قدّم قوله مع اليمين، ولو ردّها بخيار فأنكر البائع انّها سلعته احتمل المساواة وتقديم قول المشتري مع اليمين».

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب العيوب الموجبة للردّ ج ٢ ص ١٦١ ـ ١٦٢.

(٢) المهذّب: كتاب البيوع باب بيع المعيوب ج ١ ص ٣٩٢.

(٣) الكافي في الفقه: فصل في عقد البيع وشروطه ص ٣٥٨.

(٤) الخلاف: كتاب البيوع المسألة ١٧٨ ج ٣ ص ١٠٩.

(٥) المبسوط: كتاب البيوع فصل في أنّ الخراج بالضمان ج ٢ ص ١٢٧.

(٦) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب العيوب الموجبة للردّ ج ٢ ص ٢٩٨.

أقـول: أمّا احتمال المساواة فلأنّ البائع ينكر كونها سلعته في المسألتين فيقدّم قوله فيهما، وأمّا الفرق بينهما فلأنّ الأصل عدم العيب وصحّة البيع والمشتري يدّعي كون ما اشتراه معيباً والبائع ينكر، بخلاف الخيار الذي اتفقا على ثبوته، فالبائع في صورة الخيار يريد بإنكار كونها سلعته إسقاط ما ثبت للمشتري من خيار الفسخ، والأصل بقاؤه.

قوله رحمه الله: «وفي دخـول البـناء إشكـال أقربه عدم الدخول».

أقـول: يريد لو باع بستاناً وفيه بناء فقال: «بعتك هذا البستان» لم يدخل البناء على إشكال.

ينشأ من انّه متّصل به فكان كالجزء منه فيدخل.

ومن انتفاء دلالة لفظ البستان على البناء بشيء مـن الدلالات الثـلاث، ولأنّ البناء ليس من مسمّى البستان ولا جزءً من مسمّاه ولا من لوازمه فلا يدخل فيه، وهو الأقرب.

قوله رحمه الله: «ويـدخل فـيه العـرش الذي يوضع عليه القضبان على إشكال».

أقـول: ينشأ من انّه منفصل ليس داخلاً في مسمّى البسـتان ولا جـزءً مـن الغروس.

ومن أنّه من موافقه وقد صار كأجزائه، ولقضاء العرف بذلك.

قوله رحمه الله: «ويدخل المجاز والشرب على إشكال».

أقـول: الإشكال راجع الى الشرب لا الى المجاز.

وينشا من أنّ الشرب ليس من مسمّى البستان، كما قلنا في البناء.

ومن أنّه ممّا يتوقّف عليه الانتفاع فكأنّه من ضرورياته، ولقضاء العادة بذلك.

قوله رحمه الله: «ويدخل فيه المجاز، ولو قال بحقوقها وتعدّد دخل الجميع، ولو لم يقل فإشكال، فإن قلنا بدخول الجميع فلا بحث، وإلاّ وجب التعيين».

أقـول: قد ذكر أوّلاً انّه إن قال بحقوقها دخل ما لم يكن الى شارع أو ملك المشتري فانّ فيه إشكالاً، وهاهنا ذكر انّ الجميع يدخل. أمّا اذا لم يقل بحقوقها فانّ فيه إشكالاً عنده.

ينشأ من توقّف الانتفاع بالمبيع على المجاز، ولا أولوية لدخول البعض، إذ الكلّ ينتفع به في المبيع فيدخل الجميع.

ومن أنّ المنفعة تتوقّف على واحد، وبه تندفع الضرورة، فلا يدخل أكثر منه، ويتفرّع على ذلك ما ذكره المصنّف وهو: انّه مع القول بدخول الجميع يصحّ البيع، ومع القول بعدم دخول مازاد على الواحد يتوقّف صحّة البيع على تعيينه لتنتفي الجهالة المقتضية لفساد البيع.

قوله رحمه الله: «وفي دخول الأشجار النابتة وسطها إشكال».

أقـول: يريد أنّه لو باع قرية هل تدخل الأشجار النابتة وسط البيوت؟ فيه إشكال.

ينشأ من عدم دخول الأشجار في مسمّى القرية، وعدم دلالة لفظها عليها بشيء من الدلالات.

ومن قضاء العرف بدخولها.

قوله رحمه الله: «احتمل دخـول غـير المـوبّر خاصّة».

أقـول: يريد أنّه لو باع نخلة واحدة قد أبّر بعض طلعها احتمل دخول غـير الموبّر في المبيع؛ لأنّ المقتضى لدخول الثمرة في المبيع كونها لم توبّر، وهو موجود في ذلك البعض. وعدمه كما قال المصنّف لعسر التميز.

وأقـول: هذا غير صالح للتعليل، بل عسر التميز صالح لبـطلان البـيع إن كـان حاصلاً وقت العقد وكان مقصوداً بالبيع، بل الأجود أن يقال: عدم الدخول؛ لعموم قوله صلّى الله عليه وآله: «من باع نخلاً موبّراً فثمرته للبائع»[1] وتأبير الثمرة أعمّ من تأبير الجميع أو البعض، مع أنّ دخولها لو لم يوبّر جميعها انّما استفيد من دلالة المفهوم الضعيفة فيقتصر فيه على المتيقّن، وهو ما اذا لم يوبّر البعض.

قوله رحمـه الله: «ولا السـعف اليـابس عـلى إشكال».

---

(١)الكافي: ب ٧٣ من كتاب المعيشة ح ١٤ ج ٥ ص ١٧٧ وفـيه «عـن أبي عـبدالله (ع) عـن أمير المؤمنين(ع)»، مسند أحمد بن حنبل: ج ٢ ص ٨٢.

أقــول: أي لو باع نخلاً لم يدخل السعف اليابس على إشكال.

ينشأ من أنّه من أجزاء الشجر فيدخل.

ومن جريان العادة بأخذ اليابس من سعف النخل سنة بعد أُخرى، فكان كالثمرة فلا يدخل.

قوله رحمه الله: «وفي ورق التوت نظر».

أقــول: منشأه من أنّه هو المقصود من التوت يعاوض عليه سنة بعد أُخرى، فكان كالثمرة فلا يدخل.

ومن أنّه من أجزاء التوت.

قوله رحمه الله: «لو خيف على الأُصول مع تنقية الثمرة ضرر يسير لم يجب القطع، ولو خيف الضرر الكثير فالأقرب جواز القطع».

أقــول: لأنّه لايجب على الإنسان الإضرار المجحف بملكه لأجل ملك الغير.

قوله رحمه الله: «وفي دفع الأرش نظر».

أقــول: ينشأ من انّه وجب عليه التبقية بمقتضى العقد، وانّما ساغ له القطع لحفظ ملكه، فالجمع بين الحقّين أن يدفع أرش القطع.

ومن انّه قطع سائغ فلا يتعقّبه ضمان.

قوله رحمه الله: «ولو كان للزرع أصل ثابت يجزّ مرة بعد أُخرى فعليه تفريغ الأرض منه بعد الجزّة الأُولى على إشكال».

أقـول: يريد اذا باع أرضاً فيها زرع وجرت عادته بجزّه مرة بعد أُخرى وجب على البائع إزالته من الأرض عند الجزّة الأُولى على إشكال.

ينشأ من وجوب تخليص ملك الغير، وانّما أخّر الى أن يصلح للأخذ؛ لأنّ قبله لاينتفع به فوجب ابقاؤه الى ذلك الحدّ، وهو يتحقّق بالجزّة الأُولى.

ومن جريانه مجرى بلوغ بعض الثمرة فانّه لايلزمه إزالة الجميع، بل يجب الصبر الى أوان أخذ الجميع فكذا هنا، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّ وجوب الإبقاء كالمستثنى.

قوله رحمه الله: «والأقرب عدم دخول المعادن في البيع».

أقـول: يريد أنّ الأقرب انّها لاتدخل في بيع الأرض؛ لأنّها خرجت عن مسمّى الأرض بالاستحالة، وكذا لاتدخل في بيع الدار والبستان، إذ البستان اسم للأرض، والشجر والنخل والدار اسم للأرض، والبناء والمعدن ليس شيئاً من ذلك.

قوله رحمه الله: «وهل تدخل الثياب التي عليه؟ أقربه دخول ما يقتضي العرف دخوله معه».

أقـول: لأنّ اسم العبد لايتناول الثياب، وانّما قلنا بدخول ما يقتضي العرف دخوله معه قضاءً للعرف، فلا يدخل غيرها؛ لعدم دلالة اللفظ عليه لغةً ولا عرفاً.

قوله رحمه الله: «وهو التخلية مطلقاً على رأي، وفيما لاينقل ولا يحول كالأراضي والأبنية والأشجار والنقل في المنقول، والكيل والوزن فيما يكال أو يوزن على رأي».

أقـول: اختلف الفقهاء في القبض على قولين:

أحدهما: انّه التخلية مطلقاً، وهو قول ابن سعيد في كتابه[١]، ونقله المصنّف عن بعض أصحابنا.

والقول الآخر: التفصيل، وهو قول الشيخ في المبسوط[٢]، وابن البرّاج[٣] قالا: القبض فيما لاينقل ولا يحول هو التخلية، وما ينقل ويحول إن كان مثل الدراهم والدنانير والجواهر وما يتناول باليد، فالقبض هو التناول، وإن كان مثل الحيوان كالعبد والبهيمة، فإنّ القبض في البهيمة أن يمشي بها الى موضع آخر، وفي العبد أن يقيمه الى موضع آخر، وإن كان اشتراه جزافاً كان القبض فيه أن ينقله من مكانه، وإن كان اشتراه مكايلة فالقبض فيه أن يكيله.

قوله رحمه الله: «والتسلّط على التصرّف مطلقاً على رأي للنهي عن بيع مالم يقبض خصوصاً الطعام، والأقوى الكراهية».

أقـول: قد ذكر للقبض حكمين:

أحدهما: انتقال الضمان من البائع الى المشتري؛ لأنّ المبيع قبل القبض مضمون على البائع ويزول عنه بالإقباض، وهذا حكم إجماعي.

الثاني: انّه يتسلّط المشتري على التصرّف ببيعه مطلقاً، سواء كان مكيلاً أو

---

(١) شرائع الاسلام: كتاب التجارة النظر الثالث في التسليم ج ٢ ص ٢٩.

(٢) المبسوط: كتاب البيوع فصل في حكم بيع ما لم يقبض ج ٢ ص ١٢٠.

(٣) المهذّب: كتاب البيوع باب بيع مالم يقبض ج ١ ص ٣٨٥ ـ ٣٨٦.

موزوناً طعاماً أو غيره، وغير مكيل ولا موزون؛ لأنّ قبل قبضه لم يكن له التصرّف فيه على الإطلاق، فإنّ بيعه قبل قبضه إمّا ممنوع عنه مطلقاً، أو في المقدّر بأحد التقديرين، واذا كان طعاماً على الخلاف السابق فظهر أنّ التصرّف فيه مطلقاً حكم من أحكام القبض، هذا على قول من يمنع البيع قبل القبض، وعلى قول من أجاز البيع قبل القبض مطلقاً فليس ذلك من أحكام القبض، وقد سبق الكلام فيه.

قوله رحمه الله: «لو أحال من عليه طعام من سلم بقبضه على من له عليه مثله من سلم فالأقوى الكراهية، وعلى التحريم يبطل؛ لأنّه قبضه عوضاً عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه».

أقول: قد تقدّم أنّ بيع الطعام قبل قبضه مكروه عند المصنّف، وأمّا عند الشيخ[1] وجماعة تقدّم ذكرهم فانّه يحرم، ويتفرع على هذين القولين مالوكان لواحد عند آخر طعاماً من سلم وعليه طعام من سلم لآخر فطالبه الذي له الطعام فأحاله بقبضه على الذي له عليه مثله كان مايقبضه الثاني مبيعاً؛ لأنّه أخذه عوضاً عن ماله، وهو الموصوف في الذمّة فتعيّن البيع فيه.

فعلى قول المصنّف بأنّ بيع مالم يقبض من المكيل أو الموزون وإن كان طعاماً يلزمه، بل يكون ذلك مكروهاً ويصحّ القبض، وعلى قول الآخرين يكون قبضاً فاسداً؛ لأنّه لايصحّ بيع الطعام قبل قبضه.

---

(١) المبسوط: كتاب البيوع فصل في حكم بيع مالم يقبض ج ٢ ص ١١٩.

قوله رحمه الله: «أمّا لو قال: اشتر به طعاماً واقبضه لي ثمّ اقبضه لنفسك صحّ الشراء، وفي القبض قولان».

أقول: يعني لو جاء الذي له الطعام فطالبه بما عليه من الطعام فدفع إليه مالاً وأمره أن يشتري له به طعاماً وأن يقبضه له ثمّ يقبضه لنفسه قال المصنّف: صحّ الشراء، وفي القبض قولان .

وأقول: هذا توكيل في ثلاثة أشياء، أحدهما: في أن يشتري للآمر طعاماً بماله، وهذا توكيل في الشراء، فيكون صحيحاً؛ لأنّه اشتراه بمال موكّله بمقتضى وكالته. وثانيها: القبض لموكّله من البائع، وهو صحيح أيضاً. وثالثها: أن يقبض من نفسه لنفسه ماوجب له على الموكّل، وهذا منع منه الشيخ[1] رحمه الله، وابن البرّاج[2]، وجوّزه المصنّف.

قوله رحمه الله: «وإتلاف الأجنبي لايوجب الانفساخ على الأقوى».

أقول: قد تقدّم ذكر الخلاف في هذه، وانّ أكثر الأصحاب حكموا بأنّ المبيع المعيّن اذا تلف قبل قبضه بطل البيع، ولم يفصّلوا في ذلك الى إتلاف الله تعالى أو البائع أو أجنبي، والمصنّف فرّق، وقد سبق.

قوله رحمه الله: «وإتلاف البائع كإتلاف الأجنبي على الأقوى».

---

(١) المبسوط: كتاب البيوع فصل في حكم بيع مالم يقبض ج ٢ ص ١٢١.

(٢) المهذّب: كتاب البيوع باب بيع مالم يقبض ج ١ ص ٣٨٧.

أقـول: كلام الأصحاب وإن كان مطلقاً في أنّ تلف المبيع قبل القبض يـبطل البيع، إلّا أنّ الظاهر منهم أنّه لو كان المتلف أجنبياً كان للمشتري إلزامه بقيمته أو مثله؛ لتصريحهم في مواضع أُخر كالغصب وغيره بأنّ كلّ من أتلف مال غيره عدواناً كان لمالكه الرجوع عليه بمثله أو قيمته، وهو يتناول محلّ النزاع، فتقدير الحكم بأنّ الأجنبي يضمن أحد الأمرين لو كان المتلف هو البائع هـل يكـون حـكمه حكـم الأجنبي أو يبطل البيع؟ كلام الأصحاب يقتضي إطلاقه بطلان البيع.

قال الشيخ في المبسوط: اذا هلك المبيع قبل القبض هلك على ملك البائع وبطل الثمن، فإن كان مقبوضاً ردّه، وإن كان غير مقبوض سقط عن المشتري[١].

وقال أبو الصلاح: إن كان لتعدٍّ من البائع فالمبتاع بالخيار بين المطالبة بما نقد وبين المطالبة بقيمته يوم استحقّ تسليمه[٢]، وهو الأقوى عند المصنّف؛ لأنّ البائع أتلف ملك غيره عدواناً فكان ضامناً لمثله إن كان من ذوات الأمثال، وإلّا قيمته.

قوله رحمـه الله: «ولو تـعيّب بجـناية أجـنبي فللمشتري الفسخ ومـطالبة الجـاني بـالأرش، والأقوى انّ جناية البائع كذلك».

أقـول: لأنّه جنى على ملك غيره فكان ضامناً للأرش.

وللشيخ قول تقدّم ذكره: انّه ليس له المطالبة بأرش العيب الحادث قبل القبض مطلقاً، بل الردّ أو الإمساك مجّاناً[٣].

---

(١) المبسوط: كتاب البيوع فصل في بيع الخيار وذكر العقود ج ٢ ص ٨٦.

(٢) الكافي في الفقه: فصل في عقد البيع وشروطه ص ٣٥٥.

(٣) المبسوط: كتاب البيوع فصل في أنّ الخراج بالضمان ج ٢ ص ١٢٧.

قوله رحمه الله: «ولو كان بآفة سماوية فللمشتري الخيار بين الردّ والأرش على إشكال».

أقول: هذان مبنيان على ما سبق من كون العيب الحادث قبل القبض فهل للمشتري معه الأرش أم لا؟

قوله رحمه الله: «وفي لزوم البائع بالأُجرة عن مدّة الغصب نظر».

أقول: منشأ النظر من حيث إنّ له مطالبة الغاصب بالأُجرة عن مدّة الغصب فكان له مطالبة البائع بها؛ لاشتراكهما في كون كلّ منهما ضامن للعين المغصوبة، ولأنّه نقص دخل على العين قبل قبض المشتري لها فكان مضموناً على البائع كأرش العيب.

ومن انّ ضمانها على البائع ليس على حدّ الغصب، ولهذا لولم تكن مغصوبة لم يكن للمشتري مطالبته بأُجرة الزمان المتقدّم على الإقباض. نعم إن طلب المبيع فامتنع البائع من تسليمه مع القدرة ضمن الأُجرة؛ لأنّه حينئذٍ يكون غاصباً أيضاً.

قوله رحمه الله: «والأقوى بطلان البيع أيضاً».

أقول: يريد لو شرط في البيع شيئاً من الشروط الفاسدة المنافية لمقتضى العقد ـ كما اذا اشترط أن لا يبيعه أو لا يعتقه ـ فانّ الشرط باطل إجماعاً، وهل يبطل به البيع؟ الأقوى عند المصنّف انّه يبطل، خلافاً للشيخ[1]، وابن الجنيد[2]،

---

(١) المبسوط: كتاب البيوع فصل في حكم بيع مالم يقبض ج ٢ ص ١٢٣.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل الثامن عشر في الشروط ص ٣٩٦ س ٢٥(طبع حجري).

وابن البرّاج[١] حيث قالوا: يبطل الشرط خاصّة دون البيع.

ووجه البطلان انّه حينئذٍ يكون تجارة من غير تراضٍ منهما، وكلّ تجارةٍ شأنها ذلك فهي محرّمة لا يباح التصرّف فيها.

أمّا الأُولى: فلأنّ كلّ واحد من المتبايعين اذا شرط شرطاً ولم يسلم له لا يكون قد رضي بالبيع، إلّا بتقدير سلامة ما شرطه. أمّا البائع فلا يكون راضياً بتصرّف المشتري في المبيع، ولا تملّكه إلّا اذا سلم له ما شرطه. والمشتري لم يرض أيضاً بتملّك البائع للثمن وتصرّفه فيه، إلّا بتقدير سلامة ما شرطه في البيع، والتقدير انّه لم يسلم لهما ذلك.

وأمّا الثانية: فاتفاقية مستندة الى قوله تعالى: ﴿إلّا أن تكون تجارة عن تراضٍ﴾[٢].

قوله رحمه الله: «لو شرط أجلاً يعلمان عدمها قبله كما لو شرط تأخير الثمن ألف سنة أو الانتفاع بالمبيع ذلك فالأقرب الصحّة على إشكال».

أقول: وجه القرب من حيث إنّه شرط سائغ فكان جائزاً، وفيه إشكال، ينشأ ممّا ذكرناه. ومن انّه يؤدّي الى الخلوّ عن الثمن في الأوّل أو عن المثمن في الثاني فلا يكون صحيحاً.

قوله رحمه الله: «ولا يفتقر الى تعيين الشهود، بل الضابط العدالة، فلو عيّنهم فالأقرب تعيّنهم».

---

(١) المهذّب: كتاب العتق والتدبير باب المكاتبة الفاسدة ج ٢ ص ٣٨٥.

(٢) النساء: ٢٩.

أقــول: وجه القرب انّه ممّا يتعلّق به الاغراض، فإنّ الشاهدين اللذين شرطهما أحدهما قد يكونان عنده أوثق وأضبط من غيرهما، وهو شرط سائغ، وكلّ شرط سائغ يتعلّق به الاغراض يلزم باشتراطه في العقد.

قوله رحمه الله: «وهل تشترط مغايرة الرهــن للمبيع؟ نظر».

أقــول: وجه النظر من حيث وقوع الاتفاق على جواز اشتراط الارتهان في البيع من غير تفصيل بين كونه مغايراً للمبيع أو لا، فكان هذا جائزاً.

ومن أنّ الرهن انّما يصحّ على دَين مستقرّ في الذمّة، وقبل تمام البيع لايكون الثمن مستقرّاً ولا ثابتاً في ذمّة المشتري، ولايكون المبيع أيضاً قد انتقل عن ملك البائع، فلا يصحّ منه ارتهانه.

قوله رحمه الله: «والأقرب انّه حقّ للبائع لا لله تعالى، فله المطالبة به».

أقــول: يريد اذا باع الانسان عبداً وشرط على المشتري إعتاقه هل يكـون ذلك حقّاً لله تعالى بمعنى أنّه لا حقّ للبائع فيه أو يكون حقّاً للبائع؟ الأقرب انّه حقّ للبائع؛ لأنّه بمقتضى شرطه، وربّما نقص ثمنه بسببه فحينئذٍ يكـون له المـطالبة بـه، ويتخيّر البائع لو امتنع المشتري من العتق بين فسخ البيع والإمضاء، وذلك فـائدة الترديد.

قوله رحمه الله: «ولو مات أو تعيّب بما يوجب العتق رجع البائع بما نقصه شرط العتق فيقال: كم

قيمته لو بيع مطلقاً وبشرط العتق؟ فيرجع بالنسبة من الثمن وله الفسخ فيطالب بالقيمة، وفي اعتبارها إشكال».

أقول: هذا أيضاً من فوائد قولنا: حقّ للبائع أو لله تعالى، وقد بنى المصنّف على قوله: «من أنّه حقّ للبائع» ما ذكره من رجوع البائع بالأرش أو القيمة بحسب ما ذكره.

وعلى تقدير فسخه للبيع والمطالبة بالقيمة متى تعتبر القيمة؟ يحتمل عند قبضه؛ لأنّه وقت صيرورته في ضمان المشتري، ويحتمل عند تلفه؛ لأنّه وقت تعيّن القيمة، إذ لو فسخ قبله لم يكن له إلّا العين، ولاينبغي أن يفهم انّ المراد هل المعتبر قيمة عبد بالصفات التي كان عليها أو قيمة عبد بيع بشرط العتق بصفاته المخصوصة؟ بل الأوّل هو الصحيح.

قوله رحمه الله: «وفي التنكيل إشكال».

أقول: لو نكل المشتري بالعبد حتى عتق هل يسقط خيار البائع؟ فيه إشكال. ينشأ من حصول ما شرطه، وهوالعتق بفعل المشتري، فلا يتسلّط على فسخ البيع.

ومن تحريم سببه فلا يكون هو المشروط، إذ لو صرّح باشتراط التنكيل لم يصحّ.

قوله رحمه الله: «لو باعه متساوي الأجزاء ـ الى قوله: ـ ولو كان مختلف الأجزاء فنقص تخيّر المشتري بين الفسخ والإمضاء بقدر حصّته من الثمن على رأي».

أقول: هذا مذهب الشيخ في النهاية، أعني جواز أن يفسخ أو يأخذها بحصّتها من الثمن[١].

وقال في المبسوط: له الخيار بين الفسخ وأخذها بجميع الثمن[٢]، وهو قول ابن البرّاج[٣]، وابن ادريس[٤].

قوله رحمه الله: «ولو زاد احتمل البطلان والصحّة، فالزيادة للبائع وله جملة الثمن، ويتخيّر المشتري حينئذٍ للعيب بالشركة».

أقول: يريد لو باع قدراً من الأرض كعشرة أجربة ـ مثلاً ـ فزادت بأن ظهرت أحد عشر احتمل أن يكون البيع باطلاً؛ لاشتماله على جريب واحد زائد غير معيّن فيبطل، كما لو قال: بعتك من هذه الأحد عشر عشرة ولم يعيّنها.

ويحتمل الصحّة؛ لوقوع البيع على معلوم، وهو مجموع الأرض على أنّه قدر معيّن. فعلى الصحّة يكون البائع شريكاً للمشتري على سبيل الإشاعة بالنسبة، فهنا يكون له جزءً من أحد عشر من مجموع الأرض، وللمشتري الباقي، ويكون للبائع جميع الثمن؛ لأنّ البيع اقتضى ذلك ـ أي كون الثمن في مقابله عشرة أجربة ـ فحينئذٍ يتخيّر المشتري في فسخ البيع أو إمضائه؛ لظهور عيب في المبيع لم يعلمه متقدّم على البيع

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب بيع المياه والمراعي... ج ٢ ص ٢٢١.

(٢) المبسوط: كتاب البيوع فصل في بيع الصبرة وأحكامها ج ٢ ص ١٥٤.

(٣) لم نعثر عليه في المصادر المتوفّرة لدينا، ونقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الفصل الرابع عشر في بيع الغرر والمجازفة ص ٣٩٠ س ٢٥ (طبع حجري).

(٤) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب بيع المياه والمراعي ج ٢ ص ٣٧٦.

ـأعني الشركة ـ مالم يدفع البائع الزيادة، فيسقط خيار المشتري حينئذٍ؛ لانتفاء العيب.

ثم قال المصنّف: والأقرب انّ للبائع الخيار في طرف الزيادة بين الفسخ والإمضاء في الجميع في متساوي الأجزاء ومختلفها، وللمشتري الخيار في طرف النقيصة فيها بين الفسخ والإمضاء في الجميع».

أقول: المصنّف قد اختار في هذه المسألة عدم الفرق بين متساوي الأجزاء ومختلفها، ففي طرف الزيادة يكون الخيار للبائع بين الرضا بالعقد بجميع الثمن أو فسخه، وفي طرف النقصان يتخيّر المشتري بين الرضا بالعقد بجميع الثمن وبين الفسخ. أمّا في طرف الزيادة فلأنّ البائع باع ذلك المبيع المخصوص بالثمن المعيّن.

غاية ما في الباب انّه ظهر بخلاف ما توهّمه، فنقول: إن رضي بالعقد الواقع ـ وهو كون المجموع في مقابله ما جعل في مقابلته من الثمن ـ فله ذلك؛ لأنّه لا حجر عليه في شيء من حقّه، وإن اختار الفسخ فله ذلك أيضاً؛ لظهوره على خلاف ما توهّمه. وكذا المشتري في طرف النقصان.

قوله رحمه الله: «ومالا يقتضيه لكنه فاسد فإنّ الأقوى بطلان البيع».

أقول: قد تقدّم ذكر الخلاف في ذلك، ووجه ترجيح البطلان.

قوله رحمه الله: «ويقسّط العوض على قيمة المبيع وإجارة المثل ومهر المثل من غير حصر على إشكال».

أقول: لو قالت المرأة: زوّجتك نفسي وجعلتك عبدي وآجرتك داري سنة ـ مثلاً ـ بألفٍ صحّ الجميع، وقسّط الألف على قيمة العبد وأُجرة المثل عن السنة ومهر المثل، وهل يقسّط عليه مطلقاً أو ينحصر في مهر السنّة، بمعنى انّه يقسّط على الآخرين وعليه مالم يزد على مهر السنّة؟ فيه إشكال.

ينشأ من أنّه عند عدم تعيين المهر ليس لها زيادة عن مهر السنة، فكذا هنا؛ لأنّها لم يتعيّن في مقابله قدراً معلوماً.

ومن وقوع التسمية[1] في العقد وللمهر مضافاً الى غيره فلها قسطه من المسمّى من غير حصر، كما أنّه لا حصر في التسمية قطعاً.

قوله رحمه الله: «ولو اختلفا في قدر ما عيّناه أو وصفه بعد اتفاقهما على ذكره في العقد ولا بيّنة فالقول قول البائع مع يمينه إن كانت السلعة قائمة، وقيل: إن كانت في يده، وقول المشتري مع يمينه إن كانت تالفة».

أقول: القائل بأنّ القول قول من هي في يده منهما هو ابن الجنيد، إلّا أنّه قال: اذا كانت في يد البائع كان القول قوله، والمشتري بالخيار إن شاء أخذ وان شاء ترك البيع[2].

---

(١) في ج: «الشبهة».

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل السابع عشر في الاختلاف ص ٣٩٥ س ٢٤ (طبع حجري).

وما ذكره المصنّف في الكتاب هو قول الشيخ رحمه الله في النهاية[١] والمبسوط[٢] والخلاف[٣]، وبه قال ابن البرّاج[٤].

وقال أبو الصلاح: واذا انعقد البيع ولم يتقابضا واختلفا في مقدار المبيع أو الثمن وتعذّرت البيّنة لزم كلّاً منهما ما أقرّ به وحلف على ما أنكره، وفسخ البيع أولى[٥].

قوله رحمه الله: «ولو كان المبيع تالفاً وجب القيمة عند التحالف يوم التلف، ويحتمل يوم القبض».

أقول: هذا تفريع على ما ذكره من احتمال تحالف المتبايعين عند اختلافهما في مقدار الثمن، فاذا تحالفا وفسخ البيع والسلعة تالفة وجبت القيمة، ومتى تعتبر؟ يحتمل يوم التلف؛ لأنّه وقت تعيين القيمة، ويحتمل يوم القبض؛ لأنّه وقت دخولها في ضمان المشتري.

قوله رحمه الله: «فالأقرب عود ملك البائع الى العين فيستردّ المشتري القيمة».

أقول: يريد انّه على تقدير التحالف وفسخ البيع لو كان قد تلف بعض المبيع أو تعيّب رجع البائع بالموجود وبأرش العيب وبقيمة التالف، فلو كان قد تعلّق به حقّ

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب الشرط في العقود ج ٢ ص ١٤٢ ـ ١٤٣ ـ ١٤٤.

(٢) المبسوط: كتاب البيوع فصل في تفريق الصفقة ج ٢ ص ١٤٦.

(٣) الخلاف: كتاب البيوع المسألة ٢٣٦ ج ٣ ص ١٣٧.

(٤) المهذّب: كتاب البيوع باب بيع المعيوب ج ١ ص ٣٩٣.

(٥) الكافي في الفقه: فصل في عقد البيع وشروطه ص ٣٥٥.

آخر بأن وهبه قبل التحالف والفسخ أو رهنه أو كاتبه أو آجره أو لم يتعلّق به حقّ غيره لكن خرج عن حوزته بأباق فتعذّر عليه إعادته رجع البائع على المشتري بقيمته، وفي الإجارة للبائع الفسخ في الحال، ويتربّص برفع يد المستأجر خروج مدّة الإجارة، والأُجرة المسمّاة للمشتري؛ لأنّه كان مالكاً وقت الإجارة، ويرجع البائع عليه بأُجرة المثل لا بمثل الأُجرة؛ لجواز قصورها وزيادتها.

فلو زالت الموانع امّا بأن تجدّد بطلان الكتابة لكونها مشروطة وعجز، أو فكّ الرهن بقضاء أو ابراء، أو عاد الآبق الى حوزة المشتري، كلّ ذلك بعد أن أخذ البائع القيمة؛ لتعذّر الرجوع في العين، فالأقرب عنده عود ملك البائع الى العين؛ لأنّه بمقتضى الفسخ عند التحالف زال ملك المشتري وتجدّد عود الملكية الى البائع، وانّما أخذ القيمة لمكان الحيلولة؛ لأنّها معاوضة أو مراضاة عليها، وحينئذٍ يستردّ المشتري القيمة لعود ملك البائع الى العين.

قوله رحمه الله: «والنماء المنفصل للمشتري على إشكال».

أقول: يريد انّه اذا حصل في العين نماء منفصل كالثمرة أو الولد بعد أن أخذ القيمة للحيلولة وقبل استرجاع العين كان للمشتري على إشكال.

ينشأ من أنّه يدفع العوض ملك العين فكان النماء له، إذ لايجمع للبائع بين ملك الثمن وملك العين.

ومن أنّه انّما أخذ القيمة لمكان الحيلولة بينه وبين ملكه فلا تصير العين للمشتري، بل هي على ملك البائع بحكم فسخ العقد له بالتحالف.

قوله رحمه الله: «لو قال: وهبت مني، فقال: بل بعته بألف احتُمل أن يحلف كلّ منهما على نفي ما يدّعيه الآخر ويردّ الى المالك وتقديم قول مدّعي الهبة مع اليمين».

أقول: وجه التحالف انّ كلّ واحد منهما ادّعى عقداً أنكره الآخر، فالمالك يدّعي عقد البيع واستحقاق الثمن في ذمّة الآخر، والآخر ينكر ذلك ويدّعي الهبة والمالك ينكره، فكان القول قول كلّ منهما في إنكار العقد الذي ادّعاه الآخر.

وأمّا وجه تقديم قول المتهب فلأنّهما اتفقا على تملّك العين إمّا بالهبة أو بالبيع، لكن المالك يدّعي الثمن عليه وهو ينكره فكان القول قوله مع يمينه.

كتاب

الدَين وتوابعه

كتاب الدَين وتوابعه

قوله رحمه الله: «ولو التجأ المديون الى الحرم لم يجز مطالبته، أمّا لو استدان فيه فالوجه الجواز».

أقول: لأنّ الاستدانة التي هي سبب المطالبة صدرت منه في الحرم فجازت المطالبة فيه، كما لو جنى في الحرم فانّه يقتصّ منه فيه؛ لصدور السبب منه فيه.

قوله رحمه الله: «ويصحّ بيع الدَين على من هو عليه وعلى غيره، فيجب على المديون دفع الجميع الى المشتري وإن كان الثمن أقلّ على رأي».

أقول: منع الشيخ من ذلك وقال: لايلزم المديون أكثر ممّا وزن المشتري من المال[1]، وتبعه ابن البرّاج[2].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الديون باب بيع الديون والأرزاق ج ٢ ص ٣١ ـ ٣٢.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل الأول في الدَين ص ٤١١ س ١ (طبع حجري).

قوله رحمه الله: «امّا لو شرط رهناً بدَين آخر فالأقرب الجواز».

أقــول: يريد لو أقرضه شيئاً وشرط المقرض على المقترض أن يرهنه على دَين له سابق رهناً فالأقرب الجواز؛ لأنّه أحكام لماله من غير حصول زيادة في أحد الدَينين عيناً ولا صفةً فكان جائزاً.

قوله رحمه الله: «وكذا غير المثلي على إشكال، منشأه ايجاب فرضه القيمة».

أقــول: يريد لو ردّ المقترض العين في غير المثلي وجب القبول على إشكال.

ينشأ ممّا ذكره المصنّف. وتقريره: انّ إقراض غير المثلي يقتضي وجوب القيمة للمقرض في ذمّة المقترض عند عقد الاقتراض وزوال ملكه عن العين، فكان كما لو باعها بثمن في ذمّته، فلا يزول استحقاقه للقيمة ببذل العين من دون رضاه.

ومن أنّ ردّ المثل في المثلي يجب قبوله؛ لكونه مماثلاً للعين المقترضة، فالعين المقترضة أولى.

قوله رحمه الله: «اقترض جارية كان له وطؤها وردّها اذا لم تنقص على المالك مجّاناً، ولو حملت صارت اُمّ ولد يجب دفع قيمتها، فإن دفعها جاهلاً لحملها ثمّ ظهر استردّها، وفي الرجوع بمنافعها إشكال».

أقــول: ينشأ من أنّه انتفع بها بإذن المقترض لا عدواناً فلم يكن عليه اُجرة.

ومن تبيّن فساد الدفع بسبب ظهور الحمل منه.

قوله رحمه الله: «لو اقترض ذمّي من ذمّي خمراً ثمّ أسلم أحدهما سقط القرض، ولو كان خنزيراً فالقيمة».

أقول: الفرق ظاهر، فانّ الخمر من ذوات الأمثال فيقتضي قرضها ثبوت مثلها في الذمّة، وبإسلام أحدهما امتنع تملّك المسلم لها أو ثبوتها في ذمّته، والخنزير من ذوات القيم اقتضى إقراضه وقت كفرهما ثبوت قيمته في ذمّة المقترض، والقيمة لا تسقط بالاسلام.

قوله رحمه الله: «وكذا كلّ من عليه حقّ حال أو مؤجل فحلّ فامتنع صاحبه من أخذه، ولو تعذّر الحاكم وامتنع صاحبه من أخذه فالأقرب انّ هلاكه منه لا من المديون».

أقول: يعني: انّ كلّ من عليه حقّ فدفعه الى مالكه فامتنع من أخذه وكان حالاً سلّمه الى الحاكم، فإن تعذّر الحاكم وامتنع صاحبه من أخذه حتى هلك فالأقرب انّ هلاكه منه لا من المديون.

ووجه القرب انّ الدَين يتعيّن بتعيّن المديون، وقد عيّنه فدخل في ملك صاحب الحقّ، فاذا لم يقبضه صاحبه وليس هناك حاكم يسلّمه إليه فقد فعل الواجب عليه من التعيين والدفع، فلا يكون ضامناً، وإلّا لزم الضرر عليه، وهو منفيّ بقوله صلّى الله عليه وآله: «لا ضرر ولا إضرار»[1].

---

(١) من لايحضره الفقيه: باب ميراث أهل الملل ح ٥٧١٨ ج ٤ ص ٣٣٤.

قوله رحمه الله: «لو اقترض دراهم ثمّ أسقطها السلطان وجاء بدراهم غيرها لم يكن عليه إلّا الدراهم الأُولى، فإن تعذّرت فقيمتها وقت التعذّر، ويحتمل وقت القرض».

أقول: الاحتمال الأخير هو مذهب الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: من أقرض غيره دراهم ثمّ سقطت تلك الدراهم وجاءت غيرها لم يكن له إلّا الدراهم التي أقرضه إيّاها، أو سعّرها بقيمة الوقت الذي أقرضها فيه[١]. وتبعه ابن البرّاج[٢]، وابن ادريس[٣] في موضع من كتابه.

وقال في موضع آخر منه: ليس له إلّا مثل دراهمه الأُولى، ولا يلزمه غيرها ممّا يتعامل به الآن إلّا بقيمتها من غير الجنس[٤]. وعنده المثلي يضمن بقيمته يوم المطالبة.

ووجه الأوّل: انّ الدراهم من ذوات الأمثال وحكم المثلي وجوب ردّ مثله مع وجوده وقيمته يوم التعذّر عند تعذّره.

ووجه الآخر: انّها بتعذّر المثل صارت كذوات القيم يضمن قيمتها يوم القرض.

قوله رحمه الله: «ولو ضارب فالأقرب انّ رأس المال الدراهم الساقطة».

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الديون باب القرض ج ٢ ص ٣٥ نقلاً بالمعنى.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل الثاني في القرض ص ٤١٥ س ٣٢ (طبع حجري).

(٣) السرائر: كتاب الديون باب القرض وأحكامه ج ٢ ص ٦٤.

(٤) المصدر السابق.

أقــول: يمكن الفرق بين القرض والمضاربة، فانّ المضاربة تقتضي سلامة رأس المال من الخسران لو وجد ربح، وانّ العامل لايملك شيئاً من الربح إلّا بعد وصول رأس المال تماماً، بخلاف القرض فانّه يقتضي في المثلي ردّ مثله.

والأقرب عند المصنّف انّ له مثل الدراهم الساقطة؛ لأنّها رأس مـاله، وتـغيير السلطان لها يجري مجرى تغيير القيمة السوقية مع وجود العين، وهو غير ملتفت إليه ولا مضموناً على أحد. ويحتمل جبر نقص رأس المال من الربح؛ لما قلناه من الفرق، إذ هو مقتضى عقد المضاربة.

قوله رحمه الله: «ولو سقطت أو نقصت بعد البيع لم يكن للبائع إلّا النقد الأوّل، ولو تـعاملا بـعد النقص والعلم فلا خيار، وإن كـان قـبل العـلم فالوجه ثبوت الخيار للبائع، سواء تبايعا في بلد السلطان أو غيره».

أقــول: وجه ثبوت الخيار للبائع انّه قد ظهر في الثمن نقص متقدّم مجهول للبائع، فكان له الخيار كالعيب[1].

قوله رحمه الله: «وهل يـقوم شرط الرهـن في عقد البيع مقام القبول؟ نظر».

أقــول: صورة المسألة هي: لو قال البائع: بعتك هذه السلعة بكذا أو شرطتُ رهن دارك على الثمن أو المبيع عليه ـ على ما مـرّ مـن التردّد ـ فـقال: اشـتريت

(١) في ج: «للعيب».

ورهـــنتك، فـــهل يكـــون اشـتراط البـائع للارتهـان كـافياً في القـبول عـقيب قوله:«رهنتك»؟ فيه نظر.

ينشأ من أنّ الرهن عقد يفتقر الى ايجاب وقبول ولم يحصل القبول، فلا يصحّ.

ومن أنّ اشتراط البائع للارتهان بمنزلة القـبول المـتقدّم عـلى الإيجـاب فكـان صحيحاً.

قوله رحمه الله: «أمّا لو شرط في البيع إذن فلان أو بكذا فالوجه الصحّة».

أقـول: خالف الشيخ في ذلك فقال في المبسوط لمّا عـدّد الشروط الفـاسدة: أن لا يبيعه إلّا بما يرضاه الراهن أو يرضى رجل آخر، فهذه كلّها شروط فاسدة[1].

ووجه الصحّة قول الصادق عليه السلام «المسلمون عند شروطهم»[2] وهذا شرط سائغ فكان صحيحاً.

لايقال: هذا ينافي الرهن؛ لأنّ فلاناً قد يتعذّر إذنه أو الثمن المشروط لايتفق بذله من أحد فتعذّر بيع المرهون.

لأنّا نقول: لانسلّم منافاة ذلك لعقد الرهن، فانّه لايلزم من عدم اتفاق وقـوع البيع على صورة بطلان الرهن مطلقاً.

قوله رحمه الله: «ورهن المدبر إبـطال للـتدبير على رأي».

---

(١) المبسوط: كتاب الرهن ج ٢ ص ٢٤٤.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٢ من عقود البيع ح ١١ ج ٧ ص ٢٢، وسائل الشيعة: ب ٦ من أبواب الخيار ح ١ ج ١٢ ص ٣٥٣.

أقول: خالف الشيخ في ذلك حيث قوّى في المبسوط والخلاف عدم بطلان التدبير؛ لأنّه قال في المبسوط: يبطل التدبير؛ لأنّه وصية، ثمّ قال: وإن قلنا: الرهن صحيح والتدبير بحاله كان قويّاً؛ لأنّه لا دليل على إبطاله[١].

وقال في الخلاف: إن لم يقصد في الرهن الفسخ لم يصحّ الرهن. ثمّ قال: فلا دلالة على بطلان التدبير ولا دلالة على صحّة الرهن فينبغي أن يكون باطلاً. ثمّ قال: وإن قلنا: إنّه يصحّ التدبير والرهن؛ لأنّه لا دلالة على بطلان واحد منهما كان قويّاً[٢]. وقال ابن ادريس[٣] كما قال الشيخ في المبسوط أوّلاً.

قوله رحمه الله: «فإن شرط رهن الخدمة فيه بطل على رأي».

أقول: هذا يخالف ظاهر كلام أكثر أصحابنا كالشيخ[٤]، وابن الجنيد[٥]، وابن حمزة[٦] وغيرهم، فانّهم نصّوا على جواز بيع الخدمة. وآخرون قالوا: التصرّف فيه بالبيع والشراء وغير ذلك ينصرف الى خدمته.

وقال المصنّف في الخلاف: لايصحّ رهن المنافع، ولو رهن خدمة المدبر لم يصحّ،

---

(١) المبسوط: كتاب الرهن ج ٢ ص ٢١٣.

(٢) الخلاف: كتاب الرهن المسألة ٣١ ج ٢ ص ١٠٢ ـ ١٠٣.

(٣) السرائر: باب الرهن وأحكامها ج ٢ ص ٤٢٨.

(٤) المبسوط: كتاب التدبير فصل في الرجوع في التدبير ج ٦ ص ١٧٢.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب العتق وتوابعه الفصل الثالث في التدبير ص ٦٣٤ س ٢٥ (طبع حجري).

(٦) الوسيلة: فصل في بيان التدبير ص ٣٤٦.

وقيل: يصحّ؛ للرواية الدالّة على جواز بيع خدمته[١].

وقال ابن سعيد في الشرائع: ولو رهن دَيناً لم يصحّ، وكذا لو رهن منفعةً كسكنى الدار وخدمة العبد. وفي رهن المدبر تردّد، والوجه انّ رهن رقبته إبطال لتدبيره، أمّا لو صرّح برهن خدمته مع بقاء التدبير قيل: يصحّ، التفاتاً الى الرواية المتضمّنة لجواز بيع خدمته، وقيل: لا؛ لتعذّر بيع المنفعة منفردة، وهو أشبه[٢].

قوله رحمه الله: «وإن كان المرتهن ذمّياً أو الراهن عبداً لمسلم، وإن وضعها على يد ذمّي على رأي».

أقول: يريد أنّه لايصحّ رهن مالايملكه المسلم اذا كان أحدهما مسلماً، سواء كان المسلم الراهن عند الذمّي أو المرتهن المسلم من الذمّي، وشرط وضعه على يد ذمّي. خلافاً للشيخ رحمه الله فانّه قال في الخلاف[٣] والمبسوط[٤]: اذا استقرض ذمّي من مسلم مالاً ورهن عنده بذلك خمراً يكون عند ذمّي يبيعها عند حلول الحقّ فباعها وأتى بثمنها جاز له أخذه، ولايجبر عليه.

قوله رحمه الله: «ولا العبد المسلم أو المصحف عند الكافر، وإن وضعا على يد مسلم فالأقرب الجواز».

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل الثالث في الرهن ص ٤٢٣ س ٨ (طبع حجري).

(٢) شرائع الاسلام: كتاب الرهن الثاني في شرائط الرهن ج ٢ ص ٧٦.

(٣) الخلاف: كتاب الرهن المسألة ٥٢ ج ٣ ص ٢٤٨.

(٤) المبسوط: كتاب الرهن ج ٢ ص ٢٢٣.

أقـول: هذا مثل قول الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: اذا رهن المسلم عبداً مسلماً عند كافر أو رهن عنده مصحفاً قيل: فيه قولان، أحدهما: لايصحّ، والثاني: يصحّ، ويوضع على يدي مسلم عدل، وهذا عندي أولى؛ لأنّه لامانع منه، وأحاديث رسول الله صلّى الله عليه وآله والأئمة عليهم السلام بمنزلة المصحف سواء، وانّما قلنا: بالجواز؛ لأنّ النبي صلّى الله عليه وآله رهن عند أبي شحمة اليهودي درعاً، واذا كان الرهن عندهم صحيحاً وما لايصحّ منهم مسّه ولا استخدامه جعل على يدي عدل فيجب أن يكون صحيحاً[١].

واعلم انّ المصنّف رجع عن هذا القول في المختلف فقال: وقال بعض علمائنا: لايجوز، وهو أولى لما فيه من إعظام لكتاب الله تعالى[٢].

وقال ابن الجنيد: لا أحبّ أن يرهن الكافر مصحفاً، ولا ما يجب على المسلم تعظيمه، ولا صغيراً من الأطفال[٣].

قوله رحمه الله: «وفي رهن أُمّ الولد في ثمن رقبتها مع إعسار المولى إشكال».

أقـول: منشأه من أنّ النصّ مخصوص بجواز بيعها في ثمن رقبتها لاغير، فلا يصحّ الرهن؛ لعدم دخوله تحت النصّ.

ومن أنّ تجويز البيع أبلغ من الرهن، فانّ الرهن لايقتضي خروجها عن ملكه ولا مانع منه، إلّا لإمكان بيعها وهو جائز، فلا مانع حينئذٍ من الرهن فكان جائزاً.

---

(١) المبسوط: كتاب الرهن ج ٢ ص ٢٣٢.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل الثاني في الرهن ص ٤٢١ س ١٧ (طبع حجري).

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل الثاني في الرهن ص ٤٢١ س ١٨ (طبع حجري).

قوله رحمه الله: «ومع يساره إشكال».

أقـول: لأنّا قد بيّنا أنه مع إعساره يجوز البيع وهنا لايجوز البيع، فالرهن هنا أشكل؛ لأنّ فيه تعريضاً للبيع الممنوع منه.

ومن أنّه ليس بيعاً ولا إخراجاً لها عن الملك.

قوله رحمه الله: «وغير الثمن أشدّ إشكالا».

أقـول: من حيث إنّه أبعد عن المقتضي لجواز البيع المستلزم لجواز التعريض له ـ أعني الرهن ـ.

ومن حيث إنّ الرهن ليس إخراجاً لها عن ملكه كما تقدّم.

قوله رحمه الله: «ويصحّ رهن الأُمّ دون ولدهما الصغير وإن حرّمنا التفرقة، وحينئذٍ إمّا أن تباع الأُمّ خاصّة ويقال: تفرقة ضرورية، أو نقول: يباعان ثمّ يختصّ المرتهن بقيمة الأُمّ فتقوّم منفردةً، فاذا قيل: مائة ومنضمّة فيقال: مائة وعشرون فقيمة الولد السدس. ويحتمل تقدير قيمة الولد منفرداً حتى تقلّ قيمته، فاذا قيل: عشرة فهو جزء من أحد عشر».

أقـول: وجه هذا الاحتمال انّه كما يوجب تقويم الأُمّ بانفرادها لاختصاص المرتهن بقيمتها كذا يقوّم الولد أيضاً بانفراده، فكان مجموع الثمن ثمن الاثنين يتعلّق بكلّ واحد منهما بانفراده حقّ غير الحقّ المتعلّق بالآخر، فوجب بسط الثمن على قيمة

كلّ واحد منهما منفرداً، فإنّ قيمة الولد اذا ضمّ الى أُمّه عند التقويم تزيد بالانضمام، والاجتماع حاصل من الجانبين، فلا يخصّ به الراهن، بل الأعدل إفراد كلّ منهما بالتقويم وبسط قيمة المجموع على القيمتين.

قوله رحمه الله: «يصحّ رهن المرتدّ، وإن كان عن فطرة على إشكال».

أقول: ينشأ من أنّ جواز رهنه مبنيّ على جواز بيعه، وقد تقدّم انّ فيه إشكالاً وذكر وجه الاشكال.

قوله رحمه الله: «وإن أطلق فالأقرب الجواز».

أقول: اذا رهن ما يسرع إليه الفساد قبل الأجل كالأطعمة على الدَين المتأخّر عن مدّة بقائها سليمة فإن شرط البيع وكون ثمنه رهناً أو المنع منه فلا كلام في جواز الأوّل وبطلان الأخير، وإن أطلق فالأقرب عند المصنّف الجواز؛ لأنّ الأصل صحّة العقد، فيحمل الإطلاق على الصحيح دون الفاسد، فيباع ويجعل ثمنه رهناً بعد بيعه.

قوله رحمه الله: «لو نذر العتق عند شرط في صحّة رهنه قبله نظر».

أقول: ينشأ من بقاء الملك.

ومن انتفاء فائدة الرهن، إذ فائدته كونه وثيقة لحفظ دَينه، ولا وثوق هنا لتجويز حصول الشرط فيخرج من الرهانة. ولأنّه لايجوز بيعه قبل حصول الشرط على الظاهر ولابعده قطعاً، فلا فائدة في رهنه.

قوله رحمه الله: «ولو جمع خمراً مراقاً فتخلّل في يده ملكه، ولو غصب خمراً فتخلّل في يده فالأقرب انّه كذلك».

أقول: لأنّه ليس مملوكاً للمسلم حتى يكون ملكاً للمأخوذ منه، وقد تجدّد تخلّله في يد الآخذ فكان ملكاً له، كما يملكه لو كان مراقاً فجمعه وتخلّل في يده.

قوله رحمه الله: «وعلى أكثر يحتمل البطلان مطلقاً وفيما زاد».

أقول: يريد لو استعار من غيره شيئاً ليرهنه على مبلغ معيّن فرهنه على أكثر احتمل فيه وجهان:

أحدهما: البطلان مطلقاً؛ لأنّه عقد غير مأذون فيه، فكان كعقد الفضولي للمالك إبطاله.

والآخر: البطلان فيما زاد عليه؛ لأنّ الرهن يضمن المأذون فيه وغيره، فيصحّ الرهن في المأذون فيه، ويبطل فيما زاد عليه اذا أبطله المالك.

قوله رحمه الله: «وللمالك المطالبة بالفكّ عند الحلول، وقبله إشكال».

أقول: منشأه انّها عارية، ومقتضاها جواز الرجوع فيها متى شاء، فكان له الرجوع قبل الحلول.

ومن انّه عقد لازم من طرف الراهن صدر بإذن المالك، فلم يكن له المطالبة بالفكّ قبل الحلول.

قوله رحمه الله: «ولو تلف في يد المرتهن فالأقرب سقوط الضمان عنه».

أقول: لو تلف الرهن المستعار في يد المرتهن احتمل فيه وجهان، أقربهما انّه لاضمان على المرتهن؛ لأنّ المرتهن أمين لايضمن ما يتلف في يده من الرهن بغير تعدٍّ ولا تفريطٍ. ويحتمل ضعيفاً الضمان؛ لأنّ العارية للرهن مضمونة، ولأنّ يد المرتهن مترتّبة على يد المستعير الراهن وهو مضمون عليه، فكان مضموناً على المرتهن منه.

قوله رحمه الله: «ويضمنه المستعير وإن لم يفرط بقيمته، وكذا إن تعذّر إعادته، ولولم يرهن ففي الضمان إشكال».

أقول: أمّا المستعير للرهن اذا تلف الرهن في يد المرتهن أو تعذّر استعادته فانّه ضامن، سواء فرّط أو لا؛ لأنّه دخل على ذلك، فانّ الاستعارة للرهن تقتضي تعريض الرهن للبيع في دَينه فيكون مضموناً.

بقي لو استعار للرهن وتلف في يده بغير تفريط قبل ايقاع عقد الرهن فانّ في الضمان هنا إشكالاً، من حيث إنّه لم يرهن ولم يفرط فكان أمانة محضة لا تضمن كغيرها من أصناف العارية. ومن حيث إنّه قبض قبضاً مضموناً؛ لأنّه قبضه للرهن فقد دخل على أنّه ضامن، ويده يد ضمان.

قوله رحمه الله: «لو رهن ماله الرجوع فيه قبله لم يصحّ على إشكال».

أقول: منشأه من إن رهنه يستلزم سبق إرادة الرجوع فيصحّ، كما لو باع في

مدّة خياره السلعة المنتقلة عنه بالبيع.

ومن انّه قبل الرجوع في الهبة ـ مثلاً ـ تكون العين ملكاً للموهوب، ورهن ملك الغير بغير إذنه غير لازم، بخلاف الزوج اذا رهن نصف الصداق قبل الدخول فانّه باطل قطعاً، والفرق بينهما: انّ الرجوع هناك بحسب اختياره وإرادته بأيّ عبارة كانت ممّا يدلّ على الفسخ، بخلاف تملّك نصف المهر المنتقل الى الزوجة فانّه ليس ارتجاعه بحسب إرادته، بل يتوقّف على وجود السبب المملّك ـ أعني الطلاق الرافع للزوجية ـ.

قوله رحمه الله: «لو رهن الوارث التركة وهناك دَين فالأقرب الصحّة».

أقول: هذه المسألة مبنيّة على أصل يأتي إن شاء الله تعالى وهو: انّ التركة بموت المديون هل تنتقل الى الوارث أو تكون على حكم مال الميّت؟ الشيخ[1] وجماعة من الأصحاب على الثاني، فلا يصحّ الرهن عنده؛ لعدم الانتقال الى الوارث. والمختار عند المصنّف الأوّل فيصحّ؛ لأنّه مالك، لكن المصنّف عنده مع القول بالصحّة انّه إن قضى الحقّ وإلّا قدّم حقّ الديّان من التركة. فالحاصل الرهن عنده لازم من جهة الورثة لا مطلقاً.

قوله رحمه الله: «ولو تعدّد المرتهن واتّحد العقد من الواحد فكلّ منهما مرتهن للنصف خاصّة، وفي التقسيط مع اختلاف الدَين إشكال».

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الوصايا باب الإقرار في المرض ج ٣ ص ١٧١.

أقـول: يعني لو رهن واحد في عقد واحد رهناً عند اثنين على دَينين بأن قال لهما: رهنت عندكما هذا العبد ـ مثلاً ـ فإن تساوى الدَينان قدراً تساويا في الرهن، بمعنى انّ كلّ واحد منهما مرتهن للنصف بحيث لو قضاه أحدهما دون الآخر انفكّ ذلك النصف من الرهن.

أمّا لو اختلف الدَينان بأن كان لأحدهما عشرة وللآخر عشرون احتمل ذلك؛ لأنّ الإطلاق يقتضي التسوية وقد أوقع معهما عقداً واحداً، ونسبة العقد إليهما على سبيل التسوية فكان الرهن بينهما نصفين كالأوّل. ويحتمل التقسيط؛ لأنّه انّما رهنه عندهما على دَينهما ـ أعني الثلاثين ـ وظاهره يقتضي أن يكون لكلّ عشرة ثلث الرهن.

قوله رحمه الله: «ولو افتكّ الرهن ففي لزوم العقود نظر، والأقرب اللزوم من جهة الراهن».

أقـول: يريد لو تصرّف الراهن في الرهن بغير إذنالمرتهن لم يلزم، بمعنى انّه لم يكن باطلاً من أصله بل موقوفاً على إجازة المرتهن، فإن أجازه لزم، وإن فسخه بطل، ولولم يعلم المرتهن بحيث يجيز أو يفسخ حتى فكّ الرهن احتمل البطلان؛ لأنّه لم يحصل إجازة المرتهن فلا يلزم، واللزوم لزوال حقّ المرتهن عنه.

والأقرب اللزوم من جهة الراهن قبل الفكّ، بمعنى انّه ليس له إبطال ذلك التصرّف؛ لأنّه صدر منه عقد صادف ملكاً، فانّ الرهن لايزيل الملك، لقوله صلّى الله عليه وآله وسلم: «لايغلق الرهن والرهن لمالكه له غنمه وعليه غرمه»[1].

---

(١) عوالي اللآلي: الفصل التاسع ح ٩٥ ج ١ ص ٢٢١.

ولأنّه لولا لزومه من طرفه لما صار لازماً بإجازة المرتهن.

بيان الملازمة: انّ إجازة المرتهن لاتوجب حكماً على غيره، وانّما يفيد زوال حقّه في الارتهان، فإنّ نفوذ حكم الغير على غيره على خلاف الأصل، والثاني باطل؛ لأنّ مع إجازة المرتهن لم يبق للراهن إبطاله فكذا المقدّم.

قوله رحمه الله: «ولو أجاز الرهانة الثانية فـفي كونه فسخاً لرهنه مطلقاً أو فيما قابل الدَين الثاني أو العدم مطلقاً نظر».

أقـول: هذا تفريع على ما تقدّم، وهو انّه اذا تصرّف الراهن وقف على إجازة المرتهن لو قدّرنا انّ الراهن رهن الرهن على دَين لغير المرتهن الأوّل وأجاز الأوّل الرهانة الثانية احتمل هنا ثلاثة أوجه:

أحدهما: بطلان حقّ الأوّل من الرهن؛ لأنّه رضي بكون جملته رهناً على دَين الثاني بإجازته، فلم يبق لدَينه ما يتعلّق به من الرهن فكان فسخاً فيه أجمع مطلقاً، أي سواء كانت قيمة الرهن مساوية للدَين الثاني أو أزيد.

الثاني: أن يكون فسخاً فيما قابل دَين الثاني خاصّة، بمعنى انّ قـيمة الرهـن اذا كانت أزيد من الدَين الثاني بأن كانت عشرين ودَين الثاني عشرة تكون الإجازة فسخاً فيما قابل العشرة التي للثاني، فيبقى فيما زاد عليها رهناً كما كان عند الأوّل؛ لأنّ الأصل بقاء الرهن، وانّما رضي بما يكون وثيقة لدَين الثاني، وهو يحصل بكونه رهناً بمقداره لاغير.

الثالث: عدم الفسخ مطلقاً، أي لا في المقابل ولا في الزائد؛ لأنّه انّما صـدر مـنه الإجازة لاغير، ولم يصرّح بالإسقاط، ولا منافاة بينهما؛ لاحتمال قضاء الدَين الثاني

من غيره، أو سقوطه بالبراءة من الدَين، أو إسقاط حقّه من الرهن، فيبقى رهن الأوّل.

قوله رحمه الله: «ويترتّب حكم إسقاط الثاني حقّه».

أقول: معناه يترتّب على هذه الاحتمالات مالو أسقط المرتهن الثاني حقّه من الرهانة. فعلى الأوّل: ينفكّ من الدَينين جميعاً، أمّا من الأوّل فبالإجازة، وأمّا من الثاني فبإسقاطه حقّه من الرهانة فيعود طلقاً بأجمعه. وعلى الثاني: يبقى ما قابل دَين الثاني طلقاً ومازاد عليه رهناً عند الأوّل. وعلى الثالث: يكون بأجمعه رهناً عند الأوّل كما كان.

قوله رحمه الله: «ولو لم يعلم الأوّل حتى مات الراهن ففي تخصيص الثاني بالفاضل عن دَين الأوّل من دون الغرماء إشكال».

أقول: ينشأ من انّه لازم من جهة الراهن قبل الفكّ والإجازة كما تقدّم، وانّما توقّف على إجازة الأوّل لئلّا يمنع حقّه من الاختصاص، وهذا المعنى مفقود في الزائد على دَين الأوّل فكان مختصّاً بالثاني.

ومن أنّه قبل الإجازة إمّا باطل عند بعضهم أو موقوف على إجازة الأوّل التي لم تتحقّق، وعلى كلا التقديرين لا حقّ له في الرهن، فلا اختصاص له بشيء.

قوله رحمه الله: «ولا حكم لإجازة الأوّل ولا فسخه بعد موت الراهن».

أقول: لأنّ إجازته تقتضي إبطال حقّ باقي الغرماء المتعلّق بتركته بعد موته ولو قلنا: إنّه لايختصّ، لا يفسخه؛ لأنّه يقتضي إسقاط حقّ الثاني من الاختصاص الزائد عن دَينه إن قلنا بالاختصاص، ولايخلو الأمر منهما. فثبت ما ادّعيناه من أنّه لا حكم لإجازته بعد الموت ولا فسخه.

قوله رحمه الله: «ولو أذن في الهبة فوهب فرجع قبل الإقباض صحّ الرجوع على إشكال، ينشأ من سقوط حقّه بالإذن وعدمه».

أقول: يحتمل سقوط حقّه بالهبة المأذون فيها؛ لأنّه أذن في تمليكه الغير المستلزم لسقوط حقّه. وعدمه؛ لأنّ المسقط لحقّه انّما هو تمليك الغير، وقبل الإقباض لاتمليك؛ لأصالة بقاء الرهن.

قوله رحمه الله: «ولو أحبلها الراهن لم يبطل الرهن وإن كان بإذن المرتهن وإن صارت أُمّ ولده، وفي بيعها إشكال».

أقول: منشأه من النهي عن بيع أُمّ الولد، ومن سبق حقّ الرهن على الاستيلاد.

واعلم أنّ للشيخ هنا قولين، أحدهما: انّه إن كان موسراً بطل الرهن وأُلزم قيمتها تكون رهناً، وإن كان معسراً فالدَين بحاله ويجوز بيعها، قاله في الخلاف[1].

---

(١) الخلاف: كتاب الرهن المسألة ١٩ ج ٣ ص ٢٢٩.

وقال في المبسوط: بعدم بطلان الرهن، سواء كان موسراً أو معسراً[١]، وهو اختيار ابن ادريس[٢].

قوله رحمه الله: «وفي اعتبار القيمة يوم التلف أو الإحبال أو الأعلى نظر».

أقول: يريد انّه لو أحبل الراهن الأمة المرهونة وماتت في الطلق ضمن قيمتها تكون رهناً، وكذا يضمن أمة غيره لو وطأها لشبهة؛ لأنّها ماتت بسببه فكانت مضمونة عليه. ومتى تعتبر القيمة؟ يحتمل ثلاثة أوجه:

أحدها: اعتبار القيمة يوم التلف؛ لأنّه وقت وجوب القيمة، إذ قبل التلف لم يجب عليه ضمان القيمة.

الثاني: يوم الإحبال؛ لأنّه وقت وجود سبب الضمان.

الثالث: أكثر القيمة من حين الإحبال الى حين التلف؛ لأنّه ضامن في تلك الأحوال كلّها؛ لأنّ القيمة إن كانت أكثر ثمّ نقصت فتلك الزيادة كانت مضمونة عليه، وإن كانت ناقصة ثمّ زادت كانت هذه الزيادة أيضاً داخلة في ضمانه.

قوله رحمه الله: «ولو باع الراهن فطلب المرتهن الشفعة ففي كونه إجازة إشكال».

أقول: ينشأ من كون الشفعة تابعة للبيع الصحيح، ولا يكون صحيحاً إلّا بإجازته، فطلب الشفعة يستلزم الإجازة.

---

(١) المبسوط: كتاب الرهن ج ٢ ص ٢٠٦.

(٢) السرائر: باب الرهن وأحكامه ج ٢ ص ٤١٨.

ومن أنّه لم يتعرّض للإجازة، وانّما صدر منه طلب الشفعة وهو أعمّ من الإجازة؛ لإمكان صدوره حال الغفلة عن كونه رهناً عن الإجازة وعدمها، والعامّ لا يستلزم الخاصّ.

قوله رحمه الله: «فإن قلنا به فلا شفعة».

أقول: هذا تفريع على كون طلب الشفعة إجازة أم لا، فإن قلنا: إنّه اجازة له فلا شفعة له أيضاً؛ لأنّه رضي بالبيع، امّا لو أسقط حقّه من الرهانة أوّلاً ثمّ طلب الشفعة فإن قلنا: إنّ البيع يلزم اذا فكّ الرهن وإن لم يقترن به إجازة المرتهن عند وقوعه كان له الشفعة، وإن قلنا: إنّه يبطل اذا لم يقارنه الإجازة أو يقع باطلاً في نفسه فلا شفعة أيضاً.

قوله رحمه الله: «فلا يصحّ الرهن على الأعيان وان كانت مضمونه كالغصب والمستعار مع الضمان والمقبوض بالسوم على إشكال».

أقول: منشأه انّ شرط الرهن ثبوت الحقّ المرهون عليه في الذمّة، والأعيان الموجودة المشخّصة ليست ثابتة في الذمّة، بل حقّ مالكها منحصر في العين لاغير.

ومن وجود سبب الضمان، ووجود السبب يجري مجرى وجود المسبّب، فانّ كلّ واحد من هذه سبب في وجوب قيمتها لو تلفت فلها تعلّق بالذمّة.

قوله رحمه الله: «ولو شرك بين الرهن وسبب الدَين في العقد ففي الجواز إشكال، ينشأ من جواز اشتراطه في العقد فتشريكه في متنه آكد،

ومن توقّف الرهن على تمامية الملك لكن تقدّم السبب فيقول: بعتك العبد بألف وارتهنت الدار بها فيقول: اشتريت ورهنت».

أقول: قد ذكر المصنّف وجه الإشكال، لكن هاهنا نكتة وهو: انّ الشيخ رحمه الله اختار في هذه المسألة الجواز، وقال في المسألة السابقة ـ أعني اذا باعه وشرط الارتهان ـ: لايصحّ.

فقال في المبسوط: اذا باع من غيره شيئاً على أن يكون المبيع رهناً لم يصحّ البيع؛ لأنّ شرطه أن يكون رهناً لايصحّ لأنّه شرط أن يرهن عنده مالا يملك، فانّ المبيع لايملكه المشتري قبل تمام العقد، واذا بطل الرهن بطل البيع؛ لأنّ البيع يقتضي ايفاء الثمن من ثمن المبيع، وذلك تناقض. وأيضاً فانّ الرهن يقتضي أن يكون أمانة في يد المرتهن، المبيع يقتضي أن يكون مضموناً عليه، أمّا لو شرط أن يسلم المبيع إليه ثمّ يردّه إليه يكون رهناً بالثمن، فإنّ البيع والرهن فاسدان كالأوّل[1].

وللمفيد رحمه الله[2] كلام مشكل يشبه هذا المعنى، سُئل الشيخ أبو جعفر عن معناه في المسائل الحائرية. فقال المفيد رحمه الله: اذا اقترن الى البيع اشتراط في الرهن أفسده، فإن تقدّم أحدهما صاحبه كان الحكم له دون المتأخّر.

أجاب الشيخ الطوسي رحمه الله لمّا سُئل عن هذا الكلام في المسائل المذكورة فقال: معناه اذا باعه الى مدّة مثل الرهن كان البيع فاسداً، وإن باعه مطلقاً ثمّ شرط أن يردّ عليه الى مدّة إن ردّ عليه الثمن كان صحيحاً يلزمه الوفاء به، لقوله

---

(١) المبسوط: كتاب الرهن أحكام الرهن ج ٢ ص ٢٣٥.

(٢) المقنعة: باب الرهون ص ٦٢٤.

صلّى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم»[١].

قال ابن ادريس: جواب الشيخ غير واضح؛ لأنّه غير مطابق للسؤال، انّما الجواب اذا باع شيئاً من غيره على أن يكون المبيع رهناً في يد البائع لم يصحّ[٢].

واعلم أنّ ابن ادريس اختار مذهب الشيخ المبسوط من بطلان الرهن والبيع[٣].

قوله رحمه الله: «والأقرب جواز الرهن على مال الكتابة».

أقول: منع الشيخ رحمه الله في المبسوط من الرهن على مال الكتابة المشروطة قال: لأنّ للعبد أن يعجز نفسه فيسقط مال الكتابة فلا يكون واجباً في الذمّة[٤]، وتبعه ابن البرّاج[٥]، وابن ادريس[٦].

والأقرب عند المصنّف الجواز؛ لأنّه مال ثابت في ذمّة الراهن فيصحّ أخذ الرهن عليه كالمطلق، ويمنع انّ للعبد أن يعجز نفسه، بل للحاكم إجباره عليه حينئذٍ.

سلّمنا انّ له أن يعجز نفسه، لكن لايلزم منه سقوط مال الكتابة؛ لأنّ للسيد أن يصبر عليه، وحينئذٍ يستمر الدَين في ذمّة المكاتب مالم يختر السيد الفسخ.

فالحاصل انّ اسقاط الحقّ الى السيد، وذلك لايقدح في صحّة الرهن، فان كلّ دَين شأنه ذلك، أي يجوز إسقاط صاحبه له دون المديون.

---

(١) المسائل الحائرية «الرسائل العشر»: ص ٢٨٩.

(٢) السرائر: باب الرهون ج ٢ ص ٤٢٩.

(٣) السرائر: كتاب المتاجر باب الرهون ج ٢ ص ٤٢٩.

(٤) المبسوط: كتاب الرهن ج ٢ ص ١٩٧.

(٥) المهذّب: كتاب الرهن ج ٢ ص ٤٤.

(٦) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب الرهون وأحكامها ج ٢ ص ٤١٦.

قوله رحمه الله: «في القبض، وليس شرطاً على رأي».

أقول: اختلف الفقهاء في اشتراط القبض في الرهن، فذهب الأكثر الى انّه شرط، لقوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾[١]، ولقول الباقر عليه السلام فيما رواه محمد بن قيس عنه: «لا رهن إلّا مقبوضاً»[٢] وهو قول المفيد[٣]، وابن الجنيد[٤]، وابن البرّاج[٥]، وأبي الصلاح[٦]، وسلّار[٧]، وابن حمزة[٨]، والطبرسي[٩]، واختاره الشيخ في النهاية[١٠]، والشيخ نجم الدّين ابن سعيد[١١].

وقال في الخلاف: ليس شرطاً[١٢]، وهو اختيار ابن ادريس[١٣] والمصنّف.

---

(١) البقرة: ٢٨٣.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ١٥ الرهون ح ٣٦ ج ٧ ص ١٧٦، وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب أحكام الرهن ح ١ ج ١٣ ص ١٢٣.

(٣) المقنعة: كتاب التجارة باب الرهون ص ٦٢٢.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل الثالث في الرهن ص ٤١٦ س ٢٧ (طبع حجري).

(٥) المهذّب: كتاب الرهن ج ٢ ص ٤٦.

(٦) الكافي في الفقه: فصل في أحكام الرهن ص ٣٣٤.

(٧) المراسم: ذكر أحكام الرهون ص ١٩٢.

(٨) الوسيلة: فصل في بيان حكم الرهن ص ٢٦٥.

(٩) مجمع البيان: في تفسير سورة البقرة ج ٢ ص ٤٠٠.

(١٠) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب الرهون وأحكامها ج ٢ ص ٢٤٤.

(١١) شرائع الاسلام: كتاب الرهن الثاني في شرائطه ج ٢ ص ٧٦.

(١٢) الخلاف: كتاب الرهن المسألة ٥ ج ٢ ص ٢٢٣.

(١٣) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب الرهون وأحكامها ج ٢ ص ٤١٧.

وأجاب المصنّف عن استدلالهم بالآية انّها غير دالّة على مطلوبهم؛ لأنّها سيقت للإرشاد، وأيضاً فانّ مفهوم الخطاب ليس حجّة.

سلّمنا، لكنّه دليل لنا؛ لأنّه لو كان شرطاً لما حسن وصف الرهون بكونها مقبوضة؛ لأنّها لاتكون رهناً إلّا اذا كانت مقبوضة، كما لايحسن أن يقال: فرهان مقبولة، وعن الرواية بضعف السند.

قوله رحمه الله: «وهل له المطالبة به؟ إشكال».

أقول: من حيث إنّ الرهن وثيقة، ولاتتمّ فائدتها بدونه، فكان له المطالبة به. ومن أصالة عدم الاستحقاق.

قوله رحمه الله: «والأقرب زوال الضمان بالعقد لو كان غصباً، ويحتمل الضمان؛ لأنّ الابتداء أضعف من الاستدامة، ويمكن اجتماعه مع الرهن كما لو تعدّى المرتهن فيه، لئن لايرفع ابتداء الرهن دوام الضمان أولى».

أقول: يريد انّه لو رهن العين المغصوبة عند الغاصب صحّ، وهل يزول عنه الضمان بمجرّد العقد أم لا؟ الأقرب عند المصنّف زواله؛ لأنّه بعد العقد مأذون له في إمساكه فتكون يده يد أمانة، بخلاف ما قبل الرهن؛ لأنّه لم يكن مأذوناً له في الإمساك، بل كانت يده يد عدوان.

والاحتمال المشار إليه مذهب الشيخ في الخلاف قال: لأنّه كان مضموناً عليه من قبل، والأصل بقاؤه، لقوله صلّى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»[1].

---

(١) الخلاف: كتاب الرهن المسألة ١٧ ج ٣ ص ٢٢٨.

ودليل المصنّف على ما ذكره من الاحتمال الموافق لمذهب الشيخ في الخلاف مبنيّ على أنّ الابتداء أضعف من الاستدامه؛ لما ثبت في علم الكلام: أنّ الباقي غنيّ[١] عن المؤثّر، فبقاؤه لايتوقّف على غيره، والمبتدأ ـ أعني الحادث ـ مفتقر الى المؤثّر، فوجوده موقوف على غيره، ولاشكّ أنّ الغنيّ عن الغير في الوجود أقوىٰ من المحتاج الى غيره في الوجود.

فنقول حينئذٍ: لكلّ من الرهن والضمان حالتان: حال قوّة وحال ضعف، فحال قوّة الضمان استدامته، وحال ضعفه ابتداؤه، وكذلك الرهن فاذا كان الضمان غير منافٍ للرهن كما اذا تعدّى المرتهن[٢] فيه فانّه يحصل فيه الضمان بأضعف حالتيه ويكون مزيلاً لأمانة الرهن المستدام، وهي أقوىٰ حالتي الرهن، فعدم ارتفاع أقوى حالتي الضمان ـ أعني استدامته بالغصب السابق ـ بأضعف حالتي الأمانة ـ أعني الرهن الحادث ـ أولى.

قوله رحمه الله: «ولو أودع الغاصب أو أجره فالأقرب زوال الضمان».

أقول: زوال الضمان لما تقدّم من أنّه إمساك مأذون فيه بعد العقد، بخلاف الإمساك السابق، والاستئمان في الاستيداع أقوى من الرهن؛ لأنّه استئمان محض واستنابة في حفظه، وكذا الإجارة؛ لأنّه قد صار مع كونه أميناً له حقّ في إمساكها والانتفاع بها.

---

(١) في ج: «مستغنى».

(٢) في ج: «المشتري».

قوله رحمه الله: «وفي العارية والتوكيل بالبيع نظر».

أقول: وجه النظر من حيث إنّ التوكيل في البيع كالوديعة؛ لأنّها نوع استنابة فأشبهت الوديعة، والعارية تسليط على الانتفاع فأشبهت الإجارة.

ومن حيث إنّهما أضعف من الوديعة والإجارة، فانّ الوديعة إمساك للمالك فيده يد المالك، والتوكيل ليس إمساكه إمساكاً محضاً للمالك فانّه قد يكون بجعل، ولأنّه يستحقّ عليه عوضاً لو لم يتبرّع، بخلاف الوديعة. والعارية تفارق الإجارة، فانّ المستأجر وإن كان إمساكه لنفسه لكنه لمّا كان بعوض كانت يده في الحقيقة يد المالك؛ لوصول العوض إليه، بخلاف العارية.

قوله رحمه الله: «والأقرب انّه لايبرأ ولا تصير يده يد أمانة».

أقول: يحتمل هذا الكلام أمرين:

أحدهما: انّه اذا أبرأ الغاصب مطلقاً لايبرأ؛ لأنّ سبب الضمان ـ أعني الغصب ـ موجود فيستمرّ مسببه ـ أعني الضمان ـ.

والآخر: انّ المرتهن الغاصب لايزول ضمانه بالارتهان، ويكون رجوعاً الى ما ذكره من الاحتمال عمّا اختاره من قوله: «فالأقرب زوال الضمان».

ويدلّ على أنّ هذا هو المراد من قوله ـ عقيب قوله: والأقرب انّه لايزول ولاتصير يده يد أمانة ـ: أمّا المستعير المفرط أو المشروط عليه الضمان أو القابض بالسوم أو الشراء الفاسد فالأقرب زوال الضمان عنهم بالارتهان؛ لأنّ ضمانهم أحقّ من ضمان الغاصب.

والاحتمال الأوّل وإن كان محصّلاً من كلامه إلّا انّ الأخير هو الصحيح؛ لأنّه قد صرّح بأنّ الأقرب زوال الضمان عن هؤلاء بمجرّد الارتهان، بخلاف الغاصب؛ لأنّ ضمانه أخفّ من ضمانه.

قوله رحمه الله: «لايجوز للمرتهن استنابة الراهن، وهل له استنابة عبدالراهن ومستولدته؟ إشكال، ينشأ من أنّ أيديهم يده».

أقول: هذا تفريع على اشتراط الرهن بالقبض، وهو انّه ليس للمرتهن أن يستنيب الراهن في القبض؛ لأنّه مقبوض في يده فيلزم تحصيل الحاصل[1]. وأمّا جواز استنابته لعبد الراهن أو مستولدته ففيه إشكال، ينشأ من مغايرتهما للراهن، وممّا ذكره المصنّف.

واعلم انّ المصنّف اختار في التحرير جواز استنابة الراهن في القبض[2]، فعلى هذا لا إشكال في جواز استنابة عبده ومستولدته.

فإن قلت: كيف جوّز المصنّف في السلم أن يكون الواحد يقبض لنفسه من نفسه وهاهنا جزم بعدم الجواز؟

قلت: الفرق انّ الرهن وضعه شرعاً لاستياق المرتهن وأحكام ماله بقبض الرهن، وهذا المعنى لايتحقّق مع كونه مقبوضاً في يد الراهن.

قوله رحمه الله: «ولو انقلب خمراً قبل القبض فالأقرب الخروج».

---

(١) في م١ : «في يده من قبل وتحصيل الحاصل محال» بدل «في يده فيلزم تحصيل الحاصل».

(٢) تحرير الأحكام: كتاب الرهن المقصد الثاني في الرهن ص ٢٠٢ س ٥.

أقــول: هذا تفريع آخر على ذلك، وهو انّه اذا رهنه عصيراً فصار خمراً قبل القبض هل يخرج عن الرهن، بمعنى انّه لو صار خلّاً هل يفتقر الى تجديد عقد أم لا؟ فعند من لايجعله شرطاً لايخرج ولايفتقر عند صيرورته خلّاً الى استئناف عقد، وعلى الآخر هل يخرج أم لا؟ الأقرب عند المصنّف الخروج؛ لأنّه خرج عن ملك الراهن قبل انعقاد الرهن.

قوله رحمه الله: «ولايجوز تسليم المشاع إلّا بإذن الشريك، فلو سلّم بدونه ففي الاكتفاء به في الانعقاد نظر».

أقــول: هذا أيضاً تفريع على ذلك.

ووجه النظر من حيث إنّه حصل الشرط ـ أعني القبض ـ لأنّ تسليم الجميع المشتمل على الرهن وغيره يقتضي تسليم الرهن.

ومن أنّه تسليم منهيّ عنه، فلا يترتّب عليه أثره.

والأقرب عند المصنّف الاكتفاء؛ لأنّ القبض قد حصل، وكونه منهيّاً عنه، ولايقتضي بطلانه؛ لما بيّنا من أنّه لايدلّ على الفساد.

قوله رحمه الله: «ولو اختلفا في القبض قدّم قوله من هو في يده، ولو اختلفا في الإذن احتمل ذلك وتصديق قول الراهن».

أقــول: لو اتفقا على وقوع القبض واختلفا في الإذن فقال الراهن: قبضت بغير إذني،وقال المرتهن: بل أذنت احتمل ما تقدّم في السابقة من أنّ القول قول من هو في

يده، فانّ اليد تقتضي ثبوت حقّ صوناً لفعل المسلم عن العدوان. واحتمل تقديم قول الراهن؛ لأنّه اختلاف في فعله ـ أعني إذنه ـ وهو ينكر فيكون القول قوله، لقوله صلّى الله عليه وآله: «اليمين على من أنكر»[1] ولأصالة عدم الإذن.

قوله رحمه الله: «ولو جعلاه على يد عدلين جاز، وليس لأحدهما التفرّد به ولا ببعضه، ولو سلّمه أحدهما الى الآخر ضمن النصف، ويحتمل أن يضمن كلّ منهما الجميع، ففي استقراره على أيّهما إشكال».

أقول: لو سلّم أحد العدلين اللذين وضع الرهن عندهما العين المرهونة الى الآخر ضمن النصف قطعاً لتفريطه فيه، ويحتمل أن يضمن كلّ منهما الجميع. أمّا المسلّم فلتفريطه في العين بتسليمها الى الآخر منفرداً والمالك لم يرض به، وأمّا الآخر فلأنّ قبضه للعين بانفراده وإمساكه لها وحده غير مأذون فيه، وحينئذٍ لو تلفت كان للمالك الرجوع بالجميع على أيّهما شاء. وهل استقرار الضمان على من أغرمه المالك أو على من حصل التلف في يده؟

ويحتمل الأوّل؛ لأنّ المالك قد ثبت له جواز الرجوع على من شاء منهما بالجميع، فاذا رجع عليه لم يكن له الرجوع على الآخر بشيء؛ لأنّ رجوعه عليه بما غرم على خلاف الأصل ولتساويهما في ذلك.

ويحتمل الثاني؛ لأنّ وجوب القيمة انّما لزم بسبب التلف الحاصل في يد الممسك

---

(١) عوالي اللآلي: الفصل التاسع ح ١٧٢ ج ١ ص ٢٤٤.

فكان الضمان مستقرّاً عليه، فعلى هذا إن رجع عليه لم يرجع على الآخر، وإن رجع عن الآخر رجع عليه.

ويحتمل استقرار الضمان عليهما، فيرجع الغارم على الآخر بالنصف. هذا كلّه اذا كان تلف العين في يد الممسك لابسببه، أمّا اذا كان بسببه أو بسبب غيره استقرّ الضمان على المتلف قطعاً.

قوله رحمه الله: «ولو أتلف الرهن أجنبي فعليه القيمة تكون رهناً في العدل وله المطالبة بها، وهل له بيعها بالإذن في بيع الأصل؟ الأقرب المنع».

أقول: وجه القرب انّ الإذن له كان في بيع العين المرهونة وهذه غيرها، ولايلزم من الإذن في بيع إحداهما الإذن في بيع الأُخرى. ويحتمل ضعيفاً الجواز؛ لأنّها عوض الرهن فلها حكمه، ولهذا كانت رهناً بمجرّد رهن الأصل من غير حصول عقد عليها، ولما كان مأذوناً له في بيع الرهن، ولهذه حكمه جاز له البيع.

قوله رحمه الله: «لو تلف الثمن في يده من غير تفريط فلا ضمان، والأقرب انّه من ضمان الراهن؛ لأنّه وكيله، ويحتمل المرتهن؛ لأنّ البيع لأجله».

أقول: مراد المصنّف اذا باع العدل الرهن بإذنهما فتلف الثمن في يده من غير تفريط فلا ضمان عليه؛ لأنّه أمين ولم يفرط، وهل هو من ضمان الراهن أو المرتهن؟ يحتمل كلّ منهما لما ذكره.

قوله رحمه الله: «لو ادّعى العدل دفع الثمن الى المرتهن قبل قوله في حقّ الراهن؛ لأنّه وكيله على إشكال».

أقــول: ينشأ من المنع من قبول قول الوكيل في ذلك لتقصيره بترك الإشهاد، وممّا ذكره المصنّف.

قــوله رحمــه الله: «ولا يـقبل قـوله في حـقّ المرتهن ـ الى قوله: ـ ويحتمل قـبول قـوله عـلى المرتهن في إسقاط الضمان عن نفسه لا عن غيره، فعلى هذا اذا حلف العدل سقط الضمان عـنه ولم يثبت على المرتهن انّه قبضه».

أقــول: هذه من تتمّة المسألة وهو انّه اذا ادّعى العدل انّه باع الرهن وقـبض الثمن وسلّمه الى المرتهن لايقبل قوله على المرتهن في التسليم إليه؛ لأنّ العدل مدّعٍ والمرتهن منكر واليمين على المنكر.

ويحتمل قبول قوله في إسقاط الضمان عنه لكونه أميناً لهما، ولأنّ الأصـل عـدم الضمان، فاذا حلف انّه سلّم الثمن الى المرتهن لم يثبت التسليم بالنسبة الى المرتهن، بل بالنسبة الى سقوط الغرم عنه ودَين المرتهن بحاله.

قوله رحمه الله: «وان كـــان وكـيلاً فـالأقرب جواز بيعه من نفسه بثمن المثل».

أقــول: قد تقدّم في باب البيع الخلاف في هذه المسألة، والأقرب عند المصنّف الجواز؛ لأنّ التوكيل في البيع اقتضى بيعه بثمن المثل، ولا دلالة فيه على تخـصيص بعض بجواز الابتياع دون غيره فكان له الشراء لنفسه.

قوله رحمه الله: «فإن تصرّف بركوب أو سُكنى أو لبن وشبهه فعليه الأُجرة والمثل ويقاص والمؤونة، فإن تلف ضمن قيمته إن لم يكن مثلياً قيل: يوم قبضه، وقيل: يوم هلاكه، وقيل: الأرفع».

أقول: يريد انّه يضمن بالتصرّف بالأشياء المذكورة أُجرة السكنى والركوب ومثل اللبن، فإن تلف الرهن بعد تصرّفه ضمن القيمة إن كان من ذوات القيم.

واختلف الفقهاء في وقت اعتبار قيمته متى هو؟ قال الشيخان: يوم التلف[١].

وقال ابن الجنيد: فإن تعدّى المرتهن في الرهن واستهلكه ضمن أرفع القيم من يوم استهلاكه الى أن يحكم عليه بقيمته[٢].

وأمّا القول: بأنّ عليه القيمة يوم قبضه فشيء نقله المصنّف وابن سعيد[٣]، ولم نقف على ذلك إلّا من نقلهما.

قوله رحمه الله: «والأقرب عدم دخول المتجدّدة إلّا مع الشرط».

أقول: اختلفوا في نماء الرهن اذا تجدّد بعد الارتهان وكان منفصلاً كالولد

---

(١) المقنعة: كتاب التجارة باب الرهون ص ٦٢٣، النهاية ونكتها: كتاب التجارة باب الرهون وأحكامها ج ٢ ص ٢٤٤.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون وتوابعها في الرهن ص ٤١٧ س ٦.

(٣) شرائع الاسلام: كتاب الرهن الخامس في المرتهن ج ٢ ص ٨٠.

والثمرة، فقال أكثر أصحابنا: إنّه يدخل، ذهب إليه المفيد[١]، وابن الجنيد[٢]، وأبو الصلاح[٣]، وابن البرّاج[٤]، وابن حمزة[٥]، وابن ادريس[٦].

وللشيخ قولان أحدهما: انّه يدخل، قاله في النهاية[٧].

والآخر: انّه لايدخل قاله في المبسوط[٨] والخلاف[٩]، وهو الأقرب عند المصنّف.

واستدلّ على ذلك في المختلف بأصالة عدم الدخول. وبرواية السكوني في الموثّق، عن جعفر، عن أبيه، عن أبائه عليهم السلام قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: الظهر يركب اذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركبه النفقة، والدرّ يشرب اذا كان مرهوناً، وعلى الذي يشرب نفقته. فأثبت صلّى الله عليه وآله للرهن منفعة الحلب والركوب، وليس ذلك للمرتهن إجماعاً؛ لانتفاء ملكه، فينبغي أن يكون للراهن. وعن اسحاق بن عمار في الصحيح، عن أبي ابراهيم عليه السلام قلت: فإن رهن داراً لها غلّة لمن الغلّة؟ قال: لصاحب الدار[١٠].

وأقول: إنّ المصنّف استدلّ بهذين الخبرين على غير محلّ النزاع؛ لأنّه استدلّ

---

(١) المقنعة: كتاب التجارة باب الرهون ص ٦٢٣.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون وتوابعها ص ٤١٨ س ٧.

(٣) الكافي في الفقه: فصل في أحكام الرهن ص ٣٣٤.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون وتوابعها ص ٤١٨ س ٧.

(٥) الوسيلة: فصل في بيان حكم الرهن ص ٢٦٥.

(٦) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب الرهون وأحكامها ج ٢ ص ٤٢٣ ـ ٤٢٤.

(٧) النهاية ونكتها: كتاب التجارة باب الرهون وأحكامها ج ٢ ص ٢٥١.

(٨) المبسوط: كتاب الرهن في أحكام الرهن ج ٢ ص ٢٣٧.

(٩) الخلاف: كتاب الرهن المسألة ٥٨ ج ٣ ص ٢٥١.

(١٠) مختلف الشيعة: كتاب الديون وتوابعها الفصل الثالث في الرهن ص ٤١٨ س ٨.

بالرواية الأُولى على أنّ للرهن منفعة وليست للمرتهن بالإجماع، ولانتفاء ملكه فيكون للراهن. والرواية الأُخرى على أنّ منفعة الدار لصاحبها، وذلك ممّا لا نزاع فيه، فإنّ الفقهاء كلّهم اتفقوا على أنّ النماء المتجدّد ملك الراهن، لكنّ الخلاف في أنّه هل يدخل في الرهن أم لا؟ واستدلاله لايعطي شيئاً من ذلك أصلاً.

بقي ممّا استدلّ به على أصالة عدم الدخول، ولا ريب فيه، إلّا أنّ لقائل أن يقول: حكم الأصل يجب مخالفته لقيام ما يدلّ على خلافه وهو ثابت هاهنا، فانّ النماء المتجدّد يتبع الأصل، والأصل قد تعلّق به حقّ المرتهن فكذلك ما يتبعه، ولأنّه الأشهر بين الأصحاب، حتى انّ ابن ادريس ادّعى على ذلك إجماع أهل البيت عليهم السلام[1]، والذي خالف في ذلك الشيخ في بعض أقواله.

قوله رحمه الله: «وكذا ما ينبت في الأرض بعد رهنها، سواء أنبته الله تعالى أو الراهن أو أجنبي ـ الى قوله: ـ وفي دخول الأُسّ تحت الجدار، والمغرس تحت الشجر، واللبن في الضرع، والصوف المستجزّ على ظهور الحيوان، وأغصان الشجر نظر».

أقول: أي لايدخل في الرهن ما ينبت في الأرض المرهونة بعد رهنها، وهل يدخل ما ذكره؟ فيه نظر، منشأه من أنّها مغايرة للرهن فلا يدخل، ومن أنّها تابعة للأصل.

---

(١) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب الرهون وأحكامها ج ٢ ص ٤٢٤.

قوله رحمه الله: «والأقرب جواز إجبار الراهن على الإزالة».

أقول: هذا راجع الى ما تقدّم من عدم دخول ما ينبت في الأرض بعد رهنها من النخل والشجر، وهل للمرتهن إجبار الراهن على الإزالة؟

قال الشيخ في المبسوط: لا، فانّه قال فيه: ولو رهن أرضاً بيضاء فسال إليها نواة فنبتت أو أنبت الراهن فيها نخلاً أو شجراً لم يُجبر الراهن على الإزالة[١].

والأقرب عند المصنّف جواز إجباره على الإزالة لإمكان استلزامه دخول النقص على الرهن، ولأنّه تصرّف ممنوع منه، لقوله صلّى الله عليه وآله: «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرّف في الرهن»[٢].

قوله رحمه الله: «ولو رهن ما يمتزج بغيره كلقطة من الباذنجان صحّ إن كان الحقّ يحلّ قبل تجدّد الثانية أو بعدها، وان لم يتميّز على رأي».

أقول: خالف الشيخ في ذلك فانّه قال: فإن كان الحقّ متأخّراً الى أجل يحصل معه اختلاط الرهن بغيره بحيث لا يتميّز بطل[٣].

قوله رحمه الله: «والخصم في بدل الرهن الراهن، فإن امتنع فالأقرب أنّ للمرتهن أن يخاصم».

---

(١) المبسوط: كتاب الرهن ج ٢ ص ٢١٦.

(٢) لم نعثر عليه في المصادر الروائية من العامّة والخاصّة، ونقله العلّامة في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل الثالث في الرهن ص ٤٢١ س ٤.

(٣) المبسوط: كتاب الرهن ج ٢ ص ٢٤٢.

أقــول: لو أتلف الرهن متلف وحصل اختلاف بين الراهن والمتلف في عوض الرهن إمّا في مقداره أو في أصله فالخصومة بين المتلف وبين الراهن؛ لأنّه ملكه وهو ظاهر، فاذا امتنع هل للمرتهن أن يرافعه الى الحاكم ويخاصمه؟ يحتمل ضعيفاً العدم؛ لأنّه ليس مالكاً وليست له ولاية شرعية بوكالة أو غيرها.

والأقرب عند المصنّف انّ له الخصومة؛ لأنّ له حقّاً وهو ارتهان القيمة، وكلّ ذي حقّ يجوز له الخصومة لأجل حقّه.

قوله رحمه الله: «ولو نكل الغريم حلف الراهن، فإن نكل ففي إحلاف المرتهن نظر».

أقــول: وجه النظر من أنّ له أن يحاكم، وأنّ له حقّاً فجاز أن يحلف لإثباته.

ومن حيث إنّ يمينه لإثبات مال الغير، فانّ ثبوت الرهن فرع ثبوت الملك للراهن، ولايجوز ثبوت ذلك بيمين غيره.

قوله رحمه الله: «فإن عفا فالأقرب أخذ المال في الحال لحقّ المرتهن، فإن انفكّ ظهر صحّة العفو، وإلّا فلا».

أقــول: يريد انّه لو ثبت الحقّ على المتلف بإقرار أو بيّنة أو يمين المالك ـ مثلاً ـ فعفا المالك وأبرأ المدّعى عليه من العوض هل يصحّ عفوه أم لا؟ يحتمل ذلك؛ لأنّ العوض ملكه فجاز له إسقاطه.

والأقرب انّه يأخذ منه في الحال، بمعنى انّه لايحكم بفساد[1] العفو ولا لزومه في

---

(١) في ج: «بإنقاذ».

الحال؛ لأنّ للمرتهن فيه حقّاً، فليس للمالك إسقاطه وإنّما له إسقاط حقّه لولم يتعلّق به حقّ الغير، فاذا استوفى الحقّ من المدّعى عليه فإن سقط الدَين بقضاء أو أبرأ أو غيرهما تبيّنا صحّة العفو، والإبراء وان لم يسقط كان للمرتهن استيفاء حقّه منه، فإن استغرقه الدَين تبيّنا بطلان العفو، وان فضل منه شيء سقط عن ذمّة المدّعى عليه وتبيّنا صحّة العفو فيه.

قوله رحمه الله: «ولو أبرأ المرتهن لم يصحّ والأقرب بقاء حقّه، فإنّ الإبراء الفاسد يفسد ما يتضمّنه، كما لو وهب الرهن من غيره».

أقول: لو انعكس الفرض فأبرأ المرتهن المدّعى عليه لم يصحّ؛ لأنّه إبراء من مال الغير بغير إذنه فكان باطلاً، وهل يبطل حقّه من الارتهان بذلك؟ فيه نظر، من حيث إنّ الإبراء يقتضي سقوط حقّ الرهانة؛ لاقتضائه سقوط الحقّ المستلزم لسقوط حقّ الرهانة. ومن الوجه الذي ذكره المصنّف وهو انّ الإبراء باطل، والإبراء الفاسد يبطل ما يتضمّنه، كما لو وهب الرهن من غيره.

قوله رحمه الله: «لو أدّى بعض الدَين بقي كلّ المرهون رهناً بالباقي على إشكال، أقربه ذلك إن شرط كون الرهن رهناً على الدَين وعلى كلّ جزء منه».

أقول: ينشأ من كون مجموع الرهن في مقابلة مجموع الدَين إن اقتضى أن تكون الأجزاء في مقابلة الأجزاء كان لذلك القدر المعيّن من الرهن ما يقابله، وقد

قضى فيخرج عن الرهانة، وان لم يقتض لزم خروج الجميع عن الرهن؛ لأنّه انّما كان مجموع الرهن على مجموع الدَين وقد زال.

ومن انّ الراهن جعل ذلك الرهن بجملته وثيقة لدَينه، والدَين يتحقّق ببقاء جزء منه.

والأقرب عند المصنّف الأوّل، إلّا أن يجعله رهناً على الدَين وعلى كلّ جزء منه فانّه لا ينفكّ بقضاء البعض قطعاً.

قوله رحمه الله: «ولو دفع أحد الوارثين نصف الدَين لم ينفكّ نصيبه على إشكال».

أقول: يريد لو مات الراهن عن وارثين متساويين في الاستحقاق كابنين ـ مثلاً ـ فأدّى أحدهما نصف الدَين لم ينفكّ نصيبه على إشكال.

ينشأ من أنّ حكمهما حكم مورثهما، وحكم مورثهما انّه لو قضى البعض لم ينفكّ شيء من الرهن إن قلنا بذلك.

ومن أنّ المؤدّي دفع ما يختصّ به، فلو لم تنفكّ حصّته لزم الضرر عليه.

قوله رحمه الله: «أمّا لو تعلّق الدَين بالتركة فأدّىٰ أحدهما نصيبه فالأقرب انفكاك حصّته، إذ لا رهن حقيقي هنا».

أقول: ويحتمل عدم الانفكاك، لقوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دَين﴾[1] والمصنّف بنى ذلك على مذهبه من انتقال التركة الى الوارث،

---

(١) النساء: ١١.

وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى.

قوله رحمه الله: «واذا قال المالك: بع الرهن لي واستوف الثمن لي ثمّ اقبضه لنفسك فالأقرب صحّة الجميع».

أقول: الكلام هنا في موضعين:

أحدهما: في جواز أن يوكّل الراهن المرتهن في البيع والقبض له، ولا ريب انّ المشهور جواز ذلك.

وقال ابن الجنيد: لو وكّل المرتهن في بيعه لم يكن له بيع ذلك، وخاصّة إن كان ممّا يحتاج الى استيفاء أو وزن، أو أراد المرتهن شراؤه أو بيعه لولدٍ أو شريكٍ أو من يجري مجراهما[1]. وهذا الكلام يحتمل الكراهية لما فيه من التهمة.

الثاني: في أنّه يقبض لنفسه من نفسه، وقد تقدّم ذكر الخلاف في جواز تولّي طرفي القبض. والمصنّف قال: الأقرب جواز الجميع، عملاً بأصالة الجواز السالم عن معارضة ما يدلّ على المنع.

قوله رحمه الله: «ولو ادّعيا على واحدٍ رهن عبده عندهما فصدّق أحدهما خاصّة فنصفه مرهون عند المصدّق، فلو شهد للآخر فإشكال، ينشأ من مشاركة الشريكين المدّعيين حقّاً فيما يصدّق الغريم أحدهما عليه أولا، فإن قلنا بالتشريك لم يقبل وإلّا قبلت».

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل الثالث في الرهن ص ٤٢٢ س ٢٩.

أقــول: يحتمل التشريك؛ لأنّهما ادّعيا رهنه على دَينهما، فأيّ جزء منه فرض كانا فيه سواء؛ لعدم أولوية أحدهما على الآخر بزعمهما.

ويحتمل عدم التشريك؛ لأنّ كلّاً منهما له نصف مشاع لا شركة للآخر فيه، وإلّا لما صحّ دعواه به دون صاحبه، ولم يكن له الحلف عليه عند الردّ؛ لامتناع أن يحلف لإثبات مال غيره شرعاً، وهو باطل اتفاقاً.

قوله رحمه الله: «ولو اختلفا في متاع فادّعى أحدهما انّه رهن وقال المالك: هو وديعة قدّم قول المالك مع اليمين على رأي».

أقــول: هذا قول الشيخ في النهاية[١]، وبه قال ابن البرّاج[٢]، وابن ادريس[٣]، وأبو الصلاح[٤].

وقال محمد بن بابويه في المقنع: القول قول صاحب الرهن، وعلى صاحب الوديعة البيّنة[٥]، وهو اختيار الشيخ في الاستبصار[٦].

قوله رحمه الله: «أمّا لو ادّعى البائع اشتراط رهن العبد على الثمن فقال المشتري: بل الجارية احتمل تقديم قول الراهن، وهو الأقوى، والتحالف، وفسخ البيع».

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب الرهون وأحكامها ج ٢ ص ٢٤٦ ـ ٢٤٧.

(٢) المهذّب: كتاب الرهن ج ٢ ص ٦٩.

(٣) السرائر: باب الرهون وأحكامها ج ٢ ص ٤٢١.

(٤) الكافي في الفقه: فصل في أحكام الرهن ص ٣٣٥.

(٥) المقنع: باب الرهن ص ١٢٩.

(٦) الاستبصار: ب ٨١ انّه اذا اختلف نفسان... ذيل الحديث ٣ ج ٣ ص ١٢٣.

أقول: وجه القوّة انّ الراهن منكر لما ادّعاه المشتري من رهنية الجارية، فيكون قوله مقدّماً مع اليمين على قول المشتري؛ لأنّه مدّعٍ؛ للخبر.

ويحتمل التحالف؛ لاتفاقهما على اشتراط أحدهما، والعقد المشروط فيه العبد غير العقد المشروط فيه الأمة، فقد تداعيا عقدين مختلفين، وكلّ منهما منكر لما يدّعيه الآخر فيتحالفان ويفسخ البيع.

قوله رحمه الله: «ولو قال: دفعت ما على الرهن من الدَينين صدق مع اليمين دون صاحبه، أمّا لو أنكر الغريم القبض قدّم قوله، ولا فرق بين الاختلاف في مجرّد النيّة أو في اللفظ، ولو قال: لم أنوِ عند التسليم أحد الدَينين احتمل التوزيع، وأن يقال له: اصرف الأداء الآن الى ما شئت، وكذا نظائره».

أقول: لو كان لواحد عند آخر دَينان عشرة برهن ـ مثلاً ـ وعشرة بغير رهن، فدفع إليه عشرةً ثمّ قال المديون: لم أنوِ عند الدفع أحد الدَينين بعينه وانّما دفعت العشرة قضاء لاغير احتمل فيه وجهان، أحدهما: التوزيع، إذ حكم الدَينين مختلف بل متناقض، فإن صرفها الى مائة رهن يقتضي انفكاك الرهن وبقاء الآخر بغير رهن، وصرفها الى الآخر يقتضي بقاء الرهن، وذلك تناقض، ولا أولوية لأحدهما على الآخر، فيوزّع عليهما بالنسبة، ففي هذا المثال بالسوية.

ويحتمل أن يقال للمديون: اصرف الآن العشرة الى ما شئت من الدَينين؛ لأنّ ذلك راجع وموكول إليه لو نواه ابتداءً فكذا انتهاءً، وكذا نظائر ذلك كما مثّله المصنّف.

قوله رحمه الله: «ولو أخذ من المماطل قهراً فالاعتبار بنيّة الدافع، ويحتمل نيّة القابض».

أقول: يعني: لو كان له دَينان وبأحدهما رهن وكان الغريم مماطلاً ولم يتمكّن من إثبات حقّه عند الحاكم بحيث يستوفى له فأخذ منه قهراً من جنس الدَينين، كان الاعتبار بنيّة الدافع ـ يعني بعد الأخذ ـ لأنّه عند الأخذ لم يسلّم باختياره حتى يكون ناوياً للدفع، وانّما قلنا: الاعتبار بنيّته؛ لأنّ له تعيين القضاء وتخصيص كلّ واحد منهما بالقضاء، فكان الاعتبار بقصده وإرادته.

ويحتمل أن يكون الاعتبار بنيّة الأخذ؛ لأنّه بالمماطلة انتقلت ولاية الاستيفاء والقضاء إليه، فكان الاعتبار بقصده وإرادته.

قوله رحمه الله: «ويقدّم قول الراهن في عدم الردّ مع اليمين، وفي قدر الدَين على رأي».

أقول: اذا اختلف الراهن والمرتهن في قدر ما على الرهن من الدَين فالمشهور انّ القول قول الراهن مع يمينه وعدم البيّنة، ذهب الى ذلك الشيخ في كتبه[١]، وبه قال محمد بن بابويه[٢]، وأبو الصلاح[٣]، وابن البرّاج[٤]، وابن حمزة[٥]، وابن ادريس[٦].

---

(١) الخلاف: كتاب الرهن المسألة ٥٧ ج ٣ ص ٢٥٠، المبسوط: كتاب الرهن ج ٢ ص ٢٣٦.

(٢) المقنع: باب الرهن ص ١٢٩.

(٣) الكافي في الفقه: فصل في أحكام الرهن ص ٣٣٥.

(٤) المهذّب: كتاب الرهن ج ٢ ص ٦٩.

(٥) الوسيلة: فصل في بيان حكم الرهن ص ٢٦٥.

(٦) السرائر: باب الرهون وأحكامها ج ٢ ص ٤٢١.

وقال ابن الجنيد: والمرتهن يصدّق في دعواه حتى يحيط بالثمن[١].

قوله رحمه الله: «أمّا لو أقرّ في مجلس القضاء بعد توجّه دعواه فالوجه انّه لا يلتفت إليه».

أقول: يريد انّ الراهن اذا أقرّ بالإقباض ثمّ حضر وادّعى الغلط في إخباره بالقبض كان القول قول المرتهن مع اليمين، بخلاف مالو كان اعترافه بالقبض في مجلس الحاكم بعد ادّعاء عدم الإقباض وتوجّه اليمين له فانّه حينئذٍ لا يلتفت الى دعواه بعد ذلك بعدم القبض، ولا يمين له على خصمه؛ لأنّه يكون مكذّباً لنفسه. ولأنّه حالة التداعي ليست حالة مواطاة على الاشهاد ولا غلط فكان الأصل عدم سماعها، وانّما سمعت هاهنا قضاءً للعرف، بخلاف الدعوى عقيب الإقرار في مجلس الحكم عند توجّه الدعوى فانّه لا عرف ولا عادة تقتضي ذلك، بل هو تكذيب محض لنفسه فلم يكن مسموعاً.

قوله رحمه الله: «ولو قال الراهن: اعتقته أو غصبته أو جنى عليَّ فلان قبل أن رهنت حلف المرتهن على نفي العلم وغرّم الراهن للمقرّ للحيلولة. ولو نكل فالأقرب إحلاف المقرّ له لا الراهن، فيباع العبد في الجناية والفاضل رهن، امّا العبد فيعتق. ولو نكل المقرّ له احتمل الضمان لاعترافه بالحيلولة، وعدمه لتقصيره بالنكول مع

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون وتوابعها الفصل الثالث في الرهن ص ٤١٧ س ١٢.

تمكين المقرّ بإقراره، والمرتهن بنكوله، وغرامته للعبد بفكّه من الرهن عند الحلول، فإن تعذّر وبيع وجب فكّه بالقيمة مع البذل، وبالأزيد على إشكال. فإن أُعتق فلا ضمان إلّا في المنافع التي استوفاها المشتري لاغيرها، إذ منافع الحرّ لا تضمن بالفوات، وقبله يضمنها لما يتبع به بعد العتق كالجناية. وان كوتب بالقيمة أو بالأدون أو بالأزيد مع عدم التخلص إلّا به وجب على المقرّ تخليصه به، فإن سعى العبد ضمن الأُجرة خاصّةً على الأقوى بخلاف الميراث. وان أُعتق من الزكاة فلا ضمان فيه، وكذا لو أبرأه السيد. ولو عجز عن أداء الجميع وجب دفع ما يتمكّن منه، ولو كانت مشروطة فدفع القيمة لعجزه عن تمام مال الكتابة ثمّ استرقّ رجع المقرّ بما دفعه في التخليص. ولو جنىٰ على عبد المقرّ أو نفسه أو مورثه وكان عبداً أو مكاتباً أخلص منه بقدرها. ولو أوصىٰ لشخصٍ بخدمته دائماً ولآخر برقبته فأُعتق ضمن له أُجرة المثل لكلّ خدمة مستوفاة. ولو مات عبداً ضمن لوارثه الحرّ أُجرة منافعه المستوفاة وما وصل الىٰ مولاه من كسبه، ولو

أعتقه فأخذ كسبه بالولاء ضمنه الإمام. ولو انتقل الىٰ مورث المقرّ فأعتقه في كفّارةٍ أو نذرٍ غير معيّن وحاز المقرّ التركة أو بعضها أخرج الكفّارة أو النذر. ولا يزاحم الديون والوصايا مع التكذيب. ولو استولدها المشتري لم يجب على الولد نصيب المقرّ لو كان وارثاً، ولا يحسب من مال المشتري بالنسبة الى المقرّ، فلا يخرج ما أوصى له به المشتري منه، إلّا في أخذه في دَينه لو دفع إليه فيعتق عليه».

أقول: هذه المسألة تشتمل على أبحاثٍ مهمةٍ فلنذكرها أجمع ونوضحها، ونذكر وجه الإشكال، ووجه القرب فيما ذكره في موضعها إن شاء الله تعالىٰ.

فنقول: اذا رهن الانسان عبداً ثمّ اعترف بعد وقوع الرهن ولزومه انّ العبد المرهون كتب قد أعتقتهُ قبل رهني له، أو ليس ملكاً لي وانّما غصبتهُ من فلانٍ، أو انّه كان قد جنى قبل رهني له على فلانٍ فلا يخلو إمّا أن يصدّق المرتهنُ على ذلك أو لا، فإن صدّق بطل الرهن وحكم بعتقه في صورة العتق، وفي صورة الإقرار بالغصب فيسلّم الى المغصوب منه، وفي صورة الجناية تتعلّق الجناية برقبة العبد، وذلك كلّه ظاهر.

وإن أنكر المرتهن ذلك فإن ادّعى الراهن أو العبد المقرّ بعتقه أو المغصوب منه أو المجنى عليه أو وليّه علم المرتهن بذلك توجّهت اليمين على المرتهن، فيحلف على نفي علمه بذلك ويبقى الرهن بحاله. وإن نكل المرتهن عن اليمين وقال: لا أحلف فهل

يتوجه اليمين على الراهن أو على المقرّ له من العبد أو من المغصوب منه أو المجني عليه؟

الأقرب عند المصنّف الثاني؛ لأنّ الراهن قد اعترف انّه لا حقّ له في العبد على تقدير العتق والغصب وحقّ الجناية يتعلّق بالمجني عليه أو وليّه، فلو حلف لكان قد أثبت يمينه حقّاً لغيره، وقد تبيّن في باب الأيمان انّه ليس لأحدٍ أن يحلف لإثبات حقّ غيره، وحينئذٍ يحلف صاحب الحقّ وهو المقرّ له ويبطل الرهن في صورة العتق ويحكم بحرّيته، وفي صورة الغصب يأخذه المقرّ له، امّا صورة في الجناية فانّها تتعلّق برقبته ويباع منه بقدرها، فإن بقي منه شيء فهو رهن وإلّا يبطل، وإن نكل المقرّ له عن اليمين أيضاً فهل للمقرّ له تضمين المقرّ أم لا؟ فيه احتمالان:

أحدهما: له ذلك؛ لأنّه اعترف انّه حال بين المقرّ له وبين حقّه كرهنه عند الغير.

والآخر: عدم الضمان؛ لأنّ المقرّ له متمكّن من استيفاء حقّه بيمينه، وكلّ من المقرّ والراهن والمرتهن قد مكّنه من استيفاء حقّه بيمينه. أمّا الراهن فلإقراره له بحقّه، وأمّا المرتهن فلنكوله عن اليمين فيكون كمن سلّم إليه حقّه ليأخذه فتركه مختاراً، واذا وجب على المقرّ الغرم والضمان ماالذي يغرم للمقرّ له؟

نقول: امّا غرامته للمغصوب منه فقيمة المغصوب؛ لأنّه قد تعذّر عليه ردّ العين المغصوبة فكان عليه قيمتها. وأمّا المجنى عليه فيغرم له أرش الجناية أو أقلّ الأمرين منه ومن قيمة العبد الجاني على اختلاف القولين، وهذان الحكمان لظهورهما لم يتعرّض لهما المصنّف هنا، ولأنّه قد سبق في الكتاب ذلك. وامّا غرامته للعبد، فبأن يفكّه بأداء الدَين إن كان حالاً في الحال، وإن كان مؤجّلاً فعند حلول الأجل.

وأقول: ولو رضي المرتهن بقبض دَينه قبل الأجل وجب فكّه في الحال أيضاً

لاعترافه بحرّيته، فلايجوز استدامة الرهن عليه مع القدرة على افتكاكه، وفي باقي هذه المسألة فروع.

(أ) اذا تعذّر على المقرّ افتكاكه بالدَين وباعه المرتهن في دَينه فانّه يجب على المقرّ شراؤه مع بذل مشتريه ورضاه ببيعه، وحينئذٍ إمّا أن يرضى ببيعه بقيمته أو بأنقص أو بأزيد، فإن رضي ببيعه بقيمته وجب افتكاكه بها، وكذا إن بذله للبيع بأنقص. وأمّا اذا لم يرض ببيعه إلّا بالأزيد من قيمته فهل يجب شراؤه بالزيادة؟ فيه إشكال.

ينشأ من أنّه قد يؤدّي الى الضرر العظيم، بأن يطلب في ثمنه أضعاف قيمته، بحيث يحيط بجميع ما يملكه الراهن.

ومن وجوب افتكاك الحرّ الذي حال بينه وبين نفسه برهنه.

(ب) اذا أعتق هذا العبد قبل أن يستوفي المشتري شيئاً من منافعه فلا ضمان على المقرّ؛ لأنّ وجوب الضمان انّما كان للحيلولة وقد زالت بعتقه، ومنافعه لم يفوّتها عليه المشتري إلّا بالاستيفاء، فلم يكن هناك ما يوجب الضمان في العين ولا في المنفعة.

(ج) لو أعتق بعد أن استوفى المشتري شيئاً من منافعه كالخدمة ـ مثلاً ـ فللعبد المعتق مطالبة المقرّ بأُجرة تلك المنافع التي استوفاها المشتري لاغيرها، أي دون المنافع التي لم يستوفها المشتري، بل فاتت من غير استيفاء. أمّا ضمان المنافع المستوفاة فلأنّها منافع متفوّتة لم يتبرّع بها المعتق على المشتري، بل استوفاها المشتري بسبب حيلولة المقرّ بينه وبين نفسه بالرهن، فكان له الرجوع عليه بأُجرتها. وأمّا غير المستوفاة فلأنّ منافع الحرّ لاتضمن بالفوات بل بالتفويت، وهذه فاتت من غير تفويت، فلم تكن مضمونة.

(د) اذا كان في ذمّة هذا العبد أموال بحيث يتبع بها بعد العتق، كما لو أقرّ الراهن

بأنّه جنى على غيره ولم يصدّقه المشتري، أو ثبت أنّه أتلف مالاً على الغير، أو أقترض بغير إذن السيد وتلف من يده، أو تزوّج من غير إذن سيده ودخل مع جهل الزوجة، فكلّ هؤلاء قبل عتقه لهم يضمن المقرّ أُجرة المنافع التي استوفاها المشتري؛ لأنّها بزعم الراهن منافع مستحقّة للمقرّ له بالعتق، ولا سبيل للمقرّ له بالعتق على مشتريه المباشر لاستيفائها؛ لأنّه رقّ بالنسبة إليه، فتكون لازمة للمقرّ لكونه سبباً للحيلولة بينه وبينها، وأرباب الحقوق لهم الرجوع في مال المعتق بعد عتقه وهي بزعم المقرّ مال للمعتق، فكان لهم الرجوع عليه بها ويضمنها لهم قبل عتقه، كما يضمن أرش الجناية التي اعترف بصدورها من العبد قبل عتقه أيضاً؛ لأنّه في كلّ واحدة من الصورتين قد حال بين ذي الحقّ وحقّه.

(هـ) كاتبه المشتري بقدر قيمته أو بأنقص منها، يجب عليه افتكاله، بأن يدفع الى سيده[1] مال الكتابة.

(و) كاتبه على أزيد من قيمته، ولم يتمكّن من التخلّص إلّا بأداء مال الكتابة وجب عليه تخليصه بالأزيد؛ لوجوب التخليص الذي لايتم إلّا بدفع الزائد.

(ز) كاتبه المشتري وسعى العبد في أداء مال الكتابة لزم المقرّ أن يدفع الى المقرّ بعتقه أُجرة سعيه لا مال الكتابة؛ لأنّ ذلك في حكم المنفعة المستوفاة، وقد تقدّم أنّ عليه ضمان أُجرتها.

وأقول: يمكن أن يقال: يضمن المقرّ أكثر الأمرين من أُجرة سعيه، وما سلّمه الى سيده من مال الكتابة؛ لأنّ الأُجرة إن كانت أكثر فالسيد سبب في تفويت تلك

---

(١) في ج: «بأن يدفع إليه سيده».

المنافع عليه، فكان عليه ضمان أُجرتها كما لو استوفاها، وان كان ما أدّاه أكثر فلأنّ السيد سبب في إتلاف ذلك الأكثر عليه.

(ح) كاتبه المشتري ولم يسع العبد فيها، بل دفع الى السيد مال الكتابة من مال الزكاة وأبرأه مولاه من مال الكتابة لم يضمن المقرّ للعبد شيئاً؛ لأنّه لم يفوّت عليه شيئاً، وقد حصل العتق.

(ط) لو عجز عن دفع جميع مال الكتابة وتمكّن من دفع البعض وجب عليه دفع ما تمكّن منه؛ لدخول ذلك فيما وجب عليه فكان واجباً.

(ي) لو كان عاجزاً عن أداء الجميع ـ كما مرّ ـ فدفع البعض ثمّ استرقّ العبد؛ لعجزه عن أداء تمام مال الكتابة، رجع المقرّ على المشتري المكاتب بما دفعه إليه في التخليص؛ لأنّ الدافع لم يتبرّع بالدفع ولاقضى به ما وجب على العبد لاعتقاده فساد الكتابة، فيكون المكاتب حرّاً لايلزمه شيء، وانّما اُلزم بدفع مال الكتابة توصّلاً الى تحصيل الحرّية المقرّ بها ولم يحصل، فكان له استعادة المدفوع.

(يا) اذا جنىٰ هذا العبد بعد بيعه في الدَين على عبد المقرّ أو على نفسه أو على من يرثه المقرّ ولم يكن قد تحرّر بل كان باقياً على الرقّية أو مكاتباً خلص من العبد بقدر تلك الجناية، فإن أحاطت بقيمته حكم بحرّيته أجمع، وإلّا حكم بحرّية ما قابلها منه؛ لأنّه بزعم المشتري رقّ وقد تعلّقت الجناية برقبته، وان كان للمجنى عليه أو لمولاه أو لوارثه وهو هاهنا المقرّ أن تملّك منه بقدر تلك الجناية، فاذا ملّك منه شيئاً عتق عليه؛ لأنّه حرّ بإقراره، وانّما منع من الحكم بها لحقّ المشتري، وقد زال بدفعه في الجناية.

(يب) لو أوصىٰ مشتري هذا العبد بخدمته لواحدٍ وبرقبته لآخر فأعتقه الموصى

له برقبته وبقي يخدم الموصى له بخدمته بحكم الوصية رجع العبد على المقرّ بعتقه بكلّ منفعة مستوفاة، دون المنافع الفائتة من غير استيفاء كما تقدّم.

(يج) الفرع بحاله لكنه لم يعتق، بل مات رقاً، فان خلّف وارثاً آخر كان للوارث الرجوع على المقرّ بأُجرة المنافع المستوفاة، وما وصل الى مولاه من كسبه.

وأقول: قوله «وما وصل الى مولاه من كسبه» يؤكّد ما قلناه من ضمان المقرّ لأكثر الأمرين من مال الكتابة والأُجرة.

(يد) لو أعتقه المشتري تبرّعاً وثبت له عليه الولاء، فاذا مات وخلّف مالاً ولا وارث له إلّا مولاه فأخذ كسبه بالولاء ضمنه المقرّ للإمام؛ لأنّه باقراره حقّ للإمام وقد حال بينه وبينه وبرهنه.

وأقول: هذا انّما يتأتّى لو كان الراهن قد اعترف بعتقه على وجه لايكون له عليه ولاء، كالعتق في الكفّارة والنذر وأشباه ذلك.

(يه) لو انتقل هذا العبد الى من يرثه المقرّ فأعتقه في كفّارة أو نذر كعتق رقبة غير معيّنة ثمّ مات مولاه وترك مالاً فورثه المقرّ أو ورث بعضه كان عليه أن يخرج الكفّارة ممّا في يده، أو بعتق عبداً عن نذرِ مورثه لاعتقاده بقاء الكفّارة أو النذر؛ لأنّه أعتق حرّاً.

وقوله: «غير معيّن» احترازاً ممّا لو كان قد نذر عتق ذلك العبد، فانّه اذا أعتقه لم يضمن المقرّ للوارث عوضه؛ لعدم وجوب عتق غيره، فلم يكن في ذمّته شيء.

قوله: «ولايزاحم الديون والوصايا» يزيد بذلك لو كان على الميت ديون وأوصى بوصايا لم تكن الكفّارة التي تجب إخراجها ولا العتق المنذور مزاحماً لتلك الديون ولا الوصايا، بمعنى لو قصرت التركة عن الجميع لم يكن له أن يمنعهم عن

بعضها بسبب العتق الواجب؛ لأنّ ذلك حكم متعلّق به خاصّة بسبب إقراره، فلا يكون ماضياً على أرباب الديون ولا الوصايا، وانّما يكون نافذاً على نفسه خاصّة، هذا مع تكذيب أرباب الديون والوصايا له في إقراره، أمّا لو صدّقوه أو بعضهم زاحم المصدّق.

(يو) لو كان الرهن المقرّ بعتقه أمة وبيعت فاشتراها فاستولدها وكان ممّن يرثه المقرّ فمات عن المقرّ، وعن الولد لم يجعل في نصيب الولد بالنسبة الى المقرّ؛ لأنّه يعترف بسبق حرّيتها.

(يز) لو كان قد انتقل المقرّ بعتقه الى من يرثه المقرّ لم يكن محسوباً من جملة أموال الميّت بالنسبة الى المقرّ، ويحسب من أمواله بالنسبة الى غيره، فعلى هذا لو أوصى سيده للمقرّ بشيء من أمواله فانّه يخرج من ثلث المال، فتقوّم أمواله عدا المقرّ بعتقه؛ لأنّه ليس مالاً للميّت بزعمه، فلا تحسب وصيّته منه وتحسب عليه بالنسبة الى غير المقرّ من أموال الميّت، فلو كان للمقرّ على الميّت دَين فدفعوا إليه العبد المقرّ بعتقه لم يكن له الامتناع من أخذه لكونه حرّاً بإقراره؛ لأنّ ذلك غير ماضٍ عليهم، فاذا أخذه حكم عليه بعتقه.

فإن قيل: انّما يجب على صاحب الدَين أن يقبض ما يدفع إليه في دَينه اذا كان من جنس حقّه، والعبد ليس من جنس حقّه، فلا يجب عليه قبضه في دَينه.

قلنا: انّما يجب لأنّ عليه تخليصه اذا بذله، وهنا قد بذلوه فيجب عليه قبوله لتحصيل ما أحال بينه وبينه من العتق.

قوله رحمه الله: «والأقرب انّه أمارة».

أقـول: يريد انّ الشعر الخشن اذا نبت على العانة فالأقرب انّه ليس بـلوغاً، وانّما هو أمارة دالّة على البلوغ؛ لعدم الدليل الدال على كونه بلوغاً، ولا يـلزم مـن الحكم بالبلوغ معه كونه بلوغاً.

قوله رحمـه الله: «بـالسن، وهـو بـلوغ خمس عشرة سنة في الذكر هلالية وتسع في الأُنثى، وفي رواية اذا بلغ الصبي عشراً بصيراً جازت وصيّته وصدقته وأُقيمت عليه الحدود التامّة».

أقـول: هذا طريق ثانٍ من الطرق الثلاثة التي ادّعى حصول البلوغ بها وهو السن، ففي الرجل خمس عشرة سنة، وفي الأُنثى تسع سنين.

وروى الصدوق في الصحيح عن عبد الرحمن بـن أبي عـبدالله، عـن الصـادق عليه السلام: اذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيّته[1].

وروىٰ زرارة، عن الباقر عليه السلام قال: اذا أتى على الغلام عشر سنين فـانّه يجوز له التصرّف في ماله اذا أعتق أو تصدّق أو أوصى على حدّ معروف أو حقٍّ فهو جائز[2].

والروايات في ذلك كثيرة، وعمل أكثر الأصحاب على ذلك على تفاوت في بعض التصرّفات، وابن ادريس منع ذلك[3].

---

(١) من لايحضره الفقيه: باب الحدّ الذي اذا بلغه الصبي جازت وصيّته ح ٥٤٥٠ ج ٤ ص ١٩٦.
(٢) من لايحضره الفقيه: باب الحدّ الذي إذا بلغه الصبي جازت وصيّته ح ٥٤٥١ ج ٤ ص ١٩٧.
(٣) السرائر: كتاب الوصايا باب الأوصياء ج ٣ ص ١٨٩.

قوله رحمه الله: «وفي أُخرى خمسة أشبارٍ».

أقول: انّ المصنّف ذكر انّ البلوغ يحصل إمّا بالإنبات على ما سبق أو بخروج المني أو بالسن، وهو المشهور.

وفي رواية أُخرى طريق آخر وهو الطول، بأن يبلغ خمسة أشبار، وهي رواية السكوني، عن الصادق عليه السلام قال: قال أميرالمؤمنين عليه السلام: في رجل وغلام اشتركا في قتل رجل فقتلاه، فقال أميرالمؤمنين عليه السلام: اذا بلغ الغلام خمسة أشبار اقتصّ منه، واذا لم يكن بلغ خمسة أشبار قضي بالدية[1].

قوله رحمه الله: «وفي صحّة العقد حينئذٍ إشكال».

أقول: قال صاحب الشرائع: يختبر الصبي قبل بلوغه، وهل يصحّ بيعه؟ الأشبه انّه لايصحّ[2]. فتردّد في صحّة العقد الصادر منه قبل بلوغه، والمصنّف لم يفصّل هل ذلك قبل البلوغ أو بعده.

والظاهر انّ المراد اذا بلغ الصبي وشكّ في رشده فانّه يختبر حينئذٍ بما يلائمه من التصرّفات كالبيع والشراء وغيرهما، فاذا علم رشده صحّ ما يفعله بعد ذلك، امّا العقد الذي اختبر به المعلوم الرشد هل هو صحيح؟ فيه إشكال.

ينشأ من أنّ صحّة تصرّفه موقوفة على ثبوت رشده، وقبله لم يكن رشده ثابتاً، فلا يكون تصرّفه صحيحاً.

ومن انّا أثبتنا رشده عند وقوع العقد فكان صحيحاً.

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١٨ ضمان النفوس وغيرها ح ٥٥ ج ١٠ ص ٢٣٣، وسائل الشيعة: ب٣٦ من أبواب القصاص في النفس ح ١ ج ١٩ ص ٦٦.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب الحجر الفصل الثاني في أحكام الحجر ج ٢ ص ١٠٣.

قوله رحمه الله: «والوجه انّ له استيفاء القصاص والعفو على مال لا مطلقاً».

أقول: يريد انّه لو جنى على الصبي بما يوجب القصاص والعفو هل لوليّه أن يقتصّ قبل بلوغه أو يعفو؟ الوجه عنده جواز استيفاء القصاص، أمّا العفو فيجوز على مال لامجّاناً. وخالف الشيخ في ذلك، حيث منع من استيفاء القصاص قبل البلوغ[1].

ووجه الجواز انّ له عليه ولاية شرعية وحقّه منحصر في القصاص، إذ العمد لايوجب عندنا إلّا القصاص فكان له استيفاؤه.

قوله رحمه الله: «ويجب حفظ مال الطفل واستنماؤه قدراً لا تأكله النفقة على إشكال».

أقول: امّا وجوب حفظ المال فظاهر مجمع عليه لا إشكال فيه، وانّما الإشكال في وجوب استنمائه بحيث لا تأكله النفقة. فيحتمل وجوبه؛ لأنّه من أعظم مصالح المولّى عليه، ولأنّ تركه بحيث تأكله النفقة من غير استنماء إضرار بالمولّى عليه فكان ممنوعاً منه. ويحتمل عدمه من حيث إنّ الاستنماء اكتساب، ولايجب على الولي الاكتساب للمولّى عليه، بل حفظ ماله وعدم الخيانة فيه، وذلك لايستلزم وجوب الاستنماء.

قوله رحمه الله: «واذا تبرّع أجنبي بحفظ مال الطفل لم يكن للأب أخذ الأُجرة على إشكال».

---

(١) الخلاف: كتاب الجنايات م ٤٣ ج ٣ ص ١٠٢ ـ ١٠٣ (طبع اسماعيليان).

أقــول: منشأه من أنّه لا ولاية للأجـنبي، ولا يجب عـلى الأب تمكـينه مـن التصرّف وان تبرّع.

ومن وجوب مراعاة مصلحة الصغير، فليس له أن يأخذ أُجرة على عملٍ تبرّع به غيره، كما لايجوز له أن يستأجر على عملٍ لايستأجر على مثله.

قوله رحمه الله: «والأقرب في الوصي ذلك».

أقــول: يريد انّ الأقرب انّ للوصي أن يستنيب فيما يتولّى مثله فعله؛ لأنّ ولاية الوصي كولاية الموصي، وقد كان له ذلك فكان لنائبه ـ أعني الوصي ـ إذ الموصي أقامه مقامه في الولاية، فكان له حكمه.

قوله رحمه الله: «أو غيره على إشكال».

أقــول: يريد انّ حكم الوصي حكم الأب في أنّ القول قوله مع يمينه لو ادّعى تلف ما في يده من مال اليتيم بغير تفريط من غير بيّنة؛ لأنّه أمين، فكان قوله في ذلك مقبولاً.

ويحتمل عدم القبول، إلّا ببيّنة إن ادّعى شيئاً[1] ظاهراً، لإمكان إقامة البيّنة على ذلك؛ لأنّه مدّعٍ، فلا يقبل قوله بغير بيّنة أو تصديق الغريم.

قوله رحمه الله: «وهل يصحّ بيع المميّز وشراؤه مع إذن الولي؟ نظر».

أقــول: منشأ النظر من حيث إنّ البيع والشراء مشروطان بالبلوغ، ولم يحصل.

---

(١) في ق، م١: «سبباً».

ومن صدوره بإذن الولي، فكان كما لو صدر منه.

قوله رحمه الله: «وهل يتوقّف الحجر عليه على حكم الحاكم أو يكفي ظهور السفه؟ الأقرب الأوّل، ولايزول إلّا بحكمه».

أقول: هذا مذهب الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: حجر السفيه لايثبت إلّا بحكم الحاكم[1].

وقال ابن حمزة: اذا أصلح السفيه ماله انفكّ الحجر[2].

والأقرب عند المصنّف الأوّل؛ لأنّ ثبوت الحجر عليه على خلاف الأصل، وأيضاً فالأصل صحّة تصرّفات البالغ العاقل، خرج منه ما اذا حجر عليه الحاكم لتحقّق الحجر عليه، فيبقى الباقي على أصالة الصحّة، وحينئذٍ لايزول إلّا بحكمه؛ لأنّه يثبت بحكم الحاكم، فلايزول إلّا بحكمه.

قوله رحمه الله: «وبما يوجب القصاص، ولو صولح فيه على مالٍ فالأقرب ثبوت المال».

أقول: يعني لو أقرّ السفيه بجناية توجب القصاص قُبِل إقراره؛ لأنّه إقرار من بالغٍ عاقلٍ لايصادف المال فلم يقدح فيه الحجر؛ لأنّه انّما اقتضى منعه عن المال لاغير، وحينئذٍ لو صولح على ترك القصاص على مالٍ هل يثبت المال أم لا؟ الأقرب عند المصنّف ثبوته؛ لأنّه يتضمّن حفظ نفسه، فانّ حفظ المال انّما هو مراعاة

---

(١) المبسوط: كتاب الحجر ج ٢ ص ٢٨٦.

(٢) الوسيلة: فصل في بيان الحجر والتفليس ص ٢٣٥.

لمصلحته، فحفظ نفسه به أولى.

ويحتمل عدمه؛ لأنّه تصرّف صادف المال من المحجور عليه، فكان باطلاً.

قوله رحمه الله: «والأقرب انّه لايملك شيئاً، سواء كان فاضل الضريبة أو أرش الجناية على رأي أو غيرهما، وسواء ملّكه مولاه أو لا على رأي».

أقول: هذا اختيار ابن ادريس[1]، خلافاً للشيخ وجماعة من الأصحاب.

قال الشيخ رحمه الله في النهاية: اذا كان للعبد مال فأعتقه مولاه ـ الى قوله: ـ فالعبد المملوك لايملك شيئاً من الأموال مادام رقاً، فإن ملّكه مولاه شيئاً ملك التصرّف فيه بجميع ما يريده، وكذلك إن فرض عليه ضريبة يؤدّيها إليه وما يفضل بعد ذلك يكون له جاز له ذلك، واذا أدّى الى مولاه ضريبته كان له التصرّف فيما بقي من المال، وكذلك اذا أُصيب العبد في نفسه ممّا يستحقّ به الأرش كان له ذلك وحلّ له التصرّف فيه، وليس له رقبة المال على وجه من الوجوه، فان تزوّج من هذا المال أو تسرّى كان ذلك جائزاً، وإن اشترى مملوكاً فأعتقه كان العتق ماضياً[2].

قوله رحمه الله: «ولو أذن له مولاه في الاستدانة لزم المولى إن استبقاه أو باعه، ولو أعتقه فالأقوى إلزام المولى».

---

(١) السرائر: باب ابتياع الحيوان ج ٢ ص ٣٥٣.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة باب العتق وأحكامه ج ٣ ص ١١ ـ ١٣.

أقـول: الأقوى عند المصنّف انّ الدَين الذي استدانه العبد بإذن سيده ثمّ أعتقه يلزم المولى دون العبد، خلافاً للشيخ[١].

ووجه القوّة انّ الدَين عند الاستدانة لزم السيد، فلا ينتقل الى ذمّة العبد بالعتق، عملاً بالاستصحاب.

قوله رحمه الله: «وغيره يتبع به بعد العتق وإلّا ضاع، ولا يستسعى على رأي».

أقـول: العبد اذا استدان بغير إذن سيده فإمّا أن يكون مأذوناً له في التجارة أو لا، فإن كان الثاني قال الشيخ في النهاية: لايلزم المولى منه شيء ولا يستسعى المملوك، بل كان ضائعاً[٢].

وقال ابن ادريس: يتبع به بعد العتق[٣]، وبهذا فسّر كلام الشيخ في قوله: «كان ضائعاً».

وقال ابن حمزة: كان ضائعاً، إلّا اذا بقي المال في يده، أو كان قد دفع الى سيده[٤].

وإن كان الأوّل فإمّا أن يستدين لضرورة التجارة أو لا، فإن استدان للتجارة كان لازماً للمولى وغيره، أي وغير هذا الدَين الذي لضرورة التجارة، فإن كان مأذوناً له في التجارة واستدان لغير ضرورة كان لازماً له، فإن أُعتق كان لصاحب الدَين مطالبته به وإلّا ضاع، هذا قول المصنّف.

---

(١) المبسوط: كتاب البيوع فصل في العبد ج ٣ ص ١٦٤.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الديون باب المملوك يقع عليه الدَين ج ٢ ص ٣٢.

(٣) السرائر: كتاب الديون باب المملوك يقع عليه الدَين ما حكمه ج ٢ ص ٥٧ ـ ٥٨.

(٤) الوسيلة: فصل في بيان الدَين ص ٢٧٤.

والشيخ رحمه الله أطلق القول بأنّ المأذون له في التجارة دون الاستدانة يستسعى فيه، ولا يلزم المولى[١].

وقال ابن حمزة: إن كان المدين علم انّه غير مأذون له في الاستدانة بقي في ذمّته الى أن يعتق، وإن لم يعلم استسعى فيه[٢]. وابن ادريس منع من الاستسعاء أيضاً[٣].

قوله رحمه الله: «ولو أذن له المولى في الشراء لنفسه ففي تملّكه إشكال، وهل يستبيح العبد البضع؟ الأقرب ذلك، لا من حيث الملك، بل لاستلزامه الإذن».

أقول: ينبغي أن يفهم عود ضمير تملّكه الى السيد لا الى العبد؛ لأنّه لا إشكال عند المصنّف في أنّ العبد لايملك، بل يريد لو أذن المولى للعبد في أن يشتري العين لنفسه فاشترى هل يملك السيد أو يكون الشراء باطلاً؟ فيه إشكال.

ينشأ من أنّ الشراء لم يقع للسيد، فلا ينتقل إليه، ولم يقع للعبد؛ لأنّه يملك. ويحتمل أن يصحّ الشراء ويملّك للسيد؛ لأنّ ما يملكه العبد لمولاه فإذنه في الشراء للعبد يقتضي الإذن في الشراء للسيد، فاذا قلنا: بأنّه ينتقل الى العبد ويصحّ الشراء هل يستبيح العبد البضع لو كان المبيع جارية؟ يحتمل ذلك؛ لما قاله المصنّف: وهو أنّ إذنه في تملّك الجارية يستلزم الإذن في النكاح، فيكون النكاح مأذوناً له فيه، فيكون مباحاً بإباحة السيد له. ويحتمل عدمه؛ لفساد الإذن.

---

(١) النهاية ونكتها: باب المملوك يقع عليه الدّين ج ٢ ص ٣٢.

(٢) الوسيلة: فصل في بيان الدّين ص ٢٧٤.

(٣) السرائر: كتاب الديون باب المملوك يقع عليه الدّين ج ٢ ص ٥٨.

قوله رحمه الله: «والأقرب أنّ له أن يؤجر أموال التجارة».

أقول: العبد المأذون له في التجارة هل له أن يؤجر أموالها؟ يحتمل عدمه، إذ المفهوم من التجارة هو الاكتساب بالبيع والشراء، فلا يتعدّى الى غيرهما. ويحتمل جوازه من حيث إنّ التجارة اسم لمطلق التكسّب بالمعاوضات وهو يتناول الاجارة، كما يتناول البيع والشراء وهو الأقرب عند المصنّف.

قوله رحمه الله: «وهل ينعزلُ بالاباق نظر».

أقول: وجه النظر من حيث إنّ الأصل بقاء الإذن مالم يصرّح السيد بالرجوع.

ومن حيث شهادة الحال بعدم الإذن للآبق.

قوله رحمه الله: «والأقرب قبول الشياع».

أقول: يريد اذا ادّعى العبد إذن سيده له في التجارة وشاع ذلك بين الناس هل يقبل وتصحّ معاملته؟ الأقرب عند المصنّف ذلك، وإلّا لتعذّر على العبد التجارة بإذن سيده، فإنّ اقامة البيّنة أو إحضار السيد عند كلّ معامل أو معاملة بما يتعذّر.

قوله رحمه الله: «ولايقبل إقرار غير المأذون بمال ولا حدّ، وهل يتعلّق بذمّته؟نظر».

أقول: لايقبل إقرار العبد غير المأذون بالمال قطعاً في حقّ سيدٍ، وأمّا إقراره بالحدّ فالمشهور انّه لايقبل كإقراره بالمال.

وقال ابن الجنيد: اذا أقرّ العبد بجناية فيها إدخال الألم على نفسه قُبل

وأُقيم عليه ما يوجبه[١].

وقوله: «وهل يتعلّق بذمّته؟ نظر» أي هل يكون إقراره بالمال باطلاً مطلقاً أو في حقّ السيد لاغير ويكون ثابتاً في ذمّة العبد؟ فيه نظر، من حيث عدم الاعتبار بإقرار العبد واشتراط صحّته بالحرّية فيكون باطلاً؛ لعدم حصول الشرط. ومن حيث عموم قوله صلّى الله عليه وآله: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»[٢] فيتبع به اذا أُعتق.

قوله رحمه الله: «ولا يقبل إقرار المأذون بالجناية، سواء أوجبت قصاصاً أو مالاً ولا بالحدّ، ولو صدّقه المولى في ذلك فالأقرب النفوذ».

أقول: الإقرار الصادر من العبد أمّا أن يكون بمال أو حدّ أو جناية، والأوّلان تقدّما في حقّ غير المأذون، بقي الإقرار بالجناية منهما والإقرار بالمال والحدّ من المأذون، والكلّ غير مقبول؛ لأنّه إقرار على السيد في الحقيقة، فلا يقبل إقراره العبد عليه.

أمّا لو صدّق السيد العبد فالأقرب عند المصنّف النفوذ؛ لأنّ الأصل صحّة الإقرار، وانّما منعناه في حقّ العبد لاستلزامه الإقرار في حقّ الغير، فاذا كان ذلك الغير مقرّاً به لم يبق مانع من قبوله فكان نافذاً.

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل العاشر في الإقرار ج ١ ص ٤٤١ س ٧.

(٢) لم نجده في الكتب الروائية، والظاهر أنه ليس بحديث، وذكره العلّامة في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل العاشر في الإقرار ص ٤٤٣ س ١٥.

قوله رحمه الله: «ويحجر على المريض في التبرّعات ـ الى قوله: ـ فلا تمضي إلاّ في ثلث تركته، وان كانت منجزة على رأي».

أقول: اختلف أصحابنا في التصرّفات الصادرة من المريض اذا اتفق الموت في ذلك المرض وكان متبرّعاً بها منجّزة، فقال جماعة: انّها من أصل تركته، وهو مذهب المفيد في المقنعة[١]، والشيخ في النهاية[٢]، وابن البرّاج[٣]، وابن ادريس[٤].

وقال آخرون: إنّها من ثلث التركة، وهو قول محمد بن بابويه[٥]، وابن الجنيد[٦]، والشيخ في المبسوط[٧] والظاهر من كلامه في الخلاف[٨]. واختاره المصنّف فيكون محجوراً عليه فيما زاد على الثلث عندهم.

قوله رحمه الله: «وإقراره كذلك إن كان متهماً، وإلاّ فمن الأصل، سواء كان لأجنبي أو لوارث على رأي».

---

(١) المقنعة: كتاب الوصية باب الوصية والهبة في المرض ص ٦٧١.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الوصايا باب الإقرار بالوصية في المرض والهبة ج ٣ ص ١٧٦ ـ ١٧٧.

(٣) المهذّب: كتاب الإقرار في منجّزات المريض ج ١ ص ٤٢٠.

(٤) السرائر: كتاب الوصايا باب الوصية وما يصحّ منها ومالا يصحّ ج ٣ ص ١٩٥.

(٥) الهداية: باب الوصايا ص ٨١.

(٦) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب العطايا الفصل الخامس في الوصايا ج ٢ ص ٥١٤ س ٢١.

(٧) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٤٤.

(٨) الخلاف: كتاب الوصايا المسألة ١٢ ج ٢ ص ٣١٢ (طبع اسماعيليان).

أقـول: اختلف أصحابنا أيضاً في إقرار المريض في مرض الموت على أقـوال خمسة:

أحدها: انّه ماضٍ من الأصل، سواء كان متهماً أو لا، وسواء كـان لأجـنبي أو لوارث، وهو قول سلّار[١]، وابن ادريس[٢].

الثاني: انّه ماضٍ من الثلث مع التهمة، ومن الأصل مع عـدمها، كـما اخـتاره المصنّف وهو قول الشيخ في النهاية[٣]، وابن البرّاج[٤].

الثالث: انّه إن كان للوارث كان من الثلث بمنزلة الوصية من غير اعتبار التهمة وعدمها، وهو قول ابن بابويه في المقنع[٥].

الرابع: إن كان لأجنبي فهو من الأصل، وإن كان لبعض الورثة كـان كـالوصية يمضي من الثلث مع التهمة، وهو قول ابن حمزة[٦].

الخامس: إن أقرّ بدَين قُبل مطلقاً من غير تقييد تهمة أو لا، وسواء كان لوارث أو أجنبي، وإن أقرّ بعين وإن لم يكن متّهماً فكذلك سواء كان لوارث أو لأجنبي، وإن كان متّهماً لم يُقبل فيهما، وهو قول المفيد فانّه قـال: إقـرار العـاقل في مـرضه للـوارث والأجنبي سواء وهو ماضٍ واجب لمن أقرّ له به، واذا كان على الرجل دَين معروف

---

(١) المراسم: ذكر الإقرارص ٢٠١.

(٢) السرائر: كتاب الوصايا باب الإقرار في المرض والهبة ج ٣ ص ٢١٧.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الوصايا باب الإقرار في المرض والهبة ج ٣ ص ١٦٧.

(٤) المهذّب: كتاب الوصايا باب ما يصحّ من الوصايا ومالا يصحّ ج ٢ ص ١٠٥.

(٥) المقنع: كتاب الوصايا ص ١٦٥.

(٦) الوسيلة: فصل في بيان أحكام الوصية وما يتعلّق بها ص ٢٧٢.

بشهادة فأقرّ لقوم آخرين بدَين مضاف الى ذلك كان إقراره ماضياً عليه، وللقوم أن يخاصموا باقي الغرماء فيما تركه بعد وفاته، واذا كان عليه دَين يحيط بما في يده وأقرّ بأنّه وديعة لوارث أو غيره قبل إقراره إن كان عدلاً مأموناً، وإن كان متّهماً لم يُقبل إقراره[١].

قوله رحمه الله: «واذا مات حلّ ما عليه من الديون دون ماله على رأي».

أقول: لا كلام في حلول ما عليه ولكن اختلفوا في انّه هل يحلّ ماله بموته؟ فقال بعضهم: لا يحلّ، وهو قول الشيخ في المبسوط[٢] والخلاف[٣]، واختاره المصنّف.

وقال في النهاية: يحلّ[٤]، واختاره أبو الصلاح[٥]، وابن البرّاج[٦]، وأبو منصور الطبرسي[٧].

قوله رحمه الله: «والأقرب إلحاق مال المسلم والجناية به».

---

(١) المقنعة: كتاب الإقرار باب الإقرار في المرض ص ٦٦٢.

(٢) المبسوط: كتاب المفلس ج ٢ ص ٢٧٤.

(٣) الخلاف: كتاب التفليس المسألة ١٤ ج ٢ ص ١١٦.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الديون باب قضاء الدَين عن الميّت ج ٢ ص ٣٠.

(٥) الكافي في الفقه: فصل في القرض والدَين وأحكامهما ص ٣٣٣.

(٦) المهذّب: كتاب الإقرار ج ١ ص ٤٢٠.

(٧) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل الأوّل في الدَين ص ٤١٣ س ٢٩.

أقــول: وجه القرب من انّه دَين، إذ معناه كلّ مال ثبت في الذمّة.

قوله رحمه الله: «وديون المتوفى متعلّقة بتركته، وهل هو كتعلّق الأرش برقبة الجاني أو كتعلّق الدَين بالرهن؟ احتمال، ويظهر الخلاف فيما لو أعتق الوارث أو باع نفذ على الأوّل دون الثاني».

أقــول: لاشكّ في أنّ الدَين الذي كان في ذمّة المتوفى قبل وفاته يتعلّق بعدها بأمواله التي تركها؛ لأنّه يتعيّن استيفاؤه منها، وقبل الموت لم يكن ذلك متعيّناً، وكان للمديون تخصيص القضاء بما أراد، والمال الذي يستوفى من الأعيان منه أرش جناية العبد الذي يستحقّ استيفاؤه من رقبته، ومنه الدَين الذي يستحقّ صاحبه استيفاؤه من ثمن الرهن فيتعلّق الدَين بالتركة فشابههما. فيحتمل أن يكون تعلّقه بها كتعلّق الأرش برقبة الجاني دون تعلّق الدَين بالرهن؛ لأنّ الدَين هنا يسقط بتلف التركة من غير تفريط الوارث ولايلزمهم ضمانه، كما يسقط الأرش بتلف الجاني ولا يضمنه المولى. ويحتمل تعلّق الرهن؛ لأنّ الورثة ممنوعون من التصرّف فيها قبل الأداء، كما يمنع الراهن من التصرّف فيه قبل الأداء ويدلّ على منع الوارث التصرّف قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دَين﴾[1].

فعلى الأوّل لو تصرّف الوارث بإعتاق أو بيع أو غيرهما قبل القبض ثمّ قضى الدَين لزم التصرّف، وعلى الثاني يكون باطلاً.

---

(١) النساء: ١١.

قوله رحمه الله: «وهل يشترط استغراق الدَين؟ إشكال».

أقول: على تقدير القول بأنّه بمنزلة تعلّق الدَين بالرهن وانّه ليس له التصرّف في التركة قبل القضاء هل يشترط في منعه أن يكون الدَين مستغرقاً للتركة أم لا؟ الأقرب عند المصنّف أنّه يشترط؛ لأنّه تصرّف لاينافي قضاء الدَين، ولأنّه يلزم انّ من ترك ألف دينار وعليه درهم انّه لايجوز لوارثه الصدقة بحبّة منها قبل قضاء الدرهم، وهو في غاية البعد، ومانع أن يلتزم ذلك، كما لو كان الجميع رهناً.

قوله رحمه الله: «فإن تلف الباقي قبل القضاء ضمن الوارث، فإن أُعسر فالوجه أنّ للمدين الفسخ».

أقول: هذا تفريع على ما اختاره من عدم اشتراط الاستغراق في جواز تصرّف الوارث، وهو انّه لو تصرّف بأن باع شيئاً منها وتلف باقي التركة قبل القضاء كان ضامناً، فإن كان معسراً فالوجه انّه يتسلّط صاحب الدَين على إبطال البيع؛ لأنّ المبيع تركة للمديون قبل تعلّق دَينه به، وانّما سوّغنا له التصرّف بشرط أن يتعقّبه القضاء من الباقي ولم يتحقّق الشرط.

قوله رحمه الله: «وهل تتعلّق حقوق الغرماء بزوائد التركة كالتكسّب والنتاج والثمرة؟ الأقرب المنع».

أقول: هل تتعلّق ديون المتوفى بزيادة تركته مثل كسب العبد بعد موت مولاه

والثمرة المتجدّدة بعد الموت أو نتاج الدابة بعده؟ الأقرب عند المصنّف المنع؛ لأنّ التركة مملوكة للورثة، وهذه نماء ملكهم، ولم تكن داخلة في ملك الميّت.

واعلم انّ المصنّف بنى ذلك على مذهبه من أنّ التركة تنتقل الى الورثة بموت الموروث، سواء كان عليه دَين أو لا، خلافاً للشيخ حيث جعل تركة المديون في حكم مال الميّت[١]، فعلى هذا القول ينبغي أن تتعلّق الديون بالمتجدّدات من الأشياء المذكورة كالأصل.

قوله رحمه الله: «وتحتسب من التركة الدية في الخطأ والعمد إن قبلها الوارث ولا يلزمه ذلك، وان لم يضمن الدَين على رأي».

أقول: اذا قتل المديون عمداً هل لوارثه أن يقتصّ أم لا؟ فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: ليس لأوليائه القود إلّا أن يضمنوا الدَين عن صاحبهم، وهو قول الشيخ في النهاية[٢]، وأبي الصلاح[٣]، وابن البرّاج[٤].

الثاني: إن بذل القاتل الدية لم يكن للأولياء القود إلّا بعد ضمان الدين، وان لم يبذلها جاز، وهو قول أبي منصور الطبرسي[٥].

الثالث: قول ابن ادريس[٦] انّه لهم القود، ولايلزمهم قبول الدية، سواء بذلها

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الوصايا باب الإقرار في المرض ج ٣ ص ١٧١.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الديون باب قضاء الدَين عن الميّت ج ٢ ص ٢٩.

(٣) الكافي في الفقه: فصل في القرض والدَين ص ٣٣٢.

(٤) المهذّب: كتاب الإقرار في الاعراض بعد الإقرار ج ١ ص ٤٢٠.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل الأوّل في الديون ص ٤١٣ س ٢١.

(٦) السرائر: كتاب الديون باب قضاء الدَين عن الميّت ج ٢ ص ٤٩ ـ ٥٠.

الجاني أو لا، ولا يضمنون الدَين، وهو قول المصنّف.

قوله رحمه الله: «أمّا لو صادف المال في الحال فإن كان مورده عين مال كالبيع والهبة والرهن والعتق احتمل البطلان من رأس والإيقاف».

أقول: يريد انّه لو تصرّف المحجور عليه للفلس في شيء من أمواله، فإن كان تصرّفه في عين مال كما اذا باع شيئاً منها أو وهبه أو رهنه أو أعتق نسمة منها احتمل فيه وجهان، أحدهما: البطلان؛ لأنّه محجور عليه فيها، ولتعلّق حقوق الغرماء بها، فكان تصرّفه باطلاً. والايقاف؛ لإمكان أن تفضل تلك العين، إمّا بأن يرتفع سعر أمواله فيفضل عن ديونه، أو يبرئه بعضهم من دَينه، أو يعاوض عليها بشيء يسير فتبيّن بذلك عدم تعلّق حقوق الغرماء بها، وحينئذٍ لايكون المانع من التصرّف فيها معلوم الحصول فيكون موقوفاً.

والشيخ في المبسوط[1] ذكر الوجهين وقوّى البطلان.

وابن الجنيد قال: إن فلس أحد وعلم انّ بعد إفلاسه وقبل إيفاء الحاكم أمواله الغرماء قد كان أتلف شيئاً بغير عوض من صدقة أو عتق أو نحو ذلك كان باطلاً؛ لأنّه كان فعل ذلك في مال غيره، وان فعل شيئاً من ذلك بعوض أو بغير عوض بعد إيفاء الحاكم ماله لم ينفذ، إلّا أن يكون في مال المحجور عليه زيادة على قدر ما عليه من الدَين، فيكون ذلك ممضي بعد استيفاء الغرماء[2].

---

(١) المبسوط: كتاب المفلس ج ٢ ص ٢٧٢.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل الخامس في المفلس ص ٤٢٨ س ٣٢.

قوله رحمه الله: «ولو باعه عبداً بشرط الإعتاق بثمن في ذمّته فإن أبطلنا التصرّفات فالأقوى بطلان البيع».

أقول: هذا تفريع على ما تقدّم من بطلان تصرّفات المفلس في الحال أو إيقافها، وهو أنّه لو باعه واحد عبداً بثمن في ذمّته وشرط عليه عتقه في نفس عقد البيع فإن قلنا: إنّ تصرّفاته باطلة فالأقوى عند المصنّف بطلان البيع؛ لأنّه شرط عليه فيه شرطاً يتعذّر حصوله، فإن البيع يقتضي تملّكه للمبيع، وكلّ ما يدخل في ملكه يتعلّق به حقوق الغرماء ويحجر عليه فيه، فلو أعتقه لكان باطلاً، وإن قلنا: يكون موقوفاً آخر فإن فضل جاز عتقه بالشرط، وإن قصر احتمل صرفه في الدَين؛ لأنّه مال لمديون محجور عليه فوجب صرفه في الدَين، وعدمه لتعلّق حقّ الله تعالى أو حقّ البائع به.

والأقوى عند المصنّف عتقه في الحال؛ لأنّه وجب عليه بالشرط، ولم يزاحم الغرماء فيه؛ لأنّه اشتراه بمال في ذمّته لا من أمواله التي حجر عليه فيها، فلم يكن قد تعلّق به حقوقهم، وقد بيّنا فيما تقدّم انّ العتق المشترط في البيع حقّ للبائع له المطالبة به.

قوله رحمه الله: «ومع عدم القبول إن فضلت دفعت الى المقرّ له قطعاً، بخلاف البيع فإنّ فيه إشكالاً».

أقول: يريد انّه لو أقرّ بعين هل يقبل أم لا؟ فيه إشكال.

منشأه ما ذكره المصنّف في الكتاب من الإقرار بالدَين، وهو انّه قد تعلّقت حقوق

الغرماء به فلا يقبل؛ لأنّه إقرار على الغير.

ومن عموم مساواة الإقرار للبيّنة، ولا تهمة بحيث يمنع من قبول إقراره.

وذكر الشيخ في المبسوط في ثلاث مسائل قولين، أحدهما: إقرار المفلس بعين في يده لغيره، الثانية: إقراره بدَين في ذمّته، الثالثة: تصرّفه فيما في يده هل يصحّ وينفذ أم لا؟ [فيه قولان] أحدهما: يصحّ، وهو الأقوى عندي[١].

وقال ابن ادريس: يصحّ إقراره بالدَين دون العين[٢].

فإن قلنا بالقبول فلا بحث ويدفع الى المقرّ له، وان قلنا: لايُقبل أُخّرت، فإن فضلت عن الديون دفعت الى المقرّ له قطعاً، بخلاف البيع فإنّ فيه إشكالاً تقدّم الكلام في منشئه.

والفرق بين الإقرار والبيع: انّ الإقرار إخبار عن حقّ غيره ليس تمليكاً للغير من ماله، والبيع إنشاء التصرّف ونقل عين تعلّق بها حقوق الغرماء من ماله.

قوله رحمه الله: «ولو قال: هذا مضاربة لغائب، قيل: يقرّ في يده».

أقول: هذا القول المحكي هو قول الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: وإن أقرّ بالمال إلّا أنّه قال: هو مضاربة لفلان، فإن المقرّ له لايخلو من أحد أمرين: إمّا أن يكون غائباً أو حاضراً، فإن كان غائباً كان القول قول المفلس مع يمينه انّه للغائب، فاذا حلف أقرّ المال في يده للغائب، ولاحقّ للغرماء فيه[٣].

---

(١) المبسوط: كتاب المفلس ج ٢ ص ٢٥٩.

(٢) السرائر: باب الإقرارج ٢ ص ٤٩٩.

(٣) المبسوط: كتاب المفلس ج ٢ ص ٢٧٩.

قوله رحمه الله: «ويصبر من باعه بعد الحجر بالثمن إن كان عالماً، ويحتمل في الجاهل بالحجر الضرب والاختصاص بعين ماله والصبر».

أقول: اذا باع الانسان شيئاً على المفلس بعد حجر الحاكم عليه بثمن فإمّا أن يكون عالماً أو جاهلاً، فإن كان عالماً لم يكن له الرجوع في عين ماله ولا مشاركة الغرماء فيها ولا في غيرها؛ لأنّه رضي بكون الثمن في ذمّته، وأمّا الجاهل بالحجر فيحتمل فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يضرب مع الغرماء؛ لأنّه ذو دَين صحيح ثابت في ذمّة المحجور عليه، فكان له الضرب به مع الغرماء كغيره من الديّان.

وثانيها: الاختصاص بعين ماله، لعموم قوله صلّى الله عليه وآله: «من وجد عين ماله فهو أحقّ بها»[1].

وثالثها: الصبر حتى ينفكّ حجره لتأخّر دَينه على الحجر وديون الغرماء، فكانوا أولى لسبق تعلّق حقوقهم بأعيان أمواله.

قوله رحمه الله: «وفي وطء غيرها من إمائه نظر».

أقول: هل يجوز له أن يطأ من إمائه من ليست أُمّ ولد؟ فيه نظر.

منشأه من انّه انتفاع بما لايخرج المال عن ملكه فكان جائزاً، ولعموم ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾[2].

---

(١) عوالي اللآلي: باب الديون ج ٢ ص ٢٥٧.

(٢) النساء: ٣.

ومن احتمال الحمل فتصير أُمّ ولد مع النهي عن بيع أُمّهات الأولاد، لكن هنا لو حملت لم يمنع من بيعها، أمّا على تقدير بيعها في ثمن رقبتها فظاهر، وأمّا في غيره من الديون فلسبق تعلّق حقوق الديّان بها.

قوله رحمه الله: «فإن نكل ففي إحلاف الغرماء إشكال».

أقول: يريد لو أقام شاهداً واحداً بمال وامتنع من الحلف فهل للديّان الحلف مع الشاهد ليأخذوه في ديونهم؟ فيه إشكال.

ينشأ من امتناع يمين الانسان لإثبات مال غيره شرعاً.

ومن أخذه في ديونهم فكان كأموالهم.

والأوّل اختيار الشيخ[1]، والثاني قول ابن الجنيد فانّه قال: إن كان بقدر ديونهم أو مثلها ولا مال له سوى الدَين حلف الغرماء[2].

قوله رحمه الله: «ولو اتفقت في طريق سفره فالأقرب الإجزاء الى يوم وصوله».

أقول: يريد لو اتفقت قسمة أمواله في طريق سفره هل تجزئ عليه نفقته الى ذلك اليوم خاصّة؟ يحتمل ذلك لإطلاق الفقهاء انّ النفقة تجزئ عليه الى يوم القسمة، والأقرب عند المصنّف انّ النفقة تجزئ عليه الى وقت وصوله، وإلّا لزم الإضرار به والتغرير بنفسه.

---

(١) المبسوط: كتاب المفلس ج ٢ ص ٢٥٧.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل الخامس في المفلس ص ٤٢٨ س ٢٢ وليس فيه: «خلف الغرماء».

وأقـول: يحتمل الإجزاء علىٰ هذا القول الى بلده دفعاً للضرر، ويحتمل الى أوّل بلده أو قريته لاندفاع الضرر بالوصول الى ذلك. والأقوى انّه تجزئ عليه النفقة الى موضع لو وقعت فيه القسمة ابتداءً لأعطى نفقة ذلك اليوم خاصّة.

قوله رحمه الله: «فإن ظهر غريم رجع على كلّ واحد بحصّة يقتضيها الحساب ويحتمل النقض».

أقـول: لو قسّم الحاكم أموال المفلس ثمّ ظهر دَين آخر لغير الغرماء المقسوم عليهم احتمل فيه وجهان:

أحدهما: أن يرجع على كلّ واحد بنسبة ما يستحقّه بحسب ما يقتضيه الحساب؛ لأنّ ذلك القدر هو المستحقّ له لو كان حاضراً وقت القسمة.

والآخر: بطلان القسمة، لأنّا بيّنا انّ القسمة وقعت بين بعض غرمائه، وذلك غير جائز.

قوله رحمه الله: «ففي الشركة في النماء المـتجدّد إشكال».

أقـول: لو حصل في الأعيان المقسومة نماء هل لهذا الغريم المشاركة في النماء؟ يحتمل ذلك؛ لأنّه نماء أموال المفلس فكان يستحقّ منها حصّته كالأصل، ويحـتمل عدمه لتجدّده على ملك غيره وحصول الفسخ الآن.

قوله رحمه الله: «ولو تلف المال بعد النقض ففي احتسابه على الغرماء إشكال».

أقـول: هذا تفريع آخر على القول بنقص القسمة، وهو انّه اذا نقصت القسمة فتلف المال هل يحتسب على الغرماء أو يكون من مال المفلس؟ فيه وجهان:

أحدهما: احتسابه به على الغرماء؛ لأنّ المفلس بريء منهم بتلك القسمة من مقدار ما قابلها من الديون.

والآخر: أنّه من مال المفلس لظهور بطلان القسمة، فيكون قد تبنّى بقاء الديون في ذمّته وبقاء تلك الأموال على ملكه.

قوله رحمه الله: «ولو خرج المبيع مستحقّاً رجع على كل واحدٍ بجزء من الثمن إن كان قد تلف، ويحتمل الضرب؛ لأنّه دَين لزم المفلس».

أقـول: يريد بذلك انّه اذا بيع شيء من الأموال التي على ظاهر ملك المفلس ممّا تعلّق به الحجر ودفع المشتري الثمن ثمّ ظهر استحقاق المبيع ثمّ تلف الثمن قبل قسمتهم احتمل فيه وجهان:

أحدهما: انّه يرجع المشتري بجميع الثمن؛ لأنّه لم يسلّم له المبيع[1]، ولأنّه لولم يرجع بجميع الثمن ادّى الى عدم الرغبة في معاملته، وذلك يؤدي الى ضرر المفلس والغرماء لقصور أثمان أمواله، وحينئذٍ إن كانت أمواله لم تقسّم بعد قدم المشتري بالثمن، وإلّا رجع على كلّ واحد بجزء من الثمن الذي يقتضيه الحساب. والى هذا الاحتمال ذهب الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: اذا كانت للمفلس دار فبيعت في دَينه وكان البائع أمين القاضي وقبض الثمن وهلك في يده واستحقّت الدار فقيل: إنّ

---

(١) في ج: «البيع».

العهدة يكون في مال المفلس فيوفي المشتري جميع الثمن الذي وزنه في ثمن الدار؛ لأنّه مأخوذ منه ببيع مع انّه لم يسلّم له، قال: وهذا هو الصحيح[١]. واختاره المصنّف في هذا الكتاب.

الوجه الثاني: أن يضرب المشتري مع الغرماء لما ذكره المصنّف من انّه دَين لزم المفلس. وحكى الشيخ في المبسوط هذا الاحتمال قولاً، بأن قال: وقيل: إنّه يكون المشتري كأحد الغرماء فيضرب معهم بما وزن من الثمن ويأخذ بما يخصّه من المال[٢].

قوله رحمه الله: «وهل تباع أُمّ ولده من غير رهن؟ نظر».

أقول: يريد انّه اذا لم يكن للدَين ثمناً، ووجه النظر من عموم النهي عن بيع أُمّهات الأولاد[٣]، ومن وجوب قضاء الدَين من أمواله وهي من جملة أمواله.

قوله رحمه الله: «فإن منعناه في مؤاجرتها ومؤاجرة الضيعة الموقوفة نظر، ينشأ من كون المنافع أموالاً كالأعيان، ومن كونها لاتعدّ مالاً ظاهراً، والأوّل أقوى».

أقول: وجه القوّة من انّه يتضمّن الجمع بين قضاء الدَين الواجب وبين عدم بيع أُمّ الولد المنهيّ عنه فكان متعيّناً والمنافع معدودة، ومن جملة الأموال لجريان العادة بالمعاوضة عليها كالأعيان.

---

(١) المبسوط: كتاب المفلس ج ٢ ص ٢٧٦.

(٢) المصدر السابق.

(٣) من لايحضره الفقيه: باب أُمّهات الأولاد ج ٣ ص ١٣٨ ـ ١٤٠.

قوله رحمه الله: «ولو باع من غير الغرماء بإذن فالأقرب الصحّة».

أقول: لأنّ المنع من البيع انّما كان لأجل أرباب الحقوق؛ لأنّهم لا يزيدون على الشركاء.

قوله رحمه الله: «ولو باع على الغريم بالدَين ولا دَين سواه صحّ على الأقوى؛ لأنّ سقوط الدَين يسقط بالحجر».

أقول: لأنّ الغريم رضي بالبيع وسقوطه؛ لما ذكره المصنّف من أن سقوط الدَين يسقط الحجر.

وأقول: إن قلنا: انّ بيع المفلس بإذن الغرماء باطل احتمل البطلان هنا والصحّة. أمّا الصحّة فلسقوط الدَين، وأمّا البطلان فلأنّ سقوط الدَين معلّل بصحّة البيع، فلو علّلت به دار.

قوله رحمه الله: «والخيار على الفور على إشكال».

أقول: يريد انّ الخيار في أخذ العين لو أخذها أو الضرب مع الغرماء على الفور على إشكال.

ينشأ من أنّ حقّ الخيار قد ثبت له فلا يسقط إلّا بإسقاطه.

ومن انّ ثبوت الخيار هنا ليس على حدّ التراضي كالخيار في البيع، بل لئلّا يلحق الضرر صاحب السلعة، وهذا المعنى يتحقّق بثبوته على الفورية. ولأنّ ثبوته على

خلاف الأصل، فلا يثبت إلّا مع اليقين ـ وهو الخيار على الفور خاصّة ـ إذ لا يقين بثبوته بعد ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو حلّ الأجل قبل فكّ الحجر ففي الرجوع إشكال».

أقول: لو كان ثمن العين مؤجّلاً وقت الحجر لم يكن له الاختصاص؛ لعدم استحقاق المطالبة في ذلك الوقت، فلو حلّ قبل الفكّ ففي رجوعه في العين إشكال.

ينشأ من انّه غريم بدَين حالّ وجد عين ماله، فيدخل تحت عموم من وجد.

ومن تعلّق حقوق الغرماء بها قبل الحلول.

قوله رحمه الله: «والسلم فيرجع الى رأس المال مع بقائه، أو يضرب بقيمة المسلّم فيه مع تلفه، أو برأس المال على إشكال؛ لتعذّر الوصول الى حقّه فيمكن من فسخ السلم».

أقول: امّا مع وجود ماله فلا ريب في الرجوع فيه؛ لدخوله تحت عموم الخبر. وأمّا الضرب بقيمة المسلّم فيه فظاهر أيضاً؛ لأنّه دَين مستحقّ حالّ فجاز الضرب به كغيره من الدّيون، وانّما الإشكال في فسخ السلم والضرب بالثمن الذي دفعه.

ووجه الإشكال من تعذّر الوصول الى حقّه، كما ذكره المصنّف.

ومن انّه عقد لازم، والمسلّم فيه موجود لم يطر انقطاعه وقت الحلول، وانّما اعسر[1] به فكان له الضرب دون الفسخ.

---

(١) في ج: «اعتبر».

قوله رحمه الله: «والأقرب عدم تعلّقه بعين ماله لو باعها عليه بعد الحجر».

أقول: قد تقدّمت هذه المسألة، وانّه لا رجوع له مع العلم ولا مع الجهل على أحد الوجوه الثلاثة، وقد اختار المصنّف هاهنا عدم الرجوع إمّا لعلمه على تقديره، أو لسبق حقوقهم على معاملته كما مرّ.

قوله رحمه الله: «وتساويهما فنضرب كلّ بنصف الثمن».

أقول: يريد لو باع المفلس العين المبياعة من غيره قبل الحجر ثمّ عادت إليه بعوضٍ في ذمّته فإن قلنا: يسقط حقّ البائع الأوّل من العين لانتقالها عن ملكه كان الاختصاص للثاني خاصّة، وإلّا احتمل رجوع الأوّل لسبق حقّه والثاني لقرب حقّه، كما ذكر المصنّف. وتساويهما؛ لأنّ كلّاً منهما وجد عين ماله فيقسّم بينهما ويضرب كلّ منهما بنصف الثمن.

قوله رحمه الله: «ولو قبض نصف الثمن وتساوى العبدان قيمةً وتلف أحدهما احتمل جعل المقبوض في مقابلة التالف، فيضرب بالباقي أو يأخذ العبد الباقي، وعدم الرجوع أصلاً، بل يضرب بالباقي خاصّة لا التقسيط للتضرّر بالشركة».

أقول: قد ذكر أنّ شرط الرجوع في العين عدم التعيين، فاذا طرأ عيب فليس

له إلّا الرضا به أو الضرب، ولو كان النقصان ممّا يتقسّط عليه الثمن أخذ الباقي بحصته، وفرّع على ذلك ما لو باع على المفلّس قبل الحجر عليه عبدَين وسلّم إليه نصف الثمن ثمّ أفلس بالباقي بعد تلف أحدهما وتساوى العبدان قيمةً احتمل أن يكون ما قبضه من الثمن في مقابلة التالف؛ لأنّه حينئذٍ واجد بنصف المبيع بعد أن قبض نصف الثمن، فكان له أخذ الموجود. ويحتمل عدم الرجوع أصلاً، أي لا يأخذ العبد الموجود ولا بعضه، بل يضرب مع الغرماء بمختلف الثمن؛ لأنّ العبد الباقي قد قبض بعض ثمنه، فليس له الرجوع فيه أجمع ولا في بعضه؛ لاستلزامه إدخال عيب على مال المفلس بسبب الشركة، وليس له ذلك.

واعلم انّ الاحتمال الأوّل اختاره ابن البرّاج[1]. وحكى الشيخ في المبسوط[2] الاحتمالين قولين، ولم يختر أحدهما.

وقال ابن الجنيد: لو كان المبيع عبدَين متساويين في القيمة بعشرين ديناراً فقبض عشرة دنانير ووجد أحد الغلامين وقيمته يوم التفليس كقيمته يوم البيع عشرة كان مخيّراً في أخذ العبد بما بقي له، أو أن يدعه ويكون أُسوة للغرماء[3].

قوله رحمه الله: «ولو أفلس بعد البناء أو الغرس فليس للبائع الإزالة، ولا مع الأرش على رأي».

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل الخامس في أحكام المفلس ص ٤٢٧ س ٢٤.

(٢) المبسوط: كتاب المفلس ج ٢ ص ٢٦٠ ـ ٢٦١.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل الخامس في أحكام المفلس ص ٤٢٧ س ٢٥.

أقـول: خالف الشيخ في ذلك حيث قال في المبسوط: اذا باع أرضاً بيضاء لا بناء فيها ولا غراس ثمّ انّ المشتري بنى فيها بناءً وغرس فيها غراساً ثمّ أفلس بثمن الأرض وأراد الرجوع في عين ماله ـ الى أن قال: ـ فإن قال: أدفع إليكم قيمة البناء والغراس أو أرش نقصانه فانّهم يجبرون على أخذها[١].

قوله رحمه الله: «ولصـاحب الزيت الرجـوع وإن خلط بمـثله أو أردأ لا بـالأجود، ويحـتمل الرجوع فيباعان ويرجع بنسبة عينه من القيمة، فلو كانت قـيمة العـين درهمـاً والمـمزوج بهـا درهمين بيعتا وأُخذ ثلث الثمن».

أقـول: هذا الاحتمال قريب ممّا ذهب إليه ابن الجنيد، فانّه قال: لو كان المبيع ممّا يكال أو يوزن فخلط بما لا يتميّز منه بمحضر من شهود ثمّ أفلس المشتري كان للبائع ثمن متاعه يبتدئ به على الغرماء[٢].

ووجه احتمال الرجوع أنّ العين موجودة وعدم تميّزها لا يقتضي عدمها، فيصدق عليه أنه وجد عين ماله فيكون أحقّ بها؛ للخبر[٣]. ولمّا لم يتميز مال البائع من مال المفلس بيع الجميع واختصّ هو بما يخصّه وكان الباقي للغرماء، كما لو اختلط مـالاً لشخصين فإنّ حقّ كلّ منهما لا يسقط بالامتزاج، وكما لو اختلط مال واحـد بمـال

---

(١) المبسوط: كتاب المفلس ج ٢ ص ٢٥٩ ـ ٢٦٠.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفـصل الخـامس في أحكـام المـفلس ص ٤٢٧ س ٣٥.

(٣) دعائم الاسلام: ذكر الحجر والتفليس ح ١٨٧ ج ٢ ص ٦٧.

المفلس من غير بيع فإنّ ملكه لايزول بالامتزاج، وذلك ظاهر.

وقال الشيخ رحمه الله في المبسوط: وان خلطه بالأجود قيل: يسقط حقّه من العين، وهو الصحيح؛ لأنّ عين زيته تالفة؛ لأنّها ليست بموجودةٍ من طريق المشاهدة ولا الحكم، فانّه ليس له أن يطالب بقيمته، ولمّا لم يكن موجوداً من الوجهين كان بمنزلة التالف، ولا حقّ له في العين، ويضرب بدينه مع الغرماء. وقيل: لايسقط، فيباع الزيتان ويقسّم الثمن على قدر قيمة الزيتين. وقيل: يدفع عين الزيت بقدر ما يخصّه، فإن كان له جرّة تساوي دينارين واختلطت بجرّة تساوي أربعة فالجملة ستة، فيكون للبائع قيمة ثلث الجميع فيدفع إليه ثلث الزيت وهو ثلثا جرّة، وهو غلط؛ لأنّه لو أخذ ذلك عوضاً عن جرّة حقّه لزم الربا، وان دفع بإزاء الحقّ وسئل ترك الباقي لم تجب الإجابة[1].

واعلم أنّ المصنّف رحمه الله لمّا حكى مذهب ابن الجنيد في المختلف[2] قال: وهو الوجه عندي[3].

وأقول كلام ابن الجنيد يعطي التقديم بالثمن، فإن قصد الثمن الذي باع به صاحب العين أوّلاً فهو باطل؛ لإمكان كونه محيطاً بقيمة العين فأوجب به من مال المفلس أو ببعضه، وهو غير جائز. وإن أراد ما يخصّه من الثمن الذي بيعت به أخيراً مع مال المفلس كان صحيحاً مع تفاوت قيمتها وقيمة ما مازجت به، امّا مع المساواة كان للبائع المطالبة بالقيمة أو البيع فيأخذ ثمن حصّته.

---

(١) المبسوط: كتاب المفلس ج ٢ ص ٢٦٣.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل الخامس في أحكام المفلس ص ٤٢٧ س ٣٥.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل الخامس في أحكام المفلس ص ٤٢٧ س ٣٦.

قوله رحمه الله: «ولو ساوى ثمانية فإن ألحقنا الصفة بالأعيان فالزيادة للمفلس فالثمن نصفان، وإلّا احتمل تخصيص البائع والثمن أرباعاً، أو البسط فالثمن أثلاثاً».

أقول: يريد لو اشترى ثوباً وصبغه وقيمة الثوب أربعة وقيمة الصبغ درهمان ثمّ صار مصبوغاً يساوي ثمانية فإن قلنا: إنّ الصفة كالأعيان فالزيادة للمفلس؛ لأنّه زاد بسبب كونه مصبوغاً، وهو للمفلس يجري مجرى العين، فكان الثمن بينهما بالسوية لصاحب الثوب قيمة الثوب أربعة وأربعة للمفلس عن الصبغ وبكونه[1] مصبوغاً. وان لم تلحقّ الصفة بالأعيان احتمل أن يكون للمفلس قيمة الصبغ درهمان والزيادة للبائع، كما لو سمنت الدابة في يد المشتري فإن البائع يرجع ويكون الثمن له مجّاناً، فيكون الثمن أرباعاً للمفلس ربعه درهمان والباقي للبائع.

ويحتمل أن يبسط الزيادة على قيمتي الثوب والصبغ؛ لأنّها زيادة حصلت في عين الثوب والصبغ، فيبسط على قيمتيهما وهي ستة، فكان الثمن بينهما أثلاثاً، للمفلس الثلث درهمان وثلثان والباقي للبائع.

قوله رحمه الله: «ولو أفلس المشتري بعد جناية العبد فالأقرب انّ للبائع الرجوع ناقصاً بأرش الجناية، أو الضرب بثمنه مع الغرماء، ولا يسقط حقّ المجني عليه من أخذ العين».

---

(١) في ج: «وكونه».

أقــول: وجه القرب انّه انّما تجدّد له استحقاق الرجوع وهي معيبة، فإن اختار أخذها لذلك أخذها؛ للخبر، وإلّا ضرب مع الغرماء، وحقّ المجنى عليه باقٍ؛ لأنّ حقّه في الرقبة وهي موجودة.

قوله رحمه الله: «والأقرب تقديم حقّ الشفيع على البائع لتأكّد حقّه، حيث يأخذ من المشتري وممّن نقله إليه. ويحتمل تقديم البائع لانتفاء الضرب بالشفعة لعود الملك كما كان، وأخذ الثمن من الشفيع فيختصّ به جمعاً بين الحقّين».

أقــول: لو باع أحد الشريكين شقصاً في ملك وثبت للشريك الشفعة ثمّ أفلس المشتري بالثمن فهل يكون الشفيع أحقّ من البائع أو بالعكس؟ ذكر المصنّف فيها ثلاثة أوجه:

أحدها: انّه يقدّم حقّ الشفيع؛ لما ذكره المصنّف من أنّ حقّه آكد، فإن الشفيع يأخذ الشقص من المشتري وممّن نقله إليه، بخلاف البائع فانّه لايستحقّ أخذه ممّن نقله إليه، ولأنّ حقّه أسبق من حقّ البائع فانّه ثبت في حال البيع، وحقّ البائع تجدّد بالإفلاس، وهذا مذهب الشيخ في الخلاف[1].

الثاني: أنّ البائع أحقّ بالشقص من الشفيع؛ لما ذكره المصنّف في الكتاب، ولأنّ حقّه أقرب.

الثالث: أن يأخذ الشفيع الشقص ويدفع الثمن، فيختصّ به البائع جمعاً بين الحقّين،

---

(١) الخلاف: كتاب التفليس المسألة ٣ ج ٣ ص ٢٦٥.

كما ذكر أيضاً.

والوجهان الأخيران نقلهما في المبسوط، قال: وقيل: فيه قولان، واختار فيه ما اختاره في الخلاف[١].

قوله رحمه الله: «وبعده أمانة على إشكال».

أقول: يريد بذلك انّه اذا باع عبداً وأفلس المشتري بثمنه ثمّ حجر عليه الحاكم وأبق العبد ثمّ رجع البائع في بيع العبد فظهر تلفه فإن كان قد تلف قبل تاريخ الرجوع ظهر بطلان الرجوع وضرب مع الغرماء، وان تلف بعد تاريخ الرجوع كان أمانة، بمعنى انّه غير مضمون على المفلس على إشكال.

ينشأ من انفساخ البيع المقتضي لضمان العبد وعود الملك الى البائع فيكون تلفه منه.

ومن أنّه مضمون على المشتري بقبضه، فلا يزول إلّا بقبض البائع، ولقوله صلّى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»[٢].

قوله رحمه الله: «ولو شرط تأجيل الحال صحّ، والأقرب جواز العكس».

أقول: لاخلاف في جواز ضمان الحال مؤجّلاً، وهل يجوز العكس أي ضمان المؤجّل حالّاً؟ قال في المبسوط: لا؛ لأنّ الفرع لايجوز أن يكون أقوى من الأصل[٣].

---

(١) المبسوط: كتاب المفلس ج ٢ ص ٢٥٠ ـ ٢٥١.

(٢) عوالي اللآلي: الفصل التاسع ح ١٠٦ ج ١ ص ٢٢٤.

(٣) المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٢٥.

والأقرب عند المصنّف الجواز، فانّه كما يجوز للانسان أن يؤدّي عن غيره المال المؤجّل معجّلاً بإذنه أو بغير إذنه كذلك الضمان؛ لأنّه عندنا ناقل فكان كالقضاء.

قوله رحمه الله: «فيحلّ مع السؤال على إشكال».

أقول: هذا تفريع على ما اختاره من جواز ضمان المؤجّل حالاً، وهو أنّه اذا سأل المديون ضمان ما في ذمّته مؤجّلاً فضمنه حالاً هل يحلّ أم لا؟ فيه إشكال.

ينشأ من سقوط الأجل بالنسبة الى مستحقّ الدَين والضامن، فيسقط بالنسبة الى المضمون عنه؛ لوقوع الضمان بسؤاله.

ومن عدم التلازم بين حلول الدَين بالنسبة الى الضامن وحلوله بالنسبة الى المضمون عنه، ولأصالة بقاء الأجل.

قوله رحمه الله: «امّا لو أذن احتمل تعلّقه بكسبه وبذمّته فيتبع به بعد العتق».

أقول: يعني لو أذن السيد لعبده في الضمان عن غيره فضمن، قال الشيخ في المبسوط: فيه قولان، أحدهما: في كسبه، واذا كان مأذوناً له في التجارة أخذ ممّا في يده؛ لأنّه من كسبه، وقيل: يكون في ذمّة العبد[1]. ولم يختر واحداً من القولين، ولاريب في احتمال كلّ منهما.

أمّا الأوّل: فلأنّ السيد أذن لعبده في ضمان المال، وسلط المضمون له على مطالبته وليس له مال، فلم يبق إلّا كسبه فيتعلّق به الضمان.

---

(١) المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٣٥.

وأمّا الثاني: فلأنّ الضمان هو تحويل المال من ذمّة الى ذمّة خالية والعبد قابل، لأن يثبت المال في ذمّته فيلزم انتقال المال الى ذمّة العبد، فلا يجوز استيفاؤه من مال السيد ـ أعني كسب العبد ـ.

وقال ابن الجنيد: يلزم السيد أداء المال، فإن كان معدوماً بيع العبد وأدّى ثمنه في كفالته[١].

قوله رحمه الله: «ولو أنكر بعد الضمان لم يبطل على رأي».

أقول: هذا اختيار ابن ادريس[٢]، ونقله المصنّف عن والده[٣] جدّنا رحمه الله.

وقال الشيخ في النهاية: يبطل؛ لأنّه قال: ومتى تبرّع الضامن من غير مسألة المضمون عنه ذلك وقبل المضمون له ضمانه فقد برئ من عهدة المضمون عنه، إلّا أن ينكر ذلك ويأباه فيبطل ضمان المتبرّع[٤]، وتبعه ابن البرّاج[٥]، وابن حمزة[٦]، وهو مذهب المفيد[٧] رحمه الله أيضاً.

قوله رحمه الله: «وفي اشتراط قبوله احتمال».

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل السادس في الضمان ص ٤٣١ س ٣٥.

(٢) السرائر: باب الكفالات والضمانات والحوالات ج ٢ ص ٦٩ ـ ٧٠.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل السادس في الضمان ص ٤٢٩ س ٣٠.

(٤) النهاية ونكتها: باب الكفالات والضمانات والحوالات ج ٢ ص ٣٦ ـ ٣٧.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل السادس في الضمان ص ٤٢٩ س ٢٧.

(٦) الوسيلة: فصل في بيان الضمان ص ٢٨٠.

(٧) المقنعة: كتاب الضمان والحوالة باب الضمانات ص ٨١٤.

أقـول: هل يشترط في صحّة الضمان قبول المضمون له؟ يحتمل ذلك؛ لأنّه عقد فيفتقر الى الايجاب والقبول كسائر العقود. ويحتمل عدمه؛ لأنّ علياً عليه السلام ضمن عن الميّت ولم يسأل النبي صلّى الله عليه وآله عن رضا المضمون له[١]، ولو كان شرطاً لسأل عنه.

قيل[٢]: على الأخير، انّ ضمان أميرالمؤمنين عليه السلام حكاية حال فلا تعمّ.

قوله رحمه الله: «والأقرب صحّة ضمان مال الكتابة وإن كانت مشروطة».

أقـول: منع الشيخ في المبسوط من ذلك قال: لأنّه ليس بلازم ولا يؤول الى اللزوم؛ لأنّ للمكاتب إسقاطه بفسخ الكتابة للعجز، فلا يلزم العبد في الحال ولا يؤول الى اللزوم؛ لأنّه اذا أدّاه عتق، فاذا عتق خرج من أن يكون مكاتباً، فلايتصوّر أن يلزمه في ذمّته مال الكتابة بحيث لايكون له الامتناع من أدائه. قال: وهو فرع المضمون عنه، فلا يتصوّر كون ذلك المال في الأصل غير لازم، فيكون في الفرع لازم[٣].

والأقرب عند المصنّف صحّة ذلك؛ لأنّه مال ثابت في الذمّة فجاز ضمانه كغيره من الأموال الثابتة في الذمّة، ويمنع[٤] جواز أن يعجز نفسه، وقد تقدّم مثل ذلك.

---

(١) عوالي اللآلي: باب التجارة ح ١٩ ج ٣ ص ١٩٩.

(٢) ايضاح الفوائد: كتاب الديون المقصد الرابع في الضمان ج ٢ ص ٨٤.

(٣) المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٣٦.

(٤) في ج: «ومنع».

قوله رحمه الله: «والأعيان المضمونة كالغصب، والعارية المضمونة، والأمانة مع التعدّي على إشكال».

أقول: منشأ الإشكال هنا كما قلناه في باب الرهن من صحّة الرهن على هذه وعدمها، وهو انّها ليست ثابتة في الذمّة، فلا يصحّ ضمانها.

ومن وجود سبب ضمان القيمة، وهو الغصب وأشباهه.

قوله رحمه الله: «أو ردّ بعيب على إشكال».

أقول: اذا ضمن إنسان للمشتري عن البائع الثمن بعد قبضه صحّ، فاذا خرج المبيع مستحقّاً رجع على الضامن. أمّا لو ردّ بعيب سابق على العقد هل للمشتري الرجوع على الضامن عن البائع بالثمن أم لا؟ فيه إشكال.

ينشأ من أنّ الثمن وقت الضمان لم يكن مستحقّاً للمشتري في ذمّة البائع، وانّما تجدّد الاستحقاق بعد الفسخ للعيب فيكون ضمان مالم يجب وهو باطل.

ومن وجود سبب استحقاق الثمن، وهو العيب المتقدّم على العقد، وهو اختيار الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: اذاخرج بعض المبيع مستحقّاً رجع المشتري على الضامن للعهدة بما قابل المستحقّ من الثمن، وإن فسخ البيع لتبعيض الصفقة رجع بما قابل الباقي أيضاً على الضامن[1].

قوله رحمه الله: «والأقرب انّه لايصحّ ضمان عهدة الثمن لو خرج المبيع معيباً وردّه، والصحّة لو

---

(١) المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٢٨.

بان فساده بغير الاستحقاق، كفوات شرط معتبر في البيع، أو اقتران شرط فاسد به».

أقول: ضمان عهدة الثمن للمشتري عن البائع إمّا بأن يكون لو خرج المبيع مستحقّاً وهو صحيح قطعاً، أو يكون لو خرج معيباً، وقد حكينا عن الشيخ الجواز لو بان باطلاً، إمّا لفوات شرط معتبر في البيع، أو اقتران بشرط فاسد.

والمصنّف قد اختار انّ ضمان عهدة الثمن لو خرج معيباً لا يصحّ؛ لأنّه ضمان مالم يجب، وذلك لأنّ استحقاقه للثمن انّما يكون بعد الفسخ المتأخّر عن البيع، وعند عقد الضمان لم يكن مستحقّاً له فلا يصحّ ضمانه، وقد تقدّم. وإن ضمن عهدة الثمن لو بان فاسداً لعدم شيء من شرائطه أو انضمام شرط فاسد صحّ؛ لأنّ البيع يكون باطلاً، فقبض البائع يكون مضموناً عليه.

وأقول: إنّ هذا مبنيّ على صحّة ضمان الأعيان المضمونة، فإن ضمان عهدة الثمن عند وجوده في يد البائع يكون ضماناً لعينٍ مضمونةٍ، وقد تقدّم انّ في ذلك إشكالاً، غير أنّ الأصحاب جوّزوا ضمان العهدة لو خرج مستحقّاً لما تمسّ الحاجة الى ذلك.

قوله رحمه الله: «والأقوى صحّة ضمان المجهول».

أقول: هذا اختيار ابن الجنيد[1]، والمفيد[2]، وأبي الصلاح[3]، وسلّار[4]،

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل السادس في الضمان ص ٤٢٩ س ٣٦.

(٢) المقنعة: كتاب الضمان والحوالة باب الضمانات ص ٨١٤.

(٣) الكافي في الفقه: فصل في الكفالة والحوالة ص ٣٤٠.

(٤) المراسم: ذكر أحكام الضمانات والكفالات ص ٢٠٠.

وابن زهرة[١]، وقول الشيخ في النهاية[٢]، وابن البرّاج في الكامل[٣].

وقال الشيخ في المبسوط[٤] والخلاف[٥]: لا يصحّ، وتبعه ابن البرّاج في المهذّب[٦]، وابن ادريس[٧].

والأوّل أقوى عند المصنّف؛ لأنّه عقد فوجب الوفاء به؛ لقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾[٨]، ولقوله صلّى الله عليه وآله: «الزعيم غارم»[٩] وهو غير مقيّد بالمعلوم فكان صادقاً على كلّ من المجهول والمعلوم، ولأنّ الأصل صحّة العقد.

قوله رحمه الله: «ولو قال: ضمنت من واحد الى عشرة احتمل لزوم العشرة وثمانية وتسعة باعتبار الطرفين».

أقول: ذكر الأصحاب مثل هذه المسألة في الإقرار، فقال الشيخ في المبسوط: اذا قال له: عندي من واحد الى عشرة لزمه تسعة؛ لأنّ الأوّل داخل فيه؛ لأنّ «من»

---

(١) الغنية «الجوامع الفقهية»: كتاب التجارة فصل في الضمان ص ٥٣٣ س ٢٣.

(٢) النهاية ونكتها: باب الكفالات والضمانات ج ٢ ص ٣٨ ـ ٣٩.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل السادس في الضمان ص ٤٢٩ س ٣٦.

(٤) المبسوط: كتاب الضمان ج ٢ ص ٣٣٥.

(٥) الخلاف: كتاب الضمان المسألة ١٣ ج ٣ ص ٣١٩.

(٦) لم نعثر عليه في المهذّب ونقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل السادس في الضمان ص ٤٢٩ س ٣٧.

(٧) السرائر: باب الحوالات والضمانات ج ٢ ص ٧٢ ـ ٧٣.

(٨) المائدة: ١.

(٩) عوالي اللآلي: باب الديون ح ٣ ج ٢ ص ٢٥٧.

لابتداء الغاية، والابتداء يدخل فيه[١].

وقال ابن ادريس: يلزمه ثمانية؛ لأنّه المتيّقن وما عداه محتمل، فلا يجب في الذمّة به شيء[٢].

وقال المصنّف: يحتمل العشرة، والأصل فيه انّ الغاية إن دخلت في ذي الغاية لزمته العشرة. ثمّ قال: والوجه الدخول إن لم ينفصل بمفصل محسوس، حتى لو قال له: من الخشبة من الطرف الى الطرف دخلت، وإلّا لم يدخل، فقد بان بما ذكرناه. ووجه الاحتمالات ثلاثة، وذكرنا مسألة الإقرار ليحصل مع بيان الاحتمالات فائدة أُخرى، وهو الإحاطة بمسألة الإقرار والخلاف فيها.

قوله رحمه الله: «فإن تلف بغير تفريط الضامن ففي بطلان الضمان إشكال».

أقول: يريد لو شرط الضمان من مال بعينه فتلف ذلك المال فهل يبطل الضمان؟ فيه إشكال.

ينشأ من أنّ الضمان لايتناول ما عدا ذلك المال وقد تلف بغير تفريط فيبطل الضمان بتلف متعلّقه.

ومن أنّ الضمان ناقل، فانّه عقد يقتضي انتقال المال من ذمّة الى ذمّة خالية، واشتراط أدائه من ذلك المال لاينافي وجوبه في ذمّة الضامن، واذا كان قد انتقل الى ذمّته ووجب أداؤه من ذلك المال لم يسقط عن ذمّته بتلف ذلك المال.

---

(١) المبسوط: كتاب الإقرارج ٣ ص ٢٧ ـ ٢٨.

(٢) السرائر: باب الإقرارج ٢ ص ٥٠٩ ـ ٥١٠.

قوله رحمه الله: «وعلى الثاني يرجع على المضمون عنه وكذا لو ضمن مطلقاً ومات معسراً على إشكال».

أقول: يريد بالثاني اذا قلنا بأنّه لو شرط الضمان من مال بعينه صحّ، وتعلّق الدَين بذلك المال تعلّق الأرش بالجاني لاتعلّق الدَين بالرهن، ورجع على المضمون عنه؛ لأنّه علىٰ هذا التقدير لاينتقل الى ذمّة الضامن، بل هو باقٍ في ذمّة المضمون عنه، وان وجب قضاؤه من مال الضامن كما يقضي الأرش من قيمة الجاني وان لم يثبت في ذمّة مولاه، وكذلك اذا ضمن الانسان مطلقاً ـ أي لم يشرط أداء الدَين من مالٍ بعينه ـ ثمّ مات الضامن معسراً فانّه يرجع المضمون له على المضمون عنه على إشكال.

ينشأ من أنّه لولاه لضاع ماله ولسقط من غير قضاء ولا إبراء، وهو خلاف الأصل.

ومن انتقال المال الى ذمّة الضامن عندنا وبراءة المضمون عنه بعقد الضمان فلا يعود المال الى ذمّته.

قوله رحمه الله: «وللضامن مطالبة الأصيل اذا طُولب ـ كما أنّه يغرمه اذا غرم ـ على إشكال».

أقول: يريد انّ للضامن من مطالبة الأصيل ـ أعني المضمون عنه ـ اذا طُولب على إشكال.

ينشأ من أنّه يغرمه اذا غرم؛ لأنّه بسببه غرم فله أن يغرمه، فكذا يطالبه اذا طُولب؛ لأنّه بسببه.

ويحتمل عدمه؛ لأنّ المال انتقل الى ذمّته، فاذا طُولب بما في ذمّته لم يكن له مطالبة الأصيل[1]؛ لأنّه لا شيء له في ذمّته قبل الأداء.

قوله رحمه الله: «ولو صالح المأذون في الأداء بشرط الرجوع على غير جنس الدَين احتمل الرجوع إن قال: أدِّ دَيني أو ما عليَّ، بخلاف: أدِّ ما عليَّ من الدراهم ان علّق بالأداء».

أقول: لو كان على رجل دَين لآخر فأذن المديون لثالث في الأداء عنه بشرط أن يرجع عليه فصالح ذلك الشخص المأذون له في الأداء الغريم ـ أعني صاحب الدَين على جنس مغاير لجنس الدين، كما لو كان الدَين دراهم فصالحه على ثوب احتمل الرجوع إن قال له: أدِّ دَيني أو أدِّ ما عليَّ؛ لأنّ أداء دَينه أو ما عليه أعمّ من أن يكون من جنس الحقّ أو من غير جنسه، إذ المراد بقوله: «أدِّ دَيني» أسقطه من ذمّتي بما تدفعه الى صاحب الدَين، وقد فعل وشرط الرجوع فكان له الرجوع، بخلاف مالو قال: أدِّ ما عليَّ من الدراهم، وعلق لفظة «من» بقوله: «أدِّ» فإن هنا لا يرجع؛ لأنّ المعنى حينئذٍ: أدِّ من الدراهم دَيني، فاذا أدّى من غير الدراهم يكون أداءً غير مأذون فيه فلا يرجع به.

ويحتمل عدم الرجوع مطلقاً، أي سواء قال «من الدراهم» أو لم يقل، وسواء علّق بالأداء أو لم يعلّق؛ لأنّه لم يأذن له في الصلح بل في الأداء وهو غير الصلح.

---

(١) في ج: «الأصل».

قوله رحمه الله: «ولو طالب بالأرش فالأقرب مطالبة الضامن».

أقول: لو طالب المشتري بأرش العيب السابق فالأقرب عند المصنّف انّ له مطالبة الضامن؛ لأنّ الأرش هو عوض جزء فائت من المبيع وقت العقد، وقد كان واجباً وقت الضمان فصحّ ضمانه.

قوله رحمه الله: «وفي ضمان البائع ذلك إشكال».

أقول: يريد لو ضمن البائع عهدة ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس هل يصحّ ذلك أم لا؟ فيه إشكال.

ينشأ من أنّه ضمان مالم يجب فلا يصحّ.

ومن وجود سببه واقتضاء العقد ذلك، فإنّ بيع المستحقّ لغير البائع مع جهل المشتري يقتضي رجوع المشتري عليه بما يغرم عمّا يحدثه من بناء أو غرس.

قوله رحمه الله: «ولو ضمن اثنان طُولب السابق، ومع الاقتران إشكال».

أقول: لأصحابنا في هذه المسألة قولان، أحدهما قول ابن حمزة وهو: انّ له مطالبة من شاء منهما على انفراده والجميع[1]. والآخر قول ابن الجنيد: انّه يرجع على كلّ واحد بقدر حصّته على قدر عددهم[2].

---

(١) الوسيلة: فصل في بيان الضمان ص ٢٨١.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل السادس في الضمان ص ٤٣١ س ٢١.

أمّا المصنّف فذكر هنا انّ فيه إشكالاً، ينشأ من احتمال بطلان الضمان؛ لأنّه ناقل، ويمتنع انتقال مجموع الحقّ دفعةً الى كلّ واحد من الذمم المتعدّدة والصحّة، فيطالب كلّ واحدٍ بقسطه، كما قال ابن الجنيد، إذ الأصل صحّة الضمان، وامتناع انتقال المجموع الى كلّ واحد لايمنع من انتقال المجموع الى الذمّتين لا الى كلّ واحدة، وهو يقتضي إلزام كلّ منهما بالنصف.

واعلم انّ المصنّف قال في المختلف: اذا وقع الضمان دفعةً فإمّا أن يقع مع رضاالمضمون له على التعاقب أو دفعةً، فإن وقع على التعاقب صحّ ضمان من رضي بضمانه أوّلاً؛ لانتقال المال بالضمان، ورضا المالك الى ذمّته، فلا يصادف الضمان الثاني ذمّة مشغولة فيبطل[1].

وأقول: المراد بـ «الثاني» ضمان الآخر؛ لأنّهما ضمنا دفعةً، فليس معهما أوّل وثانٍ، بل المرضي بضمانه ثانياً، فإن وقع الرضا بضمانهما دفعةً أيضاً كان فيه احتمالان، ثمّ قوّى البطلان.

قوله رحمه الله: «فإن أطلق فالوجه التقسيط».

أقول: يريد لو كان لواحدٍ دَينان على رجلين فضمن كلّ واحدٍ منهما ما في ذمّة الآخر لصاحب الدَينين وأجاز مالك الدَينين ضمان أحدهما خاصّة صار الجميع في ذمّة أحدهما بالأصالة والآخر بالضمان ورضاه، فاذا أدّى الضامن نصف المجموع انصرف الى ما قصده، إن قصد الأداء عن نفسه لم يرجع على المضمون عنه وإن كان قد أذن له، وإن أدّى عن المضمون عنه رجع عليه مع الإذن في الضمان، فإن

(١) مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل السادس في الضمان ص ٤٣١ س ١٨.

أطلق ـ أي دفع نصف الدَينين ـ ولم يقصد أحدهما قال المصنّف: الوجه التقسيط، أي يوزّع ذلك على قدر الدَينين؛ لأنّه لا أولوية لصرفه الى أحدهما دون الآخر.

قوله رحمه الله: «وينصرف الإبراء الى ما قصده المبرئ، فان أطلق فالتقسيط، ولو ادّعىٰ الأصيل قصده ففي توجّه اليمين عليه أو على الضامن إشكال، ينشأ من عدم توجّه اليمين لحقّ الغير وخفاء القصد».

أقول: المسألة بحالها، لكن صاحب الدَين أبرأ الضامن نصف الدَين ولم يعيّن الإبراء انّه من الدَين الأصلي على الضامن أو من الدَين الذي ضمنه عن صاحبه، فانّه يقتضي التقسيط عليهما كما قلنا، فلو ادّعى المضمون عنه ـ وهو الأصيل على المبرئ ـ انّه قصده بالإبراء من دَينه وأنكره ففي توجّه اليمين على المبرئ أو على الضامن إشكال.

ينشأ ممّا ذكره المصنّف وهو: انّه يحتمل أن يتوجّه اليمين على الضامن؛ لأنّه لا يجوز للمبرئ أن يحلف لحقّ غيره، فإن الدعوى في الحقيقة ليست على المبرئ وإن كان الفعل صدر منه وهو منكر، بل على الضامن، وهو انّه لو ادّعى[1] لم يرجع على الأصيل.

ويحتمل انّ الدعوى هاهنا قصد المبرئ وهو خفيّ لا يطّلع عليه الضامن، فلا يجوز له أن يحلف عليه.

---

(١) في ج: «أدّى».

قوله رحمه الله: «وفي رجل واحد ليحلف معه نظر».

أقول: اذا أذن واحد لغيره في القضاء عنه فادّعى القضاء في غيبة الإذن وأشهد شاهداً واحداً ليحلف معه لو أنكر المستحقّ القضاء هل يرجع أم لا؟ فيه نظر.

ينشأ من أنّ القضاء لا يثبت بالواحد فيكون مقصّراً بترك الإشهاد فلا يرجع.

ومن تمكّنه من إثبات القبض عنه بيمينه مع الشاهد فلا يكون مفرطاً فيرجع.

قوله رحمه الله: «وهل يشترط شغل ذمّة المحال عليه بمثل الحقّ للمحيل؟ الأقرب عدمه».

أقول: هذا الكلام يتضمّن مسألتين:

الأُولىٰ: هل يشترط في صحّة الحوالة شغل ذمّة المحال عليه بمال المحيل أو يجوز الحوالة على بريء؟ للشيخ في المبسوط قولان، أحدهما: انّه ليس شرطاً، ذكره في أوّل باب الحوالة[1]، وهو الأقرب. والآخر: المنع، ذكره بعد ذلك[2].

والأقرب عند المصنّف انّ ذلك ليس شرطاً، عملاً بأصالة الجواز وأصالة عدم الاشتراط.

المسألة الثانية: لو أحال على مشغول الذمّة هل يشترط تماثل الحقّين أو تصحّ الحوالة مع تخالفهما؟ فنقول: ذهب جماعة من أصحابنا كالشيخ[3]، وابن البرّاج[4]،

---

(١) المبسوط: كتاب الحوالة ج ٢ ص ٣١٣.

(٢) المبسوط: كتاب الحوالة ج ٢ ص ٣١٦ و ٣٢١.

(٣) المبسوط: كتاب الحوالة ج ٢ ص ٣١٣.

(٤) لم نعثر عليه في المهذّب.

وابن حمزة[١] الى انّ الحوالة لاتصحّ إلّا بشرطين: اتفاق الحقّين في الجنس والصفة، وكون الحقّ ممّا يصحّ فيه أخذ البدل قبل قبضه.

ثمّ قال الشيخ في المبسوط ـ بعد ذلك ـ: قال قوم: انّ الحوالة بيع، إلّا أنّه غير مبنيّ على المكاسبة والمغابنة وطلب الفضل والربح، وانّما هو مبنيّ على الإرفاق والمعاونة والقرض، فلا يجوز إلّا في دَينين متّفقين في الجنس والصفة، ولا تجوز اذا كانا من جنسين مختلفين ولا في جنس مع اختلاف الصفة، فيجب أن يكونا حالّين أو مؤجّلين أجلاً واحداً، ولايجوز أن يكون أحدهما حالّاً والآخر مؤجّلاً، وأن لا يكون أحدهما صحاحاً والآخر مكسوراً، ولا أن يكون أحدهما أكثر، لأنّ المقصود الرفق دون المكاسبة والمغابنة. وعلى هذا لايجوز أن يحيل بالطعام الذي يحلّ عليه من السلم قبل قبضه؛ لأنّه لايجوز بيعه قبل قبضه. ثمّ قال: ويقوى في نفسي أنّها ليست ببيع بل هي عقد منفرد، ويجوز خلاف جميع ذلك إلّا زيادة أحد النقدَين على صاحبه؛ لأنّه ربا، فلا يمنع أن نقول: إنّ الحوالة تجوز فيما له مثل وفيما يثبت في الذمّة بعد أن يكون معلوماً[٢].

وهذا القول الآخر موافق لما اختاره المصنّف، والدليل على عدم اشتراط المماثلة أنه مع المخالفة عقد فوجب الوفاء به، عملاً بعموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾[٣] ولأصالة الصحّة وعدم الاشتراط.

---

(١) الوسيلة: فصل في بيان الحوالة ص ٢٨٢.

(٢) المبسوط: كتاب الحوالة ج ٢ ص ٣١٦ ـ ٣١٧.

(٣) المائدة: ١.

قوله رحمه الله: «وهل يتخيّر لو تجدّد اليسار والعلم بالفقر إشكال».

أقول: شرط الأصحاب في صحّة الحوالة أن يكون المحال عليه ملّياً أو علم المحتال بإعساره، فعلى هذا لو أحاله على معسرٍ لم يعلم بإعساره ثم تجدّد يساره قبل العلم بكونه وقت الحوالة معسراً هل يتسلّط المحتال على فسخ الحوالة أم لا؟ فيه إشكال.

ينشأ من عدم حصول شرط الحوالة وقت العقد فانّه لم يكن موسراً، ولا علم المحتال بإعساره فيثبت له الخيار، فلا يسقط باليسار المتجدّد.

ومن حيث إنّ المقتضي للخيار زال قبل علمه بإعساره، فانّه لم يعلم بذلك إلّا وهو موسراً، فاذا زال المقتضي لثبوت الخيار زال الخيار.

قوله رحمه الله: «فيبرأ المحيل عن دَين المحتال وإن لم يبرأه المحتال على رأي».

أقول: الحوالة عندنا ناقلة، فحينئذٍ يبرأ المحيل بمجرّد عقد الحوالة اذا حصلت شرائطها وان لم يبرأه المحتال، وهو قول ابن ادريس[١]. خلافاً لأكثر أصحابنا حيث قالوا: لا يبرأ إلّا اذا أبرأه المحتال، ذهب إليه الشيخ في النهاية[٢]، وابن الجنيد[٣]، وأبوالصلاح[٤]، وهو المفهوم من كلام المفيد فانّه قال: اذا كان لإنسان على غيره مال

---

(١) السرائر: في بيان أحكام الوكالة ج ٢ ص ٨٠.

(٢) النهاية ونكتها: باب الكفالات والضمانات والحوالات ج ٢ ص ٤٠.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل السابع في الحوالة ص ٤٣٢ س ٣٢.

(٤) الكافي في الفقه: فصل في الكفالة والحوالة ص ٣٤٠.

فأحاله به على رجل ملّي فقبل الحوالة وأبرأه منه لم يكن له الرجوع[١]، وكذا ابن البرّاج[٢]، وابن حمزة[٣].

قوله رحمه الله: «ويصحّ على من ليس عليه حقّ، أو عليه مخالف على رأي».

أقول: هذه المسألة تقدّمت.

قوله رحمه الله: «وبمال الكتابة بعد حلول النجم، وقبله على إشكال».

أقول: منع الشيخ[٤] رحمه الله من صحّة الحوالة بمال الكتابة بناءً على ما تقدّم من انّ له أن يعجز نفسه.

والمصنّف استشكل ذلك قبل حلول النجم، فانّه يحتمل الصحّة؛ لأنّه دَين ثابت في ذمّته، وليس له أن يعجز نفسه كما تقدّم، فصحّت الإحالة كسائر الديون المؤجّلة.

ومن حيث إنّه غير مستحقّ للسيد وإمكان أن يعجز قبل النجم فيسقط، فتمتنع الإحالة به.

قوله رحمه الله: «ولو احتال البائع ثمّ ردّت السلعة بعيبٍ ـ الى قوله: ـ فإن منعنا الرجوع فهل

---

(١) المقنعة: باب الضمانات والكفالات ص ٨١٤ ـ ٨١٥.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل السابع في الحوالة ص ٤٣٢ س ٣٤.

(٣) الوسيلة: فصل في بيان الحوالة ص ٢٨٢.

(٤) المبسوط: كتاب الحوالة ج ٢ ص ٣٢٠.

للمشتري مطالبته بتحصيل الحوالة ليرجع؟ إشكال».

أقول: يريد أنّه لو أحال المشتري البائع بثمن ما اشتراه على غيره ثمّ وجد عيباً فيما ابتاعه فردّه لم تبطل الحوالة، ويرجع المشتري على البائع، فإن لم يكن البائع قبض فهل له إلزامه بالرجوع على المحال عليه ليرجع؟ فيه إشكال.

ينشأ من أنّه ليس للانسان قهر غيره على قبض حقّه من غيره، والحوالة حقّ للبائع على المحال عليه.

ومن أنّه يردّ المبيع على البائع استحقّ الثمن، ولا يرجع به على المحال عليه؛ لعدم بطلان الحوالة، ولا على البائع؛ لعدم قبضه، فلو لم يكن له إلزامه بقبضها ليرجع أدّىٰ الى سقوط ماله بتقدير معاندة البائع؛ لعدم مطالبة المحال عليه، وهو ضرر محض منفيّ بقوله صلّى الله عليه وآله: «لاضرر ولا إضرار»[1].

قوله رحمه الله: «لو شرط في الحوالة القبض بعد شهرٍ مثلاً فالأقرب الصحّة وإن كان حالاً».

أقول: لأنّ ذلك اشتراط شيء سائغ في عقد لازم فكان صحيحاً، ولأنّ الأصل الصحّة.

قوله رحمه الله: «ولو قال: إن جئت فأنا كفيل به لم يصحّ على إشكال».

---

(١) من لايحضره الفقيه: باب ميراث أهل الملل ح ٥٧١٨ ج ٤ ص ٣٣٤.

أقـول: ينشأ من أصالة الصحّة من أنّ الكفالة عقد شرعي تحتاج مشروعيتها الى دليل شرعي، ولم يقم على المشروعية المعلّقة على الشرط دليل.

قـوله رحمـه الله: «والأقـرب صـحّة كـفالة المكاتب».

أقـول: منع الشيخ[1] من ذلك بناءً على مذهبه، والأقرب عند المصنّف الجواز، بناء على ما تقدّم من ثبوت المال في ذمّة المكاتب فصحّت كفالته.

قوله رحمه الله: «ومن في يـده مـال مـضمون كالغصب والمستام».

أقـول: هذا أيضاً مبنيّ على صحّة الضمان، فإن قلنا به صحّت الكفالة قطعاً، وإن قلنا: إنّه لايصحّ ضمانه فالأقرب صحّة كفالته؛ لأنّ عليه حقّاً، والكـفالة تسـتدعي ثبوت حقّ.

قـوله رحمـه الله: «وضمان عـين المـغصوب والمستام ليردّها على مالكها».

أقـول: لو ضمن الانسان نفس العين المغصوبة أو المقبوضة بالسوم ليردّها على مالكها فالأقرب عنده الجواز، فعلى الجواز إن ردّ العين برئ من الضمان، وإن تلفت برئ من الضمان على أحد الوجهين ـ كما لو مات المكفول ـ وعلى الآخر انّه لايبرأ؛ لأنّ معنى ضمان العين هو أن تصير العين بحيث لو تلفت ضمن قيمتها.

---

(١) المبسوط: أحكام الكفالة ج ٢ ص ٣٤٠.

قوله رحمه الله: «ولابتسليمه قبل الأجل أو في غير المكان المشترط، وإن انتفى الضرر فيها على رأي».

أقول: ذهب الشيخ في المبسوط الى خلاف ذلك في الموضعين، فقال: اذا تكفّل مؤجّلاً صحّ، فإن أحضره قبل الأجل وسأل تسليمه نظر فيه، فإن كان لاضرر عليه فيه لزمه، وإن كان عليه ضرر لم يلزمه ذلك[١]. وكذا قال ابن البرّاج[٢].

وقال الشيخ أيضاً: اذا تكفّل على أن يسلّمه في موضع فسلّمه في موضع آخر في حمله الى موضع التسليم ضرر لايلزمه قبوله، وإن كان لاضرر عليه ولا مؤونة في حمله لزمه[٣].

قوله رحمه الله: «ولو مات المكفول له فالأقرب انتقال الحقّ الى ورثته».

أقول: لأنّه حقّ مالي يجري فيه الإرث كسائر الحقوق المالية، ويحتمل ضعيفاً عدم الانتقال؛ لأنّه لم يكفل منهم، ومقتضى كفالته وجوب التسليم الى الموروث وقد تعذّر بموته فيبطل.

قوله رحمه الله: «لو تكفّل اثنان برجل فسلّمه أحدهما فالأقرب براءة الآخر».

---

(١) المبسوط: أحكام الحوالة ج ٢ ص ٣٣٨.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل الثامن في الكفالة ص ٤٣٤ س ١٩.

(٣) المبسوط: أحكام الحوالة ج ٢ ص ٣٣٨.

أقـول: وجه الأقربية انّ الواجب تسليمه ثانياً وقد حصل.

وقال في المبسوط[١]، وتبعه ابن البرّاج[٢]، وابن حمزة[٣]: لا يبرأ الآخر؛ لأنّه لا دليل عليه، والواجب لا تمنع عدم الدليل، وقد بيّناه. ويؤيده أنّه لو سلّم نفسه برئ الكفيل، فكذلك هنا صحّ.

قوله رحمه الله: «لو هـرب المكـفول أو غـاب غيبةً منقطعة فـالأقرب إلزام الكـفيل بـالمال أو إحضاره مع احتمال براءته، ويحتمل الصبر».

أقـول: اذا غاب المكفول غيبة منقطعة احتمل في الكفيل ثلاثة احتمالات:

أحدها: إلزامه بالمال أو الإحضار؛ لأنّ عقد الكفالة اقتضى إحضاره أو أداء ما عليه.

وثانيها: انّه يبرأ من الكفالة لتعذّر إحضاره، فكان كالموت في بطلان الكفالة.

وثالثها: يبقى كفيلاً، ويجب الصبر الى أن يتمكّن من إحضاره، فـحينئذٍ يـلزمه الإحضار أو الأداء؛ لأنّه كالمعسر.

قوله رحمه الله: «لو أسلم الكفيل عـلى الخـمر برئ من الكفالة، ولو أسلم أحد الغـريمين بـرئ الكفيل والمكفول على إشكال فيهما».

---

(١) المبسوط: أحكام الكفالة ج ٢ ص ٣٣٩.

(٢) جواهر الفقه: كتاب الضمان المسألة ٢٦٩ ص ٧١ ـ ٧٢.

(٣) الوسيلة: فصل في بيان الكفالة ص ٢٨١.

أقول: هنا مسألتان، الأُولى: أسلم الكفيل مع بقاء المتعاملين على الكفر، الثانية: أسلم أحد المتعاملين مع بقاء الآخر والكفيل على الكفر. ففي الأُولى يبرأ الكفيل خاصّة، وفي الثانية يبرأ الكفيل والمكفول على إشكال في المسألتين.

أمّا الأُولى: فمن حيث إنّه كفيل على الخمر فلايصحّ من المسلم، ومن انّه ليس كفيلاً بالخمر بل بنفس المكفول عليه حقّ لمثله لم يسقط فلا تبطل الكفالة.

وأمّا الثانية: فيحتمل براءة الكفيل والمكفول معاً أمّا المكفول: فلأنّه إمّا مسلم فلا يثبت في ذمّته الخمر، أو صاحب الدَين مسلم فلا يستحقّ الخمر، فيسقط على كلّ واحد من التقديرين. وأمّا الكفيل: فلأنّ البراءة من الحقّ يقتضي بطلان الكفالة فيبرأ الكفيل أيضاً وإن كان كافراً، ويحتمل عدم البراءة لوجوب القيمة عند مستحلّيه، وفيه مافيه.

والتحقيق أن نقول في الأُولى: هل يصحّ أن يكفل المسلم ذمّياً في ذمّته لذمّي خمراً وخنزيراً أم لا؟ فإن صحّت الكفالة هنا لم تبطل الكفالة بإسلام الكفيل؛ لأنّ الاسلام لايمنع منها، وإن لم يصحّ بطل، ولكن لا مانع من صحّة كفالة المسلم للذمّي؛ لأنّها ليست كفالة بالمال حتى يقال: إنّه كفيل بما لايملكه المسلم، وانّما كفل بحقّ ثابت في ذمّة المكفول للمكفول له، وهو شرط الكفالة، إذ لم يتعرّض الفقهاء لاشتراط كون الحقّ ممّا يصحّ تملّكه للكفيل، بل كلّ من عليه حقّ أو استحقّ عليه الحضور الىٰ مجلس الحكم جاز أن يكفل، وهو متحقّق هنا.

وفي الثانية: انّه بإسلام أحدهما هل يسقط الخمر أو تجب القيمة عند مستحلّيه؟ الأقرب انّ المسلم إن كان صاحب الحقّ سقط، إذ المستحقّ له في ذمّة غريمه انّما هو الخمر، وقد زال تملّكه عنه بالاسلام، كما يزول تملّكه عن الخمر لو كانت عينها في يده،

وان كان المسلم هو الذي عليه الحقّ كان عليه قيمته عند مستحلّيه؛ لأنّه أتلف باسلامه الخمر المستحقّ في ذمّته لذمّي مستتر، فكانت مضمونة عليه بالقيمة، وسقوط الكفالة تابع كذلك في جميع الصور المذكورة.

قوله رحمه الله: «امّا لو كان ضماناً لم يسقط بإسلام المضمون عنه، وفي رجوع الضامن عليه بالقيمة نظر».

أقول: لو كان التعهّد بالمال المذكور ضماناً لم يسقط عن ذمّة الضامن بإسلام المضمون عنه؛ لأنّ الضمان ناقل، فقد انتقل الخمر الى ذمّة الضامن وهو كافر، فلا يسقط عن ذمّته بإسلام غيره. فعلى هذا لو أدّى وكان مأذوناً له في الضامن هل له أن يرجع على المضمون عنه بقيمة الخمر عند مستحلّيه؟ يحتمل ذلك؛ لأنّه ضمن بإذنه وأدّى. ويحتمل عدمه؛ لأنّ ما أدّاه لايدخل في ملك المسلم، فانّه انّما أدّى الخمر، فلا يرجع بها ولا بالقيمة؛ لأنّها لم يضمنها عنه.

قوله رحمه الله: «ولو خيف على السفينة الغرق ـ الى قوله: ـ وعليَّ ضمانه مع الركبان فقد أذنوا لي فأنكروا بعد الإلقاء ضمن الجميع بعد اليمين على إشكال».

أقول: ينشأ من استناد التفريط الى المالك كما ذكره المصنّف.

ومن الغرور بادّعاء الإذن.

قوله رحمه الله: «ولو لم يكن خوف فالأقرب بطلان الضمان».

أقـول: يريد انّه لوقال واحد لمن في السفينة من غير خوف عليها: ألق متاعك في البحر وعليَّ ضمانه فالأقرب بطلان الضمان؛ لأنّه ضمان مالم يجب، فلا حاجة ماسّة الى شرعه كالأُولى فكان باطلاً.

قوله رحمه الله: «الأقرب انتقال حـقّ الكـفالة الى الوارث».

أقـول: هذه تقدّمت، لكن ذكرها هاهنا للفرق بين انتقال الحقّ عن المورث الى الوارث، وبين انتقال الحقّ من المستحقّ الى غيره، كما اذا باع الدَين أو أحال به غيره أو نقله بغير ذلك من الوجوه الناقلة، فإن الكفالة لاتتبع الحقّ هنا، بخلاف الوارث وذلك؛ لأنّ الوارث ملك حقّ الكفالة بميراثها عن مورثه مع[1] الدَين، والمبتاع انّما انتقل إليه الدَين لاغير دون الكفالة.

قوله رحمه الله: «ولو صالح على عين بأُخرى في الربويات ففي إلحاقه بالبيع نظر».

أقـول: من قال: إنّ الصلح فرع للبيع يكون ذلك عنده باطلاً مع زيادة أحدهما مع الأُخرى كالشيخ[2]، ومن قال: إنّه أصل بنفسه ليس فرعاً على غيره فهل يلحقه حكم البيع من ثبوت الربا وبطلان هذه المعاملة؟ فيه نظر.

ينشأ من أنّ الربا عبارة عن بيع أحد المثلين بالآخر مع زيادة، وهذا ليس بيعاً.

ومن اشتماله على الزيادة في المعاوضة بالمثلين فكان حراماً كالبيع.

---

(١) في ج: «وفي».

(٢) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٨٨.

وأقـول: إنّ من لا يخصّ الربا بالبيع ويثبته في كلّ المعاوضات ـ كما قاله صاحب الشرائع[١] ـ فهو باطل أيضاً بغير إشكال.

قوله رحمه الله: «فإن ألحقناه فسد لو صالح من ألف مؤجّل بخمسمائة حال، ولو صالح مـن ألف حال بخمسمائة مؤجّل فهو إبراء على إشكال».

أقـول: يريد انّه اذا ألحقنا الصلح بالبيع في تحريم الزيادة ولحوق أحكام الربا فاذا صالح من ألف مؤجّل بخمسمائة حال كان فاسداً، كما اذا باع ألفاً مؤجّلة بخمسمائة حالة لثبوت الربا، بخلاف ما اذا صالح على ألف حال بخمسمائة مؤجّلاً؛ لأنّه رضي عن الألف بخمسمائة، ورضي عن الحال بالمؤجّل، فيصحّ على إشكال.

ينشأ من انّه إبراء محض من الزيادة على الخمسمائة.

ومن عدم صدور الإبراء منه، وانّما عامل على الألف بخمسمائة بالصلح الذي هو في حكم البيع.

وقول المصنّف: «ولو صالح على ثوب أتلفه بدرهم على درهمين لزم» فيه إشكال، مبنيّ على إلحاق الصلح بالبيع.

والشيخ[٢] منع من ذلك، وابن البرّاج[٣] أيضاً، وابن الجنيد[٤]، لما روي أنّ النبي صلّى الله عليه وآله قال لكعب بن مالك وقد تقاصا غريماً له: «اترك الشطر وأتبعه

---

(١) شرائع الاسلام: كتاب الغصب النظر الثاني في الحكم ج ٣ ص ٢٤٠.

(٢) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٣٠٨.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل الخامس في الصلح ص ٤٧٥ س ٢٨.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل الخامس في الصلح ص ٤٧٥ س ٢٧.

ببقيّته فخذ هذا»[١] وان كان مثله لايجوز في البيوع بأن يباع الشيء بنقيصه من جنسه فإن في الصلح شبهاً بالبيوع والإجارة. وقوّى في المبسوط[٢] الجواز، ونقله المصنّف عن والده[٣] واختار الجواز، واستدلّ عليه بأشياء الى أن قال: ولا ربا هاهنا؛ لأنّه انّما يتحقّق في البيع[٤].

والمصنّف انّما جوّز ذلك بناءً على انّه ليس بيعاً، أمّا على تقدير القول بأنّه يلحق بالبيع يكون ممنوعاً منه وهو الصحيح؛ لأنّه بإتلاف الثوب الذي هو من ذوات القيم صار المستحقّ له الدرهم لا الثوب، فاذا صالح عن الدرهم بدرهمين كان مثل ما اذا صالح عن الألف بخمسمائة.

قوله رحمه الله: «أو أظلم بها الدرب على الأقوى».

أقول: يريد انّه اذا أخرج روشناً في الطريق النافذ فأظلم به الدرب فالأقوى انّه يمنع، خلافاً للشيخ في المبسوط فانّه قال: ليس إضراراً[٥].

واحتجّ المصنّف على المنع بأنّه إضرار، فإن ضعيف البصر يتعذّر عليه المشي فيه فيمنع منه.

---

(١) مستدرك الوسائل: ب ٤ من أبواب كتاب الصلح ح ٢ ج ٣ ص ٤٤٤ نقلاً عن كتاب درر اللآلي.

(٢) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٣٠٨.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل الخامس في الصلح ص ٤٧٥ س ٣٠.

(٤) المصدر السابق.

(٥) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٩١.

قوله رحمه الله: «ويجوز الصلح بينه وبين أرباب المرفوع على إحداث روشن وشبهه على رأي».

أقول: منع الشيخ في المبسوط من ذلك قال: لأنّه إفراد الهواء بالبيع، وذلك لا يصحّ[1]. وقد تقدّم انّ الصلح عند المصنّف عقد مستقلّ بنفسه ليس بيعاً ولا فرعاً على البيع.

قوله رحمه الله: «ولذي الدارين المتلاصقين في دربين مرفوعين فتح باب بينهما، وفي استحقاق الشفعة حينئذٍ نظر».

أقول: منشأ النظر من حيث إنّ مجاز الدار الاُخرى في درب شاركه فيه آخر غير الشريك في هذه الدار، فلا يبقى بها شريكاً مع واحد فتسقط الشفعة.

ومن انّ شركته مع أزيد من واحد في دارين في دربين فينفرد مع كلّ منهما بشركة في طريقه خاصّة فلم يزد الشركاء على اثنين، واستحقاقه للجواز مع كلّ منهما بالطريق الآخر، من حيث إنّه يدخل مجازه ومجاز شريكه الى داره ذات المجاز معه، فاذا صار فيها جاز له أن يدخل الى داره الاُخرى.

والتحقيق أن يقال: البائع إمّا أن يكون أحد الشريكين لداره التي يشاركه في مجازها ذو الدارين أو يكون البائع ذا الدارين، فإن باع أحد الشركين تثبت الشفعة

---

(١) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٩٢.

لذي الدارين؛ لأنّه مبيع في شركة واحد، إذ ليس لأحدٍ أن يطالب بالشفعة غيره، حيث لا مشارك له في طريق داره سواه. وإن كان البائع ذات الدارين فامّا أن يبيع أحدهما أو المجموع، فإن باع أحدهما فامّا أن يشترط إبقاء المجاز المفتوح أو سدّه، فإن شرط سدّه فالشفعة للشريك في مجازها أيضاً؛ لأنّ الشريك واحد، وإن شرط بقاءه ففيه الوجهان: ثبوت الشفعة؛ لأنّ له في مجاز المبيع شريكاً واحداً، إذ الآخر ليس شريكاً له في مجازه. وعدمه لبقاء استحقاق الاستطراق في المبيع من الدار الأُخرى المشاركة للآخر، والبائع حينئذٍ يشارك كلّاً منهما في مجازه، كما لو باع مجموع الدارين.

ومنشأ احتمال عدم الشفعة فيه إن باع مجموع الدارين احتمل عدم ثبوت الشفعة؛ فانّه باع ملكاً يشارك في طريقه اثنين فلا شفعة؛ لأنّ الشركاء حينئذٍ ثلاثة، البائع وشريكه في المبيع، أي في طريقه اثنان.

ويحتمل ثبوت الشفعة لكلّ واحد في الدار المجاورة له التي مجازه من حقوقها، فانّ الدار الأُخرى لا حقّ لها في طريق هذه الدار، وانّما كان له الاستطراق بينهما بسبب انّ له أن يدخل من إحدى الدارين الى الأُخرى، فاذا صار فيها ولها حقّ الاستطراق من الدرب الآخر كان له أن يستطرق فيه لكونه من حقوقها لا من حقوق تلك الدار.

فالحاصل: انّ النظر الذي ذكره المصنّف فيما اذا باع ذو الدارين داريه[1] أو إحداهما مع إبقاء حقّ استطراق الأُخرى من الدرب الآخر فيهما من أحكام الصلح.

---

(١) في ق١، م١: «داره».

قوله رحمه الله: «ولو أذن جاز الرجوع قبل الوضع وبعده على الأقوى، لكن مع الأرش على إشكال».

أقول: البحث هنا في موضعين:

أحدهما: انّه اذا أعار جاره حائطه ليضع عليه سقفاً ثمّ رجع بعده وضع الخشب بحيث يتضمّن إزالته نقص شيء من ملكه إمّا بأن بنى عليه ما يحتاج الى خرابه أو تعيّبه[١] أو غير ذلك، هل له الرجوع أم لا؟ قال الشيخ في المبسوط: ليس له ذلك؛ لأنّ فيه ضرراً على المستعير[٢]، وهو منفيّ بقوله صلّى الله عليه وآله: «لاضرر ولا إضرار»[٣] وجوّزه المصنّف؛ لأنّها عارية محضة فكان للمالك الرجوع فيها، والضرر يندفع بدفع الأرش كما سيأتي.

الثاني: انّه اذا قلنا بجواز الرجوع هل يجب على المعير الأرش لما نقص من ملك المستعير؟ قال المصنّف في غير هذا الكتاب: نعم[٤]، وقد تردّد هنا من حيث إنّ المعير لا ضمان عليه في استرجاع ملكه؛ لأنّه سائغ، وكلّ فعل سائغ لا يتعقّبه ضمان. ومن انّه أدخل على ملك المستعير نقص بسبب ملكه؛ لأنّ إذنه سبب في دخول النقص، إذ لولاه لما بنى عليه بحيث كان يدخل عليه النقص.

لا يقال: المستعير مباشر للإزالة المقتضية لدخول النقص، فلا يضمن ذو السبب.

---

(١) في ج: «نقبه».

(٢) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٩٧ ـ ٢٩٨.

(٣) من لايحضره الفقيه: باب ميراث أهل الملل ح ٥٧١٨ ج ٤ ص ٣٣٤.

(٤) مختلف الشيعة: الفصل الخامس في الصلح ص ٤٧٧ س ٢٧.

لأنّا نقول: إنّ المباشرة ضعفت بالإذن السابق فكان السبب لفوته أولى بالضمان.

قوله رحمه الله: «ولو هدمه فالأقوى الأرش».

أقول: إذا هدم أحد الشريكين الحائط المشترك بينه وبين شريكه بغير إذنه قال الشيخ في المبسوط: كان عليه إعادته كما كان[1].

والأقوى عند المصنّف الأرش؛ لأنّه نقص دخل على ذلك بإتلاف بعض الآلات أو تعيّبها أو تفرّقها فكان ضامناً؛ لقيمة ما نقص من حصّة شريكه، وذلك هو الأرش.

قوله رحمه الله: «اذا استحقّ وضع خشبة على حائط فسقطت أو وقع الحائط استحقّ بعد عوده الوضع بخلاف الإعارة، ولو خيف على الحائط السقوط ففي جواز الإبقاء نظر».

أقول: منشأ من انّه إبقاء لحقّ فكان له ذلك.

ومن استلزامه سقوط الحائط، وهو إضرار بالغير مع اقتضائه زوال جذوعه فلا فائدة في إبقائه، بل هو مجرّد إضرار بالغير.

قوله رحمه الله: «لو وجد بناءه أو خشبة أو مجرى مائه في ملك غيره ولم يعلم سببه فالأقرب تقديم قول مالك الأرض والجدار في عدم الاستحقاق».

---

(١) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٣٠٣.

أقول: لأنّ صاحب الخشبة أو المجري يدّعي الاستحقاق في ملك غيره والمالك للجدار والأرض ينكر ذلك فكان قوله مقدّماً؛ لعموم«اليمين على من أنكر»[١].

وخالف الشيخ رحمه الله تعالى في ذلك حيث قال: اذا كان له على حائط جاره خشبة فرفعها كان له أن يعيدها؛ لأنّ الظاهر انّ ذلك وضع لحقّ، وليس لصاحب الحائط أن يمنعه إلّا أن يثبت انّ ذلك عارية[٢].

قال المصنّف في مسائل خلافه: وفيه نظر؛ لأنّا نسلّم انّ الأصل كون الوضع بحقّ، لكنّ العارية حقّ، والأصل عدم التسلّط على ملك الغير إلّا بوجه شرعي ولم يثبت فراعينا الأصلين معاً، وكان أولى ممّا قاله الشيخ[٣].

قوله رحمه الله: «ولو كان عوض الصلح سقي الزرع أو الشجر بمائه فالأقرب الجواز مع الضبط، كما في بيع الماء».

أقول: لأنّه ماء مملوك فجاز جعله عوضاً في الصلح.

قوله رحمه الله: «والراكبُ أولى من قابض اللجام على رأي».

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٨٩ في كيفيّة الحكم والقضاء ح ٤ ج ٦ ص ٢٢٩، وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح ١ ج ١٨ ص ١٧٠، وفيهما:«البيّنة على من ادّعى واليمين على من ادّعي عليه».

(٢) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٩٨.

(٣) مختلف الشيعة: الفصل الخامس في الصلح ص ٤٧٨ السطر الأخير.

أقول: هذا قول الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: يحكم بها لأقواهما يداً وآكدهما تصرّفاً وهو الراكب. قال: وقيل: إنّها تجعل بينهما نصفين، وهو الأحوط[١].

وقال في الخلاف: يجعل بينهما نصفين[٢]، وهو قول ابن ادريس[٣].

قوله رحمه الله: «والأسفل أولى من مدّعي الغرفة بسبب فتح الباب إليه، ومع التصرّف إشكال».

أقول: ينشأ من أنّها متّصلة بملك الأسفل؛ لأنّها علوّ ملكه فيقضى له بها.

ومن كونها في يد الغير مع وجود الباب إليه، واليد تقتضي الملكية.

قوله رحمه الله: «ولو خرجت أغصان الجار إليه ـ الى قوله: ـ فإن صالحه على الإبقاء على الجدار صحّ مع تقدير الزيادة، أو انتهائها، والمدّة، وكذا الإبقاء في الهواء على الأقوى».

أقول: منع الشيخ رحمه من جواز الصلح على الإبقاء في الهواء، فقال: لو صالحه على إبقاء الغصن البارز الى ملك الغير في الهواء لم يصحّ إن كان رطباً؛ لأنّه يزيد في كلّ حال ولا يعرف قدره، وكذا إن كان يابساً؛ لأنّه بيع الهواء من غير قرار، وذلك لا يجوز[٤]. واعترض عليه بما تقدّم من أنّ الصلح عقد مستقلّ وليس بيعاً.

---

(١) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٩٦ ـ ٢٩٧.

(٢) الخلاف: كتاب الصلح المسألة ٥ ج ٣ ص ٢٩٦.

(٣) السرائر: باب الصلح ج ٢ ص ٦٧.

(٤) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٣٠٣ ـ ٣٠٤ مع اختلاف في العبارة.

قوله رحمه الله: «ولو صالح عن القصاص بعبد فخرج مستحقّاً أو حرّاً فالأقرب الرجوع بالقصاص».

أقول: لأنّه عقد باطل فكان حقّه من القصاص باقياً؛ لأنّ الباطل لا يترتّب عليه أثره.

قوله رحمه الله: «ولو صالح عن القصاص بحرّ يعلمان حرّيته أو بعد يعلمان استحقاقه ففي بطلان القصاص ووجوب الانتقال الى الدية نظر».

أقول: وجه النظر من حيث إنّه رضي بإسقاط القصاص الى العوض فيبطل القصاص، ولمّا لم يسلّم له العوض تعيّنت الدية؛ لأنّه هو العوض الذي قدّره الشارع في مقابلة الفعل.

ومن حيث فساد عقد الصلح فلا يكون له حكم.

ويحتمل وجهاً ثالثاً وهو سقوط القصاص لا الى بدل؛ لأنّه رضي بإسقاط القصاص من غير أن يلزم الجاني عوض.

قوله رحمه الله: «أو لمن جذعه عليه على رأي».

أقول: يريد انّه اذا اختلف اثنان في جدار بين ملكيهما كان القول قول من جذعه عليه على رأي مع يمينه، وهو قول ابن ادريس[1]، ونقله المصنّف عن

---

(١) السرائر: باب الصلح ج ٢ ص ٦٦ ـ ٦٧.

والده رحمهما الله[١].

وقال الشيخ: لايحكم له بذلك[٢].

قوله رحمه الله: «وفي رواية يرجح في الخصّ بمعاقد قمطه».

أقول: هذه الرواية رواها الشيخ عن عمرو بن شمر، عن جابر، عن أبي جعفر، عن أبيه، عن علي عليهم السلام انّه قضى في رجلين اختصما في خصّ، فقال: إنّ الخصّ للذي إليه القمط. قال الشيخ في النهاية: قالوا: القمط هو الحبل، والخصّ هو الطن الذي يكون في السواد بين الدور فكان من إليه الحبل أولى من صاحبه[٣].

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل الخامس في الصلح ص ٤٧٧ س ٤.

(٢) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٩٦.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب القضايا والأحكام باب جامع في القضايا والأحكام ج ٢ ص ٨٣.

كتاب

الأمانات

كتاب الأمانات

أحكام الوديعة

قوله رحمه الله: «فلو استودع من صبي أو مجنون ضمن، إلّا اذا خاف تلفه فالأقرب سقوط الضمان».

أقول: لأنّه عند خوفه من تلف المال في يديهما اذا قصد الحفظ يكون محسناً فلا يضمن؛ لعموم ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾[1].

قوله رحمه الله: «أمّا لو أكلها الصبي فالأقرب الضمان».

أقول: يريد لو أودع الصبي فتلف في يده لم يضمن؛ لأنّه لا يصحّ ايداعه والمالك هو المفرط في ملكه، امّا لو أكلها الصبي فالأقرب عند المصنّف ضمان الصبي لا

---

(١) التوبة: ٩١.

من حيث الاستيداع بل من حيث إنّ الصبي يضمن في ماله ما يتلفه على غيره.

قوله رحمه الله: «ولو استودع العبد فأتلف فالأقرب انّه يتبع به بعد العتق».

أقول: لأنّه أتلف مال غيره، ولما تعذّر الرجوع عليه في حال الرقّية؛ لأنّه مملوك لايملك شيئاً وجب أن يتبع به اذا عتق.

قوله رحمه الله: «فاذا خالف هذا الترتيب في الموضعين مع القدرة ضمن، والأقرب وجوب القبض على الحاكم».

أقول: الموضع الأوّل: اذا أراد السفر بها ردّها على المالك، وان تعذّر فإلى الحاكم، فإن تعذّر فإلى الثقة.

الموضع الثاني: ما اذا أراد السفر لكن أراد ردّها الى المالك وتعذّر ردّها الى الحاكم.

اذا عرفت هذا فنقول: هل يجب على الحاكم قبض الوديعة اذا دفعها إليه في موضع يجوز دفعها إليه كهذين الموضعين؟ الأقرب عنده الوجوب؛ لأنّ الحاكم منصوب للمصالح، فلا يجوز له أن يضيّع حقوق الآدميين، وفي ترك ذلك تضييع لحقوقهم، فكان القبض واجباً عليه.

قوله رحمه الله: «ومن حضرته الوفاة وجب عليه الوصية بما عنده من الوديعة، فإن أهمل ضمن إلّا أن يموت فجأةً على إشكال».

أقـول: اذا مات المستودع فجأةً ولم يكن أوصى بها فهل يكون ضامناً أم لا؟ فيه إشكال.

ينشأ من تقصيره بترك الوصية لكون الانسان في معرض حصول الموت في كلّ وقت، فكان يجب عليه الاحتياط في حفظها بالإيصاء.

ومن أنّه مبنيّ على الظاهر من حالة الصحيح من استمرار البقاء اذا لم تحصل أمارة الموت، إذ لو وجب الايصاء بمجرّد التجويز لكان كلّ من استودع وجب عليه الوصية في الحال، فاذا أهمل ساعة ضمنها وإن لم يمت؛ لأنّه مفرّط. وعمل جميع الفقهاء في سائر الأوقات والأمصار على خلاف ذلك.

قوله رحمه الله: «أمّا لو قال: عندي ثوب ولم يوجد في التركة ثوب لم يضمن تنزيلاً على التلف قبل الموت على إشكال».

أقـول: اذا كان عند المستودع ثوب وديعة وحضرته الوفاة وأوصى بأن قال: عندي لفلان ثوب وديعة ولم يوجد في تركته بعد وفاته ثوب احتمل عدم الضمان؛ لأنّ الواجب الوصية وقد فعل فينزل على تلفه قبل وفاته[1]، إذ هو محتمل، والأصل عدم التفريط.

ويحتمل الضمان وإخراجه من تركته؛ لأنّ الأصل عدم التلف، ولقوله صلّى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»[2].

---

(١) في ق١، م١: «الوفاة».

(٢) عوالي اللآلي: الفصل التاسع ح ١٠٦ ج ١ ص ٢٢٤.

قوله رحمه الله: «ويرجع على المالك وإن نهاه على إشكال».

أقول: اذا علّف المستودع الدابة وقام بسقيها كان له الرجوع على المالك بذلك؛ لأنّه يجب عليه الحفظ، ولا يتمّ إلّابذلك، ولا يضيّع عليه فيرجع به على المالك، أمّا لو نهاه المالك عن علفها وسقيها فقام هو بذلك احتمل الرجوع؛ لأنّ وجوب القيام بذلك لايسقط بنهي المالك عنه. ويحتمل عدمه؛ لأنّه تبرّع بذلك، والأصل عدم استحقاق الرجوع.

قوله رحمه الله: «أو مساوٍ على رأي».

أقول: يريد انّه لو نقلها من الحرز الذي عيّنه المالك كان ضامناً، إلّااذا نقلها الى أحرز، وفي المساوي قولان، أحدهما: يضمن كما ذكره المصنّف، وهو قول الشيخ في الخلاف[1]، وقول ابن ادريس[2].

الثاني: أنه لايضمن كما ذكره الشيخ في المبسوط؛ لأنّه قال فيه: اذا أودعها في قرية فنقلها الى قرية أُخرى لغير عذر وليس بينهما مسافة والمنقول إليها مثل المنقول عنها في الكبر وكثرة الناس وكثرة الحصون لم يضمنها؛ لأنّ صاحبها رضي أن تكون في تلك القرية وهي مثل تلك القرية[3].

قوله رحمه الله: «ولو ضيّع بالنسيان فالأقرب الضمان».

---

(١) الخلاف: كتاب الوديعة المسألة ٥ ج ٢ ص ٣٢٥(طبع اسماعيليان).

(٢) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب الوديعة ج ٢ ص ٤٣٥.

(٣) المبسوط: كتاب الوديعة ج ٤ ص ١٣٩ ـ ١٤٠.

أقــول: وجه القرب أنّ النسيان يؤذن بالإهمال المقتضي للضمان، فانّه لو كان مستحضراً له حريصاً على حفظها في كلّ وقت لم يعرض له نسيانها فكان ضامناً.

قوله رحمه الله: «ولو سلّمها الى ظـالم مكـرهاً استقر الضمان على الظالم، والأقرب انتفاؤه عنه».

أقــول: لأنّ عند الإكراه على دفعها سوّغ له الشارع التسليم، والفعل السائغ شرعاً لايتعقّبه ضمان.

وقال أبو الصلاح: لو سلّمها الى الظالم بيده ضمن وإن خاف التلف[1].

قوله رحمه الله: «وهل يجب عليه الاخـتفاء لو طلبه الظالم؟ الأقرب ذلك».

أقــول: يريد بذلك انّه اذا لم يحصل له بالاختفاء ضرر، وانما قـلنا: بـوجوب الاختفاء؛ لأنّه يجب عليه الحفظ، ولايتمّ الآن إلّابه وهو قادر عليه من غير لحوق ضرر فكان واجباً؛ لما ثبت من وجوب ما لايتمّ الواجب إلّابه.

قوله رحمه الله: «وفي سؤال المالك إشكال».

أقــول: لو جحد المستودع الوديعة عند سؤال المالك له عنها من غير مطالبة ففي ضمان المستودع إشكال.

ينشأ من انّه ليس له جحود المالك؛ لإمكان أن يريدها المالك ويطلبها ويتشكّك في كونها عنده فيكون قد جحدها مع طلب المالك حكماً، وكلّ من جحد الوديـعة

---

(١) الكافي في الفقه: فصل في الوديعة ص ٢٣١.

عند طلب المالك لها كان ضامناً.

ومن انّه لم يطلبها، وانّما يضمن بالجحود مع الطلب لاغير.

قوله رحمه الله: «ولا معها على الأقوى».

أقول: يريد انّه لو جحد الوديعة عند مطالبة المالك فأقام المالك عليه البيّنة بها فادّعى تلفها فإن كان صيغة جحوده: انّك لم تودّعني شيئاً لم تقبل دعواه بغير بيّنة؛ لأنّه مكذّب لها، ولا مع البيّنة على أقوى الوجهين؛ لأنّ إنكار الوديعة مكذّب لدعوى التلف، وسماع البيّنة موقوف على سماع الدعوى، وهي غير مسموعة لما قلناه.

وكذا قال الشيخ، لأنّه قال: لو أنكر الايداع فأقام المدّعي البيّنة فادّعى التلف قبل ذلك لم يسمع منه، وإن أقام بيّنة على التلف فالأقوى انّه لايلتفت الى بيّنته[1].

وقال ابن الجنيد: تسمع دعواه، فانّه قال: لو قال المودّع: ما أودعتني شيئاً ثمّ اعترف بالوديعة وادّعى هلاكها لم يضمن اذا حلف؛ لأنّ انكاره يجوز أن يكون عن سهوٍ أو نسيان لها[2].

قوله رحمه الله: «وإن كان صيغة الجحود: لايلزمني شيء قبل قوله في الردّ والتلف مع البيّنة، وبدونها في الأخير، وفي الأوّل على رأي».

---

(١) المبسوط: كتاب الوديعة ج ٤ ص ١٤٤.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل الأوّل في الوديعة ص ٤٤٦ س ١.

أقـول: يريد بالأوّل الردّ، وهو رأي أكثر الأصحاب، بل هو قريب من المتّفق عليه.

وقال المصنّف في مسائل الخلاف: ويحتمل أن يكون القول قول المالك؛ لأنّه منكر فيقدّم قوله مع اليمين[1].

قوله رحمه الله: «ولو أقرّ ربّها بتلفها من الحرز قبل الجحود فلا ضمان، وفي سماع بيّنته بذلك إشكال».

أقـول: يريد وفي سماع بيّنته بالتلف إشكال، وليس المراد وفي سماع البيّنة بإقرار المالك بالتلف إشكال، وبدلالة قوله بعد ذلك:«نعم تقبل لو شهدت بالإقرار» أي بإقرار المالك بالتلف، وإن كان ما ذكرناه من التأويل يقتضي تكرار المسألة؛ لأنّه قد تقدّم ذكرها، وأشار إليها بقوله:«ولا معها على الأقوى».

والغرض من ذكرها هنا الفرق بين إقرار المالك بالتلف وقيام البيّنة بالتلف، فانّ الأوّل مقبول قطعاً؛ لاعتراف المالك بما يسقط الضمان عن المستودع، وامّا الثاني ففيه إشكال.

ينشأ من أنّ وجوب سماع البيّنة حكم ثبت شرعاً، فهو حجّة شرعية يثبت بها عند جحود الخصم ما يثبت باعترافه.

ومن أنّ سماع البيّنة موقوف على سماع دعوى المدّعي، وهنا دعوى المستودع غير مسموعة لتكذيبه إيّاها بجحوده الوديعة.

---

(١) مختلف الشيعة: الفصل الأوّل في الوديعة ص ٤٤٥ س ٣٢.

قوله رحمه الله: «ولولم يطلب وتمكّن من الردّ في الضمان إشكال».

أقول: يريد اذا أمره المالك بالردّ الى وكيله ولم يطالب الوكيل وتمكّن من التسليم إليه فأخّر في الضمان إشكال.

ينشأ من انّ المالك أمره بالتسليم وامتنع فكان كما لو طلبها المالك أو الوكيل فامتنع فيكون ضامناً.

ومن أنّ المالك لم يطلبها ولا وكيله، أمّا المالك فلأنّه أمره بالتسليم الى الوكيل، والأمر بالتسليم الى الغير ليس طلباً للتسليم إليه، وأمّا انتفاء طلب الوكيل فلأنّه المقدّر.

قوله رحمه الله: «ولو جهل عرّفت سنة ثمّ يتصدّق بها عن المالك مع الضمان، وإن شاء أبقاها أمانة أبداً من غير ضمان، وليس له التملّك مع الضمان على إشكال».

أقول: يريد بذلك اذا أودعه ظالم مالاً مغصوباً فانّه لايجوز له ردّه على الغاصب مع التمكّن، بل على المالك إن عرفه. وإن جهل المالك تخيّر بين الصدقة به عن المالك بعد التعريف حولاً ويضمن لو حضر المالك، وبين إبقائها أمانة دائماً ولاضمان عليه. وهل له أن يتملّك بعد التعريف المذكور فيه إشكال.

ينشأ من أنّها كاللقطة من حيث إنّه مال ضائع لايعرف صاحبه، فكان له التملّك بعد التعريف.

ومن انّها ليست لقطة وانّما هي وديعة فليس له تملّكها، إذ تملّك مال الغير من

غير رضاه على خلاف الأصل.

واعلم انّ لأصحابنا في هذه المسألة أقوالاً، فأوجب الشيخ في النهاية تعريفها حولاً كاللقطة، فإن جاء صاحبها وإلّا تصدّق بها عنه [١]. وكذا قال ابن الجنيد[٢]، وابن البرّاج[٣].

وقال المفيد: واذا كانت الوديعة من أموال المسلمين وغصوبهم ولم يعرف أربابها أخرج منها الخمس الى فقراء آل محمد وأيتامهم وأبناء سبيلهم والباقي الى فقراء المؤمنين[٤]، وبه قال سلّار[٥].

وأوجب أبو الصلاح حملها الى الإمام، ومع التعذّر بحفظها لأربابها، ويوصي بها عند الوفاة[٦]. وكذا ابن ادريس أوجب حملها الى الإمام مع التمكّن، و إلّا حفظها بنفسه في حياته وبمن يثق به بعد وفاته[٧].

قوله رحمه الله: «وإلّا ردّ الجميع على المودّع على إشكال».

أقول: مراده بذلك انّه اذا أودعه الظالم مالاً ممتزجاً من ماله ومن مال

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب الوديعة والعارية ج ٢ ص ٢٥٧.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل الأوّل في الوديعة ص ٤٤٤ س ٦.

(٣) المصدر السابق.

(٤) المقنعة: كتاب الوديعة ص ٦٢٧.

(٥) المراسم: ذكر في أحكام الوديعة ص ١٩٤.

(٦) الكافي في الفقه: فصل في الوديعة ص ٢٣١.

(٧) السرائر: كتاب المتاجر باب الوديعة ج ٢ ص ٤٣٦.

مغصوب ولم يتميّز قال أكثر الأصحاب: يردّه على الظالم، وفيه إشكال.

ينشأ من أنّه يجب عليه ردّ ماله إليه، ولايمكن إلّا بردّ الجميع، وإفراد مال الغير غير ممكن؛ لعدم تمييزه فوجب ردّ الجميع.

ومن احتمال وجوب إفراد ما يعلمه غصباً، و إلّا لزم تسليم مال الغير الى غير مستحقّه اختياراً، وهو غير جائز قطعاً.

قوله رحمه الله: «وفي الردّ نظر».

أقول: قد تقدّم الكلام في قبول قوله بالردّ.

قوله رحمه الله: «ولو مات المستودع ولم توجد الوديعة في تركته فهي والدَين سواء على إشكال».

أقول: منشأ الإشكال من حيث إنّه أمين لايضمن إلّا بالتفريط أو التعدّي، ولم يثبت أحدهما لاحتمال تلفها من غير تفريط.

ومن حيث عموم قوله صلّى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»[1].

قوله رحمه الله: « هذا إن أقرّ أنّ عنده وديعة أو عليه وديعة أو ثبت انّه مات وعنده وديعة، امّا لو كانت عنده وديعة في حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم بقاؤها ففي الضمان إشكال».

---

(١) عوالي اللآلي: الفصل التاسع ح ١٠٦ ج ١ ص ٢٢٤.

أقـول: فحينئذٍ لا فرق بين الأقسام السابقة وهذه عنده؛ لأنّ في تلك إشكالاً وفي هذه المسألة أيضاً، فالإشكال عنده في الجميع، ولكن المراد انّ الحكم بانّ الوديعة والدَين سواء على تلك التقادير المذكورة، أمّا على هذا التقدير الأخير فانّا لو قلنا بأنّها هناك هي مع الدَين سواء فهاهنا في التضمين إشكال، منشأه ما تقدّم.

والفرق بين هذه وتلك وإن كان الإشكال في الجميع انّ الضمان هنا أخفّ؛ لأنّه هناك أقرّ عند موته بوجود الوديعة عنده، والأصل بقاؤها فتكون في تركته، فيغلب على الظنّ وصولها الى الورثة. وأبلغ منه القسم الأخير[1] انّ عَليه وديعة؛ لأنّ ظاهره[2] ثبوتها في ذمّته فربّما فرط فيها فأقرّ بأنّها عليه، أي لازمة له. والقسم الثالث ثبت انّ عنده وديعة بعد وفاته في تركته فتخرج منها ويضمنها الورثة؛ لأنّها صارت في أيديهم اذا كانت التركة في أيديهم. وأمّا القسم الأخير فلم يثبت شيء من ذلك، بل يثبت انّه استودع شيئاً في حال حياته ولم يعرف عند موته به ولا وجد في تركته، فالظاهر أنّه إن لم يكن قد ردّه الى صاحبه يكون قد تلف على وجه لايلزمه ضمانه، و إلّا لأقرّ به عند موته؛ لأنّ الظاهر من حال المسلم[3] ذلك خصوصاً عند الموت.

قوله رحمه الله: «ويصدق المستودع مع اليمين في تعيين المدّعيين ـ فإن نكل غرم الآخر ـ وفي نفي العلم، وتقرّ في يده حتى يثبت المالك، فإن

---

(١) في ج: «الآخر».

(٢) في ج: «الظاهر».

(٣) في ج: «المسلمين».

ادّعيا علمه أحلفاه على نفي العلم يميناً واحدة، ويحتمل التعدّد».

أقول: امّا احتمال اتحاد اليمين فلأنّه يحلف أنّه لايعرف لأيّهما هي، وذلك يمين لكلّ منهما، وهذا هو اختيار الشيخ في الخلاف[١]، ومذهب ابن الجنيد[٢].

وأمّا احتمال التعدّد فهو مذهب الشيخ في المبسوط فانّه قال: يحلف بيمينين لكلّ واحد منهما يميناً، كما لو أنكرهما وقال: هي لي فكذا هنا[٣].

قوله رحمه الله: «والأقرب جواز إعارة الدراهم والدنانير إن فرض لها منفعة حكمية كالتزيين بها والضرب على طبعها».

أقول: ظاهر كلام الشيخ رحمه الله انّه يصحّ إعارتها؛ لأنّه قال في المبسوط: يجوز إجارة الدراهم والدنانير؛ لأنّه لا مانع منه، ولأنّه يصحّ الانتفاع بها من غير استهلاك مثل الجمال والنظر والزينة وغير ذلك[٤].

وقال في الخلاف: يجوز إجارة الدراهم والدنانير للأصل والانتفاع بها مع بقاء عينها، مثل أن ينثرها ويسترجعها، أو يضعها بين يديه فيتجمّل بها وغير ذلك[٥]. فهذا التعليل منه، وهو فرض صحّة الانتفاع بها مع بقاء عينها يعطي ظاهره جواز إعارتها.

---

(١) الخلاف: كتاب الوديعة المسألة ١٤ ج ٢ ص ٣٢٧.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب الأمانات الفصل الأوّل الوديعة ص ٤٤٦ س ١٠.

(٣) المبسوط: كتاب الوديعة ج ٤ ص ١٥٠.

(٤) المبسوط: كتاب الإجارات ج ٣ ص ٢٥٠.

(٥) الخلاف: كتاب الإجارة المسألة ٤١ ج ٣ ص ٥١٠.

ومنع ابن ادريس من الإجارة، وظاهر كلامه في التعليل يدلّ على أنّه لايصحّ الإعارة، فانّه قال: والذي يقوى في نفسي انّ الدراهم والدنانير لايجوز إجارتها؛ لأنّه في العرف المعهود لا منفعة لها إلّا بإذهاب أعيانها[1].

أمّا المصنّف فقد بنى ذلك على وجود منفعة حكمية لها وعدمية، فجوّز الإعارة مع وجودها؛ لأنّها حينئذٍ عين يصحّ الانتفاع بها انتفاعاً محلّلاً مع بقاء عينها فيصحّ إعارتها، ومنع من عدمها وهو ظاهر.

قوله رحمه الله: «لو قال: أعرتك حماري لتعيرني فرسك فالأقرب الجواز».

أقول: يحتمل عدم الجواز؛ لأنّه لم يتبرّع بالمنفعة بل جعلها في مقابلة انتفاع آخر، فهي نوع معاوضة، والعارية تبرّع بالمنفعة من غير اشتراط عوض.

والأقرب عند المصنّف الجواز؛ لأنّها عارية وشرط لا معاوضة.

قوله رحمه الله: «أمّا لولم يعر الثاني فالأقرب الأُجرة».

أقول: يحتمل عدم الأُجرة؛ لأنّها عارية، والعارية لاتستدعي أُجرة في مقابلة المنفعة.

والأقرب عند المصنّف الأُجرة لولم يعره الثاني؛ لأنّه لم يتبرّع بالمنفعة مطلقاً، بل على أن يعير الفرس ولم يحصل فكان له الأُجرة.

---

(١) السرائر: كتاب المتاجر باب الإجارات ج ٢ ص ٤٧٥.

قوله رحمه الله: «ولو رجع بعد البناء أو الغرس أو الزرع فالأقرب إجابته، لكن بشرط دفع أرش الغرس والزرع ولو قبل إدراكه».

أقول: وافق الشيخ في الغرس فقال في المبسوط: اذا أذن له في الغرس ولم يعيّن مدّة فغرس كان للمالك المطالبة بالقلع اذا دفع الأرش، بأن يغرم ما ينقص فيقوّم قائمةً ومقلوعة ويغرم ما بين القيمتين. وخالف في الزرع فقال: لو أذن له في الزرع لم يكن له المطالبة بقلعه قبل إدراكه وإن دفع الأرش؛ لأنّ له وقتاً ينتهي إليه[1]. وتبعه ابن ادريس[2] في هذا. أمّا المصنّف فإن الأقرب عنده الجواز في الزرع أيضاً بدفع الأرش وإن لم يدرك؛ لأنّها عارية، وهي تقتضي جواز رجوع المعير فيها متى شاء.

قوله رحمه الله: «والأقرب توقّف تملّك الغرس بالقيمة أو الإبقاء بالأُجرة على التراضي منهما».

أقول: خالف الشيخ في ذلك فانّه قال: اذا قال صاحب الأرض لصاحب الغرس: أنا أضمن لك قيمته أُجبر المستعير على قبضها؛ لأنّه لا ضرر عليه فيه[3].

والأقرب عند المصنّف انّ ذلك موقوف على التراضي، وكذا إبقاؤه بالأُجرة الى مدّة معلومة؛ لأنّه نقل أو منفعة فيتوقّف على الرضا من المتعاقدين.

وقول الشيخ: «لأنّه لاضرر عليه في ذلك» لايصلح للتعليل، امّا أوّلاً: فلإمكان أن يكون عليه ضرر في ذلك بأن يريد أن يغرسه في موضع آخر، فاذا قهرناه على

---

(١) المبسوط: كتاب العارية ج ٣ ص ٥٥ و ٥٦.

(٢) السرائر: كتاب المتاجر باب العارية ج ٢ ص ٤٣٣.

(٣) المبسوط: كتاب العارية ج ٣ ص ٥٥.

أخذ قيمته كان ذلك من أعظم الضرر، وهو يختلف باختلاف الأحوال. وأمّا ثانياً: فلأنّه لايلزم من انتفاء الضرر في بذله بالقيمة وجوب القبول، و إلّا لزم أنّ كلّ من لاضرر عليه في بيع سلعته أن يجبر على بيعها اذا طلب الغير منه ذلك، وهو باطل قطعاً.

قوله رحمه الله: «ولو رجع في عارية الجدار لوضع الخشب قبله جاز وبعده على الأقوى، فيستفيد التخيير بين طلب الأُجرة للمستقبل مع رضا المستعير وبين القلع مع دفع أرش النقصان، وإن أدّى الى خراب ملك المستعير لكون الأطراف الأُخر مبنيّة عليه على إشكال».

أقول: الأقوى عند المصنّف جواز الرجوع في ذلك بعد الوضع؛ لأنّها عارية يجوز الرجوع فيها، والضرر على المستعير يندفع ببذل الأرش. أمّا لو كانت الأطراف الأُخر من جذوعه مبنيّة في ملك نفسه فهل له ذلك؟ قال الشيخ[1]، وابن ادريس[2]: لم يكن له ذلك، وجوّزه المصنّف على إشكال.

ينشأ من أنّها عارية فجاز الرجوع فيها، وتضرّره يندفع بدفع الأرش.

ومن أنّه يستلزم إجبار المالك على قلع جذوعه من ملك نفسه؛ لأنّ التقدير إن قلعها عن حائط الغير لايمكن إلّا بقلع الأطراف الأُخر من ملك نفسه، وهذا هو

---

(١) المبسوط: كتاب العارية ج ٣ ص ٥٦.

(٢) السرائر: كتاب المتاجر باب العارية ج ٢ ص ٤٣٣.

دليل الشيخ في المبسوط[١] على انّه لايجبر على القلع قال: بخلاف الغرس؛ لأنّه في ملك غيره.

قوله رحمه الله: «لو رجع قبل الغرس فلم يعلم حتى غرس جاز له القلع مجّاناً على إشكال».

أقول: ينشأ من احتمال بطلان الإذن بالرجوع فيه قبله.

ومن بقاء سبب الضمان، وهو الغرر بالإذن السابق الذي لم يعلم رجوعه فيه.

قوله رحمه الله: «وفي استحقاق الأُجرة قبله نظر».

أقول: هذا مبنيّ على ماتقدّم، فإن قلنا: يبطل الإذن وإن لم يعلم فإن له القلع مجّاناً، فقبل القلع له الأُجرة؛ لأنّه غرس في ملك غيره بغير إذنه، وإن أوجبنا الأرش لبقاء الغرور فلا أُجرة؛ لأنّه غرس مستصحب للإذن السابق.

قوله رحمه الله: «وفي دخول المصوغ نظر».

أقول: أحد أقسام العارية المضمونة عارية الدراهم والدنانير، فإن منفعتها في الإتلاف فكانت مضمونة بالاستعارة، وهل يدخل في هذا الحكم إعارة المصوغ؟ يحتمل ذلك لو ورد النصّ[٢]، بأنّ إعارة الذهب والفضّة مضمون فيدخل فيه المصوغ. ويحتمل عدمه؛ لأنّ الظاهر انّ المراد به الدراهم والدنانير لما قلناه من العلّة،

---

(١) المبسوط: كتاب العارية ج ٣ ص ٥٦.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ١٧ العارية ح ٩ ج ٧ ص ١٨٣، وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب أحكام العارية ح ٢ ج ١٣ ص ٢٣٩.

بخلاف المصوغ؛ لأنّ له منفعة مع بقائه مطلوبة.

قوله رحمه الله: «فيضمن ما يجب ضمانه بالمثل إن كان مثلياً، وإلاّ فالقيمة يوم التلف، ويحتمل أعلى القيم من حين الضمان الى حين التلف».

أقول: اذا وجب على المستعير ضمان العارية بأحد الأسباب الموجبة للضمان فإن كانت مثلية ضمن مثلها، وإن كانت من ذوات القيم ضمن قيمتها يوم تلفها؛ لأنّه وقت تعيّن وجوب القيمة؛ إذ مع وجود العين لا قيمة عليه. ويحتمل أعلى القيم من حين صيرورته ضامناً الى وقت التلف؛ لأنّه في كلّ وقت منها قد كان ضامناً، ومعناه انّه بحيث لو تلفت لكان عليه القيمة، فلا يسقط ما وجب عليه من الزيادة السابقة، ولا يبرأ من اللاحقة إلاّ بأدائها؛ لدخولها في ضمانه.

قوله رحمه الله: «وكذا لو اشترط الضمان فنقصت بالاستعمال ثمّ تلفت أو استعملها ثمّ فرط فانّه يضمن القيمة يوم التلف؛ لأنّ النقص غير مضمون على إشكال».

أقول: ينشأ من أنّه نقص بالاستعمال المأذون فيه، فلم يضمن ذلك النقص.

ومن انّها عين مضمونة بالاشتراط أو التفريط، فكان ذلك النقص مضموناً. والأوّل هو اختيار الشيخ في المبسوط[1]، والثاني اختيار ابن الجنيد[2]، وأبي الصلاح[3].

---

(١) المبسوط: كتاب العارية ج ٣ ص ٤٩ ـ ٥٠.

(٢) مختلف الشيعة: الفصل الثاني في العارية ص ٤٤٧.

(٣) الكافي في الفقه: فصل في الوديعة ص ٢٣٢.

قوله رحمه الله: «ولو استعار من الغاصب ـ الى قوله: ـ ومع الجهل يضمن الغاصب الجميع، إلّا أن يكون هناك ذهب أو فضّة فانّ الأقرب الضمان على المستعير خاصّة».

أقول: يريد انّه لو استعار من الغاصب جاهلاً بالغصب فإن الضمان يستقرّ على الغاصب، بمعنى انّه إن رجع على المستعير رجع المستعير على الغاصب، وإن رجع على الغاصب لم يرجع على المستعير؛ لأنّه مغرور بجهله بالغصبية وبتسليطه على الانتفاع بغير عوض، هذا اذا لم يكن ذهباً ولا فضّة، أمّا لو كان المستعار أحدهما فإن الأقرب عند المصنّف استقرار الضمان على المستعير؛ لأنّه دخل على أنّه ضامن وقد حصل التلف في يده فيستقرّ الضمان عليه.

قوله رحمه الله: «ولو أذن في زرع الحنطة تخطّى الى المساوي والأدون لا الأضر، ولو نهاه حرم التخطّي وعليه الأُجرة لو فعله، والأقرب عدم إسقاط التفاوت مع النهي لا الإطلاق، بخلاف حمل الأكثر».

أقول: اذا قال المعير للمستعير: أعرتك الأرض لتزرعها حنطة بأن لاتتخطّى الى غيرها لم يجز له التخطّي، فلو زرع غيرها كان له الأُجرة، وهل له إسقاط التفاوت بمعنى انّه يسقط بقدر أُجرة زرع الحنطة المأذون فيها ويلزمه الزائد أو يلزمه الجميع؟

قال المصنّف: الأقرب انّه ليس له ذلك مع النهي، وله ذلك مع الإطلاق. أمّا

الأوّل: فلأنّه على تقدير النهي اذا تخطّى فقد زرع شيئاً غير مأذوناً فيه بل هو منهيّ عنه فكان عليه أُجرته تماماً بخلاف مالو أذن في حمل قفيز فحمل قفيزين فانّ القفيز المأذون فيه داخل في المحمول، فيلزمه[١] أُجرة الزيادة لاغير، بخلاف ماذا أطلق، وهو المشار إليه في صورة إطلاق الإذن بزرع الحنطة مع عدم النهي عن غيرها، فقد قلنا: يجوز التخطّي الى المساوي، فاذا تخطّى الى الأزيد فالمنهيّ عنه انّما هو للزيادة لاغير فعليه أُجرتها دون القدر المساوي؛ لأنّه مأذون فيه، فلا يجب عليه أُجرته.

قوله رحمه الله: «وفي القيمة مع التفريط أو التضمين على رأي».

أقول: يريد انّه لو اختلف المالك والمستعير في قيمة العين بعد تلفها وبعد التفريط أو التضمين بالاشتراط كان القول قول المستعير مع يمينه، وهو قول ابن ادريس[٢].

وقال الشيخان[٣]، وسلّار[٤] وابن البرّاج[٥] وابن حمزة[٦]: القول قول المالك مع يمينه.

---

(١) في ج: «فيلزم».

(٢) السرائر: كتاب المتاجر باب العارية ج ٢ ص ٤٣٠.

(٣) المقنعة: باب العارية ص ٦٣٠، النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب الوديعة والعارية ج ٢ ص ٢٥٩ ـ ٢٦٠.

(٤) المراسم: ذكر أحكام العارية ص ١٩٤.

(٥) لم نعثر عليه في المهذّب ونقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل الثاني في العارية ص ٤٤٦ س ٣٥.

(٦) الوسيلة: فصل في بيان العارية ص ٢٧٦.

قوله رحمه الله: «لو أعار المستعير فللمالك الرجوع بأُجرة المثل على من شاء ويستقرّ الضمان على الثاني مطلقاً على إشكال».

أقول: يريد بقوله مطلقاً سواء كان عالماً أو جاهلاً.

ومنشأ الإشكال من حيث إنّه المستوفي للمنافع فكان استقرار الضمان عليه.

ومن احتمال اختصاص الحكم بالعالم لا بالجاهل لأنّه مغرور وقد سلّطه المعير على الانتفاع به بغير عوض فضعفت مباشرته، وكان السبب أقوى فهو أولى بالضمان.

قوله رحمه الله: «لو أذن المالك في الإجارة أو الرهن لزمه الصبر الى انقضاء المدّة على إشكال».

أقول: منشأ الإشكال من أنّها عارية فجاز الرجوع فيها.

ومن وقوع العقد اللازم عليها بإذنه، فلم يكن له الرجوع فيه قبل انقضاء مدّته.

أحكام اللقطة

قوله رحمه الله: «ولو تزاحم ملتقطان قدّم السابق، فإن تساويا ففي تقديم البلدي على القروي والقروي على البدوي والموسر على المعسر وظاهر العدالة على المستور نظر».

أقول: وجه النظر في ترجيح البلدي على الآخرين والقروي على البدوي للمحافظة على نسبه؛ لأنّه ربّما ضاع نسبه بسبب بعده مع القروي أو البدوي، فكان ما يؤدي الى حفظ نسبه أولى، وفي ترجيح الموسر على المعسر انّه يتضمّن مراعاة مصلحة اللقيط لتمكّنه من القيام بنفسه دون الآخر، وفي ترجيح ظاهر العدالة الوثوق بأمانته. ومن صحّة التقاط كلّ منهم.

قوله رحمه الله: «وفي ترجيح دعوى المسلم أو الحرّ على دعوى الكافر أو العبد نظر».

أقول: للشيخ هنا قولان، أحدهما: ما ذكره في الخلاف وهو أنّ المسلم والكافر

والعبد سواء[١]، والآخر: ما قوّاه في المبسوط وهو أنّ المسلم أولى من الكافر والحرّ أولى من العبد[٢].

وتردّد المصنّف من حيث عموم الأدلّة الدالّة على جواز ادّعاء كلّ منهم للنسب، ومن حيث إنّ جانب المسلم أو الحرّ أقوى من الآخرين، خصوصاً لو كان الالتقاط في دار الاسلام أو في الأُخرى وفيها مسلم، وحكمنا بعدم إسلام من ادّعاه الكافر وبرقّ من ادّعاه العبد.

قوله رحمه الله: «والأقرب افتقار الأُمّ الى البيّنة أو التصديق بعد بلوغه».

أقول: اذا ادّعى الرجل بنوّته ثبت إن كان صغيراً وإن لم يكن له بيّنة، ولا يفتقر الى التصديق بعد بلوغه، أمّا الأُمّ فيحتمل فيها ذلك لإطلاق الاكتفاء بذلك في من ادّعى البنّوة، وهو شامل لكلّ من الأبوين، وهو مذهب الشيخ[٣].

ومن انّها دعوى محضة فتتوقّف على البيّنة أو تصديق المدّعي بنسبه، خرج منه الأب بالإجماع، فتبقى الأُمّ كغيرها من المدّعين وكسائر الدعاوي.

قوله رحمه الله: «فإن اعترف المولى بعتقه فالوجه القبول».

أقول: يريد انّه لو كان اللقيط مملوكاً وأنفق عليه الملتقِط بالإذن وتعذّر

---

(١) الخلاف: كتاب اللقطة المسألة ٢٥ ج ٣ ص ٥٩٦.

(٢) المبسوط: كتاب اللقطة ج ٣ ص ٣٥٠.

(٣) المصدر السابق.

استيفاء النفقة كان للملتقِط بيعه فيها، فلو أقرّ المولى بعتقه هل يقبل أم لا؟ يحتمل ذلك، وهو الوجه عند المصنّف؛ لأنّه اعتراف على نفسه بماله فعله فكان مقبولاً، فانّ المولى لو أعتقه صحّ فكذا إقراره.

ويحتمل المنع لتضمّنه منع الملتقط من بيعه، وقد كان له ذلك فيكون إقراره مانعاً من حقّ ثبت للغير، وهو غير جائز كعتق الراهن. فعلى ما اختاره المصنّف يرجع المنفق على المولى بما أنفق اذا كان العتق متأخّراً عن الإنفاق ومتقدّماً على البيع.

قوله رحمه الله: «والأقرب ثبوت الولاية للمبذّر والبدوي ومنشئ السفر».

أقول: أمّا المبذّر فلأنّه انّما يمنع من التصرّف في المال، وهذا ليس تصرّفاً في المال فلم يمنع منه. وأمّا البدوي ومنشئ السفر فلوجود شرائط صحّة الالتقاط فيهما فيثبت لهما ما يثبت لغيرهما من الولاية بإثبات اليد على اللقيط كغيرهما.

قوله رحمه الله: «والأقرب انّ له السفر به والاستيطان به في غير بلد الالتقاط».

أقول: وجه القرب انّ الحجر عليه في ذلك على خلاف الأصل.

قوله رحمه الله: «ولا بالكنز تحته، وإن كان معه رقعة انّه له على إشكال».

أقول: أي ولايحكم له بالكنز تحته، وإن كان معه ما يدلّ على أنّه له كالرقعة التي تتضمّن ذلك على إشكال.

ينشأ من أنّ كونه تحته يقضى له باليد، خصوصاً مع وجود الرقعة الدالّة على تملّكه

له وعدم من يدّعيه.

ومن أنّه ليس معه، واحتمال كونه لغيره، إذ لا اعتبار بالكتابة مجرّدة عمّن يشهد بها.

قوله رحمه الله: «وكذا الأجداد والجدّات، وإن كان الأقرب حيّاً على إشكال».

أقول: يريد وكذا يتبع اللقيط الأجداد والجدّات في الاسلام، وإن كان الأقرب منهما حيّاً كالأب والجدّ على إشكال.

ينشأ من أنّه يتبع أشرف الطرفين فيتبع الجدّ والجدّة في الاسلام.

ومن أنّه مع وجود الأقرب يكون أولى بالتبعية له لقربه، فإن سبب التبعية انّما هو القرابة المخصوصة، فكلّ ما كانت أقرب كانت بالمتبوعية أولى.

قوله رحمه الله: «فإن بلغ وأعرب عن نفسه الكفر ففي الحكم بردّته تردّد، ينشأ من ضعف تبعية الدار».

أقول: ومن سبق الحكم بإسلامه.

قوله رحمه الله: «ولو جنى على طرفه فالأقرب مع صغره جواز استيفاء القصاص أو الدية له».

أقول: منع الشيخ[1] رحمه الله تعالى من ذلك، والأقرب عند المصنّف الجواز؛

---

(١) المبسوط: كتاب اللقطة ج ٣ ص ٣٤٦.

لأنّ الولاية على الصغير مع فقد الأب والجدّ له للامام عليه السلام، فجاز أن يستوفي له حقّه من القصاص كغيره من الحقوق.

قوله رحمه الله: «وإن قتله حرّ فالأقرب سقوط القود للشبهة، واحتمال الرقّ فحينئذٍ تجب الدية أو أقلّ الأمرين منها ومن القيمة على إشكال».

أقول: قد ذكر في الكتاب انّه يحكم بحرّيته ظاهراً في كلّ ما لا يلزم غيره شيئاً، فعلى هذا اذا قتله قاتل هل يقتل به؟ الأقرب عند المصنّف سقوط القود؛ لما ذكره من الشبهة، فانّه يحتمل أن يكون حرّاً، فإن تبعية الدار ضعيفة، فلا تهجّم على الدماء بمجرّد الاحتمال، فعلى هذا يضمن القاتل المال، وما الذي يضمن؟ فيه إشكال.

إذ يحتمل ثبوت الدية كملاً؛ لأنّا حكمنا بإسلامه وقد كان يجب القود، فترك حذراً من التهجّم على الدم الذي لا يستدرك فارطه فتعيّن الدية؛ لانتفاء المحذور فيها مع الحكم بحرّيته.

ويحتمل أقلّ الأمرين من الدية أو القيمة؛ لأنّ ذلك هو المتيقّن، وما زاد عليه مشكوك فيه، فلا يحكم بوجوبه مع الشكّ فيه.

قوله رحمه الله: «وإن استندت الى غيره حكم ظاهراً على إشكال».

أقول: يريد أنّه لو ادّعى الملتقط رقّه فإن أسندها الى الالتقاط لم يسمع، إذ الالتقاط لا توجب الاسترقاق. وان أسند الدعوى الى غير الالتقاط حكم بها ظاهراً على إشكال.

ينشأ من ثبوت اليد التي لم تستند الى الالتقاط.

ومن الحكم بحرّية اللقيط في دار الاسلام.

قوله رحمه الله: «فإن بلغ وأنكر ففي زوال الرقّ إشكال».

أقول: على تقدير القول بأنّه يحكم له بالرقّية لو بلغ المدّعي برقّيته وأنكر الرقّ ففي زواله إشكال.

ينشأ من الحكم برقّيّته، فلا يقبل إنكاره كغيره من العبيد اذا ادّعوا ذلك، فانّه لايلتفت الى دعواهم إلّا ببيّنة.

ومن أنّ الحكم له بالرقّية إنّما كان ظاهراً؛ لعدم المنازع في تلك الحال، وقد حصل المنازع فيها فلايحكم له بغير بيّنة أو بتصديقه.

قوله رحمه الله: «ولو شهدت بأنّه ولد مملوكته فإشكال، ينشأ من أنّها قد تلد حرّاً».

أقول: لو أقام السيد بيّنة برقّه حكم له بذلك، ولو شهدت له البيّنة بأنّه ولّد مملوكته ففي الحكم له بالرقّ إشكال.

ينشأ من أنّها قد تلد حرّاً، كما قال المصنّف.

ومن أنّه نماء مملوكته فيكون مملوكاً مالم يثبت غيره.

قوله رحمه الله: «ولو أقرّ أوّلاً بالحرّية ثمّ بالعبودية فالأقرب القبول».

أقـول: وجه القرب عموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»[١]، ويحتمل عدم القبول؛ لأنّ الحرّ لايعود رقّاً.

قوله رحمه الله: «وفي ردّ العين مع طلب المالك إشكال».

أقـول: اذا وجد البعير في غير كلاء ولا ماء وقدترك من جهد جاز لكلّ أحدٍ أخذه وتملّكه، فلو طلبه مالكه هل يجب عليه ردّه إليه؟ فيه إشكال.

ينشأ من كونه مملوكاً له فكان له أخذه، وتملّك الآخذ لاينافي ذلك؛ لأنّه لايزيد على الهبة.

ومن زوال ملك الأوّل عنه وتملّك الثاني له شرعاً لغير سبب الهبة فلا يكون له أخذه.

قوله رحمه الله: «أمّا الشاة فتؤخذ، ويتخيّر الآخذ بين حفظها لمالكها أو دفعها الى الحاكم ولا ضمان فيهما وبين تملّكها، والضمان على إشكال».

أقـول: ينشأ من أنّ له الصدقة والضمان فكان له الأخذ بالضمان.

ومن عصمة مال الغير عن التصرّف فيه إلّا بإذن؛ لقوله صلّى الله عليه وآله: «لايحلّ مال امرئ مسلم إلّا عن طيب نفسٍ منه»[٢].

---

(١) لم نجده في الكتب الروائية، والظاهر انّها قاعدة عقلية وليست رواية، نعم استدلّ بها العلّامة رواية في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل العاشر في الإقرار ص ٤٤٣ س ١٥.

(٢) عوالي اللآلي: باب الغصب ح ٣ ج ٣ ص ٤٧٣.

وأقول: وما أحسن قول الصادق عليه السلام فيما رواه جرّاح المدائني عنه: «لا يأخذ الضوالّ إلّا الضالّون اذا لم يعرفوها»[١].

قوله رحمه الله: «ولو كانت شاة حبسها ثلاثة أيام، فإن جاء المالك وإلّا باعها، وفي اشتراط الحاكم إشكال».

أقول: المسألة السابقة وجد الشاة في غير العمران وهنا وجد الشاة في العمران، والحكم فيها انّه يحبسها ثلاثة أيام، فإن جاء صاحبها ردّها عليه، وإلّا باعها وتصدّق بثمنها عنه وضمن، أو احتفظ ولا ضمان. وهل يشترط في صحّة بيعها إذن الحاكم؟ فيه إشكال.

ينشأ من عموم الإذن في البيع.

ومن أصالة عدم التسلّط على ملك الغير بغير إذنه.

قوله رحمه الله: «وفي الصدقة بعينها أو بثمنها قبل الحول إشكال».

أقول: هاتان مسألتان:

الأُولى: هل يجوز أن يتصدّق بعين الشاة؟ فيه إشكال، ينشأ من مساواته للصدقة بثمنها، وقد ثبت أنّ له ذلك فجاز له ذلك[٢]. ومن عموم المنع من التصرّف في ملك

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٩٤ في اللقطة والضالّة ج ٦ ص ٣٩٤ ح ٢٢، وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ج ١٧ ص ٣٥٠ ح ٤.

(٢) في ج: «الآخر».

غيره إلّا بالإذن، خرج عنه البيع بالنصّ، فيبقى المنع في غيره ثابتاً.

الثانية: هل يجوز له الصدقة بثمنها قبل الحول أو بعد التعريف حولاً؟

فيه إشكال، ينشأ من إطلاق الإذن بالصحّة. ومن عموم وجوب تعريف اللقطة، ولأنّه أحوط؛ لاحتمال حضور المالك.

لايقال: انّما يكون الاحتياط متحقّقاً لولم يجب عليه ضمان الثمن بالصدقة، وأنتم توجبون عليه الضمان لو حضر المالك.

لأنّا نقول: هذا لاينافي ما ادّعيناه من الاحتياط؛ لأنّه قد يعسر على أدائه، فبقاء عين المال أحوط له.

قوله رحمه الله: «و لولم يجد الأخذ سلطاناً ينفق أنفق ورجع على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من أنّه تبرّع بالنفقة فلايرجع بها، كما قاله ابن ادريس[1].

ومن حصول الضرورة الى الإنفاق لحفظ ذلك الحيوان فكان له الرجوع، وهو قول الشيخ رحمه الله، لكنه قال: فإن كان من أنفق عليه قد انتفع بشيء من جهته إمّا بخدمته أو ركوبه أو لبنه كان ذلك بإزاء ما أنفق عليه[2].

وابن ادريس قال: إن كان انتفاعه قبل الحول كان عليه الأُجرة ولا نفقة له؛ لأنّه متبرّع، وإن كان بعد الحول والتعريف فيه فلا أُجرة عليه؛ لأنّه يملكه[3].

---

(١) السرائر: كتاب الديون والكفالات باب اللقطة ج ٢ ص ١١٠.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الديون والكفالات باب اللقطة والضالّة ج ٢ ص ٥٠.

(٣) السرائر: كتاب الديون والكفالات باب اللقطة ج ٢ ص ١١٠.

قوله رحمه الله: «وفيه يحرم على رأي».

أقــول: يريد أنّ في الحرم يحرم الالتقاط، وهو المشهور بين الأصحاب.

وقال علي بن بابويه: فإن وجدت في الحرم ديناراً فطلبته فهو لك لاتـعرفه[1]، وكذا ولده محمد في كتاب من لايحضره الفقيه[2].

قوله رحمه الله: «ولو خاف ففي الجواز نظر».

أقــول: الملتقط إمّا أن يثق من نفسه بعدم الخيانة أو يعلم الخـيانة أو يخـافها، فالأوّل يكره له الالتقاط، والثاني يحرم عليه الالتقاط، وأمّا الثالث ففيه نظر.

ينشأ من عموم جواز الأخذ مع انتفاء علم الخيانة، وهو متحقّق هنا.

ومن حصول الخوف من الخيانة المحرّمة، فيجب دفعه بترك الالتقاط.

قوله رحمه الله: «ولو قال: ناولنيها فـإن نـوى الأخذ لنفسه فهي له، وإلّا فللآمر على إشكال».

أقــول: لو رأى واجد اللقطة فقال لغيره: ناولنيها فأخذها المأمور فإن نـوى الالتقاط لنفسه فهو للملتقط دون الآمر؛ لأنّ فعل الالتقاط مع نيّته حاصل منه، وإن نوى الالتقاط للآمر كانت للآمر على إشكال.

ينشأ من عدم التقاطه لنفسه، فلا يكون ملتقطاً بمجرّد الأمر.

ومن انّ التقاط الثاني بنيّة النيابة عنه يجري مجرى فـعله، والأصـل في ذلك انّ الالتقاط هل تدخله النيابة أو لا؟ وهو مذكور في باب الوكالة.

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الأمانات الفصل الثالث ص ٤٤٨.

(٢) من لايحضره الفقيه: باب اللقطة والضالّة ج ٣ ص ٢٩٧ ذيل الحديث ٤٠٦٤.

قوله رحمه الله: «ولو قصّر الولي فلم ينتزعه حتى أتلفه الصبي أو تلف فالأقرب تضمين الولي».

أقول: اذا التقط الصبي وقصّر الولي في انتزاع اللقطة من يده حتى تلفت بإتلافه أو بغيره احتمل تضمين الولي، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّه مفرط بتركها في يد الصبي، فكان في الحقيقة هو المتلف. ويحتمل عدمه؛ لأصالة براءة الذمّة وعدم إثبات يده عليها.

قوله رحمه الله: «ولا أعتقه المولى قال الشيخ: للسيد أخذها؛ لأنّه من كسبه، والوجه ذلك بعد الحول».

أقول: يريد انّه لو التقط العبد ثمّ اعتقه مولاه قال الشيخ رحمه الله: للسيد أخذها؛ لأنّ اللقطة من كسبه في حال رقّه، وكلّ ما اكتسبه العبد في حال الرقّ فهو لمولاه[1].

والمصنّف فصّل فقال: إن كان عتقه بعد مضيّ الحول كان الحقّ ما ذكره الشيخ؛ لأنّ عند مضيّ الحول إمّا أن يدخل في ملك السيد عند من يقول: إنّه يملكها بمضيّ الحول والتعريف من غير نيّة التملّك، أو بنيّة التملّك، وعلى كلا التقديرين يكون قد ثبت للسيد أخذها قبل العتق. ولم يتعرّض المصنّف لما قبل الحول، لكن الظاهر من كلامه انّه ليس له أخذها، وإلّا لم يبق فرق بين مذهبه ومذهب الشيخ[2].

---

(١) المبسوط: كتاب اللقطة ج ٣ ص ٣٢٥.

(٢) المبسوط: كتاب اللقطة ج ٣ ص ٣٢١.

قوله رحمه الله: «فإن كان في الحرم وجب تعريفه حولاً، فإن لم يوجد المالك تخيّر بين الصدقة به وفي الضمان قولان، وبين الاحتفاظ ولا ضمان».

أقول: القولان في ضمان الملتقط اذا تصدّق وكره المالك للشيخ رحمه الله أحدهما: انّه يضمن، ذكر ذلك في المبسوط[١] والخلاف[٢] وفي باب آخر من فقه الحجّ في النهاية[٣]، وهو قول ابن الجنيد[٤]، وابن ادريس[٥].

والآخر: انّه لايضمن، قاله في باب اللقطة من النهاية[٦]، وهو قول المفيد[٧]، وابن البرّاج[٨]، وسلاّر[٩]، وابن حمزة[١٠]، وابن سعيد[١١]، ونقله المصنّف عن والده[١٢].

قوله رحمه الله: «وإن كان في غير الحرم فإن

---

(١) المبسوط: كتاب اللقطة ج ٣ ص ٣٢١.

(٢) الخلاف: كتاب اللقطة المسألة ١٢ ج ٣ ص ٥٨٥.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الحجّ باب آخر من فقه الحجّ ج ١ ص ٥٥٨.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل الثالث في اللقطة ص ٤٤٨ س ١٢.

(٥) السرائر: كتاب الديون والكفالات باب اللقطة ج ٢ ص ١٠١.

(٦) النهاية ونكتها: كتاب الديون والكفالات باب اللقطة ج ٢ ص ٤٥ ـ ٤٦.

(٧) المقنعة: باب اللقطة ص ٦٤٦.

(٨) المهذّب: كتاب اللقطة والضوال ج ٢ ص ٥٦٧.

(٩) المراسم: ذكر في اللقطة ص ٢٠٦.

(١٠) الوسيلة: فصل في بيان اللقطة والضالّة ص ٢٧٨.

(١١) شرائع الاسلام: كتاب اللقطة في اللقطة ج ٣ ص ٢٩٢.

(١٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل الثالث في اللقطة ص ٤٤٨ س ١٣.

كان دون الدرهم ملكه من غير تعريف، ولو وجد المالك فالأقرب الضمان».

أقول: أطلق الأصحاب انّ اللقطة اذا كانت دون الدرهم ملكه في غير الحرم فانّها للواجد، ولايلزمه التعريف. والمصنّف قال: الأقرب انّ المالك اذا حضر فانّه يضمن له، وهو قول ابن ادريس[1]؛ لأنّه تصرّف في ملكه بغير إذنه، ولا منافاة بين إباحة التصرّف فيها مع جهل المالك وبين الغرم له اذا وجده، وحينئذٍ نقول: المقتضي للضمان موجود والمانع لايصلح للمانعية فوجب الضمان. أمّا وجود المقتضي فهو التصرّف في ملك الغير بغير إذنه ولا شكّ في وجوده، وأمّا انّ المانع لايصلح للمانعية فلأنّه لا مانع من الضمان، إلّا قول الأصحاب وورود النصّ[2] بتملّكه وإباحة التصرّف بها، وذلك غير منافٍ للضمان عند حضوره.

ولقد شاهدت بعض المتورّعين من الفقهاء السادات قد وقعت له محصرة في طريق بعض المشاهد المشرّفة فجاءه واجد وأخذها في الحال، فامتنع من أخذها حتى يملكه إيّاها ـ بناءً على انّ الواجد ملكها فلم يستجز أخذها قبل تملّكه إيّاها ـ فقلت له: يجوز لك أخذها. أمّا أوّلاً: فلأنّه انّما أخذها بنيّة ردّها لا بنيّة الالتقاط، وأمّا ثانياً: فلأنّه قد بذلها من نفسه، وأمّا ثالثاً: فالظاهر انّ هذا الحكم مع جهل المالك كما قاله المصنّف.

قوله رحمه الله: «والأقرب الاكتفاء بقول العدل، ففي وجوب الأُجرة حينئذٍ نظر».

---

(١) السرائر: كتاب الديون والكفالات باب اللقطة ج ٢ ص ١٠١.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٩٤ اللقطة والضالّة ح ١٥ ج ٦ ص ٣٩٢، وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب اللقطة ح ٢ ج ١٧ ص ٣٥٤.

أقـول: الكلام هنا في مسألتين: الأُولى: انّه اذا وجب التعريف فاستناب غيره وأخبره بالتعريف هل يكفي ذلك في جواز التملّك بعد الحول وسقوط التكليف بالتعريف؟ الأقرب انّه إن كان عدلاً قُبل قوله؛ لأنّه أمين، ولأنّ إقامة البيّنة على ذلك قد تتعذّر فكان قول العدل فيه مقبولاً.

الثانية: لو قلنا: إنّه يكفي فلو كان أجيراً هل يستحقّ الأُجرة بمجرّد إخباره؟ فيه نظر، من حيث إنّ قوله: قُبل فيه فاستحقّ الأُجرة عليه. ومن حيث إنّه مدّعٍ، ولم يلزم من قبول قوله في إسقاط التكليف به عن الملتقط قبول قوله في ثبوت دعواه للأُجرة؛ لأنّه حينئذٍ مدّعٍ مالاً لنفسه، فلا يثبت إلّا بالبيّنة أو تصديق المدّعى عليه.

قوله رحمه الله: «ولو أخّر في الحول الأوّل عرّف في الثاني، وله التملّك بعده على إشكال».

أقـول: ينشأ من أنّه بمضيّ الحول من غير تعريف قد زال استحقاقه لتملّكها، إذ الأصل عدم تملّك ملك الغير، وبقاؤه على ملك صاحبه، خرج عنه ما اذا عرّف حولاً عقيب الالتقاط بالإجماع، فيبقى ما عداه على الأصل.

ومن صدق أنّه عرّف اللقطة حولاً الذي هو سبب للتملّك فكان له ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو نوى التملّك ثمّ عرّف سنة فالأقرب جواز التملّك».

أقـول: يريد أنّ الملتقط اذا نوى بالالتقاط التملّك في الحال ثمّ عرّف سنة فالأقرب انّ له التملّك؛ لأنّه يصدق عليه انّه ملتقط عرّف اللقطة حولاً فكان له التملّك؛ لعموم النصّ[1] بذلك، مع احتمال عدمه؛ لأنّه بنيّة التملّك قبل التعريف صار

---

(١) راجع تهذيب الأحكام: ب ٩٤ اللقطة والضالّة ح ١ ج ٦ ص ٣٨٩، وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ج ١٧ ص ٣٤٩.

ضامناً، والأصل بقاء الضمان.

قوله رحمه الله: «وبنيّة التملّك يحصل الضمان وإن لم يطالب المالك على رأي».

أقول: هذا اختيار ابن سعيد قال: وقال الشيخ رحمه الله: اللقطة تضمن بمطالبة المالك لا بنيّة التملّك، وهو بعيد؛ لأنّ المطالبة تترتّب على الاستحقاق[١].

قوله رحمه الله: «التملّك وانّما يحصل بعد التعريف حولاً ونيّة التملّك على رأي».

أقول: هذا قول الشيخ في المبسوط[٢] والخلاف[٣]، وقول ابن حمزة[٤]، وأبي الصلاح[٥].

وقال ابن ادريس: يحصل التملّك بمجرّد مضيّ الحول لاغير[٦]، وهو الظاهر من كلام الشيخ في النهاية[٧]، وعلي بن بابويه[٨]، وابنه محمد[٩].

---

(١) شرائع الاسلام: كتاب اللقطة الفصل الثالث في اللقطة ج ٣ ص ٢٩٣ ـ ٢٩٤.

(٢) المبسوط: كتاب اللقطة ج ٣ ص ٣٢٣.

(٣) الخلاف: كتاب اللقطة المسألة ١٠ ج ٣ ص ٥٨٤.

(٤) الوسيلة: فصل في بيان اللقطة والضالّة ص ٢٧٨.

(٥) الكافي في الفقه: فصل في اللقطة ص ٣٥٠ ـ ٣٥١.

(٦) السرائر: كتاب الديون والكفالات باب اللقطة ج ٢ ص ١٠٣.

(٧) النهاية ونكتها: كتاب الديون باب اللقطة والضالّة ج ٢ ص ٤٦.

(٨) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الأمانات الفصل الثالث ص ٤٤٩ س ١٩.

(٩) المقنع: باب اللقطة ص ١٢٧.

قوله رحمه الله: «وهل يملكها مجّاناً ويتجدّد وجوب العوض بمجيء مالكها أو بعوض ثبت في ذمّته؟ إشكال، والفائدة... الى آخره».

أقول: منشأه الاتفاق على أنّه بمضيّ الحول والتعريف له ذلك ومع نيّة التملّك يملكها، وانّ لمالكها مثلها أو قيمتها، وذلك يفهم منه ثبوت أحد الأمرين في ذمّته.

ومن أنّ ضمان العين أعمّ من ذلك، ومن وجوب الدفع لو طلب المالك، وكلّ منهما محتمل، ولا دلالة للعامّ على الخاصّ، وتظهر الفائدة فيما ذكره المصنّف.

قوله رحمه الله: «وما يوجد في المفاوز أو في خربة قد باد أهلها فهو لواجده من غير تعريف إن لم يكن عليه أثر الاسلام، وإلّا فلقطة على إشكال».

أقول: منشأ الإشكال من حيث إنّه مال ضائع عليه أثر الاسلام ووجد في دار الاسلام فيكون لقطةً كغيره، وهو قول الشيخ في المبسوط[1].

ومن عموم الأدلّة الدالّة على وجوب الخمس في الكنوز من غير تفضيل، وحلّ الباقي للواجد، وهو قول الشيخ في الخلاف[2].

قوله رحمه الله: «وهل يجب تتبّع من سبقه من الملّاك؟ إشكال».

---

(١) المبسوط: كتاب اللقطة ج ٣ ص ٣٣٨.

(٢) الخلاف: كتاب الزكاة المسألة ١٤٩ ج ٢ ص ١٢٢.

أقـول: يريد انّه اذا وجد الكنز في أرض مبتاعة قال أصحابنا: عرّف البائع، فإن عرّفه فهو له، و إلّا فللواجد، فهل يجب عليه تتبّع الملّاك قبل البائع؟ يحتمل ذلك؛ لوجود المقتضي، وهو انّه قد كان في يده، وإمكان كونه له. ويحتمل عدمه؛ لعـموم الدليل الدالّ على تملّك المشتري عند عدم معرفة البائع له.

قوله رحمه الله: «وكذا التـفصيل لو وجـده في جوف الدابة، أمّا لو وجده في جوف سمكة فـهو لواجده وتحته دقيقة».

أقـول: يريد بالدقيقة: انّ الفرق بين السمكة والدابة أنّ في الدابة يجب تعريف بائعها والسمكة لايجب تعريف بائعها، فدلّ على انّ المباحات لاتـدخل في مـلك آخذها إلّا بالنيّة على أحد المذهبين، فالسمكة لمّا لم يكن الصائد عارفاً بما هو في جوفها لم يقصد تملّكه فلم يدخل في ملكه، بخلاف الدابة التي ربما ابتلعت ذلك ممّا هو ملك مالكها.

واعلم انّ ابن ادريس لم يفرّ ق بينهما وقال فيهما: في انّ كلّاً يجب تعريفه للبائع[1]، وهو ظاهر كلام سلّار لأنّه قال: اللقطة ضربان موجود تحت الأرض وفي بطون ما يذبح للأكل والسموك ـ الى أن قال: ـ فيما وجد في بطن شيء،فإن كان انتقل إليـه بميراث أو في بحر وماء اخرج خمسه والباقي ملكه، وان انتقل إليه بالشراء عرّف ذلك الى البائع، فإن عرفه ردّه إليه، وإلّا أخرج خمسه والباقي له[2].

---

(١) السرائر: باب اللقطة ج ٢ ص ١٠٦.

(٢) المراسم: في ذكر اللقطة ص ٢٠٦.

قوله رحمه الله: «ولو فقدت من التركة في أثناء الحول أو بعده من غير نيّة التملّك احتمل الرجوع في مال الميّت وعدمه».

أقول: يريد انّه لو مات الملتقط ولم توجد اللقطة في تركته ولم يعرف حالها هل أتلفها أو تلفت بتفريط أو بغيره في الحول أو بعده قبل نيّة التملّك؟ احتمل وجهان:

الأوّل: انّها تؤخذ من تركته لثبوت إثبات يده على ملك غيره بغير إذنه ولم يسلّمها إليه فكان عليه ضمانها؛ لقوله صلّى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»[1].

الثاني: عدم الضمان؛ لأنّها في الحول، وبعده قبل نيّة التملّك أمانة لا يضمن إلّا بالتفريط أو التعدّي، ولم يثبت أحدهما.

قوله رحمه الله: «وكذا لو عابت بعد التملّك مع الأرش على إشكال».

أقول: يريد أنّه لو حضر المالك بعد أن نوى الملتقِط التملّك وطالب الملتقَط وكانت قد تعيّبت في يده بعد التملّك كان له أن يرد المعيب مع الأرش على إشكال.

ينشأ من أنّ المضمون انّما هو العين وهو يحصل بردّها، والنقص وهو يحصل بردّ الأرش.

ومن وجوب المثل عند التملّك إن كانت مثلية، وإلّا فالقيمة، فلا يجب عليه أخذها معيبة وإن دفع الأرش؛ لأنّه غير الواجب.

---

(١) عوالي اللآلي: الفصل التاسع ح ١٠٦ ج ١ ص ٢٢٤.

قوله رحمه الله: «والزيادة المنفصلة والمتّصلة في الحول للمالك، وفي تبعيته اللقطة نظر، أقربه ذلك».

أقول: وجه النظر من أنّ النماء تابع للأصل، فيكون نماء اللقطة تابعاً لها، فيملكها الملتقط بعد الحول والتعريف؛ للأصل، كما يتملّك الأصل.

ومن حيث إنّه مال مملوك لغيره وليس لقطة فلا يتملّكه بغير إذنه. والأقرب عند المصنّف الأوّل؛ لأنّه حصل من اللقطة فكان له حكمها.

الجعالة

قوله رحمه الله: «وكذا لو ردَّ من لم يسمع الجعالة على قصد التبرّع، وإلاّ فإشكال».

أقول: يريد انّه لو جعل المالك جعلاً لمن يرد ضالّته فردّها من لم يسمع الجعالة لا بقصد التبرّع ففي استحقاقه الجعل إشكال.

ينشأ من أنّه لم يسمع الجعالة، فلم يجر معه عقد، فردّه يكون كابتداء الردّ من دون الجعل بالنسبة الى اعتقاده.

ومن أنّ ردّها غير متبرّع، وقد جعل المالك الجعل في مقابلة ذلك العمل فكان مستحقّاً له.

قوله رحمه الله: «الجعل: وشرطه أن يكون معلوماً بالكيل أو الوزن أو العدد، ولو كان مجهولاً كثوب غير معيّن أو دابة مطلقة ثبت بالردّ أُجرة

المثل. ولو قيل بجواز الجهالة اذا لم تمنع من التسليم كان حسناً، كقوله: من ردّ عبدي فله نصفه، ومن خاط ثوبي فله ثلثه».

أقول: أطلق الأصحاب اشتراط العلم في الجعل، فانّه لو جعل جعلاً مجهولاً كان للعامل أُجرة مثل عمله. والمصنّف استحسن التفصيل وهو: أنّه اذا كانت الجهالة مانعة من التسليم كان الأمر كذلك، وأمّا اذا لم يمنع من التسليم كما لو كان الجعل نصف[1] المردود جاز، فانّه لايمنع من تسليمه شيء، وذلك لأنّا انّما منعناه في المجهول لأدائه الى التنازع وعدم تعيين الواجب، فانّه لو جعل ثوباً لم يدلّ ذلك على مقداره وصفاته لو طلب كلّ منهما ما يوافق وصفه، واللفظ لايساعده على ذلك. أمّا ما ذكرناه من الفرض فهو عند الاستحقاق يكون العوض معلوماً لهما جميعاً فكان جائزاً.

قوله رحمه الله: «فلو جاء به الى باب منزله فهرب أو مات لم يستحقّ شيئاً، ويحتمل الاستحقاق مع الموت بالنسبة».

أقول: يحتمل عدم الأُجرة في الصورتين؛ لأنّه لم يصل الى المالك في الصورتين، ويحتمل الفرق بين الهرب والموت، إذ في صورة الهرب لم يردّه الى المالك بعد، ويمكن أن يستأنف الردّ، بخلاف ما اذا مات فانّه قد ردّه، وانّما فقدت حياته بفعل الله عزّوجلّ، فكان قد عمل ما شرط عليه فاستحقّ أُجرة ذلك العمل، فإن كان

---

(١) في ج: «بعض».

تماماً استحقّ الجميع، وإلّا فبالنسبة.

قوله رحمه الله: «ولو بذل جعلاً غير معيّن ـ كقوله: من ردّ عبدي فله شيء ـ لزمه أُجرة المثل، إلّا في ردّ الآبق أو البعير، ففي ردّه من المصر دينار، ومن غير مصره أربعة دنانير، وإن نقصت قيمة العبد أو البعير فإشكال».

أقول: منشأ الإشكال من حيث إنّه تقدير شرعي، فكان يستحقّه العامل مطلقاً.

ومن انّ الشارع بنى على الغالب من عدم قصور قيمة العبد أو البعير عن أربعة دنانير، أمّا على تقدير القصور فيعلم انّ الشارع لم يوجب للعامل على المالك زيادة على ما يملكه.

قوله رحمه الله: «ولو استدعى الردّ ولم يبذل أُجرة فالرادّ متبرّع على إشكال، أقربه ذلك إن استدعى مجّاناً».

أقول: اذا استدعى صاحب الضالة من غيره الردّ، بأن قال له: ردّ ضالّتي ولم يعيّن له جعلاً معلوماً ولا مجهولاً فهل يكون العامل اذا ردّها متبرّعاً لا أُجرة له أو يكون له الأُجرة؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّ الأصل براءة الذمّة من الأُجرة، حيث لم يبذلها وانّما طلب منه الردّ فأجابه فيكون متبرّعاً لا أُجرة له.

ومن أنّه آجره بعمل يستأجر على مثله، ولم يقصد العامل التبرّع به.

والمصنّف اختار انّه إن استدعى مجّاناً فلا أُجرة له، وذلك ظاهر؛ لأنّه غير صورة النزاع، فإن القائل[1] لو قال لغيره: أُريد منك إن تردّ ضالّتي ولا أُجرة لك فردّها لم يكن له أُجرة قطعاً.

قوله رحمه الله: «ولو ردّ من أبعد لم يستحقّ أزيد، بل المسمّىٰ إن دخل الأقلّ دون ضدّ الجهة على الأقوى».

أقول: لأنّه على تقدير اتحاد الجهة يكون قد عمل العمل المجعول عليه وزيادة فله أُجرة العمل المشروط عليه، ولاشيء له عن الزيادة للتبرّع بها. وأمّا على تقدير تضادّ الجهة فلأنّه لم يعمل ما شرط عليه، كقوله: من ردّه من الجانب الغربي فجاء به من الشرقي.

قوله رحمه الله: «ولولم يجده في المعيّن فإشكال».

أقول: المراد اذا أمره بالسعي الى موضع معيّن ليردّ عبده بقدر معيّن فمضى العامل الى المكان المعيّن فلم يجده فيه ففي استحقّاقه المسمّى إشكال.

ينشأ من أنّه فعل ما شرطه عليه، وهو السعي الى ذلك الموضع المعيّن لردّه فلم يجده فيه.

ومن أنّ الجعل في مقابلة مجموع الردّ وقطع المسافة المعيّنة ولم يحصل.

---

(١) في ق١، م١: «العامل».

قوله رحمه الله: «ولو اختلفا في قدر الجعل أو جنسه تحالفا وثبت أقلّ الأمرين من الأُجرة والمدّعى، إلّا أن يزيد ما ادّعاه المالك على أُجرة المثل فثبت الزيادة، ويحتمل تقديم قول المالك كالأصل».

أقول: المراد اذا اختلف المالك والعامل في مقدار الجعل فقال المالك: جعلت ديناراً عن الردّ، فقال العامل: بل جعلت دينارين احتمل فيه وجهان:

أحدهما: التحالف؛ لأنّ كلّ واحد منهما مدّعٍ لعقد مخالف العقد الذي ادّعاه الآخر والآخر ينكره، فيحلف كلّ منهما على إنكار ما ادّعاه صاحبه، ويأخذ العامل حينئذٍ أقلّ الأمرين ممّا ادّعاه وأُجرة المثل؛ لأنّ أُجرة المثل إن كانت أقلّ ممّا ادّعاه كدينار ونصف فليس له غيره؛ لأنّ مدّعاه بطل بيمين المالك على نفسه، وإن كانت الأُجرة أزيد كدينارين ونصف لم يستحقّ الزيادة لاعترافه بأنّها غير مستحقّة له، هذا اذا كانت أُجرة المثل لا تنقص ممّا ادّعاه المالك كما ذكرناه من المثال، أمّا لو قصرت كما لو كانت نصف دينار فانّه يجب دفع ما ادّعاه المالك لاتّفاقهما على استحقاقه.

وثانيهما: تقديم قول المالك، كما لو أنكر أصل الجعالة، فإن الاتّفاق واقع على استحقاق ما ادّعاه الجاعل، والاختلاف انّما هو في الزيادة عليه والمالك ينكرها فيحلف على نفيها.

كتاب

الغصب وتوابعه

كتاب الغصب وتوابعه

قوله رحمه الله: «أو السوم على إشكال».

أقول: يريد انّ المقبوض بالسوم هل هو مضمون كغيره من الأعيان التي ذكر انّها[1] تضمن؟ فيه إشكال.

ينشأ من كونه قبضاً مأذوناً فيه فلا يضمن، وهو أحد قولي ابن ادريس[2].

ومن انّ قبضه للابتياع المضمون فكان مضموناً، وهو القول الآخر لابن ادريس ذكره في باب الغصب[3]، وهذا القول هو المشهور بين الأصحاب.

قوله رحمه الله: «ولو غصب شاة فمات ولدها جوعاً أو حبس المالك عن حراسة ماشيته فاتفق تلفها أو غصب دابة فتبعها الولد ففي الضمان نظر».

---

(١) في ج: «ذكرناها».

(٢) السرائر: باب الوكالة ج ٢ ص ٨٦.

(٣) السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٩١.

أقـول: منشأه من أنّه سبب في الإتلاف في المسائل الثلاث.

ومن انّه لم يتعرّض للولد ولا للماشية بسبب إثبات يده عليها ولا إتلاف.

قوله رحمه الله: «والحرّ لايضمن ـ الى قـوله: ـ ولو تلف الصغير في يد الغاصب بسـبب كـلدغ الحية ووقوع الحائط ضمن على رأي».

أقـول: هذا أحد قولَي الشيخ[1] رحمه الله ذكره في كتاب الجراح من المبسوط، والآخر أنّه لايضمنه ذكره في باب الغصب من المبسوط[2].

وقال في الخلاف أيضاً: لاضمان عليه؛ لأصالة البراءة، ولأنّ الحرّ لايضمن باليد، ثمّ قال: وقال أبو حنيفة: عليه الضمان، وإن قلنا بقول أبي حنيفة كان قـوياً، دليـله طريقة الاحتياط[3].

قوله رحمه الله: «ولو استأجره لعمل فـاعتقله ولم يستعمله ففي استقرار الأُجرة نظر».

أقـول: من حيث إنّ الأُجرة وجبت بالعقد وقد انقضى زمان يمكن فيه العمل مع بذل الموجر ومنع المستأجر فوجب استقرار الأُجرة عليه.

ومن حيث إنّ منافع الحرّ تضمن بالتفويت لا بالفوات، والتفويت لم يحصل فلم تستقرّ عليه الأُجرة؛ لعدم العمل، فقيد الإجارة مقدّرة بالعمل؛ لأنّها لو كانت مقدّرةً

---

(١) المبسوط: كتاب الجراح ج ٧ ص ١٨.

(٢) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ١٠٥.

(٣) الخلاف: كتاب الغصب المسألة ٤٠ ج ٣ ص ٤٢١.

بالزمان واعتقله ذلك الزمان استقرّت الأُجرة قطعاً، بخلاف العمل المطلق في الذمّة.

قوله رحمه الله: «لا بالمثل وأن أتلف الكافر على إشكال».

أقول: يريد أنّه اذا أتلف الانسان على الذمّي خمراً وهو مستقرّ بها ضمنها، سواء كان المتلف مسلماً أو كافراً؛ لأنّها مال مملوك للذمّي معصوم فوجب ضمانها، وهل يضمنها بقيمتها عند مستحلّيها أو بمثلها؟ فنقول: إن كان مسلماً لزمته القيمة عند المستحلّ؛ لعدم ثبوت مثل الخمر في ذمّة المسلم، وإن كان كافراً ففيه إشكال.

ينشأ من انّه مال مملوك لكلّ منهما وهي من ذوات الأمثال فيضمن بالمثل، وهو اختيار ابن البرّاج[1].

ومن انّها محرّمة في شريعة الاسلام، فاذا تحاكموا إلينا لم نوجب المثل لكونه غير مملوك عندنا، وهو مذهب الشيخ في المبسوط[2] والخلاف[3]، وهو قول آخر لابن البرّاج[4] أيضاً ذكره في آخر باب الغصب.

قوله رحمه الله: «ولو نقل صبياً حرّاً الى مضيعة فافترسه سبع ففي الضمان إشكال».

أقول: منشأ الإشكال من انّه حرّ لايدخل تحت اليد بالغصب فلا يضمن به،

---

(١) المهذّب: كتاب الغصب ج ١ ص ٤٥٠.

(٢) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ١٠٠.

(٣) الخلاف: كتاب الغصب المسألة ٢٨ ج ٣ ص ٤١٤.

(٤) المهذّب: كتاب الغصب ج ١ ص ٤٥٠.

ولم يتعرّض له بإتلافٍ فانتفى عنه أسباب الضمان فلم يكن ضامناً.

ومن انّه سبب؛ لأنّ السبع كالآلة.

واعلم انّ الخلاف هنا كالخلاف في الحية، فإن الشيخ في المبسوط[١] والخلاف[٢] قال: لو غصب حرّاً صغيراً فمات بسبب لامنه كلدغ الحية أو أكل السبع ضمنه فلم يفرّق بينهما في الحكم.

قوله رحمه الله: «ولو زوّج المالك من الجارية فاستولدها مع الجهل نفذ الاستيلاد وبرئ من الغصب، وفي الأرش إشكال».

أقول: يعني لو غصب جاريةً ثمّ زوّجها من المالك فدخل عليها المالك واستولدها نفذ الاستيلاد ـ أي صارت أُمّ ولد ـ لأنّ المستولدة هي الجارية التي تعلّق من مالكها في ملكه، وهذا المعنى متحقّق هنا، وبرئ الغاصب من ضمان الجارية؛ لأنّ الغاصب برئ بتسليم العين الى المالك وقد فعل، وهل عليه أرش ما بين كونها مستولدة ورقّاً محضاً؟ فيه إشكال.

ينشأ من أنّه بفعل المالك فلا يضمنه الغاصب.

ومن انّه مغرور، والغاصب سبّب الإتلاف فيكون أولى بحوالة الضمان عليه من المباشر الضعيف لغروره.

قوله رحمه الله: «ولو قال: هو عبدي فاعتقه فأعتقه فالأقوى النفوذ».

---

(١) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ١٠٥.

(٢) الخلاف: كتاب الغصب المسألة ٤٠ ج ٣ ص ٤٢١.

أقـول: لأنّه عتق صَدَر من أهله في محلّه فكان نافذاً، ويحتمل عدم العتق؛ لأنّه انّما أعتقه بناءً على أنّه ملك الآمر فلم يكن قاصداً الى عتق ملكه، مع انّ قصد العتق معتبر.

قوله رحمه الله: «ولو قال: أعتقه عنّي ففعل ففي وقوعه عن الغاصب إشكال».

أقـول: وجه الإشكال من حيث إنّه أعتق عبد غيره بإذنه فيكون صحيحاً كغيره.

ومن توهّمه كونه ملكاً له فلم يقصد الى عتق ملكه عنه.

قوله رحمه الله: «ولو أمره بالأكل فباع أو بالعكس أو عمّم الانتفاع فالأقرب زوال الضمان، إلّا في الأخير على إشكال».

أقـول: يريد لو أمر الغاصب المالك بأكل المغصوب فباعه المالك أو بالعكس، أو قال له: انتفع به بما شئت فالأقرب عنده زوال الضمان في الأوّلين دون الأخير.

أمّا زوال الضمان في الأوّلين فلأنّ المالك تصرّف في ملكه بحسب اختياره لا بقول الغاصب؛ لأنّه خالف أمره فيزول الضمان عن الغاصب.

وأمّا في الأخير ففيه إشكال.

ينشأ من انّه تصرّف أيضاً بحسب إرادته في تخصيص بعض التصرّفات في ملك نفسه، فيزول الضمان عنه كالأوّلين.

ومن استناده الى إذن الغاصب معتقداً نيابته في ذلك، فكان كانّه تصرّف الغاصب حينئذٍ فلا يزول عنه الضمان.

قوله رحمه الله: «والمقدّر الأقرب الأكثر من المقدّر والأرش».

أقول: يريد لو جنى الغاصب على العبد المغصوب أو جنى عليه وهو في يده كان الغاصب ضامناً لتلك الجناية، فإن لم تكن مقدّره كان فيها الأرش، وهو ما نقص من قيمته بتلك الجناية عن قيمته صحيحاً، وإن كانت مقدّرة كقطع اليد احتمل الأرش؛ لأنّه إتلاف لشيء قدّر الشارع عوضه فيجب عليه ما قدّره الشارع.

والأقرب عند المصنّف انّه يضمن أكثر الأمرين من المقدّر والأرش، كما لو كانت قيمته تساوي مائة وصار بقطع اليد تساوي أربعين فانّه يلزمه الستّون؛ لأنّ الخمسين لازمة له لكونها مقدّرة داخلة في الأرش، والعشرة الزائدة من حيث إنّه نقص دخل على الباقي من العبد، وكلّ نقص يحصل في يد الغاصب فهو مضمون عليه فذلك النقص مضمون عليه.

وقال الشيخ: لو جنى الغاصب على العبد بما فيه مقدّر على الحرّ كان مقدّراً في المملوك[1].

قوله رحمه الله: «ولو تجاوزت قيمته دية الحرّ فالأقوى تضمين الغاصب الزائد دون الجاني».

أقول: وجه القوّة انّه أثبت يده على مال معصوم عدواناً وأتلفه فكان عليه قيمته كيف كانت، كسائر الأموال المضمونة على الغاصب، أمّا الجاني فلأنّه انّما يضمن هنا دية الحرّ لا الزيادة. والفرق انّ الغاصب كان بسبب الغصب ضامناً للعين

---

(١) الخلاف: كتاب الغصب المسألة ٧ ج ٣ ص ٣٩٩.

ولأجزائها ونقصانها لا بسبب الجناية، بخلاف الجاني الذي انّما ضمن بسبب الجناية الموجبة للدية مالم تزد على دية الحرّ.

قوله رحمه الله: «ولو جنى عليه بما فيه القيمة فالأقرب وجوب دفعه مع القيمة، سواء باشر الغاصب أو الأجنبي، بخلاف الجاني على غير المغصوب».

أقول: يريد لو جنى على العبد المغصوب بما فيه كمال قيمته كقطع الأنف ـ مثلاً ـ فإن الأقرب عند المصنّف انّه يجب على الغاصب ضمان ذلك المقدّر مع دفعه الى المالك؛ لأنّ ذلك العضو مضمون على الغاصب وفيه مقدّر فيجب دفعه الى المغصوب منه، والعبد باقٍ على تملّك مولاه؛ لأصالة عدم انتقاله عنه، بخلاف الجاني على غير المغصوب؛ لورود النصّ[1] فيه، بأنّه إمّا أن يرضى المالك بدفعه إليه ويأخذ الدية أو لايطالبه بشيء.

قوله رحمه الله: «فان رجع على الأجنبي دفع إليه العبد ورجع بقيمته على الغاصب، وإن رجع على الغاصب بهما فالأقوى رجوع الغاصب على الجاني بالقيمة مجّاناً».

أقول: لأنّه غرم القيمة بسببه فيرجع بها عليه ولايملك العبد فلايلزمه دفعه إليه.

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢٠ الاشتراك في الجنايات ح ٦٥ ج ١٠ ص ٢٦١. وسائل الشيعة: ب ٣٤ من أبواب ديات الاعضاء ح ١ ج ١٩ ص ٢٥٨.

قوله رحمه الله: «المثلي يضمن بالقيمة يوم الغصب على رأي، وأرفع القيم من حين الغصب الى حين التلف على رأي».

أقول: القولان للشيخ في المبسوط فأوجب في موضع من القيمة يوم القبض[١] وبه قال في الخلاف[٢].

وكذا في النهاية فانّه قال: من غصب من غيره متاعاً وباعه ثمّ وجده صاحبه في يد المبتاع كان له انتزاعه من يده، فإن لم يجده حتى هلك رجع على الغاصب بقيمته يوم غصبه إيّاه[٣].

وفي موضع آخر من المبسوط[٤] ايجاب أعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف، وبه قال في الخلاف[٥].

وقال ابن البرّاج قولاً ثالثاً وهو: إلزامه القيمة يوم التلف[٦].

قوله رحمه الله: «ولو اصطاد العبد المغصوب فهو للمالك، وفي دخول الأُجرة تحته نظر، أقربه العدم».

---

(١) المبسوط: كتاب الغصب ج ٢ ص ٦٠.

(٢) الخلاف: كتاب الخلاف المسألة ١ ج ٣ ص ٣٩٦.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب بيع الغرر والمجازفة ج ٢ ص ١٧٨ ـ ١٧٩.

(٤) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٧٢.

(٥) الخلاف: كتاب الغصب المسألة ١٤ ج ٣ ص ٤٠٣.

(٦) المهذّب: كتاب الحضر والغصب ج ١ ص ٤٣٥.

أقـول: اذا اصطاد بالعبد المغصوب فالصيد لمالكه؛ لأنّه كسب عـبده، وهـل يدخل فيه الأُجرة بمعنى أنّه يحسب في ذلك من الأُجرة الواجبة عـلى الغـاصب؟ يحتمل ذلك؛ لأنّه في ذلك الوقت كان التكسّب لسيده، ويحتمل عدمه؛ لأنّة ضـمن الأُجرة بالغصب الى حين ردّه فلايسقط ذلك بسبب كسب العبد. والأقرب عـدم الدخول؛ لاستحقاق المالك لهما بسببين، فالأُجرة بسبب إمساك الغاصب له عدواناً، والصيد بسبب كونه كسب عبده.

قوله رحمـه الله: «ولو انـتقصت قـيمة العـبد بسقوط عضو مثلاً بآفة سماويـة ضـمن الأرش والأُجرة لما قبل النقص سليماً ولما بعده معيباً، وإن كان بالاستعمال كنقص الثوب باللبس فالأقرب المساواة للأوّل».

أقـول: يعني انّه يجب عليه أرش النقص؛ لأنّه نقص دخل على ملك غيره في عين مضمونة فكان عليه ضمانه، والأُجرة لما قبل النقص سليمة من العيب؛ لأنّه قبل ذلك كان سليماً من العيب وهو ضامن لأُجرته فيضمنها كذلك، ولما بعد النقص معيباً؛ لأنّه ثوب معيب حينئذٍ مضمون، فيضمن أُجرته على ما هو عليه.

ويحتمل أكثر الأمرين من الأُجرة والأرش، بمعنى انّه لايجتمع عليه اسـتحقاق الأُجرة والأرش عن الشيء الواحد، فإن اللبس الموجب لذلك النقص قد استحقّ المالك عوضه ـ أعني الأُجرة لكن إن نقصت عن الأرش لزمه قيمة الأرش؛ لأنّه نقص مضمون.

قوله رحمه الله: «ولو غرم قيمة العبد الآبق ضمن الأُجرة للمدّة السابقة على الغرم، وفي اللاحقة إشكال».

أقول: ينشأ من أنّ الغاصب بدفع القيمة عن العبد سقط عنه ضمانه؛ لأنّها عوض عن المغصوب، ومتى قبض المالك عوض ماله منه سقط الضمان عنه.

ومن أنّه لم يخرج عن كونه غاصباً للعبد ولازال ملك المولى بدفع القيمة، وانّما أخذ القيمة حين أخذها للحيلولة.

قوله رحمه الله: «وهو المثل في المثلي والقيمة العليا في غيره على رأي».

أقول: قد[1] تقدّمت.

قوله رحمه الله: «ولو تلف المثلي في يد الغاصب والمثل موجود فلم يغرمه حتى فقد ففي القيمة المعتبرة احتمالات: (أ) أقصى قيمة من يوم الغصب الى التلف، ولا اعتبار بزيادة قيمة الأمثال».

أقول: الوجه هنا في ذلك انّه بفقد المثلي صار كما لا مثل له، وهو يغرم قيمته لذلك على ما تقدّم.

---

(١) في ج: «هذه».

قوله رحمه الله: «(ب) أقصى قيمته من وقت تلف المغصوب الى الإعواز».

أقول: الوجه في هذا انّه عند وجوده لم يكن ضامناً لمثل ولا لقيمة، وانّما تعيّن عليه أحدهما من يوم تلف المغصوب الى يوم إعواز المثل؛ لأنّ زيادة المثل كزيادة العين المغصوبة؛ لأنّه قائم في الاجزاء مقامها، فكانت زيادته مضمونة، كما يضمن زيادة العين المغصوبة الى حين عوزها.

قوله رحمه الله: «(ج) أقصى القيم من وقت الغصب الى وقت الإعواز».

أقول: الوجه في هذا أنّ الزيادة في العين المغصوبة وفي مثلها مضمونة، فيلزمها أقصى القيم من وقت الغصب الى وقت الإعواز.

قوله رحمه الله: «(د) أقصى قيمته من وقت الغصب الى وقت دفع القيمة».

أقول: الوجه في هذا أنّ القيمة في المثلي لاتتعيّن إلّا عند دفعها، والزيادات قبل ذلك في العين وأمثالها مضمونة، فيضمن ذلك الى وقت البراءة بدفع القيمة.

قوله رحمه الله: «(هـ) القيمة يوم الإقباض».

أقول: الوجه في هذا أنّ المثلي لايضمن فيه القيمة، وانّما يجب المثل دائماً الى حين دفع القيمة، فيجب القيمة ذلك الوقت.

قوله رحمه الله: «ولو أتلف مثلياً فظفر به في غير المكان فالوجه إلزامه بالمثل فيه».

أقـول: هذا قول ابن ادريس[١].

وقال الشيخ رحمه الله: اذا غصب شيئاً بمصر فلقيه بمكّة فطالبه به فإن كان لنقله مؤونة فإن اتفقت القيمتان في البلدين كان له المطالبة بالمثل؛ لأنّه لاضرر عليه، وإن اختلفا فالحكم فيما له مثل وفيما لامثل له واحد، فللمغصوب منه أن يأخذ من الغاصب بمكّة قيمته بمصر، أو يدع حتى يستوفي ذلك منه بمصر؛ لأنّ في النقل مؤونة والقيمة مختلفة، وكذا في القرض. وأمّا السلم فليس له أن يطالبه بمكّة؛ لأنّ عليه توفية المال في مكان العقد، فلايكون له مطالبته بالبدل، سواء كان لنقله مؤونة أو لا، فإن اتفقا عليه لم يجز؛ لأنّ أخذ البدل عن الذمّة لايجوز؛ لقوله صلّى الله عليه آله: «من أسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره»[٢]، وتبعه ابن البرّاج[٣].

والأقرب عند المصنّف جواز مطالبته به أين كان، سواء كان في نقله مؤونة أو لا؛ لأنّ له في ذمّته مثل ذلك وهو متعذّر[٤] فيه فكان له مطالبته بماله عنده.

وقوله: «إنّ عليه ضرراً»، قلنا: هو أدخل الضرر على نفسه بغصبية مال غيره.

قوله رحمه الله: «ولو خرج المثل باختلاف الزمان أو المكان عن التقويم بأن أتلف عليه ماء في مفازة ثمّ اجتمعا على نهر، أو أتلف جمداً في الصيف ثمّ اجتمعا في الشتاء احتمل المثل، وقيمة المثل في مثل تلك المفازة أو الصيف».

---

(١) السرائر: كتاب المتاجر باب الغصب ج ٢ ص ٤٩٠.

(٢) المبسوط: كتاب الغصب ج ٢ ص ٧٦ ـ ٧٧.

(٣) المهذّب: كتاب الغصب والتعدّي ج ٢ ص ٤٤٣.

(٤) في ج: «متعبّد».

أقـول: أمّا وجه احتمال المثل فلأنّه من ذوات الأمثال، فلا اعتبار بالقيمة السوقية عند وجود المثل، كما لااعتبار به عند وجود العين، ألا ترى أنّه لو غصبه ماء في مفازة ثمّ حصل على النهر مع وجود الماء بعينه فانّه انّما يلزمه ردّه لاغير.

وأمّا احتمال قيمته في مثل تلك المفازة فلنفرض أنّ للمكان أو للزمان مدخلاً في القيمة فكانا معتبرين فلا يبرأ إلّا بمثل المغصوب في مثل تلك المفازة أو ذلك الزمان.

قوله رحمه الله: «ولو تعذّر المثل إلّا بأكثر من ثمن مثله ففي وجوب الشراء نظر».

أقـول: منشأه من انّه قادر على الشراء لما وجب عليه فوجب الشراء.

ومن لزوم الضرر لجواز معاندة البائع وطلب أضعاف الثمن، وهو منفي؛ للخبر[1].

قوله رحمه الله: «ولو أبق العبد ضمن في الحال القيمة للحيلولة، فإن عاد ترادّا، وللغاصب حبس العبد الى أن يردّ القيمة على إشكال».

أقـول: وجه الإشكال من أنّه قبض عوضه فكان له الامتناع من تسليمه حتى يسلم إليه العوض، كالبائع له الامتناع من تسليم المبيع حتى يقبض الثمن وبالعكس.

ومن أنّه ملك المغصوب منه وليس رهناً فليس له حبسه.

قوله رحمه الله: «فإن تلف العبد محبوساً فالأقرب ضمان قيمته الآن واسترجاع الأُولى».

---

(١) من لايحضره الفقيه: باب ميراث أهل الملل ح ٥٧١٨ ج ٤ ص ٣٣٤.

أقـول: وجه القرب انّ أخذ الأُولى كـان للـحيلولة وتـعذّر ردّه والآن قـد وجدت العين المغصوبة فتعيّن حقّه فيها وبطلت المعاوضة، فاذا تلفت الآن وجبت قيمته؛ لأنّ تعيّن القيمة الآن حصل بالتلف.

وأقـول: هذا انّما يتمشّى على وجوب القيمة يوم التلف، أمّا لو أوجبنا الأكثر كان له أكثر القيمتين من الأُولى والثانية.

قوله رحمه الله: «ولو تنازعا في عيب يـؤثر في القيمة ففي تقديم أحد الأصلين نظر».

أقـول: يريد بالأصلين أصل براءة ذمّة الغاصب مـن ضمان قـيمة الصـحيح، وأصل صحّة العبد من العيب، فوجه النظر من تعارض الأصلين.

قوله رحمـه الله: «والذهب والفـضّة يـضمنان بالمثل لابنقد البلد على رأي».

أقـول: هذا اختيار ابن ادريس[1].

وقال الشيخ رحمه الله في المبسوط: يضمنان بنقد البلد، كمالو أتلف ما لامثل له. ثمّ قسّم تفريعاً على ذلك بأن قال: إن كان نقد البلد مخالفاً للحقّ في الجنس ـ كمالو أتلف ذهباً وغالب نقد البلد فضّة، أو أتلف فضّة وغالب نقد البلد ذهباً ـ كان عليه قيمته من غالب نقد البلد. وإن كان من جنس واحد فإن اتفقا في الوزن والقيمة أخذ مثلها من نقد البلد، وإن اختلفا في الوزن قال قوم: بغير جنسه؛ لأنّه لايمكنه أن يأخذ من الجنس حذراً من الربا[2]. والمصنّف جعل هذا التقسيم عند تعذّر المثل.

---

(١) السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٨٧.

(٢) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦١.

قوله رحمه الله: «ولو كان العيب غير مستقرّ، كمالو بلّ الحنطة حتى تعفّنت، أو اتخذ منها هريسة، أو من التمر والسمن حلواً فإنّ مصيره الى الهلاك لمن لايردّه فالأقوى ردّ العين مع الأرش».

أقول: وجه القوّة انّه لم يخرج بذلك الفعل عن ملك المالك ولم ينتقل الى الغاصب فكان الواجب ردّه على مالكه، غاية ما في الباب انّه نقص بذلك الفعل فيجب عليه الأرش، ويحتمل أن يدفع كمال القيمة ويأخذه؛ لأنّه كالمتلف على من لايريده.

قوله رحمه الله: «ويجب ردّ العين المغصوبة مادامت باقية، فإن تعذّر دفع الغاصب البدل ويملكه المغصوب منه ولايملك الغاصب العين المغصوبة فإن عادت فلكلّ منهما الرجوع، وهل يجبر المالك على إعادة البدل لو طلبه الغاصب؟ إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّه ملك العوض فلايجبر على ردّ ملكه.

ومن حيث إنّ ملكه كان بسبب الحيلولة بينه وبين العين المغصوبة، امّا مع وجودها فيفتقر استقرار ذلك الملك ولزومه على التراضي منهما، ولم يحصل عند طلب الغاصب عين ماله.

قوله رحمه الله: «وكذا المتّصل والمنفصل على إشكال اذا تجدّد بعد دفع البدل».

أقول: يحتمل أن لا يضمن النماء المنفصل المتجدّد بعد دفع العوض؛ لأنّه لم تثبت يده عليه، وانّما حصل بعد براءته بدفع القيمة. ويحتمل الضمان؛ لأنّ دفع القيمة انّما هو لمكان الحيلولة لا لبراءته، كما تقدّم في الأُجرة.

قوله رحمه الله: «ولو جنى على الطرف فاقتصّ ضمن الغاصب الأرش، وهو ما ينقص من العبد بذلك دون أرش اليد؛ لأنّها ذهبت بسبب غير مضمون، ويحتمل أرش اليد وأكثر الأمرين».

أقول: لو غصب عبداً فجنى العبد على غيره في طرفه ـ مثل أن قطع يده فاقتصّ منه ـ ففي الذي يضمن الغاصب ثلاثة أوجه:

الأوّل: أن يضمن أرش نقص العبد، بأن يقوّم صحيحاً كما غصبه ومقطوعاً كما ردّه، ويلزم بالتفاوت مطلقاً، سواء ساوى المقدّر ـ أعني أرش اليد ـ أو زاد أو نقص.

الثاني: أن يضمن أرش اليد؛ لأنّ الذي نقص في يد الغاصب له مقدّر شرعي، فكان الواجب ما قدّره الشارع.

الثالث: أكثر الأمرين من نقص قيمته والمقدّر؛ لأنّه على تقدير زيادة المقدّر على الأرش للمغصوب منه مطالبته بما قدّره الشارع لما فات منه في يد غيره[1] وعلى

---

(١) في ج: «في يده».

تقدير زيادة الأرش اذا ردّ العبد الناقص والمقدّر لايكون قد ردّه إليه بتمامه؛ لأنّه غصبه صحيحاً بمائة ـ مثلاً ـ وهو يساوي الآن أربعين، فاذا ردّ إليه خمسين التي هي الأرش فقد نقص عليه بسبب العيب في يد الغاصب عشرة فكانت مضمونة على الغاصب.

قوله رحمه الله: «ولو غصبه مرتدّاً أو سارقاً فقتل أو قطع في يده ففي الضمان على الغاصب نظر».

أقول: منشأ النظر من انّه قطع بسبب عند المالك فلا يضمنه الغاصب.

ومن وجود القطع والقتل في يده، وهو غير استحقاق أحدهما.

قوله رحمه الله: «فإن منعناه ضمن النقص الزائد على المقدّر لو حصل».

أقول: هذا يتأتّى في القطع خاصّة، فلو كانت قيمته مائة وقطع في يد الغاصب بالسبب المستحقّ في يد المالك وقلنا: لايضمن ذلك القطع فانّه يضمن الزائد على المقدّر إنّ حصل، مثل أن صار يساوي أربعين فانّه يضمن العشرة؛ لحصول النقص بالفعل في يد الغاصب.

قوله رحمه الله: «وكذا الإشكال لو انعكس».

أقول: يريد وكذا الإشكال لو ارتدّ في يد الغاصب أو قتل غيره في يده فقتل حدّاً أو قصاصاً في يد المالك، وهذا رجوع عمّا ذكره أوّلاً، فانّه قال قبل ذلك: وكذا لو اقتصّ منه بعد ردّه الى السيد، وكذا لو ارتدّ في يد الغاصب فقتل في يد

المالك فانّه يضمن القيمة.

ولو توهّم أحد أنّ قوله: «وكذا الإشكال لو انعكس» أي لو كان المقدّر أكثر من الأرش كان غلطاً فاحشاً؛ لأنّه اذا جنى في يد سيده بما يوجب قطع يده ولها مقدّر وذلك خمسون ثمن قيمته لو كانت مائة، فاذا قطع في يد الغاصب ولم يوجب عليه ضمان القطع بل الزيادة، وهاهنا الموجود على يد الغاصب أقلّ ممّا وجب عليه في يد السيد فلا شيء على الغاصب.

قوله رحمه الله: «وكذا لو اشترى مرتدّاً أو سارقاً فقتل أو قطع في يد المشتري ففي كونه من ضمان البائع نظر».

أقول: وجه النظر انّ القتل أو القطع حصل في يد المشتري بعد الثلاثة فلا يكون مضموناً على البائع، ومن استناده الى سبب موجود عند البائع لم يعلم به المشتري فكان مضموناً عليه.

قوله رحمه الله: «ولو جنى على سيده فالضمان على الغاصب كالأجنبي على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّ الجناية على الأجنبي يقتضي استحقاق الأجنبي لقتله أو أخذه المفضي الى زوال ملك المغصوب منه، فكان كما اذا تلف في يد الغاصب. أمّا جنايته على سيده فانّها لا تقتضي ذلك لبقائه على ملك سيده، واذا كانت العين باقية لم يجب عليه إلّا ردّها على ورثته.

ومن حيث إنّه قد استحقّ قتله بسبب صدر منه في يد الغاصب، فكان كالتالف في يده، فكان ضامناً له كما لوجنى على الأجنبي.

قوله رحمه الله: «ولو خصى العبد فعليه كمال القيمة وردّه على رأي».

أقول: هذا قول ابن ادريس فانّه قال: لو غصب عبداً فخصاه وكانت قيمته ألفاً فصارت بعد الخصاء ألفين وجب دفع العبد والألف الى المالك، وهي قيمة الخصيتين؛ لأنّه ضمان مقدّر، وقيمتها قيمة العبد[1]. وكذا قال الشيخ في موضع من المبسوط[2].

وقال في موضع آخر منه بخلاف ذلك فانّه قال: اذا جنى على عبد غيره جناية يحيط أرشها بقيمة ذلك العبد كان المالك بالخيار بين أن يمسكه ولا شيء له، وبين أن يسلّمه ويأخذ قيمته على الكمال، مثل أن يقطع يدي العبد أو رجليه[3].

وأقول: في هذا المثال نظر؛ لأنّه بقطع رجليه يصير مقعداً ويتحرّر فيكون متلفاً له، فلا يتحقّق أن يأخذه الغاصب ولا السيد.

قوله رحمه الله: «فإن سقط ذلك العضو بآفة فلا شيء؛ لأنّه يزيد به قيمته على إشكال».

أقول: منشأ الإشكال ما ذكره المصنّف.

ومن انّه قد تلف منه شيء له مقدّر فضمنه الغاصب.

قوله رحمه الله: «ولو مثّل به لم ينعتق على رأي».

---

(١) السرائر: كتاب المتاجر باب الغصب ج ٢ ص ٤٨٨.

(٢) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦٤.

(٣) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦٢.

أقـول: خالف الشيخ في المبسوط[١] والخلاف[٢] في ذلك حيث قال: لو مثّل به عتق وكان عليه قيمته، وهو الظاهر من كلام ابن حمزة حيث عدّ من ينعتق في الحال فقال: ومن نكل به أو عمي أو مرض أو جذم أو أُقعد[٣].

قوله رحمه الله: «وكذا لو كان أمرداً فـنبتت له لحية على إشكال».

أقـول: منشأه من حصول الزيادة ـ أعني اللحية ـ إذ ليست عيباً.

ومن نقصان القيمة بها عند التجّار وأشباههم.

قـوله رحمـه الله: «ولو نـقصت الأرض لترك الزرع كـأرض البـصرة ضـمن النـقص عـلى إشكال».

أقـول: ينشأ من أنّه ترك زرعها كان واجباً عليه فلا يضمن بسببه شيئاً.

ومن حصول النقص في يده وإن لم يكن من قِبله.

قوله رحمه الله: «وكذا في إغلاء العـصير عـلى رأي».

أقـول: يريد وكذا يضمن لو أغلى العصير فنقص ضمن النقص، كما اذا أغلى الزيت فنقص، خلافاً للشيخ رحمه الله حيث قال: لو أغلى الزيت فنقص فعليه قيمة

---

(١) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦٢.

(٢) الخلاف: كتاب الغصب المسألة ٦ ج ٣ ص ٣٩٨.

(٣) الوسيلة: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٠.

الناقص، بخلاف العصير؛ لأنّ النار لاتعقد أجزاء الزيت، فاذا ذهب بعض العين كان كالتالف، أمّا العصير فإن فيه أجزاء مائية فإن النار تأكلها بعقد الأجـزاء، ولهـذا يثخن ويزيد حلاوته، فكان الذي ذهب لاقيمة له[1].

قوله رحمه الله: «لو غصب عصيراً فصار خمـراً ضمن المثل، وفي وجوب الدفـع إشكـال، فـإن أوجبناه فصار خلّاً في يد المالك ففي وجوب ردّ المثل إشكال».

أقـول: وجه الإشكال من حيث إنّه من عصيره المملوك فله إمساكه للتحليل، وليس للغاصب إمساكه؛ لأنّ يده كانت عادية.

ومن انّه خرج بالخمرية عن ملك المغصوب منه، وقد برئ الغاصب بدفع المثل إليه.

فعلى القول بوجوب دفعه الى المالك اذا أخذه حتى صار خلّاً فهل يجب عليه ردّ ما أخذه من الغاصب وهو مثل العصير؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّه أخذه عوضاً عن ملكه، وقد عاد الملك فكان بمنزلة أخذ القيمة عند تعذّر العين ثمّ وجدت.

ومن حيث إنّه ملك العوض بسبب الإتلاف الحاصل في يد الغاصب، فلا يزول بالملك المتجدّد في يد المالك.

قوله رحمه الله: «ولو غصب خمراً فـتخلّلت في يده حكم بها للغاصب، ويحتمل المالك».

---

(١) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٨٢.

أقـول: أمّا احتمال كونه للغاصب فلأنّه عند الغصب لم يكن مملوكاً للمغصوب منه، وتسميته أخذه غصباً مجاز، من حيث إنّه رفع يد الممسك عمّا له إمساكه عدواناً، وقد تجدّد الملك في يد الغاصب فكان له. وأمّا احتمال كونه للمالك فلأن الآخذ متعدّ في رفع يد المالك، فيده كعدم اليد، فكأنّه في يد المالك فيكون له.

قوله رحمه الله: «ولو طـلب الغـاصب الإزالة أُجيب، سواء هلك الصبغ بالقلع على إشكال أو لا».

أقـول: اذا غصب ثوباً فصبغه ثمّ طلب قلع صبغه فإن لم يهلك الصبغ أُجيب قطعاً؛ لأنّه طلب فصل ماله عن مال غيره فكان له ذلك، وأمّا لو كان يهلك بالإزالة ففيه إشكال.

ينشأ من عدم الفائدة بالإزالة، بل هو تضييع محض.

ومن كونه ملكاً له.

قوله رحمه الله: «ولو كانت في اللـجّة وخـيف الغرق بقلعه فالأقرب الرجوع الى القيمة الى أن تخرج الى الساحل إن كان في السفينة حيوان له حرمة أو مال لغير الغاصب».

أقـول: لو غصب لوحاً فرفع به سفينته وهي في اللجّة وخيف الغرق لو قـلع احتمل القلع وإن غرقت؛ لوجوب ردّ المغصوب الى المالك.

والأقرب عند المصنّف الرجوع الى القيمة؛ لأنّ قلعه يؤدّي الى ضرر عظيم لغير

الغاصب، كالحيوان المحترم أو مال غير الغاصب، فانّه كما يجب مراعاة مصلحة المالك تجب مراعاة مصلحة مالك ذلك المال الذي لغير الغاصب للجمع بين الحقّين، فيكون بمنزلة تعذّر ردّ العين، فتعطى القيمة لمكان الحيلولة، ثمّ يكون له أخذه في الساحل.

قوله رحمه الله: «ولو كان له فالأقرب العين».

أقول: لو كان المال المخوف تلفه بالغرق للغاصب فالأقرب عند المصنّف جواز الرجوع في العين وإن غرق مال الغاصب؛ لأنّه متعدّ بأخذه، بخلاف الأجنبي الذي لم يصدر منه عدوان.

قوله رحمه الله: «ولو مات المجروح أو ارتدّ ففي النزع إشكال من حيث المثلة».

أقول: يريد انّه لو غصب خيوطاً فخاط بها جرح انسان مسلم وخيف بنزعها تلف المجروح أو شينه فقد مرّ في الكتاب أن يتعيّن القيمة، فلو فرضنا انّه مات المجروح أو ارتدّ ففي النزع إشكال.

ينشأ من زوال المحذور بنزعها من المسلم الحي خوفاً عليه من الموت أو الشين لخروجه عن أحد الوصفين، فإنّ الميّت لايتضرّر بالنزع والمرتدّ مباح الدم فجاز النزع.

ومن حصول المثلة المنهيّ عنها.

قوله رحمه الله: «فلو وطأ الجارية جاهلين بالتحريم فعليه مهر أمثالها أو عشر قيمتها مع البكارة ونصفه مع الثيبوبة على الخلاف، ويحتمل مع البكارة الأكثر من الأرش والعشر».

أقول: أمّا ذكر الخلاف فيأتي في باب النكاح، وأمّا احتمال وجوب أكثر الأمرين من الأرش والعشر فلما قلناه في الجناية على العبد المغصوب بما فيه مقدّر فإن هذا يجري مجراه، إذ على تقدير زيادة العشر على أرش النقص للمالك المطالبة به؛ لأنّه مقدّر شرعي على ذلك الفعل، وأمّا على تقدير العكس فلنقصان قيمة العين المغصوبة بجناية صدرت من الغاصب، هذا اذا وطأها من غير عقد. أمّا لو عقد عليها جاهلين بالتحريم كان العقد باطلاً، فلا يثبت به المسمّى بل مهر المثل، والغاصب يلزمه أكثر الأُمور الثلاثة لما قلناه.

قوله رحمه الله: «أمّا لو سقط ميّتاً فإشكال، ينشأ من عدم العلم بحياته، ومن تضمين الأجنبي، أمّا لو وقع بجنايته فالأقوى الضمان».

أقول: قد ذكر في الكتاب انّه اذا حملت من الغاصب بوطئه لها جاهلين كان عليه قيمة الولد يوم سقوطه حيّاً، فلو سقط ميّتاً فإمّا أن يكون بغير جناية أو بجناية من الأجنبي أو من الغاصب، فإن سقط بغير جناية فقد ذكر في ضمان الغاصب إشكالاً.

منشأه من عدم العلم بجناية فلا يكون مضموناً.

ومن كونه مضموناً على الأجنبي لو وقع بجنايته، وإن كان وقوعه من الأجنبي ضمنه كما ذكر في الكتاب أيضاً، وإن كان بجناية الغاصب فإن قلنا: يضمن الغاصب وإن لم يكن بجنايته ضمنه هنا قطعاً، وإن قلنا: لا يضمنه فهاهنا الأقوى عنده الضمان؛ لأنّ هذه الجناية لو صدرت من الأجنبي ضمنها المغصوب منه فكذا لو صدرت من الغاصب.

ويحتمل ضعيفاً عدم الضمان، لأنّه قد انعقد حرّاً ولحقّ بالواطئ الجاهل، وانّما يلزمه قيمته يوم سقوطه حيّاً، وهذا قد سقط ميّتاً فلا يكون مضموناً لمالك الجارية.

قوله رحمه الله: «وبالعكس تحدّ هي دونه ولا مهر على إشكال».

أقول: يعني لو كانت هي عالمة بالتحريم وهو جاهل به حدّت هي حدّ الزنا دون الواطئ فانّه يسقط عنه لجهله، ولا مهر على إشكال.

ينشأ من انّ النهي عن مهر البغايا.

ومن كونه حقّاً للسيد لا يسقط عن ذمّة الواطئ برضاها. والأوّل مذهب ابن ادريس[1].

قوله رحمه الله: «وفي تعدّده بتعدّده مع الاستكراه نظر».

أقول: يريد وفي تعدّد المهر يتعدد الوطء مع الاستكراه نظر.

ينشأ من انّ الوطء المتكرر لايستدعي أكثر من مهر واحد، كمالو تزوّجها بعقد فاسد فانّه لايلزمه أكثر من مهر واحد وان تعدّد الوطء.

ومن انّ الإكراه سبب لوجوب مهر المثل فيتعدّد بتعدّد السبب، بخلاف العقد الفاسد لاستناده الى الشبهة الواحدة، فلا تعدّد فيه لاتحاد سببه.

قوله رحمه الله: «وفي رجوع المشتري بقيمة منفعة استوفاها خلاف».

---

(١) السرائر: كتاب المتاجر باب الغصب ج ٢ ص ٤٨٩.

أقـول: يريد انّه لو باع الغاصب فأخذه المالك من يد المشتري الجاهل ورجع عليه بما استوفاه من المنافع فهل للمشتري الرجوع بما غرم عن تـلك المـنافع التي استوفاها؟ قال الشيخ في المبسوط: الأقوى انّه لا يرجع؛ لأنّه غرم في مقابله النفع[١].

وقال ابن سعيد في كتاب البيع من الشرائع: يرجع[٢]، وحكى القولين في كتاب الغصب ولم يختر أحدهما[٣].

وقال المصنّف في الخلاف لمّا حكى مذهب الشيخ بعدم الرجوع: وقـال بـعض علمائنا: له الرجوع؛ لأنّه مغرور فكان الضمان على الغار، كمالو قدّم إليه طعام الغير فأكله مع الجهل، فانّه اذا رجع على الآكل رجع الآكل على الآمر لجهله وتغرير الآمر له، وسيأتي البحث في ذلك إن شاء الله تعالى في باب الغصب[٤]. ولم يذكر في باب الغصب شيئاً من ذلك، ولا تعرّض لهذه المسألة فيه.

قوله رحمه الله: «ولو بنى فقلع بناءه والأقـرب الرجوع بأرش النقص».

أقـول: لو اشترى أرضاً من الغاصب جاهلاً بالغصب وبنى فيها بـناءً فـقلع المالك بناءه فهل يرجع المشتري على الغاصب البائع بأرش النقصان؟ يحتمل عدمه؛ لأنّه بسبب فعل المشتري، والأقرب عنده الرجوع؛ لأنّه مغرور.

---

(١) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦٩.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب التجارة في بيع الحيوان ج ٢ ص ٥٩.

(٣) شرائع الاسلام: كتاب الغصب ج ٣ ص ٢٤٦، إلّا أنه قال: والأوّل أشبه.

(٤) مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل الرابع في عقد البيع وشرائطه ص ٣٤٩ س ٣.

قوله رحمه الله: «ولو تعيّب في يده احتمل الرجوع؛ لأنّ العقد لايوجب ضمان الأجزاء، بخلاف الجملة وعدمه».

أقول: اذا اشترى من الغاصب جاهلاً بالغصب فتعيّب في يد المشتري وغرم المالك الأرش فهل يرجع بذلك على الغاصب؟ يحتمل الرجوع لما ذكر المصنّف، وعدمه؛ لأنّ ضمان المشتري لذلك بسبب حدوث العيب عنده لابسبب الغصب.

قوله رحمه الله: «ولو غصب فحلاً فأنزاه على الأُنثى فالولد لصاحبها وإن كانت للغاصب، وعليه الأُجرة على رأي».

أقول: يريد اذا كانت الأُنثى ملكاً للغاصب فالولد له وعليه الأُجرة، وهو اختيار ابن ادريس[1].

وقال الشيخ في المبسوط: لاتجب الأُجرة على الغاصب؛ لأنّ النبي صلّى الله عليه وآله نهى عن كسب الفحل[2].

قوله رحمه الله: «أو علمه مع الاستيفاء وبدونه إشكال».

أقول: يريد انّه لو باع الانسان بيعاً فاسداً فالمنافع المتجدّدة بعد البيع للبائع؛ لأنّ المبيع لم ينتقل عنه، وهل يرجع بها على المشتري؟ فقال: إن كان البائع جاهلاً

---

(١) السرائر: كتاب المتاجر باب الغصب ج ٢ ص ٤٩٢.

(٢) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٩٦.

بفساد البيع أو عالماً واستوفاه المشتري رجع عليه بها؛ لأنّه استوفى ما دخل في ملك البائع بغير إذنه فكان له الرجوع بها عليه. أمّا لو فاتت المنافع في يده من غير استيفاء فهل يضمنها المشتري للبائع؟ فيه إشكال.

ينشأ من كونها مضمونة على المشتري؛ لأنّها منفعة غير مضمونة فكانت مضمونة عليه كالأصل.

ومن انّ علم البائع بفساد البيع وعدم المطالبة بالعين يقتضي رضاه بكونها في يد المشتري فلا شيء له، وحينئذٍ يضمن ما فات من المنافع من غير استيفائه لها؛ لأنّ تلف المنافع حينئذٍ يكون باختياره.

قوله رحمه الله: «ولو قيل: يرجع بالثمن مع وجوده كان حسناً».

أقول: يريد انّه اذا اشترى من الغاصب عالماً بالغصب لم يرجع على البائع بسبب رجوع المالك عليه بالعين أو عوضها. واستحسن المصنّف الرجوع بالثمن لو كان موجوداً؛ لأنّه عين ماله لم ينتقل عنه بالبيع الفاسد، وقد تقدّم ذكر ذلك في البيع.

قوله رحمه الله: «وقيل: ولو خيف سقوط حائط أُسند بجذع الغير».

أقول: القائل بذلك هو الشيخ فانّه قال في المبسوط: اذا خاف وقوع حائط جاز له أن يأخذ جذع غيره بغير إذنه فيسنده به[1].

---

(١) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٨٦.

قوله رحمه الله: «ولو وهب الغاصب فأتلفها المتّهب رجع المالك على أيّهما شاء، فإن رجع على المتّهب الجاهل احتمل رجوعه على الغاصب بقيمة العين والأُجرة وعدمه».

أقول: وجه الرجوع انّه أتلف ذلك مغروراً فكان له الرجوع على الغارّ، كمن قدّم له طعام غيره فأكله ثمّ رجع به ذلك الغير فانّه يرجع به على الآمر بالأكل كما سبق.

ووجه عدم الرجوع من حصول التلف في يده بمباشرته من غير وصول عوض الى الواهب، فلا يرجع عليه بشيء.

قوله رحمه الله: «ولو صدّقهما العبد فالأقرب القبول، ويحتمل عدمه؛ لأنّ العتق حقّ لله تعالى، كما لو اتفق السيد والعبد على الرقّ وشهد عدلان بالعتق».

أقول: لو باع الانسان عبداً على غيره ثمّ تصادف البائع والمشتري على كونه مغصوباً من غيرهما بعد أن أعتقه المشتري وصدّقهما العبد احتمل القبول، ويدفع الى المقرّ له، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لاعتراف الجميع له بالرقّية.

وقال الشيخ رحمه الله: انّه لايقبل في حرّية العبد؛ لتعلّق حقّ الله عزّوجلّ من الجمعة والزكاة والحجّ والجهاد[1]. والمصنّف جعل هذا القول احتمالاً، واستدلّ عليه بما

---

(١) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٩٧.

ذكره وإن كان قد اختار القبول.

قوله رحمه الله: «وكذا لو تنازعا في القيمة على رأي».

أقول: يريد وكذا القول قول الغاصب لو تنازع هو والمالك في قيمة المغصوب، وهو قول الشيخ في الخلاف[١] والمبسوط[٢].

وقال في النهاية: القول قول المالك[٣].

قوله رحمه الله: «والغاصب سبقه على إشكال».

أقول: يريد انّه اذا اختلف المالك والغاصب في العيب الموجود في العين المغصوبة فقال المالك: تجدّد في يدك فعليك ضمانه، وقال الغاصب؛ بل كان العيب سابقاً فالقول قول الغاصب مع يمينه على إشكال.

ينشأ من وجود العيب في يد الغاصب، والأصل عدم التقدّم، فكان القول قول المالك.

ومن أنّ الغاصب غارم يدّعي عليه بزيادة القيمة، وهو منكر لها، فكان القول قوله.

وهذا الأخير هو قول الشيخ رحمه الله؛ لأنّه قال في المبسوط: اذا غصب عبداً

---

(١) الخلاف: كتاب الغصب المسألة ٢٦ ج ٣ ص ٤١٢.

(٢) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٧٥.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب بيع الغرر والمجازفة ج ٢ ص ١٨٠.

فردّه أعور وقال: سيده عوّر عندك، وقال الغاصب: بل عندك، فالقول قول الغاصب؛ لأنّه غارم، فإن اختلفا في هذا والعبد قد مات ودفن فالقول قول سيده؛ لأنّ الأصل السلامة حتى يعرف عيبه، وليس كذلك اذا كان حيّاً؛ لأنّ العور موجود مشاهد والظاهر انّه لم يزل[1].

وقال ابن ادريس: الذي يقوى عندي انّ القول قول الغاصب في المسألتين[2].

قوله رحمه الله: «ولو باع الغاصب شيئاً أو وهبه ثم انتقل إليه بسبب صحيح فقال للمشتري: بعتك مالا أملك وأقام بيّنة فالأقرب انّه إن اقتصر على لفظ البيع ولم يضمّ إليه ما يتضمّن ادّعاء الملكية سمعت بيّنته، وإلّا فلا».

أقول: وجه القرب انّ البيع المجرّد عن دعوى الملكية لاينافي دعوى تجدّدها، واذا لم يناف الدعوى البيع لم يكن مانعاً منها فسمع وتسمع بيّنته بذلك. أمّا على تقدير ضمّ ما يدلّ على دعوى الملكية كقوله: بعتك ملكي ـ مثلاً ـ فلأنّه مكذب لنفسه في هذه الدعوى بدعوى الملكية عند البيع فلم تكن مسموعة، ومتى لم تسمع الدعوى لم تسمع البيّنة بها.

---

(١) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ١٠٤.

(٢) السرائر: كتاب المتاجر باب الغصب ج ٢ ص ٤٩٥.

أحكام الشفعة

قوله رحمه الله: « ولاتثبت في المنقولات على رأي».

أقول: لأصحابنا في ثبوت الشفعة في المنقول قولان:

أحدهما: لاتثبت، كما ذكره المصنّف، وهو قول الشيخ في المبسوط[1].

وقال في الخلاف: لاشفعة في السفينة، وكلّ ما يمكن نقله من الثياب والحيوان والحبوب والسفن وغير ذلك عند أكثر أصحابنا وهو الظاهر من رواياتهم[2].

والآخر: الثبوت، وهو قول الشيخ في النهاية[3]، والسيد المرتضى[4]، وابن الجنيد[5].

---

(١) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٠٦ ـ ١٠٧.

(٢) الخلاف: كتاب الشفعة المسألة ١ ج ٣ ص ٤٢٥.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب الشفعة وأحكامها ج ٢ ص ٢٢٩.

(٤) الانتصار: مسائل الشفعة ص ٢١٥.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل العشرون في الشفعة ص ٤٠٢ س ٢٠.

قوله رحمه الله: «وفي دخول الدولاب نظر، ينشأ من جريان العادة بعدم نقله».

أقول: ومن أنّه ممّا ينقل فيجري مجرى الرحىٰ.

قوله رحمه الله: «ولو كان السقف لهما فإشكال، من حيث إنّه في الهواء فليس ثابتاً».

أقول: لو باع الانسان غرفة يختصّ بها دون صاحب السفل وسقف الغرفة مشترك بينهما ففي ثبوت الشفعة إشكال.

ينشأ من أنّه ملك ممّا لاينقل وهو ثابت؛ لأنّ له أرضاً ـ أعني السقف ـ في شركة الآخر فتثبت فيه الشفعة، وممّا ذكره المصنّف.

قوله رحمه الله: «واحترزنا بقبول القسمة عن الطاحونة والحمام وبئر الماء والأماكن الضيّقة وما أشبهها ممّا لاتقبل القسمة لحصول الضرر بها وهو إبطال المنفعة المقصودة منه فلا شفعة فيها على رأي».

أقول: هذا قول الشيخ في النهاية[1] والخلاف[2] والمبسوط[3]، وقول علي

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب الشفعة ج ٢ ص ٢٢٩.

(٢) الخلاف: كتاب الشفعة المسألة ١٦ ج ٣ ص ٤٤١.

(٣) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٩.

ابن بابويه[١]، وابن البرّاج[٢]، وسلّار[٣].

وقال السيد المرتضى[٤]، وابن الجنيد[٥]، وابن ادريس[٦]: تثبت الشفعة فيها.

قوله رحمه الله: «ولو كان الشريك موقوفاً عليه ثبتت الشفعة في الطلق إن كان واحداً على رأي».

أقول: يريد انّه اذا كان الموقوف عليه واحداً.

وقال الشيخ في المبسوط: اذا كان نصف الدار وقفاً ونصفها طلقاً فبيع الطلق لم يستحقّ أهل الوقف الشفعة بلا خلاف[٧].

وقال السيد رحمه الله: تثبت؛ لأنّه قال: لإمام المسلمين وخلفائه المطالبة بشفعة الموقوف التي ينظر فيها على المساكين أو على المساجد، وكذلك كلّ ناظر بحقّ في وقف من وصّى له أن يطالب بشفعته[٨].

وقال ابن ادريس: إن كان الموقوف عليه واحداً صحّت الشفعة، وإلّا فلا[٩]، وهو اختيار المصنّف.

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل العشرون في الشفعة ص ٤٠٣ س ٢٣.

(٢) المهذّب: كتاب الشفعة ج ١ ص ٤٥٨.

(٣) المراسم: أحكام الشفعة ص ١٨٣.

(٤) الانتصار: مسائل الشفعة ص ٢١٥.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل العشرون في الشفعة ص ٤٠٣ س ٢٣.

(٦) السرائر: كتاب الشفعة ج ٢ ص ٣٩٠.

(٧) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٤٥.

(٨) الانتصار: مسائل الشفعة ص ٢٢٠ ـ ٢٢١.

(٩) السرائر: كتاب المتاجر باب الشفعة ج ٢ ص ٣٩٧.

قوله رحمه الله: «والأقرب عدم اشتراط لزوم البيع».

أقول: هل يشترط في ثبوت الشفعة بالبيع كون البيع لازماً بمعنى انّه لو كان فيه خيار لأحدهما أو لهما لايتعلّق به شفعة أم لايشترط؟ قال الشيخ في الخلاف[١] والمبسوط[٢]: إن كان الخيار للبائع أو لهما فلا شفعة للشفيع، وإن كان للمشتري فله الشفعة وكان له المطالبة بها بعد انقضاء الخيار، وتبعه ابن البرّاج[٣].

وقال ابن ادريس: عدم الخيار ليس شرطاً فتثبت الشفعة[٤]، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّ الشفعة تابعة لمطلق البيع وهو حاصل هاهنا.

اعترض المصنّف في بعض كتبه على نفسه فقال: لايقال: إنّ ذلك يقتضي إسقاط حقّ البائع من الخيار الثابت في صلب العقد سابقاً على حقّ الشفيع الثابت بعد تحقّقه، قال: لأنّا نقول: إنّ حقّ البائع باقٍ، فإن فسخ بطل البيع والشفعة وعاد الملك إليه، وإن لم يفسخ حتى خرجت المدّة ثبتت الشفعة والبيع معاً[٥].

قوله رحمه الله: «وكذا لو باع الشريك تثبت للمشتري الأوّل الشفعة، وإن كان لبائعه خيار الفسخ فإن فسخ بعد الأخذ فالمشفوع للمشتري،

---

(١) الخلاف: كتاب الشفعة المسألة ٢١ ج ٣ ص ٤٤٥.

(٢) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٢٣.

(٣) المهذّب: كتاب الشفعة ج ١ ص ٤٥٥.

(٤) السرائر: كتاب المتاجر باب الشفعة ج ٢ ص ٣٨٦.

(٥) مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل العشرون في الشفعة ص ٤٠٥ س ٦.

وإن فسخ قبله فلا حقّ للبائع، وفي المشتري إشكال».

أقول: قد ثبت انّ الخيار لايمنع من استحقاق الشفعة، فحينئذٍ المبيع الذي تعلّق به الخيار لايمنع تعلّق الخيار به من أخذه ولا من الأخذ به، امّا من أخذه فلما تقدّم. وامّا من الأخذ به فكما اذا اشترى زيد شقصاً في شركة عمرو وشرط البائع الخيار لنفسه فباع الشريك ـ الذي هو عمرو ـ حصّته على خالد كان لزيد ـ أعني المشتري الأوّل ـ أن يأخذ من المشتري الأخير ـ أعني خالداً ـ بالشفعة؛ لأنّ زيداً كان مالكاً عند شراء خالد من عمرو، وإن كان للبائع على زيد أن يأخذ ما اشتراه بالخيار الذي شرطه لنفسه فظهر معنى قولنا: لايمنع من الأخذ به. فاذا فسخ البائع على زيد البيع وأخذ منه المبيع فإن كان الفسخ بعد أن أخذ زيد المشتري المشفوع من خالدٍ فالمشفوع له بحقّ شفعته؛ لأنّه أخذه بشفعة مستحقّة له بسبب الشركة عند البيع والأخذ بالشفعة، وإن كان الفسخ قبل أن يأخذ بالشفعة فليس للبائع الأخذ بالشفعة؛ لأنّه لم يكن مالكاً عند البيع، وفي استحقاق زيد المشتري إشكال.

ينشأ من كونه شريكاً عند البيع بحصّة مشاعة يستحقّ بها الشفعة فكان المشفوع له.

ومن زوال سبب الاستحقاق ـ أعني الملك ـ بسبب فسخ البيع وأخذ البائع له.

قوله رحمه الله: «فلا تثبت لغير الشريك الواحد على رأي».

أقول: ذهب أكثر فقهاء الامامية الى أنّ الشفعة لاتثبت مع زيادة الشركاء

على اثنين، كما ذكره المصنّف، والشيخان[١]، والسيد[٢]، وعلي بن بابويه[٣]، وسلّار[٤]، وأبو الصلاح[٥]، وابن البرّاج[٦]، وابن حمزة[٧]، وابن زهرة[٨]، وأبومنصور الطبرسي[٩]، وقطب الدين الكيدري[١٠]، وابن ادريس[١١].

وقال ابن الجنيد: تثبت مع الكثرة[١٢].

وقال محمد بن بابويه عقيب ايراد روايات: يقتضي انّها لاتثبت مع الكثرة، قال مصنّف هذا الكتاب: يعني بذلك الشفعة في الحيوان وحده، فأمّا في غير الحيوان فالشفعة واجبة للشركاء وإن كانوا أكثر من اثنين[١٣].

قوله رحمه الله: «وللأب وإن علا الشفعة على الصغير والمجنون، وإن كان هو المشتري لهما أو البائع عنهما على إشكال».

---

(١) المقنعة: كتاب الشفعة ص ٦١٩، النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب الشفعة ج ٢ ص ٢٢٨.

(٢) الانتصار: مسائل الشفعة ص ٢١٦.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل العشرون في الشفعة ص ٤٠٣ س ٢٥.

(٤) المراسم: في أحكام الشفعة ص ١٨٣.

(٥) الكافي في الفقه: كتاب البيع في الشفعة ص ٣٦١.

(٦) المهذّب: كتاب الشفعة ص ٤٥٣.

(٧) الوسيلة: كتاب البيع باب الشفعة ص ٢٥٨.

(٨) الغنية «الجوامع الفقهية»: كتاب البيع فصل في الشفعة ص ٥٢٨ س ١٦.

(٩) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل العشرون في الشفعة ص ٤٠٣ س ٢٥.

(١٠) إصباح الشيعة «سلسلة الينابيع الفقهية»: ج ١٦ ص ٣٤١.

(١١) السرائر: كتاب المتاجر باب الشفعة ج ٢ ص ٣٨٦.

(١٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل العشرون في الشفعة ص ٤٠٣ س ٣٤.

(١٣) من لايحضره الفقيه: ج ٣ ص ٨٠ ذيل الحديث ٣٣٧٧.

أقـول: واعلم انّ الشيخ قال في المبسوط: اذا باع وليّ اليتيم حصّته في ملك مشترك بينه وبينه لم يكن له الأخذ بالشفعة إلّا أن يكون أباً أو جـدّاً؛ لأنّ الوصيّ متّهم فيؤثر تقليل الثمن، ولأنّه ليس له أن يشتري لنفسه، بخلاف الأب والجدّ فانّهما غير متّهمين، ولهما أن يشتريا لأنفسهما[1].

والمصنّف استشكل ذلك من حيث إنّه رضي بالبيع فيسقط شفعته؛ لأنّ الرضا بالبيع مسقط لحقّ الشفعة. ومن حيث صورة إمكان إرادة البيع عنهما لمصلحتهما وليأخذ بالشفعة، ولا نسلِم انّ مثل هذا الرضا يسقط الأخذ بالشفعة، كما لو كان وكيلاً[2] على ما يأتي.

قوله رحمه الله: «وكذا الوصي على رأي».

أقـول: قد حكينا عن الشيخ في المبسوط انّه منع من ثبوت الشفعة للوصي.

قوله رحمه الله: «ولو عفا وليّ الطفل مع غبطة الأخذ كان للولي المطالبة على إشكال، ينشأ من أدائه الى التراخي، بخلاف الصبي عند بلوغه لتجدّد الحقّ له حينئذٍ».

أقـول: ومن انّ حقّ المولّى عليه باقٍ ولم يعزل وليّه فكان له الأخذ.

قوله رحمه الله: «وقيل: تثبت مع الكثرة، فقيل: على عدد الرؤوس، وقيل: على قدر السهام».

---

(١) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٥٨.

(٢) في ج: «ولياً».

أقول: القائل بانّها على عدد الرؤوس هو مذهب الصدوق أبو جعفر ابن بابويه[١]. والقائل بأنّها على قدر السهام هو أبو علي ابن الجنيد فانّه قال: والشفعة تكون على قدر السهام من الشركة، ولو حكم بها على عدد الشفعاء جاز ذلك[٢].

قوله رحمه الله: «لو باع أحد الثلاثة من شريكه استحقّ الثالث الشفعة دون المشتري، وقيل: بالشركة».

أقول: ما ذكره في الكتاب من اختصاص الشفعة بالثالث دون المشتري هو أحد قولَي الشيخ، ذكره في المبسوط[٣] وفي موضع من الخلاف[٤].

والقول بالشركة هو القول الآخر للشيخ، ذكره في موضع آخر من الخلاف فانّه قال فيه: على قول من قال من أصحابنا: إنّ الشفعة على قدر الرؤوس اذا كانت دار بين ثلاثة أثلاثاً فاشترى أحدهم نصيب أحد الآخرين استحقّ الشفعة المشتري مع الآخر بينهما نصفان، وبه قال أبو حنيفة، ومن الشافعية من قال: انّه لا حقّ للمشتري فيه. ثمّ استدلّ بأنّهما تساويا في الشركة الموجودة حين الشراء فوجب أن لا ينفرد أحدهما بالشفعة. والذي اختاره بعض الشافعية هو الذي نصرناه أوّلاً، غير أنّ هذا أقوى[٥].

---

(١) من لايحضره الفقيه: ج ٣ ص ٧٧ ح ٣٣٧٠ ـ ٣٣٧١ وص ٨٠ ذيل الحديث ٣٣٧٧.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل العشرون في الشفعة ص ٤٠٤ س ١٣.

(٣) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٣٨.

(٤) الخلاف: كتاب الشفعة المسألة ٢٦ ج ٣ ص ٤٤٧.

(٥) الخلاف: كتاب الشفعة المسألة ٣٥ ج ٣ ص ٤٥٢.

قوله رحمه الله: «ولو قال الحاضر: لا آخذ حتى يحضر الغائب لم تبطل شفعته على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّه ترك لعذر فلا تبطل شفعته.

ومن حيث إنّه ترك الأخذ مع القدرة عليه فتبطل شفعته، والوجهان ذكرهما الشيخ في المبسوط[1]، ولم يرجح أحدهما.

قوله رحمه الله: «وإن أخذ من الثاني احتمل مشاركة الأوّل».

أقول: يريد انّه لو باع أحد الشريكين بعض حصّته لواحدٍ ثمّ الباقي لآخر ولم يعلم شريكه بالبيعين ثمّ علم كان له أن يأخذ البيعين جميعاً، والأوّل خاصّة والثاني خاصّة، فإن اختار أخذ الأوّل لم يشاركه المشتري الثاني؛ لأنّه لم يكن شريكاً حال شراء الأوّل، وإن أخذ من الثاني احتمل مشاركة الأوّل له؛ لأنّه شريك عند شرائه فكان شريكاً في الشفعة. واحتمل عدم المشاركة؛ لأنّ ملكه يستحقّ أخذه بالشفعة، فلا يكون سبباً في استحقاقها.

قوله رحمه الله: «يملك الشفيع الأخذ بالعقد وإن كان في مدّة الخيار على رأي».

أقول: خالف الشيخ رحمه الله في ذلك حيث قال: وإن كان الخيار للمشتري وجبت الشفعة للشفيع ـ الى قوله: ـ وله المطالبة بعد انقضاء الخيار[2]،

---

(١) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٥.

(٢) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٢٣.

وكذا قال ابن البرّاج[١].

قوله رحمه الله: «فلو قال: أخذت نصف الشقص فالأقوى بطلان شفعته».

أقول: وجه البطلان انّه ليس له أخذ المعفوّ عنه لعفوه ولا الآخر؛ لاستلزامه تبعيض الصفقة عليه، وليس له ذلك فيسقط الجميع.

قوله رحمه الله: «ويجب الطلب على الفور، فلو أخّر مع إمكانه بطلت شفعته على رأي».

أقول: يريد أن يشترط في استحقاق الشفعة المطالبة على الفور مع الإمكان، وهو قول الشيخ في النهاية[٢] والمبسوط[٣] والخلاف[٤]، وقول ابن البرّاج[٥]، وابن حمزة[٦]، وأبي علي الطبرسي[٧]، ونقله المصنّف عن والده رحمهما الله تعالى[٨].

وقال السيد المرتضى رحمه الله: إنّها على التراخي[٩]، وهو مذهب ابن الجنيد[١٠]،

---

(١) المهذّب: كتاب الشفعة ج ١ ص ٤٥٥.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب الشفعة ج ٢ ص ٢٣٠.

(٣) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٠٨.

(٤) الخلاف: كتاب الشفعة المسألة ٤ ج ٢ ص ١٨٢.

(٥) لم نعثر عليه في المهذّب ولعلّه في الكامل كما في مفتاح الكرمة: ج ٦ ص ٣٥٩، ونقل العلّامة في مختلف الشيعة عن ابن البرّاج: كتاب التجارة الفصل العشرون في الشفعة ص ٤٠٥ س ٩.

(٦) الوسيلة: كتاب البيع باب الشفعة ص ٢٥٨.

(٧) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل العشرون في الشفعة ص ٤٠٥ س ٩.

(٨) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل العشرون في الشفعة ص ٤٠٥ س ١٠.

(٩) الانتصار: في مسائل الشفعة ص ٢١٩.

(١٠) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل العشرون في الشفعة ص ٤٠٥ س ١٠.

وعلي بن بابويه[١]، وابن ادريس[٢].

قوله رحمه الله: «فإن كان الثمن مثلياً فعلى الشفيع مثله، وان كان من ذوات القيم فعليه قيمته يوم العقد على رأي».

أقول: لا خلاف في ثبوت الشفعة اذا كان الثمن من ذوات الأمثال، وأنّ على المشتري مثله، وانّما الخلاف في أنّه لو كان من ذوات القيم فقال الشيخ في الخلاف: لا شفعة[٣]، وهو مذهب ابن حمزة[٤]، وأبي علي الطبرسي[٥].

وقال في المبسوط: يأخذه بقيمته[٦]، كما اختاره المصنّف، وهو قول المفيد[٧]، وأبي الصلاح[٨]، وابن ادريس[٩].

وقال ابن الجنيد: لا شفعة إلّا اذا ردّ تلك العروض[١٠] بذاتها على المشتري[١١].

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل العشرون في الشفعة ص ٤٠٥ س ١٠.

(٢) السرائر: كتاب المتاجر باب الشفعة ج ٢ ص ٣٨٨.

(٣) الخلاف: كتاب الشفعة المسألة ٧ ج ٣ ص ٤٣٢.

(٤) الوسيلة: كتاب البيع باب الشفعة ص ٢٥٨.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل العشرون في الشفعة ص ٤٠٤ س ٢١.

(٦) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٠٨.

(٧) المقنعة: كتاب الشفعة ص ٦١٩.

(٨) الكافي في الفقه: فصل في الشفعة ص ٣٦٢.

(٩) السرائر: كتاب المتاجر باب الشفعة ج ٢ ص ٣٨٥.

(١٠) في ج: «العوض» وفي المصدر: «العين».

(١١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل العشرون في الشفعة ص ٤٠٤ س ٢١.

قوله رحمه الله: «ولو زاد المشتري في الثمن بعد العقد لم تلحق الزيادة وإن كان في مدّة الخيار على رأي، ولا يسقط عنه ما يحطّه البائع وإن كان في مدّة الخيار».

أقول: هذا قول ابن ادريس[١].

وقال الشيخ رحمه الله في المبسوط: اذا حطّ البائع عن المشتري بعض الثمن سقط عنه، ثمّ إن كان في مدّة الخيار الذي للمجلس أو للشرط كان حطّاً عن الشفيع أيضاً؛ لأنّ الشفيع يأخذ الشقص بالثمن الذي يستقرّ عليه العقد، وهذا هو الذي أستقرّ عليه[٢].

قوله رحمه الله: «ولو كان الثمن مؤجّلاً فللشفيع كذلك بعد إقامة كفيل اذا لم يكن ملّياً، وليس له الأخذ عند الأجل على رأي».

أقول: الأوّل قول المفيد[٣]، والشيخ في النهاية[٤]، وابن البرّاج[٥]، وابن ادريس[٦].

---

(١) السرائر: كتاب المتاجر باب الشفعة ج ٢ ص ٣٩٥.

(٢) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٢٧.

(٣) المقنعة: كتاب الشفعة ص ٦٢٠.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب الشفعة ج ٢ ص ٢٣١.

(٥) المهذّب: كتاب الشفعة ج ١ ص ٤٥٨.

(٦) السرائر: كتاب المتاجر باب الشفعة ج ٢ ص ٣٨٨.

والثاني ـ أعني الأخذ عند الأجل ـ قول الشيخ في المبسوط[١] والخلاف[٢] حيث خيّر الشفيع بين الأخذ بالثمن حالاً في الحال وبين الصبر الى الأجل.

قوله رحمه الله: «ولو وقّفه المشتري أو جعله مسجداً أو وهبه فللشفيع إبطال ذلك كلّه والثمن للواهب أن يأخذه إن لم تكن لازمة، وإلاّ فإشكال».

أقول: أمّا رجوع الواهب في الثمن على تقدير أن لا تكون الهبة لازمة فظاهر؛ لأنّ له أن يرجع في الأصل وهذا عوضه فيكون له أن يأخذه، وأمّا على تقدير لزومها بأن كانت هبة لذي الرحم ـ مثلاً ـ أو معوّضاً عنها ففي جواز أخذ الثمن[٣] إشكال.

ينشأ من بطلان الهبة بأخذها بالشفعة فيكون الثمن للواهب.

ومن حيث إنّها لازمة من طرفه، وهذا الثمن عوض عين ليس له الرجوع فيها فلم يكن له الرجوع في عوضها.

قوله رحمه الله: «وإن كان بفعل المشتري بعد المطالبة ضمن المشتري على رأي».

أقول: يريد انّه لو تعيّب المشفوع بفعل المشتري بهدم أو غيره بعد المطالبة

---

(١) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٢.

(٢) الخلاف: كتاب الشفعة المسألة ٩ ج ٣ ص ٤٣٣.

(٣) في ج: «العوض».

ضمن المشتري للشفيع أرش النقص، وهو قول الشيخ نجم الدين جعفر بن سعيد رحمه الله[١].

ونقل هو والمصنّف قولاً آخر: انّه لاضمان عليه؛ لأنّها لم تنتقل إليه بمجرّد المطالبة بل بالأخذ، فيكون المشتري قد تصرّف في ملكه فلا ضمان عليه[٢].

قوله رحمه الله: «أمّا لو تلف بعض المبيع فالأقرب انّه يأخذه بحصّته من الثمن وإن لم يكن بفعل المشتري».

أقول: وجه القرب انّ الثمن في مقابلة مجموع التالف والباقي، والتالف لم يحصل للشفيع، فوجب عليه ما قابل ما وصل إليه منه لاغير.

وقال الشيخ في المبسوط: إن احترقت الدار أخذ العرصة بالجميع أو ترك؛ لأنّه ما فرط[٣].

وقال في الخلاف: إن كان ذلك بأمر سماوي فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ الجميع أو يترك، وإن كان بفعل آدمي كان له أن يأخذ العرصة بحصّتها من الثمن[٤].

قوله رحمه الله: «ولو امتنع المشتري من الإزالة تخيّر الشفيع بين قلعه مع دفع الأرش على

---

(١) شرائع الاسلام: كتاب الشفعة في كيفيّة الأخذ ج ٣ ص ٢٦٠.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٦.

(٤) الخلاف: كتاب الشفعة المسألة ١٣ ج ٣ ص ٤٣٧.

إشكال، وبين بذل قيمة البناء والغرس إن رضي المشتري، ومع عدمه نظر».

أقــول: اذا غرس المشتري أو بنى في الأرض المشفوعة لكون الشريك غائباً أو صغيراً ـ مثلاً ـ وحضر الشفيع أو بلغ وطلب القلع فامتنع المشتري من قلعه فامّا أن يرضى المشتري بأخذ قيمة البناء والغرس أو لا، فإن رضي بأخذ القيمة كان الشفيع حينئذٍ مخيّراً بين دفع قيمة ذلك إليه وبين قلعه، وهل يجب عليه الأرش لو قلعه؟ قال الشيخ: نعم[1]، وفيه إشكال.

ينشأ من انّ المشتري غرس في أرض متزلزلة فقلع فهو أحقّ بها من غيره وكان معرضاً فلزمه الأرش، ولأنّ مالكه قد امتنع من إزالته عن ملك غيره مع وجـوبه عليه، فكان للشفيع إزالته بغير أرش.

ومن انّه نقص دخل على ملك غيره لتخليص ملكه فكان ضامناً لأرش النقص، وإن لم يرض المشتري بأخذ القيمة هل يجبر على ذلك؟ قال الشيخ: نعم[2]، وفـيه نظر.

ينشأ من انّها معاوضة فيفتقر الى رضا المتعاوضين.

ومن انّ قلع الأبنية والغرس يتضمّن ضرراً كثيراً عـليهما في الأرض والغـرس بتلف أكثرها ونقص معظم قيمتها، فيكون ذلك بمنزلة تعذّر ردّ العين، فيجمع بـين الحقّين بدفع القيمة.

---

(١) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٨.

(٢) المصدر السابق.

قوله رحمه الله: «والنماء المنفصل المتجدّد بين العقد والأخذ للمشتري، وإن كان نخلاً لم يؤبّر على رأي».

أقول: خالف الشيخ رحمه الله في ذلك حيث قال: الطلع قبل التأبير للشفيع؛ لأنّه بحكم السعف[١]، ولأنّه يتبع الأصل في البيع فكذا هنا[٢]. ونمنع كونه بمنزلة السعف[٣] والتلازم بين تبعيته في البيع وغيره، فإنّ تبعيته في البيع لاختصاصه بالإجماع عليه واستفادته من النصّ[٤]، فلا يحمل غيره عليه.

قوله رحمه الله: «ولو نقصت قيمة الشقص عن قيمة الثمن فالأقرب انّ الشفيع لا يرجع بالتفاوت».

أقول: اذا ابتاع انسان شقصاً في شركة غيره بثمن فأخذ الشفيع من المشتري بمثل ذلك الثمن ثمّ ظهر في الثمن المعيّن عند البائع عيب قديم فردّه على المشتري وفسخ العقد لم يملك أخذ الشقص من الشفيع؛ لأنّ استحقاق الشفعة سابق على الفسخ بالعيب فحينئذٍ يرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص، فلو فرض كون الثمن مائة وقيمة الشقص تسعين فهل للشفيع أن يرجع على المشتري بالتفاوت بين

---

(١) في ج: «الشفعة».

(٢) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٩.

(٣) في ج: «الشفعة».

(٤) تهذيب الأحكام: ب ٧ بيع الثمار ح ٣٧٩ ج ٧ ص ٨٩، وسائل الشيعة: ب ٦ من أبواب بيع الثمار ح ١ ج ١٣ ص ١١ ـ ١٢.

الثمن الذي دفعه إليه وبين القيمة التي دفعها هو الى البائع ـ أعني العشرة ـ؟ يحتمل ذلك؛ لأنّ الواجب على الشفيع من الثمن قدر ما دفعه المشتري، وقد دفع تسعين وأخذ من الشفيع مائة فكان للشفيع الرجوع عليه بالعشرة.

والأقرب عند المصنّف انّ الشفيع لايرجع بالتفاوت؛ لأنّه يجب عليه مثل الثمن الذي وقع عليه العقد، والعقد وقع على مثل الثمن الذي دفعه الى المشتري، والناقص انّما لزم المشتري بسبب الفسخ المتجدّد[1] فلا يكون مسقطاً لما وجب على الشفيع، ولا موجباً لرجوعه بشيء.

قوله رحمه الله: «ولو تلف الثمن المعيّن قبل قبضه فإن كان الشفيع قد أخذ الشقص رجع البائع بقيمته، وإلّا بطلت الشفعة على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من انّ الشفعة تابعة للبيع، وتلف الثمن المعيّن قبل القبض يقتضي بطلانه فتبطل الشفعة التابعة له.

ومن كون استحقاق الشفعة سابقاً على فسخ البيع، فانّه لم يكن باطلاً في أصله، وانّما تجدّد ذلك بسبب تلف الثمن، وهو متأخّر عن استحقاق الشفعة.

والشيخ رحمه الله حكم في المبسوط ببطلان الشفعة مطلقاً فقال: اذا تلف العبد المجعول ثمناً قبل القبض بطل البيع، وبطلت الشفعة[2].

---

(١) في ق: «الذي تجدّد».

(٢) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٣٣.

قوله رحمه الله: «لو ظهر عيب في الشقص فإن كان المشتري والشفيع عالمين فلا خيار لأحدهما، وإن كانا جاهلين فإن ردّه الشفيع تخيّر المشتري بين الردّ والأرش، وإن اختار الأخذ لم يكن للمشتري الفسخ، وهل له الأرش؟ قيل: لا؛ لأنّه استدرك ظلامته».

أقول: القائل بأنّ ليس له الأرش هو الشيخ[1] رحمه الله قال: لأنّه استدرك ظلامته برجوع مجموع الثمن إليه، ولأنّه قد سقط الردّ فكذا يسقط الأرش. فعلى القول بثبوت الأرش لو رجع به يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره؛ لأنّ الواجب عليه مثل الذي وجب على المشتري.

قوله رحمه الله: «وتسقط بكلّ ما يعد تقصيراً أو توانياً في الطلب على رأي».

أقول: هذا مبنيّ على كونها على الفور أوّلاً، وقد تقدّم ذكر القول فيها.

قوله رحمه الله: «فإن ترك الإشهاد فالأقرب عدم البطلان».

أقول: يريد بذلك انّه اذا كان له عذر في الحضور والتوكيل فلم يشهد بالمطالبة بالشفعة فالأقرب انّها لاتبطل؛ لأنّ حقّ الشفعة ثبت له، فلا يسقط إلّا بإسقاطه، ولم يسقط فكان باقياً.

---

(١) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٣٣.

قوله رحمه الله: «ولو أسقط حقّه من الشفعة قبل البيع أو نزل عنها أو عفا أو أذن فالأقرب عدم السقوط».

أقول: هذا مثل قول ابن ادريس[١]، والدليل عليه انّه إسقاط وعفو ونزول وإذن فيما لا حقّ له فيه، فإن حقّه انّما يثبت بعد البيع، فإسقاطه قبل ذلك بأحد هذه الأُمور إسقاط لما لم يجب، فلم يكن له اعتبار.

وقال الشيخان[٢]، وابن حمزة[٣]: ولو عرض البائع الشيء على صاحب الشفعة فلم يردّه فباعه من غيره بذلك الثمن أو زائداً عليه لم يكن لصاحب الشفعة المطالبة بها.

قوله رحمه الله: «وكذا لو كان وكيلاً لأحدهما في البيع، أو شهد على البيع، أو بارك لأحدهما في عقده، أو أذن للمشتري في الشراء، أو ضمن العهدة للمشتري، أو شرط الخيار له فاختار الإمضاء إن ترتّبت على اللزوم».

أقول: يريد انّ الأقرب في هذه انّ شفعته لاتسقط بشيء؛ لأنّها حقّ ثبت له، فلا يسقط إلّا بالتصريح بإسقاطه؛ لأصالة بقاء حقّه، هذا فيما عدا إمضاء البيع اذا

---

(١) السرائر: كتاب المتاجر باب الشفعة ج ٣ ص ٣٩٣.

(٢) المقنعة: كتاب التجارة باب الشفعة ص ٦١٩، النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب الشفعة ج ٢ ص ٢٣١ ـ ٢٣٢.

(٣) الوسيلة: كتاب البيع باب الشفعة ص ٢٥٨ ـ ٢٥٩.

شرط المتبائعان الخيار له فأمضاه، امّا فيه فإن عنده إن كانت الشفعة مترتّبة على اللزوم بمعنى إن شرطنا انّها لاتثبت إلّا في البيع اللازم، فكذلك انّ اختيار الإمضاء قبل ثبوت شفعته.

وإن قلنا: إنّها تابعة لمطلق البيع، سواء كان لازماً لاخيار فيه أو غير لازم، كالبيع المشتمل على الخيار فانّه اذا اختار إمضاء البيع سقطت شفعته؛ لأنّ الشفعة على الفور، وقد اختار إمضاء البيع قبل المطالبة بها، وأيضاً فإن رضي بالبيع بعد ثبوت حقّه فكان ذلك رضاً منه لسقوط حقّه من الشفعة. وللأصحاب خلاف في ذلك.

فمنها: لو كان وكيلاً قال الشيخان[١]، وابن ادريس[٢]: لاتبطل شفعته بذلك، سواء كان وكيلاً للبائع في بيع الشقص المشفوع أو للمشتري في شرائه، كما قاله المصنّف هنا. وقال في مسائل خلافه: تبطل[٣].

ومنها: لو شهد على البيع قال الشيخ في النهاية: تبطل شفعته[٤]، وتبعه ابن حمزة[٥]. وقال ابن ادريس: لاتبطل[٦].

ومنها: لو بارك قال في النهاية: اذا بارك للبائع فيما باع أو المشتري فيما اشترى بطلت شفعته[٧].

---

(١) المقنعة: كتاب التجارة باب الشفعة ص ٦٢٠، النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب الشفعة ج ٢ ص ٢٣١.

(٢) السرائر: كتاب المتاجر باب الشفعة ج ٢ ص ٣٩٤.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل العشرون في الشفعة ص ٤٠٧ س ١٩.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب الشفعة ج ٢ ص ٢٣٠ ـ ٢٣١.

(٥) الوسيلة: كتاب البيع باب الشفعة ص ٢٥٨.

(٦) السرائر: كتاب المتاجر باب الشفعة ج ٢ ص ٣٩٣.

(٧) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب الشفعة ج ٢ ص ٢٣٠ ـ ٢٣١.

وقال في المبسوط: لاتبطل؛ لأنّه قال فيه: اذا قال للمشتري: «سلام عليكم» «بارك الله لك في صفقة يمينك» «وأنا مطالب بالشفعة» لم تبطل شفعته بالسلام والدعاء؛ لأنّ السلام تحية، والدعاء له بالبركة يرجع الى نفسه؛ لأنّه يملك عن المشتري كما يملكه[١].

ومنها: اذا أذن، وقد تقدّم.

ومنها: اذا ضمن العهدة أو شرط الخيار قال الشيخ في المبسوط[٢] والخلاف[٣]: لو ضمن الشفيع الدرك لأحدهما في نفس العقد أو تبايعا بشرط الخيار على الخيار للشفيع لم تبطل شفعته، كما قال المصنّف هنا وقال في الخلاف: بطلت[٤].

قوله رحمه الله: «أو أتلفه قبل قبضه على إشكال».

أقول: يريد لو اعترف الشفيع بتلف الثمن المعيّن قبل قبضه بطلت شفعته على إشكال، وقد تقدّم البحث في ذلك.

قوله رحمه الله: «وهل له الترك عاجلاً والأخذ وقت الحصاد نظر».

أقول: لو زرع المشتري قبل المطالبة وجب الصبر الى أن يحصد، وللشفيع أخذها مشغولة بالزرع، وهل له ترك المطالبة بالشفعة الى وقت الحصاد، قال الشيخ:

---

(١) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٤٢.

(٢) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٢٥.

(٣) الخلاف: كتاب الشفعة المسألة ٢٥ ج ٣ ص ٤٤٧.

(٤) مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل العشرون ص ٤٠٧ س ٢٢.

نعم؛ لأنّ له فيه غرضاً صحيحاً، وهو أن ينتفع بالثمن الى الحصاد، ولا يدفع الثمن ويأخذ أرضاً لا منفعة له فيها[١].

وفيه نظر، ينشأ ممّا ذكره، ومن استلزامه ترك المطالبة مع القدر، وذلك مبطل للشفعة.

قوله رحمه الله: «والشفعة موروثة كالمال على رأي».

أقول: اختلف فقهاؤنا في ذلك على قولين:

أحدهما: انّ الشفعة تورث كالأموال، كما ذهب إليه المصنّف، وهو قول السيد المرتضى[٢]، والمفيد[٣]، وابن الجنيد[٤].

والآخر: انّها لاتورث، وهو قول الشيخ في النهاية[٥] والخلاف[٦]، وقول ابن البرّاج[٧]، وابن حمزة[٨]، وأبي منصور الطبرسي[٩]، وابن ادريس[١٠].

---

(١) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٥٩.

(٢) الانتصار: مسائل الشفعة ص ٢١٧.

(٣) المقنعة: باب الشفعة ص ٦١٩.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة.الفصل العشرون في الشفعة ص ٤٠٦ س ٢٦.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر في الشفعة ج ٢ ص ٢٣٢.

(٦) الخلاف: كتاب الشفعة المسألة ١٢ ج ٣ ص ٤٣٦.

(٧) المهذّب: كتاب الشفعة ج ١ ص ٤٥٩.

(٨) الوسيلة: باب الشفعة ص ٢٥٩.

(٩) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل العشرون في أحكام الشفعة ص ٤٠٦ س ٢٦.

(١٠) السرائر: كتاب المتاجر باب الشفعة وأحكامها ج ٢ ص ٣٩٢، وفيه: «حقّ الشفعة مورث».

قوله رحمه الله: «ولو عفا أحد الوارثين وطالب الآخر فمات المطالب فورثه العامي فله الأخذ بالشفعة على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّه عفا عن بعض الشفعة؛ لأنّه عفا عن حقّه فسقط حقّه، وليس له أن يأخذ البعض[1] الآخر للتبعيض فيسقطَ الجميع.

ومن انّ الآخر يستحقّ أخذ الجميع بالشفعة، وإن عفا شريكه فهو يأخذ الجميع بالميراث بحقّ متجدّد، وهو ميراثه من شريكه.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى الانسان بشقص فباع الشريك بعد الموت قبل القبول استحقّ الشفعة الورثة، ويحتمل الموصى له إن قلنا: إنّه يملك بالموت».

أقول: هذه المسألة مبنية على انّ الوصية هل تنتقل الى الموصى له بالموت والقبول كاشف عن الانتقال أو بمجموع القبول والوفاة؟ فإن قلنا: إنّها تنتقل بالمجموع استحقّ الوارث الشفعة؛ لأنّه مالك عند وقوع الشراء، وإن قلنا: بالوفاة كانت الشفعة للموصى له؛ لأنّه المالك حيث العقد، وهذا يذكر في باب الوصايا إن شاء الله تعالى.

قوله رحمه الله: «ولو باع أحد الثلاثة حصّته من شريكه استحقّ الثالث الشفعة دون المشتري، ويحتمل التسوية».

---

(١) في ج: «الشقص».

أقــول: قد مرّ أنّ للشيخ في هذه المسألة في الخلاف قولين،أحدهما: الشركة في الشفعة؛ لأنّ سبب استحقاق الشفعة هو الشركة، وهو ثابت للمشتري، كما هو ثابت للآخر فيتساويان فيه. والآخر: لا شفعة له؛ لأنّه لا يأخذ بالشفعة من نفسه[١].

قوله رحمه الله: «ولو أقاما بيّنة فالأقرب الحكم ببيّنة الشفيع؛ لأنّه الخارج».

أقــول: يريد اذا اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن فالقول قول المشتري مع يمينه وعدم البيّنة؛ لأنّه ينتزع الملك من يده قهراً، والأصل عدمه.

أمّا لو أقام كلّ واحد منهما بيّنة بما ادّعاه من الثمن فقال المصنّف: الأقرب تقديم بيّنة الشفيع، وهو مذهب ابن ادريس؛ لأنّه خارج[٢]. وسيأتي في باب الدعاوي انّ بيّنة الخارج مقدّمة على بيّنة الداخل.

وقال الشيخ في المبسوط والخلاف: انّ البيّنة بيّنة المدّعي، قال في المبسوط: لأنّه داخل فبنى ذلك على مذهبه[٣]، وفي الخلاف قال: لأنّه مدّعٍ لزيادة الثمن والشفيع ينكره فالبيّنة على المدّعي[٤].

والمصنّف ذكر في الخلاف انّه يحتمل ثلاثة أوجه: [الأوّل:] تقديم بيّنة الشفيع كما قال هنا، قال: لأنّهما بيّنتان تعارضتا، فقدّمت بيّنة من لايقبل قوله مع عدمها. [الثاني:] تقديم بيّنة المشتري، فانّها ترجّح تقديم قوله، وهذا بخلاف الداخل

---

(١) الخلاف: كتاب الشفعة المسألة ٢٦ ج ٣ ص ٤٤٧.

(٢) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب الشفعة ج ٢ ص ٣٩١.

(٣) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٠.

(٤) الخلاف: كتاب الشفعة المسألة ٦ ج ٣ ص ٤٣١ ـ ٤٣٢.

والخارج؛ لأنّ بيّنة الداخل يمكن أن تستند الى اليد، فلهذا قدّمنا بيّنة الخارج، وفي صورة النزاع البيّنة تشهد على نفس العقد كشهادة بيّنة الشفيع. [الثالث:]القرعة؛ لأنّهما يتنازعان في العقد ولا يدلّهما عليه، فصارا كالمتنازعين في عين في يد غيرهما[١].

قوله رحمه الله: «ولا تقبل شهادة البائع لأحدهما، ويحتمل القبول على الشفيع مع القبض وله بدونه».

أقول: لو شهد البائع للشفيع أو المشتري قيل: لا تقبل شهادته[٢]؛ لأنّه اذا شهد بكثرة الثمن فهي شهادة لنفسه؛ لتضمّنها الدعوى بذلك القدر، وإن شهد بنقصانه يتضمّن ذلك دفع الزيادة عنه لو خرج المبيع مستحقّاً.

ويحتمل انّه إن كان قد قبض الثمن قبلت شهادته على الشفيع بكثرته، وإن لم يكن قد قبض قبلت شهادته للشفيع بنقصانه؛ لأنّها شهادة عليه في الصورتين.

قوله رحمه الله: «ولو كان الاختلاف بين المتبايعين وأقاما بيّنة فالأقرب الحكم لبيّنة المشتري ويأخذ الشفيع به».

أقول: لو كان الاختلاف في مقدار الثمن بين المتبايعين فادّعى البائع زيادته وادّعى المشتري نقصانه فقد تقدّم في البيع انّ القول قول البائع مع يمينه وعدم البيّنة

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب التجارة الفصل العشرون في الشفعة ص ٤٠٦ س ٢١.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب الشفعة المقصد الخامس في التنازع ج ٣ ص ٢٦٧.

عند وجود السلعة فحينئذٍ تكون البيّنة بيّنة المشتري، فيكون الأقرب الحكم ببيّنته؛ لأنّه متى كان القول قول أحد المتنازعين مع عدم البيّنة فالبيّنة بيّنة الآخر، فحينئذٍ يأخذ الشفيع منه بما ادّعاه من الثمن الناقص؛ لأنّه هو الذي ثبت ثمناً[1].

وقال الشيخ: يقرع بينهما ويحكم لمن أخرجته القرعة[2].

قوله رحمه الله: «والأقرب الأخذ بما ادّعاه المشتري».

أقول: يريد لولم تكن بيّنة كان القول قول البائع، فاذا حلف وأخذ الثمن الزائد هل يأخذ الشفيع به أو بما ادّعاه المشتري؟ يحتمل الأوّل؛ لأنّه هو الذي ثبت بيمين البائع انّه الثمن وقد أدّاه المشتري.

والأقرب عند المصنّف انّه يأخذ بما ادّعاه المشتري؛ لأنّ الزيادة بزعمه ظلم، فليس له أن يرجع بها على غير من ظلمه بها.

قوله رحمه الله: «ولو اختلفا في قيمة العوض المجعول ثمناً عرض على المقوّمين، فإن تعذّر قدّم قول المشتري على إشكال».

أقول: ينشأ من احتمال تقديم قول الشفيع؛ لأنّه منكر للزيادة، فكان القول قوله مع يمينه في نفيها.

ومن احتمال تقديم قول المشتري؛ لأنّه ينتزع الملك منه قهراً، والأصل عدم

---

(١) في ج: «يميناً».

(٢) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٠.

الاستحقاق عليه لذلك بما ادّعاه الشفيع من القيمة.

قوله رحمه الله: «ولو ادّعى انّه باع نصيبه على أجنبي فأنكر الأجنبي قضي للشريك بالشفعة بظاهر الإقرار على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّ البائع اعترف بالبيع المستلزم لاستحقاق الشفعة في نصيبه فيحكم عليه ويؤخذ منه بمقتضى إقراره، وهو اختيار الشيخ في الخلاف[1].

ومن حيث إنّها تابعة للبيع، وهو لا يثبت إلّا بالبيّنة أو بتصادق المتبايعين، وكلاهما منتفٍ، وهو اختيار ابن ادريس[2].

قوله رحمه الله: «وللشفيع دون البائع ـ على إشكال ـ إحلاف المشتري».

أقول: اذا أخذ الشفيع الشقص من البائع ودفع إليه الثمن على ما سبق من الاحتمال فللشفيع إحلاف المدّعى عليه بالشراء؛ لأنّ دركه عليه ويأخذ الشفعة منه، فاذا أنكر الشراء المقتضي لسقوط حقّ الشفيع من ذلك كان له إحلافه. امّا البائع فهل له إحلافه؟ فيه إشكال.

ينشأ من توجّه دعواه عليه بالثمن فكان له إحلافه.

ومن وصول ما يدّعيه من الثمن لأخذه ذلك من الشفيع.

---

(١) الخلاف: كتاب الشفعة المسألة ٣٤ ج ٣ ص ٤٥١ ـ ٤٥٢.

(٢) السرائر: كتاب المتاجر باب الشفعة ج ٣ ص ٣٩٤.

قوله رحمه الله: «ولو شهدت بيّنتان لكلّ منهما بالسبق احتمل التساقط والقرعة».

أقول: انّه اذا ادّعى كلّ واحدٍ من الشريكين على صاحبه الشراء قبله ليأخذ نصيبه بالشفعة فمع عدم البيّنة يحلف كلّ منهما لصاحبه وتسقط الشفعة، ومع قيام البيّنة لأحدهما يحكم له خاصّة. أمّا لو أقام كلّ منهما بيّنة بدعواه احتمل أمران، أحدهما: التساقط وتبقى الشفعة، إذ لا أولوية لتقديم أحدهما على الآخر. والآخر: القرعة؛ لأنّ وجوب قبول البيّنة ثبت شرعاً، فلا يجوز إبطال ما شهدت به البيّنة، فإحداهما كاذبة قطعاً فيجب العمل بالأُخرى، ولما لم يتعيّن ولا يترجّح أحدهما في العمل بها على الأُخرى وجبت القرعة وثبتت الشفعة لمن أخرجته القرعة.

قوله رحمه الله: «ولو ادّعى الابتياع وادّعى الشريك الإرث قيل: يقرع، والأقرب الحكم ببيّنة الشفيع».

أقول: القول المحكي هو قول الشيخ في المبسوط فانّه قال بعد كلام طويل: فاذا ثبت هذا فتتفرّع عليه مسألتان، إحداهما: أن تكون المسألة بحالها فأقام الشفيع بالشراء من فلان الغائب بألف وأقام المدّعى عليه البيّنة بانّه ورثها من فلان فهما متعارضان، والحكم فيهما القرعة[1]. والأقرب عند المصنّف تقديم بيّنة الشفيع.

ووجه القرب انّ بيّنة الشراء شهدت بما قد يخفى عن بيّنة الإرث، إذ قد يحضر شاهدا الابتياع عقد البيع من غير معرفة بيّنة الإرث به، وبيّنة الإرث تبنى على

---

(١) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٢٩.

الظاهر من انتقال الملك بعد الموت الى الوارث.

قوله رحمه الله: «نعم لو شهدت البيّنة بالابتياع مطلقاً والأُخرى انّ المودع أودعه ما هو ملكه في تاريخ متأخّر قيل: قدّمت بيّنة الايداع لانفرادها بالملك».

أقــول: هذا قول الشيخ في المبسوط[1].

قوله رحمه الله: «فإن قال للخصم: اشتريته لفلان سئل، فإن صدّق ـ الى قوله: ـ وإن كذّبه حكم بالشفعة على الخصم على إشكال».

أقــول: ينشأ من وقوع الشراء منه المستلزم لثبوت الشفعة ولم يثبت انّه لغيره فكانت الشفعة واجبة عليه لمباشرته الشراء.

ومن حيث إنّه أقرّ بالملك لغيره.

قوله رحمه الله: «ولو أنكر المشتري ملكية الشفيع افتقر الى البيّنة، وفي القضاء له باليد إشكال».

أقــول: ينشأ من أنّ سبب استحقاق الشفعة هو تملّك الشريك وهو حاصل، فإنّ اليد تقضي بالملك فيقضي له بما يتبعها.

---

(١) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٢٩.

ومن أنّ اليد انّما تقضي بالملك لذي اليد ظاهراً، بمعنى انّها لا ينتزع من يده بدعوى غيره من غير بيّنة فيكون قوله فيها مقدّماً، لابمعنى انّه يستحقّ انتزاع حقّ الغير بها، فإن ذلك على خلاف الأصل ممنوع.

قوله رحمه الله: «فإن عاد المشتري وصدّق البائع وقال: كنت غالطاً فهل للشفيع أخذه بما حلف عليه؟ الأقرب ذلك».

أقول: مراده بذلك انّه اذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن ـ كما تقدّم ـ وقلنا بالتحالف فاذا تحالفا ورضي المشتري بأخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيع أخذه بما قال المشتري؛ لأنّ المشتري يزعم انّ الزيادة التي ادّعاها البائع غير مستحقّة ولا جزءً من الثمن وانّه كاذب في يمينه، وانّما بذلها المشتري برضاه فكان للشفيع أن يأخذ من المشتري بما زعم انّه ثمن، فاذا قال المشتري: كنت غالطاً في مقدار الثمن فإن البائع صادق فيما ادّعاه، فهل للشفيع أن يأخذ بما ادّعاه المشتري؟ قال المصنّف: الأقرب ذلك؛ لأنّ قوله غير نافذ في حقّ الشفيع، وهو مكذّب لنفسه فيما ادّعاه أوّلاً.

وقول المصنّف: «أخذه بما حلف عليه» فيه تساهل، والمراد بما ادّعاه؛ لأنّ بيّنته ليست بما ادّعاه وانّما يحلف على إنكار ما ادّعاه البائع، وكذا البائع.

قوله رحمه الله: «ولا يكون النكول مسقطاً للشفعة؛ لأنّ ترك اليمين عذر على إشكال».

أقول: يريد انّه على تقدير أن يدّعي المشتري على وارثي الشفعة العفو عنها اذا توجّهت اليمين عليهما فنكل أحدهما عن اليمين وحلف الآخر وكذب الحالف

الناكل في عدم العفو فللحالف اذا أراد الناكل مشاركته فيما أخذ بالشفعة أن يحلّفه، ولايكون نكول الناكل مسقطاً لشفعته؛ لأنّ النكول عن اليمين عذر على إشكال.

منشأه الترغيب شرعاً في ترك اليمين فلا تسقط شفعته به.

ومن حيث إنّه كان قادراً على الأخذ بالشفعة بيمينه الجائرة، فاذا نكل فقد ترك مع القدرة على الأخذ فتسقط شفعته؛ لما بيّنا من انّها على الفور.

أحكام إحياء الموات

قوله رحمه الله: «ولو استولى طائفة من المسلمين على بعض مواتهم في اختصاصهم بها دون الإحياء نظر، ينشأ من انتفاء أثر الاستيلاء فيما ليس بمملوك».

أقول: لو استولى طائفة من المسلمين على بعض موات بلاد الكفار في اختصاص المسلمين المستولين عليها نظر.

ينشأ ممّا ذكره المصنّف هو: انّ الموات ليست مملوكة، فلا يؤثر الاستيلاء فيما ليس بمملوك.

ومن انّ الاستيلاء من المسلم على ما يتعلّق بالكفّار يقتضي انتقاله إليه، وللكفّار في هذه حقّ الاختصاص، وان لم تكن مملوكة فتنتقل الى المسلمين بسبب استيلائهم.

قوله رحمه الله: «وحدّ الطريق لمن ابتكر ما يحتاج إليه في الأرض المباحة خمس أذرع، وقيل: سبع».

أقـول: اذا تشاحّ الناس في الطريق المبتكر في المباح فعند المصنّف حدّه خمس أذرع.

وقال الشيخ في النهاية: سبع أذرع[١]، وهو مذهب ابن ادريس[٢].

قوله رحمه الله: «ولو كان النهر في ملك الغير فتداعيا الحريم قضي له مع يمينه على إشكال».

أقـول: اذا كان لواحد نهر في أرض لغيره فتداعيا الحريم قال المصنّف: يقضي به لصاحب الأرض على إشكال.

ينشأ من انّ الحريم من جملة الأرض لا من النهر، وهي مملوكة لغير صاحب النهر فيقضي بها لذلك الغير مع يمينه وعدم البيّنة.

ومن انّ الحريم من حقوق النهر فيتساويان في الدعوى.

قوله رحمه الله: «فإن باعه لم يصحّ بيعه على إشكال».

أقـول: يريد انّ المحجر اذا باع ما حجّره قبل الإحياء لم يصحّ البيع على إشكال.

ينشأ من جواز نقله بغير البيع، وانتقال حقّ المحجّر عنه الى المنقول إليه فجازت المعاوضة على ذلك النقل بالبيع.

ومن استدعاء البيع كون المبيع مملوكاً للبائع أو لمن يبيعه عنه، وهو منتفٍ في الحجر.

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب بيع المياه والمراعي ج ٢ ص ٢١٨.

(٢) السرائر: كتاب المتاجر باب بيع المياه والمراعي ج ٢ ص ٣٧٤.

قوله رحمه الله: «وأقطع الزبير حضر فرسه».

أقول: يعني: انّ النبي صلّى الله عليه وآله أقطع جماعة، فأقطع بلال بن الحارث العقيق فلم يزل في يده الى أن ولّي عمر فقال: ما أقطعته ليحجر به فأقطعه الناس، وأقطع أرضاً بحضرموت. وأقطع الزبير حضر فرسه، فأجرى فرسه حتى وقف فرمى بسوطه، وحضر الفرس فجرى ركضها[1].

قوله رحمه الله: «وليس للامام إقطاع ما لايجوز إحياؤه كالمعادن الظاهرة على إشكال».

أقول: المعادن الظاهرة هي التي لاتفتقر الى إحياء كالنفط والملح والقار، وهل يجوز للسلطان إقطاعها؟ فيه إشكال.

ينشأ من أنّها مما تمسّ حاجة الناس إليها فيكونون فيها شرعاً سواء.

ومن كون الأمر في ذلك إليه، والأصل انّه مبنيّ على اختصاصه عليه السلام بالمعادن.

فإن قلنا: هي له كما قاله المفيد[2]، وسلّار[3]، وجماعة منّا جاز أن يقطعه لغيره؛ لأنّ له أن يتصرّف فيها كيف شاء، وإن قلنا: انّها لجميع المسلمين لم يجز له إقطاعها.

وابن ادريس جعل المعادن التي في ملكه عليه السلام له خاصّة دون ماليس في ملكه[4].

---

(١) عوالي اللآلي: الفصل الثامن ح ١٦٨ ج ١ ص ١٦٤، وراجع سنن أبي داود: باب في اقطاع الأرضين ح ٣٠٥٨ و ٣٠٦٢ و ٣٠٦٣ و ٣٠٧٢ ج ٣ ص ١٧٣ و ١٧٤ و ١٧٧.

(٢) المقنعة: كتاب الزكاة والخمس والجزية باب الأنفال ص ٢٧٨.

(٣) المراسم: كتاب الخمس ص ١٤٠.

(٤) السرائر: كتاب الزكاة باب في ذكر الأنفال ج ٣ ص ٤٩٧.

قوله رحمه الله: «فإن كان الحمى لمصلحة فزالت فالوجه جواز الإحياء».

أقول: لو حمى الامام عليه السلام لم يكن لأحد تغييره ولا إحياء شيء منه مادام الحمى مستمرّاً، فاذا فرض انّه عليه السلام حمى لمصلحة ثمّ زالت فهل يجوز الإحياء حينئذٍ؟ قال المصنّف: الوجه الجواز؛ لأنّ المانع انّما كان الحمى المقصور على تلك المصلحة وقد زالت فيزول المنع لزوال سببه.

قوله رحمه الله: «فإن رفعه بنيّة العود فالأقرب بطلان حقّه».

أقول: يريد لو جلس أحد في الطريق الواسع للبيع والشراء لم يكن لأحد منعه؛ لقضاء العادة بذلك، وكذا لو قام وبقي رحله لم يكن لأحد رفع رحله؛ لأنّه وضعه بحقّ.

أمّا لو قام منه بنيّة العود إليه فهل يبطل حقّه أو لا؟ قال المصنّف: الأقرب بطلان حقّه؛ لأنّ الناس في الطريق شرع سواء، والاختصاص الذي كان له إنّما كان بسبب جلوسه ابتداءً، أو بقاء رحله فيزول لزوال سببه.

قوله رحمه الله: «ولو استبق اثنان فالأقرب القرعة».

أقول: لو استبق اثنان الى مكان يريد كلّ واحد منهما الجلوس فيه قال المصنّف: الأقرب القرعة؛ لأنّ لكلّ منهما أن يجلس فيه مع عدم التنازع، فعند تعارضهما لا أولوية لأحدهما فتتعيّن القرعة.

قوله رحمه الله: «فإن فارق لعذر أو غيره بطل اختصاصه، وهل يصير أولى ببقاء رحله؟ إشكال».

أقول: يريد لو فارق أحد سكان المدرسة أو الرباط ممّن له السكنى فيهما بطل حقّه من السكنى لمفارقته وجاز لغيره السكنى مكانه اذا كان بالصفة التي يجوز له معها السكنى، سواء كان قد فارق لعذر أو لا؛ لأنّه غير مالك للمسكن، وانّما له المنع من سكنى غيره فيه مادام في المسكن لسبق سكناه على المعارض، فيزول استحقاقه لزوال سببه.

أمّا لو كان رحله باقياً في المسكن فهل يكون أولى من غيره؟ يحتمل ذلك؛ لأنّ رحله موضوع فيه بحقّ سابق فكان أولى به من الغير، كما لوكان هو في المسكن. ويحتمل عدمه لمفارقته، وحقّه لوضع الرحل تابع، فإن المدرسة للساكن لا للرحل، وانّما جاز وضع الرحل تبعاً للسكنى.

قوله رحمه الله: «فهذه للامام يختصّ بها عند بعض علمائنا، والأقرب اشتراك الناس فيها».

أقول: قد تقدّم ذكر الخلاف فيها، والأقرب عند المصنّف انّ الناس مشتركون فيها فيما لايختصّ بها أحد منهم، ولايجوز إقطاعها، ولايختصّ بها المقطع؛ لأنّ الناس مضطرّون إليها، فلو كانت مختصّة به عليه السلام لما جاز التصرّف فيها بغير إذنه، وذلك ضرر عظيم، وهو منفي بقوله صلّى الله عليه وآله: «لاضرر ولا إضرار»[1].

---

(١) من لايحضره الفقيه: باب ميراث أهل الملل ح ٥٧١٨ ج ٤ ص ٣٣٤.

قوله رحمه الله: «فإن تسابق اثنان أقرع مع تعذّر الجمع، ويحتمل القسمة».

أقول: لو استبق اثنان الى معدن ليأخذ كلّ منهما حاجته[1] منه، فإن سبق أحدهما لم يكن للآخر معارضته حتى يقضي وطره، فإن تساويا دفعه احتمل ثلاثة أوجه:

أحدهما: القرعة مع عدم إمكان الجمع بينهما، والجمع إن أمكن؛ لأنّه على تقدير عدم إمكان الجمع لا أولوية لأحدهما على صاحبه فيقرع بينهما.

والثاني: قسمة ذلك الموجود بينهما لإثبات اليد على ذلك منهما دفعةً فكان أحقّ به فكان مشتركاً بينهما.

الثالث: تقديم الأحواج منهما لوجود المرجّح فيه، إذ علّة اشتراك الناس في المعادن الظاهرة هي احتياجهم إليها، وهي في حقّه أقوى فكان هو أولى.

قوله رحمه الله: «وأمّا الباطنة ـ الى قوله: ـ فقيل: إنّها للامام أيضاً خاصّة، والأقرب عدم الاختصاص».

أقول: قد تقدّم انّ جماعة من أصحابنا أطلقوا القول بأنّ المعادن كلّها للامام عليه السلام؛ لأنّها من الأنفال، والأقرب عند المصنّف في هذه الباطنة انّها مشتركة بين المسلمين قاطبة كالظاهرة؛ لوجود اضطرار الناس إليها، ولأنّه كان يجب اجتنابها إلّا بإذن الامام، وهو ضرر كما قلنا.

---

(١) في ج: «حصّته».

قوله رحمه الله: «ولو حفر كافر أرضاً فوصل الى معدن ثمّ فتحها المسلمون في صيرورته غنيمة أو للمسلمين إشكال».

أقول: ينشأ من دخوله في ملكه بالإحياء فكان غنيمة يختصّ به المجاهدون وشركاؤهم في الخمس.

ومن استواء الناس في المعادن، واختصاص التملّك بالإحياء للأرض للمسلم دون الكافر.

قوله رحمه الله: «ولو حفر في المباح لا للتملّك بل للانتفاع فهو أحقّ مدّة مقامه عليها، وقيل: يجب بذل الفاضل من مائها عن قدر حاجته، وفيه نظر».

أقول: القائل بوجوب بذل الفاضل هو الشيخ رحمه الله، قال في المبسوط في باب إحياء الموات: اذا نزل قوم موضعاً من الموات فحفروا فيه بئراً ليشربوا منها ويسقوا بهائمهم ومواشيهم ولم يقصدوا التملّك بالإحياء فانّهم لايملكونها؛ لأنّ المحيي انّما يملك بالإحياء اذا قصد تملّكه به[1].

وقال أيضاً فيه[2] وفي الخلاف[3]: اذا ملك الانسان البئر بالاحياء وخرج ماؤها فانّه أحقّ بها من غيره بقدر حاجته وحاجة ماشيته وما يفضل عن ذلك وجب

---

(١) المبسوط: كتاب إحياء الموات ج ٣ ص ٢٨١.

(٢) المصدر السابق.

(٣) الخلاف: كتاب إحياء الموات المسألة ١٣ ج ٣ ص ٥٣١.

عليه بذله لغيره لحاجته إليه للشرب له ولماشيته، ولايجب عليه بذله لسقي زرعه بل يستحبّ. وبه قال ابن الجنيد[١].

واستدلّ الشيخ على ذلك بما رواه أبو هريرة انّ النبي صلّى الله عليه وآله قال: من منع فضل الماء والنار والكلاء منعه الله فضل رحمته يوم القيامة. وبما رواه ابن عبّاس انّ النبي صلّى الله عليه وآله قال: الناس شركاء في ثلاث: الماء والنار والكلاء. وبما رواه جابر بن عبدالله انّ النبي صلّى الله عليه وآله نهى عن بيع فضل الماء[٢].

والمصنّف توقّف في ذلك لما قاله الشيخ، ولأنّه ماء ملكه بالإحياء، ولايجب عليه بذل ملكه لغيره، فتحمل الروايات على الاستحباب جمعاً بين الأدلّة. وبالاستحباب قال ابن البرّاج[٣].

قوله رحمه الله: «ويملكون الماء الجاري فيه على رأي».

أقول: اذا حفر جماعة نهراً في أرضٍ مباحةٍ ثمّ ساقوا إليه ماءً من المباح ملكوا ما جرى فيه من الماء بمجرّد دخوله فيه، قاله المصنّف.

وقال الشيخ: لايملكونه، بل الحافر أولى بمائه على ما نقله الشيخ نجم الدين عنه[٤].

---

(١) مختلف الشيعة: الفصل الرابع في إحياء الاموات ص ٤٧٣ س ٣٠.

(٢) الخلاف: كتاب إحياء الموات باب لو ملك البئر بالاحياء ج ٣ المسألة ١٣ ص ٥٣٢ ـ ٥٣٣.

(٣) المهذّب: كتاب إحياء الموات ج ٢ ص ٣٨.

(٤) شرائع الاسلام: كتاب إحياء الموات الطرف الرابع في المعادن الظاهرة ج ٣ ص ٢٧٩.

الفهارس

١ـ فهرس الآيات
٢ـ فهرس الأحاديث
٣ـ فهرس الموضوعات

فهرس الآيات

فهرس الأحاديث

ـ أ ـ

- م -

فهرس الموضوعات

٨٢٢

كنز الفوائد

في

حل مشكلات القواعد

تأليف

السيد عميد الدين عبد المطلب بن محمد الأعرج

٦٨١ - ٧٥٤هـ

الجزء الثاني

تحقيق

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

٨٢٢

كنز الفوائد

في

حل مشكلات القواعد

تأليف

السيد عميد الدين عبد المطلب بن محمد الأعرج

٦٨١ - ٧٥٤هـ

الجزء الثاني

تحقيق

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة

كنز الفوائد

في حلّ مشكلات القواعد

(ج ٢)

■ المؤلّف: السيّد عميد الدين عبدالمطّلب بن محمّد الأعرج □
■ الموضوع: فقه □
■ تحقيق ونشر: مؤسّسة النشر الإسلامي □
■ عدد الأجزاء: ثلاثة أجزاء □
■ الطبعة: الأُولى □
■ المطبوع: ١٠٠٠ نسخة □
■ التاريخ: رجب المرجّب ١٤١٦هـ □

مؤسّسة النشر الإسلامي
التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة

كتاب

الإجارة وتوابعها

كتاب الإجارة وتوابعها

قوله رحمه الله: «ولا المميّز وإن أذن له الولي على إشكال».

أقول: يريد لاتنعقد الإجارة الصادرة من الصغير المميّز وإن أذن له الولي في إيقاع العقد على إشكال.

ينشأ من أنّه عقد بإيجاب صحيح صدر ممّن له عقل بإذن الولي فكان صحيحاً.

ومن انّ الصغير مسلوب العبارة في العقود فلم يؤثر الإذن في صحّته كغير المميّز.

قوله رحمه الله: «ولابموت أحدهما على رأي».

أقول: يريد انّه لاتبطل الإجارة بموت أحد المتواجرين، وهو قول السيد المرتضى رحمه الله فيما نقله عنه ابن ادريس في المسائل الناصرية واختاره ابن ادريس[1]، وأبو الصلاح[2].

وقال المفيد رحمه الله: الموت يبطل الإجارة[3] وأطلق، وكذا قال سلّار[4]،

---

(١) السرائر: باب المزارعة ج ٢ ص ٤٤٩.

(٢) الكافي في الفقه: في الإجارة ص ٣٤٨.

(٣) المقنعة: باب الإجارات ص ٦٤٠.

(٤) المراسم: في ذكر أحكام الإجارات ص ١٩٦.

والشيخ في النهاية[١].

وقال في الخلاف: الموت يبطل الإجارة، سواء كان موت الموجر أو موت المستأجر. قال فيه: وفي أصحابنا من قال: موت المستأجر يبطلها، وموت الموجر لايبطلها[٢].

وقال في المبسوط: الموت يفسخ الإجارة، سواء كان الميّت المستأجر أو الموجر عند أصحابنا، والأظهر عندهم انّ موت المستأجر يبطلها، وموت الموجر لايبطلها، وفيه خلاف[٣].

وقال ابن الجنيد: ولو مات المستأجر قام ورثته مقامه[٤].

والمصنّف اختار انّها لاتبطل بالموت، إلّا اذا كان الموجر موقوفاً عليه فيموت قبل انتهاء المدّة، فالأقرب عنده بطلان الإجارة حينئذٍ في الباقي؛ لأنّه يتجدّد لنا العلم بأنّ ما تخلّف من مدّة الإجارة كان ملكاً للبطن الثانية عن الواقف لا عنه، فلم يكن داخلاً في ملكه فكانت باطلة فيه، بخلاف موت موجر الطلق؛ لأنّ الورثة يرثونه عنه فهو ملك له كان له نقله كيف شاء.

قوله رحمه الله: «ولو كان هو المستأجر فالأقرب الجواز وتجتمع عليه الأُجرة والثمن».

أقول: لو باع الموجر العين الموجرة لغير المستأجر صحّ ولاتبطل الإجارة،

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب الإجارات ج ٢ ص ٢٧٧.

(٢) الخلاف: كتاب الإجارة المسألة ٧ ج ٣ ص ٤٩١.

(٣) المبسوط: كتاب الإجارات ج ٣ ص ٢٢٤.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الإجارة وتوابعها الفصل الأوّل في الإجارة ص ٤٦٠ س ٣٠.

وهل تصحّ للمستأجر أن يبتاعها؟ الأقرب عند المصنّف الجواز؛ لأنّها عين قابلة للنقل بالبيع والمستأجر أهل للتملّك جائز التصرّف فجاز أن يبتاعها لغيره، وتملّك المنفعة لا ينافيه؛ لانتقال كلّ منهما بعقد، وحينئذٍ يجتمع عليه الأُجرة والثمن عن العين المسلوبة المنافع.

قوله رحمه الله: «ويستقرّ الضمان على الموجر مع جهل المستأجر، وفي الزائد من أُجرة المثل إشكال».

أقول: يريد بذلك انّه اذا استأجر شيئاً وانتفع به ثمّ ظهرت العين مستحقّة لغير الموجر تخيّر المالك في الرجوع على من شاء من الموجر أو المستأجر، ويستقرّ الضمان على الموجر إن كان المستأجر جاهلاً، فإن تساوى المسمّى وما غرمه المستأجر للمالك رجع بما سلّمه إليه من الاجرة، وإن غرم أقل رجع بالفاضل من الأُجرة. أمّا لو غرم أكثر فهل يرجع المستأجر بتلك الزيادة الفاضلة على ما سلّم الى الموجر من الاجرة؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّه غرمها بسبب مباشرته إتلافها، فلم يكن له على الموجر أكثر ممّا سلّم إليه من الأُجرة.

ومن انّه مغرور فضعفت مباشرته بالغرور، فكان السبب في الإتلاف ـ أعني الموجر الغار ـ أولى منه بالضمان.

قوله رحمه الله: «ويجب على المستأجر علف الدابة وسقيها، ولو استأجر أجيراً لينفذه في

حوائجه فنفقته على المستأجر إلّا أن يشرطها على الأجير، فإن تشاحّا في قدره فله أقلّ مطعوم مثله وملبوسه. ولو قيل: بوجوب العلف على المالك والنفقة على الأجير كان وجهاً».

أقول: قال الشيخ في النهاية: من استأجر أجيراً ينفذه في حوائجه كان ما يلزم الأجير من النفقة على المستأجر دون الموجر[١].

وقال ابن ادريس: النفقة على الأجير[٢].

واستحسن المصنّف وجوب النفقة على الأجير ـ كما ذهب إليه ابن ادريس ـ ووجوب علف الدابة على المالك؛ لأنّ العقد اقتضى وجوب الأُجرة عليه فلا يلزمه غيره، عملاً بأصالة براءة الذمّة، أمّا الأجير فلأنّ نفقة نفسه واجبة عليه كغيره من الناس، وأمّا المالك فلأنّه يجب عليه الإنفاق على الدابة؛ لأنّها ملكه وجوباً مخيّراً.

قوله رحمه الله: «ولو آجر عبده ثمّ اعتقه ـ الى قوله: ـ والأقرب عدم رجوعه على مولاه بأُجرة».

أقول: لأنّ المولى ملكه نفسه مسلوب المنفعة، كما لو أعتقه وشرط عليه خدمة زمان معيّن فإن العتق والشرط صحيحان ولا عوض على السيد.

وحكى ابن ادريس لفظ الشيخ في المبسوط بعينه في هذا المعنى فقال: اذا آجر

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب الإجارات ج ٢ ص ٢٨٢.

(٢) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب الإجارات ج ٢ ص ٤٦٨.

الانسان عبده مدّة ثمّ اعتقه في أثنائها صحّ، وهل يرجع على السيد بأُجرة المثل لما يلزمه من الخدمة بعد الحرّية؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: يرجع بأُجرة المثل في تلك المدّة، والآخر: لا يلزمه، وهو الصحيح؛ لأنّه لا دليل عليه، والأصل براءة الذمّة[١].

قوله رحمه الله: «وفي الاكتفاء بالمشاهدة نظر».

أقول: جوّز الشيخ في المبسوط أن يكون مال الإجارة معلوماً بالمشاهدة وإن لم يعلم قدره[٢]، ومنع ابن ادريس من ذلك[٣].

والمصنّف قال: فيه نظر، من حيث إنّ الأصل صحّة العقد، ولانتفاء الغرر بحصول المشاهدة له. ومن حيث إنّها معاملة فوجب العلم بالعوض فيها كالبيع، وكون العوض مشاهداً لانتفاء جهالته؛ لأنّ المعهود من الشارع انّ المكيل والموزون لا تصحّ المعاوضة عليها إلّا بعد معرفتها بأحدهما، ولا علّة لذلك إلّا الجهالة، وهي هنا متحقّقة فتكون باطلة.

قوله رحمه الله: «امّا بصاع من الدقيق أو المرضعة بجزء من المرتضع الرقيق فالأقرب الجواز».

أقول: يعني انّه لو استأجر على طحن قفيز من الحنطة بصاع من الدقيق أو المرضعة لإرضاع المرتضع الرقيق بجزء مشاع منه فالأقرب الصحّة؛ للأصل وعدم المانع من جواز ذلك.

---

(١) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب الإجارات ج ٢ ص ٤٧٢.

(٢) المبسوط: كتاب الإجارات ج ٣ ص ٢٢٣.

(٣) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب الإجارات ج ٢ ص ٤٥٩.

قوله رحمه الله: ولو قال: إن خطته اليوم فلك درهمان، وإن خطته غداً فدرهم احتمل أُجرة المثل والمسمّى، وكذا إن خطته رومياً فدرهمان، وإن خطته فارسياً فدرهم».

أقول: أمّا احتمال الصحّة فلأنّه استأجره على كلّ واحد من الفعلين بأُجرة معلومة فكان صحيحاً، وأمّا البطلان فلأنّه مردّد بين ما وقع عليه العقد فلم يعلم كلّ منهما ما وجب له وعليه من الأُجرة والعمل.

وقال الشيخ رحمه الله: يصحّ[١]. وفي الرومي والفارسي تبطل الإجارة.

قوله رحمه الله: «ولو آجره كلّ شهر بدرهم ولم يعيّن، أو استأجره لنقل الصبرة المجهولة وإن كانت مشاهدة كلّ قفيز بدرهم، أو استأجره مدّة شهر بدرهم فإن زاد فبحسابه فالأقرب البطلان، إلّا الأخير فإنّ الزائد باطل».

أقول: في هذا الكلام ثلاث مسائل:

الأُولى: اذا آجره داراً كلّ شهر بدرهم فالأقرب عنده البطلان، وهو قول ابن ادريس[٢]؛ لأنّ ما وقع عليه الإجارة مجهول.

وقال في النهاية: يصحّ في شهر، ويبطل في مازاد عليه[٣].

---

(١) المبسوط: كتاب الإجارات ج ٣ ص ٢٤٩ ـ ٢٥٠.

(٢) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب الإجارات ج ٢ ص ٤٦١.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب الإجارات ج ٢ ص ٢٧٧.

وقال ابن الجنيد: ولا بأس أن يستأجر الدار كلّ شهر بكذا وكلّ يوم بكذا ولا يذكر نهاية الإجارة، وإن ذكرها عشرين سنة وأقلّ وأكثر جاز ذلك[١].

الثانية: اذا استأجر لحمل الصبرة المجهولة كلّ قفيز بدرهم قال الشيخ: يصحّ، فانّه قال في المبسوط: اذا استأجره لحمل عشرة أقفزة من صبرة مشاهدة كلّ قفيز بدرهم ومازاد فبحسابه صحّ. وكذا يصحّ في البيع لو قال: بعتكها كلّ قفيز بدرهم، ويفارق اذا قال: آجرتك هذه الدار كلّ شهر بدرهم عند من قال: لايجوز؛ لأنّ جملة المدّة مجهولة المقدار، وليس كذلك هنا؛ لأنّ الجملة معلومة بالمشاهدة[٢].

والأقرب عند المصنّف البطلان أيضاً؛ لأنّ المشاهدة لاتكفي في العلم بالمقدار.

الثالثة: اذا قال: آجرتك هذه الدار مدّة شهر بدرهم ومازاد فبحسابه فهذه الأُجرة تصحّ عنده في الشهر وتبطل في الزائد لأنّ العقد يتضمّن شهراً، وهو معيّن بدرهم. واذا كان العوضان معلومين صحّ العقد، غايته انّه شرط انّ الزائد على ذلك فبحسابه فيبطل الزائد لجهالته خاصّة. فعلى هذا قول الشيخ في المبسوط: «اذا استأجره لحمل عشرة أقفزة من الصبرة كلّ قفيز بدرهم ومازاد بحسابه صحّ في العشرة بعشرة دراهم ويبطل مازاد عليه» بخلاف ما فرضه المصنّف وهو: «انّه إن استأجره لحمل مجموع الصبرة المجهولة كلّ قفيز بدرهم» فإن ذلك باطل؛ لما مرّ من عدم تعيين المقدار.

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الإجارة وتوابعها الفصل الأوّل في الإجارة ص ٤٦٠ س ٢١.

(٢) المبسوط: كتاب الإجارات ج ٣ ص ٢٤٥.

قوله رحمه الله: «ويملك الأُجرة بالعقد، لكن لايجب تسليمها إلّا بعد العمل، وهل يشترط تسليمه؟ الأقرب ذلك».

أقول: وجه القرب انّ الإجارة عقد معاوضة كالبيع، فكما انّ كلّ واحدٍ من المتبايعين يملك ماصار إليه بالبيع من الثمن أو المثمن بنفس العقد، ولايجب عليه تسليم ماوجب عليه قبل صاحبه، كذلك الإجارة التي في معناه تملّك الأُجرة بنفس العقد، ويستحقّ على الأجير العمل بنفس العقد، ولايجب على المستأجر أن يسلّم الأُجرة قبل تسليم العمل بتسليم العين المستأجرة على عملها.

قوله رحمه الله: «ويجوز أن يوجر العين بأكثر ما استأجرها به وإن لم يحدث فيها شيئاً مقوّماً وكان الجنس واحداً على رأي، وكذا لو سكن البعض وآجر الباقي بالمثل أو الزائد، وكذا لو تقبّل عملاً بشيء فقبله لغيره بأقل».

أقول: منع السيد[١]، والشيخ[٢]، وسلّار[٣] من ذلك وجوّزه ابن ادريس[٤] على كراهية، وهو مذهب المصنّف.

---

(١) الانتصار: في مسائل شتّى مسألة ص ٢٣١.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب المتاجر باب الإجارات ج ٢ ص ٢٧٨.

(٣) المراسم: في ذكر أحكام الإجارات ص ١٩٥.

(٤) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب الإجارات ج ٢ ص ٤٦٤.

قوله رحمه الله: «فلو استأجر تفاحة للشم، أو طعاماً لتزيين المجلس، أو الدراهم والدنانير والشمع لذلك، أو الأشجار للوقوف في ظلّها ففي الجواز نظر، ينشأ من انتفاء قصد هذه المنافع».

أقول: ومن كونها منافع محلّلة قد تقصد.

قوله رحمه الله: «امّا لو استأجر شجراً ليجفّف عليها الثياب أو يبسطها عليها ليستظلّ بها فالوجه الجواز».

أقول: لأنّ هذه المنافع مقصودة غيرنادرة.

قوله رحمه الله: «والأقرب جوازه مع عدمها للحاجة».

أقول: لو استأجر الظئر للإرضاع مع عدم الحضانة فالأقرب الجواز، عملاً بالأصل.

لايقال: انّه معاملة على عين فيكون بيعاً باطلاً لا إجارة؛ لأنّ الإجارة لاتتناول الأعيان، بخلاف ما اذا كان مع الحضانة، فإنّ الإجارة على الحضانة وهي منفعة، والدرّ تابع، لأنّا نقول: لمّا كان ذلك ممّا تمسّ إليه الحاجة غالباً ولايصحّ بيعه شرعت الإجارة فيه؛ لمكان الحاجة الضرورية، ولدلالة قوله تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهنّ أُجورهن﴾[1] جعل العوض في مقابلة الرضاع أُجرة.

---

(١) الطلاق: ٦.

قوله رحمه الله: «وهل يتعدّى الى الشاة لإرضاع السخلة؟ الأقرب ذلك».

أقول: لأنّ المتقضي موجود فيها ـ وهو الاحتياج ـ فكان جائزاً.

قوله رحمه الله: «وفي جواز استئجار البئر للاستسقاء منها إشكال».

أقول: ينشأ من وقوع الإجارة على جواز الاستسقاء بتبعية الماء فتكون إجارة صحيحة، ولأنّه يشبه العين المنتفع بها مع بقائها، فإنّ العين المستأجرة هي البئر لا الماء، والماء يجري هنا مجرى المنافع.

ومن انّ المقصود هو الماء، وهو عين لامنفعة، والإجارة لاتتناول الأعيان.

قوله رحمه الله: «ولو انهدمت الدار أو غرقت الأرض أو انقطع ماؤها في الأثناء فللمستأجر الفسخ، فإن بادر المالك الى الإعادة فالأقرب بقاء الخيار».

أقول: لأنّ حقّ الخيار ثبت له في ذلك الوقت فلا يزول بتجدّد الإصلاح. والحقّ أن يقال: إن بادر المالك الى ذلك في زمان لايفوت فيه شيء من المنافع المستأجرة لم يتخيّر، وإلّا كان له الخيار مستمرّاً.

قوله رحمه الله: «ولو منعه الموجر من التصرّف في العين فالأقرب تخيّره بين الفسخ فيطالب بالمسمّى، وبين الإمضاء فيطالب بأُجرة المثل».

أقـول: وجه القرب انّه ملك المنفعة فله أن يطالب الموجر بقيمة ما أتلفه ـ أعني أُجرة المثل ـ أو يفسخ لتعذّر وصول المنفعة فله المسمّى لانفساخ العقد.

قـوله رحمـه الله: «ولو غـصبه أجـنبي قـبل القبض ـ الى قوله: ـ ولو ردّت العـين في الأثـناء استوفى المستأجر المنافع الباقية وطالب الغاصب بأُجرة مثل الماضي، وهل له الفسخ فيه ومطالبة الموجر؟ نظر».

أقـول: وجه النظر من حيث انّه مضمون على الموجر قبل القبض، ولهذا كان له الفسخ في الجميع اذا استوفاه الغاصب، فكذا في البعض؛ لوجود المقتضي، وهو تعذّر وصول ما تضمّنه عقد الإجارة الى المستأجر.

ومن حيث إنّ الإجارة وقعت على المجموع فليس له إجارة بعض ما وقع عليه العقد والفسخ في الباقي؛ لأنّ فيه تبعيضاً للصفقة.

قـوله رحمـه الله: «ولو حـدث خـوف مـنع المستأجر من الاستيفاء، كـما لو اسـتأجر جمـلاً للحجّ فتنقطع السابلة فالأقرب تخـيّر كـلّ مـن الموجر والمستأجر».

أقـول: وجه القرب انّه مع وجود أمارة الخوف يجب على كلّ منهما الاحتراز منه، فجرى ذلك مجرى تعذّر استيفاء المنفعة أو ايفائها، ولحصول الضرر على كـلّ منهما فيتسلّط كلّ منهما على الفسخ ولعدم وجوب تحمّل الضرر، ولوجوب التحرّز من الخوف.

قوله رحمه الله: «ولو استأجر داراً للسكنى فحدث خوف عامّ يمنع من الإقامة بذلك البلد ففي تخيّر المستأجر نظر».

أقول: ينشأ من وجود المنفعة المستأجرة وإمكان استيفائها، إذ الدار باقية على صلاحية سكناها.

ومن تعذّر الاستيفاء بالخوف العامّ، فكان كانهدام الدار الذي يتسلّط معه على الفسخ.

قوله رحمه الله: «وهل تقع عن الأجير؟ الأقوى العدم».

أقول: يريد لو أجّر الانسان نفسه لغيره ليصلّي ما وجب على الأجير لم تصحّ الإجارة؛ لأنّه لايمكن حصولها للمستأجر، وهل تقع عن الأجير بمعنى براءة ذمّته بذلك؟ يحتمل ذلك؛ لأنّه فعل ذلك بنيّة انّه عن نفسه، فإن الإجارة تضمّنت ذلك.

ويحتمل العدم، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّه انّما فعلها عن نفسه، لا لأجل وجوبها عليه بالأصالة، بل الإجارة ليأخذ العوض في مقابلتها فكانت باطلة.

قوله رحمه الله: «وفي ضمان الوليّ إشكال».

أقول: اذا استأجر وليّ الميّت شخصين ليصلّيا عن الميّت سنتين كلّ واحد منهما سنة فأوقع كلّ واحد منهما السنة في زمان إيقاع الآخر قال المصنّف: يقضي كلّ واحد منهما نصف سنة؛ لأنّ الترتيب واجب كما وجب على الميّت فقد برئ الميّت من سنة وبقي عليه سنة؛ لعدم الترتيب فيقضيانها، وهل يضمن الولي ذلك؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّ الواجب عليه الاستئجار وقد فعله، والتقصير من الأجيرين؛ لعدم

التناوب في القضاء، فلا يلزم الوليّ ضمان ويلزمهما القضاء؛ لعدم فعل ما استؤجرا له على وجه يصحّ.

ويحتمل ضمان الوليّ لتقصيره في استئجار الشخصين، وقد كان قادراً على استئجار واحد والآخر بعد فراغ الأوّل فيضمن لتفريطه.

قوله رحمه الله: «وفي جواز الاستئجار عن الاحتطاب أو الاحتشاش أو الالتقاط الاحتياز نظر، ينشأ من وقوع ذلك عن الموجر أو المستأجر».

أقول: الأصل في ذلك انّ المباحات هل يفتقر تملّكها مع الاستيلاء عليها الى نيّة أم لا؟ فإن قلنا: إنّها لاتدخل في الملك بذلك إلّا بالنيّة جاز الاستئجار عليها ووقع عن المستأجر ودخلت فيها النيابة بغير عوض أيضاً، وإن قلنا: إنّها تدخل في ملك المستولى عليها والمحيز لها لغير نيّة لم تصحّ فيها النيابة بعوض ولاغيره. ويؤيد الافتقار الى النيّة ما تقدّم من الفرق بين ماوجد في جوف السمكة والدابة، وتملّك الواجد الأوّل، ووجوب تعريف البائع في الأخير.

قوله رحمه الله: «فإن عمل من دون الإذن فالأقرب تخيّر المستأجر بين الفسخ والمطالبة بأُجرة المثل أو المسمّى الثاني له أو لمستأجره».

أقول: يعني لو استأجر أجيراً خاصّاً ـ وهو الذي يستأجر مدّة معيّنة ـ فعمل ذلك الأجير لغير مستأجره عملاً بأُجرة معيّنة أو غير معيّنة فالأقرب عند المصنّف انّ المستأجر بالمسمّى، مخيّر بين فسخ العقد لتبعيض الصفقة عليه فيرجع أو إمضاء

عقده دون عقد المستأجر الثاني فيرجع على من شاء من الأجير أو مستأجره بأُجرة مثل ذلك الزمان.

أمّا الأجير فلأنّه فوّت عليه العمل في ذلكَ الوقت فكان ضامناً لقيمته، وهي أُجرة مثله.

وأمّا من أستاجره فلأنّه استوفى منافعه في زمان مختصّ بالمستأجر فيضمن أُجرة مثلها، وإن شاء ألزم كلّاً منهما بالمسمّى الثاني، أي بالأُجرة التي استأجره بها الثاني؛ لأنّ منافعه في ذلك الوقت مستحقّة له لا للموجر، فكان كما لو أجّر شيئاً لغيره فللمالك الإجازة والمطالبة بالمسمّى.

وأقول: الأجير إن كان قد أجّر نفسه بأُجرة معيّنة وقبضها فإن أجاز الأوّل الإجارة والقبض جميعاً كان له الرجوع على الأجير بالمسمّى، وإن لم تجز الإجارة رجع بأُجرة المثل على من شاء منهما كما تقدّم، وإن أجاز الإجارة دون القبض رجع على المستأجر بالمسمّى، وإن لم يكن قبضها وأجاز الإجارة رجع على المستأجر دون الأجير، إلّا أن يفسخ الإجارة فيرجع على من شاء منهما بأُجرة المثل كما تقدّم.

قوله رحمه الله: «وهل يتناول العقد للّبن أو الحمل... الى آخره؟ الأقرب الأوّل».

أقول: وجه القرب لما بيّناه من جواز الاستئجار لمجرّد الرضاع للحاجة، ولما ذكره المصنّف من استحقاق الأُجرة بانفراده دون هذه بانفرادها، والرخصة سوّغت تناول الإجارة للأعيان.

قوله رحمه الله: «ولو دفعته الى خادمتها فالاقرب ذلك أيضاً».

أقول: يريد انّها لاتستحقّ أجراً على ذلك، كما لو سقته لبن الغنم؛ لأنّ الاستئجار كان لها، والأغراض تتفاوت بتفاوت المرضعات.

قوله رحمه الله: «فإن مات المرتضع أو المرضعة بطلت الإجارة إن كانت معيّنة، ولو كانت مضمونة فالأقرب إخراج أُجرة المثل من تركتها».

أقول: اعلم انّ ابن ادريس قال: اذا مات أحد الثلاثة ـ يعني المرتضع أو المرضعة أو أبا المرتضع ـ بطلت الإجارة. قال: امّا بموت المرتضع أو المرضعة فظاهر، وامّا موت الأب فلأنّه المستأجر، ولا خلاف انّ موت المستأجر يبطل الإجارة[1]. وهذا رجوع منه عمّا اختاره في كتابه قبل ذلك من انّ الإجارة لا تبطل بموت أحد المتواجرين.

وأمّا المصنّف فعلى مذهبه لاتبطل بموت الأب، وامّا بموت المرتضع فانّه يبطل الإجارة كما قال ابن ادريس[2]، وأمّا موت المرضعة فقال: الأقرب انّها تبطل اذا كانت معيّنة، أمّا اذا كانت الإجارة مضمونة في ذمّتها ولم يشترط عليها المباشرة فانّه يجب إخراج أُجرة مثل ذلك الزمان للإرضاع من تركتها؛ لأنّ الإرضاع وجب عليها بعقد صحيح ولم يقتض[3] مباشرتها له فكان دَيناً عليها يخرج من تركتها ما يستأجر به عنها، كما لو استوجرت لعمل مطلق في الذمّة وماتت قبل استيفاء المستأجر له على التمام فانّه يستأجر من تركتها لتمامه.

---

(١) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب الإجارات ج ٢ ص ٤٧١.

(٢) السرائر: كتاب المتاجر والبيوع باب الإجارات ج ٢ ص ٤٦٠.

(٣) في ج: «يقض».

قوله رحمه الله: «ويكفي في العمل مسمّاه، ولو اختلف فالأقرب وجوب اشتراط الجودة وعدمها».

أقول: وجه القرب انّه عند الاختلاف بالجودة وعدمها تتفاوت الأغراض والأعواض بتفاوتها، فوجب التعيين لينتفي الغرر المنهيّ عنه.

قوله رحمه الله: «ولو وصل الى صخرة لم يلزم حفرها فله من الأجر بنسبة ما عمل، وروي تقسيط أجر عشر قامات بعشرة دراهم على خمسة وخمسين جزءً، فما أصاب واحداً فهو الأُولى والاثنين للثانية وهكذا».

أقول: هذه هي الرواية المشهورة التي ذكرها الشيخ في النهاية وهي ما رواه أبو شعيب المحاملي، عن الرفاعي قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل قبل رجلاً ليحفر له بئراً عشر قامات بعشرة دراهم، فحفر له قامة ثمّ عجز، قال: تقسم العشرة على خمسة وخمسين جزءً، فما أصاب الواحد فهو للقامة الأُولى والاثنين للثانية والثلاثة للثالثة، وعلى هذا الحساب الى عشرة[1].

قوله رحمه الله: «فإن عمل به احتمل التعدية فتقسم الخمسة على خمسة عشر».

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب القضايا والأحكام باب جامع في القضايا والأحكام ج ٢ ص ٨٠.

أقـول: يريد انّه يقسّم الخمس ـ أي خمس قامات ـ بمعنى انّه لو استأجره لحفر خمس قامات بعشرة أو أزيد أو أنقص فإنّ الأُجرة تقسم للأُولى جزء وللثانية اثنين، وهكذا الى خمسة عشر.

ووجه الاحتمال انّه عليه السلام جعل للقامة الأُولى جزءً، وجعل لكلّ قامة أزيد من التي قبلها بجزء، وذلك يقتضي ما ذكرناه.

ويحتمل عدم التعدية، لورود النصّ على غير هذه المسألة وهي: عشر قامات بعشرة دراهم[1]، فلا يتعدّى الى غيرها.

قوله رحمه الله: «أو بالزمان على إشكال، ينشأ من تفاوت السوَر في سهولة الحفظ».

أقـول: يريد لو استأجره على تعليم القرآن جاز بالعمل قطعاً كالسورة الفلانية أو الجزء الفلاني المكرّم، وأمّا بالزمان كتعليم القرآن المجيد مدّة شهر أو سنة ففيه إشكال.

ينشأ مما ذكره، وهو اختلاف سوَر القرآن المجيد في السهولة.

ومن أصالة الجواز كغيره من الأعمال المستأجر عليها.

قوله رحمه الله: «ولو استقلّ بتلاوة الآية ثمّ لقّنه غيرها فنسي الأُولى ففي وجوب إعادة التعليم نظر».

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٩٢ من الزيادات في القضايا والأحكام ج ٦ ح ١ ص ٢٨٧، وسائل الشيعة: ب ٣٥ من أبواب الإجارة ج ١٣ ح ٢ ص ٢٨٤.

أقـول: منشأ النظر من حصول البراءة بتعليم تلك الآية باستقلاله لحفظها. ومن انّه لا يعدّ في العرف حافظاً إلّا عند استقرار الحفظ.

قوله رحمه الله: «وهل يجوز على تعليم الفـقه؟ الوجه المنع مع الوجوب، والجواز لا معه».

أقـول: امّا قرب المنع مع الوجوب فلأنّ المعلّم حينئذٍ مؤدٍ لما وجب عليه، فلا يجوز أن يأخذ عليه أجراً، كما لا يأخذ على سائر الواجبات. وامّا قرب الجواز لا مع الوجوب فلأنّه حينئذٍ عمل محلّل مقصود، فجاز أخذ الأُجـرة عـليه كـغيره مـن الأعمال.

قوله رحمـه الله: «والأقـرب جـواز اشـتراط الأجر على البناء».

أقـول: وجه القـرب انّـه شرط سـائغ، فـيكون داخـلاً تحت عـموم قـوله عليه السلام «المؤمنون عند شروطهم»[1].

ويحتمل ضعيفاً عدم الجواز؛ لأنّ الأجر أعيان فلا يدخل تحت الإجارة. ووجه ضعفه انّها جارية مجرى اشتراط الكحل على الكحال.

قوله رحمه الله: «ولو شرط الدواء على الطبيب فالأقرب الجواز».

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣١ المهور والأُجور... ح ٦٦ ج ٧ ص ٣٧١، وسائل الشيعة: ب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤ ج ١٥ ص ٣٠.

أقول: هذا مثل استئجار المرضعة للإرضاع؛ لأنّ الدواء عين، فالقول بذلك يستلزم القول بهذا، لكن لو قلنا بالمنع هناك كان الأولى الجواز هاهنا؛ لأنّ استئجار الطبيب على الفعل جائز، فاذا شرط معه شيء آخر جاز، عملاً بالشرط.

قوله رحمه الله: «ولا تدخل الجواميس والبُخاتي[1] في إطلاق البقر والإبل؛ لعدم التناول عرفاً على إشكال».

أقول: منشأه من أنّها بقر وإبل حقيقة فتدخل في الإجارة.

ومن عدم التناول عرفاً عند الإطلاق، كما ذكر المصنّف.

قوله رحمه الله: «وفي الاكتفاء بوصفه في الضخامة والنحافة ليعرف الوزن تخميناً نظر».

أقول: منشأه من انّ الوصف يفيد الإحاطة بالمستأجر عليه غالباً، فيكفي فيه كما يكفي في شراء الآدمي سلماً.

ومن وجوب العلم بهما بالمشاهدة لينتفي الغرر المنهيّ عنه؛ لأنّ المعقود عليه هنا الحمل المتفاوت بثقل المحمول وخفّته الذي لا يعلم بمجرّد الوصف له بكونه ضخماً أو نحيفاً من غير مشاهدة، بخلاف الشراء؛ لأنّ التفاوت هناك[2] بالثقل أو الخفّة ليس مقصوداً بالذات.

---

(١) البُخاتي: الإبل الخرسانية. (المعجم الوسيط).

(٢) في ج: «هنا».

قوله رحمه الله: «فإن آجرها لينتفع بها بما شاء فالأقرب الجواز».

أقول: يحتمل عدم الجواز لاختلاف المنافع في الضرر وعدمه، أو زيادته ونقصانه فيجب التعيين.

والأقرب عنده الجواز؛ لأنّ التعيين انّما يجب لوكان لبعضها. امّا على تقدير تعميم الانتفاع فانّه يملك الجميع، فلا غرر على أحدهما.

قوله رحمه الله: «ولو استأجر لهما صحّ واقتضى التنصيف، ويحتمل التخيير».

أقول: امّا احتمال التنصيف من حيث اقتضاء العقد المجموع، وليس أحدهما أولى من الآخر فيقتضي التنصيف. واحتمال التخيير من حصول الرضا بهما من الموجر فكان للمستأجر التخيير في أيّهما شاء.

قوله رحمه الله: «ولو عيّن اقتصر عليه وعلى ما يساويه، أو يقصر عنه في الضرر على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من انّ الإجارة لم تتناول ما عدا المعيّن، فلم يكن للمستأجر إلّا هو.

ومن دخول المساوي والأقلّ فيما تضمّنه العقد.

قوله رحمه الله: «فيتخيّر في الإمضاء بالجميع، ويحتمل بما بعد الأرش».

أقـول: يريد انّه لو استأجر أرضاً فاتفق غرقها في يـد المسـتأجر لم يـضمن الموجر؛ لأنّه ليس بسببه ولا في يده ولا خيار للمستأجر مع إمكان الزرع، امّا اذا تعذّر الزرع كان مخيّراً بين فسخ الإجارة والرجوع بجميع الأُجرة لبطلان العقد الذي باعتباره استحقّت الأُجرة، وبين إمضاء العقد بجميع الأُجـرة؛ لأنّ العـقد اقـتضى وجوب الأُجرة وقد رضي به. ويحتمل الإمضاء بما بعد الأرش، بمعنى انّ للمستأجر أن يرجّع من الأُجرة بمقدار أرش نقصها لفوات بعض المنافع.

وأقـول: ينبغي على القول بهذا الاحتمال أن يكون الأرش بالنسبة الى الأُجرة من المسمّى؛ لاحتمال أن يحيط الأرش بجميع الأُجرة أو يفضل عنه، وذلك يقتضي أن يستعيد المستأجر للأُجرة أو مازاد عليها مع بقاء استحقاق باقي المنافع، وهو باطل قطعاً. نعم لو كان ذلك بفعل الموجر أمكن القول به.

قوله رحمه الله: «وللمالك منعه من زرع ما تبقّ بعد المدّة على إشكال».

أقـول: منشأ الإشكال من استلزام ذلك التصرّف في مال المالك بمالايتناوله عقد الإجارة فيكون للمالك منعه منه.

ومن استحقاق المستأجر التصرّف فيه الآن كيف كان، وكون الموجر انّما له المنع بعد انقضاء المدّة فليس له الاعتراض قبلها.

قـوله رحمـه الله: «ولو اسـتأجر مـدّة لزرع لايكمل فيها، فإن شرط نقله بعد المدّة لزم، وإن أطـلق احـتمل الصـحّة مـطلقاً وبـقيد إمكـان الانتفاع».

أقـول: لو استأجر أرضاً لزرع مخصوص مدّة يمتنع أن يكمل فيها عادة، كما اذا استأجر لما يفتقر على أقلّ الأحوال الى ستة أشهر مدّة شهر احتمل وجهان:

أحدهما: الصحّة؛ لأنّ شرائط الإجارة كلّها موجودة، أعني العلم بما وقع عليه العقد من الأرض والأُجرة والأجل وضبطه وكمال المتواجرين وإمكان الانتفاع بالأرض المستأجرة فتكون صحيحة مطلقاً.

ويحتمل تقييد الصحّة بإمكان الانتفاع بالزرع في تلك المدّة، فنقول: إن كانت تلك المدّة ممّا ينتفع بالزرع الحاصل فيها بوجهٍ مّا صحّت، وإلّا فلا، لعدم الانتفاع بالزرع في تلك المدّة، فلا تصحّ المعاوضة عليها بالنسبة الى ذلك الزرع فكانت باطلة.

فعلى الأوّل ـ أي القول بالصحّة مطلقاً ـ يحتمل وجوب إبقاء الزرع في تلك المدّة الى زمان بلوغه بالأُجرة لو التمسه المستأجر؛ لأنّه غير متعدٍّ بالزرع وانّما زرع بحقّ فوجب إبقاؤه، كما لو تأخّر ما يمكن بلوغه في مدّة الإجارة لعارض.

ويحتمل عدم الوجوب؛ لأنّه رضي بتلف زرعه باقتصاره على تلك المدّة التي يعلم عدم كماله فيها، بخلاف ما اذا تأخّر لعارض فانّه يبني على الغالب من كمال الزرع في مدّة الإجارة، فلم يرض بأخذه قبلها فكان له هنا الإبقاء لا هناك.

قوله رحمه الله: «لو استأجر أرضاً للغرس سنة صحّ وله أن يغرس قبل الانقضاء، فإن شرط القلع بعد المدّة أولم يشترط جاز القلع ولا أرش على أحدهما، ويحتمل مع عدم الشرط منع المالك من القلع لا الغارس، فيتخيّر بين دفع قيمة

الغراس والبناء فيملكه مع أرضه، وبين قلعهما مع أرش النقص، وبين إبقائهما بأُجرة المثل».

أقـول: امّا ما ذكره أوّلاً من جواز القلع عند خروج المدّة مـع شرط القـلع فظاهر؛ لأنّ هذه الإجارة اقتضت وجوب القلع بمقتضى الشرط. وأمّا جواز القلع عند الإطلاق فلأنّ الإجارة لم تتناول ما عدا تلك المدّة فكان له المطالبة بتفريغ ملكه بعدها كما سلّمها فارغة.

وقـوله: «ولا أرش على أحدهما» أي ليس على صاحب الأرض أرش نـقص الغرس والقلع، ولا على المستأجر أرش نقص الأرض به.

أمّا الأوّل: فلأنّ الغرس نقص بسبب ما وجب على صاحبه من القلع.

وأمّا الثاني: فلأنّه أخذ العوض على الغرس المقتضي لذلك النقص، ويحتمل مع اشتراط القلع في العقد منع المالك من قلع البناء والغرس؛ لدلالة قوله عليه السلام: «ليس لعرق ظالم حقّ»[1] على أنّه اذا لم يكن ظالماً كان له حـقّ، وهـذا الغـارس بمقتضى الإجارة ليس ظالماً فكان له المنع من القلع، وحينئذٍ يتخيّر المالك بين ثلاثة أشياء:

أمّا بذل قيمة الغرس والبناء ليملك ذلك مع أرضه. وأقـول: هذا مع رضا صاحب الغرس والبناء على ما قاله الشيخ[2].

وأمّا قلع الغرس والبناء مع دفع أرش النقص؛ لأنّه نقص دخل على ملك غيره لأجل تخليص ملكه فكان مضموناً عليه.

---

(١) عوالي اللآلي: باب الديون ح ٦ ج ٢ ص ٢٥٧.

(٢) المبسوط: كتاب الإجارة ج ٢ ص ٢٦٤ ـ ٢٦٥.

وبين الإبقاء مع الأُجرة؛ لأنّه لايجب عليه التبرّع بمنفعة الأرض، إذ لا يستحقّ المستأجر عليه أكثر من مدّة الإجارة.

وأقـول: ينبغي أن يقيّد ذلك برضا صاحب الغرس بدفع الأُجرة عن مدّة الإبقاء، أمّا لو لم يرض لم يجبر على دفعها فكان له القلع.

قوله رحمه الله: «فإن نمت الأُجرة المعيّنة في يد المستأجر فالنماء للموجر إن كان متّصلاً، فإن انفسخت الإجارة ففي التبعية إشكال، بخلاف المتّصلة وظهور البطلان فانّها تابعة فيهما».

أقـول: اذا حصل للأُجرة نماء قبل تسليمها الى الموجر ـ مثل إن كانت نخلة فأثمرت أو سخلة وكبرت ـ فالنماء للموجر إن كانت الإجارة صحيحة لم يتعقّبها فسخ؛ لأنّها دخلت في ملكه بمجرّد العقد. وأمّا اذا فسخت الإجارة فإن كانت الزيادة منفصلة كالثمرة وولد الدابة فهل تتبع الأصل ويملكها المستأجر أو تبقى على ملك الموجر؟ فيه وجهان:

أحدهما: تكون للموجر؛ لأنّها تجدّدت في ملكه ولم تكن داخلة في ملك المستأجر فلاتعود إليه بالفسخ.

والآخر: يكون للمستأجر؛ لأنّ النماء تابع للأصل، وانّما ملكها الموجر بسبب ملك الأصل وقد زال ملكه عنه وعاد الملك الى المستأجر فيملك النماء التابع له، بخلاف ما لو كانت الزيادة متّصلة أو كانت الإجارة باطلة من رأس فإن النماء تابع للملك مطلقاً فيهما، أي في الزيادة المتّصلة وفي صورة البطلان.

أمّا المتّصلة فلأنّ الأصل ملك للمستأجر بسبب الفسخ، وهذه الزيادة جزء

متّصل به فكانت له؛ لأنّ من ملك الشيء يملك الأجزاء.

وأمّا في صورة البطلان سواء كانت متّصلة أو منفصلة فلأنّ الملك لم يزل عن المستأجر ولم يدخل في ملك الموجر.

قوله رحمه الله: «والأقرب عدم ايجاب الخيوط على الخيّاط».

أقول: في وجوب الخيوط على الخيّاط عند إطلاق الإجارة وجهان:

أحدهما: الوجوب عليه؛ لأنّ الخياطة انّما تتمّ بها، والخياطة واجبة عليه بمقتضى العقد فوجب عليه ما يتوقّف عليها.

والآخر: عدمه، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّ الخيوط عين، والإجارة انّما تتضمّن المعاوضة على المنافع ـ أعني الخياطة ـ لاغير.

قوله رحمه الله: «واستئجار كلّ من الحضانة والرضاع لايستتبع الآخر، فإن ضمّهما فانقطع اللبن احتمل الفسخ؛ لأنّه المقصود والتقسيط والخيار».

أقول: الرضاع والحضانة فعلان متغايران غير متلازمين ينتفع بكلّ منهما على انفراده، فلا يلزم من الاستئجار لأحدهما تبعية الآخر له، فلو استأجر لأحدهما لم يلزم الموجر الآخر، ولو ضمّهما في الإجارة بأُجرة واحدة لزم الأمران بمقتضى العقد، فإن انقطع اللبن احتمل فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: انفساخ العقد، إذ المقصود بالذات انّما هو إرضاع الطفل المتوقّف عليه حياته، فاذا كان في ابتداء العقد كان له الرجوع بكمال الأُجرة.

الثاني: التقسيط؛ لأنّ الاستئجار للإرضاع بطل بانقطاع اللبن، والأجر غير لازم له، بل هو منفعة مستقلّة بنفسها، فتقسط الأُجرة عليهما، ويرجع من الأُجرة بنسبة أُجرة الرضاع لاغير.

الثالث: انّه يتخيّر المستأجر في الفسخ والإمضاء لنقص الانتفاع فكان كانهدام المسكن.

قوله رحمه الله: «وفي ايجاب الحبر على الناسخ والكشّ على الملقّح والصبغ على الصبّاغ إشكال».

أقول: ينشأ من توقّف الأفعال المذكورة عليها.

ومن انّها أعيان، كما تقدّم في الخيوط.

قوله رحمه الله: «ولو استأجر أرضاً للزرع ولها شرب معلوم والعادة تقتضي التبعية دخل، ولو اضطربت العادة بأن يستأجر مرّةً الأرض منفردة وتارةً معه احتمل التبعية وعدمها».

أقول: يحتمل التبعية؛ لأنّه من حقوق الأرض المستأجرة فيتبعها. ويحتمل عدم التبعية، لأنّه ليس هو المستأجر ولا جزءً منه ولا لازماً له فلا يدخل.

قوله رحمه الله: «وينزع الثوب المستأجر ليلاً ووقت القيلولة، ويجوز الارتداء به على إشكال دون الاتّزار».

أقـول: منشأ الإشكال في الارتداء انّ الإجارة تضمّنت اللـبس المـتعارف، والعرف اقتضى تخصيص أوقات معلومة باللبس المعهود فليس له غيره.

ومن كونه لبساً حقيقة غير مضرّ بالثوب، بخلاف الاتّزار فانّه أضرّ فيمنع منه.

قوله رحمه الله: «فإن شرطه في العقد فالأقرب بطلان العقد».

أقـول: يريد لو استأجر شيئاً وشرط على المستأجر ضمان العين المستأجرة في نفس عقد الإجارة احتمل الصحّة، عملاً بـالشرط، لقـوله صـلّى الله عـليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم»[1].

واحتمل البطلان، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّه شرط منافٍ لمقتضى العقد، إذ العقد يقتضي كون العين أمانة، والشرط يقتضي كونها مـضمونة، وهمـا مـتنافيان، فيبطل الشرط ويبطل به العقد؛ لعدم الرضا منهما من دونه، ولم يسلّم فكان العـقد فاسداً أيضاً.

والمراد بالخبر الشروط الصحيحة، إذ الفاسدة غير مشروعة، فلا يؤمر بـالوفاء بها.

قوله رحمه الله: «فاذا تعدّى بالدابة المسافة أو حمّلها الأزيد ضمنها كلّها بقيمتها وقت العدوان، ويحتمل أعلى القيم من وقت العدوان الى التلف وعليه أُجرة الزيادة».

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣١ المهور والأُجور... ح ٦٦ ج ٧ ص ٣٧١، وسائل الشيعة: ب ٢١ من أبواب المهور ح ٤ ج ١٥ ص ٣٠.

أقــول: وجوب القيمة وقت التعدّي أو أعلاها مبنيّ على ما تقدّم من اعتبار القيمة على الغاصب، وقد تقدّم.

قوله رحمه الله: «ولو سلك بالدابة الأشقّ مـن الطريق المشترط ضمن وعليه المسمّى والتفاوت بين الأجرين، ويحتمل أُجرة المثل».

أقــول: أمّا احتمال المسمّى والتفاوت بين الأُجرتين ـ أي أُجرة المثل والأُجرة المسمّاة ـ فلأنّ المسمّى وجب عليه بالعقد الصحيح، والتفاوت لزمه باعتبار زيـادة المشقّة في الطريق التي لم يتناولها عقد الإجارة.

وأمّا احتمال أُجرة المثل فلأنّه استوفى منفعة مغايرة للمستأجرة فكان عليه أُجرة مثلها.

قوله رحمه الله: «ولو زاد فـيهما أو في العـوض احتمل عدم الأجر للمخالفة والمسمّى».

أقــول: وجه وجوب المسمّى لأنّه فعل مـا اسـتؤجر له مـع زيـادة، وقـول ابن البرّاج: «اذا دفع الى حائك غزلاً وأمره أن ينسج طول ثمانية أذرع في عرض أربعة فنسج أكثر أو أقلّ تخيّر صاحبه بين أخذه ودفع الأُجرة إليـه، إلّا في وجـه النقصان فانّه يعطيه الأجرة بحساب ذلك، ولايتجاوز به ماسمّي له، وبين أن يضمنه غزله ويدفع الثوب إليه»[1] ممنوع.

---

(١) المهذّب: كتاب الإجارات ج ١ ص ٤٩١.

قوله رحمه الله: «وكذا لو نقص فيهما، لكن هنا إن أوجبناه أسقط بنسبة الناقص».

أقول: يريد انّه وكذا لو نسجه ناقصاً في الطول والعرض احتمل أيضاً عدم الأُجرة للمخالفة ووجوب الأُجرة، فعلى الإيجاب يسقط من الأُجرة بنسبة النقصان.

قوله رحمه الله: «ولو قال: اقطعه قميص رجل فقطعه قميص امرأة احتمل ضمان ما بينه صحيحاً ومقطوعاً، وما بين القطعين».

أقول: وجه الأوّل: انّه قطع ثوباً صحيحاً قطعاً غير مأذون فيه فيكون له أرش ما بين كونه صحيحاً ـ كما كان ـ وبين كونه مقطوعاً بقطع لم يؤذن فيه. ووجه الثاني: انّه أذن له في مطلق القطع، لكن انّما تعدّى بالتفاوت بين القطعين فيضمن ما تعدّى فيه، وهو التفاوت لاغير.

قوله رحمه الله: «فلو تلفت العين بغير تفريط بعد العمل لم يستحقّ أُجرة على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّه لم يسلّم المنفعة المستأجر عليها، والأُجرة انّما هي في مقابلتها، فكان كتلف عين المبيع قبل التسليم.

ومن حيث إنّه انّما استوجر للعمل وقد عمل، وهو أمين لايضمن إلّا بتفريط أو تعدّ، ولم يحصل أحدهما.

قوله رحمه الله: «ولو أخذ البراءة ففي الضمان إشكال».

أقــول: يعني لو قطع سلعة صبي بغير إذن وليّه أو من بالغ بغير إذنه فجنى بذلك وسرت الجناية ضمن، فإن أخذ البراءة قبل ذلك هل يضمن بالسراية أم لا؟ فـيه إشكال.

ينشأ من انّه إبراء ممّا لم يجب فلم يكن صحيحاً.

ومن انّه ممّا تمسّ إليه الحاجة، ولقول علي عليه السلام: «من تطبّب أو تـبيطر فليأخذ البراءة من وليّه، وإلّا فهو ضامن»[1].

قوله رحمه الله: «ولو سلّم الى الموجر وقال: إنّه قفيز وكذب فتلفت الدابة بالحمل ضمن النصف، ويحتمل بالنسبة».

أقــول: انّه اذا استأجره لحمل قفيز الى مكان معيّن بأُجرة معيّنة ثمّ سلّم إليه قدراً وقال لموجر الدابة: إنّه قفيز وكان كاذباً في إخباره لأنّه أزيد من القفيز فتلفت الدابة بالحمل احتمل ضمان النصف؛ لأنّه تلف من شيئين، أحدهما: غير مـضمون، وهو ما استوجر لحمله. والآخر: مضمون، وهو الزيادة فيسقط النصف، وهو ما قابل ما ليس بمضمون، ويضمن النصف الآخر للتعدّي.

ويحتمل التقسيط على التقديرين، فإن الزيادة اذا كانت نصف قفيز ـ مثلاً ـ ضمن ثلث قيمة الدابة.

قوله رحمه الله: «ولو استأجر للقصاص فـعفا

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١٨ من أبواب ضمان النفوس ح ٥٨ ج ١٠ ص ٢٣٤، وسائل الشـيعة: ب ٣٤ من أبواب موجبات الضمان ح ١ ج ١٩ ص ١٩٤.

سقط القصاص ولا أُجرة، فإن اقتصّ الأجير مع العلم ضمن، ولا معه يستقرّ الضمان على المستأجر إن تمكّن من الإعلام، وإلّا فإشكال».

أقول: منشأ الإشكال من احتمال عدم ضمان المستأجر؛ لأنّه لايمنع من العفو بل هو مرغب فيه، ولم يتمكّن من الإعلام فلم يصدر منه تقصير ولا مباشرة إتلاف فلا يكون ضامناً، ويضمن الأجير؛ لأنّه قتلٌ شبيه عمد.

ومن احتمال ضمان المستأجر؛ لأنّه غار بسبب تسليطه على القتل بمقتضى الإجارة الصحيحة، وتجديد العفو من غير شعوره ولا إشعاره فكان استقرار الضمان عليه دون الأجير، وإن كان مباشراً لاستناده في ذلك الى إجازة شرعية لم يعلم تجدّد فسخها.

قوله رحمه الله: «لو اختلفا في أصل الإجارة فالقول قول منكرها مع اليمين، فإن وقع الاختلاف بعد استيفاء المنافع وإتلاف الأُجرة فإن كان المدّعي المالك فله المطالبة بالمتخلّف من أُجرة المثل، وليس للمستأجر المطالبة بالفاضل من المسمّى لو كان، ولاضمان في العين. وإن كان هو المستأجر لم يسقط ضمان العين إن أنكر المالك الإذن في التصرّف، ولم يكن للمستأجر المطالبة بالفاضل من أُجرة المثل لوكان».

أقـول: هذه من المواضع التي كنّا نبحث عند المصنّف فيها، ويحصل التردّد منه ومن الجماعة في تمشية هذا الكلام والاتّفاق على احتياجه الى إصلاح؛ لأنّه قال: «لو اختلفا في أصل الإجارة فالقول قول منكرها مع اليمين» بمعنى لو ادّعى واحد الإجارة وأنكر الآخر فالقول قول المنكر مع يمينه وعدم البيّنة، وهو ظاهر.

ثمّ قال: «فإن كان المدّعي هو المالك» وهذا لايمكن حمله على انّ المالك ادّعى الإجارة وأنكر الآخر؛ لأنّه لو كان كذلك لكان القول قول المستأجر، فاذا حلف المستأجر على نفي الإجارة وقد وقع الاختلاف بعد قبض المالك الأُجرة وإتلافها واستيفاء المستأجر للمنافع فكان الحكم يقتضي وجوب أُجرة المثل على المدّعى عليه بالأُجرة المسمّاة؛ لإنكاره الإجارة، ويمينه على عدمها فلا يلزمه المسمّى، وذلك يقتضي أنّ المالك عليه أن يردّ الفاضل من الأُجرة المسمّاة، ولم يكن للمالك المطالبة بالفاضل من أُجرة المثل؛ لأنّه يزعم انّه قد استوفى حقّه من الأُجرة. والمصنّف عكس فقال: «ليس للمستأجر المطالبة بالفاضل من المسمّى، وللمالك المطالبة بالفاضل من أُجرة المثل».

ولكن يحمل ذلك على إنكار المالك الإجارة الصحيحة ودعوى فساد الإجارة فسمّاه مدّعياً؛ لأنّه ادّعى الفساد، ومنكر لأصل الإجارة؛ لأنّه منكر لوقوع عقد صحيح. فعلى هذا يتمشّى هذا الكلام بشرط أن يقال: إنّه اذا ادّعى فساد العقد يكون القول قوله مع يمينه، وفيه ما فيه، ويكون للمالك المطالبة بالفاضل من أُجرة المثل لادّعائه فساد العقد، وليس للمستأجر المطالبة بالفاضل من المسمّى لو كان لزعمه حقّ للمالك، وانّ العقد صحيح، ولا ضمان في العين؛ لأنّ العقد الفاسد يتبع الصحيح، والعين المقبوضة بالعقد الصحيح ليست مضمونة فكذا بالفاسد.

ثمّ قال المصنّف: «وان كان المدعي هو المستأجر لم يسقط ضمان العين» وهذا انّما يتمشّى اذا حمل على ظاهره، وهو أنّه قد ادّعى المستأجر وقوع الإجارة وأنكر المالك، فحينئذٍ اذا أنكر المالك مع ذلك الإذن في قبضها سواء كان بعقد فاسد أو عارية أو غير ذلك كان القول قوله، ولا يسقط ضمان العين؛ لأنّه قبض غير مأذون فيه فكان يوجب الضمان في العين على قابضها.

فظهر من هذا أن الكلام فيه خلل؛ لأنّ قوله: «إن كان المدّعي المالك» «وإن كان هو المستأجر» إن أُخذ بمعنى واحد تناقضت الأحكام ولم تكن مطابقة، وإن أُخذ دعوى الموجر بمعنى ودعوى المستأجر بمعنى آخر لم يكن قد استوفى أقسام المسألة بالنسبة الى كلّ واحد، بل يكون قد ذكر حكم الموجر اذا ادّعى على وجه، ولم يذكر حكم المستأجر اذا كان قد ادّعى على ذلك الوجه، ثمّ ذكر حكم دعوى المستأجر على وجه آخر ولم يذكر حكم الموجر على ذلك الوجه.

والتحقيق هنا أن يقال: الاختلاف إن كان منهما فامّا في أصل الإجارة بأن يقول أحدهما: وقعت الإجارة وينكر الآخر وقوعها، وأمّا في وقوع عقد صحيح ويقول الآخر: هو فاسد. فإن كان الأوّل فامّا أن يكون المدّعي هو المالك بأن يقول: آجرتك الدار ـ مثلاً ـ سنة بدينار ويقول الساكن بعد سكنى السنة وتسليم الدار الى الموجر وإتلافه: ما استأجرت فالقول قول المستأجر؛ لأنّه منكر مع يمينه وعدم البيّنة، فاذا حلف حكم ببطلان الإجارة، ويجب عليه بزعمه أُجرة المثل، فإن كانت زائدة مثل إن كانت دينارين ليس للمالك المطالبة بالدينار الزائد؛ لأنّه يزعم انّ المستأجر كاذب في يمينه فانّه لا يستحقّ عنده شيئاً؛ لأنّه قبض الأُجرة بتمامها، وللمستأجر المطالبة بالفاضل من أُجرة المثل؛ لأنّه قد بطل في حقّه حكم الإجارة

بيمينه وعدم البيّنة فلزمه أُجرة مثل السكنى لاغير، واذا كانت نصف دينار ـ مثلاً ـ كان له المطالبة بالمتخلّف، ولا ضمان في العين؛ لأنّ المالك يقول: قد قبضها المستأجر بحكم الإجارة، فلا يكون متعدّياً فيها.

وان كان المدّعي للإجارة المستأجر وأنكر المالك فإن أنكر مع ذلك الإذن في التصرّف فيها ـ بأن قال: ما آجرتك ولا أذنت لك في التصرّف كان القول قوله مع يمينه وعدم البيّنة، فاذا حلف استحقّ أُجرة المثل فله المطالبة به إن كان، وليس للمستأجر المطالبة بفاضل المسمّى من أُجرة المثل لوكان؛ لأنه وإن كان حكم ببطلان الإجارة إلّا انّ المستأجر يقول للموجر: كاذب في يمينه، والأُجرة التي سلّمها إليه وأتلفها حقّه فليس له الدعوى بشيء منها، ويضمن العين؛ لأنّ المالك أنكر الإذن في التصرّف فكان قبضه وتصرّفه فيها مضمونين.

وإن كانت الدعوى في الصحّة والفساد فإن كان المدّعي لفساد الإجارة هو المالك كان القول قول المستأجر؛ لأنّه يدّعي الصحّة، فاذا حلف ثبتت الإجارة وبرئ؛ لأنّه سلّم الأُجرة الى الموجر، ولم يكن للمالك المطالبة بشيء آخر. وإن كان مدّعي الفساد هو المستأجر فالقول قول المالك مع يمينه في الصحّة، فاذا حلف ثبت له المسمّى، وليس له المطالبة بفاضل أُجرة المثل عن المسمّى لو كان؛ لأنّه يعترف بقبض حقّه. فهذا ما يجب أن نعتقد من فقه هذه المسألة.

قوله رحمه الله: «ولو اختلفا في قدر الأُجرة فقال: أجّرتك سنة بدينار ـ الى قوله: ـ ولو قال: بل سنتين بدينار فهنا قد اختلفا في قدر العوض والمدّة فالأقرب التحالف».

أقول: امّا الاختلاف في المدّة فظاهر؛ لأنّ الموجر يقول: سنة والمستأجر يقول: سنتين، وأمّا الاختلاف في العوض مع اتّفاقهما على كونه ديناراً فلأنّ الموجر يزعم انّ الدينار من السنة والمستأجر يزعم انّ بعض الدينار في مقابلة السنة ومن ثمّ أوجب التحالف وادّعى انّه أقرب من غيره؛ كقول ابن ادريس إنّ القول قول المستأجر لأنّه منكر[1] وكقول الشيخ في الخلاف في باب المزارعة: إنّه تستعمل القرعة[2].

ووجه القرب انّ كلّ واحد منهما مدّعٍ لعقد مغاير للعقد الذي يدّعيه الآخر فالمستأجر يدّعي أنّه يستحقّ المنفعة سنتين والمالك ينكر السنة الثانية فكان القول قوله فيها، ثمّ انّ الموجر يدّعي انّه يستحقّ عن هذه السنة المتّفق عليها ديناراً والمستأجر ينكر ويزعم انّ المستحقّ عليه نصفه، فالقول قوله، فتعيّن التحالف.

قوله رحمه الله: «ويحتمل مع التحالف استحقاق المنافع سنة بالنسبة من الدينار».

أقول: وجه هذا الاحتمال انّا انّما أوجبنا اليمين على المالك؛ لأنّ القول قوله في إنكار السنة الزائدة، فاذا حلف بطل استحقاقها، وليست الأُولى متّفق عليها وانّما أوجبنا اليمين على المستأجر؛ لأنّ المالك ادّعى عليه ديناراً في مقابلة السنة وهو ينكر، فاذا حلف سقط عنه الزيادة من الدينار الذي ادّعاه المالك.

قوله رحمه الله: «ولو اختلفا في وقت الهلاك أو الإباق أو المرض فالقول قول المستأجر؛ لأنّ

---

(١) السرائر: باب الإجارات ج ٢ ص ٤٦٤.

(٢) الخلاف: كتاب المزارعة المسألة ١٠ ج ٣ ص ٥٢١.

الأصل عدم العمل إن قدر به وقلنا: يملك بالعمل، وإلّا فإشكال».

أقــول: يريد لو قلنا: إنّما يستحق الأُجرة بتسليم العين المستأجر عليها لا بمجرّد العمل ففي تقديم قول المستأجر إشكال.

ينشأ من انّه مدّعٍ لتقدّم الهلاك أو المرض أو الإباق، والأصل عدم التقدّم فيكون القول قول المالك؛ لأنّ المانع من تقديم قوله كونه يدّعي الأُجرة. وهذا المعنى هاهنا منتفٍ؛ لأنّ الأُجرة استحقّت بمجرّد العمل على هذا الفرض.

ومن كون العمل له مدخل في الاستحقاق وان لم يستحقّ به وحده.

قوله رحمه الله: «ولو قال: أمرتك بقطعة قباء فقال: بل قميصاً قدّم قول المالك على رأي».

أقــول: للشيخ في هذه المسألة قولان، أحدهما: القول قول مالك الثوب، ذكره في الخلاف في باب الإجارة[١]، وفي المبسوط عقيب حكاية الخلاف فيها فقال فيه: وقال قوم: القول قول صاحب الثوب، وهو الصحيح[٢]. والقول الآخر: القول قول الخيّاط، ذكره في باب الوكالة من الخلاف[٣]. والأوّل مذهب المصنّف، وابن ادريس[٤].

---

(١) الخلاف: باب الإجارة المسألة ٣٤ ج ٣ ص ٥٠٦.

(٢) المبسوط: كتاب الإجارات ج ٣ ص ٢٤٨.

(٣) الخلاف: كتاب الوكالة المسألة ١١ ج ٣ ص ٣٤٨.

(٤) السرائر: باب الإجارات ج ٢ ص ٤٧٥.

قوله رحمه الله: «لو كانت الخيوط للخيّاط ففي أخذها نظر أقربه ذلك».

أقول: وجه النظر من حيث إنّه مسبوق بإدخالها في ثوب غيره؛ لأنّه قد ثبت تقديم قول المالك، وهو يقتضي انّه لو فعلها بغير إذن المالك فجرى مجرى أُجرة الخياطة فليس له أخذها.

ومن انّه مالك لها فلا ينتقل ملكه عنها بمجرّد وضعها في الثوب، كما لو وضع ثوبه في دار غيره بإذنه أو بغير إذنه، ولأنّ الأصل بقاؤها على ملكه، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّ الخيّاط لم يصدق على المتبرّع، إذ الخيّاط يدّعي وضعها بإذن المالك ولم يثبت إذنه، وليس ذلك كالمنافع المستهلكة ـ أعني العمل ـ بل هي أعيان باقية لم يصدر من المالك سبب نقلها فكانت باقية على ملكه.

قوله رحمه الله: «وعلى رأي قدّم قول الخيّاط».

أقول: قد ذكر هذا القول.

قوله رحمه الله: «ولو قال: آجرتك كلّ شهر بدرهم من غير تعيين فقال: بل سنة بدينار ففي تقديم قول المستأجر نظر».

أقول: وجه النظر من حيث إنّه مدّعٍ للصحّة في تقديم قوله.

ومن حيث إنّه مدّعٍ لاستئجار سنة والمالك ينكر ذلك فكان القول قول المالك مع يمينه.

قوله رحمه الله: «فإن قدّمنا قول المالك فالأقوى صحّة العقد في الشهر الأوّل هنا».

أقــول: انّما يكون الأمر كذلك اذا كان قسط الشهر الأوّل من الأجرة درهماً لاغير ـ بأن يتساوى أُجرة الشهور ـ أو بغير ذلك، وانّما كان العقد صحيحاً في الشهر الأوّل لاتّفاقهما على انّ في مقابله قسط من ذلك الشهر مقدار درهم، والاختلاف انّما هو في مجرّد الصحّة فيحكم بها؛ لأنّ الأصل الصحّة.

وقوله: «هنا» يعني بخلاف مالو وقع الاتّفاق على انّه آجره كلّ شهر بدرهم، فانّ بعض الأصحاب يقول: يصحّ في كلّ شهر، كما تقدّم. والمختار عند المصنّف بطلان العقد في الشهر ومازاد عليه، امّا هنا فيصحّ في الشهر؛ لما قلناه.

ونحن نتوقّف في ذلك؛ لأنّ عند تقديم قول المالك يبطل ما ادّعاه المستأجر والشهر الأوّل ليس متّفقاً على صحّته، بل في نفس الأمر إن كان المستأجر صادقاً استحقّ الشهر وباقي السنة، وإن كان الموجر صادقاً بطل عند المصنّف في الشهر ومازاد عليه، فالقطع بثبوته في الشهر لا وجه له.

قوله رحمه الله: «وكذا الإشكال في تقديم قول المستأجر لو ادّعى أُجرة مدّة معلومة أو عوضاً معيّناً وأنكر المالك التعيين فيهما، والأقوى التقديم فيما لم يتضمّن دعوى».

أقــول: وجه الإشكال من حيث إنّه مدّعٍ لاستحقاق منفعة في ملك غيره والمالك ينكر ذلك فكان القول قوله مع يمينه.

ومن حيث إنّهما اتّفقا على وقوع عقد الإجارة، وانّما الخلاف في الصحّة فيقدّم قول مدّعيها ـ وهو المستأجر ـ لأنّ الأصل صحّة العقد.

والأقرب عند المصنّف انّ دعوى المستأجر للصحّة إن تضمّنت دعوى على

الموجر فالقول قول الموجر مع يمينه، كما اذا قال: استأجرت سنة بدينار وقال المالك: لم يذكر العوض، فاذا كان الدينار[1] قاصراً عن أُجرة المثل فهاهنا دعوى محضة على الموجر فلا يقدّم قول المستأجر فيها، وان لم يتضمّن ذلك ـ مثل إن كانت مساوية لأُجرة المثل أو أزيد ـ فإن الاختلاف انّما هو في الصحّة والفساد فيقدّم قول المستأجر، عملاً بأصالة الصحّة السالم عن معارضة ما يقتضي الدعوى على الموجر.

(١) في ق: «ماله».

أحكام المزارعة

قوله رحمه الله: «أو ازرع هـذه الأرض عـلى إشكال».

أقـول: هل تنعقد المزارعة بقول المالك للعامل: ازرع هذه الأرض مدّة كذا الى آخر الإيجاب؟ يحتمل ذلك؛ لأنّ الأصل الجواز، خصوصاً مع وجود لفظ يدلّ على الرضا بتلك المعاملة الصحيحة.

ويحتمل عدمه؛ لأنّه لفظ الأمر، وألفاظ العقود انّمـا تـصحّ بـلفظ المـاضي؛ لأنّ الأصل عدم تسلّط الغير على ملك غيره بشيء من التصرّفات بغير سبب يقتضي ذلك ولم يثبت.

قوله رحمه الله: «ولو علم القصور فإشكال».

أقـول: منشأ الإشكال من عموم الإذن في المزارعة مع تعيين المدّة، وهو هنا ثابت.

ومن انتفاء فائدة المزارعة حينئذٍ.

قوله رحمه الله: «فلو ذكر مدّة يظنّ الإدراك فيها فلم يحصل فالأقرب أنّ للمالك الإزالة مع الأرش أو التبقية بالأُجرة».

أقول: وجه القرب انّ المعاملة انّما تناولت ذلك الزمان المعيّن فيكون له الإزالة بعده مع الأرش؛ لأنّه نقص دخل على مال العامل لتخليص ملكه فكان عليه الأرش، كما لو كسر محبرة الغير لإخراج ديناره أو هدم حائطه لإخراج دابته مع عدم تفريط أحدهما والإبقاء بالأُجرة؛ لأنّه لايجب عليه التبرّع على غيره بإبقاء زرعه، فحينئذٍ يلزم العامل حصّته من الأُجرة على نسبة[1] حصّته من الزرع.

قوله رحمه الله: «ولو شرط في العقد تأخيره عن المدّة إن بقي بعدها فالأقرب البطلان».

أقول: وجه القرب انّ عقد الإجارة تضمن مدّة مجهولة فيكون داخلاً تحت عموم الغرر المنهيّ عنه.

ويحتمل ضعيفاً الجواز، بناءً على انّه لايشترط تعيين المدّة في الزرع، وهو ممنوع.

قوله رحمه الله: «أو شرطاً إخراج البذر أوّلاً والباقي بينهما بطل على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من انّه شرط سائغ فوجب الوفاء به؛ لعموم الخبر[2].

---

(١) في ج: «قدر».

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٣١ المهور والأُجور... ح ٦٦ ج ٧ ص ٣٧١، وسائل الشيعة: ب ٢١ من أبواب المهور ح ٤ ج ١٥ ص ٣٠.

ومن احتمال أن لا يخرج غير ذلك القدر فيؤدّي الى اختصاص أحدهما بالحاصل، بأن يكون الخارج ذلك البذر المخرج فيضيع حقّ الآخر ويبقى[١] الشياع، مع انّه شرط في صحّة العقد.

والشيخ رحمه الله جوّز ذلك حيث قال في النهاية: اذا شرط الزارع أن يأخذ بذره قبل القسمة كان له ذلك، وإن لم يشترط كان البذر عليه على ما شرط[٢]. وابن ادريس[٣]، وابن البرّاج[٤] أيضاً جوّزا ذلك، ومنعوا جميعاً من اشتراط أقفزة معيّنة لأحدهما. والمصنّف تردّد في الجميع؛ لما قلناه.

قوله رحمه الله: «ولو شرط أحدهما على الآخر شيئاً يضمنه له من غير الحاصل مضافاً الى الحصّة صحّ على رأي».

أقول: لو شرط المالك على العامل أو بالعكس على الآخر شيئاً يضمنه له مضافاً الى الحصّة قال الشيخ: يكره[٥]. ونقل المصنّف عن بعض الأصحاب المنع من ذلك، ولم يحضرني الآن اسمه.

قوله رحمه الله: «وفي صحّة كون البذر من ثالث نظر، وكذا لو كان البذر من ثالث والعوامل من رابع».

---

(١) في ج: «ينتفي».

(٢) النهاية ونكتها: باب المزارعة والمساقاة ج ٢ ص ٢٦٨ ـ ٢٦٩.

(٣) السرائر: باب المزارعة ج ٢ ص ٤٤٧.

(٤) المهذّب: باب المزارعة والمساقاة ج ٢ ص ١٢.

(٥) النهاية ونكتها: باب المزارعة والمساقاة ج ٢ ص ٢٧٣.

أقول: منشأ النظر من أنّ العقود الشرعية متلقّاة من توقيف الشارع، والفقهاء فسّروا المزارعة بأن تكون من أحدهما كذا ومن الآخر كذا، فجوّزوا العقد بين اثنين، ولم يردّ مشروعية غيره فلا يتخطّى إليه.

ومن عموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾[1] وقوله صلّى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم»[2] وهذا عقد وشرط بين المتعاملين فوجب الوفاء به، ولأنّ الأصل الجواز.

قوله رحمه الله: «والإطلاق يقتضي أن يكون البذر من العامل، ويحتمل البطلان».

أقول: وجه وجوبه على العامل عند الإطلاق انّ الغالب في المزارعة هو المعاملة على الأرض بحصّة، فيحمل المطلق على ذلك.

ويحتمل بطلان العقد؛ لجواز كلّ من القسمين، فتكون المزارعة صادقة على تقدير كون البذر من العامل أو المالك، بل هي أعمّ من كلّ منهما، ولا دلالة للعامّ على الخاصّ، واذا لم يدلّ على أحدهما بخصوصية بطلت؛ للجهالة.

قوله رحمه الله: «ويجوز للمالك الخرص على العامل ـ الى قوله: ـ ولو زاد فإباحة على إشكال».

---

(١) المائدة: ١.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٣١ المهور والأجور... ح ٦٦ ج ٧ ص ٣٧١، وسائل الشيعة: ب ٢١ من أبواب المهور ح ٤ ج ١٥ ص ٣٠.

أقول: منشأ الإشكال من حيث إنّ للمالك رضا بالحصّة من ذلك القدر المخروص، وهو يقتضي إباحة مازاد عليه.

ومن حيث إنّ حقّه في الزائد فلا ينتقل عنه، وانّما رضي بذلك القدر على تقدير كون الحاصل هو المخروص لاغير.

واعلم انّ ابن ادريس لمّا حكى كلام الشيخ في النهاية وهو قوله: «ومن زارع غيره أرضاً على ثلث أو ربع وبلغت الغلّة جاز لصاحب الأرض أن يخرص عليه الغلّة ثمرة كانت أو غيرها، فإن رضي المزارع بما خرص أخذها وكان عليه حصّة صاحب الأرض، سواء نقص الخرص أو زاد وكان له الباقي، فإن هلكت الغلّة بعد الخرص بآفة سماوية لم يكن عليه شيء» قال ابن ادريس: الذي ينبغي تحصيله انّه لايخلو امّا أن يكون قد باعه حصّة من الغلّة أو الثمرة بمقدار في ذمّته من الغلّة أو الثمرة أو بحصّة من هذه الأرض، وكلاهما باطل؛ لأنّه داخل في المحاقلة والمزابنة، وإن كان ذلك صلحاً لابيعاً بثمن في ذمّة الاكار من غلّة أو ثمرة فيلزمه، سواء هلكت الغلّة بالآفات السماوية أو لا، وإن كان الصلح بغلّة منها فهو باطل للغرر، ولو كان ذلك فالغلّة بينهما إن زاد لهما أو نقص عليهما[1].

قوله رحمه الله: «ولو كان في الأرض شجر وبينه بياض فساقاه على الشجر وزارعه على البياض جاز، وهل يجوز بلفظ المساقاة مع قصد الزرع والسقي إشكال، ينشأ من احتياج المزارعة الى السقي».

---

(١) السرائر: باب المزارعة ج ٢ ص ٤٥٠.

أقـول: هذا تعليل الصحّة، وأمّا البطلان فلأنّهما عقدان مختلفان، ولكلّ منهما إيجاب مخصوص، ولم نقل إيجاب المزارعة فتكون باطلة.

قوله رحمه الله: «وقول صاحب البذر في قـدر الحصّة، ولو أقاما بيّنة احتمل تقديم بيّنة الآخر، وقيل: القرعة».

أقـول: أمّا تقديم قول صاحب البذر مع يمينه وعدم البيّنة فلأنّ النمـاء تـابع للأصل فيقتضي كون الملك له، والآخر مدّعٍ لتملّك مقدار زائد من حـاصل غـيره فيقدّم قول صاحب البذر مع يمينه وعدم البيّنة، وعند إقامة البيّنتين يحتمل تقديم بيّنة الآخر؛ لأنّ كلّ من كان القول قوله كانت البيّنة بيّنة الآخر؛ لقوله صلّى الله عليه وآله: «البيّنة على المدّعي»[1].

وقال الشيخ: يقرع بينهما؛ لأنّه أمر مشكل[2].

---

(١) الكافي: باب أنّ البيّنة على المدّعي... ح ١ ج ٧ ص ٤١٥.

(٢) لم نعثر عليه في كتب الشيخ ونقله عنه في الايضاح: ج ٢ ص ٢٩٠. نعم انّ الشيخ في الخلاف (المسألة ١٠ و ١١ ج ٣ ص ٥٢١) اختار القرعة فيما اذا اختلف المكري والمكتري في قـدر المنفعة أو قدر الأُجرة، وفيما اذا اختلف ربّ الأرض والزارع فقال الزارع: اعـرتنيها، وقـال المالك: أكريتها. فقال الشيخ في الأُولى: والذي يليق بمذهبنا أن يستعمل فيه القرعة. وقال في الثانية: يحكم بالقرعة.

أحكام المساقاة

قوله رحمه الله: «ولو قال: استأجرتك لتعمل لي في هذا الحائط مدّة كذا بنصف حاصله لم يصحّ على إشكال، ينشأ من اشتراط العلم بالأُجرة اذا قصدت، امّا اذا تجوّز بلفظها عن غيرها فلا».

أقول: هذا العقد لفظه لفظ الإجارة ومعناه معنى المساقاة، فالإجارة يشترط العلم بها نظراً الى حقيقة اللفظ، ولا يشترط بالنظر الى معنى المساقاة، فحينئذٍ يتحقّق الاشكال في جواز هذا العقد، فانّه يمكن أن يقال بأنّه باطل؛ لأنّه إجارة، والعلم بالأُجرة شرط فيها ولم يحصل. ويمكن أن يقال: هو صحيح؛ لأنّه قصد باللفظ التجوّز به في المساقاة والإجارة ليست مقصودة فلا يكون تعيين الأُجرة فيها شرطاً، كما قال المصنّف.

قوله رحمه الله: «وفي المساقاة على مالا ثمرة له اذا قصد ورقه كالتوت والحناء إشكال».

أقــول: منشأ الإشكال من اشتراط المساقاة بالأصل ذي الثمرة المنتفع بها مع بقاء الأصل، وليس لهذين ثمرة، فلا تصحّ المساقاة عليها.

ومن انّ الورق المقصود من هذا الشجر يجري مجرى ثمرته، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّ معنى الثمرة موجود فيه، وهو الفائدة المتجدّد حصولها في كلّ عام المنتفع بها مع بقاء أصلها فصحّت المساقاة عليها، ولأنّ الأصل الجواز.

قوله رحمه الله: «فإن خرجت المدّة ولم تظهر الثمرة فلا شيء للعامل، ولو ظهرت ولم تكمل فهو شريك، والأقرب عدم وجوب العمل عليه».

أقــول: لأنّ مقتضى العقد العمل في تلك المدّة المشترطة، ولم تتناول ما عداها، فلا يجب عليه مازاد.

قــوله رحمــه الله: «ولو قــدّر المدّة بالثمرة فإشكال».

أقــول: ينشأ من احتمال المنع بجهالة المدّة، فلايعرف كلّ من المتعاقدين ما وجب له أو عليه من العمل، وذلك غرر منهيّ عنه.

ومن احتمال الجواز؛ لأنّ الثمار لها أمد يعتاد حصولها فيه غالباً فيكون كالمعلوم، ومع انّ مبنى عقد المساقاة على الجهل في العوض، فجازت في العمل المقابل له اذا كان يتميّز ولا يؤدّي الى اختلاف بينهما، وهو هنا كذلك، وهو مذهب ابن الجنيد فانّه قال: ولابأس بالمساقاة على النخل سنةً وأكثر من ذلك، حضرت المدّة أولم تحضر[1].

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الإجارة الفصل الثالث في المساقاة ص ٤٧٢ س ٢٩.

قوله رحمه الله: «والكشّ للتلقيح على رأي».

أقـول: عدّ المصنّف من جملة ما يجب على المالك الكشّ الذي يلقّح به، وهو قول الشيخ في المبسوط[١].

وقال ابن ادريس: انّه على العامل[٢].

قوله رحمه الله: «ولو شرط أن يكون عمل الغلام لخاصّ العامل فالأقرب الجواز».

أقـول: لأنّه شرط سائغ لايمنع منه مانع فكان العقد المشتمل عليه صحيحاً. واعلم انّ الشيخ في المبسوط جوّز ذلك، ومنع أن يشترط أن يعمل المالك معه[٣].

قوله رحمه الله: «أمّا لو شرط العمل أن يستأجر بأُجرة على المالك في جميع العمل ولم يبق للعامل إلّا الاستعمال ففي الجواز إشكال».

أقـول: وجه الإشكال من حيث إنّ الاستعمال لايعدّ عملاً في الثمرة، فانّه يكون حينئذٍ بمنزلة التوكيل، فيكون ذلك توكيلاً لا مساقاة.

ومن حيث إنّ شرط المساقاة مطلق العمل وإن قلّ، واستعمال الأُجراء في الثمرة عمل فيها أيضاً.

قوله رحمه الله: «أو شرط مع الحصّة من الثمرة جزءً من الأصل على إشكال».

---

(١) المبسوط: كتاب المساقاة ج ٣ ص ٢١٠.

(٢) السرائر: باب المساقاة ج ٢ ص ٤٥١.

(٣) المبسوط: كتاب المساقاة ج ٣ ص ٢١١.

أقـول: وجه الإشكال انّ موضوع المساقاة العمل على الأُصول بحصّة من ثمرها مع بقائها على ملك المالك.

ومن انّ اشتراط الجزء منها يجري مجرى اشتراط الذهب أو الفضّة أو غير ذلك مع الحصّة وهو جائز، ولأنّ الأصل الجواز.

قوله رحمه الله: «ولو شرط المالك على العامل شيئاً من ذهب أو فضّة مع الحصّة كان مكروهاً، ووجب الوفاء به مالم تتلف الثمرة أولم تخرج فيسقط، وفي تلف البعض أو قصور الخروج إشكال».

أقـول: منشأ الإشكال من انّه شرط لزم بالعقد فلايبطل بالقصور أو تلف البعض.

ومن كونه في مقابلة الثمرة، ولهذا لو لم تظهر ثمرة لم يلزمه شيء مع كونه مشروطاً في العقد، وذلك يقتضي سقوط ما قابل التالف أو القاصر.

قوله رحمه الله: «ولو قال: ساقيتك على أنّ لك النصف من الثمرة صحّ وإن أضرب عن حصّته، وفي العكس إشكال».

أقـول: منشأ الإشكال من حيث إنّ مفهوم قوله: «لي النصف» «انّ لك النصف الآخر» فيكون قد ذكر حصّة العامل، وهو عقد صحيح.

ومن حيث إنّ النماء تابع للأصل، وذلك يقتضي أن تكون الثمرة للمالك، إلّا ما

أخرجه عن ملكه، ولم يخرج شيئاً؛ لأنّه لما لم يتعرّض للنصف الآخر بنفي ولا إثبات بقي على الأصل في التملّك، بخلاف تعيين حصّة العامل، فإن حصّة المالك باقية عليه لايحتاج في تملّكها الى ناقل.

قوله رحمه الله: «ولو ساقاه على بستانين ـ الى قوله: ـ ولو ساقاه على أحدهما بعينه بالنصف على أن يساقيه على الآخر بالثلث صحّ على رأي».

أقول: منع الشيخ وابن الجنيد من ذلك، امّا الشيخ فقال في المبسوط: اذا قال ساقيتك على هذا الحائط بالنصف على أن أُساقيك على الآخر بالثلث بطلت؛ لأنّه بيعتان في بيعة، فانّه مارضي أن يعطيه من هذا النصف إلّا بأن يرضى منه بالثلث من الآخر، وهكذا في البيع اذا قال: بعتك عبدي هذا بألف على أن تبيعني عبدك بخمسمائة، فالكلّ باطل[1].

وأمّا ابن الجنيد فانّه قال: ولا اختار ايقاع المساقاة صفقة واحدة على قطع متفرّقة بعضها أشقّ عملاً من بعض، ولا أن يعقد ذلك على واحدة ويشترط في العقد العقد على الأُخرى[2].

قوله رحمه الله: «ولو هرب العامل ـ الى قوله: ـ ولو تعذّر الحاكم كان له أن يشهد انّه يستأجر

---

(١) المبسوط: كتاب المساقاة ج ٣ ص ٢١١.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الإجارة الفصل الثالث في المساقاة ص ٤٧٢ س ١٩.

عنه ويرجع حينئذٍ ولولم يشهد لم يرجع وإن نوى الرجوع على إشكال».

أقول: منشأ الإشكال من أصالة عدم الرجوع على غيره، خرج منه ما اذا أشهد بالرجوع فيبقى من لم يشهد؛ لأنّه كالمتبرّع.

ومن انّ الإشهاد لايفيد ولاية على العامل، وانّما كان له الرجوع مع الإشهاد لثبوت عدم التبرّع، فاذا فرض وجوده بإقرار الخصم أو يمين المدّعى ثبت المقتضي للرجوع فكان له أن يرجع.

قوله رحمه الله: ولو ثبتت الخيانة فالأقرب أن يده لاترفع عن حصّته، وللمالك رفع يده عن نصيبه، فإن ضمّ المالك إليه حافظاً فأُجرته على المالك».

أقول: هذا ظاهر، فإن العامل مالك لحصّته، ورفع يد المالك عن حصّته لا وجه له.

قوله رحمه الله: «ولولم يمكن حفظه مع الحافظ فالأقرب رفع يده عن الثمرة وإلزامه بأُجرة عامل».

أقول: أمّا رفع يده عن الجميع مع تعذّر حفظ حصّة المالك بضمّ الحافظ إليه فلأنّ للانسان أن يمنع غيره من الخيانة في ماله ولايمكن هنا إلّا برفع يده فكان له ذلك.

وأمّا إلزامه بأُجرة عامل فلأنّ العمل وجب عليه، وقد تعذّر استيفاؤه منه بنفسه فوجب أن يستأجر غيره من يقوم بما وجب عليه.

أحكام الشركة

قوله رحمه الله: «واذا تميّز عمل الصانع من صاحبه اختصّ بأُجرته، ومع الاشتباه يحتمل التساوي والصلح».

أقول: امّا احتمال التساوي فلأنّ لكلّ واحد منهما أُجرة عمله من هذا الحاصل، وزيادة عمل أحدهما أو أُجرته على عمل الآخر أو على أُجرته خلاف الأصل فكان بينهما بالسوية.

وأمّا احتمال الصلح فلأنّه أحوط وأعدل، إذ الغالب انّ الأعمال والمعاملات تتفاوت، فاذا أخذ كلّ واحد نصف الحاصل يكون قد أخذ حقّه على احتمال واحد من ثلاث احتمالات فتكون القسمة صحيحة، وأقلّ وأكثر على احتمالين فتكون قسمة فاسدة، فلأنّه لايجوز لأحد أن يأخذ زائداً عن حقّه، ولا أن يعطي ناقصاً عن حقّه من غير مراضاة فتتعيّن المراضاة بينها ـ وهو الصلح ـ.

قوله رحمه الله: «ولو شرطا التفاوت مع تساوي المالين أو التساوي مع تفاوته فالأقرب

جـوازه إن عـملا أوأحـدهما، سـواء شرطت الزيادة له أو للآخر».

أقـول: لأصحابنا خلاف في هذه المسألة قال الشيخ في المبسوط[١] والخلاف[٢]: اذا شرطا التساوي مع التفاوت أو بالعكس فالشركة باطلة، وتبعه ابن ادريس[٣].

وقال السيد المرتضى: هي صحيحة ويلزم الشرط[٤]، وهو ظاهر كلام ابن الجنيد[٥].

وقال أبو الصلاح: لايلزم الشرط، ولصاحب الزيادة الرجوع فيها مادامت العين باقية، ولو شرطا التفاضل في عقد الشركة صحّت الشركة وبطل الشرط، ولو عمل أحدهما وشرط له الزيادة لم يلزم وكان له أُجرة عمله من الربح ويحسب ماله منه[٦].

والمصنّف اختار أنّ الأقرب صحّة الشركة إن كانا عالمين؛ لأنّ العاملين يجوز تفاوتهما في الحصّة، وكذا لو كان أحدهما عاملاً وشرطت الزيادة له. وامّا اذا لم يشترط له فانّما يلزم ذلك بمجرّد الشرط، لقوله صلّى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم»[٧].

---

(١) المبسوط: كتاب الشركة ج ٢ ص ٣٤٩.

(٢) الخلاف: كتاب الشركة المسألة ١٤ ج ٣ ص ٣٣٦.

(٣) السرائر: باب الشركة ج ٢ ص ٤٠٠.

(٤) الانتصار: مسائل شتّىٰ من الهبات والإجارات والوقوف والشركة ص ٢٢٨.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الإجارة الفصل السادس في الشركة ص ٤٧٩ س ١١.

(٦) الكافي في الفقه: الشركة وأحكامها ص ٣٤٣.

(٧) تهذيب الأحكام: ب ٣١ المهور والأُجور... ح ٦٦ ج ٧ ص ٣٧١، وسائل الشيعة: ب ٢١ من أبواب المهور ح ٤ ج ١٥ ص ٣٠.

وقوله: «وقيل: يبطل، إلّا أن يشترط الزيادة للعامل» إشارة الى قول أبي الصلاح وقد حكيناه.

قوله رحمه الله: «وهل يفتقر المحيز في تملّك المباح الى نيّة التملّك؟ إشكال».

أقول: ليس على هذه المسألة نصّ صريح، فيحتمل أن يقال: إنّه لايفتقر الى نيّة؛ لأنّ المحيز اذا اقتطع ماءً أو شيئاً من المباح فصار في يده فإن لم يقصد به التملّك فانّه يجوز له التصرّف فيه كيف شاء اتّفاقاً، وليس لغيره أخذه من يده ورفع يده عنه بغير إذنه، ولانعني بالتملّك إلّا ذلك، وهذا حكم تجدّد بعد الحيازة؛ لأنّ قبلها كان لكلّ أحد التصرّف فيه، فيظنّ بهذا انّ الاستيلاء وحده كافٍ في تملّك المباح من غير افتقار الى نيّة. ويحتمل توقّفه على النيّة.

امّا أوّلاً: فلأنّ صيرورة الشيء مملوكاً بعد أن لم يكن لابدّ له من سبب يقتضيه، وكون الحيازة وحدها كافية غير معلوم.

وأمّا ثانياً: فلأنّه قد كان غير مملوك له قبل الحيازة، والأصل بقاء ما كان على ماكان حتى يثبت السبب الناقل، ولم يثبت.

وأمّا ثالثاً: فلأنّه تكرّر من فتوى الأصحاب بالفرق بين ما وجد في جوف السمك والدواب، فحكموا بكون ما يوجد في جوف السمك مملوكاً للمشتري، ولايجب عليه تعريف الصائد، وأوجبوا تعريف ما وجد في بطون باقي الحيوان. ولو كان المباح يدخل في الملك بغير نيّة لما اختلفوا. وانّما نازع في ذلك ابن ادريس فانّه قال: لافرق بينهما[1].

---

(١) السرائر: باب اللقطة ج ٢ ص ١٠٦.

وقال الشيخ في المبسوط: يجوز أن يستأجره ليحتطب له أو يحتش مدّة معلومة[١].

ونصّ على ذلك في مسألة البئر المحفورة لا بنيّة التملّك فقال: لايملكونها؛ لأنّ المحيي انّما تملّك بالاحياء اذا قصد به التملّك، ذكر ذلك في باب إحياء الموات منه[٢].

(١) المبسوط: كتاب الشركة ج ٢ ص ٣٥٨.

(٢) المبسوط: كتاب إحياء الموات ج ٣ ص ٢٨١.

أحكام القراض

قوله رحمه الله: «ولو شرط ما ينافيه فالوجه بطلان العقد، كأن يشترط ضمان المال، أو سهماً من الخسران، أو لزوم المضاربة، أو أن لا يبيع إلّا برأس المال أو أقل».

أقول: وجه البطلان انّ هذه شروط فاسدة لمنافاتها عقد المضاربة، فاذا شرطت في نفس العقد لم يحصل الرضا منهما به بدونها، ولم يسلّم الشروط فيكون العقد حينئذٍ غير مرضٍ به فيكون العقد باطلاً.

قوله رحمه الله: «ولو شرط على العامل المضاربة في مال آخر أو يأخذ منه بضاعة أو قرضاً أو يخدمه في شيء بعينه فالوجه صحّة الشرط».

أقول: وجه الصحّة انّها شروط سائغة لاتنافي لمقتضى العقد فيلزم بالشرط،

عملاً بقوله صلّى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم»[١].

وفي بعضها خلاف، قال الشيخ في المبسوط: اذا دفع إليه ألفاً قراضاً على أن يدفع إليه ألفاً بضاعةً بطل الشرط؛ لأنّ العامل في المضاربة لايعمل عملاً بغير جعل ولا قسط من الربح، واذا بطل الشرط بطل القراض؛ لأنّ قسط العامل يكون مجهولاً؛ لأنّ المالك انّما جعل له النصف حتى شرط له العامل عملاً بغير جعل فيذهب من نصيب العامل قدر ما يزيد فيه لأجل البضاعة، وهو مجهول. ثمّ قال: ولو قلنا: القراض صحيح والشرط جائز لكنّه لايلزم الوفاء به؛ لأنّ البضاعة لايلزم القيام بها كان قوياً[٢]. وابن البرّاج جزم بفساد القراض والشرط[٣].

قوله رحمه الله: «فإن طالب الأوّل رجع على الثاني مع علمه لاستقرار التلف في يده، وكذا مع عدم علمه على إشكال».

أقول: يريد انّه لو ضارب العامل غيره بغير إذن المالك بطل العقد الثاني، فاذا تلف في يد الثاني كان للمالك أن يطالب من شاء من الأوّل والثاني؛ لأنّ كلّاً منهما متعدّ عليه في ماله فكان ضامناً، أمّا الأوّل فلتسليم ماله إليه بغير إذنه، وأمّا الثاني فلتصرّفه في ماله بغير إذنه. ثمّ إن كان الثاني عالماً بكونه مالّا لغيره استقرّ الضمان عليه، بمعنى انّ المالك اذا رجع عليه لم يرجع على الأوّل، فإن رجع على الأوّل رجع

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣١ المهور والأُجور... ح ٦٦ ج ٧ ص ٣٧١، وسائل الشيعة: ب ٢١ من أبواب المهور ح ٤ ج ١٥ ص ٣٠.

(٢) المبسوط: كتاب القراض ج ٣ ص ١٩٧.

(٣) المهذّب: كتاب المضاربة ج ١ ص ٤٦٦.

الأوّل عليه؛ لاستقرار التلف في يده، ولو لم يكن عالماً فإشكال.

ينشأ من حصول التلف في يده فيستقرّ الضمان عليه، كالعالم.

ومن كونه مغروراً ودخل على أنّه لاضمان عليه بالتلف؛ لأنّ المضاربة أمانة ولم يعلم بكونها لغير الأوّل فكان استقرار الضمان على الأوّل؛ لأنّه غار، وهذا بعينه هو منشأ الإشكال في قوله: «وإن طالب الثاني رجع على الأوّل مع جهله على إشكال» فإن الإشكال فيهما واحد.

قوله رحمه الله: «وإن ربح للمالك خاصّة، وفي رجوع الثاني على الأوّل بأُجرة المثل احتمال».

أقول: وجه الاحتمال انّه لم يتبرّع بالعمل فيه، والحصّة المشترطة لم تسلّم له، والأوّل هو الذي عامله فيكون له عليه أُجرة المثل.

قوله رحمه الله: «ولو قيل: إن كان الثاني عالماً بالحال لم يستحقّ شيئاً، وإن جهل فله أُجرة المثل على الأوّل كان وجهاً. ويحتمل عدم لزوم الشراء إن كان بالعين، وان كان بالذمّة احتمل اختصاص العامل الثاني به والقسمة بينه وبين العامل الأوّل في النصف واختصاص المالك بالآخر إن كان الأوّل شرط على الثاني انّ للمالك النصف والباقي بينهما».

أقول: المصنّف استحسن نصف الربح للمالك مطلقاً؛ لأنّه نماء ماله، ثمّ إن كان

العامل الثاني جاهلاً بالحال رجع على الأوّل بأُجرته لغروره، وإن كان عالماً فلاشيء له؛ لأنّه متبرّع بالعمل على المالك من حيث إنّه لم يأذن له في ذلك.

ويحتمل أن يقال: إمّا أن يكون العامل الثاني اشترى بعين المال أو في الذمّة، فإن اشترى بعين المال وقبض لم يلزم العقد وكان للمالك الخيار بين فسخه وإمضائه؛ لأنّه عقد صدر من فضولي فكان موقوفاً على الإجازة. والمصنّف اقتصر في حكم هذا القسم على احتمال عدم اللزوم، ولم يذكر انّه مع الإجازة وحصول الربح هل يكون للعامل الثاني شيء أم لا؟

وينبغي أن يقال: إن كان العامل عالماً بعدم إذنه في المضاربة الثانية فلا شيء له من الربح ولا أُجرة له على الأوّل، وإن كان جاهلاً رجع على الأوّل بأُجرة عمله، وإن كان الشراء في الذمّة قال المصنّف: فيه وجهان:

أحدهما: اختصاص الثاني به؛ لأنّ الشراء وقع له، فالربح بأجمعه له أيضاً.

وثانيهما: انّه مع اشتراط الأوّل عليه أن يكون الربح للمالك نصفه والنصف الآخر لهما، فيكون للمالك النصف ولهما النصف؛ لأنّه اشتراه في ذمّته للمضاربة بهذه النيّة فيقع الشراء لهم كذلك.

قوله رحمه الله: «ولو شرط المريض للعامل ما يزيد على أُجرة للمثل لم يحتسب الزائد من الثلث ـ الى قوله: ـ وهل المساقاة كذلك؟ إشكال، ينشأ من كون النخلة تثمر بنفسها».

أقول: اذا ساقى المريض غيره وشرط له من النماء ما يزيد على أُجرة مثل عمله احتمل الصحّة مطلقاً، وإن زاد على أُجرة المثل لما قلناه في المضاربة ـ من انّه لم

يتلف من تركته الموجودة شيئاً ـ فلا يفسد بالثلث.

واحتمل الفرق فيخرج مازاد عن أُجرة مثل العامل من الثلث في المساقاة؛ لأنّ النخلة تثمر بنفسها فكان كالموجود، بخلاف ربح الدراهم فانّها لاتربح بنفسها من غير استرباح بالمعاوضات، فلم يكن الربح المعيّن للعامل مخرجاً من التركة شيئاً.

قوله رحمه الله: «واذا فسد القراض بفوات شرط نفذت التصرّفات، وكان الربح بأجمعه للمالك، وعليه للعامل أُجرة المثل إلّا اذا فسد، بأن شرط جميع الربح للمالك ففي استحقاق الأُجرة إشكال، ينشأ من رضاه بالسعي مجّاناً».

أقول: ومن حيث إنّها مضاربة فاسدة، وإطلاق الفقهاء انّه اذا فسد عقد القراض كان الربح للمالك وعليه أُجرة العامل.

قوله رحمه الله: «ولو قال: خذ المال الذي على فلان ـ الى قوله: ـ وكذا يصحّ لو كان في يده وديعة أو غصب لم يتلف عينه فضاربه المالك به، والأقرب زوال الضمان بالعقد».

أقول: قد تقدّم مثل هذا في باب الرهن. ووجه زوال الضمان انّه أذن له في التصرّف فيه بالبيع والشراء والاسترباح بعقد المضاربة، وهو يقتضي أن يكون أمانة.

ويحتمل بقاء الضمان؛ لما قلناه في الرهن: من عدم المنافاة بين الضمان والعقد، كما اذا تعدّى فيه فحينئذٍ يبرأ بتسليمه الى البائع ثمناً قولاً واحداً؛ لأنّه تسليم مأذون فيه، فجرى مجرى التسليم الى وكيله.

قوله رحمه الله: «وفي المشاهدة إشكال».

أقول: وفي صحّة القراض بالمجهول وزنه مع مشاهدته إشكال.

ينشأ من أصالة الجواز، والعامل أمين يقبل قوله في مقداره، أمّا مع اليمين إن كذّبه المالك أو بدونها اذا لم يكذّبه ولم يسأل منه.

ويحتمل الفساد؛ لأنّه غرر يؤدّي الى التنازع.

قوله رحمه الله: «أمّا لو شرط أن يكون مشاركاً له في اليد أو يراجعه في التصرّف أو يراجع مشرفه فالأقرب الجواز».

أقول: وجه الجواز انّها شروط سائغة، فلم تفسد بها المضاربة، ويلزم بالشرط، عملاً بأصالة الجواز، ووجوب الوفاء بالشرط؛ للخبر[1].

قوله رحمه الله: «أمّا لو قال: على أنّ لي النصف وسكت عن حصّة العامل بطل على إشكال».

أقول: منشأه ما ذكرناه في المساقاة.

قوله رحمه الله: «وليس له أن يبيع بدون ثمن المثل ولا يشتري بأكثر منه ممّا لايتغابن الناس به، فإن خالف احتمل بطلان البيع وضمان النقص».

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣١ المهور والأُجور...ح ٦٦ ج ٧ ص ٣٧١، وسائل الشيعة: ب ٢١ من أبواب المهور ح ٤ ج ١٥ ص ٣٠.

أقـول: وجه البطلان انّه عقد غير مأذون فيه فلا يكون لازماً، ووجه ضمان النقص انّه متلف لذلك النقص فكان ضامناً له.

والوجه أن يقال: إنّهما حكمان لشيئين وليسا احتمالين لشيء واحـد، وذلك لأنّ المبيع إن أمكن استعادته ـ كما لو كان المشتري عبده ـ فللمالك الخيار بين الفسـخ وأخذ السلعة المبيعة أو الثمن المبتاع به أو الرضا فيلزم العقد، ولايحتمل في هذا القسم ضمان العامل؛ لأنّ الحال لايخلو من ضمان هذين القسمين، فإن تعذّرت الاستعادة ولم يرض المالك بالعقد ضمن باقي القيمة، وهو النقص.

قـوله رحمـه الله: «والأقـرب انّ له أن يـبيع بالعرض مع الغبطة».

أقـول: لمّا كان الغرض المقصود من المضاربة الاسترباح جاز له التـصرّف بكلّ ما يرجى منه الربح من غير خطر، فعلى هذا يجوز أن يبيع القماش بالاعراض كما يجوز شراء العرض ابتداءً، ولهذا يجوز له شراء المعيب، كلّ ذلك مـع مـراعـاة المصلحة.

قوله رحمـه الله: «وليس له أن يشـتري مـن ينعتق على المالك إلّا بإذنه، فإن فعل صحّ وعتق وبطلت المضاربة في ثمنه، فإن كان كلّ المال بطلت المضاربة، ولو كان فيه ربـح فـللعامل المـطالبة بثمن حصّته والوجه الأُجرة».

أقـول: قال الشيخ في المبسوط: اذا اشترى العامل من ينعتق على ربّ المال

بإذنه، فإن لم يكن فيه ربح انصرف العامل ولا شيء له، وإن كان له ربح ضمن المالك للعامل حصتّه من الربح[١].

والوجه عند المصنّف ثبوت الأُجرة؛ لأنّ المضاربة بطلت بدخول من يعتق على المالك في ملكه وعتقه في الحال، فيكون للعامل أُجرة عمله لاغير.

قوله رحمه الله: «فإن لم يأذن فالأقرب البطلان إن كان الشراء بالعين أو في الذمّة وذكر المالك،وإلّا وقع للعامل مع عمله، وفي جاهل النسب أو الحكم إشكال».

أقول: يريد انّه لو كان شراء العامل لمن ينعتق على المالك بغير إذن المالك فلا يخلو إمّا أن يكون قد اشتراه بعين مال المضاربة، أو اشتراه في ذمّته وذكر المالك، أو اشتراه في ذمّته ولم يذكر المالك.

أمّا على التقدير الأوّل فالأقرب عنده بطلان الشراء؛ لأنّه شراء بمال الغير على خلاف مصلحته فيكون باطلاً.

وأمّا على التقدير الثاني فكذلك؛ لأنّه لم يقع عن العامل لكونه قد سمّى المالك في العقد، ولا للمالك؛ لأنّه على خلاف مصلحته فيكون باطلاً أيضاً.

وأمّا على التقدير الثالث فيقع عن العامل؛ لأنّه باشر الشراء بمال في ذمّته فكان الشراء له. هذا كلّه اذا كان عالماً بالنسب الذي بينه وبين المالك وعالماً بالحكم ـ أي عتقه على المالك ـ أمّا لو كان جاهلاً بنسبه أو علم بالنسب وجهل كونه ينعتق

---

(١) المبسوط: كتاب القراض والمضاربة ج ٣ ص ١٧٤.

بالشراء على المالك ففيهما إشكال.

ينشأ من اقتضاء عقد المضاربة انّ للعامل شراء ما يرجو فيه الربح بثمن المثل وقد فعل.

ومن ظهور الشراء على خلاف مصلحة المالك.

قوله رحمه الله: «ولو اشترى من نذر المالك عتقه صحّ الشراء وعتق على المالك ـ إن لم يعلم العامل بالنذر ـ ولا ضمان».

أقول: تقدير الكلام صحّ الشراء إن لم يعلم العامل بالنذر وعتق على المالك، ولا ضمان عليه؛ لعدم التفريط؛ لأنّ العتق انّما جاء من جهة المالك.

وأقول: ينبغي أن يقال: وإن علم بالنذر فامّا أن يشتري بعين المال فيبطل الشراء، وكذا في الذمّة مع ذكر المالك، وإلّا وقع للعامل.

قوله رحمه الله: «ولو اشترى زوجة المالك احتمل الصحّة والبطلان».

أقول: وجه الصحّة انّها مملوكة اشتراها بثمن المثل بحسب ما ظهر من المصلحة فصحّ الشراء؛ لعدم مانع من ذلك، فإن شراءها لايوجب عتقها، بخلاف شراء من ينعتق بالنسب أو النذر، ولأنّ ذلك إتلاف لمال المضاربة.

ويحتمل البطلان إن اشترى بالعين أو في الذمّة وذكر المالك؛ لأنّه يقتضي بطلان نكاحه، وذلك على خلاف مصلحته.

قوله رحمه الله: «ولو اشترى زوج المالكة

بإذنها بطل النكاح، وبدونه قيل: يبطل الشراء لتضرّرها به، وقيل: يصحّ موقوفاً، ولا يضمن العامل ما يفوت من المهر ويسقط من النفقة، وقيل: مطلقاً فيضمن المهر مع العلم».

أقول: القول بالبطلان هو قول الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: اذا كان ربّ المال امرأة لها زوج مملوك فاشترى عاملها من ينعتق عليها فالحكم على ما مضى، وإن اشترى زوجها للقراض فهل يصحّ الشراء أم لا؟ نظرت فإن كان بإذنها صحّ وانفسخ النكاح ويكون العبد قراضاً، وإن كان بغير إذنها قيل: فإن الشراء باطل؛ لأنّ عليها ضرراً، وهو انّها تملّك زوجها فينفسخ نكاحها وتسقط نفقتها، والعامل اذا اشترى ما يضرّ بربّ المال لم يصحّ الشراء، كما لو اشترى من ينعتق عليها بغير إذنها، ومن الناس من قال: يصحّ الشراء؛ لأنّ المقصود من القراض طلب الربح وقد يكون الفضل في شراء زوجها. والأوّل أقوى[1].

والقول بأنّه موقوف على إجازتها نقله المصنّف، وهو لازم لمن قال: العقد الفضولي يقف على الإجازة، الذي هو مذهب كثير من أصحابنا وقد تقدّم ذكره.

وأمّا القول: بأنّه يصحّ مطلقاً فلم نقف في كتب أصحابنا عليه، وانّما نقله المصنّف وابن سعيد[2].

اذا عرفت هذا فهل يضمن العامل مهر الزوجية وما يسقط من نفقتها أم لا؟ يبنى ذلك على ما تقدّم من الأقوال، فمن قال: يكون الشراء باطلاً فلا يجب؛ لعدم

---

(١) المبسوط: كتاب القراض والمضاربة ج ٣ ص ١٧٦.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب المضاربة ج ٢ ص ١٤٢.

السقوط، ومن قال: يكون موقوفاً على إجازتها فلا ضمان على العامل؛ لأنّها إن فسخت الشراء فالنكاح باقٍ ولايسقط المهر، وإن رضيت بالشراء كان بطلان النكاح مستنداً الى إجازتها فهي التي أسقطت مهرها، ومن قال: يصحّ الشراء مطلقاً ضمن العامل مهرها إن كان العامل عالماً بالزوجية؛ لأنّه سبّب في سقوط المهر.

وقول المصنّف «مع العلم» يدلّ بمفهومه على انتفاء الضمان عنه مع جهله.

قوله رحمه الله: «الوكيل في شراء عبد مطلق لو اشترى أب الموكّل احتمل الصحّة وعدمها».

أقول: وجه الصحّة أنّ الوكالة تقتضي شراء ذلك الموصوف بالصفات التي عيّنها الموكّل، أو مطلق العبد بثمن المثل وقد فعل.

والفرق بين الوكيل وعامل المضاربة: انّ مبنى المضاربة على الاسترباح فيه، فيتعيّن على العامل مراعاة بقاء المال وحصول الربح، وذلك ينافي شراء أب المالك لأدائه الى تلف المال. بخلاف الوكالة فانّها استنابة في الشراء لما أمره الموكّل من غير التفات الى الربح وعدمه، بل يراعى انتفاء الغبر، بأن لايشتري بزيادة عن ثمن المثل وقد فعل.

ويحتمل البطلان؛ لكونه على خلاف مصلحة الموكّل.

قوله رحمه الله: «ولو اشترى العامل من ينعتق عليه ولا ربح في المال صحّ، فإن ارتفع السوق وظهر ربح وقلنا: يملك به عتق حصّته ولم يسر على إشكال، إذ لا اختيار في ارتفاع السوق

واختياره السبب، وإن كان فيه ربح وقلنا: إنّه لايملك بالظهور صحّ ولاعتق، وإن قلنا: يملك فالأقرب الصحّة وينعتق نصيبه ويسري الى نصيب المالك ويغرم له حصّته لاختياره الشراء، ويحتمل الاستسعاء في باقي القيمة للمعتق وإن كان العامل موسراً، والبطلان؛ لأنّه مخالف للتجارة».

أقول: هذه المسألة مبنيّة على أنّ العامل هل يملك حصّته من الربح بالشرط أو الأُجرة؟ وعلى تقدير انّه يملك حصّته من الربح بالشرط هل يملك بالظهور أو الانضاض؟ وفيها خلاف بين الأصحاب يأتي ذكره، وحينئذٍ نقول: اذا اشترى العامل من ينعتق عليه كأبيه وابنه فامّا أن لا يكون فيه ربح حال الشراء أو يكون، فإن لم يكن فيه ربح صحّ الشراء؛ لأنّه في الحقيقة كالوكيل عن المالك، ولا ريب في جواز شراء الانسان من ينعتق عليه لغيره، وحينئذٍ فامّا أن يظهر فيه ربح أو لا، فإن لم يظهر فيه ربح حتى بيع فلا بحث، وإن ظهر فيه ربح فإن قلنا: إنّ العامل لايملك حصّته من الربح بمجرّد ظهوره فالمضاربة بحالها، وإن قلنا: انّه يملك عتق منه حصّة العامل؛ لأنّه قد ملك منه تلك الحصّة، وتملك الحصّة ممّن ينعتق عليه يوجب العتق، وهل يسري الى باقيه؟ فيه إشكال.

ينشأ ممّا ذكره المصنّف: وهو انّ السراية انّما تكون لو ملكه باختياره والحصّة لم يملكها باختياره؛ لأنّها تجدّدت بسبب ارتفاع السوق، وارتفاع السوق لايدخل تحت الاختيار.

ومن انّه اختار السبب ـ أعني الشراء ـ لأنّه لولا الشراء لما ملك منه شيئاً بسبب ارتفاع السوق، واختيار السبب يجري مجرى اختيار المسبّب.

وإن كان فيه ربح جاز الشراء، فإن قلنا: لايملك بظهور الربح صحّ الشراء أيضاً؛ لعدم المانع ـ أعني العتق ـ فانّه انّما ينعتق عليه اذا ملك منه شيئاً ولم يملك فلا عتق فلا مانع. وإن قلنا: يملك الحصّة بمجرّد الظهور احتمل الصحّة، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّ المانع إنما هو حصول الضرر على المالك ولا ضرر عليه في ذلك؛ لأنّه انّما يقتضي عتق حصّة العامل،امّا حصّة المالك فإن كان العامل موسراً لسرى الى نصيب المالك من الأصل والربح وغرم له ذلك منهما، وإن كان معسراً لم يسر عليه فلا ضرر على المالك على كلّ واحد من التقديرين.

ويحتمل إلزام المعتق بالسعي وإن كان العامل موسراً، وهو اختيار ابن سعيد[1]؛ لأنّ العامل ما اشتراه لنفسه بل للمضاربة، فلا يملك إذ لايدخل في ملك العامل؛ لامتناع أن يشتري الانسان لنفسه شيئاً بمال غيره، وانّما تجدّد استحقاق الحصّة بمقتضى شرط المضاربة، فيكون كمن ملك بغير اختياره فلا يغرم، والعتق مبنيّ على السراية والتغليب؛ لما روي أنّ رجلاً اعتق من مملوك له شقصاً فاجأز النبي صلّى الله عليه وآله عتقه، وقال: «ليس لله شريك»[2]. ولايجوز الحكم بتضييع حقّ الشركاء عليهم، فوجب عليه فكّ نفسه بالسعي؛ لأنّه لمصلحته.على انّ أبا الصلاح عنده أنّ الشريك لو باشر عتق حصّته لوجه الله تعالى تحرّر منه تلك الحصّة

---

(١) شرائع الاسلام: كتاب المضاربة ج ٢ ص ١٤٢ ـ ١٤٣.

(٢) لم نعثر عليه في كتبنا ووجدناه في سنن البيهقي: كتاب العتق باب من أعتق من مملوكه شقصاً ج ١٠ ص ٢٧٣ ـ ٢٧٤.

واستسعى العبد في باقي قيمته[١]. ولم يفصّل بين الموسر والمعسر.

ويدلّ على ذلك ما رواه القاسم بن محمد، عن علي، عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن مملوك بين أُناس فأعتق أحدهم نصيبه، قال: يقوّم قيمته ثمّ يستسعى فيما بقي، ليس للباقي أن يستخدمه، ولا يأخذ منه الضريبة[٢].

ويحتمل بطلان الشراء؛ لأنّه شراء يؤدّي الى زوال الملك عن المبيع بغير اختيارهما، ولا مراعاة ربح، وهو مخالف للتجارة ـ كما قال المصنّف ـ بل منافٍ لها.

قوله رحمه الله: «ونفقته في الحضر على نفسه، وفي السفر من أصل القراض كمال النفقة على رأي».

أقول: هذا قول الشيخ في النهاية[٣]، ومذهب ابن الجنيد[٤]، وابن حمزة[٥]، وابن البرّاج[٦]، وابن ادريس[٧].

وقال الشيخ في المبسوط: نفقته في خاصّة[٨].

---

(١) الكافي في الفقه: فصل فيما يقتضي فسخ الرقّ ص ٣١٧.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ١ العتق وأحكامه ح ٢٥ ج ٨ ص ٢٢١، وسائل الشيعة: ب ١٨ من أبواب جواز عتق المستضعف ح ١٠ ج ١٦ ص ٢٣.

(٣) النهاية ونكتها: باب الشركة والمضاربة ج ٢ ص ٢٤٢.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل السابع في القراض ص ٤٨١ س ١٤.

(٥) الوسيلة: في بيان حكم القراض ص ٢٦٤.

(٦) المهذّب: كتاب المضاربة ج ١ ص ٤٦٦.

(٧) السرائر: باب المضاربة ج ٢ ص ٤٠٨.

(٨) المبسوط: كتاب القراض ج ٣ ص ١٧٢.

قوله رحمه الله: «ولو كان معه غيره قسّط، ويحتمل مساواته الحضر واحتساب الزائد على القراض».

أقول: هذا تفريع على استحقاق العامل النفقة من مال القراض في حال السفر، وهو انّه لو كان معه مال آخر يتّجر فيه احتمل تقسيط النفقة عليهما؛ لأنّه مشغول بالمصلحتين في المالين، فلايختصّ أحدهما بالإنفاق منه دون الآخر، فوجب التوزيع عليهما بالنسبة.

ويحتمل مساواته للحضر؛ لأنّه لم يسافر للقراض، وانّما سافر في تجارته وأراد أن يزداد في الربح فأخذ مال القراض من غيره مستصحباً له، لا انّ السفر لأجله فكانت نفقته في خاصّته، كمالو كان حاضراً.

ويحتمل أن ينفق من مال القراض مازاد على نفقة الحضر؛ لأنّه مشغول لمصلحته، كمالو كان حاضراً وانّما لزمه بسبب السفر القدر الزائد على نفقة الحضر، فكان له إنفاق ذلك القدر لاغير من مال القراض.

قوله رحمه الله: «ولو أذن له المالك في شراء أمة يطأُها قيل: جاز، والأقرب المنع».

أقول: القائل بالجواز هو الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: لايجوز للمضارب أن يشتري جارية يطأُها، إلّا أن يأذن له صاحب المال في ذلك[1].

والأقرب عند المصنّف المنع، وهو مذهب الشيخ نجم الدين ابن سعيد[2].

---

(١) النهاية ونكتها: باب الشركة والمضاربة ج ٢ ص ٢٤٢.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب المضاربة ج ٢ ص ١٤٥.

ووجه المنع انّ الأصل عصمة الفروج، إلّا بعقد أو ملك رقبة أو ملك منفعة، وقبل الشراء للجميع منتفٍ فكان حراماً.

قوله رحمه الله: «وليس له أن يخلط مال المضاربة بغيره، إلّا مع الأذن فيضمن بدونه، ولو قال له: اعمل برأيك فالأقرب الجواز».

أقول: وجه القرب انّه قد جعل أمر العمل في المال الى رأيه، فاذا مزجه برأيه فقد فعل شيئاً مأذوناً فيه فكان جائزاً.

قوله رحمه الله: «ولو دفع إليه مالاً قراضاً وشرط أن يأخذ له بضاعة فالأقوى صحّتها».

أقول: قد بيّنا انّ الشيخ رحمه الله منع من ذلك، والأقوى عند المصنّف الصحّة؛ لأنّه شرط سائغ، فوجب الوفاء به؛ للخبر[1].

قوله رحمه الله: «ولو قارض اثنان واحداً وشرطا له النصف وتفاضلا في الباقي مع تساوي المالين أو بالعكس فالأقوى الصحّة».

أقول: منع في المبسوط[2] من ذلك، وجوّزه في الخلاف[3]، وهو الأقوى عند

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣١ المهور والأجور... ح ٦٦ ج ٧ ص ٣٧١، وسائل الشيعة: ب ٢١ من أبواب المهور ح ٤ ج ١٥ ص ٣٠.

(٢) المبسوط: كتاب القراض ج ٣ ص ١٩١.

(٣) الخلاف: كتاب القراض المسألة ١٤ ج ٢ ص ١٩٧ ـ ١٩٨.

المصنّف؛ لأنّه شرط سائغ لاينافي مقتضى العقد فكان صحيحاً.

قوله رحمه الله: «العامل يملك الحصّة من الربح بالشرط دون الأُجرة على الأصحّ».

أقول: هذا قول الشيخ في المبسوط[١] والخلاف[٢] والاستبصار[٣]، وقول ابن الجنيد[٤]، وابن حمزة[٥]، وابن ادريس[٦].

وقال في النهاية: له أُجرة المثل والربح للمالك، وجعل كون الحصّة له رواية[٧]، وهو قول المفيد[٨]، وسلّار[٩]، وابن البرّاج[١٠]. وانّما كان القول الأوّل أصحّ لأنّه عقد، فوجب الوفاء به، لعموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾[١١] وقوله تعالى: ﴿إلّا أن تكون تجارة عن تراضٍ﴾[١٢] وقوله صلّى الله عليه وآله: «المؤمنون عند

---

(١) المبسوط: كتاب القراض ج ٣ ص ١٨٨ ـ ١٨٩.

(٢) الخلاف: كتاب القراض المسألة ١٤ ج ٣ ص ٤٦٦.

(٣) الاستبصار: باب أنّ المضارب يكون له الربح ج ٣ ص ١٢٦ ـ ١٢٧.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل السابع في القراض ص ٤٨١ س ٥.

(٥) الوسيلة: فصل في بيان القراض ص ٢٦٣.

(٦) السرائر: باب المضاربة ج ٢ ص ٤٠٩.

(٧) النهاية ونكتها: باب الشركة والمضاربة ج ٢ ص ٢٣٧.

(٨) المقنعة: باب الشركة والمضاربة ص ٦٣٣.

(٩) المراسم: ذكر الشركة والمضاربة ص ١٨٢.

(١٠) جواهر الفقه: باب مسائل متعلّقة بالمضاربة مسألة ٤٤٧ ص ١٢٥.

(١١) المائدة: ١.

(١٢) النساء: ٢٩.

شروطهم»[١] وغير ذلك من الروايات[٢].

قوله رحمه الله: «ويملك بالظهور لا بالانضاض على الأصحّ».

أقول: نقل الشيخ في المبسوط القولين فقال: فيما اذا اشترى العامل أباه ولا ربح فيه صحّ الشراء، فإن بقي في يده حتى يظهر فيه ربح فهل يعتق على العامل منه شيء أم لا؟ يبنى على القولين من يملك حصّته من الربح، فانّه على قولين، أحدهما: يملكها بالظهور، وهو الأظهر في روايات أصحابنا. والثاني: بالقسمة[٣].

قوله رحمه الله: «ولو تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه في التجارة احتسب التالف من الربح، وكذا لو كان قبل دورانه على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّ عقد المضاربة اقتضى أن لا يكون للعامل شيء من الربح، إلّا بعد رأس المال، وذلك يقتضي أن يكون التالف محسوباً من الربح، ولأنّ العامل دخل على ذلك.

ومن حيث إنّ التالف قبل دورانه في التجارة تبطل فيه المضاربة؛ لأنّه معدوم، وليس فيه عوض، والعامل أمين لم يتعدّ فيه ولم يفرط فيكون تلفه من المالك خاصّة،

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣١ المهور والأُجور... ح ٦٦ ج ٧ ص ٣٧١، وسائل الشيعة: ب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤ ج ١٥ ص ٣٠.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ١٨ الشركة والمضاربة ح ١٦ و١٧ ج ٧ ص ١٨٨، وراجع وسائل الشيعة: ب ٣ في أحكام المضاربة ج ١٣ ص ١٨٥.

(٣) المبسوط: كتاب القراض ج ٣ ص ١٧٧.

فلا يلزم المالك إخراج عوضه من الربح.

فإن قيل: اذا تلف مجموع مال القراض كيف يبقى هناك له شيء حتى يقال: يحتسب التالف من الربح أو لا؟

قلنا: يتقدّر على كلا الحالين، أمّا قبل دورانه في التجارة فبأن يكون دفع إليه مالاً قراضاً فاشترى متاعاً للقراض في الذمّة بإذن المالك ثمّ تلف مال القراض أجمع وجب على المالك أن يدفع ثمن ذلك المتاع، فهل يحسب ذلك التالف من ربح هذا الآخر ويكون المجموع رأس المال أو لا؟ وأمّا بعد دورانه في التجارة فكما اذا اشترى وبه باع ثمّ تلف منه قدر رأس المال ورجّع إليه مال القراض بعينه بأن اشترى به متاعاً ثمّ تلف ذلك المال من يده.

اذا عرفت هذه فنقول: إن كان التالف قد تلف بعد دورانه في التجارة كان محسوباً من الربح إجماعاً، وإن كان قد تلف قبل دورانه في التجارة ففي كونه محسوباً من الربح إشكال، ينشأ ممّا ذكرناه.

واعلم انّ لأصحابنا خلافاً في المثال الأوّل، فقال في المبسوط: اذا دفع إليه ألفاً قراضاً فاشترى به عبداً للقراض فهلك الألف قبل أن يدفعه فقال قوم: المبيع للعامل والثمن عليه ولاشيء على ربّ المال. وقال قوم: المبيع لربّ المال وعليه أن يدفع إليه ألفاً أُخرى ليقضي به دَينه ويكون الألف الأوّل والثاني قراضاً وهما معاً رأس المال[١]. واختاره ابن البرّاج[٢].

وحكى في الخلاف القولين، واختار أن يكون المبيع للعامل وعليه الثمن[٣].

---

(١) المبسوط: كتاب القراض ج ٣ ص ١٩٤.

(٢) المهذّب: كتاب المضاربة ج ١ ص ٤٦٤.

(٣) الخلاف: كتاب القراض المسألة ١٥ ج ٣ ص ٤٦٧.

وقال في المبسوط أيضاً: إن كان قد تلف المال قبل الشراء فالشراء للعامل؛ لأنّه اشتراه بعد زوال عقد القراض، وإن تلف بعد الشراء فهما جميعاً رأس المال، وعلى المالك اذا دفع آخر ليقضي به دَينه[١].

وقال ابن ادريس: اذا اشترى في الذمّة فالشراء له، وان اشترى بالعين وتلفت بطل العقد[٢].

والمصنّف اختار في مسائل الخلاف: انّه إن كان قد أذن له في الشراء في الذمّة فاشترى في الذمّة فالحقّ ما قاله في المبسوط، وإن اشترى في الذمّة بغير إذن فالحقّ ما قاله في الخلاف، وإن اشترى بالعين وتلف قبل القبض فالحقّ ما قاله ابن ادريس من بطلان البيع[٣].

قوله رحمه الله: «ولو دفع إليه ألفاً مضاربة فاشترى متاعاً يساوي ألفين فباعه بهما ثمّ اشترى به جارية وضاع الثمن قبل دفعه رجع على المالك بألف وخمسمائة ودفع من ماله خمسمائة على إشكال، فاذا باعها بخمسة الآف أخذ العامل ربعها وأخذ المالك من الباقي رأس ماله ألفين وخمسمائة وكان الباقي ربحاً بينهما على ما شرطناه».

---

(١) المبسوط: كتاب القراض ج ٣ ص ١٩٤.

(٢) السرائر: باب المضاربة ج ٢ ص ٤١٣.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب الإجارة الفصل السابع في القراض ص ٤٨٢ س ٧.

أقـول: وجه الإشكال من انّه ملك من الألفين ربعها خمسمائة بمقتضى شرط المضاربة، فاذا اشترى بالألفين الجارية فقد اشترى ربعها بمال يختصّ بـه وثـلاثة أرباعها من مال المالك من رأس المال والربح، وذلك مضاربة، فيجب عليه أداء ثمن ربعها، ويكون الحكم ما ذكره المصنّف لو ربح.

ومن انّ ملك العامل للربح غير مستقرّ بدون القسمة، وانّما اشترى للـمضاربة فيكون الثمن لازماً للمالك؛ لأنّه بإذنه، والجميع رأس المال، ولاشيء على العامل.

قوله رحمه الله: «ولو دفع إليه ألفاً مـضاربة ثمّ دفـع إليـه ألفـاً أُخـرى مـضاربة وأذن في ضمّ أحدهما الى الآخر قبل التصرّف في الأوّل بشراء جاز وصـار مـضاربة واحـدة، وإن كـان بـعد التصرّف في الأوّل بشراء المتاع لم يجز لاستقرار حكم الأوّل فربحه وخسرانه مختصّ بـه، فـإن نضّ الأوّل جاز ضم الثاني إليه، وان لم يأذن في الضمّ فالأقرب انّه ليس له ضمّه».

أقـول: لأنّ لكلّ واحدٍ منهما مال مضاربة بعقد مغاير للآخر، فكان لكلّ منهما حكم نفسه مالم يفسخ المالك الأوّل ثمّ يجدّد عقده عليهما.

قوله رحمه الله: «ولو خسر العامل فدفع الباقي ناضّاً ثمّ أعاده المالك إليه بعقد مستأنف لم يجـبر ربح الثاني خسران الأوّل لاختلاف العـقدين،

وهل يقوم الحساب مقام القبض؟ الأقرب انّه ليس كذلك».

أقول: وجه القرب ظاهر، وذلك انّه اذا قبض المالك مال المضاربة انفسخ عقدها، فاذا جدّد آخر كان له حكم نفسه لايجبر بربحه خسران الأوّل، وأمّا مجرّد الحساب فليس مساوياً للقبض؛ لأنّه لايقتضي فسخ العقد.

قوله رحمه الله: «فان ظهر فيه ربح وطلب العامل بيعه أو وجد زبوناً يحصل له ربح ببيعه عليه أُجبر المالك على اجابته على إشكال».

أقول: منشأه انّ عقد المضاربة جائز من الطرفين لكلّ منهما فسخه فيكون للمالك الفسخ، واذا فسخ لم يكن للعامل التصرّف فيه، ولايجبر المالك على إجابته الى البيع؛ لانفساخ العقد.

ومن حيث إنّ العامل يملك حصّته من الربح بالظهور، فله أن يبيع حقّه إمّا بأن يتّفق المالك معه على بيع الجميع بالإذن له، أو بوجه آخر، أو أن يعطيه حصّته من الربح.

قوله رحمه الله: «واذا فسخ المالك القراض ففي استحقاق العامل أُجرة المثل الى ذلك الوقت نظر».

أقول: منشأ النظر من أنّه رضي بالعمل في مقابلة الحصّة من الربح إن وجد أو لم يوجد فلا شيء له، والمالك مسلّط على الفسخ لجواز العقد.

ومن انّ العامل قد عمل في مال المالك عملاً على غير وجه التبرّع، ولم يسلّم له الحصّة بسبب فسخ المالك فكان له أُجرة عمله.

قوله رحمه الله: «ولو مات العامل فللمالك تقرير وارثه على العقد إن كان المال نقداً، وإلّا فلا، وهل ينعقد القراض بلفظ التقرير؟ إشكال».

أقول: منشأه إنّ عقد المضاربة يصحّ بكلّ لفظ يدلّ على المعنى المقصود منه، ولفظ التقرير هنا يعطي ذلك فكان، ينعقد به.

ومن انّ العقد الأوّل بطل بالموت، فالتقرير عليه تقرير على عقد بطل حكمه، فيفتقر الى عقد جديد.

قوله رحمه الله: «ولو مات العامل ولم يعرف بقاء مال المضاربة بعينه صار ثابتاً في ذمّته وصاحبه أُسوة الغرماء على إشكال».

أقول: منشأه من كونه أمانة لاتضمن إلّا بالتفريط أو التعدّي ولم يثبت أحدهما، والأصل عدم ثبوت كلّ منهما.

ومن حيث إنّه قبض مال غيره، والأصل بقاؤه، ولأنّه مقصّر بترك الإيصاء به وإقراره فكان ضامناً، ولقوله صلّى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»[1].

---

(١) عوالي اللآلي: الفصل التاسع ح ١٠٦ ج ١ ص ٢٢٤.

قوله رحمه الله: «ولو أجاز ربّ المال احتمل صيرورة الثمن عليه».

أقول: يريد انّه لو تلف المال فاشترى بعد ذلك بمثله للمضاربة وأجاز المالك احتمل صيرورة الثمن عليه؛ لأنّ الشراء للمضاربة كالشراء لربّ المال، فكأنّه اشترى له وأجاز. ويحتمل عدمه؛ لأنّ عقد المضاربة بطل بتلف المال فلا يصحّ الشراء له، والإجازة لاتصيّر الفاسد صحيحاً، ولاتصيّر ماعلى غيره لازماً له.

قوله رحمه الله: «فإن اشترى للمضاربة فتلف الثمن فالشراء للمضاربة وعقدها باقٍ وعلى المالك الثمن، وهل يحسب التالف من رأس المال؟ نظر، هذا إن كان المالك أذن في الشراء في الذمّة، وإلّا كان الثمن لازماً للعامل والشراء له إن لم يذكر المالك، وإلّا بطل».

أقول: يعلم ذلك جميعه ممّا تقدّم.

قوله رحمه الله: «الأقرب تقديم قول المالك في الردّ».

أقول: يريد انّ أقرب القولين عند المصنّف انّه اذا ادّعى العامل ردّ مال المضاربة الى المالك وأنكر المالك الأقرب تقديم قول المالك مع يمينه؛ لأنّه منكر، وقد قال صلّى الله عليه وآله: «واليمين على من أنكر»[1].

---

(١) عوالي اللآلي: الفصل التاسع ح ١٧٢ ج ١ ص ٢٤٤.

خلافاً للشيخ رحمه الله حيث قال في المبسوط: قيل: فيه قولان، أحدهما ـ وهو الصحيح ـ: انّه يقبل قول العامل[١].

قوله رحمه الله: «ولو اختلفا في قدر رأس المال فالقول قول العامل مطلقاً على إشكال».

أقول: يريد بالإطلاق سواء كان قد ربح المال أو لا، وسواء كان تالفاً بعدوان أو كان باقياً.

ومنشأ الإشكال من أنّه منكر في هذه الأحوال كلّها لما ادّعاه المالك من زيادة رأس المال.

ومن احتمال اختصاص ذلك بحال التلف المضمون؛ لأصالة براءة ذمّته ممّا ادّعاه المالك، أمّا على تقدير كونه باقياً وفيه ربح بقولهما أو بقول العامل، فإن اختلافهما هاهنا اختلاف في مال المالك فكان قوله مقدّماً في ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو ادّعى المالك القراض والعامل القرض فالقول قول المالك فيثبت له مع اليمين ما ادّعاه من الحصّة، ويحتمل التحالف، فللعامل أكثر الأمرين من الأُجرة والمشترط».

أقول: لو دفع إنسان الى غيره مالاً فاتّجر به وربح فقال المالك: هو قراض شرطت فيه كذا وكذا من الحصّة فالربح بيني وبينك على الشرط، وقال العامل: هو قرض فالربح لي خاصّة فالقول قول المالك مع يمينه؛ لاتّفاقهما على كون الربح ربح

---

(١) المبسوط: كتاب القراض ج ٣ ص ١٧٤.

ماله، لكن العامل يزعم انتقاله إليه بالقرض والمالك ينكر الانتقال عنه فكان القول قوله مع يمينه، فاذا حلف على نفي القرض أخذ ما ادّعاه من الحصّة.

ويحتمل التحالف؛ لأنّ المالك يدّعي وجود عقد القراض والعامل ينكره فيحلف على نفيه، والعامل يدّعي وجود عقد القرض والمالك ينكره فيحلف عليه، وحينئذٍ يكون للعامل أكثر الأمرين من أُجرة المثل والمدّعى؛ لأنّ الأُجرة إن كانت أكثر من الحصّة التي ادّعاها المالك كان له الأُجرة لبطلان دعوى القراض، وإن كانت الحصّة أكثر من الأُجرة فالمالك يزعم[1] كونها مستحقّة للعامل والعامل يدّعيها أيضاً؛ لأنّه داخلة في دعواه، إذ هو يدّعي مجموع الربح.

---

(١) في ج: «يدّعي».

أحكام الوكالة

قوله رحمه الله: «واذا فسد العقد لتعلّقها على الشرط احتمل تسويغ التصرّف عند حصوله بحكم الإذن، وفائدة الفساد سقوط الجعل المسمّى والرجوع الى الأُجرة».

أقول: يشرط في صحّة الوكالة تنجيزها عن الشرط، فلو قال: اذا جاء زيد أو إن قدم فلان فأنت وكيلي على كذا بطل العقد؛ لعدم التنجيز، وهل يسوغ له التصرّف اذا كانت فاسدة بهذا التعليق على الشرط؟ يحتمل عدمه؛ لأنّ الفاسد لايترتّب عليه أثره، وهذا عقد فاسد. ويحتمل جوازه؛ لأنّ الموكّل أذن له في ذلك التصرّف على هذا التقدير فيكون تصرّفه تصرّفاً مأذوناً فيه فيصحّ.

فإن قيل: فأيّ فائدة للحكم بفساد العقد إذا كان يجوز له التصرّف عند فساده، كما يجوز التصرّف لو كان صحيحاً، وأيّ فارق بين الفاسد والصحيح هنا؟.

قلنا: الفائدة انّها لوكانت بجعل لم يستحقّ جعلاً وكان له أُجرة المثل، كالمضاربة الفاسدة يسوغ له التصرّف بمقتضى عموم الإذن، ويبطل استحقاق الحصّة من الأُجرة.

قوله رحمه الله: «فلا يصحّ توكيل الصبي وإن كان مميّزاً أو بلغ عشراً مطلقاً على رأي».

أقول: من قال: بجواز عتقه وصدقته ووصيّته بالمعروف يجوز التوكيل في ذلك، وقد تقدّم ذكر الخلاف في ذلك.

قوله رحمه الله: «والأقرب انّ ارتفاع الوكيل عن المباشرة واتّساعه وكثرته بحيث يعجز عن المباشرة إذن في التوكيل معنىً، فحينئذٍ الأقرب انّه يوكّل فيما زاد على ما يتمكّن منه».

أقول: اذا وكّل الانسان شخصاً في فعل يرتفع الوكيل عن مباشرته، كتوكيل المالك في بيع الأقمشة في الأسواق، أو في فعل يمتنع كالزراعة في مواضع متباعدة يعجز عن مباشرته لها بنفسه، أو كثرة التصرّفات كالزراعة والبيع والشراء وغير ذلك من التصرّفات الكثيرة التي يعجز ذلك الوكيل عن المباشرة لجميعها فالأقرب أنّ ذلك إذن في توكيل غيره، استناداً الى شاهد الحال. وان لم يدلّ عليه صريح اللفظ فإن جواز التوكيل المستفاد من صريح اللفظ انّما كان من حيث كان ذلك اللفظ دالّاً عليه، لخصوصية كونه لفظاً، والدلالة هنا حاصلة؛ لأنّ كلّ واحد من اللفظ وشاهد الحال يستفاد منه الوقوف على قصده. ويحتمل ضعيفاً عدم الجواز؛ لعدم اللفظ الدالّ عليه.

فعلى الجواز الأقرب عنده انّه يجوز التوكيل فيما يعجز عنه خاصّة؛ لأنّ الحكم بجواز التوكيل انّما هو بقرينة العجز عن فعل ما وكّل فيه، وذلك يندفع بالتوكيل فيما يعجز عنه فليس له أن يتعدّى الى غيره؛ لانتفاء ما يدلّ عليه لفظاً ومعنىً.

قوله رحمه الله: «وللحاضر أن يوكّل في الطلاق على رأي».

أقول: منع الشيخ رحمه الله من ذلك فقال في النهاية: اذا وكّل الرجل غيره بأن يطلّق عنه لم يقع الطلاق اذا كان حاضراً في البلد، فإن كان غائباً جاز توكيله في الطلاق[١]. وتبعه ابن حمزة[٢]، وابن البرّاج[٣].

وقال ابن ادريس: يصحّ، سواء كان حاضراً أو غائباً[٤]، كما قال المصنّف.

وأطلق ابن الجنيد جواز التوكيل، ولم يتعرّض للغائب والحاضر فقال: ولابأس أن يوكّل الرجل غيره في طلاق زوجته ومخالعتها، واذا أوقع الوكيل ذلك على مارسمه له الزوج من السنة وقع[٥].

قوله رحمه الله: «والأقرب بطلان الإذن بالإباق».

أقول: الأصل انّ تصرّف الغير في مال غيره أو عن غيره لاينفذ إلّا مع العلم بثبوت السبب المزيل لهما عن حكم الأصل، والعلم ببقاء الإذن للعبد الآبق منتفٍ، بل الظن بانتفائه موجود لشاهد حال السيد بعدم إذنه للآبق في التصرّف عنه.

---

(١) النهاية ونكتها: باب الوكالات ج ٢ ص ٤٤.

(٢) الوسيلة: أحكام الطلاق ص ٣٢٣.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون وتوابعها فصل في الوكالة ص ٤٣٥ س ٣١.

(٤) السرائر: باب الوكالة ج ٢ ص ٨٣.

(٥) مختلف الشيعة: كتاب الطلاق وأقسامه ص ٥٨٦ س ٢٢.

قوله رحمه الله: «والأقرب جواز توكيل عبده».

أقول: لأنّه لامانع منه، والأصل الجواز.

قوله رحمه الله: «والأقرب جواز وكالة الواحد عن المتخاصمين».

أقول: لأنّ الأصل الجواز، ولأنّ الغرض من التوكيل في الخصومة أن يقوم الوكيل بنيابة الموكّل في الدعوى أو جوابها وإثبات الحجج والقدح فيها، وهو قادر على ذلك كلّه، ولا منافاة بين أن يورد حجّة أحدهما نيابةً عنه مع إيراده ما يقدح فيها عن الآخر.

وذكر الشيخ في المبسوط في ذلك وجهين، أحدهما: الجواز؛ لما قلناه، والثاني: عدم الجواز. قال: وهو الأحوط؛ لأنّه لابدّ في إيراد الحجج من الاستقصاء والمبالغة، وذلك متضادّ الغرضان فيه، فصار في معنى البيع من نفسه[1].

قوله رحمه الله: «وعن المتعاقدين فيتولّى طرفي العقد».

أقول: خالف ابن ادريس في ذلك حيث قال في باب أُجرة السمسار: وإن كان ممّن يبيع ويشتري للناس كان له أُجرة على ما يبيع من جهة البائع إن كان وكيلاً له وأُجرة على ما يشتري من جهة المبتاع، لأنّه وكيل في عقد الشراء بالقبول، ولايجوز أن يأخذ على سلعة واحدة أُجرتين من البائع والمشتري؛ لأنّ العقد

---

(١) المبسوط: كتاب الوكالة ج ٢ ص ٣٨١ ـ ٣٨٢.

لايكون إلّا من اثنين[١].

والأقرب عند المصنّف الجواز، عملاً بأصالة الجواز السالمة عن معارضة ما يدلّ على المنع، والاثنينية حاصلة فانّه من جهة كونه بائعاً مغايراً له من جهة كونه مشترياً، وذلك كافٍ، وإن كان واحداً بالذات فانّه متعدّد بالاعتبارين.

قوله رحمه الله: «حتى في استيفاء القصاص من نفسه والدَين منه».

أقول: منع السيد رحمه الله من وكالته في استيفاء القصاص الدَين من نفسه لئلّا يكون قابضاً مقتصّاً[٢]، وقد تقدّم جوازه.

قوله رحمه الله: «ولو أذن لعبده في التصرّف في ماله ثمّ باعه أو عتقه بطل الإذن؛ لأنّه ليس على حدّ الوكالة بل هو إذن تابع للملك، ويحتمل بقاء وكالته لوأعتقه».

أقول: يريد بقوله: «وكالته» إذنه السابق قبل العتق.

ووجه الاحتمال انّه قد كان مأذوناً من قبل ولم يحدث ملكاً آخر بل رفع ملكه عنه، بخلاف مالو باعه لصيرورته ملكاً لغيره، وظاهر حال الانسان انّه لايأذن لمملوك الغير في التصرّف عنه، بخلاف العتق؛ لانتفاء تملّك غيره له.

---

(١) السرائر: باب أُجرة السمسار ج ٢ ص ٣٣٨.

(٢) لم نعثر عليه في المصادر المتوفّرة لدينا.

قوله رحمه الله: «وفي التوكيل بإثبات اليد على المباحات كالالتقاط والاصطياد والاحتشاش والاحتطاب نظر».

أقول: اعلم انّ الشيخ فرّق في التوكيل في بعض المباحات وبعض آخر منها فجوّز التوكيل في إحياء الموات[١]، ومنع من التوكيل في الاحتطاب والاحتشاش[٢].

ووجه النظر ما تقدّم من انّ تملّك المباحات هل يفتقر الى نيّة أم لا؟ فإن قلنا بافتقاره الى النيّة جاز التوكيل، وإلّا فلا، وقد تقدّم ذلك.

قوله رحمه الله: «وفي التوكيل على الإقرار إشكال».

أقول: ظاهر كلام الشيخ في بعض كتبه يدلّ على صحّة التوكيل في الإقرار؛ لأنّه قال: ومن وكّل غيره في الخصومة عنه والمطالبة والمحاكمة والبيع والشراء وجميع أنواع ما يتصرّف فيه بنفسه فقد صار وكيله، يجب له ما يجب لموكّله، ويجب عليه ما يجب على موكّله إلّا ما يقتضيه الإقرار، كالحدود والآداب والأيمان[٣]. فاستثنى من ذلك الإقرار بالحدود والتأديب. وكذا ظاهر كلام أبي الصلاح فانّه قال: إلّا ما يوجب حدّاً[٤].

والمصنّف هنا استشكل دخول النيابة في الإقرار، من حيث إنّ إخبار الغير عن

---

(١) المبسوط: كتاب الوكالة ج ٢ ص ٣٦١.

(٢) المبسوط: كتاب الوكالة ج ٢ ص ٣٦٣.

(٣) النهاية ونكتها: باب الوكالات ج ٢ ص ٤١.

(٤) الكافي في الفقه: فصل في الوكالة وأحكامها ص ٣٣٧.

غيره ما يسمّى شهادة، والإقرار هنا هو إخبار الانسان عن نفسه. ومن حيث إنّ فعل الوكيل فعل الموكّل، فإخبار الوكيل نيابة عن إخبار الموكّل بإذنه فكان ماضياً عليه.

وفي مسائل خلافه منع من دخول النيابة فيه[١].

قوله رحمه الله: «فإن أبطلناه فـي جـعله مـقرّ بنفس التوكيل نظر».

أقـول: وجه النظر من حيث إنّ أمره بالإخبار بأنّ زيداً يستحقّ عنده كـذا وكذا يتضمّن الإقرار.

ومن انّ التوكيل في الشيء مغاير لذلك الشيء، فالتوكيل في الإقرار ليس إقراراً.

قوله رحمه الله: «ولو أطلق فالأقرب الجواز».

أقـول: يريد انّه لو وكّله في شراء عبد وأطلق، بمعنى انّـه لم يـذكر شـيئاً مـن الصفات المميّزة له من غيره.

وقال الشيخ في المبسوط: لايصحّ؛ لأنّه غرر[٢].

والأقرب عند المصنّف الجواز، ولايلزم منه الغرر؛ لأنّ الإطلاق يـقتضي شراء العبد الصحيح بنقد البلد، والأصل جواز ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو قال: وكّلتك على كلّ قليلٍ

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل التاسع في الوكالة ص ٤٣٨ س ١٩.

(٢) المبسوط: كتاب الوكالة ج ٢ ص ٣٩١.

وكثير لم يجز لتطرّق الغرر وعدم الأمن من الضرر. وقيل: يجوز، وينضبط التصرّف بالمصلحة».

أقول: منع المصنّف من جواز التوكيل في كلّ قليلٍ وكثير، وهو قول الشيخ في المبسوط[١] والخلاف[٢].

خلافاً لابن ادريس حيث جوّز ذلك[٣]، وهو ظاهر كلام الشيخ في النهاية حيث جوّز الوكالة على العموم[٤]، وهو قول المفيد[٥]، وسلّار[٦]، وأبي الصلاح[٧]، وابن البرّاج[٨].

واحتجّ المصنّف على المنع بما ذكره الشيخ في الخلاف: من أنّ في ذلك ضرراً على الموكّل بوكالته على العموم؛ لأنّه ربّما ألزمه بعقود مالايمكنه الوفاء وما يؤدّي الى ذهاب ماله[٩]. وأيضاً لادليل على صحّة هذه الوكالة.

وأجاب ابن ادريس: بأنّ لزوم الضرر والغرر ممنوع؛ لأنّ الوكيل ليس له أن

---

(١) المبسوط: كتاب الوكالة ج ٢ ص ٣٩١.

(٢) الخلاف: كتاب الوكالة المسألة ١٤ ج ٣ ص ٣٥٠.

(٣) السرائر: باب الوكالة ج ٢ ص ٩٠.

(٤) النهاية ونكتها: باب الوكالات ج ٢ ص ٤٢.

(٥) المقنعة: باب الضمانات والكفالات... ص ٨١٦.

(٦) المراسم: ذكر أحكام الضمانات والكفالات... ص ٢٠١.

(٧) الكافي في الفقه: فصل في الوكالة وأحكامها ص ٣٣٧.

(٨) جواهر الفقه: كتاب الوكالة المسألة ٢٩٤ ص ٨٠.

(٩) الخلاف: كتاب الوكالة المسألة ١٤ ج ٣ ص ٣٥٠.

يفعل على خلاف مصلحة الموكّل[١]. والى ذلك أشار المصنّف بقوله: «وقيل: يجوز» ويتقيّد بالمصلحة.

واعترض نجم الدين ابن سعيد على ذلك: بأنّه بعيد عن صورة الفرض؛ لأنّه اذا كان وكيلاً فيما تقتضيه المصلحة خاصّة يبطل كونه وكيلاً في كلّ قليل وكثير[٢].

ونحن نقول: إن قصد القائل بالبطلان انّ هذه الوكالة لا حكم لها بالكلّية سواء كان مصلحة أو غيرها فليس بصحيح؛ لأنّ المقتضي للبطلان انّما هو الضرر، وهو يندفع بالبطلان فيما يضرّه خاصّة، وإن قصد انّه لاتصحّ الوكالة عامّة في كلّ قليل وكثير فهو حقّ؛ لأنّ المضرّ بالموكّل داخل في هذا المفهوم، ولا تقتضيه هذه الوكالة فيبطل جميعها.

قوله رحمه الله: «ولو قال: بما إليّ من كلّ قليلٍ وكثير فإشكال».

أقول: منشأ الإشكال من لزوم الضرر المقتضي للبطلان لها إمّا مطلقاً، أو فيما يضرّ الموكّل فيكون كالسابقة.

ومن حيث النصّ على استنابته في كلّ ماله أن يفعل، والموكّل له أن يفعل خلاف مصلحته، بأن يطلّق زوجاته ويعتق عبيده وإماءه وغير ذلك، وهذه الأفعال تدخلها النيابة وقد استنابه فيها فكان له فعلها.

قوله رحمه الله: «ولو قال: اشتر عبداً بمائة أو اشتر عبداً تركياً فالأقرب الجواز».

---

(١) السرائر: كتاب الوكالة ج ٢ ص ٩٠.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب الوكالة ج ٢ ص ١٩٦.

أقـول: قد تقدّم القول بأنّ الشيخ اشترط في صحّة التوكيل وشراء العبد وصفه لينتفي الغرر[١]، وانّ الأقرب جواز ذلك، ويتقيّد بالصحيح بثمن المثل.

قوله رحمه الله: «ولو حضر من يزيد على ثمن المثل فالأقرب انّه لايجوز بيعه بثمن المثل».

أقـول: لأنّه حينئذٍ على خلاف مصلحة الموكّل.

قوله رحمه الله: «ولو حضر في مدّة الخيار ففي وجوب الفسخ إشكال».

أقـول: فرّع المصنّف على المنع من البيع بثمن المثل مع وجود من يزيد وهو انّه لو كان بعد وقوع عقد البيع المشتمل على مدّة الخيار الذي للوكيل هل يتعيّن عليه الفسخ وجوباً؟ فيه إشكال.

ينشأ من وجوب مراعاة مصلحة الموكّل فيجب عليه الفسخ.

ومن حيث إنّ الملك قد زال عن الموكّل بعقد صحيح، ولايجب على الوكيل التكسّب لموكّله.

قوله رحمه الله: «وله أن يبيع على وَلده وإن كان صغيراً على رأي».

أقـول: منع الشيخ رحمه الله من ذلك؛ لأنّه قال: لايجوز أن يبيع مال الموكّل على نفسه. ثمّ قال: وكذلك لايجوز له أن يشتري مال الموكّل لابنه الصغير؛ لأنّه

---

(١) المبسوط: كتاب الوكالة ج ٢ ص ٣٩١.

يكون في ذلك البيع قابلاً موجباً فتلحقه التهمة وتضادّ العوضان[١].

قوله رحمه الله: «والتوكيل في البيع يقتضي تسليم المبيع الى المشتري، ولايملك الإبراء من الثمن ولا قبضه، لكن هل له أن يسلّم المبيع من دون إحضار الثمن؟ إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّ التوكيل في البيع يقتضي تسليم المبيع إليه ولايقتضي قبض الثمن، فكان له التسليم من دون الإحضار.

ومن حيث عدم المنافاة بين اقتضاء الوكالة للتسليم ووجوب إحضار الثمن قبله أو معه؛ لاحتمال عدم استئمان المالك للوكيل على قبض الثمن فيه، بمعنى انّ التوكيل في البيع يقتضي تسليم المبيع؛ لأنّ تسليم المبيع لايفتقر الى توكيل آخر، بل نفس الوكالة في البيع يقتضي ذلك، لكن مع مراعاة مصلحة الموكّل. فلو سلّمه الى المشتري من دون إحضار الثمن كان في ذلك خطر على الموكّل؛ لاحتمال المطل أو الإعسار فيضيع مال الموكّل، وذلك تفريط يمنع من التوكيل، وهو الأقرب عند المصنّف.

قوله رحمه الله: «وله الردّ بالعيب مع الإطلاق، ومع التعيين إشكال».

أقول: يريد لو وكّله في شراء عين موصوفة اقتضى شراء الصحيح، فلو خرج المبيع معيباً كان له الردّ بالعيب؛ لأنّه كالفضولي في شرائه.

---

(١) المبسوط: كتاب الوكالة ج ٢ ص ٣٨١ وفيه: «الغرضان» بدل «العوضان».

ومن حيث إنّه غير مأذون له فيه، لكن لو أجاز المالك لزم العقد، ولم يكن للوكيل الفسخ؛ لانعزاله عن الفسخ بالعيب برضا المالك به.

امّا لو أمره بشراء سلعة معيّنة فخرجت معيبة هل يملك ردّها أم لا؟ فيه إشكال.

ينشأ من اقتضاء الوكالة الردّ بالعيب، وهو يتناول المعيّن والمطلق.

ومن كون تلك العين المعيّنة اشتراها بإذن المالك؛ لأنّه نصّ على شرائها بخصوصيّتها، بخلاف التوكيل في شراء المطلق فانّه يحمل على الصحيح، فاذا خرج معيباً لم يكن هناك ما يدلّ على الرضا بخصوصيته.

قوله رحمه الله: «ولو قال: اشتر لي شاة بدينار فاشترى شاتين ثمّ باع إحداهما بالدينار فالوجه صحّة الشراء ووقوف البيع على الإجازة».

أقول: امّا صحّة الشراء فلأنّ الإذن في شراء الشاة بالدينار يستلزم الإذن في شراء الشاتين به من حيث الأولوية، وأمّا وقوف البيع على الإجازة فلأنّه لم يأذن فيه وقد دخل في ملك الموكّل فلا ينتقل عنه بغير اختياره ولا إجازته، وفعل النبي صلّى الله عليه وآله[1] لاينافي ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو أمره بشراء سلعة معيّنة فاشتراها فظهر فيها عيب فالأقرب انّ للوكيل الردّ بالعيب».

---

(١) مستدرك الوسائل: ب ١٨ نوادر ما يتعلّق بأبواب عقد البيع وشروطه ح ١ ج ١٣ ص ٢٤٥ نقلاً عن ثاقب المناقب لأبي محمد بن علي الطوسي.

أقــول: هذه المسألة من المكرّرات، وقد تقدّم من قبل انّ فيها إشكالاً، وهـنا رجّح انّ له الردّ بالعيب؛ لأنّ الموكّل وإن كان قد أمره بشرائها بعينها فانّه بنى على أصالة الصحّة والسلامة من العيوب.

قوله رحمه الله: «ولو وكّله على الصلح عن الدم على خمر ففعل حصل العفو، كما لو فعله الموكّل، ولو صالح على خنزير أو أبرأ فإشكال».

أقــول: منشأه من حيث إنّ للمالك القـصاص رضي بـإسقاطه لا في مـقابلة عوض؛ لأنّ الخمرة ليست مملوكة فجرى مجرى التوكيل في الإسقاط والإبراء، فاذا أبرأ صحّ، وكذا لو صالح على الخنزير؛ لأنّه بمنزلة الخمر في عدم التملّك للمسلم.

ومن حيث إنّه لم يفعل ما أمره الموكّل فيكون كإسقاط الفضولي حقّ غيره.

قوله رحمه الله: «ولو وكّل اثـنين في الخـصومة ففي انفراد كلّ منهما إشكال».

أقــول: منشأه من انّ الغرض حاصل بكلّ منهما، ولا فائدة في التـعدّد عـند الحاكم، فإن الاجتماع والانفراد في ذلك عنده سواء، بخلاف المعاملات المفتقرة الى التعاون، واجتماع الآراء لتمحّض المصلحة وقبض الأموال وحفظها للاحتياط فيها.

ومن حيث إنّ إطلاق التوكيل لأكثر من واحد يقتضي الاجتماع.

قوله رحمه الله: «ولو أذن لعبده في عتق عبيده أو لغريمه في إبراء غرمائه أو حبسهم أو لزوجـته في طلاق نسائه فالأقرب دخول المأذون».

أقول: الأصل في ذلك انّ المخاطب هل يدخل في عموم الخطاب أو كونه مخاطباً يقتضي تخصيصه؟ ولمّا كان الحقّ هو الأوّل كان الأقرب عنده دخول المأذون، وذلك لأنّ المقتضي لدخول المأذون موجود والمانع منتفٍ فوجب دخوله. أمّا المقتضي فهو عموم اللفظ الصادق عليه وعلى غيره، وأمّا المانع فليس إلّا كونه مخاطباً وهو لايصلح للمانعية؛ لعدم المنافاة، ولهذا لو أخبر بأنّه أراد ذلك لم يكن مناقضاً.

قوله رحمه الله: «اذا خالفه في الشراء فإن اشترى في الذمّة ثمّ نقد الثمن صحّ إن أطلق، ويقع له إن لم يجز الموكّل، وإن أجاز فالأقرب وقوعه له».

أقول: اذا خالف الوكيل الموكّل في الشراء بأن أمره بالشراء بثمنٍ معيّن فاشترى بأزيد أو بالمؤجّل فاشترى بالحالّ فامّا أن يشتري بعين المال أو في الذمّة، فالأوّل يأتي في الكتاب، وأمّا الثاني فامّا أن يذكر الموكّل في العقد بأن يقول: اشتريت لفلان أو لموكّلي أو يطلق الشراء، فالأوّل يأتي في الكتاب أيضاً، والثاني يصحّ الشراء ويقع له ـ أي للوكيل ـ اذا لم يجز الموكّل، وإن أجاز الشراء قال المصنّف: الأقرب انّه يقع له؛ لأنّ الوكيل اشترى بنيّة انّه للموكّل وقد رضي به، فيكون له كشراء الفضولي.

ويحتمل ضعيفاً انّه لايقع للموكّل؛ لأنّه لمّا اشتراه على خلاف ما أمره ولم يذكره في العقد ولم يشتر بعين المال بل في ذمّته وقع للوكيل، فلا ينتقل بالإجازة الى الموكّل، إذ الإجازة لاتنقل ما هو مملوك للغير ملكاً مستقرّاً الى غيره بمجرّد الإجازة.

قوله رحمه الله: «ولو أذن له في تزويج امرأة فزوّجه غيرها أو زوّجه بغير إذنه فالأقرب الوقوف على الإجازة».

أقول: وجه القرب يأتي إن شاء الله تعالى في باب النكاح: انّ عقد الفضولي فيه يقف على الإجازة، وهذا الوكيل بالقياس الى هذا العقد فضولي؛ لأنّه غيرمأذون فيه.

قوله رحمه الله: «والأقرب إلزام الوكيل بالمهر أو نصفه مع ادّعاء الوكالة».

أقول: وجه القرب انّه ضيّع على المرأة عوض البضع بغروره، وسيأتي بقيّة البحث في هذه المسألة مكررة في هذا الكتاب.

قوله رحمه الله: «امّا لو عرفت المرأة انّه فضولي فيه فالوجه سقوط المهر مع عدم الرضا».

أقول: القائلون بأنّ العاقد اذا ادّعى الوكالة وأنكره الزوج يلزمه المهر أو نصفه أطلقوا القول بذلك، والمصنّف اختار التفصيل، وهو انّ هذا الحكم يثبت مع جهلها بكونه فضولياً، امّا اذا علمت انّه فضولي فالوجه انّه لاشيء لها؛ لعدم الغرور والتفويت؛ لأنّها هي فوّتت على نفسها برضاها بعقد الفضولي.

قوله رحمه الله: «ولو وعده بالردّ ثمّ ادّعاه قبل الطلب لم يسمع منه إلّا أن يصدّقه الموكّل، وفي سماع بيّنته إشكال».

أقـول: منشأه من انّ دعواه غير مسموعة فلا تسمع بيّنته.

ومن انّ البيّنة تثبت بها مالو أقرّ الخصم حكم عليه به، وهاهنا لو أقـرّ المـوكّل بتلفها حكم عليه بذلك، فكذا يحكم عليه بالبيّنة.

قوله رحمه الله: «والأقرب ضمان المأذون فيه».

أقـول: يريد انّه لو أمر الانسان غيره بأن يقبض من المستودع له ديناراً فقبض منه دينارين فللمالك مطالبة من شاء من المستودع والقابض بالدينار الزائد، امّـا المستودع فلتفريطه بالتسليم إليه بمجرّد قوله، وأمّا القابض فلوصوله إليه ويسـتقرّ الضمان على القابض، وهل يضمن الدينار المأذون في قضبه؟ الأقرب عند المصنّف ذلك؛ لأنّ المأذون فيه انّما هو الدينار بانفراده، أمّا قبضه مع دينار آخر فهو قبض غير مأذون فيه فيكون مضموناً أيضاً.

قوله رحمه الله: «ولو كان وكيلاً في قضاء الدَين فلم يشهد ضمن على إشكال».

أقـول: وجه الإشكال من احتمال الضمان مطلقاً؛ لأنّه قصّر بترك الإشهاد على القابض بالقبض حتى غرم المديون ثانياً بإنكار القابض.

ومن احتمال عدم الضمان اذا علم الموكّل صدق الوكيل؛ لاعترافه بظلم القابض وكذبه على الوكيل في عدم القبض.

قوله رحمه الله: «ولو تلف المبيع في يد الوكيل بعد أن خرج مستحقّاً طالب المستحقّ البـائع أو الوكيل أو الموكّل الجاهلَين، ويستقرّ الضمان على البائع، وهل للوكيل الرجوع؟ على إشكال».

أقـول: يريد انّه اذا كان وكيلاً لغيره في شراء سلعة فاشتراها وتلفت في يـده من غير تفريط ثمّ ظهر كونها مستحقّة لغير البائع كان للمستحقّ الرجوع على من شاء من البائع أو الموكّل أو الوكيل، فإن رجع على الوكيل هل له أن يرجـع عـلى الموكّل؟ فيه إشكال.

ينشأ من احتمال رجوعه عليه؛ لأنّه غرم بسببه.

ومن احتمال عدمه؛ لأنّ المبيع تلف في يد الوكيل دون الموكّل فيرجع على البائع من حيث إنّه باع ما لا يستحقّه لجهله بالحال وعدم وصول المبيع إليه دون الموكّل.

قوله رحمه الله: «ولا تبطل بالنوم ـ الى قوله: ـ ولا بالتعدّي، مثل أن يـلبس الثـوب أو يـركب الدابة وإن لزمه الضمان، فاذا سلّمه الى المشتري برئ من الضمان، ولو قبض الثمن لم يكن مضموناً، فإن ردّ المبيع عليه بعيب عـاد الضمان؛ لانـتفاء العقد المزيل له على إشكال».

أقـول: وجه الإشكال من حيث إنّه برئ بتسليم العين الى المشتري؛ لكـونه تسليماً مأذوناً فيه فكان كالتسليم الى المالك، فلا يعود الضمان بالردّ بالعيب، كـما لو سلّمه الى المالك ثمّ أعاده إليه فإن الضمان لا يعود.

ومن انّ سبب زوال الضمان هو العقد، والعقد المزيل للضمان قد انتفى، كـما قـال المصنّف.

قوله رحمه الله: «وبعزل الموكّل سـواء أعـلمه العزل أو لا على رأي».

أقـول: يريد انّ الوكالة تبطل أيضاً بعزل الموكّل للوكيل، سواء أعلمه العزل أو لا؛ لأنّه عقد جائز من الطرفين فلكلّ منهما فسخه.

وقال الشيخ في النهاية: ينعزل اذا أعلمه، فإن تعذّر الإعلام أشهد على عـزله وانعزل بالعزل والإشهاد وإن لم يعلم الوكيل، امّا اذا لم يعلمه ولم يشهد لم ينعزل[١]، وهو قول أبي الصلاح[٢]، وابن البرّاج[٣]، وابن حمزة[٤]، وابن ادريس[٥].

وقال ابن الجنيد: لا ينعزل إلّا بالاعلام[٦].

قوله رحمه الله: «ولو وكّله في بيع عبد ثم أعتقه عتقاً صحيحاً أو بـاعه كـذلك بـطلت الوكـالة، ولاتبطل مع فساد بيعه وعتقه مع عـلمه، ومـع جهله إشكال»:

أقـول: وجه الإشكال من حيث إنّ البيع الفاسد لاحكم له، والموكّل فيه باقٍ على ملكه فلا تبطل الوكالة.

ومن حيث إنّ المالك فعل ما يعتقد كونه عزلاً لوكيله فيبطل.

قوله رحمه الله: «والأقرب في التدبير الإبطال».

---

(١) النهاية ونكتها: باب الوكالات ج ٢ ص ٤٢.

(٢) الكافي في الفقه: فصل في الوكالة وأحكامها ص ٣٣٨.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل التاسع في الوكالة ص ٤٣٧ س ٢.

(٤) الوسيلة: فصل في بيان الوكالة ص ٢٨٣.

(٥) السرائر: باب الوكالة ج ٢ ص ٩٢.

(٦) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل التاسع في الوكالة ص ٤٣٧ س ٢ ـ ٣.

أقـول: وجه القرب انّه فعل ما ينافي مقتضى الوكالة فكان مبطلاً لها، بيان الأُولى: انّ التدبير يقتضي إرادة استمرار ملكه مدّة حياته وعتقه بعد وفاته، والوكالة تقتضي زوال ملكه قبل وفاته بالبيع أو العتق وهما متنافيان، وأمّا الثانية: فبالاتّفاق.

قوله رحمه الله: «ومع علمه إشكال».

أقـول: اذا عزل الوكيل نفسه انعزل وإن لم يعلم الموكّل إجماعاً، وللوكيل أن يتصرّف فيما وكّل فيه مع جهل الموكّل بعزل الوكيل نفسه بالإذن الصادر من الموكّل، فإن ذلك الإذن من الموكّل باقٍ، وهو كافٍ في جواز التصرّف.

امّا لو علم الموكّل ذلك فهل للوكيل أن يتصرّف؟ فيه إشكال.

ينشأ من بطلان الوكالة وعدم العلم أو الظنّ ببقاء إذن الموكّل؛ لاحتمال اكتفاء الموكّل في عزل الوكيل بعزل نفسه. ومن أصالة بقاء الإذن.

قوله رحمه الله: «وجحد الوكيل الوكالة مع علمه بها ردّ على إشكال».

أقـول: وجه الإشكال من حيث إنّ الجحود لها مع العلم يؤذن بكراهية فعل متعلّقها فكان عزلاً.

ومن مغايرته للعزل، بل هو ينافيه؛ لأنّ الجحود يقتضي الاعتراف بعدم وقوعها، والردّ يقتضي وقوعها وتجديد رفعها وهما متنافيان، فلايلزم ثبوت حكم أحد المتنافيين الآخر.

قوله رحمه الله: «وفي كون إنكار الموكّل الوكالة فسخاً نظر».

أقـول: منشأ النظر كما قلناه في إنكار الوكيل.

قوله رحمه الله: «ولو شهد أحدهما انّه وكّله في بيع عبده وشهد الآخر انّه وكّله في بيع عبده مع جاريته تثبت وكالة العبد، فإن شهد باتّحاد الصفقة فإشكال».

أقـول: وجه الإشكال من حصول الاتّفاق على التوكيل في بيع العبد فثبتت الوكالة في بيعه.

ومن حيث إنّ الوكالة في بيع العبد فتثبت الوكالة ببيعه.

ومن حيث إنّ الوكالة في بيع العبد مطلقاً المتناول لبيعه منفرداً، ولبيعه منضمّاً الى غيره مغاير للوكالة في بيعه منضمّاً الى الجارية لاغير، وشهادة كلّ واحد من الشاهدين على فعل مغاير للآخر، ولا يثبت ذلك بالشاهد الواحد.

قوله رحمه الله: «وكذا لو شهدا بالوكالة وحكم بها الحاكم ثمّ شهد أحدهما بالعزل ثبتت الوكالة دون العزل، والأقرب الضمان».

أقـول: وجه الضمان انّه سلّط الغير على التصرّف في مال غيره بشهادته بوكالة قد عرف بطلانها بالعزل فكان ضامناً. ويحتمل عدم الضمان؛ لعدم التنافي بين شهادتيه فانّه صادق فيهما، ولا يضمن بالإخبار بالصدق.

قوله رحمه الله: «ولو زوّجه امرأة فأنكر الوكالة ولا بيّنة حلف المنكر وأُلزم الوكيل المهر، وقيل:

نصفه، وقيل: يبطل العقد ظاهراً ويجب على الموكّل الطلاق أو الدخول صدق الوكيل، نعم لو ضمن الوكيل المهر فالوجه وجوبه أجمع عليه، ويحتمل نصفه».

أقول: القول الأوّل هو اختيار الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: اذا وكّله في تزويج امرأة بعينها فزوّجه غيرها لم يثبت النكاح ولزم الوكيل المهر؛ لأنّه غرّها، وإن عقد له على التي أمره بالعقد عليها ثمّ أنكر الموكّل أن يكون أمره بذلك ولم يقم الوكيل بيّنة بوكالته لزم الوكيل أيضاً مهر المرأة، ولم يلزم الموكّل شيء، وجاز للمرأة أن تتزوّج، غير أنّ الموكّل لايحلّ له فيما بينه وبين الله تعالى إلّا أن يطلّقها؛ لأنّ العقد قد ثبت عليه[١]. وتبعه ابن البرّاج[٢].

والقول الثاني ـ وهو لزوم نصف المهر للوكيل ـ هو اختيار الشيخ في المبسوط[٣]. وابن ادريس[٤] اختار هذا القول ثمّ قوّى الأوّل.

والقول الثالث ـ هو بطلان العقد في الظاهر ـ نقله ابن سعيد ثمّ قوّاه في كتابه[٥].

والمصنّف اختاره قبل ذلك ضمان الوكيل، لكنّه لم يجزم بالجميع أو بالنصف. وهنا اختار انّ الوكيل إن ضمن المهر على نفسه فالوجه وجوب الجميع عليه؛ لأنّه ضمن الجميع بعد تمام العقد، وهو يعرف ثبوته في ذمّة المضمون عنه بزعمه فكان الضمان

---

(١) النهاية ونكتها: باب الوكالات ج ٢ ص ٤٣.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل التاسع في الوكالة ص ٤٣٧ س ٢٥.

(٣) المبسوط: كتاب الوكالة ج ٢ ص ٣٨٦.

(٤) السرائر: باب الوكالة ج ٢ ص ٩٤.

(٥) شرائع الاسلام: كتاب الوكالة الفصل السابع في التنازع ج ٢ ص ٢٠٦.

صحيحاً، إذ رضي المضمون عنه غير معتبر عند المصنّف فكان عليه الجميع؛ لأنّه انّما ينتصف بالطلاق. ويحتمل نصفه، لأنّ الجميع انّما يستقرّ بالدخول ولم يحصل.

قوله رحمه الله: «ثمّ المرأة إن ادّعت صدق الوكيل لم يجز أن تتزوّج قبل الطلاق، ولا يجبر الموكّل على الطلاق فيحتمل تسلّط المرأة على الفسخ أو الحاكم على الطلاق».

أقول: فرّع المصنّف على القول ببطلان العقد ظاهراً، لأنّه في نفس الأمر لايخلو إمّا أن تصدّق المرأة الوكيل أو تكذّبه أو تجهل الأمرين، ولم يذكر المصنّف حكم الثاني ولا الثالث، فإن عرفت صدقه لم يحلّ لها أن تتزوّج بغيره؛ لأنّه ذات بعل. لم يفارقها بطلاق ولا فسخ ولا موت، فلم يكن لها أن تتزوّج بغير زوجها، وليس لأحد أن يجبر المدّعي عليه بالتوكيل على الطلاق؛ لأنّه أنكر الزوجية وحلف على عدم التوكيل، فلا يؤمر بطلاق غير زوجته.

ولأنّ الإجبار لايفيد الطلاق لبطلان طلاق المجبر، وحينئذٍ يحتمل تسلّط الزوجة على فسخ النكاح؛ لأنّه ضرر عظيم أبلغ من الضرر بالعيب المقتضي لتسلّطها على الفسخ. ويحتمل تسلّط الحاكم على الطلاق عنه، وتثبت الولاية له بذلك عند امتناع الزوج، كما تثبت الولاية له باستيفاء الحقوق عمّن وجبت عليه عند امتناع ذي الولاية عنها فيها.

قوله رحمه الله: «وكذا لو كان الحقّ دَيناً على إشكال».

أقـول: يريد انّه لو حضر واحد وادّعى انّه وكيل عن غائب في قبض دَينه من المديون فكذّبه فلا يمين عليه، وإن صدّقه المدّعى عليه لم يؤمر بالتسليم إليـه عـلى إشكال، كما لا يؤمر لو كان المدّعى به عيباً.

ووجه الإشكال من حيث إنّه صار وكيلاً عليه في تصديقه أياه في دعوى الوكالة، واذا طلب الوكيل مال الموكّل وجب على المـوكّل عـليه الدفـع إليـه، وهـو قـول ابن ادريس[١].

ومن حيث إنّ تصادق الغريمين ـ أعني الوكيل والمديون ـ لايكون نافذاً عـلى صاحب الحقّ، فلا يؤمر بتسليم حقّه الى مدّعي الوكالة، وهو قول الشيخ في المبسوط فانّه قال: اذا أنكر المدّعى عليه دعوى الوكالة في الدَين والعين فالقول قول الغريم بغير يمين، وإن ادّعى علمه لم يحلف ويتخيّر في التسليم وعدمه[٢].

وفي الخلاف ذكر حكم الدعوى اذا كانت بدَين وقال: لو صدّقه لم يؤمر بالتسليم إليه[٣].

قوله رحمه الله: «ولو ادّعى إحالة الغائب عليه فصدّقه احتمل قوّياً وجوب الدفع».

أقـول: وجه الوجوب انّ الحوالة اذا تمّت كانت ناقلة، فالمديون يعترف بانتقال المال المحال به عليه، فليس له منعه من ماله.

ويحتمل عدمه، كما قال المصنّف: من انّ التسليم الى المدّعي غير مبرئ؛ لاحتمال

---

(١) السرائر: باب الوكالة ج ٢ ص ٩٨.

(٢) المبسوط: كتاب الوكالة ج ٢ ص ٣٨٦.

(٣) الخلاف: كتاب الوكالة المسألة ١٣ ج ٣ ص ٣٤٩.

إنكار المحيل الحوالة ولابيّنة فيؤدّي الى غرم المديون ثانياً.

قوله رحمه الله: «ولو قال الغريم للوكيل: لاتستحقّ المطالبة لم يلتفت إليه، لأنّه تكذيب لبيّنة الوكالة على إشكال».

أقول: ينشأ من انّه لايلزم من عدم استحقاق المطالبة كذب البيّنة؛ لاحتمال عدم استحقاقها بالعزل أو بالإبراء من الحقّ وغير ذلك.

ومن انّ قيام البيّنة عليه بالتوكيل يقتضي استحقاق مطالبته في الحال مالم يثبت ما يبطلها.

فقوله: «لايستحقّ المطالبة» لازم للشهادة المستلزمة لتكذيب الملزوم ـ أعني بيّنة الوكالة.

قوله رحمه الله: «فلو ادّعى الوكيل ردّ العين أو ردّ ثمنها فالقول قول الموكّل على رأي، وقول الوكيل إن كان بغير جعل على رأي».

أقول: اذا اختلف الوكيل والموكّل في ردّ العين الموكّل فيها أو في ردّ ثمنها فعلى قولين ذكرهما المصنّف.

الأوّل: القول قول الموكّل مطلقاً، سواء كان بجعلٍ أو بغير جعل، وهو قول ابن ادريس[1].

الثاني: القول قول الوكيل إن كان بغير جعل، وهو قول الشيخ في المبسوط؛ لأنّه

---

(١) السرائر: باب الوكالة ج ٢ ص ٨٦.

قال فيه: إن كان بغير جعل فالقول قول الوكيل؛ لأنّه قبض المال لمنفعة غيره دون منفعته فهو كالودعي، وإن كان بجعلٍ فيه وجهان، أحدهما: القول قول الموكّل دون الوكيل؛ لأنّ الوكيل قبض المال لمنفعة نفسه، فهو كالمرتهن يدّعي ردّ الرهن، والمستعير يدّعي ردّ العارية، والمستأجر يدّعي ردّ العين المستأجرة. والثاني: القول قول الوكيل؛ لأنّه أخذ العين لمنفعة الموكّل؛ لأنّه لاينتفع بعين المال، والجعل لايتعلّق بقبض العين ولا يتعلّق بها، فقبضه لهذا المال مثل قبض المودع لعين الوديعة، وقبض الوكيل بغير جعل بخلاف المستعير والمرتهن؛ لأنّ حقوقهما متعلّقة بالعين، فقد حصل من جملة ذلك ثلاثة أقسام، أحدها: القول قول مدّعي الردّ، وهو الودعي والوكيل بغير جعل. الثاني: القول قول من يدّعي عليه الردّ، وهو المرتهن والمستأجر والمستعير. الثالث: على وجهين، وهو الوكيل بجعلٍ والمضارب والشريك والأجير المشترك عند من يجعل قبضه قبض أمانة، فكلّ هذا فيه وجهان، والوجه الأوّل أقواهما[1]. ومثله قال ابن البرّاج[2].

قوله رحمه الله: «والأقرب ردّه على الموكّل».

أقول: قال الشيخ: اذا ظهر في المبيع عيب ردّه على الوكيل دون الموكّل؛ لأنّه لم يثبت وصول الثمن إليه[3].

وقال المصنّف: «الأقرب ردّه على الموكّل» ومراده اذا علم بالوكالة؛ لأنّ الوكيل أمين والبائع هو الموكّل، فكان للمشتري الرجوع عليه، سواء وصل الثمن إليه أو لا؛

---

(١) المبسوط: كتاب الوكالة ج ٢ ص ٣٧٢ ـ ٣٧٣.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل التاسع في الوكالة ص ٤٣٨ س ٢٦.

(٣) المبسوط: كتاب الوكالة ج ٢ ص ٤٠٤.

لأنّ قبض وكيله يجري مجرى قبضه.

قوله رحمه الله: «ولو أقرّ بقبض الدَين من الغريم قدّم قول الموكّل مع اليمين على إشكال».

أقول: منشأه انّه اختلاف في فعل الوكيل، فيكون القول قوله فيه، ولأنّه أمين فكان قوله مقبولاً.

ومن أصالة بقاء حقّ الموكّل على غريمه.

أحكام السبق والرمي

قوله رحمه الله: «والسابق هو المتقدّم بالعنق والكتد[1]، وقيل: بالإذن».

أقول: القول الأوّل ـ أعني كون السابق هو المتقدّم بالعنق والكتد ـ قول الشيخ في المبسوط[2]، والخلاف[3]، ومذهب ابن ادريس[4].

قال الشيخ: وقال شاذّ: الاعتبار بالإذن، فاذا سبق بها فقد سبق؛ لقوله صلّى الله عليه وآله: «بعثت والساعة كفرسي رهان كاد أحدهما أن يسبق الآخر بإذنه» والأوّل أقوى[5].

---

(١) الكتد: مجتمع الكتفين من الانسان والفرس، وجمعه: أكتاد. (راجع قاموس المحيط ولسان العرب والمعجم الوسيط).

(٢) المبسوط: كتاب السبق والرماية ج ٦ ص ٢٩٥.

(٣) الخلاف: كتاب السبق المسألة ٨ ج ٣ ص ٢٧٣ طبعة اسماعيليان.

(٤) السرائر: كتاب السبق والرماية ج ٣ ص ١٤٨.

(٥) المبسوط: كتاب السبق والرماية ج ٦ ص ٢٩٥.

والقول الثاني ـ وهو أنّه المتقدّم بالإذن ـ قول ابن الجنيد فانّه قال: ويخطّ في النهاية خطّ معترض فأيّما خرج من الخيل بطرف أُذنيه قبل صاحبه حكم لصاحبه بالسبق، وكذلك الرواية عن أميرالمؤمنين عليه السلام أدّاها عن رسول الله صلّى الله عليه وآله[١].

قوله رحمه الله: «ولابدّ فيه من إيجاب وقبول، وقيل: إنّها جعالة فيكفي فيها الإيجاب».

أقول: القول بأنّها كالجعالة للشيخ في المبسوط[٢] والخلاف[٣].

وقال ابن ادريس: انّها عقد لازم[٤].

قوله رحمه الله: «ولاتصحّ المسابقة بالطيور ولا على الأقدام ولا بالسفن ولا بالمصارعة ولا برفع الأحجار، وفي تحريم هذه مع الخلوّ عن العوض نظر».

أقول: وجه النظر من أصالة الجواز. ومن كون هذه الأشياء لعباً وعبثاً، وقد تبيّن فساداً.

قوله رحمه الله: «ولو شرط المال لمن سبق في وسط الميدان فإشكال».

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل الثامن في السبق والرماية ص ٤٨٤ س ١٨.

(٢) المبسوط: كتاب السبق والرماية ج ٦ ص ٣٠٠.

(٣) الخلاف: كتاب السبق المسألة ٩ ج ٣ ص ٢٧٣ طبعة اسماعيليان.

(٤) السرائر: كتاب السبق والرماية ج ٣ ص ١٤٩.

أقــول: ينشأ من أصالة الجواز.

ومن كون ذلك ينافي الغرض من السباق، فإن ذلك الموضع إن كان هو نهـاية المدى صحّ ولم يكن وسطاً، وإن لم يكن النهاية انتفى الغرض من السباق بعده، لعدم المبالغة في بعث[١] العزم بعده.

قوله رحمه الله: «ولو تساويا جـنساً لا صـنفاً فـــالأقرب الجـــواز، كـــالعربي والبرذون[٢] والبُختي[٣] والعِرابي».

أقــول: لأنّهما متساويان في احتمال السبق فجازت المسابقة عليهما.

قوله رحمه الله: «وهل يجوز جعله للـمصلّي لو كانوا ثلاثة نظر، وكذا الإشكال في جعل قسـط للفسكل[٤]».

أقــول: من حيث إنّ الأصل الجواز.

ومن أدائه الى قصور العزم عن المبالغة في السبق، وهـو مـنافٍ للـغرض مـن السباق.

---

(١) في ج: «تعب»

(٢) البِرذَون: يُطلق على غيرالعربي من الخيل والبغال من الفصيلة الخيلية عظيم الخلقة غـليظ الأعضاء قويّ الأرجل عظيم الحوافر، والجمع: براذين. (المعجم الوسيط).

(٣) البُختي: الإبل الخراسانية، والجمع: بُخاتي. (المعجم الوسيط).

(٤) الفِسكِلُ بالكسر: الذي يجيء في الحلبة آخر الخيل والجمع: فسـاكـيل. (راجـع الصـحاح والمعجم الوسيط).

قوله رحمه الله: «والأقرب عدم اشتراط التساوي في الموقف».

أقول: وجه القرب من عموم الأدلّة الدالّة على مشروعيته مطلقاً من غير تقييد بهذا الشرط؛ لقوله صلّى الله عليه وآله: «لاسبق إلّا في نصلٍ أو خفٍّ أو حافر»[1] وقولهم عليهم السلام: انّ الملائكة لتنفر عند الرهان، وتلعن صاحبه ما خلا الحافر والخفّ والريش والنصل»[2] وهما يتناولان محلّ النزاع فكان جائزاً.

قوله رحمه الله: «عقد المسابقة والرماية لازم كالإجارة، وقيل: جائز كالجعالة، وهو الأقرب».

أقول: قد تقدّم انّ الأوّل مذهب ابن ادريس، والثاني مذهب الشيخ في كتابَي الخلاف والمبسوط. والمصنّف ادّعى الآن انّ قول الشيخ أقرب؛ لأنّ اللزوم حكم شرعي، والأصل عدمه، وانّما دلّ الدليل على جوازه فانّه لا حرج في فعله، امّا على لزومه فلا.

واحتجاج ابن ادريس بأنّ قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾[3] يدلّ على لزومه[4] ممنوع، فإن الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه، والوفاء باللازم العمل بمقتضاه على وجه اللزوم، والوفاء بالجائز العمل بمقتضاه على وجه الجواز.

---

(١) قرب الاسناد: ص ٤٢.

(٢) من لايحضره الفقيه: باب حدّ شرب الخمر... ح ٥٠٩٤ ج ٤ ص ٥٩، وسائل الشيعة: ب ١ في أحكام السبق والرماية ح ٦ ج ١٣ ص ٣٤٧.

(٣) المائدة: ١.

(٤) السرائر: كتاب السبق والرمي ج ٣ ص ١٤٩.

وأيضاً المراد أوفوا بالعقود اللازمة، وإلّا لوجب الوفاء بباقي العقود المتّفق على كونها ليست لازمةً، كالوديعة والعارية والقراض وغيرها، ونحن نقول بموجبه.

قوله رحمه الله: «ولو مات الفارس فللوارث الإتمام على إشكال».

أقول: ينشأ من أنّ العقد لم يتناول من عدا الميّت.

ومن انّ حقوق الميّت تنتقل الى وارثه، ومن جملتها حقّ الإتمام.

قوله رحمه الله: «وإن كان بعد الشروع ـ الى قوله: ـ لا المفضول على إشكال».

أقول: فرّع على القول بأنّها جائزة جواز فسخ كلّ منهما قبل الشروع وبعد الشروع للفاضل؛ لأنّه إسقاط لحقّه. أمّا المفضول فهل له الفسخ؟ فيه إشكال.

ينشأ من كونها جائزة.

ومن ظهور حقّ صاحبه فليس له إسقاطه.

قوله رحمه الله: «فإن فسدت المعاملة بكون العوض ظهر خمراً رجع الى آخر مثله في جميع ركضه لا في قدر السبق، وقيل: يسقط المسمّى لا الى بدل».

أقول: هذا قول ابن سعيد فانّه قال في كتابه: اذا فسد عقد السبق لم تجب أُجرة المثل، ويسقط المسمّى لا الى بدل[1].

---

(١) شرائع الاسلام: كتاب السبق والرماية الفصل الرابع في أحكام النضال ج ٢ ص ٢٤٠.

قوله رحمه الله: «ولو فسد لاستحقاق العوض وجب على الباذل مثله أو قيمته، ويحتمل أُجرة المثل».

أقول: امّا وجوب مثل العوض أو قيمته فلأنّ الرضا بالعقد إنّما كان على ذلك العوض، فاذا ظهر مستحقّاً كان للسابق المطالبة بتساوي حقّه، وهو مثله إن كان مثلياً وقيمته إن كان من ذوات القيم.

ويحتمل أُجرة المثل؛ لأنّه عقد فاسد، والعقد الفاسد يجب معه أُجرة المثل عند المصنّف، كما لو فسد بفساد العوض بكونه غير مملوك للمسلم.

وأقول: هذا الاحتمال انّما يتأتّى لو كان العوض معيباً، امّا لو كان موصوفاً في الذمّة وجب بدله قطعاً.

قوله رحمه الله: «ولو قال: آخر من سبق فله عشرة فأيّهم سبق استحقّها، ولو جاؤوا جميعاً فلا شيء لأحدهم، ولو سبق اثنان أو أربعة تساووا، ويحتمل أن يكون لكلّ واحد عشرة».

أقول: وجه الأوّل: انّ العشرة جعلت للسابق، والسابق هما الاثنان أو الأربعة كما فرض فهي بينهم. ووجه الاحتمال الثاني: انّ كلّ واحدٍ منهم سابق، فلكلّ واحد منهم عشرة بموجب الشرط.

قوله رحمه الله: «العلم بقدر الرشق، وهو شرط في المحاطة قطعاً، وفي المبادرة على إشكال».

أقــول: ينشأ من احتمال اشتراطه لينتفي الغرر والنزاع.

ومن حصول الغرض في المبادرة من دونه، إذ الغرض أن يـبادر أحـدهما الى إصابة العشرة المشترطة، وهو حاصل عند انتفاء ضبط[1] الرمي بالعدد، وحـينئذٍ لامعنى لاشتراطه؛ لأنّ كونه شرطاً على خلاف الأصل.

قوله رحمه الله: «ولو أطلقا فالأقرب حمله على الخواصل».

أقــول: لأنّ تخصيص بعض صفات الرمي بالحمل عليه دون بعضٍ خالٍ عن المرجّح، والمشترك بين الجميع هو الخواصل[2] فيحمل عليه، ولأنّه المتيقّن بالإرادة ومازاد عليه مشكوك فيه.

قوله رحمه الله: «والنادر الأقرب صحّته كبعد أربعمائة».

أقــول: لو شرطا في المراماة ما يندر وقوعه كإصابة الغرض على بعد أربعمائة ذراع فالأقرب عند المصنّف الجواز؛ لأنّه ممكن فجاز اشتراطه.

قوله رحمه الله: «ولو لم يكن في الإكمال فائدة من رجحان أو مساواة أو قـصور عـن التـفرّد بالإصابة بأن يقصر عن العدد لم يجب الإكمال».

---

(١) في ج: «حفظ».

(٢) الخَصلة: الإصابة في الرمي. (لسان العرب).

أقول: يريد انّه اذا شرطا المحاطّة مثل: من أصاب خمساً من عشرين فهو السابق، فاذا أصاب أحدهما أكثر من إصابة الآخر بحيث إذا حطّ الأقلّ من الأكثر فضل للآخر خمسة ولم يكونا أكملا الرشق فطلب المفضول إكمال الرشق فامّا أن يكون للإكمال فائدة أو لا، فإن لم يكن له فائدة لم تجب الإجابة، كما اذا رمى أحدهما خمسة عشر فأصاب منها عشرة ورمى الآخر خمسة عشر فأخطاها. فغاية المفضول أن يصيب الخمسة كلّها ويخطيها الآخر كلّها، فلا يفيده لبقاء خمسة فاضلة يحصل بها السبق. امّا لو كان هناك فائدة من رجحان أو مساواة أو منع عن التفرّد وجب.

مثال الرجحان: كما اذا رميا عشرة فأصاب أحدهما خمسة والآخر العشرة فانّهما إذا أكملا أمكن أن يصيبها المفضول ويخطيها الآخر فيرجّح عليه المفضول حينئذٍ ويستحقّ السبق، وكما اذا أصاب أحدهما عشرة من خمسة عشر وأصاب الآخر تسعة فإن المفضول اذا طلب الإكمال أمكن أن يصيب الخمسة الاُخرى ويخطيها الآخر فيرجّح على صاحبه بأربعة أسهم.

ومثال المساواة: كما إذا رمى أحدهما خمسة عشر فأصابها وأصاب الآخر منها عشرة فاذا أكملا أمكن أن يصيبها المفضول فيساوي الفاضل.

ومثال المنع عن التفرّد: كما لو أصاب أحدهما خمسة عشر ورماها الآخر فأصاب منها تسعة فاذا أكملا حتى أصاب المفضول الخمسة الباقية وأخطاها الآخر فانّه لايساويه ولا يرجّح عليه لكنه يمنعه من التفرّد؛ لأنّ الفاضل يجتمع له خمسة عشر وللآخر أربعه عشر.

قوله رحمه الله: «ويحتمل القسمة على قدر الإصابة فيمنع من لم يصب».

أقــول: لأنّ سبب تملّك الرهن هو الإصابة فيكون للمصيبين خاصّة؛ لحصول السبب منهم دون من أخطأ.

قوله رحمه الله: «ولو أخطأ لعارض مثل كسر قوس له أو قطع وتر أو عروض ريح شديدة لم يحسب عليه، ولو أصاب ففي احتسابه له نظر».

أقــول: وجه النظر من انّ الشرط الإصابة وقد حصلت.

ومن انّها ليست من فعله بل من العارض، فلأجل ذلك لم يحسب عليه.

قــوله رحمــه الله: «ولو شرط الخاسق فمرق حسب له، ولو خرقه حسب عليه، ولو ثقبه ثقباً يصلح للخسق فوقع بين يديه فالأقرب احتسابه له».

أقــول: الخاسق هو: ما فتح الغرض وثبت فيه، والمارق هو: ما نفذ من الغرض ووقع من ورائه، والخارق هو: ما شقّ الغرض ووقع بين يديه.

اذا عرفت هذا، فاذا شرط الخاسق فمرق حسب له؛ لأنّه أبلغ، فانّه مشتمل على المشروط وزيادة فيحتسب له؛ لاشتماله على المشروط، ولاتضرّ الزيادة. ولو خرقه حسب عليه؛ لأنّ الخارق أقلّ ممّا شرطه، فلم يأت به فيحسب عليه. ولو ثقبه ثقباً يصلح للخسق ثمّ وقع بعد ذلك بين يديه قال المصنّف: الأقرب احتسابه له؛ لأنّ الغرض الإصابة على الوجه المخصوص، وهو أن يفتح الغرض بإصابته، بحيث يصلح أن يثبت فيه وقد صدر ذلك منه، وخروجه منه بعد ثبوته فيه لايزيل استحقاقه له.

ويحتمل ضعيفاً انّه لايحسب له بل عليه؛ لأنّ الخاسق يعتبر فيه أن يصيبه ويثبت فيه وما ثبت.

قوله رحمه الله: «ولو وقع في ثقب قديم وثبت احتمل الاحتساب له وعدمه».

أقول: امّا احتسابه له فلأنّه أصاب الغرض وثبت فيه، وأمّا عدمه فلأنّه وقع في ثقب قديم فربّما كان بحيث لو لم يكن ذلك الثقب لما ثبت فيه ولا فتحه. ولم يقُل المصنّف حسب عليه؛ لأنّه لولم يحسب له لم يحسب عليه؛ لعدم العلم بكونه مستنداً الى فعله أو الثقب القديم، فلا يحسب له ولا عليه على الاحتمال الثاني، ولم يتعرّض له المصنّف تصريحاً.

قوله رحمه الله: «ولو شرط إطعامه لحزبه فالوجه الجواز».

أقول: لأنّه شرط لم يقم دليل على المنع منه فكان جائزاً.

قوله رحمه الله: «ولو شرطا احتساب القريب وذكرا حدّ القرب جاز، وإن لم يذكرا احتمل الفساد والتنزيل على انّ الأقرب يسقط الأبعد كيف كان».

أقول: اذا شرط المتعاقدان احتساب القريب احتمل الفساد؛ لأنّ القرب والبعد شيء من الأُمور الإضافية، فجاز أن يكون الشيء قريباً بالقياس الى شيء بعيداً بالقياس الى غيره فيكون عند الإطلاق مجهولاً فلا يصحّ.

ويحتمل التنزيل على انّ القريب بالنظر الى رمية الآخر، بمعنى انّ كلّ رمية أقرب من الأُخرى الى الغرض يسقط البعيد كيف كان؛ لأنّ الأصل صحّة العقد.

قوله رحمه الله: «ولو شرطا إسقاط مركز القرطاس ما حواليه احتمل الصحّة».

أقول: لأنّ الأصل الصحّة، ولظهوره لم يذكره المصنّف.

قوله رحمه الله: «ولو انكسر السهم نصفين فأصاب بالمقطع من الذي فيه الفوق حسب، ولو أصاب بالنصل من الآخر فإشكال».

أقول: منشأه انّه يصدق عليه انّه أصاب برميه.

ومن حيث إنّه لعارض فلا يحسب له، كما تقدّم.

كتاب

الوقوف والعطايا

كتاب الوقوف والعطايا

قوله رحمه الله: «ولفظه الصريح وقفت وحبّست وسبّلت على رأي».

أقول: هذا قول الشيخ في الخلاف فانّه قال فيه: ألفاظ الوقف الذي يحكم بصريحها قوله: وقّفت وحبّست وسبّلت[1]، وهو اختيار ابن زهرة[2].

وقال في المبسوط: الذي يقوى في نفسي انّ صريح الوقف قول واحد وهو وقّفت لاغير[3]، وهو اختيار ابن ادريس[4].

قوله رحمه الله: «ولو سكت ففي اشتراط قبوله إشكال أقربه ذلك».

---

(١) الخلاف: كتاب الوقف المسألة ٨ ج ٣ ص ٥٤٢.

(٢) الغنية «الجوامع الفقهية»: فصل في الوقف ص ٥٤٠ س ٣٤.

(٣) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٢.

(٤) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٥٥.

أقـول: وجه الإشكال من عموم الدليل الدالّ على صحّة الوقف، وانعقاده عند وجود لفظ الوقف والإقباض مطلقاً، وهو يتناول الوقف مع القبول وعدمه.

ومن انّه عقد فيفتقر الى الإيجاب والقبول كسائر العقود، وهذا هو الأقرب عند المصنّف؛ لأصالة بقاء الملك على مالكه حتى يثبت السبب الناقل.

قوله رحمه الله: «ولو وقفه على من ينقرض غالباً ولم يذكر المصرف ـ كما لو وقف على أولاده واقتصر أو ساقه الى بطون تنقرض غالباً ـ فالأقرب أنّه حبس يرجع إليه أو الى ورثته بعد انقراضهم».

أقـول: البحث هنا في موضعين:

الأوّل: هل يصحّ الوقف على من ينقرض غالباً أم لا؟ قال ابن الجنيد[١]، والشيخان[٢]، وسلّار[٣]، وابن البرّاج[٤]، وابن ادريس[٥]: يصحّ؛ لأنّه نوع تمليك وصدقة، امّا الصدقة فيتبع اختيار المالك في التخصيص وغيره، ولأنّ الأصل الجواز.

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب العطايا الفصل الثالث في الوقف ص ٤٩٢ س ٢٢.

(٢) المقنعة: كتاب الوقوف والصدقات ص ٦٥٥، الخلاف: كتاب الوقف المسألة ٩ ج ٣ ص ٥٤٣ ـ ٥٤٤.

(٣) المراسم: أحكام الوقوف والصدقات ص ١٩٨.

(٤) المهذّب: كتاب الوقف ج ٢ ص ٩١.

(٥) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٦٥.

ونقل الشيخ في المبسوط عن بعض الأصحاب المنع؛ لأنّ مقتضى الوقف التأبيد[١]. فالمنقطع يصير كالوقف على المجهول وهو باطل، كما لو وقف عليه ابتداءً.

وأُجيب بالفرق، فانّ المصرف هنا معلوم، بخلاف المجهول في الابتلاء.

الثاني: اذا قلنا بالصحّة وانقرض الموقوف عليهم هل يرجع الى ورثة الواقف أو إليه إن كان باقياً أو الى ورثته أو ينتقل الموقوف عليهم؟ قال المفيد: اذا انقرض الموقوف عليهم رجع الى ورثتهم[٢].

وقال الشيخ[٣]، وسلّار[٤]، وابن البرّاج[٥]: يرجع الى ورثة الواقف.

وقال ابن زهرة: يرجع الى وجوه البرّ[٦].

والأقرب عند المصنّف الصحّة والرجوع الى ورثة الواقف، امّا الصحة فلما تقدّم، وأمّا الرجوع الى ورثة الواقف فلأنّه حبس فلم يخرج عن ملك الواقف بالكلّية، ولأنّه انّما وقف على قوم بأعيانهم فلا يجوز التخطّي الى غيرهم.

قوله رحمه الله: «ولو أبّد على أحد تقديرين دون الآخر، مثل أن يقف على أولاده وعقبهم ما تعاقبوا فاذا انقرض العقب ولا عقب له فعلى

---

(١) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٢.

(٢) المقنعة: كتاب الوقوف والصدقات ص ٦٥٥.

(٣) النهاية ونكتها: باب الوقوف وأحكامها ج ٣ ص ١٢٨.

(٤) المراسم: أحكام الوقوف والصدقات ص ١٩٨.

(٥) المهذّب: كتاب الوقف ج ٢ ص ٩١.

(٦) الغنية«الجوامع الفقهية»: فصل في الوقف ص ٥٤١ السطر الأخير.

الفقراء، ولو انقرض الأولاد ولا عقب لهم فعلى إخوته واقتصر كان حبساً على التقدير الثاني، وفي الأوّل إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّه موبّد فيصحّ وقفاً.

ومن انّ تأبيده انّما هو على أحد تقديرين، فجاز انقراض الأولاد قبل[1] العقب فلا يحصل الوقف ولا يصل الى من أبّد عليه الوقف؛ لعدم حصول ذلك القدر الذي ثبت الوقف على تقدير حصوله.

قوله رحمه الله: «والقبض شرط ـ الى قوله: ـ وفي اشتراط فوريّته إشكال».

أقول: يحتمل اشتراط الفورية في القبض؛ لأنّ صحّة الوقف بتقدير حصول القبض على الفور ثابتة إجماعاً، وعلى تقدير التراخي مشكوك فيه فلا يحكم بصحّة الوقف فيه؛ لأصالة بقاء الملك على مالكه.

ومن عموم الأدلّة الدالّة على صحّة الوقف المتناول لكلّ واحد من القسمين، ولأنّ اشتراط الفورية على خلاف الأصل.

واعلم أنّ أبا الصلاح قال: واذا تصدّق على أحد الوجوه المذكورة وأشهد على نفسه بذلك ومات قبل التسليم وكانت على مسجد أو مصلحة فهي ماضية، وإن كانت على من يصحّ قبضه أو وليّه فهي وصية يحكم فيها بأحكام الوصايا[2]. فهذا

---

(١) في ق: «دون»، وفي م: «أعني».

(٢) الكافي في الفقه: فصل في الصدقة ص ٣٢٥.

الكلام يدلّ على انّ الشرط الإقباض ولو قبل الوفاة، وإن تأخّر عن العقد مع دلالته على صحّة الوقف بدونه في المصالح وصحّته بدونه وصية في غيرها.

قوله رحمه الله: «والأقرب أنّ قبض الحاكم كذلك».

أقول: يريد انّ الأقرب قبض الحاكم للمقبرة والمسجد يجري مجرى الصلاة والدفن في حصول القبض وصحّة الوقف؛ لأنّ الوقف في الحقيقة على المسلمين والحاكم هو المتولّي لمصالحهم فكان كقبض الموقوف عليهم.

قوله رحمه الله: «ولو وقف على نفسه ثمّ على غيره فهو منقطع الأوّل، ولو عطف بالواو فالأقرب اختصاص الغير بالنصف».

أقول: منقطع الأوّل هو: أن يكون الوقف أوّلاً على من لا يصحّ الوقف عليه وبعده على من يصحّ، كما لو قال: وقفت على نفسي أو على العبد أو المجهول ثمّ على أولادي ـ مثلاً ـ وفي صحّته خلاف بين أصحابنا.

فقال في الخلاف: يصحّ الوقف ممّن يصحّ الوقف عليه ويبطل في الآخر[1]. وتردّد في المبسوط[2]، ثمّ قوّى ما ذكره في الخلاف.

والمصنّف اختار البطلان في الجميع، إلّا اذا عطف من يصحّ الوقف عليه على من لا يصحّ بالواو، كقوله: وقفت على نفسي وعلى أولادي، ويسوق ذلك على التأبيد، فالأقرب عنده انّ من يصحّ الوقف عليه يختصّ بنصف الوقف؛ لأنّه لم يجعل الوقف

---

(١) الخلاف: كتاب الوقف المسألة ١٠ ج ٣ ص ٥٤٤.

(٢) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٣.

على من يصحّ الوقف عليه مرتّباً على من لايصحّ، بل جمع بينهما في الوقف، وهو يقتضي النصف، فيكون قد وقّف نصفه وقفاً باطلاً ووقّف النصف الآخر وقفاً صحيحاً، بخلاف منقطع الابتداء، إلّا انّ الوقف فيه على من يصحّ الوقف عليه موقوف على من لايصحّ الوقف عليه فيكون باطلاً.

قوله رحمه الله: «ولو شرط نقله عن الموقوف عليهم الى من سيوجد بطل على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث منافاة الشرط لعقد الوقف فانّه يقتضي انتقاله الى الموقوف عليهم مدّة بقائهم.

ومن وجوب العمل بشرط الواقف، ومنع المنافاة للوقف، كما لو وصف الموقوف عليهم بصفةٍ ثمّ تغيّرت فانّ الوقف يزول عنهم الى الموصوف بالصفة المشترطة، فلو وقف على أولاده الفقراء ثمّ زال الفقر عنهم انتقل عنهم الى من بعدهم وإن كانوا موجودين.

قوله رحمه الله: «وكذا الإشكال لو قال: على أولادي سنة ثمّ على الفقراء».

أقول: الإشكال في هذا الوقف كالإشكال في المسألة المذكورة بعينه.

قوله رحمه الله: «ولو وقف على أصاغر أولاده لم يجز له أن يشارك غيرهم مع الإطلاق على رأي».

أقول: الخلاف هنا مع الشيخ رحمه الله فانّه قال في النهاية: اذا وقّف على ولده

الموجودين وكانوا صغاراً ثمّ رُزق بعد ذلك أولاداً جاز أن يدخلهم معهم فيه، ولايجوز أن ينقله عنهم بالكلّية[١].

ويقرب من هذا القول قول ابن البرّاج فانّه قال: الوقف يجب أن يجري على ما وقّفه الواقف ويشترط فيه، واذا وقّف على ولدٍ موجود وهو صغير ثمّ وُلِدَ له بعده غيره وأراد أن يدخله في الوقف مع الأوّل كان جائزاً، إلّا أن يكون قد خصّ الولد الموجود بذلك وقصره عليه وشرط أنّه له دون غيره ممّن عسى أن يرزقه من الأولاد فانّه لايجوز أن يدخل غيره في ذلك[٢]. وأطلق باقي الأصحاب المنع من ذلك.

قوله رحمه الله: «فإن لم يعيّن كان الى الموقوف عليه إن قلنا بالانتقال إليه».

أقول: لأصحابنا في انتقال الوقف الى الموقوف عليه خلاف يأتي، فاذا وقّف وأطلق وقلنا بأنّ الوقف ينتقل الى الموقوف عليهم كان النظر فيه الى الموقوف عليهم؛ لأنّه ملكهم.

قوله رحمه الله: «لو قال: هو وقف بعد موتي احتمل البطلان؛ لأنّه تعليق، والحكم بصرفه الى الوصية بالوقف».

أقول: يحتمل صحّة هذا القول ويصرف على الوصية بالوقف؛ لدلالة قوله: «بعد موتي» على ذلك، فإنّ التصرّفات المعلّقة على الوفاة وصية، فيحمل هذا عليه؛

---

(١) النهاية ونكتها: باب الوقوف وأحكامها ج ٣ ص ١٢٠.

(٢) المهذّب: كتاب الوقوف والصدقات ج ٢ ص ٨٩.

لأنّ الأصل الصحّة.

قوله رحمه الله: «ولوقف على المؤمنين فهو للاثني عشرية، وقيل: لمجتنبي الكبائر».

أقول: هذا القول المحكي مذهب الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: اذا وقّف على المؤمنين كان لمجتنبي الكبائر من أهل المعرفة بالإمامة دون غيرهم، ولايكون للفسّاق منهم معهم شيء على حال[١]، وهو قول المفيد[٢]، وابن البرّاج[٣]، وابن حمزة[٤]. وما ذكره المصنّف في الكتاب هو اختيار سلّار[٥]، وابن ادريس[٦].

قوله رحمه الله: «واذا وقّف على قبيلة أو علّق بالنسبة الى أب ـ الى قوله: ـ كالعلوية فانّه يندرج تحته كلّ من انتسب الى علي عليه السلام من جهة الأب، ولا يعطى من انتسب إليه من جهة الأُمّ خاصّة على رأي».

أقول: هذا هو المشهور بين أصحابنا.

---

(١) النهاية ونكتها: باب الوقوف وأحكامها ج ٣ ص ١٢١.

(٢) المقنعة: باب الوقوف والصدقات ص ٦٥٤.

(٣) المهذّب: باب الوقوف والصدقات ج ٢ ص ٨٩.

(٤) الوسيلة: فصل في الوقف وأحكامه ص ٣٧١.

(٥) المراسم: ذكر أحكام الوقوف والصدقات ص ١٩٨.

(٦) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٦١.

وقال السيد المرتضى[١]، وابن ادريس[٢]: يعطى من ينتسب إليه من جهة الأُمّ أيضاً؛ لأنّ رسول الله صلّى الله عليه وآله قال عن الحسن والحسين: هذان ابناي إمامان قاما أو قعدا، والإطلاق الأصل فيه الحقيقة دون المجاز.

قوله رحمه الله: «ولو وقّف على الجيران فهو لكلّ من يصدق عليه عرفاً انّه جار، وقيل: لمن يلي داره الى أربعين ذراعاً من كلّ جانب، وقيل: أربعين داراً».

أقول: اذا وقّف على جيرانه ففيه ثلاثة أقوال حكاها المصنّف:

أحدها: الذي اختاره انّه يصرف الى من يصدق عليه في العرف انّه جار من غير تقدير.

والثاني: لمن يلي داره الى أربعين ذراعاً من كلّ جانب، وهو المشهور بين الأصحاب، ذهب إليه الشيخان[٣]، وأبو الصلاح[٤]، وسلّار[٥]، وابن زهرة[٦]، وابن حمزة[٧]، وقطب الدين الكندري[٨]، وابن البرّاج[٩]، إلّا انّ عبارة ابن البرّاج

---

(١) رسائل الشريف المرتضى «المجموعة الرابعة»: ص ٣٢٨.

(٢) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٥٧.

(٣) المقنعة: باب الوقوف والصدقات ص ٦٥٣، النهاية ونكتها: باب الوقوف وأحكامها ج ٣ ص ١٢٥.

(٤) الكافي في الفقه: فصل في الصدقة ص ٣٢٦.

(٥) المراسم: ذكر أحكام الوقوف والصدقات ص ١٩٨.

(٦) الغنية «الجوامع الفقهية»: فصل في الوقف ص ٥٤١ س ١٩.

(٧) الوسيلة: كتاب الوقوف والصدقات ص ٣٧١.

(٨) اصباح الشيعة «سلسلة الينابيع الفقهية»: ج ١٢ ص ٢٠٢.

(٩) المهذّب: باب الوقوف والصدقات ج ٢ ص ٩١.

في ذلك مشكلة؛ لأنّه قال: يكون جارياً على من بين داره وبين داره أربعون ذراعاً من أربع جوانبها، وذلك يقتضي انّ من بينه وبين داره أكثر من ذلك لا يستحقّ شيئاً، وهو باطل بالإجماع. ويقتضي أيضاً أن يعطى من هو على حدّ الأربعين جزماً، والباقون جعلوا الأربعين غاية فيبنى على دخول الغاية أوّلاً.

والثالث: ما نقل عن بعضهم الى أربعين داراً، وهو متروك.

قوله رحمه الله: «وفي وقفه على الذمّي خلاف والأقرب المنع في الحربي والصحّة في المرتدّ عن غير فطرة».

أقول: منع سلّار من ذلك؛ لأنّه قال: وقف المؤمن على الكافر باطل، وقد روي انّ الكافر اذا كان أحد أبوي الواقف أو من ذوي رَحِمَه كان جائزاً، والأوّل أثبت[1]، وكذا قال ابن البرّاج[2].

وجوّز الشيخان[3]، وأبو الصلاح[4] الوقف من المسلم على الكافر إن كان رحماً.

وابن ادريس تارةً جوّز على الأبوين خاصّة دون غيرهم من ذوي الأرحام أو الأجانب، وتارةً جوّز على ذوي الأرحام مطلقاً. ثمّ لما نقل كلام الشيخ في الخلاف

---

(١) المراسم: ذكر أحكام الوقوف والصدقات ص ١٩٨.

(٢) المهذّب: باب الوقوف والصدقات ج ٢ ص ٨٨.

(٣) المقنعة: باب الوقوف والصدقات ص ٦٥٣، النهاية ونكتها: باب الوقوف وأحكامها ج ٣ ص ١٢١.

(٤) الكافي في الفقه: فصل في الصدقة ص ٣٢٦.

«من جواز الوقف على أهل الذمّة اذا كانوا أقاربه» قال: قد قلنا: ما عندنا في هذه المسألة انّه لايجوز الوقف على أهل الكفر إلّا أن يكون أحد الأبوين[١].

والمصنّف منع من الوقف على الحربي، وجوّز في المرتدّ عن غير فطرة. وهذا الكلام يعطي جواز الوقف على الذمّي؛ لأنّ المرتدّ الى دين أهل الحرب يكون بمنزلة أهل الحرب، وانّما الظاهر انّه اذا كان من أهل الذمّة ثمّ أسلم ثمّ ارتدّ الى دينه الأوّل.

أمّا وجه المنع عن الحربي فلقوله تعالى: ﴿لاتجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادّون من حادّ الله ورسوله﴾[٢].

وأمّا الجواز على أهل الذمّة فلقوله تعالى: ﴿لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ـ الى قوله: ـ أن تبرّوهم وتقسطوا إليهم انّ الله يحب المقسطين﴾[٣] وهذا بعينه يدلّ على صحّة الوقف على المرتدّ عن غير فطرة، وقوله صلّى الله عليه وآله: «على كلّ كبد حرى أجر»[٤].

قوله رحمه الله: «ولو وقفه الكافر على مثله فالأقرب الصحّة».

أقول: يريد لو وقف الكافر على مثله مالايملكه المسلم كالخنزير فالأقرب الصحّة.

---

(١) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٦٦ ـ ١٦٧.

(٢) المجادلة: ٢٢.

(٣) الممتحنة: ٨.

(٤) عوالي اللآلي: الفصل السادس ح ٣ ج ١ ص ٩٥.

ووجه القرب انّ المانع من صحّته على المسلم كونه ممّا لايملكه الواقف أو الموقوف عليه، وهذا المعنى منتفٍ في حقّ الكافر على مثله؛ لأنّهما يملكانه فجاز نقله إليه بالوقف، كما يجوز بغيره من العطايا بعضٍ وغيره.

قوله رحمه الله: «وفي الدراهم والدنانير إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّها للانفاق والانتفاع بها في اتلافها فلا يصحّ وقفها كالطعام.

ومن حيث إنّها قد يعرض لها منفعة مع بقاء عينها فيصحّ وقفها، كما يصحّ إعارتها، وقد تقدّم ما يناسبه.

قوله رحمه الله: «الوقف اذا تمّ زال ملك الواقف عنه، ثمّ إن كان مسجداً فهو فكّ ملك كالتحرير، وإن كان على معيّن فالأقرب انّه يملكه، وإن كان على جهة عامّة فالأقرب انّ الملك لله تعالى».

أقول: اختلف أصحابنا في الوقف هل ينتقل عن الواقف أم لا؟ وعلى الانتقال هل ينتقل الى الله عزّ وجلّ أو الى الموقوف عليه؟ على ثلاثة أقوال:

أحدها: القول بأنّه لم ينتقل عن الواقف، وهو الظاهر من كلام أبي الصلاح[1] فانّه قسّم الصدقة الى مايزيل ملك الرقبة والى ما يبيح المنافع، وقسّم الأخير الى الوقف وغيره.

---

(١) الكافي في الفقه: فصل في الصدقة ص ٣٢٤، وفيه: تمليك الرقبة.

الثاني: انّه ينتقل الى الله تعالى، وهذا القول نقله ابن ادريس[١]، وحكاه الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: وقال قوم: ينتقل الى الله تعالى[٢].

الثالث: انّه ينتقل الى الموقوف عليهم، وهو قول الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: اذا وقّف وأقبض زال ملكه على الصحيح وملكه الموقوف عليه على الصحيح[٣]، واختاره ابن ادريس[٤].

وأمّا المصنّف فقال: اذا تمّ الوقف زال ملك الواقف عنه، ثمّ إن كان على مسجد فهو فكّ ملكه، بمعنى زوال ملك الواقف ولا ينتقل الى أحد على التعيين كالعتق، وإن كان على معيّن فالأقرب انّه يملكه كقول الشيخ وابن ادريس، وإن كان على جهة عامّة فالأقرب انّه ينتقل الى الله تعالى، وذلك كالوقف على المساكين أو على العلويّين.

أمّا زوال ملك الواقف على جميع التقادير فلأنّه سبب في قطع تصرّف الواقف عنه في الرقبة والمنفعة، فوجب زوال ملكه عنه كالعتق.

وأمّا انتقاله الى الموقوف عليه المعيّن فلأنّه مال ينتفع به الموقوف عليه دون غيره فكان ملكاً له، ولهذا يضمن له أرش الجراحات والأعضاء.

وأمّا انتقاله الى الله عزّوجلّ على تقدير الوقف على الجهة العامّة، كالعلويّين فلأنّه قد زال ملك الواقف عنه، وليس هناك من يختصّ بملكه ولا يجري مجرى المباحات، وإلّا لتصرّف فيه كلّ أحد فوجب انتقاله الى الله عزّوجلّ.

---

(١) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٥٤.

(٢) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٨٧.

(٣) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٨٧.

(٤) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٥٣ ـ ١٥٤.

قوله رحمه الله: «ولو لم يقع خلف ولا خشي خرابه بل كان البيع أنفع لهم لم يجز بيعه أيضاً على رأي».

أقول: قال المفيد رحمه الله: إن كان بيع الوقف أنفع من بقائه جاز تغيير الشرط في الوقف الى غيره[١]. ومنع ابن ادريس[٢] من ذلك، كما هو مذهب المصنّف.

قوله رحمه الله: «ولو انقلعت نخلة قيل: جاز بيعها، والأولى المنع مع تحقّق المنفعة بالإجارة للتسقيف وشبهه».

أقول: هذا قول الشيخ في الخلاف فانّه قال فيه: اذا انقلعت نخلة من بستان وقّف أو انكسرت جاز بيعها؛ لأنّه لايمكن الانتفاع بها إلّا على هذا الوجه[٣].

ومنع المصنّف من جواز بيعها، بل ينتفع بها مع بقائها بغير البيع، كالإجارة للتسقيف وشبهه، وهو اختيار ابن ادريس فانّه قال: يمكن الانتفاع بها، بأن يعمل جسراً أو زورقاً الى غير ذلك من المنافع[٤].

واعلم انّ الظاهر من كلام الشيخ في الخلاف يدلّ على جواز البيع اذا لم ينتفع بها إلّا به؛ لأنّ قوله: «لايمكن الانتفاع بها بغير ذلك» يعطي هذا المعنى، فالخلاف حينئذٍ مرتفع.

---

(١) المقنعة: باب الوقوف والصدقات ص ٦٥٢.

(٢) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٥٣.

(٣) الخلاف: كتاب الوقف المسألة ٢٣ ج ٣ ص ٥٥١.

(٤) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٦٧.

اذا عرفت هذا فنقول: لم ينصّ الشيخ على العمل بثمنها، وابن الجنيد قال: وامّا لو وقّف وقفاً أو ما يبلغ حاله الى زوال ما سبّله من منفعته فلا بأس ببيعه وإبدال مكانه بثمنه إن أمكن ذلك، أو صرفه فيما كان يصرف فيه منفعته، أو ردّ ثمنه على منافع ما بقي من أصل ما حبّس معه اذا كان في ذلك الصلاح[1].

قوله رحمه الله: «ولو شرط بيعه عند التضرّر به ـ كزيادة خراج وشبهه ـ وشراء غيره بثمنه، أو عند خرابه وعطلته، أو خروجه عن حدّ الانتفاع، أو قلّة نفعه ففي صحّة الشرط إشكال».

أقول: منشأه من حيث إنّه منافٍ لمقتضى الوقف فانّه يقتضي بقاؤه ما دامت العين باقية، وهذا الشرط يقتضي زواله مع بقاء العين وهما متنافيان.

ومن كون اقتضاء البقاء مع بقاء العين انّما هو مع الإطلاق، امّا مع الشرط المشتمل على مصلحة الموقوف عليهم كما مثّله المصنّف فممنوع، وأيضاً فانّه يجوز بيعه من غير شرط على بعض الوجوه، فبيعه مع الشرط أولى.

قوله رحمه الله: «ومع البطلان ففي إبطال الوقف نظر».

أقول: على تقدير القول بعدم صحّة هذا الشرط هل يبطل به الوقف أو يبطل الشرط خاصّة؟ فيه نظر.

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب العطايا الفصل الثالث في الوقف ص ٤٩٥ س ١.

ينشأ من كون الوقف على غير هذا الوجه[١] لم يقصده الواقف، وعلى هذا الوجه لم يصحّ كالبيع، ولم يصحّ الوقف على هذا الشرط فبطل بقصده الواقف.

ومن انّ الواقف قصد شيئين، أحدهما: صحيح وهو الوقف، والآخر: فاسد وهو جواز البيع، ولايلزم من فساد الثاني فساد الأوّل، بخلاف الشرط في البيع فانّه عقد معاوضة، ولم يحصل الرضا بذلك العوض عن العين المبتاعة إلّا على هذا الشرط ولم يسلم.

قوله رحمه الله: «ونفقة المملوك على الموقوف عليهم وإن كان ذا كسب على رأي».

أقول: أمّا القائلون: بأنّ الملك ينتقل الى الله تعالى فيلزمهم أن يكون نفقة العبد الموقوف عليهم في كسبه، وأمّا القائلون: بأنّه ينتقل الى الموقوف عليهم فقد اختلفوا.

فقال المصنّف رحمه الله: انّها على الموقوف عليهم؛ لأنّ النفقة تابعة للملك وهو ملك لهم فكانت النفقة عليهم.

وقال الشيخ رحمه الله: النفقة في كسبه اذا لم يشترط أو يشترطها في كسبه؛ لأنّ الغرض من الوقف انتفاع الموقوف عليه، وانّما يكون ذلك ببقاء عينه، وانّما تبقى عينه بالنفقة فيكون كأنّه شرطها في كسبه[٢].

قوله رحمه الله: «ولو أوجبت مالاً تعلّقت

---

(١) في ق: «الشرط».

(٢) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٨٨.

بكسبه إن قلنا بعدم الانتقال، وكذا إن كان على المساكين أو على المعسر وإلّا فعلى الموقوف عليهم لتعذّر بيعه على إشكال، ينشأ من انّ المولى لا يعقل عبداً، والأقرب الكسب».

أقول: اذا كان الوقف عبداً على المساكين أو على معسر وجنى جناية توجب مالاً فانّها في كسب العبد؛ لأنّ العبد وقف لايصحّ بيعه، ولا يجوز إسقاط الجناية؛ لقوله صلّى الله عليه وآله: «لايطل دم امرئ مسلم»[1] فوجب أن يدفع الأرش من كسب العبد جمعاً بين الحقّين.

أمّا اذا كان وقفاً على معيّن فإن قلنا بعدم الانتقال الى الموقوف عليهم فهو في كسبه أيضاً؛ لما قلناه، وان قلنا بالانتقال إليه ـ وهو الصحيح عند المصنّف ـ احتمل ضمان الموقوف عليه لأرش الجناية أو تعلّقها بكسبه، كما ذكره المصنّف.

والأقرب عنده تعلّقها بالكسب؛ لأنّ المولى لايعقل عبداً، ولأصالة براءة الذمّة من وجوب دفع الأرش فانّه ليس مباشراً ولا سبباً في الجناية، فإلزامه بها خالٍ عن السبب فيكون في الكسب لئلّا يطل دم المسلم.

وقال الشيخ في المبسوط: اذا جنى العبد الموقوف لايتعلّق برقبته؛ لأنّها انّما تتعلّق برقبة من يباع، امّا رقبة من لايباع فالأرش لايتعلّق بها. اذا ثبت هذا فمن قال: ينتقل الملك إليه فهو في ماله، ومن قال: ينتقل الى الله تعالى قيل: من مال الواقف؛

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١٢ البيّنات على القتل ذيل الحديث ٣ ج ١٠ ص ١٦٧، وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به ح ٥ ج ١٩ ص ١١٨.

لأنّه الذي منع الرقبة من تعلّق الأرش بها، وقيل: يكون في بيت المال كالحرّ المعسر[١].

وقال ابن البرّاج: يكون في ماله[٢]. ولم يتقدّم ما يرجع إليه الضمير إلّا العبد، وقيل: في كسبه[٣]؛ لأنّه أقرب الى رقبته، فاذا تعذّر تعلّقه برقبته تعلّق بما هو أقرب إليها.

قوله رحمه الله: «وليس للمجنى عليه استرقاقه في العمد على إشكال».

أقول: ينشأ من انّ له إبطال الوقف وإخراجه عن ملك الموقوف عليه بقتله، فإخراجه عن ملكه مع بقاء حياته أولى.

ومن انّ الوقف يقتضي التأبيد مادامت العين باقيةً، وذلك ينافي استرقاقه، بخلاف القتل فافترقا.

قوله رحمه الله: «ولو جنى عليه بما يوجب المال احتمل اختصاص الموجودين به فلهم العفو، وشراء عبد أو شقص عبد بها يكون وقفاً».

أقول: لو جنى على العبد الموقوف بما يوجب المال ـ كقتل الحرّ له ـ احتمل أن تكون قيمته مختصّةً بالبطن الأوّل لبطلان الوقف؛ لأنّ الوقف لم يتناول القيمة فكانت

---

(١) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٨٩.

(٢) المهذّب: كتاب الوقف ج ٢ ص ٩٤.

(٣) شرائع الاسلام: كتاب الوقوف والصدقات ج ٢ ص ٢١٩.

القيمة مختصّة بالموجودين كاختصاصهم بالمنافع، وهو قول الشيخ في المبسوط[١].

ويحتمل شراء غيره بقيمته يكون وقفاً؛ لأنّ الرقبة ليست ملكاً للبطن الأوّل بانفرادهم، بل هي ملك لجميع البطون فقيمتها تكون لهم أيضاً؛ لأنّ قيمة المملوك لمالكه.

فعلى الأوّل: للموجودين العفو عن الجناية؛ لأنّه إسقاط لحقّ يختصّ بهم.

وعلى الآخر: ليس لهم العفو؛ لعدم اختصاصهم وعدم العلم بمقدار نصيبهم، سواء كان ذلك ديةً أو أرشاً، بل يشتري بذلك عبداً أو بعض عبد يكون وقفاً للموقوف عليهم.

قوله رحمه الله: «ولو جنى عليه عبد بما يوجب القصاص، فإن اقتصّ الموقوف عليه استوفى، وإن عفا فهل لمن بعده من البطون الاستيفاء؟ الأقرب ذلك إن لم يكن نفساً».

أقول: لأنّ عند وجود البطن الثاني إذا لم يكن نفساً الوقف باقٍ وقد صار إليهم فعلم عدم اختصاص العافي، واذا كانت نفساً فعلى ما مرّ.

والفرق انّه هاهنا يبطل الوقف بقتله، بخلاف الطرف فانّ الوقف لا يبطل بالجناية عليه.

قوله رحمه الله: «ولو استرقّ الجاني أو بعضه

---

(١) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٨٩.

فهل يختصّ به أو يكون وقفاً؟ إشكال».

أقـول: ينشأ من حيث إنّه كالمنفعة وقد وجدت قبل وجود البطن الأُخـرى فيكون للبطن التي وجدت في زمانها.

ومن أنّه عوض جناية على الوقف المشترك بين الأُولى وغيرها فيشترك فـيه الجميع، وهو معنى كونه وقفاً.

قوله رحمه الله: «ولو اتّفق هـو ومـولاه عـلى الفداء فهل يختصّ به أو يشتري به عبداً يكـون وقفاً؟ إشكال».

أقـول: منشأه ما تقدّم.

قوله رحمه الله: «ولو مات البـطن الأوّل قـبل انقضاء مدّة الإجارة فالأقرب البطلان هنا».

أقـول: لو أجّر البطن الأوّل الوقف مدّة ثمّ مات قبل انـقضائها فـن يـقول ببطلان الإجارة بموت أحد المتواجرين يبطل عـنده قـطعاً، ومـن قـال: لايـبطل كالمصنّف فهل تبطل عنده هنا أم لا؟ قال: الأقرب ذلك.

والفرق انّه في إجارة الطلق يكون الموجر قد آجره ملكه الذي يتفرّد به وله نقله كيف شاء ببيع وغيره ونقل منافعه بالإجارة وغيرها، بخلاف الوقف فانّه لايختصّ بالبطن الأوّل بل هو لها ولباقي البطون، فاذا مات الموجر ظهر نهـاية اسـتحقاقه، فيبطل فيما ليس بمستحقّ له وهو الزائد، فانّ البطن الثانية تتلقّى الملك عن الواقف لا عنه، وفي الطلق الورثة يتلقّون الملك عن مورثهم الموجر، ولم يكن لهم من المنفعة إلّا

ما كان لمورثهم، وهو ما بعد انقضاء مدّة الإجارة.

قوله رحمه الله: «وفي صيرورتها أُمّ ولد إشكال».

أقول: اذا وطأ الموقوف عليه من إحدى البطون الجارية الموقوفة عليه فحملت هل تصير أُمّ ولد أم لا؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّها ملكه وقد علقت منه فتكون أُمّ ولد.

ومن أدائه بطلان حقّ[1] باقي البطون بعتقها بموت مولاها.

قوله رحمه الله: «ومعه تنعتق بموته، ويؤخذ من تركته قيمتها لمن يليه من البطون على إشكال».

أقول: هذا الإشكال والذي قبله انّما يتأتّيان اذا كان ولده داخلاً في الوقف، فأمّا اذا لم يكن داخلاً في الوقف فانّها لاتنعتق بموته؛ لعدم انتقالها الى الولد بل الى باقي البطون، وعلى تقدير أن يكون الولد داخلاً هل يؤخذ من تركة الميّت قيمتها لمن يليه من البطون؟ فيه إشكال.

ينشأ من أنّ قيمة المتلف إذا كان وقفاً هل يكون للموقوف عليهم أو يختصّ به البطن الأوّل؟ وقد تقدّم.

وهاهنا إشكال من وجه آخر، وهو شراء عوض المتلف للبطون فيحتمل هنا ذلك؛ لأنّ وطؤها واستيلادها سبب في ضمانها، فكان كالمتلف فيجب عليه في تركته قيمتها لباقي البطون. ويحتمل عدمه؛ لأنّ العتق انّما حصل بعد موته، فلا يكون

---

(١) كلمة «حقّ» ليست في ج.

مضموناً عليه.

قوله رحمه الله: «ويجوز تزويج الموقوفة ومهرها للموجودين، وكذا ولدها إن كان من مملوك أو زنا، ويختصّ به الموجودون وقت الولادة على رأي».

أقول: خالف الشيخ في ذلك حيث قال في المبسوط: يكون وقفاً، فانّه قال فيه: ولد الأمة الرقيق قيل: فيه وجهان، أحدهما: يكون طلقاً ويكون للموقوف عليه، لأنّه نماؤها فأشبه كسبها وثمرة البستان. والثاني: يكون وقفاً كأُمّه؛ لأنّ حكم كلّ ذات ولد ذات رحم حكم أُمّها، كالمدبرة وولد الاضحية والهدي، وهو الأقوى[1].

وهو مذهب ابن الجنيد أيضاً حيث قال: أولاد الحيوان المحبوسة يجرون مجرى أُمّهاتهم في الحبس وتسبيل المنفعة[2].

قوله رحمه الله: «ولو وقف مسجداً على قوم بأعيانهم كالفقهاء فالأقرب عدم التخصيص، بخلاف المدرسة والرباط والمقبرة».

أقول: وجه القرب انّ كونه مسجداً يقتضي اشتراك كلّ المسلمين في جواز الصلاة فيه، واختصاص البعض ينافي ذلك.

ويحتمل الجواز عملاً بالشرط، بخلاف المدرسة والرباط والمقبرة فيصحّ فيها

---

(١) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٠.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب العطايا الفصل الثالث في الوقف ص ٤٩٥ س ١٨.

التخصيص؛ لعدم المنافاة فيه؛ لصدق اسم كلّ واحد من المدرسة والرباط والمقبرة مع التخصيص.

قوله رحمه الله: «واذا وقف على أولاده اشترك البنون والبنات والخناثى، ولاتدخل الحفدة على رأي».

أقول: اذا وقّف على أولاده قال الشيخ: لا يدخل فيه أولاد الأولاد، بل يكون لأولاد صلبه[١]. وبه قال ابن الجنيد[٢].

وقال المفيد[٣]، وابن البرّاج[٤]، وأبو الصلاح[٥]، وابن ادريس[٦]: يدخل فيه الحفدة ـ أعني: أولاد الأولاد ـ وإن نزلوا.

وفصّل المصنّف فقال: «إن كان هناك قرينة تدلّ على إرادة أولاد الأولاد وإن نزلوا ـ مثل أن يقول: والأعلى يفضّل على الأسفل، أو قال: الأعلى فالأعلى، أو قال: وقّفت على أولاد فلان وليس له ولد الصلب، كما لو قال: وقّفت على أولاد هاشم ـ دخلوا، وإلّا فلا».

قوله رحمه الله: «ولو قال: على أولادي وأولاد أولادي اختصّ بالبطنين الأوّلين على رأي».

---

(١) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٦.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب العطايا الفصل الثالث في أحكام الوقف ص ٤٩٣ س ٧.

(٣) المقنعة: باب الوقوف والصدقات ص ٦٥٣.

(٤) المهذّب: كتاب الوقوف والصدقات ج ٢ ص ٨٩.

(٥) الكافي في الفقه: فصل في الصدقة ص ٣٢٦.

(٦) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٥٧.

أقـول: الخلاف هنا كما تقدّم.

قوله رحمه الله: «ولو قال: على من انتسب إليّ لم يدخل أولاد البنات على رأي».

أقـول: خالف السيد المرتضى[١] رحمه الله في ذلك، وتبعه ابن ادريس[٢].

قوله رحمـه الله: «ولو شرط إخـراج بـعضهم بصفة أو ردّه بها جاز، كقوله: من تزوّج منهم فلا نصيب له، فلو تزوّجت سقط نصيبها، فإن طلّقت عاد وإن كان رجعياً على إشكال».

أقـول: ينشأ من انّها بالطلاق صارت موصوفة بالصفة المقتضية؛ لدخولها في الوقف، أعني كونها ليس لها زوج.

ومن كون الرجعية بحكم ذات البعل؛ لوجوب الإنفاق والتوارث وغير ذلك.

قوله رحمه الله: «واذا وقّف على الفـقراء ـ الى قوله: ـ والأقرب انّه لايجوز الدفع الى أقلّ مـن ثلاثة».

أقـول: الوقف على الفقراء ينصرف الى فقراء البلد ومن يحضره، ولايلزم تتبّع الغائب منهم، بل يجوز الدفع الى غير الغائب. وهل يجوز أن يعطى أقلّ من ثلاثة اذا لم يكن في البلد أزيد منهم؟ الأقرب المنع؛ لأنّ الجمع لايصدق على أقلّ من ثلاثة.

---

(١) رسائل الشريف المرتضى «المجموعة الرابعة»: ص ٣٢٨.

(٢) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٥٨.

قوله رحمه الله: «ولو وقّف على من يجوز الوقف عليه ثمّ على من لايجوز فهو منقطع الانتهاء... ولو انعكس فهو منقطع الابتداء، وفيه قولان، فإن قلنا: بالصحّة فإن كان الأوّل ممّن لايمكن اعتبار انقراضه كالميّت والمجهول والكنائس صرف في الحال الى من يجوز الوقف عليه، وإن أمكن اعتبار انقراضه كالعبد والحربي ففي الانتقال في الحال أو بعد الانقراض احتمال».

أقول: الوقف المنقطع قد يكون منقطع الانتهاء، كقوله: وقفت على أولادي ثمّ على العبد، ومنقطع الابتداء عكسه، وقد تقدّم أن فيه قولين لأصحابنا، أحدهما: يبطل، والآخر: يصحّ. فعلى القول بالصحّة هل يصرف في الحال الى من يصحّ الوقف عليه؟

فنقول: لايخلو امّا أن يكون من لايصحّ الوقف عليه ممّن لايمكن اعتبار انقراضه، كما لو وقّف على الميّت أو على المجهول أو على الكنائس ثمّ على أولاده والمساكين، فهذا يصرف الى من يصحّ الوقف عليه في الحال؛ لعدم فائدة التربّص.

وإن كان ممّن يمكن اعتبار انقراضه، كما لو وقّف على العبد أو الكافر الحربي ثمّ على أولاده ففيه احتمالان:

أحدهما: يصرف الى من يصحّ الوقف عليه في الحال؛ لأنّه لايستحقّ الوقف غيره، وهو قول الشيخ في المبسوط[1].

---

(١) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٤.

والآخر: أنّه لايصرف إليهم في الحال بل يتربّص انقراض العبد أو الحربي؛ لأنّه انّما جعل لمن يصحّ عليه الوقف منفعة الوقف بشرط انقراض من قبلهم، والشرط لم يوجد.

ونقل الشيخ في المبسوط هذا الاحتمال عن بعض الفقهاء: فيصرف الى الفقراء والمساكين مدّة بقاء الموقوف عليه أوّلاً، ثمّ قال: اذا انقرض رجعت الى من يصحّ الوقف عليه[١].

قوله رحمه الله: «ولو وقّف على مواليه صرف الى الموجودين من الأعلى أو الأدون، فإن اجتمعا فإلى من يعيّن، فإن أطلق فالأقرب البطلان، وقيل بالتشريك».

أقول: اذا وقّف على مواليه وله موالٍ من أعلى ومن أسفل ولم يعيّن أحدهما ولا قصده قال الشيخ في المبسوط: يصرف إليهما؛ لأنّ الاسم يتناولهما[٢]. وكذا قال ابن ادريس[٣]، وابن حمزة[٤].

والأقرب عند المصنّف البطلان؛ لأنّه لفظ مشترك، ولايراد به مجموع معنييه بل أحدهما ولم يعيّن فكان باطلاً لجهالته، كما لو وقّف على أحدهما.

وقال في مسائل خلافه: إن كان اللفظ مفرداً ليس بجمع بطل، وإن كان جمعاً وقلنا

---

(١) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٤.

(٢) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٥.

(٣) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٦٧.

(٤) الوسيلة: فصل في بيان الوقف وأحكامه ص ٣٧١.

بجواز إرادة معنى المشترك من لفظ الجمع حمل عليهما، وإن قلنا: إنّ حكمه حكم اللفظ الواحد بطل[١].

وأقول: النزاع انّما هو في لفظ الجمع؛ لأنّ وضع المسألة اذا كان له موالٍ من أعلى وموالٍ من أسفل. وينبغي القول بتناول الجميع؛ لأنّه جمع مضاف، وهو يفيد للعموم في تناول كلّ ما يصلح له فيتناول الجميع، كما لو قال: وقّفت على كلّ من صدق عليه أنه مولى فانّه يدخل فيه الجميع قطعاً.

قوله رحمه الله: «ولو وقّف على أولاده فاذا انقرضوا وانقرض أولاد أولاده فعلى الفقراء، قيل: يصرف بعد أولاده الى أولاد أولاده، وليس بمعتمد بل يكون منقطع الوسط، فاذا انقرض أولاد أولاده عاد الى الفقراء».

أقول: حكى الشيخ في المبسوط كلا القولين وقوّى انّه يصرف بعد أولاده الى أولاد أولاده[٢].

والمصنّف منع من ذلك؛ لانتفاء دلالة اللفظ عليه بإحدى دلالاته الثلاث: امّا المطابقة والتضمّن فظاهر؛ لأنّه لم يوضع لفظ الأولاد لأولاد الأولاد حقيقةً على ما ذهب إليه الشيخ، ولا هو جزء من مسمّى اللفظ. وامّا دلالة الالتزام فلأنّ كون انقراضهم شرطاً في صيرورته الى الفقراء يصدق على تقدير دخولهم في الوقف

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب العطايا الفصل الثالث في أحكام الوقف ص ٤٩٧ س ٧.

(٢) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٨.

وعدمه، ولا دلالة للعامّ على الخاصّ.

قوله رحمه الله: «والنماء قبل انقراض أولاد أولاده لورثة الواقف على إشكال».

أقول: وجه الإشكال انّه لامصرف له في الحال لانتفاء الموقوف عليهم فيه فيكون لورثة الواقف.

ومن انّه قد انتقل عنه بالوقف الصحيح فلا يورث عنه.

قوله رحمه الله: «وليس له غرس نخلة في المسجد لنفسه، وهل له ذلك للوقف؟ الأقرب المنع».

أقول: وجه القرب من انّه إبطال للمنفعة الموقوف عليها، فانّ ذلك الغرس من جملة المسجد الذي هو وقف على الصلاة فيه، والغرس فيه يمنع من ذلك.

قوله رحمه الله: «وهل يجوز قسمة الوقف على نفرين؟ الأقرب المنع مع اتحاد الواقف والموقوف عليه، امّا لو تعدّد الواقف والموقوف عليه فإشكال».

أقول: اذا وقّف الواقف ملكاً على واحد ثمّ على من بعده لايجوز لمن بعده قسمة الوقف قطعاً، أمّا لو وقّف على اثنين ابتداءً فإن كان الواقف واحداً لم يجز للموقوف عليهما قسمته أيضاً، كما اذا كان الموقوف عليه متّحداً كما اذا قال: وقّفت عليكما وعلى عقبكما ونسلكما ثمّ على الفقراء؛ لعدم اختصاص بعض من الموقوف

عليهم بشيء من الوقف.

ولو تعدّد الواقف والموقوف عليه، بأن و قّف واحد النصف المشاع الذي له في شركة غيره على أولاده وعقبهم ثمّ على المساكين، ووقّف الآخر النصف الذي له على أولاده وعقبهم ثمّ على الفقراء، فهل يصحّ لأحد القبيلين قسمته مع القبيل الآخر؟ فيه إشكال.

ينشأ من حيث المنع من قسمة الوقف، والمجموع وقف.

ومن حيث كونه وقفين متغايرين لاتعلّق لأحدهما بالآخر، فجاز تميّز أحدهما من الآخر، كقسمة الوقف مع الطلق.

قوله رحمه الله: «ولو آجر زيادة على المدّة المشترطة فالأقرب البطلان في الزائد خاصّة».

أقول: لو شرط الواقف أن لا يوجر إلّا سنة واحدة ـ مثلاً ـ فآجره الناظر سنتين احتمل بطلان العقد فيهما؛ لأنّه عقد وقع على خلاف شرط الواقف فكان باطلاً.

واحتمل بطلان الزائد وهو السنة الثانية، ويصحّ في الأُولى وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّه آجر ماله إجارته وما ليس له، فكان كما لو آجر مايملك وما لايملك فيصحّ فيما له إجارته ويبطل فيما عداه.

قوله رحمه الله: «ولو خلق حصير المسجد وخرج عن الانتفاع به فيه، أو تكسّر الجذع بحيث لاينتفع به في غير الإحراق فالأقرب بيعه وصرف ثمنه في مصالح المسجد».

أقول: لأنّه بخروجه عن الانتفاع خرج عن كونه وقفاً فجاز بيعه.

أحكام السكنى والصدقة والهبة

قوله رحمه الله: «في السكنى: ويلزم بالقبض على رأي».

أقول: نقل ابن سعيد في هذه المسألة ثلاثة أقوال أحدها: انّها تلزم بالإقباض ـ كما ذكره المصنّف ـ وقال: هو الأشهر، والثاني: انّها لا تلزم مطلقاً، والثالث: انّها تلزم إن قصد بها التقرّب[1].

قوله رحمه الله: «ولو قرنت بعمر الساكن فمات المالك لم يكن لورثته إزعاجه قبل وفاته مطلقاً على رأي».

أقول: هذا هو المشهور.

وقال أبو علي ابن الجنيد: إن كان ثلث تركة الميّت لا تحيط بقيمة الدار كان لورثته إزعاجه، وإن وفىٰ بقيمتها لم يكن لهم ذلك[2].

---

(١) شرائع الاسلام: كتاب السكنى والحبس ج ٢ ص ٢٢٥.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب العطايا الفصل الرابع في السكنى ص ٤٩٨ س ١٥.

قوله رحمه الله: «ولو قرنت السكنى بالعمر بطل البيع على إشكال».

أقول: منشأ الإشكال من أصالة جواز البيع، ولعدم المنافاة بين بقاء السكنى على حالها وانتقال ما كان للمالك من رقبة الملك الى المشتري بالعوض، وهو مذهب ابن الجنيد حيث قال: فإن شرط له مدّة حياة المسكون واحتاج المسكن الى الدار ودعته ضرورة الى ثمنها باعها المسكن وشرط على المبتاع سكنى المسكون الى أجله[1].

ومن انّ الأصحاب منعوا من بيع الدار التي تعتدّ فيها المطلقة بالإقراء لجهالة وقت الانتفاع، وهذا بعينه موجود هاهنا، بل هذا أبلغ؛ لأنّ المسكن اذا أراد المطّلق بيعه مع سكنى المعتدّة بالإقراء أمكنه استثناء مدّة تزيد على نهاية الإقراء كالسنة ـ مثلاً ـ بخلاف العمر فانّه غير معلوم النهاية.

قوله رحمه الله: «في الصدقة: والأقرب جواز الصدقة على الذمّي».

أقول: قد مرّ الخلاف في ذلك في باب الوقف؛ لأنّه نوع صدقة.

قوله رحمه الله: «في الهبة: وهبة ما في الذمّة لمن عليه إبراء لايشترط فيه القبول، ولاتصحّ لغيره على رأي».

أقول: المصنّف ذهب الى انّ هبة الدين لغير المديون لاتصحّ.

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب العطايا الفصل الرابع في السكنى ص ٤٩٩ س ٦.

وقال الشيخ: تصحّ[١]، وبه قال ابن ادريس[٢]، واختاره المصنّف أيضاً في مسائل خلافه[٣].

قوله رحمه الله: «ولو وهب المرهون فإن بيع ظهر البطلان، وإن انفكّ فللراهن الخيار في الإقباض، وفي صحّة الإقباض حالة الرهن من دون إذن المرتهن إشكال».

أقول: ينشأ من انّ القبض حصل.

ومن كونه منهيّاً عنه فيكون فاسداً.

قوله رحمه الله: «فإن سوّغناه لم يحصل به الملك، وإن فكّ صحّت الهبة».

أقول: المراد بقوله: «فإن سوّغناه» أي إن اكتفينا به حالة الرهن؛ لأنّ الإقباض جائز بدون إذن المرتهن.

إذا عرفت هذا فنقول: على القول بالاكتفاء به إن فكّ صحّت الهبة لحصول القبض.

قوله رحمه الله: «ولو أبرأه من مائة معتقداً انّه لا حقّ له وكان له مائة ففي صحّة الإبراء إشكال».

---

(١) المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣١٤.

(٢) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات أحكام الهبة ج ٣ ص ١٧٦.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب الهبات وتوابعها الفصل الأوّل في الهبة ص ٤٨٧ س ٢٧.

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّه أبرأه من شيء ثابت في ذمّته مع كونه مكلّفاً[١] جائز التصرّف مختاراً فصحّ إبراؤه.

ومن حيث عدم القصد الى الإبراء ما يستحقّه لاعتقاده انّه لاشيء له.

قوله رحمه الله: «ولو وهب ما في يد المتّهب صحّت ـ الى قوله: ـ وكذا لو وهب وليّ الطفل ماله الذي في يده، ولو كان مغصوباً أو مستعاراً أو مستاجراً على إشكال افتقر الى القبض، بخلاف ما في يد وكيله».

أقول: القبض شرط في صحّة الهبة، وقبض الوليّ كافٍ في هبة الطفل المولّى عليه، فاذا وهب وليّ الطفل ماله للطفل فإمّا أن يكون المال في يد الوليّ أو في يد غيره، وذلك الغير إمّا أن يكون قد قبض ذلك لنفسه عدواناً كالغاصب، أو بحقّ لازم كالمستأجر، أو بحقٍّ جائز كالمستعير أو لايكون قبض لنفسه بل للمالك كالوكيل، فالأقسام خمسة:

(أ) وهب وليّ الطفل المال الذي له في يده للطفل يصحّ، ولا يفتقر الى تجديد قبض؛ لأنّه مقبوض في يده.

(ب) وهبه ماله المغصوب، فلابدّ من تجديد قبض ومن كونه مقبوضاً في المستعير لينتفع به لنفسه؛ لأنّه ليس في يده.

(ج) وهبه ماله المستأجر فكذلك؛ لأنّه ليس في يده.

---

(١) في م١: «مالكاً».

(د) وهبه ماله في يد المستعير، ففيه إشكال.

ينشأ من انّ قبضه ليس بحقّ لازم وله إبطاله متى شاء فجرى مجرى الوكيل الذي يده يد الموكّل، كما لو وهبه ما في يده فيصحّ، ولا يفتقر الى تجديد قبض.

ومن كونه مقبوضاً في يد المستعير لينتفع به لنفسه فجرى مجرى المستأجر، فلابدّمن تجديد قبضٍ.

(هـ) وهبه ماله الذي في يد وكيله يصحّ، ولا يفتقر الى تجديد قبض؛ لأنّه لم يقبضه لنفسه بل لموكّله فيده يد الموكّل، فكان كما لو وهبه ما في يده، فلا يفتقر الى قبض جديد.

قوله رحمه الله: «ولا يشترط فوريّة الإقباض على إشكال».

أقول: منشأ الإشكال هنا كما قلنا في الوقف.

قوله رحمه الله: «ولو قبضه من دون إذن الشريك ففي اعتباره نظر».

أقول: منشأه ما قلناه في الرهن.

قوله رحمه الله: «أو تصرفّ على رأي».

أقول: يريد انّه اذا تصرّف الموهوب له في الهبة لم يكن للواهب الرجوع فيها، ولأصحابنا فيه أقوال:

أحدها: مثل قول المصنّف، وهو قول الشيخ في النهاية وأطلق التصرّف[1]، وتبعه

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الوقوف والصدقات باب النحل والهبة ج ٣ ص ١٣٤.

ابن البرّاج[١]، وابن ادريس[٢].

الثاني: قول ابن حمزة: إن كان التصرّف بإخراجها عن الملك يمنع من الرجوع وإن عادت إليه، وكذلك التصرّف الذي بغير العين أو يحدث فيها حدثاً كوطء الأمة أو جعل الخشب سريراً أو باباً، وإن كان التصرّف بغير ذلك كالكتابة المشروطة ثمّ عجز العبد أو الرهن ثمّ انفكّ جاز الرجوع فيه[٣]. وهو الظاهر من كلام المفيد فانّه قال: اذا استهلكت الهبة لم يكن للواهب الرجوع فيها، وكذلك إن أحدث الموهوب له فيها حدثاً لم يكن للواهب ارتجاعها[٤].

الثالث: قول سلّار[٥]، وأبي الصلاح[٦]: وهو جواز الرجوع فيها مادامت العين باقية ما لم يعوّض عنها.

قوله رحمه الله: «ويكره لأحد الزوجين الرجوع على رأي».

أقول: القول بكراهية رجوع كلا الزوجين في هبة صاحبه هو المشهور بين أصحابنا، ذهب إليه الشيخ في النهاية[٧] والمبسوط[٨]، وتبعه ابن ادريس[٩] على

---

(١) المهذّب: كتاب الهدايا ج ٢ ص ٩٩.

(٢) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات باب الهبات والنحل ج ٣ ص ١٧٣.

(٣) الوسيلة: فصل في بيان الهبات ص ٣٧٩.

(٤) المقنعة: باب النحلة والهبة ص ٦٥٨.

(٥) المراسم: ذكر أحكام الهبة ص ١٩٩.

(٦) الكافي في الفقه: فصل في الهدية ص ٣٢٨.

(٧) النهاية ونكتها: باب النحل والهبة ج ٣ ص ١٣٤.

(٨) المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣٠٩.

(٩) السرائر: باب الهبات والنحل ج ٣ ص ١٧٣.

ذلك، ونجم الدين ابن سعيد في الشرائع ونقل فيه القول: بإجرائهما مجرى ذوي الأرحام[١].

وكذا نقل الشيخ في الخلاف فقال فيه: اذا وهب لأجنبي وقبضه أو لذي رحم غير الولد كان له الرجوع فيه، ويكره الرجوع في الهبة لذي رحم. وقال أبو حنيفة: يجوز له الرجوع فيما يهب لأجنبي، ولكلّ قريب اذا لم يك ذا رحم محرم منه بالنسب. وقال: اذا وهب أحد الزوجين للآخر لم يكن للواهب الرجوع فيها، وقد روى ذلك قوم من أصحابنا في الزوجين[٢].

قوله رحمه الله: «وإفلاس المتّهب لا يبطل حقّ المرجوع، ومع الحجر إشكال».

أقول: منشأه من وجود العين.

ومن تعلّق حقّ الغرماء بها.

قوله رحمه الله: «امّا جناية الهبة فالأقرب انّها تبطل حقّ رجوع الواهب».

أقول: وجه القرب انّ العبد الموهوب قد تعلّق برقبته أرش الجناية، وهو أبلغ من التصرّف المانع من الرجوع.

قوله رحمه الله: «ولو جوّزنا الرجوع مع

---

(١) شرائع الاسلام: كتاب الهبات ج ٢ ص ٢٣٠.

(٢) الخلاف: كتاب الهبة المسألة ١٢ ج ٣ ص ٥٦٧.

التصرّف ـ الى قوله: ـ وهل يكون ذلك فسخاً لاغير أو فسخاً وعقداً».

أقول: يريد انّه لو باع الواهب أو وهب أو أعتق في موضع يكون له الرجوع في الهبة هل يكون ذلك فسخاً للهبة ولايصحّ العقد أو يكون فسخاً وعقداً؟ قال المصنّف: الأقرب الثاني؛ لأنّ البيع يؤذن باختياره الرجوع قبل ذلك، ولأنّ البيع يتضمّن الرجوع وهو جائز له.

وقال الشيخ في المبسوط: اذا باع الواهب الهبة لم يصحّ البيع؛ لأنّه صار ملكاً لغيره[1].

قوله رحمه الله: «والأقرب انّ الأخذ ليس فسخاً».

أقول: لأنّ الأخذ أعمّ من الفسخ فلا يدلّ عليه، بيان الأوّل: انّ الأخذ قد يكون للاستعارة أو الغصب أو الرجوع، وأمّا الثاني: فلعدم دلالة العامّ على الخاصّ.

قوله رحمه الله: «ولكلّ منهما القلع، وفي الأرش إشكال».

أقول: هذا تفريع على جواز الرجوع مع التصرّف، فاذا صبغ الموهوب الثوب ثمّ رجع الواهب كان لكلّ منهما المطالبة بقلع الصبغ؛ لأنّ لكلّ منهما طلب أفراد ملكه وإزالة ملك الغير عنه، وهل يجب على من قلع الصبغ أرش ما نقص من قيمة مال الآخر؟ ولو قلع صاحب الثوب فنقص الثوب أو بالعكس احتمل وجوب الأرش؛

---

(١) المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣٠٤.

لأنّه نقص دخل على مال الغير لتخليص ملكه. واحتمل عدمه لكون المتّهب صبغ بإذن الواهب فلايلزمه ما نقص من الثوب، كما لو نقص قبل الرجوع أو تلفت عينه فانّه لايضمن.

قوله رحمه الله: «والأقرب عدم انتقال حقّ الرجوع الى الوارث».

أقول: وجه القرب انّ الهبة صارت ملكاً للموهوب له، واستحقاق الرجوع فيها على خلاف الأصل، خرج منه الواهب للدليل الدالّ عليه، فيبقى الباقي مندرجاً تحت عموم المنع.

قوله رحمه الله: «ولو جنّ فالأقرب جواز رجوع الوليّ مع الغبطة».

أقول: يريد لو جنّ الواهب فالأقرب انّ لوليّه الرجوع مع المصلحة له في الرجوع؛ لأنّ حقّ الرجوع قد ثبت فيكون لوليّه فعله كسائر حقوق المجنون مع مراعاة المصلحة له فيه.

قوله رحمه الله: «واذا باع الواهب بعد الإقباض بطل مع لزوم الهبة، وصحّ لا معه على رأي».

أقول: قد بيّنا انّ الشيخ رحمه الله قال: لايصحّ البيع[1].

قوله رحمه الله: «ولو أنكر القبض صدّق باليمين

---

(١) المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣٠٤.

وإن اعترف بالهبة، ولو أنكره عقيب قوله: وهبته وملكته فكذلك إن اعتقد رأي مالك».

أقول: عند مالك بن أنس ـ أحد الفقهاء الأربعة ـ انّ الهبة لاتفتقر الى القبض[١]. فاذا قال الواهب: وهبت زيداً هذه العين وملكته إيّاها ولم أقبضه وادّعى الموهوب الإقباض كان القول قول الواهب مع يمينه إن اعتقد رأي مالك، إذ لايلزم من الملك حصول القبض عنده؛ لحصول الملك بالهبة من دونه، فلا يكون بين الدعويين منافاة فيسمع، ويكون القول قوله مع يمينه لإنكاره.

قوله رحمه الله: «ولاتستلزم الهبة العوض من دون شرط مطلقاً على رأي».

أقول: هذا قول ابن ادريس[٢].

وقال أبو الصلاح: إن كانت هبة الأدنى للأعلى ـ وهي التي يدعو إليها الرغبة في العوض ـ فان قبلها لزمه العوض عنها بمثلها، ولايجوز له التصرّف فيها ولما يعوّض عنها[٣].

وقال الشيخ رحمه الله: الهبة ثلاثة أقسام: هبة لمن هو فوقه، وهبة لمن هو دونه، وهبة لمن هو مثله[٤]. وكلّها يقتضي الثواب عندنا.

---

(١) المجموع: كتاب الهبات ج ١٥ ص ٣٨١.

(٢) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات باب الهبات والنحل ج ٣ ص ١٧٥.

(٣) الكافي في الفقه: فصل في الهدية ص ٣٢٨.

(٤) المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣١٠.

قوله رحمه الله: «فإن تلف الموهوب أو عاب قبل دفع المشترط وقبل الرجوع في التضمين نظر».

أقول: ينشأ من انّه انّما وهبه ليسلّم له العوض ولم يحصل فكان مضموناً عليه. ومن انّه دخل في ملكه وتلف قبل رجوعه الى ملك الواهب فلا يضمنه لغير مالكه.

قوله رحمه الله: «فإن أوجبناه فالأقرب مع التلف ضمان أقلّ الأمرين من العوض وقيمة الموهوب».

أقول: لأنّ العوض المشترط إن كان هو الأقلّ فقد دفع إليه ما شرطه ولم يكن له الرجوع في الأصل، فإن كان الموهوب هو الأقلّ فلا يجب على الموهوب له دفع العوض كما ذكر في الكتاب، وانّما اذا امتنع كان للآخر الرجوع، فاذا رجع فانّما يستحقّ مثل الرجوع فيه أو قيمته.

قوله رحمه الله: «ولو ظهر استحقاقها بعد تلفها في يد المتّهب فالأقرب رجوعه على الواهب بما غرمه من القيمة وإن زادت على العوض أو خلت عنه».

أقول: يريد انّه لو وهبه عيناً فقبضها المتّهب وتلفت في يده ثمّ ظهر كونها مستحقّة لغير الواهب فأغرمه مثلها أو قيمتها فالأقرب انّ للموهوب الرجوع على

الواهب بما غرم للمستحقّ، سواء كانت معوضاً عنها وكانت القيمة أزيد من العوض الواصلة الى الواهب، أو كانت خالية عن العوض؛ لأنّه مغرور، فلا يستقرّ الضمان عليه بسبب مباشرته؛ لأنّ السبب هنا ـ وهو الغرور ـ أقوى، فكان استقرار الضمان على الغار ـ أعني الواهب ـ.

قوله رحمه الله: «ولو وهبه عصيراً فصار خمراً ثمّ عاد خلّاً فله الرجوع على إشكال، مبناه الإشكال في الغاصب وأحد احتماليه».

أقول: قد تقدّم في باب الغصب انّ الغاصب اذا غصب خمراً فتخلّل في يده هل يملكه أم لا؟ فيه احتمالات:

أحدهما: انّه يملكه لزوال ملك الأوّل وتجدّد الملك في يده.

والآخر: انّه لايملكه؛ لأنّ هذه العين قد كانت مملوكة قبل كونها خمراً للمغصوب منه وجاز له إمساكه، فاذا عاد خلّاً فهو بعينه ذلك العصير فيكون له. فهذا الإشكال هنا مبنيّ على الإشكال في الغاصب.

ورجوع الواهب مبنيّ على أحد الاحتمالين وهو: انّه اذا قلنا: إنّه ذلك الأوّل بعينه فله الرجوع لبقاء العين. وعدم رجوعه مبنيّ على الاحتمال الآخر وهو: انّه اذا قلنا: باستهلاكها وتجدّد غيرها فلا رجوع للواهب.

قوله رحمه الله: «ولو عاد الملك بعد زواله احتمل الرجوع».

أقول: هذا تفريع على جواز الرجوع مع التصرّف، فلو انتقل الملك عنه ثمّ

عاد احتمل الرجوع؛ لأنّ العين باقية عند الموهوب له فكان له الرجوع.

ويحتمل عدمه؛ لسقوط حقّ الرجوع بالانتقال، فلا يعود بالعود.

قوله رحمه الله: «في الإقرار، ولو قال: أليس لي عليك كذا فقال: بلى كان إقراراً، ولو قال: نعم لم يكن إقراراً على رأي».

أقول: خالف ابن سعيد في ذلك حيث تردّد فيه، من حيث إنّه يستعمل الأمران استعمالاً ظاهراً[1] فيكون إقراراً.

قوله رحمه الله: «ولو قال: لك عليّ ألف إن شاء الله فالأقرب عدم اللزوم».

أقول: لأنّه موقوف على الشرط، وفي المسألة خلاف يأتي في كتاب الايمان من هذا الكتاب مستوفىً إن شاء الله تعالى.

قوله رحمه الله: «ولو قال: أنا قاتل زيد فهو إقرار لا مع النصب، والوجه التسوية في عدم الإقرار».

أقول: لأنّه في الأوّل يكون بمعنى الماضي، فانّه اذا كان بمعناه أُضيف ولم يعمل فيكون اقراراً، وفي الثاني يكون بمعنى المستقبل ويعمل عمل فعله فلا يكون إقراراً.

والوجه عند المصنّف التسوية بينهما؛ لإمكان إرادة المستقبل في الأوّل أيضاً،

---

(١) شرائع الاسلام: كتاب الإقرار المقصد الثالث في الإقرار المستفاد من الجواب ج ٣ ص ١٤٩.

والأصل براءة الذمّة، خصوصاً في صورة القتل، فلا يتهجّم على الدم بمجرّد اللفظ المحتمل.

قوله رحمه الله: «ولو ادّعى انّه بلغ بالاحتلام في وقت إمكانه صدّق من غير يمين، وإلّا دار».

أقول: يريد انّه لو افتقر قبول قول المراهق في دعوى البلوغ الى اليمين لزم الدور؛ لأنّ اليمين انّما تكون معتبرة منه لو ثبت بلوغه فيتوقّف عليه، فلو ثبت بلوغه بها لزم الدور.

قوله رحمه الله: «ولو ادّعى زوال عقله حال إقراره لم تقبل إلّا بالبيّنة، وإن كان له حالة جنون فالأقرب سماع قوله».

أقول: لأنّ ما ادّعاه ممكن، والأصل براءة ذمّته ممّا أقرّ به فلا يثبت بالمحتمل.

قوله رحمه الله: «المريض، ويقبل إقراره إن برئ مطلقاً على إشكال».

أقول: يريد بقوله: «مطلقاً» سواء كان متّهماً أو غير متّهم على إشكال.

ينشأ من أنّه بالتهمة صار كالوصية، وهي لا تلزم.

ومن عموم قوله صلّى الله عليه وآله: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»[1]، وإطلاق الأصحاب اللزوم إذا برئ مطلقاً.

---

(١) لم نجده في الكتب الروائية، والظاهر أنها قاعدة عقلية وليست رواية، نعم استدلّ بها العلّامة رواية في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل العاشر في الإقرار ص ٤٤٣ س ١٥.

قوله رحمه الله: «ولو أقرّ بدَين مستغرق ولا تهمة وثبت بالبيّنة آخر مستغرق أو أقرّ لوارث به على إشكال ثبت التحاصّ».

أقول: وجه الإشكال في الوارث من حيث إنّ إقراره كإقرار مورثه فيكون نافذاً، إذ لاتهمة عليه في ذلك.

ومن حيث إنّه إقرار على الغير، فانّ مالك الدَين المستغرق بالبيّنة أو بإقرار المريض العاري عن التهمة يستحقّ أخذ جميع التركة في دَينه. فلو قلنا: قول الوارث في التحاصص لكان إقراراً في حقّ الغريم، وهو غير مقبول عليه.

قوله رحمه الله: «ولا فرق بين الإقرار للوارث وغيره على رأي».

أقول: وقد تقدّم ذكر الخلاف هنا.

قوله رحمه الله: «ولو أقرّ بوارث فالأقرب اعتبار التهمة وعدمها».

أقول: وجه القرب انّ المقتضي لخروج الإقرار بالمال المقرّ به من الثلث موجود في الإقرار بالوارث ـ أعني التهمة ـ فيثبت الحكم فيه قضاءً للعلّية.

قوله رحمه الله: «ولو قيل: يقبل ويتبع به وإن لم يصدّقه السيد كان وجهاً».

أقول: قد تقدّم ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو أقرّ عليه بالجناية فالأقرب قبول قوله ويجب المال».

أقـول: يريد انّه لو أقرّ السيد انّ عبده جنى على غيره فانّ الأقرب نفوذ إقرار السيد لا في القصاص؛ لكونه إقراراً في دم العبد، فلا حقّ له في دمه[١]، بل يجب المال؛ لأنّه إقرار في حقّ نفسه فيكون نافذاً عليه.

قوله رحمه الله: «ويتعلّق برقبته لا في حقّ العبد كفكّ الإرث فيعتق وإن قصرت على القولين».

أقـول: يريد بذلك انّه اذا حكمنا بتعلّق المال برقبته انّما يتعلّق بالنسبة الى السيد لا في حقّ العبد، كما لو فرضنا مات قريبه ولم يخلّف وارثاً غيره فانّه يفكّ بالقيمة وإن كانت قيمته قاصرة عن أرش الجناية، سواء قلنا بأنّ السيد اذا اختار الفداء يفكّه بأقلّ الأمرين من قيمته وأرش الجناية على أحد قولي الشيخ[٢] وقول المصنّف،أو بأرش الجناية وإن زادت عن قيمة العبد الجاني على القول الآخر للشيخ[٣] وذلك لأنّ موت مورثه يقتضي وجوب انفكاكه بالقيمة، وانّما تجب الزيادة لو ثبت قول السيد بأنّه جانٍ، وهو غير نافذ في حقّ العبد، وهذه من مشكلات الكتاب.

قوله رحمه الله: «ولو أقرّ لميّتٍ صحّ وانتقل الى ورثته، ولو قال: لا وارث له إلّا هذا أُلزم التسليم إليه إن كان دَيناً، وفي العين نظر، أقربه وجـوب البحث».

---

(١) في ج: «ذمة».

(٢) الخلاف: كتاب الجنايات المسألة ٥ ج ٣ ص ٨٩.

(٣) المصدر السابق.

أقــول: وجه النظر انّه قد ثبت بإقراره كونه للميّت واقتضى أن يكون لورثته ألزم التسليم، فقوله: «إنّه لا وارث له إلّا هذا» لاينفذ في حقّ غيره لو كان.

ومن انّه في الحقيقة إقرار له؛ لأنّ قوله: «هذا للميّت ولا وارث له إلّا هذا» يجري مجرى قوله: هذا له.

والأقرب عند المصنّف وجوب البحث؛ لاحتمال وارث غيره، فلو أمر بالتسليم إليه لكان تضييعاً لمال الغير، بخلاف الدَين؛ لأنّه لايتعيّن حقّهم في المقبوض.

قوله رحمه الله: «ولو أقرّ لحمل فلانة وعزاه الى وصية أو ميراث صحّ ـ الى قوله: ـ ولو عزاه الى سبب ممتنع كالجناية عليه أو المعاملة فـالأقرب اللزوم وإلغاء المبطل».

أقــول: لأنّه إقرار عقبه بالمبطل فينفذ إقراره على نفسه. ويحتمل على الصحيح، ولا يلتفت إليه في دعوى المبطل.

قوله رحمه الله: «ولو أطـلق فـالوجه الصـحّة تنزيلاً على المحتمل».

أقــول: يريد انّه اذا أقرّ بحمل وأطلق، بمعنى انّه لم يعزه الى سبب ممكن أو محال فالوجه صحّة الإقرار، وحمله على الصحّة؛ لأنّ الأصل عدم دخول اللغو في كـلام العاقل، والأصل صحّة الإقرار.

قوله رحمه الله: «ولو أنكر المقرّ له بـعبد قـيل: يعتق، وليس بجيّد، بل يبقىٰ على الرقّية المجـهولة المالك، ويحتمل الحرّية إن ادّعاها العبد».

أقـول: القائل بأنّه يعتق هو الشيخ أبو جعفر الطوسي[١] رحمه الله، والمصنّف اختار انّه يبقى على الرقّية المجهولة المالك، كما لو أقرّ لزيد بمالٍ وأنكر المقرّ له فـانّه لايخرج عن كونه مملوكاً، غاية ما في الباب انّه مجهول المالك.

ويحتمل أن يقال: إن ادّعى العبد الحرّية حكم له بذلك، إذ قـد ادّعـى شـيئاً لم ينازعه أحد فيه فيقضى له بدعواه، وهي الحرّية فكان حرّاً.

قوله رحمه الله: «ولو أقرّ بحرّية عبد في يد غيره لم يقبل، فإن اشـتراه صـحّ تـعويلاً عـلى قـول صاحب اليد، والأقرب انّه فداء في طرفه بيع في طـرف الآخـر، فـلايثبت فـيه خـيار المجـلس والشرط والحيوان بـالنسبة الى المشـتري، كـما لايثبت في بيع من تـعتق عـلى المشـتري... الى آخره».

أقـول: إقرار الغير لاينفذ على غيره، فلو أقرّ إنسان بحرّية عبد في يد غيره لم ينفذ في حقّ ذلك الغير، فإن اشتراه صحّ الشراء؛ لأنّه لم يحكم بحرّيته، وكـان ذلك الإقرار بالحرّية باطلاً فيصحّ بيعه.

لايقال: كيف يجوز له شراؤه وقد أُخبر[٢] بحرّيته؟ فالشراء باعتقاده شراء للحرّ فيكون باطلاً.

---

(١) المبسوط: كتاب الإقرار ج ٣ ص ٢٣.

(٢) في ج: «أقرّ».

لأنا نقول: انّما يصحّ شراؤه تعويلاً على قول صاحب اليد انّه ملكه، واليد تقضي بالملكية، وإقرار المشتري في حقّه غير مقبول، فلا يكون مانعاً من صحّة بيعه.

والحقّ أن يقال: هو بيع بالنسبة الى البائع؛ لعدم نفوذ إقرار الغير في حقّه، امّا في حقّ المشتري فانّه افتداء للحرّ لا شراء؛ لأنّه بقوله غير مملوك، وشراؤه بزعمه باطل، فحينئذٍ يثبت لواحق البيع بالنسبة الى البائع دون المشتري، فليس للمشتري خيار المجلس ولا الشرط ولا الحيوان؛ لأنّها تتبع البيع الصحيح، وهو معترف ببطلانه، ولا ولاية للبائع عليه؛ لإنكاره العتق، ولا للمشتري؛ لعدم مباشرته العتق. فاذا مات العبد كان للمشتري أن يأخذ من تركته أقلّ الأمرين من الثمن ومقدار التركة؛ لأنّ عليه ولاء للبائع بزعم المشتري، فتركته بزعمه مملوكة له، وقد وصل إليه من ماله مقدار الثمن بغير حقّ، فله المقاصّة من ذلك؛ لاعتراف البائع له بمجموع التركة وهو ينكر مازاد على الثمن، فالمتّفق عليه مقدار الثمن، فإن بقي شيء بعد الثمن كان موقوفاً؛ لأنّه مجهول المالك.

قوله رحمه الله: «ولو قال: غصبته شيئاً ففسّره بالخمر والخنزير قبل مع كفر المقرّ له، ومع الاسلام إشكال».

أقول: ينشأ من انّ كلّاً منهما شيء.

ومن كونه غير مملوك للمسلم فلايجري فيه الغصب؛ لأنّ معناه الاستيلاء على ملك الغير عدواناً فهو يستدعي الملك، وهو غير متحقّق هنا.

قوله رحمه الله: «ولو امتنع من التفسير حبس حتى يعيّن. وقيل: يجعل ناكلاً فيحلف المدّعي».

أقـول: القائل بذلك هو الشيخ رحمه الله فانّه قال: اذا لم يفسّر ما أقرّ به يجعل ناكلاً فيحلف المقرّ له ويثبت ما يدّعيه[١].

قوله رحمه الله: «ولو قال: مال جليل أو جزيل أو عظيم أو نفيس أو خطير أو عظيم جدّاً أو عظيم عظيم قبل تفسيره بالقليل أيضاً، ولو قال: كثير قيل: يكون ثمانين، والأقرب المساواة».

أقـول: القائل بذلك هو الشيخ رحمه الله، ذكر ذلك في الخلاف[٢] والمبسوط[٣]، وتبعه ابن البرّاج[٤] في ذلك.

وقال ابن ادريس: بمساواته[٥]، لما تقدّم من قوله: «جزيل» أو ما أشبه ذلك، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّه أقرّ بشيء مجهول، فكان تفسيره إليه كسائر الإقرارات بالمجهول.

وقول الشيخ انّه في النذر كذلك فيكون كذلك هاهنا ممنوع؛ لاختصاص النـذر بالنصّ فيخصّص بالحكم.

قوله رحمه الله: «ولو قال: أكثر ممّا لفلان ـ الى قوله: ـ ولو فسّره بالبقاء أو المنفعة أو البركة وكان

---

(١) المبسوط: كتاب الإقرار ج ٣ ص ٤.

(٢) الخلاف: كتاب الإقرار المسألة ١ ج ٣ ص ٣٥٩.

(٣) المبسوط: كتاب الإقرار ج ٣ ص ٦.

(٤) المهذّب: كتاب الإقرار ج ١ ص ٤٠٥ ـ ٤٠٦.

(٥) السرائر: باب الإقرار ج ٢ ص ٥٠٠.

أقلّ في القدر والعدد بأن يقول: الدَين أكثر بقاء من العين أو الحلال أكثر من الحرام أو أنفع في السماع نظر».

أقول: ينشأ من كون ذلك مجازاً، والأصل الحقيقة.

ومن انّ المرجع في كلام المتكلّم المجمل الى قصده.

قوله رحمه الله: «ولو قال: لي عليك ألف دينار فقال: لك عليّ أكثر من ذلك لزمه الألف وزيادة، ولو فسّر بأكثر فلوساً أو حبّ حنطة أو دخن فالأقرب عدم القبول».

أقول: لأنّ قوله: لك عليّ أكثر من ذلك اعتراف بما ادّعاه وزيادة، فيثبت المدّعي باعترافه به، ولايقبل جحوده. وما عدل[1] إليه من التفسير جحود؛ لما اعترف به، فلا يكون مقبولاً.

قوله رحمه الله: «ولو فسّر المفرد بدرهم نصباً لزمه درهم، ونصب على التمييز وقيل: يلزمه عشرون».

أقول: القائل بلزوم العشرين هو الشيخ رحمه الله في المبسوط[2] والخلاف[3]

---

(١) في ق: «عزاه».

(٢) المبسوط: كتاب الإقرار ج ٣ ص ١٣.

(٣) الخلاف: كتاب الإقرار المسألة ٨ ج ٣ ص ٣٦٥.

قال: لأنّ أقلّ عدد مفرد ينصب بعده المميّز عشرون.

قوله رحمه الله: «ولو جرّه لزمه جزء درهم، ويرجع إليه في تفسيره، والتقدير جزء درهم، وكذا كناية عنه.وقيل: يلزمه مائة».

أقول: القائل بلزوم المائة هو الشيخ، ذكره في الكتابين المشار إليهما قال: لأنّ أقلّ عدد مفرد ينجرّ بعده المميّز مائة[1].

وابن ادريس قال: يرجع في هذه المسائل كلّها الى المقرّ؛ لأنّه إقرار بمجهول، واللفظ مجمل، والأصل براءة الذمّة[2].

قوله رحمه الله: «وكذا لو قال: كذا كذا كذا، وقيل: يلزمه مع النصب أحد عشر».

أقول: هذا قول الشيخ رحمه الله، قال: لأنّ أقلّ عدد مركّب ينتصب بعده المميّز أحد عشر[3].

قوله رحمه الله: «ولو عطف ـ الى قوله:ـ وقيل: يلزمه أحد وعشرون».

أقول: اذا كرّر «كذا» بالعطف ونصب الدرهم فقال: «كذا وكذا درهماً» بالنصب قال الشيخ في الكتابين المذكورين: يلزمه أحد وعشرون درهماً؛ لأنّ أقلّ

---

(١) المبسوط: كتاب الإقرار ج ٣ ص ١٣، الخلاف: كتاب الإقرار ج ٣ ص ٣٦٧.

(٢) السرائر: باب الإقرار ج ٢ ص ٥٠٣.

(٣) المبسوط: كتاب الإقرار ج ٣ ص ١٣.

عددين عطف أحدهما على الآخر وانتصب بعدهما المميّز أحد وعشرون[١].

قوله رحمه الله: «ولو قال: ألف وثلاثة دراهم ـ الى قوله : ـ ألف ومائة درهم فالجميع دراهم على إشكال».

أقول: منشأه أنّه أقرّ بمجهولين ـ أعني الألف والمائة ـ ثمّ وذكر المميّز بعدهما ـ أعني الدرهم ـ فيكون تمييزاً للجميع.

ومن احتمال كون تمييزاً للجملة الأخيرة ـ أعني المائة ـ فيبقى الألف على الجهالة فيقبل تفسيره فيه.

قوله رحمه الله: «ولو قال: درهم ونصف فالأقرب حمل النصف على السابق».

أقول: لأنّ المتعارف ذلك، فيحمل عليه قضاء للعرف. ويحتمل الرجوع في تفسير النصف إليه؛ لعدم تعيينه بما يميّزه عن غيره، فكان المرجع في تفسيره إليه.

قوله رحمه الله: «ولو قال: من درهم الى عشرة احتمل دخول الطرفين، وخروجهما وخروج الغاية».

أقول: امّا احتمال دخول الطرفين بناءً على دخول المبدأ والغاية فيلزمه العشرة.

---

(١) الخلاف: كتاب الإقرار المسألة ١١ ج ٣ ص ٣٦٦، المبسوط: كتاب الإقرار ج ٣ ص ١٣.

وأمّا احتمال خروجها فهو قول ابن ادريس قال: لأنّه المتيقّن فيقطع على ثبوته في ذمّته، والأصل براءة الذمّة من الزائد فيلزمه ثمانية[١].

وأمّا احتمال خروج الغاية فهو قول الشيخ؛ لأنّ الغاية لاتدخل، وإلّا لم يكن غاية، بخلاف المبدأ فانّه داخل فيلزمه تسعة[٢].

قوله رحمه الله: «ولو قال: درهمان في عشرة وأراد الحساب لزمه عشرون، ولو أراد درهمين مع عشرة قيل: ولزمه اثنا عشر، ويقبل منه هذا التفسير وإن كان من أهل الحساب على إشكال».

أقول: منشأه من انّ كون المتكلّم من أهل الحساب يقتضي لزوم عشرين؛ لأنّ معناه عنده. ويحتمل لزوم الاثني عشر بناءً على تفسيره؛ لأنّه مجمل، والمرجع في قصده إليه.

قوله رحمه الله: «ولو قال: له عندي خاتم وأطلق لزمه الخاتم بفصه على إشكال».

أقول: لأنّه أشار بإقراره الى خاتم موجود معيّن، وذلك المعيّن به فصّ فكان كالجزء منه.

ومن مغايرة الفصّ للخاتم، فلا يدخل في الإقرار به.

قوله رحمه الله: «ولو قال: له عندي جارية

---

(١) السرائر: كتاب الإقرار ج ٢ ص ٥٠٩ ـ ٥١٠.

(٢) الخلاف: كتاب الإقرار المسألة ٢٢ ج ٣ ص ٣٧٤.

فجاء بها وهي حامل احتمل صحّة استثناء الحمل، بخلاف مالو قال: له خاتم وجاء به وفيه فصّ واستثناه فانّ الظاهر عدم قبوله».

أقول: الفرق انّ الحمل عنده لايجري مجرى الجزء من الحامل، فلا يدخل في البيع ولا في العتق ولاينتقل بنقلها، فالحامل كالظرف للحمل يمكن فصله عنه فهي كالوعاء لغيره، بخلاف الخاتم فانّ المراد اتّصاله به وإتمامه بوضعه فيه فهو كالجزء منه.

قوله رحمه الله: «ولو قال: له دار مفروشة أو دابة مسرّجة أو عبد عليه عمامة احتمل الأمرين».

أقول: هنا يحتمل دخول الفرش والسرج والعمامة؛ لأنّ المقرّ أقرّ بالدار الموصوفة بكونها مفروشة، فاذا سلّم غير مفروشة لم يكن المقرّ بها، وكذا في الباقيتين.

ومن انّ الإقرار بالدار والدابة والعبد.

وقوله: «مفروشة» يحتمل مفرشة بفرش لي أو لزيد، ومع الاحتمال لايحكم بزوال ملك صاحب اليد.

قوله رحمه الله: «ولو قال: له ألف في هذا الكيس ـ الى قوله: ـ ولو كان الألف ناقصاً احتمل إلزامه بالإتمام».

أقول: لأنّه أعترف باستحقاق ألف في كيس في يده، فوجب عليه تسليمه الى المقرّ له، فلا يخرج عن العهدة بالناقص.

قوله رحمه الله: «ولو قال: الألف الذي في الكيس لم يلزم الإتمام».

أقول: الفرق انّ هاهنا أشار بالإقرار الى شيء معهود، ويمكن انّه قد ظنّ كونه ألفاً وأشار بالإقرار إليه، فالمقرّ به هاهنا واحد معيّن معهود، وهناك شائع غير معيّن.

قوله رحمه الله: «ولو لم يكن فيه شيء ففي لزوم الألف وجهان».

أقول: يحتمل لزوم الألف؛ لأنّ الإقرار اقتضى انّ له ألفاً.

ومن كون الإقرار تعيّن في الكيس فلايلزمه غيره؛ لعدم تناول الإقرار له، وما في الكيس غير مضمونة؛ لأصالة عدم الضمان.

قوله رحمه الله: «وهل له إحلاف الأوّل؟ إشكال».

أقول: مراده انّه اذا أقرّ لواحد بعين ـ مثلاً ـ ثمّ أقرّ بها لآخر فانّه يغرم للثاني، ولا يقبل رجوعه في حقّ الأوّل. وهل للمقرّ الغارم إحلاف الأوّل لينتفي عنه الغرم؟ إشكال.

ينشأ من أنّه مكذّب لنفسه في دعواه انّها للثاني بإقراره بها للأوّل.

ومن انّه لو صدّقه انتفى عنه الغرم، وكان عليه تسليم العين، فمع الإنكار له إحلافه.

قوله رحمه الله: «ولو قال: لزيد أو الحائط كذا ففي صحّة الإقرار نظر».

أقول: وجه النظر من احتمال كونه إقراراً لزيد؛ لأنّه ممّن يصحّ الإقرار له، وقد

حصر الملك بينه وبين من لا يصحّ تملّكه فيصرف إليه.

ومن انّه لم يجزم بالإقرار له.

قوله رحمه الله: «ولو قال: لزيد والحائط كذا فالأقوى صحّة النصف لزيد».

أقول: لأنّ الإقرار مع تعدّد المقرّ لهما يقتضي انقسام المقرّ به على عدد المقرّ لهما، وهاهنا اثنان، لكن أحدهما يمتنع تملّكه فيبطل فيه خاصّة ويبقى النصف الآخر.

ويحتمل كون الجميع لزيد؛ لأنّه حصر الملك فيهما، فلا يعدوهما بمقتضى إقراره وأحدهما يمتنع تملّكه فيكون للآخر.

قوله رحمه الله: «الأقرب عود الاستثناء الى الجملة الأخيرة».

أقول: الاستثناء اذا اتّحد وتعقّب الجمل المتعدّدة هل يرجع الى الجملة الأخيرة أو الى الجميع؟ اختلف الأُصوليون في ذلك.

فذهب جماعة منهم الى رجوعه الى الأخيرة، وهو مذهب أبي حنيفة[١].

وقال آخرون: يرجع الى الجميع، وهو مذهب الشافعي[٢].

وقال آخرون: بالاشتراك، وهو قول السيد المرتضى رحمه الله[٣].

والأقرب عند المصنّف انّه يرجع الى الجملة الأخيرة؛ لأنّ الاستثناء على خلاف

---

(١) السراج الوهّاج: ص ٢٦٠.

(٢) بدائع الصنائع: ج ١ ص ٢١١.

(٣) رسائل الشريف المرتضى «المجموعة الثانية»: ص ٧٩.

الأصل حكمنا بعوده الى بعض الجمل دفعاً لضرورة محذور الهذرية، واختصّت الأخيرة لقربها. وقد تبيّن ذلك في أُصول الفقه[١]، إذ هو مكانه.

قوله رحمه الله: «ومن غيره على الأقوى».

أقول: اختلفوا أيضاً في الاستثناء من غير الجنس هل يصحّ أم لا؟ فمنعه جماعة، والحقّ جوازه، وهو مبيّن أيضاً هناك، وهو المختار عند المصنّف.

قوله رحمه الله: «ويجوز إبقاء فرد واحد على الأقوى».

أقول: اختلفوا أيضاً في جواز الاستثناء حتى يبق من الجملة المتعدّدة فرد واحد، فجوّزه جماعة، ومنعه آخرون، وأوجبوا بقاء أكثره. والأوّل مذهب المصنّف، وقد بيّنه أيضاً في أُصول الفقه[٢].

قوله رحمه الله: «ولو قال: له ألف إلّا درهماً فإن سوّغنا المنفصل طولب بتفسير الألف. وقيل:بقي بعد الاستثناء شيء، ولو لم يبق احتمل بطلان التفسير أو الاستثناء».

أقول: يعني اذا جوّزنا الاستثناء المنفصل وهو الاستثناء من غير الجنس، فاذا قال: له عليّ ألف إلّا درهماً كانت الألف مجهولة فيقبل تفسير المقرّ بما يبق بعد إخراج

---

(١) مبادئ الوصول الى علم الأُصول: ص ١٤١.

(٢) مبادئ الوصول الى علم الأُصول: ص ١٤٠.

الدرهم منه شيء يصحّ تملّكه، فاذا فسّره بذلك قبل تفسيره، وإن فسّره بما يستغرق الدرهم قيمته كألف حبّة حنطة قال ابن الجنيد: بطل الاستثناء[١].

وقال المصنّف في المختلف: انّه يبطل التفسير، ويطالب بتفسير يبقى بعد الاستثناء معه ما يصحّ تملّكه[٢]. وجعل كلّاً من القولين في هذا الكتاب محتملاً.

أمّا بطلان الاستثناء فلأنّه مستغرق لما عيّنه، والاستثناء المستغرق باطل، وأمّا صحّته وبطلان التفسير فلأنّ الأصل صحّة الإقرار والاستثناء، والحكم بصحّتها يستدعي بطلان التفسير فيطالب بغيره.

قوله رحمه الله: «ولو قال: له درهم ودرهم إلّا درهماً قيل: إن حكم بعوده الى الأخيرة بطل، وإلّا صحّ، وليس بمعتمد».

أقول: هذا القول المحكي هو قول الشيخ رحمه الله فانّه قال في المبسوط: اذا قال: له درهم ودرهم إلّا درهماً، فعلى ما يذهب إليه من انّ الاستثناء اذا تعقّب جملاً معطوفاً بعضها على بعض بالواو فانّه يرجع الى الجميع، ويجب أن نقول: إنّه يصحّ ويكون إقراراً بدرهم، ومن قال: إنّه يرجع الى مايليه وهو درهم لايجوز أن يستثني درهماً من درهم[٣]. وتبعه ابن ادريس[٤].

وقال في الخلاف: يلزمه درهم، قال: لأنّ الجملتين اذا كان بينهما حرف عطف

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل العاشر في الإقرار ص ٤٤٢ س ١٩.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل العاشر في الإقرار ص ٤٤٢ س ٢٠.

(٣) المبسوط: كتاب الإقرار ج ٣ ص ١٠.

(٤) السرائر: باب الإقرار ج ٢ ص ٥٠٢.

كانتا بمنزلة الجملة الواحدة، فهو كما اذا قال لفلان: عليّ درهمان إلّا درهم[١]، والمصنّف منع من ذلك.

أمّا أوّلاً: فلأنّ الاستثناء يرجع الى الجملة الأخيرة فيكون الاستثناء مستغرقاً فيبطل.

وأمّا ثانياً: فلأنّه على تقدير القول برجوعه إليهما فانّه هاهنا لايصحّ؛ لأنّ المقرّنصّ على استحقاق كلّ من الدرهمين في ذمّته فكان لايدخله الاستثناء، كما لو قال: جاء زيد وعمرو إلّا زيداً فانّه يكون مناقضة[٢]، بخلاف جاء الزيدان إلّا زيداً فانّه يصحّ.

قوله رحمه الله: «ولو قال: له ثلاثة إلّا درهماً ودرهماً احتمل قوياً بطلان الأخير وضعيفاً الجميع».

أقول: أمّا احتمال بطلان الأخير ـ وهو الاحتمال القوي ـ فلأنّ الاستثناء كلّ من الأوّل والثاني غير مستغرق فكان استثناؤهما صحيحاً، وانّما حصل الاستغراق بالأخير فيكون استثناؤه باطلاً.

وأمّا احتمال بطلان الجميع فلأنّ الأخير أيضاً غير مستغرق بانفراده فهو مساوٍ للأوّل والأوسط، وانّما المستغرق المجموع فيكون استثناء المجموع باطلاً.

قوله رحمه الله: «ولو أقرّ لأحدهما بمثل الآخر

---

(١) الخلاف: كتاب الإقرار المسألة ٦ ج ٣ ص ٣٦٥.

(٢) في ج: «مناقضاً».

وعطف في أحدهما بالنصف استثناه من الآخر فلذي العطف ثلاثة أمثال ما للآخر».

أقول: كما اذا قال: لزيد عشرة ونصف مالعمرو، ولعمرو عشرة إلّا نصف مالزيد، فلزيد شيء ولعمرو عشرة إلّا نصف شيء، فلزيد خمسة عشر إلّا ربع شيء يعدل شيئاً. فاذا جبرت صارت خمسة عشر يعدل شيئاً وربع شيء، فالشيء اثنا عشر فهي لزيد ولعمرو أربعة؛ لأنّ له عشرة إلّا نصف ما لزيد فله عشرة إلّا ستة، وذلك أربعة.

قوله رحمه الله: «ولو قال: له هذا الدرهم بل درهم أو درهم بل هذا الدرهم لزمه المعيّن، ويحتمل لزوم الدرهمين».

أقول: أمّا لزوم المعيّن فلعدم المنافاة بين الدرهم المطلق والمعيّن، والأصل براءة الذمّة من غيره فيلزمه المعيّن.

وأمّا لزوم الدرهمين فلأنّ الاقرار بالمطلق يقتضي براءته بأيّ درهم كان، وبالمعيّن يقتضي عدم براءته إلّا به، فالمقرّ به مغاير فيلزمه الاثنان؛ لأنّ اضرابه عن أحدهما بعد اعترافه غير مسموع.

قوله رحمه الله: «وكذا: غصبته من زيد بل من عمرو على إشكال».

أقول: يريد وكذا يضمن لعمرو اذا قال: غصبت هذا الشيء من زيد بل من عمرو على إشكال.

ينشأ من انّ المقرّ لم يصرّح لأحدهما بالملكية فلا يكون ضامناً لعمرو.

ومن كون الغصب يقتضي ملكية المغصوب منه فيكون بمنزلة قوله: هذا لزيد بل لعمرو فيضمن لعمرو هناك، كما يضمن له هنا.

قوله رحمه الله: «وكذا لو قال: هذا لزيد وغصبته من عمرو فانّه يلزمه الدفع الى زيد، ويضمن لعمرو على إشكال».

أقول: الفرق بين هذه وتلك انّ هاهنا صرّح بالملكية لزيد وأقرّ لعمرو تأكيداً بإقراره بالغصب منه، فهناك لم يصرّح لأحدهما بالملكية بل أقرّ لكلّ منهما باليد.

وأمّا وجه الإشكال هنا في غرمه لعمرو من حيث إنّ اليد تقتضي الملكية فكان إقرار لزيد بالملكية ثمّ أقرّ بها للمغصوب منه، وذلك يوجب الغرم لعمرو.

ومن حيث إنّ إقراره بالغصب ليس فيه تصريح بكونه مالكاً لما أقرّ بملكيته لزيد.

قوله رحمه الله: «ولو قال: غصبته من زيد وملكه لعمرو لزمه الدفع الى زيد ولا يغرم لعمرو ـ الى قوله: ـ ويحتمل الضمان».

أقول: لأنّ إقراره الأوّل سبب في إتلافه على صاحب الملك؛ لأنّ الشارع أوجب دفع ذلك الى المقرّ له أوّلاً بقوله فكان قوله سبباً في إتلافه على المالك فكان ضامناً.

قوله رحمه الله: «ولو قال: هذا لزيد وغصبته من عمرو فانّه يلزمه دفعه الى زيد، ويغرم لعمرو على إشكال».

أقـول: وجه الإشكال من حيث إنّه لم يصرّح لعمرو بالملكية، وما ينسب الغصب الى نفسه فكان إقراراً في حقّ الغير، وذلك لايقتضي الضمان، ولأنّ غصب زيد لها من عمرو لايدلّ على كونها ملكاً لعمرو، فجاز أن يكون في يده بحقّ إجارة وشبهها فيتحقّق الغصب من دون الملك.

ومن دلالة ظاهره على تملّك المغصوب منه فكان كقوله: هذا لزيد بل لعمرو.

قوله رحمه الله: «ولو قال: له هذه الدار ثلثها أو ربعها ففيه إشكال».

أقـول: منشأه ورود بدل البعض لغةً.

ومن انّه جحود بعد الاعتراف فلا يقبل.

قوله رحمه الله: «ولو قال: عليّ ألف من ثمن مبيع وسكت ثمّ قال: لم أقبضه احتمل القبول إن سمع مع الاتّصال، أو التصديق واللزوم».

أقـول: يريد انّه إذا قال: له ألف من ثمن مبيع فإن قبلنا منه ذلك أو صدّقه المقرّ له على كونه من ثمن المبيع احتمل فيه وجهان، أحدهما: قبول قوله في عدم القبض للمبيع؛ لأنّ الأصل عدم القبض، والآخر: اللزوم؛ لاعترافه باستحقاق الألف عنده فكان للمقرّ له المطالبة بها.

قوله رحمه الله: «ولو قال: عليّ ألف من ثمن عبد إن سُلّم سَلّمت احتمل لزوم ألف معجّلاً وبعد تسليم العبد خاصّة».

أقول: الفرق بين هذه والتي قبلها انّ التي قبلها أقرّ بأنّ عنده ألفاً سببه البيع ولم يدّع عدم القبض وقت الإقرار بل بعد ثبوت ذلك في ذمّته ادّعى انّه لم يقبض المبيع، وهاهنا انّما اعترف بالألف من ثمن العبد الذي لم يقبضه، وهذا يحتمل لزوم الألف معجّلاً؛ لأنّ كلامه يتضمّن الإقرار والدعوى فيقبل إقراره، ولا تثبت دعواه إلّا بحجّة شرعية. ويحتمل اللزوم بعد تسليم العبد؛ لأنّ الكلام كالجملة الواحدة لاتتم إلّابآخره.

قوله رحمه الله: «ولو قال: ألف مؤجّلة أو زيوف أو ناقصة لم يقبل مع الانفصال، ومع الاتّصال إشكال».

أقول: وجه الإشكال ما تقدّم من كونه اقراراً ودعوى فيثبت الإقرار دون الدعوى، وهو اختيار ابن الجنيد[١]، وابن ادريس[٢]، وهو أحد قولي الشيخ[٣].

ومن كونه كالجملة الواحدة فيقبل قوله، وهو أحد قولي الشيخ[٤]، وابن البرّاج[٥].

قوله رحمه الله: «ولو قال: أودعني مائة فلم أقبضها أو أقرضني مائة فلم آخذها قُبل مع الاتّصال على إشكال».

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل العاشر في الإقرار ص ٤٤١ س ٣.

(٢) السرائر: باب الإقرار ج ٢ ص ٥١٣.

(٣) المبسوط: كتاب الإقرار ج ٣ ص ٣٥.

(٤) الخلاف: كتاب الإقرار المسألة ٢٨ ج ٣ ص ٣٧٧.

(٥) المهذّب: كتاب الإقرار ج ١ ص ٤١٤.

أقـول: وجه الإشكال من حيث إنّ المقرّ سمّاها وديـعةً وقـرضاً، ولاتكـون الوديعة وديعة إلّا بقبضها، وكذا القرض فيكون قوله: «لم أقبض» إنكاراً لما أقرّ به فلايقبل.

ومن استعمال أودعني أو أقرضني في إيجاب الوديعة والقرض، ولأصالة بـراءة الذمّة.

قوله رحمه الله: «ولو أقرّ بالبيع وقبض الثمن ثمّ أنكر وادّعى الإشهاد تبعاً للعادة من غير قبض فالأقرب سماع دعواه فيحلف المشتري».

أقـول: وجه القرب انّه ادّعى ماجرت العادة به مع اعتضاده بـأصالة عـدم القبض فيكون مقبولاً.

قوله رحمه الله: «وهل حكم المرأة في إقرارهـا بالولد حكم الرجل؟ نظر».

أقـول: ينشأ من أنّه إقرار بالولد فيدخل تحت عموم الدليل الدالّ على نفوذ الإقرار به.

ومن انّ ثبوت نسب الغير بمجرّد قول غيره على خلاف الأصل، خرج منه إقرار الرجل بالولد الصغير بالإجماع، فيبقى ماعداه منفياً بالأصل.

قوله رحمه الله: «والأقرب اشتراط التـصديق في الكبير العاقل».

أقـول: أقرب المذهبين عند المصنّف انّه لايـثبت نسب الولد الكـبير العـاقل

بمجرّد إقرار أبيه بل يشترط فيه التصديق، بخلاف الصغير أو الكبير المجنون، وهو أحد قولي الشيخ في المبسوط[١]، واختاره ابن ادريس[٢]، وهو قول ابن الجنيد[٣].

وقال في النهاية: اذا أقرّ الانسان بولد أُلحق به، سواء كان إقراره به في صحّة أو مرض وتوارثا، سواء صدّقه الولد أو كذّبه[٤].

ووجه قرب الأوّل انّه إقرار في حقّ غيره فلا يقبل بغير تصديقه أو بيّنة عادلة، كالإقرار بنسب غير الولد، ولأنّ ثبوت النسب على خلاف الأصل.

قوله رحمه الله: «ولو أقرّ ببنوّة ولد إحدى أمتيه ـ الى قوله: ـ ولو لم يعيّن ومات فالأقرب القرعة».

أقول: وجه القرب انّه أمر مشكل؛ لأنّه بعد موته قد تعذّر العلم بخصوصية المقرّ به، وكلّ أمر مشكل ففيه القرعة على ما ورد عن أئمّة الهدى صلوات الله عليهم[٥].

قوله رحمه الله: «وهل يقبل تعيين الوارث؟ إشكال».

---

(١) المبسوط: كتاب الإقرار ج ٣ ص ٣٨.

(٢) السرائر: باب الإقرار بوارث ج ٣ ص ٣٠٨.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديون الفصل العاشر في الإقرار ص ٤٤١ س ٣١.

(٤) النهاية ونكتها: باب الإقرار ج ٣ ص ٢٧٢.

(٥) تهذيب الأحكام: ب ٩٠ البيّنتين يتقابلان... ح ٢٤ ج ٦ ص ٢٤٠، وسائل الشيعة: ب ١٣ من أبواب كيفية الحكم... ح ١١ ج ١٨ ص ١٨٩.

أقــول: المسألة بحالها وادّعى الوارث العلم بالمقرّ به وعيّنه فهل يقبل تعيينه؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّه قائم مقام الموروث فكان تعيينه مقبولاً، كما يقبل تعيين الموروث.

ومن انّه إقرار على غيره فلا يقبل.

قوله رحمه الله: «ولو كان المقرّ العمّ بعد إقراره بالأخ فإن صدّقه الأخ فالتركة للولد، وان كذّبه فالتركة للأخ ويغرم العمّ التركـة للـولد إن نـفى وارثاً غيره، وإلّا فإشكال».

أقــول: وجه الإشكال من عدم المنافاة بين الإقرار بالأخ والإقرار بالولد فانّه يمكن أن يكون صادقاً فيهما فلا غرم.

ومن انّ إقراره بالأخ أوّلاً مع جهالة نسب الولد سبب في إتلاف التركة على الولد فيكون ضامناً.

قوله رحمه الله: «ولو أقرّت الزوجة مع الأُخوة بولد فإن صدّقها الأُخوة فالمال للولد».

أقــول: يريد بالمال مازاد على نصيب الزوجة ـ أعني السبعة الأثمان ـ.

قوله رحمه الله: «فإن أقرّ بخامسة لم يلتفت إليه على إشكال».

أقــول: يريد اذا أقرّ بأربع زوجات على التعاقب ثمّ أقرّ بخامسة لم يلتفت إليه على إشكال.

ينشأ من فساد تزويج غير النبي صلّى الله عليه وآله من المسلمين بأكثر من أربع.

ومن إمكان كذبه في زوجية غيرها، وقد اعترف لها بالزوجية فيكون نافذاً في حقّ نفسه فيغرم لها ربع الحصّة.

قوله رحمه الله: «لو أقرّ الأخ من الأب بأخ من الأُمّ أعطاه السدس، فانّ أقرّ الأخ من الأُمّ بأخوين منها وصدّقه الأوّل سلّم الأخ من الأُمّ إليهما ثلث السدس بينهما بالسوية ويبقى معه الثلثان، ويسلّم إليهما الأخ من الأب سدساً آخر. ويحتمل أن يسلّم الأخ من الأُمّ الثلثين، ويرجع كلّ منهم على الأخ من الأب بثلث السدس».

أقول: أمّا كونه يدفع ثلث السدس إليهما بالسوية فلأنّه يجب عليه أن يدفع ما فضل عن نصيبه ـ وهو ثلث السدس ـ. وأمّا احتمال دفع الثلثين فلأنّ ثلث التركة بإقرار الأخ من الأُمّ بينهم بالسوية وقد حصل منه سدس في يده فيقسّم بينهم بالسوية؛ لأنّ نسبته الى الميّت كنسبة كلّ واحد من الأخوين إليه، فليس له الاختصاص ممّا هو مشترك بينهم بالسوية بشيء زائد على كلّ واحد من الأخوين.

قوله رحمه الله: «وإلّا فثلثاه».

أقول: هذه من المسائل التي يفتقر الى الكشف، ومراده انّه لو مات إنسان عن ابنين أحدهما صغير فأقرّ المكلّف بابن آخر للميّت وقّف نصف التركة للصغير ودفع البالغ الى المقرّ به ثلث ما في يده، فاذا بلغ الصغير فإن أقرّ بالأخ دفع إليه ثلث

النصف، وإن أنكره استقرّ ملكه على النصف، وإن مات قبل بلوغه وقد تخلّف من النصف ثلثه لاغير فإن كان الحاكم قسّم النصف فأفرد منه ثلثه[1] للإنفاق كان ذلك المتخلّف للمقرّ به؛ لاعتراف أخيه له به وانحصار حقّه فيه، وإن لم يفرده الحاكم بل كان النصف بأجمعه موقوفاً حتى تلف ثلثاه وبقي ثلثه لاغير كان للمقرّ له ثلثاه، ثلث بسبب كونه شريكاً في النصف بثلثه بزعم أخيه المقرّ، وثلثاه بينه وبين أخيه ميراثاً من أخيهما لكلّ منهما ثلث فيكمل له ثلثاه.

قوله رحمه الله: «لو أقرّ أحد الولدين بابن وأنكر الثاني ثمّ مات المنكر عن ابن مصدّق فالأقرب ثبوت نسب العمّ، ويحتمل العدم لكن يأخذ من تركة الميّت ما فضل عن نصيبه».

أقول: وجه ثبوت النسب انّه قد شهد له شاهدان بالنسب ذكران عدلان فيثبت نسبه.

ومن حيث إنّها شهادة على الأب تقتضي تكذيبه فلا تسمع، وانّما يكون ذلك ماضياً على المقرّ من حيث إنّه إقرار على نفسه لا من حيث الشهادة.

---

(١) في ج: «فأقرّ دينه ثلثه».

أحكام الوصايا

قوله رحمه الله: «وبعده لا يبطل وإن كان قبل القبض على رأي».

أقول: يريد انّه اذا ردّ الموصى له الوصية بعد الوفاة والقبول قبل القبض لم تبطل الوصية؛ لأنّه قد ملك الموصى به بالوفاة والقبول، فلا يزول ملكه عنه بمجرّد الردّ.

وقال الشيخ في المبسوط: تبطل الوصية بالردّ قبل القبض[1].

قوله رحمه الله: «وفي ردّ رأس العبد مثلاً إشكال، ينشأ من بطلان إفراده فيبطل الردّ أو الوصية».

أقول: اذا أوصى له بعبد فرد رأسه احتمل بطلان الردّ؛ لأنّه لا يصحّ إفراده بالنقل فيبطل الردّ، واذا بطل الردّ صحّت الوصية. ويحتمل بطلان الوصية.

---

(١) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٣٣.

أمّا أوّلاً: فلأنّه قبل ما عدا الرأس، وهو لايصحّ إفراده أيضاً بالقبول، فتبطل الوصية به.

وأمّا ثانياً: فلأنّ الرأس يعبّر عن الجملة، فردّ الرأس كردّ العبد، فيصحّ الردّ وتبطل الوصية.

قوله رحمه الله: «ولا تكفي الكتابة بدون الإشارة أو اللفظ وإن عمل الورثة ببعضها على رأي».

أقول: يريد انّه لايكفي في الوصية مجرّد الكتابة بدون الإشارة الدالّة على قصد الوصية للعاجز عن النطق، أو النطق للقادر عليه، وهو قول ابن ادريس[١].

وقال الشيخ في النهاية: اذا وجدت وصية بخطّ الميّت ولم يكن أشهد عليها ولا أقرّ بها كان الورثة بالخيار بين العمل بها وبين ردّها وإبطالها، فإن عملوا بشيء منها لزمهم العمل بجميعها[٢].

قوله رحمه الله: «أو قال: هذه وصيّتي فاشهدوا عليّ بها لم يجزئ حتى يسمعوا منه ما فيه، أو تقرأ عليه فيقرّ به، فأمّا إن قرأه الشاهد مع نفسه فقال له الموصي: قد عرفت ما فيه فاشهد عليّ به فالأقرب القبول».

---

(١) السرائر: كتاب الوصايا باب الإقرار في المرض ج ٣ ص ٢٢٢.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الوصايا باب الإقرار في المرض ج ٣ ص ١٧٨ ـ ١٧٩.

أقـول: لأنّ قول الموصي: «قد عرفت ما فيها فاشهدوا عليّ بما فيها» لفظ يفيد صدور الوصية عنه، فجاز للشاهد أن يشهد عليه بذلك، كما لو قال: أوصيت بما فيها.

وابن الجنيد قال أبلغ من ذلك فانّه قال: ولو لم يقرأ الوصية على الشهود وطوّاها ثمّ قال: اشهدوا عليّ بما تضمّنته فكتبوا جازت الشهادة، ولو طبع عليها وقال لهم: اشهدوا عليّ بما فيها فطبعوا مع طابعه جاز لهم أن يشهدوا عليه بما فيها[1].

قوله رحمه الله: «وهل القبول كاشف عن انتقال الملك الى الموصى له بعد الموت أو سبب؟ فيه إشكال».

أقـول: قد ذكر المصنّف منشأ الإشكال، لكن في هذه المسألة خلاف بين الأصحاب نذكره، ومنها ينشأ الإشكال.

قال الشيخ في المبسوط: اذا مات الموصي متى ينتقل الملك الى الموصى له؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: ينتقل بشرطين وفاة الموصي وقبول الموصى له، فاذا وجد الشرطان انتقل الملك عقيب القبول. والثاني: انّه مراعٍ إن قبل الوصية تبيّنا انّه قد انتقل الملك إليه بوفاته، وإن لم يقبل تبيّنا انّ الملك انتقل الى الورثة بوفاته. وقيل: فيه قول ثالث وهو: انّ الملك ينتقل الى الموصى له بوفاة الموصي، مثل الميراث، ويدخل في ملك الورثة بوفاته، فإن قبل ذلك استقرّ ملكه عليه، وإن ردّ انتقل عنه الى ورثته. وهذا قول ضعيف لا يفرّع عليه بل الأوّل[2].

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل الخامس في الوصايا ص ٥١٤ س ١٥.

(٢) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٢٨.

ثمّ ذكر بعد ذلك ما يدلّ على خلاف ما اختاره فقال: الأقوى أن يقال: إنّ الشيء الموصى به ينتقل الى ملك الموصى له بوفاة الموصي، وقد قيل: إنّه بشرطين الموت وقبول الموصى له، وقيل أيضاً: إنّه مراعٍ، فإن قبل علم انّه انتقل بالموت إليه، فإن ردّ علم انّه بالموت انتقل الى الورثة، وعلى ما قلناه لو أهلّ هلال شوّال وقد مات الموصي وقد أوصى له بجارية ولم يقبل الموصى له بعد لزمه فطرتها، وعلى القولين الآخرين لايلزمه[١].

وابن ادريس جعل القبول جزء من السبب فقال: الذي يقوى في نفسي انّه لاينتقل بالموت بل بانضمام القبول[٢].

وابن الجنيد قال: فإن اكتسب العبد بعد موت السيد وقبل قبول الموصى له به إيّاه كان ما اكتسبه تابعاً له[٣]. فقد جعل التملّك بمجرّد الموت، ويكون القبول كاشفاً. والمصنّف اختار انّه كاشف، واستدلّ عليه بما ذكره في الكتاب.

قوله رحمه الله: «ولو مات الموصى له قبل القبول والردّ فإن قبل وارثه ملك الجارية والولد، وعتق عليه إن كان ممّن ينعتق عليه على الثاني على قول الشيخ».

أقول: هذا أحد التفريعات على انّ القبول هل هو كاشف عن حصول ملك

---

(١) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٣٣ ـ ٣٤.

(٢) السرائر: كتاب الوصايا ج ٣ ص ٢٠٢.

(٣) مختلف الشيعة: فصل في الوصايا ص ٤٩٩ س ٣٨.

الموصى له للموصى به عند موت الموصي أو جزء من السبب المملّك ـ وهو انّه اذا زوّج صاحب الجارية جاريته من آخر ثمّ أوصى بها لزوجها فأحبلها الزوج بعد موت الموصي ثمّ مات الموصى له أيضاً قبل قبوله وردّه فقبل وارثه الوصية بالجارية ـ؟

فعلى الثاني وهو: انّ القبول الذي هو جزء من السبب المملّك يملك وارث الموصى له للجارية؛ لأنّ القبول الذي هو جزء من السبب حصل بعد موت الموصى له فلم تكن الجارية قد دخلت في ملك الموصى له لتأخّر القبول عن موته بل تكون ملكاً لورثته لحصول الملك لهم.

امّا الولد فعلى قول الشيخ: من انّ الولد كالجزء[1] ينتقل بانتقالها في البيع والهبة والوصية، ويكون الولد أيضاً تابعاً لأُمّه يملكه ورثة الموصى له بالجارية كما يملكون أُمّه، فإن كان ممّن ينعتق عليه عتق، وإلّا استقرّ ملكهم عليه. وعلى القول الآخر: انّه لايتبع الأُمّ يكون رقّاً للورثة؛ لأنّ الجارية انتقلت إليهم بوفاة مورثهم ثمّ انتقلت الجارية وحدها الى ورثة الموصى له بمجموع بالوصية، والوفاة والقبول الذي هو جزء من السبب الناقل، وهو متأخّر عن الحمل فلا ينتقل الحمل السابق على القبول.

وعلى الأوّل وهو: انّ القبول كاشف عن الملك تكون الجارية قد انتقلت الى الموصى له بوفاة الموصي ويكون ولدها حرّاً وأُمّه أُمّ ولد، ويحجب القابل ـ أي وارث الموصى له الذي قبل الوصية ـ إن كان ممّن يحجب الولد كالأخ والعمّ.

واعلم انّ هذا كلّه انّما يتأتّى على تقدير أن يكون ولد الزوج من الجارية رقّاً لمولاها، كما اذا زوّجها وشرط رقّية الأولاد، امّا اذا لم يشرط ذلك فانّ الولد ينعقد حرّاً كأبيه، ويسقط هذا التفريع.

---

(١) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٥٥.

قوله رحمه الله: «فلا تنفذ وصية الصبي وإن كان مميّزاً في المعروف وغيره على رأي».

أقول: قد سبق ذكر الخلاف في هذه المسألة.

قوله رحمه الله: «ولو جرح الموصي نفسه بما فيه هلاكها ثمّ أوصى لم يقبل. ولو قيل بالقبول مع تيقّن رشده كان وجهاً».

أقول: المشهور عند أصحابنا انّه اذا جرح نفسه بما فيه هلاكها ثمّ أوصى كانت وصيّته مردودة، ذهب إليه الشيخان[١]، وأبو الصلاح[٢]، وابن البرّاج[٣].

وقال ابن ادريس: إن كان عقله ثابتاً عليه صحّت وصيّته[٤]، وهو اختيار المصنّف في الكتاب، لكنّه لم يصرّح بذلك بل قال: لو قيل بذلك كان وجهاً.

قوله رحمه الله: «وتحمل الرواية على عدم استقرار الحياة على إشكال».

أقول: هذا جواب عن استدلال مقدّر استدلّ به القائلون بعدم صحّة الوصية، وهو ما رواه أبو ولّاد عن الصادق عليه السلام قال: وإن كان أوصى بوصية بعدما

---

(١) المقنعة: كتاب الوصية باب وصية القاتل لنفسه ص ٦٧٢، النهاية ونكتها: كتاب الوصايا ج ٣ ص ١٤٧.

(٢) الكافي في الفقه: فصل في الوصية ص ٣٦٤.

(٣) المهذّب: كتاب الوصايا ج ٢ ص ١٠٧.

(٤) السرائر: كتاب الوصايا ج ٣ ص ١٩٧.

أحدث في نفسه حدثاً من جراحه أو قتل لعلّه يموت لم تجز وصيّته[١].

وتقرير الجواب: انّ الرواية الدالّة على بطلان الوصية محمولة على عدم استقرار حياته على إشكال، ينشأ من عموم الرواية الدالّة على بطلان الوصية، والأصل إجراء العامّ على عمومه ما لم يثبت التخصيص بدليل يقتضيه، ولم يقم ما يقتضي التخصيص. ومن عموم وجوب العمل بالوصية بقوله تعالى: ﴿فمن بدّله بعد ما سمعه فانّما اثمه على الذين يبدّلونه﴾[٢] وهو يقتضي وجوب العمل بكلّ وصية.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى العبد لم تصحّ، فإن عتق وملك ففي النفوذ إشكال».

أقول: منشأه من بطلان وصية العبد، فلا يتغيّر الحكم بتجدّد العتق.

ومن انّ الوصية تصرّف بعد الموت فقد بيّنا مصادفة خروج وصيّته لزمان الحرّية فتكون صحيحة.

قوله رحمه الله: «وتنفذ وصية الكافر إلّا بخمر أو خنزير للمسلم، وفي الذمّي إشكال».

أقول: وجه الإشكال من انّه محرّم عندنا فلايجوز الحكم بنفوذ الوصية له.

ومن كونه مالاً مملوكاً للموصي والموصى له فجاز نقله بالوصية، كما يجوز نقله بالبيع والهبة.

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١٥ وصية من قتل نفسه... ح ١ ج ٩ ص ٢٠٧، وسائل الشيعة: ب ٥٢ من أبواب أحكام الوصايا ح ١ ج ١٣ ص ٤٤١.

(٢) البقرة: ١٨١.

قوله رحمه الله: «ولو قال العبد: متى عتقتُ ثمّ متُّ فثلثي لفلان فالأقرب الجواز».

أقول: لأنّ المانع من صحّة وصية العبد كونها تصرّفاً في مال السيد، فاذا علّقها على الموت عقيب الحرّية صحّت؛ لعموم وجوب العمل بالوصية السالم عن معارضة وجود المانع.

قوله رحمه الله: «وتصحّ للحمل الموجود، بأن تأتي لأقلّ من ستّة أشهر أو لأكثر مدّة الحمل مع خلوّها من زوج ومولى، ولو كان بينهما وهي ذات زوج أو مولى لم تصحّ؛ لعدم العلم بوجوده حين الوصية؛ وتستقرّ بانفصاله حيّاً، فلو وضعته ميّتاً بطلت، ولو مات بعد انفصاله حيّاً صحّت وكانت لورثته، ويسقط اعتبار القبول هنا على إشكال».

أقول: قد تقدّم انّ الوصية إن كانت لمن لايمكن اعتبار قبوله كالوصية للمصالح العامّة ـ مثل المدارس ـ لم يعتبر القبول عنده، وهنا لمّا مات عقيب انفصاله حيّاً لم يمكن اعتبار قبوله فصحّت الوصية، ويسقط اعتبار القبول هنا. ويحتمل اعتبار القبول هنا أيضاً فيقبل الوارث، كما لو أوصى لمن يمكن قبوله ومات قبل القبول فانّ وارثه يقوم مقامه في القبول.

قوله رحمه الله: «ولو ردّ الوليّ للمصلحة فالأقرب بطلان الوصية».

أقــول: لو أوصى للطفل فردّ وليّه لمصلحة، كما لو أوصى له بالفقير العاجز عن التكسّب ولا يرغب في شرائه فالأقرب بطلان الوصـية، وصـحّة الردّ إن ردّ بـعد الموت؛ لأنّه ردّ صدر من وليه لمصلحته، فكان كما لو صدر منه لو كان بالغاً رشيداً.

قوله رحمه الله: «وهل النماء المتجدّد بين الوفاة والردّ تابع أو للموصى له إشكال».

أقــول: وجه الإشكال مبنيّ على ما تقدّم، وهو انّه إن قلنا بـأنّـه انـتقل الى الموصى له بمجرّد الوفاة انتقالاً غير مستقرّ كان النماء له؛ لأنّه نماء على مـلكه، وإن قلنا: إنّ القبول كاشف عن الملك فاذا ردّ تبيّنا انّه لم يكن مالكاً فيتبع العين المردودة فيكون للوارث، كما انّ الأصل له.

قوله رحمه الله: «ولا تصحّ لمملوك الأجنبي ولا لمدبره ولا لأُمّ ولده ولا لمكاتبه المشروط عـلى إشكال».

أقــول: منشأ الإشكال من حيث إنّه رقّ لغيره فلا تصحّ الوصية له، كما لا تصحّ لمملوك غيره اذا كان قنّاً.

ومن انّه يملك وتنقطع تصرّفات المولى عنه فجازت الوصية له، كما يجوز تملّكه بالبيع وغيره، بخلاف القنّ.

واعلم انّ الشيخ في المبسوط جوّز الوصية لعبد وارثه ومكاتب وارثه قال: لأنّ الوصية للوارث عندنا تصحّ[1].

---

(١) المبسوط، كتاب الوصايا ج ٤ ص ٦١.

وهذا التعليل يعطي كون الوصية له وصية لمولاه، وإن كان الأمر كذلك جاز أن يوصي لعبد الأجنبي ومكاتبه، لأنّ الوصية للأجنبي تصحّ، وذلك باطل اتّفاقاً. وابن البرّاج[1] تابع الشيخ في ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو ادّعى المطلّق البعض صحّت بنسبة الحرّية، وفي الوصية للجزء الحرّ إشكال».

أقول: ينشأ من حيث إنّه يملك فصحّت الوصية له.

ومن عموم انّ الوصية لمن تحرّر بعضه تصحّ بنسبة ما فيه من الحرّية، وتبطل في الباقي.

قوله رحمه الله: «وتصحّ بالجزء الشائع لعبد الموصي ومدبره ومكاتبه وأُمّ ولد، ثمّ يعتبر ما وصّى به بعد خروجه من الثلث، فإن كان بقدر قيمته عتق ولاشيء له وكان الموصى به للورثة، وإن كانت قيمته أقلّ أُعتق وأُعطي الفاضل، وإن كانت أكثر سعى للورثة في الباقي وإن بلغت الضعف على رأي».

أقول: هذا قول الشيخ في الخلاف حيث أطلق القول بأنّه اذا أوصى لعبد نفسه صحّت الوصية وقوّم العبد وأُعتق اذا كان ثمنه أقلّ من الثلث، وإن كان ثمنه أكثر من

---

(١) المهذّب: كتاب الوصايا ج ٢ ص ١٠٧.

الثلث استسعى العبد فيما يفضل للورثة[١]، ولم يعتبر الضعف. وتبعه ابن ادريس[٢].

وقال الشيخ في النهاية: اذا أوصى الانسان بثلث ماله لعبده ينظر في قيمة العبد قيمة عادلة، فإن كانت قيمته أقلّ من الثلث أُعتق وأُعطي الباقي، وإن كانت مثله أُعتق وليس له شيء ولا عليه شيء، وإن كانت أكثر من الثلث بمقدار السدس أو الربع أو الثلث أُعتق بمقدار ذلك واستسعى في الباقي لورثته، وإن كانت قيمته على الضعف من ثلثه كانت الوصية باطلة[٣]. ومثله قال المفيد في المقنعة[٤]، وابن البرّاج في كتابيه[٥].

قوله رحمه الله: «وفي المعيّن إشكال».

أقول: يريد بذلك اذا أوصى به لعبده بشيء معيّن غير شائع من التركة ففي صحّة هذه الوصية إشكال.

ينشأ من إطلاق الأصحاب الحكم بتقويم ما أوصى به لعبده، وصرف ذلك الى قيمته من غير تفصيل الى المعيّن وغيره، ولأنّ الأصل الجواز، ولعموم وجوب العمل بالوصية مطلقاً.

ومن كون الموصي انّما قصد شيئاً ممتنعاً، وهو تملّك العبد المعيّن وهو لايملك شيئاً، ولأنّه تخطّ وتبديل للوصية فكان منهيّاً عنه.

---

(١) الخلاف: كتاب الوصايا المسألة ٤٨ ج ٢ ص ٣٢٢ طبعة اسماعيليان.

(٢) السرائر: كتاب الوصايا ج ٣ ص ١٩٨.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الوصايا باب الوصية ومايصحّ منها ومالايصحّ ج ٣ ص ١٤٨ ـ ١٤٩.

(٤) المقنعة: كتاب الوصية باب وصية الانسان لعبده وعتقه له قبل موته ص ٦٧٦.

(٥) المهذّب: كتاب الوصايا باب ما صحّ من الوصايا ومالايصحّ ج ٢ ص ١٠٧، وأمّا كتابه الآخر هو الكامل نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل الخامس في الوصايا ص ٥٠٥ س ٢٨.

قوله رحمه الله: «ولو قصد الصرف الى علفها فالأقرب الجواز».

أقول: يريد انّه اذا أوصى بشيء للدابة وقصد صرف ذلك في علفها فالأقرب الجواز؛ لأنّه في المعنى وصية لمالكها وصرفه الى بعض مصالحه، وذلك جائز قطعاً.

قوله رحمه الله: «والأقرب التوقّف على قبول المالك».

أقول: لمّا كان سبب الجواز كون ذلك وصية لمالك الدابة وكانت الوصية مشروطة بقبول الموصى له توقّفت الوصية بعلف دابة الغير على قبول مالكها، كما لو أوصى له بغير ذلك.

قوله رحمه الله: «وحينئذٍ في الدفع إليه إشكال».

أقول: منشأه من كونه وصية بعلفها فلايصرف الى المالك لتعيين صرفها في هذا الوجه.

ومن كونها وصية له فيصرف إليه.

قوله رحمه الله: «فإن دفع ففي جواز الصرف الى غير العلف إشكال».

أقول: على احتمال جواز دفع ذلك الى مالك الدابة هل يجوز له أن يتصرّف فيه بغير علف الدابة من منافعه أو غيرها؟ فيه إشكال.

ينشأ من كونه ملكاً له فله أن يصنع به ما شاء كسائر أمواله.

ومن تعيّن صرفه في علف للدابة بمقتضى الوصية.

قوله رحمه الله: «والأقرب صحّة الوصية للذمّي وإن كان أجنبياً، والبطلان للحربي والمرتدّ».

أقول: اختلف أصحابنا في جواز الوصية للكافر، فقال بعضهم: لاتصحّ الوصية له مطلقاً، سواء كان رحماً أو أجنبياً، وسواء كان ذمّياً أو حربياً، وهو ظاهر كلام ابن البرّاج لأنّه قال: إن أوصى لبعض أقاربه وكان الموصى له كافراً كانت وصيّته ماضية. ثمّ قال: والصحيح انّه لايوصي لكافر[١].

وقال آخرون: وتصحّ الوصية له مطلقاً، وهو قول ابن ادريس[٢].

وقال في النهاية: تجوز الوصية لذوي الأرحام مطلقاً وإن كانوا كفاراً[٣]، وهو الظاهر من كلامه في المبسوط لانّه قال فيه: فمن لاتصحّ الوصية له عندنا الكافر الذي لا رحم له من الميّت[٤].

وقال المفيد: اذا أوصى الانسان لغيره بشيء من ثلثه وجب أن يدفع ذلك إليه حسب ما أوصى به الموصي، وإن كان الموصى له كافراً قال الله تعالى: ﴿فمن بدّله بعدما سمعه فانّما إثمه على الذين يبدّلونه انّ الله سميعٌ عليم﴾ فإن تصدّق بمال على كافر وكان من ذوي أرحامه مضت الصدقة لما يجب من صلة الرحم، وإن كان المتصدّق عليه ليس بينه وبينه رحم وكان كافراً بطلت صدقته، وكانت راجعة الى

---

(١) المهذّب: كتاب الوصايا باب ما صحّ من الوصايا ومالايصحّ ج ٢ ص ١٠٦.

(٢) السرائر: كتاب الوصايا ج ٣ ص ١٨٦.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الوصايا باب الوصية ومايصحّ منها ومالايصحّ ج ٣ ص ١٤٧.

(٤) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٤.

ماله ومقسومة بين ورثته[١].

وقول أبي الصلاح يناسب هذا القول لأنّه قال: واذا أطلق الوصية للكافر الأجنبي ولم يجعلها صدقة، أو صرّح بكونها مكافأة على مكرمة دنيوية مبتدئاً بها فهي ماضية[٢].

وقال الشيخ في الخلاف: تصحّ لأهل الذمّة دون الحربي[٣]. والمصنّف اختار هذا القول، وقال أيضاً بالمنع من الوصية للمرتدّ.

امّا جواز الوصية للذمّي مطلقاً أي سواء كان رحماً أو أجنبياً فلأصالة الجواز، ولأنّها عطية بعد الموت غير مشروطة بالقربة، فلا فرق بين كونها في حال الحياة أو بعد الموت، والأوّل جائز إجماعاً فكذا الثاني، ولعموم قوله تعالى:﴿لاينهاكمُ الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين﴾[٤].

وأمّا منعها للحربي والمرتدّ عن فطرة الاسلام فلأنّ الحربي لايملك، إذ ماله في الحقيقة للمسلمين وما في يده يملك بالاستيلاء عليه فلا يجب دفع الوصية إليه، وهو معنى بطلان الوصية، إذ لو كانت صحيحة لوجب دفعها إليه. وكذا المرتدّ عن فطرة؛ لأنّه لايملك أيضاً، فانّ أمواله التي كان يملكها زال ملكه عنها، والمصنّف أطلق المرتدّ.

والظاهر انّ المراد به المرتدّ عن غير فطرة؛ لأنّه ذكر في الهبة صحّة عطية المرتدّ عن غير فطرة، ولأنّ هذا يقبل منه الاسلام فكان كالذمّي.

---

(١) المقنعة: كتاب الوصية باب الوصية لأهل الضلال ص ٦٧١.

(٢) الكافي في الفقه: فصل في الوصية ص ٣٦٤.

(٣) الخلاف: كتاب الوصايا المسألة ٢٦ ج ٢ ص ٣١٦ طبعة اسماعيليان.

(٤) الممتحنة: ٨

قوله رحمه الله: «ولو أوصى لأُمّ ولده فالأقرب انّها تعتق من الوصية لا من نصيب ولدها على رأي».

أقول: هذا قول ابن ادريس فانّه قال: تعتق من الوصية، فانّ قصرت الوصية عن القيمة أعتق الفاضل منها من نصيب ولدها[١].

وقال الشيخ في النهاية: تعتق من نصيب ولدها ويعطى ما أوصى لها به[٢].

وقال ابن الجنيد: تعتق من وصيّتها أو من نصيب ولدها وتعطى تتمّة الوصية، فإن كان دون قيمتها ولا ولدها عتق منها بقسط وصيّتها والباقي من الثلث[٣].

وروى ابن بابويه في كتاب من لايحضره الفقيه انّها تعتق من الثلث وتعطى الوصية[٤].

قوله رحمه الله: «ولو أوصى لقرابته فهو للمعروف بنسبه ـ الى قوله: ـ وقيل: لمن يتقرّب إليه الى آخر أب وأُمّ له في الاسلام، ومعناه الارتقاء الى أبعد جدّ له في الاسلام والى فروعه».

---

(١) السرائر: كتاب الوصايا ج ٣ ص ١٩٩.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الوصايا باب الوصية ومايصحّ منها ومالايصحّ ج ٣ ص ١٥١.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل الخامس في الوصايا ص ٥٠٦ س ٢٧.

(٤) من لايحضره الفقيه: باب الوصية للمكاتب وأُمّ الولد ج ٤ ص ٢١٦ ـ ٢١٧.

أقـول: القول المحكي هو قول المفيد[١]، وقول الشيخ في النهاية[٢].

وقال في الخلاف: يصرف الى المعروفين من أقاربه في العرف فيدخل فيه كلّ من يعرف في العادة انّه من قرابته، سواء كان وارثاً أو غير وارث، وحكاه عن الشافعي وقوّاه[٣]. وكذا حكاه أيضاً عن قوم في المبسوط وقوّاه[٤]، واختاره ابن البرّاج[٥]، وابن ادريس[٦].

وقال ابن الجنيد: ومن جعل وصيّته لقرابته وذوي رحمه غير مسمّين كانت لمن يقرب إليه من جهة ولده أو والديه، ولا أختار أن يتجاوز بالتفرقة الى ولد الأب الرابع؛ لأنّ رسول الله صلّى الله عليه وآله لم يتجاوز ذلك في تفرقة ذوي القربى من الخمس[٧].

قوله رحمه الله: «والأقرب دخول بني المطّلب هنا».

أقـول: يريد بذلك انّه اذا أوصى لقرابة رسول الله صلّى الله عليه وآله فهو

---

(١) المقنعة: كتاب الوصية باب الوصية المبهمة ص ٦٧٥.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الوصايا باب الوصية المبهمة والوصية بالعتق والحجّ ج ٣ ص ١٥٧ـ١٥٨.

(٣) الخلاف: كتاب الوصايا باب الوصية لأقربائه ومن بعُد من الأقرباء المسألة ٢٤ ج ٢ ص ٣١٥ طبعة اسماعيليان.

(٤) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٤٠.

(٥) المهذّب: كتاب الوصايا حكم الإيصاء للأقرباء ج ٢ ص ١١٤.

(٦) السرائر: كتاب الوصايا باب الوصية المبهمة والوصية بالعتق والحجّ ج ٣ ص ٢١٠.

(٧) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل الخامس في الوصايا ص ٥٠٣ س ٢٧.

لأولاد عبدالمطّلب ولأولاد هاشم دون بني عبد شمس ودون بني نوفل، والأقرب عنده انّ بني المطّلب يدخلون هنا ـ أي في هذه الوصية ـ وإن لم يدخلون في مستحقّي الخمس؛ لأنّ المعروفين بنسب رسول الله صلّى الله عليه وآله هم بنو هاشم.

وقال عليه السلام: «نحن وبنو المطّلب لم نفترق في جاهلية ولا إسلام»[1] فجعل بني هاشم وبني المطّلب كالجماعة الواحدة والقبيلة المنفردة. فقوله: «لم نفترق» إذ ليس المراد بالافتراق المكان فكان لهم حكم بني هاشم في تناول اسم القرابة لهم.

لايقال: لو كان المراد مساواتهم لبني هاشم لوجب أن يكون حكمهم حكمهم في استحقاق للخمس، وهو منافٍ لما اختاره المصنّف: لأنّ قوله هنا إشارة الى دخولهم في الوصية للقرابة دون استحقاقهم للخمس.

لأنّا نقول: لايلزم من دخولهم في الوصية للقرابة لبني هاشم مساواتهم لهم في استحقاق الخمس، وذلك لأنّ الوصية عطية اختيارية فتتبع اختيار الموصي وإرادته، وعند عدم العلم بقصده يمنع مدلول اللفظ لغة أو عرفاً؛ بخلاف استحقاق الخمس؛ لأنّه حكم شرعي لايعلم إلّا من جهة الشارع، لامدخل لاختيار المكلّف فيه، بل يتبع فيه للنصوص، وقد ثبت بالنصّ اختصاص بني هاشم به دون من عداهم.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى لأقرب الناس إليه أو لأقرب أقاربه ينزل على مراتب الإرث لكن يتساوى المستحقّ فللذكر مثل الأُنثى وللمتقرّب

---

(١) لم نعثر عليه في كتبنا ووجدناه في سنن أبي داود: كتاب الخراج ح ٢٩٨٠ ج ٣ ص ١٤٦.

بالأب مثل المتقرّب بالأمّ، وفي تقديم ابن العمّ من الأبوين على العمّ من الأب نظر».

أقول: ينشأ من تقدّمه عليه في الميراث بسبب القرب فيقدم هنا عليه.

ومن اختصاصه هنا بالنصّ يمنع سببية الأقربية في التقدّم هنا.

قوله رحمه الله: «وفي التسوية بين الأخ من الأمّ والأخ من الأبوين في العطاء نظر».

أقول: منشأه تساويهما في الدرجة فيتساويان في العطاء.

ومن انفراد الأخ من الأبوين بسبب آخر يوجب الاستحقاق فيعطي به أيضاً، كما لو كانت القرابتان لشخصين.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى لجماعة من أقرب الناس إليه ووجد ثلاثة من أقرب الناس إليه فما زاد في درجة واحدة أُعطوا، وفي جواز تخصيص ثلاثة به دون الزائد نظر».

أقول: منشأه صدق الامتثال في إعطاء ثلاثة، فانّه يصدق انّه قد أعطى جماعة من أقرب الناس إليه.

ومن كون نسبة اللفظ الى الجميع على سبيل التسوية، فلا يختصّ بعضهم باستحقاق الوصية.

قوله رحمه الله: «ولو كان له ابن وثلاثة أُخوة دخلوا أجمع في الوصية، والأقرب إعطاء الابن الثلث».

أقول: وجه القرب انّ استحقاق الأُخوة انّما هو لعدم ابنين آخرين، إذ لو وجدا مع الابن الموجود لم يكن للأُخوة في الوصية شيء، فحينئذٍ انّما يستحقّون نصيب المعدومين دون الموجودين فيكون نصيبه من الوصية المقسومة على الثلاثة المقدورة هو ثلث. ويحتمل ضعيفاً المساواة؛ لأنّه حينئذٍ واحد من الموصى لهم.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى لأهل فلان فهو لزوجته ويحتمل مَن تلزمه نفقته».

أقول: وجه اختصاص الزوجة انّها الموضوع لهذا اللفظ لغةً، وجاز اشتراك من تجب نفقته؛ لأنّه مستعمل في العرف كذلك.

قوله رحمه الله: «والعترة الأقرب إليه، وقيل: الذرية».

أقول: قال ابن ادريس: العترة الأخصّ به من قومه وعشيرته[1].

وقال ابن زهرة[2]، وقطب الدين الكيدري[3]: العترة الورثة، واستدلّ كلّ من الفريقين بقول ثعلب وابن الأعرابي.

قوله رحمه الله: «والجيران من يلي داره الى أربعين ذراعاً على رأي».

---

(١) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٦٤.

(٢) الغنية «الجوامع الفقهية»: في الوقف والهبة ص ٥٤١.

(٣) نقله عنه في إيضاح الفوائد: كتاب الوصايا المطلب الثالث في الموصى له ج ٢ ص ٤٩٣.

أقــول: قد تقدّم ذكر الخلاف هنا في باب الوقف.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى لمواليه ـ الى قوله:ـ ولو اجتمعا فالأقرب البطلان».

أقــول: قد تقدّم هذا أيضاً هناك.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى المسلم لأهل قرية أو للفقراء فهو للمسلمين من أهل القرية، ومن الفقراء دون الكفّار، ولو كان جميع أهل القرية كفّاراً صحّت إن كانوا أهل ذمّة، ولو كان الأكثر أهل ذمّة ففي تخصيص المسلمين نظر».

أقــول: ينشأ من قرينة حال المسلم إنّه لايتبرّع إلّا على المسلمين فتصرف إليهم خاصّة، كمالو كان الأغلب المسلمين.

ومن تناول اللفظ للجميع، وصحّة الوصية لأهل الذمّة عنده.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى الكافر للفقراء صرف الى فقراء أهل نحلته، وكذا لو أوصى لأهل قريته وإن كانوا كفّاراً، ولو كان فيها مسلمون ففي دخولهم نظر».

أقــول: منشأه ما تقدّم.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى للجارح صحّ، وإن سرت ولاتبطل، وكذا القاتل على إشكال».

أقول: منشأ الإشكال من وجوب العمل بالوصية المتناول للقاتل وغيره، وهو قول الشيخ في الخلاف[١].

ومن كونه ممنوعاً بالقتل من الإرث المستحقّ بأصل الشرع فيكون ممنوعاً من الوصية، وهو قول ابن الجنيد لأنّه قال: لاتصحّ الوصية للقاتل عمداً؛ لأنّ فعله مانع له من الوصية كمنعه إيّاه من الإرث[٢].

والمصنّف في المختلف اختار التفصيل وهو: إن كان قد أوصى قبل القتل أو مايوجبه لم يندرج في الوصية، كما إذا قال: اعطوا أولادي أو اخوتي كذا ثمّ قتله أحدهم؛ لوجود المقتضي، وهو مقابلته بنقيض مقصوده من استعجاله بأخذ المال، وإن نصّ عليه بعد فعل ما يوجب القتل فالأولى الصحّة[٣].

قوله رحمه الله: «ولو أوصى لأصناف الزكاة أو لمستحقّها فالأقرب استحقاق كلّ صنف ثمن الوصية، والاكتفاء بواحد من كلّ صنف».

أقول: أمّا الأوّل: فلأنّ الوصية تمليك، واللفظ يتناول الثمانية فلا يجوز حرمان بعض[٤] من يتناوله اللفظ.

وأمّا الثاني: فلأنّ العلم بتعذّر استيعاب جميع الأشخاص من الأصناف قرينة تدلّ على بيان المصرف في كلّ صنف فيكفي الواحد منه كالزكاة.

---

(١) الخلاف: كتاب الوصايا المسألة ٢٧ ج ٢ ص ٣١٦ طبعة اسماعيليان.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل الخامس في الوصايا ص ٥٠٧ س ١٩.

(٣) مختلف الشيعة: الفصل الخامس في الوصايا ص ٥٠٧ س ٢٠.

(٤) كلمة «بعض» ليست في ج.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى للفقراء دخل المساكين، وبالعكس على إشكال».

أقول: مذهب المصنّف انّ المسكين أسوأ حالاً من الفقير، فاذا أوصى للفقراء دخل المساكين على هذا القول قطعاً؛ لأنّ المساكين فقراء، امّا العكس ففيه إشكال.

ينشأ من دخولهم عرفاً عند أفراد اللفظ بالذكر.

ومن كون المساكين أسوأ حالاً من الفقراء، فلا يتناولهم لفظهم.

قوله رحمه الله: «ولو مات الموصى له قبل الموصي قيل: بطلت وقيل: إن لم يرجع فهي لورثة الموصى له، فإن لم يكن له وارث فلورثة الموصي».

أقول: القول بالبطلان هو مذهب ابن الجنيد فانّه قال: لو كانت الوصية لأقوام بعينهم مذكورين مشار إليهم كالذي يقول لولد فلان: هؤلاء، فإن ولد لفلان غيرهم لم يدخل في الوصية، وإن مات أحدهم قبل موت الموصي بطل سهمه[1]. والقول بكونه لورثة الموصى له مالم يرجع قول المفيد[2] وجماعة من الأصحاب.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى في سبيل الله فالأقرب صرفه الى ما فيه قربة. وقيل: يختصّ الغزاة».

أقول: القول المحكي هو مذهب الشيخ في المبسوط حيث قال فيه: سبيل الله

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل الخامس في الوصايا ص ٥١٣ س ٢١.

(٢) المقنعة: كتاب الوصية باب الموصى له بشيء يموت قبل الموصي ص ٦٧٧.

هم الغزاة، وهم على ضربين: هم المرابطون المترصّدون للقتال، فهؤلاء يدفع إليهم من الزكاة؛ لأنّه يصرف إليهم أربعة أخماس الغنيمة. والضرب الآخر: هم أصحاب الصنائع إذا نشطوا غزوا ثمّ عادوا الى حرفهم، فهؤلاء لايدفع إليهم من الزكاة مع الغنى والفقر، وهكذا الوصية[١].

وقال ابن ادريس: يصرف ذلك في جميع مصالح المسلمين[٢]، وهو الظاهر من كلام الشيخ في الخلاف؛ لأنّه لمّا قال فيه: سبيل الله هم الغزاة قال: وفي أصحابنا من قال: إنّ سبيل الله يدخل فيه جميع مصالح المسلمين من بناء القناطر وعمارة المساجد والمشاهد والحجّ والعمرة ونفقة الحاج والزوّار وغير ذلك. دليلنا على هذا أخبار الطائفة، وأيضاً فانّ جميع ذلك طريق الى الله تعالى[٣].

قوله رحمه الله: «ولو أوصى لعبده برقبته احتمل ضعيفاً البطلان، والصرف الى التدبير».

أقول: وجه البطلان انّ الموصى له يجب مغايرته للموصى به، وهاهنا الموصى له وبه واحد.

ومن كون معنى التدبير ذلك، إذ هو عبارة عن زوال الملك عنه بعد الموت.

قوله رحمه الله: «لو أوصى لمكاتبه فالأقرب انّه كالعبد».

---

(١) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٣٥ ـ ٣٦.

(٢) السرائر: كتاب الوصايا ج ٣ ص ١٨٧ ـ ١٨٨.

(٣) الخلاف: كتاب الوصايا المسألة ٢٠ ج ٢ ص ٣١٤ طبعة اسماعيليان.

أقـول: اذا أوصى لمكاتبه احتمل الصحّة مطلقاً؛ لانقطاع تصرّفات المولّى عنه وصحّة تملكه بالهبة والابتياع وغيرهما فجاز بالوصية. ومن انّه عـبد فـيدخل في عموم الدليل على انّ الوصية للعبد تصرف الى قيمته.

والمفيد رحمه الله قال: اذا أوصى لعبد له كاتبه جاز فيما أوصى له بحساب ما عتق منه ورجع الباقي الى مال الورثة[١]، وكذا قال سلّار[٢]، وابن البرّاج[٣].

قوله رحمه الله: «وحينئذٍ فالأقرب اعتبار أقلّ الأمرين من قيمته ومال الكتابة».

أقـول: وجه القرب انّه على تقدير أن تكون قيمته هي الأقلّ عتق بمقدار قيمته من الوصية كالعبد القنّ، وعلى تقدير كون مال الكتابة أقلّ فالواجب عليه أن يدفع مال الكتابة لاغير، فاذا فاض من وصيّته بمقدار مال الكتابة عتق ولايجب عليه دفع مازاد.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى لحمل امـرأة مـن زوجها فنفاه باللعان بطلت على إشكال».

أقـول: اذا أوصى واحد لحمل امرأة من زوجها فأنكره الزوج ونـفاه بـلعان امرأته انتفى نسبه عنه وبطلت الوصية؛ لأنّها تقتضي الحمل من الزوج وقد بـطلت النسبة من الزوج.

---

(١) المقنعة: كتاب الوصية باب وصية الانسان لعبده... ص ٦٧٧.

(٢) المراسم: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة أحكام الوصية ص ٢٠٣ ـ ٢٠٤.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل الخامس ص ٥١٣ س ٣.

ويحتمل الصحّة؛ لأنّ الموصي قصد الحمل من الزوج عند الوصية، وقد كانت النسبة صادقة؛ لأنّ الموصي بنى على الظاهر.

قوله رحمه الله: «وكذا لو أوصى لولد فلان وأشار الى معيّن فكذبت النسبة، والأقرب البطلان مع تعلّق غرضه بها».

أقول: المصنّف اختار هنا التفصيل وهو: إنّه إن تعلّق غرض الموصي بتلك النسبة، مثل أن يكون المنسوب إليه ممّن يستحقّ المزية[1] والمواصلة كعلويّ معيّن قد تعلّق غرض الموصي بالتبرّع على حمله لكونه ولداً له ثمّ كذبت النسبة فلا شيء له؛ لبطلان الوصف الذي تعلّقت به الوصية، وإن لم يتعلّق بها غرض فالظاهر انّها لاتبطل؛ لاحتمال قصد التبرّع على الحمل أو ذلك الولد المعيّن، ونسبته الى أبيه بناءً على الظاهر.

قوله رحمه الله: «لو أوصى بعين لحيّ وميّت أو للملك أو للحائط مع علمه احتمل تخصيص الحيّ بالجميع أو النصف».

أقول: وجه اختصاص الحيّ بالجميع انّه خصّ الملك بهما وأحدهما لايملك فيكون للآخر وأمّا وجه اختصاصه بالنصف الآخر؛ لأنّه انّما أوصى له بالنصف، والآخر أوصى به لغيره ممّن لاتصحّ الوصية له، واذا بطلت الوصية له رجعت الى الموصي لا الى غيره.

---

(١) في ج: «البرّ».

قوله رحمه الله: «لو أوصى بشيء لزيد والمساكين احتمل أن يكون لزيد النصف والربع وكواحد منهم، أمّا المساكين فلا يعطي أقلّ من ثلاثة».

أقول: اذا أوصى لزيد وجماعة كالمساكين ففيه احتمالات ثلاثة:

الأوّل: أن يكون لزيد النصف؛ لأنّه شركه مع المساكين فيكون له النصف، كما لو قال لزيد وعمرو، إذ إطلاق التشريك يقتضي التنصيف.

الثاني: أن يكون له الربع؛ لأنّ المساكين أقلّهم ثلاثة من حيث إنّهم جمع فقد شركه مع ثلاثة فيكون له الربع.

الثالث: أن يكون كواحد منهم، بحيث لو أعطى من المساكين أربعة كان له الخمس، أو خمسة كان له السدس فيعطي لمسكين واحد من المساكين؛ لأنّه جعله شريكاً لهم فيساويهم.

قوله رحمه الله: «في اشتراط التعيين إشكال».

أقول: منشأه أصالة الجواز.

ومن انّها كالعقد، ولهذا يفتقر الى القبول، فلا يصحّ بيع مجهول كسائر العقود.

قوله رحمه الله: «فإن لم نقل به لو أوصى لأحد هذين احتمل تخيير الوارث والقرعة، وفي الشريك بعد».

أقول: اذا لم نقل انّ تعيين الموصى له شرط في صحّة الوصية، فلو قال:

أوصيت بهذا الشيء لأحد هذين الشخصين احتمل فيها ثلاثة أوجه:

أحدها: تخيير الوارث، كما لو أوصى لبعض المساكين فإنّ الوارث يتخيّر في الدفع الى من شاء منهم.

الثاني: القرعة؛ لأنّ نسبة اللفظ الى كلّ منهما كنسبته الى الآخر فيقرع بينهما، ولأنّه أعدل.

الثالث: أبعد الاحتمالات، وهو التشريك بينهما، كما لو تداعيا داراً ولم يكن لأحدهما ما يترجّح به على الآخر فانّه تقسّم بينهما فكذا هنا. ووجه البعد انّ الموصي لم يقصد هذا المعنى بل قصد اختصاص واحد منهما بجميع الوصية، وذلك ينافي التشريك.

قوله رحمه الله: «لو أوصى لمن يتعذّر حمل اللفظ عليه حقيقة فالأقرب صرفه الى المجاز، كما لو أوصى لأولاده وله أولاد أولاد لاغير أو لآبائه وله أجداد إلّا في مثل الدابة فانّه لاينصرف الى البليد إلّا لقرينة؛ لأنّ الحقيقة هنا ممكنة، أقصى ما في الباب انّه يقتضي بطلان الوصية، وهو حكم شرعي فلا يخرج اللفظ عن حقيقته، ومن ثمّ لم تحمل الوصية للموالي على المجاز، وهو إرادة المعنيين على الأقوى».

أقول: وجه القرب انّ اللفظ يستعمل في المجاز إمّا بقرينة أو مع تعذّر الحمل على الحقيقة، فاذا كان الموصي يعلم انتفاء المعنى الحقيقي علم من قصده إرادة المجاز

فيحمل عليه صوناً للفظ العاقل عن الهذرية، والباقي ظاهر كما ذكره.

قوله رحمه الله: «لو أوصى للحمل فوضعت حيّاً وميّتاً صرف الجميع الى الحيّ مع احتمال النصف».

أقول: وجه صرف الجميع الى الحيّ؛ لأنّ الميّت من الحمل كالمعدوم فتكون الوصية في الحقيقة للآخر كأنّه كمال الحمل، وأمّا النصف فلأنّه أوصى للحمل وهو حيّ وميّت فيكون للحيّ النصف، كما لو كان غير حمل وأوصى له مع ميّت.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى بما ينتفع به في ثاني الحال كالخمر المحترمة التي يرجى انقلابها والجرو القابل لتعليم الصيد فالأقرب الجواز».

أقول: وجه القرب انّها تجري مجرى الوصية بالمنفعة فكانت جائزة.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى له بكلب ولا كلب له لم تصحّ لتعذّر شرائه إن منعنا بيعه مطلقاً، وإلّا اشترى له مايصحّ بيعه، وعلى الأوّل لو كان له كلاب ولا مال له فوجه اعتباره من الثلث تقدير القيمة له. ويحتمل التقدير بتقويم المنفعة أو اعتبار العدد، ويتعذّر الأوّلان لو أوصى ذو الكلب وطبل اللهو وزقّ الخمر بأحدها ولا مال سواها».

أقـول: اذا قلنا: بعدم صحّة بيع الكلاب وإن كانت مملوكة لو أوصى له بكلب وله كلاب ففي وجه اعتبار خروجه من الثلث ثلاثة أوجه:

أحدها: تقدير القيمة، وهو انّها لو كانت تباع كم كان كلّ منها يساوي ويخرج منها ما يحتمله الثلث بالقيمة المقدّرة.

الثاني: تقويم المنفعة التي لكلّ واحد منها، ويخرج ما يحتمله الثلث من قيمة منافعها.

الثالث: اعتبار العدد وإن تفاوتت؛ إذ لا قيمة لها؛ لعدم صحّة بيعها، فيخرج واحداً من الثلاثة.

وقوله: «ويتعذّر الأوّلان لو أوصى ذو الكلب وطبل اللهو وزقّ الخمر بأحدها» أي تقدير القيمة لها وتقديرها بتقويم المنفعة؛ لأنّه لا قيمة للخمر ولا لطبل اللهو ولامنفعة محلّلة لها، أمّا لو كان له شيئاً من المال وإن قلّ صحّت الوصية بالكلب من غير تقويم؛ لأنّ ذلك القليل أكثر من ضعف الكلب.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى ببيع تركته بثمن المثل ففي اشتراط الإجازة إشكال».

أقـول: وجه الإشكال من حيث بقاء قيمة التركة فلم يتلف على الورثة شيئاً. ومن تعلّق الغرض بأعيان الأموال فليس له إخراج مازاد على ثلث تركته بغير إجازة ورثته.

قوله رحمه الله: «وفي نفوذها قبله قولان».

أقـول: يريد انّه اذا أجاز الورثة ما أوصى به مورثهم بما زاد على ثلث تركته قبل موته هل تنفذ الإجازة بحيث لايجوز لهم الرجوع فيها أم لا؟ فيه قولان:

أحدهما: انّها تنفذ، وهو قول الشيخ رحمه الله[١]، وقول ابن الجنيد[٢]، وابن حمزة[٣]. وظاهر كلام الحسن بن أبي عقيل حيث قال: اذا أوصى بأكثر من الثلث وأجازت الورثة كان ذلك جائزاً[٤].

والآخر: انّها لاتنفذ، وهو مذهب المفيد[٥]، وسلّار[٦]، وابن ادريس[٧].

قوله رحمه الله: «ولو أوصى بثلثه لزيد وبثلثه لعمرو كان رجوعاً على إشكال».

أقول: ينشأ من الحجر على الموصي من التصرّف فيما زاد على الثلث، وذلك قرينة تدلّ على كون ما أوصى به ثانياً وهو الثلث الموصى به أوّلاً، فتكون الوصية الثانية ناسخة للأُولى ورافعة لها، وهو قول الشيخ في المبسوط[٨] والخلاف[٩]، ومذهب ابن ادريس[١٠].

ومن عدم المنافاة بين الوصيّتين؛ لعدم دلالة أوصيت لعمرو بثلث مالي على

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الوصايا باب الوصية ومايصحّ منها ومالايصحّ ج ٣ ص ١٤٥.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل الخامس في الوصايا ص ٥٠٠ س ١٧.

(٣) الوسيلة: كتاب الوقوف والصدقات والوصايا ص ٣٧٥.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل الخامس في الوصايا ص ٥٠٠ س ١٧.

(٥) المقنعة: كتاب الوصية باب الوصية بالثلث وأقلّ منه وأكثر ص ٦٦٩ ـ ٦٧٠.

(٦) المراسم: أحكام الوصية ص ٢٠٣.

(٧) السرائر: كتاب الوصايا باب الوصية ومايصحّ منها ومالايصحّ ج ٣ ص ١٩٤.

(٨) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٤٢.

(٩) الخلاف: كتاب الوصايا المسألة ٢٨ ج ٢ ص ٣١٧ طبعة اسماعيليان.

(١٠) السرائر: كتاب الوصايا باب الوصية ومايصحّ منها ومالايصحّ ج ٣ ص ١٩٥.

رجوعه عن وصيّته لزيد بالثلث بشيء من الدلالات الثلاث.

قوله رحمه الله: «ولو كانت الوصية بمعيّن فادّعوا ظنّ انّه الثلث أو مازاد يسير أو انّ المال كثير أو أنّه لا دَين لهم يقبل منهم، ويحتمل القبول».

أقول: وجه احتمال القبول أنّ الإجازة تضمّنت معلوماً للورثة فتكون نافذة عليهم، بخلاف ما لو أوصى بجزء مشاع من التركة كنصفها ـ مثلاً ـ فانّ العلم بمقداره موقوف على العلم بمقدار مجموع التركة، والأصل عدم كونه معلوماً للوارث فيقبل منه دعوى الجهالة مع يمينه.

ويحتمل القبول من الوارث في المعيّن أيضاً؛ لأنّ الإجازة وإن تضمّنت معلوماً لكن كونه بمقدار الثلث غير معلوم، إلّا بعد العلم بمقدار مجموع التركة فيكون كالجزء المشاع.

قوله رحمه الله: ولو أوصى بمعيّن يخرج من الثلث ملكه الموصى له بالقبول بعد الموت بغير اختيار الورثة، فإن كان هو الحاضر فله التصرّف في الثلث ويقف الباقي حتى يحضر الغائب؛ لأنّه معرض للتلف. ويحتمل منعه من التصرّف وإن كان مستحقّاً بكلّ حال؛ لأنّ حقّ الوارث التسلّط على ضعف تسلّطه، وهو غير ممكن هنا».

أقـول: لو أوصى إنسان لآخر بشيء معيّن من تركته ـ كعبد مثلاً ـ وكـان له أموال غائبة بحيث لو كانت في يد الوارث لخرج ذلك الموصى به من ثـلث تـركته احتمل جواز تصرّف الموصى له في ثلث تلك العين معجّلاً؛ لأنّ المال الغـائب إن حضر أو بعضه كان له التصرّف فيما زاد على الثلث من العين الموصى بها قطعاً، فإن تلف الجميع فله من تلك العين مقدار الثلث قطعاً؛ لأنّه لولم يكن للميّت سوى تلك العين لكان للموصى له مقدار ثلثها قطعاً، فعلى كلّ حال له الثلث فجاز له التصرّف فيه.

ويحتمل عدم جواز التصرّف في الثلث أيضاً، كما ذكره المصنّف: من انّ تصرّف الموصى له في شيء يقتضي أن يتسلّط الوارث على مقدار ضعفه، وهو غير ممكن هنا؛ لأنّ ثلثي تلك العين موقوف في معرض وصول المال الذي يوجب استحقاق الموصى له بالباقي أو ببعضه، فلم يكن للوارث التصرّف في شيء منه أصلاً.

قوله رحمه الله: «لو اشتملت الوصية أو المنجز في مرض الموت على كلّ تقدير على التصرّف في أكثر من الثلث احتمل البطلان؛ لأنها وصية بغير المعروف والصحّة، ويكـون النـقص كـالإتلاف ونقص السوق، كمالو كانت قيمة العـين ثـلاثين ولاشيء سواها ورجعت بالتشقيص الى عشرة أو باعه أو أعتقه فرجع بالشركة في أقلّ جزء الى عـشرة، وكـذا الاشكـال لو أوصى له بـأحد مصراعي باب أو أحد زوجَي خفّ قيمتهما مـعاً

ستّة وكلّ واحد اثنان، ومع البطلان لاعبرة بإجازة بعضِ الورثة، أمّا نقص القيمة بتشقيص الورثة فكالإتلاف في الإرث وفي الوصية فتصحّ حينئذٍ وتؤثر الإجازة».

أقول: اذا فرضنا انّ الوصية تشتمل على تصرّف الموصي فيما زاد على ثلث تركته على جميع التقادير، كما اذا أوصى له بعبد قيمته ثلاثون وفرضنا انّ شركة الموصى له فيه بأقلّ جزء فرض تصير قيمته عشرة، أو باعه في مرض الموت بأقلّ من ثمن المثل، أو أعتقه في مرض الموت، وكانت الشركة فيه تحّط قيمته من الثلاثين الى العشرة على كلّ تقدير احتمل بطلان التصرّف في الوصية والبيع والعتق؛ لأنّه ممنوع من التصرّف فيما زاد على الثلث، وتصرّفه بأحد الأُمور المذكورة يقتضي الى ذلك، وكلّ ما يفضي الى الممنوع منه كان ممنوعاً منه.

واحتمل صحّة الوصية؛ لأنّه نقص دخل على العين بغير اختياره، فانّ للموصى له أن يتصرّف في الثلث، وحصول النقص هنا يجري مجرى الإتلاف، فلا يؤثر في بطلان الوصية، كما لا يؤثر الإتلاف، إذ النقص المستند الى تغيير الأسعار بحسب السوق لابسبب نقص العين، وذلك غير معتبر ولا ملتفت إليه.

وكذا الإشكال لو أوصى له بأحد مصراعي الباب اللذين قيمتهما مجتمعين ستّة وقيمة كلّ واحد منهما اثنان فانّه يحتمل الصحّة؛ لأنّ الموصى به درهمان من ستّة والنقص كالإتلاف، فيخرج ما يحتمل الثلث من الأربعة.

ويحتمل البطلان؛ لاستلزامه التصرّف في أزيد من الثلث، وهو غير جائز له.

أمّا التشقيص بسبب الورثة كما اذا تعدّد الوارث حتى كان حصول الشركة بينهم

يقتضي ذلك النقص فانّه يجري مجرى الإتلاف قطعاً، فتكون التركة كأنّها عشرة تمضي الوصية فيها وتنفذ الإجازة وإن كانت من بعضهم؛ لأنّ النقص ليس مستنداً الى تصرّف الموصى له، فلا يكون ممنوعاً منه.

قوله رحمه الله: «واذا أوصى بعود من عيدانه وله عود لهو وعود بناء وعود قوس بطلت؛ لأنّه في عود اللهو أظهر، وفيه إشكال».

أقول: منشأ الإشكال من احتمال الصحّة وتصرّف الى ما عدا عود اللهو من الآخرين، ويتخيّر الوارث؛ لأصالة صحّة الوصية ووجوب العمل بها عند خروجها من الثلث.

ومن انّ استعمال لفظ العود في عود اللهو أظهر من استعماله في الآخرين فيحمل اللفظ عليه، وذلك يقتضي بطلان الوصية.

قوله رحمه الله: «والضابط أنّ كلّ لفظ يقع على أشياء وقوعاً متساوياً، امّا لكونه مشتركاً أو متواطئاً، فانّ للورثة الخيار في تعيين ما شاؤا. ويحتمل في المشترك القرعة».

أقول: امّا المتواطئ فلمّا كان اللفظ يقع على كلّ واحدٍ من الأفراد وقوعاً متساوياً؛ لاتّحاد المعنى فيها كان الخيار الى الوارث، فانّ أيّ واحد عيّنه كان قد امتثل الوصية؛ لصدق المعنى على ذلك المعيّن كغيره، امّا المشترك ففيه احتمالان:

أحدهما: هكذا؛ لأنّ اللفظ يقع على كلّ واحد من المعنيين حقيقةً، فكان الخيار

الى الوارث في التعيين.

ويحتمل القرعة؛ لتغاير المعنيين، ويمكن أن يكون غرض الموصي أحدهما بعينه، فلا يقطع بتحصيل مراد الموصي فيقرع؛ لأنّها أعدل.

قوله رحمه الله: «أمّا لو قال: قوساً فالأقرب انّه يشترى له».

أقول: قد ذكر المصنّف في الكتاب انّه اذا قال: اعطوه قوساً انصرف الى قوس النشاب والنبل والحسبان دون الجلاهق ودون قوس الندف، ولولم يكن له إلّا قوس الجلاهق أو الندف فإن قال: قوساً من قسيّ لم يجب شراء غيرهما وأُعطي الجلاهق، ولولم يكن إلّا قوس الندف أُعطي منها. امّا لو قال: اعطوه قوساً ولم يقل: من قسيّ فالأقرب انّه يشترى له قوس يتخيّره الوارث من أحد الثلاثة الأُولى وإن كان له الجلاهق والندف؛ لأنّ المتبادر الى الذهن من إطلاق اسم القوس يشمل أحد الثلاثة فيحمل عليه، ولمّا لم يكن عنده وجب الشراء؛ لوجوب العمل بالوصية.

قوله رحمه الله: «والأقرب دخول الوتر إن كان موجوداً، وإلّا فلا».

أقول: يعني لو أوصى بقوس بعينه وفيها وتر فالأقرب دخول الوتر؛ لأنّه كالجزء منها، امّا اذا لم يكن موجوداً لم يجب الشراء؛ لعدم تناول اسم القوس له بشيء من الدلالات، ولعدم القرينة الدالّة على دخوله، بخلاف الموجود فيها؛ لوجود القرينة، وهو إيصاله بالقوس الموصى بها وكونه صار كالجزء منها.

قوله رحمه الله: «ولو قال: اعطوه رأساً من

مماليك وماتوا أو قتلوا على إشكال قبل الوفاة بطلت».

أقول: اذا أوصى برأس من مماليكه وقتلوا قبل وفاة الموصي ففي بطلان الوصية وجهان، أحدهما: البطلان؛ لتعذّر العمل بالوصية بسبب عدم الموصى به. والآخر: عدمه اذا لم يرجع الموصي؛ لوجود عوض الموصى به، فيستحقّ الموصى له بعد الوفاة مطالبة القاتل بقيمة من يعيّنه الوارث.

قوله رحمه الله: «ولو قال: اعطوه عبداً من عبيدي ولا عبيد له ثمّ تجدّد له قبل الموت احتمل الصحّة ـ الى قوله: ـ ولو لم يكن له سوى واحد ومات عنه فعلى البطلان يحتمل الصحّة هنا».

أقول: امّا وجه الصحّة في المسألة الأُولى فلصدق انّ له عبيداً قبل الموت فيتعيّن دفع واحد منهم، كما لو قال: اعطوه ثلث مالي ولا مال له ثمّ تجدّد. وأمّا وجه البطلان فلعدم ما تصرف إليه الوصية حال الوصية.

وأمّا المسألة الثانية: وهو انّه لو كان له عند الوصية عبد واحد لاغير ومات عنه فعلى احتمال البطلان هناك يحتمل هنا الصحّة؛ لوجود ما تصرف الوصية إليه. ويحتمل البطلان أيضاً؛ لأنّه اذا أوصى له بعبد من جملة عبيده وليس له عبيد حال الوصية فلا يصدق على الواحد الموجود انّه من عبيده، إلّا اذا كان له عبيد، والمقدّر خلافه.

قوله رحمه الله: «والبعير يدخل فيه الصغير

والكبير، وفي دخول الأُنثى إشكال، أقـربه انّـه كالانسان».

أقـول: وجه الإشكال من انّ لفظه لفظ المذكّر فلا يدخل فيه الأُنثى.

ومن انّه موضوع لغةً للذكر والأُنثى، كلفظ الانسان الصادق على الذكر والأُنثى من الحيوان الناطق، وهو الأقرب، للنقل عن أهل اللغة. قال الجوهري: البعير من الإبل بمنزلة الانسان، ويقال: للجمل بعير والناقة بعير، وحكى عن بعض العـرب «صرعتني بعيري» أي ناقتي، وشربت من لبن بعيري[1].

قوله رحمه الله: «وفي دخول الجاموس في البقر نظر».

أقـول: منشأه التعارض بين وضع اللغة المقتضي لدخول الجاموس والعـرف المقتضي لعدمه.

قوله رحمه الله: «فإن وفّي الثلث باثنين وبعض الثالث اشترى البعض على إشكال».

أقـول: منشأه انّ بعض الرقبة لاتسمّى رقبة فلا تدخل في الوصية مفرداً عن باقيه.

ومن دخوله في الوصية؛ لأنّه أقرب الى العمل بالوصية، فإنّ اثنين وبعض الثالث أقرب الى الثلاثة من اثنين لاغير، ولأنّه اذا عتق بعضه سعى في الباقي فيتحقّق عتق

---

(١) الصحاح: ج ٢ ص ٥٩٣ مادة «بعر».

الرقاب، وذلك عمل بمقتضى الوصية، وهو اختيار ابن ادريس[١].

والاحتمال الأوّل مذهب الشيخ في المبسوط[٢] والخلاف[٣] حيث قال: يشترى الاثنان ويعتقان ويعطيان الباقي.

قوله رحمه الله: «فإن وفّي بخسيسين وبعض الثالث أو بنفيسين فالأقرب الأوّل».

أقول: وجه القرب ما قلناه من انّه أقرب الى الثلاثة من اثنين وإن كانا نفيسين، إذ لا مدخل للنفاسة والخساسة في ذلك.

قوله رحمه الله: «لو قال: إن كان في بطنها غلام استحقّ الغلام دون الجارية وإن ولدا، ولو ولدت غلامين احتمل تخيير الوارث والتشريك الإيقاف».

أقول: وجه التخيير انّه اذا أوصى لغلام وهو منفرد فلايتناول الغلامين معاً، لكن لمّا كان نسبة اللفظ الى أحدهما كنسبته الى الآخر تخيّر الوارث، كما لو أوصى لأحد الشخصين. ويحتمل الشركة؛ لانحصار الوصية فيهما، فلا أولوية لأحدهما على الآخر فيقسم بينهما. ويحتمل أن يكون موقوفاً الى أن يصطلحا عليه، كما ذكره المصنّف من كونه مالاً متداعى بينهما، فلا يعلم اختصاص أحدهما به دون صاحبه.

---

(١) السرائر: كتاب الوصايا باب الوصية ومايصحّ منها ومالايصحّ ج ٣ ص ٢٠١.

(٢) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٢٣.

(٣) الخلاف: كتاب الوصايا المسألة ١٦ ج ٢ ص ٣١٣.

قوله رحمه الله: «وكذا لو قال: أوصيت لأحدهما ثمّ مات قبل البيان، ويحتمل الفرق بينهما».

أقول: الفرق بينهما انّ الموصي هنا علم تعدّدهما وخصّ به واحداً منهما فهو أبعد عن احتمال الاشتراك، بخلاف إن كان في بطنها غلام فانّه يقتضي اختصاص الذكور به دون غيره من غير دلالة على إرادة اختصاص الواحد دون التعدّد.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى للقرّاء فهو لمن يحفظ جميع القرآن، والأقرب عدم اشتراط الحفظ على ظهر القلب».

أقول: وجه القرب من اقتضاء العرف صدق اللفظ على التالين لجميع القرآن، وهو أعمّ من كونه عن ظهر القلب أو من المصحف.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى لزيد ولجبريل عليه السلام أو لزيد والريح أو الحائط فالنصف لزيد والباقي باطل، ويحتمل صرف الكلّ الى زيد في الأخيرين، إذ الإضافة الى الريح والحائط باطلة، بخلاف جبريل عليه السلام».

أقول: اذا أوصى لمن يصحّ تملّكه ومن لا يصحّ كالأمثلة الثلاثة احتمل في من يصحّ تملّكه وجهان:

أحدهما: أن يكون له النصف؛ لأنّ مقتضى اللفظ ذلك.

ويحتمل صرف الجميع الى من يصحّ تملّكه؛ لأنّ الشيء الموصى به قد حصرت الوصية فيه بين من تصحّ الوصية له وبين من لاتصحّ، وقصد إخراجه عن الورثة فيكون الجميع لمن تصحّ الوصية له؛ لاستحالة مشاركة الآخر.

ويحتمل ذلك في الآخرين ـ أعني الوصية للريح أو الحائط ـ مع زيد؛ لامتناع تحقّق نسبة الملك الى الحائط والريح.

أمّا جبريل عليه السلام فهو حيّ عاقل يمكن فيه تعقل النسبة، فلا يبعد قصد الموصي بكون الموصى به لهما، بخلاف الحائط والريح.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى لغير المنحصر كالعلويّين صحّ، ولا يعطى أقلّ من ثلاثة، ولايجب تتبّع من غاب عن البلد، وهل يجوز التخصيص؟ إشكال».

أقول: ينشأ من وجوب العمل بالوصية ما أمكن، وانّما سقط وجوب التعميم للتعذّر فيجب الاستيعاب ما أمكن.

ومن كون الاوصية للمنتشرين الذين يتعذّر استيعاب بقرينة تدلّ على إرادة المصرف، فجاز التخصيص كالزكاة.

قوله رحمه الله: «وفي الموالي إشكال».

أقول: يريد اذا أوصى لورثة فلان ولم يخلّف غير المعتقين فهل تصرف الوصية إليهم؟ فيه إشكال.

ينشأ من كونهم يرثون عند فقد الأنساب فيدخلون في اسم الورثة.

ومن انّ المتبادر الى الذهن عرفاً في الورثة لايدخل فيه المعتق.

قوله رحمه الله: «واذا أوصى له بمنافعه ملك جميع اكتساب العبد من الاصطياد والاحتطاب، فإن أعتق فإشكال».

أقول: ينشأ من انّ الوصية اقتضت ملك منافعه كلّها مدّة حياته قبل العتق، فلايزول بالعتق المتجدّد.

ومن دخول هذه في ملكه بعد العتق بمجرّد الاستيلاء.

قوله رحمه الله: «وهل يملك الوطء؟ الأقرب المنع».

أقول: وجه القرب انّ الوطء عصمة مستفاده من الشرع لاتستباح بمجرّد المراضاة والإذن، بل لابدّ فيه من تحليل أو ملك رقبة أو ملك منفعة بعبارة مخصوصة.

قوله رحمه الله: «واذا منعنا من تملّك الولد فالأقرب سقوط الخدمة عنه».

أقول: اذا أوصى بمنافع أمته فولدت رقيقاً وقلنا: لاتدخل رقبته في الوصية فهل تدخل منافعه من الخدمة وغيرها في الوصية؟ الأقرب عنده عدم الدخول؛ لأنّ الموصي انّما أوصى بمنافع الأُمّ، وهي مغايرة لمنفعة الولد فلا يدخل.

قوله رحمه الله: «ولو وطئت للشبهة فعلى الواطء العقر للموصى له على إشكال».

أقــول: منشأه كونه من المنافع فيكون للموصى له بها.
ومن كونه عوضاً للوطء الذي لم تدخل في الوصية.

قوله رحمه الله: «ولو ولدت من الموصى له فهو حرّ وعليه القيمة، وفي المستحقّ ما تقدّم».

أقــول: في هذا الكلام تسامح؛ لأنّ الانسان لايستحقّ على نفسه شيئاً، فكان ينبغي أن يقول: وهل عليه قيمته؟ يبني على ما تقدّم، وهو انّه إن قلنا: الولد له فلا قيمة عليه، وإن قلنا: إنّ الولد للوارث فعليه قيمة الولد لهم.

قوله رحمه الله: «وهل له المسافرة بالعبد الموصى بخدمته؟ الأقرب ذلك».

أقــول: وجه القرب انّه استحقّ خدمته في أيّ موضع أراد، فانّ الموصي لم يقيّد الخدمة بمكان دون آخر فكان له استيفاؤها أين أراد.

قوله رحمه الله: «واذا قتل الموصى بخدمته أبداً ووجب القصاص وبطلت الوصية وكان المطالب بالقصاص الوارث، ولو كان القتل موجباً للقيمة احتمل صرفها الى الوارث؛ لانتهاء الوصية بانتهاء العمر وشراء عبد حكمه ذلك وتقسيطها بينهما».

أقــول: اذا قتل العبد الموصى بخدمته على التأبيد قتلاً موجباً للقيمة إمّا بأن كان خطأً أو كان الجاني حرّاً فيضمن بصرف القيمة إليه ثلاثة أوجه:

أحدها: الى الوارث؛ لما ذكره المصنّف.

وثانيها: يشتري به عبداً يكون رقبته للوارث وخدمته للموصى له؛ لأنّه عوض عبد لايختصّ به أحدهما، بل من شأنه ذلك.

وثالثها: التقسيط بأن يقال: عبد مسلوب الخدمة دائماً كم يساوي؟ وبالمنافع المؤبّدة كم يساوي؟ ويقسط القيمة على القيمتين، ويعطي كلّ واحد منهما نصيب ما يختصّ به منه؛ لأنّه غير مختصّ بأحدهما، بل كلّ واحد منهما يملك منه شيئاً، فالوارث يملك الرقبة مسلوبة المنافع لاغير، والموصى له يملك منافعه دون الرقبة، والمأخوذ من الجاني قيمة الجميع، فيختصّ كلّ منهما بقيمة ما يملكه منه.

قوله رحمه الله: «ولو قطع طرفه احتمل أرشه التقسيط واختصاص الوارث».

أقول: اذا قطع طرف العبد الموصي بخدمته أبداً احتمل في أرش الطرف أمران، أحدهما: التقسيط بينهما، فيقال: عبد صحيح مسلوب المنافع دائماً كم يساوي؟ فاذا قيل: عشرة، فيقال: فهذا العبد مقطوع الطرف كم يساوي؟ فاذا قيل: خمسة، يقال: وكم قيمة منافع هذا العبد دائماً وهو صحيح؟ فاذا قيل: عشرون، يقال: وكم قيمة منافعه دائماً وهو مقطوع الطرف؟ فاذا قيل: خمسة عشر فأرش الطرف بينهما بالسوية. ويحتمل اختصاص الوارث؛ لأنّ الأرش عوض طرف مملوك للوارث، فأرش الطرف بينهما بالسوية، فيكون الأرش له.

قوله رحمه الله: «وتصحّ الوصية بالمنفعة مؤبّدة ومؤقّتة ومطلقة فالأقرب تخيّر الوارث».

أقــول: الأقرب انّ الوارث يتخيّر في تعيين ما شاء من المنفعة المطلقة في أيّ وقت شاء؛ لأنّه مكلّف بإخراج ما أوصى به الموصي، ولمّا لم يكن معيّناً تخيّر في تعيين ما يصدق عليه الاسم، كما لو أوصى له بدرهم كان الخيار في تعيينه إليه.

قوله رحمه الله: «وهل يجوز في المؤبّدة بيعه من الموصى له؟ نظر».

أقــول: وجه النظر من وجود المقتضي لصحّة البيع في حقّه، وهو التمكّن من الانتفاع به.

ومن وجود المانع من صحّة بيعه، وهو كونه مسلوب المنافع دائماً.

قوله رحمه الله: «وفي الإجزاء عن الكفّارة إشكال».

أقــول: منشأ الإشكال من تحقّق عتق الرقبة فكان مجزئاً.

ومن انّ فائدة العتق تسلّط العبد على التصرّفات والاكتساب لنفسه وقطع سلطنة الغير عنه، ولا شيء من ذلك بحاصل، فكان كالرقّ الذي لم يحصل له العتق فلا يكون مجزئاً.

قوله رحمه الله: «ولو اشتمل على منفعتين كالغزل والنساجة وأوصى بأحدهما صحّ، وأمكن هنا التقويم، والأقرب البناء على العادة في استيفاء إحدى المنفعتين».

أقــول: وجه القرب انّ اللفظ مع وجود العادة يصير ظاهراً بالنسبة الى ما

دلّت عليه العادة فيحمل عليها؛ لوجوب حمل اللفظ على ظاهره عند تجرّده عن القرائن الصارفة له الى غير ظاهره.

قوله رحمه الله: «ولو انتفت وقصد الدوام وعدم استيعاب الأوقات فإشكال».

أقول: يريد لو كان للعبد منفعتان كالحياكة والخياطة وأوصى لواحد بإحداهما دائماً ـ أي مدّة عمره ـ لكن قصد أيضاً عدم استيعاب الأوقات ولم يكن هناك عادة في استيفاء تلك المنفعة بحيث تحمل الوصية عليها، ففي تقدير وقت استيفاء تلك المنفعة إشكال.

ينشأ من احتمال تخيير الوارث؛ لأنّه وصية تطلق بالقياس الى الأوقات، فكان الخيار في التعيين إليه.

ومن احتمال استحقاق استيفاء تلك المنفعة في نصف الزمان؛ لأنّه أوصى له بمنفعة من اثنين، ولا أولوية لأحدهما في الاختصاص بزمان على الآخر[1].

قوله رحمه الله: «وهل يحسب ما يبقى من القيمة السوقية على الورثة من التركة؟ فيه إشكال، ينشأ من الحيلولة المؤبّدة».

أقول: من وصول ما له قيمة إليهم.

قوله رحمه الله: «ونفقة العبد والحيوان الموصى

---

(١) في ج: «الأُخرى».

بخدمته وفطرته على الوارث في المؤقّتة، وفي المؤبّدة إشكال».

أقول: ينشأ من أنّ الفطرة والنفقة تابعان لملك الرقبة، وهو مختصّ بالوارث فكانتا عليه.

ومن عدم الانتفاع به أصلاً، وكون جميع منافعه للموصى له، فكان بمنزلة ملكه فكانتا عليه دون الوارث.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى بعتق مملوكه وعليه دَين قدّم الدَين، فإن فضل من التركة ما يسع ثلثه قيمة العبد عتق، وإلّا عتق ما يحتمله وسعى في الباقي، ولولم يبق شيء بطل. وقيل: إن كانت قيمته ضعف الدَين عتق عليه وسعى في خمسة أسداس قيمته، ثلاثة للديّان وسهمان للورثة، وإن كانت أقلّ بطلت».

أقول: القول المحكي في قوله: «وقيل» هو قول المفيد في المقنعة[1]، والشيخ في النهاية[2].

وقال ابن ادريس: يعتق الباقي بعد الدَين، سواء كانت قيمة العبد بقدر الضعف أو أقلّ أو أكثر؛ لأنّ للموصي أن يتصرّف في ثلث ما يفضل بعد الدَين قليلاً كان أو كثيراً[3].

---

(١) المقنعة: كتاب الوصايا باب وصية الانسان لعبده... ص ٦٧٦ ـ ٦٧٧.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الوصايا باب الوصية ومايصحّ منها ومالايصحّ ج ٣ ص ١٤٩ ـ ١٥٠.

(٣) السرائر: كتاب الوصايا باب الوصية ومايصحّ منها ومالايصحّ ج ٣ ص ١٩٩.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى بعتق مماليكه دخل ما يملكه منفرداً ومشتركاً فيعتق النصيب، ويقوّم عليه من الثلث على إشكال».

أقول: منشأه اختلاف الأصحاب، وتعارض ما استند كلّ واحد منهم في ذلك إليه.

فانّ الشيخ في النهاية قال: يقوّم عليه حصّة الشريك إن كان ثلثه يحتمل[١].

ومستنده ما رواه احمد بن زياد عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن الرجل تحضره الوفاة وله مماليك لخاصّ نفسه ومماليك في شركة رجل آخر فيوصي في وصيته: مماليكي أحرار، ما حال مماليكه الذين في الشركة؟ فكتب: يقوّمون عليه فان كان ماله يحتمله فهم أحرار[٢].

وقال ابن ادريس: لاتقوّم حصّة الشريك؛ لأنّه بعد موته لايملك؛ لأنّ بالموت زال ملكه عن ماله، إلّا ما استثني من ثلثه وهذا ما استثني شيئاً[٣]، وهو قول الشيخ في المبسوط[٤].

قوله رحمه الله: «ولو أوصى بعتق عدد معيّن من عبيده ولم يعيّنهم استخرج العدد بالقرعة الى أن يستوفي الثلث، ويحتمل تخيّر الوارث».

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الوصايا باب الوصية المبهمة... ج ٣ ص ١٦٣.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ١٨ وصية الانسان لعبده ح ٢٢ ج ٩ ص ٢٢٢، وسائل الشيعة: ب ٧٤ من أبواب أحكام الوصايا ح ٢ ج ١٣ ص ٤٦٣.

(٣) السرائر: كتاب الوصايا باب الوصية المبهمة... ج ٣ ص ٢١٤.

(٤) المبسوط: كتاب العتق ج ٦ ص ٥٧.

أقـول: لو قال الموصي: اعتقوا اثنين أو ثلاثة من عبيدي وله جماعة من العبيد احتمل القرعة؛ لأنّ الوصية بالعتق حقّ للمعتق، ولمّا لم يعيّن الموصي كـانت نسـبة الوصية الى الجميع على السوية، فتخصيص بعضهم بالإعتاق دون بعض منع للباقين من حقوقهم وهو غير جائز، فوجب استخراج ذلك العدد بالقرعة.

ويحتمل تخيير الوارث؛ لأنّ الواجب على الورثة هو إعتاق ذلك العدد، فأيّ عدد أعتقوه من عبيده حصل الامتثال.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى بعتق رقبة مـؤمنة وجب، فإن تـعذّر قـيل: يـعتق مـن لايـعرف بنصب».

أقـول: هذا قول الشيخ في النهاية[1]، ومنع ابن ادريس من ذلك فقال: الأظهر انّه لايجزئه غير المؤمنة على كلّ حال[2]، وهو الظاهر من كلام ابن البرّاج فانّه قال: فإن أوصى بعتق رقبة مؤمنة لم يجز أن يعتق إلّا من كان كذلك، وقد ذكر انّه اذا لم توجد هذه الرقبة أعتق من الناس ممّن لايعرف بنصب ولا عـداوة لأهـل البـيت عليهم السلام، قال: والذي ذكرناه أحوط[3].

قوله رحمـه الله: ولو أوصى بجـزء مـن مـاله فالسبع، وقيل: العشر».

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الوصايا باب الوصية المبهمة والوصية بالعتق والحجّ ج ٣ ص ١٦٢.

(٢) السرائر: كتاب الوصايا باب الوصية المبهمة... ج ٣ ص ٢١٣.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل الخامس في الوصايا ص ٥٠٩ س ٣.

أقول: القولان للشيخ نقلهما عن بعض أصحابنا في المبسوط[١] واختار في النهاية[٢] والخلاف[٣] انّه السبع، وهو قول المفيد[٤]، وابن الجنيد[٥]، وسلّار[٦]، وابن البرّاج[٧]، وابن حمزة[٨]، وهو مذهب المصنّف في هذا الكتاب.

وقال الشيخ في التهذيب[٩] والاستبصار[١٠]: انّه العشر، وهو مذهب علي بن بابويه[١١]، وابنه محمد[١٢]، واختاره المصنّف في المختلف[١٣].

قوله رحمه الله: «ولو قال: اعطوه كثيراً فكذلك، وقيل: يحمل على النذر».

أقول: اذا قال: اعطوه كثيراً من مالي كان بمنزلة قوله: اعطوه حظّاً أو نصيباً أو قسطاً فيعيّن الوارث.

---

(١) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٨

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الوصايا باب الوصية المبهمة... ج ٣ ص ١٥٤.

(٣) الخلاف: كتاب الوصايا المسألة ٧ ج ٢ ص ٣١٠ طبعة اسماعيليان.

(٤) المقنعة: كتاب الوصية باب الوصية المبهمة ص ٦٧٣.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل الخامس في الوصايا ص ٥٠١ س ٢٤.

(٦) المراسم: أحكام الوصية ص ٢٠٤.

(٧) جواهر الفقه: كتاب الوصايا المسألة ٥٢٥ ص ١٥٠.

(٨) الوسيلة: كتاب الوقوفات والصدقات والوصايا... ص ٣٧٨.

(٩) تهذيب الأحكام: ب ١٦ الوصية المبهمة ذيل الحديث ٨ ج ٩ ص ٢١٠.

(١٠) الاستبصار: ب ٧٩ من أوصى بجزء من ماله ذيل الحديث ٨ ج ٤ ص ١٣٣.

(١١) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل الخامس في الوصايا ص ٥٠١ س ٢٥.

(١٢) المقنع: باب الوصايا ص ١٦٣.

(١٣) مختلف الشيعة: الفصل الخامس في الوصايا ص ٥٠١ س ٢٥.

وقال الشيخ رحمه الله: يحمل على النذر، فيكون كأنّه أوصى له بثمانين درهماً؛ لأنّه اذا نذر أن يتصدّق بمال كثير وجب عليه أن يتصدّق بثمانين درهماً[١]. ومنع ابن ادريس[٢] من ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو قال: اعطوه جزء جزء من مالي احتمل سبع السبع أو عشر العشر وما يعيّنه الوارث».

أقول: اذا أوصى بجزء جزء من ماله احتمل أن يعطي الموصى له على مذهب من يجعل للجزء السبع سبع سبع ماله، وعند من يجعله العشر يعطي عشر عشر ماله، ويحتمل تعيين الوارث؛ لأنّ النصّ[٣] ورد على انّ من أوصى بالجزء كان السبع أو العشر على الخلاف فلا يتعدّى الى غيره، فيكون بمنزلة من أوصى بحظّ أو نصيب يعيّن الوارث ما شاء.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى بأشياء فنسي الوصي شيئاً منها صرف قسطه في وجوه البرّ، وقيل: يصير ميراثاً».

---

(١) لم نعثر عليه في المبسوط والخلاف في الإقرار والوصايا، والموجود في الخلاف: كتاب الإقرار المسألة ١ ج ٣ ص ٣٥٩: «على الرواية التي تضمّنت بانّ الوصية بالمال الكثير وصية بثمانين» فالرواية وردت في نذر المتوكّل وجواب مولانا الجواد عليه السلام، راجع تهذيب الأحكام: ب ٥ النذور ح ٢٤ ج ٨ ص ٣٠٩.

(٢) السرائر: كتاب الوصايا ج ٣ ص ١٨٨.

(٣) راجع تهذيب الأحكام: ب ١٦ الوصية المبهمة ج ٩ ص ٢٠٨، وسائل الشيعة: ب ٥٤ من أبواب أحكام الوصايا ج ١٣ ص ٤٤٢.

أقول: القول الأوّل ـ وهو صرفه في وجوه البرّ ـ مذهب الشيخين[١]، ومحمد بن بابويه[٢]، وابن البرّاج[٣].

وقال ابن ادريس: يكون ميراثاً؛ لأنّه قال: قال شيخنا في جواب الحائريات: اذا نسي الوصي جميع أبواب الوصية فانّها تعود ميراثاً للورثة، ونعم ما قال. وأجاب: فإن كان على تلك الرواية التي أوردها في النهاية إجماع، وإلّا فالأولى أن تعود الباب كالمنسية ميراثاً للورثة[٤].

قوله رحمه الله: «ولو أوصى بسيف معيّن دخلت الحلية والجفن إن كان في غمده على إشكال».

أقول: منشأه انّ الوصية تعلّقت بالسيف وليس الجفن سيفاً ولا جزءً من مسمّاه ولا لازماً له، فلا يكون داخلاً في الوصية به؛ لانتفاء دلالة اللفظ عليه بالدلالات الثلاث.

ومن رواية أبي جميلة، عن الرضا عليه السلام قال: سألته في رجل أوصى بسيف وكان في جفن وعليه حلية، فقال له الورثة: انّما لك النصل وليس لك المال، قال: فقال: لابل السيف بما فيه له[٥].

---

(١) المقنعة: كتاب الوصايا باب الوصية المبهمة ص ٦٧٤، النهاية ونكتها: كتاب الوصايا باب الوصية المبهمة ج ٣ ص ١٥٤ ـ ١٥٥.

(٢) المقنع: باب الوصايا ص ١٦٧.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل الخامس في الوصايا ص ٥٠٧ س ٣٧.

(٤) السرائر: كتاب الوصايا باب الوصية المبهمة... ج ٣ ص ٢٠٨ ـ ٢٠٩.

(٥) تهذيب الأحكام: ب ١٦ الوصية المبهمة ح ١٦ ج ٩ ص ٢١٢، وسائل الشيعة: ب ٥٧ من أبواب أحكام الوصايا ح ٥٧ ج ١٣ ص ٤٥١.

وهذا الأخير هو مذهب كثير من أصحابنا منهم: المفيد[١]، والطوسي[٢]، وابن الجنيد[٣]، ومحمد بن بابويه[٤]، وأبو الصلاح[٥]، وابن البرّاج[٦].

قوله رحمه الله: «ولو أوصى له بسفينة أو صندوق أو جراب قيل: دخل المظروف».

أقول: هذا قول الجماعة المسمّين[٧] من أصحابنا القائلين بدخول الحلية والجفن في السيف.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى بإخراج بعض ولده من التركة لم يصحّ، وهل تكون الوصية لباقي الورثة بالجميع أو يلغوا اللفظ؟ إشكال».

أقول: ذهب الشيخ في النهاية الى بطلان الوصية اذا كان مقرّاً به في حال حياته أو مولوداً على فراشه[٨].

وروى محمد بن بابويه عن وصيّ علي بن السري قال: قلت لأبي الحسن

---

(١) المقنعة: كتاب الوصية باب الوصية المبهمة ص ٦٧٤.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الوصايا باب الوصية المبهمة ج ٣ ص ١٥٥.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل الخامس في الوصايا ص ٥٠٨ س ١٤.

(٤) المقنع: باب الوصايا ص ١٦٦.

(٥) الكافي: فصل في الوصية ص ٣٦٥.

(٦) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل الخامس في الوصايا ص ٥٠٨ س ٢٩.

(٧) تقدّم آنفاً.

(٨) النهاية ونكتها: كتاب الوصايا باب الوصية وما يصحّ منها، مالا يصحّ ج ٣ ص ١٥٢.

عليه السلام: انّ علي بن السري توفي وأوصى إليّ، فقال: رحمه الله، قلت: وانّ ابنه جعفراً وقع على أُمّ ولد له فأمرني أن أُخرجه من الميراث، فقال لي: اخرجه، فإن كان صادقاً فسيصيبه خبل، قال: فرجعت فقدّمني الى أبي يوسف القاضي فقال له: أصلحك الله أنا جعفر بن علي بن السري وهذا وصيّ أبي فره فليدفع اليّ ميراثي، فقال لي: ما تقول؟ فقلت: نعم، هذا جعفر بن السري وأنا وصيّ علي بن السري، قال: فادفع إليه ماله، فقلت له: أُريد أن اكلّمك، قال: فادنُ، فدنوت حيث لا يسمع أحد كلامي فقلت له: هذا وقع على أُمّ ولد لأبيه فأمرني أبوه وأوصى إليّ أن أُخرجه من الميراث ولا أُورثه شيئاً، فأتيت موسى بن جعفر عليه السلام بالمدينة فأخبرته وسألته فأمرني أن أُخرجه من الميراث ولا أُورثه شيئاً، فقال: الله إن أبا الحسن أمرك؟! فقلت: نعم، فاستحلفني ثلاثاً ثمّ قال لي: أنفذ ما أمرك فالقول قوله. قال الوصي: فأصابه الخبل بعد ذلك. قال أبو محمد الحسن بن علي الوشّاء: رأيته بعد ذلك[1].

وقال الشيخ رحمه الله في الاستبصار: الحكم مقصور على هذه القضية[2].

والمصنّف قال: على تقدير عدم صحّة هذه الوصية هل تكون لاغية؟ أو تكون تخصيصاً لغيره بالتركة فيمضي مع إجازته؟ أو يكون لمن عداه الثلث مع عدمها؟ فيه إشكال.

ينشأ من منافاتها؛ لعموم القرآن ـ أعني قوله تعالى: ﴿يوصيكم الله في

---

(١) من لايحضره الفقيه: باب إخراج الرجل ابنه... ح ٥٥١٥ ج ٤ ص ٢١٩.

(٢) الاستبصار: ب ٨٦ من كان له ولد أقرّ ح ٢ ج ٤ ص ١٣٩.

أولادكم... الآية﴾[1] ـ وكلّ وصية نافت مقتضى القرآن كانت لاغية.

ومن استلزامها تخصيص ماعداه بالتركة، وهو ماضٍ في الجميع مع إجازته، وفي الثلث مع عدمها.

قوله رحمه الله: «ولو امتنع المعيّن بالندب احتمل البطلان».

أقول: يريد اذا أوصى أن يحجّ عنه شخص معيّن بشيء من تركته فامتنع ذلك المعيّن من الحجّ احتمل بطلان الوصية ورجوع ذلك القدر ميراثاً؛ لأنّ مع امتناع المعيّن يتعذّر العمل بالوصية فيبطل.

قوله رحمه الله: «ولو قال: اعتقوا رقاباً وجب ثلاثة، إلّا أن يقصر الثلث فيعتق من يحتمله ولو كان واحداً، ولو قصر فالأقرب عتق شقص إن وجد، وإلّا صرف الى الورثة أو يتصدقّ به على إشكال».

أقول: في هذا الكلام مسألتان:

الأُولى: اذا أوصى بشراء رقاب وجب مع الإمكان ثلاثة؛ لأنّه جمع وأقلّه ثلاثة، ولو تعذّر وجب شراء الممكن ولو كان واحداً؛ لأنّه بعض ما تضمّنته الوصية، أمّا لو لم يمكن إلّا شراء شقص فهل يجب شراؤه؟ الأقرب عند المصنّف ذلك؛ لأنّه داخل في الوصية، إذ الوصية بعتق الجميع يقتضي الأمر بعتق البعض.

---

(١) النساء: ١١.

الثانية: اذا تعذّر صرفه في العتق ولو في شقص هل يرجع الى الورثة أو يصرف في وجوه البرّ؟ فيه إشكال.

ينشأ من خروجه بالوصية عن ملك الورثة فلا يعود إليهم، ولاستلزام الوصية بإخراجه من قربة معيّنة القصد الى إخراجه في مطلق القربة فيتعيّن.

ومن تعذّر العمل بالوصية فيكون باقياً على ملك الورثة.

قوله رحمه الله: «وكذا الإشكال لو أوصى بشيء في وجه فيعذر صرفه فيه».

أقول: وجه الإشكال ما تقدّم.

قوله رحمه الله: «أمّا لو ملك بالشراء فانّه ينعتق من الثلث على الأقوى».

أقول: يريد لو ملك المريض من يعتق عليه بالشراء فانّه ينعتق عليه من ثلث تركته؛ لما تقدّم من انّ تصرّفات المريض المنجزة من ثلث تركته، خلافاً لابن ادريس حيث قال: هي من الأصل[1].

ووجه القوّة قوله صلّى الله عليه وآله: «المريض محجور عليه إلّا في ثلث ماله»[2].

لايقال: إنّ للمريض أن يشتري بثمن المثل ويكون ماضياً من الأصل وهنا قد اشتراه بثمن المثل.

لأنّا نقول: إنّه وإن كان كذلك لكنه يجري مجرى إخراج المال تبرّعاً؛ لعدم حصول عوضه لورثته فكان من الثلث.

---

(١) السرائر: كتاب الوصايا باب الوصية وما يصحّ منها ومالايصحّ ج ٣ ص ١٩٩.

(٢) لم نعثر عليه في المصادر المتوفّرة لدينا.

قوله رحمه الله: «والأقرب في الاتّهاب انّه كالإرث؛ لأنّه عتق مستحقّ ولا عوض في مقابلته، فحينئذٍ لو اشترى ابنه وهو يساوي ألفاً بخمسمائة فالزائد محاباة حكمه حكم الموهوب».

أقول: قد ذكر المصنّف وجه القرب، لكن البحث هنا في موضعين:

أحدهما: لِمَ قال هاهنا «الأقرب انّها كالارث» ولم يقل في الوصية: الأقرب، بل جزم فيها بالصحّة؟ فأي فارق بين الوصية له بابنه[1] وبين هبته لابنه[2]؟

الثاني: انّه اذا اشترى أبيه[3] بخمسمائة وهو يساوي ألفاً وقلنا: إنّ الشراء أيضاً من المريض لم ينعتق عليه يمضي من ثلث تركته فيصحّ فيه الشراء لولم يخرج الخمسمائة من الثلث، وكم يبطل فيه؟

الجواب عن السؤال الأوّل: انّ الهبة عند بعض أصحابنا تستدعي الثواب، ولمّا كان الأقرب عند المصنّف انّها لاتستدعيه كان الأقرب عنده صحّة الهبة له؛ لعدم استلزامه لإخراج شيء من تركته، أمّا الوصية فانّها لا تستدعي الثواب إجماعاً فلأجل ذلك لم يتردّد في نفوذها من الأصل.

وأمّا عن السؤال الثاني فنقول: على قول الشيخ[4] يكون البائع قد حابى بنصفه مجّاناً وله منه بقدر ما يحتمله الثلث من الخمسمائة، فاذا كانت قيمة التركة ستمائة كان

---

(١) في ج: «ثانياً».

(٢) في ج: «لأبيه».

(٣) في ق وم: «ابنه».

(٤) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٦٤.

ثلثها مائتين، فيصحّ البيع في سبعة أعشاره ثمانين[1]. وعلى الصحيح من الأقوال نقول: ليس له أن يخرج من تركته أكثر من ثلثها وهو مائتان، فيصحّ البيع في مقابلها من العبد، وذلك خمسمائة وبخمسي الثمن، ويرجع الى الورثة من الثمن ثلاثمائة ومعهم مائة، وذلك ضعف ما أخرجه المريض من ثمن رقبته وهو مائتان.

قوله رحمه الله: «ولو قال: حجّوا عنّي من ثلثي كانت فائدته زحمة الوصايا بالمضاربة ولايقدّم على الوصايا في الثلث، ثمّ ان لم يتمّ الحجّ بما حصل من المضاربة كمّل من رأس المال فيدخلها الدور».

أقول: وجه الدور أنّ معرفة الثلث موقوفة على إخراج تتمّة أُجرة المثل من الأصل، ومعرفة التتمّة موقوفة على معرفة الثلث، وطريق التخلّص مذكور في الكتاب.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى لأجنبي بنصيب ولده احتمل البطلان والصرف الى المثل».

أقول: وجه البطلان انّه أوصى بحقّ لولده فلايصحّ، كما لو قال: أوصيت له بملك ولدي أو بمال ولدي.

ووجه الصحّة انّ اللفظ عند تعذّر حمله على حقيقته يجب حمله على مجازه، فيحمل على المثل وتكون وصيّته صحيحة، صوناً لكلام العاقل عن اللغو والهذر.

---

(١) في م١: «بمائتين».

قوله رحمه الله: «ولو أوصى بمثل نصيب ابنه وكان قاتلاً أو كافراً بطلت على رأي».

أقول: هذا قول الشيخ في المبسوط قال: لأنّه بمنزلة من قال: أوصيت له بنصيب من لانصيب له[1]، وهو قول المصنّف في هذا الكتاب، وقال في المختلف: إن جهل كونه قاتلاً أو كون القاتل لايرث صحّت الوصية[2].

قوله رحمه الله: «ولو أوصى له بمثل نصيب وارث مقداراً أعطى مالو كان موجوداً أخذه، فلو خلّف ابنين وأوصى بمثل نصيب ثالث ـ لو كان ـ فله الربع، ولو كانوا ثلاثة فله الخمس، ويحتمل أن يكون له الثلث مع الاثنين والربع مع الثلاثة».

أقول: وجه هذا الاحتمال انّه جعله بمنزلة الثالث في المسألة الأُولى وبمنزلة الرابع في المسألة الثانية، فيكون له الثلث في الأُولى؛ لأنّه نصيب الثالث لو كان موجوداً، والربع في الثانية؛ لأنّه نصيب الرابع لو كان موجوداً.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى بجزء من حصّة وارث معيّن خاصّة فهاهنا احتمالات ـ الى قوله: ـ فلو أوصى له بنصف حصّة ابن وله آخر... الى آخره».

---

(١) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٧.

(٢) مختلف الشيعة: الفصل الخامس في الوصايا ص ٥٠٧ س ١٦.

أقول: لو أوصى لأجنبي بجزء معلوم من حصّة وارث معيّن ـ كما لو كان له ولدان وأوصى لأجنبي بنصف حصّة أحدهما ـ ففيه أربع احتمالات:

الأوّل: أن يكون ذلك وصية واحدة؛ لأنّها تدلّ بمنطوقها على إعطاء الموصى له ذلك القدر من غير أن يوصى له بشيء آخر، فكانت وصيّته واحدة لذلك الأجنبي.

الثاني: أن تكون وصيّتين أحدهما لذلك الأجنبي والأُخرى للوارث الآخر، والوارث مقدّم. امّا تعدّد الوصية فلأنّ حصره الوصية في حصّة أحدهما يقتضي الايصاء بعدم التعرّض للآخر، وأن يعطي كمال الحصّة كما لو تكن وصية. وأمّا كون الوارث مقدّماً فلأنّ معنى الكلام: اعطوا ولدي الآخر حصّته بكمالها ثمّ اقسموا الباقي بين الأجنبي والولد الآخر.

الثالث: تعدّد الوصية مع تقديم الأجنبي، امّا التعدّد فلما تقدّم، وأمّا تقديم الأجنبي فلأنّ الوصية للوارث الآخر مستفادة من الوصية للأجنبي؛ لأنّ منطوق اللفظ دالّ على الوصية للأجنبي، وانّما استفيدت الوصية للوارث منه بالتبعية، والتابع يكون متأخّراً عن المتبوع.

الرابع: تعدّد الوصية من غير تقديم لإحدى الوصيتين على الأُخرى، لأنّ الوصيّتين جميعاً استفيدتا من اللفظ الواحد.

اذا عرفت هذا فنقول: مع إجازة الولد الموصي بنصف نصيبه[1] لايجب؛ لأنّ للآخر النصف وللمزاحم والموصى له النصف بالسوية، ويصحّ من أربعة وذلك ظاهر.

وأمّا مع عدم الإجازة فنقول: على الاحتمال الأوّل ـ وهو كونه وصية واحدة ـ

---

(١) في ج: «حصّته».

يدفع المزاحم ثلث وصيّته[1] الى الموصى له ويصحّ من ستّة: للموصى له سهم، وللمزاحم اثنان، وللآخر ثلاثة.

وكذا على الاحتمال الثاني ـ أعني كونه وصيّتين مع تقديم الوارث ـ فانّ الموصي اقتضت وصيته عدم نقصه بالوصية، وذلك في الحقيقة وصية بما بين النصف والثلث وهو سدس، فيعطي الآخر تتمّته الثلث وهو سدس الأصل من نصيب الآخر، وذلك ثلث ما في يده.

وعلى الاحتمال الثالث ـ أعني كون ذلك وصيّتين مع تقديم الأجنبي ـ يخرج ثلث التركة أوّلاً مع عدم الإجازة، فيدفع الى الأجنبي مقدار ما أوصى له به وهو ربع الأصل، وللوارث الآخر تتمّة الثلث، ويدخل النقص عليه فيكون له نصف سدس، ويصحّ من اثني عشر للأجنبي بوصيّته الربع ثلاثة، وللوارث الموصى له بوصيّته سهم وبميراثه أربعة، وذلك خمسة أسهم من اثني عشر وللمزاحم أربعة.

وعلى الاحتمال الرابع ـ أعني كون ذلك وصيّتين لا تقديم لأحدهما على الأُخرى ـ يخرج الثلث مع عدم الإجازة فيقسّم بين الأجنبي والوارث غير المزاحم. وفي كيفية القسمة بينهما وجهان:

أحدهما: يقسّم أخماساً على نسبة الوصيّتين؛ لأنّ وصية الأجنبي بالربع، وذلك ثلاثة من اثني عشر.

والآخر: بالسدس، وهو فصل ما بين النصف والثلث، وذلك سهمان من اثني عشر، فمجموع الوصية خمسة: يقسّم الثلث عليها، تضرب خمسة في اثني عشر تبلغ ستّين، للأجنبي ثلاثة أخماس الثلث، وذلك اثنا عشر، وللوارث بوصيّته خمساه،

---

(١) في ج: «حصّته».

وذلك ثمانية، والباقي بين الولدين بالسوية، فيكمل للوارث الموصى له ثمانية وعشرون، ويحصل للآخر المزاحم عشرون، وقد حصل للأجنبي اثني عشر بوصيّته، ويصحّ من خمسة عشر حاصله من ضرب خمسة في ثلاثة.

ويحتمل قسمة الثلث بين الأجنبي والوارث غير المزاحم بالسوية؛ لما ذكره المصنّف من انّ وصية كلّ منهما بالربع؛ لأنّ ما يحصل للمزاحم بالميراث يحصل مثله لأخيه[1]، وانّما يأخذ الزيادة بالوصية، وللمزاحم بمقتضى الوصية الربع فيكون للآخر بميراثه الربع، والربع للآخر يأخذه بالوصية، فالوصيّتان متساويتان، فيقسّم الثلث مع عدم الإجازة بينهما بالسوية وتصحّ من ستّة.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى بالربع من حصّة الابن دون البنت فعلى الثلاثة الأُول كما تقدّم، وعلى الرابع يقسّم الثلث من تسعة، على ثلاثة عشر بين البنت والموصى له، فتضرب أحدهما في الآخر تبلغ مائة وسبعة عشر، أو تعطى البنت سهماً من تسعة بالوصية والموصى له سهمين. والفرق بين الإجازة وعدمها هنا زيادة حقّها في الوصية ونقصه في الميراث أو بالعكس».

أقول: اذا خلّف الميّت ابناً وبنتاً وكان قد أوصى لأجنبي بربع تركته من حصّة الابن دون البنت، فالاحتمالات الأربعة واردة هنا.

---

(١) في م١: «للآخر».

فعلى الثلاثة: الأوّل منها ما تقدّم ـ أي على وحدة الوصية مع عدم الإجازة ـ: يدفع ثلث ما في يده من الثلثين وذلك سهمان من ستّة من أصل تسعة ويبق له أربعة، وللبنت ثلث الأصل ثلاثة.

وعلى الثاني ـ وهو تعدّدها مقدّماً للوارث ـ: يدفع الى البنت بوصيّتها من الثلث سهماً واحداً، وهو التفاوت بين ثلث الأصل وتسعة، والى الأجنبي تتمّة الثلث سهمين، ويقسّم الباقي أثلاثاً: للابن ثلثاه وللبنت ثلثه.

وعلى الثالث ـ وهو تعدّد الوصية مع تقديم الأجنبي ـ: يدفع الى الأجنبي ربع الأصل من الثلث وذلك ثلاثة من اثني عشر، والى البنت نصف السدس وذلك تتمّة الثلث سهم واحد، يبقى ثمانية بين الابن والبنت أثلاثاً، تضرب ثلاثة في اثني عشر تبلغ ستّة وثلاثين، للأجنبي تسعة، وللبنت بوصيّتها تتمّة الثلث ثلاثة، وللابن بالميراث ستّة عشر، وللبنت بميراثها ثمانية، فيكمل لها أحد عشر.

وعلى الرابع ـ أعني تعدّد الوصية من غير تقديم ـ: يقسّم الثلث على نسبة الوصيّتين وذلك ثلاثة عشر؛ لأنّ وصية الأجنبي ربع الأصل وذلك من تسعة وسهمان وربع سهم، ووصية البنت سهم وهو التفاوت بين الثلاث والتسعين، ومجموع الوصيّتين ثلاثة أسهم وربع سهم، فاذا بسط ذلك أرباعاً كانت ثلاثة عشر، فيقسّم الثلث من تسعة عليها تضرب تسعة في ثلاثة عشر تبلغ مائة وسبعة عشر، والثلث للوصيّتين وذلك تسعة وثلاثون للأجنبي منه سبعة وعشرون، وللبنت منه بوصيّتها اثني عشر، والثلثان من الأصل ميراث بين الابن والبنت أثلاثاً، للابن ثلثاه اثنان وخمسون، وللبنت ثلثه ستّة وعشرون، فيكمل لها بالميراث، والوصية ثمانية وثلاثون.

ويحتمل أن يقسّم الثلث بين الأجنبي والبنت أثلاثاً؛ لأنّ وصيّته للبنت سهم وهو التفاوت بين الثلاث والتسعين، والباقي بالميراث وذلك سهمان، وكلّ ما يحصل لها بالميراث يجب أن يجعل للابن ضعفه بالميراث وذلك أربعة أسهم، بقي وصيّته للأجنبي سهمين فيقسّم الثلث بينهما أثلاثاً: للبنت سهم وللأجنبي سهمان.

ولما تقدّم من أنّ ما يحصل للمزاحم ـ وهو هنا الابن ـ وذلك خمسة من اثني عشر وتكون وصية الأجنبي ثلثه، نصفه بالميراث للبنت وهو سهمان ونصف، ومازاد على ذلك بالوصية وهو سهم ونصف، فمجموع الوصيّتين أربعة ونصف ثلثاها للموصى له الأجنبي وثلثاها للبنت، ومع عدم الإجازة يقسّم الثلث من تسعة على النسبة.

لايقال: فأيّ فائدة للإجازة حينئذٍ؟ فانّ البنت تأخذ مع عدمها ثلاثة أسهم كما تأخذ مع الإجازة، فلايكون فرق بين الإجازة وعدمها بالنسبة الى البنت مع انّها موصى لها.

لأنّا نقول: الفرق بينهما انّ مع الإجازة تكون حصّتها من الوصية أزيد منها بدون الإجازة، وذلك لأنّها مع الإجازة تكون وصيّتها سهم واحد ونصف سهم من اثني عشر، وميراثها سهمان ونصف؛ لأنّ الابن يأخذ حينئذٍ بميراثه خمسة أسهم يكون ميراثها نصف ذلك سهمان ونصف من الأربعة، وباقي الأربعة سهم ونصف بالوصية. ومع عدم الإجازة ينقص حقّها من الوصية ويزيد ميراثها؛ لأنّ وصيّتها حينئذٍ سهم واحد وثلث سهم، وميراثها سهمان وثلث سهم.

قوله رحمه الله: «ولو وصّى بمساواة البنت للابن احتمل الوحدة فالوصية بالسدس والتعدّد فبالربع، وتظهر الفائدة فيما لو أوصى لآخر بتكملة الثلث».

أقـول: هذه الوصية صحيحة لاتتوقّف على الإجازة لقصورها عـن الثـلث، وفائدتها في الوصية للغير بتمام الثلث، فانّه يحتمل أن يكون له السدس بـناءً عـلى وحدة الوصية وهو محتمل؛ لأنّ الوصية بمساواة البنت للابن بمنزلة قوله: خذوا ممّا يخصّ الابن مقدار السدس يكون للبنت زيادة على نصيبها وهو الثلث، فيكمل لها النصف حتى تكون مساوية للابن.

ويحتمل أن تكون وصيّتين؛ لأنّ الابن اذا خرج من حصّته سدس وبقي معه نصف بميراثه يجب أن يحصل للبنت بميراثها مقدار نصفه وهو ربـع، والزيـادة عـلى ذلك وصية وهو نصف سدس، ففي الحقيقة هاهنا وصيّتان: أحدهما بسدس مـن ثـلثي الابن، والأُخرى نصف سدس من الثلث الذي في يدها، والمجموع ربعه، فعلى هذا لو أوصى لأجنبي بتكملة الثلث كانت وصيّته بنصف سدس.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى بضعف نصيب ابنه أعطى مثله مرّتين، وقيل: مثل واحد».

أقـول: الوصية بضعف النصيب وصية بمثلَي ذلك النصيب، قاله المصنّف، وهو قول الشيخ في المبسوط[١]، وابن سعيد[٢]. ونقل المصنّف انّه مثل واحد، ولم أقف عليه إلّا من قول أهل اللغة، قال صاحب الصحاح: ضعف الشيء مثله، وضعفاه مثلاه، وأضعافه أمثاله[٣].

---

(١) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٧.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب الوصايا ج ٢ ص ٢٥٩.

(٣) الصحاح: ج ٤ ص ١٣٩٠ مادّة «ضعف».

قوله رحمه الله: «ولو قال: ضعفاه فهو ثلاثة أمثاله، ويحتمل أربعة أمثاله».

أقول: اذا أوصى بضعفَي نصيب بعض ورثته ففيه احتمالان:

أحدهما: أن يكون ثلاثة أمثاله، وهو قول الشيخ في مسائل الخلاف[1]؛ لأنّ ذلك القدر مجمع عليه، ومازاد عليه مشكوك فيه، فلا ينقل على الورثة إلّا بدليل ولم يثبت.

الاحتمال الثاني: أن يكون أربعة أمثاله، وهو قول آخر للشيخ في مسائل الخلاف؛ لأنّه بعد استدلاله على كونه ثلاثة أمثاله قال: والذي يقوى في نفسي مذهب أبي ثور وهو أربعة أضعافه؛ لأنّا قد دلّلنا على أنّ ضعف الشيء مثلاه، فاذا ثنّاه وجب أن يكون أربعة أمثاله[2]، وهو مذهبه في المبسوط أيضاً[3].

قوله رحمه الله: «ولو قال: ضعّفوا لفلان ضعف نصيب ولدي فهو أربعة أمثاله، وكذا لو قال: اعطوه ضعف الضعف، ويحتمل ثلاثة أمثاله».

أقول: قال الجوهري: ذكر الخليل انّ التضعيف أن يزاد على أصل الشيء فيجعل مثلين أو أكثر، وكذلك الأضعاف والمضاعفة[4]. فاذا أمرنا بالتضعيف للمضعف ـ وقد تقدّم انّ ضعف النصيب مثلاه ـ فضعف الضعف اذاً أربعة أمثاله.

---

(١) الخلاف: كتاب الوصايا المسألة ٦ ج ٢ ص ٣١٠ طبعة اسماعيليان.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٧.

(٤) الصحاح: ج ٤ ص ١٣٩٠ مادّة «ضعف».

أمّا اذا قال: اعطوه ضعف الضعف احتمل أن يكون كالأوّل، أي كقوله: ضعّفوا له ضعف النصيب فيكون أربعة أمثاله.

ويحتمل أن يكون بمنزلة قوله: ضعفان فيكون ثلاثة أمثاله على ما تقدّم؛ لأنّه المتيقّن، ومازاد عليه غير معلوم.

قوله رحمه الله: «ولو قال: ثلثي لفلان فإن قدم الغائب فهو له ـ الى قوله: ـ ولو مات الموصي قبل قدومه فهي للأوّل، سواء قدم أو لا، ويحتمل تخصيص الغائب بالعين مالم يضعف».

أقول: اذا قال الموصي: ثلث مالي لفلان، أو هذه الدار لفلان فإن قدم الغائب فهو له، فإن قدم الغائب في حياة الموصي فالوصية له؛ لوجود شرط الإنتقال إليه، ولو لم يقدم حتى مات الموصى له فهي للأوّل، فإن قدم بعد ذلك وكانت العين الموصى بها باقية احتمل تخصيص الغائب بها مع اطلاق القدوم؛ لأنّه انّما جعلها للأوّل بشرط عدم قدوم الغائب وقد عدم الشرط فيعدم المشروط بتبعه للشرط. امّا اذا أضاف القدوم الى وقت، بأن يقول: فإن قدم في حياتي أو في هذا الشهر أو في هذه السنة ولم يقدم في ذلك الوقت كانت باقية على ملك الأوّل قطعاً.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى له بثلث ولآخر بربع ولثالث بخمس ولرابع بمثل وصية أحدهم فله الخمس. ولو قال: فلان شريكهم فله خمس ما لكلّ واحد. ولو أوصى لأحدهم بمائة ولآخر

بدار ولآخر بعبد ثمّ قال: فلان شريكهم فله نصف ما لكلّ واحد؛ لأنّه هنا يشارك كلّ واحد منهم منفرداً، والشركة تقتضي التسوية في الأُولى الجميع مشتركون، ولو قيل له: الربع في الجميع كان أولى».

أقول: وجه الأولوية انّه في المسألتين واحد من أربعة فيكون له الربع؛ لأنّ الشركة المطلقة تقتضي التنصيف، وبحسب عدم الشركاء يقتضي أن يكون أرباعاً، فالمتيقّن منهما هو الربع.

قوله رحمه الله: «ولو خلّف ثلاثة بنين وأوصى لثلاثة بمثل انصبائهم فالمال على ستّة إن أجازوا، وإن ردّوا فمن تسعة، وإن أجازوا لواحد وردّوا على اثنين فالمردود عليهما التسعان. ويحتمل أمران في المجاز له: أن يكون له السدس الذي كان له حالة إجازة الجميع فتأخذ السدس والتسعين من مخرجهما وهو ثمانية عشر، ويبقى أحد عشر لا تنقسم، فتضرب عدد البنين في ثمانية عشر. وأن يضمّ المجاز له الى البنين ويقسّم الباقي على بعد التسعين عليهم فتضرب أربعة في تسعة».

أقول: أمّا كون السدس للمجاز له فلأنّ الموصي جعله واحداً من ستّة وقد رضي الورثة بذلك فيكون له السدس، وأمّا ضمّه الى البنين وإعطاء الربع بعد

التسعين فلأنّ الموصي جعله كواحد من بنيه وهم ثلاثة، فاذا دفع التسعان الى غيره كان بمنزلة أحد البنين الثلاثة فكان له ربع الباقي كواحد منهم.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى له بجزء مقدّر ولآخر بمثل نصيب وارث احتمل إعطاء الجزء لصاحبه، وقسّمه الباقي بين ورثته والموصى له، وإعطاء صاحب النصيب مثل نصيب الوارث كان لا وصية غيرها».

أقول: لو كان له ثلاث بنين وقال: اعطوا فلاناً ثلث مالي واعطوا الآخر مثل نصيب أحد بنيّ احتمل أن يعطى الأوّل الثلث الموصى له به، وجعل الثاني كأحدهم مع الإجازة فيكون بمنزلتهم يأخذ مع الباقي وهو سدس الأصل؛ لأنّه جعله بمنزلة واحد منهم فلا يكون له أكثر من أحدهم، ولأنّه المتيقّن.

ويحتمل إعطاء الثاني مع الإجازة ربع الأصل؛ لأنّه جعله رابع أربعة، ولولا الوصية الأُولى لكان مقتضاها أن يكون له الربع، وكذا معها؛ لأنّه لم يقل له الربع بعد إخراج الوصية الأُولى فيكون بمنزلة من أوصى بثلث ماله وربعه، فلا تعلّق لإحدى الوصيّتين بالأُخرى، فاذا أجازهما الورثة خرجتا جميعاً.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى لرجل بمثل نصيب وارث ولآخر بجزء ممّا يبقى من المال احتمل أن يعطى صاحب النصيب مثل نصيب الوارث اذا لم يكن ثمنه وصية أُخرى، وأن يعطى مثل نصيبه

من ثلثي المال، وأن يعطى مثل نصيبه بعد أخذ صاحب الجزء نصيبه فيدخلها حينئذٍ الدور».

أقول: اذا كان له ثلاثة بنين وأوصى لواحد بمثل نصيب ابن ولآخر بنصف باقي المال احتمل في الموصى له بالنصيب ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون له الربع، كما لو لم يتعرّض لآخر؛ لأنّه جعله رابع أربعة، والوصية التي بعدها لاتنافي ذلك، فمع الإجازة تخرج الوصيّتان وتصحّ من ثمانية؛ لأنّ للأوّل الربع اثنان، وللثاني نصف الباقي ثلاثة، ولكلّ واحد من البنين الثلاثة سهم.

ويحتمل أن يعطى مثل نصيبه من ثلثي المال؛ لأنّه جعله بمنزلة ابن من ثلاثة فكان كابن رابع، والابن حقّه من الثلثين أن لا يخرج منها شيء إلّا بإجازته، فكذا من هو بمنزلتهم ـ أعني الموصى له ـ بمثل أحدهم، أمّا الثلث فللموصى إخراجه، وإن لم يرض الورثة فحينئذٍ يكون له ربع الثلثين وهو سدس الأصل، وللثاني نصف الباقي، والمتخلّف بين البنين[1] أثلاثاً: فللأوّل ستّة من ستّة وثلاثين، وللثاني خمسة عشر، ولكلّ من البنين الثلاثة خمسة.

ويحتمل أن يعطى الموصى له بالنصيب نصيبه بعد أن يأخذ الموصى له بالنصيب نصيبه[2]؛ لأنّ الموصى جعله كواحد من أولاده، فليس له أن يأخذ زيادة عن أحدهم؛ لأنّه حينئذٍ يكون مخالفاً لمقتضى الوصية، فعلى هذا الاحتمال يدخلها الدور؛ لأنّ النصيب حينئذٍ لايعلم إلّا بعد إخراج وصيّته الثاني الموقوف على معرفتها،

---

(١) في ج: «الثنتين».

(٢) في ج: «بالنصف وصيّته».

ولايعلم حتى يخرج النصيب؛ لأنّ وصية الثاني النصف بعد إخراج النصيب، وإخراجه موقوف على معرفته، حينئذٍ يتوقّف معرفة كلّ واحد من الوصيّتين على معرفة الأُخرى، وذلك دور، والمخلص منه ما ذكر في الكتاب.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى لواحد بالنصف ولآخر بالربع وقال: لاتقدّموا أحدهما على الأُخرى فالأقوى عندي مع عدم الإجازة بسط الثلث على نسبة الجزءين فالفريضة من تسعة».

أقول: وجه القوّة انّ عند عدم الإجازة يتعيّن إخراج الثلث للوصيّتين، وليست أحدهما أولى بالاختصاص من الأُخرى؛ لأنّ الموصي نهى عن تقديم أحدهما، فيقسّم الثلث على نسبة الوصيّتين فيكون بينهما أثلاثاً: لذي النصف الثلثان، ولذي الربع الثلث.

وقال الشيخ في الخلاف: لو أوصى لواحد بكلّ ماله ولآخر بثلث ماله وأجاز الورثة ذلك أخذ الأوّل جميع المال ويسقط الأخير[1] وعلى ما ذكره المصنّف إن لم يرجع عن الأُولى وقصد العول يكون للأوّل ثلاثة أرباع وللثاني الربع؛ لأنّ ذلك نسبة الوصيّتين.

وقال الشيخ أيضاً في الخلاف: ولو بدأ بصاحب الثلث وأجازوا أُعطي الأوّل الثلث وصاحب الكلّ الثلثين[2].

---

(١) الخلاف: كتاب الوصايا ج ٢ المسألة ١١ ص ٣١١ طبعة اسماعيليان.

(٢) المصدر السابق.

وينبغي على قول المصنّف انّه اذا لم يرجع عن الوصية الأُولى وقصد العول يكون كالسابقة فيكون للأوّل الربع أيضاً.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى له بنصف ماله ولآخر بثلثه ولآخر بربعه على سبيل العول من غير تقديم ولا رجوع فقد بيّنا انّ الوجه عندنا الصحّة مع إجازة الورثة، فيحتمل حينئذٍ قسمة المال على ثلاثة عشر سهماً: للموصى له بالنصف ستّة، وبالثلث أربعة، وبالربع ثلاثة».

أقول: وجه هذا الاحتمال انّ المخارج المذكورة من اثني عشر: امّا الأوّل له النصف وذلك ستّة منها، والثاني الثلث وهو أربعة، والثالث الربع وذلك ثلاثة، فيقسّم مع الإجازة المال بينهم على نسبة الوصايا ومجموعها ثلاثة عشر، ومع عدم الإجازة يقسّم الثلث على ثلاثة عشر أيضاً؛ لأنّ التقدير انّ الموصي لم يقدم[1] بعضاً منهم على بعض ولم يرجع عن شيء منها، فيكون ما يحصل لهم مقسوماً على نسبة وصاياهم.

قوله رحمه الله: «والحقّ الأوّل، لكن لكلّ من المجيز والأوّل ثلاثة، ولغير المجيز خمسة، وللثاني أربعة».

أقول: يريد انّه لو أوصى لواحد بمثل نصيب أحد ولديه ولآخر بنصف الباقي

---

(١) في ج: «رتّب».

وأجاز أحد الولدين دون الآخر ففيه احتمالات:

أحدها: أن تضرب مسألة الإجازة وهي خمسة في مسألة الردّ وهي ثلاثة تبلغ خمسة عشر: ويكون للمجيز ثلاثة، ولأخيه خمسة، والموصى له بالنصيب أربعة، وللموصى له بنصف الباقي ثلاثة. امّا نصيب الولدين فظاهر؛ لأنّ المجيز يأخذ حقّه من مسألة الإجازة وهو واحد مضروباً في مسألة الردّ وهي ثلاثة تكون ثلاثة فهي له، وللآخر بالعكس يكون خمسة، والموصى له الأوّل مع إجازة الولدين يأخذ ثلاثة من خمسة عشر كواحد منهما[1]، ومع ردّ الولدين تبطل وصية الثاني ويكون للأوّل خمسة، واذا كانت إجازة الولدين بنقصه سهمين فإجازة أحدهما بنقصه سهماً، فيكون له أربعة، والباقي للآخر وذلك ثلاثة.

الثاني: أن تكون المسألة من خمسة؛ لأنّ الموصى له الأوّل مثل نصيب الابن المجيز؛ لأنّه أقلّ الورثة سهاماً، وللموصى له الثاني نصف نصيب المجيز؛ لأنّ الموصي أوصى له بنصف الباقي، فاذا جاز أحدهما دفع إليه نصف نصيبه وللابن غير المجيز نصيب كامل، فالمجموع نصيبان ونصف نصيب، اذا بسطت كانت خمسة والنصيب اثنان وهو ضعيف؛ لأنّ المجيز يكون قد أخذ أكثر من الثلث وهو غير جائز.

وأمّا الثالث: أن يكون للأوّل الثلث سهمان كغير المجيز؛ لأنّ كون المجيز أقلّ الورثة سهاماً انّما تجدّد نقصه بعد الوفاة فلم يكن مراداً للموصي، ويبقى للمجيز سهم وللموصى له الثاني سهم.

الرابع ـ وهو الحق عند المصنّف ـ: ضربت ثلاثة في خمسة كما ذكر أوّلاً؛ لأنّ بردّ أحدهما وأجازه الآخر تضرب مسألة الإجازة في مسألة الردّ، ويكون لكلّ من

---

(١) في ج: «منها».

المجيز والموصى له الأوّل ثلاثة. وأمّا المجيز فلأنّ ذلك حقّه، وهو ما حصل من مسألة الإجازة، وهو سهم من خمسة مضروباً في مسألة الردّ وذلك ثلاثة. وأمّا الموصى له فلأنّ له أقلّ نصيبَي الولدين؛ لأنّ الموصى له بنصيب وارث يعطى مثل نصيب أقلّهم ميراثاً وهو المجيز، ولغير المجيز الثلث خمسة، وهو نصيبه من مسألة الردّ سهم من ثلاثة مضروباً في مسألة الإجازة وهي خمسة تكون خمسة، وللثاني المتخلّف هو أربعة.

قوله رحمه الله: ولو أوصى بمثل نصيب أحد أولاده ـ وهم ثلاثة ـ ولآخر بثلث ما يبقى من جميع المال بعد إخراج النصيب ـ الى قوله: ـ ويحتمل عليه أن يكون للأوّل اثنان وعشرون من تسعة وتسعين، ولغير المجيز كذلك، وللمجيز ثمانية عشر، وللثاني خمسة عشر».

أقول: يعني اذا أوصى لواحد بمثل نصيب أحد بنيه الثلاثة ولآخر بثلث ما يبقى من جميع المال، فإن أجاز الورثة فالمسألة من أحد عشر: للموصى له الأوّل اثنان، وللموصى له الثاني ثلث الباقي ثلاثة، ولكلّ ابن من الثلاثة اثنان، والطريق ما ذكر في الكتاب. وان ردّوا فالمسألة من تسعة؛ لأنّ للموصيين الثلث، ويقسّم الثلثان أثلاثاً بين البنين الثلاثة، وأقلّ ما يخرج منه الثلث، ثمّ يقسّم ثلثاه أثلاثاً تسعة، فيجعل للأولاد الثلثان وهي ستّة، لكلّ منهم سهمان، فللموصى له الأوّل بمثل نصيب أحدهم من الثلث سهمان، يبقى سهم للموصى له الثاني. فاذا أجاز أحد الثلاثة:

فعلى الاحتمال الأوّل من الاحتمالات الأربعة: تضرب مسألة الإجازة ـ وهي

أحد عشر ـ في مسألة الردّ ـ وهي تسعة ـ ثمّ ثلاثة في المجتمع؛ لأنّ بإجازة أحد الثلاثة ينقص من الموصى له الأوّل ثلث ما ينقصه إجازة الثلاثة، فتضرب مخرج الثلث ـ وهو ثلاثة ـ في المجتمع ـ أعني تسعة وتسعين ـ تبلغ مائتين وسبعة وتسعين، للموصى له الأوّل اثنان وستون؛ لأنّ بإجازة الثلاثة يكون له من أصل هذه الفريضة سهمان من أحد عشر مضربين في تسعة يكون ذلك ثمانية عشر في ثلاثة تبلغ أربعة وخمسين، وبردّ الجميع يكون له سهمان من تسعة في أحد عشر، ثمّ المرتفع في ثلاثة يكون ستّة وستّين، فالتفاوت الذي ينقصه إجازة الجميع منه اثني عشر ينقص بإجازة أحدهم أربعة يبقى له اثنان وستّون، وللموصى له الثاني تسعة وأربعون؛ لأنّ له مع ردّ الجميع تسعة وهو من هذه الفريضة ثلاثة وثلاثون، ومع إجازة الجميع ثلاثة من أحد عشر في تسعة ثمّ في ثلاثة وذلك أحد وثمانون، فالتفاوت وهو ثمانية وأربعون ينقصه ردّ الجميع فينقص ثلثاه بردّ اثنين وذلك اثنان وثلاثون يبقى له تسعة وأربعون، وللابن المجيز حصّته من مسألة الإجازة سهمان من أحد عشر مضروباً في مسألة الردّ وهي تسعة والمجتمع في ثلاثة تبلغ أربعة وخمسين، ولكلّ من الآخرين غيرالمجيز ستّة وستّون وذلك حصّته من مسألة الردّ وهو سهمان من تسعة مضروبان في أحد عشر من مسألة الإجازة ثمّ في ثلاثة.

وعلى الاحتمال الثاني: تكون المسألة من أحد عشر؛ لأنّ للموصى له بمثل نصيب أحدهم نصيباً مجهولاً، ويجب أن يكون الباقي مقسوماً على تسعة أسهم: للبنين الثلاثة، والموصى له الثاني بثلث الباقي بعد النصيب؛ لأنّ المجيز يدفع ثلث ما في يده الى الموصى له بثلث الباقي بعد النصيب، فيجب أن يكون في يد كلّ منهم ثلاثة. فاذا أجاز واحد دفع الى الثاني سهماً واحداً، يبقى له سهمان ولكلّ من الآخرين ثلاثة،

فيجب أن يكون النصيب المجهول سهمين؛ لأنّ له نصيب أقلّهم ميراثاً، فيكون الباقي أحد عشر وهذا ضعيف؛ لأنّ الورثة هنا أخذوا أكثر من الثلثين وهو غير جائز.

وعلى الاحتمال الثالث: تكون المسألة من ستّة وثلاثين: للموصى له الأوّل الربع؛ لأنّ الموصي جعله واحداً من أربعة، وللثاني تمام الثلث قطعاً مضروب الربع في الثلث اثني عشر، فاذا أخرج الثلث وهو أربعة تبقى ثمانية لاتنقسم على ثلاثة بين البنين الثلاثة تضرب ثلاثة في اثني عشر وذلك ستّة وثلاثون. فاذا دفع الى الموصى له بالنصيب من الثلث ربع الأصل وهو تسعة، ودفعنا الى الثاني تتمّة الثلث ثلاثة، ودفعنا الى البنين الثلاثة الباقي أثلاثاً لكلّ منهم ثمانية، ويدفع المجيز سهمين ممّا في يده الى الثاني؛ لأنّ وصية الثاني تسعة، وذلك لأنّا أذ أخرجنا وصية الأوّل وهي تسعة من ستّة وثلاثين على هذا الاحتمال يبقى سبعة وعشرون، وقد أوصى للثاني بثلث الباقي فيكون تسعة، وقد أخذ منه[1] الثلث ثلاثة يبقى من وصيّته ستّة في يد البنين الثلاثة، فمن أجاز من البنين الثلاثة أعطاه ثلثها وهو سهمان، فيكمل للثاني خمسة ويبقى للمجيز ستّة ولكلّ من الآخرين ثمانية. ويحتمل على هذا الوجه أن تكون المسألة من تسعة وتسعين، وذلك مضروب مسألة الإجازة في مسألة الردّ، ويكون للأوّل منها اثنان وعشرون؛ لأنّ نقص[2] المجيز بسبب إجازته، وذلك تجدّد بعد الوفاة فلم يكن مراداً للموصي ـ كما مرّ ـ فيعطى مثل نصيب من لم يجز؛ لأنّ الموصي جعله كواحد من ورثته، فلاينقص من حقّه شيئاً إلّا برضاه، فيكون عند عدم رضاه بالوصية الثانية كغير المجيز، فيعطى حصّته من مسألة الردّ وهو سهمان من تسعة

---

(١) في م ١: «منهم».

(٢) في ج: «لاينقص».

مضروبان في مسألة الإجازة وذلك اثنان وعشرون، وكذا لكلّ من الولدين غير المجيز، وللمجيز حصّته من مسألة الإجازة وهو سهمان في تسعة وذلك ثمانية عشر، وللموصى له الثاني خمسة عشر؛ لأنّ استحقاق كلّ واحد ممّن عداه لما عيّن له يقتضي استحقاقه للباقي وهو خمسة عشر.

وعلى الاحتمال الرابع: الذي اختاره المصنّف يخرج الثلث وذلك ثلاثة وثلاثون، يخرج منه الى الموصى له الأوّل مثل نصيب أقلّ الورثة سهاماً وهو حصّة المجيز، أعني مضروب سهمين من أحد عشر في تسعة وذلك ثمانية عشر، وتتمّة الثلث للثاني قطعاً؛ لأنّه من جملة الوصية المنحصرة فيه وفي الأوّل، وقد استوفى الأوّل حقّه فيكون الباقي للثاني، وللثاني من المجيز التفاوت بين حالتَي إجازته وردّه وذلك أربعة فيكمل للثاني تسعة عشر.

قوله رحمه الله: «ولو قال: إن لم يجز الورثة فلا تقديم لأحدهما فالوجه عندي الجواز، ويحصل العول».

أقول: وجه الجواز انّ الوصيّتين على ما أمر الموصي خمسة من أحدعشر، وقد نصّ الموصي على عدم تقديم إحداهما على الأُخرى، فوجب أن يكون ما يحصل لهما ـ وهو الثلث ـ مقسوماً بينهما على قدر وصيّتهما[1]، فيكون للأوّل سهمان من خمسة من أصل خمسة عشر، وللثاني ثلاثة، والباقي للورثة أثلاثاً، فاذا أردت الصحاح ضربتها في ثلاثة تبلغ خمسة وأربعين.

---

(١) في ج: «حقّهما».

قوله رحمه الله: «لو أوصت لأجنبي بمثل نصيب ابنها إلّا ثمن المال، ولآخر بمثل نصيب بنتها إلّا عشر المال، ولثالث بتمام الثلث ولا وارث سواها مع الزوج، فالفريضة أربعة، تعدل ثلثي المال فهو ستّة، ثمّ تضرب وفق مخرج الثمن فيها تبلغ أربعة وعشرين، ثمّ تضرب وفق العشرة وهو خمسة تبلغ مائة وعشرين للابن من الثلثين أربعون، وللزوج عشرون، وكذا للبنت وللموصى له الأوّل أربعون نستردّ منها خمسة عشر، وللثاني عشرون ونستردّ منها اثني عشر، فيبقى من الثلث سبعة فهي للثالث. ويحتمل أن يكون للثاني ثلاثة، وللثالث اثني عشر، لأنّه استثنى من وصيّته عشر المال وهو اثني عشر، والذي بقي من الثلث بعد الأوّل خمسة عشر، فلم يبق مثل نصيب البنت بل أقلّ، فيخرج المستثنى من الباقي، والأوّل أقوى».

أقول: وجه القوّة انّ الموصي جعل للثاني مثل نصيب البنت إلّا عشر المال، وعشره اثنا عشر، ونصيب البنت عشرون، فاذا دفعنا إليه ثمانية كنّا قد عملنا بقول الموصي؛ لأنّ الثانية مثل العشرون إلّا عشر المال، أمّا اذا أعطاه ثلاثة لم يكن قد عملنا بمقتضى الوصية بل هو تبديل لها، وهو غير جائز؛ لقوله تعالى: ﴿فمن بدّله بعدما سمعه... الآية﴾[1].

---

(١) البقرة: ١٨١.

قوله رحمه الله: «وأمّا المعجلة للمريض فإن كانت تبرّعاً فالأقرب انّها من الثلث إن مات في مرضه، وإن برأ لزمت إجماعاً».

أقول: قد اختلف أصحابنا في تصرّفات المريض المنجّزة التي لم تقرن بما بعد الوفاة كالعتق والهبة والإبراء والمحاباة في البيع والشراء، فقال بعضهم: تمضي من أصل التركة، وهو قول الشيخ في النهاية[١]، والمفيد في المقنعة[٢]، وتبعهما ابن البرّاج[٣]، وابن ادريس[٤].

وقال آخرون من ثلث التركة، وهو قول الشيخ في المبسوط[٥]، ومحمد بن بابويه[٦]، وابن الجنيد[٧]، وهو الأقرب عند المصنّف.

احتج الأوّلون بأنّه لم يخرج بالمرض عن التملّك فيكون تصرّفه في ماله ماضياً، كما لو كان صحيحاً.

واحتج المصنّف وموافقوه بما رواه علي بن يقطين في الصحيح قال: سألت أبا الحسن عليه السلام: ما للرجل من ماله عند موته؟ قال: الثلث، والثلث كثير[٨].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الوصايا باب الإقرار في المرض... ج ٣ ص ١٧٦ ـ ١٧٧.

(٢) المقنعة: كتاب الوصايا باب الوصية والهبة في المرض ص ٦٨١.

(٣) المهذّب: كتاب الإقرار في منجّزات المريض ج ١ ص ٤٢٠.

(٤) السرائر: كتاب الوصايا باب الإقرار في المرض... ج ٣ ص ٢١٧.

(٥) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٩.

(٦) المقنع: كتاب الوصايا ص ١٦٥.

(٧) مختلف الشيعة: الفصل الخامس في الوصايا ص ٥١٤ س ١٢.

(٨) تهذيب الأحكام: ب ٢٠ من الزيادات ح ٣٣ ج ٩ ص ٢٤٢، وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب أحكام الوصايا ح ٨ ج ١٣ ص ٣٦٣.

قوله رحمه الله: «الأقرب عندي انّ كلّ تصرّف وقع في مرض اتّفق الموت معه، سواء كان مخوفاً أو لا، فانّه يخرج من الثلث إن كان تبرّعاً، وإلّا فمن الأصل. وقيل: إن كان مخوفاً فكذلك، وإلّا فمن الأصل كالصحيح».

أقول: قد تقدّم الخلاف في أنّ تصرّفات المريض في مرض موته اذا كانت تبرّعاً منجّزة هل هي من الأصل أو من الثلث؟ وأنّ مذهب المصنّف كونها من ثلث تركته.

بقي البحث في المرض الذي يقتضي خروج تلك التصرّفات من الثلث ما هو؟ فقال الشيخ في المبسوط: هو المرض المخوف[1]، فأمّا ماليس بمخوف كوجع الضرس والصداع وحمى اليوم فانّ تصرّفات المتّصف بها تخرج من أصل تركته؛ لجريانها مجرى الصحيح. والأقرب عند المصنّف خروجها من الثلث مطلقاً، سواء كان مخوفاً أو غير مخوف؛ لعموم الأدلّة الدالّة على خروج تصرّفات المريض من الثلث المتناولة لكلّ من المخوف وغيره، فالتخصيص بالمخوف على خلاف الأصل.

قوله رحمه الله: «ولو نذر الصدقة في مرض الموت فالأقرب انّه من الثلث».

أقول: وجه القرب انّه وإن كان منذوراً إلّا أنّه انّما يجب الوفاء به لو تعلّق بماله أن يتصرّف فيه، وقد تقدّم ذكر الرواية الدالّة على انّه ليس للمريض عند موته إلّا

---

(١) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٤٤.

الثلث فيكون ممنوعاً من الزائد عليه فلايتعلّق به النذر، كما لو نذر الصدقة بمال غيره أو نذر المحجور عليه الصدقة بماله قبل القسمة.

قوله رحمه الله: «ولو زوّجت المريضة نفسها فالأقرب الصحّة وعدم اشتراط جواز الدخول».

أقول: وجه القرب انّ الأصل صحّة العقد، ولقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾[1] ولأنّه اكتساب فلايمنع منه المريضة، بخلاف الرجل الذي يثبت عليه مالاً.

قوله رحمه الله: «فإن كان بدون مهر المثل فالأقرب النفوذ».

أقول: اذا زوّجت المريضة نفسها بدون مهر المثل هل ينفذ أو يكون بمنزلة المحاباة في المعاوضات بمعنى نفوذ المحاباة من الثلث؟ الأقرب عند المصنّف النفوذ مطلقاً؛ لأنّه وإن كان بمعاوضة إلّا انّه ليس في مقابلة مال منها، بل هو في الحقيقة اكتساب فكان ماضياً.

قوله رحمه الله: «والأقرب انتفاء الإرث مع الخلع، والمباراة، وسؤالها الطلاق، وكونها كافرة أو أمة وقت الطلاق، وإن أسلمت أو أُعتقت في الحول، إلّا في العدّة الرجعية».

---

(١) المائدة: ١.

أقـول: هذا قريب من قول الشيخ في الاستبصار فانّه قال فيه: الذي أختاره هو انّه انّما ترثه بعد انقضاء العدّة اذا قصد الإضرار بها؛ لما رواه زرعة، عن سماعة قال: سألته عليه السلام عن رجل طلّق امرأته وهو مريض، قال: ترثه ما دامت في عدّتها، وإن طلّقها في حال إضرار فهي ترثه الى سنة، فإن زاد على السنة بيوم واحد لم ترثه وتعتدّ أربعة أشهر وعشراً عدّة المتوفّى عنها زوجها.

ثمّ نقل عن محمد بن القاسم الهاشمي قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يـقول: لاترث المختلعة والمبارَأة والمستأمرة في طلاقها من الزوج شيئاً اذا كـان مـنهنّ في مرض الزوج وإن مات؛ لأنّ العصمة قد انقطعت منهنّ ومنه. ثمّ قال: والوجه فيه أن نخصّه بمن تضمّن الخبر اسمهنّ من المختلعة والمبارَأة والمستأمرة؛ لأنّ العـلّة في ذلك من جهتها من المطالبة بالطلاق دون المطلّقة التي لاتطلب ذلك، بـل ربمـا تكـون كارهة له[1].

وقال في المبسوط[2] والخلاف[3]: لو انتفت التهمة كما لو سألته الطلاق ثلاثاً، فقال بعضهم: لم ترثه؛ لأنّه لايتّهم في طلاقها، وقال بعضهم: ترثه، وهو الصحيح عندنا؛ لعموم الأخبار. وتبعه ابن ادريس[4] في ذلك، ووجه القرب ما تقدّم من الخبرين.

قوله رحمه الله: «ولو أعتق شقصاً من عـبد ثمّ شقصاً من آخر ـ الى قوله: ـ ولو أعتق الشقصين

---

(١) الاستبصار: ب ١٧٨ طلاق المريض ذيل الحديث ١٣ ج ٣ ص ٣٠٦ و ح ١٤ ج ٣ ص ٣٠٧.
ب ١٧٩ انّ حكم التطليقة البائنة... ح ٦ وذيله ج ٣ ص ٣٠٨.

(٢) المبسوط: كتاب الطلاق فصل في طلاق المريض ج ٥ ص ٦٩.

(٣) الخلاف: كتاب الطلاق المسألة ٥٥ ج ٢ ص ٤٥٦ طبعة اسماعيليان.

(٤) السرائر: كتاب الطلاق ج ٢ ص ٦٧٥.

دفعةً وكان الباقي من كلّ منهما يساوي الشقص من الآخر واتّسع الثلث للشقصين خاصّة فالأقرب عتق الشقصين».

أقول: وجه القرب من انّه أعتق مقدار الثلث من غير زيادة فكان ماضياً.

لايقال: لِمَ لايقرع بينهما فمن خرج اسمه عتق منه مقدار ما أعتقه بالاعتقاق وسرى الى باقيه فيكمل الحرّية في من تخرجه القرعة، كما لو أعتقهما دفعة، وإلّا فما الفرق بينهما؟

لأنّا نقول: الفرق بينهما انّه عند إعتاقهما دفعةً لايخرج جميع ما أعتقه من ثلث تركته، وانّما يخرج أحدهما من الثلث وقد قصد عتق كلّ واحد منهما بجملته لابعض المعتق فتتعيّن القرعة، بخلاف ما اذا أعتق البعض من كلّ منهما فانّه قصد ذلك البعض وقد خرج ما قصد عتقه من ثلث تركته فيفيد العتق فيه، فلولا استعملنا القرعة لاقتضت استرقاق ما قد نفذ فيه العتق، وهو غير جائز؛ لأنّ الحرّ لايعود رقّاً.

قوله رحمه الله: «ولو ملك من ينعتق عليه بغير عوض كالهبة أو بغير عوض موروث كما لو أجّر نفسه للخدمة به عتق من صلب المال وورّث، ولو انتقل بالشراء فالأقرب انّه كذلك».

أقول: يعني لو اشترى من ينعتق عليه فالأقرب انّه ينعتق عليه من صلب المال ويرث، كما لو كان بغير عوض أو بغير عوضٍ موروث؛ لأنّه قبل الشراء مال مملوك له قيمة معيّنة وقد اشتراه بثمن المثل فكان ماضياً، وكونه ممّن ينعتق عليه حكم شرعي ليس باختياره.

واعلم انّ هذا رجوع من المصنّف عمّا اختاره أوّلاً، فانّه قال في باب الأحكام المعنونة: امّا لو ملكه بالشراء فانّه ينعتق من الثلث على الأقوى.

قوله رحمه الله: «ولو أعتق المستوعب أو وهبه ثمّ مات المعتق أو الموهوب قبله احتمل البطلان في الجميع والصحّة فيه».

أقول: وجه البطلان انّ تصرّفات المريض ماضية عند المصنّف من ثلث تركته، فكلّ ما نفذ فيه العتق أو الهبة يجب أن يحصل للوارث ضعفه ولم يحصل للورثة شيء؛ لكون المعتق أو الموهوب كمال تركته، فكان تصرّفه بالهبة والعتق باطلاً.

ووجه الصحّة انّه انّما كان تصرّف المريض من ثلث تركته اذا أتلف على الورثة شيئاً وفوته قبل موت المريض تبيّنا انّه لم يتلف عليهم شيئاً، فكان تصرّفه في الجميع ماضياً.

قوله رحمه الله: «ولو أعتق تبرّعاً ثمّ أقرّ بدَين فان كان متّهماً نفذ العتق أوّلاً، وإن لم يكن متّهماً فالأقرب تقديم الدَين».

أقول: وجه القرب انّ الدَين المقرّ به مع عدم التهمة يمضي من أصل تركته، والعتق انّما ينفذ من الثلث، وما يخرج من أصل التركة يقدّم على التبرّعات الماضية من الثلث.

قوله رحمه الله: وكذا لو باع الصحيح بخيار ثمّ مات فورثه المريض قبل انقضائه اعتبرت إجازته من الثلث على إشكال».

أقــول: يريد انّه اذا باع الصحيح بدون ثمن المثل وجعل لنفسه الخيار في الفسخ والإمضاء مدّةً ثمّ مات قبل انقضاء مدّة الخيار فورّثه المريض وأجـاز البـيع هـل تكون هذه الإجازة ماضية من الأصل أو من الثلث؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّه لم يخرج من ماله شيئاً، فانّ الملك في مدّة الخيار للـمشتري، وانّمـا رضي بالبيع الصادر من الصحيح فيكون ماضياً.

ومن انّه تصرّف يصادف المال، فانّ خروجه عن ملك مـورّثه ليس خـروجاً مستقرّاً، وانّما يستقرّ الملك للمشتري بإجازته، فتكون الإجازة جارية مجرى التمليك فيمضي من الثلث، كما لو كان التمليك صادراً عنه.

قوله رحمه الله: «وان اختار الفـداء فـخلاف، قيل: بأقلّ الأمرين، وقيل: بالأرش».

أقــول: قد مرّ انّ العبد الجاني اذا أراد مولاه افتكاكه فكّه، أمّا بالأرش مطلقاً سواء زاد على مقدار قيمته أو نقص أو ساواها، أو بأقلّ الأمرين من قيمته وأرش الجناية على الخلاف السابق.

قوله رحمه الله: «ولا يصحّ في تزويج الأصاغر؛ لعدم الغبطة على إشكال».

أقــول: ينشأ ممّا ذكره المصنّف من انتفاء الغبطة في النكاح للـصغيرين، فـلم يشرع للوصي فعله.

ومن كون الكفو ليس ممّا يحصل دائماً، فربما حصل في بعض الأوقات كُفاة، فلولم يكن للوصي فعله لفات وهو على خلاف المصلحة.

قوله رحمه الله: «ولو قال: أوصيت إليك ولم يقل لتتصرّف في مال الأطفال احتمل الاقتصار على مجرّد اللفظ والتصرّف».

أقول: أمّا الأوّل: فلأنّ ثبوت الولاية في مال الغير على خلاف الأصل فيقتصر على المتيقّن، وهو حفظ المال دون التصرّف في ماله؛ لعدم العلم بدخوله تحت الوصية. وأمّا الثاني: فلأنّ معنى الوصي هو القائم مقامه، فكان له أن يفعل ما يفعله الموصي من التصرّف.

قوله رحمه الله: «أمّا الوصي فليس له الإيصاء إلّا أن يأذن له الموصي على رأي».

أقول: هذا قول المفيد[١]، وقال الشيخ في النهاية: يجوز أن يوصي[٢]، وهو قول ابن الجنيد[٣]، وابن البرّاج[٤].

قوله رحمه الله: «فإن لم يكن حاكم جاز أن يتولّاه من المؤمنين من يوثق به على إشكال».

أقول: ينشأ من انّها ولاية على مال الغير فلا تثبت لغير الوصي الحاكم. ومن انّه محلّ الضرورة فكان مشروعاً.

---

(١) المقنعة: كتاب الوصية ب ١٥ ص ٦٧٥.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الوصايا ج ٣ ص ١٤١.

(٣) مختلف الشيعة: الفصل الخامس ص ٥١١ س ١٠.

(٤) المهذّب: كتاب الوصايا ج ٢ ص ١١٧.

قوله رحمه الله: «وفي بطلانها مطلقاً إشكال».

أقول: يريد انّه اذا أوصى على ولده الصغير أو المجنون وله أب لم يصحّ؛ لأنّ الولاية عليهم لجدّهم، وهل تكون باطلة مطلقاً أو فيما زاد على الثلث؟ فيه إشكال من وجهين:

أحدهما: انّ الوصية هل تكون باطلة بالكلّية، بمعنى انّه لا حكم لها أو فيما زاد على الثلث؟ فانّ الشيخ قال في الخلاف: لايجوز أن يوصي الى أجنبي أن يتولّى أمر أولاده مع وجود أبيه، فإن فعل ذلك لم تصحّ الوصية[1].

وقال ابن ادريس: ولي في ذلك نظر[2].

وقال في المبسوط: وإن كان الورثة أولاداً وكان له أب أو جدّ فليس له أن يوصي الى من يلي عليهم، إلّا في قدر الثلث وقضاء الديون[3].

والأُخرى: هل تكون باطلة بالكلّية أو مادام الجدّ حيّاً؟ قال الشيخ في الخلاف والمبسوط في موضع آخر منهما[4]. ويتفرع على ذلك ما لو مات الجدّ بعد الأب والإيصاء، فإن قلنا: إنّه لا حكم للوصية البتة كان الأمر الى الحاكم، وإلّا فإلى الوصي.

والمصنّف ذكر الإشكال فيما يشمل الأمرين فقال: «وفي بطلانها مطلقاً إشكال» ووجه الاشكال في الأوّل: انّها وصية بولاية مع وجود الولي فلا يصحّ، ومن جواز

---

(١) الخلاف: كتاب الوصايا المسألة ٤٠ ج ٢ ص ٣٢٠ طبعة اسماعيليان.

(٢) السرائر: كتاب الوصايا باب الوصية ومايصحّ منها ومالايصحّ ج ٣ ص ٢٠٣ ـ ٢٠٤.

(٣) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٥٢.

(٤) كذا في جميع النسخ، والعبارة فيها خلط، والصحيح كما في المختلف: ص ٥٠٧ س ٢٥: «قال في موضع آخر من المبسوط كالخلاف» المبسوط: ج ٤ ص ٥٢.

إخراج الثلث عن ملكهم المقتضي لسقوط ولاية الجدّ فيه فكان له إسقاط ولايته فيها بغير الإخراج. ووجه الإشكال بالمعنى الثاني: انّ المقتضي لبطلان الوصية وجود الولي وقد زال فيزول معلوله، ومن الحكم ببطلانها أوّلاً فلا يعود الباطل صحيحاً.

قوله رحمه الله: «وهل يقتصر البالغ من التصرّف على ما لابدّ منه؟ نظر».

أقول: اذا أوصى الى صغير وبالغ تصرّف البالغ فيما لابدّ منه الى حين بلوغ الصغير ورشده ثمّ لاينفرد عنه، وهل له أن يتصرّف فيما له عنه غنىً أو يقتصر على مالابدّ منه؟ فيه نظر.

ينشأ من انّه قبل البلوغ كالوصي المنفرد؛ لعدم الاعتبار بالصغير حال صغره فكان له أن يتصرّف بالمصلحة مطلقاً.

ومن اقتضاء التشريك في الوصية عدم جواز الانفراد لأحدهما، خرج منه مالابدّ منه لمكان الضرورة، فيبقى الباقي على المنع.

قوله رحمه الله: «وهل يشترط عدالته في دينه؟ نظر».

أقول: يريد انّه يصحّ أن يوصي الكافر الى مثله، وهل يشترط أن يكون عدلاً في دينه؟ نظر.

ينشأ من انّها أمانة، والفاسق لا أمانة له.

ومن اتّصافه بالكفر الذي هو أعظم من الفسق، واذا لم يكن مانعاً كان عدم منع الفسق من الوصية إليه أولى.

قوله رحمه الله: «العدالة، وفي اعتبارها خلاف الأقرب ذلك، ويشكل الأمر في الأب الفاسق».

أقول: اختلف أصحابنا في اشتراط العدالة في الوصي، فقال الشيخان: انّها شرط[١]، وتبعهما ابن حمزة[٢]، وابن البرّاج[٣]، وسلّار[٤] فلا تصحّ الوصية عندهم الى الفاسق، وهو أحد قولَي ابن ادريس[٥]، والقول الآخر له: انّها ليست شرطاً[٦]، وهو اختيار المصنّف في المختلف[٧].

والأوّل هو الأقرب عند المصنّف في هذا الكتاب؛ لأنّ الوصية أمانة، والفاسق ليس محلّاً للأمانة.

وقوله: «ويشكل الأمر في الأب الفاسق» يريد أنّ الأب الفاسق هل تزول ولايته بفسقه؟ فإن قلنا: إنّ العدالة ليست شرطاً في الوصية فلا إشكال في استمرار ولاية الأب الفاسق؛ لأنّ المقتضي لثبوت الولاية بالأصالة ـ وهي الابوّة ـ متحقّقة، والفسق لاينافيها. وإن قلنا: إنّ العدالة شرط فوجه الإشكال من حيث ثبوت الولاية بسبب الابوّة المستمرّة، ومن كون الفاسق لا أمانة له.

---

(١) المقنعة: كتاب الوصية ب ٤ ص ٦٦٨، المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٥١.

(٢) الوسيلة: كتاب الوقوف والصدقات والوصايا... ص ٣٧٣.

(٣) المهذّب: كتاب الوصايا باب الأوصياء ج ٢ ص ١١٦.

(٤) المراسم: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٢٠٢.

(٥) السرائر: كتاب الوصايا باب الأوصياء ج ٣ ص ١٨٨.

(٦) المصدر السابق.

(٧) مختلف الشيعة: الفصل الخامس في الوصايا ص ٥١٠ س ٣٤.

قوله رحمه الله: «وهل تعتبر الشروط حالة الوصية أو الوفاة؟ خلاف، أقربه الأوّل، فلو أوصى الى طفل أو مجنون أو كافر ثمّ مات بعد زوال الموانع فالأقرب البطلان».

أقول: هل يعتبر في الوصي أن تكون الشرائط المعتبرة فيه من الاسلام والبلوغ والعقل والحرّية والعدالة عند من شرطها حاصلة عند الإيصاء إليه أو يكفي وجود حال الوفاة؟ الأقرب عند المصنف، وهو قول ابن ادريس[1].

ونقل ابن سعيد[2]، والمصنّف عن بعض أصحابنا: انّ المعتبر وجود الشرائط عند الوفاة، فلو أوصى الى فاقد الشرائط بأن أوصى الى صغير أو مجنون أو كافر أو عبد ثمّ زالت الموانع بعد ذلك قبل موت الموصي فعلى الأوّل تكون الوصية باطلة، وهو اختيار المصنّف؛ لأنّ شرائط صحّة الوصية مفقودة عند وجود عقد الوصية فتكون باطلة في ذلك الوقت؛ لامتناع تحقّق المشروط بدون شرائطه، مع الحكم بالبطلان لاتتجدّد الصحّة؛ لأنّ الباطل لاينقلب صحيحاً.

قوله رحمه الله: «ولولم يقبل الوصية ابتداءً أو لم يعلم بها حتى مات الموصي ففي إلزامه بها نظر».

أقول: ينشأ من إطلاق الأصحاب رحمهم الله الالزام اذا مات الموصي ولما يعلم الموصى إليه، وهو مستند الى روايات:

---

(١) السرائر: كتاب الوصايا ج ٣ ص ١٨٩.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب الوصايا الفصل الخامس في الأوصياء ج ٢ ص ٢٥٧.

منها: رواية منصور بن حازم، عن الصادق عليه السلام قال: اذا أوصى الرجل الى أخيه وهو غائب فليس له أن يردّ عليه وصيّته؛ لأنّه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره[١].

وفي معناها رواية محمد بن مسلم، عن الصادق عليه السلام قال: اذا أوصى رجل الى رجل وهو غائب فليس له أن يردّ وصيّته[٢].

ومن أنّه يلزم الضرر غير المستحقّ على الموصى إليه، وهو منفيّ بقوله عليه السلام: «لاضرر ولا إضرار في الاسلام»[٣] وهذا الذي اختاره المصنّف في المختلف، وحمل الرواية على سبق القبول؛ لأنّه عقد فلابدّ فيه من القبول، قال: فقد نبّه عليه الشيخ في المبسوط والخلاف بقوله: «اذا قبل الوصية له أن يردّها مادام الموصي حيّاً، فإن مات فليس له ردّها، واستدلّ بإجماع الفرقة، وأنّ الوصية لزمته بالقبول»[٤].

قوله رحمه الله: «ويحتمل عندي مع نهيه عن التفرّد يضمن المنفق، وحمل قول علمائنا على ما اذا أطلق فانّه ينفرد بالانفاق».

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١٤ قبول الوصية ح ٣ ج ٩ ص ٢٠٦، وسائل الشيعة: ب ٢٣ من أحكام الوصايا ح ٣ ج ١٣ ص ٣٩٨.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ١٤ قبول الوصية ح ١ ج ٩ ص ٢٠٥، وسائل الشيعة: ب ٢٣ من أحكام الوصايا ح ١ ج ١٣ ص ٣٩٨.

(٣) من لايحضره الفقيه: باب ميراث أهل الملل ح ٥٧١٨ ج ٤ ص ٣٣٤.

(٤) مختلف الشيعة: الفصل الخامس في الوصايا ص ٤٩٩ س ٢١.

أقـول: وجه احتمال التضمين انّه تصرّف في مال الغير منهيّ عنه، وكان موجباً للضمان كتصرّف غير الوصي.

واعلم انّ ظاهر كلام الشيخ في المبسوط والخلاف يدلّ على المنع من الانفراد مطلقاً، فانّه قال: اذا أوصى الى رجلين فلا يخلو من ثلاثة أحوال، أحدها: أن يوصي إليهما على الاجتماع والانفراد، والثاني: أن يوصي إليهما على الاجتماع وينهاهما عن الانفراد بالتصرّف، والثالث: أن يطلق ـ الى قوله: ـ والثاني: اذا نهى كلّ واحد منهما عن الانفراد بالتصرّف، فمتى اجتمعا صحّ التصرّف، ومتى انفرد أحدهما لم يصحّ. ثمّ قال: والثالث: اذا أطلق فالحكم فيه كالحكم في الفصل الثاني من جميع الوجوه، وبه قال الشافعي، وقال أبو يوسف: يجوز لكلّ واحد منهما أن ينفرد بالتصرّف اذا أطلق كما لو قيد، وقال أبو حنيفة ومحمد: القياس يجب أن ينفرد أحدهما بالتصرّف أصلاً، لكن جوّزنا خمسة أشياء أن ينفرد كلّ واحد منهما بالتصرّف استحساناً: شراء الكفن وحفر القبر والدفن، والتفرقة في الثلث، وقضاء الدّين، وردّ الوديعة، والنفقة على عياله مثل الطعام، فأمّا الكسوة فوافقونا انّه لايجوز أن ينفرد أحدهما بشرائه. دليلنا: انّه اذا اجتمعا صحّ تصرّفهما بلا خلاف، فأمّا اذا انفرد أحدهما فلا دليل على صحّة تصرّفه[1].

وأمّا في النهاية: فانّه جوّز الإنفاق والكسوة عند التشاح[2]. والمصنّف حمل كلام من جوّز ذلك من أصحابنا على إطلاق الوصية دون النهي.

---

(١) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٥٣، الخلاف: كتاب الوصية المسألة ٣٩ ج ٢ ص ٣١٩ ـ ٣٢٠ طبعة اسماعيليان.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الوصايا باب الأوصياء ج ٣ ص ١٤٠.

قوله رحمه الله: «ولو مرض أحدهما أو عجز ضمّ الحاكم إليه من يعيّنه، ولو مات أو فسق استبدّ الآخر بالحكم من غير ضمّ على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّ للموصي وصياً، ومع وجود الوصي لا مدخل للحاكم فيه، وهو قول أكثر أصحابنا.

ومن كون الموصى له لم يرض به منفرداً فكان للحاكم أن يضمّ إليه عوض الفاسق أو الميّت، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّ الحاكم له من الولاية ما كان للوصي الذي بطلت وصيّته بموت أو فسق، كما لو كان الوصي واحداً فمات أو فسق فانّ الحاكم يقيم غيره إجماعاً.

قوله رحمه الله: «ويجوز أن يجعل للوصي جعلاً، ولو لم يجعل جاز له أخذ أُجرة المثل عن نظره في ماله، وقيل: قدر الكفاية، وقيل: أقلّهما».

أقول: القول بأنّ له قدر الكفاية هو قول الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: لايجوز التصرّف في أموال اليتامى إلّا لمن كان ولياً لهم أو وصياً قد أذن له في التصرّف في أموالهم، فمتى كان ولياً يقوم بأمرهم ويجمع أموالهم ويسدّ خلّاتهم من جميع غلّاتهم ومراعاة مواشيهم جاز له أن يأخذ من أموالهم قدر كفايته وحاجته خاصّة من غيرإسراف ولا تفريط[1].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب المكاسب باب التصرّف في أموال اليتامى ج ٢ ص ٩٥.

والقائل بأنّ له أقلّ الأمرين هو الشيخ في الخلاف[١] والتبيان[٢]، وما ذكره المصنّف في الكتاب هو قول الشيخ في آخر باب التصرّف في أموال اليتامى من كتاب النهاية فانه قال فيه: والمتولّي لأموال اليتامى والقيّم بامورهم يستحقّ أُجرة مثله ممّا يقوم به من مالهم من غير زيادة ولا نقصان، فإن نقص نفسه منه كان له في ذلك فضل وثواب، وإن لم يفعل كان له المطالبة باستيفاء حقّه من أُجرة المثل، فأمّا الزيادة فلايجوز له أخذها على حال[٣]. ولأصحابنا في المسألة قولان آخران:

أحدهما: قول الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: الولي اذا كان فقيراً جاز أن يأكل من مال اليتيم أقلّ الأمرين من كفايته أو أُجرة مثله[٤].

والثاني: قول ابن ادريس: وهو قدر الكفاية مع كون القيّم بأموالهم فقيراً[٥].

قوله رحمه الله: «ولو أوصى إليه بتفريق ثلثه فامتنع الوارث من إخراج ثلث ما في يده فالأقرب إخراج الثلث كلّه ممّا في يده، تجانس المال أو اختلف».

أقول: وجه القرب انّ للوصي ولاية إخراج ثلث المال، فاذا منع الوارث من

---

(١) الخلاف: كتاب البيوع ج ٢ ص ٧٩ مسألة ٢٩٥.

(٢) التبيان: في تفسير سورة النساء الآية ٦ ج ٣ ص ١١٩ وفيه: «والظاهر في أخبارنا أنّ له أُجرة المثل...».

(٣) النهاية ونكتها: كتاب المكاسب باب التصرّف في أموال اليتامى ج ٢ ص ٩٦ ـ ٩٧.

(٤) المبسوط: كتاب البيوع فصل في تصرّف الوليّ في مال اليتيم ج ٢ ص ١٦٣.

(٥) السرائر: كتاب المكاسب باب التصرّف في أموال اليتامى ج ٢ ص ٢١١.

إخراج ثلث ما في يده كان للوصي أن يأخذ ممّا في يده بنيّته عوضه مقاصّة؛ لأنّ ولاية الإخراج إليه، ولأنّه يجب عليه تنفيذ الوصية بحسب ما يمكن، وقد كان يجب عليه أن يخرج منه ثلث المال من العين والقيمة، فاذا تعذّر أحدهما تعيّن الآخر.

قوله رحمه الله: «وتقبل المرأة في ربع ما شهدت به، وهل يفتقر الى اليمين؟ فيه إشكال».

أقول: وجه الإشكال من إطلاق الأصحاب لثبوت ربع الوصية وربع ميراث المستهلّ بشهادة الواحدة، فلا يتوقّف على اليمين، وهو قول ابن ادريس فانّه قال: وتقبل شهادة القابلة وحدها اذا كانت بشرائط العدالة في استهلال الصبي في ربع ميراثه بغير يمين، وتقبل شهادة امرأة واحدة في ربع الوصية وشهادة امرأتين في نصف ميراث المستهلّ ونصف الوصية، وذلك لايجوز إلّا عند عدم الرجال، وعلى المسألتين إجماع أصحابنا، فلأجله قلنا بذلك[1].

ومن أصالة عدم الاستهلال والوصية فلايخرج من باقي التركة شيء إلّا مع اليقين، ولا يقين مع عدم اليمين.

قوله رحمه الله: «وهل يثبت النصف أو الربع بشهادة الرجل من غير يمين؟ الأقرب ثبوت الربع إن لم نوجب اليمين في طرف المرأة».

أقول: اذا قلنا: يثبت بشهادة المرأة الربع من غير يمين، فاذا شهد رجل احتمل ثبوت النصف؛ لأنّه بمنزلة امرأتين والربع؛ لأنّه لايقصر عن المرأة فيثبت به ما يثبت بها والزائد غير معلوم.

---

(١) السرائر: كتاب الشهادات باب شهادة النساء ج ٢ ص ١٣٨.

قوله رحمه الله: «والأقرب وجوب اليمين لو شهد عدل وذمّي».

أقول: اذا شهد عدل مسلم وذمّي احتمل الثبوت اذا لم يوجد غيرهما؛ لأنّ شهادة الذمّي مقبولة عند عدم المسلمين للضرورة، وهي حاصلة عند عدم عدلٍ آخر مسلم.

والأقرب عند المصنّف وجوب اليمين؛ لأنّ شهادة الذمّي انّما تقبل لو عدم المسلم للضرورة، وهي منتفية هنا؛ لإمكان ثبوتها باليمين مع الشاهد المسلم.

قوله رحمه الله: «وفي قبول أهل الذمّة مع عدم عدول المسلمين نظر، أقربه عدم القبول».

أقول: هل تقبل شهادة أهل الذمّة في الوصية بالولاية عند عدم عدول المسلمين كما تثبت الوصية بالمال؟ فيه نظر.

ينشأ من وجود المقتضي، وهو تعذّر عدول المسلمين المفضي الى عدم التمكّن من إثبات الوصية.

ومن ورود النصّ[1] بذلك في الوصية بالمال فلا يتعدى، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لاتّصافهم بالكفر المانع من قبول الشهادة، خرج منه الوصية بالمال بالنصّ فيبقى الباقي على المنع.

قوله رحمه الله: «ولو قال: هو من تركتي فليس برجوع على إشكال».

---

(١) راجع تهذيب الأحكام: ب ٧ الإشهاد على الوصية ج ٩ ص ١٧٨، وسائل الشيعة: ب ٢٠ من أبواب في أحكام الوصايا ج ١٣ ص ٣٩٠.

أقـول: وجه الإشكال من حيث إنّ الموصى به من مال الموصي هل تسمّى تركة أم لا؟ إذ يحتمل أن يكون المراد بالتركة الميراث فيكون ذلك رجوعاً. ويحتمل كون المراد بالتركة ما تركه الانسان من ماله، وهو يتناول الموصى به والميراث.

قوله رحمه الله: «ولو رجع عن المصرف بأن أوصى لزيد بعين ثمّ لعمرو بأُخرى وقصر الثلث ثمّ أوصى بالأُولى لبكر فالأقرب تقديم وصية عمرو».

أقـول: اذا رجع الموصي عن مصرف الوصية دون أصلها كما اذا قال: هذه الدار لزيد وهذا البستان لعمرو وقصر الثلث عنهما، ثمّ قال: الدار التي أوصيت بها لزيد لخالد فانّه لم يرجع عن الوصية بالدار وانّما رجع عن مصرفها فكانت لزيد ثمّ جعلها لخالد فيحتمل تقديم خالد على عمرو، ولأنّ الوصية بالدار مقدّمة على الوصية بالبستان، وعند قصور الثلث يبدأ بالأوّل فالأوّل.

ويحتمل تقديم وصية عمرو بالبستان على الوصية لخالد بالدار، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لانّها انّما كانت مقدّمة لما أوصى بها لعمرو وتلك قد بطلت، ثمّ أوصى بها لخالد بعد وصيّته لعمرو فكانت وصية عمرو مقدّمة شرعاً على وصية خالد.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى له بسكنى دار سنة ثمّ آجرها سنة لم تنفسخ الإجارة، فإن مات فالأقرب أنّ له سنة كاملة بعد انقضاء مدّة الإجارة».

أقـول: وجه القرب انّ إجارة الدار لاتنافي الوصية، والأصل عدم الرجوع، فكان للموصى له سنة بعد انقضاء مدّة الإجارة؛ لأنّ الإجارة عندنا لاتبطل بالموت.

قوله رحمه الله: «ولو انهالت عليها حنطة أجود ففي كونه رجوعاً إشكال».

أقـول: يريد انّه لو أوصى بحنطة فانهالت عليها حنطة أجود منها قبل موت الموصي من غير فعله ولا أمره فهل يكون ذلك رجوعاً عن الوصية؟ فيه إشكال.

ينشأ من امتزاجها بما هو أجود منها فيكون ذلك كالرجوع، كما لو مزجها الموصي لاشتراك الصورتين مع عدم تبرّع الموصي بالأجود.

ومن انّ الرجوع انّما يكون من الموصي، وهذا الامتزاج ليس منه فلا يكون رجوعاً، ولأنّ الأصل بقاء الوصية وعدم الرجوع.

قوله رحمه الله: «ولو بنى عرصة أوصى بها فهو رجوع، وكذا لو غرسها، وكذا لو أوصى بثوب فقطعه قميصاً، أو بخشب فاتخذه باباً، أو بشيء فنقله من بلد الموصي الى مكان بعيد على إشكال في ذلك كلّه».

أقـول: منشأ الإشكال من انّ البناء في الأرض الموصى بها أو غرسها أو قطع الثوب أو عمل الخشب باباً أو نقل العين الموصى بها قرائن دالّة على الرجوع عن الوصية، فتبطل الوصية بذلك.

ومن عدم التصريح بالرجوع، وأصالة بقاء الوصية.

قوله رحمه الله: «وكذا لو أوصى بخبز فجعله فتيتاً، أو بقطن فحشا به فراشاً، أو برطب فجفّفه تمراً، أو بلحم فقدّده ففي كونه رجوعاً إشكال».

أقول: منشأه ما تقدّم في الإشكال السابق.

قوله رحمه الله: «ولو تغيّر الاسم تغيّر فعل الموصي، كما لو سقط الحبّ في الأرض فصار زرعاً، أو انهدمت الدار فصار براحاً في حياة الموصي بطلت الوصية على إشكال».

أقول: منشأ الإشكال من حيث خروج الموصى به عن مسمّاه، فانّ الزرع ليس حبّاً، والبراح ليس داراً فتبطل الوصية؛ لعدم ما تعلّقت به.

ومن انّ الزرع من الحبّ الموصى به، والبراح جزء من الدار، وهو داخل في الوصية.

قوله رحمه الله: «ولو لم يكن الانهدام مزيلاً لاسم الدار سلمت إليه دون ما انفصل منها على إشكال».

أقول: لا إشكال في عدم بطلان الوصية في الدار المهدومة مع بقاء الاسم، وانّما الإشكال في وجوب تسليم ما انفصل منها بالانهدام من الابعاض ومنشأه من أنّ الوصية تعلّقت بالدار، والابعاض لايسمّى داراً. ومن كونها جزءً من الموصى بها.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى بعبد مستوعب لزيد وبثلث ماله لعمرو ولم يقصد الرجوع ومنع

من التقديم وأجاز الوارث قسّم العبد أرباعاً، ويحتمل أسداساً».

أقول: أمّا احتمال قسمته أرباعاً فلأنّ الوصية الأُولى بثلاثة أجزاء والأخيرة بجزء والمجموع أربعة، فوجب قسمة الموصى به بينهما على النسبة، فللأوّل ثلاثة أرباع وللثاني ربع.

وأمّا احتمال قسمته أسداساً فلأنّ الوصية الثانية لم تعارض الأُولى في ثلثي العبد فيختصّ بهما الأوّل، والثلث الآخر اجتمع فيه الوصيّتان فيقسّم بينهما بالسوية، فيكون للأوّل خمسة من ستّة وللثاني واحد منها.

قوله رحمه الله: «فإن خلّف مع العبد مائتين وقيمة العبد مائة ولم يقصد الرجوع أخذ الثاني على الأوّل مع الإجازة ثلث المال وثلثا عايلاً من العبد وهو ربعه وللأوّل ثلاثة أرباعه، ولو ردّ الورثة مازاد على الثلث فللأوّل نصف العبد وللثاني سدس التركة، فيأخذ سدس العبد وسدس المائتين، فله من العبد ستّة عشر وثلثان ومن باقي التركة ثلاثة وثلاثون وثلث. ويحتمل قوياً على الأوّل أقسامهما الثلث حالة الردّ على حسب مالهما في الإجازة، فوصية صاحب العبد أقل؛ لأنّه شرك معه في وصية غيره ولم يشرك في وصية الثاني غيره، فلصاحب الثلث ثلث

المائتين من غير مزاحمة، ويشتركان في العبد للثاني ثلثه وللآخر جميعه فيصير أرباعاً. وفي حال الردّ تردّ وصيّتهما الى ثلث المال، تضرب مخرج الثلث في مخرج الربع يكون اثني عشر، ثمّ في ثلاثة يكون ستّة وثلاثين، فلصاحب الثلث ثلث المائتين وهو ثمانية من أربعة وعشرين وربع العبد وهو ثلاثة أسهم صار له أحد عشر، ولصاحب العبد ثلاثة أرباعه وهو تسعة يضمّهما الى سهام صاحب الثلث فالجميع عشرون، ففي الردّ تجعل الثلث عشرين فالمال ستّون، ولصاحب العبد تسعة من العبد وهو ربعه وخمسه، ولصاحب الثلث ثمانية من الأربعين وهي خمسها وثلاثة من العبد وهو عشرة ونصف عشره. ويحتمل مع عدم الإجازة ضمّ سهامه الى سهام الورثة وبسط باقي العبد والتركة أخماساً فله عشر العبد وخمس المائتين على الثاني».

أقول: وجه الاحتمال الأوّل ذكره المصنّف، وأمّا وجه الاحتمال الأخر ـ أعني ضمّ سهام صاحب الثلث الى سهام الورثة وبسط باقي العبد والتركة أخماساً ـ فلأنّ عند أخذ الموصى له بالعبد لما يصيبه من العبد وهو نصفه يكون للثاني مع عدم الإجازة السدس وللورثة الثلثان، ونسبة السدس الى الثلثين نسبة الخمس الى

الأربعة الأخماس، فيقسّم الباقي بعد وصية الأوّل على خمسه للموصى له بالثلث خمس ذلك، فله الخمس من نصف العبد وذلك عشرة، وخمس المائتين على الاحتمال الثاني، وذلك لأنّه على الاحتمال الثاني مع الإجازة يختصّ الموصى له بالعبد بثلثه ويقسّم الثلث الآخر بينهما نصفين، فمع الردّ يختص الأوّل بثلث العبد والثلث الآخر بينهما، فيكمل للأوّل نصف العبد وللثاني سدس التركة وللورثة ثلثاها والمجموع خمسه، فيقسّم باقي العبد وهو نصفه والمائتين بين الموصى له ثانياً والورثة أخماساً فله عشر العبد وخمس المائتين.

قوله رحمه الله: «لو خلف عبداً مستوعباً قيمته مائة وأوصى به لواحد ولآخر بثلثه ولآخر بسدسه على جهة العول قسّم العبد،تسعة: ستّة لصاحب الكلّ، واثنان لصاحب الثلث، وواحد لصاحب السدس».

أقول: لأنّ المخارج ستّة: وصية الأوّل بمجموعها، والثاني اثنان منها، والثالث واحد منها، ومجموع الوصايا تسعة فيبسط العبد عليها.

قوله رحمه الله: «ويحتمل أن يكون للأوّل تسعة وعشرون من ستّة وثلثين وللثاني خمسة وللثالث اثنان».

أقول: وجه هذا الاحتمال انّ للموصى له الأوّل الثلثين؛ لعدم المعارض فيها وذلك أربعة من ستة وسدس يتعارض فيه وصية الأوّل والثاني فيقسّم بينهما؛ لعدم

أولوية أحدهما وعدم التقديم، فتضرب اثنين في ستة يكون اثني عشر، والسدس الآخر تتعارض فيه الوصايا الثلاث فيقسّم بينهما أثلاثاً؛ لما ذكرناه، فتضرب ثلاثة في اثني عشر تبلغ ستّة وثلاثين للأوّل ثلثان، وذلك بغير منازع أربعة وعشرون وسدس بينه وبين الثاني، لكلّ منهما نصفه ثلاثة وسدس بينهما وبين الثالث، لكلّ منهم ثلاثة سهمان، فيكمل للأوّل تسعة وعشرون، وللثاني خمسة وذلك نصف سدس وثلث سدس، وللثالث اثنان ثلث سدس.

قوله رحمه الله: «ولو جعل العول بين المستوعب والآخرين دونهما فللأوّل ثلاثة أرباع وللثاني السدس وللثالث نصفه».

أقول: لأنّ السدس اذا قصد دخوله في الثلث بالنسبة الى الآخرين ولم يجعل السدس زائداً على الثلث وقصد العول بين مجموع وصية الآخرين ووصية الأوّل كان بمنزلة من أوصى لواحدٍ بالجميع ولآخر بالثلث، فيكون للأوّل على ما تقدّم من الاحتمال الأوّل ثلاثة أرباع وللآخرين الربع، يقسّم بينهما على نسبة وصيتهما أثلاثاً: فللأوّل تسعة من اثني عشر، وللثاني سهمان، وللثالث سهم.

قوله رحمه الله: «ولو كان مع العبد مائتان وأوصى به لواحد ولآخر بثلث ماله ولآخر بسدسه فلصاحب العبد مع الإجازة ثلثا العبد، ولصاحب الثلث تسعاه وثلث الدراهم، ولصاحب السدس تسعة وسدس الدراهم».

أقـول: لأنّ العول قد اجتمع في العبد فيقسّم بينهم على تسعة كما تقدّم.

قوله رحمه الله: «ومع الردّ يضرب صاحب العبد مائة، وصاحب الثلث بها، وصاحب السدس بخمسين، وينحصر حقّ صاحب العبد فيه».

أقـول: مجموع الوصايا مائتان وخمسون؛ لأنّ وصيّة الأوّل العبد وقيمته مائة، والثاني مائة ثلث التركة، والثالث سدسها خمسون، فاذا ردّ الورثة ذلك كان للموصى لهم الثلث يقسّم بينهم على نسبة الوصايا، فتكون المائتين[1] مقسومة على مائتين وخمسين: للأوّل مائة وينحصر في العبد، وللثاني مائة ثلثها من العبد وثلثاها من المائتين، وللثالث خمسون ثلثها من العبد وثلثاها من المائتين، ويبقى للورثة مائة من العبد وأربعمائة[2] من المائتين، والمجموع مبسوط على سبعمائة وخمسين.

قوله رحمه الله: «وعلى الاحتمال القوي تجعل الثلث ثمانية عشر للأوّل ستّة من العبد وللثاني اثنان منه وستّة من باقي التركة وللثالث واحد منه وثلاثة من باقي التركة».

أقـول: قد تقدّم انّ الاحتمال القوي هو أن يقسّم الثلث مع الردّ على نسبة القسمة حال الإجازة والعبد مجموعه في حال الإجازة، يقسّم على تسعة فيقسّم في

---

(١) في ج: «المائة».

(٢) في ج: «ربع مائة».

الردّ نصفه على تسعة، وذلك لأنّ مجموع الوصايا ثلثا المال؛ لأنّ الموصى به العبد وهو الثلث وثلث المائتين وسدسها وذلك نصفها فيكون مائة أُخرى، فمع الردّ يبطل مازاد على الثلث وهو ثلثه، ويصحّ في ثلث وهو نصف ما أوصى به، فكلّ من حصل له في الإجازة شيء حصل له في صورة الردّ نصفه، فللأوّل في حال الإجازة ستّة من تسعة فيكون له ستّة من ثمانية عشر، وللثاني اثنان من تسعة فله ذلك من ثمانية عشر، وللثالث واحد من تسعة فله ذلك من ثمانية عشر. وكذلك من المائتين كان للثاني ثلثها ستّة من ثمانية عشر فله ستّة من ستّة وثلاثين، وللثالث ثلاثة من ثمانية عشر فله ثلاثة من ستّة وثلاثين.

قوله رحمه الله: «لو ترك ثلاثة قيمة كلّ واحد مائة وأوصى بعتق أحدهم ولآخر بثلث ماله على سبيل العول عتق من العبد ثلاثة أرباعه وكان للموصى له ربعه وثلث العبدين الآخرين مع الإجازة، ومع الردّ تبلغ الوصيّتان مائتين والثلث مائة وهو مثل نصفه، فلكلّ واحد نصف ما أوصى له به فينعتق من العبد نصفه، ولصاحب الثلث سدس كلّ عبد، ويحتمل ما تقدّم».

أقول: هذا ظاهر ممّا تقدّم؛ لأنّ الموصى له بالعتق بمنزلة الموصى له بجميع العبد، فيردّ ما ذكرناه من الاحتمالات في الموصى له بالعبد والآخر بثلث المال، فكلّ ما يصحّ له بالعبد فهاهنا ينفذ العتق في مثله ويكون للثاني ماكان للثاني هناك، فمن الاحتمالات: انّه مع الإجازة ينفذ العتق في خمسة أسداسه، ويكون للثاني سدسه

وثلث الآخرين. ومنها انّه مع الردّ لاينفذ العتق في نصف العبد، ويكون للثاني من كلّ عبد سدسه ستّة عشر وثلثان. وعلى الاحتمال القوي ينفذ العتق في ربع العبد وخمسه، وللثاني منه عشرة ونصف عشرة وخمس الآخرين. ويحتمل نفوذ العتق في نصف العبد وضمّ حصّة الآخرين الى باقي الورثة وقسمة باقي العبد والآخرين أخماساً، وللثاني من الموصي بعتقه عشرة وخمس الآخرين وللورثة خمساه وأربعة أخماس الآخرين.

قوله رحمه الله: «وهل يقبل قول الأمين في التفرقة؟ الأقرب العدم إن كان على قوم معيّنين، والقبول إن كان على غير معيّنين».

أقول: أمّا الأوّل: فلأنّ المعيّنين قد ثبت استحقاقهم للوصية عليه ولهم المطالبة بها، فدعواه للتفرقة والإيصال إليهم دعوى محضة، فلا يثبت مع إنكارهم إلّا بحجّة شرعية.

وأمّا الثاني: وهو قبول قوله في غير المعيّنين؛ لانتفاء المدّعى عليه المستحقّ لمرافعته، فكان كالوكيل في إخراج الزكاة وتفرقة الصدقات والأخماس يقبل قوله فيه مع الأمانة من غير افتقار الى بيّنة أو تصدّق.

كتاب

النكـاح

كتاب النكاح

قوله رحمه الله: «والأقرب أنّه أفضل من التخلّي للعبادة لمن لم تتق[1] نفسه إليه».

أقول: البحث هنا يقع في مقامين:

الأوّل: انّ من لم تتق نفسه الى النكاح هل يستحبّ له النكاح أم لا؟ المشهور الاستحباب.

وقال الشيخ في المبسوط: وأجمع المسلمون على أنّ التزويج مندوب إليه وإن اختلفوا في وجوبه[2].

ثمّ قال في موضع آخر منه: النكاح مستحبّ في الجملة للرجل والمرأة وليس بواجب، خلافاً لداود، فالناس ضربان: ضرب مشته للجماع وقادر على النكاح، وضرب لايشتهيه، فالمشتهي يستحبّ له أن يتزوّج، والذي لايشتهي المستحبّ

---

(١) من تاق يتوق بمعنى الاشتياق.

(٢) المبسوط: كتاب النكاح ج ٤ ص ١٥٢.

أن لا يتزوّج؛ لقوله تعالى:﴿وسيداً وحصوراً﴾ فمدحه على كونه حصوراً، وهو الذي لايشتهي النساء. وقال قوم: هو الذي يمكنه أن يأتي النساء ولكن لايفعله[١].

وقسّم ابن حمزة الرجل والمرأة الى أربعة أقسام: مشتهٍ للنكاح قادر عليه فيستحبّ في حقّه، وغير مشتهٍ ولا قادر عليه فيكره له، ومشتهٍ غير قادر عليه، وقادر غيرمشتهٍ لايستحبّ ولايكره[٢]. وهو موافق لقول الشيخ في المبسوط في حصر الاستحباب في القادر المشتهي.

والمصنّف اختار الاستحباب مطلقاً، لعموم الأمر بالنكاح على ما يأتي المتناول لصورة النزاع.

المقام الثاني: هل هو مع كونه مستحبّاً أفضل من التخلّي للعبادة أم لا؟ الأقرب عند المصنّف الأوّل.

ووجه القرب انّه مع مشاركته للتخلّي للعبادة في كونه طاعة مختصّ[٣] بأمر آخر مطلوب للشارع، وهو حصول النسل المفضي الى بقاء النوع.

امّا مشاركته للتخلّي للعبادة في كونه طاعة فلأنّه مأمور به في قوله تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾[٤] وقوله صلّى الله عليه وآله: «تناكحوا تناسلوا»[٥]. وقد ثبت انّ الأمر امّا للوجوب أو للندب أو لهما بالاشتراك اللفظي أو المعنوي، وعلى كلّ تقدير فيلزم المطلوب، ولقوله صلّى الله عليه وآله: «شرار موتاكم

---

(١) المبسوط: كتاب النكاح ج ٤ ص ١٦٠.

(٢) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان مقدّمة الكتاب وكيفية العقد ص ٢٨٩.

(٣) في ق: « منحصر ».

(٤) النساء: ٣.

(٥) تذكرة الفقهاء: كتاب النكاح المقصد الأوّل المقدّمة الثالثة ج ٢ ص ٥٦٥ س ١١.

العزّاب»[١] وهو يتناول ذم التخلّي للعبادة مع تركه للنكاح كما يتناول غيره.

ولما روى عبدالله بن المغيرة، عن أبي الحسن عليه السلام قال: جاء رجل الى أبي عليه السلام فقال أبي: هل لك من زوجة؟ قال: لا، قال: ما أحبّ أنّ لي الدنيا بما فيها وأن أبيت ليلة ليس لي زوجة، ثمّ قال: ركعتين يصلّيهما رجل متزوّج أفضل من رجل يقوم ليله ويصوم نهاره أعزب[٢].

ولما رواه محمد الأصم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: رذّال موتاكم العزّاب[٣].

وعن عبدالله بن ميمون القداح، عن أبي عبدالله عليه السلام، عن آبائه عليهم السلام قال: قال النبي صلّى الله عليه وآله: ما استفاد امرؤ فائدة بعد الاسلام أفضل من زوجة مسلمة تسرّه اذا نظر إليها، وتطيعه اذا أمرها، وتحفظه إذا غاب عنها في نفسها وماله[٤].

ولما رواه ابن فضّال، عن الصادق عليه السلام قال: ركعتان يصلّيهما المتزوّج

---

(١) من لايحضره الفقيه: باب فضل المتزوّج على العزّاب ح ٤٣٤٨ ج ٣ ص ٣٨٤، وفيه:«انّ أراذل موتاكم من العزّاب».

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٢٢ السنّة في النكاح ح ٣ ج ٧ ص ٢٣٩، وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب مقدّماته وآدابه ح ٥ ج ١٤ ص ٧، وفيها: «عن أبي القداح، عن أبي عبدالله عليه السلام».

(٣) تهذيب الأحكام: ب ٢٢ السنّة في النكاح ح ٢ ج ٧ ص ٢٣٩، وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب مقدّماته وآدابه ح ٣ ج ١٤ ص ٧.

(٤) تهذيب الأحكام: ب ٢٢ السنة في النكاح ح ٤ ج ٧ ص ٢٤٠، وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب مقدماته وآدابه ح ٥ ج ١٤ ص ٧.

أفضل من سبعين ركعة يصلّيها أعزب[١].

وهذه الروايات تتضمّن النصّ على المطلوب.

قوله رحمه الله: «ويملك حينئذٍ بالأخذ على إشكال».

أقول: يريد انّ نثار العرس هل يملك بالأخذ عند إذن أربابه إمّا نطقاً أو بشاهد الحال؟ فيه إشكال.

ينشأ من كونه مملوكاً لأربابه فلا ينتقل عنهم إلّا بسبب ناقل ولم يثبت، ولأنّ الأصل بقاء ملك أربابه عليه.

ومن كونه بالإذن صار مباحاً فيملك بالاستيلاء عليه كسائر المباحات.

والأوّل اختيار المصنّف في المختلف[٢].

والثاني اختيار الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: ونثر السكّر واللوز في الولائم وغير ذلك جائز، غير أنّه لايجوز أخذه إلّا بإذن صاحبه إمّا قولاً أو بشاهد الحال أنّه أباحه، وينبغي أن لاينهب، وتركه أولى على كلّ حال، ويملك النثار كما يملك الطعام اذا قدم الى قوم. وقيل: فيه ثلاثة أوجه، ذكرناها في كتاب الأطعمة، أقواها أنّه يملكها بالأخذ والحيازة[٣].

قوله رحمه الله: «وروي الى شعرها ومحاسنها».

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢٢ السنّة في النكاح ح ١ ج ١٤ ص ٢٣٩، وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب مقدّماته وآدابه ح ٨ ج ١٤ ص ٨.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب النكاح المطلب الثاني في لواحقه ص ٥٣٤ س ٢.

(٣) المبسوط: كتاب النكاح فصل في ذكر الوليمة والنثر ج ٤ ص ٣٢٣.

أقـول: امّا الرواية بجواز النظر الى شعرها فهي: ما رواه عبدالله بن سنان قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يريد أن يتزوّج المرأة فيجوز أن ينظر الى شعره؟ فقال: انّما يريد أن يشتريها بأغلى الثمن[1].

وأمّا الرواية بجواز النظر الى محاسنها فهي: ما رواه غياث بن إبراهيم، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليهم السلام في رجل ينظر الى محاسن امرأة يريد أن يتزوّجها، قال: لابأس انّما هو مستام[2].

قوله رحمه الله: «والعضو المبان كالمتّصل على إشكال».

أقـول: ينشأ من عموم نهي الرجل عن النظر الى أعضاء المرأة الأجنبية، وبالعكس المتناول له حالتي الاتّصال والإبانة.

ومن زوال كونه محلّاً للشهوة والتلذّذ بالنظر إليه حالة الإبانة.

قوله رحمه الله: «ولو أجابت خطبة زيد ففي تحريم خطبة غيره نظر».

أقـول: وجه النظر من أصالة الإباحة.

ومن أنّه دخول في سوم المؤمن وهو منهيّ عنه، والنهي يقتضي التحريم.

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣٩ نظر الرجل الى المرأة ح ١ ج ٧ ص ٤٠٥، وسائل الشيعة: ب ٢٦ من أبواب مقدّماته وآدابه ح ٧ ج ١٤ ص ٦٠.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٣٩ نظر الرجل الى المرأة ح ٢ ج ٧ ص ٤٣٥، وسائل الشيعة: ب ٢٦ من أبواب مقدّماته وآدابه ح ٨ ج ١٤ ص ٦٠.

قوله رحمه الله: «والمندوبة على خلاف».

أقول: من خواصّ النبي صلّى الله عليه وآله تحريم الصدقة الواجبة عليه اجماعاً، أمّا الصدقة المندوبة ففي تحريمها عليه عليه السلام خلاف.

قال الشيخ في الخلاف: لاتحرم عليه، فانّه قال ـ في كتاب قسمة الصدقات منه ـ: لأنّ النبي صلّى الله عليه وآله كان يحرم عليه الصدقة المفروضة، ولايحرم عليه المتطوّع بها[1].

وتوقّف في المبسوط فانّه قال فيه في كتاب النكاح: وقد خصّ الله تعالى نبيّه صلّى الله عليه وآله بأشياء ميّزه بها عن خلقه، وهي أربعة أضرب: واجب ومحظور ومباح وكراهة، ثمّ عدّ المحرّمات فقال: وأمّا المحظورات: فحظرت عليه الكتابة وقول الشعر وأخذ الصدقات المفروضات والتطوّع على قول بعضهم[2]. وهو مشعر بتوقّفه في ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو قصد بلفظ الأمر الإنشاء قيل: يصحّ، كما في خبر سهل الساعدي».

أقول: القول المحكي هو قول الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: فامّا إن تأخّر الإيجاب وسبق القبول فإن كان في النكاح فقال الزوج: زوّجنيها فقال: زوّجتكها صحّ، وإن لم يعد الزوج القبول بلاخلاف؛ لخبر سهل الساعدي قال الرجل: زوّجنيها يا رسول الله، فقال: زوّجتكها بما معك من القرآن[3].

---

(١) الخلاف: كتاب قسمة الصدقات المسألة ٢٦ ج ٤ ص ٢٤٠.

(٢) المبسوط: كتاب النكاح ج ٤ ص ١٥٢ و ١٥٣.

(٣) المبسوط: كتاب النكاح فصل فيما ينعقد به النكاح ج ٤ ص ١٩٤.

ومنع المصنّف في المختلف من ذلك[١]. وهو قول ابن ادريس حيث قال: لابدّ أن يأتي بلفظ الإخبار في الإيجاب، ولايجوز أن يأتي بلفظ الأمر والاستفهام[٢].

وأعلم انّ الخبر المشار إليه هو: انّ امرأة أتت النبي صلّى الله عليه وآله فقالت: يا رسول الله وهبت نفسي لك، فقامت قياماً طويلاً، فقام رجل فقال: يا رسول الله زوّجنيها إن لم يكن لك فيها حاجة، فقال رسول الله صلّى الله عليه وآله: هل عندك شيء تصدقها إيّاه؟ فقال: ما عندي إلّا ازاري هذا، فقال النبي صلّى الله عليه وآله: إن أعطيتها إيّاه جلست ولا ازار لك فالتمس شيئاً، فقال: ما أجد شيئاً، فقال له النبي صلّى الله عليه وآله: هل معك شيء من القرآن؟ قال: نعم سورة كذا وسورة كذا وسمّاهما، فقال له رسول الله صلّى الله عليه وآله: زوّجتكها بما معك من القرآن[٣].

قوله رحمه الله: «ولو قال: أتزوّجك بلفظ المستقبل منشئاً فقالت: زوّجتك جاز على رأي».

أقول: منع ابن حمزة من ذلك وقال: لاينعقد بلفظ المستقبل، مثل: أتزوّجك فتقول: زوّجتك[٤].

قوله رحمه الله: «لو قال: زوّجت بنتك من فلان فقال: نعم بقصد إعادة اللفظ للإنشاء فقال الزوج: قبلت صحّ على إشكال».

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الثاني في العقد وأوليائه ص ٥٣٣ س ٢٦.

(٢) السرائر: كتاب النكاح باب في المهور وما ينعقد به النكاح ومالاينعقد ج ٢ ص ٥٧٤ و ٥٧٥.

(٣) عوالي اللآلي: باب النكاح ح ٨ ج ٢ ص ٢٦٣.

(٤) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان أحكام النكاح ص ٢٩١.

أقـول: وجه الإشكال من حيث إنّ «نعم» تتضمّن إعادة السؤال، فكأنّه قال: زوّجت بنتي من فلان وهو إيجاب صحيح.

ومن حيث إنّ الألفاظ المخصوصة معتبرة عندنا فلا ينعقد بغيرها وإن أفاد معناها.

وألفاظ الإيجاب هي: امّا زوّجتك وأنكحتك أو متّعتك، على خلاف في متّعتك، و«نعم» ليست أحدها.

لايقال: نمنع انحصار ألفاظ الايجاب في الثلاثة، فانّ ابن حمزة جوّز وقوع العقد بغير العربية ممّا يؤدّي معنى هذه الألفاظ، وجعل العقد بالعربية مستحبّاً، فوقوعه بالعربية ممّا يؤدّي معنى هذه الألفاظ أولى[١].

لأنّا نقول: المشهور بين الأصحاب خلاف ذلك، بل الأكثر حصروا ألفاظ الإيجاب في لفظتي: «زوّجتك» و«أنكحتك» لاغير، قاله السيد[٢]، وابن الجنيد[٣] والشيخ في المبسوط[٤]، وأبو الصلاح[٥]، وابن ادريس[٦]، واختاره المصنّف أيضاً في المختلف[٧]؛ لأنّ الأصل بقاء تحريم الأجنبية، خرج منه المعقود عليها بالألفاظ المخصوصة المتفق عليها، فيبقى الباقي على التحريم. ولأنّ النكاح عصمة مستفادة من

---

(١) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان أحكام النكاح ص ٢٩١ و ٢٩٢.

(٢) الناصريات «الجوامع الفقهية»: المسألة الثانية والخمسون والمائة ص ٢٤٦.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الثاني في العقد وأوليائه ص ٥٣٣ س ١٣.

(٤) المبسوط: كتاب النكاح فصل فيما ينعقد به النكاح ج ٤ ص ١٩٣.

(٥) الكافي في الفقه: كتاب النكاح الضرب الأوّل من الأحكام ص ٢٩٣.

(٦) السرائر: كتاب النكاح باب من يتولّى العقد على النساء ص ٥٧٤.

(٧) مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الثاني في العقد وأوليائه ص ٥٣٣ س ١٣.

الشرع لايكفي فيها المراضاة بين الزوجين، فيقف ذلك على الإذن الشرعي، وقد وقع الاتفاق على حصوله باللفظين المخصوصين، فيبقى الباقي على المنع.

قوله رحمه الله: «ولو ادّعى زوجية امرأة وادّعت أُختها زوجيته وأقاما بيّنة حكم لبيّنتها ان كان تاريخها أسبق أو كان قد دخل بها، وإلّا حكم لبيّنته، والأقرب الافتقار الى اليمين على التقديرين، إلّا مع السبق».

أقول: يريد انّه على تقدير الحكم لبيّنة المرأة أو لبيّنة الرجل الأقرب افتقار كلّ منهما في الحكم له بدعواه مع بيّنته الى اليمين، إلّا أن تكون البيّنة قد شهدت لأحدهما بالسبق، فانّ الحكم حينئذٍ ببيّنة السابق لايفتقر الى اليمين.

أمّا افتقار كلّ منهما الى اليمين عند الحكم له مع عدم تقدّم التاريخ فلأنّ البيّنتين لمّا تعارضتا حكم فيها بالتساقط، فكان وجودهما كعدمهما، وانّما رجّحنا بيّنة المرأة على تقدير الدخول بها فلشهادة الظاهر لها، ودعوى الظاهر تفيد تقديم قوله مع يمينه لاثبوت دعواه، وانّما قدّمنا قول الرجل على تقدير عدم الدخول، فلأنّه منكر لدعوى الأُخت، والمنكر انّما يقدّم قوله مع يمينه.

وأمّا عدم افتقاره من تقديم تاريخ بيّنته الى اليمين فلأنّ البيّنة التي شهدت بتقديم التاريخ خاليةً عن المعارض في ذلك الزمان السابق فيجب الحكم بها، إذ قد ثبت انّ البيّنة طريق شرعي يجب الحكم بها مع انتفاء ما يعارضها.

قوله رحمه الله: «وفي انسحاب الحكم في مثل الأُمّ والبنت إشكال».

أقـول: وجه الإشكال من حيث ورود النصّ[١] على الأُختين فيقتصر عـلى مورده.

ومن المشاركة في صورة الدعوى فيشترك الحكم.

قوله رحمه الله: «وهل يشترط في ولاية الجـدّ بقاء الأب؟ الأقرب لا».

أقـول: يريد انّه هل يشترط في ثبوت ولاية الجدّ على الصغيرة أو البكر البالغة عند من يجعل عليها ولاية بقاء الأب؟ قال الشيخ: نعم حتى لو مات الأب سقطت ولاية الجدّ عنها[٢]. وهو قول ابن الجنيد[٣]، وأبي الصلاح[٤]، ومحمد بن بـابويه[٥]، وابن البرّاج[٦].

وقال ابن ادريس: لايشترط[٧]، وهـو ظـاهر كـلام المـرتضى[٨]، والمـفيد[٩]، وسلّار[١٠]، حيث أطلقوا ثبوت ولاية الجدّ، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّه كان ولياً

---

(١) راجع تهذيب الأحكام: ب ٢٥ من أحلّ الله نكاحه مـن النسـاء وحـرّم مـنهنّ في... ج ٧ ص ٢٧٢، وسائل الشيعة: ب ٢٤ من أبواب مايحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٦٦.

(٢) النهاية ونكتها: باب من يتولّى العقد على النساء ص ٢١٢.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح المطلب الثالث في الأولياء ص ٥٣٥ س ٢١.

(٤) الكافي في الفقه: كتاب النكاح الضرب الأوّل من الأحكام ص ٢٩٢.

(٥) من لايحضره الفقيه: باب الولي والشهود ذيل الحديث ٤٣٩٣ ج ٣ ص ٣٩٥.

(٦) المهذّب: كتاب النكاح باب من يجوز له العقد ص ١٩٥.

(٧) السرائر: كتاب النكاح باب من يتولّى العقد ج ٢ ص ٥٦١.

(٨) الانتصار: مسائل النكاح ص ١٢١ و ١٢٢.

(٩) المقنعة: كتاب النكاح باب عقد المرأة على نفسها وأولياء الصبية ص ٥١١.

(١٠) المراسم: كتاب النكاح ذكر شرائط الأنكحة ص ١٤٨.

قبل موت الأب فكذا بعده، عملاً بالاستصحاب. ولأنّه الوالي عليها في المال بالأصالة وكذا في النكاح. ولأنّ ولاية الجدّ أقوى، فلا تزول بموت الأضعف.

امّا الأُولى: فللاتفاق. ولأنّ الشيخ قال في آخر كتاب الصداق من المبسوط: لو اختار الأب زوجاً والجدّ آخر قدّم اختيار الجدّ[1]. محتجّاً بما رواه عبيد بن زرارة في الموثّق قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن يزوّجها من رجل ويريد جدّها تزويجها من رجل، فقال: الجدّ أولى بذلك.

وأمّا الثانية: فظاهرة.

قوله رحمه الله: «ولو كان الجدّ مسلماً تعيّنت ولايته على الكافر والمسلم دون الأب الكافر وبالعكس».

أقول: اذا قيل: كيف يتقدّر كون الولد المولّى عليه كافراً مع اسلام أبيه؟ فجوابه: أمّا على مذهب الشيخ رحمه الله ـ بثبوت الولاية في النكاح على البالغة الرشيدة اذا كانت بكراً[2] ـ فظاهر؛ لاحتمالّ تجدّد إسلام الأب دونها ودون جدّها بعد بلوغها، ولاتتبعه في الاسلام، وكذا الجدّ، فتثبت الولاية عليها للمسلم من أبيها أوجدّها دون الكافر منهما.

وأمّا على قول المصنّف فلاحتمال تجدّد جنون الولد بعد بلوغه على الكفر، ثمّ يتجدّد بعد ذلك إسلام أبيه أو جدّه. وعلى تقدير كون المولّى عليه صغيراً لو كان أبواه

---

(١) لم نعثر عليه في آخر كتاب الصداق ووجدناه في أوائل كتاب النكاح: فصل في ذكر أولياء المرأة والمماليك ج ٤ ص ١٧٦.

(٢) المبسوط: كتاب النكاح فصل في ذكر أولياء المرأة ج ٤ ص ١٦٢.

وجدّه كفاراً وأسلم الجدّ دون الأب أو بالعكس ثبتت ولاية المسلم منهما على الصغير، سواء كان بحكم المسلم لإسلام أبيه دون جدّه، أو كافراً على تقدير بقاء أبويه على الكفر وأسلم الجدّ إن قلنا: لايتبع الجدّ في الاسلام مع بقاء أبويه على الكفر.

قوله رحمه الله: « ولو تزوّج بغير إذن الولي فسد، فإن وطأ وجب مهر المثل على إشكال».

أقول: يريد انّ السفيه اذا تزوّج بغير إذن فسد العقد، فاذا وطأ ففي وجوب مهر المثال إشكال.

ينشأ من انّه باستيفاء منفعة البضع جرى مجرى الإتلاف، فكان ضامناً لقيمة ما أتلفه، وهو هنا مهر أمثالها.

ومن حيث إنّ الإتلاف بحكم معاوضة اختيارية بعد الحجر فلا يلزمه العوض، كثمن المبيع بعد الحجر اذا تلف في يده فانّه يكون ضائعاً.

وكذا الإشكال لو أذن له في مطلق النكاح فتزوّج بشريفة يستغرق مهر مثلها ماله، فانّه لو وطأها احتمل وجوب مهر المثل؛ لأنّه كالأرش.

ومن كون المقتضي للمنع من نكاحها هو المقتضي[1] من لزوم مهر المثل، فلو أوجبناه لكان كالمناقضة.

واعلم انّ لأصحابنا في هذه المسألة خلافاً، فقال الشيخ في الخلاف: لو تزوّج المولّى عليه لسفهٍ أو صغرٍ بغير إذن وليه كان النكاح باطلاً بلا خلاف، فإن دخل بها لم يلزمه المهر؛ لأصالة البراءة[2].

---

(١) في ج: «التفصّي».

(٢) الخلاف: كتاب الصداق المسألة ١٤ ج ٤ ص ٣٧٣.

وقال في المبسوط: لو تزوّج المولّى عليه بغير إذن وليه ـ كالمحجور عليه لسفهٍ أو المراهق بصغرٍ أو جنونٍ ـ فالنكاح باطل، فإن كان قبل الدخول فلا شيء لها عليه، وإن كان بعد الدخول فعليه مهر مثلها. وقال قوم: لاشيء لها عليه؛ لأنّها رضيت بتسليم نفسها فقد أتلفت بضعها على نفسها. ثمّ قال: وهذا قوي[1].

وقال ابن البرّاج: اذا تزوّج المولّى عليه المحجور عليه ـ لسفهٍ أو جنونٍ أو مراهق بمهر ـ كان النكاح باطلاً، فإن كان قبل الدخول فلا شيء عليه، وإن كان بعد الدخول وكانت عالمة بحاله لم يكن لها عليه شيء، وإن لم تكن عالمة بحاله كان لها عليه مهر المثل[2].

واستحسن المصنّف في المختلف هذا التفصيل، وزاد فيه تفصيلاً آخر، وهو جهلها بالحكم أيضاً[3].

قوله رحمه الله: «ولو لم يأذن له الولي مع الحاجة أذن له السلطان، فإن تعذّر ففي صحّة استقلاله نظر».

أقول: منشأ النظر ما ذكره الشيخ في المبسوط فقال: ومتى احتاج الى النكاح وطالب الولي بذلك فامتنع من تزويجه فتزوّج لنفسه هل يصحّ العقد أم لا؟ فيه وجهان، أحدهما: لايصحّ؛ لأنّه نكاح محجور عليه بغير إذن وليّه، فأشبه ما اذا لم يمنعه. والثاني: يصحّ؛ لأنّ الحقّ قد تعيّن له، فاذا تعذّر عليه أن يستوفيه بغيره جاز أن

---

(١) المبسوط: كتاب الصداق ج ٤ ص ٢٩٣.

(٢) المهذّب: كتاب النكاح في تزويج المحجور عليه ج ٢ ص ٢١٠.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الثالث في الصداق ص ٥٤٩ س ٢٣.

يستوفيه بنفسه، كمن له حقّ على غيره فمنعه وتعذّر عليه أن يصل إليه فـانّ له أن يستوفيه بنفسه. قال: وهو الأقوى[١].

قوله رحمه الله: «وأمة المرأة تـزوّجها سـيدتها ولا يحلّ نكاحها من غير إذنهـا، سـواء المـتعة والدائم على رأي».

أقـول: هذا قول المفيد[٢]،وابن ادريس[٣]. خلافاً للشيخ في النهاية حيث قال فيها: فإن كانت الأمة لامرأة جاز التمتّع بها من غير إذنها، والأفضل أن لايتمتّع بها إلّا بإذنها[٤].

قوله رحمه الله: «والأقرب استقلال المـعتقة في المرض بالتزويج».

أقـول: وجه القرب أنّ المالك بعتقها قد رفـع الحـجر عـنها، وسـلّطها عـلى التصرّف في نفسها بما شاءت.

قوله رحمه الله: «لا ولاية عـلى البـالغة الحـرّة الرشيدة وإن كانت بكراً على الأصحّ في المنقطع والدائم».

---

(١) المبسوط: كتاب النكاح فصل في ذكر أولياء المرأة ج ٤ ص ١٦٦.

(٢) لم نعثر عليه في المقنعة ونقله عنه في السرائر: كتاب النكاح بـاب النكـاح المـؤجّل... ج ٢ ص ٦٢٢.

(٣) السرائر: كتاب النكاح باب عقد على الإماء... ج ٢ ص ٥٩٥.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب المتعة وأحكامها ج ٢ ص ٣٧٦ ـ ٣٧٧.

أقول: هذا قول السيد المرتضى[١]، وابن الجنيد[٢]، وسلّار[٣]، وأحد قولَي المفيد ذكره في أحكام النساء[٤].

وقال في المقنعة: وذوات الآباء من الأبكار ينبغي لهنّ أن لا يعقدن إلّا بإذن آبائهنّ، وإن عقد الأب على البكر البالغ بغير إذنها أخطأ السنّة ولم يكن لها خلافه، فإن أنكرت عقده ولم ترض لم يكن للأب إكراهها، ولم يمض العقد مع كراهتها[٥].

وقال الشيخ في النهاية: الولاية لأبيها دونها[٦]. وهو مذهب ابن أبي عقيل[٧]، ومحمد بن بابويه[٨]، وابن البرّاج[٩].

وقال أبو الصلاح: الولاية مشتركة بينها وبين أبيها وجدّها، فليس لها الانفراد بالعقد من دون إذن أحدهما، وليس لأحدهما الانفراد به من دون اذنها[١٠].

والأوّل أصحّ عند المصنّف، لقوله تعالى: ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾[١١] أضاف النكاح إليها، وهو شامل للمدخول بها وغيرها.

---

(١) الانتصار: مسائل النكاح ص ١١٩.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح المطلب الثالث في الأولياء ص ٥٣٤ س ٣٤.

(٣) المراسم: كتاب النكاح ذكر شرائط الأنكحة ص ١٤٨.

(٤) أحكام النساء «مصنّفات الشيخ المفيد»: باب أحكام النساء في النكاح ج ٩ ص ٣٦.

(٥) المقنعة: كتاب النكاح باب عقد المرأة على نفسها ص ٥١٠.

(٦) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب من يتولّى العقد على النساء ج ٢ ص ٣١٠.

(٧) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح المطلب الثالث في الأولياء ص ٥٣٤ س ٣٩.

(٨) من لايحضره الفقيه: باب الولي والشهود ذيل الحديث ٤٣٩٣ ج ٣ ص ٣٩٥.

(٩) المهذّب: كتاب النكاح باب في ذكر من يجوز له العقد ج ٢ ص ١٩٣.

(١٠) الكافي في الفقه: كتاب النكاح الضرب الأوّل من الأحكام ص ٢٩٢.

(١١) البقرة: ٢٣٠.

ولما رواه الفضيل بن يسار ومحمد بن مسلم وزرارة ويزيد بن معاوية في الحسن، عن الباقر عليه السلام قال: المرأة التي ملكت نفسها غير السفيه ولا المولّى عليها أنّ تزويجها بغير وليّ جائز[١].

ولرواية منصور بن حازم في الصحيح، عن الصادق عليه السلام قال: تستأمر البكر وغيرها ولاتنكح إلّا بأمرها[٢].

ولزوال ولاية المال تزول ولاية النكاح، لكونهما منوطين بالبلوغ والرشد.

قوله رحمه الله: «وفي الكتابية خلاف أقربه جواز المتعة خاصّة».

أقول: يريد انّه هل يجوز للمؤمن أن يتزوّج بالكتابية؟ فيه خلاف، والأقرب عنده جواز نكاح المتعة دون الدائم. وسيأتي ذكر الخلاف في هذه المسألة مستوفى، ووجه القرب في الفصل الثالث من المقصد الثالث في التحريم غير المؤبّد إن شاء الله تعالى.

قوله رحمه الله: «وهل التمكّن من النفقة شرط؟ قيل: نعم، والأقرب العدم».

أقول: هذا قول الشيخ في كتابَي المبسوط[٣] والخلاف[٤] فانّه قال فيهما:

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣٢ عقد المرأة على نفسها ح ١ ج ٧ ص ٣٧٧، وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ١ ج ١٤ ص ٢٠١.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٣٢ عقد المرأة على نفسها ح ١١ ج ٧ ص ٣٨٠، وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ١٠ ج ١٤ ص ٢٠٣.

(٣) المبسوط: كتاب النكاح فصل في ذكر أولياء المرأة ج ٤ ص ١٧٨.

(٤) الخلاف: كتاب النكاح باب عدم احتياج النكاح بالشهود المسألة ٣٢ ج ٤ ص ٢٧٤.

الكفاءة معتبرة في النكاح، وهي عندنا شيئان: الايمان وإمكان القيام بالنفقة واليسار، والمراعى ما يمكنه القيام بمؤونة المرأة وكفايتها، لا أكثر من ذلك.

وباقي الأصحاب لم يوافق الشيخ في اشتراط التمكّن من النفقة، فانّ ابن الجنيد قال: والاسلام جامع، وأهلوه أحقّ بتكافؤ دمائهم، إلّا لمن حرمت عليهم الصدقة فضلاً على غيرهم، فوجب أن لا يتزوّج فيهم إلّا منهم، لئلّا يستحلّ الصدقة من حرمت عليهم اذا كان الولد منسوباً الى من تحلّ له الصدقة[١].

والمفيد جعل الكفاءة هي الاسلام والحرية فقال: والمسلمون الأحرار يتكافأون بالاسلام والحرّية في النكاح[٢]، وكذا قال ابن البرّاج[٣].

وقال ابن حمزة: الكفاءة معتبرة في النكاح، وهي الإيمان[٤].

وقال ابن ادريس: الكفاءة هي الإيمان واليسار، ثمّ قال: الأولى أن يقال: إنّ اليسار ليس شرطاً في صحّة العقد، وانّما للمرأة الخيار اذا لم يكن موسراً بنفقتها، ولا يكون العقد باطلاً[٥].

والأقرب عند المصنّف عدم كون التمكّن من النفقة شرطاً، وإلّا لما صحّ العقد مع عدم علم المرأة بفقره، وهو باطل إجماعاً. ولأنّ الأصل صحّة العقد.

ولما رواه محمد بن يعقوب مرسلاً، عن الصادق عليه السلام قال: إنّ الله تعالى لم يترك شيئاً ممّا يحتاج إليه إلّا وعلّمه نبيّه صلّى الله عليه وآله، وكان من تعليمه إيّاه أن

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل السابع ص ٥٧٦ س ٦.

(٢) المقنعة: كتاب النكاح باب الكفاءة في النكاح ص ٥١٢.

(٣) المهذّب: كتاب النكاح باب ذكر الكفاءة في النكاح ج ٢ ص ١٧٩.

(٤) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان مقدّمة البحث ص ٢٩٠.

(٥) السرائر: كتاب النكاح باب الكفاءة في النكاح ج ٢ ص ٥٥٧.

صعد المنبر ذات يوم فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: أيّها الناس انّ جبرئيل أتاني عن اللطيف الخبير فقال: إنّ الأبكار بمنزلة الثمر على الشجر، أذا أدرك ثمارها فلم يُجتنىٰ أفسدته الشمس ونثرته الرياح، وكذلك الأبكار اذا أدركن ما تدرك النساء، وليس لهنّ إلّا البعولة، وإلّا لم يؤمن عليهنّ الفساد؛ لأنّهنّ بشر. قال: فقام إليه رجل فقال: يا رسول الله فمن نزوّج؟ قال: الأكفاء، قال: يا رسول الله مَن الأكفاء؟ فقال: المؤمنون بعضهم أكفاء بعض، المؤمنون بعضهم أكفاء بعض[١].

قوله رحمه الله: «ولو تجدّد عجزه فالأقرب عدم التسلّط على الفسخ».

أقول: نقل ابن ادريس عن بعض علمائنا انّ للحاكم أن يبيّنها منه، واختار هو الصبر[٢]. وهو الأقرب عند المصنّف، لقوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنَظِرةٌ الى ميسرة﴾[٣] ولأنّ العقد قد وجد ولزم ولم توجد الكفاءة حال العقد، فلا تزول بالعجز العارض، عملاً بأصالة البقاء.

قوله رحمه الله: «ولو انتسب الى قبيلة فبان من غيرها فالأقرب انتفاء الفسخ».

أقول: خالف الشيخ في ذلك فقال في النهاية: واذا سمّى الرجل الى قبيلة

---

(١) الكافي: باب ما يستحبّ من تزويج النساء عند بلوغهن ح ٢ ج ٥ ص ٣٣٧، وسائل الشيعة: ب ٢٢ من أبواب مقدّماته وآدابه ح ٢ ج ١٤ ص ٣٩.

(٢) السرائر: كتاب النكاح باب المهور وماينعقد به النكاح ج ٢ ص ٥٩٢.

(٣) البقرة: ٢٨٠.

وتزوّج فوجد على خلاف ذلك بطل التزويج[١]. وهو مذهب ابن الجنيد[٢]، وابن حمزة[٣]، وجعل ابن البرّاج ذلك رواية[٤].

وقال ابن ادريس: ليس لها الفسخ[٥]. وهو الأقرب عند المصنّف، عملاً بأصالة صحّة العقد ولزومه.

قوله رحمه الله: «وكذا كلّ من عليه ولاية على النكاح إلّا الأمة، فانّ لها الخيار بعد العتق، وإن زوّجها الأب على إشكال».

أقول: يريد انّ كلّ من له ولاية في النكاح على غيره اذا زوّج المولّى عليه ثمّ زالت الولاية عنه لم يكن له فسخ النكاح الصادر من وليّه، إلّا الأمة اذا زوّجها مولاها ثمّ أعتقت فانّ لها الخيار بعد عتقها.

امّا لو كانت صغيرة حال العقد وزوّجها أبوها بإذن مولاها ثمّ بلغت وأُعتقت فهل لها الخيار؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّ المتجدّد ـ وهو الحرّية ـ انّما يرفع ولاية الملك، وليست رافعةً لولاية الأب، فلا يكون لها فسخ العقد الصادر من أبيها.

ومن عموم الدليل الدالّ على ثبوت الخيار لها بعد العتق المتناول لصورة النزاع.

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب التدليس في النكاح ج ٢ ص ٣٧٢.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الرابع في العيوب ص ٥٥٥ س ٢٤.

(٣) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان العيب المؤثر ص ٣١١.

(٤) المهذب: كتاب النكاح باب التدليس في النكاح ج ٢ ص ٢٣٩.

(٥) السرائر: كتاب النكاح باب العيوب والتدليس ج ٢ ص ٦١١ ـ ٦١٢.

قوله رحمه الله: «ولكلّ من الأب والجدّ له تولّي طرفي العقد وكذا غيرهما على الأقوى إلّا الوكيل فانّه لايزوّجها من نفسه إلّا اذا أذنت له فيصحّ على رأي».

أقول: في هذا الكلام مسألتان:

الأُولى: الأقوى عند المصنّف انّه كما يجوز للأب والجدّ تولّي طرفَي العقد كذا يجوز لغيرهما، كما لو كان وكيلاً عن الزوج والزوجة. ووجه القوّة انّ الأصل صحّة العقد، ولقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾[1] وهذا عقد فوجب الوفاء به.

الثانية: اذا كان وكيلاً لها وكالة عامّة لم يجز له أن يزوّجها من نفسه من دون إذنها فيه، امّا لو أذنت له في تزويجها من نفسه فهل يصحّ أم لا؟ جوّزه المصنّف، وهو قول ابن سعيد[2].

ونقل في الشرائع عن بعض علمائنا المنع من ذلك فقال فيه: ولو وكّلته في تزويجها منه قيل: لايصحّ؛ لرواية عمّار، ولأنّه يلزم أن يكون موجباً قابلاً، والجواز أشبه[3]. ووجه الجواز ما تقدّم.

واحتجّ المانع بما رواه عمّار الساباطي قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة تكون في أهل بيت فتكره أن يعلم بها أهل بيتها أيحلّ لها أن توكّل رجلاً يريد أن يتزوّجها تقول له: قد وكّلتك فاشهد على تزويجي؟ قال: لا، قلت: جعلت فداك

---

(١) المائدة: ١.

(٢) شرائع الاسلام: الفصل الثالث في أولياء العقد ج ٢ ص ٢٧٧.

(٣) المصدر السابق.

وإن كانت أيّماً؟ قال: وإن كانت أيّماً، قلت: فإن وكّلت غيره يزوّجها منه؟ قال: نعم[١].

وبأنّه يلزم أن يكون موجباً قابلاً وأجاب المصنّف عن الرواية في المختلف: بأنّه ضعيفة، وعن الثاني: بأنّه لا امتناع من كونه موجباً قابلاً[٢].

وأقول أيضاً: لو صحّت الرواية لم تكن فيها دلالة على مطلوب المانع؛ لأنّ السؤال وقع عن امرأة تقول: وكّلتك فاشهد على تزويجي، وليس في ذلك دلالة على أنّه أوقع العقد، ولا ريب انّه لو أشهد على تزويجها من غير سبق عقد لم يكن الإشهاد وحده مبيحاً ولا كافياً في ثبوت النكاح.

قوله رحمه الله: «ولو زوّج الوليّ بدون مهر المثل فالأقرب انّ لها الاعتراض».

أقول: وجه القرب انّه عقد معاوضة، فكما انّه لايجوز للولي أن يعاوض على متاعها بدون قيمته ـ ولو فعل كان لها الاعتراض وفسخ تلك المعاوضة ـ فكذا اذا زوّجها بدون مهر أمثالها.

قوله رحمه الله: «ولو زوّج الفضولي وقف على الإجازة من المعقود عليه إن كان حرّاً رشيداً، أو من وليّه إن لم يكن، ولا يقع العقد باطلاً في أصله على رأي».

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣٢ ح ٥ ج ٧ ص ٣٧٨، وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب عقد النكاح ح ٤ ج ١٤ ص ٢١٧.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب النكاح المطلب الثالث في الأولياء ص ٥٤١ س ١٣.

أقـول: المشهور بين الأصحاب انّ عقد النكاح يقف عَلى الإجـازة ولايـقع باطلاً في أصله، ذهب الى ذلك السيد[١]، والمفيد[٢]، وابن أبي عقيل[٣]، وابن الجنيد[٤]، وسلّار[٥]، وأبوالصلاح[٦]، وابن البرّاج[٧]، وابن ادريس[٨]، وهو أحد قولَي الشيخ ذكره في النهاية[٩]، والقول الآخر: انّه لايقف على الإجازة ذكره في الخلاف[١٠].

قوله رحمه الله: «فإن مات بعد الإجازة وقبل اليمين فإشكال».

أقـول: يريد انّه اذا زوّج الفضولي الصغيرين فبلغ أحدهما وأجاز ثمّ مـات عزل من تركته نصيب الآخر، فاذا بلغ وفسخ العقد ردّ المعزول على ورثة المـيّت وكان العقد باطلاً، وإن أجاز أحلف على انّه لم يدعه الى الإجازة الرغبة في الميراث وأُعطي النصيب، فإن مات بعد إجازته وقبل اليمين ففيه إشكال.

ينشأ من انّ عقد الفضولي موقوف على الإجازة وقد حـصلت مـنهما فـيحكم

---

(١) الانتصار: مسائل النكاح ص ١٢١.

(٢) المقنعة: كتاب النكاح باب عقد المرأة على نفسها ص ٥١٠.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح المطلب الثالث في الأولياء ص ٥٣٥ السطر الأخير.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح المطلب الثالث في الأولياء ص ٥٣٦ س ١.

(٥) المراسم: كتاب النكاح ذكر شرائط الأنكحة ص ١٤٨.

(٦) الكافي في الفقه: الضرب الأوّل من الأحكام ص ٢٩٢.

(٧) المهذّب: كتاب النكاح باب في ذكر من يجوز له العقد ج ٢ ص ١٩٥.

(٨) السرائر: كتاب النكاح باب من يتولى العقد على النساء ج ٢ ص ٥٦٣.

(٩) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب من يتولّى العقد على النساء ج ٢ ص ٣١٠.

(١٠) الخلاف: كتاب النكاح المسألة ٣٧ ج ٤ ص ٢٧٨.

بصحّة العقد، وثبوت الميراث تابع للعقد الصحيح.

ومن أنّ النصّ[١] تضمّن تعلّق الميراث على مجموع الإجازة واليمين ولم يحصل، ولأنّ استحقاق ورثة الثاني شيئاً من تركة الأوّل على خلاف الأصل.

قوله رحمه الله: «ولو نكل ففي المهر وإرثه منه إشكال».

أقول: يريد انّه لو ماتت الزوجة بعد بلوغها واجازتها فبلغ الزوج وأجاز وعرضت عليه اليمين فنكل عنها فهل يلزمه المهر أم لا؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّ ثبوت المهر موقوف على لزوم[٢] النكاح الموقوف على اليمين ولم يحصل.

ومن اعترافه بلزوم العقد المستلزم لثبوت المهر في ذمّته فيقضى عليه به.

وعلى تقدير الحكم بلزوم المهر هل يرث منه أم لا؟ فيه إشكال أيضاً.

ينشأ من توقّف إرثه على اليمين، ولهذا لا يرث من باقي تركتها قطعاً.

ومن التنافي بين الحكم بلزوم المهر وعدم إرثه منه، وذلك لأنّ العقد في نفس الأمر امّا صحيح أو باطل، فإن كان صحيحاً لزمه المهر وورث، وإن كان باطلاً فلا مهر لها ولا ميراث، والحكم بلزوم المهر وعدم إرثه منه ممّا لا يجتمعان. وبعبارة أُخرى وهو: انّ العقد إن كان صحيحاً كان له الحصّة من المهر وغيره، وإن كان باطلاً لم يلزمه المهر وكان بأجمعه باقياً على ملكه، فلكه لمقدار الحصّة من المهر

---

(١) راجع تهذيب الأحكام: ب ٣٢ عقد المرأة... ح ٣١ ج ٧ ص ٣٨٨، وسائل الشيعة: ب ٥٨ من أبواب المهور ج ١٥ ص ٧١.

(٢) ش: «ثبوت».

مقطوع به على كلّ واحد من التقديرين.

قوله رحمه الله: «وفي انسحاب الحكم في البالغين اذا زوّجهما الفضولي إشكال، أقربه البطلان».

أقول: ينشأ من الاشتراك في المقتضي أعني: صدور كلّ واحد من العقدين من الفضولي ثمّ يعقبه اجازة أحدهما قبل موته وبعد بلوغه، والآخر بعد موت صاحبه فيشتركان في الحكم.

ومن اختصاص النقل بالصغيرين فلا يتعدّى الحكم الى غيرهما.

والأقرب عند المصنّف الحكم ببطلان النكاح؛ لأنّ اجازة الثاني انّما صدرت بعد فوات محل النكاح بالموت.

قوله رحمه الله: «ولو تولّى الفضولي أحد طرفي العقد ثبت في حق المباشر تحريم المصاهرة، فان كان زوجاً حرم عليه الخامسة والأُخت والبنت والأُم، إلاّ اذا فسخت في الأُم على إشكال».

أقول: يريد انّه لو كان العاقد فضولياً عن الزوجة وباشر الزوج العقد لزم العقد من طرف الزوج، وكان للزوج فسخ العقد فقبل الفسخ ليس للزوج أن يتزوّج بخامسة لو كانت المعقود عليها رابعة، وإلاّ لكان قد جمع بين خمس زوجات في حالة واحدة وهو حرام اتفاقاً، ولا بأُخت الزوجة، وإلاّ لكان جامعاً بين الأُختين، ولا بأُمّ الزوجة ولا بنتها، وإلاّ لكان جامعاً بين الأُمّ والبنت، وكلّ ذلك حرام اتفاقاً.

امّا بعد فسخ الزوجة المعقود عليها بعقد الفضولي فانّ ذلك جائز؛ لانتفاء المانع؛ إلّا اذا كان المعقود عليها هي البنت، فانّ في جواز أن يعقد على أُمّها إشكالاً.

ينشأ من انّ الأُمّ تحرم بنفس العقد على بنتها وقد حصل بالنسبة إليه، ولهذا لو أجازت لم يكن لها فسخه فتلزمه أحكامه.

ومن انّ العقد انّما يتمّ من الطرفين، فاذا لم تجز المرأة العقد عليها وفسخه جرى مجرى عدمه، فلا ينشر التحريم الى الأُمّ.

قوله رحمه الله: «وفي الطلاق نظر لترتّبه على عقد لازم، فلا يبيح المصاهرة».

أقول: يريد انّه لو طلّق الزوج المباشر للعقد الزوجة المشار إليها قبل فسخها هل يكون هذا الطلاق مبيحاً للمصاهرة، بمعنى انّه يجوز له أن يعقد على أُختها أو بنتها؟ فيه نظر.

ينشأ من انّ الطلاق هو رفع قيد النكاح، وقبل الإجازة لايعلم ثبوته، فهو إذن مترتّب على العقد اللازم وهو منتفٍ، فانّ للزوجة رفعه بالفسخ.

ومن انّ عند الطلاق نعلم انتفاء النكاح قطعاً؛ لأنّه إن تعقّبه الفسخ لم يكن لذلك العقد حكم، وإن تعقّبته الإجازة تبيّنا لزوم العقد وارتفاعه بالطلاق. وعلى كلا التقديرين تستبيح المصاهرة.

قوله رحمه الله: «ولو أذن المولى لعبده في النكاح صحّ، فإن عيّن المهر وإلّا انصرف الى مهر المثل، فإن زاد على التقديرين فالزائد في ذمّته تتبع به بعد الحرّية والباقي على مولاه، وقيل: في كسبه، وكذا النفقة».

أقــول: القائل بأنّه في كسبه هو الشيخ، فانّه قال في المبسوط: مهر العبد ونفقة زوجته مع إذن السيد له في العقد في كسب العبد اذا كان مكتسباً[١].

قوله رحمه الله: «ولو اتفقا بـطلا ولا مـهر ولا ميراث، وقيل: يحكم بعقد أكبر الأخوين».

أقــول: القائل بذلك هو الشيخ في النهاية، فانّه أطلق القول بما يتناول صورة اتفاق العقدين، وحكم بأنّ عقد الأكبر أولى، فقال فيها: اذا كان لها أخوان فجعلت الأمر إليهما ثمّ عقد كلّ واحد منهما عليها لرجل كان الذي عقد عليها أخوها الأكبر أولى[٢]. ومثله قال ابن البرّاج[٣]، وابن حمزة[٤].

وحكم في المبسوط[٥] والخلاف[٦] ببطلان العقدين اذا علم وقوعهما دفعة، وهو مذهب ابن ادريس[٧].

قوله رحمه الله: «ولو زوّجته الأُمّ فرضي صحّ، وإن ردّ بطل، وقيل: يلزمها المهر ويحـمل عـلى ادّعاء الوكالة».

---

(١) المبسوط: كتاب النكاح ج ٤ ص ١٦٧.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب من يتولّى العقد على النساء ج ٢ ص ٣١٢ ـ ٣١٣.

(٣) المهذّب: باب من يجوز له العقد ج ٢ ص ١٩٥.

(٤) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان من إليه العقد... ص ٣٠٠.

(٥) المبسوط: كتاب النكاح في ذكر أولياء المرأة ج ٤ ص ١٨١.

(٦) الخلاف: كتاب النكاح المسألة ٤٢ ج ٤ ص ٢٨٠.

(٧) السرائر: كتاب النكاح باب من يتولّى العقد على النساء ج ٢ ص ٥٦٧.

أقـول: القائل بلزوم المهر اذا لم يرض الولد بعقدها هو الشيخ في النهاية، فانّه قال فيها: اذا عقدت الاُمّ لابن لها على امرأة كان مخيّراً في قبول العقد والامتناع منه، فإن قبِل لزمه المهر، وإن أبىٰ لزمها هي المهر[١]. وكذا قال ابن البرّاج[٢].

ومنع ابن ادريس من ذلك معتقداً انّ الشيخ قصد انّ الاُمّ زوّجت الاُمّ ولدها الصغير[٣]. وليس في كلام الشيخ دلالة على ذلك.

والشيخ رحمه الله استند في ذلك الى رواية محمد بن مسلم، عن الباقر عليه السلام انّه سأله رجل زوّجته اُمّه وهو غائب، قال: النكاح جائز إن شاء الزوج قبِل وإن شاء ترك، فإن ترك الزوج تزويجه فالمهر لازم لاُمّه[٤].

والمصنّف حمل ذلك على انّ الاُمّ ادّعت الوكالة في ذلك عن ولدها، فلمّا حضر أنكر الوكالة، فتكون ضامنة لتفويتها عوض البضع على الزوجة وغرورها بدعوى الوكالة.

قـوله رحمـه الله: «ولكـلّ وليّ ايـقاع العـقد مباشرةً وتوكيلاً، فإن وكّل عيّن له الزوج، وهل له جعل المشيئة إليه؟ الأقوى ذلك».

أقـول: منع الشيخ في المبسوط من ذلك فقال: واذا صحّ توكيله ـ يعني الولي ـ

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب من يتولّى العقد على النساء ج ٢ ص ٣١٧.

(٢) المهذّب: كتاب النكاح باب في ذكر من يجوز له العقد ج ٢ ص ١٩٦.

(٣) السرائر: كتاب النكاح باب من يتولّى العقد على النساء ج ٢ ص ٥٧٠.

(٤) تهذيب الأحكام: ب ٣١ المهور والأُجور... ح ٨٦ ج ٧ ص ٣٧٦، وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب عقد النكاح ح ٣ ج ١٤ ص ٢١١.

فإن عيّن الزوج صحّ، وإن لم يعيّن بل أطلق وقال: زوّجها من ترى قيل: فيه قولان أحدهما: يصحّ، والثاني: لا يصحّ إلّا مع التعيين، وهو الصحيح[١].

والأقوى عند المصنّف الصحّة، عملاً بالأصل السالم عن معارضة ما يدلّ على البطلان.

قوله رحمه الله: «ولو قال: قبلت فالأقرب الاكتفاء».

أقول: لو قال وكيل الزوجة أو وليّها أو هي لوكيل الزوج أو وليّه: زوّجت من فلان فقال وكيل الزوج أو وليّه: قبلت لفلان صحّ النكاح قطعاً، امّا لو اقتصر على قوله: قبلت فالأقرب عند المصنّف الاكتفاء، لأنّ القبول انّما هو لمّا سبق من الإيجاب ـ وهو تزويج الموكّل أو المولّى عليه ـ فينصرف إليه.

قوله رحمه الله: «ولو نسي السابق بالعقد من الوليّين على اثنين احتمل القرعة، فيؤمر من لم تقع له بالطلاق ثمّ يجدّد لمن وقعت له النكاح، وإجبار كلّ منهما على الطلاق، ويشكل ببطلان الطلاق مع الإجبار، ويحتمل فسخ الحاكم».

أقول: اذا كان لامرأة وليّان أو وكيلان فزوّجها أحدهما من رجل وزوّجها الآخر من غيره فامّا أن يعلم اقتران العقدين، أو يعلم سبق أحدهما على الآخر بعينه، ثمّ لا ينسى السابق أو ينسى، أو يعلم سبق أحدهما لابعينه، أو يجهل

---

(١) المبسوط: كتاب النكاح فصل في ذكر أولياء المرأة ج ٤ ص ١٨٠.

كيفية وقوعها، فالأقسام خمسة:

(أ) أن يعلم اقتران العقدين، والحكم فيه بطلانهما مالم يكن العاقدان عنها الأب أو الجدّ فانّه يصحّ عقد الجدّ على ماسبق.

(ب) علم سبق أحدهما بعينه ولم ينسى، وحكمه ظاهر، وهو صحّة السابق منهما، وهو بطلان المتأخّر.

(ج) علم سبق أحدهما بعينه ثمّ نسي السابق منهما، وهو المبحوث عنه في الكتاب، وقد ذكر المصنّف فيه ثلاثة احتمالات:

الأوّل: القرعة بين الزوجين؛ لأنّه أمر مشكل، إذ لا أولوية لأحدهما على الآخر، ولايجوز تعطيل الزوجة ومنعها عن حقوقها «وكلّ أمرٍ مشكل فيه القرعة» على ما ورد عنهم عليهم السلام[1]. فعلى هذا اذا وقعت القرعة لأحدهما أُمر الآخر بطلاقها، فاذا طلّقها يؤمر من وقعت له القرعة بتجديد النكاح ليحصل اليقين بزوال زوجية المطلّق، وكونها زوجة لمن وقعت له القرعة.

الثاني: إجبار كلّ منهما على الطلاق؛ لأنّ الزوجة لها حقوق على زوجها، يجب عليه امّا القيام بها أو طلاقها، والأوّل لاسبيل لأحدهما عليه، إذ من جملته القسم وهو: أن يبيت الزوج عند زوجته من كلّ أربع ليالٍ ليلة، فكان عليهما طلاقها، فاذا لم يفعلاه أجبرهما الحاكم عليه؛ لأنّه منصوب لاستيفاء الحقوق لأربابها ممّن يمتنع من دفعها الى مستحقّها. وأورد المصنّف على هذا الوجه إشكالاً

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٩٠ البيّنتين يتقابلان أو يترجّح بعضها على بعض ح ٢٤ ج ٦ ص ٢٤٠، وسائل الشيعة: ب ١٣ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ح ١١ ج ١٨ ص ١٨٧، وفيهما: «كلّ مجهول ففيه القرعة».

وهو: انّ الطلاق لايقع مع الإجبار.

الثالث: أن يتسلّط الحاكم على فسخ النكاح، إذ لولاه لأدّى الى تعطيل الزوجة عند عدم الوصلة الى استيفاء حقّها؛ لعدم تعيين المستحقّ عليه، وذلك ضرر عظيم، وهو منفيّ لقوله صلّى الله عليه وآله: «لاضرر ولا إضرار»[١].

واعلم انّ الشيخ ذكر في المبسوط في هذه المسألة خمس مسائل، الأُولى: اذا علم اقتران العقدين في وقت واحد بطلا. الثانية: جهل الأمر كيف وقعا فهما باطلان؛ لأنّه لاسبيل الى معرفة الصحيح منهما. الثالثة: علم انّ أحدهما سبق لكن لايعلم السابق منهما فهما باطلان أيضاً لمثل ذلك، ويفرّق بينهما، فإن كان قبل الدخول فلا كلام، وإن كان بعد دخول أحدهما لحق به الولد وعليه مهر المثل، وإن وطآها فعلى كلّ منهما مهرالمثل، ويقرع في الولد عندنا، وعند بعضهم يعرض على القافة. الرابعة: علم سبق أحدهما لكنه نسي أوقف النكاح حتى يستبين الأمر؛ لأنّ الإشكال يرجى زواله. الخامسة: علم عين السابق ولم يثبت السابق منهما فالأوّل صحيح والثاني باطل، دخل بها الثاني أو لم يدخل، وفيه خلاف، وروى أصحابنا انّه إن كان قد دخل بها كان العقد له. والأوّل أحوط[٢].

وأقول: كلا القولين غير مستقيم، امّا ما ذكره المصنّف من الأحكام فالوجه انّ ذلك انّما يتأتّى على تقدير العلم بسبق أحدهما لا بعينه، امّا على تقدير النسيان السابق من العقدين فالوجه الإيقاف لرجاء الذكر[٣] كما ذكره الشيخ، وامّا ما ذكره

---

(١) من لايحضره الفقيه: باب ميراث أهل الملل ح ٥٧١٨ ج ٤ ص ٣٣٤.

(٢) المبسوط: كتاب النكاح باب في ذكر أولياء المرأة ص ١٨١ ـ ١٨٢.

(٣) في ج: «لو جاء التذكّر».

الشيخ فلأنّه حكم بالبطلان في المسائل الثلاث: أعني العلم باقتران العقدين، أو سبق أحدهما لا بعينه، أو جهل وقوعهما المحتمل للاقتران ويقدّم أحدهما.

والحقّ انّ البطلان انّما هو في الصورة الأُولى لاغير، أمّا في الأخيرتين فالحقّ ما تقدّم من الاحتمالات، خصوصاً في المسألة الثالثة ـ أعني أن يعلم سبق أحدهما لا بعينه ـ فانّه كيف يفرّق بينهما من غير طلاق ولا فسخ من الحاكم ولا من الزوجة وعليها لأحدهما عقد صحيح؟ وكيف يحلّ للأزواج من غير ما تقتضي البينونة؟

قوله رحمه الله: «ولو اختارت نكاح أحدهما فالأقرب انّه يجدّد نكاحه بعد فسخ الآخر».

أقول: لو قلنا: إنّ للحاكم أن يفسخ نكاحهما ففسخ نكاح أحدهما فاختارت نكاح الآخر فالأقرب انّه لايكفي ذلك في الحكم بثبوت الزوجية بينهما، وافتقر ذلك الى تجديد النكاح؛ لاحتمال كون نكاح من اختارته متأخّراً، فيكون عقده في نفس الأمر فاسداً، فلا يستبيح نكاحها بمجرّد إرادتها من دون عقد صحيح.

قوله رحمه الله: «وعليها النفقة الى حين الطلاق على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّ النفقة مشروطة بالتمكين التامّ، وهو غير ممكن للحصول هنا.

ومن حصول التمكين من طرفها للزوج، وهو أحدهما في الجملة وكانت النفقة على أحدهما، ولمّا لم يتعيّن أحدهما بعينه وانحصر الوجوب فيهما وجبت عليهما؛ لعدم الترجيح.

وأقـول: احتمال وجوب النفقة انّما هو على تقدير العلم بسبق أحدهما، امّا على تقدير الجهل بكيفية وقوع العقد من اقترانٍ أو سبقٍ فالأولى عدم وجوب النـفقة؛ لعدم القطع بثبوت الزوجية لأحدهما بعينه أو لابعينه استناداً الى البراءة الأصلية.

قوله رحمه الله: «ولو امتنعا من الطلاق احتمل حبسهما عليه وفسخ الحاكم أو المرأة».

أقـول: اذا امتنعا من الإنفاق عليها ومن طلاقها احتمل حبسهما عليه أو فسخ الحاكم لنكاحهما، كما لو امتنع من عليه الحقّ من أدائه فانّ الحاكم يتخيّر بين حبسه عليه ليوفي حقّه، أو يستوفي من أمواله العوض عن الحقّ ببيع، أو غيره ليوفي ما في ذمتّه فكذا هنا.

ويحتمل أيضاً تسلّط المرأة على الفسخ؛ لأنّه أبلغ من العيوب الموجبة للردّ؛ لأنّ كلّ واحد منهما انّما يفوت معه بعض حقوقها، وهذا يوجب فـوات الجـميع، فـاذا تسلّطت على الفسخ بما يقتضي فوات بعض حقوقها فتسلّطها بمـا يـقتضي فـوات الجميع أولى.

قوله رحمه الله: «وعلى كلّ تقدير فـي ثـبوت نصف المهر إشكال، ينشأ من انّـه طـلاق قـبل الدخول، ومن ايقاعه بـالإجبار فـأشبه فسـخ العيب».

أقـول: قد ذكر المصنّف رحمه الله وجه الإشكال، لكن في قوله: «وعلى كـلّ تقدير» تسامح، بل الإشكال مخصوص بتقدير واحد وهو: لو قلنا: بإجبارهما على الطلاق فأُجبرا عليه قبل الدخول؛ لأنّ تعليل المصنّف بقوله: «ينشأ من انّه طلاق

قبل الدخول، ومن وقوعه بالإجبار» يدلّ على ذلك، فانّ من جملة التقادير طلاقها باختيارهما، أو طلاق أحدهما باختياره وفسخ الحاكم، أو فسخ الزوجة، وكلّ ذلك لايتأتّى فيه الإشكال المذكور الذي جعل منشأه كونه طلاقاً بالإجبار وطلاقاً قبل الدخول.

وفي قول المصنّف أيضاً: «ففي ثبوت نصف مهر المثل إشكال» نظر أيضاً من وجهٍ آخر، وذلك لأنّه اذا وجب نصف المهر اقتضى أن يلزمهما نصف المسمّى، فإن تساوى المهران فذلك، وإلّا احتمل نصف كلّ منهما.

قوله رحمه الله: «ولو اعترفت لهما دفعة احتمل الحكم بفساد العقدين، والأقرب مطالبتها بجواب مسموع؛ لأنّها أجابت بسبق كلّ منهما، وهو محال».

أقول: يريد لو اعترفت بسبق كلّ واحد منهما لصاحبه دفعة واحدة احتمل الحكم بفساد العقدين؛ لأنّه جارٍ مجرى وقوعهما دفعة من حيث إنّها لم تخصّ أحدهما بالسبق، بل ساوت بينهما، فاعترفت لأحدهما بمثل ما اعترفت للآخر.

والأقرب مطالبتها بجواب مسموع؛ لأنّها قد توجّهت عليها دعوى صحيحة مسموعة لكلّ واحد منهما، فكان عليها أن تجيب بجواب مسموع، وهو امّا الإنكار أو الإقرار بما يمكن، وهاهنا اعترفت لكلّ منهما بما يستحيل وقوعه، إذ سبق المسبوق في حالة واحدة محال فيطالبها الحاكم بغيره ممّا يمكن.

قوله رحمه الله: «ولو اعترفت لأحدهما ثبت نكاحه على إشكال، ينشأ من كون الخصم هو الزوج الآخر».

أقول: ومن حيث تصديق المدّعي فيما ادّعاه عليها، فيثبت[1] كما لو ادّعى اثنان عيناً في يد ثالث فصدّق أحدهما فانّه يحكم بالعين للمقرّ له.

قوله رحمه الله: «وهل يحلف للآخر؟ فيه إشكال، ينشأ من وجوب غرمها لمهر المثل للثاني لو اعترفت له وعدمه».

أقول: لو قلنا: إنّها لو أقرّت للآخر بعد إقرارها للأوّل تغرم للثاني مهر المثل؛ لتفويتها البضع توجّهت عليها اليمين للثاني. وإن قلنا: بعدم غرمها فلا يمين عليها؛ لعدم الفائدة، وهو ظاهر.

قوله رحمه الله: «وكذا لو ادّعى زوجيّتها اثنان فاعترفت لأحدهما ثمّ اعترفت للآخر».

أقول: يريد وكذا الإشكال في غرمها للمهر لو ادّعى زوجيّتها اثنان فاعترفت لأحدهما ثمّ اعترفت للآخر، فانّ حكمها كالأوّل في أنّ الإشكال فيها في موضعين أحدهما: هل يثبت نكاح الأوّل بتصديقها أم لا؟ والآخر: هل تغرم للثاني مهر المثل أم لا؟ ووجه الإشكال ما تقدّم.

قوله رحمه الله: «فإن أوجبنا اليمين حلفت على نفي العلم، فإن نكلت حلف الآخر، فإن قلنا: اليمين المردودة مع اليمين كالبيّنة انتزعت من

---

(١) في ج: «فبقيت».

الأوّل للثاني؛ لأنّ البيّنة أقوى من إقرارها، وإن جعلنا إقراراً ثبت نكاح الأوّل وغرمت للثاني على إشكال».

أقول: هذا تفريع على ما تقدّم وهو قوله: «هل تحلف للآخر؟» فإن أوجبنا اليمين عند تصديقها لأحدهما بالسبق فانّما تحلف على عدم العلم بالسبق إن ادّعى الآخر علمها به، إذ العقدان صدرا من الوليّين فلا يمين عليها، وحينئذٍ إن حلفت اندفعت دعوى المدّعي عليها بالسبق واستقرّ نكاح المقرّ له، فإن نكلت أُحلف المدّعي، وحينئذٍ هل ينزع من الأوّل أم لا؟ يبنى ذلك على اليمين المردودة هل هي كالبيّنة أو كالإقرار؟ فإن جعلناها كالبيّنة انتزعت من الأوّل للثاني؛ لأنّ ذلك حكم البيّنة. والمصنّف قال: إنّ البيّنة أقوى من إقرارها، وهو أيضاً حقّ.

ووجه القوّة انّ البيّنة ماضية عليها وعلى المقرّ له، وإقرارها للآخر ماضٍ على نفسها خاصّة، فإن جعلنا النكول كالإقرار ثبت نكاح الأوّل على إشكال وغرمت للثاني على إشكال أيضاً كما تقدّم، وبيان وجه الإشكال فيهما سبق.

قوله رحمه الله: «والنسب يثبت شرعاً بالنكاح الصحيح والشبهة دون الزنا، لكن التحريم يتبع اللغة، فلو ولد من الزنا بنت حرمت عليه وعلى الولد وطء أُمّه وان كان منفياً عنهما شرعاً، وفي تحريم النظر إشكال، وكذا في العتق والشهادة والقود وتحريم الحليلة وغيرها من توابع النسب».

أقـول: يريد انّه لو تولّد من نطفة الزاني ولد وكان أُنثى هل يحرم وطؤها على الزاني؟ أو كان ذكراً هل يحرم نظره على أُمّه الزانية أم لا؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّه ولد حقيقة، وكون الشارع منع من إطلاق لفظ الولد عليه لايمنع من تحقّق البنوّة، ولهذا حكمنا بتحريم النكاح له.

ومن انّ تحريم النظر حكم شرعي، وهذا ليس بولد شرعاً فـيكون أجـنبياً، إذ لانسب له غير البنوّة، فاذا انتفت صار أجنبياً فيحرم نظره؛ للآية[1]، وكذا الإشكال في باقي الأحكام، وهي أربعة:

(أ) العتق، بمعنى انّه لو ملكه أبوه لغةً ـ أعني الزاني وبالعكس ـ هل ينعتق عليه أم لا؟

(ب) الشهادة، بمعنى انّه لو شهد على الزاني هل يقبل لكونه أجنبياً شرعاً أو لا لكونه ولداً لغةً فلا تقبل شهادته على أبيه[2]؟ واعلم أنّ هـذا لايـتأتّى عـلى قـول المصنّف، فانّ شهادة ولد الزنا لاتقبل عنده مطلقاً، لكن يتأتّى على قول من تـقبل شهادته في الشيء الدون، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى.

(ج) القود، بمعنى انّه لو قتله الزاني هل يقتل به أم لا؟

(د) تحريم منكوحته على الزاني وبالعكس. كلّ ذلك يبنى على الوجهين.

قوله رحمه الله: «ولو كان لستّة أشهر من وطء الثاني ولأقلّ من أقصى المـدّة مـن وطء الأوّل قيل: بالقرعة، والأقرب انّه للثاني».

---

(١) النور: ٣٠.

(٢) عبارة «فلاتقبل شهادته على أبيه» ليس في ش، ق.

أقــول: القائل بالقرعة هو الشيخ في المبسوط[١].

والأقرب عند المصنّف انّه يلحق بالثاني؛ لأنّها فراش له، وفراش الأوّل قد زال بالطلاق.

قوله رحمه الله: «ويـثبت بـالرضاع المحـرمية كالنسب، فللرجل أن يخلو بـأُمّه وأُخـته وبـنته وغـيرهنّ بـالرضاع كـالنسب، ولا يـتعلّق بـه التوارث واستحقاق النفقة، وفي العتق قولان».

أقــول: للنسب أحكام تتبعه، وهي بالنسبة الى الرضاع على أقسام ثلاثة:

أحدها: ما يكون حكمه فيها حكم النسب اتفاقاً وهي المحرمية، فللرجل أن يخلو بالأُمّ من الرضاع والبنت والأُخت منه وغيرهنّ ممّن تحرمنّ عليه من جهة الرضاع، كما يجوز أن يخلو بأمثالهنّ من جهة النسب.

وثانيها: مالا يكون حكمه حكم النسب فيها اتفاقاً وهو كثير، ذكر المصنّف بعضها وهو التوارث واستحقاق النفقة.

وثالثها: ما اختلف فيه الفقهاء وهو العتق، فمتى ملك من الرضاع من ينعتق عليه مثله من النسب ـ كالرجل اذا ملك إحدى المحرّمات عليه والمرأة اذا ملكت أحـد العمودين ـ فقال الشيخ: ينعتق[٢]، وبه قال ابن البرّاج[٣]، وابن حمزة[٤].

---

(١) المبسوط: كتاب اللعان فصل في أين يكون اللعان؟ ج ٥ ص ٢٠٥.

(٢) المبسوط: كتاب العتق فصل في من يعتق على من يملكه ج ٦ ص ٦٨.

(٣) المهذّب: كتاب العتق باب ذكر من يصحّ تملكه ومن لايصحّ ج ٢ ص ٣٥٦.

(٤) الوسيلة: كتاب العتق فصل في بيان العتق ص ٣٤٠.

وقال ابن أبي عقيل: لا بأس بملك الأمّ والأُخت من الرضاعة وبيعهنّ، وانّما يحرم منهم ما يحرم من النسب في وجه النكاح فقط[١].

وكلام ابن الجنيد يعطي جواز تملّك ذلك على كراهية فانّه قال: ومن ملك ذا رحم محرم عتق عليه عند تملّكه إيّاه وعتق منه ما يملكه عليه، وذلك مثل الوالدين ومن ولدهما والولد وما ولد، وكذلك من حرم نكاحها بالنسب فيعتق عليه. والذي يوجبه الفقه أن لا يختار الانسان أن يملك ذا رحم منه قرب أو بعد، ولا مايقوم مقام من يحرم عليه بالنسب ملكه من جهة الرضاع تملّك العبيد، فانّ تملّكهم لم يبعهم، إلّا عند الضرورة الى أثمانهم، وجعلوا آخر ما يباع في الدّين عليه[٢].

قوله رحمه الله: «ولو أرضعت من لبن الزنا لم ينشر حرمة، امّا الشبهة فكالصحيح على الأقوى».

أقول: هذا قول الشيخ في المبسوط[٣]، خلافاً لابن ادريس حيث تردّد في ذلك فانّه قال: وانّما التأثير للبن الولادة من النكاح المباح المشروع فحسب، دون النكاح الحرام والفاسد ووطء الشبهة؛ لأنّ نكاح الشبهة عند أصحابنا لايفصّلون بينه وبين النكاح الفاسد، إلّا في إلحاق الولد ورفع الحدّ فحسب. ثمّ قال: فإن قلنا في وطء الشبهة بالتحريم كان قوياً؛ لأنّ نسبه عندنا صحيح شرعي، وقد قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» فجعله أصلاً

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الأوّل في المحرّمات ص ٥٢١ س ١٦.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الأوّل في المحرّمات ص ٥٢١ س ١٧.

(٣) المبسوط: كتاب الرضاع ج ٥ ص ٢٩١ و ٢٩٢.

للرضاع. ثمّ قال: ولي في ذلك نظر وتأمّل[١].

ووجه كون الأوّل أقوى انّ الرضاع تابع للنسب، ونكاح الشبهة يلحق به النسب، ويحرم نكاح من يحرم نكاحه من جهة النسب كالصحيح إجماعاً.

قوله رحمه الله: «وفي العشر قولان».

أقول: اختلف الأصحاب في عدد الرضعات الموجبة لثبوت حكم الرضاع، فذهب المفيد[٢]، وابن أبي عقيل[٣]، وسلّار[٤]، وابن البرّاج[٥]، وأبو الصلاح[٦] الى أنّه عشر رضعات.

وقال الشيخ في المبسوط[٧] والنهاية[٨] والتهذيب[٩] والاستبصار[١٠]: خمس عشر رضعة.

وكلا القولين لابن ادريس فانّه قال في أوّل كتاب النكاح بالتحريم بالعشر[١١].

---

(١) السرائر: كتاب النكاح باب الرضاع وما يحرم من ذلك ج ٢ ص ٥٥٢.

(٢) المقنعة: كتاب النكاح باب ما يحرم النكاح من الرضاع ص ٥٠٢.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الأوّل في الرضاع ص ٥١٨ س ٣.

(٤) المراسم: كتاب النكاح ذكر شرائط الأنكحة ص ١٤٩.

(٥) المهذّب: كتاب النكاح باب ما يحرم من النكاح بالرضاع ج ٢ ص ١٩٠.

(٦) الكافي في الفقه: كتاب النكاح فصل فيما يحرم من النكاح ص ٢٨٥.

(٧) المبسوط: كتاب النكاح فصل في من يجوز العقد عليهنّ من النساء ج ٤ ص ٢٠٤، وكتاب الرضاع ج ٥ ص ٢٩٢.

(٨) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب ما مقدار ما يحرم من الرضاع ج ٢ ص ٣٠٣.

(٩) تهذيب الأحكام: ب ٢٧ ما يحرم من النكاح... ذيل الحديث ١٢ ج ٧ ص ٣١٥.

(١٠) الاستبصار: ب ١٢٥ مقدار ما يحرم من الرضاع ذيل الحديث ٢ ج ٣ ص ١٩٣.

(١١) السرائر: كتاب النكاح ج ٢ ص ٥٢٠.

وفي أوّل باب الرضاع: بخمس عشرة[١].

واعلم أنّ لأصحابنا في هذه المسألة قولين آخرين غير مشهورين:

أحدهما: قول ابن الجنيد فقال: الذي أوجبه الفقه عندي واحتياط المرء لنفسه انّه كلّ ما وقع عليه اسم رضعة وهو ما ملأت بطن الصبي، امّا بالمصّ أو بالوجور[٢] فيحرم النكاح[٣].

وثانيهما: قول محمد بن بابويه في المقنع وهو: انّه لايحرم إلّا رضاع خمسة عشر يوماً بلياليهن ليس بينهنّ رضاع، وحكى هذا القول عن محمد بن الحسن[٤].

قوله رحمه الله: «ويعتبر في المرتضع إجماعاً دون ولد المرضعة على الأقوى».

أقول: هل يشترط في انتشار الحرمة بالرضاع أن يكون في مدّة الحولين بالنسبة الى ولد المرضعة كما يعتبر بالنسبة الى المرتضع؟ الأقوى عند المصنّف عدم اشتراطه، وهو قول ابن ادريس[٥]. خلافاً لأبي الصلاح[٦] حيث شرط بالنسبة إليهما.

---

(١) السرائر: كتاب النكاح باب الرضاع ومقدار ما يحرم منه ج ٢ ص ٥٥١.

(٢) الوجور: الدواء يوجر في وسط الفم، تقول منه: وجرت الصبي وأوجرته (الصحاح: ج ٢ ص ٨٤٤).

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح المطلب الأوّل من الفصل الأوّل ص ٥١٨ س ١٢.

(٤) المقنع: باب بدو النكاح ص ١١٠ و ١١١، ذكرها رواية لافتوى، وعبارة: «الحكاية عن محمد ابن الحسن» غير موجودة.

(٥) السرائر: كتاب النكاح ج ٢ ص ٥٢١.

(٦) الكافي في الفقه: كتاب النكاح فصل في ما يحرم من النكاح ص ٢٨٥.

ووجه القوّة عموم قوله تعالى: ﴿وأُمّهاتكم اللاتي ارضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾[١] خرج منه الرضاع لمن كمل له حولان بالإجماع المستند الى قوله صلّى الله عليه وآله: «لا رضاع بعد فطام»[٢] فيبقى ما عداه داخلاً تحت عموم التحريم، ولأنّه أحوط.

قوله رحمه الله: «ولو شككنا في وقوعه بعد الحولين تقابل أصلاً البقاء والإباحة، لكن الثاني أرجح».

أقول: وجه الرجحان انّ أصالة الإباحة يعضدها عموم قوله تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾[٣].

قوله رحمه الله: «ويحرم أولاد الفحل ولادةً ورضاعاً، وأولاد زوجته المرضعة ولادةً لا رضاعاً على أب المرتضع على رأي».

أقول: خالف الشيخ في المبسوط في ذلك حيث قال فيه: فاذا ارضعت بهذا اللبن خمس عشرة رضعة متوالية لايفصل بينها برضاع امرأة أُخرى، أو رضاع يوم وليلة إن لم ينضبط العدد مثل ذلك، أو يعلم انّه أنبت عليه اللحم والعظم، وفيه خلاف انتشرت الحرمة من جهته إليها ومن جهتها إليه. فأمّا من جهة الآباء فانّما يتعلّق به

---

(١) النساء: ٢٣.

(٢) الكافي: باب انّه لا رضاع بعد فطام ح ٣ ج ٥ ص ٤٤٣، وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب مايحرم من الرضاع ح ١ ج ١٤ ص ٢٩٠.

(٣) النساء: ٣.

وحده، وينسب إليه دون من هم في درجته من اخوته وأخواته، أو أعلى منه من أمّهاته وجدّاته وأخواله وخالاته، أو آبائه وأجداده وأعمامه وعمّاته، فالحكم في من عدا ما تناسل منه بمنزلة مالم يكن هناك رضاع، فيحلّ للفحل نكاح أُخت هذا الولد ونكاح أُمّهاته وجدّاته، وإن كان لهذا المولود المرتضع أخ حلّ له نكاح هذا المرتضع ونكاح أُمّهاتها وأخواتها كأنّه لا رضاع هناك. ثمّ قال: وروى أصحابنا أنّ جميع أولاد هذه المرضعة وأولاد الفحل يحرمون على هذا المرتضع وعلى أبيه وجميع اخوته وأخواته كأنّهم صاروا بمنزلة الاخوة والأخوات، وخالف جميع الفقهاء في ذلك، فذكر ما يدلّ على عدم تحريم أولاد الفحل وأولاد المرضعة على أب المرتضع، ثمّ حكى عن أصحابنا انّهم نقلوا التحريم[١].

قوله رحمه الله: «ولأولاد هذا الأب الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن النكاح في أولاد المرضعة، وأولاد فحلها أولاداً ورضاعاً على رأي».

أقول: ما ذكره المصنّف من الجواز مذهب ابن ادريس[٢]، وابن سعيد[٣]، خلافاً للشيخ حيث منع في الخلاف والنهاية.

فقال في الخلاف: إن حصل الرضاع المحرم لم يحلّ للفحل نكاح أُخت هذا المولود المرتضع بلبنه، ولا لأحد من أولاده من غير المرضعة ومنها؛ لأنّ اخوته وأخواته صاروا بمنزلة أولاده[٤].

---

(١) المبسوط: كتاب الرضاع ج ٥ ص ٢٩٢.

(٢) السرائر: كتاب النكاح ج ٢ ص ٥١٩.

(٣) شرائع الاسلام: كتاب النكاح ج ٢ ص ٢٨٥.

(٤) الخلاف: كتاب الرضاع المسألة ١ ج ٣ ص ٦٧ طبعة اسماعيليان.

وفي النهاية: وكذلك يحرم جميع اخوة المرتضع على هذا البعل وعلى جميع أولاده من جهة الولادة والرضاع[١].

قوله رحمه الله: «وللصغيرة النصف، أو الجميع على إشكال».

أقول: منشأه أنّه فراق قبل الدخول فكان كالطلاق، فلها نصف المهر.

ومن أنّها استحقّت الجميع بنفس العقد، ولا ينتصف إلّا بالطلاق، ولم يحصل، فكان لها جميع المهر.

قوله رحمه الله: «ولو أرضعت الصغيرة زوجتاه فالأقرب تحريم الجميع؛ لأنّ الأخيرة صارت أُمّ من كانت زوجته إن كان قد دخل بإحدى الكبيرتين».

أقول: خالف في ذلك ابن الجنيد[٢]، والشيخ في النهاية[٣] حيث قالا: تحرم الصغيرة والمرضعة الأُولى دون الأخيرة؛ لأنّها أرضعتها وهي ابنته.

والأقرب عند المصنّف تحريم الجميع. امّا الأُولى: فظاهر مجمع عليه، ولأنّها أُمّ الزوجة، وأمّا الأخيرة: فلأنّها أُمّ من كانت زوجته، هذا مع الدخول بالكبيرتين أو بأحدهما، أمّا لولم يدخل بواحدة منهما فانّما تحرم عليه الكبيرتان ـ لما قلناه ـ ولا تحرم البنت؛ لأنّ البنت انّما تحرم بالدخول بالأُمّ، لكن ينفسخ نكاح الجميع للجمع.

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب مقدار ما يحرم من الرضاع ج ٢ ص ٣٠٥ ـ ٣٠٦.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح المطلب الأوّل في الرضاع ص ٥٢١ س ١٠.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب ما أحلّ الله تعالى من النكاح ج ٢ ص ٢٩٨ ـ ٢٩٩.

قوله رحمه الله: «ولو أرضعت أمته الموطوءة زوجته حرمتا وعليه المهر أو نصفه، ولا رجوع إلّا أن يكون مكاتبة، ولو كانت موطوءة بالعقد تبعت به على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّه إتلاف لمنفعة البضع فكان مضموناً عليها تتبع به اذا اعتقت، كما لو أتلفت مالاً.

ومن كون ضمان منفعة البضع غير معلوم على ماتقدّم، والأصل براءة الذمّة، امّا الموطوءة بالملك فلا إشكال في انتفاء الضمان عنها؛ لأنّ المولى لايثبت له في ذمّة مملوكة شيء، كمالو أتلفت من أمواله مالم تكن، مكاتبة،فيبنى ضمانها على الوجهين.

قوله رحمه الله: «ويحتمل قوياً عدم التحريم بالمصاهرة».

أقول: وجه قوّة هذا الاحتمال من أصالة بقاء الحلّ، وعدم التحريم، وعموم قوله تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾[1] خرج منه مايحرم من الرضاع، كتحريم مثله من النسب بقوله صلّى الله عليه وآله: «يحرم من الرضاع مايحرم من النسب»[2] فيبقى الباقي داخلاً تحت عموم الإذن.

قوله رحمه الله : « لو أرضعت ثلاث بنات زوجته ثلاث زوجاته كلّ واحدة زوجة دفعة

---

(١) النساء: ٣.

(٢) من لايحضره الفقيه:باب الرضاع ح ٤٦٦٥ ج ٣ ص ٤٧٥.

حرمن جمع إن كان قد دخل بالكبيرة ، وإلاّ الكبيرة وانفسخ عقد الصغائر ، وله تجديده جمعاً؛ لأنّهنّ بنات خالات ، ولكلّ صغيرة نصف مهرها ويرجع به على البنات بالسوية . ولو ارتضعن بأنفسهنّ بالاستقلال فلا ضمان، وفي تضمين الصغائر مهر الكبيرة نظر» .

أقول: قد تقدّم مراراً انّ في تضمين منفعة البضع وجهين، والمصنّف بنى هذه المسألة على القول بالضمان، ولم يستشكل ذلك هنا، لكن على القول بالضمان هل تضمن الصغائر مهر الكبيرة؟ فيه نظر.

من حيث حصول إتلاف منفعة البضع منهنّ، وكان الضمان عليهنّ في أموالهنّ، كمالو أتلفن مالاً للغير.

ومن أنّ عبارة الأصحاب ـ على تقدير القول بالضمان ـ مقيّدة بقصد الإفساد، وهو متعذّر في حقّ المرتضعات.

قوله رحمه الله: «لو أرضعت أُمّ الكبيرة أو جدّتها أو أُختها على إشكال فيهما».

أقول: يريد لو كان له زوجة كبيرة وأُخرى صغيرة فأرضعت أُمّ الكبيرة الصغيرة أو أرضعتها جدّتها أو أُختها على إشكال في الجدّة والأُخت.

ووجه الإشكال انّه على تقدير كون مرضعة الزوجة الصغيرة جدّة الكبيرة، فإن كانت جدّة لأبيها تصير الصغيرة عمّة للزوجة الكبيرة، وإن كانت جدّتها لأُمّها كانت خالة لها. وعلى تقدير كون المرضعة أُخت الكبيرة تكون الكبيرة خالة

للصغيرة، فيكون جامعاً بين العمّة وبنت الأخ وبين الخالة وبنت الأُخت في الصور الثلاث. وكلّ ذلك منهيّ عنه بقوله صلّى الله عليه وآله: «لاتنكح المرأة على عمّتها ولا على خالتها»[١].

ومن كون هذه النسبة وحدها غير مانعة من النكاح، إذ لو أذنت العمّة أو الخالة أو تقدّم عقد بنت الأخ أو الأُخت ورضيت العمّة أو الخالة جاز الجمع، وانّما يحرم عليه إدخال بنت الأخ أو الأُخت على العمّة أو الخالة أو نكاحهما في عقد مع عدم رضا العمّة أو الخالة، وذلك غير متحقّق هنا، فيحتمل حينئذٍ بقاء النكاح، عملاً باستصحاب حكم العقود الصحيحة.

قوله رحمه الله: لو أرضعت من يفسد النكاح بإرضاعه جاهلة بالزوجية أو للخوف عليها من التلف ولم تقصد الإفساد وقلنا بالتضمين ففيه هنا إشكال».

أقول: ينشأ من انّها بإرضاعها الصغيرة مع عدم قصد الإفساد إحسان الى الغير، خصوصاً مع الخوف عليها من التلف لولاه فلا يتعقّبه ضمان، لقوله تعالى: ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾[٢].

ومن انّه سبب في إتلاف منفعة البضع المضمونة، إذ البحث على تقدير القول

---

(١) الكافي: ب ٨٠ المرأة تزوّج على عمّتها أو خالتها ح ٢ ج ٥ ص ٤٢٤ وفيه «عن أبي جعفر عليه السلام»، علل الشرائع: ب ٢٥٧ العلّة من اجلها نهى ... ح ١ ص ٤٩٩ بالمضمون، سنن البيهقي: باب ما جاء في الجمع بين المرأة وعمّتها...ج ٧ ص ١٦٥.

(٢) التوبة: ٩١.

بالضمان، فكان مضموناً عليها كسائر الأسباب الموجبة للضمان.

قوله رحمه الله: «لو سعت الصغيرة فارتضعت من الزوجة الكبيرة ـ وهي نائمة ـ رجع في مال الصغيرة بمهر الكبيرة أو بنصفه على إشكال».

أقول: الإشكال في هذه المسألة في ثلاثة مواضع:

(أ) ما تقدّم من الشكّ في ضمان منفعة البضع.

(ب) لو قلنا بالضمان هل يشترط القصد الى الافساد في ضمان هذه المنفعة أم لا؟

(ج) لو قلنا بالضمان هل يضمن الجميع أو النصف؟ والجميع قد تقدّم ذكر الإشكال فيه ووجه ذلك الإشكال.

ويمكن أن يكون المراد بجميع المهر على تقدير الدخول، ونصفه مع عدمه.

قوله رحمه الله: «وإن أرضعتها عشر رضعات ثمّ نامت فارتضعت خمساً احتمل الحوالة بالتحريم على الأخيرة، والحكم كما لو كانت نائمة في الجميع، والتقسيط فيسقط ثلث مهر الصغيرة بسبب فعلها، ونصف المهر لوجود الفرقة قبل الدخول، ويسقط ثلثا مهر الكبيرة، فإن كانت غير مدخول بها سقط الباقي؛ لأنّه أقلّ من النصف الساقط بالفرقة، ويغرم للصغيرة سدس مهرها ويرجع به على الكبيرة، ويحتمل سقوط سدس مهر الصغيرة، وتغرم الكبيرة ثلثه،

وسقوط ثلث مهر الكبيرة، وتغرم الصغيرة سدسه إن كان قبل الدخول، وبعده إشكال».

أقول: هذا تفريع على القول بضمان منفعة البضع وعدم اشتراط قصد الإرضاع والإفساد وهو: انّه لو أرضعت زوجته الكبيرة زوجته الصغيرة عشر رضعات ثمّ نامت الكبيرة فسعت الصغيرة إليها فارتضعت منها في حال نومها أو إغمائها خمس رضعات احتمل فيها وجهان:

الأوّل: أن تكون الحوالة في التحريم الذي هو سبب ضمان منفعة البضع على الرضعات الخمس الصادرة من الصغيرة؛ لأنّ التحريم انّما حصل عقيبها، فانّ كلّ واحدة منهما كانت محلّلة بعد فعل الكبيرة للرضعات العشر، فتكون كما لو كانت الكبيرة نائمة في حال رضاع الصغيرة لجميع الرضعات، فالضمان اذاً على الصغيرة دون الكبيرة، وحينئذٍ يكون الحكم في ذلك سقوط مهر الصغيرة؛ لأنّه فسخ جاء من قبلها، وتضمن في مالها مهر الكبيرة أو نصفه على ما تقدّم من الاحتمال، أو على تقديري الدخول وعدمه.

الثاني: التقسيط، وهو بسط القدر المضمون من المهر على مجموع الرضعات الخمس؛ لأنّ الرضعات الخمس الصادرة من الصغيرة وحدها ليست سبباً تامّاً في التحريم، إذ لولا تقدّم العشر لما حصل التحريم، واذا كان المجموع سبباً في التحريم ـ الذي هو سبب في الضمان ـ وجب الرجوع على كلّ واحدة منهما بما قابل فعلها، فعلى هذا يحتمل أمران:

أحدهما: سقوط ثلث مهر المرضعة الصغيرة لصدور ثلث السبب منها فيبرأ الزوج منه، ويسقط أيضاً نصف مهرها لحصول الفرقة قبل الدخول كالطلاق، ويبقى

في ذمّته سدس تغرمه للصغيرة وترجع به على الكبيرة، امّا مهر الكبيرة فيسقط بفعلها ثلثي السبب ثلثا مهرها، فإن كانت غير مدخول بها برئ الزوج من الباقي؛ لأنّ الساقط من ذمّته بسبب الفرقة قبل الدخول ـ وهو النصف ـ أكثر من الثلث الباقي، فلم يبق في ذمّته شيء.

الثاني: أن يكون الساقط عن ذمّته من مهر الصغيرة بفعلها سدس المهر؛ لأنّ الواجب عليه ـ بعد الفرقة قبل الدخول ـ نصفه، وعليها بسبب صدور ثلث السبب المسقط ثلث ـ وهو سدس المهر ـ ويغرم لها ثلث المهر، ويرجع به على الكبيرة لصدور ثلثي السبب منها. وامّا مهر الكبيرة فاذا كانت غيرمدخول بها سقط نصفه بالفرقة قبل الدخول فسقط بفعلها ثلثا المتخلّف ـ وهو ثلث المهر ـ وتغرم الصغيرة سدسه، وإن كانت مدخولاً بها ففيه عند المصنّف إشكال.

ينشأ من احتمال عود الزوج عليها بثلثيه، وعلى مال الصغيرة بثلثه لكونها سبباً في فوات منفعة البضع المستحقّة له فيرجع به عليهما على نسبة فعلهما، فإن كانت الكبيرة قبضته رجع عليها بثلثيه وعلى مال الصغيرة بثلثه، وان لم تكن قبضته سقط ثلثاه عن ذمّته وغرم لها ثلثه ورجع به على الصغيرة.

ومن احتمال عدم رجوعه؛ لاستقرار المهر عليه بالدخول في استيفاء منفعته، كمالو قتلها قاتل أو قتلت نفسها أو اشتركا في قتلها فانّ الزوج لايرجع بشيء من المهر بسبب القتل، وهو معارض بالقتل قبل الدخول، فانّه لايوجب الرجوع على القاتل بشيء من المهر، مع انّه لايمنع من الرجوع بسبب الرضاع.

قوله رحمه الله: «الأقرب قبول شهادة النساء منفردات».

أقـول: هل تقبل شهادة النساء منفردات عن الرجال في الرضاع؟ فيه قولان: أحدهما: لاتقبل، ذهب إليه الشيخ في الخلاف[١]، واختاره ابن ادريس[٢].

والقول الآخر: انّها تقبل، ذهب إليه المفيد[٣]، وسلّار[٤]، وابـن حمـزة[٥]. وهـو الظاهر من كلام الشيخ في موضع من المبسوط حيث قسّم الشهادة فقال: الثالث ما يثبت بشاهدين وشاهد وامرأتين وأربع نسوة، وهو الولادة والرضاع والاستهلال والعيوب تحت الثياب، وأصحابنا رووا انّه لاتقبل شهادة النساء في الرضاع أصلاً، وليس هاهنا ما يقبل فيه شهادة النساء على الانفراد إلّا هذه[٦]. وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّه لايطلع عليه في الغالب إلّا النساء، فوجب قبول قولهنّ فيه، كغيره من الأُمور الخفيّة على الرجال.

ولما رواه عبدالله بن بكير، عن بعض أصحابنا، عن الصادق عليه السلام في امرأة أرضعت غلاماً وجارية، قال: يعلم ذلك؟ قـلت: لا، قـال: لاتـصدّق إن لم يكـن غيرها[٧]. دلّ بمفهومه على قبوله اذا كان معها غيرها، وهو أعمّ من الرجال والنساء.

قوله رحمه الله: «والأقرب انّه ليس عليه ذكر وصول اللبن الى الجوف».

---

(١) الخلاف: كتاب الرضاع المسألة ١٩ ج ٣ ص ٧٢ طبعة اسماعيليان.

(٢) السرائر: كتاب النكاح ج ٢ ص ٥٢١.

(٣) المقنعة: كتاب القضاء والشهادات باب البيّنات ص ٧٢٧.

(٤) المراسم: ذكر أحكام البيّنات ص ٢٣٣.

(٥) الوسيلة: كتاب القضايا والأحكام فصل في بيان البيّنة ص ٢٢٢.

(٦) المبسوط: كتاب الشهادات ج ٨ ص ١٧٢.

(٧) تهذيب الأحكام: ب ٢٧ مايحرم من النكاح ح ٣٨ ج ٧ ص ٣٢٣، وسائل الشيعة: ب ١٢ من أبواب مايحرم بالرضاع ح ٣ ج ١٤ ص ٣٠٤.

أقـول: وجه القرب أنّ الحاكم مأمور بسماع شهادة الشاهد اذا كان بشرائطه المعتبرة فيما يقبل فيه شهادته، ولولا وقوع الخلاف بين الفقهاء وتجويز الحاكم استناد الشاهد الى عقيدته التي يمكن مخالفتها لعقيدة الحاكم، والواجب عليه سماع شهادته من غير استفصال، بخلاف ما نحن فيه فانّه لامقتضى لوجوب ذكره، فكـان قـول الشاهد من دونه مقبولاً.

قـوله رحمـه الله: «ولو شهـدت انّي أرضـعته فالأقرب القبول مالم تدّع أُجرة».

أقـول: يدلّ على القرب ماتقدّم من مفهوم رواية ابـن بكـير، ومـن أصـالة وجوب سماع الشهادة مالم يكن مانع من قبولها، ومع عدم ادّعاء الأُجرة لا مانع من قبول شهادتها كغيرها من النساء، بل إحاطتها بحصول الرضاع أبلغ.

قوله رحمه الله: «ولو ادّعى بعد العقد انّها أُخته من الرضاع أو أُمّه وأمكـن فـإن صـدّقته قـبل الدخول بطل العقد ولا مهر ولا متعة، وإن كـان بعد الدخول فلها المسمّى مع الجهل، ولا شيء مع العلم بالتحريم، ويحتمل مع الجهل مهر المثل».

أقـول: هذا الاحتمال هو الصحيح، ووجهه انّ العقد بزعمها باطل فلا يلزمه مهر من جهة العقد، وانّما لزمه المهر بوطء الشبهة، ولا تعلّق له بالمسمّى، بل لها عوض البضع، وذلك مهر أمثالها. والأصل في ذلك ضابط كلّي وهو: انّ كلّ موضع يحكم فيه بفساد العقد من أصله اذا حصل عقيبه وطء وكانت المرأة جاهلة كان لها مهر المثل، وكلّ عقد يتعقّبه الفسخ بعد الدخول فلها المسمّى.

قوله رحمه الله: «وإن كذّبته قبل الدخول ولا بيّنة حكم عليه بالحرمة ونصف الصداق، ويحتمل الجميع».

أقول: أمّا تحريمها عليه فلاعترافه بذلك فيحكم عليه بمقتضى إقراره، وأمّا نصف الصداق فلأنّ تحريمها عليه بالنسبة إليه قد حصل قبل الدخول، فكان عليه نصف المهر، كمالو طلّق قبل الدخول.

ويحتمل الجميع؛ لأنّ إقراره لاينفذ عليها، وقد استحقّت الجميع بالعقد، فلايقبل قوله وحده في المسقط، فكان عليه الجميع مالم يطلق.

قوله رحمه الله: «ولو ادّعت هي ـ الى قوله: ـ فإن كذّبها لم تقع الفرقة، وليس لها المطالبة بالمسمّى قبل الدخول وبعده، ويحتمل المطالبة بمهر المثل بعد الدخول».

أقول: لأنّ العقد بزعمها باطل، فلا يثبت فيه المسمّى قبل الدخول قطعاً؛ لأنّه ليس هناك بزعمها عقد صحيح ولا وطء، وأمّا بعد الدخول فلما بيّنا انّ العقد الباطل[1] لايستحقّ به المسمّى، امّا مهر المثل فيحتمل ثبوته؛ لأنّه وطأها وطأً فاسداً وهي جاهلة فكان لها المطالبة بمهر المثل.

والحقّ أن يقال: لها المطالبة مع الدخول، وجهلها بأقلّ الأمرين من المسمّى ومهر المثل. فانّه اذا كان المسمّى أقلّ فالزوج يزعم انّ العقد صحيح، فلايلزمه زيادة عمّا

---

(١) في ج: «الثابت».

وقع عليه العقد، فانّ قولها عليه غير نافذ. وإن كان مهر المثل أقل من المسمّى فهي تعترف بعدم استحقاق المسمّى لبطلان العقد بزعمها، فليس لها المطالبة بما اعترفت فانّه غير مستحقّ لها.

قوله رحمه الله: «والأقرب انّه ليس لها المطالبة بحقوق الزوجية على إشكال في النفقة».

أقول: يريد بذلك اذا ادّعت[1] أنّ بينها وبين زوجها رضاعاً محرماً فأنكر كان لها إحلافه على نفي العلم، فإن حلف أو ردَّ اليمين عليها فنكلت حكم باستمرار العقد، وهل لها المطالبة بحقوق الزوجية؟ الأقرب عند المصنّف انّها ليس لها ذلك إلّا في النفقة، وانّ فيها إشكالاً، امّا قرب عدم المطالبة فيما عدا النفقة من القسم وغيره فلأنّها معترفة بكونه أجنبياً، وانّه يحرم عليها مضاجعته وتمكينه من الوطء وشبهه، فليس لها المطالبة به. ولأنّ حقوق الزوجة[2] تابعة للزوجية، وهي منفية بإقرارها، فلا يمكن من المطالبة بغير المستحقّ لها.

وأمّا النفقة فوجه الإشكال فيها من حيث إنّها بزعمها ليست زوجة، فليس لها المطالبة بنفقة الزوجة.

ومن كونه معطّلاً لها ومانعاً من التزويج بغيره، بحيث تستحقّ عليه النفقة، وكانت مستحقّة لها عليه فلها المطالبة به، خصوصاً وهو معترف بكون النفقة مستحقّة لها عليه.

---

(١) في ج: «اعترفت».

(٢) في ج: «الزوجية».

والفرق بينها وبين باقي الحقوق انّ النفقة لو بذلها لم يحرم عليها تناولها، وأمّا الوطء فلو أراده منها لم يكن ذلك مباحاً لها.

قوله رحمه الله: «وهل يلحق الوطء بالشبهة والزنا بالصحيح؟ خلاف».

أقول: البحث هاهنا يقع في موضعين:

أحدهما: انّ الوطء بالزنا هل يكون حكمه حكم النكاح الصحيح ـ بمعنى انّه ينشر حرمة المصاهرة كما ينشر النكاح بالعقد الصحيح ـ أم لا؟ فذهب الشيخ[١]، وأبو الصلاح[٢]، وابن البرّاج[٣]، وابن حمزة[٤]، وابن زهرة[٥] الى الأوّل، واختاره المصنّف في المختلف[٦]. وذهب المفيد[٧]، والمرتضى[٨]، ومحمد بن بابويه[٩] في المقنع، وسلّار[١٠]، وابن ادريس[١١] الى الثاني.

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب ما أحلّ الله تعالى من النكاح ج ٢ ص ٢٩٠.

(٢) الكافي في الفقه: فصل مايحرم من النكاح ص ٢٨٤.

(٣) المهذّب: كتاب النكاح باب في ذكر من يحرم نكاحه من النساء ج ٢ ص ١٨٣.

(٤) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٢.

(٥) لم نعثر عليه في الغنية ونقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح المطلب الثاني في تحريم المصاهرة ص ٥٢٢ س ٣٨.

(٦) مختلف الشيعة: كتاب النكاح المطلب الثاني في تحريم المصاهرة ص ٥٢٢ السطر الأخير.

(٧) المقنعة: كتاب النكاح باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ص ٥٠٤.

(٨) الناصريات «الجوامع الفقهية»: كتاب النكاح المسألة ٤٩ ص ٢٤٥.

(٩) المقنع: باب بدو النكاح ص ١٠٨.

(١٠) المراسم: كتاب النكاح ذكر شرائط الأنكحة ص ١٤٩.

(١١) السرائر: كتاب النكاح ج ٢ ص ٥٢٦.

وثانيها: عقد الشبهة ووطء الشبهة، وقد ذهب ابن ادريس[١] الى انّه لاينشر، واختار المصنّف في المختلف انّه ينشر[٢]، وهو قول الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: والوطء بالشبهة ينشر تحريم المصاهرة تحرم عليه اُمّهاتها وإن علت الاُمّهات وإن نزلت البنات[٣].

وقال فيه: ويلزم القائل به في الزنا القول به في عقد الشبهة ووطء الشبهة[٤].

قوله رحمه الله: «امّا النظر واللمس بما يحرم على غير المالك والقُبلة فلا، وقيل: انّما يحرم على أب اللامس والناظر وابنه خاصّة».

أقول: الذي ذهب اليه المصنّف من عدم التحريم بالنظر واللمس والقُبلة هو اختيار ابن ادريس[٥].

والقول الذي أشار إليه المصنّف بقوله: «وقيل» هو مذهب الشيخ في النهاية فانّه قال: لو نظر الأب أو الابن أو قبّل بشهوة جارية قد ملكها حرم على الآخر وطؤها[٦]. واختاره ابن البرّاج[٧]، وابن حمزة[٨].

---

(١) السرائر: كتاب النكاح ج ٢ ص ٥٢٣.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب النكاح المطلب الرابع في بقايا أسباب التحريم ص ٥٣٣ س ٤.

(٣) المبسوط: كتاب النكاح فصل فيمن يجوز العقد عليهنّ من النساء ج ٤ ص ٢٠٣.

(٤) نفس المصدر السابق.

(٥) السرائر: كتاب النكاح ج ٢ ص ٥٢٨.

(٦) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب ما أحلّ الله تعالى من النكاح ج ٢ ص ٢٩٠.

(٧) المهذّب: كتاب النكاح باب في ذكر من يحرم نكاحه من النساء ج ٢ ص ١٨٢.

(٨) الوسيلة: كتاب النكاح باب في بيان من يجوز العقد عليه ج ٢ ص ٢٩٣.

وللمفيد قول ثالث وهو: أنّ النظر إن كان بشهوة نشر التحريم الى ابن الناظر دون أبيه[١].

والأقرب عند المصنّف أنّ النظر بالشهوة واللمس والقُبلة كذلك يثمر كراهيةً لاتحريماً، لعموم قوله تعالى: ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾[٢] ولأصالة الإباحة.

واعلم أنّ المصنّف رجع عن هذا القول واختار في المختلف[٣] قول الشيخ.

قوله رحمه الله: «امّا العقد المجرد عن الوطء فانّه يحرم أُمّ الزوجة وإن علت تحريماً مؤبّداً على الأصحّ».

أقول: هذا مذهب الشيخ[٤]، وأبي الصلاح[٥]، وسلّار[٦].

خلافاً لابن أبي عقيل حيث قال: انّ الأُمّ لاتحرم إلّا بالدخول بالبنت، كما انّ البنت لاتحرم إلّا بالدخول بالأُمّ[٧].

والأصحّ الأوّل، عملاً بعموم قوله تعالى: ﴿وأُمّهات نسائكم﴾[٨].

قال ابن عباس في هذه الآية:ابهموا ما أبهم الله سبحانه[٩] يريد بذلك حيث لم

---

(١) المقنعة: كتاب النكاح باب من يحرم نكاحهنّ من النساء ص ٥٠٢.

(٢) المعارج: النساء: ٣.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب النكاح المطلب الثاني في تحريم المصاهرة ص ٥٢٤ س ٢١.

(٤) المبسوط: كتاب النكاح فصل فيمن يجوز العقد عليهن ص ١٩٦.

(٥) الكافي في الفقه: فصل فيما يحرم في النكاح ص ٢٨٦.

(٦) المراسم: كتاب النكاح ذكر شرائط الأنكحة ص ١٤٩.

(٧) المختلف: كتاب النكاح المطلب الثاني في تحريم المصاهرة ص ٥٢٢ س ٦.

(٨) النساء: ٢٣.

(٩) الكشّاف: ج ١ ص ٤٩٥.

يفصّل بين المدخول بها وغيرها يجري على ماهو عليه من الإبهام، أي الشياع والعموم.

قوله رحمه الله: «وهل يشترط لزومه مطلقاً أو من طرفه أو عدمه مطلقاً؟ نظر».

أقول: هل يشترط في أُمّ المعقودة عليها من غير دخول أن يكون العقد لازماً مطلقاً ـ أي من طرف الزوج والزوجة أو من طرف الزوج خاصّة ـ أو عدم لزومه مطلقاً، بمعنى إنّه لو عقد الفضولي عنهما أو عن الزوج هل يحرم على الزوج أُمّ المعقود عليها؟ فيه نظر.

ينشأ من احتمال اشتراط اللزوم، عملاً بأصالة الإباحة، خرج منه أُمّ المعقود عليها بالعقد اللازم؛ لقيام الدليل السابق عليه، فبقي الباقي على أصالة الحلّ.

ومن احتمال اشتراط لزومه من طرف الزوج خاصّة دون المرأة؛ لأنّ انتشار الحرمة يتحقّق بالعقد الصحيح اللازم، وهو بالنسبة إليه متحقّق، فتحقّق التحريم عليه.

ومن احتمال عدم الاشتراط مطلقاً؛ لوجود العقد الصحيح، والأحكام الشرعية المتعلّقة بالعقود تتبع العقود الصحيحة، وكونه غيرلازم لايمنع من كونه صحيحاً، ولأنّه أحوط.

قوله رحمه الله: «فلو عقد الفضولي عن الزوجة الصغيرة ففي تحريم الأُمّ قبل الإجازة أو بعد فسخها مع البلوغ نظر».

أقـول: هذا مبنيّ على ما تقدّم من الاحتمالات، وقد سبق وجه النظر في ذلك كلّه.

قوله رحمه الله: «ولو وطأ أحدهما مملوكة الآخر بزناً أو شبهة ففي التحريم نظر ـ الى قوله: ـ ولو وطأ الأب أو الابن زوجة الآخر أو مملوكته الموطوءة بزناً أو شبهة فالأصحّ انّه لايوجب التحريم».

أقـول: قد ذكر المصنّف في هذا الكلام مسألتين، أحداهما: وطء الأب مملوكة الابن أو بالعكس بزناً أو شبهة هل تحرم على مالكها بوطء ابنه أو أبيه؟ الثانية: اذا وطأ أحدهما زوجة الآخر أو مملوكته الموطوءة بزناً أو شبهة هل تحرم الزوجة بذلك على زوجها أو المملوكة الموطوءة على مالكها؟ فتردّد في الأُولى، وجزم بعدم التحريم في الثانية.

ووجه النظر في الأُولى: من حيث إنّ المملوكة قد كانت مباحة على مالكها، والأصل بقاء الحلّ في عدم التحريم. ومن حيث عموم قوله تعالى: ﴿ولاتنكحوا ما نكح أباؤكم﴾[1] وهي كما يتناول الوطء بالنكاح الصحيح يتناول الوطء بالزنا والشبهة.

لايقال: هذا إنّما يتمّ لو كان المراد بالنكاح الوطء، امّا على تقدير كونه حقيقة في العقد فلا يدخل المتنازع تحت العموم.

لأنّا نقول: لاشكّ انّ النكاح حقيقة لغوية في الوطء فيكون كذلك في الشرع؛

---

(١) النساء: ٢٢.

لأنّ الأصل عدم النقل.

فإن قلت: قد استعمل شرعاً في العقد فيكون حقيقة فيه؛ لأنّ الأصل في الاستعمال الحقيقة.

قلنا: إنّ استعماله فيه مجاز لما ثبت انّه عند تعارض المجاز والاشتراك يكون المجاز أولى.

فاذاً ثبت بما قلناه: التحريم على الابن بوطء الأب ثبت العكس؛ لعدم القائل بالفرق.

وأمّا الثانية: فوجه عدم التحريم فيها على الزوج والمالك الواطء أصالةً بقاء حكم العقد، وأصالةً بقاء الإباحة، وقوله صلّى الله عليه وآله: «لايحرّم الحرام الحلال»[1].

واعلم انّ كلام المصنّف في هاتين المسألتين مخالف لجماعة من أصحابنا.

منهم: الشيخ أبو جعفر حيث جزم بتحريم الأُولى على المالك[2]، والمصنّف توقّف.

ومنهم: الشيخ أبي جعفر ابن بابويه حيث حكم بعدم التحريم في الموضعين مالم يكن الزنا سابقاً على العقد والملك[3].

ومنهم: ابن ادريس[4] حيث حكم بعدم التحريم بالزنا والشبهة، سواء تقدّم على

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢٥ من أحلّ الله نكاحه ... ح ٣٤ ج ٧ ص ٢٨٣ وفيه «عن الرضا عليه السلام»، سنن ابن ماجة: كتاب النكاح ب ٦٣ ح ٢٠١٥ ج ١ ص ٦٤٩، سنن البيهقي: كتاب النكاح باب الزنا لايحرم الحلال ج ٧ ص ١٦٩.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب ضروب النكاح ج ٢ ص ٢٩٠.

(٣) المقنع: باب بدو النكاح ص ١٠٨.

(٤) السرائر: كتاب النكاح ج ٢ ص ٥٢٩.

المالك أو تأخّر، وسواء كان قبل الوطء أو بعده.

ومنهم: ابن الجنيد حيث حكم بأنّ الأب أو الابن انّه اذا عقد على امرأة ولم يدخل بها فسبق الآخر فزنى بها حرمت على الزوج أبداً[1].

قوله رحمه الله: «ولا عتق مع الزنا ـ الى قوله: ـ ومع الزنا لا عتق».

أقول: يريد بذلك انه اذا زنى الابن بمملوكة الأب وحملت منه بولد كان رقّاً للأب، ولاينعتق عليه وإن كان ولد ولده لغةً، وكذا لو زنى الأب بمملوكة الابن وحملت منه بأُنثى لم تنعتق عليه، وإن كانت أُختاً له لغةً هاهنا جزم بعدم العتق، وقد سبق انّ في ذلك إشكالاً عنده.

قوله رحمه الله: «وهل وطء الأمة في الاستبراء كالوطء في العدّة؟ إشكال».

أقول: وجه الإشكال انّه زمان يجب اعتزال الأمة فيه لاستبراء الرحم، فكان كالعدة.

ومن انّ إلحاقه بالعدّة يفتقر الى دليل ولم يثبت، ولايلزم من اشتراكهما في وجوب الكفّ عن الوطء في الزمان المخصوص اشتراكهما في غير ذلك من الأحكام أو كونهما شيئاً واحداً.

قوله رحمه الله: «ولو تزوّج بعد الوفاة المجهولة قبل العدّة فالأقرب عدم التحريم المؤبّد».

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح المطلب الثاني في تحريم المصاهرة ص ٥٢٤ س ٨.

أقــول: لأنّ المقتضي للتحريم امّا كونه تزوّج امرأة في عدّتها، أو ذات بعلٍ على ما ذكر في الكتاب من الإشكال، وكلاهما منتفٍ، امّا كونها ذات بعلٍ فلموت البعل، وأمّا العدّة فانّها انّما تثبت في الوفاة مع علم الزوجة بوفاة زوجها.

قوله رحمه الله: «ويحتمل وإن زادت المدّة عن العدّة».

أقــول: يعني ويحتمل التحريم المؤبّد على العاقد؛ لأنّه لو تزوّجها في العدّة في زمان متأخّر عن زمان هذا العقد حرمت عليه أبداً، فتحريمها عليه بالعقد الذي هو أقرب الى زمان الزوجية أولى، فعلى هذا لافرق بين كون المدّة المتخلّلة بين الوفاة وبين عقده أنقص من زمان العدّة أو بقدرها أو أزيد؛ لأنّ ذلك القدر المنقضي من الزمان ليس عدّة، فلايصدق انّه تزوّجها بعد انقضاء العدّة، فانّ ذلك الزمان مع عدم علمها لايكون عدّة، بل يجب عليها الاعتداد بعده.

قوله رحمه الله: «وفي المسترابة إشكال».

أقــول: يريد انّه لو طلّق زوجته وكانت مسترابة ثمّ رأت الحيض قبل انقضاء الشهر الثالث فانّها تصبر تسعة أشهر؛ لاحتمال الحمل، فاذا لم يظهر الحمل اعتدّت حينئذٍ بثلاثة أشهر، فاذا تزوّجها في مدّة الصبر ولم يظهر حمل ففي تحريمها عليه أبداً إشكال.

ينشأ من ظهور كونها ليست معتدّة؛ لأنّهم قالوا: تعتدّ بعد ذلك بثلاثة أشهر.

ومن أنّها في حكم المعتدّة؛ لأنّها من وقت الطلاق يلزمها الاعتداد، فلايزول حكم المعتدّة عنها، إلّا بانقضاء جميع المدّة.

واعلم انّ هذه أقرب الى المعتدّة من التي مات زوجها قبل علمها، ولأجل ذلك قال هناك: الأقرب عدم تحريمها، وهاهنا استشكل ذلك، وانّما قلنا: إنّها أقرب الى المعتدّة؛ لأنّها عقيب الطلاق شرعت في العدّة، وانّما صبرت بعد ذلك مدّة الحمل لحدوث الحيض في أثناء العدّة، بخلاف الجاهلة بوفاة زوجها.

قوله رحمه الله: «ولو أصرّت امرأته على الزنا لم تحرم على الأصحّ».

أقول: ذهب المفيد الى انّها تحرم[1]، وبه قال سلّار[2].

والأصحّ عند المصنّف عدم التحريم، عملاً بأصالة بقاء النكاح المقتضي للحلّ، ولأصالة عدم التحريم.

قوله رحمه الله: «وهل الأمة الموطوءة كذات البعل نظر».

أقول: يعني انّه اذا زنى بالأمة الموطوءة بالملك هل تحرم عليه أبداً كما انّه اذا زنى بذات بعلٍ حرمت عليه أبداً؟ فيه نظر.

ينشأ من صدق انّها ليست ذات بعل، والأصل عدم التحريم.

ومن مشاركتها لذات البعل في الحكمة المانعة من وطئها، أعني اختلاط النسب.

قوله رحمه الله: «ولو أوقب غلاماً أو رجلاً حيّاً

---

(١) المقنعة: كتاب النكاح باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ص ٥٠٤.

(٢) المراسم: كتاب النكاح ذكر شرائط الأنكحة ص ١٤٩.

أو ميّتاً على إشكال حرم عليه أُمّ الغلام وأُخته وبنته مؤبّداً من النسب».

أقول: منشأ الإشكال من عموم النصّ[1] الصادق على الحيّ والميّت.

ومن انّه بالموت خرج عن التحاق أحكام الأحياء، وصار جارياً مجرى الجمادات.

قوله رحمه الله: «وفي الرضاع والفاعل الصغير إشكال».

أقول: امّا وجه الإشكال في الرضاع من حيث إنّ اسم البنت والأُخت والأُمّ حقيقة انّما صدق عليهنّ من جهة النسب، وإطلاق ذلك عليهنّ من جهة الرضاع على سبيل المجاز، والأصل في الإطلاق الحقيقة.

ومن حيث ورود النقل بأنّه يحرم من الرضاع مايحرم من النسب[2].

وأمّا وجه الاشكال في الفاعل صغيراً فمن حيث عموم «من وطأ غلاماً» المتناول له ولغيره.

ومن قرينة «حرم عليه» الدالّة على اختصاص الحكم بالمكلّفين، فانّ الصغير لايحرم عليه شيء، كما لايجب عليه شيء، ولأصالة عدم التحريم.

---

(١) الكافي: باب الرجل يفسق بالغلام فيتزوّج ابنته أو أُخته ج ٥ ص ٤١٦، وسائل الشيعة: ب ١٥ من أبواب مايحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٣٩.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٢٧ مايحرم من النكاح من الرضاع... ح ٤٠ ج ٧ ص ٣٢٣، وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب مايحرم بالرضاع ح ١ ج ١٤ ص ٢٨٠.

قوله رحمه الله: «ولو أوقب خنثى مشكل فالأقرب عدم التحريم».

أقول: وجه القرب من عدم العلم بكونه غلاماً لجواز أن يكون امرأة، فلم يحصل اليقين بحصول السبب المقتضي للتحريم، ولأصالة بقاء الحلّ.

قوله رحمه الله: «وفي الأمة إشكال، أقربه التحريم في التسع».

أقول: البحث هنا يتبيّن بمقدّمتين، أحدهما: انّ الحرة اذا طلّقها زوجها ثلاثاً بينها رجعتان حرمت حتى تنكح زوجاً غيره، فالأمة اذا طلّقت طلقتين بينهما رجعة حرمت حتى تنكح زوجاً غيره. الثانية: الحرّة اذا طلّقها زوجها تسعاً للعدة ينكحها بينها رجلان حرمت على المطلّق أبداً.

اذا عرفت هذا ففي الأمة إشكال، إذ يحتمل تحريمها في الستّ؛ لأنّ كلّ طلقتين لها قائمة مقام ثلاث للحرّة، فاذا كانت الحرّة تحرم بالتسع حرمت الأمة في الستّ.

ويحتمل عدم تحريمها مطلقاً؛ لأنّ النصّ ورد بأنّ من طلّق تسعاً للعدّة ينكحها بينها رجلان تحرم[1]، وذلك يؤذن باختصاص الحكم بالحرّة، إذ تحليل الرجلين بين التسع انّما يكون للحرّة، فلاتكون الأمة داخلة تحت النصّ المقتضي للتحريم، فتبقى الأمة على الإباحة.

ويحتمل تحريمها في التسع كالحرّة، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لعموم «من طلّق تسعاً للعدّة ينكحها بينها رجلان» المتناول لكلّ من الحرّة والأمة، وحكم الأمة في

---

(١) الكافي: باب المرأة التي تحرم على الرجل فلاتحلّ له أبداً ح ٩ ج ٥ ص ٤٢٨، وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ح ٤ ج ١٥ ص ٣٥٧.

افتقارها الى أكثر من الرجلين للتحليل بين التسع لاينافي حكم النصّ، فانّه إذا كان بين طلقات الأمة أكثر من رجلين صدق انّه قد نكحها بينها رجلان.

قوله رحمه الله: «تنبيه: إطلاق الأصحاب كون التسع للعدّة مجاز؛ لأنّ الثالثة من كلّ ثلاث ليست منها بل هي تابعة للأوليين، فلو وقعت الثانية للسنّة فالتي للعدّة الأُولى لاغير، ولو كانت الأُولى فكذلك على الأقوى».

أقول: من جملة أقسام المجاز إطلاق لفظ الكلّ على البعض، والأصحاب قالوا: اذا طلّق تسعاً للعدّة ينكحها بينها رجلان، ولايمكن أن تكون الثالثة من كلّ ثلاث للعدّة، إذ معناه على مايأتي أن يطلّق ويرجع في العدة ويطأ. ثمّ اذا طهُرت طلّقها في ذلك الطهر الآخر، وهذا لايتأتى في الثالثة؛ لأنّها تحرم عليه حتى تنكح زوجاً غيره، فلايمكن رجوعه في العدّة فضلاً عن أن يواقع فيها، وحينئذٍ تكون تابعة بمجموع الأوليين قطعاً.

أمّا لو كانت أحدهما للعدّة والأُخرى للسنّة فإن كانت التي للعدّة الأُولى لم تقع الثالثة للعدّة؛ لأنّها بنفسها ليست للعدّة، وانّما تكون تابعة لغيرها، وقد تقدّمها اثنتان مختلفتان فلها حكم نفسها.

أمّا لو انعكس الفرض بأن كانت الثانية للعدّة والثالثة الواقعة عقيبها يحتمل ضعيفاً أن تكون تابعة لها لقربها فتقع للعدّة، والأقوى عدم تبعيّتها، بل يكون لها حكم نفسها؛ لأنّ كونها بحكم طلاق العدّة مع انّها ليست للعدّة على خلاف الأصل، خرج منه ما لو كانت السابقتان للعدّة للإجماع، فيبقى ماعداه على الأصل.

قوله رحمه الله: «من فجر بعمّته أو خالته قربتا أو بعدتا حرمت عليه بنتاهما أبداً، ولو وطأ لشبهة فالأقرب عدم التحريم».

أقول: هذا مبنيّ على انّ وطء الشبهة لاينشر تحريم المصاهرة، وهو مذهب ابن ادريس[١]، خلافاً للشيخ[٢]، وقد تقدّم.

ووجه القرب أصالة الإباحة، واختصاص النصّ بمن فجر بعمّته أو خالته[٣]، ووطء الشبهة ليس فجوراً، فلايوجب التحريم.

قوله رحمه الله: «وفي بنتيهما مجازاً أو رضاعاً إشكال».

أقول: يريد بالبنت مجازاً بنت بنتها، وهل تحرم كما تحرم البنت حقيقةً؟ فيه إشكال.

ينشأ من صدق اسم البنت عليها.

ومن انّ الأصل في الإطلاق الحقيقة فيحمل النصّ عليه؛ لأنّ الأصل الإباحة.

وأمّا وجه الإشكال في الرضاع فمن حيث أصالة الإباحة، وكونها ليست بنتاً حقيقةً ولامجازاً قريباً، كالمتولّدة بواسطة.

ومن انّه يحرم منه مايحرم بالنسب، لما تقدّم.

---

(١) السرائر: كتاب النكاح ج ٢ ص ٥٣٥.

(٢) المبسوط: كتاب النكاح فصل في من يجوز العقد عليهنّ من النساء ج ٤ ص ٢٠٢.

(٣) تهذيب الأحكام: باب من يحرم نكاحهنّ بالأسباب دون الأنساب ح ٤٨ و ح ٤٩ ج ٧ ص ٣١١، وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب مايحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٢٩.

قوله رحمه الله: ولايحلّ وطء الزوجة الصغيرة قبل أن تبلغ تسعاً، فإن فعل لم تحرم على الأصحّ، إلّا مع الإفضاء».

أقول: اذا تزوّج امرأة ودخل عليها قبل بلوغ تسع ففيها أحكام، الأوّل: انّها لاتحرم عليه لمجرّد الدخول، إلّا مع الإفضاء، وهو الظاهر من كلام أكثر الأصحاب حيث قيّدوا بالإفضاء، وهو الأصحّ عند المصنّف.

خلافاً للشيخ حيث أطلق فقال في النهاية: اذا تزوّج الرجل بصبية لم تبلغ تسع سنين فوطأها حرمت عليه، ولم تحلّ له أبداً[1].

قوله رحمه الله: «وهو صيرورة مسلك البول ومسلك الحيض واحداً، ومسلك الحيض والغائط».

أقول: هذا حكم آخر وهو معنى الإفضاء، فقال بعضهم: المراد به ذهاب الحاجز بين مسلك البول ومسلك الحيض ـ أعني مدخل الذكر ـ وهو قول ابن ادريس[2].

ونقل المصنّف قولاً آخر انّه: ذهاب الحاجز بين مسلك الحيض والغائط.

قوله رحمه الله: «فتحرم مؤبّداً».

أقول: هذا حكم ثالث وهو: تحريم المفضاة بالوطء قبل التسع على التأبيد، وهو متفّق عليه.

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب ما أحلّ الله من النكاح وما حرّم منه ج ٢ ص ٢٩٢.

(٢) السرائر: كتاب النكاح ج ٢ ص ٦١٢.

قوله رحمه الله: «قيل: ولا تخرج من حباله، وفيه نظر».

أقول: هذا حكم رابع وهو: انّها لاتخرج من حباله، بل تكون تحريمها عليه مؤبّداً مادامت الزوجية بينهما ثابتة. وهو قول ابن ادريس فانّه قال: تحرم عليه أبداً، ولاتبين منه، ولاينفسخ عقدها بمجرّد ذلك، بل هو بالخيار بين أن يطلّقها أو يمسكها، ولايحلّ له وطؤها أبداً[١]. وهو ظاهر كلام الشيخ في النهاية[٢].

وقال ابن حمزة: تبين منه بغير طلاق[٣]. وهو الظاهر من كلام المفيد[٤].

والمصنّف قال في هذا الكتاب: وفيه نظر، وتوقّف أيضاً في المختلف[٥].

ووجه النظر في ذلك من حيث أصالة بقاء العقد حتى يثبت السبب المقتضي لزواله، ولم يثبت.

ومن وجود التحريم المؤبّد الذي ينافي مقتضى عقد النكاح، ولأنّ التحريم يمنع النكاح سابقاً، وكذا يبطله لاحقاً كالرضاع المتجدّد بعد العقد.

قوله رحمه الله: «ويجب عليه الإنفاق حتى يموت أحدهما، وإن طلّقها وتزوّجت بغيره على إشكال».

---

(١) السرائر: كتاب النكاح ج ٢ ص ٥٣٠.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب ما أحلّ الله تعالى من النكاح وما حرّم ج ٢ ص ٢٩٢.

(٣) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في من يجوز العقد عليه ص ٢٩٢.

(٤) المقنعة: باب ضمان النفاس ص ٧٤٧.

(٥) مختلف الشيعة: كتاب النكاح المقام الثاني من المطلب الثاني في تحريم المصاهرة ص ٥٢٥ س ٢٣.

أقـول: هذا حكم خامس وهو: وجوب الإنفاق عليها حتى يموت أحدهما، امّا اذا طلّقها فتزوّجت بغيره هل تسقط نفقتها أم لا؟ فيه إشكال.

منشأه انّ المقتضي لوجوب النفقة عليه دائماً كـونه قـد صـيّرها غـير صـالحة للأزواج، المقتضي لعدم استحقاق النفقة[1] على غيره، فاذا تزوّجت بالغير فقد ثبت الاستحقاق على الغير، فيسقط عنه لزوال المقتضي للثبوت.

ومن عموم قول الصادق عليه السلام فيما رواه محمد بن أبي عمير، عن حمّاد، عن الحلبي، عنه عليه السلام «الإجراء عليها مادامت حية»[2].

قوله رحمه الله: «وهل ثبتت هذه الأحكـام في الأجنبية؟ الأقرب نعم».

أقـول: الذي يمكن أن يلحق الأجنبية من الأحكام الخمسة المذكورة حكمان: التحريم المؤبّد ووجوب النفقة لا غير.

أمّا التحريم المؤبّد فالأقرب عند المصنّف انّه يكون حكمها فيه حكم الزوجـة، فيحرم عليه العقد عليها أبداً كما تحرم الزوجية، وذلك لأنّه اذا كانت الزوجـة التي ملك بالعقد نكاحها تحرم أبداً بالإفضاء بالوطء المحرّم عليه، فالإفضاء للأجنبية التي هي محرمة عليه أبلغ، وذلك لأنّ وطء الزوجة قبل التسع وإن كان حراماً إلّا أنّـه ليس بزناً ولا حدّ عليه، بخلاف الأجنبية فانّه يكون زانياً وعليه حدّ الزاني.

وأمّا وجه الإشكال في وجوب النفقة على الأجنبية فمن حيث وجـود السـبب

---

(١) في ج: «النفع».

(٢) تهذيب الأحكام: باب ديات الأعضاء ب ٢٢ ح ١٨ ج ١٠ ص ٢٤٩، وسائل الشيعة: ب ٢٤ من أبواب مايحرم بالمصاهرة ح ٤ ج ١٤ ص ٣٨١.

ـأعني الإفضاء ـ وهو يقتضي التحريم المؤبّد، والنفقة على المفضاة حتى يموت أحدهما فيثبتان جميعاً في حقّها.

ومن حيث إنّ النفقة هنا تابعة للزوجية وليست حاصلة، فلا تكون واجبة عليه.

واعلم انّ الشيخ في الخلاف أوجب المهر والنفقة حتى يموت أحدهما، وقال: هذا اذا كان في عقد صحيح أو شبهة[1].

وقال ابن ادريس: عقد الشبهة لايلزم فيه النفقة بالإفضاء[2].

قوله رحمه الله: «وهل يشترط في التحريم المؤبّد في طرف الأجنبي نقص السنّ عن تسع؟ فيه نظر، ينشأ من كون التحريم المؤبّد مستنداً الى تحريم الوطء في حقّ الزوج، وهو هنا ثابت في التسع».

أقول: ومن حيث كون تحريم الأجنبية بالإفضاء محمولاً على الزوجة المفضاة، وهي لاتحرم بالإفضاء بعد التسع فكذا هنا. ولأنّ الأصل عدم التحريم، إلّا مع ثبوت المقتضي له، وهو هنا غيرمعلوم.

قوله رحمه الله: «والإشكال في حقّ الأجنبي قبل التسع أضعف».

أقول: هذا ظاهر ممّا تقدّم، فانّه قد سبق انّ الأقرب عنده كون حكم الأجنبية حكم الزوجة في تحريمها بالإفضاء قبل التسع، فيكون الإشكال فيه أضعف.

---

(١) الخلاف: كتاب الصداق المسألة ٤١ ج ٤ ص ٣٩٥.

(٢) السرائر: كتاب النكاح ج ٢ ص ٦٠٥.

قوله رحمه الله: «والأقرب عدم تحريم الأمة والمفضاة بالإصبع».

أقول: وجه القرب أن يقال: النصّ انّما ورد في الزوجة المفضاة بالوطء قبل التسع[1]، والأمة غير الزوجة، أو الزوجة المفضاة بالإصبع لم يتحقّق فيها المقتضي للتحريم بتمامه ـ أعني الزوجية والإفضاء بالوطء ـ فلا يتحقّق التحريم فيهما.

قوله رحمه الله: «والأقرب مساواة الوطء في الفرجين».

أقول: يريد الأقرب انّ الدخول بالمرأة في الدبر مساوٍ للدخول بها في القُبل في تحريم بنت المدخول بها.

ووجه الأقربية انّ الدخول صادق على كلّ منهما، ولهذا يستقرّ عليه جميع المهر، وتجب العدّة.

قوله رحمه الله: «وعدم اشتراط البلوغ والعمل في الواطئ والموطوءة، ولا الإباحة كالوطء في الإحرام والحيض، ولا دوام النكاح».

أقول: يريد بذلك انّه لايشترط في تحريم بنت الزوجة المدخول بها أن يكون الزوج الذي دخل أو الزوجة المدخول بها بالغاً، ولا عاقلاً، ولا أن يكون النكاح بعقد دائم، ولا أن يكون وطء الزوجة مباحاً. فلو دخل الصغير أو المجنون ببالغة

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٤١ في الزيادات في فقه النكاح ح ١٣ و ١٤ و ١٥ ج ٧ ص ٤٥١، وسائل الشيعة: ب ٤٥ من أبواب مقدمات النكاح وآدابه ج ١٤ ص ٧٠.

عاقلة أو بصغيرة أو مجنونة أوطأها وطءً محرماً ـ كما لو كانت محرمة بحجّ أو عمرة أو كانت حائضاً أو صائمة صوماً واجباً أو بعقد منقطع أو ملك يمين ـ حرمت البنت؛ لأنّ الدخول المشترط في الآية[1] يتحقّق في الجميع.

قوله رحمه الله: «تحرم بنت أُخت الزوجة معها وبنت أخيها، وإن نزلتا على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من ورود النصّ بتحريم إدخال بنت الأخ وبنت الأُخت[2]، وهما لايصدقان حقيقة على بنت بنت الأخ وبنت بنت الأُخت، فلا يتعدّى التحريم إليهما؛ لأنّ اللفظ عند الإطلاق انّما يحمل على حقيقته دون مجازه.

ومن انّ تحريم إدخال كلّ من البنتين انّما هو لحرمة العمّة والخالة، وحينئذٍ يكون تحريم بناتهما، وإن نزلن أولى.

قوله رحمه الله: «ولو تزوّج الأُختين نسباً أو رضاعاً على التعاقب كان الثاني باطلاً، سواء دخل بها أو لا، وله وطء زوجته في عدّة الثانية، فإن اشتبه السابق منع منهما، والأقرب إلزامه بطلاقها».

أقول: وجه القرب انّ للزوجة حقوقاً يجب على الزوج امّا القيام بها أو

---

(١) النساء: ٢٣.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٢٦ من يحرم نكاحهنّ ح ١٤ ج ٧ ص ٣٠١، وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب مايحرم بالنسب ح ١ ج ١٤ ص ٢٧٩.

الطلاق، ولمّا منع منها شرعاً تعيّن عليه الطلاق، فاذا امتنع منه أُجبر عليه كما يجبر على غيره من الواجبات.

قوله رحمه الله: «فيثبت لهما ربع المهرين مع اتّفاقهما، واختلافهما على إشكال».

أقول: يعني اذا طلّقهما ماالذي يلزمه من المهرين؟ قال: اذا كانا متّفقين ـ يعني قدراً ووصفاً ـ بأن كان مهر كلّ منهما مائة دينار ـ مثلاً ـ لزمه ربع المهرين، وذلك خمسون؛ لأنّ الواجب عليه في نفس الأمر نصف مهر زوجته خاصّة؛ لأنّه طلّقها قبل الدخول، وذلك ربع المهرين. أمّا اذا كانا مختلفين كمائة ومائتين أو مائة ذهباً ومائة فضة فقال: يلزمه ربعهما على إشكال.

منشأه من حيث إنّ الواجب عليه قبل الدخول امّا نصف الأقلّ أو نصف الأكثر، ولمّا لم يتعيّن ولم يوجد ما يقتضي أولوية لزوم أحدهما قسّم ذلك نصفين فيلزمه ربعهما.

ومن انّ الواجب عليه امّا نصف الأقلّ أو الأكثر، وربعهما ليس أحدهما، فلو ألزمناه به لكنّا قد ألزمناه بغير الواجب قطعاً.

قوله رحمه الله: «فيحتمل القرعة في مستحقّ المهر والإيقاف».

أقول: اذا طلّق وألزمناه بربع المهرين فمن المستحقّ له يحتمل أن يقرع بينهما ويحكم به لمن يخرجه القرعة، ويحتمل أن يكون موقوفاً بينهما حتى يصطلحا عليه. امّا القرعة فلأنّه أمر مشكل، وأمّا الإيقاف حتى يصطلحا فلأنّه أحوط لبراءة الذمّة؛ لتضمّنه رضا المستحقّ له في نفس الأمر بما وصل إليه والى خصمه.

وأقـول: ويحتمل على تقدير تساوي المهرين قسمته بين الزوجتين بالسوية إن حلفتا أو نكلتا، واختصاص الحالفة إن نكلت الأُخرى، كما لو تداعيا بغير[1] المهر ولم يوجد ما يرجّح به أحدهما على هذا على تقدير دعوى كلّ من الأُختين كون عقدها سابقاً على الأُخرى، أمّا على تقدير جهلهما بالسابق فيحتمل قسمته بينهما من غير يمين، وأمّا على تقدير الاختلاف فعلى القرعة لو خرج لذات الأقلّ فالأولى عـدم وجوب مازاد على مستحقّها.

تبيّن ذلك انّه اذا كان مهر إحداهما مائة والأُخرى مائتين فألزمناه بربعهما، وذلك خمسة وسبعون، ثمّ أقرعنا بين الأُختين فخرج اسم ذات الأقلّ فانّها لاتدّعي أكثر من خمسين؛ لأنّه مهرها قبل الدخول فكيف تعطى ما زاد على حقّها؟ وحينئذٍ يحتمل ردّه على الزوج؛ لأنّا بيّنا[2] بالقرعة انّ الزوجة ذات الأقلّ وقد برئ بأخذ نصف مهرها، فتبقى الزيادة له. ويحتمل كـونه للـزوجة الأُخـرى؛ لأنّـا حـكمنا بـالربع للزوجتين، وذات الأقلّ انّما نازعت في مقدار حقّها، فيبقى الباقي للأُخـرى. وهـذا البحث لم يتعرّض إليه المصنّف ولا غيره فيما علمناه.

قوله رحمه الله: «ومع الدخول يثبت المهران مع الجهل، وليس له تجديد العقد إلّا بعد العـدّة، ولو أوجبنا في الفاسد مهر المثل واختلف فالقرعة».

أقـول: هذا الكلام وإن لم يتضمّن إشكالاً ولا نظراً فانّ فيه بحثاً نـذكره بـعد تقدير كلام المصنّف فنقول: يريد بذلك انّه اذا كان قد تزوّج بالأُختين على التعاقب

---

(١) في ج: «عن».

(٢) في س: «تبيّنا».

ودخل بهما واشتبه السابق منهما وألزمناه بطلاقهما[1] فطلّقهما معاً وجب المهران عليه؛ لأنّ مهر كلّ منهما قد استقرّ عليه بالدخول، ولو أراد أن يجدّد العقد على إحدى الأُختين لم يكن له ذلك؛ لأنّ فيهما زوجة معتدّة منه، فأيّهما عقد عليها أمكن أن تكون الأُخرى هي الزوجة وهي معتدّة منه، فيكون قد تزوّج أُختها في عدّتها.

اذا عرفت هذا فنقول: هنا مباحث:

(أ) انّ قوله: «يلزمه المهران» بناءً على ما تقدّم من انّه اذا دخل عند دعوى انّها أُخته من الرضاع أو ابنته بعد الدخول يلزمه المسمّى، وقد بيّنا انّ الصحيح انّه يلزمه مهر المثل، وجعل المصنّف ذلك احتمالاً، وبنى على هذا الاحتمال الآتي ذكره.

(ب) على الاحتمال الصحيح من لزوم مهر المثل في الوطء بالعقد الفاسد، فمهرالمثل والمسمّى امّا أن يتّفق كلّ منهما أو يختلف، أو يختلف المسمّيان ويتّفق مهرالمثل، أوبالعكس.

امّا الأوّل: فلا إشكال فيه، فانّه اذا دفع الى كلّ منهما مسمّاها فإن كانت زوجة فهو مهرها، وإن كانت أجنبية فهو مهر مثلها.

وأمّا الثاني: فهو متعدّد أيضاً، لأنّ الواحدة اذا خالف مسمّاها مسمّى الأُخرى ومهر مثلها مهر مثل الأُخرى فقد يتّفق مسمّاها ومهر مثلها وقد يختلف ـ كما اذا كان مسمّى أحدهما عشرة ومهر مثلها عشرين ومسمّى الأُخرى ثلاثين ومهر مثلها أربعين ـ وقد يتّفق أحدهما دون الأُخرى، فعلى أيّ وجه تقع القرعة ينبغي أن يقال: يقرع فيمن كانت زوجة، فمن خرج اسمها اخذت مسمّاها، وتأخذ الأُخرى مهرمثلها.

---

(١) في س: «بطلانهما».

(ج) ما المراد بقوله: «مع الجهل»؟ فانّ الزوجة قد تكون جاهلة بتقدّم عقدها على صاحبتها أو متأخّرة، وقد تكون عالمة، فإن كانت عالمة فلا مهر لها قطعاً؛ لأنّها بغي، وإن كانت جاهلة هل لها المهر قطعاً أو يشترط جهلها بالحكم أو بعقد الأُخرى؟

فنقول: إن كانت جاهلة بعقد الأُخرى فلها المهر قطعاً، وإن كانت عالمة بعقد الأُخرى فإن كانت جاهلة بالحكم فلها المهر أيضاً؛ لأنّه شبهة، إذ لاحدّ عليها. وإن كانت عالمة ففي استحقاق المهر وعدمه وجهان: من حيث إنّه وطء محرم وهي عالمة بتحريمه، ومن حيث وجود الشبهة باحتمال كونها زوجة، ولعلّ هذا الأخير أقرب.

(د) قوله: «وليس له تجديد العقد إلّا بعد العدّة» المراد بعد عدّة الأُخرى، فلو أراد تزويج إحداهما فإن كان بعد عدّة الأُخرى صحّ، وإن كان في عدّتها وبالعكس لايجوز، وكذا لو كانت إحداهما ذات عدّة والأُخرى ليست ذات عدّة ـ كالبائنة ـ فأراد العقد على ذات العدّة صحّ مطلقاً، وبالعكس لايجوز في عدّة صاحبتها. والمراد بالعدّة في ذلك كلّه العدّة الرجعية.

قوله رحمه الله: «ولو اتّحد العقد بطل، وقيل: يتخيّر».

أقول: لو عقد على الأُختين دفعةً واحدة بطل عند المصنّف، وابن ادريس[1]. وقال الشيخ: يتخيّر[2].

قوله رحمه الله: «ولو وطأ أمته بالملك حرمت عليه أُختها به حتى تخرج الأُولى من ملكه ببيع أو

---

(١) السرائر: كتاب النكاح ج ٢ ص ٥٣٦.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب ما أحلّ الله من النكاح وما حرّم ج ٢ ص ٢٩٦.

هبة أو غيرهما، وفي اشتراط اللزوم أو الاكتفاء بالتزويج أو الرهن أو الكتابة إشكال».

أقول: ذكر الإشكال هنا في موضعين:

الأوّل: انّه اذا أخرج الأُخت الأُولى عن ملكه ببيع أو هبة أو غيرهما هل تحلّ له الأُخرى مطلقاً؟ أي سواء كان البيع لازماً أو بخيار أو كانت بهبة لازمة كالمعوّض عنها أو هبة ذي الرحم أو هبة يجوز الرجوع فيها ـ كهبة الأجنبي ـ أو بشرط لزم العقد؟ فيه إشكال.

ينشأ من ورود النقل بأنها تحرم الأُخرى حتى تخرج الأُولى عن ملكه[1]، وقد خرجت عن ملكه في كلّ واحدة من صورتي البيع وصورتي الهبة، وهي غاية التحريم ونهايته، فينتفي التحريم بعدها.

ومن انّها بحكم المملوكة، لأنّ له التصرّف فيها أيّ وقت شاء مادام الخيار باقياً، أو كانت العين الموهوبة التي يجوز الرجوع فيها باقية.

الثاني: هل يكفي أن يوقّع عليها عقداً تحرم بسببه وطؤها كما اذا زوّجها بغيره أو رهنها أو كاتبها؟ فيه إشكال.

ينشأ من مساواته للبيع، إذ الغرض من إخراجها عن ملكه زوال استباحة نكاحها فيحلّ له نكاح الأُخرى، وهو يحصل بالعقود المذكورة فتحلّ له الأُخرى.

ومن كون[2] نهاية التحريم خروجها عن ملكه، ولم تخرج بشيء من هذه العقود، فكان التحريم مستمرّاً.

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢٥ من أحلّ الله نكاحه... ح ٤٨ ج ٧ ص ٢٨٨، وسائل الشيعة: ب ٢٩ من أبواب مايحرم المصاهرة ح ١ ج ١٤ ص ٣٧١.

(٢) في ج: «كونها».

قوله رحمه الله: «فإن وطأ الثانية أيضاً قبل إخراجه الأُولى قيل: إن كان عالماً بالتحريم حرمت الأُولى حتى تموت الثانية، أو يخرجها عن ملكه لا للعود الى الأُولى، فإن أخرجها لذلك لم تحلّ الأُولى، والأقرب انّه متى أخرج إحداهما حلّت له الأُخرى، سواء كان للعود أو لا، وسواء علم بالتحريم أو لا، ولو لم يخرج إحداهما فالثانية محرّمة».

أقول: اذا ملك الرجل الأُختين فوطأ إحداهما ثمّ وطأ الأُخرى قبل إخراج الأُولى عن ملكه قال الشيخ في النهاية: إن كان عالماً بتحريم ذلك عليه حرمت الأُولى حتى تموت الثانية، فإن أخرج الثانية عن ملكه ليرجع الى الأُولى لم يجز له الرجوع إليها، وإن أخرجها عن ملكه لا لذلك جاز له الرجوع الى الأُولى، وإن لم يعلم تحريم ذلك عليه جاز له الرجوع الى الأُولى على كلّ حال اذا أخرج الثانية عن ملكه ببيع أو هبة[١]. واختاره ابن البرّاج[٢]، وابن حمزة[٣]، والمصنّف في المختلف[٤].

وقال في هذا الكتاب: «الأقرب انّه متى أخرج إحداهما حلّت له الأُخرى، سواء كان عالماً أو جاهلاً، وسواء أخرجها للعود أم لا» وهو قول ابن ادريس[٥]؛ لأنّه انّما

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب ما أحلّ الله من النساء وما حرّم ج ٢ ص ٢٩٧.

(٢) المهذّب: كتاب النكاح باب في ذكر من يحرم نكاحه من النساء ج ٢ ص ١٨٥.

(٣) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٤ ـ ٢٩٥.

(٤) مختلف الشيعة: كتاب النكاح المطلب الثاني في تحريم المصاهرة ص ٥٢٦ س ٣٢.

(٥) السرائر: كتاب النكاح ج ٢ ص ٥٣٨.

يحرم عليه نكاحها لئلّا يجمع بين الأُختين، وأيّهما أخرجها عن ملكه ينتفي كونه جامعاً بين الأُختين، ويبقى النكاح مباحاً، عملاً بالأصل، ولقوله تعالى: ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾[١] وغير ذلك.

وقول المصنّف بعد ذلك: «ولو لم يخرج إحداهما فالثانية محرّمة» هو مذهب ابن ادريس[٢] أيضاً.

ووجه قربه انّها كانت مباحة، وانّما وطأ الثانية حراماً، والنبي صلّى الله عليه وآله قال: «لايحرّم الحرام الحلال»[٣] ولأصالة بقاء الإباحة في الأُولى والتحريم في الثانية.

وابن ادريس قال ـ بعد أن اختار تحريم الثانية ـ: فأمّا تحريم الأُولى اذا وطأ الثانية ففيه نظر، فإن كان عليه إجماع منعقد أو كتاب أو سنّة متواترة رجع إليه، وإلّا فلايعرج عليه؛ لأنّ الأصل إباحة الأُولى، وانّما التحريم يتعلّق بوطء الثانية بعد وطئه الأُولى؛ لأنّه بوطئه الثانية يكون جامعاً بين الأُختين فكيف تحرم الأُولى وهي المباحة الوطء وتحلّ المحرمة الوطء؟[٤].

قوله رحمه الله: «ولو وطأ أمة بالملك قيل: جاز أن يتزوّج بأُختها، فتحرم الموطوءة مادامت الثانية زوجة».

---

(١) النساء: ٣.

(٢) السرائر: كتاب النكاح ج ٢ ص ٥٣٨.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ٢٥ من أحلّ الله نكاحه... ح ٣٤ ج ٧ ص ٢٨٣ وفيه «عن الرضا عليه السلام»، سنن ابن ماجة: كتاب النكاح ب ٦٣ ح ٢٠١٥ ص ١٦٩.

(٤) السرائر: كتاب النكاح ج ٢ ص ٥٣٨.

أقـول: الى هذا القول المحكي ذهب إليه المصنّف في التحرير[١]، وحكاه في هذا الكتاب قولاً، وذلك إشارة الى قول الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: فأمّا إن جمع بينهما بنكاح وملك يمين ـ الى قوله: ـ اذا تزوّج امرأة لم يحلّ له وطء أُختها بملك اليمين، وإن كانت ملكه قبل نكاح أُختها وكذلك إن اشتراها بعد نكاح أُختها لم يحلّ له نكاحها، وكان النكاح مانعاً ومقدّماً عليها بلاخلاف. وأمّا أن يقدّم الوطء بملك اليمين وصارت فراشاً له ثمّ تزوّج أُختها صحّ نكاحها وحرم عليه وطء الأُولى، وقال بعضهم: لاينعقد النكاح؛ لأنّ الأُولى فراشه. قال: والأوّل أصحّ[٢].

قوله رحمه الله: «لو تزوّج بنت الأخ أو الأُخت على العمّة أو الخالة من النسب أو الرضاع حرّتين أو أمتين لاملك يمين على إشكال، فإن كان بإذنهما صحّ، وإلّا بطل على رأي، ووقع موقوفاً على رأي».

أقـول: يريد لو تزوّج بنت الأخ أو بنت الأُخت وعنده العمّة أو الخالة لم يجز، سواء كانتا ـ أعني العمّة أو الخالة ـ حرّتين أو أمتين، بالعقد أو ملك اليمين على إشكال.

منشأه من كون كلّ واحدة منهما اذا كانت مملوكة ليس لها حقّ ولا اعتراض على سيدها، إذ الولاية والحكم له عليها.

---

(١) تحرير الأحكام: كتاب النكاح الفصل الثاني في المصاهرة ج ٢ ص ١٣ س ٢.

(٢) المبسوط: كتاب النكاح فصل في من يجوز العقد عليهنّ ومن لايجوز ج ٤ ص ٢٠٧.

ومن عموم قوله عليه السلام: «لاتنكح المرأة على عمّتها ولا على خالتها»[١].

اذا عرفت هذا فالقول بالبطلان مذهب ابن ادريس[٢]، والقول بكونه موقوفاً هو مذهب الشيخين[٣]، وسلّار[٤].

قوله رحمه الله: «وهل للعمّة والخالة فسخ عقدهما والاعتزال؟ قيل: نعم، وفيه نظر».

أقول: القائل بذلك الشيخان[٥]، وسلّار[٦]، فانّهم لمّا جعلوا العقد موقوفاً قالوا: تكون العمّة والخالة مخيّرتين بين إمضاء العقد وفسخه، وبين فسخ عقد أنفسهما والاعتزال، ويكون اعتزالهما بمنزلة الطلاق.

ووجه النظر من حيث إنّ العقد الأوّل قد كان لازماً، والأصل بقاء اللزوم.

ومن حيث إنّ عقد الأخيرة صحيح أيضاً، لأنّه صدر من أهله في محلّه جامعاً لشرائطه، ولايؤثّر البطلان بفسخ العمّة أو الخالة له في صحّته الأصلية كغيره من العقود الموقوفة على رضا الغير، واذا وقع صحيحاً فيكون نسبته كنسبة عقد

---

(١) الكافي: ب ٨٠ المرأة تزوّج على عمّتها أو خالتها ح ٢ ج ٥ ص ٤٢٤ وفيه «عن أبي جعفر عليه السلام»، علل الشرائع: ب ٢٥٧ العلّة من أجلها نهى... ح ١ ص ٤٩٩ بالمضمون، سنن ابن ماجة: كتاب النكاح ب ٣١ ح ١٩٢٩ ج ١ ص ٦٢١.

(٢) السرائر: كتاب النكاح ج ٢ ص ٥٤٥.

(٣) المقنعة: كتاب النكاح باب نكاح المرأة وعمّتها وخالتها ص ٥٠٤ ـ ٥٠٥، النهاية ونكتها: كتاب النكاح ج ٢ ص ٣٠١.

(٤) المراسم: كتاب النكاح ص ١٥٠.

(٥) المقنعة: كتاب النكاح باب نكاح المرأة وعمّتها وخالتها ص ٥٠٥، والنهاية ونكتها: كتاب النكاح ج ٢ ص ٣٠١.

(٦) المراسم: كتاب النكاح ص ١٥٠.

المدخول عليها، فكما كان لها فسخ عقد الداخلة كان لها فسخ عقد نفسها، هكذا استدلّ المصنّف في المختلف على هذا الوجه، واختار فيه انّها ليس لها فسخ عقد أنفسها، قال: وهو اختيار شيخنا أبي القاسم جعفر بن سعيد[١].

قوله رحمه الله: «ولو عقد على الأمة من دون إذن الحرّة بطل أو كان موقوفاً على رأي وتتخيّر الحرّة في فسخه وإمضائه».

أقول: الخلاف هنا كالخلاف في العمّة والخالة، فانّ جماعة من أصحابنا قالوا: يكون العقد باطلاً، كابن أبي عقيل[٢]، وابن الجنيد[٣]، وابن ادريس[٤]. وآخرون بأنّه يقع موقوفاً على إجازة الحرّة أو فسخها، وهو قول الشيخين[٥]، وابن البرّاج[٦]، وسلّار[٧]، وابن حمزة[٨].

قوله رحمه الله: «وهل لها فسخ عقدها السابق؟ قيل: نعم».

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب النكاح المطلب الثاني في تحريم المصاهرة ص ٥٢٨ س ٢٢.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح المطلب الثاني في تحريم المصاهرة ص ٥٢٩ س ٥.

(٣) المصدر السابق.

(٤) السرائر: كتاب النكاح ج ٢ ص ٥٤٥.

(٥) المقنعة: كتاب النكاح باب العقود على الإماء ص ٥٠٦ و ٥٠٧، النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب ما أحلّ الله من النكاح وما حرّم ج ٢ ص ٣٠١ ـ ٣٠٢.

(٦) المهذّب: باب في ذكر من يحرم نكاحه من النساء ج ٢ ص ١٨٨.

(٧) المراسم: كتاب النكاح ذكر شروط الأنكحة ص ١٥٠.

(٨) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٤.

أقــول: هذا قول الشيخين[١] وسلّار[٢]، وابن حمزة[٣] فانّهم قالوا: لو أُدخلت الأمة على الحرّة كان لها فسخه، الرضا به، أو فسخ عقد نفسها.

قوله رحمه الله: «ولو جمع بينهما صحّ عقد الحرّة، وكان عقد الأمة موقوفاً، أو باطلاً».

أقــول: يريد انّه لو جمع بين الحرّة والأمة في عقد واحد صحّ عقد الحرّة، وكان عقد الأمة مبنيّاً على الخلاف السابق.

أمّا موقوفاً عـلى مـذهب الشـيخين[٤] ومـن تـبعهما، أو بـاطلاً عـلى مـذهب ابن أبي عقيل[٥]، وابن الجنيد[٦]، وابن ادريس[٧].

قوله رحمه الله: «قيل: يحرم على الحرّ أن يـعقد على الأمة، إلّا بشرطين: عدم الطول وهو المـهر والنفقة، وخوف العنت وهو مشقّة الترك، وقيل:

---

(١) المقنعة: كتاب النكاح باب العقود على الإماء ص ٥٠٧، النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب ما أحلّ الله من النكاح وما حرّم ج ٢ ص ٣٠٢.

(٢) المراسم: كتاب النكاح ذكر شروط الأنكحة ص ١٥٠.

(٣) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٤.

(٤) المقنعة: كتاب النكاح باب العقود على الإماء ومايحلّ من النكاح بملك اليمين ص ٥٠٥ـ٥٠٦، النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب ما أحلّ الله من النكاح وماحرّم ج ٢ ص ٣٠٢.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح المطلب الثاني في تحريم المصاهرة ص ٥٢٩ س ٥.

(٦) المصدر السابق.

(٧) السرائر: كتاب النكاح ج ٢ ص ٥٤٧.

يكره، فعلى الأوّل تحرم الثانية، ولا خلاف في تحريم الثالثة».

أقول: القول بالتحريم هو المشهور بين أصحابنا، ذهب إليه المفيد[١]، وابن أبي عقيل[٢]، وابن الجنيد[٣]، وابن البرّاج[٤]، وهو أحد قولَي الشيخ ذكره في المبسوط[٥] والخلاف[٦].

والقول بالكراهية هو القول الآخر للشيخ ذكره في النهاية[٧]، وهو اختيار المصنّف في المختلف[٨].

فعلى القول بالتحريم من دون الشرطين اذا حصل الشرطان جاز له نكاح الواحدة، ولا تحلّ له الثانية؛ لاندفاع الخوف بالواحدة.

وعلى القول بالكراهية لاتحرم الثانية، وأمّا الثالثة محرّمة بالإجماع.

قوله رحمه الله: «ولو تزوّج اثنتين دفعةً حينئذٍ قيل: يتخيّر، وقيل: يبطل».

---

(١) المقنعة: كتاب النكاح باب العقود على الإماء ص ٥٠٦.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل السادس في نكاح الإماء والمماليك ص ٥٦٥ س ٨.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل السادس في نكاح الإماء والمماليك ص ٥٦٥ س ١٣.

(٤) المهذّب: كتاب النكاح باب نكاح الإماء والعبيد ج ٢ ص ٢١٥.

(٥) المبسوط: كتاب النكاح فصل في من يجوز العقد عليهنّ ج ٤ ص ٢١٤.

(٦) الخلاف: كتاب النكاح مسألة ٨٦ ج ٤ ص ٣١٣.

(٧) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب ما أحلّ الله من النكاح وما حرّم ج ٢ ص ٣٠٢.

(٨) مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل السادس في نكاح الإماء والمماليك ص ٥٦٥ س ٢٠.

أقـول: القائل بأنّه يتخيّر هو الشيخ في النهاية[١]، وتبعه ابن البرّاج[٢]، وهـو مذهب ابن الجنيد[٣].

والقائل بالبطلان هـو ابـن حمـزة[٤]، واخـتاره ابـن ادريس[٥]، والمـصنّف في المختلف[٦].

قوله رحمه الله: ولو تجاوز العدد في عقد واحد ففي التخيير أو بطلان العقد إشكال، كالحرّ».

أقـول: يريد اذا عقد العبد على أزيد من العدد المحلّل له ـ كما اذا تزوّج ثلاث حرائر أو خمساً من الإماء في عقد واحد ـ فهل يتخيّر منهنّ العدد المحلّل له أو يبطل عقد الجميع؟ فيه إشكال.

وقـوله: «كالحرّ» أي كالحرّ اذا تجاوز العدد، وقد تقدّم ذكر الخلاف فيه، ولم يختر أحد القولين. وهذا الكلام يدلّ على أنّ عنده في الحرّ أيضاً إشكالاً.

ووجه الإشكال فيهما من حيث إنّه لايمكن القول بصحّة الجميع إجماعاً، فيتعيّن امّا بطلان الجميع أو البعض، ولمّا لم يكن بعضاً منهنّ أولى بالبطلان من بعض آخر؛

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب ما أحلّ الله من النكاح وما حرّم ج ٢ ص ٢٩٧.

(٢) المهذّب: كتاب النكاح باب في ذكر من يحرم نكاحه من النساء ج ٢ ص ١٨٥ ـ ١٨٦.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح ص ٥٢٦ س ٥.

(٤) قال بالتخيير وليس البطلان، الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان من يجـوز العـقد عـليه ص ٢٩٤.

(٥) السرائر: كتاب النكاح ج ٢ ص ٥٣٩.

(٦) قال بالتخيير وليس البـطلان،مخـتلف الشـيعة: كـتاب النكـاح المـطلب الثـاني في تحـريم المصاهرة ص ٥٢٦ س ٥.

لأنّ نسبة العقد الواحد إليهنّ على السوية تعيّن بطلان الجميع.

ومن حيث وجود النقل على التخيير، وهو ما روى جميل بن دّراج في الحسن، عن الصادق عليه السلام في رجل تزوّج خمساً في عقد، قال: يخلي سبيل أيّهنّ شاء ويمسك الأربع[1].

قوله رحمه الله: «ولو تزوّج الحرّ حرّة في عقد واثنتين في عقد وثلاثاً في عقد واشتبه صحّ نكاح الواحدة على الثاني».

أقول: على القول الثاني وهو: انّه اذا تزوّج أزيد من العدد المحلّل له يبطل الجميع، ولو تزوّج على الوجه المذكور صحّ عقد الواحدة قطعاً؛ لأنّ عقدها امّا أن يكون هو الأوّل أو الثاني أو الأخير، فإن كان الأوّل صحّ قطعاً، وإن كان الثاني فالسابق عليه، امّا عقد الاثنتين فيصحّ ويصحّ عقدها؛ لأنّها تكون ثالثة ويبطل عقد الثلاث الأُخر، وأمّا عقد الثلاث فتكون رابعة ويبطل عقد الاثنتين، وإن كان أخيراً فالعقد السابق إن كان عقد الثلاث صحّ ويبطل عقد الاثنتين، وتكون الواحدة رابعة يصحّ عقدها، وإن كان عقد الاثنتين صحّ ويبطل عقد الثلاث وصحّ عقدها؛ لأنّها تكون ثالثة.

وأقول: على القول بالتخيير يتخيّر واحدة من الثلاث، وذلك لأنّ عقدالثلاث إمّا أن يكون قد وقع أوّلاً أو ثانياً أو أخيراً.

فإن وقع أوّلاً صحّ عقد الثلاث جميعاً، فيدخل فيه الواحدة.

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢٥ من أحلّ الله نكاحه... ح ٧٣ ج ٧ ص ٢٩٥، وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ح ١ ج ١٤ ص ٤٠٣.

وإن وقع ثانياً فإن كان السابق عليه عقد الواحدة صحّ عقدها وعقدهنّ أيضاً وبطل عقد الاثنتين، وإن كان السابق عقد الاثنتين كان له أن يتخيّر من الثلاث اثنتين، فيدخل فيه اختيار الواحدة أيضاً.

وإن وقع أخيراً فقد سبقه العقد على ثلاث لاغير، فكان له أن يتخيّر الواحدة كمال العدد وهو الواحدة قطعاً، بخلاف عقد الاثنتين أو الواحدة. امّا عقد الاثنتين يحتمل أن يكون عقدهما أخيراً، فيكون باطلاً؛ لتقدّم العقد على تمام العدد المحلّل له. وأمّا الواحدة فلاحتمال تأخّر عقدها أيضاً، وقد سبق العقدان على خمس فيتخيّر منهنّ أربعاً وتبطل الخامسة وعقدالأخيرة؛ لأنّها سادسة. والمصنّف لم يتعرّض لذلك.

قوله رحمه الله: «امّا السامرة فقيل: إنّهم من اليهود، والصابئون من النصارى، والأصل انّهم إن كانوا يخالفون القبيلتين في فروع الدين فهم منهم، وإن خالفوهم في أصله فهم ملحدة لهم حكم الحربيّين».

أقول: نقل هذا القول الشيخ في المبسوط فقال: امّا السامرة والصابئون فقد قيل: إنّ السامرة قوم من اليهود، والصابئون قوم من النصارى، والصحيح في الصابئة انّهم غير النصارى؛ لأنّهم يعبدون الكواكب[1].

وظاهر كلام المفيد يدلّ أيضاً على انّ الصابئين غير النصارى، فانّه قال في باب العقد على الإماء: وينكح بملك اليمين اليهودية والنصرانية، ولايجوز له ذلك بعقد

---

(١) المبسوط: كتاب النكاح فصل في من يجوز العقد عليهنّ ج ٤ ص ٢١٠.

نكاح، ولايجوز له وطء المجوسية والصابئية والوثنية[١].

وقال في موضع آخر: لابأس أن يطأ اليهودية والنصرانية بملك اليمين، ولايجوز له وطء المجوسية، وكذا الصابئات والوثنيات حرام وطؤهن بالعقود وملك الأيمان[٢].

امّا المصنّف فذكر الضابط في ذلك وهو: انّ الصابئين والسامرة إن خالفوا اليهود والنصارى في فروعهم كانوا منهم، وكان لهم حكمهم في جواز النكاح وعدمه. وإن خالفوهم في أُصول عقائدهم فهم ملحدة ـ كالخوارج والغلاة ـ بالقياس الى المسلمين، فلهم حينئذٍ حكم أهل الحرب، لايحلّ نكاحهم بحال.

قوله رحمه الله: «وهل اليهود بعد مبعث عيسى عليه السلام كهو بعد مبعث النبي صلّى الله عليه وآله إشكال».

أقول: يريد بذلك انّه لو اعتقد الوثني ـ مثلاً ـ دين اليهودية بعد مبعث عيسى عليه السلام هل يكون حكمه حكم الوثني الذي يختار دين اليهودية والنصرانية بعد مبعث الرسول صلّى الله عليه وآله؟ بمعنى انّه كما لايقبل منه هنا إلّا الاسلام ولايصحّ إقراره على ما اختاره من دين أهل الكتاب كذا لايقبل منه ذلك بعد مبعث عيسى عليه السلام أو يكون ذلك مخصوصاً بدين الاسلام لاغير فيقرّ على معتقده؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّه كان حربياً وقد انتقل الى دين منسوخ بعد نسخه فلايقبل منه، ولأنّ الأصل بقاء حكم الوثني[٣] عليه.

---

(١) المقنعة: كتاب النكاح باب العقود على الإماء ص ٥٠٨.

(٢) المقنعة: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان ص ٥٤٣.

(٣) في ج: «التقرير».

ومن ثبوت وجوب إقرار أهل الذمّة على معتقدهم، خرج منه ما اذا انتقل إليه بعد مبعث النبي صلّى الله عليه وآله، فيبقى ماعداه داخلاً تحت وجوب التقرير.

قوله رحمه الله: «فلو أشكل هل انتقلوا قبل التبديل أو بعده أو دخلوا في دين من بدّل أوّلاً؟ فالأقرب إجراؤهم بحكم المجوسي».

أقول: لأنّ ذلك شبهة فلايقصرون حينئذٍ عن المجوس الذين ليسوا بأهل الكتاب، وانّما اُلحقوا بأهل الكتاب؛لأنّ لهم شبهة كتاب، فهؤلاء ينسبون الى أهل الكتاب.

قوله رحمه الله: «امّا الأوّل: ففي تحريم نكاحهم على المسلم خلاف، أقربه تحريم المؤبّد دون المنقطع وملك اليمين، وكذا الثاني».

أقول: يريد بالأوّل نكاح الكتابية اليهودية والنصرانية، وبالثاني من له شبهة كتاب كالمجوسية، وقد تقدّم ذكر الخلاف في الجميع ووجه أقربية تحريم المؤبّد وجواز المنقطع وملك اليمين.

قوله رحمه الله: «الأقرب إلحاق الولد بأشرفهما كالمسلم».

أقول: قد ثبت انّ الولد تابع لأشرف الطرفين، ولهذا لو كان أحدهما حرّاً والآخر رقّاً كان حرّاً، سواء كان الحرّ الأب أو الاُمّ، وكذا لو كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً كان لاحقاً بالمسلم، ولاشكّ انّ الوثني أخسّ من الكتابي، فيكون

لاحقاً بالكتابي؛ لدخوله تحت القاعدة الكلّية من تبعية الولد[١] لأشرف الأبوين.

قوله رحمه الله: «واذا تحاكم أهل الذمّة إلينا تخيّر الامام بين الحكم بينهم وبين ردّهم الى أهل ملّتهم، كالمسلم إن اتّفق الغريمان في الدين، وكذا إن اختلفا على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من عموم جواز ردّهم.

ومن انّ جريان حكم بعض أهل الذمّة على من خالفهم في دينه منهم غيرلازم، وانّما يلزمهم أن يجري عليهم أحكام المسلمين، وحينئذٍ يكون لكلّ منهما أن يمتنع من إمضاء حكم دين الآخر عليه.

قوله رحمه الله: «فإن قلنا بالردّ احتمل الى من يختاره المدّعي أو الحاكم أو الناسخ لموافقة رأيه رأي الحاكم في بطلان المنسوخ».

أقول: هذا تفريع على الاحتمال الأوّل ـ وهو جواز ردّهم ـ والى دين أيّهما يحتمل؟ الى من يختاره المدّعي؛ لأنّ الأصل انّ للمدّعي أن يحمل غريمه الى من شاء من الحكّام، ويحتمل الى من يختاره الحاكم؛ لأنّه المأمور بالحكم أو الردّ وكان التعيين إليه، ويحتمل الى دين الناسخ؛ لما ذكره المصنّف فيردّ اليهودي والنصراني الى حكم دين النصراني.

قوله رحمه الله: «ولايصحّ على خمر أو خنزير،

---

(١) في ج: «الدار».

ولو تزوّجا عليه ثمّ ترافعا فإن كان قبل القبض لم يحكم بوجوبه وأوجب مهر المثل، يحتمل قوياً قيمته عند مستحلّيه».

أقول: اذا أراد ذمّي ابتداء العقد على ذمّية عندنا لم يجز أن يتزوّجها على مالايحلّ تملّكه للمسلم كالخمر والخنزير، فإن تزوّجها عليه ثمّ ترافعا الى حاكم المسلمين فإن كان قبل قبض المهر لم يحكم بوجوبه، فيحتمل أمران:

أحدهما: أن يوجب لها على الزوج مهر المثل؛ لأنّ الذي سمّياه لايحكم به، فاذا بطل المسمّى تعيّن مهر المثل.

والآخر: أن يحكم بقيمته عند مستحلّيه؛ لأنّ العقد وقع صحيحاً وثبت به ما سمّياه من الخمر والخنزير، لكنه لمّا تعذّر حكم الحاكم به حكم بقيمته عند مستحلّيه؛ لأنّه عوض المسمّى الذي تناوله العقد. وهذا الاحتمال قويّ عند المصنّف، لما فيه من إلزامه بمساوي ما وجب في ذمّته، إذ قد يكون مهر المثل أزيد فيلزم إلزام الزوج بزيادة عمّا في ذمّته، وقد ينقص فيلزم منع الزوجة عن بعض مستحقّها.

قوله رحمه الله: «وإن كان بعد قبض بعضه سقط بقدر المقبوض ووجب بنسبة الباقي من مهر المثل أو القيمة».

أقول: لو كان قد أصدقها عشرة أزقاق من خمر ـ مثلاً ـ فقبضت منها خمسة وبقي خمسة برئ من نسبة المقبوض، فإن كانت الأزقاق العشرة متساوية قدراً ووصفاً برئ من النصف قطعاً ووجب عليه امّا نصف مهر المثل أو نصف القيمة عند مستحلّيه على ما مضى من الوجهين، وإن اختلفت ـ كما لو كانت الخمسة المقبوضة

ثلث العشرة بحسب الكيل مثلاً ـ احتمل فيها ثلاثة أوجه، أحدها: اعتبار العدد، لما ذكره المصنّف. وثانيها: اعتبار الكيل؛ لأنّ المقبوض ثلث ما وقع عليه العقد. وثالثها: القيمة عند مستحلّيه فيقوّم المقبوض عندهم والباقي فيحسب عليه بتلك النسبة، وهو الأقرب عند المصنّف لما تقدّم.

قوله رحمه الله: «ولو طلّق المسلم زوجته الذمّية ثلاثاً ثمّ تزوّجت ذمّياً ثمّ طلّقها حلّت للأوّل متعةً ودواماً على رأي، ويشترط الاسلام على رأي».

أقول: قد تقدّم انّ مذهب ابن أبي عقيل جواز نكاح اليهودية والنصرانية للمسلم بالعقد الدائم والمنقطع[1]، وإن مذهب أكثر الأصحاب تحريم الدائم إلّا عند الضرورة الى المتعة، فلو طلّق المسلم زوجته الذمّية ثلاثاً بينها رجعتان ثمّ تزوّجها الذمّي بالعقد الدائم ودخل بها ثمّ طلّقها حلّت للمسلم متعةً. أمّا الدائم فانّها تحلّ أيضاً على المسلم عند ابن أبي عقيل، وعند غيره بشرط الاسلام.

فإن قلت: كيف يطلّق المسلم زوجته الذمّية ثلاثاً بينها رجعتان فانّ ذلك لا يتأتّى إلّا على مذهب ابن أبي عقيل دون غيره؟ فتكون المسألة المفروضة انّما تتأتّى على مذهبه لاغير فكيف بناها المصنّف على المذهبين؟

قلنا: بل يتأتّى على كلا المذهبين، امّا عند ابن أبي عقيل يمنع اذاً تجويز مراجعة المسلم للمطلّقة الذمّية على أحد الوجهين فظاهر. وأمّا على القول الآخر لايمنع مراجعة المسلم لها على الوجه الآخر فبأن يكونا ذمّيين ويطلّقها طلقتين بينهما رجعة

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح المطلب الثالث في الأولياء ص ٥٣٥ س ٢٩.

ثمّ يتزوّجها ويسلم دونها ثمّ يطلّقها الثالثة في حال إسلامه فانّها تحرم عليه بدون المحلّل، فاذا حلّلها الذمّي ثمّ طلّقها أو مات عنها بعد الدخول حلّ نكاحها على قول أكثر الأصحاب متعةً على قول ابن أبي عقيل مطلقاً.

قوله رحمه الله: «وبعده يقف الفسخ على انقضاء العدّة إن كان كتابياً، فإن انقضت ولم يسلم فسد العقد على رأي».

أقول: هذا قول الشيخ في الخلاف[١]، وبه قال ابن البرّاج[٢]، وابن ادريس[٣].

وقال الشيخ في النهاية[٤] وكتابَي الأخبار[٥]: لا يبطل العقد بل يكون بحاله، ولا يمكن من الخلوة بها، ولا من الدخول عليها ليلاً، ولا من إخراجها من دار الهجرة الى دار الحرب اذا كان الزوج بشرائط الذمّة.

قوله رحمه الله: «وإذا ارتدّ أحد الزوجين قبل الدخول فسد العقد في الحال، ولا مهر إن كان من المرأة، وإلّا فالنصف. ويحتمل الجميع إن كان عن فطرة».

---

(١) الخلاف: كتاب النكاح المسألة ١٠٥ ج ٤ ص ٣٢٥.

(٢) المهذّب: كتاب النكاح باب في ذكر من يحرم نكاحه من النساء ج ٢ ص ١٨٧ ـ ١٨٨.

(٣) السرائر: كتاب النكاح ج ٢ ص ٥٤٢.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب ما أحلّ الله من النكاح وما حرّم ج ٢ ص ٣٠٠.

(٥) تهذيب الأحكام: ب ٢٦ من يحرم نكاحهنّ بالأسباب ذيل الحديث ١١ ج ٧ ص ٣٠٠، الاستبصار: ب ١١٨ الرجل والمرأة اذا كانا ذمّيين ذيل الحديث ٥ ج ٣ ص ١٨٣.

أقـول: امّا احتمال النصف فلأنّه فسخ قبل الدخول فيلزمه به نصف الصداق كالطلاق. وأمّا احتمال الجميع اذا كان الارتداد عن فطرة فلأنّه كالموت، ولهذا تعتدّ زوجته عدّة الوفاة وتورث، وحينئذٍ يلزمه الجميع، لأنّ الزوج لومات قبل الدخول كان للزوجة جميع الصداق كمالو دخل، عند المصنّف وجماعة من الأصحاب. وسيأتي البحث في ذلك إن شاء الله تعالى.

قوله رحمه الله: «ولو انتقلت الوثنية الى الكتابية وأسلم الزوج فإن قبلنا منها غيرالاسلام فالنكاح بحاله وإلّا وقف على الانقضاء بعد الدخول».

أقـول: هذا التفريع ينافي ما ذكره المصنّف في هذا الكتاب فانّه قال فيه: ومن انتقل الى دين أهل الكتاب بعد مبعث النبي صلّى الله عليه وآله لم يقبل منه، ولم يثبت لأولادهم حرمة أهل الكتاب.

قوله رحمه الله: «ولو اعتقدوا غصبية المرأة نكاحاً أقرّوا عليه على إشكال بعد الاسلام وقبله».

أقـول: منشأه من كون الغصب معلوم القبح عقلاً وظلماً للمغصوبة، فلايجوز للحاكم التقرير على الظلم، فانّ التمكين من الظلم، والتقرير عليه قبيح عقلاً لقبح الظلم.

ومن عموم وجوب إقرارهم على أنكحتهم الصحيحة عندهم، وهذا عندهم نكاح صحيح، فلا يعترضوا فيه.

قوله رحمه الله: «ولو أسلم معه أربع من ثمان فالأقرب انّ له اختيار الكتابيات».

أقول: وجه القرب انّ الاسلام لايمنع من الاستمرار على نكاح الكتابيات، فلا يتعيّن عليه نكاح المسلمات؛ لتساويهنّ حينئذٍ في جواز نكاحه لهنّ.

قوله رحمه الله: «ولو أسلم الحرّ على أربع إماء تخيّر اثنتين، وكذا لو كان معهنّ حرائر اذا رضيت الحرائر، والأقرب اعتبار رضا جميع الحرائر الأربع دون الخامسة إن فسخ نكاحها، وإلّا اعتبر».

أقول: لو أسلم وعنده أربع إماء وخمس من الحرائر فإن لم ترض الحرائر بنكاح الإماء انفسخ نكاحهنّ، وإن رضين كان له أن يتخيّر أمتين، وهل يكفي رضا تمام العدد العدد المحلّل له كحرّتين يختارهما من الخمس أو يفتقر الى رضا الجميع؟

والأقرب عند المصنّف انّه لايكفي أقلّ من أربع؛ لأنّه يلزمه نكاح أربع من الحرائر الخمس، وانّما تكن الإماء زوجات اذا رضي الحرائر، وقبل رضاهنّ لاتكون الإماء زوجات، أمّا الخامسة فإن فسخ نكاحها لم يتوقّف صحّة نكاح الإماء على رضاها، وإلّا اعتبر رضا الخمس؛ لأنّ نسبة الزوجية إليهنّ قبل الاختيار على السوية، فلايثبت نكاح الإماء إلّا برضا الجميع.

قوله رحمه الله: «واذا أسلمت الوثنية فتزوّج الكافر بأُختها فإن انقضت العدّة على كفره صحّ عقد الثانية، ولو أسلما في عدّة الأُولى تخيّر، ولو

تأخّر إسلام الثانية حتى خرجت عدّة الأُولى وقد أسلم بانت. ويحتمل انتظار العدّة الثانية من حين إسلامه، فإن لحقت به تخيّر وإن خرجت عدّة الأُولى».

أقول: وجه هذا الإحتمال انّه بإسلام الأُولى دونه بعد الدخول يضرب لها عدّة، بحيث إن رجع فيها لم تبن به، وإن خرجت وهو على كفره بانت، وبإسلامه يضرب للثانية المدخول بها عدّة؛ لأنّهما كافران أسلم أحدهما بعد الدخول فيجب انتظار العدّة، فإن خرجت العدّة من حين إسلامه ثبت نكاح الأُولى، وإن أسلمت الأُخرى في هذه العدّة كان كمن أسلم عن أُختين فيتخيّر أيّتهما شاء وإن خرجت[1] عدّة الأُولى؛ لأنّ الاعتبار بإسلام الثانية انّما هو في العدّة التي ضربت، لاختلاف الدين بينهما وبين زوجها، وذلك من حين إسلامه فلا تعلّق لها بعدّة الأُولى.

قوله رحمه الله: «ولو أسلم عن أربع إماء وحرّة ـ الى قوله: ـ ولو أُعتقن قبل إسلامه ثمّ أسلم وأسلمن أو أُعتقن بعد إسلامه على إشكال، ثمّ أسلمن بعد إسلامه كان له اختيار الأربع؛ لأنّ حالة الاختيار حال اجتماع الإسلامين وهنّ حينئذٍ حرائر».

أقول: وجه الإشكال ممّا ذكره المصنّف.

---

(١) في ج: «حرمت».

ومن انّه لمّا أسلم كان متعبّداً، بأن لا يزيد على أمتين وهنّ حينئذٍ إماء، فلا يزول هذا الحكم بتجدّد عتقهنّ.

قوله رحمه الله: «ولو أسلم الكافر وقد زوّج ابنه الصغير بعشر ـ الى قوله: ـ ولو أسلم أب المجنون ففي التبعية إشكال».

أقول: منشأ الإشكال من حيث إنّ تبعية الغير في الإسلام لغيره على خلاف الأصل، خرج منه تبعية الصغير بالإجماع، فيبقى ماعداه على أصالة العدم.

ومن مساواة المجنون للصغير في انتفاء التكليف عنهما، وثبوت الولاية عليهما، فكان حكمُه حكمَه.

قوله رحمه الله: «فإن قلنا به تخيّر الأب أو الحاكم».

أقول: المراد لو كان للمجنون عشر نساء بأن تزوّجهنّ حال عقله وكفره ـ مثلاً ـ ثمّ جنّ فأسلم أبوه وقلنا بأنّه يتبعه في الإسلام فالخيار لأبيه أو جدّه له مع وجود أحدهما في تعيين أربع نسوة منهنّ، ومع عدم الأب أو الجدّ له يتخيّر الحاكم. ولا ينبغي أن يفهم أنّ في ثبوت الولاية عليهنّ احتمالاً بين ثبوتها للأب أو الحاكم، لأنّ المصنّف قد صرّح قبل ذلك بأنّ الولاية على المجنون للأب، فانّ ولاية الحاكم على المجنون تسقط مع وجود الأب أو الجدّ، فانّه قال في هذا الكتاب في المطلب الثاني في المولّى عليه: وللأب أن يزوّج المجنون الكبير، وأطلق.

وقال في الفصل الثاني في الولاية: وأمّا الحكم فانّ ولاية الحاكم تختصّ في النكاح على البالغ فاسد العقل، أو على من تجدّد جنونه ـ الى أن قال: ـ وتسقط ولايته مع وجود الأب أو الجدّ.

قوله رحمه الله: «أمّا اللفظ فصريحه: اخترتك أو أمسكتك أو ثبتك أو اخترت نكاحك أو أمسكته أو ثبته وشبهه منجزاً على الأقوى».

أقول: هل يشترط في الاختيار أن يكون منجزاً، بمعنى انّه لو علّقه على شرط لم يقع؟ قوّى الشيخ في المبسوط[1] ذلك، واختاره المصنّف أيضاً.

ووجه القوّة انّ الاختيار لبعض منهنّ دون بعض حكم شرعي يقف على مورد النصّ، وهو متحقّق في المنجز، لقوله صلّى الله عليه وآله: «امسك أربعاً وفارق سائرهنّ»[2] فيكون الحكم مقصوراً عليه.

قوله رحمه الله: «وليس الظهار والإيلاء اختياراً على إشكال».

أقول: لاريب في انّ الطلاق اختيار؛ لأنّه إزالة قيد النكاح، فلايتحقّق ذلك في الأجنبية، فلا يواجه به إلّا الزوجة. امّا الظهار والإيلاء ففيهما إشكال.

ينشأ من انّ كلّاً منهما ليس رفعاً لقيد النكاح، فلايدلّ على الاختيار، إذ هو في الحقيقة إمّا يمين على ترك الوطء أو في معناه، وذلك قد يواجه به غير الزوجة.

ومن انّ الظهار والإيلاء انّما ينصرف عرفاً عند إطلاقه الى الشرعيين، وهو مخصوص بالزوجة، فكان كالطلاق في كونه دالّاً على الاختيار.

---

(١) المبسوط: كتاب النكاح فصل في تزويج المشركين ج ٤ ص ٢٣١.

(٢) لم نعثر عليه في كتبنا ووجدناه في سنن البيهقي: كتاب النكاح باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة ج ٧ ص ١٨١.

قوله رحمه الله: «ولو طلّق أو ظاهر أو آلى أو قذف بعد إسلامه حال كفرهنّ فإن خرجت العدّة عليه فلا حكم، بل التعزير في القذف، ويسقط بالبيّنة خاصّة، وإن أسلمت فيها فالأقرب وقوع الطلاق».

أقول: وجه القرب انّها لمّا أسلمت تبيّنا كونها زوجة حال الطلاق.

قوله رحمه الله: «وهل تنزّل الكنايات منزلة الطلاق في الاختيار؟ إشكال، أقربه العدم وإن قصد به الطلاق».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّه ليس طلاقاً فلا يدلّ على الاختيار.

ومن انّه قصد به الطلاق الدالّ على الاختيار فيكون كالطلاق، والأقرب الأوّل عند المصنّف؛ لأنّ الاختيار يقتضي ثبوت حكم الزوجية لبعضهنّ دون بعض، ويترتّب على ذلك أحكام شرعية، فلا يثبت ذلك بمجرّد اللفظ المحتمل.

قوله رحمه الله: «وهل التقبيل أو اللمس بشهوة اختيار؟ أقربه ذلك كما هو رجعة».

أقول: اذا كان التقبيل أو اللمس بشهوة لو وقع أحدهما عقيب الطلاق المزيل لقيد النكاح يقتضي إعادة النكاح فدلالته على اختيار الزوجية وبقاء نكاحها أولى، والأوّل حقّ إجماعاً، فكذا ما هو أولى بهذا الحكم منه.

قوله رحمه الله: «ولو تزوّج بأُخت إحداهنّ لم يصحّ، وهل يكون اختياراً لفسخ عقدها إشكال».

أقــول: وجه الإشكال من احتمال كونه اختياراً لفسخ عقد الأُخت الأُخرى؛ لأنّ الجمع بين الأُختين حرام، والأصل صيانة فعل المسلم عن الحرام.

ومن احتمال عدمه؛ لأنّ العقد عليها أعمّ من قصد الاختيار وعـدمه، لإمكـان وجوده في كلّ واحدة من صورتَي قصد الاختيار وعـدمه، ولا دلالة للـعامّ عـلى الخاصّ.

قوله رحمه الله: «ولو لحقه أربع وتخـلّف أربـع فعيّن الأوائل للنكاح صحّ، ولو عيّنهن للفسخ لم يـصحّ إن كـان الأواخـر وثـنيات، وإلاّ صـحّ، ويحتمل الوقف».

أقــول: المراد ولو عيّنهنّ للفسخ لم يصحّ، ويحتمل الوقف.

ووجه الاحتمال الأوّل: انّه اذا عيّن المسلمات الأربع للفسخ جـاز أن لاتسـلّم الوثنيات، فيبطل نكاح الوثنيات، لإقامتهن على الكفر المانع من نكاحهنّ، فلو كان قد انفسخ نكاح المسلمات بفسخه لبطل نكاح الجميع، وهو غيرجائز؛ لأنّه يـلزمه نكاح أربع منهنّ.

ووجه الثاني: وهو الوقف، بمعنى: انّه إن أسلمت الباقيات في العدّة علمنا بصحّة فسخ نكاح الأوائل، وإن بقين على الكفر تبيّنّا بطلان الفسخ، فلايحكم الآن ببطلان الفسخ على الجزم، وذلك لأنّه على تقدير إسلام الباقيات تبيّن بقاء نكاح الأواخر بإسلامهن في العدّة، فيكون الاختيار لهنّ صادف محلّه فكان صحيحاً.

قوله رحمه الله: «ولو عيّن المـتخلّفات للـفسخ صحّ، وللنكاح لايصحّ، إلّا إن جوّزنا الوقف».

أقـول: اذا انعكس الحال بأن عيّن الأواخر للفسخ صحّ، وهـو ظـاهر؛ لأنّ الأواخر إن بقين على الكفر فالأوائل زوجات بغير اختياره، وإن أسلمن كـان له فسخ الأواخر، فاختيار الفسخ فيهنّ لامانع منه على كلّ واحد من التقديرين. امّا اذا عيّنهنّ للنكاح فانّه يبني على ما تقدّم في الأُولى، وهو انّه اذا عيّن الأوائل للفسخ فإن قلنا: لايصحّ فتعيين الأواخر للنكاح لايصحّ؛ لاحتمال بقائهنّ على الكفر، فلا يصحّ اختيارهنّ وتتعيّن الأوائل للنكاح، وان قلنا هناك بالوقف فكذا هنا.

قوله رحمه الله: «ولو أسلمت ثمان على الترتيب فخاطب كلّ واحدة بالفسخ عند إسلامها تـعيّن للـفسخ الأربـع المـتأخّرات وعـلى الوقـف المتقدّمات».

أقـول: هذا تفريع على ماتقدّم من الاحتمالين وهو: انّه اذا كـان عـنده ثمـان وثنيات فأسلم ثمّ أسلمن كلّهنّ على الترتيب فكلّ واحدة أسلمت فسخ نكـاحها، فعلى القول ببطلان الفسخ يبطل فسخ الأربع المتقدّمات ويصحّ فسخ المـتأخّرات، وعلى القول بالوقف يتبيّن بإسلام المتأخّرات صحّة الفسخ في الأربـع المـتقدّمات فتتعيّن للنكاح المتأخّرات، وذلك ظاهر.

قوله رحمه الله: «ويوقف لهنّ الربع أو الثمن حتى يـصطلحن ـ الى قـوله: ـ ويحـتمل القـرعة أو التشريك».

أقـول: اذا مات بعد إسلام الثمان قبل اختيار أربع منهنّ أُخذ من تركته نصيب الزوجية وهو الربع مع عدم الولد أو الثمن معه، وفيما يصنع به ثلاثة أوجه:

أحدها: إيقافه حتى يصطلحن عليه، لأنّ المستحقّ له منحصر فيهنّ لكنّه مجهول، والحقّ اذا لم يمكن معرفته، فالاحتياط يقتضي صلحهنّ عليه.

الثاني: القرعة؛ لأنّه أمر مشكل، وكلّ أمر مشكل فيه القرعة، على ماورد به الأثر عن أئمة الهدى عليهم السلام[1].

الثالث: التشريك، فيكون بينهنّ أثلاثاً، لانحصار مستحقه فيهنْ، وعدم أولوية بعضهنّ به على بعض، فكان مشتركاً بينهنّ، كما لو تداعيا ملكاً ولا ترجيح فانّه يقسم بين المتداعيين كما تقدّم.

قوله رحمه الله: «ولو أسلم الكتابيات بعد الموت قبل القسمة فالأقرب إيقاف الحصة».

أقول: يريد انّه لو كان له ثمان زوجات فأسلم معه أربع وبقي أربع كتابيات فمات قبل الاختيار ثمّ أسلمت الكتابيات قبل قسمة الميراث فالأقرب عنده إيقاف الحصّة بين المسلمات أوّلاً والكتابيات اللواتي أسلمن بعد موته؛ لأنّه قد تقدّم انّ الأقرب عنده انّ له اختيار الكتابيات، وحينئذٍ لاتتعيّن المسلمات أوّلاً للزوجية، لجواز اختياره الكتابيات، واذا كانت الزوجية محتملة للجميع وقد أسلمن قبل القسمة فلا يختصّ به الأوّائل، بل يوقف بينهنّ جمع.

قوله رحمه الله: «ولو قالت: أسلمنا معاً فالنكاح باقٍ قدّم قوله، لندور التقارن في الإسلام على إشكال».

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٩٠ البيّنتين يتقابلان أو يترجح بعضها على بعض وحكم القرعة ح ٢٢ و٢٣ و٢٤ و٢٥ و ٢٦ ج ٦ ص ٢٤٠، وسائل الشيعة: ب ١٣ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ج ١٨ ص ١٨٧.

أقــول: منشأه ممّا ذكره.

ومن أصالة عدم تقدّم أحدهما.

قوله رحمه الله: «ولا يعدّ الفسخ في الطلاق وإن ساواه في المهر، ولو أسلم الوثني قبل الدخول وجب نصف المسمّى إن كان مباحاً، وإلّا نصف مهر المثل. ويحتمل المتعة، ولولم يسمّ مهراً فلها المتعة، وإن كان بعده وجب المسمّى أو مهر المثل على التفصيل».

أقــول: لمّا قرّر المصنّف أنّ الفسخ باختلاف الدين مساوٍ للطلاق في المهر أورد هذه المسألة وهو: انّه اذا أسلم الوثني فامّا قبل الدخول أو بعده، وعلى التقديرين فامّا أن يكون قد سمّى مهراً مباحاً أو محرّماً أو لم يسمّ شيئاً، فالأقسام ستة:

(أ) أسلم قبل الدخول، وقد سمّى مباحاً فلها نصف المسمّى، وهو ظاهر.

(ب) سمّى محرّماً وأسلم قبل الدخول، ففيه احتمالان، أحدهما: وجوب نصف مهرالمثل؛ لأنّ العقد وقع على المحرّم صحيحاً وقت كفره، فلمّا سقط عن ذمّته بإسلامه لامتناع ثبوت ذلك في ذمّة المسلم وجب لها عوض ذلك البضع، ولمّا كان ذلك قبل الدخول كان لها نصفه. الاحتمال الثاني: المتعة؛ لأنّه لمّا سقط عن ذمّته كان كمن لم يسمّ شيئاً، فيكون لها المتعة كالطلاق قبل الدخول.

(ج) لم يسمّ شيئاً وأسلم قبل الدخول فلها المتعة كالطلاق، وهو ظاهر.

(د) أسلم بعد الدخول وسمّى مباحاً فلها المسمّى.

(هـ) أسلم بعد الدخول وسمّى محرّماً.

(و) أسلم بعد الدخول ولم يسمّ شيئاً، ففي هذين القسمين لها مهر المثل، والى ذلك أشار بقوله:«وجب المسمّى أو مهر المثل على التفصيل».

واعلم انّ المراد في قولنا: «لو أسلما وقد سمّى محرّماً قبل الدخول أو بعده» اذا لم يتقابضا المهر ولابعضه، إمّا بعد قبض الجميع أو البعض ففيه مامضى من التفصيل وهو: إمّا أن يكون بعد قبض جميعه أو بعضه، وعلى تقدير قبض البعض إمّا أن يكون الباقي مساوياً للمقبوض في المقدار أو مخالفاً، وقد تقدّم أحكام جميع ذلك.

قوله رحمه الله: «وروي انّ إباق العبد طلاق زوجته وانّه بمنزلة الارتداد، فإن رجع في العدّة فهو أملك بها، وإن عاد وقد تزوّجت بعد العدّة فلا سبيل له عليها، والطريق ضعيف».

أقول: هذه رواية عمّار الساباطي، عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل أذن لعبده في تزويج امرأة فتزوّجها ثمّ انّ العبد أبق، فقال: ليس لها على مولاه نفقة وقد بانت عصمتها منه، فانّ إباق العبد طلاق امرأته، وهو بمنزلة المرتدّ عن الاسلام، قلت: فإن رجع الى مواليه ترجع إليه امرأته؟ قال: إن كانت قد أنقضت عدّتها منه ثمّ تزوّجت غيره فلا سبيل له عليها، وإن لم تتزوّج ولم تنقض العدّة فهي امرأته على النكاح الأوّل[1].

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٩ السراري وملك الأيمان ح ٣٧ ج ٨ ص ٢٠٧، وسائل الشيعة: ب ٧٣ من أبواب نكاح العبيد ح ١ ج ١٤ ص ٥٨٢ ـ ٥٨٣.

والشيخ في النهاية[١] أفتى بمقتضى هذه الرواية، وهو مذهب ابن حمزة إلّا انّه قيد ذلك فقال: اذا تزوّج عبد بأمة غيره بإذن السيدين[٢].

ومنع ابن ادريس وقال: النفقة لازمة للسيد، ولا تبيّن من الزوج[٣]. وهو مذهب المصنّف أيضاً في المختلف، إذ الإباق لايقتضي فسخ العقد؛ لأصالة بقائه. وأجاب عن الرواية بما ذكره في هذا الكتاب من ضعف طريق هذه الرواية، وذلك لأنّ عمّار الساباطي فطحيّ المذهب، فلايعوّل على ماينفرد به من الروايات[٤].

قوله رحمه الله: «ولو شرطت على المحلّل رفع النكاح بعد التحليل فالأقرب بطلان العقد».

أقول: لأنّ هذا شرط منافٍ لمقتضى العقد، وأيضاً فانّ الزوجين انّما تراضيا على هذا العقد بهذا الشرط، وهو لايسلم لهما إجماعاً، فيكون العقد من دونه[٥] ممّا لم يرض به الزوجان فكان باطلاً.

قوله رحمه الله: «ولو شرطت الطلاق قيل: يصحّ العقد دون الشرط، ولو دخل فلها مهرالمثل، ولولم يصرّحا به وكان في نيّتهما صحّ العقد والمهر».

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب السراري وملك اليمين ح ٢ ص ٢٩٨ ـ ٢٩٩.

(٢) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان عقد العبيد والإماء ص ٣٠٧.

(٣) السرائر: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان ج ٢ ص ٦٤١.

(٤) مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل السادس في نكاح الإماء ص ٥٧٤ س ١٩.

(٥) ليس في «ج».

أقول: هذا قول الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: اذا تزوّج أمرأة ليبيحها للزوج الأوّل ففيه ثلاث مسائل، أحدها: اذا تزوّجها على انّه اذا أباحها للأوّل فلا نكاح بينهما أو حتى يبيحها للأوّل فنكاحه باطل بالإجماع، لما روي عن النبي صلّى الله عليه وآله انّه «لعن المحلّل والمحلّل له» وروي عنه انّه قال: «ألا أُعرّفكم التيس المستعار؟ قالوا: بلى يا رسول الله، قال: المحلّل والمحلّل له». ثمّ قال: الثانية: تزوّجها على انّه اذا أحلها للأوّل طلّقها فالنكاح صحيح والشرط باطل، وقال قوم: النكاح باطل، والأوّل أصحّ؛ لأنّ فساد الشرط المقارن لايفسد العقد، ويحتاج في إفساده الى دليل، واذا كان العقد صحيحاً يتعلّق به أحكام النكاح الصحيح ولها مهرمثلها؛ لأنّها انّما رضيت بالمسمّى لأجل الشرط، فاذا سقط الشرط زيد على المسمّى مقدار ما نقص لأجله، وذلك مجهول، فصار الكلّ مجهولاً، فسقط المسمّى ووجب مهر المثل. ومن قال: باطل فإن كان قبل الدخول فلاشيء لها، وإن كان بعده فلها مهر المثل. الثالثة: نكحها معتقداً انّه يطلّقها اذا أباحها، وانّه اذا أباحها فلانكاح بينهما، أو اعتقد هو أو الزوجة ذلك أو هما أو الولي الباب واحد، أو تراضيا قبل العقد على هذا ثمّ تعاقدا من غير شرط كان مكروهاً ولايبطل العقد ـ الى أن قال: ـ وأمّا المهر إن كان صحيحاً لزم المسمّى، وإن كان فاسداً لزم مهر المثل[1].

قوله رحمه الله: «والعزل عن الحرّة اذا لم يشترط في العقد مكروه، وقيل: حرام».

---

(١) المبسوط: كتاب النكاح فصل في النكاح الذي يحلّل المرأة للزوج الأوّل ج ٤ ص ٢٤٧ـ٢٤٨.

أقول: القول بكراهية العزل عن الحرّة من دون إذنها هو المشهور بين الأصحاب، ذهب إليه الشيخ في النهاية[١]، وابن البرّاج[٢]، وابن ادريس[٣].

والقول بالتحريم هو ظاهر كلام المفيد فانّه قال: وليس لأحد أن يعزل الماء عن زوجته الحرّة، إلّا أن ترضى منه بذلك، وله أن يعزل عن الأمة بغير رضاها[٤].

قوله رحمه الله: «ولابدّ من صيغة الماضي في الطرفين، وقيل: لو قال: أتزوّجك بكذا مدّة كذا منشئاً فقالت: زوّجتك صحّ».

أقول: يريد لابدّ من صيغة الماضي في طرف المرأة والرجل، وكذا قال في المختلف حيث قال فيه: مسألة: الأقوى انّه لاينعقد بلفظ الاستقبال، وبه قال ابن حمزة،مثل: أتزوّجك فتقول: زوّجتك؛ لبعده عن الإنشاء واحتماله الوعد، وقيل: يجوز، لما دلّت عليه رواية أبان بن تغلب في المتعة أتزوّجك متعةً؟ فاذا قالت: نعم فهي امرأتك[٥].

والظاهر انّ القول المحكي هنا وفي المختلف اشارة الى قول ابن أبي عقيل فانّه قال: واذا خلا الرجل بالمرأة قال لها: أتزوّجك متعة الى أجل معلوم بكذا من الأجر[٦].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب ما يستحبّ فعله لمن أراد العقد ج ٢ ص ٣٥٤.

(٢) المهذّب: كتاب النكاح في آداب الغشيان ج ٢ ص ٢٢٣.

(٣) السرائر: كتاب النكاح باب مايستحبّ فعله لمن أراد العقد ج ٢ ص ٦٠٧.

(٤) المقنعة: كتاب النكاح باب السنّة في عقود النكاح ص ٥١٦.

(٥) مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الثاني في العقد وأوليائه ص ٥٣٣ س ٢٨.

(٦) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الخامس في نكاح المتعة ص ٥٦١ س ٢١.

قوله رحمه الله: «والأمة على الحرّة إلّا مع إذنها فيقف، أو يبطل على خلاف».

أقـول: قد تقدّم الخلاف في ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو ظهر فساد العقد إمّا بظهور زوج أو كونها أُخت زوجته أو غيرهما فلا مهر إن لم يدخل، ولو قبضته استعاده، وإن دخل فلها المهر إن جهلت، وإلّا فلا، وقيل: تأخذ ما قبضت ولا يسلّم الباقي، ويحتمل مهر المثل».

أقـول: القول المحكي هو قول الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: فإن بان بعد الدخول بها انّ لها زوجاً كان لها ما أخذت منه، ولا يلزمه أن يعطيها ما بقي عليه[1].

والمصنّف أوجب عليها الردّ لما أخذت مع علمها؛ لأنّها زانية فلامهر لها، ولها الباقي إن كانت جاهلة. واختار ذلك المختلف[2] من غير تردّد، وفي هذا الكتاب قال: «يحتمل مهر المثل» وقد عرفت انّ هذا الاحتمال أقوى، وذكرنا وجه قوّته والضابط في ذلك، فلانحتاج الى تكراره.

قوله رحمه الله: «ولو أخلّ به بطل، وقيل: ينقلب دائماً».

أقـول: يريد انّه لو أخلّ في النكاح المنقطع بذكر الأجل بطل العقد، ونقله

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب المتعة وأحكامها ج ٢ ص ٣٧٨.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الخامس في نكاح المتعة ص ٥٦٤ س ١١.

المصنّف عن والده[١] رحمهما الله تعالى.

وقال الشيخ: ينقلب دائماً[٢]، وتبعه ابن البرّاج[٣]، وابن حمزة[٤]، وأبو الصلاح[٥].

وفصّل ابن ادريس فقال: إن كان الخطاب بلفظ التزويج أو النكاح انقلب دائماً، وإن كان بلفظ التمتّع بطل العقد[٦].

قوله رحمه الله: «لا ولاية على البالغة الرشيدة وإن كانت بكراً على الأقوى».

أقول: هذا قول ابن ادريس[٧]، ومذهب الشيخ في النهاية حيث قال: فإن كانت بالغاً أو قد بلغت حدّ البلوغ ـ وهو تسع سنين الى عشرة ـ جاز له العقد عليها من غير إذن أبيها[٨].

ومنع أبو الصلاح فقال: لايجوز التمتع بالبكر إلّا بإذن أبيها. وهو ظاهر كلام أبي جعفر ابن بابويه حيث قال: ولايتمتع بالإبكار إلّا بإذن آبائهن[٩].

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الخامس في نكاح المتعة ص ٥٥٩ ص ٣٢.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب المتعة ج ٢ ص ٣٧٢ و ٣٧٣.

(٣) المهذّب: كتاب النكاح باب نكاح المتعة ج ٢ ص ٢٤١.

(٤) لم نعثر عليه في الوسيلة، والظاهر أنه ابن زهرة في الغنية: كتاب النكاح فصل في نكاح المتعة: ص ٥٤٩ س ٢٧ ـ كما في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الخامس في نكاح المتعة ص ٥٥٩ س ٣١.

(٥) الكافي في الفقه: كتاب النكاح نكاح المتعة ص ٢٩٨.

(٦) السرائر: كتاب النكاح باب النكاح المؤجل ج ٢ ص ٦٢٠.

(٧) السرائر: كتاب النكاح باب النكاح المؤجل ج ٢ ص ٦٢١.

(٨) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب المتعة وأحكامها ج ٢ ص ٣٧٥ ـ ٣٧٦.

(٩) المقنع: باب بدو النكاح ص ١١٣.

ووجه الجواز ما رواه سعدان بن مسلم، عن رجل، عن الصادق عليه السلام قال: لابأس بتزويج البكر اذا رضيت من دون إذن أبيها[١]. ولأنّ ولاية المال زالت عنها بالبلوغ والرشد، فكذا ولاية النكاح.

قوله رحمه الله: «ويلزم ما يشترط في متن العقد اذا كان سائغاً، ولو قدّمه أو أخّره لم يعتد به، ولايجب إعادته بعده لو قرنه به على رأي».

أقول: هذا قول ابن ادريس[٢]، خلافاً لظاهر كلام الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: كلّ شرط يشترط الرجل على المرأة انّما يكون له تأثير بعد ذكر العقد، فإن ذكر الشروط وذكر بعدها العقد كانت الشروط التي قدّم ذكرها باطلة لا تأثير لها، فإن كررها بعد العقد ثبت على ما شرط[٣].

قوله رحمه الله: «ولا لعان على رأي».

أقول: اختلف علماؤنا في وقوع اللعان بالمستمتع بها، فمنعه المصنّف، وهومذهب الشيخ في النهاية[٤]، ومذهب أبي الصلاح[٥]، وابن ادريس[٦].

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣٢ عقد المرأة على نفسها ح ١٤ ج ٧ ص ٣٨٠، وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب المتعة ح ٨ ج ١٤ ص ٤٥٩.

(٢) السرائر: كتاب النكاح باب النكاح المؤجل ج ٢ ص ٦٢٦.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب المتعة وأحكامها ج ٢ ص ٣٨٣ـ ٣٨٤.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب اللعان ج ٢ ص ٤٥٥.

(٥) الكافي في الفقه: كتاب النكاح نكاح المتعة ص ٢٩٨.

(٦) السرائر: كتاب النكاح باب النكاح المؤجل ج ٢ ص ٦٢٤.

وقال السيد المرتضى رحمه الله: يقع[١].

قوله رحمه الله: «ويقع الظهار على رأي».

أقول: اختلف علماؤنا في وقوع الظهار بالمستمتع بها، فذهب المصنّف الى وقوعه بها، وهو قول ابن أبي عقيل[٢].

وقول السيد المرتضى في جواب اعتراضات أهل الخلاف على اباحة نكاح المتعة فقالوا: ليست زوجة وإلّا لحقها حكم الظهار، فأجاب بالتزام ذلك[٣]. وهو اختيار أبي الصلاح[٤]، وابن زهرة[٥].

وقال ابن ادريس: لايقع بها الظهار[٦]. وهو الظاهر من كلام ابن الجنيد[٧]، والصدوق[٨] فانّهما قالا: لايقع الظهار إلّا على موقع الطلاق.

قوله رحمه الله: «ولا توارث بين الزوجين، سواء شرطا سقوطه أو لا، ولو شرطاه فالأقوى بطلان الشرط».

---

(١) الانتصار: مسائل النكاح ص ١١٥.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الثالث في الظهار ص ٥٩٩ س ٩.

(٣) الانتصار: مسائل نكاح المتعة ص ١١٥.

(٤) الكافي في الفقه: كتاب النكاح نكاح المتعة ص ٢٩٨.

(٥) الغنية «الجوامع الفقهية»: كتاب النكاح فصل في نكاح المتعة ص ٥٤٩ س ٢٩.

(٦) السرائر: كتاب النكاح باب النكاح المؤجل ج ٢ ص ٦٢٤.

(٧) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الثالث في الظهار ص ٥٩٩ س ٨.

(٨) الهداية «الجوامع الفقهية»: باب النكاح ص ٦٠ السطر الأخير.

أقـول: اختلف علماؤنا في التوارث بين الزوجين في النكاح المنقطع على أقوال:

(أ) ثبوت التوارث مالم يشترطا سقوطه، وهو مذهب ابن أبي عقيل فانّه قـال: فإن لم يشرطا أن لا ميراث بينهما ومات أحدهما قبل صاحبه ورثه الآخر[١]. وهو ظاهر كلام السيد المرتضى حيث أجاب عن اعتراض الجمهور ـ بأنّهـا لو كـانت زوجة لورثت ـ بأن قال في آخر كلامه: على أنّ من مذهبنا أنّ الميراث قد ثبت في المتعة اذا لم يحصل شرط في أصل العقد بانتفائه[٢].

(ب) سقوطه، إلّا أن يشترطا ثبوته. وهو مذهب الشيخ[٣]، وقول ابن حمزة[٤].

(ج) ثبوته مطلقاً، وهو ظاهر كلام ابن البرّاج فـانّه قـال: وامّـا اشـتراط نـفي التوارث فلايصحّ[٥].

والمصنّف هنا جزم بانتفاء التوارث على تقديري اشتراط سقوطه وعدمه، ويريد به الاطلاق الذي هو لا يشترط شيء، امّا مع اشتراط ثبوته فـعنده فـيه احـتمال، وقوّى عدم صحّة الشرط. وهو اختيار أبي الصلاح[٦]، وابن ادريس[٧].

ووجه الاحتمال انّه هو المشهور، ولمـا رواه الشيخ في الصحيح عـن محـمد بـن مسلم، عن الصادق عليه السلام قال ـ في بقية حديث ـ: فإن اشترطت المـيراث

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الخامس في نكاح المتعة ص ٥٦١ س ٢٢.

(٢) الانتصار: مسائل نكاح المتعة ص ١١٤.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب المتعة وأحكامها ج ٢ ص ٣٨١.

(٤) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان نكاح المتعة ص ٣٠٩.

(٥) المهذّب: كتاب النكاح باب نكاح المتعة ج ٢ ص ٢٤٣.

(٦) الكافي في الفقه: كتاب النكاح نكاح المتعة ص ٢٩٨.

(٧) السرائر: كتاب النكاح باب النكاح المؤجل ج ٢ ص ٦٢٤.

فهما على شرطها[1].

وامّا وجه بطلان الشرط فلأنّ المقتضي للميراث هنا ليس إلّا الزوجية الواردة في النصّ. فإن كان المراد به ما يشمل الدائم والمنقطع لم يفتقر الى الاشتراط، وإلّا كان اشتراط التوريث من ليس بوارث، وهو باطل اتفاقاً.

قوله رحمه الله: «ولو منع عن الجميع كلّ المدة كالمرض المدنف فكذلك على إشكال».

أقول: منشأه من انّ المهر ليس في مقابلة العقد بانفراده، بل الاستمتاع فدخل في استقراره، ولهذا لو منعت المرأة منه كلّ المدة سقط، ولو منعت بعض المدة سقط بالنسبة، والاستمتاع لم يحصل، فلا تستحقّ عليه مجموع المهر، ولأصالة براءة الذمّة.

ومن حيث وجوبه بالعقد، والأصل بقاؤه، ولايلزم من سقوطه أو بعضه بمنعها سقوط شيء منه بتعذّره بغير اختيارها.

قوله رحمه الله: «والأقرب انّ الموت هنا كالدائم».

أقول: لأنّ كلّاً من الزوجتين قد ثبت لها المهر في ذمّة زوجها، ولم يصدر منها ما يوجب سقوطه فكان باقياً، عملاً بأصالة البقاء السالم عن معارضة ما يدلّ على سقوط شيء منه.

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ٦٦ ج ٧ ص ٢٦٤، وسائل الشيعة: ب ٢٢ من أبواب المتعة ح ٥ ج ١٤ ص ٤٨٦.

قوله رحمه الله: «لو مات فيما بينهما احتمل بطلان العقد، فلا مهر ولا عدّة ولا ميراث إن أوجبناه مطلقاً، أو مع الشرط وعدمه فيثبت النقيض».

أقول: لو عقد عليها مدة متأخّرة عن زمان العقد ومات بعد العقد وقبل دخول الأجل فيه وجهان، أحدهما: بطلان العقد؛ لأنّا تبيّنّا أنّ العقد انّما يتناول زماناً لا وجود له فيه، فلا يكون صحيحاً. وعدمه؛ لأنّه وقع صحيحاً لما تبيّن انّه يصحّ العقد على الزمان المتأخّر، والأصل بقاء حكمه.

فعلى الأوّل: لامهر لها، ولا عدّة عليها، ولا ميراث لها أيضاً إن قلنا بأنّها ترث مطلقاً أو مع الشرط وكان قد شرط فيه الميراث.

وعلى الثاني: يثبت نقيض هذه الأحكام ـ أي: تكون عليها العدّة ـ ولها المهر والميراث على التقديرين المفروضين.

قوله رحمه الله: «في نكاح الإماء: الأوّل: العقد، ولايشترط اسلام الأمة في المتعة عندنا، ومطلقاً عند آخرين».

أقول: قد تقدّم الخلاف في جواز نكاح الكتابية بالعقد المنقطع عند المصنّف، وبالعقدين جميعاً، وملك اليمين عند آخرين.

قوله رحمه الله: «وفي اشتراط الطول وخوف العنت خلاف».

أقـول: هذا أيضاً قد تقدّم، لكن فرّع المصنّف على الاشتراط انّه لو وجد حرة من إحدى المذكورات جاز نكاح الأمة؛ لأنّه كفاقد الحرة. امّا الرتقاء فلتعدر وطئها، والمراد به: اذا كان بحيث لايقبل العلاج، أو كانت تمنع منه. وامّا الكتابية فلتحريم نكاحها مطلقاً، أو بعقد الدوام. وأمّا النائية البعيدة فلكونها كالمعدومة. وأمّا من طلبت مهراً زائداً الى حدّ الإجحاف به فللزوم الضرر العظيم الذي لايجب تحمّله. أمّا ذات العيب كمالو وجد[1] حرة بها عيب لايمنع من الوطء كالبرص[2] ـ مثلاً ـ فهل يجوز له نكاح الأمة؟ فيه إشكال.

ينشأ من وجدان الحرة التي يحصل بها الغرض من الاستمتاع.

ومن وجود العيب المنفر الذي ينافي الغرض من الاستمتاع غالباً ـ أعني: قضاء الوطء ـ ولهذا سلّطه الشارع على فسخ نكاحها لو جهل حالها.

قوله رحمه الله: «ولايجوز للعبد ولا للأمة أن يعقدا نكاحاً بدون إذن المولى، فإن فعل أحدهما بدونه وقف على الاجازة على رأي».

أقـول: هذا أحد قولي الشيخ[3]. والقول الآخر: انّه باطل، ذكره في مسائل الخلاف فانّه قال فيه: عقد النكاح لا يقف على الاجازة، مثل أن يتزوّج رجل امرأة من غير إذن وليّها لرجل ولم يأذن له الولي في ذلك ـ الى أن قال: ـ وكذلك لو تزوج العبد بغير إذن سيده بالأمة بغير إذن سيدها، كلّ هذا باطل لايقف على اجازة أحد[4].

---

(١) في ش، ق: «كزوجة» بدل «كمالو وجد».

(٢) في ش، ق: «كالمرض».

(٣) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب العقد على الاماء ج ٢ ص ٣٤٥.

(٤) الخلاف: كتاب النكاح المسألة ١١ ج ٤ ص ٢٥٧ ـ ٢٥٨.

وابن ادريس حكم بالبطلان هنا[١]، مع انّ عقد النكاح عنده يقف على الإجازة. واستدلّ على ذلك بأنّه عقد منهيّ عنه، فالنهيّ يقتضي الفساد[٢].

قوله رحمه الله: «وإجازة عقد العبد كالإذن المبتدئ في العقد، وفي المهر إشكال».

أقول: منشأ الإشكال من حيث إنّ المولى لو أذن لعبده في النكاح كان المهر لازماً له ـ عند المصنّف على ما تقدّم ـ وقد رضي بالعقد، فكان كما لو أذن له.

ومن اقتضاء العقد عند وقوعه ثبوت المهر في ذمّة العبد، فلا ينتقل بالإجازة الى ذمّة السيد، عملاً بأصالة بقاء ما كان على ما كان، بخلاف النفقة التي يتجدّد استحقاقها يوماً فيوماً.

قوله رحمه الله: «ويحتمل ثبوت المهر والنفقة في كسب العبد».

أقول: المصنّف ذكر من قبل انّ مهر العبد المأذون له في النكاح ونفقة زوجته على سيده، وقد ذكرها هنا في ذلك احتمالين، أحدهما: ثبوته في كسب العبد من أُجرة عمله، أو احتطابه، أو احتشاش، أو اصطياد، أو ربح تجارته إن كان مأذوناً له في التجارة.

ووجه هذا الاحتمال انّ المرأة تستحقّ المهر بالعقد والنفقة بالتمكين وقد حصلا، والعبد قد أوقع ذلك بإذن سيده ولا مال له، فلو لم يجب على السيد لضاع حقّ المرأة

---

(١) السرائر: كتاب النكاح باب العقد على الاماء ج ٢ ص ٥٩٥.

(٢) السرائر: كتاب النكاح باب العقد على الاماء والعبيد ج ٢ ص ٥٩٦.

وهو باطل، ولمّا كان الأصل براءة ذمّة السيد منه تعيّن أن يكون في كسبه أو ربح تجارته.

وهذا اختيار الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: اذا تزوّج العبد بإذن سيده فالنكاح صحيح، فإن سمّى مهراً لزم ذلك المسمّى، فاذا تمكّنت من الاستمتاع وجبت النفقة؛ لأنّها تجب في مقابلة التمكين، ويكون إذن السيد في التزويج إذناً في اكتساب المهر والنفقة، فاذا تقرر انّهما يجبان فأين يجبان؟ لم يخل العبد من ثلاثة أحوال: إمّا أن يكون مكتسباً، أو مأذوناً له في التجارة، أو غير مكتسب ولا مأذون له في التجارة. فإن كان مكتسباً وجبت عليه في كسبه، وعليه أن يرسله ليلاً ونهاراً ليكتسب بالنهار مايجب عليه ويستمتع ليلاً؛ لأنّه لمّا أذن له فيه وكان المقصود به تحصيل الاستمتاع فألزمناه الكسب نهاراً وإلّاستمتاع ليلاً. ثمّ قال: فإن كان مأذوناً له في التجارة فانّه يجب له النفقة وأين تجب؟ قال قوم: يعطيه ممّا في يده، وقال آخرون: يدفع ذلك ممّا يكتسبه فيما بعد. وإن كان غير مكتسب ولا مأذوناً له في التجارة فأين تجب النفقة والمهر؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: في ذمّته يتبع به اذا أعتق، فعلى هذا يقال لزوجته: زوجك معسر بالمهر والنفقة فإن صبرتِ وإلّا لك خيار الفسخ، والثاني: يجب في ذمّة سيده[1].

قوله رحمه الله: «ولا يضمن السيد، بل يجب عليه أن يمكنه من الاكتساب، فإن استخدمه يوماً فأُجرة المثل كالأجنبي، ويحتمل أقلّ الأمرين من كسبه ونفقة يومه».

---

(١) المبسوط: كتاب النكاح فصل في ذكر أولياء المرأة والمماليك ج ٤ ص ١٦٧.

أقــول: هذا تفريع على هذا الاحتمال ـ أعني وجوب النفقة في كسبه ـ وهو انّه اذا استخدمه سيده يوماً فانّه يحتمل وجوب أُجرة ذلك اليوم عليه ـ كـالأجنبي ـ لتعيّن وجوب صرف منافعه في نفقة زوجته، فاذا استوفاها كان عليه عوضها وهو أُجرة مثلها. ويحتمل وجوب أقلّ الأمرين من كسبه أي: أُجرة ذلك اليوم ونفقة ذلك اليوم.

ووجه هذا الاحتمال انّ الأُجرة إن كانت أقلّ فهي التي استوفاها السـيد، فـلا يضمن مازاد عليها. وإن كانت النفقة هي الأقلّ فلأنّ وجوب تمكّنه من الكسب انّما هو لأجل النفقة في ذلك اليوم، فلايلزمه مازاد عليها.

قوله رحمه الله: «ويحتمل ثبوت النفقة في رقبته، بأن يباع كلّ يوم منه جزء في النفقة».

أقــول: هذا هو الاحتمال الثاني وهو: أن تكون نفقة زوجة العبد متعلّق برقبته. ووجه ذلك انّ الوطء في النكاح كالجناية، فلمّا كانت جناية العبد تتعلّق برقبته كان الوطء كذلك، فعلى هذا يباع منه كلّ يوم جزء في نفقة ذلك اليوم إن أمكن.

قوله رحمه الله: «ولو قصر الكسب أو لم يكن ذا كسب احتمل ثبوت النفقة في رقـبته وفي ذمّـة المولى، وأن يتخيّر بين الصبر والفسخ إن جوّزناه مع العسر».

أقــول: هذا أيضاً تفريع على قول الشيخ في المبسوط[1] من وجوب النفقة في

---

(١) المبسوط: كتاب النكاح في ذكر أولياء المرأة والمماليك ج ٤ ص ١٦٧ ـ ١٦٨.

كسب العبد وهو: انّه اذا قصر كسبه عن نفقة زوجته أو كان غير مكتسب ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: تعلّق النفقة برقبة العبد ـ لما تقدّم من استحقاق الزوجة للنفقة ـ ولايضمنها السيد؛ لأصالة براءة ذمّته، والعبد لايملك شيئاً ولاكسب له فتعيّن أن يستوفي من رقبته وإلّا ضاع حقّها، وهو على خلاف الأصل.

وثانيها: ثبوته في ذمّة المولى؛ لأنّ إذنه في النكاح سبب في وجوب النفقة فكانت مضمونة عليه، فلمّا كانت واجبة في نوع من ماله ـ أعني كسب العبد ـ وتعذّر كانت في باقي أمواله.

وثالثها: ثبوت الخيار للزوجة في فسخ النكاح والصبر؛ لأنّه لمّا وجب لها في كسبه ولم يكن له كسب كان كالمعسر، فكان لها فسخ النكاح إن قلنا بأنّ تجدّد اعسار الزوج يوجب لها ثبوت الخيار.

قوله رحمه الله: «وكذا لو ادّعت الحرّية فعقد ويلزمه المهر، وقيل: العشر مع البكارة ونصفه لا معها، فإن كان قد دفع المهر إليها استعاده، فإن تلف تبعها والولد رقّ وعليه فكّه بقيمته لمولى الأُمّ يوم سقط حيّاً، فإن لم يكن له مال استسعى فيه».

أقول: هذا القول المحكي هو قول ابن حمزة[1]. ومثله قول الشيخ، إلّا في

(١) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان عقد العبيد والاماء ص ٣٠٣.

الرجوع عليها بالمهر مع وجوده فانّه قال: فإن أعطاها مهراً فلا سبيل له عليها[١]. ومثله ظاهر كلام ابن ادريس[٢]، إلّا في رقّية الولد. فإنّ كلامه يدلّ على حرّيته، وانّ قيمته لازمة لذمّة أبيه.

قوله رحمه الله: «فإن امتنع قيل: يفديهم الامام من سهم الرقاب».

أقول: هذا قول الشيخ[٣]، وابن البرّاج[٤]، وابن حمزة[٥]. خلافاً لابن ادريس فانّه قال: الذي يقتضيه أُصول المذهب انّ الامام لايعطي مولى الجارية قيمتهم من سهم الرقاب، ولايجوز أن يشتروا من سهم الرقاب من الزكاة؛ لأنّ ذلك السهم مخصوص بالعبيد والمكاتبين، وهؤلاء غير عبيد ولا مكاتبين، بل هم أحرار في الأصل[٦].

قوله رحمه الله: «ولو تزوّج بأمة فإن أذن المولیان أولم يأذنا فالولد لهما، ولو أذن أحدهما فالولد لمن لم يأذن خاصّة، ولو اشترك أحدهما بين اثنين فأذن مولى المختصّ وأحدهما فإشكال».

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب العقد على الاماء ج ٢ ص ٣٤٢.
(٢) السرائر: كتاب النكاح باب العقد على الاماء ج ٢ ص ٥٩٧.
(٣) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب العقد على الاماء ج ٢ ص ٣٤٢.
(٤) المهذّب: كتاب الزكاة باب في من المستحقّ من الزكاة ج ١ ص ١٦٩.
(٥) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان عقد العبيد والاماء ص ٣٠٣.
(٦) السرائر: كتاب النكاح باب العقد على الاماء ج ٢ ص ٥٩٧.

أقـول: منشأه من أنّه قد تقرّر انّ الأمة اذا تزوجها عبد بإذن مولى أحدهما دون الآخر كان الولد لمن لم يأذن، ولا يسبّب لسقوط حقّ اختصاص الآخر إلّا إذن أحدهما دون الآخر، وهو متحقّق هاهنا.

ومن أصالة كون النماء لمالك الأصل، خرج منه ما اذا كان العبد بأجمعه لواحد وإلّامة بأجمعها لآخر، بناءً على المشهور بين الأصحاب، فيبقى ماعداه على الأصل.

قوله رحمه الله: «وفي اشتراط قبول المولى أو العبد إشكال، ينشأ من انّه عقد أو إباحة».

أقـول: قد ذكر المصنّف وجه الإشكال، لكنّ القول بأنّه عقد ظاهر كلام الشيخين، وابن البرّاج، وأبي الصلاح؛ لأنّ الشيخ قال في النهاية: اذا زوّج السيد عبده أمته فعليه أن يعطيها شيئاً من ماله مهراً[١]. وتبعه على ذلك ابن البرّاج[٢]، وأبو الصلاح[٣]، وابن حمزة[٤].

وامّا المفيد فانّه صرّح بالعقد فقال: اذا زوّج الرجل عبده أمته كان المهر عليه في ماله دون العبد، وينبغي أن يعطي عبده شيئاً، قلّ أم كثر يكون مهراً لأمته، يتسلّمه من العبد قبل العقد أو في حاله أو من بعده لتحلّ له بذلك[٥].

والقول بأنّه إباحة، وهو مذهب ابن ادريس[٦].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب العقد على الاماء ج ٢ ص ٣٤٥.

(٢) المهذّب: كتاب النكاح باب نكاح الاماء والعبيد ج ٢ ص ٢١٨.

(٣) الكافي في الفقه: في النكاح ص ٢٩٧.

(٤) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان عقد العبيد والاماء ص ٣٠٥.

(٥) المقنعة: كتاب النكاح باب العقود على الاماء ص ٥٠٧.

(٦) السرائر: كتاب النكاح باب العقد على الاماء والعبيد ج ٢ ص ٦٠٠.

قوله رحمه الله: «وفي وجوب إعطائها من مال المولى شيئاً خلاف».

أقول: قد ذكرنا انّ المفيد، والشيخ، ومن تبعهما قالوا: عليه ان يعطيها شيئاً من ماله يكون مهراً لها.

ومنع ابن ادريس من ذلك وقال: الذي يقوى في نفسي انّه اذا زوّج الرجل عبده أمته فإن السيد لايجب عليه أن يعطيها شيئاً، وان هذا الفعال إباحة للعبد فرج جاريته دون أن يكون ذلك عقد نكاح[1].

قوله رحمه الله: «ولو أُعتقا فأجازت قبل الدخول أو بعده مع التسمية وعدمها فإشكال».

أقول: اذا زوّج عبده أمته ثمّ اعتقها المولى وأجازت الأمة النكاح بعد فأقسامه أربعة؛ لأنّ العتق إمّا أن يكون قبل الدخول أو بعده، وعلى التقديرين إمّا أن يكون المولى قد سمّى شيئاً أم لا. ونحن نذكر كلّ واحد من الأقسام، ووجه الإشكال الذي أشار إليه المصنّف رحمه الله فيما يوجّه فيه الإشكال فنقول:

القسم الأوّل: أعتقها قبل الدخول وقد سمّى السيد لها مهراً، ففي ثبوت المهر هنا إشكال.

ينشأ من كون العقد الصحيح يلزم فيه المسمّى الصحيح بنفس العقد أو مهر المثل مع الدخول، خرج منه عقد المملوكين ماداما في الملك، فيبقى ماعداه، ومن جملته صورة النزاع.

---

(١) السرائر: كتاب النكاح باب العقود على الاماء والعبيد ج ٢ ص ٦٠٠.

ومن انّه لو ثبت مهر أُلزم أن يستحقّ الواحد مالاً لنفسه على نفسه، واللازم ظاهر البطلان، فالملزوم مثله.

بيان الملازمة: انّه لو ثبت مهر لكان على السيد، لما ثبت انّ مهر العبد المأذون على سيده ويكون للسيد؛ لأنّ مهر الأمة مستحقّ لسيدها.

الثاني: أعتقها قبل الدخول ولم يسمّ، ففي ثبوت مهر المثل لو دخل بعد العتق إشكال.

ينشأ ممّا تقدّم من انّه وقت العقد لم يكن المهر مستحقّاً.

ومن حيث إنّ المهر مع عدم التسمية انّما يلزم بالدخول، وقد حصل من الزوج بعد العتق فيكون لازماً له؛ لوجود سبب الاستحقاق منه. وربّما كان هذا الوجه أقرب.

الثالث: أعتقها بعد الدخول مع التسمية.

الرابع: أعتقها بعد الدخول وعدم التسمية، وفي ثبوت المسمّى أو مهر المثل إشكال.

ينشأ من عدم لزوم المسمّى وقت العقد، وانّ مهر المثل عند الدخول الذي هو حال استقرار المهر، وإلّا لزم ما ذكرناه.

ومن استحقاق الواحد مالاً لنفسه على نفسه.

واعلم أنّ الأقرب في هذين عدم المهر، إلّا أن نقول: انّ هذا التزويج ليس عقداً بل هو إباحة ـ كما ذهب إليه ابن ادريس[1] ـ وتكون الاجازة كالعقد المستأنف،

---

(١) السرائر: كتاب النكاح باب العقد على الاماء والعبيد ج ٢ ص ٦٠٠.

فحينئذٍ يكون المهر لازماً للعبد، كمالو كان السيد قد أباح عبده أمته ثمّ أعتقهما وتزوّج بها العبد المعتق.

قوله رحمه الله: «ولو اشترى الحرّ حصّة أحد الشريكين بطل العقد وحرم وطؤها،فإن أجاز الشريك بعد البيع ففي الجواز خلاف».

أقول: لأصحابنا في هذه المسألة أربعة أقوال:

أحدها: قول الشيخ[١] وهو: جواز وطؤها حينئذٍ بالعقد، وتكون إجازة الشريك كالعقد المستأنف. وهو اختيار ابن البرّاج[٢].

الثاني: قول ابن ادريس وهو: انّه يستبيحها بالملك، وإباحة الشريك لا بالعقد، قال: لأنّ الفرج لايتبعض فيكون بعضه بالملك وبعضه بالعقد، بل لايجتمع الملك والعقد معاً في نكاح بوطء واحد[٣].

الثالث: قال ابن الجنيد: لو ملك الزوج بعض السهام بطل النكاح، ولم يكن له أن يطأ حتى يملك الجميع، ولايصحّ وطء فرج واحد يملك بعضه وعقد على بعضه[٤].

الرابع: قال ابن حمزة: لايجوز وطؤها بالملك ولا بالعقد، إلّا أن تكون خدمتها مهاياة بينهما فيجوز له العقد عليها متعة في يوم سيدها بإذنه[٥].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب العقد على الاماء والعبيد وأحكامه ج ٢ ص ٣٤٩ ـ ٣٥٠.

(٢) المهذّب: كتاب النكاح باب نكاح الاماء والعبيد ج ٢ ص ٢١٩ ـ ٢٢٠.

(٣) السرائر: كتاب النكاح باب العقد على الاماء ج ٢ ص ٦٠٣.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل السادس في نكاح الاماء ص ٥٦٨ س ٢٤.

(٥) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان عقد العبيد ص ٣٠٤.

قوله رحمه الله: «ولو ملك نصفها وكان الباقي حرّاً لم تحلّ له بالملك ولا بالدائم، وهل تحلّ متعة في أيامها؟ قيل: نعم».

أقول: هذا القول المحكي هو قول الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: فاذا كان الرجل مالكاً لنصف الجارية والنصف الآخر منها يكون حرّاً لم يجز له وطؤها، بل يكون له من خدمتها يوم ولها من نفسها يوم، فإن أراد أن يعقد عليها في يومها عقد عليها عقد المتعة وكان ذلك جائزاً[1].

قوله رحمه الله: «وهل يقع عقد أحد الزوجين الحرّ العالم بعبودية الآخر فاسداً أو موقوفاً على إذن المالك؟ الأقرب الثاني، فحينئذٍ لو أعتق قبل الفسخ لزم العقد من الطرفين».

أقول: قد تقدّم انّه اذا تزوّج العبد أو الأمة بغير إذن مولاه هل يكون باطلاً أو موقوفاً؟ فاذا فرض يكون الحرّ يعلم عبودية الأمة فتزوّجها، أو الحرّة تعلم عبودية الزوج وتزوّجت بغير إذن المولى.

فعلى القول بالبطلان هناك لابحث.

وعلى القول بأنّه يكون هناك موقوفاً هل يكون هنا باطلاً أو موقوفاً؟

يحتمل الأوّل؛ لأنّ كلّ واحد من الزوجين ممنوع من ايقاع العقد شرعاً فلايقع صحيحاً.

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان ج ٢ ص ٣٨٨.

ويحتمل الصحّة، لوجود المقتضي ـ وهو العقد ـ والمانع ـ وهو النهي ـ لا يصلح للمانعية، لما ثبت من النهي لا دلالة له على الفساد.

فعلى الاحتمال الأخير لو لم يفسخ المولى ولا أجاز بل أعتق قبل ذلك لزم العقد من الطرفين؛ لأنّ العقد وقع صحيحاً، وإلّا أصل فيه اللزوم، وانّما منع منه ابتداءً بملك أحد الزوجين وقد زال.

قوله رحمه الله: «في الفصل الثاني: في مبطلاته: ولو كانت تحت حرّ ففي خيار الفسخ خلاف».

أقول: اختلف أصحابنا في أنّه اذا أُعتقت الجارية تحت حرّ هل لها خيار الفسخ؟ على قولين:

أحدهما: لها الفسخ، وهو قول المفيد[١]، وابن الجنيد[٢]، وابن البرّاج[٣]، وابن ادريس[٤]، وأحد قولي الشيخ ذكره في النهاية[٥].

والقول الآخر له في المبسوط[٦] والخلاف[٧]: انّ الذي يقوى في نفسي لا خيار انّه لهما، قال: لأنّ وجوب الخيار لها يحتاج الى دليل.

---

(١) المقنعة: كتاب النكاح باب العقود على الاماء ص ٥٠٦.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل السادس في نكاح العبيد ص ٥٦٥ س ٣٠.

(٣) المهذّب: كتاب النكاح باب نكاح الاماء والعبيد ج ٢ ص ٢١٦.

(٤) السرائر: كتاب النكاح باب العقد على الاماء والعبيد ج ٢ ص ٥٩٥ ـ ٥٩٦.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب العقد على الاماء والعبيد ج ٢ ص ٣٣٨ ـ ٣٣٩.

(٦) المبسوط: كتاب النكاح ج ٤ ص ٢٥٨.

(٧) الخلاف: كتاب النكاح المسألة ١٣٤ ج ٤ ص ٣٥٣ ـ ٣٥٤.

وروى ابن عباس انّ زوج بريرة كان عبداً أسود ـ يقال له: مغيث ـ كأنّي أنظر إليه يطوف خلفها وهو يبكي ودموعه تجري على لحيته، فقال النبي صلّى الله عليه وآله للعباس: يا عباس ألا تعجب من حبّ مغيث لبريرة ومن بغض بريرة مغيثاً؟ فقال لها النبي صلّى الله عليه وآله: لو راجعتيه فانّه أبو ولدك، فقالت: يارسول الله تأمرني بأمرك يا رسول الله؟ فقال: لا انّما أنا شفيع، فقالت: لا حاجة لي فيه[1].

قوله رحمه الله: «ولو كان لجهالة فورية الخيار أو أصله احتمل السقوط وعدمه والفرق».

أقول: لو علمت المعتقة ثبوت الخيار لها عند العتق وجهلت كونه على الفور أو علمت بعقتها وجهلت ثبوت الخيار لها مطلقاً احتمل هنا ثلاثة أوجه:

أحدها: سقوط الخيار في المسألتين؛ لأنّ الخيار على الفور فيبطل بتأخيرها.

الثاني: عدم سقوطه في الموضعين[2]؛ لأنّها انّما تركت الفسخ لجهل الخيار أو فوريته فلا يسقط حقّها منه، ولأنّ خيارها ثبت، وإلّا صل بقاؤه، خرج ما اذا كانت عالمة به وبحكمه؛ لأنّا نبحث عن[3] كونه على الفور، فيبقى ماعدا ذلك على أصل البقاء.

الثالث: الفرق بين المسألتين، وهو ثبوته اذا كانت جاهلة بأصل الخيار، وسقوطه

---

(١) عوالي اللآلي: ح ٢٨٤ ج ٣ ص ٣٤٩.

(٢) في ج: «المسألتين».

(٣) في ج: «على».

اذا علمته وجهلت الفورية. أمّا الأوّل فلأنّها لم تعلم ثبوت الخيار لها فلا تكون مهلة للفسخ، بخلاف العالمة بثبوت الخيار لها اذا جهلت الفورية فانّها مقصّرة بعدم المبادرة الى الفسخ، ولأنّه ربّما أذن بالرضا، بخلاف الجاهلة بأصله.

قوله رحمه الله: «ولو طلّق قبل الفسخ احتمل ايقافه، فإن اختارت الفسخ بطل، وإلّا وقع موقعه».

أقول: اذا أُعتقت الأمة فطلّق زوجها العبد قبل أن تفسخ نكاحها احتمل بطلانه؛ لعدم العلم بكونها زوجة لإمكان فسخها، والطلاق لايكون موقوفاً، بل امّا يقع باطلاً أو صحيحاً. ويحتمل ايقافه، لابمعنى انّه يقف على الاجازة؛ لأنّنا نجهل حاله في نفس الأمر، فإن فسخت علمنا وقوعه باطلاً؛ لعدم مصادفة الزوجية له، وإن رضيت بزوجها تبيّنّا صحّة الطلاق لمصادفته الزوجية.

قوله رحمه الله: «ولو كانا لاثنين فأُعتقا دفعةً أو سبق عتقها أو مطلقاً ـ على رأي ـ اختارت».

أقول: يعني بقوله: «مطلقاً» أي سواء كان عتقها سابقاً على عتقه، أو عتقه سابقاً على عتقها عند من يجعل لها الخيار اذا أُعتقت تحت حرّ، أمّا على قول من يقول: ليس لها الفسخ تحت الحرّ فلا فسخ لو تقدّم عتق العبد؛ لأنّها اعتقت تحت الحرّ، وقد تقدّم ذكر الخلاف في ذلك.

قوله رحمه الله: «ويجوز أن يجعل عتق أمته مهراً لها، ويلزم العقد إن قدّم النكاح فيقول: تزوّجتك

وأعتقك وجعلت مهرك عتقك، وفي اشتراط قبولها والاكتفاء بقوله: تزوّجتك وجعلت مهرك عتقك عن قوله: أعتقك إشكال».

أقول: يجوز للانسان أن يتزوّج أمته ويجعل عتقها صداقها، ولم نعلم فيه مخالفاً من أصحابنا، وانّما الخلاف في انّه هل يشترط تقديم التزويج أو يجوز تقديم العتق؟ المشهور الأوّل، كما ذكره المصنّف، وهو مذهب الشيخ في النهاية[١]، والمبسوط[٢]، وقول أبي جعفر ابن بابويه[٣]، وابن البرّاج[٤]، وابن حمزة[٥]، وابن ادريس[٦]. اذا عرفت هذا يبقى الإشكال في موضعين:

أحدهما: هل يشترط قبولها أم لا؟

ووجه الإشكال من انّه عقد نكاح فاشترط فيه القبول كسائر العقود.

ومن ورود النقل بكونها مشروعاً مطلقاً، فإن رسول الله صلّى الله عليه وآله تزوّج صفية بأن جعل عتقها صداقها[٧]. ولم ينقل انّه عقد معها عقد نكاح، ولو كان قد وقع لنقل؛ لأنّ فعله صلّى الله عليه وآله حجة، وكان يجب ايصاله الى المكلّفين،

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان ج ٢ ص ٣٩٢ ـ ٣٩٤.

(٢) المبسوط: كتاب النكاح ج ٤ ص ١٧٥.

(٣) المقنع: باب بدو النكاح ص ١٠٣.

(٤) المهذّب: كتاب النكاح باب السراري وملك الايمان ج ٢ ص ٢٤٧.

(٥) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان عقد العبيد والاماء ص ٣٠٤.

(٦) السرائر: كتاب النكاح باب السراري وملك الايمان... ج ٢ ص ٦٣٨.

(٧) سنن أبي داود: كتاب النكاح باب الرجل يعتق أمته ثم يتزوّجها ح ٢٠٥٤ ج ٢ ص ٢٢١، سنن البيهقي: باب ماروي أنه تزوّج صفية ج ٧ ص ٥٨.

ولأصالة عدم الاشتراط.

الثاني: هل يكفي قوله: تزوّجتك وجعلت مهرك عتقك عن قوله أعتقتك أم لا؟ فيه إشكال أيضاً.

ينشأ من انّها تملك نفسها بجعل عتقها مهراً لها كما تملك غيرها المهر بالعقد، ولانعني بالعتق إلّا ملكها لنفسها.

ومن الاتفاق على الافتقار في وقوع العتق الى إحدى لفظي الاعتاق أو التحرير ولم يحصل، ولأصالة بقاء الملك.

واعلم انّ بعض الأصحاب حكى لي عن بعض من حاول حلّ مشكلات هذا الكتاب ـ مع قصور فهمه ووفور وهمه ـ انّه مع كونه لايستطيع الوقوف على غوامض كلام المصنّف قدّس الله روحه لاسبيل له على ذلك، إلّا بأن استتبع كتابي هذا، ونقل ما قلناه في هذا المعنى، فلمّا وصل الى هذه المسألة أورد عليها ايرادات واهية، ولا تصدر من محصّل، مثل قوله: انّ الملك نفسه لايحصل إلّا بين شيئين متغايرين، ويستحيل تحقّق ذلك في الشخص الواحد، فلا يقال: انّه ملك نفسه.

وهذا الايراد مع جوابه من المشاهير بين المحصّلين، لايكاد يخفى هذا الايراد ولاجوابه عن أدنى محصّل، فلا معنى لايراده مع ظهور جوابه، مع انّ عبارات أكثر الفقهاء في هذا المعنى مذكورة في كتبهم كقولهم: العبد اذا أسلم في دار الحرب وخرج قبل مولاه ملك نفسه، وقولهم من شراء العبد نفسه هل يصحّ أم لا؟ والكتابة هل هي بيع للعبد من نفسه أو ليست بيعاً له من نفسه؟

فغاية ما في الباب أن تكون هذه العبارة تفرّعاً من المجاز فلا مأخذ في ذلك، فانّ المجاز واقع في كلام الله تعالى وكلام الرسول صلّى الله عليه وآله، على انّ ما ذكرناه في الكتاب لفظ المختلف، قال في هذه المسألة: وكذا لو جعل العتق مهراً فانّها تملّك نفسها

بالقبول، ولا حاجة الى النطق بالعتق عن ذلك. وقال في المسألة المذكورة: وقال الصدوق في المقنع ـ ونِعمَ ما قال ـ: اذا طلّقها قبل الدخول فقد مضى عتقها ويرجع عليها سيدها بنصف قيمة ثمنها، وبه قال ابن الجنيد، وتبعه ابن البرّاج، وابن ادريس، وهو المعتمد. لنا: انّها ملكت نفسها بالإصداق، فلا ترجع مملوكة بعد العتق[١].

ولقد كنت معترضاً عن التصدّي بجواب هذا الايراد ـ لسخافته وظهور فساده ـ لولا انّ بعض الأفاضل سألني الايماء الى جوابه[٢].

قوله رحمه الله: «ولو قدّم العتق كان لها الخيار، وقيل: لاخيار؛ لأنّه تتمّة الكلام».

أقول: المشهور بين أصحابنا انّه يقدّم التزويج، ذهب إليه الشيخ في النهاية[٣]، والصدوق[٤]، وابن البرّاج[٥]، وابن حمزة[٦]، وابن ادريس[٧].

ونقل المصنّف، وابن سعيد جواز تقديم العتق، واستحسنه ابن سعيد في الشرائع[٨]، واختاره المصنّف في المختلف[٩]، وهو ظاهر كلام أبي الصلاح[١٠]، وسيأتي

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل السادس في نكاح الاماء ص ٥٧٢ و ٥٧٣ س ٣٨ و ٣٠.

(٢) عبارة: «وأعلم أنّ بعض الأصحاب... سألني الايماء الى جوابه» ليس في «ج».

(٣) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان ج ٢ ص ٣٩٢ ـ ٣٩٤.

(٤) المقنع: باب بدو النكاح ص ١٠٣.

(٥) المهذّب: كتاب النكاح باب السراري وملك اليمين ج ٢ ص ٢٤٧.

(٦) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان عقد العبيد والاماء ص ٣٠٤.

(٧) السرائر: كتاب النكاح ج ٢ ص ٦٣٨.

(٨) شرائع الاسلام: كتاب النكاح القسم الثالث في نكاح الاماء ج ٢ ص ٣١٢.

(٩) مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل السادس في نكاح الاماء ص ٥٧٣ س ٢١.

(١٠) الكافي في الفقه: فصل فيما يقتضي فسخ الرقّ ص ٣١٧.

حكاية قوله إن شاء الله تعالى.

قوله رحمه الله: «وقيل: يقدّم العتق؛ لأنّ تزويج الأمة باطل».

أقول: هذا قول أبي الصلاح فانّه قال: ويصحّ أن يجعل عتقها صداقها، وصيغته مع تكامل الشروط أن يقول سيدها: قد أعتقتك وتزوّجتك وجعلت عتقك صداقك لوجه الله تعالى[1]. وهو قول المفيد[2] أيضاً، واختاره المصنّف في المختلف[3].

قوله رحمه الله: «ولو جعل ذلك في أمة الغير فإن أنفذنا عتق المرتهن مع الاجازة فالأقرب هنا الصحّة».

أقول: لو تزوّج بأمة الغير وجعل عتقها صداقها وقدّم العتق على قول المصنّف أو التزويج على قول الآخرين فإن قلنا: بأنّه اذا أعتق المرتهن العبد المرهون أو الأمة المرهونة صحّ ووقف على إجازة الراهن فالأقرب عند المصنّف الصحّة هنا؛ لأنّ الذي وقع منه تزويج لأمة غيره وعتقه، والنكاح عنده موقوف على الاجازة. فاذا قال: بصحّة عتق المرتهن عند اجازة الراهن فلا وجه للعتق إلّا اجازة المالك، وهو هنا موجود فكان صحيحاً. امّا اذا قلنا: لايصحّ عتق المرتهن ـ لأنّ العتق

---

(١) الكافي في الفقه: فصل فيما يقتضي فسخ الرقّ ص ٣١٧.

(٢) المقنعة: كتاب النكاح باب العتق ص ٥٤٩.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل السادس في نكاح الاماء ص ٥٧٣ س ١.

لايقف على الاجازة ـ كان هذا باطلاً.

واعلم انّ صحّة هذا العقد على تقدير عتق الأجنبي انّما يتم لو جاز أن يتزوّج الانسان امرأة على مهر من مال الغير ثمّ يجيز ذلك الغير وهو في موضع المنع، وحينئذٍ لايصحّ العتق على كلّ واحد من التقديرين. أمّا النكاح فانّه يصحّ إن جعلناه موقوفاً على الاجازة، ولايفسد بفساد المهر، وهو ظاهر.

قوله رحمه الله: «والأقرب جواز جعل عتق بعضها مهراً وبالعكس».

أقول: كما لو قال: أعتقت نصفك وتزوّجتك وجعلت عتق نصفك مهرك، أو بالعكس بأن يجعل مجموعها مع الآخر مهراً كما اذا قال: أعتقتك وتزوّجتك وجعلت عتقك مع هذا الثوب مهرك فالأقرب عنده الصحّة.

أمّا الأوّل: فلأنّ كلّ واحد من مجموعها ونصفها مملوك قابل، لأن يكون مهراً فكان جائزاً.

وأمّا الثاني: فلأنّ مجموعها كما جاز أن يكون مهراً جاز أن يكون جزءً من المهر كغيرها قطعاً فكذا لها؛ لعدم المانع، وأصالة الجواز.

قوله رحمه الله: «وليس الاستيلاد عتقاً وإن منع من بيعها، لكن لو مات مولاها عتقت من نصيب ولدها، فإن عجز النصيب سعت في الباقي، وقيل: يلزم الولد السعي».

أقول: هذا القول المحكي هو قول الشيخ في النهاية فانّه قال: اذا مات سيدها جعلت في نصيب ولدها، فإن لم يكن مال سواها كان نصيب ولدها حرّاً واستسعيت

في الباقي لمن عدّ ولدها من الورثة، فإن لم يخلّف غيرها وكان ثمنها دَيناً على مولاها قوّمت على ولدها وتركت الى أن يبلغ، فاذا بلغ أُجبر على ثمنها[١].

وقول ابن حمزة أيضاً حيث أوجب استسعاء الولد، سواء كان ثمنها دَيناً على مولاها أو لم يكن فانّه قال: وإن مات سيدها وعليه دَين في غير ثمن رقبتها قوّمت على ولدها، فإن بلغ الغلام أُلزم أداؤها، فإن لم يكن له مال استسعى فيه، فإن مات قبل البلوغ بيعت في الدَين[٢].

وأكثر أصحابنا ذهبوا الى ما اختاره المصنّف في الكتاب ـ أعني: عتق أُمّ الولد من نصيب ولدها ومع عجز النصيب تستسعي الجارية ـ ذهب إليه المفيد[٣]، وابن ادريس[٤]، وغيرهما.

امّا استسعاء الولد فشيء لم يتعرّض له أحد، لكن الشيخ في المبسوط أوجب على الولد فكّها من ماله[٥].

ومنع ابن ادريس من ذلك حيث قال: وروي انّه إن كان لولدها مال أدّى بقية ثمنها منه ولا دليل على هذه الرواية[٦].

قوله رحمه الله: «وقيل: لو قصرت التركة عن

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب العتق والتدبير باب أُمّهات الأولاد ج ٣ ص ٢٤ ـ ٢٦.

(٢) الوسيلة: كتاب العتق والتدبير فصل في بيان أحكام أُمّهات الأولاد ص ٣٤٣.

(٣) المقنعة: كتاب التجارة باب ابتياع الحيوان ص ٦٠١.

(٤) السرائر: كتاب العتق باب أُمّهات الأولاد ج ٣ ص ٢٢.

(٥) المبسوط: كتاب أُمّهات الأولاد ج ٦ ص ١٨٥.

(٦) السرائر: كتاب العتق باب أُمّهات الأولاد ج ٣ ص ٢٢.

الديون بيعت فيها بعد موت مولاها وإن لم يكن ثمناً لها».

أقول: هذا قول ابن حمزة، وقد تقدّم ذكره[١].

قوله رحمه الله: «ولو كان ثمنها دَيناً فأعتقها وجعل عتقها مهرها وتزوّجها وأولدها وأفلس به ومات صحّ العتق، ولاسبيل عليها ولا على ولدها على رأي».

أقول: ما ذكره من صحّة العتق والنكاح وانتفاء السبيل عليها وعلى أولادها مذهب ابن ادريس فانّه قال: العتق المذكور صحيح؛ لأنّه أعتق مملوكته بغير خلاف، والحرّ لايعود رقّاً، والنكاح صحيح، والولد حرّ، والحرّ لايصير عبداً؛ لأنّه انعقد حرّاً، سواء خلّف غيرها من الأموال أو لا[٢].

وخالف الشيخ في ذلك فقال في النهاية: اذا اشترى جارية ولم ينقد ثمنها وأعتقها وتزوّجها ثمّ مات بعد ذلك ولم يخلف غيرها فإنّ عتقه ونكاحه باطل، وتردّ في الرقّ لمولاها الأوّل، فإن كانت قد حملت كان أولادها رقّاً كهيئتها[٣]. وهو قول ابن الجنيد[٤]، وابن البرّاج[٥].

---

(١) في المسألة السابقة.

(٢) السرائر: كتاب العتق والتدبير ج ٣ ص ١٤.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب العتق والتدبير باب العتق وأحكامه ج ٣ ص ١٧.

(٤) ايضاح الفوائد: كتاب النكاح المقصد الثاني في نكاح الاماء ج ٣ ص ١٥٩.

(٥) المهذّب: كتاب العتق والتدبير باب العتق وأحكامه ج ٢ ص ٣٦١.

قوله رحمه الله: «وتحمل الرواية بعود الرقّ على وقوعه في المرض».

أقـول: الرواية المشار إليها التي استدلّ بها الشيخ ومن تبعه على بطلان العتق في النكاح وعودها الى مولاها الأوّل رقّاً واسترقاق أولادها، وهي: ما رواه الشيخ في الصحيح، عن هشام بن سالم، عن أبي بصير قال: سئل أبو عبدالله عليه السلام وأنا حاضر عن رجل باع من رجل جارية بكر الى سنة فلمّا قبضها المشتري أعتقها من الغد وتزوّجها وجعل مهرها عتقها ثمّ مات بعد ذلك بشهر، فقال أبـو عـبدالله عليه السلام: إن كان الذي اشتراها الى سنة له مال أو عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدَين في رقبتها كان عتقه وتزويجه جائزاً. قال: فإن لم يكن للذي اشتراها وأعتقها وتزوّجها مال ولا عقدة يوم مات تحيط بقضاء ما عليه من الدَين في رقبتها فـإنّ عتقه ونكاحه باطل؛ لأنّه أعتق مالايملك، وأرى انّها رقّ لمولاها الأوّل. قيل له: فإن كانت قد علقت من الذي أعتقها وتزوّجها ما حال ما في بـطنها؟ قـال: مـع أُمّـه كهيئتها[1].

والمصنّف قال هنا وفي المختلف[2]: تحمل هذه الرواية على وقوع ذلك في مرض موته، فإن منجّزات المريض عنده تخرج من ثلث تركته مالم يكن عليه دَين، امّا مع وجود الدَين فانّه يجب أن يبدأ بإخراج الدَين، فاذا كان مستغرقاً بطل العتق فترجع رقّاً الى مولاها.

وأقـول: هذا التأويل لايتمّ أيضاً؛ لأنّ الرواية اقتضت عود ولدها رقّاً كهيئتها،

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٩ السراري وملك الأيمان ح ٢٠ ج ٨ ص ٢٠٢، وسائل الشيعة: ب ٢٥ حكم من اشترى أمة تسيئه... ح ١ ج ١٦ ص ٣٠.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل السادس في نكاح الاماء ص ٥٧٤ س ١٣.

وهو منافٍ لمذهب المصنّف، فانّه على تقدير أن يكون عتقها في مرض موته يكون العتق والنكاح باطلين، فإن أولاده لايجوز استرقاقهم، غاية ما في الباب انّها تباع في الدَين.

قوله رحمه الله: «وقيل: ليس لمشتري العبد فسخ نكاح الحرّة».

أقول: هذا قول ابن ادريس[١]. بخلاف ما ذهب إليه الشيخ[٢]، وابن حمزة[٣] وابن البرّاج[٤] فانّهم جعلوا لمشتري العبد فسخ العقد، سواء كانت زوجته حرّة أو أمة.

قوله رحمه الله: «ولو باع عبده فللمشتري الفسخ وعلى المولى نصف المهر للحرّة، ومنهم من أنكرهما».

أقول: هذا قول الشيخ في النهاية فانّه قال: واذا زوّج الرجل مملوكاً له بامرأة حرّة كان المهر لازماً في ذمّته، فإن باع العبد قبل الدخول بها وجب على المولى نصف المهر[٥]. واختاره ابن حمزة[٦]، وابن البرّاج[٧].

---

(١) السرائر: كتاب النكاح باب العقد على الاماء والعبيد ج ٢ ص ٥٩٨.

(٢) المبسوط: كتاب النكاح فصل في العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٥٧.

(٣) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان عقد العبيد ص ٣٠٦.

(٤) المهذّب: كتاب النكاح باب نكاح الاماء والعبيد ج ٢ ص ٢١٧.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان ج ٢ ص ٤٠١.

(٦) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان عقد العبيد ص ٣٠٦.

(٧) المهذّب: كتاب النكاح باب السراري وملك اليمين ج ٢ ص ٢٥٠.

وأنكر ابن ادريس الأمرين ـ أي فسخ العقد وتنصيف المهر ـ امّا فسخ العقد فقد حكينا مذهبه انّه ليس لمشتري العبد فسخ نكاح الحرّة، وأمّا تنصيف المهر فقال: يجب على المولى كمال المهر؛ لأنّ المهر عندنا يجب لمجرّد العقد ويسقط نصفه بالطلاق قبل الدخول، وما عدا الطلاق لايسقط منه شيئاً، وهذا لم يطلّق، وحمل ذلك على الطلاق قياس[1].

قوله رحمه الله: «ولو استقلّ العبد بالطلاق وقع على إشكال».

أقول: يريد انّ طلاق العبد بيده اذا لم تكن الزوجة أمة لمولاه، امّا اذا كانت أمةً لمولاه فإنّ طلاقه بيد المولى وله التفريق من غير طلاق. وحينئذٍ لو استقلّ العبد بالطلاق ـ أي طلّق[2] أمة سيده من غير إذن المولى ـ ففي وقوعه إشكال.

ينشأ من أنّ الأصل انّ طلاق العبد بيده، لقول النبي صلّى الله عليه وآله: «الطلاق بيد من أخذ بالساق»[3].

ومن كون طلاق العبد في هذه الصورة بيد سيده فلا يقع من العبد بغير إذنه.

قوله رحمه الله: «ولو أمره بالطلاق فالأقرب انّه فسخ إن جعلناه إباحة، وإلّا فإشكال، وكذا الإشكال لو طلّق العبد».

---

(١) السرائر: كتاب النكاح باب السراري وملك اليمين ج ٢ ص ٦٤٣.

(٢) في ج: «طلاق».

(٣) عوالي اللآلي: ح ١٣٧ ج ١ ص ٢٣٤.

أقــول: هنا مسألتان:

الأُولى: انّ السيد اذا أمر عبده المتزوّج أمته أن يطلّقها فهل يكون مجرّد الأمـر فسخاً أم لا؟ فيه إشكال.

الأقرب عند المصنّف انّ التزويج إن كان إباحةً ـ على ما تـقدّم ـ كـان الأمـر فسخاً، لاستلزام الأمر بالطلاق الأمر بالاعتزال، وهو معنى الفسخ. وإن كان عقداً ففيه إشكال.

ينشأ من أنّ هذا العقد وإن شاع رفعه بالفسخ إلّا أنّ عدول السيّد عنه الى الطلاق يؤذن بكراهة الفسخ أو بعدم إرادتـه إيّـاه، ولدلالة الأمـر بـالطلاق عـلى التمسك بالنكاح، فيمتنع دلالته على الفسخ للتنافي بينهما.

ومن انّه قد وجد منه الأمر الملزوم كما ذكر.

الثانية: إن قلنا: إنّه ليس فسخاً وطلّق العبد فهل يكون الطلاق فسخاً؟ إشكال.

ينشأ من رواية ليث المرادي، عن الصادق عليه السلام حيث سأله عن طـلاق العبد فقال: إن كانت أمتك فلا[1]. وهو عام.

ومن الإتيان بلفظ الطلاق، وإلّا صل في الاستعمال الحقيقة.

واعلم انّ هذا الإشكال أيضاً مبنيّ على انّ التزويج عقد، كما انّ الإشكال الأوّل مبنيّ عليه؛ لدلالة العطف على الشريك. ولأنّه على القول بالإباحة لا على القـول بالطلاق، إلّا بظاهر ضعيف. وربما توهّم بعض المـتعرّضين لحـلّ هـذا الكـتاب انّ الإشكال هنا مبنيّ على الوجهين، وهو غلط.

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣٠ العقود على الاماء... ح ٥٤ ج ٧ ص ٣٤٨، وسائل الشيعة: ب ٤٣ من أبواب مقدّماته وشرائطه ح ٢ ج ١٥ ص ٣٤١.

قوله رحمه الله: «ولو طلّق الأمة زوجها ثمّ بيعت اكملت العدّة، وكفت عن الاستبراء على رأي».

أقول: خالف الشيخ في ذلك حيث قال في المبسوط: اذا طلّقت الأمة ثمّ شرعت في العدّة فباعها سيدها صحّ البيع، ولايحلّ للمشتري وطؤها حتى تنقضي عدّتها، فاذا انقضت لم يحلّ له حتى يستبرئها[١]. وهو مذهب ابن البرّاج[٢].

قوله رحمه الله: «وكذا من ملك أمة بأيّ وجه كان حرم عليه وطؤها قبل استبرائها، إلّا أن تكون آيسة أو حائضاً على رأي ظاهر، إلّا من خصّص حيضها بالتخيير».

أقول: لأصحابنا في سقوط الاستبراء اذا كانت حائضاً قولان:

أحدهما: السقوط، وهو قول الشيخ في النهاية[٣]، واختاره المصنّف هنا وفي المختلف[٤].

والآخر: عدم السقوط، وهو مذهب ابن ادريس، فانّه أوجب استبراء الحائض بقرءين[٥].

---

(١) المبسوط: كتاب العدد فصل في اجتماع العدّتين ج ٥ ص ٢٦٩ ـ ٢٧٠.

(٢) المهذّب: كتاب اللعان والارتداد باب العدد والاستبراء ج ٢ ص ٣٣٣.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان ج ٢ ص ٣٨٨.

(٤) مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل السادس في نكاح الاماء ص ٥٧١ س ٢٧.

(٥) السرائر: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان ج ٢ ص ٦٣٤.

وقول المصنّف: «ظاهر، إلّا من خصّص حيضها بالتخيير» يريد انّ الحيض المسقط للاستبراء اشترط فيه أن يكون حيضاً ظاهراً ـ أي غير مشتبه ـ كمن خصّص حيضها بالتخيير لو كانت المرأة مضطربة ورأت الدم أكثر من عشرة أيام ولاتميّز لها فانّها تحيض في كلّ شهر بثلاثة أيام وفي آخر بعشرة، وفي كلّ شهر سبعة أيّام، والخيار في ذلك إليها أيضاً، فاذا تخيّرت وقتاً جعلته أيام حيضها لايكون ذلك كافياً في الاستبراء؛ لأنّ وجوب الاستبراء متيقّن، ولايقين بكون هذه الأيام حيضها، وانّما جعل لها الشارع الخيار في تخصيص أيام منها تترك فيها الصوم والصلاة ـ كالحائض ـ وتصلّي وتصوم ما عداها من الشهر، لا أنّه حيض متيقّن.

قوله رحمه الله: «أو لامرأة على رأي».

أقول: يريد انّه يسقط الاستبراء اذا كانت الأمة المبتاعة لامرأة، وهو مذهب الشيخ في النهاية[١].

خلافاً لابن ادريس حيث قال: لايسقط الاستبراء[٢].

قوله رحمه الله: «والأقرب إلحاق الإباحة به».

أقول: يريد الأقرب إلحاق الإباحة بالتحليل في جواز نكاح أمة الغير، وهو قول ابن ادريس[٣].

خلافاً للشيخ فانّه قال في النهاية[٤] والتهذيب[٥]: وينبغي أن يراعى فيما ذكرناه

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان ج ٢ ص ٣٨٨.

(٢) السرائر: كتاب النكاح باب السراري ونكاح الاماء ج ٢ ص ٦٣٤.

(٣) السرائر: كتاب النكاح باب السراري ونكاح الاماء ج ٢ ص ٦٣٣.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان ج ٢ ص ٣٨٧ ـ ٣٨٨.

(٥) تهذيب الأحكام: باب ٢٣ في ضروب النكاح ذيل الحديث ١٤ ج ٧ ص ٢٤٤.

لفظ التحليل، وهو أن يقول الرجل: أحللت لك وطأها، أو جعلتك في حلّ من وطئها.

وظاهر كلام السيد يدلّ على انّه لاينعقد بلفظ الإباحة فانّه قال: ممّا يشنع به على الامامية تجويزهم إعارة الفروج، وانّ الفرج يستباح بلفظ العارية. وتحقيق هذه المسألة: انّا ما وجدنا فقيهاً منهم أفتى بذلك ولا أودعه مصنّفاً ولا كتاباً ـ الى أن قال: ـ وكما يجوز للرجل أن يبيح مملوكته لغيره على معنى انّه يعقد عليها عقد نكاح الذي فيه معنى الإباحة، ولايقتضي ذلك انّ النكاح ينعقد بلفظ الإباحة[1]. وكذا شرط ابن زهرة[2] لفظ التحليل.

ووجه أقربية الجواز بلفظ الإباحة انّ لفظي الإباحة والتحليل عبارتان عن معنى واحد، فتجويز أحدهما يقتضي تجويز الآخر.

والمصنّف استدلّ على ذلك في المختلف بأن قال: للمشاركة لفظاً ومعنىً، ولايخفى عدم اشتراكهما لفظاً بل معنىً[3]، كما قلناه.

قوله رحمه الله: «فلو باشرا فقال كلّ منهما: أحللت لك وطأها صحّ، ولو قال: أحللت حصّتي فإشكال».

أقول: منشأ الإشكال انّ منفعة البضع واحدة لايمكن إفراد حصّة كلّ منهما، فلا يرد عليها الإباحة بانفرادها، كما لو قال أحدهما: زوّجتك حصّتي منها.

---

(١) الانتصار: مسائل النكاح ص ١١٨.

(٢) الغنية «الجوامع الفقهية»: كتاب النكاح ص ٥٥٠ س ٢٣.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل السادس في نكاح الاماء ص ٥٧١ س ٢٣.

ومن عموم استباحة البضع بالتحليل المتناول لصورة النزاع، كما يتناول غيرها.

قوله رحمه الله: «وهل هو عقد أو ملك منفعة؟ خلاف».

أقول: القول بأنّه عقد نقله ابن ادريس عن السيد المرتضى[١]. والقول بأنّه ملك منفعة مذهب ابن ادريس[٢]. وهو قول الشيخ أبي جعفر في المبسوط، إلّا أنّ الشيخ ذكر ما يدلّ على اشتراط المدة حيث قال: وأمّا تحليل الانسان جاريته لغيره من غير عقد مدة فهو جائز عند أكثر أصحابنا، ومنهم من منع منه، وإلّا وّل أظهر في الروايات، ومن أجازه اختلفوا، فمنهم من قال: هو عقد والتحليل عبارة عنه، ومنهم من قال: هو تمليك منفعة مع بقاء الأصل، وهو الذي يقوى في نفسي، ويجري ذلك مجرى إسكان الدار وإعمارها، ولأجل ذلك يحتاج أن تكون المدة معلومة[٣]. والمصنّف اختار في المختلف[٤] مذهب ابن ادريس.

قوله رحمه الله: «ولو أباح أمته لعبده فإن قلنا: إنّه عقد أو تمليك وانّ العبد يملك حلّت، وإلّا فلا، والأوّل أولى، لأنّه نوع إباحة، والعبد أهلٌ لها».

أقول: هذا تفريع على ماتقدّم من كونه هل هو عقد أو تمليك؟ فمن قال: هو

---

(١) السرائر: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان... ج ٢ ص ٦٢٧.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المبسوط: كتاب النكاح في نكاح المتعة وتحليل الجارية ج ٤ ص ٢٤٦.

(٤) مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل السادس في نكاح الاماء ص ٥٧٠ س ١٦.

عقد ـ كالسيد ـ صحّ عنده. ومن قال هو تمليك فإن قلنا: إنّ العبد يملك صحّ أيضاً، وإن قلنا: لايملك لم يصحّ.

والمصنّف مع انّه ذهب الى انّه ليس عقداً اختار الصحّة؛ لما ذكر من انّه نوع إباحة، والعبد أهلٌ لها.

ولقائل أن يقول: إنّ الأصحاب اتّفقوا على انحصار هذا النوع في أحد الأمرين، ولأنّه لولم يكن أحدهما كان حراماً، لعموم قوله تعالى: ﴿فمن ابتغى وراء ذلك فأُولئك هم العادون﴾[1] واذا كان منحصراً فيهما وجب بقاؤه على ماتقدّم ـ وهو الحلّ ـ إن قلنا: إنّه عقد أو تمليك، والعبد لايملك، والتحريم إن لم نقل بذلك. والمصنّف رجع عن ذلك في المختلف[2]، وذهب الى عدم جوازه.

واعلم أنّ الشيخ في النهاية[3] أطلق المنع من ذلك، وابن ادريس[4] أطلق جوازه.

قوله رحمه الله: «واذا أباح الشريك حلّت على رأي».

أقول: هذا قول الشيخ في النهاية[5]. وظاهر كلام ابن الجنيد، وابن حمزة يدلّ على المنع.

أمّا ابن حمزة فانّه قال: وإن ابتاع بعضها انفسخ النكاح بينهما، ولم يجز وطؤها ولا

---

(١) المؤمنون: ٧.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل السادس في نكاح الاماء ص ٥٧١ س ٣.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان ج ٢ ص ٣٨٧.

(٤) السرائر: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان ج ٢ ص ٦٣٣.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان ج ٢ ص ٣٨٨.

العقد عليها، إلّا أن تكون خدمتها مهاياة بينهما فيجوز له العقد عليها متعة في يوم سيدها بإذنه[١].

وأمّا ابن الجنيد فانّه قال: وإلّامة المشتركة لايحلّ وطؤها لواحد من الشركاء. ثمّ قال: ولو ملك الزوج بعض السهام بطل النكاح، ولم يكن له أن يطأ، إلّا أن يملك الجميع[٢].

وأطلقا القول بتحريم وطء المشتركة، ولم يستثنيا الإباحة، إلّا أنّ ابن الجنيد صرّح بالمنع من العقد فقال: ولايصحّ وطء فرج واحد بملك بعضه وعقد على بعضه[٣]. ولم يتعرّض لذكر الإباحة بالتصريح.

قوله رحمه الله: «وولد المحلّلة حرّ بشرط الحرّية أولا، ولاشيء على الأب على رأي».

أقول: هذا قول ابن ادريس[٤]، وظاهر كلام المرتضى[٥].

خلافاً للشيخ حيث قال في النهاية: ومتى جعله في حلّ من وطئها وأتت بولد كان لمولاه، وعلى أبيه أن يشتريه بماله إن كان له مال، وان لم يكن له مال استسعى في ثمنه، فإن شرط أن يكون الولد حرّاً كان على ماشرط[٦].

---

(١) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان عقد الاماء والعبيد ص ٣٠٤.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل السادس في نكاح الاماء ص ٥٦٨ س ٢٤.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل السادس في نكاح الاماء ص ٥٦٨ س ٢٤.

(٤) السرائر: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان ج ٢ ص ٦٢٨.

(٥) رسائل الشريف المرتضى: المجموعة الثالثة ص ٢٧١ ـ ٢٧٢.

(٦) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان ج ٢ ص ٣٨٦.

قوله رحمه الله: «في الفصل الرابع: في بقايا مباحث متعدّدة: وللسيد استخدام الأمة نهاراً وعليه تسليمها الى زوجها ليلاً، وهل للسيد إسكانها في بيت في داره أو للزوج إخراجها ليلاً؟ نظر، أقربه الأخير».

أقول: وجه النظر من حيث وجوب تسليمها الى الزوج فكان تخصيص المسكن إليه.

ومن حيث إنّ الواجب عليه التمكين، وهو يحصل ببذل المسكن في داره، فلايلزم إخراجها منه، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّ فيه جمعاً بين حقيّ السيد والزوج.

قوله رحمه الله: «ولو كانت محترفة وأمكنها ذلك في يد الزوج ففي وجوب تسليمها إليه نهاراً إشكال».

أقول: منشأه من وجوب التمكين للزوج في كلّ وقت، خرج منه الأمة نهاراً؛ لاستدراك ما يجب عليها من خدمة السيد، فاذا فرض كونها ذات حرفة يمكن حصولها عند الزوج فقد زال المانع من وجوب التسليم إليه نهاراً فكان تسليمها حينئذٍ نهاراً واجباً.

ومن الاتّفاق على اختصاص وجوب التسليم إليه بالليل فلا يلزمه تسليمها نهاراً.

قوله رحمه الله: «وانّما يجب النفقة بالتسليم ليلاً

ونهاراً، فلو سلّمها ليلاً فالأقرب عدم وجوب نصف النفقة».

أقول: لأنّ النفقة بالمنع لاتوزّع على أجزاء اليوم، إذ النفقة انّما تجب بالتمكين التام، ولايحصل إلّا بالتسليم ليلاً ونهاراً.

قوله رحمه الله: «ولو قتلها سيدها قبل الوطء ففي سقوط المهر نظر، أقربه العدم؛ كما لو قتلها أجنبي، أو قتلت الحرّة نفسها».

أقول: وجه النظر من انّه إبطال للنكاح من جانب المرأة فكان مسقطاً لمهرها؛ لأنّ كلّ فسخ جاء من قبل النساء فهو مسقط لمهورهن.

ومن انّ القتل لايوجب ضمان المهر. وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّ القتل لوكان يوجب ضمان المهر لضمنه الأجنبي لو قتل الأمة، وليس كذلك قطعاً، فانّه لايضمن إلّا قيمة الجارية، وأيضاً لوكان مسقطاً للمهر لسقط مهر الحرّة لو قتلت نفسها قبل الدخول.

ولقائل أن يقول: الأجنبي انّما لم يضمن المهر لدخول ضمان ما دون النفس في دية النفس، وهو ضامن لنفسها فلا يضمن شيئاً من منافعها. وبمنع عدم السقوط في طرف الحرّة لو قتلت نفسها قبل الدخول.

قوله رحمه الله: «واذا عقد بشهادة اثنين لها بالحرّية وأولدها فعليهما ما أتلفاه عليه من مهر وقيمة الولد لتزويرهما، وفي تضمينهما مازاد عن مهر المثل إشكال».

أقـول: يريد انّه لو كان مهر أمثالها على تقدير الحرّية خمسين فأصدقها الزوج مائة ففي رجوع الزوج على شاهدَي الحرّية بالتزوير فيما زاد على الخمسين التي هي مهر المثل إشكال، من حيث إنّهما غراه بشهادتهما لها بالحرّية حتى أصدقها ذلك القدر، فكان سبباً في إتلاف المهر عليه. ومن حيث إنّه أصدقها الزائد عن مهر أمثالها، فإن شهادتهما لها بالحرّية لايوجب إصداقها مازاد على مهر أمثالها، فكان الزوج مستقلّاً بإتلاف الزائد وبذله فلم يكن له الرجوع عليهما به.

قوله رحمه الله: «لايشترط في التحليل تعيّن المدة على رأي».

أقـول: هذا ظاهر مذهب ابن ادريس فانّه أطلق القول بجواز إباحة الرجل جاريته لغيره بلفظ الإباحة والتحليل[1]، ولم يذكر المدة.

خلافاً للشيخ حيث قال في المبسوط: وأمّا تحليل الرجل جاريته لغيره من غير عقد مدة فهو جائز عند أكثر أصحابنا، ومنهم من منع منه، وإلّا وّل أظهر في الروايات. ومن أجازه اختلفوا، فمنهم من قال: هو عقد والتحليل عبارة عنه، ومنهم من قال: هو تمليك منفعة مع بقاء الأجل، وهو الذي يقوى في نفسي، ويجري ذلك مجرى إسكان الدار وإعمارها ولأجل ذلك يحتاج أن تكون المدة معلومة[2].

قوله رحمه الله: «واذا اشترى جارية موطوءة حرم عليه وطؤها قبلاً إلّا بعد الاستبراء، ويجب

---

(١) السرائر: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان ج ٢ ص ٦٢٧.

(٢) المبسوط: كتاب النكاح فصل في نكاح المتعة ج ٤ ص ٢٤٦.

على البائع أيضاً استبراؤها فيكفي عن استبراء المشتري، ويصدّقه المشتري مع عدالته على رأي».

أقول: هذا قول الشيخ في النهاية[١]. خلافاً لابن ادريس حيث أوجب على المشتري الاستبراء، وقول البائع الثقة لايسقط وجوب الاستبراء عن المشتري عنده[٢].

قوله رحمه الله: «واذا طلّق المجعول عنها مهراً قبل الدخول رجع نصفها رقّاً لمولاها وتستسعي فيه، فإن أبت كان لها يوم وله يوم في الخدمة، ويجوز شراؤها من سهم الرقاب، والأقرب نفوذ العتق والرجوع بقيمة النصف وقت العقد، كما اذا اعتقت المهر قبل الدخول».

أقول: اذا أعتق الرجل جارية وتزوّجها وجعل عتقها صداقها ثمّ طلّقها قبل الدخول بها قال الشيخ: رجع نصفها رقّاً وتستسعي في ثمنها، فإن أبت السعي كان لها من نفسها يوماً وله يوم من خدمتها[٣]. وبه قال ابن حمزة[٤].

وقال ابن بابويه في المقنع: مضى عتقها ويرجع عليها سيدها بنصف قيمة ثمنها[٥].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان ج ٢ ص ٣٨٨.

(٢) السرائر: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان ج ٢ ص ٦٣٤.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان ج ٢ ص ٣٩٧.

(٤) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان عقد الاماء ص ٣٠٤.

(٥) المقنع: باب بدو النكاح ص ١٠٣.

وبه قال ابن الجنيد[١]، وابن البرّاج[٢]، وابن ادريس[٣]، وهو الأقرب عند المصنّف.

ووجه القرب انّها ملكت نفسها بمجرّد العقد وعتقت، والحرّ لايعود رقّاً. ولأنّ الرجل تزوّج امرأة فأصدقها نسمة فأعتقتها المرأة ثمّ طلّقها قبل الدخول فانّها تغرم له نصف قيمة المهر ولا يعود شيء منها رقّاً، والى ذلك أشار المصنّف بقوله: «كما اذا أعتقت المهر قبل الدخول».

قوله رحمه الله: «ولو علّق المولى عتق جاريته بموت زوجها قيل: يبطل، وقيل: يصحّ».

أقول: القائل ببطلان ذلك هو ابن ادريس[٤]. والقائل بالصحّة هو الشيخ[٥]، وابن البرّاج[٦].

قوله رحمه الله: «فتعتدّ عدّة الحرّة ولا ميراث، والأقرب ثبوته مع تعدّد الورثة».

أقول: هذا تفريع على القول بصحّة جعل عتق الأمة معلّقاً على موت زوجها، وهو انّه اذا مات زوجها هل ترث من تركته أم لا؟ قال الشيخ: لاترث، مع حكمه بعتقها بموته، وانّها تعتدّ عدّة الحرّة[٧].

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل السادس في نكاح الاماء ص ٥٧٣ س ٣١.

(٢) المهذّب: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان ص ٢٤٨.

(٣) السرائر: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان ج ٢ ص ٦٣٩.

(٤) السرائر: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان ج ٢ ص ٦٤٤.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان ج ٢ ص ٤٠١ ـ ٤٠٢.

(٦) المهذّب: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان ج ٢ ص ٢٥٠.

(٧) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان ج ٢ ص ٤٠٢.

وإلّاقرب عند المصنّف انّ ورثة زوجها إن تعدّدوا ثبت لها الميراث؛ لأنّ كلّ من أعتق على ميراث قبل قسمته شارك اذا كان لايمنعه من الميراث إلّا الرقّ، وهو هنا متحقّق، فانّها عتقت بموت زوجها قبل قسمته. ولم يتعرّض المصنّف للقسم الآخر ـ وهو اتحاد الوارث ـ لكن تقييد المصنّف بثبوته مع الكثرة يدلّ بمضمونه على الحكم بانتفائه مع عدمها.

ووجه ذلك انّ حالة عتقها هو[1] حالة انتقال تركة زوجها الى وارثه الواحد، فيستقرّ ملكه عليه.

قوله رحمه الله: «ولو ملك المكاتب زوجة سيده ففي الانفساخ نظر».

أقول: وجه النظر من انّ الكتابة لاتقتضي كونه حرّاً في الحال قبل أداء ما عليه من مال الكتابة، فيكون في الحقيقة مملوكاً للسيد، فيكون تملّك المكاتب لزوجة سيده جارياً مجرى تملّك سيده لها، وهو يقتضي انفساخ العقد.

ومن انّ الكتابة تقتضي انقطاع تسلّط المولى عليه، إلّا باستيفاء مال الكتابة لاغير، وهو يملك بالبيع والشراء والهبة، فلا يكون مايملكه مملوكاً للسيد؛ لاستحالة كون مجموع الملك الواحد لكلّ واحد من الاثنين، فلا ينفسخ نكاح السيد حينئذٍ؛ لعدم دخول زوجته في ملكه.

قوله رحمه الله: «في المقصد الأوّل: في العيب والتدليس: وفي الفسخ بالمتجدّد إشكال».

---

(١) في ج: «في».

أقـول: يريد اذا تجدّد الجبّ بعد العقد والوطء هل للمرأة أن تفسخ به؟ فـيه إشكال.

ينشأ من انّ الأصل وجوب التمسك بمقتضى العقد الصحيح وعدم الخيار.

ومن انّه مقتضى لفوات الاستمتاع، فلولم يكن للمرأة الفسخ به لزم الإضرار بها، إذ لاسبيل للمرأة الى رفع النكاح بدون الفسخ.

وإلّاحتمال الأوّل هو مذهب ابن ادريس[١]، وأحد قولَي الشيخ في المبسوط، فانّه قال في موضع منه: وقال المخالف اذا حدث واحداً من الأربـعة: الجـنون والجـذام والبرص والجبّ فلها الخيار، وعندنا انّه لاخيار لها في ذلك[٢].

وإلّاخر: هو القول الثاني للشيخ في المبسوط أيضاً، فانّه قال في موضع آخر منه: اذا تزوّج الرجل امرأة ودخل بها ثمّ انّه عجز عن جماعها لم يحكم بانّه عـنّين ولا يضرب له مدة بلا خلاف، فأمّا اذا كان صحيحاً ثمّ جبّ كان لهـا الخـيار عـندنا وعندهم بلا خلاف[٣].

قوله رحمـه الله: «فـإن أثـبتناه وصـدر مـنها فالأقرب عدم الفسخ».

أقـول: هذا تفريع على القول بثبوت الخيار للمرأة بالجبّ المتجدّد بعد العـقد، وهو انّه لو صدر الجبّ منها فالأقرب انّه ليس لها الفسخ به؛ لأنّها بجبّه رضيت بكونه مجبوباً، والرضا بالعيب مسقط للخيار.

---

(١) السرائر: كتاب النكاح باب العيوب والتدليس ج ٢ ص ٦١٢.

(٢) المبسوط: كتاب النكاح فصل في العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٥٢.

(٣) المبسوط: كتاب النكاح في العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٦٤.

قوله رحمه الله: «وفي المتجدّد بعده قول».

أقـول: يريد انّه في فسخ المرأة بالخصاء المتجدّد بعد العقد قول، وهو إشارة الى قول ابن البرّاج[١]، وأحد قولَي الشيخ[٢] رحمهما الله.

قوله رحمه الله: «ولو بـان خـنثى فـإن أمكـن الوطء فلا خيار على رأي».

أقـول: هذا أحد قولَي الشيخ ذكره في الخلاف[٣]، وفي أوائل فصل العيوب من المبسوط[٤].

والقول الآخر له في موضع آخر من المبسوط: انّ لها الخيار؛ لأنّه قال ـ بعد كلام طويل من الفصل المذكور ـ: لو أصابته خنثى وقد ثبت انّه رجل فهل لها الفسخ؟ على قولين، أحدهما: لها الخيار، وهو الأقوى[٥].

قوله رحمه الله: «وأمّا القرن فـقيل إنّـه عـظم ينبت في الرحم، وقيل: إنّه لحم، فإن منع الوطء أوجب الفسخ».

أقـول: القول الأوّل للشيخ في المبسوط، وحكى القول الآخر فانّه قال فيه:

---

(١) المهذّب: كتاب النكاح باب التدليس في النكاح ج ٢ ص ٢٣٣.

(٢) المبسوط: كتاب النكاح في العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٦٦.

(٣) الخلاف: كتاب النكاح في العيوب الموجبة للفسخ المسألة ١٢٥ ج ٤ ص ٣٤٨.

(٤) المبسوط: كتاب النكاح في العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٥٠ و ٢٥١.

(٥) المبسوط: كتاب النكاح في العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٦٦.

والقرن عظم في الفرج يمنع الجماع، وقال أهل الخبرة: العظم لايكون في الفرج، لكن يلحقها عند الولادة حال ينبت اللحم في الفرج، وهو الذي يسمّى «العفل» يكون كالرتق سواء، إن لم يمنع الجماع فلا خيار له، وإن منع فله الخيار[١].

قوله رحمه الله: «وأمّا العمى فالأظهر من المذهب انّه يوجب الخيار».

أقول: الأظهر من المذهب انّ العمى في المرأة عيب تردّ به مع جهل الزوج، بذلك ذهب إليه السيد المرتضى[٢]، وابن الجنيد[٣]، وابن البرّاج[٤]، وأبو الصلاح[٥]، وسلّار[٦]، وابن حمزة[٧]، وابن ادريس[٨]، وهو قول الشيخ في النهاية[٩].

وقال في الخلاف[١٠] والمبسوط[١١]: الرجل يفسخ بستة:الجنون والجذام والبرص والرتق والقرن والإفضاء، وفي أصحابنا من ألحق به العمى وكونها محدودة في الزنا.

---

(١) المبسوط: كتاب النكاح في العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٥٠ ـ ٢٥١.

(٢) الناصريات «الجوامع الفقهية»: كتاب النكاح المسألة ١٥٨ ص ٢٤٨.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الرابع في العيوب والتدليس ص ٥٥٢ س ٤.

(٤) المهذّب: كتاب النكاح باب التدليس في النكاح ج ٢ ص ٢٣١.

(٥) الكافي في الفقه: الضرب الأوّل من أحكام النكاح ص ٢٩٥.

(٦) المراسم: كتاب النكاح ذكر شرائط الأنكحة ص ١٥٠.

(٧) الوسيلة: كتاب النكاح في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد ص ٣١١.

(٨) السرائر: كتاب النكاح باب العيوب والتدليس في النكاح ج ٢ ص ٦١٢.

(٩) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب التدليس في النكاح ج ٢ ص ٣٦٠.

(١٠) الخلاف: كتاب النكاح في العيوب الموجبة للفسخ المسألة ١٢٤ ج ٤ ص ٣٤٦.

(١١) المبسوط: كتاب النكاح في العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٤٩.

ووجه كون الأظهر انّ العمى موجباً لثبوت خيار الرجل مارواه داود بن سرحان في الصحيح، عن الصادق عليه السلام عن الرجل يتزوّج فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء، قال: تردّ على وليّها ويكون لها المهر على وليّها، وإن كان بها زمانة لايراها الرجال أُجيز شهادة النساء عليها[١].

قوله رحمه الله: «وأمّا العرج فالأقرب تسلّط الزوج على الفسخ به إن بلغ الإقعاد وإلّا فلا».

أقول: أطلق أكثر أصحابنا القول: بأن العرجاء تردّ، ذكر ذلك الشيخ في النهاية[٢]، وهو قول ابن الجنيد[٣]، وسلّار[٤]، وأبي الصلاح[٥]، وابن البرّاج في الكامل[٦]، وابن حمزة[٧].

ولم يعدّ الشيخ في المبسوط[٨] والخلاف[٩] العرج في أسباب الفسخ فانّه قال فيهما: أسباب الفسخ في المرأة ستة: الجنون والجذام والبرص والرتق والقرن والإفضاء. ثمّ

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢٨ التدليس في النكاح ح ٥ ج ٧ ص ٤٢٤، وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب عيوب التدليس ح ٦ ج ١٤ ص ٥٩٧.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب التدليس في النكاح ج ٢ ص ٣٦٠.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الرابع في العيوب ص ٥٥٣ س ٢٠.

(٤) المراسم: كتاب النكاح ذكر شرائط الأنكحة ص ١٥٠.

(٥) الكافي في الفقه: النكاح الضرب الأوّل من الأحكام ص ٢٩٥.

(٦) نقله عنه في المختلف: كتاب النكاح الفصل الرابع في العيوب ص ٥٥٣ س ٢١.

(٧) الوسيلة: كتاب النكاح في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد ص ٣١١.

(٨) المبسوط: كتاب النكاح في العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٤٩.

(٩) الخلاف: كتاب النكاح في العيوب الموجبة للفسخ المسألة ١٢٤ ج ٤ ص ٣٤٦.

قال: وفي أصحابنا من ألحق به العمى وكونها محدودة في الزنا، ولم يتعرّض لذكر العرج. ومثله قال ابن البرّاج في المهذّب[١].

وابن ادريس أيضاً لمّا عدّ عيوب المرأة قال: وألحق أصحابنا ثامناً وهو العرج البيّن، ذهب إليه شيخنا في نهايته، ولم يذهب إليه في مسائل خلافه[٢].

والأقرب عند المصنّف التفصيل وهو: انّه اذا بلغ العرج الى حدّ الإقعاد كان عيباً في المرأة يتسلّط الرجل به على الفسخ، وإلّا فلا؛ لرواية داود بن سرحان الصحيحة، عن الصادق عليه السلام، وقد تقدّمت.

قوله رحمه الله: «وقيل: المحدودة في الزنا تردّ، وقيل: بل يرجع على وليّها العالم بحالها بالمهر ولا فسخ».

أقول: القول الأوّل هو قول ابن الجنيد[٣]، والمفيد[٤]، وسلّار[٥]، وابن البرّاج[٦].

والقول الثاني هو قول ابن ادريس فانّه قال: الذي يقوى في نفسي انّ المحدودة لاتردّ بل يرجع على وليّها بالمهر اذا كان عالماً دخيلة أمرها، فإن أراد فراقها

---

(١) المهذّب: كتاب النكاح باب التدليس في النكاح ج ٢ ص ٢٣١.

(٢) السرائر: كتاب النكاح باب العيوب والتدليس في النكاح ج ٢ ص ٦١٣.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الرابع في العيوب والتدليس ص ٥٥٣ س ٨.

(٤) المقنعة: كتاب النكاح باب التدليس في النكاح ص ٥١٩.

(٥) المراسم: كتاب النكاح ذكر شرائط الأنكحة ص ١٥٠.

(٦) المهذّب: كتاب النكاح باب التدليس في النكاح ج ٢ ص ٢٣١.

طلّقها[١]. وهو قول الشيخ في النهاية، إلّا انّه لم يشترط في الرجوع على وليّها علمه فانّه قال فيها: المحدودة في الزنا لاتردّ، وكذا التي كانت قد زنت قبل العقد فليس للرجل ردّها، إلّا انّه يرجع على وليّها بالمهر، وليس له فراقها إلّا بالطلاق[٢].

قوله رحمه الله: «ولا يفسخ الرجل بالمتجدّد بالمرأة بعد الوطء، وفي المتخلّل بينه وبين العقد إشكال».

أقول: وجه الإشكال من عموم الأخبار الدالّة على انّ الرجل يفسخ بهذه العيوب من غير تفصيل فكان له ذلك مطلقاً، وهو قول الشيخ في المبسوط[٣] والخلاف[٤].

ومن أصالة عدم استحقاق الفسخ، وهو قول ابن ادريس[٥]، وإلّاقرب عند المصنّف؛ لأنّه عقد وقع صحيحاً لازماً، وإلّاصل بقاء لزومه، كما لو تجدّد العيب بعد الوطء.

قوله رحمه الله: «ولا تثبت العنّة إلّا بإقراره أو نكوله، امّا مع يمين المرأة أو مطلقاً على خلاف».

أقول: هذا مبنيّ على انّه هل يقضي الحاكم على الخصم بمجرّد نكوله أو بردّ

---

(١) السرائر: كتاب النكاح باب العيوب والتدليس في النكاح ج ٢ ص ٦١٣.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب التدليس في النكاح ج ٢ ص ٣٦٠.

(٣) المبسوط: كتاب النكاح في العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٥٢.

(٤) الخلاف: كتاب النكاح في العيوب الموجبة للفسخ مسألة ١٢٨ ج ٤ ص ٣٤٩ ـ ٣٥٠.

(٥) السرائر: كتاب النكاح باب العيوب والتدليس في النكاح ج ٢ ص ٦١٣.

اليمين على المدّعي؟ فيه خلاف يأتي في باب القضاء إن شاء الله تعالى.

قوله رحمه الله: «ولو ادّعت العنّة حلف، وقيل: إن تقلّص في الماء البارد فصحيح، وان استرق فعنّين».

أقول: هذا القول المحكي هو قول علي بن بابويه في الرسالة[١] وابنه محمد في المقنع[٢]، واختاره ابن حمزة[٣]، وأنكر ابن ادريس[٤] ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو ادّعى الوطء قُبلاً أو دُبراً أو وطأ غيرها بعد ثبوت العنّة صدق مع اليمين، وقيل: في دعوى القُبل إن كانت بكراً صدق مع شهادة النساء بذهابها، وإلّا حشّي قُبلها خلوقاً وأمر بوطئها فيصدق مع ظهوره على العضو».

أقول: هذا القول المشار إليه هو قول الشيخ في الخلاف[٥]. وما ذكره المصنّف في الكتاب هو مذهب الشيخ في النهاية[٦]، وقول ابن أبي عقيل[٧]، ومحمد

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الرابع في التدليس ص ٥٥٦ س ٢.

(٢) المقنع: باب بدو النكاح ص ١٠٧.

(٣) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان العيب المؤثر ص ٣١١.

(٤) السرائر: كتاب النكاح باب العيوب والتدليس ج ٢ ص ٦١٥.

(٥) الخلاف: كتاب النكاح في العيوب الموجبة للفسخ المسألة ١٤٠ ج ٤ ص ٣٥٧.

(٦) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب التدليس في النكاح ج ٢ ص ٣٦٦ ـ ٣٦٧.

(٧) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الرابع في التدليس ص ٥٥٦ س ٢٦.

بن بابويه[١]، وابن ادريس[٢].

قوله رحمه الله: «ولو كان بكلّ منهما عيب ثبت لكلّ منهما الخيار، وفي الرتق الممتنع الإزالة مع الجبّ إشكال».

أقول: منشأ الإشكال من حيث إنّ الجب عيب في الرجل يقتضي ثبوت خيار الفسخ للمرأة به، وكذا الرتق عيب في المرأة يوجب ثبوت الخيار للرجل، فكان لكلّ منهما الفسخ به.

ومن حيث إنّ ثبوت الخيار لأحد الزوجين انّما هو لوجود المانع من الاستمتاع في صاحبه، وهنا المانع موجود في كلّ منهما، فلا معنى لثبوت الخيار لأحدهما بسبب وجود ما يمنع من الاستمتاع في صاحبه مع وجوده فيه، فانّه لو كان الآخر صحيحاً لامتنع الاستمتاع من طرفه.

قوله رحمه الله: «ولو سوّغنا الفسخ بالمتخلّل بين العقد والوطء فرضي ببرص سابق ثمّ اتّسع في ذلك العضو فالأقرب ثبوت الخيار».

أقول: قد ذكرنا الخلاف في انّ العيب اذا تجدّد بين العقد والوطء هل يوجب الخيار أم لا؟ فعلى تقدير القول بأنّه يوجب خيار الفسخ لوكان بالمرأة برص في بعض أعضائها فرضي به ثمّ اتّسع برصها في ذلك العضو وزاد عن مقداره السابق

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الرابع في التدليس ص ٥٥٦ س ٢٧.

(٢) السرائر: كتاب النكاح باب العيوب والتدليس في النكاح ج ٢ ص ٦١٦.

قبل الدخول هل يثبت له الخيار بسبب زيادته أم لا؟ الأقرب عنده ثبوت الخيار؛ لأنّ ذلك القدر الزائد لم يكن موجوداً ولا رضي به فكان موجباً للفسخ.

قوله رحمه الله: «وهل يثبت للأولياء الخيار؟ الوجه ذلك مع مصلحة المولّى عليه زوجاً كان أو زوجة».

أقول: لو كان بزوجة الصغير عيب أو بزوج الصغيرة عيب هل لوليّهما فسخ النكاح بالعيب أم لا؟ الوجه عند المصنّف جوازه إن كان فيه مصلحة للمولّى عليه؛ لأنّه منصوب لمصلحته من جهة الشارع، فكان له فعل ما تقتضيه المصلحة، وإن كان ليس لوليّ الزوج أن يطلّق عنه ولو كان الطلاق مصلحة؛ لورود النصّ[1] في منع الوليّ منه، فلا يتعدّى المنع الى غيره.

قوله رحمه الله: «الفصل الثاني في التدليس: ويتحقّق بإخبار الزوجة أو وليّها أو وليّ الزوج أو السفير بينهما ـ على إشكال ـ بالصحّة أو الكمال، عقيب الاستعلام أو بدونه».

أقول: الإشكال في السفير بين الزوجين اذا لم يكن وليّاً لهما اذا أُخبر بصحّة الزوج أو الزوجة من العيب أو بكماله ـ أي بكونه حرّاً ـ أو كون المرأة بكراً ففي كونه تدليساً أم لا فيه إشكال.

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣ من أحكام الطلاق ح ٢٥٣ ج ٨ ص ٧٥، وسائل الشيعة: ب ٢٥ من أبواب مقدّمات وشرائط الطلاق ح ١ ج ١٥ ص ٣٢٩.

ينشأ من اشتماله على الغرور، وهو معنى التدليس.

ومن كونه ليس أحد الزوجين ولا قائماً مقامه، بل هو أجنبي كذب في إخباره فلا يعدّ ذلك تدليساً.

قوله رحمه الله: «وهل يتحقّق لو زوّجت نفسها أو زوّجها الوليّ مطلقاً؟ إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّ ذا العيب أو النقص لم يخبر هو ولا وليّه ولا السفير بينهما بالصحّة ولا بالكمال، وانّما اقتصر على ايقاع العقد فلا يكون تدليساً.

ومن انّ تركه للإخبار بالعيب أو بالنقص مع بقاء الزوج على أصالة السلامة وعدم النقص يجري مجرى الإخبار بالصحّة والكمال فكان تدليساً.

قوله رحمه الله: «ولو شرط الحرّية فظهرت أمة فله الفسخ، وإن دخل فإن فسخ قبل الدخول فلا شيء، وبعده المسمّى للمولى، وقيل: العشر أو نصف العشر».

أقول: القول بلزوم العشر مع البكارة ونصفه مع الثيوبة على تقدير الدخول مذهب جماعة من أصحابنا.

منهم: أبو علي ابن الجنيد حيث قال: فإن كانت الأمة هي المدلّسة نفسها بغير إذن سيدها ردّت الى سيدها، وان وجد الحرّ من مهرها شيئاً بعينه أخذه، وإن لم يجد فلا شيء له عليها، وإن كانت قد ولدت من الحرّ ثمّ اعترفها المولى كان ولدها عبداً، وإن كان لها وليّ عزم صداقها وكان ولدها لاحقين بأبيهم، وعلى الوليّ غرم أثمانهم

للمولى، وعلى الزوج إن كانت بكراً فافتضّها عشر قيمتها ونصف عشرها إن كانت ثيّباً[١].

ومنهم: محمد بن بابويه حيث قال في المقنع: اذا تزوّج بأمة على انّها حرّة فوجدها قد دلست نفسها فإن كان الذي زوّجها أولياؤها ارتجع على وليّها بما أخذت منه، ولمولاها عشر قيمتها إن كانت بكراً، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحلّ من فرجها[٢].

ومنهم: ابن حمزة فانّه قال: إن دلّسها أحد عليه بالحرّية رجع على المدلّس بالمهر، وكان الولد حرّاً، ولسيدها عليه عشر قيمتها إن كانت بكراً، ونصف العشر إن كانت ثيّباً، وأرش العيب إن عابت بالولادة، إلّا انّه قال: وان دلّسها مولاها سقط المهر المسمّى ولزمه مهر المثل، ورجع بالمهر على سيدها[٣].

قوله رحمه الله: «وإن كان بعد الدخول فالأقرب وجوب أقلّ ما يمكن أن يكون مهراً للمولى».

أقول: يريد انّه لو كان سيدها هو الذي دلّسها وفسخ الزوج بعد الدخول فلاشيء لها؛ لأنّها أمة لاتملك شيئاً ولا لسيدها؛ لأنّه دلّسها.

والأقرب عنده لزوم أقلّ ما يصحّ أن يكون مهراً وسقوط ما سمّاه؛ لأنّ الوطء اذا لم يكن عن زنا لايجوز خلوّه عن عوض.

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الرابع في التدليس ص ٥٥٨ س ٢١.

(٢) المقنع: باب بدو النكاح ص ١٠٤.

(٣) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان عقد العبيد ص ٣٠٣.

قوله رحمه الله: «ولو كان قد دفعه إليها وتلف احتمل تضمين السيد لغروره وضعف المباشرة والرجوع في كسبها والتبعية».

أقول: لو تزوّجها على انّها حرّة فبانت انّها أمة وكان قد دفع الزوج إليها المهر بناءً على اعتقاده بحرّيتها، وأتلفته وكان السيد هو المدلّس بما لايقتضي الحكم عليه بحرّيتها احتمل في المهر ثلاثة أوجه:

الأوّل: أن يرجع به على السيد بما ذكره المصنّف، وذلك لأنّ المولى وإن كان سبباً لغروره فالمباشر للإتلاف هو الأمة، إلّا انها ضعفت المباشرة هنا باعتبار كونها مملوكة أمرها بيد سيدها في النكاح وغيره وتسليط السيد لها على القبض بتدليسه، واذا كان السبب أقوى من المباشر كانت الحوالة في الضمان عليه دون المباشر.

الثاني: أن يضمن المهر في كسبها؛ لأنّها باشرت الإتلاف ولا مال لها فالسيد غار، لكن الأصل براءة ذمّته، ولايجوز الحكم بضياع مال الزوج مع كونه مغروراً، فالجمع بين براءة ذمّة السيد وتضمينه[1] وتضمين المباشر أن يكون في كسب الأمة.

الثالث: أن تتبع به بعد العتق؛ لأنّها أتلفت مال غيرها من غير أن يقبضه مولاها ولم يأذن في إتلافها، والمملوك اذا أتلف شيئاً بغير إذن مولاه كان في ذمّة المملوك يتبع به اذا أُعتق.

قوله رحمه الله: «ولو تزوّجها على انّها بنت مهيرة فخرجت بنت أمة قيل: إنّه كان له الفسخ، والوجه ذلك مع الشرط لا مع الإطلاق».

---

(١) ليس في «ج».

أقول: القائل بذلك هو الشيخ[١] رحمه الله، وتبعه على ذلك ابن البرّاج[٢]، وابن ادريس[٣]، وقطب الدين الكندري[٤].

امّا المصنّف فانّه أسقط الخيار هنا، إلّا أن يكون قد شرط في حال العقد كونها بنت مهيرة. امّا السقوط على تقدير عدم الشرط فلأنّه عقد صحيح، وإلّاصل في العقد اللزوم. وأمّا ثبوته على تقدير الشرط فظاهر؛ لأنّها غير المعقود عليها، فكان العقد عليها مع اشتراط غيرها يجري مجرى العقد الفضول ينفذ مع رضاه ويبطل بفسخه.

قوله رحمه الله: «ولو خرجت بنت معتقة فإشكال».

أقول: لو خرجت بنت معتقة وقد تزوّجها على انّها بنت مهيرة ـ مع الشرط عند المصنّف ومطلقاً على قول الباقين ـ هل يكون له خيار الفسخ؟ فيه إشكال.

ينشأ من كون بنت المهيرة يراد بها أن لا تكون بنت أمة، والمعتقة ليست أمة، فتكون داخلة في مفهوم بنت المهيرة، فلا خيار له؛ لحصول ما شرطه أو اعتقده.

ومن صدق انّها بنت أمة بما[٥] كانت عليه، فلا تكون هي المشروطة ولا المقصودة بالعقد، فيثبت له الخيار.

قوله رحمه الله: «ولو شرط البكارة فإن ثبت

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب التدليس في النكاح ج ٢ ص ٣٥٧ ـ ٣٥٨.

(٢) المهذّب: كتاب النكاح باب التدليس في النكاح ج ٢ ص ٢٣٧.

(٣) السرائر: كتاب النكاح باب العيوب والتدليس في النكاح ج ٢ ص ٦١٤.

(٤) إصباح الشيعة «سلسلة الينابع الفقهية»: كتاب النكاح ج ١٨ ص ٣٣٥.

(٥) في ج: «لما».

سبق الثيوبة فالأقرب انّه له الفسخ ويدفع المهر ويرجع به على من دلّسها، فإن كانت هي رجع، إلّا بأقلّ مايمكن أن يكون مهراً، وإن لم يثبت فلا فسخ؛ لاحتمال تجدّده بسبب خفي، وقيل: له نقص شيء من مهرها، وهو مابين مهر الثيّب والبكر عادةً».

أقول: البحث هنا يقع في مقامين:

أحدهما: انه هل له الفسخ أم لا؟ نصّ أبو الصلاح على عدم ثبوت الخيار فقال: اذا تزوّج بكراً فوجدها ثيباً فأقرت الزوجة بذلك حسب أو قامت به البيّنة فليس بعيب يوجب الردّ ولا نقصاناً في المهر[1]. وظاهر كلام باقي الأصحاب يدلّ على عدم ثبوت الفسخ، والمصنّف أثبت الفسخ مع الشرط وثبوت سبق الثيوبة. والدليل عليه انّ الثيّب غير معقود عليها، فلايلزم نكاحها.

المقام الثاني: هل له أن ينقص من مهرها بعضه أم لا؟ اختلف الأصحاب في ذلك على أربعة أقوال:

أحدها: قول أبي الصلاح: انّ ذلك لايوجب نقص شيء من مهرها[2].

الثاني: قول جماعة من أصحابنا: انّه ينقص شيئاً من مهرها، وأطلقوا ذلك، وهو قول الشيخ في النهاية[3]، وقول ابن البرّاج[4].

---

(١) الكافي في الفقه: النكاح الضرب الأوّل من الأحكام ص ٢٩٦.

(٢) المصدر السابق.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب المهور وماينعقد به النكاح ج ٢ ص ٣٣٢ ـ ٣٣٣.

(٤) المهذّب: كتاب النكاح فيما اذا بانت الزوجة ثيّباً ج ٢ ص ٢١٣.

الثالث: قول قطب الدين الراوندي في حلّ مشكلات النهاية: انّه السدس[١].

الرابع: قول ابن ادريس[٢]، وهو الذي أشار إليه المصنّف بقوله:«وقيل: ينقص من مهرها ما بين كونها بكراً وثيّباً».

وظاهر كلام المصنّف يعطي قولاً خامساً وهو: انّه مع ثيوب السبق له الخيار، ومع عدمه لاخيار، ويستقرّ المهر بالدخول.

والمصنّف استحسن في المختلف[٣] كلام ابن ادريس.

وأنا أقول: إنّ كلام ابن ادريس ليس جيّداً على إطلاقه، فانّه ربّما أدّى الى سقوط المهر بالكلّية، وذلك لأنّا لو فرضنا انّ مهرها بكراً خمسون وثيّباً أربعون كان له أن يسقط التفاوت وهو عشرة كما قال ابن ادريس، فلو فرضنا انّ المسمّى كان عشرة لزم خلوّ البضع من المهر بإسقاط جميعه، بل ينبغي أن يقال له: أن يسقط بنسبة ما بين مهرها بكراً وثيّباً، ففي هذه الصورة يسقط خمس ما وقع عليه العقد وذلك ديناران.

قوله رحمه الله: «ولو اشتبه على كلّ منهما زوجته بالأُخرى قبل الدخول منع منه وأُلزم الطلاق، ولايحسب في الثلاث، ويلزمه نصف المهر، ويقسّم بينهما بالسوية إن تداعيا، أو يقرع فيه، أو يوقف حتى يصطلحا، ويحرم على كلّ

---

(١) لم نعثر على كتابه ونقله عنه في إيضاح الفوائد: كتاب النكاح الفصل الثالث في التدليس ج ٣ ص ١٨٦.

(٢) السرائر: كتاب النكاح باب المهور ج ٢ ص ٥٩١.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الثالث في الصداق ص ٥٤٦ س ٢٧.

منهما أم كلّ واحدة منهما، ويحرم كلّ منهما على أب الزوج وابنه والميراث كالمهر. ويحتمل القرعة ابتداءً».

أقول: اذا عقد رجلان على امرأتين بمهرين واشتبهت زوجة كلّ منهما بالأُخرى فقد ذكر المصنّف هنا أحكاماً:

(أ) انّ الاشتباه إن كان قبل الدخول منع منه، فليس لمن لم يدخل أن يدخل بإحداهما وهو ظاهر، فإن الزوجة اذا اشتبهت بالأجنبية حرم عليها وطؤها من باب وجوب مالايتمّ الواجب إلّا به.

(ب) إلزامه بالطلاق، والحقّ انّه يتلطّف به، فإن طلّق باختياره وقع الطلاق، وإلّا ففيه ما تقدّم في مسألة عقد الوليين لرجلين على امرأة ونسي السابق منهما.

(ج) إلزام المطلّق بنصف المهر وهو ظاهر؛ لأنّه طلاق قبل الدخول.

(د) هذه الطلقة لاتعدّ في الثلاث؛ لأنّه اذا قال كلّ منهما: زوجتي طالق وليس له زوجة إلّا إحداهما أو قال: زوّجني من إحدى هاتين طالق وقع الطلاق في نفس الأمر على زوجته، فاذا تزوّج أحدهما بواحدة معيّنة لم يعلم بكون الطلاق وقع لها؛ لاحتمال كونها زوجة الآخر فلاتحسب الطلقة بالنسبة إليها؛ لعدم العلم بوقوعها عليها، وإلّاصل الإباحة حتى يثبت[1] وجود المقتضي للتحريم، ولم يتحقّق هنا.

وأقول: ينبغي الإشكال لو كانتا ممّن يجوز الجمع بينهما فتزوّجهما أحدهما وطلّقها طلقتين فالأولى هنا التحريم؛ لحصول اليقين بتحريم إحداهما، ولمّا لم يتعيّن

---

(١) في ج: «يحصل».

وجب الامتناع منهما؛ لوجوب ما لا يتمّ الواجب إلّا به.

(هـ) قسمة المهر بالسوية بين الزوجين إن تداعياه؛ لأنّه مال ينحصر مستحقّه في الزوجتين ولاترجيح لإحداهما فيه على الأُخرى، فوجب قسمته بينهما بالسوية. ويحتمل فيه القرعة؛ لأنّه أمر مشكل. ويحتمل الإنفاق بينهما حتى يصطلحا عليه؛ لعدم العلم بمستحقّه، فوجب التوقّف فيه حتى يتبيّن أو يتراضى عليه مستحقّاه. وقد تقدّم مثل ذلك في المسألة المشار إليها.

أقول: مراده اذا اختلف المهران جنساً ـ كأن يكون أحدهما ذهباً وإلّا خر فضة ـ أو وصفاً ـ كالجيد والرديء أو الجديد والعتيق ـ أو قدراً ـ كالعشرة والعشرين ـ أو تعذّر استيفاء نصف مهر أحدهما ـ كالموسر والمعسر ـ امّا مع اتفاق المهرين في ذلك كلّه وبذل كلّ من الزوجين لزوجته نصف المهر فلا إشكال في قسمته بينهما بالسوية.

(و) يحرم على كلّ منهما أُم كلّ واحدة منهما؛ لأنّ أُمّ الزوجة تحرم بمجرّد العقد على ابنتها، ولمّا لم تعلم كانت إحداهما محرمة؛ لأنّها أُمّ الزوجة، والأُخرى مشتبهة بالمحرمة فتكون حراماً.

(ز) يحرم كلّ منهما على أب الزوج وابنه.

أقول: يريد يحرم كلّ منهما على أب كلّ منهما وابنه؛ لما قلناه من انّ إحداهما محرمة بالنسبة الى أب الزوج حليلة الابن، وبالنسبة الى ابنه منكوحة الأب، والأُخرى مشتبهة بالمحرمة.

(ح) لو مات أحد الزوجين أو هما أو إحدى الزوجتين أو هما فالكلام في الميراث من القرعة أو القسمة أو الايقاف، كما قلناه في المهر.

وقوله: «ويحتمل القرعة ابتداءً» أي يحتمل أن يقال: يقرع بين الزوجتين

والزوجين من رأس، فاذا أقرع على واحدة فخرجت لإحداهما كانت زوجة وكانت الأُخرى زوجة الآخر.

ووجه هذا الاحتمال ما تكرّر ذكره من الخبر عن الأئمة عليهم السلام: «كلّ أمر مشكل ففيه القرعة»[1].

والأوّل أحوط، لما يتضمّن هذا الاحتمال من التهجّم على الفرج مع عدم يقين السبب المبيح.

قوله رحمه الله: «كلّ شرط يشترط في العقد يثبت الخيار له مع فقده، سواء كان دون ما وصف أو أعلى على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث فوات الشرط فيثبت له الخيار مع فقده. ومن اشتمال الأعلى على ما شرط وزيادة.

قوله رحمه الله: «ولو أعتق قبل الفسخ فالأقرب انّ المرجوع به للعبد».

أقول: اذا تزوّج العبد بإذن سيده امرأة على انّها حرّة فخرجت أمة كان حكمه كالحرّ، بمعنى: انّه إن كان قبل الدخول وفسخ العقد فلاشيء، وبعد الدخول يكون المهر لازماً امّا للسيد أو في كسب العبد ـ على ما مرّ من الخلاف ـ ويرجع به على المدلّس، والمرجوع به إن كان قبل العتق فهو للسيد، وإن كان العتق قبل الفسخ

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٩ من أبواب حكم القرعة ج ٦ ص ٢٣٣ ـ ٢٤٠، وسائل الشيعة: ب ١٢ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ص ١٨٧.

فالأقرب عند المصنّف انّه للعبد المعتق؛ لأنّ السيد قد استحقّ عليه المهر بدخول العبد، والمهر انّما يستحقّ على الغار بسبب فسخ النكاح، وهو حينئذٍ متعلّق بالعبد لكونه حرّاً، لاتعلّق للسيد به، فاذا فسخ المعتق وقت حرّيته تجدّد استحقاق المهر، فكان مختصّاً بالعبد كسائر ما يكتسبه بعد الحرّية.

قوله رحمه الله: «لو غرّته المكاتبة فإن اختار الإمساك فلها المهر، وإن اختار الفسخ فلا مهر قبل الدخول، وبعده إن كان قد دفعه رجع بجميعه أو به، إلّا بأقلّ ما يمكن أن يكون مهراً».

أقول: يحتمل الرجوع بالجميع؛ لأنّه يستحقّ الرجوع بجميع ما غرمه من المهر على المدلّس، والمدلّس هنا هو المكاتبة، فكان يستحقّ عليها الرجوع بجميع المهر. ويحتمل الجميع، إلّا بأقلّ ما يمكن أن يكون مهراً؛ لأنّه لو رجع بالجميع ولم يبق منه شيئاً لخلا البضع عن المهر أصلاً، وهو غير جائز.

قوله رحمه الله: «وإن لم يدفع فلاشيء، أو يجب الأقلّ».

أقول: المسألة بحالها وهو: انّ المكاتبة غرّته، لكنّ هناك قبضت المهر وهنا لم تقبض شيئاً، فإن قلنا: إنّها إن قبضت المهر يرجع عليها بالجميع فهنا لاشيء لها، وإن قلنا: يرجع عليها به إلّا بأقلّ ما يمكن أن يكون مهراً فهنا يجب أن يدفع شيئاً يمكن أن يكون مهراً؛ لئلّا يخلو البضع عن المهر.

قوله رحمه الله: «ولو أتت بولد فهو حرّ؛ لأنّه

دخل على ذلك ويغرم قيمته، ويتبع في الاستحقاق أرش الجناية على ولد المكاتبة».

أقول: يريد بذلك انّ مستحقّ قيمة الولد تابع لمستحقّ أرش الجناية على ولد المكاتبة، فإن قلنا: إنّ المستحقّ للأرش هو السيد فالقيمة هنا له، وإن قلنا: تستحقّه أُمّه المكاتبة فهو هنا لها، وذلك انّ قيمة الولد في معنى أرش الجناية عليه؛ لاشتراكهما في كون كلّ منهما عوض الولد.

وأقول: لو قلنا: إنّها تستحقّ قيمة الولد وكانت هي المدلّسة لم يكن لها شيء، وإن قلنا: للسيد كان عليه أن يدفع القيمة الى السيد ويرجع بها عليها.

قوله رحمه الله: «وعلى المغرور للسيد عشر قيمة أُمّه إن قلنا: إنّ الأرش له».

أقول: لو ضربها زوجها المغرور فألقت الجنين قال المصنّف: على أبيه الضارب دية جنين حرّ الأقرب إليه ـ أي الى أبيه ـ دونه؛ لأنّ القاتل لايرث من الدية، بل تؤخذ منه وتدفع الى غيره من الورثة، وعلى الأب ـ وهو الزوج المغرور ـ عشر قيمة أُمّه، وذلك دية جنين الأمة. هذا إن قلنا: إنّ دية أرش الجناية على ولد المكاتبة لسيدها، ولم يتعرّض لما اذا قلنا: إنّه لمكاتبه.

قوله رحمه الله: «لو انتسب الى قبيلة فبان من غيرها أعلى أو أدون فالأقرب انّه لافسخ، وكذا المرأة».

أقول: هذا مذهب ابن ادريس وهو: انّه لايفسخ بالانتساب الى القبيلة اذا

ظهر من غيرها، سواء كان أرذل أو أعلى، إلّا مع الاشتراط[١].

خلافاً للشيخ في النهاية[٢]، ولابن الجنيد[٣]، وابن حمزة[٤] حيث أطلقوا القول: بأنّ من انتمى الى قبيلة وتزوّج وظهر من غيرها بطل التزويج.

واختار المصنّف في المختلف قولاً متوسطاً وهو: انّه اذا انتسب الى قبيلة فبان أدنى منها بحيث لا يلائم نسب المرأة كان لها الخيار في الفسخ؛ لما فيه من الغضاضة والنقص والضرر بذلك[٥].

قوله رحمه الله: «في المهر الصحيح: أو اجارة الزوج بنفسه مدة معيّنة على رأي».

أقول: هذا مذهب ابن ادريس[٦]، وهو الظاهر من كلام ابن الجنيد[٧]، والمفيد[٨]، وسلّار[٩]، وابن حمزة[١٠] حيث أطلقوا القول بجواز العقد على كلّ ما يتموّل أو يتملّك من قليل وكثير وغيره، عيناً أو منفعةً.

خلافاً للشيخ حيث قال في النهاية: لايجوز العقد على إجارة، وهو انّ يعقد

---

(١) السرائر: كتاب النكاح باب العيوب والتدليس ج ٢ ص ٦١١.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب المهور وماينعقد به ج ٢ ص ٣٧٢.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الرابع في العيوب والتدليس ص ٥٥٥ س ٢٤.

(٤) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان العيب المؤثر... ص ٣١١.

(٥) مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الرابع في العيوب والتدليس ص ٥٥٥ س ٣٣.

(٦) السرائر: كتاب النكاح باب المهور وما ينعقد به النكاح ج ٢ ص ٥٧٧.

(٧) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الثالث في الصداق ص ٥٤٢ س ١٠.

(٨) المقنعة: كتاب النكاح باب المهور والأُجور ص ٥٠٨.

(٩) المراسم: كتاب النكاح ذكر المهر ص ١٥٣.

(١٠) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان مايجوز عقد النكاح عليه من المهر ص ٢٩٥.

الرجل على امرأة على أن يعمل لها أو لوليّها أياماً معلومة أو سنين معيّنة[١]. وتبعه ابن البرّاج في الكامل[٢].

وأطلق القول بالجواز في المهذّب ثمّ قال فيه: وروى أصحابنا انّ الإجارة مدة لاتصحّ أن تكون صداقاً[٣]. وكذلك أطلق الشيخ في المبسوط[٤] والخلاف[٥] الجواز.

ثمّ قال: واستثنى أصحابنا من جملة ذلك الإجارة وقالوا: لايجوز؛ لأنّه كان مختصّاً بموسى عليه السلام[٦].

قوله رحمه الله: «ولا يتقدّر المهر قلّةً وكثرةً على رأي».

أقول: هذا هو المشهور بين علمائنا، ذهب إليه الشيخان[٧]، والحسن بن أبي عقيل[٨]، وسلّار[٩]، وأبو الصلاح[١٠]، وابن البرّاج[١١]، وابن ادريس[١٢].

خلافاً للسيد المرتضى في الانتصار حيث قال فيه: ممّا انفردت الامامية به انّه

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب المهور وماينعقد به ج ٢ ص ٣٢٠.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الثالث في الصداق ص ٥٤٢ س ٧.

(٣) المهذّب: كتاب النكاح باب الصداق وأحكامه ج ٢ ص ١٩٨.

(٤) المبسوط: كتاب الصداق ج ٤ ص ٢٧٣.

(٥) الخلاف: كتاب الصداق المسألة ٣ ج ٤ ص ٣٦٦.

(٦) المهذّب: كتاب النكاح باب الصداق وأحكامه ج ٢ ص ١٩٩.

(٧) المقنعة: كتاب النكاح باب المهور والأُجور ص ٥٠٩، المبسوط: كتاب الطلاق ج ٤ ص ٢٧٢.

(٨) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الثالث في الصداق ص ٥٤١ س ١٤.

(٩) المراسم: كتاب النكاح في ذكر المهر ص ١٥٢.

(١٠) الكافي في الفقه: النكاح الضرب الأوّل من الأحكام ص ٢٩٣.

(١١) المهذّب: كتاب النكاح باب الصداق وأحكامه ج ٢ ص ١٩٨.

(١٢) السرائر: كتاب النكاح باب المهور وماينعقد به النكاح ج ٢ ص ٥٧٦.

لايتجاوز بالمهر خمسمائة درهم جياداً قيمتها خمسون ديناراً، فمازاد على ذلك ردّ الى مهر السنّة[١]. وهو الظاهر من كلام ابن الجنيد فانّه قال: وكلّ مايصحّ الملك له والتموّل من قليل وكثير فينتفع به في دَين أو دَيناً من عين وعروض، أو يكون له عوض من أُجرة دار أو عمل اذا وقع التراضي بين الزوجين فالفرج يحلّ به وطؤه بعد العقد عليه[٢].

وروى جابر انّ رسول الله صلّى الله عليه وآله قال: من أعطى في صداق امرأة ملء كفّيه طعاماً فقد استحلّ، واستحبّ أن لا يكون أقلّ من عشرة دراهم عند الإمكان[٣].

وسأل المفضّل بن عمر أبا عبدالله عليه السلام عن مهر المرأة الذي لايجوز للمؤمنين أن يجوزوه، فقال: السنّة المحمدية خمسمائة درهم، فمن زاد على ذلك ردّ الى السنّة، ولاشيء عليه أكثر من خمسمائة درهم[٤].

قوله رحمه الله: «ولو تزوّجهن بمهر واحد صحّ وبسط على مهر الأمثال على رأي».

أقول: خالف الشيخ[٥]، وابن البرّاج[٦] في ذلك حيث قالا: يكون بين الكلّ بالسوية.

---

(١) الانتصار: كتاب النكاح ص ١٢٤.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الثالث في الصداق ص ٥٤١ س ١٥.

(٣) سنن أبي داود: كتاب النكاح ح ٢١١٠ ج ٢ ص ٢٣٦، وليس فيه عبارة: «واستحبّ...».

(٤) تهذيب الأحكام: ب ٣١ المهور والأُجور ح ٢٧ ج ٧ ص ٣٦١، وسائل الشيعة: ب ٨ جواز الدخول قبل الاعطاء ح ١٤ ج ١٥ ص ١٧.

(٥) المبسوط: كتاب الصداق ج ٤ ص ٢٩٢.

(٦) المهذّب: كتاب النكاح باب الصداق وأحكامه ج ٢ ص ٢٠٩.

قوله رحمه الله: «ولو تزوّجها على خادم أو بيت أو دار ولم يعيّن ولا وصف قيل: كان لها وسط ذلك».

أقول: القائل بذلك هو الشيخ في النهاية[١]، وجعل ذلك ابن ادريس[٢] رواية، كما جعله المصنّف هنا قولاً.

قوله رحمه الله: «ولو أصدقها تعليم سورة لم يجب تعيّن الحرف، ولقّنها الجائز على رأي».

أقول: هذا قول الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: وهل يجب تعيين القراءة وهو الحرف الذي يعلّمها ايّاه؟ على وجهين أحدهما: لايجب وهو الأقوى؛ لأنّ النبي صلّى الله عليه وآله لم يعيّن على الرجل. والوجه الآخر: لابدّله من تعيين الحروف؛ لأنّ بعضها أصعب من بعض، فمن قال: إنّه شرط فإن ذكره وإلّا كان فاسداً ولها مهر المثل، ومن قال: ليس بشرط لقّنها أيّ حرف شاء وإن شاء بالجائز، وهو الصحيح عندنا؛ لأنّ التعيين يحتاج الى دليل[٣].

وهذا القول مذهب ابن سعيد، ونقل القول بوجوب تعيين الحرف[٤]. ولم نقف لأصحابنا على هذا القول.

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب المهور وما ينعقد به ج ٢ ص ٣٢٦.

(٢) السرائر: كتاب النكاح باب المهور وماينعقد به النكاح ج ٢ ص ٥٨٧ ـ ٥٨٨.

(٣) المبسوط: كتاب الصداق ج ٤ ص ٢٧٣.

(٤) شرائع الاسلام: كتاب النكاح النظر الثاني في المهور ج ٢ ص ٣٢٥.

قوله رحمه الله: «ولو نسيت الأُولى عقيب تلقين الثانية لم يجب إعادة التعليم على إشكال».

أقول: منشأه ما ذكره الشيخ في المبسوط في هذه المسألة فقال: إن أصدقها تعليم سورة [بعينها] فالكلام فيما تصير به قابضة في ذلك مستوفية نظرت، فإن لقّنها دون آية فنسيت فما استوفت شيئاً؛ لأنّ الذي كان منه مذاكرة فلا يعتدّ بذلك، وإن لقّنها آية فهل تكون قابضة للآية؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: تكون قابضة، وهو الأقوى[1].

وأقول: وجه هذا الاحتمال انّها لمّا استقلّت بتلاوتها بتعليم الزوج لها برئ منها، فلا تعود الى ذمّته بنسيانها وتفريطها.

ثم قال الشيخ: والثاني: لاتكون قابضة لأقلّ من ثلاث آيات؛ لأنّ أقلّ ما يقع به الإعجاز ثلاث آيات[2].

قوله رحمه الله: «ولو تعيّب في يده قيل: تخيّرت في أخذه أو القيمة، والأقرب أخذه وأخذ أرشه».

أقول: القائل بذلك هو الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: فأمّا اذا أصدقها نخلاً حاملاً غير مؤبّر فبيع النخل أو طلع مؤبّر فأصدقها النخل وثمرها معاً فالنخل والثمرة جعلا لها صداقاً، فاذا أخذها[3] فيما بعد وشمّسها وجعل عليها الصفر[4] فعلى ما مضى،

---

(١) المبسوط: كتاب الصداق ج ٤ ص ٢٧٤.

(٢) المصدر السابق.

(٣) في المصدر: «جذّها».

(٤) في المصدر: «الصقر».

إلّا أنّهما متى ما نقصا أو أحدهما الباب واحد، فهذا صداق نقص قبل القبض فهي بالخيار بين أن تقبضه ناقصاً أو تردّ، فإن اختارت ردّ الجميع كان كالصداق المعيّن قبل القبض. والى ماذا يرجع؟ يبنى على القولين على ما مضى، فعلى مااخترناه من ضمانه بالقيمة يضمن النخل بالقيمة والثمرة بالمثل[١].

والأقرب عند المصنّف انّ لها المهر وأرش نقصه؛ لأنّ حقّها في العين فلم تكن لها المطالبة بقيمتها مع وجودها، ولها أرش النقص؛ لكونه مضموناً على الزوج.

قوله رحمه الله: «ولها انّ تمتنع من التسليم قبل الدخول من تسليم نفسها حتى تقبض المهر، وهل لها ذلك بعد الدخول؟ خلاف».

أقول: نصّ الشيخ في المبسوط على انّ لها أن تمتنع حتى تقبض المهر وإن كان بعد الدخول[٢]. وأطلق في النهاية بأنّ لها الامتناع[٣]، ولم يفصّل. وكذا قال ابن البرّاج في الكامل[٤] والمهذّب[٥]، وهو قول المفيد[٦].

وقال في الخلاف: ليس لها الامتناع بعد الدخول[٧]. وهو قول السيد المرتضى[٨]،

---

(١) المبسوط: كتاب الصداق ج ٤ ص ٢٨٦.

(٢) المبسوط: كتاب الصداق ج ٤ ص ٣١٢.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب المهور وماينعقد به النكاح ج ٢ ص ٣٣٤.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الثالث في الصداق ص ٥٤٦ س ٣٣.

(٥) المهذّب: كتاب النكاح باب الصداق وأحكامه: ج ٢ ص ٢١٤.

(٦) المقنعة: كتاب النكاح باب المهور والأُجور... ص ٥١٠.

(٧) الخلاف: كتاب الصداق المسألة ٣٩ ج ٤ ص ٣٩٣.

(٨) الانتصار: مسائل النكاح ص ١٢٢.

وأبي الصلاح[١]، وابن ادريس[٢].

قوله رحمه الله: «ولو كان مؤجّلاً لم يكن لها الامتناع على رأي؛ لاستقرار وجوب التسليم قبل الحلول».

أقول: هذا مخالف لقول الشيخ في النهاية حيث قال: للمرأة أن تمتنع من زوجها حتى تقبض منه المهر[٣]. ولم يفصّل بين الحال والمؤجّل، كما لم يتعرّض للفرق بين الدخول وعدمه على ماسبق. وكذا ابن البرّاج[٤].

والمصنّف استدلّ على عدم جواز الامتناع في المؤجّل بأنّه قد استقرّ عليها وجوب تسليم نفسها قبل حلول المهر من غير توقّف على قبضه، فلم يكن لها الامتناع ممّا وجب عليها واستقرّ. وذكر في المختلف انّ الخلاف انّما هو في الحال، امّا المؤجّل فلا[٥].

قوله رحمه الله: «فلو كانت صغيرة فالأقرب وجوب التسليم مع طلب الولي».

أقول: هذا مخالف لما ذهب إليه الشيخ في المبسوط حيث قال: واذا كانا

---

(١) الكافي في الفقه: النكاح الضرب الأول من الأحكام ص ٢٩٤.

(٢) السرائر: كتاب النكاح باب المهور وماينعقد به النكاح ج ٢ ص ٥٩١.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب المهور وماينعقد به النكاح ج ٢ ص ٣٣٤.

(٤) المهذّب: كتاب النكاح باب الصداق وأحكامه ج ٢ ص ٢١٤.

(٥) مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الثالث في الصداق ص ٥٤٧ س ٤.

صغيرين أو أحدهما فنهم من قال: يجب تسليم الصداق، والأقوى انّه لايجب كما لاتجب النفقة؛ لأنّ الاستمتاع غير ممكن[١].

ولقول أبي الصلاح أيضاً حيث قال: اذا انعقد النكاح استحقّت الزوجة الصداق والزوج التسليم إن كانت ممّا يصحّ الدخول بها ببلوغها تسع سنين فمازاد، وإن نقصت سنّها عن هذا وقف استحقاق الأمرين الى حين بلوغ المذكور[٢].

ووجه قرب وجوب التسليم انّ المهر مستحقّ للزوجة بمقتضى العقد الصحيح، فكان لوليّها المطالبة به كالدَين وسائر الحقوق ممّن تستحقّ عليه.

قوله رحمه الله: «ولو منعت من التمكين لا للتسليم ففي وجوب التسليم إشكال».

أقول: منشأه من انّ وجوب التسليم موقوف على قبض المهر قبل الدخول، ولم يحصل.

ومن انّ المقتضي لوجوب التسليم موجود، والمانع منه منتفٍ. أمّا الأوّل: فلأنّ المقتضي لوجوب تسليم نفسها تملّك الزوج للبضع، وكونه حقّاً له بمقتضى العقد الصحيح وهو متحقّق. وأمّا المانع فليس إلّا إرادتها[٣] لقبض المهر، وهو منتفٍ؛ لأنّها لم تطالب به، فبقي وجوب التسليم خالياً عن المانع.

قوله رحمه الله: «وانّما يستقرّ المهر بالوطء أو بموت إحدى الزوجين لا بالخلوة على الأقوى».

---

(١) المبسوط: كتاب الصداق ج ٤ ص ٣١٦.

(٢) الكافي في الفقه: النكاح الضرب الأوّل من الأحكام ص ٢٩٤.

(٣) في ج: «مرادها».

أقـول: في وجوب المهر بالخلوة أقوال:

أحدها: انّه يجب حتى لو تصادق الزوجان على عدم الدخول لم يتلفت إليهما، قاله محمد بن بابويه، فإنّه قال: فاذا تزوّج الرجل المرأة فأرخى الستر وأغلق الباب ثمّ أنكر [جميعاً] المجامعة فلا يصدّقان؛ لأنّها تدفع عن نفسها العدّة ويدفع عن نفسه المهر[١].

وثانيها: وجوب المهر كملاً بالخلوة وارخاء الستر، ويحكم الحاكم بذلك، إلّا انّ المرأة لايحلّ لها أخذ مازاد على النصف مالم يكن قد دخل، وهو قول الشيخ في النهاية[٢].

وثالثها: قول ابن الجنيد وهو: انّه يجب نصفه بالعقد ويستقرّ الجميع بالوطء، أو مايقوم مقامه من تسليم المرأة نفسها لذلك، فإن وقعت الخلوة بحيث لامانع ظهر من علّة ولا غيرها فالحكم بالأغلب يقع بوجوب المهر من الحاكم، ولايحلّ للمرأة أخذه اذا علمت انّه لم يقع جماع، ولا ما يقوم مقام ذلك من إنزال الماء بغير ايلاج أو لمس عورة أو نظر إليها أو قبلة، فإن تلذّذ بشيء من ذلك خصيّاً كان أو عنّيناً أو فحلاً لزمه المهر[٣].

وهذه الأقوال الثلاثة اشتركت في انّ الحاكم يحكم بجميع المهر بمجرّد الخلوة،إلّا انّها لاتستحقّ الجميع في نفس الأمر إلّا اذا علمت الدخول، على ما صرّح به الشيخ، ويفهم من كلام ابن بابويه؛ لأنّ قوله: «لم يصدقا» لما ذكره من انّ التهمة تدلّ على انّ المقتضي لمجموع المهر هو الوطء، ولايصدقان في انتفائه، ويحكم[٤] الحاكم بوقوعه

---

(١) المقنع: باب بدو النكاح ص ١٠٩.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب المهور وما ينعقد به النكاح ج ٢ ص ٣٢٢.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الثالث في الصداق ص ٥٤٣ س ٢٩.

(٤) في ج: «ولايحكم».

بشاهد حال خلوّ الصحيح بالحليلة، إلّا انّ ابن الجنيد زاد: ما يقوم مقام الوطء، وهو ما ذكره من الإنزال أو اللمس أو النظر أو القُبلة.

ورابعها: قول ابن أبي عقيل وهو: انّه لايجب إلّا بالوقاع[١]، وهو الأقوى عند المصنّف؛ لقوله تعالى: ﴿وإن طلّقتموهنّ من قبل أن تمسّوهنّ وقد فرضتم لهنّ فريضة فنصف ما فرضتم﴾[٢] ولقول الصادق عليه السلام فيما رواه عنه يونس بن يعقوب قال: سمعته يقول: لايوجب المهر إلّا الوقاع في الفرج[٣].

قوله رحمه الله: «وقيل: لو ماتت قبل الدخول كان لأوليائها نصف المهر، وليس بجيّد».

أقول: القائل بذلك هو الشيخ[٤]، وابن البرّاج في الكامل[٥]، وليس بجيّد عند المصنّف، بل يجب جميع المهر، كما لو كان الميّت الزوج، وهو قول ابن البرّاج في المهذّب[٦]، وقول ابن حمزة[٧]، وابن ادريس ونقله عن المفيد في أحكام النساء[٨].

ووجه ضعف الأوّل: انّ المهر وجب جميعه بمجرّد العقد، والأصل بقاؤه، خرج

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الثالث في الصداق ص ٥٤٣ س ٣٢.

(٢) البقرة: ٢٣٧.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ٤١ من الزيادات في فقه النكاح ح ٦٧ ج ٧ ص ٤٦٤، وسائل الشيعة: ب ٥٤ من أبواب المهور ح ٦ ج ١٥ ص ٦٦.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب المهور ومايعقد به النكاح ج ٢ ص ٣٢٣.

(٥) مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الثالث في الصداق ص ٥٤٤ س ٢٤.

(٦) المهذّب: كتاب النكاح باب الصداق وأحكامه ج ٢ ص ٢٠٤ ـ ٢٠٥.

(٧) الوسيلة: كتاب النكاح فصل فيما بيان ما يجوز عقد النكاح عليه ص ٢٩٧.

(٨) السرائر: كتاب النكاح باب المهور وما ينعقد به النكاح ج ٢ ص ٥٨٥.

منه المطلّق بالنصّ والإجماع فبقي ماعداه.

وأقول: يحتمل أن يكون مراد الشيخ بقوله: «لأوليائها النصف» من حيث سقوط النصف الآخر عن الزوج بالميراث؛ لكونها غير ذات ولد، بقرينة قوله: «كان لأوليائها النصف» وحينئذٍ لايبقى بين القولين منافاة.

قوله رحمه الله: «في الفصل الثاني: في الصداق الفاسد: ولو تزوّج المسلم على خمر أو خنزير أو حرّ بطل المسمّى، وقيل: العقد».

أقول: القولان للشيخ رحمه الله، قال في المبسوط[١] والخلاف[٢]: يصحّ العقد، كما قال المصنّف، وهو قول ابن الجنيد[٣]، وابن حمزة[٤]، وابن زهرة[٥]، وابن ادريس[٦].

وقال في النهاية: بالبطلان[٧]، وهو قول المفيد في المقنعة[٨]، وابن البرّاج[٩]، وأبي الصلاح[١٠].

---

(١) المبسوط: كتاب الصداق ج ٤ ص ٢٧٢.

(٢) الخلاف: كتاب الصداق المسألة ١ ج ٤ ص ٣٦٣.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الثالث ص ٥٤١ س ٣١.

(٤) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه ص ٢٩٦.

(٥) الغنية «الجوامع الفقهية»: فصل النكاح ص ٥٤٨ س ٢٣.

(٦) السرائر: كتاب النكاح باب المهور وماينعقد به النكاح ج ٢ ص ٥٧٧.

(٧) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب المهور وماينعقد به النكاح ج ٢ ص ٣١٩.

(٨) المقنعة: كتاب النكاح باب المهور والأُجور وماينعقد به النكاح ص ٥٠٨.

(٩) المهذّب: كتاب النكاح باب الصداق وأحكامه ج ٢ ص ٢٠٠.

(١٠) الكافي في الفقه: النكاح الضرب الأوّل من الأحكام ص ٢٩٣.

قوله رحمه الله: «وهل يثبت قيمة المسمّى أو مهر المثل؟ قولان، الأقرب الثاني».

أقول: القائلون بصحّة العقد وفساد المسمّى لاغير اختلفوا على قولين.

أحدهما: يلزم الزوج قيمة المسمّى عند مستحلّيه لو كان خمراً أو خنزيراً، أو قيمة الحرّ لو كان عبداً، وهو قول الشيخ في المبسوط بالنسبة الى الخمر فانّه قال: وأمّا إن أصدقها خمراً معيباً فالذي يقتضيه مذهبنا انّ لها قيمته عند مستحلّيه، لكنّه قال بعد ذلك: وان سمّى لها الحرّ باسمه فقال: أصدقتك هذا الحرّ فلها مهر المثل؛ لأنّه سمّى لها ما لايجوز أن يكون مهراً، فلم يجب قيمته، ويفارق الأوّل؛ لأنّ في الأوّل سمّى لها الخلّ فبان خمراً فأوجبنا لها القيمة عند مستحلّيه[1].

وكان قد قال قبل ذلك بمسائل قليلة: اذا أصدقها عبداً [فبان] مجهولاً أو قال: أصدقتك هذا الخلّ فبان خمراً فلها مهر مثلها؛ لأنّ العبد المجهول لايمكن الرجوع الى قيمته، والخمر لامثل له فيلزم مثلها. والخمر لايقال: لو كان خلّاً كم قيمته؛ لأنّ مثله لايكون خلّاً، ويفارق الحرّ لو كان عبداً[2].

وقال في موضع آخر متقدّم على هذا الكلام: فأمّا المهر اذا كان فاسداً فانّا نوجب مهر المثل بلا شكّ، ويستقرّ جميعه بالدخول، وبالطلاق قبل الدخول نصفه، هذا عقد مذهبنا[3].

والآخر: يلزمه مهر المثل، وهو قول الشيخ في الخلاف حيث قال: مسألة، اذا عقد

---

(١) المبسوط: كتاب الصداق ج ٤ ص ٢٩٠.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المبسوط: كتاب الصداق ج ٤ ص ٢٧٦.

على مهر فاسد كالخمر أو النبيذ وما أشبه ذلك فسد المهر، ولم يفسد النكاح، ووجب لها مهر المثل[١]. وهو قول ابن حمزة[٢]، وهو الظاهر من كلام ابن ادريس[٣]، وقول الشيخ في المبسوط في الحرّ باسمه كما تقدّم.

والقول الثاني ـ أعني لزوم مهر المثل ـ هو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّ المهر اذا فسد كان كأن لم يسمّ مهراً، وهنا يلزمه مهر المثل، فكذا ما ساواه.

قوله رحمه الله: «ولو تزوّجها على ظرف خلّ فبان خمراً صحّ العقد وثبت مهر المثل، وقيل: مثل الخلّ».

أقول: القائل بأنّ لها مثل الخلّ هو قول ابن ادريس[٤]، وابن الجنيد[٥].

قوله رحمه الله: «ولو أصدقها عيناً فخرجت مستحقّة فإن كانت مثلية فالمثل، وإلّا فالقيمة. ويحتمل مهر المثل».

أقول: وجه الأوّل: انّ العقد تناول تلك العين، فاذا تعذّر ايصالها لكونها مستحقّة للغير وجب عليه ردّ مثلها إن كانت من ذوات الأمثال، وإلّا قيمتها؛ لأنّ ذلك يقوم مقام ما وقع عليه العقد عند تعذّره، كما لو أصدقها عيناً ثمّ تعذّر ايصالها

---

(١) الخلاف: كتاب الصداق مسألة ١ ج ٤ ص ٣٦٣.

(٢) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان مايجوز عقد النكاح عليه ص ٢٩٦.

(٣) السرائر: كتاب النكاح باب المهور وماينعقد به النكاح ج ٢ ص ٥٧٧.

(٤) السرائر: كتاب النكاح باب المهور وماينعقد به النكاح ج ٢ ص ٥٩٣.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الثالث في الصداق ص ٥٤٧ س ٨.

الى الزوجة بتلف أو غيره.

ووجه الثاني: انّ اصداق مال الغير يكون فاسداً، واذا فسد الصداق كان بمنزلة من لم يسمّ مهراً، فيثبت مهر المثل.

قوله رحمه الله: «ولو ضمّه الى المعلوم احتمل فساد الجميع واحتساب المعلوم من مهر المثل فيجب الباقي، فلو زاد مهر المثل ولم يجب الزيادة على الأوّل دون الثاني».

أقول: لو أصدقها شيئاً معلوماً وآخر مجهولاً احتمل فيه وجهان:

أحدهما: بطلان المسمّى والرجوع الى مهر المثل؛ لأنّ الصداق هو المجموع الحاصل من المعلوم والمجهول، وذلك مجهول، وجهالة المهر توجب فساده وثبوت مهر المثل.

الثاني: احتساب المعلوم من جملة مهر المثل؛ لأنّ المعلوم أقرب الى ما تناوله العقد من عوضه، والعوض يتعلّق بخصوصيات الأعيان، فيكون محسوباً من جملة مهرالمثل؛ لوقوع التراضي من الزوجين بنقل تلك العين بالعقد الصحيح، وهو قابل للنقل. ولو زاد بأن كان المعلوم مائة ومهر المثل خمسين هل يجب على الزوج بذل الزيادة؟ يبنى على الاحتمالين، وذلك لأنّا اذا قلنا: بفساد المهر أجمع ووجوب مهرالمثل لاغير لايجب عليه الزيادة؛ لبطلان المسمّى، فلا يلزمه إلّا مهر المثل ـ وهو خمسون ـ وعلى الثاني: يلزمه المائة بتمامها؛ لوقوع[1] التراضي من الزوجين على نقل

---

(١) في ج: «لو وقع».

الجميع الى الزوجة بمقتضى العقد الصحيح مع شيء آخر.

قوله رحمه الله: «ولو تزوّج بها واشترى منها ديناراً بدينار بطل البيع ووجب مهر المثل، والأقوى مايقتضيه التقسيط من المسمّى، ولو اختلف الجنس صحّ الجميع».

أقول: وجه القوّة انّ المهر ليس مجهولاً، فلا يفسد المسمّى حتى ينتقل الى مهرالمثل، وحينئذٍ يكون مهرها هو المقدار الذي يقتضيه التقسيط، فلو كان مهر مثلها عشرة فقالت: زوّجتك نفسي وبعتك هذا الدينار بدينار فقد جعلت الدينار في مقابلة أحد عشر جزءً، فالمهر عشرة أجزاء من أحد عشر جزء من دينار، والثمن عشر دينارها جزءً واحداً من أحد عشر جزء من دينار، فيبطل البيع للزوم الربا، فأمّا المهر فلا مانع من صحّته. امّا لو كان الجنس مختلفاً بأن باعت عليه ديناراً وتزوّجت به بعشرة دراهم صحّ الجميع قطعاً.

قوله رحمه الله: «ولو شرط أن لايفتضّها لزم الشرط، فإن أذنت بعد ذلك جاز، وعندي فيه إشكال، وقيل: يختصّ بالمؤجّل».

أقول: ذهب الشيخ في النهاية الى أنّه اذا شرطت عليه في حال العقد انّ لايفتضّها لم يكن له افتضاضها، فإن أذنت بعد ذلك بالافتضاض جاز له ذلك[1]. وخصّ ابن حمزة ذلك بالمتعة[2].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب المهور وماينعقد به النكاح ج ٢ ص ٣٢٧ ـ ٣٢٨.

(٢) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان مايجوز عقد النكاح عليه ص ٢٩٧.

وقال ابن ادريس: يصحّ العقد ويبطل الشرط[١].

وقال الشيخ في المبسوط: يبطل النكاح[٢].

والمصنّف استشكل ذلك من حيث ورود الرواية الدالّة على لزوم الشرط، وهو ما رواه سماعة بن مهران، عن الصادق عليه السلام قال: قلت: رجلاً جاء الى امرأة فسألها أن تزوّجه نفسها فقالت: ازوّجك نفسي على أن تلتمس منّي ما شئت من نظر ولمس وتنال منّي ما ينال الرجل من أهله إلّا انّك لاتدخل ذكرك في فرجي وتتلذّذ بما شئت فانّي أخاف الفضيحة، قال: ليس له منها إلّا ما اشترط[٣].

ومن حيث إنّ ذلك شرط مخلّ بالمقصود من النكاح، مع ضعف سند الرواية.

قوله رحمه الله: «ولو أمهرها شيئاً وشرط أن يعطي أباها منه شيئاً قيل: لزم الشرط».

أقول: القول المحكي إشارة الى ظاهر كلام ابن الجنيد فانّه قال: ولايلزم الزوج غير المهر من جعالة جعلها للولي أو واسطة ـ الى قوله: ـ فإن كانت المرأة اشترطت رجع عليها بنصف صداقها ونصف ما أخذه من شرطت ذلك له؛ لأنّ ذلك كأنّه بعض الصداق الذي لم يرض بنكاحها إلّا به[٤].

---

(١) السرائر: كتاب النكاح باب المهور وماينعقد به النكاح ج ٢ ص ٥٨٩.

(٢) المبسوط: كتاب الصداق ج ٤ ص ٢٠٣ ـ ٢٠٤.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ٢١ في المهور ح ٥٨ ج ٧ ص ٣٦٩، وسائل الشيعة: ب ٢٦ من أبواب المهور ح ١ ج ١٥ ص ٤٥.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الثالث في النكاح ص ٥٤٩ س ٣١، وفيه: «لأنّ ذلك كلّه».

قوله رحمه الله: «ولو شرط أن لايخرجها من بلدها قيل: لزم؛ للرواية».

أقول: القائل بذلك هو الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: ومتى شرط الرجل للمرأة في حال العقد أن لا يخرجها من بلدها لم يكن له أن يخرجها إلّا برضاها[١]. وتبعه ابن البرّاج[٢]، وابن حمزة[٣] في ذلك. ومنع ابن ادريس[٤] من ذلك؛ لأنّها يلزمها مطاوعته.

والشيخ ومن تبعه عوّلوا في ذلك على الرواية الصحيحة عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوّج امرأة ويشترط عليها أن يخرجها من بلدها، قال: يفي لها بذلك، أو قال: يلزمه ذلك[٥].

قوله رحمه الله: «وهل تتعدّى الى منزلها؟ إشكال».

أقول: منشأه من الاقتصار على مورد النصّ فلا يتعدّى الى غيره.

ومن انّه شرط سائغ يتعلّق به أغراض العقلاء، فجاز جعله شرطاً في النكاح توصّلاً الى تحصيل الأمر المطلوب السائغ، ولقوله صلّى الله عليه وآله:

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب المهور وماينعقد به النكاح ج ٢ ص ٣٢٩ ـ ٣٣٠.

(٢) المهذّب: كتاب النكاح باب الصداق ج ٢ ص ٢١٢.

(٣) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان مايجوز عقد النكاح عليه ص ٢٩٧.

(٤) السرائر: كتاب النكاح باب المهور وماينعقد به ج ٢ ص ٥٨٩ ـ ٥٩٠.

(٥) تهذيب الأحكام: ب ٣١ المهور والأجور ح ٦٩ ج ٧ ص ٣٧٢ ـ ٣٧٣، وسائل الشيعة: كتاب النكاح ب ٤٠ حكم مالوشرط لامرأة ح ١ ج ١٥ ص ٤٩.

«المؤمنون عند شروطهم»[١].

قوله رحمه الله: «ولو شرط لها مهراً إن لم يخرجها من بلدها وأزيد إن أخرجها فأخرجها الى بلاد الشرك لم يلزمها إجابته ولها الزائد، وإن أخرجها الى بلد الاسلام كان الشرط لازماً، وفيه نظر».

أقول: الحكم المذكور في الكتاب ـ من لزوم الزائد إن أراد اخراجها الى بلد الشرك، ومنعه من إخراجها، ولزوم الشرط على تقدير ان يريد إخراجها الى بلد الاسلام ـ هو مذهب الشيخ في النهاية[٢]، وهو قول ابن البرّاج[٣]، وابن حمزة[٤]. وتوقّف المصنّف في ذلك حيث قال: وفيه نظر.

ووجه النظر من كونه منافياً لمقتضى العقد؛ لأنّ مقتضاه وجوب إطاعة الزوج في السفر بها أو الإقامة في أيّ موضع شاء، والى هذا الاحتمال ذهب ابن ادريس[٥].

ومن انّه شرط سائغ يتعلّق به الاغراض، فيلزم في الاشتراط بالعقد اللازم؛ لما روى في الحسن، عن علي بن رئاب، عن الكاظم عليه السلام قال: سئل وأنا حاضر

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣١ المهور والأجور... ح ٦٦ ج ٧ ص ٣٧١، وسائل الشيعة: ب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤ ج ١٥ ص ٣٠.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب المهور وماينعقد به النكاح ج ٢ ص ٣٣٠ ـ ٣٣١.

(٣) المهذّب: كتاب النكاح باب الصداق ج ٢ ص ٢١٢ ـ ٢١٣.

(٤) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان مايجوز عقد النكاح عليه ص ٢٩٧ ـ ٢٩٨.

(٥) السرائر: كتاب النكاح باب المهور وماينعقد به ج ٢ ص ٥٨٩ ـ ٥٩٠.

عن رجل تزوّج امرأة على مائة دينار على أن تخرج معه الى بلاده فإن لم تخرج معه فمهرها خمسون ديناراً إن أبت أن تخرج معه الى بلاده. قال: فقال: إن أراد أن يخرج بها الى بلاد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك ولها مائة دينار التي أصدقها أياها، فإن أراد أن يخرج بها الى بلاد المسلمين ودار الاسلام فله ما اشترط عليها، والمسلمون عند شروطهم، وليس له أن يخرج بها الى بلاده حتى يؤدّي إليها صداقها أو ترضى من ذلك بما رضيت وهو جائز[1] له.

قوله رحمه الله: «أن يزوّج الولي بدون مهر مثلها فصحّ العقد، وفي صحّة المسمّى قولان».

أقول: القولان المشار إليهما حكاهما الشيخ في المبسوط فقال فيه: اذا زوّج الأب أو الجدّ من له إجبارها على النكاح ـ مثل البكر الصغيرة أو الكبيرة ـ فإن كان مهر مثلها أو أكثر لزم ما سمّي لها بلا خلاف، وإن كان بدون مهر المثل سقط المسمّى ووجب لها مهر المثل عند بعضهم. وقال غيره: اذا كان دون مهر المثل ثبت المسمّى ولم يجب مهر المثل، وهو الذي يقتضيه مذهبنا[2]. وهذا القول اختاره أيضاً في الخلاف[3]، واختاره الشيخ نجم الدين[4] رحمه الله.

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣١ من أبواب المهور ح ٧٠ ج ٧ ص ٣٧٣، وسائل الشيعة: ب ٤٠ من أبواب المهور ح ٢ ج ١٥ ص ٤٩.

(٢) المبسوط: كتاب الصداق ج ٤ ص ٣١١.

(٣) الخلاف: كتاب الصداق المسألة ٣٧ ج ٤ ص ٣٩٢.

(٤) شرائع الاسلام: كتاب النكاح في المهور ج ٢ ص ٣٣٢.

قوله رحمه الله: «وكذا لو زوّجه بأكثر من مهرالمثل فانّ المسمّى يبطل، وفي فساد النكاح إشكال، ينشأ من التمسك بالعقد الذي لايشترط فيه المهر ولا ذكره، ومن بعد الرجوع الى مهرالمثل دون رضاهما وما قنعا به، والأقوى انّ مع فسخ المسمّى يثبت الخيار في فسخ العقد».

أقول: المصنّف ذكر وجه الإشكال، وأمّا وجه ثبوت الخيار عند فسخ المسمّى فلأنّ الرضا بالعقد انّما وقع على تقدير سلامة المسمّى، فلا يكون مرضياً به من دونه، ولايكون العقد لازماً، لكنه لايكون باطلاً؛ لأنّه لايقصر عن عقد الفضولي الموقوف على الإجازة.

قوله رحمه الله: «فاذا قالت: زوّجني بألفٍ فزوّجها بخمسمائة لايصحّ العقد، ويحتمل ثبوت الخيار».

أقول: وجه البطلان انّه عقد منافٍ لما طلبته[1] الموكّلة فيقع فاسداً. ووجه ثبوت الخيار ما تقدّم من انّ عقد الفضولي يقف على الإجازة، والمراد به العقد الصادر ممّن ليست له ولاية شرعية في ذلك العقد، وهو منطبق على هذا العقد، فيثبت للمعقود عليها الخيار بين فسخه وإمضائه.

قوله رحمه الله: ولو قالت: زوّجني مطلقاً

---

(١) في ج: «طلقته».

فزوّجها بدون مهر المثل فالأقرب الرجوع الى مهر المثل».

أقول: يريد انّه يصحّ العقد ويثبت لها مهر المثل، امّا صحّة العقد فلأنّها أذنت في ايقاع العقد ولم تقدّر مهراً، فقد فعل شيئين، أحدهما: مأذون فيه دون الآخر، فيصحّ المأذون فيه ـ أعني العقد ـ ويفسد ما سمّاه، واذا فسد المسمّى في العقد الصحيح ثبت مهر المثل.

قوله رحمه الله: «ولو لم يذكر مع الإطلاق المهر احتمل الصحّة؛ للامتثال والفساد، إذ مفهومه ذكر المهر عرفاً».

أقول: المسألة بحالها وهو: انّها وكّلته في العقد ولم تقدّر مهراً ففعل، يحتمل ما ذكره المصنّف من صحّة العقد لما ذكره وهو: انّه امتثل أمرها فإنها قالت: زوّجني فزوجها ولم يعيّن مهراً حتى يعود مخالفاً، وفساد العقد؛ لما ذكره أيضاً من أنّ الإطلاق يقتضي ذكر المهر عرفاً، فإنّ النكاح عقد معاوضة، والإذن في المعاوضة يقتضي ذكر العوض المماثل، كما لو قال: وكّلتك فإنّه يقتضي البيع بثمن المثل.

قوله رحمه الله: «ومع التقييد يحتمل الفساد والخيار فيثبت مهر المثل».

أقول: أي مع تقييد الإذن في العقد بالمهر لو زوّجها مطلقاً من غير ذكر المهر يحتمل فساد العقد؛ للمخالفة ـ كما تقدّم ـ وثبوت الخيار كعقد الفضولي وقول المصنّف: «فيثبت مهر المثل» إن أراد بمجرّد العقد، وإن لم يدخل فممنوع؛ لأنّه زوّجها

مفوّضة ورضيت بفعله، فيكون كما لو أذنت له في العقد عليها مفوّضة، وذلك يقتضي ثبوت مهر المثل بالدخول أو المتعة بالطلاق. والمصنّف رجع عن هذا في المسألة التي تتلو هذه المسألة وهو:

قوله رحمه الله: «في الفصل الثالث: في التفويض: نعم لو زوّج الولي مفوّضة أو بدون مهر المثل قيل: يثبت مهر المثل بنفس العقد، وفيه إشكال، ينشأ من اعتبار المصلحة المنوطة ينظر الولي فيصحّ التفويض وثوقاً بنظره».

أقول: الظاهر انّ القول المحكي إشارة الى ما قاله الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: اذا تزوّج امرأة ـ الى قوله:ـ وإن كان فاسداً ـ مثل إن تزوّجها مفوّضة المهر أو أصدقها مهراً مجهولاً أو خمراً أو خنزيراً ـ سقط المسمّى ووجب مهر المثل[1].

ومنشأ الإشكال ممّا ذكره. ومن انّه معاوضة على دون مستحقّها أو مع عدمه فلا يصحّ، كالبيع بدون ثمن المثل.

قوله رحمه الله: «وهل المعتبر العصبات أو الأقارب مطلقاً؟ إشكال».

أقول: منشأه ورود النقل عن الصادق عليه السلام في رواية عبدالرحمن بن أبي عبد الله في رجل تزوّج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ثمّ دخل بها، قال:

---

(١) المبسوط: كتاب الصداق ج ٤ ص ٣١٢.

لها صداق نسائها[١].

وقول الصادق عليه السلام أيضاً في رواية منصور بن حازم قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: في رجل تزوّج امرأة ولم يفرض لها صداقاً، قال: لاشيء لها من الصداق، فإن دخل بها كان لها مهر نسائها[٢]. وأمثال ذلك ممّا يتضمّن انّ لها مهر نسائها، وحصول الشكّ في انّ اسم نسائها هل يتناول من كان منهنّ من جهة الأُمّ أم لا؟ فإنّ في ذلك خلافاً[٣] بين الأصحاب.

قال ابن البرّاج: انّ مهر المثل يعتبر بمثل مهر عصباتها، فقال: المعتبر في مهر المثل بنساء المرأة، وهو من كان من عصبتها كالأُخت من جهة الأب أو من جهة الأب والأُمّ وبناتها والعمّة وبناتها وما أشبه ذلك، فأمّا الأُمّ وما هو من جهتها فلا يعتبر ذلك، وقد كان الشيخ أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي رحمه الله وغيره من أصحابنا يعتبرون ذلك. والأقوى عندي ما ذكرته؛ لأنّ المرأة أُمّ الولد تكون من عرض المسلمين، تكون تحت الشريف النسب، مثل الرجل يكون من ولد الحسن والحسين عليهما السلام فيتزوّج بالمرأة من العامّة ليس لها نسب ولا حسب، فالمعتبر من كان من عصبتها لما ذكرناه[٤].

وقال الشيخ في المبسوط: مهر المثل يعتبر بنسائها من الأُمّ والأُخت والعمّة

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣١ في المهور والأُجور ح ٢٩ ج ٧ ص ٣٦٢، وسائل الشيعة: ب ١٢ من أبواب المهور ح ٣ ج ١٥ ص ٢٤.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٣١ في المهور والأُجور... ح ٣٠ ج ٧ ص ٣٦٢، وسائل الشيعة: كتاب النكاح ب ١٢ من أبواب المهور ح ٢ ج ١٥ ص ٢٤.

(٣) في ج: «كلاماً».

(٤) المهذّب: كتاب النكاح باب الصداق وأحكامه ج ٢ ص ٢١٠ ـ ٢١١.

والخالة ومن يجري مجراهن[١]. ونحوه قال في الخلاف، فاعتبر الأقارب مطلقاً[٢].

قوله رحمه الله: «والأقرب عدم تقديره بمهر السنّة فيما أشبه الجناية، كالنكاح الفاسد ووطء الشبهة والإكراه».

أقول: مهر المثل يجب لمفوّضة البضع اذا دخل بها، ولا ريب في تقديره بمهر السنّة، بمعنى: انّه لو زاد على خمسمائة درهم ردّ إليها، وقد يجب في مواضع أُخر.

والأصحاب أطلقوا القول: بأنّ مهر المثل لايتجاوز به مهر السنّة.

وأمّا المصنّف فالأقرب عنده انّ كلّ موضع يجب فيه مهر المثل بسبب يكون مشبهاً للجناية، فإنّ مهر المثل يجب مطلقاً، سواءً زاد على مهر السنّة أو لا.

ووجه القرب أنّ الواطئ استوفى منفعةً يعاوض عليها شرعاً، فكان عليه عوضه مطلقاً، ونقصانه من دون رضا مستحقّه، على خلاف الأصل، بخلاف المفوّضة؛ لأنّها رضيت باستيفاء المنفعة من غير تقدير عوضٍ، أو مجاناً فلم يكن لها إلّا ما قدّره الشارع.

قوله رحمه الله: «ولو اتّفقا على الفرض جاز، وإن اختلفا ففي فرض الحاكم اذا ترافعا إليه نظر، أقربه انّه يفرض مهر المثل».

أقول: وجه النظر من حيث إنّه حقّ متعلّق بالزوجين لامدخل للحاكم فيه.

ومن انّه منصوب لقطع النزاع بين المترافعين إليه وقد ترافعا، فكان

---

(١) المبسوط: كتاب الصداق فصل في اعتبار مهر المثل ج ٤ ص ٢٩٩.

(٢) الخلاف: كتاب الصداق المسألة ٢٤ ج ٤ ص ٣٨٢.

عليه أن يفرض.

والأقرب عند المصنّف أن يفرض مهر المثل؛ لعدم أولوية ما قدّره أحد الزوجين على الآخر، فالأعدل أن يفرض المتساوي للمنفعة ـ أعني مهر أمثالها ـ.

قوله رحمه الله: «امّا لو فرض أقلّ فإن كان بقدر السنّة فالأقوى اللزوم».

أقول: اذا تزوّجها مفوّضة البضع كان تقدير المهر إليها، فإن اتّفقا على قدر معيّن لزم قطعاً، امّا لو قدّر الزوج فإن كان ما فرضه بقدر مهر مثلها لزم ما قدّره، امّا اذا نقص عن مهر مثلها قال المصنّف: الأقرب انّه إن كان بقدر مهر السنّة فالأقوى اللزوم.

ووجه القوّة انّ العقد إن وقع على أن يكون الحكم إليها خاصّة لم يكن لها أن تزيد على مهر السنّة وهاهنا انّ حالها لاتزيد على مااذا كان الحكم إليها، وهناك لو حكمت بمازاد على مهر السنّة ردّت إليها فكذا هنا، فكان ما حكم به من مهر السنّة لازماً.

قوله رحمه الله: «ولو دخل ولم يسمّ شيئاً وقدّم لها شيئاً قيل: كان ذلك مهرها، ولاشيء لها بعد الدخول، إلّا أن تشارطه قبل ذلك على انّ المهر غيره».

أقول: هذا هو المشهور بين الأصحاب، ذهب إليه المفيد[1]، والشيخ[2]،

(١) المقنعة: كتاب النكاح باب المهور والأُجور ص ٥٠٩.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب المهور وماينعقد به ج ٢ ص ٣٢١.

وابن البرّاج[١].

وادّعى ابن ادريس على ذلك الإجماع فقال: دليل هذه المسألة الإجماع المنعقد، ولا وجه له سوى ذلك[٢].

والمصنّف لمّا كان عنده توقّف في ذلك جعله قولاً.

وفي المختلف استشكل ذلك، ثمّ قال ـ بعد ايراد الروايات الواردة في ذلك ـ: والوجه عندي التفصيل، وهو انّها إن رضيت بالمدفوع إليها لم يكن لها المطالبة بشيء، وإن لم ترض به مهراً لكان لها ذلك. بقي هاهنا شيء، وهو انّه نقول: قد كان في الزمن الأوّل لايدخل الرجل حتى يقدّم المهر، والعادة الآن بخلاف ذلك، ولعلّ منشأ الحكم العادة، فنقول: إن كانت العادة في بعض الأزمان أو الأصقاع كالعادة القديمة كان الحكم ماتقدّم، وإن كانت العادة كالعادة الآن كان القول قولها[٣].

قوله رحمه الله: «الثاني: تفويض المهر وهو أن يذكر المهر على الجملة مبهماً، ويفوّض تقديره الى أحد الزوجين أوأجنبي على إشكال».

أقول: منشأ الإشكال من انّ تقدير المهر ونفوذ حكم شرعي يقف على إذن الشرع، ولم يثبت ما يدلّ على جوازه من الأجنبي.

ومن انّ المهر حقّ[٤] متعلّق بالزوجين، وقد اتّفقا على جعل الحكم[٥] إليه، وشرط

---

(١) المهذّب: كتاب النكاح باب الصداق وأحكامه ج ٢ ص ٢٠٢.

(٢) السرائر: كتاب النكاح باب المهور وماينعقد به النكاح ج ٢ ص ٥٨١.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الثالث في الصداق ص ٥٤٣ س ١٩.

(٤) في ش، ق: «ومن كون المهر حقّاً» وفي ج: «ومن كون أنّ المهر حقّ».

(٥) في ج: «المهر».

ذلك في عقد النكاح اللازم فكان لازماً، ولقولهِ صلّى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم»[١].

قوله رحمه الله: «ولو مات الحاكم قبله وقبل الدخول فلها مهر المثل، ويحتمل المتعة، بخلاف مفوّضة البضع حيث رضيت بغير مهر، وقيل: ليس لها أحدهما».

أقول: اذا مات من إليه الحكم في تقدير المهر من أحد الزوجين أو الأجنبي على أحد الوجهين ففي ماذا تستحقّه المرأة؟ ثلاثة أوجه ذكرها المصنّف:

أحدها: استحقاق مهر المثل؛ لأنّ العقد تضمّن مهراً في الجملة، ولمّا تعذّر تقديره ولا أولوية في قدر دون آخر رجع الى المتساوي لمنفعة البضع، وهو مهر المثل.

الثاني: المتعة؛ لأنّها فرقة قبل الدخول، فكانت كما لو طلّق مفوّضة البضع قبل الدخول، وهو قول الشيخ في النهاية[٢]، وابن البرّاج[٣]، وابن حمزة[٤]، والصدوق[٥].

ولا يقال: لو كان الموت قبل الدخول موجباً للمتعة لوجب لمفوّضة البضع.

لأنّا نقول: الفرق بينهما انّ مفوّضة البضع رضيت بعدم المهر، بخلاف هذه؛ لانّها

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣١ من أبواب المهور والأُجور ح ٦٦ ج ٧ ص ٣٧١، وسائل الشيعة: ب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤ ج ١٥ ص ٣٠.

(٢) النهاية ونكتها: باب المهور وماينعقد به ص ٣٢٤ ـ ٣٢٥.

(٣) المهذّب: كتاب النكاح باب الصداق ج ٢ ص ٢٠٦.

(٤) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان مايجوز العقد عليه ص ٢٩٦.

(٥) المقنع: باب بدو النكاح ص ١٠٩.

تزوّجت على شيء في الجملة، فأوجبنا لها أقلّ مقدار في الغالب ـ أعني المتعة ـ لأخفض المفوّضات ـ أعني مفوّضة البضع ـ.

الثالث: لايلزمه أحدهما، وهو قول الشيخ في الخلاف[1]، وابن ادريس[2]. والى ذلك أشار المصنّف بقوله: «وقيل: ليس لها أحدهما».

قوله رحمه الله: «في الفصل الرابع: في التنصيف والعفو: ولايجب بالخلوة وإن كانت تامّة على رأي».

أقول: قد تقدّم ذكر الخلاف في هذه المسألة.

قوله رحمه الله: «وان تعيّب قيل: يرجع في نصف القيمة، والأقرب في نصف العين مع الأرش».

أقول: هذا قول الشيخ، وابن البرّاج.

فإنّ الشيخ قال في المبسوط: اذا طلّقها بعد قبض المهر قبل الدخول وقد تعيّب المهر في يدها تخيّر الزوج بين أخذ نصف العين أو نصف القيمة؛ لقوله تعالى: ﴿فنصف ما فرضتم﴾[3] وهذا ليس هو المفروض، فكان حقّه في القيمة[4].

---

(١) الخلاف: كتاب الصداق المسألة ١٨ ج ٤ ص ٣٧٨.

(٢) السرائر: كتاب النكاح باب المهور وماينعقد به النكاح ج ٢ ص ٥٨٧.

(٣) البقرة: ٢٣٧.

(٤) المبسوط: كتاب النكاح ج ٤ ص ٢٧٧.

وقال ابن البرّاج: إن كان العيب من فعلها تخيّر الزوج بين أخذ نصفه ناقصاً وبين تضمينها نصف القيمة يوم قبضه، وإن كان العيب من فعل أجنبي لم يكن له سبيل على المهر ويضمنها نصف القيمة يوم قبضه[1].

والأقرب عند المصنّف انّه يجبر الزوج على أخذ نصف العين وأرش النقص، وليس له المطالبة بنصف القيمة إلّا برضا الزوجة؛ لانحصار حقّه في العين مع وجودها، لقوله تعالى: ﴿فنصف ما فرضتم﴾ والعيب لايخرج العين عن حقيقتها، ويجبر النقص بدفع أرشه.

قوله رحمه الله: «ولو تعلّق به حقّ لازم كالرهن والإجارة تعيّن البدل، فإن صبر الى الخلاص فله نصف العين، ولو قال: أنا أرجع فيها وأصبر حتى تنقضي الإجارة احتمل عدم الإجابة وإجباره على أخذ القيمة اذا دفعتها؛ لأنّه يكون مضموناً عليها، ولها أن تمتنع منه، إلّا أن يقول: اذا أقبضه وأردّه الى المستأجر أمانة أو يسقط عنها الضمان على إشكال فله ذلك».

أقول: يريد انّه اذا طلّق الرجل امرأته قبل الدخول وبعد تسليم المهر إليها فإن كان باقياً بحاله فله نصف العين، امّا لو كان قد تعلّق بها حقّ لازم لغير الزوجة ـ كما لو أجرت العين قبل الطلاق أو جعلتها رهناً على دين عليها ـ لم يكن له المطالبة

---

(١) المهذّب: كتاب النكاح باب الصداق وأحكامه ج ٢ ص ٢٠٨.

بالعين وتعيّن أخذ البدل عنها؛ لأنّه لايملك إبطال حقّ غيره، ولو اتفق انّه لم يطالب ولم يلزمه بأخذ القيمة حتى انقضت مدة الإجارة أو انفكّ الرهن كان حقّه نصف العين، لقوله تعالى: ﴿فنصف ما فرضتم﴾[1] ولزوال المانع من أخذ العين وهو تعلّق حقّ الغير.

امّا لو أراد الرجوع في العين معجّلاً والصبر بالأخذ الى حين فكّ الرهن وانقضاء مدة الإجارة احتمل إجابته الى ذلك؛ لأنّ المانع من أخذ العين انّما هو تعلّق حقّ الغير بها، وهو لايعارضه لصبره حتى يزول حقّ الغير. واحتمل عدم إجابته، بل يجبر على أخذ القيمة؛ لأنّه اذا رجع في العين ولم يقبضها كانت مضمونة على الزوجة، بحيث لو تلفت غرمت القيمة ولايجب عليها، بل لها أن تمتنع منه، هكذا قال المصنّف.

وأقول: هذا غير كافٍ في تعليل هذا الحكم؛ لأنّ القيمة التي تحاذر المرأة من لزومها لازمة لها وهي تبذلها[2] لكن ينبغي أن يتمّم ذلك فيقال: لأنّ العين تكون مضمونة عليها، فربّما زادت قيمتها عند تلفها عن قيمتها الآن فيلزمها زيادة في القيمة الواجبة عليها الآن، ولايلزمها تحمّل ذلك. امّا لو قال: أنا أقبضه وأردّه الى المستأجر أمانة أو يسقط عنها الضمان فإن له أخذ العين حينئذٍ على إشكال في إسقاط الضمان.

ينشأ من زوال المانع من أخذ العين حينئذٍ، وهو كونه يصير مضموناً على الزوجة لأنّه قد أسقط عنها الضمان.

ومن كون الضمان لايسقط بإسقاطه، إذ معناه انّه لو تلفت كان عليها القيمة، وقبل

---

(١) البقرة: ٢٣٧.

(٢) في ج: «بيدها».

تلفه لاقيمة عليها فيكون كالإبراء ممّا[1] لم يجب.

واعلم انّ الإشكال هاهنا يرجع الى انّه هل يصحّ إسقاط الضمان في مثل هذا أم لا؟ فإن قلنا: بصحّته كان له الرجوع في العين اذا أسقط عنها الضمان، وإن قلنا: بعدم الصحّة لم يكن له ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو كان البيع بخيار لها أو لم تقبض الهبة أو دبّرت ـ على إشكال ـ فيهما تخيّرت في الرجوع، ودفع نصف العين أو دفع القيمة».

أقول: لو تعلّق بالمهر حقّ الغير غير لازم، كما لو باعت بخيار، أو وهبت ولم تقبض، أو دبّرت المملوك ثمّ طلّق. ففي الأوّل ـ أعني البيع بالخيار ـ لايجب عليها الرجوع؛ لزوال ملكها عن العين، فلا يجب عليها استعادتها. وأمّا في الآخرين ـ أعني الهبة قبل القبض والتدبير ـ ففيهما إشكال.

ينشأمن تعلّق حقّ الموهوب والمدبّر بالعين فيسقط حقّه منها، وتكون مخيّرة بين الرجوع فتدفع العين أو لا فتدفع القيمة.

ومن انّها قادرة على دفع العين لبقاء ملكها فيها فيجب، عملاً بقوله تعالى: ﴿فنصف ما فرضتم﴾.

قوله رحمه الله: «ويقوى الإشكال الوصية بالعتق».

---

(١) في ج: «كإبراء ما».

أقـول: انّما كان هذا الإشكال أقوى؛ لأنّ الموهوب أقوى، والمدبّر قد تـعلّق حقّه بهما معجّلاً، والعبد المملوك من الآن مدبّر، وكذا لو باعه مضى عند الشـيخ[١] البيع في خدمته والعتق بموت سيده، بخلاف الموصى بعتقه فانّه لو باعه بطلت الوصية، فهناك الإشكال في عدم رجوعه في العين ضعيف. والأقرب عـدم رجـوعه ـ لمـا ذكرناه ـ بخلاف الموصى بعتقه فانّه وإن تعلّق به حقّ الغير لكن حقّه أضعف من حقّ المدبّر.

قوله رحمه الله: «ولو أمهر المدبّرة ثمّ طلّق قيل: يتحرّر بموته وقبله بينهما نصفان، والحقّ بـطلان التدبير بالإصداق».

أقـول: القول المشار إليه هو مذهب قول الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: اذا عقد لها على جارية مدبّرة ورضيت به ثمّ طلّقها قبل الدخول بها كان لها يوم من خدمتها وله يوم، فاذا مات المدبّر صارت حرّة ولم يكن لها عليها سبيل[٢]. ونحوه قال ابن البرّاج[٣].

ومنع ابن ادريس من ذلك وقال: لا يبطل التدبير بجعلها مهراً؛ لأنّ التدبير وصية، ولو أوصى ببعض أملاكه ثمّ أخرجه عن ملكه قبل موته بطلت وصيته، والمدبّر هنا قد أخرجها بجعلها مهراً[٤]. وهو الحقّ عند المصنّف؛ لما ذكره ابن ادريس.

---

(١) المبسوط: كتاب التدبير فصل في الرجوع في التدبير ج ٦ ص ١٧٢.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب المهور وماينعقد به النكاح ج ٢ ص ٣٢٦ ـ ٣٢٧.

(٣) المهذّب: كتاب النكاح باب الصداق وأحكامه ج ٢ ص ٢٠٦.

(٤) السرائر: كتاب النكاح باب المهور وماينعقد به النكاح ج ٢ ص ٥٨٨.

قوله رحمه الله: «وفي إجراء العفو مجرى الهبة نظر».

أقول: اذا كان المهر دَيناً على أحد الزوجين بأن أصدقها مالاً في ذمّته أو عيناً ثمّ تلفت في يده قبل الإقباض أو أتلفها ثمّ طلّق قبل الدخول فعفا الآخر عن حقّه من النصف الذي له في ذمّة صاحبه بالطلاق سقط حقّه، سواء كان بلفظ الهبة أو بلفظ الإبراء أو بلفظ العفو. امّا اذا كان عيناً في يد الزوج فعفت المرأة عن حقّها منه أو في يد الزوجة فعفا عن حقّه منه فإن كان بلفظ الإبراء لم يصحّ قطعاً؛ لأنّ موضوعه إسقاط ما في الذمّة، وإن كان بلفظ الهبة صحّ مطلقاً ويفتقر الى الايجاب والقبول والإقباض، امّا العفو فهل هو بمنزلة الهبة فيصحّ مع القبول والإقباض أو بمنزلة الإبراء فلا يصحّ؟ فيه نظر.

ينشأ من عموم قوله تعالى: ﴿فنصف ما فرضتم إلّا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح﴾[1] وهو يتناول الدَين والعين.

ومن انّ المفهوم منه عرفاً إسقاطه في الذمّة.

فإن قيل: كيف قال المصنّف: في إجراء العفو مجرى الهبة نظر، ثمّ قال: واذا عفا أحد الزوجين عن حقّه الدَين أو العين مع الإقباض صحّ عفوه؟ فقد تردّد أوّلاً في تنزّله منزلة الهبة ثمّ أجرى مجرى الهبة بقوله: أو العين مع الإقباض.

قلنا: مراده في العفو عن العين اذا عفا عن حقّه على وجه يصحّ، كما يقال: اذا نقل الانسان ملكه الى غيره لا يراد به بلفظ النقل، بل المراد بأحد الوجوه الموجبة للنقل، وهاهنا كذلك المراد «اذا عفا عن حقّه» أي أسقط حقّه بأحد الوجوه الموجبة

---

(١) البقرة: ٢٣٧.

لإسقاط حقّه، إمّا بأحد الألفاظ الثلاثة في الدَين، أو بلفظ الهبة في العين، أو بلفظ العفو على أحد الوجهين.

قوله رحمه الله: «والذي بيده عقدة النكاح ـ وهو الأب أو الجدّ ـ العفو عن بعض حقّها لا جميعه، قيل: ولمن تولّيه أمرها».

أقول: القول المشار إليه هو قول الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: والذي بيده عقدة النكاح الأب أو الأخ اذا جعلت أمرها إليه أو من وكّلته في أمرها[١]. وبه قال ابن البرّاج[٢].

وقال في الخلاف: هو الأب أو الجدّ[٣]، وهو مذهب ابن ادريس[٤]. واختيار المصنّف في المختلف[٥].

وادّعى الشيخ في الخلاف الإجماع فقال: دليلنا على ذلك إجماع الطائفة وأخبارهم[٦].

قوله رحمه الله: «لو أصدقها نخلاً فأثمر في يدها فطلّقها قبل الجذاذ لم يكن له الثمر، فإن بذلت نصف المجموع لزمه قبوله على إشكال».

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب من يتولّى العقد على النساء ج ٢ ص ٣١٧.

(٢) المهذّب: كتاب النكاح باب في ذكر من يجوز له العقد ج ٢ ص ١٩٦.

(٣) الخلاف: كتاب الصداق المسألة ٣٤ ج ٤ ص ٣٨٩.

(٤) السرائر: كتاب النكاح باب من يتولّى العقد على النساء ج ٢ ص ٥٧٢.

(٥) مختلف الشيعة: كتاب النكاح المطلب الثالث في الأولياء ص ٥٣٨ س ٢٦.

(٦) الخلاف: كتاب الصداق ذيل المسألة ٣٤ ج ٤ ص ٣٩٠.

أقول: ينشأ ممّا ذكره الشيخ في المبسوط فقال: فإن بذلت ردّ النصف إليه بزيادته قبل التأبير أُجبر؛ لأنّها زيادة غير متميّزة فكانت كالسمن، وإن كان بعد التأبير المذهب انّه يجبر عليه؛ لأنّها زيادة متّصلة بالنخل، فهي كالطلع قبل أن يؤبّر. ومن الناس من قال: لايجبر؛ لأنّ الطلع بعد التأبير كالنماء المتميّز فاشبهت ولد الشاة لايجب عليه قبوله[1].

قوله رحمه الله: «ويحتمل قوياً الرجوع في العين مشغولة بالإبقاء».

أقول: وجه هذا الاحتمال انّ حقّه في العين؛ للآية، فكان له أن يرجع وتبقى الثمرة المتجدّدة على ملكها الى وقت الجذاذ.

قوله رحمه الله: «ولو أصدقها أمة حاملاً رجع بنصف الولد، ويحتمل عدمه؛ لأنّه زيادة ظهرت بالانفصال».

أقول: وجه الأوّل ظاهر؛ لأنّه كان موجوداً وقت العقد، وقد أصدقها المجموع[2]، فكان له نصف المجموع؛ لقوله تعالى: ﴿فنصف ما فرضتم﴾[3].

قوله رحمه إلله: «فإن أعادت تلك الصيغة احتمل اعتبار رضاه؛ لأنّها زيادة حصلت

---

(١) المبسوط: كتاب الصداق ج ٤ ص ٢٧٩.

(٢) في ج: «الجميع».

(٣) البقرة: ٢٣٧.

باعتبارها، فإن أبت فله نصف قيمتها مصوغاً، ويحتمل مثل وزنه ذهباً وقيمة الصنعة».

أقول: اذا أصدقها حلياً مصوغاً فكسرته ثمّ صاغته على صورة مخالفة للأُولى ـ فهو زيادة بسبب الصنعة المتجدّدة ونقصان بسبب فوات[1] الأُولى ـ فله أن يمتنع من أخذ العين بسبب فوات الأُولى، ولها الامتناع من البذل بسبب تجدّد الثانية. امّا لو صاغته على صورة مماثلة للأُولى احتمل فيه وجهان:

أحدهما: أن لا يجبر على دفع العين؛ لما ذكره المصنّف من انّها زيادة حصلت بفعلها فلا تجبر على بذلها.

والآخر: انّها تجبر؛ لأنّ حقّه في العين، والزيادة بسبب الصنعة المتجدّدة عوض عن الصنعة التي أتلفتها؛ لأنّها مساوية لها. وهذا الأخير لم يذكره المصنّف صريحاً.

فعلى الأوّل: لو امتنعت من بذل العين احتمل إلزامها بنصف قيمته مصوغاً؛ لأنّها صارت بسبب الزيادة كالتالفة فكان مضموناً عليها، ولايلزمه قبول مثل الذهب خالياً عن الصنعة، فكان عليها قيمة المجموع. ويحتمل مثل وزنه ذهباً وقيمة الصنعة؛ لأنّ الصداق وقع على شيئين، أحدهما: الجزء المادي للحلي ـ وهو الذهب ـ وهو من ذوات الأمثال فكان عليها مثل وزنه، والآخر: الجزء الصوري ـ أعني الصنعة ـ وهي من ذوات القيم فكان عليها قيمته.

قوله رحمه الله: «لو أصدق الذمّيان خمراً فطلّق قبل الدخول بعد القبض والاسلام وقد صار خلّاً

---

(١) في ج: «إتلافه».

رجع بنصفه، ويحتمل عدم الرجوع بشيء للزيادة في يدهما فسقط حقّه من العين، وله أقلّ قيمة من حين العقد الى حين القبض وقد كان خمراً لاقيمة له حينئذٍ».

أقول: ووجه الرجوع بنصفه انّ حقّه في العين وهي موجودة، غايته انّه فات جزء منه وتجدّد غيره لا من جهتها.

قوله رحمه الله: «فعلى الأوّل: لو تلف الخلّ قبل الطلاق احتمل أن يرجع بمثله».

أقول: لأنّه من ذوات الأمثال، ويحتمل عدمه؛ لما ذكره في الكتاب.

قوله رحمه الله: «ولو صار خلّاً في يده ثمّ طلّقها فلها النصف منه، ويحتمل نصف مهر المثل؛ لانتفاء القبض، وقد ترافعوا قبله فبطل ووجب مهر المثل».

أقول: وجه استحقاقها النصف منه؛ لما ذكرناه أوّلاً فيما لو تخلّل في يدها، ويحتمل نصف مهر المثل؛ لما ذكره المصنّف.

قوله رحمه الله: «لو وهبته المهر ثمّ ارتدّت قبل الدخول ففي الرجوع بالجميع أو النصف نظر».

أقول: وجه النظر انّها تصرّفت في الجميع بالهبة له وقد سقط استحقاقها للجميع بارتدادها، فكان الجميع مضموناً عليها.

ومن حيث إنّ استحقاق الجميع انّما يستقرّ بالدخول، والذي استقرّ استحقاقها له هو النصف فكانت ضامنة للنصف.

والتحقيق أن يقال: إن كان المهر عيناً فوهبته رجع عليها بالجميع؛ لأنّها تملّك الجميع بالعقد وقد تصرّفت فيه أجمع فكان عليها ضمان الجميع، وإن كان دَيناً فإن قلنا بأنّها اذا أبرأت الزوج من الجميع ثمّ طلّق قبل الدخول يرجع عليها بالجميع فهاهنا كذلك، وإن قلنا: يرجع بالنصف رجع هنا بالنصف؛ لما تقدّم هناك.

وأقول: احتمال ضمان النصف ضعيف جداً، فإنّ الارتداد الصادر منها قبل الدخول مسقط لجميع مهرها، وقد كانت أتلفت الجميع بالهبة، فلايسقط عنها منه شيء بسبب ارتدادها.

قوله رحمه الله: «لو وهبته النصف ثمّ طلّقها قبل الدخول احتمل رجوعه بالنصف الباقي وبنصفه وقيمة الربع».

أقول: وجه الأوّل: انّه ملك النصف بالهبة والنصف الآخر بالطلاق قبل الدخول فكان له الجميع. ووجه الآخر: انّ هبة النصف للزوج بمنزلة الإتلاف، واذا أتلف نصف الصداق وبقي نصفه كان بينهما وضمنت قيمة نصف التالف.

وأقول: هذا اذا كان الصداق عيناً من ذوات القيمة. امّا اذا كان دَيناً على الزوج برئ بهبة النصف من النصف ومن النصف الآخر بالطلاق قبل الدخول. واذا كان عيناً من ذوات الأمثال كان له على الاحتمال الآخر نصف الموجود ومثل نصفه، ولها الخيار في دفع العين أو ما سواها؛ لأنّ تملّكه نصف الصداق بالطلاق يقتضي أن يملك من كلّ جزء منه نصفه فيملك نصف الموجود ويضمن مثل نصف ما أتلفته بالهبة.

قوله رحمه الله: «ولو دفع الأب المهر مع يسار الولد تبرّعاً أو إعساره للضمان ثمّ بلغ الصبي فطلّق قبل الدخول رجع النصف الى الولد؛ لأنّه كالهبة، وكذا لو دفع عن الكبير تبرّعاً، وعن الأجنبي على إشكال».

أقول: وجه الإشكال في الأجنبي من أنّ الدفع انّما كان قضاءً لما وجب[1] من المهر، وبالطلاق قد ظهر انّ الواجب انّما هو النصف فيرجع النصف الى مالكه لا الى المطلّق.

ومن انّ الجميع كان واجباً وقت الدفع، والقضاء يقتضي دخوله في ملك الزوج بالهبة، واذا دخل الجميع في ملك الزوج ثمّ طلّق قبل الدخول رجع النصف إليه.

قوله رحمه الله: «ولو ارتدّت انفسخ النكاح ورجع الصداق الى الولد، وكذا لو فسخ الولد العقد لعيب بعد الدخول، وقبله على إشكال».

أقول: لما بيّن كيفية رجوع نصف الصداق الى الزوج المطلّق قبل الدخول اذا زوّجه أبوه أو تزوّج وتبرّع به عنه هو أو أجنبي واستشكل بعض الصور أراد هنا أن يبيّن المواضع التي له أن يرجع فيها بمجموع الصداق، وقد ذكر ثلاثة أمثلة:

أحدها: اذا ارتدّت الزوجة فانّه يسقط مهرها إن كان قبل الدخول ولا يرجع الى الأب، سواء كان ضامناً ـ بأن زوّج ولده الصغير المعسر ـ أو متبرّعاً ـ كما اذا زوّج الموسر ـ أو تزوّج ابنه الكبير مطلقاً وتبرّع الأب بالأداء عنه أو قضاه عنه أجنبي،

---

(١) في ج: «للواجب».

فانّه في جميع الصور يرجع مجموع المهر الى الزوج؛ لأنّه في حكم الهبة، وليس للأب أن يرجع في هبة ولده بعد الإقباض ولا الأجنبي؛ لأنّ الموهوب له اذا تصرّف في الهبة سقط الرجوع على ما تقدّم في باب الهبة، ودفع الأجنبي قضاء عنه يجري مجرى دفع الزوج، فكان بمنزلة تصرّف الموهوب له في الهبة.

والمصنّف لم يقيّد ذلك؛ لعدم الدخول، ولابدّ من هذا القيد؛ لأنّه لو كان الارتداد بعد الدخول استقرّ جميع المهر.

وثانيها: اذا فسخ الزوج النكاح لعيب في الزوجة بعد الدخول رجع إليه جميع المهر، هكذا قال المصنّف.

وينبغي أن يقال: إن كان قد دلّسها أحد أو دلّست نفسها رجع على المدلّس بعوض جميع المهر في الأوّل، وفي الثاني: يرجع عليها بجميع المهر لا بأقلّ ما يمكن أن يكون مهراً. امّا مع عدم التدليس فلا رجوع ويستقرّ المهر بالدخول، وعلى تقدير الرجوع يختصّ به الزوج دون الأب أو الأجنبي؛ لما قلناه.

وثالثها: فسخ العيب قبل الدخول فهل يرجع الى الولد أو الى الدافع من الأب أو الأجنبي؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّه اذا لم يرضى بذات العيب يكون العقد في حكم الفاسد، فلايستحقّ به مهر ولم يدخل فلم يلزمه شيء، وحينئذٍ يكون المهر باقياً على ملك صاحبه.

ومن انّ العقد لم يقع باطلاً في أصله، وانّما تجدّد فسخه باختيار الزوج للفسخ، والمهر يستحقّ بالعقد السابق فيدخل في ملك الزوج؛ لكونه وقع قضاءً عمّا وجب عليه بالعقد، فلايرجع الى الواهب بالفسخ المتجدّد؛ لما قلناه من عدم جواز الرجوع في الهبة هنا.

قوله رحمه الله: «في الفصل الخامس: في التنازع: اذا اختلفا في أصل المهر قبل الدخول فالقول قول الزوج مع اليمين؛ لإمكان تجرّد العقد عن المهر».

أقول: المراد بذلك مع عدم البيّنة، وهذا ظاهر لاخلاف فيه ولا كلام عليه؛ لأنّ ذكر المهر في العقد ليس شرطاً وليس هنا دخول، فانتفى الجزم بثبوت السبب المقتضي لثبوت المهر على الزوج وكلّ[1] واحد من قسميه ـ أعني التسمية والدخول ـ. ثمّ قال: وكذا بعده.

والتحقيق: انّه اذا أنكر التسمية صدق باليمين، لكن يثبت عليه قبل الدخول مع الطلاق المتعة، ومع الدخول مهر المثل.

قوله رحمه الله: «والأقرب انّ دعواها إن قصرت عنهما ثبت ما ادّعته، ولو أنكر الاستحقاق عقيب دعواها إيّاه أو دعواها التسمية فإن اعترف بالنكاح فالأقرب عدم سماعه».

أقول: أطلق علماؤنا انّ الزوجة اذا ادّعت المهر على الزوج فأنكر كان القول قوله مع يمينه؛ لعموم قوله صلّى الله عليه وآله: «البيّنة على من ادّعى واليمين على من أنكر»[2] والمصنّف تابعهم في هذا الكلام فقال: اذا اختلفا في أصل المهر قبل الدخول

---

(١) في ش: «بكل».

(٢) الكافي: باب أنّ البيّنة على المدّعي... ح ١ ج ٧ ص ٤١٥.

فالقول قول الزوج؛ لإمكان تجرّد العقد عنه.ثمّ قال: وكذا بعده ـ يعني بعد الدخول ـ ثمّ ذكر ما هو التحقيق عنده فقال: امّا إن أنكر الزوج تسمية المهر أو استحقاقه، ففي الأوّل: اذا قالت: تزوّجت على ألف ـ مثلاً ـ فقال: تزوّجت ولم تسمّ شيئاً كان القول قوله؛ لأصالة عدم التسمية، فاذا حلف مع عدم بيّنتها على دعواها سقطت دعواها فكان حكمه حكم من تزوّج ولم يسمّ مهراً، وهو إنّه ان طلّق قبل الدخول فلها المتعة، وإن دخل فلها مهر المثل. ثمّ قال: والأقرب انّ دعواها إن قصرت عنهما ويزيد عن كلّ واحد منهما ثبت ما ادّعته، كما لو قالت: سمّيت لي كذا وكانت المتعة قبل الدخول أو مهر المثل بعده أكثر لم يكن لها المطالبة بأكثر ممّا ادّعته.

ووجه القرب انّها تزعم انّه كاذب في يمينه، فانّها لاتستحقّ زيادة عمّا ادّعته، فلم يكن لها المطالبة بالزائد عمّا ادّعته.

فإن قال لها ـ في الجواب: لاتستحقّ عندي شيئاً عقيب دعواها عليه ـ: إنّي أستحقّ عندك كذا مهراً أو سمّيت لي في العقد كذا قال المصنّف: الأقرب انّه إن اعترف بالنكاح لم يسمع دعواه بذلك.

ووجه القرب انّ العقد الصحيح اذا تعقّبه الدخول استدعى ثبوت مهر؛ لأنّه إن سمّى لزمه المسمّى لمجرّد العقد وإن لم يدخل، وإن لم يسمّ لزمه بالدخول مهر المثل، والإقرار بالملزوم يستلزم الإقرار باللازم، فانّه لايتصوّر عقد صحيح دخل الزوج عقيبه بالمرأة ولا مهر فيه.

وأقول: لقائل أن يقول: إن أردت أن يكون العقد الصحيح الذي يتعقّبه الدخول يستلزم ثبوت المهر على الزوج فهو ممنوع، فإنّ الزوج قد يكون عبداً زوّجه مولاه ثمّ أعتقه بعد الدخول فإنّ المهر لايلزم ذمّة العبد، والأب اذا زوّج ولده الصغير المعسر كان المهر لازماً للأب دون الزوج وإن دخل. فظهر انّ الدخول عقيب العقد

الصحيح أعمّ من أن يكون المهر في ذمّة الزوج أو غيره والعامّ لايستلزم الخاصّ. وإن أردت أنّ ذلك يستلزم ثبوت مهر مطلقاً فهو مسلّم، لكن لايلزم من ثبوت مهر ثبوته على الزوج، والزوج هنا ينكر؛ لأنّه لم يعترف إلّا بما هو أعمّ من دعواها ولابيّنة لها وكان القول قوله مع يمينه. فظهر صحّة ما أطلقه الأصحاب وبطلان ما استدرك به عليهم.

والحقّ أن يقال: إن علم انتفاء الأسباب المقتضية لثبوت المهر في ذمّة غيره ـ كما لو عرف كونه حرّاً في الأصل واعترف بأنّه تولّى العقد لنفسه ـ لم يسمع منه هذا الجواب، وإلّا سمع منه فكان القول قوله مع يمينه.

قوله رحمه الله: «ولو اختلفا في قدره أو وصفه فالقول قوله ولو قدّره بأرزة مع اليمين، وليس ببعيد من الصواب تقديم قول من يدّعي مهرالمثل».

أقول: الأصحاب أيضاً أطلقوا القول: بأنّه اذا اختلفا الزوجان في قدره ووصفه فالقول قول الزوج، ولو قدّره بالقليل حتى بالأرزة مع يمينه وعدم البيّنة، حتى قال الشيخ نجم الدين: ولا إشكال لو قدّر المهر ولو بأرزة[1].

والمصنّف تابع الأصحاب أوّلاً، ثمّ ذكر انّه ليس ببعيد من الصواب تقديم قول من يدّعي مهر المثل، فلو كان مهر أمثالها مائة فقدّره بأرزة أو ديناراً وغير ذلك ممّا نقص عن مهر أمثالها كان القول قولها، ولو ادّعت ألفاً وادّعى مائة كان القول قولها؛

---

(١) شرائع الاسلام: كتاب النكاح النظر الثاني في المهور ج ٢ ص ٣٣٣.

لأنّ من ادّعى منهما وقوعه بدون مهر المثل أو فوقه كان مدّعياً خلاف الظاهر فيقدّم قول مدّعي الظاهر.

ثمّ فرّع على هذا فقال: «فإن ادّعى النقصان وادّعت الزيادة تحالفا وردّ إليه».

أقول: لأنّ كلّاً منهما منكر لما ادّعاه الآخر من مخالفة الظاهر، فيحلف الزوج على نفي الزيادة فيسقط عنه، وتحلف الزوجة على عدم النقصان فيثبت مهر المثل.

ثمّ قال: «وإن ادّعيا الزيادة عليه المختلفة احتمل تقديم قوله؛ لأنّه أكثر من مهرالمثل ومهر المثل».

أقول: وجه «مهر المثل» انّها أنكرت وقوع العقد على ما سمّاه فلم يثبت، وحلف على نفي ما ادّعته فيثبت مهر المثل، والأوّل أقوى تفريعاً على قوله؛ لاتفاق الزوجين على استحقاق ما قدّره الزوج، إمّا لأنّه المسمّى أو لأنّه داخل فيه.

ثمّ قال: «ولو ادّعيا النقصان احتمل تقديم قولها ومهر المثل».

أقول: أمّا تقديم قولها فلما سبق من انّه اذا ادّعى الزوج ما هو أقلّ من مهر المثل قدّم قولها؛ لأنّه ادّعى خلاف الظاهر. وأمّا ثبوت مهر المثل فلأنّ كلّ منهما ينكر تسمية ما ادّعاه صاحبه، فاذا تحالفا أسقط ما ادّعاه كلّ منهما، فيبقى حكمهما حكم من لم يسمّ شيئاً فيثبت مع الدخول مهر المثل.

قوله رحمه الله: «ولو قال: هذا ابني منها

فالأقرب ثبوت مهر المثل مع إنكار النكـاح، أو التسمية، أو أصل المهر، أو أن يسكت».

أقـول: اذا اعترف الرجل ببنوّة ابن من امرأة فقال: هذا الشخص ابني من هذه المرأة فالأقرب عند المصنّف انّه يثبت للمرأة عليه مهر أمثالها، سواء أنكر النكاح بأن قال: ليست زوجتي، أو التسمية بأن قال: هذه زوجتي وهذا ابني منها ولم أُسمّ لها مهراً، أو قال: ولا مهر لها عليَّ، أو سكت ولم يقل شيئاً؛ لأنّ اعترافه ببنوّته ينفي كون الوطء من زنا. ويبقى إمّا أن يكون عن وطء صحيح أو شبهة، والشبهة تستدعي ثبوت مهر المثل قطعاً على الواطئ، والنكاح الصحيح إن لم يسمّ شيئاً ثمّ دخل ثبت أيضاً مهر المثل، وإن سمّى لزمه المسمّى، لكنه أنكر التسمية، أو لم يدعها فيلزمه مهر المثل.

ولقائل أن يمنع ذلك، فإن الحكم ثبوت المال ـ أعني قدر مهر المثل ـ مع ثبوت احتمال عدمه لايجوز بدون البيّنة أو إقرار الزوج به وهما منتفيان، والاحتمال هنا متحقّق.

أمّا أوّلاً: فلإمكان وقوع الوطء بعقد صدر من الأب أو المولى، كما تقدّم.

وأمّا ثانياً: فلإمكان وقوعه على أقلّ من مهر المثل، فلايلزم من إنكاره لذلك الأقلّ أو بسكوته يفوت الأكثر؛ لإمكان كذبه في إنكاره للتسمية، وليس لنا أن نلزم الكاذب بزيادة عمّا في ذمّته لكذبه، والساكت أبلغ، فإن المقرّ بالبنوّة لم يصدر منه إلّا الاعتراف بما يستلزم الوطء الذي يمكن وقوعه عن عقد على سنة.

قوله رحمه الله: «ولو خلا فادّعت المواقعة قُبلاً فأقام البيّنة بالبكارة بطلت الدعوى، وإلّا حلف

للبراءة الأصلية. وقيل: تحلف هي؛ لأنّ شاهد حال الصحيح المواقعة مع الخلوة بالحليلة».

أقول: القائل بذلك هو ابن حمزة فانّه قال: فاذا دخل بها فأرخى الستر فادّعى الرجل انّه لم يواقعها وأمكنه إقامة البيّنة وأقامها قُبلت [منه]، فإن لم يمكنه كان له أن يستحلفها[1].

قوله رحمه الله: «واذا أقامت بيّنة بعقدين فادّعى التكرار فأنكرت قدّم قولها ويجب مهران. وقيل: مهر ونصف».

أقول: القائل بثبوت المهرين مذهب المصنّف، ونقله عن الشيخ نجم الدين أبي القاسم ابن سعيد رحمه الله[2]. ونقل عن والده القول بلزوم مهر ونصف[3].

والشيخ في المبسوط اختار الأوّل وحكى الثاني، ثمّ قال: وهذا قويّ[4].

قوله رحمه الله: «ولو قال: أصدقتك العبد فقالت: بل الأمة فالأقرب التحالف وثبوت مهرالمثل، ويحتمل تقديم قوله مع اليمين».

أقول: وجه قرب التحالف انّ العقد الواقع على العبد غير العقد الواقع على

---

(١) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه ص ٢٩٨.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الثالث في الصداق ص ٥٥١ س ١٥.

(٣) المصدر السابق.

(٤) المبسوط: كتاب الصداق ج ٤ ص ٢٩١.

الأمة، فكلّ منهما ادّعى عقداً أنكره الآخر، فيحلف كلّ منهما على نفي ما ادّعاه الآخر.

ووجه قرب ثبوت مهر المثل انّ المسمّى الذي ادّعاه كلّ منهما بطلت بيمين صاحبه، فيكون كمن لم يسمّ مهراً فيلزمه مهر المثل.

وأمّا وجه احتمال تقديم قوله فلأنّه غارم.

قوله رحمه الله: «ولو كان أبواها في ملكه فقال: أصدقتك أباكِ فقالت: بل أُمّي فعلى الأوّل: يتحالفان ويرجع الى مهر المثل، ويعتق الأب بإقراره، وميراثه موقوف، إذ لايدّعيه أحدهما. وعلى الثاني: يعتق عليها ولاشيء لها، وميراثه لها».

أقول: هذا تفريع على ما تقدّم وهو: انّه اذا كان أبوا الزوجة مملوكَين للزوج فقال لها: أصدقتك أباكِ فقالت: بل أُمّي فعلى الأوّل التحالف وثبوت مهر المثل؛ يتحالفإن ويلزمه لها مهر المثل، ويحكم عليه بعتق العبد؛ لاعترافه بأنّه صار ملكاً لبنته[1] فيتحرّر بذلك، فلو مات هذا الأب وخلّف مإلّا كان ميراثه موقوفاً؛ لما ذكره المصنّف من انّه لايدّعيه الزوج ولا الزوجة، أمّا الزوج فلأنّه يقول: انتقل الى ابنته وصار حرّاً فميراثه لابنته، وأمّا الزوجة فلأنّها تقول: لم ينتقل إليَّ وهو باقٍ على تملّك الزوج فميراثه له. وعلى القول بتقديم قول الزوج يحلف الزوج ويحكم بانتقاله

---

(١) في س، ق: «لأبيه».

إليها، ويحكم الحاكم بحرّيته بتملّك بنته له، فاذا مات كان ميراثه لها.

وأقول: لقائل أن يقول: انّ ميراثه يكون موقوفاً أيضاً؛ لأنّها تقول: هو كاذب في يمينه وهو باقٍ على ملك الزوج وميراثه مستحقّ له دوني، لكن لها أن تأخذ من تركته بقدر ما ادّعته من المهر على وجه التقاص، فإن فضل منه شيء كان موقوفاً لعين ما ذكره[1] من انّه مال لايدّعيه أحدهما.

قوله رحمه الله: «في المقصد الثالث: في القسم والشقاق: والقسم بين الأزواج حقّ على الزوج ـ الى قوله: ـ وقيل: لاتجب القسمة إلّا اذا ابتدأ بها».

أقول: القائل بأنّها لاتجب إلّا اذا ابتدأ بها هو الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: لاتجب عليه القسمة ابتداءً، لكنّ الذي يجب عليه النفقة والكسوة والمهر والسكنى، فمتى تكفّل بهذا فلايلزمه القسم؛ لأنّه حقّ له، فاذا أسقطه لايجبر عليه، ويجوز له تركه، وأن يبيت في بعض المساجد أو عند أصدقائه. فأمّا اذا أراد أن يبتدئ بواحدة منهنّ فيجب عليه القسم؛ لأنّه ليس واحدة أولى في التقديم من الأُخرى[2].

قوله رحمه الله: «وهل له أن يساكن واحدة ويستدعي الباقيات؟ فيه نظر، لما فيه من التخصيص».

---

(١) في ج: «ماذكرناه».

(٢) المبسوط: كتاب القسم ج ٤ ص ٣٢٥.

أقـول: ولأنّ الخيار في مساكنهنّ واستدعائهنّ إليه.

قوله رحمه الله: «وأمّا زمانه فعماد القسم الليل، وأمّا النهار فلمعاشه وقيل: يكون عندها ليلاً ويظلّ عندها صبيحتها، وهو مروي».

أقـول: هذا قول ابن الجنيد فانّه قال: العدل بين النساء اذا كنّ حرائر مسلمات، لم يفضّل إحداهنّ على الأُخرى والواجب لهنّ من مبيت الليل وقيلولة صبيحة تلك الليلة[1]. فجعل ذلك واجباً كوجوب مبيت الليل.

ويدلّ على ذلك ما رواه إبراهيم الكرخي قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل له أربع نسوة فهو يبيت عند ثلاث منهنّ في لياليهنّ ويمسّهنّ، فاذا كان عند الرابعة في ليلتها لم يمسّها، فهل عليه في هذا إثم؟ فقال: انّما عليه أن يكون عندها في ليلتها ويظلّ عندها صبيحتها، وليس عليه أن يجامعها اذا لم يرد ذلك[2].

قوله رحمه الله: «ولايجوز أن يدخل في ليلتها على ضرّتها إلّا لعيادتها في مرضها، فإن استوعب الليلة قيل: يقضي، وقيل: لا، كما لو زار أجنبياً».

أقـول: القائل بذلك هو الشيخ في المبسوط[3].

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل السابع في لواحق النكاح ص ٥٨٠ س ٥.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٣٧ القسمة للأزواج ح ١١ ج ٧ ص ٤٢٢، وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب القسم والنشوز والشقاق ح ١ ج ١٥ ص ٨٤.

(٣) المبسوط: كتاب القسم ج ٤ ص ٣٢٧ ـ ٣٢٨.

قوله رحمه الله: «وهل يبتدئ بالقرعة أو الاختيار؟ يبني على الوجوب وعدمه».

أقول: يعني انّ القسمة إن قلنا انّها واجبة ابتداءً كان الابتداء بالقرعة، وإن قلنا انّها ليست واجبة كان له أن يقسّم باختياره من غير قرعة.

واعلم انّ الشيخ في المبسوط مع انّه قال: لاتجب القسمة إلّا اذا شرع فيها، قال: اذا أراد أن يبتدئ بواحدة منهنّ فيجب عليه القسم، لكن ليست واحدة منهنّ أولى بالتقديم من الاُخرى، وعليه أن يقسّم بينهنّ بالقرعة، فمن خرجت لها القرعة قدّمها، هذا هو الأحوط. وقال قوم: يقدّم من شاء منهنّ[1].

قوله رحمه الله: «وهل ينزل المعتق بعضها منزلة الحرّة أو الأمة أو يقسّط؟ إشكال».

أقول: الواجب في القسمة[2] للحرّة ليلتان وللأمة ليلة، فالمعتق بعضها هل تكون بمنزلة الحرّة أو بمنزلة الأمة أو يقسّط؟ فيه إشكال.

ينشأ من قيام الاحتمال على كلّ واحد، أمّا الأوّل: فلأنّ الأصل وجوب المساواة بين الزوجات المسلمات والعدل بينهنّ، خرج منه الأمة على ما ذكره الأصحاب، والمعتق بعضها ليست أمة فوجب مساواتها للحرّة. وأمّا الثاني: فلأنّ الأمة كان حكمها استحقاق نصف ما تستحقّه الحرّة من القسمة[3]، والأصل بقاؤه مالم تصر حرّةً، وليست حينئذٍ حرّة، فكان حكمها الأوّل باقياً. وأمّا الثالث: فلأنّها ليست

---

(١) المبسوط: كتاب القسم ج ٤ ص ٣٢٤.

(٢) في ج: «القسم».

(٣) في ج: «القسم».

حرّة فلا تساوي الحرّة ولا أمة، فلا يكون لها حكم الأمة، فكان الأعدل أن يكون البعض الذي تحرّر منها له حكم الأحرار، والبعض الباقي على الرقّ له حكم الإماء.

قوله رحمه الله: «وليس له المبيت عند غير الموهوبة أو الواهبة. ثمّ إن كانت ليلتها متّصلة بليلة الواهبة بات عندها ليلتين، وإلّا ففي جواز الاتّصال نظر، أقربه العدم، لما فيه من تأخير الحقّ».

أقول: اذا كان عنده أربع زوجات فوهبت إحداهنّ ليلتها لإحدى ضرائرها وقبل الزوج بات عند الموهوبة تلك الليلة، فإن كانت ليلة الموهوبة متّصلة بليلة الواهبة ـ سواء كانت قبلها أو بعدها ـ بات عند الموهوبة ليلتين إحداهما ليلتها والأُخرى ليلة الواهبة المتّصلة بليلتها، امّا لو كانت ليلة الموهوبة غير متّصلة بليلة الواهبة بل كان بينهما ليلة مستحقّة لأُخرى هل للزوج أن يجمع للموهوبة بين الليلتين ويؤخّر الليلة المستحقّة لضرّتها؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّ المستحقّ للضرّة ليلة من أربع وهي تحصل، سواء أخّرها أو لا.

والأقرب عند المصنّف عدم الجواز؛ لأنّ تلك الليلة قد تعيّنت حقّاً لضرّتها، فلو أخّرها لزم تأخير الحقّ عن مستحقّه بغير رضاه، وهو ظلم.

قوله رحمه الله: «ولو خرجت لواحدة فهل له استصحاب غيرها؟ قيل: لا».

أقول: القائل بذلك هو الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: واذا أُقرع بينهنّ

فخرج سهم واحدة تعيّن حقّها، وليس له أن يعدل بالسفر الى غيرها[١].

قوله رحمه الله: «ولو استصحب واحدة من غير قرعة ففي القضاء إشكال».

أقول: ينشأ من تخصيصها على غيرها بغير رضاهنّ ولا قرعة، بل بمجرّد اختياره فكان عليه القضاء لغيرها؛ لوجوب التسوية بين الزوجات.

ومن حيث إنّ زمان سفر الغيبة ليس داخلاً في القسمة[٢]، وإلّا لما جاز له أن يسافر وحده، وهو باطل اتّفاقاً.

قوله رحمه الله: «ولو سافر بالقرعة ثمّ قوّى المقام في بعض المواضع قضى للباقيات ما أقامه دون أيام الرجوع على إشكال».

أقول: ينشأ من انّه في الرجوع مسافر فلا يقضي أيام السفر.

ومن انّ المستثنى انّما هو سفر الغيبة وقد انقطع حكمه بإقامته زماناً يلزمه قضاؤه، والأصل بقاء ذلك الحكم، والرجوع لا يقال: سفر الغيبة.

قوله رحمه الله: «ولو عزم على الإقامة ثمّ انشأ سفراً لم يكن عزم عليه أوّلاً لزمه قضاء أيام الإقامة دون أيام السفر على إشكال».

---

(١) المبسوط: كتاب القسم ج ٤ ص ٣٢٤.

(٢) في ج: «القسم».

أقول: اذا أراد السفر من الكوفة الى بغداد ـ مثلاً ـ فأقرع واستصحب من أخرجته القرعة، فلمّا وصل الى بغداد وأقام بها قضى أيام الإقامة ببغداد دون أيام السفر؛ لأنّ أيام سفر الغيبة لاتقضى وقد خرجت معه بحقّ، فاذا عَنّ له بعد ذلك انشاء سفر الى تبريز من غير أن يكون قد عزم عليه أوّلاً فانّه لايقضي أيام السفر أيضاً، لما قلناه من عدم وجوب قضاء سفر الغيبة. امّا لو كان في عزمه من الكوفة الى تبريز ثمّ أقام بها ببغداد ثمّ سافر بها الى تبريز فهل يقضي للبواقي أيام السفر؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّ المسافر للغيبة لايقضي أيام سفره.

ومن انّ السفر الذي أقرع معهنّ لأجله انقطع بالإقامة.

قوله رحمه الله: «وإلّا هجرها في المضجع بأن يحوّل ظهره إليها. وقيل: أن يعتزل فراشها».

أقول: القائل بذلك هو الشيخ في المبسوط[١]، واختاره ابن ادريس[٢]. وما ذهب إليه المصنّف ـ من انّه يحوّل ظهره عنها في المضجع ـ هو اختيار علي بن بابويه في رسالته[٣]، وولده محمّد في المقنع[٤].

قوله رحمه الله: «فإن منعت غير الجماع من الاستمتاع احتمل سقوط بعض النفقة».

---

(١) المبسوط: كتاب القسم فصل في أحكام النشوز ج ٤ ص ٣٣٧ ـ ٣٣٨.

(٢) السرائر: كتاب الطلاق باب الخلع والمباراة والنشوز ج ٢ ص ٧٢٨ ـ ٧٢٩.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الثاني في أحكام الخلع والمباراة ص ٥٩٦ س ٢٨.

(٤) المقنع: باب الطلاق ص ١١٨.

أقـول: وجه هذا الاحتمال انّ النفقة كالعوض على جميع أنواع الاستمتاع من الجماع وغيره، فاذا أخلّت ببعضه سقط ما قابله ـ أعني ما قابله بعض النفقة ـ.

قوله رحمه الله: «في المقصد الرابـع: في الولادة وإلحاق الأولاد وكلام في الحضانة: ويستحبّ أن يعقّ عن الذكر بذكر وعن الأُنثى بأُنثى. وقـيل: العقيقة واجبة».

أقـول: القائل بوجوب العقيقة السيد المرتضى[1]، وابن الجنيد[2]. والمشهور بين الأصحاب الاستحباب.

قوله رحمه الله: «وهو عـشرة أشهـر، وقـيل: تسعة، وقيل: سنة».

أقـول: اختلف علماؤنا في أكثر مدة الحمل على أقوال ثلاثة:

(أ) انّه عشرة أشهر، واختاره المـصنّف في هـذا الكـتاب. واسـتحسنه الشـيخ نجم الدين جعفر بن سعيد، وجعله في الشرائع قولاً فقال: أكثر الحمل تسعة، وقيل: عشرة، وهو حسن يعضده الوجدان في كثير[3].

(ب) تسعة أشهر، وهو المشهور بين الأصحاب، ذهب إليه الشيخ في النهـاية[4]

---

(١) الانتصار: مسائل الصيد ص ١٩١.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل السابع في لواحق النكاح ص ٥٧٧ س ١.

(٣) شرائع الاسلام: كتاب النكـاح القـسم الرابـع مـايلحق بـالنكاح في أحكـام الأولاد ج ٢ ص ٣٤٠.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب إلحاق الأولاد بالآباء ج ٢ ص ٤١٢.

والمبسوط[١] والخلاف[٢]، وقول ابن الجنيد[٣]، والمفيد[٤]، وابن البرّاج[٥]، وسلّار[٦]، وأحد قولي السيد المرتضى في جواب المسائل الموصليات فقال: الأولى انّه لايتجاوز الحمل أكثر من تسعة أشهر[٧]، وهو مذهب ابن ادريس[٨].

(ج) انّه سنة، وهو القول الآخر للمرتضى ذكره في الانتصار فقال فيه: وممّا انفردت به الامامية القول: بأنّ أكثر مدة الحمل سنة[٩]، وهو قول أبي الصلاح[١٠]. وجعله الشيخ في الخلاف رواية[١١] ونقله في المبسوط فقال فيه: أكثر الحمل عندنا تسعة أشهر، وقال بعض أصحابنا: سنة[١٢].

قوله رحمه الله: «وإن تزوجت بعد العدّة فإن أتت به لستة أشهر من وطء الثاني فهو له وإن

---

(١) المبسوط: كتاب العدد ج ٥ ص ٢٩٠.

(٢) الخلاف: كتاب العدّة في أقلّ الحمل وأكثره المسألة ٥٢ ج ٣ ص ٦٥ طبعة اسماعيليان.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل السابع في لواحق النكاح ص ٥٧٩ س ٣٠.

(٤) المقنعة: كتاب النكاح باب لحوق الأولاد بالآباء ص ٥٣٩.

(٥) المهذّب: كتاب اللعان باب إلحاق الأولاد بالآباء ج ٢ ص ٣٤١.

(٦) المراسم: كتاب النكاح ص ١٥٥.

(٧) جوابات المسائل الموصيليات الثانية «رسائل الشريف المرتضى المجموعة الاولى»: ص ١٩٣.

(٨) السرائر: كتاب النكاح باب إلحاق الأولاد بالآباء ج ٢ ص ٦٥٧.

(٩) الانتصار: مسائل النكاح ص ١٥٤.

(١٠) الكافي في الفقه: فصل في أحكام الأولاد ص ٣١٤.

(١١) الخلاف: كتاب العدّة المسألة ٥٢ ج ٣ ص ٦٥ ـ ٦٦ طبعة اسماعيليان.

(١٢) المبسوط: كتاب العدد ج ٥ ص ٢٩٠.

كان لعشرة من وطء الأوّل، ويحتمل القرعة».

أقـول: يريد انّه اذا طلّق الرجل امرأته فاعتدّت وتزوّجت بعد العدّة بغيره ثمّ جاءت بولد لستة أشهر من وطء الثاني ولم يتجاوز أقصى مدة الحمل بالنسبة الى الأوّل فانّه للثاني؛ لأنّها فراشه. ويحتمل القرعة؛ لأنّها وإن كانت الآن فراشاً للثاني إلّا انّها قد كانت فراشاً للأوّل، وكما انّه لم تقصر مدة الثاني عن أقلّ مدة الحمل كذلك مازادت مدة الأوّل عن أقصاه، فيحتمل أن يكون لكلّ منهما، فلا يقطع على كونه لأحدهما مع احتمال كونه للآخر بدون القرعة. وهذا الاحتمال الأخير هو مذهب الشيخ في المبسوط[1].

قوله رحمه الله: «فإن اجتمعت الشرائط الثلاثة لم يحلّ له نفيه عنه، لكن لو نفاه انتفى من غير لعانٍ على رأي».

أقـول: يريد انّ المتمتع بها اذا أرضعت ولداً واجتمعت فيه الشرائط الثلاثة ـ وهي: الدخول، وعدم قصور الزمان المتخلّل بين الوطء والوضع عن ستة أشهر، وعدم زيادته على أقصى الحمل ـ فانّه يجب عليه الاعتراف به لتحقّق شرائط الالتحاق، لكنه لو نفاه انتفى عنه بغير لعان، خلافاً للسيد المرتضى[2] وقد تقدّم ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو وطأها الآخر فجوراً بعد وطء المولى فالولد للمولى، وإن حصلت أمارات

---

(١) راجع المبسوط: كتاب العدد ج ٥ ص ٢٤٥ ـ ٢٤٧.

(٢) الانتصار: مسائل العدّة ص ١٥٤.

انّه ليس منه لم يجز إلحاقه به ولا نفيه، وينبغي أن يوصى له بشيء، ولا يورثه ميراث الأولاد، وفيه إشكال».

أقول: منشأه من حصول الأمارات الدالّة على انتفائه عنه، فلا يجوز له أن يلحق بنسبه من يغلب على ظنه انّه ليس ولداً له مع وجود الأمارات الدالّة على ذلك.

ومن انّه ولد على فراشه عند من تجعل الأمة فراشاً بالوطء، والزاني لاماء له، وقوله صلّى الله عليه وآله: «الولد للفراش»[1].

قوله رحمه الله: «وكذا في تملّكه وتملّك الوارث له».

أقول: يريد وكذا الإشكال في تملّك المالك لهذا الولد[2] وتملّك ورثة الميّت له. ومنشأ الإشكال فيهما واحد، وهو انّه يحتمل الحكم بحرّيته، وإلّا لما صحّت الوصية له، وذلك منافٍ للنقل، وحينئذٍ يملك المال ولا يدخل في ملك الوارث. ويحتمل الحكم برقّيته؛ لأنّه نماء مملوكته، ولم يثبت كونه حرّاً فيكون رقّاً كالأصل، وحينئذٍ لايملك المال ويملكه الوارث.

قوله رحمه الله: «ولو تبرّعت الأجنبية

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٧ في لحوق الأولاد بالآباء... ح ٦٤٠ ج ٨ ص ١٨٣، وسائل الشيعة: ب ٩ من أبواب اللعان ح ٣ ج ١٥ ص ٦٠٤.

(٢) في ج: «في تملّك الولد للمال».

بإرضاعه فإن رضيت الأمر بالتبرّع فهي أحقّ، وإلّا فلا، وفي سقوط الحضانة إشكال».

أقول: وجه الإشكال انّ الحضانة والرضاع حقّان متغيّران، ولا يلزم من سقوط حقّ الأُمّ من الرضاع بوجود المرضعة المتبرّعة به سقوط حقّ الحضانة.

ومن انّ الحضانة وإن كانت حقّاً مغايراً لحقّ الرضاع إلّا انّها تابعة له، ويلزم من نقله من الأُمّ الى المرضعة ـ للإرضاع ـ ومنها الى الأُمّ ـ للحضانة في كلّ يوم وليلة ـ الضرر على الزوج، وربّما تضرّر به الولد أيضاً، ولا يلزم تحمّل الضرر، فالأُمّ بإسقاط حقّها من الرضاع كانت كالمسقطة لما يتبعه من الحضانة.

قوله رحمه الله: «وإن كانت أنثى أو خنثى على الأقرب فالأُمّ أحقّ بها الى سبع سنين من حين الولادة، وقيل: تسع سنين، وقيل: مالم تتزوّج».

أقول: في هذا الكلام مسألتان:

الأُولى: مدة الحضانة المستحقّة للأُمّ اذا كان الولد أُنثى وفيه ثلاثة أقوال ذكرها المصنّف:

أحدها: انّ الأُمّ أحقّ بها الى سبع سنين، ذكر ذلك الشيخ في النهاية[1]، وهو قول ابن البرّاج في الكامل[2]، وقول ابن ادريس[3]، وابن حمزة[4].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب الولادة والعقيقة ج ٢ ص ٤٠٩.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل السابع في لواحق النكاح ص ٥٧٧ س ٢٩.

(٣) السرائر: كتاب النكاح باب أحكام الولادة والعقيقة ج ٢ ص ٦٥١.

(٤) الوسيلة: كتاب النفقات فصل في بيان من له حظ الحضانة ومن هو أولى بها ص ٢٨٨.

وثانيها: انّ الاُمّ أحقّ بها الى تسع سنين، وهو قول المفيد[١]، وتبعه سلّار[٢] في ذلك.

وثالثها: الاُمّ أحقّ بها مالم تتزوّج، وهو قول أبي جعفر ابن بابويه حيث قال في المقنع: اذا طلّق الرجل امرأته فالمرأة أحقّ بالولد مالم تتزوّج[٣]، وأطلق. فهذا يتناول الذكر والاُنثى.

وللشيخ في المبسوط قول رابع لم يذكره المصنّف وهو: اذا كان الولد طفلاً لايميّز ولا يعقل فالاُمّ أحقّ به، وإن كان بالغاً رشيداً فالخيار إليه، ذكراً كان أو اُنثى، وإن كان طفلاً مميّزاً ـ وهو اذا بلغ سبع سنين أو ثمان سنين فما فوقها الى البلوغ ـ فالذي رواه أصحابنا انّه إن كان ذكراً فالأب أحقّ به، وإن كان اُنثى فالاُمّ أحقّ بها الى أن تبلغ مالم تتزوّج[٤]. وهو يعطي مساواة الذكر للاُنثى الى السبع أو الثمان سنين، وما تضمّنته هذه الرواية هو مذهبه في الخلاف[٥].

ولابن الجنيد قول آخر وهو: انّ الاُمّ أحقّ بالصبي الى سبع سنين، ولو جاوز سبع سنين وهو معتوه كان حكمه حكم الطفل في استحقاق الاُمّ إياه، وأمّا البنت فالاُمّ أحقّ بها الى تسع سنين[٦].

---

(١) المقنعة: كتاب النكاح باب الحكم في أولاد المطلقات ص ٥٣١.

(٢) المراسم: كتاب النكاح في ذكر مايلزم به ص ١٦٤.

(٣) لم نعثر عليه في المقنع، ونقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل السابع في لواحق النكاح ص ٥٧٧ س ٢٨.

(٤) المبسوط: كتاب النفقات فصل في انّ الأبوين أحقّ بالولد ج ٦ ص ٣٩.

(٥) الخلاف: كتاب النفقات في انّه ليس للزوج إجبار زوجته على الرضاع المسألة ٣٦ ج ٣ ص ٨٣ طبعة اسماعيليان.

(٦) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل السابع في لواحق النكاح ص ٥٧٧ س ٢٨.

المسألة الثانية: لو كان الولد خنثى فالأقرب عند المصنّف انّ حكمه حكم البنت في استحقاق الأُمّ لحضانتها الى سبع سنين.

ووجه القرب انّ الحضانة تثبت للأُمّ ابتداءً، والأصل بقاء الحقّ مالم يثبت المسقط، ولم يثبت فكان حقّ الأُمّ من الحضانة باقياً الى السبع.

قوله رحمه الله: «وتتساوى العمّة والخالة على إشكال».

أقول: منشأه من تساويهما في الدرجة فتتساويان في الاستحقاق، وهو قول الشيخ في المبسوط قال: ويقرع بينهما[1].

ومن انّ نصيب العمّة أكثر من نصيب الخالة فيكون أرجح كالأُخت من الأب، فانّها عند الشيخ أولى من الأُخت للأُمّ، ذكر في ذلك في المبسوط[2].

قوله رحمه الله: «والأقرب عدم اشتراط عدالتها».

أقول: يريد الأقرب انّه لايشترط العدالة في مستحقّة الحضانة.

ووجه القرب عموم الدليل الدالّ على استحقاق الحضانة، ولأنّ استحقاق الحقوق لاتعلّق له بالعدالة والفسق اذا لم يتضمّن ولاية على مال الغير.

قوله رحمه الله: «المقصد الخامس: في النفقات: وهل تجب النفقة بالعقد بشرط عدم النشوز أو بالتمكين؟ فيه إشكال».

---

(١) المبسوط: كتاب النفقات فصل في أنّ الأبوين أحقّ بالولد ج ٦ ص ٤٢.

(٢) المصدر السابق.

أقــول: لاشكّ انّ مطلق العقد غير كافٍ في ثبوت النفقة؛ لأنّ الناشز لانفقة لها إجماعاً، فهو إذن مشروط بشرط، فهل الشرط انتفاء النشوز ووجود التمكين؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّ الذي ثبت شرعاً وجوب النفقة على الزوج، وانّها تسقط بنشوزها، وذلك انّما يدلّ على اشتراط عدم النشوز لا على كون التمكين شرطاً، ولأنّ عدم النشوز أعمّ من وجود التمكين لثبوت الواسطة، واشتراط الأخصّ يقتضي اشتراط الأعمّ من دون عكس.

ومن أصالة براءة الذمّة من وجوب النفقة، خرج منه وجوب النفقة على تقدير وجود التمكين بالإجماع، فيبقى الباقي على الأصل، ويتفرّع على ذلك ما اذا تزوّج ومضت مدة لم يدخل هل لها النفقة عن تلك المدة؟ فانّه على الاحتمال الأوّل ـ وهو كون الشرط عدم النشوز ـ يجب النفقة، فانّه لم يحدث نشوز. وعلى الاحتمال الثاني لا نفقة لها؛ لعدم التمكين، ولعدم العلم بحصوله لو طلبه الزوج.

قوله رحمه الله: «ولو كانت كبيرة والزوج صغيراً قيل: لا نفقة، والوجه ثبوتها لتحقّق التمكين من طرفها».

أقــول: القائل بذلك هو الشيخ[1]، وابن البرّاج[2].

والوجه عند المصنّف ثبوت النفقة على الزوج؛ لأنّ المقتضي لوجوب النفقة لها إمّا

---

(١) الخلاف: كتاب النفقات مسائل في انّه اذا كان الزوجان أحدهما صغيراً المسألة ٥ ج ٣ ص ٧٥ طبعة اسماعيليان.

(٢) المهذّب: كتاب اللعان باب النفقات ج ٢ ص ٣٤٧.

العقد بشرط عدم النشوز أو بشرط التمكين، والكلّ متحقّق من طرفها، فكان لها النفقة.

قوله رحمه الله: «ويجب سدّ الخلّة وأن لا يتقدّر بقدر، وقيل: مدّ للرفيعة والوضيعة من الموسر والمعسر».

أقول: القائل بذلك هو الشيخ في مسائل الخلاف حيث قال فيه: نفقة الزوجات وهو مدّ، قدره رطلان وربع[1]. وابن ادريس[2] لم يقدّر لها قدراً، كما ذهب إليه المصنّف.

وللشيخ قول آخر ذكره في المبسوط فقال: نفقة الزوجات معتبرة بحال الزوج لابحالها، فإن كان موسراً فعليه مدّان في كلّ يوم، وإن كان متوسّطاً متجمّلاً فمدّ ونصف، وإن كان معسراً فقدر المدّ[3]. ومثله قال ابن البرّاج[4].

ولابن الجنيد قول آخر وهو أن قال: وحقّ المرأة على زوجها ما يسدّ جوعتها ويستر عورتها هذا مع الإقتار، والمتوسّط أن يكون يطعمها اللحم في كلّ ثلاثة أيام[5].

قوله رحمه الله: «وتملك نفقة كلّ يوم في

---

(١) الخلاف: كتاب النفقات المسألة ٣ ج ٣ ص ٧٤.

(٢) السرائر: في أحكام الولادة والعقيقة ج ٢ ص ٦٥٥.

(٣) المبسوط: كتاب النفقات ج ٦ ص ٦ ـ ٧.

(٤) المهذّب: كتاب اللعان باب النفقات ج ٢ ص ٣٤٥.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الثامن في النفقات ص ٥٨٠ س ٢٢.

صبيحته، وليس عليها الصبر الى الليل، فإن ماتت في أثناء النهار لم تستردّ، وكذا لو طلّقها، وإن نشزت استردّت على إشكال».

أقول: منشأه من انّها استحقّت نفقة اليوم في أوّله ولم تكن ناشزاً وكانت ممكّنة، والنشوز انّما يسقط ما يجب بعد النشوز لولاه، ولا يسقط ما وجب قبله، ونفقة هذا اليوم وجبت عليه قبل النشوز فلا تسقط به.

ومن انّ النفقة انّما تجب بالعقد بشرط عدم النشوز أو بشرط التمكين، وهما منتفيان بالنسبة الى هذا اليوم، فظهر عدم استحقاق نفقته، فكان له استعادتها لو كانت قبضت أو قبّضها أو لم تقبض؛ لعدم حصول شرط الوجوب، بخلاف الميّتة؛ لأنّه لم يحدث منها نشوز ولا منع عن الاستمتاع، بل كانت ممكّنة، والمانع من قبل الله تعالى فلا يسقط به ما استحقّته، بخلاف المطلّقة؛ لحصول التمكين من جهتها، والمنع من جهة الزوج.

قوله رحمه الله: «وهل الواجب في الكسوة الامتاع أو التمليك؟ إشكال، أقربه الثاني».

أقول: منشأه من أنّ الغرض من الكسوة يحصل بالأمتاع فيكفي في البراءة؛ لأصالة براءة الذمّة من وجوب التمليك.

ومن ورود النصّ[1] بوجوب الكسوة على الزوج، والمتبادر الى الفهم عند

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٤١ من الزيادات في فقه النكاح ح ٦١ ج ٧ ص ٤٦٢، وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب النفقات ح ١ ج ١٥ ص ٢٢٣.

الإطلاق تملّكها، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لقوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهنّ وكسوتهنّ﴾[1] وكما تملك ما تستحقّه من الرزق ـ أي النفقة ـ كذلك الكسوة، ويتفرّع على الاحتمالين[2] ما ذكره المصنّف.

قوله رحمه الله: «ولو انقضى نصف المدة ـ سواء لبستها أو لا ـ ثمّ طلّقها احتمل على التمليك؛ للتشريك».

أقول: هذا أيضاً تفريع على ما ذكره من الاحتمالين، وذلك انّه اذا دفع الزوج الى زوجته كسوة لمدة كالسنة ـ مثلاً ـ ثمّ طلّقها بعد انقضاء نصف السنة ـ سواء لبستها أو لم تلبسها ـ فإن قلنا: انّ الكسوة امتاع لا تمليك كان له أخذها؛ لبقائها على ملكه وعدم دخولها في ملك الزوجة، وانّما كانت تستحقّ لبسها بسبب الزوجية وقد زالت، وإن قلنا: انّها تمليك احتمل هنا وجهان:

أحدهما: التشريك بين الزوج والزوجة على شبه الزمانين؛ لأنّه انّما ملّكها ايّاها لمجموع السنة بسبب الزوجية المقتضية لوجوب الكسوة، وقد ظهر انتفاء الزوجية في نصفها، فوجب أن تكون مقسومة على المدتين.

ويحتمل اختصاص الزوجة بها؛ لدخولها في ملكها، والأصل بقاء الملك، وكما لو أعطاها نفقة اليوم ثمّ طلّقها في أثنائه.

قوله رحمه الله: «والقول قولها مع اليمين في عدم

---

(١) البقرة: ٢٣٣.

(٢) في ج: «الاحتمال».

الإنفاق أو عدم المؤاكلة، وإن كانت في منزله على إشكال».

أقـول: ينشأ من تعارض الأصل والظاهر، وأنّ الزوجة يشهد لها الأصل، إذ الأصل عدم الإنفاق وعدم المؤاكلة، والظاهر يشهد للزوج، فإنّ الظاهر من حال الزوجة اذا كانت في منزل الزوج انّه يقوم بنفقتها.

والاحتمال الأوّل قول ابن ادريس[١].

والاحتمال الثاني ظاهر كلام الشيخ في الخلاف فانّه قال فيه في الجزء الثاني منه: اذا اختلف الزوجان بعد ان سلّمت نفسها إليه في قبض المهر أو النفقة فالذي رواه أصحابنا أنّ القول قول الزوج وعليها البيّنة. واستدلّ بإجماع الفرقة وأخبارهم، وأيضاً العادة جارية بأنّها لايمكن من الدخول بها إلّا بعد أن تستوفي المهر، فلا تقيم معه إلّا وتقبض النفقة، فاذا ادّعت خلاف العرف والعادة فعليها البيّنة[٢]. فهذا الاستدلال منه يدلّ على انّه اختار ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو سكنت في منزلها في وجوب الأُجرة نظر».

أقـول: ينشأ من وجوب الإسكان عليه، ولم يحصل منه، فكان لها المطالبة بالأُجرة.

ومن انّ الظاهر تبرّعها[٣] بالإسكان، حيث سكنت في منزلها من غير مطالبة.

---

(١) السرائر: كتاب النكاح باب أحكام الولادة والعقيقة ج ٢ ص ٦٥٥ ـ ٦٥٦.

(٢) الخلاف: كتاب النفقات المسألة ١٢ ج ٣ ص ٧٦ طبعة اسماعيليان.

(٣) في ش، ق: «تبرعاً».

قوله رحمه الله: «ولو سافرت لطاعة مندوبة أو في تجارة فإن كان معها وجبت النفقة، وإن لم يكن معها فإن كان بغير إذنه فلا نفقة، وإن كان بإذنه فالأقرب النفقة».

أقول: وجه القرب انّ سفرها لمّا كان بإذنه كان كالمستند إليه، فلا يكون موجباً لسقوط النفقة، كما لو سافرت في حاجة له.

قوله رحمه الله: «ولو أرسل الزوج أمته بعض الزمان كالليل دون النهار احتمل سقوط الجميع وما قابل زمان المنع».

أقول: وجه سقوط الجميع انّ النفقة موقوفة على التمكين التامّ، وهو لا يختصّ زماناً[1] دون زمان، ولا مكاناً دون مكان، ولم يحصل فتسقط جميع النفقة؛ لانتفاء شرط وجوبها.

ووجه سقوط البعض انْ فوات الشرط انّما حصل في ذلك الزمان، فلا تسقط النفقة فيما عداه، كما لو نشزت يوماً وأطاعت آخر، فإنّ النفقة انّما تسقط في زمان النشوز لا غير.

قوله رحمه الله: «ولو صامت فرضاً لم تسقط النفقة، وانّ منعها إن كان رمضان وقضاؤه وتضيّق شعبان، امّا لو كان غير مضيّق كالنذر المطلق والكفّارة فالأقرب انّ له منعها».

---

(١) في ج: «بزمان».

أقــول: وجه القرب انّ الصوم في ذلك الوقت لم يتعيّن؛ لأنّها مخيّرة بين تقديمه وتأخيره، وإن كان التقديم أفضل فجرى مجرى منعها عن فعل المندوب.

قوله رحمه الله: «فإن طلّقها قبل حضور المعيّن فالأقوى الوجوب».

أقــول: يريد انّه لو نذرت الزوجة صوم زمان معيّن وهي في حبال الزوج كان للزوج منعها من الصوم اذا كان النذر بغيرإذنه، فلو طلّقها قبل حضور ذلك الوقت الذي تعلّق به النذر فالأقوى وجوب الصوم عليها، سواء بقي على طلاقه أو عادت إليه بعقد جديد.

أمّا الأوّل: فلأنّا بيّنّا بطلاقه كون ذلك الزمان المنذور لا علاقة للزوج به، ولا سلطنة له عليها فيه، فكان كما لو نذرت قبل تزويجه أو بعد طلاقه.

وأمّا الثاني: فلأنّ الزوج ليس له إبطال النذر بسبب العقد الأوّل؛ لتأخّر زمان النذر عن زمان العقد الأوّل، فلم يكن له عليها سلطنة بسببه ولا بسبب العقد الثاني؛ لتقدّم النذر عليه، وليس للزوج أن يبطل نذراً سابقاً على زمان عقده.

قوله رحمه الله: «وكلّ موضع قلنا له المنع لو ضاقت سقطت، والأقرب سقوط النفقة إن منعته الوطء، وإلّا فلا».

أقــول: يريد انّه لو منعها عن الصوم المندوب وصامت لم تسقط نفقتها، إلّا أن تمنعه من الوطء، ولو نهاها عن الصوم من غير أن يريد وطئها فالأقرب عدم سقوط نفقتها؛ لأنّها لم تمنعه شيئاً من حقوقه، فإنّ ذلك انّما يتحقّق لو طلب منها الاستمتاع

فمنعت. امّا اذا أرادت الصوم في وقت لايريد استمتاعها فإن ذلك لايقتضي منعها عن شيء من حقوقه، فلم يكن مسقطاً للنفقة. امّا لو منعته الوطء سقطت نفقتها قطعاً.

قوله رحمه الله: «وليس له منعها من الصلاة الواجبة في أوّل الوقت ولا من الحجّ الواجب في عامه».

أقول: امّا الحج فظاهر؛ لأنّه واجب على الفور، وأمّا الصلاة فلو قيل: انّ عدم جواز منعها في أوّل وقتها منافٍ لما ذكره أوّلاً من جواز أن يمنعها من الصوم الموسّع، كقضاء رمضان قبل التضيّق والنذر المطلق والكفّارات. قلنا: الفرق بينهما انّ صومها يمنعه من الاستمتاع ذلك اليوم مع عدم تعيّنه عليها، بخلاف الصلاة في أوّل الوقت فانّها مبادرة الى ايقاع[1] الواجب في أوّل وقته لايفوت معه الاستمتاع في ذلك اليوم ولا في أكثره؛ لقصر زمان الصلاة، وإلّا يكون مفوّتاً للاستمتاع مع اتصافه بالوجوب لا وجه بجواز منعه فيه. فهذا ما خطر لي في الاعتذار للمصنّف من التخليص من المنافاة بين القولين، وهو جيّد.

قوله رحمه الله: «وتجب النفقة للمطلّقة رجعياً، إلّا اذا حملت من الشبهة وتأخّرت عدّة الزوج وقلنا: لا رجعة له في الحال فلا تجب النفقة على إشكال».

---

(١) في س: «انقطاع».

أقــول: معنى ذلك: اذا طلّق الرجل زوجته طلاقاً رجعياً فانّه تجب عليه النفقة على زوجته الى أن تخرج من عدّتها[1]، إلّا في موضع واحد، وهو انّه لو حملت من غيره بوطء الشبهة فانّ عدّة الزوج تنقطع وتعتدّ من الواطئ بوضع الحمل ثمّ تكمل بعد الوضع عدة الزوج فانّ النفقة هل تجب عليه أم لا؟ تبنى على مسألة أُخرى تأتي وهو: انّه هل للمطلّق أن يراجع زوجته في زمان الحمل أم لا؟ فإن قلنا: لا رجوع له فيها هل يسقط؟ على إشكال.

ينشأ من صدق انّها مطلّقة طلاقاً رجعياً لم تخرج عدّتها من الزوج، فكان عليه الإنفاق.

ومن انّها في زمان الحمل ليست زوجة ولا في عدّته فلم تكن النفقة واجبة عليه.

قوله رحمه الله: «والفسخ كالطلاق إن حصل بردّته، وإن استند الى اختيارها أو الى عيبها قبل الدخول سقط جميع المهر، إلّا في العنّة والنفقة، وبعده لا يسقط المهر، بل النفقة إن كانت حائلاً أو حاملاً على إشكال».

أقــول: يريد بذلك انّ فسخ النكاح يجري مجرى الطلاق، فإن حصل الفسخ بسبب ردّه الزوج وكان قبل الدخول فلا نفقة لها؛ لانفساخ العقد في الحال، فكان بمنزلة الطلاق البائن فلا نفقة لها فيه. وإن كان بعد الدخول كان كالرجعي؛ لأنّه لا يحصل الفسخ في الحال اذا لم يكن عن فطرة بل تنتظر العدّة، وله الرجوع فيها بأن

---

(١) في ج: «عدّته».

يسلم فكان عليه النفقة، كما لو طلّق رجعياً.

وإن حصل العيب فيه واختارت الفسخ أو كان قد فسخ الزوج لعيب فيها فإن كان قبل الدخول فلا مهر، إلّا في العنّة لاغير فلها نصف المهر على ما ذكر في موضعه، وتسقط النفقة؛ لأنّه كالطلاق البائن. وإن كان بعد الدخول فالمهر لا يسقط.

وأمّا النفقة فانّها تسقط إن كانت الزوجة خالية من الحمل؛ لأنّه كالطلاق البائن، وإن كانت حاملاً ففي سقوط النفقة إشكال.

ينشأ من انّه كالطلاق، والمطلّقة الحامل تستحقّ النفقة، فكذا من هي بحكمها.

ومن اختصاص وجوب نفقة البائن بالمطلّقة الحامل، فلا يتعدّى الى فسخ النكاح، ولأصالة براءة الذمّة من وجوب النفقة، هذا إن قلنا: انّ نفقة المطلّقة الحامل لها، أمّا اذا قلنا: انّ النفقة للحمل ـ كما ذهب إليه الشيخ في المبسوط[1] ـ فانّ النفقة تجب هنا؛ لوجود مستحقّ النفقة ـ أعني الحمل ـ.

قوله رحمه الله: وفراق اللعان كالبائن، ولو أنفقت على الولد المنفي ثمّ أكذب نفسه ففي رجوعها بالنفقة إشكال».

أقول: منشأه انّ نفقة القريب لايجب قضاؤها، ولم يأمرها بالنفقة عليه، فلم يكن لها الرجوع عليه بها.

ومن انّ انكاره للولد واللعان لنفيه سبب يحكم الحاكم بوجوب النفقة عليها فكان ضامناً؛ لضعف مباشرتها حينئذٍ، فكان لها الرجوع عليه. وهذا الأخير مذهب

---

(١) المبسوط: كتاب النفقات ج ٦ ص ٢٨.

الشيخ في المبسوط[١].

قوله رحمه الله: «والمعتدّة بوطء الشبهة اذا كانت في نكاح فلا نفقة لها على الزوج على إشكال».

أقول: منشأه من فوات التمكين من الاستمتاع بسبب كونها معتدّة من غيره.

ومن انّ منع الزوج من وطئها ليس من جهتها بل من جهة الشارع، كالحائض والمحرّمة بالواجب، فلا تسقط نفقتها؛ لوجود المقتضي لوجوبها، وهو العقد وعدم نشوزها.

وأقول: في هذا الكلام نظر، فانّ المصنّف قبل ذلك قال: **انّ الحامل بوطء الشبهة في العدّة الرجعية اذا قلنا: للزوج الرجوع تجب عليه النفقة.** ولم يتردّد في ذلك، وهنا تردّد في وجوبها على الزوج الذي لم يطلّق اذا حملت بوطء الشبهة، مع انّ المطلّقة رجعياً انّما وجب لها النفقة؛ لأنّها في حكم الزوجة، فكان وجوب النفقة للزوجة أقوى.

قوله رحمه الله: «وفي المتوفّى عنها مع الحمل روايتان، الأشهر انّها لا نفقة لها، والأُخرى ينفق من نصيب الحمل».

أقول: الرواية المشهورة بانّه لا نفقة للحامل المتوفّى عنها زوجها، وهي: ما رواه أبو الصباح الكناني، عن الصادق عليه السلام في المرأة الحامل المتوفّى عنها

---

(١) المبسوط: كتاب النفقات ج ٦ ص ٢٥.

زوجها هل لها نفقة؟ قال: لا[١].

وفي الحسن عن الحلبي، عن الصادق عليه السلام انّه قال في الحبلى المتوفّى عنها زوجها: انّه لانفقة لها[٢].

والرواية الأُخرى بأنّه ينفق عليها من نصيب ولدها هي: ما رواه أبو الصباح الكناني ـ أيضاً ـ عن الصادق عليه السلام قال: المرأة الحبلى المتوفّى عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها الذي في بطنها[٣].

قوله رحمه الله: «لو ادّعى الإنفاق وأنكرته فإن كان غائباً فعليه البيّنة، وإن فقدت حلفت وحكم لها، وإن كان حاضراً معها فكذلك على إشكال».

أقول: قد تقدّمت هذه المسألة وذكرنا انّ منشأ الإشكال فيها من تعارض الأصل والظاهر.

قوله رحمه الله: «ولو ادّعت البائن انّها حامل دفع إليها نفقة كلّ يوم في أوّله، فإن ظهر الحمل وإلّا استعيدت، وفي إلزامها بكفيل إشكال».

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٦ في عدد النساء ح ١٢٠ ج ٨ ص ١٥٠ ـ ١٥١، وسائل الشيعة: ب ٩ من أبواب النفقات ح ٢ ج ١٥ ص ٢٣٤.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٦ في عدد النساء ح ١٢١ ج ٨ ص ١٥١، وسائل الشيعة: ب ٩ من أبواب النفقات ح ١ ج ١٥ ص ٢٣٤.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ٦ في عدد النساء ح ١٢٥ ج ٨ ص ١٥٢، وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب النفقات ح ١ ج ١٥ ص ٢٣٦.

أقـول: منشأه من حكم الشارع؛ لكونها[١] مستحقّة للنفقة كلّ يوم الى أن تضع أو يظهر بطلان الحمل، ولايجب على المستحق إقامة كفيل على قبض حقّه.

ومن عدم اليقين بالحمل وتجويز عدمه فيطالب بالكفيل، ويدفع النفقة جمعاً بين الحقّين.

قوله رحمه الله: «ولو عجز عن القـوت بـالفقر ففي تسلّط المرأة على الفسخ روايتان، أشهـرهما العدم».

أقـول: الرواية المشهورة هي: ما رواه الشيخ ـ بطريقه ـ عن جعفر بن محمّد بن قولويه، عن أبيه، عن سعد، عن أحمد بن محمّد بن عيسى، عن أبيه، عن عبدالله بن المغيرة، عن السكوني، عن أبي جعفر، عن أبيه، عن علي عليهم السـلام انّ امـرأة استعدت على زوجها انّه لاينفق عليها وكان زوجها معسراً فأبى أن يحبسه، فقال: إنّ مع العسر يسراً[٢].

والرواية الأُخرى هي: ما رواه الشيخ عن أحمد بن محمّد بن عيسى، عن محمّد بن سنان، عن حمّاد بن عثمان وخلف بن حمّاد، عن ربعي بن عبدالله والفضيل بن يسار، عن أبي عبدالله عليه السلام في قوله تعالى: ﴿ومَن قُدِرَ عليه رزقُه فليُنفق ممّا آتاه الله﴾ فإن أنفق عليها ما يقيم صلبها مع كسوة، وإلّا فرق بينهما[٣].

---

(١) في ج: «بكونها».

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٩٢ الزيـادات في القـضايا والأحكـام ح ٤٤ ج ٦ ص ٢٩٩ ـ ٣٠٠، وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب أحكام الحجر ح ٢ ج ١٣ ص ١٤٨.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ٤١ الزيادات في فقه النكاح ح ٦١ ج ٧ ص ٤٦٢، وسـائل الشـيعة: ب ١ من أبواب النفقات ح ١ ج ١٥ ص ٢٢٣، والآية ٧ من سورة الطلاق.

واعلم انّ المصنّف في المختلف نقل الخلاف في هذه المسألة فقال: مسألة: المشهور انّه لاخيار للزوجة بالاعشار في النفقة، اختاره الشيخ في المبسوط والخلاف، وأوجب عليها الصبر، وبه قال ابن حمزة، وابن ادريس، عملاً بالمقتضي من لزوم العقد، وقال ابن الجنيد بالخيار؛ للرواية عن الصادق عليه السلام ـ ولم يذكر الرواية ـ وأجابه بأن قال: وهو معارض بما روي عن أميرالمؤمنين عليه السلام انّ امرأة استعدت على زوجها... الحديث[1].

وأقول: ابن الجنيد قال في كتابه: ولو نكحها فأعسر كان لها أن تمتنع حتى تقبض صداقها وكانت نفقتها واجبة عليه، فلو دخل بها ثمّ أعسر لم يكن لها أن تمتنع عنه. ولم يقل بفسخ.

ثمّ قال بعد كلام طويل ومسائل متعدّدة كلاماً فيه إجمال فقال: وقد روي عن أميرالمؤمنين عليه السلام قال: اذا كسى الرجل امرأته ما يواري عورتها وأطعمها ما يقيم صلبها أقامت معه، وإلّا طلّقها أو فرّق بينهما، ولو أيسر ولم تخرج عدّتها كان أحقّ بها. ثمّ قال: هذا اذا كان قد عسرها بيساره وقدرته على الصداق والنفقة، فإن كان النكاح قد وقع وقد علمت بعسره فكأنّها رضيت بسقوط ما يجب لها من النفقة.

قوله رحمه الله: «ولو قلنا بالفسخ مع العجز فهل تفسخ بالعجز عن الادم أو الكسوة أو المسكن أو نفقة الخادم؟ إشكال».

أقول: هذا تفريع على انّ الزوجة هل تتسلّط على الفسخ مع إعسار الزوج عن النفقة؟

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل الثامن في النفقات ص ٥٨٢ س ١١.

ومنشأ الإشكال من ثبوت كون الإعسار سبباً لتسلّطها على فسخ النكاح وهو متحقّق، إذ هو عبارة عن مجموع ما تقدّم وَقد أُعسر عنه فكان لها الفسخ، عملاً بمقتضى الرواية المعمول عليها.

ومن انّ الفسخ انّما يكون لمكان الضرورة، وهي تندفع بحصول القوت لاغير. ولأنّ تسلّطها على الفسخ على خلاف الأصل؛ لعجزه عن القوت؛ لعدم إمكان الحياة بدونه، فبقي ماعداه على أصل المنع.

قوله رحمه الله: «ولو رضيت بالإعسار فهل لها الفسخ بعد ذلك كالمولّى منها أو لا كالعيب؟ إشكال».

أقول: هذا تفريع آخر على ما تقدّم.

ومنشأ الإشكال انّه حقّ يتجدّد بتجدّد الأيام التي تستحقّ فيها النفقة، فلا تسقط بالإسقاط، كما لو أسقطت المولّى منها حقّها من المطالبة.

ومن انّها رضيت بإعساره فلم يكن لها الفسخ بعد ذلك، كما لو رضيت بعيبه.

وقول المصنّف: «كالمولّى منها أو لا كالعيب» إشارة الى منشأ الإشكال، وتقريره ما قلناه.

قوله رحمه الله: «وإن كانوا ورثة على رأي».

أقول: يريد لاتجب النفقة على أحد من الأقارب ممّن هو على حاشية النسب دون قطبه ـ كالأُخوة والأخوات والأعمام والعمّات والأخوال والخالات وأولادهم علوا أو نزلوا ـ وإن كانوا ورثة، وهو المشهور بين الأصحاب.

وقال الشيخ رحمه الله: تجب النفقة اذا كان وارثاً له[١].

قوله رحمه الله: «ويلزم التكسّب لنفقة نفسه وزوجته، وهل يجب لنفقة الأقارب؟ إشكال».

أقول: منشأه من انّ نفقة الأقارب انّما تجب على وجه المواساة على الغني، وهذا لا مال له يواسي به، فانتفى الوجوب في حقّه.

ومن انّه بكونه مكتسباً ـ كالغني ـ فتلزمه النفقة باكتسابه، كما تلزمه[٢] للزوجة.

قوله رحمه الله: «والأقرب عدم اشتراط القدرة على التكسب».

أقول: يريد انّ الأقرب انّ عدم التمكّن من التكسّب شرطاً في وجوب الإنفاق على العدم؛ لأنّ المتمكّن من الاكتساب ـ كالغني ـ فلا يجب نفقته على قريبه. ولأنّ وجوب الإنفاق على خلاف الأصل، فلا يثبت إلّا مع تعيّن[٣] السبب المقتضي.

قوله رحمه الله: «ويجب على القادر على التكسّب النفقة، كما تجب على الغني على إشكال».

أقول: هذه تقدّمت.

قوله رحمه الله: «ولو كانوا ذكوراً وإناثاً احتمل

---

(١) الخلاف: كتاب النفقات المسألة ٣١ ج ٣ ص ٨١.

(٢) في ج: «تلزم».

(٣) في ج: «تقدير».

التشريك إمّا بالسوية أو على نسبة الميراث واختصاص الذكور».

أقول: يريد انّه لو كان للمعسر أولاداً ذكوراً وإناثاً احتمل في وجوب النفقة عليهم ثلاثة أوجه:

أحدها: اشتراكهم في وجوب النفقة بالسوية؛ لأنّ المقتضي لوجوب النفقة هنا كون كلّ واحد منهم ولد للمنفق عليه، وهذا معنى مشترك فيه بين الجميع على التواطؤ.

وثانيها: وجوبها عليهم على نسبة الإرث؛ لأنّ الذكورة والانوثة تتفاوت بها استحقاقهم، فكذا يتفاوت بها ما يستحقّ عليهم.

وثالثها: وجوبها على الذكور دون الإناث، فإن الذي عهد من الشارع عند اجتماع شخصين أحدهما ذكر والآخر أُنثى وكانا بحيث لو انفرد أحدهما وجب عليه الإنفاق، فإن النفقة عند اجتماعهما تجب على الذكور خاصّة، كما لو كان له أب وأُمّ موسران فانّه لو انفرد كلّ منهما عن صاحبه وجبت نفقة الولد عليه، وعند الاجتماع تجب على الأب خاصّة، فكذا هنا.

قوله رحمه الله: «ولو كان له ابن موسر وآخر مكتسب فهما سواء على إشكال».

أقول: هذا مبنيّ على انّ المكتسب هل تجب عليه نفقة قريبة أم لا؟ فإن قلنا: لاتجب فلا إشكال في اختصاص وجوب نفقة الأب بالموسر، وإن قلنا: بالوجوب فهل يساوي الغني؟ فيه إشكال.

ينشأ من الحكم بوجوب النفقة على كلّ منهما لو انفرد، فكانت عليهما عند الاجتماع.

ومن انّ وجوبها على المكتسب لولم يجد غيره لمكان الضرورة وعدم المنفق، وهنا المنفق موجود. ولأنّ وجوب النفقة في حقّ المكتسب أضعف، ولهذا كان في أصل وجوبها عليه إشكال، بخلاف الغني فإن النفقة واجبة عليه قطعاً.

قوله رحمه الله: «ولو كان له أُمّ وبنت احتمل التشريك واختصاص البنت بالنفقة».

أقول: لو كان للمعسر أُمّ وبنت موسران احتمل وجوب النفقة عليهما؛ لوجوبه للقرابة المقتضية لوجوب الإنفاق مع اليسار فيهما وتساويهما في الانوثة. واحتمل اختصاص وجوب النفقة بالبنت دون الأُمّ؛ لأنّها ولد، كما لو اجتمع أُمّ وابن فانّ النفقة على الابن خاصّة.

قوله رحمه الله: «ولو لم ينتفع به أحدهم مع التشريك فالوجه القرعة».

أقول: يريد انّه لو كان للانسان جماعة ممّن يجب عليه الإنفاق عليهم من غير ترجيح ـ كجماعة من الأولاد وفضل عنده ما يكفي أحدهم وكان بحيث لو اشتركوا فيه خرج عن حدّ الانتفاع لأحدهم ـ فالوجه انّه يقرع بينهم؛ لأنّه يجب عليه صرفه إليهم، ولما لم ينتفعوا به ولم يوجد ما يوجب تخصيص بعضهم به تعيّنت القرعة.

قوله رحمه الله: «فإن فضل من الغذاء شيء احتمل القرعة بين الجميع وبين من عدا الأوّل».

أقول: لو خرجت القرعة لواحد فخصّ بالفاضل عن قوت المنفق فبقي منه شيء ـ هو الغذاء ـ احتمل القرعة بين الجميع ـ أعني بين الذي خرج أوّلاً وبين

الباقين ـ لوجود القرابة الموجبة للإنفاق في الجميع، وكونه قد وصل إليه ما دفع به الضرورة الحالية لاينتفي استحقاقه للنفقة باقي يومه. ومن انّ النفقة لسدّ الخلّة ودفع الضرورة، وقد اندفعت ضرورة الأوّل فيقرع بين من عداه.

قوله رحمه الله: «ولو كان أحد الأقارب أشدّ حاجة كالصغير من الأب احتمل تقديم الصغير؟».

أقول: وجه ذلك انّ الوجوب لدفع الحاجة والضرورة، وهي في طرف الصغير أشدّ فكان يجب اختصاصه بها.

قوله رحمه الله: «ولو عجز عن الإنفاق على أُمّ الولد أُمرت بالتكسّب، فإن عجزت أنفق عليها من بيت المال ولايجب عتقها، ولو كانت الكفاية بالتزويج وجب، وإن تعذّر الجميع ففي البيع إشكال».

أقول: منشأه من النهي عن بيع أُمّهات الأولاد.

ومن حصول الضرر المؤدّي الى هلاكها؛ لعدم ما يصرف في نفقتها.

قوله رحمه الله: «وهل يجبر على الإنفاق في غير المأكولة اللحم ممّا يقع عليه الذكاة للجلد أو عليه أو على التذكية؟ الأقرب الثاني».

أقول: يريد انّه اذا كان للانسان دابة ممّا لايؤكل لحمها، لكن تقع عليها الذكاة

لأجل جلودها ـ كالسباع ـ وامتنع من الإنفاق عليها هل يجبره الحاكم على بيعها عيناً أو يجبره على البيع أو الذكاة ويجعل الخيار في ذلك الى المالك؟ الأقرب عند المصنّف الثاني؛ لأنّ للمالك أن يفعل كلّاً منهما، فإن المالك قد كان مخيّراً بين إبقائها والإنفاق عليها وبين بيعها أو تذكيتها، ولا يجب عليه أحدهما على التعيين، فاذا امتنع من أحد الثلاثة لم يخرج عن كونه مخيّراً بين الأخيرين ولم يقتصّ ذلك تعيّن البيع عليه دون غيره.

كتاب

الفــراق

كتاب الفراق

وفيه أبواب:

الباب الأوّل: في الطلاق

قوله رحمه الله: «فلا يصحّ طلاق الصبي وإن كان مميّزاً ولو بلغ عشراً، إلّا على رواية ضعيفة».

أقول: من شرط صحّة الطلاق عند المصنّف أن يكون المطلّق بالغاً، فلا يصحّ طلاق الصبي وإن كان مميّزاً يحسن الطلاق، وهو قول ابن ادريس[1]، وأبي الصلاح[2]، وظاهر كلام سلّار[3].

خلافاً للمفيد في المقنعة[4]، والشيخ في النهاية[5]، وعلي بن بابويه في

---

(١) السرائر: كتاب الطلاق ج ٢ ص ٦٦٤.

(٢) الكافي في الفقه: فصل في الطلاق وأحكامه ص ٣٠٥.

(٣) المراسم: كتاب الفراق طلاق السنّة ص ١٦١.

(٤) لم نعثر عليه في المقنعة، ونقله عنه في إيضاح الفوائد: كتاب الفراق الباب الأول في الطلاق ج ٣ ص ٢٩١.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب كيفية أقسام الطلاق ج ٢ ص ٤٤٧ ـ ٤٤٨.

الرسالة[١]، ولابن البرّاج[٢]، ولابن حمزة[٣] حيث جوّزوا طلاق الصبي اذا بلغ عشر سنين؛ لما رواه ابن بكير، عن الصادق عليه السلام قال: يجوز طلاق الصبي اذا بلغ عشر سنين[٤].

ولما رواه سماعة قال: سألته عن طلاق الغلام ولم يحتلم وصدقته، قال: اذا طلّق للسنة ووضع الصدقة في موضعها وحقّها فلا بأس[٥].

وأُجيبوا بضعف السند، أمّا الأُولى: فلأنّ ابن بكير ضعيف، وأمّا الثانية: فلأنّ سماعة هذا هو سماعة بن مهران بن عبدالرحمن الحضرمي وإن كان قد وثّقه أصحابنا إلّا انّه واقفيّ المذهب، وروايته مرسلة أيضاً.

قوله رحمه الله: «نعم لو امتنع عن الطلاق وقت إفاقته مع مصلحة الطلاق ففي الطلاق عنه إشكال».

أقول: يعني: لو كان الجنون يعتور الزوج أدواراً ـ بأن يفيق وقتاً معيّناً ويجنّ في وقت معيّن ـ لم يصحّ الطلاق عنه؛ لأنّ له وقتاً يرجع فيه عقله، فكان كالصبي

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الأول في الطلاق ص ٥٨٩ س ١٣.

(٢) المهذّب: باب ما يقع به الطلاق ومالايقع باب طلاق الغلام ج ٢ ص ٢٨٨.

(٣) الوسيلة: كتاب الطلاق فصل في بيان أقسام الطلاق ص ٣٢٣.

(٤) تهذيب الأحكام: ب ٣ في أحكام الطلاق ح ١٧٣ ج ٨ ص ٧٥ ـ ٧٦، وسائل الشيعة: ب ٢٢ من أبواب مقدماته وشرائطه ح ٦ ج ١٥ ص ٣٢٥.

(٥) تهذيب الأحكام: ب ٣ في أحكام الطلاق ح ١٧٤ ج ٨ ص ٧٦، وسائل الشيعة: ب ٢٢ من أبواب مقدّماته وشرائطه ح ٧ ج ١٥ ص ٣٢٥.

الذي لا يصحّ الطلاق عنه؛ لزوال عذره غالباً، وكالنائم.

أمّا لو كان الطلاق مشتملاً على مصلحة وامتنع من طلاقها في وقت إفاقته فهل يجوز للولي أن يطلّق عنه في وقت جنونه؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّ الأصل في ولاية الطلاق للزوج، وانّما جعل للولي الطلاق عن المجنون لعدم العلم بقصده، وهو هنا منتفٍ، فإن قصده لعدم الطلاق فقد علم بامتناعه عنه في وقت إفاقته.

ومن انّ للولي في حال الجنون اعتماد مصلحته، والطلاق من مصلحته، فكان له أن يطلّق عنه.

قوله رحمه الله: «ويصحّ التوكيل من الغائب إجماعاً، وللحاضر على رأي».

أقول: لا خلاف في جواز توكيل الغائب في الطلاق، وهل يصحّ توكيل الحاضر فيه أم لا؟ فيه قولان:

أحدهما: الصحّة، ذهب إليه المصنّف، وهو قول ابن ادريس[١]، وظاهر كلام ابن الجنيد[٢].

خلافاً للشيخ[٣] وابن البرّاج[٤] وابن حمزة[٥] حيث منعوا من صحّة توكيل الحاضر فيه.

---

(١) السرائر: كتاب الطلاق ج ٢ ص ٦٧٧.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق ص ٥٨٦ الفصل الأوّل في الطلاق س ٢٢.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب أقسام الطلاق وشرائطه ج ٢ ص ٤٣١.

(٤) المهذّب: كتاب الطلاق باب بيان ما يقع به الطلاق ج ٢ ص ٢٧٧.

(٥) الوسيلة: كتاب الطلاق فصل في بيان أقسام الطلاق ص ٣٢٣.

قوله رحمه الله: «والتعيين على رأي».

أقول: ذهب قوم الى انّ التعيين شرط في صحّة الطلاق، وهو قول السيد المرتضى[١]، والمفيد[٢]. وللشيخ قولان أحدهما: مثل هذا[٣]، والآخر: انّ التعيين ليس شرطاً، ذكره في المبسوط[٤].

قوله رحمه الله: «ولو تعدّدت ونوى واحدة وقع، وإلّا فلا على رأي».

أقول: لو تعدّدت الزوجات فطلّق واحدة فإن نوى معيّنة صحّ إجماعاً، وإلّا فعلى ما ذكرناه من الخلاف.

قوله رحمه الله: «ولو طلّق واحدة غير معيّنة لا نيّةً ولا لفظاً قيل: يبطل، وقيل: يصحّ ويعيّن للطلاق من شاء، وهو أقوى».

أقول: قد تقدّم انّ مذهب السيد والمفيد اشتراط التعيين، فلو طلّق واحدة ولم يعيّنها في نيّته ولا لفظه كان باطلاً على هذا القول، وهو أحد قولَي الشيخ ـ كما تقدّم ـ والآخر: انّه يصحّ، ذكره في المبسوط، فعلى ما ذكر فيه من الصحّة يعيّن من شاء للطلاق، وهو الذي قوّاه المصنّف هنا؛ لأنّ الأصل صحّة الطلاق، ثمّ رجع عن هذا

---

(١) الانتصار: مسائل الطلاق ص ١٣٩.

(٢) المقنعة: كتاب النكاح في أحكام الطلاق ص ٥٢٥.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب أقسام الطلاق وشرائطه ج ٢ ص ٤٢٧.

(٤) المبسوط: كتاب الطلاق فصل في طلاق المريض ج ٦ ص ٧٨ س ٤.

القول في المختلف[١]، وجعل التعيين شرطاً.

قوله رحمه الله: «لو قال: هذه طالق أو هذه وهذه قيل: طلّقت الثالثة ويعيّن للطلاق من شاء من الأُولى والثانية، وهو حقّ إن قصد العطف على إحداهما. ولو قصد العطف على الثانية عيّن الأُولى أو الثانية والثالثة».

أقول: هذا تفريع على القول بعدم كون التعيين شرطاً في صحّة الطلاق، ذكره الشيخ في المبسوط فقال: ولو كان له ثلاث نسوة فقال: «طلّقت هذه أو هذه وهذه» طلّقت الثالثة. وقد أبهم الطلاق في الأُولى والثانية، فيقال له: عيّن في أيّهما شئت. وقال بعضهم: ليس هذا ظاهر الكلام، بل ظاهره «طلّقت هذه أو هذه وهذه» عطف على الثالثة، فعطفت الثالثة على الثانية، فيكون قد أبهم الطلاق بين الأُولى والثانية والثالثة، فيقال: عيّن في الأُولى أو الثانية والثالثة. والأوّل يفتقر الى اضمار، وهو قوله: «وطلّقت هذه» فاذا استقلّ الكلام بغير إضمار فلا معنى للإضمار فيه. والقول الأخير أقوى[٢].

والمصنّف قال: إن قصد المطلّق عطف الثالثة على إحداهما ـ يعني المطلّقة المبهمة ـ كان القول بأنّه يطلّق الثالثة قطعاً هو الحقّ، وإن قصد عطفها على الثانية كان القول بأنّ لها حكم الثانية هو الحقّ، فيتعيّن حينئذٍ إمّا الأُولى وحدها للطلاق أو

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الأول في الطلاق ص ٥٩٣ س ٣٩.

(٢) المبسوط: كتاب الطلاق ج ٥ ص ٨٥.

الثانية والثالثة جميعاً.

وأقول: مع وجود القصد الى أحد المعنيين لا كلام فيه، وانّما البحث عند الإطلاق.

قوله رحمه الله: «ولو مات قبل التعيين أُقرع، ويكفي رقعتان مع المبهمة على القولين، وعلى ما اخترناه لابدّ من ثالثة».

أقول: اذا مات المطلّق قبل أن يعيّن أُقرع، وكم يكتب رقعة لاستخراج المطلّقة؟ فعلى القولين اللذين حكاهما الشيخ يكفي رقعتان.

أمّا على القول الأوّل: فانّها تطلّق الثالثة قطعاً، فهي لاتحتاج الى رقعة، بل يكتب اسم الأُولى في رقعة والثانية في رقعة، فمن خرج اسمها حكم بطلاقها.

وعلى القول الآخر: يكتب اسم الأُولى في رقعة والثانية والثالثة في رقعة، فإن خرجت الأُولى طلّقت خاصّة، الثانية والثالثة طلّقتا جميعاً.

امّا على قول المصنّف ـ من احتمال أن يكون قصد عطفها على المطلّقة المبهمة أو على الثانية ـ فلابدّ من رقعة ثالثة، فيكتب ثلاث رقاع: الأُولى في رقعة والثانية والثالثة في رقعة والثالثة وحدها في رقعة، ثمّ يخرج على الطلاق فإن خرجت أوّلاً رقعة الأُولى حكم بطلاقها ويقدّم طلاق الثانية؛ لأنّ المطلّق ردّد الطلاق بينهما بقوله: «هذه أو هذه» ويبقى الاشتباه في طلاق الثالثة وعدمه؛ لأنّه يمكن أن يكون المطلّق قصد بقوله: «وهذه» عطفها على المطلّقة، ولها[1] لأجل هذا الاحتمال رقعة منفردة.

---

(١) في ج: «وأمّا».

ويمكن أن يكون قصد عطفها على الثانية التي بيّنا بقاءها على الزوجية، ولهذا الاحتمال رقعة معها فتخرج رقعة لاستعلام حالها، فإن خرجت رقعتها المنفردة حكم بطلاقها، وإن خرجت الأُخرى التي مع الثانية كان حكمها حكمها في عدم الطلاق، وإن خرجت أوّلاً رقعة الثانية والثالثة حكم بطلاقهما جميعاً وكانت الأُولى على الزوجية، وإن خرجت أولاً رقعة الثالثة حكم بطلاقها ويبقى الاشتباه بين الأُولى والثانية فيخرج أُخرى، فإن خرجت الأُولى حكم بطلاقها وبقيت الثانية زوجة، وإن خرجت رقعة الثانية مع الثالثة حكم بطلاق الثانية أيضاً مع الثالثة وبقيت الأُولى على الزوجية.

قوله رحمه الله: «ولو قال: إحداكما طالق وقال: أردت الأجنبية قُبل، ولو قال: سُعدى واشتركتا فيه قيل: لايُقبل لو ادّعى قصد الأجنبية».

أقول: ذكر الشيخ في المبسوط هاتين المسألتين ولم يفرّق بينهما؛ لأنّه قال. فرع: اذا نظر الى امرأته وأجنبية فقال: إحداكما طالق ثمّ قال: نويت الأجنبية لم يقع الطلاق على زوجته بلا خلاف. ولو كان اسم زوجته زينب فقال: زينب طالق ثمّ قال: عنيت به جاريتي ـ وكان له جارية اسمها زينب ـ عندنا يُقبل منه، وعندهم لايُقبل منه. والفرق بينهما انّ قوله: «إحداكما» تصلح لكلّ واحدة منهما لفظاً، فاذا أُخبر انّه أراد إحداهما قُبل منه، وليس كذلك الأُخرى؛ لأنّه ما طلّق إلّا واحدة، وانّما شاركتها في هذا الاسم، لا أنّ اللفظ تناولها، واذا كان اللفظ لا يتناول إلّا واحدة فالعادة انّه لاتطلّق إلّا زوجته. ثمّ قال: وعندي انّه لا فرق بين الموضعين[1].

---

(١) المبسوط: كتاب الطلاق ج ٥ ص ٩٠.

قوله رحمه الله: «هل يقع الطلاق بالمعيّنة حين الايقاع أو من حيث التعيين؟ الأقرب الثاني، فتجب العدّة من حيث التعيين».

أقول: هذا أحد الفروع على صحّة الطلاق من غير التعيين، وهو انّه اذا طلّق إحدى زوجتيه من غير تعيين ثمّ عيّن بعد وقت آخر هل يحكم بوقوع الطلاق من وقت إنشائه أو من وقت التعيين؟ قوّى الشيخ في المبسوط انّه يقع من حيث التلفّظ بالطلاق قال: لأنّ الايقاع وقع حينئذٍ، وانّما بقي البيان عنها[1].

والمصنّف قال: الأقرب انّه من حين التعيين.

ووجه القرب ما ذكره المصنّف في نهاية الوصول وهو: انّ الطلاق أمر معيّن فيفتقر الى محلّ معيّن، فقبل التعيين لايقع الطلاق في واحدة منهما؛ لعدم الاختصاص، ويكون الموجود قبل التعيين ليس الطلاق، بل أمر له صلاحية التأثير في الطلاق عند اتّصال البيان به[2].

قوله رحمه الله: «والأقرب تحريم وطئهما معاً وإباحة من شاء منها».

أقول: أمّا تحريم وطئهما جميعاً فلاستلزام وطء المطلّقة، وهو غير جائز. وأمّا إباحة وطء غير واحدة[3] بحسب مسبّبه فلأنّ له تعيين الزوجة منهما أو المطلّقة

---

(١) المبسوط: كتاب الطلاق فصل في طلاق المريض ج ٥ ص ٧٨.

(٢) نهاية الوصول في علم الأصول: الفصل الخامس في أحكام الوجوب البحث الأوّل في وجوب ما يتوقّف عليه الواجب المطلق ص ٤٦ س ١٥.

(٣) في ج: «وطء واحدة».

موكول الى اختياره، فاذا وطأ إحداهما تعيّن الطلاق في الأُخرى وكان وطؤه للزوجة.

وأقول: في الحكم الأوّل نظر؛ لأنّه اذا كان الطلاق لايقع إلّا عند التعيين كانتا قبله باقيتين على الزوجية فلم يكن وطؤهما حراماً.

قوله رحمه الله: «ولو مات قبلهما ولم يعيّن فالأقوى انّه لاتعيين للوارث ولا قرعة، بل يوقف الحصّة حتى يصطلحن».

أقول: وجه القرب انّ التعيين كالطلاق، فانّه انّما يقع الطلاق عند التعيين ـ كما ذهب إليه المصنّف ـ وليس للوارث أن يطلّق، فلم يكن له أن يعيّن. وأمّا القرعة فلأنّها انّما تستعمل في شيء معيّن وجد ولم نعلم تعيينه، كما لو طلّق واحدة على التعيين واشتبه ثمّ مات قبل الذكر، امّا اذا لم يقع في نفس الأمر طلاق على واحدة بعينها فانّه لا فائدة في القرعة.

وأمّا الايقاف حتى يصطلحن فلانحصار الحقّ فيهنّ و جهالة المستحقّ له، فكان يجب أن يقضي فيه بالصلح بينهنّ، وفيه ما تقدّم من النظر، فانّه اذا لم يقع الطلاق قبل التعيين ولم يحصل التعيين قبل موته كانتا زوجتين له حال الموت فيرثانه بالسوية، فلا حاجة الى الايقاف، وانّما يوقف لو قلنا بوقوع الطلاق من وقت تلفّظه بالصيغة.

ويؤكّد ما قلناه ما قاله المصنّف قبل ذلك، وهو قوله: لو ماتتا معاً فإن له أن يعيّن من يشاء، وليس لورثتها منازعته ولا تكذيبه، ويرثهما معاً إن قلنا بوقوع الطلاق بالتعيين.

ونحن نقول: كذا يلزم لو مات قبلهما ورثتاه إن قلنا بوقوع الطلاق من حين

التعيين، فالحكم بإرثه منهما جميعاً على هذا القول، وعدم إرثهما جميعاً منه، بل واحدة بينهما[١] منافاة.

قوله رحمه الله: «وهل يكون الوطء بياناً؟ إشكال».

أقول: لايتوهّم أحد انّ هذه المسألة هي التي سبقت أوّلاً وقد تكرّرت، وانّ بينهما منافاة، فانّه قال قبل ذلك: لو وطأ إحداهما وقلنا: يقع الطلاق باللفظ كان تعيّناً، وإن قلنا بالتعيين لم يؤثر الوطء؛ لأنّ مراد المصنّف رحمه الله هناك اذا طلّق واحدة غير معيّنة لا لفظاً ولا قصداً ثمّ وطأ، وهاهنا اذا طلّق واحدة معيّنة ثمّ اشتبه فإن له أن يعيّن، ويرجع في ذلك الى قوله. فاذا وطأها هل يكون ذلك تعييناً؟ فيه إشكال.

ينشأ من وقوع الطلاق هنا في واحدة قطعاً، فلو لم تكن الموطوءة هي الزوجة لكان اذا وطأها اذا كانت بائناً أو بعد انقضاء عدّتها اذا كانت رجعية فعل حراماً، والأصل صيانة فعل المسلم عن فعل المحرّم.

ومن إمكان وقوع الوطء بكلّ منهما، فيرجع في ذلك الى قوله.

قوله رحمه الله: «ولو ماتتا قبله وقف نصيبه من كلّ منهما ثمّ يطالب بالبيان».

أقول: هذا أيضاً ليس بمنافٍ للحكم بأنّه اذا ماتتا قبله ورثهما لعين[٢] ما

---

(١) ليس في «س، ق».

(٢) في ش: «لغير».

ذكرناه، ومن انّ المراد هنا اذا طلّق واحدة معيّنة ثمّ اشتبهت بنسيان أو غيره، وهناك طلّق واحدة غير معيّنة.

قوله رحمه الله: «ولو مات الزوج خاصّة ففي الرجوع الى بيان الوارث إشكال، أقربه القرعة. ويحتمل الايقاف حتى يصطلحا».

أقول: هذا أيضاً من أحكام المطلّقة المعيّنة اذا اشتبهت، فلا يتأتّى ما سبق.

ووجه الإشكال من قيام الوارث مقام موروثه، فكان له التعيين، كما كان لوروثه.

ومن انّ تعيين الوارث إقرار، فلا ينعقد[1] على الزوجة الأُخرى، فإن إقرار المقرّ انّما يكون ماضياً على نفسه دون غيره.

والأقرب عند المصنّف القرعة؛ لأنّ نسبة كلّ واحدة من الزوجتين الى استحقاق الحصّة وعدمه على السوية، والحقّ منحصر فيهما، فتعيّن القرعة؛ لعدم الأولوية.

ويحتمل الايقاف حتى يصطلحن؛لأنّ المستحقّ له واحدة منهما وهي مجهولة، فلا يحصل القطع ببراءة الذمّة من وجوب ايصال الحقّ الى مستحقّه بدون رضاهما.

قوله رحمه الله: «ولو طلّق ـ الى قوله:ـ ومع الغيبة مدّة يعلم انتقالها من الطهر الذي وطأها فيه الى آخر صحّ، وقدّر قوم الغيبة بشهر، وآخرون بثلاثة».

---

(١) في ش: «ينفذ».

أقول: اذا وطأ الرجل زوجته ثمّ غاب عنها لم يجز له الطلاق في الحال، واختلفوا في مقدار الزمان الذي يجوز الطلاق بعد انقضائه، فقال المصنّف هنا: الذي يعلم المطلّق فيه انتقالها من الطهر الذي وطأها فيه الى طهر آخر، وهو قول ابن ادريس فانّه قال: وكذلك اذا كان غائباً بمقدار ما يعرف من حالها أو عادتها وقع طلاقه[١].

وقدّره الشيخ في النهاية بشهر فقال فيها: ومتى لم يكن دخل بالمرأة وطلّقها وقع الطلاق وإن كانت حائضاً، وكذلك إن كان غائباً عنها شهراً فصاعداً[٢].

وابن الجنيد قدّره بثلاثة أشهر فانّه قال: وينتظر الغائب بزوجته من آخر جماع أوقعه ثلاثة أشهر[٣].

واعلم انّ جماعة من أصحابنا لم يعتبروا شيئاً من هذه الأُمور الثلاثة، وجوّزوا طلاق الغائب مطلقاً.

منهم: ابن أبي عقيل فانّه قال: وقد توالت الأخبار عن الصادقين عليهم السلام في انّ خمساً يطلّقن على كلّ حال: اذا شاء أزواجهنّ في أيّ وقت شاء، وأوّلهنّ التي قد يئست من المحيض، والتي لم تبلغ الحيض، والتي لم يدخل بها زوجها، والحامل، والغائب عنها زوجها تطليقة واحدة[٤].

ومنهم: علي بن بابويه حيث قال: واعلم يا بني انّ خمساً يطلّقن على كلّ حال،

---

(١) السرائر: كتاب الطلاق ج ٢ ص ٦٩٠.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب أقسام الطلاق وشرائطه ج ٢ ص ٤٣٤.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الأوّل في الطلاق ص ٥٨٧ س ٢٩.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الأوّل في الطلاق ص ٥٨٧ س ٢٣.

وعدّ الخمس المذكورات[١].

ومنهم: أبو الصلاح حيث قال: ومن شرط صحّة الطلاق ايقاعه في طهر لا مساس فيه بحيث يمكن اعتباره. واحترز عمّن لايمكن ذلك منها، وهي التي لم يدخل بها، والتي لم تبلغ المحيض، واليائسة، والحامل، والغائبة[٢]؛ لتعذّر العلم به منهنّ، وقبح التكليف مع التعذّر[٣].

قوله رحمه الله: «أو من المطلّقات أو مطلّقة ـ على رأي ـ أو طلّقت فلانة ـ على رأي ـ لم يقع».

أقول: يريد انّه لو قال لزوجته: أنت من المطلّقات أو طلّقت فلانة لم يقع، خلافاً للشيخ في المسألتين حيث قال في كلّ منهما: انّه يقع الطلاق[٤].

قوله رحمه الله: «ولو قال: طلّقت فلانة فقال: نعم قيل: يقع».

أقول: القائل بذلك هو الشيخ رحمه الله فانّه قال في النهاية: فإن قيل للرجل: هل طلّقت فلانة؟ فقال: نعم كان الطلاق واقعاً[٥].

قوله رحمه الله: «وفي النداء إشكال».

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الأوّل في الطلاق ص ٥٨٧ س ٢٥.

(٢) الكافي في الفقه: فصل في الطلاق وأحكامه ص ٣٠٥ ـ ٣٠٦.

(٣) في ش: «والغائب».

(٤) المبسوط: كتاب الطلاق فصل فيما يقع به الطلاق ومالايقع ج ٥ ص ٢٥.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب أقسام الطلاق وشرائطه ج ٢ ص ٤٢٧.

أقـول: لو قال لزوجته: يا طالق قاصداً لإنشاء الطلاق ففي وقوع الطلاق به إشكال.

ينشأ من انّ اللفظ الصريح لهذا المعنى لفظة «طالق» اذا جعله وصفاً لها، وهو هنا متحقّق، فإنّ معنى «يا طالق» أي يا مطلّقة.

ومن أصالة بقاء النكاح إلّا مع التعيين بالإتيان باللفظ المخصوص وهو: أنتِ طالق، أو ما قام مقام «أنتِ».

واعلم انّ الشيخ في المبسوط حكم بوقوع الطلاق بقوله: «يا طالق» فقال في باب الايمان: اذا قال لزوجته: يا طالق أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله وقع الطلاق ـ بقوله: يا طالق ـ عندنا اذا نوى ذلك، وعندهم بلا نيّة[1].

قـوله رحمـه الله: «ولا يـقع بـالكنايات ـ الى قوله: ـ اعتدّي على رأي».

أقـول: المشهور بين علمائنا انّ الطلاق لا يقع بقول الزوج لامرأته: اعتدّي ـ كما ذهب إليه المصنّف ـ خلافاً لابن الجنيد حيث قال: الطلاق لا يقع إلّا بلفظ الطلاق، أو قوله: اعتدّي[2].

قوله رحمه الله: «أو خيّرها فاختارت نفسها في الحال على رأي».

أقـول: هاتان مسألتان اختلف فيهما علماؤنا:

---

(١) المبسوط: كتاب النذر ج ٦ ص ٢٥٢.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الأوّل في الطلاق ص ٥٨٥ س ٧.

الأُولى: اذا خيّر الرجل امرأته فاختارت نفسها قال المصنّف: لا يقع، سواء اختارت نفسها في الحال أو لا، وهو مذهب الشيخ في النهاية[١] وكتابَي المبسوط[٢] والخلاف[٣]، واختاره ابن ادريس[٤]، خلافاً لابن الجنيد، وابن أبي عقيل، وظاهر كلام علي بن بابويه.

أمّا ابن الجنيد فانّه قال: اذا أراد الرجل أن يخيّر امرأته اعتزلها شهراً وكانت على طهر من غير جماع ـ في مثل الحال الذي لو أراد أن يطلّقها ثمّ خيّرها فقال لها: قد خيّرتك وقد جعلت أمرك إليك ـ ويجب أن يكون ذلك بشهادة، فإن اختارت نفسها من غير أن تتشاغل بحديث من قول أو فعل كان يمكنها أن لا تفعله صحّ اختيارها، وان اختارت بعد فعلها ذلك لم يكن اختيارها ماضياً، فإن اختارت في جواب قوله لها ذلك وكانت مدخولاً بها وكان تخييره ايّاها من غير عوض أخذه منها كانت كالطلقة الواحدة التي هو أحقّ برجعتها في عدّتها، وإن كانت غيرمدخول بها فهي تطليقة بائنة، وإن كان تخييره عن عوض أخذه فهي بائن وهي أملك بنفسها، فإن جعل الاختيار الى وقت بعينه فاختارت قبله جاز اختيارها، وإن اختارت بعده لم يجز[٥].

وأمّا ابن أبي عقيل فقال: والخيار عند آل الرسول عليهم السلام أن يخيّر الرجل امرأته ويجعل أمرها إليها في أن تختار نفسها أو تختاره بشهادة شاهدين من قبل

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب أقسام الطلاق وشرائطه ج ٢ ص ٤٢٦.

(٢) المبسوط: كتاب الطلاق فصل فيما يقع به الطلاق ومالايقع ج ٥ ص ٢٩ ـ ٣٠.

(٣) الخلاف: كتاب الطلاق المسألة ٣١ ج ٤ ص ٤٧٠ طبعة اسماعيليان.

(٤) السرائر: كتاب الطلاق ج ٢ ص ٦٧٦.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الأوّل في الطلاق ص ٥٨٤ س ٦.

عدّتها، فإن اختارت المرأة نفسها في المجلس فهي تطليقة واحدة وهو أملك برجعتها مالم تنقض عدّتها، وإن اختارت زوجها فليس بطلاق، ولو تفرقّا ثمّ اختارت المرأة نفسها لم يقع شيء، ولو قال لها: قد جعلت أمرك بيدك فاختاري نفسك في مجلسٍ فسكتت فتحوّلت من مجلسها بطل اختيارها لترك ذلك، وان سمّى الرجل الاختيار وقتاً معلوماً ثمّ رجع عنه قبل بلوغ الوقت كان ذلك له، وليس يجوز للزوج أن يخيّرها أكثر من واحدة بعد واحدة وخيار بعد خيار بطهر وشاهدين، فإن خيّرها أكثر من واحدة أو خيّرها أن تخيّر نفسها في غير عدّتها كان ذلك ساقطاً غير جائز، وإن خيّر الرجل أباها أو أخاها أو واحداً من أوليائها كان كاختيارها[1].

وأمّا علي بن بابويه فانّه قال: فمنه طلاق السنّة وطلاق العدّة ـ الى أن قال: ـ ومنه التخيير. ثمّ قال بعد أقسام الأوّلين: وأمّا التخيير فأصل ذلك انّ الله تعالى آنف لنبيّه صلّى الله عليه وآله لمقالة قالها بعض نسائه: أترى محمّداً لو طلّقنا أن لا نجد أكفّاءنا من قريش يتزوّجونا، فأمر الله عزّوجلّ نبيّه صلّى الله عليه وآله أن يعتزل نساءه تسعة وعشرون يوماً في مشربة أُمّ إبراهيم، ثمّ نزلت هذه الآية: ﴿يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتنّ تُردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالَين أُمتّعكنّ وأُسرّحكنّ سراحاً جميلاً * وإن كنتنّ تردن الله ورسوله والدار الآخرة فإن الله أعدّ للمحسنات منكنّ أجراً عظيماً﴾ فاخترن الله ورسوله فلم يقع الطلاق[2].

وأمّا ابنه فانّه روى ذلك وعيّن المرأة فقال: انّها حفصة[3].

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الأوّل في الطلاق ص ٥٨٤ س ١١.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الأوّل في الطلاق ص ٥٨٤ س ١٧، والآية ٢٨ من سورة الأحزاب.

(٣) المقنع: باب الطلاق ص ١١٦.

الثانية: اذا قال: أنت طالق لرضا فلان، فعند المصنّف لا يقع.

خلافاً للشيخ حيث فصّل فقال في المبسوط ـ ما هذا معناه وهو ـ: إن لم يكن له نيّة لم يقع الطلاق، وإن نوى وقال: قصدت الشرط لم يقع، ولأنّ قصد العلّة وقع. قال: لأنّ قوله: «لرضا فلان» يحتمل العلّة والشرط، فإن كانت العلّة أظهر فالشرط محتمل، وعندنا انّما قبل لأنّ المراعى نيّته. هذا اذا قال وفسّر قبل خروجها من العدة، فإن خرجت من العدّة وقال: أردت الشرط ليبطل الطلاق على مذهبنا لم يقبل منه في الظاهر؛ لأنّ الظاهر التعليل[١].

وابن سعيد فصّل أيضاً فقال: إن قصد الغرض صحّ، وإن قصد الشرط لم يصحّ[٢].

قوله رحمه الله: «ولا يقع بالإشارة إلّا مع العجز عن النطق كالأخرس، وفي رواية يلقى القناع عليها».

أقول: عند المصنّف انّ طلاق الأخرس يقع بالإشارة المقيّدة لذلك، وهو مذهب الشيخ[٣]، وابن الجنيد[٤]، وابن البرّاج[٥]، وابن ادريس[٦].

وفي رواية انّه يلقى القناع على رأسها، وهو مذهب علي بن بابويه[٧] في رسالته،

---

(١) المبسوط: كتاب الطلاق فصل في طلاق المدخول بها ج ٥ ص ١٥.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب الطلاق ج ٣ ص ١٩.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب أقسام الطلاق وشرائطه ج ٢ ص ٤٣٣.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الأوّل في الطلاق ص ٥٩١ س ١.

(٥) لم نعثر عليه في المهذّب ونقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الأوّل في الطلاق ص ٥٩١ س ١.

(٦) السرائر: كتاب الطلاق ج ٢ ص ٦٧٨.

(٧) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الأوّل في الطلاق ص ٥٩١ س ٢.

وابنه في المقنع[١]، وابن حمزة[٢].

والرواية المشار إليها هي رواية أبي بصير[٣]، والسكوني[٤]، كلّ منهما عن الصادق عليه السلام قال: طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها ويضعها على رأسها ثمّ يعتزلها.

قوله رحمه الله: «ولا الكتابة وإن كان غائباً على رأي».

أقول: يريد انّه ولا يقع الطلاق أيضاً بالكتابة وإن كان المطلّق غائباً، وهو مذهب ابن ادريس[٥]، وأحد قولَي الشيخ ذكره في الخلاف[٦].

والقول الآخر: انّه يصحّ، قاله في النهاية[٧]، وهو قول ابن البرّاج[٨]، وابن حمزة[٩].

---

(١) المقنع: باب الطلاق ص ١١٩.

(٢) الوسيلة: كتاب الطلاق فصل في بيان أقسام الطلاق ص ٣٢٤.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ٣ أحكام الطلاق ح ٢٣٣ ج ٨ ص ٩٢، وسائل الشيعة: ب ١٩ من أبواب مقدّماته وشرائطه ح ٥ ج ١٥ ص ٣٠١.

(٤) تهذيب الأحكام: ب ٣ أحكام الطلاق ح ١٦٨ ج ٨ ص ٧٤، وسائل الشيعة: ب ١٩ من أبواب مقدّماته وشرائطه ح ٢ ج ١٥ ص ٣٠٠.

(٥) السرائر: كتاب الطلاق ج ٢ ص ٦٧٧.

(٦) الخلاف: كتاب الطلاق المسألة ٢٩ ج ٤ ص ٤٦٩.

(٧) النهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب أقسام الطلاق وشرائطه ج ٢ ص ٤٢٩ ـ ٤٣٠.

(٨) المهذّب: كتاب الطلاق باب بيان ما يقع به الطلاق ج ٢ ص ٢٧٧.

(٩) الوسيلة: كتاب النكاح فصل في بيان أقسام الطلاق ص ٣٢٣ وفيه: «بشروط أربعة».

قوله رحمه الله: «فلو قال للطاهر المدخول بها: أنت طالق للبدعة فالأقرب البطلان؛ لأنّ البدعي لايقع وغيره ليس بمقصود».

أقول: يريد أقرب المذهبين انّه لايقع ـ لما ذكره ـ خلافاً للشيخ حيث قال في مسائل الخلاف بأنّه يقع، فانّه قال: اذا قال لها في طهر لم يجامعها فيه: أنت طالق للبدعة وقع طلاقه في الحال، وقوله: «للبدعة» لغوٌ، إلّا أن ينوي انّها طالق اذا حاضت فانّه لايقع أصلاً؛ لأنّه علّقه بشرط[1].

لكنّه قال بعد ذلك: ولو قال لها: أنت طالق طلاق الحرج فانّه لايقع به فرقة؛ لأنّ قوله: «حرج» يعني: إثماً، والطلاق المسنون لايكون فيه إثم، فاذا ثبت انّ فيه إثماً كان مبدعاً، وطلاق البدعة لايقع عندنا[2]. فظاهر كلامه متنافٍ.

قوله رحمه الله: «امّا لو قال: نصفي طلقة أو ثلاثة أثلاث طلقة فالأقرب الوقوع».

أقول: وجه القرب انّ الضميمة ليست رافعة لمقتضى العقد، فيقع بقوله: «أنت طالق».

خلافاً للشيخ في المبسوط حيث قال: لو قال: أنتِ طالق نصفي طلقة لم يقع[3]، واختاره المصنّف في المختلف[4].

---

(١) الخلاف: كتاب الطلاق المسألة ٨ ج ٤ ص ٤٥٥.

(٢) الخلاف: كتاب الطلاق المسألة ١٥ ج ٤ ص ٤٥٨ ـ ٤٥٩.

(٣) المبسوط: كتاب الطلاق فصل في الطلاق بالحساب ج ٥ ص ٥٧.

(٤) مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الأوّل في الطلاق ص ٥٩٣ س ٣٧.

قوله رحمه الله: «ولو قال: أنتِ طالق قبل طلقة أو بعدها أو قبلها أو معها لم يقع وإن كانت مدخولاً بها، ويحتمل الوقوع لو قال: مع طلقة أو قبل طلقة أو بعدها أو عليها».

أقول: وجه هذه الاحتمال انّه أتى فيها باللفظ الصريح الموضوع للطلاق وهو قوله: أنتِ طالق، وهذه الضمائم الأخيرة ليست منافية للطلاق فكان واقعاً، بخلاف بعد طلقة أو قبلها طلقة؛ لأنّه وصف المطلّقة المقصودة بأنّها متأخّرة عن طلقة أُخرى لم يتحقّق، فلم تقع الموقوفة عليها.

قوله رحمه الله: «ولو قال: أنتِ طالق ثلاثاً أو اثنتين قيل: بطل، وقيل: يقع واحدة».

أقول: القائل بأنّه يبطل الحسن بن أبي عقيل فانّه قال: لو طلّقها ثلاثاً بلفظ واحد وهي طاهر لم يقع عليها شيء[١]، وهو ظاهر كلام سلّار حيث شرط في الطلاق أن يكون موحّداً[٢]، وهو أيضاً مذهب ابن حمزة فانّه قال: وبدعة القول وهو الطلاق المعلّق بالشرط وايقاع الطلاق ثلاثاً بلفظة واحدة، ولا يقع كلاهما[٣].

والقول بأنّها تقع واحدة مذهب الشيخ في النهاية[٤]، وابن البرّاج[٥]،

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الأوّل في الطلاق ص ٥٨٦ س ٣٧.

(٢) المراسم: كتاب الفراق طلاق العدّة ص ١٦٠.

(٣) الوسيلة: كتاب الطلاق فصل في بيان أقسام الطلاق ص ٣٢٢.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب أقسام الطلاق ج ٢ ص ٤٣٣.

(٥) المهذّب: كتاب الطلاق باب بيان ما يقع به الطلاق ج ٢ ص ٢٧٨.

وابن زهرة[١]، وابن ادريس[٢].

قوله رحمه الله: «ولو قال: زينب طالق بل عمرة طلقتا جميعاً على إشكال، ينشأ من اشتراط النطق بالصريح».

أقول: ومن انّ النطق بالصريح وهو «طالق» وجب، ولايجب تعدّده لو تعدّدت الزوجات وعطف بعضهنّ[٣] على بعض، كما لو قال: هذه طالق وهذه فانّ الثانية تطلّق وإن لم يقل طالق مرة أُخرى. وكون «بل» للاضراب لا مدخل له في الفساد، ولأنّ المقتضي للفساد لو قيل به انّما هو عدم «بل عمرة طالق» وهو منقوض بقوله: هذه طالق وهذه، فانّها لم يتعقّبها[٤] بلفظ الطلاق.

قوله رحمه الله: «ولو شهد من ظاهره العدالة وقع وان كانا في الباطن فاسقين أو أحدهما وحلّت عليهما على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حصول شرط الطلاق، إذ الشرط في الشاهدين أن يكونا على ظاهر العدالة، لا العدالة في نفس الأمر، والمستوران ظاهرهما العدالة فكان واقعاً، ومتى جامع حلّت عليهما.

---

(١) الغنية «الجوامع الفقهية»: في الطلاق ص ٥٥٣ س ١.

(٢) السرائر: كتاب الطلاق ج ٢ ص ٦٧٨ ـ ٦٧٩.

(٣) في ج: «بعض».

(٤) في ج: «يعقبها».

ومن انّ الشرط هو العدالة، لكن لمّا كان لا طريق لغيرهما الى العلم بحالهما كان تكليف غيرهما البناء على الظاهر؛ بخلاف الشاهدين أنفسهما لعلمهما بعدم حصول الشرط.

قوله رحمه الله: «امّا لو كان ظاهراً على فسقهما فالوجه البطلان».

أقول: يريد لو كان الزوج ظاهراً على فسق الشاهدين المستورين فالوجه بطلان الطلاق؛ لأنّ الآية[1] تضمّنت الأمر للأزواج بإشهاد عدلين، ولم يحصل؛ لكونهما فاسقين عنده.

قوله رحمه الله: «ولو كان أحدهما الزوج ففي صحّة ايقاع الوكيل إشكال».

أقول: ينشأ من انّ المطلّق ـ أعني الوكيل ـ الموقع لصيغة الطلاق قد أشهد عدلين.

ومن انّ الأمر بالإشهاد للزوج، وعبارة الوكيل في الحقيقة كالصادرة من الموكّل، فاقتضى مغايرة الزوج المأمور للشاهدين المأمور بإشهادهما.

اذا عرفت هذا فلو قلنا بوقوع الطلاق لو شهد الزوج مع غيره لم يثبت ذلك بشهادته مع ذلك الغير؛ لأنّه على تقدير إنكار الزوجة للطلاق اذا شهد به كان شاهداً على دعوى نفسه، فلا تسمع ولا تثبت بالشاهد الآخر؛ لعدم ثبوته بالشاهد الواحد.

---

(١) المقصود منها الآية ٢ من سورة الطلاق.

قوله رحمه الله: «ولو طلّق الحامل وراجعها جاز أن يطأها ويطلّقها ثانية للعدّة، وفي السنّة قولان».

أقول: أحد القولين: المنع من طلاقها للسنّة، وهو قول الشيخ[١]، وابن البرّاج[٢]، وابن حمزة[٣].

والآخر: الجواز، وهو قول ابن ادريس فانّه قال: يجوز طلاقها للسنّة كما يجوز للعدّة، إذ لا مانع من ذلك[٤].

وقال المصنّف في المختلف: والتحقيق في هذا الباب أن نقول: طلاق السنّة والعدّة واحدة، وانّما يصير للسنّة بترك الرجعة وترك المواقعة، وللعدّة بالرجعة في العدّة والمواقعة، فاذا طلّقها لم يظهر انّه للسنّة أو للعدّة إلّا بعد وضع الحمل؛ لأنّه إن راجع قبله كان الطلاق للعدّة، وإن تركها حتى تضع كان الطلاق للسنّة، فإن قصد الشيخ ذلك فهو حقّ، والأخبار تدلّ عليه[٥].

واعلم انّ قول المصنّف في تحقيقه[٦] انّه «اذا طلّقها لم يعلم كونه للسنّة أو للعدّة إلّا بعد الوضع» مستدرك؛ لأنّه يعلم كونه للعدّة قبل الوضع، بأن يراجعها قبله ثمّ يواقعها ثمّ يطلّقها، ثمّ يجوز له أن يراجعها أيضاً ثمّ يواقعها ثمّ يطلّقها الثالثة فتحرم

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب كيفية أقسام الطلاق ج ٢ ص ٤٤١ ـ ٤٤٢.

(٢) الوسيلة: كتاب الطلاق فصل في بيان أقسام الطلاق ص ٣٢٢.

(٣) المهذّب: كتاب الطلاق باب طلاق الحامل المستبين حملها ج ٢ ص ٢٨٥.

(٤) السرائر: كتاب الطلاق ج ٢ ص ٦٨٩.

(٥) مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الأوّل في الطلاق ص ٥٨٨ السطر الأخير.

(٦) في ج: «الحقيقة».

عليه حتى تنكح زوجاً غيره، ولايتوقّف العلم بذلك على الوضع.

ولو قال: لايعلم كونه للسنّة حتى تضع كان حقّاً، وذلك ليس مخصوصاً بالحامل، بل لكلّ مطلّقة طلاقاً رجعياً معتدّة لايعلم كون طلاقها للسنّة حتى تنقضي عدّتها، سواء كانت بالوضع أو بالإقراء أو بالأشهر، فانّه متى انقضت عدّتها ولم يراجع علم انّه للسنّة وقبل ذلك لايعلم.

قوله رحمه الله: «ولو طلّق الحامل ثمّ راجعها ـ الى قوله: ـ وإن طلّقها في طهرٍ آخر من غير مواقعة فأصحّ الروايتين الوقوع».

أقول: إحدى الروايتين المشار إليهما هي: ما رواه محمّد بن مسلم قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل طلّق امرأته وأشهد على الرجعة ولم يجامع ثمّ طلّق في طهر آخر على السنّة، أتثبت التطليقة الثانية بغير جماع؟ قال: نعم اذا هو أشهد على الرجعة ولم يجامع كانت التطليقة ثانية[1].

والرواية الأُخرى هي: ما رواه أبو بصير، عن الصادق عليه السلام قال: المراجعة في الجماع، وإلّا فانّما هي واحدة[2]. والأُولى أصحّهما.

أمّا أوّلاً: فلاعتضادها بالرواية الصحيحة عن الرضا عليه السلام، وهي: ما رواه أحمد بن محمّد بن أبي نصر في الصحيح قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣ أحكام الطلاق ح ٥٨ ج ٨ ص ٤٥، وسائل الشيعة: ب ١٩ من أبواب أقسام الطلاق ح ١ ج ٥ ص ٣٧٨.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٣ أحكام الطلاق ح ٥٤ ج ٨ ص ٤٤، وسائل الشيعة: ب ١٧ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ح ١ ج ١٥ ص ٣٧٦.

طلّق امرأته بشاهدين، ثمّ راجعها ولم يجامعها بعد الرجعة حتى طهرت من حيضها ثمّ طلّقها على طهر بشاهدين أيقع عليها التطليقة الثانية وقد راجعها ولم يجامعها؟ قال: نعم[١].

وأمّا ثانياً: فلأنّها بالمراجعة لها صارت زوجة إجماعاً، فيصحّ طلاقها كغيرها من الزوجات.

قوله رحمه الله: «وكذا لو أوقع الطلاق قبل المواقعة في الطهر الأوّل بعد طلاق آخر فيه على أقوى الروايتين».

أقول: أقوى الروايتين هي: ما رواه إسحاق بن عمّار، عن أبي الحسن عليه السلام، قال: قلت له: رجل طلّق امرأته ثمّ بدا له فراجعها بشهود ثمّ طلّقها ثمّ راجعها بشهود تبين منه؟ قال: نعم، قلت: كلّ ذلك في طهرٍ واحد؟ قال: تبين منه[٢].

والرواية الأُخرى هي: ما رواه عبدالرحمن بن الحجّاج قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: في الرجل يطلّق امرأته له أن يراجعها؟ قال: لا يطلّق التطليقة الأُخرى حتى يمسّها[٣].

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣ أحكام الطلاق ح ٥٩ ج ٨ ص ٤٥، وسائل الشيعة: ب ١٩ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ح ٢ ج ١٥ ص ٣٧٨ ـ ٣٧٩.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٣ أحكام الطلاق ح ٢٣٦ ج ٨ ص ٩٢، وسائل الشيعة: ب ١٩ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ح ٥ ج ١٥ ص ٣٧٩.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ٣ أحكام الطلاق ح ٥٣ ج ٨ ص ٤٤، وسائل الشيعة: كتاب الطلاق ب ١٧ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ح ٢ ج ١٥ ص ٣٧٦.

وانّما كانت الأُولى أقوى لأنّ الرواية الأُولى تضمّنت جواز الطلاق في الطهر الواحد، وهو طلاق خاصّ؛ لأنّه نوع معيّن من طلاق السنّة بالمعنى الأعمّ. والرواية الأُخرى تضمّنت المنع من مطلق الطلاق، فوجب حملها على عدم صحّة طلاق العدّة بغير جماع من حيث إنّه شرط في طلاق العدّة، وانّما حملناها على ذلك ليكون جمعاً بين الروايتين، ولو أجرينا الأُخرى على عموم المنع من مطلق الطلاق لزم إبطال الأُولى بالكلّية، فكان الجمع بينهما أولى.

قوله رحمه الله: «والمختلعة مالم ترجع في البذل، فإن رجعت في العدّة انقلب رجعياً، بمعنى انّ للزوج الرجوع في البضع، وهل يتبعه وجوب الإنفاق وتحريم الرابعة والأُخت؟ الأقرب ذلك».

أقول: أحد أقسام البائن المختلعة والمباراة، فانّ[1] ذلك مقتضي[2] لبينونة المرأة من الرجل، فيلزم عدم جواز رجوعه قبل رجوعها في البذل مادامت في العدّة إلّا بعقد جديد، فاذا رجعت جاز للزوج الرجوع في البضع إجماعاً. وهل يتبع جواز رجوعه أحكام المطلّقة رجعياً بحيث يجب عليه الإنفاق عليها مادامت في العدّة وإن لم يرجع كما يجب عليه النفقة للمطلّقة رجعياً؟ ويحرم عليه أن يتزوّج برابعة أو بأُختها؟ الأقرب عند المصنّف ذلك؛ لأنّ هذه أحكام تتعلّق بالرجعة، ومعناها: التي يجوز للزوج مراجعتها في العدّة، وهذا المعنى متحقّق هنا، فوجب تعلّق الأحكام المذكورة.

---

(١) في ج: «و».

(٢) في ش: «يقتضي».

قوله رحمه الله: «وفي الأمة والذمّية إشكال اذا أُعتقت أو أسلمت».

أقول: يريد انّه اذا طلّق المريض زوجته الأمة أو الذمّية ثمّ مات وأُعتقت الأمة أو أسلمت الكافرة هل ترث من تركته أم لا؟ فيه إشكال.

ينشأ من عموم الدليل الدالّ على إرث الزوجة المطلّقة في مرض الموت الى سنة المتناول للمعتقة والمسلمة.

ومن انّ الظاهر انّ إثبات الميراث للتهمة ـ وهو إرادته حرمان الزوجة ـ فقابله الشارع بنقيض مطلوبه ـ وهو إثبات الميراث الى سنة ـ والتهمة هنا منتفية؛ لأنّ المطلّقة كانت عند الطلاق موصوفة بما يمنع من الإرث ـ وهو الكفر أو الرقّ ـ فينتفي معلوله ـ أعني المنع من الميراث ـ.

قوله رحمه الله: «وفي المستند إليه باللواط نظر».

أقول: يريد انّه لو طرأ ما يوجب انفساخ النكاح بفعل الزوج ـ كما لو لاط بأُمّ الغلام أو أُخته ـ هل يسقط الميراث أم لا؟ فيه نظر.

ينشأ من ورود النصّ ببينونة[1] المطلّقة، وهذه ليست مطلّقة فلم يكن لها ميراث.

ومن ظهور كون ثبوت الميراث للتهمة، وهي ثابتة هنا فكان لها الميراث.

قوله رحمه الله: «وفي العيب إشكال إن كان من طرفه».

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٤٣ ميراث المطلّقات ج ٩ ص ٣٨٣، وسائل الشيعة: ب ١٢ من أبواب ميراث الأزواج ج ١٨ ص ٥٣٠.

أقــول: يريد انّه لو كان الفسخ لأجل عيب وكان الفسخ من جهة الزوج لعيب في المرأة ففي إرثها إشكال، منشأه ما تقدّم.

قوله رحمه الله: «ولو ارتدّت المطلّقة ثمّ مات في السنة بعد عودها أو ارتدّ هو فالأقرب الإرث».

أقــول: هاتان مسألتان:

الأُولى: اذا طلّق المريض زوجته ثمّ ارتدّت ومات الزوج بعد ذلك ثمّ عادت الى الاسلام قبل انقضاء السنة الأقرب انّها ترثه؛ لأنّها وقت الطلاق ثبت لها استحقاق الميراث من وقته الى سنة ـ وهي عند الموت مسلمة ـ فكان لها الميراث، وارتدادها قبل موته لايقدح في استحقاقها الإرث، كما لو ارتدّت زوجة المسلم بعد الدخول بها ثمّ عادت في العدّة ومات.

الثانية: لو طلّقها مريضاً ثمّ ارتدّ ـ امّا قبل الدخول أو بعده ـ وانقضت العدّة على كفره ثمّ مات في أثناء السنة الأقرب ثبوت الإرث لها؛ لما قلناه من ثبوت استحقاقها الإرث الى سنة بالطلاق في المرض، فلا يزول ذلك بارتداده، فإن غايته حصول البينونة وهي لا تمنع عن إرثها فكان استحقاقها باقياً.

ويمكن أن يقال: لو انفسخ العقد بارتداده ثمّ مات في أثناء السنة فالأقرب، الإرث؛ لأنّ البينونة حصلت من جهته.

قوله رحمه الله: «والأخرس بالإشارة الدالّة عليه، وقيل بأخذ القناع من رأسها».

أقــول: القائل بذلك هو علي بن بابويه في الرسالة[1]، وابنه في المقنع[2] فانّهما

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الأوّل في الطلاق ص ٥٩١ س ٢.

(٢) الوسيلة: كتاب الطلاق فصل في بيان أقسام الطلاق ص ٣٢٤.

قالا: اذا أراد مراجعتها رفع القناع عنها يرى انّها قد حلّت له. وهو مذهب ابن حمزة فانّه قال: واذا أراد الرجعة كشف المقنعة عن رأسها[١].

قوله رحمه الله: «ولو كذّبها مولاها في تصديق زوجها على وقوع الرجعة في العدّة وادعى خروجها قبل الرجعة لم يقبل منه، ولا يمين على الزوج؛ لتعلّق النكاح بالزوجين على إشكال».

أقول: منشأه ممّا ذكره المصنّف.

ومن أنّ للوليّ حقّ والتداعي في الحقيقة بين الزوج والمولى؛ لأنّ خروج عدّة المطلّق من غير رجوع يقتضي تملّك السيد للبضع دون الزوج، والرجوع في العدّة تقتضي تملّك البضع للزوج دون المولى، فلا أقلّ من توجّه اليمين على الزوج.

قوله رحمه الله: «ولو ارتدّت بعد الطلاق ففي المنع من الرجعة إشكال، ينشأ من كون الرجعية زوجة، ومن عدم صحّة الابتداء، وكذا الزوجة، فإن رجعت رجع في العدّة إن شاء، وكذا الإشكال لو طلّق الذمّية، والأقرب جواز الرجوع».

أقول: لو كان الزوجان ذمّيين ثمّ أسلم الزوج وطلّق الزوجة الذمّية طلاقاً رجعياً ففي صحّة رجوعه في العدّة إشكال، ينشأ ممّا ذكره في المرتدّة.

---

(١) المقنع: باب الطلاق ص ١١٩.

والأقرب عنده جواز المراجعة؛ ولأنّه ليس باستئناف عقد، بل هو بقاء على حكم النكاح السابق، فإن الرجعة في حكم الزوجة، ولهذا جاز للمحرم مراجعة النساء، ولو كان استئنافاً للعقد لكان حراماً.

اذا عرفت هذا فلو منعنا الرجوع هنا وفي المرتدّة حتى عادت الى الاسلام في العدّة لم يكن الأوّل كافياً، وافتقر الى تجديد رجعة أُخرى؛ لوقوع الرجعة الأُولى باطلة.

قوله رحمه الله: «والأقرب في ردّتها الى النكاح، وأمسكت الصحّة مع النيّة».

أقول: وجه القرب من حيث إنّه لفظ دالّ على الرجوع في النكاح اذا قصده وقد قصده فيكون رجوعاً صحيحاً.

قوله رحمه الله: «وفي التزويج إشكال».

أقول: منشأه من انّه دالّ على إرادة النكاح فكان رجوعاً.

ومن انّ التزويج انّما يخاطب به الأجنبية، فيكون ذلك تقديراً على حكم الطلاق.

قوله رحمه الله: «وكذا اعدت الحلّ ورفعت التحريم».

أقول: يريد وكذا الإشكال لو قال المطلّق رجعياً: اعدت الحلّ ورفعت التحريم.

ومنشأه احتمال إرادة إعادة الحلّ إليه ورفع التحريم عليه فيكون رجوعاً.

ومن احتمال إرادة إعادة الحلّ الى غيره ورفع التحريم عن الغير.

قوله رحمه الله: «لو ادّعى الرجعة في وقت إمكان إنشائها قدّم قوله، مع احتمال تقديم قولها فحينئذٍ لايجعل إقراره إنشاءً».

أقول: وجه تقديم قوله انّه اختلاف في فعله وله أن يفعله فكان قوله فيه مقبولاً.

ووجه تقديم قولها انّها منكرة لصدور الرجعة منه، والقول عند اختلاف المتداعيين قول المنكر، عملاً بالخبر، فعلى القول بتقديم قولها لايكون إقراره بتقديم الرجعة إنشاء للرجعة الآن؛ لأنّ إقراره كونه إخباراً عن رجعة سابقة ينافي[1] كونه رجعة، وذلك لأنّ مدلول إقراره بالرجعة السابقة إخبار بوقوع الرجعة في زمان متقدّم بغير هذا الخبر، ومدلول الإنشاء إيجاد الرجعة الآن بنفس هذا الإنشاء، وهما متنافيان.

لايقال: لِمَ لايجوز أن يكون هذا الخبر الواحد دالاًّ على الأمرين ويمنع التنافي لهما؟

لأنّا نقول: انّ كونه إخباراً لمقتضى عود الزوجة من دون هذا الخبر برجعة مغايرة وكونها رجعة يقتضي[2] عدم عود الزوجية إلّا به، وذلك متناقض.

قوله رحمه الله: «واذا طلّقت مرّة أو مرّتين ثمّ تزوّجت ففي الهدم روايتان، أقربهما ذلك».

أقول: اذا طلّق الزوج امرأته طلقة واحدة أو طلقتين ثمّ تزوّجت بغيره

---

(١) في ج: «لاينافي».

(٢) في ج: «لايقتضي».

وفارقها الثاني بعد الدخول بها بالعقد الدائم بطلاق أو موت واعتدّت منه ثمّ تزوّجها الأوّل هل تبقى معه على باقي الثلاث أو على ثلاث مستأنفات ويكون الزوج الثاني قد هدم حكم الطلاق السابق كما يهدم الثلاث؟ فيه روايتان:

إحداهما: الهدم وهي: ما رواه الشيخ عن أحمد بن محمّد بن عيسى، عن البرقي، عن القاسم بن محمّد الجوهري، عن رفاعة بن موسى النحّاس قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل طلّق امرأته تطليقة واحدة فتبين منه، ثمّ يتزوّجها آخر فيطلّقها على السنّة فتبين منه،ثمّ يتزوّجها الأوّل، على كم هي؟ قال: على غير شيء. ثمّ قال: يا رفاعة كيف اذا طلّقها ثلاثاً ثمّ تزوّجها ثانية استقبل الطلاق فاذا طلّقها واحدة كانت على اثنتين[1]؟!

والأُخرى ما رواه الشيخ في الصحيح، عن أحمد بن محمّد بن عيسى، عن ابن أبي عمير، عن حمّاد، عن الحلبي قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل طلّق امرأته تطليقة واحدة ثمّ تركها حتى مضت عدّتها وتزوّجت زوجاً غيره، ثمّ مات الرجل أو طلّقها فراجعها زوجها الأوّل، قال: هي عنده على تطليقتين باقيتين[2].

والأقرب عند المصنّف العمل بالرواية الأُولى، وإن كانت الأخيرة رواية صحيحة وبمضمونها روايات أُخرى، إلّا انّ الأُولى يعضدها أيضاً أُمور:

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣ أحكام الطلاق ح ١١ ج ٨ ص ٣١، وسائل الشيعة: ب ٦ من أبواب أقسام الطلاق ح ٤ ج ١٥ ص ٣٦٣ ـ ٣٦٤.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٣ أحكام الطلاق ح ١٢ ج ٨ ص ٣١، وسائل الشيعة: ب ٦ من أبواب أقسام الطلاق ح ٦ ج ١٥ ص ٣٦٤.

أحدها: ما رواه أحمد بن محمّد بن عيسى، عن البرقي، عن عبدالله بن المغيرة، عن عمر بن ثابت، عن عبدالله بن عقيل بن أبي طالب رحمه الله قال: اختلف رجلان في قضية علي عليه السلام وعمر في امرأة طلّقها زوجها تطليقة أو اثنتين فتزوّجها آخر وطلّقها ومات عنها، فلمّا انقضت عدّتها تزوّجها الأوّل، فقال عمر: هي على ما بقي من الطلاق، فقال أميرالمؤمنين عليه السلام: سبحان الله أيهدم ثلاثاً ولا يهدم واحدة[١]؟!

وثانيها: انّ مقتضاها هو المشهور بين علمائنا، فانّه مذهب الشيخ في النهاية[٢] والمبسوط[٣] والخلاف[٤]، ومذهب ابن البرّاج[٥]، وابن حمزة[٦]، وابن ادريس[٧]، وانّما فيه قول مجهول القائل به بأنّه لايهدم.

وثالثها: أصالة بقاء الحلّ.

قوله رحمه الله: «فلا اعتبار بوطء الصبي وإن كان مراهقاً على إشكال».

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣ أحكام الطلاق ح ٢٥ ج ٨ ص ٣٤، وسائل الشيعة: ب ٦ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ح ٣ ج ١٥ ص ٣٦٣.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب كيفية أقسام الطلاق ج ٢ ص ٤٣٦.

(٣) المبسوط: كتاب الطلاق فصل فيما يهدم الزوج من الطلاق ج ٥ ص ٨١.

(٤) الخلاف: كتاب الطلاق المسألة ٥٩ ج ٤ ص ٤٨٩.

(٥) المهذّب: كتاب الطلاق باب صفة طلاق السنّة ج ٢ ص ٢٨٢.

(٦) الوسيلة: كتاب الطلاق فصل في بيان أقسام الطلاق ص ٣٢١.

(٧) السرائر: كتاب الطلاق ج ٢ ص ٦٦٨.

أقـول: جوّز ابن الجنيد كون المراهق محلّلاً[١].

وقوّاه الشيخ في المبسوط فقال فيه: وإن كان مراهقاً ـ يعني المحلّل ـ قد بلغ مثله أو كان يمكن ذلك فيه وكان ينشر عليه ويحصل منه الجماع ويعرف ذوق العسيلة فانّها تحلّ عند بعضهم؛ للأوّل، وعند بعضهم لاتحـلّ، والأوّل أقـوى؛ للآيـة والخـبر[٢]. وشرط ابن حمزة فيه البلوغ[٣].

والمصنّف استشكل ذلك من حيث إنّ النكاح منه ناقص فلا يفيد التحليل.

ولما رواه الشيخ بطريقه عن علي بن الفضل الواسطي قـال: كـتبت الى الرضـا عليه السلام: رجل طلّق امرأته الطلاق الذي لاتحلّ له حتى تـنكح زوجـاً غـيره فتزوّجها غلام لم يحتلم، قال: لا، حتى يبلغ[٤].

ومن عموم قوله تعالى: ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾[٥] وهو يتناول المـراهـق وغيره.

قوله رحمه الله: «ولو انـقضت عـدّتها وادّعت التزويج والمفارقة والعدّة قُبل مع الإمكـان وإن بعُد، وفي رواية: إن كانت ثقة».

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الأوّل في الطلاق ص ٥٩٣ س ١٨.

(٢) المبسوط: كتاب الرجعة ج ٥ ص ١٠٩ ـ ١١٠.

(٣) الوسيلة: كتاب الطلاق فصل في بيان أقسام الطلاق ص ٣٢١.

(٤) تهذيب الأحكام: ب ٣ أحكام الطلاق ح ١٩ ج ٨ ص ٣٣، وسائل الشيعة: ب ٨ من أبواب أقسام الطلاق ح ١ ج ١٥ ص ٣٦٧.

(٥) البقرة: ٢٣٠.

أقول: الرواية هي ما رواه الشيخ عن الحسن بن سعيد، عن حمّاد، عن أبي عبدالله عليه السلام عن رجل طلّق امرأته ثلاثاً فبانت منه، فإن أراد مراجعتها قال لها: انّي اريد أن أُراجعك فتزوّجي زوجاً غيري، قالت: قد تزوّجت زوجاً غيرك وحلّلت لك نفسي، أفيصدّقها ويراجعها كيف يصنع؟ قال: اذا كانت المرأة ثقة صدّقت في قولها[1].

قوله رحمه الله: «ولو دخل المحلّل فادّعت الإصابة فإن صدّقها حلّت للأوّل، وإن كذّبها فالأقرب العمل بقولها؛ لتعذّر إقامة البيّنة عليها، وقيل: يعمل بما يغلب على الظنّ من صدقه وصدقها».

أقول: القائل بهذا القول هو الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: فإن قال الزوج: ماأصبتها فإن غلب على ظنّه صدقها قبل قولها، فإن غلب كذبها تجنّبها وليس بحرام[2].

قوله رحمه الله: «ولو كان مقطوع الذكر خاصّة قيل: وجبت العدّة؛ لإمكان الحمل بالمساحقة، فإن ظهر حمل اعتدّت بوضعه».

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣ أحكام الطلاق ح ٢٤ ج ٨ ص ٣٤، وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ح ١ ج ١٥ ص ٣٧٠.

(٢) المبسوط: كتاب الرجعة ج ٥ ص ١١١.

أقول: القائل بذلك هو الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: المجبوب هو المقطوع ـ الى أن قال: ـ وإن كان قد قطع جميع ذكره فالنسب يلاحقه؛ لأنّ الخصيتين اذا كانتا باقيتين فالإنزال ممكن، ويمكن أن يساحق فينزل، فإن حملت منه اعتدّت بوضع الحمل، وإن لم تكن حاملاً اعتدّت بالشهور، ولا يتصوّر أن تعتدّ بالإقراء؛ لأنّ عدة الإقراء انّما تكون عن طلاق بعد دخول، والدخول متعذّر من جهته[1].

قوله رحمه الله: «وكذا لو كان مقطوع الذكر، والانثيين على إشكال».

أقول: منشأه من إمكان الحمل بالمساحقة.

ومن كونه بعيداً لمجرى العادة، وكلام الشيخ في المبسوط يدلّ من حيث المفهوم على الاعتداد بالشهور؛ لأنّه قال: فإن كان قد قطع ذكره وأُنثياه قال قوم: لايلحقه النسب ولا تعتدّ عنه بالإقراء، وقال بعضهم: يلحقه؛ لأنّ محلّ الماء الذي ينعقد منه الولد الظهر وهو باقٍ. قال: والأوّل هو الصحيح عندهم، وهو الأقوى عندي[2]. فتقييده بأنّها «لاتعتد بالإقراء» يدلّ بمفهومه[3] على ما ذكرناه.

قوله رحمه الله: «ولو دخل بالصغيرة ـ وهي من نقص سنّها عن تسعة ـ أو اليائسة ـ وهي التي بلغت خمسين أو ستين ـ إن كانت قرشية أو نبطية

---

(١) المبسوط: كتاب العدد ج ٥ ص ٢٣٨.

(٢) المبسوط: كتاب العدد ج ٥ ص ٢٣٩، وليس فيه «عندي».

(٣) في ج: «بمضمونه».

فلا اعتبار به، ولايجب لأجله عدّة طلاق، ولا فسخ على رأي».

أقول: ليس الخلاف راجعاً الى الفسخ لاغير، بل الخلاف في انّ الصغيرة أو اليائسة هل عليهما عدّة لو بانتا بعد الدخول بطلاق أو فسخ أم لا؟ فالمشهور بين علمائنا انّه لا عدّة عليهما، ذهب إليه ابنا بابويه[١]، والشيخان[٢]، وسلّار[٣]، وأبو الصلاح[٤]، وابن البرّاج[٥]، وابن حمزة[٦]، وابن ادريس[٧].

خلافاً للسيد المرتضى فانّه قال: الذي أذهب إليه انّ اليائسة من المحيض والتي لم تبلغه العدّة على كلّ حال[٨]. وتبعه ابن زهرة[٩] في ذلك.

قوله رحمه الله: «لو رأت الدم في الثالث وتأخّرت الحيضة الثانية أو الثالثة صبرت تسعة

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل السادس في العدد ص ٦١٠ س ١٧، المقنع: باب الطلاق ص ١١٦.

(٢) المقنعة: أحكام الطلاق ص ٥٢٧، والنهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب العدد ج ٢ ص ٤٧٦ و ٤٨٥ ـ ٤٨٦.

(٣) المراسم: كتاب الفراق ذكر مايلزم المرأة ص ١٦٦.

(٤) الكافي في الفقه: فصل في العدة وأحكامها ص ٣١٢.

(٥) المهذّب: كتاب اللعان والارتداد باب العدد والاستبراء ج ٢ ص ٣١٥.

(٦) الوسيلة: كتاب الطلاق فصل في بيان العدّة وأحكامها ص ٣٢٥.

(٧) السرائر: كتاب الطلاق باب العدد ج ٢ ص ٧٣٣.

(٨) الانتصار: مسائل في العدة ص ١٤٦.

(٩) الغنية «الجوامع الفقهية»: في الطلاق والعدد ص ٥٥٤ س ١٠.

أشهر لتعلم براءة رحمها ثمّ اعتدّت بعد ذلك بثلاثة أشهر، وفي رواية تصبر سنة ثمّ تعتدّ بثلاثة أشهر، ونزّلها قوم على احتباس الدم الثالث».

أقول: يريد انّ المطلّقة المدخول بها اذا كانت لا تحيض وهي في سنّ من تحيض عدّتها بالشهور، فاذا مضى شهران لم تر فيهما دماً ثمّ رأت دماً في الشهر الثالث وتأخّرت الحيضة الثانية أو رأت الثانية بعد ذلك وتأخّرت الحيضة الثالثة فقد حصلت ريبة في الحمل فيجب أن تصبر تسعة أشهر أقصى مدة الحمل ـ والمراد منذ[1] يوم طلّقها ـ فإن ظهر حمل كانت عدّتها وضعه، وإلّا استأنفت بعد التسعة الأشهر عدّة، وهي ثلاثة أشهر.

وفي رواية انّها تصبر سنة ثمّ تعتدّ بثلاثة أشهر وهي: ما رواه عمّار الساباطي قال: سئل أبو عبدالله عليه السلام عن رجل عنده امرأة شابة وهي تحيض في كلّ شهرين أو ثلاثة أشهر حيضة واحدة كيف يطلّقها زوجها؟ قال: أمر هذه شديد، هذه تطلّق طلاق السنّة تطليقة واحدة على طهر من غير جماع بشهود، ثمّ تترك حتى تحيض ثلاث حيض متى ما حاضتها فقد انقضت عدّتها، قلت له: فإن مضت سنة ولم تحض فيها ثلاث حيض؟ فقال: تتربّص بها بعد السنة ثلاثة أشهر ثمّ قد انقضت عدّتها، قلت له: فإن ماتت أو مات زوجها؟ قال: فأيّهما مات ورثه صاحبه ما بينه وبين خمسة عشر شهراً[2].

---

(١) في ش: «منه» وفي ق: «من».

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٦ عدد النساء ح ٩ ج ٨ ص ١١٩، وسائل الشيعة: ب ١٢ من أبواب العدد ح ١ ج ١٥ ص ٤٢٢ ـ ٤٢٣.

وقول المصنّف: «ونزّلها قوم على احتباس الدم الثالث» إشارة الى قول الشيخ في النهاية[١]، وابن البرّاج[٢] فانّهما قالا: اذا رأت الدم في الشهر الثالث وتأخّرت الثانية صبرت تسعة أشهر ثمّ اعتدّت بثلاثة أشهر، وإن رأت الدم ما بينها وبين التسعة أشهر ثانياً واحتبس عليها الدم الثالث فلتصبر تمام السنة ثمّ تعتدّ بعد ذلك بثلاثة أشهر تمام الخمسة عشر شهراً.

وليس في هذه الرواية ما يدلّ على ذلك، ولأجل ذلك قال الشيخ نجم الدين في الشرائع: ونزّلها الشيخ في النهاية على احتباس الدم الثالث[٣]، وهو تحكّم. وابن ادريس[٤] ذهب الى ما اختاره المصنّف.

قوله رحمه الله: «فإن طلّقت في أوّل الهلال اعتدّت بالأهلّة نقصت أو كملت، وإن طلّقت في أثناء الشهر اعتدّت بهلالين ثمّ أخذت من الثالث كمال ثلاثين على رأي».

أقول: هذا قول ابن ادريس[٥].

وقال الشيخ في المبسوط: تقضي ما فاتها[٦].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب العدد ج ٢ ص ٤٨١.

(٢) المهذّب: كتاب اللعان باب العدد والاستبراء ج ٢ ص ٣٢٠.

(٣) شرائع الاسلام: كتاب الطلاق المقصد الخامس في العدد الفصل الثالث في ذات الشهور ج ٣ ص ٣٦.

(٤) السرائر: كتاب الطلاق باب العدد ج ٢ ص ٧٤٠.

(٥) السرائر: كتاب الطلاق باب العدد ج ٢ ص ٧٤٧.

(٦) المبسوط: كتاب العدد ج ٥ ص ٢٣٩.

وقال في الخلاف ما يدلّ على تردّده في القولين فانّه قال: يسقط اعتبار الهلال من هذا الشهر واحتسبت بالعدد فتنظر قدر ما بقي من الشهر وتعتدّ بعده بهلالين ثمّ تتمّم من الشهر الرابع ثلاثين وتلفق الساعات والانصاف. قال: وقال أبو حنيفة: تقضي ما فاتها من الشهر، قال: فيحصل الخلاف بيننا وبينه اذا كان الشهر ناقصاً ومضى عشرون يوماً عندنا انّها تحتسب ما بقي ـ وهي تسعة ـ وتضمّ إليها إحدى وعشرون يوماً وعنده تقضي ما مضى ـ وهو عشرون يوماً ـ. وقال بعض الشافعية: اذا مضى بعض الشهر سقط اعتبار الأهلّة بالشهور كلّها وتحتسب جميع العدّة بالعدد تسعون يوماً، ثمّ استدلّ بقوله تعالى: ﴿يسألونك عن الأهلّة قل هي مواقيت للناس والحج﴾[1] قال: وهذا يدلّ على بطلان قول من اعتبر العدد في الجميع، فأمّا من اعتبر الهلال في الأوّل فقوله أقوى: لظاهر الآية، لكن اعتبرنا في الشهر الأوّل العدد؛ لطريقة الاحتياط والخروج من العدّة بيقين[2].

قوله رحمه الله: «ولو انقضت العدّة ونكحت ـ الى قوله: ـ ولو ارتابت قبل الانقضاء لم تنكح وإن انقضت العدّة، والأقرب جواز نكاحها إلّا مع يقين الحمل».

أقول: هذه ثلاث مسائل، الأُولى: انقضت عدّتها فتزوّجت ثمّ حدثت الريبة بالحمل من الأوّل لايبطل النكاح مالم يثبت سبق الحمل على النكاح؛ لأنّ الريبة

---

(١) البقرة: ١٨٩.

(٢) الخلاف: كتاب العدّة المسألة ٧ ج ٣ ص ٥٣ طبعة اسماعيليان.

حدثت بعد الحكم بخروج العدّة وصحّة النكاح شرعاً. الثانية: خرجت عدّتها ثمّ حدثت الريبة قبل أن تنكح فهذه أيضاً يحلّ لها النكاح؛ لأنّ الشارع حكم بخروجها من النكاح، وجواز نكاحها قد يقدح في ذلك تجدّد الشكّ في الحمل. الثالثة: حدثت الريبة قبل خروج العدّة.قال الشيخ في المبسوط: ليس لها أن تنكح بعد انقضاء العدّة، فإن خالعت وتزوّجت على تلك الحال فالنكاح باطل[1].

والأقرب عند المصنّف جواز أن تنكح، ولو نكحت كان صحيحاً إلّا مع يقين الحمل؛ لأنّها معتدّة شرعاً بالعدّة وقد خرجت عدّتها، وذلك يقتضي جواز نكاحها وصحّته فلا يرتفع ذلك بمجرّد الريبة.

قوله رحمه الله: «ولو أتت زوجة البالغ بولد لدون ستة أشهر لم يلحقه، فإن ادّعت أنّه وطأ قبل العقد للشبهة احتمل انقضاء العدّة به، والأقرب العدم؛ لأنّه منفيّ عنه شرعاً».

أقول: ووجه الاحتمال المذكور انّها زوجة حامل بحمل يمكن أن يكون منه، وكلّ زوجة حامل شأنها ذلك فإن عدّتها وضع الحمل. أمّا الأوّل: فلإمكان صدقها من كونه وطأها قبل العقد. وأمّا الثانية: فلا خلاف فيها.

قوله رحمه الله: «لو وضعت أحد التوأمين بانت من الأوّل، ولم تنكح إلّا بعد وضع الأخير، والأقرب تعلّق البينونة بوضع الحمل».

---

(١) المبسوط: كتاب العدد باب اذا طلّق زوّجته وولدت فاختلفا في العدّة ج ٥ ص ٢٤٠.

أقول: قال الشيخ في النهاية: اذا كانت حاملاً باثنين فوضعت واحداً فقد ملكت نفسها، غير انّه لايجوز لها أن تعقد على نفسها، إلّا بعد وضع جميع ما في بطنها[١]. وتبعه ابن البرّاج[٢] في ذلك.

والأقرب عند المصنّف انّها لاتبين إلّا بعد وضع الجميع، وهو قول الشيخ في الخلاف[٣] والمبسوط[٤]، وقول ابن ادريس[٥].

ووجه القرب عموم قوله تعالى: ﴿وأُولات الأحمال أجلهنّ أن يضعن حملهنّ﴾[٦] وحملها جميع ما في بطنها.

قوله رحمه الله: «ولو خرج ما يصدق عليه اسم الآدمي ناقصاً كيد علم بقائها فالأولى الانقضاء».

أقول: وجه أولوية الانقضاء انّ الحمل اسم لهذا الهيكل المحسوس، سواء قلنا: انّ الانسان عبارة عنه أو عن الجوهر المتعلّق به، ولايقدح فيه موات[٧] عضو كإصبع ويد.

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب كيفية أقسامه ج ٢ ص ٤٤٣.

(٢) المهذّب: باب العدد والاستبراء ج ٢ ص ٣١٦.

(٣) الخلاف: كتاب العدّة المسألة ٨ ص ٥٣ طبعة اسماعيليان.

(٤) المبسوط: كتاب العدد باب اذا طلّق زوّجته وولدت فاختلفا في العدّة ج ٥ ص ٢٤١.

(٥) السرائر: كتاب الطلاق في أحكام طلاق الحامل ج ٢ ص ٦٨٩.

(٦) الطلاق: ٤.

(٧) في ج: «فوات».

قوله رحمه الله: «ولو طلّقت فادّعت الحمل صبر عليها أقصى الحمل ـ وهو سنة ـ على رأي ثمّ لا يقبل دعواها، وقيل: تسعة أشهر».

أقول: المصنّف هنا جعل أقصى مدة الحمل سنة، وهو قول السيد المرتضى رحمه الله في الانتصار فانّه قال فيه: وممّا انفردت به الامامية القول بأنّ أكثر الحمل سنة واحدة[١]. وأبو الصلاح أيضاً جعل غاية الحمل سنة[٢].

وقال المفيد: أكثره تسعة أشهر فانّه قال: ولو انّ رجلاً تزوّج بامرأة ودخل بها ثمّ اعتزلها بعد الدخول فجاءت بولد لأكثر من تسعة أشهر من يوم دخل بها لم يكن الولد منه، وكان له نفيه[٣]. وهو مذهب الشيخ في الخلاف[٤] والمبسوط[٥]، وقول ابن الجنيد[٦]، وابن البرّاج[٧]، وسلّار[٨]، وابن ادريس[٩].

قوله رحمه الله: «ولو طلّق رجعياً ثمّ مات في العدّة استأنفت عدّة الوفاة، وإن قصرت عن

---

(١) الانتصار: في مسائل العدّة ص ١٥٤.

(٢) الكافي في الفقه: فصل في أحكام الأولاد ص ٣١٤.

(٣) المقنعة: كتاب النكاح باب لحوق الأولاد بالآباء ص ٥٣٩.

(٤) الخلاف: كتاب العدّة المسألة ٩ ج ٣ ص ٥٣ ـ ٥٤ طبعة اسماعيليان.

(٥) المبسوط: كتاب العدد ج ٥ ص ٢٤٢.

(٦) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب النكاح الفصل السابع في لواحق النكاح ص ٥٧٩ س ٣٠.

(٧) المهذّب: باب العدد والاستبراء ج ٢ ص ٣١٦.

(٨) المراسم: في ذكر النفقات ص ١٥٥.

(٩) السرائر: كتاب النكاح باب إلحاق الأولاد بالأباء وأحكامهم وما في ذلك ج ٢ ص ٦٥٧.

عدّة الطلاق ـ كالمسترابة ـ على إشكال».

أقـول: منشأه من انّ الرجعية زوجة، وكلّ زوجة متوفّى عنها زوجها تعتدّ عدّة الوفاة.

ومن كون المسترابة في معرض كونها حاملاً، وفرض الحامل المتوفّى عنها زوجها الاعتداد بأبعد الأجلين.

قوله رحمه الله: «ولو أتت بولد لأقلّ من سنة فإن لم تنكح زوجاً غيره لحق به، وإن كانت رجعية حسبت السنة من وقت الطلاق لا من وقت انقضاء العدّة على إشكال».

أقـول: منشأه انّ الرجعية في حكم الزوجة.

ومن انّها حرمت عليه بالطلاق فكانت كالبائن الذي يحسب فيه أقصى[1] الحمل من وقت الطلاق.

والأوّل من الوجهين ظاهر كلام الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: فإن أتت بولد لأكثر من تسعة أشهر من وقت الطلاق ـ الى أن قال: ـ قال قوم: لا يلحقه؛ لأنّها محرّمة عليه كتحريم البائن، وقال آخرون: يلحقه النسب، وهو الذي يقتضيه مذهبنا؛ لأنّ الرجعية في معنى الزوجات، بدلالة انّ أحكام الزوجات ثابتة في حقّها. ثمّ قال: ومن قال: إنّ النسب يلحقه فانّما يلحقه اذا أتت به لدون أكثر زمان الحمل، على الخلاف فيه من وقت انقضاء العدّة، فإن أتت به لأكثر من ذلك لم يلحقه؛ لأنّها

---

(١) في ج: «انقضاء».

اذا وضعته لدون ذلك حكمنا بأنّها حملته في وقت العدّة، وهي فراش على هذا القول يلحقه النسب، وان أتت به لأكثر من ذلك فانّا نحكم بانّها حملته بعد انقضاء العدة، وليست بفراش في تلك الحال فلم يلحقه[١].

قوله رحمه الله: «وعدّة النكاح الفاسد تبتدئ بعد التفرّق بانجلاء الشبهة لا بعد آخر وطئه على إشكال».

أقول: ذهب الشيخ في المبسوط الى انّ النكاح الفاسد اذا دخل الزوج بها صارت فراشاً، قال: وتلزمها العدّة، فاذا فرّق بينهما وافترقا ابتدأت من تلك الحالة[٢].

والمصنّف استشكل ابتداءَ كون العدّة من حين الافتراق أو من حين آخر وطئه.

ومنشأ الإشكال انّهما مالم يفترقا؛ لزوال الشبهة فيهما على حكم الزوجية، فلا تكون معتدّة في تلك الحال.

ومن كون العدّة هنا انّما هي بمجرّد وطء الشبهة؛ لانتفاء النكاح، وعدم وجوب عدّة الوفاة وغير ذلك من لواحق الزوجية، واذا كان اعتبار الاعتداد انّما هو بسبب الوطء كانت العدّة من آخر وطئه.

قوله رحمه الله: «لو أقرّت بانقضاء العدّة ثمّ جاءت بولد لستة أشهر منذ طلّقها قيل: لا يلحق

---

(١) المبسوط: كتاب العدد ج ٥ ص ٢٤٢.

(٢) المبسوط: كتاب العدد ج ٥ ص ٢٥١.

به، ويحتمل الإلحاق إن لم يتجاوز أقصى الحمل وإن لم تكن ذات بعل».

أقول: القائل بأنّه لايلحق هو الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: اذا طلّق زوجته فأقرّت بانقضاء العدّة ثمّ أتت بعد ذلك بولد لدون أقصى مدة الحمل من وقت الطلاق فإن نسبه يلحق بالزوج. وقال قوم: اذا أتت لأكثر من ستة أشهر من وقت انقضاء العدّة لم يلحقه، وهو الأقوى عندي[1]. وهذا يدخل فيه ما اذا تجاوز ستة أشهر منذ خرجت العدّة ولم يتجاوز أقصى مدة الحمل منذ طلّقها.

ويحتمل الإلحاق مالم يتجاوز أقصى مدة الحمل اذا لم تكن ذات بعل ووضعت لستة أشهر منذ وطأها الثاني؛ لأنّها كانت فراشاً له، وهذا الولد يمكن أن يكون منه، كما لو طلّقها بائناً وأتت بولد لدون أقصى مدة الحمل منذ طلّقها ولأكثر من ستة أشهر منذ انقضت عدّتها.

قوله رحمه الله: «وفي الأمة إشكال».

أقول: يريد في وجوب الحداد على الأمة المتوفّى عنها زوجها إشكال.

ينشأ من احتمال وجوب الحداد؛ لما روي عن النبي صلّى الله عليه وآله انّه قال: لايحلّ لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ على ميّت فوق ثلاث ليالٍ، إلّا على زوج أربعة أشهر وعشرة أيام[2]. ولم يفرّق بين الحرّة والأمة، وهذا الاحتمال مذهب الشيخ في المبسوط[3]، وابن ادريس[4].

---

(١) المبسوط: كتاب العدد ج ٥ ص ٢٤٧.

(٢) عوالي اللآلي: المسلك الرابع ح ٤٠٠ ج ٢ ص ١٤٣.

(٣) المبسوط: كتاب العدد فصل في الاحداد ج ٥ ص ٢٦٣.

(٤) السرائر: كتاب النكاح باب العدد ج ٢ ص ٧٣٤.

ومن احتمال عدم وجوبه؛ لما رواه الشيخ في الصحيح عن زرارة، عن الباقر عليه السلام قال: إنّ الحرّة والأمة كلتيهما اذا مات عنهما زوجاهما في العدّة سواء، إلّا انّ المرأة والأمة لاتحدّ[١]. وهذا الاحتمال هو قول الشيخ في النهاية[٢]، وقول ابن الجنيد[٣]، وابن البرّاج[٤].

قوله رحمه الله: «ولو لم يأمرها الحاكم بالعدّة فاعتدّت فالأقرب عدم الاكتفاء».

أقول: يريد انّ الغائب اذا لم يعلم[٥] خبره ولم يكن ممّن ينفق على الزوج حتى رفعت أمرها الى الحاكم بعث في الآفاق وبحث عن حاله أربع سنين، فإن لم يظهر له خبر أمرها بالاعتداد عدة الوفاة[٦]، فلو اعتدت بعد البحث وعدم ظهور خبره قبل أن يأمرها الحاكم بالاعتداد هل تكون العدّة كافية؟ قال المصنّف: الأقرب انّها لاتكفي.

ووجه القرب انّ الأصل بقاء حكم الزوجية مالم يثبت الطلاق أو الموت أو يحكم الحاكم بالبينونة كما في هذه الصورة، والكلّ منتفٍ.

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٦ عدد النساء ح ١٢٨ ج ٨ ص ١٥٣، وسائل الشيعة: ب ٤٢ من أبواب العدد ج ١٥ ح ٢ ص ٤٧٢.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب العدد ج ٢ ص ٤٨٦ ـ ٤٨٧.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل السادس في العدة ص ٦١١ س ٢٢.

(٤) المهذّب: باب العدد والاستبراء ج ٢ ص ٣١٦.

(٥) في ق: «يعرف».

(٦) ليس في ش: «عدّة الوفاة».

قوله رحمه الله: «ولوجاء بعد العدّة قبل التزويج فقولان أقربهما انّه لاسبيل له عليها».

أقول: اذا أمر الحاكم زوجة المفقود بالاعتداد فاعتدت ثمّ حضر زوجها فإن كان حضوره قبل خروج العدّة فهي باقية على زوجيته إجماعاً، ولو كان بعد عدّتها وتزويجها بغيره فلا سبيل له عليها إجماعاً، وإن كان بعد خروجها من العدّة وقبل تزويجها ففيه قولان:

أحدهما: انّه أملك بها، وهو قول المفيد[١]، وابن البرّاج[٢]، وقول الشيخ في الخلاف[٣]، وأحد قوليه في المبسوط[٤].

والآخر: انّه لاسبيل له عليها، وهو قول آخر للشيخ في المبسوط[٥] وقول ابن ادريس[٦]، وابن حمزة[٧]، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّها بانت منه وانقضت عدّتها فلم يكن له عليها سبيل.

أمّا الأُولى: فلأنّه لولا البينونة لما جاز لها التزويج بعد العدّة، وهو باطل اتفاقاً.

وأمّا الثانية: فلأنّها معذرة.

---

(١) المقنعة: كتاب النكاح والطلاق باب أحكام الطلاق ص ٥٢٧.

(٢) المهذّب: باب العدد والاستبراء ج ٢ ص ٣٣٨.

(٣) الخلاف: كتاب العدّة باب الامرأة المفقود زوجها المسألة ٣٣ ج ٣ ص ٦٠ طبعة اسماعيليان.

(٤) المبسوط: كتاب العدد فصل في امرأة المفقود وعدّتها ج ٥ ص ٢٧٨.

(٥) المصدر السابق.

(٦) السرائر: كتاب الطلاق باب في حكم طلاق الغائب ج ٢ ص ٦٩٢.

(٧) الوسيلة: فصل في بيان العدّة وأحكامها ص ٣٢٤.

قوله رحمه الله: «هذه العدّة كعدّة الوفاة لانفقة فيها على الغائب، وعليها الحداد على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من انّها عدّة الوفاة فكانت حكمها حكم المتوفّى عنها زوجها.

ومن أحكامها وجوب الحداد، ومن أصالة براءة الذمّة من وجوبه، ولا تبين بالموت، والبينونة بحكم الحاكم بسبب الضرر اللاحق للزوجة؛ لعدم النفقة كالفسخ بالعيب، ولهذا لو صبرت الزوجة أو وجد المنفق عليها كان النكاح باقياً.

قوله رحمه الله: «لو أتت بولد بعد مضي ستة أشهر من دخول الثاني لحق به، ولو ادّعاه الأوّل وذكر الوطء سرّاً لم يلتفت إليه، وقيل: يقرع، وليس بجيّد».

أقول: القول بالقرعة هو قول الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: ومتى أتت هذه المرأة بولد بعد خروجها من العدّة والتزويج بالآخر ثمّ جاء[1] الزوج الأوّل فالولد يلحق بالثاني اذا كان لأكثر من ستة أشهر من وقت عقده عليها بحكم الظاهر، فإن لم يدّعه الأوّل فهو لاحق بالثاني، وإن ادّعاه قيل له: من أيّ وجه[2] تدّعيه؟ فإن قال: لأجل الزوجية التي كانت بيني وبين أُمّه لم يلتفت الى هذه الدعوى وأُلحق بالثاني، وإن قال: لأنّي دخلت سرّاً ووطأتها فعندنا الولد يستخرج بالقرعة[3].

---

(١) في ج: «ادّعاها».

(٢) في ج: «جهة».

(٣) المبسوط: كتاب العدد ج ٥ ص ٢٨١.

والمصنّف قال: هذا ليس بجيّد؛ لأنّها بانت منه وخرجت عن كونها فراشاً له بخروج العدّة، فصار كلّ منهما أجنبياً من صاحبه لا عصمة بينهما، وصارت فراشاً للثاني، فكان الولد له دون الأوّل.

قوله رحمه الله: «ولو غلط في الحساب فأمرها بالاعتداد فاعتدّت وتزوّجت قبل مضيّ مدة التربّص بطل الثاني، والأقرب انّها تحرم عليه أبداً».

أقول: لأنّها معتدّة، وكلّ من عقد على المعتدّة ودخل بها فانّها تحرم عليه.

قوله رحمه الله: «ولو تبيّنا موت الزوج الأوّل قبل العدّة فالأقرب صحّة الثاني».

أقول: لأنّه وقع بعد الحكم شرعاً بالبينونة وبعد خروج العدّة.

قوله رحمه الله: «الأقرب انّ الحاكم بعد مدة البحث يطلّقها؛ للرواية الصحيحة».

أقول: الرواية المشار إليها هي: ما رواه الصدوق أبو جعفر ابن بابويه في كتاب من لايحضره الفقيه في الصحيح عن عمر بن أُذينة، عن بريد بن معاوية العجلي قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المفقود كيف تصنع امرأته؟ فقال: ما سكتت عنه وصبرت يخلى عنها، وإن هي رفعت أمرها الى الوالي أجّلها أربع سنين، ثمّ يكتب الى الصقع الذي فقد فيه فيسأل عنه فإن خبّر عنه بحياة صبرت، وإن لم يخبر عنه بحياة حتى تمضي الأربع سنين دعي وليّ الزوج المفقود فقيل له: هل للمفقود

مال؟ فإن كان له مال أُنفق عليها حتى يعلم حياته من موته، وإن لم يكن له مال قيل للولي: أنفق عليها، فإن فعل فلا سبيل لها الى أن تتزوّج ما أنفق عليها، وإن أبى أن ينفق عليها أجبره الواليّ أن يطلّق تطليقة في استقبال العدّة وهي طاهر، فيصير طلاق الوليّ طلاق الزوج، فإن جاء زوجها قبل أن تنقضي عدّتها من يوم طلّقها الوليّ فبدا له أن يراجعها فهي امرأته وهي عنده على تطليقتين، وإن انقضت العدّة قبل أن يجيء ويراجع فقد حلّت للأزواج ولاسبيل للأوّل عليها[1].

قوله رحمه الله: «وعدّة الوفاة للاحتياط من غير منافاة».

أقول: هذا جواب عن سؤال مقدّر تقديره: لو كانت انّما تبين بالطلاق لاعتدّت عدّة الطلاق دون عدّة الوفاة.

والجواب: انّ عدّة الوفاة انّما وجبت احتياطاً لاحتمال الموت، مع انّه لا منافاة بين ايقاع الطلاق والاعتداد بمثل عدّة الوفاة.

قوله رحمه الله: «وهل حكم الفسخ للبيع حكم الطلاق؟ الأقرب ذلك».

أقول: يريد انّه اذا كانت الأمة مزوّجة ثمّ باعها مولاها ففسخ نكاحها هل تعتدّ بقرءين كما لو طلّقها زوجها؟ الأقرب عنده ذلك، وكذا لو فسخ الزوج نكاحها لعيب بعد الدخول بها.

---

(١) من لايحضره الفقيه: باب في طلاق المفقود ح ٤٨٨٣ ج ٣ ص ٥٤٧، وسائل الشيعة: ب ٢٢ من أبواب أقسام الطلاق ح ١ ج ١٥ ص ٣٨٩.

ووجه القرب انّها أمة زال عنها نكاحها بعد الدخول بها بالعقد الدائم فوجب عليها العدّة كالمطلّقة، ويحتمل انّه قرءٌ واحد كالاستبراء.

قوله رحمه الله: «والذمّية كالحرّة في الطلاق والوفاة، وقيل: كالأمة».

أقول: ما ذكره المصنّف من كون عدّة الذمّية الحرّة كالحرّة المسلمة هو المشهور بين الأصحاب، ذهب إليه الشيخ في النهاية[١]، وابن حمزة[٢]، وهو مذهب ابن الجنيد[٣]، وابن ادريس[٤]. ولم أعرف فيه مخالفاً، لكن المصنّف أشار الى الخلاف في ذلك.

وابن سعيد قال في الشرائع: وعدّة الذمّية كالحرّة في الطلاق والوفاة، وفي رواية تعتدّ عدّة الأمة[٥].

والرواية التي أشار إليها هي: رواية محمّد بن يعقوب في الصحيح، عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن محبوب، عن ابن رئاب، عن ابن بكير، عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن نصرانية كانت تحت نصراني فطلّقها هل عليها عدّة مثل عدّة المسلمة؟ فقال: لا؛ لأنّ أهل الكتاب مماليك للامام، إلّا ترى انّهم يؤدّون الجزية كما يؤدّي العبد الضريبة الى مواليه. قال: ومن أسلم منهم فهو حرّ

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب العدد ج ٢ ص ٤٩٢.

(٢) الوسيلة: باب العدّة وأحكامها ص ٣٢٧.

(٣) لم نعثر عليه.

(٤) السرائر: باب العدد ج ٢ ص ٧٤٥.

(٥) شرائع الاسلام: كتاب الطلاق الفصل السادس في عدّة الاماء ج ٣ ص ٤١.

تطرح عنه الجزية، قلت: ما عدتّها إن أراد المسلم أن يتزوّجها؟ قال: عدّتها عدّة الأمة إمّا حيضتان أو خمسة وأربعون يوَماً قبل أن يسلم... الحديث[١].

قوله رحمه الله: «ولو التحقت الذمّية بعد الطلاق بدار الحرب فسبيت في أثناء العدّة فالأقرب إكمال عدّة الحرّة».

أقول: لأنّ عدّة الحرّة لزمتها ابتداءً فلا تسقط بالرقّ العارض.

قوله رحمه الله: «وهل تحرم في مدة الاستبراء غيرالوطء من وجوه الاستمتاع؟ إشكال».

أقول: منشأه من أصالة عدم التحريم.

ومن انّها كالمعتدّة.

قوله رحمه الله: «ولو فسخت النكاح في عدّة الرجعي ففي الاكتفاء بالإكمال إشكال».

أقول: ينشأ من انّهما لواحد فكان الإتمام كافياً.

ومن بطلان حكم الرجعية؛ لأنّها تابعة للطلاق المرتّب على النكاح المرتفع بالفسخ فكان عليها الاستئناف.

والشيخ في المبسوط قوّى الوجه الأوّل فانّه قال فيه: اذا تزوّج العبد أمة فطلّقها

---

(١) الكافي: باب طلاق أهل الذمّة... ح ١ ج ٦ ص ١٧٤، وسائل الشيعة: ب ٤٥ من أبواب العدد ح ١ ج ١٥ ص ٤٧٧.

طلقة بعد الدخول فانّه يثبت له عليها الرجعة؛ لأنّه بقي له طلقة، فإن أُعتقت في أثناء العدّة ثبت لها خيار الفسخ؛ لأنّها في معنى الزوجات، فإن اختارت الفسخ انقطع حقّ الزوج من الرجعة، وهل تستأنف العدّة أو تبني؟ قال قوم: تبني على عدّتها، وهو الصحيح عندنا، وقال آخرون: تستأنف[١].

قوله رحمه الله: «ولو خالعها بعد الرجعة قيل: لا عدّة، وليس بجيّد».

أقول: القائل بذلك هو الشيخ في المبسوط حيث قال فيه: انّه اذا طلّقها ثمّ راجعها ثمّ خالعها قال قوم: تبني، وقال آخرون: تستأنف، وهو الصحيح عندنا، وقال قوم: لا عدّة عليها هاهنا، وهو الأقوى، والأوّل أحوط[٢].

والمصنّف قال: انّ القول بسقوط العدّة ليس بجيد؛ لأنّ هذه مدخول بها، فانّ الرجعية في حكم الزوجة.

قوله رحمه الله: «امّا لو خالعها بعد الدخول ثمّ تزوّجها في العدّة ثمّ طلّقها قبل الدخول فلا عدّة على رأي».

أقول: هذا مثل قول الشيخ في الخلاف[٣].

وقال ابن البرّاج في المهذّب: تستأنف العدّة ولم يجز لها أن تبني[٤]، على ما تقدّم.

---

(١) المبسوط: كتاب العدد ج ٥ ص ٢٤٩.

(٢) المبسوط: كتاب العدد ج ٥ ص ٢٥٠.

(٣) الخلاف: كتاب العدة المسألة ١٧ ج ٣ ص ٥٦ طبعة اسماعيليان.

(٤) المهذّب: في العدد والاستبراء ج ٢ ص ٣٢٢.

قوله رحمه الله: «ولو احتمل أن يكون منهما قيل: يقرع فتعتدّ بوضعه لمن يلحق به، والأقرب انّه للثاني».

أقول: يريد بذلك انّه لو طلّق الرجل زوجته فتزوّجت في العدّة ودخل الثاني جاهلاً فحملت بولد يمكن أن يكون لكلّ منهما، كما اذا لم يتجاوز أقصى الحمل بالنسبة الى طلاق الأوّل ولم يقصر عن ستة أشهر بالنسبة الى دخول الثاني قيل: يقرع بينهما، والقائل بذلك هو الشيخ في المبسوط[1]، فاذا خرج اسم أحدهما أُلحق به واعتدّت منه بوضعه.

والأقرب عند المصنّف انّه يلحق بالثاني من غير قرعة؛ لأنّها فراش له.

قوله رحمه الله: «ولو كانت الموطوءة أمة وجب عليه قيمة الولد لمولاه يوم سقط حياً ولحق به وعليه المهر لمولاها، وقيل: العشر أو نصف العشر».

أقول: القول بلزوم مهرالمثل لمولاها هو مذهب ابن ادريس[2]، وأحد قولَي الشيخ[3]. والآخر للشيخ: انّه يلزمه العشر أو نصف العشر[4].

قوله رحمه الله: «والوفاة من حين بلوغ الخبر للحداد فيشكل في الأمة».

---

(١) المبسوط: كتاب العدد ج ٥ ص ٢٤٦ ـ ٢٤٧.

(٢) السرائر: كتاب النكاح في باب السراري وملك الأيمان ج ٢ ص ٦٤٢.

(٣) المبسوط: كتاب النكاح فيمن يجوز العقد عليهنّ من النساء ج ٤ ص ١٩٧.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان ج ٢ ص ٣٨٦.

أقول: الأكثر على انّ ابتداء عدّة الطلاق من حين وقوعه، وعلى انّ عدّة الوفاة من حين بلوغ الخبر، ذهب إليه الشيخان[١]، وابن البرّاج[٢]، وابن حمزة[٣]، وسلّار[٤].

والفرق بينهما انّه لا حداد على المطلّقة، بل على المتوفّى عنها زوجها، ذكر هذا الفرق المفيد[٥]، وبه شهدت رواية زرارة الصحيحة، عن الباقر عليه السلام قال: إن مات وقامت البيّنة على موته فعدّتها من يوم يأتيها الخبر أربعة أشهر وعشراً؛ لأنّ عليها أن تحدّ عليه في الموت... الحديث[٦].

فقال المصنّف: اذا كان السبب المقتضي لابتداء الاعتداد في الوفاة من حين بلوغ الخبر هو وجوب الحداد اقتضى[٧] ذلك أن تكون عدّة الأمة من حين الوفاة؛ لأنّه لاحداد عليها، وهو يشكل؛ لأنّ الاتفاق واقع على انّ ابتداء عدّة الوفاة من حين بلوغ الخبر.

ولايرد هذا الإشكال على قول أبي الصلاح، فانّه لم يفرّق بين طلاق الغائب ووفاته في انّها تعتدّ في الموضعين من حين يبلغها الخبر، وجعل العلّة في ذلك كون

---

(١) المقنعة: باب عدد النساء ص ٥٣٥، النهاية ونكتها: كتاب باب الطلاق ج ٢ ص ٤٩١.

(٢) المهذّب: باب العدد والاستبراء ج ٢ ص ٣١٩.

(٣) الوسيلة: العدّة وأحكامها ص ٣٢٧ ـ ٣٢٨.

(٤) المراسم: باب ذكر مايلزم المرأة ص ١٦٥.

(٥) المقنعة: باب عدد النساء ص ٥٣٥.

(٦) تهذيب الأحكام: ب ٦ عدد النساء ج ٨ ح ١٦٥ ص ١٦٣، وسائل الشيعة: ب ٢٩ من أبواب العدد ح ١ ج ١٥ ص ٤٤٩ ـ ٤٥٠.

(٧) في ج: «فيقتضى».

العدّة من العبادات تجب فيها النيّة[١].

ولا يرد أيضاً على قول من يسقط الحداد على الأمة.

قوله رحمه الله: «والموطوءة بالشبهة لاسكنى لها ولانفقة، وكذلك المنكوحة نكاحاً فاسداً وأُمّ الولد اذا أعتقها مولاها، امّا لو كانت إحداهنّ حاملاً فانّها تستحقّ النفقة على إشكال».

أقول: وجه الإشكال مبنيّ على انّ النفقة في المطلّقة البائن هل هي للحمل ـ على ما ذهب إليه الشيخ[٢] ـ أو للحامل ـ كما ذهب إليه ابن زهرة[٣] ـ؟ فمن قال: هي للمطلّقة الحامل دون الحمل لم يكن لإحداهنّ نفقة، ومن قال: هي للحمل قال: يكون لهنّ النفقة.

قوله رحمه الله: «ولا نفقة للمتوفّى عنها زوجها ولا سكنى، فإن كانت حاملاً قيل: ينفق عليها من نصيب الولد».

أقول: القائل بذلك هو الشيخ ذكره في النهاية[٤]، وبه قال ابن الجنيد[٥]، ومحمّد

---

(١) الكافي في الفقه: فصل في العدّة وأحكامها ص ٣١٣.

(٢) المبسوط: كتاب النفقات ج ٦ ص ٢٨.

(٣) الغنية «الجوامع الفقهية»: كتاب الطلاق والعدّة ص ٥٥٤ س ٢٢.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب العدد ج ٢ ص ٤٩٠.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل السادس في العدّة وأحكامها ص ٦١٣ س ٦.

ابن بابويه[١]، وأبو الصلاح[٢]، وابن البرّاج[٣]، وابن حمزة[٤]. ومنع ابن ادريس[٥] من ذلك، وهو قول ابن أبي عقيل[٦]، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّه مال موقوف لمن عساه أن ينفصل حيّاً، ولا يجوز التعرّض له بإخراج نفقة ولا غيرها إلّا مع قيام الدليل على ذلك، ولم يثبت.

وقال في المختلف: والتحقيق أن نقول: إن كانت النفقة للحمل فالحقّ ما قاله الشيخ، وإن جعلناها للحامل فالحقّ ما قاله المفيد[٧].

واعلم انّ ابن ادريس نقل ذلك عنه فقال: والذي اخترناه وحرّرناه مذهب شيخنا محمّد بن محمّد بن النعمان المفيد ـ في كتابه التمهيد ـ فانّه قال: إنّ الولد انّما يكون له مال عند خروجه الى الأرض حيّاً، فامّا وهو جنين لا يعرف له موت من حياة فلا ميراث له ولا مال على الإنفاق، فكيف ينفق على الحبلى مِن مال مَن لا مال له لولا السهو في الرواية أو الادخال فيها![٨].

قوله رحمه الله: «وهل له إسكانها في سفينة تناسب حالها؟ الأقرب ذلك».

---

(١) المقنع: باب الطلاق ص ١٢١.

(٢) الكافي في الفقه: فصل في العدّة وأحكامها ص ٣١٣.

(٣) المهذّب: باب العدد والاستبراء ج ٢ ص ٣١٩.

(٤) الوسيلة: العدّة وأحكامها ص ٣٢٩.

(٥) السرائر: باب العدد ج ٢ ص ٧٣٨.

(٦) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل السادس في العدّة وأحكامها ص ٦١٣ س ١٢.

(٧) مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل السادس في العدّة وأحكامها ص ٦١٣ س ١٢.

(٨) السرائر: باب العدد ج ٢ ص ٧٣٨ وفيه: «أو الادغال فيها».

أقـول: يريد انّه اذا طلّق الرجل امرأته وهي في السفينة وقد جرت عـادتها بالسكنى في السفينة فإن كانت تلك السفينة هي التي طلّقت فيها مناسب لحالها لم يجز لها الخروج منها، ووجب عليها الاعتداد فيها؛ للآية[1]، وإن لم تكن مناسبة لحـالها جاز إخراجها منها، وهل يجوز له إسكانها في غيرها من السفن المناسبة بحـالها أو يتعيّن عليه إسكانها في بيت؟ الأقرب عنده الأوّل؛ لأنّ التقدير انّها من أهل السكنى في السفن، والواجب عليه انّما هو إسكان الزوجة أو المطلّقة رجعياً في المسكن اللائق بها، وهو هنا كذلك.

قوله رحمه الله: «ولو طلّقها غائباً أو غاب عنها بعد الطـلاق ولم يكـن لهـا مسكـن ممـلوك ولا مستأجر اسـتدان الحـاكـم عـليه قـدر أُجـرة المسكن، وله أن يأذن لها في الاستدانة عليه، ولو اسـتأجرت مـن دون إذنـه فـالوجه رجـوعها عليه».

أقـول: وجه الرجوع انّ نفقة الزوجة أو المطلّقة رجعياً وأُجرة سكناها كالدَين المستحقّ لها على الزوج، ولهذا يقضي لو فاقت، فكان لها المطالبة بأُجرة السكنى، كما لو أن تطالب بدَينها ونفقتها السالفة.

قـوله رحمـه الله: «لو سكـنت في مـنزلها ولم

---

(١) المقصود منها الآية ١ من سورة الطلاق.

تطالب بمسكن فليس لها المطالبة بالأُجرة؛ لأنّ الظاهر منها التطوّع. ولو قالت: قصدت الرجوع فإشكال».

أقـول: منشأه من انّها تركت المطالبة وسكناها في منزلها مع حضوره، وتمكّنها من المطالبة يجري مجرى قضاء ما وجب عليه بغير إذنه فكانت كالمتبرّعة، فلم يكن لها المطالبة.

ومن وجوبه عليه وعدم تبرّعها لكونها قصدت الرجوع، ولأنّه حقّ ثبت لها عليه، فلا يسقط إلّا بالتصريح بإسقاطه أو بالتبرّع، وكلاهما منتفٍ.

قوله رحمه الله: «لو مات بعد الطلاق الرجعي سقط حقّها في بقية العدّة، إلّا مع الحمل على رأي».

أقـول: قد تقدّم الخلاف في انّ الحامل المتوفّى عنها هل ينفق عليها أم لا؟

قوله رحمه الله: «ولو أذن لها في السفر ثمّ طلّقها قبل الخروج اعتدّت في منزلها، سواء نقلت رحلها وعيالها الى البلد الثاني أو لا، ولو خرجت من المنزل الى موضع اجتماع القافلة أو ارتحلوا فطلّقت قبل مفارقة المنازل فالأقرب الاعتداد في الثاني».

أقـول: لأنّها خرجت من الأوّل قاصدة الى الثاني بإذن الزوج قبل الطلاق،

فكانت كما لو طلّقت في الطريق بعد مفارقة المنازل.

قوله رحمه الله: «ولو كان سفرها للتجارة أو للزيارة فالأقرب انّها تتخيّر بين المضيّ والرجوع في سفرها».

أقول: لأنّها خرجت الى سفر مباح لدين أو دنيا، وهو غيرواجب ولا يتعيّن من جهة الشرع ولا من جهة الزوج؛ لأنّه لم يأمرها وانّما أذن لها، واذا لم يكن معيّناً عليها كانت مخيّرة في إبطال السفر فتعتدّ في الأوّل والبقاء عليه فتعتدّ في الثاني.

قوله رحمه الله: «ولو أذن لها في الاعتكاف ثمّ طلّقها خرجت وقضته إن كان واجباً، سواء تعيّن زمانه ـ على إشكال ـ أو لا».

أقول: وجه الإشكال مع تعيّن الزمان انّ خروجها من المسجد يستلزم الإخلال بالواجب ـ أعني فعل الاعتكاف ـ في زمانه المعيّن.

ومن تجدّد عروض وجوب الاعتداد في المنزل المنافي للاعتكاف في المسجد، فكان يلزمها الخروج الى منزلها للعدّة، كما لو تجدّد الحيض المقتضي لوجوب الخروج من المسجد وإن كان الزمان معيّناً، ثمّ قضت إن كان واجباً.

قوله رحمه الله: «ولو أذن لها في الخروج الى منزل آخر ثمّ طلّقها في الثاني ثمّ اختلفا فقالت: نقلتني فأنا أعتدّ في الثاني فقال: ما نقلتكِ احتمل

تقديم قولها؛ لأنّ الإذن في النقلة للمضيّ إليه وتقديم قوله؛ لأنّه اختلاف في فعله، وهو أقرب».

أقول: وجه القرب انّ التكليف بالإسكان للزوجة متعلّق بالزوج فكان المرجع إليه.

قوله رحمه الله: «الباب الثاني: في الخلع: وفي وقوعه بمجرّده من غير إتباع بالطلاق قولان».

أقول: أحد القولين: إنّه يقع بمجرّده من غير أن يتبع بالطلاق، نصّ عليه السيد المرتضى[١]، وهو قول ابن الجنيد[٢]، والظاهر من كلام المفيد[٣]، وابن أبي عقيل[٤]، ومحمّد بن بابويه[٥]، وسلّار[٦]، وابن حمزة[٧].

والقول الثاني: لابدّ من إتباعه بالطلاق، ولايقع بمجرّده، وهو قول الشيخ في المبسوط[٨] والاستبصار[٩] والتهذيب. ونقله في التهذيب عن جعفر بن سماعة

---

(١) الناصريات «الجوامع الفقهية»: كتاب الطلاق المسألة ١٦٥ ص ٢٥٠ س ١٨.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الثاني في أحكام الخلع ص ٥٩٤ س ١٢.

(٣) المقنعة: باب الخلع والمباراة ص ٥٢٨ ـ ٥٢٩.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الثاني في أحكام الخلع والمباراة ص ٥٩٤ س ١٣.

(٥) المقنع: باب الخلع ص ١١٧.

(٦) المراسم: الخلع والمباراة ص ١٦٢.

(٧) الوسيلة: فصل في بيان الخلع ص ٣٣١.

(٨) المبسوط: كتاب الخلع ج ٤ ص ٣٤٤.

(٩) الاستبصار: ب ١٨٣ الخلع ج ٣ ذيل الحديث ٨ ص ٣١٧.

والحسن بن سماعة وعلي بن رباط وابن حذيفة من المتقدّمين، ومذهب علي بن الحسين من المتأخّرين[١]. وتبعه في ذلك ابن البرّاج[٢]، وابن ادريس[٣].

قوله رحمه الله: «وهل هو فسخ أو طلاق فينقص به عدده؟ قولان».

أقول: أحد القولين: إنّه فسخ، ذهب إليه الشيخ رحمه الله تفريعاً على القول بوقوعه مجرّداً عن لفظ الطلاق.

والقول الآخر: إنّه طلاق، وهو قول ابن الجنيد[٤]، والمرتضى في المسائل الناصرية[٥]، والمصنّف في المختلف[٦].

ويتفرّع على القول: من يقضي عدّة الطلاق له واحتياجها الى المحلّل بعد ثلاث منه لو قلنا: إنّه طلاق، وعدم ذلك إن قلنا: إنّه فسخ.

قوله رحمه الله: «وهو امّا حرام كأن يكرهها لتخالعه ويسقط حقّها فلا يصحّ بذلها ولا يسقط حقّها، ويقع الطلاق رجعياً إن اتبع به، وإلّا بطل.

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٤ الخلع والمباراة ج ٨ ذيل الحديث ٧ ص ٩٧.

(٢) المهذّب: باب الخلع ج ٢ ص ٢٦٧.

(٣) السرائر: باب الخلع والمباراة والنشوز والشقاق ج ٢ ص ٧٢٦.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الثاني في أحكام الخلع والمباراة ص ٥٩٥ س ٥.

(٥) الناصريات «الجوامع الفقهية»: في الطلاق والخلع ص ٢٥٠ المسألة ١٦٥ س ١٦.

(٦) مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الثاني في أحكام الخلع والمباراة ص ٥٩٥ س ٦.

وكذا لو منعها حقّها من النفقة وما تستحقّه حتى خالعته على إشكال».

أقـول: وجه الإشكال ينشأ من انّه سبب منع حقوقها، فكان كالإكـراه فـلا يسقط حقّها منه، وكان حكمها كالأُولى.

ومن انّه ليس بإكراه؛ لأنّ عدولها عن المطالبة بحـقوقها الى البـذل يـدلّ عـلى اختيارها، فكان البذل صحيحاً والخلع واقعاً، وإن كان قد فعل حراماً من قبل وهو منع حقوقها.

قوله رحمه الله: «وامّـا مسـتحب بـأن تـقول: لأُدخلنّ عليك من تكرهه، وقيل: يجب».

أقـول: القائل بالوجوب جماعة من أصحابنا، كالشيخ في النهاية فانّه قال فيها: وانّما يجب الخلع اذا قالت المرأة لزوجها: إنّي لا أُطيع لك أمراً ولا أقيم لك حدّاً ولا أغتسل لك من جنابة ولأُوطئنّ فراشك من تكرهه إن لم تطلّقني، فمتى سمع منها هذا القول أو علم من حالها عصيانه في شيء مـن ذلك وإن لم تـنطق بـه وجب عـليه خلعها[1]. واختاره ابن البرّاج في الكامل[2]، وأبو الصلاح[3]، وابن زهرة[4].

قوله رحمه الله: «ولو أتت بفاحشة جاز عضلها لتفتدي نفسها، وقيل: انّه منسوخ».

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب الخلع ج ٢ ص ٤٦٩ ـ ٤٧٠.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الثاني في أحكام الخلع والمـباراة ص ٥٩٤ س ١٠.

(٣) الكافي في الفقه: كتاب الطلاق باب الخلع ص ٣٠٧.

(٤) الغنية «الجوامع الفقهية»: في أحكام الطلاق ص ٥٥٢ س ٣٠.

أقـول: اذا فعلت المرأة فاحشة ـ وهي الزنا عند بعض المفسّرين ـ جاز للزوج عضلها لتبذل للزوج فدية يستخلعها به؛ لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لايحلّ لكم أن ترثوا النساء كَرهاً ولاتعضلوهنّ لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلّا أن يأتين بفاحشةٍ مبيّنة﴾[1].

قال الشيخ في المبسوط: فدلّت هذه الآية على انّها متى زنت جاز عضلها وإخراجها بالعضل الى أن تفدي نفسها، وقيل: إنّها منسوخة كما نسخت آية الحبس بالفاحشة من الحبس الى الحدود. ثمّ قال: والأوّل أقوى؛ لأنّه الظاهر، ولادليل على انّها منسوخة[2].

قوله رحمه الله: «وليس له أن يتزوّج بأُختها ولا برابعة بعد رجوعها في البذل، وهل له قبله؟ إشكال».

أقـول: منشأه من انّها قبل الرجوع بائن، وللزوج أن يتزوّج في البائن بأُخت الزوجة، وبالرابعة في العدّة.

ومن انّه قبل خروج العدّة في معرض كونه رجعياً بسبب إمكان رجوعها في البذل في العدّة، ولا يجوز التزويج في الرجعي بالأُخت ولا بالرابعة.

قوله رحمه الله: «فإن جوّزناه فتزوّج في العدّة فالأقرب جواز رجوعها، وليس له حينئذٍ أن يرجع».

---

(١) النساء: ١٩.

(٢) المبسوط: كتاب الخلع ج ٤ ص ٣٤٣.

أقول: اذا قلنا بجواز أن يتزوّج الرجل في عدّة المختلعة بأُختها أو برابعة فتزوّج هل يسقط حقّها من الرجوع؟ الأقرب عند المصنّف انّه لايسقط؛ لأنّه حقّ ثبت للزوجة، والأصل بقاؤه. فعلى هذا الوجه لو رجعت في البذل لم يكن له أن يرجع في بضعها قطعاً، وإلّا لكان جامعاً بين الأُختين أو الخمس، وهو حرام بالنصّ[1] والإجماع.

قوله رحمه الله: «ولو كانت ثالثة فالأقرب انّه لا رجعة لها في بذلها».

أقول: اذا كانت الطلقة ثالثة أو تاسعة للعدّة هل للزوجة الرجوع في بذلها؟ الأقرب عند المصنّف انّه لايجوز؛ لأنّ رجوعها في البذل مصير الطلاق كالرجعي الذي يجوز للزوج الرجوع فيه، وهو هنا ممتنع كمتجدّد أسند إليه، بل بنفس الخلع. واذا امتنع رجوع الزوج امتنع كون الطلاق كالرجعي، وهو ممتنع بلزومه ـ أعني صحّة رجوعها في البذل ـ ولأنّ الزوج ملك الفدية بمجرّد البذل وايقاعها ملتمسها، والأصل بقاء ملكه حتى يثبت المزيل، وكون هذا الرجوع مزيلاً مع عدم إمكان رجوع ضرر عليه، وهو منفيّ بالحديث[2]. وهذا ظاهر كلام أصحابنا رحمهم الله.

قوله رحمه الله: «ولو رجعت ولم يعلم حتى

---

(١) تهذيب الأحكام: باب من أحلّ الله نكاحه من النساء ح ٣٩ ج ٧ ص ٢٨٥، وسائل الشيعة: ب ٢٤ من أبواب مايحرم بالمصاهرة ونحوها ح ١ ج ١٥ ص ٣٦٦.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٤ الخلع والمباراة ح ١١ ج ٨ ص ٩٨، وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب الخلع ح ١ ج ١٤ ص ٤٩٨.

خرجت العدّة فالأقرب صحّة رجوعها ومنع رجوعه».

أقول: يظهر من كلام الأصحاب اشتراط صحّة رجوعها بامكان رجوعه كما تقدّم، والمصنّف قرّب صحّة رجوعها وإن لم يعلم؛ لأنّها رجعت في زمان إمكانها ممّن له الرجوع، وعدم علمه ليس مانعاً للحكم بصحّة الرجوع في الحال وإن لم يعلم، فلو كان شرطاً للصحّة لم يصحّ في الحال إلّا بعد إعلامه، وهو باطل قطعاً.

قوله: «ويمتنع رجوعه» ليس فيه قرينة بحيث يحمل على تقدير القول بصحّته من رجوعها بصحّة رجوعه؛ للإجماع على انّه لا رجعة بعد العدّة، بل لاقرينة في إمكان صحّة رجوعها من صحّة رجوعه.

قوله رحمه الله: «ولو ادّعت وقوعه حال جنونه وادّعى حال الإفاقة أو بالعكس فالأقرب تقديم قول من يدّعي الصحّة».

أقول: لأنّ الأصل في العقود الصحّة، فمدّعي الفساد مدّعٍ لخلاف الأصل، ومنكر الفساد يعتضد قوله بالأصل، فكان قوله مقدّماً.

قوله رحمه الله: «ولو إذن لها الوليّ في التسليم إليه فالأقرب براءة ذمّتها».

أقول: يريد انّه لو خالعها السفيه بعوض فأذن وليّه للزوجة في التسليم الى السفيه فسلّمت إليه فالأقرب براءة ذمّتها من المدفوع.

ووجه القرب من انّه تسليم مأذون فيه ممّن له الولاية، فكان مبرئاً لذمّتها.

قوله رحمه الله: «وفي الصبي لو أذن لها الولي إشكال، وكذا المجنون، أقربه عدم البراءة».

أقول: وجه الإشكال من أنّه يأذن الولي فتبرأ به كالسفيه.

ومن عدم أهليّتهما للإمساك فيكون قبضهما فاسداً، فلا تقع البراءة به، وهو الأقرب عند المصنّف.

والفرق بينهما وبين السفيه انّ السفيه داخل تحت التكليف، وثبوت الولاية عليه بسبب نقص ولايته باعتبار التدبير، وهو يتخيّر بإذن الولي، بخلاف الصغير والمجنون؛ لخروجهما عن التكليف، وعدم صحّة شيء من تصرّفاتهما.

قوله رحمه الله: «وهل للعبد الخلع بغير إذن مولاه؟ إشكال، أقربه ذلك إن جعلناه طلاقاً أو فسخاً على إشكال».

أقول: وجه القرب على تقدير كون الخلع طلاقاً، لأنّ طلاق العبد بيده، وهذا طلاق، فكان أمره بيده.

وأمّا وجه الإشكال على تقدير كونه فسخاً فمن حيث إنّ للعبد ولاية في رفع النكاح؛ لأنّ له أن يطلّق، فكان له أن يرفعه كيف كان، بل هذا[1] أولى؛ لأنّ مع صحّة رفع النكاح الذي هو موكول الى العبد يتضمّن إدخال عوض في ملك السيد.

ومن حيث إنّ العبد ممنوع من التصرّفات كلّها، إلّا بإذن المولى، خرج منه الطلاق؛ لقيام الدليل عليه خاصّة، فيبقى ماعداه داخلاً تحت المنع.

---

(١) في ج: «هو».

قوله رحمه الله: «ولو خالعت الأمة فبذلت بإذن مولاها صحّ، وإن لم تكن مأذوناً لها في التجارة تعلّق بكسبها، ولو لم تكن ذات كسب تعلّق بذمّتها تتبع به اذا أُعتقت وأيسرت، ولو قيل: يتعلّق بالسيد مع الإذن مطلقاً كان حسناً».

أقول: المذكور في الكتاب هو قول الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: اذا اختلعت الأمة نفسها بعوض لم يخل من أحد أمرين: امّا أن يكون بإذن سيدها أو بغير إذنه، فإن كان بإذنه صحّ؛ لأنّه وكّلها فيه فيقتضي أن تخلع نفسها بمهر مثلها، فإن فعلت بذلك أو أقلّ منه فإن كانت مأذوناً لها في التجارة أعطت ممّا في يدها، وإن لم تكن تاجرة أعطت من كسبها، وإن لم تكن لها كسب ثبت في ذمّتها يستوفّى منها اذا أُعتقت[1].

والمصنّف استضعف ذلك، واستحسن أن يقال: بأنّ عوض الخلع يكون على السيد؛ لأنّ المخالع في الحقيقة هو السيد وهي وكيلة له ـ كما قاله الشيخ ـ فيكون عوض الخلع عليه.

قوله رحمه الله: «ولو نوى بالخلع الطلاق ففي وقوعه إشكال».

أقول: هذا انّما يتأتّى على القول بوقوع الخلع بمجرّده من غير أن تتبع بالطلاق، فعلى هذا لو خالعها وقصد به الطلاق يحتمل وقوعه؛ لأنّه قد أوقع الخلع مستجمعاً

---

(١) المبسوط: كتاب النكاح ج ٤ ص ٣٦٦.

لشرائطه فكان صحيحاً، ويحتمل عدم وقوعه لاخلعاً ولا طلاقاً. امّا الطلاق فلعدم لفظه، إذ اللفظ الصريح عندنا معتبر ولايقع بالكتابة. وأمّا الخلع فلعدم قصده.

قوله رحمه الله: «ولو نوى بـ«فسخت» اذا فسخ لعيب الطلاق لم يقع، وهل يلزم النكاح به؟ الأقرب ذلك كما لو طلّقها، لكن هنا تطلّق لا هناك».

أقول: اذا كانت المرأة ذات عيب يوجب الفسخ ففسخ الزوج به النكاح وقصد بذلك الطلاق لم يقع الطلاق؛ لما قلناه من اعتبار اللفظ الصريح عندنا، لكن هل يلزم النكاح؟ الأقرب عند المصنّف لزومه، كما اذا طلّق ذات العيب فانّه يدلّ على اختيار النكاح؛ لأنّه إزالة قيد النكاح الثابت، ولهذا كان الطلاق اختياراً لمن طلّقها كمن نكح أزيد من أربع وأسلم. وهذا الفسخ اذا كنّي به عن الطلاق كان قصداً الى رفع النكاح الثابت، لكن هنا انّما لم تطلّق؛ لعدم اللفظ المعيّن لا من حيث عدم قصده؛ لأنّ التقدير انّه قصد بذلك الطلاق.

قوله رحمه الله: «وهل يتولّى البذل والايقاع وكيل واحد عنهما؟ الأقرب الجواز».

أقول: لأنّه لا مانع من ذلك، إلّا كون الوكيل هنا موجباً قابلاً، وذلك عند المصنّف جائز. امّا من منع من كون الواحد موجباً قابلاً كابن ادريس[1] يلزمه القول بأنّه لايصحّ ذلك.

---

(١) السرائر: باب الخلع والمباراة ج ٢ ص ٧٢٨.

قوله رحمه الله: «وإن لم يعلم استحقاقها قيل: بطل الخلع، ويحتمل الصحّة».

أقول: اذا خلعها على غير مستحقّه لغير الزوج ولم يعلم الزوج استحقاقها ـ أي كونها مستحقّة للغير ـ قال الشيخ في المبسوط: يبطل الخلع[1]؛ لأنّه قال في موضع آخر منه: البذل في الخلع غير مقدّر ـ الى أن قال: ـ وينظر في البذل، فإن كان صحيحاً لزم، وإن كان فاسداً لزم مهر المثل عند المخالف، والذي يقتضيه مذهبنا انّه يبطل الخلع[2].

وقال في موضع آخر فيه: اذا اختلعت نفسها بعبد قيمته مائة وخرج نصفه مستحقّاً فهو خلع بعوض معيّن لم يسلّم نصفه قيل: فيه قولان، أحدهما: له نصفه ويرجع عليها بنصف مهرمثلها في مقابلة النصف الذي لم يسلّم، وعندنا يبطل الخلع[3].

وقال المصنّف: يحتمل المثل أو القيمة إن لم يكن مثلياً.

ووجه هذا الاحتمال انّ الحكم بفساد الخلع على خلاف الأصل، فإن الأصل في العقود الصحّة واللزوم؛ لقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾[4] وحينئذٍ تكون الزوجة ضامنة لتلك العين المستحقّة، فإن كانت من ذوات الأمثال كان له مطالبتها بمثلها، وإلّا كان له مطالبتها بقيمتها.

---

(١) المبسوط: كتاب الخلع ج ٤ ص ٣٧١.

(٢) المبسوط: كتاب الخلع ج ٤ ص ٣٤٤.

(٣) المبسوط: كتاب الخلع ج ٤ ص ٣٧١.

(٤) المائدة: ١.

قوله رحمه الله: «وهل يصحّ من المتبرّع الأقرب المنع».

أقول: الأقرب عنده انّه لايصحّ بذل عوض[١] الخلع من الأجنبي المتبرّع؛ لأنّه عقد معاوضة، فلا يجوز أن ينتقل المعوض[٢] عنه الى واحد، والعوض لازم لغيره كالبيع.

وقوّاه الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: إن اختلعها أجنبي من زوجها بعوض بغير إذنها فعند الأكثر يصحّ، وقال شاذّ منهم: لايصحّ، وهو قويّ[٣].

قوله رحمه الله: «امّا لو قال: طلّقها على ألف من مالها وعليّ ضمانها أو على عبدها هذا وعليّ ضمانه صحّ، فإن لم ترض بدفع البذل صحّ الخلع وضمن المتبرّع على إشكال».

أقول: ينشأ من اقتضاء عقد الخلع ذلك.

ومن انّه ضمان مالم يجب.

قوله رحمه الله: «ولولم يحمل الصبي إليها للرضاع مع إمكانه حتى انقضت المدة ففي استحقاقه العوض نظر».

---

(١) ليس في «ش، ج».

(٢) في ج: «العوض».

(٣) المبسوط: كتاب الخلع ج ٤ ص ٣٦٥.

أقول: منشأه من حيث إنّ الواجب عليها التمكين من الرضاع وبذله، وقد فعلت، فلايلزمها عوضه.

ومن انّها لم تفعل ما وجب عليها من الإرضاع، وقد تعذّر استيفاؤه بانقضاء المدة، فيجب عليها ردّ عوضه.

قوله رحمه الله: «ولو قالت: طلّقني ثلاثاً على أن يكون لك عليّ ألفاً قيل: لايصحّ؛ لأنّه طلاق بشرط، والوجه انّه طلاق في مقابلة عوض فلا يعدّ شرطاً».

أقول: القائل بأنّه لايصحّ هو الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: إنّه اذا قالت له: طلّقني ثلاثاً على انّ لك عليّ ألف فطلّقها صحّ الخلع ولزمها الألف وانقطعت الرجعة[1]، وعندنا لايصحّ ـ لمثل ما قلناه ـ لأنّ الطلاق الثلاث لايقع عندنا بلفظ واحد[2].

والمصنّف منع من كونه طلاق بشرط، بل هو طلاق في مقابلة عوض، وذلك لايعدّ شرطاً.

قوله رحمه الله: «وإن قصدت الثلاث ولاءً لم يصحّ البذل وإن طلّقها ثلاثاً مرسلاً؛ لأنّه لم يفعل

---

(١) المبسوط: كتاب الخلع ج ٤ ص ٣٥٢.

(٢) المبسوط: كتاب الخلع ج ٤ ص ٣٤٧.

ما سألته، وقيل: له ثلث الألف لوقوع الواحدة، وفيه نظر».

أقول: لمّا بيّن المصنّف انّ ذلك ليس شرطاً أشار الى ما عنده في ذلك فقال: إن قصدت بقولها: طلّقني ثلاثاً ـ أي ولاءً ـ كقوله: أنتِ طالق فطالق فطالق من غير رجوع بينهما لم يصحّ البذل؛ لأنّ الثلاث عندنا لايقع من غير تخلّل رجعتين بينهما وحينئذٍ لايستحقّ شيئاً، سواء طلّقها ولاءً أو ثلاثاً مرسلاً ـ كقوله: أنتِ طالق ثلاثاً ـ لأنّه لم يفعل ما طلبته فلاشيء له فتقع واحدة.

وقال الشيخ في المبسوط: اذا قالت: طلّقني ثلاثاً على ألف أو عليّ ألف فطلّق واحدة وقعت، وكان له عليها ثلث الألف؛ لأنّها بذلت الألف في مقابلة الثلاث، فاذا طلّقها واحدة فقد حصل ثلث ما طلبت ووجب عليها ما بذلت[1]. ونحوه قال في الخلاف[2].

وفيه نظر عند المصنّف ينشأ ممّا ذكره الشيخ.

ومن انّ البذل على الثلث من غير رجوع فاسد، ولأنّ جعل مجموع الألف في مقابلة مجموع الثلث لايستلزم تقسيط الأبعاض على الأبعاض.

قوله رحمه الله: «وإن قصدت ثلاثاً برجعتين صحّ، فإن طلّقها ثلاثاً فله الألف، وإن طلّق واحدة قيل: له الثلث، وفيه نظر؛ لأنّ مقابلة

---

(١) المبسوط: كتاب الخلع ج ٤ ص ٣٥٢.

(٢) الخلاف: كتاب الخلع المسألة ٢٢ ج ٤ ص ٤٣٧.

الجميع بالجملة لاتقتضي مقابلة الأجزاء بالأجزاء».

أقول: الفرق بين هذه والتي قبلها: انّ التي قبلها طلبت ثلاثاً من غير رجوع بينها، والبذل عنده على هذا الوجه فاسد ـ كما تقدّم ـ وهنا البذل صحيح. ووجه النظر ما ذكره المصنّف.

والقول المحكي هو قول الشيخ في المبسوط[1] ـ كما حكيناه من قبل ـ لكنّه لم يتعرّض للرجوع بينها[2] وعدمه.

قوله رحمه الله: «ولو قالت: طلّقني واحدة بألف فطلّقها ثلاثاً ولاءً فإن قال: الألف في مقابلة الأُولى فله الألف ووقعت بائنة ولغت الباقيتان، وإن قال: في مقابلة الثانية أو الثالثة فالأُولى رجعية ولا فدية، والباقيتان باطلتان، وإن قال: في مقابلة الجميع وقعت الأُولى، قيل: وله ثلث الألف، ولو قيل: له الألف كان وجهاً حيث أوقع ما طلبته».

أقول: القائل بأنّ له ثلث الألف هو الشيخ في المبسوط؛ لأنّه قال فيه: وإن قال: الألف في مقابلة الكلّ قال قوم: الذي يجوز انّها تبين بالأُولى ثلث الألف،

---

(١) المبسوط: كتاب الخلع ج ٤ ص ٣٥٢.

(٢) في ج: «فيها».

ولاتقع عليها الثانية ولا الثالثة، وهو الذي نقول؛ لأنّه اذا جعل[١] الألف في مقابلة الكلّ فمعلوم انّه حصل في مقابلة كلّ واحدة ثلث الألف[٢].

والمصنّف قال: ولو قيل: يكون له مجموع الألف كان وجهاً؛ لأنّه أوقع الذي طلبته؛ لأنّها طلبت طلقة بألف وقد فعل فاستحقّها أجمع.

قوله رحمه الله: «ولو كانت معه على طلقة فقالت: طلّقني ثلاثاً بألف فطلّق واحدة كان له ثلث الألف، وقيل: الألف مع علمها؛ لأنّ معناه: كمّل لي الثلث لتحصل البينونة، والثلث مع جهلها بأنّه لم يبق إلّا طلقة واحدة».

أقول: القائل بهذا التفصيل هو الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: اذا كانت معه على طلقة واحدة فقالت له: طلّقني ثلاثاً بألف فقال لها: أنتِ طالق بألف قال قوم: وقعت الواحدة وكان له الألف، وقال قوم: هذا اذا كانت عالمة انّها معه على طلقة واحدة فحينئذٍ يجب عليها الألف، واذا لم تعلم انّها معه على طلقة فلا يستحقّ عليها إلّا ثلث الألف؛ لأنّها ما بذلت الألف إلّا في مقابلة الثلاث، فاذا لم تحصل الثلاث لم يجب عليها إلّا ثلث ما بذلت. قال: وهو الذي يقتضيه مذهبنا[٣].

قوله رحمه الله: «ولو قالت: طلّقني عشراً بألف

---

(١) في ج: «لانّه جعل أداء».

(٢) المبسوط: كتاب الخلع ج ٤ ص ٣٥٣.

(٣) المبسوط: كتاب الخلع ج ٤ ص ٣٥٢.

فطلّقها واحدة فله عشر الألف، فإن طلّقها ثانية فله خمسها، فإن طلّق ثالثة فالجميع على إشكال».

أقول: منشأه انّه جعلت الألف في مقابلة العشر، ولم يحصل، فلايستحقّ الجميع.

ومن انصراف الجعل الى مايصحّ وهو الثلاث.

قوله رحمه الله: «ولو قالت: طلّقني ثلاثاً بألف فقال: أنتِ طالق واحدة بألف واثنتين مجاناً فالأقرب انّ الأُولى لاتقع؛ لأنّه مارضي بها إلّا بالألف وهي ما قبلت إلّا بثلثها، والاثنان بعدها لاتقعان إلّا أن يأتي بصيغة الطلاق الشرعي فتقع الثانية، ويحتمل أن يكون له بالأُولى ثلث الألف، ويحتمل بطلان الفدية ووقوع الأُولى رجعية».

أقول: وجه وقوع الأُولى بثلث الألف إن بذلها الألف في مقابلة الثلاث يقتضي بذل ثلثها في مقابلة الأُولى، فقد طلّقها الأُولى بما بذلت الأُولى وزيادة، فيلزمها ما بذلت ولا يلزمها الزيادة؛ لعدم بذلها.

ووجه بطلان الفدية وقوع الأُولى رجعية؛ لأنّ الذي بذلته لم يرض به، والذي طلّق عليه لم ترض هي به، ولم يحصل اتّفاقهما على الفدية فكانت باطلة، وصيغة الطلاق قد وقعت خالية عن عوض فكانت رجعية.

قوله رحمه الله: «ولو قالت : طلّقني ثلاثاً بألف واحدة في هذا النكاح واثنتين في غيره لم يصحّ في الاثنتين، فاذا طلّق الثالثة استحقّ ثلث الألف».

أقول: يريد بالثالثة الأُولى، وسمّاها بالثالثة بالنسبة الى الطلقتين اللتين طلبتهما في غير هذا النكاح.

قوله رحمه الله: «لو قال: طلّق زوجتك وعليّ الألف لزمه الألف مع الطلاق ولا يقع الطلاق بانياً،امّا لو قال: خالعها على ألف في ذمّتي ففي الوقوع إشكال».

أقول: وجه الإشكال من انّه عقد معاوضة، فلا يصحّ كون العوض من غير المتعاقدين.

ومن أصالة الجواز. وقد تقدّم انّ الأقرب عند المصنّف المنع من ذلك، وهاهنا استشكل.

والفرق بين الأُولى والثانية: انّ العوض ليس شرطاً في صحّة الطلاق، فكان ذلك جعالة، وهي جائزة من الأجنبي. وأمّا الخلع فهو عقد مشروط بالعوض، وقد بيّنّا انّه لايصحّ كونه من غير المتعاقدين.

قوله رحمه الله: «ولو اتّفقا على ذكر القدر وإهمال الجنس واختلفا في الإرادة قيل: بطل، وقيل: يقدّم قولها، وهو أقرب».

أقـول: القائل بأنّه يبطل هو الشيخ فانّه قال في المبسوط: اذا لم يذكرا جنساً ولانقداً واختلفا في الإرادة قال قوم: لايصحّ التناكر فيه؛ لأنّهما اذا اختلفا فيه صار البذل مجهولاً ووجب مهرالمثل، وقال الباقون: يصحّ ويتحالفان. وعلى القولين يجب مهر المثل، وقد قلنا: على انّ مذهبنا لايصحّ الخلع أصلاً[1].

والأقرب عند المصنّف انّ القول قول المرأة؛ لأنّه اختلاف في إرادتها وهي أعرف بقصدها فكان قولها فيه مقدّماً.

قـوله رحمـه الله: «ولو زاد فـالأقرب بـطلان الخلع».

أقـول: يريد انّها اذا وكّلت المرأة في الخلع فخالع الوكيل بأزيد من مهرمثلها فالأقرب بطلان الخلع؛ لأنّ الإطلاق يقتضي بذل مهرالمثل، فالزيادة لايلزمها؛ لعدم إذنها فيها، والزوج لم يرض بالخلع إلّا بها ولم يسلم، فكان الخلع باطلاً.

قوله رحمه الله: «ولو كان التوكيل في الطـلاق بعوض أو ليتبعه بالطلاق قيل: يـقع رجـعياً ولا فدية ولايضمن الوكيل، وفيه نظر».

أقـول: قد تقدّم انّه اذا وكّلت المرأة في الخلع مطلقاً اقتضى ذلك الخلع بمهرالمثل، فإن بذل الوكيل أزيد فالأقرب عنده بطلان الخلع، امّا لو كانت قد وكّلته في الطلاق بعوض فبذل الوكيل أزيد من مهرالمثل فطلّق الزوج أو كان التوكيل في الخلع وبذل الوكيل الأزيد وأتبع الزوج الخلع بالطلاق قال صاحب الشرائع: يبطل الفدية؛ لأنّه

---

(١) المبسوط: كتاب الخلع ج ٤ ص ٣٤٩.

بذلّ غير مأذون فيه لفظاً ولاحكماً، فيبقى الطلاق مجرّداً عن العوض فيقع رجعياً، ولا يضمن الوكيل؛ لأنّه بذل عنها لا عنه[١].

وفيه نظر، ينشأ ممّا ذكرناه، ومن انّ الطلاق بغير عوض غير مقصود فلا يقع الطلاق أيضاً.

قوله رحمه الله: «ولو قال له: طلّقها يوم الخميس فطلّق يوم الجمعة فالأقرب البطلان، ولو طلّقها يوم الأربعاء بطل».

أقول: يريد انّه اذا وكّل الزوج غيره في طلاق امرأته فأمره أن يطلّقها يوم الخميس اقتضى الإذن في ايقاعه في ذلك اليوم، فإن طلّق[٢] يوم الجمعة فالأقرب عنده البطلان؛ لأنّ الإذن لم يتناوله، مع احتمال الصحّة على ضعف.

والفرق بينه وبين يوم الأربعاء: انّه اذا طلّق يوم الجمعة فإن الطلاق وقع بعد أن صار مأذوناً له في الطلاق، والأصل بقاء الإذن، بخلاف الأربعاء فانّه لم يدخل في الوقت الذي أذن له في ايقاعه فيه.

قوله رحمه الله: «سوى النفقة المستقبلة ما لم يرجع في العوض، ففي استحقاق النفقة حينئذٍ إشكال».

أقول: قد تقدّم وجه الإشكال في استحقاق النفقة عليه اذا رجعت في البذل قبل خروج العدّة.

---

(١) شرائع الاسلام: كتاب الخلع ج ٣ ص ٥٦ مع اختلاف.

(٢) في ج: «فلو طلّقها».

قوله رحمه الله: «وإتباعها بلفظ الطلاق إجماعاً، وفي الخلع خلاف».

أقول: يريد انّ المباراة لاتقع حتى تتبع بالطلاق إجماعاً، امّا الخلع فهل يفتقر الى الإتباع بالطلاق أو يقع بمجرّده؟ فيه خلاف، ونحن قد أشرنا الى الخلاف من قبل.

قوله رحمه الله: «الباب الثالث: في الظهار: وهو حذف لفظة «الظهر». وقيل: أنت عليّ كأُمّي أو مثل أُمّي، فإن نوى الكرامة أو كأنّها كأُمّه في الكيف والصفة لم يكن شيئاً، وإن قصد الظهار قيل: يقع، وفيه إشكال».

أقول: القائل بالوقوع مع النيّة اذا لم يأت بلفظ «الظهر» هو الشيخ في المبسوط حيث قال فيه: اذا قال لزوجته: أنتِ عليّ كأُمّي أو مثل أُمّي ـ فهذه كناية يحتمل مثل أُمّي في الكرامة، ويحتمل مثلها في التحريم ثمّ يرجع إليه، فإن قال: أردت مثلها في الكرامة لم يكن ظهاراً، وإن قال: أردت مثلها في التحريم كان ظهاراً، وإن أطلق لم يكن ظهاراً، وإن قال: أردت مثلها كان ظهاراً، وإن أطلق لم يكن ظهاراً؛ لأنّها كناية لم يتعلّق الحكم بمجرّدها، إلّا بنيّة بلا خلاف[1].

والمصنّف استشكل ذلك من حيث إنّ الأصل بقاء إباحة الزوجية، وعدم تحريمها بشيء من الأقوال، خرج منه ما وقع عليه الإجماع ـ وهو اللفظ المشتمل على ظهر الأُمّ ـ فيبقى ما عداه باقياً على الأصل. ولأنّ الظهار مشتقّ من الظهر.

---

(١) المبسوط: كتاب الظهار ج ٥ ص ١٤٩.

ومن حيث أنّه اذا امتنع عند القبول من زوجته وفعل لم يجب على المظاهر، وهو أحوط في استباحة الفرج.

قوله رحمه الله: «ولو شبّه عضو من أعضائها بظهر أُمّه فالأقرب عدم الوقوع».

أقول: اذا شبّه عضو من امرأته بظهر أُمّه أو شبّه امرأته بعضو من أُمّه فأقرب المذهبين في المسألتين عند المصنّف عدم الوقوع، وهو قول السيد المرتضى فانّه قال في الانتصار: وممّا انفرد به الامامية القول: بأنّ الظهار لايقع إلّا بلفظ الظهر، ولايقوم مقامها تعليقه بجزء من أجزاء الأُمّ أو عضو أيّ عضوٍ كان[1]. وتبعه على ذلك ابن ادريس[2]، وابن زهرة[3].

خلافاً للشيخ في المبسوط فانّه قال في المسألتين: انّه يقع، فانّه قال فيه: فامّا اذا شبّه أعضاء الأُمّ غير الظهر ـ مثل أن يقول: أنتِ عليّ كبطن أُمّي أو كفرج أُمّي، أو شبّه عضواً من أعضاء زوجته بظهر أُمّه مثل أن يقول: فرجك أو رأسك أو رجلك وما أشبه هذا، وكذلك في قوله: رجلك عليّ كرجل أُمّي أو بطنك عليّ كبطن أُمّي أو فرجك عليّ كفرج أُمّي ـ ونوى الظهار كان بجميع ذلك مظاهراً[4]. وتبعه على ذلك ابن حمزة[5]، وابن البرّاج[6].

---

(١) الانتصار: في مسائل الظهار ص ١٤٢.

(٢) السرائر: كتاب الطلاق باب الظهار ج ٢ ص ٧٠٩.

(٣) الغنية «الجوامع الفقهية»: فصل الظهار ص ٥٥١ س ١٢.

(٤) المبسوط: كتاب الظهار ج ٥ ص ١٤٩.

(٥) الوسيلة: فصل في بيان الظهار ص ٣٣٤.

(٦) المهذّب: كتاب الظهار ج ٢ ص ٢٩٨.

ووجه قرب عدم الوقوع ما تقدّم من أصالة بقاء الحلّ. ولأنّ الظهار مشتقّ من الظهر، وصدق المشتقّ يستدعي صدق المشتق منه، وهو منتفٍ هنا، فلا يكون الظهار المشتقّ منه صادقاً، فيبقى الحكم المعلّق على الظهار، ولانتفاء الظهار.

قوله رحمه الله: «وكذا لو قال: أنتِ عليّ حرام كظهر أُمّي على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من إتيان الظهار فيقع.

ومن عدم الإتيان باللفظ الصريح ـ أعني قوله: أنتِ عليّ كظهر أُمّي ـ وأصالة بقاء الحلّ إلّا مع اليقين. وهذا الأخير قول الشيخ في المبسوط[1] والخلاف[2]، ومذهب ابن البرّاج[3].

والأظهر عندي الوقوع؛ لأنّ المقصود بقوله: أنتِ عليّ كظهر أُمّي هو أنت عليّ حرام كظهر أُمّي، فاذا وقع في الأوّل كان وقوعه مع التصريح أولى؛ لرواية زرارة الصحيحة، عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن الظهار، فقال: هو من كلّ ذي محرم أُمّاً أو أُختاً أو عمّة أو خالة، ولا يكون إلّا في يمين، قلت: فكيف؟ قال: يقول الرجل لامرأته ـ وهي طاهرة من غير جماع ـ: أنت عليّ حرام كظهر أُمّي أو أُختي وهو يريد بذلك الظهار[4].

---

(١) المبسوط: كتاب الظهار ج ٥ ص ١٤٩.

(٢) الخلاف: كتاب الظهار المسألة ١٦ ج ٤ ص ٥٣٣.

(٣) المهذّب: كتاب الظهار ج ٢ ص ٣٠٠.

(٤) تهذيب الأحكام: ب ٢ الظهار ج ٨ ح ١ ص ٩، وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب الظهار ج ١٥ ح ١ ص ٥١١.

قوله رحمه الله: «ولو قال: أنت طالق كظهر أُمّي وقع الطلاق ولغي الظهار وإن قصدهما، وقيل: إن قصدهما والطلاق رجعي وقعا، فكأنّه قال: أنت طالق أنت كظهر أُمّي، وفيه نظر، فانّ النيّة غير كافية من دون الصيغة».

أقول: القائل بوقوعهما مع القصد لهما هو الشيخ في المبسوط[١].

وقال ابن البرّاج: لايقع الظهار نواه أو لا[٢]، وهو قول المصنّف في المختلف[٣]. وتوقّف في هذا الكتاب، ومنشأه ما ذكره الشيخ والمصنّف.

قوله رحمه الله: «ويقعان معاً لو قال: أنت كظهر أُمّي طالق على إشكال».

أقول: وجه الإشكال كما تقدّم في وجه النظر في عكسها، ويمكن الفرق بأنّ الأوّل ظاهر هاهنا بعد الخروج عن الزوجية بالطلاق، والثانية لم تخرج عن الزوجية بالظهار.

قوله رحمه الله: «ويصحّ من العبد والكافر على رأي».

أقول: يريد أنّه يصحّ الظهار من الكافر كما يصحّ من المسلم، وهو

---

(١) المبسوط: كتاب الظهار ج ٥ ص ١٥١.

(٢) المهذّب: كتاب الظهار ج ٢ ص ٣٠٠.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الثالث في أحكام الظهار ص ٦٠٠ س ١١.

مذهب ابن ادريس[١].

خلافاً للشيخ حيث قال في كتابَي المبسوط[٢] والخلاف[٣]: لايصحّ من الكافر.

قوله رحمه الله: وهل يشترط العقد؟ فيه نظر، والمروي انّه يقع بالموطوءة بملك اليمين».

أقول: وجه النظر من حيث إنّ أصحابنا في وقوع الظهار بالأمة على قولين، فنقول: مذهب الحسن بن أبي عقيل انّه يقع بالأمة الموطوءة بالملك، قال: وقد زعم قوم من العامّة انّ الظهار لايقع على الأمة، وقد جعل الله تعالى أمة الرجل من نسائه، فقال في آية التحريم: ﴿وأُمّهات نسائكم﴾[٤] فإنّ أُمّ أمته كأُمّ زوجته؛ لأنّها من أُمّهات النساء، كما حرّم الله الحرّة المنكوحة، قال: ﴿الذين يظاهرون منكم من نسائهم﴾[٥] إحداهن أولى بإلحاق حكم الظهار بها من الأُخرى، إلّا التحكم في دين الله عزّوجلّ والخروج عن حكم كتابه. ثمّ قال: وقد أغفل قوم منهم في ذلك فزعموا انّ الظهار كان طلاقاً للعرب والجاهلية والطلاق يقع على الحرّة دون الأمة، وأجاب: بأنّ الذين أوجبوا حكمه في الأمة كما أوجبوا في الحرّة هم سادات العرب وفصحائهم، وأعلم الناس بطلاق الجاهلية والاسلام، وبشرائع الدين، ولفظ القرآن عامّة وخاصّة وحظره وإباحته ومجمله ومتشابهه وناسخه ومنسوخه وندبه

---

(١) السرائر: كتاب الطلاق باب الظهار ج ٢ ص ٧٠٨.

(٢) المبسوط: كتاب الظهار ج ٥ ص ١٤٥.

(٣) الخلاف: كتاب الظهار المسألة ٢ ج ٤ ص ٥٢٥.

(٤) النساء: ٢٣.

(٥) المجادلة: ٢.

وفرضه، إلّا أن يزعموا انّ علياً وأولاده عليهم السلام من العجم، ولو قلتم ذلك لم يكن بأكثر من بغضكم لهم وتكفيركم لشيعتهم. وقد طلّق الأعشى، وكانوا يوقعون الظهار على الأمة والحرّة، فكان أحدهم اذا ظاهر من أمة اعتزلها وحرّمها على نفسه، كما اذا ظاهر امرأته وحرّمها على نفسه، وكانت الحرّة والأمة سواء، وفي تحريم النبي صلّى الله عليه وآله مارية على نفسه دليلاً؛ لأنّهم كانوا يوقعون الظهار على الأمة[١]. وهذا القول الذي ذهب إليه ابن أبي عقيل مذهب الشيخ في النهاية[٢] والخلاف[٣]، وقول ابن حمزة[٤].

وذهب المفيد[٥]، وسلّار[٦]، وأبو الصلاح[٧]، وابن البرّاج[٨]، وابن ادريس الى عدم وقوعه بالموطوءة بملك اليمين، ونقله ابن ادريس عن السيد المرتضى[٩]. والمصنّف توقّف في ذلك فقال: فيه نظر، والمرويّ الوقوع.

فنقول: امّا وجه النظر فمنشأه ممّا ذكره ابن أبي عقيل، ومن انّ المتبادر الى الذهن عرفاً عند إطلاق نساء الرجل انّما هو الزوجات دون الإماء.

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الثالث في أحكام الظهار ص ٥٩٩ س ٢٣.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب الظهار ج ٢ ص ٤٦٧.

(٣) الخلاف: كتاب الظهار المسألة ٨ ج ٤ ص ٥٢٩.

(٤) الوسيلة: فصل في بيان الظهار ص ٣٣٥.

(٥) المقنعة: حكم الظهار ص ٥٢٤.

(٦) المراسم: الظهار ص ١٦٠.

(٧) الكافي في الفقه: فصل في الظهار ص ٣٠٤.

(٨) المهذّب: كتاب الظهار ج ٢ ص ٢٩٨.

(٩) السرائر: كتاب الطلاق باب الظهار ج ٢ ص ٧٠٩.

وأمّا الرواية في ذلك فمنها: ما نقله الشيخ رحمه الله انّه مذهب عليّ بن أبي طالب عليه السلام[١].

ومنها: رواية محمّد بن يعقوب في الصحيح بإسناده عن محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن الرجل يظاهر عن جارية، فقال: الحرّة والأمة في هذا سواء[٢].

وما رواه ابن أبي يعفور قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل ظاهر من جارية، قال: هي سبيل الحرّة[٣].

قوله رحمه الله: «وهل يشترط العقد دائماً؟ خلاف، أقربه الوقوع بالمتمتّع بها».

أقول: اختلف علماؤنا في انّه هل يشترط في وقوع الظهار بالمرأة المعقود عليها كون العقد عليها دائماً أم لا؟ فذهب ابن ادريس الى انّه يشترط؛ لأنّه قال: لايقع الظهار بالمتمتّع بها[٤]، وهو الظاهر من كلام أبي جعفر ابن بابويه[٥]، وأبي علي ابن الجنيد[٦] حيث قالا: لايقع الظهار إلّا على موضع الطلاق.

---

(١) الخلاف: كتاب الظهار ذيل المسألة ٨ ج ٤ ص ٥٢٩.

(٢) الكافي: باب الظهار ح ١١ ج ٦ ص ١٠٦، وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب الظهار ح ١ ج ١٥ ص ٥٢٠، وفيها: «إسحاق بن عمّار» بدل «محمّد بن مسلم».

(٣) تهذيب الأحكام: ب ٢ حكم الظهار ج ٨ ح ٥٢ ص ٢٤، وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب الظهار ح ٤ ج ١٥ ص ٥٢١.

(٤) السرائر: كتاب الطلاق باب الظهار ج ٢ ص ٧٠٩.

(٥) الهداية «الجوامع الفقهية»: باب الظهار ص ٦٠ س ٣٦.

(٦) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الثالث في أحكام الظهار ص ٥٩٩ س ٨.

وذهب ابن أبي عقيل الى وقوعه بالمتمتّع بها[١]، وهو اختيار أبي الصلاح[٢]، وابن زهرة[٣]. وقول السيد المرتضى ذكره في جواب اعتراضات العامّة: لو كانت زوجة لوقع بها الظهار، وأجاب: بالتزام وقوع الظهار[٤]. وهو الأقرب عند المصنّف؛ لعموم قوله تعالى: ﴿الذين يظاهرون منكم من نسائهم﴾[٥] وهذه من النساء؛ لصحّة تقسيم النساء الى الدائم والمنقطع، إذ مورد التقسيم مشترك، ولأنّ الإضافة تصدق بأدنى ملابسة، كما يقال لآخذ ماسكي الثوب: خذ طرفك.

قوله رحمه الله: «وهل يشترط الدخول المروي اشتراطه؟ قيل: لا؛ للعموم».

أقول: المروي انّه يشترط وقوع الظهار بالزوجة أن تكون مدخولاً بها.

وما رواه الشيخ في الصحيح عن محمّد بن مسلم، عن الباقر عليه السلام والصادق عليه السلام في المرأة التي لم يدخل بها زوجها، قال: لا يقع عليها ايلاء ولا ظهار[٦].

وفي الصحيح عن الفضيل بن يسار، عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الثالث في أحكام الظهار ص ٥٩٩ س ١٨.

(٢) الكافي في الفقه: فصل في الظهار ص ٣٠٣.

(٣) الغنية «الجوامع الفقهية»: كتاب النكاح وأقسامه ص ٥٤٩ س ٢٩.

(٤) الانتصار: في التمتّع ص ١١٥.

(٥) المجادلة: ٢.

(٦) تهذيب الأحكام: ب ٢ حكم الظهار ح ٤٠ ج ٨ ص ٢١، وسائل الشيعة: ب ٨ من أبواب الظهار ح ٢ ج ١٥ ص ٥١٦.

رجل مملّك ظاهر من امرأته، قال: لايلزمه، وقال لي: لايكون ظهار وايلاء حتى يدخل بها[١].

وروى ذلك بعينه محمّد بن يعقوب بإسناده في الصحيح عن الفضل بن يسار، عن الصادق عليه السلام[٢].

وقال المفيد[٣]، وسلّار[٤]، وابن زهرة[٥]، وابن ادريس: إنّه يقع، ونقله عن السيد[٦]. واستدلّوا بالعموم؛ لعموم قوله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم﴾[٧] المتناول للمدخول بها وغيره.

قوله رحمه الله: «والأقرب اشتراط التعيين».

أقول: الأقرب عند المصنّف انّه يشترط تعيين المظاهر منها في صحّة الظهار، فلو قال: أحدكما عليّ كظهر أُمّي لم يقع؛ لأنّ الأصل بقاء حكم العقد المقتضي لإباحة كلّ منهما، خرج منها المظاهر منها بعينها إجماعاً، فيبقى غير المعيّنة على أصالة الإباحة.

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢ حكم الظهار ح ٤١ ج ٨ ص ٢١، وسائل الشيعة: ب ٨ من أبواب الظهار ح ١ ج ١٥ ص ٥١٦.

(٢) الكافي: باب الظهار ح ٢١ ج ٦ ص ١٥٨، وسائل الشيعة: ب ٨ من أبواب الظهار ح ١ ج ١٥ ص ٥١٦.

(٣) المقنعة: حكم الظهار ص ٥٢٤.

(٤) المراسم: الظهار ص ١٦٠.

(٥) الغنية «الجوامع الفقهية»: فصل الظهار ص ٥٥١ س ١٦.

(٦) السرائر: كتاب الطلاق باب الظهار ج ٢ ص ٧١٠.

(٧) المجادلة: ٣.

قوله رحمه الله: «ولا خلاف في صحّته اذا شبّه بالأُمّ بلفظ الظهر، وهل يقع لو شبهّها بغيرها من المحرمات نسباً ورضاعاً كالأُخت والعمّة والخالة وبنت الأخ وبنت الأُخت والأُمّ من الرضاعة وغيرها؟ خلاف، أقربه الوقوع إن جاء فيه بلفظ الظهر».

أقول: النصّ[١] والإجماع من المسلمين كافة على وقوع الظهار اذا شبّه زوجته الحرّة المدخول بها بالأُمّ بلفظ الظهر، بأن قال لزوجته: أنت عليّ كظهر أُمّي.

امّا اذا شبّه الزوجة بإحدى المحرمات المشار إليهنّ من جهة النسب أو من جهة الرضاع فإن علماءنا اختلفوا فيه على أقوال:

الأوّل: ما ذهب اليه ابن ادريس انّها لاتحرم، إلّا اذا شبّهها بالأُمّ بلفظ الظهر[٢].

الثاني: التحريم مطلقاً، أي لم يفصّل بين المحرمات، وهو قول الشيخ في النهاية[٣].

والمفيد قال: اذا قال: أنتِ عليّ كظهر أُمّي أو أُختي أو ابنتي أو عمّتي أو خالتي وذكر واحدة من المحرمات كان مظاهراً[٤]. وكذا أطلق محمّد بن بابويه في المقنع[٥]،

---

(١) تهذيب الأحكام: حكم الظهار ج ٨ ح ٤ ص ١٠، وسائل الشيعة: ب ٩ من أبواب الظهار ح ١ ج ١٥ ص ٥١٧.

(٢) السرائر: كتاب الطلاق باب الظهار ج ٢ ص ٧٠٨.

(٣) النهاية ونكتها: باب الظهار ج ٢ ص ٤٥٩.

(٤) المقنعة: حكم الظهار ص ٥٢٣.

(٥) المقنع: باب الظهار ص ١١٨.

وابن أبي عقيل[١]، وابن الجنيد[٢]، وابن البرّاج في الكامل[٣]، وسلّار[٤]، وابن حمزة[٥]، وابن زهرة[٦].

الثالث: التفصيل، وهو قول الشيخ في المبسوط قال فيه: اذا شبّهها بامرأة تحرم عليه لا على التأبيد ـ كالمطلّقة ثلاثاً أو أُخت امرأته أو عمّتها أو خالتها ـ لم يكن مظاهراً بلاخلاف، وإن شبّهها بمحرم على التأبيد غير الأُمّهات والجدّات ـ كالبنات وبنات الأولاد والأخوات وبناتهنّ والعمّات والخالات ـ فروى أصحابنا انّهنّ يجرين مجرى الأُمّهات، فأمّا النساء المحرمة عليه بالرضاع والمصاهرة فالذي يقتضيه مذهبنا انّه يحرم عليه بالرضاع حكمها حكم من يحرم عليه بالنسب؛ لقوله عليه السلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» فأمّا من يحرم بالمصاهرة ينبغي أن لا يكون مظاهراً؛ لأنّه لا دليل عليه[٧].

الرابع: قول ابن البرّاج في المهذّب قال: فإن شبّهها بامرأة محرمة على التأبيد غير الأُمّهات والبنات وبنات الأولاد والأخوات وبناتهنّ والعمّات والخالات فعندنا انّهنّ يجرين مجرى النسب، فأمّا النساء المحرمات عليه بالرضاع والمصاهرة فالظاهر أن لا يكون بهنّ مظاهراً[٨].

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الثاني في أحكام الظهار ص ٥٩٨ س ١٨.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق.

(٤) المراسم: الظهار ص ١٦٠.

(٥) الوسيلة: فصل في بيان الظهار ص ٣٣٤.

(٦) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الثالث في أحكام الظهار ص ٥٩٨ س ١٨.

(٧) المبسوط: كتاب الظهار ج ٥ ص ١٥٠.

(٨) المهذّب: باب الظهار ج ٢ ص ٢٩٩.

والأقرب عند المصنّف إن شبّهها بإحدى المحرمات بلفظ الظهر ـ كما اذا قال: أنتِ عليّ كظهر أُختي أو بنتي مثلاً ـ وقع الظهار.

ووجه القرب ما تقدّم من رواية زرارة[١]، فانّها دالّة على ذلك، والاشتراك في العلّة ـ أعني من كونه منكراً من القول وزوراً ـ يقتضي الاشتراك في الحكم.

قوله رحمه الله: «وهل تدخل الجدّة تحت الأُمّ إن اقتصرنا عليها؟ إشكال».

أقول: منشأه من انّها ليست أُمّاً حقيقة، فلا يقع الظهار؛ لأنّا نبحث على تقدير انّ الظهار لا يقع إلّا اذا شبّه زوجته بالأُمّ بقوله: أنتِ عليّ كظهر أُمّي.

ومن انّه يطلق عليها لفظ الأُمّ.

قوله رحمه الله: «الظهار حرام؛ لاتّصافه بالمنكر، وقيل: لا عقاب فيه؛ لتعقّبه بالعفو».

أقول: القول المشار إليه نقله المصنّف، وابن سعيد[٢]. ولم نقف في كتب أصحابنا المصنّفين على ذلك، وكأنّه أشار الى بعض كتب المفسّرين.

قوله رحمه الله: «ولا في إضرار على رأي».

أقول: يريد انّ الظهار لا يقع في إضرار، وهو قول الشيخ في النهاية[٣].

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢ حكم الظهار ح ١ ج ٨ ص ٩، وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب الظهار ح ١ ج ١٥ ص ٥١١.

(٢) شرائع الاسلام: أحكام الظهار ج ٣ ص ٦٤.

(٣) النهاية ونكتها: باب الظهار ج ٢ ص ٤٦٥.

والقول المشار إليه هو ظاهر كلام السيد[١]، وابن الجنيد[٢]، وأبي الصلاح[٣]، وابن ادريس[٤] حيث أطلقوا القول بالوقوع عند حصول شرائطه. ولم يذكروا منها أن لا يكون في إضرار.

وتردّد المصنّف في ذلك حيث قال: وهل يقع في إضرار؟ قيل: لا، وفيه إشكال، منشأه التمسّك بالعموم.

قوله رحمه الله: «وهل يقع موقوفاً على شرط؟ الأقرب ذلك».

أقول: وجه القرب عموم ذلك[٥]، وهو مذهب الشيخ في النهاية[٦] والمبسوط[٧] والخلاف[٨]، وقول الصدوق في المقنع[٩]، واختاره ابن حمزة[١٠].

خلافاً للسيد المرتضى في الانتصار[١١]، وابن البرّاج في كتابيه الكامل[١٢]

---

(١) الانتصار: مسائل الظهار ص ١٤١.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل الثالث في أحكام الظهار ص ٥٩٧ س ٣٠.

(٣) الكافي في الفقه: فصل في الظهار ص ٣٠٣.

(٤) السرائر: كتاب الطلاق باب الظهار ج ٢ ص ٧١١.

(٥) في ج: «الآية».

(٦) النهاية ونكتها: باب الظهار ج ٢ ص ٤٦٢.

(٧) المبسوط: كتاب الظهار ج ٥ ص ١٥٠.

(٨) الخلاف: كتاب الظهار المسألة ٢٠ ج ٤ ص ٥٣٥.

(٩) المقنع: فصل الظهار ص ١١٨.

(١٠) الوسيلة: فصل في بيان الظهار ص ٣٣٤.

(١١) الانتصار: مسائل الظهار ص ١٤١.

(١٢) لم نعثر عليه.

والمهذّب[١]، وأبي الصلاح[٢] وابن زهرة[٣] فانّهم قالوا: لايقع. وتبعهم على ذلك ابن ادريس ونقله عن المفيد[٤].

قوله رحمه الله: «ولو قال: أنتِ عليّ كظهر أُمّي إن دخلت الدار أو شاء زيد فدخل أو شاء زيد وقع؛ وفي الفرق بينه وبين المعلّق نظر».

أقول: لم يفرّق الشيخ في المبسوط بين الظهار المشروط والمعلّق على دخول الدار فانّه قال فيه: الظهار يصحّ عاجلاً وآجلاً، فالعاجل أن يقول: أنتِ عليّ كظهر أُمّي، والآجل أن يقول: اذا دخلت الدار أو جاء رأس الشهر[٥].

والمصنّف فرّق في هذا الكتاب فقال أوّلاً: ولو علّق بانقضاء الشهر أو بدخوله ـ الى قوله: ـ ثمّ قال: وهل يقع موقوفاً على الشرط؟ الأقرب ذلك، فلو قال: أنتِ عليّ كظهر أُمّي إن دخلت الدار فدخل أو شاء زيد وقع، وفي الفرق بين المعلّق والمشروط نظر.

وجه النظر من حيث وجود التعليق فيهما.

ومن حيث إنّ المشروط يمكن وقوع الظهار منه[٦] في الحال، كما يمكن وقوعه فيما

---

(١) المهذّب: باب الظهار ج ٢ ص ٢٩٨.

(٢) الكافي في الفقه: فصل في الظهار ص ٣٠٣.

(٣) الغنية «الجوامع الفقهية»: فصل في الظهار ص ٥٥١ س ١٢.

(٤) السرائر: كتاب الطلاق باب الظهار ج ٢ ص ٧٠٩.

(٥) المبسوط: كتاب الظهار ج ٢ ص ١٥٠.

(٦) في ج: «فيه».

بعد؛ لإمكان الدخول عقيب الظهار بلا فصل ومشيئة زيد، فلم يكن قاصداً لتأخير الظهار على الجزم، بخلاف المعلّق على دخول الشهر أو خروجه فانّه جازم به على انّه ليس بمظاهر.

قوله رحمه الله: «ولو قال: أنتِ عليّ كظهر أُمّي إن لم يشأ الله فإن كان عدلياً وقع إن عرف التحريم، وإن كان أشعرياً فإشكال».

أقول: أمّا وقوع الظهار لو كان عدلياً فلأنّ العدلي يعتقد انّ الله عزّوجلّ لايريد المعاصي وقد عرف المظاهر التحريم فقد عرف وقوع الظهار فيها فيقع. وأمّا وجه الإشكال في الأشعري؛ لأنّه قصد الظهار مالم توجد المشيئة، وانتفاؤها غيرمعلوم، ومع الشرط في الشرط يتحقّق الشكّ في المشروط، ووقوع الظهار مشكوك فيه، فيبقى المظاهر على أصالة بقاء إباحة الزوجية، عملاً بالاستصحاب.

وأقول: يمكن أن يلزم الأشاعرة المناقضة لمذهبهم في ذلك، وذلك لأنّ الله تعالى لم يشأ فقد حصل شرط وقوع الظهار فيقع، لكن في مذهبهم انّ كلّ ما لم يشأ الله وقوعه لايقع فيلزم أن يكون واقعاً، وهو جمع بين النقيضين، وإن شاء الوقوع لم يحصل شرط الوقوع فلايقع؛ لعدم شرطه، ويقع؛ لأنّ الله قد شاء وقوعه، وذلك جمع بين النقيضين أيضاً.

قوله رحمه الله: «والأقرب تحريم غيره من ضروب الاستمتاع».

أقول: هذا هو اختيار الشيخ في المبسوط والخلاف، قال في المبسوط: فاذا

ثبت انّ الوطء محرّم عليه فهل يحرم عليه مادون من القُبلة واللمس والوطء دون الفرج؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: لايحرم، والثاني: يحرم عليه، وهو الأقوى عندنا؛ لقوله تعالى: «من قبل أن يتماسا» فكلّ ذلك مماسة[١]. ومثله قال في الخلاف[٢].

وقال ابن ادريس: لايحرم عليه تقبيلها ولا ضمّها ولا عناقها[٣].

والأوّل أقرب عند المصنّف؛ لما ذكره الشيخ من عموم الآية.

قوله رحمه الله: «واذا كان منجزاً أو وقع شرطه أفاد تحريم وطء الزوجة حتى يكفّر، والأقرب تحريم غيره من ضروب الاستمتاع لا تحريمه عليها».

أقول: قد تقدّم وجه أقربية تحريم ضروب الاستمتاع عليها بالظهار، ولكن هنا زيادة وهي: انّ الأقرب انّه لايحرم على الزوجة؛ لأنّ الإباحة كانت حاصلة من الجانبين، وظاهر الآية اقتضاء تحريمها عليه حتى يكفّر؛ لأنّ الخطاب بذلك والأمر بالكفّارة للزوج، فتبقى الإباحة التي كانت للزوجة عملاً بالاستصحاب.

قوله رحمه الله: «ولو وطأ خلال الصوم استأنف، وقيل: لايبطل التتابع لو وطأ ليلاً».

أقول: ما ذكره المصنّف ـ من استئناف الصوم اذا وطأ ليلاً ـ مذهب الشيخ في

---

(١) المبسوط: كتاب الظهار ج ٥ ص ١٥٤ ـ ١٥٥، الآية ٣ و ٤ من سورة المجادلة.

(٢) الخلاف: كتاب الظهار المسألة ٢١ ج ٤ ص ٥٣٨.

(٣) السرائر: كتاب الطلاق باب الظهار ج ٢ ص ٧١١.

المبسوط[١] والخلاف[٢]، لأنّه قال فيهما: اذا وطأ زوجته التي ظاهر منها في حال الصوم عامداً نهاراً أو ليلاً بطل صومه ولزمه استئناف الكفّارتين.

والقائل بأنّه لايبطل التتابع هو ابن ادريس فانّه قال: امّا وجوب الكفّارة الأُخرى فصحيح، وأمّا استئناف الكفّارة المأخوذ فيها بالصوم اذا وطأ ليلاً فبعيد لا وجه له، ولا دليل على استئناف الصوم[٣].

قوله رحمه الله: «وهل يكفي الاستئناف عن كفّارة الوطء قبل إكمال التكفير؟ إشكال، والأقرب انّ الوطء إن وقع ليلاً وجب الإتمام مطلقاً والتكفير ثانياً، وكذا إن وقع نهاراً أبعد إن صام من الثاني شيئاً، وإن كان قبله استأنف وكفّر ثانياً».

أقول: يريد انّه اذا قلنا بوجوب استئناف الكفّارة اذا وطأ قبل تمام الكفّارة هل يكون استئناف الكفّارة مجزئاً عن الظهار وعن الوطء قبل التكفير أو يحتاج الى كفّارة أُخرى للوطء أو يكفي الاستئناف لكفّارة الظهار؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّه اذا استأنف بعد الوطء صدق عليه انّه قد فعل الكفّارة عقيب الوطء فتجزي عنه وعن الظهار؛ لأنّ حكم الظهار إباحة الوطء بعد التكفير، ويصدق عليه انّه قد كفّر.

---

(١) المبسوط: كتاب الظهار ج ٥ ص ١٥٥.

(٢) الخلاف: كتاب الظهار المسألة ٢٤ ج ٤ ص ٥٤٠.

(٣) السرائر: كتاب الطلاق باب الظهار ج ٢ ص ٧١٤.

ومن تغاير السبب المقتضي للكفّارة، فإن الظهار بانفراده سبب لوجوب[١] الكفّارة، والوطء قبل تمام التكفير سبب آخر في وجوبها وتداخلهما على خلاف الأصل.

والأقرب عند المصنّف انّ الوطء إن وقع ليلاً لم يجب الاستئناف، بل يجب عليه إتمام الصوم مطلقاً، أي سواء كان في الشهر الأوّل أو الثاني ثمّ يستأنف أُخرى للوطء، وكذا إن وقع نهاراً بعد أن صام من الثاني شيئاً، وإن كان نهاراً قبل أن يصوم من الثاني شيئاً استأنف. وهذا قول ابن ادريس[٢] الذي حكيناه عنه بعينه.

ووجه القرب أن نقول: امّا عدم الاستئناف اذا وطأ ليلاً فإن الوطء بالليل لايبطل الصوم فلا معنى لاستئنافه، وكذا لو بطل الصوم نهاراً بعد صوم شيء من الشهر الثاني؛ لأنّ التتابع يحصل بصوم شهر ويوماً من آخر وقد حصل، وأمّا استئنافه اذا كان نهاراً قبل أن يصوم من الثاني شيئاً فلأنّه يبطل التتابع إجماعاً.

وأمّا وجوب كفّارة أُخرى في هذه المواضع كلّها فلصدق انّه وطأ قبل التكفير، والمصنّف رجع عن هذا القول في المختلف الى قول الشيخ، واستدلّ عليه بأنّ الله تعالى أوجب عليه صوماً موصوفاً بكونه قبل المسيس فلا يجزي غيره[٣].

قوله رحمه الله: «وإن عجز عن الكفّارة أو ما يقوم مقامها كفاه الاستغفار، وحلّ الوطء على رأي».

---

(١) في ج: «في وجوب».

(٢) السرائر: كتاب الطلاق باب الظهار ج ٢ ص ٧١٤.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الثالث في الظهار ص ٦٠٣ س ١٣.

أقـول: البحث هنا يتعلّق في موضعين:

أحدهما: معنى قوله: «أو ما يقوم مقامها» فنقول: الكفّارة عتق رقبة، فإن لم يجد صام شهرين متتابعين، فإن لم يقدر أطعم ستين مسكيناً. وأمّا الذي يقوم مقامها ففيه أقوال:

(أ) صوم ثمانية عشر يوماً، ذهب الى ذلك الشيخ في النهاية[١]، وتبعه ابن البرّاج[٢].

(ب) قال ابن حمزة: اذا عجز عن الإطعام صام ثمانية عشر يوماً، فإن عجز تصدّق عن كلّ يوم بمدين من طعام، فإن عجز استغفر الله[٣].

(ج) قال علي بن بابويه في رسالته[٤] وابنه في المقنع[٥]: اذا عجز عن إطعام ستين مسكيناً تصدّق بما يطيق.

والمصنّف أتى بما يشمل الجميع فقال: اذا عجز عن الكفّارة أو مايقوم مقامها قال المصنّف: كفاه الاستغفار وحلّ له الوطء وهو مذهب ابن ادريس فانّه قال: والصحيح انّ الاستغفار كفّارة من لايجد الكفّارة رأساً[٦]. وهو يقتضي حل الوطء وعدم وجوب الكفّارة ولو تمكّن منها بعد الاستغفار.

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب الظهار ج ٢ ص ٤٦٧.

(٢) المهذّب: كتاب الظهار ج ٢ ص ٣٠٠.

(٣) الوسيلة: كتاب الكفّارات ص ٣٥٤.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الثالث في الظهار ص ٦٠٢ س ٥.

(٥) المقنع: باب بدو النكاح ص ١٠٨.

(٦) السرائر: كتاب الطلاق باب الظهار ج ٢ ص ٧١٣.

وقال الشيخ في النهاية: يحرم عليه وطؤها، إلّا أن يكفّر[١]. وكذا المفيد[٢]، وابن الجنيد[٣].

ونقل ابن ادريس عن الشيخ في الاستبصار قولاً ثالثاً وهو: إباحة الوطء بعد الاستغفار، وتكون الكفّارة ثابتة في ذمّته اذا قدر عليها كفّر[٤].

قوله رحمه الله: «ولو كان الظهار مشروطاً جاز الوطء مالم يحصل الشرط ولا كفّارة قبله، ولو كان الوطء هو الشرط ثبت الظهار بعد فعله، ولاتستقر الكفّارة حتى يعود، وقيل: تجب بنفس الوطء، وليس بجيّد».

أقول: القائل بذلك هو الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: والضرب الثاني: لاتجب فيه الكفّارة إلّا بعد أن يفعل ما شرط انّه أن لا يفعله أو يواقعها، فمتى واقعها كانت عليه كفّارة واحدة[٥]. والمصنّف لم يرتضي هذا القول فقال: وليس بجيّد.

ووجه ضعف هذا القول انّ الظهار اذا كان مشروطاً بشرط فقبل حصول الشرط يكون الوطء مباحاً، فلا تجب به كفّارة.

قوله رحمه الله: «ولو وطأ ثانيةً بعد أن أدّى

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب الظهار ج ٢ ص ٤٦٧.

(٢) المقنعة: حكم الظهار ص ٥٢٤.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الثالث في الظهار ص ٦٠٢ س ٥.

(٤) السرائر: كتاب الطلاق باب الظهار ج ٢ ص ٧١٣.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب الظهار ج ٢ ص ٤٦٢.

الكفّارة عن الأوّل أو عن أحدهما على إشكال وجبت ثالثة».

أقـول: اذا وطأ المظاهر قبل التكفير لزمته كفّارة للوطء وكفّارة للظهار، فإن كفّر ثمّ وطأ ثانياً فإن نوى بالكفّارة عن الوطء الأوّل لزمته كفّارة ثالثة قطعاً لبقاء حكم الظهار، وإن نوى التكفير عن الظهار بطل حكم الظهار، ولم تجب عليه بهذا الوطء كفّارة؛ لأنّه وطأ بعد العود والتكفير عن الظهار فوقع وطؤه مباحاً. امّا لو نوى بالتكفير عن إحدى كفّارتيه من غير أن يعيّنها عن الظهار أو عن الوطء ففي وجوب ثالثة إشكال.

ينشأ من احتمال عدم الوجوب لصدق انّه وطأ بعد العود والتكفير، فيكون وطؤه مباحاً.

ولأنّ الأصل براءة الذمّة من وجوب الثالثة من انّ حكم الظهار انّما يسقط اذا كفّر عنه ولم يعلم، والأصل بقاء حكم الظهار.

قوله رحمه الله: «ولو كرّر الظهار من واحدة وجب عليه بكلّ مرة كفّارة، سواء فرّق الظهار أو تابعه على رأي».

أقـول: هذا مذهب ابن أبي عقيل فانّه قال: ولو انّ رجلاً تكلّم بالظهار مرّتين أو ثلاثاً أو أكثر من ذلك في وقت واحد أو أوقات مختلفة كان عليه بكلّ مرة كفّارة[1]، وهو مذهب الشيخ في النهاية[2].

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الثالث في الظهار ص ٦٠١ س ٢٩.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب الظهار ج ٢ ص ٤٦٤ ـ ٤٦٥.

وقال في المبسوط: إن والى وقصد التأكيد لزمته كفّارة واحدة، وان فرّق كان الجميع ظهاراً[١]. وتبعه ابن حمزة[٢] في ذلك.

ولابن الجنيد قول ثالث فقال: إن ظاهر بأُمّه ثمّ ظاهر بأُخته لزمته كفّارتان: واحدة عن ظهاره بالأُمّ والأُخرى عن ظهاره بالأُخت؛ لأنّهما حرمتان انتهكهما، وإن كرّر ظهاره بأُمّه قبل التكفير لزمته كفّارة واحدة[٣].

قوله رحمه الله: «ويصحّ الظهار مطلقاً ومقيداً على رأي».

أقول: هذا قول ابن الجنيد[٤]، خلافاً للشيخ في المبسوط[٥] والخلاف[٦] فانّه قال فيهما: اذا ظاهر من زوجته مدة ـ مثل أن يقول: أنت عليّ كظهر أُمّي يوماً أو شهراً أو سنةً ـ لم يكن ظهاراً. وتبعه ابن البرّاج[٧]، وابن ادريس[٨].

قوله رحمه الله: «فإن قصرت المدة عن زمان التربّص وقع على إشكال».

---

(١) المبسوط: كتاب الظهار ج ٥ ص ١٥٢.

(٢) الوسيلة: كتاب الطلاق فصل في بيان الظهار ص ٣٣٤.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل الثالث في الظهار ص ٦٠١ س ٢٦.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الثالث في الظهار ص ٦٠٤ س ٢١.

(٥) المبسوط: كتاب الظهار ج ٥ ص ١٥٦.

(٦) الخلاف: كتاب الظهار مسألة ٢٦ ج ٤ ص ٥٤٣.

(٧) المهذّب: كتاب الظهار باب الظهار ج ٢ ص ٣٠١.

(٨) السرائر: كتاب الطلاق باب الظهار ج ٢ ص ٧٠٩.

أقـول: هذا تفريع على القول بصحّته مقيّداً بالزمان وهو: انّه لو كان الزمـان ينقص عن مدة التربّص ـ يعني ثلاثة أشهر ـ كما لو ظاهر منها يوماً أو شهراً هل يقع الظهار؟ فيه إشكال.

ينشأ من عموم الآية[1] المتناولة للقاصر عن مدة التربّص وغيرها.

ومن حكم الظهار أن يؤخّره الحاكم ثلاثة أشهر لينظر في حاله هل يكفّر ويعود أو يطلّق؟ وذلك يقتضي اشتراط كون المدة مشتملة على مدة التربّـص، فـلا يـقع بدونها.

قوله رحمه الله: «في الباب الرابـع: في الايـلاء: ومن المجبوب على إشكال».

أقـول: يريد ويقع الايلاء من المجبوب على إشكال.

ومنشأه من احتمال الوقوع، كما ذهب إليه الشيخ في المـبسوط[2]، عـملاً بـقوله تعالى: ﴿للذين يؤلون من نسائهم﴾[3].

ومن احتمال عدم الوقوع، كما هو مذهب المصنّف في المختلف؛ لأنّها يمين على ممتنع فلايقع، كما لو حلف لايصعد الى السماء[4].

قوله رحمه الله: «ولايقع بـالمستمتع بهـا عـلى الأقوى».

---

(١) المقصود منها الآية ٢٢٦ من سورة البقرة.

(٢) المبسوط: كتاب الايلاء ج ٥ ص ١٤٣.

(٣) البقرة: ٢٢٦.

(٤) مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الرابع في الايلاء ص ٦٠٥ س ٣٤.

أقـول: الأقوى عند المصنّف انّ الايلاء لايقع بالمستمتع بها لوجهين:

أحدهما: انّ ثبوت حكم الايلاء في تحريم الزوجة بعد أن كان حلالاً وغير ذلك على خلاف الأصل، خرج منه المعقود عليها بعقد الدوام بالنصّ والإجماع، فيبقى ماعداه على أصالة بقاء الحلّ وعدم ثبوت أحكام الايلاء.

الثاني: ان قوله تعالى: ﴿وإن عزموا الطلاق﴾[1] الضمير في «عزموا» راجع الى ﴿للذين يؤلون من نسائهم﴾[2] فدلّ على انّ ذلك يختصّ بمن يصحّ طلاقه، والطلاق لايقع بالمستمتع بها، ان لو كان المراد من النساء ما هو أعمّ من المعقود عليها بعقد الدوام لافتقر الى الإضمار، وكان التقدير حينئذٍ: فإن عزم بعضهم، وهو الذي يصحّ أن يقع منه طلاق المولّى منها، والإضمار على خلاف الأصل.

واعلم أنّ هذا الذي ذهب إليه المصنّف من عدم وقوعه بالمستمتع بها هو المستفيض بين علمائنا، وإن كان قد قيل بوقوعه فهو شاذّ.

قـوله رحمه الله: «وفي المباضعة والملامسة والمباشرة مع النيّة إشكال، أقربه الوقوع».

أقـول: منشأه من انّه ليس بصريح فلا يكون به مولّياً؛ لأصالة بقاء الحلّ.

ومن انّ ذلك قد يستعمل عرفاً فيما نواه وقصده، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لعموم قوله تعالى: ﴿للذين يؤلون من نسائهم﴾ والايلاء الحلف من غير تفصيل لعبارة دون أُخرى.

---

(١) البقرة: ٢٢٧.

(٢) البقرة: ٢٢٦.

قوله رحمه الله: «ولو قال: لاجمع رأسي ورأسك مخدّة أو لا ساقفتك أو لأُطيلنّ غيبتي عنك قيل: يقع مع القصد».

أقول: القائل بالوقوع هو الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: الايلاء أربعة أضرب ـ الى قوله: ـ الرابع: ما هو كناية في الحكم كناية فيما بينه وبين الله تعالى، وهو قوله: «والله لا جمع رأسي ورأسك شيء» «لا ساقفتك رأسي ورأسك» «لا جمع رأسي ورأسك مخدّة» فكذلك «لأسوءنّك» «لأُطيلنّ غيبتي عنك» فكلّ هذا كناية، فإن كانت له نيّة فهو على مانوى، وإن لم يكن له نيّة سقط قوله، ولم يتعلّق به حكم[١]. ومنع في الخلاف[٢] من وقوع ذلك، وهو قول ابن ادريس[٣].

قوله رحمه الله: «ولو قال: إن وطئتك فعبدي حرّ عن الظهار لم يكن ايلاء، لكن لو وطأ لزم بعتق العبد؛ لإقراره، وهل يلزم بعتقه معجّلاً؟ الأقرب المنع».

أقول: أمّا إلزامه بعتق العبد فلأنّه اعترف بأنّ العبد يصير حرّاً عن كفّارة الظهار، وذلك ممكن، إذ قد يمكن أن يكون قد نذر انّه اذا وطأها أن يعتق العبد عن الظهار الذي أوقعه بزوجته، فيحمل[٤] إقراره عليه.

---

(١) المبسوط: كتاب الايلاء ج ٥ ص ١١٦ ـ ١١٧.

(٢) الخلاف: كتاب الايلاء المسألة ٧ ج ٤ ص ٥١٥.

(٣) السرائر: كتاب الطلاق باب الايلاء ج ٢ ص ٧٢٢.

(٤) في ج: «فيحلّ».

وأمّا قرب عدم وجوب إلزامه معجّلاً أي: إن لم يطأ لزم حصول الشرط الملزوم. ولأنّ المظاهر لايجب عليه التكفير في الحال، بل ينتظر ثلاثة أشهر ثمّ يلزم به أو بالطلاق، فاذا فرض انّه نذر على العتق تعيّن عليه عتقه بعد مدة التربّص.

والتحقيق أن يقال: إن علم انّه قال ذلك على وجه الإقرار بكونه يلزمه عتقه عند الإصابة عن الظهار كان الحكم لزوم إعتاقه عند الإصابة؛ لاعترافه بأنّه ظاهر، وانّه يجب عليه العتق عن الظهار، لكن يجب عليه التحرير من غير تأخير؛ لأنّ وجوب العتق ينافي جواز[1] تأخيره، كما لو نذر عتق العبد عند قدوم زيد ثمّ قدم زيد. بخلاف غيره من النذور المطلقة كالصوم والصلاة؛ لأنّ تأخيرهما لايلزم منعاً عن حقّ الغير، وتأخير العتق يتضمّن ذلك فلم يجز. والتربّص للمظاهر انّما هو للتخيير بين الطلاق والتكفير، وهنا قد تعيّن عليه العتق بالنذر بالتعيين. وإن لم يعلم منه قصد الاعتراف بالعتق عند الإصابة كان ذلك اعترافاً بصدور الظهار لاغير.

وظاهر الكلام يقتضي تعلّق عتق العبد على الظهار الصادر منه على الإصابة، كمالو قال: إن دخلت الدار فعبدي حرّ، فانّه باطل؛ لتعلّقه. ولايقال: انّه أقرّ بصيرورته حرّاً عند الدخول؛ لاحتمال النذر، وكذا هنا.

والشيخ في المبسوط ذكر هذه المسألة على وجه آخر فقال: اذا ظاهر من امرأته ووجبت الكفّارة في ذمّته ثمّ قال لها: إن أصبتك فلله عليّ أن أعتق عبدي عن ظهارك أو هذا العبد عن ظهاري، فإن كان نذر طاعة وتبرّر فمتى وقع لزمه الوفاء به، وإن كان نذر لجاج يمنع به نفسه أو يوجب عليها فعل شيء كالأيمان ـ مثل أن يقول: إن دخلت الدار فلله عليّ عتق عبدي وإن لم أدخل الدار فلله عليّ كذا ـ فاذا وجد شرطه

---

(١) في ش: «وجوب».

لزمه نذره عندنا وعندهم، وهو بالخيار بين الوفاء به وبين أن يكفّر كفّارة يمين[١].

قوله رحمه الله: «وهل يشترط تجريده عن الشرط؟ قولان».

أقول: أحد القولين: إنّه يشترط فلايقع معلّقاً على شرط، وهو قول الشيخ في الخلاف[٢]، وتبعه ابن حمزة[٣]، وابن زهرة[٤]، وابن ادريس[٥].

والقول الآخر: لايشترط فيقع مطلقاً، وهو قول الشيخ في المبسوط[٦]، واختاره المصنّف في المختلف[٧].

قوله رحمه الله: «ولو قال لأربع: و الله لاوطأتكنّ لم يكن مولياً في الحال ـ الى قوله:ـ ولو وطأهنّ حراماً فالأقرب ثبوت الايلاء في البواقي، بخلاف مالو وطأ الميتة، إذ لا حكم لوطئها على إشكال ـ الى قوله:ـ وكان الايلاء ثابتاً في البواقي».

---

(١) المبسوط: كتاب الايلاء ج ٥ ص ١٢٤ ـ ١٢٥.

(٢) الخلاف: كتاب الايلاء المسألة ١٢ ج ٤ ص ٥١٦.

(٣) الوسيلة: فصل في بيان الايلاء ص ٣٣٥.

(٤) الغنية «الجوامع الفقهية»: كتاب الايلاء ص ٥٥٠ س ٣٨.

(٥) السرائر: كتاب الطلاق باب الايلاء ج ٢ ص ٧١٩.

(٦) المبسوط: كتاب الايلاء ج ٥ ص ١٢٩.

(٧) مختلف الشيعة: كتاب الطلاق فصل في أحكام الايلاء ص ٦٠٥ س ١٢.

أقـول: اذا كان له أربع زوجات فآلى مخاطباً للجميع فهو على ثلاثة أقسام:

القسم الأوّل: أن يقول: والله لاوطأتكنّ، وفي هذا القسم مباحث:

(أ) مقتضى هذا اللفظ أن يكون المحلوف عليه ترك وطء الجميع، فلا يكون مولياً في الحال من إحداهن؛ لأنّ الايلاء يقتضي تحريم وطء المولّى منها، وهنا له أن يطأ أي واحدة كان، بل وطأ اثنتين أو ثلاث.

(ب) اذا وطأ واحدة صار قريباً من الحنث؛ لأنّه قبل ذلك لايكون مولياً إلّا بوطء ثلاث، ولايصير مولياً بوطء اثنتين وهو ظاهر.

(ج) إن وطأ ثلاثاً تعيّن الايلاء بالرابعة؛ لأنّه صار الآن بوطئها يتحقّق انّه وطأ الجميع.

(د) لو ماتت واحدة منهنّ قبل أن يطأها انحلّ الايلاء؛ لتعذّر وطء الجميع حينئذٍ، وفيه بحث يأتي.

(هـ) لو طلّق واحدة منهنّ لم ينحلّ الايلاء وإن كان ثلاثاً بينها رجعتان؛ لأنّها مادامت باقية يمكن وطؤها ولو بالشبهة، فاذا اتّفق ذلك حتى وطأ اثنتين من الثلاث الباقيات تعيّن الايلاء في الرابعة؛ لأنّ الحنث تحقّق الآن فيها.

(و) لو وطأ المطلّقة وطأً محرّماً هل يثبت الايلاء في البواقي؟ بمعنى انّه لو وطأ اثنتين منهنّ يكون حكم الايلاء ثابتاً في الرابعة؟ الأقرب عند المصنّف ذلك؛ لأنّه لو وطأ صدق عليه انّه قد وطأ الجميع؛ لأنّ مسمّى الوطىء صادق على المحلّل والمحرّم.

لايقال: لو كان الوطء المحرّم معتدّاً به في تحقّق الايلاء في البواقي لما بطل حكم الايلاء بمجرّد موت إحداهنّ؛ لإمكان وطء الميتة، غايته انّه حرام، وذلك لايقدح في بطلان حكم الايلاء كما ذكرتم.

لأنّا نقول: الفرق بينهما ثابت، وهو انّ وطء الميّتة لا حكم له على إشكال.

ينشأ من انّها بالموت خرجت عن الالتحاق بأحكام الأحياء، فصارت كالبهيمة بل كالجماد.

ومن صدق اسم الوطء عليه، ونمنع كونها صارت كالبهيمة.

القسم الثاني: اذا قال: والله لاوطأت واحدة منكنّ، وهذا على ثلاثة أوجه:

أحدها: يقصد بذلك تحريم أيّ واحدة كانت، وفي هذا مباحث أيضاً:

(أ) انّ الايلاء تعلّق بالجميع، بمعنى أنّه لايحلّ له وطء واحدة منهنّ.

(ب) انّه يضرب لهنّ المدة عاجلاً؛ لأنّ الايلاء يتحقّق في الحال.

(ج) متى وطأ واحدة منهنّ وجبت الكفّارة وانحلّ اليمين لحصول الحنث بذلك.

(د) لو طلّق بعضهنّ لم يبطل حكم الايلاء في البواقي، حتى لو طلّق ثلاثاً كان الايلاء ثابتاً في الباقية؛ لأنّ الايلاء يقتضي إلزام الكفّارة بوطء أيّ واحدة منهنّ، وهو متحقّق في الباقية.

(هـ)[1] اذا قال: قصدت واحدة بعينها قبل قوله، وكان الايلاء ثابتاً في حقّها دون غيرها؛ لأنّ المرجع في قصده بلفظه إليه.

الثالث: اذا قال: قصدت واحدة مبهمة، ففيه أيضاً مباحث:

(أ) أن يقبل قوله في قصده؛ لأنّ المرجع في قصده إليه.

(ب) هل يكون هذا مولياً من واحدة لابعينها؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّ الايلاء حكم شرعي، وثبوت أحكامه على خلاف الأصل، خرج

---

(١) كذا في جميع النسخ، والظاهر انّه الوجه الثاني.

منه ماعدا المبهمة بالنصّ والإجماع، فتبقى المبهمة على حكم أصالة الإباحة وعدم ثبوت أحكام الايلاء فيها.

ومن عموم الآية[١].

(ج) اذا قلنا: قوله في إرادته لما تقدّم فاذا عيّن واحدة وقال: هذه التي قصدتها بعينها أو هذه التي أنشأت التعيين الآن فيها حيث قصدت المبهمة ثبت حكم الايلاء فيها دون غيرها، وقول المصنّف: «ويحتمل أن لا يكون مولّياً» راجع الى قوله:«ويكون مولياً من واحدة لا بعينها على إشكال» فقال: ويحتمل أن لا يكون مولياً؛ لأنّ كلّ واحدة ترجو أن تكون هي المعيّنة.

(د) اذا أطلق وقال: لم أقصد أحد هذه المعاني بل قصدت ايقاع الايلاء بهذه العبارة، فعلى أيّ الاحتمالين يحمل؟ أي على احتمال أيّ واحدة كانت أو واحدة مبهمة؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّه لفظ محتمل لكلّ واحدة من المعنيين، وانّما تتعيّن إحداهما بقصده ولم يوجد.

ومن كونه في المعنى الأوّل أظهر من الآخر فيحمل عليه.

أمّا بالنسبة الى ما يعيّنه فظاهر، إذ نسبة قوله: واحدة منكنّ إليهنّ على السواء، فصرفها الى واحدة بعينها يفتقر الى تخصيص لفظٍ أو قصد، وكلاهما منتفٍ.

وأمّا بالنسبة الى المبهمة فانّه قصد الايلاء، والأصل ثبوت حكمه عقيب وقوعه، وذلك منتفٍ في المبهمة، فانّه لايثبت حكم الايلاء في إحداهن لو قلنا بوقوعه،

---

(١) المقصود منها الآية ٢٢٥ من سورة البقرة.

إلّا اذا عيّن واحدة منهنّ.

القسم الثالث: اذا قال: والله لاوطأت كلّ واحدة منكنّ فهذا يكون مولياً في كلّ واحدة بانفرادها، كمالو خاطب كلّ واحدة منهنّ بانفرادها ويثبت لكلّ واحدة حكم المولّى منها، وهو ظاهر.

قوله رحمه الله: «ولو قال: والله لاوطأتك إن شئت فقالت: شئت انعقد إن قلنا: بالمشروط، وهل يختصّ المشيئة بالمجلس؟ إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّه علّق الايلاء بمشيئتها، وهو يتناول المشيئة في المجلس وغيره.

ومن انّه تعليقه على مشيئتها عند مخاطبتها يفهم منه اختصاصه بالمجلس.

وقوّى الشيخ في المبسوط اشتراط كون المشيئة في المجلس بحيث يكون كلامها جواباً لكلامه، فقال فيه: اذا قال: لاأقربك إن شئت فقد علّق الامتناع من قربها بمشيئتها فكانت المشيئة أن لا تقربها، فاذا ثبت هذا نظرت، فإن لم تشأ لم ينعقد الايلاء؛ لأنّ الصفة ما وجدت، فإن شاءت في وقت المشيئة انعقد الايلاء؛ لوجود الصفة، فاذا ثبت ذلك نظرت، فإن شاءت في المجلس بحيث يكون كلامها جواباً لكلامه [صحّ] كالقبول في البيع، ومنهم من قال: في المجلس، ومنهم من قال: مالم يفترقا، والأوّل أقوى عندنا[1].

قوله رحمه الله: «ولو كان الوطء يجب بعد شهر

---

(١) المبسوط: كتاب الايلاء ج ٥ ص ١٢٨ ـ ١٢٩.

مثلاً فحلف أن لايطأها بعد شهرين في انعقاده نظر».

أقول: وجه النظر من حيث إنّ الايلاء لاينعقد على أقلّ من أربعة أشهر، فلاينعقد هذا.

ومن انّ المقتضي لتقديره بالأزيد من الأربعة جواز ترك الوطء للزوجة أربعة أشهر، والتقدير انّه هاهنا لايجوز له؛ لوجوبه عليه بعد شهر.

قوله رحمه الله: «وقيل: والمدة المضروبة من حين الترافع، وفيه نظر».

أقول: القائل بأنّ مدة التربّص من حين الترافع هو أكثر الأصحاب، ذهب إليه الشيخ في النهاية[١] والمبسوط[٢] والخلاف[٣]، وتبعه أبو الصلاح[٤]، وابن البرّاج[٥]، وابن حمزة[٦]، وابن ادريس[٧]، وهو قول المفيد[٨] أيضاً.

وقال ابن الجنيد: من حين الايلاء، فانّه قال: واذا كان مولياً فمضت أربعة أشهر وهو قادر على الجماع فلم يجامعها ولم تطالب هي بالفيء لم يلزمه شيء، وإن تجاوزت

---

(١) النهاية ونكتها: باب الظهار والايلاء ج ٢ ص ٤٦٧.

(٢) المبسوط: كتاب الايلاء ج ٥ ص ١٣٧.

(٣) الخلاف: كتاب الايلاء المسألة ١٧ ج ٤ ص ٥٢٠.

(٤) الكافي في الفقه: فصل في بيان حكم الايلاء ص ٣٠٢.

(٥) المهذّب: باب الايلاء ج ٢ ص ٣٠٢.

(٦) الوسيلة: فصل في بيان الايلاء ص ٣٣٦.

(٧) السرائر: كتاب الطلاق باب الايلاء ج ٢ ص ٧٢٠.

(٨) المقنعة: كتاب النكاح والطلاق باب الايلاء ص ٥٢٢.

فطالبت أوقفه الحاكم فامّا أن يفيء الى الجماع أو يطلّق[١]. ونحوه قال ابن أبي عقيل[٢].

ووجه النظر من كون الأوّل أشهر بين الأصحاب؛ لما حكيناه عنهم.

ومن انّ دلالة قوله تعالى:﴿للذين يؤلون من نسائهم تربّص أربعة أشهر﴾[٣] على كونه من حين الايلاء؛ لأنّه رتّبه تعالى على الايلاء لا على المرافعة.

ولرواية بريد بن معاوية في الحسن، عن الصادق عليه السلام قال: فاذا مضت أربعة أشهر وقف فامّا أن يفيء أو يعزم على الطلاق[٤]. وغيرها من الروايات الدالّة على ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو انقضت مدة التربّص وهناك ما يمنع من الوطء كالحيض والمرض لم يكن لها المطالبة على رأي لظهور عذره، ويحتمل المطالبة بفيئة العاجز».

أقول: هذا قول الشيخ رحمه الله فانّه قال في المبسوط: اذا انقضت المدة وهناك عذر يمنع من الجماع، مثل الحيض والنفاس أو الصوم الواجب أو الاحرام أو الاعتكاف الواجب أو مرض بها أو جنون، فاذا كانت هذه الأعذار من جهتها لم

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الرابع في الايلاء ص ٦٠٥ س ٢٠.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الرابع في الايلاء ص ٦٠٥ س ١٧.

(٣) البقرة: ٢٢٦.

(٤) تهذيب الأحكام: ب ١ حكم الايلاء ح ٣ ج ٨ ص ٣، وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب الايلاء ح ١ ج ١٥ ص ٥٤٣.

يتوجّه عليه المطالبة؛ لأنّه تعذّرت الفيئة بسبب من جهتها[١].

والمصنّف قال: «يحتمل إلزامه بفيئة العاجز» فإن هذه الأعذار لايمنع منها، فكان لها المطالبة بها.

قوله رحمه الله: «ولو تجدّدت أعذارها في الأثناء قيل: تنقطع الاستدامة عدا الحيض».

أقول: القائل بذلك هو الشيخ فانّه قال في المبسوط: وإن كانت الأعذار من جهتها مع أوّل المدة من حين يمينه لم تضرب المدة مادامت قائمة؛ لأنّ المدة انّما تضرب اذا امتنع من جماعها بعقد يمين، وهاهنا قد حصل المنع بغير يمين، هذا في جميع الأعذار إلّا الحيض، فانّه لو آلى منها وهي حائض لم يمنع الحيض من ابتداء المدة. ثمّ قال: وأمّا إن وجدت الأعذار في أثناء المدة قطعت الاستدامة أيضاً كما منعت الابتداء، والفصل بين الحيض وغيره انّ الحيض لو منع الابتداء أو قطع الاستدامة أدّى الى أن لا يتمّ تربّص واحد في غالب العرف، فانّ العرف أن تحيض المرأة في كلّ شهر حيضة فيقضي الى أن يمنع التربّص بكلّ حال[٢].

قوله رحمه الله: «ولو ارتدّ احتسب مدة الردّة عليه على رأي لتمكّنه من الوطء بالرجوع».

أقول: الخلاف مع الشيخ رحمه الله فانّه قال في المبسوط ـ عقيب ذكر أعذار الرجل ـ: لايمنع من ضرب المدة في الابتداء ولايقطع الاستدامة، هذا في كلّ هذه

---

(١) المبسوط: كتاب الايلاء ج ٥ ص ١٣٥.

(٢) المبسوط: كتاب الايلاء ج ٥ ص ١٣٥ ـ ١٣٦.

الأعذار منهما إلّا في شيئين: منها ارتداد منهما أو من أحدهما أو طلاق رجعي؛ فانّ هذين يمنع كلّ واحد منهما الابتداء ويقطع الاستدامة؛ لأنّ المدة انّما يضرب في زوجية كاملة وهذه ناقصة؛ لأنّها تجري الى بينونة[١].

والمصنّف اختار أنّ الردّة لاتمنع، ويريد بذلك الردّة عن غير فطرة؛ لأنّه متمكّن من الوطء بتقدير الاسلام.

قوله رحمه الله: «في الباب الخامس: في اللعان: ولو عدل عنها الى اللعان قيل: يصحّ، وقيل: لا، وهو الأقرب».

أقول: يريد اذا قذف الرجل زوجته بالزنا وكان له بذلك بيّنة فهل له أن يعدل عن إقامة البيّنة عليها بذلك الى اللعان أو لا؟ للشيخ في ذلك قولان:

أحدهما: يصحّ، قاله في الخلاف، واستدلّ عليه بأنّ النبي صلّى الله عليه وآله لاعن بين العجلاني وزوجته، ولم يسأل هل له بيّنة أم لا[٢].

والآخر: المنع، ذكره في المبسوط عقيب تجويزه له فقال: اذا قذف زوجته ولم يكن له بيّنة فله أن يلاعن بلا خلاف، وللآية، واذا كان له بيّنة فله أيضاً أن يلاعن، وقال بعضهم: ليس له أن يلاعن مع قدرته على البيّنة، وهو قويّ؛ لقوله تعالى: ﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلّا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات﴾[٣] فشرط من يلاعن أن لا يكون له شاهد إلّا نفسه[٤]. وهو الأقرب عند

---

(١) المبسوط: كتاب الايلاء ج ٥ ص ١٣٦.

(٢) الخلاف: كتاب اللعان ج ٣ المسألة ٣ ص ٣١ طبعة اسماعيليان.

(٣) النور: ٦.

(٤) المبسوط: كتاب اللعان ج ٥ ص ١٨٣.

المصنّف هنا؛ لما ذكره الشيخ، وقال في المختلف[١] بالأوّل.

قوله رحمه الله: «ولو تزوّجها ثمّ قذفها بزنا إضافة الى ما قبل النكاح ففي اللعان قولان: أحدهما: الاعتبار بحال الزنا، أو القذف».

أقول: كلا القولين للشيخ، فمنع منه في الخلاف، وجوّزه في المبسوط.

ومنشأ الخلاف في ذلك أنّ الاعتبار بالقذف المقتضي للّعان هل هو حال الزنا أو حال القذف؟ ففي الخلاف اعتبر حال القذف فانّه قال في استدلاله: فالاعتبار بحالة إضافة القذف، ألا ترى أنّ من قذف مسلمة بزنا إضافة الى كونها كافرة لايقال: إنّه قذف مسلمة، فكذا هنا[٢].

وفي المبسوط اعتبر حال القذف فانّه قال: والاعتبار عند من قال بالأوّل ـ يعني عدم اللعان ـ بالحالة التي يضاف إليها القذف، وعلى ما قلناه بالحالة التي يوجد فيها القذف[٣].

قوله رحمه الله: «ولو نسبها الى زنا هي مستكرهة عليه ففي كونه قذفاً إشكال».

أقول: منشأه من عموم ثبوت القذف بالزنا المطلق.

ومن انّها بكونها مكرهة ليست زانية، وهذه المسألة مغايرة لقوله: زنيت وأنت

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الخامس في اللعان ص ٦٠٦ س ٩.

(٢) الخلاف: كتاب اللعان ج ٣ ذيل المسألة ١٥ ص ٣٥ طبعة اسماعيليان.

(٣) المبسوط: كتاب اللعان ج ٥ ص ١٩٣.

مستكرهة؛ لأنّ الأُولى نسبها الى زنا مخصوص ولم يقل: وأنت مكرهة، لكن في نفس الأمر مكرهة وثبت ذلك ببيّنة أو غيرها، وهذه اعتراف بكونها مكرهة عليه.

قوله رحمه الله: «ويلحق ولد الخصي على إشكال، وولد المجبوب دون الخصي على إشكال».

أقول: هذه ثلاث مسائل:

الأُولى: هل يلحق ولد الخصي غير المجبوب أم لا؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّ الأصل كون الولد يثبت نسبه بالفراش المنفرد مع إمكان تولّده من الزوج، وهو هنا كذلك؛ لأنّا لانعلم استحالة كونه منه، فكان لاحقاً به.

ومن كون المني انّما يحصل في الأُنثيين، وليستا بموجودتين، فلا يكون لاحقاً. والأوّل اختيار الشيخ في المبسوط[1].

الثانية: ولد المجبوب غير الخصي يلحق بأبيه، ولا إشكال فيه؛ لبقاء الأُنثيين، وانّما زال الذكر ـ وهو مجرى المني ـ فلا يؤثر في إمكان التولّد منه؛ لإمكان نزوله بالمساحقة.

الثالثة: ولد الخصي المجبوب هل يلحق به أم لا؟ إن قلنا: انّ ولد الخصي لايلحق فهو هنا لايلحق قطعاً وهو ظاهر، وإن قلنا: يلحق فهنا فيه إشكال.

ينشأ من كون ذهاب كلّ من الذكر والأُنثيين لايرفع إمكان التولّد.

ومن فقد التولّد حينئذٍ.

---

(١) المبسوط: كتاب اللعان ج ٥ ص ١٨٦.

والشيخ في المبسوط قطع على انّ ولد المجبوب يلحق به، وقوّى انّ ولد الخصي يلحق به أيضاً دون ولد الخصي المجبوب، قال: لأنّه ماجرت العادة أن يولد لمثل هذا، ومن الناس من قال: لاينتفي إلّا باللعان، والأوّل أقوى؛ لاعتبار العادة[1].

قوله رحمه الله: «ولو ادّعى الطلاق سرّاً احتمل اللعان لو كذّبته».

أقول: يريد لو ولدت المرأة ولداً فادّعى الزوج انّه كان قد طلّقها[2] سرّاً وخرجت عدّتها ثمّ زنى بها وتولّد منه من ماء الزنا وكذّبته في ذلك احتمل أن يلاعنها لنفيه.

ووجه هذا الاحتمال انّه نفى ولداً يلحقه ظاهراً لولا نفيه، وكلّ من نفى ولداً يلحقه لم ينتف عنه إلّا باللعان.

قوله رحمه الله: «ولو طلّق وأنكر الدخول قيل: إنّ أقامت بيّنة انّه أرخى الستر لاعنها وحرمت عليه وكان عليه المهر، وإن لم تقم بيّنة كان عليه نصف المهر وعليها مائة سوط. والأقرب انتفاء اللعان مالم يثبت الوطء، ولايكفي الإرخاء ولا حدّ عليه اذا لم يقذف ولا أنكر ولداً يلزمه الإقرار به».

---

(١) المبسوط: كتاب اللعان ج ٥ ص ١٨٦.

(٢) في ج: «طلّقت».

أقـول: هذا القول المحكي هو قول الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: اذا طـلّق الرجل امرأته قبل الدخول بها فادّعت عليه انّها حامل منه فإن أقامت البيّنة انّـه أرخى ستراً وخلا بها ثمّ أنكر الولد لاعنها ثمّ بانت منه وعليه المهر كملاً، وإن لم تقم بذلك بيّنة كان عليه نصف المهر ووجب عليها مائة سوط بعد أن يحلف بالله انّه ما دخل بها[1].

والأقرب عند المصنّف في هذا الكتاب انّه لايلزمه اللعان ولا كمال المهر.

أمّا الأوّل: فلأنّ اللعان إمّا شرّع لنفي نسب الولد عنه أو لإسقاط الحدّ، والأوّل باطل؛ لأنّ الولد انّما يلحقه مع الدخول ولم يثبت فينتفي عنه بغير لعان، والثاني أيضاً باطل؛ لأنّه لا حدّ عليه، فانّ الحدّ إمّا بسبب نفي ولد يلزمه الإقرار به أو القـذف، وكلاهما منتفٍ.

وأمّا الثاني: فلأنّ الخلوة وحدها غير كافية في استقرار جميع المهر، ودعواها عليه بالدخول يتوجّه عليه بها اليمين على عدمه؛ لأنّه منكر، فاذا حلف سقطت دعواها لما زاد عن نصف المهر. وهذا مذهب ابن ادريس فانّه قال: ما ذكره رحمه الله ذهاباً الى قول من يذهب الى انّ الخلوة بمنزلة الدخول، والأظهر والأصحّ عند المحصلين من أصحابنا انّ الخلوة وإرخاء الستر لاتأثير لهما، والقول قول الزوج، ولايلزمه سوى نصف المهر، ولا لعان بينهما. وحكاه عن الشيخ في كـتاب الصـداق مـن مسـائل الخلاف[2].

والمصنّف اختار مثل قول ابن ادريس في المختلف، ثمّ أورد رواية علي بن جعفر،

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب اللعان ج ٢ ص ٤٥٥.

(٢) السرائر: كتاب الطلاق باب اللعان ج ٢ ص ٧٠٢.

عن أخيه موسى عليه السلام الدالّة على قول الشيخ في النهاية. ثمّ قال: لو قيل بهذه الرواية كان وجهاً لصحّتها، واعتضادها بالظاهر من وطء الصحيح مع الخلوة وصحة تصرّف المسلم، بخلاف ما لو خلت عن الحمل[1].

قوله رحمه الله: «ولو كان الزوج حاضراً وقت الولادة فسكت عن الإنكار المقدور قيل: لم يكن له إنكاره بعد، إلّا أن يؤخّر بما جرت العادة به كالسعي الى الحاكم وانتظار الصبح والأكل والصلاة وإحراز ماله. ويحتمل أنّ له إنكاره مالم يعترف به».

أقول: القول المحكي هو مذهب الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: فإن تمكّن من النفي بعد الولادة فلم يفعل بطل نفيه، ولانريد انّه يجب المبادرة عند الولادة الى الحاكم، بل على ماجرت به العادة من حضوره عند الحاكم على عادته من غير اشتغال بأمر آخر، ونقل عن الفقهاء أقوالاً، منها: جواز التأخير يوماً أو يومين، ومنها: جوازه ثلاثة أيام، ومنها: جوازه أربعين يوماً. ثمّ قال: وقال شاذّ: له نفيه أبداً[2].

والمصنّف جعل هذا الأخير احتمالاً فقال: ويحتمل أنّ له إنكاره مالم يعترف به.

ووجه هذا الاحتمال انّه نفاه من غير أن يصدر عنه ماينافيه، فكان له أن يلاعن لنفيه.

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الخامس في اللعان ص ٦٠٧ س ٢٨.

(٢) المبسوط: كتاب اللعان ج ٥ ص ٢٢٩.

قوله رحمه الله: «ولو ظنّ صحّة النكاح الفاسد فلاعن لم يندفع الحدّ باللعان الفاسد على إشكال».

أقول: ينشأ من انّ اللعان كالبيّنة في سقوط الحدّ، وقد حصل فيسقط به الحدّ مالم تقم بيّنة بالزنا.

ومن ظهور كونها أجنبية وقت القذف واللعان فيكون اللعان فاسداً، فلا يسقط الحدّ، كمالو لاعن من يعلمها أجنبية أو اختلت شروط اللعان.

قوله رحمه الله: «وكذا أن لا يندفع عن المرتدّ المصرّ الملاعن على إشكال».

أقول: يريد بذلك اذا ارتدّ بعد الدخول عن غير فطرة ثمّ قذف ولاعن في حال ردّته ولم يرجع الى الاسلام قبل انقضاء المدة بل أصرّ على البقاء على الكفر ففي سقوط الحدّ بلعانه إشكال.

ينشأ من انّها في وقت اللعان قبل خروج العدّة لم يحكم بخروجها عن الزوجية، فكان اللعان مسقطاً للحدّ[1].

ومن انّه بإصراره ظهر كونها بائنة منه بمجرّد اختلاف الدين فكانت أجنبية، فاذا قذفها بعد ارتداده كان قد قذف أجنبية فلا يتعلّق به لعان بل يجب الحدّ، فاذا لاعنها كان كمن لاعن أجنبية لايسقط به الحدّ.

وأقول: هذا اذا كان الارتداد قبل القذف كما قلنا، امّا لو كان القذف سابقاً على

---

(١) في ج: «يسقط الحدّ».

الارتداد فانّه يسقط باللعان، لأنّه قذفها وهي زوجته فكان له إسقاطه باللعان ولو بانت بالارتداد، كما لو قذف زوجته ثمّ أبانها.

قوله رحمه الله: «والأقرب عدم اشتراط الدخول، وقيل: يشترط في نفي الولد دون القذف».

أقول: الأقرب عند المصنّف في هذا الكتاب انّ الدخول ليس شرطاً في اللعان؛ لعموم قوله تعالى: ﴿والذين يرمون أزواجهم... الآية﴾[1] المتناول للمدخول بها وغيرها، ونقل عن أصحابنا قولين:

أحدهما: انّه شرط، وهو إشارة الى ما ذهب إليه الشيخ في النهاية[2] والخلاف[3]، وقول ابن البرّاج[4]، وابن حمزة[5]، وابن زهرة[6].

والآخر: التفصيل، وهو انّ سبب اللعان إن كان قذفاً لم يشترط فيه الدخول لعموم الآية، وإن كان لنفي الولد كان الدخول شرطاً. وهو مذهب ابن ادريس قال: لأنّ قبل الدخول القول قول الزوج مع يمينه، ولا يلحق الولد به بلا خلاف بين أصحابنا، ولا يحتاج نفيه الى لعان، قال: فعلى هذا التحرير من قال من أصحابنا:

---

(١) النور: ٦.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب اللعان ج ٢ ص ٤٥٤.

(٣) الخلاف: كتاب اللعان المسألة ٦٩ ج ٣ ص ٤٩ طبعة اسماعيليان.

(٤) المهذّب: كتاب الطلاق كتاب اللعان ج ٢ ص ٣٠٩.

(٥) الوسيلة: كتاب الطلاق فصل في بيان أحكام اللعان ص ٣٣٧.

(٦) الغنية «الجوامع الفقهية»: كتاب الطلاق فصل في اللعان ص ٥٥٣ س ١٩.

لا يصحّ اللعان إلّا بعد الدخول يريد ذلك بنفي الولد، ومن قال: يصحّ اللعان قبل الدخول يريد بالقذف وادّعاء المشاهدة له، فليلحظ ذلك ويتأمّل[١]. والمصنّف في المختلف[٢] استحسن قول ابن ادريس.

واعلم انّ كلام ابن ادريس يدلّ على انتفاء الخلاف في هذه المسألة بين علمائنا.

قوله رحمه الله: «ويثبت بين الحرّ والمملوكة، وروي المنع، وقيل: يثبت في نفي الولد دون القذف».

أقول: الذي ذهب إليه المصنّف ـ من جواز أن يلاعن الحرّ لزوجته المملوكة ـ هو مذهب الشيخ في النهاية[٣] والمبسوط[٤]، ومذهب ابن بابويه في المقنع[٥]، وقول أبي الصلاح[٦].

والرواية التي أشار المصنّف إليها ـ بالمنع من ثبوت اللعان بين الحرّ والزوجة المملوكة ـ هي: ما رواه الحسن بن محبوب، عن ابن سنان في الصحيح، عن الصادق عليه السلام قال: لا يلاعن الحرّ الأمة ولا الذمّية ولا التي يتمتّع بها[٧].

---

(١) السرائر: كتاب الطلاق باب اللعان ج ٢ ص ٦٩٨.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الخامس في اللعان ص ٦٠٧ س ٢.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب اللعان ج ٢ ص ٤٥٤.

(٤) المبسوط: كتاب اللعان ج ٥ ص ١٨٢.

(٥) المقنع: باب الطلاق اللعان ص ١٢٠ وفيه: «أن يلاعن بين الحرّة والمملوك».

(٦) الكافي في الفقه: اللعان ص ٣٠٩.

(٧) تهذيب الأحكام: باب اللعان ج ٨ ح ١٢ ص ١٨٨، وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب اللعان ح ٤ ج ١٥ ص ٥٩٦.

والقول الذي حكاه المصنّف بالتفصيل إشارة الى قول ابن ادريس فانّه قال: إن كان اللعان ينفي الولد صحّ، سواء كانا أو أحدهما من أهل الشهادة أو الحرّية أو لا، فامّا إن كان اللعان بزنا أضافه الزوج القاذف الى مشاهدة ومعاينة فلا يثبت إلّا بين الحرّ والحرّة والمسلم والمسلمة؛ لأنّ بين أصحابنا خلافاً في ذلك وذهب شيخنا المفيد في مقنعته الى انّ اللعان لايثبت بين الحرّ والمملوكة ولا بين المسلم والكافرة. وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته: واذا كان الزوج مملوكاً والمرأة حرّة أو يكون الرجل حرّاً والمرأة مملوكة أو يهودية أو نصرانية ثبت بينهما اللعان. وأطلق كلّ واحد منهما ما ذهب إليه، ويمكن العمل بقول كلّ واحد منهما على ما حرّرناه فنقول: لايثبت اللعان اذا كان بالقذف وادّعى المشاهدة للزنا، ويثبت اللعان اذا كان بنفي الولد على ماذهب إليه شيخنا، وما ذهبنا إليه واخترناه اختاره شيخنا أبو جعفر في استبصاره؛ لما اختلفت الأخبار عليه وحرّره على ما حرّرناه[1].

قوله رحمه الله: «وفي اللعان في النسب إشكال».

أقول: يريد اذا قذف زوجته الصمّاء أو الخرساء فانّها تحرم عليه أبداً بمجرّد القذف من غير افتقار الى لعان، لكن هل له أن يلاعن لنفي النسب؟ فيه إشكال.

منشأه من إمكان كون الولد ليس منه ولايريد أن يلحق بنسبه من ليس بولد له فكان له نفيه باللعان، إذ لاسبيل له سواه، ولدلالة عموم الآية[2] على صحّة اللعان مطلقاً.

---

(١) السرائر: كتاب الطلاق باب اللعان ج ٢ ص ٦٩٧.

(٢) المقصود منها الآية ٦ من سورة النور.

ومن اتفاق الأصحاب على انّه لا لعان للخرساء ولا للصمّاء، بل تحرم عليه أبداً بمجرّد القذف.

قال الشيخ في الخلاف: مسألة: اذا قذف زوجته وهي صمّاء أو خرساء فرّق بينهما ولم تحلّ له أبداً، وقال الشافعي: إن كان للخرساء إشارة معقولة أو كناية مفهومة فهي كالناطقة سواء، وإن لم تكن لها ذلك فهي بمنزلة المجنونة. دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم، فانّهم لايختلفون في ذلك[١].

قوله رحمه الله: «والأمة ليست فراشاً بالملك ولا بالوطء على أشهر الروايتين».

أقول: هذا مثل قول الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: الأمة لاتصير فراشاً بالوطء على الظاهر من روايات أصحابنا، وفي بعض الأخبار انّها تصير فراشاً بالوطء[٢].

ومثل ذلك قال صاحب الشرائع حيث قال فيه: ولاتصير الأمة فراشاً بالملك، وهل تصير فراشاً بالوطء؟ فيه روايتان، أظهرهما انّها ليست فراشاً[٣].

اذا عرفت هذا فالمراد بـ«انّها تصير فراشاً» هو انّه اذا جاءت بولد بعد الوطء في مدة الحمل لحق به ولزمه الإقرار به، والمراد بـ«انّها لاتكون فراشاً بمجرّد الوطء» هو انّه اذا جاءت بولد في مدة الحمل لايلزمه الإقرار به.

فأمّا الرواية الدالّة على انّها تكون فراشاً بمجرّد الوطء بالمعنى المذكور فهي:

---

(١) الخلاف: كتاب اللعان المسألة ٩ ج ٣ ص ٣٣ طبعة اسماعيليان.

(٢) المبسوط: كتاب اللعان ج ٥ ص ٢٣١.

(٣) شرائع الاسلام: كتاب اللعان ج ٣ ص ٩٧.

رواية سعيد بن يسار قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل وقع على جارية له يذهب ويجيء وقد عزل عنها ولم يكن منه إليها شيء ما تقول في الولد؟ قال: أرى أن لا يباع هذا يا سعيد. قال: وسألت أبا الحسن عليه السلام قال: أيتّهمها؟ فقال: امّا تهمة ظاهرة فلا، فقال: فيتّهمها أهلك؟ فقلت: امّا شيء ظاهر فلا، قال: وكيف تستطيع أن لا يلازمك الولد[1]؟!

وفي معناها رواية محمّد بن الحسن الصفّار، عن يعقوب بن يزيد قال: كتبت الى أبي الحسن عليه السلام: في هذا العصر رجل وقع على جاريته ثمّ شكّ في ولده، فكتب: إن كان فيه مشابهة منه فهو ولده، ومتى اتّهم الرجل جارية له يطأها بالفجور ثمّ جاءت بولد لم يكن له نفيه ولزمه الإقرار به[2].

وامّا الرواية التي أشار إليها المصنّف بـ«انّها أشهر» والباقون بـ«انّها أظهر في الروايات» فهي: ما رواه عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام انّ رجلاً من الأنصار أتى أبا عبدالله عليه السلام فقال له: إنّي ابتليت بأمر عظيم، انّ لي جارية كنت أطأها فوطأتها يوماً وخرجت في حاجة لي بعدما اغتسلت منها ونسيت نفقة لي فرجعت الى المنزل لآخذها فوجدت غلامي على بطنها فعددت لها من يومي ذلك تسعة أشهر فولدت جارية، قال: فقال لي عليه السلام: لاينبغي لك أن تقربها ولا تبعها، ولكن أنفق عليها من مالك ما دمت حيّاً، ثمّ أُوصي عند موتك أن ينفق

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٧ في لحوق الأولاد بالآباء ح ٥٨ ج ٨ ص ١٨١، وسائل الشيعة: ب ٥٦ من أبواب نكاح العبيد والاماء ح ٥ ج ١٤ ص ٥٦٦ وفيها: «عن أبي عبدالله».

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٧ في لحوق الأولاد بالآباء ح ٥٦ ج ٨ ص ١٨١، وسائل الشيعة: ب ٥٥ من أبواب نكاح العبيد والاماء ح ٥ ج ١٤ ص ٥٦٤، وليس فيه: «ومتى أتهم... ولزمه الإقرار به».

عليها من مالك حتى يجعل الله عزّوجلّ لها مخرجاً[١].

قوله رحمه الله: «ويثبت حكم اللعان بنفس الحكم، وقيل: يعتبر رضاهما بعد الحكم».

أقول: يريد لو تراضى المتلاعنان بواحد من العامّة فلاعن بينهما جاز، ويثبت حكم اللعان بنفس حكمه، وهل يفتقر الى رضاهما بعد الحكم؟ فيه قولان مبنيّان على أنّ المتلاعنين اذا تراضيا بواحد من العامّة يحكم بينهما هل يفتقر الى رضاهما بعد حكمه أم لا؟

كلا القولين للشيخ في المبسوط، وقوّى افتقار لزوم الحكم بينهما الى الرضا بعد الحكم[٢].

وفي الخلاف اختار اللزوم بنفس الحكم من غير توقّف على الرضا[٣]، واختاره المصنّف في المختلف[٤].

قوله رحمه الله: «ذكر لفظ الجلالة، فلو قال: أشهد بالرحمن أو بالقادر لذاته أو بخالق البشر فالأقرب عدم الوقوع».

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٧ في لحوق الأولاد بالآباء ح ٥٢ ج ٨ ص ١٧٩، وسائل الشيعة: ب ٥٥ من أبواب نكاح العبيد والاماء ح ١ ج ١٤ ص ٥٦٣ وفيهما: «عن أبي جعفر».

(٢) ذكر كلا القولين ولم يقوّي أحدهما، راجع المبسوط: كتاب اللعان ج ٥ ص ٢٢٣.

(٣) الخلاف: كتاب آداب القضاء المسألة ٤٠ ج ٣ ص ٣٢٢ طبعة اسماعيليان.

(٤) مختلف الشيعة: كتاب القضاء الفصل السادس ص ٧٠٩ س ١٧.

أقـول: وجه القرب انّه عدول عن صورة اللعان المذكورة في القرآن فلا يكون واقعاً.

قوله رحمه الله: «قيام كـلّ منهما عـند لفـظه، وقيل: يجب قيامهما معاً بين يدي الحاكم».

أقـول: القول المحكي هو أحد قولَي الشيخ، ذكره في النهاية فانّه قال فيها: صفة اللعان: أن يجلس الامام أو من نصبه الامام مستدبر القبلة، ويقف الرجل بين يديه والمرأة عن يمينه قائمين ولا يـعقدان[١]. وهـو قـول ابـن أبي عـقيل[٢]، والمـفيد[٣]، وأبي الصلاح[٤]، وسلّار[٥]، وابن البرّاج[٦]، وابن حمزة[٧]، وابن زهرة[٨].

والقول الآخر للشيخ: إنّ المرأة تكـون قـاعدة عـند لعـان زوجـها، ذكـره في المبسوط[٩]، واختاره ابن ادريس[١٠].

قوله رحمه الله: «ولو شرط مولاه رقّـية الولد

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب اللعان ج ٢ ص ٤٥١.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الطلاق الفصل الخامس في اللعان ص ٦٠٧ س ٥.

(٣) المقنعة: كتاب النكاح والطلاق باب اللعان ص ٥٤٠.

(٤) الكافي في الفقه: فصل في اللعان ص ٣٠٩.

(٥) المراسم: كتاب الفراق باب اللعان ص ١٦٣.

(٦) المهذّب: كتاب الطلاق كتاب اللعان ج ٢ ص ٣٠٦.

(٧) الوسيلة: كتاب الطلاق فصل في اللعان ص ٣٣٨.

(٨) الغنية «الجوامع الفقهية»: كتاب الطلاق واللعان ص ٥٣٣ س ٢٢.

(٩) المبسوط: كتاب اللعان ج ٥ ص ١٩٨.

(١٠) السرائر: كتاب الطلاق باب اللعان ج ٢ ص ٦٩٩.

من الحرّة ففي حرّيته لو لاعن لنفيه إشكال».

أقـول: اذا زوّج المولى عبده بحرّة وشرط في العقد رقّية الأولاد ودخل العبد بها وأتت بولد فأنكره العبد ولاعن لنفيه ففي كونه حرّاً أو عبداً لمولاه إشكال.

ينشأ من انّ كونه مملوكاً موقوفاً على كونه ولداً للعبد، وقد انتفى عنه بنفيه بلعانه، فينتفي الملك عن مولاه الموقوف عليه.

ومن انّ بولادته على فراش العبد يحكم بأنّه لاحق بأبيه ومملوكاً لمولاه، وتجدّد نفيه عن أبيه بلعانه لايستلزم انتفاء ملك مولاه له. فعلى الأوّل يكون حرّاً؛ لأنّه ولد حرّة ثمّ يلحق بأُمّه، وعلى الثاني يكون مملوكاً لمولاه.

قوله رحمه الله: «وكـذا الإشكـال في العكس بغير شرط».

أقـول: يريد بالعكس من غير شرط إن لو كان الأب حرّاً أو الأُمّ مملوكة ولم يشترط مولاها رقّية الأولاد فانّه يحكم بحرّية ولده، فلو نفاه الأب عـنه بـاللعان فالإشكال ـ في كونه مملوكاً لمولاه أو حرّاً دخل في الأصل ـ من حيث إنّ المقتضي لحرّيته كونه ولداً من الحرّ، وقد زال نسبه عنه فيبقى نماء مملوكه ليس من الحرّ، ونماء المملوك مملوك للمالك. ومن حيث إنّ الحكم بحرّيته أوّلاً قبل اللعان، ولايلزم مـن انتفاء نسبه عن الملاعن انتفاء الحرّية؛ لأنّ الحرّ لايعود رقّاً.

قوله رحمه الله: «ولو أكذب نفسه بعد اللـعان لحق به الولد، لكن يرثه الولد، ولايرثه الأب إلّا من يتقرّب به، وترثه الأُمّ ومن تتقرّب بها، ولم

يعد الفراش، ولم يزل التحريم المؤبّد. وفي ثبوت الحدّ عليه روايتان، أقربهما الثبوت؛ لما فيه من زيادة هتكها وتكرار قذفها وظهور كذب لعانه».

أقول: إحدى الروايتين انّه لاحدّ عليه هي: رواية الحلبي، عن الصادق عليه السلام في رجل لاعن امرأته وهي حبلى ثمّ ادّعى ولدها بعدما ولدت وزعم انّه منه، فقال: يردّ إليه الولد، ولاتحلّ له؛ لأنّه قد مضى التلاعن[1].

والرواية الدالّة على وجوب الحدّ هي: ما رواه الشيخ عن الحسين بن سعيد، عن محمّد بن الفضيل، عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن رجل لاعن امرأته وانتفى من ولدها ثمّ أكذب نفسه هل يردّ عليه ولده؟ فقال: اذا أكذب نفسه جلد الحدّ، وردّ عليه ابنه، ولا ترجع إليه امرأته أبداً[2].

قال الشيخ في التهذيب: قوله عليه السلام في هذا الخبر: «ويجلد» المراد به اذا أكذب نفسه قبل أن يمضي اللعان، وأما بعد نفيه فليس عليه شيء ويلحق به الولد على ما قدّمناه[3].

والمصنّف ذهب الى أنّ الأقرب وجوب الحدّ، عملاً بالرواية الأخيرة الدالّة على التصريح بالحدّ، ولما ذكره من تقريره انّ القذف بانفراده مقتضي لوجوب الحدّ عليه، فاذا لاعنها اشتمل اللعان على زيادة هتكها وفضحها بين يدي الحاكم وغيره،

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٨ في اللعان ح ٤١ ج ٨ ص ١٩٤ ـ ١٩٥، وسائل الشيعة: ب ٦ من أبواب اللعان ح ٢ ج ١٥ ص ٦٠٠.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٨ في اللعان ح ٤٠ ج ٨ ص ١٩٤، وسائل الشيعة: ب ٦ من أبواب اللعان ح ٦ ج ١٥ ص ٦٠١.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ٨ في اللعان ذيل الحديث ٤٠ ج ٨ ص ١٩٤.

وتكرار قذفها في كلّ واحدة من الشهادات الأربع، فيكون أبلغ في القذف من غير تكرار.

لا يقال: اللعان مسقط للحدّ فلا يعود بالتكذيب.

لأنّا نقول: انّما يكون مسقطاً للحدّ لو كان الأمر مشتبهاً ولم يعلم صدقه من كذبه، امّا مع ظهور كذبه في لعانه فيمتنع كونه مسقطاً للحدّ؛ لما ذكرناه من الرواية.

واحتجاج الشيخ بالرواية الأُولى ـ وهو قوله عليه السلام: لاتحلّ له؛ لأنّه قد مضى التلاعن ـ لا دلالة فيه على عدم وجوب الحدّ؛ لأنّه انّما ذكر ذلك تعليلاً لعدم عود الحدّ، وذلك ظاهر؛ لأنّ تكذيبه نفسه ماضٍ على نفسه خاصّة، ولهذا لايرث الولد.

واعلم انّ الذي ذهب إليه المصنّف ـ من وجوب الحدّ ـ هو مذهب المفيد فانّه قال: ومتى جحد الرجل ولده من الحرّة ولاعنها ثمّ رجع عن الجحد وأقرّ بالولد ضرب حدّ المفتري[1]، ونقله المصنّف عن ابن أبي عقيل[2].

وقال الشيخ في النهاية: لاحدّ عليه[3]، واختاره المصنّف في المختلف[4].

قوله رحمه الله: «ولو أقام بيّنة ثمّ أكذبها ففي توجّه الحدّ عليه نظر».

أقول: منشأه من انّه تكذيب للحجّة المسقطة عنه الحدّ، فكان الحدّ واجباً، كما

---

(١) المقنعة: كتاب الطلاق باب اللعان ص ٥٤٢.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الفرائض وأحكامه ص ٧٤٤ س ٢٣.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب اللعان ج ٢ ص ٤٥٢.

(٤) مختلف الشيعة: كتاب الفرائض وأحكامه ص ٧٤٤ س ٢٢.

لو أكذب نفسه بعد اللعان المسقط عنه الحدّ.

ومن انّ كونها زانية ثبت عند الحاكم بالبيّنة، ولهذا لايسقط عنها حدّ الزنا بتكذيبه البيّنة. ولأنّ حدّ القذف موقوف على مطالبتها، فكيف يطالب بالحدّ عن قذف ثبت عند الحاكم صحّته؟!

قوله رحمه الله: «ولو أقرّت أربعاً ففي وجوبه إشكال».

أقول: يريد اذا قذف الرجل زوجته بزنا وتلاعنا ثمّ اعترفت المرأة أربع مرّات بالزنا ففي وجوب الحدّ عليها إشكال.

منشأه من انّها انّما أقرّت بزنا سقط حدّه باللعان، فلا يجب عليها الحدّ، عملاً بأصالة براءة الذمّة.

ومن انّها أقرّت أربعاً بالزنا فتحدّ؛ لعموم الأدلّة الدالّة على وجوب الحدّ على كلّ من أقرّ أربعاً مكلّفاً مختاراً.

قوله رحمه الله: «ولو قذفها فماتت قبل اللعان سقط اللعان وورث وعليه الحدّ وله دفعه باللعان، قيل: ولو لاعنه رجل من أهلها فلا ميراث ولا حدّ، والأقرب ثبوت الميراث».

أقول: القول المحكي هو قول الشيخ في النهاية[1]، وتبعه على ذلك

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الطلاق باب اللعان ج ٢ ص ٤٥٦.

ابن البرّاج[١]، وابن حمزة[٢].

والأقرب عند المصنّف ثبوت الميراث؛ لأنّه حقّ ثبت له بالموت قبل اللعان، فلا يسقط باللعان المتجدّد.

ومنع ابن ادريس أيضاً من قول الشيخ في النهاية وقال: انّما أورد ذلك في النهاية ايراداً لا اعتقاداً، ونقل رجوع الشيخ عن ذلك في كتابَي المبسوط والخلاف[٣].

قوله رحمه الله: «ولو قذف ولم يلاعن فحدّ ثمّ قذفها به قيل: لاحدّ، والأقرب ثبوته، وكذا الخلاف لو تلاعنا، والأقرب سقوطه».

أقول: اختلف قول الشيخ في هاتين المسألتين على قولين: ففي المبسوط لم يفرّق بين المسألتين في انّه لا حدّ عليه فقال فيه: اذا قذف زوجته بالزنا ولم يلاعن فحدّ ثمّ قذفها بذلك الزنا فانّه لا يجب عليه حدّ آخر عندنا؛ لأنّه يثبت كذبه بعجزه عن البيّنة، والقذف انّما يكون بما يحتمل الصدق والكذب، وهذا محكوم بكذبه، فإن قذفها ولاعنها ثمّ أعاد القذف ثانياً بذلك الزنا فلا حدّ عليه أيضاً؛ لأنّه محكوم بصدقه[٤].

وقال في الخلاف بثبوت الحدّ في الأُولى وسقوطه في الثانية، فانّه قال فيه: مسألة: اذا قذف زوجته ولم يلاعن فحدّ ثمّ قذفها ثانياً بذلك الزنا فانّه يجب عليه الحدّ ثانياً،

---

(١) المهذّب: كتاب اللعان ج ٢ ص ٣١٠.

(٢) الوسيلة: كتاب الطلاق فصل في بيان اللعان ص ٣٣٧.

(٣) السرائر: كتاب الطلاق باب اللعان ج ٢ ص ٧٠٣.

(٤) المبسوط: كتاب اللعان ج ٥ ص ٢٢٠.

وإن قذفها ولاعنها ثمّ أعاد القذف ثانياً بذلك الزنا فلا حدّ عليه[١]. وهو الأقرب عند المصنّف.

أمّا وجه قرب وجوب الحدّ ثانياً في الأُولى فلوجود المقتضي وانتفاء المانع. امّا وجود المقتضي فلأنّ المقتضي لوجوب الحدّ هو القذف، وهو ثابت، وأمّا انتفاء المانع من وجوبه فلأنّ المانع من انتفاء الحدّ بالقذف انّما هو وجود ما يسقط من بيّنةٍ أو لعانٍ أو اعتراف المقذوفة أو نكولها، والكلّ منتفٍ، فكان الحدّ واجباً عليها.

وأمّا وجه قرب سقوطه في المسألة الثانية فلأنّ المانع منه موجود ـ وهو اللعان ـ فانّه جارٍ مجرى إقامة الحجّة؛ لأنّه امّا شهادات عند بعضهم أو ايمان عند آخرين، ولكلّ منهما حجّة شرعية، فكأنّه قذفها بقذف إقامة الحجّة عليه عند الحاكم فلم يجب له حدّ، كما لو أقام البيّنة به أو اعترفت به.

قوله رحمه الله: «ولو لاعن ونكلت ثمّ قذفها الأجنبي قيل: لا حدّ عليه كالبيّنة، والأقرب ثبوته».

أقول: القائل بذلك هو الشيخ في الخلاف[٢] والمبسوط.

وقول المصنّف: «كالبيّنة» إشارة الى ما استدلّ به الشيخ في المبسوط على سقوط الحدّ عن الأجنبي، فانّه قال فيه: فأمّا اذا قذفها ولاعنها فامتنعت من اللعان فحدّت ثمّ قذفها أجنبي بذلك الزنا فهل يجب عليه الحدّ؟ قال قوم: عليه الحدّ، وقال آخرون:

---

(١) الخلاف: كتاب اللعان المسألة ٥٣ ج ٣ ص ٤٥ طبعة اسماعيليان.

(٢) المصدر السابق: المسألة ٥٤.

لاحدّ عليه، وهو الأولى عندنا؛ لأنّه قذفها بزنا حدّت به فلم يجب الحدّ، كما لو أقام البيّنة[١].

والأقرب عند المصنّف ثبوت الحدّ؛ لعموم قوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات﴾[٢].

والشيخ في الخلاف استدلّ على سقوط الحدّ عن الأجنبي بهذه أيضاً فقال: هذا ما رمى محصنة؛ لأنّ اللعان وإقامة الحدّ عليها إسقاط حصانتها[٣].

قوله رحمه الله: «ولو شهد أربعة أحدهم الزوج حدّ الجميع على رأي، ويسقط حدّ الزوج باللعان، وقيل بذلك: إن اختلّت بعض الشرائط أو سبق الزوج بالقذف، وإلّا حدّت».

أقول: الذي اختاره المصنّف في الكتاب ـ وهو انّهم يحدّون جميعاً للفرية، إلّا أنّ للزوج إسقاط الحدّ عن نفسه باللعان ـ هو قول محمّد بن بابويه في المقنع فانّه قال فيه: واذا شهد أربعة شهود على امرأة بالفجور أحدهم زوجها جلدوا الثلاثة الحدّ ولاعنها زوجها، ولم تحلّ له أبداً[٤]. ومثله قال أبو الصلاح[٥].

والقول الذي حكاه بقوله: «وقيل» إشارة الى قول ابن حمزة فانّه قال: واذا كان

---

(١) المبسوط: كتاب اللعان ج ٥ ص ٢٢٠ وفيه: «وهو الأقوى عندنا».

(٢) النور: ٤.

(٣) الخلاف: كتاب اللعان المسألة ٥٤ ج ٣ ص ٤٥ طبعة اسماعيليان.

(٤) المقنع: باب الزنا واللواط ص ١٤٨.

(٥) الكافي في الفقه: الحدود ص ٤١٥.

زوجها أحد شهود البيّنة ولم يقذفها جاز، وإن قذفها لم يجز، ولزم الحدّ الثلاثة، وإسقاط الزوج الحدّ باللعان إن شاء[١]. وهو قول ابن ادريس أيضاً حيث قال: إن شهد الزوج ابتداءً من غير أن يتقدّم منه القذف لها مع الثلاثة المذكورة قبلت شهادتهم ووجب على المرأة الحدّ، وإن كان قد رمى الزوج المرأة بالزنا أوّلاً ثمّ شهد مع الثلاثة المذكورة عليها به فلا تقبل شهادتهم[٢].

ولابن الجنيد قول آخر وهو: انّه إن كانت المرأة غير مدخولاً بها صحّت الشهادة ووجب الحدّ، وإن كان قد دخل بطلت الشهادة، وكان عليه اللعان وعلى الثلاثة الحدّ[٣].

قوله رحمه الله: «ولو أراد اللعان من غير مطالبة لم يكن له ذلك إن لم يكن نسب، وإن طلب نفي النسب احتمل أن يلاعن بينهما الحاكم، بأن تطلب المرأة اللعان وعدمه».

أقول: وجه هذا الاحتمال ظاهر، فانّه لولا اللعان لأدّى الى أن يلحق بنسبه ما ليس منه، فكان له المطالبة باللعان فيطلبها الحاكم. ويحتمل عدمه؛ لأنّ حقّ القذف للمقذوفة فيتوقّف على مطالبتها به.

واعلم انّ قصّة عويمر العجلاني أو غيرها تدلّ على طلب اللعان قبل طلب الزوجة، وهو انّه جاء الى النبي صلّى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله أرأيت الرجل

---

(١) الوسيلة: كتاب الجنايات أحكام الزنا ص ٤١٠.

(٢) السرائر: كتاب الحدود فيما يثبت بحكم الزنا ج ٣ ص ٤٣٠ وفيه: «فلاتقبل شهادته».

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحدود وأحكامه ص ٧٥٢ س ٢٥.

يجد مع امرأته رجلاً أيقتله فيقتلونه أم كيف يصنع؟ فقال النبي صلّى الله عليه وآله: قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك فائت بها، فجاء بها فتلاعنا، رواه سهل بن سعد الساعدي قال وأنا حاضر عند رسول الله صلّى الله عليه وآله: فلمّا تلاعنا قال: يا رسول الله إن أمسكتها فقد كذبت عليها[١].

ومثل ذلك قصّة هلال بن أُمية حين قذف زوجته عند رسول الله صلّى الله عليه وآله بشريك بن سمحاء، فقال النبي صلّى الله عليه وآله: البيّنة، وإلّا حدّ في ظهرك، فقال: يا رسول الله يحدّ أحدنا مع امرأته رجلاً يلتمس البيّنة؟ فجعل رسول الله صلّى الله عليه وآله يقول: البيّنة، وإلّا حدّ في ظهرك، فقال: والذي بعثك بالحقّ انّي لصادق، وسينزل الله في مايبرئ به ظهري من الحدّ، فنزل قوله تعالى: ﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلّا أنفسهم...الآية﴾[٢] فلاعن رسول الله صلّى الله عليه وآله بينهما[٣].

وليس في الحديثين ما يدلّ على انّها طالبت، بل ظاهرهما انّ الزوج ابتدأ يطلب الحكم في ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو ولدت الأوّل فنفاه باللعان ثمّ ولدت آخر لأقلّ من ستة أشهر افتقر الى لعانٍ آخر على إشكال».

أقول: يريد لوكانت حاملاً باثنين فوضعت أحدهما فنفاه الزوج ولاعنها

---

(١) عوالي اللآلي: باب اللعان ج ٣ ص ٤١١ ح ٢.

(٢) النور: ٦.

(٣) عوالي اللآلي: باب اللعان ج ٣ ص ٤١١ ح ١.

لنفيه ثمّ وضعت الآخر فهل يكون منفيّاً باللعان السابق أو يفتقر نفيه الى لعانٍ آخر؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّ الثاني لم يتعرّض لنفيه، فكان يفتقر في نفيه الى لعان.

ومن امتناع تجدّده فكانا كالحمل الواحد لايمكن أن يلحقه بعضه وينتفي بعض آخر فانتفى اللعان لنفي الأوّل، كما لو نفى الحمل ولاعن قبل الوضع.

والأوّل من الاحتمالين مذهب الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: اذا أتت امرأة الرجل بولد فنفاه باللعان ثمّ جاءت بولد آخر بعده ففيه مسألتان، إحداهما: أن يكون قد لاعن على ولد منفصل، الثانية: أن يكون قد لاعن على حمل متّصل. وفي كلّ واحد من المسألتين مسألتان، فأمّا الأُولى: اذا لاعن على ولد منفصل بأن يظهر بالمرأة حمل وأخّر اللعان حتى وضعت ثمّ لاعن ونفى نسبه فأتت بعده بولد آخر ـ الى أن قال: ـ فإن وضعت الثاني قبل مضيّ ستة أشهر حكمنا بأنّه[1] والأوّل من حمل واحد، وقد نفى الأوّل باللعان وبقي الثاني، فهو بالخيار بين أن ينفيه باللعان أو يمسكه، فإن نفاه انتفى عنه، وإن أمسكه لحقه، فاذا لحقه الثاني لحقه الأوّل؛ لأنّهما من حمل واحد، فلايجوز أن يكون بعضه منه وبعضه ليس منه[2].

قوله رحمه الله: «وإن أقرّ بالثاني لحقه وورثه الأوّل وهو لايرث الأوّل، وهل يرث من الثاني؟ إشكال».

---

(١) أي الحمل الثاني.

(٢) المبسوط: كتاب اللعان ج ٥ ص ٢٠٨.

أقـول: اذا تقرّر انّهما حمل واحد فاذا أقرّ بالثاني يكون ذلك إقراراً بالأوّل ـ لما تقدّم من امتناع كون بعضه منه وبعضه ليس منه ـ فيكون بالنسبة الى الأوّل بمنزلة من أقرّ به بعد اللعان يرثه الولد وهو لايرث الولد، وأمّا الثاني فهل يرث الأب منه؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّه لم ينكره، بل اعترف به بعد ولادته، واستلزم ذلك تكذيب نفسه في نفي الأوّل فيثبت نسب الثاني مطلقاً فيتوارثان.

ومن انّ انكار الأوّل يتضمّن إنكار الثاني ونفيه يستلزم نفيه، وقد نـفى الأوّل باللعان، فيكون كأنّه قد لاعن عن الثاني ثمّ اعترف به فلا يرث الأب منه.

قوله رحمه الله: «ولو أقرّت بالزنا وظنّ صدقها فالأقرب انّه لايجب القذف».

أقـول: وجه القرب ظاهر؛ لأنّ القذف يثبت وجوبه عند اليقين، امّا مع عدمه فالأصل براءة الذمّة من الوجوب، وإقرارها بالزنا مع ظنّ الزوج لايرفع احـتمال كذبها، ثمّ كيف يستبيح أن يلاعن ويقول: أُشهد بالله إنّي لمن الصادقين في ما رميتها به من الزنا وهو لايعلم ذلك؟! ويكرّر[1] ذلك أربعاً ويعقبها باللعنة عليه إن كان من الكاذبين.

---

(١) في ج، ش: «ويكون».

الفهارس

١ـ فهرس الآيات
٢ـ فهرس الأحاديث
٣ـ فهرس الموضوعات

فهرس الآيات

فهرس الأحاديث

ـ أ ـ

ـ ع ـ

ـ ف ـ

ـ ق ـ

ـ ك ـ

ـ ل ـ

- م -

- ن -

ـ هـ ـ

ـ و ـ

ـ ي ـ

فهرس الموضوعات

٨٢٣

كنز الفوائد

في

حل مشكلات القواعد

تأليف

السيد عميد الدين عبد المطلب بن محمد الأعرج

٦٨١ ـ ٧٥٤هـ

الجزء الثالث

تحقيق

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة

٨٢٣

كنز الفوائد

في

حل مشكلات القواعد

تأليف

السيد عميد الدين عبد المطلب بن محمد الأعرج

٦٨١ - ٧٥٤هـ

الجزء الثالث

تحقيق

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة

كنز الفوائد

في حلّ مشكلات القواعد

(ج ٣)

■ المؤلّف: السيّد عميد الدين عبدالمطّلب بن محمّد الأعرج □
■ الموضوع: فقه □
■ تحقيق ونشر: مؤسّسة النشر الإسلامي □
■ عدد الأجزاء: ثلاثة أجزاء □
■ الطبعة: الأُولى □
■ المطبوع: ١٠٠٠ نسخة □
■ التاريخ: شوّال ١٤١٦هـ □

مؤسّسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة

كتاب

العتق

كتاب العتق

قوله رحمه الله: «وفيه فضل كثير وثواب جزيل، فقد روي انّ من أعتق مؤمناً اعتق الله تعالى له بكلّ عضو عضواً له من النار».

أقول: هذه رواية متفق على نقلها، رواها من طريقنا ابراهيم ابن أبي البلاد، عن أبيه رفعه قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: من أعتق مؤمناً أعتق الله العزيز الجبار بكلّ عضو له عضواً من النار، فإن كانت أُنثى اعتق الله العزيز الجبار بكلّ عضوين منها عضواً من النار؛ لأنّ المرأة نصف الرجل[1]. ومثله رواية زرارة، عن أبي جعفر محمّد بن علي عليهما السلام قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: من أعتق مسلماً أعتق الله العزيز الجبار بكلّ عضو منه عضواً من النار[2].

ورواها من طريق العامة واثلة بن الأسقع[3] وغيره[4]، عن النبي صلّى الله

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١ العتق وأحكامه ح ٣ ج ٨ ص ٢١٦، وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب العتق ح ١ ج ١٦ ص ٥.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ١ العتق وأحكامه ح ٢ ج ٨ ص ٢١٦، وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب العتق ح ١ ج ١٦ ص ١.

(٣) مسند ابن حنبل: ج ٣ ص ٤٩١ س ١ و ٢.

(٤) السنن الكبرىٰ: كتاب العتق ج ١ ص ٢٧٢.

عليه وآله انّه قال: من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكلّ عضو منها عضواً منه من النار.

قوله رحمه الله: «ولايصحّ عتق الكافر مطلقاً، وقيل: يصحّ مع النذر، وقيل: مطلقاً».

أقول: القول بأنّه لايصحّ عتق الكافر مطلقاً هو المشهور من أقوال علمائنا، ذهب إليه السيد واستدلّ عليه بالإجماع[١]، وهو قول أبي الصلاح حيث قال: لايجوز عتق الكافر[٢].

ومثله قال ابن حمزة[٣]، وسلّار[٤] حيث قالا: ولايعتق إلّا عبد ظاهره الاسلام، ولا يسلّط بالعتق كافر على أذية أهل الدين ومعاصي الله سبحانه.

وابن ادريس فانّه تابع لفظ السيد وقال: لايصحّ عتق الكافر ولايقع[٥].

واعلم انّ هؤلاء الذين منعوا من العتق بعضهم صرّح بأنّه لايصحّ العتق، وبعضهم قال: لايجوز. ويمكن أن يكون مرادهم عدم الصحّة مع تحريمه.

ويمكن أن يكون المراد تحريم العتق لاغير، بمعنى: انّه لو أعتق كافراً كان حراماً ووقع.

والظاهر انّ المراد هو عدم الوقوع؛ لأنّه مشروط بالقربة، والحرام لايصحّ التقرّب به الى الله عزّوجلّ.

---

(١) الانتصار: مسائل العتق والتدبير ص ١٦٩.

(٢) الكافي في الفقه: كتاب العتق فصل فيما يقتضي فسخ الرقّ ص ٣١٨.

(٣) الوسيلة: كتاب العتق والتدبير ص ٣٤١ ـ ٣٤٢.

(٤) المراسم: كتاب العتق ص ١٩١.

(٥) السرائر: كتاب العتق ج ٣ ص ٤.

والقول بالصحّة مع النذر هو قول الشيخ في النهاية حيث قال: واذا نذر أن يعتق مملوكاً معيّناً لم يجز أن يعتق غيره، وإن كان لولا النذر ماكان يجوز له عتقه، أو كان يكون مكروهاً، مثل أن يكون كافراً أو مخالفاً[١].

وأقول: مراد الشيخ بأنّه لايجوز أن يعتق غيره بدلاً عنه، ويبقى المنذور على الرقّية ولا يعتقه؛ لأنّه ممنوع عن عتق غيره؛ لعدم المنافاة بين وجوب عتق المنذور وجواز عتق غيره.

والقول: «بأنّه يصحّ مطلقاً» هو قول الشيخ في مسائل الخلاف[٢] والمبسوط[٣] حيث قال: اذا أعتق عبداً كافراً عتق وثبت له الولاء.

قوله رحمه الله: «ويصحّ عتق ولد الزنا اذا كان مسلماً على رأي».

أقول: منع ابن ادريس[٤] من ذلك، بناءً على امتناع تحقّق الشرط منه ـ أعني الاسلام ـ فانّه قطع على انّ ولد الزنا كافر، وعنده لايصحّ عتق الكافر.

قوله رحمه الله: «وهل يصحّ عتق الجاني؟ الأقرب ذلك إن كانت الجناية خطأ وأدّى المال أو ضمنه مع رضاه، وإلّا فلا».

أقول: اختلف علماؤنا في صحّة عتق الجاني، فقال الشيخ في المبسوط: الذي

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب العتق باب العتق وأحكامه ج ٣ ص ١٦.

(٢) الخلاف: كتاب العتق مسألة ١١ ج ٣ ص ٣٦٩ طبعة اسماعيليان.

(٣) المبسوط: كتاب العتق فصل في الولاء ج ٦ ص ٧٠.

(٤) السرائر: كتاب العتق ج ٣ ص ١٠.

يقتضيه مذهبنا انّه إن كان عمداً نفذ العتق؛ لأنّ النفوذ لا يبطل بكونه حرّاً، وإن كان خطأً لا ينفذ؛ لأنّه تعلّق برقبته[١].

وقال في النهاية: اذا قتل عبد حرّاً خطأً فأعتقه مولاه جاز عتقه ولزمه دية المقتول؛ لأنّه عاقلته[٢].

وابن ادريس نقل كلام الشيخ في المبسوط بعد تطويل وقوّاه، وقال: يمكن القول به والاعتماد عليه[٣].

والمصنّف في المختلف قال: المعتمد أن نقول: إن كانت الجناية عمداً لم يصحّ عتقه، إلّا أن يجيز أولياء المجنى عليه. وان كانت خطأً وكان موسراً جاز، وإلّا فلا[٤].

وفي هذا الكتاب جوّز عتقه في الخطايا بأحد شرطين: امّا أن يؤدّي المال أوّلاً، أو يضمنه على نفسه ويرضى وليّ الدية بذلك، وماعدا ذلك لا يصحّ.

وأقول: مع أداء المال لا كلام فيه؛ لأنّه يزول تعلّق الجناية برقبته، ويجري ذلك مجرى قولنا: يصحّ عتق الرهن بعد أداء الدَين.

ووجه قرب صحّة العتق بعد أحد الأمرين بأنّه قد زال المانع ـ أعني تعلّق الجناية برقبته ـ لأنّه مع الأداء قد استوفى الوليّ حقّه، ومع الضمان قد انتقل الأرش من رقّية الجاني الى ذمّة المولى بضمان المولى ورضا الولي. وعند انتفاء المانع من العتق يكون صحيحاً، وذلك ظاهر.

---

(١) لم نعثر عليه في المبسوط، ونقله عنه في إيضاح الفوائد: كتاب العتق ج ٣ ص ٤٦٤.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب القود ج ٣ ص ٣٩٦.

(٣) لم نعثر عليه في السرائر، ونقله عنه في إيضاح الفوائد: كتاب العتق ج ٣ ص ٤٦٤.

(٤) مختلف الشيعة: كتاب القصاص الفصل الثالث في الاشتراك في الجنايات ص ٧٩٦ س ٩ مع اختلاف.

وأمّا مع عدم الصحّة مع انتفاء الأمرين جميعاً ـ في الخطأ أو كون الجناية عمداً ـ فلأنّه قد يمنع من حقّ الغير فلا يكون صحيحاً. أمّا كونه يمنع حقّ الغير مع الخطأ فلأنّ للمجنى عليه أن يبيع منه أو يسترقّ بقدر الجناية مع امتناع المولى من دفع أرش الجناية أو الأقلّ منها ومن قيمة العبد، فلو أعتقه لامتنع بيعه أو تملّكه، وكلّ تصرف يمنع من حقّ الغير فهو ممنوع منه إجماعاً. وأمّا في العمد فلأنّ المجنى عليه مخيّر بين قتله أو بيعه أو استرقاقه، والعتق يمنع من الآخرين وكان ممنوعاً منه، كما تقدّم.

قوله رحمه الله: «ولا يشترط التعيّن على رأي».

أقول: جوّز الشيخ في المبسوط[1] العتق من غير تعيين، وهو مذهب ابن حمزة[2]، وجماعة من أصحابنا، واختاره المصنّف في كتبه[3]. ولم نقف لأحد منهم على قول باشتراط التعيين، لكن الشيخ نجم الدين قال في الشرائع: وهل يشترط تعيين العتق؟ الظاهر لا[4]. وهو يؤذن باحتمال اشتراطه عنده.

قوله رحمه الله: «والأقرب وجوب الإنفاق على الجميع، والمنع من استخدام أحدهم أو بيعه».

---

(١) المبسوط: كتاب العتق باب العطايا المنجزة والمؤخرة ج ٦ ص ٦٧.

(٢) الوسيلة: كتاب العتق فصل في بيان العتق ص ٣٤٢.

(٣) إرشاد الأذهان: كتاب العتق ج ٢ ص ٦٧، مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الأول في أحكام العتق ص ٦٢٦ س ٢، تحرير الأحكام: كتاب العتق الفصل الأول في العتق ص ٧٧ س ١٢.

(٤) شرائع الاسلام: كتاب العتق ج ٣ ص ١٠٦.

أقـول: هذا تفريع على القول: بصحّة العتق من غير تعيين، وهو انّه اذا قال: أحد عبيدي حرّ ولم يقصد معيّناً فانّه يصحّ.

والأقرب عنده انّه لايجوز استخدام بعضهم قبل التعيين أو بيعه؛ لأنّ فيهم حرّاً، فلو استخدم بعضاً أو باعه قبل التعيين لأدّى الى إمكان بيع الحرّ واستخدامه بغير رضاه، وهو غير جائز.

وأمّا وجوب الإنفاق على الجميع فلأنّه يجب عليه الإنفاق على جميع ما يملكه، وكلّ واحد منهم في حكم المملوك قبل التعيين؛ لأنّه انّما يتعيّن للحرّية بتعيينه، فقبله يكون وجوب النفقة عليه مستمرّة، عملاً بالاستصحاب.

قـوله رحمـه الله: «ولو مـات ولم يـعيّن عـيّن الوارث، وقيل: يقرع».

أقـول: القائل بالقرعة هو الشيخ رحمه الله[1].

قوله رحمه الله: «فلا ينفذ عتق الصبي وإن بلغ عشراً على رأي».

أقـول: هذا قول ابن ادريس[2] حيث منع من صحّة عتق غير البـالغ، وهـو ظاهر كلام ابن الجنيد فانّه قال: ولمّا كان العتق نقل ملك وإخراجه عن يد المالك لم يجز إلّا من نافذ الآمر[3].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب العتق باب العتق وأحكامه ج ٣ ص ١٤.

(٢) السرائر: كتاب العتق ج ٣ ص ٤.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب العتق وتوابعه الفصل الأوّل في أحكـام العـتق ص ٦٢٨ س ٣.

وخالفَ الشيخ في ذلك، وقال في النهاية: واذا أتى على الغلام عشر سنين جاز عتقه وصدقته اذا كان على جهة المعروف[١].

قوله رحمه الله: «ولا عتق الكافر على رأي؛ لتعذّر نيّة القربة في حقّه».

أقول: يريد لايصحّ عتق الكافر لعبده؛ لاشتراط نيّة القربة وهي متعذّرة من الكافر، وامتناع الشرط يستلزم امتناع المشروط.

خلافاً للشيخ رحمه الله حيث قال في المبسوط[٢] والخلاف[٣]: اذا أعتق الكافر مسلماً ثبت له عليه الولاء، إلّا انّه لايرثه مادام كافراً، فاذا أسلم ورثه.

ومنع ابن ادريس من ذلك فقال: هذا أن لا يتعذّر على ما قرّرناه من انّ العتق لايقع، إلّا أن يقصد به وجه الله تعالى، والكافر لايعرف الله تعالى فلا يقع منه نيّة القربة[٤]. وهذا مثل قول المصنّف في هذا الكتاب.

وقال في المختلف: والتحقيق أن يقال: إن كان الكفر باعتبار جهله بالله تعالى وقلنا: إنّه لابدّ في القاصد بفعله وجه الله تعالى من علمه من غير اكتفاء بالتقليد فالوجه ما قاله ابن ادريس، وإن كان الكفر لا بهذا الاعتبار بل باعتبار جحده بالنبوّة وبعض أُصول الاسلام ـ كالصلاة مثلاً ـ أو اكتفينا في القصد بالتقليد فالحقّ ما قاله الشيخ، فانّ الجاهل بالنبوّة قد يعرف الله تعالى، وكذا الجاهل بالله تعالى اذا قلّد

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب العتق باب العتق وأحكامه ج ٣ ص ٢٤.

(٢) المبسوط: كتاب العتق فصل في الولاء ج ٦ ص ٧٠.

(٣) الخلاف: كتاب العتق مسألة ١١ ج ٣ ص ٣٦٩ طبعة اسماعيليان.

(٤) السرائر: كتاب العتق ج ٣ ص ٢٠.

العارف به صحّ أن يقصد بالفعل وجهه تعالى، فإن شرط في صحّة العتق ايقاع النيّة المتقرّب بها الى الله تعالى بحيث يستحقّ بها الثواب منعنا ذلك وطالبناه بالدليل[١].

قوله رحمه الله: «والمريض المستلزم نفوذ العتق في جزءٍ مّا التصرّف في أكثر من الثلث على إشكال، ينشأ من انّه كالإتلاف ونقص السوق وثبوت مال له فلا يبطل تصرّفه في ثلثه، ومن وجود المقتضي لبطلان العتق في ما زاد على الثلث فيه».

أقول: يريد فلا ينفذ عتق غير المالك ملكاً تامّاً ـ كالمفلس والسفيه والراهن وكالمريض ـ الذي يستلزم تصرّفه في جزءٍ مّا التصرّف في أزيد من الثلث، كما لو كان له عبد لايملك سواه فأعتقه في مرض موته.

وقال أهل الخبرة: متى نفذ العتق في جزءٍ مّا من هذا العبد عادت قيمته الى ثلثها، بحيث اذا كان يساوي ثلاثين صار يساوي بنفوذ العتق في جزءٍ مّا منه وإن قلّ عشرة، فلو حكمنا في هذا بنفوذ العتق في ثلثه أو في أقلّ منه لزم أن يبقى للورثة أقلّ من عشرة؛ لأنّه تعود قيمة ثلثه الى ثلثي العشرة، وحينئذٍ هل يحكم بنفوذ العتق في شيء منه على هذا التقدير؟ فيه إشكال، ينشأ ممّا ذكره المصنّف.

وبيانه: انّه يحتمل نفوذ العتق في ثلثه؛ لأنّ له انّ يتصرّف في ثلث ماله، وهذا العبد ماله، وكونه يستلزم نقص قيمة ثلثيه ليس باختيار المعتق فكان جارياً مجرى الإتلاف، فانّ المريض اذا أتلف شيئاً من ماله أو أتلف شيئاً من التركة بغير اختياره

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الأوّل في أحكام العتق ص ٦٢٨ س ٢٦.

لم يكن ذلك التالف محسوباً عليه من ثلث تركته، وأيضاً فانّه بمنزلة نقص السوق، وذلك غير ملتفت إليه شرعاً مع بقاء العين، كما لو كانت له أموال فنقص أسعارها بالرخص فكذا هنا. ولأنّ للمريض مالاً ـ وهو العبد ـ فكان له أن يعتق ثلثه وإن نقصت قيمة ثلثه، لما قلناه: من انّ نقص القيمة للسوق غير ملتفت إليه مع بقاء العين، فانّه هنا اذا نفذ العتق في ثلثه ملك الورثة ثلثيه.

ويحتمل بطلان العتق فيه وفي أبعاضه مطلقاً؛ لأنّ المقتضي للحجر على المريض انّما هو التصرّف في ما زاد على الثلث، وهو هنا ثابت؛ لأنّه بأيّ جزء فرض انّه قد أعتقه فقد أخرج من تركته أكثر من ثلثها، وهو ممنوع منه، وكلّ ما يلزم الممنوع منه كان ممنوعاً منه.

قوله رحمه الله: «فلو كانت قيمته ثلاثين ورجع بالتشقيص كلّ جزء الى ثلث قيمته ثمّ كسب ثلاثين قبل الموت فعلى الثاني يصحّ العتق في شيء، وله من كسبه ثلاثة أشياء وللورثة ستة أشياء؛ لأنّ المعتق منه في تقدير ثلاثة أشياء من قيمته الأُولى؛ لأنّ العبد يحسب عليه نقصان الجزء؛ لأنّه لمنفعته فكان كالواصل إليه، ولايحسب على الورثة نقصان جزئهم؛ لعدم وصوله إليهم، فالعبد وكسبه في تقدير عشرة أشياء، فالشيء أربعة ـ الى قوله: ـ ضعف ما انعتق منه».

أقول: هذا تفريع على ما تقدّم من الاحتمالين وهو: انّ العبد الذي أعتقه وفرضنا قيمته ثلاثين وكسب في حياة سيده ثلاثين فعلى الاحتمال الثاني ـ وهو بطلان العتق بالكلّية فيه وفي أبعاضه لولم يكن سواه هاهنا ـ يحصل العتق في بعضه؛ لأنّ العبد قد اكتسب مالاً في حياة سيده فزادت به تركة سيده، وأمكن جبر ما نقص بالتشقيص بسبب عتق بعضه من كسبه، فيبقى ما ينفذ فيه العتق، لكنّها دورية، فانّه اذا فرض العتق في قدر معيّن منه وتبعه من الكسب بحسب الحرّية بقدر نسبتها الى الكسب فينقص تركة الميّت فينقص العتق وينقص الكسب الذي يتبع ما تحرّر منه، فتزيد تركة السيد بسبب زيادة ما استرقّ منه وما يخصّه من الكسب، فاذا زادت التركة زاد العتق، واذا زاد العتق زاد ما يستحقّه العبد من الكسب في مقابلته فينقص تركة الميّت فيدور؛ لاستلزام زيادة العتق زيادة الكسب للعبد المستلزم لنقصان التركة المستلزمة لنقصان العتق والكسب.

اذا عرفت هذا فنقول: الكلام في هذه المسألة في موضعين أحدهما: في فقهها، والثاني: في طريق التخلّص من الدور.

امّا في فقه هذه المسألة ففيها احتمالات ذكره المصنّف:

أحدها: أن يكون للعبد من كسبه بقدر ثلاثة أمثال ما عتق منه؛ لأنّ كسبه ثلاثة أمثال قيمته، وكلّ ما عتق منه جزء أُخذ من كسبه ثلاثة أمثاله ويكون للورثة ستة أمثال ما عتق منه؛ لأنّ ذلك الجزء الذي نفذ فيه العتق في تقدير ثلاثة أشياء، فيكون النقص محسوباً عليه؛ لأنّه لمنفعته، فإنّ نقص القيمة من ثلاثين الى عشرة انّما كان لسبب نفوذ العتق في بعضه، فكان نقص قيمة الجزء المعتق محسوباً عليه؛ لأنّه كالواصل إليه، ونقص قيمة حصّة الورثة منه غير محسوب عليهم؛ لعدم وصوله إليهم.

الاحتمال الثاني: أن يكون له من الكسب بقدر ما عتق منه الآن؛ لأنّ كسبه مساوٍ لقيمته الأُولى، وقيمته الأُولى معتبرة بالقياس إليه وللورثة ستة أمثاله؛ لما قلنا: إنّ الجزء الذي نفذ فيه العتق في تقدير ثلاثة أشياء، فيجب أن يكون للورثة في مقابلتها ستة أشياء.

الاحتمال الثالث ـ وهو أضعفها ـ: أن يجبر النقص من قيمة العبد ـ وهو عشرون ـ من الكسب فيبقى من الكسب عشرة، فاذا نفذ العتق في جزء من العبد تبعه ثلث جزء من الكسب وللورثة ضعف ما نفذ فيه العتق وهو جزءان ضعف ما نفذ فيه العتق.

وأمّا طريق التخلّص من الدور فانّه وإن كان ظاهراً ممّا ذكره المصنّف لكنّا نورده في كلّ واحد من الاحتمالات الثلاثة بزيادة إيضاح ليسهل على المحصّل.

أمّا على الاحتمال الأوّل فنقول: عتق منه شيء وله من كسبه ثلاثة أشياء؛ لأنّ الكسب ثلاثة أمثال قيمته الآن، فانّ قيمته الموجودة وكسبه ثلاثون، وكلّ جزء ينفذ فيه العتق يتبعه ثلاثة أمثاله من الكسب وللورثة ستة أشياء من نفسه وكسبه؛ لأنّ الشيء الذي عتق منه من العشرة في تقدير ثلاثة أشياء ـ على ما بيّناه من انّ النقص لمنفعته ـ فكان كالواصل إليه دون الورثة، فلايحسب عليهم بل عليه، فكان كأنّه قد وصل إليه من نفسه ثلاثة أشياء، فيجب أن يكون للورثة من مجموع التركة ـ أعني نفسه وكسبه ـ ضعف الثلاثة المقدّرة وذلك ستة، فيقسم الأربعون ـ أعني قيمة العبد وهي العشرة والكسب وهو الثلاثون ـ على عشرة أشياء: أربعة للعبد من نفسه وكسبه وستة للورثة، فيخرج الشيء منها أربعة فنقول حينئذٍ: كنا[1] قد قلنا: إنّه عتق

(١) في ش: «كما».

منه شيء وقد علمنا الآن انّ الشيء أربعة فيعتق منه أربعة وذلك خمساه وله ثلاثة أشياء من كسبه، وقد عرفت انّ الشيء أربعة فله اثنا عشر، وهي نسبة ما عتق منه؛ لأنّ الاثني عشر خمسا كسبه وللورثة باقيه ستة، وهي ثلاثة أخماس كسبه ثمانية عشر، والمجموع أربعة وعشرون وذلك ضعف ما عتق منه؛ لأنّ الأربعة التي نفذ فيها العتق من العشرة في الحقيقة اثنا عشر من قيمة الأُولى التي هي ثلاثون.

وعلى الاحتمال الثاني نقول: عتق منه شيء وله من كسبه شيء وللورثة ستة أشياء، وهي ضعف ما عتق منه؛ لما بيّناه من انّ الشيء الذي نفذ فيه العتق من نفسه في تقدير ثلاثة أشياء، فيكون للورثة ضعفها ستة أشياء، فتقسّم الأربعون ـ أعني قيمته الآن وكسبه ـ على ثمانية، يخرج الشيء منها خمسة، وقد كنا قلنا: عتق منه شيء، وقد ظهر انّ الشيء خمسة، وهي نصف قيمته الآن فيعتق نصفه، فله من كسبه شيء وهو خمسة، ويبقى للورثة ثلاثون، خمسة من نفسه ـ وهي نصفه ـ وخمسة وعشرون من كسبه، والمجموع ثلاثون، وذلك في الحقيقة ضعف ما نفذ فيه العتق؛ لأنّ نصف العبد الذي ينفذ فيه العتق محسوب عليه بخمسة عشر بالقياس الى القيمة الأُولى، فيجب أن يكون للورثة ضعفها ثلاثون، وقد حصل لهم ذلك.

وعلى الاحتمال الثالث نقول: عتق منه شيء وله من كسبه ثلث شيء؛ لأنّ المتخلّف من الكسب بعد جبر النقص بالعتق عشرة، وهي ثلث قيمة الأُولى، وللورثة شيئان يقابلان ما عتق منه، فالعبد وكسبه في تقدير ثلاثة أشياء وثلث شيء، فالشيء من الأربعين اذاً اثنا عشر فيعتق كلّه؛ لأنّ قيمته عشرة، وله من الكسب تتمّة الشيء الذي هو اثنا عشر وذلك ديناران، وله ثلث شيء وهو أربعة فيكمل معه من الكسب ستة هي التتمّة وثلث الشيء، وللورثة باقي الكسب أربعة

وعشرون وذلك ضعف ما نفذ فيه العتق والقيمة.

ووجه ضعف هذا الاحتمال انّ العبد يستحقّ من الكسب بما فيه من الحرّية بنسبة مقدار قيمته ـ أي مقدار الكسب ـ فاذا كان الكسب بقدر قيمته وكلّ جزء ينفذ فيه العتق يتبعه مثله من الكسب، واذا كان الكسب ضعف قيمته فكلّ ما عتق منه جزء حصل له من الكسب جزءان، وإن كان أقلّ من قيمته حتى كان بقدر قيمتها ـ مثلاً ـ فكلّ ما نفذ فيه العتق من العبد تبعه من الكسب بقدر نصفه.

فاذا عرفت هذا فالقيمة الأُولى كانت مساوية لقدر الكسب، وقيمته عند التشقيص بالعتق بقدر ثلث الكسب، فإمّا أن تعتبر قيمته الأُولى فيكون له من كسبه بقدر ما عتق منه ـ وهو الاحتمال الثاني من الاحتمالات الثلاثة ـ وإمّا أن تعتبر القيمة الأخيرة فيكون له من كسبه ثلاثة أمثال ما عتق منه ـ وهو الاحتمال الأوّل من الثلاثة ـ فالثالث إذاً لا وجه له.

قوله رحمه الله: «وعلى الأوّل يحتمل أن يجبر من كسبه ما فوّته بالعتق فيجيء ما سبق من الاحتمالات».

أقول: على الاحتمال الأوّل ـ وهو القول بأنّ عتق الشقص المقتضي لتصرّف المريض في أكثر من الثلث ـ لايوجب البطلان؛ لجريانه مجرى الإتلاف، ونقص القيمة السوقية يحتمل هنا جبر نقصان القيمة بالعتق من الكسب؛ لما تقدّم من انّه لمصلحته وانّه كالواصل إليه، فعلى هذا يحتمل فيه ما ذكرناه من الوجوه الثلاثة والطريق فيها كما مرّ، ولا حاجة الى الإعادة.

ويحتمل عدم الجبر وهو ظاهر؛ لأنّ التقدير انّ ذلك النقص يجري مجرى الإتلاف

ونقص السوق فيكون كالمعدوم، فكأنّه أعتق عبداً وقيمته عشرة وكسبه ثلاثة أمثال قيمته، فيعتق منه شيء وله من كسبه ثلاثة أشياء وللورثة شيئان يقابلان ما عتق منه، فالأربعون في تقدير ستة أشياء، فالشيء ستة وثلثان، وهو ثلثا قيمة العبد الآن، فيعتق ثلثاه وله عشرون ثلثا، وذلك ثلاثة أشياء التي هي ثلاثة أمثال قيمته، وللورثة ضعف ما عتق ثلاث عشرة وثلث.

قوله رحمه الله: «ولو أجاز بعض الورثة مضى في حقّه من الأصل وفي حقّ باقي الورثة من الثلث، والنقصان كالتالف».

أقول: مثال ذلك: لو خلّف ولدين وكان له عبد لايملك سوى قيمته ـ كما فرضناه ـ ثلاثون، فأعتقه في مرض الموت وكان ينقص بالتشقيص الى عشرة ـ كما فرضنا ـ فأجاز أحد الولدين صحّ في حصّته، وهي النصف من الأصل وهو ظاهر، فيعتق من الأصل نصفه ويكون العتق في حصّة الآخر ماضياً من الثلث؛ لأنّ العتق في مرض الموت كالوصية يمضي من الثلث مع عدم الإجازة، وهو ظاهر أيضاً، فيعتق ثلث حصّة الآخر، سواء قلنا: إنّه اذا اعتق المريض واقتضى تشقيصه بالعتق لنقصه تصرّف المريض في أكثر من الثلث يبطل أولا، وذلك لأنّ النقص هنا كالتالف قطعاً؛ لأنّه لا حجّة له على أخيه في إجازة العتق في نصيبه قطعاً فنفذ العتق فيها، فيقتضي ذلك نقص قيمة حصّة شريكه وعودها الى ثلث قيمتها، سواء أُعتق من حصّته شيء أم لا، وحينئذٍ ينتفي المانع من نفوذ العتق في ثلث حصّته؛ لأنّا انّما منعنا من نفوذ العتق في شيء منها لئلّا تنقص القيمة الأُولى، وهو منتفٍ هاهنا؛ لأنّها تنقص على كلّ حال عند إجازة الآخر لعتق نصيبه.

قوله رحمه الله: «ولو كان له كسب أو له مال غيره لم يجبر النقص».

أقول: يعني: على هذا التقدير وهو انّه اذا أجاز أحدهما عتق حصّة الآخر من الثلث حتى لو كان هناك كسب أو للميّت مال آخر لم يجبر النقص من الكسب ولا من باقي المال؛ لما تقدّم من انّ اجازة أحدهما يوجب نقص حصّة الآخر، ويجري[1] النقص حينئذٍ بمنزلة الإتلاف، وتفرض القيمة الأُولى كالمعدومة، فكان كما لو أعتق عبداً قيمته عشرة أجاز أحدهما عتق حصّته فيخرج حصّة الآخر من الثلث، فإن لم يكن سواها عتق ثلثها، وإن كان غيرها عتق من مجموع حصّة غير المجيز من العبد وغيره ما يحتمله ثلث ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو أعتق مملوكة عن غيره بإذنه وقع عن الآمر، وهل ينتقل عند الآمر المقارن للفعل ليتحقّق العتق في الملك؟ الأقرب ذلك؛ لأنّه بأوّل جزء من الإيقاع يملكه كالمضغ».

أقول: اذا أمر الانسان غيره بأن يعتق عنه عبداً فالكلام هنا في موضعين: أحدهما: هل يقع العتق عن الآمر أم لا؟ الثاني: اذا قلنا: بالصحّة عن الآمر متى ينتقل الى الآمر بالعتق؟

---

(١) في ش: «ويكون».

أمّا الأوّل: فنقول: ذهب الشيخ في الخلاف[١] والمبسوط[٢] الى صحّة العتق ووقوعه عن الآمر، سواء كان بعوض أو بغير عوض.

وقال ابن ادريس: الذي يقتضيه أُصول مذهبنا انّه لايقع إلّا عن المالك للعبد دون الآذن الذي ليس بمالك؛ لأنّه لا خلاف في قوله عليه السلام: «لا عتق قبل ملك ولا طلاق قبل نكاح» والآذن لم يملك العبد وانّما هو على ملك المباشر الى حين اعتقاقه، وانّما هذا الذي ذكره شيخنا قول المخالفين دون أن يكون ورد في أخبارنا[٣].

والمصنّف تابع الشيخ في صحّة العتق، واستدلّ عليه في المختلف بأنّه قد وجد سبب التحرير فيقع، ولم يقع عن المباشر؛ لأنّه لم ينو العتق عن نفسه وانّما نواه عن الآمر فيقع عنه؛ لقوله عليه السلام «الأعمال بالنيات»[٤].

وأمّا الثاني: فنقول: على قول ابن ادريس لا ينتقل الأمر؛ لعدم وقوع العتق عنه، وأمّا القائلون بصحّة العتق ووقوعه عن الآمر.

فمنهم من لم يتعرّض لذلك، بل اقتصر على الحكم بالصحّة والوقوع عن الآذن، لكن يلزمهم القول بالانتقال.

ومنهم من تعرّض لذلك، فقال صاحب الشرائع: اذا أعتق مملوكة عن غيره بإذنه وقع العتق عن الآمر وينتقل إليه عند الأمر بالعتق ليتحقّق العتق في الملك، وفي وقت الانتقال تردّد[٥].

---

(١) الخلاف: كتاب العتق مسألة ١٦ ج ٣ ص ٣٧٠ طبعة اسماعيليان.

(٢) المبسوط: كتاب العتق فصل في الولاء ج ٦ ص ٧١.

(٣) السرائر: كتاب العتق ج ٣ ص ٢٠.

(٤) مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الأوّل في أحكام العتق ص ٦٢٩ س ٢.

(٥) شرائع الاسلام: كتاب العتق الفصل الأوّل في المباشرة ج ٣ ص ١١٠.

والمصنّف أيضاً صرّح بالانتقال، لكنه قال: الأقرب انّه ينتقل عن الآمر المقارن للفعل لتحقّق العتق في الملك.

ووجه القرب انّا قد بيّنّا انّه يصحّ العتق عن الآمر ويقع عنه، ولا خلاف في انّ العتق مشروط بالملك، فلولم ينتقل إليه لزم وقوع العتق لا في ملك، وهو باطل بالاتفاق، ولقوله عليه السلام:«لا عتق قبل ملك»[1] وانّما قلنا: بأنّه ينتقل عن الآمر المقارن للفعل؛ لأنّه لولم يأمره بذلك حتى أعتقه عنه أو أمره ولم يعتق لم ينتقل إليه. فالمقتضي للعتق مجموع الأمر والابتداء بالعتق، وعند حصول العلّة يكون المعلول حاصلاً؛ لاستحالة تقدّم المعلوم على علّته أو تخلّفه عنها.

وقول المصنّف رحمه الله: «كالمضغ» يريد انّه لو أذن الانسان لغيره في أكل طعامه فانّه لاينتقل الى ذلك الغير بمجرّد الإذن قطعاً، ولا يأكل ذلك الغير من دون الإذن قطعاً؛ لأنّه يكون غاصباً لا مالكاً، وانّما ينتقل إليه بمجموع الإذن وابتداء الفعل ـ أعني المضغ ـ فانّه في تلك الحالة يكون مالكاً. ألا ترى انّه لو أذن له في الأكل فانّ للمالك أن يمنعه قبل مضغه. امّا حالة المضغ فانّه يكون حالة التملّك، فالعتق كذلك يكون حالة فعل المأذون فيه ـ أعني العتق ـ هي حالة التملّك.

قوله رحمه الله: «وأتلفه بالعتق نيابةً عنه».

أقول: هذا جواب عن سؤال مقدّر، وتقديره: لو كان قد انتقل الملك إليه عند ابتداء لفظ العتق لافتقر في زواله عنه الى سبب يصدر منه بعد الانتقال، ولم يصدر

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١ العتق وأحكامه ح ٦ ج ٨ ص ٢١٧، وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب العتق ح ١ ج ١٦ ص ٧.

منه، فكان يقتضي أن يبق في ملكه، وذلك ينافي القول بنفوذ العتق.

والجواب: انّ المأمور وإن كان قد نقله بأوّل جزء من لفظ العتق عقيب الأمر إلّا انّه أتلفه لعتقه عن الآمر بالإذن السابق، فلا يلزم ما ذكر.

قوله رحمه الله: «فلو كان العتق أباً للآمر صحّ عتقه في الكفّارة على إشكال».

أقول: منشأه من انّ انتقاله إليه يقتضي عتقه عنه بغير اختياره بالقرابة، فلا يقع عن الكفّارة التي يتعيّن العتق عنها بالقصد إليها ونيّة العتق لها.

ومن انّا انّما حكمنا بانتقاله إليه بواسطة وقوع العتق عن المأذون فيه، وهو هنا العتق عن الكفّارة، واستدلالاً بوجود المشروط على وجود الشرط.

قوله رحمه الله: «ولو قال: يا حرّة أو يا معتق ففي التحرير إشكال، ينشأ من عدم القطع بكونه إنشاء».

أقول: ومن وجود العبارة الموضوعة لإزالة الملك عن الرقّية، وهو لفظ التحرير أو الاعتاق مع القصد إليه.

ورجّح صاحب الشرائع عدم الوقوع فقال: لو قال لأمته: يا حرّة وقصد العتق ففي تحريرها تردّد، الأشبه عدم التحرير؛ لبعده عن شبهة الإنشاء[1].

قوله رحمه الله: «ولو علّقه بالنقيضين فالأقرب الوقوع إن اتحد الكلام».

---

(١) شرائع الاسلام: كتاب العتق الفصل الأوّل في المباشرة ج ٣ ص ١٠٦.

أقــول: وجه القرب انّ قوله: أنت حرّ إن دخلت الدار وإن لم تدخل يجري مجرى التنجيز فكأنّه قال: أنت حرّ على كلّ حال. وأمّا عند تعدد الكلام كما اذا قال: أنت حرّ اذا دخلت الدار ثمّ قال له: أنت حرّ إن لم تدخل الدار فهاهنا إنشاءان، كلّ واحد منهما عتق على شرط، فيكون كلّ واحد منهما باطلاً.

قوله رحمه الله: «ولو قال: بدنك أو جسدك فالأقرب الوقوع».

أقــول: هذا مبنيّ على انّ حقيقة الانسان ما هو، فإن قلنا: هو هذا الهيكل المحسوس صحّ العتق قطعاً، وانعتق عند قوله: بدنك أو جسدك حرّ؛ لأنّه هو المشار إليه بقوله: «أنت». امّا عند من قال: هو أمر آخر وراء ذلك من كونه جوهراً مجرّداً أو غير ذلك من الأقوال المذكورة في الكتب الكلامية فيمكن أن يقال: لا يقع؛ لأنّ المراد بالجسد ليس هو المراد بقوله: «أنت» عندهم.

والأقرب الوقوع عند المصنّف مطلقاً؛ لأنّ اللفظ عند الإطلاق انّما يحمل على المتعارف بين الناس، وذلك هو هذا الهيكل المحسوس، فكان العتق واقعاً.

قوله رحمه الله: «ولو شرط على العبد شرطاً في نفس العتق مثل: أنت حرّ وعليك ألف أو خدمة سنة لزمه الوفاء، وهل يشترط رضا المملوك؟ إشكال، أقربه العدم في الخدمة».

أقــول: ينشأ من انّه كالمعاوضة على العتق بما شرط عليه فاشترط قبوله، كما في غيره من عقود المعاوضات. ولأنّه حينئذٍ يكون في معنى الكتابة فاشترط قبوله كما يشترط فيها.

ومن إطلاق الأصحاب بجواز الاشتراط في العتق ويكون عتقاً وشرطاً.

والأقرب عند المصنّف انّه إن شرط عليه الخدمة لم يشترط قبول العبد؛ لأنّ السيد كان مستحقّاً لرقبته ولخدمته، فاستيفاء الخدمة مدة يكون رفعاً لتملّك الرقبة، ومازاد عن تلك المدة فلا يتوقّف على رضا العبد. ويفهم من قول المصنّف انّه إن كان قد اشترط عليه مالاً فالأولى اشتراط قبول العبد؛ لأنّ السيد لاتسلّط له على العبد بإثبات مال في ذمّته بغير رضاه لا قبل الحرّية ولا بعدها. امّا قبلها فظاهر؛ لامتناع أن يثبت للمولى في ذمّة عبده شيء، وأمّا بعدها فلانتفاء السلطنة عنه، بخلاف الخدمة التي كانت مستحقّة عليه. ولأنّه ربّما أدّى الى الإضرار بالعبد، بأن يعتقه ويشترط عليه أضعاف ثمنه.

قوله رحمه الله: «ولو شرط إعادته في الرقّ إن خالف أُعيد مع المخالفة،وقيل: لا».

أقول: قال الشيخ في النهاية: فإن شرط عليه انّه متى خالفه في فعل من الأفعال كان ردّاً في الرقّ فخالفه كان له ردّه في الرقّ[1]. وتبعه ابن البرّاج[2].

ومنع ابن ادريس بذلك وقال: قول الشيخ غير واضح؛ لأنّ الحرّ لايعود رقّاً، والشرط اذا كان مخالفاً للكتاب والسنّة كان باطلاً، وهذا شرط يخالف الكتاب والسنّة[3].والى قول ابن ادريس أشار المصنّف بقوله: «وقيل: لا».

واعلم انّ ظاهر كلام ابن ادريس يعطي صحّة العتق وبطلان الشرط خاصّة،

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب العتق باب العتق وأحكامه ج ٣ ص ٩.

(٢) المهذّب: كتاب العتق باب العتق وأحكامه ج ٢ ص ٣٥٩.

(٣) السرائر: كتاب العتق باب أحكام العتق ج ٣ ص ١١.

والمصنّف حكم في المختلف[١] ببطلان العتق أيضاً.

قوله رحمه الله: «ولو أبق مدة الخدمة المشترطة لم يعد في الرقّ وله المطالبة بأُجرة الخدمة، وكذا لورثته على رأي».

أقول: هذا مثل قول ابن ادريس فانّه قال: للورثة المطالبة بأُجرة الخدمة المشترطة، لا المطالبة بالخدمة نفسها[٢]. خلافاً لأكثر أصحابنا.

فانّ الشيخ قال في النهاية: فإن شرط عليه خدمة سنة أو سنين أو أكثر من ذلك لزمه ذلك، فإن مات المعتق كانت الخدمة لورثته، وإن أبق العبد ولم يوجد إلّا بعد انقضاء المدة التي شرطها عليه المعتق لم يكن للورثة عليه سبيل[٣]. ومثله قال ابن البرّاج[٤].

وقال ابن الجنيد: ولا بأس بأن يشترط على المعتق عملاً معيّناً أو مدة معلومة ويجعل له في تلك المدة ما ينفق منه ويكتسي به لقطعه بشرطه عليه من التكسّب، ولو فات الفعل أو منع منه لم يلزم المعتق العوض عنه[٥].

وقال الصدوق: واذا أعتق رجل جاريته وشرط عليها أن تخدمه خمسين سنة فأبقت ثمّ مات الرجل فوجدها ورثته فليس لهم أن يستخدموها[٦].

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الأوّل في أحكام العتق ص ٦٢٥ س ٢٢.

(٢) السرائر: كتاب العتق باب أحكام العتق ج ٣ ص ١١.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب العتق باب العتق وأحكامه ج ٣ ص ١٠.

(٤) المهذّب: كتاب العتق باب العتق وأحكامه ج ٢ ص ٣٥٩.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الأوّل في أحكام العتق ص ٦٢٥ س ٢٨.

(٦) المقنع: كتاب العتق والتدبير ص ١٥٦.

قوله رحمه الله: «ولو نذر عتق أوّل مملوك يملكه أو أوّل داخل فملك جماعة دفعة أو دخلوا كذلك قيل: بطل، وقيل: يتخيّر، وقيل: يقرع. ويحتمل حرّية الجميع؛ لأنّ الأولوية وجدت في الجميع، كما لو قال: من سبق فله عشرة، وفيه ضعف؛ لعدم العموم هناك».

أقول: القائل بالبطلان هو ابن ادريس[١]، والقائل بأنّه يتخيّر هو ابن الجنيد فانّه قال: ومن أعتق أوّل مملوك يملكه فملك جماعة في وقت واحد اختار أيّهم شاء فأعتقه، فإن مات أو منع عن بيان إرادته أُقرع بينهم[٢].

والقائل بالقرعة هو الشيخ[٣]، ومحمّد بن بابويه[٤]، وابن البرّاج[٥].

والمصنّف أورد احتمالاً آخر وهو: عتق الجميع؛ لوجود شرط النذر في الكلّ وهي الأولوية، كما لو قال: من سبق فله كذا فتساووا في السبق فانّهم يستحقّون العوض هنا، ثمّ استضعف هذا الاحتمال بالفرق؛ للعموم بين أوّل مملوك وبين من سبق، فانّ قوله: «من سبق» للعموم، بخلاف أوّل مملوك فانّه ليس بعامّ.

قوله رحمه الله: «وهل يشترط الكثرة؟ الأقرب ذلك».

---

(١) السرائر: كتاب العتق باب أحكام العتق ج ٣ ص ١٢.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الأوّل في أحكام العتق ص ٦٢٥ س ٣٦.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب العتق باب العتق وأحكامه ج ٣ ص ١٣ ـ ١٤.

(٤) المقنع: كتاب العتق ص ١٥٧.

(٥) المهذّب: كتاب العتق باب العتق وأحكامه ج ٢ ص ٣٦٠.

أقـول: يريد ذلك بيان انّه اذا أعتق الانسان بعض مماليكه فقيل له: هل أُعتقت مماليكك؟ فقال: نعم ولم ينفذ العتق إلّا في ذلك البعض الذي أعتقه دون الباقين فهل يشترط في ذلك البعض الذي أنفذ فيه العتق أن يكونوا جماعة؟ قال المصنّف: الأقرب نعم، فلو كان المعتق واحداً حكم عليه بعتق من يصدق عليه الجمع، لأنّ الجمع لايصدق على الواحد.

وأقول: هذا بالقياس الى إقراره والحكم عليه ظاهراً، ولكن ذلك لاينافي ما ذكره علماؤنا من انّه لاينفذ العتق إلّا في من أعتقه، فانّ العتق في نفس الأمر انّما حصل في من أعتق وإن كان واحداً، والباقون على الرقّ في نفس الأمر وإن كان قد أخبر بلفظ الجمع، لكن يحكم عليه ظاهراً بعتق مايصدق عليه الجمع بمقتضى اعترافه.

قوله رحمه الله: «ولو قيل: أعتقت غانماً فقال: نعم وقصد الإنشاء ففي الوقوع نظر».

أقـول: وجه النظر من انّ «نعم» تتضمّن إعادة السؤال، فكأنّه قال منشئاً: أعتقت غانماً، وذلك يقتضي صحّة عتقه.

ومن اشتراط إحدى العبارتين وهي: التحرير والإعتاق وعدم الاكتفاء بالمعنى دون اللفظ، و «نعم» وإن تضمّنت إعادة المعنى إلّا انّه لم يوجد إحدى اللفظين، فلا يقع العتق.

قوله رحمه الله: «ولو نذر عتق كلّ عبد له قديم أو أعتقه انصرف الى من مضى عليه في ملكه

ستة أشهر فصاعداً، وهل يستحبّ في الأمة أو الصدقة بكلّ ملك له قديم أو الإقرار؟ إشكال».

أقول: الذي أفتى به الأصحاب انّه اذا نذر الانسان عتق كلّ عبد له قديم وجب عليه أن يعتق كلّ من مضى عليه في ملكه ستة أشهر، استناداً الى رواية داود ابن محمّد النهري، عن بعض أصحابه قال: دخل أبو سعيد المكاري على الرضا عليه السلام فقال: رجل قال عند موته: كلّ مملوك لي قديم فهو حرّ لوجه الله تعالى، فقال: نعم انّ الله تعالى يقول في كتابه: ﴿حتى عاد كالعرجون القديم﴾ فما كان من مماليكه أتى له ستة أشهر فهو قديم حرّ[1].

والمصنّف فرّع على هذا ثلاث مسائل، إحداها: لو قال: كلّ أمةٍ لي قديمة فهي حرّة. الثانية: لو نذر الصدقة بكلّ مال له قديم. الثالثة: لو أقرّ لغيره بكلّ مال في يده قديم فهل ينسحب الحكم في هذه الثلاثة وهو انّه يعتق كلّ أمة مضت لها في ملكه ستة أشهر وتصدّق بكلّ مال مضى له في ملكه ستة أشهر أو يحكم عليه بإقراره على ما كان في يده منذ ستة أشهر فصاعداً أم لا؟ فيه إشكال.

ينشأ من اختصاص الحكم بمورد النصّ، فلا يتعدّى الى غيره.

ومن وجود العلّة المنصوص عليها من جهة الشارع، إذ ثبوت الحكم في الأصل ـ وهو عتق كلّ عبد له قديم ـ انّما هو لأجل انّ القديم اسم لذلك القدر من الزمان فصاعداً كما تضمّنته الرواية، وقد ثبت انّ العلّة المنصوص عليها تعدّى الحكم الى كلّ موضع اشتمل على تلك العلّة.

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١ العتق وأحكامه ح ٦٨ ج ٨ ص ٢٣١، وسائل الشيعة: ب ٣٠ من أبواب العتق ح ١ ج ١٦ ص ٣٤، والآية ٣٩ من سورة يس.

وإعلم أنّ الإشكال في الصورة الأُولى ضعيف؛ لأنّ النصّ لم يرد بعتق العبد حتى يقال في إلحاق الأمة: به إشكال، لأنّ الرواية في من أعتق كلّ مملوك له قديم، وهو يتناول العبد والأمة، واذا كان النصّ يتناولها ثبت الحكم فيها بالنصّ كما ثبت في العبد به.

قوله رحمه الله: «ولو قصرت مدة الجميع عن ستة أشهر فإن ترتّبوا فالأقرب عتق الأوّل، وإلّا الجميع».

أقول: يعني: لو كانت مدة تملّك كلّ واحد من مماليكه يقصر عن ستة أشهر فالأقرب انّه إن كان تملّكهم على الترتيب عتق الأوّل خاصّة؛ لأنّ كلامه انّما يحمل على القديم في ملكه؛ لعدم وقوع العتق بغير المملوك، والقديم وإن كان حقيقة شرعية في من مضى له في ملكه ستة أشهر فقد تعذّر حمله عليها يجب حمله على غيرها، فيحكم بعتق الأوّل لتحقّق كونه قديماً بالقياس الى جميع مماليكه. اما ما عداه فانّه وإن كان قديماً بالقياس الى من بعده لكنه ليس بقديم بالقياس الى السابق عليه، ولأنّ الأوّل أقرب الى الحقيقة الشرعية فيكون أولى بالحمل عليه عند تعذّرها، وإن تملّكهم دفعة واحدة عتق الجميع؛ لأنّ الأصل صحّة ما صدر عنه من العتق، ووصف كلّ واحد منهم بكونه قديماً ليس بالقياس الى باقي مماليكه؛ لعدم تقدّم بعضهم على بعض في الملك ولا الحقيقة الشرعية؛ لانتفائها عن كلّ واحد منهم، فتعيّن أن يكون المراد بالقديم بالقياس الى من يتجدّد في ملكه، وهذا الوصف صادق على الجميع فتعيّن عتق الجميع.

قوله رحمه الله: «ويحتمل قوياً العدم فيهما».

أقول: يريد يحتمل قوياً عدم العتق في القديم في صورة ترتيبهم، ولا الجميع في صورة تملّكهم دفعة واحدة.

ووجه القوّة انّ القديم اذا كان المراد به شرعاً من مضى له ستة أشهر فصاعداً وهو منتفٍ في كلّ واحد من الصورتين، ومراده من اللفظ لغير ذلك المعنى غير معلوم، فيكون العتق مشكوكاً فيه فيحكم فيه برقّ الجميع، عملاً بأصالة بقاء الرقّ[1] وعدم العتق.

قوله رحمه الله: «ولو علّق نذر العتق بعدم الدخول ـ مثلاً ـ ولم ينو وقتاً معيّناً أو بآخرهم دخولاً عتق في آخر جزء من حياته، وهل له بيعه قبل ذلك؟ فيه إشكال».

أقول: لو قال: لله عليّ انّه متى لم يدخل عبدي فلان الدار فهو حرّ ولله عليّ انّ آخر من يدخل من عبيدي الدار فهو حرّ فانّه يتحرّر من صدق عليه عدم الدخول أو آخرهم دخولاً عند آخر جزء من حياته، وهل له بيعه قبل ذلك؟ فيه إشكال.

ينشأ من تعلّق النذر به، وانّه يجب عليه عتقه أو يحكم بحرّيته في ذلك الوقت، وهو موقوف على بقائه في ملكه، وما يتوقّف عليه الواجب واجب.

ومن انّه الآن لم يتحقّق شرط النذر فلا يكون واجباً قبل ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو علّقه على الدخول ثمّ باعه ثمّ عاد إليه ففي عتقه مع الدخول نظر».

---

(١) في ج: «الرقّية».

أقــول: وجه النظر من انّ النذر لم يتعلّق بزمان مخصوص فيصدق عليه الآن انّه قد وجد فيه شرط النذر فيجب عليه تعلّق ما نذره.

ومن انّه بخروجه عن ملكه يحلّ النذر؛ لامتناع تعلّق النذر للعتق بمملوك الغير.

قوله رحمه الله: «ويقوى الإشكال لو دخل قبل عوده إليه ثمّ عاد ودخل من حيث إنّه علّق النذر على شرط لايقتضي التكرار، فـاذا وجـد مـرّة انحلّت اليمين».

أقــول: ومن انّ مراد الناذر اذا دخل في ملكي؛ لأنّ العتق لايـصحّ بمـملوك الغير، واذا كان المراد اذا دخل في ملكه فذلك الدخول ليس شرطـاً للـنذر، وانّمـا دخوله ثابتاً في ملكه، وقد حصل، فتعيّن عتقه.

قوله رحمه الله: «ولو شهــد اثـنان بـالدخول ألزمه الحاكم الإعتاق، فاذا أعتقه وظهر كـذبهما بطل، ويحتمل الصحّة والتضمين، ولو رجعا ضمنا وتمّ العتق».

أقــول: اذا نذر عتق عبده عند حصول شرطه كما اذا نذر عتقه اذا دخل الدار ثمّ ادّعى العبد حصول الشرط ـ أعني الدخول ـ وأنكر المولى فالقول قول المولى مع يمينه وعدم البيّنة.امّا لو أقام العبد شاهدين شهدا له بالدخول ألزمه الحاكم بالعتق، فاذا أعتقه ثمّ ثبت عند الحاكم تزويرهما وانّهما كذبا في الشهادة بأن شهدا بدخوله في زمان بعينه وعلم بعد ذلك انّ العبد كان في مكان بعيد عن الموضع الذي تعلّق النذر

بالدخول إليه في ذلك الزمان بحيث يمتنع دخوله إليه في ذلك الوقت احتمل فيه أمران:

أحدهما: انّه يعود رقّاً؛ لأنّ المعتق لم يتبرّع بعتقه ولا أعتقه باختياره، وانّما قهره الحاكم عليه بناءً على حصول الشرط، وقد علم انتفاء ما ألزمه الحاكم بالعتق لأجله فيكون العتق باطلاً.

والآخر: صحّة العتق وتضمين الشاهدين لمولاه قيمته؛ لأنّه حكم بحرّيته، والحرّ لايعود رقّاً فيكون بمنزلة التالف، والمزوّران يغرمان بشهادتهما قيمة ما أتلفاه، إذ لم يكن مثلياً.

امّا لو رجعِ الشاهدان عن شهادتهما فانّ الشاهدين يغرمان قيمة العبد ويتمّ العتق قطعاً؛ لأنّ رجوعهما لا يقبل في حقّ العبد وقد حكم الحاكم بعتقه، وانّما يمضي إقرارهما على أنفسهما لاغير.

قوله رحمه الله: «ولو نذر عتق المقيّد إن حلّ قيّده ـ الى قوله: ـ ولو حلّه أجنبي لم يضمن، عالماً بالنذر كان أو جاهلاً، نهاه المالك أو لا على إشكال».

أقول: وجه الإشكال انّه على تقدير كونه عالماً بالنذر وانّه يعتق بالحلّ يعلم انّ حلّه سبب في إتلاف العبد بالعتق، وكلّ من كان سبباً في الإتلاف كان ضامناً.

ومن انّ المقتضي للعتق هو النذر، فانّ الصادر عن الأجنبي انّما هو حلّ القيد، وليس ذلك سبباً في العتق.

قوله رحمه الله: «ومال العبد لمولاه وإن علم به حالة العتق ولم يستثنه على رأي».

أقول: هذا قول ابن ادريس فانّه قال: العبد لايملك شيئاً، وكلّ ما في يده لمولاه، سواء علم به واستثناه أو لم يستثنه أو جهل به[١].

وذهب الشيخ في النهاية الى انّ السيد اذا كان عالماً بالمال ولم يستثنه فهو للعبد، وإن استثناه أو لم يعلم به فهو للسيد[٢]. ونحوه قال ابن الجنيد[٣]، وأبو الصلاح[٤].

قوله رحمه الله: «ولو اشترى أمة نسيئة فأعتقها وتزوّجها ومات قبل الإيفاء ولا تركة قيل: يبطل عتقه ونكاحه وتردّ على البائع رقّاً، فإن حملت كان الولد رقّاً؛ لرواية هشام بن سالم[٥]. والأقرب عدم بطلان العتق وعدم رقّ الولد، وتحمل الرواية على المريض».

أقول: قد تقدّم ذكر هذه المسألة في كتاب النكاح[٦] وذكرنا الخلاف فيها وأشرنا الى الرواية والى ما ذكره المصنّف من التأويل، فلا حاجة الى تكرار ذلك.

---

(١) السرائر: كتاب العتق ج ٣ ص ٦ مع اختلاف.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب العتق باب العتق واحكامه ج ٣ ص ١١.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الأوّل في أحكام العتق ص ٦٢٤ س ١٢.

(٤) الكافي في الفقه: في العتق ص ٣١٨.

(٥) تهذيب الأحكام: ب ٩ في السراري وملك الأيمان ح ٢٠ ج ٨ ص ٢٠٢، وسائل الشيعة: ب ٣٤ من أبواب العتق ح ١ ج ١٦ ص ٣٠.

(٦) تقدّم في ج ٢ ص ٤٣٥ و٤٣٦.

قوله رحمه الله: «وفي بيع مسكنه إشكال».

أقول: يريد لو أعتق أحد الشريكين حصّته قوّم عليه وسرى فيه بشروط ذكرها في الكتاب من جملتها: أن يكون المعتق موسراً، وفسّره: بأن يكون مالكاً لقيمة نصيب الشريك فاضلاً عن قوت يومه وليلته له ولعياله ودست ثوب فهل تباع داره التي سكنها في ذلك النصيب؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّ وجوب قيمة حصّة الشريك في ذمّته كالدَين، فلا تباع فيه دار السكنى كالدَين.

ومن انّه موسر؛ لأنّ مالك الفاضل عن فوت اليوم والليلة له ولعياله، ولعموم الخبر المتضمّن للأمر بالفكّ، وهو ما روي انّ النبي صلّى الله عليه وآله قال: «من أعتق شركاً له في عبد فعليه خلاصه إن كان له مال»[1]. ولم يستثن دار السكنى ولا غيرها.

قوله رحمه الله: «ولو كان معسراً عتق نصيبه خاصّة وسعى العبد في فكّ باقيه بجميع السعي، وليس لمولاه بنصيب الرقبة شيء على إشكال».

أقول: منشأه من انّ وجوب الفكّ عند إعسار معتق الشقص تعلّق بالعبد فيفكّه ممّا يملكه، وهو نصيب الشقص المعتق دون ملك غيره ـ أعني نصيب الشريك ـ ولأنّ نصيب الرقبة من الكسب ـ أعني ما يخصّ نصيب الشريك ـ نماء

---

(١) عوالي اللآلي: ج ١ ص ١٣٤ ح ٢٥ بالمعنى، صحيح مسلم: كتاب الأيمان ح ٤٨ ج ٣ ص ١٢٨٦.

ملك الشريك؛ فيكون مملوكاً له كالأصل، فلا يجب عليه بدله. ولأنّه لو فكّ به لكان قد فكّ ماله بماله.

ومن ورود الخبر بأنّه عند إعسار الشريك يسعى العبد، فمن ذلك ما رواه القاسم ابن محمد بن علي، عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن مملوك بين أُناس فأعتق أحدهم نصيبه، قال: يقوّم قيمته ثمّ يستسعي فيما بقي، وليس للباقي أن يستخدمه ولا يأخذ الضريبة منه[1]. وهذا نصّ في الباب.

قوله رحمه الله: «وقيل: إن قصد الإضرار فكّه إن كان موسراً، وبطل عتقه إن كان معسراً، وإن قصد القربة لم يقوّم عليه وإن كان موسراً، بل يستسعي في قيمة الباقي».

أقول: هذا التفصيل هو قول الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: اذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه مضارّة لشريكه الآخر ألزم أن يشتري ما بقي ويعتقه اذا كان موسراً، وإن لم يكن موسراً ولا يملك غير ما أعتقه كان العتق باطلاً، وإن لم يقصد بذلك مضارّة شريكه بل قصد بذلك وجه الله تعالى لم يلزم شراء الباقي وعتقه، بل يستحبّ له ذلك، فإن لم يفعل استسعى العبد في الباقي ولم يكن لصاحبه الذي يملك ما بقي منه أن يستخدمه، ولا له عليه ضريبة، بل له أن يستسعيه فيما بقي من ثمنه، فإن امتنع العبد من السعي في فكّ رقبته كان له من نفسه قدر ما عتق منه ولمولاه قدر ما

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١ العتق وأحكامه ح ٢٥ ج ٨ ص ٢٢١، وسائل الشيعة: ب ١٨ من أبواب العتق ح ١٠ ج ١٦ ص ٢٣.

بقي[١]. وتبعه ابن البرّاج[٢] على ذلك.

قوله رحمه الله: «وقيل: مع إعساره يستقرّ الرقّ في الباقي».

أقول: هذا القول المحكي هو قول الشيخ ذكره في المبسوط فقال فيه: اذا أعتق شركاً له من عبد لم يخل من أحد أمرين: امّا أن يكون موسراً أو معسراً، فإن كان معسراً أعتق نصيبه[٣] واستقرّ الرقّ في نصيب شريكه[٤]. واعلم انّ لأصحابنا في هذا الباب أقوالاً أُخر.

منها: قول المفيد فانّه قال: اذا كان العبد بين شريكين أو أكثر من ذلك فأعتق أحدهما أو أحد الشركاء حصّته من العبد انعتق ملكه خاصّة وألزم ابتياع حصص الشركاء، فاذا ابتاعها انعتق العبد بذلك ولم يبق فيه رقّ، وإن كان معسراً استسعى العبد في باقي قيمته[٥]. وتبعه سلّار[٦].

ومثله قول السيد المرتضى فانّه قال: ممّا انفردت الامامية به انّ العبد اذا كان بين شريكين أو أكثر من ذلك فأعتق أحد الشركاء نصيبه انعتق ملكه من العبد، فإن كان المعتق موسراً طولب بابتياع حصص شركائه، فاذا ابتاعها انعتق جميع العبد، وان

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب العتق باب العتق وأحكامه ج ٣ ص ٨.

(٢) المهذّب: كتاب العتق باب العتق وأحكامه ج ٢ ص ٣٥٨.

(٣) في المصدر: «نصفه».

(٤) المبسوط: كتاب العتق ج ٦ ص ٥١.

(٥) المقنعة: كتاب العتق باب العتق والتدبير ص ٥٥٠.

(٦) المراسم: كتاب العتق والتدبير ص ١٦١.

كان المعتق معسراً وجب أن يستسعي العبد في باقي ثمنه[١].

وهذا لا فرق بين قوله وقول المصنّف، إلاّ انّ المصنّف قال: مع اليسار يقوّم عليه، وهؤلاء قالوا: اذا كان موسراً ابتاع حصص الشركاء ثمّ عتق عليه.

ومنها: قول ابن ادريس فانّه قال: اذا أعتق أحد الشركاء حصّته لا للإضرار بالشركاء انعتق نصيبه خاصّة، إلاّ انّه اذا كان موسراً انعتق الباقي وأُجبر على قيمته لشريكه، وإن كان معسراً استسعى العبد في قيمة باقيه، فاذا أدّاها عتق جميعه، وإن عجز فكّه سلطان الاسلام من سهم الرقاب من الزكاة، وإلاّ خدم مولاه بما فيه من الرقّية[٢].

ومنها: قول أبي الصلاح فانّه قال: اذا أعتق أحد الشركاء لوجه الله تعالى تحرّر منه بمقدار حصّته واستسعى في الفاضل[٣]. ولم يفصّل بين الموسر والمعسر.

ومنها قول ابن الجنيد: فانّه قال: اذا أعتق البالغ الرشيد نصيباً له من عبد أو من أمة وهو في عتقه متبرّع وطلب لثواب الله غير مضارّ عتق نصيبه وكان شركاؤه على ملكهم وكان بعتقه جانياً على شركائه؛ لأنّهم ممن لايحكم لهم بالمقام على حقّهم حتى يكون بعض العبد حرّاً وبعضه قنّاً؛ لما روي عن النبي صلّى الله عليه وآله انّ رجلاً أعتق شقصاً من مملوك له فأجاز النبي صلّى الله عليه وآله عتقه، وقال: ليس لله شريك، والشريك في حقّه مخيّر بين إلزام المعتق قيمة حقّه بجنايته عليه إن كان موسراً وبين أن يعتق ويستسعي العبد في قيمة حقّه، وإن اختار إلزام المعتق حصّته فيحكم

---

(١) الانتصار: مسائل العتق ص ١٦٩.

(٢) السرائر: كتاب العتق ج ٣ ص ٥.

(٣) الكافي في الفقه: كتاب العتق ص ٣١٨.

بها عليه كان للمعتق أن يرجع على العبد فيستسعيه فيما غرمه من حصّة شريكه إن لم يقصد بذلك العتق الضرر به؛ لأنّه انّما غرم ذلك على العبد وقام مقامه لو اختار الشريك استسعاه فيه، فإن كان المعتق شقصه معسراً وتنحّ الشريك عن حقّه استسعى العبد في قيمته[١].

قوله رحمه الله: «الثاني: أن يعتق باختياره، سواء كان بشراء أو اتهاب أو غيرهما، ولو ورث شقصاً من أبيه لم يقوّم عليه على رأي».

أقول: يريد من شرائط سراية العتق أن يكون قد أعتق البعض باختياره، سواء كان قد باشر عتق حصّته أو اشترى بعض من ينعتق عليه أو اتهبه. امّا لو ملكه بغير اختياره ـ كما لو ورث بعض من ينعتق عليه ـ فانّ حصّته تنعتق عليه، ولا يقوّم حصّة شركائه عليه عند المصنّف. وهو قول ابن ادريس[٢].

وللشيخ في ذلك قولان: أحدهما مثل ذلك، ذكره في المبسوط فقال فيه: وإن كان ملكه بغير اختياره ـ كالإرث ـ فانّه لا يقوّم عليه باقيه[٣].

وقال في الخلاف: اذا ورث شقصاً من أبيه أو اُمّه قوّم عليه ما بقي إن كان موسراً[٤].

واعلم انّ لابن الجنيد هنا مذهباً غريباً وهو: انّه اذا ملكه بغير اختياره

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الأوّل في أحكام العتق ص ٦٢٢ س ١٥.

(٢) السرائر: كتاب العتق ج ٣ ص ٢٠.

(٣) الخلاف: كتاب العتق مسألة ٧ ج ٣ ص ٣٦٨ طبعة اسماعيليان.

(٤) المبسوط: كتاب العتق فصل في من يعتق على من يملكه ج ٦ ص ٦٨.

ـ كالارث ـ فانّه يقوّم عليه الباقي مع اليسار، وإن كان باختياره ـ كالهبة ـ لم يقوّم عليه[١].

قوله رحمه الله: «والأقرب السراية في الرهن والكتابة والاستيلاد والتدبير».

أقول: يريد لو أعتق أحد الشريكين حصّته وكانت حصّة الشريك رهناً أو مكاتبة أو مستولدة أو مدبرة فالأقرب السراية في الباقي.

ووجه القرب عموم الخبر الدالّ على وجوب التقويم مع اليسار والعتق، وقوله عليه السلام: «ليس لله شريك»[٢].

قوله رحمه الله: «ومع الشرائط هل يعتق أجمع باللفظ أو بالأداء أو يكون مراعى؟ فإن ادّعى بأنّ العتق من وقت ايقاعه وإن لم يؤدّ بأنّ استقرار الملك في نصيبه لمالكه إشكال».

أقول: قد ذهب الى كلّ واحد من الوجوه التي تردّد المصنّف فيها بعض من أصحابنا، فالأوّل منها ـ أعني العتق لمجرّد اللفظ ـ مذهب ابن ادريس[٣]، والثاني ـ وهو انّه ينعتق بالأداء ـ مذهب المفيد[٤]، والثالث ـ وهو انّه مراعى ـ

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الأوّل في أحكام العتق ص ٦٢٨ س ٩.

(٢) بحار الانوار: ج ٣٦ ص ٣٠٤ ح ١٤٤.

(٣) السرائر: كتاب العتق ج ٣ ص ١٦.

(٤) المقنعة: كتاب العتق ص ٥٥٠.

مذهب الشيخ في المبسوط[١].

والمصنّف استشكل ذلك من حيث وجود الخلاف فيه بين الأصحاب وتعارض الروايات، فإنّ بعضها تدلّ على قول المفيد وهي: رواية محمد بن قيس الصحيحة، عن الباقر عليه السلام قال: من كان شريكاً في عبد أو أمة قليل أو كثير فأعتق حصّته وله سعة فليشتره من صاحبه ويعتقه كلّه، وإن لم يكن له سعة من مال نظر قيمته يوم أعتق منه ممّا أعتق، ثمّ يسعى العبد في حساب ما بقي حتى يعتق[٢].

وبعضها يدلّ على قول ابن ادريس وهي: رواية سليمان بن خالد، عن الصادق عليه السلام انّه قال: أفسد على صاحبه رقّه[٣]. فانّها تدلّ على انّه أفسد بسبب الاعتاق، ولو لم يكن قد عتق بالإعتاق لما تحقّق الإفساد على شريكه.

والجمع بين الروايتين يقتضي حمل العتق بالإعتاق على انّه اذا أدّى المال الى صاحبه، واذا لم يؤد لم يعتق.

قوله رحمه الله: «وقيل: الشريك؛ لأنّه ينتزع منه».

أقول: يريد اذا أعتق أحد الشريكين حصّته ألزم قيمة حصّة شريكه يوم الإعتاق، فاذا اختلفا في القيمة فادّعى الشريك زيادتها وأنكره المعتق فالقول قول

---

(١) المبسوط: كتاب العتق ج ٦ ص ٥٢.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ١ العتق وأحكامه ح ٢٤ ج ٨ ص ٢٢١، وسائل الشيعة: ب ١٨ من أبواب العتق ح ٣ ج ١٦ ص ٢١.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ١ العتق وأحكامه ح ٢٣ ج ٨ ص ٢٢٠، وسائل الشيعة: ب ١٨ من أبواب العتق ح ٩ ج ١٦ ص ٢٣ نقلاً بالمعنى.

المعتق عند المصنّف، وهو مذهب ابن الجنيد[١].

ونقل المصنّف انّ القول قول الشريك؛ لأنّه ينزع الملك من يده قهراً، وهو إشارة الى مايلزم من قول الشيخ؛ لأنّه قال في المبسوط: إن كان العبد حاضراً عقيب العتق فلا نزاع؛ لأنّ قيمته تعرف في الحال، وإن مات أو غاب أو مضت مدة بين العتق والاختلاف يتغيّر قيمته فيها قال قوم: القول قول المعتق، وقال آخرون: القول قول الشريك، فمن قال: يعتق باللفظ قال: القول قول المعتق؛ لأنّه غارم، ومن قال: بشرطين أو مراعى قال: القول قول الشريك؛ لأنّ ملكه ينزع منه بعوض، كالشفعة اذا اختلفا في قدر الثمن القول قول الشريك؛ لأنّ الشفيع ينزع الملك منه بعوض[٢]. فقد ظهر انّه يلزم من هذا أن يكون القول قول الشريك؛ لأنّ مذهبه انّه مراعى.

قوله رحمه الله: «ولو كان موجوداً واختلفا في تجدّده احتمل تقديم قول المعتق؛ لأصالة البراءة وعدم التجدّد».

اقول: وعدم التجدّد فيه نظر؛ لما تقدّم، ولأنّ الحكم بوجود الحادث في الزمان السابق على الوجود في الزمان المتأخّر، امّا العكس فلا، ولهذا قال المصنّف: قيل وعدم التجدّد، فانّه استضعفه، والأقوى عندي تقديم قول الشريك.

قوله رحمه الله: «ولو كانا معسرين عدلين فللعبد أن يحلف مع كلّ واحد منهما ويصير حرّاً

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الأوّل في أحكام العتق ص ٦٣٠ س ٢٢.

(٢) المبسوط: كتاب العتق ج ٦ ص ٥٦ ـ ٥٧.

أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حرّاً، ولو كان أحدهما عدلاً كان له أن يحلف معه».

أقول: في هذا الكلام نظر، فإنّ ذلك يبنى على ثبوت العتق بالشاهد واليمين وهو لايثبت بذلك. وما عرفت أحداً من الأصحاب خالف في ذلك، والمصنّف أيضاً صرّح بذلك في هذا الكتاب فقال في الفصل الخامس في اليمين مع الشاهد: لايثبت الخلع والطلاق والرجعة والعتق بالشاهد واليمين.

قوله رحمه الله: «ولو أكذب نفسه في شهادته على شريكه ليسترق ما اشتراه منه لم يقبل، امّا الولاء فله؛ لأنّ عليه ولاء لا يدّعيه سواه، وفيه إشكال، أقربه انتفاء الولاء عنه، إذ ليس هو المعتق».

أقول: يريد اذا كان العبد مشتركاً بين اثنين فادّعى كلّ واحد منهما على صاحبه عتق نصيبه وأنكر الشريك فالقول قول كلّ منهما في إنكار ما ادّعى عليه الآخر من عتق نصيبه، فاذا اشترى أحدهما نصيب الآخر حكم عليه بالعتق؛ لاعترافه بأنّ ما اشتراه حرّ وليس له تملّك الحرّ، فلو أكذب نفسه في شهادته على شريكه بالعتق ليسترقّ الحصّة التي ابتاعها منه لم يقبل منه؛ لأنّها دعوى منافية؛ لاعترافه بالحرّية فلم تكن مسموعة، فلو مات العبد وترك مالاً فهل يكون ولاؤه للمشتري؟ فيه إشكال.

ينشأ ممّا ذكره المصنّف، وهو انّ عليه ولاء لايدّعيه أحد سوى المشتري فكان له. ومن انّ الولاء للمعتق والمشتري، وإن كان قد اعترف بالحرّية إلاّ انّه لم يباشر

العتق، وانّما أعتقه البائع بزعمه، وهو الأقرب عند المصنّف، لكن للمشتري أن يأخذ من تركة العبد بمقدار ما دفع الى البائع من ثمنه لإنفاق البائع والمشتري، على أنّ المشتري يستحقّ ذلك القدر. امّا البائع فلأنّه يعتقد رقّية العبد، وأنّ كلّ ما تركه فهو ملك للمشتري فيدخل فيه مقدار الثمن. وأمّا المشتري فهو يزعم أنّ الولاء للبائع، إلّا انّه يأخذ من ماله مقدار الثمن بغير حقّ؛ لأنّه باع الحرّ، فالبيع باطل، والثمن يستحقّ عليه، فله أن يأخذه من ماله مقاصة.

قوله رحمه الله: «وعلى ما اخترناه من السعاية الأقرب انّها قبلها مملوك في حصّة الشريك، ويحتمل أن يكون حرّاً والمال في ذمّته».

أقول: يريد بذلك انّه اذا أعتق أحد الشريكين حصّته وكان معسراً فعلى ما اخترناه من أنّ العبد يستسعي في قيمة حصّة الشريك فهل يكون نصيب حصّة الشريك حرّاً أو رقّاً؟ فيه وجهان[1]، أقربهما أنه يكون رقّاً للشريك؛ لما تقدّم من قول الباقر عليه السلام في رواية زرارة: ثمّ يسعى العبد في حساب ما بقي حتى يعتق[2].

والآخر: انّه يكون حرّاً، ويكون المال في ذمّته كالدَين؛ لقوله عليه السلام: «ليس لله شريك»[3].

---

(١) في ش: «احتمالان».

(٢) تهذيب الأحكام: ب ١ العتق وأحكامه ح ٢٤ ج ٨ ص ٢٢١، وسائل الشيعة: ب ١٨ من أبواب العتق ح ٣ ج ١٦ ص ٢١.

(٣) بحارالانوار: ج ٣٦ ص ٣٠٤ ح ١٤٤.

قوله رحمه الله: ولو ملكه مختاراً موسراً فالأقرب التقويم».

أقول: يعني: لو ملك بعض أقربائه ممّن ينعتق عليه مختاراً وكان موسراً ـ كما لو ابتاع ذلك البعض أو قبل الهبة به أو الوصية ـ فهل يقوّم عليه الباقي أم لا؟ الأقرب عند المصنّف التقويم، وهو مذهب الشيخ في المبسوط[١]، وابن البرّاج[٢].

خلافاً لابن الجنيد حيث قال: ولو كان ما وصل الى الولد من الحقّ في أحد الوالدين بهبة أو وصية لم يعتق جميعه عليه[٣].

ووجه أقربية التقويم انّه لولاه لزم الضرر على الشريك بامتناعه من التصرّف في العبد بسبب السعاية، وهو ممنوع منه؛ لقوله عليه السلام: «لاضرر ولا إضرار»[٤] ولأنّه فاعل لسبب العتق مختاراً فكان كالمعتق.

قوله رحمه الله: «وهل يقوم اختيار الوكيل أو اختياره جاهلَين مقام اختياره عالماً فيه نظر».

أقول: يريد لو انتقل إليه بعض قرابته بسبب اختياري صدر من وكيله كالشراء والاتهاب جاهلاً بالنسب أو كشراء أبيه أو اتهابه جاهلاً بالنسب فهل يكون ذلك قائماً مقام شرائه عالماً فيقوّم عليه حصّة الشريك أم لا؟ فيه نظر.

ينشأ من تملّك قريبه بسبب اختياري؛ لأنّ الشراء وقبول الهبة والوصية انّها

---

(١) المبسوط: كتاب العتق ج ٦ ص ٦٨.

(٢) المهذّب: كتاب العتق باب العتق وأحكامه ج ٢ ص ٣٦٣.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الأوّل في أحكام العتق ص ٦٢٨ س ١١.

(٤) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب الشفعة ح ١ ج ١٧ ص ٣١٩ و ب ١٢ من أبواب إحياء الموات ح ٣ ـ ٥ ص ٣٤١.

صدر عنه باختياره فكان موجباً لتقويمه، وكذا فعل الوكيل بمنزلة فعل الموكّل.

ومن حيث إنّ الشراء أوجب التقويم في العالم؛ لأنّه اختار العتق بعلمه بكون ذلك الشراء يوجب العتق فكان كمن أعتق ذلك البعض، وكلّ من أعتق بعضاً من عبد قوّم عليه مع يساره، بخلاف الجاهل فانّه لم يعتق ولا قصد العتق.

ويدلّ على ذلك أيضاً ما رواه الشيخ في الحسن عن محمد بن قيس، عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: رجل دفع إليه رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لا يعلم، فقال: يقوّم فاذا كان درهماً واحداً أعتق واستسعى في مال الرجل[1].

قوله رحمه الله: «ولو أوصى له ببعض ابن أخيه فمات فقبل اخوة له لم يقوّم على الأخ؛ لأنّ الملك يحصل للميّت ثمّ له، فكأنّه حصل له بغير اختياره. ويحتمل التقويم».

أقول: وجه هذا الاحتمال انّ الحكم بعتقه انّما كان بسبب صدر من أبيه باختياره ـ وهو قبوله الوصية ـ فجرى مجرى من ملكه باختياره، وذلك موجب للتقويم.

قوله رحمه الله: «وكذا الاحتمال لو رجع إليه بعض قريبه بردّ عوضه بعيب».

أقول: لو كان قد ملك الرجل بعض ابن أخيه ـ مثلاً ـ فباعه بعوض ثمّ مات فورثه أخوه ووجد في الثمن عيباً فردّ ذلك المقبوض بالعيب فرجع إليه بعض ولده؛

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١٧ العارية ح ٢٧ ج ٧ ص ١٩٠، وسائل الشيعة: ب ٨ من أبواب في أحكام المضاربة ح ١ ج ١٣ ص ١٨٨.

لانفساخ البيع، فالاحتمالان المذكوران واردان هنا؛ لأنّه يصدق عليه انّه بالردّ انّما يملكه بسبب الإرث عن أخيه، والموروث لايقوّم.

ومن انّه انّما انتقل إليه بالإرث بسبب اختياره لردّ العوض، فكان كأنّه يملكه اختياراً.

قوله رحمه الله: «ولو اشترى الزوج والولد أمة صفقة حامل ببنت قوّمت حصّة الزوج على الابن وعتقت البنت عليهما معاً؛ لأنّها بنت الزوج وأُخت الابن، وليس لأحدهما على الآخر شيء. وكذا لو وهبت لهما فقبلاها دفعة، ولو قبلها الابن أوّلاً عتقت هي وحملها وغرم القيمة. وهل هي للزوج أو الواهب؟ إشكال، أقربه الثاني، فله نصف القيمتين، وإلّا فللزوج نصف قيمة الأُم. ولو قبل الزوج أوّلاً عتق عليه الولد كلّه، ثمّ اذا قبل الابن عتقت عليه الأُم ويتقاصّان على الأوّل ويردّ كلّ منهما الفضل على صاحبه».

أقول: هذا من التفريعات على انّ من يملك بعض من ينعتق عليه اختياراً قوّم عليه الباقي وهو: انّه اذا كانت أمة لواحدٍ ولها زوج وابن منه وهي حامل من زوجها ببنت مملوكة فاشتراها زوجها وولدها صفقة واحدة قوّمت حصّة الزوج من الجارية على ولدها، وأمّا البنت فتنعتق عليهما.

وقول المصنّف: «وليس لأحدهما على الآخر شيء» أي بسبب البنت، يعني: انه لايقوّم حصّة أحدهما على الآخر؛ لأنّها كما انّها بنت الزوج فهي أُخت للولد وقد

ملكاها دفعة واحدة.

امّا الأُمّ فلأنّ حصّة الزوج تقوّم على الولد؛ لأنّها أُمّه فتنعتق عليه بشراء بعضها دون زوجها، وكذا الحكم لو وهبها مولاها لهما وأوصى لهما بها فقبلاها دفعة واحدة.

أمّا لو قبلها أحدهما قبل الآخر فامّا أن يكون قد قبل الهبة بها الابن قبل الزوج أو بالعكس، فان قبلها الابن أوّلاً عتقت حصّته منها عليه وقوّمت عليه حصة الزوج، وهل القيمة الواجبة على الابن للواهب أو للزوج؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّها عوض الموهوب للزوج وكانت القيمة له.

ومن انّها عتقت وهي في ملك الواهب؛ لأنّ الزوج لايملكها بدون القبول قطعاً وكانت القيمة للواهب، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّها عوض عن ملكه الذي لم ينتقل عنه.

فعلى الثاني يكون للواهب على الولد نصف القيمتين، أي نصف قيمة الأُم ونصف قيمة البنت.

وعلى الأوّل يكون للزوج نصف قيمة الأُم لا غير؛ لأنّ البنت لو دخلت في ملكه لعتقت عليه، فليس له أن يطالب بقيمتها. وإن قبل الهبة بها الزوج قبل الابن عتقت البنت عليه كلّها، نصفها بملكها ونصفها بالسراية ويملك حصّته من الأُم. فاذا قبل الولد بعد ذلك عتقت عليه أُمّه كلّها، بعضها بملكها وبعضها بالسراية يقوّم عليه.

قال المصنّف: «ويتقاصّان على الأوّل» يعني: على الاحتمال الأوّل وهو: انّ القيمة للموهوب له يكون نصف قيمة البنت على الزوج لولده؛ لأنّها عتقت عليه بقبوله أوّلاً، نصفها بالملكية ونصفها بالسراية، فعليه لولده نصف قيمتها، وعلى الولد نصف قيمة الأُم للزوج قطعاً؛ لأنّه لمّا قبلها كانت حصّة الزوج منها قد انتقلت إليه، وحينئذٍ

يكون على كلّ منهما للآخر نصف قيمة من عتق عليه فيتقاصّان، فإن تساوت القيمتان تساقطتا وبرئا معاً، وإن فضل لأحدهما رجع به على صاحبه.

وأقول: انّما يتأتّى التقاصّ على الاحتمال الأوّل وهو: أن تكون القيمة للموهوب ان لو كان فضل للموهوب له أن يطالب بقيمة من ينعتق عليه، وهو منافٍ لقوله، والاّ فللزوج نصف قيمة الاُم، فانّ المصنّف فرّع على انّ القيمة إن كانت للواهب كان له نصف القيمتين، وإن كانت للموهوب له كان للزوج نصف قيمة الاُم، ولم يوجب له نصف قيمة البنت؛ لأنّها ممّن ينعتق عليه، وهذا بعينه يقتضي أن لا يكون للولد مطالبة الزوج بنصف قيمة اُخته فلا تقاصّ.

وحينئذٍ الحقّ أن يقال: إن قلنا: إنّ القيمة للواهب له فاذا قبل الزوج ملك حصّته من الجارية وبطل نكاحه، وعتقت حصّته من البنت؛ لتملّكه إياها، وقوّمت عليه الحصّة الاُخرى ودفع قيمتها الى الواهب. فان قلنا: إنّ القيمة للموهوب له لم يجب على الزوج شيء لولده؛ لأنّ الاُم لاتعتق عليه؛ لأنّها زوجته، والبنت ليس للابن أن يطالب بقيمتها؛ لأنّها اُخته، كما ليس للزوج أن يطالب بقيمة ابنته لو قبل الابن أوّلاً، ثمّ اذا قبل الابن بعد ذلك عتقت عليه حصّته من الاُم بملكها، وقوّمت عليه حصّة الزوج ودفع إليه قيمتها.

قوله رحمه الله: «لو أعتق أحد عبيده ولم يعيّن ثمّ مات قيل: يعيّن الوارث، وقيل: القرعة».

أقول: قد تقدّم ذكر الخلاف فيها، وانّ الشيخ أبا جعفر رحمه الله اختار القرعة[1]، وهو قول ابن الجنيد فانّه قال: ولو قال لعبده: هذا حرّ وهذا حرّ سئل عن

---

(١) المبسوط: كتاب العتق ج ٦ ص ٦٧.

قوله ونيّته، ثمّ قال: ولو قال ذلك وهو مريض ثمّ مات قبل بيانه عن نـيّته أُقـرع بينهما[١].

قوله رحمه الله: «ولو قال: الثلث من كلّ واحد منكم حرّ ففي إجزاء القرعة إشكال».

أقـول: منشأه من عموم الأخبار الدالّة على استعمال القرعة[٢] في من أعـتق مماليكه دفعة.

ومن قصد العتق في ثلث كلّ واحد بخصوصه، والحرّ لايجوز استرقاقه.

قوله رحمه الله: «ولو أعتق ثلاث إماء في مرض الموت لايملك سواهنّ أُخرجت واحدة بالقرعة، فإن كان بها حمل تجدّد بعد الإعـتاق فـهو حـرّ اجماعاً، وإن كان سابقاً فالأقرب الرقّية».

أقـول: خالف الشيخ، وابن الجنيد في ذلك.

فقال الشيخ في المبسوط: فإن أعتق ثلاث إماء في مرضه ولا مـال له غـيرهن أقرعنا بينهنّ، فمن خرجت لها الحرّية عتقت ورقّت الآخرتان، فاذا حكمنا بـعتقها فكان هناك حمل نظرت، فإن كانت حملت به بعد الإعتاق فهو حرّ الأصل لا ولاء عليه؛ لأنّها حملته وهي حرّة، وإن كانت حاملاً حين الإعتاق عتقت وعتق حملها

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الأوّل في أحكام العتق ص ٦٢٥ س ٣٦.

(٢) راجع تهذيب الأحكام: ب ٩٠ البيّنتين يتقابلان... ج ٦ ص ٢٣٣، وسائل الشـيعة: ب ١٣ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ج ١٨ ص ١٨٧.

تبعاً لها وكان عليه الولاء؛ لأنّه قد مسّه الرقّ[١].

وقال ابن الجنيد: فإن كن حُبالى قُوّمن حُبالى، وأيّهنّ عتقت عتق معها ولدها؛ لأنّه جزء منها[٢].

والأقرب عند المصنّف رقّية الولد؛ لأنّه قد مسّه الرقّ، والأصل بقاء الرقّ فيه، وكونه جزء من الأُم ممنوع.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى بعتق عبده فخرج من الثلث لزم الوارث إعتاقه، فإن امتنع أعتقه الحاكم، ويحكم بحرّيته من حيث الإعتاق لا من حين الوفاة، فما اكتسبه بينهما للوارث على رأي».

أقول: الخلاف في هذه المسألة مع الشيخ رحمه الله حيث قال في المبسوط: وكلّ ما اكتسبه بعد الوفاة وقبل العتق فهو له أيضاً؛ لأنّه مال اكتسبه بعد استقرار سبب العتق بالوفاة فكان أحقّ به، فاذا ثبت انّه يرجع إليه فانّما يملكه بعد العتق؛ لأنّه قبله رقيق لا يملك شيئاً، وانّما كان أحقّ به[٣].

قوله رحمه الله: «ولو أعتق المريض شقصاً ثمّ مات معسراً فلا تقويم، فإن لم يكن غيره عتق ثلثه، ولو خلّف ضعف قيمة الشقص الباقي قوّم

---

(١) المبسوط: كتاب العتق ج ٦ ص ٦٥.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الأوّل في أحكام العتق ص ٦٢٧ س ٣٧.

(٣) المبسوط: كتاب العتق ج ٦ ص ٦٣.

عليه وعتق على إشكال، ينشأ من انتقال التركة الى الورثة فلا يبق شيء منه يقضي للشريك».

أقول: ومن انّ إعتاق نصيبه لما اقتضى السراية الى نصيب الشريك كان كالجناية على نصيب الشريك والإتلاف عليه فكانت القيمة واجبة عليه يجب إخراجها من تركته كالدَين.

واعلم انّ قول المصنّف: «ولو خلّف ضعف قيمة الشقص الباقي» يريد بذلك بعد خروج حصّته التي باشر عتقها من ثلث تركته فحينئذٍ يجب أن يكون قد خلّف ضعف قيمة العبد، فأمّا لو فرضنا عبداً بين اثنين قيمته ثلاثون نصفين فأعتق أحدهما حصّته منه مريضاً حتى ترك ثلاثين ـ وهي ضعف قيمة الشقص الباقي ـ فلا تقويم عليه؛ لأنّ ذلك ضعف ما باشر عتقه، وذلك انّما يمضي من ثلث تركته، فكانت للورثة في مقابلة ما عتق، وهو النصف المختصّ بالعتق.

قوله رحمه الله: «أمّا لو أوصى فالأقرب عدم التقويم».

أقول: يريد الفرق بين العتق منجزاً وبين الوصية بعتق حصّته، فانّ التقويم في الأوّل إشكال تقدّم. وأمّا الثانية: فالأقرب عنده عدم التقويم؛ لأنّه انّما حصل عتق حصّته بعد موته، والميّت لايملك شيئاً فلم يكن التقويم واجباً عليه.

قوله رحمه الله: «ولو وقعت القرعة على واحد من الثلاثة فأعتق ثمّ ظهر دَين يستغرق نصف التركة احتمل بطلان القرعة ـ لأنّ صاحب الدَين شريك ـ والصحّة، ويرجع نصف العبد رقّاً».

أقـول: وجه هذا الاحتمال انّ الدّيان لايملكون إلزامه فلا يكونوا شركاء، وانّما تتعلّق ديونهم بالتركة فيبطل عتق ما قابل ديونهم وهو النصف.

قوله رحمه الله: «ولو شهد على المريض بعتق عبد هو ثلث تركته فحكم الحاكم بعتقه ثمّ شهد آخران بعتق آخر هو ثلث ثمّ رجع الأوّلان فإن سبق تاريخ شهادتهما ولم يكذب الورثة رجوعهما عتق الأوّل ولم يقبل رجوعهما ولم يغرما شيئاً، ويحتمل إلزامهما شراء الثاني وعتقه، لأنّهما منعا عتقه بشهادتهما المرجوع عنها، وإن صدّقوهما في الرجوع وكذّبوهما في شهادتهما عتق الثاني ورجعوا... الى آخره».

أقـول: قوله: «ولم يكذب الورثة رجوعهما» سهواً من الكاتب أو اشتباه على الناقل، والصواب: «وأكذب الورثة رجوعهما» فإنّ الحكم المذكور في الكتاب على هذا التقدير يستقيم، فإنّ الورثة اذا أكذبوا الشاهدين في رجوعهما وقالا: «بل أوصى بعتق الأوّل» لم يقبل رجوع الشاهدين في حقّ العبد، فلا يعود رقّاً بل يحكم بعتقه، ولا في حق الورثة فلا يحكم عليهم بعتق الثاني؛ لأنّهم يقولون: الأوّل هو الحرّ؛ لأنّه كمال الثلث، والمشهود بعتقه ثانياً متأخّر عن الأوّل وزائد على الثلث، فلا يحكم عليهم بعتقه ولا يغرم الشاهدان للورثة شيئاً؛ لأنّ المحكوم بعتقه يصدق الورثة على حرّيته[1]، والثاني لم يعتق عليهم فلم يتلف الشاهدان على

(١) في ش: «بتصديق الورثة على تحريره».

الورثة شيئاً بشهادتهما.

امّا بالنسبة الى العبد الثاني فيحتمل إلزامهما بشرائه وعتقه؛ لما ذكره المصنّف من تفويتهما لعتقه بشهادتهما المرجوع عنها.

وأمّا على تقدير نقل من نقل ولم يكذب الورثة الشاهدين في رجوعهما فانّ ذلك مختلّ من وجوه:

أحدها: انّ عدم تكذيبهم يشمل قسمين، أحدهما: تصديقهما في الرجوع، والآخر: عدم التصديق بالتكذيب، وقد ذكر حكم القسمين واحداً، وهو أن يعتق الأوّل دون الثاني ولا غرم، وذلك يناقض قوله رحمه الله فيما بعد: «وإن صدّقوهما في الرجوع عتق الثاني رجعوا عليهما بقيمة الأوّل».

الثاني: أن يكون ذلك تكرار القسم بتصديقهما في الرجوع، فانّ عدم تكذيبهما يشتمل على تصديقهما فيكون قد ذكر حكمه، ثم قال: «إن صدّقوهما في الرجوع» وذلك تكرار.

الثالث: انّه يكون قد أخلّ بالقسم الآخر وهو: اذا أكذبوهما، ثمّ إنّا تصفّحنا كتب المصنّف فوجدناه قد صرّح بما ذكرناه في التحرير[1].

قوله رحمه الله: «في كيفية القرعة: ان لا يمكن تعديلهم بالعدد ولا بالقيمة، كخمسة قيمة واحد ألف واثنين ألف واثنين ثلاثة الآف، فيحتمل تجزئتهم ثلاثة الأكثر جزء، ويضمّ الى الثاني أقلّ

(١) تحرير الأحكام: كتاب العتق ج ٢ ص ٧٩ س ٢٠.

الباقين قيمة ونجعلها جزء والباقين جزء، ثمّ نقرع بسهم حرّية وسهمي رقٍ، ونعدّل الثلث بالقيمة كما تقدّم».

أقول: الأكثر قيمة من الاثنين اللذين قيمتهما ثلاثة آلاف، كما اذا كان أحدهما قيمته ألف وثمانمائة والآخر ألف ومائتين، بجعل الذي قيمته الألف والثمانمائة حرّاً والآخر ـ وهو الذي قيمته الألف والمائتين ـ مع كلّ واحد من الذين قيمتهما ألف ـ وهو أقلّهما ـ كما اذا كان أحدهما قيمته ثلثمائة والآخر سبعمائة، فيجعل الذي قيمته ثلثمائة مع الذي قيمته ألف ومائتين ومجموعهما ألف وخمسمائة، والآخر ـ وهو الذي قيمته سبعمائة ـ مع الباقين الذين قيمتهما ألف. فيحصل قسم قيمته ألف وثمانمائة وقسم قيمته ألف وسبعمائة وقسم قيمته ألف وخمسمائة.

ووجه هذا الاحتمال انّه لايمكن التعديل بالعدد، فلم يكن مراداً للموصي، فعلم انّ مراده ثلثهم بحسب القيمة، ولمّا لم يكن لها ثلث صحيح عدل بالقيمة بحسب الإمكان، وأقرب انقسام[1] التعديل الى المساواة هنا كما ذكرناه.

قوله رحمه الله: «ويحتمل عدم التجزئة، بل تخرج بالقرعة على واحد واحد حتى يستوفي الثلث، فيكتب خمس رقاع بأسمائهم ثمّ يخرج على الحرّية، فإن كان في الخارج بقدر الثلث عتق، وإن زاد استسعى في الباقي، وإن نقص أكمل من البواقي بقدر الثلث بالقرعة».

---

(١) في ش: «أقسام».

أقـول: وجه هذا الاحتمال انّه لمّا تعذر التعديل بالعدد والقيمة بحيث لايمكن إخراج ثلث بحسب القدر ولا ثلث صحيح بحسب القيمة فانّه لابدّ من التجزئة ببعض آخر، ولم يمكن تجزئتهم على الوجه المذكور في الاحتمال الأوّل كافياً، بل ربّما احتيج الى استعمال القرعة في الباقين، فلم يكن في ضمّ بعضهم الى بعض فائدة، فتعيّن أن يكتب اسم كلّ منهم في رقعة، فمن خرج اسمه واشتمل على الثلث مع زيادة عتق منه بقدر ثلثهم قيمة وسعى في باقي قيمته للورثة، وإن نقص أخرج سهم آخر وعتق منه بقدر الثلث، وإن لم يكف أخرج اسم آخر حتى يستوفي الثلث.

واعلم انّ الشيخ رحمه الله نقل في المبسوط هاذين الاحتمالين قولين فقال: الخامس: أنَ لا يمكن التعديل لا بالقيمة ولا بالعدد، مثل أن كانوا خمسة قيمة واحد أربعة آلاف وقيمة اثنين ألفان وقيمة اثنين ألف قيل: فيه قولان، أحدهما: لايراعى قيمة ولا عدداً، لكن يكتب اسم كلّ واحد في رقعة ويخرج على الرقّ والحرّية حتى يستوفي الثلث؛ لأنّه اذا لم يكن واحداً منهما استوفيت الثلث على ما يمكن. والقول الثاني: يجعل الاثنين سهماً واثنين سهماً والخامس سهماً؛ لأنّه أقرب الى ما فعله النبي صلّى الله عليه وآله من التعديل بالعدد، ويقرع بينهم حتى يستوفي الثلث على ما فصّلناه. ثمّ قال: والقولان معاً قريبان[1].

قوله رحمه الله: «والأقرب عندي استعمال الأخير في جميع الفروض».

أقـول: يريد انّ الأقرب أن يكتب اسم كلّ واحد من العبيد في رقعة في كلّ

---

(١) المبسوط: كتاب العتق ج ٦ ص ٦٠.

واحد من الفروض الستة المذكورة في الكتاب؛ لأنّه أحوط وأعدل، فقد يكون أحد العبدين اللذين كتبا في رقعة واحدة حرّاً والآخر رقّاً فلا يجوز جمعهما في رقعة واحدة.

وأقول: هذا صحيح، لكن اذا أمكن تعديلهم أثلاثاً بحسب القيمة والعدد، وكان الأولى أن يجمع كلّ عبدين في رقعة، كما فعل رسول الله صلّى الله عليه وآله في قضية الأنصاري[1]. وفعله عليه السلام حجّة يجب اتّباعه.

قوله رحمه الله: «ولو كانت قيمتهم أربعة آلاف عتق ربعهم وسدسهم».

أقول: يريد لو أعتق عبيده في مرض موته أو أوصى بعتقهم وقيمتهم أربعة آلاف وله ألف غيرهم عتق ربعهم وسدسهم؛ لأنّك تضرب ثلاثاً في قيمتهم ـ وهي أربعة ـ تكون اثني عشر ألفاً، وينسب إليها مجموع التركة ـ أعني قيمة العبد والألف ـ وذلك خمسة فهي ربع الاثني عشر وسدسها، فيعتق من العبد بمثل تلك النسبة ـ أعني ربعهم وسدسهم ـ.

واعلم انّ المراد بذلك انّه يقرع بينهم وينعتق من تخرجه القرعة بقدر ربعهم وسدسهم، والطريق في القرعة ما تقدّم في الكتاب، وليس المراد انّه يعتق ربع مجموعهم وسدسه على سبيل الشياع، فانّ ذلك مذهب العامة[2].

---

(١) لم نعثر عليه في كتبنا الروائية ووجدناه في سنن أبي داود: كتاب العتق باب في من أعتق عبيداً ح ٣٩٥٨ ج ٤ ص ٢٨.

(٢) المجموع: كتاب العتق فصل في القرعة ج ١٦ ص ١٠.

قوله رحمه الله: «في المطلب الرابع: في الولاء ولولم يتبرّع بل أعتق في واجب كالنذر والكفّارة والكتابة وشراء العبد نفسه والاستيلاء ـ على رأي ـ والعتق بعوض وعتق القرابة على رأي ـ سقط».

أقول: الخلاف في هذا في موضعين:

الأوّل: في المستولدة، ذهب الشيخ في المبسوط[١] الى ثبوت الولاء عليها، واختاره ابن حمزة[٢]، ومنع ابن ادريس[٣] من ذلك، وهو اختيار المصنّف.

الثاني: هل يثبت الولاء بالعتق بسبب القرابة؟ قال الشيخ في المبسوط: نعم، فانّه قال فيه: اذا ملك من يعتق عليه بعوض أو بغير عوض عتق عليه وكان ولاؤه له؛ لعموم الخبر[٤]، خلافاً لابن الجنيد حيث قال: هو نظير العتق في الواجب لا ولاء لقريبه عليه[٥]، واختاره ابن ادريس[٦]، والمصنّف.

قوله رحمه الله: «والأقرب انّه لايشترط في سقوطه الإشهاد بالبراءة».

---

(١) المبسوط: كتاب العتق ج ٦ ص ٧١.

(٢) الوسيلة: كتاب العتق فصل في بيان الولاء ص ٣٤٤.

(٣) السرائر: كتاب العتق باب الولاء ج ٣ ص ٢٦.

(٤) المبسوط: كتاب العتق ج ٦ ص ٧٠.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الثاني في أحكام الولاء ص ٦٣٣ س ١٨.

(٦) السرائر: كتاب العتق باب الولاء ج ٣ ص ٢٥.

أقول: اذا أعتق الانسان مملوكاً تبرّعاً وتبرّأ من ضمان جريرته هل يشترط في سقوط ولائه عنه الإشهاد على التبرّي من ضمان جريرته؟ الظاهر من كلام الشيخ[١] وجماعة من الأصحاب ذلك؛ لرواية عبدالله بن سنان الصحيحة، عن الصادق عليه السلام قال: من أعتق رجلاً سائبة فليس عليه من جريرته شيء، وليس له من الميراث شيء وأشهد على ذلك[٢].

ورواية أبي الربيع قال: سئل أبو عبدالله عليه السلام عن السائبة فقال: الرجل يعتق غلامه ويقول له: اذهب حيث شئت ليس لي من ميراثك شيء ولا عليّ من جريرتك شيء، وأشهد على ذلك شاهدين[٣].

والأقرب عند المصنّف عدم الاشتراط، بل يسقط وان لم يشهد، فانّ المراد بالإشهاد في جميع ماعدا الطلاق انّما هو ثبوتها عند الحاكم وقت الحاجة إليها لا نفوذها في نفس الأمر فكذا هنا، ولأنّ الأصل عدم الاشتراط، والروايتان لا تدلّان عليه.

قوله رحمه الله: «فإن مات بعده المعتق الأوّل فلشريكه نصف ماله؛ لأنّه مولّى نصف مولاه على إشكال».

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب العتق باب الولاء ج ٣ ص ٢٦.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ١ العتق وأحكامه ح ١٦١ ج ٨ ص ٢٥٦، وسائل الشيعة: ب ٤١ من أبواب العتق ح ٢ ج ١٦ ص ٤٦.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ١ العتق وأحكامه ح ١٦٢ ج ٨ ص ٢٥٦، وسائل الشيعة: ب ٤٣ من أبواب العتق ح ٢ ج ١٦ ص ٤٨.

أقـول: قد مرّ الخلاف في جواز عتق الكافر، فالتفريع على جواز عتقه انّه اذا أعتق الكافر الحربي عبداً ثمّ سبي العبد المعتق سيده مع آخر وأعتقاه ثبت لكلّ منهما على السيد نصف الولاء، فاذا مات ـ أعني العبد المعتق ـ أوّلاً كان لشريكه في عتق سيده نصف تركته على إشكال.

ينشأ من انّه مولّى نصف مولاه، فله نصف تركته.

ومن انّه لا إنعام له عليه؛ لتقدّم عتقه على الإنعام عليه.

قوله رحمه الله: «امّا لو أعتق مسلم كافراً فهرب الى دار الحرب وسبي فالأقرب جواز استرقاقه، فإن أعتق احتمل ثبوت الولاء للثاني؛ لتأخّره، وللأوّل لثبوته أوّلاً وهو معصوم، فلا يزول بالاستيلاء بينهما؛ لعدم الأولوية».

أقـول: اذا قلنا: انّ المسلم يجوز أن يعتق كافراً فاذا أعتق المسلم كافراً فلحق الكافر بدار الحرب فهل يجوز استرقاقه؟ فيه وجهان، أحدهما: المنع؛ لتعلّق حقّ المسلم به، والآخر: الجواز، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّه كافر حربي فجاز سبيه واسترقاقه؛ لوجود المقتضي للجواز فيه ـ وهو الكفر ـ فعلى هذا لو أعتق الكافر فلمن يكون ولاؤه؟ ذكر المصنّف ثلاثة أوجه:

أحدهما: يكون للثاني؛ لأنّ عتقه متأخّر عن عتق الأوّل، ولأنّ حقّ الأوّل من الولاء بطل باسترقاقه، إذ لا يتصوّر ثبوت الولاء على الرقّ.

الثاني: يكون للأوّل؛ لأنّ حقّه أسبق ـ وهو أعني ولاء الأوّل حقّ معصوم ـ لأنّه حقّ لمسلم فلا يزول بالاستيلاء على الكافر.

الثالث: ثبوت الولاء لهما؛ لأنّ كلّ منهما معتق فلا أولوية؛ لاختصاص أحدهما بالولاء، فكان كما لو أعتقاه دفعة.

قوله رحمه الله: «ولو اشترى عبداً بشرط العتق فلا ولاء لمعتقه لوجوبه على إشكال».

أقول: الإشكال في انّه هل يجب عليه العتق اذا شرط عليه ذلك في عقد الابتياع أم لا؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّه شرط جاز إجماعاً هنا، فيلزم ذلك بالعقد، فكان عليه الوفاء به؛ لقوله صلّى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم»[1] وهو قول الشيخ في المبسوط؛ لأنّه قال فيه: وهل يجبر المبتاع على إعتاق العبد؟ فيه وجهان، أحدهما: يجبر على ذلك؛ لأنّه ابتاعه بهذا الشرط، وهو الأقوى عندي. والآخر: لايجبر عليه[2].

ومن انّ أصالة عدم الوجوب، والشرط اقتضى انّه إن أعتقه لزم البيع، وإلّا كان للبائع الفسخ.

قوله رحمه الله: «ولو ملك ولده من الزنا فالأقرب عدم استقرار الرقّ».

أقول: قد ذكر المصنّف هذه المسألة في هذا الكتاب في مواضع ثلاثة بأحكام مختلفة:

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣١ في المهور والأُجور ح ٦٦ ج ٧ ص ٣٧١، وسائل الشيعة: ب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤ ج ١٥ ص ٣٠.

(٢) المبسوط: كتاب البيوع ج ٢ ص ١٥١.

فقال في كتاب النكاح في الباب الثالث في المحرّمات غير المؤبّدة والمتولّدة من الزنا: وفي تحريم النظر إشكال وكذا في العتق.

وفي الفصل الثاني في المصاهرة جزم بعدم العتق في موضعين فقال: لو حملت مملوكة الأب بوطء الابن لشبهة عتق، ولا مهر على الابن، ولا عتق مع الزنا. ثمّ قال: ولو حملت مملوكة الابن من الأب بذكر لم يعتق عليه وعلى الأب فكّه مع الشبهة، ولو حملت بأُنثى عتقت على الابن مع الشبهة ومع الزنا لا عتق.

وهنا قال: الأقرب انّه لا يستقرّ الملك. ووجه القرب انّ العتق معلّل بالقرابة، وهي ثابتة هاهنا حقيقة، والمنع الشرعي من إطلاق لفظ الولد عليه لا يسلب حقيقة النسب المتولّد عنه.

قوله رحمه الله: «ولو قال للسيد: أعتقه عنك والثمن عليّ فالولاء للسيد ـ على إشكال ـ وعليه الثمن».

أقول: لو قال رجل لغيره: أعتق عبدك عنك وعليّ ثمنه لك فأعتقه عن نفسه صحّ العتق، واستحقّ الثمن على الآمر؛ لأنّه فعل المجعول عليه فكان مستحقّاً للجعل. وهل يستحقّ السيد الولاء؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّه أعتقه في مقابلة العوض، فلم يكن متبرّعاً بعتقه، فلا ولاء له عليه.

ومن انّه بالجعالة لم يتعيّن عليه العتق، ولم يجب عليه قطعاً، فاذا أعتقه كان كمن تبرّع بعتقه، فكان له عليه الولاء.

قوله رحمه الله: «ولا يثبت الولاء لامرأة على رأي، إلّا اذا باشرت العتق فلها الولاء».

أقــول: هذا قول ابن الجنيد فانّه قال: والنساء لايرثن من الولاء شيئاً[١].

وقول الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: وإن كان رجلاً ـ يعني المعتق ـ ثبت ولاء مواليه لأولاده الذكور منهم دون الإناث،فإن لم يكن له أولاد ذكور وكان له بنات كان ولاء مواليه لعصبته دون غيرهم؛ لأنّهم الذين يضمنون جريرته، وإن كانت امرأة ولها أموال ولها أولاد ذكور وإناث ولها عصبة فاذا ماتت كان ولاء مواليها لعصبتها دون أولادها[٢]. وتبعه ابن البرّاج[٣].

والمفيد رحمه الله جعل ميراث المعتق بعد موت الذي أعتقه لأولاده الذكور، سواء كان المعتق رجلاً أو امرأة، ومع فقد الذكور من الأولاد لعصبة المعتق[٤].

وخالف جماعة من الأصحاب في ذلك، منهم: محمد بن بابويه فانّه قال: فإن ترك بنين وبنات مولاه المنعم والمنعم عليه ولم يترك وارثاً غيرهم فالمال لبنين وبنات مولاه، للذكر مثل حظّ الأُنثيين؛ لأنّ الولاء لحمة كلحمة النسب[٥].

ويقرب منه قول الشيخ في الخلاف حيث قال فيه: الولاء يجري مجرى النسب، ويرثه من يرث من ذوي الأنساب على حدّ واحد، إلّا الأُخوة والأخوات من الأُمّ أو من يتقرّب بها من الجدّ والجدّة والخال والخالة وأولادهم. وفي أصحابنا من قال: إنّه لاترث النساء من الولاء شيئاً، وانّما يرثه الذكور من الأولاد والعصبة، وإن كان المعتق امرأة فولاء مواليها لعصبتها دون ولدها، سواء كانوا ذكوراً أو إناثاً. واستدلّ

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الثاني في أحكام الولاء ص ٦٣١ س ٣٩.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب العتق باب الولاء ج ٣ ص ٢٧.

(٣) المهذّب: كتاب العتق باب الولاء ج ٢ ص ٣٦٤.

(٤) المقنعة: كتاب الفرائض والمواريث باب ميراث الموالى وذوي الأرحام ص ٦٩٤.

(٥) من لايحضره الفقيه: كتاب الفرائض والمواريث باب ميراث الموالي ج ٤ ص ٣٠٦.

على ذلك باجماع الفرقة وأخبارهم[١].

وقال في المبسوط: الولاء لحمة كلحمة النسب يثبت به الميراث ـ الى أن قال: ـ واذا لم يكن له أحد فميراثه لمولاه الذي أعتقه، أو من يتقرّب من جهته من الولد والوالدين، أو اخوته من قبل أُمّه وأبيه، أو من قبل أبيه. وفي أصحابنا من قال: أو الأخوات من جهتها، أو من يتقرّب بأبيه من الجدّ والعمومة وأولادهم، ولا يرث أحد ممّن يتقرّب من جهة أُمّه من الاخوة والأخوات ومن يتقرّب بهما، ولا الجدّ ولا الجدّة من قبلها ولا من يتقرّب بهما، فإن لم يكن أحد ممّن ذكرناه كان ميراثه للامام، والمرأة اذا أعتقت فالولاء لها، وترث بالولاء بلا خلاف، ولا ترث المرأة بالولاء إلّا في موضعين، أحدهما: اذا باشرت العتق فيكون مولّى لها أو يكون مولّى المولى لها، واذا خلّف المولى اخوة وأخوات من الأب والأُمّ أو من الأب أو أخاً أو أُختاً كان ميراث مولاه بينهم للذكر مثل حظّ الأُنثيين[٢].

وقال ابن أبي عقيل: ومن أعتق غلاماً كان له ولاؤه مادام حيّاً، فاذا مات مولاه فلعاقلته الذين يكون عليهم الدية[٣].

وقال ابن البرّاج: فالميراث لمولى النعمة أو لعصبته وأولاد الولد ثمّ الاخوة ثمّ الأعمام ثمّ بنو العمّ الذكور منهم دون الإناث[٤]. ولم يفصّل بين الرجل والمرأة.

وابن ادريس جعل الولاء كالنسب إلّا الاخوة والأخوات من الأُمّ، أو من

---

(١) الخلاف: كتاب الفرائض المسألة ٨٤ و ٨٥ ج ٤ ص ٧٩ ـ ٨١.

(٢) المبسوط: كتاب الفرائض والمواريث ج ٤ ص ٩٣ ـ ٩٥.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الثاني في أحكام الولاء ص ٦٣١ ـ ٦٣٢.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الثاني في أحكام الولاء ص ٦٣٢ س ١٥.

يتقرّب بها من الجدّ والجدّة والخال والخالة وأولادهما[١].

قوله رحمه الله: «وهل ينتقل عن المعتق بموته ويورث؟ إشكال، ينشأ من قوله صلّى الله عليه وآله: «الولاء لحمة كلحمة النسب» والأقرب العدم، نعم يورث به إجماعاً».

أقول: لا خلاف في انّ الولاء يورث به، وانّما الإشكال في انّه هل يورّث؟ بمعنى انّ المعتق اذا مات انتقل الولاء الى ورثته ممّن يرث الولاء.

ومنشأ الإشكال من انّه حقّ ثبت للمعتق على معتقه، فكان بعده موروثاً لورثته، كسائر الحقوق الثانية للموروث.

ومن قوله عليه السلام: «الولاء لحمة كلحمة النسب»[٢] فانّ ذلك يقتضي أن يكون بمنزلة النسب، فكما انّ النسب انّما يورث به ولا يورّث، فكان الولاء المساوي له كذلك، وهو الأقرب عند المصنّف، إذ لو كان حقّاً يجري فيه الإرث لجاز نقله من المستحقّ الى غيره، وإسقاطه كما يجوز إسقاط سائر الحقوق ونقلها، وليس كذلك إجماعاً، فانّه لايصحّ بيعه ولا هبته ولا اشتراطه في عقد، كما لايجوز بيع النسب ولا هبته ولااشتراطه في عقد.

قوله رحمه الله: «ولو عدم المنعم قيل: يكون الولاء للأولاد، ذكوراً كانوا أو إناثاً».

---

(١) السرائر: كتاب المواريث والفرائض فصل في ترتيب الورّاث ج ٣ ص ٢٤٤.

(٢) تهذيب الاحكام: ب ١ العتق وأحكامه ح ١٥٩ ج ٨ ص ٢٥٥، وسائل الشيعة: ب ٤٢ من أبواب العتق ح ٦ ج ١٦ ص ٤٧ ـ ٤٨.

أقــول: هذا القول مذهب ابن بابويه[١] كما نقلناه عنه.

قوله رحمه الله: «وقيل: إن كان رجلاً».

أقــول: هذا قول الشيخ في مسائل الخلاف حيث جعله بمنزلة النسب، إلّا من يتقرّب الأُمّ[٢]. وذلك يقتضي أن يكون الأولاد المعتق ذكوراً كانوا أو إناثاً اذا كان رجلاً، فأمّا المرأة فانّه لعصبتها بعد موتها.

قوله رحمه الله: «وقيل: للأولاد الذكور خاصّة رجلاً كان أو امرأة».

أقــول: هذا قول المفيد[٣].

قوله رحمه الله: «وقيل: إن كان رجلاً فللأولاد خاصّة، وإن كان امرأة فلعصبتها دون أولادها وإن كانوا ذكوراً».

أقــول: هذا قول الشيخ في النهاية[٤]، وقد تقدّم ذكر ذلك.

قوله رحمه الله: «فإن عدم الأبوان والأولاد هل ترث الأخوات؟ قيل: نعم؛ لأنّه لحمة كلحمة النسب».

---

(١) من لايحضره الفقيه: كتاب الفرائض والمواريث باب ميراث الموالي ج ٤ ص ٣٠٦.

(٢) الخلاف: كتاب الفرائض المسألة ٨٤ ج ٤ ص ٧٩.

(٣) المقنعة: كتاب الفرائض والمواريث باب أسباب استحقاق الميراث ص ٦٩٥.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب العتق باب الولاء ج ٣ ص ٢٧.

أقــول: هذا قول ابن ادريس[١]، وأحد قولَي الشيخ رحمه الله[٢] كما ذكرناه من قبل.

قوله رحمه الله: «وهل يشترط في الجرّ التحاق النسب؟ إشكال».

أقــول: وجه الإشكال من حيث إنّ قولنا: ينجرّ من مولى الأمّ الى مولى الأب فرع على ثبوت أُبوّة وأُمومة وبنوّة، فاذا لم يكن النسب لاحقاً لم يصدق انجرار الولاء من مولى الأُمّ الى مولى الأب.

ومن حقوق الموالي في المتولّد من المماليك ليس تابعاً للنسب، ولهذا لو تسافح المملوكان لواحد كان الولد للمولى، وإن لم يصدق انّه ابن لعبده ولا لجاريته بل من حيث إنّه نماء مماليكه، وكذا لو تزوّج العبد ـ بغير إذن سيده ـ بحرّة وكانت عالمة كان الولد رقّاً لمولى العبد وإن كان العبد عالماً بالتحريم مع انّه ليس ولداً لعبده شرعاً. وسيأتي ما يتفرّع على هذا الأصل.

قوله رحمه الله: «ولو كان الجدّ حرّاً في الأصل والأب مملوكاً فتزوّج بمولاة قوم فأولدها يكون الولاء لمولى الأُمّ، وسقوطه بحرّية الجدّ».

أقــول: أمّا وجه كون الولاء لمعتق الأُمّ فلأنّه تولّد من مملوك ومعتقه، والأصل في الولد أن يتبع أبويه؛ لأنّ الفقهاء نصّوا على انّ المتولّد بين مملوك ومعتقه عليه الولاء لمولى أُمّه.

---

(١) السرائر: كتاب المواريث والفرائض فصل في ترتيب الورّاث ج ٣ ص ٢٤٠.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب المواريث باب ميراث الاخوة والأخوات ج ٣ ص ٢٠٠.

وأمّا وجه سقوط الولاء عنه فلما ذكره المصنّف من أنّ الجدّ حرّ في الأصل فتبعيّته له أولى، ولهذا لو كان الجدّ مملوكاً وثبت الولاء عليه لمولى أُمّه ثمّ اعتق الجدّ بعد ذلك يتبع الجدّ ويثبت الولاء عليه لمعتق الجدّ وزال ما كان مستحقّاً عليه من الولاء لمولى الأُمّ، وهو يقتضي كون تبعية الجدّ أولى وأقوى من تبعية الأُمّ.

قوله رحمه الله: «ولو أنكر المعتق ولد زوجته المعتقة وتلاعنا فولاء الولد لمولى الأُمّ على إشكال».

أقول: هذا تفريع على ما تقدّم من الأصل، أعني هل يشترط في جرّ الولاء التحاق النسب أم لا؟ وقد مرّ ذكر وجه الإشكال هناك، وأيضاً فانّ الولاء قد ثبت عليه لمولى أبيه قبل اللعان، فلا يسقط حقّ السيد بلعان المعتق.

واعلم انّ الشيخ رحمه الله قال: رجل زوّج معتقة بمعتق غيره فجاءت بولد فنفي الولد باللعان فانّه ينتفي باللعان ويكون الولاء لمولى الأمة، فإن أكذب نفسه فانّه يرجع النسب الى الأب والولاء الى مولى الأب. ثمّ قال: ومقتضى مذهبنا انّ الولاء لايرجع الى المولى؛ لأنّهم قالوا: اذا اعترف به بعد اللعان انّ الأب لايرثه وانّما يرثه الابن[1]. وتابعه المصنّف في التحرير على ذلك فقال: وان اعترف به لم يرثه ولا المنعم عليه؛ لانقطاع الميراث من الأب ومن يتقرّب به[2].

قوله رحمه الله: «وكذا لو زنى بها الأب جاهلة».

---

(١) المبسوط: فصل في ذكر الولاء ج ٤ ص ٩٥.

(٢) تحرير الأحكام: كتاب المواريث الفصل الثالث في الميراث في الولاء ج ٢ ص ١٧٠ س ٤.

أقـول: هذا تفريع آخر على الأصل المذكور، ووجه الإشكال مبنيّ على ما تقدّم، فانّا إن شرطنا التحاق النسب فليس الولد بولد للزاني شرعاً فلايثبت لمولاه عليه ولاء بعتق أبيه، وإن لم يشترط الالتحاق الشرعي ثبت له عليه الولاء.

قوله رحمه الله: «أو عالمة مع قوّة الإشكال فيه».

أقـول: هذا تفريع ثالث على الأصل المذكور.

ووجه قوّة الإشكال فيه انّ في حال كونها عالمة بالتحريم انّه هناك منفيّ عن الأب دون الأمّ؛ لأنّها ليست زانية، فكان الأرجح ثبوت الولاء لمولى أُمّه عليه؛ لكونه ابن معتقه، ولا ينجرّ الولاء الى معتق الأب؛ لأنّه ليس أباً له شرعاً. أمّا هاهنا فانّه منفيّ عنهما جميعاً؛ لكونهما زانيين، فلا ترجيح لها عليه فيتحقّق قوة الإشكال فيه.

قوله رحمه الله: «ولو أولد مملوك من معتقه ابناً فولاؤه وولاء اخوته منها لمولى أُمّه، فإن اشترى الولد أباه عتق عليه، وانجرّ ولاء أولاده كلّهم إليه على إشكال».

أقـول: منشأه من انّه معتق أبيهم فينجرّ الولاء الذي كان لمعتق أُمّهم.

ومن انّه لايستحقّ على أبيه لمعتقه ولاء؛ لأنّه لايجتمع استحقاق الولاء بالعتق والنسب جميعاً، فلا ينجرّ ولاء الأولاد إليه.

قوله رحمه الله: «وهل ينجرّ ولاء نفسه إليه فيبقى حرّاً لا ولاء عليه ويبقى ولاؤه لمولى أُمّه؟ إشكال».

أقـول: على تقدير القول بأنّه لاينجرّ ولاء الأب إليه اجتماع استحقاق الولاء بالنسب والعتق يبقى ولاؤه وولاء اخوته لمولى أُمّهم. امّا على تقدير القول بانّه ينجرّ ولاء اخوته إليه هل ينجرّ ولاء نفسه إليه؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّه معتق الأب، وعتق الأب يقتضي انجرار الولاء من مولى الأُمّ إليه، ولايثبت له على نفسه ولاء فيبقى حرّاً لا ولاء عليه.

وممّا ذكره المصنّف وهو: انّه لايتصوّر ثبوت الولاء على أبويه دونه مع كونه تولّد عنهما في حال رقّية الأب وحرّية الأُمّ بالعتق، فهما رقّ في الأصل وعليهما ولاء.

وأقـول: نمنع كون الولاء ثابتاً على أبويه، بل انّما هو ثابت على أُمّه، أمّا أبوه فقد تقدّم امتناع استحقاق الولاء بالنسب والعتق.

قوله رحمه الله: «وإن ماتا ولا مناسب فهل يرجع الولاء الى مولى الأُمّ؟ فيه نظر، أقربه العدم، وميراثه للامام».

أقـول: يريد انّ ابن المعتقة اشترى عبداً فأعتقه ثبت له عليه الولاء، فإن اشترى هذا المعتق أبا المعتق فأعتقه ردّ الولاء، فصار كلّ منهما مولى لصاحبه بكلّ معنى الولاء، فصار ابن المعتق مولى لعبده الذي أعتقه من أعلى؛ لأنّه باشر عتقه، ومولى له من أسفل؛ لأنّ العبد المعتق مولى لابنه فقد انجرّ ولاؤه إليه وبالعكس، فاذا مات أحدهما ولا مناسب له ورث الآخر، فاذا ماتا جميعاً قال الشيخ في المبسوط: يكون الولاء لمولى الأُمّ ويعود إليه الولاء الذي جرّ أبوه. قال: ومن هذا قول الفرضيين: انّه ينتقل الولاء، وقولهم: ينجرّ الولاء من مولى الأب لايريدون به انّه زال ملكه، لكن يريدون به انّ هذا عصبة المولى، ومولى الأُمّ مولى المولى، وعصبة

المولى أولى من مولى المولى[١].

وفي هذا الكلام عند المصنّف نظر، منشأه من الالتفات الى ما قال الشيخ. ومن الحكم بزوال مولى الأُمّ عنه، فلا وجه لعوده إليه.

والأقرب عنده انّ ولاءه للامام عليه السلام؛ لأنّه وارث من لا وارث له.

قوله رحمه الله: «وهل يرث الولاء الامام؟ إشكال».

أقول: هذا تفريع رابع على القول: بأنّ الولاء لايورث، وقد تقدّم انّ فيه إشكالاً، فاذا قلنا بأنّه موروث هل يرثه الامام؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّ ولاء الإمامة أحد أقسام الأسباب التي يستحقّ بها الميراث بعد ولاء العتق وبعد ولاء تضمين الجريرة، فلو كان يرث الولاء لم يكن ولاء الامامة قسماً لولاء العتق بل يكون داخلاً فيه، وهو خلاف ما أفتى به الفقهاء.

ومن انّ الولاء من جملة الموروثات؛ لأنّا نبحث على تقديره، والامام وارث من لا وارث له فيرث الولاء كما يرث غيره.

قوله رحمه الله: «فإن قلنا به لم يردّ على الزوج والزوجة».

أقول: هذا تفريع على هذا التفريع، وذلك انّه اذا قلنا بأنّ الولاء يرثه الامام ثمّ مات المعتق انتقل الولاء الى الامام عليه السلام، فاذا مات المعتق عن زوج أو زوجة وقلنا بأنّ الفاضل عن نصيبهما الأعلى يردّ عليهما دون الامام عليه السلام، كما

---

(١) المبسوط: فصل في ذكر الولاء ج ٤ ص ١٠٧.

هو مذهب بعض أصحابنا على ما يأتي، فهاهنا لا يردّ على الزوج والزوجة؛ لأنّ الردّ عليهما مشروط بعدم المشارك، ومستحقّ الولاء مشارك لهما ـ وهو هنا الامام عليه السلام ـ فلا يردّ عليهما الباقي، بل يكون للامام عليه السلام، كما لو مات المعتق عن أحدهما، فكان المنعم عليه موجود.

قوله رحمه الله: «ولو تزوّج ولد المعتقة معتقة فاشترى ولده منها جدّه عتق عليه، وله ولاؤه على إشكال، وينجرّ إليه ولاء أبيه وسائر أولاد جدّه ـ وهم عمومته وعمّاته ـ وولاء جميع معتقيهم، ويبقى ولاء المشتري لمولى الأُمّ أو يبقى حرّاً لا ولاء عليه على ما تقدّم من الاحتمالين».

أقول: لو انّ عبداً يدّعي سالماً ـ مثلاً ـ وتزوّج معتقة قوم فأولدها ولداً كان الولد حرّاً وولاؤه لمولى أُمّه، فاذا تزوّج هذا الولد بمعتقة آخرين فأولدها ولداً فاشترى هذا الولد الآخر جدّه سالماً أعتق عليه قطعاً، وهل يثبت هل عليه ولاء؟ فيه إشكال.

منشأه ممّا تقدّم من انّه معتقه فيكون له عليه الولاء.

ومن عدم اجتماع الولاء بالنسب والعتق بالقرابة.

اذا تقرّر هذا فاذا قلنا بثبوت الولاء على جدّه انجرّ الولاء الثابت على أبيه لمولى أُمّ أبيه إليه؛ لأنّه معتق أبيه، وكذا ينجرّ ولاء جميع أولاد جدّه ـ أعني عمومته وعمّاته ـ وولاء جميع معتقهم؛ لأنّه يكون مولى المولى لهم. أمّا الولاء الثابت على هذا المشتري لمولى أُمّه أو لمولى أُمّ أبيه ـ على ما ذكره المصنّف في الكتاب من الاحتمالين ـ

فهل ينجرّ إليه أو يبقى حرّاً لا ولاء عليه لأحد؟ فهو مبنيّ على ما سبق من الاحتمالين.

قوله رحمه الله: ولو تزوّج معتق بمعتقة فأولدها بنتاً وتزوّج عبده بمعتقة فأولدها ابناً فتزوّج الابن بنت المعتقين فأولدها ولداً فولاء هذا الولد لمولى أُمّ أبيه؛ لأنّ ولاءها له».

أقول: هذه المسائل وإن كانت ظاهرة للمتنبّه لكنّا نوضحها فنقول:

المسألة الأُولى: زيد له عبد فأعتقه وعمرو له أمة فأعتقها فتزوّج معتق زيد بمعتقة عمرو فأولدها بنتاً فولاء هذه البنت لمعتق أبيها ـ أعني زيداً ـ لأنّ مولى أُمّها انّما يثبت له الولاء عليها لو كان أبوها رقّاً، وهذا ظاهر. فاذا فرض انّ لخالد عبداً زوّجه بمعتقة بكر فأولدها ابناً كان ولاء هذا الابن لمولى أُمّه؛ لأنّه المنعم عليه بعتق أُمّه المقتضي لعتقه، فاذا تزوّج هذا الابن الذي ولاؤه لمعتق أُمّه ـ أعني بكراً ـ ببنت المعتقين ـ أعني معتق زيد وعمرو ـ التي ولاؤها لمعتق أبيها ـ وهو زيد ـ فأولدها ولداً كان ولاء هذا الولد لمولى أُمّ أبيه ـ أعني بكراً ـ دون مولى أب أُمّها ـ أعني زيداً ـ لأنّ الولد المتولّد بين حرّين عليهما ولاء تابع لأبيه دون أُمّه، وانّما يتبع أُمّه لو كان أبوه رقّاً، وهاهنا أب هذا الولد عليه ولاء لمعتق أُمّه ـ أعني بكراً ـ.

المسألة الثانية: تزوّجت بنت المعتقين ـ أعني بنت معتق زيد ومعتقة عمرو ـ بمملوك لخالد فولاء أولادها من هذا المملوك لزيد مولى أبيها؛ لأنّ ولاءها لمولى أبيها دون مولى أُمّها، فيكون حكم أولادها من المملوك حكمها في العتق واستحقاق الولاء ومستحقّ الولاء.

المسألة الثالثة: مملوك تزوّج بمعتقة لزيد فأولدها ابناً فولاؤه لزيد مولى أُمّه، فاذا

تزوّج هذا الابن بمعتقة عمرو فأولدها بنتاً فتزوّجت هذه البنت بمملوك لخالد فهل يكون ولاء أولادها لزيد ـ الذي هو مولى أمّ أب الأمّ ـ أو لعمرو ـ الذي هو مولى أمّ الأمّ ـ؟ يبنى على مستحقّ ولاء أمّهم ـ أعني زوجة مملوك خالد ـ فانّ فيه احتمالين ذكرهما المصنّف في الكتاب:

أحدهما يستحقّه مولى أمّها؛ لأنّ الولاء الثابت على أبيها من جهة أمّه ومثله ثابت في حقّ نفسها.

والآخر: يستحقّه مولى أمّ أبيها؛ لأنّه يستحقّ الولاء على أبيها، والولاء الثابت على الأب يمنع من ثبوت الولاء لمولى الأمّ.

فعلى الاحتمال الثاني يكون ولاء أولادها لمن يستحقّ الولاء عليها وهو مولى أمّ أب أمّهم ـ وهو زيد ـ. وعلى الاحتمال الأوّل يكون لعمرو.

قوله رحمه الله: «ولو تزوّج عبد بمعتقة فأولدها بنتين فاشتريا أباهما عتق عليهما، ولهما عليه الولاء على إشكال».

أقول: قد تقدّم وجه الإشكال وهو: عدم اجتماع استحقاق الميراث بالنسب والولاء. ومن انّهما معتقا الأب.

وقول المصنّف: «والفائدة في العقل» جواب عن سؤال مقدّر على الاحتمال الثاني: من ثبوت الولاء لهما عليه، وهو أن يقال على القول بثبوت الولاء لهما عليه يستدعي فائدة، وهو انّما يتأتّى على قول العامّة حيث يرثان بالفرض الثلثين ويكون الباقي لهما بالولاء، بحيث لو مات قبلهما كان لهما جميع تركته ثلثاها بالفرض وثلثها بالولاء[1].

---

(١) المغني لابن قدامة: ج ٧ ص ٢٦١ ـ ٢٦٢.

ولو ماتت إحداهما قبله ثمّ مات كان للأُخرى ـ على أحد وجهَي الشافعي ـ سبعة أثمان والباقي يرجع الى مولى الأُمّ، على ما نقله عنه الربيع والبويطي[١]. والوجه الآخر: انّ لها منه ثلاثة أرباع والباقي لمولى الأُمّ، وهو مذهب مالك[٢].

أما على قولنا: انّ لها جميع المال ثلثاه بالفرض والباقي بالرّد فأيّ فائدة في ثبوت الولاء؟

والجواب: يمنع عدم الفائدة على قولنا، فإنّ الفائدة عندنا في العقل ـ أي في كونها عاقلة ـ فإنّ النساء لايعقلن من جهة النسب ويعقلن من جهة العتق.

قوله رحمه الله: «والمولود من حرّين اذا كان أجداده عبيداً ثبت الولاء عليه لمعتق أُمّ الأُمّ اذا أعتقها أوّلاً، ثمّ ينجرّ الولاء الى معتق أب الأُمّ، ثمّ منه الى معتق أُمّ الأب، ثمّ منه الى معتق أب الأب ويستقرّ عليه، إلّا أن يكون الأب رقيقاً فينجرّ الى معتقه».

أقول: هذه المسألة أيضاً من المسائل التي ربّما أشكل[٣] على الطلبة على تصوّرها فنقول: لو انّ رجلاً اسمه زيد له أمة أعتقها اسمها سُعدى تزوّجت بمملوك لعمرو واسمه سالم فأولدها بنتاً اسمها عمرة فولاء هذه ـ عمرة ـ لزيد مولى أُمّها، ثمّ تزوّجت عمرة بمملوك آخر اسمه غانم فأولدها ابناً اسمه بكر فتزوّج بكر ببنت بنت

---

(١) لم نعثر عليه ونقله عنه في الخلاف: المسألة ٩٦ ج ٤ ص ٨٧.

(٢) المصدر السابق.

(٣) في ش: «استشكل».

معتقة خالد فتولّد منهما ولد ـ وهو المشار إليه بأنّه مولود من حرّين ـ وهو تابع لأبيه في الولاء المستحقّ عليه فنقول: الولاء المستحقّ على أبيه لمولى أُمّ أُمّه ـ وهو المشار إليه بقوله: لمولى أُمّ الأُمّ ـ وهو زيد معتق سُعدى التي هي أُمّ الأُمّ بالقياس الى أب المولود لا بالقياس الى المولود نفسه؛ لامتناع أن يتبع الولد أُمّه في الولاء دون أبيه الذي عليه ولاء حال ولادة الولد.

اذا عرفت هذا فاذا أعتق بعد ذلك عمرو أب الأُمّ بالقياس الى أب المولود ـ كما مرّ ـ وهو مولى سالم ـ أعني عمرو ـ انجرّ الولاء من زيد مولى سُعدى أُمّ الأُمّ الى معتق أب الأُمّ الذي هو عمرو، فاذا أعتق بعد ذلك أُمّ أب الأب المولود انجرّ الولاء من معتق أب الأُمّ الى معتق أُمّ الأب، فاذا أعتق بعد ذلك الأب أو أب الأب انجرّ الولاء من معتق أُمّ الأب الى معتق الأب أو معتق أب الأب، فإن كان المعتق له أب استقرّ الولاء عليه، وإن كان أب الأب انجرّ الولاء إليه كما ذكرناه، لكن لايستقرّ الانجرار؛ لاحتمال تجدّد عتق الأب، وحينئذٍ استقرّ الولاء عليه.

قوله رحمه الله: «في المقصد الثاني: في التدبير، وفي صحّة تدبيره بعد وفاة غيره كزوج الأمة ومن يجعل له الخدمة نظر، أقربه الجواز».

أقول: وجه جواز النظر من اختلاف الأصحاب وتعارض ما استدلّوا به، فانّ ابن ادريس منع من صحّة التدبير المعلّق على وفاة غير المولى قال: فإنّ التدبير في عرف الشريعة عتق العبد بعد موت مولاه، والمجعول له الخدمة غير مولاه، وأيضاً لو كان التدبير صحيحاً لكان اذا أبق بطل التدبير؛ لأنّ عندنا إباق العبد يبطل التدبير، وفي هذه الرواية ـ يعني التي استدلّ بها الشيخ ـ انّه اذا أبق العبد ولم يرجع إلّا بعد

موت من جعل له خدمته لم يكن لأحد عليه سبيل فصار حرّاً، وهذا مخالف لحقيقة التدبير، وأيضاً فهذا حكم شرعي يحتاج في إثباته الى دليل شرعي، ولا دليل على ذلك إلّا هذه الرواية الشاذّة[١]. وجوّزه الشيخ[٢]، وابن البرّاج[٣]، وابن حمزة[٤]، عملاً بالأصل.

ولما رواه الشيخ في الصحيح عن يعقوب بن شعيب قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له الجارية، فقال: هي لفلان تخدمه ما عاش، فاذا مات فهي حرّة فتأبق الأمة قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ستّ سنين ثمّ يجدها ورثته لهم أن يستخدموها بعدما أبقت؟ فقال: لا اذا مات الرجل فقد عتقت[٥]. وهو الأقرب عند المصنّف قال: لأنّ العتق قابل للتأخير كما هو قابل للتنجيز، ومعلوم لاتفاوت بين الاشخاص في ذلك، فانّ العتق اذا قبل التعليق بحياة المعتق الصادر عنه كان قابلاً لذلك التعليق أيضاً اذا صدر عن غيره، وعدم التفاوت في ذلك معلوم قطعاً، وللرواية السابقة.

وأقول: لقائل أن يمنع عدم التفاوت، فانّ هذه أحكام شرعية متلقّاة من الشارع فتقف على موضع الورود، ولأنّ التدبير وصية، وكما لايجوز أن يوصي لغيره بشيء بعد وفاة غيره، فكذا لايجوز أن يدبر عبده بعد موت الغير، ويجوز بعد موته كما لو أوصى لغيره بعد موته.

---

(١) السرائر: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة باب التدبير ج ٣ ص ٣٣ ـ ٣٤.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب العتق باب التدبير ج ٣ ص ٣٧ ـ ٣٨.

(٣) المهذّب: كتاب العتق والتدبير باب التدبير ج ٢ ص ٣٧٣.

(٤) الوسيلة: كتاب العتق باب التدبير ص ٣٤٥.

(٥) تهذيب الأحكام: ب ٢ التدبير ح ٢٨ ج ٨ ص ٢٦٤، وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب التدبير ح ١ ج ١٦ ص ٨١.

وأمّا الرواية فليس فيها تصريح بأن جعل حرّاً بعد موت المجعول له الخدمة، فانّ السؤال وقع عن رجل يكون له الخادم فيقول: هي لفلان تخدمه ما عاشت، بحمل «ماعاش» على الرجل القابل، ويدلّ على ذلك انّ السؤال وقع عن الرجل، وفي كلام الامام عليه السلام: اذا مات الرجل فقد عتقت.

قوله رحمه الله: «وصيغته: أنت حرّ بعد وفاتي، أو اذا متّ فأنت حرّ أو عتيق أو معتق، ولو قال: أنت مدبر فالأقرب الوقوع».

أقول: اذا قال المالك لعبده: أنت مدبّر واقتصر على ذلك هل يقع أم لا؟ قال الشيخ في الخلاف: لا يقع، فانّه قال فيه: اذا قال: أنت مدبّر أو مكاتب لا ينعقد به كتابة ولا تدبير وإن نوى ذلك، بل لابدّ أن يقول في التدبير: فاذا متّ فأنت حرّ أو أنت حرّ اذا متّ. وفي الكتابة: اذا أدّيت اليّ مالي فأنت حرّ، فمتى لم يقل ذلك لم يكن شيئاً[1].

وقال ابن البرّاج: يصحّ مع النيّة حيث قال: صيغته أن يقول لمملوكه: أنت رقّ في حياتي حرّ لوجه الله بعد وفاتي، فاذا قال هذا القول صحّ التدبير، وكذا لو قال: أنت حرّ لوجه الله تعالى اذا أنا متّ أو إن حدث لي حادث الموت أو أنت محرّر أو أنت عتيق بعد موتي أو أنت مدبر، ويريد بذلك عتقه بعد موته، أو ما أشبه ذلك[2]. وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّه لفظ موضوع له شرعاً فكان صريحاً فيه.

قوله رحمه الله: «وهو امّا مطلق ـ كما تقدّم ـ أو مقيّد، مثل اذا متّ في سفري فأنت حرّ، أو في

---

(١) الخلاف: كتاب المدبر المسألة ٢ ج ٣ ص ٣٨٣ طبعة اسماعيليان.

(٢) المهذّب: كتاب العتق والتدبير باب التدبير ج ٢ ص ٣٦٥.

سنتي أو في مرضي هذا أو في بلدي أو شهري أو سنة كذا أو شهر كذا على رأي».

أقـول: قال ابن البرّاج: اذا قال له: أنت حرّ اذا جاءت سنة كذا أو شهر كذا أو يوم كذا فحضر الوقت الذي ذكره وهو في ملكه كان حرّاً، أو له أن يرجع في ذلك كلّه ببيع أو بهبة أو غير ذلك ممّا له الرجوع في تدبيره[١]. ومنع المصنّف من ذلك في المختلف[٢]؛ للإجماع المنعقد على عدم وقوع العتق المعلّق على شرط.

والشيخ في المبسوط قسّم التدبير الى مطلق ومقيّد، فالمطلق أن يعلّقه بموت مطلّق، والمقيّد أن يقيّده المطلق بشيء يخرج به عن الإطلاق فيقول: إن متّ من مرضي هذا أو في سفري هذا فأنت حرّ، وأيّ التدبيرين كان فاذا مات السيد نظرت، فإن احتمله الثلث عتق كلّه، وإن لم يكن له عبد سواه عتق ثلثه[٣].

قلت: قد لايكون له عبد سواه وملك ضعف ثمنه من غير أن يكون عليه حقّ واجب من دَين أو غيره ولا سبقه وصية أُخرى فانّه يعتق كلّه، وكان المراد ليس له عبد ولامال غيره.

ثمّ قال أيضاً ما يوهم عدم وقوع المقيّد فقال: فإن قال: إن متّ في مرضي هذا أو سفري هذا وإن متّ وأنا بمكّة فأنت حرّ فإن وجدت الصفة عتق بوفاته، وإن مات في غير ذلك المرض أو بغير مكّة أو بغير ذلك السفر لم يعتق بوفاته؛ لأنّ الشرط لم يوجد، وأصل هذا انّه اذا أعتقه بشرط أو اثنين أو أكثر لم يعتق، إلّا بأن يكمل

---

(١) المهذّب: كتاب العتق والتدبير باب التدبير ج ٢ ص ٣٦٨.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الثالث في أحكام التدبير ص ٦٣٧ س ٢٠.

(٣) المبسوط: كتاب التدبير ج ٦ ص ١٦٧.

الشروط التي أعتقه عليها أو الصفات التي علّق عتقه عليها. ثمّ قال: قد بيّنا انّ هذه المسائل يسقط عنّا لما مضى[١].

قوله رحمه الله: «فلا يصحّ تدبير الصبي وإن بلغ عشراً مميّزاً على رأي».

أقول: خالف الشيخ في ذلك حيث جوّز تدبير الصبي اذا بلغ عشر سنين وعتقه[٢].

قوله رحمه الله: «ولا غير الناوي للتقرّب على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من انّه نوع من العتق، والعتق مشروط بنيّة التقرّب. وهذا الاحتمال مذهب ابن ادريس فانّه قال: لايقع التدبير على غضب وتكون القربة الى الله تعالى هي المقصودة دون سائر الأغراض، فعلى هذا تدبير الكافر غير جائز[٣].

ومن انّه وصية فلا يشترط فيها نيّة القربة كسائر الوصايا.

قوله رحمه الله: «فإن شرطنا نيّة التقرّب لم يقع من الكافر وإن كان ذمّياً أو مرتدّاً، وان كان عن غير فطرة على إشكال».

---

(١) المبسوط: كتاب التدبير ج ٦ ص ١٧٠.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب العتق باب العتق وأحكامه ج ٣ ص ٢٣.

(٣) السرائر: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة باب التدبير ج ٣ ص ٣٠.

أقــول: جوّز الشيخ رحمه الله وقوع التدبير من الكافر، حربيّاً كان أو ذمّياً[١].

ومنع ابن ادريس من تدبيره، بناءً على اشتراط نيّة التقرّب[٢].

والمصنّف تابع الشيخ في جواز تدبير الكافر مطلقاً في المختلف[٣].

واستشكل هاهنا من حيث اشتراط نيّة القربة وهي متعذّرة من الكافر.

ومن انّ التدبير لايزيد على العتق المنجز في اشتراط التقرّب فيه، وعنده يجوز أن يعتق الكافر عبده، والمنع من تعذّر نيّة القربة من الكافر.

قــوله رحمــه الله: «وهــل يشــترط إســلامه؟ الأقرب ذلك ان شرطنا نيّة التقرب ومنعنا عتق الكافر، وإلّا فلا».

أقــول: جوّز الشيخ تدبير العبد الكافر[٤].

ومنع منه السيد المرتضي فقال: ممّا انفردت به الإمامية انّ تدبير الكافر لايجوز[٥].

والمصنّف بنى ذلك على أصلين، أحدهما: هل يصحّ عتق الكافر أم لا؟ وقد تقدّم ذلك في باب العتق، الثاني: هل يشترط في التدبير نيّة التقرّب أم لا؟ وقد تقدّم أيضاً. فقال: اذا قلنا بأنّ عتق الكافر لايصحّ وان نيّة التقرّب معتبرة في التدبير لايصحّ تدبيره، وإلّا جاز، وهو ظاهر. امّا المنع ـ على تقدير القول بعدم صحّة عتق الكافر

---

(١) المبسوط: كتاب التدبير فصل في تدبير المشركين غير المرتدّين ج ٦ ص ١٨٢.

(٢) السرائر: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة باب التدبير ج ٣ ص ٣٠.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الرابع في أحكام المكاتبة ص ٦٣٩ س ١.

(٤) المبسوط: كتاب التدبير فصل في تدبير المشركين غير المرتدّين ج ٦ ص ١٨٢.

(٥) الانتصار: في مسائل التدبير ص ١٧٢.

واشتراط نيّة القربة في التدبير ـ فلأنّ اشتراط القربة فيه انّما كان؛ لأنّه نوع من العتق، وقد قلنا: إنّه لا يصحّ عتق الكافر. امّا جوازه ـ على تقدير القول بصحّة عتق الكافر وعدم اشتراط نيّة التقرّب في التدبير ـ فلعدم المانع حينئذٍ، وهو ظاهر.

قوله رحمه الله: ولو دبّر الشريكان ثمّ أعتق أحدهما لم تقوّم عليه حصّة الآخر، والوجه التقويم».

أقول: قال الشيخ في المبسوط: اذا كان العبد بين شريكين فدبّر أحدهما نصيبه وأعتق الآخر نصيبه لم يقوّم عليه حصّة شريكه؛ لأنّ لها جهة يعتق بها[1].

والوجه عند المصنّف التقويم؛ لأنّه لم يخرج بالتدبير عن كونه رقّاً.

قوله رحمه الله: «ولو دبّر أحدهما ثمّ أعتق وجب عليه فكّ حصّة الشريك، ولو أعتق الشريك لم تفكّ حصّة التدبير على إشكال».

أقول: ينشأ من انّ حصّة المدبّر لم تخرج بالتدبير عن كونه رقّاً.

ومن قول الشيخ انّ حصّة المدبّر لها جهة عتق[2].

قوله رحمه الله: «ولو دبّر أحد عبديه غير معيّن فالأقرب الصحّة وتعيين من شاء، فإن مات قبله فالأقرب القرعة».

---

(١) المبسوط: كتاب التدبير ج ٦ ص ١٨٠.

(٢) المصدر السابق.

أقــول: الوجه في صحّة التدبير من غير تعيين؛ لأنّه إمّا وصية فلا شكّ في عدم اشتراط التعيين فيها، وامّا عتق وقد سبق انّ التعيين فيه غير شرط عند المـصنّف، فعلى هذا اذا دبّر أحد عبديه ولم يعيّن حتى مات احتمل تعيين الوارث؛ لأنّه قائم مقام مورثه.

والأقرب عنده القرعة، وهو قول الشيخ في المبسوط[1]؛ لأنّها أعدل، ولاحتمال قصد المورث واحداً بعينه ولم يذكره لفظاً، ولا اطّلاع الوارث على قصده، فلم يجز جعله موكولاً إليه؛ لإمكان أن يعيّن غير من قصده مورثه.

قوله رحمه الله: «ولو جعل خدمته لغيره مـدّة حياة الغير ثمّ هو حرّ بعد موت الغـير لم يـبطل تدبيره بإباقه، ويكون جعل الخدمة لازماً؛ لأنّه رقبى، وينعتق من الأصل إن بقي المالك حيّاً، وإن مات قبله فإشكال».

أقــول: انّ منشأه انّه تصرّف صادف تأخّره عن موته فكان له حكم الوصية في خروجه من الثلث.

ومن كونه عقداً لازماً؛ لأنّه رقبى، صدر منه في حال صحّته فكان ماضياً مـن أصل التركة.

قوله رحمه الله: «ولو دبّر أمة ـ الى قوله: ـ ولو حملت بمملوك من زنا أو عقد أو شبهة كان الولد

---

(١) المبسوط: كتاب التدبير ج ٦ ص ١٧٠.

مدبّراً كأُمّه، فإن رجع المولى في تدبير الأُمّ قيل: لم يكن له الرجوع في تدبير الولد وليس بمعتمد».

أقول: القول المحكي هو قول الشيخ في النهاية[١]، وتبعه ابن البرّاج[٢]، وابن حمزة[٣]. ومنع ابن ادريس[٤]، من ذلك وهو اختيار المصنّف؛ لأنّ التدبير وصية يجوز الرجوع فيها.

قوله رحمه الله: «ولو دبّر الحامل لم يكن تدبيراً للحمل، وان علم به على رأي».

أقول: هذا أحد قولَي الشيخ في المبسوط والخلاف، فانّه قال في المبسوط: اذا دبّرها وهي حامل بولد مملوك فهي مدبّرة وحملها مدبّر معها عند المخالف، وروى أصحابنا انّ الولد لايكون مدبراً[٥].

وفي موضع آخر من المبسوط: اذا دبّر حمل جارية صحّ ويكون مدبّراً دون أُمّه، ولو دبّرها كانت مدبّرة هي وولدها عند المخالف، وقد بيّنّا انّ عندنا في الطرفين على حدٍّ واحد لايتبعها ولا تتبعه[٦].

وفي الخلاف: اذا دبّرها وهي حامل بمملوك لم يدخل الولد في التدبير[٧].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة باب التدبير ج ٣ ص ٣٤ ـ ٣٥.

(٢) المهذّب: كتاب العتق والتدبير باب التدبير ج ٢ ص ٣٦٧.

(٣) الوسيلة: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة فصل في التدبير ص ٣٤٦.

(٤) السرائر: كتاب العتق باب التدبير ج ٣ ص ٣٢.

(٥) المبسوط: كتاب التدبير فصل في الرجوع في التدبير ج ٦ ص ١٧٦.

(٦) المبسوط: كتاب التدبير في تدبير الحمل ج ٦ ص ١٧٨.

(٧) الخلاف: كتاب المدبر المسألة ١٥ ج ٣ ص ٣٨٦ طبعة اسماعيليان.

والقول الآخر: له أن يدخل، فانّه قال في النهاية: اذا دبّر الرجل جاريته وهي حبلى، فإن علم بذلك كان ما في بطنها بمنزلتها يكون مدبّراً، فإن لم يعلم بحبلها كان الولد رقّاً[١].

والأوّل اختيار ابن ادريس[٢]، والمصنّف، والآخر اختيار ابن البرّاج[٣].

قوله رحمه الله: «ويجوز الرجوع في التدبير قولاً وفعلاً، فلو وهب وإن لم يقبض أو أعتق أو وقف أو أوصى به أو باعه ـ على رأي ـ أو رهنه بطل التدبير».

أقول: صرّح ابن حمزة بأنّ ذلك لايبطل التدبير، فقال: وليس التصرّف فيه بالبيع والشراء والهبة وغير ذلك رجوعاً، واذا أراد ذلك رجع ثمّ باع أو فعل ما شاء[٤].

وللشيخ في جواز ذلك البيع قولان أحدهما: أن يبيع المدبّر ووقفه وهبته ناقض للتدبير، ولو وهبه كانت الهبة رجوعاً في التدبير، سواء قبض أو لا، وكذا الوصية به، ذكر ذلك في الخلاف[٥] والمبسوط[٦].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة باب التدبير ج ٣ ص ٣٤.

(٢) السرائر: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة باب التدبير ج ٣ ص ٣٢.

(٣) المهذّب: كتاب العتق والتدبير باب التدبير ج ٢ ص ٣٦٧.

(٤) الوسيلة: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة فصل في التدبير ص ٣٤٦.

(٥) الخلاف: كتاب المدبر المسألة ٤ ج ٣ ص ٣٨٣ طبعة اسماعيليان.

(٦) المبسوط: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة فصل في الرجوع في التدبير ج ٦ ص ١٧١.

والقول الآخر في الخلاف أيضاً: انّه اذا دبّر عبداً ثمّ أراد بيعه والتصرّف فيه كان له ذلك اذا نقض، فإن لم ينقض تدبيره لم يجز له بيع رقبته، وانّما يجوز له بيع خدمته مدّة حياته[١].

ومثله في النهاية فانّه قال: ومتى أراد المدبّر بيعه من غير أن ينقض تدبيره لم يجز له إلّا أن يعلم المبتاع انّه يبيعه خدمته، فانّه متى مات وهو كان حرّاً لاسبيل عليه[٢].

وقال ابن أبي عقيل: وليس للمدبّر أن يبيع المدبّر، إلّا أن يشترط على المشتري عتقه اذا أعتقه المشتري، فالولاء لمن أعتق، وله أن يبيع خدمته، فاذا مات المدبّر فالمدبّر حرّ[٣]. وهو قريب من قول محمد بن بابويه حيث قال: اذا أعتق الرجل غلامه أو جاريته عن دبر ثمّ يحتاج الى ثمنه فليس له أن يبيعه إلّا أن يشترط على الذي يبيعه إيّاه أن يعتقه عند موته[٤].

وقال ابن الجنيد: وعن أميرالمؤمنين عليه السلام انّ رسول الله صلّى الله عليه وآله باع خدمة المدبّر ولم يبع رقبته، ولا بأس عندنا ببيع رقبة المتطوّع بتدبيره اذا احتاج السيد الى ثمنه؛ لحديث جابر وأمّا المدبّر عن نذر قد كان ممّا نذر فيه ووجب على السيد تدبيره فلا يجوز بيع رقبته، وانّما يباع من هذا خدمته مدّة حياة سيده. والأحوط أن يباع ذلك منه بمكاتبة أو غيرها، وإلّا اختار بيع المتطوّع بتدبيره وخدمته الواجب تدبيره في دَين أو غيره اذا لم يف ملك السيد بدَينه ولم يكن به غنى

---

(١) الخلاف: كتاب المدبر ج ٣ المسألة ٥ ص ٣٨٣ ـ ٣٨٤ طبعة اسماعيليان.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب العتق باب التدبير ج ٣ ص ٣٤.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الثالث في أحكام التدبير ص ٦٣٤ س ٢٣.

(٤) المقنع: باب العتق والتدبير ص ١٥٧.

عن بيعه، ولو باع خدمة مدبّره من نفسه لم يسقط ما وافقه عليه بموت السيد، فإن كان مال حال وجب عند موته، وإن كان منجماً كان للورثة على نجومه كالكتابة[١].

وقال المفيد: ولمالك العبد أن يبيعه بعد التدبير، غير انّه متى مات البائع صار حرّاً لاسبيل للذي ابتاعه عليه[٢].

وقال أبو الصلاح: ويجوز بيعه في حال تدبيره، فاذا مات مدبّره تحرّر على مبتاعه، فإن كان عالماً بتدبيره حال ابتياعه والى أن مات مدبّره فلا شيء له، وإن لم يرجع الى التركة بما نفذ فيه وإن كان بيعه بعد ما رجع في تدبيره لم يتحرّر بموت مدبّره[٣].

والقول الأوّل ـ أعني بطلان التدبير بالبيع ـ هو مذهب ابن ادريس[٤]، والمصنّف.

قوله رحمه الله: «وهل يبطل التدبير بالعقود الفاسدة؟ الأقرب ذلك إن لم يعلم فسادها أو قصد الرجوع».

أقول: هذا تفريع على ما اختاره من القول: بأنّ التدبير يبطل بما ذكر من العقود كالبيع والوصية والهبة وهو: انّه لو كان قد أوقع عليه شيئاً من هذه العقود فاسداً الأقرب عنده إن لم يعلم المدبّر بفساد ما أوقعه من العقد أو قصد به الرجوع الى ما تقدّم من انّه كالوصية فبيعه ـ مثلاً ـ مع اعتقاده لصحّة البيع يدلّ على رجوعه،

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الثالث في أحكام التدبير ص ٦٣٤ س ١٩.

(٢) المقنعة: كتاب العتق والتدبير باب التدبير ص ٥٥١.

(٣) الكافي في الفقه: كتاب العتق ص ٣١٩.

(٤) السرائر: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة باب التدبير ج ٣ ص ٣٠.

وكذا لو قصدْ به الرجوع؛ لأنّه فعل فعلاً قصد به الرجوع فيما له أن يرجع فيه.

قوله رحمه الله: «وقيل: لا يبطل التدبير اذا لم يرجع فيه».

أقول: قد ذكرنا القائل بذلك واختلاف الأصحاب في هذا الباب.

قوله رحمه الله: «بل يمضي البيع في خدمته دون رقبته ـ بمعنى ملكية المشتري متزلزلة كمشروط العتق ـ بخلاف تغاير جنس المبيع على إشكال».

أقول: هذا تفسير لقول من قال: انّه يمضي البيع في خدمته، وهو: انّ معناه انّه ينتقل الى المشتري انتقالاً متزلزلاً؛ لأنّه في كلّ وقت في معرض أن يموت مولاه الذي باعه فيعتق بموته فلا يكون ملكاً مستقرّاً له، ويكون ذلك بمنزلة من اشترى عبداً أو شرط عليه البائع عتقه فانّه يملك رقبته وإن كان ملكه له غير مستقرّ؛ لوجوب عتقه بمقتضى الشرط أو استعادة البائع له بفسخ البيع لو امتنع من عتقه، وليس ذلك بمنزلة تغاير جنس المبيع من حيث إنّه ابتاع العين، فيظهر انّ المبيع انّما تناول النافع مدّة حياة السيد، وهما جنسان متغايران، كما لو اشترى ثوب كتّان فخرج صوفاً.

ومنشأ الإشكال من احتمال انتقال المبيع إليه متزلزلاً؛ لأنّ البيع وقع على العين لا على خدمته، وكونه يتعقّبه العتق لا ينافي انتقاله إليه كمشروط العتق على ما تقدّم.

ومن كون المشتري انّما يملك منافعه مدّة حياة السيد لاغير، ويتفرّع على ذلك ما اذا باع المدبّر ولم يعلم المشتري بتدبيره، فإن قلنا بالانتقال إليه متزلزلاً كان البيع صحيحاً وللمشتري الخيار، وإن قلنا بتغاير جنس المبيع ولم يعلم المشتري كان البيع باطلاً.

قوله رحمه الله: «فحينئذٍ يثبت للمشتري الجاهل بالتدبير أو وبالحكم ـ على إشكال ـ الخيار إن لم يتصرّف، ومعه الأرش».

أقول: هذا تفريع على ما فسّره المصنّف من كونه ينتقل الى المشتري متزلزلاً كمشروط العتق وهو: انّه على هذا التفسير لو كان المشتري جاهلاً بتدبيره كان له الخيار بين ردّه والرضا به بالأرش إن لم يتصرّف، ومع التصرّف له الأرش؛ لأنّ ذلك يجري مجرى العيب.

امّا لو كان عالماً بتدبيره وجاهلاً بالحكم ـ بمعنى انّه إن لم يعلم انّه يعتق بموت سيده ـ ففي ثبوت الخيار له إشكال.

ينشأ من انّه لم يقصد الانتقال بالبيع انتقالاً مستقرّاً، فلم يحصل رضاه به على الوجه.

ومن انّه علم ببيعه وهو كونه مدبّراً، وجهله بالحكم استند الى تقصيره.

قوله رحمه الله: «ولو أعتق بموت المولى فهل له الرجوع؟ على إشكال».

أقول: منشأه من انّه خرج عن ملكه فلم يكن له التصرّف فيه برجوع ولا غيره.

ومن انّه مدبّر لم يخرج بالبيع عن التدبير؛ لأنّ التفريع على هذا القول ـ أعني عدم بطلان التدبير بالبيع ـ والتدبير يجوز الرجوع فيه للمولى.

قوله رحمه الله: «فإن قلنا به فلو باعه أو أمهره ثمّ رجع ففي العود الى المشتري أو الزوجة على

هذا القول إشكال، أقربه ذلك إن قلنا بـالانتقال المتزلزل».

أقـول: على القول بأنّ بيعه أو جعله صداقاً لايبطل التدبير لو قلنا بأنّه يجوز الرجوع للمولى، وإن انتقل عنه فاذا باعه أو جعله مهراً ثمّ رجع في تدبيره فهل ينتقل الى المشتري في صورة البيع والزوجة في صورة الإصداق أو الى البائع والزوج؟ فيه إشكال.

ينشأ من انتقاله عنه بالبيع والصداق الى المشتري والزوجة، وانّما كان يستحقّ عتقه بالتدبير وقد بطل بالرجوع فيه، كما لو باعه بشرط العتق ثمّ أسقط عنه هـذا الاشتراط، فانّه لو جاز ذلك لاقتضى استقرار ملك المشتري لاعوده الى البائع فكذا هنا؛ لما بيّناه من انّه كمشروط العتق.

ومن كون الباطل بالرجوع انّما هو حقّ العبد من العتق بعد موت سيده الذي لم يتناوله البيع فيعود الى البائع.

والأقرب عند المصنّف الرجوع بناءً على ذلك، على ما تقدّم من الانتقال المتزلزل أو تغاير جنس المبيع، فإن قلنا: إنّه ينتقل الى المشتري متزلزلاً بواسطة العتق بعد موت السيد بالتدبير انتقل الى المشتري والزوجة بالرجوع؛ لزوال المقتضي لتزلزل الملك ـ وهو التدبير ـ فيكون باقيه مستقرّاً وإن جعلناه كتغاير جنس المبيع، وانّه انّما باع الخدمة كمالك الرقبة ملكاً للبائع؛ لعدم انتقالها الى المشتري، وانّما استحقّ العبد زوال ملك البائع بالعتق بالموت، وقد بطل استحقاق العبد لذلك برجوع المـولى في التدبير.

قوله رحمه الله: «ولو دبّره البائع مريضاً ثمّ باعه بقيمته مدبّراً وقصر الثلث عن التفاوت ـ كـما لو

كانت قيمته ثلاثين وباعه مدبّراً بعشرة وهي قيمته مدبّراً وعادت قيمة الجزء بفسخ التدبير فيه ـ دخلها الدور عندنا وعند الشيخ؛ لوقوع الشراء بالقيمة، فلا يمكن فسخ البيع في جزئه مع بقاء ثمنه؛ لاشتماله على غبن المشتري، وطريقه ما مرّ».

أقول: لو دبّر الانسان عبده في مرض موته الذي قيمته ثلاثون ـ ولايملك سواه ـ فصارت قيمته مدبّراً عشرة فباعه بها، وحكم أهل الخبرة بأنّه متى بطل التدبير في شيء منه عادت قيمة ذلك الجزء الى ما كانت عليه أوّلاً، وحينئذٍ لايجوز الحكم بصحّة التدبير فيه أجمع؛ لاستلزامه التصرّف في أكثر من ثلث تركته، ولا أن يحكم ببطلان التدبير في بعضه مع بقاء ثمنه أجمع.

أمّا على قول المصنّف فلما مرّ في باب الوصايا[1] من وجوب مقابلة أجزاء المبيع بأجزاء الثمن، فلا يجوز إبطال شيء من المبيع مع بقاء كلّ الثمن، كما لايجوز إبطال جميع المبيع مع بقاء شيء من الثمن.

وأمّا على قول الشيخ فانّه وإن كان اذا حابى بثلثي تركته ـ كما اذا باع عبداً يساوي ثلاثين بعشرة ـ فانّه يصحّ في ثلثي المبيع بجميع الثمن، ثلث في مقابلة الثمن وثلث بالمحاباة ويرجع الى ورثة البائع ثلث المبيع مضافاً الى الثمن، ويكون قد تصرّف في مقدار ثلث التركة لاغير[2]. إلّا انّ هذا المعنى في هذا الموضع لايتأتّى على

---

(١) تقدّم في ج ٢ ص ٢٢٤.

(٢) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٦٤.

قوله أيضاً؛ لأنّ المشتري اشتراه بقيمته، فلو أبطلنا شيئاً من المبيع من دون أن يرجع الى المشتري ما يقابله من الثمن لكان ذلك مشتملاً على غبن المشتري وهو غير جائز، وحينئذٍ يكون مذهب الشيخ والمصنّف هنا متّفقين كما اتّفق المذهبان في الربويات، ويدخلها الدور على القولين، فانّه اذا بطل التدبير في قدر معيّن من العبد زادت تركته فيزداد مقدار الثلث الذي ينفذ فيه فتنقص التركة بزيادة ما صحّ فيه التدبير فينقض التدبير، وذلك دور.

وطريق التخلّص منه ما مضى في باب الوصايا ونعيده هاهنا فنقول: صحّ البيع في شيء من العبد بثلث شيء من الثمن يبقى ثلاثون إلّا ثلثي شيء يعدل شيئاً وثلث شيء؛ لأنّ المحاباة فيما زاد على مقدار الثمن وذلك ثلثا شيء، فاذا جبرت الثلاثين بثلثي شيء صار ثلاثون تعدل شيئين، فالشيء خمسة عشر وذلك نصف العبد فنقول: صحّ التدبير في نصفه وبطل في نصفه ونفذ البيع في النصف الذي صحّ فيه التدبير بمقدار ثلثه وذلك خمسة، فصار مع الورثة بمقدار عشرين من العبد والثمن وذلك ضعف ما تبرّع به المريض.

قوله رحمه الله: «ولا يشكل بتقسيط الثمن بالسوية هنا مع تفاوت قيمة الجزءين؛ لأنّه اذا بطل البيع في جزء يبطل من الثمن مالو صحّ البيع في ذلك الجزء لكان الباطل من الثمن بمثاله وهو هنا كذلك، فانّ الزيادة حصلت هنا بسبب بطلان البيع».

أقول: هذا إزالة لما عساه يتوهّم من الإشكال على هذا الحكم، وتقرير

الاشكال المتوهّم انّه كيف يجوز أن يقسّط الثمن على ما بطل البيع فيه والتدبير؟ وعلى ما صحّ بالسوية مع انّ قيمة ما بطل فيه البيع ثلاثة أمثال قيمة ما صحّ فيه البيع؛ لأنّ الذي بطل فيه البيع قيمته خمسة عشر، والذي نفذ فيه البيع قيمته خمسة عشر، والواجب انّه اذا بطل بعض البيع وصحّ بعض آخر قسّط الثمن على نسبة قيمة ما صحّ فيه وبطل.

وتقرير إزالة هذا الوهم أن يقال: انّما بسط الثمن على قيمة الجزءين بالسوية لتساوي قيمتهما عند فرض نفوذ البيع فيهما، فالذي قابل ما بطل فيه البيع وهو مقدار مالو صحّ فيه البيع لكان ثمناً له، فإن النصف الذي بطل فيه البيع لو صحّ فيه البيع لكان ثمنه مثل ثمن الآخر، وانّما زادت قيمته بعد الحكم ببطلان البيع فيه.

قوله رحمه الله: «ولو لم تعد فيه قيمة الجزء فإن قلنا بصحّة التدبير وإجرائه مجرى الإتلاف صحّ التدبير والبيع في الجميع؛ لعدم عود أزيد من العشرة وقد حصلت بالبيع، وإن قلنا ببطلانه فإن لم تعد القيمة مع التشقيص بالبيع بطلا معاً، وإن عادت بتشقيص البيع دون التدبير فالأقوى إجراؤه مجرى تدبير الشريك، ويحتمل بطلانهما معاً إن قلنا: يردّ الملك الى المشتري مع رجوع المالك في التدبير؛ لانتقاله الى المشتري مدبّراً فيلزم من صحّة البيع صحّة التدبير، وإن قلنا: يعود الملك الى البائع احتمل بطلان التدبير

وصحّة البيع في خدمته من الثلث مع المحاباة فيها فيرجع الى الورثة بعد الموت؛ لانصراف البيع الى خدمته حال حياة المولى».

أقـول: البحث في هذه المسألة مبنيّ على أصلين:

أحدهما: انّ التدبير هل يجري مجرى الإتلاف فلا يعتبر خروجه من الثـلث أو يكون محسوباً من الثلث؟ فانّه يحتمل الأوّل؛ لأنّ له أن يتصرّف في ثلثه في التدبير وغيره، وكون نقص قيمة الثلثين ليس باختياره وكان كالإتلاف. ويحتمل الثـاني لاستناده الى فعله الاختياري مع بقاء عين المال فكان محسوباً من الثلث.

الثاني: انّه اذا باع المدبّر رجع في تدبيره فهل يعود ملك الرقبة الى المشتري أو الى البائع؟ وقد تقدّم وجه كلّ واحد من الاحتمالين، فاذا تقرّر هذان الأصلان فنقول: اذا فرضنا المسألة الأُولى بحالها وهو: انّه دبّر عبداً قيمته ثلاثون وصارت قيمته بسبب التدبير عشرة فباعه بثمن مثله مدبّراً ـ أي بالعشرة ـ إلّا انّ أهل الخبرة قالوا: اذا بطل تدبير بعضه لم يرجع قيمة ذلك الجزء الى ما كانت عليه أوّلاً، بل تنقص قيمته الأُولى الى العشرة بسبب تشقيص التدبير كما نقصت في تدبير المجموع، فحينئذٍ بني الحكم هنا على ما ذكرناه من الأصل الأوّل وهو: انّه إن أجـرينا التـدبير مجـرى الإتلاف صحّ التدبير في الجميع، إذ تصرّفه في الثلث ماضٍ وهو يوجب نقص قيمة الثلاثين، سواء صحّ التدبير فيه أو بطل فلا وجه للحكم ببطلانه، وحينئذٍ يصحّ البيع أيضاً في الجميع؛ لأنّ التقدير انّه لو بطل التدبير أو البيع في شيء منه لم يعد الى الورثة أكثر من العشرة التي بيع بها المدبّر وقد حصلت لهم بالبيع، وإن قلنا ببطلان التدبير؛ لأنّه يعتبر خروجه من الثلث، وهنا لمّا لم يكن سواه ولزم من نفوذ التدبير في شيء

منه التصرّف في أكثر من الثلث وجب الحكم ببطلان التدبير في الجميع، بمعنى: انّه لاينفذ التدبير في شيء منه؛ لأنّ كلّ ما يلزم منه ما يمنع منه يكون ممنوعاً منه وهنا كذلك؛ لأنّ المريض ممنوع من التصرّف فيما زاد على الثلث، وهنا يلزم من صحّة التدبير في أيّ جزء فرض تصرّفه في أكثر من ثلث تركته وكان ممنوعاً.

وأمّا البيع فهل يصحّ أم لا؟ نقول: امّا أن يعود قيمة الجزء بتشقيص البيع ـ أي بنفوذ البيع في بعضه ـ أو لا، فإن لم يعد بأن حكم أهل الخبرة بأنّه متى نفذ البيع في جزء منه لم يعد قيمة الجزء الذي بطل فيه البيع الى ما كانت عليه، كما لايعود بنفوذ التدبير في بعض دون بعض أو يعود، فإن لم يعد بطل التدبير والبيع جميعاً؛ لوجود المقتضي للبطلان وهو التصرّف في أكثر من ثلث تركته، وإن عادت بتشقيص البيع دون التدبير بأن قالوا: متى نفذ التدبير في بعضه لم تعد القيمة الأُولى. امّا اذا بطل التدبير ونفذ البيع في بعضه فإن ذلك لايوجب نقص قيمته، بل تعود قيمته الأُولى الى ما كانت عليه، فمع هذا يحتمل وجهان:

أحدهما: انّه يجري مجرى تدبير الشريك، بمعنى: انّه يصحّ البيع في نصيبه، وانّ البيع لايوجب نقصاً، واذا صحّ البيع في بعضه ـ لعدم المانع من صحّته ـ اقتضى ذلك صحّة التدبير في ذلك البعض؛ لأنّه اشتراه مدبّراً وهو يوجب نقص قيمة الباقي، فكان ذلك بمنزلة ما اذا دبّر أحد الشريكين حصّته ونقصت حصّة الآخر بذلك، فلمّا لم يمنع الشريك من تدبير حصّته لأجل ما يلزمه من نقص حصّة الآخر فكذا هنا.

ويحتمل بناء ذلك على الأصل الثاني وهو: انّه إن قلنا بأنّه اذا بطل التدبير رجع الملك الى المشتري بطلا معاً أي التدبير والبيع. امّا التدبير فلأنّه يستلزم تصرّفه في أكثر من الثلث، وهو ممنوع منه. وأمّا البيع فلأنّه لو صحّ البيع وبطل التدبير لما عاد

الى الورثة زيادة على ما حصل لهم من الثمن، وذلك يستلزم نفوذ تصرّف مورثهم في أكثر من الثلث، وكان المقتضي للبطلان في التدبير موجوداً في البيع.

وإن قلنا: يعود الملك الى البائع بطل التدبير؛ لما ذكرنا من الاستلزام وصحّ البيع في خدمته مع عدم المحاباة فيها؛ لأنّ البيع في حال حياة الموروث انّما اقتضى خدمته مدّة حياته لاغير، فلم يكن للمشتري أكثر من الثلث[1].

قوله رحمه الله: «تنبيه: الولاء على قول الشيخ للبائع».

أقول: المدبّر يثبت عليه الولاء، فاذا باعه فعلى قول من قال: يبطل التدبير ببيعه لا ولاء عليه إلّا لمن أعتقه، امّا المشتري أو غيره ممّن عساه أن ينتقل إليه ويعتقه تبرعاً.

وأمّا على قول الشيخ[2] ـ انّه لايكون ذلك إبطالاً لتدبيره ويمضي البيع في خدمته ـ يكون الولاء للبائع؛ لبقاء التدبير المقتضي للعتق، فيعتق بعد موته المستلزم لثبوت الولاء للمدبّر.

قوله رحمه الله: «ولو ادّعى الوارث سبق الكسب على الموت والعبد تأخّره فالقول قوله مع اليمين، فإن أقاما بيّنة قدّمت بيّنة الوارث، هذا إن خرج من الثلث، ولو لم يخلّف سواه وكان

---

(١) في ش: «ذلك».

(٢) المبسوط: كتاب التدبير فصل في الرجوع في التدبير ج ٦ ص ١٧٢.

الكسب ستّين ضعف قيمته قدم قول العبد أيضاً ويحسب على الورثة ما وصل إليهم من الكسب بإقرارهم، وهل للعبد بالجزء الذي انعتق بإقرارهم مقابلة من كسبه؟ إشكال، ينشأ من إجراء إقرار الورثة مجرى الإجازة أم لا، فعلى الأوّل يدخلها الدور فنقول: عتق منه شيء وله من كسبه شيئان، وللورثة شيئان من نفسه وكسبه في تقدير خمسة أشياء، فالشيء ثمانية عشر، ومن كسبه ضعف ذلك، وللورثة من نفسه وكسبه ستة وثلاثون».

أقول: لو قال واحد: لو كان إقرار الورثة بمنزلة الإجازة لزم عتق العبد كلّه؛ لأنّ الورثة يقولون: مجموع الكسب لنا فيكون العبد حرّاً؛ لأنّه قد ملك الموروث ستّين ضعف قيمته، ولو كان إقرارهم بذلك يجري مجرى إجازة عتقه لعتق أجمع.

والجواب عن ذلك: انّ ذلك غير لازم؛ لأنّ الورثة لم يعترفوا بعتقه أجمع إلّا على تقدير سلامة مجموع الكسب لهم، فلا يلزم من يملك مورثهم ـ لضعف قيمته حال حياته ـ عتق جميعه اذا لم يصل ذلك إليهم، فالعبد لما حلف على عدم سبق الكسب على موت السيد تعذّر وصول بعض الكسب إليهم فيبطل عتق بعضه، وكان إقرارهم لعتق مازاد على ثلثه يجري مجرى إجازة عتق ذلك البعض.

قوله رحمه الله: «وعلى الثاني يعتق سبعة أتساعه وله من كسبه عشرون».

أقـول: يريد على الاحتمال الثاني وهو: أن لا يكون للعبد بالجزء الذي تحرّر منه بإقراره الورثة ما يقابله مـن الكسب بـعتق سـبعة أتسـاعه وله مـن الكسب عشرون.

ووجه ذلك انّه يكون له من الكسب عشرون؛ لأنّ العبد لمّا أنكر تقدّم الكسب على موت سيده فحلف على ذلك حكم بكونه حصل بعد موت السيد، ولمّا لم يكن للسيد عند موته سوى العبد كان ثلثه حرّاً وثلثاه رقّاً، فله بثلثه الحرّ مـن الكسب ثلثه ـ وهو عشرون ـ يبقى من الكسب في يد الورثة أربعون وقيمته ثلاثون، ومجموع العبد وما حصل في يد الورثة سبعون، فيحكم عليهم بعتق ثـلث ذلك أجمـع؛ لأنّ الورثة يحسب عليهم ما وصل إليهم من الكسب، وثلث السبعين ثلاثة وعـشرون وثلث ذلك ستة[1] أتساع قيمة العبد ـ أعني الثلاثين قيمته ـ فيحكم بعتق سـتة[2] أتساعه.

قوله رحمه الله: «ومنه يستخرج حكم ما قصر الكسب عن ضعفه أو خلّف شيئاً معه».

أقـول: من معرفة حكم الاحتمالين المذكورين يستخرج حكم ما لو فرض من كون كسب العبد أقلّ من ضعفه، أو ترك السيد مالاً مع العبد أقلّ من ضعفه، كما لو كان كسب العبد مثل قيمته. فانّا نقول على الاحتمال الأوّل: عتق من العبد شيء وله من كسبه بقدر ذلك الشيء، وللورثة من نفسه وكسبه شيئان يقابلان ما نـفذ فـيه

---

(١) في ش: «سبعة».

(٢) في ش: «سبعة».

العتق، فالعبد وكسبه في تقدير أربعة أشياء، فالشيء ربع ذلك، وهو هنا خمسة عشر، وهو من العبد نصفه فيعتق منه نصفه، وله نصف كسبه وللورثة نصفه، ونصف كسبه ثلاثون ضعف ما عتق منه. وعلى الاحتمال الثاني: للعبد بزعمه ثلث الكسب عشرة يبقى عشرون يأخذها الورثة، وهي مع قيمة العبد خمسون فيعتق من العبد بقدر ثلثه، وهو ستة عشر وثلثان وذلك خمسة أتساعه، وللورثة من نفسه وكسبه ضعف ذلك ثلاثة وثلاثون وثلث.

وعلى تقدير أن يحلف السيد مع العبد شيئاً ويكسب العبد شيئاً آخر، كما لو ترك السيد عشرين وكان الكسب ثلثين. فعلى الأوّل نقول: عتق منه شيء وله من كسبه شيء، وللورثة من كسبه ونفسه، وما تركه السيد شيئان يقابلان ما تقدّم فيه العتق، فالمجموع في تقدير أربعة أشياء، فالشيء عشرون وذلك من العبد ثلثاه فيعتق ثلثاه، وله ثلثا كسبه عشرون، وللورثة ما تركه مورثهم عشرون، وما فضل من نفسه وكسبه وذلك عشرون أيضاً، والمجموع ضعف ما عتق منه. وعلى الثاني: يعتق خمسة أتساعه وذلك ثلث قيمته وثلث ما تركه السيد، وله خمسة أتساع كسبه.

قوله رحمه الله: «ولو جنى المدبّر تعلّق أرش جنايته برقبته وللمولى فكّه بأرش الجناية، والأقرب بأقلّ الأمرين».

أقول: المدبّر لايخرج عن الرقبة بالتدبير، وقد تقدّم انّه اذا جنى العبد ففي فكّه بأرش جنايته أو بأقل الأمرين من قيمته أو الأرش قولان، وذكرنا الخلاف فلا معنى لتكراره.

ولابن الجنيد هنا قول آخر وهو: انّه اذا قتل المدبّر خطأً صالح عنه مولاه، فإن

أبى دفع الى أولياء المقتول يخدمهم حتى يموت الذي دبّره ثمّ استسعى في قيمته[١].

قوله رحمه الله: «قيل: ولمولاه أن يبيع خدمته إن ساوت الجناية فيبقى على تدبيره، وله أن يرجع في تدبيره فيبطل التدبير».

أقول: هذا القول المحكي هو ظاهر كلام الشيخ في المبسوط فانّه قال أوّلاً: اذا جنى المدبّر تعلّق أرش الجناية برقبته كالعبد القنّ سواء، ويكون سيده بالخيار بين أن يسلّمه أو يفديه فبكم يفديه؟ قال قوم: بأقلّ الأمرين من قيمته وأرش الجناية، وقال آخرون: بأرش الجناية بالغاً ما بلغ أو يسلّمه للبيع ـ الى أن قال: ـ وكلّ موضع زال ملكه عنه زال التدبير. ثمّ قال: وروى أصحابنا انّ التدبير باقٍ، ومتى عاد ملكه بميراث أو غيره فهل يعود حكم التدبير أم لا؟ قال قوم: يعود، وقال آخرون: لايعود. قال: والذي نقوله: إن كان حين باعه نقض تدبيره فانّه لايعود تدبيره، وإن لم ينقض تدبيره فالتدبير باقٍ؛ لأنّ عندنا يصحّ بيع خدمته دون رقبته مدّة حياته[٢]. وهو قول من جوّز بيع خدمة العبد، وقد تقدّم ذلك.

قوله رحمه الله: «تنبيه: قيمة المدبّر تعتبر من الثلث حين الوفاة سليماً من التدبير، فيحسب نقصان الجزء الذي بطل التدبير فيه بالتشقيص لو فرض عليه على إشكال».

---

(١) نقله عنه في إيضاح الفوائد: كتاب العتق ج ٣ ص ٥٦٨.

(٢) المبسوط: كتاب التدبير ج ٦ ص ١٧٢.

أقـول: وجه الإشكال من حيث إنّه نقص دخل على باقيه بسبب عتقه فكان كالواصل إليه.

ومن انّ المحسوب على العبد انّما هو ما نفذ فيه التدبير، ولأنّ غيره لم يصل إليه ونقصه بغير اختيار المالك فكان كالإتلاف، أو نقص السعر بسبب تغيير الأسواق لا لنقص فيه، فإن الجزء الذي بطل فيه التدبير عينه باقية لم تتلف، ولا نقص من عينه شيء، ولا اعتبار بنقصان الأسعار مع بقاء العين على حالها.

قوله رحمه الله: «ولو لم يملك سواه وكانت قيمته سليماً ثلاثين ومدبّراً عشرة ولم يرجع قيمة الجزء احتمل بطلان التدبير؛ لاستلزامه التصرّف بالوصية في أكثر من الثلث، بل البطلان فيه أظهر من العتق والصحّة، فيفرض النقص فيه كالإتلاف فيعتق ثلثه الآن».

أقـول: هذا تفريع على ما تقدّم وهو: انّا اذا جعلنا النقص محسوباً على العبد بطل؛ لأنّ الجزء الذي نفذ فيه العتق يقتضي تصرّف الميّت بالوصية في أكثر من ثلث تركته وهو غير جائز، بل احتمال البطلان فيه أظهر من احتمال العتق؛ لأنّه لو نفذ فيه العتق أدّى الى أن تمضي الوصية في أكثر من ثلث تركته من غير إجازة الوارث، وهو باطل إجماعاً. وإن جعلنا ذلك كالإتلاف ونقص السعر السوقي صحّ العتق في ثلثه الآن وملك الوارث ثلثيه، إذ لا اعتبار بالقيمة مع وجود العين، وهاهنا قد خرجت الوصية من الثلث؛ لأنّ التركة هو هذا العبد الموجود وقد عتق ثلثه، وملك الورثة ضعف ما نفذ فيه العتق وهو ثلثاه.

قوله رحمه الله: «ومع البطلان لو أجاز بعض الورثة نفذ في حقّه من الأصل، وفي حقّ باقي الورثة من الثلث والنقص كالتالف كما لو دبّر أحد الشريكين، وهو أقوى من ابتداء التدبير؛ لنفوذه من الأصل بالنسبة إليه إن كان صحيحاً، أو لتأثيره في العتق معجّلاً».

أقول: هذا تفريع على القول بأنّ التدبير اذا اقتضى نقصان قيمة العبد بما يزيد على الثلث ولم يرجع قيمة ما بطل التدبير فيه الى ما كان عليه من القيمة يكون التدبير باطلاً مع عدم إجازة الورثة، فعلى هذا الاحتمال لو فرضنا أجاز بعض الورثة نفذ العتق في حقّه من الأصل وفي حقّ غيره من الثلث، فلو خلّف المولى ولدين فأجاز أحدهما تدبير مورثه عتق ما يخصّ المجيز من الأصل ـ وهو نصف العبد ـ وعتق ثلث حصّة الآخر.

لايقال: لو نفذ العتق في ثلث حصّة الآخر لاقتضى تصرّف مورثه بالنسبة الى غير المجيز في أزيد من الثلث، وهو ممنوع من ذلك، فالحاصل انّ الذي يقتضي بطلان التدبير مع عدم إجازة أحدهما موجود بالنسبة الى غير المجيز، فيكون تدبير حصّته باطلاً بمقتضى البطلان.

لأنّا نقول: انّ نقصان حصّة غير المجيز يجري هاهنا مجرى التالف، فانّه ليس منع أحد من إجازة التدبير في حصّته وهو يقتضي حصول النقص في حصّة غير المجيز، سواء نفذ فيه التدبير أو بطل؛ لأنّ المفروض انّ القيمة لاتعود الى ماكانت عليه من التشقيص، فكان ذلك بمنزلة تدبير أحد الشريكين لحصّته المقتضي لنقصان حصّة

الآخر، ولمّا كان نقصان قيمة حصّة الشريك بسبب تدبير حصّة شريكه كالتالف فكذا هنا أولى؛ لأنّ إجازة أحد الوارثين للتدبير أقوى من تدبير أحد الشريكين ابتداءً لوجهين:

الأوّل: انّ الإجازة للتدبير يقتضي عتق حصّة المجيز من الأصل اذا كان المجيز صحيحاً، وليس كذلك تدبير أحد الشريكين لحصّته ابتداءً، فانّها انّما تنفذ من ثلث تركته، وما نفذ من الأصل أقوى ممّا ينفذ من الثلث قطعاً.

الثاني: انّ الإجازة تقتضي عتق حصّة المجيز في الحال، وتدبير أحد الشريكين انّما يقتضي العتق بعد موته، وما يقتضي نفوذ العتق في الحال لاشكّ انّه أقوى ممّا لايقتضيه إلّا بعد الموت.

وأقول: وهنا وجه ثالث وهو: انّ الإجازة لايصحّ الرجوع فيها، والتدبير يصحّ الرجوع فيه، ولاشكّ انّ التصرّف الذي لايجوز الرجوع فيه أقوى ممّا يجوز الرجوع فيه.

اذا عرفت هذا فنقول: يعتبر خروج قيمة المدبّر بالنسبة الى غير المجيز مدبّراً لا سليماً من التدبير؛ لما تقرّر انّ نقص قيمته يجري مجرى التالف، فعلى هذا لو خلّف الميّت عشرين غير المدبّر الذي كانت قيمته ثلاثين وصارت بالتدبير الى عشرة عتق كلّه، أمّا حصّة المجيز فظاهر؛ لأنّه لو لم يخلّف شيئاً عتقت حصّته بالإجازة. وأمّا غير المجيز فلأنّ قيمة حصّته قد صارت خمسة وقد ملك ضعفها وهو عشرة من العشرين.

قوله رحمه الله: «ولو كان مريضاً فإجازته كابتداء تصرّفه، فلولم يكن سواه بطلت على تقدير البطلان».

أقـول: لو كان المجيز من أحد الورثة عند إجازته لتدبير مورثه مريضاً كانت إجازته ماضية من ثلث تركته؛ لأنّهـا تجـري مجـرى ابـتداء تـصرّفاته المـنجزة، وتصرّف المريض المنجز[1] من ثلث تركته، فعلى هذا لو لم يكن للمجيز سوى حصّته من المدبّر كانت إجازته باطلة إن قلنا ببطلان التدبير إن اقتضى نقصان قيمة المدبّر بحيث يلزم منه تصرّفه في أكثر من الثلث.

امّا اذا جعلنا النقصان كالتالف واعتبرنا قيمته الآن ـ أعني العشرة ـ عتق بسبب تدبير الأوّل ثلث العبد بالنسبة الى غير المجيز، وتنفذ إجازة الآخر في ثلث حصّته من الباقي وهو تسع العبد فيكمل له بالتدبير، وإجازة الوارث المـريض مـن أحـد الولدين عتق أربعة أتساعه ويبقى لغير المجيز ثلثه ولورثة المجيز تسعاه، وهذا الأخير لم يتعرّض له المصنّف.

قوله رحمه الله: «ولو كان له مايزيد على قـدر التالف بسبب الإجازة بجزءٍ مّا صحّت الإجازة من الثلث، ويعتبر قـيمته الأُولى لكـونهابسبب البطلان على إشكال، ينشأ من الدور اذ بإجازته ينفذ في حصّة الآخر من الثلث فيعتق جزءً مّـا من حصّة الآخر، فيسقط اعتبار القـيمة الأُولى بالنسبة الى غير المجيز وإليه أيضاً. ومن انّ اعتبار القيمة الأُولى أصل ترتّب هذه الأحكام».

---

(١) في ش: «المجيز».

أقـول: لو كان المجيز من الولدين مريضاً وقت إجازته لتدبير مورثه فقد قلنا: إنّه لولم يخلّف تركة سوى ما ورثه من العبد لم تصحّ إجازته على احتمال بطلان التدبير المذكور، امّا اذا كان المجيز المريض قد ترك تركة غير ما ورثه من العبد فإن لم يزد على ما تلف بالإجازة لم تنفذ إجازته في شيء فكانت باطلة.

واعلم انّ الذي تلف بالإجازة ـ لو قدّرنا نفوذها في المال المذكور ـ عشرة؛ لأنّ لكلّ من الولدين من العبد ـ لولا التدبير ـ نصفه، وهو يساوي خمسة عشر، خمسة منها لا اعتراض له فيه؛ لأنّ ذلك قدر الثلث، وللموروث أن يتصرّف فيه يبقى منه عشرة، فاذا قدّرنا نفوذ الإجازة فيها فالتالف حينئذٍ بسبب الإجازة هو هذه العشرة، وحينئذٍ نقول: لو قدّرنا انّ المريض أجاز التدبير وترك بقدر التالف ـ أي عشرة ـ لم تصحّ إجازته؛ لأنّ تركته حينئذٍ عشرون عشرة من العبد وعشره أُخرى من تركتها وثلث ذلك ستة وثلثان، فلو صحّت إجازة المريض في جزءٍ مّا لصارت قيمة النصف بعد خمسة عشر خمسة، فلو حكم بنفوذ العتق عتق ثلثها بسبب التدبير ـ وهو واحد وثلثان الذي هو في تقدير خمسة ـ لكان الباقي ثلاثة وثلثاً، فلو نفذ العتق في جزءٍ مّا منه وإن قلّ بسبب الإجازة لم يبق للورثة ضعف ما تصرّف فيه موروثهم، فإن أبلغ ما يجوز لموروثهم أن يتصرّف في ثلث تركته وهو كما قلنا: ستة وثلثان، فيجب أن يبقى لهم ثلاث عشرة وثلث وبأيديهم عشرة فيبقى لهم من العبد ثلاثة وثلث، فلا يجوز أن ينقصوا منها شيئاً، والإجازة تقتضي نقصانهم عن ذلك وهو غيرجائز.

وأمّا على تقدير أن يترك مورّثهم ما يزيد على مقدار التالف بجزءٍ مّا وإن قلّ ـ كما اذا ترك عشرة وجزء وإن كان يسيراً فإن تركته حينئذٍ ضعفه يكون عشرون

وجزء ـ فلاتكون إجازته باطلة بل ماضية من ثلث تركته؛ لأنّ له أن يتصرّف في ثلثها وذلك ستة وثلثان وثلث ذلك الجزء، ويجب أن يبقى لهم ثلاثة عشر وثلث وثلثا ذلك الجزء، وقد حصل لهم ذلك؛ لأنّ بأيديهم عشرة وجزء، فاذا حكم بعتق ثلثه الآن بسبب التدبير بقي ثلاثة وثلث، فاذا ضمّت الى ما بأيديهم صار بأيديهم ثلاث عشر وثلث وجزء، واذا حكم بنفوذ العتق بسبب الإجازة في ثلث ذلك الجزء بقي معهم ثلاثة عشر وثلث وثلثا جزء، وذلك هو قدر ثلثي تركته. فاذا تقرّر هذا وكانت الإجازة صحيحة لما بيّناه فهل تعتبر حينئذ القيمة التي كانت للعبد وهي ثلاثون أو قيمته الآن وهي عشرة ؟ فيه إشكال.

ينشأ من لزوم الدور من حيث إنّ اعتبار القيمة الأُولى تؤدّي الى عدم اعتبارها.

بيان الملازمة: انّه اذا اعتبرنا القيمة الأُولى حتى حكم بصحّة الإجازة على هذا التقدير في شيءٍ مّا اقتضى ذلك نقص حصّة غير المجيز، وكان النقص كالتالف، وكانت القيمة الحاضرة هي العشرة المعتبرة بالنسبة الى غير المجيز، فنفذ العتق في ثلث حصّته، ونفوذ العتق في شيء من حصّته يقتضي نقص حصّة المجيز أيضاً، فكان النقص فيها أيضاً كالتالف فلا يكون النقص معتبراً حينئذٍ، فيجب أن تعتبر القيمة الحاضرة دون الأُولى، ولاشكّ في بطلان ظهور اللازم ـ أعني الدور ـ من حيث إنّ هذه الأحكام كلّها فرع على اعتبار القيمة الأُولى، إذ لولا اعتبارها لكنّا قد اعتبرنا القيمة الحاضرة، وذلك يقتضي أن يعتق ثلثه بالنسبة الى قيمته الآن بسبب التدبير وثلث حصّة المجيز، ولو أبطلنا الأصل الذي يثبت هذه الأحكام عليه لسقط اعتبار ما تفرّع عليه، فكانت هذه الأحكام كلّها ساقطة لسقوط ما تفرّعت عليه.

قوله رحمه الله: «ويحتمل اذا لم يكن له مال على تقدير البطلان الصحّة، إذ نفوذ إجازته في ثلث

حصّته يستلزم نفوذ العتق في جزءٍ مّا من حصّة الآخر المستلزم لعدم اعتبار القيمة الأُولى في حقّ المجيز على إشكال، ينشأ من استلزامه توقّف الشيء على نفسه، إذ الصحّة متوقّفة على عدم اعتبار القيمة الأُولى المتوقّف على نفوذه في جزء من حصّة الآخر المتوقّف على الصحّة».

أقول: لو كان المجيز مريضاً ولا مال له سوى ما ورثه من العبد فقد تقدّم انّ إجازته تكون باطلة على تقدير البطلان؛ لما تقدّم، ويحتمل على تقدير القول بالبطلان على تقدير عدم الإجازة الصحّة على تقدير إجازة أحدهما.

ووجه هذا الاحتمال ما ذكر المصنّف من انّ نفوذ إجازة المجيز في ثلث حصّته من العبد يستلزم نفوذ العتق في جزءٍ مّا من حصّة الآخر؛ لما تقدّم من كون النقص فيها بمنزلة الإتلاف لتدبير أحد الشريكين، فاذا نفذ العتق في جزءٍ مّا من حصّة الآخر لزم منه حصول النقص في حصّة المجيز، فكان كالإتلاف أيضاً، وفيه إشكال.

ينشأ من هذا الوجه، ومن استلزامه توقّف الشيء على نفسه فيكون باطلاً.

وبيان الملازمة ما ذكره المصنّف من انّ صحّة العتق انّما يتحقّق لولم تعتبر القيمة الأُولى، إذ لو كانت معتبرة لم تؤثر الإجازة؛ لاستلزامها التصرّف في أزيد من الثلث فكانت باطلة، وانّما يسقط اعتبار القيمة الأُولى لو نفذ العتق في جزءٍ مّا من حصّة الآخر المتوقّف على الصحّة.

فالحاصل:انّ الصحّة متوقّفة على عدم اعتبار القيمة الأُولى لو نفذ العتق في المتوقّف على الصحّة، فتتوقّف الصحّة على الصحّة، وتوقّف الشيء على نفسه محال ظاهر.

امّا لو كان المجيز هو الصحيح نفذ العتق في حصّته ودخل النقص على حصّة المريض وكان كالإتلاف، فكان ينفذ العتق في ثلث حصّة المريض ـ أي في ثلث النصف الآخر ـ قطعاً، فيكمل للعبد عتق ثلثيه.

قوله رحمه الله: «المقصد الثالث: في الكتابة، فلو باعه نفسه بثمن مؤجّل ففي الصحّة نظر».

أقول: جوّز الشيخ في المبسوط صحّة أن يبيع السيد عبده من نفسه قال: فإن أطلق كان الثمن باطلاً ويعتق العبد، وولاؤه للامام؛ لأنّه سائبة لا ولاء لمولاه عليه، إلّا أن يشترط ذلك كالكتابة عندنا، وإن كان الثمن الى أجل كان على ماوقع عليه العقد[1]. واستشكل المصنّف ذلك في التحرير[2]، وهاهنا قال: فيه نظر.

منشأه من أصالة الجواز، وكونه عقداً صدر من أهله في محلّه فكان صحيحاً.

ومن اقتضاء البيع انتقال الملك من البائع الى المشتري، وذلك يستحيل تحقّقه هاهنا، لأنّ الملك نسبة بين المالك والمملوك، ولا مغايرة بين المشتري والملك، واذا امتنع تحقّق الملك فلا انتقال فلا بيع.

وأورد المصنّف في المختلف على الأوّل انّ الأصل يعدل عنه؛ لقيام الدليل على خلافه. وعلى الثاني نمنع كون المحلّ محلاً قابلاً لما يحلّه هنا، فإنّ الملك يستدعي كون المحلّ قابلاً له، وانّما يكون قابلاً لو كان أهلاً للتملّك، والعبد قد بينّا انّه لايملك شيئاً. وعلى الثالث نمنع حصر مقتضى البيع في ذلك، بل يكون شيئاً آخر وهو خروج الملك

---

(١) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ١٢٠.

(٢) تحرير الأحكام: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٨٣ س ٢٣.

عن البائع وإن لم يدخل في ملك المشتري كشراء القريب ان أحلنا تملّكه[١].

واعلم انّ أبا الصلاح جعل الكتابة بيعاً للعبد من نفسه[٢]. وتبعه ابن ادريس في ذلك[٣].

والشيخ وان جوّز بيع العبد من نفسه إلّا انّه جعل الكتابة عقداً مستقلّاً بنفسه ليس بيعاً للعبد من نفسه، وقال: إنّها تفارق البيع من ثلاثة أوجه، أحدها: انّ الكتابة لابدّ فيها من أجل، والبيع لايفتقر إليه. ومنها: انّ الكتابة ينفذ فيها خيار العبد، والبيع لاينفذ فيه خيار الشرط. ومنها: انّ البائع يشترط لنفسه الخيار، والسيد لايشترط في عقد الكتابة[٤].

قوله رحمه الله: «وهي عقد لازم من الطرفين، إلّا اذا كانت مشروطة وعجز العبد، وقيل: إن كانت مشروطة كانت جائزة من جهة العبد؛ لأنّ للعبد أن يعجّز نفسه، وليس بمعتمد، إذ يجب عليه السعي ويجبر عليه».

أقول: الكتابة عقد لازم من الطرفين ـ أي من طرف السيد وطرف العبد ـ فليس لأحدهما فسخها اذا كانت مطلقة إجماعاً، وإن كانت مشروطة فكذلك عند المصنّف وجماعة من أصحابنا، إلّا اذا عجز المكاتب المشروط عن أداء مال الكتابة

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الرابع في أحكام المكاتبة ص ٦٤٣ س ٣٧.

(٢) الكافي في الفقه: كتاب العتق ص ٣١٨.

(٣) السرائر: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة باب المكاتبة ج ٣ ص ٢٦.

(٤) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ٧٣.

فحينئذٍ تكون جائزة من طرف السيد يكون له فسخها وله البقاء عليها، ولا خيار للمكاتب في أحدهما.

وقال الشيخ رحمه الله: اذا كانت الكتابة مشروطة كانت جائزة من جهة العبد؛ لأنّ له أن يعجز نفسه، وكلّ ما كان له تعجيز نفسه كانت جائزة من جهته[١].

وهذا القول غير معتمد عليه عند المصنّف؛ لأنّا نمنع صدق المقدم، فليس للعبد أن يعجّز نفسه، فلو فعل ذلك كان للحاكم أن يجبره عن السعي؛ لأنّه واجب عليه للسيد، وللحاكم إجبار من يمتنع عن أداء حقّ غيره الواجب عليه مع سؤال ذلك الغير.

واعلم انّ مراد الشيخ بكونها جائزة ليس للعبد أن يفسخا، سواء عجّز نفسه أو لا؛ لأنّه لو كان كذلك لما لزم من جواز أن يعجّز نفسه كونها جائزة من طرفه، بل تصير جائزة من طرف السيد. والشيخ نصّ على هذا التفسير في كتابَي المبسوط والخلاف.

فقال في المبسوط: ولسنا نريد بقولنا: جائزة من جهة السيد انّ له الفسخ كالعامل في القراض بل نريد انّ له الامتناع من أداء ما عليه مع القدرة عليه، فاذا امتنع كان سيده بالخيار بين البقاء على العقد وبين الفسخ[٢]. وكذا فسّرها في الخلاف بمثل ذلك[٣].

---

(١) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ٩١.

(٢) المصدر السابق.

(٣) الخلاف: كتاب المكاتب المسألة ١٧ ج ٣ ص ٣٧٧ طبعة اسماعيليان وفيه:«الكتابة لازمة من جهة السيد».

وابن ادريس تابع الشيخ في انّها إن كانت مطلقة كانت لازمة من الطرفين، وإن كانت مشروطة فهي جائزة من طرف العبد لازمة من طرف السيد[١].

وقال ابن حمزة: المطلقة لازمة من طرف السيد جائزة من طرف العبد، والمشروطة جائزة من الطرفين[٢].

قوله رحمه الله: «ولا تصحّ من دون الأجل على رأي».

أقول: هذا قول الشيخ فانّه قال في المبسوط: الكتابة لاتنعقد إلّا بأجل[٣]، وتبعه ابن حمزة[٤].

ومنع ابن ادريس من ذلك وجوّزها حالة ومؤجّلة[٥].

قوله رحمه الله: «وهل يفتقر مع ذلك ـ الى قوله: ـ فإن أدّيت فأنت حرّ فيه نظر».

أقول: اذا قال السيد لعبده: كاتبتك على ألف ـ مثلاً ـ في نجم فصاعداً، وقال العبد: قبلت، هل يتحرّر بأداء ما شرطه عليه في نجومه أو يفتقر في التحرير مع ذلك ـ الى قوله ـ: فإن أدّيت فأنت حرّ؟ فيه نظر.

ينشأ من انّ عقد الكتابة مشروع بالنصّ والإجماع، ومعناها عتق العبد عند أداء

---

(١) السرائر: كتاب العتق والمكاتبة والتدبير باب المكاتبة ج ٣ ص ٢٩.

(٢) الوسيلة: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة باب في بيان الكتابة ص ٣٤٥.

(٣) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ٧٣ وفيه: «انّ الكتابة لابدّ فيها من أجل».

(٤) الوسيلة: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة فصل في بيان المكاتبة ص ٣٤٤.

(٥) السرائر: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة باب في الكتابة ج ٣ ص ٣٠.

ما شرط عليه من المال، ولفظ الكتابة صريح في معناها، فلا يفتقر الى لفظ التحرير.

ومن أصالة بقاء الملك مالم يحصل يقين ما يقتضي زواله، ولا يقين بدون انضمام لفظ التحرير.

قوله رحمه الله: «ولابدّ نية ذلك إن لم يضمّه لفظاً، واذا أدّى انعتق، وإن لم يتلفّظ بالضميمة على رأي».

أقول: يريد انّه لو قلنا بعدم الافتقار الى لفظ التحرير فلابدّ من نيّة ذلك، فاذا نواه عند العقد المذكور انعتق بالأداء، وإن لم يضمّ إليه لفظ التحرير وهو قول الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: ولايعتق بالأداء عند بعضهم حتى يقول: فاذا أدّيت الى هذا فأنت حرّ وينوي هذا، فإن عدما أو أحدهما لم يعتق أصلاً، وقال آخرون: هو صريح فيه، فلا يفتقر الى نيّة ولا قول. قال: والذي يقتضيه مذهبنا انّه لابدّ من النيّة، ولايحتاج الى القول[1].

وقال في الخلاف: لابدّ من النيّة والقول معاً، فانّه قال فيه: اذا كاتبه على مال معلوم وآجال معلومة ونجوم معلومة وقال: اذا أدّيت اليّ هذا المال فأنت حرّ ونوى بذلك العتق انعتق، وإن عدما أو أحدهما لم يعتق[2].

وظاهر كلام ابن ادريس يدلّ على اعتبار الضميمة،فانّه قال: وهي بيع العبد من نفسه، وصورتها أن يقول الانسان لعبده أو أمته: قد كاتبتك على أن تعطيني كذا وكذا

---

(١) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ٧٤.

(٢) الخلاف: كتاب المكاتب ج ٣ المسألة ٧ ص ٣٧٣ طبعة اسماعيليان وليس فيه: «لابدّ من النيّة والقول معاً».

ديناراً أو درهماً في نجوم معلومة على انّك اذا أدّيت ذلك فأنت حرّ فرضي العبد بذلك وكاتبه عليه ويشهد بذلك على نفسه[١].

قوله رحمه الله: «واذا عجز المشروط كان للمولى ردّه في الرقّ، وحدّ العجزأن يؤخّر نجماً الى نجم أو يعلم من حاله العجز عن فكّ نفسه، وقيل: أن يؤخّر عن محلّه».

أقول: اختلف أصحابنا في حدّ العجز الذي يجوز للمولى ردّه في الرقّ اذا كان مشروطاً على أقوال ذكر المصنّف منها قولين:

الأوّل: مذهب الشيخ في النهاية[٢]، وقول ابن البرّاج[٣] وهو: أن يؤخّر نجماً الى نجم أو يعلم من حاله انّه لايقدر على فكّ رقبته.

الثاني: أن يؤخّره عن وقته، وهو قول المفيد حيث قال: فإن اشترطت انّك متى عجزت عن الأداء أو أبطأت به رجعت عبداً فعجز عن الأداء بعد حلول الأجل أو أبطأ بالأداء وقد حلّ الأجل كان عبداً على حاله قبل الكتابة[٤]. وهو اختيار الشيخ في الاستبصار[٥]، واختاره ابن ادريس[٦] أيضاً، وشيخنا في المختلف[٧].

---

(١) السرائر: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة باب المكاتبة ج ٣ ص ٢١.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة باب المكاتبة ج ٣ ص ٣٠.

(٣) المهذّب: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة باب المكاتبة ج ٢ ص ٣٧٦.

(٤) المقنعة: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة باب المكاتبة ص ٥٥١.

(٥) الاستبصار: كتاب العتق أبواب المكاتبين باب المكاتب المشروط ج ٤ ص ٣٤ ـ ٣٥.

(٦) السرائر: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة باب المكاتبة ج ٣ ص ٢٧.

(٧) مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الرابع في أحكام المكاتبة ص ٦٣٩ س ٢٦.

الثالث: قول محمّد بن بابويه حيث قال: ينظر المكاتب ثلاثة أنجم فإن عجز ردّ رقّاً[١].

قوله رحمه الله: «أن يكون منجماً على رأي، والأقرب عندي جواز الحلول».

أقول: قد ذكرنا انّ اشتراط الأجل في مال الكتابة هو مذهب الشيخ[٢]، وانّ الكتابة لاتصحّ من دون الأجل. ومذهب ابن ادريس جواز الكتابة حالة[٣]، والمصنّف قال هنا: الأقرب عندي جواز الحلول.

ووجه القرب عموم قوله تعالى: ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾[٤] ولأنّ اشتراط الأجل فيها على خلاف الأصل، فإن الأصل الجواز.

قوله رحمه الله: «ولو قال: كاتبتك على أن تؤدي اليّ كذا في شهر كذا على أن يكون الشهر ظرفاً للأداء لم يصحّ على إشكال، إلّا أن يعيّن وقته».

أقول: منشأ الاشكال من انّ الأصل الجواز، ولعموم الآية.

ومن انّ ذلك مجهول، إلّا أن يعيّن وقتاً معيّناً ـ كقوله في آخر النصف الأوّل وأشباه ذلك ـ فانّه يصحّ قطعاً.

---

(١) المقنع: باب العتق والتدبير والمكاتبة ص ١٥٨.

(٢) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ٧٣.

(٣) السرائر: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة باب المكاتبة ج ٣ ص ٣٠.

(٤) النور: ٣٣.

واعلم انّ أوّل الاحتمالين هو مذهب الشيخ في الخلاف[١]، وثانيهما مذهبه في المبسوط[٢]، واختاره المصنّف في المختلف[٣].

قوله رحمه الله: «وفي اشتراط اتّصال الأجل بالعقد إشكال، والأقرب المنع».

أقول: ظاهر كلام الشيخ في المبسوط يدلّ على اشتراط اتّصال المدّة بالعقد، فانّه قال فيه: اذا كاتبه على خدمة شهر لاتصحّ حتى تكون المدّة متّصلة بالعقد فيقول: من وقتي هذا، ثمّ قال ـ بعد كلام آخر ـ: اذا كاتبه على خدمة شهر عقيب هذا الشهر ودينار عقيب شهر الخدمة فالكتابة باطلة، كما لو آجره [دابة] شهراً عقيب هذا الشهر، فإن قال: كاتبتك على خدمة شهر عقيب هذا الشهر ودينار حال كان أيضاً باطلاً؛ لما مضى[٤]. وفي هذا الاشتراط إشكال.

ينشأ من أصالة بقاء الملك على مالكه حتى يثبت المزيل، ولا يقين بحصوله عند عدم الاتّصال، امّا مع الاتّصال بالعقد فإن الكتابة تصحّ إجماعاً.

ومن أصالة الصحّة، ولعموم قوله تعالى: ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾[٥].

والأقرب عند المصنّف عدم اشتراطه؛ لما ثبت من انّ الكتابة عقد مشروع بالنصّ والإجماع واشتراط الأجل على خلاف الأصل، وللآية.

---

(١) الخلاف: كتاب المكاتب المسألة ٥ ج ٣ ص ٣٧٣ طبعة اسماعيليان.

(٢) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ٧٣ ـ ٧٤.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الرابع في أحكام المكاتبة ص ٦٤٣ س ٦.

(٤) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ٧٥.

(٥) النور: ٣٣.

قوله رحمه الله: «ولو قال: على خدمة شهر بعد هذا الشهر صحّ على الأقوى».

أقول: هذا تفريع على عدم اشتراط الأجل بالعقد، وقد تقدّم وجه الصحّة، خلافاً للشيخ في المبسوط[1].

قوله رحمه الله: «ولو كاتبه ثمّ حبسه فعليه أُجرة مدّة حبسه، وقيل: يجب تعجيل مثلها».

أقول: هذا قول الشيخ في المبسوط، مع انّ كلامه يعطي التردّد في ذلك أو لزوم أُجرة المثل، فانّه قال فيه: اذا كاتب المسلم عبداً ثمّ ظهر المشركون على الدار فأسّروا المكاتب وحملوه الى دار الحرب فانّهم لايملكونه بذلك؛ لأنّ حقّ المسلم قد تعلّق به، فاذا انفلت المسلم منهم أو ظهر المسلمون على الدار فأخذوه فهو على كتابته، وهكذا إن دخل الكافر دار الاسلام بأمان وكاتب عبداً له ثمّ ظهر المشركون على الدار فقهروا المكاتب على نفسه وأخذوه الى دار الحرب ثمّ انفلت منهم أو غلبهم المسلمون عليه فانّه يكون على كتابته، وهل يجب عليه أن يخلّيه مثل تلك المدّة التي حبسه فيها المشركون ليكتسب فيها أم لا؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: يجب، والآخر: لايجب، والأوّل أقوى عندي. وهكذا لو كاتب عبده ثمّ حبسه مدّة من الزمان قال قوم: يجب عليه أن يتركه مدّة مثل تلك المدّة، وهو الأقوى عندي، وقال آخرون: لايجب، غير انّه يلزمه ضمان مثل تلك المدّة، وهو قويّ أيضاً[2].

---

(١) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ٧٣.

(٢) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ١٣٢.

قوله رحمه الله: «ولو أعتقه على أن يخدمه شهراً عتق في الحال وعليه الوفاء، فإن تعذّر فالأقرب قيمة المنفعة لا قيمة الرقبة».

أقول: وجه القرب انّ الشرط اقتضى استحقاق السيد للخدمة شهراً معيّناً، فإن تعذّر كان له عوض ما يستحقّه، وهو قيمة خدمة ذلك الشهر لا قيمة الرقبة؛ لأنّ العبد لم يتلفها عليه، وانّما تلفت على المولى بعتقه له، فلا تكون مضمونة على العبد.

قوله رحمه الله: «وفي انتزاعه نظر».

أقول: يريد لو دفع المكاتب مال الكتابة الى مولاه فامتنع من قبضه وقال: هو حرام أو مغصوب ولم تكن له بيّنة بذلك ألزمه الحاكم قبضه أو الإبراء منه، فاذا قبضه فإن كان عين مالكه ألزم بدفعه إليه؛ لأنّه اعترف له بملكه، وان لم يعيّنه قال الشيخ في المبسوط: أقرّ في يده[1]. وهو يعطي عدم انتزاعه من يده، وفيه نظر.

ينشأ من انّه لم يتعدّى بقبضه، فلم تكن يده عادية، واليد التي ليست عادية لاترفع إلّا بمطالبة صاحب الحقّ ولم يوجد.

ومن حيث إنّه مال لغيره لم يستأمنه عليه ولا أذن له في إمساكه، وكان الولاية في إمساكه الى الحاكم عند تعذّر المالك؛ لأنّه منصوب للمصالح التي من جملتها حفظ المال المجهول المالك.

قوله رحمه الله: «لو قبض أحد السيدين كمال حقّه باذن الآخر عتق نصيب القابض، ولا يقوّم

---

(١) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ٩٢.

عليه نصيب الآذن ولا يسري العتق، وله نصف الولاء، ويأخذ الآذن ممّا في يده بقدر ما دفع الى الآخر، والباقي بين العبد وسيده القابض إن بطلت الكتابة بموت أو عجز؛ لأنّ نصفه عتق بالكتابة ونصفه بالسراية، فحصّة ما عتق بالكتابة للعبد، وحصّة ما عتق بالسراية للمولى، ويحتمل أن يكون للجميع للعبد؛ لانقطاع تصرّف المولى عنه، فكان له كما لو عتق بالأداء».

أقول: في هذا الكلام اضطراب ظاهر؛ لأنّ مذهب المصنّف انّ عتق حصّة أحد الشريكين بالكتابة لايوجب السراية الى حصّة الشريك كما يأتي، وقد صرّح به هاهنا فقال: ولا يسري، فقوله ـ بعد ذلك ـ: «انّ نصفه عتق بالكتابة ونصفه بالسراية» منافٍ لما اختاره، وإن كان التفريع على قول الشيخ رحمه الله لم يصحّ الكلام أيضاً؛ لأنّ مذهب الشيخ انّه يسري الى حصّة الشريك ويقوّم عليه؛ لأنّه عتق بفعل صدر منه[1].

ثمّ قول المصنّف أيضاً: «ويأخذ الآذن ممّا في يده بقدر ما أداه الى القابض ويكون الباقي بينه وبين القابض» ليس بمستقيم، بل يكون بين العبد وبين الآذن إن بطلت الكتابة بموت أو عجز.

وقوله ـ عقيب قوله: إن بطلت الكتابة بموت أو عجز ـ: «لأنّ نصفه عتق بالكتابة ونصفه عتق بالسراية» لايستقيم أيضاً؛ لأنّ الكتابة في حصّة الآخر بطلت فكيف

---

(١) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ١٠٠.

يحكم بعتق جميعه بعضه بالكتابة وبعضه بالسراية؟!

والصواب أن يقال: على قول المصنّف: «انّه اذا أدّى الى أحد الشريكين بإذن الآخر عتق نصيب القابض ولا يسري العتق الى نصيب الآخر وله نصف الولاء» إن قلنا: بثبوت الولاء في العتق بالكتابة، وإلّا فلا، وللآذن أن يأخذ ممّا في يده العبد بقدر ما أدّى الى القابض.

وأمّا حكم الباقي ممّا في يده فامّا أن يبطل حصّة الآذن بموت أو عجز أولا، فإن بطلت كان الباقي بين العبد والآذن؛ لأنّ نصفه حرّ بأداء حصّة القابض إليه ونصفه رقّ، فعجزه أو موته قبل الأداء، وحصّة الرقّ لمولاه ـ أعني سيده الآذن ـ وإن لم يبطل عتق حصّة القابض وكان ما في يد العبد له خاصّة.

وأمّا على قول الشيخ في السراية[1] فانّه يقوّم على القابض اذا كانت الكتابة بحالها ما لم تبطل بموت أو عجز، فاذا دفع القيمة عتقت حصّة الآذن بدفع القابض إليه، وما في يد العبد للآذن أن يأخذ منه بقدر ما أدّى الى شريكه؛ لأنّ ما كان في يده من المالك كان بينهما، فاذا دفع الى أحدهما بإذن الآخر كان للآخر أن يأخذ عوضه ممّا في يده، وما يبقى بعد ذلك يحتمل فيه وجهان:

أحدهما: يكون بين العبد ومولاه الآذن؛ لأنّ نصفه حرّ لم يبق للقابض فيه شيء، وكان نصيب الحرّية للمكاتب، ونصفه قد بطلت الكتابة فيه بالتقويم ودفع القيمة، فإن السراية والتقويم على القابض يقتضي أن يعود نصيب الآذن الذي قوّم على القابض رقّاً ليدفع القابض قيمته ثمّ يعتق بالأداء أو بالسراية عند عتق حصّة القابض بقبض حصّته في مال الكتابة، واذا كان نصيب الآذن يعود رقّاً فنصيب الرقّ

---

(١) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ١٠٠.

ممّا في يده لمولاه ـ أعني الآذن ـ.

والوجه الآخر: انّه يكون الجميع للعبد؛ لأنّ الكتابة صحيحة، وانّما يقوّم على القابض مكاتباً فلا تبطل كتابته حينئذٍ، واذا لم يحكم ببطلان الكتابة كان ما في يده له؛ لانقطاع تصرّف الوليّ عنه بالكتابة.

واعلم انّ هذه المسألة ممّا كان غرض المصنّف تغييرها لعلمه باختلال الكلام المذكور في الكتاب؛ لسبق العلم الى المكتوب، وقد كان المكتوب بخطّ المصنّف أوّلاً هكذا: لو قبض أحد السيدين كمال حقّه بإذن الآخر عتق نصيب القابض وقوّم عليه نصيب الآذن وسرى العتق، وله نصف الولاء، ويأذن الآذن ممّا في يده بقدر ما دفع الى الآخر، والباقي بين العبد وسيده القابض؛ لأنّ نصفه عتق بالكتابة ونصفه بالسراية، فحصّة ما عتق بالكتابة للعبد، وحصّة ما عتق بالسراية للمولى، ويحتمل أن يكون الجميع للعبد؛ لانقطاع تصرّف المولى عنه، فكان له كما لو عتق بالأداء.

ثمّ غيّر هكذا: لو قبض أحد السيدين كمال حقّه بإذن الآخر عتق نصيب القابض، ولا يقوّم عليه نصيب الآذن ولا يسري العتق، ويأخذ الآذن ممّا في يده بقدر ما دفع الى الآخر، والباقي بين العبد وسيده الثاني إن بطلت كتابة الثاني بموت أو عجز. وبقي بقية الأحكام التي كانت مطابقة للكلام الأوّل فصار منافياً لما غيّره أخيراً.

ثمّ اعلم انّ الشيخ قال في المبسوط: اذا كان العبد بين شريكين وكاتباه صحّت الكتابة على ما مضى، فاذا صحّت فليس له أن يخصّ أحدهما بالأداء دون شريكه بغير إذن شريكه؛ لأنّه يفضي الى أن ينتفع أحدهما بمال شريكه مدّة بغير حقّ، وذلك انّ المكاتب اذا قدم لأحدهما ربّما عجز ورقّ، فيرجعان معاً في ماله نصفين، فيحتاج أن يرجع على القابض بنصف ما قبضه بعد أن ينتفع به تلك المدّة. هذا اذا كان بغير

إذن شريكه، فاذا أذن له في ذلك ودفع بإذنه صحّ عندنا، وقال بعضهم: لا يصحّ؛ لأنّ السيد لايملك عين مال في يد المكاتب؛ لأنّ حقّه في ذمّته، فاذا أذن له في الإقباض فكأنّه أذن له في غير حقّه، فكان وجوده وعدمه سواء، ولأنّه لو أتاهما بألفٍ ليدفع الى كلّ واحد منهما خمسمائة فتشاحا في تقدّم أحدهما فقال أحدهما: ادفع الى شريكي خمسمائة ففعل فهلكت الخمسمائة الباقية قبل أن يقبضها الآذن كان للآذن أن يرجع على القابض بنصف ما قبضه، فلو كان الإذن صحيحاً ما كان له الرجوع عليه بذلك. والأوّل أصحّ عندنا؛ لأنّ السيد يملك ماله في ذمّة المكاتب، ويملك الحجر على ما في يده، بدليل انّه ممنوع من هبته وإقراضه والتغرير به، فاذا كان كالمحجور عليه فاذا أذن له فيه فقد رفع الحجر بإذنه فوجب أن يصحّ الإذن؛ لأنّه كان له حقّان فأسقط أحدهما وبقي الآخر.

وقول المخالف: اذا دفع الى أحدهما خمسمائة ثمّ هلكت الثانية.

فالجواب: انّه ربّما أذن له في تسليم ذلك الى شريكه ليسلّم له خمسمائة قائمة في مقابلة ذلك، فاذا لم يسلّم له ذلك جاز له الرجوع فيما قبضه، وليس كذلك هاهنا؛ لأنّه أذن له أن يقبض ما في يديه ليبقى حقّه في ذمّة المكاتب، وذمّة المكاتب موجودة بعد الإقباض فلهذا تعيّن حقّه.

فاذا تقرّر هذا فمن قال: القبض لا يصحّ كان كما لو دفع الى القابض بغير الإذن، فينظر فيه، فإن كان مع المكاتب مال يدفع الى الآذن بقدر ما دفع الى القابض فعل وعتق كلّه؛ لأنّه قد أدّى جميع مال الكتابة، وإن لم يكن معه شيء غير الذي قبضه القابض كان المقبوض منه للقابض والآذن نصفين، ويكون ما بقي من ماله الكتابة لهما عليه، فاذا أدّاه عتق، وإن عجز فسخا عليه الكتابة ورقّ، هذا اذا قيل: لا يصحّ

القبض، ومتى قيل: يصحّ القبض عتق نصيب القابض؛ لأنّه قبض جميع ماله من مال الكتابة قبضاً صحيحاً، ويكون له الولاء على قدر ما عتق منه، ونصيب الآذن على الكتابة فيقوّم على القابض؛ لأنّ العتق بسبب كان منه. وهل يقوّم عليه نصيب الآذن في الحال أو عند العجز عن الأداء؟ على ما مضى من القولين، أحدهما: يقوّم في الحال نظراً للعبد، والثاني: يؤخّر التقويم نظراً للآذن؛ لأنّه يرجو أن يحصل له ماله من الكتابة ويستعيد الولاء عليه.

فمن قال: يقوّم في الحال قوّم وهو مكاتب ويضمن هذا انفساخ الكتابة وعود المكاتب الى الرقّ والعتق بعده، ويكون الولاء كلّه للقابض، فإن كان في يده مال فهو للآذن؛ لأنّه عاد رقيقاً، ولاشيء للقابض؛ لأنّه استوفى حقّه، فإن كان في يده أكثر ممّا قبض القابض أخذ الآذن منه بقدر ما قبض القابض، وكان الفضل بين الآذن والمكاتب؛ لأنّ نصفه حرّ ونصفه عبد.

ومن قال: يؤخر تقويمه قال: لم يخلُ من ثلاثة أحوال: إمّا أن يؤدّي أو يعجز أو يموت، فإن أدى عتق وكان الفاضل في يده له ويكون ولاؤه بينهما. وإن عجز قوّمناه على القابض حتى ظهر عجزه، سواء فسخ سيده أو لم يفسخ، فاذا قوّمناه وهو مكاتب زالت الكتابة بالتقويم وعاد رقيقاً ثمّ عتق كلّه على القابض فيكون الولاء كلّه له، وإن كان في يد المكاتب مال كان للآذن نصفه والباقي للمكاتب؛ لأنّه مال اكتسبه ونصفه حرّ ونصفه مكاتب. فإن مات المكاتب قبل أن يقوّم انفسخ عقد الكتابة بموته ومات ونصفه رقيق، فيكون نصف ماكان في يده للسيد الآذن؛ لأنّ نصفه مكاتب له والنصف الباقي الذي هو له بما فيه من الحرّية يرثه وارثه عندنا، فإن لم يكن له وارث فلسيده الذي أعتق نصفه بحقّ الولاء. وقال قوم: يكون للسيد

الآذن الذي يملك نصفه بحقّ الملك. وقال بعضهم: ينتقل الى بيت المال[١]. هذا آخر كلام الشيخ في المبسوط.

قوله رحمه الله: «ولو ظهر معيباً تخيّر بين الأرش والردّ فيبطل العتق على إشكال».

أقول: منشأه من انّ المقبوض ليس مال الكتابة؛ لأنّ مال الكتابة خالٍ من العيب، وهذا معيب لم يرض السيد بقبضه، فيكون باقياً على الرقّ.

ومن انّ الحرّ لايعود رقّاً، وهذا قد حكم بحرّيته فلا سبيل الى عوده في الرقّ.

والأوّل قول الشيخ رحمه الله فانّه قال في المبسوط: اذا كاتبه على عرضين الى أجلين كالثوبين ونحوهما فأدّى الثوبين عتق المكاتب في الظاهر ـ الى أن قال:ـ فإن أصاب السيد فيما قبضه عيباً كان بالخيار بين إمساكه وردّه، ثمّ لا يخلو إمّا أن يختار الامساك أو الردّ، فإن اختار الإمساك استقرّ القبض وبرئت ذمّة المكاتب عن مال الكتابة واستقرّ له العتق، وإن اختار الردّ فردّه حكمنا بارتفاع العتق الواقع في الظاهر؛ لأنّ العتق انّما يستقرّ باستقرار الأداء[٢].

والمصنّف رحمه الله كتب بخطّه حاشية على هذا الموضوع فقال: وجه الإشكال أن يقال: العتق إتلاف واستهلاك، فاذا حكم بوقوعه لم يبطل كالخلع وإن يقال: إنّ العتق انّما يستقرّ باستقرار الأداء وقد ارتفع الأداء فيرتفع العتق.

قوله رحمه الله: «يجوز بيع مال الكتابة والوصية به، فإن كان البيع فاسداً فأدّى العبد المال الى

---

(١) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ١٠٥ ـ ١٠٧.

(٢) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ٩٧.

المشتري احتمل العتق؛ لأنّه تضمّن الإذن في القبض فأشبه قبض الوكيل فيرجع السيد على المشتري إن كان من غير جنس الثمن، وإلّا تقاصّا بقدر الأقلّ ويرجع ذو الفضل وعدمه؛ لأنّه لم يقبض بالنيابة ولم يستنبه، وانّما قبض لنفسه فكان القبض فاسداً كالبيع بخلاف الوكيل فانّه استنابه. ولو صرّح البائع بالإذن فليس بمستنيب له في القبض، وانّما إذنه بحكم المعاوضة، فلا فرق بين التصريح وعدمه، فيبقى مال الكتابة بحاله في ذمّة العبد، ويرجع على المشتري بما أدّاه إليه، ويرجع المشتري على البائع، فإن سلّمه المشتري الى البائع لم يصحّ؛ لأنّه قبضه بغير إذن المكاتب فأشبه ما لو أخذه من ماله بغير اذنه على إشكال، ينشأ من تعيين العبد إيّاه لمال الكتابة بالدفع، ولايحكم بعجزه مع الدفع الفاسد، فإن أفلس المشتري لم يحكم بعجزه على إشكال».

أقول: في هذا الكلام مباحث:

الأوّل: هل يصحّ بيع مال الكتابة الذي في ذمّة المكاتب؟ جوّزه المصنّف، والشيخ في الخلاف[1].

---

(١) الخلاف: كتاب المكاتب المسألة ٣٣ ج ٣ ص ٣٨١ طبعة اسماعيليان.

ومنع منه في المبسوط فقال فيه: اذا كاتب عبداً على مال ثمّ انّ السيد باع المال الذي في ذمّة المكاتب، قال قوم: البيع صحيح، وقال آخرون: لايصحّ، وهو الأقوى عندي؛ لما روي عن النبي صلّى الله عليه وآله انّه نهى عن بيع مالم يقبض، وهذا بيع مالم يقبض[١]. وتبعه ابن البرّاج على ذلك[٢].

وقال ابن الجنيد: لايجوز عندي بيع ما على المكاتب الذي يعتق بقدر ما يؤدّي، ولا الذي شرط عليه الرقّ إن عجز دون رقبته؛ لجواز بطلان ذلك، وهو نظير بيع حبل الحبلة ولقاح الفحل[٣].

الثاني: على تقدير الحكم بفساد بيع مال الكتابة إمّا بسبب اختلال بعض شرائط البيع وأمثاله على قول المصنّف، أو مطلقاً على قول الشيخ لو أدّى المكاتب المال الى المشتري هل يعتق المكاتب أم لا؟ فيه احتمالان، أحدهما: انّه يعتق؛ لما ذكره المصنّف؛ لأنّ البيع وإن كان فاسداً إلّا انّه تضمن إذن السيد للمكاتب في تسليم الثمن الى المشتري، فكان قبض المشتري كقبض وكيل السيد، ولمّا كان قبض الوكيل صحيحاً مبرماً لذمّة العبد ومقتضياً لعتقه فكذا ما يقوم مقامه، فعلى هذا يعتق العبد ويرجع السيد بما قبضه المشتري من المكاتب إن كان المقبوض موجوداً، ويرجع المشتري على السيد بما سلّمه من الثمن إن كان موجوداً. وإن كان قد تلف أحدهما رجع صاحب الموجودبه، ورجع الآخر بمثل التالف إن كان الثمن مثلياً ،وإلّا بقيمته. وإن كانا تالفين وكانا من جنس واحد وصفة واحدة تقاصّا، فإن تساوا المقداران تساقطا، وإلّا رجع صاحب الفضل منهما على الآخر بما فضل له. والمصنّف أطلق

---

(١) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ١٢٦.

(٢) المهذّب: كتاب العتق والتدبير باب المكاتبة ج ٢ ص ٣٧٨.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الرابع في أحكام المكاتبة ص ٦٤٣ س ١٧.

التقاصّ مع التقاصّ جنساً ولم يقيّد ذلك بالتلف[١] وعدمه، والصواب ما ذكرناه.

ويحتمل عدم عتق العبد، وهو قول الشيخ في المبسوط[٢]. واستدلّ بما ذكره المصنّف من انّ المشتري انّما قبض المال من المكاتب لنفسه بحكم المعاوضة ولم يقبض بالنيابة عن البائع، فانّ البائع لم يستنبه في القبض، بخلاف الوكيل فانّه يقبض لموكّله لا لنفسه، واذا كان المشتري انّما قبض لنفسه بحكم البيع الفاسد كان قبضه بسبب البيع الفاسد فاسداً، حتى لو قدّرنا انّ البائع صرّح للمشتري بالإذن في القبض لم يكن مستنيباً له فيه، وانّما أذن له فيه بحكم المعاوضة الفاسدة، فلا فرق حينئذٍ بين أن يصرّح له بالإذن في القبض أو لا في كون القبض فاسداً في الصورتين. فعلى هذا ـ أي على احتمال انّه لا يعتق العبد ويكون القبض فاسداً ـ يبقى مال الكتابة في ذمّة العبد ويرجع السيد به عليه، وللعبد الرجوع على المشتري بما سلّم إليه من مال الكتابة لفساد القبض، ويرجع المشتري على البائع بما سلّم إليه من الثمن؛ لأنّه لم يسلّم له البيع.

الثالث: لو سلّم هذا المشتري ما قبضه من المكاتب الى البائع فهل يصحّ ويبرأ المكاتب ويحكم بعتقه؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّه لم يجز له قبضه بغير إذن المكاتب، كما لا يجوز له أن يأخذ شيئاً من مال بغير إذنه، فكما انّه لو قبض من ماله الذي في يده بغير إذنه كان فاسداً فكذا اذا قبض ماله من المشتري بغير إذنه.

ومن انّ المكاتب لمّا دفعه مختاراً الى مشتري مال الكتابة كان قد عيّنه من

---

(١) في ش: «بالتساوي».

(٢) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ١٢٦.

الكتابة فيكون للسيد أخذه، كما لو عيّنه من غيره، بخلاف أخذ السيد ممّا في يده من ماله؛ لأنّه لم يعيّنه.

الرابع: اذا كان المكاتب قد دفع مال الكتابة بأجمعه الى مشتريه ـ على تقدير الحكم بفساد البيع ـ ثمّ أفلس المشتري ولم يكن للعبد سواه يدفعه فهل يحكم بعجزه؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّه دفع جميع ما في ذمّته من مال الكتابة الى المشتري بقول السيد وإن كان الدفع فاسداً؛ لأنّه لم يعجز عن أدائه، فلولا إذن السيد في تسليمه بحكم البيع الى المشتري لكان قد دفعه الى سيده، فلم يتحقّق عجزه.

ومن فساد الدفع وبقاء مال الكتابة في ذمّته ولم يقدر على أدائه فكان عاجزاً.

قوله رحمه الله: «لو ادّعى العبد دفع الجميع الى أحدهما ليقبض حقّه ويدفع الباقي الى شريكه فأنكر حلف وبرئ .ولو قال: دفعت إليّ حقّي والى شريكي حقه حلف الشريك، ولانزاع بين العبد والشريك، وللشريك مطالبة العبد بجميع حقّه بغير يمين وبنصفه، ومطالبة المدّعي بالباقي بعد اليمين انّه لم يقبض من المكاتب شيئاً ولا يرجع على العبد، فإن عجز العبد فللشريك استرقاق نصفه. و قيل: ويقوّم على القابض نصيب الشريك؛ لاعتراف العبد بالرقّية، بخلاف الأُولى».

أقــول: القائل بأنّه يقوّم على القابض هو الشيخ رحمه الله فانّه قال في المبسوط: يقوّم هاهنا على المقرّ نصيب شريكه؛ لأنّ العبد معترف انّه يسترق بحقّ؛ لأنّه يقول: قد قبض أحدهما منّي ولم يثبت انّه دفع الى شريكه حقّه منه وأنا مملوك فكـان له تقويمه عليه. قال: ويفارق الأُولى[1]، كما قال المصنّف: بخلاف الأُولى.

والمراد بـ«الأُولى» هو: انّه لو كان العبد قد ادّعى انّه سلّم الى كلّ من الشريكين حقّه من مال الكتابة فصدّقه أحدهما وأنكر الآخر فانّه اذا حلف الآخر على عدم القبض ثمّ عجز العبد عن أداء حصّة الحالف واسترقّه فإن نصيبه هاهنا لايقوّم على المعترف بقبض حقّه من مال الكتابة، والفرق بينهما انّ في هذه المسألة كلّ من المقرّ والمنكر والعبد قد اعترف بعدم تحقّق التقويم. امّا القابض فلأنّه يقول: العبد بأجمعه حرّ؛ لأنّه أدّى إليّ والى شريكي جميع مال الكتابة، فلا يتحقّق تقويم الحـرّ، وكـذا العبد؛ لأنّه يدّعي تسليم الجميع إليهما، وانّه بأجمعه حرّ. وأمّا الشريك المنكر فلأنّه يقول: هو بأجمعه رقّ، امّا حصّتي فلأنّه لم يدفع إليّ شيئاً، وأمّا حصّة الشريك فلأنّ ما قبضه لي نصفه فلا يكون قد أدّى إليه جميع حقّه؛ لأنّ الذي أدّاه إليه لي ولشريكي فحصّته أيضاً رقّ، فلا ينفذ عتق شيء منه فلا تقويم أيضاً.

قــوله رحمــه الله: «ويحـتمل عـدم التـقويم؛ لاعتراف القابض بحرّية الجميع، والشريك برقّية الجميع».

أقــول: قد ذكرنا انّ الشيخ رحمه الله قال في المبسوط ـ في صورة ما انّـه اذا

---

(١) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ١٠٣.

ادّعى على أحدهما تسليم الجميع ليقبض حقّه ويسلم الى شريكه الباقي فصدّقه عن نفسه وزعم انّ العبد سلّم الى شريكه حقّه وأنكر الشريك ثمّ عجز عن أداء حصّة الشريك ـ: يقوّم على المقرّ حصّة المنكر بعد يمينه على عدم القبض من المكاتب؛ لما تقدّم من التعليل. والمصنّف ذكر احتمال عدم التقويم هنا بناءً على القول بالتقويم.

ووجه هذا الاحتمال ممّا ذكره المصنّف من انّ التقويم انّما يكون لو كان بعضه رقّاً وبعضه حرّاً، لكن يزعم المقرّ انّ جميعه حرّ؛ لأنّه أدّى جميع مال الكتابة إليه والى شريكه، ويزعم شريكه انّ الجميع رقّ؛ لأنّه يقول: ما قبضت فنصيبي رقّ، والذي قبضه المقرّ بيني وبينه فلا يكون قد قبض جميع حقّه. وهذا الاحتمال يندفع بأنّ التقويم هنا لحقّ العبد، وهو يزعم انّ بعضه رقّ للمنكر وبعضه حرّ ـ وهو حصّة القابض ـ فكان له المطالبة بالتقويم لتكمل له الحرّية.

قوله رحمه الله: «قيل: ويقوّم على الشريك القابض مع يساره، إلّا أن يصدّقه العبد في الدفع، فلا يقوّم؛ لاعترافه بأنّه حرّ، وانّ هذا ظالم بالاسترقاق».

أقول: هذا أيضاً قول الشيخ[1]، وإن كان لم يصرّح به في هذا الموضوع من كتاب المبسوط لكنّه لازم من قوله رحمه الله:«لو اختلفا في القدر فالقول قول السيد مع يمينه، ويحتمل تقديم قول العبد».

أقول: اذا اختلف السيد والمكاتب في قدر مال الكتابة احتمل فيه وجهان:

---

(١) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ١٠٠.

أحدهما: تقديم قول السيد مع يمينه وعدم البيّنة؛ لأنّ المكاتبة معاملة على ماله بماله، فالعبد في الحقيقة هو المدّعي على السيد يزعم بأنّه بأداء القدر الذي ادّعاه يحكم له بالعتق، والمالك ينكر ذلك فكان قوله مقدّماً مع يمينه.

ويحتمل تقديم قول العبد؛ لأنّ السيد قد اعترف بالكتابة ويدّعي ثبوت مال في ذمّة العبد زائد على ما اعترف به والعبد ينكر، والأصل براءة ذمّته من الزيادة.

قوله رحمه الله: «لو قبض من أحد مكاتبيه واشتبه لرجاء التذكّر فإن مات استعملت القرعة، فإن ادّعى كلّ منهما علمه حلف على نفي العلم، فلو مات حلف الورثة على نفي العلم أيضاً، ولو أقام أحد العبدين بيّنة بالأداء قبلت، سواء كانت قبل القرعة أو بعدها، ويظهر فساد القرعة؛ لأنّ البيّنة أقوى، ويحتمل عتقهما معاً».

أقول: وجه هذا الاحتمال انّ الذي أخرجته القرعة حكم بعتقه شرعاً القرعة المأمور باستعمالها هنا، والحرّ لا يعود رقّاً، والآخر حكم له بالعتق؛ لإقامة البيّنة بدفع مال الكتابة فيحكم بعتقهما جميعاً.

قوله رحمه الله: «ويجوز أن يصالحه على ما في ذمّته بأقلّ أو أكثر لا بمؤجل؛ لأنّه يصير بيع دَين مثله على رأي».

أقول: هذه المسألة مبنيّة على أصلين، أحدهما: انّ الصلح هل هو أصل بنفسه أو فرع على غيره؟ والآخر: انّه لا يجوز مع بيع الدَين بالدَين.

امّا الأوّل فالمشهور بين الأصحاب انّه أصل بنفسه، وهو أحد قولَي الشيخ في المبسوط[١]، وابن ادريس[٢]، وابن سعيد[٣]، والمصنّف في أكثر كتبه[٤].

والقول الآخر للشيخ في المبسوط[٥] انّه فرع على غيره، وهو ظاهر كلام المصنّف هنا، وأمّا بيع الدَين بالدَين فانّه لايجوز إجماعاً، لكن اختلف في تفسيره، فقال بعضهم: هو أن يبيع دَيناً في ذمّة واحد بدَين في ذمّة الآخر، واختاره ابن سعيد[٦] في النافع.

وابن ادريس قال: لايجوز بيع الدَين المؤجّل على غير من هو عليه بلا خلاف، وأمّا الحال فمنع من بيعه نسيئة. قال: لأنّه بعينه هو بيع دَين بدَين[٧].

وقال في النهاية: إنّه مكروه، مع انّه منع من بيع الدَين بالدَين[٨].

والمصنّف استحسن مذهب ابن ادريس.

قوله رحمه الله: «والأقرب عدم اشتراط الاسلام، فلو كاتب الذمّي عبده يصحّ».

---

(١) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٨٩.

(٢) السرائر: كتاب الديون والكفالات والحوالات والوكالات باب الصلح ج ٢ ص ٦٤.

(٣) شرائع الاسلام: كتاب الصلح ج ٢ ص ١٢١.

(٤) مختلف الشيعة: كتاب الاجارة الفصل الخامس في الصلح ٤٧٥ س ٢٣، تحرير الأحكام: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٢٩ س ١٥، تذكرة الفقهاء: كتاب الصلح ج ٢ ص ١٧٧ س ٦.

(٥) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٨٨.

(٦) المختصر النافع: كتاب التجارة الفصل الثامن في السلف ص ١٣٤.

(٧) السرائر: كتاب الديون ج ٢ ص ٥٥.

(٨) النهاية ونكتها: كتاب الديون باب بيع الدين ج ٢ ص ٣١.

أقــول: قد تقدّم انّه هل يصحّ من الكافر العتق أم لا؟ فمن جوّزه منه العتق فالكتابة عنده جائزة قطعاً، وانّما الإشكال على قول من يقول: إنّ الاسلام شرط في العتق، فمذهب المصنّف والأقرب عنده من انّ الاسلام ليس شرطاً في صحّة الكتابة.

ووجه القرب انّ الكتابة ليست عتقاً، وانّما هي معاملة بين السيد وعبده على عوض معلوم فهي نوع معاوضة، والكافر يصحّ منه ايقاع أنواع المعاوضات، بخلاف العتق فانّه مشروط بنيّة القربة وهي متعذّرة من الكافر.

قوله رحمه الله: «ولو كان العبد مسلماً ففي صحّة كتابته نظر».

أقــول: وجه النظر انّ المانع انّما هو ثبوت السبيل للكافر على المسلم، وهو منفيّ بالكتابة كما ينتفي بالبيع؛ لانقطاع سلطنة الكافر عنه بالكلّية، وانّما يبقى له في ذمّته دَين، والكافر قد يثبت له الدَين في ذمّة المسلم.

ومن عموم الأمر ببيع المسلم عند الكافر عليه من المسلمين.

والأقرب عند المصنّف المنع من الكتابة، ووجوب قهره على البيع من مسلم.

ووجه القرب انّه بالكتابة لايخرج عن الملك، ولا سبيل أعظم من تملّك الكافر للمسلم فيكون ممنوعاً منه؛ لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾[1] وهو مذهب ابن الجنيد أيضاً فانّه قال: فلو كاتب الذمّي عبده عند إسلامه لم تصحّ الكتابة، ثمّ قال: فإن ترافعا إلينا حكمنا على الذمّي بالعتق وردّ فضل ما أخذه بالكتابة على قيمته يوم أسلم[2].

---

(١) النساء: ١٤١.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الخامس في الاستيلاد ص ٦٤٦ س ٢٦.

قال المصنّف رحمه الله في المختلف: والوجه انّ المال للمولى؛ لأنّه لم يخرج عن ملكه بالاسلام، والكتابة باطلة على ما قرّره[١].

قلت: لايلزم من بطلان الكتابة على مذهب ابن الجنيد كون المال للسيد؛ لأنّ الظاهر من مذهبه انّ العتق بالصفة يصحّ، كما هو مذهب الجمهور[٢]. فعلى هذا القول اذا دفع المال في الكتابة الفاسدة فقد تحقّقت الصفة المقتضية للعتق، واذا وجدت الصفة عتق وعليه القيمة للمولى، فاذا كان قد دفع إليه زيادة عن قيمته كان له استرجاع الفضل.

قوله رحمه الله: «امّا لو أسلم بعد الكتابة فالأقرب اللزوم، لكن لو عجز معجّزة واسترقّه بيع عليه، ويحتمل عدم التعجيز».

أقول: يعني لو كاتب الذمّي عبده ثمّ أسلم المكاتب فالأقرب انّ الكتابة لاتبطل بل تكون لازمة؛ لأنّه انّما أسلم بعد انعقاد عقد الكتابة وانقطاع تصرّف مولاه عنه، ولأنّ الأمر بالبيع انّما يتحقّق في من يصحّ بيعه، والمكاتب لايصحّ بيعه. فعلى هذا لو عجز فهل له أن يعجّزه ويسترقّه؟ فيه وجهان:

أحدهما: له ذلك؛ لأنّه مقتضى عقد الكتابة، وحينئذٍ يقهر على بيعه من مسلم.

والآخر: انّه ليس له تعجيزه؛ لأنّه يتضمّن صيرورة المسلم ملكاً قنّاً للكافر، وإثبات السبيل له على المسلم اختياراً، وهو غير جائز.

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الخامس في الاستيلاد ص ٦٤٦ س ٢٧.

(٢) المحلّى: كتاب الكتابة المسألة ١٦٩٢ ج ٩ ص ٢٤٢.

قوله رحمه الله: «ولو كاتب المرتدّ لم تصحّ كتابته إن كان عن فطرة؛ لزوال ملكه عنه، وإن كان عن غيرها فكذلك إن كان العبد مسلماً؛ لوجوب بيعه عليه. ويحتمل وقوعها موقوفة، فإن أسلم تبيّنّا الصحّة، وإن قتل أو مات بطلت، فإن أدّى حال الردّة لم يحكم بعتقه بل يكون موقوفاً».

أقول: وجه احتمال كونه موقوفاً انّ بطلان تصرّفه انّما يتحقّق عند بقائه على الكفر، امّا على تقدير رجوعه الى الاسلام فيمنع ذلك؛ لعموم قوله عليه السلام: «الناس مسلّطون على أموالهم»[1] ولا خلاف في انّ مال المرتدّ عن غير فطرة باقٍ على ملكه، فعلى هذا لو دفع مال الكتابة في حال ردّة مولاه لم يحكم بعتقه؛ لعدم العلم بعوده الى الاسلام بل يكون موقوفاً، فإن أسلم السيد تبيّنّا صحّة الكتابة وصحّة الدفع والعتق، وإن قتل أو مات تبيّنّا بطلان الكتابة.

قوله رحمه الله: «ولو ارتدّ بعد الكتابة ادّى العبد الى الحاكم لا إليه ويعتق بالأداء، فإن دفع إليه كان موقوفاً أو باطلاً على التردّد».

أقول: هذا مبنيّ على انّ تصرّفات المرتدّ عن غير فطرة هل هي باطلة من

---

(١) لم نعثر عليه في كتب الحديث ونقله العلّامة في التذكرة: كتاب البيع في أحكام الشروط في ضمن العقد ج ١ ص ٤٨٩ س ٤٣.

رأس أو موقوفة؟ بمعنى انّه لو أسلم ظهر كونها وقعت صحيحة وإلّا ظهر كونها باطلة؟ ويحتمل الأوّل؛ لأنّه بالارتداد صار محجوراً عليه. ويحتمل الثاني؛ للخبر، ولأنّ ثبوت الحجر عليه قبل حكم الحاكم بذلك مشكوك فيه.

قوله رحمه الله: «وفي اشتراط الحاكم بالحجر وفي تعجيزه بالدفع الى التلف مع المرتدّ إشكال».

أقول: هاهنا مسألتان:

إحداهما: انّه هل يشترط في ثبوت الحجر على المرتدّ حكم الحاكم بذلك أو لا بل يكون محجوراً عليه لمجردّ الارتداد؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّ الحجر حكم شرعي طارئ بعد الارتداد، والأصل عدمه، فلا يثبت قبل حجر الحاكم عليه.

ومن وجود السبب المقتضي للحجر وهو الارتداد، فيكون كافياً في ثبوت الحجر عليه؛ لأنّ وجود العلّة كاف في تحقق المعلول.

المسألة الثانية: لو دفع الى المرتدّ مال الكتابة في حال ارتداده وتلف في يده قبل إسلامه هل يحكم بتعجيزه؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّ الدفع الى المرتدّ فاسد، فلا يكون مبرئاً، ولم يؤدّ غيره، ولا في يده ما يؤخذ منه لغرض ذلك فكان عاجزاً.

ومن انّ إتلاف المرتدّ لما قبضه اذا لم يكن القبض صحيحاً يكون مضموناً عليه، وله مثله في ذمّة المكاتب؛ لأنّه لم يخرج عن كونه مالكاً لأمواله، وإن منع من التصرّف فيها فكان يقع التقاصّ. امّا لو أسلم فانّه يجب عليه ردّ ما أخذه في حال ردّته؛ لأنّا بيّنّا انّ أمواله باقية عليه وقد قبض ماله فيكون محسوباً عليه.

قوله رحمه الله: «ويجوز لوليّ الطفل والمجنون الكتابة مع الغبطة على رأي».

أقول: للشيخ في ذلك قولان، أحدهما: الجواز مع الغبطة ـ كما اختاره المصنّف ـ ذكر ذلك في الخلاف[١]. والآخر: المنع، ذكره في المبسوط[٢].

قوله رحمه الله: «وتصحّ كتابة المريض من الثلث؛ لأنّها معاملة على ماله بماله، فإن خرج من الثلث عتق أجمع عند الأداء، وإن لم يكن غيره صحّت في ثلثه، وكان الباقي رقّاً على رأي».

أقول: الخلاف هنا مبنيّ على انّ منجّزات المريض هل هي من ثلث تركته أم لا؟ وقد تقدّم ذلك في كتاب الوصايا[٣].

قوله رحمه الله: «ولو كاتب المسلم كافراً فالأقرب البطلان».

أقول: وجه القرب ما استدلّ به السيد المرتضى فإنه منع في الانتصار من صحّة كتابة الكافر[٤]، واستدلّ عليه بأنّ فيه تسليطاً على مكاره أهل البيت عليهم السلام والايمان؛ لقوله تعالى: ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾[٥] وليس

---

(١) الخلاف: كتاب المكاتب المسألة ٢٢ ج ٣ ص ٣٧٩ طبعة اسماعيليان.

(٢) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ٩٥.

(٣) تقدّم في ج ٢ ص ٢٧٠.

(٤) الانتصار: في مسائل التدبير والمكاتبة ص ١٧٤.

(٥) النور: ٣٣.

المراد المال وحسن التكسّب، فانّه لايسمّى الكافر والمرتدّ اذا كانا موسورين بأنّ فيهما خيراً، ويسمّى ذو الايمان خيراً، وإن لم يكن موسراً فالحمل على ما ذكرناه أولى. ولو تساوت الاحتمالات وجب الحمل على الجميع، وذلك بناءً على مذهب من حمل اللفظ المشترك على جميع معانيه عند التجرّد عن القرائن. والمصنّف جوّز في المختلف كتابة الكافر[١].

قوله رحمه الله: «ولو كاتبه مثله لم يصحّ على إشكال».

أقول: قد ذكر أوّلاً انّه اذا كاتب الذمّي عبده صحّ، ومراده عبده الذمّي؛ لأنّه قال بعد ذلك: «ولو كان العبد مسلماً ففي صحّة كتابته نظر» فدلّ على انّ مراده اذا كاتب الذمّي عبده الكافر وهي هذه المسألة بعينها، لكنه رجّح هناك الصحّة وهاهنا استشكل ذلك.

ووجه الإشكال من حيث الشكّ في تفسير الخير في قوله تعالى: ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾[٢] قال بعضهم: فسّر الخير بالمال والقدرة على الاكتساب، وبعضهم جعله الصلاح، وآخرون جعلوه المجموع. فإن جعلنا انّه عبارة عن الدّين والأمانة ـ كما قاله السيد المرتضى[٣] أو عبارة عن مجموع الأمانة والتكسّب ـ كما قاله الشيخ في الخلاف[٤] والمبسوط[٥] ـ أمكن القول: بأنّه لايصحّ؛ لأنّ الكافر

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الرابع في أحكام المكاتبة ص ٦٣٩ ـ ٦٤٠ س ١.

(٢) النور: ٣٣.

(٣) الانتصار: في مسائل التدبير والمكاتبة ص ١٧٤.

(٤) الخلاف: كتاب المكاتب المسألة ٣ ج ٣ ص ٣٧٢ طبعة اسماعيليان.

(٥) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ٧٣.

لا أمانة له.

وإن جعل عبارة عن التكسّب لاغير ـ كما قاله آخرون من المفسّرين ـ صحّ كتابة الكافر.

قوله رحمه الله: «ويجوز أن يكاتب بعض عبده على رأي».

أقول: منع الشيخ من ذلك في المبسوط فقال فيه: اذا كاتب بعض عبده فإن كان باقيه حرّاً صحّت الكتابة، وإن كان مملوكاً له فالصحيح انّ الكتابة باطلة؛ لأنّ المقصود بالكتابة وقوع العتق بالأداء وهو مفقود هنا؛ لأنّه لا يتمكّن أن يتصرّف؛ لأنّ السيد يمنعه من التصرّف لما فيه من الرقّ، ولا يأخذ من الصدقات، واذا أخذ اقتضى أن يقاسمه السيد عليها. وقال بعضهم: يصحّ، كما لو كان النصف لغيره وكاتبه بإذنه. والأوّل أقوى وإن كان الثاني قوياً[1].

قوله رحمه الله: «وحصّته من المشترك ومن المعتق بعضه، ولو كاتب حصّته بغير إذن شريكه صحّ وإن كره الشريك، ولا تسري الكتابة الى باقي حصّته ولا الى حصّة شريكه، نعم قيل: اذا أدّى جميع مال الكتابة عتق عليه إن كان موسراً، ولو كان له سرى العتق الى باقيه».

---

(١) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ٩٨.

أقول: القائل بأنّه يسري الى حصّة شريكه ويقوّم عليه هو الشيخ في المبسوط، لكنه قال بذلك اذا كاتبه بإذن شريكه، أمّا اذا كاتبه بغير إذن شريكه فإن الكتابة عنده باطلة[١].

وقوله: «ولو كان له سرى الى باقيه» تمام القول المحكي عن الشيخ رحمه الله، لكن الشيخ[٢] رحمه الله عنده انّه اذا كان العبد بأجمعه له وكاتب بعضه تكون الكتابة باطلة على ما حكيناه عنه، إلّا انّه فرّع على قول المخالف في الكتابة الفاسدة انّه اذا أدّى عتق؛ لوجود الصفة.

ثمّ قال: فاذا تمّ عتق نصفه بأداء عن كتابة فاسدة عتق باقيه؛ لأنّ باقيه له، واذا عتق بعضه بسبب عتق الباقي بالسراية[٣].

قوله رحمه الله: «ولو ظهر عيب في العوض فله ردّه وإبطال العتق وأخذ الأرش فيبقى على العتق، ولو تعيّب عنده كان له دفعه بالأرش، وقيل: لا».

أقول: القائل بأنّه ليس له ردّه بالأرش هو الشيخ في المبسوط[٤].

واعلم انّ المصنّف جزم هنا بأنّ له ردّه وإبطال العتق، وقد ذكر هذه المسألة بعينها من قبل، واستشكل بطلان العتق، فقال: لو ظهر معيباً ـ يعني العوض ـ تخيّر بين

---

(١) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ٩٩ ـ ١٠٠.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق.

(٤) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ٩٧.

الأرش والردّ، فيبطل العتق على إشكال. ولو تجدّد في العوض عيب عند السيد لم يمنع من الردّ بالعيب الأوّل مع الأرش الحادث.

وقال الشيخ: يمنع[١].

قوله رحمه الله: «ولو رضي المالك بالمعيب انعتق، وهل ينعتق من حين الرضا أو القبض؟ إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّ المقبوض أوّلاً لم يكن مال الكتابة؛ لأنّ مال الكتابة خالٍ من العيب، والمقبوض معيب، فاذا لم يكن مال الكتابة لم يحصل العتق به في وقت القبض.

ومن حيث إنّ المعيب اذا رضي به المالك وقع عن مال الكتابة المستحقّ، واذا حصل الرضا كشف عن كونه مال الكتابة، وقد قبض فيحصل العتق من وقت قبضه.

قوله رحمه الله: «ولو قال: هو حرام لم يقبل، ويحتمل أن ينزعه الحاكم فيحفظه في بيت المال الى أن يعيّن مالكه وأن يبقيه، فحينئذٍ الأقرب قبول تكذيب نفسه».

أقول: قد تقدّم انّ المكاتب اذا دفع الى سيده مال الكتابة فقال السيد: هذا المال حرام ولم يعيّن المقرّ له قال الشيخ في المبسوط: أقرّ في يده[٢]. وتردّد المصنّف في

---

(١) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ٩٧.

(٢) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ٩٢.

ذلك ولم يذكر الاحتمالين، بل قال: فيه نظر. وهاهنا ذكر أحدهما: انّه ينتزعه الحاكم من يده ويجعله في بيت المال الى أن يعيّن المقرّ صاحبه. وأقول: أو الى أن تقوم الحجّة بتعيين صاحبه، ووجه انتزاعه ما تقدّم. والآخر: إقراره في يده، كما ذكرنا من قبل.

فعلى هذا الاحتمال الأخير لو أكذب السيد نفسه في كونه حراماً هل يقبل منه ويحكم له بملكه؟ الأقرب عند المصنّف ذلك؛ لأنّه مال في يده ولا يدّعيه عليه أحد، وقد ادّعاه مع عدم المنازع له فيه فيقضي له به.

قوله رحمه الله: «ولو قبضه من مال الصدقة وجب قبوله، فإن عجز فاسترقّ فالأقرب عدم زوال ملكه عنه».

أقول: اذا قبض بعض مال الكتابة من المكاتب المشروط وكان المقبوض قد دفع الى المكاتب من الصدقات ثمّ عجز المكاتب واسترّقه السيد فالأقرب عند المصنّف انّ ملكه لايزول من المقبوض؛ لأنّ العبد ملكه وقت قبضه؛ لأنّه من مصارف الصدقات حين القبض، ولمّا دفعه الى السيد من الكتابة ملكه؛ لأنّه قبضه من ماله عن دينه المستحقّ له في ذمّته بإذنه فاستقرّ ملكه عليه، فلايزول بتجدّد ردّه في الرقّ لعجزه. خلافاً لابن الجنيد حيث قال: لو كان السيد ممّن لا تحلّ له الصدقة حلّ له ما يأخذه من مكاتبه اذا تصدّق عليه، فإن ردّه لعجزه ردّ ما أخذه من الصدقة على صاحبه إن عرفه، أو على أهل الصدقات إن لم يعرفه[1].

قوله رحمه الله: «ولا يجب الإنظار إلّا بقدر ما

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الرابع في أحكام المكاتبة ص ٦٤٥ س ٩.

يخرج المال من حرزه، ولو كان غائباً فالأقرب انّ له الفسخ».

أقــول: يريد لو كان غائباً ـ أي المكاتب ـ وحلّ النجم فهل له الفسخ؟ قال المصنّف: الأقرب انّ له الفسخ؛ لأنّ العبد قد لا يقدر على ايصال مال الكتابة الى سيده في ذلك الوقت فيتحقّق العجز، فيكون للسيد الفسخ؛ لأنّ الفسخ حقّ له، فكان الأمر فيه إليه.

وقال الشيخ في المبسوط: وإن كان العبد غائباً فليس للسيد أن يفسخ الكتابة بنفسه، بل يحتاج الى حاكم يرفعه إليه، ويثبت عنده انّ عليه للمكاتب مالاً، وانّه قد تعذّر عليه الأداء، فاذا فعل ذلك استحلفه الحاكم مع البيّنة وقضى له بالفسخ، ويكون هذا قضاء على الغائب[1].

قوله رحمه الله: ولو منع مع القدرة فهل للمولى الإجبار أو الحاكم أو لا؟ فيه نظر، الأقرب ذلك».

أقــول: يريد لو منع المكاتب من أداء مال الكتابة في وقته مع قدرته على المال فهل للسيد إجباره على الأداء أو للحاكم أو ليس لأحدهما ذلك؟ فيه نظر.

ينشأ من احتمال الأوّل؛ لأنّ المكاتب رقّ لمولاه، وانما انقطع بالكتابة تصرّفه فيه ممّا عدا الاستيفاء فكان له الاستيفاء.

ومن احتمال الثاني؛ لأنّ مال الكتابة دَين للسيد في ذمّته، وليس له الاستقلال باستيفاء دَينه؛ لأنّ تعيين القضاء الى المديون لا إليه، فاذا امتنع كان التعيين الى

---

(١) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ١٥٦.

الحاكم، كما لو امتنع المديون من أداء الدّين.

ومن احتمال الثالث؛ لأنّ حقّ السيد عند امتناع المكاتب من الفسخ، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّ المالك عند تعذّر قبضه لمال الكتابة يتسلّط على الفسخ، كمالو كان العبد غائباً وهو قادر على مال الكتابة كما تقدّم.

قوله رحمه الله: «وإن منعناه كان له الفسخ، وكذا في إلزامه بالسعي».

أقول: يريد لو قلنا: إنّه ليس للسيد أن يقهره على الدفع ولا للحاكم تعيّن له الفسخ، والبحث في امتناع المكاتب من السعي في تحصيل مال الكتابة كالبحث عن الامتناع عن أداء المال الموجود في يده بعد حلول الحقّ عليه، فإنّ الاحتمالات الثلاثة واردة هاهنا.

واعلم انّ مذهب الشيخ رحمه الله انّ الكتابة جائزة من طرف العبد فله أن يمتنع من السعي، وليس للحاكم ولا للسيد إجباره على ذلك[1]. وقد تقدّم البحث فيه.

قوله رحمه الله: «والأقرب أنّ للمولى إجباره على الأداء».

أقول: يريد لو مات المكاتب المطلق وقد أدّى بعض كتابته كان للسيد ممّا تركه بقدر ما فيه من الرقّية وللورثة بقدر ما فيه من الحرّية، فاذا كان الوارث تابعاً له في الكتابة ـ كالأولاد المتجدّدين بعد الكتابة ـ دفعوا الى السيد من نصيب الحرّية ما بقي على أبيهم من مال الكتابة.

---

(١) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ٩١.

والأقرب عنده أنّ للسيد إجبارهم على الأداء؛ لأنّه دَين، فكان له قهرهم على أدائه.

قوله رحمه الله: «وفي رواية يؤدّي الأولاد المتخلّف من الأصل ولهم الباقي».

أقول: هذه الرواية عن الصادق عليه السلام وردت من طريقين:

أحدهما: ما رواه الشيخ في الصحيح عن جميل بن درّاج، عنه عليه السلام قال: سألته عن مكاتب يؤدّي بعض مكاتبته ثمّ يموت ويترك أبناء من جارية له، فقال: إن كان قد اشترط عليه انّه إن عجز فهو رقّ رجع ابنه مملوكاً والجارية، وإن لم يشترط عليه صار ابنه حرّاً، وردّ على المولى بقية المكاتبة، وورثه ابنه منه ما بقي[1].

والآخر: ما رواه الشيخ أيضاً في الصحيح عن أبي سنان، عنه عليه السلام في مكاتب يموت وقد أدّى بعض مكاتبته وله ابن من جارية، قال: إن اشترط عليه إن عجز فهو مملوك رجع ابنه مملوكاً والجارية، وإن لم يكن اشترط عليه أدّى ابنه ما بقي من مكاتبته وورث ما بقي[2].

واعلم انّ ابن الجنيد[3] ذهب الى انّ الولد يؤدّي باقي مال الكتابة من الأصل ويرث الباقي، كما تضمّنته الروايتان المذكورتان.

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣ أحكام المكاتب ح ٢٥ ج ٨ ص ٢٧٢، وسائل الشيعة: ب ١٩ من أبواب المكاتبة ح ٣ ج ١٦ ص ١٠٠.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٣ أحكام المكاتب ح ٢٤ ج ٨ ص ٢٧٢، وسائل الشيعة: ب ١٩ من أبواب المكاتبة ذيل الحديث ٣ ج ١٦ ص ١٠٠.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الرابع في أحكام المكاتبة ص ٦٤٠ س ١٤.

والشيخ رحمه الله حمل الروايتين على انّه اذا أدّى باقي مال الكتابة ممّا يخصّه جمعاً بين هاتين الروايتين وروايات أُخرى تدلّ على مطلوبه، ذكرها في التهذيب[١].

قوله رحمه الله: «ويجب على السيد إعانة المكاتب من الزكاة إن وجبت عليه وإلّا استحبّت، ولا يتقدّر قلّةً ولا كثرة، ويتضيّق اذا بقي عليه أقلّ ما يسمّى مالاً، ولو أخلّ حتى انعتق بالأداء قيل: وجب القضاء».

أقول: القائل بوجوب القضاء هو الشيخ رحمه الله، حتى انّه قال: لو مات السيد أُخرج من تركته، فإن كان عليه دَين آخر وضاقت التركة عنهما بسّط عليهما بالحصص، ولو كان سيده قد أوصى بوصية قدّمت الإعانة عليها[٢].

قوله رحمه الله: «قيل: ويجب على المكاتب قبول الإيتاء إن دفع المالك من عين مال الكتابة دون جنسه».

أقول: هذا أيضاً قول الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: وأمّا الكلام في جنسه فإن السيد بالخيار بين أن يحطّ شيئاً من له في ذمّته وبين أن يدفع إليه مناولة؛ لقوله تعالى: ﴿وآتوهم من مال الله الذي آتاكم﴾ وحقيقة الدفع المناولة، ودليل الحطّ ما رواه علي عليه السلام، عن النبي صلّى الله عليه وآله في قوله تعالى:﴿وآتوهم من

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣ أحكام المكاتب ذيل الحديث ٣٢ و ٣٣ ج ٨ ص ٢٧٤.

(٢) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ٩٤ ـ ٩٥.

مال الله الذي آتاكم﴾ أن يحطّ ربع مال الكتابة، والحطّ أشبه بالشرع وأحوط، فإن حطّ فلا كلام. وإن إختار الإيتاء ففيه ثلاث مسائل: إمّا أن يؤتيه من عين مال الكتابة، أو من غير جنسه، أو مثل جنسه. فإن أتاه من عينه ـ وهو عين ما أدّى إليه ـ يلزمه القبول؛ لأنّه أتاه من المال الذي أمره الله تعالى أن يؤتيه. وإن أتاه من غير جنسه مثل أن يكاتبه على دنانير فأتاه دراهم لم يجب على المكاتب القبول؛ لأنّ الله تعالى أوجب حقّه في مال الكتابة، فلا يلزمه أن يقبل حصّةً من غير جنسه. وأمّا إن أتاه مثل جنسه فقال قوم: لا يجب عليه القبول، ومنهم من قال: يجب عليه، قال: وهو الأقوى عندنا[1].

قوله رحمه الله: «ولو أراد تعجيزه قبل إخلاء يده عن المال يأخذه بالدَين فيه إشكال».

أقول: يريد لو كان للسيد على المكاتب المشروط دَين معاملة ومال الكتابة كان للسيد أن يأخذ ما في يده بالدَين ثمّ يعجّزه، وهل له أن يعجّزه قبل أن يخلي يده يأخذ المال من دَينه أوّلاً أو لا؟ فيه إشكال.

ينشأ من انتفاء الفائدة؛ لأنّه اذا عجز عن أداء المجموع واختار المولى أخذ ما في يده من دَينه وله ذلك فقد تحقّق عجزه عن أداء مال الكتابة في وقت وجوبه فكان له الفسخ.

ومن انّه قبل أخذه في الدَين لم يزل ملكه عن ماله إلّا بأخذه ، فهو مالك لمقدار الأخذ حينئذٍ، فلا يكون عاجزاً، إلّا بإخلاء يده من المال، فلم يكن للسيد الفسخ قبله.

---

(١) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ٩٤.

قوله رحمه الله: ولو كان عليه دَين معاملة لأجنبي وأرش جناية احتمل التوزيع، والباقي للمولى وتقديم الدَين؛ لأنّ للأرش متعلّقاً بعد الرقبة».

أقول: لايحتاج الى قوله: «فالباقي[1] للمولى» لأنّ الفرض انّ عليه دَيناً من معاملة وأرش جناية وهو يقصر عن الجميع، إذ لو وفى بالكلّ لما جاز الحجر عليه، وقد قال بعد ذلك: «هذا مع الحجر عليه وقبله له تقديم من شاء» واذا فرض قصور ما في يده عن الدَين وأرش الجناية فأيّ باقٍ يكون للمولى حينئذٍ؟

اذا عرفت هذا فالوجه في التوزيع عليهما انّ عليه حقّين لشخصين وكلّ منهما يطالبه بحقّه فلم يكن للحاكم أن يخصّ أحدهما بما في يده دون صاحبه فوجب التوزيع، ولأنّ صاحب المعاملة رضي بذمّة المكاتب، والجناية ليست برضا المجنى عليه.

قوله رحمه الله: «وله بيع النجوم إن قلنا بوجوب المال، وإلّا فلا؛ لأنّه دَين غير لازم، فإن قبض المشتري عتق المكاتب، أمّا عندنا فظاهر، وأمّا على الفساد فلأنّه كالوكيل».

أقول: قد حكينا عن الشيخ في المبسوط انّه قال: لايصحّ بيع مال الكتابة[2]،

---

(١) كذا في النُسخ والظاهر أنّ الصحيح «والباقي» كما في متن القواعد.

(٢) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ١٢٦.

والمصنّف جوّز ذلك، وهاهنا بنى صحّة بيعه على القول بلزوم الكتابة وهو صحيح؛ إلّا انّه قال هناك: فيما اذا كانت الكتابة فاسدة يحتمل العتق وعدمه. وتردّد في جواز تعجيزه مع إفلاس المشتري بما قبضه من العبد، وهاهنا جزم بالعتق، وذلك رجوع عمّا ذكره هناك.

قوله رحمه الله: «ولو شرط الوطء في العقد فالأقوى بطلانه».

أقول: الضمير في بطلانه يحتمل رجوعه الى الشرط، ووجه القوّة في بطلانه انّه شرط منافٍ لمقتضى عقد الكتابة، إذ مقتضاه تحريم وطئها عليه بالعقد؛ لأنّها مملوكة له وبالملك؛ لانقطاع تصرّفاته عنها بغير الاستيفاء فيكون شرطاً باطلاً، ولأنّ الوطء لايستباح بالشرط. ويحتمل رجوعه الى العقد؛ لاشتماله على شرط فاسد، فاذا بطل الشرط بطل المشروط؛ لأنّه لم يرضى بالكتابة من دون الشرط ولم يسلّم له.

قوله رحمه الله: «وهل يثبت المهر مع المطاوعة؟ إشكال».

أقول: ذهب الشيخ في المبسوط الى ثبوته مطلقاً فقال: وأمّا المهر فلها عليه مهرمثلها؛ لأنّ المهر كالكسب وكسبها لها فكذا المهر، سواء طاوعته أو أكرهها؛ لأنّ الحدّ يسقط عنها بسبب الملك وتفارق الحرّة؛ لأنّ الحرّة اذا طاوعته كان زنا يجب عليها الحدّ فيسقط مهرها[1].

---

(١) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ١١٠.

والمصنّف استشكل ذلك، ومنشأ الإشكال ممّا ذكره الشيخ، ومن إسقاط حقّها منه بالمطاوعة.

قوله رحمه الله: «ولو كاتباها ثمّ وطأ أحدهما حدّ بنصيب الآخر وعليه المهر، فإن عجزت فللآخر الرجوع على الواطئ بنصف المهر إن لم يكن دفعه، فإن حملت قوّمت بعد عجزها، وقيل: في الحال، وعليه نصف قيمتها ـ موسراً كان أو معسراً على إشكال ـ ونصف مهرها».

أقول: البحث هنا في موضعين:

أحدهما: هل تقوّم هذه الموطوءة عند الإحبال أو بعد العجز؟ قال المصنّف: بعد عجزها. وظاهر كلام الشيخ يدلّ على انّها تقوّم عند الإحبال؛ لأنّه قال في المبسوط: وان كان الواطئ موسراً قوّم عليه حصّة شريكه؛ لأنّ الإحبال كالعتق، فاذا قوّمنا عليه في العتق قوّمنا في الإحبال. ثمّ قال: وقال قوّم: في الحال، وقال آخرون: اذا عجزت عن أداء مال الكتابة[1].

الثاني: لا إشكال في تقويمها عليه اذا كان موسراً، أمّا المعسر فقال الشيخ في المبسوط: لايقوّم عليه. وفيه إشكال عند المصنّف.

ينشأ من انّ الإحبال كالإعتاق كما ذكره الشيخ رحمه الله، فكما لو أعتق المعسر من الشريكين حصّته لايقوّم عليه حصّة شريكه فكذا الإحبال.

---

(١) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ١١٣.

ومن كونها صارت أُمّ ولد للواطئ ولعموم الروايات المتضمّنة تقويم الجارية المشتركة اذا وطأها أحد الشريكين فحملت منه[١].

اذا عرفت هذا واذا قوّمت على الواطئ ودفع قيمة نصفها الى شريكه بطلت كتابة حصّة الشريك وصارت أُمّ ولد ونصفها ـ وهو حصّة الواطئ ـ مكاتب على حاله، فاذا أدّت ما يخصّه من الكتابة عتق وسرى العتق الى باقيها ـ عند الشيخ رحمه الله[٢] ـ فيتحرّر جميعها، نصفها بأداء مال الكتابة ونصفها بالسراية، وأمّا على قول المصنّف فلا يسري الى باقيها.

قوله رحمه الله: «ولو أعتق بإذن المولى صحّ، ولو بادر احتمل الوقف على الإجازة والبطلان».

أقول: اذا بادر المكاتب الى عتق مملوكة قبل إذن سيده له في العتق احتمل وقوفه على إجازة مولاه؛ لأنّ العتق فكّ للمكاتبة، وانّما منع من العتق لحقّ السيد، فاذا رضي صحّ كعتق الراهن اذا أجازه المرتهن، واحتمل البطلان؛ لأنّ العتق لا يقف على الإجازة، بل امّا أن يكون صحيحاً أو باطلاً.

قوله رحمه الله: «وفي الكتابة إشكال من حيث إنّها معاوضة أو عتق».

أقول: هل يجوز للمكاتب أن يكاتب عبده؟ فيه إشكال.

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١ في حدود الزنا ح ٩٦ ج ١٠ ص ٢٩ ـ ٣٠، وسائل الشيعة: ب ٢٢ من أبواب حدّ الزنا ح ٤ ج ١٨ ص ٣٩٠.

(٢) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ١١٣.

ينشأ ممّا ذكره المصنّف وهو انّها عقد معاوضة، والمكاتب لايمنع من عقود المعاوضات.

ومن انّها كالعتق المتبرّع به؛ لأنّها معاملة على عتقه بماله، فكان ممنوعاً منه على ماتقدّم من الإشكال.

قوله رحمه الله: «وفي ثبوت الربا بينه وبين مولاه إشكال».

أقول: منشأه من عموم لا ربا بين السيد وعبده، وهذا لم يخرج بالكتابة عن العبودية.

ومن انقطاع سلطنة المولى عنه بالكتابة، وكون ما في يده ملكاً له بخلاف القنّ، وإطلاق العبد ينصرف عرفاً الى القنّ.

قوله رحمه الله: «وهل له أن يشتري من ينعتق عليه؟ الأقرب ذلك مع الإذن لا بدونه».

أقول: لا إشكال في جواز شراء المكاتب لمن ينعتق عليه بإذن السيد، وانّما الإشكال في شرائه لمن ينعتق عليه بغير إذن سيده، فمنع منه الشيخ في المبسوط قال: لأنّ في ابتياعهم إتلاف المال، فانّه يخرج من يده شيئاً ينتفع به، ويمكنه التصرّف فيه ويستبدل مكانه مالاينتفع به، ولا يمكنه التصرّف فيه فهو إتلاف في الحقيقة[1]. وهو الأقرب عند المصنّف؛ لما ذكره الشيخ رحمه الله.

---

(١) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ١٢٧.

قوله رحمه الله: «فإن مات العتيق احتمل أن يكون للسيد، وللمكاتب موقوفاً».

أقول: اذا أعتق المكاتب عبده بإذن سيده فقد تقدّم انّه يصحّ العتق، فاذا مات العتيق قبل أداء مال الكتابة ففي ولائه احتمالان،أحدهما: يكون للسيد؛ لأنّ المكاتب قبل الأداء رقّ لايرث بالسبب كما لايرث بالنسب. والآخر: يكون موقوفاً إن أدّى المكاتب مال الكتابة كان الولاء له، وإن استرقّ كان للسيد، وذلك لأنّ السيد لم يعتق؛ لأنّه لم يكن ملكاً له وانّما كان ملكاً للمكاتب، ولقوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق»[1] وإذن السيد هنا كإذن المرتهن. والشيخ رحمه الله قال: عندنا يكون سائبة ـ يعني لا ولاء عليه[2] ـ.

قوله رحمه الله: «وله أن يفدي نفسه بالأرش أو بالأقلّ على الأقوى».

أقول: قال الشيخ في المبسوط: وان كانت خطأً ـ يعني الجناية على سيده بالنفس ـ أو عمداً فعفا عن القود فيها ووجب الأرش فانّه يتعلّق برقبته، كالعبد القنّ اذا جنى ووجب الأرش فانّه يتعلّق برقبته، وللمكاتب أن يفدي نفسه؛ لأنّ ذلك يتعلّق بمصلحته وبكم يفدي؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: بأقلّ الأمرين من الأرش أو القيمة، والثاني: بالأرش بالغاً ما بلغ أو يسلّم نفسه للبيع، فربّما رغب فيه راغب فزاد في ثمنه[3]. ولم يرجّح أحد القولين هنا، والمصنّف قوّى انّ له أن يفدي نفسه بأقلّ الأمرين.

---

(١) عوالي اللآلي: ج ١ ص ١٤٩ ح ٩٦.

(٢) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ٧١.

(٣) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ١٣٦.

ووجه القوّة انّه اذا كان الأرش أزيد من القيمة لم تكن الزيادة مضمونة؛ لقوله عليه السلام: «لايجني الجاني على أكثر من نفسه»[١]. وأمّا اذا كان الأرش أقلّ من قيمته فظاهر؛ لأنّ المجنى عليه ليس له المطالبة بأكثر من حقّه ـ أعني أرش الجناية ـ.

قوله رحمه الله: «ولولم يكن له مال فإن فسخ المولى سقط الأرش؛ لأنّه عبده حينئذٍ، ولا يثبت له مال عليه، ويسقط مال الكتابة بالفسخ، ولو أعتقه مولاه سقط مال الكتابة دون الأرش على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّ الورثة استحقّوا الأرش بقتل مورثهم خطأً، فلا يسقط بعتقهم ايّاه، وكذا لو كانت الجناية على طرف سيده خطأً فأعتقه، فإنّ السيد قد استحقّ أرش الطرف، فلا يسقط بعقته؛ لأنّ سقوط الحقّ بعد ثبوته على خلاف الأصل.

ومن حيث إنّ الأرش كان متعلّقاً برقبته، والمعتق له أتلف محلّ الاستحقاق بالعتق فسقط الحقّ لفوات محلّه.

قوله رحمه الله: «ولو جنى عبد المكاتب خطأً فللمكاتب فكّه بالأقلّ».

أقول: لمّا فرغ من حكم جناية المكاتب شرع في ذكر حكم جناية عبد

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١٤ في أحكام القود ح ٩ ج ١٠ ص ١٨٢، وسائل الشيعة: ب ٣٣ من أبواب القصاص في النفس ح ١٠ ج ١٩ ص ٦١ وفيهما: عن أبي عبدالله عليه السلام.

المكاتب، وتقريره أن نقول: اذا جنى عبد المكاتب على أجنبي فإن كان عمداً فله القصاص، وإن عفا المستحقّ على المال أو كانت الجناية توجب مالا يباع فيه إلّا أن يفديه المكاتب بالأرش بكماله أو بالأقلّ منه ومن قيمته فيه قولان، فإن قلنا بالأوّل فإن كان الأرش بقدر قيمته أو أقلّ فللمكاتب الاستقلال به، وإن كان أكثر لم يستقلّ به؛ لأنّ الفكّ بالأكثر من القيمة تبرّع من المولى، وليس للمكاتب شيء من التبرّعات بغير إذن مولاه، وفكّه بالأرش مبنيّ على الخلاف.

فائدة: اختلف الفقهاء في وقت تقويم العبد، فقيل: قيمته يوم الجناية[1]؛ لأنّه وقت تعلّق الأرش، وقيل: يعتبر قيمة يوم الاندمال[2] بناءً على أنّه وقت المطالبة بالمال، وقيل: قيمته وقت الفداء[3]؛ لأنّ المكاتب انّما يمنع من بيعه ويستديم الملك فيه يومئذٍ.

قوله رحمه الله: «امّا لو جنى عليه عبد المولى فأراد الاقتصاص كان للمولى منعه على إشكال».

أقول: يريد لو جنى عبد المولى على طرف مكاتبه عمداً فهل للمولى منع المكاتب من الاقتصاص من العبد الجاني؟ فيه إشكال.

ينشأ من كونه تصرّفاً يضر بالمولى غير متعلّق بالاكتساب، فكان للمولى منعه من ذلك.

ومن انّ القصاص حقّ له، وليس له منعه عن المطالبة بحقّه.

---

(١) السرائر: كتاب الديات والجنايات ج ٣ ص ٣٥٣.

(٢) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ١٤٥.

(٣) نقل القيل إيضاح الفوائد: كتاب العتق المطلب الرابع في أحكام الجناية ج ٣ ص ٦١٧.

والأوّل اختيار الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: فإن أراد المكاتب أن يقتصّ ومنعه السيد وأراد إجباره على العفو على مال لم يكن له ذلك، وقال بعضهم: لايملك الاقتصاص إلّا بإذن السيد، قال: وهو الأقوى عندي[1].

قوله رحمه الله: «ولو قصر الثلث عن المعيّن ففي توزيع الثلث إشكال، أقربه ذلك».

أقول: يريد اذا أوصى لمكاتب الغير وكان قد انعتق بعضه صحّت الوصية بقدر ما فيه من الحرّية وبطلت بقدر ما فيه من الرقّية، فهل التوزيع على الجزءين لأصل الوصية أو لما يحتمله الثلث؟ فيه إشكال.

ينشأ من احتمال توزيع الوصية لإطلاق انّها تصحّ بقدر مافيه من الحرّية وتبطل بقدر ما فيه من الرقّية.

ومن احتمال توزيع الثلث ـ وهو الأقرب عند المصنّف ـ لأنّ الموصي انّما له أن يتصرّف في قدر الثلث، والزائد عليه ممنوع منه، لا من حيث الرقّية، بل من حيث زيادته على الثلث، فيبقى الموزّع على الجزء الحرّ والرقّ ـ وهو مقدار الثلث لاغير ـ فلو كان الموصى به بمقدار مائة وثلث ماله خمسون.

فعلى الأوّل ـ وهو توزيع مجموع الوصية على الجزءين ـ يبطل النصف وهو خمسون ويصحّ ما قابل الحرّية وهو خمسون، وذلك يخرج من الثلث فيكون له خمسون.

وعلى الثاني ـ أعني توزيع الثلث ـ يكون مازاد على الثلث باطلاً كزيادته على

---

(١) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ١٤٧.

الثلث، فيكون كأنّه أوصى بخمسين، فيصحّ ما قابل الجزء الحرّ ـ وهو نصفها ـ فيكون له خمسة وعشرون.

قوله رحمه الله: «والفرق بين الوصية والبيع انّه قد يعجز أو يموت رقّاً فتتمحّض الوصية لمملوك الغير، وفي الشراء يكون للمولى؛ لأنّه بالكتابة اذن له».

أقول: هذه المسألة لا علاقة لها بالتي قبلها، بل هي جواب على سؤال مقدّر وهو: انّه كيف جاز له الشراء من الغير ويملك المبيع ولم تجز الوصية له؟

والجواب: انّ المكاتب لو أوصى له ربّما عجز أو مات فصار كأنّه أوصى لمملوك الغير، بخلاف البيع فانّه شراء مأذون فيه؛ لأنّ الكتابة تقتضي الإذن له في الشراء ويكون الملك للسيد.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى به لمن ينعتق عليه أو باعه عليه ففي الجواز إشكال».

أقول: وجه الإشكال من انّ الوصية أو البيع لمن ينعتق عليه يجري مجرى العتق؛ لأنّه اذا صحّ البيع أو الوصية عتق، وكما يصحّ عتق المكاتب صحّ ما يقتضيه ويوصيه.

ومن عموم النهي عن بيع المكاتب والوصية برقبته.

قوله رحمه الله: «ولو قال: ضعوا عنه أكبر نجومه وضعوا عنه أكثرها».

أقـول: المراد بذلك أن يضعوا عنه نجماً واحداً أكبر نجومه مالاً أو أجلاً، وحينئذٍ نقول: إن كانت متساوية في المال متفاوتة في الأجل بأن كان في كلّ نجم دينار ولكن نجم منها شهر وآخر شهران وآخر ثلاثة فأكثرها الثلاثة، وبالعكس فلو كانت النجوم ثلاثة كلّ نجم شهر وفي بعضها دينار وفي الآخر ديناران وفي آخر ثلاثة فالأكثر هو الثلاثة، وإن اجتمعا فالوجه صرفه الى الأكثر مالاً؛ لأنّ الموضوع انّما هو المال دون الآجال.

قوله رحمه الله: «ولو قال: ضعوا عنه أكثر نجومه احتمل الزائد على النصف منها وواحد أكثرها».

أقـول: وجه الأوّل انّ النجم هو محلّ القدر المعيّن فيه من المال، وأكثر الشيء هو ما جاوز نصفه، فيوضع عنه ما جاوز نصف النجوم، بمعنى إسقاط ما فيها من مال الكتابة.

ووجه الثاني بأنّ الوضع انّما هو للمال لا للنجوم، فأكثرها هو المال الذي زيد على كلّ واحد كالثلاثة بالنسبة الى الواحد والاثنين، امّا لو تساوت صرف الى الأوّل قطعاً؛ لأنّه بالمعنى الثاني ليس فيها أكثر.

قوله رحمه الله: «ولو قال: ضعوا عنه أوسط نجومه وكان فيه أوسط واحد تعيّن مثل أن تتساوى قدراً وأجلاً وعددها مفرد كالثلاثة والخمسة والسبعة، فالثاني والثالث والرابع

أوساط، ولو كانت أزواجاً واختلف المقدار كالمائة والمائتين والثلاثمائة فالمائتان وسط، ولو تساوى القدر واختلف الأجل مثل أن يكون اثنان كلّ واحد الى شهر وواحد الى شهرين وواحد الى ثلاثة أشهر تعيّن ما هو الى شهرين، ولو اتفّقت الثلاثة في واحد تعيّن، ولو كان لها وسط قدراً وأجلاً وعددها مختلفة فيه فالاختيار الى الورثة في التعيين، ولو ادّعى المكاتب إرادة شيء منها حلف الورثة على نفي العلم وعيّنوا ما أرادوا، ومتى كان العدد وتراً فأوسطه واحد، وإن كان شفعاً كأربعة أو ستة فأوسطه اثنان».

أقول: هذه المسألة ليست من المشكلات الصعبة، إلّا أنّ أكثر المشتغلين في الفقه يعسر عليهم أمثلتها، ونحن إن شاء الله تعالى نذكر أقسامها وأمثلتها وأحكامها ليزول ما عساه أن يعرض فيها من الإشكال، فنقول: اذا أوصى السيد بأن يسقط عن مكاتبة أوسط نجومه فإمّا أن يكون فيها وسط بحسب العدد لاغير، أو بحسب الأجل لاغير، أو بحسب القدر لاغير، أو يكون فيها وسط بحسب مفهومين، أو بحسب المفهومات الثلاثة، أو لا يكون بحسب شيء من مفهوماتها، فالأقسام ستة:

الأوّل: أن يكون لها وسط بحسب العدد لاغير، كما اذا كانت النجوم ثلاثة، سواء تساوت الآجال ومقاديرها في مال الكتابة أو تفاوتت فيهما أو في أحدهما خاصّة، امّا في الأجل أو في القدر.

مثال الأوّل: مال الكتابة ثلاثة دنانير في ثلاثة نجوم، أجل كلّ نجم شهر وقسط كلّ شهر دينار فإن الوسط هنا انّما هو بحسب العدد لاغير، إذ لاتفاوت في المال فيكون لها وسط بحسب القدرة لا في الآجال، فيكون لها وسط بحسبها.

ومثال الثاني: ثلاثة نجوم فيها أربعة دنانير في أربعة أشهر، أجل منها شهر وقسطه دينار، وأجل آخر مثله، وآخر شهران وقسطه ديناران.

ومثال الثالث: ثلاثة نجوم فيها ستة في ثلاثة آجال، أجل منها شهران وقسطه ديناران، وأجل ثلاثة أشهر وقسطه ديناران وآخر مثله.

ومثال الرابع: ثلاثة نجوم في ستة أشهر فيها ثمانية دنانير، أجل منها شهران وقسطه ديناران، وأجل آخر شهران وقسطه ثلاثة دنانير، وآخر شهران وقسطه ثلاثة دنانير أيضاً، والثاني من النجوم هو الوسط.

الثاني: أن يكون لها وسط بحسب الأجل لاغير كأربعة دنانير في أربعة نجوم قسط كلّ نجم دينار، وأجل الأوّل شهر، والثاني شهران، والثالث ثلاثة أشهر، والرابع مثله. فالأوسط هنا الشهران.

الثالث: أن يكون لها وسط بحسب المقدار لاغير، كسبعة دنانير في أربعة نجوم، أجل كلّ منها شهر، شهر منها قسطه ديناران، وآخر شهر وقسطه دينار، وآخر مثله، والرابع ثلاثة دنانير. فالوسط هنا هو الديناران؛ لأنّ أقلّ ما فيها من المقادير دينار وأكثرها ثلاثة؛ ولا وسط لها بحسب العدد ولا بحسب الأجل؛ لأنّ كلّ منها أربعة.

الرابع: لها وسط بحسب مفهومين منها وهو ثلاثة أقسام:

أحدها: بحسب العدد والأجل دون القدر بأن تكون ثلاثة نجوم في ثلاثة آجال

ويتساوى المقدار فيها أو يتفاوت مع كونه زوجاً.

مثال الأوّل: نجم أجله شهران ونجم أجله شهر ونجم أجله ثلاثة أشهر، ولا تزيد مقادير ما فيها من مال الكتابة بعضها على بعض، كما اذا كان في كلّ نجم منها دينار أو ديناران أو أشباه ذلك، فالأوّل وسط بحسب الأجل، والثاني وسط بحسب العدد.

ومثال الثاني: هذا المثال بحاله، إلّا انّ قسط نجم منها دينار، وآخر دينار.

وثانيها: بحسب العدد والقدر دون الأجل، كستة دنانير في ثلاثة نجوم في ثلاثة أشهر، النجم الأوّل منها شهر وقسطه ديناران، والثاني شهر وقسطه دينار، والثالث مثله وقسطه ثلاثة دنانير، فالأوّل وسط بحسب القدر، والثاني وسط بحسب العدد، فلا وسط لها بحسب الأجل لمماثلته، وكذلك لو كانت الآجال في هذا المثال متفاوتة مع كونها أزواجاً.

وثالثها: وسط بحسب الأجل والقدر دون العدد، كسبعة دنانير في ثلاثة آجال عدة نجومها أربعة، مثل أن يكون نجم منها شهر وقسطه ديناران، ونجم آخر شهر أيضاً وقسطه دينار، ونجم ثالث شهران وقسطه دينار أيضاً، ونجم رابع ثلاثة أشهر وقسطه ثلاثة دنانير. فالأوسط لها بحسب العدد وهو الأوّل، وبحسب الأجل المال ولا وسط لها بحسب العدد؛ لأنّ عدّة النجوم أربعة.

الخامس: لها وسط بحسب المفهومات الثلاثة، فقد تجتمع كلّها في واحد وقد لاتجتمع.

مثال الأوّل: كما اذا كانت عدّة النجوم ثلاثة والآجال ثلاثة ومال الكتابة ستة، فكان في النجم الأوّل منها شهر وقسطه دينار، والثاني شهران وقسطه ديناران، والثالث ثلاثة أشهر وقسطه ثلاثة دنانير، والثاني وسط بحسب المفهومات الثلاثة.

ومثال الثاني: كما اذا كان مال الكتابة ستة دنانير في ثلاثة نجوم آجالها ثلاثة في ستة أشهر، النجم الأوّل منها شهران وقسطه دينار، والنجم الثاني شهر وقسطه ثلاثة دنانير، والنجم الثالث ثلاثة أشهر وقسطه ديناران. فالأوّل وسط بحسب الأجل، والثاني بنسبة العدد، والثالث بحسب القدر.

السادس:أن لا يكون لها وسط بحسب شيء منها، كما اذا كانت النجوم أربعة والآجال أربعة ومال الكتابة أربعة مقادير متساوية أو مختلفة مع كونها أزواجاً.

وأمّا أحكامها فالضابط انّ عند وجود الوسط وكونه واحداً لاغير يتعيّن؛ لعدم وجود ما يحمل عليه لفظ الموصي غيره، وكذا لو تعدّد بحسب المفهومات الثلاثة واتّحدت أو بحسب مفهومين واتّحدا. امّا مع العدد وعدم الاجتماع فانّه يتخيّر الوارث، سواء كان بحسب مفهومين أو ثلاثة، كما سبق في كتاب الوصايا[1]: انّ الوصية اذا كانت بلفظ واحد تقع على أشياء وقوعاً متساوياً، فانّ الوارث يتخيّر في تعيين ما شاء منها؛ لحصول الامتثال بكلّ واحد منها.

وأمّا عند عدم الوسط فيجتمع بين نجمين، فالثاني والثالث وسط الأربعة، والثالث والرابع وسط الستة، وإن تساوت فذاك، وإلّا تخيّر الوارث، كما اذا كان عدد النجوم أربعة والمال يقسّط أربعة قسوط مختلفة والآجال أربعة آجال، كما اذا كان النجم الأوّل شهرين والثاني أربعة والثالث شهر والرابع ثلاثة وكان المال عشرة قسط الأوّل منها دينار، وقسط الثاني أربعة، وقسط الثالث ثلاثة، وقسط الرابع ديناران، فهاهنا يتخيّر الوارث؛ لأنّ الوسط هاهنا اثنان، إلّا انّهما مختلفان بحسب

---

(١) تقدّم في ج ٢ ص ٢٢٦.

الأجل والعدد والقدر والوسط بحسب العدد الثاني والثالث، وبحسب الأجل الأوّل والرابع، وبحسب القدر الثالث والرابع.

والمصنّف رحمه الله لم يتعرّض لهذا تماماً، بل ذكر من أقسام المتّحد قسمين، أحدهما: بحسب العدد لاغير، والثاني: بحسب القدر، ثمّ ذكر بعد ذلك كما اذا كان لها وسط بحسب مفهومين قسماً واحداً، وهو اذا اجتمع الأوسط بحسب الأجل والعدد في مادّة واحدة، ثمّ ذكر فيما اذا اجتمعت الأوساط بحسب المفهومات الثلاثة قسميه معاً ـ أعني اتّفاقهما في مادّة واحدة واختلافهما ـ وانّما اقتصر المصنّف قدس الله روحه على الأقسام التي ذكرها؛ لأنّ فيها تنبيهاً على الباقي لمن عرف ما ذكره؛ لأنّ غرضه الاختصار، ونحن قد ذكرنا جميع الأقسام الحاضرة والأمثلة والأحكام بحمد الله تعالى ومنّه.

وقوله رحمه الله: «ومتى كان العدد وتراً فأوسطه واحد، وإن كان شفعاً كأربعة أو ستة فأوسطه اثنان» ليس المراد انّه يجب الحمل عليه، فانّه قد يكون لها وسط بحسب المفهومين الآخرين أو أحدهما في مادّة واحدة، وقد تقدّم حكمه انّه تخيّر الوارث.

قوله رحمه الله: «وللمولى عتق ولد المكاتبة، وفيه إشكال، ينشأ من منعها من الاستعانة بكسبه عند الإشراف على العجز».

أقول: ومن انّه مملوك للمولى فجاز له عتقه، ولأنّ حاله لايزيد على حال أُمّه؛ لكونه تابعاً لها، فانّه يرقّ برقّها ويعتق بعتقها، وكما جاز للمولى عتقها جاز له عتقه، إذ حال التابع لايزيد على حال المتبوع.

واعلم انّ ظاهر كلام الشيخ في المبسوط يقتضي عدم جواز عتقه؛ لأنّه قال فيه:

وأمّا الكلام في عتقه ـ يعني ولد المكاتبة اذا أعتقه السيد ـ فمن قال: كسبه لسيده أو موقوف فليس لأُمّه أن تستعين به عند إشرافها على العجز والرقّ قال: ينفذ عتقه؛ لأنّه لا مضرّة على أُمّه، ومن قال: كسبه لأُمّه أو قال: موقوف ولها أن تستعين بذلك عند إشرافها على العجز قال: لاينفذ عتق سيده، لأنّ فيه إضراراً لأُمّه[١].

وقال قبل ذلك: وأمّا الكلام في كسبه وأرش الجناية قال قوم: إنّه لأُمّه؛ لأنّه كبعض أجزائها، وقال آخرون: هو موقوف، فإن عتق كان كسبه له، وإن رقّ كان لسيده. قال: وهو الأقوى عندي[٢].

ثمّ قال بعد كلام آخر: ومن قال: هو موقوف ـ كما اخترناه وبيّنّاه ـ فإن أدّت أُمّه وعتقت عتق بعتقها فكان ما وقفناه من الكسب له، وان أشرفت أُمّه على العجز وهمّ سيدها بالفسخ كان لها أن تستعين بكسب ولدها على أداء ما عليها عندنا؛ لأنّ فيها نظراً للكلّ، فانّها تعتق هي وهو ويملكان ما فضل، واذا لم يفضل رقّت ورقّ هو وكان ما بقي في يده لسيده، فكان الاحتياط هذا[٣].

قوله رحمه الله: «ونفقته من كسبه، فإن قصر فالكمال على المولى؛ لأنّه لو رقّ كان له، وفيه نظر».

أقول: وجه النظر من الوجه الذي ذكره المصنّف من انّه في حكم غير المملوك، ولهذا لايملك السيد أخذ كسبه، بل يكون له لو عتق، فلا يلزمه نفقته.

---

(١) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ١٠٩.

(٢) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ١٠٨.

(٣) المصدر السابق.

ونقل الشيخ في المبسوط قولين، أحدهما: على المولى، والآخر: في بيت المال. قال: والأوّل أقوى[١].

قوله رحمه الله: «ولو استولد المكاتب جاريته فولده كهيئته يعتق بعتقه ويرقّ برقّه، وللمولى عتقه على إشكال».

أقول: وجه الإشكال ما تقدّم في عتق ولد المكاتبة.

قوله رحمه الله: «ولو أذن المولى فالوجه الاجزاء».

أقول: يريد لو فعل المكاتب المشروط ما يوجب الكفّارة ففرضه التكفير بالصوم، ولو كفّر بالإطعام أو الإعتاق من غير إذن المولى لم يجزه؛ لأنّه كفّر بغير ما وجب عليه، ولو أذن المولى في ذلك فالوجه عند المصنّف الاجزاء؛ لأنّ المنع من ذلك انّما كان لحقّ المولى. ومنع الشيخ[٢]، وابن ادريس[٣] من ذلك وإن أذن المولى؛ لأنّه كفّر بغير ما وجب عليه، وفيه قوّة.

قوله رحمه الله: «ولو طلب أحدهم المهاياة لم يجب الإجبار على إشكال».

أقول: يريد لو تحرّر نصف المكاتب المطلق بأداء نصف مال الكتابة فطلب

---

(١) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ١٠٩.

(٢) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ١٢٣.

(٣) السرائر: باب المكاتب ج ٣ ص ٢٩.

السيد المهاياة بينه وبين المكاتب وامتنع العبد أو بالعكس فهل يجبر الممتنع منهما؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّ لكلّ من الشريكين الانفراد بحصّته ولا يريد شريكه غيره، ولايمكن ذلك هنا إلّا بالمهاياة، وهو يقتضي إجبار الممتنع.

ومن كونه جارياً مجرى طلب قسمة أحد الشريكين مالايمكن قسمته، فانّ الملك المشترك بينهما الرقبة وهي لاتقسم قطعاً، أو للبائع طول حياته، وذلك غير معلوم المقدار لهما، فكان الأمر فيه الى الحاكم عند التعاسر، كتعاسر الشريكين في التصرّف في المشترك.

قوله رحمه الله: «لو أبرأه بعض الورثة من يصيبه من مال الكتابة عتق نصيبه ولم يقوّم عليه، وكذا لو أعتق نصفه على إشكال».

أقول: منشأه من دخوله في عموم من أعتق شقصاً من عبد عتق عليه كلّه.

ومن خروجه بالكتابة عن محض العبودية وجريانه الى العتق.

وقال الشيخ في المبسوط: اذا أعتق أحدهما ـ يعني لو مات المكاتب فأعتق أحد ولديه ـ نصيبه منه أو أبرأه أحدهما من عتق جميع ماله في ذمّته قال: سواء عنى العتق أو الإبراء قال قوم: يعتق منه نصيبه، وقال آخرون: لايعتق؛ لأنّهما قاما مقام الأب، ولو انّ الأب أبرأه عن نصف مال الكتابة لم يعتق كذلك اذا أبرأه عن نصفه. قال: والأوّل أقوى؛ لأنّه أبرأه عن جميع ما استحقّه من مال الكتابة. قال: فاذا ثبت انّه يعتق نصيبه وحده فهل يقوّم عليه نصيب آخر؟ قال قوم: يقوّم عليه، وقال آخرون: لايقوّم عليه. قال: وهو الأقوى عندي؛ لأنّ التقويم انّما يكون على من باشر العتق أو

كان سبباً فيه، والابن ما باشر العتق ولا كان سبباً فيه، وانّما نفذ ما كان عقد له أبوه فكان المعتق هو الأب، بدليل انّ ولاءه للأب[١].

قوله رحمه الله: «في المقصد الرابع في الاستيلاد: ولو أولدها حرّاً بأن يطأ أمة غيره شبهة ثمّ ملكها قيل: تصير أُمّ ولده».

أقول: هذا قول الشيخ في المبسوط حيث قال فيه ثلاث مسائل ـ الى قوله:ـ الثالثة: انّ تعلّق الأمة بحرّ في غير ملكه بأن يطأ أمة غيره بشبهة فتعلّق منه بولد حرّ ولا تصير أُمّ ولد في الحال، فإن ملكها قال قوم: لا تصير أُمّ ولد، وقال آخرون: تصير أُمّ ولد. قال: وهو الأقوى عندي[٢].

وبه قال في الخلاف حيث قال: ولو نكح الرجل أمة غيره فأولدها ولداً كان حرّاً تابعاً له، وإن شرط الرقّ كان مملوكاً، فإن ملكها وملك ولدها بعد ذلك عتق الولد عليه لحق النسب وتكون هي أُمّ ولد[٣]. وتبعه ابن حمزة[٤] في ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو تزوّج أمة غيره فأحبلها ثمّ ملكها لم تصر أُمّ ولد وإن شرط الحرّية، ولو اشتراها فأتت بولد يمكن تجدّده بعد الشراء،

---

(١) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ٨٩.

(٢) المبسوط: كتاب أُمّهات الأولاد ج ٦ ص ١٨٦.

(٣) الخلاف: كتاب أُمّهات الأولاد المسألة ٣ ج ٣ ص ٣٨٦ طبعة اسماعيليان.

(٤) الوسيلة: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة في بيان أحكام أُمّهات الأولاد ص ٣٤٣.

وقبله قدّمت أصالة عدم الحمل على عدم الاستيلاد، ولو نفاه فانّه ينفي الاستيلاد قطعاً، وفي افتقار نفي المولود الى اللعان إشكال».

أقول: في هذا الكلام مسائل:

أحدها: انّه اذا وطأ جارية الغير بعقد فأتت بولد ثمّ انتقلت إليه لم تصر أُمّ ولد، وسواء شرط الحرّية أو لا، وقد نقلنا: إنّ مذهب الشيخ[1] انّها تصير أُمّ ولد.

الثانية: انّها قد وضعت بعد الشراء ولداً يمكن تجدّده هل تصير أُمّ ولد أم لا؟ فانّه قد تعارض هنا أصلان: (أحدهما) الأصل عدم تقدّم الحمل على الشراء، فتكون قد حملته في ملكه فهي أُمّ ولد.(والآخر)الأصل عدم تقدّم كونها مستولدة؛ لأنّ الاستيلاد حكم طارئ، والأصل عدم الطريان، وحينئذٍ تقدّم أصالة عدم تقدّم الحمل؛ لأنّهما اذا تعارضا تساقطا، ويبقى الحكم بكونها مستولدة؛ لوجود الحمل الآن في ملكه حيّاً.

الثالثة: لو نفاه السيد انتفى الاستيلاد قطعاً؛ لأنّه لو ثبت انّه تجدّد لكان له نفيه ويبقى الاستيلاد، وفي معناه التحاقه قطعاً، وقد ثبت المقتضي لنفي الاستيلاد ـ أعني نفي الولد ـ فينتفي معلوله ـ أعني انتفاء الاستيلاد ـ.

الرابعة: انّه على تقدير نفيه والحكم بانتفاء الاستيلاد فهل ينتفي الولد بمجرّد نفيه أو يفتقر الى اللعان؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّ ولد المملوكة لايفتقر في نفيه الى اللعان، فكذا هنا.

ومن انّها كانت زوجة وفراشاً له بالعقد السابق، والأصل بقاء الفراش؛ لأنّه ولد يمكن أن يكون منه، فانّه يفتقر الى اللعان، فكذا هنا.

---

(١) المبسوط: كتاب المكاتب ج ٦ ص ٩٣.

قوله رحمه الله: «ولو ملك أُمّه أو أُخته أو بنته من الرضاع انعتقن على الأصحّ، وقيل: لا ينعتقن».

أقول: قد تقدّم ذكر الخلاف في ذلك.

قوله رحمه الله: «وهل يثبت حكم الاستيلاد في المرهونة بالنسبة الى المرتهن حتى يجب على الراهن الواطئ أن يجعل مكانها رهناً أو توفيه أو لا؟ الأقرب المنع إن لم يكن سواها، وإلّا الزم».

أقول: اذا وطأ الراهن الجارية المرهونة فأحبلها فلا شكّ في ثبوت حكم الاستيلاد بالنسبة الى مولاها ـ يعني انّه لو سقط الدين بقضاء أو إبراء وهي باقية لم يحلّ بيعها ولا نقلها عن ملكه قطعاً ـ. أمّا بالنسبة الى المرتهن فهل يثبت لها حكم الاستيلاد بحيث يلزم الراهن أن يجعل بدلها رهناً ويوفي المرتهن دَينه أو لا يثبت حكم الاستيلاد بالكلّية فلا يلزمه أحدهما؟ الأقرب عند المصنّف انّه لا يثبت لها حكم الاستيلاد اذا لم يكن له غيرها، وإن كان له غيرها ألزم بجعل غيرها رهناً أو فكّها. وهذا قريب من قول الشيخ في مسائل الخلاف فانّه قال فيه: إن كان موسراً بطل الرهن وألزم قيمتها ويكون رهناً، وإن كان معسراً بالدّين فالرهن بحاله، ويجوز بيعها[1].

ووجه التفصيل انّه على تقدير اليسار منهيّ عنه عن بيع أُمّهات الأولاد، وحقّ

---

(١) الخلاف: كتاب الرهن المسألة ١٩ ج ٣ ص ٢٣٠.

المرتهن سابق على الاستيلاد فلا يجوز إبطاله؛ لأصالة بقاء ما كان على ما كان عليه، فالجمع بين الحقّين إلزامه بفكّها أو رهن عوضها. وعلى تقدير الإعسار انّ حقّ المرتهن سابق، ولا سبيل الى استيفاء حقّه إلّا منها؛ لإعسار المولى، فيكون الرهن باقياً، عملاً بأصالة البقاء.

واعلم انّ المصنّف في الرهن قال: لو أحبلها الراهن لم يبطل الرهن وإن كان بإذن المرتهن، وفي جواز بيعها إشكال. وهذا الذي اختاره هنا رجوع عن ذلك، ثمّ انّه أيضاً رجع عن هذين القولين في المطلب الثاني في الأحكام من مطلبي الاستيلاد فقال: وكذا يجوز بيعها لو كانت رهناً، ولم يتردّد في ذلك.

ولم يفصّل الشيخ في المبسوط، قال: لا يبطل الرهن، سواء كان موسراً أو معسراً[١]. وتبعه ابن ادريس[٢]، وقد ذكرنا ذلك في باب الرهن[٣].

قوله رحمه الله: «واذا وطأ الكافر أمته الكافرة وحملت وأسلمت قيل: تباع عليه، وقيل: يحال بينه وبينها وتجعل على يد امرأة ثقة».

أقول: القولان للشيخ رحمه الله:

فالأوّل منهما: هو قوله في المبسوط فانّه قال فيه: اذا كان لذمّي أُمّ ولد منه فأسلمت الذمّية فانّها لاتعتق عليه، وتباع عليه عندنا؛ لأنّها مملوكة[٤]. وتبعه

---

(١) المبسوط: كتاب الرهن ج ٢ ص ٢٠٦.

(٢) السرائر: كتاب الرهن ج ٢ ص ٤١٨.

(٣) تقدّم في ج ١ ص ٥٠٠.

(٤) المبسوط: كتاب أُمّهات الأولاد ج ٦ ص ١٨٨.

ابن ادريس[١] على ذلك.

والثاني منهما: قوله في الخلاف حيث قال فيه: اذا استولد الذمّي أمته ثمّ أسلمت لم تقرّ في يده، ولا يمكن من وطئها واستخدامها، وتكون عند امرأة مسلمة تتولّى القيام بها وتؤمر بالإنفاق عليها مادام ولدها باقياً، فاذا مات الولد قوّمت عليه وأعطي ثمنها، وإن مات هو قوّمت على ولدها[٢].

قوله رحمه الله: «أمّا النطفة فالأقرب عدم الاعتداد بها».

أقول: لو وطأ الرجل أمته ثمّ ألقت نطفته فهل تعتدّ بالنطفة بحيث يثبت لها حكم الأستيلاد كما يثبت لها لو ألقت علقة؟ الأقرب عند المصنّف عدم الاعتداد بها، فلا يثبت لها بذلك حكم الاستيلاد.

ووجه القرب انّ ثبوت حكم الاستيلاد للأمة على خلاف الأصل، وأيضاً فانّ الأصل بقاء ما كان للسيد على أمته من أنواع التصرّفات بالبيع وغيره، إلّا مع يقين الاستيلاد، ولا يقين بالنطفة.

قوله رحمه الله: «ولو كان ولد ولدها حيّاً احتمل إلحاقه بالولد إن كان وارثاً ومطلقاً والعدم».

أقول: يريد اذا مات ولد المستولدة وله ولد ففيه احتمالات ثلاثة:

---

(١) السرائر: كتاب العتق ج ٣ ص ٢٢.

(٢) الخلاف: كتاب أُمّهات الأولاد المسألة ٢ ج ٣ ص ٣٨٩ طبعة اسماعيليان.

أحدها: أن يكون حكمه حكم الولد إن كان ولد الولد وارثاً، بأن لايكون لجدّه ولد للصلب، بمعنى انّه ليس لسيدها بيعها مادام ولدها حيّاً، كما لم يجز له بيعها لو كان ولده منها حيّاً؛ لأنّ كلّ واحد منهما تنعتق عليه بموت مولاها فتكون آئلة الى العتق، فلا يجوز بيعها؛ لأنّ العتق مبنيّ على التغليب.

الثاني: أن يكون حكم ولد الولد حكم الولد، سواء كان وارثاً أو لا؛ لصدق اسم الولد على ولد الولد فيصدق عليها انّ ولدها حيّ، وذلك يمنع من جواز بيعها.

الثالث: عدم الإلحاق مطلقاً، أي سواء كان وارثاً أو لم يكن وارثاً، وذلك لأنّ الأصل عدم ثبوت أحكام الاستيلاد، فخرج منه ما اذا كان ولدها حيّاً بالإجماع، فيبقى ما عداه على حكم الأصل، ولورود الروايات الدالّة على انّه اذا مات ولدها رجعت الى محض الرقّ وجاز بيعها[1]، وذلك يتناول ما اذا كان ولدها حيّاً أو لم يكن.

قوله رحمه الله: «والأقرب عدم اشتراط موت المولى».

أقول: الأقرب عند المصنّف انّه لايشترط موت المولى في جواز بيع أُمّ الولد في ثمن رقبتها مع كونه دَيناً على مولاها، وعدم ما يقضى منه إلّا من ثمنها. وهو قول أكثر أصحابنا حيث أطلقوا القول بجواز بيعهنّ من غير تقييد بموت المولى أو غيره، كالشيخين[2]، ابن البرّاج[3].

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١ العتق وأحكامه ح ٩٤ و ح ٩٦ ج ٨ ص ٢٣٨ ـ ٢٣٩، وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب الاستيلاد ج ١٦ ص ١٢٦.

(٢) المقنعة: باب ابتياع الحيوان ص ٦٠١، النهاية ونكتها: باب أُمّهات الأولاد ج ٣ ص ٢٧.

(٣) المهذّب: باب السراري وملك الأيمان ج ٢ ص ٢٥٠.

وابن الجنيد نصّ على ذلك فقال: وكذلك حالها في حياة سيدها[١]، واختاره ابن ادريس[٢].

وقيّد ابن حمزة ذلك في موت السيد فقال: فإن مات سيدها ولم يكن سواها وكان ثمنها في ذمّة سيدها عادت كولدها رقّاً[٣]. ومع كون ظاهره يقتضي اشتراط موت السيد يقتضي عود ولدها رقّاً، وهو باطل؛ لأنّ استرقاق الولد الحرّ بإعسار أبيه عن أداء ثمن أُمّه باطل قطعاً.

ووجه القرب انّها لم تخرج بالاستيلاد عن كونها مملوكة، ولما رواه عمر بن يزيد، عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن أُمّ الولد تباع في الدّين؟ قال: نعم في ثمن رقبتها[٤]. ولم يفصّل بموت السيد أو حياته.

قوله رحمه الله: «وهل يجوز رهنها؟ فيه نظر».

أقول: قد مرّ وجه النظر في باب الرهن[٥].

قوله رحمه الله: «وفي رواية محمّد بن قيس ـ الى قوله: ـ وقيل: يفعل بها ما يفعل بالمرتدّة».

أقول: أمّا الرواية المشار إليها هي ما رواه الشيخ في التهذيب عن علي

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الخامس في الاستيلاد ص ٦٤٧ س ١٦.

(٢) السرائر: باب السراري وملك الأيمان ج ٣ ص ٦٤٥.

(٣) الوسيلة: فصل في بيان أحكام أُمّهات الأولاد ص ٣٤٣.

(٤) تهذيب الأحكام: ب ١ العتق وأحكامه ح ٩٢ ج ٨ ص ٢٣٨، وسائل الشيعة: ب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان ح ٢ ج ١٣ ص ٥١.

(٥) تقدّم في ج ١ ص ٤٩١.

ابن الحسن، عن عبدالرحمن بن أبي نجران وسندي بن محمّد بن البزاز، عن عاصم ابن حميد، عن محمّد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى في وليدة كانت نصرانية فأسلمت عند رجل فولدت من سيدها غلاماً، ثمّ انّ سيدها مات وأوصى بها عتاقة السرية فنكحت رجلاً نصرانياً دارياً ـ وهو العطّار ـ فتنصّرت ثمّ ولدت ولدين وحملت آخر فقضى فيها أن يعرض عليها الاسلام فأبت، فقال: امّا ما ولدت من ذلك فانّه لابنها من سيدها الأوّل وأحبسها حتى تضع ما في بطنها، فاذا ولدت فأقتلها[١].

وأمّا القول المحكى فهو إشارة الى قول الشيخ في باب السراري وملك الأيمان من كتاب النهاية[٢].

قوله رحمه الله: «وتصحّ الوصية لأُمّ الولد من مولاها خاصّة فتعتق من الوصية، فإن قصرت عن قيمتها عتق الفاضل من نصيب الولد، وقيل: تعتق من النصيب وتعطى الوصية».

أقول: قد تقدّم الخلاف في هذه المسألة في كتاب الوصايا[٣].

قوله رحمه الله: «ولو جنت أُمّ الولد خطأً تعلّقت الجناية برقبتها، ويتخيّر المولى بين دفعها

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٩ في حدّ المرتدّ والمرتدّة ح ٢٨ ج ١٠ ص ١٤٣، وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب حدّ المرتدّ ح ٥ ج ١٨ ص ٥٥٠ مع اختلاف.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب النكاح باب السراري وملك الأيمان ج ٢ ص ٤٠٤.

(٣) تقدّم في ج ٢ ص ٢٠٧.

الى المجنى عليه أو ما قابل جنايتها، وبين فدائها بأقلّ الأمرين من أرش الجناية وقيمتها على رأي».

أقول: هذا إشارة الى الخلاف في المقدار الذي يفكّها به المولى، وهو مبنيّ على انّ المملوك اذا جنى ففداه السيد هل يقوّم بأرش الجناية مطلقاً أو بأقلّ الأمرين؟ عند المصنّف انّه يفديه بأقلّ الأمرين، وهو أحد قولَي الشيخ[1]، وله قول آخر بأنّه يفديه بالأرش مطلقاً[2]. وقد تقدّم ذلك في الجزء الأوّل من هذا الكتاب، وليس ذلك إشارة الى الخلاف في فكّها مطلقاً أو يفديها السيد؛ لأنّ المصنّف قال بعد ذلك: «لايجب على المولى الفداء عيناً» ولو كان ذلك هو المراد لقال: ويتخيّر المولى بين دفعها الى المجنى عليه أو ما قابل جنايتها، وبين فدائها بأقلّ الأمرين من أرش الجناية وقيمتها، ولا يجب على المولى الفداء عيناً على رأي.

قوله رحمه الله: «لو شهد اثنان على إقراره بالاستيلاد وحكم به ثمّ رجعا غرما له قيمة الولد إن كذّبهما في نسبه، ولايغرمان في الحال قيمة الجارية؛ لأنّهما انّما أزالا سلطنة البيع ولا قيمة له، ويحتمل الأرش».

أقول: وجه إحتمال الأرش انّهما شهدا بالاستيلاد المقتضي لنقص القيمة به

---

(١) المبسوط: كتاب الجراح ج ٧ ص ٧.

(٢) المصدر السابق.

بسبب نقص التصرّف بسبب شهادتها المرجوع عنها، فكان النقص مضموناً عليها.

وقوله: «ولابعد الموت» من تتمّة الإحتمال الأوّل كأنّه قال: ولا يغرمان قيمة الجارية في الحال ولا بعد الموت، امّا عدم ضمانها في الحال فلأنّهما انّما أزالا سلطنة البيع فلا قيمة له، وأمّا بعد الموت فلأنّها محسوبة على الولد.

قوله رحمه الله: «وهل يرث هذا الولد؟ إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّه ثبت نسبه، ورجوعها عنه غير نافذ في حقّه، فكان له حقّه من الميراث.

ومن رجوعها قبل الحكم له بالميراث؛ لأنّهما لم يشهدا بالميراث، وانّما شهدا بإقرار المولى بنسبه، وهوأعمّ من استحقاقه للميراث وعدمه؛ إذ الميراث انّما يثبت بعد موت الموروث، وذلك غير معلوم وقت الشهادة؛ لاحتمال موت الولد قبل المولى، والعامّ لايستلزم الخاصّ.

قوله رحمه الله: «فإن قلنا به فالأقرب انّ للورثة تغريمها حصّته».

أقول: يريد لو قلنا بأنّه يرث الأقرب انّهما يغرمان ما أخذه لباقي الورثة.

ووجه القرب انّهما شهدا بالنسب المقتضي لاستحقاقه الميراث، فكان كما لو شهدا له بذلك القدر الذي أخذه ثمّ رجعا عنه.

قوله رحمه الله: «ولو لم يحصل من المولى اعتراف بالولد ولا تكذيب غرما قيمته وقيمة

أُمّه، وحصّته من الميراث لباقي الورثة لمن أثبتنا الميراث».

أقـول: لو شهدا على إقرار رجل باستيلاد ولد من أمته ولم يحصل من المشهود عليه اعتراف بالولد ولا تكذيب ـ كما لو شهدا بعد موت الرجل بذلك ـ فانّهما يغرمان لو رجعا عن شهادتهما بذلك الورثة قيمة الجارية وقيمة الولد، وحصّته من الميراث إن قلنا بالتوريث على ما تقدّم؛ لأنّهما أتلفا ذلك كلّه على الورثة بشهادتهم المرجوع عنها، إذ لولم يشهدا كانت الأمة وولدها رقّاً للورثة، وكان مجموع الميراث لهم، فكان ذلك كلّه مضموناً عليهما.

قوله رحمه الله: «في كتاب الأيمان: وفيه مقاصد، الأوّل: في حقيقتها. اليمين عبارة عن تحقيق ما يمكن فيه الخلاف بذكر اسم الله تعالى... الخ».

أقـول: يعني اليمين عبارة عن تعيين أحد طرفي الممكن بالنسبة الى الحالف، فالتحقيق كالجنس.

وقوله: «مايمكن فيه الخلاف» احتراز عن اليمين على ايجاد الممتنع أو انعدام الواجب، فانّ كلّ منهما لايمكن خلافه.

وقوله: «بذكر أسماء الله تعالى...الخ» احتراز عن اليمين بذكر اسم النبي صلّى الله عليه وآله أو الأئمة عليهم السلام وأشباه ذلك، فانّه ليس يميناً شرعياً.

لايقال: إن كان هذا تعريفاً لمطلق اليمين تنقض باليمين بغير ذكر اسم الله تعالى، فانّه يصدق عليه مطلق اليمين، وإن كان تعريفاً لليمين المنعقدة شرعاً فهو منقوض باليمين بالله تعالى الصادرة من الساهي والنائم وغير المكلّف، فانّه يصدق عليه انّه

تحقّق لما يمكن فيه الخلاف بذكر اسم الله تعالى الى آخر الحدّ، وليست يميناً منعقدة شرعاً.

لأنّا نقول: هذا تعريف بحقيقة اليمين الشرعية، وما ذكرتموه من اعتبار القصد والتكليف وأمثال ذلك شرائط في صحّة اليمين الشرعية، وانعقادها لا في تحقيق ماهيّتها، فانّ الشرائط ليست داخلة في الماهيّة.

فالحاصل: انّ اليمين التي شرّعها الشارع هي هذه العبارة المخصوصة المتعلّقة بالأُمور الممكنة، فإن حصلت شرائطها انعقدت، وإلّا فلا تنعقد؛ لأنّها لاتكون يميناً.

قوله رحمه الله: «أو قال:وحقّ الله على الأقوى».

أقول: الأقوى عند المصنّف انّه اذا قال: وحقّ الله لم ينعقد اليمين؛ لأنّه حلف بحقّه لا به، وهوقول الشيخ في الخلاف فانّه قال فيه: اذا قال: وحقّ الله لا يكون يميناً، قصد ذلك أو لم يقصد؛ لأنّ اليمين حكم شرعي، ولا دليل في الشرع على انّ هذا يمين، وأيضاً الأصل براءة الذمّة، فمن أوجب هذا يميناً فعليه الدلالة، وأيضاً فانّ حقوق الله تعالى هو الأمر والنهي والعبادات كلّها، فاذا حلف بذلك كانت يميناً بالمخلوقات ولم يكن يميناً بالله[١]. وتبعه ابن ادريس[٢] في ذلك.

وقال في المبسوط: إنّه ينعقد يميناً مع النيّة[٣].

---

(١) الخلاف: كتاب الأيمان المسألة ١٦ ج ٣ ص ٢٧٩ ـ ٢٨٠ طبعة اسماعيليان.

(٢) السرائر: كتاب الأيمان ج ٣ ص ٤٨.

(٣) المبسوط: كتاب الأيمان ج ٦ ص ١٩٩.

وفصّل المصنّف في المختلف فقال: والوجه عندي اعتبار عرف الحالف في ذلك، فإن قصد به الحلف بالله تعالى كانت يميناً، وإلّا فلا[١].

قوله رحمه الله: «أو حلف بالبراءة من الله أو من رسوله صلّى الله عليه وآله أو أحد الأئمة عليهم السلام على رأي».

أقول: يريد بذلك انّه لاينعقد اليمين بالبراءة، سواء حلف بالبراءة من الله أو من رسوله صلّى الله عليه وآله أو من أحد الأئمة عليهم السلام، وهو قول ابن ادريس[٢].

وقال الشيخ في النهاية في باب الكفّارات: ومن حلف بالبراءة من الله أو من رسوله أو من أحد الأئمة عليهم السلام كان عليه كفّارة ظهار[٣]، وأطلق. وتبعه ابن البرّاج[٤].

وقيّد المفيد ذلك بالحنث فقال: ولايجوز اليمين بالبراءة من الله تعالى ومن رسوله ومن أحد الأئمة، ومتى حلف بشيء من ذلك ثمّ حنث كان عليه كفّارة ظهار[٥]. وتبعه سلّار[٦].

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الأوّل في أحكام اليمين ص ٦٥٥ س ١٥.

(٢) السرائر: كتاب الأيمان ج ٣ ص ٣٩.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الأيمان والنذور والكفّارات ج ٣ ص ٦٥ ـ ٦٦.

(٤) المهذّب: كتاب الكفّارات باب كفّارة الحلف بالبراءة من الله ج ٢ ص ٢٢١.

(٥) المقنعة: كتاب الأيمان ص ٥٥٨.

(٦) المراسم: كتاب الأيمان والنذور ص ١٨٤ ـ ١٨٥.

وابن حمزة لم يجعل ذلك يميناً، لكنه قال: فإن كذب أثم ولزمته كفّارة النذر[١].

والمصنّف اختار في المختلف انّه لايجوز له الحلف بذلك، فإن فعل أثم، فإن حنث وجب عليه إطعام عشرة مساكين لكلّ مسكين مدّ ويستغفر الله تعالى، واستند في ذلك الى رواية محمّد بن يحيى ـ الصحيحة ـ قال: كتب محمّد بن الحسن الصفّار الى أبي محمّد العسكري: رجل حلف بالبراءة من الله تعالى ورسوله فحنث ما توبته وكفّارته؟ فوقّع عليه السلام: يطعم عشرة مساكين لكلّ مسكين مدّ ويستغفر الله عزّوجلّ[٢].

قوله رحمه الله: «ولو قال: والله لا أشرب إلّا أن يشاء زيد فقد منع نفسه الشرب، إلّا أن توجد مشيئة زيد، فإن شاء فله الشرب، وإن لم يشأ لم يشرب، وإن جهلت مشيئة لغيبة أو موت أو جنون لم يشرب، وإن شرب حنث؛ لأنّه منع نفسه، إلّا أن توجد المشيئة فليس له الشرب قبل وجودها. ولو قال: والله لا أشربن إلّا أن يشاء زيد فقد ألزم نفسه الشرب، إلّا أن يشاء زيد أن لا يشرب؛ لأنّ الاستثناء والمستثنى منه متضادّان والمستثنى منه إيجاب لشربه بيمينه،

---

(١) الوسيلة: كتاب الأيمان ص ٣٤٩.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الأوّل في أحكام اليمين ص ٦٤٩ س ٢.

فإن شرب قبل مشيئة زيد برّ، وإن قال زيد: قد شئت أن لا تشرب انحلّت اليمين؛ لأنّها معلّقة بعدم مشيئته لترك الشرب ولم تنعدم فلم يوجد شرطها. ولو قال: قد شئت أن تشرب أو ما شئت أن لا تشرب لم تنحلّ؛ لأنّ هذه المشيئة غير المستثناة، فإن خفيت مشيئته لزمه الشرب؛ لأنّه علّق الشرب بعدم المشيئة وهي معدومة بحكم الأصل».

أقول : هذا قول الشيخ رحمه الله في المبسوط فانّه قال فيه: اذا حلف ليدخلنّ الدار اليوم إلّا أن يشاء فلان فقد ألزم نفسه دخولها اليوم وجعل الاستثناء مشيئة فلان، ومشيئة فلان أن يقول: قد شئت أن لا تدخل، فاذا قال هذا صحّ الاستثناء وزالت اليمين؛ لأنّ الاستثناء ضدّ المستثنى منه، فلمّا كانت اليمين ايجاباً كان الاستثناء نفياً. فاذا تقرّرت الصورة فانّه يتخلّص منها بأحد أمرين: البرّ في يمينه ـ وهو الدخول ـ أو وجود الاستثناء، فاذا لم يوجد واحد منهما حنث في يمينه، فإن قال: فلان قد شئت أن يدخل أو قال: أنا لا أشاء أن لا يدخل لم يوجد الاستثناء؛ لأنّه لم يأت بمشيئة هي ضدّ ما حلف به. فإن خالف ولم يدخل أو غاب عنه حتى مضى الوقت حنث وجملته: اذا حلف لا دخلت الدار إلّا أن يشاء فلان فقد منع نفسه من الدخول وجعل الاستثناء مشيئة فلان، والمشيئة التي تقع في الاستثناء أن يشاء أن يدخل. فاذا ثبت هذا فانّه يتخلّص منها بأحد أمرين: البرّ وهو أن لا يدخل، أو الاستثناء وهو أن يشاء فلان أن يدخل. فمتى وجد أحدهما سقط حكم اليمين، فإن

قال: فلان قد شئت أن لا تدخل أو قال: أنا لا أشاء أن تدخل لم يوجد الاستثناء؛ لأنّه ما أتى بالمشيئة التي هي ضدّ اليمين، فإن دخل الدار وخفي علينا خبر فلان فلم نعلم شيئاً أو لم يشأ لم يحنث من قبل أن يكون فلان شاء. وعندي انّه لا فرق بين المسألتين، وانّه متى خالف حنث، ومتى شكّ في حصول المشيئة فانّه لا يحنث، لأنّ الأصل براءة الذمّة[1].

والمصنّف حقّق ذلك فقال: والتحقيق انّه إن قصد بقوله: إلّا أن يشاء زيد أن لا أشرب فالحكم ما تقدّم، وإن قصد أن لا يشاء زيد أن أشرب فالحكم بضدّ ما تقدّم، والتضادّ ثابت هنا، وإن جهل الأمران احتمل ما تقدّم وبطلانه.

أقول: لأنّه اذا حلف على الفعل ثمّ استثنى بالمشيئة فقال: إلّا أن يشاء زيد وقصد بمشيئة الفعل فقد ألزم نفسه الفعل، إلّا أن توجد مشيئة زيد للفعل، فاذا وجدت فقد وجدت المشيئة المستثناة فتنحلّ اليمين، وإن شاء الترك أو قال: لا أشاء أن تفعل فلم توجد المشيئة المستثناة فيجب عليه المضيّ في يمينه، وذلك ما تقدّم ـ أعني ما قاله المصنّف أوّلاً ـ وهو حكاية قول الشيخ في المبسوط، وكذا اذا حلف على الترك ثمّ قال: إلّا أن يشاء زيد وقصد إلّا أن يشاء زيد أن لا أفعل فقد منع نفسه من الفعل مالم توجد هذه المشيئة المخصوصة ـ وهي أن لا يفعل ـ فاذا وجدت انحلّت اليمين، واذا لم توجد امّا بأن قال: قد شئت أن تفعل أو لم أشأ أن تفعل مضى في يمينه ولم تنحلّ؛ لعدم وجود المشيئة المستثناة، وذلك أيضاً ما تقدّم وإن قصد الحالف في الإثبات إلّا أن يشاء زيد أن لا أفعل أو في طرف النفي إلّا أن يشاء زيد أن أفعل فالحكم ما تقدّم وهو ظاهر.

وقول المصنّف: «والتضادّ ثابت هنا» إشارة الى جواب ما استدلّ به الشيخ في

---

(١) المبسوط: كتاب الأيمان ج ٦ ص ٢٠٠ ـ ٢٠١.

قوله: انّ الاستثناء والمستثنى منه متضادّان.

وانّ تقرير الجواب: انّه لاتضادّ على ما اختاره المصنّف ثابت هنا؛ لأنّه اذا قال: والله لأفعلنّ إلّا أن يشاء زيد أن أفعل فحكم المستثنى منه ـ أعني اليمين ـ وجوب الفعل على تقدير عدم المشيئة، وحكم المستثنى عدم وجوب الفعل عند وجود المشيئة، بل يكون كلّ من الفعل وتركه مباحاً، ولاشكّ في التضادّ بين الحكمين ـ أعني الوجوب والإباحة ـ وكذا في طرف اليمين على النفي. والظاهر انّ مراد الشيخ أبي جعفر بما ذكره مع الإطلاق وعدم تعيين المشيئة.

فامّا مع تعيين الحالف للمشيئة ـ كما ذكره المصنّف ـ يبقى فيه إشكال؛ لأنّ المشيئة المستثناة حينئذٍ تكون مقصودة في الموضعين، فاذا وجدت تلك المشيئة التي قصدها الحالف انحلّت اليمين، وإلّا فلا.

وأمّا على تقدير الإطلاق وعدم تعيين المشيئة فيحتمل ما تقدّم ـ أعني ما ذكره الشيخ رحمه الله لما استدلّ به ـ ويحتمل البطلان؛ لأنّ الاستثناء بالمشيئة المجهولة توقّف اليمين، كما لو قال: والله لأفعلنّ إلّا أن يشاء الله.

قوله رحمه الله: «ولا يدخل الاستثناء في غير اليمين، وفي دخوله في الإقرار إشكال، أقربه عدم الدخول».

أقول: للشيخ في هذه المسألة قولان:

أحدهما: انّ المشيئة تدخل في الإقرار، قاله في الخلاف[1] والمبسوط[2] فانّه قال

---

(١) الخلاف: كتاب الأيمان المسألة ٢٦ ج ٣ ص ٢٨٢ طبعة اسماعيليان.

(٢) المبسوط: كتاب الأيمان ج ٦ ص ٢٠٠.

فيهما: الاستثناء بمشيئة الله تعالى تدخل في الطلاق والعتاق، سواء كانا مباشرين ـ مثل: أنت طالق إن شاء الله، أو: أنت حرّ إن شاء الله ـ أو معلّقين بصفة ـ مثل: اذا دخلت الدار فأنت طالق إن شاء الله، أو: اذا دخلت الدار فأنت حرّ إن شاء الله ـ وإن كان الطلاق والعتق بصفة لايصحّ عندنا، وفي اليمين بهما وفي الإقرار وفي اليمين بالله فيوقف الكلام، ومتى حالفه لايلزمه حكم ذلك؛ لأصالة براءة الذمّة وثبوت العقد، واذا عقّب كلامه بلفظ «إن شاء الله» فلا دليل على زوال العقد في النكاح والعتق ولا على تعلّق حكم بذمّته، فمن ادّعى خلافه فعليه الدلالة.

والآخر: لا تدخل اليمين في الإقرار، فانّه قال في كتاب الأيمان من الخلاف أيضاً: لايدخل الاستثناء بمشيئة الله تعالى إلّا في اليمين فحسب، وبه قال مالك، وقال أبوحنيفة: يدخل في اليمين بالله وفي الطلاق والعتاق وفي النذور وفي الإقرار، دليلنا: انّ ما ذكرناه مجمع على دخوله فيه، وما قالوه ليس عليه دليل[1]. والمصنّف استشكل ذلك، ووجه الإشكال ما استدلّ به الشيخ على القولين.

فاعلم انّ المراد بدخول المشيئة في الإقرار وهو: انّه اذا عقّب الإقرار بالمشيئة هل يبطل حكم الإقرار ولايكون له حكم ـ كما انّ الحالف اذا عقّب يمينه بالمشيئة يوقفها ولاتكون يمينه منعقدة ولا يحنث بمخالفتها ـ أو المراد بعد دخولها فيه أن تلغو المشيئة ويكون الإقرار ماضياً على المقرّ ويلزمه حكمه؟

والأقرب عند المصنّف عدم الدخول، وهو مذهب ابن ادريس[2]، لكنّه يجري مجرى الجحود بعد الاعتراف، وهو غير قادح في نفوذ الإقرار من التصرّف؛ لعموم

---

(١) الخلاف: كتاب الأيمان المسألة ٢٦ ج ٣ ص ٢٨٢.

(٢) السرائر: كتاب الأيمان باب ماهية الأقسام والأيمان ج ٣ ص ٤١.

قوله صلّى الله عليه وآله: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»[١].

قوله رحمه الله: «ولا تنعقد يمين ولد مع والده إلّا مع إذنه، ولا المرأة مع زوجها إلّا بإذنه، ولا المملوك مع مولاه إلّا بإذنه، وذلك فيما عدا فعل الواجب وترك القبيح، أمّا فيهما فتنعقد من دون إذنهم، ولو قيل بانعقاد أيمانهم كان وجهاً».

أقول: لعموم الآيات الدالّة على عدم جواز نقض اليمين؛ لقوله تعالى: ﴿ولاتنقضوا الأيمان بعد توكيدها﴾[٢] والأصل إجراء العامّ على عمومه، ولأنّه أحوط.

قوله رحمه الله: «وهل للمولى المنع من الأداء في الموسّع أو المطلق في أوّل أوقات الإمكان؟ إشكال».

أقول: اذا حلف العبد بإذن مولاه على فعل مطلقاً أو في وقت موسّع ـ بأن كان يفضل عن فعل ما حلف عليه فكما اذا قال: والله لأُصلّينّ ركعتين أو لأصومنّ يوماً في الشهر الفلاني ـ فهل للمولى منع العبد من أداء ما حلف عليه في أوّل أوقات الإمكان أو لا؟ فيه إشكال.

---

(١) لم نعثر عليه في المصادر الروائية ونقله العلّامة في مختلف الشيعة: الفصل العاشر في الإقرار ص ٤٤٢ س ١.

(٢) النحل: ٩١.

ينشأ من انّه واجب، وليس للمولى منعه من الواجب.

ومن جواز تأخيره وتقديمه فكان للسيد المنع منه؛ لأنّه يكون منعاً له عن فعل يجوز فعله وتركه بالنسبة الى ذلك الوقت.

قوله رحمه الله: «وتصحّ اليمين من الكافر على رأي».

أقــول: هذا أحد قولَي الشيخ ذكره في المبسوط فقال: والكافر يصحّ يمينه بالله في حال كفره، فإن حنث فعليه الكفّارة، سواء حنث في حال كفره أو بعد أن أسلم. ثمّ قال: وقال بعضهم: لاتنعقد يمينه بالله، ولا تجب عليه الكفّارة، ولا يصحّ منه التكفير. قال: والأقوى عندي الأوّل، إلّا انّه لايصحّ منه الكفّارة في حال كفره؛ لأنّها تحتاج الى نيّة القربة، وهي لاتصحّ من كافر؛ لأنّه غير عارفٍ بالله[1].

والقول الآخر له في الخلاف فقال: ولا تنعقد يمين الكافر بالله تـعالى، ولا تجب عليه الكفّارة بالحنث، ولا يصحّ منه التكفير بوجه[2]. وتبعه ابن ادريس[3] في هذا القول.

وفصّل المصنّف فقال: إن أطلق اليمين وأسلم لم يسقط الفعل، وكذا إن قيّده بوقت وأسلم قبل فواته، فإن حنث ـ يعني لو تركه حتى خرج الوقت ـ وجبت الكفّارة وإن كان كافراً، ولو أسلم بعد فوات الوقت ولم يكن قد فعله حنث ووجبت الكـفّارة، لكنّها تسقط بإسلامه.

---

(١) المبسوط: كتاب الأيمان ج ٦ ص ١٩٤ ـ ١٩٥.

(٢) الخلاف: كتاب الأيمان المسألة ٩ ج ٣ ص ٢٧٦ طبعة اسماعيليان.

(٣) السرائر: كتاب الأيمان باب ماهية الأقسام والأيمان ج ٣ ص ٤٨.

وفصّل في المختلف تفصيلاً آخر فقال: المعتمد أن نقول: إن كان الكفر باعتبار جهله بالله عزّوجلّ وعدم علمه به امّا بأن يجحد الربّ تعالى أو شبهة بغيره كالمجوس فهذا لاتنعقد يمينه؛ لأنّه حلف بغير الله تعالى، وإن كان باعتبار جحد بنبوّة أو فريضة معلومة الثبوت من دين الاسلام انعقدت يمينه؛ لوجود المقتضي للانعقاد، وهو الحلف بالله تعالى من عارف به عاقل لا ولاية لأحد عليه، واذا انعقدت وجب الفعل المحلوف عليه، فإن كان من الطاعات وقصد ايقاعه على وجه التقرّب الى الله عزّوجلّ وجب عليه تقديم الاسلام وفعله، إذ لا طاعة من الكافر؛ لأنّ استحقاق الثواب مشروط بالايمان، وإن كان غير طاعة وجب عليه فعله مطلقاً، ومتى حنث وجبت عليه الكفّارة؛ لوجود المقتضي، ولكن لايصحّ منه أداؤها إلّا بتقديم الاسلام عليه، فإن أسلم بعد الحنث سقطت الكفّارة عنه؛ لوجود المقتضي للازالة، وهو وجود الاسلام[1].

وأقول: ينبغي أن يقال: إن كان ما حلف عليه الكافر المذكور مقيّداً بزمان مخصوص وكان طاعة وخرج الوقت قبل إسلامه وحنث وجبت عليه الكفّارة، بمعنى انّه يعاقب عليها في الآخرة لو كان كافراً كما يعاقب على كفره، فاذا أسلم سقطت عنه الكفّارة، سواء فعله في حال كفره في وقته أو لا، وإن كان غير طاعة وفعله في حال كفره في وقته برّ ولا كفّارة عليه، وإن خرج الوقت قبل فعله حنث وعليه الكفّارة، وإن أسلم والوقت باقٍ وجب عليه فعله، سواء كان طاعة أو لا، فإن أخلّ حتى خرج الوقت وهو مسلم حنث وعليه الكفّارة، وان كان مطلقاً وكان طاعة وجب عليه فعله بعد تقديم الاسلام ولايسقط بإسلامه، وإن كان غير طاعة وجب عليه

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب اليمين الفصل الأوّل في أحكام اليمين ص ٦٥٠ ـ ٦٥١.

فعله وصحّ منه في حالتَي إسلامه وكفره، وإن مات كافراً حنث وعوقب عليه إن كان طاعة، سواء فعله في حال كفره أو لا، وإن كان غير طاعة فإن فعله صحّ وبرّ، وإن مات قبل فعله حنث وعوقب على تركه.

قوله رحمه الله: «ولو أطلق لفظاً له وضع عرفي ولغوي ولم يقصد أحدهما بعينه ففي حمله على العرفي أو اللغوي إشكال، أقربه الأوّل».

أقول: وجه الإشكال من تعارض الحقيقتين، فإن ذلك اللفظ وضع لكلّ منهما على سبيل الحقيقة، والأصل في ذلك انّ الأيمان هل تحمل عند إطلاقها على ما وضع له اللفظ في اللغة أو على العرف الطارئ؟ يحتمل الأوّل؛ لأنّ الشرع انّما جاء على لسان العرب مالم يثبت نقل الشارع[1] لذلك اللفظ الى معنى آخر. ويحتمل الثاني؛ لأنّ المعنى الثاني المتعارف صار أغلب بالنسبة الى عرف الحالف، وحمل اللفظ على الغالب أولى، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّ العرف طارئ، فهو كالناسخ للوضع الأوّل، وحمل اللفظ أولى من حمله على المنسوخ.

قوله رحمه الله: «ولا يحنث في الشحم باللحم، ولا بشحم الظهر على إشكال».

أقول: اذا حلف لا يأكل شحماً فهل يحنث يأكل شحم الظهر أو لا؟ فيه قولان: أحدهما: لايحنث، وهو قول الشيخ في المبسوط[2] والخلاف[3] قال: لأنّ اسم

---

(١) في ش: «الشرع».

(٢) المبسوط: كتاب الأيمان فصل كفّارة يمين العبد ج ٦ ص ٢٤١.

(٣) الخلاف: كتاب الأيمان المسألة ٧٨ ج ٣ ص ٢٩٦ طبعة اسماعيليان.

الشحم يختصّ بما يكون في الجوف.

وقال ابن ادريس: الصحيح الذي يقتضيه أُصول مذهبنا انّه يحنث بشحم الظهر؛ لأنّ الشحم عبارة عن غير اللحم من أيّ موضع، سواء كان من شحم الإلية أو الظهر أو البطن بغير خلاف بين أهل اللسان[١].

والمصنّف استشكل ذلك من حيث تعارض ما استدلّ به الشيخ، وابن ادريس من الوجهين.

وقوّى في المختلف قول ابن ادريس، عملاً بقوله تعالى: ﴿ومن البقر والغنم حرّمنا عليهم شحومهما إلّا ما حملت ظهورهما أو الحوايا أو ما اختلط بعظم﴾[٢] والاستثناء اخراج. واستدل أيضاً على ذلك بأنّ الشحم واللحم جسمان قد اشتمل عليهما الدابة مفترقان في الاسم والحقيقة، وأمّا افتراقهما في الاسم فظاهر، وأمّا افتراقهما في الحقيقة فلأنّ اللحم أحمر كثيف ذو طعم خاصّ والشحم أبيض رخو له طعم آخر[٣].

وفيه نظر، فإن ذلك كلّه يرجع الى الاختلاف في أُمور عارضة، فإنّ الحمرة والبياض والطعم أعراض، ولايلزم من الاختلاف في الأعراض الاختلاف في الحقيقة.

نعم يمكن أن يقال: إنّه لايحنث وإن اشتركا في الحقيقة؛ لأنّه حلف على صنف معيّن موصوف بصفة مخصوصة، ولا يلزم من ذلك أن يحنث بالصنف الآخر الخالي عن تلك الصفة وإن اشتركا في الحقيقة.

---

(١) السرائر: كتاب الأيمان باب ماهية الأقسام والأيمان ج ٣ ص ٥٦.

(٢) الأنعام: ١٤٦.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الأوّل في أحكام اليمين ص ٦٥٤ س ١٩.

قوله رحمه الله: «ولو حلف لا يأكل رأساً انصرف الى الغالب، كالغنم والإبل والبقر، دون رأس الطير والسمك والجراد على إشكال».

أقول: منشأ الإشكال من صدق اسم الرأس بحسب الوضع اللغوي على كلّ واحد من رؤوس الطير والسمك والجراد، كما يصدق على رؤوس البقر والغنم والإبل.

ومن عدم تناول اسم الرأس لها عرفاً، والأصل في ذلك ما تقدّم من انّ الأيمان هل هي مبنيّة على العرف أو اللغة؟

واعلم انّ لأصحابنا هنا اختلافاً، فذهب الشيخ في الخلاف الى انّه انّما يحنث برؤوس الغنم والبقر والإبل، ولا يحنث بأكل رؤوس العصافير والحيتان والجراد[١].

وقال في المبسوط: يحنث بأكل رؤوس النعم، ولا يحنث بأكل رؤوس سواها، وإن كان في بلد له صيد كثير وتكون رؤوس الصيد تؤكل منفردة عنها حنث فيها، وإن حلف في غير ذلك البلد فالأقوى عندنا انّه لايحنث اذا لم يكن له علم بذلك العرف[٢].

وابن ادريس قال: يحنث بالجميع[٣].

وفصّل المصنّف في المختلف فقال: إن نوى الحالف صرف الحلف إليه، وإن لم ينوي فإن كان هناك عرف خاصّ يعتقده الحالف وينصرف إطلاق لفظه إليه حمل عليه، وإلّا حمل على الحقيقة اللغوية[٤].

---

(١) الخلاف: كتاب الأيمان المسألة ٧٢ ج ٣ ص ٢٩٥ طبعة اسماعيليان.

(٢) المبسوط: كتاب الأيمان ج ٦ ص ٢٣٨.

(٣) السرائر: كتاب الأيمان باب ماهية الأقسام والأيمان ج ٣ ص ٥٠.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الأوّل في أحكام اليمين ص ٦٥٣ س ١١.

قوله رحمه الله: «ويحنث في الرطب والبسر بالمنصّف على إشكال».

أقول: اذا حلف لا يأكل رطباً فأكل منصّفاً ـ وهو الذي نصفه رطب ونصفه بسراً ـ وحلف لا يأكل بسراً فأكل المنصّف هل يحنث بذلك أم لا؟ فيه إشكال.

ينشأ من صدق اسم الرطب على الجزء الذي ترطب به، وكذا البسر على ما لم يرطب.

ومن عدم صدق كلّ منهما على ذلك عرفاً، أمّا لو حلف: لا أكلت رطبة أو بسرة لم يحنث بالمنصّف قطعاً؛ لأنّ الرطبة اسم لما ترطّب جميعها والبسرة على ما لم يترطّب منها شيء، وذلك غير متحقّق في المنصّف، ولا يحنث به فيهما.

قوله رحمه الله: «وفي البطيخ إشكال».

أقول: لو حلف لا يأكل فاكهة فأكل بطيخاً هل يحنث أم لا؟ فيه إشكال.

ينشأ انّه من الخضراوات فلا يحنث بأكله كالباذنجان وأشباهه.

ومن انّ الفاكهة اسم لما يتفكّه به وهو صادق على البطيخ، ولأنّه يسمّى فاكهة عرفاً.

وجزم الشيخ في المبسوط بكونه فاكهة يحنث به فقال فيه: اذا حلف لا يأكل فاكهة فأكل القثّاء والخيار لم يحنث؛ لأنّهما من الخضراوات، وان أكل بطيخاً حنث؛ لأنّ له نضجاً كنضج الرطب، يحلو اذا نضج ويؤكل كالعنب والرطب، فلهذا كانت من الفاكهة[1].

---

(١) المبسوط: كتاب الأيمان ج ٦ ص ٢٤٨.

قوله رحمه الله: «وهل يجب اجتناب المحصور غير المشقّ؟ إشكال، أقربه ذلك وإن حرّمنا المشتبهة بالأجنبية؛ لأصالة التحريم هناك والإباحة هنا».

أقول: يريد لو حلف لا يأكل تمرة معيّنة فاشتبهت بغيرها فقد تقدّم في الكتاب انّه لا يحنث إلّا بأكل الجميع، ولو كان اشتباه تلك التمرة بعدد محصور كالتمرتين والثلاثة وأشباه ذلك ممّا لا مشقّة في اجتنابه ففي وجوب ترك الجميع إشكال.

ينشأ من وجوب ترك أكلها، ولا يتمّ إلّا بترك أكل الجميع، وما لا يتمّ الواجب إلّا به فهو واجب.

ومن انّ كلّ واحدة يشكّ في كونها هي المحلوف عليها أو غيرها، والأصل الإباحة حتى يثبت تعيين التحريم، وهو منتفٍ بالنسبة الى كلّ واحدة الى أن تبقى واحدة فيحرم أكلها؛ لاستلزام اليقين بأكل المحلوف على ترك أكلها.

وقول المصنّف: «أقربه ذلك» أي الأقرب وجوب اجتناب المحصور غير المشقّ؛ لأنّه أحوط، ولأنّه لا يأمن في أكل كلّ واحدة من ذلك العدد المحصور من فعل القبيح، وهو تناول ما حرّم عليه تناوله باليمين، فكان الإقدام عليه مع إمكان التحرّز عنه وعدم المشقّة في تركه قبيحاً.

وقوله: «وإن حرّمنا المشتبهة بالأجنبية» ليس راجعاً الى قوله: «أقربه ذلك» بل الى قوله: «فيه إشكال وان حرّمنا المشتبهة بالأجنبية» يعني انّ الزوجة اذا اشتبهت بعدد محصور كأجنبية أو اثنين ـ مثلاً ـ حرّم عليه نكاح إحداهن من غير إشكال. فإن قيل: ما الفرق بين المحلّلة المشتبهة الأجنبية وبين التمرة المشتبهة بالتمرة المحلوف على تركها؟

فالجواب ما ذكره المصنّف وهو: انّ الأجنبية الأصل فيها التحريم مالم يثبت تعيين المحلّل من العقد أو الملك، والتمر الأصل فيه الحلّ مالم يثبت فيه المحرّم من التمر وغيره، فالمشتبهة بالأجنبية الأصل فيها التحريم، والمشتبهة بالمحلوف عليها الأصل فيها الإباحة.

قوله رحمه الله: «ولو حلف لا يأكل طعاماً اشتراه زيد فأكل ما اشتراه من غيره وإن اقتسماه على إشكال».

أقول: منشأه في انّ القسمة تميز، فاذا تميّز بالقسمة ما اشتراه زيد عمّا اشتراه عمرو فأكل ممّا حصل بالقسمة لزيد صدق عليه انّه أكل ممّا اشتراه زيد، فكان ذلك مقتضياً للحنث.

ومن انّ ذلك القدر الحاصل بالقسمة لم يشتريه زيد بانفراده وانّما اشتراه هو مع غيره، فلايصدق مسمّى ما حلف عليه فلم يحنث بأكله. وكلام الشيخ في المبسوط يدلّ على تردّده في ذلك؛ لأنّه نقل فيها قولين، ثمّ قال: وهما قويّان[١]. وفي الخلاف نقل عدم الحنث عن الشافعي والحنث عن أبي حنيفة[٢]، ولم يرجّح أحد القولين، وهو يدلّ على تردّده أيضاً في ذلك. وابن ادريس ذهب الى انّه لايحنث[٣]، واختاره المصنّف في المختلف[٤].

---

(١) المبسوط: كتاب الأيمان ج ٦ ص ٢٢٣.

(٢) الخلاف: كتاب الأيمان المسألة ٤٦ ج ٣ ص ٢٨٨.

(٣) السرائر: كتاب الأيمان باب ماهية الأقسام والأيمان ج ٣ ص ٤٩.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الأوّل في أحكام اليمين ص ٦٥٦ س ١٦.

قوله رحمه الله: «ولو حلف لا يأكل من لحم شاته ولا يشرب من لبنها لزم إلّا مع الحاجة، ولا يسري التحريم الى النسل على رأي».

أقول: هذا قول ابن ادريس[١]، خلافاً للشيخ، وابن البرّاج، وابن الجنيد.

فإن الشيخ قال في النهاية: ومن حلف لايشرب من لبن عنز له ولا يأكل من لحمها وليس به حاجة الى ذلك لم يجز له شرب لبنها ولا لبن أولادها ولا أكل لحومهنّ، فإن أكل أو شرب مع ارتفاع الحاجة كانت عليه الكفّارة، وإن كان قد شرب ذلك لحاجة فلا شيء عليه[٢]. وتبعه ابن البرّاج[٣] في الكامل.

وقال ابن الجنيد: وإن حلف لا يأكل لحم عنز ولا يشرب من لبنها لم يأكل لحم ما نتجت ولا يشرب من لبنه[٤].

قوله رحمه الله: «ولو حلف ليأكلنّ هذا الطعام غداً فأكله اليوم حنث لتحقّق المخالفة، وتلزمه الكفّارة معجّلاً على إشكال».

أقول: ينشأ من تحقّق الحنث المقتضي لوجوب الكفّارة.

ومن تعلّق اليمين بأكله في الغد، وذلك موقوف على حصول الغد، فلا تجب الكفّارة معجّلاً، ولاحتمال موته قبله.

---

(١) السرائر: كتاب الأيمان باب ماهية الأقسام والأيمان ج ٣ ص ٤٥.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الأيمان باب أقسام الأيمان ص ٤٩.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الأوّل في أحكام اليمين ص ٦٥٠ س ٢١.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الأوّل في أحكام اليمين ص ٦٥٠ س ٢٠.

قوله رحمه الله: «ولو حلف لا يأكل قوتاً احتمل صرفه الى الخبز والتمر والزبيب واللحم واللبن؛ لأنّها تقتات في بعض البلدان، وكذا غيرها ممّا يقتاته بعض الناس والى عادة بلده».

أقول: القوت اسم لما يقتات به، وذلك يختلف باختلاف الناس في البلاد، فربما كان الشيء يقتاته بعض الناس دون بعض، فاذا حلف لايأكل قوتاً احتمل فيه وجهان:

أحدهما: انّه يحنث بأكل كلّ ما يقتات به، سواء كان ممّا يقتاته الحالف وهو متعارف عند أهل بلده أو ممّا يقتاته غيره وإن لم يكن ذلك متعارفاً بالنسبة الى بلد الحالف؛ لأنّ ذلك يصدق عليه انّه قوت، فإنّ الشيء متى ثبت له عرف في مكان تعلّق به حكم اليمين في كلّ مكان، والى هذا المعنى أشار المصنّف بقوله: «لأنّها يقتات في بعض البلدان».

واحتمل اختصاص اليمين بما يسمّى قوتاً بالنسبة الى عرف الحالف، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّ إطلاق اللفظ اذا كان له عرف بالنسبة الى المتكلّم انّما يحمل على المتعارف عنده؛ لأنّه حقيقة عرفية، ويكون اللفظ بالنسبة الى غير ذلك العرف كالمجاز، ولأنّ ذلك العرف في غير مكان الحالف قد لايكون معلوماً له ولا متصوّراً فكيف يحمل كلامه عليه؟

قوله رحمه الله: «ولو حلف: لا شربت من الفرات حنث بالكرع منها ومن الشرب من آنية اغترفت منها، وقيل: بالكرع خاصّة».

أقـول: القائل بهذا القول هو ابن ادريس[١]، وهو قول الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: اذا حلف: لا شربت من النهر، أو: لا شربت من دجلة فمتى شرب من مائها حنث، سواء غرف بيده في كوز أو غيره على أيّ وجه شرب منها أو كرع منها كالبهيمة. ثمّ قال: وقال بعضهم: لا يحنث حتى يكرع منها كالبهيمة؛ لأنّه اذا شرب غرفاً بيده كما شرب منها، وانّما شرب من يده. قال: وهو الأقوى عندي[٢].

وقال في الخلاف: يحنث، سواء غرف بيده أو في كوز أو غيره أو كرع منها كالبهيمة[٣].

قوله رحمه الله: «اذا حلف على الدخول لم يحنث بصعوده السطح من خارج وان كان محجّراً، فعلى هذا لايجوز الاعتكاف في سطح المسجد، ولا تتعلّق الحرمة به على إشكال».

أقـول: قال الشيخ في المبسوط: اذا حلف: لا دخلت هذا الدار فإنّ دخلها أو شيئاً منها أو غرفة منها حنث، سواء دخل من الباب أو نزل من السطح؛ لأنّه يقال: دخلها، فامّا إن رقى على سطحها لم يحنث، سواء كان محجّراً أو غير محجّر، وقال بعضهم: يحنث بكلّ حال، وقال آخرون: إن كانت محجّرة حنث، وإن لم تكن محجّرة لم يحنث. قال: والأوّل أقوى، فامّا أن وقف على الحائط فانّه لا يحنث بلا خلاف[٤].

---

(١) السرائر: كتاب الأيمان باب ماهية الأقسام والأيمان ج ٣ ص ٥٢.

(٢) المبسوط: كتاب الأيمان ج ٦ ص ٢٣٢.

(٣) الخلاف: كتاب الأيمان المسألة ٦٧ ج ٣ ص ٢٩٤ طبعة اسماعيليان.

(٤) المبسوط: كتاب الأيمان ج ٦ ص ٢٢١.

والمصنّف فرّع على ذلك فرعين:

أحدهما: انّه لايجوز الاعتكاف في سطح المسجد؛ لأنّه اذا لم يكن السطح من المسجد والاعتكاف لايصحّ إلّا في المسجد لم يصحّ الاعتكاف في السطح.

والآخر: انّه لايثبت له حرمة المسجد، فيجوز للجنب اللبث فيه، وفيه إشكال، منشأه الشكّ في كونه من المسجد أو لا.

ولقائل أن يقول: لايلزم من عدم صدق اسم الدخول عليه عدم كون السطح من المسجد؛ لأنّ اليمين يتبع العرف، ولا يسمّى في العرف داخلاً إلّا اذا كان في جوف الدار، ولايلزم مثله اذا كان في بعض أجزائها وهو خارج، ويمكن بناء ذلك على انّ السطح هل هو عبارة عن نهاية الجسم أو عن جزء مقوّم له؟ فإن كان الأوّل فهو خارج عن مسمّى المسجد ولا مقوّم فلا يحنث به، وإن كان الثاني حنث.

قوله رحمه الله: «ولو حلف ليخرجنّ فصعد السطح ففي البرّ إشكال».

أقول: منشأه ما تقدّم.

قوله رحمه الله: «وفي التطيّب إشكال، أقربه الحنث بالابتداء خاصّة».

أقول: اذا حلف لا يتطيّب فالأقرب عند المصنّف انّه لا يحنث إلّا بالابتداء به دون استدامته؛ لأنّه لايقال لمن كان متطيّباً قبل اليمين انّه قد تطيّب بعد يمينه مع احتمال الحنث بالاستدامة أيضاً، كما لو حلف: لا لبست ثوباً وهو لابس، أو: لا سكنت الدار وهو ساكن، ولا ركبت الدابة وهو راكب، أو: لا ساكنت زيداً وهو ساكن.

والشيخ في المبسوط قال: لا يحنث باستدامة الطيب، كما لايحنث باستدامة الطهارة والنكاح في من حلف: لا تطهّرت ولا نكحت. والفرق بينهما وبين الأربع من وجهين، أحدهما: انّ الاسم في تلك الأربع يطلق على الابتداء والاستدامة بدليل أن يقول: سكنت وساكنت ولبست وركبتها شهراً، وليس كذلك الطيب والطهارة والنكاح؛ لأنّ الاسم يقع على الابتداء دون الاستدامة، بدليل أن يقول: تطيّبت منذ أمس ونكحت منذ سنة وتطهّرت منذ صلاة الغداة، ولايقول: تطهّرت شهراً، وكذلك الطيب والنكاح. الثاني: انّ الشرع قد جعل استدامة اللبس كابتدائه، ولم يجعل استدامة الطيب كابتدائه، بدليل انّه لو أحرم لابساً فاستدامه فعليه الفدية، كما لو ابتدأه بعد الإحرام، ولو أحرم متطيّباً أو متزوّجاً فلا شيء عليه، وهو ممنوع من الابتداء به وهو محرم. قال: وعندنا انّ الإحرام مثل ذلك، غير انّه يجب عليه إزالة الطيب عنه[1].

وأقول: يؤكّد ذلك صحّة السلب في هذه الثلاثة دون الأربعة الأُول، فيقول: ما تطيّبت إلّا شهراً، ولا نكحت إلّا في السنة الفلانية، ولا تطهّرت اليوم إلّا منذ وقت الغداة. وليس للابس أن يقول: ما لبست الثوب إلّا بالأمس وهو لابسه، ولا ما سكنت الدار إلّا بالأمس وهو ساكنها، ولا ركبت الدابة بالأمس وهو راكبها، ولا ساكنت فلاناً إلّا بالأمس وهو مساكنه.

قوله رحمه الله: «والإطلاق ينصرف الى الصحيح منها، فلو حلف ليبيعن أو لايبيع انصرف الى الصحيح دون الفاسد، إلّا في المحرم

---

(١) المبسوط: كتاب الأيمان فصل في كفّارة يمين العبد ج ٦ ص ٢٢٢.

بيعه كالميتة والخمر والخنزير، فانّ اليمين على عدم البيع لاينطلق الى الصحيح بل الى الصورة، نعم الأقرب اشتراط ما يشترط في الصحيح».

أقول: انّما مثّل المصنّف باليمين على عدم البيع؛ لأنّ اليمين على بيع مثل هذه المحرّمات لاينعقد، وانّما ينعقد على ترك بيعها.

فاذا عرفت هذا، فاذا حلف على ترك بيع هذه الأشياء فانّه لاينصرف الى الصحيح قطعاً؛ لأنّه لو أراد: لا بعت هذه الأشياء بيعاً صحيحاً كان لغواً؛ لأنّه حلف على ترك مستحيل الوجود، فكان كما لو قال: والله لا جمعت بين النقيضين، ولكن الأقرب عند المصنّف اشتراط ما يشترط في الصحيح.

ووجه القرب انّ اطلاق اليمين على ما قرّره انّما ينصرف الى الصحيح المشتمل على كون المبيع ممّا يصحّ بيعه والمستجمع لجميع الشرائط والأركان، وقد تعذّرت الصحّة من جهة كون المبيع ممّا لايصحّ بيعه لاستحالتها شرعاً، فبقي ماعداها ممّا تناوله حكم اليمين من الشرائط والأركان التي يمكن وجودها، كالايجاب والقبول والعلم بالعوضين وغير ذلك.

قوله رحمه الله: «قيل: والهبة».

أقول: يعني قيل: إنّ الهبة حكمها حكم الوصية في انّه لو حلف لايهب حنث بالايجاب، وهذا القول المحكي هو قول الشيخ في مسائل الخلاف، إلّا انّ كلامه فيه يدلّ على تردّده فيه، وكذا تردّد في المبسوط.

فقال في الخلاف: اذا حلف: لا وهبت عبدي ثمّ وهبه من رجل حنث بوجود الايجاب، قبل الموهوب له أو لم يقبل، وبه قال أبو حنيفة، وابن شريح، وقال

الاسفرائيني: لايحنث؛ لأنّ الهبة عبارة عن الايجاب والقبول كالبيع، وهو قوي[١].

وقال في المبسوط: اذا حلف: لا وهبت عبدي هذا، أو قال له: إن وهبتك فأنت حرّ وجعله نذراً عندنا فإن وهبه من رجل حنث بوجود الايجاب قبل الموهوب له أو لم يقبل عند قوم، وقال آخرون ـ وهو الأقوى ـ: لايحنث حتى يحصل القبول؛ لأنّ الهبة عبارة عن الايجاب والقبول معاً، بدليل انّه لو حلف: لا بعت لم يحنث بالايجاب فالهبة مثله، والأوّل أيضاً قوي[٢].

واعلم انّ ابن ادريس[٣] قال: لايحنث إلّا بالايجاب والقبول معاً، وهو قول المصنّف في المختلف[٤].

قوله رحمه الله: «ولو حلف أن لا يشتري أو لايتزوّج فوكّل وعقد الوكيل أو قال: لا بنيت بناءً فبناه الصانع بأمره أو استئجاره، أو: لا ضربت وهو سلطان فأمر به ففي الحنث إشكال، ينشأ من معارضة العرف والوضع، ولعلّ الأقرب متابعة العرف».

أقول: وجه القرب انّ الوضع اللغوي في الشراء والتزويج والبناء والضرب وإن كان حقيقة في المباشرة ومجازاً في الأمر، إلّا انّ المجاز قد صار بالنسبة الى عرف

---

(١) الخلاف: كتاب الأيمان ج ٣ المسألة ١٠٣ ص ٣٠١ ـ ٣٠٢ طبعة اسماعيليان.

(٢) المبسوط: كتاب النذر ج ٦ ص ٢٥٠.

(٣) السرائر: كتاب الأيمان باب ماهية الأقسام والأيمان ج ٣ ص ٥٥.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الأوّل في أحكام اليمين ص ٦٥٣ س ٣٨.

الحالف أرجح وأغلب، ويتبادر إليه فهم السامع العارف بذلك العرف فيحمل مطلق اللفظ عليه. خلافاً للشيخ في مسائل الخلاف فانّه قال فيه: اذا قال الخليفة أو الملك: والله لا ضربت عبدي ثمّ أمر عبده فضربه لم يحنث؛ لأنّ حقيقة هذه الإضافة أن يفعل الفعل بنفسه، وانّما ينسب ما يفعله غيره بأمره إليه على ضرب من المجاز، ولهذا يحسن أن يقال: ما ضربه وانّما ضربه غلامه، فلو كان حقيقة لما جاز ذلك، واذا قال: والله لا تزوّجت ولا بعت فوكّل فيهما لم يحنث[1]؛ لما تقدّم. وتبعه ابن ادريس[2] على ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو حلف لا يبيع أو لا يشتري أو لا يتزوّج فوكّل في هذه العقود فالأقرب الحنث».

أقول: لما تقدّم من بناء الأيمان عنده على العرف، ويصدق في العرف انّه اشترى اذا اشتراه وكيله وتزوّج اذا تولى العقد عليه على وكيله أو باع داره، وإن عقد عنه وكيله عقد البيع.

قوله رحمه الله: «ولو حلف لا يبيعه بعشرة فباعه بأقلّ ففي الحنث إشكال».

أقول: منشأه من انّه لم يبعه بعشرة فلم يخالف يمينه.

ومن قرينه عدم البيع بالعشرة؛ لعدم الرضا بذلك القدر، فعدم الرضا بما دونه أولى.

---

(١) الخلاف: كتاب الأيمان المسألة ٦٤ و ٦٥ ج ٣ ص ٢٩٣ طبعة اسماعيليان.

(٢) السرائر: كتاب الأيمان باب ماهية الأقسام والأيمان ج ٣ ص ٥٠.

قوله رحمه الله: «وفي المنفعة كإجارة الدار نظر».

أقول: لو حلف ليتصدّقن بماله فهل يجب عليه الصدقة بما يملكه من المنفعة كما لو كان قد استأجر دار غيره مدّة؟ فيه نظر.

ينشأ من انّها لاتعدّ في العرف مالاً.

ومن كونّها مملوكة متقوّمة يعارض عليها، وهو حقيقة المال.

قوله رحمه الله: «وفي المغصوب إشكال».

أقول: لو حلف لا يدخل مسكن زيد فدخل داراً فسكنها زيد غصباً فهل يحنث بذلك؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّه سكن زيد فيها فيصدق عليها انّها مسكنه.

ومن انّ الظاهر انّ قوله: مسكن زيد المسكن الذي لزيد، وليست المغصوبة مسكناً له بالتملّك ولا بالاستحقاق.

قوله رحمه الله: «ولو جمع كقوله: لا دخلت دار زيد هذه، أو: لا استخدمت هذا عبد زيد فالأقرب بقاء اليمين مع زوال الإضافة».

أقول: يريد لو جمع بين الإضافة والإشارة فقال: والله لا دخلت دار زيد هذه، أو: لا استخدمت هذا عبد زيد ثمّ زالت الإضافة الى زيد بأن باع زيد الدار أو العبد فهل يكون حكم اليمين باقياً أو ينحلّ؟ الأقرب عنده بقاء حكم اليمين.

ووجه القرب انّ اليمين تعلّقت بتلك العين المخصوصة وهي باقية عند زوال الإضافة، فلا يزول حكم اليمين.

قوله رحمه الله: «ولو حلف على الدخول فنزل من السطح فالأقرب الحنث».

أقول: لأنّ الدخول اسم لانتقاله من خارج الدار الى جوفها، وهو يتحقّق على تقدير الدخول بالسطح أو الباب أو بأن ينقب نقباً أو غير ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو حلف لا يلبس قميصاً فارتدى به ففي الحنث إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّ اللبس يصدق على الارتداء؛ لأنّهم يقولون: يلبس ثوبَي الإحرام يأتزر بأحدهما ويتوشّح بالآخر أو يرتدي به.

ومن حيث إنّ لبس القميص هو أن يدخل رأسه فيه، ولايلزم من كون الارتداء لبساً للرداء كونه لباساً للقميص.

قوله رحمه الله: «ولو جمعتا فالأقرب تغليب الإشارة، كقوله: لا كلّمت هذا العبد، أو: لا أكلت لحم هذه السخلة فيعتق ويكبر».

أقول: يريد لو اجتمعت الإشارة والوصف ثمّ زال الوصف كقوله: والله لا كلّمت هذا العبد ثمّ زال وصف العبودية ـ بأن أعتق العبد أو: لا أكلت لحم هذه السخلة وزال وصفها الى كونها سخلة بأن كبرت ـ فالأقرب عنده تغليب الإشارة،

فيبق حكم اليمين لما تقدم في اجتماع الإشارة والإضافة.

قوله رحمه الله: «ولو حلف لايخرج بغير إذنه فأذن بحيث لايسمع المأذون ففي الحنث إشكال».

أقول: ينشأ من وجود الاذن قبل الخروج.

ومن انّه لمّا خرج من غير سماع إذنه فقد أقدم على انتهاك حرمة اليمين لاعتقاده انّه لم يأذن، فكان كما اذا خرج بغير إذنه.

قوله رحمه الله: «ولو قال: لا دخلت هذه الدار فانهدمت وصارت براحاً احتمل الحنث بدخولها، وعدمه للتردّد بين الرجوع الى الإشارة أو الوصف».

أقول: قد تقدّم انّ الأقرب عنده انّه اذا اجتمعت الإشارة والوصف ثمّ زال الوصف تغلب جانب الإشارة، وهنا أيضاً كذلك يحتمل الأمران؛ لما ذكر من التردّد بين تغليب جانب الإشارة أو لا نظراً الى زوال الوصف.

وأقول: لو قيل: فلِمَ قال في اليمين على ترك كلام العبد أو أكل لحم السخلة لزوال الوصف بعتق العبد أو كبر السخلة: الأقرب تغليب جانب الإشارة، وهاهنا أشار الى التردّد من غير ترجيح، مع انّ في الصورتين قد اجتمعت الإشارة والوصف فيه وقت اليمين ثمّ زال الوصف لاغير؟

قلت: الحقّ في الفرق أن يقال: انّ الزائل هناك مجرّد الوصف مع بقاء العين المشار

إليه، وانّما زال عنه وصف خارج عن تلك العين، بخلاف الدار اذا انهدمت فإنّ الزائل ليس وصفاً خارجاً، بل حقيقة الدار المشار إليها عبارة عن مجموع جدرانها وسقوفها، فاذا انهدمت لم تبق العين المشار إليها بل عدمت، وحينئذٍ الأقرب انّه لايحنث بدخول البراح. وهذا تحقيق لم نعلم انّه تعرّض له من سبقنا.

قوله رحمه الله: «ولو حلف لا يدخل على زيد بيتاً فدخل على جماعة هو فيهم عالماً ولم يستثنه حنث، وكذا لو استثناه بأن نوى الدخول على غيره خاصّة على رأي».

أقول: خالف الشيخ في ذلك حيث قال في المبسوط: اذا حلف لا دخل على زيد بيتاً فدخل على عمرو بيتاً وزيد في ذلك البيت فإنّ علمه هناك واستثناه بقلبه ودخل معتقداً انّه داخل على عمرو دون زيد فهل يحنث أم لا؟ مبنية على أصل، وهو انّه اذا حلف لا أُكلّم زيداً فسلّم على جماعة فيهم زيداً فإن كان مع العلم بحاله من غير استثناء حنث، وإن كان جاهلاً أو ناسياً فعلى قولين، أصحّهما عندنا انّه لايحنث، وإن كان عالماً فاستثناه بقلبه واعتقد انّ السلام عليهم دونه فهل يصحّ الاستثناء فلا حنث؟ قال قوم: يصحّ، وهو الأقوى عندي، ومنهم من قال: إنّه لايصحّ[1].

وما ذكره المصنّف في الكتاب ـ من انّه يحنث وإن نوى الدخول على غيره ـ هو قول الشيخ في الخلاف، وفرّق فيه بين الدخول والسلام فقال: دليلنا في السلام انّ

---

(١) المبسوط: كتاب الأيمان ج ٦ ص ٢٢٦ ـ ٢٢٧.

السلام لفظ عامّ، ويجوز أن يخصّه بقلبه، والفعل فعل واحد لايصحّ تخصيصه بزيد دون عمرو، واذا لم يصحّ تخصيصه حنث بالدخول ولا يحنث بالسلام[١]. وتبعه ابن ادريس[٢] على هذا القول.

قوله رحمه الله: «والتسرّي هو وطء الأمة وفي جعل التخدير شرطاً».

أقول: منشأ النظر ممّا نذكره فنقول: ذهب الشيخ في الخلاف الى انّ التسرّي اسم لوطء الجارية مع التخدير فقال: الأولى أن يقال: انّه الوطء والتخدير فيه؛ لأنّ الجارية ضربان: سرية وخادمة، فاذا أخدرها ووطأ فقد تسرّى وترك الاستخدام[٣]. وتبعه ابن ادريس[٤].

وقال في المبسوط: قال قوم: الوطء أو التخدير أنزل أو لم ينزل؛ لأنّ الجارية ضربان: سرية وخادمة، فاذا أخدرها فقد تسرّى وترك الاستخدام. قال: وقال آخرون: التسرّي مجرد الوطء حصّنها أو لا؛ لأنّ السيد اذا جامع فقد تسرّى، وقال آخرون: اذا جامع وأنزل فقد تسرّى، سواء حصّنها أو لا. قال: وهذا هو الأقوى[٥].

والمصنّف قال في المختلف: المعتمد البناء في ذلك على العرف، وهو يختلف بحسب اختلاف الأزمان والأصقاع[٦].

---

(١) الخلاف: كتاب الأيمان المسألة ٥٦ ج ٣ ص ٢٩١ طبعة اسماعيليان.

(٢) السرائر: كتاب الأيمان باب ماهية الأقسام والأيمان ج ٣ ص ٥٠.

(٣) الخلاف: كتاب الأيمان المسألة ١٠٦ ج ٣ ص ٣٠٢ طبعة اسماعيليان.

(٤) السرائر: كتاب الأيمان باب ماهية الأقسام والأيمان ج ٣ ص ٥٦.

(٥) المبسوط: كتاب النذر ج ٦ ص ٢٥١.

(٦) مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الأوّل في أحكام اليمين ص ٦٥٤ س ٣٣.

قوله رحمه الله: «لأنّك حاسد أو مفسد فإشكال».

أقول: اذا قال لغيره: والله لا كلّمتك لأنّك حاسد أو مفسد فهل يحنث بقوله: لأنّك حاسد ومفسد؟ فيه إشكال.

ينشأ من جريانه مجرى تتمّة اليمين؛ لأنّه تعليل ليمينه.

ومن كونه قد كلّمه بقوله: لأنّك كذا بعد انعقاد يمينه على ترك كلامه.

قوله رحمه الله: «ولو حلف على المهاجرة ففي الحنث بالكتابة إشكال».

أقول: منشأه انّ المهاجرة هل هي عبارة عن ترك المصاحبة خاصّة أم لا؟

قوله رحمه الله: «ولو حلف لايتكلّم ففي الحنث بقراءة القرآن أو بترديد الشعر مع نفسه إشكال».

أقول: منشأه من عدم احتمال الحنث؛ لما ذكره الشيخ في الخلاف فانّه قال فيه: اذا حلف لايتكلّم فقرأ القرآن لم يحنث، سواء كان في الصلاة أو في غير الصلاة، لأنّ الأصل براءة الذمّة. وأيضاً فلا يطلق على من يقرأ القرآن انّه تكلّم، ولو كان كلاماً خارج الصلاة لكان كلاماً داخل الصلاة، وكان يجب أن يقطع الصلاة، وأجمعنا على خلافه[1].

ومن احتمال الحنث كما ذكره ابن ادريس حيث قال عن كلام الشيخ في الخلاف:

---

(١) الخلاف: كتاب الأيمان المسألة ١٠٢ ج ٣ ص ٣٠١ طبعة اسماعيليان.

هذا غير واضح، والذي يقتضيه أُصول المذهب ولغة العرب انّه اذا قرأ القرآن فقد تكلّم، وأنّ القرآن كلام بغير خلاف، فعلى هذا التقدير يحنث[١].

ولما استدلّ به المصنّف في المختلف على انّه يحنث بأنّ الكلام هو المنتظم من الحروف المسموعة الدالّة بالوضع اذا صدرت عن قادر واحد، وهذا المعنى موجود في القرآن؛ لقوله تعالى: ﴿حتى يسمع كلام الله﴾[٢].

قوله رحمه الله: «ولو حلف أن لا يصلّي فالأقرب الحنث بالكاملة دون التحريم اذا أفسدها».

أقول: اليمين على ترك الصلاة لاتنعقد فيكف يتصوّر الحنث في غير اليمين المنعقدة؟

ويمكن أن يقال: لو حلف لايصلّي في الأمكنه المكروهة أو حلف لايصلّي إلّا مستور جميع البدن فيصلّي في المكان المكروه أو مؤتزراً لاغير فالأقرب انّه لايحنث إلّا بالصلاة الكاملة لا بالتحريم، بمعنى انّه لو أحرم في الصلاة على الوجه الذي حلف على تركه ثمّ أفسدها قبل تمامها فانّه لايحنث؛ لأنّه يصدق انّه لم يصل، فانّ الصلاة لاتصدق على التحريم بانفراده، مع انّه اذا أفسدها لم يكن له حكم فلم يحنث به.

قوله رحمه الله: «ولو حلف ليضربنّ عبده مائة سوط قيل: يجزئ ضربة واحدة بضغث فيه

---

(١) السرائر: كتاب الأيمان باب ماهية الأقسام والأيمان ج ٣ ص ٥٧.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الأوّل في أحكام اليمين ص ٦٥٤ س ٣٨.

العدد، والأقرب المنع نعم لو اقتضت المصلحة ذلك فعل كالمريض، ويشترط وصول كلّ شمراخ[1] الى جسده».

أقول: القول المحكي هو قول الشيخ فانّه قال في المبسوط: اذا حلف ليضربنّ عبده مائة سوط أو قال: مائة وأخذ ضغثاً فيه مائة شمراخ فضربه دفعة واحدة أو شدّ مائة سوط فضربه بها دفعة واحدة ففيه ثلاث مسائل: إن علم انّ ما وصل بعضها الى بدنه لم يبرّ في يمينه. وإن علم انّها وقعت كلّها على بدنه فقد برّ في يمينه عندنا، وقال بعضهم: لا يعتدّ له إلّا بواحدة، فأمّا اذا قال: ليضربنّه مائة مرّة فلا يعتدّ إلّا بضربة واحدة بلا خلاف، فإن حلف ليضربنّه مائة ضربة قال بعضهم: لا يبرّ حتى يضرب مائة مرّة؛ لأنّه يجري مجرى قوله: مائة مرّة، ولهذا قلنا في الرمي: بسبع حصيات دفعة واحدة لايعتدّ إلّا بواحدة، وقال بعضهم: يبرّ بمرّة واحدة، لأنّ الضربة ايصال ضربة الى بدنه، فاذا وقعت الشماريخ عليه دفعة واحدة فقد أوصل الى بدنه مائة ضربة. قال: وهو الأقوى عندي، فلا فصل في جميع ذلك بين أن يؤلمه بالضرب أو لايؤلمه بعد أن يفعل ما يقع عليه على اسم الضرب، وهو أن يرفع يده أوّلاً ثمّ يوقع الضرب، وأمّا اذا وضعه على كتفه وضعاً فلايقال: انّه ضرب، وقال بعضهم: الضرب ما آلمه، فاذا لم يؤلمه فليس بضرب، والأوّل أقوى. الثالثة: اذا ضربه دفعة واحدة فلم يعلم هل وصلت الى بدنه؟ لكنه غلب على ظنّه انّ الكلّ قد أصابه برّ في يمينه، وقال بعضهم: لايبرّ في يمينه؛ لأنّه ما قطع انّ الكلّ وصل إليه، والأصل انّه ما وصل إليه فلا يحكم عليه بالبرّ، والأوّل أقوى؛ لعموم أخبارنا فيه،

---

(١) الشمراخ: العذق عليه بسرٌ أو عنب، والجمع: شماريخ.

ولقوله تعالى: ﴿وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث﴾[1] ولم يفصّل.

والأقرب عند المصنّف المنع من كونه يبرّ بالضغث مع الاختيار؛ لأنّ المتعارف من قولهم: مائة سوط هو مائة مرّة، بخلاف قولهم: بمائة سوط، ولأنّ ذمّته مشغولة بوجوب الضرب بيقين، ولا يبرأ منها بيقين إلّا بضربة مائة مرّة. امّا لو كان مريضاً واقتضت المصلحة ضربه بالضغث جاز، عملاً بمقتضى المصلحة، وحينئذٍ يشترط وصول كلّ شمراخ الى جسده ليحصل العدد المحلوف عليه.

قوله رحمه الله: «أمّا لو حلف ليضربنّه مائة سوط فالأقرب إجزاء الضغث، ولا يبرّ بالسوط الواحد مائة مرّة».

أقول: الفرق بين مائة سوط وبمائة سوط: انّ الأوّل متعدّد بالنظر الى الفعل، والثاني متعدّد بالنسبة الى الآلة المضروب بها. ومن ثمّ كان الأقرب إجزاء الضغث المشتمل على المائة، بخلاف ما لو ضربه بسوط واحد مائة مرّة فانّه لم يبرّ؛ لأنّه لم يأت بالمحلوف عليه وهو المائة سوط.

قوله رحمه الله: «هذا في الحدّ والتعزير، أمّا في المصالح الدنيوية فالأولى العفو ولا كفّارة».

أقول: وجه ذلك انّ الحدود أُمور واجبة تنعقد اليمين بها، بخلاف المصالح الدنيوية فانّه أُمور مباحة، والمباح تنعقد اليمين بها مالم يكن الأولى ترك ما حلف

---

(١) المبسوط: كتاب الأيمان ج ٦ ص ٢٤٣ ـ ٢٤٤.

عليه، وهذا الأمر كذلك؛ لقوله تعالى: ﴿وان تعفوا أقرب للتقوى﴾[1] فاذا كان العفو أولى جاز ترك ما حلف عليه ولم تلزمه كفّارة بذلك؛ لعدم انعقاد اليمين.

قوله رحمه الله: «فإن قصد المعيّن، وإلّا احتمله واحتمل الجنس».

أقول: اذا حلف لايرى منكر إلّا رفعه الى القاضي فامّا أن يقصد قاضياً بعينه أو جنس القاضي أو لا يقصد أحدهما، ففي الأوّل والثاني يحتمل اليمين على ما قصده قطعاً. وأمّا الثالث فيحتمل انصراف اليمين الى القاضي المعهود؛ لأنّ الألف واللام للعهد، فيحمل صرف يمينه الى القاضي المنصوب في بلد اليمين. ويحمل الرفع الى جنس القاضي؛ لأنّ الألف واللام قد يكون للجنس كما يكون للعهد فيبرّ بالرفع الى أيّ قاضٍ كان.

قوله رحمه الله: «ولو عيّن فعزل ففي الرفع إليه إشكال».

أقول: لو قال: والله لا رأيت منكراً إلّا رفعته الى فلان القاضي فعزل فهل يجب الرفع إليه بعد عزله؟ فيه إشكال، يبنى على ما تقدّم من اجتماع الإشارة والوصف ثمّ زال الوصف.

قوله رحمه الله: «ولو اطّلع القاضي عليه قبل رؤيته ففي وجوب الرفع إليه إشكال».

---

(١) البقرة: ٢٣٧.

أقــول: لو رأى القاضي ذلك المنكر ثمّ رآه الحالف فهل يجب الرفع إليه؟ فـيه إشكال.

ينشأ من دخول تلك الواقعة تحت عموم ما حلف عليه.

ومن كون الغرض من الرفع القاضي إعلام القاضي ليـعاقب عـليه، وذلك انّمـا يتحقّق عند عدم علم القاضي بذلك؛ لاستحالة تحصيل الحاصل.

قوله رحمه الله: «ولو حلف أن لا يفارق غريمه ففارقه الغريم فلم يتبعه لم يحنث عـلى إشكـال، وكذا لو اصطحبا في المشي فمشى الغريم ووقـف؛ لأنّ المفارق هو الغريم».

أقــول: وجه الإشكال ممّا ذكره المصنّف وهو: انّ الحالف انّما حلف انّه لا يفارق ولم يفارق، بل الذي فارق في الصورتين هو الغريم فلم يحنث الحالف.

ومن كونه ترك التبعية له كأنّه فارق.

قوله رحمه الله: «أمّا لو قال: لانـفترق حـنث فيهما».

أقــول: لأنّ الافتراق يحصل من الجانبين، فهو يصدق فيما اذا فارق أحـدهما ويبقى الآخر من غير أن يتبعه فيقال: افترقا، ولا يقال للثاني: فارق.

قوله رحمه الله: «ولو قـال: لا فـارقتك حـتى أستوفي حقّي فأبرأه حنث على إشكال».

أقــول: وجه الإشكال من أنّ اليمين اقتضت أن لا يفارقه حتى يقبض حـقّه، وهو مشروط ببقاء الحقّ، وقد سقط بالإبراء.

ومن كون الإبراء صدر منه، وهو منافٍ لليمين، فكان بمنزلة من حلف ليأكلنّ طعاماً بعينه ثمّ أتلفه قبل أكله فانّه يحنث.

قوله رحمه الله: «ولو أحاله ففارقه حنث على إشكال، ينشأ من البراءة».

أقول: ومن انّه يصدق انّه فارقه قبل قبض حقّه، والبراءة صدرت منه بقبول الحوالة قبل قبض الحقّ، فكان كما لو أبرأه.

قوله رحمه الله: «وفي قضاء العوض عن الحقّ إشكال».

أقول: لو كان الحقّ دنانير أو دراهم ـ مثلاً ـ فحلف لا يفارقه حتى يستوفي حقّه فقضاه عوضاً عن ذلك النقد من غير جنسه فرضي وفارقه ففي الحنث إشكال.

ينشأ من انّ حقّه في ذلك النقد المعيّن ولم يستوفه، وانّما أخذه غيره فيحنث، وهو قول الشيخ في المبسوط[1].

ومن انّ حقّه سقط بقبض عوضه؛ لأنّ حقّه امّا ذلك المعيّن أو عوضه مع رضائه وقد حصل، فكان مستوفياً بحقّه فلم يحنث، وهو قول الشيخ في الخلاف[2].

قوله رحمه الله: «ولو قال: لأقضينّ حقّك غداً فمات صاحبه ففي وجوب التسليم الى الوارث إشكال».

---

(١) المبسوط: كتاب الأيمان ج ٦ ص ٢٣٤.

(٢) الخلاف: كتاب الأيمان المسألة ٦٨ ج ٣ ص ٢٩٤ طبعة اسماعيليان.

أقــول: منشأه من انّ اليمين اقتضت قضاء حقّه، وقد خرج بالموت عن كونه حقّه فانحلّت اليمين.

ومن انّ اليمين يقتضي قضاء ما يصدق عليه انّه حقّه وقت اليمين، وهو صادق هنا، ولم يختصّ القضاء بصاحب الحقّ؛ لأنّه لم يقل: لأقضينّك حقّك بل قـال: لأقـضينّ حقّك، فكان عليه قضاؤه للوارث.

قوله رحمه الله: «ولو قال: الى حـين أو زمـان قيل: يحمل على المنذر في الصـوم، وفـيه نـظر، والأقرب انّه لايحنث بالتأخير إلّا أن يفوت بموت أحدهما فحينئذٍ يتحقّق الحنث، وكذا الإشكال لو قال: لاكلّمته حيناً أو زماناً».

أقــول: اذا حلف ليقضينّ حقّه الى حين أو زمان أو لاكلّمته حيناً أو زماناً قال الشيخ رحمه الله: الحين اسم لستة أشهر، والزمان بخمسة أشهر حملاً على صورة النذر وهو: انّه اذا نذر صوم حين لزمه ستة أشهر، أو زمان فهو خمسة أشهر[1].

وفيه إشكال عند المصنّف؛ لاختصاص النذر بالرواية، فلا يحمل عليه غيره، وهو قول ابن ادريس[2].

ومن انّ العرف الشرعي ناقل عن الوضع اللغوي.

ولما ورد في الرواية عن الأئمة عليهم السلام بـ«انّ من نذر صوم حين لزمه صوم

---

(١) المبسوط: كتاب الأيمان ج ٦ ص ٢٣٠ مع اختلاف.

(٢) السرائر: كتاب الأيمان باب النذور والعهود ج ٣ ص ٦٠.

ستة أشهر» استدلالاً بقوله تعالى: ﴿تؤتى أُكلها كلّ حين بإذن ربها﴾[١] علم انّه ليس لكونه نذر، بل انّ ذلك عرف شرعي.

والأقرب عند المصنّف انّه لايحنث اذا أخّر القضاء الى وقت لولم يقضه فيه لمات أحدهما، فاذا قضاه حينئذٍ برّ، وان أخّره حتى مات أحدهما تحقّق الحنث.

ووجه القرب من كون الحين والزمان عنده ليس موضوعاً بقدر معيّن، فكان نذراً مطلقاً، والنذر المطلق يجوز تأخيره الى وقت لولم يفعله فيه استحال فعله بعده. والمصنّف رجّح في المختلف[٢] قول الشيخ.

قوله رحمه الله: «ويتحقّق الحنث بالمخالفة اختياراً، سواء كان بفعله أو بفعل غيره، كما لو حلف أن لا يدخل فركب دابة أو قعد في سفينة أو حمله انسان ودخلت الدابة أو السفينة أو الحامل بإذنه، ولو سكت مع القدرة فكذلك على إشكال».

أقول: منشأه من انّه لم يدخل بنفسه ولا أمر بالدخول فلم يحنث.

ومن انّ سكوته عن نهي الحامل له عن الدخول وعدم منع الدابة أو السفينة مع قدرته على ذلك يجري مجرى صدوره منه، فكان مقتضياً للحنث.

---

(١) المقنعة: كتاب النذور والعهود باب النذور ص ٥٦٤، وسائل الشيعة: ب ١٤ من أبواب بقية الصوم الواجب ح ٤ ج ٧ ص ٢٨٥.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الأوّل في أحكام اليمين ص ٦٥٧ س ١٥.

قوله رحمه الله: «ولولم يكن ظالماً أو مظلوماً فالأقرب جواز التورية».

أقول: قد ذكر في الكتاب انّه اذا كان الحالف ظالماً لم يجز له التورية في يمينه، وإن كان مظلوماً جاز له. أمّا لولم يكن ظالماً ولا مظلوماً كالحالف اذا حلف على انّه يفعل شيئاً أو يترك ممّا لايتعلّق بغيره فهل يحمل اللفظ على ما وضع له أو يجوز له التورية، بمعنى العدول به عن ظاهر الموضوع له اللفظ الى معنى مشابه له؟ الأولى عند المصنّف جواز ذلك؛ لأنّ القصد في اليمين المنعقدة معتبر، وما وضع له اللفظ له حقيقة غير مقصودة فلا يتناوله اليمين. والمعنى الآخر يعبّر عنه بذلك اللفظ أيضاً، وقد قصده الحالف، فتنعقد اليمين بالنسبة إليه.

قوله رحمه الله: «ويشترط في نذر المرأة بالتطوّعات إذن الزوج، وفي نذر المملوك إذن المولى، ولو بادر لم ينعقد وإن تحرّر لوقوعه فاسداً، وإن أجاز المالك لزمه. والأقرب عندي ما تقدّم في اليمين».

أقول: قد تقدّم في اليمين ترجيح انعقاد اليمين، وانّ للمولى حلّ يمين العبد مع بقاء الوقت، والأقرب عنده في النذر انّه كذلك.

ووجه القرب عموم الدليل الدالّ على وجوب الوفاء بالنذر، وكون المولى له أن يمنع العبد من الفعل لاينافي وجوبه على العبد لولاه.

قوله رحمه الله: «ولواعتقد النذر بالضمير لم ينعقد على رأي».

أقول: الذي اختاره المصنّف ـ من عدم انعقاد النذر بالضمير من غير لفظ ـ

هو مذهب ابن الجنيد[١]، وابن ادريس[٢]. خلافاً للشيخين، وابن البرّاج، وابن حمزة.

فإنّ الشيخ المفيد قال: وأمّا نذر الطاعة فهو أن يعتقد الانسان انّه إن عوفي من مرضه أو رجع من سفره أو ربح من تجارته أو كفيٰ شرّ عدوّه فكان لله عليه شيء صيام يوم أو شهر أو سنة أو صدقة درهم أو دينار أو حجّ أو زيارة وما أشبه ذلك[٣].

والشيخ قال في النهاية: متى اعتقد الانسان انّه متى كان شيء فلله عليه كذا أو كذا وجب عليه الوفاء به[٤]. وكذا قال ابن البرّاج[٥]، وابن حمزة[٦].

قوله رحمه الله: «ولو نذر الحجّ في عامه سقط، ولو نذر صوماً فعجز فكذلك، لكن روي هنا الصدقة عن كل يوم بمدّين. والأقرب الاستحباب».

أقول: الرواية المشار إليها هنا هي: ما رواه إسحاق بن عمّار، عن الصادق عليه السلام في رجل يجعل عليه صياماً في نذر ولا ينوي، قال: يعطي الحقّ من يصوم عنه في كلّ يوم مدّين[٧].

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثاني في النذور وأحكامه ص ٦٦٠ س ٢٢.

(٢) السرائر: كتاب الأيمان باب النذور والعهود ج ٣ ص ٥٨.

(٣) المقنعة: كتاب النذور والعهود ص ٥٦٢.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الأيمان والنذور والكفّارات باب ماهية النذور والعهود ج ٣ ص ٥٣ ـ ٥٤.

(٥) المهذّب: كتاب الأيمان باب النذور والعهود ج ٢ ص ٤٠٩.

(٦) الوسيلة: كتاب الأيمان والنذور فصل في بيان النذر ص ٣٥٠.

(٧) تهذيب الأحكام: ب ٥ في النذور ح ١٥ ج ٨ ص ٣٠٦، وسائل الشيعة: باب ١٢ من ابواب النذر والعهد ح ١ ج ١٦ ص ١٩٥.

واعلم انّ الشيخ قال في النهاية: من كان عليه صيام يوم نذر صومه فعجز عن صيامه أطعم مسكيناً مدّين من طعام كفّارة لذلك اليوم، وقد أجزأه[١]. ومستنده هذه الرواية.

والمصنّف اختار في هذا الكتاب السقوط؛ لأنّ الصوم مشروط بالإمكان، فاذا عجز عمّا نذره سقط؛ لعدم حصول الشرط، وحمل الرواية على الاستحباب.

والمفيد قال: عليه القضاء ولا كفّارة عليه[٢].

وابن ادريس قال: ينبغي أن يقال: متى عجز بمرض يرجى برؤه وشفاؤه يجب عليه قضاؤه بلا كفّارة أو إبراء؛ لأنّ المريض لايجب عليه بإفطاره في حال مرضه في الصوم المعيّن كفّارة بلا خلاف، وأمّا اذا كان العجز بكبر أو بمرض لايرجى برؤه ولا شفاؤه فيكون الحكم ما قاله شيخنا ولا قضاء عليه[٣].

وقال المصنّف في المختلف: والوجه ما قاله المفيد؛ لأصالة البراءة، وأجاب عن الاستدلال بالرواية: بالطعن في السند، وبالحمل على الاستحباب، وبعدم الدلالة على المدّعي[٤].

قوله رحمه الله: «الثالث: المباحات، وفي لزومها بالنذر إشكال».

أقول: وجه الإشكال من عموم الدليل الدالّ على وجوب الوفاء بالنذر؛

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الأيمان باب الكفّارات ج ٣ ص ٦٦.

(٢) المقنعة: كتاب النذور والعهود باب النذور والعهود ص ٥٦٥ ـ ٥٦٦.

(٣) السرائر: كتاب الصيام باب ما يجري مجرى شهر رمضان ج ١ ص ٤١٥.

(٤) مختلف الشيعة: كتاب الأيمان وتوابعه الفصل الثالث في الكفّارات ص ٦٦٤ س ٢٤.

لقوله: ﴿وأوفوا بالعهد﴾[١] وقوله تعالى: ﴿يوفون بالنذر﴾[٢] وأشباه ذلك.

ومن انّ النذر الذي قد ورد من جهة الشارع انّما هو الطاعات، فقد روي عن ابن عباس قال: بينما رسول الله صلّى الله عليه وآله يخطب إذ هو برجل قائم في الشمس فسأل عليه السلام عنه فقالوا: هذا أبو إسرائيل نذر أن يقوم ولا يقعد ولا يستظلّ ولا يتكلّم ويصوم، فقال: مروه فليتكلّم وليستظلّ وليقعد وليتمّ صومه[٣]. فأسقط عليه السلام نذره فيما عدا الطاعة من المباحات، ولأصالة براءة الذمّة ممّا عدا الطاعات.

قوله رحمه الله: «ولو نذر الصلاة في الأوقات المكروهة لزم على إشكال».

أقول: ينشأ من عدم انعقاد نذر المكروه.

ومن كون الصلاة بنفسها طاعة، والمكروه انّما هو ايقاعها في تلك الأوقات، وذلك وصف خارج عن ذات الصلاة المنذورة فينعقد.

قوله رحمه الله: «ولو نذر صلاة ونوى فريضة تداخلتا، ولو نوى غيرها لم يتداخلا، ولو أطلق ففي الاكتفاء بالفريضة على القول بجواز نذر الفريضة إشكال».

---

(١) الإسراء: ٣٤.

(٢) الإنسان: ٧.

(٣) عوالي اللآلي: ج ٣ ص ٤٤٨ ح ٣.

أقـول: ظاهر كلام الشيخ، وابن ادريس انّه لو نذر الفـريضة لم يـنعقد؛ لأنّ الشيخ قال في المبسوط: لو نذر صوم أوّل يوم من شهر رمـضان لم يـنعقد؛ لأنّـه استحقّ صيامه بغير النذر[١]. فهذا التعليل يدلّ على انّه يـعتقد عـدم صـحّة نـذر الفريضة، وتبعه ابن ادريس[٢].

والمصنّف قال في المختلف: والوجه عندي الانعقاد؛ للإجماع منّا على انّ النذر انّما ينعقد اذا كان النذر طاعة بأن يكون واجباً أو مندوباً، وايجاب صومه بأصل الشرع لاينافي تأكيد الوجوب، وفائدته وجوب الكفّارتين[٣].

اذا تقرّر هذا فنقول: لو نذر صلاة ولم يقصد الفريضة ولا غيرها بل أطلق النذر فعلى القول بأنّه لايصحّ نذر الفريضة يحمل النذر على غيرها قطعاً، وأمّا على قول المصنّف: من جواز انعقاد الفريضة فيحتمل الاكتفاء بالفريضة؛ لأنّ الناذر نذر أمراً كلّياً، وهو مطلق الصلاة، وهو صادق على كلّ من الفريضة وغيرها فيخرج عـن العهدة بها كما يخرج بغيرها.

ومن انّ ظاهر النذر عند الإطلاق يقتضي ايجاب مالم يكن واجباً عـليه، فـلا يدخل فيها الفريضة؛ لكونها واجبة عليه من قبل.

قوله رحمه الله: «ولو نـذر ركـوعاً أو سـجوداً احتمل البطلان، ووجـوب مـا نـذره خـاصّة، وايجاب ركعة».

---

(١) المبسوط: كتاب الصوم ج ١ ص ٢٧٦.

(٢) السرائر: كتاب الأيمان باب النذور والعهود ج ٣ ص ٦٨.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثالث في الكفّارات ص ٦٦٣ س ١٣.

أقـول: اذا نذر المكلّف أن يركع أو يسجد احتمل ثلاثة أوجه:

أحدها: بطلان النذر؛ لأنّ الشارع لم يتعبّد بالركوع بانفراده.

والثاني: وجوب ما نذره من الركوع والسجود؛ لأنّ كلّاً منهما طاعة في نفسه، خصوصاً السجود فانّه متعبّد به بانفراده، كسجود الشكر وسجود التلاوة وسجود السهو.

والثالث: وجوب ركعة؛ لأنّ الركوع وإن لم يكن متعبّداً به في الصلاة فيجب أن يأتي بالنذور على وجه يصحّ، وانّما يكون كذلك اذا أتى به في الصلاة، ولو في ركعة فيجب عليه ركعة؛ لوجوب ما لا يتمّ الواجب إلّا به.

وأقول: يحتمل وجهاً رابعاً وهو: وجوب السجود دون الركوع؛ لما تقدّم من ورود التعبّد بالسجود بانفراده دون الركوع بانفراده.

قوله رحمه الله: «ولو نذر إتيان مسجد وجب، والأقرب عدم ايجاب صلاة ركعة أو عبادة فيه».

أقـول: خالف الشيخ في ذلك فقال في المبسوط: اذا نذر المشي الى مسجد النبي صلّى الله عليه وآله أو المسجد الأقصى انعقد نذره عندنا ولزمه الوفاء به ويلزمه المشي، فاذا وصل لزمه أن يصلّي فيه ركعتين؛ لأنّ الطاعة والمقصود القربة، والقربة بالصلاة فيه، ولا بقصده بغير طاعة[1]. والأقرب عند المصنّف عدم وجوب الصلاة فيه.

---

(١) لم نعثر عليه في المبسوط، راجع هامش ص ٢٤٦ ج ٦ منه، ونقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثاني في النذر وأحكامه ص ٦٦١ س ٣٣.

ووجه القرب انّ النذر اذا تناول الإتيان لا الصلاة فلا تكون واجبة عليه، عملاً بالأصل.

وقول الشيخ: «انّ القربة انّما تكون بالصلاة فيه لا بقصده بغير طاعة» ممنوع، فانّ مجرّد إتيان المسجد طاعة.

ويؤيد ذلك الرواية المشهورة عن علي عليه السلام وهو قوله عليه السلام: من اختلف الى المسجد أصاب إحدى الثمان... الحديث[1].

قوله رحمه الله: «ولا يجب فيه التفريق، ولو قيّده على إشكال، منشأه إيجاب يوم غير التالي فلا يجري التالي».

أقول: اذا نذر صوم أيام لشهر ـ مثلاً ـ متفرّقاً ففي وجوب ما قيّده من التفريق إشكال.

ينشأ من انّ التتابع أفضل فلا ينعقد القيد، وممّا ذكره المصنّف.

قوله رحمه الله: «ولو نذر التتابع في صوم شهر معيّن ففي وجوبه في قضائه نظر».

أقول: وجه النظر من حيث إنّ نذر التتابع انّما يتناول ذلك الشهر المنذور فلا يلزمه التتابع في قضائه؛ لأصالة براءة الذمّة.

ومن انّ نذره في ذلك تضمّن الصوم ووصف التتابع، فاذا وجب القضاء وجب أن يأتي به على الوصف الذي نذره ـ أعني التتابع ـ لكنّه أحوط.

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢٥ فضل المساجد... ح ١ ج ٣ ص ٢٤٨، وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب أحكام المساجد ح ١ ج ٣ ص ٤٨٠.

قوله رحمه الله: «وهل يدخل رمضان في النذر؟ الأقرب ذلك، فيجب بإفطاره عمداً كفّارتان وقضاء واحد».

أقول: لو نذر صوم هذه السنة فعلى قول الشيخ[١]، وابن ادريس[٢]: من عدم صحّة نذر الواجب لا يدخل رمضان في النذر. وأمّا على قول المصنّف من صحّة نذر الواجب فالأقرب عنده دخول رمضان في النذر؛ لأنّ هذه السنة اسم لمجموع الشهور التي من جملتها شهر رمضان، فكان المقتضي لدخوله ـ وهو تناول لفظ النذر له ـ موجود، أو كونه واجب لايمنع من صحّة نذره؛ لأنّا نتكلّم على هذا التقدير، ومع وجود المقتضي لانعقاد النذر وانتفاء المانع يجب الحكم بالانعقاد.

فعلى هذا لو أفطر في يوم منه عامداً وجب عليه كفّارتان: إحداهما لإفطار يوم من شهر رمضان، والأُخرى لخلف النذر، أمّا القضاء فانّما يجب عليه قضاء واحد؛ لأنّه انّما يقضي الفائت كما فات، وهو عن كلّ يوم يوم.

قوله رحمه الله: «ولو صام شوّالاً وكان ناقصاً أتمّ بيومين، وقيل: بيوم، وكذا لو كان بمنى أيام التشريق وصام ذا الحجّة وكان ناقصاً أتمّه بخمسة أيام على رأي».

أقول: اذا نذر صوم شهر فصام شوّالاً وكان ناقصاً فعند المصنّف انّه يتمّ

---

(١) المبسوط: كتاب الصوم فصل في ذكر أقسام الصوم ج ١ ص ٢٨٢.

(٢) السرائر: كتاب الايمان باب أحكام النذور والعهود ج ٣ ص ٦٠.

بيومين؛ لأنّ الشهر امّا عدّه بين هلالين أو ثلاثون يوماً، وقد تعذّر بسبب وجوب إفطار العيد صوم ما بين الهلالين فتعيّن أن يصوم ثلاثين يوماً بسبب العيد، ونقص الشهر انّما حصل له صوم ثمانية وعشرين يوماً فوجب إتمامه بيومين آخرين تمام الثلاثين.

وقوّى الشيخ في المبسوط في فصل النذر انه يقضي يوماً واحداً عن العيد لاغير[1]. والى ذلك أشار المصنّف بقوله: «وقيل: بيوم».

وكذلك البحث لو صام ذا الحجّة وكان بمنى فانّه يتمّه على مذهب المصنّف اذا كان ذو الحجّة ناقصاً بخمسة أيام؛ لأنّه أفطر العيد، وثلاثة أيام بمنى أيام التشريق وهو ناقص فقد صام خمسة وعشرين يوماً. وعلى ما قوّاه الشيخ في المبسوط[2] يتمّه بأربعة أيام وهو ما أفطر فيه بسبب العيد وأيام التشريق لاغير.

قوله رحمه الله: «ولو شرط التتابع في المطلقة فأخلّ به استأنف ولا كفّارة، قيل: ويكفي مجاوزة النصف».

أقول: يعني لو نذر صوم سنة غير معيّنة وشرط التتابع بأن قال: لله عليّ أن أصوم سنة متتابعاً فأخلّ بالتتابع استأنف؛ لأنّه لم يأت بالمنذور، ولا كفّارة عليه؛ لأنّ ذلك الزمان لم يتعيّن للصوم.

ونقل المصنّف قولاً: بأنّه يكفي مجاوزة النصف. وكذا نقله الشيخ نجم الدين جعفر

---

(١) لم نعثر عليه في المبسوط ونقله عنه في إيضاح الفوائد المطلب الثالث في الصوم ج ٤ ص ٥٦.

(٢) المصدر السابق.

ابن سعيد في كتاب الشرائع، إلّا أنّه فرض ذلك في سنة معيّنة فقال: اذا نذر صوم سنة معيّنة وجب صومها أجمع إلّا العيدين وأيام التشريق لمن كان بمنى ولا تصام هذه الأيام ولا تقضى، ولو كان بغير منى لزمه صيام أيام التشريق، ولو أفطر لغير عذر في شيء من أيام السنة قضاه وبنى إن لم يشترط التتابع وكفّر، ولو شرط استأنف. وقال بعض الأصحاب: إن تجاوز النصف جاز البناء ولو فرّق، وهو تحكّم[١].

وكذا فرضه الشيخ في المبسوط[٢] في سنة معيّنة فقال: وإن شرط التتابع فقال: أصوم هذه السنة متتابعاً وانقطع التتابع ويستأنف. يريد بذلك اذا أفطر في أثنائها لغير عذر.

ثمّ قال: وقد روى أصحابنا انّه إن أفطر بعد أن صام النصف وزاد عليه لم يعد، وإن كان أقلّ يعيد[٣].

قوله رحمه الله: «فلو نذر صوم يوم قدوم زيد لم يصحّ، سواء قد قدم ليلاً أو نهاراً على إشكال».

أقول: ذهب ابن ادريس[٤] الى انّ هذا النذر لا ينعقد، سواء قدم ليلاً أو نهاراً. وهو الذي قوّاه الشيخ في المبسوط في فصل النذر، وكذا قال في الخلاف؛ لأنّه قال فيه: لا نصّ لأصحابنا فيه، والذي يقتضيه المذهب انّه لا ينعقد نذره ولا يلزمه صومه ولا صوم يوم بدله[٥].

---

(١) شرائع الاسلام: كتاب النذر في اللواحق ج ٣ ص ١٩٢.

(٢) لم نعثر عليه في المبسوط ونقله عنه في إيضاح الفوائد: كتاب النذور المطلب الثالث في الصوم ج ٤ ص ٥٦.

(٣) المصدر السابق.

(٤) السرائر: كتاب الأيمان باب النذور والعهود ج ٣ ص ٦٧.

(٥) الخلاف: كتاب النذور المسألة ١٣ ج ٣ ص ٣٠٦ طبعة اسماعيليان.

وقال في فصل أقسام الصوم في المبسوط: وإن نذر أن يصوم يوم يقدم فلان فقدم فلان ليلاً أو في بعض النهار لايلزمه صوم ذلك اليوم؛ لأنّ بعض النهار لايكون صوماً، وإن كان قدومه ليلاً فما وجد شرط النذر فإن وافق قدومه في بعض النهار قبل الزوال ولم يكن تناول شيئاً مفطراً جدّد النيّة وصام ذلك اليوم[١].

وذهب ابن الجنيد الى انعقاده فقال: ومن نذر أن يصوم يوم قدوم فلان فقدم في بعض اليوم أجزأه صوم ذلك اليوم وإن لم يبيّت الصيام من الليل، والاحتياط له صيام يوم مكانه يتقدّم فيه نيّته على كلّ حال ولانختار له فطر ذلك اليوم اذا لم يكن قد أحدث في أوّله ما يفطر الصائم، وإن قدم ليلاً لم يلزمه النذر[٢]. واستشكل المصنّف ذلك.

ومنشأ الإشكال من حيث إنّه اذا قدم نهاراً فقد انقضى جزء من النهار قبل حصول شرط الوجوب ـ أعني قدوم زيد ـ وبقي بعض النهار، ولايصحّ إفراد بعض النهار بالصوم، ولو لزمه صوم جزء الماضي من النهار بسبب قدومه بعد ذلك يجري مجرى قوله: لله عليّ انّه اذا قدم زيد فانّني أصوم أمس، ولا شكّ في استحالته.

ومن حيث وقوع الاتفاق على صحّة الصوم عند حصول الشرط قبل الزوال قبل التناول، في مثل المريض اذا برأ والمسافر اذا قدم أهله ولم يتناولا ولم يكن قد زالت الشمس فإنّ صومهما صحيح ونيّتهما مؤثرة في صحّة ذلك اليوم وإن تقدم بعض النهار على حصول الشرط ـ أعني الصحّة الحضر ـ ولذلك اذا أصبح بنيّة الإفطار يوم الشكّ ثمّ ثبت كونه من رمضان قبل الزوال وقبل التناول فانّ النيّة المتأخّرة تؤثّر في صحّة صوم مجموع ذلك اليوم.

---

(١) المبسوط: كتاب الصوم فصل في ذكر أقسام الصوم ج ١ ص ٢٨١.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثاني في النذر وأحكامه ص ٦٦١ س ١١.

واختلف كلام المصنّف في المختلف فرجّح في كتاب الصوم عدم انعقاد النـذر[١]، وفي الفصل الثاني في النذر رجّح الانعقاد[٢].

قوله رحمه الله: «ولو اتفق يوم عيد أفطر، ولا قضاء على الأقوى».

أقـول: اذا نذر صوم يوم قدوم زيد دائماً فقدم يوم الخميس ـ مثلاً ـ لزمه صوم كلّ خميس بعد ذلك اليوم دائماً إجماعاً، وأمّا الخميس الذي قدم فيه فعلى ما تقدّم من الخلاف فاذا اتفق يوم العيد يوم الخميس أفطر إجماعاً.

وفي وجوب قضائه قولان، أقواهما عند المصنّف عدم وجوب القضاء. ووجـه القوّة انّ يوم العيد غير قابل للصوم؛ لتحريم الصوم فيه، فلا يدخل تحت النذر.

والقول الآخر: انّه يقضي يوماً بدله، ذهب إليه الشيخ في المبسوط[٣] والنهاية[٤] حيث قال فيهما: اذا نذر صوم يوم معيّن فاتفق يوم العيد أفطر فيه وقضاه، وهو قول ابن حمزة[٥]، ومحمّد بن بابويه[٦].

وقال ابن البرّاج: لا قضاء عليه[٧]، وهـو قـول ابـن ادريس[٨]، والذي قـوّاه المصنّف.

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب الصوم الفصل الأوّل في حقيقته ج ٣ ص ٣٦٥.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثاني في النذور وأحكامه ص ٦٦١ س ١٨.

(٣) المبسوط: كتاب الصوم باب في أقسام الصوم ج ١ ص ٢٨١.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الأيمان والنذور باب في أقسام النذور ج ٣ ص ٥٦.

(٥) الوسيلة: كتاب الأيمان والنذور فصل في بيان النذر ص ٣٥٠.

(٦) المقنع: باب الأيمان والنذور والكفّارات ص ١٣٧.

(٧) المهذّب: كتاب الأيمان باب النذور والعهود ج ٢ ص ٤١١.

(٨) السرائر: كتاب الأيمان باب أحكام النذور والعهود ج ٣ ص ٦٠.

قوله رحمه الله: «ولو وجب على هذا الناذر صوم شهرين متتابعين قيل: يصوم في الأوّل عن الكفّارة، وفي الثاني عن النذر، ويحتمل صومه عن النذر فيهما؛ لأنّه عذر لاينقطع به التتابع، ولا فرق بين تقدّم وجوب التكفير على النذر أو تأخّره».

أقول: يريد بـ«هذا» الذي نذر صوم كلّ خميس أو كلّ اثنين ـ مثلاً ـ.

والقول المحكي هو قول الشيخ رحمه الله؛ لأنّه قال في المبسوط: اذا لزمه صوم الاثنين بالنذر أبداً ثمّ وجب عليه صوم شهرين متتابعين عن كفّارة القتل أو الظهار أو الجماع فانّه يصوم الشهرين عن كفّارته وما فيهما من الأثانين عن كفّارته أيضاً دون نذره؛ لأنّه اذا صام عن كفّارته صحّت الكفّارة وقضى ما فيهما من الأثانين، ولو صامها عن نذره بطل تتابعه وكان عليه الاستئناف ولم يمكنه الكفّارة بالصيام أبداً. ثمّ قال: والذي يقتضيه مذهبنا انّ في الشهر الأوّل يفعل هذا الذي قلنا، وفي الشهر الثاني اذا أراد عليه شيئاً فانّه يصحّ أن يصومها عن الكفّارة وعن النذر معاً؛ لأنّ الإفطار فيه لايبطل التتابع، فإن صام الكلّ عن الكفّارة قضى كلّ اثنين كان في الشهر، هذا اذا سبق النذر الكفّارة، فأمّا اذا سبقت الكفّارة النذر ـ وهو أن وجب عليه صوم شهرين متتابعين عن كفّارته ثمّ نذر أن يصوم كلّ اثنين ـ كان عندنا مثل الأوّل سواء وعند بعضهم أيضاً، وقال بعضهم: لايقضي ما فيهما من الأثانين[1].

---

(١) لم نعثر عليه في المبسوط ونقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثاني في النذور وأحكامه ص ٦٦٠ س ٢٧.

وابن ادريس ذهب الى أنّه ينتقل فرضه الى الاطعام؛ لأنّه غير قادر على الإتيان بالشهرين المتتابعين، وكلّ من عجز عنهما انتقل فرضه الى الإطعام[١].

والمصنّف اختار في المختلف انّه يصومها عن الكفّارة[٢]، وجعله في هذا الكتاب احتمالاً، ووجه ما ذكره من «انّه عذر لاينقطع به التتابع».

قوله رحمه الله: «ولو نذر الصوم في بلد معيّن قيل: أجزأ أين شاء».

أقول: القول المحكي هو قول الشيخ[٣] رحمه الله، ولم يجزم المصنّف فيه بشيء. وتردّد فيه الشيخ نجم الدين ابن سعيد في كتاب الشرائع فقال فيه: ولو نذر الصيام في بلد معيّن قال الشيخ: صام أين شاء، وفيه تردّد[٤].

وأقول: يحتمل التفصيل وهو: انّه إن كان للصوم في ذلك البلد مزيةٌ وفضلٌ وجب وانعقد كصوم ثلاثة أيام للحاجة بمدينة النبي صلّى الله عليه وآله، وإن لم تكن له مزيةٌ لم ينعقد. ويحتمل عدم إجزاء الصوم في غيره مطلقاً؛ لأنّه لم يأت بالمنذور، فيبقى في عهدة التكليف، وهو قويّ.

قوله رحمه الله: «ولو نذر صوم الدهر فإن استثنى العيدين وأيام التشريق بمنى صحّ، والأقرب دخول رمضان».

---

(١) السرائر: كتاب الأيمان باب أحكام النذور والعهود ج ٣ ص ٦٨.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثاني في النذور ص ٦٦١ س ١، وفيه: «انّه يصومها عن نذره».

(٣) لم نعثر عليه ونقله عنه في إيضاح الفوائد: كتاب النذر المطلب الثالث في الصوم ج ٤ ص ٥٩.

(٤) شرائع الاسلام: كتاب الصوم ج ٣ ص ١٨٩.

أقــول: وجه القرب ما تقدّم من جواز نذر رمضان عنده وتناول اللفظ له.

قوله رحمه الله: «ولو أطلق فالأقرب وجـوب غير العيدين وأيام التشريق بمنى».

أقــول: ناذر صوم الدهر على أقسام ثلاثة، أحدها: أن ينوي دخول العيدين وأيام التشريق بمنى، فهذا نذر باطل؛ لأنّه نذر المعصية. الثاني: أن يقصد مـا عـدا العيدين وأيام التشريق بمنى، وهذا يصحّ ويلزمه الوفاء به. الثالث: أن يطلق.

والأقرب عند المصنّف انعقاد النذر؛ لأنّ الأصل صحّة النذر، فيحمل عـلى مـا يصحّ صومه وهو ما عدا العيدين وأيام التشريق بمنى.

ويحتمل بطلان النذر؛ لأنّ الدهر اسم لمجموع الزمان المشتمل على العيدين وأيام التشريق، فيكون قد نذر المعصية، فيكون باطلاً.

قوله رحمه الله: «وهل له أن يجعل قضاء ما فاته من رمضان بسفر أو حيض أو مرض أو لايجب عليه التـأخير الى أن يـضيق رمـضان الثـاني؟ إشكال، أقربه جواز التعجيل».

أقــول: اذا نذر المكلّف الصوم دائماً لما عدا العيدين وأيام التشريق بمنى ـ سفراً أو حضراً ـ ثمّ أفطر في رمضان بسبب السفر أو الحيض أو المرض وجب القـضاء، وهل له أن يعجّل القضاء أو يجب الصبر الى أن يبق لرمضان الثاني مقدار ما يقضي فيه تلك الأيام الفائتة؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّه قبل تضييق الوقت قد وجب عليه صيام تلك الأيـام عـن النـذر

وجوباً مضيّقاً، وقضاء رمضان واجب موسّع، واذا اجتمع المضيّق والموسّع وجب تقديم المضيّق.

ومن حيث إنّ رمضان وقضاؤه مستثنيان بقوله تعالى: ﴿فعدّة من أيام أُخر﴾[1] وهو الأقرب عند المصنّف، ونمنع وجوب تلك الأيام عن النذر على وجه التضيّق، وانّما يكون الأمر كذلك لولم يجب عليه قضاء رمضان، امّا عند وجوبه فلا.

قوله رحمه الله: «ولو عيّن يوماً للقضاء فهل له إفطاره قبل الزوال اختياراً؟ إشكال».

أقول: وجه الإشكال من انّه لمّا صامه بنية قضاء رمضان لزمه قضاء رمضان دون النذر، وقضاء رمضان يجوز له الإفطار فيه قبل الزوال.

ومن حيث إنّه انّما يجوز له العدول به عن النذر لو صامه عن رمضان، فاذا أراد إفطاره قبل الزوال خرج عن كونه قضاء رمضان وتعيّن صومه عن النذر فلا يجوز إفطاره.

قوله رحمه الله: «فإن سوّغناه ففي ايجاب كفّارة خلف النذر إشكال، ينشأ من انّه أفطر يوماً من القضاء قبل الزوال، ومن كون العدول عن النذر سائغاً بشرط القضاء، فإن أخلّ به فقد أفطر يوماً كان يجب صومه بالنذر لغير عذر، إذ العذر صوم القضاء ولم يفعله، وبإفطاره خرج عن كونه

---

(١) البقرة: ١٨٤.

قضاء، ولأنّ سقوط الكفّارة في اليوم الأوّل يوجب سقوطها في اليوم الثاني، وهكذا».

أقول: يعني على تقدير القول بأنّه اذا عيّن هذا ـ ناذر الدهر ـ يوماً لقضاء يوم فانّه من شهر رمضان هل يجوز له أن يفطر قبل الزوال؟ فاذا أفطر هل يلزمه كفّارة خلف النذر؟ فيه إشكال، ينشأ ممّا ذكره.

وأقول: وفي توجيه هذا الإشكال نظر، وذلك لأنّ قوله في توجيهه من حيث إنّ العدول عن النذر سائغ بشرط القضاء ينافي الفرض؛ لأنّ التقدير انّ إفطاره سائغ، وذلك ينافي قوله: «انّ العدول عن النذر انّما يجوز له بشرط القضاء» فانّ ذلك يقتضي انّه لا يجوز له الإفطار. وكذلك قوله: «وقد أفطر يوماً كان يجب عليه صومه بالنذر لغير عذر» لأنّ وجوب صومه عن النذر ينافي جواز إفطاره لغير عذر، والبحث وقع على هذا التقدير.

والحقّ أن يقال: متى قلنا بجواز الإفطار قبل الزوال فلا كفّارة عليه لا عن القضاء وهو ظاهر، ولا عن النذر؛ لأنّ صيامه عن القضاء المستثنى من النذر أخرج ذلك اليوم عن كونه منذوراً، ولولا ذلك لما جاز له الإفطار. فالحاصل: انّ القول بجواز الإفطار الكفّارة بالإفطار هما لا يجتمعان.

قوله رحمه الله: «وكذا لو أفطر بعد الزوال ففي وجوب الكفّارتين أو إحداهما أو أيّتهما إشكال».

أقول: قد تقدّم وجه الإشكال في هذه المسائل في كتاب الصوم[1].

---

(١) تقدّم في ج ١ ص ٢٢٧.

قوله رحمه الله: «ولو نذر صوم يوم قدومه فظهر بعلامة قدومه في الغد فالأقرب ايجاب نيّة الصوم وإن عرف قدومه بعد الزوال».

أقول: قد ذكر أوّلاً انّه اذا نذر صوم يوم قدوم زيد لم يصحّ النذر على إشكال، ومراده بذلك اذا لم يعلم حال قدومه، بدلالة ما ذكره هنا من انّه اذا نذر صوم يوم قدومه فظهر بعلامة قدومه في غد فانّه يجب عليه نية الصوم.

ووجه القرب انّ قدومه في ذلك اليوم مطلقاً هو شرط لوجوب مجموع اليوم، وقد عرف الناذر حصول الشرط في الغد فوجب عليه صوم الغد، ولايصحّ إلّا بالعزم عليه، فكان العزم عليه واجباً؛ لوجوب ما يتوقّف عليه الواجب. ولا فرق بين أن يعلم انّه يقدم في الغد قبل الزوال أو بعده؛ لصدق انّه قدم في ذلك اليوم على كلّ واحد من التقديرين.

قوله رحمه الله: «ولو نذر صوم بعض يوم احتمل البطلان ولزوم يوم كامل».

أقول: وجه البطلان من كون النذر تناول بعض اليوم، ولايصحّ إفراد البعض بالصوم، فقد نذر صوماً فاسداً، فكان نذره فاسداً.

ومن انّ وجوب البعض أعمّ من صيامه خاصّة ومن صيامه مع بقية النهار، ولا يلزم من فساد جزئيّ من جزئيات المنذور فساد جميع جزئياته. وحينئذٍ نقول: قد نذر شيئاً ويمكن الإتيان به على وجه يصحّ فكان عليه الإتيان به كذلك.

قوله رحمه الله: «ولو نذر صوم الاثنين دائماً لم يجب عليه قضاء الأثانين الواقعة في شهر رمضان إلّا الخامس مع الاشتباه على رأي».

أقـول: الخلاف راجع الى قوله: «لم يجب عليه قضاء الأثانين الواقعة في شهر رمضان» لا الى قوله: «إلّا الخامس مع الاشتباه».

والذي خالف في ذلك ابن حمزة فانّه قال: وإن نذر أن يصوم يوماً بعينه ـ الى أن قال: ـ وإن اتفق أن يكون من شهر رمضان صام بنيّة رمضان وقضى، فإن صام بنيّة النذر أجزأ عن رمضان وقضى صوم النذر[1].

وقوله: «إلّا الخامس مع الاشتباه» لا يتأتّى على مذهبه، وذلك لأنّ الخامس إمّا من رمضان أو يوم العيد، وعلى كلا التقديرين لا يجب قضاؤه.

امّا على ما ذهب إليه الشيخ[2] ـ من وجوب قضائه لو اتفق كونه يوم العيد ـ فحينئذٍ يمكن أن يقال: يلزمه قضاء الخامس؛ لأنّه قد وجب عليه صوم كلّ اثنين عن النذر، ولا يسقط ذلك إلّا مع القطع بكونه من رمضان وهو غير معلوم، فاذا صامه عن رمضان مع عدم القطع بما يسقط صومه عن النذر كان عليه القضاء؛ لعدم العلم بخروجه عن العهدة إلّا به.

قوله رحمه الله: «ولا يوم العيد على رأي».

أقـول: اذا نذر صوم كلّ اثنين أو كلّ خميس فاتفق يوم العيد الاثنين أو الخميس أفطر إجماعاً، وفي وجوب قضاء يوم بدله قولان تقدّما.

قوله رحمه الله: «وفي الحيض والمرض إشكال».

أقـول: وجه الإشكال من حيث إنّ أيام المرض والحيض لا يصحّ صومها، فلا

---

(١) الوسيلة: كتاب الأيمان والنذور فصل في بيان النذر ص ٣٥٠.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الصوم باب حكم المسافر وصيام النذر ج ١ ص ٤٠٦.

يدخل في النذر كيوم العيد، فلا يجب عليه قضاؤها عنده.

ومن حيث إنّ ذلك الزمان قابل للصوم، وانّما يسقط التكليف به عن المريض والحائض حالة المرض والحيض، بخلاف يوم العيد فانّ ذلك الزمان لا يقبل الصوم.

قوله رحمه الله: «ولو نذر أن يصوم شهراً قبل ما بعد قبله رمضان فهو شوّال، وقيل: شعبان، وقيل: رجب».

أقول: قال بعض الشعراء:

انّ شهراً مباركاً نحن فيه قبل ما بعد قبله رمضان

واختلفوا في تعيينه، فاختار المصنّف انّه شوّال، وبنى المصنّف عليه مالو نذر المكلّف صوم ذلك الشهر ـ أعني الشهر الذي قبل ما بعد قبله رمضان ـ فاختار انّه شوّال، وهو الشهر الذي بعد قبله، والذي بعد قبله هو نفسه، ورمضان سابق عليه، لأنّ تقديره رمضان قبل الشهر المنذور الذي هو بعد قبله فيكون شوّالاً. وفسّره آخرون بأنّه شعبان؛ لأنّه وصف الشهر المنذور بأنّه سابق على شهر موصوف بأنّه بعد ما قبله رمضان، وذلك الشهر الذي بعد قبله هو رمضان فيكون شعبان. وفسّره آخرون برجب؛ لأنّ تقديره أن أصوم شهراً سابقاً على الشهر الذي رمضان بعد قبله، والشهر الذي هو بعد قبله سابق على رمضان هو شعبان، والسابق عليه وهو رجب.

قوله رحمه الله: «ولو نذر الحج ماشياً وقلنا: المشي أفضل انعقد الوصف، وإلّا فلا، ويلزمه المشي من بلده، وقيل: من الميقات».

أقـول: هذه المسألة تفريع على انّ المشي أفضل من الركوب أو الركوب أفضل، فقيل: المشي أفضل، وإليه ذهب المصنّف في بعض كتبه. فقال في التحرير: المشي أفضل من الركوب مع المكنة، وكان زين العابدين عليه السلام يمشي وتساق معه المحامل والرحال، وروي انّه ما تقرّب الى الله عزّوجلّ بشيء أحبّ إليه من المشي الى بيته الحرام على القدمين، وانّ الحجّة الواحدة تعدل سبعين حجّة[١]. وقال آخرون: الركوب أفضل.

وفصّل الشيخ في المبسوط فقال: ومن كان مستطيعاً للزاد والراحلة وخرج ماشياً كان أفضل له من الركوب اذا لم يضعفه ذلك عن القيام بالفرائض، فإن أضعفه عن ذلك كان الركوب أفضل[٢]. ومثله قال في النهاية[٣].

ويقرب منه ما فصّله نجم الدين جعفر بن سعيد في الشرائع فقال: ومن وجب عليه الحجّ فالمشي أفضل من الركوب اذا لم يضعفه، ومع الضعف الركوب أفضل[٤]. فخصّ هذا التفضيل ممّن وجب عليه الحجّ، ولم يتعرّض لغير الواجب.

اذا عرفت هذا فاذا نذر أن يحجّ ماشياً فلا شكّ في انعقاد النذر في أصل الحجّ، امّا الوصف ـ أعني كونه ماشياً ـ فإن قلنا بأنّ المشي أفضل انعقد الوصف أيضاً، وإلّا فلا، وعلى تقدير الانعقاد من أيّ موضع يلزمه المشي؟ قال المصنّف: يلزمه المشي من بلده، ونقل قولاً آخر: انّه يلزمه المشي من الميقات. والأوّل هو الظاهر من كلام

---

(١) تحرير الأحكام: كتاب الحج في معاني الحج وفضيلته ص ٨٩ س ٢٨.

(٢) المبسوط: كتاب الحج فصل في حقيقة الحج ج ١ ص ٣٠٢.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب وجوب الحج ج ١ ص ٤٥٩.

(٤) شرائع الاسلام: كتاب الحج الشرائط في حجة الاسلام ج ١ ص ٢٢٩.

الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: فاذا ثبت انّه يلزمه المشي فمن أين يلزمه من موضع النذر؟ قال: وقال قوم: يلزمه ذلك من الميقات[١].

قوله رحمه الله: «واذا نذر المشي فعجز فإن كان النذر معيّناً بسنة ركب، ويستحبّ أن يسوق بدنة، وقيل: يجب».

أقول: هذا القول المحكي هو قول الشيخ في كتاب الحجّ من كتاب النهاية[٢] والمبسوط[٣]، إلّا انّه لم يقيّده بسنة، بل أطلق في الكتابين جميعاً، فقال فيهما: ومن نذر أن يحجّ ماشياً وجب عليه الوفاء به، فإن عجز عن ذلك ركب وساق بدنة كفّارة لله عزّوجلّ.

وقال في باقي أقسام النذور من النهاية: ومن نذر أن يحجّ ماشياً أو يزور أحد المشاهد كذلك فعجز عن المشي فليركب ولا كفّارة عليه[٤].

وقال في كتاب النذور من كتاب المبسوط: واذا نذر أن يمشي الى بيت الله الحرام انعقد نذره؛ لإجماع الفرقة، ولقوله عليه السلام: «من نذر أن يطع الله فليطعه» الى أن قال: فإن ركب لم يخل من أحد أمرين: امّا أن يركب مع القدرة على المشي أو مع العجز عنه، فإن كان مع القدرة عليه فقد أساء، وروى أصحابنا انّه يعيد الحجّ

---

(١) لم نعثر عليه في المبسوط ونقله عنه في إيضاح الفوائد: كتاب النذر المطلب الرابع في الحج ج ٤ ص ٦٦.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب وجوب الحج ج ١ ص ٤٥٩ ـ ٤٦٠.

(٣) المبسوط: كتاب الحج فصل في حقيقة الحج والعمرة ج ١ ص ٣٠٣.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب النذور باب أقسام النذور ج ٣ ص ٥٧ ـ ٥٨.

ويركب ماشياً ويمشي ما ركب، وقال بعضهم: عليه دم. وإن ركب مع العجز كان له ذلك وعليه دم عندنا متى ركب، وقال بعضهم: لا شيء عليه[١].

وقال المفيد: لا كفّارة عليه[٢]، وتبعه ابن ادريس[٣].

وكلّهم ـ أعني القائل بوجوب البدنة أو الدم أو عدم وجوب الكفّارة ـ أطلقوا القول ولم يقيّدوا ذلك بسنة مخصوصة، كما فعل ذلك المصنّف، فانّه اختار في هذا الكتاب. وفي المختلف التفصيل وهو: انّه مع العجز اذا كان معيّناً بسنة ركب ولا كفّارة عليه، وإن كان مطلقاً توقّع المكنة[٤].

قوله رحمه‌الله: «ولو ركب بعضاً فكذلك، وقيل: يقضي ويركب ما مشى ويمشي ما ركب».

أقول: هذا القول المحكي هو قول الشيخ في النهاية[٥] في باب أقسام النذور والعهود، وفي كتاب الحجّ من المبسوط[٦]. وقال في كتاب النذور في المبسوط: فإن كان مع القدرة أساء[٧] وجعل إعادة الحجّ وركوب ما مشى ومشى ما ركب رواية رواها الأصحاب، كما حكينا ذلك عنه من قبل.

---

(١) لم نعثر عليه في المبسوط ونقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثاني في النذر وأحكامه ص ٦٥٩ س ٩.

(٢) المقنعة: كتاب النذور والعهود ص ٥٦٥.

(٣) السّرائر: كتاب الأيمان باب النذور والعهود ج ٣ ص ٦١.

(٤) مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثاني في النذور ص ٦٥٩ س ٢٧.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب الأيمان باب أقسام النذور ج ٣ ص ٥٨.

(٦) المبسوط: كتاب الحج شرائط وجوبه ج ١ ص ٣٠٣.

(٧) المبسوط: ج ٦ ص ٢٥٠.

قوله رحمه الله: «ولو فاته الحجّ أو فسد مع تعيّنه ففي لزوم لقاء البيت إشكال».

أقول: يريد مع تعيّنه بذلك العام كما اذا قال: لله عليّ أن أحجّ في السنة الفلانية ماشياً ثمّ مشى وفاته الحجّ لو أفسده ففي وجوب لقاء البيت إشكال.

ينشأ من أنّ نذر الحجّ ماشياً يضمّن لقاء البيت، فيكون لقاؤه واجباً أيضاً، ولايلزم من سقوط بعض الواجبات سقوط باقيها، فكان لقاؤه واجباً.

ومن حيث إنّ لقاء البيت لم ينذره بالخصوصية، وانّما وجب عليه لقاؤه لأجل أفعال الحجّ المنذور، وقد سقط في هذا العام فيسقط ما كان تابعاً له.

لايقال: كيف يصحّ التردّد في وجوب لقاء البيت مع الفوات مطلقاً أو الإفساد؟ فانّ فوات الحجّ امّا أن يكون قبل التلبّس بالإحرام كما اذا نذر أن يحجّ ماشياً في السنة الفلانية ومشى فوصل إليه قبل الميقات وقد صار عاشر ذي الحجّة فانّ الحجّ حينئذٍ قد فات، وهاهنا يتقدّر الإشكال الذي تقدّم وجهه ما ذكرناه. وامّا اذا كان الفوات بعد التلبّس بالإحرام أو بعد الإفساد فكيف يتأتّى عدم وجوب لقاء البيت؟ لأنّه على تقدير الفوات بعد التلبّس بالإحرام انّما يتحلّل بعمرة مفردة، وذلك يستلزم وجوب لقاء البيت للطواف. وعلى تقدير الإفساد يجب عليه إتمام جميع أفعال الحجّ، وذلك يقتضي وجوب لقاء البيت قطعاً.

لأنّا نقول: الإشكال انّما هو في وجوب لقاء البيت بسبب النذر، ولايلزم من نفي وجوب لقائه بالنذر عدم وجوب لقائه بغيره، فانّ الفوات سبب مستقلّ بنفسه في وجوب إتمام الحجّ وقضائه، فإن نفي الخاصّ لايستلزم نفي العامّ. وتظهر الفائدة فيما لو لم يلق البيت في ذلك العامّ، فإن قلنا بوجوبه عليه بالنذر لزمه كفّارة خلف النذر، وإن قلنا: لايلزمه كفّارة بالنذر فلا كفّارة عليه وإن كان واجباً لغيره.

قوله رحمه الله: «فإن أوجبناه في جواز الركوب إشكال، ثمّ يلزمه قضاء الحجّ المنذور».

أقول: وجه الإشكال ما تقدّم من انّ نذره يضمن المشي فلا يسقط عنه، ولأنّه طاعة في نفسه وقد تضمّنه النذر فكان واجباً.

ومن انّ وجوب المشي انّما كان لإيقاع الحجّ المنذور، والذي يفعله ليس هو المنذور؛ لأنّه يجب عليه بعد ذلك أن يأتي بما نذره، فانّ المنذور حجّ صحيح، وما يأتي به من أفعال سبب الإفساد حجّ فاسد.

قوله رحمه الله: «ثمّ يلزمه قضاء الحجّ».

أقول: أمّا على تقدير الإفساد أو الفوات بتفريطه ـ كما اذا قصّر المبادرة حتى ضاق الوقت أو أخلّ بشيء من الأركان المقتضي لبطلان الحجّ ـ فانّه يجب عليه القضاء. وأمّا على تقدير الفوات مع المبادرة في أوّل زمان النذر لإيقاع الحجّ في تلك السنة المعيّنة ثمّ يظهر ضيق الوقت فعندي في وجوب القضاء شكّ؛ لعدم تقصيره، وحينئذٍ لايكون الحكم بوجوب القضاء مع الفوات على إطلاقه، ويؤيّده قوله رحمه الله: ولا قضاء لو تعذّر بالصدّ.

قوله رحمه الله: «ولو نذر أن يحجّ ولم يكن له مال فحجّ عن غيره ففي إجزائه عنهما إشكال».

أقول: منشأه من انّ النذر اقتضى أن يباشر أفعال الحجّ ويأتي بها وقد فعل.

ومن انّ تغاير السبب يقتضي تغاير المسبب، فانّ الذي فعله بسبب النيابة، والآخر وجب عليه بسبب النذر، فلا يجزي أحدهما عن الآخر.

قوله رحمه الله: «واذا نذر أن يحجّ راكباً فحجّ ماشياً قيل: يحنث فتجب به الكفّارة».

أقول: القول المحكي يناسب قول الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: اذا نذر الحجّ راكباً أو يأتي بيت الله الحرام راكباً فعليه الوفاء بنذره، فإن خالف ومشى قال قوم: عليه دم، وهو الأحوط[1].

والحقّ بناءً ذلك على ما تقدّم من الركوب أفضل من المشي، فإن قلنا: الركوب أفضل انعقد النذر. ثمّ لا يخلو إمّا أن يكون النذر مطلقاً أو مقيّداً بتلك السنة التي حجّ فيها ماشياً، فإن كان مطلقاً وجب عليه الإعادة ولا كفّارة عليه؛ لأنّه لم يأت بالمنذور فيبقى في عهدة التكليف، فإن كان مقيّداً بتلك السنة وجب عليه كفّارة خلف النذر، والى هذا المعنى أشار المصنّف بقوله: «فتجب الكفّارة لا القضاء» أي فعلى هذا القول لم يحنث وتجب كفّارة خلف النذر لا القضاء؛ لأنّ النذر لم يتضمّن ما عدا هذه السنة وقد فعل فيها، وانّما أخلّ بما نذره من صفة الركوب فيجب عليه الكفّارة.

قوله رحمه الله: «ولو نذر المستطيع الصرورة الحجّ في عامه ونوى حجّة الاسلام تداخلتا، وإن نوى غيرها فإن قصد مع فقد الاستطاعة انعقد، وإن قصد معها لم ينعقد، وإن أطلق ففي الإنعقاد إشكال».

---

(١) لم نعثر عليه في المبسوط ونقله عنه في إيضاح الفوائد: كتاب النذر المطلب الرابع في الحج ج ٤ ص ٧٠.

أقـول: منشأه انّه نذر خلاف المشروع؛ لأنّه نـذر أن يحـجّ في هـذه السـنة، وإطلاق النذر يقتضي المغايرة لحجّة الاسلام، فكان بمنزلة من نذر أن يحجّ غير حجّة الاسلام في الزمان الذي وجب عليه فيه حجّة الاسلام، فكان النذر باطلاً.

ومن إمكان فقد الاستطاعة فيسقط عنه حجّة الاسلام، ويمكن أن يحجّ غير حجّة الاسلام في تلك السنة فيحمل النذر عليه؛ لأنّ النذر المطلق انّما يحمل على الصحيح دون الفاسد.

قوله رحمه الله: «ولو نذر هدي بدنة انـصرف الإطلاق الى الكعبة، ولو نوى منى لزم، ولو نذر الى غيرهما لم ينعقد على إشكال».

أقـول: اذا نذر هدي بدنة فامّا أن يعيّن موضعاً بعينه لفظاً أو بالنية أو لا يعيّن، ففي الأخير ينصرف الإطلاق الى الكعبة، عملاً بقوله تعالى: ﴿هدياً بالغ الكعبة﴾[1] وإن نوى موضعاً بعينه فإن كان الكعبة فكذلك قطعاً وكذا الى منى، وإن نوى غيرهما فهل ينعقد؟ فيه إشكال.

ينشأ من أصالة صحّة النذر، ولقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾[2].

ومن انّه بخلاف المشروع، إذ الهدي المشروع انّما هو الى الحرم، كما قاله الشيخ في المبسوط حيث قال فيه: والهدي المشروع ما كان الى الحرم، قال الله تـعالى: ﴿ثمّ محلّها الى البيت العتيق﴾ وقال تعالى: ﴿هدياً بالغ الكعبة﴾[3].

---

(١) المائدة: ٩٥.

(٢) المائدة: ١.

(٣) لم نعثر عليه في المبسوط ونقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثاني في النذور ص ٦٦٢ س ١١.

قوله رحمه الله: «ولو نذر نحر الهدي بمكّة وجب وتعيّن التفريق بها وكذا منى، لاغيرهما على إشكال».

أقول: اذا نذر المكلّف أن ينحر هدياً بمكّة أو بمنى فقد ذكر المصنّف هنا فيه حكمين، أحدهما: وجوب النحر في المكان المنذور ـ أعني مكّة أو منى ـ والآخر: وجوب التفريق، ثمّ نفى ذلك عن غيرهما على إشكال.

فنقول: نفي الحكمين قد يكون بانتفاء اجتماعهما وقد يكون بنفي كلّ منهما جميعاً، والمراد انّه لاينعقد النذر، فلا يلزمه النحر ولا التفريق في غيرهما على إشكال.

منشأه أنّ النحر في ذلك المكان لم يتعبّد به الشارع ولا مزية فيه، والتفريق لم يتضمّنه النذر.

ومن عموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾[1] وأمثاله، واعلم انّ بالوجهين قولين للشيخ.

فقال في الخلاف: واذا نذر نحره بالبصرة أو الكوفة لزمه الوفاء به، ويفرق اللحم بالموضع الذي ذكره[2].

وقال في المبسوط: اذا نذر أن ينحر بمكّة ولم يزد على هذا قال قوم: يلزمه النحر والتفرقة بها معاً، ومنهم من قال: يلزمه النحر بها فقط ويفرّق اللحم أين شاء، والأوّل أقوى عندنا وأحوط. وأمّا أن ينذر بغير مكّة ـ كالبصرة أو الكوفة وغيرهما ـ فإن نذر أن ينحر ويفرّق اللحم لزمه ذلك؛ لأنّه نذره لمساكين تلك البقعة،

---

(١) المائدة: ١.

(٢) الخلاف: كتاب النذور المسألة ٧ ج ٣ ص ٣٠٤.

وإن أطلق ولم يذكر تفرقة اللحم قال قوم: يلزمه النحر وتفرقة اللحم بها، ومنهم من قال: لا ينعقد نذره أصلاً، وهو الأقوى عندي؛ لأنّ الأصل براءة الذمّة[١].

وقال ابن الجنيد: من نذر هدياً لله فالهدي من الثمانية الأزواج، فإن سمّاه لزمه هديه ونحره، وان سمّى المكان الذي ينحر به أو يذبح أجزأه أن يفعل ذلك فيه[٢].

والمصنّف حرّم في المختلف بصحّة النذر، وذكر فيه ثلاثة احتمالات، أحدها: انّه يصحّ نذره فيلزمه التفرقة أين شاء. الثاني: وجوب الذبح في ذلك المكان، والتفرقة فيه قضية للعرف. الثالث: يلزمه النحر مطلقاً والتفرقة؛ لأنّ المكان لا مزية له في النحر والذبح، والتقدير عدم تعيين التفريق بها، فيسقط التعيين في مكان الذبح حينئذٍ[٣].

قوله رحمه الله: «وينصرف الإطلاق الى النِعَم، ويجوز أقلّ ما يسمّى هدياً منها، وقيل: يجزئ ولو بيضة».

أقول: القول المحكي بإجزاء البيضة هو الذي قوّاه الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: وإن قال: لله عليّ أن أهدي الهدي لزمه ما يجزئ أن يكون اضحية من الإبل أو الغنم أو البقر والجذع من الضان؛ لأنّه المعهود، وإن قال: لله عليّ أن أهدي أو قال: أهدي هدياً قال قوم: يلزمه ما يجزئ اضحية، وهو ما قلناه، وقال آخرون: يلزمه ما

---

(١) لم نعثر عليه في المبسوط ونقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثاني في النذور ص ٦٦١ س ٣٧.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثاني في النذور ص ٦٦٢ س ٣.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثاني في النذور ص ٦٦٢ س ٤.

يقع عليه الاسم من تمرة وبيضة فما فوقها؛ لأنّ اسم الهدي يقع عليه لغةً وشرعاً، فاللغة يقال: أهدي بيضة وتمرة. وقال: قوله تعالى: ﴿يحكم به ذوا عدل منكم هدياً بالغ الكعبة﴾ وقد يحكمان بقيمة عصفور أو جرادة. وسمّى النبي صلّى الله عليه وآله البيضة هدياً، فقال في التكبير الى الجمعة: «من راح في الساعة الخامسة فكأنّما أهدى بيضة» والأوّل عندنا أحوط، والثاني قوي؛ لأنّ الأصل براءة الذمّة[1].

واختاره المصنّف في المختلف[2]، وما ذكره في هذا الكتاب ـ من انحصاره في النِعَم خاصّة ـ هو مذهب الشيخ في الخلاف[3].

قوله رحمه الله: «ولو نذر أن يهدي الى بيت الله تعالى غير النِعَم قيل: بطل، وقيل: يباع ويصرف في مصالح البيت».

أقول: القائل بالبطلان هو ابن الجنيد فانّه قال: ولو قال لشيء من الثمانية الأزواج بعدما ذبح: هو هدي لم يكن هدياً؛ لأنّ الهدي هو ما يكون حياً منها فيذبح بها، وكذلك لو قال لطعام أو نحوه[4].

وقال قبل ذلك: ولو كان من الحيوان غير الأُنثى والثمانية الأزواج لم يلزمه شيء[5]. وهو ظاهر قول ابن ادريس فانّه قال: اذا قال: لله عليّ أن أهدي هذا الطعام

---

(١) لم نعثر عليه في المبسوط ونقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثاني في النذور ص ٦٦٢ س ١٥.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثاني في النذور ص ٦٦٢ س ٣٠.

(٣) الخلاف: كتاب النذور المسألة ٨ ج ٣ ص ٣٠٥.

(٤) مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثاني في النذور ص ٦٦٢ س ٢٣.

(٥) المصدر السابق.

الى بيت الله لم يلزمه ذلك؛ لأنّ الإهداء لايكون إلّا من النِعَم خاصّة، ولا يكون بالطعام[١].

والقول الآخر ـ بأنّه يباع ويصرف ثمنه في مصالح البيت ـ نقله المصنّف، وجعفر بن سعيد[٢].

قوله رحمه الله: «واذا نذر التقرّب بذبح شاة بمكّة لزم، ولولم يذكر لفظ التقرّب ولا التضحية فإشكال».

أقول: ينشأ من كون الذبح بمجرّده ليس قربة فلا ينعقد نذره.

ومن عموم وجوب الوفاء بالنذر، وهو مبنيّ على انعقاد نذر المباحات، فإن فيه إشكالاً تقدّم.

قوله رحمه الله: «ولو نذر إهداء ظبي الى مكّة لزم التبليغ على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من وجوب الوفاء بالنذر.

ومن كون التبليغ له ليس قربة فلا ينعقد نذره، وهو مبنيّ أيضاً على ما تقدّم.

قوله رحمه الله: «ولا يجزئه لو صرف في غيره على أهل بلد النذر على إشكال».

أقول: لو نذر أن يتصدّق بمالٍ في بلدٍ فصرفه الى أهل ذلك البلد في غير بلد

---

(١) السرائر: كتاب الأيمان أحكام النذور ج ٣ ص ٦٦.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب النذر مسائل الهدي ج ٣ ص ١٩١.

النذر ففي الإجزاء إشكال.

ينشأ من انّ الناذر لم يأتي بما نذره؛ لأنّه نذر أن يتصدّق بذلك المال في البلد المعيّن ولم يفعل فيبقى في عهدة التكليف إن كان المال غير معيّن، ويلزمه إن كان المال أو الزمان معيّناً فيخرج.

ومن حيث إنّ الغرض بالصدقة في البلد هو صرفه الى أهله وقد فعل فيخرج عن العهدة.

قوله رحمه الله: «وهل يجوز أن يتصدّق بما لايتضرّر به ثمّ يقوّم المتضرّر به؟ إشكال».

أقول: لو نذر أن يتصدّق بجميع ماله فخاف الضرر لو تصدّق بجميعه دفعةً فهل يجب عليه أن يتصدّق بما لا يتضرّر به ويقوّم الباقي ليتصدّق بقدره شيئاً فشيئاً أو له يقوّم الجميع ويتصدّق به شيئاً فشيئاً مطلقاً؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّ المقتضي لجواز ترك الصدقة بالجميع هو التضرّر، وهو منتفٍ في القدر الذي لاضرر في الصدقة به، فينتفي الجواز؛ لانتفاء علّته.

ومن ورود النقل بأنّه اذا خاف الضرب جاز أن يقوّم جميع ماله ويتصدّق به شيئاً فشيئاً من غير تفصيل ولا تقدير.

قوله رحمه الله: «ولو نذر الصدقة على أقوام بعينهم لزم، وإن كانوا أغنياء فإن لم يقبلوا فالأقرب بطلان النذر».

أقول: وجه القرب انّه لعدم قبولهم قد تعذّر عليه فعل ما نذره فيسقط عنه؛ لامتناع التكليف بغير المقدور، فانّ خروجه عن ملكه إليهم بالصدقة موقوف على قبولهم، وهو غير مقدور له.

قوله رحمه الله: «ولو نذر صرف زكاته الواجبة الى أقوام بأعيانهم من المستحقّين لزم، وهل له العدول الى الأفضل كالأفقر أو الأعدل؟ الأقرب المنع».

أقول: وجه القرب انّ فيه إخلالاً بالنذر المنعقد فكان حراماً.

قوله رحمه الله: «ولو نذر عتق كافر غير معيّن لم ينعقد، وفي المعيّن قولان».

أقول: قد ذكرنا القولين في كتاب العتق[١].

قوله رحمه الله: «ولو نذر أن لا يبيع مملوكه لزم، فإن اضطرّ الى بيعه جاز على رأي».

أقول: خالف الشيخ في ذلك حيث قال في النهاية: أن لا يبيع مملوكاً له، فلا يجوز له بيعه وإن احتاج الى ثمنه[٢]. وكذا قال ابن البرّاج[٣].

وقال ابن ادريس: بالجواز، فقال: لا خلاف بين أصحابنا في انّ الناذر اذا كان في خلاف ما نذره صلاح له ديني أو دنياوي فليفعل ما هو أصلح [له] ولا كفّارة عليه[٤].

---

(١) تقدّم في ص ٦.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الأيمان والنذور باب أقسام النذور ج ٣ ص ٦٠.

(٣) المهذب: كتاب النذور والعهود باب النذور ج ٢ ص ٤١٢.

(٤) السرائر: كتاب الأيمان باب النذور والعهود ج ٣ ص ٦٣.

قوله رحمه الله: «ولا ينعقد إلّا باللفظ على رأي».

أقول: لاينعقد العهد عند المصنّف إلّا باللفظ كما ذهب إليه في النذر، خلافاً للشيخ حيث قال في النهاية: والمعاهدة أن يقول: عاهدت الله تعالى أو يعتقد ذلك انّه متى كان كذا فعليّ كذا، فمتى قال ذلك أو اعتقد وجب عليه الوفاء به عند حصول ما شرط، وجرى ذلك مجرى النذر سواء[١].

قوله رحمه الله: «والنذر المعيّن على رأي، وصوم خلف النذر والعهد على رأي، ويجب في كلّ منهما عتق رقبة أو إطعام ستين مسكيناً أو صيام شهرين متتابعين».

أقول: مذهب المصنّف في هذا الكتاب انّ كفّارة افطار صوم معيّن بالنذر لغير عذر وخلف النذر والعهد كفّارة مخيّرة بين ما ذكره في الكتاب من الأصناف الثلاثة، وقد أشار الى الخلاف في موضعين:

أحدهما: من أفطر يوماً في صوم النذر المعيّن فنقول: اختلف أصحابنا في ذلك، فذهب جماعة الى مثل قول المصنّف هو اختيار أبي الصلاح[٢]، وابن حمزة[٣]، وابن البرّاج[٤].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الأيمان والنذور باب ماهية النذور ج ٣ ص ٥٤.

(٢) الكافي في الفقه: فصل في صوم النذر والافطار فيه ص ١٨٥.

(٣) الوسيلة: كتاب الصوم فصل في بيان أقسام الصوم ص ١٤٥.

(٤) المهذّب: كتاب الصيام باب صوم النذر ص ١٩٨.

وقال محمّد بن بابويه: من نذر أن يصوم كلّ سبت فليس له أن يتركه إلّا من علّة، فاذا أفطر من علّة تصدّق عن كلّ يوم على عشرة مساكين[١].

الثاني: كفّارة خلف النذر والعهد عند المصنّف أيضاً مخيّر بين الخصال الثلاثة المذكورة أوّلاً، وهو مذهب الشيخ[٢]، وأبي الصلاح[٣]، وابن البرّاج[٤]، وابن حمزة[٥].

وقال: سلّار انّها مرتبة؛ لأنّه قال: كفّارة خلف النذر كفّارة ظهار[٦].

وقال محمّد بن بابويه كفّارة النذر كفّارة يمين[٧].

ونقل ابن ادريس عن السيد انّه إن كان خلف النذر إفطار صوم فكفّارته مثل كفّارة إفطار يوم من شهر رمضان، ولو كان لغير صوم فكفّارة يمين[٨].

قوله رحمه الله: «وكفّارة الجمع هي كفّارة قتل المؤمن عمداً ظلماً وهي: عتق رقبة وصوم شهرين متتابعين وإطعام ستين مسكيناً، وعندي انّ إفطار يوم من شهر رمضان عمداً على محرّم كذلك».

---

(١) المقنع: باب الأيمان والنذور والكفّارات ص ١٣٧.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الأيمان والنذور والكفّارات باب الكفّارات ج ٣ ص ٦٦.

(٣) الكافي في الفقه: فصل في النذر ص ١٧٦.

(٤) المهذّب: كتاب الكفّارات باب كفّارة نقض النذر والعهد ج ٢ ص ٤٢١.

(٥) الوسيلة: كتاب الكفّارات ص ٣٥٣.

(٦) المراسم: كتاب المكاسب ذكر الكفّارات ص ١٨٧.

(٧) من لايحضره الفقيه: باب الأيمان والنذور والكفّارات ح ٤٢٩٨ ج ٣ ص ٣٦٧.

(٨) السرائر: كتاب الأيمان باب النذور والعهود ج ٣ ص ٥٩ و ٧٥.

أقـول: هذا الذي ذهب إليه المصنّف هنا ـ من وجوب كفّارة الجمع على من أفطر على المحرّم ـ هو مذهب ابن حمزة[١]، وظاهر كلام الشيخ في كتاب التهذيب[٢] والاستبصار[٣] حيث تأوّل ما رواه سماعة في الموثق ـ قال: سألته عن رجل أتى أهله في شهر رمضان متعمّداً، فقال: عليه عتق رقبة وإطعام ستين مسكيناً وصيام شهرين متتابعين وقضاء ذلك اليوم، وأنّى له مثل ذلك اليوم ـ بأنّ الواو بمعنى «أو» أو انّـه مختصّ بمن أتى أهله في وقت لايحلّ له ذلك في غير الصوم أو يفطر على شيء محرّم من مسكر وغيره فانّه متى كان الأمر كذلك لزمه ثلاث كفّارات. وهو مذهب محمّد بن بابويه أيضاً فانّه قال: انّي افتي بايجاب ثلاث كفّارات لو أفطر على محرّم في نهـار رمضان؛ لوَجود ذلك في روايات أبي الحسين الأسدي رضي الله عنه فيما ورد عليه من الشيخ أبي جعفر محمّد بن عثمان المعمّري قدّس سرّه[٤].

قوله رحمه الله: «ومن حلف بـالبراءة مـن الله تعالى أو من رسوله أو من الأئمة عليهم السلام لم ينعقد ولا يجب بها كفّارة ويأثم وإن كان صادقاً، وقيل: يجب كفّارة ظهار، فإن عجز فكفّارة يمين

---

(١) الوسيلة: كتاب الصوم فصل في بيان أقسام الصوم ص ١٤٦.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٥٥ في الكفّارة في اعتماد إفطار يوم من شهر رمضان ذيل الحديث ١١ ج ٤ ص ٢٠٨.

(٣) الاستبصار: ب ٥٠ كفّارة من أفطر يوماً من شهر رمضان ذيل الحديث ٦ ج ٢ ص ٩٧.

(٤) من لايحضره الفقيه: باب ما يجب على من أفطر في شهر رمضان متعمّداً ذيل الحديث ١٨٩٢ ج ٤ ص ١٩٨.

اذا حنث، وروي إطعام عشرة مساكين ويستغفر الله تعالى».

أقـول: ما ذكره المصنّف ـ من عدم انعقاد اليمين بالبراءة وعدم وجوب الكفّارة بها وإن أثم ـ هو قول محمّد بن ادريس[١].

والقول المحكي هو قول الشيخ في باب الكفّارات من كتاب النهاية فانّه قال فيها: ومن حلف بالبراءة من الله أو من رسوله أو من أحد الأئمة عليهم السلام كان عليه كفّارة ظهار، فإن لم يقدر كان عليه كفّارة يمين[٢]. وكذا قال ابن البرّاج[٣].

والرواية المشار إليها هي: ما رواه محمّد بن يحيى في الصحيح قال: كتب محمّد بن الحسن الصفّار الى أبي محمّد العسكري عليه السلام: رجل حلف بالبراءة من الله ورسوله صلّى الله عليه وآله فحنث ما توبته وكفّارته؟ فوقّع عليه السلام: يطعم عشرة مساكين، لكلّ مسكين مدّ ويستغفر الله عزّ وجلّ[٤].

والمصنّف رجع في المختلف عمّا ذكره في هذا الكتاب فقال: المعتمد أن نقول: لايجوز الحلف بذلك، فإن فعل أثم، وإن حنث في يمينه بذلك وجب عليه إطعام عشرة مساكين ويستغفر الله تعالى، واستدلّ بهذه الرواية[٥].

---

(١) السرائر: كتاب الايمان والنذور والكفّارات باب ماهية الأقسام والأيمان ج ٣ ص ٣٩.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الأيمان والنذور والكفّارات باب الكفّارات ج ٣ ص ٦٥.

(٣) المهذّب: كتاب الكفّارات باب كفّارة الحلف بالبراءة ج ٢ ص ٤٢١.

(٤) تهذيب الأحكام: ب ٤ الأيمان والأقسام ح ١٠٠ ج ٨ ص ٢٩٩، وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب الأيمان ح ٣ ج ١٦ ص ١٢٦.

(٥) مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الأوّل في أحكام اليمين ص ٦٤٩ س ٢.

قوله رحمه الله: «قيل: في جزّ المرأة شعرها في المصاب كفّارة ظهار، وقيل: كبيرة مخيّرة، وقيل: لا كفّارة، وهل يتناول الحكم للبعض أو الجميع؟ إشكال».

أقول: القول الأوّل هو ظاهر كلام ابن ادريس فانّه قال: فإن جزّته كان عليها كفّارة قتل الخطأ، وقد تقدّم شرحها[١]. والذي شرحه فيها انّها مرتّبة مثل كفّارة الظهار[٢].

والقول الثاني: انّها كبيرة مخيّرة، وهو ظاهر قول ابن حمزة[٣]، وظاهر قول الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: ولا يجوز للمرأة أن تلطم وجهها في مصاب ولا تخدشه ولا تجزّ شعرها، فإن جزّته كان عليها كفّارة قتل الخطأ: عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكيناً[٤]. فانّه شبّهها بقتل الخطأ في الكمية ـ أعني في كونها كبيرة ـ لا في الترتيب؛ لأنّه أتى فيها بـ«أو» المقتضية للتخيير.

والقول الثالث: نقله ابن سعيد في كتاب الشرائع فقال: وقيل: يأثم ولا كفّارة، استضعافاً للرواية وتمسّكاً بالأصل[٥].

اذا عرفت هذا فنقول: على تقدير أن نقول بأحد القولين الأوّلين ـ أعني وجوب كفّارة كبيرة إمّا مرتّبة أو مخيّرة ـ هل يتعلّق الحكم بمطلق الجزّ سواء كان بجميع الشعر

---

(١) السرائر: كتاب الأيمان باب الكفّارات ج ٣ ص ٧٨.

(٢) السرائر: كتاب الأيمان باب الكفّارات ج ٣ ص ٦٩.

(٣) الوسيلة: كتاب الكفّارات ص ٣٥٣.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الأيمان والنذور باب الكفّارات ج ٣ ص ٦٩ ـ ٧١.

(٥) شرائع الاسلام: كتاب الظهار المقصد الثاني ج ٣ ص ٦٨.

أو بعضه أو بجزّ جميعه؟ فيه إشكال.

منشأه صدق اسم الجزّ على كلّ واحد من الجميع والبعض.

ومن الشكّ في صدق جزّ شعرها بجزّ بعضه فيقتصر فيه على المتيقّن ـ وهو جزّ الجميع دون البعض ـ عملاً بأصالة براءة الذمّة وعدم اليقين بحصول السبب فيه.

قوله رحمه الله: «ومن تزوّج امرأة في عدّتها فارق وكفّر بخمسة أصوع من دقيق وجوباً على رأي».

أقول: أطلق الشيخ رحمه الله في النهاية انّ من تزوّج امرأة في عدّتها فارقها وكفّر بخمسة أصوع من دقيق[١]، ولم يذكر الوجوب ولا الندب، وكذا ابن حمزة[٢]. والمصنّف نصّ على الوجوب، خلافاً لابن ادريس حيث قال: هذا على جهة الندب دون الوجوب[٣].

قوله رحمه الله: «ومن نام عن العشاء الآخرة حتى خرج نصف الليل أصبح صائماً ندباً على رأي».

أقول: هذا اختيار ابن ادريس[٤]، خلافاً للسيد المرتضى فانّه نصّ على

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الأيمان والنذور والكفّارات باب الكفّارات ج ٣ ص ٦٨.

(٢) الوسيلة: كتاب الكفّارات ص ٣٥٤.

(٣) السرائر: كتاب الأيمان باب الكفّارات ج ٣ ص ٧٧.

(٤) المصدر السابق.

الوجوب فقال في الانتصار: ممّا انفردت به الإمامية القول بأنّ من نام عن العشاء الآخرة حتى يمضي النصف الأوّل من الليل وجب عليه أن يقضيها اذا استيقظ وأن يصبح صائماً كفّارة عن تفريطه[١].

وأطلق الشيخ[٢] رحمه الله وجماعة من أصحابنا القول بأنّه يصبح صائماً من غير ذكر لفظ الوجوب أو الاستحباب.

ووجه ما قوّاه المصنّف من الاستحباب عدم دليل يدلّ على الوجوب، ووقوع الاجماع على رجحان القول بصوم ذلك اليوم؛ لأنّه امّا واجب أو مندوب، ولمّا كان الأصل براءة الذمّة من الوجوب تعيّن القول بالاستحباب.

قوله رحمه الله: «ومن ضرب عبده فوق الحدّ استحبّ عتقه كفّارة لفعله، وفي اعتبار أيّ حدٍّ أو حدّ الحرّية إشكال».

أقول: منشأه من إطلاق اللفظ المحتمل لكلّ واحدٍ من الأمرين.

قوله رحمه الله: «امّا الاسلام فهو شرط في كفّارة القتل إجماعاً، وفي غيرها على الأقوى».

أقول: هل يجوز عتق غير المسلم في كفّارة غير القتل؟ منع ابن ادريس[٣]، وهو الأقوى عند المصنّف، وهو مذهب كلّ من منع من عتق الكافر كالسيد

---

(١) الانتصار: مسائل الكفّارات ص ١٦٥.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الأيمان والنذور والكفّارات باب الكفّارات ج ٣ ص ٦٨.

(٣) السرائر: كتاب الأيمان باب الكفّارات ج ٣ ص ٧٣.

المرتضى[١]، وابن الجنيد[٢]، وأبي الصلاح[٣]، وسلّار[٤].

وقال الشيخ في كتابَي المبسوط[٥] والخلاف[٦]: يجوز عتق الكافر في جميع الكفّارات إلّا القتل.

ووجه قوّة عدم الإجزاء انّ ثبوت الكفّارة في ذمّته متيقّن، فلا يخرج عن العهدة إلّا بيقين مثله، ولا يقين بعتق الكافر؛ لعدم الدليل القاطع على صحّة عتقه مطلقاً فضلاً عن إجزائه عن الكفّارة، مع انّ المنع من عتقه هو المشهور بين الأصحاب، ولعموم قوله تعالى: ﴿ولا تيمّموا الخبيث منه تنفقون﴾[٧]. والشيخ أيضاً في كتابَي الأخبار[٨] منع من صحّة عتقه، وحمل الرواية الواردة بجواز عتقه على النذر.

قوله رحمه الله: «وهل يعتبر الإيمان؟ الأقوى ذلك».

أقول: الأقوى عند المصنّف انّه يعتبر في المعتق عن الكفّارة مع الاسلام الإيمان.

---

(١) الانتصار: مسائل العتق ص ١٦٩.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثالث في الكفّارات ص ٦٦٧ س ١٦.

(٣) الكافي في الفقه: فصل في ما يقتضي فسخ الرق ص ٣١٨.

(٤) المراسم: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ١٩١.

(٥) المبسوط: كتاب الأيمان في الكفّارات فصل في الكفّارات ج ٦ ص ٢١٢.

(٦) الخلاف: كتاب الظهار المسألة ٢٧ ج ٣ ص ١٨.

(٧) البقرة: ٢٦٧.

(٨) تهذيب الأحكام: ب ١ العتق وأحكامه ذيل الحديث ١٦ ولم يذكر «جواز عتقه على النذر»، الاستبصار: ب ١ انّه لايجوز أن يعتق كافراً ذيل الحديث ٢ ج ٤ ص ٢.

ووجه القوّة ما ذكرناه من انّ الذمّة مشغولة بالكفّارة قطعاً، ولا يقين بالبراءة بعتق غير المؤمن فيبقى في عهدة التكليف، عملاً بأصالة بقاء ما كان على ما كان عليه، ولأنّه أحوط.

قوله رحمه الله: «ولو أعتق من لا حياة له مستقرّة فالأقرب عدم الإجزاء».

أقول: وجه القرب انّه في حكم الميّت فلا يكون مجزئاً، ولأصالة بقاء وجوب الكفّارة كما كانت.

قوله رحمه الله: «ويجزئ الصغير حتى المولود مع إيمان أحد أبويه، وفي رواية: لايجزئ في القتل إلّا البالغ الحنث».

أقول: هذه الرواية المشار إليها هي: ما رواه معمر بن يحيى في الحسن، عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يظاهر من امرأته أيجوز عتق المولود في الكفّارة؟ فقال: كلّ العتق يجوز فيه المولود إلّا كفّارة القتل، فانّ الله تعالى يقول: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ يعني بذلك: مقرّة قد بلغت الحنث[1].

ومثله رواه الحسين بن سعيد، عن رجاله، عن الصادق عليه السلام قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: كلّ العتق يجوز له المولود إلّا في كفّارة القتل، قال الله

---

(١) الكافي: باب النوادر ح ١٥ ج ٧ ص ٤٦٢ ـ ٤٦٣، وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب الكفّارات ذيل الحديث ٦ ج ١٥ ص ٥٥٧.

تعالى: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ يعني بذلك: مقرّة قد بلغت الحنث، ويجري في الظهار صبي ممّن ولد في الاسلام[١].

قوله رحمه الله: «ولا يكفي إسلام الطفل بين كافرين وإن كان مراهقاً على إشكال».

أقول: منشأه من انّ الحكم بإسلام الذمّي انّما يحصل بمباشرة الاسلام مع بلوغه وعقله، أو يكون أحد أبوي الصغير مسلماً ولاشيء من أحد الأمرين بموجود في صورة النزاع فلا يحكم بإسلامه.

ومن انّ مباشرة المراهق الاسلام أقوى في وصفه بالاسلام من وصف المولود بأنّه مسلم؛ لكون أحد أبويه مسلماً، ولايلزم من عدم كونه مسلماً أن لا يكون له حكم المسلم في إجزاء عتقه.

قوله رحمه الله: «ويجزئ ولد الزنا المسلم على رأي».

أقول: هذا هو المشهور، خلافاً للسيد حيث قال: وممّا يظنّ انّ الإمامية انفردت به القول بأنّ ولد الزنا لايعتق في شيء من الكفّارات، واحتجّ بعد الإجماع بقوله تعالى: ﴿ولاتيمّموا الخبيث منه تنفقون﴾ فولد الزنا يطلق عليه هذا الاسم، وقد رووا عن رسول الله صلّى الله عليه وآله انّه قال: لاخير 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،

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٦ الكفّارات ح ٣ ج ٨ ص ٣٢٠، وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب الكفّارات ح ٦ ج ١٥ ص ٥٥٦.

وإجزاؤه في الكفّارة، وإسقاط الحكم عن الجاني ضرب كبير في الخير، وقد نفاه الرسول صلّى الله عليه وآله[١]. وتبعه ابن ادريس[٢] في المنع من عتقه، وكذا ابن الجنيد فانّه قال: ولايجزئ ولد الزنا قصداً؛ لقوله تعالى: ﴿ولاتيمّموا الخبيث منه تنفقون﴾[٣] والمشهور الإجزاء، ذهب إليه الشيخ[٤] وجماعة، واختاره المصنّف هنا وفي باقي كتبه[٥].

قوله رحمه الله: «ولايجزئ المكاتب، وإن كان مشروطاً أو مطلقاً لم يؤدّ، والأقرب فيهما وفي المدبّر الإجزاء وإن لم ينقض تدبيره على رأي».

أقول: الأقرب عند المصنّف إجزاء عتق المكاتب المشروط والمطلق الذي لم يؤدّ شيئاً، وإجزاء المدبّر أيضاً في الكفّارة وإن لم ينقض تدبيره قبل عتقه، وهو قول ابن ادريس[٦].

ووجه قرب الإجزاء انّ كلّاً منهم رقّ لم يخرج عن ملك مالكه منه بشيء.

ومنع الشيخ فقال في الخلاف: لايجوز عتق المكاتب في الكفّارة، سواء كانت

---

(١) الانتصار: مسائل الكفّارات ص ١٦٦.

(٢) السرائر: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ج ٣ ص ١٠.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثالث في الكفّارات ص ٦٦٩ س ٣٨.

(٤) المبسوط: فصل في الكفّارات ج ٦ ص ٢١٢.

(٥) تحرير الأحكام: كتاب العتق المقصد الأوّل في العتق الفصل الأوّل في فضيلته وماهيته ج ٢ ص ٧٧ س ٩، مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الأوّل في أحكام العتق ص ٦٢١ س ٢٧، الارشاد: المقصد الثالث في الكفّارات ج ٢ ص ٩٨.

(٦) السرائر: كتاب الأيمان والنذور باب الكفارات ج ٣ ص ٧٣.

الكتابة مطلقة أو مشروطة[١].

وقال في النهاية: والمدبّر لايجوز أن يعتق في كفّارة ظهار، ولا في شيء من الواجبات التي على الانسان فيها العتق مالم ينقض تدبيره، فإن نقض تدبيره وردّه الى محض الرقّ جاز له بعد ذلك عتقه فيما وجب عليه[٢]. ومثله قال ابن البرّاج[٣].

والمصنّف في المختلف وافق الشيخ في عدم إجزاء عتق المكاتب، لما ذكر الخلاف في ذلك في باب الكتابة، ووعد بذكر ذلك فيما بعد[٤].

ونقل الخلاف بين الأصحاب في المدبّر في باب التدبير، ولم يرجّح أحد القولين، ووعد أيضاً بذكر ذلك فيما بعد[٥]، على أن يذكر المسألتين في باب الكفّارات، ولم يذكر شيئاً من ذلك فيما بعد.

قوله رحمه الله: «وشقص من عبد مشترك مع يساره اذا نوى التكفير إن قلنا: إنّه يعتق بالإعتاق، وإن قلنا بالأداء ففي إجزائه عنده إشكال، ينشأ من عتق الحصّة بالأداء لا بالإعتاق».

أقول: ومن حصول عتق مجموع الرقبة بفعله المستند الى عتق البعض فانّ

---

(١) الخلاف: كتاب الظهار المسألة ٢٩ ج ٣ ص ١٩.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الأيمان والنذور والكفّارات باب التدبير ج ٢ ص ٣٨.

(٣) المهذّب: كتاب العتق والتدبير باب التدبير ص ٣٧٣.

(٤) مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الرابع في الكتابة ص ٦٤٥ س ١.

(٥) مختلف الشيعة: كتاب العتق الفصل الثالث في التدبير ص ٦٣٦ ـ ٦٣٧.

إعتاق البعض سبب في وجوب الأداء الذي هو سبب في العتق، فكان كمباشرته بعتق البعض المقتضي لسراية العتق الى الباقي، فانّ البعض الآخر لم ينعتق بمباشرة الإعتقاق، بل بالسراية المستندة الى عتق ذلك البعض، ولمّا كان هذا مجزئاً إجماعاً فكذا هناك.

قوله رحمه الله: «ويجزئ المغصوب دون المرهون مالم يجز المرتهن وإن كان الراهن موسراً على رأي».

أقول: خالف الشيخ في ذلك حيث جوّز عتق المرهون في كتاب الظهار من المبسوط حيث قال: العبد المرهون إذا أعتقه عن الكفّارة إن كان موسراً أجزأه، وإن لم يكن موسراً وكان معسراً لم يجزئه[1].

قوله رحمه الله: «ولو تبرّع فأعتق عنه من غير مسألة قيل: صحّ العتق عن المعتق دون المعتق عنه، سواء كان حيّاً أو ميّتاً».

أقول: هذا القول المحكي هو قول الشيخ في كتاب الظهار من كتاب المبسوط فانّه قال فيه: اذا وجب على رجل كفّارة فأعتق عنه رجل عبداً ـ الى قوله: ـ وإن أعتق عنه بغير إذنه نفذ العتق عن المعتق دون المعتق عنه، فأمّا الإعتاق عن الميّت فلايخلو امّا أن يعتق عن واجب أو عن تطوّع، فإن أعتق عن تطوّع لم يخل امّا أن يكون بإذنه أو بغير إذنه ـ الى أن قال: ـ وإن أعتق عنه بغير إذنه فانّه يقع عن المعتق دون من أعتق عنه[2].

---

(١) المبسوط: كتاب الظهار ج ٥ ص ١٦٠.

(٢) المبسوط: كتاب الظهار ج ٥ ص ١٦٤.

وقال في كتاب العتق من المبسوط ـ قريباً من آخر فصل الولاء ـ: اذا أعتق عبد نفسه عن غيره امّا أن يكون في حال حياته أو بعد وفاته ـ الى قوله: ـ فأمّا أن يعتق عنه بغير أمره فالعتق عن الذي باشره دون المعتق عنه، وقال بعضهم: عن المعتق عنه، وهو قويّ، والأوّل أقوى؛ لقوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق» فأمّا إن كان بعد وفاته نظرت، فإن كان بإذنه وقع عن الآذن، وإن كان بغير إذنه فإن كان تطوّعاً وقع عن المعتق[1]. فلم يفرّق في الأوّل بين الميّت والحيّ في انّه يقع عن المباشر، وفي القول الثاني تردّد في الحيّ في انّه يقع عن المباشر، ثمّ قوّى عدم الفرق بينهما في ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو أعتق الوارث من ماله عن الميّت صحّ عن الميّت وإن لم يكن من ماله، ولعلّ بينهما فرقاً».

أقول: الشيخ في المبسوط فرّق بين الوارث والأجنبي فقال في الأجنبي: اذا أعتق عن غيره بغير إذنه يقع عن المباشر دون من أعتق عنه، سواء كان حيّاً أو ميّتاً، وجوّز عتق الوارث من مال نفسه عن مورّثه وإن لم يكن أذن له في ذلك حال حياته. فقال في المبسوط: وأمّا الإعتاق عن الميّت ـ الى قوله: ـ فإن لم يكن له مال فأعتق عنه وارثه من ماله جاز، وكذلك إن كان له مال وأراد وارثه أن يعتق عنه من ماله جاز ووقع العتق عنه، ويكون الولاء له عندهم وعندنا سائبة[2].

فإن قيل: ما الفرق بين الوارث وغيره؟ فإنّ المصنّف رحمه الله قال: «ولعلّ بينهما فرقاً» ولم يبيّن الفرق.

---

(١) المبسوط: كتاب العتق فصل في الولاء ج ٦ ص ٧١.

(٢) المبسوط: كتاب الظهار ج ٥ ص ١٦٤.

قلنا: إنّ الفرق بين الوارث وغيره انّ الوارث قائم مقام الموروث في كثير من الأحكام، فانّ الوارث يملك كلّ ما كان ملكاً له، ويقبل قوله فيما كان قوله فيه كالأقارير المجهولة وتعيين المطلقة والوصية المبهمة، وهو مكلّف أيضاً بالإتيان بما فاته من صلاة وصيام مطلقاً أو في ذلك المرض على خلاف، فكان له حكمه فصحّ إعتاقه عنه، بخلاف الأجنبي. والمصنّف رحمه الله لمّا لم يجزم بعدم الصحّة في عتق الأجنبي ولا بالفرق بينهما حكى الحكم الأوّل ـ أعني عدم الإجزاء ـ وأشار الى الفرق بقوله: «ولعلّ بينهما فرقاً» وذلك يدلّ على عدم الجزم بالفرق.

قوله رحمه الله: «وهل ينتقل الملك الى الآمر قبل العتق؟ نعم، فيحصل بقوله: أعتقت عنك الملك أوّلاً للآمر ثمّ العتق، ومثله كلّ هذا الطعام».

أقول: اذا قال الانسان لغيره: اعتق عبدك عنّي فأعتقه هل ينتقل الملك الى الآمر قبل العتق أم لا؟ قال الشيخ في كتاب الظهار من المبسوط: نعم، فانّه قال فيه: اذا قال: أعتقت عنه هذا العبد فانّ المعتق عنه يملكه ثمّ يعتق في ملكه، لكن متى يحصل له الملك؟ منهم من قال: اذا قال: أعتق عنّي فقال: أعتقت تبيّنا انّه ملكه بقوله: أعتق عنّي، ومنهم من قال: إنّه يملكه بشروعه في لفظ الاعتاق، وقال آخرون: اذا قال: أعتقت هذا العبد عنك فانّه يملكه ويعتق عليه في ماله، وهكذا القول اذا اشترى من يعتق عليه فانّ الملك والعتق يحصلان في حالة واحدة. ثمّ قال: والأقوى أن يقال: إنّه اذا قال: أعتقت هذا العبد فانّه يملكه عقيب هذا القول ثمّ يعتق بعد ذلك بلا فصل، وكذلك اذا اشترى من يعتق عليه فانّه يملكه بالفراغ من البيع ويعتق عليه بلا

فصل. ثمّ قال: وهاهنا مسألة تشبه هذه المسألة وهو: انّ الرجل اذا قدّم لغيره طعاماً وقال: كلّه فاذا أكله فأكله مملوكاً، لكن متى يملكه؟ قيل: فيه ثلاثة أقوال،أحدها: بالتناول، والثاني: بوضعه في فيه، والثالث: بالابتلاع، فمن قال: يملكه بالتناول جاز أن يلقمه غيره، ومن قال بغير ذلك لم يجز. ثمّ قال: والأقوى أن يقال هاهنا: يملك بالتناول[١].

والمصنّف ذهب في المختلف الى انّه يملكه بالابتلاع، ثمّ جعل عدم تملّكه أيضاً احتمالاً قوياً، بل يكون ذلك إباحة محضة من غير تمليك كما لو أذن له في إتلافه فأتلفه[٢]. وهو الأقوى؛ لأصالة بقاء الملك على مالكه. امّا عند الابتلاع فانّه قد تلفت عينه فزال ملكه بالأكل حينئذٍ بالتلف، لا باعتبار دخوله في ملك الأكل.

قوله رحمه الله: «ولو قال: أعتق مستولدتك عنّي وعليّ ألف فأعتق فإن قلنا بالملك ومنعناه مطلقاً في أمّ الولد نفذ عنه لا عن الآمر ولا عوض، ويحتمل البطلان».

أقول: هذا تفريع على ما تقدّم من انّ الآمر لغيره بعتق عبده عنه هل ينتقل إليه العبد قبل العتق أم لا؟ فإن قلنا: بأنّه ينعتق فاذا قال لغيره: أعتق مستولدتك عنّي ولك عليّ كذا فعلى القول بعدم انتقال الملك الى المعتق عنه ينفذ العتق، وإن قلنا بالانتقال يبنى ذلك على أصل آخر وهو: انّه هل يكون نقل المستولدة الى الغير ممنوعاً منه مطلقاً سواء كان يبيع من يستقرّ ملكه عليها خاصّة أو من تنعتق عليه أو

---

(١) المبسوط: كتاب الظهار ج ٥ ص ١٦٥.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثالث في الكفّارات ص ٦٧١ س ٢٥.

يمنع من نقلها إلى من يستقرّ ملكه عليها خاصّة؟ فعلى هذين الأصلين المذكورين ـ أعني انتقال الملك الى الآمر بالعتق، وعدم جواز نقل المستولدة مطلقاً ـ لا يقع العتق عن الآمر، بل ينفذ العتق عن المباشر للعتق ولا عوض له. أمّا مع وقوع العتق فلانّ المالك باشر عتق مملوكته في حالة يصحّ منه العتق فكان نافذاً، وأمّا عدم وقوعه عن الآمر فلقوله عليه السلام: «لاعتق إلّا في ملك» ولم ينتقل إليه؛ لعدم صحّة نقلها عنه، وأمّا عدم استحقاق المباشر للعوض على الآمر فلأنّه جعل له العوض في مقابلة صحّة عتقها عنه ولم يقع العتق عنه.

ويحتمل بطلان العتق، فلا يقع لا عن المباشر ولا عن الآمر، امّا عن الآمر فلما قلناه، وامّا عن المباشر فلأنّه لم يقصد العتق عن نفسه، وانّما أعتقه عن الغير ولم يقع فكان باقياً على الرقية.

قوله رحمه الله: «ولو قال: أعتق عبدك عنّي على خمر أو مغصوب نفذ العتق، ورجع الى قيمة المثل على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّه أتلف ملك نفسه عن الغير بعوضٍ لم يسلّم إليه فكان له الرجوع على الآمر بقيمة المتلف ـ أعني العبد المعتق ـ.

ومن حيث إنّه رضي بعتقه في مقابلة مالا يصحّ تملّكه ولا يسلّم له، فجرى مجرى عتقه تبرّعاً بغير عوض.

قوله رحمه الله: «ولو أعتق وشرط عوضاً لم يجز عن الكفّارة، مثل: أنت حرّ وعليك كذا وفي العتق نظر».

أقــول: وجه النظر من حيث إنّه صدر من أهله في محلّه فكان نافذاً.

ومن انّه انّما أعتقه عن الكفّارة ولم يقع عنها فكان بـاطلاً، أو غـيرها لم يكـن مقصوداً للمعتق.

قوله رحمه الله: «فإن قلنا به وجب العوض».

أقــول: يريد لو قلنا بأنّه لايقع عن الكفّارة ويقع العتق فانّه يجب العوض على الآمر؛ لأنّ التقدير انّه فعل ما أمر به، فوجب عليه دفع العوض المجعول في مـقابلة ذلك الفعل.

قوله رحمه الله: «ولو قيل له: أعتق مملوكك عن كفّارتك وعليّ كذا ففعل كذلك فلم يجزئ عـن الكفّارة، وفي نفوذ العتق إشكال».

أقــول: الشيخ في المبسوط حكم بوقوع العتق لا عن الكفّارة ولزوم العوض، قال: لأنّ العتق وقع مشتركاً بين الكفّارة والعوض الذي شرطه لم يجز عن الكفّارة، فانّه يقع عن العوض الذي شرطه؛ لأنّه أوقعه عن أمرين، فاذا لم يقع عن أحدهما وقع عن الآخر[1].

والمصنّف استشكل ذلك، ومنشأ الإشكال ممّا ذكره الشيخ.

ومن حيث إنّ المعتق لم يقصد إلّا العتق عن الكفّارة، فاذا لم يحصل وجب الحكم بفساد الايقاع وبقاء الرقّ في العبد.

---

(١) المبسوط: كتاب الظهار ج ٥ ص ١٦٣.

قوله رحمه الله: «ومعه الأقرب لزوم العوض».

أقـول: يريد على القول بأنّه يصحّ العتق لا عن الكفّارة الأقرب عنده لزوم العوض، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[١].

ووجه القرب انّ المعتق لم يتبرّع بالعتق، وانّما أتلف ملك نفسه بـإذن الغـير في مقابلة العوض، فكان مضموناً على ذلك الغير.

والمصنّف رحمه الله قال في المختلف: القول بعدم الإجـزاء عـن الكـفّارة مـع انّ استحقاق العوض حكمان متنافيان، فانّ الجاعل انّما جعل العوض في مقابله العتق عن الكفّارة فامّا أن يقع أو لا، فإن وقع نافى قوله بعدم الوقوع، وإن لم يقع لم يستحقّ الجعل؛ لعدم الفعل الذي وقع الجعل له، فكما لا يستحقّ مع عدم الإعتاق فكذا مع الإعتاق الذي لا يجزئ[٢].

ولقائل أن يقول: لانسلّم المنافاة بين عدم وقـوعه عـن الكـفّارة واسـتحقاق العوض، وذلك لأنّ الجاعل جعل الجعل في مقابله فعل معيّن وقد صدر من المجعول له فاستحقّ الجعل، وذلك لأنّه جعل له العوض ليعتق عبده عن الكفّارة لا ليقع عـن الكفّارة وقد أعتق عن الكفّارة، ولا يلزم من عدم وقوعه عن الكفّارة عدم عـتقه عن الكفّارة، والجعالة انّما هي في مقابلة العتق عن الكفّارة الذي هـو داخـل تحت مقدوره لا عن الوقوع، فانّ الوقوع وعدمه حكم شرعي ليس فعلاً للمكلّف حتى تكون الجعالة في مقابلته. ويمنع التلازم بين عدم الإعتاق وإعتاق غير مجـزٍ، وامّـا التلازم بين عدم الإعتاق وإعتاق غير واقع فهو مسلّم، والإعتاق هنا وقع، فانّ كونه

---

(١) المبسوط: كتاب الظهار ج ٥ ص ١٦٣.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثالث في الكفّارات ص ٦٧١ س ١٦.

ليس واقعاً عن الكفّارة غير مستلزم؛ لعدم وقوعه مطلقاً، والتقدير وقوع العتق مطلقاً.

قوله رحمه الله: «لو أعتق عبداً عن إحدى كفّارتيه صحّ على القول بعدم التعيين».

أقول: هذه المسألة تفريع على عدم اشتراط التعيين في الكفّارة فلنذكر الأصل ثمّ نتبعه بذكر الفرع فنقول: للشيخ في اشتراط التعيين في الكفّارة قولان، أحدها: انّه غير شرط، ذهب إليه في المبسوط فقال فيه: إن كانتا من جنس واحد فإن أبهم ولم يعيّن بل نوى كفّارة مطلقة أجزأه، وإن كانت أجناساً مختلفة كالحنث والقتل والظهار والوطء في رمضان فالحكم فيها كلّها كما لو كان الجنس واحداً فانّه لايفتقر الى التعيين[1].

وقال في الخلاف: اذا كان عليه كفّارات من جنس واحد فأعتق عنها أو صام بنيّة التكفير دون التعيين أجزأه بلا خلاف، واذا كانت من أجناس مختلفة ـ مثل كفّارة الظهار أو كفّارة القتل ـ فلابدّ فيها من نيّة التعيين عن كلّ كفّارة، فإن لم يعيّن لم يجزئه؛ لقوله عليه السلام: «الأعمال بالنيات» فوجب مالم تحصل فيه النية انّه لايجزئ[2]. وتبعه ابن ادريس[3] في اشتراط التعيين.

وذهب المصنّف في المختلف الى التفصيل وهو: انّها إن كانت من جنس واحد أو

---

(١) المبسوط: كتاب الأيمان فصل في الكفّارات ج ٦ ص ٢٠٩.

(٢) الخلاف: كتاب الظهار المسألة ٣٩ ج ٣ ص ٢١ طبعة اسماعيليان.

(٣) السرائر: كتاب الطلاق باب الظهار ج ٣ ص ٧١٨.

أجناس مختلفة واتفق حكمها ـ كالظهار وقتل الخطأ ـ لم يفتقر الى التعيين، وإن اختلفت جنساً وحكماً ـ كالظهار والإفطار عامداً في شهر رمضان ـ فلابدّ من تعيين السبب[١].

اذا عرفت هذا فنقول: لو كان عليه كفّارتان وأعتق فعلى القول بعدم اشتراط التعيين صحّ، ولو كان عليه ثلاث كفّارات فأعتق بنيّة التكفير من غير تعيين ثمّ عجز فصام شهرين متتابعين ثمّ عجز فأطعم ستين مسكيناً برئ من الثلاث، وعلى قول الشيخ في الخلاف، وقول ابن ادريس من وجوب اشتراط التعيين لايبرأ من شيء منها.

قوله رحمه الله: «ولو كان عليه كفّارة ظهار وإفطار رمضان فأعتق ونوى التكفير فالأقرب عدم الإجزاء؛ لعدم التعيين والاختلاف حكماً».

أقول: هذا هو الذي اختاره في المختلف[٢].

ووجه القرب انّ العتق متردّد بين حكمين متنافيين، فانّ صرفه الى الظهار يقتضي انّه لايجب عليه العتق بذلك عيناً، بل يجوز أن يعدل الى الصيام أو الإطعام اختياراً، وصرفه الى كفّارة الإفطار يقتضي وجوب العتق عليه ثانياً عيناً، وانّه لايجوز له العدول الى الصيام والإطعام اختياراً، وذلك منافٍ، وليس صرفه الى أحدهما أولى من صرفه الى الآخر.

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثالث في الكفّارات ص ٦٦٦ ـ ٦٦٧ س ٣٩.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثالث في الكفّارات ص ٦٦٧ س ٧.

قوله رحمه الله: «ولو سوّغناه ففي وقوعه عن الظهار إشكال، أقربه الوقوع عمّا نواه وهو المطلق».

أقول: هذا تفريع على القول بعدم اشتراط التعيين، سواء اختلفا جنساً وحكماً أو جنساً لاغير أو لم يختلفا، وهو انّه اذا أعتق بنية التكفير وعليه كفّارة ظهار وإفطار صحّ، وهل يتعيّن وقوعه عن الظهار؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّه كفّر بالإعتاق، وهو متعيّن في كفّارة الظهار دون الإفطار، فيتعيّن صرفه الى ما هو متعيّن فيه دون غيره.

ومن انّه فعل فعلاً صالحاً لكلّ واحد منهما، فلا يتعيّن صرفه الى أحدهما.

والأقرب عند المصنّف هو الأخير، وهو وقوعه عن المنوي ـ أعني الكفّارة المطلقة ـ فيبرأ من أحدهما مطلقاً، إذ الإطلاق يصحّ في التكفير؛ لأنّا نبحث على هذا التقدير وقد نواه فيكون واقعاً.

قوله رحمه الله: «وحينئذٍ لو عجز فالأقرب الصوم عيناً».

أقول: اذا قلنا بأنه قد برئ من أحد الكفّارتين ثمّ عجز عن العتق فهل يكون مخيّراً بين الصوم والإطعام أو يتعيّن الصوم؟ الأقرب عند المصنّف الثاني.

ووجه القرب انّه انّما يكون مخيّراً لو وقع التكفير الأوّل عن الظهار بعينه وتبق عليه الكفّارة المرتّبة، والتقدير انّه لم يقع عن الظهار بعينه بل عن المطلق، فتكون ذمّته مشغولة بالصوم إمّا على الترتيب أو التخيير في نفس الأمر، لكن اذا صام برئت ذمّته على كلّ واحد من التقديرين، سواء كان واجباً على الترتيب أو التخيير، ولو

عدل الى الطعام لم تحصل البراءة إلّا عند بقاء المخيّرة خاصّة، وهو غير معلوم، فكان الإتيان بالصوم متعيّناً.

قوله رحمه الله: «ولولم يعجز فالأقرب وجوب العتق».

أقول: وجه القرب هنا ما ذكرناه في أقربية تعيّن الصوم.

قوله رحمه الله: «لو اشترى أباه أو غيره ممّن ينعتق عليه ونوى التكفير ففي الإجزاء إشكال، ينشأ من انّ نية العتق تؤثّر في ملك المعتق لا في ملك غيره، والسراية سابقة فلا تصادف النية ملكاً».

أقول: ومن انّ السراية متأخّرة عن الملك الذي يمكن مقارنته للنية، فتكون النية مصادفة للملك. وايضاح ذلك: انّ المشتري لمن ينعتق عليه لابدّ أن يدخل في ملكه ثمّ يتعقّبه العتق، فوجب أن يكون الملك سابقاً على العتق والملك مسبوق بالسبب كالبيع وغيره؛ لوجوب تأخّر المعلول عن علّته، فيمكن أن يكون ناوياً حال الملك السابق على العتق.

قوله رحمه الله: «ولو كان الخادم كثيراً يمكن شراء خادمَين بثمنه يخدمه أحدهما ويعتق الآخر عن الكفّارة احتمل وجوب البيع».

أقول: الأصل في ذلك انّه لايجب على من عليه كفّارة بيع خادمه الذي يخدمه

في الكفّارة اذا كان من أهل ذلك، فلو قدّرنا انّ للمكفّر خادماً كثير الثمن يمكن بيعه وشراء خادمَين يخدمه أحدهما ويعتق الآخر عن الكفّارة احتمل فيه وجهان، أحدهما: عدم لزوم البيع؛ لعموم النهي عن بيع الخادم مطلقاً، ولظهوره لم يذكره المصنّف. واحتمل وجوب بيعه وشراء اثنين للخدمة والعتق؛ لأنّ النهي عن بيع الخادم انّما كان للتضرّر بفقد من يخدمه، وهذا المعنى منتفٍ هاهنا فينتفي الحكم المعلّل به.

قوله رحمه الله: «ولو وجد الرقبة بأكثر من ثمن المثل ولا ضرر فالأقرب وجوب الشراء مع احتمال عدمه».

أقول: وجه القرب من انّ الواجب عليه في المرتبة العتق، ولايجوز له الانتقال الى الصوم، إلّا مع العجز عن العتق، وهذا قادر عليه ولا ضرر عليه في الشراء فتعيّن عليه.

ووجه احتمال عدم الشراء ما ذكره المصنّف من انّ المال محترم، فلايجب عليه تضييعه، كما لو فرضنا طلب البائع أضعاف ثمن المملوك.

قوله رحمه الله: «ولو أعتق العبد ثمّ أيسر قبل الصوم فالأقرب وجوب العتق».

أقول: وجه القرب ما انّ الاعتبار في المكفّر بحال أداء الكفّارة لا بحال وجوبها، فهو وإن كان عند وجوبها لم يكن مكلّفاً بالعتق إلّا انّه عند التكفير حرّ موسر به، فكان العتق عليه في المرتبة متعيّناً، كمالو كان معسراً عند الوجوب وموسراً وقت الأداء.

قوله رحمه الله: «ولو أعتق قبل الأداء فكالحرّ، ولو أعتق بعد التلبّس فكذلك على إشكال».

أقول: يريد لو وجب على العبد كفّارة مثل كفّارة الظهار وقتل الخطأ ففرضه أن يصوم شهراً، فلو أعتق قبل الأداء وقبل التلبّس بالصوم كان حكمه حكم الحرّ في وجوب شهرين متتابعين؛ لما قدّمناه من انّ الاعتبار في الكفّارة بحال أدائها لا بحال وجوبها. امّا لو أعتق بعد التلبّس في صوم الشهر ففي وجوب إتمام شهرين كالحرّ أو جواز الاقتصار على الشهر الواحد إشكال.

ينشأ من انّه الآن حرّ قبل أن يبرأ من الكفّارة، فكان حكمه حكم الأحرار في وجوب إتمام الشهرين.

ومن انّه عند الوجوب وعند الشروع في الأداء كان عبداً وفرضه صوم شهر، والأصل براءة الذمّة ممّا زاد عليه.

قوله رحمه الله: «وقيل: يجوز تفريق الباقي قولان».

أقول: اذا وجب على الحرّ صوم شهرين متتابعين فصام شهراً ومن الثاني يوماً ثمّ فرق الباقي أجزأه إجماعاً، وهل يكون التفريق جائزاً أو لا؟ فيه قولان:

أحدهما: انّه يكون مأثوماً بالتفريق وإن كان مجزئاً، وهو قول أبي الصلاح[1]، وابن ادريس[2].

---

(١) الكافي في الفقه: فصل في بيان أحكام صيام شهرين متتابعين ص ١٨٩.

(٢) السرائر: كتاب الأيمان والنذور والكفّارات باب الكفّارات ج ٣ ص ٧٦.

وقال السيد[١]، والمفيد[٢]: يكون مخطئاً، وهو يشعر بالإثم.

وقال ابن الجنيد: لا يكون مأثوماً[٣]، وهو ظاهر كلام الشيخ[٤]، واختاره المصنّف في المختلف[٥].

قوله رحمه الله: «وفي نسيان النيّة إشكال».

أقول: اذا كان عليه صوم شهرين متتابعين فشرع في الصوم ثمّ أفطر لغير عذر في الأوّل أو في اليوم الأوّل من الثاني استأنف، وإن كان إفطاره لعذر بنى. اذا تقرّر هذا فلو نسي النية حتى زالت الشمس فهل يكون نسيان النية عذراً لا ينقطع به التتابع أو ليس بعذر؟ فيه إشكال.

ينشأ من استناد بطلان صومه الى النسيان المرتفع حكمه بقوله صلّى الله عليه وآله: رفع عن أُمّتي الخطأ والنسيان[٦].

ومن انّ نسيانه مستنداً الى تقصيره، لعدم استحضار النية والتفاته الى أداء ما وجب عليه.

قوله رحمه الله: «ولا ينقطع بإفطار الحامل والمرضع اذا خافتا على أنفسهما أو على الولد على رأي».

---

(١) الانتصار: مسائل الكفّارات ص ١٦٧.

(٢) المقنعة: كتاب الكفّارات باب الكفّارات ص ٥٦٩.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصوم الفصل السادس في اللواحق ص ٢٤٨ س ١٠.

(٤) المبسوط: كتاب الأيمان فصل في الكفّارات ج ٦ ص ٢١٤.

(٥) مختلف الشيعة: كتاب الصوم الفصل السادس في اللواحق ص ٢٤٨ س ١١.

(٦) وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب الخلل الواقع في الصلاة ح ٢ ج ٥ ص ٣٤٥.

أقـول: للشيخ في هذه المسألة قولان:

أحدهما: انّه لا ينقطع التتابع، سواءً خافتا على أنفسهما أو على التولّد[١]، كما ذهب إليه المصنّف في هذا الكتاب.

والآخر في المبسوط، إلّا انّهما إن أفطرتا خوفاً على أنفسهما فكالمريض، وإن خافتا على ولدهما ينقطع التتابع[٢]. وهو الظاهر من مذهب ابن ادريس حيث جعل العذر لاينقطع به التتابع منحصراً في المرض والحيض لاغير، وكلّ من أفطر في الشهر الأوّل أو في الثاني قبل صوم أوّل يوم منه لغير مرض أو حيض انقطع به التتابع ووجب عليه الاستئناف[٣].

قوله رحمه الله: «ولو نذر أثنانين سنة ففي وجوب الصبر حتى يخرج إشكال، أقربه الوجوب إلّا مع الضرر».

أقـول: لو نذر صوم كلّ أربعاء في هذه السنة ـ مثلاً ـ ثمّ وجب عليه صوم شهرين متتابعين فهل يجب عليه تأخير الشهرين الى خروج السنة؟ فيه إشكال.

ينشأ من: انّ الأيام المنذورة عنده عذر لايقطع التتابع، فلايجب التأخير.

ومن انّها انّما لم يقطع التتابع اذا كانت منذورة دائماً، امّا اذا كانت منذورة في سنة معيّنة فيمكنه الإتيان بالتتابع بعد انقضائها، فيجب التأخير الى انقضائها؛ لوجوب مالايتمّ الواجب إلّا به، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّه قد وجب عليه الصوم

---

(١) الخلاف: كتاب الظهار المسألة ٥٠ ج ٣ ص ٢٤ طبعة اسماعيليان.

(٢) المبسوط: كتاب الظهار ج ٥ ص ١٧٢.

(٣) السرائر: كتاب الصيام باب ما يجري مجرى شهر رمضان في وجوب الصوم... ج ١ ص ٤١١.

ووجب التتابع، فلو صام في تلك السنة لكان قد أخلّ بما وجب عليه من وجوب التتابع مع تمكّنه من الإتيان به، وهو غيرجائز إجماعاً. امّا لو تضرّر بالتأخير كالمظاهر فانّه يجوز له الصوم في تلك السنة دفعاً للضرر.

اذا عرفت هذا فاعلم انّا انّما عدلنا بالتمثيل من الاثنين الى الأربعاء؛ لأنّه الأليق بمذهبنا، وذلك لأنّ صوم الاثنين عندنا بخصوصه غير مرغب فيه، بل ربّما كان مكروهاً. فقد روي عن الرضا عليه السلام انّه قال: يوم الاثنين يوم نحس، قبض الله تعالى فيه نبيه صلّى الله عليه وآله، وما أُصيب آل محمد إلّا في يوم الاثنين فتشاءمنا به وتبرك أعداؤنا به، ويوم عاشوراء قتل الحسين عليه السلام وتبرك به ابن مرجانة وتشاءم به آل محمد، فمن صامها أو تبرّك بها لقي الله عزوجل ممسوح القلب، وكان محشره مع الذين سنّوا صومها والتبرك بها[1].

وقال ابن الجنيد: صوم الاثنين والخميس منسوخ[2].

قوله رحمه الله: «ولو حاضت في أثناء الثلاثة الأيام في كفّارة اليمين فالأقوى انقطاع تتابعها».

أقول: هذا هو مذهب الشيخ رحمه الله حيث أوجب في كفّارة اليمين الاستئناف، سواء كان لعذر أو لغير عذر، كصوم الاعتكاف وكفّارة من أفطر يوماً من قضاء شهر رمضان[3]. وهو مذهب ابن حمزة[4].

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٦٧ وجوه الصيام وشرح جميعها على البيان ح ٩١١ ج ٤ ص ٣٠١، وسائل الشيعة: ب ٢١ من أبواب الصوم المندوب ح ٣ ج ٧ ص ٣٤٠.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب الصوم الفصل الخامس في أحكام أقسام الصوم ص ٢٣٧ س ٢٧.

(٣) المبسوط: كتاب الصوم فصل في ذكر أقسام الصوم ج ١ ص ٢٨٠.

(٤) الوسيلة: كتاب الصوم فصل في بيان أقسام الصوم ص ١٤٥.

وخالف ابن ادريس في ذلك حيث قال: صوم كفّارة اليمين وهو: ثلاثة أيام متتابعاتٍ لايجوز الفصل بينها بالإفطار مختاراً، إلّا أن يعرض مرض أو حيض فيجوز البناء على ما صام، سواء جاوز أكثر من النصف أو أقلّ من ذلك[١].

قوله رحمه الله: «ووطء المظاهر هو يقطع التتابع وإن كان ليلاً على رأي».

أقول: هذا قول الشيخ[٢] رحمه الله، خلافاً لابن ادريس[٣] حيث قال: لاينقطع التتابع بالوطء ليلاً.

قوله رحمه الله: «واذا عجز في المرتبة عن الصيام انتقل فرضه الى الإطعام، ويجب إطعام ستين مسكيناً لكلّ مسكين مدّ، وقيل: مدّان حال القدرة ومدّ مع العجز».

أقول: القول المحكي هو قول الشيخ رحمه الله في كتاب النهاية[٤] والمبسوط[٥] والخلاف[٦] فانّه قال: اذا أراد أن يطعم المساكين فليطعم كلّ مسكين مدّين من طعام، فإن لم يقدر على ذلك أطعمهم لكلّ واحد مدّ من الطعام، وهو قول ابن حمزة حيث

---

(١) السرائر: كتاب الصيام باب ما يجري مجرى شهر رمضان في وجوب الصوم ...ج ١ ص ١٤١.

(٢) المبسوط: كتاب الظهار ج ٥ ص ١٥٥.

(٣) السرائر: باب الظهار والايلاء ج ٢ ص ٧١٤.

(٤) النهاية ونكتها: باب الكفّارات ج ٣ ص ٦٤.

(٥) المبسوط: كتاب الظهار ج ٥ ص ١٧٧.

(٦) الخلاف: كتاب الظهار المسألة ٦٢ ج ٣ ص ٢٦ طبعة اسماعيليان.

قال: وإن أعطاهم الطعام لزم لكلّ مسكين مدّان حال السعة والاختيار ومدّ حال الاضطرار[١]. والذي ذهب إليه المصنّف من إجزاء المدّ هو مذهب ابنَي بابويه[٢]، وابن ادريس[٣].

وقال المفيد: لكلّ مسكين شبعه، وأدنى ما يطعم لكلّ واحدٍ منهم مدّ من طعام، وهو رطلان وربع[٤]. وتبعه سلّار[٥].

وأمّا ابن الجنيد فقال: هو مخيّر بين أن يطعم المساكين ولا يملكهم وبين أن يعطيهم ما يأكلونه، فاذا أراد أن يطعمهم دون التمليك غذّاهم وعشاهم، واذا أراد تمليك المساكين الطعام أعطى لكلّ مسكين منهم مدّاً وزيادة عليه بقدر ما يكون لطحنه وخبزه وأُدمه[٦].

قوله رحمه الله: «ولو خاف المظاهر بترك الوطء مدّة وجوب التتابع لشدّة شبقه فالأقرب الانتقال الى الإطعام».

أقول: وجه القرب من وجوب التحرّز من الضرر، فكان كالعاجز عن الصوم المتتابع.

---

(١) الوسيلة: كتاب الكفّارات ص ٣٥٣.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثالث ص ٦٦٦ س ٩، المقنع: باب قضاء شهر رمضان ص ٦٣.

(٣) السرائر: كتاب الصيام ج ١ ص ٣٧٨.

(٤) المقنعة: باب الكفّارات ص ٥٦٨.

(٥) المراسم: ذكر الكفّارات ص ١٨٦.

(٦) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثالث في الكفّارات ص ٦٦٦ س ١٠.

قوله رحمه الله: «ولو وطأ في أثناء الإطعام لم يلزمه الاستئناف، والأقرب وجوب أُخرى».

أقول: وجه القرب انّه يصدق عليه انّه وطأ قبل التكفير؛ لأنّ الكفّارة هنا هي إطعام ستين مسكيناً، وعند إطعام البعض لايصدق عليه انّه أطعم الستين، وكلّ مظاهر وطأ قبل التكفير لزمه كفّارة أُخرى.

قوله رحمه الله: «وهل يجري الفقراء؟ إشكال، إلّا أن قلنا بأنّهم أسوأ حالاً».

أقول: اختلف علماؤنا في انّ الفقراء هل هم أسوأ حالاً من المساكين أو بالعكس أو أيّهما أسوأ حالاً؟ فإن قلنا بأنّ الفقراء أسوأ حالاً من المساكين جاز إعطاء الفقراء قطعاً؛ لأنّهم أشدّ حاجة منهم، وإلّا ففيه إشكال.

ينشأ من التنصيص على إعطاء المساكين بمقتضى التنزيل، فلايجري من هو أقلّ احتياج منهم.

ومن كونهما عبارتين عن معنى واحد، كما قاله الشيخ نجم الدين جعفر بن سعيد رحمه الله[1].

قوله رحمه الله: «ولايجوز صرفها الى ولد الغني ومن تجب نفقته».

أقول: امّا صرفها الى ولد الغني فإن كان من الوالد فهو مسلّم، وإلّا فلقائل أن يمنع ذلك وذلك لأنّ ولد الغني اذا كان مسكيناً دخل في عموم قوله تعالى: ﴿فإطعام

---

(١) شرائع الاسلام: كتاب الزكاة النظر الثالث في من تصرف إليه ج ١ ص ١٥٩.

ستين مسكيناً﴾[1] ولا يلزم من وجوب نفقته على أبيه عدم استحقاقه، إذ العلّة لوجوب نفقته على أبيه فقره دون مسكنته.

قوله رحمه الله: «والأقرب جوازه لمكاتبة المعسر».

أقول: الأقرب عند المصنّف انّه يجوز الدفع من الكفّارة الى مكاتبة المعسر؛ لأنّه يملك ويصدق عليه انّه مسكين، فكان داخلاً في عموم المساكين.

قوله رحمه الله: «ولو دفع الى مسكين مدّين فالمحسوب مدّ، وفي استرجاع الزائد إشكال».

أقول: يريد اذا دفع الى مسكين مدّين فالمحسوب ممّا في ذمّته مدّ من الستين ولا يحسب المدّان، فحينئذٍ هل له استرجاع المدّ الآخر؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّه صدقة أخرجها بنية التقرّب فلم يكن له الرجوع فيها.

ومن انّه انّما دفع المدّ الزائد ليجزئ عن الكفّارة، ولم يحصل فكان باقياً على ملكه، فله أخذه ما دامت عينه باقية.

قوله رحمه الله: «ولو فرّق على مائة وعشرين مسكيناً لكلّ واحد نصف مدّ وجب تكميل ستين منهم، وفي الرجوع على الباقين إشكال».

أقول: منشأه ما تقدّم من استرجاع المدّ الزائد.

---

(١) المجادلة: ٤.

قوله رحمه الله: «فاذا كسى الفقير وجب أن يعطيه ثوبين مع القدرة وواحداً مع العجز، وقيل: يجزئ مطلقاً».

أقول: بإجزاء الثوب الواحد مطلقاً ـ أي مع القدرة أو العجز ـ هو مذهب ابن ادريس[١]، وهو قول علي بن بابويه فانّه قال: لكلّ رجل ثوب[٢]، وهو قول الشيخ في المبسوط[٣] أيضاً.

وقال في النهاية: ومتى أراد كسوتهم فليعط كلّ واحد منهم ثوبين يواري بهما جسده، فان لم يقدر عليهما جاز أن يقتصر على ثوب واحد[٤]. وتبعه ابن البرّاج[٥].

ولابن الجنيد قول ثالث فقال: الأحوط عندي أن يكسو المرأة ثوبين درع وخمار، وهو ما يجزئها فيهما الصلاة ولا بأس أن يكون للرجل ثوب يجوز في مثله الصلاة، ولا يجزئ مادون ذلك كميزر أو خمار مفرد للمرأة[٦].

ولابن حمزة قول آخر فقال: والكسوة إزار ورداء من الثياب الجديدة، فإن لم يجدها جاز الغسيل اذا بقيت منافعه[٧].

---

(١) السرائر: كتاب الأيمان والنذور والكفّارات باب الكفّارات ج ٣ ص ٧٠.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثالث في الكفّارات ص ٦٦٦ س ٢١.

(٣) المبسوط: فصل في الكفّارات ج ٦ ص ٢١١.

(٤) النهاية ونكتها: باب الكفّارات ج ٣ ص ٦٤ ـ ٦٥.

(٥) المهذّب: كتاب الكفّارات ج ٢ ص ٤١٥.

(٦) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثالث في الكفّارات ص ٦٦٦ س ٢٢.

(٧) الوسيلة: كتاب الكفّارات ص ٣٥٤.

قوله رحمه الله: «وفي وجوب عتق عوضه إشكال».

أقول: يريد اذا نذر انّه اذا عوفي مريضه أن يعتق عبده المعيّن ثمّ أعتقه قبل ذلك نفذ العتق، فاذا عوفي مريضه وجب عليه كفّارة خلف النذر؛ لأنّه أخلّ بما نذره باختياره فكان عليه الكفّارة، كمالو حلف ليأكلنّ هذا الطعام غداً فأكله اليوم أو أتلفه، لكن هل يجب عليه عتق عوضه أم لا؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّه نذر العتق المخصوص، فاذا تعذّرت الخصوصية وجب عليه مطلق العتق.

ومن انّ النذر اقتضى عتق ذلك العبد بعينه ولم يتناول ماعداه، وقد تعذّر عتقه الآن بسبب عتقه السابق فسقط لعذّره، كما لو مات العبد المنذور عتقه.

قوله رحمه الله: «ولو باعه ففي صحّته إشكال، وكذا في عتق عوضه».

أقول: هاتان مسألتان:

إحداهما: اذا نذر أن يعتق عبده المعيّن اذا عوفي مريضه فباعه قبل ذلك ثمّ عوفي مريضه فهل يكون البيع صحيحاً أو يحكم ببطلانه؟ فيه إشكال.

ينشأ مما يأتي ذكره فنقول: قال ابن الجنيد: لو نذر عتق عبده اذا قدم فلان غداً لم يكن مانعاً من بيع عبده اليوم، ولايلزمه البدل منه اذا قدم فلان غداً، فلا نختار له فسخ نذره الذي جعله لله بذلك[1].

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثاني في الكفّارات ص ٦٦٣ س ١٥.

قال شيخنا: ولابأس بهذا القول؛ لأنّه قبل مجيء الغد مالك للعبد ملكاً تامّاً، ولم يوجد مانع من التصرّف فيه؛ لعدم الشرط حينئذٍ فكان له بيعه، فاذا قدم فلان غداً بطل النذر؛ لأنّه لم يصادف محلّاً قابلاً، لكن يمكن أن يقال: انّه لايصحّ لتعلّق النذر به، ولهذا قال علماؤنا: ولو حلف ليأكلنّ هذا الطعام غداً فأكله اليوم باختياره كان عليه الكفّارة[1].

المسألة الثانية: اذا قلنا بصحّة البيع وعوفي مريضه أو قدم فلان هل يجب عليه عتق عوضه؟ نصّ ابن الجنيد على عدم لزومه كما نقلناه عنه، وفيه إشكال تقدّم وجه الإشكال في مثله.

قوله رحمه الله: «ولو جرح فكفّر قبل الموت لم يجز، ولو أراد حلق رأسه لأذى أو اللبس للضرورة ففي جواز التقديم إشكال».

أقول: كفّارة القتل لاتجب إلّا بعد تحقّق القتل، فلو جرح غيره فكفّر الجارح قبل موت المجروح لم يجز؛ لأنّه فعل قبل الوجوب. امّا لو كان المحرم به أذىً في رأسه فأراد حلقه للأذى أو أراد اللبس للضرورة ففي جواز تقديم الكفّارة إشكال.

ينشأ من انّه كفّر قبل الوجوب ـ كما قلناه في الجارح ـ فلا يكون مجزئاً.

ومن انّه للاستباحة فهو جزء العلّة، إذ المبيح للحلق أو اللبس مجموع الأذى أو الضرورة الى اللبس مع الكفّارة، وجزء السبب متقدّم.

فالحاصل انّ الفرق بين كفّارة القتل وكفّارة هذين انّ الكفّارة في القتل للقتل المحرم، وفي هذين الكفّارة لاستباحة الفعل.

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثاني في النذر وأحكامه ص ٦٦٣ س ١٦.

قوله رحمه الله: «وكذا الحامل والمرضع إن عزمتا على الإفطار فقدّمتا الفدية».

أقول: يريد وكذا الإشكال في الحامل المقرب والمرضعة القليلة اللبن لو عزمتا على الفطر فقدّمتا الفداء على الفطر ينشأ من انّه انّهما أخرجتا قبل الوجوب، فلا يكون مجزئاً.

ومن انّه ليس كفّارة، بل هو عوض عن الواجب، فكان كخصال الكفّارة المخيّرة، فكأنّ الشارع خيّرهما بين البقاء على الصوم وبين الفداء مع القضاء، فكان لهما إخراجه قبل الإفطار.

قوله رحمه الله: «ونقتصر في المخيّرة على أقلّ الخصال قيمةً، ولو أوصى بالأزيد أخرج الزائد من الثلث، فإن قام المجموع بما أوصى وإلّا في الزائد ووجبت الدنيا، ويحتمل الوسطى مع النهوض».

أقول: يعني لو مات من عليه كفّارة مخيّرة فالواجب أن يخرج من تركته أقلّ الخصال قيمةً؛ لأنّ ذلك مجز فلا يلزمه ما زاد عليه، فاذا كان الميّت قد أوصى بالخصلة العليا كالعتق ـ مثلاً ـ كان على الوارث أن يخرج قيمة الخصلة الدنيا من أصل التركة، والتفاوت بين قيمة الدنيا والعليا من ثلث تركته، فإن وفّى الثلث بذلك فلا بحث، وإلّا اخرج ما يحتمله الثلث من التفاوت، فإن وفّى قيمة الدنيا وما يخرج من الثلث بقيمة العليا وجب شراؤه، وإن لم يف احتمل وجهان:

أحدهما: بطلان الوصية؛ لأنّه أوصى بما يزيد على ثلث تركته ولم يجز الورثة، وما

يحتمله الثلث لايمكن العمل بالوصية به فكانت الوصية باطلة، ويرجع ذلك الزائد عن قيمة الدنيا ميراثاً.

الثاني: انّ ذلك القدر إن نهض بقيمة الوسطى وجب صرفه في الوسطى؛ لأنّ قيمة الوسطى داخلة في قيمة العليا الموصى بها، واذا تعذّر العمل بمجموع الوصية وجب العلم بما يمكن فيها.

قوله رحمه الله: «واذا انعقدت يمين العبد ثمّ حنث وهو رقّ ففرضه الصوم في المخيّرة والمرتّبة فإن كفّر بغيره من إطعام أو عتق أو كسوة بإذن المولى صحّ على رأي، وإلّا فلا».

أقول: هذا مثل قول الشيخ رحمه الله فانّه قال: وكفّارة المملوك على النصف من كفّارة الحرّ، وفرضه الصوم دون العتق والإطعام، إلّا اذا ملكه صاحبه[1].

وابن ادريس قال: فرضه الصوم[2]. ولم يتعرّض في باب الكفّارات لإذن سيده وعدمه.

امّا الشيخ في المبسوط فانّه جزم بأنّه اذا أعتق بإذن سيده وكان قد ملكه أو أعتق عنه السيد فانّه صحّ، وتردّد في الإطعام والكسوة بإذن السيد، ثمّ قوّى عدم الإجزاء؛ لأنّه قال: فإن ملكه سيده مالاً فأراد التكفير بالمال فالكلام في فصلين: في العتق وغير العتق، فأمّا غير العتق من الإطعام والكسوة فعندنا إن أذن له فكفّر عن نفسه أو كفّر عنه سيده فانّه يجزئه، وقال بعضهم: لايجزئه في الحالين، وهو قويّ؛ لأنّه

---

(١) المبسوط: كتاب الأيمان فصل في الكفّارات ص ٢١٧ نقلاً بالمعنى.

(٢) السرائر: كتاب الأيمان والنذور والكفّارات باب الكفّارات ج ٣ ص ٧٤.

وإن ملكه مولاه لايملك عندنا، والأوّل أظهر في رواياتنا ـ الى أن قال:ـ وأمّا التكفير بالعتق فإن أذن له المولى فيه وملكه ذلك أو أعتق عنه سيده بإذنه صحّ، وقال قوم: لايصحّ بحال؛ لأنّ العتق يقتضي الولاية والارث، وليس العبد من أهل الولاية ولا الارث، وعندنا انّ ذلك يصحّ؛ لأنّه لايقتضي الولاء؛ لأنّا قد بيّنّا انّ العتق في الكفارات والواجبات لا ولاء لأحد عليه بسبب العتق بل هو سائبة[1].

قوله رحمه الله: «ولو حلف بغير إذن سيده لم ينعقد على قول علمائنا».

أقول: قد تقدّم انّ مذهبه الانعقاد، وانّ للسيد إبطاله.

قوله رحمه الله: «ولو أذن في اليمين انعقدت، فإن حنث بإذنه كفّر بالصوم ولم يكن للمولى منعه من التكفير، ولو قيل: يمنع المبادرة أمكن».

أقول: على قول علمائنا انّ يمين العبد انّما ينعقد بإذن السيد، قالوا: فاذا حلف بإذنه انعقدت يمينه، فاذا حنث بإذنه لمن يكن له منعه من التكفير بالصوم؛ لأنّه قد صار الصوم واجباً عليه، وليس له منعه من الواجب.

والمصنّف قال: يمكن القول بأنّ للسيد أن يمنعه من المبادرة؛ لأنّه وإن كان الصوم واجباً عليه إلّا انّه لم يتعيّن على الفور، فهو واجب موسّع يجوز تأخيره وتقديمه، وللسيد أن يمنعه من الجائز اذا[2] لم يتعيّن عليه.

---

(١) المبسوط: كتاب الأيمان فصل في كفّارة يمين العبد ج ٦ ص ٢١٧.

(٢) في ش: «الذي».

قوله رحمه الله: «ولو وجب بغير إذنه قيل: له منعه من التكفير وإن لم يكن الصوم مضرّاً، وفيه نظر».

أقول: هذا القول المحكي ظهار قول الشيخ، فقال في المبسوط: اذا كان العبد من أهل الصوم ـ الى قوله: ـ وإن كان العقد بإذنه والحنث بغير إذنه قال قوم: له الصيام؛ لأنّ سبب الوجوب كان بإذنه، وقال آخرون ـ وهو الصحيح ـ: انّه ليس له الصيام بغير إذنه؛ لأنّه اذا أذن له في اليمين فقد منعه من الحنث بها. ثمّ قال: وكلّ موضع قلنا له منعه فيه، فاذا أراد أن يصوم في وقت يضعف به بدنه وعمله ـ وهو نهار الصيف ـ فانّ له منعه منه، فإن خالف وصام وقع موقعه، ويقوى في نفسي انّه لايقع موقعه. وكذلك نقول: اذا حجّ بغير إذنه لايقع موقعها، وإن كان الزمان معتدلاً لايضرّ به الصيام ـ كزمان الشتاء وما جاوزه ـ فليس له منعه منه؛ لأنّه لاضرر على سيده فيه، وقال قوم: وعلى هذا لو صام الغير تطوّعاً في هذه الأوقات لم يكن لمولاه منعه؛ لأنّه لاضرر عليه، وعموم أخبارنا تمنع منه[1].

ومنشأ النظر ما ذكره الشيخ من انّه لم يأذن له في الحنث.

ومن انّ يمينه انعقدت؛ لكونها بإذن سيده، فاذا حنث وجبت الكفّارة على العبد إجماعاً، وليس للسيد منعه من أداء الواجبات.

قوله رحمه الله: «ويكفي ما يواري الرضيع اذا أخذ له الولي، ولو أخذ لنفسه ففي الإجزاء نظر».

---

(١) المبسوط: كتاب الأيمان فصل في كفّارة يمين العبد ج ٦ ص ٢١٧ ـ ٢١٨.

أقول: اذا أخذ الطفل لنفسه الكسوة أو الطعام من المكفّر هل يكون ذلك مجزئاً؟ فيه نظر.

ينشأ من صدق اسم الكسوة والإطعام.

ومن انّ الطفل ليس له ولاية القبض؛ لكونه محجوراً عليه بالصغر، فيكون قبضه قبضاً فاسداً، فلا يقع مجزئاً.

والاحتمال الأوّل مذهب الشيخ في الخلاف، والأخير مذهبه في النهاية[١].

فانّه قال في الخلاف: يجوز صرف الكفّارة الى الصغار والكبار اذا كانوا فقراء بلاخلاف، وعندنا انّه يجوز أن يُطعمهم إيّاه ويعدّ صغيرين بكبير. وقال الشافعي وأبو حنيفة: لايصحّ أن يعطيهم إيّاه، بل يحتاج الى أن يعطي وليّه فيصرفه مؤونته. دليلنا: إجماع الفرقة، وأيضاً قوله تعالى: ﴿فإطعام ستين مسكيناً﴾ ولم يشترط تقبيض الولي[٢].

وقال في النهاية: الكفّارة لا تدفع الى الصغير؛ لأنه لايصحّ منه القبض، لكن يدفع الى وليه بصرفها في مصالحه، مثل لو كان له دَين لايصحّ منه قبضه[٣].

قوله رحمه الله: «لو أفطر ناذر الدهر ـ الى قوله: ـ ولو أفطر في رمضان قضى، ولا يلزمه فدية بدل اليوم الذي صام فيه عن القضاء إن كان إفطاره لعذر، وإلّا وجبت على إشكال».

---

(١) كذا في جميع النسخ والظاهر أنه المبسوط بدل النهاية، كما في مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثالث في الكفّارات ص ٦٦٨ س ٣٣.

(٢) الخلاف: كتاب الظهار المسألة ٦٨ ج ٣ ص ٢٨ طبعة اسماعيليان.

(٣) لم نعثر عليه في النهاية ووجدنا نصّ العبارة في المبسوط راجع: كتاب الظهار ج ٥ ص ١٧٨.

أقـول: يريد لو نذر المكلف صوم الدهر غير العيدين وأيام التشريق بمنى ثمّ أفطر يوماً من شهر رمضان لغير عذر وجب القضاء قطعاً، وانّما الإشكال هـنا في موضعين:

أحدهما: في وجوب الفدية عن ذلك اليوم الذي صامه قضاء عن يوم من شهر رمضان، فيحتمل عدم وجوب الفدية؛ لأنّ رمضان وقضاؤه مستثنيان بـالأصل، فكان ذلك اليوم المقضي لم يتناوله النـذر. ومـن انّ وجـوب القـضاء مسـتند الى اختياره، فكان قد وجب عليه صوم بالنذر. وانّما عدل عنه بالقضاء بسبب إفطاره في شهر رمضان مختاراً، وكلّ يوم منذور تتعذّر عليه صومه وجب عليه الفدية عنه على ما اختاره المصنّف في الكتاب.

الثاني: هل يجب عليه كفّارة خلف النذر؟ فيه إشكال، ينشأ من انّه ترك صـوم ذلك اليوم عن النذر باختياره بسبب إفطار يوم من رمضان مخـتاراً، ومـن كـون القضاء مستثنى ما تقدّم.

قوله رحمه الله: «ولو أفطر يوماً مـعيّناً بـالنذر فـالأقوى مسـاواة رمـضان، امّـا لو لم يـصمه فالأقوى كفّارة يمين».

أقـول: هذا مـذهب ابـن ادريس[1]، وأطـلق الشـيخ[2]، وأبـو الصـلاح[3]،

---

(١) السرائر: كتاب الأيمان والنذور والكفّارات باب الكفّارات ج ٣ ص ٧٤.

(٢) النهاية ونكتها: باب الكفّارات ج ٣ ص ٦٦.

(٣) الكافي في الفقه: فصل في النذور والعهود والوعود ص ٢٢٥.

وابن البرّاج[١]، وابن حمزة[٢] انّ كفّارة خلف النذر مطلقاً مثل كفّارة إفطار يوم من شهر رمضان، وقد تقدّم ذكر الخلاف في ذلك مستوفى.

ووجه القوة في التفصيل انّ في ذلك جمعاً بين الروايات المختلفة، فانّ بعضها ورد بوجوب كفّارة من أفطر يوماً من شهر رمضان مثل: رواية أبي بصير، عن أحدهما عليهما السلام قال: من جعل عليه عهداً لله وميثاقه في أمر لله فيه طاعة فحنث فعليه عتق رقبة، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكيناً[٣].

وفي الحسن عن الحلبي، عن الصادق عليه السلام قال: إن قلت: لله عليّ فكفّارة يمين[٤].

فحملت الأُولى على إفطار اليوم المعيّن اختياراً، والثانية على مخالفة النذر في غير إفطار اليوم.

والمصنّف رحمه الله رجع في المختلف[٥] عن هذا التفصيل وأوجب؛ لمخالفة النذر والعهد مطلقاً، مثل كفّارة من أفطر يوم من شهر رمضان.

قوله رحمه الله: «وفي كفّارة النذر قولان: أحدهما: كاليمين، والثاني: كرمضان، وقيل بالتفصيل».

---

(١) المهذّب: كتاب الأيمان باب كفّارة نقض النذر والعهد ج ٢ ص ٤٢١.

(٢) الوسيلة: كتاب الكفّارات ص ٣٥٣.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ٥ النذور ح ٤٧ ج ٨ ص ٣١٥، وسائل الشيعة: ب ٢٤ من أبواب الكفّارات ح ٢ ج ١٥ ص ٥٧٦.

(٤) تهذيب الأحكام: باب النذور ح ١٣ ج ٨ ص ٣٠٦، وسائل الشيعة: ب ٢٣ من أبواب الكفّارات ح ١ ج ١٥ ص ٥٧٤.

(٥) مختلف الشيعة: كتاب الأيمان الفصل الثالث في الكفّارات ص ٦٦٤ س ١٤.

أقـول: قد تقدّم ذكر الخلاف، وان القائل بأنّه كاليمين هو محمّد بن بابويه[١]، والقائل بأنّه كإفطار رمضان هو الشيخ[٢] وجماعة ذكرناهم، والقائل بالتفصيل هو ابن ادريس ونقله عن المرتضى[٣]، وهو الذي قوّاه المصنّف قبل هذه المسألة.

(١) المقنع: باب الأيمان والنذر والكفّارات ج ١ ص ١٣٧.

(٢) النهاية ونكتها: باب الكفّارات ج ٣ ص ٦٦.

(٣) السرائر: كتاب الأيمان والنذور والكفّارات باب الكفّارات ج ٣ ص ٧٤ ـ ٧٥.

كتاب

الصيد والذبائح

المسائل المتعلقة بـ«كتاب الصيد والذبائح»

قوله رحمه الله: «ولو أرسل ثمّ سمّى قبل الإصابة أو سمّى عند عضّ الكلب بعد إرساله فالأقرب الحلّ».

أقول: لأصالة الإباحة، وعموم قوله تعالى: ﴿فكلوا ممّا ذكر اسم الله عليه﴾[1] وهو هنا متحقّق.

قوله رحمه الله: «ولو رمى بسهم فانقطع الوتر فارتمى السهم فأصاب فالوجه الحلّ».

أقول: لأنّ ذلك مستند الى فعل الرامي، فانّ مدّه ورميه سبب لكسر القوس المقتضي لحركة السهم الى الصيد، ولأصالة الإباحة.

قوله رحمه الله: «وقيل: يحرم رميه بما هو أكبر منه، وقيل: يكره».

---

(١) الأنعام: ١١٨.

أقـول: القول بالتحريم هو مذهب الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: ولا يجوز أن يرمى الصيد بشيء أكبر منه، فإن رمى بشيء أكبر منه فقتله لم يجز أكله[١]. وهو قول ابن حمزة فانّه قال: فإن قتله بالمثقل أو بما هو أكبر من الصيد حرم وإن سمّى، وإن قتله بحديدة[٢].

والقول بالكراهية مذهب بعض أصحابنا، وهو مذهب الشيخ نجم الدين[٣].

وكلام ابن ادريس يؤذن بالتوقّف في ذلك كلّه فانّه قال: ولا يجوز أن يرمي الطير بما هو أكبر منه، فإن رمى بما هو أكبر منه لم يجز أكله على ما روي في الأخبار[٤].

قوله رحمه الله: «ولو اعتاد المعلّم الأكل حرمت الفريسة التي ظهرت فيها عادته، ولا يحـرم التي أكل منها قبله على إشكال».

أقـول: منشأ الإشكال من حيث انّ الكلب قبل ظهور عادته لم يكن معتاداً لأكل ما يصيده، فلا يحرم صيده.

ومن انّ الأكل يوجب التحريم إلّا ما كان نادراً، وبظهور العادة تبيّنا انّ الأكل السابق ليس نادراً فيكون الصيد حراماً.

قوله رحمه الله: «وكلّ آلات الصيد يجب فـيها تذكية الصيد إن كـانت حـياة مسـتقرّة، وكـذا

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الصيد والذبائح باب الصيد وأحكامه ج ٣ ص ٨٥.

(٢) الوسيلة: كتاب المباحات فصل في بيان أحكام الصيد ص ٣٥٧.

(٣) شرائع الاسلام: كتاب الصيد الأوّل في ما يؤكل صيده وإن قتل ج ٣ ص ٢٠١.

(٤) السرائر: كتاب الصيد والذبائح ج ٣ ص ٩٢.

الكلب والسهم، فلو أرسلهما فجرحه وجب الإسراع إليه، فإن أدركه مستقرّ الحياة لم يحلّ إلّا بالتذكية إن اتّسع الزمان لها، وإلّا حلّ إن لم يتّسع، وإن كانت مستقرّة مالم يتوان في ذكاته أو يتركه عمداً وهو قادر على ذكاته، ولو كانت حياته غير مستقرّة حلّ من غير تذكية فيهما خاصّة دون باقي الآلات، وروي أنّ أدنى ما يدرك به ذكاته أن يجده يركض رجله أو تطرف عينه أو يتحرّك ذنبه، وقيل: إن لم يكن معه ما يذبحه به ترك الكلب يقتله ثمّ يأكله إن شاء، وفيه نظر».

أقول: الفرق بين الكلب والسهم وبين غيرهما من الآلات والجوارح: انّ الكلب والسهم اذا قتلا أو جرحا الصيد وصيّرا حياته غير مستقرّة أو كانت حياته مستقرّة ولم يتوان في التذكية بل أسرع إليه ولو كان الزمان لايتّسع لتذكيته فهو في هذه الصور كلّها حلال، وإن وجد مستقرّ الحياة وأمكن تذكيته وجب تذكيته، فإن أهمل مع التمكّن من التذكية وسعة الزمان حتى مات كان حراماً. وأمّا باقي الآلات فإن أدركه مستقرّ الحياة وجب تذكيته وحلّ بالتذكية، وإلّا فهو حرام، على كلّ حال هذا مذهب المصنّف.

وقال ابن حمزة: إن صاده الكلب فأدركه صاحبه لم يحلّ، وأمّا إن أدركه وفيه حياته مستقرّة أو غير مستقرّة أو أدركه ممتنعاً، فالأُولى: إن اتّسع الزمان لذبحه لم

يحلّ إلّا بالذكاة، ويعرف ذلك بأن تحرّك ذنبه أو تطرف عينه أو تركض رجله، وإن لم يتّسع الزمان لذبحه حلّ من غير ذكاة. والثاني: لم يحتج الى الذكاة، والذكاة أفضل. والثالث: إن أخذه ذبحه، فإن هرب عدواً وأخذ يعدو خلفه فإن وقف وفيه حياة مستقرّة أو غير مستقرّة فحكمه ما ذكرناه[١].

وقال الشيخ في النهاية: اذا أخذ الكلب المعلّم صيداً فإن أدركه صاحبه حيّاً وجب أن يذكّيه، فإن لم يكن معه ما يذكّيه فليتركه حتى يقتله ثمّ ليأكل إن شاء[٢]. وهو مذهب ابن الجنيد أيضاً[٣]، ومحمّد بن بابويه[٤].

ومنع ابن ادريس من ذلك فقال: الأولى عندي انّه يجب عليه أن يذكّيه، فإن لم يكن معه ما يذكّيه به لم يحلّ له أكله اذا قتله الكلب بعد ذلك[٥].

والمصنّف تردّد في قول الشيخ بجواز أكله اذا قتله الكلب؛ لتعذّر الآلة بعد إدراكه حيّاً، من حيث إنّه صار غير ممتنع، فلا يحلّ بغير الذكاة.

ومن دلالة الرواية الصحيحة على الحلّ وهي: ما رواه جميل بن درّاج في الصحيح، عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يرسل الكلب على الصيد فيأخذه ولا يكون معه سكّين يذكّيه بها أفيدعه حتى يقتله ويأكل منه؟ قال: لا بأس، قال الله عز وجل: ﴿فكلوا ممّا أمسكن عليكم﴾ ولا ينبغي أن يؤكل ما قتل الفهد[٦].

---

(١) الوسيلة: كتاب المباحات فصل في بيان أحكام الصيد ص ٣٥٦.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الصيد والذبائح باب الصيد وأحكامه ج ٣ ص ٨٦ ـ ٨٧.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب الصيد الفصل الأوّل في أحكام الصيد ص ٦٧٤ س ١٣.

(٤) المقنع: باب الصيد والذبائح ج ١ ص ١٣٨.

(٥) السرائر: كتاب الصيد والذبائح ج ٣ ص ٩٣.

(٦) تهذيب الأحكام: ب ١ الصيد والذكاة ح ٩٣ ج ٩ ص ٢٣، وسائل الشيعة: ب ٨ من أبواب الصيد ح ١ ج ١٦ ص ٢٦٢.

والرواية المشار إليها هي: ما رواه ابن أبي عمير، عن عمر بن أُذينه، عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام قال: كل من كلّ شيء من الحيوان غير الخنزير والنطيحة والمتردّية وما أكل السبع، وهو قول الله: ﴿إلّا ما ذكّيتم﴾ فإن أدركت شيئاً منها وعين تطرف أو قائمة تركض أو ذنب يمصع[١] فقد أدركت ذكاته فكله[٢].

وما رواه عبدالرحمن بن أبي عبدالله، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: في كتاب علي عليه السلام: اذا طرفت العين أو ركضت الرجل أو تحرّك الذنب فكل منه فقد أدركت ذكاته[٣].

وعن أبان بن تغلب، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: اذا شككت في حياة شاة ورأيتها تطرف عينها أو تحرّك ذنبها أو تمصع بذنبها فاذبحها فانّها لك[٤].

قوله رحمه الله: «وكذا لو أطلقه من يده ناوياً لقطع الملك عنه، وقيل: هنا يخرج، كما لو رمى الحقير مهملاً له فانّه يكون مباحاً لغيره».

أقول: يريد وكذا لايخرج الصيد عن ملك مالكه لو انفلت من يده بنيّة قطع التملّك،هذا مثل قول الشيخ نجم الدين أبوالقاسم ابن سعيد رحمه الله فانّه قال في

---

(١) المصع: الحركة والضرب (نهاية ابن الأثير: ج ٤ ص ٣٣٧).

(٢) تهذيب الأحكام: ب ١ الصيد والذكاة ح ٢٤١ ج ٩ ص ٥٨، وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب الذبائح ح ١ ج ١٦ ص ٣١٩.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ١ الصيد والذكاة ح ٢٣٧ ج ٩ ص ٥٧، وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب الذبائح ح ٦ ج ١٦ ص ٣٢٠.

(٤) تهذيب الاحكام: ب ١ الصيد والذكاة ح ٢٣٧ ج ٩ ص ٥٧، وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب الذبائح ح ٥ ج ١٦ ص ٣٢٠.

الشرائع: ولو أطلق الصيد من يده لم يخرج عن ملكه، وإن نوى إطلاقه وقطع نيّته عن ملكه هل يملكه غيره باصطياده؟ الأشبه لا؛ لأنّه لايخرج عن ملكه بنيّة الإخراج، وقيل: يخرج، كما لو وقع منه شيء حقير فأهمله فانّه يكون كالمبيح له، ولعلّ بين الحالين فرقاً[١].

فالشيخ في المبسوط لم يتعرّض لما اذا قطع نيّة التملّك عنه، بل قال: اذا ملك صيداً وانفلت من يده لم يزل ملكه عنه، دابة كان أو طائراً، سواء لحق بالصحاري والبراري أو لم يلحق بذلك عندنا وعند جماعة، وقال بعضهم: إن كان يطير في البلد وحوله فهو ملكه، وإن لحق بالبراري وعاد الى أصل التوحّش زال ملكه؛ لأنّه إن لم نقل ذلك أدّى الى أن لا يحلّ الاصطياد؛ لأنّه لايؤمن أن يكون ملكاً للغير قد انفلت. قال: وهذا ليس بصحيح؛ لأنّه لايمكن الاحتراز منه، كما لو اختلطت اخته بنساء البلد لم يحرم عليه أن يتزوّج من ذلك البلد؛ لأنّه لايمكن الاحتراز منه[٢].

وتبعه ابن ادريس فقال: اذا ملك صيداً فأفلت منه لم يزل ملكه عنه، طائراً كان أو غير طائر، لحق بالبراري والصحاري أو لم يلحق[٣].

قوله رحمه الله: «ولو اتّخذ موحلة للصيد فوقع فيها بحيث لايمكنه التخلّص لم يملكه؛ لأنّها ليست آلة في العادة على إشكال».

---

(١) شرائع الاسلام: كتاب الذباحة القسم الثالث المسألة الأُولى ج ٣ ص ٢١١.

(٢) المبسوط: كتاب الصيد والذبائح فصل في ما يجوز الذكاة به ومالايجوز ج ٦ ص ٢٧٤.

(٣) السرائر: كتاب الصيد والذبائح ج ٣ ص ٨٧.

أقـول: منشأه ممّا ذكره.

ومن كونه قد صيّره غير ممتنع فأشبه الآلة، فكان كما لو نشب[1] في آلته.

قوله رحمه الله: «ولو أغلق عليه باباً ولا مخرج له وألجأت الى مضيق وأمكنه قبضه فـي تمـلّكه بذلك نظر».

أقـول: من حيث إنّه لم يثبت يده عليه ولا نشب في آلته، فكان باقياً على أصل الإباحة.

ومن انّه بإلجائه الى المضيق الذي يمكنه معه قبضه ولا يمكن الصيد التخلّص من ذلك المضيق جرى مجرى ثبوته في آلته.

قوله رحمه الله: «ولو قصد ببناء الدار تعشيش الطائر أو بالسفينة وثوب السمك فإشكال».

أقـول: ينشأ من انّه جعل ذلك آلة يتوصّل بها الى حصول الصيد فيها، فكان موجباً للتملّك، كما يملك بثبوته في الآلات.

ومن كون ذلك ليس آلة للصيد بمجرى العادة، والأصل بقاء الصيد على الإباحة.

قوله رحمه الله: «ولو اضطرّ السـمك الى بـركة واسعة لم يملك، وهو أولى، ولو كانت ضيقة ملك على إشكال».

---

(١) النشب: نَشِب في الشيء اذا وقع فيا لا مخلص له منه(نهاية ابن الأثير: ج ٤ ص ٥٢).

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّه صار مقدوراً على قبضه فقد صيّره غير ممتنع بطريق يشبه الآلة.

ومن كون البركة ليست آلة للاصطياد بمجرى العادة، والأصل بقاؤه على الإباحة.

قوله رحمه الله: «ولو كان غير محصور فإشكال».

أقول: يريد لو امتزجت طيور مملوكة غير محصورة بحمام بلد ففي جواز الاصطياد إشكال.

ينشأ من غلبة الظنّ بوجود المملوك فيما قصد اصطياده فكان حراماً.

ومن عدم إمكان التحرّز منه، والأصل عدم التحريم فيما لايعلم كونه مملوكاً للغير.

قوله رحمه الله: «ولو جهل المثبت منهما اشتركا، ويحتمل القرعة».

أقول: اذا رمى اثنان صيداً فأثبته أحدهما ولم يعلم المثبت منهما كان فيه وجهان:

أحدهما: يكون مشتركاً بينهما؛ لأنّ سبب التملّك حصل من أحدهما، ولمّا لم يتعيّن كان مشتركاً؛ لعدم الأولوية.

والثاني: القرعة؛ لأنّ الحكم بالاشتراك مع العلم بأنّه لأحدهما غير جائز؛ لأنّه حكم بما يعلم بطلانه، ولمّا لم يتعيّن المالك وجب استخراجه بالقرعة؛ لقولهم

عليهم السلام: كلّ أمر مشكل ففيه القرعة[١].

قوله رحمه الله: «ولو كان يمتنع بأمرين ـ كالدرّاج يمتنع بجناحه وعدوه فكسر الأوّل جناحه ثمّ الثاني رجله ـ قيل: هو لهما، وقيل: هو للثاني؛ لتحقّق الإثبات بفعله».

أقول: القولان نقلهما الشيخ رحمه الله في المبسوط، وتردّد فيهما، إلّا انّه رجّح كونه لهما، فانّه قال: وإن كان الصيد يمتنع بأمرين: رجل وجناح ـ كالقبج والدرّاج ـ فرماه أحدهما فكسر رجله ثمّ رماه الثاني فكسر جناحه فقال قوم: هو بينهما؛ لأنّهما قد عطّلاه معاً عن الامتناع وأثبتاه معاً، وقال آخرون: هو للثاني دون الأوّل؛ لأنّ الأوّل ما أثبته ولا عطّله عن الامتناع، وكان بعده على الامتناع فلمّا رماه الثاني كان الإثبات منه فوجب أن يكون الملك له وحده. والأوّل أقوى، وإن كان الثاني قوياً[٢].

والشيخ نجم الدين[٣] رجّح القول بأنّه يكون للثاني.

قوله رحمه الله: «ولو ترتّب الجرحان وحصل الأزمان بالمجموع فهو بينهما، وقيل: للثاني».

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٩٠ البيّنتين يتقابلان ح ٢٤ ج ٦ ص ٢٤٠، وسائل الشيعة: ب ١٣ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ح ١١ و ١٨ ج ١٨ ص ١٨٩ ـ ١٩٠.

(٢) المبسوط: كتاب الصيد والذبائح فصل في ما يجوز الذكاة به ومالايجوز ج ٦ ص ٢٧١.

(٣) شرائع الاسلام: كتاب الذباحة القسم الثالث المسألة الرابعة ج ٣ ص ٢١٣.

أقـول: القول بأنّه للثاني هو قول الشيخ في المبسوط فانّه قال: اذا رماه الأوّل فعقره ولم يخرجه عن الامتناع ثمّ رماه الثاني فأثبته ملكه كأنّه ابتدأه بالرمي[1].

قوله رحمه الله: «فعلى الأخير لو عاد الأوّل فجرحه فالأوّل هدر والثانية مضمونة، فإن مات بالجراحات الثلاث وجب قيمة الصيد وبه جراحة الهدر وجراحة المالك، ويحتمل ثلث القيمة وربعها».

أقـول: على القول: بأنّه اذا رماه واحد فعقره ولم يثبته ثمّ رماه الثاني فأثبته بفعله فصار غير ممتنع بسبب الجرحين جميعاً انّه يكون للثاني، ولو عاد الأوّل وجرحه كان هذا الجرح مضموناً على الأوّل للثاني؛ لأنّ الأوّل جرحه أخيراً بعد أن صار ملكاً للثاني، فلو سرت الجراحات الثلاث الى نفس الحيوان ومات منها أجمع فقد مات من جرح المالك وهو غيرمضمون، ومن الجرح الأوّل من الأوّل وكان حينئذٍ على الإباحة فلم يكن مضموناً عليه، ومن الجرح الأخير من الأوّل فهو مضمون عليه؛ لأنّه جرحه وهو مملوك لغيره. وأمّا الذي يجب على الأوّل للثاني فيه احتمالات ثلاثة:

أحدها: أن يضمن قيمته مجروحاً بالجرحين الصادرين منه أوّلاً ومن المالك؛ لأنّه لو جرحه أخيراً وقبله معيباً بذينك الجرحين فيقوم كذلك.

الثاني: عليه ثلث القيمة فيقوم صحيحاً، ويضمن الأوّل ثلث قيمته؛ لأنّه مات

---

(١) المبسوط: كتاب الصيد والذبائح فصل في ما يجوز الذكاة به ومالايجوز ج ٦ ص ٢٧١.

من ثلاثة جراحات، واحدة هدر وهي جرح الأوّل حال كونه مباحاً، وجرح المالك وهو غير مضمون أيضاً، وجرح الأوّل أخيراً وهو مضمون، وذلك واحد من ثلاثة فكان عليه ثلث القيمة.

الثالث: ربع القيمة؛ لأنّه تلف من فعل المالك والأجنبي فيسقط ما قابل فعل المالك وهو النصف، وفعل الأجنبي بعضه هدر وبعضه مضمون فيسقط من النصف ما قابل ما هو هدر ويجب عليه ما قابل المضمون، وذلك واحد من اثنين من نصف قيمته فيكون قدر الربع.

قوله رحمه الله: «ولايشترط الإيمان إلّا في قول بعيد».

أقول: يريد لايشترط في إباحة الذبيحة أن يكون الذابح مؤمناً إلّا في قول بعيد، وهو إشارة الى قول جماعة من أصحابنا.

منهم أبو الصلاح[1] فانّه منع من ذباحة الكافر وجاحد النصّ.

ومنهم ابن حمزة حيث قال: الذابح يجب أن يكون مؤمناً أو في حكمه[2].

ومنهم ابن البرّاج حيث قال: لايجوز أن يتولّى الذبح إلّا من كان مسلماً من أهل الحقّ، فإن تولّاه غير من ذكرناه من الكفّار المخالفين لدين الاسلام أو من كفّار أهل الملّة على اختلافهم في جهات كفرهم لم يصحّ ذكاته ولم يؤكل ذبيحته[3]. وهو ظاهر كلام ابن ادريس أيضاً فانّه قال: الذباحة لايجوز أن يتولّاها غير معتقدي الحقّ، فتى

---

(١) الكافي في الفقه: باب تعيين المحرّمات فصل في بيان مايحرم أكله ص ٢٧٧.

(٢) الوسيلة: فصل في بيان أحكام الذباحة ص ٣٦١.

(٣) المهذّب: باب ما يحلّ من الذبائح ومايحرم منها ج ٢ ص ٤٣٩.

تولّاها غير معتقدي الحقّ من أيّ أجناس الكفّار، يهودياً كان أو نصرانياً أو مجوسياً أو عابد وثن ومن ضارعهم في الكفر على اختلاف ضروبه، كافر ملّة أو كافر أصلي أو مرتداً، سمّى على ذبيحته أو لم يسمّ فلا يجوز أكل ذبيحته عند المحصّلين من أصحابنا والباحثين عن مأخذ الشريعة والمحقّقين لها، ولابأس بأكل ذبيحة المستضعف، وقد بيّناه في كتاب الطهارة. قال محمّد بن ادريس: المراد بقوله: «غيرهم» يعني المستضعفين الذين لا منّا ولا من مخالفينا، وصحيح انّهم غيرنا، ولايظنّ ظانّ انّه أراد بغيرهم من مخالفينا المستضعفين؛ لأنّ المستضعفين لا منّا ولا منهم، كما قال الله تعالى: ﴿لا الى هؤلاء ولا الى هؤلاء﴾[1].

قوله رحمه الله: «ولو قال: الله وسكت أو قال: اللهمّ اغفر لي فإشكال».

أقول: منشأه انّ ذلك ليس تسمية عرفاً، ولاتثبت أجزاؤه في عرف الشرع أيضاً؛ لأنّ الأصل عدم حصول الشرط المبيح.

ومن عموم قوله تعالى: ﴿فكلوا ممّا ذكراسم الله عليه﴾[2].

قوله رحمه الله: «ولو سمّى الجنب أو الحائض بنيّة العزائم فإشكال».

أقول: منشأه من انّ الشرط حصول التسمية وقد حصلت.

ومن كون هذه التسمية منهيّاً عنها، فلا يكون متعبّداً بها شرعاً.

---

(١) السرائر: كتاب الصيد والذبائح باب الذبح وكيفية وجوب التسمية ج ٣ ص ١٠٥ ـ ١٠٦.

(٢) الأنعام: ١١٨.

قوله رحمه الله: «وفي اصطياده بالرمي والكلب إشكال؛ لعدم تمكّنه من قصد الصيد».

أقول: ومن أصالة عدم اشتراط البصر، ولأنّه قد يقصد الصيد في الجملة أو يعرف وجوده بقول بصير أو قرينة دالّة عليه كالصوت وأشباهه، فإن قلنا بجواز اصطياده فلابدّ من مشاهدة بصير لمّا يقتله الكلب أو السهم؛ لأنّ استناد القتل الى الكلب أو السهم شرط في جواز أكله، وهو غيرمعلوم للأعمى، فلابدّ من إدراك بصير له.

قوله رحمه الله: «وفي المسوخ كالقرد والدبّ والفيل قولان».

أقول: اختلف أصحابنا في وقوع التذكية على المسوخ على قولين:

أحدهما: انّها تقع عليها الذكاة، وهو قول المرتضى[1].

والآخر: انّها لاتقع عليها الذكاة، وهو قول جماعة من أصحابنا، وإليه ذهب ابن سعيد فقال في الشرائع: المسوخ لاتقع عليها الذكاة كالفيل والقرد والدبّ، وقال المرتضى: تقع[2].

وظاهر كلام ابن حمزة يدلّ على عدم وقوع الذكاة عليها فانّه قال: وأمّا الجلود فعلى ثلاثة أضرب: جلود الميتة ولايجوز استعمالها ولا التصرّف فيها، وجلود المذكّاة ممّا يحلّ أكله ويجوز استعمالها والصلاة فيها والتصرّف بالبيع والشراء، وجلود

---

(١) لم نعثر عليه في المصادر المتوفّرة لدينا ونقله عنه في إيضاح الفوائد: المطلب الثاني في المذبوح ج ٣ ص ١٣٠.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب الذباحة القسم الثاني في ما تقع عليه الذكاة ج ٣ ص ٢١٠.

المذكّاة من السباع ويجوز استعمالها والتصرّف فيها بالبيع والشراء دون الصلاة اذا كانت مدبوغة، وجلود غير السباع ممّا لايؤكل لحمه وهي في حكم الميتة على كلّ حال[١]. فهذا يدلّ على انّ جلود المسوخ عنده في حكم الميتة وإن كانت مذكّاة.

قوله رحمه الله: «وكذا في السباع كالأسد والنمر والفهد والثعلب، والأقرب الوقوع».

أقول: يريد وكذا الخلاف في السباع كالأسد والنمر والفهد والثعلب، وهو المشهور بين الأصحاب.

وتردّد نجم الدين ثمّ رجّح الوقوع فقال: وفي وقوع الذكاة عليها تردّد، والأشبه الوقوع[٢]. وهو الأقرب عند المصنّف أيضاً.

ووجه القرب ما رواه سماعة قال: سألته عن لحوم السباع وجلودها، فقال: أمّا لحوم السباع والسباع من الطير والدواب فانّا نكرهه، وأمّا الجلود فاركبوا عليها ولاتلبسوا شيئاً منها تصلّون فيها[٣].

وعن سماعة أيضاً قال: سألته عن جلود السباع ينتفع بها؟ فقال: اذا رميت وسمّيت فانتفع بجلده، وأمّا الميتة فلا[٤].

---

(١) الوسيلة: فصل في بيان ما يحرّم من الذبيحة ويحلّ من الميتة... ص ٣٦٢.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب الذباحة القسم الثاني في ما تقع عليه الذكاة ج ٣ ص ٢١٠.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ١١ مايجوز الصلاة فيه من اللباس ح ١٠ ج ٢ ص ٢٠٥، وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب الأطعمة المحرّمة ح ٤ ج ١٦ ص ٣٢١.

(٤) تهذيب الأحكام: ب ٢ الذبائح والأطعمة وما يحلّ من ذلك ح ٧٤ ج ٩ ص ٧٩، وسائل الشيعة: ب ٤٩ من أبواب صلاة الجنازة ح ٢ ج ٢ ص ١٠٧١.

قوله رحمه الله: «وفي اشتراط الدبغ قولان».

أقول: اختلف القائلون بوقوع الذكاة على مالايؤكل لحمه من السباع وغيرها من انّه هل يشترط في جواز استعمالها في غير الصلاة الدبغ؟ فقال الشيخ[١] في كتبه كلّها: نعم. ونصّ عليه السيد[٢] أيضاً، وقول ابن ادريس فانّه قال في باب ما يحلّ من الميتة ويحرم من الذبيحة وأحكام البيض والجلود: فأمّا الجلود ـ الى قوله: ـ وما لايؤكل لحمه فعلى ضربين، ثمّ قال: والضرب الآخر: يجوز استعماله بشرطين: الذكاة الشرعية والدباغ، فأمّا بيعه فيجوز بعد التذكية وقبل الدباغ، فأمّا استعماله فلا يجوز إلاّ بعد الدباغ[٣].

وقال بعض بجواز استعماله من غير دبغ، اختاره الشيخ نجم الدين[٤] على كراهية، وهو مذهب المصنّف[٥] في بعض كتبه.

قوله رحمه الله: «أمّا الحشرات كالفار والضبّ وابن عرس فالأقرب عدم وقوع التذكية فيها».

أقول: وجه القرب انّ وقوع التذكية على هذه حكم شرعي يتوقّف على ورود ما يدلّ عليه، ولم يثبت.

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الصيد والذبائح باب ما يحلّ من الميتة ويحرم من الذبيحة... ج ٣ ص ٩٩ ـ ١٠١، المبسوط: كتاب الأطعمة ج ٦ ص ٢٨٠، الخلاف: كتاب الطهارة المسألة ١١ ج ١ ص ٦٣.

(٢) الناصريات «الجوامع الفقهية»: ص ٢١٨ المسألة ١٨.

(٣) السرائر: كتاب الصيد والذبائح باب مايحلّ من الميتة ويحرم من الذبيحة ج ٣ ص ١١٣ـ١١٤.

(٤) شرائع الاسلام: كتاب الصلاة المقدّمة الرابعة في لباس المصلّي المسألة الأُولى ج ١ ص ٦٨.

(٥) مختلف الشيعة: باب النجاسات وأحكامها الفصل الثالث في الأواني والجلود ج ١ ص ٥٠٢.

قوله رحمه الله: «ولو خرج حيّاً فلابدّ من تذكيته قيل: ولو خرج حيّاً وعاش بقدر ما لايتّسع الزمان لتذكيته حلّ، وإن عاش ما يتّسع الزمان لذبحه ثمّ مات قبل الذبح حرم، سواء تعذّر ذبحه لتعذّر الآلة أو لغيرها».

أقول: هذا القول المحكي هو قول الشيخ في كتاب الأطعمة من المبسوط فانّه قال فيه: اذا نحرت الناقة وذبحت البقرة أو الشاة وكان في بطنها جنين نظرت، فإن خرج ميّتاً فهو حلال إن كان أشعر أو أوبر عندنا، وإن لم يكن كذلك فلايجوز، ولم يفصّل المخالف، وإن خرج حيّاً نظرت، فإن عاش بقدر مالايتّسع الزمان لذبحه فهو [حلال، وإن عاش ما يتّسع الزمان لذبحه ثم مات قبل الذبح فهو][1] حرام، سواء تعذّر ذبحه لتعذّر الآلة أو لغيرها، وفيه خلاف[2].

قوله رحمه الله: «وهل يصحّ بالظفر والسنّ مع تعذّر غيرها؟ قيل: نعم، وقيل بالمنع؛ للنهي وإن كانا منفصلين».

أقول: القائل: بجواز التذكية بالظفر والسنّ مع تعذّر غيرهما هو ابن ادريس[3].

والقائل بالمنع هو الشيخ، فقال في الخلاف: كلّ حيوان مقدور على ذكاته اذا لم

---

(١) ما بين المعقوفتين من المصدر.

(٢) المبسوط: كتاب الأطعمة ج ٦ ص ٢٨٢.

(٣) السرائر: كتاب الصيد والذبائح ج ٣ ص ٨٦.

يقدر عليه، بأن يصير مثل الصيد أو يتردّى في بئر فلا يقدر على موضع ذكاته كان عقره ذكاته في أيّ موضع وقع منه، ولايحلّ التذكية بالسنّ ولا بالظفر، سواء كان متّصلاً أو منفصلاً، فإن خالف وذبح لم يحلّ أكله[١].

وقال في المبسوط: كلّ محدّد يتأتى الذبح به فينظر فيه، فإن كان من حديد أو صفر أو خشب أو ليطة ـ وهو القصب ـ أو مروة ـ وهي الحجارة الحادّة ـ حلّت الذكاة بكلّ هذا، إلّا ما كان من سنّ أو ظفر فانّه لايحلّ الذكاة بواحد منهما، فإن خالف وفعل لم يحلّ أكلها، سواء كان متّصلاً أو منفصلاً، وقال بعضهم: في السنّ والظفر المنفصلين إن خالف وفعل حلّ أكله، وإن كان متّصلاً لم يحلّ. والأوّل مذهبنا، غير انّه لايجوز عندنا أن يعدل عن الحديد الى غيره[٢]. والمصنّف أشار الى الخلاف، ولم يتعرّض لأحد القولين.

قوله رحمه الله: «ويكره أن ينخع الذبيحة وأن يقلّب السكّين فيذبح الى فوق، وقيل: يحرمان».

أقول: هاتان مسألتان فيهما خلاف بين الأصحاب:

الأُولى: قطع النخاع وهو عرق أبيض داخل في خرز الظهر والرقبة، ممدود من أوّل الرقبة الى أصل الذنب.

قال الشيخ في النهاية: لايجوز تعمّده، وقال: متى تعمّد ذلك لم يجز أكله[٣].

وقال في الخلاف: إنّه مكروه، فقال: مسألة: يكره إبانة الرأس وقطع النخاع قبل

---

(١) الخلاف: كتاب الصيد والذبائح المسألة ٢١ و ٢٢ ج ٣ ص ٢٤٨ و ٢٤٩ طبعة اسماعيليان.

(٢) المبسوط: كتاب الصيد والذبائح فصل في ما يجوز الذكاة به ومالايجوز ج ٦ ص ٢٦٣.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الصيد والذبائح باب الذبح وكيفيته ووجوب التسمية ج ٣ ص ٩١.

أن تبرد الذبيحة، فإن خالف وأبانه لم يحرم أكله[١]. وهو مذهب ابن ادريس[٢].

الثانية: قلب السكّين فيذبح من داخل الحلق الى فوق ـ أعني الى ظاهره ـ فقال الشيخ في النهاية: لايجوز[٣]. وتبعه ابن البرّاج[٤]، وجوّزه ابن ادريس[٥].

وحمل الرواية التي استند إليها الشيخ لو صحّت على الكراهية، واختار المصنّف هذا القول في المختلف[٦].

قوله رحمه الله: «ويكره سلخ الذبيحة قبل بردها أو قطع شيء من أعضائها وإبانة الرأس على رأي».

أقول: قد تقدّم انّ في إبانة الرأس للشيخ قولين، وكذا حرّم الشيخ سلخ الذبيحة قبل بردها.

وقال في النهاية: لايجوز سلخ الذبيحة إلّا بعد بردها، فإن سلخت قبل أن تبرد أو سلخ شيء منها لم يحلّ أكله[٧]. ووافقه على ذلك ابن البرّاج[٨]، وابن حمزة[٩].

---

(١) الخلاف: كتاب الضحايا المسألة ١٣ ج ٣ ص ٢٥٨ طبعة اسماعيليان.

(٢) السرائر: كتاب الصيد والذبائح باب الذبح وكيفية وجوب التسمية ج ٣ ص ١٠٧.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الصيد والذبائح باب الذبح وكيفيته ووجوب التسمية ج ٣ ص ٩٢.

(٤) المهذّب: كتاب الأطعمة والأشربة والصيد والذباحة باب ما يحلّ من الذبائح ومايحرم منها ج ٢ ص ٤٤٠.

(٥) السرائر: كتاب الصيد والذبائح باب الذبح وكيفية وجوب التسمية ج ٣ ص ١٠٩.

(٦) مختلف الشيعة: كتاب الصيد الفصل الثالث في الذبح وكيفيته ص ٦٨١ س ٥.

(٧) النهاية ونكتها: كتاب الصيد والذبائح باب الذبح وكيفيته ووجوب التسمية ج ٣ ص ٩٣.

(٨) المهذّب: كتاب الأطعمة والأشربة والصيد والذباحة باب مايحلّ من الذبائح ومايحرم منها ج ٢ ص ٤٤٠.

(٩) الوسيلة: كتاب المباحات فصل في بيان أحكام الذباحة ص ٣٦٠.

ومنع ابن ادريس[١] من ذلك.

قوله رحمه الله: ويستحبّ متابعة الذبح حتى يستوفي أعضاء الأربعة، فلو قطع البعض وأرسله ثمّ استأنف قطع الباقي، فإن كان بعد الأوّل حياة مستقرّة حلّ، وإلّا حرم على إشكال؛ لاستناد إزهاق الروح الى الذبح».

أقول: ومن حيث إنّه صير حياته غير مستقرّة بقطع ما لا يكفي في الذباحة، وهو قطع بعض الأعضاء الأربعة التي هي المريء والحلقوم والودجان، وقطع جميعها معتبر في حلّ الذبيحة، ولم يحصل تمامها إلّا وهو في حكم الميّت؛ لعدم استقرار حياته.

قوله رحمه الله: ولو أدركه بنظره فالأقرب التحريم».

أقول: اذا رفعت سمكة فأدركها بنظره ثمّ ماتت قبل أن يأخذها فالأقرب عنده انّها لاتحلّ؛ لأنّ ذكاة السمك أخذه حيّاً لامجرّد اصطياده، ولم يحصل أخذه حيّاً فكان حراماً.

قوله رحمه الله: «ولو نصب شبكة في الماء فمات فيها بعضه واشتبه بالحيّ حرم الجميع على رأي».

أقول: القول: بأنّه يحرم الجميع هو مذهب ابن حمزة[٢]، وابن ادريس[٣].

---

(١) السرائر: كتاب الصيد والذبائح باب الذبح وكيفية وجوب التسمية ج ٣ ص ١١٠.

(٢) الوسيلة: كتاب المباحات فصل في بيان أحكام الصيد ص ٣٥٥.

(٣) السرائر: كتاب الصيد والذبائح ج ٣ ص ٩٠.

خلافاً للشيخ، وابن البرّاج، وابن أبي عقيل حيث قالا: لايحرم.

فإنّ الشيخ قال في النهاية: واذا نصب الانسان شبكة في الماء يوماً وليله ومازاد على ذلك ثمّ قلعها وقد اجتمع فيها سمك كثير جاز أكل جميعه، وإن كان يغلب على ظنّه انّ بعضه مات في الماء؛ لأنّه لا طريق له الى تمييزه من غيره، فإن كان له طريق الى تمييز ما مات في الماء ممّا لم يمت فيه لم يجز له أكل ما مات فيه[1]. ومثله قال ابن البرّاج[2].

وقال ابن أبي عقيل: ولو انّ رجلاً عمل حظيرة قصب في الماء ليصطاد بها السمك فدخلها السمك فمات فيها أو جزر عنها الماء فبقي فيها فمات كان أكله حلالاً؛ لأنّ هكذا يكون صيد السمك[3].

قوله رحمه الله: «ويباح أكله حيّاً على رأي».

أقول: المصنّف جوّز أكل السمك حيّاً، خلافاً للشيخ حيث قال في المبسوط: لايجوز، فانّه قال فيه: ابتلاع السمك الصغار قبل أن يموت لايحلّ عندنا وعند جماعة، وقال بعضهم: يحلّ. وهكذا لايجوز أن يطرح في زيت وهو يغلى على النار؛ لأنّه تعذيب له، وقد نهى النبي صلّى الله عليه وآله عن تعذيب الحيوان. فأمّا الهازي ـ وهو السمك الصغار الذي يغلي ولايلقى ما في جوفه من الرجيع ـ فعندنا يجوز أكله؛ لأنّ رجيع ما يؤكل ليس بنجس عندنا، وقال

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الصيد والذبائح باب الصيد وأحكامه ج ٣ ص ٨٣ ـ ٨٤.

(٢) المهذّب: كتاب الأطعمة والأشربة والصيد والذباحة باب الصيد والذبائح ج ٢ ص ٤٣٨.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصيد الفصل الأوّل في أحكام الصيد ص ٦٧٤ س ١.

بعضهم: لايحلّ أكله جميعه[١].

قوله رحمه الله: «ولو ضرب السمكة بآلة في الماء فتصير حياتها غير مستقرّة ثمّ أخرجها فالأقرب التحريم».

أقول: وجه القرب انّها ماتت في الماء؛ لأنّ حياتها المستقرّة ذهبت في الماء وخرجت منه بعد أن صارت في حكم الميتة.

قوله رحمه الله: «وفي المارماهي والزمّار والزهو روايتان».

أقول: ولهاتين الروايتين قولان للشيخ:

فقال في النهاية: وأمّا المارماهي والزمّار والزهو فانّه مكروه شديد الكراهية وإن لم يكن ذلك محظوراً[٢]، وتبعه ابن البرّاج[٣] في ذلك.

وقال في باب الحدّ في شرب الخمر من النهاية: ويعزّر آكل الجرّي والمارماهي ومسوخ السمك من الزمّار، فإن عاد أُدّب ثانية، فإن استحلّ شيئاً من ذلك وجب عليه القتل[٤].

وهذا القول الأخير هو المشهور بين الأصحاب، ذهب إليه السيد[٥]، وهو ظاهر

---

(١) المبسوط: كتاب الصيد والذبائح فصل في ما يجوز الذكاة به ومالايجوز ج ٦ ص ٢٧٧.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الصيد والذبائح باب مايستباح أكله من سائر أجناس الحيوان ومالايستباح ج ٣ ص ٧٨.

(٣) المهذّب: كتاب الأطعمة والأشربة والصيد والذباحة باب الصيد والذباحة ج ٢ ص ٤٣٨.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب الحدّ في شرب الخمر والمسكر ج ٣ ص ٣١٩.

(٥) الانتصار: مسائل الصيد والذبائح والأطعمة والأشربة واللباس ص ١٨٦.

كلام المفيد حيث قال: ويجتنب أكل الجرّي والزمّار والمارماهي[١].

وابن الجنيد حيث قال: ولا يؤكل من السمك الجرّي ولا المارماهي والزمّار وما لا قشر له وما ليس ذنبه مستوياً[٢].

وابن أبي عقيل حيث قال: وحرام بيع الجرّي والمارماهي والزمّار[٣].

ومحمّد بن بابويه حيث قال: ولا يؤكل الجرّي ولا المارماهي ولا الزمّار ولا الطافي[٤]. ونص سلّار[٥] أيضاً على التحريم، إلّا انّهم جميعاً لم يتعرّضوا للزهو صريحاً. وابن ادريس[٦] ذهب الى تحريم الجميع.

اذا عرفت هذا فلنذكر الروايتين المشار إليهما فنقول:

امّا رواية الإباحة فهي: ما رواه الحلبي قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: لا يكره شيء من الحيتان إلّا الجرّي[٧].

ومثلها ما رواه الشيخ في الصحيح عن محمّد بن مسلم، عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الجرّي والمارماهي والزمّار وما ليس له قشر من السمك حرام هو؟ فقال: يا محمّد اقرأ هذه الآية التي في الأنعام: ﴿قل لا أجد فيما أُوحي إليّ محرّماً على

---

(١) المقنعة: كتاب الصيد والذبائح والأطعمة باب الصيد والذكاة ص ٥٧٦.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصيد الفصل الثاني في ما يباح أكله من الحيوان ومايحرم ص ٦٧٧ س ٢٣.

(٣) المصدر السابق.

(٤) المقنع: باب الصيد والذبائح ص ١٤٢.

(٥) المراسم: ذكر الصيد والذبائح ص ٢٠٧.

(٦) السرائر: كتاب الصيد والذبائح باب ما يستباح أكله من سائر أجناس الحيوان ج ٣ ص ٩٨ ـ ٩٩.

(٧) تهذيب الأحكام: ب ١ الصيد والذكاة ح ١٣ ج ٩ ص ٥، وسائل الشيعة: ب ٩ من أبواب الأطعمة المحرّمة ح ١٧ ج ١٦ ص ٤٠٣.

طاعم يطعَمُهُ﴾ قال: قرأتها حتى فرغت منها، فقال: انّما الحرام ما حرّم الله ورسوله في كتابه، ولكنهم قد كانوا يعافون شيئاً فنحن نعافها[١].

وأمّا رواية التحريم: فما رواه سمرة بن سعيد قال: خرج أميرالمؤمنين عليه السلام على بغلة رسول الله صلّى الله عليه وآله فخرجنا معه نمشي حتى انتهينا الى موضع أصحاب السمك فجمعهم فقال: تدرون لأيّ شيء جمعتكم؟ قالوا: لا، قال لا تشتروا الجرّيث ولا المارماهي ولا الطافي على الماء ولا تبيعوه[٢].

واعلم انّ هاتين الروايتين لم تتناولا تحريم الزهو.

والذي يدلّ على تحريمه ما رواه الشيخ في التهذيب، يرفعه الى اسحاق صاحب الحيتان قال: خرجنا بسمكٍ نتلقّى به أبا الحسن الرضا عليه السلام وقد خرجنا من المدينة وقد قدم هو من سبالة[٣] فقال: ويحك يا فلان لعلّ معك سمكاً؟ فقلت: نعم جعلت فداك، فقال: انزلوا، فقال: ويحك لعلّه زهو؟ قال: قلت: نعم، قال: اركبوا لا حاجة لنا فيه[٤].

وهذه الرواية وإن لم تكن صريحةً في التحريم إلّا انّ الزهو لا قشر له، وكلّ ما لا قشر له فهو حرام يدلّ على ذلك ما رواه ابن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: كان علي عليه السلام بالكوفة يركب بغلة رسول الله صلّى الله عليه وآله ثمّ يمرّ بسوق

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١ الصيد والذكاة ح ١٦ ج ٩ ص ٦، وسائل الشيعة: ب ٩ من أبواب الأطعمة المحرّمة ح ٢٠ ج ١٦ ص ٤٠٤.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ١ الصيد والذكاة ح ١١ ج ٩ ص ٥، وسائل الشيعة: ب ٩ من أبواب الأطعمة المحرّمة ح ١٤ ج ١٦ ص ٤٠٣.

(٣) سبالة: موضع بقرب المدينة على مرحلة.

(٤) تهذيب الأحكام: ب ١ الصيد والذكاة ح ٦ ج ٩ ص ٣، وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب الأطعمة المحرّمة ح ١ ج ١٦ ص ٤٠٦.

الحيتان فيقول: لا تأكلوا ولا تبيعوا مالم يكن له من السمك قشر[١]. وغيرها من الروايات تتضمّن ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو وجدت سمكة في بطن أُخرى حلّت على رأي، ومنشأ الخلاف عدم اليقين بالشرط».

أقول: قال الشيخ في النهاية: اذا شقّ جوف سمكة فوجد فيها سمكة جاز أكلها اذا كانت من جنس مايحلّ[٢]، وهو مذهب المفيد[٣]، وعلي بن بابويه[٤]. ومنع ابن ادريس[٥] من أكلها مالم تكن حيّة.

ومنشأ الخلاف انّ الشرط إباحة أكل ذلك السمك إخراجه من الماء حيّاً، وهو غير متيقّن الحصول، فلا يكون أكلها مباحاً، كما قال ابن ادريس.

ومن حيث إنّ الأصل بقاء الحياة الى حين الإخراج فيحكم بحصول الشرط، عملاً بالاستصحاب، فتكون مباحة، كما قال الشيخ، مع عموم قوله تعالى: ﴿أحلّ

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١ الصيد والذكاة ح ٣ ج ٩ ص ٣، وسائل الشيعة: ب ٨ من أبواب الأطعمة المحرّمة ح ٤ ج ١٦ ص ٣٩٨.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الصيد والذبائح باب ما يستباح أكله من سائر أجناس الحيوان ومالايستباح ج ٣ ص ٧٩.

(٣) المقنعة: كتاب الصيد والذبائح والأطعمة باب الصيد والذكاة ص ٥٧٦ ـ ٥٧٧.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصيد الفصل الثاني في ما يباح أكله من الحيوان وما يحرم ص ٦٧٨ س ٦.

(٥) السرائر: كتاب الصيد والذبائح باب ما يستباح أكله من سائر أجناس الحيوان ومالايستباح ج ٣ ص ١٠٠.

لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة﴾[١].

قوله رحمه الله: «ولو وجدت سمكة في جوف حيّة قيل: حلّت إن لم تنسلخ، والوجه التحريم، إلّا أن تأخذها حيّة».

أقول: قال الشيخ رحمه الله أيضاً في النهاية: وإن شقّ جوف حيّة فوجد فيها سمكة فإن كانت على هيئتها لم تنسلخ لم يكن بأس بأكلها، وإن تسلّخت لم يجز أكلها على حال[٢].

ومنع ابن ادريس أيضاً من جواز أكلها وقال: هي حرام، سواء كانت قد تسلّخت أو لم تنسلخ مالم تكن حيّة[٣]. وهو الوجه عند المصنّف، لما ذكره في المختلف؛ لعدم يقين الإخراج من الماء حياً مع انّه ضابط التحليل[٤].

ورواية أيوب ابن أعين ـ عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: جعلت فداك ما تقول في حيّة ابتلعت سمكة ثمّ طرحتها وهي حيّة تضطرب أيحلّ أكلها؟ فقال: إن كان فلوسها قد تسلّخت فلا تأكلها، وإن لم تكن تسلّخت فكلها[٥] ـ غير دالّة على قول

---

(١) المائدة: ٩٦.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الصيد والذبائح باب ما يستباح أكله من سائر أجناس الحيوان ومالايستباح ج ٣ ص ٧٩.

(٣) السرائر: كتاب الصيد والذبائح باب ما يستباح أكله من سائر أجناس الحيوان ومالايستباح ج ٣ ص ١٠٠.

(٤) مختلف الشيعة: كتاب الصيد الفصل الثاني في ما يباح أكله من الحيوان ومايحرم ص ٦٧٨ س ١٣.

(٥) تهذيب الأحكام: ب ١ الصيد والذكاة ح ٢٧ ج ٩ ص ٨، وسائل الشيعة: ب ١٥ من أبواب الأطعمة ح ١ ج ١٦ ص ٤١٥.

الشيخ، فانّها تضمّنت انّها طرحتها وهي حيّة، ونحن نقول بموجبها، والنزاع وقع فيما اذا وجدت ميّتة لم تنسلخ، وليس في الحديث ما يدلّ عليه.

قوله رحمه الله: «والجلّال حرام وهو ما يأكل العذرة، إلّا أن يستبرأ بجعله في ماء يوماً وليلةً ويطعم فيها علفاً طاهراً بالأصالة على إشكال».

أقول: يريد هل يشترط في العلف الذي يُستبرأ به السمك أن يكون طاهراً بالفعل ـ أي يكون طاهراً في الأصل ولم تعرض له نجاسة من خارج ـ أو انّه يكون طاهراً في الأصل لا غير؟ فيه إشكال.

ينشأ من إطلاق الأصحاب بأن يطعم علفاً طاهراً يوماً وليله في ماء، وذلك محتمل لكلّ واحد من الأمرين. ووجه رجحان الاكتفاء بطهارة الطعام بالأصالة، وإن عرضت له النجاسة انّ الطعام الطاهر بالأصالة يصدق عليه انّه طعام طاهر فيكون كافياً في الاستبراء به، ولأنّ الأصل الإباحة. ووجه رجحان اشتراط الطهارة بكلا المعنيين انّه صار حراماً باعتبار الجلل إجماعاً، والأصل بقاء التحريم مالم يحصل يقين الاستبرا، ولا يقين بدون طهارة العلف بكلا المعنيين.

قوله رحمه الله: «ولو قذفه البحر حيّاً أو نضب عنه وأدركه ففي أكله إشكال، أقربه اشتراط أخذه حيّاً».

أقول: وجه الإشكال من تعارض أصل الإباحة وعدم حصول الشرط، وهو الأقرب، لما تقدّم من انّ ضابط التحليل أخذه حيّاً ولم يحصل.

قوله رحمه الله: «وأمّا الغراب فيحرم منه الأسود الكبير الذي يسكن الجبال ويأكل الجيف والأبقع، وأمّا الزاغ ـ وهو غراب الزرع ـ والغداف ـ وهو أصغر منه أغبر اللون كالرماد ـ ففي تحريمهما خلاف».

أقول: المصنّف رحمه الله نقل الخلاف في الغداف والزاغ، مع انّ الخلاف في جميع أنواع الغربان، لكن مراده رحمه الله الخلاف المشهور في هذين.

اذا عرفت هذا فاعلم انّ للشيخ هنا أقوالاً:

فقال في النهاية بالكراهة مطلقاً فقال: ويكره أكل الغربان[1]، وأطلق. وكذا ابن البرّاج[2].

وقال في الخلاف: الغراب أكله حرام على الظاهر من الروايات، وقد روي في بعضها رخص وهو الزاغ وهو غراب الزرع، والغداف أصغر منه أغبر اللون كالرماد وقال الشافعي: الأسود والأبقع حرام. والزاغ والغداف على وجهين: أحدهما: حرام، والآخر: حلال، وبه قال أبو حنيفة. دليلنا: إجماع الفرقة وعموم الأخبار في تحريم الغراب، وطريقة الاحتياط تقتضي ذلك أيضاً[3].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الصيد والذبائح باب ما يستباح أكله من سائر أجناس الحيوان ومالايستباح ج ٣ ص ٨٢.

(٢) المهذّب: كتاب الأطعمة والأشربة والصيد والذباحة باب أقسام الأطعمة والأشربة ج ٢ ص ٤٢٩.

(٣) الخلاف: كتاب الأطعمة المسألة ١٥ ج ٣ ص ٢٦٧ طبعة اسماعليان.

وقطع في المبسوط على تحريم الأسود الذي يسكن الجبال ويأكل الجيف والأبقع، وأمّا الزاغ والغداف ـ وهو أصغر منه أغبر اللون كالرماد ـ قال قوم: حرام؛ لظاهر الأخبار، وقال آخرون: هو مباح. قال: وهو الذي ورد في رواياتنا[١].

وقال ابن ادريس: الغربان على أربعة أضرب، ثلاثة منها لايجوز أكل لحمها وهي: الغداف الذي يأكل الجيف ويفرس ويسكن الخرابات وهو الكبير من الغربان السود، وكذلك الأغبر الكبير؛ لأنّه يفرس ويصيد الدرّاج، وهو من جملة سباع الطير، وكذلك لايحلّ أكل لحم الأبقع الذي يسمّى العقعق طويل الذنب. فأمّا الرابع وهو غراب الزرع الصغير من الغربان السود الذي يسمّى الزاغ فانّ الظاهر من المذهب انّه يؤكل لحمه دون أن يكون لحمه محظوراً، والى هذا ذهب شيخنا في نهايته، وإن كان قد ذهب الى خلافه في مبسوطه ومسائل خلافه فانّه قال بتحريم الجميع، وذهب في استبصاره الى تحليل الجميع[٢].

قوله رحمه الله: «ويكره الخطاف على رأي».

أقول: مذهب المصنّف كراهية أكل الخطاف، وهو الظاهر من مذهب المفيد حيث قال: يحرم من الطير ما يصفّ ويحلّ منه ما يدفّ، فإن كان يصفّ ويدفّ اعتبر، فإن كان دفيفه أكثر أُكل[٣].

---

(١) المبسوط: كتاب الأطعمة ج ٦ ص ٢٨١.

(٢) السرائر: كتاب الصيد والذبائح باب ما يستباح أكله من سائر أجناس الحيوان ومالايستباح ج ٣ ص ١٠٣.

(٣) المقنعة: كتاب الصيد والذبائح والأطعمة باب الصيد والذكاة ص ٥٧٧.

ولاشكّ في انّ الخطاف يدفّ أكثر، بل ربما لايصفّ أصلاً. وذهب الشيخ في النهاية[١] الى تحريمه، وتبعه ابن البرّاج[٢]، وابن ادريس[٣].

قوله رحمه الله: «وقد يعرض التحريم من وجوه الجلل، وهو أن يغتذي عذرة الانسان لا غير فيحرم على الأشهر إلّا أن تُستبرأ».

أقول: المشهور بين الأصحاب تحريم الجلّالة ـ وهو الذي يأكل عذرة الانسان ـ الى أن يُستبرأ بالعلف الطاهر.

وقال ابن الجنيد: والجلّال من سائر الحيوان مكروه أكله، وكذلك شرب ألبانها والركوب عليها[٤].

قوله رحمه الله: «وفي البقرة عشرون على رأي».

أقول: اختلفوا فيما يُستبرأ به البقرة فقيل: عشرون، كما قال المصنّف، وهو قول

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الصيد والذبائح باب ما يستباح أكله من سائر أجناس الحيوان ومالايستباح ج ٣ ص ٨٢.

(٢) المهذّب: كتاب الأطعمة والأشربة والصيد والذباحة باب أقسام الأطعمة والأشربة ج ٢ ص ٤٢٩.

(٣) السرائر: كتاب الصيد والذبائح باب ما يستباح أكله من سائر أجناس الحيوان ومالايستباح ج ٣ ص ١٠٤.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصيد الفصل الثاني في ما يباح أكله من الحيوان ومايحرم ص ٦٧٦ س ٣٥.

الشيخ في النهاية[١] والخلاف[٢]، واختاره ابن زهرة[٣].

وقال محمّد بن بابويه في المقنع ثلاثون يوماً[٤]، وجعله ابن الجنيد[٥] رواية.

وقال في المبسوط: أربعون، كالناقة[٦]. وتبعه أبو الصلاح[٧].

قوله رحمه الله: «وطء الانسان فيحرم هو ونسله بذلك، والأقرب اختصاص هذا الحكم بذوات الأربع دون الطير».

أقول: وجه القرب انّ الأصل البقاء على الإباحة، خرج منه ذوات الأربع؛ للعلم بتناول النصّ لها، فيبقى ما عداها على الأصل.

قوله رحمه الله: «ولايحلّ اللبن على رأي».

أقول: اختلفوا في اللبن الموجود في الضرع بعد الموت فقيل: حلال، ذهب إليه

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الصيد والذبائح باب ما يستباح أكله من سائر أجناس الحيوان ومالايستباح ج ٣ ص ٧٥.

(٢) الخلاف: كتاب الأطعمة المسألة ١٦ ج ٣ ص ٢٦٧ طبعة اسماعيليان.

(٣) الغنية «الجوامع الفقهية»: فصل في الصيد والذبائح والأطعمة والأشربة ص ٥٥٦ س ٢٩.

(٤) لم نعثر عليه في المقنع ونقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصيد الفصل الثاني في ما يباح أكله ص ٦٧٦ س ٣٢.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الصيد الفصل الثاني في ما يباح أكله من الحيوان وما يحرم ص ٦٧٦ س ٣٥.

(٦) المبسوط: كتاب الأطعمة ج ٦ ص ٢٨٢.

(٧) الكافي في الفقه: فصل في بيان ما يحرم أكله ص ٢٧٧.

الشيخ في النهاية[١] والتهذيب[٢] والاستبصار[٣]، وقول المفيد في المقنعة[٤]، وقول محمّد بن بابويه في المقنع[٥].

وقيل: هو محرّم، ذهب إليه سلّار[٦]، وابن ادريس[٧]، واختاره المصنّف.

قوله رحمه الله: «ولو امتزج المذكّى بالميّت اجتنبا، وقيل: يباع ممّن يستحلّ الميتة ويحمل على قصد بيع الذكي خاصّة».

أقول: القائل بانّه يباع على مستحلّ الميتة هو الشيخ في النهاية[٨]، وتبعه ابن حمزة[٩].

ومنع ابن ادريس من ذلك فقال: لايجوز بيعه ولا الانتفاع به، وقد روي انّه يباع

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الصيد والذبائح باب ما يحلّ من الميتة ويحرم من الذبيحة ج ٣ ص ٩٥ـ٩٦.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٢ الذبائح والأطعمة وما يحلّ من ذلك وما يحرم منه ذيل الحديث ٦٠ ج ٩ ص ٧٧.

(٣) الاستبصار: ب ٥٤ ما يجوز الانتفاع به من الميتة ذيل الحديث ٣ ج ٤ ص ٨٩.

(٤) المقنعة: كتاب الصيد والذبائح والأطعمة باب الذبائح والأطعمة ومايحلّ من ذلك وما يحرم منه ص ٥٨٣.

(٥) لم نعثر عليه في المقنع ووجدناه في الهداية: باب الأشياء التي هي من الميتة ذكية ص ٧٩.

(٦) المراسم: ذكر الأشربة ص ٢١١.

(٧) السرائر: كتاب الصيد والذبائح باب ما يحلّ من الميتة ويحرم من الذبيحة... ج ٣ ص ١١٢.

(٨) النهاية ونكتها: كتاب الصيد والذبائح باب مايحلّ من الميتة ويحرم من الذبيحة... ج ٣ ص ٩٧ ـ ٩٨.

(٩) الوسيلة: كتاب المباحات فصل في بيان مايحرم من الذبيحة ويحلّ من الميتة... ص ٣٦٢.

على مستحلّ الميتة، والأولى إطراح هذه الرواية وترك العمل بها؛ لأنّها مخالفة لأُصول مذهبنا، ولأنّ الرسول صلّى الله عليه وآله قال: إنّ الله اذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه[١].

والمصنّف رحمه الله حمل كلام الشيخ رحمه الله على انّ المقصود انّه يباع على مستحلّ الميتة، ويقصد البائع بيع الذكي خاصّة.

وأقول: هذا ليس بيعاً حقيقياً؛ لأنّه بيع فاسد، فانّ المذكّى منه لايعلم مقداره ولا عينه ولا وصفه؛ لامتزاجه بما يشابهه من الميتة، فلو كان بيعاً لكان باطلاً، وانّما يكون موصلاً الى انتزاع مال الكافر الذي هو فيء للمسلمين مباح لهم.

قوله رحمه الله: «ولو اضطرّ الى التداوي كالأرمني فالوجه الجواز».

أقول: لو اضطرّ المريض الى التداوي بالطين الأرمني فالوجه عند المصنّف الجواز؛ لأنّ أكل الطين مطلقاً حرام بدون الاستشفاء، سواء كان بتربة الحسين عليه السلام أو غيره، وانّما ساغ أكل اليسير من تربة الحسين عليه السلام للاستشفاء، واذا كان المقتضي لإباحة الطين المحرّم أكله للاستشفاء وهو مفروض الحصول هنا كان جائز الوجود المقتضي للإباحة فيه.

قوله رحمه الله: «ولو وقع قليل من الدم في قدر يغلي على النار وجب غسل اللحم والتوابل[٢] وأُكل، والمرق نجس على رأي».

---

(١) السرائر: كتاب الصيد والذبائح باب ما يحلّ من الميتة ويحرم من الذبيحة... ج ٣ ص ١١٣.

(٢) التوابل: وهي الكباب وما شابهها.

أقول: أمّا وجوب غسل اللحم والتوابل فالمراد به انّه لايجوز أكله إلّا بعد غسله، وأمّا نجاسة المرق فهو قول ابن ادريس[١]. خلافاً للشيخين.

فانّ المفيد قال: وإن وقع دم في قدر يغلي على النار جاز أكل ما فيها بعد زوال عين الدم وتفرّقها بالنار[٢].

وقال الشيخ في النهاية: والقدر اذا كان يغلي على النار فإن حصل فيها شيء من الدم وكان قليلاً ثمّ غلى جاز أكل ما فيها؛ لأنّ النار يحيل الدم، وإن كان كثيراً لم يجز أكل ما وقع فيه[٣].

وقال ابن البرّاج: الأحوط عندي في الوجهين جميعاً انّه لايؤكل شيء من ذلك[٤].

قوله رحمه الله: «الخمر وسائر المسكرات نجسة على أصحّ القولين».

أقول: لأصحابنا في نجاسة الخمر قولان أحدهما: ليس بنجس، ذهب إليه ابن بابويه[٥]. والآخر: انّه نجس، وهو مذهب أكثر علمائنا.

---

(١) السرائر: كتاب الأطعمة والأشربة باب الأطعمة المحظورة والمباحة ج ٣ ص ١٢٠.

(٢) المقنعة: كتاب الصيد والذبائح والأطعمة باب الذبائح والأطعمة وما يحلّ من ذلك وما يحرم منه ص ٥٨٢.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الأطعمة والأشربة باب الأطعمة المحظورة والمباحة ج ٣ ص ١٠٤ـ١٠٥.

(٤) المهذّب: كتاب الأطعمة والأشربة والصيد والذباحة باب ما يتعلّق بذلك ج ٢ ص ٤٣١.

(٥) المقنع: باب شرب الخمر والغناء وما يجب في ذلك من الحدّ والحكم ص ١٥٣.

والأصحّ عند المصنّف وجه الصحّة الإجماع السابق على هذا القائل، والمتأخّر عنه الدالّ على نجاسته، والأحاديث[١] الدالّة على ذلك وهي كثيرة.

قوله رحمه الله: «كل ما لاقاه نجس ـ الى قوله: ـ فإن كان مائعاً نجس، وجاز الاستصباح به إن كان دهناً تحت السماء لا تحت الظلال، والأقرب انّه تعبّد لا لنجاسة دخانه، فإن دخان الأعيان النجسة طاهر».

أقول: هذا قول ابن ادريس[٢]، وقول الشيخ في الخلاف[٣].

وقال في المبسوط: الأدهان اذا ماتت فيها فارة نجس، ويجوز عندنا وعند جماعة الاستصباح به في السراج، فلا يؤكل ولا ينتفع به إلّا في الاستصباح به، وفيه خلاف. قال: وروى أصحابنا انّه يستصبح به تحت السماء دون السقف، وهذا يدلّ على انّ دخانه نجس، غير انّ عندي انّ هذا مكروه، فأمّا دخانه ودخان كلّ نجس من العذرة وجلود الميتة ـ كالسرجين والشعر وعظام الميتة ـ عندنا ليس بنجس، وأمّا ما يقطع بنجاسته فقال قوم: دخانه نجس، وهو الذي دلّ عليه الخبر الذي قدّمناه من رواية أصحابنا، وقال آخرون ـ وهو الأقوى ـ: انّه ليس بنجس[٤].

---

(١) راجع تهذيب الأحكام: ب ٢ الذبائح والأطعمة ح ٢٨٨ ج ٩ ص ١٢٨، وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب الأطعمة المحرّمة ج ١٦ ص ٣٧٧.

(٢) السرائر: كتاب الأطعمة والأشربة باب الأطعمة المحظورة والمباحة ج ٣ ص ١٢١.

(٣) الخلاف: كتاب الأطعمة المسألة ٢٠ ج ٣ ص ٢٦٩ طبعة اسماعيليان.

(٤) المبسوط: كتاب الأطعمة ج ٦ ص ٢٨٣.

والأقرب عند المصنّف ما ذهب إليه ابن ادريس من انّ تحريم الاستصباح به تحت الظلال تعبّد شرعي لا لنجاسة دخانه، لما ذكره من انّ دخان الأعيان النجسة طاهر؛ لأصالة الطهارة السالم عن وجود ما يدلّ على النجاسة.

قوله رحمه الله: «وروي انّه يأمر المجوسي اذا أراد مؤاكلته بغسل يده، وهي محمولة على الأجسام الجامدة أو مع اختلاف الأواني».

أقول: الرواية المشار إليها هي: ما رواه عيص بن القاسم في الصحيح، عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن مؤاكلة اليهودي والنصراني فقال: لابأس اذا كان من طعامك، وسألته عن مؤاكلة المجوسي، فقال: اذا توضأ فلا بأس[1].

واعلم انّ الشيخ أبا جعفر رحمه الله عمل على ظاهر هذه الرواية، فقال في النهاية: يكره أن يدعو الانسان أحداً من الكفّار على طعامه فيأكل معه، فاذا دعاه فليأمر بغسل يده[2].

وقال المفيد: لايجوز مؤاكلة المجوس[3].

وقال ابن البرّاج: لايجوز الأكل والشرب مع الكفّار[4].

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢ الذبائح والأطعمة وما يحلّ من ذلك وما يحرم منه ح ١٠٨ ج ٩ ص ٨٨، وسائل الشيعة: ب ٥٣ من أبواب الأطعمة المحرّمة ح ٤ ج ١٦ ص ٣٨٤.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الأطعمة والأشربة باب الأطعمة المحظورة والمباحة ج ٣ ص ١٠٧.

(٣) المقنعة: كتاب الصيد والذبائح والأطعمة باب الذبائح والأطعمة وما يحلّ من ذلك وما يحرم منه ص ٥٨١.

(٤) المهذّب: كتاب الأطعمة والأشربة والصيد والذباحة باب ما يتعلّق بذلك ج ٢ ص ٤٣٢.

وقال ابن ادريس: قول شيخنا في نهايته رواية شاذّة، أوردها شيخنا في نهايته ايراداً لا اعتقاداً، وهذه الرواية لايلتفت إليها ولا يعرّج عليها؛ لأنّها مخالفة لأُصول المذهب؛ لأنّا قد بينّا بغير خلاف بيننا انّ سؤر الكفّار نجس فينجس المائع بمباشرته[١]. وهو المختار عند المصنّف، وأجاب عن استدلال الشيخ بالرواية: بالحمل على مؤاكلة الأجسام الجامدة، كالفواكه والخبز وأشباه ذلك مما لاينفعل بملامسة الكافر له بغير رطوبة أو على اختلاف الأواني فيأكل المسلم في آنية ويأكل الكافر في أُخرى.

قوله رحمه الله: «ويكره الاسلاف في العصير وأن يؤتمن على طبخه من يستحلّ شربه قبل ذهاب ثلثيه، وقيل بالمنع، وهو أجود».

أقول: القائل بالمنع هو الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: ولايجوز أن يؤتمن على طبيخ العصير من يستحلّ شربه على أقلّ من الثلث وإن ذكر انّه على الثلث[٢].

وتبعه ابن ادريس فقال: ولايقبل في طبيخ العصير وغيره شهادة من يرى جواز شربه في الحال التي لايجوز شربه عندنا فيها وقد بينّاها[٣].

وذهب نجم الدين في الشرائع[٤] الى الكراهية.

---

(١) السرائر: كتاب الأطعمة والأشربة باب الأطعمة المحظورة والمباحة ج ٣ ص ١٢٣ ـ ١٢٤.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الأطعمة والأشربة باب الأشربة المحظورة والمباحة ج ٣ ص ١٠٩ـ١١٠.

(٣) السرائر: كتاب الأطعمة والأشربة باب الأشربة المحظورة والمباحة ج ٣ ص ١٢٩.

(٤) شرائع الاسلام: كتاب الأطعمة والأشربة القسم السادس في اللواحق المسألة التاسعة ج ٣ ص ٢٢٨ ـ ٢٢٩.

والقول بالمنع أجود عند المصنّف؛ لأنّ تحريمه قد ثبت قطعاً، ولايحلّ حتى يثبت ذهاب ثلثيه، وهو غير معلوم ولا مظنون؛ لوجود التهمة في أخبار مستحلّة قبل حصول الشرط.

ولما رواه معاوية بن عمّار قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل من أهل المعرفة بالحقّ يأتيني بالبختج[١] ويقول: قد طبخ على الثلث وأنا أعرف انّه يشربه على النصف، فقال: خمر لاتشربه، قلت: ورجل من غير أهل المعرفة ممّن لانعرفه يشربه على الثلث ولا يستحلّه على النصف يخبرنا انّ عنده بختجاً على الثلث يشربه؟ قال: نعم[٢].

قوله رحمه الله: «وأواني الخمر تطهر بالغسل ثلاثاً بعد زوال العين وإن كانت من خشب أو قرع أو خزف غير مغضور[٣] على رأي».

أقول: مذهب المصنّف انّ أواني الخمر تطهر بالغسل مع زوال العين وإن كانت من هذه الأشياء التي عدّدها، وهو قول ابن ادريس[٤]. خلافاً للشيخ فانّه قال في باب الأشربة المحظورة والمباحة من الجزء الثاني من النهاية: وأواني الخمر ما كان من الخشب والقرع وما أشبههما لم يجز استعمالها في شيء من المائعات حسب ما قدّمناه،

---

(١) البُختُج: العصير المطبوخ. (لسان العرب).

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٢ الذبائح والأطعمة وما يحلّ من ذلك وما يحرم منه ح ٢٦١ ج ٩ ص ١٢٢، وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب الأشربة المحرّمة ح ٤ ج ١٧ ص ٢٣٤.

(٣) الغضارة: الطين الحرّ اللازب(مجمع البحرين: ج ٣ ص ٤٢٤).

(٤) السرائر: كتاب الأطعمة والأشربة باب الأطعمة المحظورة والمباحة ج ٣ ص ١٢٢، وكتاب الطهارة باب المياه وأحكامها ج ١ ص ٩٢.

وما كان من صفر أو زجاج أو جرار خضر أو خزف جاز استعمالها اذا غسلت بالماء ثلاث مرّات[١]. وقوّى الشيخ في المبسوط انّها تطهر بالغسل سبع مرّاتٍ مطلقاً[٢]، وانّ ماورد من عدم طهارتها اذا كانت خشباً أو قرعاً لايطهر بالغسل محمول على ضرب من التغليظ والكراهية دون الحظر.

قوله رحمه الله: «ولو وجد لحم مطروح لا يعلم ذكاته اجتنب، وقيل: يطرح في النار، فإن انقبض فذكيّ، وان انبسط فميّت».

أقول: القائل بذلك هو الشيخ رحمه الله فإنه قال في باب الصيد وأحكامه من الجزء الثاني من النهاية: واذا وجد لحماً لايعلم أذكيّ أم ميّت فليطرحه على النار، فإن انقبض فهو ذكيّ، وان انبسط فليس بذكيّ[٣].

قوله رحمه الله: «وروي إباحة ما يمرّ به الانسان من الشجر والزرع والنخل اذا لم يقصده ولم يفسده ويأخذ منه شيئاً».

أقول: ذهب الأكثر من أصحابنا الى جواز أكل ما يمرّ به الانسان من الثمرة بالشروط الثلاثة.

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الأطعمة والأشربة باب الأشربة المحظورة والمباحة ج ٣ ص ١١١ـ١١٢.

(٢) المبسوط: كتاب الطهارة باب حكم الأواني والأوعية والظروف ج ١ ص ١٥.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الصيد والذبائح باب الصيد وأحكامه ج ٣ ص ٨٨.

والمصنّف أشار الى مستند هذا القول وهو: ما رواه الحسين بن سعيد، عن ابن أبي عمير، عن بعض أصحابنا، عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يمرّ بالنخل والثمرة والبستان أيجوز له أن يأكل منها من غير إذن صاحبها من ضرورة أو غير ضرورة؟ قال: لابأس[1].

قوله رحمه الله: «ولو خاف طول مرضه أو عسر علاجه فالأقرب انّه مضطرّ».

أقول: المضطرّ الذي يجوز أن يأكل أو يشرب مالايحلّ له أكله ولا شربه اختياراً هو من يخاف التلف أو المرض أو الضعف المؤدّي الى التخلّف عن الرفقة وظهور العطب أو ضعف الركوب المؤدّي الى خوف التلف، امّا لو خاف المرض أو طوله فالأقرب عند المصنّف انّه مضطرّ يجوز له التناول.

ووجه القرب انّه لا فرق بين الصحيح الذي يخاف المرض لولا التناول وبين المريض الذي يخاف طول المرض لولاه، فانّ كلّ واحد منهما يخاف حصول المرض في زمان لولا التناول لحصل في ذلك الزمان، وكذا خوف عسر العلاج فانّه يؤدّي الى طول المرض أو أدائه الى التلف.

قوله رحمه الله: «ولا يرخّص الباغي وهو: الخارج على الامام، وقيل: الذي يبغي الميتة».

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٧ بيع الثمار ح ٣٦ ج ٧ ص ٩٣، وسائل الشيعة: ب ٨ من أبواب بيع الثمار ح ٣ ج ١٣ ص ١٤.

أقول: الأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿فمن اضطرّ غير باغٍ ولا عادٍ﴾[١] فاختلفوا في الباغي، فعند المصنّف الذي يخرج على الامام العادل، وهو مذهب ابن سعيد[٢].

وقال الشيخ في النهاية: انّه الذي يبغي الصيد لهواً وبطراً فهذا لايجوز له أكل الميتة وإن اضطرّ إليه[٣]. وتبعه ابن البرّاج[٤]، وابن ادريس. ثمّ قال ابن ادريس: وقال بعض أصحابنا: الباغي هو الذي يبغي على إمام المسلمين[٥].

قوله رحمه الله: «والعادي وهو: قاطع الطريق، وقيل: هو الذي يعدو شبعه».

أقول: اختلفوا أيضاً في العادي، فعند المصنّف انّه قاطع الطريق، وهو المشهور بين الأصحاب، ذهب إليه نجم الدين[٦]، والشيخ في النهاية[٧]، واختاره

---

(١) البقرة: ١٧٣، الأنعام: ١٤٥، النحل: ١١٥.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب الأطعمة والأشربة القسم السادس في اللواحق ج ٣ ص ٢٢٩.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الصيد والذبائح باب مايحلّ من الميتة ويحرم من الذبيحة... ج ٣ ص ٩٨.

(٤) المهذّب: كتاب الأطعمة والأشربة والصيد والذباحة باب مايحلّ من الذبائح ومايحرم منها... ج ٢ ص ٤٤٢.

(٥) السرائر: كتاب الصيد والذبائح باب مايحلّ من الميتة ويحرم من الذبيحة... ج ٣ ص ١١٣.

(٦) شرائع الاسلام: كتاب الأطعمة والأشربة القسم السادس في اللواحق ج ٣ ص ٢٢٩.

(٧) النهاية ونكتها: كتاب الصيد والذبائح باب مايحلّ من الميتة ويحرم من الذبيحة... ج ٣ ص ٩٨ـ٩٩.

ابن البرّاج[١]، وابن حمزة[٢]، وابن ادريس[٣]. ونقل المصنّف، وابن سعيد[٤] انّه الذي يعدو شبعه.

قوله رحمه الله: «وهل يرخّص العاصي بسفره كالآبق والظالم وطالب الصيد لهواً وبطراً؟ إشكال».

أقول: وجه الإشكال من مشاركة العادي والباغي في تحريم سفرهما المقتضي لعدم الترخيص، وهو موجب الاشتراك في الحكم، ولوجوب حفظ النفس عقلاً وشرعاً.

ومن عموم القرآن الدالّ على إباحة من عدا الباغي والعادي، وهو الأقرب عند المصنّف؛ للاتفاق على تفسير الباغي والعادي بما لا يعمّ كلّ عاصٍ، فيكون الحكم مخصوصاً بموضع النصّ. ومنع ابن الجنيد[٥] من ترخّص العاصي في سفره مطلقاً.

قوله رحمه الله: «وهل للمضطرّ التزوّد من الميتة؟ الأقرب ذلك».

---

(١) المهذّب: كتاب الأطعمة والأشربة والصيد والذباحة باب ما يحلّ من الذبائح ومايحرم... ج ٢ ص ٤٤٢.

(٢) الوسيلة: كتاب المباحات فصل في بيان أحكام الأطعمة ص ٣٦٤.

(٣) السرائر: كتاب الصيد والذبائح باب ما يحلّ من الميتة ويحرم... ج ٣ ص ١١٣.

(٤) شرائع الاسلام: كتاب الأطعمة والأشربة القسم السادس في اللواحق ج ٣ ص ٢٢٩.

(٥) نقله عنه في إيضاح الفوائد: المقصد الخامس في الأطعمة والأشربة الفصل الثاني في حالة الاضطرار ج ٤ ص ١٦٤.

أقـول: وجه القرب انّ المقتضي لجواز الأكل انّما هو خوف التلف المتوقّع لولاه، وهو موجود في حقّ المتزوّد، فانّه اذا علم بعد الطريق وعدم ما يمسك به رمقه فقد تحقّق خوف الهلاك لولا التزوّد، فكان التزوّد مباحاً.

ونصّ ابن الجنيد على جواز التزوّد فقال: ولا بأس أن يحمل منها ما يتزوّد به اذا بلغ الى مثل هذه الحال اذا خاف أن لا يجد غيرها.

ولقائل أن يمنع ذلك؛ لعموم تحريم الانتفاع بالميتة، خرج منه ما يمسك المضطرّ به رمقه في الحال؛ لدفع الضرورة الحالية، فيبقى ماعداه مندرجاً تحت عموم التحريم.

قوله رحمه الله: «كلّ ما لايؤدّي الى قتل معصوم حلّ كالخمر لإزالة العطش، وقيل: يحرم، وأمّا التداوي به فحرام مالم يخف التلف ويعلم بالعادة الصلاح ففيه حينئذٍ إشكال».

أقـول: الكلام في هذه المسألة انّ في جواز استعمال الخمر في موضعين:

أحدهما: اذا حصل له العطش وخاف على نفسه التلف ولم يكن عنده ما يدفع العطش إلّا الخمر فهل يجوز شربه؟ فيه قولان للشيخ:

أحدهما: الجواز، وهو قوله في النهاية فانّه قال في باب الأطعمة المحظورة والمباحة: وانّما جوّز اذا خاف الانسان على نفسه من العطش جاز أن يتناول شيئاً من الخمر بقدر ما يمسك رمقه[1]. واختاره ابن البرّاج[2]، وابن ادريس[3].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الأطعمة والأشربة باب الأشربة المحظورة ج ٣ ص ١١١.

(٢) المهذّب: كتاب الأطعمة والأشربة باب ما يتعلّق بذلك ج ٢ ص ٤٣٣.

(٣) السرائر: كتاب الأطعمة والأشربة باب الأشربة المحظورة ج ٣ ص ١٢٦.

والآخر: المنع ذكره في مسائل الخلاف[١].

الثاني: التداوي بالخمر منع منه الشيخ في النهاية فقال: ولا يجوز أن يتداوى بشيء من الأدوية وفيه شيء من الخمر وله عنه مندوحة، فإن اضطرّ جاز أن يتداوى به للعين، ولا يجوز أن يشربه على حال[٢].

وجوّزه ابن البرّاج فقال: واذا كان في الدواء شيء من المسكر لم يجز التداوي به إلّا يكون له عنه مندوحة، والأحوط تركه[٣].

وابن ادريس بعد أن منع أوّلاً من التداوي به للعين جوّزه للعين والتداوي به أكلاً اذا خاف على نفسه التلف[٤].

والمصنّف استشكل جواز التداوي به عند خوف التلف، ويعلم دفعه للتلف عند التداوي به بجريان العادة بانّه يحصل الصلاح باستعماله.

ومنشأ الإشكال من وجوب حفظ النفس الذي لا يندفع إلّا بالتداوي به.

ومن عموم قوله عليه السلام: لا شفاء في محرم[٥].

وعن معاوية بن عمّار، عن الصادق عليه السلام عن الخمر يكتحل بها؟ فقال: ما جعل الله في حرام شفاء[٦]. لكن المصنّف جوّز التداوي به للعين عند الضرورة.

---

(١) الخلاف: كتاب الأطعمة المسألة ٢٧ ج ٣ ص ٢٧١ طبعة اسماعيليان.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الأطعمة والأشربة باب الأشربة المحظورة ج ٣ ص ١١١.

(٣) المهذّب: كتاب الأطعمة والأشربة باب ما يتعلّق بذلك ج ٢ ص ٤٣٣.

(٤) السرائر: كتاب الأطعمة والأشربة باب الأشربة المحظورة ج ٣ ص ١٢٦ و ١٣٢.

(٥) تهذيب الأحكام: ب ٢ الذبائح والأطعمة ح ٢٢٦ ج ٩ ص ١١٣ ولفظه: «ماجعل الله في حرام شفاء».

(٦) تهذيب الأحكام: ب ٢ الذبائح والأطعمة ح ٢٢٦ ج ٩ ص ١١٣، وسائل الشيعة: ب ٢١ من أبواب الأشربة المحرمة ح ١ ج ١٧ ص ٢٧٨.

قوله رحمه الله: «ولو اضطرّ الى الذمي والمعاهد فإشكال».

أقول: ينشأ من انّ كلّاً منهما كافر يتحفّظ بإتلافه المسلم ويتلف بحفظ المسلم فجاز التناول منه؛ لأنّ حفظ نفس المسلم أولى من حفظ الكافر.

ومن كون كلّ منهما منهيّاً عن قتله.

قوله رحمه الله: «ولو لم يجد سوى نفسه قيل: جاز أن يأكل من المواضع اللحمة كالفخذ، وفيه إشكال، ينشأ من انّه دفع الضرر بمثله، بخلاف قطع الآكلة؛ لأنّه قطع سراية، وهنا إحداث لها».

أقول: اذا لم يجد المضطرّ إلّا نفسه قال الشيخ في المبسوط: ليس له أن يأكل من نفسه شيئاً، ونقل جوازه فقال فيه: فإن لم يجد المضطرّ شيئاً بحال قال قوم: له أن يقطع من بدنه من المواضع اللحمة ـ كالفخذ ونحوها ـ فيأكله خوفاً على نفسه؛ لأنّه لايمنع إتلاف البعض لاستبقاء الكلّ، كما لو كان به آكلة أو خبيثة يقطعها قال: والصحيح عندنا انّه لايفعل ذلك؛ لأنّه انّما يأكل خوفاً على نفسه، وفي القطع منه خوف على نفسه فلايزال الخوف بالخوف، ويفارق الخبيثة؛ لأنّ في قطعها قطع سراية، وليس ذلك قطع موضع من بدنه؛ لأنّ في قطعه إحداث سراية[1]، وتابعة في المنع ونقل الخلاف والتعليل. وذكر الفرق ابن ادريس[2]، وابن سعيد[3].

---

(١) المبسوط: كتاب الأطعمة ج ٦ ص ٢٨٨.

(٢) السرائر: كتاب الأطعمة والأشربة باب الأطعمة المحظورة والمباحة ج ٣ ص ١٢٨.

(٣) شرائع الاسلام: كتاب الأطعمة والأشربة اللواحق في حال الاضطرار ج ٣ ص ٢٣١.

ولقائل أن يقول: قطع الآكلة وإن كان قطع سراية إلّا أنّه يتضمّن ضرراً أقلّ من ضرر سرايتها، فانّ الموت بقطع الآكلة قد يتّفق كما يتّفق بالآكلة، إلّا انّ السلامة في قطعها أغلب، وكذلك هاهنا، فانّ مع ترك الآكل يحصل الجزم بالموت، وعند قطع شيء من لحمه يظنّ معه السلامة، فكان أولى من تركه المستلزم لتلف نفسه قطعاً. والمصنّف استشكل الجواز، ووجه الإشكال ما ذكرناه.

قوله رحمه الله: «قيل: ولا يجب عليه دفع العوض؛ لوجوب بذله على مالكه».

أقول: يعني لو اضطرّ الى طعام الغير وليس معه ثمن وجب على المالك بذله، ذهب إليه الشيخ في المبسوط؛ لقوله صلّى الله عليه وآله: من أعان على قتل مسلم ولو بشطر كلمة جاء يوم القيامة مكتوب بين عينيه: آيس من رحمة الله[١].

وقال في الخلاف: لايجب على المالك البذل؛ لأصالة براءة الذمّة[٢]، وتبعه ابن ادريس[٣]. والمصنّف تابع الشيخ في المبسوط.

اذا عرفت هذا فهل يجب على المضطرّ العوض؟ نقل المصنّف، وابن سعيد[٤] قولاً بعدم وجوب العوض؛ لأنّ بذله واجب على المالك، فلا يستحقّ عليه عوضاً، فانّه فعل الواجب عليه.

---

(١) المبسوط: كتاب الأطعمة ج ٦ ص ٢٨٥.

(٢) الخلاف: كتاب الأطعمة المسألة ٢٤ ج ٣ ص ٢٧٠ طبعة اسماعيليان.

(٣) السرائر: كتاب الأطعمة والأشربة باب الأطعمة المحظورة والمباحة ج ٣ ص ١٢٦.

(٤) شرائع الاسلام: كتاب الأطعمة والأشربة اللواحق في حال الاضطرار ج ٣ ص ٢٣٠.

قوله رحمه الله: «ولو كان الثمن موجوداً لم يجز قهر المالك عليه اذا طلب ثمن مثله بل يجب دفعه، ولو طلب زيادة قيل: لايجب بذلها، والأقرب الوجوب، إذ القدرة رافعة للضرورة».

أقول: القائل بعدم وجوب دفع الزيادة عن ثمن المثل هو الشيخ في المبسوط[1].

والأقرب عند المصنّف وجوب البذل؛ لأنّ التسلّط على ملك الغير قهراً مشروط بالضرورة، ولا ضرورة مع تمكّنه من شرائها بأزيد من ثمن المثل.

قوله رحمه الله: «ولو اشتراه بأزيد من ثمن المثل كراهة لإراقة الدم قيل: لايجب إلّا ثمن المثل».

أقول: القائل بذلك هو الشيخ أيضاً في المبسوط فقال فيه: فأمّا اذا منع ـ يعني المالك ـ وقال: لا أدفع إلّا ببذل أكثر من ثمن مثله لم يخل للمضطرّ من أحد أمرين: امّا أن يكون قادراً على قتاله ومكابرته عليه أو غير قادر، فإن كان قادراً على قتاله ومكابرته عليه كان له؛ لأنّه كالمستحقّ في يده، ولو كان له مال في يد غيره فمنعه إياه كان له قتاله على منعه. ثمّ قال: فأمّا إن لم يكن قادراً على قتاله أو قدر عليه فتركه حذراً من إراقة الدماء نظرت، فإن قدر على أن يحتال عليه ويشتريه منه بعقد فاسد حتى لا يلزمه إلّا ثمن مثله فعل، وإن لم يقدر إلّا على العقد الصحيح فاشتراه بأكثر من ثمن مثله قال قوم: يلزمه الكلّ؛ لأنّه بذله باختياره، وقال آخرون: لايلزمه الزيادة

---

(١) المبسوط: كتاب الأطعمة ج ٦ ص ٢٨٦.

عن ثمن المثل؛ لأنّه مضطرّ الى بذلها وكان كالمكره عليها، وهو الأقوى عندنا[١].

قوله رحمه الله: «ولو وجد ميتة وطعام الغير ـ الى قوله: ـ ولو كان صاحبه غائباً أو حاضراً مانعاً عن بذله قويّاً على دفعه أكل الميتة، ولو تمكّن المضطرّ من دفع صاحب الطعام لضعفه قيل: أكله وضمّنه، ولا يحلّ له الميتة».

أقول: القائل بذلك هو الشيخ في المبسوط[٢]، إلّا انّه جعل حكم طعام الغائب حكم طعام الحاضر الضعيف عن مقاومة المضطرّ في جواز أكل طعامه مع ضمانه دون أكل الميتة.

قوله رحمه الله: «وكذا لو وجد المحرم الصيد والميتة قيل: أكل الميتة إن لم يقدر على الفداء».

أقول: هذا قول الشيخ في النهاية[٣].

وقال في الخلاف: إن وجده حيّاً أكل الميتة، وإن وجده مذبوحاً فالأولى أن يأكله ويفدي ولا يأكل الميتة[٤]. وهو اختيار ابن ادريس[٥].

---

(١) المبسوط: كتاب الأطعمة ج ٦ ص ٢٨٦.

(٢) المبسوط: كتاب الأطعمة ج ٦ ص ٢٨٦ ـ ٢٨٧.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الحج باب ما يجب على المحرم من الكفّارة ج ١ ص ٤٩٤.

(٤) الخلاف: كتاب الأطعمة المسألة ٢٥ ج ٣ ص ٢٧١ طبعة اسماعيليان.

(٥) السرائر: كتاب الأطعمة والأشربة باب الأطعمة المحظورة ج ٣ ص ١٢٦.

قوله رحمه الله: «ويحرم الأكل على مائدة يشرب عليها شيء من المسكرات أو الفقاع، والأقرب التعدية الى الاجتماع للفساد واللهو والقمار».

أقول: لأنّ ذلك منكر يجب إنكاره، ومن جملته الإعراض عن فاعله اذا لم يتمكن من الإنكار بلسانه وقلبه، وذلك منافٍ لمخالطتهم ومؤاكلتهم اختياراً فكان حراماً.

كتاب

الفرائض

المسائل المتعلقة بـ«كتاب الفرائض»

قوله رحمه الله: «ولو كان مع الولد الكافر زوجة مسلمة فإن قلنا بالردّ فلا بحث، وإلّا فأقوى الاحتمالات انّ للزوجة الثمن والباقي للولد ثمّ الربع فالباقي له أو لها أو للامام».

أقول: اذا خلّف الكافر زوجة مسلمة وولداً كافراً فانّ ذلك مبنيّ على مسألة تأتي وهو: انّه اذا لم يخلّف الميّت إلّا زوجة فهل يردّ عليها ما فضل عن فرضها؟ فيه ثلاثة أقوال، أحدها: يردّ عليه مطلقاً، والثاني: لايردّ عليها مطلقاً، والثالث: إن كان الامام ظاهراً فالباقي له وإن كان مستتراً يردّ عليها.

اذا تقرر هذا فنقول: إن قلنا بالردّ عليها مطلقاً كان الجميع لها بعضه بالفرض وبعضه بالردّ؛ لأنّه لا ميراث للكافر مع وجود المسلم.

وينبغي أن يقال: وإن قلنا: لايردّ عليها مطلقاً كان الباقي للولد، إذ الزوجة بالنسبة الى مازاد على الربع كالأجنبية، إذ لا حقّ لها فيه، فيبقى بالنسبة الى الولد ميراث كافر لكافر، وإن قلنا: يردّ على الزوجة مع استتار الامام ولا يردّ مع ظهوره وكان ظاهراً ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون للولد؛ لأنّ الزوجة محجوبة عنه بظهور الامام، والامام محجوب عن ميراث الكافر بالولد الكافر.

الثاني: أن يكون لها؛ لأنّ الزوجة وارثة حاجبة للولد، ولهذا لو كان الامام مستوراً لم يرث الولد معها شيئاً، والامام محجوب بوجود الولد فكان الباقي لها.

الثالث: أن يكون الباقي للامام؛ لأنّ الولد محجوب بالزوجة، والزوجة محجوبة بظهور الامام.

والمصنّف رحمه الله أطلق القول بورود الاحتمالات على أن لا نقول بالردّ عليها مطلقاً، ويحمل كلامه على ما اذا قلنا بعدم الردّ في حال دون حال، امّا اذا قلنا بأنّه لا يردّ عليها أصلاً، سواء كان الامام ظاهراً أو مستوراً، وبنينا المسألة على ذلك كيف يحمل أن يردّ عليها في بعض الأحوال؟ فانّ ذلك تناقض، فانّ السلب الكلّي ناقض الايجاب الجزئي.

وهذا الاحتمال هو ظاهر مذهب الشيخ حيث قال في النهاية: فإن خلّف الرجل امرأة مسلمة ولم يخلّف وارثاً غيرها مسلماً وخلّف ورثة كفاراً كان ربع ماتركه لزوجته والباقي لامام المسلمين، ويسقط هؤلاء كلّهم[1]. ولم يقيّد الميّت بكونه مسلماً أو كافراً، وكلامه يشمل كلّ واحد من القسمين. اللهمّ إلّا أن يكون مقصودة بذلك اذا كان الميّت مسلماً، فحينئذٍ يكون ما ذكره مغايراً للمسألة المفروضة.

قوله رحمه الله: «والأقرب تبعية النماء المتجدّد بين الموت والاسلام، وثبوت الارث ممّا لا يمكن

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب المواريث باب توارث أهل الملّتين ج ٣ ص ٢٣٥.

قسمته على إشكال، وعدمه أو وهب أو باع أحد الورثة على إشكال».

أقــول: في هذا الكلام ثلاث مسائل:

المسألة الأُولى: الأقرب عند المصنّف انّه اذا كان بعض الورثة كافراً ثمّ أسلم قبل القسمة فانّه يشارك في نماء التركة المتجدّد بين الموت والاسلام وإن كان قد نما على ملك الورثة كما يشارك في أصل التركة.

ووجه القرب انّ النماء تابع للأصل، وأيضاً فانّه لما كان يستحقّ أخذ نصيبه من التركة بالميراث عن الميّت فقد تبيّنا انّه كـان مـالكاً في ذلك الوقت، وانّ اسـلامه كاشف عن استحقاقه.

المسألة الثانية: لو خلّف الميّت مالايمكن قسمته كالحمامات وأشباهها فالأقرب عنده انّه يرث منها؛ لصدق انّه أسلم على ميراث قبل قسمته، وفيه إشكال، ينشأ ممّا ذكرناه، ومن انّ قولهم اذا أسلم على ميراثٍ قبل قسمته المفهوم منه اختصاص ذلك بما يمكن قسمته حتى يقال قبل قسمته أو بعده. امّا ما يمتنع فيه القسمة فلا يتصور أن يقال قبل قسمته أو بعدها؛ لامتناع فرضها فيه، وقد انتقل الى غيره من الورثة قبل اسلامه فيكون كذلك بعده، عملاً بالاستصحاب السالم عن دخول ذلك تحت مفهوم النصّ.

المسألة الثالثة: لو باع بعض الورثة المسلمين حصّته أو وهبها من غيره ثمّ أسلم الكافر فالأقرب انّه يمنع من الارث، وذلك لأنّ البيع والهبة أقـوى مـن القسـمة؛ لاقتضاء كلّ من البيع والهبة زوال الملك عن الورثة الى الغير، بخلاف القسمة فانّه تصرّف لايوجب زوال الملك عنهم، فاذا كان التصرّف الضعيف مانعاً من الارث فمع التصرّف الأقوى أولى، وفيه إشكال، ينشأ ممّا ذكرناه، ومن صدق انّه أسلم على

ميراث قبل قسمته، فيدخل تحت عموم كلّ من أسلم على ميراثٍ قبل قسمته شارك مع المساواة واختصّ مع الأولوية.

قوله رحمه الله: «امّا لولم يكن سوى الامام فأسلم قيل: هو أولى من الامام، وقيل: لايرث؛ لأنّ الامام كالوارث الواحد، وقيل: إن أسلم قبل النقل الى بيت مال الامام فهو أولى، وإلّا فهو للامام».

أقول: القول بأنّه اذا أسلم الكافر كان أولى من الامام ذهب إليه ابن سعيد في الشرائع، قال: لرواية أبي بصير[1].

وأقول: رواية أبي بصير هي ما رواه الشيخ عنه قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل مسلم مات وله أُم نصرانية وله زوجة وولد مسلمون، قال: فقال: ان أسلمت أُمه قبل أن يقسّم ميراثه أُعطيت السدس، فإن لم يكن له امرأة ولا ولد ولا وارث له سهم في الكتاب من المسلمين وأُمه نصرانية وله قرابة نصارى ممّن له سهم في الكتاب فانّ ميراثه له، فإن لم يسلم من قرابته أحد فهو للامام[2].

والقول: «بأنّ الامام مطلقاً أولى» لأنّ الامام كالوارث الواحد، شيء نقله شيخنا، وابن سعيد.

---

(١) شرائع الاسلام: كتاب الفرائض المقدّمة الثانية في موانع الارث ج ٤ ص ١٢.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٣٨ ميراث أهل الملل المختلفة ح ١٥ ج ٩ ص ٣٦٩، وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب موانع الارث من الكفر ح ١ ج ١٧ ص ٣٨٠ وفيه: «عن أبي عبدالله عليه السلام».

والقول بالتفصيل ظاهر كلام الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: ومتى أسلم بعد قسمة المال فلا ميراث له، وكذلك إن كان الذي استحقّ التركة واحداً أو لم يكن له وارث فنقلت الى بيت المال فلا يستحقّ من يسلم بعده على حال[١]. فظاهر هذا يدلّ على انّه اذا لم ينقل يكون[٢] أولى.

وابن حمزة صرّح بهذا التفصيل فقال: وإن لم يخلّف وارثاً مسلماً وخلّف ذا رحم كافراً كان ماله لبيت المال، فإن أسلم الكافر على ذلك المال وقد نقلت التركة الى بيت المال لم يستحقّ شيئاً، وان لم ينقل استحقّ المال[٣].

قوله رحمه الله: «ولو أسلم بعد قسمة البعض احتمل الشركة أو الاختصاص في الجميع وفي الباقي، والمنع على بعد».

أقول: يريد لو أسلم الكافر على ميراث بعد أن يتقسّم[٤] أقاربه المسلمون بعض التركة ففيه احتمالات ثلاثة:

أحدها: المشاركة لهم في الجميع ـ أعني المقسوم وغيره ـ إن كان مساوياً للورثة المسلمين في الدرجة، والاختصاص بالجميع إن كان أولى منهم.

ووجه هذا الاحتمال صدق انّ التركة لم تقسّم؛ لأنّ التركة اسم لمجموع ما تركه الميّت فيصدق انّه أسلم على ميراث قبل قسمته، وكلّ من أسلم على ميراث قبل

---

(١) المبسوط: كتاب الفرائض والمواريث فصل في ما يمنع من الميراث من الكفر ج ٤ ص ٧٩.

(٢) في ج: «كان».

(٣) الوسيلة: كتاب المواريث فصل في بيان توارث أهل الملّتين ص ٣٩٤.

(٤) في ش: «اقتسم».

قسمته شارك مع المساواة واختصّ مع الأولوية، والأُولى مفروضة والثانية اجماعية.

الثانية: انّه يشارك أو يختصّ بما عدا المقسوم، ويمنع من المقسوم.

ووجه ذلك انّ المقتضي للمنع وجود القسمة، وهي مختصّة بالبعض فيختصّ بالمنع منها، أمّا الباقي فيصدق عليه انّه لم يقسّم قطعاً فيختصّ به أو يشارك فيه.

الثالث: المنع مطلقاً، وهو أبعدها؛ لأنّ المقتضي للمنع تصرّف الورّاث بالتركة بالقسمة، وقد حصل هذا النوع من التصرّف.

ووجه البعد انّ ما عدا المقسوم مال موروث قد أسلم عليه الكافر قبل قسمته فلا يمنع منه.

قوله رحمه الله: «ولو كان الكافر من صنف متعدّد وهناك صنف مشارك وقسّمت التركة بين الصنفين ولم يقسّم نصيب كلّ صنفٍ بين أفراده فالأقرب الشركة، كعمّ كافر وللميّت أعمام وأخوال فأقسموا أثلاثاً ولم يقسّم الأعمام نصيبهم».

أقول: وجه القرب انّ الذي يتعلّق بالأخوال لا تعلّق للعمّ به، فالميراث الذي له فيه حظ لو كان مسلماً هو نصيب الأعمام وقد أسلم قبل قسمته فوجب أن يشاركهم فيه.

قوله رحمه الله: «وكذا لو كان ولداً ذكراً مع أولاد ذكور وأبوين، بخلاف مالو كان ولداً ذكراً

مع أولاد ذكور واناث؛ لزيادة نصيبهم لو كان مسلماً».

أقول: هذا ظاهر، فانّ الولد الذكر مع الذكور والأبوين هو من صنف لا تعلّق له بالصنف الآخر،فانّ للأبوين السدسين، سواء أسلم الآخر أو لا، فلا يزيد نصيبهم باسلامه ولا بكفره ولا ينقص وكذلك نصيب الأولاد الذكور ما يبقى ـ وهو الثلثان ـ سواء أسلم الآخر أو لا، بخلاف الذكور والاناث فانّه لو كان الأولاد ذكرين مسلمين وابنتين وابناً كافر أسلم بعد أن أخذن البنتان الثلث والذكران الثلثين فانّه باسلامه نقص نصيب البنتين وصار لهما الربع، وزاد نصيب الذكور وصار لهم مع الذي أسلم ثلاثة الأرباع.

قوله رحمه الله: «ولو انفرد في إثبات حقّه باليمين مع الشاهد إشكال».

أقول: يريد لو ادعى الكافر انّه أسلم قبل القسمة وصدّقه واحد منهم وكان عدلاً وأنكر الباقون ففي صحّة إثبات حقّه من الارث بذلك الشاهد ويمين المدعي إشكال.

ينشأ من انّ المدّعى به تقدّم الاسلام، وذلك لايثبت بالشاهد واليمين، فانّه لايثبت بذلك إلّا الأموال دون غيرها.

ومن انّ المدّعى به في الحقيقة استحقاقه بقدر نصيبه في الارث بسبب تقدّم الاسلام، ونصيبه من الارث مال فيصحّ إثباته بالشاهد واليمين.

واعلم انّ هذه المسألة من موضع كتاب الشهادات.

قوله رحمه الله: «ولو كان خطأ قيل: ورث مطلقاً، وقيل: يمنع مطلقاً، وقيل: يمنع من الدية، وهو جيّد».

أقول: اذا كان القتل ظلماً عمداً منع من الميراث إجماعاً، وإن كان خطأ ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: لايمنع مطلقاً لا من الدية ولا من غيرها، وهو قول المفيد[١]، وسلّار[٢].

الثاني: يمنع مطلقاً، فلا يرث من الدية ولا من غيرها، وهو مذهب ابن أبي عقيل[٣].

الثالث: يمنع من الدية دون غيرها، وهو قول السيد المرتضى[٤]، والشيخ[٥]، وابن الجنيد[٦]، وأبي الصلاح[٧]، وابن زهرة[٨]، وابن حمزة[٩]، وابن البرّاج[١٠]، وابن ادريس[١١]. واختاره المصنّف هنا وفي المختلف[١٢]؛ لأنّ فيه جمعاً بين الأدلّة فكان أولى.

---

(١) المقنعة: كتاب الفرائض والمواريث باب ميراث القاتل ص ٧٠٣.

(٢) المراسم: كتاب المواريث ص ٢١٨.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الفرائض ص ٧٤٢ س ٢٩.

(٤) الانتصار: المسائل المشتركة في الارث ص ٣٠٧.

(٥) الخلاف: كتاب الفرائض المسألة ٢٢ ج ٤ ص ٢٨.

(٦) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الفرائض ص ٧٤٣ س ١٠.

(٧) الكافي في الفقه: فصل في الارث ص ٣٧٥.

(٨) الغنية «الجوامع الفقهية»: كتاب الفرائض ص ٥٤٦ س ١٤.

(٩) الوسيلة: كتاب المواريث فصل في بيان حكم ميراث القاتل ص ٣٩٦.

(١٠) المهذّب: كتاب الفرائض باب ميراث القاتل ج ٢ ص ١٦٢.

(١١) السرائر: كتاب المواريث والفرائض ج ٣ ص ٢٧٤.

(١٢) مختلف الشيعة: كتاب الفرائض ص ٧٤٣ س ٢٢.

قوله رحمه الله: «وفي اشتراط استقرار الحياة إشكال».

أقول: هل يشترط في كون القتل المانع من الارث أن يكون صدوره من القاتل في حال استقرار حياة المقتول أم لا؟ فيه اشكال.

ينشأ من عموم قوله عليه السلام: القاتل لا يرث[1].

ومن كون من لا استقرار لحياته في حكم الميّت، فيكون كمن جنى على ميّت، فلايكون مانعاً من الارث. ولأنّ ثبوت المقتضي للارث ـ وهو النسب أو السبب ـ متيقّن الحصول، ووجود المانع مشكوك فيه فلا يعارضه.

قوله رحمه الله: «ويرث الدية كلّ مناسب ومسابب عدا المتقرّب بالأُم على رأي».

أقول: اختلف علماؤنا في وارث الدية على أقوال:

أحدها: ما ذهب إليه المصنّف وهو: انّه يرثها كلّ مناسب ومسابب عدا من تقرّب بالأُم خاصّة، وهو قول الشيخ في النهاية فانّه قال في باب ميراث القاتل ومن يستحقّ الدية: والدية يستحقّها جميع ورثة المقتول على سهام الله تعالى الوالدان والولد والاخوة والأخوات من جهة الأب خاصّة، ذكراً كان أو أُنثى، ولا يستحقّها الاخوة والأخوات من قِبل الأُم ولا أحد من ذوي أرحامها، والزوج والزوجة يرث كلّ واحد منهما الآخر من نفس الدية[2].

---

(١) تهذيب الأحكام: باب ميراث القاتل ح ٥ ج ٩ ص ٣٧٨، وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب موانع الارث ح ١ ج ١٧ ص ٣٨٨ وفيها «لا ميراث للقاتل».

(٢) النهاية ونكتها: كتاب المواريث باب ميراث القاتل ومن يستحقّ الدية ج ٣ ص ٢٥٢.

الثاني: يرثها جميع الورثة، وهو قول الشيخ في الخلاف فقال في كتاب الفرائض منه: مسألة يرث الدية جميع الورثة، سواء كانوا مناسبين أو غير مناسبين من الزوج والزوجة، وبه قال جميع الفقهاء[١].

ومثله في المبسوط فانّه قال فيه: والدية يرثها من يرث المال[٢].

وكذا ابن حمزة فانّه قال: يستحقّ الدية خمسة: الولد ومن يتقرّب به والوالدان ومن يتقرّب بهما والزوج والزوجة[٣].

وللشيخ قول ثالث في الخلاف ذكره في كتاب الجنايات فقال: الدية يرثها الأولاد، ذكوراً كانوا أو اناثاً، للذكر مثل حظّ الاثنين، وكذلك الوالدان، ولا يرث الاخوة والأخوات من قِبل الأُم منها شيئاً، ولا الأخوات من قِبل الأب، وانّما يرثها بعد الوالدين والأولاد والأُخوة والأخوات من قِبل الأب والأُم والعمومة، فإن لم يكن واحد منهم وكان هناك مولى كانت الدية له، فإن لم يكن هناك مولى كان ميراثه للامام والزوج والزوجة يرثان من الدية[٤].

قوله رحمه الله: «وهل يلحق شبيه العمد بالعمد أو بالخطأ؟ الأقرب الأوّل».

أقول: قد تقدّم انّ الاجماع على منع القاتل عمداً ظلماً، وانّ مذهب المصنّف

---

(١) الخلاف: كتاب الفرائض المسألة ١٢٧ ج ٤ ص ١١٤.

(٢) المبسوط: كتاب الجراح فصل في صفة القتل العمد ج ٧ ص ٥٤.

(٣) الوسيلة: كتاب المواريث فصل في بيان حكم ميراث القاتل ص ٣٩٦، وليس فيه: «والزوجة».

(٤) الخلاف: كتاب الجنايات المسألة ٤١ ج ٣ ص ١٠١ ـ ١٠٢ طبعة اسماعيليان.

منع قاتل الخطأ من الدية دون ماعداها فهل يكون حكم العمد شبيه الخطأ لاحقاً بالعمد فيمنع من الميراث مطلقاً أو بالخطأ فيمنع من الدية خاصّة؟ الأقرب عند المصنّف الأوّل؛ لعموم قوله عليه السلام: «القاتل لايرث»[1] خرج منه قاتل الخطأ المحض؛ لأنّه لا ذنب له، فانّه لم يقصد ايقاع الفعل بالمقتول ولا قصد القتل، بخلاف شبيه العمد فانّه وان لم يقصد القتل إلّا انّه قصد الفعل الذي هو سبب القتل، وقاصد السبب يجري مجرى قاصد المسبّب، فكان كمن قصد القتل فعل سببه.

قوله رحمه الله: «والمشارك في القتل كالقاتل، امّا الناظر والممسك ففيهما إشكال».

أقول: لو قتل واحد ونظر له آخر وأمسك ثالث ففي منع الناظر والممسك إشكال.

ينشأ من انّهما غير قاتلَين.

ومن اعانتهما القاتل على القتل، فانّه لولا إمساك الممسك ونظر الثالث لما أقدم القاتل على القتل المخصوص، فكانا كالمشاركين في القتل.

قوله رحمه الله: «ولو قصر المال عن الثمن كانت التركة للامام، وقيل: يفكّ بما وجد ويسعى في الباقي».

أقول: اذا مات واحد ولا وارث له من الأحرار وله قريب مملوك وخلّف من

---

(١) تهذيب الأحكام: باب ميراث القاتل ح ٥ ج ٩ ص ٣٧٨، وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب موانع الارث ح ١ ج ١٧ ص ٣٨٨ وفيهما «لا ميراث للقاتل».

التركة مالا يفي بقيمته ففي صرفه في فكّه بذلك القدر قولان:

أحدهما: لا يصرف في فكّه بل يكون للامام عليه السلام، وهو قول المصنّف في هذا الكتاب، وقول المفيد[١]، وسلّار[٢].

ونقل ابن الجنيد انّه يفكّ بذلك البعض ويسعى المملوك في الباقي فقال: وإن كان ما خلّفه الميّت لا يفي بثمن قريبه المملوك فقد قيل: يدفع الى السيد ويستسعى العبد في بقية قيمته[٣]. وكذا نقل هذا القول عن بعض أصحابنا الشيخ[٤]، وابن البرّاج[٥].

قوله رحمه الله: «وهل يفكّ من ينهض نصيبه بقيمته لكثرته أو لقلّة قيمته؟ فيه إشكال، فإن أوجبناه ورث باقي المال».

أقول: لو خلّف الميّت مالاً وله أقارب مماليك ولا وارث له من الأحرار وقصرت التركة عن شراء جميعهم لكن وفي نصيب بعضهم بقيمته، امّا لأجل كثرة نصيبه كما لو خلّف ذكراً أو انثى، وكان نصيب الذكر لكثرته يفي بقيمته دون نصيب البنت، أو ولدين قيمة أحدهما أقل من الآخر بحيث يفي نصيبه بقيمته، ففي شراء من وفى نصيبه بقيمته إشكال.

---

(١) المقنعة: كتاب الفرائض والمواريث باب الحرّ اذا مات وترك وارثاً مملوكاً ص ٦٩٥.

(٢) المراسم: كتاب المواريث ص ٢١٩.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الفرائض ص ٧٤١ س ٢١.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب المواريث باب الحرّ المسلم يموت ويترك وارثاً مملوكاً ج ٣ ص ٢٤١.

(٥) المهذّب: كتاب الفرائض باب الحكم في من يموت من المسلمين الاحرّار ويخلّف وارثاً مملوكاً ج ٢ ص ١٥٥.

ينشأ من انّ وجوب الشراء مشروط بتوفية التركة بقيمة الوارث ولم يتحقق؛ لأنّ الوارث مجموع الولدين، والتركة قاصرة عن قيمتهما، واختصاص كلّ منهما بقدر معيّن موقوف على حرّيته، فليس لأحدهما نصيب حتى يفكّ به دون صاحبه، بل مجموع التركة يجب صرفها مع الوفاء في فكّ الجميع ولم يحصل فلا فكّ، كما لو وفت بقيمة بعض المملوك الواحد.

ومن ثبوت الفرق، فإنّ مع قصور التركة عن قيمة الواحد لو أوجبنا الفكّ لزم الإضرار بالمالك بسبب إلزامه بإزالة ملكه عنه مع عدم وصول تمام قيمته إليه، بخلاف صورة النزاع، فانّ المانع منتفٍ؛ لوصول تمام قيمة المفكوك الى مالكه.

قوله رحمه الله: «لو وفت التركة بشرائهما أجمع اشتريا، سواء كان نصيب أحدهما قاصراً عن ثمنه أو لا، ومنه ينشأ الإشكال السابق».

أقول: قد بيّنا ذلك في الإشكال السابق وقلنا: إنّ مجموع التركة يجب صرفها في فكّهما جميعاً، فلا نصيب لأحدهما بعينه إلّا بعد الحرّية الموقوفة على الفكّ.

قوله رحمه الله: «ولو كان أحدهما أولى وقصرت عن قيمة القريب دون البعيد ففي شرائه إشكال».

أقول: لو كان له ولد وولد ولد مملوكان ولا وارث له من الأحرار وجب فكّ الولد مع التوفية بقيمته، فلو قصرت التركة عن قيمة الولد ووفت بقيمة ولد الولد ففي وجوب فكّه إشكال.

ينشأ من انّ الفكّ انّما وجب للولد، ومع قصور التركة عن قيمة من يجب فكّه يكون للامام، فتكون التركة للامام.

ومن انّ الولد عند قصور قيمته يكون كالمعدوم، فيكون بمنزلة من ترك ولد ولد مملوكاً وتركته تفي بقيمته فيجب فكّه.

قوله رحمه الله: «ولا خلاف في فكّ الأبوين، والأقرب في الأولاد ذلك، وكذا باقي الأقارب على إشكال، وقيل: الزوجان كالأقارب».

أقول: قد ذكر في من يجب فكّه أربع مسائل:

الأُولى: لا خلاف بين علمائنا في انّ القريب اذا كان أحد الأبوين يجب فكّه، وعليه دلّت الرواية عن أميرالمؤمنين عليه السلام[1].

الثانية: الأقرب عند المصنّف انّ حكم الأولاد في وجوب الفكّ حكم الأبوين.

ووجه القرب ما رواه الشيخ في الحسن عن جميل بن درّاج، عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: الرجل يموت وله ابن مملوك، قال: يشتري ويعتق ثمّ يدفع إليه ما بقي[2].

الثالثة: في وجوب فكّ باقي الأقارب كالاخوة والأعمام وأولادهم إشكال.

ينشأ من وجود الرواية الدالّة على ذلك وهي ما رواه الشيخ عن ابن بكير، عن

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣٢ الحرّ اذا مات وترك وارثاً مملوكاً ح ٤ ج ٩ ص ٣٣٤، وسائل الشيعة: ب ٢٠ من أبواب موانع الارث ح ١ ج ١٧ ص ٤٠٤.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٣٨ الحرّ اذا مات وترك وارثاً مملوكاً ح ٦ ج ٩ ص ٣٣٤، وسائل الشيعة: ب ٢٠ من أبواب موانع الارث ح ٤ ج ١٧ ص ٤٠٥.

بعض أصحابنا، عن الصادق عليه السلام قال: اذا مات الرجل وترك أباه وهو مملوك أو أمه وهي مملوكة أو أخاه أو أخته وترك مالاً والميّت حرّ اشترى ممّا ترك أبوه أو قرابته وورث ما بقي[1].

ومن ضعف السند، وكون الرواية مرسلة.

الرابعة: لو قلنا بوجوب فكّ الأقارب هل يجب فكّ الزوج والزوجة؟ قال الشيخ في النهاية: انّ حكمهما حكم الأقارب، فانّه قال فيها: اذا لم يخلّف الميّت وارثاً حرّاً على وجه وخلّف وارثاً مملوكاً ـ ولداً كان أو والداً أو أخاً أو اخوةً أو أحداً من ذوي أرحامه ـ وجب أن يشتري من تركته ويعتق ويعطي بقية المال، ولم يكن لمالكه الامتناع من بيعه بل يقهر عليه، هذا اذا كان قدر ما خلّفه قيمة المملوك أو أكثر منه، فإن كانت التركة أقل من قيمة المملوك لم يجب شراء الوارث على حالٍ، وكان المال لبيت مال المسلمين، وحكم الزوج والزوجة حكم ذوي الأرحام في انّه اذا لم يخلّف غيرهما اشتريا وأُعتقا وورثا على ما بيّناه. قال: وقال بعض أصحابنا: انّه اذا كانت التركة أقل من ثمن المملوك استسعى في باقيه، ولست أعرف بذلك أثراً، وينبغي أن يكون العمل على ما قدّمناه[2].

قوله رحمه الله: «فلو خلّف زوجة فقصر الربع عن ثمنها ونفى التركة به ففي الشراء إشكال».

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣٨ الحرّ اذا مات وترك وارثاً مملوكاً ح ٨ ج ٩ ص ٣٣٤، وسائل الشيعة: ب ٢٠ من أبواب موانع الارث ح ٣ ج ١٧ ص ٤٠٤.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب المواريث باب الحرّ المسلم يموت ويترك وارثاً مملوكاً ج ٣ ص ٢٤١ـ٢٤٢.

أقـول: هذا تفريع على وجوب فكّ الزوجة وهو: انّه اذا لم يخلّف الميّت وارثاً حرّاً وخلّف زوجة تزيد قيمتها عن ربع تركة الزوج ـ الذي هو فرضها لو كـانت حرّة ـ ومجموع التركة تفي بقيمتها هل يجب فكّها؟ فيه إشكال.

منشأه قصور نصيبها عن ثمنها.

ومن وجوب فكّ الوارث مع وفاء التركة بقيمته مع عدم اعتبار نصيبه.

قوله رحمه الله: «ولو خلّف ولداً نصفه حرّ وأخاً فالمال بينهما نصفان، ولو انعتق ثـلثه فـله ثـلث الباقي، وهكذا لايمنع بجزئة الحرّ مـن بـعد عـلى إشكال».

أقـول: منشأه من انّ الجزء الحرّ وارث أقرب من الأخ، ولا شيء للبعيد مع وجود من هو أقرب منه.

ومن انّ المتحرّر بعضه انّما يرث بنسبة ما فيه من الحرّية، ومازاد عليه لاحقّ له فيه، بل هو نصيب الباقي الذي هو رقّ فلا يرث، فيكون الباقي للأخ وإن كان أبعد.

قوله رحمه الله: «ابن نصفه حرّ وآخر كذلك لهما المال على الأوّل والنصف عـلى الثـاني والبـاقي لغيرهما، وإن بعُد على إشكال».

أقـول: على الأوّل ـ أي على تكميل الحرّية فيهما ـ يجتمع بينهما ابن حرّ، ولابن الحرّ له جميع المال، فكذا لنصفي الاثنين، فالمال بينهما نصفان. وعلى الثاني ـ وهو عدم التكميل ـ يرث كلّ منهما بنسبة ما فيه من الحرّية، فلو كان كلّ منهما حرّاً كان له نصف

التركة، فلكلّ منهما الربع، والنصف المتخلّف يكون لغيرهما، وإن كان أبعد منهما على ما تقدّم من الإشكال.

قوله رحمه الله: «ويحتمل أن يكون لكلّ واحد منهما ثلاثة أثمان المال؛ لأنّهما لو كانا حرّين لكان لكلّ نصف، ولو كانا رقيقين منعا، ولو كان الأكبر حرّاً فالمال له، فلكلّ منهما في أربعة أحوال مال ونصف فله ربع ذلك».

أقول: هذا يسمّى تنزيل الأحوال، وانّما كان له جزء من أربعة أجزاء؛ لأنّ الأحوال الحاضرة أربعة، وله في نفس الأمر حال واحد، فله جزء من أربعة أجزاء، جميع ما حصل له في الأحوال الأربعة، وذلك ثلاثة أثمان مال، كما ذكره رحمه الله.

قوله رحمه الله: «ولو كان معهما ابنٌ ثالث ثلثه حرّ، فعلى الأوّل يقسّم المال بينهم على ثمانية، وعلى الثاني يقسّم النصف بينهم على ثمانية، ويحتمل قسمة الثلث أثلاثاً والسدس بين صاحبَي النصف نصفين، وعلى تنزيل الأحوال يحتمل أن يكون لكلّ واحد ممّن نصفه حرّ سدس المال، وثمنه ولمن ثلثه حرّ ثلثا ذلك ـ وهو تسع المال ـ ونصف سدسه؛ لأنّ لكلّ واحد المال في حال ونصفه في حالين وثلثه في حال فيكون له

مالان، وثلث في ثمانية أحوال فيعطيه ثمن ذلك
ـ وهو سدس وثمن ـ ويعطى من ثلثه حر ثلثيه
ـ وهو تسع ونصف سدس ـ».

أقول: اذا خلّف الميّت ثلاثة بنين، ابنان نصف كلّ منهما حرّ، وثالث ثلثه حرّ. فعلى تكملة الحرّية نقول فيهم: حرّية ابن وزيادة فلهم جميع المال ويقسّم بينهم على نسبة حرّيتهم، وذلك ثمانية أجزاء؛ لأنّ النصف والثلث من ستة، فلكلّ ممن نصفه حرّ ثلثه،ولمن ثلثه حرّ جزءان، والمجموع ثمانية. وعلى الثاني ـ وهو توريثهم بنسبة ما فيهم من الحرّية ـ فنقول: المستحق لهم نصف التركة؛ لأنّ حرّية كلّ واحد لاتزيد على النصف فلهم النصف، ويمنعون عمّازاد عليه بسبب الرقّية ويقسّم النصف بينهم على نسبة حرّيتهم، وذلك ثمانية ـ كما تقدّم ـ فيحصل لكلّ واحد ممّن نصفه حرّ ثمانية من ستة عشر ولمن ثلثه حرّ سهمان منها. ويحتمل على هذا القول قسمة الثلث بينهم أثلاثاً والسدس بين من نصفهما حرّ؛ لأنّ الثلاثة اشتركوا في حرّية الثلث، فلهم بنسبته من التركة، وذلك ثلثها بينهم بالسوية، وانفرد الآخران بحرّية سدس آخر، فلهما سدس التركة بينهما بالسوية، فيكمل لكلّ ممّن نصفه حرّ سبعة أسهم من ستة وثلاثين سهماً، ولمن ثلثه حرّ أربعة أسهم من الأصل المذكور.

وعلى تنزيل الأحوال قال المصنّف يحتمل انّ يكون لكلّ واحد ممّن نصفه حرّ سدس المال وثمنه، ولمن ثلثه حرّ ثلثا ذلك ـ لمّا ذكره ـ فيكون لكلّ واحد من نصفه حرّ أحد وعشرون من اثنين وسبعين وللآخر أربعة عشر منها، ولم يذكر احتمالاً آخر.

والحقّ أن يقال: على تنزيل الأحوال لا وجه لغير هذا الاحتمال فيكون متعيّناً، إذ

لايمكن أن يعمل تنزيل الأحوال بالنسبة الى كلّ واحد من الثلاثة، وإلّا لزم أن يعطى من ثلثه حرّ بقدر من نصفه حرّ، وذلك باطل قطعاً، بل الضابط في تنزيل الأحوال انّ الورثة إن تساووا في مقدار الحرّية والاستحقاق، كابنين أو بنتين حرّية كلّ منهما مثل حرّية الآخر عملت في تنزيل الأحوال ـ كما بيّناه ـ وإن تفاوتوا في الحرّية نزلت الأحوال بالقياس الى أكثرهم حرّية وأُعطيت الآخر بنسبة حرّيته الى حرّية ذلك، مثاله ما تقدّم ممّن ثلثه حرّ ونصف كلّ منهما حرّ.

فإن عملنا بتنزيل الأحوال بالقياس الى من نصفها حرّ ولما تعيّن له مقدار نسبة حرّية من ثلثه حرّ الى من حرّيته النصف نسبة الثلثين أعطيناه بقدر ثلثي ما حصل له، ولو كانت حرّيته الربع أعطيناه نصف ما حصل لمن نصفه حرّ وهكذا، وما ذكره ظاهر من هذا.

قوله رحمه الله: «ابن حرّ وبنت نصفها حرّ للابن خمسة أسداس المال وللبنت سدسه في الخطاب والتنزيل معاً، وعلى تقدير جمع الحرّية يلزم أن يكون له أربعة أخماس ولها الخمس».

أقول: امّا على تقدير الخطاب فلأنّا نخاطب الابن فنقول له: لو كنت وحدك حرّاً لكان المال كلّه لك، ولو كنت مع أُختك حرّين لكان لك ثلثا المال، فقد حجبتك بحرّيتها عن الثلث، فنصفها يحجبك عن نصفه ـ وهو السدس ـ يبقى لك خمسة أسداس.

ونخاطب البنت فنقول: لو كنت حرّة مع أخيك الحرّ لكان لك ثلث المال، ولو كنت رقّاً لم يكن لك شيء، فرقّيتك أجمع تحجبك عن استحقاق الثلث، فنصفها يحجبك عن

نصفه ـ وهو السدس ـ فيبقى لك السدس.

وعلى التنزيل نقول: للابن حالة انفراده بالحرّية فله المال كلّه، وحالة حرّيتها له الثلثان فله نصفهما، وذلك خمسة أسداس. والبنت أيضاً لها حالان: حالة الحرّية لها منه ثلث المال في حال، وحالة الرقّية ولاشيء لها، فلها نصف ما حصل لها في الحالين، وذلك سدس.

وعلى تقدير جميع الحرّية هناك ابن حرّ وربع؛ لأنّ نصفها بمنزلة ربع ذكر، ومجموع ذلك خمسة أرباع، فتقسّم التركة بينهما على هذه النسبة، وذلك خمسة، للابن أربعة أخماس المال والبنت خمسه.

قوله رحمه الله: «ولو كانت البنت حرّة والابن نصفه حرّ فعلى تقدير جمع الحرّية المال بينهما نصفان، وعلى تقدير الخطاب يكون لها الثلثان وله الثلث، وكذا على التنزيل».

أقول: لأنّه على تقدير جمع الحرّية يكون قد اجتمع حرّية تستحقّ بها جميع المال؛ لأنّ البنت الواحدة اذا كانت حرّة كان لها جميع المال، فيكون حينئذٍ المال بينهما بالسوية؛ لأنّ نصيب الابن الحرّ مساوٍ لمجموع حرّية البنت، فكان المال بينهما بالسوية.

وبالخطاب نقول لها: لو كنت وحدك لكان لك جميع المال. ولو كنتما حرّين لكان لك الثلث، فقد حجبك بجميع حرّيته عن ثلثي المال فيحجبك بنصف حرّيته عن الثلث، فيبقى لك ثلثا المال.

وكذا على التنزيل، لأنّ لكلّ منهما حالين: فللبنت الحرّة حال انفرادها بالحرّية

فلها جميع المال، وحال حرّيتها مع حرّية أُخيها لها ثلث المال، فقد حصل لها مال وثلث المال في حالين فلها نصفها، وذلك ثلثا المال. وللابن في حال حرّيته مع حرّية أُخته وله في هذا الحال ثلثا المال وحال رقّيته، ولا شيء له فيها، فقد حصل له في الحالتين ثلثا المال فله نصفها الثلث، وباقي الباب يظهر ممّا ذكرناه.

قوله رحمه الله: «من مات وعليه دَين مستوعب للتركة فالأقرب عندي انّ التركة للورثة، لكن يمنعون منها كالرهن حتى يقضي الدَين منها أو من غيرها. وقيل: يبقى على حكم مال الميّت، ولا ينتقل الى الوارث، وتظهر الفائدة في النماء».

أقول: قد مرّ هذا البحث وذكر الخلاف في الجزء الأوّل، فلا حاجة الى إعادته.

وفائدة الخلاف انّه اذا ظهر نماء بعد الموت قبل قضاء الدَين فعلى مذهب المصنّف يكون للورثة، ولا يجب صرفه في الدَين؛ لأنّ الذي يجب صرفه في الدَين انّما هو كان ملكاً للميّت، وهذا لم يكن ملكاً له. وعلى القول الآخر يصرف في الدَين مع قصور التركة عنه؛ لأنّه في حكم مال الميّت.

قوله رحمه الله: «الغائب غيبة منقطعة بحيث لا يعلم خبره لا يورث حتى يعلم موته، امّا بالبيّنة أو بمضي مدة لا يمكن أن يعيش مثله إليها

عادة، فيحكم حينئذٍ لورثته الموجودين في وقت الحكم.وقيل: يورث بعد مضي عشر سنين من غيبته.وقيل: بعد أربع. وقيل يدفع ماله الى الوارث الملّي».

أقول: اختلف علماؤنا في ميراث المفقود وقسمة أمواله على أقوال أربعة، أشار المصنّف إليها .

الأوّل: انّه لا يقسّم حتى يعلم موته أو تمضي مدة لايمكن أن يعيش مثله إليها بمجرى العادة، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[١] والخلاف[٢]، ومذهب المصنّف، وابن ادريس[٣]، وابن سعيد[٤].

الثاني: انّه يقسّم بعد مضي عشر سنين من غيبته، وهو قول ابن الجنيد في الغائب المفقود؛ لأنّه قال: والنظر في مال من فقد في عسكر قد شهرت هزيمته وقتل كلّ من كان فيه أو أكثرهم أربع سنين، وفي من لايعرف مكانه في غيبته ولا خبره عشر سنين[٥].

الثالث: انّه يقسّم بعد مضي أربع سنين، وهو قول السيد المرتضى حيث قال في الانتصار: وممّا انفردت به الامامية القول بأنّ المفقود يحبس ماله عن ورثته قدر ما

---

(١) المبسوط: كتاب الفرائض والمواريث فصل في ميراث الحمل والأسير والمفقود ج ٤ ص ١٢٥.

(٢) الخلاف: كتاب الفرائض المسألة ١٣٦ ج ٤ ص ١١٩.

(٣) السرائر: كتاب المواريث والفرائض ج ٣ ص ٢٩٨.

(٤) شرائع الاسلام: كتاب الفرائض في ميراث الخنثى ج ٤ ص ٤٩.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الفرائض ص ٧٤٩ س ٨.

يطلب في الأرض كلّها أربع سنين، فإن لم يوجد بعد انقضاء هذه المدة قسّم المال بين ورثته[١]. وهو مذهب محمّد بن بابويه أيضاً؛ لأنّه عندنا روي عن اسحاق بن عمّار قال: قال أبو الحسن عليه السلام في المفقود: يتربّص بماله أربع سنين ثمّ يقسّم. قال رحمه الله: يعني بعد أن لا يعرف حياته من موته ولايعرف له خبر حياة ولا موت فحينئذٍ تعتد امرأته عدة المتوفى عنها زوجها، وتقسّم أمواله بين الورثة على سهام الله عزّوجلّ[٢]. وهو ظاهر كلام أبي الصلاح[٣] أيضاً.

الرابع: انّه يدفع الى الوارث الملّي، وهو ظاهر كلام المفيد قال: اذا مات انسان وله ولد مفقود لايعرف له موت ولا حياة عزل ميراثه حتى يعرف خبره، فإن تطاولت المدة وكان للميّت ورثه ـ سوى الولد ـ ملاء بحقّه لم يكن بأس باقتسامه وهم ضامنون له إن عرف للولد خبر. إلّا أنّه قال ـ بعد ذلك ـ: ولا بأس بأن يبتاع الانسان عقار المفقود بعد عشر سنين من غيبته وفقده وانقطاع خبره، ويكون البائع ضامناً للثمن والدرك، فإن حضر المفقود خرج إليه من حقّه[٤].

قوله رحمه الله: «الأقرب المغايرة، فلو كانت الأُم أُختاً لم تحجبه».

أقول: الأقرب عند المصنّف انّه يشترط في حجب الأُخوة للأُم أن يكون كلّ منهم مغايراً للأُم، فلو كانت الأُم اختاً لم تحجب نفسها، كما لو تزوّج المجوسي ابنته

---

(١) الانتصار: المسائل المشتركة في الارث ص ٣٠٧.

(٢) من لايحضره الفقيه: كتاب الفرائض والمواريث باب ميراث المفقود ح ٥٧٠٧ ج ٤ ص ٣٣٠.

(٣) الكافي في الفقه: فصل في الارث ص ٣٧٨.

(٤) المقنعة: كتاب الفرائض والمواريث باب ميراث من لا وارث له ص ٧٠٦.

فأولدها ولداً فانّ أُمه تكون أُخته، وكذا لو اشتبهت ابنه المسلم عليه ووطأها لشبهة بأن وطأها مجنوناً أو في حال السكر أو لم يعلم كونها ابنته وقت الوطء، فانّ الولد الذي تولّد منها يسمّيها أُمه وأُخته.

ووجه اشتراط المغايرة انّ ظاهر قوله تعالى: ﴿فإن كان له اخوة فلأُمّه السدس﴾[1] المفهوم منه انّ للأُم المحجوبة اخوة يحجبون، وأُمّاً مغايرة لهم محجوبة، ولأنّه لايتصور أن يكون الواحد حاجباً لنفسه.

قوله رحمه الله: «ويقاسم الأبوين كأبيه، وشرط ابن بابويه في توريثه عدم الأبوين».

أقول: المشهور انّ ولد الولد يقوم مقام الولد ويقاسم الأبوين كما يقاسمها الوٰلد، ذهب الى ذلك الشيخان[2]، وابن أبي عقيل[3]، وسلّار[4]، وابن حمزة[5]، والفضل بن شاذان[6] من قدماء علمائنا.

وذهب محمّد بن بابويه الى انّه لا ميراث لولد الولد مع وجود الأبوين، فقال في كتاب من لايحضره الفقيه: فاذا ترك الرجل أبوين وابن ابن أو ابنة بنت فالمال للأبوين، للأُم الثلث، وللأب الثلثان؛ لأنّ ولد الولد انّما يقوم مقام الولد اذا لم يكن

---

(١) النساء: ١١.

(٢) المقنعة: كتاب الفرائض والمواريث باب ميراث من علا من الآباء ص ٦٨٨، النهاية ونكتها: كتاب المواريث باب ميراث الولد وولد الولد ج ٣ ص ١٩٨.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الفرائض ص ٧٣٨ س ٣٣.

(٤) المراسم: كتاب المواريث في ذكر ترتيب ذوي الأنسان ص ٢٢٨.

(٥) الوسيلة: كتاب المواريث فصل في بيان ميراث الأولاد ص ٣٨٧.

(٦) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الفرائض ص ٧٣٨ س ٣٧.

هناك ولد ولا وارث غيره والوارث هو الأب والأُم. قال: وقال الفضل بن شاذان خلاف قولنا في هذه المسألة وأخطأ، قال: إن ترك ابن بنت وابنة ابن وأبوين فللأبوين السدسان وما بقي فلابنة الابن من ذلك الثلثان ولابن البنت من ذلك الثلث تقوم ابنة الابن مقام أبيها وابن الابنة مقام أُمه، وهذا مما زلّ به قدمه عن الطريقة المستقيمة، وهذا سبيل من يقيس[١].

قوله رحمه الله: «وأولاد البنت يقسّمون نصيب أُمهم، للذكر ضعف الانثى على الأصحّ».

أقول: ذهب السيد المرتضى[٢] الى انّ المشهور بين علمائنا انّ أولاد البنت يقتسمون المال بينهم للذكر ضعف الانثى، وهو قول الشيخ في النهاية[٣]، وابن حمزة[٤]، وابن ادريس[٥]، وجماعة من أصحابنا.

وقال ابن البرّاج: يقتسمونه بالسوية، الذكر والانثى سواء[٦]. وحكاه الشيخ في النهاية[٧] قولاً لبعض أصحابنا.

والأصحّ عند المصنّف الأوّل؛ لانّهم يندرجون تحت اسم الأولاد، إمّا حقيقة كما

---

(١) من لايحضره الفقيه: كتاب الفرائض والمواريث باب ميراث الأبوين مع ولد الولد ج ٤ ص ٢٦٩ ـ ٢٧٠.

(٢) رسائل الشريف المرتضى: المجموعة الثالثة مسألة في إرث الأولاد ص ٢٥٧ ـ ٢٦٦.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب المواريث باب ميراث الولد وولد الولد ج ٣ ص ١٩٩.

(٤) الوسيلة: كتاب المواريث فصل في بيان ميراث الأولاد ص ٣٨٧.

(٥) السرائر: كتاب المواريث والفرائض ج ٣ ص ٢٣٩ ـ ٢٤٠.

(٦) المهذّب: كتاب الفرائض باب ميراث الولد وولد الولد ج ٢ ص ١٣٢ ـ ١٣٣.

(٧) النهاية ونكتها: كتاب المواريث باب ميراث الولد وولد الولد ج ٣ ص ١٩٩.

ذهب إليه السيد المرتضى[١]، وابن ادريس[٢] وجماعة، وامّا مجازاً كما هو مذهب المصنّف، فيتناولهم حكم الأولاد من وجوب الاقتسام للذكر ضعف الانثى.

قوله رحمه الله: «وقيل: إنّ أولاد الأولاد يقتسمون المال بينهم تقاسم الأولاد».

أقول: هذا القول مذهب السيد[٣]، وابن ادريس[٤]، والأكثر على خلافه. فعلى قول السيد لو خلّف بنت ابن وابن بنت كان لابن البنت ضعف بنت الابن، وعند الآخرين بالعكس.

قوله رحمه الله: «وكذا لو قصر النصيب عنه على إشكال».

أقول: يريد انّ الولد الأكبر الذكر انّما يحيى بثياب بدن أبيه وخاتمه وسيفه ومصحفه اذا لم يزد ذلك على نصيبه من الميراث، امّا مع الزيادة على قدر النصيب ففيه إشكال.

ينشأ من انّه حكم على خلاف الأصل، والغالب انّه قاصر على مقدار النصيب. ولأنّ عموم القرآن يقتضي اشتراك جميع الورثة في التركة على قدر سهامهم، خرج منه ما اذا كان ما يحيى به الولد الأكبر قاصراً عن النصيب مع ثبوت دليل الحياة،

---

(١) رسائل الشريف المرتضى: المجموعة الثالثة مسألة في إرث الأولاد ص ٢٦٢ ـ ٢٦٣.

(٢) السرائر: كتاب المواريث والفرائض ج ٣ ص ٢٤٠.

(٣) رسائل الشريف المرتضى: المجموعة الثالثة مسألة في إرث الأولاد ص ٢٦٥ ـ ٢٦٦.

(٤) السرائر: كتاب المواريث والفرائض ج ٣ ص ٢٣٩ ـ ٢٤٠.

فيبقى ماعداه داخلاً تحت العموم المقتضي لاشتراك الجميع فيه.

ومن عموم دليل الحياة المتناول لما قصر عن النصيب وغيره، والأصل إجراء العامّ على عمومه.

قوله رحمه الله: «ولو كان الأكثر متعدّداً فالأقوى القسمة».

أقول: ذهب ابن حمزة الى انّ شرط الحياة للولد أن يكون واحداً فقال: ويأخذ الابن الأكبر ثياب بدن الوالد وخاتمه الذي يلبسه وسيفه ومصحفه بخمسة شروط: ثبات العقل، وسداد الرأي، وفقد آخر في سنّه، وحصول تركة له سوى ما ذكرناه، وقيامه بقضاء ما فاته من صلاة وصيام[1].

والأقوى عند المصنّف انّ وجود من هو في سنّه لا يوجب المنع، بل يقتضي الاشتراك بينهما؛ لوجود الوصف المقتضي للاختصاص فيهما.

قوله رحمه الله: «ولو تعدّدت هذه الأجناس أُعطي من الثياب، وفي الباقي إشكال، أقربه إعطاء واحد يتخيّره الوارث، وفي العمامة نظر».

أقول: لو تعدّدت الثياب والخواتيم والمصاحف والسيوف أُعطي الثياب المتعدّدة؛ لعموم الروايات المتناولة لها وستأتي، وأمّا البواقي ففيها إشكال.

ينشأ من انّه يحيى بخاتمه وسيفه ومصحفه وكلّ واحد من المصاحف يصدق عليه انّه مصحف أبيه فيحيى به، وكذا البواقي.

---

(١) الوسيلة: كتاب المواريث فصل في ميراث الأولاد ص ٣٨٧.

ومن حيث إنّ الحياة على خلاف الأصل، والنصّ ورد في البواقي بلفظ الواحد، فلا يستحقّ زيادة عليه، وحينئذٍ يتخيّر الورثة في تعيين ذلك الواحد من كلّ جنس، كما لو أوصى الميّت بإعطاء خاتم أو سيف وله خواتيم وسيوف فانّ الخيار في تعيين ذلك الى الوارث.

وامّا العمامة فذكر المصنّف انّ فيها نظر، فيحتمل أن يكون النظر راجعاً الى تعدّد العمامة، فحينئذٍ يحتمل إعطاء واحد منها يتخيّرها الوارث ـ كالخاتم وأشباهه ـ ويحتمل إعطاء الجميع؛ لصدق اسم الثياب على كلّ واحد منها. ويمكن أن يكون النظر راجعاً الى دخول العمامة في الحباء، من حيث إنّها من الثياب وعدمه؛ لأنّها ليست من ثياب البدن عرفاً. والحقّ الأوّل.

وانّ هذه الاحتمالات انّما تتوجه على تقدير انّ يكون الاختصاص بثياب البدن حتى يقال: إنّ العمامة ليست من ثياب البدن عرفاً، وليس الأمر كذلك.

امّا أوّلاً: فلأنّ هذه العبارة ليست ممّا اتفق على ذكرها الأصحاب بل الشيخان ومن تبعهما والمصنّف، وأمّا باقي الأصحاب فبعضهم قال: ثياب جلده، وهو قول ابن ادريس[1].

وقال ابن الجنيد: ويستحبّ أن يؤثّر الولد الأكبر اذا كان ذكراً بالسيف وآلة السلاح والمصحف والخاتم وثياب الأب التي كانت بجسده بقيمته، وليس ذلك عندي بواجب[2].

وأمّا ثانياً: فلأنّ الروايات لم تتضمن ذكر ثياب البدن، بل الذي ورد في هذا

---

(١) السرائر: كتاب المواريث والفرائض ج ٣ ص ٢٥٨.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الفرائض ص ٧٣٢ س ٢٩.

المعنى رواية ربعي، عن الصادق عليه السلام قال: اذا مات الرجل فسيفه ومصحفه وخاتمه وكتبه ورحله وراحلته وكسوته لأكبر ولده[١].

ورواية شعيب العقرقوفي عن الصادق عليه السلام: السيف والرحل وثياب جلده[٢] وغيرهما من الروايات لم تتضمّن منها شيئاً من ذكر البدن.

قوله رحمه الله: «ولو كان انثى فلها النصف والباقي يردّ عليها، وعلى الواحد من كلالة الأُم أرباعاً ـ على رأي ـ وعليها خاصّة ـ على رأي ـ لدخول النقص عليها، ولما روي عن الباقر عليه السلام في ابن أُخت لأب وابن أُختٍ لأُم انّ لابن الأُخت للأُم السدس والباقي لابن الأُخت للأب، وفي طريقها عليّ بن فضّال، وفيه قول».

أقول: لو خلّف الميّت أُختاً لأب مع واحد من كلالة الأُم امّا أخ أو أُخت ولم يخلّف وارثاً سواهما كان للأُخت من الأب النصف، وللواحد من كلالة الأُم السدس، واختلفوا في الباقي.

فقال ابن أبي عقيل[٣]، وابن الجنيد[٤]: يردّ عليهما على نسبة سهامهما أرباعاً،

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢٤ ميراث الأولاد ح ٧ ج ٩ ص ٢٧٥، وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب ميراث الأبوين والأولاد ح ١ ج ١٧ ص ٤٣٩.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٢٤ ميراث الأولاد ح ٩ ج ٩ ص ٢٧٦، وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب ميراث الأبوين والأولاد ح ٧ ج ١٧ ص ٤٤٠.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الفرائض ص ٧٣٨ س ٢٠.

(٤) المصدر السابق.

وتبعهما ابن ادريس[١] على ذلك.

وقال الشيخ: يردّ على الأُخت للأب خاصّة[٢]، وهو مذهب محمّد بن علي ابن بابويه في كتاب من لايحضره الفقيه[٣]، ومذهب ابن البرّاج[٤]، وظاهر كلام المفيد[٥].

واستدلّ الشيخ رحمه الله على ذلك في النهاية بأن قال: لأنّه لو نقص من النصف شيء كان النقص داخلاً عليها، فانّه لو كان في الفريضة زوج أو زوجة كان له حصّة النصف أو الربع، وللأخ أو الأُخت أو الاخوة أو الأخوات من الأُم السدس أو الثلث، والباقي للأُخت من الأب[٦].

واستدلّ في الاستبصار ـ حيث روى عن محمّد بن مسلم، عن الباقر[٧] عليه السلام ـ الرواية التي أشار إليها المصنّف رحمه الله فقال: هذا الخبر يدلّ على انّه اذا اجتمع أُخت من أُم وأُخت من أب أن يعطي الأُخت من الأُم السدس بالتسمية والأُخت من الأب الباقي النصف بالتسمية أيضاً والباقي يردّ عليها؛ لأنّ بنتها انّما تأخذ ما كانت تأخذه هي لو كانت حية؛ لأنّها تتقرّب بها وتأخذ نصيب ممّن تتقرّب به، وذلك خلاف ما يذهب إليه قوم من أصحابنا من وجوب الردّ عليها؛

---

(١) السرائر: كتاب المواريث والفرائض ج ٣ ص ٢٦٠.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب المواريث باب ميراث الاخوة والأخوات ج ٣ ص ٢٠٤ ـ ٢٠٥.

(٣) من لايحضره الفقيه: كتاب الفرائض والمواريث باب ميراث ذوي الأرحام ج ٤ ص ٢٧٤.

(٤) المهذّب: كتاب الفرائض باب ميراث الاخوة والأخوات ج ٢ ص ١٣٦.

(٥) المقنعة: كتاب الفرائض والمواريث باب ميراث الاخوة والأخوات ص ٦٩٠.

(٦) النهاية ونكتها: كتاب المواريث باب ميراث الاخوة والأخوات ج ٣ ص ٢٠٥.

(٧) الاستبصار: ب ١٠٠ ميراث الأولاد والاخوة ح ١ ج ٤ ص ١٦٨.

لأنّ ذلك خطأ على موجب هذا النصّ[١].

واعلم انّ الخبر المذكور يدلّ على ما ذكره الشيخ رحمه الله، لكن في طريق هذه الرواية الى محمّد بن مسلم عليّ بن فضّال، وفيه قول ـ كما ذكره المصنّف ـ فلا يصحّ الاستدلال بها على الأحكام الشرعية.

قوله رحمه الله: «ويمنع الاخوة من يتقرّب بهم من أولادهم وأولاد الأب من العمومة والعمّات والخؤولة والخالات وأولادهم دون الأجداد والجدّات، وقال ابن شاذان: الأخ من الأُم مع الأخ من الأبوين السدس والباقي لابن الأخ، وليس بجيد؛ لأنّ كثرة النسب تراعي مع تساوي الدرج».

أقول: المشهور بين علمائنا انّ كلّ أقرب يمنع الأبعد إلّا في مسألة إجماعية هي: ابن عم لأب وأُم مع عم لأب، فانّ ابن العم أولى، وذهب أبو محمّد الفضل بن شاذان بن الخليل النيسابوري الأزدي رحمه الله الى انّه اذا اجتمع ابن أخ من الأبوين مع أخ من الأُم يكون الأخ من الأُم السدس والباقي لابن الأخ من الأبوين، قال: لأنّ ابن الأخ للأب والأُم يقوم مقام الأخ الذي يستحقّ المال كلّه بالكتاب، فهو بمنزلة الأخ للأب والأُم، وله فضل قرابة بسبب الأُم[٢].

وردّ محمّد بن بابويه عليه في ذلك، فقال في كتاب من لا يحضره الفقيه: وغلط

---

(١) الاستبصار: ب ١٠٠ ميراث أولاد الاخوة والأخوات ذيل الحديث ١ ج ٤ ص ١٦٨ـ١٦٩.

(٢) نقله عنه في كتاب من لايحضره الفقيه: باب ميراث الاخوة والأخوات ج ٤ ص ٢٧٥.

الفضل بن شاذان في هذه المسألة، وأجاب عنه بأنّه لو كان بمنزلة الأخ لكان له جميع المال[١].

وردّ المصنّف أيضاً وجماعة من أصحابنا بأنّ كثرة الأسباب انّما تؤثّر مع تساوي الدرج، امّا مع التفاوت فانّ الأقرب يمنع الأبعد، إلّا فيما تقدّم الإجماع عليه، والأخبار الواردة عن الأئمة عليهم السلام الذي يجب التسليم الى قولهم.

قوله رحمه الله: «وإن كان واحداً انثى على إشكال».

أقول: يريد لو اجتمع واحد من قِبل الأُم كأخ وأُخت مع جدّة من قِبل الأب كان للواحد من قِبل الأُم السدس والباقي للجدّة من قِبل الأب على إشكال.

ينشأ من احتمال أن يكون النصف للجدّة والباقي ردّ عليهما؛ للاتفاق على انّ الجدّ كالأخ والجدّة كالأُخت، وقد تقدّم انّ الأُخت للأب اذا كانت مع واحد من كلالة الأُم يكون الردّ بينهما أرباعاً على المشهور بين الأصحاب.

ومن احتمال كون الباقي بعد السدس للجدّة، لأنّ النصّ ورد في الأُخت فيختصّ بالحكم.

قوله رحمه الله: «وفي الأُخت المنفردة من قِبل الأب إشكال».

أقول: يريد انّه لو اجتمع جدّ أو جدّة مع أُخت واحدة من قِبل الأب خاصّة كان للجدّ أو الجدّة الثلث والأُخت من قِبل الأب النصف بالتسمية، وهل تختصّ بردّ

---

(١) من لايحضره الفقيه: باب ميراث الاخوة والأخوات ج ٤ ص ٢٧٥ ـ ٢٧٦.

الفاضل عليها دون الجدّ أو الجدّة؟ فيه إشكال.

ينشأ من تساوي الدرجة المقتضية للردّ فتساوى الجميع فيه على نسبة سهامهم أخماساً.

ومن كون النصّ بالاشتراك في الردّ مخصوصاً بالاخوة، وهو ما تضمّنته رواية محمّد بن مسلم[1] فتختصّ بالحكم.

قوله رحمه الله: «ولو خلّف مع الأجداد الثمانية أخاً لأب كان لأجداد الأُم الثلث بالسوية والباقي للأخ والأجداد من قِبل الأب، والأقرب انّه يأخذ مثل نصيب الجدّ من قِبل أب الأب».

أقول: اذا ترك الميّت أجداده الثمانية ـ أعني جدّ أبيه وجدّته لأبيه وجدّته لأُمه وجدّ أُمه وجدّتها، وجدّها لأبيها وجدّها وجدّتها لأُمها ـ وترك معهم أخاً لأبيه فالأقرب عنده انّ الأخ للأب يأخذ مثل نصيب أب أب الأب، لا مثل نصيب الجدّ من قِبل أُم الأب.

ووجه القرب انّهم اتفقوا على انّ الأخ كالجدّ، وهذا جدّ يتقرّب الى الميّت بأبيه، فيكون بمنزلة جدّه لأبي أبيه؛ لأنّ جدّه لأُم أبيه. وإن كان يتقرّب بالأب فهو أيضاً يتقرّب أُم الأب، والأخ يتقرّب الى الميّت بالأب لاغير، فيكون بمنزلة الجدّ المتقرّب بالأب[2] لاغير.

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢٨ ميراث من علا من الآباء ح ٧ ج ٩ ص ٣٠٤، وسائل الشيعة: ب ٦ من أبواب ميراث الجدّ مع الاخوة ح ١١ ج ١٧ ص ٤٩٠.

(٢) في ج: «بالأُم».

قوله رحمه الله: «وهل يوفّر ثلث الثلثين على جدّ أُم الأب وجدّتها ويقسم ثلثا الثلثين على الأخ والجدّ والجدّة من قِبل أب الأب أخماساً؟ الأقرب ذلك، فيصحّ من خمسمائة وأربعين».

أقول: وجه القرب انّ الثلثين المتخلّفة بعد أجداد الأُم مستحقّ في الحقيقة بقبيلتين: أحدهما من قِبل أب الأب، والآخر من قِبل أُم الأب والأخ من قِبل الأب محضاً، فلا يشارك الذين من قِبل أُم الأب فيكون لهم الثلث، ويبقى ثلثا الثلثين بين الجدّ والجدّة لأب الأب والأخ أخماساً فتكون من خمسمائة وأربعين، وذلك لأنّ أصل المسألة ثلاثة من حيث إنّ ثلث المال للأجداد الذين من قِبل الأُم وثلثاه لمن تقرّب بالأب، ثلثه يقسّم أثلاثاً وثلثاه أخماساً، والعدد المشتمل عليها خمسة وأربعون تضرب عدد سهام أجداد الأُم، وهو أربعة في عدد سهام أجداد الأب والأخ، وذلك خمسة وأربعون تبلغ مائة وثمانين تضربها في الأصل، وهو ثلاثة تبلغ خمسمائة وأربعين وهو ما ادّعيناه، فيكون للأجداد الأربعة من قِبل الأُم ثلث ذلك مائة وثمانون، لكلّ واحد منهم خمسة وأربعون وثلث الثلثين، وهو مائة وعشرون للجدّ من قِبل أُم الأب ثمانون وللجدّة من قِبلها أربعون وثلثا الثلثين، وذلك مائتان وأربعون بين الأخ والجدّ والجدة أخماساً للأخ خمسا ذلك ستة وتسعون، وكذا الجدّ من قِبل أب الأب وللجدّة من قِبله ثمانية وأربعون.

قوله رحمه الله: «ويحتمل دخول النقص على أجداد الأب الأربعة، فتصحّ من مائة وستة وخمسين؛ لأنّك تضرب أربعة سهام أجداد الأُم

في أصل الفريضة، وهي ثلاثة فتصير اثنى عشر ثمّ تضرب ثلاثة عشر سهام أجداد الأب، وهي تسعة وسهام الأخ، وهي أربعة في اثنى عشر».

أقول: قد تبيّن انّ الأقرب عنده أن يوفّر ثلث الثلثين على جدّ أُم الأب وجدّته، وبينّا وجه ذلك، وذكر هاهنا احتمالاً آخر وهو: أن يدخل النقص بسبب الأخ على الأجداد الأربعة، وذلك لأنّهم كلّهم يتقرّبون بأب الميّت، فهم جميعاً من جهة الأب وقد دخل عليهم مشارك من جهة الأب فيكون مشاركاً لهم على النسبة، كما لو دخل عليهم زوج أو زوجة فانّه لا خلاف ولا شكّ في انّه يدخل النقص بسبب دخوله على الجميع فكذا هنا، وأمّا بلوغها الى مائة وستة وخمسين وصحّة انقسامها عليهم منها فقد ذكره المصنّف.

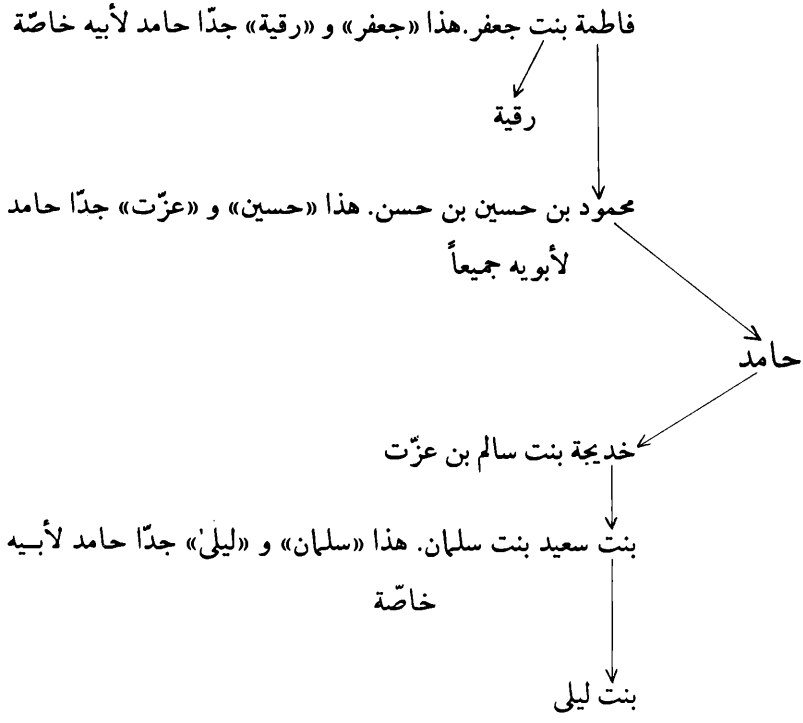
والأجود أن يقال: أن تضرب سهام أجداد الأُم ـ وهي أربعة ـ في سهام أجداد الأب والأخ ـ وهي ثلاثة عشر ـ تبلغ اثنين وخمسين، وتضربها في أصل الفريضة تبلغ مائة وستة وخمسين، وانّما كان هذا أجود؛ لأنّه مطابق لما قرّره المصنّف، والحساب من الضابط.

قوله رحمه الله: «وقد يتفق مع تباعد الدرج كون الجدّ من قبل الأبوين، فالأقرب انّه يمنع الجدّ للأب دون الجدّ للأُم».

أقول: امّا وجه منعه للجدّ من قِبل الأب فلأنّه اذا اجتمع المتقرّب بسببين مع المتقرّب بسبب واحد من جهة الأب فانّ المتقرّب بالسببين أولى، كما في الاخوة والأعمام والأخوال، إذ لا وجه لمنع الأخ من قِبل الأبوين أو العم أو الخال لمن تقرّب

بالأب خاصّة، إلّا كونه متقرّب بسببين والآخر سبب واحد.

وأمّا عدم منعه لمن يتقرّب بالأم فلأنّه لا خلاف في انّ كلالة الأُم وهم من تقرّب بالأُم خاصّة يشاركون من يتقرّب بالأبوين جميعاً فكذا هنا، ولنذكر لذلك مثالاً؛ لأنّه قد لا يتصوّره بعضهم وهو هذا:



قوله رحمه الله: «ولو كانوا أولاد أخ أو أُخت لأُم وأولاد أُخت لأب خاصّة ففي الردّ خلاف».

أقــول: قد ذكر الخلاف في انّ الردّ هل يختصّ بالأُخت للأب دون الواحد من قِبل الأُم أو يكون مشتركاً؟ وهذه المسألة مبنيّة على ذلك؛ لأنّ أولاد الاخوة يأخذون ما يأخذه آباؤهم عند فقدهم.

قوله رحمه الله: «ولو خلّف ابن أخ وبنت ذلك الأخ لأب وابن أُخت وبنت تلك الأُخت له وابن أخ وبنت ذلك الأخ لأُم وابن أُخت وبنت تلك الأُخت لأُم مع الأجداد الثمانية، أخذ الثلثين الأجداد من قِبل الأب مع أولاد الأخ والأُخت الأربعة، فللجدّ والجدّة وأولاد الأخ والأُخت ثلثا الثلثين، الجدّ وأولاد الأخ ثلثا ذلك، نصفه للجدّ ونصفه لأولاد الأخ، والثلث للجدّة وأولاد الأُخت، نصفه للجدّة ونصفه لأولاد الأُخت أثلاثاً، وثلثها للجدّ والجدّة من قِبل أُم الأب، والثلث للأجداد الأربعة من الأُم، وللأولاد الاخوة من قِبلها أسداساً لكلّ جدّ سدس، ولأولاد الأخ للأُم السدس، ولأولاد الأُخت سدس آخر، وتصحّ من ثلثمائة وأربعة وعشرين».

أقــول: قد تقدّم انّه اذا اجتمع مع الأجداد الأربعة للأب أخ من الأبوين هل يوفّر ثلث الثلثين على جدّي أُم الأب أو يدخل النقص على الجميع؟ فيه احتمالان،

وقوّى المصنّف توفّر الثلث على الجدّ والجدّة المذكورين، وهذا الحكم مبنيّ على هذا الاحتمال القوي، وقد ذكر انّه يصحّ من ثلثمائة وأربعة وعشرين، ونحن نذكر وجه بلوغها الى هذا القدر وما يختصّ بكلّ واحد منهم من هذا القدر، ثمّ نذكر مقدار ما تصحّ منه الفريضة على الاحتمال الآخر فنقول: امّا بلوغها الى ثلثمائة وأربعة وعشرين فلأنّ الأصل ثلاثة: ثلثها لأقرباء الأُم وسهامهم اثنى عشر، وثلثاها لأقرباء الأب وسهامهم سبعة وعشرين وبينهما وفق بالثلث، فتضرب ثلث أحدهما في الآخر تبلغ مائة وثمانية، تضرب في أصل الفريضة ـ وهو ثلاثة ـ تبلغ ثلثمائة وأربعة وعشرين، وذلك ما أردنا أن نبيّنه فيحصل لكلّ واحد من أجداد الأُم الأربعة سدس الثلث ثمانية عشر، ولكلّ من أولاد الأخ والأُخت الأربعة تسعة، وذلك مقدار الثلث مائة وثمانية، ويحصل للجدّ والجدّة من قِبل أُم الأب ثلث الباقي اثنان وسبعون للجدّ ثلثاها ثمانية وأربعون، وللجدّة الثلث أربعة وعشرون، وثلثا الثلثين ـ وهو مائة وأربعة وأربعون ـ للجدّ، وولدي الأخ من قِبل الأب ثلثا ذلك ستة وتسعون للجدّ نصف ذلك ثمانية وأربعون، ولابن الأخ ثلث الباقي اثنان وثلاثون ولأُخته ستة عشر، وثلث ذلك ـ وهو ثمانية وأربعون ـ للجدّة نصفه أربعة وعشرون ولولدي الأُخت أربعة وعشرون للابن منها ستة عشر وللبنت ثمانية.

وعلى احتمال دخول النقص على الجميع فنقول: أصل المسألة ثلاثة، وسهام أجداد الأُم وأولاد الأخ والأُخت منها اثنى عشر، وسهام أجداد الأب الأربعة وأولاد الأخ والأُخت للأب خمسة عشر، وهي توافق الأُثنى عشر بالثلث، فتضرب ثلث أحدهما في الآخر تبلغ ستين، تضربها في أصل الفريضة ـ وهي ثلاثة ـ تبلغ مائة وثمانين ومنها تصحّ.

قوله رحمه الله: «ولو خلّف مع الاخوة من الأب جدّاً قريباً لأب ومع الأُخوة من الأُم جدّاً بعيداً منها وبالعكس، فالأقرب انّ الأدنى هنا يمنع الأبعد مع احتمال عدمه؛ لعدم مزاحمته».

أقول: وجه قرب المنع انّ الاتفاق من علمائنا على إطلاق القول بأنّ الأقرب يمنع الأبعد، وذلك يتناول صورة الفرض مع احتمال عدم منعه له، ذكره المصنّف من انّ الأقرب انّما يمنع الأبعد ليجوز هو الميراث الذي لولا الأقرب لأخذه الأبعد، وهنا لايمكن ذلك؛ لأنّ الأبعد هناك لا يزاحم الأقرب.

قوله رحمه الله: «وكذا الأقرب فيما لو خلّف الجدّ من قِبل الأُم وابن أخ من قِبلها مع أخ من قِبل الأبوين أو من الأب فانّه يرث الأبعد مع الأقرب».

أقول: هذا رجوع عمّا ذكره أوّلاً، فانّه في المسألة الأُولى رجّح منع القريب للبعيد وإن لم يكن مزاحماً له فانّ الجدّ البعيد من قِبل الأُم لا يشارك الجدّ من قِبل الأب ولا الاخوة من قبله، بل إن قلنا بتوريثه فانّما يشارك الاخوة من قِبل الأُم في الثلث الذي يستحقّه من يتقرّب بالأُم. وهنا قال: الأقرب انّ ابن الأخ من الأُم يشارك الجدّ من الأُم في الثلث الذي يأخذه الجدّ من الأُم، ولايمنع بوجود الأخ من قِبل الأبوين أو من قِبل الأب، والعلّة في ذلك عدم مزاحمته له، وهذا يقويه الاحتمال الثاني.

قوله رحمه الله: «ولو اجتمع مع العم وابن العم خال أو خالة فالأجود حرمان ابن العم ومقاسمة الخال والعم، ويحتمل حرمان العم وابن العم وحرمان الخال والعم، وكذا لو اجتمعا مع العم للأُم».

أقول: هذا تفريع على مسألة أجمع عليها أصحابنا وهي انّه اذا خلّف الميّت من الورثة عمّا لأبيه مع ابن عم لأبويه فانّ الميراث لابن العم للأبوين دون العم للأب، فعلى هذا لو اجتمع معهما خال أو خالة أو عم من جهة الأُم احتمل أربعة أوجه ذكر المصنّف منها ثلاثة، الأوّل: حرمان ابن العم خاصّة. الثاني: حرمان العم وابن العم. الثالث: المال كلّه لابن العم، وسيأتي ترجيح كلّ واحد من هذه الاحتمالات. الرابع: كون المال بين الخال وابن العم، وهو مذهب قطب الراوندي نقله عنه معين الدين المصري، قال: وهو الصحيح[1]. ونقل الاحتمال الأوّل مذهباً لعماد القمي ويعرف بالطوسي[2]، والاحتمال الثاني مذهباً لسديد الدين محمود الحمصي[3]، ولم يتعرّض للاحتمال الثالث.

والمصنّف رحمه الله لما ذكر في المختلف ما نقله معين الدين المصري من المذاهب الثلاثة ـ وهي الاحتمال الأوّل والثاني من الاحتمالات الثلاثة ـ ذكرها المصنّف في الكتاب، والرابع الذي ذكرناه ولم يتعرّض المصنّف في المختلف لذكر الاحتمال الثالث

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الفرائض ص ٧٣٤ س ٨.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الفرائض ص ٧٣٤ س ٩.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الفرائض ص ٧٣٤ في الهامش.

في هذا الكتاب. ثمّ قال بعد ذلك : ونحن في هذه المسألة من المتوقّفين، فانّ كلّ واحد من هذه الأقوال ينقدح فيها الرجحان.

أمّا قول قطب الدين رحمه الله وهو المشاركة بين الخال وابن العم فلأنّ الخال لا يمنع العم، فلأنّ لايمنع ابن العم الذي يمنع العم أولى، وهو أقرب من ابن العم، وابن العم يرث مع العم فيرث مع الخال المساوي للعم.

وأمّا قول عماد الدين رحمه الله وهو المشاركة بين الخال والعم فلأنّ ابن العم لايرث مع الخال؛ لأنّه أقرب منه؛ للروايات الدالّة على ذلك. روى سلمة بن محرز، عن الصادق عليه السلام قال: في ابن عم وخالة قال: المال للخالة، وقال: في ابن عم وخال، قال: المال للخال، واذا سقط اعتبار ابن العم بقي المال بين الخال والعم أثلاثاً، كمالو لم يكن هناك ابن عم.

وأمّا قول سديد الدين الحمصي رحمه الله فلأنّ ابن العم أولى من العم فلا يرث العم مع وجود ابن العم، والخال أولى من ابن العم فاختصّ الخال بالمال. ثمّ قال المصنّف رحمه الله: وهذه الاحتمالات الثلاثة سمعناها مشافهة من الشيخ الأعظم السعيد نصير الدين محمّد بن محمّد بن الحسن الطوسي قدس الله روحه ونوّر ضريحه[1].

وأقول: وأمّا ترجيح كون المال كلّه لابن العم فلأنّه يمنع العم الذي هو أقوى في التوريث والنصيب من الخال وأمتن منه قرابته، فمنعه للأضعف أولى. وهذا الوجه أضعف الوجوه السابقة؛ لمنافاته لما دلّت عليه الرواية.

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب الفرائض ص ٧٣٤ س ٢٨.

قوله رحمه الله: «ولو كان معهما زوج أو زوجة أخذ نصيبه الأعلى، وهل يأخذ العم أو ابن العم؟ إشكال».

أقول: لو كان مع العم للأب وابن العم للأبوين زوج أو زوجة أخذ نصيبه الأعلى ـ وهو النصف للزوج والربع للزوجة ـ وفي كون الباقي للعم للأب أو لابن العم للأبوين إشكال.

ينشأ من الإجماع على أولوية ابن العم للأبوين من العم للأب.

ومن تغيّر الصورة بدخول أحد الزوجين فلا يكون هي المجمع عليها.

قوله رحمه الله: «ولو تعدّد أحدهما أو كلاهما فالإشكال أقوى».

أقول: لو كان للميّت ابنا عم للأبوين مع عم للأب أو بالعكس أو ابنا عم للأبوين مع عمّين للأب فالإشكال أقوى، من حيث تغيّر الصورة المجمع عليها، ومن انّ تغيّر الصورة انّما يكون لو شاركها وارث مغاير لها، وهنا ليس كذلك؛ لأنّ ذلك الحكم ثابت بين العم وابن العم، فالمقتضي لترجيح ابن العم على العم كونه ابن عم للأبوين مع عم للأب، وهو يتناول كلّ واحد من الصور المذكورة.

قوله رحمه الله: «ولو خلّفت زوجها وخالاً من الأُم وخالاً من الأبوين فللزوج النصف وللخال للأُم سدس الثلث، وقيل: سدس الباقي والمتخلّف للخال من الأبوين».

أقـول: القول بأنّ الخال من جهة الأُم يستحقّ سدس الباقي نقله المصنّف هاهنا وفي التحرير[١]، ولم نظفر الى الآن بهذا القائل، ولم يذكره في المختلف بحيث يسنده الى أحد.

قوله رحمه الله: «ولو اجتمع عم الأب وعـمّته وخاله وخالته ـ الى قوله:ـ ويحتمل أن يكون لعم الأُم وعمّتها ثلثا الثلث بـالسوية وثـلثه لخـالها وخالتها بالسوية، فتصحّ من أربعة وخمسين».

أقـول: وجه هذا الاحتمال انّ الأعمام والأخوال لو اجـتمعوا كـان للأعـمام الثلثان وللأخوال الثلث وقد اجـتمع أعـمام الأُم وأخـوالهـا بـالنسبة الى الثـلث فيقسّمونه كذلك، وفيه ضعف؛ لأنّهم جميعاً يرثون الميّت من جهة أُمه فـيشتركون بالسوية؛ لأنّ أقرباء الأُم لا يفضل بعضهم على بعض.

وأمّا على ما ذكر من الاحتمال تصحّ من أربعة وخمسين؛ لأنّ سهام أقرباء الأُم ستة وسهام أقرباء الأب ثمانية عشر، والستة داخلة في الثمانية عـشر فـيكتفي بهـا ويضربها في الأصل تبلغ أربعة وخمسين.

قوله رحمه الله: «وعلى الأوّل: لو زاد أعمام الأُم على أخوالها أو بالعكس احتمل التنصيف ضعيفاً، والتسوية قوياً».

---

(١) تحرير الأحكام: كتاب المواريث المطلب الرابع في ميراث الأعمام والأخوال ج ٢ ص ١٦٦ س ٣٣.

أقول: وجه قوّة التسوية انّ التقدير انّ الثلث استحقّه أعمام الأُم أخوالها بالسوية من حيث إنّهم أقرباء الأُم والكلّ مشتركون في ذلك فكان الثلث مشتركاً بين الجميع بالسوية على عدد الرؤوس، فاذا كانوا ثلاثة أعمام وخالين أو بالعكس قسّم أخماساً.

ووجه الآخر انّهم قبيلان أعمام وأخوال فيكون للأعمام النصف بالسوية وللأخوال النصف بالسوية، فاذا كانوا خمسة كان للثلاثة النصف بينهم بالسوية وللاثنين نصف آخر بينهم بالسوية.

قوله رحمه الله: «ولو اجتمع عم الأب وعمّته من الأبوين ومثلهما من الأُم وخاله وخالته من الأبوين ومثلهما من الأُم وعم الأُم وعمّتها من الأبوين ومثلهما من الأُم وخالها وخالتها من الأبوين ومثلهما من الأُم كان للأعمام والأخوال الثمانية من قِبل الأم الثلث ثلثه لأخوالها الأربعة بالسوية وثلثاه لأعمامه كذلك، ويحتمل قسمته أثماناً، ويحتمل أن يكون ثلث الثلث للأخوال الأربعة ثلثه لمن يتقرّب بالأُم وثلثاه للمتقرّب بالأبوين وثلثاه لأعمامها الأربعة ثلثها لمن تقرّب بالأُم وثلثاهما لمن تقرّب بهما، ويحتمل قسمة الثلث نصفين نصفه للأخوال ـ امّا على التفاوت أو بالسوية ـ ونصفه لأعمامها كذلك،

وثلثا الثلثين لخؤولة الأب ثلثه للخال والخالة من قبل أُمه بالسوية وثلثاه لخاله وخالته من الأبوين كذلك، وثلثا الثلثين للعمّين والعمّتين ثلثه للعم والعمّة من قِبل الأُم بالسوية وثلثاه للعم والعمّة من قِبل الأب أثلاثاً».

أقول: ذكر المصنّف فيما يتعلّق بأقرباء الأُم احتمالات أربعة، والكلام في ذلك يقع في مقامين:

المقام الأوّل: في توجه كلّ واحد منها. واعلم انّه قد تقدّم ما يدلّ على الاحتمال الأوّل والثاني والرابع، وأمّا الثالث فالوجه فيه انّه لولا ذلك لأدّى الى المساواة بين من تقرّب بالسبب الواحد وبين من تقرّب بالسببين، وهو منافٍ لما قرّره الأصحاب في أنّ المتقرّب بالسببين مانع لذي السبب الواحد، كالمتقرّب بالأبوين مع المتقرّب بالأب خاصّة أو أكثر نصيباً، كالاخوة من الأبوين مع الاخوة من الأُم، وكذا أولادهم والأعمام وأولادهم، حتى انّ ذا السببين يمنع في بعض الصور من هو أقرب منه درجة كابن العم للأبوين مع العم للأب.

ولأنّ الثلث يقسّم بين أقرباء الأُم اذا شاركهم من يتقرّب بالأبوين أو بالأب، كما يقسّم بينهم مجموع المال اذا انفردوا، وكما انّه اذا انفرد أعمام الأُم وأخوالها عن مشارك وكانوا متفرّقين فانّه يسقط من تقرّب بالأب خاصّة، ويكون الثلث للأخوال ثلثه لمن يتقرّب بالأُم وحدها وثلثاه لمن يتقرّب بالأبوين وكذلك أعمامها، فيجب أن يقسّم الثلث عليهم مع المشاركة على هذه النسبة؛ لأنّ استحقاق الورثة لا يتغيّر قسمته باعتبار قلّة المال الموروث أو كثرته، وذلك ظاهر.

المقام الثاني: في كيفية قسمة الثلث بين أقرباء الأُم ومشاركتهم من أقرباء الأب على كلّ واحد من الاحتمالات الأربعة فنقول:

امّا على الاحتمال الأوّل فيصحّ من ثلثمائة وأربعة وعشرين، وذلك لأنّ سهام أقرباء الأُم اثنا عشر وسهام أقرباء الأب أربعة وخمسون وبينهما وفق بالسدس، فيضرب وفق أحدهما في الآخر فتبلغ مائة وثمانية، تضربها في أصل الفريضة تبلغ ثلاث مائة وأربعة وعشرين ثلثها لأخوالها، وذلك ستة وثلاثون بينهم بالسوية لكلّ واحد تسعة أسهم، وثلثاهما لأعمامها بالسوية اثنان وسبعون لكلّ منهم ثمانية عشر، ولأقرباء الأب ثلثا الأصل مائتان وستة عشر لأخواله ثلث ذلك اثنان وسبعون.

قال المصنّف رحمه الله: ثلثه للخال والخالة من الأُم بالسوية وثلثاه للخال والخالة للأبوين بالسوية، فيكون للخال والخالة من الأُم أربعة وعشرين بينهما بالسوية وثلثاه ـ وهو ثمانية وأربعون ـ للخال والخالة للأبوين بينهما بالسوية، وثلثا الثلثين لأعمامه وعمّاته وذلك مائة وأربعة وأربعون، ثلثها ثمانية وأربعون لعمّه وعمّته من قِبل الأُم بالسوية، وثلثاه ستة وتسعون لعمّه وعمّته من قِبل الأبوين أثلاثاً.

وأمّا على الاحتمال الثاني نقول: سهام أقرباء الأُم ثمانية وسهام أقرباء الأب أربعة وخمسون وبينهما وفق بالنصف، فتضرب أحدهما في الآخر تبلغ مائتين وستة عشر، والمرتفع في أصل الفريضة ـ وهو ثلاثة ـ تبلغ ستمائة وثمانية وأربعين لأقرباء الأُم ثلث ذلك مائتان وستة عشر بينهم أثماناً، ولأقرباء الأب ثلثاه يقسّم بينهم على أربعة وخمسين كما تقدّم.

وأمّا على الاحتمال الثالث نقول: سهام أقرباء الأُم ثمانية عشر وسهام أقرباء الأب أربعة وخمسون، والأوّل داخل في الأخير فيكفي بالآخر، ثمّ تضربه في

الأصل ـ وهو ثلاثة ـ تبلغ مائة واثنين وستين ثلثه لأقرباء الأُم وهو أربعة وخمسون، ثلثها ثمانية عشر لأخوال الأُم الأربعة، ثلث ذلك ستة لخالها وخالتها من الأُم بالسوية، وثلثاه اثنا عشر لخالها وخالتها من الأبوين بالسوية، وثلثا الأصل مائة وثمانية لأقرباء الأب تقسّم بينهم كما تقدّم.

وأمّا على الاحتمال الرابع فمعلوم بما تقدّم، إذ الثلث يحتمل قسمته نصفين: نصفه لأخوالها الأربعة امّا بالسوية أو بالتفاوت، بأن يكون لخالها وخالتها من أُمها بالسوية وثلثاه لخالها وخالتها لأبويها. ونصفه الآخر لأعمامها امّا على التساوي أو التفاوت، وقد تقدّم أمثلة ذلك وكيفية قسمته على كلّ واحد من الاحتمال.

قوله رحمه الله: «ونقل انّ شخصاً مات وخلّف ابن ابن عم له من قِبل أبي أبيه هو ابن ابن خال له من قِبل أُم أُمّه، هو ابن بنت خالة له من قِبل أبي أُمه، هو ابن بنت عمّة له من قِبل أُم أبيه، وابني بنت عمّة له أُخرى من قِبل أُم أبيه، هما ابنا بنت خالة أيضاً من قِبل أبي أُمه وأُختاً لهما كذلك، وثلاثة بني ابن عم له آخر من قِبل أبي أبيه، وثلاث بنات بنت عمّة له من قِبل أبي أبيه. وتحقيقه: انّ الشخص الأوّل له أربع قرابات، وذلك لأنّ عم المتوفى لأبيه كان هو خالة لأُمه، فولد ابناً وكانت عمّته لأُمه هي خالته لأبيه، فولدت بنتاً ثمّ تزوّجها الابن المذكور فولدت له

ابناً فله هذه القرابات الأربع فيجعل كأربعة نفر. وهكذا في أولاد العمّة الأُخرى الذين هم أولاد الخالة أيضاً. فتكون المسألة كمن ترك خالاً لأُم وخالتين لأب وعمّتين لأُم وعمّة وعمّتين لأب أصلها مائة وثمانون، ثمّ يجعل نصيب كلّ واحد منقسماً على أولاده فتبلغ خمسمائة وأربعين لذي القرابات الأربع مائتان واحد وستون، ولذوي القرابتين مائة وخمسة وثلاثون، ولحوافد العم الثلاثة ستة وتسعون، ولحوافد العمّة ثمانية وأربعون».

أقول: المسألة من مائة وثمانين؛ لأنّ ذا القرابات الأربع بمنزلة عم لأب وخال لأُم وعمّة لأُم وخالة لأب، والابنان والبنت الذين هم أولاد بنت عمّة من قِبل أُم الأب ابنا بنت خالة من قِبل أب الأُم بمنزلة عمّة وخالة، وثلاثة بني ابن العم بمنزلة عم وثلاث بنات بنت عمّه بمنزلة العمّة، فهو كما قال المصنّف: «كمن مات عن خال لأُم وخالتين لأب وعمّتين لأُم وعمّة وعمّين لأب» لأنّ أصل فريضتهم ونصيبهم ثلاثة، لأقرباء الأُم الثلث وسهامهم اثنا عشر، ولأقرباء الأب الثلثان وسهامهم خمسة عشر وبينهما وفق بالثلث، تضرب ثلث أحدهما في الآخر تبلغ ستين، والمجتمع في ثلاثة أصل الفريضة تبلغ مائة وثمانين وهو المدّعى، لكنّه ينكسر عليهم؛ لأنّ ما يحصل لابن العم من قِبل أب الأب وهو اثنان وثلاثون من ثمانين التي هي ثلثا الثلاثين ينكسر، وكذلك ما يحصل لبنات بنت العمّة الثلث وهو ستة عشر لاينقسم

بينهنّ أثلاثاً، تضرب ثلاثة في مائة وثمانين تبلغ خمسمائة وأربعين، وذلك ما أردنا بيانه.

وأمّا كيفية القسمة عليهم فنقول: للأخوال الثلث وهو مائة وثمانون، سدس ذلك ثلاثون للخال من جهة الأُم ـ وهو ذو القرابات الأربع ـ والباقي من الثلث وهو مائة وخمسون، نصفها خمسة وسبعون لكلّ حافد من الحالتين من قِبل الأب أحدهما ذو القرابات الأربع، والنصف الآخر لابني الخالة والعمّة وأُختها والثلثان وهما ثلثمائة وستون لبني الأعمام والعمّات، ثلثها لحوافد العمّتين للأُم أحدهما ذو القرابات الأربع وله نصف ذلك نصيب عمّة لأُم وذلك ستون من مائة وعشرين هي ثلث الثلثين، والنصف الآخر لحوافد العمّة الأُخرى من قِبل الأُم ـ أعني الابنتين والبنت ـ وثلثا الثلثين بين حوافد العمّين والعمّة من جهة الأب أخماساً، خمساه نصيب عم الأب يختصّ بذي القرابات الأربع وذلك ستة وسبعون، وخمسان آخران لبني ابن العم الآخر ولبني العمّة الأُخرى من جهة الأب تتكمل لذي القرابات الأربع مائتان واحد وستون، ولحوافد العمّة والخالة ـ وهما الابنان والبنت بقرابتهم ـ مائة وخمسة وثلاثون لكلّ واحد منهم خمسة وأربعون، ولحوافد العم الآخر من جهة الأب ـ وهم ثلاثة بني عم من جهة الأب ـ ستة وتسعون بينهم أثلاثاً لكلّ واحد منهم اثنان وثلاثون، ولبنات بنت العمّة الأُخرى من جهة الأب ثمانية وأربعون لكلّ منهم ستة عشر.

قوله رحمه الله: «فإن فقد قيل: يردّ عليه، وقيل: يكون للامام».

أقول: يريد اذا ماتت المرأة عن زوج وفقد غيره من الورثة حتى ضامن الجريرة فالمشهور بين أصحابنا انّه يكون المال كلّه للزوج نصفه بالتسمية والنصف الآخر بالردّ، ذهب الى ذلك السيد المرتضى[١]، والمفيد[٢]، والشيخ[٣]، ومحمّد ابن بابويه[٤]، وابن البرّاج[٥]، وابن حمزة[٦]، وابن ادريس[٧].

ونقل المصنّف في المختلف قولاً: بأنّه يكون له النصف خاصّة والباقي للامام عليه السلام، وهذا القول لم نقف عليه، حتى انّ السيد المرتضى استدلّ على الردّ على الزوج بالإجماع، وكذا المصنّف فانّه لمّا نقل أقوال أصحابنا في الردّ على الزوج قال: وهو الأقوى عندي. لنا: على الردّ على الزوج الإجماع، فانّ جملة أصحابنا نقلوه ونقلهم حجة[٨].

ويمكن الإشارة بالقول المنقول في عدم الردّ الى ظاهر قول سلّار فانّه قال: وفي أصحابنا من قال: إنّه اذا ماتت امرأة ولم تخلّف غير زوجها فالمال كلّه له بالتسمية والردّ[٩].

فهذا الكلام يدلّ على انّ المسألة خلافية، وعلى استضعافه الردّ على الزوج،

---

(١) الانتصار: مسائل المواريث والفرائض والوصايا ص ٣٠٠.

(٢) الاعلام «مصنّفات الشيخ المفيد»: باب ميراث الأزواج ج ٩ ص ٥٥.

(٣) المبسوط: كتاب الفرائض والمواريث فصل في ذكر سهام المواريث ج ٤ ص ٧٤.

(٤) الهداية: باب المواريث ص ٨٣.

(٥) المهذّب: كتاب الفرائض باب توارث أهل ملّتين ج ٢ ص ١٥٧.

(٦) الوسيلة: كتاب المواريث ص ٣٩١.

(٧) السرائر: كتاب المواريث والفرائض ج ٣ ص ٢٤٤.

(٨) مختلف الشيعة: كتاب الفرائض ص ٧٣٧ س ٢٢ و ٣١.

(٩) المراسم: كتاب المواريث ص ٢٢٢.

ويلزم من القول بعدم الردّ على الزوج كون الباقي للامام عليه السلام، إذ لا وارث حينئذٍ سواه.

قوله رحمه الله: «فإن فقد قيل: يردّ عليها، وقيل: للامام، وقيل: يردّ حال الغيبة».

أقول: اذا فقد وارث الرجل المتوفى حتى ضامن الجريرة ولم يخلّف إلّا زوجة ففي الردّ عليها ثلاثة أقوال:

أحدها: يردّ عليها كما يردّ على الزوج، وهذا قول نادر، وهو ظاهر كلام المفيد في آخر باب ميراث الاخوة من كتاب المقنعة فانّه قال فيه: اذا لم يوجد مع الأزواج قريب ولا نسيب [للميّت] رددنا باقي التركة على الأزواج[١].

الثاني: انّه يردّ عليها مطلقاً بل يكون للامام عليه السلام، وهو قول السيد المرتضى فانّه قال في الانتصار ـ لمّا استدلّ بالإجماع على الردّ على الزوج بعد كلام طويل ـ: وأمّا الزوجة فقد وردت رواية شاذة انّها ترث المال كلّه اذا انفردت كالزوج، ولكن لايعوّل على هذه الرواية ولا تعمل الطائفة بها[٢]. وهو قول علي ابن بابويه في رسالته[٣] وابنه محمّد في المقنع[٤]، وقول ابن البرّاج[٥]، وابن ادريس[٦]،

---

(١) المقنعة: كتاب الفرائض والمواريث ص ٦٩١.

(٢) الانتصار: مسائل المواريث والفرائض والوصايا ص ٣٠٠ ـ ٣٠١.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الفرائض ص ٧٣٩ س ٦.

(٤) المقنع: باب المواريث ص ١٧٠ ـ ١٧١.

(٥) المهذّب: كتاب الفرائض باب ميراث الأزواج والزوجات ج ٢ ص ١٣٩.

(٦) السرائر: كتاب المواريث ج ٣ ص ٢٤٣.

والمصنّف في المختلف[١].

الثالث: انّه يردّ عليها حال غيبة الامام عليه السلام الى حال ظهوره، وهذا القول قرّبه الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: وأمّا الزوجة فلها الربع بنصّ القرآن والباقي للامام، وروي انّ الباقي يردّ عليها كما يردّ على الزوج.وقال بعض أصحابنا في الجمع بين الخبرين: انّ هذا الحكم مخصوص بحال غيبة الامام وقصور يده، فأمّا اذا كان ظاهراً فليس للمرأة أكثر من الربع والباقي له على ما بيّناه، وهذا وجه قريب من الصواب[٢].

وهذا الذي قرّبه الشيخ هو مذهب محمّد بن بابويه في كتاب من لايحضره الفقيه فانّه لما روى عن أبي بصير ـ عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن امرأة ماتت وتركت زوجها ولا وارث لها غيره قال: اذا لم يكن غيره فالمال له والمرأة لها الربع وما بقي فللامام عليه السلام ـ قال: فأمّا في حال غيبته فمتى مات الرجل وترك امرأة ولا وارث له غيرها فالمال لها، وتصديق ذلك ما رواه محمّد بن أبي عمير عن أبان بن عثمان عن أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام في امرأة ماتت وتركت زوجها قال: فالمال كلّه له، قلت: الرجل يموت ويترك امرأته، قال: المال لها[٣].

قوله رحمه الله: «ولو رجعت المختلعة والمبارئة في البدل في العدة توارثا على إشكال».

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب الفرائض ص ٧٣٧ س ٢٢.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب المواريث ج ٣ ص ٢١٠ ـ ٢١١.

(٣) كتاب من لايحضره الفقيه: كتاب الفرائض والمواريث ح ٥٦١٢ و ٥٦١٣ ج ٤ ص ٢٦٢ـ٢٦٣.

أقـول: منشأه من انقطاع العصمة والتوارث بينهما بالخلع والمباراة، والأصل بقاء ما كان على ما كان عليه.

ومن انّه قد صار للزوج الرجوع في العدة فكـانت بمـنزلة المـطلّقة رجـعياً، إذ الرجعية هي التي يجوز للزوج الرجوع في النكاح مادامت العدة باقية، وهنا كذلك عند رجوعها في البذل، وكما يتوارثان في المطلّقة رجعياً فكذا فيما يساويها.

قوله رحمه الله: «ولو طلّق الأربـع إحـداهـن وتزوّج غيرها ثمّ اشتبهت المطلّقة فللأخيرة ربع الثمن أو الربع والباقي بين الأربع بالسوية، وهـل ينسحب على غيره بأن تشتبه الخامسة أيضاً أو تشتبه المـطلّقة بـواحـدة أو اثـنتين أو ثـلاث؟ إشكال».

أقـول: هل ينسحب الحكم المذكور على غير المطلّقة من الأربـع لو تـغيّرت المسألة ـ بأن يكون قد اشتبهت الخامسة التي تزوّجها أخيراً أيضاً كما اذا اشتبهت المطلّقة فيعطي الجميع من الخامسة والأربع الربع أو الثمن بينهن بـالسوية ـ أم لا؟ وكذلك اذا اشتبهت المطلّقة بواحدة لاغير أو باثنتين أو ثلاث فهل تعطي من غير المشتبهات حقّها من الثمن على تقدير الولد ومن الربع على تقدير عدمه ويقسّم الباقي بالسوية أو يكون الحكم مقصوراً على تلك المسألة لمكان التـنصيص عـليها؟ فـيه إشكال.

ينشأ من وجود المقتضي للقسمة بين المشتبهات ـ وهو اشتباه المطلّقة بالزوجة ـ فيقسّم بينهنّ ماعدا نصيب المتيقّن زوجيتها.

ومن التجاوز عن النصّ فيكون ممنوعاً منه.

والنصّ ما رواه محمّد بن يعقوب[١] والشيخ[٢] في كتابيهما عن علي بن رئاب، عن أبي بصير قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوّج نسوة في عقد واحد أو قال: في مجلس واحد ومهورهنّ مختلفة، قال: جائز له ولهنّ، قلت: أرأيت إن هو خرج الى بعض البلدان فطلّق واحدة من الأربع وأشهد على طلاقها قوماً من أهل تلك البلاد وهم لايعرفون المرأة ثمّ تزوّج امرأة من أهل تلك البلاد بعد انقضاء عدة تلك المطلّقة ثمّ مات بعدها دخل بها كيف يقسّم ميراثه؟ قال: إن كان له ولد كان للمرأة التي تزوّجها أخيراً من أهل تلك البلاد ربع ثمن ما ترك، وإن عرفت التي طلّقت من الأربعة بعينها ونسبها فلا شيء لها من الميراث وعليها العدة ويقتسمن الثلاث نسوة ثلاثة أرباع ثمن ما ترك عليهنّ العدة، وإن اشتبهت التي طلّقت من الأربع اقتسمن الأربع نسوة ثلاثة أرباع ثمن ما ترك بينهن جميعاً وعليهنّ جميعاً العدة.

قوله رحمه الله: «ولو تزوّج المريض ومات في مرضه ورثت إن دخل، وإلّا بطل العقد ولا ميراث لها ولا مهر، ولو ماتت هي قبل الدخول ففي توريثه منها نظر».

---

(١) الكافي: كتاب المواريث باب نادر ح ١ ج ٧ ص ١٣١.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٢٧ ميراث الأزواج ح ٢٢ ج ٩ ص ٢٩٦، وسائل الشيعة: ب ٩ من أبواب ميراث الأزواج ح ١ ج ١٧ ص ٥٢٥ ـ ٥٢٦.

أقـول: منشأه من انّ العقد بالنسبة إليها لازم، والأصل ثبوت التوارث بعد وقوع العقد الصحيح، خرج منه ميراثها منه اذا لم يدخل بالإجماع فيبقى ميراثه منها.

ومن انّ الاتفاق على انّ نكاح المريض مشروط بالدخول ولم يحصل فلم يرث منها؛ لانتفاء شرط صحة العقد.

قوله رحمه الله: ««امّا الزوجة فإن كان لها ولد من الميّت فكذلك، وإن لم يكن لها ولد فالمشهور انّها لاترث من الأرض شيئاً وتعطى حصّتها من قيمة الآلات والأبنية والنخل والشجر، وقيل: انّما تمنع من الدور والمساكن، وقيل: ترث من قيمة الأرض أيضاً لا من العين».

أقـول: لا خلاف بين المسلمين في انّ الزوج يرث النصف أو الربع من جميع ما تركته الزوجة، وامّا الزوجة فإن كان لها ولد من الزوج المتوفى فكذلك لها الربع أو الثمن من الجميع، وإن لم يكن لها منه ولد ففيه ثلاثة أقوال لعلمائنا، أشهرها ما ذكره المصنّف.

فقال الشيخ في النهاية: المرأة لاترث من زوجها من الأرضين والقرى والرباع من الدور والمنازل، بل يقوّم الطوب[1] والخشب وغير ذلك من الآلات ويعطى حصّتها منه، ولا تعطى من نفس الأرضين شيئاً. قال: وقال بعض أصحابنا: انّ هذا الحكم مخصوص بالدور والمنازل دون الأرضين والبساتين، والأوّل أكثر في

---

(١) الطوب: الآجر.

الروايات وأظهر في المذهب، وهذا الحكم الذي ذكرناه انّما يكون اذا لم يكن للمرأة ولد من الميت[١]. ومثله قال ابن البرّاج[٢].

وقال ابن حمزة: وإن لم تكن ذات ولد منه لم يكن لها حقّ في الأرضين والقرى والمنازل والدور والرباع، وروى روايات مختلفات تخالف ذلك[٣].

الثاني: انّها تمنع من الدور والمساكن، ذهب إليه المفيد، وأبو الصلاح، وابن ادريس.

فقال المفيد: ولا ترث الزوجة شيئاً ممّا يخلفه الزوج من الرباع، وتعطى قيمة الطوب والخشب والبناء والآلات منه، وهذا منصوص عليه من نبيّ الهدى عليه وآله السلام ومن الأئمة من عترته عليهم السلام، والرباع هي الدور والمساكن[٤]. وتبعه ابن البرّاج[٥]، وابن ادريس في ذلك[٦].

وقال أبو الصلاح: ولا ترث الزوجة من رقاب الرباع والأرضين شيئاً، وترث من قيمة الأب الرباع من خشب وآجر[٧]. لكن يضمّ الى الرباع الأرض، فإن قصد أرض الرباع لاغير كان موافقاً لقول المفيد، وإن كان مراده لاترث من الأرض مطلقاً كان مناسباً لقول الشيخ المتقدّم.

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب المواريث ج ٣ ص ٢١٠.

(٢) المهذّب: كتاب الفرائض ج ٢ ص ١٤٠ ـ ١٤١.

(٣) الوسيلة: كتاب المواريث فصل في بيان ميراث الأزواج والزوجات ص ٣٩١.

(٤) المقنعة: كتاب الفرائض والمواريث ص ٦٨٧.

(٥) المهذّب: كتاب الفرائض باب ميراث الأزواج والزوجات ج ٢ ص ١٤٠ ـ ١٤١.

(٦) السرائر: كتاب المواريث والفرائض ج ٣ ص ٢٥٨.

(٧) الكافي في الفقه: فصل في الارث ص ٣٧٤.

الثالث: انّها ترث من قيمة الأرض أيضاً، وهو قول السيد المرتضى رحمه الله فانّه قال: وممّا انفردت به الامامية انّ الزوجة لاترث من رباع المتوفى شيئاً بل تعطى قيمة حقّها من البناء والآلات دون قيمة العراص، وخالف باقي الفقهاء في ذلك ولم يفرّقوا بين الرباع وغيرها في تعلّق حقّ الزوجات. قال: والذي يقوى في نفسي انّ هذه المسألة تجري مجرى المسألة المتقدّمة في تخصيص أكبر الذكور بالمصحف والسيف، وان الرباع وان لم تسلّم الى الزوجات فقيمتها محسوبة لها. ثمّ قال: ويمكن أن يكون الوجه في صدّ الزوجة عن الرباع انّها ربّما تزوّجت فأسكنت هذه الرباع من كان ينافر الزوج أو يغيظه أو يحسده فيثقل ذلك على أهله وعشيرته، فعدل بها عن ذلك على أجمل الوجوه[1].

قوله رحمه الله: «وهل يورث الولاء أو يورث به؟ اشكال، الأقرب الثاني؛ لقوله صلّى الله عليه وآله: «انّما الولاء لمن أعتق»[2] وقوله صلّى الله عليه وآله: «الولاء لحمة كلحمة النسب»[3] والنسب يورث به ولا يورث، ولأنّ الولاء يحصل بإنعام السيد على عبده بالعتق وهو غير منتقل فلا ينتقل معلوله».

---

(١) الانتصار: مسائل المواريث والفرائض والوصايا ص ٣٠١.

(٢) عوالي اللآلي: ج ٢ ص ٣٠٦ ح ٣٢.

(٣) وسائل الشيعة: ب ٤٢ من أبواب العتق ح ٦ ج ١٦ ص ٤٧.

أقـول: قد تقدّمت هذه المسألة في كتاب العتق[١] وذكرنا وجه الإشكال ووجه قرب انّه لايورث كما ذكره المصنّف رحمه الله.

قوله رحمه الله: «ولو ماتت المعتقة وخلّفت ابنها وأخاها ثمّ مات مولاها فميراثه لابنها على قول المفيد[٢] رحمه الله».

أقـول: وعلى قول الشيخ رحمه الله يكون الولاء لأخيها[٣]، وقد تقدّم ذكر الخلاف في الولاء في كتاب العتق[٤].

قوله رحمه الله: «ولو خلّف المعتق اثنين ثمّ ماتا وخلّف أحدهما عشرة والآخر واحداً ثمّ مات العبد فإن جعلنا الولاء يورث كان للواحد النصف وللعشرة النصف، وإن قلنا: يورث به فكذلك، ويحتمل كون الميراث بينهم على عددهم».

أقـول: اذا جعلنا الولاء يورث فلا شكّ انّ للعشرة النصف وللواحد النصف؛ لأنّ الولاء انتقل بموت المعتق الى ولديه نصفين وحصّة كلّ واحد ينتقل الى وارثه،

---

(١) تقدّم في ج ٢ ص ٦٤.

(٢) المقنعة: كتاب الفرائض والمواريث باب ميراث الموالي وذوي الأرحام ص ٦٩٤.

(٣) الخلاف: كتاب الفرائض المسألة ٨٦ ج ٤ ص ٨١، النهاية ونكتها: كتاب العتق باب الولاء ج ٣ ص ٢٧.

(٤) تقدّم في ج ٢ ص ٦١ و٦٢.

وأحدهما يرثه ولده الواحد والآخر أولاده العشرة، وهو ظاهر على هذا القول.

أمّا اذا قلنا: الولاء لايورث وانّما يورث به على ما قرّبه المصنّف فانّه يحتمل أمرين:

أحدهما: أن يكون الميراث كذلك، فيكون للواحد النصف وللعشرة النصف؛ لأنّ الولاء وإن لم يورث إلّا انّه بمنزلة النسب أو السبب، فيقتضي أن يرث كلّ واحد من الأولاد نصيب من يتقرّب به لو كان موجوداً، ولو كان الولدان موجودين لكان لكلّ منهما النصف، فعند عدمهما يرث كلّ منهم نصيب من يتقرّب به.

ويحتمل أن يكون الولاء بينهم على عدد رؤوسهم، وللواحد جزء من أحد عشر جزء، وللعشرة عشر من أحد عشر، وذلك لأنّ الجميع مشتركون في أنهم يرثون بالولاء فيشتركون في الميراث، وذلك يقتضي انتفاء أولوية البعض على بعض.

قوله رحمه الله: «ويرث هو قرابة الأُم على الأصحّ».

أقول: الأصحّ من القولين عند المصنّف انّ ولد الملاعنة يرث قرابة الأُم كما يرثونه، وهو مذهب أكثر علمائنا على ما اختاره ابن ادريس[1]، والشيخ في التهذيب[2].

وقال في الاستبصار ـ لمّا أورد روايات كثيرة تدلّ على انّ ولد الملاعنة يرثه أخواله ولايرثهم الولد ـ هذه الروايات لاتنافي الأخبار الأُول الدالّة على انّه يرثهم

---

(١) السرائر: كتاب المواريث والفرائض ج ٣ ص ٢٧٤.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٣٣ ميراث ابن الملاعنة ذيل الحديث ٨ ج ٩ ص ٣٤١.

ويرثونه، فانّ ثبوت الموارثة بينهم انّما يكون اذا أقرّ به الوالد بعد انقضاء الملاعنة؛ لأنّ ذلك يبعد التهمة من المرأة ويقوى صحة نسبه فيرث أخواله ويرثونه، والأخبار الأخيرة متناولة لمن لم يقرّ به والده بعد الملاعنة، فانّ عند ذلك التهمة باقية فلا تثبت الموارثة، بل يرثونه ولا يرثهم؛ لأنّه لم يصحّ نسبه[1].

قوله رحمه الله: «وهل يرث أقارب الأب مع اعترافه؟ إشكال، ولو قيل: يرثهم إن اعترفوا به وكذبوا الأب في اللعان ويرثونه كان وجهاً».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّ أقارب الأب تابعون للأب، وذلك لأنّه قبل إنكار الأب كان ميراثه منهم ثابتاً، وعند إنكاره ولعانه زالت الموارثة، فاذا اعترف به الأب عاد ميراث الولد منه فيعود ميراثه من أقاربه التابعين له.

ومن زوال الموارثة باللعان عن الأب ومن يقرب به، وانّما رجع ميراث الولد من أبيه خاصّة بحكم إقراره فلا يتعدّى الى غيره.

ووجه ما ذكره المصنّف رحمه الله من انّه لو قيل: إنّ أقارب الأب إن أكذبوا الأب في إنكاره الولد واعترفوا بصحّة نسبه ورثهم ويرثونه كان وجهاً، ووجه صحة ذلك انّ المقرّ يجب أن يحكم عليه بمقتضى إقراره؛ لقوله صلّى الله عليه وآله: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»[2] فيكون إقرار الأقارب ماضياً عليهم كما كان إقرار الأب

---

(١) الاستبصار: باب انّ ولد الملاعنة يرث أخواله ذيل الحديث ٨ ج ٤ ص ١٨١ ـ ١٨٢.

(٢) لم نعثر عليه في الكتب الروائية ووجدناه في كتاب مختلف الشيعة: كتاب الاقرار ص ٤٤٢ س ١.

ماضياً على نفسه، خصوصاً مع تصادق الولد وأقارب أبيه على كذب الأب في نفي الولد فانّه يرثهم ويرثونه بمقتضى إقرار الجميع.

قوله رحمه الله: «ومن تبرّأ عند السلطان من جريرة ولده وميراثه ثمّ مات الولد قيل: يرثه عصبة الأب دون الأب، وليس بجيّد».

أقول: هذا القول الذي حكاه المصنّف هو قول الشيخ في النهاية[1]، وتبعه ابن البرّاج[2]، وليس بجيّد عند المصنّف وابن ادريس.

فقال ابن ادريس: هذا خلاف إجماع أصحابنا وإجماع المسلمين؛ لأنّ الوالد يضمن جريرة ابنه ويعقل عنه، ولا يصحّ التبرّي من المواريث. وهذه رواية شاذة من أضعف أخبار الآحاد، أوردها شيخنا ايراداً لا اعتقاداً، وقد رجع عنها شيخنا في الحائريات. وعن العاقلة اذا تبرّأت من ميراث من تعقل عنه وجريرته أيكون ذلك بمنزلة الأب أو ما الحكم في ذلك؟ فأجاب رحمه الله وقال: الجواب: لا يصحّ التبرّي؛ لأنّ الشرع اذا حكم به امتنع التبرّي وثبت حكمه، والرواية من تبرّي الأب من جريرة الابن رواية شاذة فيها نظر، فإن صحّت لا يقاس عليها غيرها[3].

واستدلّ المصنّف على بطلان ما ذكره الشيخ في النهاية بعموم القرآن الدالّ على ثبوت التوارث، والأصل بقاؤه.

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب المواريث باب ميراث ولد الملاعنة ج ٣ ص ٢٦٧.

(٢) المهذّب: كتاب الفرائض باب ميراث الحميل والأسير... والمشكوك فيه ج ٢ ص ١٦٧.

(٣) السرائر: كتاب المواريث والفرائض ج ٣ ص ٢٨٦.

قوله رحمه الله: «ولا يرث أحد الزانيين ولد الزنا ولا أحد من أقاربهما ولا يرثهم هو؛ لعدم النسب شرعاً، وانّما يرثه ولده وزوجة أو زوجته، فإن فقد أولاده فميراثه للامام، ومع الزوجين الخلاف».

أقول: قد تقدّم ذكر الخلاف في انّه لولم يخلّف الميّت سوى الزوج أو الزوجة هل يكون ميراثه للامام أو لهما أو بالتفصيل؟ فلا معنى لإعادته.

قوله رحمه الله: «وروي انّ ميراثه لأُمه ومن يتقرّب بها، وهي مطرحة».

أقول: الرواية المشار إليها هي: ما رواه يونس قال: ميراث ولد الزنا لقرابته من قِبل الأُم[1].

قال الشيخ: هذه رواية موقوفة لم يسندها يونس الى امام[2].

ثمّ روى عن اسحاق بن عمّار، عن الصادق، عن الباقر عليهما السلام انّ علياً عليه السلام كان يقول: ولد الزنا وابن الملاعنة يرث أُمّه واخوته لأُمّه أو عصبتها[3].

وهذه الرواية في هذا المعنى مطرحة، فانّ الشيخ رحمه الله تأوّل هذه الأخيرة بأنه

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣٣ ميراث ابن الملاعنة ح ٢٢ ج ٩ ص ٣٤٤، وسائل الشيعة: ب ٨ من أبواب ميراث ولد الملاعنة ح ٦ ج ١٧ ص ٥٦٨.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٣٣ ميراث ابن الملاعنة ذيل الحديث ٢٢ ج ٩ ص ٣٤٥.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ٣٣ ميراث ابن الملاعنة ح ٢٣ ج ٩ ص ٣٤٥، وسائل الشيعة: ب ٨ من أبواب ميراث ولد الملاعنة ح ٩ ج ١٧ ص ٥٦٩.

يجوز أن يكون سمع الراوي هذا الحكم في ولد الملاعنة فظنّ انّ حكم ولد الزنا حكمه[١].

قوله رحمه الله: «من له الفرجان يرث على الفرج الذي يبول منه، فإن بال منهما فعلى الذي يسبق منه البول، فإن سبق منهما ورث على الذي ينقطع منهما أخيراً، فإن تساويا أخذاً وتركاً حصل الاشتباه، فقيل بالقرعة، وقيل: يعد أضلاعه، فإن اختلف عدد الجنبين فذكر، وإن اتفقا فانثى، وقيل: يرث نصف النصيبين، وهو الأشهر».

أقول: اختلف أصحابنا في ميراث الخنثى المشكل على أقوال:

أحدها: القرعة، وهو مذهب الشيخ في الخلاف[٢].

الثاني: انّه يعد اضلاعه، فإن اختلف عدد الجانبين فذكر، وإن تساويا فانثى، وهو قول السيد المرتضى[٣]، والمفيد في كتاب الأعلام[٤]، وتبعهما ابن ادريس[٥].

وابن الجنيد قال: فانّ للمرأة ثمانية عشر ضلعاً، وللرجل سبعة عشر ضلعاً من

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣٣ ميراث ابن الملاعنة ذيل الحديث ٢٣ ص ٣٤٥.

(٢) الخلاف: كتاب الفرائض المسألة ١١٦ ج ٤ ص ١٠٦.

(٣) الانتصار: مسائل المواريث والفرائض والوصايا ص ٣٠٦.

(٤) الأعلام «مصنّفات الشيخ المفيد»: باب ميراث الخنثى ج ٩ ص ٦٢.

(٥) السرائر: كتاب المواريث والفرائض ميراث الخنثى ج ٣ ص ٢٧٩.

الجانب الأيسر ثمانية ومن الجانب الأيمن تسعة وضلع ناقص صغير من الجانب الأيسر[١].

الثالث: انّه يعطى نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الانثى، وهو القول المشهور لعلمائنا، ذهب إليه علي بن بابويه[٢]، والشيخ في النهاية[٣]، والمبسوط[٤]، ومذهب ابن البرّاج[٥]، وابن حمزة[٦]، ومذهب المصنّف في المختلف[٧].

قوله رحمه الله: «ونبات اللحية وتفلّك الثدي والحبل والحيض علامات على الأقرب».

أقول: هذا قريب من مذهب الحسن بن أبي عقيل من قدماء الامامية فانّه قال: والخنثى عند آل الرسول عليهم السلام فانّه ينظر فإن كان هناك علامة يتبيّن بها الذكر من الأُنثى من بول أو حيض أو حمل أو لحية أو ما أشبه ذلك فانّه يورث على ذلك، فإن لم يكن هناك ما يتبيّن به وكان له ذكر كذكر الرجل وفرج كفرج المرأة فانّ له ميراث الرجل؛ لأنّ ميراث النساء داخل في ميراث الرجال، وهذا ما جاء عنهم عليهم السلام في بعض الآثار. وقد روي عن بعض علماء الشيعة انّه سئل عن

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الفرائض ص ٧٤٥ س ٢٤.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الفرائض ص ٧٤٥ س ٣٢.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب المواريث باب ميراث الغرقى والمهدوم عليهم ج ٣ ص ٢٥٨.

(٤) المبسوط: كتاب الفرائض والمواريث ميراث الخنثى ج ٤ ص ١١٤.

(٥) المهذّب: كتاب الفرائض باب ميراث الخنثى ج ٢ ص ١٧١.

(٦) الوسيلة: كتاب المواريث فصل في بيان ميراث الخناثى ص ٤٠٢.

(٧) مختلف الشيعة: كتاب الفرائض ص ٧٤٦ س ٣٧.

الخنثى فقال: روى أصحابنا ـ من وجه ضعيف لم يصحّ عندي ـ انّ حواء خلقت من ضلع آدم عليه السلام، فصار للرجال من ناحية اليسار ضلعاً أنقص، وللنساء ثمانية عشر ضلعاً من كلّ جانب تسعة، وللرجال سبعة عشر ضلعاً من جانب اليمين تسعة ومن جانب اليسار ثمانية، وهذه علامة جيدة واضحة إن صحّت. وروي عنهم عليهم السلام انّه يورث من المبال، فإن سال البول على فخذه فهي امرأة، وإن زرق البول كما يزرق الرجل فهو رجل، وجميع ما ذكرنا من العلامات التي يعرف بها الرجال من النساء مثل الحيض واللحية والجماع وغير ذلك[1].

اذا عرفت هذا فالأقرب عند المصنّف انّ نبات اللحية علامة على كونه رجلاً، وتفلّك الثدي ووجود الحيض والحبل دلالة على كونه انثى، وذلك لأنّ الاستقراء في أكثر الناس انّ اللحية لا تكون إلّا للرجال، وكذلك العلامات الأُخر في أغلب الأحوال لاتكون إلّا للمرأة، فكان مفيداً للظنّ الغالب المقارب للعلم.

قوله رحمه الله: «أن يجعل مرة ذكراً أو مرة انثى ويعمل المسألة على هذا مرة وعلى هذا أُخرى ثمّ تضرب إحداهما في الأُخرى إن تباينتا».

أقول: هذا أحد الطرق التي يتوصل بها الى استخراج مسألة الخنثى ومشاركيهم على القول المشهور بين علمائنا، وهو أن نفرض الخنثى تارةً ذكراً وتقسّم الفريضة بينه وبين مشاركيه على هذا الفرض، ثمّ نفرضه انثى وتقسّم التركة بينهم على هذا الفرض أيضاً، ثمّ إن كانت الفريضتان متباينتين تضرب إحداهما في

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الفرائض ص ٧٤٥ س ٢٥.

الأُخرى، ثمّ تضرب المجتمع في اثنين، ثمّ تضرب بالكلّ واحد منهما من إحداهما في الأُخرى. مثال ذلك: ذكر وخنثى نفرضهما ذكرين فالمسألة من اثنين، ثمّ نفرضهما ذكراً وانثى فهي من ثلاثة، تضرب إحداهما في الأُخرى يكون ستة، ثمّ اثنين في المجتمع تبلغ اثنى عشر، فللذكر منها سبعة وللخنثى خمسة؛ لأنّ للذكر سهماً من اثنين مضروباً في ثلاثة وذلك ثلاثة، وسهمين من ثلاثة مضروبين في اثنين وذلك أربعة والمجموع سبعة، والخنثى له سهم من اثنين مضروب في ثلاثة وذلك ثلاثة، وسهم من ثلاثة مضروب في اثنين فالمجموع خمسة.

قوله رحمه الله: «أو في وفقهما إن اتفقتا».

أقول: مثال ذلك: اذا ترك ذكرين وخنثيين على تقدير كون الجميع ذكوراً فهي من أربعة، وعلى تقدير انوثية الخنثيين من ستة، والعددان متوافقان بالنصف، فتضرب وفق أحدهما في الآخر تبلغ اثني عشر، ثمّ اثنين في المجتمع تبلغ أربعة وعشرين، فكلّ واحد من الذكرين قد حصل له تارةً واحدة من أربعة فتضربه في وفق الستة يكون ثلاثة واثنين من ستة مضروب في وفق الأربعة وذلك أربعة فيكمل لكلّ من الذكرين سبعة، وكلّ واحد من الخنثيين حصل له تارةً واحدة من أربعة مضروب في وفق الستة وذلك ثلاثة، وتارةً واحد من ستة مضروب في وفق الأربعة وذلك اثنان فيكمل لكلّ منهما خمسة.

قوله رحمه الله: «وتجتزئ بإحداهما إن تماثلتا».

أقول: مثال ذلك: أبوان وخنثيان إن كانا ذكرين فهي من ستة، وإن كان انثيين فهي من ستة، فتجزئ بإحداهما ويعطى الأبوين السدسين والباقي بين الخنثيين.

قوله رحمه الله: «وبالأكثر إن تناسبتا».

أقـول: مثال ذلك: أبوان وذكر وخنثى على تقدير ذكورية الخنثى المسألة من ستة للأبوين السدسان والباقي بين الذكرين بالسوية، وعلى تقدير انوثيته المسألة من ثمانية عشر؛ لعدم انقسام الثلثين على الذكر والانثى أثلاثاً تضربها في ثلاثة تبلغ ثمانية عشر، والعددان ـ أعني الستة والثمانية عشر ـ متناسبان، ويقال لهما: المتداخلان، فيجتزئ بالثمانية عشر للأبوين السدسان وللذكر سبعة وللخنثى خمسة.

قوله رحمه الله: «وعلى الطريق الثاني المسألة من تسعة للخنثى الثلث وهو ثلاثة وثلاثة عشر من أربعين أقلّ من الثلث، والطريقة الثالثة توافق الطريقة الأُولى في أكثر المواضع كما في هذه المسألة».

أقـول: يريد انّ مسألة الذكر والخنثى التي مثل بها في الطرق المذكورة يحصل التفاوت فيها، فانّه على الطريق الأوّل يحصل للخنثى ثلاثة عشر من أربعين، وعلى الطريق الثاني ثلاثة من تسعة هي ثلث التركة، ولاشكّ انّ ثلاثة عشر أقلّ من الثلث بثلث سهم من أربعين سهماً.

وقول المصنّف: «والطريقة الثالثة توافق الأُولى» مراده على الاحتمال الأوّل وهو: أن يعطى كلّ واحد منهم ماله من التركة بيقين ثمّ يدفع الى كلّ منهم نصف ما يدّعيه، فانّ في هذه المسألة قد يكمل للذكر ثمانية عشر وللخنثى ثلاثة عشر وللانثى تسعة كالطريقة الأُولى.

امّا على احتمال الدعاوي من أصل المال فلأنّا نعطي كلّ واحد منهم ما ادّعاه تماماً

من المخرج الذي يصحّ منها سهامهم، ونعول المسألة كما عالت هذه من عشرين الى ثلاثة وعشرين.

واعلم انّ على الاحتمال الثاني من الدعاوي يحصل التفاوت، فاذا أردت معرفة التفاوت بين ما حصل لكلّ واحد منهم من الأربعين وبين ماحصل لكلّ منهم من ثلاثة وعشرين، فاضرب أربعين في ثلاثة وعشرين تبلغ تسعمائة وعشرين، فنقول: على الطريقة الأُولى قد حصل للذكر من أربعين ثمانية عشر، فهذا من هذا القدر أربعمائة وأربعة عشر؛ لأنّه مضروب ثلاثة وعشرين في ثمانية عشر، وحصل له من ثلاثة وعشرين عشرة مضروبة في أربعين وذلك أربعمائة، فقد حصل له على الطريقة الأُولى أكثر ممّا حصل له على الطريقة الثانية بمقدار أربعة عشر سهماً من أصل تسعمائة وعشرين سهماً. والخنثى حصل له على الطريقة الأُولى ثلاثة عشر من أربعين هي من هذا المبلغ مائتان وتسعة وتسعون، وحصل له من ثلاثة وعشرين ثمانية، فاذا ضربتها في أربعين كانت ثلثمائة وعشرين، فقد حصل له من الطريقة الأُولى أقلّ من الذي حصل له على هذه الطريقة بأحد وعشرين سهماً. والانثى حصل لها على الطريقة الأُولى تسعة، فهي من هذا القدر مائتان وسبعة، حصل لها من ثلاثة وعشرين خمسة مضروبة في أربعين وذلك مائتان، فقد حصل لها على الطريق الأوّل أزيد ممّا حصل لها على هذه الطريقة بسبعة أسهم، وهذه السبعة والأربعة عشر التي زادت للذكر من الأحد والعشرون التي نقصت من سهام الخنثى.

قوله رحمه الله: «أحد الأبوين وخنثى الفريضة من أربعة وعشرين، للأب خمسة والباقي للخنثى إن جعلنا له نصف ابن ونصف بنت».

أقـول: لأنّا اذا جعلنا له نصف ابن ونصف بنت قلنا: لأحد الأبوين مع الابن أربعة من أربعة وعشرين وللابن عشرون، وللخنثى من حيث إنّه نصف الابن عشرة ومن حيث إنّها نصف بنت تسعة. ولأحد الأبوين مع البنت الربع ستة من أربعة وعشرين، فلأحد الأبوين نصف ما حصل له في الحالين خمسة، وللخنثى من حيث إنّه نصف بنت نصف ثلاثة الأرباع؛ لأنّ للبنت ثلاثة أرباع أربعة وعشرين، فلها نصف ذلك تسعة فيكمل لها تسعة عشر، ولأحد الأبوين خمسة والباقي ظاهر.

قوله رحمه الله: «وعلى الثاني إن جعلنا التفاوت باعتبار البنت الزائدة احتمل أن تكون الفريضة من أربعين للأُمّ تسعة... الى آخره».

أقـول: لأنّ للأُم مع البنت الواحدة الربع ومخرجه أربعة، ومع البنتين الخمس ومخرجه خمسة، تضرب أحدهما في الآخر يكون عشرين، فالبنت الزائدة أوجبت استحقاق الزائد، وهو التفاوت بين الربع والخمس، وذلك سهم من عشرين، فتستحقّ بسبب نصف البنت نصف ذلك التفاوت، وهو نصف سهم من عشرين ينكسر، تضرب اثنين في عشرين تبلغ أربعين، لأحد الأبوين الخمس ثمانية، ونصف التفاوت بين الخمس والربع، وذلك سهم يكمل له تسعة.

قوله رحمه الله: «وأن يكون من ستة وثلاثين؛ لأنّ الأصل ستة للأُم السدس وللبنت ثلاثة ولنصف البنت نصف سهم، فإن ضربت اثنين في ستة تبلغ اثني عشر، وضربت ثلاثة الوفق في

اثنى عشر يصير ستة وثلاثين، للأُمّ بالتسمية ستة وبالردّ سهمان والباقي للخنثى».

أقول: قد ذكر المصنّف وجه هذا الاحتمال ومراده بالوفق ـ أي الوفق بين التسعة والاثني عشر ـ لأنّها لمّا بلغت بالضرب الذي ذكره الى اثني عشر أُعطيت الأُمّ بالفرض السدس سهمين، وأُعطيت البنت بالفرض النصف، وأُعطيت نصف البنت من حيث إنّ البنت الزائدة تستحقّ سدساً فوق النصف تمام الثلثين، فيكون لنصف البنت نصف ذلك التفاوت وهو سهم من اثني عشر، تكمل مع الخنثى سبعة ومع الأُم سهمان، يبقى ثلاثة أسهم تردّها عليها على تسعة، وبين التسعة والاثني عشر وفق بالثلث، يضرب ثلث أحدهما في الآخر يبلغ ستة وثلاثين، للأُمّ بالفرض السدس ستة، وللبنت الواحدة بالفرض النصف ثمانية عشر، ولنصف البنت الزائدة نصف السدس الزائد وذلك ثلاثة، يبقى تسعة يقسّم بينهما على نسبة سهامهما، فللأُمّ منها سهمان وللخنثى سبعة أسهم.

وقول المصنّف رحمه الله: «أو تضرب تسعة في ستة تبلغ أربعة وخمسين».

أقول: وجه ذلك انّ أصل فريضتهم ستة، للأُم بالفرض سدس واحد، وللبنت النصف ثلاثة، ولنصف البنت نصف سهم، ومجموع ذلك أربعة ونصف ومقسومة تسعة، والباقي يردّ عليهما على تسعة، تضرب تسعة في الأصل تبلغ أربعة وخمسين.

قوله رحمه الله: «وإن جعلنا التفاوت باعتبار مجموع الزائد والبنت الأصلية احتمل أن تكون الفريضة من ثمانين؛ لأنّ للأُم... الى آخره».

أقـول: قد ذكر وجه الاحتمال.

ثم قال رحمه الله: «والأجود أن يـقال: للأُمّ السدس، وللخنثى نصف وثلاثة أرباع سـدس، والمخرج أربعة وعشرون».

أقـول: هذا هو الاحتمال الثاني على تقدير القول بأنّ التفاوت بسبب البـنت الزائدة والأصلية، وهو أن يكون للأُم السدس بالفرض وللـبنت النـصف وثـلاثة أرباع سدس والمخرج أربعة وعشرون؛ لأنّ الأصل ستة ولا ربع لسدسها، تضرب أربعة في ستة يكون أربعة وعشرين، للأُم بالتسمية السدس أربعة، وللبنت بالتسمية النصف وثلاثة أرباع السدس بالتسمية خمسة عشر، وانّما كان هذا الاحتمال أجود لأنّ للخنثى فرضناها بنتاً ونصف بنت فهي ثلاثة أرباع بنتين، فله من حيث إنّه بنت النصف قطعاً، ومن حيث إنّه ثلاثة أرباع بنتين ثلاثة أرباع التفاوت بـين النـصف والثلثين ـ أعني السدس ـ وذلك ثلاثة، فمجموع سهام الأُم بالفرض وسهام الخنثى بالفرض أيضاً تسعة عشر، ويجب أن يكون الردّ على نسبة المستحقّ لها بـالفرض وهو تسعة عشر والباقي لاينقسم عليهما.

قلنا: أن تجعل الفريضة ابتداءً من تسعة عشر؛ لأنّ الغرض من الضرب هو معرفة ما يستحقّه كلّ واحدٍ منهما، وقد عرفت انّ مستحقّها على تسعة عشر فيكتفي بها، أو تضرب تسعة عشر في أربعة وعشرين تبلغ أربـعمائة وسـتة وخمسـين، للأُم سـتة وتسعون؛ لأنّ لها أربعة من تسعة عشر مضروبة في أربـعة وعـشرين وذلك سـتة وتسعون، وللخنثى الباقي ثلثمائة وستون؛ لأنّـه مـضروب خمسـة عـشر في أربـعة وعشرين وذلك ستة.

قوله رحمه الله: «وعلى العول من ثلاثة عشر».

أقول: لأنّ أحد الأبوين يدّعي الربع وذلك ثلاثة من اثني عشر، والخنثى يدّعي خمسة أسداس وهو عشرة من اثني عشر، والمجموع ثلاثة عشر.

قوله رحمه الله: «ولو كان من الخنثيين أحد الأبوين فله الخمس تارةً والسدس أُخرى، وتصحّ الفريضة من مائة وعشرين».

أقول: لأنّك تضرب مخرج الخمس في مخرج السدس تبلغ ثلاثين، ثمّ اثنين في المجتمع تبلغ ستين، لأحد الأبوين تارةً السدس عشرة وأُخرى الخمس اثني عشر، فله نصفها أحد عشر تبقى تسعة وأربعون لاتنقسم بين الخنثيين على صحة، تضرب اثنين في ستين تبلغ مائة وعشرين.

قوله رحمه الله: «إن جعلنا الخنثى تمنع من الردّ في النصف باعتبار نصف الذكورية احتمل مع تعدّد الخناثى سقوط الردّ، فانّ الأب يمنع من نصف الردّ بنصف الذكورية في أحدهما ومن النصف الآخر بنصف الذكورية في الآخر، وذلك لأنّ في كلّ واحد اعتبار نصف ذكر ففيهما اعتبار عن ذكر والذكر مانع من الردّ، ويحتمل عدم ذلك فيحصل نصف الردّ إن اكتفينا بالاحتمالين، وإلّا فبحسب تعدّد الاحتمالات».

أقـول: وجه عدم منع النصيبين من مجموع الردّ أنّ المانع من الردّ انّما هو وجود ذكر كامل في الورثة ولم يوجد فكان الأصل بقاء استحقاقه لنصيبه من الردّ ـ وهو النصف ـ وهذا إن اكتفينا بالاحتمالين ـ أي احتمال كون الخنثيين ذكرين ـ واحتمال كونهما انثيين، وإلّا كان له ربع الردّ بحسب تعدّد الاحتمالات الأربعة، فانّهما يحتمل كونهما ذكرين وكونهما انثيين وكون أحدهما ذكراً والآخر انثى، وبالعكس ففي ثلاثة منها لايردّ، ويستحقّ الردّ في واحد من الأربعة، فله ربع الردّ في هذه المادة وهو كونهما انثيين لاغير، ولأجل ذلك قال المصنّف: «وإلاّ بحسب تعدد الاحتمالات». يعني: لو كان الخنثى ـ مثلاً ـ ثلاثة كان الردّ هو الثمن؛ لأنّه مستحقّ على تقدير من ثمانية وهو انوثة الجميع.

قوله رحمه الله: «وهل يصحّ أن يكون الآباء والأجداد خنثى؟ قيل: نعم حتى لو كان الخنثى زوجاً وزوجة كان له نصف ميراث الزوج ونصف ميراث الزوجة، والأقرب المنع، إلّا ما روي من انّ امرأة ولدت وأولدت».

أقـول: قال الشيخ في المبسوط في ميراث الخنثى: وحكم الجدّ والجدّة والعمومة والعمّات وأولادهم اذا اجتمعوا مع الزوج أو الزوجة وفيهم الخنثى كان الحكم مثل ذلك سواء، فإن كانوا من قِبل الأُمّ كان المال بينهم بالسوية. إلّا انّه قال بعد ذلك: ولا يتقدّر في الخنثى أن يكون أباً أو أُمّاً؛ لأنّه متى كان أباً كان ذكراً بيقين، ومتى كانت أُمّاً كانت أُنثى بيقين، ويتقدّر أن يكون زوجاً أو زوجة على ما روي في بعض الأخبار، فإن كان زوجاً فله نصف ميراث الزوج ونصف ميراث الزوجة،

والطريقة ما قلناه[١].

وقال الشيخ نجم الدين ابن سعيد رحمه الله: وفي كون الآباء والأجداد خنائى بُعدٌ؛ لأنّ الولادة تكشف عن حال الخنثى، إلّا أن يبنى ذلك على ما روي عن شريح في المرأة التي ولدت وأولدت[٢].

والمصنّف قرّب المنع من ذلك ـ أي على ما روي في امرأة ولدت وأولدت ـ وهو إشارة الى قصة شريح، وذلك ما رواه الشيخ رحمه الله عن علي بن الحسين قال: حدثني محمّد الكاتب عن علي بن عبدالله بن معاوية بن ميسرة بن شريح قال ميسرة: قدمت الى شريح امرأة فقالت: إنّي جئتك مخاصمة، فقال لها: وأين خصمك؟ فقالت: أنت خصمي، فأخلى لها المجلس وقال لها: تكلّمي، فقالت: انّي امرأة لي إحليل ولي فرج، فقال: قد كان لأميرالمؤمنين في هذا قضية يورث من حيث جاء البول، فقالت: انّه يجيء منهما جميعاً، فقال: من أين سبق البول؟ قالت: ليس منهما شيئاً يسبق يجيئان في وقت واحد وينقطعان في وقت واحد، فقال: انك لتخبرين بعجيب، فقالت: أُخبرك بما هو أعجب من هذا، تزوّجني ابن عمّ لي وأخدمني خادماً فوطأتها فأولدتها ولداً، وانما جئتك لما ولد لي لتفرق بيني وبين زوجي، فقام من مجلس القضاء فدخل على علي عليه السلام فأخبره بما قالت المرأة، فأمر بها فأدخلت وسألها عمّا قال القاضي، فقالت: هو الذي أخبرك، قال: فأحضر زوجها ابن عمها فقال له علي أميرالمؤمنين عليه السلام: هذه امرأتك وابنة عمك؟ قال: نعم، قال: قد علمت ما كان؟ قال: نعم قد أصدقتها خادماً فوطأتها فأولدتها، قال: ثمّ وطأتها بعد

---

(١) المبسوط: كتاب الفرائض والمواريث ج ٤ ص ١١٧.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب الفرائض في ميراث الخنثى ج ٤ ص ٤٧.

ذلك؟ قال نعم، قال له علي عليه السلام: لأنت أجرأ من خاصي الأسد، عليّ بدينار الخصي ـ وكان معدلاً ـ وبامرأتين، فأُتي بهم، فقال: خذوا هذه المرأة إن كانت مرأة فأدخلوها بيتاً وألبسوها ثياباً وجرّدوها من ثيابها وعدّوا أضلاع جنبيها، ففعلوا ذلك ثمّ خرجوا إليه فقالوا: عدد الجنب الأيسر أحد عشر ضلعاً والجنب الأيمن اثناعشر ضلعاً، فقال علي عليه السلام: الله أكبر آتوني بالحجّام فأخذ من شعرها وأعطاها رداء وحذاء وألحقها بالرجال، فقال الزوج: يا أميرالمؤمنين امرأتي وابنة عمي ألحقتها بالرجال فمن أين أخذت هذه القضية؟ قال: إنّي ورثتها من أبي آدم، وحواء خلقت من ضلع آدم، وأضلاع الرجال أقلّ من أضلاع النساء بضلع، وعدد أضلاعها أضلاع رجل، فأُمر بهم فأُخرجوا[1].

قوله رحمه الله: «فعلى هذه الرواية تشكل النسبة بينهما، إذ هي أُم لأحدهما وأب للأُخرى، ويشترط في إضافة الاخوة واتحاد أحدهما بينهما».

أقول: يريد على هذه الرواية المتضمّنة انّ امرأة ولدت ولداً وأولدت آخر يشكل النسبة بين الولدين المنسوبين إليها، فإن شرط كون نسبة الاخوة بينهما متحقّقة أن يكون الأب والأُمّ بالنسبة إليهما واحداً وهو هاهنا غير متحقّق؛ لأنّ أب أحدهما غير أب الآخر وأُمّ أحدهما غير أُمّ الآخر فلا يكونا أخوين. ومن حيث إنّهما ولدان لإنسان واحد كان أحدهما من جهة الولادة والآخر من جهة التوليد.

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣٥ ميراث الخنثى ح ٥ ج ٩ ص ٣٥٤ ـ ٣٥٥، وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب ميراث الخنثى وما أشبهه ح ٣ ج ١٧ ص ٥٧٥.

قوله رحمه الله: «من له رأسان وبدنان على حقوٍ واحد يوقظ أحدهما، فإن انتبها فهما واحد، وإن انتبه أحدهما خاصّة فهما ابنان في الميراث، وكذا التفصيل في الشهادة، امّا التكليف فاثنان مطلقاً، وفي النكاح واحد وإن كان انثى، ولا قصاص على أحدهما وإن تعمّد مطلقاً، ولو تشاركا ففي الردّ مع الانتباه لا دفعةً إشكال، ودفعه أشكل».

أقول: قد ذكر في ذي الرأسين والبدنين على حقوٍ واحد مسائل:

الأُولى: في الميراث، هل يرث ميراث شخص واحد أو اثنين؟ فانّه يوقظ أحدهما خاصّة عن نومهما، فإن انتبه الاثنان بايقاظ واحد فهما واحد فلهما ميراث واحد، وإن انتبه الموقظ خاصّة ورثا ميراث اثنين.

الثانية: هذا الحكم ثابت في الشهادة ـ يعني انّهما اذا شهدا ـ فإن انتبها جميعاً بايقاظ أحدهما فشهادتهما بمنزلة شهادة شخص واحد، وإن انتبه أحدهما دون الآخر كانا بمنزلة شاهدين.

الثالثة: حكمهما في التكليف حكم الاثنين مطلقاً، أي سواء استيقظ دفعةً أو لا؛ لأنّ كلّ واحد منهما عاقل مخاطب، فلا يكفي فعل أحدهما للعبادة عن فعل الآخر.

الرابعة: حكمهما في النكاح حكم الواحد مطلقاً، أي سواء استيقظا جميعاً أو أحدهما؛ لأنّ فرجهما واحد، ولو حكم بتعدّدهما لما جاز لهما الوطء، وكذا لو كان انثى فلا يقال: انّ الواطئ جامعاً بين الأُختين؛ لأنّ الفرج واحد.

الخامسة: لو جنى أحدهما لم يقتصّ من الجاني ولا من الآخر وإن كان الجاني متعمّداً مطلقاً، امّا الآخر فلأنّه لم يصدر منه جناية فلا يجوز الاقتصاص منه بفعل صدر من غيره، وامّا الجاني فلما يتضمّن من التغرير ـ وهو التعدّي الى الآخر ـ وإتلافه يقتضي إتلاف الآخر وهو غير جائز، امّا لو اشتركا في الجناية اقتصّ منهما. فلو قتلا اقتصّ منهما في النفس، وهل يردّ عليهما ما فضل عن دية واحد لو انتبه الموقظ منهما دون الآخر؟ فيه إشكال.

ينشأ من حكم الشارع بالاثنينية فيهما، ولهذا ورثا ميراث شخصين، فلا يجوز قتلهما بواحد من غير ردّ.

ومن انّ وجوب الردّ موقوف على تعيين الاثنينية وهو غير ثابت، ولايلزم من استحقاق النصيبين في الارث استحقاق دية زائدة عن واحد.

ومع استيقاظهما دفعة فالردّ أشكل، من حيث وجود العدد جنساً.

ومن عدم شرط الحكم بالتعدّد ـ أعني استيقاظ أحدهما دون الآخر ـ ولأصالة عدم الردّ. ومراده انّ الحكم بوجوب الردّ هنا أضعف من الحكم بوجوبه هناك، وكثيراً ما يستعمل في هذا المعنى من قوله: أشكل.

قوله رحمه الله: «دية الجنين يرثها أبواه ومن يتقرّب بهما أو بالأب بالنسب والسبب، وفي المتقرّب بالأُم قولان».

أقول: قد تقدّم ذكر الخلاف في وارث الدية مطلقاً.

قوله رحمه الله: «لو خلّف ابنين فأقرّ الأكبر بأخوين وصدقه الأصغر في أحدهما ثبت نسب

المتفق عليه فصاروا ثلاثة ومسألة الإقرار أربعة، ومضروب المسألتين اثني عشر، للأصغر سهم من مسألة الإنكار في مسألة الإقرار أربعة أسهم، وللأكبر سهم من مسألة الإقرار في مسألة الإنكار ثلاثة، وللمتفق عليه إن أقرّ بصاحبه مثل سهم الأكبر وإن أنكر فمثل سهم الأصغر».

أقول: فيحصل للرابع على تقدير اعتراف المتفق عليه به سهمان، ولكلّ من الأكبر والمتفق عليه ثلاثة وللأصغر أربعة، وإن أنكر المتفق عليه أخذ أربعة كالأصغر وللأكبر ثلاثة ويبقى للرابع سهم.

ثمّ قال رحمه الله: «ويحتمل أنّ المتفق عليه إن صدق بصاحبه لم يأخذ من الأصغر إلّا ربع ما في يده؛ لأنّه لا يدّعي عليه أكثر منه، فيأخذ هو والمختلف فيه من الأكبر نصف ما في يده، فيصحّ من ثمانية، للأصغر ثلاثة أسهم، وللأكبر سهمان، وللمتفق عليه سهمان، وللآخر سهم، ويضعّف بأنّ الأصغر مقرّ بأنّه لا يستحقّ أكثرّ من الثلث وقد حضر من يدّعي الزيادة فيدفع إليه، كما لو ادعى داراً في يد آخر فأقرّ بها لغيره فقال المقرّ له: انّها للمدّعي فانّها تدفع إليه. ويحتمل أن يدفع الأكبر إليهما نصف ما في يده، فيأخذ المتفق

عليه من الأصغر ثلث ما في يده، فيحصل للأصغر الثلث، وللأكبر الربع، وللمتفق عليه السدس والثمن، وللمختلف فيه الثمن، وتصحّ من أربعة وعشرين، للأصغر ثمانية، وللمتفق عليه سبعة، وللأكبر ستة، وللمختلف فيه ثلاثة».

أقول: قد ذكر المصنّف وجه الاحتمال الأوّل وضعفه، وأمّا وجه الاحتمال الآخر فلأنّ التركة قد كانت في يد الأكبر والأصغر نصفين، فاذا أقرّ الأكبر باثنين فقد أقرّ بأنّهما يستحقّان نصف التركة، فيمضي ذلك على نفسه فيدفع إليهما نصف ما في يده ـ وهو الربع ـ بينهما ثمن التركة، ويبقى مع الأكبر ربع ـ وهو قدر استحقاقه بزعمه ـ والأصغر يصدق على أحدهما ويقول: نحن ثلاثة وقد اعترف للمتفق عليه بأنّه يستحقّ ثلث التركة فيدفع إليه ثلث ما في يده وذلك سدس، فيكمل مع المتفق عليه سدس وثمن، ويبقى مع الأكبر ربع ومع الأصغر ثلث ومع المختلف فيه ثمن، ويصحّ من أربعة وعشرين ـ كما ذكر ـ لأنّه مضروب وفق الستة مخرج السدس مع الثمانية مخرج الثمن.

قوله رحمه الله: «في ميراث المجوس قيل: يورثون بالأسباب والأسباب الصحيحة والفاسدة ـ أعني ما حصل عن نكاح محرم عندنا لا عندهم ـ كما اذا نكح أُمّه فأولدها فنسب الولد فاسد وسبب الأُم فاسد، وقيل: انّما يورثون بالصحيح منهما كالمسلمين، وقيل: يورثون

بـــالأسباب الصـحيحة والفـاسدة والأسـباب الصحيحة خاصّة، وهو الأقرب».

أقـول: اختلف علماؤنا في توريث المجوس على أقوال ثلاثة حكاها المصنّف:

الأوّل: انّهم يورثون بالأنساب والأسباب الصحيحة والفاسدة، وهو قول الشيخ في النهاية[١]، وهو اختيار ابن البرّاج[٢]، وسلّار[٣]، وابن حمزة[٤].

الثاني: انّهم يورثون بالصحيح منهما، وهو قول أبي الصلاح فانّه قال: يورثون بالنسب والسبب الصحيحين دون الفاسدين[٥]. وقول ابن ادريس، ونقله عن المفيد في كتاب الأعلام[٦].

الثالث: انّهم يورثون بالأنساب الصحيحة والفاسدة والأسباب الصحيحة دون الفاسدة، وهو قول الفضل بن شاذان[٧]، وجماعة من أصحابنا.

وقال الشيخ رحمه الله في التهذيب: قال محمّد بن الحسن: اخـتلف أصـحابنا في ميراث المجوس اذا تزوّج بأحد من المحرّمات من جهة النسب في شريعة الاسـلام، فقال يونس بن عبدالرحمن وكثير ممّن تبعه من المتأخّرين: إنّه لا يورث إلّا من جهة النسب والسبب اللذين يجوزان في شريعة الاسـلام، فـأمّـا مـالايجوز في شريـعة

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب المواريث باب ميراث المجوس ج ٣ ص ٢٦٩ ـ ٢٧٠.

(٢) المهذّب: كتاب الفرائض باب ميراث المجوس ج ٢ ص ١٧٠.

(٣) المراسم: كتاب المواريث ذكر ميراث المجوسي ص ٢٢٤.

(٤) الوسيلة: كتاب المواريث فصل في بيان ميراث المجوس ص ٤٠٣.

(٥) الكافي في الفقه: فصل في الارث ص ٣٧٦.

(٦) السرائر: كتاب الفرائض والمواريث ج ٣ ص ٢٨٧ ـ ٢٨٨.

(٧) نقله الشيخ في تهذيب الأحكام: ب ٣٧ ميراث المجوس ذيل الحديث ١ ج ٩ ص ٣٦٤.

الاسلام فانّه لايورث منه على حال، وقال الفضل بن شاذان وقوم من المتأخّرين ممّن تبعه على قوله: إنّه يورث من جهة النسب على كلّ حال، وإن كان حاصلاً عن سبب لا يجوز في شريعة الاسلام، فأمّا السبب فلا يورث منه إلّا بما يجوز في شريعة الاسلام. والصحيح عندي انّه يورث المجوس من جهة النسب والسبب معاً، سواء كان يجوز في شريعة الاسلام أو لايجوز[1].

والأقرب عندالمصنّف ثالث الأقوال وهو: انّهم يورثون بالأنساب مطلقاً وبالصحيح من الأسباب خاصّة، امّا توريثهم بالنسب مطلقاً فلأنّا نقول: أمّا الصحيح فظاهر لاشكّ فيه، وأمّا الفاسد منه فلأنّهم يعتقدونه نكاحاً فليس بزنا، أقلّ مراتبه أن يكون شبهة، والنسب يلحق شرعاً بالشبهة كما يلحق بالنكاح الصحيح. وأمّا السبب الفاسد فلأنّ المسلم لايجوز أن يحكم، بخلاف ما تقتضيه شريعة الاسلام عند التحاكم إلينا، وهذا النكاح الذي هو عندهم صحيح نعتقده فاسداً فيكون نكاح الشبهة، والميراث لايستحقّ بنكاح الشبهة.

قوله رحمه الله: «اذا مات اثنان فصاعداً -بسبب كهدم أو غرق أو شبههما على رأي- واشتبه تقدّم موت أحدهم وتأخّره ورث بعضهم من بعض الميّتين».

أقول: لا خلاف في ثبوت التوارث بين الميّتين عند اشتباه تقدّم موت أحدهما

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٣٧ ميراث المجوس ذيل الحديث ١ ج ٩ ص ٣٦٤، وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب ميراث المجوس ذيل الحديث ١ ج ١٧ ص ٥٩٦.

على الآخر أو تأخّره أو تقارنه اذا كان بسبب الغرق أو الهدم بالشروط المذكورة، وانّما الخلاف في ثبوت هذا الحكم اذا حصل اشتباه الموت بسبب غير هذين كالحرق وشبهه فيه قولان:

أحدهما: الحكم مقصور على الهدم والغرق لاغير، وهو قول المفيد فانّه قال: اذا غرق جماعة يتوارثون أو انهدم عليهم جدار أو وقع عليهم سقف فماتوا ولم يعلم أيّهم مات قبل صاحبه ورث بعضهم من بعضٍ. ثمّ قال: واذا مات جماعة يتوارثون بغير هدم ولا غرق في وقت واحد لم يورث بعضهم من بعض بل جعل تركة كلّ واحد منهم لوارثه الأحياء خاصّة[١].

الثاني: تعميم الحكم في الغرق والهدم وغيرهما من الأسباب، وهو مذهب ابن حمزة حيث قال: اذا غرق اثنان أو أكثر دفعة واحدة أو احترقوا أو هدم عليهم أو قتلوا[٢]، وهو ظاهر قول الشيخ في النهاية[٣]، والمبسوط[٤]، وابن الجنيد[٥]، وأبي الصلاح[٦]، واختاره المصنّف هنا.

قوله رحمه الله: «والأقرب في غيرهما من الأسباب ثبوت الحكم».

---

(١) المقنعة: كتاب الفرائض باب ميراث الغرقاء والمهدوم عليهم و... ص ٦٩٩.

(٢) الوسيلة: كتاب المواريث فصل في بيان ميراث الغرقى والمهدوم عليهم دفعةً ص ٤٠٠.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب المواريث باب ميراث الغرقى والمهدوم عليهم و... ج ٣ ص ٢٥٣.

(٤) المبسوط: كتاب الفرائض فصل في ميراث الغرقى والمهدوم عليهم ج ٤ ص ١١٨.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الفرائض ص ٧٥٠ س ٦.

(٦) الكافي في الفقه: فصل في الارث ص ٣٧٦.

أقول: لا خلاف في انّ الشخصين اذا ماتا من غير سبب بل حتف أنفهما واشتبه تقديم موت أحدهما على الآخر فانّه لاتوارث بينهما، كما انّه لا خلاف في ثبوت التوارث عند اشتباه تقدّم الموت أو تأخّره بسبب الغرق والهدم، وانّما الخلاف في انّهما اذا ماتا بسبب لكنّه غير الغرق والهدم، وقد حكينا الخلاف فيه.

والأقرب عند المصنّف ثبوت التوارث بينهما، كما لو احترق اثنان ولم يعلم تقدّم أحدهما على الآخر.

ووجه القرب انّ المقتضي للتوارث هو الاشتباه، وهو حاصل في الحرق والقتل فيثبت فيه الحكم.

ورجع المصنّف في المختلف الى قول المفيد بالاقتصار على ثبوت الحكم في الغرق والهدم لاغير، وأجاب عن هذه الحجة بمنع التعليل بمطلق الاشتباه، بل جاز أن تكون العلّة الاشتباه المستند الى الغرق والهدم. ثمّ قال: على انّ قول ابن حمزة لايخلو من قوة[1].

قوله رحمه الله: «ومع الشرائط يرث بعضهم من بعض من تلاد ماله دون طارفه، وهو ما ورثه من ميّت معه على الأصحّ، لما روي انّه لو كان لأحدهما مال صار لمن لا مال له، ولأنّ توريثه ممّا ورث منه يؤدي الى فرض الحياة بعد الموت، وهو ممتنع عادةً».

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب الفرائض ص ٧٥٠ س ٣٠.

أقـول: اذا حصلت شرائط توارث الغرقى ورث كلّ واحد منهم من أصل مال صاحبه، وهو تلاد ماله دون طارفه، وهو ما ورثه من صاحبه الذي غرق معه على أصحّ القولين عند المصنّف، وهو قول الشيخ[١]، وابن أبي عقيل[٢]، وأبي الصلاح[٣]، وابن البرّاج[٤]، وابن حمزة[٥]، وابن الجنيد[٦]. خلافاً لما ذهب إليه المفيد[٧]، وسلّار[٨] حيث قالا: يرث ممّا ورث منه أيضاً.

والذي يدلّ على صحة ما ذهب إليه المصنّف ما ذكره من الرواية المشار إليها وهي: ما رواه عبدالرحمن بن الحجاج في الصحيح عن الصادق عليه السلام في أخوين مات لأحدهما مائة ألف درهم والآخر ليس له شيء وركبا في السفينة فغرقا فلم يدر أيّهما مات أوّلاً، قال: المال لورثة الذي ليس له شيء[٩].

ولأنّ توريثه ممّا ورث منه يتوقّف على حياته بعد موته، وهو محال عادةً.

واحتجّ الشيخ في المبسوط[١٠] أيضاً على ذلك بأنّه لو ورث ممّا ورث منه لم تنقطع القسمة أبداً.

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب المواريث ميراث الغرقى والمهدوم عليهم و... ج ٢ ص ٢٥٣.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الفرائض ص ٧٥٠ س ١٠.

(٣) الكافي في الفقه: فصل في الارث ص ٣٧٦.

(٤) المهذّب: كتاب الفرائض ج ٢ ص ١٧٠.

(٥) الوسيلة: كتاب المواريث فصل في بيان ميراث الغرقى و... ص ٤٠١.

(٦) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الفرائض ص ٧٥٠ س ٦.

(٧) المقنعة: كتاب المواريث باب ميراث الغرقاء والمهدوم عليهم... ص ٦٩٩.

(٨) المراسم: ذكر ميراث الغرقى... ص ٢٢٥.

(٩) تهذيب الأحكام: ب ٣٦ ميراث الغرقى ح ٦ ج ٩ ص ٣٦٠، وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب ميراث الغرقى ح ١ ج ١٧ ص ٥٩٠.

(١٠) المبسوط: كتاب الفرائض والمواريث فصل في ميراث الغرقى ج ٤ ص ١١٨.

قوله رحمه الله: «وهل يجب تقديم الأضعف في التوريث؟ قيل: نعم، ولا ثمرة له إلّا على التوريث من الجميع».

أقول: هل يجب فرض موت أقوى الغرقى نصيباً ليرث الأضعف منه أو لايجب؟ قال في الايجاز: لايجب[١].

وظاهر كلامه في النهاية يدلّ على الوجوب فانّه قال فيها: اذا غرق جماعة يتوارثون في وقتٍ واحد أو انهدم عليهم حائط وما أشبه ذلك ولم يعلم أيّهم مات قبل صاحبه ورث بعضهم من بعض من نفس تركته لا ممّا ورث من الآخر، ويقدّم الأضعف في استحقاق الميراث ويؤخّر الأقوى في ذلك[٢]. وهو مذهب المفيد[٣].

واعلم انّ على القول المشهور ـ من انّه لايرث ممّا ورث منه ـ لا يتغيّر به حكمه، وانّما يكون التقدّم تعبّداً شرعياً لاغير، كما ذكر الشيخ في المبسوط فقال: تقدّم الأضعف في الميراث لايتغيّر به حكم، لكنّا نتبع الأثر في ذلك[٤]. وتبعه ابن ادريس[٥].

وانّما تظهر ثمرة التقديم على قول المفيد[٦]، وسلّار[٧]: من كون المفروض موته،

---

(١) الرسائل العشر: فصل في ذكر ميراث الغرقى والمهدوم عليهم ص ٢٧٦.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب المواريث باب ميراث الغرقى والمهدوم عليهم و... ج ٣ ص ٢٥٣.

(٣) المقنعة: كتاب الفرائض والمواريث باب ميراث الغرقاء والمهدوم عليهم و... ص ٦٩٩.

(٤) المبسوط: كتاب الفرائض والمواريث فصل في ميراث الغرقى و... ج ٤ ص ١١٨.

(٥) السرائر: كتاب الفرائض والمواريث ج ٣ ص ٣٠٠.

(٦) المقنعة: كتاب الفرائض والمواريث باب ميراث الغرقى والمهدوم عليهم... ص ٦٩٩.

(٧) المراسم: ذكر ميراث الغرقى... ص ٢٢٥.

أو لايرث من الآخر من أصل تركته، وممّا انتقل إليه منه بالميراث، فيكون للتقديم فائدة.

قوله رحمه الله: «زوجان وابن وبنتان ـ الى قوله: ـ يفرض موت الزوج أوّلاً».

أقول: في هذا نظر، لكنّ الظاهر انّه يفرض موت الابن أوّلاً، فانّه لو مات زوج وزوجة فرض موت الزوج أوّلاً، فالزوج إذاً أولى بفرض الموت قبل الزوجة؛ لأنّه أقوى، ثمّ الابن أولى من الأب، فانّهم نصّوا على انّه اذا غرق أب وابن فرض موت الابن أوّلاً، ولأنّه أقوى في الميراث من الأب فيقدّم، خصوصاً مع فائدة التقدّم وهو اذا قيل بقول المفيد رحمه الله. وأشكل من ذلك قوله: ثمّ يفرض موت الزوجة قبل سائر الورثة.

قوله رحمه الله: «رجل وابن عمّه وابنة خاله ماتوا غرقاً وخلّف الرجل زوجة، وابن العم ابن خال، وبنت الخال زوجاً، أصل تركة الرجل اثنا عشر: منها ثلاثة لزوجته، واثنان لبنت خاله وينتقل الى زوجها، وسبعة لابن عمّه وينتقل الى ابن خاله. وأصل تركة ابن عمّه ستة: واحد لابن خاله الحي، والباقي للرجل وليس له ربع، فنضربها في أربعة يبلغ أربعة وعشرين: منها أربعة لابن خاله الحي، وعشرون للرجل وينتقل

خمسة منها الى زوجته، والباقي الى بيت المال. وأصل مال بنت الخال ثمانية: أربعة لزوجها، وأربعة للرجل ينتقل منها الى زوجته واحد، والباقي لبيت المال. فالجواب: انّ للزوجة من أصل مال زوجها ثلاثة من اثني عشر، ومن مال ابن عم زوجها خمسة من أربعة وعشرين، ومن مال بنت خال زوجها واحد بالانتقال، وللزوج من أصل مال زوجته أربعة من ثمانية، ومن مال ابن عمّها ـ وهو الرجل ـ اثنين من اثني عشر بالانتقال، ولابن الخال من مال الرجل سبعة من اثني عشر، ولبيت المال ثلاثة من ثمانية من مال بنت الخال، وخمسة عشر من أربعة وعشرين من مال ابن عم الرجل بالانتقال. هذا على قول بعض أصحابنا».

أقول: هذا التقسيم مبنيّ على قول الحسن بن أبي عقيل: من انّ الخال اذا اجتمع مع العم يكون له السدس[1].

والمشهور انّ له الثلث، ذهب إليه الشيخ في النهاية[2]، وابنا بابويه[3]، وأبو علي

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الفرائض ص ٧٣٤ س ٣٨.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب المواريث باب ميراث ذوي الأرحام ج ٣ ص ٢٣١.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الفرائض ص ٧٣٤ س ٣٧، المقنع: باب المواريث ص ١٧٤.

ابن الجنيد[١]، وابن البرّاج[٢]، وأبو الصلاح[٣]، وابن حمزة[٤]، وابن ادريس[٥].

فعلى هذا القول المشهور تكون القسمة بينهم على ما ذكره المصنّف وهو قوله: وعلى الأشهر انّ لبنت الخال الثلث، فتركة الرجل اثنا عشر: ثلاثة للزوجة، وأربعة لبنت الخال وينتقل الى زوجها، وخمسة لابن عمّه وينتقل الى ابن خاله. وأصل تركة ابن عمّه ثلاثة: واحد لابن خاله الحي، والباقي للرجل وليس له ربع، فتضربها في أربعة تبلغ اثنا عشر منها: أربعة لابن خاله الحي، وثمانية للرجل ينتقل منها سهمان لزوجته، والباقي الى بيت المال. وأصل مال بنت الخال ثمانية: أربعة لزوجها، وأربعة للرجل ينتقل منها الى زوجته واحد، والباقي الى بيت المال.

قوله رحمه الله: «واذا اجتمع في الفريضة نصفان أو نصف وما بقي فهي من اثنين، وان اشتملت على ثلث وثلثين أو أحدهما وما بقي فهي من ثلاثة، وإن اشتملت على ربع وما بقي فهي من أربعة، وعلى ثمن وما بقي فهي من ثمانية، وعلى سدس وما بقي فهي من ستة».

أقول: نحن نذكر أمثلة هذه وإن كانت ظاهرة فنقول:

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الفرائض ص ٧٣٤ س ٣٦.

(٢) المهذّب: كتاب الفرائض ج ٢ ص ١٤٩.

(٣) الكافي في الفقه: فصل في الارث ص ٣٧٣.

(٤) الوسيلة: كتاب المواريث فصل في بيان ميراث ذوي القرابات ص ٣٩٣.

(٥) السرائر: كتاب المواريث والفرائض ج ٣ ص ٢٦٢.

الأوّل: مثال النصف مع النصف بالفرض كزوج وأُخت للأبوين أو للأب، لكلّ منهما النصف بالفرض.

الثاني: النصف بالفرض وما بقي كزوج مع أخ للأبوين أو للأب، للزوج النصف بالفرض وما بقي للأخ بالقرابة.

الثالث: الثلث والثلثان بالفرض كأُختين فصاعداً من قِبل الأبوين أو من قِبل الأب مع اثنين فصاعداً من قِبل الأُم.

الرابع: الثلث وما بقي كالأبوين للأُم الثلث بالفرض، وللأب الباقي بالقرابة.

الخامس: الثلثان وما بقي كالبنتين فصاعداً أو الأُختين فصاعداً للأبوين أو للأب لهما الثلثان بالفرض وما بقي لهما بالردّ عندنا.

السادس: الربع وما بقي كزوج مع ابن أو زوجة مع أخ للأبوين أو للأب.

السابع: الثمن وما بقي كزوجة مع ولد ذكر فما زاد من ذكر أو انثى، وعلى سدس ما بقي كزوج مع أحد الأبوين مع وجود ذكر من الأولاد أو واحد من الاخوة للأُم مع أخ فصاعداً للأبوين أو للأب.

قوله رحمه الله: «الكسر ضربان: مفرد ومركّب، فالمفرد كالسدس وكجزء من خمسة عشر، والمركّب إمّا مضاف كنصف سدس أو جزء من خمسة عشر هي جزء من ثلاثة، وامّا معطوف كالنصف والسدس».

أقول: تسمية الحساب للمعطوف بالمركّب صحيح بحسب الاصطلاح وبحسب ما في نفس الأمر، أمّا تسميتهم المضاف بالمركّب فانّ إطلاق اسم المركّب عليه من

جهة اللفظ، فانّ تركيبه انّما هو تركيب لفظي؛ لأنّه مركّب من لفظي النصف والسدس، وأمّا في نفسه فهو بسيط واحد في اثني عشر، لكن ذلك بحسب اصطلاحهم.

قوله رحمه الله: «ومثل واحد من كلالة الأُم مع أُخت لأب فالردّ عليهما ـ على رأي ـ بالنسبة، وعلى الأُخت للأب خاصّة على رأي».

أقول: اذا اجتمع أُخت لأب لا غير مع واحد من كلالة الأُم ـ كأُخ أو أُخت للأُم ـ كان للأُخت النصف بالفرض وللواحد من كلالة الأُم السدس بالفرض أيضاً، وفي اختصاص الأُخت يردّ الفاضل عليها أو كونه بينها وبين كلالة الأُم أرباعاً، لها ثلاثة أرباعه وله الربع، قولان تقدّما.

قوله رحمه الله: «وأمّا الخنثى مع أحد الأبوين أو معهما فالردّ الثابت لهما مع البنت يثبت هنا نصفه، وقيل: لا ردّ؛ لأنّ الأصل عدمه، وانّما يثبت في البنات بالإجماع، وليس الخنثى بنتاً، وكونها تستحقّ نصف ميراث بنت وإن أوجب ردّاً، لكن استحقاق نصف ميراث ابن يسقطه فتعارضا فتساقطا ورجع الى الأصل، وهو عدم الردّ على الأبوين بل يكون الجميع للخنثى».

أقول: هذا القول المحكي والاستدلال عليه هو قول معين الدين المصري واستدلاله، فانّه قال: قد ذكرت مسألة في من ترك خنثى وأحد أبويه أو هما وذكر انّ

فيها ردّاً، ولا أعلم له وجهاً؛ لأنّ الأصل انّ لا ردّ؛ لأنّا لو تركنا وظاهر القرآن لما زدناهما مع النصف[١] على السدس شيئاً؛ لأنّه سبحانه وتعالى يقول: «ولأبويه لكلّ واحد منهما السدس ممّا ترك إن كان له ولد» واسم الولد يقع على الأُنثى كما يقع على الذكر، وانّما رجعنا عن هذا الظاهر في مواضع الردّ بدليل وهو الإجماع، وهذا المشكل[٢] أمره ليس بأُنثى على الحقيقة حتى يثبت الردّ، فإن قيل: فالحكم بأنّ له ميراث نصف أُنثى فيثبت الردّ، قلنا: فالحكم بأنّ له ميراث نصف ذكر يمنع منه، واذا تقابلا سقطا وبقيا على الأصل[٣].

والمعتمد عند المصنّف الأوّل ـ أعني ثبوت الردّ ـ فانّ الردّ على البنت والأبوين أو أحدهما أو على البنتين فصاعداً مع وجود أحدهما ليس بمجرّد الإجماع، بل للدليل من القرآن الذي استند إليه الإجماع، وهو قوله تعالى: ﴿وأُولو الأرحام بعضهم أولى ببعض﴾[٤] فلمّا أعطينا البنت أو البنات وأحد الأبوين أو هما وفضل فضل عن الفروض اقتضت آية أُولي الأرحام أن يكون لجميع ذوي الأرحام على نسبة حصصهم لا لخصوصية البنات.

قوله رحمه الله: «في المناسخات: إن كان ورثة الثاني هم ورثة الأوّل من غير اختلاف في القسمة كان كالفريضة الواحدة، كاخوة ثلاثة

---

(١) في المصدر: «البنت».

(٢) في المصدر: «الشكل».

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الفرائض ص ٧٥٣ س ٢٨.

(٤) الأنفال: ٧٥.

وأخوات ثلاث من جهة واحدة مات أخ ثمّ آخر ثمّ أُخت ثمّ أُخرى وبقي أخ وأُخت فتركة الأوّل ومن بعده بينهما أثلاثاً أو بالسوية، وإن اختلف الاستحقاق أو الوارث أو هما فإن صحّ نصيب الثاني على ورثته ـ كزوجة ماتت عن ابن وبنت بعد زوجها وخلّف معها ابناً وبنتاً فنصيب الزوجة ثلاثة من أربعة وعشرين يصحّ على ولديها من غير كسر ـ وإلّا فاضرب وفق الفريضة الثانية في الفريضة الأُولى إن كان بين نصف الثاني من فريضة الأوّل، والفريضة الثانية وفق لا وفق نصيب الثاني، كأخوين من أُم ومثلهما من أب وزوج مات الزوج عن ابن وبنتين الفريضة الأُولى اثنا عشر، وبين الفريضة الثانية ونصف الأُولى سهم الزوج متوافقة بالنصف، فتضرب جزء الوفق من الفريضة الثانية ـ وهو اثنان لا من النصيب ـ في اثني عشر فتصير أربعة وعشرين، وإن لم يكن بين نصيب الثاني من الفريضة الأُولى والفريضة الثانية وفق بل مباينة فاضرب الفريضة الثانية في الأُولى فالمرتفع المطلوب، وكلّ من كان له من الفريضة

الأُولى قسط أخذه مضروباً في الفريضة الثانية كزوج وأخوين من الأُم وأخ من الأب مات الزوج عن ابنين وبنت فريضة الأوّل من ستة، للزوج ثلاثة لا ينقسم على خمسة ولا وفق، فاضرب الخمسة في الستة تبلغ ثلاثين، منها تصحّ الفريضتان».

أقول: المناسخات أن يموت بعض ولا تنقسم تركته على ورثته ثمّ يموت بعض الورثة بعد ذلك، ويتعلّق الفرض بقسمة الفريضتين جميعاً من أصل واحد، وحينئذٍ فالتقسيم الخاصّ أن نقول: ورثة الثاني بالنسبة الى ورثة الأوّل امّا أن يتحد الوارث ويتحد الاستحقاق أو يختلفا جميعاً أو يتحد الوارث ويتغيّر الاستحقاق أو بالعكس، فالأقسام أربعة:

الأوّل: أن يكون الوارث واحداً والاستحقاق واحداً، ومثالها ما ذكره المصنّف من الاخوة الثلاثة والأخوات الثلاثة.

الثاني: أن يتغيّر الوارث والاستحقاق جميعاً، كرجل مات عن زوجة وابن وبنت من غيرها ماتت الزوجة عن اخوة ثلاثة لأُم فورثة الأوّل غير ورثة الثاني؛ لأنّ ورثة الأوّل زوجته وأولاده، فيقسّم الأولاد بينهم للذكر ضعف الانثى، وورثة الثاني الاخوة من الأُم حصّتها بينهم بالسوية.

الثالث: اختلف الوارث دون الاستحقاق، كرجل مات عن أولاد ذكور واناث ثمّ مات أحدهم عن أولاد ذكور واناث فورثة الأوّل غير ورثة الثاني إلّا انّ استحقاقهم واحد؛ لأنّ كلّ واحد من ورثة الأوّل والثاني يستحقّون تركته بكونهم أولاداً للذكر ضعف الأُنثى.

الرابع: العكس اختلف الاستحقاق دون الوارث، كامرأة لها أولاد ذكور واناث من غير واحد ماتت ورثها أولادها ثمّ مات أحدهم عن اخوته لأُمه فميراث المرأة لأولادها بالبنوّة يستحقّونه للذكر منهم ضعف الأُنثى، وميراث الثاني لاخوته الذين هم أولاد الأوّل، لكنّ الاخوة للأُم الذكر والانثى سواء، وباقي ما ذكره المصنّف ظاهر وقد ذكر أمثلته.

قوله رحمه الله: «ولنورد هنا مثالين ذكرهما بعض علمائنا: رجل خلّف أبوين وثلاث زوجات وابنين وبنتاً وخنثى ـ مشكلاً أمره ـ وإحدى زوجاته هي أُم البنت وابن واحد من ابنيه وأوصى لأجنبي بمثل ما لأبيه إلّا نصف ما يبقى من الثلث بعد إخراج نصيبه من الثلث، والآخر بمثل ما لأُمه إلّا ثلث ما يبقى، ولآخر بمثل ما لابن واحد إلّا سدس ما يبقى، ثمّ وقع الهدم على الابن الذي له أُم، وعلى أُمه التي هي إحدى الزوجات المذكورة، وعلى بنت للابن، وخلّفوا المذكورين، ومات الابن الآخر وخلّف ثلاثة بنين وقد أقرّ أحدهم بزوجةٍ له وابنة منها، وماتت الزوجة الثانية أيضاً وخلّفت ابن ابن أخيها لأبيها الذي هو ابن ابن أُختها لأُمها والذي هو ابن بنت أخيها لأُمها وابن بنت أُخت أُخرى

لأبيها أيضاً، وماتت الزوجة الثالثة أيضاً وخلّفت زوجاً وعمّاً وعمّة وأقرّ الزوج انّها أوصت لأجنبي بثلث مالها، ثمّ مات خلّف بنتين ولم يخلّف غير المتوفى الأوّل تركة. فأصل الفريضة مائة وثمانون... الى آخره».

أقول: الوجه في كون المال مائة وثمانين وحصول ما ادّعى حصوله لكلّ واحد من الموصى له والمقرّ به والورثة المذكورين أن نقول: مسألة الورثة من أربعة وعشرين: للأبوين السدسان ثمانية لكلّ منهما أربعة، وللزوجات الثمن ثلاثة لكلّ واحد سهم، يبقى ثلاثة عشر لكلّ ذكر من الابنين أربعة وللخنثى ثلاثة وللأُنثى سهمان.

فاذا عرفت هذا فطريق استخراج الوصايا بالجبر هو: أن نأخذ ثلث مال وندفع منه الى الموصى له بمثل نصيب الأب نصيباً ونستثني منه بقدر نصف الباقي وهو سدس مال إلّا نصف نصيب، ويدفع الى الثاني من الثلث نصيباً ويستثنى بقدر ثلث الباقي من الثلث وهو تسع مال إلّا ثلث نصيب، ويدفع الى الموصى له الثالث نصيباً ويستثنى منه بقدر سدس الباقي وهو نصف تسع مال إلّا سدس نصيب. ثمّ نقول: قد خرج من الثلث ثلاثة أيضاً واستثني منها سدس مال إلّا نصف نصيب، وتسع مال إلّا ثلث نصيب، ونصف تسع مال إلّا سدس نصيب. ومجموع هذه الكسور المسترجعة ثلث مال ينقص نصيباً، ردّ هذا الثلث الذي ينقص نصيباً على ثلث المال الذي أخرجنا منه ثلثه أيضاً يكون ذلك ثلثا مال الأربعة انصباء، نزيده على ثلثي المال يكون المجموع بعد الوصايا مالاً وثلث مال إلّا أربعة انصباء تعدل انصباء

الورثة وهي أربعة وعشرون سهماً وهي ستة انصباء، والنصيب أربعة. فـاذا زادت عليه جبرته بأربعة انصباء صار مالاً كاملاً وثلث مال يعدل عشرة انصباء، فاحذف ربع ذلك ـ وهو ثلث مال ـ وتلقي من العشرة ربعها يبقى مال كامل يـعدل سـبعة انصباء ونصف نصيب والنصيب أربعة، فالمال ثلاثون وصية الأوّل سهم والثـاني سهمان والثالث ثلاثة، ومجموع الوصايا ستة، يبقى أربعة وعشرون هي سهام الورثة تنقسم عليهم ـ كما ذكرنا ـ وانّما قلنا انّ وصيّه الأوّل سهم من ثلاثين لأنّا اذا أخذنا ثلث المال ـ وهو عشرة ـ ودفعنا الى الأوّل مثل نصيب الأب ـ وهـو أربـعة ـ ثمّ استرجعنا منه بقدر نصف الباقي بعد إخراج النصيب ـ وذلك ثلاثة ـ يبقى له سهم، واذا دفعنا الى الثاني نصيباً ـ وهو أربعة ـ من الثلث ـ أعني العشرة ـ بقي ستة.

فاذا استثنينا من النصف بقدر ثلث الباقي ـ وهو سهمان ـ يبقى له سهـم، ثمّ اذا دفعنا الى الثالث من العشرة انصباء أربعة واستثنينا منه سدس الستة الباقية ـ وهو سهم ـ بقي له ثلاثة أسهم، وذلك ما أردنا بيانه.

ثمّ انّ نصيب إحدى الزوجات ـ وهي التي خلفت ذا القرابات الأربع وذا القرابة الواحدة ـ لها سهم واحد، فنقول: حصّة إحدى الزوجـات التي مـاتت عـن ذي القرابات الأربع الذي هو بمنزلة أخ وأُخت للأب وأخ وأُخت للأُم مـع ابـن بـنت أخيها[1] لأُمها الذي هو بمنزلة أُخت للأب فيكون وارثاها بمـنزلة أخ وأُخت للأُم ولهما الثلث، وذلك لذي القرابات الأربع، وأخ وأُختين للأب لهم الثلثان أرباعاً ثلاثة أرباعه ـ وهو النصف ـ لذي القرابات الأربع، وربعه ـ وهو السدس ـ لذي القرابة الواحدة، فيحصل لذي القرابات خمسة أسداس، ولذي القرابة الواحدة سدس، لكن

---

(١) في ج: «أُختها».

نصيب المتوفاة ـ أعني الزوجة ـ سهم واحد ينكسر على ستة، يضرب ستة في ثلاثين تبلغ مائة وثمانين وهو المدّعى، وكلّ من كان له سهم أعطى مضروباً في ستة، فالوصايا ستة وثلاثون؛ لأنّها ستة في ستة، للأوّل منها ستة، وللثاني اثنا عشر، وللثالث ثمانية عشر، ولكلّ من الأبوين والابنين أربعة وعشرون، وللزوجات ثمانية عشر، لكلّ منهنّ ستة، وكذا للخنثى ثمانية عشر، وللبنت اثنا عشر. فحصّة الابن الذي مات بالهدم مع أُم إحدى الزوجات ومع بنت له أربعة وعشرون، وللبنت بالفرض والردّ ثلاثة أرباعها ثمانية عشر، ينتقل الى جدّ أُمّها اللذين هما أبوي المتوفى أوّلاً للجدّ ثلثا ذلك اثنا عشر، وللجدّة الثلث ثمانية، ولأُمه التي كانت معه في الهدم بالفرض والردّ الربع ستة أسهم. وينتقل الى بنتها التي هي بنت المتوفى أوّلاً وحصّة أُمه التي ماتت معه بالهدم التي هي الزوجة الأُولى ستة أسهم: اثنان منها لابنتها الحية التي هي بنت المتوفى أوّلاً، وأربعة لأبيها[1] المهدوم عليه معها ينتقل الى ورثته وهم جدّا أبي المتوفى أوّلاً وأُخته لأبويه أرباعاً، لجدّه منها سهمان، ولجدّته سهم، ولأُخته[2] سهم، فيكمل نصيب الجدّ ثمانية وثلاثين؛ لأنّه يأخذ بميراثه من أبيه المتوفى أوّلاً أربعة وعشرين، واثني عشر من ابنه[3] ـ الابن المهدوم عليه وعليها ـ لأنّها ورثت ثمانية عشر ثلاثة أرباع تركة أُمّها، صار الى الجدّ منها اثنا عشر، والى الجدّة ستة، وصار إليه بالانتقال من تركة الزوجة المهدوم عليها سهمان. فقد تبيّن انّه قد يكمل له ثمانية وثلاثون، وكمل للجدّة أحد وثلاثون: أربعة وعشرون ميراثها من

---

(١) في ج: «وأربعة منها لابنها».

(٢) في ج: «ولأخيه».

(٣) في ج: «أبيه».

أبيها، وستة من البنت التي ماتت بالهدم مع أبيها، وسهم ممّا ورثه الابن المهدوم عليه من أُمه، وذلك أحد وثلاثون. وللبنت أحد وعشرون: اثنا عشر بميراثها من أبيها، وستة صارت الى أُمّها المهدوم عليها من تركة أبيه المهدوم عليه انتقل إليها، وسهمين من تركة أُمّها المهدوم عليها، وواحد ممّا صار الى أخيها المهدوم عليه من أُمّه المهدوم عليها، وذلك أحد وعشرون. وتركة الابن الآخر الذي توفي وترك ثلاثة بنين وقد أقرّ أحدهم بزوجة له وابنه منها فتركته بين أولاده الثلاثة، لكلّ منهم ثمانية أسهم من أصل أربعة وعشرين، ويدفع المقرّ الى الزوجة المقرّ بها ثُمن ما في يده سهماً، والى بنتها المقرّ بها سبع ما بقي في يده ـ وهو سهم ـ يبقى له ستة أسهم، وتركة الزوجة الثانية ـ وهي ستة ـ بين ورثتها لذي القرابات الأربع الذي هو ابن ابن أخيها لأبيها الذي هو ابن ابن أخيها لأُمها، والذي هو ابن بنت أخيها لأُمها خمسة أسهم، ولابن بنت أخيها الأُخرى لأبيها سهم، وتركة الزوجة الثالثة وهي ستة أسهم أيضاً، لزوجها[1] منهما النصف ثلاثة يدفع الى من أقرّ بالوصية له بثلث تركتها ممّا في يده بمقتضى إقراره على نفسه وينتقل ما تخلّف مع هذا الزوج بموته الى ابنتيه لكلّ واحدة سهم، والنصف الآخر من تركة هذه الزوجة وذلك ثلاثة أسهم: لعمّها منها سهمان، ولعمّتها سهم.

واعلم انّ تصوّر ذي القرابات الأربع هنا يحصل ممّا ذكرناه، وهو ذو القرابات الأربع من الأعمام؛ لأنّ الذي يسمى غيره عمّاً خالاً يسمّيه الآخر ابن الأخ ابن أُخت، والذي يسمّيها عمّة خالة تسميه هي ابن أخي وابن أُختي، فالنسب الأربع التي يحصل لأحدهما يحصل مثلها للآخر.

---

(١) في ش: «فلزوجها».

واعلم انّا كنّا قد أملينا في هذه الصورة مسألة مفردة في سنة إحدى وعشرين وسبعمائة ببغداد؛ لأنّا كنّا ببغداد والمصنّف رحمه الله بها وعندنا جماعة اشتغل بعضهم في كتاب القواعد، فجرى البحث في هذه المسألة وسأل بيان طريق بلوغها الى مائة وثمانين وكيفية استخراج ذلك بالجبر، حيث لم يتعرّض المصنّف لذلك، فلمّا شرعت في تقرير ذلك له ظهر لي مع اشتمال هذه المسألة على القرابات الأربعة انّه قد كان القصد بوضعها اشتمالها على جميع أبواب الميراث وتوابعه من الوصية بنوعيها ـ أعني الجبرية وغيرها ـ والإقرار بالوصية والإقرار بالوارث والمناسخات وغير ذلك، فرأيت انّها تحتاج الى تتمة، فعملت في هذا الباب مسألة تشتمل على ذكر جميع ما ذكره، وكيفية بلوغها الى هذا القدر، واستخراجها بطريق الجبر، وأضفت إليها ما أخلّ به فيها من ميراث الأخوال وموانع الإرث من الكفر والرقّ والقتل وميراث من أعتق بعضه وارثه ومن أسلم قبل القسمة أو تحرّر قبلها، وأحضرتها عند المصنّف قدّس الله روحه ونوّر ضريحه فأُعجب بها إعجاباً كثيراً، وأشار بأنّني أعمل لها خطبة فعملت ذلك، وكتب عليها شيئاً يتضمّن مدحها والثناء عليها بخطه تغمده الله برحمته، فمن أراد الوقوف عليها فليقف عليها هناك.

كتاب

القضاء

المسائل المتعلّقة بـ«كتاب القضاء»

قوله رحمه الله: «والتحكيم جائز وإن كـان في البلد قاضٍ، وهل له الحبس واستيفاء العـقوبة؟ إشكال».

أقـول: منشأه من انّ قضاءه نافذ شرعاً، فكان جارياً مجرى القاضي في جواز الحبس على الحقوق واستيفاء العقوبات.

ومن انّ ثبوت هذه الأشياء يتوقّف على ورود النقل، والمتيقّن نفوذ حكمه لا غير فيقتصر عليه.

قوله رحمه الله: «ولو قال الامام: مـن نـظر في الحكم بين فلانٍ وفلان فـقد ولّـيته فـي انـعقاد الولاية فيه نظر».

أقـول: ينشأ من انّ النظر بين المشار إليهما شرط في ثبوت ولايته، فلا تثبت التولية قبله؛ لعدم تقدّم المشروط على الشرط.

ومن دلالة مفهومه على الإذن في النظر فيه، والإذن كافٍ في جواز النظر بينهما وانعقاد الولاية فيه.

قوله رحمه الله: «وفي اشتراط علمه بالكتابة إشكال».

أقول: منشأه من انّ النبوّة التي هي أكمل المناصب الدينية وأعلى المراتب غير مشروطة بالكتابة، لما ثبت قطعاً من نبوّة سيد المرسلين محمّد بن عبدالله صلّى الله عليه وآله مع وصفه بكونه اُمّياً.

ومن احتياج القاضي الى الاُمور التي لايتيسّر لغير النبي صلّى الله عليه وآله، فانّ ما ذكر في حقّ النبي صلّى الله عليه وآله من جملة المعجزات والآيات.

قوله رحمه الله: «وكذا البصر، والأقرب اشتراطها».

أقول: اذا قلنا باشتراط الكتابة لم ينعقد قضاء الأعمى، امّا اذا لم تشترط الكتابة أمكن أيضاً القول باشتراط البصر، لافتقار القاضي الى التميز بين الخصوم، وهو مذهب الشيخ في المبسوط[1].

والأقرب عند المصنّف أيضاً اشتراط الكتابة والبصر؛ لما مرّ.

قوله رحمه الله: «وكذا الحرّية».

أقول: الأقرب عند المصنّف اشتراط الحرّية أيضاً في انعقاد القضاء للقاضي، وهو مذهب الشيخ في المبسوط[2]، وجوّز ابن سعيد كونه عبداً[3].

---

(١) المبسوط: كتاب آداب القضاء ج ٨ ص ١٠١.

(٢) المصدر السابق.

(٣) شرائع الاسلام: كتاب القضاء الأوّل في الصفات ج ٤ ص ٦٨.

ووجه الاشتراط انّه من المناصب الجليلة فلا يليق بالعبد، ولأنّه مولّى عليه فلا يعقل كونه والياً كالصغير.

قوله رحمه الله: «والسلامة من الخرس».

أقول: الأقرب أيضاً انّه يشترط في انعقاد القضاء للقاضي انتفاء الخرس.

ووجه القرب انّ القاضي يضطرّ الى معرفة دعوى المدّعي وجواب خصمه وكلّ من الأمرين لايعلمه القاضي، لا بمترجمين يترجمان دعوى المدّعي وجواب المنكر. ويفتقر الخصومة في معرفة ما يحكم به القاضي أو يستوضحه من كلام الخصمين الى مترجمين يترجمان للخصوم كلامه، وذلك ممّا يتعذر أو يطول غالباً، فيؤدّي الى بقاء المنازعات المنافي للغرض من نصب القضاة.

قوله رحمه الله: «ولو شرط اتفاقهما في حكم فالأقرب الجواز».

أقول: الأقرب عنده انّه يجوز للامام نصب قاضيين في بلد واحد يشتركان في الحكم؛ لأنّ ذلك مما لايتعذر معه فصل القضاء فلا مانع منه، وهو يشتمل على الاحتياط، وهو يقتضي جوازه فكان جائزاً.

قوله رحمه الله: «ولو اقتضت المصلحة تولية من لم يستكمل الشرائط في الجواز مراعاة للمصلحة نظر».

أقول: وجه النظر من حيث وجود المصلحة في نصبه كما ذكره المصنّف للقضاء، ولأنّه قد اتفق مثل ذلك لبعض القضاة في زمن مولانا أميرالمؤمنين عليه السلام.

ومن انتفاء الشرائط المبيحة لنصبه فينتفي المشروط.

ونمنع تفويض أميرالمؤمنين صلّى الله عليه الى من أُشير إليه، فانّه عليه السلام كان يشاركه في الواقعة، فيكون هو عليه السلام الحاكم في تلك الوقائع، لا من أُشير إليه انّه منصوب.

قوله رحمه الله: «ولوأخذ الجعل من المتخاصمين فان لم يتعيّن وحصلت الضرورة قيل: جاز، والأقرب المنع».

أقول: نقل ابن سعيد[1]، والمصنّف رحمهما الله جواز أخذ القاضي الجعل من المتخاصمين بشرطي الضرورة وعدم تعيين الحكم عليه.

والأقرب عندهما المنع من ذلك؛ لأنّه نوع من الرشا، والرشا حرام اتفاقاً.

وكذا حكى الشيخ في المبسوط فقال: وإن لم يكن له رزق قال: لست أقضي بينكما حتى تجعلا لي رزقاً عليه حلّ له ذلك حينئذٍ عند قوم، وعندنا لايجوز بحال[2].

قوله رحمه الله: «وفي تجزّء الاجتهاد إشكال، الأقرب جوازه».

أقول: هذه المسألة من علم أُصول الفقه، ذكرها المصنّف هاهنا، حيث ذكر شرائط الاجتهاد.

واعلم انّ الأُصوليين اختلفوا في ذلك، فذهب جماعة الى انّه يتجزأ، فالمجتهد في

---

(١) شرائع الاسلام: كتاب القضاء ج ٤ ص ٦٩.

(٢) المبسوط: كتاب آداب القضاء فصل في ما على القاضي... ج ٨ ص ١٥١.

مسائل الفرائض يجوز له الافتاء فيها وإن جهل مسائل البيع وبالعكس، ومنع الآخرون.

احتجّ الأوّلون بأنّ مالكاً لا خلاف في كونه فقيهاً، مع انّه سئل عن أربعين مسألة فقال في ست وثلاثين: لا أدري، فلو شرط العلم بالجميع لما جاز له أن يفتي. ولأنّه اذا اطّلع على دليل مسألةٍ على الاستقصاء استوى هو والعالم بكلّ المسائل في العلم بتلك المسألة، فكما جاز للعالم بالكلّ الفتوى فيها جاز لمن ساواه فيها الفتوى بها.

احتجّ الآخرون بأنّ ما فرض جهله أمكن أن يكون متعلّقاً بتلك المسألة المفروضة، والمصنّف تردّد في ذلك؛ لتعارض الدليلين، والأقرب عنده الجواز؛ للدليل السابق.

والجواب عن حجّة المانعين بأنّ التقدير انّه استقصى وحصل له جميع الأمارات المتعلّقة بتلك المسألة في ظنّه بعد تجويز العلماء السابقين لتلك الأمارات.

قوله رحمه الله: «ولو جنّ ثمّ أفاق ففي عود ولايته ضعف».

أقول: اذا جنّ القاضي انعزل؛ لأنّ القضاء مشروط بالعقل، وقد زال الشرط فيزول المشروط وهو ظاهر. فلو زال الجنون ففي عود ولايته احتمال؛ لزوال المانع، وهو ضعيف؛ لأنّ القضاء لا يثبت إلّا بحكم الامام، وبجنونه زالت ولايته، فصار كغيره من الرعية، فيفتقر ثبوت ولايته الى إذن الامام عليه السلام.

قوله رحمه الله: «سقوط ولاية الأصل، فلو تجدّد فسق المنوب أو جنونه أو عزله أو موته

انعزل النائب عنه، سواء عزله الامام أو لا، وقيل: لاينعزل بذلك؛ لأنّ النائب عنه كالنائب عن الامام، إذ الاستنابة مشروطة بإذن الامام، وفيه نظر».

أقول: ينعزل القاضي بأمرين أحدهما: جنون القاضي ـ كما سبق ـ الثاني: زوال ولاية مستخلفة بجنونه أو فسقه أو عزله أو موته؛ لأنّ ولاية الثاني نائبة عن الأوّل، فهي فرع على ثبوت ولايته، وقد زال الأصل فيزول الفرع.

وحكى شيخنا هنا، وابن سعيد في الشرائع قولاً بأنّه لاينعزل؛ لما ذكره المصنّف، وابن سعيد في الشرائع وهو: انّ استنابة القاضي لغيره مشروطة بإذن الامام، والنائب عنه كالنائب عن الامام، فلا ينعزل بموت الواسطة. قال صاحب الشرائع: والقول بانعزاله أشبه[1]. وشيخنا هنا قال: فيه نظر.

ومنشأ النظر ممّا قلنا وهو: انّ نائب القاضي الميّت لمّا كان بإذن الامام كان كنائب الامام فلا ينعزل.

ومن انّه لو قدرنا الاذن فانّما أذن له أن يستنيب عن نفسه لا عن الامام، كوكيل الوكيل لا عن الموكّل ينعزل بموت الموكّل وإن كان مأذوناً له في التوكيل.

والحقّ التفصيل وهو: انّه إن نصبه عن الامام بإذنه صريحاً أو بشاهد الحال لم ينعزل، وإلّا انعزل كالوكيل.

قوله رحمه‌الله: «ولو مات امام الأصل فالأقرب انعزال القضاة».

---

(١) شرائع الاسلام: كتاب القضاء ج ٤ ص ٧١.

أقـول: هذا قول الشيخ في المبسوط فانّه قال ـ في فصل كتاب قاضٍ الى قاضٍ بعد حكاية الخلاف في ذلك ـ: والذي يقتضيه مذهبنا انّ الامـام اذا مـات انـعزل النائبون عنه، إلّا أن يقرّهم الامام القائم مقامه[1].

قوله رحمه الله: «وهل يجوز عزله اقتراحاً؟ فيه نظر».

أقـول: يريد هل يجوز للقاضي أن يعزل نائبه اقتراحاً؟ أي: لا بسبب صـدر منه يوجب العزل ولا لأجل مصلحة تقتضي ذلك كوجود من هو أكمل منه وغير ذلك ـ فيه نظر.

منشأه من انّه نائب عنه كالوكيل، فكان له عزله متى شاء، كما كان للموكّل عزل وكيله متى شاء.

ومن انّه قد ثبتت له الولاية شرعاً، فلا يزول إلّا بما يقتضي زوالها، ولم يـوجد فكانت ولايته ثابتة.

واختار الشيخ نجم الدين في الشرائع هذا القول، قال: لأنّ ولايته ثبتت شرعاً، فلا تزول تشهّياً[2].

قـوله رحمـه الله: «وفي نـائبه في كـلّ نـاحية خلاف».

أقـول: يريد اذا انعزل القاضي الأصلي فهل ينعزل بعزله القضاة الذين هم من قبله في النواحي؟ خلاف تقدّمت الإشارة إليه.

---

(١) المبسوط: كتاب آداب القضاء فصل في كتاب قاضٍ الى قاضٍ ج ٨ ص ١٢٧.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب القضاء ج ٤ ص ٧١.

قوله رحمه الله: «ولو شهد مع عدل انّ هذا حكم به قاضٍ ولم يسمّ نفسه فإشكال».

أقول: اذا عزل القاضي فأخبر انّه قضى قبل عزله بشيء لم يقبل إلّا بالبيّنة، امّا لو شهد بعد العزل بانّ الحكم الفلاني قد حكم به قاضٍ جائز الحكم وشهد معه عدل آخر بذلك ففي ثبوته إشكال.

ينشأ من قيام البيّنة الشرعية بأنّه قد حكم به قاضٍ، فيجب على الثاني إنفاذه، كما لو شهد به عدلان لم يكن المعزول أحدهما.

ومن تطرّق التهمة؛ لاحتمال كون ذلك إشارة الى حكمه، فقوله فيه بعد العزل غير مقبول، فيجري حينئذٍ بمنزلة قوله: أنا أشهد انّي حكمت بكذا قبل العزل.

قوله رحمه الله: «وكذا لو قال: أخذ المال منّي بشهادة فاسقين، وإن لم يذكر الأخذ فالأقرب سماع الدعوى، إذ يجب الغرم على القاضي إذا لم يأخذ مع تفريطه».

أقول: معناه لو ادّعى واحد عند القاضي انّ المال قد استوفي مني بشهادة فاسقين شهدا عند فلان المعزول فالأقرب عند المصنّف سماع هذه الدعوى وإن لم يسمّ الأخذ ويحضر القاضي المعزول.

ووجه القرب ما ذكره المصنّف من وجوب الغرم على القاضي وإن لم يكن القاضي أخذ المال، إذ هو مفرط بالحكم بشهادة الفاسقين.

قوله رحمه الله: «ولو قال: حكم عليّ بشهادة فاسقين وجب إحضاره وإن لم يقم المدّعي بيّنة،

فإن حضر واعترف أُلزم، وإن قال: لم أحكم إلّا بشهادة عدلين قيل: كلّف البيّنة؛ لاعترافه بنقل المال، وادّعاؤه مزيل الضمان، وفيه نظر؛ لأنّ الظاهر من الحكّام الاستظهار في حكمهم، فيجب عليه اليمين؛ لادّعائه الظاهر».

أقول: القول المشار إليه ـ بأنّ القاضي المعزول يكلّف البيّنة ـ هو قول الشيخ رحمه الله، ذكر ذلك في المبسوط فانّه قال فيه: وإن قال: قضي عليّ وجاز في الحكم وانّه قضى بفاسقين ـ الى قوله: ـ فاذا أحضره سأله عن ذلك، فإن قال: صدق فعليه الضمان؛ لأنّه قد اعترف بنقل المال [الى الغير] بغير حقّ، وإن أنكر فقال: ما قضيت إلّا بعدلين فالقول قوله، ولا يجب عليه إقامة البيّنة على صفة الحكم. وقال قوم: يجب عليه إقامة البيّنة انّه حكم بعدلين، وهو الأقوى عندي؛ لأنّه اعترف بالحكم ونقل المال عنه وهو يدّعي ما يزيل الضمان عنه فلا يقبل منه[1].

وقال في الخلاف: لا يكلّف البيّنة، والقول قوله مع يمينه[2]. وتردّد المصنّف في ذلك، ومنشأه ما ذكره.

قوله رحمه الله: «وفي الاكتفاء بيمينه في قدر أُجرة المثل نظر».

أقول: يعني لو ادّعى واحد على نائب المعزول مالاً فقال: أخذت المال أُجرة عملي لم يقبل قول نائب المعزول في ذلك إلّا بحجّةٍ شرعية، ولا يكفيه شهادة المعزول

---

(١) المبسوط: كتاب آداب القضاء ج ٨ ص ١٠٣.

(٢) الخلاف: كتاب آداب القضاء المسألة ٨ ج ٣ ص ٣١٢ طبعة اسماعيليان.

في ذلك؛ لسقوط اعتبار قوله، فلو أقام بيّنة على العمل أو صدّقه الخصم واختلفا في قدر أُجرة مثل ذلك العمل فهل يكون القول قوله في ذلك بحيث يكتفي بيمينه على مقدار أُجرة مثل عمله أو يفتقر الى بيّنة؟ فيه نظر.

ينشأ من انّ الظاهر في نائب الحاكم انّه انّما أخذه بحقٍّ، ولأنّه غارم فكان القول قوله.

ومن انّه مدّعٍ فكان عليه البيّنة، ولايكتفي بيمينه.

قوله رحمه الله: «ولو عزل القاضي بعد سماع البيّنة قبل الحكم ثمّ ولّي وجبت الاستعادة، ولو خرج من ولايته ثمّ عاد لم يجب».

أقول: الفرق انّه في الأُولى زالت ولايته في بلده وغيره، وفي الثانية لم تزل ولايته في بلده بخروجه منه، وانّما استمرّ على حالة الأُولى بالنسبة الى غير بلده، لانتفاء ولايته عنه.

قوله رحمه الله: «ثمّ يجلس مستدبر القبلة ليكون وجوه الخصوم إليها، وقيل يستقبلها».

أقول: من جملة آداب القاضي أن يجلس مستدبر القبلة ليكون وجوه الخصوم الى القبلة، ذهب إليه المفيد[١]، وأبوالصلاح[٢]، وسلّار[٣]، وابن حمزة[٤]، وابن

---

(١) المقنعة: كتاب القضاء باب أدب القاضي ص ٧٢٢.

(٢) الكافي في الفقه: كتاب القضاء الفصل الثالث من تنفيذ الأحكام ص ٤٤٤.

(٣) المراسم: أحكام القضاء ص ٢٣٠.

(٤) الوسيلة: كتاب القضايا والأحكام في بيان صفة القاضي ص ٢٠٩.

ادريس[١]، وأحد قولَي الشيخ ذكره في النهاية[٢].

والقول الآخر له: أن يكون متوّجهاً الى القبلة، روي عن النبي صلّى الله عليه وآله انّه قال: خير المجالس ما استقبل به القبلة، ذكر ذلك في المبسوط[٣]، وتبعه ابن البرّاج[٤] في هذا القول الآخر.

قوله رحمه الله: «وهل يجوز إطلاقه بادّعائه الظلم وإن لم يحضر خصمه؟ الأقرب المنع».

أقول: اذا ورد القاضي الى بلد وأحضر المحبوسين لينظر في سبب حبسهم فادّعى بعضهم انّه حبس ظلماً فهل يجوز له إطلاقه قبل حضور خصمه وسؤاله عن سبب حبسه أم لا؟ الأقرب عند المصنّف انّه ليس له إطلاقه بمجرّد دعواه الظلم في حبسه؛ لأنّ الظاهر من حال القضاة عدم الحبس بغير الحقّ فيكون قد ادّعى خلاف الظاهر، فلا يسمع منه ذلك بغير حجة أو تصديق خصمه.

قوله رحمه الله: «وإن ذكر غائباً وزعم انّه مظلوم ففي إطلاقه نظر، أقربه انّه لايحبس ولا يطلق لكن يراقب الى أن يحضر خصمه ويكتب إليه ليعجل، فإن لم يحضر أُطلق».

---

(١) السرائر: كتاب القضايا والأحكام ج ٢ ص ١٥٦.

(٢) النهاية ونكتها: باب آداب القضاء ومايجب أن يكون القاضي عليه من الأحوال ج ٢ ص ٦٩.

(٣) المبسوط: كتاب آداب القضاء ج ٨ ص ٩٠.

(٤) المهذّب: باب آداب القضاء ج ٢ ص ٥٩٥.

أقـول: المسألة السابقة قال: أنا مظلوم بـالحبس بـغير حـقّ وكـان خـصمه حاضراً، وهاهنا المسألة بحالها وإن كان خصمه غائباً ففي إطلاقه نظر.

ينشأ من انّ الظاهر انّه حبس بحقّ، فلو أطلق قبل حضور خصمه وكان خصمه مستحقّاً أدّى الى تضييع حقّه، وهو غير جائز.

ومن انّ الأصل براءة الذمّة، ولم يثبت عند هذا الحاكم ما يوجب حبسه، فلا يحلّ له حبسه بغير حقٍّ حتى يثبت عنده.

والأقرب عند المصنّف انّه لايحبس ولايطلق، بل يراقب الى أن يحضر خـصمه جمعاً بين الأمرين.

قوله رحمه الله: «ولو طلب المستمع أُجرة فـفي وجوبها في مال صاحب الحقّ إشكال».

أقـول: وجه الإشكال من انّه من المصالح العامّة، فيكون كرزقه من بيت المال.

ومن انّه نائب عن المدّعي في ايصال دعواه الى الحاكم، فكان بمنزلة الوكيل عنه، فتكون أُجرته عليه.

قوله رحمه الله: «واتخاذ المساجد مجلساً لحكمه دائماً على رأي».

أقـول: يريد انّه يكره اتخاذ المساجد مجلساً للقضاء دائماً، وهذا القول قد حكاه الشيخ في المبسوط فقال فيه: فأمّا الحكم في المساجد فـقد كـرهه قـوم اذا قـصد الجلوس فيه للحكم، فاذا كان جالساً واتفقت حكومة جاز أن يقضي بينهما، سواء كان المسجد صغيراً أو كبيراً، لما روي انّ النبي صلّى الله عليه وآله سمع رجلاً ينشد

ضالّة في المسجد فقال: لا وجدتها، انّما بنيت المساجد لذكر الله والصلاة. روي عنه صلّى الله عليه وآله انّه قال: جنّبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وخصوماتكم، والحكومة شرّ الخصومة، وهذا موجود في أحاديثنا أيضاً مثله. وروي انّ أميرالمؤمنين عليه السلام كان يقضي في المسجد، ودكّة القضاء معروفة الى يومنا هذا. فالأولى جوازه، وفيه خلاف[١].

وله قول آخر: باستحباب القضاء في المسجد، فانّه قال في النهاية: وينبغي أن ينجز حوائجه التي تتعلّق نفسه بها ليفرغ الحكم، ولا يشغل قلبه بغيره، ثمّ يتوضّأ وضوء الصلاة، ويلبس أحسن ثيابه وأطهرها، ويخرج الى المسجد الأعظم[٢]. وهو مذهب المفيد[٣]، وأبي الصلاح[٤]، وسلّار[٥]، وابن البرّاج[٦] في الكامل، واختاره ابن ادريس[٧].

وقال ابن الجنيد[٨]: ونختار للقاضي أن يسكن وسط البلد، ولابأس أن يجلس في منزله، وغيره في المسجد الجامع.

---

(١) المبسوط: كتاب آداب القضاء ج ٨ ص ٨٧.

(٢) النهاية ونكتها: باب آداب القضاء وما يجب أن يكون القاضي عليه من الأحوال ج ٢ ص ٦٨ـ٦٩.

(٣) المقنعة: باب أدب القاضي ص ٧٢٢.

(٤) الكافي في الفقه: الفصل الثالث في تنفيذ الأحكام ص ٤٤٤.

(٥) المراسم: أحكام القضاء ص ٢٣٠.

(٦) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القضاء الفصل الأوّل في الآداب ص ٦٩٠ س ١٥.

(٧) السرائر: كتاب القضايا والأحكام باب آداب القضاء ج ٢ ص ١٥٦.

(٨) لم نعثر عليه.

قوله رحمه الله: «الامام يقضي بعلمه مطلقاً، وغيره في حقوق الناس، وكذا في حقّه تعالى على الأصحّ».

أقول: الحاكم إن كان إمام الأصل كان له أن يحكم بعلمه مطلقاً، أي سواء كان في حقوق الله تعالى ـ كالحدود وأشباهها ـ أو حقوق الآدميين ـ كالمعاملات ـ وأمثالها. أما غير الامام فانّه يحكم بعلمه في حقوق الناس، وهل له أن يحكم بعلمه في حقوق الله تعالى؟ ظاهر كلام ابن حمزة يدلّ على المنع من ذلك فانّه قال: يجوز للحاكم المأمون أن يحكم بعلمه في حقوق الناس، وللامام في الجميع[1].

وعكس ابن الجنيد ذلك فقال: ويحكم الحاكم فيما كان من حدود الله عزّ وجلّ بعلمه، ولا يحكم فيما كان من حقوق الناس إلّا بالإقرار والبيّنة، ويكون ما علمه من حقوق الناس شاهداً عند من فوقه، وشهادته كشهادة الرجل الواحد، وسواء كان ما علمه من ذلك كلّه في حال ولايته أو قبلها[2].

والأصحّ عند المصنّف الحكم بعلمه في حقوق الله عزّوجلّ.

وقوله: «على الأصحّ» إشارة الى خلاف ابن حمزة، وكأنّه قطع على حكم الامام مطلقاً وحكم غيره في حقوق الناس، وأشار الى الخلاف في حقّ غير الامام في حقوق الله عزّوجلّ من غير التفات الى خلاف ابن الجنيد.

وما ذهب إليه المصنّف ـ من صحّة حكم الحاكم بعلمه في الجميع إماماً كان أو

---

(١) الوسيلة: كتاب القضايا والأحكام فصل في بيان سماع البيّنات ص ٢١٨.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القضاء الفصل الثالث في لواحق القضاء ص ٦٩٦ س ١٢ نقلاً بالمعنى.

غيره في حقّ الله تعالى أو حقّ آدمي ـ يدلّ على صحّة ذلك انّ العلم أقوى من الظن، واذا جاز للحاكم أن يحكم بالبيّنة المفيدة للظن فجواز الحكم مع العلم أولى. والى هذا القول ذهب الشيخ في المبسوط[١] والخلاف[٢]، وهو قول السيد المرتضى، حتى انّه ادّعى على ذلك الإجماع فقال: مما ظنّ انفراد الامامية به وأهل الظاهر يوافقونهم فيه القول بأنّ الإمام والحكّام من قبله أن يحكموا بعلمهم في جميع الحقوق والحدود من غير استثناء، سواء علم الحاكم ما علمه وهو حاكم أو قبل ذلك. ثمّ بعد أن ذكر مذهب فقهاء الجمهور في ذلك اعترض فقال: كيف يستجيزون ادّعاء الإجماع من الامامية في هذه المسألة، وأبو علي ابن الجنيد يصرّح بالخلاف فيها، ويذهب الى انّه لايجوز للحاكم أن يحكم بعلمه في شيء من الحقوق. وأجاب: بأنّه لا خلاف بين الامامية في هذه المسألة، وقد تقدّم إجماعهم ابن الجنيد وتأخّر عنه، وانّما عوّل ابن الجنيد فيها على ضرب من الرأي والاجتهاد، وخطأه ظاهر، فكيف يخفى إطباق الامامية على وجوب الحكم بالعلم وهم ينكرون توقّف أبي بكر عن الحكم لفاطمة عليها السلام بفدك لمّا ادّعت انّه أنحلها أباها، ويقولون: اذا كان عالماً بعصمتها وطهارتها وانّها لا تدّعي إلّا الحقّ فلا وجه لمطالبتها بإقامة البيّنة؛ لأنّ البيّنة لا وجه لها مع القطع بالصدق؟ فكيف يخفى على ابن الجنيد هذا الذي لايخفى على أحد؟ أوَليس قد روت الشيعة الامامية كلّها ما هو موجود في كتبها، ومشهور في رواياتها انّ النبي صلّى الله عليه وآله ادّعى عليه أعرابي بسبعين درهماً ثمن ناقة باعها منه،

---

(١) المبسوط: آداب القضاء ج ٨ ص ١٢١.

(٢) الخلاف: كتاب آداب القضاء المسألة ٤١ ج ٣ ص ٣٢٢ طبعة اسماعيليان.

فقال صلّى الله عليه وآله: قد أوفيتك؟ فقال الأعرابي: اجعل بيني وبينك رجلاً يحكم بيننا، فجاء رجل من قريش فقال له صلّى الله عليه وآله: احكم بيننا، فقال للأعرابي: ما تدّعي على رسول الله؟ فقال: سبعون درهماً ثمن ناقة بعتها منه، فقال: ما تقول يا رسول الله؟ فقال: قد أوفيته فقال للأعرابي: ما تقول؟ قال: لم يوفّني، فقال لرسول الله صلّى الله عليه وآله: ألك بيّنة على انّك قد أوفيته؟ قال: لا، قال للأعرابي: أتحلف انّك لم تستوفِ حقّك وتأخذه؟ قال: نعم، فقال رسول الله صلّى الله عليه وآله: لأُحاكمنّ هذا الرجل الى رجل يحكم فينا بحكم الله تعالى، فأتى رسول الله صلّى الله عليه وآله عليّ بن أبي طالب عليه السلام ومعه الأعرابي فقال علي عليه السلام: مالك يا رسول الله؟ فقال: يا أبا الحسن، احكم بيني وبين هذا الأعرابي، فقال عليه السلام: ما تدّعي على رسول الله؟ فقال: سبعون درهماً ثمن ناقة بعتها منه، فقال: ما تقول يا رسول الله؟ قال: قد أوفيته ثمنها، فقال: يا أعرابي أُصدّق رسول الله صلّى الله عليه وآله فيما قال؟ قال: لا، ما أوفاني، فأخرج علي عليه السلام سيفه فضرب عنقه، فقال رسول الله صلّى الله عليه وآله: لم فعلت ذلك يا علي؟! قال: يا رسول الله نحن نصدّقك على أمر الله ونهيه وأمر الجنّة والنار والثواب والعقاب ووحي الله عزّوجلّ ولا نصدّقك في ثمن ناقة هذا الأعرابي؟! فإنّي قتلته لأنّه كذّبك لمّا قال: لا ما أوفاني شيئاً، فقال رسول الله صلّى الله عليه وآله: أصبت يا علي فلا تعد الى مثلها، ثمّ التفت الى القرشي وكان قد تبعه فقال: هذا حكم الله لا ما حكمت به.

قال: وروت الشيعة أيضاً عن ابن جريج، عن الضحّاك، عن ابن عباس قال: خرج رسول الله صلّى الله عليه وآله من منزل عائشة فاستقبله أعرابي ومعه ناقة

فقال: يا محمّد اشتري منّي هذه الناقة، فقال النبي صلّى الله عليه وآله: نعم بكم تبيعها؟ قال: بمائتي درهم، قال النبي صلّى الله عليه وآله: ناقتك خير من هذا، قال: فمازال عليه السلام يزيد حتى اشترى الناقة بأربع مائة درهم. قال: فلمّا دفع النبي صلّى الله عليه وآله الدراهم الى الأعرابي ضرب الأعرابي يده الى زمام الناقة فقال: الناقة ناقتي والدراهم دراهمي فإن كان لمحمّد شيء فليقم البيّنة. قال: فأقبل رجل فقال النبي صلّى الله عليه وآله: أترضى بهذا الشيخ المقبل؟ قال: نعم يا محمّد، فقال النبي صلّى الله عليه وآله: الناقة ناقتي والدراهم دراهم الأعرابي، وقال الأعرابي: بل الدراهم دراهمي والناقة ناقتي فإن كان لمحمّد شيء فليقم البيّنة، فقال الرجل: القضية فيها واضحة يا رسول الله؛ وذلك انّ الأعرابي طلب البيّنة، فقال النبي صلّى الله عليه وآله: اجلس فجلس فأقبل رجل آخر فقال النبي صلّى الله عليه وآله: أترضى يا أعرابي بالشيخ المقبل؟ قال: نعم، فلمّا دنا قال النبي صلّى الله عليه وآله: اقض فيما بيني وبين هذا الأعرابي، قال: نعم تكلّم يا رسول الله، قال النبي صلّى الله عليه وآله: الناقة ناقتي والدراهم دراهم الأعرابي، فقال الأعرابي: لا، بل الناقة ناقتي والدراهم دراهمي، فقال الرجل: القضية فيها واضحة يا رسول الله؛ لأنّ الأعرابي يطلب البيّنة، فقال النبي صلّى الله عليه وآله: اجلس حتى يأتي الله بمن يقضي بيني وبين الأعرابي بالحقّ. قال: فأقبل علي عليه السلام فقال النبي صلّى الله عليه وآله: أترضى بالشاب المقبل؟ قال: نعم، فلمّا دنا قال: يا أبا الحسن اقض بيني وبين الأعرابي، فقال: تكلّم يا رسول الله، فقال النبي صلّى الله عليه وآله: الناقة ناقتي والدراهم دراهم الأعرابي، فقال الأعرابي: [لا]، بل الناقة ناقتي والدراهم دراهمي، فإن كان لمحمّد شيء فليقم البيّنة، فقال علي عليه السلام: خلّ بين

الناقة وبين رسول الله صلّى الله عليه وآله، فقال الأعرابي: ما كنت بالذي أفعل أو يقيم البيّنة، فدخل علي عليه السلام منزله فاشتمل علي قائم سيفه ثمّ أتى فقال: خلّ بين الناقة وبين رسول الله، قال: ما كنت بالذي أفعل أو يقيم البيّنة، فضربه ضربة فأجمع أهل الحجاز على انّه رمى بركبتيه[1] ـ وقال بعض أهل العراق: بل قطع منه عضواً ـ فقال النبي صلّى الله عليه وآله: ما حملك يا علي على هذا؟ فقال: يا رسول الله نصدّقك على الوحي من السماء ولانصدّقك على أربع مائة درهم.

قال المرتضى رحمه الله: وقال أبو جعفر محمّد بن علي بن الحسين بن بابويه القمّي رحمه الله ـ وقد روى هذا الخبر[2] في كتابه المعروف بكتاب «من لايحضره الفقيه» ـ: هذان الخبران غير مختلفين؛ لأنّهما في قضيتين وكانت هذه القضية [قبل القضية] التي ذكرناها قبلها.

وقد روت الشيعة أيضاً في كتبها خبراً عن أميرالمؤمنين عليه السلام مع شريح قاضيه في درع طلحة بن عبدالله لمّا قال عليه السلام: هذه درع طلحة أُخذت غلولاً يوم البصرة، وطالبه شريح بالبيّنة على ذلك، وإحضاره الحسن ابنه عليهما السلام وقنبراً غلامه، وقوله عليه السلام لشريح: أخطأت ثلاث مرات.

وأيضاً حديث خزيمة بن ثابت ذي الشهادتين لمّا شهد للنبي صلّى الله عليه وآله على الأعرابي وقال له النبي صلّى الله عليه وآله: كيف شهدت بذلك وعلمته؟ قال: من حيث علمنا انّك رسول الله.

فمن يروي هذه الأخبار مستحسناً لها معوّلاً عليها كيف يجوز أن يشكّ في انّه كان

---

(١) في المصدر: «برأسه».

(٢) في المصدر: «هذين الخبرين».

يذهب الى انّ الحاكم يحكم بعلمه؟ لولا قلّة التأمّل من ابن الجنيد[١].

قوله رحمه الله: «ولو شهد عنده شاهدان بقضائه ولم يتذكّر فالأقرب القضاء».

أقول: وجه القرب انّه قاضٍ نافذ الحكم وقد شهد عنده بيّنة عادلة بأنّ ذلك الحكم قد حكم به حاكم فوجب إنفاذه، كما لو كانت الشهادة على حكم غيره من القضاة، بل هو أبلغ؛ لأنّه واثق بحال نفسه وعالم بما هو عليه من نفوذ القضاء، أمّا غيره فانّما يبني فيه على غلبة الظنّ من حصول الشرائط فيه.

وخالف الشيخ في ذلك، فقال في المبسوط: لو قال المدّعي: أنت حكمت [به] لي عليه فإن ذكر الحاكم ذلك أمضاه ـ الى قوله: ـ وإن لم يذكره وقامت البيّنة عنده انّه كان قد حكم به لم تقبل الشهادة على فعل نفسه عندنا وعند جماعة، وقال قوم: تسمع الشهادة على فعل نفسه ويمضيه. والأوّل أقوى[٢].

قوله رحمه الله: «يجب على الحاكم الاستزكاء مع الشكّ بالعدالة وإن سكت الخصم، إلّا أن يقرّ الخصم بعدالتهما على إشكال».

أقول: اذا أقرّ المشهود عليه بعدالة الشاهدين اللذين شهدا عليه ولم يكن الحاكم عالماً بعدالتهما ولا قامت البيّنة عنده بذلك ففي جواز الحكم حينئذٍ إشكال.

ينشأ من اعتراف الخصم بعدالتهما فكان إلزاماً له بمقتضى إقراره.

---

(١) الانتصار: مسائل القضاء والشهادات ص ٢٣٦ ـ ٢٤١.

(٢) المبسوط: كتاب آداب القضاء ج ٨ ص ١٢١.

ومن انّ الحاكم لو حكم بذلك لكان قد حكم بشهادة الشاهدين مع الشكّ في عدالتها وعدم البيّنة، وهو غير جائز.

قوله رحمه الله: «وله أن يحكم بشهادة عدلين إن نصب حاكماً في التعديل».

أقول: لمّا ذكر المصنّف انّه لايجوز التعويل في الجرح على شهادة واحد أو اثنين أو أكثر مالم يبلغ الى حدّ العلم فنبّه بعد ذلك على انّه لايجوز التزكية والتعديل اذا لم يكن عالماً بحال المزكّي وإن شهد عنده واحد أو اثنان أو أكثر ممّا لايفيد العلم، إلّا أن نصبه الحاكم ـ كالامام أو القاضي ـ حاكماً في التعديل فله حينئذٍ أن يحكم بشهادة عدلين. وتكون الفائدة في ذلك حاصلة بأن يكون الشاهد بالحقّ مجهول الحال عند الحاكم والمنصوب للحكم بالتعديل، وهناك شاهدان يشهدان بعدالة الشاهد ويعرف المنصوب عدالتها دون الحاكم، فاذا نصب حاكماً في ذلك سمع من البيّنة التي تعرف عدالتها.

قوله رحمه الله: «ولابدّ في التعديل من الشهادة به والإتيان بلفظها فيقول: أشهد انّه عدل مقبول الشهادة، فربّ عدلٍ لاتقبل شهادته، والأقرب الاكتفاء بالثاني».

أقول: قد ذكر المصنّف هنا حكمين:

الأوّل: انّه لايكفي في التزكية الاقتصار على قوله: «هو عدل» ولم يصرّح بذلك، بل ظاهر كلامه يدلّ على ذلك بقوله: «فربّ عدلٍ لاتقبل شهادته» فيقول: هو عدل مقبول الشهادة.

وخالف الشيخ في ذلك فقال في المبسوط: اذا قال المزكّي: هو عدل كفى ذلك في التزكية؛ لقوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدلٍ منكم﴾ فاقتصر على العدالة فقط. قال: ومنهم من قال: لابدّ أن يقول: عدل عليَّ ولي؛ لأنّ قوله: عدل لايفيد العدالة في كلّ شيء، وانّما يفيد انّه عدل، كقوله: انّه صادق لايفيد الصدق في كلّ شيء، فافتقر الى قرينة يزيل الاحتمال ويجعله مطلق العدالة فيقول: مقبول الشهادة في كلّ شيء، فيقول: عدل عليَّ ولي، فلايبقى هناك مالايقبل شهادته فيه. قال: والأوّل أقوى[1] ـ أي الاقتصار على لفظ العدالة ـ.

الثاني: انّ الأقرب انّه يكفي الاقتصار على الثاني خاصةً ـ أي على قوله: مقبول الشهادة ـ وهذا قد صرّح به في قوله: «والأقرب الاكتفاء بالثاني».

ووجه القرب انّ كونه مقبول الشهادة أخصّ من كونه عدلاً، وذلك لأنّ كلّ مقبول الشهادة عدل، فانّه لاتقبل شهادة الفاسق، وليس كلّ عدل مقبول الشهادة؛ لأنّه قد يكون عدلاً ولاتقبل شهادته على بعض الأحوال ـ كشهادة الولد العدل على أبيه، والعدل على عدوه، أو لشريكه فيما هو شريك فيه، وأمثال ذلك ـ والشهادة بالخاصّ تستلزم الشهادة بالعامّ، فكان قوله: «هو مقبول الشهادة» كافياً عن ذكر العدالة.

قوله رحمه الله: «ولو سأل المدّعي حبس الغريم بعد سماع بيّنة الى أن تثبت العدالة قيل: جاز؛ لقيام البيّنة بدعواه، والأقرب المنع».

---

(١) المبسوط: كتاب آداب القضاء ج ٨ ص ١١٠.

أقـول: اذا ادّعى أحد الخصمين حقّاً على خصمه فأنكره خصمه فأقام المدّعى عليه بيّنة بدعواه ولا يعرف الحاكم عدالة الشهود وطلب التزكية فسأله الغريم حبس غريمه حتى تثبت تزكيتهم قال الشيخ في المبسوط: يحبس؛ لأنّه قال فيه: اذا قال المحبوس: حبست على تعديل البيّنة لأنّ المدّعي أقام شاهدين فلم يعرف الحاكم عدالتهما فحبسني حتى يعرف ذلك من حالهما فالكلام في أصل المسألة هل يحبس بهذا أم لا؟ قال قوم: يحبس؛ لأنّ الذي عليه أن يقيم البيّنة، والذي بقي على الحاكم من معرفة العدالة، ولأنّ الأصل العدالة حتى يعرف غيرها. وقال قوم: لايحبس؛ لجواز أن يكون فاسقاً وحبسه بغير حقّ أو يكون عدلاً وحبسه بحقّ، فاذا انقسم الى هذا لم يحبسه بالشكّ. والأوّل أصحّ عندنا[1].

والأقرب عند المصنّف المنع من حبسه؛ لأنّ الحبس عقوبة لم يثبت سببها، فانّ سببها هو البيّنة المعلومة العدالة ولم تحصل.

قوله رحمه الله: «ولا يثبت الجرح إلّا مفسّراً على رأي».

أقـول: قال الشيخ في المبسوط[2] والخلاف[3]: لاتقبل شهادة الجرح إلّا مفسّراً، ويقبل التعديل مطلقاً.

وفرّق في المبسوط بين التعديل والجرح، فإنّ التزكية إقرار صفة على الأصل فلهذا قبلت من غير تفسير، والجرح إخبار عمّا حدث من عيوبه وتجدّد من معاصيه

---

(١) المبسوط: كتاب آداب القضاء ج ٨ ص ٩٣ ـ ٩٤.

(٢) المبسوط: كتاب آداب القضاء ج ٨ ص ١٠٩.

(٣) الخلاف: كتاب آداب القضاء المسألة ١٣ ج ٣ ص ٣١٣ طبعة اسماعيليان.

فبان الفرق بينهما[١]. وتبعه ابن ادريس[٢]، وابن حمزة[٣].

ونقل ابن سعيد الخلاف في الجرح فقال: ولايثبت الجرح إلّا مفسّراً، وفي قول يثبت مطلقاً[٤].

والمصنّف اختار في المختلف عدم الفرق بين الجرح والتعديل، فإنّ الشيء قد لايكون سبباً للجرح عند الشاهد ويكون جارحاً عند الحاكم، ثمّ قال: بل الأحوط أن يسمع الجرح مطلقاً، ويستفصل عن سبب العدالة؛ لأنّه أحفظ للحقوق[٥].

قوله رحمه الله: «ولو تعارضت البيّنات قيل: يقف الحاكم، ويحتمل أن يعمل بالجرح».

أقول: القول المشار إليه هو أحد قولَي الشيخ، ذكره في الخلاف فقال فيه: اذا شهد شاهدان بالجرح واثنان بالتعديل وجب على الحاكم أن يتوقّف[٦].

والاحتمال الذي ذكره المصنّف هنا هو القول الآخر: انّه يقدّم الجرح، ذكره في المبسوط[٧]، واختاره ابن حمزة[٨]، وابن ادريس[٩].

---

(١) المبسوط: كتاب آداب القضاء ج ٨ ص ١٠٩.

(٢) السرائر: كتاب القضايا والأحكام باب سماع البيّنات ج ٢ ص ١٧٤.

(٣) الوسيلة: كتاب القضايا والأحكام فصل في بيان صفة القاضي ص ٢١١.

(٤) شرائع الاسلام: كتاب القضاء ج ٤ ص ٧٧ وفيه: «وفي الخلاف» بدل «وفي قول».

(٥) مختلف الشيعة: كتاب القضاء الفصل الثالث في لواحق القضاء ص ٧٠٦ س ٦.

(٦) الخلاف: كتاب آداب القضاء المسألة ١٢ ج ٣ ص ٣١٣ طبعة اسماعيليان.

(٧) المبسوط: كتاب آداب القضاء ج ٨ ص ١٠٨.

(٨) الوسيلة: كتاب القضايا والأحكام فصل في بيان صفة القاضي ص ٢١١.

(٩) السرائر: كتاب القضايا والأحكام باب سماع البيّنات ج ٢ ص ١٧٤.

ووجه هذا الاحتمال انّ البيّنة الجارحة قد تشهد بما يخفى عن التزكية.

وقال المصنّف في المختلف: والحقّ عندي التفصيل، وهو أن نقول: إن جاز الجمع بين الشهادتين حكم بالجرح؛ لجواز إخفاء سببه عن العدل، وإن لم يجز وقف الحاكم، ولم يحكم بالشهادة بل تساقط بيّنة التزكية والجرح، وذلك مثل أن يشهد الجارح بسبب ينفيه المعدل، كما لو شهد بأنّه في الوقت الفلاني في المكان الفلاني شرب خمراً وشهد المعدل بأنّه في ذلك الوقت بعينه كان في مكان آخر لايمكن أن يجامع كونه في ذلك الأوّل في ذلك الوقت؛ لعدم أولوية القبول، بخلاف الأوّل فانّ قبول الجرح أولى[1].

قوله رحمه الله: «اذا ارتاب الحاكم بعد التزكية لتوهّمه غلط الشاهد فليبحث وليسأل الشاهد على التفصيل فربما اختلف كلامه، فإن أصرّ على إعادة لفظه جاز له الحكم بعد البحث، وإن بقيت الريبة على إشكال».

أقول: منشأه من وجود الريبة، وليس للحاكم أن يحكم معها بل يتوقّف.

ومن وجوب قبول شهادة الشاهدين بعد ثبوت تزكيتهما وقد حصل، والريبة حصلت لتوهّمه غلط الشاهدين، وقد انتفى الغلط بإصراره على ما شهد به أوّلاً على وجه التفصيل.

قوله رحمه الله: «ولو اعترف بعدالة الشاهد ففي الحكم عليه نظر».

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب القضاء الفصل الثالث في لواحق القضاء ص ٧٠٥ س ٣٥.

أقــول: قد تقدّمت هذه المسألة وذكرنا وجه النظر فيها.

قوله رحمه الله: «وإن لم يكن من أهـله نـقض أحكامه أجمع، وإن كان صواباً على إشكال، ينشأ من وصول المستحقّ الى حقّه».

أقــول: ومن كونه ليس أهلاً للحكم فلا يجوز إمضاء حكمه، وإقرار الحقّ على مستحقّه لا من حيث حكم الأوّل، بل من اتفاق حصول الحقّ عند مستحقّه.

قوله رحمه الله: «ولو كان الحكـم خـطأ عـند الحاكم الأوّل وصواباً عند الثاني ففي نقضه مـع كون الأوّل من أهله نظر».

أقــول: لو كان القاضي الأوّل قد حكم بحكم وهو من أهل الحكم وهو يعتقد كون ذلك الحكم خطأ فأوقعه حالة سهو ـ مثلاً ـ وكان ذلك الحكم صواباً عند الثاني ففي جواز إمضاء الثاني نظر.

ينشأ من كون الثاني يعتقد كون ذلك الحكم صواباً فيجب عليه إنفاذه.

ومن كون الحكم صدر من الأوّل على غير الوجه المشروع؛ لأنّه حكم بحكـمٍ يعتقد كونه فاسداً في نفس الأمر، واعتقاد الثاني بكونه صواباً يقتضي تسويغ ابتداء الحكم به لا إنفاذ الأوّل.

قوله رحمه الله: «والأقرب انّ كلّ حكم ظهر له كونه خطأ سواء كان هو الحاكم أو السابق فانّه ينقضه».

أقـول: المصنّف قدّم في الكتاب انّ حكم الحاكم اذا وقع خطأ فإن كان مخالفاً لدليل قطعي ـ مثل أن يخالف كتاب الله عزّوجلّ أو السنّة المتواترة أو الإجماع ـ فانّه ينقض، سواء كان هو الحاكم به أو غيره من الحكّام، وإن خالف فيه دليلاً ظـنّياً لم ينقض، كما لو حكم بالشفعة مع كثرة الشركاء ثمّ ظهر له انّ الحقّ بخلافه. وهـاهنا رجع عن ذلك وقال: الأقرب انّه متى ظهر له كون الحكم خطأ فانّه ينقضه.

ووجه ذلك انّه مصيب لإقرار الحقّ مقرّه، وهو الآن يعتقد أنّ ما حكم به ليس حقّاً، فيجب عليه تغييره الى جهة الحقّ والصواب. ولأنّ إقرار ما يعتقده الآن خطأ حكم بالخطأ مع العلم أو الظنّ به، وهو غير جائز قطعاً.

قوله رحمه الله: «ولو شهد على طلاقه فاسقان باطناً وظاهرهما العدالة وقع، واستباح كلّ منهما نكاحها على إشكال».

أقـول: قد تقدّمت هذه المسألة في كتاب الطلاق[1] وذكرنا وجـه الإشكـال هناك.

قوله رحمه الله: «ولو ادّعى على شاهدين أنهما شهدا عليه بزور أحضرهما، فإن اعترفا غرّمهما، وإلاّ طالب المدّعي بالبيّنة على اعترافـهما، فـإن فقدها ففي توجّه اليمـين عـليهما إشكـال، أقـربه ذلك».

---

(١) تقدّم في ج ٢ ص ٥٧٥.

أقـول: ينشأ من أنّه لم يدع حقّاً لازماً ولا يثبت بالنكول ولا يردّ اليمين.

ومن انّه لو أقرّ بذلك لزمه الغرم، وكلّ موضع لو أقرّ الخصم لزمه، فمع الإنكار تتوجّه عليه اليمين. وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّ الدعوى في الحقيقة دعوى المال؛ لزعمه انّهما أتلفا عليه مالاً بتزويرهما فكان له إحلافهما كما تتوجّه في دعوى سائر أسباب الإتلاف.

قوله رحمه الله: «المدّعي هو الذي يترك لو ترك الخصومة، والذي يدّعي خلاف الظاهر أو خلاف الأصل والمنكر في مقابلته، فلو أسلما قبل الوطء فادّعى الزوج التقارن فالنكاح دائم، ولو ادّعت التعاقب فالزوج هو الذي لا يترك وسكوته والمرأة تدّعي الظاهر وهو التعاقب لبُعد التقارن ففي تقديم أحدهما احتمال».

أقـول: يريد تعريف المدّعي بحسب العرف الشرعي، وقد اختلف عبارة الفقهاء في ذلك على قولين حكاهما المصنّف في الكتاب. وكذا الشيخ نجم الدين في الشرائع فقال فيه: المدّعي هو الذي يترك لو ترك الخصومة، وقيل: هو الذي يدّعي خلاف الأصل أو أمراً خفياً، وكيف عرّفناه فالمنكر في مقابلته[1].

وتظهر فائدة الخلاف فيما لو اختلف الزوجان اللذان أسلما قبل الدخول فقال الزوج: أسلمنا جميعاً من غير أن يتقدّم اسلام أحدنا على الآخر بل كان الاسلامان

---

(١) شرائع الاسلام: كتاب القضاء ج ٤ ص ١٠٦.

متقارنين فالنكاح باقٍ على حاله، وقالت الزوجة: بل أسلمنا على التعاقب.

فعلى التعريف الأوّل المدّعي منهما هو الزوجة؛ لأنّ الزوج لايترك لو ترك الخصومة فانّها تطلب الفسخ، امّا الزوجة فانّها لو تركت الخصومة تركت.

وعلى التعريف الثاني الزوج هو المدّعي؛ لأنّه يدّعي خلاف الظاهر؛ لأنّ تقارن اسلامهما بعيد. والظاهر التعاقب، فهل يقدّم قول الزوج أو الزوجة؟ فيه احتمال مبنيّ على التعريفين.

قوله رحمه الله: «ويصدّق الودعي في الردّ باليمين؛ للرخصة إن قلنا به».

أقول: هذا جواب عن نقض يردّ على تعريف المدّعي وهو أن يقال: المشهور بين علمائنا انّه اذا اختلف المودع والودعي في ردّ الوديعة فيقدّم قول الودعي في الردّ، مع انّه مدّعٍ على كلّ واحد من التعريفين. امّا على الأوّل فلأنّ الخصومة في الردّ يترك اذا ترك الودعي، فالودعي هو المدّعي. وأمّا على التعريف الثاني فلأنّ الودعي يدّعي خلاف الأصل.

والجواب: لا نزاع في كونه مدّعياً، بل تقديم قول المدّعي هنا لو قلنا به انّما هو للرخصة، وهو انّ الاستيداع في محلّ الحاجة، فلو لم يشرع تقديم قوله في الردّ لأدّى الى امتناع الناس منه، وذلك ضرر عظيم، فكان تقديم قول المدّعي هنا مشروعاً.

قوله رحمه الله: «ولو ادّعى الإقرار فالأقرب إلزامه بالجواب».

أقول: لو ادّعى الانسان على غيره انّه أقرّ له بحقّ أو بملك فهل تكون هذه دعوى صحيحة بحيث يلزم الحاكم المدّعى عليه بالجواب أم لا؟ الأقرب عند المصنّف إلزامه بالجواب.

ووجه القرب انّ المدّعى عليه لو أقرّ بصدق الإقرار منه ثبت حقّ المدّعي وقضى عليه بإقراره الأوّل الثابت بإقراره في مجلس الحكم.

قوله رحمه الله: «والأقرب سماع الدعوى المجهولة ـ كفرس أو ثوب ـ كما يسمع الإقرار به والوصية».

أقول: قال الشيخ في المبسوط: فإن ادّعى عليه لم تسمع إلّا محرّرة، فأمّا أن قال: لي عنده ثوب أو فرس أو حقّ لم تسمع دعواه؛ لأنّ دعواه لها جواب، فربما كان بـ «نعم» فلا يمكن للحاكم أن يقضي به عليه؛ لأنّه مجهول. قالوا: أليس الإقرار بالمجهول يصحّ؟ هلّا قلتم انّ الدعوى المجهولة تصحّ؟ قلنا: الفصل بينهما انّه اذا أقرّ بالمجهول ـ لو كلّفناه تحرير الإقرار ـ ربما رجع عن إقراره فلهذا ألزمناه المجهول به، وليس كذلك مسألتنا؛ لأنّه اذا رددت الدعوى عليه ليحرّرها لم يرجع، فلهذا لم تسمع إلّا معلومة. هذا كلّه فيما اذا لم تكن وصية، فامّا إن كانت وصية سمع الدعوى فيها وإن كانت مجهولة[1].

والأقرب عند المصنّف صحّة دعوى المجهول كما يصحّ عندنا الإقرار بالمجهول أو الدعوى بالوصية المجهولة، عملاً بأصالة الصحة السالم عن وجود ما يمنع من سماعها.

وقول الشيخ رحمه الله: «انّه لو أجاب بـ «نعم» لم يصحّ القضاء عليه بالمجهول» قلنا: اذا أجاب بـ «نعم» كان إقراراً فيستفسره الحاكم، كما يستفسر في الإقرار المجهول ابتداءً.

قوله رحمه الله: «وهل يشترط الجزم؟ إشكال».

---

(١) المبسوط: كتاب آداب القضاء ج ٨ ص ١٥٦.

أقــول: وجه الإشكال من حيث إنّ الأصل عدم الاشتراط.

ومن عموم وجوب الحكم بين المتنازعين، كقوله تعالى: ﴿فاحكم بينهم بما أنزل الله﴾[١] وغير ذلك، فانّه أعمّ من وجوبه في التنازع بصورة الجزم وعدمه، ومن بعده عن شبه الدعوى.

والاحتمال الأخير قول الشيخ نجم الدين صاحب الشرائع فانّه قال فيه: ولابدّ من إيراد الدعوى بصيغة الجزم، فلو قال: أظنّ أو أتوهّم لم تسمع، وقال: وكان بعض من عاصرناه يسمعها مع التهمة ويحلف المنكر، وهو بعيد عن شبه الدعوى[٢].

قوله رحمه الله: «واذا تمّت الدعوى فـالأقرب انّ الحاكم لايبتدئ بطلب الجواب من الخصم إلّا بعد سؤال المدّعي ذلك؛ لأنّه حقّ له فيتوقّف على المطالبة».

أقــول: هذا القول مذهب الشيخ في المبسوط أوّلاً، ثمّ رجّح خلافه فانّه قال فيه: كلّ موضع تحرّرت الدعوى فهل للحاكم مطالبة المدّعى عليه بالجواب من غير مسألة المدّعي؟ قال قوم: لايطالبه بالجواب؛ لأنّ الجواب حـقّ للـمدّعي، فـليس للحاكم المطالبة به من غير مسألة كنفس الحقّ، وهو الصحيح عندنا، وقال قوم: له المطالبة به من غير مسألة المدّعي؛ لأنّ شاهد الحال يدلّ عليه؛ لأنّ الانسان لايحضر خصمه الى الحاكم ليدّعي عليه وينصرف من غير جـواب. قـال: وهـو الأقـوى أيضاً[٣].

---

(١) المائدة: ٤٨.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب القضاء المقصد الثاني في مسائل متعلّقة بالدعوى ج ٤ ص ٨٢.

(٣) المبسوط: كتاب آداب القضاء ج ٨ ص ١٥٧ ـ ١٥٨.

والأقرب عند المصنّف الأوّل؛ لما ذكره من انّه حقّ المدّعى فيتوقّف في المطالبة به على مسألته، ومطالبة الحاكم نيابة عن صاحب الحقّ؛ لأنّه لا يكفي فيها شاهد الحال.

قوله رحمه الله: «اذا حلف المنكر سقطت الدعوى، ولا يحلّ للمدّعي مطالبته ـ الى قوله:ـ ولا تسمع دعواه ولا بيّنته.وقيل: يحكم بالبيّنة، إلّا أن يشترط الحالف سقوط الحقّ باليمين.وقيل: تسمع مع النسيان».

أقول: يعني ان المدّعي اذا سأل إحلاف خصمه المنكر على نفي ما ادّعاه فحلف سقطت الدعوى، ولم يحلّ للمدّعي بعد ذلك معاودة الدعوى، ولو عاود الدعوى لم يسمعها الحاكم، ولو أقام بيّنة بدعواه لم تسمع البيّنة، ذهب الى ذلك المصنّف، وهو أحد قولَي الشيخ، ذكره في النهاية[1] والخلاف[2] وموضع من المبسوط[3]، وقول ابن الجنيد[4]؛ لرواية عبدالله بن أبي يعفور الصحيحة، عن الصادق عليه السلام قال: اذا رضي صاحب الحقّ بيمين المنكر لحقّه فاستحلفه فحلف انّه لا حقّ له قبله ذهبت اليمين بحقّ المدّعي ولا دعوى له، قلت له: وإن كانت له بيّنة عادلة؟ قال: نعم، وإن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامة ما كان له حقّ، فانّ اليمين قد أبطلت كلّ ما ادّعاه قبله ممّا قد استحلفه عليه[5].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب القضايا والأحكام ج ٢ ص ٧٢.

(٢) الخلاف: كتاب الشهادات المسألة ٤٠ ج ٣ ص ٣٤١ طبعة اسماعيليان.

(٣) المبسوط: كتاب الشهادات ج ٨ ص ٢١٠.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القضاء الفصل الثالث في لواحق القضاء ص ٦٩٩ س ١٨.

(٥) تهذيب الأحكام: كتاب القضايا والأحكام ب ٨٩ كيفية الحكم والقضاء ح ١٦ ج ٦ ص ٢٣١، وسائل الشيعة: ب ٩ من أبواب كيفية الحكم ح ١ ج ١٨ ص ١٧٨.

قال رسول الله صلّى الله عليه وآله:من حلف لكم فصدّقوه، ومن سألكم بـالله فأعطوه، ذهبت اليمين بدعوى المدّعي ولا دعوى له[١].

وقال المفيد[٢] رحمه الله، وابن البرّاج[٣] في الكامل، وابن حمزة[٤]: تسمع بيّنته، إلّا أن يكون المدّعي قد اشترط للمدّعى عليه أن يمحو عنه كتابه عليه، أو يرضى بيمينه في إسقاط دعواه، فإن اشترط له ذلك لم تسمع منه من بعد، وإن لم يشترط سمعت على ما ذكرناه.

وقال الشيخ في موضع آخر من المبسوط: إن كان قد أقام البيّنة على حقّه غيره وتولّى ذلك الغير الاشهاد عليه ولم يعلم هو أو تولّى هو إقامة البيّنة ونسي فانّه يقوى في نفسي انّه تقبل بيّنته، فأمّا مع علمه ببيّنته فلا تقبل[٥]. وبـه قـال أبـوالصـلاح، وابن ادريس[٦].

قوله رحمه الله: «واذا ردّ المـنكر اليمـين عـلى

---

(١) من لايحضره الفقيه: أبواب القضايا والأحكام باب بطلان حقّ المدّعي بالتحليف وإن كان له بيّنة ح ٣٣٤١ ج ٣ ص ٦٢.

(٢) المقنعة: كتاب القضاء والشهادات باب قيام البيّنة على الحالف بعد اليمين ص ٧٣٣.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القضاء الفصل الثالث في لواحق القضاء ص ٦٩٩ س ٢٠.

(٤) الوسيلة: كتاب القضايا والأحكام فصل في بيان صفة القضاء ص ٢١٣.

(٥) المبسوط: كتاب الشهادات ج ٨ ص ٢١٠.

(٦) لم نعثر عليه في الكافي في الفقه والسرائر والظاهر انّه نسب إليهما كما في مفتاح الكرامة: ج ١٠ ص ٧٧ حيث قال: «ونسب الى الحلبي والعجلي، وقد علمت فأوجدناه في الكافي والسرائر، وانّه خلاف ما نسب إليهما، ولعلّهم عثروا على ذلك للحلبي من غير الكافي، أو وجدوا ذلك في السرائر ولم نعثر عليه» فلاحظ.

المدّعي فإن حلف ثبتت دعواه، وإن نكل سقطت، وهل له المطالبة بعد ذلك؟ إشكال».

أقول: اذا نكل المدّعي عن اليمين لإثبات حقّه عند ردّ المنكر اليمين عليه سقطت دعواه حينئذٍ، وهل له معاودة الدعوى على المنكر في وقت آخر؟ إشكال.

ينشأ من أصالة بقاء الحقّ فكان له المطالبة.

ومن أداء ذلك الى إضرار وفتح باب المنازعات دائماً، إذ لو جاز ذلك لكان اذا حضر ثانياً وتوجّهت له اليمين على المنكر ثمّ ردّها وجوّزنا له معاودة الدعوى ثالثاً ورابعاً لا الى نهاية لزم الإضرار بالغير بتكليفه الحضور في كلّ وقت مجلس الحكم، والأصل عدم جواز تسليط الغير على غيره بالإحضار قهراً.

واعلم انّ في تردّد المصنّف في جواز معاودة المدّعي المطالبة نظر، وذلك لأنّ الأصحاب أطلقوا القول: بسقوط دعوى المدّعي، حتى انّ المصنّف رحمه الله في هذا الكتاب ادّعى الإجماع، فقال في الفصل الثاني في الحالف: فإن ردّها المنكر توجّهت، فإن نكل سقطت دعواه إجماعاً[1]. ومثله قال نجم الدين في الشرائع[2].

ويدلّ على ذلك أيضاً ما رواه عبيد بن زرارة، عن الصادق عليه السلام في الرجل يدّعى عليه الحقّ ولا بيّنة للمدّعي، قال: يستحلف أو يردّ اليمين على صاحب الحقّ، فإن لم يفعل فلا حقّ له[3]. وهو عامّ، إذ هو نكرة في سياق النفي، وقد ثبت انّها تفيد العموم.

---

(١) قواعد الأحكام: كتاب القضاء الفصل الثاني في الحالف ج ٢ ص ٢١١ س ٢٢.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب القضاء ج ٤ ص ٨٤.

(٣) تهذيب الأحكام: كتاب القضايا والأحكام ب ٨٩ كيفية الحكم والقضاء ح ٧ ج ٦ ص ٢٣٠، وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ح ٢ ج ١٨ ص ١٧٦.

قوله رحمه الله: «وإن نكل المنكر ـ بمعنى انّه لم يحلف ولم يردّ ـ قال له الحاكم: إن حلفت وإلّا جعلتك ناكلاً ثلاث مرّات استظهاراً لا فرضاً، فإن أصرّ فالأقرب انّ الحاكم لم يردّ اليمين على المدّعي، وإن حلف ثبت حقّه، وإن امتنع سقط، وقيل: يقضي بنكوله مطلقاً».

أقول: اذا نكل المنكر عن الدعوى فامتنع من اليمين ومن ردّها على المدّعي قال ابنا بابويه[١]، والمفيد[٢]، وسلّار[٣]، وأبوالصلاح[٤]: يقضي الحكم عليه بالنكول. وهو الظاهر من كلام الشيخ في النهاية حيث قال: وإن نكل عن اليمين ألزمه الخروج الى خصمه بما ادّعاه عليه[٥].

وقال ابن الجنيد: يردّ اليمين على المدّعي ويحلف ويقضي له[٦]. وهو اختيار ابن حمزة[٧]، وابن ادريس[٨]، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأصالة براءة الذمّة.

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القضاء الفصل الثالث في لواحق القضاء ص ٦٩٥ س ١٩، المقنع: باب القضاء والأحكام ص ١٣٢.

(٢) المقنعة: أبواب القضايا والأحكام ص ٧٢٤.

(٣) المراسم: أحكام القضاء ص ٢٣١.

(٤) الكافي في الفقه: فصل في الايمان من تنفيذ الأحكام ص ٤٤٢.

(٥) النهاية ونكتها: باب آداب القضاء... ج ٢ ص ٧١.

(٦) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القضاء الفصل الثالث في لواحق القضاء ص ٦٩٥ س ١٩.

(٧) الوسيلة: كتاب القضايا والأحكام ص ٢١٣.

(٨) السرائر: كتاب القضايا والأحكام ج ٢ ص ١٥٩.

ولأنّ فيه احتياطاً؛ لاحتمال انّه لو ردّت اليمين على المدّعي فنكل سقط حقّه، فقبل الردّ لايكون الحقّ متيقّن الثبوت في ذمّة المدّعى عليه فلا يحكم به الحاكم.

ولعموم قول الصادق عليه السلام في رواية هشام ـ الحسنة المسندة ـ عنه عليه السلام قال: قال عليه السلام: يردّ اليمين على المدّعي[1]. ولم يفصّل، وذلك يتناول صورة النزاع.

قوله رحمه الله: «وإن كان عناداً ألزمه بالجواب، فإن امتنع حبس حتى يبيّن، وقيل: يجبر عليه، وقيل: يقول له الحاكم: إن أجبت وإلّا جعلتك ناكلاً».

أقول: اذا سكت الخصم عناداً من غير آفة ففيه لعلمائنا أقوال:

أحدها: انّه يلزمه بالجواب، فإن امتنع حبسه حتى يبيّن. وهو قول الشيخ في النهاية[2] والخلاف[3]، ومذهب المفيد[4]، وابن حمزة[5]، وسلّار[6].

الثاني: نقل المصنّف، وابن سعيد[7] في الشرائع انّه يجبر عليه حتى يجيب.

---

(١) تهذيب الأحكام: كتاب القضايا والأحكام ب ٨٩ كيفية الحكم والقضاء ح ١١ ج ٦ ص ٢٣٠، وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ح ٣ ج ١٨ ص ١٧٦.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب القضايا والأحكام ج ٢ ص ٧٣.

(٣) الخلاف: كتاب آداب القضاء المسألة ٣٨ ج ٣ ص ٣٢٠ ـ ٣٢١ طبعة اسماعيليان.

(٤) المقنعة: كتاب القضاء والشهادات باب أدب القاضي ص ٧٢٥.

(٥) الوسيلة: كتاب القضايا والأحكام ص ٢١١ ـ ٢١٢.

(٦) المراسم: أحكام القضاء ص ٢٣١.

(٧) شرائع الاسلام: كتاب القضاء في جواب المدّعى عليه ج ٤ ص ٨٥ ـ ٨٦.

الثالث: أن يقول له الحاكم: إن أجبت وإلّا جعلتك ناكلاً ورددت اليمين على خصمك، وهو قول ابن البرّاج[١].

وتردّد الشيخ في المبسوط فقال: اذا سكت الخصم أو قال: لا أقرّ ولا أنكر قال له الحاكم ثلاثاً: إمّا أن تجيب عن الدعوى وإلّا جعلتك ناكلاً ورددنا اليمين على خصمك وقال قوم: يحبسه حتى يجيب بإقرار أو إنكار، ولا يجعله ناكلاً فيقضي بالنكول والسكوت، وقوله: لا أقرّ ولا أنكر ليس بنكول. والأوّل يقتضيه مذهبنا، والثاني أيضاً قوي[٢].

ولابن ادريس قول آخر فقال: الصحيح من مذهبنا وأقوال أصحابنا وما يقتضيه المذهب انّه في المسألتين معاً يجعله الحاكم ناكلاً ويردّ اليمين على خصمه[٣]. وأراد بالمسألتين إن سكت عناداً أو قال: لا أقرّ ولا أنكر.

قوله رحمه الله: «اذا سأل الحاكم المدّعي بعد الإنكار عن البيّنة وذكر انّ له بيّنة لم يأمره بإحضارها؛ لأنّ ذلك حقّه، وقيل: له ذلك».

أقول: القائل بانّ له ذلك المفيد[٤]، وسلّار[٥]، وأبوالصلاح[٦]، وهو أحد قولَي الشيخ ذكره في النهاية فقال فيها: اذا أنكر المدّعى عليه الدعوى سأل الحاكم:

---

(١) المهذّب: كتاب الدعوى والبيّنات باب فيما على الحاكم في الخصوم والشهود ج ٢ ص ٥٨٥.

(٢) المبسوط: كتاب آداب القضاء فصل فيما على القاضي في الخصوم والشهود ج ٨ ص ١٦٠.

(٣) السرائر: كتاب القضايا والأحكام باب آداب القضاء ج ٢ ص ١٦٣.

(٤) المقنعة: كتاب القضاء و الشهادات باب آدب القاضي ص ٧٢٣.

(٥) المراسم: أحكام القضاء ص ٢٣٠ ـ ٢٣١.

(٦) الكافي في الفقه: فصل في تنفيذ الأحكام الفصل الثالث من تنفيذ الأحكام ص ٤٤٦.

ألك بيّنة؟ فإن قال: نعم هي حاضرة نظر في بيّنته، وإن قال: نعم غير انّها ليست حاضرة قال له: احضرها[١]. وكذا قال موافقوه.

والقول الآخر له في المبسوط قال: لايقول له احضرها[٢]، فانّه أمر. وهو اختيار ابن ادريس[٣]، والمصنّف؛ لأنّه حقّ لصاحب الدعوى، وله أن يفعل فيه ما يرى، وهذا قول ابن البرّاج[٤] في المهذّب، والقول الأوّل له في الكامل[٥].

قوله رحمه الله: «أمّا لو كانت الشهادة على صبيّ أو مجنون أو غائب فالأقرب ضمّ اليمين».

أقول: وجه قرب الضمّ انّ المقتضي لضمّ اليمين الى البيّنة في إثبات الحقّ على الميّت انّما هو لأجل تعذّر العلم بجواب المدّعى عليه وإمكان براءته منه بقبض أو غيره، وهذا المعنى متحقّق في حقّ الصبيّ والمجنون والغائب فوجب ضمّ اليمين. ولأنّ الأصل عدم التسلّط على أموال الناس بغير إذنهم من غير تعيّن السبب المبيع لذلك، ولا تعيّن قبل اليمين فوجب ضمها.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى له حال الموت ففي وجوب ضمّ اليمين مع البيّنة حينئذٍ إشكال».

أقول: منشأه من إطلاق وجوب ضمّ اليمين الى البيّنة في حقّ الميّت من غير تفصيل.

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب القضايا والأحكام باب آداب القضاء ج ٢ ص ٧٠.

(٢) المبسوط: كتاب آداب القضاء فصل فيما على القاضي في الخصوم والشهود ج ٨ ص ١٥٩.

(٣) كتاب السرائر: كتاب القضايا والأحكام باب آداب القضاء ج ٢ ص ١٥٨.

(٤) المهذّب: كتاب الدعوى والبيّنات باب فيما على الحاكم في الخصوم والشهود ج ٢ ص ٥٨٥.

(٥) نقله عنه في المختلف الفصل الثالث في لواحق القضاء ص ٦٩٥ س ٢٠.

ومن انتفاء المقتضي لوجوب الضمّ، وهو دعوى المدّعي مع تعذّر العلم بجوابه، وهاهنا علم بالايصاء به عند الموت.

قوله رحمه الله: «وكذا أقام شاهداً واحداً وإن كان عدلاً، وقيل: له حبسه والمطالبة بكفيل؛ لقدرته على إثبات حقّه باليمين فيحبس الى أن يشهد آخر، وليس بجيد».

أقول: هذا القول المحكي هو قول الشيخ في المبسوط فانّه قال في آخر فصل الرجوع عن الشهادة: وإن أتى بشاهد واحد وقال: احبسه حتى أتى بآخر، منهم من قال على قولين كالقصاص والنكاح، ومنهم من قال: يحبس لامحالة. قال: وهو الأقوى عندي؛ لأنّ الشاهد مع اليمين حجة في الأموال؛ لأنّه قادر على أن يحلف ويستحقّ فلهذا حبسناه، وليس كذلك في العتق والقصاص؛ لأنّ الشاهد الواحد ليس حجة فلهذا لم نحبسه وكلّ موضع حبسناه بشاهدين فلا يزال في الحبس حتى تبيّن عدالتهما أو جرحهما، وكلّ موضع حبس بشاهد واحد لم يحبس أبداً، ويقال للمشهود له: إن جئت بعد ثلاث وإلّا أطلقناه[1].

والمصنّف قال: هذا القول ليس بجيد؛ لأنّ حبسه عقوبة، ولم يثبت عند الحاكم سبب يوجب العقوبة، ولايلزم من كون الشاهد الواحد حجة مع انضمام اليمين كونه حجة مطلقاً، ولهذا لايلزم من قدرته على اليمين وجودها، والحجة انّما هي وجود اليمين عقيب شهادة الشاهد لا قدرة المدّعي على ايجاد اليمين.

---

(١) المبسوط: كتاب الشهادات فصل في الرجوع عن الشهادة ج ٨ ص ٢٥٥.

قوله رحمه الله: «وقيل: يفتقر في إحلاف المجوسي مع لفظ الجلالة الى مايزيل الاحتمال؛ لأنّه يسمّي النور إلهاً».

أقول: هذا القول هو قول الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: وإن كان مجوسياً حلف «والله الذي خلقني ورزقني» لئلّا يتناول[1] بالله وحدة النور، فانّه يعتقد النور إلهاً، فاذا قال: خلقني ورزقني زال الإبهام والاحتمال[2].

قوله رحمه الله: «وحلف الأخرس بالإشارة، وقيل: يوضع يده على اسم الله تعالى، وقيل: يكتب في لوح صورة اليمين ويغسل بالماء فإن شرب برئ، وإن امتنع نكل».

أقول: اذا توجّهت اليمين على الأخرس حلف بالإشارة المعقولة، واذا لم يعرف الحاكم إشارته أحضر عنده اثنين يعرفانها، ويعرف ذلك منه بالإشارة كما يعرف إقراره وإنكاره.

والقول الأوّل الذي أشار إليه بقوله: «وقيل: يوضع يده.. الى آخره» هو قول الشيخ في النهاية فانّه قال: واذا أراد الحاكم أن يحلّف الأخرس حلّفه بالإشارة والايماء الى أسماء الله تعالى ويضع يده على اسم الله تعالى في المصحف، ويعرف يمينه على الإنكار كما يعرف إقراره وإنكاره، وإن لم يحضر المصحف وكتب اسم الله تعالى ووضعت يده عليه جاز[3].

---

(١) في ج: «يتأوّل».

(٢) المبسوط: كتاب الشهادات ج ٨ ص ٢٠٥.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب القضايا والأحكام باب كيفية الاستحلاف ج ٢ ص ٧٩.

والقول الثاني هو قول ابن حمزة فانّه قال في كتاب الوسيلة: فـاذا أراد تحـليفه ـ يعني الأخرس اذا توجّه عليه ـ وضع يده على المصحف وعرّفه حكمها وحـلّفه بالايماء الى أسماء الله تعالى، ثمّ قال: وإن كتب اليمين على لوح ثمّ غسلها وجمع الماء في شيء وأمره أن يشربه جاز، فإن شرب فقد حلف، وإن أبى ألزمه[١].

وجعل الشيخ في النهاية كتابة اليمين، والأمر شربها رواية فقال: وقد روي انّـه يكتب نسخة اليمين في لوح ثمّ يغسل ذلك اللوح ويجمع ذلك الماء ويؤمر بشربه، فإن شرب كان حالفاً، وان امتنع من شربه الزم الحقّ[٢].

وتبعه ابن ادريس في ذلك، إلّا انّه قال: الزم الحقّ بعد ردّ اليمين على المدّعي، ثمّ قال ابن ادريس: يمكن حمل هذه الرواية والعمل بها على أخرس لايكون له كناية معقولة ولا إشارة مفهومة، والأوّل على من يكون له ذلك[٣].

قوله رحمه الله: «ولو ادّعـى البـلوغ لم يحـلف عليه بل يصدق مع إمكانه، ولو قال: أنا صبي لم يحلف بل ينتظر بـلوغه، نـعم لو ادّعـى الصـبي المشترك انّه استنبت الشعر بالعلاج حـلف وإلّا قتل، ويحتمل أن يحبس حتى يبلغ ثمّ يحلف».

أقـول: لا اعتبار بيمين الصبي، فلو ادّعى انسان على غيره فذكر المدّعى عليه انّه صبي لم يبلغ قُبل قوله، ولم يحلف؛ لأنّ يمينه انّما تعتبر لو كان بالغاً.

---

(١) الوسيلة: كتاب القضايا والأحكام فصل في بيان أحكام اليمين ص ٢٢٨.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب القضايا والأحكام باب كيفية الاستحلاف ج ٢ ص ٧٩.

(٣) السرائر: كتاب القضايا والأحكام باب كيفية الاستحلاف ج ٢ ص ١٨٣.

أمّا لو وقع أسير من المشركين في يد المسلمين وقد تقدّم انّه يعتبر بالإنبات للشعر الخشن على العانة، فإن كان قد أنبت قتل إن أُخذ حال الحرب، وإلّا استرقّ أو فودي أو أُطلق، وإن لم يكن قد أنبت أُلحق بالذراري، فلو ادّعى المنبت انّه صبي لم يبلغ وانّما استنبت الشعر بالدواء فانّه يحلف فإن حلف وإلّا قتل. امّا انّه يحلف فلأنّه ادّعى شيئاً ممكناً ولايمكنه إقامة البيّنة عليه فكان له أن يحلف. وأمّا انّه يقتل لو امتنع فلأنّ المقتضي لقتله هو أسره حال الحرب، مع كونه قد أنبت موجود في حقّه ولم يدفع ذلك عنه باليمين ولا ردّ هنا فتعيّن قتله. ويحتمل حبسه حتى يبلغ ثمّ يحلف.

ووجه هذا الاحتمال انّ اعتبار يمينه موقوف على بلوغه، فلو حلف على نفيه لزم من اعتبار يمينه عدم اعتبار يمينه؛ لأنّه اذا حلف ثبت صغره المقتضي لعدم اعتبار يمينه، وحينئذٍ يحبس حتى يثبت بلوغه ثمّ يحلف.

قال الشيخ في المبسوط: ذكر بعضهم انّ خمس مسائل يحكم فيها بالنكول ـ ونحن نذكر قوله فيها إجمالاً ـ:

الأُولى: اذا ادّعى صاحب النصاب إبداله وانّ الذي في يده غيره. الثانية: ادّعى انّه دفع الزكاة الى ساعٍ غير الساعي الذي طالبه. الثالثة: خرص الساعي عليه ثمّ ادّعى انّه نقص عمّا خرص عليه.قالوا في هذه المواضع الثلاث: متى لم يحلف قضى عليه بنكوله، ولا يردّ اليمين على الساعي ولا على غيره.وقال رحمه الله: عندنا في الكلّ يقبل قوله بلا يمين. الرابعة: غاب الذمّي وجاء بعد الحول وقد أسلم وادّعى تقدّم اسلامه على الحول فلا جزية عليه، قالوا: يحلف، فإن نكل أُلزم الجزية. وقال رحمه الله: وعندنا يقبل قوله ولا يمين عليه؛ لأنّه لو أسلم بعد الحول سقطت الجزية عنه. ثمّ قال رحمه الله: الخامسة: اذا وقع غلام من المشركين في الأسر فوجدوه وقد

أنبت فادّعى انّه عالج نفسه حتى أنبت وانّه لم يبلغ فالقول قوله، فإن حلف حكم انّه لم يبلغ ويكون في الذراري، وإن نكل حكمنا بنكوله وانّه بالغ فيجعل في المقاتلة. قال: وعندنا انّ الذي يقتضيه مذهبنا انّه حكم عليه بالبلوغ ولايمين؛ لأنّ عموم أخبارنا انّ الإنبات بلوغ يقتضي ذلك، ثمّ قال: وما ذكروه قوي[1]. وهذا يدلّ على تردّد الشيخ في إطلاقه.

وكذا تردّد نجم الدين في الشرائع وقال: امّا لو ادّعى الصغير الحربي الإنبات بعلاج لا بالسنّ ليتخلّص من القتل فيه تردّد، ولعلّ الأقرب انّه لايقبل إلّا مع البيّنة[2].

قوله رحمه الله: «وأمّا المدّعي فانّما يحلف مع الردّ أو النكول على رأي».

أقول: من جملة المواضع التي يحلف فيها المدّعي اذا نكل المدّعى عليه عن اليمين المتوجّهة عليه فانّه يردّ الحاكم اليمين على المدّعي، فاذا حلف ثبت حقّه عند المصنّف وجماعة، وعند آخرين تقدّم ذكرهم انّه يقضي على المنكر بالنكول.

قوله رحمه الله: «ولو ردّ المنكر اليمين ثمّ بذلها قبل الإحلاف قيل: ليس له ذلك إلّا برضا المدّعى عليه، وفيه إشكال، ينشأ من انّ ذلك تفويض لا إسقاط».

---

(١) المبسوط: كتاب الشهادات فصل في النكول عن اليمين ج ٨ ص ٢١٢ ـ ٢١٣.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب القضاء ج ٤ ص ٩١ ـ ٩٢.

أقول: القول المشار إليه هو قول الشيخ رحمه الله فانّه قال في المبسوط في فصل الحكم بالشاهد واليمين: وإن اختار الاستحلاف نظرت، فإن اختار أن يستردّ ما بذله ويحلف هو لم يكن له ذلك؛ لأنّ من بذل اليمين لخصمه لم يكن له أن يستردّ ما بذله بغير رضاه، كيمين الردّ اذا بذلها المدّعى عليه للمدّعي لم يكن له أن يستردّها الى نفسه بغير رضاه[1].

وكذا قال في اليمين في نكول المنكر فقال: المدّعى عليه اذا نكل عن اليمين انتقل الى جهة المدّعي، فإن قال المدّعى عليه: ردّوا عليَّ اليمين لأحلف لم يكن له ذلك؛ لأنّ اليمين كانت في جنبه فأسقطها وانتقلت الى جهة غيره فصارت حقّاً لغيره ولم تعد إليه، كما انّ اليمين لما كانت في جانبه لم يكن للمدّعي عليه أن يحلف[2].

وتبعه ابن حمزة فقال: واذا استحلف لم يكن له الرجوع إلّا برضا من استحلفه[3].

واستشكله المصنّف، ومنشأ الإشكال من حيث إنّ المنكر أسقط حقّه من اليمين، فلا يعود إليه إلّا برضا خصمه.

ومن حيث إنّه تفويض لا إسقاط، كما قاله المصنّف، وابن سعيد[4].

قوله رحمه الله: «واذا ادّعى على المملوك فالغريم مولاه، سواء كانت الدعوى مالاً أو جناية، والأقرب عندي توجّه اليمين عليه، فإن

---

(١) المبسوط: كتاب الشهادات فصل في الحكم بالشاهد الواحد مع اليمين ج ٨ ص ١٩٠.

(٢) المصدر السابق.

(٣) الوسيلة: كتاب القضايا والأحكام فصل في بيان أحكام اليمين وما يتعلّق بها ص ٢٢٩.

(٤) شرائع الاسلام: كتاب القضاء المقصد الرابع في كيفية الاستحلاف ج ٤ ص ٨٩.

نكل ردّت اليمين على المدّعي وثبتت الدعوى في ذمّة العبد ويتبع بها بعد العتق».

أقــول: قال الشيخ في المبسوط: اذا ادّعى على المملوك حقّ فانّه ينظر فإن كان حقّاً يتعلّق ببدنه كالقصاص وغيره فالحكم فيه مع العبد دون السيد، فإن أقرّ به لزمه عند المخالف، وعندنا لايقبل إقراره ولايقتصّ منه مادام مملوكاً، وان أعـتق لزمـه ذلك. فأمّا إن أنكر فالقول قوله، فإن حلف سقطت الدعوى، وإن نكل ردّت اليمين على المدّعي فيحلف ويحكم بالحقّ، وإن كان حقّاً يتعلّق بالمال كجناية الخطأ وغير ذلك فالخصم فيه السيد، فإن أقرّ به لزمه، وإن أنكر فالقول قوله، فإن حلف سقطت الدعوى، وإن نكل رُدّت اليمين على المدّعي فيحلف ويحكم له بالحقّ[1].

امّا صاحب الشرائع فقال: اذا ادّعى على المملوك فالغريم مولاه، ويسـتوي في ذلك دعوى المال والجناية[2]. وتابعه المصنّف أوّلاً في هذا الكتاب، ثمّ قال: الأقرب عندي توجّه اليمين عليه... الى آخره.

ووجه القرب انّ الدعوى في الحقيقة على المملوك دعوى على السيد والعبد، فانّه لو صدّقه على ذلك وكانت جناية تعلّقت برقبته، ولو صدّقه السيد والعبد وكـانت الجناية عمداً ثبت القصاص، ولو صدّق العبد في إتلاف المال أو الإقراض بغير إذن السيد تبع به بعد العتق، واذا كان لتصديقه تأثير فاذا أنكر توجّهت عليه اليمين؛ لما هو مقرّر انّ كلّ موضع لو اعترف الغريم ثبتت الدعوى، فإن أنكر توجّهت عليه اليمين.

---

(١) المبسوط: كتاب الشهادات فصل في النكول عن اليمين ج ٨ ص ٢١٥.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب القضاء المقصد الرابع في كيفية الاستحلاف ج ٤ ص ٩٠ ـ ٩١.

قوله رحمه الله: «ولو قذفه ولا بيّنة فادّعاه عليه قيل: له إحلافه ليثبت الحدّ على القاذف، وفيه نظر، من حيث إنّه لايمين في حدّ».

أقول: ومن حيث إنّ حدّ القذف حقّ الآدمي، فانّه حقّ للمقذوف يصحّ الدعوى فيه، وتسمع فيه بيّنة المدّعي. ولو أقرّ الخصم لزمه فيلزمه اليمين اذا نكل لما قرّر أوّلاً، والقائل بذلك هو الشيخ[1] رحمه الله.

قوله رحمه الله: «ولو أقام شاهداً فأعرض عنه وقنع بيمين المنكر أو كان له بيّنة كاملة فأعرض عنها أو قال: أسقطت البيّنة وقنع بيمين المنكر فالأقرب انّه له الرجوع الى البيّنة واليمين مع شاهده قبل الإحلاف».

أقول: ذهب الشيخ الى انّه ليس له الرجوع قال: لأنّه أسقط حقّه من الاستحلاف فلا يعود إليه بدليل[2].

والأقرب عند المصنّف انّه له الرجوع الى البيّنة أو الى الشاهد واليمين؛ لأصالة بقاء حقّه.

قوله رحمه الله: «ولو شهد للميّت شاهد واحد بدَين ولا وارث قيل: يحبس حتى يحلف أو يقرّ؛

---

(١) المبسوط: كتاب الشهادات فصل في النكول عن اليمين ج ٨ ص ٢١٥ ـ ٢١٦.

(٢) المبسوط: كتاب الشهادات فصل آخر ج ٨ ص ٢١١.

لتعذّر اليمين من المشهود له، وكذا لو ادّعى الوصي الوصية للفقراء وأقام شاهداً واحداً فأنكر الوارث، وفيه نظر».

أقول: القول المحكي هو قول الشيخ رحمه الله فانّه قال في المبسوط: ذكرت ثلاث مسائل لايمكن ردّ اليمين فيها، إحداها: أن يموت رجل ولايخلف وارثاً مناسباً فالمسلمون ورثته فوجد الحاكم في روزنامجه دَيناً على رجل أو شهد شاهد واحد بذلك فأنكر من عليه الدّين فالقول قوله مع يمينه، فإن حلف سقط الحقّ، وإن لم يحلف لم يمكن ردّ اليمين؛ لأنّ الحاكم لايمكن أن يحلف عن المنكر، والمسلمون لايتأتّى منهم الحلف؛ لأنّهم لايتعيّنون، ثمّ قال بعضهم: يحكم بالنكول ويلزمه الحقّ؛ لأنّه موضع ضرورة، وقال آخرون ـ وهو الصحيح عندهم ـ: انّه يحبس حتى يحلف أو يقرّ، والذي يقتضيه مذهبنا انّه يسقط هذا؛ لأنّ ميراث هذا للامام، وعندنا لايجوز أن يحلف عن غيره، ولأنّا لا نعلمه فلايمكنه اليمين، مع انّ الامام لايحلف فيحبس المدين حتى يعترف فيؤدّي أو يحلف وينصرف. الثانية: اذا مات رجل وأوصى الى رجل وادّعى الوصي على الورثة انّ أباهم أوصى شيء للفقراء والمساكين فأنكروا ذلك فالقول قولهم، فإن حلفوا سقطت الدعوى، وإن نكلوا لم يمكن ردّ اليمين؛ لأنّ الموصي لايجوز له أن يحلف عن غيره والفقراء والمساكين لايتعيّنون ولايتأتّى منهم الحلف فما الذي يفعل؟ قال قوم :يحكم بالنكول ويلزم الحقّ؛ لأنّه موضع ضرورة، وقال آخرون: يحبس الورثة حتى يحلفوا أو يعترفوا، قال: وهو الذي نقوله[1].

قال ابن سعيد: وفي الموضعين إشكال؛ لأنّ السجن عقوبة لم يثبت سببها[2]. ونحن

---

(١) المبسوط: كتاب الشهادات فصل في النكول عن اليمين ج ٨ ص ٢١٤.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب القضاء المقصد الرابع في كيفية الاستحلاف ج ٤ ص ٩٢.

نمنع انتفاء سبب يمين العقوبة، فإنّ امتناعه عن اليمين المتوجّه عليه أو على الأداء لو كان كاذباً في إنكاره سبب موجب؛ لأنّ يعاقبه الحاكم عليه، والمصنّف قال: وفيه نظر، وقد ظهر وجه النظر ممّا ذكرناه.

قوله رحمه الله: «ولو أحاط الدَين بالتركة لم يكن للوارث التصرّف في شيء منها إلّا بعد الأداء أو الإسقاط،وهل تكون التركة على حكم مال الميّت؟ الأقرب تعلّق الدَين بها تعلّق الرهن بالنماء للوارث».

أقول: لا خلاف في انّه اذا مات من عليه دَين محيط بجميع تركته لايجوز للوارث أن يتصرّف في شيء منها، إلّا بعد قضائه أو إسقاط الدَين بإبراء صاحبه، ولقوله تعالى: ﴿من بعد وصيةٍ يوصي بها أو دَينٍ﴾[1] لكن اختلفوا في انّ التركة هل تكون باقية على حكم مال الميّت أو تنتقل الى الوارث ويكون ممنوعاً من التصرّف فيها وإن كان مالكاً ـ كما يمنع الراهن من التصرّف في الرهن مادام الدَين باقياً وإن كان مالكاً ـ؟ فللشيخ قولان:

أحدهما: الجزم بعدم الانتقال الى الوارث إن استوعبها الدَين الذي على الميّت، وإن لم يستوعبها انتقل الى الورثة فاضل الدَين[2]. وتبعه ابن سعيد[3] في الجزم بذلك.

---

(١) النساء: ١١.

(٢) الخلاف: كتاب الشهادات فصل في الحكم بالشاهد الواحد مع اليمين المسألة ٢٨ ج ٣ ص ٣٣٦ طبعة اسماعيليان.

(٣) شرائع الاسلام: كتاب القضاء المقصد الرابع في كيفية الاستحلاف ج ٤ ص ٩٢.

والآخر: ترجيح ذلك، فقال في المبسوط: اذا مات رجل وخلّف تركة وعليه دَين انتقلت تركته الى ورثته، سواء كان الدَين وفق التركة أو أكثر أو أقلّ، ويتعلّق حقّ الغرماء بالتركة، والدَين باقٍ في ذمّة الميّت كالرهن، وللوارث أن يقضي الدَين من عين التركة ومن غيرها، كما للراهن ذلك في الرهن. وقال بعضهم: إن كان [الدَين] يحيط بالتركة لم تنتقل الى وارثه وكانت مبقاة على حكم مال الميّت، فإن قضى الدَين من غيرها ملكها الوارث الآن، وإن كان الدَين محيطاً ببعض التركة لم ينتقل قدر ما أحاط الدَين به منها الى ورثته وانتقل إليهم ماعداه. وقال قوم: إن كان الدَين محيطاً بالتركة لم تنتقل الى الورثة، وإن لم يكن محيطاً بها انتقلت كلّها الى الورثة. وفائدة الخلاف فوائد المال ونماؤه، فمن قال: انتقلت التركة الى الورثة كان النماء للورثة لا حقّ للغرماء فيها كالثمرة والنتاج وكسب العبد ونحو ذلك. ومن قال: لاتنتقل التركة إليهم تعلّق الحقّ بالنماء كما هو متعلّق بالأصل، وهكذا لو أهلّ هلال شوال وفي التركة عبد، فمن قال: انتقل إليهم فزكاة الفطرة عليهم، ومن قال: لم تنتقل إليهم فزكاة الفطرة في التركة. ومن قال: تنتقل الى الوارث قال: لأنّه لو لم تنتقل الى الوارث بالموت لوجب اذا خلّف تركة ودَيناً وابنين فمات أحد الابنين وخلّف ابناً ثمّ قضى الدَين بعد موت الابن أن تكون التركة للابن الموجود دون ولد الابن الميّت؛ لأنّ الانتقال تجدّد الآن، فلمّا لم يختلف أن تكون التركة بين الابن وابن ابن ثبت انّ ابن الابن ورث حقّ أبيه، ألا ترى انّ الميّت لو خلّف بنين وبنات كان نصيب أبيهم ـ وهو الابن الميّت ـ للذكر مثل حظّ الانثيين، فيثبت بذلك انّ الملك ينتقل الى الورثة. ثمّ قال: والأقوى عندي انّه ينتقل الى الورثة ما يفضل عن مال الغرماء؛ لقوله تعالى: ﴿من بعد وصيةٍ يوصي بها أو دَينٍ﴾ ثمّ قوى عدم الانتقال[1].

---

(١) المبسوط: كتاب الشهادات فصل في الحكم بالشاهد الواحد مع اليمين ج ٨ ص ١٩٢ ـ ١٩٣، ولم يقوّي عدم الانتقال.

والأقرب عند المصنّف انتقال مجموع التركة على الورثة على فريضة الله تعالى، سواء كان الدَين محيطاً بجميع التركة أو كان قاصراً عنها، لكنه يمنع الورثة من التصرّف في شيء منها إلّا بعد قضاء الدَين، ويكون تعلّقه بها تعلّق الدَين بالرهن، وإن كان الدَين قاصراً جاز للوارث أن يتصرّف في الفاضل ويكون ما قابل الدَين كالمرهون.

ووجه القرب انّ التركة مال مملوك فلابدّ له من مالك، وليس هو الميّت؛ لخروجه بالموت عن أهلية الملك، ولا الغرماء؛ لسقوط حقّهم منها بالابراء، والملك لاينتقل بالابراء، فتعيّن الوارث، إذ لا قسم رابع للأقسام.

قوله رحمه الله: «ولو أقام شاهداً حلف هو دون الديّان، فإن امتنع فللديّان إحلاف الغريم فيبرأ منهم لا من الوارث، فإن حلف الوارث بعد ذلك كان للديّان الآخذ من الوارث إن أخذه، وهل يأخذون من الغريم؟ إشكال».

أقول: اذا كان على الميّت دَين فادّعى ورثته بدَين للميّت على آخر فأنكر فشهد مع ورثته بدَين للميّت شاهد واحد، فإن حلف الورثة مع الشاهد ثبت الدَين وتعلّق به دَين الميّت، وإن لم يحلف الوارث كان للغرماء إحلاف الغريم؛ لأنّهم يدعون في ذمته ما يتعلّق به ديونهم، فإن حلف المديون برئ منهم لا من الوارث؛ لأنّ الدَيّان أحلفوا عن دعواهم لأنفسهم، ولم يكونوا وكلاء للورثة فلاتسقط دعوى الوارث عن الغريم بيمينه لغيرهم، فاذا حلف الوارث بعد ذلك مع شاهدهم على الدَين ثبت، فإنّ استوفاه الوارث كان للديّان المطالبة به لاعتراف الوارث انّ

في يده تركة للميّت، وإن لم يقبض فهل للديّان مطالبة الغريم بما حلف عليه الورثة؟ فيه إشكال.

ينشأ من ثبوت تركة الميّت في يده يتعلّق بها ديونهم فلهم أخذها.

ومن سقوط دعواهم عن الغريم، فانّه يزعم كذب الوارث في يمينه، وقد حلف الغرماء فليس لهم مطالبته بعد اليمين مالم يكذب نفسه؛ لقوله صلّى الله عليه وآله: «ومن حلف له فليرض، ومن لم يفعل فليس من الله في شيء»[1].

قوله رحمه الله: «وهل يثبت في نفي أرش الجناية عن العبد؟ إشكال، وتجب البتّ في نفي الإتلاف عن بهيمته التي قصر فيها بتسريحها».

أقول: المصنّف في بعض كتبه جزم بثبوت الفرق بين الدعوى بجناية عبد الغير أو بإتلاف بهيمته، فقال في بعض كتبه: ولو نفى عن عبده مايوجب أرش الجناية حلف على نفي العلم أيضاً، وفي نفي إتلاف بهيمته التي قصر بتسريحها يجب البتّ[2].

وهاهنا استشكل في حقّ العبد بين أن يحلف على القطع أو على نفي العلم.

ومنشأه انّه يمين على نفي فعل الغير، فوجب أن يحلف فيها على عدم العلم، كما يحلف على عدم العلم بفعل مورّثه من الابتياع أو الاقتراض وغير ذلك.

ومن كونه جارياً مجرىٰ إتلاف البهيمة لعود الضمان في الصورتين إليه.

قوله رحمه الله: «ويكفي مع الإنكار الحلف على نفي الاستحقاق وإن نفى الدعوى على رأي».

---

(١) من لايحضره الفقيه: باب الأيمان والنذور ح ٤٢٨٢ ج ٣ ص ٣٦٢، وسائل الشيعة: ب ٦ وجوب الرضا باليمين الشرعي ح ٣ ج ١٦ ص ١٢٥.

(٢) تحرير الأحكام: كتاب القضاء النظر الثالث في المحلوف عليه ص ١٩٢ س ٦.

أقـول: هذا الخلاف إشارة الى ما ذكره الشيخ في المبسوط حيث قال فيه: وإن كان الجواب بعد الدعوى ما غصبته شيئاً فكيف يحلف؟ قال قوم: يحلف انك لاتستحقّ عندي شيئاً، كمالو كان الجواب مبهماً كما مضى. وقال قوم: يحلف ما غصبت؛ لأنّه لولم [يعلم انه] يقدر أن يحلف كذلك ما أجاب كذلك، فلهذا ما استحلفناه على ما أجاب[1].

قوله رحمه الله: «وهل تلزمه باطناً؟ إشكال».

أقـول: يريد انّ النيّة في اليمين نيّة القاضي، فلو كان القاضي يعتقد ثبوت الشفعة مع كثرة الشركاء ـ أي زيادتهم على اثنين ـ والحالف يعتقد نفيها لم يكن له الحلف على عدم استحقاق الشفعة، بسبب تأويل اليمين باعتقاده انّها لاتثبت مع الكثرة، بل اذا حكم عليه القاضي بها صارت ذلك لازماً له ظاهراً قطعاً، وهل يلزمه باطناً؟ فيه إشكال.

ينشأ من كون ذلك الحكم مستنداً الى اجتهاده الذي قد يكون خطأ، فلا يمضي إلّا في الظاهر.

ومن كون الخصمين متعبّدين بإمضاء ما حكم به الحاكم.

والأقرب عند المصنّف التفصيل وهو: انّ المحكوم عليه إن كان مقّلداً نفذ عليه ظاهراً وباطناً؛ لأنّ فرضه تقليد المجتهد وقد أفتاه وحكم عليه المجتهد بذلك، وإن كان مجتهداً لم ينفذ عليه باطناً؛ لأنّ فرضه الاجتهاد، وانّما يجب عليه الانقياد؛ لإمضاء حكمه وعدم مخالفته ظاهراً. امّا في الباطن فلا؛ لأنّ التقدير انّ اجتهاده قد ادّاه الى

---

(١) المبسوط: كتاب الشهادات فصل آخر ج ٨ ص ٢٠٧.

خطأ ما حكم به القاضي.

ولابن الجنيد في هذا المعنى كلام فقال: وللمقضي عليه بتحليل حرام عنده أو تحريم حلال عليه اذا كان من أهل الاجتهاد أن يمتنع من تنفيذ حكم القاضي عليه، ولا يمضيه على نفسه، ولا يحرم ما أحلّ الله له، ولايحلّ ما حرّم الله عليه[1].

فإن قصد ابن الجنيد انّه في نفس الأمر لايتغيّر الحكم الذي أدّاه اجتهاده إليه قاضيه فهو مثل قول المصنّف، وإن قصد به انّ له أن يمتنع من تنفيذه ـ بمعنى انّه يمتنع من امتثال ما حكم به القاضي ظاهراً أيضاً ـ كان ذلك مخالفاً لما ذكره المصنّف، وهو في موضع المنع.

قوله رحمه الله: «ولو قال المدّعي: كذب شهودي بطلت البيّنة، والأقرب عدم بطلان الدعوى».

أقول: لو ادّعى انّه ابتاع منه سلعة وكانا في موضعين منفردين عن غيرهما وشهد الشاهدان بأنّا نحن عقدنا البيع فانّه قال: اذا قال المدّعي حينئذٍ: كذب الشاهدان في شهادتهما كان صادقاً؛ لأنّهما أخبرا بحضورهما العقد فهو خبر غير مطابق، ولا يلزم من ذلك كذبه في دعواه.

قوله رحمه الله: «ولو قال: حلّفني مرّة فليَحلف على انّه ما حلف سمع على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّه لو اعترف بأنه حلّفه سقطت عنه الدعوى،

---

(١) نقله عنه في إيضاح الفوائد: الفصل الثالث المحلوف عليه ج ٤ ص ٣٤٤.

فاذا أنكر توجّهت عليه اليمين وكان بمنزلة قوله ابرأني، فانّه في الصورتين دعوى تسقط دعوى المدّعي فكان له إحلافه.

ومن انّ فتح هذا الباب يؤدّي الى التسلسل؛ لإمكان أن يقول الآخر في جوابه: انّه أحلفني أنّني لم أُحلفه فليحلف انّه ما حلّفني انّه ما حلف وهكذا دائماً فلا تسمع الدعوى، كما ذكر المصنّف من المرتبة الثالثة، إذ لا أولوية لسماع الثانية دون الثالثة، كما لا أولوية في سماع الثالثة دون ما بعدها.

قوله رحمه الله: «ولو كان جاحداً وله بيّنة تثبت عند الحاكم وأمكن الوصول إليه فالأقرب جواز الأخذ من دون إذن الحاكم».

أقول: يريد لو كان له على غيره دَين فجحده المديون وكان لصاحب الدَين بذلك بيّنة يمكنه إقامتها عند الحاكم وإثبات حقّه عنده فهل لصاحب الدَين الاستقلال بأخذ دَينه من مال المديون من غير إذن الحاكم مع الأمن من وقوع الفتن؟ نصّ الشيخ[1] رحمه الله على جواز الأخذ، وهو الأقرب عند المصنّف.

ووجه القرب انّ الجاحد المانع من دفع الحقّ معتد على صاحبه بذلك القدر من ماله فكان لصاحبه مقابلته بمثله، عملاً بعموم الإذن المدلول عليه بقوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[2].

قوله رحمه الله: «ولو كان المال عنده وديعة ففي جواز الأخذ خلاف، أقربه الكراهة».

---

(١) الخلاف: كتاب الدعاوى والبيّنات المسألة ٢٨ ج ٣ ص ٣٦٣ طبعة اسماعيليان.

(٢) البقرة: ١٩٤.

أقول: لو كان مال المديون وديعة عند صاحب الدّين فهل له أن يستوفي ماله من الوديعة؟ منع الشيخ من ذلك؛ لقوله صلّى الله عليه وآله: «أدّ الأمانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك»[1] والأقرب عند المصنّف الجواز على الكراهية.

ووجه القرب ما قدّمناه من عموم الآية الدالّة على الجواز، وحمل النهي على الكراهة جمعاً بين الدليلين.

قوله رحمه الله: «امّا النكاح فإشكال، أقربه الثبوت إن كان المدّعي الزوجة».

أقول: منشأ الإشكال انّ كلام أكثر أصحابنا يدلّ على عدم ثبوت النكاح بالشاهد واليمين، فانّ الشيخ قال في النهاية: اذا شهد لصاحب الدّين شاهد واحد قبلت شهادته وحلف مع ذلك قضى له به، وذلك في الدّين خاصّة[2].

وقال في الخلاف: يحكم بالشاهد واليمين في الأموال[3].

وقال في المبسوط: يجوز القضاء بالشاهد [الواحد] مع يمين المدّعي في مالو كان مالاً ـ كالقرض والغصب والدّين وقضائه وأداء مال الكتابة ـ أو المقصود منه المال كعقود المعاوضات ـ كالبيع والصرف والسلم والصلح والإجارة والقراض والمساقاة والهبة والوصية له ـ والجناية التي توجب المال ـ كالخطأ وعمد الخطأ ـ وعمد يوجب المال ـ كقتل ولده أو عبد غيره أو أجافه أو قطع يده من الساعد ـ. ومالا يكون مالاً ولا المقصود منه المال لاتثبت بالشاهد واليمين كالنكاح... الى

---

(١) الخلاف: كتاب الدعاوى والبيّنات المسألة ٢٨ ج ٣ ص ٣٦٣ ـ ٣٦٤ طبعة اسماعيليان.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الشهادات باب الحكم بالشاهد الواحد مع اليمين ج ٢ ص ٦٣.

(٣) الخلاف: كتاب الشهادات المسألة ٧ ج ٣ ص ٣٢٧ طبعة اسماعيليان.

آخره[١]. قضى هنا على انّ النكاح لايثبت بالشاهد واليمين.

وقال سلّار: وذلك في الأموال ومايجري مجراها دون الحدود[٢].

وقال أبو الصلاح: تقوم شهادة الواحد ويمين المدّعي في الديون خاصّة مقام الشهادة الكاملة[٣]. وكلّ ذلك يعطي عدم ثبوت النكاح بالشاهد واليمين.

ومن انّه عقد معاوضة على مال.

والأقرب عند المصنّف انّه إن كان المدّعي للنكاح المرأة ثبت بالشاهد؛ لأنّها تدّعي ما يستلزم المال.

وأقول: ينبغي أن يقيّد ذلك بقوله: كالزوجة بعد الدخول أو التسمية.

قوله رحمه الله: «والأقرب انّ الحكم يتمّ بالشاهد واليمين لا بأحدهما، والفائدة الغرم مع الرجوع».

أقول: اذا شهد الشاهد بدعوى المدّعي فحلف عند الحاكم فهل يكون الحقّ ثبت وحكم الحاكم به بيمين المدّعي خاصّة ويكون الشاهد مقتضياً لانتقال اليمين من جنبة المدّعى عليه الى جنبة المدّعي أو يكون الحقّ ثبت بمجموع شهادة الشاهد ويمين المدّعي؟ الأقرب عند المصنّف الثاني؛ لاتفاق الأكثر على انّه عليه السلام قضى بالشاهد واليمين.

وفائدة الخلاف تظهر فيما رجع الشاهد عن شهادته، فإن قلنا: الحقّ يثبت بمجموع

---

(١) المبسوط: كتاب الشهادات فصل في الحكم بالشاهد الواحد مع اليمين ج ٨ ص ١٨٩.

(٢) المراسم: أحكام البيّنات ص ٢٣٣.

(٣) الكافي في الفقه: فصل في الشهادات ص ٤٣٨.

الشهادة واليمين غرم النصف، وإن قلنا: يثبت بيمين المدّعي عند شهادة الشاهد لم يغرم الشاهد شيئاً.

قوله رحمه الله: «ولو مات قبل النكول فلولده أن يحلف، وفي وجوب إعادة الشهادة إشكال».

أقول: لو أقام المدّعي بدعواه شاهداً واحداً عدلاً وأراد أن يحلف معه فمات قبل الحلف وقبل النكول كان لوارثه أن يحلف؛ لأنّه حقّ ثبت لمورّثه فانتقل إليه كسائر الحقوق، لكن هل يجب إعادة الشهادة؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّ الوارث مدّعٍ، وليس للمدّعي أن يحلف إلّا بعد إقامة الشهادة بما ادّعاه، فلم يكن له الحلف قبل إعادة الشهادة.

ومن حيث إنّ الوارث قائم مقام المورّث وقد أقامها مورّثه فكان كما لو أقامها هو، فلا يلزمه إقامتها مرة أُخرى.

قوله رحمه الله: «ولا يجب أخذ نصيب المولّى عليه من الغريم، وهل يطالب بكفيل؟ إشكال».

أقول: اذا مات واحد وترك ورثة وبعضهم طفل فوليّ الطفل يتولّى الخصومة عنه، فاذا أقام للميّت شاهد واحد عدل مدين على غيره فحلف الكامل استوفى نصيبه، ولايلزم المدّعى عليه أن يدفع نصيب المولّى عليه؛ لعدم ثبوته ويؤخّر الى حين بلوغه، فإن حلف استوفى نصيبه، وهل لوليّ الطفل مطالبة المدّعى عليه بكفيل؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّه كالثابت بشهادة الشاهد ويمين شريكه، فلو لم يكفل ادّى الى ضياع مال الطفل.

ومن عدم ثبوت حقّ المولّى عليه إلّا بيمينه، فلو أُلزم بالكفيل لكان إلزاماً بحقّ لم يثبت سببه.

قوله رحمه الله: «وهل للمولّى عليه شركة فيما يقبضه الحالف؟ الأقرب ذلك إن كمل وحلف».

أقول: لو كمل المولى عليه ـ بأن بلغ الطفل أو أفاق المجنون ـ فهل له مشاركة الحالف فيما قبضه من المدّعى عليه من الحقّ المدّعى به؟ الأقرب عند المصنّف انّه إن حلف شارك، وهو يعطي عدم المشاركة لولم يحلف.

امّا الحكم الأوّل: فلأنّ كلّ واحد منهما قد حلف مع الشاهد، فيثبت بيمينهما كون ذلك الشيء المدّعى به تركة لأبيهما وقد حصل بعضه، فلم يكن لأحدهما الانفراد به دون صاحبه.

وأمّا الثاني: فلأنّ غير الحالف بترك يمينه كالمسقط لحقّه، فلا يشارك فيه بعد الإسقاط.

قوله رحمه الله: «وإن امتنع قيل: يرجع الربع الى الثلاثة... الى آخره».

أقول: القول المحكي هو قول الشيخ رحمه الله في المبسوط[1].

---

(١) المبسوط: كتاب الشهادات فصل في الحكم بالشاهد الواحد مع اليمين ج ٨ ص ٢٠١.

قوله رحمه الله: «ولو مات أحد الثلاثة قبل بلوغ الصغير عزل هل الثلث ـ الى قوله: ـ وفيه إشكال».

أقول: هذا أيضاً قول الشيخ في المبسوط قال: لأنّه اذا ردّ الصبي كان كأنّه لم يكن[1].

فعلى هذا يكون ما عزل من حين الولادة الى حين موت أحد الثلاثة للأخوين الباقيين، ولورثة الأخ الثالث المتوفى بينهما أثلاثاً، والثلث المعزول من حين موت الأخ الثالث بين الأخوين الباقيين نصفين؛ لأنّهما أرباب الوقف حينئذٍ، وفيه الإشكال السابق.

ومنشأه ما تقدّم من اعتراف الأخوين بأنّه غير مستحقّ لها، وحينئذٍ يحتمل رجوعه الى الناكل لاعترافهما بأنّه مستحقّ له دون ورثة المدّعى عليه؛ لأنّه قد انتزع منهم بحجة شرعية فلا يعود إليهم.

قوله رحمه الله: «لو ادّعى البطن الأوّل الوقف مرتّباً وحلفوا عن اليمين مع شاهدهم فوجد البطن الثاني ـ الى قوله: ـ احتمل صرف نصيبه الى الناكل والى ولد الحالف والى الواقف لتعذّر المصرف».

أقول: اذا ادّعى اخوة ثلاثة الوقف عليهم ثمّ على أولادهم ثمّ على المساكين

---

(١) المبسوط: كتاب الشهادات فصل في الحكم بالشاهد الواحد مع اليمين ج ٨ ص ٢٠١.

وأقاموا شاهداً كان لهم إثبات دعواهم باليمين مع الشاهد، فإن نكلوا ففي إحلاف البطن الثاني وجهان:

أحدهما: إحلافهم؛ لأنّ البطن الأوّل بنكولهم جروا مجرى المعدوم.

والآخر: عدم إحلافهم؛ لأنّ مقتضى وقف الترتيب أن لا يستحقّ البطن الثاني شيئاً من الوقف إلّا بعد انقراض البطن الأوّل وهم باقون، ولو حلف أحدهم ونكل الآخرون عن اليمين أخذ الحالف نصيبه من الوقف، فاذا مات الحالف فإلى من يصرّف حصّته؟ قال الشيخ في المبسوط: فيه ثلاثة أقوال ـ وهي الاحتمالات الثلاثة المذكورة في هذا الكتاب ـ قال الشيخ: قال قوم: يصرّف الى أخويه؛ لأنّه لايمكن ردّه الى البطن الثاني لبقاء البطن الأوّل[1]. والى هذا القول أشار المصنّف بقوله: احتمل صرف نصيبه الى الناكل ـ يعني أخويه اللذين نكلا عن اليمين ـ.

ثمّ قال الشيخ: وقال بعضهم: ينتقل الى أقرب الناس الى الواقف؛ لأنّه لايمكن ردّه على الأخوين ـ وهو البطن الأوّل ـ لأنّهما قد ردّاه، ولايمكن ردّه على البطن الثاني لبقاء البطن الأوّل، فلم يبق غير أقرب الناس الى الواقف[2]. والى هذا القول أشار المصنّف بقوله: «والى الواقف لتعذّر المصرف» ومراده لو كان الواقف باقياً فإليه، وإلّا فإلى ورثته.

ثمّ قال الشيخ: وقال الفرقة الثالثة: ينتقل الى البطن الثاني؛ لأنّ الأوّل قد ردّه، ولايمكن ردّه الى أقرب الناس الى الواقف؛ لأنّ البطن الأوّل باقٍ فلم يبق غير البطن الثاني. قال: وهذا القول عندي أقوى من غيره[3]. والمصنّف أشار الى هذا بقوله: «والى ولد الحالف».

---

(١) المبسوط: كتاب الشهادات فصل في الحكم بالشاهد الواحد مع اليمين ج ٨ ص ١٩٩.

(٢) نفس المصدر السابق.

(٣) نفس المصدر السابق.

قوله رحمه الله: «الأقرب انّه لايقضى بـه، بـل يردّ اليمين على المدّعي».

أقـول: قد تقدّم انّ مذهب شيخنا المفيد[١]، وابنا بابويه[٢]، وسلّار[٣] انّ المنكر اذا توجّهت عليه اليمين فنكل فانّه يقضى عليه بـالنكول، فـيلزمه الحـاكـم الحـقّ المدّعى به.

وان مذهب ابن الجنيد[٤] وجماعة من أصحابنا انه لايقضى به، بل يردّ اليمين على المدّعى، فاذا حلف ثبت حقّه، وهو الأقرب عند المصنّف. وأشرنا الى وجه قرب هذا القول فلا معنى لإعادته.

قوله رحمه الله: «وينبغي للحاكم أن يعرض له اليمين ـ الى قوله: ـ ففي جواز الحلف إشكال».

أقـول: ينبغي للحاكم أن يعرض اليمين على المنكر ثلاث مـرات، ولايـقضي عليه بالنكول قبلها، ويعرّفه ما يقتضيه النكول، فلو لم يشرح له حكم النكول حتى حكم الحاكم بسبب النكول أو بردّ اليمين على المدّعي ثمّ قال المنكر: لم أعرف حكم النكول وبذل اليمين فهل يجوز أن يحلف؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّ اليمين في الأصل متوجّهة على المنكر ولم ينقلها الى المـدّعي؛ لعـدم

---

(١) المقنعة: كتاب القضاء والشهادات باب آداب القاضي... ص ٧٢٤.

(٢) المقنع: باب القضايا والأحكام ص ١٣٢، ونقله عن علي بن بابويه في مختلف الشيعة: كتاب القضاء الفصل الثالث في لواحق القضاء ص ٦٩٥ س ١٩.

(٣) المراسم: أحكام القضاء ص ٢٣١.

(٤) مختلف الشيعة: كتاب القضاء وتوابعه الفصل الثالث في لواحق القضاء ص ٦٩٥ س ١٩.

علمه بذلك، فكان الأصل بقاء حقّه من جواز الحلف.

ومن انّه بامتناعه صارت اليمين حقّاً للمدّعي، وقد حكم الحاكم بذلك على الوجه المشروع فلا ينتقض حكمه.

قوله رحمه الله: «وحيث منعناه لو رضي المدّعي بيمينه فالأقرب جوازه».

أقول: معناه لو منعنا من الحلف بعد نكوله عن اليمين فانّه اذا بذل المنكر اليمين ورضي المدّعي بيمينه فالأقرب عند المصنّف جواز الحلف؛ لأنّ اليمين حقّ للمدّعي فجاز له إسقاطه؛ إذ لا حجة عليه في إسقاط حقّه.

قوله رحمه الله: «ويحتمل أن يكون نكول المدّعي كحلف المدّعى عليه».

أقول: أكثر الأصحاب أطلقوا القول بأن المدّعي اذا نكل عن اليمين المردودة عليه سقط حقّه، والمصنّف جعل ذلك احتمالاً، وهو يدلّ على انّه يحتمل عدم سقوطه؛ لأنّ الأصل بقاء حقّه مالم يصرّح بإسقاطه.

ووجه احتمال السقوط انّ بقاءه يؤدّي الى استمرار المنازعة دائماً والإضرار بالمدّعى عليه، إذ لو لم يسقط حقّه لجاز أن يعاود الدعوى مرة أُخرى، فاذا ردّ المنكر اليمين عليه فامتنع جاز أن يطلب إحضاره ثالثة وهكذا، وكلّ ذلك إضرار وتسلّط على الغير، والأصل عدمه، وحينئذٍ يكون نكول المدّعي بمنزلة حلف المدّعى عليه بمعنى سقوط الحقّ ظاهراً لإبرائه المدّعى عليه في نفس الأمر.

قوله رحمه الله: «ولو حلف فهو كإقرار الخصم أو كالبيّنة فيه إشكال».

أقـول: اذا حلف المدّعي على دعواه عند نكول المدّعى عليه أو عند ردّ اليمين عليه يثبت حقّ المدّعي قطعاً، لكن هل يكون حلفه كإقرار الخصم بالحقّ أو كالبيّنة؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّه حجة شرعية يثبت بها الحقّ عند إنكار المنكر فكان كالبيّنة.

ومن انّ حكم يمين المدّعي مقصور على المدّعى عليه لاغير فكان كالإقرار.

قوله رحمه الله: «ولو أقام شاهداً واحداً ونكل عن اليمين معه احتمل أن يكون له الحلف بعد ذلك وعدم القبول إلّا بشاهد آخر».

أقـول: وجه الاحتمال الأوّل انّ ذا الشاهد الواحد له حقّ بإثباته بالشاهد واليمين، والأصل بقاء حقّه.

وأمّا الاحتمال الثاني فهو ما ذهب إليه الشيخ في المبسوط فقال فيه: وإن قال: لست أختار اليمين مع الشاهد ولا غيره لضمّ إليه وأختار مطالبة المدّعى عليه باليمين كان له ذلك، وإن اختار الاستحلاف نظرت، فإن اختار أن يستردّ ما بذله ويحلف هو لم يكن له؛ لأنّ من بذل اليمين لخصمه لم يكن له أن يستردّها الى نفسه بغير رضاه[1].

قوله رحمه الله: «ولو ادّعى القاضي مالاً لميّت ولا وارث له على انسان فنكل احتمل حبسه حتى يحلف أو يقرّ والقضاء عليه وتركه».

---

(١) المبسوط: كتاب الشهادات فيما اذا نكل المدّعى عليه عن اليمين ج ص ١٩٠.

أقـول: هذه المسألة من جملة المسائل الثلاث التي حكاها الشيخ في المبسوط، وذكرنا نحن في فصل اليمين مع الشاهد، والشيخ في المبسوط حكـى فـيها قـولين، أحدهما: حبس المدّعى عليه حتى يحلف أو يقرّ[1].

وهو أحد الاحتمالات التي ذكرها المصنّف؛ لأنّ الحاكم لايمكن أن يحلف؛ لأنّه غير عالم بثبوته في ذمّة المدّعى عليه، ولا يجوز اليمين إلّا مع العلم، واذا تعذّر ردّ اليمين على المقرّ ليس له الامتناع منها، فاذا امتنع حبس حتى يحلف أو يعترف بالدعوى.

الثاني: يقضي عليه بنكوله، وهو الاحتمال الثاني من الاحتمالات الثلاثة المذكورة هناك. ووجه هذا الاحتمال أن نقول: امّا عند من يقضي بالنكول من غير ردّ اليمين على المدّعى فظاهر، وأمّا عند من يقول: بردّ اليمين على المدّعي فهاهنا يتعذّر الردّ؛ لما قلناه من عدم علم الحاكم بذلك.

الاحتمال الثالث: تركه، وهذا الاحتمال لم يتعرّض له الشيخ. ووجه هذا الاحتمال انّ الحبس انّما يكون على حقّ بعد ثبوته وامتناع من هو عليه من أدائـه، والحـقّ لايثبت بمجرّد الدعوى، وأمّا القضاء بالنكول فلمّا بيّنا انّه لايقضى به من غـير ردّ اليمين، والردّ هنا متعذّر.

قوله رحمه الله: «ولو ادّعى الفقير أو السـاعي إقرار المالك بثبوت الزكاة في ذمّته لم يحلف مـع نكوله، بل تثبت الاحتمالات الثلاث».

أقـول: هذه المسألة من جنس إحدى المسائل الخـمس التي حكـيناها عـن

---

(١) المبسوط: كتاب الشهادات فصل في النكول عن اليمين ج ٨ ص ٢١٤.

الشيخ التي يقضي فيها بالنكول بلا ردّ، وصورة هذه المسألة: اذا ادّعى الساعي على مالك النصاب أو ادّعى عليه الفقير ثبوت الزكاة في ذمّته امّا باعترافه فأنكره أو ادّعى دفعه الى ساعٍ آخر فالقول قوله، وعندنا القول قوله مع يمينه. امّا لو قال الساعي: أنت أقررت بثبوت الزكاة عليك فأنكر توجّهت عليه اليمين، فإن حلف سقطت الدعوى، وإن نكل ثبت الاحتمالات الثلاثة[1] ـ أعني حبسه أو القضاء عليه بالنكول أو تركه ـ ووجه هذه الاحتمالات تقدّم.

قوله رحمه الله: «وهل يشترط أن يدّعي جحود الغائب؟ نظر».

أقول: هل يشترط في الحكم على الغائب أن يدّعى المدّعى عليه جحوده أم لا؟ فيه نظر.

ينشأ من جواز الحكم على الغائب مطلقاً، فلم يكن دعوى الجحود شرطاً كالدعوى على الحاضر.

ومن انّ الحكم بالبيّنة موقوف على إنكار الخصم، إذ مع كونه مقرّاً بالدعوى لايفتقر الى البيّنة.

قوله رحمه الله: «ولو طلب نسخة أو طلب المديون نسخ الحجة فالأقرب الإباحة».

أقول: يريد انّه اذا طلب المشتري نسخ كتاب الأصل من الحاكم أو طلب منه المديون أن يأخذ نسخة الحجة بالدّين الذي كان عليه أداؤه وأدّاه فالأقرب انّه يجوز للحاكم ذلك.

---

(١) المبسوط: كتاب الشهادات فصل في النكول عن اليمين ج ٨ ص ٢١٢ نقلاً بالمعنى.

ووجه القرب انّه غرض صحيح لا ضرر فيه على البائع ولا على صاحب الدّين، فكان جائزاً.

قوله رحمه الله: «يقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقاً وإن كان حاضراً ـ على رأي ـ او مسافراً دون المسافة، وقيل: يعتبر في الحاضر تعذّر حضوره».

أقول: يريد بقوله: «مطلقاً» أي سواء كان غائباً عن البلد أو حاضراً في البلد، وسواء تعذّر حضوره بهرب أو غيره وكان يمكن إحضاره مجلس الحكم. خلافاً للشيخ فانّه قال في المبسوط: فامّا اذا كان حاضراً في البلد غير ممتنع من الحضور فهل له أن يقضى عليه وهو غائب عن مجلس الحكم أم لا؟ قال قوم: له ذلك؛ لأنّه غائب عن مجلس الحكم، والصحيح انّه لا يقضى عليه؛ لأنّه مقدور على إحضاره، والقضاء على الغائب انّما جاز لموضع الحاجة وتعذّر إحضاره[1].

قوله رحمه الله: «ولو قال: ادعى عبد قيمته عشرة فأمّا أن يحضر العين أو القيمة فالأقرب صحة هذه الدعوى، وإن كانت متردّدة».

أقول: وجه القرب انّ المدّعى به لا ترديد فيه؛ لأنّ المدّعي جزم بأنّه يستحقّ في يد المدّعى عليه عبداً قيمته عشرة، وانّما الترديد يرجع الى اختيار المدّعى عليه، وذلك لايقدح في دعواه ولا يوجب الترديد فيها.

---

(١) المبسوط: كتاب آداب القضاء القضاء على الغائب ج ٨ ص ١٦٢.

قوله رحمه الله: «وفي ضمان منفعة العبد إشكال».

أقول: يريد لو ادّعى على غيره عبداً غائباً عن مجلس الحكم وأقام بيّنة تشهد له بذلك وسمع الحاكم البيّنة وآخر الحكم الى حين إحضار العبد الى بلد الشهود ليشهدوا على عينه يدفع المدّعي قيمة العبد الى المدّعى عليه بحيث إنّ ثبت انّ العبد له استعاد القيمة، وإن لم يثبت أعاده على صاحبه، فإن تعذّرت الإعادة استقرّ ملك صاحب العبد على القيمة، وحينئذٍ هل يضمن المدّعي منافع العبد من حين أخذه الى حين ردّه أو تلفه؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّ المالك قبض عوضه فزال ضمان العين عنه.

ومن انّ دفع القيمة لمكان الحيلولة، ولا يقتضي ذلك انتقال الملك عنه، ولايملك المدّعى له، ومنافع العين المملوكة مضمونة بالفوات.

قوله رحمه الله: «ولولم يحضر الخصومة وحكى لهما الدعوى والحكم وأشهدهما عليه ففيه نظر، أقربه القبول».

أقول: وجه النظر من انّ حكم الحاكم الثاني بناءً على حكم الحاكم الأوّل ـ وهو قول في الشرع ـ بغير علم، وهو منهيّ عنه بقوله تعالى: ﴿وأن تقولوا على الله ما لاتعلمون﴾[1] وقوله تعالى: ﴿ولاتقفُ ما ليس لك به علم﴾[2] خرج من ذلك ما وقع الاتفاق عليه، فيبقى الباقي على أصالة المنع.

---

(١) الأعراف: ٣٣.

(٢) الإسراء: ٣٦.

ومن انّ حكم الحاكم لمّا كان مقبولاً وقاضياً كان إخباره ماضياً، ولأنّه ممّا تمسّ الحاجة إليه، فلولم يشرع لزم حصول الضرر، وهو منفيّ بالخبر.

قوله رحمه الله: «ولو قصر القاضي فكتب اسم المقرّ واسم أبيه خاصّة فأقرّ رجل انّه مسمّى باسمه وانّ أباه مسمّى باسم أبيه وانّه المعنى بالكتاب ولكن انكر الحقّ فالوجه انّه يلزمه على إشكال، ينشأ من انّ القضاء المبهم في نفسه غير ملزم».

أقول: ومن المنع من فساد الحكم.

واعلم انّ هذه المسألة ذكرها بعض الفقهاء في كتاب له فقال فيه: لو قصر القاضي فلم يكتب إلّا انّي حكمت على محمّد بن أحمد فالحكم باطل، حتى انّه لو أقرّ رجل انّه محمد بن أحمد وانّه المعنيّ بالكتاب ولكن أنكر الحقّ لايلزمه شيء بالقضاء المبهم في نفسه[1].

والتحقيق أن يقال: إنّ المحكوم عليه امّا أن يكون قد حضر مجلس الحكم وحكم الحاكم عليه بذلك، وانّما قصر في الكتاب الذي كاتب به فاقتصر فيه على اسمه واسم أبيه لاغير. أو يكون المدّعي قد ادّعى على غائب فقال للحاكم: لي على محمّد ابن أحمد الغائب كذا وهو جاحد وأقام شاهدين بذلك فحكم الحاكم بذلك وكتب به كتاباً. ففي القسم الأوّل: يكون الحكم به صحيحاً والتقصير في المكاتبة، فاذا أقرّ

---

(١) الظاهر أنه الشهيد الأوّل، راجع الدروس: درس ١٣٩ في القضاء على الغائب ج ٢ ص ٩٢ مع اختلاف.

المسمّى هو وأبوه بهذا الاسم وانّه المعنيّ بذلك فانّه يلزم الحقّ، ولا إشكال فيه. وفي القسم الثاني: يكون الحكم فاسداً.

قوله رحمه الله: «واذا سأل الشركاء من الحاكم القسمة أجابهم وإن لم يثبت عنده الملك لهم على رأي».

أقول: هذا ظاهر كلام الشيخ في المبسوط[١] والخلاف[٢].

وقال ابن الجنيد كلاماً معناه: انّه اذا طلب المدّعون القسمة للأرض على سهامهم لم يجز للحاكم ذلك، إلّا أن يثبت عنده البيّنة بملكهم أو ميراثهم إيّاها عن مالكها، فإن رأى الحاكم أن يقسمها بينهم لم يفعل ذلك حتى يشيع أمرها بين جيرانها وينتظر مدة يمكن معها أن يحضر مدّعٍ لها أو بعضها إن كان مالكاً لها، واذا قسّمها لم يسجّل بالقسمة، إلّا أن يذكر الحال انّه لم يثبت بأنّ غيره له بيّنة بملكهم إيّاها[٣].

قوله رحمه الله: «ولو طلب أحد الشريكين المهاياة من غير قسمة امّا في الاجزاء ـ كأن يسكن ويزرع هذا المعيّن والآخر الباقي ـ أو في الزمان لم يجبر الممتنع، سواء كان ممّا تصحّ قسمته أو لا على إشكال».

---

(١) المبسوط: كتاب آداب القضاء باب في ذكر القاسم ج ٨ ص ١٤٧ ـ ١٤٨.

(٢) الخلاف: كتاب آداب القضاء المسألة ٣٩ ج ٣ ص ٣١٨ طبعة اسماعيليان.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القضاء الفصل السادس في مايتعلّق بالقضاء ص ٧٠٨ س ٢٦.

أقـول: وجه الإشكال انّ المهاياة لاتخرج الملك عن الاشتراك، ولايجب على الشريك إجابة شريكه الى الانفراد بالتصرّف وحده مع بقاء الشركة.

ومن انّ لكلّ مالك أن ينفرد بالتصرّف في ملكه، ولا يلزمه المشاركة لغيره، فاذا تعذّرت القسمة في الأصل وأمكنت القسمة على بعض الوجوه كان لكلّ منهما طلب ذلك، ولأنّ الامتناع من المهاياة فيما لايمكن قسمته إضرار بنفسه وبغيره فكان ممنوعاً منه.

قوله رحمه الله: «وان نصّباه وكان بشرائط صفة قاسم الحاكم أوّلاً أو اقتسماه بأنفسهما من غير قاسم يقف اللزوم على الرضا بعد القرعة، وفيه نظر، من حيث إنّ القرعة سبب التعيين وقد وجدت مع الرضا».

أقـول: ومن حيث إنّ المانع أن يمنع من كونها بانفرادها سبباً لجواز أن يكون سبب التعيين مجموع القرعة والرضا بعدها، ولأنّ الأصل بقاء الشركة الى أن يثبت ما يرفعها.

قوله رحمه الله: «ويحصل الضرر المانع من الإجبار بنقصان القيمة، وقيل بعدم الانتفاع بالنصيب».

أقـول: هذا القول المشار إليه هو قول الشيخ في الخلاف فانّه قال فيه: كلّ قسمة كان فيها ضرر على الكلّ ـ مثل الدور والعقارات والدكاكين الضيّقة ـ لم يجبر الممتنع من القسمة والضرر؛ لأنّ هذا لايمكنه الانتفاع بما انفرد له، وحكى خلاف

الفقهاء في ذلك، وانّ بعضهم قال: الضرر هو نقصان القيمة، ثمّ قال: ولي فيه نظر[١]. وتردّد في المبسوط[٢] في ذلك، واختار المصنّف في المختلف انّه نقصان القيمة[٣].

قوله رحمه الله: «والعبيد يقسّم بالتعديل قسمة إجبار على إشكال».

أقول: من حيث المالية، فانّها من جنس واحد وقد عدلت بالقسمة فيقسّم قسمة إجبار كالثياب.

ومن تعلّق الأغراض بخصوصيات أشخاص العبيد فيفتقر الى التراضي.

قوله رحمه الله: «ولو انفرد أحدهما بالرديء وخمس الجيد لتزول الشركة على أحد العبدين استويا، لكن الأقرب انّه لايجبر عليه؛ لأنّ أصل الشركة قائم، ويحتمل أن يكون كقسمة التعديل».

أقول: وجه هذا الاحتمال انّ الاعتبار بالتعديل بالقسمة وقد حصلت، ولما سبق من انّ لكلّ مالك أن يطلب الانفراد بما يملكه، وقد أمكن ذلك في البعض.

قوله رحمه الله: «واذا اتفقا على الردّ وعدلت السهام قيل: لايلزم بنفس القرعة لتضمّنها المعاوضة».

---

(١) الخلاف: كتاب القضاء المسألة ٢٧ ج ٣ ص ٣١٧ طبعة اسماعيليان.

(٢) المبسوط: كتاب آداب القضاء ج ٨ ص ١٣٥.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب القضاء الفصل الخامس في ذكر القاسم ص ٧٠٧ س ٢٢.

أقــول: هذا القول المشار إليه بقوله: «قيل: لايلزم بنفس القرعة» هـو قـول الشيخ في المبسوط[١].

قوله رحمه الله: «ولو طلب قسمة الزرع أُجبر على رأي».

أقــول: الإشارة بقوله: «على رأي» الى ظاهر قول الشيخ، فانّه منع من قسمة الزرع وحده، فانّه قال في المبسوط: لو طلب قسمة الزرع وحده لم يجبر الآخر عليه؛ لأنّ تعديل الزرع بالسهام لايمكن[٢].

قوله رحمه الله: «امّا لو كان بذراً لم يظهر، فـانّ قسمته لاتصحّ، ويصحّ لو كان سنبلاً على رأي».

أقــول: الخلاف هنا مع الشيخ أيضاً فانّه قال في المبسوط: امّا لو كان الزرع قد اشتدّ سنبله وقوّى حبه فالحكم فيه كما لو كان بذراً، ثمّ قال: ولو كان فصيلاً أُجبر الممتنع[٣].

واعلم انّ هذا الكلام منه يقتضي المنع من قسمة الزرع حال كونه بـذراً وهـو مسلّم، وحال كونه سنبلاً وهو ممنوع، وتسويغه اذا كان فصيلاً وهو مسلّم أيضاً.

قوله رحمه الله: «أمّا قسمة التراضي فالأقرب انّه كذلك».

---

(١) المبسوط: كتاب آداب القضاء ج ٨ ص ١٣٩.

(٢) المبسوط: كتاب آداب القضاء ج ٨ ص ١٤١.

(٣) نفس المصدر السابق.

أقول: يريد اذا ادّعى أحد الشريكين على شريكه بعد أن قاسمه انّ عليه غلطاً في القسمة فالأقرب انّه تسمع دعواه، ثمّ إن أقام بيّنة بالغلط حكم بها، وإلّا كان له إحلاف خصمه.

ووجه القرب انّها دعوى صحيحة لو أقرّ الخصم بها نقضت، فاذا أنكر كان له إحلافه، ويحتمل ضعيفاً عدم توجّه اليمين؛ لأنّ التقدير انّه باشر القسمة ورضي بها.

قوله رحمه الله: «وإن كان غير معيّن بل مشاعاً بينهما فالأقرب البطلان، وقيل: بالصحة».

أقول: يريد انّه اذا اقتسم اثنان وحصل لكلّ واحد منهما جزء معيّن ثمّ ظهر استحقاق بعضها على سبيل الشياع ـ كالنصف أو الثلث مثلاً ـ فالأقرب بطلان القسمة؛ لأنّ المقسوم قد ظهر كونه مشتركاً بين المتقاسمين وغيرهما، وقسمة بعض الشركاء من دون اتفاق الباقين لاتصحّ.

والقول المحكي بقوله: «وقيل» إشارة الى قول الشيخ في المبسوط، لكنه تردّد فيه فانّه قال: اذا كان بينهما ضيعة فاقتسماها فبان ثلثها مستحقّاً فإن كان معيّناً وحصل بينهما بالسوية لم تبطل القسمة، وإلّا بطلت، وإن كان مشاعاً بطلت في قدر المستحقّ ولم تبطل فيما بقي. ثمّ قال: وقال قوم: تبطل فيما بقي أيضاً، والأوّل مذهبنا، والثاني أيضاً قوي؛ لأنّ تميّز حقّ كلّ واحد منهما عن صاحبه، وقد بان انّه على الإشاعة. ثمّ قال: والعلّة الجيّدة في ذلك انّهما اقتسماها نصفين وثلثها لغائب، ومن قسّم ما هو شركة بينه وبين غيره بغير حضوره كانت القسمة باطلة[1].

---

(١) المبسوط: كتاب آداب القضاء ج ٨ ص ١٤٢.

قوله رحمه الله: «ولو ظهر عيب في نصيب أحدهما احتمل بطلان القسمة؛ لانتفاء التعديل الذي هو شرط صحتها، فيتخيّر الشريك بين أخذ الأرش والفسخ».

أقول: وجه هذا الاحتمال من انّ وجود العيب في أحد النصيبين لايقدح في صحة القسمة، وكون التعديل شرطاً، إن أُريد به التعديل في نفس الأمر فممنوع، وإن أُريد به ظاهراً فهو مسلّم وقد حصل. ولأنّ الأصل صحة القسمة، وحينئذٍ يكون له فسخ القسمة قطعاً؛ لأنّه لم يرض إلّا على تقدير السلامة من العيب ولم يحصل.

وأمّا الأرش فهل له المطالبة به؟ قال المصنّف: نعم، وفيه نظر، فانّ إجبار الشريك على دفع الأرش على خلاف الأصل، غايته أن يتسلّط على الفسخ.

قوله رحمه الله: «ولو أقام كلّ منهما بيّنة فهي للخارج، وقيل: للداخل».

أقول: القول الأوّل ـ وهو انّ البيّنة بيّنة الخارج ـ هو قول المفيد[١]، وعلي ابن بابويه[٢]، وابنه محمّد[٣]، وابن ادريس[٤]. والقول: بأنّ البيّنة بيّنة الداخل قول الشيخ[٥].

---

(١) المقنعة: باب كيفية سماع القضاة البيّنات ص ٧٣١.

(٢) المقنع: كتاب القضاء ص ١٣٣.

(٣) من لايحضره الفقيه: باب حكم المدعيين في حقّ بينهم يقيم كل واحد منهم البيّنة ج ٣ ص ٦٥ـ٦٦.

(٤) السرائر: كتاب القضاء باب سماع البيّنات... ج ٢ ص ١٦٨.

(٥) المبسوط: كتاب الدعاوى والبيّنات ج ٨ ص ٢٥٨.

قوله رحمه الله: «وقيل: يقضي بالقرعة مع الإطلاق، ويقسّم مع الشهادة بالسبب».

أقول: يريد اذا تداعيا عيناً وليست في يد أحدهما بل هما خارجان وأقام كلّ منهما بيّنة فانّه يحكم لأعدلهما، وإن تساويا فلأكثرهما عدداً، فإن تساويا أُقرع بينهما.

وقال الشيخ في المبسوط: مع التساوي يقرع إن شهدتا بالملك المطلق، ويقسّم بينهما إن شهدتا بالسبب[1]. وهو الذي عناه المصنّف بقوله: «وقيل».

قوله رحمه الله: «وقيل: يحكم للرجل بما يصلح له وللمرأة بما يصلح لها».

أقول: مراده انّه اذا تداعى الزوجان متاع البيت حكم به لهما ويحلف كلّ منهما لصاحبه قول الشيخ في المبسوط[2].

وقال في الخلاف بالتفصيل وهو: الحكم بما يصلح للرجال للرجال، وما يصلح للنساء للنساء، ويقسّم بينهما ما يصلح لهما[3]. وإليه أشار المصنّف بقوله: «وقيل».

وله قول ثالث في الاستبصار: انّ القول قول المرأة[4].

قوله رحمه الله: ويحتمل أن يكون لمدّعي الكلّ الثلثان ولمدّعي النصف الثلث؛ لأنّ المنازعة

---

(١) المبسوط: كتاب الدعاوى والبيّنات ج ٨ ص ٢٥٨.

(٢) المبسوط: كتاب الدعاوى والبيّنات ج ٨ ص ٣١٠.

(٣) الخلاف: كتاب الدعاوى والبيّنات المسألة ٢٧ ج ٣ ص ٣٦٢ ـ ٣٦٣.

(٤) الاستبصار: باب اختلاف الرجل والمرأة في متاع البيت ج ٣ ص ٤٦.

وقعت في أجزاء غير معيّنة ولا مشار إليها فتنقسم على طريق العول».

أقول: هذا الاحتمال هو قول ابن الجنيد[1]، وقد ذكر المصنّف وجه الاحتمال.

قوله رحمه الله: «ويحتمل أن يقال: في يد كلّ واحد الثلث أربعة من اثني عشر».

أقول: هذا الاحتمال هو الصحيح؛ لأنّا اذا قضينا ببيّنة الخارج فالثالث يدّعى عليه ولا يدّعي هو على أحد فيؤخذ الثلث الذي في يده، والمستوعب يدّعيه أجمع، والثاني يدّعي منه نصف سدس، يسلّم للمستوعب ثلاثة أرباعه، وبقي سهم يتداعى فيه المستوعب والثاني، وهما خارجان بالنسبة إليه فيقرع بينهما، فمن خرج اسمه أُحلف وقضى له به، فإن امتنع أُحلف الآخر، فإن امتنع قسّم بينهما، والثلث الذي في يد الثاني يدّعيه الثاني والمستوعب، لكن بيّنة المستوعب أولى؛ لأنّه الخارج فيقضى له به، والثلث الذي في يد المستوعب لا يدّعي الثاني فيه أكثر من نصف السدس وبيّنته خارجة بالنسبة إليه فيقضى له به، وبقي في يد المستوعب ثلاثة أسهم لا يدّعيها أحد عليه فيسلّم له.

قوله رحمه الله: «ويحتمل أن يقال: أقلّ عدد له ثلاث ونصف ستة... الى آخره».

أقول: لا فرق بين هذا الاحتمال والذي قبله إلّا في القرعة وعدمها، فانّ

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القضاء الفصل الثالث في لواحق القضاء ص ٧٠١ س ٣.

الاحتمال الأوّل يقتضي أن يجمع بين كلّ متنازعين[١] فيما تنازعا[٢] فيه ويقرع ويحلف الخارج بالقرعة، فإن امتنع حلف الآخر، فإن امتنع الآخر قسّم المتنازع فيه بين المتنازعين. والاحتمال الآخر يقسّم المتنازع فيه من غير قرعة، وهذا الاحتمال يقتضي انّ كل متنازعين في شيء يقتسمان ما تنازعا[٣] فيه.

ووجه هذا الاحتمال انّ نسبة المتنازعين الى ما تنازعا فيه على سبيل السوية؛ لكون ما تنازعا فيه ليس في يد أحدهما ولا يدّعيه أحد غيرهما ولا أولوية لأحدهما فيه على صاحبه فكان مقسوماً بينهما.

قوله رحمه الله: «ولو انتهب الأبوان والزوج التركة وادّعى كلّ على صاحبه أخذ زيادة على حقّه... الى آخره».

أقول: لمّا كان منتهب الزوج شيئاً والأُم ديناراً والأب درهماً وأمر الحاكم كلّ واحد أن يرد ممّا أخذ بنسبة ما أخذ، ردّ الزوج نصف شيء وردّت الأُم ثلث دينار وردّ الأب ثلث[٤] درهم، وتخلف مع الزوج[٥] نصف شيء ومع الأُم ثلثا دينار ومع الأب خمسة أسداس درهم، والمردود نصف شيء وثلث دينار وسدس درهم، فلمّا قسّمه بينهم أثلاثاً رجع الى كلّ واحد سدس شيء وتُسع دينار ونصف تسع

---

(١) في ش: «كلّ من المتنازعين».

(٢) في ش: «يتنازعا».

(٣) في ش: «يتنازعا».

(٤) في ش: «سدس».

(٥) في ش: «الزوجة».

درهم، يكمل مع الزوج ثلثا شيء وتسع دينار ونصف تسع درهم، وذلك يعدل نصف مجموع التركة، أي نصف شيء ونصف دينار ونصف درهم له من ثلثي الشيء الذي حصل معه نصف شيء، وفضل معه سدس شيء ومعه من الدينار تسع دينار، وذلك جزء من ثمانية عشر جزء من دينار، ونصف تسع درهم وهو سهماً واحد من ثمانية عشر سهماً من درهم.

فسدس الشيء يعدل سبعة أجزاء من ثمانية عشر جزء من دينار وثمانية أجزاء من ثمانية عشر جزء من درهم، فالشيء يعدل ستة أمثال ذلك، فيكون الشيء معادلاً لدينارين وثلث دينار ودرهمين وثلثي درهم. فظهر انّ مجموع التركة ثلاثة دنانير وثلث دينار وثلاثة دراهم وثلثا درهم.

ثمّ اذا أردنا أن نعلم نسبة الدرهم الى الدينار قلنا: للأُم ثلث التركة، وذلك دينار وتسع دينار ـ أعني جزءين من ثمانية عشر جزء من دينار ـ ودرهم وتسعاً درهم: ـ أي أربعة أجزاء من ثمانية عشر جزء من درهم ـ وبيدها ثلثا دينار، وذلك اثنا عشر جزء من ثمانية عشر جزء من دينار ورجع إليها تسع دينار، وذلك جزءان من ثمانية عشر جزء من الدينار وسدس شيء. وقد بيّنا انّه عبارة عن سبعة أجزاء من ثمانية عشر جزء من دينار وثمانية أجزاء من ثمانية عشر جزء من درهم، فكمل معها من أجزاء الدينار جزء واحد، وكمل معها من أجزاء الدرهم نصف درهم ـ أي تسعة أجزاء من ثمانية عشر جزء من درهم ـ يعود إليها من أجزاء الدرهم ثلاثة عشر جزء، وذلك يعدل الجزء من الدينار، فالدينار يعدل ثلاثة عشر درهماً.

قوله رحمه الله: «والأقرب لزوم ذلك».

أقول: لو ادّعى كلّ من شخصين شراء عين من واحد بثمن معيّن وأقام كلّ

منهما بيّنة بالشراء والإقباض وتساويا في العدالة والعدد والتاريخ أُقرع بينهما وحلف من يخرجه القرعة، فإن نكل حلف الآخر، فإن نكل قسّمت العين بينهما ورجع كلّ منهما بنصف الثمن ولكلّ منهما الفسخ، ولو فسخ أحدهما فللآخر الجميع، والأقرب عنده انّه يلزم الآخر ـ أي الذي لم يفسخ ـ أخذ الجميع.

ووجه القرب عنده انّه بزعمه انّ الملك بأجمعه له، وانّ الآخر كاذب في دعواه، وانّ البائع قبض ما يستحقّه من الثمن، وانّما كان له الفسخ بسبب تبعيض الصفقة لو شاركه الآخر، وذلك منتفٍ هنا.

قوله رحمه الله: «ولو كانت العين في يد أحدهما قضى له مع عدم البيّنة، ولو أقاما بيّنة حكم للخارج على رأي».

أقول: قد تقدّم ذكر الخلاف في هذه المسألة.

قوله رحمه الله: «ولو اختلف المؤجّران في قدر الأُجرة حكم لأسبق البيّنتين، فإن اختلفا قيل: يقرع، وقيل: يحكم ببيّنة المؤجّر، لأنّ القول قول المستأجر».

أقول: القول بأنّه يقرع هو قول الشيخ في المبسوط[1].

والقول الآخر بأن يحكم ببيّنة المؤجّر هو ظاهر كلام ابن ادريس؛ لأنّه قال: اذا اختلفا في قدر الأُجرة فالقول قول المستأجر؛ لأنّ المدّعى عليه زيادة غير متفق

---

(١) المبسوط: كتاب الدعاوى والبيّنات ج ٨ ص ٢٦٤.

عليها، وعلى المدّعى عليه اليمين[١]. وذلك يعطي أنّ البيّنة بيّنة المدّعي.

قوله رحمه الله: «واذا ثبت عتق عبدين ببيّنتين كلّ واحد ثلث مال المريض دفعه قيل: يقرع ويعتق من تخرجه القرعة».

أقول: هذا القول هو قول الشيخ في المبسوط[٢]، ذكره في فصل الرجوع عن الشهادة.

قوله رحمه الله: «ولو شهد أجنبيّان بوصية العتق لأحدهما ـ الى قوله: ـ ويحتمل عتق ثلثي الثاني بالإقرار».

أقول: قال الشيخ في المبسوط ـ ما معناه ـ: انّ الوارثين اذا كانا عدلين قبلت شهادتهما؛ لأنّها عادلة فلا تجر نفعاً ولا تدفع ضرراً[٣]. والمصنّف قال: في القبول نظر، ومنشأه ممّا ذكره الشيخ في المبسوط. ومن تحقّق التهمة المانعة من قبول الشهادة، وهي دعواهما لتملّك من شهد الأجنبيان بالوصية بعتقه.

فأمّا اذا كانا فاسقَين قال في المبسوط: يعتق من شهد الأجنبيان بالوصية بعتقه؛ لقيام البيّنة العادلة، ويحكم على الوارثين بعتق ثلثي الآخر[٤]. والمصنّف لمّا تردّد في

---

(١) السرائر: باب الإجارات ج ٢ ص ٤٦٦.

(٢) المبسوط: كتاب الشهادات ج ٨ ص ٢٥٠.

(٣) المبسوط: كتاب الشهادات ج ٨ ص ٢٥٢.

(٤) المبسوط: كتاب الشهادات ج ٨ ص ٢٥١ ـ ٢٥٢.

قبول شهادة الوارثين على تقدير كونهما عدلين جعل عتق ثلثي الآخر احتمالاً مطلقاً.

ووجه هذا الاحتمال امّا اذا لم يقبل شهادتهما حتى حكم عليهما بعتق من شهد الأجنبيان بعتقه كان كالتالف من التركة بزعمهما، فيكون ثلثا الآخر هو مقدار ثلث التركة.

قوله رحمه الله: «ولو شهدت بيّنة انّه أوصى لزيد بالسدس والأُخرى انّه أوصى لبكر بسدس وثالثة بأنّه رجع عن أحدهما احتمل بطلان الرجوع؛ لإبهامه وصحته، فيقرع أو يقسّم».

أقول: وجه الصحة ظاهر؛ لأنّ الأصل الصحة، وحينئذٍ امّا أن يقرع بين الأوّلين؛ لأنّه أمر مشكل، إذ بموت الموصي لم يبق سبيل الى استعلامه. أو يقسّم بينهما؛ لأنّه مال قد انحصر استحقاقه بينهما، ونسبته إليهما على السواء، فكان مقسوماً بينهما.

قوله رحمه الله: «ولو كان في نكاح فاسد ففي انقطاع إمكانه نظر».

أقول: ينشأ من انّها فراش ظاهر للأوّل بسبب عقد النكاح، فكان كالنكاح الصحيح.

ومن كونه في نفس الأمر شبهة وإن كان لشبهة عقد النكاح، فكان الواطئ الثاني أولى؛ لتخلّل الحيض الدالّ في الأغلب على فساد الحمل من الأوّل.

قوله رحمه الله: «ولو تداعيا صبياً وهو في يد أحدهما لحق بصاحب اليد خاصّة على إشكال».

أقـول: وجه الإشكال من حيث إنّ كونه في يد أحد المتداعيين قرينه تشهد له بصحة دعواه، استناداً الى الظاهر من حال الأولاد والآباء بالنسبة الى مجرى العادة.

ومن حيث إنّ اليد لا مدخل لها في النسب.

قوله رحمه الله: «لو استلحق ولداً فأنكرت زوجته ولادته ففي لحوقه بها بمجرد اقرار الأب نظر».

أقـول: وجه النظر انّ إقرار الأب بالولد الصغير يقتضي ثبوت النسب فيلحق بها؛ لقيام البيّنة.

ومن كونها منكرة لنسبه، والإقرار يلزم حكم المقرّ فلا يوجب حكماً على غيره، بخلاف البيّنة.

واعلم انّ ظاهر كلام ابن الجنيد يعطي اشتراط تصديقها فانّه قال: ولو قال: انّه من زوجتي هذه وصدّقته أُلحق بهما جميعاً[1]. وهو يدلّ بمفهومه على انّها اذا لم تصدّقه لا يلحق بهما جميعاً، بل بالمقرّ.

قوله رحمه الله: «واذا أقام المدّعي البيّنة لم يكن للغريم إحلافه، إلّا أن يقدّم دعوى صحيحة ـ كبيع أو إبراء ـ أو علمه بفسق الشهود على إشكال».

أقـول: يريد اذا ادّعى أحد الشخصين على غيره عيناً أو دَيناً وثبت ذلك

---

(١) نقله عنه في إيضاح الفوائد: كتاب القضاء ج ٤ ص ٣٩٩.

بالبيّنة لم يكن للمنكر إحلافه، إلّا أن يقدّم المشهود عليه دعوى صحيحة وينكرها المدّعي، كما لو ادّعى الإبراء من الدّين وانتقال العين المدّعى بها عليه بالبيع وأمثال ذلك. امّا لو ادّعى فسق الشهود وعلم المدّعي بذلك هل يكون له إحلاف المدّعي على عدم فسقهم؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّ ذلك يثمر فساداً.

ومن انّ الخصم لو اعترف بذلك سقطت دعواه بالنسبة الى هذه الشهادة، وكلّ موضع لو اعترف الخصم بالدعوى انتفع به المدّعي توجّه عليه اليمين مع الإنكار.

قوله رحمه الله: «وفي اشتراط تقييد دعوى العقد بالصحة نظر».

أقول: منشأه من انّ العقد المدّعى به انّما يتوجّه دعوى المطالبة به لو كان صحيحاً، إذ الفاسد لايترتّب عليه أثر، ومطلق العقد أعمّ من الصحيح فلا يدلّ عليه، إذ لا دلالة للعامّ على الخاصّ.

ومن انّ الأصل في العقد الصحة فيحمل عليه عند الإطلاق.

قوله رحمه الله: «ويحتمل أن يأخذه الحاكم الى أن تقوم الحجة لمالك، ولا يحتمل تسليمه الى المدّعي».

أقول: وجه الاحتمال انّه مال مجهول المالك، إذ المدّعي ليس في يده ولم تقم حجة على ملكه، وصاحب اليد ينفي عنه تملّكه فكان أمره الى الحاكم.

قوله رحمه الله: «ولو أضاف الى غائب انصرفت الحكومة عنه، وللمدّعي إحلافه، فإن

امتنع حلف المدّعي، وهل ينتزع الشيء أو يغرم؟ الأقرب الثاني».

أقول: وجه القرب انّ صاحب اليد قد أقرّ به لغيره وحكم به للغائب المقرّ له بها، فليس للمدّعي أخذ مال الغير بنكول غيره عن اليمين، ويمين خصمه متعذّرة، وكان له إلزامه بالقيمة، خصوصاً اذا أجرينا اليمين المردودة مجرى الإقرار، كما لو أقرّ بعين لواحد ثمّ أقرّ بها لآخر.

قوله رحمه الله: «ولو ادّعى رهناً أو إجارةً سمعت ـ الى قوله: ـ ففي تقديم بيّنته أو بيّنة المدّعي إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّ المدّعي خارج فتقدّم بيّنته على بيّنة صاحب اليد، كما هو مذهب المصنّف.

ومن انّ صاحب اليد الآخر وإن كانت العين في يده إلّا انّها شهدت له بسبب اليد، وهو الإجارة أو الرهن.

قوله رحمه الله: «واذا خرج المبيع مستحقّاً فله الرجوع على البائع بالثمن، فإن صرّح في نزاع المدّعي بأنّه كان ملكاً للبائع ففي الرجوع إشكال، أقربه ذلك».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّه اعتراف بكونه ملكاً لبائعه وهو يقتضي اعترافه، بأنّ ما أخذه المدّعي منه يكون ظلماً، فلا رجوع له على غير من ظلمه.

ومن أنّ جوابه للمدّعي بكونه ملكاً لبائعه، بناءً منه على الظاهر من كون اليد يقتضي الملك ظاهراً، وذلك لاينافي كونه ملكاً لغيره في نفس الأمر ولايمنع من الرجوع، وهو الأقرب عند المصنّف.

قوله رحمه الله: «ولو أخذ جارية بحجة فأحبلها ثمّ أكذب نفسه فالولد حرّ والجارية أُم ولد وعليه قيمتها للمقرّ له ومهرها، ويحتمل أن يحكم بالجارية للمقرّ له لو صدّقته».

أقول: وجه هذا الاحتمال أنّا لمّا لم نسمع إقرار المقرّ بالجارية لمن أُخذت منه لثبوت كونها مستولدة فيكون إقراره بها إقراراً في حقّ الغير، وهذا مندفع باعترافها بكذب المدّعي، كونها مملوكة للمدّعى عليه.

قوله رحمه الله: «ولو ادّعى قصاصاً على العبد لم يقبل إقرار العبد إلّا أن يصدّقه السيد، نعم لو أعتق فالأقرب الحكم عليه بما أقرّ به أوّلاً».

أقول: وجه القرب انّ المانع من نفوذ إقراره كونه يتضمّن إقراراً في حقّ السيد، وقد زال حقّ السيد، فيبقى إقراره خالياً عن المانع من القبول، فكان ماضياً عليه.

قوله رحمه الله: «ولو أنكر العبد فيهما فهل عليه اليمين؟ الأقرب ذلك، بناءً على المطالبة به لو أعتق».

أقول: يريد لو ادّعى أحد على عبد غيره قصاصاً أو أرشاً فأنكر العبد ذلك فهل للمدّعي إحلافه أم لا؟ الأقرب ذلك، على انّه اذا أعتق العبد هل يلزمه حكم اعترافه في حال العبودية أم لا؟ ولمّا كان الأقرب عند المصنّف انّ إقراره في حال الرقّ ينفذ عليه بعد العتق توجّهت للمدّعى عليه اليمين؛ لأنّ كلّ موضع لو أقرّ المدّعى عليه كان نافعاً للمدّعي في دعواه، فاذا أنكر توجّهت عليه اليمين.

قوله رحمه الله: «وإن كانت في يد أحدهما قضى للخارج على رأي إن شهدتا بالملك المطلق، ولو شهدتا بالسبب فكذلك على رأي».

أقول: هذا الذي ذكره المصنّف في المسألتين ـ من تقديم بيّنة الخارج سواء شهدتا بالملك المطلق لهما أو شهدتا بالمقيّد لهما ـ هو قول ابن ادريس[1]، وقول الشيخ نجم الدين في الشرائع، وحكى فيه عن الشيخ في المبسوط انّه فصل فقال: يحكم به لصاحب اليد إن شهدتا بالملك المقيّد[2].

قوله رحمه الله: «ولو انعكس قدّم ذو اليد، سواء تكرّر السبب ـ كالبيع ـ أو لا كالنتاج، وقيل: يقدّم الخارج أيضاً».

أقول: يريد بقوله: «لوانعكس» أي لو شهدت البيّنة لذي اليد بالسبب وللخارج بالمطلق قدمت بيّنة صاحب اليد.

---

(١) السرائر: كتاب القضاء باب سماع البيّنات ج ٢ ص ١٦٨.

(٢) شرائع الاسلام: في أحكام الدعوى في الاختلاف في دعوى الأملاك ج ٤ ص ١١١.

وقال ابن ادريس: يقضي بها للخارج مطلقاً، عملاً بقوله عليه السلام «البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر»[١].

قوله رحمه الله: «ولو كانت في يد ثالث ـ الى قوله: ـ وقيل: يقضي بالقرعة إن شهدتا بالملك المطلق، ويقسّم إن شهدتا بالمقيّد».

أقول: انّما كان الوجه انّ إقرار ذي اليد لأحدهما كاليد؛ لأنّ يد المتشبّث بزعمه يد المقرّ له. فعلى هذا يرجّح البيّنة به لأحدهما، يعني انّا اذا قضينا ببيّنة ذي اليد رجّحنا بيّنة المقرّ له؛ لأنّها بمنزلة ما اذا كانت في يده، واذا قضينا ببيّنه الخارج قضي بها للآخر.

قوله رحمه الله: «واذا تكاذبت البيّنتان صريحاً ـ مثل أن تشهد إحداهما على القتل في وقت وتشهد الأُخرى بالحياة في ذلك ـ فالأقرب التساقط».

أقول: وجه القرب انّ الأصل انّ قول الغير لايكون نافذاً على غيره، خرج منه شهادة الشاهدين مع عدم الكذب، فيبقى ما يتضمّن التكذيب على الأصل فيتساقطان.

قوله رحمه الله: «وربّما قيل: بالتعارض ويقرع بينهما».

---

(١) السرائر: كتاب القضاء باب سماع البيّنات ج ٢ ص ١٦٨.

أقول: هذا القول المشار إليه بالقرعة هو قول الشيخ رحمه الله، نقله عنه صاحب الشرائع فقال: وربّما قال الشيخ: نادراً يتعارضان ويقرع بينهما[١]. وكذا أشار المصنّف بقوله: «وربّما قيل».

وأتى بلفظ «ربّ» المفيد للتقليل، وانّما قال ذلك لأنّ الشيخ ذكر هذه المسألة في موضعين من المبسوط، أحدهما: في فصل الرجوع عن الشهادة، وحكى الخلاف فيها، ولم يختر شيئاً[٢]. والآخر: في فصل الدعاوى والبيّنات، واختار عدم التعارض، بل يقدّم الشاهدان والشاهد والمرأتان على الشاهد واليمين[٣]. وكذا في مسائل الخلاف صرّح بعدم التعارض أيضاً[٤].

قوله رحمه الله: «ولو اقترنت اليد بالحجّة الضعيفة احتمل تقديمها والتعادل».

أقول: هذا تفريع على مذهب من يجعل اليد مرجّحة وتكون بيّنته أقلّ من بيّنة الخارج، وهو انّه اذا كانت حجّة أحد الخصمين أضعف من حجّة الآخر وكانت الضعيفة لصاحب اليد احتمل فيه وجهان أحدهما: تقدّم صاحب اليد؛ لأنّ البحث هنا على تقدير القول: بأنّ البيّنة بيّنة الداخل وهو يتناول صورة النزاع، والآخر: التعادل. فانّ كلّ واحدة من الحجّتين قد اشتملت على وجه قوّة ووجه ضعف فيتعادلان.

---

(١) شرائع الاسلام: في أحكام الدعوى ج ٤ ص ١١١.

(٢) المبسوط: كتاب الشهادات ج ٨ ص ٢٥٤ ـ ٢٥٣.

(٣) المبسوط: كتاب الدعاوي والبيّنات ج ٨ ص ٢٥٩.

(٤) الخلاف: كتاب الدعاوي والبيّنات المسألة ٥ ج ٣ ص ٣٥٥ طبعة اسماعيليان.

قوله رحمه الله: «فيقدّم الداخل على الخارج على رأي، والأقرب العكس».

أقول: قد تكرّرت هذه المسألة وتقدّم ذكر الخلاف فيها.

ووجه قوة العكس ـ أي تقديم الخارج على الداخل ـ انّ الخارج مدّعٍ وصاحب اليد منكر فيقدّم قوله مع عدم البيّنة مع يمينه فتكون البيّنة بيّنة الآخر؛ لقوله عليه السلام: «البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر»[1].

قوله رحمه الله: «إلّا أن يقيمها بعد بيّنة الخارج على إشكال».

أقول: يريد اذا تداعيا عيناً وهي في يد أحدهما فالأقوى انّ البيّنة بيّنة الخارج، إلّا أن يكون الخارج قد أقام البيّنة بها أوّلاً وحكم بها ثمّ أقام الداخل البيّنة له بها فانّ فيه إشكالاً.

من حيث احتمال كون البيّنة بيّنة الذي كان داخلاً؛ لأنّه الآن خارج.

ومن حيث إنّ الدعوى واحدة، فلا يختلف الحكم فيها بسبب تأخّر إقامة البيّنة، فانّ الشهادة تتضمّن كونها ملكه لمّا كانت في يده؛ لأنّه لم يدّع تجدّد انتقالها، وانّما الاختلاف في تملّكها وقت دعوى المدّعي بها.

قوله رحمه الله: «فلو ادّعى عيناً في يد غيره وأقام البيّنة فأخذها منه ثمّ أقام الذي كانت في

---

(١) الاحتجاج: في احتجاج أميرالمؤمنين عليه السلام على أبي بكر وعمر لمّا منعا فاطمة الزهراء عليهاالسلام فدكاً ج ١ ص ١٢٣، وسائل الشيعة: ب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم... ح ٣ ج ١٨ ص ٢١٥.

يده بيّنة انّها له نقض الحكم وأُعيدت على إشكال».

أقول: هذا تفريع على ما تقدّم من استعادة ذي اليد اذا أقام بيّنة بعد بيّنة الخارج، وقد تقدّم وجه الإشكال.

قوله رحمه الله: «ولو أراد إقامة البيّنة قبل ادّعاء من ينازعه للتسجيل فالأقرب الجواز».

أقول: وجه الجواز انّه غرض صحيح؛ إذ قد يخاف موت الشهود أو غيبتهم ثمّ يحصل التنازع فلا يبق له طريق الى إثبات حقّه.

قوله رحمه الله: «ولو أقام بعد إزالة يده بيّنة الخارج وادّعى ملكاً سابقاً ففي التقديم بسبب يده التي سبق القضاء بإزالتها إشكال».

أقول: هذا تفريع على الترجيح لبيّنة الداخل، وذلك انّه اذا ادّعى أحد عيناً في يد غيره وأقام بيّنة فرفع الحاكم يد صاحب اليد وسلّم العين الى المدّعي ثمّ حصل للمدّعى عليه بيّنة تشهد له بالملك فادّعى على ذلك المدّعي تملّك العين وشهدت له البيّنة بالملك السابق فهل تكون بيّنته أرجح بسبب تلك اليد التي رفعها الحاكم؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّ الآن بيّنته خالية عن اليد.

ومن انّه كان ذا يد مع بيّنة.

قوله رحمه الله: «واذا قدّمنا بيّنة الداخل فالأقرب انّه يحتاج الى يمين».

أقـول: اذا تعارضت البيّنتان ـ بأن شهدت إحداهما بالملك لواحد والأُخرى لآخر ـ ورجّحنا بيّنة الداخل فالأقرب عند المصنّف إحلاف ذي اليد؛ لأنّ البيّنتين عند التعارض تكاذبتا فتسقطان، ومتى كان المدّعي ادّعى على ذي اليد وليس لأحدهما بيّنة فيكون القول قول ذي اليد مع يمينه.

قوله رحمه الله: «ولو أخذ منه بحجة ففي احتياجه بعده في الدعوى الى ذكر المتلقّي منه إشكال».

أقـول: هذا الإشكال مبنيّ على ما تقدّم من أنّ المأخوذ منه ببيّنة اذا ادّعاها تسمع أم لا؟ فإن قلنا: تسمع وينتزع الملك ممّن أخذها منه بالبيّنة فلا يفتقر الى أن يذكر التلقّي منه، وإن قلنا: لاتستعاد منه افتقر الى ذكر تلقّي الملك من المدّعي الذي هو الآن مدّعى عليه، ولمّا كان الأصل مشكلاً تحقّق الإشكال فيما يبنى عليه.

قوله رحمه الله: «وكون الآخر خارجاً فيحتمل تقديم الخارج».

أقـول: وجه هذا الاحتمال ظاهر؛ لأنّ عموم الخبر يقتضي انّ البيّنة بيّنة الخارج مطلقاً.

قوله رحمه الله: «ولو انعكس فكذلك».

أقـول: يريد لو شهدت للخارج بالتقدّم ورجّحنا به وقلنا: البيّنة بيّنة ذي اليد فالحكم كذلك أيضاً ـ أي احتمال تقديم بيّنة الخارج أيضاً ـ لأنّ اليد انّما تكون مرجّحة لولم يعارضها مرجّح آخر، وقد عارضها رجحان تقديم تاريخ الخارج فيتساقطان، ويبقى الخارج مدّعياً والبيّنة بيّنة المدّعي؛ للخبر.

قوله رحمه الله: «ولو قال: أعتقد انّه ملكه بمجرّد الاستصحاب ففي قبوله إشكال».

أقول: وجه الإشكال انّ الشهادة بالملك السابق انّما يؤدّيه الشاهد استناداً الى الاستصحاب، فلا يضرّ ذكره.

ومن انّ عدم جزمه بالملكية له يؤذن بتشكيكه فيه، ولايجوز إثبات الملك مع شكّ الشاهد فيه.

قوله رحمه الله: «ولو شهد انّه كان في يد المدّعي بالأمس قبل وجعل المدّعي صاحب يد، وقيل: لايقبل؛ لأنّ ظاهر اليد الآن الملك فلا يدفع بالمحتمل».

أقول: القول الأوّل هو قول الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه:اذا ادّعى زيد عبداً في يد رجل فأنكر المدّعى عليه فأقام زيد البيّنة انّ هذا العبد كان في يده بالأمس أو كان ملكاً له أمس فهل يقضي له بهذه البيّنة أم لا؟ قال قوم: لايقضي بها، وقال قوم: يقضي بها، وهو الأقوى، كما قلناه في قديم الملك[1].

والقول الثاني لابن الجنيد حيث قال: لو كان العبد في يد رجل وادّعاه آخر وأقام البيّنة ـ بأنّه كان أمس في يده ـ لم يخرج من يد من هو في يده، ولم يحكم بملكه لمن ليس في يده[2].

---

(١) المبسوط: كتاب الدعاوي والبيّنات ج ٨ ص ٣٠٣.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القضاء الفصل السادس فيما يتعلّق بالقضاء ص ٧١١ س ٢٤.

وللشيخ في الخلاف قولان مختلفان، فانّه قال أوّلاً: اذا ادّعى داراً في يد رجل فقال: هذه الدار التي في يدك لي وملكي فأنكر المدّعى عليه فأقام المدّعي بيّنة انّها كانت في يده أمس أو منذ سنة لم تسمع هذه البيّنة[١].

ثمّ قال ـ بعد ذلك ـ: لو ادّعى زيد عبداً في يد رجل فأنكر المدّعى عليه فأقام زيد البيّنة انّ هذا العبد كان في يده بالأمس أو كان ملكاً له بالأمس حكمنا له بهذه البيّنة[٢].

واختار المصنّف في المختلف القبول، سواء كان داراً أو عبداً[٣].

قوله رحمه الله: «والبيّنة المطلقة لا توجب زوال الملك على ما قبل البيّنة ـ الى قوله:ـ ولو قيل: لايرجع إلّا اذا ادّعى ملكاً سابقاً على الشراء كان وجهاً».

أقول: يريد المصنّف أن يزيل المنافاة والمناقضة بين الحكمين، أعني الحكم بأنّ البيّنة المطلقة لاتقتضي زوال الملك على ما قبل البيّنة، والحكم بأنّ من اشترى شيئاً ثمّ ظهر كونه مستحقّاً للغير رجع المشتري على من باعه، وكذا المشترى من المشتري وإن تعدّد. ثمّ تعجّب من ترك نتاج في يد المدّعى عليه حصل قبل إقامة البيّنة لم[٤] يرجع على البائع.

---

(١) الخلاف: كتاب الدعاوي والبيّنات المسألة ١١ ج ٣ ص ٣٥٧ طبعة اسماعيليان.

(٢) الخلاف: كتاب الدعاوي والبيّنات المسألة ٢٢ ج ٣ ص ٣٦٠ ـ ٣٦١ طبعة اسماعيليان.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب القضاء الفصل السادس فيما يتعلّق بالقضاء ص ٧١١ س ٢٧.

(٤) في ش: «ثمّ».

ووجه عدم المناقضة انّ فتوى الفقهاء برجوع المشتري على بائعه محمول على ادّعاء المدّعي ملكاً سابقاً على الشراء، وانّما كان الوجه الحمل على ذلك لئلّا يلزم التناقض بين الحكمين، وهو حقّ.

قوله رحمه الله: «ولو ادّعى ما يبطل به العقد وأنكر الآخر فالقول قول مدّعي الصحّة، فإن أقاما بيّنة ففي تقديم بيّنة مدّعي البطلان نظر».

أقول: منشأه من احتمال ترجيح بيّنة مدّعي الصحّة؛ لأنّ مع مدّعيها البيّنة، والأصل في ذلك أرجح من أحدهما.

ومن انّ القول قول مدّعي الصحّة مع يمينه فتكون البيّنة بيّنة الآخر.

قوله رحمه الله: «ولو ادّعى انّ وكيله آجر بدون أُجرة المثل وادّعى الوكيل الإجارة بأُجرة المثل وأقاما بيّنة ففي تقديم بيّنة أحدهما نظر».

أقول: وجه احتمال تقديم بيّنة الوكيل؛ لأنّ الأصل بقاء الملك على مالكه، والوكيل يدّعي انّ له إزالة ملك الموكّل بتلك الأُجرة المعيّنة والمالك ينكر ذلك فيكون القول قول المالك مع عدم البيّنة، وذلك يقتضي تقديم بيّنة الوكيل.

ومن انّ احتمال تقديم بيّنة الموكّل؛ لأنّه يدّعي زيادة قيمة المنفعة عن تلك الأُجرة والوكيل ينكر ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو ادّعى عيناً في يد زيد ـ الى قوله: ـ وقيل: يقضي له؛ لأنّ الشراء دلالة على التصرّف السابق الدالّ على الملك».

أقول: القول للشيخ رحمه الله في المبسوط[١] مثل قول المصنّف، واختاره صاحب الشرائع أيضاً[٢]. والقول الثاني قوله في الخلاف[٣].

قوله رحمه الله: «ولو ادّعى الخارج انّ العين التي في يد المتشبّث ملكه منذ سنة فادّعى المتشبّث انّه اشتراها منه منذ سنتين وأقاما بيّنة قدّمت بيّنة الداخل على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّه عند تعارض البيّنتين يقضي عنده للخارج.

ومن انّ صاحب اليد قد شهدت له البيّنة بالشراء الذي هو سبب الملك، واليد تقضي بالملكية، وكان كما شهدت بالملكية المستندة الى السبب.

---

(١) المبسوط: كتاب الدعاوي والبيّنات ج ٨ ص ٢٩٤ ـ ٢٩٥.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب القضاء ج ٤ ص ١١٥.

(٣) الخلاف: كتاب الدعاوي والبيّنات المسألة ١٤ ج ٣ ص ٣٥٨ طبعة اسماعيليان.

المقصد الثامن[1] في الشهادات

قوله رحمه الله: «فلا تقبل شهادة الصبي وإن كان مراهقاً، وقيل: تقبل مطلقاً اذا بلغ عشر سنين».

أقول: شهادة الصبي امّا أن تكون في القتل والجراح أو في غيرهما كالأموال والحقوق وغيرهما، وعلى التقديرين امّا أن يبلغ عشر سنين أو لا، فالأقسام أربعة:

الأوّل: شهادتهم في غير القصاص والقتل والجراح قبل بلوغ عشر سنين فلا تقبل شهادتهم فيه إجماعاً.

الثاني: شهادتهم في الشجاج والجراح قبل بلوغ عشر سنين ظاهر كلام الشيخ في النهاية: لاتقبل، فانّه قال فيها: وتجوز شهادة الصبيان اذا بلغوا عشر سنين الى أن يبلغوا في الشجاج والقصاص، ويؤخذ بأوّل قولهم ولا يؤخذ بثانيه، ولا تقبل شهادتهم فيما عدا ذلك[2]، وهو يعطي اشتراط بلوغ العشر. وابن الجنيد قال: تقبل

---

(١) في ش: «السابع».

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الشهادات باب شهادة العبيد والإماء... ج ٣ ص ٦٠.

شهادة الصبيان في الجراح[١]، وكذا قال الشيخ في الخلاف[٢].

الثالث: قبول شهادتهم اذا بلغوا عشر سنين في الجراح دون غيرها، وهو قول الشيخ في النهاية[٣]، وصاحب الشرائع[٤] والمصنّف.

الرابع: القبول مطلقاً ـ أي في الجراح وغيرها ـ اذا بلغوا عشر سنين، وهو الذي أشار إليه المصنّف بقوله: «وقيل: تقبل مطلقاً» وكذا نقل صاحب الشرائع[٥] هذا القول، ولم نظفر الى الآن بهذا القائل.

قوله رحمه الله: «ولا تقبل شهادة الكافر، أصلياً كان أو مرتدّاً، لا على مسلم ولا على مثله على رأي».

أقول: ما اختاره المصنّف من عدم قبول شهادة أهل الذمّة إلّا في الوصية هو مذهب المفيد[٦]، وابن أبي عقيل[٧]، والشيخ في المبسوط[٨]، واختاره ابن ادريس[٩].

وقال الشيخ في النهاية: تقبل شهادة أهل الذمّة بعضهم على بعض ولهم وكلّ ملّة

---

(١) نقله عنه في إيضاح الفوائد: كتاب الشهادات ج ٤ ص ٣٢٣.

(٢) الخلاف: كتاب الشهادات المسألة ٢٠ ج ٣ ص ٣٣٣.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الشهادات باب شهادات العبيد... ج ٢ ص ٦٠.

(٤) شرائع الاسلام: كتاب الشهادات في صفات الشهود ج ٤ ص ١٢٥.

(٥) المصدر السابق.

(٦) المقنعة: كتاب القضاء والشهادات... ص ٧٢٧.

(٧) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القضاء الفصل السابع في الشهادات ص ٧٢٢ س ١٦.

(٨) المبسوط: كتاب الشهادات ج ٨ ص ١٨٧.

(٩) السرائر: كتاب الشهادات باب شهادة من خالف الاسلام ج ٢ ص ١٣٩.

على ملّة صاحبه ولهم، ولا تقبل شهادة أهل ملّة منهم لغيرهم ولا عليهم[١]. وتبعه ابن البرّاج في ذلك[٢].

وقال ابن الجنيد: يجوز قبول شهادة العدول من أهل الذمّة بعضهم على بعض وإن اختلفوا في الملل[٣].

قوله رحمه الله: «ولا يشترط في إصلاح العمل أكثر من الاستمرار على رأي».

أقول: يريد انّ القاذف اذا تاب قبلت شهادته، ولا يشترط في إصلاح العمل زيادة على الاستمرار على التوبة.

خلافاً للشيخ فانّه قال في الخلاف: القاذف اذا أكذب نفسه وتاب لا تقبل شهادته حتى يظهر منه العمل الصالح[٤].

قوله رحمه الله: «ولا تقبل شهادة ولد الزنا مطلقاً، وقيل: تقبل في الشيء الدون مع صلاحه».

أقول: هذا القول المحكي هو قول الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: ولا يجوز شهادة ولد الزنا، فإن عرفت منه عدالته قبلت شهادته في الشيء الدون[٥].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الشهادات باب شهادة من خالف الاسلام ج ٢ ص ٦٢.

(٢) المهذّب: كتاب الشهادة ج ٢ ص ٥٥٧.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القضاء الفصل السابع في الشهادات ص ٧٢٢ س ٦.

(٤) الخلاف: كتاب الشهادات المسألة ١٣ ج ٣ ص ٣٣٠ طبعة اسماعيليان.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب الشهادات ج ٢ ص ٥٣.

وما ذكره المصنّف من عدم قبول شهادته مطلقاً هو اختيار الشيخ في الخلاف[١]، والسيد المرتضى[٢]، وابن ادريس[٣].

وكذا قال ابن الجنيد، فانّه قال: ولد الزنا قال النبي صلّى الله عليه وآله: «انّه شرّ الثلاثة» ولا خلاف انّ الاثنين لا تقبل شهادتهما وهو شرّهم، وهو أيضاً غير مقبول شهادته ـ الى أن قال: ـ وكذلك قال أميرالمؤمنين عليه السلام وأبو جعفر وأبو عبدالله عليهما السلام[٤].

قوله رحمه الله: «ولا تقبل شهادة الولد على والده على الأقوى».

أقول: الأقوى عند المصنّف انّه لا تقبل شهادة الولد على أبيه، وهو اختيار الشيخين[٥]، وابن البرّاج[٦]، وسلّار[٧]. خلافاً للسيد المرتضى[٨].

ووجه القوة ما استدلّ به المصنّف في المختلف من قوله تعالى: ﴿وصاحبهما في الدنيا معروفاً﴾[٩] وذلك ينافي إظهار تكذيبه في الملأ عند الحكّام والردّ عليه وذلك

---

(١) الخلاف: كتاب الشهادات المسألة ٥٧ ج ٣ ص ٣٤٥ طبعة اسماعيليان.

(٢) الانتصار: في أقسام الشهادات ص ٢٤٧.

(٣) السرائر: كتاب الشهادات ج ٢ ص ١٢٢.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القضاء الفصل السابع في الشهادات ص ٧١٨ س ٣٢.

(٥) المقنعة: باب البيّنات ص ٧٢٦، النهاية ونكتها: كتاب الشهادات ج ٢ ص ٥٩.

(٦) المهذّب: كتاب الشهادة ج ٢ ص ٥٥٨.

(٧) المراسم: أحكام البيّنات ص ٢٣٢.

(٨) الانتصار: في الشهادات ص ٢٤٤.

(٩) مختلف الشيعة: كتاب القضاء وتوابعه فصل في الشهادات ص ٧٢٠ س ٦.

معصية، ولأنّه نوع عقوق، ولأنّ أكثر علمائنا على ذلك فيكون العمل به أرجح.

قوله رحمه الله: وفي مساواة الجدّ للأب وإن علا إشكال».

أقول: وجه الإشكال من إطلاق لفظ «الأب» عليه فلا يقبل.

ومن كونه مجازاً، ولأنّ دليل قبول الشهادة عامّ خرج الأب؛ لنصّ أكثر الأصحاب عليه، ولأنّ الشيخ في الخلاف نقل الإجماع من أصحابنا على ذلك[1]، فبقي صورة النزاع داخلة تحت العموم.

قوله رحمه الله: «ولو شهد على أبيه وأجنبي بحقّ بطلت في حقّ الأب دون الأجنبي على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّ المانع من قبول شهادته على الأب هو الأبوة، وهي مفقودة في حقّ الأجنبي فتقبل في حقّه.

ومن اشتمال الشهادة على ما يوجب ردّه فلا تقبل، خصوصاً مع التعليل بأنّ الشهادة على الأب عقوق ومعصية فلا تقبل شهادة العاصي مطلقاً.

قوله رحمه الله: «وقيل: يجوز أن يقول للمشهور بالفسق: تب أقبل شهادتك، وليس بجيد».

أقول: هذا قول الشيخ رحمه الله في المبسوط فانّه قال فيه ـ في آخر فصل في

---

(١) الخلاف: كتاب الشهادات المسألة ٤٤ ج ٣ ص ٣٤٢ طبعة اسماعيليان.

شهادة القاذف ـ: ويجوز للامام عندنا أن يقول: تب أقبل شهادتك، وقال بعضهم: لا أعرف هذا وانّما ذلك؛ لأنّ النبي صلّى الله عليه وآله أمر بالتوبة[1].

وهذا القول ـ أعني قول الشيخ عند المصنّف ـ ليس بجيد؛ لأنّ التوبة واجبة، والواجب يجب أن يوقعه المكلّف لوجوبه، فاذا أوقع التوبة لأجل قبول شهادته لم يوقعها لوجوبها.

قوله رحمه الله: «ولو تاب فأعاد الشهادة المردودة بفسقه ففي القبول نظر».

أقول: وجه النظر من تحقّق المقتضي لقبول الشهادة الآن وانتفاء المانع، أمّا الأوّل فلأنّ المقتضي لجواز قبول شهادة الشاهد من العدالة وغيرها متحقّقة فيه، وأمّا انتفاء المانع فلأنّه ليس إلّا الفسق الذي ردّت به الشهادة، وهو منتفٍ بالتوبة.

ومن انّه ربّما حمله على إقامة الشهادة الحرص على دفع العار بردّ شهادته، وذلك مانع من القبول أيضاً.

واعلم انّ المصنّف رحمه الله تردّد هاهنا ثمّ جزم بالقبول بعد ذلك، فقال: فلو أقامها حال المانع فردّت فأعادها بعد زواله قبلت.

قوله رحمه الله: «والمملوك لسيده ولغير سيده وعلى غير سيده لا على سيده على رأي، وقيل: لاتقبل مطلقاً، وقيل: تقبل مطلقاً، وقيل: لاتقبل إلّا على مولاه».

---

(١) المبسوط: كتاب الشهادات ج ٨ ص ١٧٩.

أقـول: لأصحابنا في قبول شهادة المملوك أقوال ثلاثة، وثلاثة أقوال متوسطة الطرف:

الأوّل: لاتقبل شهادته مطلقاً، وهو قول الحسن بن أبي عـقيل فـقال: لاتـقبل شهادة العبيد والإماء في شيء من الشهادات[١].

الثاني: القبول مطلقاً، نقله الشيخ نجم الدين في الشرائع[٢] عن بعض علمائنا، ولم نظفر بذلك القائل.

وأمّا الأقوال المتوسطة من هذين القولين:

فمنها: قبول شهادتهم لغير ساداتهم وعلى غير ساداتهم ولسـاداتهـم ولاتـقبل عليهم، وهو قـول السـيد المـرتضى[٣]، والمـفيد[٤]، والشـيخ[٥]، وتـبعه سـلّار[٦]، وابن حمزة[٧]، وابن ادريس[٨].

ومنها: قبول شهادتهم على غير ساداتهم ولا تقبل شهادتهم عليهم ولا لهم وهو قول أبي الصلاح[٩].

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القضاء الفصل السابع في الشهادات ص ٧٢٠ س ٢٣.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب الشهادات ج ٤ ص ١٣١.

(٣) الانتصار: في أقسام الشهادات ص ٢٤٦.

(٤) المقنعة: باب البيّنات ص ٧٢٦.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب الشهادات ج ٢ ص ٥٩.

(٦) المراسم: في أحكام البيّنات ص ٢٣٢.

(٧) الوسيلة: فصل في بيان الشهادات ص ٢٣١.

(٨) السرائر: كتاب الشهادات ص ١٣٥.

(٩) الكافي في الفقه: فصل في الشهادات ص ٤٣٥.

ومنها: قول ابن الجنيد[١] وهو المنع من قبول شهادة العبيد على المؤمنين الأحرار وتقبل على عبد مثله أو على ذمّي، فانّه قال في كتابه المسمّى بالتهذيب ـ حين ذكر الصفات المراعاة في قبول الشهادة ـ: فإن كان جامعاً لهذه الصفات إلّا انّه عبد لم تقبل شهادته على حرّ من المؤمنين، ويجوز شهادته على عبد مثله وعلى سائر أهل الملك.

قوله رحمه الله: «أمّا من انعتق بعضه فالأقرب انّه كذلك، وقيل: تقبل شهادته بقدر ما فيه من الحرّية».

أقول: الأقرب عند المصنّف انّ من انعتق بعضه حكمه حكم العبد تقبل شهادته فيما تقبل شهادة القنّ، ولا تقبل فيما لاتقبل شهادته.

ووجه القرب المانع من قبول شهادته على سيده هو التملّك، ولم يزل المانع بعتق البعض.

وقال الشيخ في النهاية: وتقبل شهادة المكاتبين بمقدار ما أدّوا[٢]. وهو قول ابن الجنيد حيث قال: فإن عتق بعضه بكتابة وغيرها جازت شهادته بقدر ما عتق منه[٣].

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القضاء وتوابعه الفصل السابع في الشهادات ص ٧٢٠ س ٢٣.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الشهادات ج ٢ ص ٦٠.

(٣) نقله عنه في إيضاح الفوائد: كتاب الشهادات ج ٤ ص ٤٣٠.

قوله رحمه الله: «ولا يثبت بالشاهد الواحد شيء سوى هلال رمضان خاصّة على رأي ضعيف».

أقول: الرأي الضعيف المشار إليه هو رأي سلّار فانّه قال: وتقبل شهادة رجل واحد في هلال رمضان[1].

ووجه ضعفه ظاهر، فانّ أحد من الفقهاء لم نعرف انّه ذهب الى ذلك غيره، وقد تقدّمه الإجماع وتأخّر عنه.

قوله رحمه الله: «الزنا ولا يثبت إلّا بأربعة عدول ذكور، والأقرب انّه لايجوز للعدل النظر الى العورة قصداً؛ لتحمّل الشهادة في الزنا».

أقول: وجه القرب انّ النظر الى عورة الأجنبي والأجنبية حرام، ولايزول بقصده؛ لتحمّل الشهادة، عملاً بأصالة البقاء.

قوله رحمه الله: «وهل يثبت الإقرار بالزنا بشهادة رجلين أو لابدّ من أربع نظر».

أقول: وجه النظر انّ الشارع شدّد في إثبات الزنا بمراعاة شهادة أربعة رجال أو ما يقوم مقامهم مراعاة لحفظ نفس المكلّف عن الإتلاف وصيانة لعرض المسلم عن الأخذ، وهذا المعنى يتحقّق هنا فيساويه في الحكم.

ومن انّه ليس شهادة على الزنا بل على الإقرار، فيثبت بالشاهد كغيره من سائر

---

(١) المراسم: في أحكام البيّنات ص ٢٣٣.

الإقرارات. والاحتمال الأوّل اختيار المصنّف في المختلف[١]. والثاني اختيار الشيخ في المبسوط[٢] والخلاف[٣]، واختاره ابن ادريس[٤].

قوله رحمه الله: «والأقرب ثبوت إتيان البهائم بشاهدين».

أقول: وجه القرب انّ الشارع جعل مناط ثبوت الأحكام في غير الزنا بالشاهدين؛ لقوله عزّوجلّ: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾[٥] وقوله تعالى:﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾[٦] وهذا الفعل ليس زنا ولا موجباً للحدّ، وانّما موجبه التعزير، فيثبت بالشاهدين.

قوله رحمه الله: «والأقرب ثبوت العتق والنكاح والقصاص بشاهد وامرأتين».

أقول: وجه القرب عنده ما استدلّ به في المختلف وهو: انّ الظن قد حصل بشهادتهما مع انضمام شهادة الرجل إليهما، فيجب العمل بالراجح؛ لقبح العمل بالمرجوح وترك الراجح. لا يقال: مطلق الظنّ غير كافٍ، وإلّا لثبتت الحقوق بشهادة الواحد والفسّاق والصبيان مع حصول الظنّ. لأنّا نقول: لا نكتفي بمطلق

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب القضاء الفصل السابع في الشهادات ص ٧٢٧ س ٢٥.

(٢) المبسوط: كتاب الشهادات ج ٨ ص ١٧٢.

(٣) الخلاف: كتاب الشهادات المسألة ٤ ج ٣ ص ٣٢٦ طبعة اسماعيليان.

(٤) السرائر: كتاب الشهادات ج ٢ ص ١١٥ ـ ١١٦.

(٥) الطلاق: ٢.

(٦) البقرة: ٢٨٢.

الظنّ، بل المستند الى سبب يثبت اعتباره في نظر الشرع، وقد ثبت اعتبار شهادة امرأتين مع رجل في أكثر الحقوق، بخلاف ما ذكرتم[١].

قوله رحمه الله: «والأقرب جريان ذلك في حقوق الأموال ـ الى قوله: ـ وفي النجم الأخير إشكال».

أقول: وجه القرب عند المصنّف ثبوت هذه الأحكام بالشاهد واليمين كما تثبت بالشاهدين والشاهد والمرأتين، إلّا في قبض النجم الأخير فانّ فيه إشكالاً. امّا في قبض ما عدا النجم الأخير فلأنّها حقوق مالية المقصود منها المال فيكفي فيها الشاهد واليمين، كغيرها من سائر الأموال.

وأمّا وجه الإشكال من قبض النجم الأخير فيحتمل القبول؛ لأنّها دعوى بإقباض مال فيثبت بالشاهد واليمين.

ومن حيث إنّه يقتضي العتق فيلزم إثبات العتق بالشاهد واليمين، وهو غير جائز إجماعاً.

قوله رحمه الله: «والرضاع على الأقوى».

أقول: منع الشيخ في الخلاف من قبول شهادة النساء في الرضاع، فقال: لاتقبل شهادة النساء في الرضاع لا مفردات ولا منضمّات الى الرجال[٢]. وله في المبسوط قولان:

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب القضاء الفصل السابع في الشهادات ص ٧١٣ س ٣٦.

(٢) الخلاف: كتاب الشهادات المسألة ٩ ج ٣ ص ٣٢٨.

أحدهما: القبول حيث قال فيه: الثالث: ما يثبت بشاهدين وبشاهد وامرأتين وأربع نسوة، وهو الولادة والرضاع[١].

والآخر: المنع من قبول شهادتين منفردات فيه، ذكره في كتاب الرضاع منه[٢].

وقال المفيد بالقبول[٣]. وتبعه سلّار[٤]، وابن حمزة[٥]، وهو الأقوى عند المصنّف.

واستدلّ عليه في المختلف بأنّه من الأُمور الخفية على الرجال، وانّما تعانيه النساء غالباً فوجب قبول شهادتين فيه كغيره من الأُمور الخفيّة عن الرجال. ولما رواه عبدالله بن بكير، عن بعض أصحابنا، عن الصادق عليه السلام في امرأة أرضعت غلاماً وجارية، فقال: يعلم ذلك غيرها؟ قال: لا، قال: لاتصدّق إن لم تكن غيرها[٦]. وهو يدلّ بمفهومه على الحكم بصدقها لو كان غيرها، وهو أعمّ من الرجال والنساء.

قوله رحمه الله: «والأقرب ثبوت ذلك أيضاً برجل واحد لا أزيد من غير يمين».

أقول: الأقرب عند المصنّف انّه يثبت بشهادة الرجل الواحد ربع ميراث المستهلّ وربع الوصية، كما يثبت بشهادة المرأة من غير يمين.

---

(١) المبسوط: كتاب الشهادات ج ٨ ص ١٧٤ ـ ١٧٥.

(٢) المبسوط: كتاب الرضاع ج ٥ ص ٢١١.

(٣) المقنعة: كتاب القضاء والشهادات ص ٧٣٧.

(٤) المراسم: أحكام البيّنات ص ٢٣٣.

(٥) الوسيلة: كتاب القضايا والأحكام فصل في بيان ص ٢٢٢.

(٦) مختلف الشيعة: كتاب القضاء الفصل السابع في الشهادات ص ٧١٦ س ٢.

ووجه القرب انّ الرجل أكمل من المرأة، واذا ثبت ذلك بالأضعف فثبوته بالأقوى أولى.

قوله رحمه الله: «وتقبل فيه شهادة الأصمّ لانتفاء الحاجة الى السمع، وروي انّه يؤخذ بأوّل قوله».

أقول: يريد أنّ ما يتوقّف على المشاهدة كالأفعال التي تكفي فيه المشاهدة وإن كان الشاهد أصمّ؛ لعدم احتياجه الى السماع، وهو اختيار أبي الصلاح[١]، وابن ادريس[٢].

وقال الشيخ في النهاية: إنّه يقبل ويؤخذ بأوّل قوله[٣]. واختاره ابن البرّاج[٤]، وابن حمزة[٥]؛ للرواية المشار إليها وهي ما رواه جميل، عن الصادق عليه السلام عن شهادة الأصمّ في القتل، قال: يؤخذ بأوّل قوله ولا يؤخذ بالثاني[٦].

والمصنّف رحمه الله أجاب عن الاستدلال بهذه الرواية من وجهين، الأوّل: ضعف سندها حيث في طريقها سهل بن زياد، وهو ضعيف. والآخر: القول بموجبها،

---

(١) الكافي في الفقه: فصل في الشهادات ص ٤٣٦.

(٢) السرائر: كتاب الشهادات ج ٢ ص ١٢٣.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الشهادات باب تعديل الشهود ومن تقبل شهادته ج ٢ ص ٥٥.

(٤) المهذّب: كتاب الشهادة ج ٢ ص ٥٥٦.

(٥) الوسيلة: كتاب القضايا والأحكام فصل في بيان الشهادات ص ٢٣٠.

(٦) تهذيب الأحكام: كتاب القضايا والأحكام ب ٩١ البيّنات ح ٦٩ ج ٦ ص ٢٥٥، وسائل الشيعة: ب ٤٢ قبول شهادة الأعمىٰ والأصم ح ٣ ج ١٨ ص ٢٩٦.

فانّ القول الثاني إن كان منافياً لم يقبل رجوعه عمّا شهد به أوّلاً، وإلّا كان شهادةً مستأنفة.

قوله رحمه الله: «ولا تقبل شهادة الأعمى في العقد، إلّا أن يعرف الصوت قطعاً على رأي».

أقول: امّا عدم قبول شهادة الأعمى اذا لم يعرف الصوت قطعاً فمتفق عليه، ولأنّه لو شهد على شخصٍ معيّن بمجرّد سماع صوت لايقطع على صدوره منه يكون قد شهد بمجرّد التخمين وذلك ظاهر البطلان. وأمّا قبول شهادته مع العلم القطعي بصدوره من شخص معيّن، فقد أفتى به أكثر الأصحاب كالسيد المرتضى[١]، والمفيد[٢]، والشيخ أبي جعفر[٣]، وابن الجنيد[٤]، وابن بابويه[٥] في المقنع، وابن حمزة[٦]، وأبي الصلاح[٧]، وابن ادريس[٨]، وابن سعيد[٩] والمصنّف، نقلاً عن بعض الأصحاب المنع من قبول شهادة الأعمى مطلقاً، ولم نظفر الى الآن بخصوصية ذلك القائل.

---

(١) الانتصار: القضاء والشهادات ص ٢٤٩.

(٢) المقنعة: كتاب القضاء والشهادات باب البيّنات ص ٧٢٦.

(٣) المبسوط: كتاب الشهادات فصل في التحفّظ في الشهادة ج ٨ ص ١٨٣.

(٤) نقله عنه في إيضاح الفوائد: كتاب الشهادات ج ٤ ص ٤٣٧.

(٥) المقنع: باب القضاء والأحكام ج ١ ص ١٣٣.

(٦) الوسيلة: كتاب القضايا والأحكام فصل في بيان الشهادات ص ٢٣٠.

(٧) الكافي في الفقه: فصل في الشهادات ص ٤٣٦.

(٨) السرائر: كتاب الشهادات ج ٢ ص ١٢٣.

(٩) شرائع الاسلام: كتاب الشهادات ج ٤ ص ١٣٥.

قوله رحمه الله: «ويشترط توالي الأخبار من جماعة يغلب على الظنّ صدقهم أو يشتهر اشتهاراً يتاخم العلم على إشكال، قيل: لو شهد عدلان فصاعداً صار السامع متحمّلاً وشاهد أصل لا فرعاً على شهادتهما، والأقوى انّه لابدّ من جماعة لايجمعهم رابطة التواطؤ».

أقول: وجه الإشكال من احتمال الحكم بالاستفاضة المفيدة للظنّ، كما ذهب إليه الشيخ أبو جعفر رحمه الله[1] لما استدلّ به من انّا نحكم بزوجية النبي عليه السلام لزوجاته ولم نشاهدهم ولا طريق الى ذلك إلّا الاستفاضة، وأمّا الوقف فلأنّه على التأبيد وبقاء الشهود، وانّما قال: والشهادة على الشهادة تنقطع لعدم سماع الثالثة، فلولم يسمع الحكم بالاستفاضة لأدّى الى بطلان الوقف.

ومن احتمال الثاني؛ لأنّه قول بغير المعلوم، وهو غير جائز؛ لقوله تعالى: ﴿وأن تقولوا على الله ما لاتعلمون﴾[2] وقوله عليه السلام للشاهد: «أترى الشمس على مثلها فاشهد أو دع»[3].

والجواب عن الاحتجاج بزوجية النبي صلّى الله عليه وآله انّه متواتر، وليس البحث فيه. وقول المصنّف: «وقيل» إشارة الى قول الشيخ رحمه الله.

---

(١) المبسوط: كتاب الشهادات فصل في التحفّظ في الشهادة ج ٨ ص ١٨٢ ـ ١٨٣.

(٢) الأعراف: ٣٣.

(٣) شرائع الاسلام: كتاب الشهادات ج ٤ ص ١٢٢، وسائل الشيعة: ب ٢٠ أنه لاتجوز الشهادة إلّا بعلم ح ٣ ج ١٨ ص ٢٥٠.

ثمّ انّ المصنّف رحمه الله قوّى انّه لايثبت بالتسامع مالم يكن من جماعة لاتجمعهم رابطة التواطؤ، فحينئذٍ يكون معلوماً بالتواتر، وهو حقّ؛ لأنّ الشاهد يكون عالماً بما شهد به.

قوله رحمه الله: «ولو سمعه يقول: هذا ابني عن الكبير مع سكوته أو هذا أبي قيل: صار متحمّلاً؛ لاستناد السكوت الى الرضا».

أقول: هذا القول إشارة الى ما ذكره الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: فأمّا إن سمع الرجل يقول: هذا ابني والابن ساكت، أو قال رجل: هذا أبي والأب ساكت صار متحمّلاً؛ لأنّ سكوته في العادة سكوت راضٍ بذلك معترف[1].

وحكاه صاحب الشرائع عنه، ثمّ قال: وهو بعيد؛ لاحتماله غير الرضا[2].

والمصنّف لمّا لم يجزم بذلك قال: «قيل: صار متحملاً».

قوله رحمه الله: «والأقرب انّ مجرّد اليد والتصرّف بالبناء والهدم والإجارة المكرّرة بغير منازع يكفي دون التسامع، فيشهد له بالملك المطلق بمجرّد اليد».

أقول: هذا الكلام يتضمن مسألتين:

إحداهما: اذا رأى الانسان في يد غيره ملكاً يتصرّف فيه تصرف الملاك بهدمٍ

---

(١) المبسوط: كتاب الشهادات فصل في التحفّظ في الشهادة ج ٨ ص ١٨٠ ـ ١٨١.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب الشهادات ج ٤ ص ١٣٣.

وبناء وتكرّر ذلك منه فالأقرب عند المصنّف انّه يشهد له بالملك المطلق.

ووجه القرب انّ العادة المتعارفة بين الناس انّ ذلك لايكون إلّا في الملك.

وجزم ابن ادريس بذلك فقال: من رأى في يد غيره شيئاً ورآه يتصرّف فيه تصرّف الملاك جاز له أن يشهد بأنّه ملكه، كما انّه يجوز له أن يشتريه على انّه ملكه[١].

وكذا ابن سعيد جزم بذلك فقال: لا ريب انّ التصرّف بالبناء والهدم والإجارة بغير منازع يشهد له بالملك المطلق[٢]. وحكى في المبسوط[٣] خلاف الفقهاء في ذلك، ولم يجزم بأحد القولين.

المسألة الثانية: اذا رأى الانسان ملكاً في يد غيره ولم يره يتصرّف فيه هل له أن يشهد بالملكية؟ قال الشيخ في المبسوط: يجوز أن يشهد له باليد، قال: وروى أصحابنا انّه يجوز أن يشهد له بالملك[٤]. وهذا يدلّ على توقّفه في ذلك.

والشيخ نجم الدين أبو القاسم ابن سعيد استشكل ذلك فقال: أمّا من في يده دار فلا شبهة في جواز الشهادة له باليد، وهل له أن يشهد له بالملك المطلق؟ قيل: نعم، وهو المروي. وفيه إشكال، من حيث إنّ اليد لو أوجبت الملك لم تسمع دعوى من يقول: الدار التي في يد هذا لي، كما لو قال: ملك هذا لي[٥].

والمصنّف قوّى هنا جواز الشهادة له بالملك المطلق فقال: فيشهد له بالملك المطلق

---

(١) السرائر: كتاب الشهادات باب كيفية الشهادة وكيفية إقامتها ج ٢ ص ١٣٠.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب الشهادات ج ٤ ص ١٣٤.

(٣) المبسوط: كتاب الشهادات فصل في التحفّظ في الشهادة ج ٨ ص ١٨١ ـ ١٨٢.

(٤) المبسوط: كتاب الشهادات فصل في التحفّظ في الشهادة ج ٨ ص ١٨٢.

(٥) شرائع الاسلام: كتاب الشهادات ج ٤ ص ١٣٤.

بمجرّد اليد كذلك على الأقوى، فقوله: «كذلك» أي انّ الشهادة بالملك المطلق بسبب اليد جائزة كالشهادة بالتصرّف.

وأجاب عن وجه الإشكال الذي ذكره نجم الدين بالمعاوضة بالتصرّف، وتقريره: لو كان التصرّف موجباً للملك لم تسمع الدعوى بأنّ الدار التي في تصرّف يد هذا لي، كما لاتسمع الدار التي هي ملك هذا لي، وأنت لاتقول به.

ووجه القوّة فيما اختاره المصنّف ما رواه سليمان بن داود المنقري، عن حفص ابن غياث، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال له رجل: أرأيت اذا رأيت شيئاً في يد رجل أيجوز لي أن أشهد انّه له؟ قال: نعم، قلت: فلعّله لغيره، قال: فمن أين جاز لك أن تشتريه ويصير ملكاً لك ثمّ تقول بعد الملك: هو لي وتحلف عليه، ولا يجوز لك أن تنسبه الى من صار ملكه إليك من قبله؟! ثمّ قال أبو عبدالله عليه السلام: لولم يجز هذا ما قامت للمسلمين سوق[1].

قوله رحمه الله: «والأقرب انّه لايشترط في استفاضة الوقف والنكاح العلم، بل يكفي غلبة الظنّ».

أقول: هذا قول الشيخ في المبسوط.

ووجه قربه ما استدلّ عليه الشيخ فقال: فأمّا النكاح والوقف والولاء والعتق فهل يصحّ تحمّلها بالاستفاضة كالملك المطلق والنسب؟ قال قوم: تثبت كلّها

---

(١) تهذيب الأحكام: كتاب القضايا والأحكام ب ٩١ في البيّنات ح ١٠٠ ج ٦ ص ٢٦١ ـ ٢٦٢، وسائل الشيعة: ب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ح ٢ ج ١٨ ص ٢١٥.

بالاستفاضة؛ لأنّ أزواج النبي صلّى الله عليه وآله ـ خديجة وعائشة ـ تثبت الزوجية بالاستفاضة، فكذا هاهنا. ولأنّ الوقف يبنى على التأبيد، فلايبق من شهد به من الواقف فينا حاجة الى الشهادة بالاستفاضة، وإلّا بطلت الوقوف. قال: وهذا الذي يقتضيه مذهبنا[١]. وتبعه الشيخ[٢] نجم الدين أبو القاسم ابن سعيد.

واعترض شيخنا في المختلف على هذا الاستدلال بأنّ الزوجية في حقّ النبي صلّى الله عليه وآله تثبت بالتواتر، وأمّا الوقف فلأنّه ليس تخصيص النهي عن الشهادة بدون العلم بالوقف، تحصيلاً لعلّة ثبوته بأولى من تخصيص النهي عن سماع الشهادة الثالثة به لهذه المصلحة، مع انّ هذا التخصيص أولى، إذ لامانع عقلاً، بخلاف الشهادة بمجرّد الظنّ[٣].

وأقول: لقائل أن يجيب عن الأوّل بما ذكره الشيخ نجم الدين في الشرائع جواباً عن هذا الاعتراض بأن قال: ولو قيل: بأنّ الزوجية تثبت بالتواتر كان لنا أن نقول: إنّ التواتر لا يثمر إلّا اذا استند الى السماع المحسوس، ومن المعلوم انّ المخبرين لم يخبروا عن مشاهدة العقد ولا عن إقرار النبي صلّى الله عليه وآله، بل نقل الطبقات مستند الى الاستفاضة التي هي الطبقة الأُولى، ولعلّ هذا أشبه بالصواب[٤].

وعن الثاني: انّه وإن انتفى المانع العقلي منه إلّا انّ المانع الشرعي وهو الإجماع على عدم قبول الشهادة الثالثة. وفي هذا الجواب الأخير نظر؛ لأنّ لقائل أن يقول: إن ادّعيت الإجماع على عدم سماعه في الوقت فهو غير المتنازع.

---

(١) المبسوط: كتاب الشهادات فصل في التحفّظ في الشهادة ج ٨ ص ١٨٢ ـ ١٨٣.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب الشهادات ج ٤ ص ١٣٤.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب القضاء الفصل السابع في الشهادات ص ٧٢٩ س ١١.

(٤) شرائع الاسلام: كتاب الشهادات ج ٤ ص ١٣٤.

قوله رحمه الله: «ولو شكّ في الشهادة على أحدهما فشهد اثنان بالتعيين ففي إلحاقه بالتعريف إشكال».

أقول: وجه الإشكال من احتمال إلحاقه بالتعريف، إذ المعرّفان لايشهدان على خصوصية المشهود عليه، وكذا هنا.

ومن انّ الشاهد على أحد الشخصين لو حضر عند الحاكم لايشهد على خصوصية المشهود عليه، بخلاف الشاهد بالتعريف فانّه يشهد على خصوصية المشهود عليه لو حضر عند الحاكم.

قوله رحمه الله: «التحمّل واجب على من له أهلية الشهادة على الكفاية على الأقوى».

أقول: أقوى القولين عند المصنّف وجوب تحمّل الشهادة على من له أهلية التحمّل وجوباً على الكفاية، خلافاً لابن ادريس[1] حيث قوّى عدم وجوب التحمّل.

ووجه القوّة في وجوب التحمّل عموم قوله تعالى: ﴿ولا يأبَ الشهداء اذا ما دُعوا﴾[2] وهو يتناول التحمّل والأداء.

قوله رحمه الله: «ولا يجوز له أن يستند الى ما يجده مكتوباً بخطّه وإن عرف عدم التزوير عليه،

---

(١) السرائر: كتاب الشهادات باب كيفية الشهادة وكيفية إقامتها ج ٢ ص ١٢٥.

(٢) البقرة: ٢٨٢.

سواء كان الكتاب في يده أو في يد المدّعي، وسواء شهد معه آخر ثقة بمضمون خطّه أو لا على الأقوى».

أقول: أقوى القولين عند المصنّف انّه لا يشهد إلّا مع العلم، ولا يعوّل على خطّه مطلقاً.

خلافاً لابن الجنيد[١]، والمفيد[٢]، والشيخ[٣] في النهاية، وسلّار[٤] فانّهم جوّزوا إقامة الشهادة اذا عرف انّ خطّه وكان معه آخر ثقة.

وانّما كان الأقوى عند المصنّف عدم الجواز؛ لأنّ الشاهد حينئذٍ غير عالم بما يشهد به فيكون عاصياً بالشهادة؛ لقوله تعالى: ﴿ولا تقفُ ما ليس لك به علم﴾[٥] ولقوله صلّى الله عليه وآله للشاهد: «أترى الشمس على مثلها فاشهد أو دع»[٦] وهذا القول مذهب الشيخ في الاستبصار[٧].

قوله رحمه الله: «ولا يثبت في الحدود مطلقاً، سواء كان محضاً لله تعالى كالزنا واللواط

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب القضاء الفصل السابع في الشهادات ص ٧٢٤ س ١٨.

(٢) المقنعة: كتاب القضاء والشهادات باب البيّنات ص ٧٢٨.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الشهادات باب كيفية الشهادة وكيفية إقامتها ج ٢ ص ٥٦ ـ ٥٧.

(٤) المراسم: أحكام البيّنات ص ٢٣٤.

(٥) الإسراء: ٣٦.

(٦) شرائع الاسلام: كتاب الشهادات ج ٤ ص ١٢٢، وسائل الشيعة: ب ٢٠ أنه لاتجوز الشهادة إلّا بعلم ح ٣ ج ١٨ ص ٢٥٠.

(٧) الاستبصار: ب ١٦ انّه لايجوز إقامة الشهادة إلّا بعد الذكر ذيل الحديث ٤ ج ٣ ص ٢٢.

والسحق، أو مشتركة كالسرقة والقذف على رأي».

أقول: هل تقبل الشهادة على الشهادة في القذف؟ فيه قولان، أحدهما: عدم القبول، وهو قول أكثر علمائنا. والآخر: ذكره الشيخ في المبسوط حيث قال فيه: الشهادة على الشهادة جائزة ـ الى قوله: ـ فإن كان الحق لآدمي يثبت بالشهادة على الشهادة، سواء كان الحق ممّا لايثبت إلّا بالشاهدين كالنكاح والخلع والطلاق والرجعة والقذف[1].

قوله رحمه الله: «وهل تقبل شهادة الفرع في الزنا لنشر التحريم أو إثبات المهر مع الإكراه؟ الأقرب ذلك».

أقول: وجه القرب من حيث إنّ ذلك يتضمن حقّ الآدمي فيقبل فيه الشهادة على الشهادة، كغيره من حقوق الآدميين.

قوله رحمه الله: «فحينئذٍ يفتقر الى أربعة هل يشهد على كلّ واحد من الأربعة أم يكفي اثنان عليهم؟ فيه إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّها شهادة على الشهادة بالزنا فيفتقر الى الأربعة كالأصل.

ومن انّها ليست شهادة على الزنا، بل شهادة على الشهادة به؛ لإثبات حقّ آدمي فيكفي فيه الاثنان.

---

(١) المبسوط: كتاب الشهادات فصل في الشهادة على الشهادة ج ٨ ص ٢٣١.

قوله رحمه الله: «وهل تقبل شهادة النساء على الشهادة فيما تقبل فيه شهادتهن منفردات كالعيوب الباطنة والاستهلال والوصية؟ الأقرب المنع».

أقول: وجه القرب انّ القبول لشهادتهنّ منفردات انّما كان فيما لا يستطيع الرجال الوقوف عليه، فتقبل فيه شهادتهنّ للضرورة أو في الوصية؛ لأنّ الميّت قد لايحضره رجال عند الوفاة، فلو لم يسوغ[1] قبول شهادتين فيها أدّى الى الضرر بالموصي، وفوات استدراك غرضه بالإيصاء، وذلك مفقود في الشهادة على الشهادة؛ لإمكان شهادة الرجال على شهادتهن.

وهذا القول من المصنّف يعطي انّه لا مدخل للنساء في الشهادة على الشهادة؛ لأنّ المنع من قبول شهادتهنّ فيما لا تقبل فيه شهادتهنّ مفردات يعطي أولوية عدم قبولها فيما يتوقّف على شهادة الرجال خاصّة أو انضمام شهادتهم الى النساء. وهذا موافق لمذهب ابن ادريس حيث قال: لا مدخل للنساء في الشهادة على الشهادة، سواء كان الحقّ ممّا تشهد فيه النساء أو لا يشهدن فيه[2]. وفي هذه المسألة قولان آخران لأصحابنا:

أحدهما: قول ابن الجنيد قال: واذا شهد شاهدان على شهادة رجل قاما مقامه في الشهادة، وكذلك في شهادتها على شهادة المرأة، وكذلك لو شهد رجل وامرأتان على شهادتها أو أربع نسوة قمن مقامها[3]. وهو يعطي جواز قبول

---

(١) في ش: «يشرع».

(٢) السرائر: كتاب الشهادات باب كيفية الشهادة وكيفية إقامتها ج ٢ ص ١٢٨ ـ ١٢٩.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الشهادات ص ٧٢٤ س ١٠.

شهادتهنّ على الشهادة مطلقاً.

والآخر: قول الشيخ[١] في الخلاف، وهو يعطي جواز قبول شهادتهنّ على الشهادة في الديون والأملاك والحقوق دون الحدود. وتردّد في المبسوط فحكى عن قوم انّه لا مدخل للنساء في الشهادة على الشهادة، وعن آخرين قبول شهادتهنّ على الشهادة فيما لشهادتهنّ فيه مدخل، وعدمه كما لا مدخل لشهادتهنّ فيه، ثمّ قال: والأوّل أحوط، والثاني أقوى[٢].

قوله رحمه الله: «ولو كذّب الأصل الفرع قيل: يعمل بشهادة أعدلهما، فإن تساويا أُطرح الفرع، وهو محمول على قول الأصل: لا أعلم، امّا لو حرم بكذب شاهد الفرع فانّها تطرح».

أقول: هذا القول المحكي هو قول الشيخ في النهاية[٣]، ومثله قال علي ابن بابويه[٤] وابنه في المقنع[٥]، وابن البرّاج[٦].

وابن الجنيد قال: ولو كان عدلاً ـ يعني شاهد الأصل ـ ولا تغيّرت بعد ذلك ـ يعني حاله ـ فأنكر الشهادة عليه لم يقبل قول شاهد واحد عليه حتى يكونا شاهدين، فحينئذٍ لا يلتفت الى جحوده[٧].

---

(١) الخلاف: كتاب الشهادات المسألة ٦٦ ج ٣ ص ٣٤٨ طبعة اسماعيليان.

(٢) المبسوط: كتاب الشهادات فصل في الشهادة على الشهادة ج ٨ ص ٢٣٣ ـ ٢٣٤.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الشهادات باب كيفية الشهادة ج ٢ ص ٥٧.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القضاء الفصل السابع في الشهادات ص ٧٢٣ س ١٢.

(٥) المقنع: باب القضاء والأحكام ص ١٣٣.

(٦) المهذّب: كتاب الشهادة ج ٢ ص ٥٦١.

(٧) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الشهادات الفصل السابع ص ٧٢٣ س ١٦.

وحمل المصنّف ما ذكره الشيخ في النهاية على انّ شاهد الأصل لم يذكر الشهادة وقال: لا أعلم، أمّا مع التكذيب فانّه لا تقبل شهادة الفرع. وفي هذا التأويل نظر، فانّ على تقدير قول شاهد الأصل: «لاأعلم» تقبل شهادة الفرع وإن كان الأصل أعدل.

والحقّ ما ذكره المصنّف في المختلف جواباً عن احتجاج الشيخ برواية عبدالله ابن سنان، عن الصادق عليه السلام في رجل شهد على شهادة رجل فجاء الرجل فقال: لم أُشهدك، قال: فقال: يجوز شهادة أعدلهما، وإن كانت عدالتهما واحدة[1] لم تجز شهادته.فقال المصنّف: يحمل على تكذيب شاهد الأصل الفرع بعد الحكم بأنّه لايقبل رجوعه[2].

وأقول: انّ العمل بظاهر الرواية ممكن من غير افتقار الى تأويل، لكنه يتمشّى على انّ تجدّد فسق الشاهد بعد الشهادة لايقدح في سماعها، فمتى قيل بذلك عمل على قول أعدلهما، فإن كان الأعدل هو الأصل فلا كلام، وإن كان الأعدل عند الحاكم هو الفرع وكان قوله أغلب على ظنّ الحاكم من قبول شاهد الأصل وكان أوثق عنده تحمل شاهد الفرع الشهادة عليه فيما هو الآن يحمل على شهادة الفرع.

قوله رحمه الله: «اذا رجع الشاهد في العقوبة قبل القضاء منع من القضاء، ولو كانوا قد شهدوا بالزنا حدّ من القذف، فإن قالوا: غلطنا فالأقرب سقوط القود».

---

(١) في التهذيب والمختلف: «ولو كان أعدلهما واحداً».

(٢) مختلف الشيعة: كتاب القضاء الفصل السابع في الشهادات ص ٧٢٣ س ٢٦.

أقـول: وجه القرب من حيث إنّه شبهة فسقط الحدّ بها؛ للخبر[1].

قوله رحمه الله: «ولولم يصرّح بالرجوع بل قال للحاكم: توقّف عن الحكم، ثمّ قال له: احكم فالأقرب جواز الحكم مالم يحصل للحاكم ريبة، وهل تجب الإعادة؟ إشكال».

أقـول: وجه القرب انّ الشاهد اذا كان بشرائط الشهادة عمل على شهادته، وانّما توقّف الحاكم لقول الشاهد توقّف لحصول الريبة عند الحاكم حينئذٍ، وبسؤاله الحكم زالت الريبة، إذ على تقدير بقاءها لايحكم، ومع انتفاء الريبة لم يبق مانع من قبول شهادته.

وأمّا وجه الإشكال ـ في وجوب إعادة الشهادة عند قول الشاهد: احكم ـ من حيث إنّ تلك الشهادة عند سؤال التوقّف لم يبق لها اعتبار، فكان كأنّه لم يشهد.

ومن حيث إنّ الشهادة وقعت بشروطها وقد زال المانع من العمل بها فلا يفتقر الى الإعادة.

قوله رحمه الله: «ولو رجع بعد الحكم فالأقرب عدم الاستيفاء في حقّه تعالى، والإشكال أقوى في حدود الآدمي».

أقـول: لو شهد الشاهدان بحدّ لله تعالى وحكم الحاكم بثبوته ثمّ رجع الشاهد قبل استيفاء الحدّ منه فالأقرب عند المصنّف عدم الاستيفاء؛ لأنّ حقوقه تعالى

---

(١) تهذيب الأحكام: كتاب الحدود ب ٦ الحدّ في الفرية ح ٧٥ ج ١٠ ص ٧٩ ـ ٨٠، وسائل الشيعة: ب ٢٤ من أبواب مقدّمات الحدود وأحكامها العامّة ح ١ ج ١٨ ص ٣٣٥.

مبنية على التخفيف.

امّا في حقّ الآدميين كحدّ القذف فيقوى الإشكال من حيث إنّه حينئذٍ شبهة فيسقط؛ لعموم قوله صلّى الله عليه وآله: «ادرأوا الحدود بالشبهات»[1].

ومن تعلّقه بحقّ آدمي، وقد حكم الحاكم له باستحقاقه، فلا يسقط برجوع الشاهد، كسائر حقوق الآدميين.

قوله رحمه الله: «ولو رجعنا عن زنا الإكراه بعد الحكم وقلنا بسقوط الحدّ ففي إلحاق توابعه فيه إشكال، الأقرب العدم».

أقول: يعني توابعه كالمهر المستحقّ للحرّة المكرهة أو العشر أو نصفه المستحقّ للسيد بإكراه الأمة وانتشار الحرمة كما ذكره المصنّف.

ووجه الإشكال من حيث إنّ التابع لايستحقّ بدون متبوعه، وقد سقط فيسقط التابع.

ومن تعلّقه بحقّ الآدمي كالمهر، وهو الأقرب؛ لأنّه مال مستحقّ للغير قد حكم به الحاكم، فلا يسقط برجوع الشاهد.

قوله رحمه الله: «ولو رجعا عن الردّة بعد الحكم فالأقرب سقوط القتل، والوجه عدم إلحاق التوابع أيضاً فيقسم ماله وتعتدّ زوجته».

---

(١) تهذيب الأحكام: كتاب الحدود ب ٦ الحدّ في الفرية ح ٧٥ ج ١٠ ص ٧٩ ـ ٨٠. وسائل الشيعة: ب ٢٤ من أبواب مقدّمات الحدود وأحكامها العامّة ح ١ ج ١٨ ص ٣٣٥.

أقـول: هذا ظاهر ممّا تقدّم.

قـوله رحمـه الله: «ولو رجـعا قـبل اسـتيفاء القصاص لم يستوف، وهـل يـنتقل الى الديـة؟ إشكال».

أقـول: وجه الإشكال من تعلّقه بحقّ آدمي، فاذا لم يقتصّ للشبهة والإحاطة في عدم الهجم على الدماء انتقل الى الدية.

ومن انّ موجب العمد القصاص دون الدية، وقد سقط القصاص فالدية لاتجب في العمد إلّا صلحاً ولم تحصل، ولأصالة البراءة.

قوله رحمه الله: «ولو قال: تعمّدت الكذب وما ظننت قـبول شهـادتي في ذلك فـفي القـصاص إشكال، والأقرب انّـه شـبيه عـمد تجب الديـة مغلظة».

أقـول: يريد لو شهد شاهدان مثلاً بأنّ زيداً مثلاً قتل آخر عمداً عدوانـاً ثمّ حكم الحاكم بشهادتهما وقتل المشهود عليه ثمّ قال الشاهدان أو أحدهما: تعمّدت الكذب ولم أظنّ أنّ شهادتي تقبل في ذلك فهل يقتصّ من الشاهد؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّ هذه الشهادة سبب في قتله وقد تعمّد فيها فيقتل قصاصاً.

ومن عدم القصد الى القتل.

والأقرب عند المصنّف انّه يكون كشبهة العمد، فينقل الى الدية مغلظة؛ لأنّ معنى شبهة العمد أن يكون عامداً في فعله مخطئاً في قصده، وهو هنا كذلك.

وقوله: «مغلظة» يحتمل أن يكون المراد به انّها تكون الدية دية العمد مغلظة في السنّ والاستيفاء؛ لأنّه كان عمداً موجباً للقصاص، فاذا ترك القصاص للاحتياط في الدماء بقي ديته.

قوله رحمه الله: «وكذا لو ضرب المريض لتوهّمه انّه صحيح ما يحتمله الصحيح دون المريض فمات على إشكال».

أقول: منشأه انّه قد قتل محضاً عدواناً بما قتل ذلك الشخص غالباً فيقتصّ منه. ومن عدم القصد الى قتله ولا قصد ضربه بما يقتل غالباً فيكون كشبهة العمد.

قوله رحمه الله: «ولو لم يُصدّقه الباقون لم يمض إقراره إلّا على نفسه فحسب، وقيل: يردّ الباقون عليه ثلاثة أرباع الدية، وليس بجيد».

أقول: يريد لو شهد أربعة رجال على رجل بالزنا فرجم ثمّ رجع واحد منهم عن الشهادة وقال: كذبنا ولم يُصدّقه الثلاث الباقون لم يقبل قوله عليهم.

وقال الشيخ في النهاية: يقتل الراجع ويردّ الباقون عليه ثلاثة أرباع الدية[1].

وليس هذا القول بجيد عند المصنّف؛ لأنّ إقراره لايكون نافذاً على غيره، ولا يجوز إلزام الغير بغرامة بسبب إقرار غيره عليه.

قوله رحمه الله: «ولو زكّى اثنان شهود الزنا ثمّ ظهر فسقهم أو كفرهم فإن كان يخفى عن المزكّين

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الشهادات باب شهادات الزور ج ٢ ص ٦٤.

فالأقرب انّه لايضمن أحد، ويجب في بيت المال؛ لأنّـه مـن خـطأ الحـاكـم وخـطأ الحكّـام في بيت المال».

أقـول: وجه القرب انّ كل واحد من شهود الأصل وإن ظهر كونه فاسقاً أو كافراً لايوجب القطع بكذبه فلا ضمان، والمزكّي يشهد بما يعلمه من حال الشهود، وقد ظهر المانع من قبول شهادته بأمرٍ خفي عنه فلم يصدر منه تفريط ولا رجوع.

قوله رحمه الله: «ولو شهد اثـنان بـالإحصان فرجم ثمّ رجعا لم يـغرم شهـود الزنـا شـيئاً، ولم يقتصّ منهم، ويقتصّ من شهود الإحصان، وفي قدر غرمهم نظر».

أقـول: وجه النظر من استناد قتل المشهود عـليه الى شهـادة شهـود الزنـا وشهادة الإحصان وهم ستة، فتوزّع ديـته عـلى الشهـادة، فـتكون عـلى شهـود الإحصان الثلث.

ومن انّ كلّ واحد من شهود الإحصان والزنا نصف السبب، فيكون على شهود الإحصان نصف الدية، ولا اعتبار بكثرة أحدهما، كما لو جرحه واحـد جـرحـين وآخر واحداً وسرى الجميع فانّ كلّ واحد منهما يضمن النصف.

قوله رحمه الله: «ولو رجع الجميع ضمنوا، وفي كيفية الضمان إشكال؛ لاحتمال أن يضمن شـاهد الإحصان النصف وشهود الزنا النصف، أو يوزّع الجميع عليهم بالسوية».

أقـول: قد تقدّم وجه الإشكال في ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو رجعوا قبل التلف ولكن بعد الحكم أو الاستيفاء أو بعد الحكم قبل الاستيفاء فالأصحّ عدم النقض، ويغرم الشهود قيمة ما شهدوا به للمشهود عليه».

أقـول: الأصحّ عند المصنّف انّ الشهود اذا رجعوا ورجع بعضهم بعد الحكم مع بقاء العين المشهود عليها فانّه لاينقض الحكم، ويرجع المشهود عليه على من رجع بقدر ما أتلف عليه بشهادته، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[١] والخلاف[٢]، واختاره ابن ادريس[٣].

خلافاً لما ذكره الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: يغرم الشهود مالم يكن الشيء قائماً بعينه، فإن كان قائماً بعينه ردّ على صاحبه ولم يلزمه شيئاً[٤] وهو اختيار ابن البرّاج[٥]، وابن حمزة[٦].

قوله رحمه الله: «ولو شهد أكثر من العدد ـ الى قوله:ـ فلو رجع الثالث في المال ضمن ثلثه،

---

(١) المبسوط: كتاب الشهادات فصل في الرجوع عن الشهادة ج ٨ ص ٢٤٦.

(٢) الخلاف: كتاب الشهادات المسألة ٧٥ ج ٣ ص ٣٥٠ طبعة اسماعيليان.

(٣) السرائر: كتاب الشهادات باب شهادات الزور ج ٢ ص ١٤٦.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الشهادات باب شهادات الزور ج ٢ ص ٦٦.

(٥) المهذّب: كتاب الشهادة باب شهادة الزور ج ٢ ص ٥٦٤.

(٦) الوسيلة: كتاب القضايا والأحكام فصل في بيان حكم الرجوع عن الشهادة ص ٢٣٤.

ويحتمل عدم الضمان، إلّا أن يكون مرجّحاً في صورة التعارض».

أقول: وجه هذا الاحتمال انّ الحقّ يثبت بالشاهدين اللذين لم يرجعا، فلا يفتقر الى شهادة الثالث، فلم يكن على الثالث شيء برجوعه؛ لأصالة البراءة، إلّا أن يكون الثالث مرجّحاً، بأن يشهد اثنان لواحد ويشهد اثنان مع هذا الثالث لآخر فرجّح الحاكم المشهود له بالثلاثة بسبب كثرة الشهود فانّه يغرم عند رجوعه قطعاً؛ لأنّ الحقّ لولاه لما ثبت، فكان عليه بقدر ما أتلف بشهادته.

قوله رحمه الله: «ويحتمل انّه متى رجع من النسوة مازاد على اثنين لم يكن عليهنّ شيء».

أقول: هذا مبنيّ على ما تقدّم من رجوع الثالث، وقد أشرنا الى الوجه فيه.

قوله رحمه الله: «ولو ظهر فسق الشاهدين بعد قطع أو قتل ـ الى قوله: ـ ولو كانت الشهادة بمالٍ استعيدت العين إن كانت باقية وضمن المشهود له أن كانت تالفة، ولو كان معسراً نظر، وقيل: يضمن الحاكم ويرجع به على المحكوم له اذا أيسر».

أقول: هذا القول المشار إليه هو قول الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: فإمّا أن حكم بالمال نظرت، فإن كانت عين المال باقية استردّها، وإن كانت تالفة فإن كان المشهود له وهو القابض موسراً غرم ذلك، وإن كان معسراً ضمن الامام حتى اذا أيسر رجع الامام عليه[1].

---

(١) المبسوط: كتاب الشهادات فصل في الرجوع عن الشهادة ج ٨ ص ٢٥٠.

قوله رحمه الله: «أمّا لو كان حقّاً لله تعالى لم يحكم، والأقرب في حدّ القذف والقصاص الحكم، بخلاف القطع في السرقة».

أقول: قد تقدّم البحث في ذلك.

قوله رحمه الله: «لو اعترف الحاكم بخطأه في الحكم فإن كان بعد العزل غرم في ماله، وإن كان قبله استعيدت العين إن كانت قائمة على إشكال».

أقول: وجه الإشكال انّ رجوعه عمّا حكم به ودعواه انّه حكم بالخطأ في حكم الإقرار على الغير فلا ينفذ.

ومن انّه حاكم شرعاً وقد علم انّ العين مستحقّة لغير القابض فيكون حكمه ماضياً، ويرجع ذلك الى القضاء بالعلم في حقوق الناس.

قوله رحمه الله: «لو ثبت الحكم بشهادة الفرع ثمّ رجع فإن كذّبه شاهد الأصل في الرجوع فالأقرب عدم الضمان، ولو صدّقه أو جهل حاله ضمن».

أقول: وجه القرب انّه اعترف بنقل المال لشهادته الكاذبة فكان ضامناً لما تلف بها.

قوله رحمه الله: «ولو رجعا معاً عن الشهادة على أحد الأصلين احتمل إلحاقهما برجوع شاهدي الأصل وبرجوع أحدهما».

أقـول: وجه الاحتمال الأوّل انّ الحقّ ثبت بسبب شهادتهما، وقد رجعا كلاهما، فكان كما لو رجع شاهد الأصل فيغرمان الجميع.

ومن انّ شهادتهما على كلّ واحد تقوم مقام شهادة ذلك الواحد، وقد رجعا عن الشهادة على أحدهما خاصّة، فكان كما لو رجع شاهد الأصل وحده فيكون عليهما النصف.

قوله رحمه الله: «ولو رجع أحدهما عن الشهادة على أحد الأصلين والآخر عن الشهادة على الآخر ضمنا الجميع، ولو رجع أحدهما عن الشهادة على أحد الأصلين احتمل تضمّن النصف».

أقـول: هذا الاحتمال مبنيّ على ما تقدّم من انّ رجوع أحدهما عن الشهادة على أصل والآخر على الآخر فيوجب ضمان الجميع، وقد تقدّم فتوى المصنّف لذلك، لكن المانع أن يمنع ذلك، إذ يلزم من ذلك مساواة رجوع أحدهما عن الشهادة على أحدهما ورجوعهما جميعاً عن الشهادة على أحدهما.

قوله رحمه الله: «لو رجع الشاهدان بعد الحكم بشهادتهما فأقام المدّعي شاهدين غيرهما ففي الضمان إشكال».

أقـول: وجه الإشكال من حيث إنّ شهادتهما سبب في نقل المال من المدّعى عليه وقد اعترفا بكذبهما فيه، ورجوعهما غير مقبول في حقّ المشهود عليه فكان عليهما الضمان.

ومن وجود من يشهد للمدّعي بذلك غيرهما.

قوله رحمه الله: «وكذا لو شهد الفرعان ثمّ رجعا بعد الحكم ثمّ حضر شاهد الأصل فشهد ففي تضمين شاهدَي الفرع إشكال».

أقول: حكم هذه المسألة حكم التي قبلها، ووجه الإشكال فيه ما ذكر هناك.

واعلم انّ المصنّف أفتى قبل ذلك في هذا الكتاب بأنّ شاهد الفرع لو شهد ثمّ رجع وكذّبه الأصل في الرجوع فإن صدّقه فيما شهد به أو جهل حاله فانّ شاهد الفرع لا يضمن.

قوله رحمه الله: «لو كذّبا الحاكم المعزول بعد أن حكم بشهادتهما في الشهادة عنده فالأقرب أنهما لا يضمنان، وفي تضمين الحاكم حينئذٍ إشكال».

أقول: وجه القرب انّه لم يثبت بشهادتهما عنده حتى يكونا قد رجعا عنها.

وقوله: «حال العزل» غير ماضٍ عليهما، فجرى مجرى إقرار الغير على غيره، وظاهر انّه غير مقبول.

وأمّا تضمين الحاكم فوجه الإشكال فيه من حيث إنّه قد كان حاكماً له أن يحكم بشهادتهما، وقد أقرّ بما كان له فعله فكان قوله فيه مقبولاً، ولأصالة براءة الذمّة. ولأنّ فتح هذا الباب يوجب تطرّق الضرر العظيم على الحكّام بعد عزلهم؛ لأنّ كلّ واحد من الخصوم يمكنه أن يدّعى عليه نقل المال منه ويضمنه.

ومن حيث إنّه اعترف بنقل المال وادّعى المسقط فلا يقبل فيه مجرّد دعواه.

ويمكن أن يقال: إن كان المدّعى عليه قد اعترف الحاكم بأنّه نقل عنه المال بشهادة الشاهدين لم يكن له الرجوع على المعزول؛ لاعترافه باستناد الإتلاف الى

غيره ـ أعني الشاهدين ـ وإن أنكر وادّعى عليه نقل المال بغير حقّ فادّعى الحاكم انّه نقل[1] بشهادة الشاهدين وأنكر الشاهدان كان عليه الضمان.

قوله رحمه الله: «ولو أقام الحاكم شاهدين على انّهما شهدا عنده فالأقرب انّهما يضمنان».

أقول: وجه القرب انّ ذلك يجري مجرى رجوع الشاهدين لثبوت كونهما شهدا بشهادة الشاهدين عليهما، فيكون إنكارهما للشهادة عنده تكذيباً للشاهدين، وهو غير مسموع، فجرى مجرى الرجوع.

قوله رحمه الله: «لو كذّباه قبل عزله لم يلتفت الى تكذيبهما، والأقرب انّهما يضمنان».

أقول: وجه القرب ثبوت كونهما شهدا بقول الحاكم النافذ الحكم، فجرى إنكارهما لأصل الشهادة فجرى الرجوع؛ لعدم سماع تكذيب الحاكم.

قوله رحمه الله: «لو شهدا بولاية كوصية إليه أو وكالة ثمّ رجعا ضمنا الأُجرة للموكّل أو الوارث إن أخذها أحدهما منهما، أو استحقّها لهما إن لم يأخذها الوكيل أو الوصي».

أقول: يريد اذا شهد شاهدان لرجل بولاية مثل أن يشهدا له أنّ فلاناً أوصى إليه أو فلاناً وكّله في عملٍ وعملَ الوصي والوكيل ما يستحقّان به الأُجرة ثمّ رجع

---

(١) في ش: «نقله».

الشاهدان عن شهادتهما بتلك الوكالة أو الوصية فامّا أن يكون بعد أن استوفى الوكيل أو الوصي الأُجرة المستحقّة له أو بعد استحقاق الأُجرة قبل استيفائها فإن كان الأوّل رجع الموكّل أو الوارث على الشاهدين بما غرماه وذلك ظاهر، والى ذلك أشار بقوله: «ضمنا الأُجرة ـ أي الشاهدان ـ إن أخذها أحدهما ـ أي الوكيل أو الوصي ـ منهما ـ أي من الوارث والموكّل ـ» وإن كان الثاني أي: رجعا بعد أن استحقّ الوكيل أو الوصي الأُجرة وقبل أن يأخذاها غرم الشاهدان للوكيل أو الوصي، والى ذلك أشار بقوله: «أو استحقّها ـ يعني الوكيل والوصي ـ لهما» أن يضمن الشاهدان لهما ـ أي للوكيل أو الوصي ـ إن لم يأخذها ـ أي أحدهما ـ.

قوله رحمه الله: «وهل للوكيل أو الوصي المطالبة للموكّل أو الورثة بالأُجرة؟ إشكال».

أقول: توجيه هذا الإشكال من حيث إنّ الشاهدين هنا أصل في الضمان؛ لاستقرار الضمان عليهما، وذلك لأنّه لو رجع على الموكّل أو الوارث رجعا على الشاهدين، ولو رجعا على الشاهدين لم يرجع على الموكّل ولا على الورثة فكان الضمان مستقرّاً عليهما.

ومن حيث إنّ الحقّ يثبت بشهادتهما على الموكّل وتركة الموصي، ورجوعهما لا يوجب سقوط حقّ المشهود عليه بعد الحكم، فكان له الرجوع على الموكّل وتركة الموصي.

وأقول: لو عكس المصنّف رحمه الله وقال: للوكيل والوصي الرجوع على الوارث والموكّل وفي رجوعهما على الشاهدين إشكال كان أظهر، وذلك لأنّ الرجوع عن الشهادة ليس المراد به قبل الحكم بشهادتهما؛ لأنّ على هذا التقدير لا حكم ولا رجوع على أحد بشيء؛ لعدم الإتلاف، وانّما المراد بذلك اذا كان الرجوع

بعد الحكم، وحينئذٍ يكون الوكيل والوصي قد استحقّا الأُجرة بعملهما، ولا يسقط ذلك برجوع الشاهدين بعد الحكم، بل للمشهود له إلزام المشهود عليه بحقّه، ويرجع المشهود عليه على الشاهدين.

وأمّا وجه الإشكال في الرجوع على الشاهدين فظاهر، من حيث إنّهما سبب الضمان ويستقرّ عليهما كما قلناه، فلكلّ من الوكيل والوصي الرجوع عليهما بأُجرته.

ومن حيث إنّ الشاهدين انّما يغرمان ما غرم المشهود عليه، وهو الى الآن لم يغرم، فلم يكن على الشاهدين رجوع بشيء.

قوله رحمه الله: «ولو رجع المعرّفان بعد الحكم غرما ما شهد به الشاهدان، وفي تضمينهما الجميع أو النصف نظر».

أقول: وجه النظر من حيث إنّ الحقّ لم يثبت على المشهود عليه بشهادة الشاهدين؛ لأنّهما قد شهدا على شخص لايعرفانه ذكر المعرّفان انّه المسمّى بالاسم الفلاني، وألزم الحاكم المسمّى بذلك الاسم بواسطتهما، وقد اعترفا بكذبهما في النسب، فكان ضمان الجميع عليهما.

ومن انّ الحقّ انّما يثبت بمجموع الشاهدين، إذ المعرّفان لم يشهدا عليه بشيء، وانّما شهدا بمجرّد النسب، ولولا شهادة الشاهدين لم يثبت عليه شيء بمجرّد النسب، وكذلك الشاهدان لولم يثبت نسبه بشهادة المعرّفين لم يغرّما شيئاً، فكان الجميع سبباً في الإتلاف، فلم يلزم المعرّفين أكثر من النصف.

قوله رحمه الله: «اذا زاد الشاهد في شهادته أو أنقص قبل الحكم بين يدي الحاكم احتمل ردّ

شهادته، أمّا الأُولى فللرجوع، وأمّا الثانية فلعدم التثبّت، بأن يشهد بمائة ثمّ يقول: بل هي مائة وخمسون أو سبعون، وكذا لو شهد بمائة ثمّ قال: قضاه خمسين احتمل الردّ».

أقول: كان ينبغي أن يقول: اذا نقص في شهادته أو زاد قبل الحكم؛ لأنّ قوله: «أمّا الأُولى فللرجوع» انّما يتأتّى اذا شهد بمقدار ثمّ نقص منه حتى يكون قد رجع عن بعض ما شهد به، وأمّا الثاني: وهو أن يكون قد زاد «فلعدم التثبّت».

وقوله: «وكذا لو شهد له بمائة ثمّ قال: قضاه خمسين» ووجه هذا الاحتمال انّ شهادته بأنّ له مائة يقتضي استحقاقها عليه، فاذا قال: قضاه خمسين يكون قد رجع عن كون مازاد على الخمسين مستحقّاً، ومتى رجع الشاهد قبل الحكم بشهادته لم يسمع.

قوله رحمه الله: «لو رجعا في الشهادة على الميّت بعد اليمين ففي إلزامهما بالجميع نظر».

أقول: وجه النظر انّ الحقّ هل يثبت بمجموع الشهادة واليمين أو بالشهادة؟ واليمين انّما كانت استظهاراً لإمكان سقوط الحقّ بقضاء أو ابراء، وتعذّر استعلام ذلك بسبب موت المشهود عليه.

قوله رحمه الله: «لو رجعا عن تاريخ البيع بأن شهدا بالبيع منذ سنة ثمّ قالا: بل منذ شهر احتمل تضمين العين؛ لأنّ البيع السابق مغاير للّاحق،

فلا يقبل قولهما في اللاحق وقد رجعا عن السابق، وحينئذٍ يضمنان الأُجرة من حين الشهادة الأُولى الى الثانية. واحتمل أن يضمنا المنافع خاصّة؛ لأنّ الرجوع في التاريخ ليس رجوعاً عن الأصل، وعلى هذا الاحتمال لو شهد اثنان بالشراء من البائع لآخر منذ شهرين ـ مثلاً ـ ضمنا له العين قطعاً، والمنافع للبائع من التاريخ الأوّل الى تاريخ الشراء الثاني، وللثاني منه الى تاريخ الرجوع، فلو رجع الأخيران فإن قلنا: يضمن الأوّلان العين على تقدير عدم الشهادة الثانية ضمن الأوّلان للثاني والأخيران للبائع، وإن قلنا بعدم الضمان ضمن الأوّلان للثاني والأخيران لهما، وهكذا حكم باقي العقود. وأمّا الإقرار فيشكل؛ لإمكان القول بالاتحاد مع تغاير التاريخ، ولهذا لو شهد أحدهما بالإقرار منذ سنة والآخر به منذ سنتين ثبت، ولم يثبت لو شهد أحدهما بالبيع منذ سنة والآخر به منذ سنتين؛ لاتحاد الأوّل دون الثاني، فلو رجعا عن تاريخ الإقرار بالعين ضمنا المنافع خاصّة دون العين مع احتماله، وباقي البحث كالأوّل.

أقول: نريد أن نوضّح فقه هذه المسألة ونذكر وجه ما فيها من الاحتمال فنقول: لو ادّعى واحد على غيره انّه باع منه ملكاً ذا أُجرة منذ سنة ـ مثلاً ـ وأنكر المدّعى عليه فأقام المدّعي شاهدين بذلك عند الحاكم وحكم الحاكم له وسلّم إليه الملك المدّعي به، ثمّ رجع الشاهدان عن تاريخ شهادتهما لا عن أصل الابتياع ـ بأن قالا: باع منه الملك منذ شهر ـ احتمل فيه وجهان:

أحدهما: أن يضمنا للبائع المشهود عليه قيمة العين؛ لأنّ العقد الواقع في التاريخ السابق غير العقد الواقع في التاريخ اللاحق؛ لاستحالة إعادة المعدوم، فيكون ذلك رجوعاً عن الشهادة الأُولى وشهادة بعقد آخر، فلا يقبل شهادتهما بعد الرجوع، فيلزمهما ضمان ما رجعا عنه وهو العين المشهود بها. فعلى هذا الاحتمال يضمنان مضافاً الى ضمان العين أُجرة تلك العين من حيث شهادتهما الأُولى، وحكم الحاكم بها الى حين رجوعهما.

ويحتمل ضمانهما الأُجرة للمنافع خاصّة دون العين؛ لما ذكره المصنّف من أنّ الشاهدين لم يرجعا عن أصل البيع، وانّما رجعا عن تاريخ وقوعه. فعلى هذا الاحتمال يضمن الشاهدان للبائع أُجرة تلك العين من تاريخ البيع الأوّل الى تاريخ البيع الآخر.

ثمّ انّ المصنّف فرّع على هذا الاحتمال تفريعاً آخر وهو: انّه لو ادّعى آخر شراء تلك العين من ذلك البائع منذ شهرين وشهد له بذلك شاهدان فإن الشاهدين الأوّلين يضمنان لهذا المشتري الثاني العين قطعاً، إذ لولا شهادتهما بسبق الشراء منذ سنة لكانت بيّنته بالشراء منذ شهرين مقدّمة على بيّنة الشراء منذ شهر، وانّما منع من أخذ العين بشهادتهما السابقة المرجوع عنها، ويضمنان للبائع أيضاً أُجرة المنافع من

تاريخ العقد الأوّل الى تاريخ شراء الثاني، وللثاني الأُجرة من حين تاريخ شرائه الى تاريخ رجوعهما.

ثمّ فرّع تفريعاً آخر وهو: انّه لو رجع الشاهدان الآخران عن شهادتهما للمشتري الآخر فإن قلنا بأنّ الشاهدين الأوّلين ـ على تقدير عدم شهادة الشاهدين الآخرين ـ يضمنان العين للبائع فهنا يضمنان العين للمشتري الثاني ويضمن الشاهدان الآخران للبائع، أمّا الأوّلان فلأنّه لولا شهادتهما أخذ الثاني العين فقد منعاه منها بشهادتهما التي رجعا عنها، وأمّا الآخران فلأنّه لولا شهادتهما لكان ضمان العين له دون المشتري الثاني وقد رجعا أيضاً عنها.

وإن قلنا: إنّه على تقدير عدم شهادة الآخر لايضمن الشاهدان العين، فقد قلنا: انّهما هاهنا يضمنان للثاني فيضمن الأخيران للشاهدين الأوّلين ما غرماه، إذ لولا شهادة الآخرين لما أوجبنا على الأوّلين ضمان العين، وهكذا الحكم في سائر العقود الباقية[1]، كالوقف وعقد الصلح والهبة المعوّض عنها.

امّا الاقرار فقال المصنّف رحمه الله: يشكل كونه مثل ذلك؛ لثبوت الفرق بينه وبين العقود الجائزة؛ لاتحاد المخبر عنه في الإقرار مع تغاير التاريخ، ولهذا لو شهد أحدهما بالإقرار منذ سنة والآخر بالإقرار منذ سنتين ثبت، ولم يثبت لو شهد أحدهما بالبيع منذ سنة والآخر منذ سنتين؛ لاتحاد الأوّل دون الثاني.

وأقول: هذا حقّ، لكن ليس البحث في انّ الشاهدين شهدا بأنّه أقرّ منذ سنة ثمّ شهدا بأنّه أقرّ منذ شهر، فانّه لو كان الأمر كذلك لم يكن رجوعاً ولا يضمنان شيئاً؛

---

(١) في ج: «السابقة».

لعدم المنافاة. والبحث عن الرجوع في الإقرار وصورته: أن يشهدا انّه أقرّ بالعين منذ سنة ثمّ يكذّبا أنفسهما في تلك الشهادة في ذلك التاريخ فيقولا: ما أشهدنا عليه في ذلك التاريخ المقدّم بل في التاريخ المتأخّر امّا تعمدنا أو غلطنا، ولا شكّ انّ ذلك يوجب عليهما الضمان بلا إشكال، فيضمنان المنافع من حين تاريخ الإقرار الأوّل الى حين رجوعهما دون العين؛ لعدم رجوعهما عن الإقرار بها في التاريخ. ويحتمل ضمان العين أيضاً؛ لأنّ رجوعهما عن الشهادة الأُولى التي اقتضت انتزاع العين من المقرّ قد تحقّق وهو سبب الضمان، وشهادتهما بإقراره أخيراً غير مقبولة. وجميع الأحكام التي ذكرناها في العقود من شهادة أُخرى لغير المشهود له أوّلاً وغير ذلك ممّا ذكرناه آتٍ في صورة الإقرار؛ لما بيّناه من تحقيق الاحتمالين فيه.

قوله رحمه الله: «في التضمّن يترك الشهادة مع ضعف المباشرة إشكال، كما لو علمنا ببيع المورّث من زيد فباع الوارث من عمرو ولما يعلم وتعذّر الرجوع على المشتري».

أقول: وجه الإشكال من انّهما لم يتلفا العين على المشتري ولا تعرّضا بها ولاشهدا بما ينافيها فلا يضمنان شيئاً؛ لأصالة براءة الذمّة.

ومن انّ الشهادة واجبة عليهما، وتركها سبب في تلفها على المشتري الأوّل، ومباشرة الوارث والمشتري منه مع جهلهما ضعيفة، ومتى قوي السبب وضعف المباشر كان الضمان على السبب.

كتاب

الحدود

كتاب الحدود

قوله رحمه الله: «ولو أُكره على الزنا سقط الحدّ على إشكال، ينشأ من عدم تحقّق الإكراه في طرف الرجل».

أقول: ومن انّا نبحث على تقدير تحقّق الإكراه؛ لعدم المبحوث عنه بسقوط الحدّ عن المكره، فاذا لم يبق الإكراه ـ لعدم تحقّقه أو كيف كان ـ لم يكن محلّ النزاع.

قوله رحمه الله: «ولا حدّ في وطء زوجته الحائض والصائمة والمظاهرة والمولّى منها».

أقول: يريد انّه لا حدّ عليه لو وطأ زوجته حراماً، كما لو وطأ إحدى المذكورات فانّه قد يكون وطأ حراماً ولا حدّ عليه.

واعلم انّ تمثيل المصنّف بالمولّى منها فيه نظر؛ لأنّ المولّى منها لو كان وطأها حراماً لما كان مأموراً به على التخيير بينه وبين الطلاق ولما أجبره الحاكم على ذلك، ولا يلزم من وجوب الكفّارة بالوطء تحريمه.

قوله رحمه الله: «ولو زنى المجنون لم يحدّ على الأصحّ».

أقـول: الأصحّ عند المصنّف انّه لا حدّ على المجنون لو زنى، وهو قول سلّار[١]. خلافاً للمفيد[٢] والشيخ[٣] وجماعة حيث قالوا: يحدّ المجنون اذا زنى دون المجنونة. وبه قال ابن بابويه قال: لأنّ المجنون يأتي والمجنونة تؤتى[٤].

قوله رحمه الله: «وفي اشتراط مـا يشـترط في البيّنة من الاتحاد إشكال».

أقـول: يعني اذا أقرّ بالزنا أربع مرات ـ لكنّه نسب الى كلّ واحد في زمان أو مكان ـ هل يحدّ لإقراره أربعاً أو لا؛ لأنّه يشترط فيه الاتحاد كما يشترط في البيّنة؟ فيه إشكال.

ينشأ من إطلاق الفقهاء كلّهم انّ الزنا يثبت بالإقرار أربعاً، وهو يتناول المتّحد والمتعدّد.

ومن انّ الحدود التي لله تعالى مبنيّة على التخفيف، وما أقرّ به متغاير؛ لأنّه إقرار بأفعال متعدّدة، فيفتقر كلّ منها الى الإقرار به أربعاً ولم يحصل.

قوله رحمه الله: «وهل يشترط تعدّد المجالس في الإقرار؟ الأقرب العدم».

أقـول: وجه القرب انّ الأصل عدم الاشتراط، ولأنّ تعدّد المجالس لا مدخل

---

(١) المراسم: كتاب الحدود والآداب ص ٢٥٢.

(٢) المقنعة: كتاب الحدود والآداب باب حدود الزنا ص ٧٧٩.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب أقسام الزناة ج ٣ ص ٢٩٠.

(٤) الهداية: باب الحدود ص ٧٦.

لها في قبول الإقرار وعدمه، بل يقضي على المقرّ بموجبه مطلقاً؛ لعموم قوله عليه السلام: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»[١]. ولرواية جميل عن الصادق عليه السلام قال: لايقطع السارق حتى يقرّ بالسرقة مرتين، ولا يرجم الزاني حتى يقرّ بالزنا أربع مرات[٢]. وهو عامّ.

قوله رحمه الله: «ولو نسب الى امرأة ثبت الحدّ للقذف بأول مرة على إشكال».

أقول: ليس الإشكال راجعاً الى تقييده بأول مرة، بل في كونه قاذفاً للمرأة بذلك أم لا.

ووجه الإشكال من حيث انّه نسب زناه الى انّه زنى بها، وظاهره يقتضي قذفها.

ومن انّه لم يصرّح بكونها زانية، وانّما نسب الى نفسه انّه زنى، وهو أعمّ من كونها زانية أو لا، لإمكان كونها مكرهة، ولا دلالة للعامّ على الخاصّ.

قوله رحمه الله: «ولو أنكر ما أقرّ به من الحدود لم يلتفت إليه إلّا بما يوجب الرجم فانّه يسقط بإنكاره، وفي إلحاق القتل به إشكال».

أقول: يريد لو كان الزنا المقرّ به ممّا يوجب القتل ـ كالزنا بالعمّة والخالة وإحدى المحرمات ـ ثمّ أنكر فهل يسقط القتل كما يسقط الرجم؟ فيه إشكال.

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل العاشر فى ا لاقرار ص ٤٤٢ س ١.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ١ في حدود الزنا ح ٢١ ج ١٠ ص ٨، وسائل الشيعة: ب ١٦ من أبواب حدّ الزنا ح ٣ ج ١٨ ص ٣٨٠.

منشأه المشاركة في المعنى الذي يثبت الحكم لأجله، وهو اشتمال الحدّ على هلاك النفس، وهو خطر، مع احتمال صدقه في الإنكار.

ومن اختصاص النصّ بالرجم فيختصّ بالحكم.

قوله رحمه الله: «ولو شهد بعض انّه أكرهها وبعض بالمطاوعة ثبت الحدّ؛ لأنّها كملت على وجود الزنا، واختلافهم انّما هو في فعلها، وقيل: يحدّ الشهود؛ لتغاير الفعلين، وهو أوجه».

أقول: القول بأنّه يحدّ الرجل؛ لأنّ الشهادة كملت في حقّ الرجل على الزنا هو قول الشيخ في المبسوط[١]، وابن الجنيد[٢]، وابن ادريس[٣]، وابن حمزة[٤].

والقول الآخر: انّه لا حدّ عليه هو قول الشيخ في الخلاف[٥].

والمصنّف رحمه الله نقل لازم هذا القول ـ وهو حدّ الشهود ـ فانّه اذا لم يثبت بشهادتهم حدّ بسبب اختلاف شهادتهم يثبت عليهم حدّ القذف. وهذا القول الأخير هو أوجه عند المصنّف.

واستدلّ عليه في المختلف بأنّ الزنا بقيد الإكراه مغاير له بقيد المطاوعة، كما انّ الزنا في إحدى الزوايا مغاير له في الزاوية الأُخرى، وكما لم تسمع في الثانية وإن اتفقا

---

(١) المبسوط: كتاب الحدود ج ٨ ص ٨.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الأوّل في حدّ الزنا ص ٧٥٥ س ١٣.

(٣) السرائر: كتاب الحدود باب ماهية الزنا وما به يثبت ذلك ج ٣ ص ٤٣٦.

(٤) الوسيلة: كتاب الجنايات فصل في بيان ماهية الزنا... ص ٤١٠.

(٥) الخلاف: كتاب الحدود المسألة ٢٤ ج ٣ ص ١٨١.

على مطلق الزنا فكذلك في الأُولى للتغاير[١].

قوله رحمه الله: «ولو شهد اثنان بأنّه زنى وعليه قميص أبيض وشهد اثنان انّه عليه قميصاً أسود ففي القبول نظر».

أقول: وجه النظر من كون الشهادة على الزنا قد كملت.

ومن انّ الزنا حال ما كان عليه قيص أبيض مغاير له حال ماكان عليه قيص أسود، فتكون الشهادة على فعلين متغايرين.

قوله رحمه الله: «اتفاقهم على الحضور للإقامة دفعة ـ الى قوله: ـ ولو تفرّقوا في الحضور ثمّ اجتمعوا في مجلس الحاكم على الإقامة فالأقرب حدّهم للفرية».

أقول: وجه القرب أنّ اجتماعهم على الحضور شرط في ثبوت الحدّ على المشهود عليه، ولم يحصل، فكانوا قذفة يحدّون للفرية.

قوله رحمه الله: «واذا لم يكمل شهود الزنا حدّوا، وكذا لو كملوا أربعةً غير مرضيين كالفسّاق، ولو كانوا مستورين ولم تثبت عدالتهم ولا فسقهم فلا حدّ عليهم ولا يثبت الزنا،

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الأوّل في حدّ الزنا ص ٧٥٥ س ١٥.

ويحتمل أن يجب الحدّ إن كان ردّ الشهادة لمعنى ظاهر كالعمى والفسق الظاهر لا لمعنى خفي كالفسق الخفي، فانّ غير الظاهر خفي عن الشهود فلم يقع منهم تفريط».

أقول: يريد المصنّف انّه اذا لم تكمل شهادة الأربعة ـ بأن كانوا أقلّ ـ حدّوا للفرية، وكذلك إن كانوا أربعة وردّت شهادتهم ـ كالفسّاق ـ فانّهم يحدّون للفرية؛ لثبوت المقتضي له ـ وهو القذف ـ وعدم ما يسقط عنه، إذ المسقط للحدّ عنهم انّما هو الشهادة المضبوطة ولم يتحقّق.

ويحتمل التفصيل وهو: انّ ردّ الشهادة إن كان لمعنى ظاهر ـ كالعمي والفسق الظاهر ـ حدّوا للفرية؛ لما قلناه، وإن كان لمعنى خفي ـ مثل ردّ شهادة بعضهم لفسق خفي عن الباقين فلم تكمل الشهادة ـ فلا حدّ عليهم؛ لما ذكره المصنّف من انّ غير الظاهر خفي عن الشهود، فلم يكن قد صدر عن الباقين تفريط، وقد أتوا بلفظ الشهادة عند الحاكم مع باقي العدد الذي ظاهره العدالة.

قوله رحمه الله: «وفي إلحاقه بالزاني مع جهله بالتحريم إشكال».

أقول: يريد انّ الذمّي اذا عقد على المسلمة فإن العقد يكون باطلاً، فاذا وطأها عالماً بالتحريم قتل، امّا مع جهله بالتحريم هل يكون حكمه حكم الزاني اذا كان جاهلاً بتحريم ذلك عليه؟ فيه إشكال.

ينشأ من كونه شبهة فيسقط عنه الحدّ والتعزير.

ومن استناد جهله الى تقصيره بترك الاسلام مع إقدامه على مباشرة المسلمة، وهو يناسب العقوبة.

قوله رحمه الله: «الزاني بامرأة أبيه على رأي».

أقول: عدّ الشيخ أبو جعفر في من يجب قتله بالزنا الزاني بامرأة الأب[١]، وتبعه ابن البرّاج[٢].

وأبو الصلاح ذكر انّ من حدّ القتل الزاني بإحدى المحرمات عليه نسباً ورضاعاً[٣].

قوله رحمه الله: «وقيل: إن كان محصناً جلد ثمّ رجم، وإن كان غير محصن جلد ثمّ قتل».

أقول: هذا القول إشارة الى قول ابن ادريس[٤].

قوله رحمه الله: «الثالث: الجلد مائة، ثمّ الرجم وهو حدّ المحصنين اذا كانا شيخين، وقيل: الشابّان كذلك، وهو قوي».

أقول: قسّم الشيخ في النهاية الزانيين المحصنين الى الشيخين والشابّين، فأوجب الجلد ثمّ الرجم على الشيخين، واقتصر بالرجم على الشابين[٥].

وقال ابن أبي عقيل: وحدّ المحصن والمحصنة اذا زنيا الرجم[٦]، ولم يفصّل. وأطلق

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب أقسام الزناة ج ٣ ص ٢٨٧.

(٢) المهذّب: كتاب الحدود باب الزناة وأقسام الزنا وما يتعلّق بذلك ج ٢ ص ٥١٩.

(٣) الكافي في الفقه: الضرب الثامن في أحكام الحدود فصل في حدّ الزنا ص ٤٠٥.

(٤) السرائر: كتاب الحدود باب أقسام الزناة ج ٣ ص ٤٣٨.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب أقسام الزناة ج ٣ ص ٢٨٧.

(٦) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الأوّل في حدّ الزنا ص ٧٥٦ س ٢٨.

المرتضى رحمه الله وجوب الجلد والرجم على المحصن[١] من غير تفصيل، وكذا المفيد[٢]، والصدوق[٣]، وابن الجنيد[٤]، وسلّار[٥]. وقوّاه المصنّف.

ووجه القوّة أن يقال: امّا الرجم فلا خلاف فيه، وانّما الخلاف في جلد الشابّين كالشيخين أوّلاً، ويدلّ عليه عموم قوله تعالى: ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كلّ واحدٍ منهما مائة جلدة﴾[٦].

ولأنّ علياً عليه السلام جلد سراجة يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة، فقيل له: أتحدّها حدّين؟ قال عليه السلام: حددتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلّى الله عليه وآله[٧].

ولما رواه محمّد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام في المحصن والمحصنة جلد مائة ثمّ الرجم[٨].

قوله رحمه الله: «واختلف في تفسير البكر فقيل: هو من أملك ولم يدخل، وقيل: غير المحصن، سواء أملك أو لا».

---

(١) الانتصار: مسائل الحدود والقصاص والديات ص ٢٥٤.

(٢) المقنعة: كتاب الحدود والأداب باب حدود الزنا ص ٧٧٥.

(٣) المقنع: باب الزنا واللواط ص ١٤٤ س ٤.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الأوّل في حدّ الزنا ص ٧٥٦ س ٢٧.

(٥) المراسم: كتاب الحدود والأداب ص ٢٥٢.

(٦) النور: ٢.

(٧) عوالي اللآلي: ج ٢ ص ١٥٢ ح ٤٢٦.

(٨) تهذيب الأحكام: ب ١ في حدود الزنا ح ١٢ ج ١٠ ص ٤، وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب حدّ الزنا ح ٨ ج ١٨ ص ٣٤٨.

أقـول: القول الأوّل هو قول الشيخ في النهاية فانّه جعل البكر هو الذي أملك ولم يدخل، وأوجب عليه جلد مائة وتغريب سنة وجزّ شعره إن كان رجلاً[١].

والقول الثاني هـو قـوله في كـتاب المـبسوط[٢] والخـلاف[٣]، واخـتاره ابـن ادريس[٤]. واختار المصنّف في المختلف[٥] قول الشيخ في النهاية.

قوله رحمه الله: «وفي روايـة مـهجورة يكـون بينهما مسافة التقصير».

أقـول: من جملة شرائط الإحصان الذي يجب معه الرجم أن يكون متمكّناً من الفرج المملوك له، بأن يكون حاضراً أو بعيداً يمكنه أن يغدو عليه ويروح.

وروى الشيخ عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن عبدالرحمن بن حمّاد عن عـمر ابن يزيد قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: أخبرني عن الغائب عن أهله يـزني أيرجم اذا كان له زوجة وهو غائب عنها؟ فقال: لايرجم الغـائب عـن أهـله ولا المملّك الذي لم يبن بأهله ولا صاحب متعة، قلت: ففي أي حدّ سفره لايكون محصناً؟ قال: اذا قصّر وأفطر فليس بمحصن[٦].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب أقسام الزناة ج ٣ ص ٢٨٨.

(٢) المبسوط: كتاب الحدود ج ٨ ص ٢.

(٣) الخلاف: كتاب الحدود المسألة ٣ ج ٣ ص ١٧٦ طبعة اسماعيليان.

(٤) السرائر: كتاب الحدود باب أقسام الزناة ج ٣ ص ٤٣٩.

(٥) مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الأوّل في حدّ الزنا ص ٧٥٧ س ١٧.

(٦) تهذيب الأحكام: ب ١ في حدّ الزنا ح ٣٢ ج ١٠ ص ١٣، وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب حدّ الزنا ح ٨ ج ١٨ ص ٣٥٦.

والى هذه الرواية أشار المصنّف رحمه الله بقوله: «وفي رواية مهجورة يكون بينهما مسافة التقصير» لأنّ عمل الأصحاب وفتاواهم على انّ المحصن من كان له فرج مملوك بالعقد الدائم أو الملك يغدو عليه ويروح، والروايات المتواترة عن أهل البيت عليهم السلام.

قوله رحمه الله: «ينبغي للامام اذا استوفى حدّاً أن يُشعر الناس ويأمرهم بالحضور، ويجب حضور طائفة أقلّها واحد، وقيل: عشرة، وقيل: ثلاثة، وقيل: إنّه مستحبّ».

أقول: الخلاف هاهنا في موضعين:

أحدهما: في عدد من يحضر لإقامة الحدّ، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾[1].

فقال الشيخ في الخلاف: أقلّ من يحضره عشرة، وحكاه عن الحسن البصري وعن الشافعي وعن ابن عباس انّه واحد. ثمّ قال: وروى ذلك أيضاً أصحابنا، وعن عكرمة اثنان. ثمّ قال: ولو قلنا بأحد ما قالوه كان قوياً[2].

وقال ابن ادريس: أقلّه ثلاثة[3].

الثاني: انّ إحضار الطائفة هل هو واجب أو مستحبّ؟ قال ابن ادريس بالوجوب[4]، واختاره المصنّف.

---

(١) النور: ٢.

(٢) الخلاف: كتاب الحدود المسألة ١١ ج ٣ ص ١٧٨ طبعة اسماعيليان.

(٣) السرائر: كتاب الحدود باب كيفية إقامة الحدّ... ج ٣ ص ٤٥٤.

(٤) المصدر السابق: ص ٤٥٣.

وقال الشيخ في الخلاف: إنّه مستحبّ[١]، وأطلق باقي الأصحاب الإحضار.

قوله رحمه الله: «ثمّ الحدّ إن كان جلداً جلد مجرّداً، وقيل: على حالة الزنا».

أقول: القول المحكي إشارة الى قول الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: الرجل يجلد قائماً على الحالة التي وجد عليها، إن وجد عارياً ضُرب كذلك، وإن وجد وعليه ثيابه ضُرب وعليه ثيابه[٢].

قوله رحمه الله: «أشدّ الضرب، وروي متوسطاً».

أقول: هذه الرواية إشارة الى ما رواه الشيخ في التهذيب عن الحسين بن سعيد عن حمّاد عن حريز عن أحدهما عن أبي جعفر عليه السلام انّه قال: يفرّق الحدّ على الجسد، ويتق الفرج والوجه، ويضرب بين الضربين[٣]. وهذه الرواية مرسلة، والمشهور من الروايات انّه يضرب أشدّ الضرب[٤].

قوله رحمه الله: «وفي انتظار برء جلده خلاف، ينشأ من أنّ القصد الإتلاف، ومن المبالغة في الزجر».

---

(١) الخلاف: كتاب الحدود المسألة ١١ ج ٣ ص ١٧٨.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب كيفية إقامة الحدّ في الزنا ج ٣ ص ٢٩٩.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ١ في حدود الزنا ح ١٠٥ ج ١٠ ص ٣١، وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب حدّ الزنا ح ٦ ج ١٨ ص ٣٧٠.

(٤) تهذيب الأحكام: ب ١ في حدود الزنا ح ١٠٥ ج ١٠ ص ٣١، وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب حدّ الزنا ذيل الحديث ٣ ج ١٨ ص ٣٦٩ ـ ٣٧٠.

أقـول: اذا اجتمع على الزاني الجلد والرجم ـ كالمحصن ـ برىء بالجلد، وهل يرجم عـقيب الجـلد أو يـنتظر بـرء جـلده؟ قـال الشـيخان[١] وأبـوالصـلاح[٢] وابن البرّاج[٣] بالأوّل، وابن ادريس بالثاني[٤]. ومنشأ الخـلاف هـو انّ الغـرض الإتلاف أو المبالغة في التعذيب.

واعلم انّ ابن ادريس قال في كتابه: وقد روى أصحابنا انّه لايرجم حتى يـبرأ جلده، فاذا برىء رجم. قال: والأولى حمل الرواية على الاستحباب دون الفرض والإيجاب؛ لأنّ الغرض في الرجم إتلافه وهلاكه[٥].

قال المصنّف في المختلف: ونمنع كون الغرض الإتلاف مطلقاً، بل جاز أن يكـون بعض الغرض ويكون البعض الآخر التعذيب[٦].

وأمّا ابن الجنيد فقال: ويجلد المحصن قبل رجمه بيوم[٧]. وكأنّه استند في ذلك الى فعل علي عليه السلام حيث جلد المرأة يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة.

قوله رحمـه الله: «وقـيل: بـشرط أن تـصيبه الحجارة».

---

(١) المقنعة: كتاب الحدود والآداب باب حدود الزنا ص ٧٧٥، النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب كيفية إقامة الحدّ في الزنا ج ٣ ص ٢٩٨.

(٢) الكافي في الفقه: الضرب الثامن من الأحكام فصل في حدّ الزنا ص ٤٠٥.

(٣) المهذّب: كتاب الحدود باب كيفية إقامة حدّ الزنا ج ٢ ص ٥٢٧.

(٤) السرائر: كتاب الحدود باب كيفية إقامة الحدّ في الزنا ج ٣ ص ٤٥٧.

(٥) السرائر: كتاب الحدود باب كيفية إقامة الحدّ في الزنا ج ٣ ص ٤٥١.

(٦) مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الأوّل في حدّ الزنا ص ٧٦٠ س ٣٥.

(٧) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الأوّل في حدّ الزنا ص ٧٦٠ س ٣٣.

أقول: اذا فرّ المرجوم من الحفيرة فإن كان قد ثبت عليه الزنا بالبيّنة أُعيد، وإن ثبت بالإقرار قال المصنّف: لا يردّ، وهو قول المفيد[١]، وسلّار[٢]، وأبي الصلاح[٣].

وقال الشيخ في النهاية: إن كان الرجم ثبت عليهما بإقرارهما على أنفسهما ثمّ فرّ أحدهما فإن كان قد أصابهما شيء من الحجارة لم يردّا وتركا حتى يمضيا، وإن فرّا قبل أن ينالهما شيء من الحجارة ردّا على كلّ حال[٤].

قوله رحمه الله: «ولا يرجمه من قبله حدّ وفي التحريم إشكال».

أقول: منشأه من ورود النهي[٥] عن ذلك.

ومن أصالة الجواز، واحتمال كون النهي للكراهة.

قوله رحمه الله: «وهل يشترط التغريب الى مسافة القصر فصاعداً؟ الأقرب ذلك».

أقول: وجه القرب انّ التغريب مأمور به، وهو يحصل بالنفي الى مسافة القصر فصاعداً قطعاً، امّا ما دون ذلك فإن صدق اسم التغريب عليه مشكوك فيه فلا يحصل به يقين الامتثال.

---

(١) المقنعة: كتاب الحدود باب حدود الزنا ص ٧٧٥.

(٢) المراسم: كتاب الحدود والآداب ص ٢٥٢.

(٣) الكافي في الفقه: الضرب الثامن من الأحكام فصل في حدّ الزنا ص ٤٠٧.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب كيفية إقامة الحدّ في الزنا ج ٣ ص ٣٩٩.

(٥) تهذيب الأحكام: ب ١ في حدود الزنا ح ٢٥ ج ١٠ ص ١١، وسائل الشيعة: ب ٣١ من أبواب مقدّمات الحدود وأحكامها العامّة ح ٢ ج ١٨ ص ٣٤٢.

قوله رحمه الله: «وله القطع على إشكال».

أقــول: قد وردت الرخصة بأن يقيم السيد الحدّ على عبده وأمته، وهل للمرأة والفاسق والمكاتب استيفاء الحدود من عبيدهم؟ فيه إشكال.

منشأه ما ذكره المصنّف من أنّه استصلاح للملك أو ولاية، فإن قلنا لهم استيفاء الحدود لكونه استصلاحاً فهل لهم القطع؟ فيه إشكال.

ينشأ من عموم جواز إقامة الحدّ على مملوكه، وهو يتناول محلّ النزاع.

ومن أنّه لا ولاية لهم في استيفاء الحدود، وانّما جاز لهم ذلك من حيث إنّه نوع تأديب لاستصلاح الملك، فلا يتعدّى الى إراقة الدم.

قوله رحمه الله: «وفي العبد إشكال».

أقــول: هل للعبد إقامة الحدّ على زوجته؟ فيه إشكال.

ينشأ من عموم الرخصة في إقامة الرجل الحدّ على زوجته، وهو يتناول الحرّ والعبد.

ومن أنّها ولاية فلا تثبت للعبد؛ لأنّه مولى عليه.

قوله رحمه الله: «وللرجل إقامة الحدّ على ولده، وهل يتعدّى الى ولد ولده؟ إشكال».

أقــول: وجه الإشكال من صدق أنّه ولده فيدخل تحت العموم.

ومن كونه مجازاً، والأصل حمل اللفظ عند الإطلاق على الحقيقة فلا يدخل فيه ولد الولد.

قوله رحمه الله: «وهذا كلّه انّما يكون اذا شاهد السيد أو الزوج أو الولد الزنا أو أقرّ الزاني، فإن

قامت عنده بيّنة عادلة فالأقرب الافتقار الى إذن الحاكم».

أقول: يريد انّ جواز إقامة السيد على عبده الحدّ أو الزوج على زوجته أو الوالد على ولده انّما يكون عند مشاهدة أحدهم للزنا أو إقرار الزاني عنده أربعاً، امّا اذا قامت البيّنة عنده فالأقرب عند المصنّف أنّه يفتقر في إقامة الحدّ الى إذن الحاكم.

ووجه القرب انّ سماع البيّنة، والحكم بهما إنّما هو للحاكم، فليس لغيره ذلك إلّا بإذنه.

قوله رحمه الله: «ولو كانت الأمة مزوّجة كان للمولى الإقامة، وفي الزوج الحرّ أو العبد إشكال».

أقول: امّا الإشكال في الزوج الحرّ فمن حيث عموم انّ للزوج إقامة الحدّ على زوجته.

ومن انّه نوع تصرّف في ملك الغير فيتوقّف على إذنه، وأمّا العبد فانّه قد تقدّم أنّ في جواز إقامة الحدّ على زوجته إشكال، فإن قلنا بجوازه فهل له إقامته على زوجته الأمة؟ ففيه أيضاً إشكال، منشأه ما ذكرناه في الحرّ.

قوله رحمه الله: «ولو زنى المجنون بعاقلة قيل: وجب الحدّ كالرجم مع الإحصان، وليس بجيد».

أقول: هذا القول المحكي هو أحد قولَي الشيخ ذكره في النهاية[1]، وقول

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب أقسام الزناة ج ٣ ص ٢٩٠ ـ ٢٩١.

المفيد[١]، ومحمّد بن بابويه[٢]. ومنع ابن ادريس من ذلك[٣]، وقيل: لا حدّ عليه[٤]، وهو ظاهر كلام الشيخ في الخلاف[٥] والمبسوط[٦]، وابن الجنيد[٧].

والقول الأوّل ليس مرضيّاً عند المصنّف، واستدلّ عليه في المختلف بأنّه عقوبة تترتّب على ثبوت التحريم في حقّ فاعل موجبها، وهو منتفٍ هنا؛ لانتفاء أصل التكليف، فلا يثبت مقتضاه[٨].

قوله رحمه الله: «وفي التقبيل والمضاجعة في إزار واحد والمعانقة التعزير بما دون الحدّ، وروي جلد مائة».

أقول: قال الشيخ في مسائل الخلاف: روى أصحابنا في الرجل اذا وجد مع امرأة أجنبية يقبّلها أو يعانقها في فراشٍ واحد انّ عليهما مائة جلدة. قال: وروي ذلك عن علي عليه السلام[٩].

والرواية المشار إليها بالجلد المائة هي ما رواه الشيخ في الصحيح عن الحلبي عن

---

(١) المقنعة: كتاب الحدود باب حدود الزنا ص ٧٧٩.

(٢) المقنع: باب الزنا واللواط ص ١٤٦، وفيه: «واذا زنى المجنون حدّ».

(٣) السرائر: كتاب الحدود باب أقسام الزناة ج ٣ ص ٤٤٤.

(٤) شرائع الاسلام: كتاب الحدود الباب الأوّل في حدّ الزنا ج ٤ ص ١٥١.

(٥) الخلاف: كتاب الحدود المسألة ٦ ج ٣ ص ٦٧٧ طبعة اسماعيليان.

(٦) المبسوط: كتاب الحدود ج ٨ ص ٣.

(٧) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الأوّل في حدّ الزنا ص ٧٥٩ س ٧.

(٨) مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الأوّل في حدّ الزنا ج ٢ ص ٧٥٩ س ١٤.

(٩) الخلاف: كتاب الحدود المسألة ٩ ج ٣ ص ١٧٨.

الصادق عليه السلام قال: حدّ الجلد أن يوجدا في لحافٍ واحد[١].

وعن عبدالرحمن الحذّاء عن الصادق عليه السلام قال: سمعته يقول: إذا وجد الرجل والمرأة في لحافٍ واحد جلدا مائة[٢].

قوله رحمه الله: «وإن زنى ثالثاً بعد الحدّ مرتين قتل في الثالثة، وقيل: في الرابعة بعد الحدّ ثلاثاً، وهو أحوط».

أقول: ما ذكره المصنّف من انّه يقتل في الثالثة هو اختيار محمّد بن بابويه[٣]، وتبعه ابن ادريس[٤].

والقول المحكي انّه يقتل في الرابعة قول المفيد[٥]، وأحد قولَي الشيخ في النهاية[٦]، والسيد المرتضى[٧]، وسلّار[٨]، وابن البرّاج[٩]، وأبي الصلاح[١٠]، وابن حمزة[١١].

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١ في حدود الزنا ح ١٤٩ ج ١٠ ص ٤٢، وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب حدّ الزنا ح ١ ج ١٨ ص ٣٦٣.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ١ في حدود الزنا ح ١٥٣ ج ١٠ ص ٤٣، وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب حدّ الزنا ح ٥ ج ١٨ ص ٣٦٤.

(٣) المقنع: باب الزنا واللواط ص ١٤٤ س ١.

(٤) السرائر: كتاب الحدود باب أقسام الزناة ج ٣ ص ٤٤٢.

(٥) المقنعة: كتاب الحدود باب حدود الزنا ص ٧٧٧.

(٦) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب أقسام الزناة ج ٣ ص ٢٨٨.

(٧) الانتصار: مسائل الحدود ص ٢٥٦.

(٨) المراسم: كتاب الحدود والآداب ص ٢٥١ س ١٠.

(٩) المهذّب: كتاب الحدود باب أقسام الزنا وما يتعلّق بذلك ج ٢ ص ٥٢٠.

(١٠) الكافي في الفقه: الضرب الثامن من الأحكام فصل في حدّ الزنا ص ٤٠٧.

(١١) الوسيلة: كتاب الجنايات فصل في بيان ماهية الزنا وما يثبت به ص ٤١١.

واختاره المصنّف في المختلف وقال هنا: وهو أحوط، وهو ظاهر، لما فيه من صيانة النفس عن الإتلاف، وهو مطلوب للشارع[١].

قوله رحمه الله: «امّا المملوك فاذا أُقيم الحدّ عليه سبع مرات قتل في الثامنة، وقيل: في التاسعة، وهو أولى».

أقول: القول المحكي بأنه يقتل في التاسعة هو قول الشيخ في النهاية[٢] وابن البرّاج[٣]، وهو قول السيد[٤] والمفيد[٥]، وابني بابويه[٦]، وسلّار[٧]، وابن حمزة[٨]، وابن ادريس[٩]. وقول الشيخ في مسائل الخلاف: يقتل في الثامنة[١٠].

والأوّل أولى عند المصنّف، واستدلّ عليه في المختلف بأنه أصون للنفس عن التلف[١١].

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الأوّل في حدّ الزنا ص ٧٥٨ س ١٤.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب أقسام الزناة ج ٣ ص ٢٨٩.

(٣) المهذّب: كتاب الحدود باب الزناة وأقسام الزنا وما يتعلّق بذلك ج ٢ ص ٥٢٠.

(٤) الانتصار: مسائل في الحدود ص ٢٥٦.

(٥) المقنعة: كتاب الحدود والآداب باب حدود الزنا ص ٧٧٩.

(٦) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الأوّل في حدود الزنا ص ٧٥٨ س ٢٠، المقنع: باب الزنا واللواط ص ١٤٨ وفيهما «في الثامنة».

(٧) المراسم: كتاب الحدود والآداب ص ٢٥٣ س ١٧.

(٨) الوسيلة: كتاب الجنايات فصل في بيان ماهية الزنا وما يثبت به ص ٤١١.

(٩) السرائر: كتاب الحدود باب أقسام الزناة ج ٣ ص ٤٤٢.

(١٠) الخلاف: كتاب الحدود المسألة ٥٥ ج ٣ ص ١٩١.

(١١) مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الأوّل في حدّ الزنا ص ٧٥٨ س ٢١.

ولما رواه زرارة وبرير العجلي عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: أمة زنت، قال: تجلد خمسين، قلت: فإن هي عادت؟ قال: تجلد خمسين، قلت: فيجب عليها الرجم في شيء من الحالات؟ قال: اذا زنت ثمان مرات يجب عليها الرجم، قلت: كيف صار في ثمان مرات؟ قال: لأنّ الحرّ اذا زنى أربع مرات فأُقيم عليه الحدّ قتل، فاذا زنت الأمة ثمان مرات رجمت في التاسعة[1].

قوله رحمه الله: «ويجب عليهم الحضور على رأي إن ثبت الرجم بهم؛ لوجوب بدأتهم به».

أقول: اذا ثبت الرجم بشهادة الأربعة هل يجب على الشهود الحضور؟ فيه قولان:

أحدهما: الوجوب، اختاره المصنّف هنا قال: لوجوب بدأتهم بالرجم، وهو الظاهر من كلام ابن الجنيد[2]، وابن حمزة[3].

والقول الثاني: عدم الوجوب، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[4] والخلاف[5].

والمصنّف اختار في المختلف الاستحباب[6].

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١ في حدّ الزنا ح ٨٦ ج ١٠ ص ٢٧، وسائل الشيعة: ب ٣٢ من أبواب حدّ الزنا ح ١ ج ١٨ ص ٤٠٢ ـ ٤٠٣.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الأوّل في حدّ الزنا ص ٧٦٣ س ٢٢.

(٣) الوسيلة: كتاب الجنايات فصل في بيان ماهية الزنا وما يثبت به ص ٤١٢.

(٤) المبسوط: كتاب الحدود ج ٨ ص ٨

(٥) الخلاف: كتاب الحدود المسألة ١٤ ج ٣ ص ١٧٩.

(٦) مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الأوّل في حدّ الزنا ص ٧٦٣ س ٣٣.

قوله رحمه الله: «ولو كان الزوج أحد الأربعة وجب الحدّ إن لم يسبق الزوج بالقذف، وروي ثبوته عليهم، وهو محمول على سبق القذف أو اختلال شرط».

أقول: ما ذكره المصنّف مثل قول الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: اذا شهد أربعة نفر على امرأة بالزنا أحدهم الزوج وجب عليها الحدّ، وروي انّ الثلاثة يجلدون حدّ المفتري ويلاعنها زوجها، وهذه الرواية محمولة على أنّه اذا لم يعدل الشهود أو اختلفوا في إقامة الشهادة أو اختلّ بعض شرائطها[1].

والرواية المشار إليها ما رواه الشيخ عن زرارة عن أحدهما عليهما السلام في أربعة شهدوا على امرأة بالزنا أحدهم زوجها، قال: يلاعن ويجلد الآخرون[2].

قوله رحمه الله: «ومن افتضّ بكراً بإصبعه لزمه مهر نسائها، ولو كانت أمة لزمه عشر قيمتها، وقيل: الأرش».

أقول: ما ذكره في الكتاب من لزوم عشر قيمة الأمة هو قول الشيخ في النهاية[3].

والقول المحكي هو قول ابن ادريس وجعل ما قاله الشيخ رواية، فانّه قال: إن

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب ماهية الزنا... ج ٣ ص ٢٨٣.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٨ في اللعان ح ٢ ج ٨ ص ١٨٤، وسائل الشيعة: ب ١٣ من أبواب اللعان ح ٢ ج ١٥ ص ٦٠٦.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب أقسام الزناة ج ٣ ص ٢٩٦.

كانت أمة روي انّه يغرم عشر قيمتها ويجلد من ثلاثين الى تسعة وتسعين سوطاً عقوبة. قال: والأولى أن يغرم ما بين قيمتها بكراً وثيّباً[١].

قوله رحمه الله: «والقتل في الثامنة أو التاسعة على إشكال».

أقول: يريد اذا زنى من انعتق بعضه حدّ من حدّ الأحرار بنسبة ما عتق، ومن حدّ العبيد بنسبة ما بقي من الرقّ، فلو كان قد عتق نصفه جلد خمسة وسبعين جلدة، امّا لو كان قد تكرر منه الزنا والحدّ عقيب كلّ فعل له فإنه يكون حكمه حكم العبيد على إشكال.

ينشأ من الاحتياط في الدماء فلا يقتل إلّا مع اليقين، وانّما يحصل في الثامنة أو التاسعة على الخلاف.

ومن وجوب حدّه بنسبة حدّ الأحرار والعبيد.

قوله رحمه الله: «ولو لاط مجنون بعاقل حدّ العاقل، والأصحّ في المجنون السقوط».

أقول: ذهب الشيخان[٢]، وابن البرّاج[٣]، وابن حمزة[٤]، وأبو الصلاح[٥] الى

---

(١) السرائر: كتاب الحدود أقسام الزناة ج ٣ ص ٤٤٩.

(٢) المقنعة: كتاب الحدود والآداب باب الحدّ في اللواط ص ٧٨٩، النهاية ونكتها: كتاب الحدود والآداب باب الحدّ في اللواط ج ٣ ص ٣٠٧.

(٣) المهذّب: كتاب الحدود باب الحدّ في اللواط والسحق ج ٢ ص ٥٣٠.

(٤) الوسيلة: كتاب الجنايات فصل في بيان أحكام اللواط ص ٤١٣.

(٥) الكافي في الفقه: الضرب الثامن من الأحكام فصل في اللواط وحدّه ص ٤٠٨.

أنّ المجنون اذا لاط أُقيم الحدّ عليه على الكمال.

وقال ابن ادريس: لا حدّ عليه[١]، وهو الأصحّ عند المصنّف؛ لما تقدّم في الزنا من أنّ الحدّ عقوبة على فعل محرّم، وهو منتفٍ في حقّ المجنون؛ لانتفاء أصل التكليف عنه عقلاً وسمعاً.

قوله رحمه الله: «وإن لم يكن بإيقاب كالفخذ أو بين الاليتين فانّه يجلد مائة جلدة، وقيل: يرجم مع الإحصان ويجلد مع عدمه، وروي ذلك في الموقب، والأوّل أولى».

أقول: ما ذكره المصنّف ـ من وجوب جلد مائة على غير الموقب محصناً كان أو غير محصن ـ هو قول السيد المرتضى[٢]، والمفيد[٣]، وابن أبي عقيل[٤]، وسلّار[٥]، وأبي الصلاح[٦].

والقول بأنّه يرجم مع الإحصان ويجلد مع عدمه هو قول الشيخ في النهاية[٧].

والرواية المشار إليها هي: ما رواه العلا بن الفضيل عن الصادق عليه السلام قال:

---

(١) السرائر: كتاب الحدود باب الحدّ في اللواط وما يتعلّق به ج ٣ ص ٤٥٩.

(٢) الانتصار: مسائل الحدود والقصاص ص ٢٥١.

(٣) المقنعة: كتاب الحدود والآداب باب الحدّ في اللواط ص ٧٨٥.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الثاني في اللواط ص ٧٦٤ س ٣٦.

(٥) المراسم: كتاب الحدود والآداب ص ٢٥٣.

(٦) الكافي في الفقه: فصل في اللواط وحدّه ص ٤٠٨.

(٧) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب الحدّ في اللواط ج ٣ ص ٣٠٧.

حدّ اللوطي مثل حدّ الزاني، وقال: إن كان قد احصن رجم وإلّا جلد[١].

والقول الأوّل أولى عند المصنّف، واستدلّ عليه في المختلف بأصالة براءة الذمّة. وبما رواه سليمان بن هلال عن الصادق عليه السلام في الرجل يأتي الرجل فقال: إن كان دون الثقب حدّ، وإن كان ثقب أُقيم قائماً ثمّ ضرب بالسيف[٢].

قوله رحمه الله: «فإن تكرّر وحدّ ثلاثاً قتل في الرابعة، وقيل: في الثالثة».

أقول: يريد اذا تكرّر اللواط دون الإيقاب وحدّ ثلاثاً ثمّ لاط كذلك رابعة قتل في الرابعة، وهو مذهب الشيخ في النهاية[٣]، وقول ابن البرّاج[٤]، وأبي الصلاح[٥].

وقال ابن ادريس: يقتل في الثالثة[٦].

قوله رحمه الله: «في السحق: ويجب مائة جلدة على البالغة العاقلة حرّة كانت أو أمة، مسلمة أو كافرة، محصنة أو غير محصنة، فاعلة أو مفعولة، وقيل: إن كانت محصنة رجمت فاعلة أو مفعولة».

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢ الحدود في اللواط ح ٩ ج ١٠ ص ٥٤، وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب حدّ اللواط ح ٣ ج ١٨ ص ٤١٧.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الثاني في حدّ اللواط ص ٧٦٤ س ٣٩.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب الحدّ في اللواط ج ٣ ص ٣٠٨.

(٤) المهذّب: كتاب الحدود باب الحدّ في اللواط ج ٢ ص ٥٣١.

(٥) الكافي في الفقه: فصل في اللواط وحدّه ص ٤٠٩.

(٦) السرائر: كتاب الحدود باب الحدّ في اللواط وما يتعلّق بذلك ج ٣ ص ٤٦١ ـ ٤٦٢.

أقول: هذا القول المحكي هو قول الشيخ في النهاية[١]، وابن البرّاج[٢]. وما ذكره المصنّف في الكتاب من وجوب جلد مائة محصنة كانت أو غير محصنة هو قول السيد[٣]، والمفيد[٤]، وأبي الصلاح[٥]، وابن ادريس[٦].

قوله رحمه الله: «واذا وجدت الأجنبيّتان في إزار واحد مجرّدتين عزّرتا، وقيل: قتلتا».

أقول: هذا القول المشار إليه هو قول الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: اذا وجدت امرأتان في إزار واحد مجرّدتين من ثيابهما وليس بينهما رحم ولا أحوجهما الى ذلك ضرورة ـ من برد وغيره ـ كان على كلّ واحدة منهما التعزير من ثلاثين سوطاً الى تسعة وتسعين، فإن عادتا الى مثل ذلك نهيتا وأُدّبتا، فإن عادتا ثالثة أُقيم عليهما الحدّ كاملاً مائة جلدة، فإن عادتا رابعة قتلتا[٧]. وتبعه على ذلك ابن البرّاج[٨].

قوله رحمه الله: «وفي إلحاقه بالصبية إشكال، أقربه العدم، فلا يتوارثان، ولا يلحق بالكبيرة قطعاً».

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب الحدّ في السحق ج ٣ ص ٣٠٩.

(٢) المهذّب: كتاب الحدود باب الحدّ في اللواط والسحق ج ٢ ص ٥٣١.

(٣) الانتصار: مسائل في الحدود والقصاص والديات ص ٢٥٣.

(٤) المقنعة: كتاب الحدود والآداب باب الحدّ في السحق ص ٧٨٧ ـ ٧٨٨.

(٥) الكافي في الفقه: فصل في السحق وحدّه ص ٤٠٩.

(٦) السرائر: كتاب الحدود باب الحدّ في السحق ج ٣ ص ٤٦٣.

(٧) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب الحدّ في السحق ج ٣ ص ٣١٠.

(٨) المهذّب: كتاب الحدود باب الحدّ في اللواط والسحق ج ٢ ص ٥٣٣.

أقـول: وجه الإشكال من حيث إنّه تولّد في رحمها من غير الزنا فكان لاحقاً بها.

ومن حيث إنّ التحاق النسب إنّما يثبت بالنكاح الصحيح أو الشبهة، وليس هذا أحدهما، فلا يلحق بها، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لما ذكرناه. ولأنّه تولّد عن فعل محرّم فكان كاذباً.

ويؤكد ذلك ابن ادريس قال: في إلحاق الولد بالرجل نظر يحتاج الى دليل قاطع؛ لأنّه غير مولود على فراشه، والرسول صلّى الله عليه وآله قـال: «الولد للـفراش» وهذه ليست بفراش للرجل؛ لأنّ الفراش عبارة في الخبر عن العقد وإمكان الوطء، ولا هو من وطء شبهة بعقد الشبهة. وتردّد أيضاً في استحقاقها للمهر قال: لأنّهـا مختارة مطاوعة غير مكرهة، وقد بيّنّا انّ الزاني اذا زنى بالبكر الحرّة البالغة لا مهر عليه اذا كانت مطاوعة، والبكر المساحقة هنا مطاوعة، وأوجبنا عليها الحدّ؛ لأنّها بغيّ، والنبي صلّى الله عليه وآله نهى عن مهر البغي[1].

قوله رحمه الله: «وهل ينفى بأوّل مـرة؟ قـيل: نعم، وقيل: بالثانية».

أقـول: القائل بأنّه ينفى أوّل مرة هو الشيخ في النهاية[2]، وتبعه ابن البرّاج[3]، وابن ادريس[4].

---

(١) السرائر: كتاب الحدود باب الحدّ في السحق ج ٣ ص ٤٦٥.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب الحدّ في القيادة ج ٣ ص ٣١٤.

(٣) المهذّب: كتاب الحدود باب الحدّ في القيادة وشرب الخمر ج ٢ ص ٥٣٤.

(٤) السرائر: كتاب الحدود باب الحدّ في القيادة ج ٣ ص ٤٧١.

والقائل بأنّه ينفى بالثانية هو المفيد[١]، وسلّار[٢]، وأبو الصلاح[٣].

قوله رحمه الله: «في وطء الميّتة: ويثبت بشهادة أربعة رجال؛ لأنّه زنا، ولأنّ شهادة الواحد قذف، ولايندفع الحدّ إلّا بكمال أربعة، وقيل: يثبت برجلين؛ لأنّها شهادة على فعل واحد، بخلاف الحيّة، والإقرار تابع».

أقول: القول بأنّه يثبت بشهادة أربعة رجال هو قول ابن ادريس[٤].

والقول بأنّه يثبت بشهادة رجلين هو قول الشيخ في النهاية[٥]، واختاره المصنّف في المختلف[٦].

قوله رحمه الله: «وهل يقتل فيه بشهادة النساء كالزنا بالحيّة؟ إشكال».

أقول: منشأه المنع من قبول شهادة النساء في الحدود، خرج منه الشهادة بالزنا بالحيّة بالنصّ والإجماع، فبقي ماعداه داخلاً تحت عموم المنع.

ومن انّ الشهادة بالزنا بالميّتة أضعف، ولهذا كان عند أكثر الأصحاب انّه يثبت

---

(١) المقنعة: كتاب الحدود باب الحدّ في القيادة والجمع بين أهل الفجور ج ٣ ص ٧٩١.

(٢) المراسم: كتاب الحدود والآداب ذكر ما هو دون الثمانين ص ٢٥٧.

(٣) الكافي في الفقه: فصل في القيادة وحدّها ص ٤١٠.

(٤) السرائر: كتاب الحدود باب وطء الأموات والبهائم والاستمناء بالأيدي ج ٣ ص ٤٦٨.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب من نكح ميّتة أو وطأ بهيمة أو استمنى ج ٣ ص ٣١١.

(٦) مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الثاني في اللواط ص ٧٦٦ السطر الأخير.

بشهادة اثنين؛ لأنّه شهادة على فعل واحد، ولا يثبت الزنا بالحيّة اذا شهد به الرجال بأقلّ من أربعة؛ لأنّها شهادة على فعلين، واذا كان الأقوى يسمع فيه شهادة النساء كان سماع شهادتهنّ في الأضعف أولى.

قوله رحمه الله: «وإن كان الأهمّ منها ظهرها وكانت غير مأكولة بالعادة ـ كالحمير والبغال والخيل ـ لم يذبح، بل يخرج من بلد الفعل ويباع في غيره؛ لئلّا يعيّر فاعلها بها، والأقرب تحريم لحمها».

أقول: وجه القرب من أنّ هذا الفعل موجب لتحريم الأكل من لحم الموطوءة المحلّلة من غير كراهة، فتحريم ما كان لحمها مكروهاً أولى، ولأنّه أحوط.

قوله رحمه الله: «ثمّ إن كانت للواطئ دفع الثمن إليه على رأي، ويتصدّق به على رأي».

أقول: الرأي الأوّل هو رأي ابن ادريس[1]، واختاره المصنّف في المختلف[2]. والرأي الأخير هو قول المفيد[3].

---

(١) السرائر: كتاب الحدود باب الحدود باب وطء الأموات والبهائم والاستمناء بالأيدي ج ٣ ص ٤٦٩.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الثاني في اللواط ص ٧٦٧ س ١٠.

(٣) المقنعة: كتاب الحدود والآداب باب الحدّ في نكاح البهائم والاستمناء بالأيدي ونكاح الأموات ص ٧٩٠.

قوله رحمه الله: «ولو بيعت في غير البلد بأزيد من الثمن احتمل ردّه على المالك وعلى المغترم والصدقة».

أقول: لو وطأ الانسان بهيمة غير مأكولة اللحم وهي ملك لغيره أُغرم قيمتها لمالكها ثمّ بيعت في غير البلد، قال المصنّف: بأزيد من الثمن.

والصواب أن يقال: بأكثر من القيمة التي غرمها إن قلنا: يتصدّق بالثمن فلا بحث، وإن قلنا: يردّ الثمن على المغرم احتمل في الزيادة ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يردّ على بائعها؛ لأنّها لم تخرج عن ملكه بوطء الغير، وانّما أُلزم الواطئ قيمتها لمالكها؛ لمكان الحيلولة بين المالك وبين دابته بسببه، كما لو تعذّر على الغاصب إعادة المغصوبة فغرم قيمتها ثمّ وجدت فانّها تكون باقية على ملكه.

الثاني: أن يردّ الزيادة على الغارم؛ لأنّها دخلت في ملكه بدفع القيمة؛ لعموم قولهم: «يغرم قيمتها ثمّ تباع في غير البلد ويردّ ثمنها على الغارم» وهو يتناول المساوي والزائد والناقص.

الثالث: الصدقة بالزيادة؛ لأنّ المالك يأخذ عوضها، والغارم انّما يردّ عليه ما غرم؛ لأنّ الدابة لم تكن ملكاً له ولم يوجد ما يوجب الانتقال إليه، وأخذه لما غرمه من القيمة بسبب الغرم لا يقتضي استحقاقه لما زاد عليه فتعيّن للصدقة.

قوله رحمه الله: «ويحرم استعمال جلدها بعد الذبح فيما يستعمل فيه جلد غير مأكولة اللحم على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث أصالة جواز الاستعمال، وكونها صارت

غير مأكولة اللحم لا ينافي جواز استعمالها في ما يجوز استعمال جلدها في غير الصلاة.

ومن وجوب إحراقها عقيب الذبح، وذلك ينافي جواز بقاء جلدها فضلاً عن استعماله.

قوله رحمه الله: «ويثبت الفعل بشاهدين أو الإقرار مرة على رأي».

أقول: لا خلاف في ثبوت وطء البهيمة بشهادة رجلين عدلين، وأمّا ثبوته بالإقرار فقال المصنّف: يثبت بالإقرار ولو مرة واحدة، وهو المشهور بين الأصحاب. خلافاً لابن ادريس حيث قال: يثبت بالإقرار مرتين[1].

قال صاحب الشرائع: ويثبت بشهادة عدلين وبالإقرار مرة، وقيل: لا يثبت إلّا بالإقرار مرتين، وهو غلط[2]. وأشار بذلك الى قول ابن ادريس.

واعلم انّ قول ابن ادريس انّه يثبت بالإقرار مرتين ليس تصريحاً بأنّه لا يثبت إلّا بالإقرار مرتين، وانّما يفيد ذلك مفهوم اللفظ لا منطوقه.

قوله رحمه الله: «خاتمة: من استمنى بيده عزّر بما يراه الامام، وروي انّ أمير المؤمنين عليه السلام ضرب يده حتى احمرّت وزوّجه من بيت المال».

أقول: الرواية المذكورة هي ما رواه الشيخ عن محمّد بن يحيى عن أحمد

---

(١) السرائر: كتاب الحدود باب وطء الأموات والبهائم والاستمناء بالأيدي ج ٣ ص ٤٦٨.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب الحدود الباب الثاني في إتيان البهائم ووطء الأموات ج ٤ ص ١٨٨.

ابن محمّد عن محمّد بن سنان عن طلحة بن زيد عن أبي عبدالله عليه السلام انّ أميرالمؤمنين عليه السلام أتى برجل عبث بذكره فضرب يده حتى احمرّت وزوّجه من بيت المال[١].

وروى الشيخ أيضاً عن أحمد بن محمّد عن البرقي عن ابن فضّال عن أبي جميلة عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: أتى علي عليه السلام برجل عبث بذكره حتى أنزل فضرب يده بالدرّة حتى احمرّت، ولا أعلم إلّا قال: وزوّجه من بيت المال[٢].

قوله رحمه الله: «وبالإقرار ولو مرة على رأي».

أقول: يريد انّ الاستمناء باليد يثبت ولو بالإقرار مرة.

وكذا قال صاحب الشرائع، ثمّ قال: وقيل: لايثبت إلّا بالإقرار مرتين، وهو وهمٌ[٣].

وقال ابن ادريس: يثبت بالإقرار مرتين[٤]، وإليه أشار بقوله: «وهو وهمٌ»

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٤ في الحدّ في نكاح البهائم ونكاح الأموات والاستمناء بالأيدي ح ١٥ ج ١٠ ص ٦٣، وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب نكاح البهائم ووطء الأموات والاستمناء ح ١ ج ١٨ ص ٥٧٤.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٤ في الحدّ في نكاح البهائم والأموات والاستمناء بالأيدي ح ١٦ ج ١٠ ص ٦٤، وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب نكاح البهائم ووطء الأموات والاستمناء ح ٢ ج ١٨ ص ٥٧٥.

(٣) شرائع الاسلام: كتاب الحدود الباب الثاني في إتيان البهائم ووطء الأموات وما يتبعه ج ٤ ص ١٨٩.

(٤) السرائر: كتاب الحدود باب وطء الأموات... ج ٢ ص ٤٧١.

والمصنّف بقوله: «على رأي» والكلام فيه كما سبق.

قوله رحمه الله: «في حدّ القذف: وفي اشتراط الحرّية في كمال الحدّ قولان».

أقول: أحد القولين: اشتراط الحرّية، قاله الشيخ في المبسوط[١]، فالمملوك اذا قذف فحدّه أربعون.

والقول الآخر: إنّه يحدّ حدّاً كاملاً ثمانون جلدة، وهذا الأخير هو المشهور بين الأصحاب، والروايات المشهورة تشهد بذلك، وهو اختيار الشيخ في التهذيب[٢] والنهاية[٣]، وقول المفيد[٤]، وابن بابويه[٥].

قوله رحمه الله: «فعلى العدم يثبت نصف الحدّ».

أقول: قد تقدّم أنّه هل يشترط في وجوب كمال الحدّ الحرّية؟ فيه قولان، فعلى العدم ـ أي على عدم اشتراط الحرّية ـ قال: يثبت نصف الحدّ.

وأقول: ينبغي أن يقال: فعلى اشتراط الحرّية اذا قذف العبد يلزمه نصف الحدّ، وعلى عدم اشتراط الحرّية يلزم العبد القاذف كمال الحدّ، وهذا مراد المصنّف، إلّا انّه أراد أن يثبت فعلى الاشتراط يثبت نصف الحدّ أو فعلى العدم يلزمه كمال الحدّ، فسبق العلم الى كتابة ما ذكره في الكتاب.

---

(١) المبسوط: كتاب الحدود ج ٨ ص ١٦.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٦ الحدّ في الفرية والسب والتعريض... ذيل الحديث ٤٣ ج ١٠ ص ٧٣.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب الحدّ في الفرية وما يوجب التعزير ج ٣ ص ٣٣٤.

(٤) المقنعة: كتاب الحدود والآداب باب الحدّ في الفرية والسبّ والتعرّض ص ٧٩٢.

(٥) المقنع: باب حدّ القاذف وما يجب في ذلك من الحكم ص ١٤٩.

قوله رحمه الله: «فإن ادّعى المقذوف الحرّية وأنكره القاذف عمل بالبيّنة، ومع العدم قيل: يقدّم قول القاذف، عملاً بحصول الشبهة الدارئة للحدّ، وقيل: المقذوف، عملاً بأصالة الحرّية».

أقول: القولان للشيخ: فالأوّل منهما قوله في الخلاف[1].

والثاني هو الذي قوّاه في المبسوط، وقوّى الآخر؛ لأنّه لمّا حكى القولين قال: وهما قويّان[2].

والمصنّف اختار في المختلف الأوّل[3].

قوله رحمه الله: «وفي السكران إشكال، فإن لم نوجب فالتعزير».

أقول: وجه الإشكال في السكران من حيث إنّه فاقد العقل فكان كالنائم، ولأصالة البراءة.

ومن إجراء أحكام المكلّفين عليه في جميع الأحكام، بخلاف النائم، فإن أسقطنا عنه الحدّ فعليه التعزير.

قوله رحمه الله: «وكذا يا خال الزاني والزانية أو يا عمّ الزاني أو يا جدّ الزاني أو الزانية، فإن اتحد

---

(١) الخلاف: كتاب الحدود المسألة ٥٢ ج ٣ ص ١٩١ طبعة اسماعيليان.

(٢) المبسوط: كتاب الحدود فصل في حدّ القذف ج ٨ ص ١٧.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الرابع في حدّ القذف ص ٧٨٢ س ٣٧.

المنسوب إليه فالحدّ له، وإن تعدّد وبيّن فكذا، وان أطلق ففي المستحقّ إشكال، ينشأ من المطالبة له بالقصد أو ايجاب حدّ لهما».

أقول: لو تعدّد المنسوب إليه بأن كان الواحد خالاً لما زاد على الواحد أو عمّاً أو جدّاً ففي مستحقّ المطالبة بالحدّ إشكال.

ينشأ من احتمال إلزام القاصد بتعيين قصده من أولاد الأُخت في الخال أو أولاد الأخ في العمّ أو أولاد الولد في الجدّ؛ لأنّه قد ثبت انّ عليه حدّ الواحد منهم ولم يعيّنه فأُلزم بالتعيين، كما لو أقرّ لواحد من اثنين بحقّ فإنّ الحاكم يلزمه بتعيين المقرّ له عند مطالبتهما فكذا هنا؛ لأنّ حدّ القذف حقّ للمقذوف.

ومن احتمال ايجاب حدّ واحد لهما عند مطالبتهما؛ لانحصار الحقّ فيهما.

قوله رحمه الله: «ولو قال: زنيت بفلانة أو لطت بفلان فالقذف للمواجه والمنسوب إليه على إشكال، ينشأ من احتمال الإكراه، ولا يتحقّق الحدّ مع الاحتمال».

أقول: ومن أنّ نسبة الفعل الى وقوعه بالمنسوب إليه قذف ظاهر اذا لم يصرّح بالإكراه ولم يدعه، والى هذا الاحتمال الأخير ذهب المصنّف في المختلف، فانّه قال فيه: مسألة قال الشيخ في النهاية: اذا قال لغيره: قد زنيت بفلانة وكانت المرأة ممّن يجب لها الحدّ كاملاً وجب عليه حدّان: حدّ للرجل وحدّ للمرأة، وكذا اذا قال: لطت بفلان، وهو قول الشيخ، وابن البرّاج، وأبي الصلاح. وقال ابن ادريس: الذي تقتضيه الأدلّة أنّه لايجب على قائل ذلك غير حدّ واحد، وذكر حجة ابن ادريس

وهي مع طولها راجعة الى احتمال كون المنسوب إليه مكرهاً. ثمّ قال المصنّف: والوجه ما قاله الشيخ، لنا: انّه أضاف اللواط والزنا إليهما فيجب الحدّ، لتحقّق القذف، والشبهة التي ذكرها ـ يعني ابن ادريس ـ لم يعتدّ بها الشارع ولم يلتفت إليها لحصول السبب، ولهذا لو قال: يا منكوحاً في دبره وجب الحدّ إجماعاً مع تطرّق الاحتمال[١].

قوله رحمه الله: «ولو قال لامرأته: زنيت بك حدّ لها على إشكال».

أقول: منشأه ما تقدّم من كون ظاهره نسبة الزنا إليها أيضاً.

ومن احتمال كونه قد أكرهها عليه.

قوله رحمه الله: «ولو قال لمسلم: يا ابن الزانية وكانت أُمّه كافرة أو أمة قيل: حدّ كملاً، والأقرب التعزير».

أقول: القول المشار إليه هو قول ابن الجنيد[٢]، والشيخ في النهاية فانّه قال فيها: اذا قال لمسلم: أُمّك زانية أو يا ابن الزانية وكانت أُمّه كافرة أو أمة كان الحدّ عليه تامّاً؛ لحرمة ولدها[٣]. ومثله قال ابن البرّاج[٤].

والأقرب عند المصنّف أنّه لا حدّ عليه وعليه التعزير، وهو مذهب ابن ادريس[٥].

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الرابع في حدّ القذف ص ٧٨٠ س ٢١.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الرابع في حدّ القذف ص ٧٨٠ س ٢٢.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب الحدّ في الفرية وما يوجب التعزير ج ٣ ص ٣٤٤ ـ ٣٤٥.

(٤) المهذّب: كتاب الحدود باب الحدّ في الفرية وما يوجب التعزير ج ٢ ص ٥٤٨.

(٥) السرائر: كتاب الحدود باب الحدّ في الفرية ج ٣ ص ٥١٧.

ووجه القرب ما ذكره ابن ادريس، وهو انّ الأصل مراعاة التكافؤ للقاذف أو علوّ المقذوف.

قوله رحمه الله: «والأقرب أنّ الجدّ للأب أب، بخلاف الجدّ للأُم».

أقــول: الأقرب عند المصنّف انّ الجدّ للأب أب، يعني انّه اذا قذف الجدّ ولد ابنه لم يحدّ.

ووجه القرب انّ الأب انّما لم يحدّ في قذف ولده لحرمته، وهي متحقّقة في طرف الجدّ، بل هي آكد، ولهذا لا يقتل الجدّ بولد ابنه، كما لايقتل الأب به، ولصدق اسم الأب عليه.

قوله رحمه الله: «وإن سبق الأب قيل: كـان له العفو والاستيفاء وليس بمعتمد».

أقــول: القول المحكي هو قول الشيخ رحمه الله، والمفيد.

امّا الشيخ فانّه قال في النهاية: لو قال له: ابنك زانٍ أو لائط أو بنتك زانية أو قد زنيت كان عليه الحدّ وللمقذوف المطالبة بالحدّ، سواء كان ابنه أو بنته حيّين أو ميّتين، وكان لهما أيضاً العفو، إلّا أن يسبقه الابن أو البنت الى العفو، فإن سبقا الى ذلك كان عفوهما جائز[1]. وكذا قال ابن البرّاج[2].

وأمّا المفيد فقال: فإن قذف ابنته كان الحقّ له، سواء كانت البنت حيّة أو ميّتة، إلّا

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب الحدّ في الفرية وما يوجب التعزير ج ٣ ص ٣٤١.

(٢) المهذّب: كتاب الحدود باب الحدّ في الفرية وما يوجب التعزير ج ٢ ص ٥٤٧.

أن تسبقه بالعفو عنه وهي مالكة لأمرها بالبلوغ وكمال العقل[١]. ومنع ابن ادريس من ذلك[٢]، وهو قول المصنّف، وإليه أشار بقوله: «وليس بمعتمد» والدليل على ذلك انّ الحقّ للمنسوب الى الزنا، فلم يكن لغيره العفو ولا الاستيفاء كغيره من الحقوق.

قوله رحمه الله: «في الحدّ: وهو ثمانون جلدة حرّاً كان القاذف أو عبداً على رأي، وقيل: حدّ العبد أربعون بشرط قذف المحصن».

أقول: القول بأنّ حدّ العبد اذا قذف محصناً ثمانون هو قول الشيخ في النهاية[٣]. والقول الآخر بأنّه أربعون هو قول الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: فأمّا القاذف فلا يعتبر فيه الحصانة، وإنّما الاعتبار بأنّ يكون حرّاً بالغاً، فاذا كان بهذه الصفة فعليه بالقذف حدّ كامل، فإن كان عبداً فنصف الحدّ، وفيه خلاف. ثمّ قال: وروى أصحابنا انّ عليه الحدّ كاملاً هاهنا وفي الشرب[٤].

قوله رحمه الله: «فإن تكرّر الحدّ والقذف ثلاثاً قُتل في الرابعة، وقيل: في الثالثة».

أقول: ما ذكره في الكتاب من أنه يُقتل في الرابعة هو قول الشيخ في النهاية[٥]. والقول المحكي انّه يُقتل في الثالثة هو قول ابن ادريس[٦].

---

(١) المقنعة: كتاب الحدود والآداب باب الحدّ في الفرية والسبّ والتعرّض بذلك ص ٧٩٤.

(٢) السرائر: كتاب الحدود باب الحدّ في الفرية وما يوجب التعزير والتأديب ج ٣ ص ٥١٩.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب الحدّ في الفرية وما يوجب التعزير ج ٣ ص ٣٣٨.

(٤) المبسوط: كتاب الحدود فصل في حدّ الزنا ج ٨ ص ١٦.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب الحدّ في الفرية وما يوجب التعزير ج ٣ ص ٣٤٢.

(٦) السرائر: كتاب الحدود باب الحدّ في الفرية وما يوجب التعزير والتأديب ج ٣ ص ٥١٩.

قوله رحمه الله: «ولو ضربه حدّاً في غير حدّ أعتقه مستحبّاً على رأي».

أقول: من ضرب عبده حدّاً ولم يكن قد فعل العبد ما يوجب الحدّ فكفّارته أن يعتقه، وهل ذلك واجب أو مندوب؟ قال الشيخ رحمه الله بالوجوب[1]. واختار المصنّف الاستحباب، وهو قول ابن ادريس[2].

واعلم انّ عبارة الشيخ في هذا الباب هكذا: من ضرب مملوكاً له فوق الحدّ كانت كفّارته أن يعتقه، وذلك يغاير ما قاله المصنّف في الكتاب من وجوه، الأوّل: انّه لايدلّ صريحاً على وجوب العتق، بل ظاهره يدلّ على ذلك. الثاني: انّه يتناول من فعل ما يوجب الحدّ ومن لم يفعل. الثالث: تقييده بكونه ضربة فوق الحدّ.

قوله رحمه الله: «ويثبت الحدّ على قاذف الخصي والمجبوب والمريض المدنف والرتقاء والقرناء على إشكال».

أقول: منشأ الإشكال من تحقّق سبب الحدّ، وهو قذف الحرّ المحصن فيستحقّ الحدّ.

ومن تعذّر حصول ما نسبه إليه منه.

قوله رحمه الله: «ولو قذفهم بالبهيمة عزّر ـ الى قوله: ـ أو قذف امرأة بالمساحقة على إشكال».

---

(١) النهاية ونكتها: باب الكفّارات ج ٣ ص ٧١.

(٢) السرائر: باب الكفّارات ج ٣ ص ٧٨، «وليس فيه الاستحباب».

أقـول: ذهب ابن الجنيد الى وجوب الحدّ على من قال لغيره: زنيت بشيء من الحيوان أو لطت بحمار أو قال لامرأة: يا مساحقة[١].

وقال أبو الصلاح: عليه التعزير[٢].

أمّا المصنّف فأوجب التعزير في القذف بوطء البهيمة، وتردّد في المساحقة.

ووجه الإشكال من حيث إنّ المساحقة من المرأة كالزنا من الرجل، فكان عليه حدّ القذف كالقذف بالزنا.

ومن أصالة البراءة.

واختار في المختلف وجوب التعزير في الموضعين، عملاً بأصالة البراءة[٣].

قوله رحمه الله: «لو قال: أنت أزنى من فلان فهو قذف، وفي كونه قذفاً لفلان إشكال».

أقـول: وجه الإشكال من حيث إنّ أفعل التفضيل يقتضي الاشتراك في الشيء، إلّا أنّ المفضّل أقوى.

ومن وروده مع عدم الاشتراك في المعنى؛ لقوله تعالى ﴿أصحاب الجنّة يومئذٍ خير مستقرّاً﴾[٤].

قوله رحمه الله: «ولو قال لمسلم عن كفر: زنيت حال كفرك ثبت الحدّ على إشكال».

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الرابع في حدّ القذف ص ٧٨٣ س ١٩.

(٢) الكافي في الفقه: فصل فيما يوجب التعزير ص ٤١٨.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الرابع في حدّ الفرية ص ٧٨٣ س ٢٠.

(٤) الفرقان: ٢٤.

أقـول: منشأه من انّه عند التخاطب قذف لمسلم حرّ فكان عليه الحدّ.

ومن تقييد الزنا بحال الكفر فلم يكن قذفاً لمسلم؛ لأنّه في وقت الزنا المنسوب إليه كان كافراً، فلم يكن عليه إلّا التعزير.

قوله رحمه الله: «في حدّ المسكر: والتمر اذا غلى ولم يبلغ حدّ الإسكار فـي تحـريمه نـظر، وكـذا الزبيب إذا نقع بالماء فغلى من نـفسه أو بـالنار، والأقرب البقاء على الحلّ».

أقـول: وجه النظر من أنّ الغليان منهما كالعصير، فيكون حراماً قبل ذهـاب ثلثيه.

ومن ورود النصّ[1] في العصير دونهما، وهو الأقـوى عـند المـصنّف؛ لأصـالة الإباحة، ولادائه الى الحرج المنفي بالآية بقوله تعالى: ﴿ما جعل عليكم في الدين من حرج﴾[2].

قوله رحمه الله: «إذ الأقرب تجويزه لهما».

أقـول: يريد به إذا اضطرّ العطش الانسان الى شرب الخمر أو وقف في حلقه لقمة خاف التلف معها ولم يكن عنده ما يسقيها سوى الخمر فهل يباح لهما شرب الخمر؟ الأقرب عند المصنّف الجواز.

ووجه القرب ما تضمّن ذلك من وجوب حفظ النفس.

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢ الذبائح والأطعمة... ح ٢٥٩ ج ٩ ص ١٢٢، وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب الأشربة المحرّمة ج ١٧ ص ٢٣٣.

(٢) الحج: ٧٨.

قوله رحمه الله: «ويجب ثمانون جلدة على المتناول حرّاً كان أو عبداً على رأي، وأربعون على العبد على رأي».

أقول: لأصحابنا في حدّ المسكر قولان:

أحدهما: يجب بتناوله ثمانون مطلقاً ـ أي سواء كان حرّاً أو عبداً ـ وهو قول الشيخين[١]، وابن البرّاج[٢]، وابن ادريس[٣].

والآخر: التفصيل، وهو ثمانون إن كان المتناول حرّاً، وأربعون إن كان عبداً، وهو قول الصدوق[٤].

ولابن الجنيد قول ثالث وهو: انّ الحدّ ثمانون، فإن كان السوط مثنياً فأربعون على الحرّ، مسلماً كان أو ذمّياً اذا أظهر ذلك[٥].

قوله رحمه الله: «فاذا حدّ مرتين قتل في الثالثة، وقيل: في الرابعة».

أقول: الذي ذكره في الكتاب من قتله في الثالثة هو قول المفيد[٦]، وابن أبي

---

(١) المقنعة: كتاب الحدود والآداب باب الحدّ في السكر وشرب المسكر والفقاع وأكل المحظور من الطعام ص ٨٠٠، النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب الحدّ في شرب الخمر والمسكر... ج ٣ ص ٣١٤.

(٢) المهذّب: كتاب الحدود باب الحدّ في القيادة وشرب الخمر ج ٢ ص ٥٣٤ ـ ٥٣٥.

(٣) السرائر: كتاب الحدود باب الحدّ في شرب الخمر والمسكر والفقاع وغير ذلك ج ٣ ص ٤٧٥.

(٤) من لايحضره الفقيه: باب حدّ شرب الخمر ج ٤ ص ٥٦.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الثاني في حدّ اللواط والسحق والقيادة وشرب المسكر ص ٧٦٨ س ٣٧.

(٦) المقنعة: كتاب الحدود والآداب باب الحدّ في السكر وشرب المسكر... ص ٨٠١.

عقيل[١]، وأبي الصلاح[٢]، وابن حمزة[٣]، وابن ادريس[٤]، وأحد قولي الشيخ ذكره في النهاية[٥].

والقول الآخر: انّه يقتل في الرابعة، ذكره في الخلاف[٦] والمبسوط[٧]، وهو قول محمّد ابن بابويه في المقنع[٨].

قوله رحمه الله: ولو شرب الخمر مستحلّاً فهو مرتدّ، وقيل: يستتاب، فإن تاب أُقيم عليه الحدّ، وإن امتنع قتل».

أقول: القول المحكي هو قول الشيخ فانّه قال في النهاية: ومن شرب الخمر مستحلّاً لها حلّ دمه ووجب على الامام أن يستتيبه، فإن تاب أقام عليه حدّ الشراب إن كان شربها، وإن لم يثبت قتل[٩]. وكذا قال ابن البرّاج[١٠].

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الثاني في اللواط والسحق وشرب المسكر ص ٧٦٧ س ١٨.

(٢) الكافي في الفقه: فصل في حدّ شرب الخمر والفقاع ص ٤١٣.

(٣) الوسيلة: كتاب الجنايات فصل في بيان الحدّ على شارب الخمر... ص ٤١٦.

(٤) السرائر: كتاب الحدود باب الحدّ في شرب الخمر والمسكر... ج ٣ ص ٤٤٧.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب الحدّ في شرب الخمر والمسكر... ج ٣ ص ٣١٧ ـ ٣١٨.

(٦) الخلاف: كتاب الأشربة المسألة ١ ج ٣ ص ٢١٥ طبعة اسماعيليان.

(٧) المبسوط: كتاب الأشربة ج ٨ ص ٥٩.

(٨) المقنع: باب شرب الخمر ص ١٥٤، وليس فيه: «ويقتل في الرابعة».

(٩) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب الحدّ في شرب الخمر والمسكر... ج ٣ ص ٣١٦ ـ ٣١٧.

(١٠) المهذّب: كتاب الحدود باب الحدّ في القيادة وشرب الخمر ج ٢ ص ٥٣٥.

وما ذكره في الكتاب قول ابن ادريس حيث قال: الأولى والأظهر انّه يكون مرتدّاً ويحكم فيه بحكم المرتدّين؛ لأنّه قد استحلّ ما حرّمه الله تعالى[١]. وهو قريب من مذهب أبي الصلاح حيث قال: إن كان مستحلاً لها فهو كافر يجب قتله[٢].

قوله رحمه الله: «ولو تاب بعده تخيّر الامام، وقيل: يجب الإقامة هنا».

أقول: من تاب بعد الإقرار بأنّه تناول المسكر تخيّر الامام بين العفو عنه وإقامة الحدّ عليه، وهو قول الشيخ في النهاية[٣]، وكذا قال ابن البرّاج[٤]، وابن حمزة[٥].

والقول المحكي هو قول ابن ادريس فانّه قال: فإن كان قد أقرّ عند الحاكم أو الامام ثمّ تاب بعد الإقرار عندهما فإنه يقام عليه الحدّ، ولا يجوز إسقاطه[٦].

قوله رحمه الله: «ومن مات بالحدّ أو التعزير فلا دية له، وقيل: على بيت المال».

أقول: القول المحكي هو قول الشيخ في المبسوط فانّه قال: اذا عزّر الامام رجلاً فمات من الضرب فعليه كمال الدية؛ لأنّه ضرب تأديب، وأين تجب الدية؟

---

(١) السرائر: كتاب الحدود باب الحدّ في شرب الخمر والمسكر والفقاع... ج ٣ ص ٤٧٦.

(٢) الكافي في الفقه: فصل في حدّ الخمر والفقاء ص ٤١٣.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب الحدّ في شرب الخمر والمسكر... ج ٣ ص ٣٢٠.

(٤) المهذّب: كتاب الحدود باب الحدّ في القيادة وشرب الخمر ج ٢ ص ٥٣٦.

(٥) الوسيلة: كتاب الجنايات فصل في بيان الحدّ على شرب الخمر... ص ٤١٦.

(٦) السرائر: كتاب الحدود باب الحدّ في شرب الخمر والمسكر... ج ٣ ص ٤٧٨.

قال قوم: في بيت المال، وهو الذي يقتضيه مذهبنا. ثمّ قال بعد ذلك: وإن قلنا أن لا ضمان عليه أصلاً كان قويّاً؛ لما روي عن أميرالمؤمنين علي عليه السلام من حدّ حدّاً من حدود الله فمات فلا ضمان، وهذا حدّ[١].

وأمّا ما ذكره المصنّف في الكتاب فهو قول الشيخ في الخلاف[٢]، واختاره ابن ادريس[٣].

قوله رحمه الله: «ولو أنفذ الحاكم الى حامل لإقامة الحدّ فأسقطت خوفاً فدية الجنين من بيت المال، وقيل: على عاقلة الامام، وهي قضية عمر مع علي عليه السلام».

أقول: ما ذكره في الكتاب من كونه في بيت المال هو قول الشيخ رحمه الله فانّه قال في المبسوط: اذا ذكرت امرأة عند الحاكم بسوء فأرسل إليها فأسقطت ما في بطنها فزعاً منه فخرج الجنين ميّتاً فعلى الحاكم الضمان؛ لما روي من قضية المجهضة، وأين يكون الضمان؟ قال ـ أعني الشيخ في المبسوط أيضاً ـ: على ما مضى[٤]. يريد به أنّه على بيت المال؛ لأنّه من خطأ الحكّام.

والقول المحكي انّه على عاقلة الامام هو قول ابن ادريس قال: لأنّه خطأ محض، وهذه قضية عمر بن الخطاب مع أميرالمؤمنين عليه السلام في التي أرسل إليها عمر

---

(١) المبسوط: كتاب الأشربة ج ٨ ص ٦٣.

(٢) الخلاف: كتاب الأشربة المسألة ١٠ ج ٣ ص ٢٢٢ طبعة اسماعيليان.

(٣) السرائر: كتاب الحدود باب الحدّ في شرب الخمر والمسكر... ج ٣ ص ٤٧٩.

(٤) المبسوط: كتاب الأشربة ج ٨ ص ٦٤.

فأسقطت ما في بطنها، فسأل عمر جماعة من الصحابة عن ذلك فأخطأوا وأميرالمؤمنين عليه السلام جالس، فقال له عمر: ما عندك في هذا يا أبا الحسن، فتنصّل من الجواب، فعزم عليه فقال: إن كان القوم قد قاربوك فقد غشّوك، وإن كانوا قد ارتاؤوا فقد قصّروا، والدية على عاقلتك؛ لأنّ قتل الصبي خطأ قد تعلّق بك. فقال: والله أنت نصحتني من بينهم، والله لايبرحوا حتى تجري الدية على بني عدي، ففعل ذلك أميرالمؤمنين عليه السلام[١].

وأجاب المصنّف عن حجة ابن ادريس هذه في المختلف بأنّ هذه القضية لا حجّية فيها؛ لأنّه لم يرسل إليها بعد ثبوت ما ذكر عنها، وانّه لم يكن حاكماً عند علي عليه السلام[٢].

قوله رحمه الله: «لو شهد أحدهما بالشرب والآخر بالقيء حدّ على إشكال».

أقول: منشأه من احتمال الإكراه أو عدم العلم بكونه مسكراً عند التناول فلم تكمل البيّنة عليه بالتناول مختاراً، والى هذا الاحتمال ذهب المصنّف في المختلف[٣].

ومن احتمال وجوب الحدّ عليه؛ لقول الامام عليه السلام لمّا سئل عن ذلك: ما قاءها إلّا وقد شربها[٤]، والى هذا الاحتمال ذهب الشيخ[٥].

---

(١) السرائر: كتاب الحدود باب الحدّ في شرب الخمر والمسكر... ج ٣ ص ٤٨٠.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الثاني في اللواط والسحق... ص ٧٦٨ س ٣٥.

(٣) نفس المصدر السابق.

(٤) تهذيب الأحكام: ب ٩١ في البيّنات ح ١٧٧ ج ٦ ص ٢٨٠ ـ ٢٨١، وسائل الشيعة: ب ١٤ من أبواب حدّ المسكر ح ١ ج ١٨ ص ٤٨٠ ـ ٤٨١.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب الحدّ في شرب الخمر والمسكر... ج ٣ ص ٣١٦.

قوله رحمه الله: «ولو شهدا بالقيء حدّ؛ للتعليل على إشكال».

أقول: يريد بقوله: «للتعليل» هو ما تقدّم من الرواية من وجوب الحدّ، وتعليل ذلك بقوله: «ما قاءها إلّا وقد شربها» وهذه العلّة موجودة لو شهدوا جميعاً بالقيء، وفيه إشكال.

ينشأ ممّا ذكرناه من التعليل.

ومن ورود ذلك في صورة مغايرة وهو: اذا شهد أحدهما بشربها والآخر بقيئها فيقتصر على مورد النصّ.

قوله رحمه الله: «واذا عجن بالخمر عجيناً فخبزه وأكله فالأقرب وجوب الحدّ».

أقول: وجه القرب انّه أكل ما فيه خمر.

واعلم أنّ هذه المسألة فرع على ما اذا عجن بالنجس وخبز هل يطهر أم لا؟ فإن قلنا: يطهر فلا حدّ عليه، وإن قلنا: لايطهر حدّ، ولمّا كان الأقرب عند المصنّف أنّه لايطهر ـ كما تقدّم ـ كان الأقرب عنده وجوب الحدّ.

قوله رحمه الله: «في حدّ السرقة: فلو سرق الصبي لم يقطع بل يؤدّب، ولو تكرّرت سرقته وقيل: يعفى عنه أوّل مرة فإن سرق ثانياً أُدّب، فإن عاد ثالثاً حكّت أنامله حتى تدمي، فإن سرق رابعاً قطعت أنامله، فإن سرق خامساً قطع كما يقطع الرجل».

أقـول: القول المحكي هو قول الشيخ في النهاية[١].

وقال المفيد: إذا سرق الصبي لم يقطع وعزّره الامام بحسب ما يراه[٢]. واختاره المصنّف في هذا الكتاب، وفي المختلف[٣] ذهب الى قول الشيخ في النهاية.

قـوله رحمـه الله: «والمكـاتب عـلى إشكـال كالقنّ».

أقـول: يريد لو سرق عبداً مكاتباً فهل يكون بمنزلة سرقة العبد القنّ، بمعنى انّه يقطع في كلّ موضع فيه سارق القنّ؟ فيه إشكال.

ينشأ من حيث إنّه لم يخرج بالكتابة قبل الأداء عن كونه مملوكاً فله حكمه.

ومن انقطاع تصرّف المولّى عنه بالعقد اللازم، فلا يكون له حكم المملوك.

قوله رحمه الله: «يقطع في خاتم وزنـه سـدس دينار وقيمته ربع دينار على إشكال».

أقـول: وجه الإشكال من صدق انّه سرق ما قيمته ربع دينار ذهباً خالصاً، وذلك موجب للقطع.

ومن كون المسروق لايجوز بيعه بربع دينار؛ للزوم الربا، ولايباع بـوزنه ـ أي سدس دينار ـ فلم يكن لهذه القيمة اعتبار في نظر الشارع.

قوله رحمه الله: «ولو سرق قميصاً قيمته أقلّ من نصابٍ وفي جـيبه ديـنار لايـعلمه فـي القـطع إشكالٌ».

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب الحدّ في السرقة ج ٣ ص ٣٢٤ ـ ٣٢٥.

(٢) المقنعة: كتاب الحدود والآداب باب الحدّ في السرقة والخيانة ص ٨٠٣.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الثالث الحدّ في السرقة والمحارب ص ٧٧٠ س ١٢.

أقـول: وجه الإشكال من صدق انّه قد حصل في يده نصاب القطع بواسطة السرقة فكان عليه القطع.

ومن عدم قصده الى سرقة النصاب، وحصوله في يده من غير قصد لا يوجب القطع، كما لو دخل داراً ثمّ خرج وقد تعلّق بثوبه نصاب لا يعلمه ولا قصده.

قوله رحمه الله: «وهل يشترط إخراج النصاب دفعة؟ إشكال، أقربه ذلك، إلّا مع قصر الزمان».

أقـول: يريد لو أخرج بعض النصاب ثمّ دخل وأخرج بعضاً آخر يتمّ به النصاب في المرة الثانية أو مازاد عليها فهل عليه القطع أم لا؟ فيه إشكال.

ينشأ من احتمال عدم القطع، ذكره الشيخ في الخلاف فانّه قال فيه: اذا نقب وحده ودخل فأخرج ثمن دينار ثمّ عاد من ليلته أو من الليلة الثانية فأخرج ثمن دينار آخر فتكامل النصاب فلا قطع عليه؛ لأصالة البراءة، ولأنّه لما هتك الحرز وأخرج أقلّ من النصاب فلم يجب عليه القطع، فلمّا عاد ثانياً لم يخرج من حرز؛ لأنّه كان مهتوكاً، ولولم نقل هذا لزم انّه لو أخرجه حبّة حبّة في كلّ ليلة حتى كمل النصاب لن يجب عليه القطع، وهو بعيد. قال: ولو قلنا: يجب عليه القطع ـ لأنّ النبي صلّى الله عليه وآله قال: من سرق ربع دينار قطع ـ كان قويّاً[1]. والشيخ قوّى في المبسوط وجوب القطع[2]، وهو مذهب ابن البرّاج[3].

والأقرب عند المصنّف وجوب القطع مع قرب الزمان؛ لأنّه يصدق عليه انّه

---

(١) الخلاف: كتاب السرقة المسألة ١٣ ج ٣ ص ١٩٦ ـ ١٩٧ طبعة اسماعيليان.

(٢) المبسوط: كتاب السرقة ج ٨ ص ٢٩.

(٣) المهذّب: كتاب الحدود باب الحدّ في السرقة ج ٢ ص ٥٤٢.

سرق نصاباً، وعموم قوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾[١] امّا مع تباعد الزمان فلا قطع عليه؛ لأنّ الحرز صار مهتوكاً غير خفي عن غيره، فلم يخرج من الحرز.

قوله رحمه الله: «وقيل: لو سرقا نصاباً قطعا».

أقول: القائل بذلك هو السيد المرتضى[٢]، وابن البرّاج[٣]، وأبوالصلاح[٤]، وابن حمزة[٥]، وأحد قولَي الشيخ في النهاية[٦].

والآخر: لا قطع عليه، ذكره في المبسوط[٧] والخلاف[٨]، وهو مذهب ابن الجنيد[٩]، وابن ادريس[١٠]، واختاره المصنّف هنا وفي المختلف[١١].

قوله رحمه الله: «ولو قال السارق: وهو ملك

---

(١) المائدة: ٣٨.

(٢) الانتصار: مسائل الحدود والقصاص ص ٢٦٤.

(٣) المهذّب: كتاب الحدود باب الحدّ في السرقة ج ٢ ص ٥٤٠.

(٤) الكافي في الفقه: فصل في السرق وحده ص ٤١١.

(٥) الوسيلة: كتاب الجنايات فصل في بيان السرقة وأحكامها ص ٤١٩.

(٦) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب الحدّ في السرقة ج ٣ ص ٣٣١ ـ ٣٣٢.

(٧) المبسوط: كتاب السرقة ج ٨ ص ٢٨.

(٨) الخلاف: كتاب السرقة م ٨ ج ٣ ص ١٩٥ طبعة اسماعيليان.

(٩) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الثالث في حدّ السرقة والمحاربة ص ٧٧٢ س ٢١.

(١٠) السرائر: كتاب الحدود باب الحدّ في السرقة وما يتعلّق بذلك ج ٣ ص ٤٩٢.

(١١) مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الثالث في حدّ السرقة ج ٢ ص ٧٧٢ س ٢١.

شريكي في السرقة فلا قطع، فلو أنكر شريكه لم يقطع يد المدّعي، وفي المنكر إشكال، أقربه القطع».

أقول: لو سرق اثنان فادّعى أحد السارقين انّ المسروق ملك شريكه في السرقة وأنكر الشريك تملّكه فإن المدّعي لا قطع عليه؛ لوجود الشبهة في حقّه، وأمّا المنكر ففي قطعه إشكال.

ينشأ من انّه سارق للنصاب ولم يدع الملك فكان عليه القطع، وهو الأقرب عند المصنّف.

ومن وجود الشبهة، وهو دعوى الشريك للملك، إذ قد يكون صادقاً.

قوله رحمه الله: «ولو سرق كلباً مملوكاً قيمته ربع دينار فصاعداً فالأقرب القطع».

أقول: وجه القرب من صدق انّه سرق ما قيمته ربع دينار فكان عليه القطع.

ومن وجود الخلاف في كونه مملوكاً فتحقّقت الشبهة، وهي مسقطة للحدّ.

قوله رحمه الله: «ولو سرق آلة لهو كالطنبور والملاهي أو آنية محرّمة كآنية الذهب والفضة فإن قصد الكسر لم يقطع، وإن قصد السرقة ورضاضها نصاب فالأقرب القطع».

أقول: وجه القرب انّ المسروق مشتمل على ما قيمته نصاب بعد إزالة الصفة المحرّمة فكان عليه القطع.

قوله رحمه الله: «ولو كان الشيء قابلاً للقسمة ولم يزد المأخوذ على مقدار حقّه حمل على قسمة فاسدة على إشكال، أقربه ذلك إن قصده، وإلاّ قطع».

أقول: يريد لو كان شريكان بينهما مال فسرق أحدهما مقدار حقّه من غير زيادة لم يكن سرقة بل قسمة فاسدة على إشكال، من حيث إنّها قسمة صدرت من أحد الشريكين دون الآخر. ومن أنّ المأخوذ لم يتعيّن له بل نصفه لشريكه، وهو قدر النصاب فيقطع.

والأقرب عند المصنّف انّ السارق إن قصد القسمة وأخذ حقّه كانت قسمته فاسدة ولا قطع عليه، وإن لم يقصد القسمة قطع.

ووجه القرب انّه اذا أخذ مقدار حقّه مع قصد القسمة كانت شبهة فكانت قسمته فاسدة؛ لعدم اتفاق الشريك عليها، وإن قصد أخذ مال الغير وقد أخذه من غير قصد القسمة كان سارقاً لا قاسماً فكان عليه القطع.

قوله رحمه الله: «ولو سرق من الغنيمة فروايتان، إحداهما: لا قطع، والأُخرى: يقطع إن زاد عن قدر نصيبه بقدر النصاب».

أقول: الرواية الأُولى هي رواية الشيخ عن محمّد بن عيسى عن الباقر عليه السلام عن علي عليه السلام في رجل أخذ بيضة من المغنم فقالوا: قد سرق اقطعه، فقال: انّي لم أقطع أحداً له فيما أخذ شركه[1].

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١٨ في الحدّ في السرقة...ح ٢٣ ج ١٠ ص ١٠٤ ـ ١٠٥، وسائل الشيعة: ب ٢٤ من أبواب حدّ السرقة ح ١ ج ١٨ ص ٥١٨، وفيهما: «محمّد بن قيس».

والرواية الأُخرى هي ما رواه عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال: قلت: رجل سرق من المغنم أيّ شيء الذي يجب عليه القطع؟ قال: ينظر كم الذي نصيبه، فإن كان الذي أخذ أقلّ من نصيبه عزّر ودفع إليه تمام ماله، وإن كان الذي أخذ مثل الذي له فلا شيء عليه، وإن كان أخذ فضلاً بقدر غير مستحقّ ـ وهو ربع دينار ـ قطع[١].

واعلم انّ المفيد[٢]، وابن ادريس[٣] ذهبا الى انّه لا يقطع مطلقاً. والشيخ في النهاية[٤] ذهب الى التفصيل الذي تضمّنته الرواية الأخيرة.

قوله رحمه الله: «وكذا البحث فيما للسارق فيه حقّ كبيت المال ومال الزكاة والخمس للفقير والعلوي، والأقرب عدم القطع في هذه الثلاثة».

أقول: وجه القرب من وجود الشبهة لاعتقاد الأخذ كونه مستحقّاً له يجوز أن يخصّ به أجمع، بخلاف المال المشترك لاستقرار ملك كلّ من الشريكين على قدر معيّن منه.

قوله رحمه الله: «ويقطع الأجير اذا أحرز من دونه، وفي رواية لا يقطع، وتحمل على حالة الاستئمان».

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٨ الحدّ في السرقة... ح ٢٧ ج ١٠ ص ١٠٦، وسائل الشيعة: ب ٢٤ من أبواب حدّ السرقة ح ٤ ج ٨ ص ٥١٩.

(٢) المقنعة: كتاب الحدود والآداب باب الحدّ في السرقة والخيانة... ص ٨٠٣.

(٣) السرائر: كتاب الحدود باب الحدّ في السرقة... ج ٣ ص ٤٨٥.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب الحدّ في السرقة ج ٣ ص ٣٢٢ ـ ٣٢٣.

أقول: الرواية المشار إليها هي ما رواه الشيخ عن سليمان عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل استأجر أجيراً فسرق من بيته هل تقطع يده؟ قال: هذا مؤتمن ليس بسارق[١]. ومثله روى سماعة عن الصادق عليه السلام[٢].

وروى الحلبي في الحسن ـ أيضاً ـ عن الصادق عليه السلام انّه قال: في رجل استأجر أجيراً فأقعده على متاعه فسرقه، فقال: هو مؤتمن[٣].

والمصنّف رحمه الله ذهب الى وجوب القطع اذا أحرز من دونه، وحمل الرواية على الاستئمان، ولفظ الروايات تدلّ عليه.

وابن ادريس أيضاً ذهب الى عدم القطع، وحمل الروايات على ما اذا لم يحرز من دونه[٤].

قوله رحمه الله: «وفي الضيف قولان».

أقول: أحد القولين ما ذهب إليه الشيخ في النهاية وهو انّه لا قطع عليه[٥]، وكذا ابن الجنيد[٦]، ومحمّد بن بابويه في المقنع[٧]، وكتاب

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٨ الحدّ في السرقة... ح ٤١ ج ١٠ ص ١٠٩، وسائل الشيعة: ب ١٤ من أبواب حدّ السرقة ح ٣ ج ١٨ ص ٥٠٦.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٨ الحدّ في السرقة ح ٤٢ ج ١٠ ص ١٠٩، وسائل الشيعة: ب ١٤ من أبواب حدّ السرقة ح ٤ ج ١٨ ص ٥٠٦.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ٨ الحدّ في السرقة... ح ٤٣ ج ١٠ ص ١٠٩، وسائل الشيعة: ب ١٤ من أبواب حدّ السرقة ح ١ ج ١٨ ص ٥٠٥.

(٤) السرائر: كتاب الحدود باب الحدّ في السرقة وما يتعلّق بذلك ج ٣ ص ٤٨٦.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب الحدّ في السرقة ج ٣ ص ٣٢٦ ـ ٣٢٧.

(٦) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الثالث في حدّ السرقة ص ٧٧٠ س ٢١.

(٧) المقنع: باب حدّ السرقة ص ١٥١.

من لايحضره الفقيه[١].

وقال ابن ادريس أوّلاً: يقطع، ثمّ قال ـ بعد كلام طويل ـ: انّه لا قطع عليه[٢].

قوله رحمه الله: «ولو أخرج المال وأعاده الى الحرز قيل: لايسقط القطع؛ لحصول السبب التام، وفيه إشكال، ينشأ من أنّ القطع موقوف على المرافعة».

أقول: القول المحكي هو قول الشيخ فانّه قال في المبسوط: فإن نقبا معاً فدخل أحدهما وأخذ نصاباً وأخرجه بيده الى رفيقه ولم يخرج هو من الحرز كان القطع على الداخل دون الخارج، وهكذا اذا رمى به من داخل فأخذه رفيقه من خارج، وهكذا لو أخرج يده الى خارج الحرز والسرقة فيها ثمّ ردّه الى الحرز فالقطع في هذه المسائل الثلاث على الداخل[٣]. والمصنّف استشكل ذلك.

ومنشأه ما ذكره في الكتاب من حصول السبب التام، أعني إخراج البالغ العاقل المختار نصاب القطع من حرزه.

ومن انّ القطع موقوف على مطالبة المالك، وكيف تحصل المطالبة مع ردّه؟

وأقول: لا منافاة بين ردّه وبين المطالبة؛ لإمكان تلفه من الحرز بعد ردّه قبل حصوله في يد المالك، ولهذا لايبرأ الغاصب بالردّ الى الحرز وحينئذٍ يتصوّر مرافعة المالك للسارق مع ردّه الى الحرز.

---

(١) من لايحضره الفقيه: باب حدّ السرقة ج ٤ ص ٦٥ ذيل الحديث ٥١١٧.

(٢) السرائر: كتاب الحدود باب الحدّ في السرقة وما يتعلّق بذلك ج ٣ ص ٤٨٧.

(٣) المبسوط: كتاب السرقة ج ٨ ص ٢٩.

وقوله رحمه الله في تقرير أحد وجهي الإشكال: «منشأه من أنّ القطع موقوف على المرافعة، فاذا دفعه الى مالكه سقطت المطالبة» فيه نظر؛ لأنّ هذا غير محلّ النزاع، فانّه وقع فيما اذا ردّ السرقة الى الحرز لا الى المالك.

قوله رحمه الله: «ولو وضعه الداخل في وسط النقب وأخرجه الخارج قيل: لا قطع على أحدهما؛ لأنّ كلّ منهما لم يخرجه عن كمال الحرز».

أقول: القائل ذلك هو الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: اذا نقبا معاً ودخل أحدهما فوضع السرقة في وسط النقب فأخذه الخارج قال قوم: لا قطع على واحد منهما، وقال آخرون: عليهما القطع. ثمّ قال ـ بعد كلام طويل ـ: والأوّل أصحّ؛ لأنّ كلّ منهما لم يخرجه عن كمال الحرز، فهو كما لو وضعه الداخل في بعض النقب فاجتاز مجتاز فأخذه من النقب فانّه لا قطع على واحد منهما[1]. وتبعه ابن البرّاج[2] في ذلك.

وقال ابن ادريس: القطع على الأخذ الخارج؛ لأنّه نقب وهتك الحرز وأخرج المال منه، بخلاف المجتاز[3].

وقال المصنّف في المختلف: والتحقيق أن نقول: انّ المقدور الواحد إن امتنع وقوعه من القادرين كالقطع عليهما معاً؛ لأنّه لا فرق حينئذٍ أن يقطعا كمال المسافة دفعةً أو يقطعاها بها على التعاقب، فإنّ الصادر عن كلّ واحد منهما ليس هو الصادر عن

---

(١) المبسوط: كتاب السرقة ج ٨ ص ٢٦ ـ ٢٧.

(٢) المهذّب: كتاب الحدود باب الحد في السرقة ج ٢ ص ٥٣٩.

(٣) السرائر: كتاب الحدود باب الحدّ في السرقة وما يتعلّق بذلك ج ٣ ص ٤٩٧.

الآخر بل وجد المجموع منهما، وإن سوّغناه فالقطع على الخارج؛ لظهور الفرق حينئذٍ بين وقوع القطع منهما دفعةً أو على التعاقب[١].

قوله رحمه الله: «الحرز وهو ما يعدّ في العرف حرزاً؛ لعدم تنصيص الشارع عليه فيحال على العرف، وهو متحقّق فيما على سارقه خطر؛ لكونه ملحوظاً دائماً أو مقفلاً عليه أو مغلقاً أو مدفوناً، وقيل: كلّ موضع ليس لغير المالك الدخول إليه إلّا بإذنه».

أقول: القائل بذلك هو الشيخ في النهاية[٢].

وقال في المبسوط: ومعرفة الحرز مأخوذة من العرف، فما كان حرزاً لمثله في العرف ففيه القطع، ومالم يكن حرزاً لمثله فلا قطع فيه. ثمّ قال فيه: والحرز يختلف باختلاف المحرز فيه، وقال قوم: اذا كان الموضع حرزاً لشيء فهو حرز لسائر الأشياء، ولا يكون المكان حرزاً لشيء دون شيء، وهو الأقوى في نفسي[٣].

واختار هذا القول أيضاً في الخلاف فقال فيه: كلّ موضع حرز لشيء فهو حرز لجميع الأشياء[٤].

وذهب ابن ادريس الى انّ الحرز ما كان مغلقاً عليه أو مقفلاً أو مدفوناً دون ما

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الثالث في حدّ السرقة ص ٧٧٣ س ١٥.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب الحدّ في السرقة ج ٣ ص ٣٢٠ ـ ٣٢١.

(٣) المبسوط: كتاب السرقة ج ٨ ص ٢٢.

(٤) الخلاف: كتاب السرقة المسألة ٦ ج ٣ ص ١٩٥ طبعة اسماعيليان.

عدا ذلك[١]. واختاره المصنّف في المختلف[٢].

قوله رحمه الله: «فلا قطع على من سرق من غير حرز كالأرحية والحمامات والمواضع المنتابة، والمأذون في غشيانها كالمساجد، إلّا مع المراعاة الدائمة على إشكال».

أقول: منشأه من احتمال القطع؛ لعموم قوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾[٣] وهو عامّ في كلّ سارق، خرج منه ما ليس مراعى، فيبقى ما عداه داخلاً تحت العموم.

ومن احتمال عدم وجوب القطع؛ لوقوع الإجماع على عدم القطع مع عدم الإحراز، ومنع كون المراعاة حرزاً.

ولما رواه السكوني عن الصادق عن الباقر عن علي عليهم السلام قال: لايقطع إلّا من نقب نقباً أو كسر قفلاً[٤].

قوله رحمه الله: «وفي قطع سارق ستارة الكعبة إشكال».

أقول: وجه الإشكال من تعارض ما استدلّ به الأصحاب في هذا الباب، فإنّ

---

(١) السرائر: كتاب الحدود باب الحدّ في السرقة وما يتعلّق بذلك ج ٣ ص ٤٨٣.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الثالث في حدّ السرقة ص ٧٦٩ س ١٧.

(٣) المائدة: ٣٨.

(٤) تهذيب الأحكام: ب ٨ الحدّ في السرقة... ح ٤٠ ج ١٠ ص ١٠٩، وسائل الشيعة: ب ١٨ من أبواب حدّ السرقة ح ٣ ج ١٨ ص ٥٠٩.

الشيخ قال في الخلاف[١] والمبسوط[٢]: يجب القطع على من سرق من ستارة الكعبة ما قيمته ربع دينار اذا كانت محيطة بها.

وتبعه ابن البرّاج، واستدلّ على ذلك بعموم الآية والخبر، قال: وروى أصحابنا انّ الامام اذا قام قطع أيدي بني شيبة وعلّق أيديهم على البيت ونادى مناديه: هؤلاء سرّاق الله لايختلفون في ذلك[٣].

وقال ابن ادريس: لايجب القطع؛ لأنّ الحرز عندنا هو القفل والغلق والدفن، وليست هذه الأشياء في حرز، والأصل براءة الذمّة[٤].

وأجاب المصنّف رحمه الله في المختلف عن احتجاج الشيخ بأنّ الآية والخبر مخصوصان بالحرز إجماعاً. ثمّ قال: وحديث أصحابنا لايعطي قطع أيديهم على سرقة الستارة، بل جاز أن يكون على سرقة ما أحرز بقفل أو غلق أو دفن[٥].

قوله رحمه الله: «ولو كانت الشجرة في موضع محرز ـ كالدار ـ فالأولى القطع مطلقاً».

أقول: يريد انّ الأولى اذا سرق ثمرة شجرة في حرز ـ مثل إن كانت في دار مغلقة عليها قطع مطلقاً ـ سواء كانت الثمرة عليها أو قطعت وأُحرزت.

ووجه الأولوية صدق أنّه سرق من الحرز فيقطع.

---

(١) الخلاف: كتاب السرقة المسألة ٢٢ ج ٣ ص ١٩٩ طبعة اسماعيليان.

(٢) المبسوط: كتاب السرقة ج ٨ ص ٣٣.

(٣) المهذّب: كتاب الحدود باب الحدّ في السرقة ج ٢ ص ٥٤٢، وليس فيه: «لايختلفون في ذلك».

(٤) السرائر: كتاب الحدود باب الحدّ في السرقة وما يتعلّق بذلك ج ٣ ص ٤٩٩.

(٥) مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الثالث الحدّ في السرقة ص ٧٧٣ س ٣٢.

وقوله: «لا قطع على سارق الثمرة على الشجرة» مبنيّ على الغالب من كون الأشجار في غير الحرز كالبساتين والصحاري.

قوله رحمه الله: «والاصطبل حرز للدواب مع الغلق أو المراعاة على إشكال».

أقول: قد تقدّم وجه الإشكال في كون المراعاة هل هي حرز أم لا؟

قوله رحمه الله: «وفي كون إشراف الراعي على الغنم في الصحراء حرزاً نظر».

أقول: وجه النظر من تفسير معنى الحرز وقد تقدّم.

قوله رحمه الله: «ولو كان المتاع بين يديه ـ كقماش البزّازين والباعة ـ في درب أو دكّان مفتوح وكان مراعياً له ينظر إليه فهو محرز على إشكال».

أقول: منشأه ممّا تقدّم.

قوله رحمه الله: «والدار بالليل حرز وإن نام صاحبها اذا كانت مغلقة، ولو كانت مفتوحة وصاحبها مراعٍ فحرز على إشكال».

أقول: منشأه أيضاً ما تقدّم.

قوله رحمه الله: «وفي كون القطار محرزاً بالقائد نظر، أقربه اشتراط سائق معه، بل محرز بنفسه ما زمامه بيده».

أقـول: قال الشيخ في المبسوط: الإبل عـلى ثـلاثة أضرب: راعـية وبـاركة ومقطورة ـ الى أن قال ـ: وأمّا إن كانت مقطورة فإن كان سائقاً ينظر إليها جميعها فهي في حرز، وإن كان قائداً قائماً يكون في حرز بشرطين، أحدهما: أن يكون بحيث اذا التفت إليها شاهدها كلّها، والثاني: أن يكون الالتفات إليها[1].

والمصنّف تردّد في كون القطار محرزاً على تقدير كون المراعاة إحرازاً.

والأقرب عنده أنّه يشترط أن يكون مع القائد سائق ليحصل كـمال المـراعـاة منهما، أمّا القائد وحده فانّما يكون مراعياً لما زمامه بيده لاغير.

ووجه القرب من عدم تحقّق المراعاة غالباً فيما يكون خلفه.

قوله رحمه الله: «وباب الحـرز المـنصوب فـيه محرز، سواء كان مغلقاً أو مفتوحاً على إشكـال، يقطع سارقه إن كانت الدار محـرزة بـالعمران أو بالحفظ».

أقـول: منشأه من أنّ حرزه بنصبه في ملكه وغلقه، فاذا كان مفتوحاً لم يكن محرزاً.

ومن انّه اذا كان مغلقاً كان حرزاً للدار، امّا حرزه بنفسه فهو بـنصبه محـكماً في موضعه بمجرى العادة، وقد تقدّم انّ الحرز ليس منصوصاً عليه بل هو تابع للعرف.

قوله رحمه الله: «وحلقة الباب محـرزة السـمر على إشكال».

---

(١) المبسوط: كتاب السرقة ج ٨ ص ٢٣.

أقـول: من حيث إنّ موضع الحلقة بمجرى العادة الى مكانها المعهود محرزها هو سمرها.

ومن حيث إنّ الحرز إمّا الغلق وأشباهه أو المراعاة، وكلاهما منتفٍ.

قوله رحمه الله: «والقبر حرز للكفن، فلو نبش وسرقه قطع، وهل يشترط النـصاب؟ خـلاف، وقيل: يشترط في الأُولى».

أقـول: لا خلاف في انّ القبر حرز للكفن؛ لأنّه محلّه وهو محرز بالدفن فيه، انّما الخلاف في أنّه هل يشترط في قطع النبّاش بلوغ قيمة ما سرقه من الكفن نـصاب القطع أم لا؟ فيه أقوال:

أحدها: اشتراطه، وهو ظاهر كلام المصنّف حيث قال: يقطع النبّاش اذا سرق من الأكفان ما قيمته ربع دينار، كما يقطع غيره من السرّاق اذا سرقوا من الأحراز[١]. وهو ظاهر كلام سلّار[٢]، وأبي الصلاح[٣]، وابن حمزة[٤] أيضاً، حيث قيّدوا ببلوغ النصاب.

الثاني: عدم الاشتراط، وهو ظاهر كلام الشيخ في النهاية حيث قال فيها: ومن نبش قبراً وسلب الميّت كفنه وجب عليه القطع كما يجب على السارق[٥].

---

(١) المقنعة: كتاب الحدود باب الحدّ في السرقة... ص ٨٠٤.

(٢) المراسم: ذكر حدّ السرقة ص ٢٥٨.

(٣) الكافي في الفقه: فصل في السرقة وحدّه ص ٤١٢.

(٤) الوسيلة: كتاب الجنايات فصل في بيان السرقة وأحكامها ص ٤١٨.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب حدّ المحارب والنباش... ج ٣ ص ٣٣٦ ـ ٣٣٧.

الثالث: اشتراط البلوغ في المرة الأُولى، وهو اختيار ابن ادريس أوّلاً حيث قال: ومن نبش قبراً وسلب الميّت كفنه وأخرجه من القبر وكانت قيمته ربع دينار فانّه يجب عليه القطع ويكون المطالب به الورثة ـ الى قوله: ـ فإن نبش ثانيةً فانّه يجب عليه القطع، سواء كانت قيمته ربع دينار أو أقلّ من ذلك، ولا يراعى في مقدار الكفن النصاب إلّا في الدفعة الأُولى فحسب؛ لقولهم عليهم السلام: «سارق موتاكم كسارق أحيائكم» إلّا انّه قال ـ بعد كلام طويل ـ: والذي أعتمد عليه وأُفتي به ويقوى في نفسي قطع النبّاش، سواء كان قيمة الكفن ربع دينار أو أقلّ من ذلك أو أكثر، في الدفعة الأُولى أو الثانية[1].

قوله رحمه الله: «والأقرب انّ الدار المغصوبة ليست حرزاً من غير المالك».

أقول: وجه القرب انّ الدار المغصوبة لمالكها أن يدخلها ويهتك حرزها، وإن كان فيها مال الغاصب فلم تكن حرزاً.

قوله رحمه الله: «ولو كان في الحرز مال مغصوب للسارق فأخذ غير المغصوب فالأقرب القطع إن هتك لغير المغصوب، وإلّا فلا».

أقول: نقل الشيخ عن قوم انّ المغصوب منه اذا هتك الحرز وأخذ نصاباً من مال الغاصب انّه لاقطع عليه؛ لأنّه انّما هتك الحرز لا للسرقة فلا قطع عليه، وعن

---

(١) السرائر: كتاب الحدود باب حدّ المحاربين وهم قطاع الطريق والنباش ج ٣ ص ٥١٢ و٥١٥.

آخرين عليه القطع؛ لأنّه لمّا سرق مال الغاصب مع مال نفسه كان الظاهر انّه نقب للسرقة فلهذا قطعناه. قال: وهو الذي تقتضيه رواياتنا[1]. وهو الأقرب عند المصنّف أنّه إن هتك الحرز لأخذ غير المغصوب كان عليه القطع.

ووجه القرب أنّه قد تحقّق السبب التامّ المقتضي لوجوب القطع، وإن هتكه ليأخذ ماله فاتفق أنّه سرق منه مال الغاصب لم يقطع؛ لأنّه كان له أن يهتك الحرز لأجل ماله، فاذا أخذ منه شيئاً من مال الغاصب فقد أخذ من حرز مملوك يجوز له هتكه.

قوله رحمه الله: «ولو جوّزنا للأجنبي انتزاع المغصوب بطريق الحسبة جاء التفصيل».

أقول: اذا قلنا: يجوز لغير المغصوب ـ وهو المراد بالأجنبي ـ أن ينتزع من الغاصب مال المغصوب منه ويستخلصه من الغاصب حسبة لله فهتك أجنبي حرز الغاصب ليأخذ العين المغصوبة فسرق معه شيئاً من مال الغاصب جاء ماذكرناه من التفصيل، أعني أنّه إن هتك الحرز للسرقة قطع، وإلّا فلا.

قوله رحمه الله: «ولو نقب وعاد في الليلة الثانية للاخراج فالأقرب القطع على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من انّه لمّا هتك الحرز في الليلة الأُولى ولم يأخذ المال لم يكن عليه قطع، وفي الليلة الثانية سرق من حرز مهتوك فلم يكن عليه قطع.

ومن حيث إنّه يصدق عليه انّه هتك وأخرج المال، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّه أخرج المال من حرز هتكه هو، إلّا أن يكون المالك قد اطّلع على الهتك وأهمل

---

(١) المبسوط: كتاب السرقة ج ٨ ص ٣٢.

سدّه أو وضع ماله في حرز آخر فانّه حينئذٍ لا قطع عليه؛ لأنّه راضٍ بكونه في غير حرز.

قوله رحمه الله: «ولو نقبا فدخل أحدهما ـ الى قوله:ـ ولو وضعه في وسط النقب فأخذه الآخر احتمل قطعهما، وعدمه فيهما».

أقول: قد تقدّم ذكر هذه المسألة، فانّ الشيخ رحمه الله في المبسوط اختار انّه لا قطع عليهما[1].

وابن ادريس قال: يقطع الخارج[2].

والمصنّف رحمه الله حكى قول الشيخ رحمه الله في هذا الكتاب، وفي المختلف بنى هذه المسألة على وقوع مقدور بين قادرين[3].

وهاهنا ذكر احتمالين أحدهما: قطعهما؛ لتحقّق إخراج النصاب منهما، وعدمه فيهما ـ أي انّه لا يقطعان ولا أحدهما ـ كما ذهب إليه الشيخ في المبسوط[4]؛ لأنّ كلّاً منهما لم يخرجه عن كمال الحرز.

قوله رحمه الله: «ولو هتك الحرز صبيّاً أو مجنوناً ثمّ كمل ثمّ أخرج ففي القطع نظر».

---

(١) المبسوط: كتاب السرقة ج ٨ ص ٢٦ ـ ٢٧.

(٢) السرائر: كتاب الحدود باب الحدّ في السرقة وما يتعلّق بذلك ج ٣ ص ٤٩٧.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الثالث حدّ السرقة... ص ٧٧٣ س ١٥.

(٤) المبسوط: كتاب السرقة ج ٨ ص ٢٦ ـ ٢٧.

أقــول: لو هتك الحرز في حال صغره أو جنونه ثمّ أخرج المال بعد بلوغه أو إفاقته فهل يقطع أم لا؟ فيه نظر.

ينشأ من عدم احتمال القطع؛ لأنّه في حال هتك الحرز لم يكن مكلّفاً فلم يكـن عليه قطع.

ومن انّه في حال أخذ المال أخذه من حرز مهتوك فلم يلزمه القطع أيضاً.

ومن احتمال القطع؛ لأنّه لما أخذ المال أخذه من حرز هتكه هو فكان عليه القطع.

قوله رحمه الله: «ولو وضعه على ظـهر الدابـة فحرجت بعد هنيئة ففي القطع إشكال، ولو أخرج شاةً فتبعتها سخلتها أو غيرها فإشكال».

أقــول: وجه الإشكال في الأوّل انّه لم يخرج المال بنفسه ولا أخرج الدابة، وانّما صدر منه وضع المتاع على ظهر الدابة وهي في الحرز، وانّما خرجت بعد ذلك بقصدها فانّ للدابة اختياراً وإرادة، بخلاف وضعه في الماء الجاري.

ووجه الإشكال في الثاني من انّـه لم يخـرج الولد مـن الحـرز، وانّمـا خـرجت باختيارها. ومن انّ إخراج الأُم سبب في خروج الولد، فكان خروجها مستنداً الى فعله.

قوله رحمه الله: «ولو حمل حرّاً ومعه ثيابه ففي دخول الثياب تحت يده نظر، أقربه الدخول مع الضعف لا القوّة، وفي كونه سارقاً إشكال».

أقــول: وجه النظر من احتمال الدخول؛ لأنّه أثبت يده على مالكها وهي معه.

ومن حيث إنّها في يد مالكها.

والأقرب عندالمصنّف انّ مالكها إن كان ضعيفاً كان استيلاؤه على مالكها استيلاء على ما في يده، وإن كان قويّاً لم يدخل في يد الحامل؛ لأنّ ثياب المالك في يده، والحامل يضعف عن مقاومة المالك والثياب فلن يزل يد المالك عنها.

اذا تقرّر هذا فاذا كان المحمول في حرز فهتك الحامل وحمله وثيابه معه فهل يكون سارقاً أم لا؟ يحتمل ذلك؛ لأنّه هتك حرزاً، وأخرج الثياب بإخراج مالكها فكان سارقاً. ومن حيث إنّ السرقة هي أخذ المال من الحرز بشرط الخفية، فاذا كان المالك عالماً وهي معه لم يكن قد أخذها خفية بل يكون قد أخذها قهراً، وذلك غصب لا سرقة.

قوله رحمه الله: «ولو ترك المتاع في ماء راكد فانفتح فخرج أو على حائط في الدار فأطارته الريح الى خارج فالأقرب عدم القطع وإن قصده».

أقول: وجه القرب انّه لم يخرجه من الحرز ولا فعل فعلاً يوجب خروجه، فانّ انفتاح الماء الراكد وهبوب الريح ليس من فعله، واذا انتفى الإخراج من الحرز انتفى وجوب القطع، سواء قصد ذلك أو لا، فانّ القصد غير مؤثر في طريان الريح وانفتاح الماء.

قوله رحمه الله: «ولو ضرب فردّ السرقة بعينها بعد الإقرار بالضرب قيل: يقطع، والأقرب المنع».

أقـول: القائل بالقطع هو الشيخ في النهاية[١]، ومنع ابن ادريس[٢] من ذلك، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّ السرقة انّما تثبت امّا بالشاهدين أو بالإقرار مرتين مختاراً، وكلاهما منتفٍ، ولأصالة تحريم ايلام الغير عقلاً وشرعاً مالم يثبت السبب.

والمصنّف رجع عن هذا القول في المختلف ورجّح ما قاله الشيخ في النهاية، واستدلّ عليه بأنّه لمّا أقرّ ورد السرقة بعينها ثبت كونه سارقاً، كما لو قاء الخمر فانّه يثبت وإن لم تقم بيّنة ولا صدر منه إقرار لوجود المسبّب[٣]. ولما رواه سليمان ابن خالد في الحسن عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل سرق سرقة وكابر عليها فضرب فجاء بها بعينها هل يجب عليه القطع؟ قال: نعم، ولكن اذا اعترف ولم يجئ بالسرقة لم يقطع يده؛ لأنّه اعترف على العذاب[٤].

وأقول: هذه الرواية تدلّ ظاهرها انّه لا يعتبر في إقرار المضروب مرتين.

قوله رحمه الله: «والأقرب انّ العبد اذا صدّقه مولاه قطع».

أقـول: لو أقرّ العبد وصدّقه سيده فالأقرب عنده وجوب القطع، وإن لم يصدّقه لم ينفذ إقراره في القطع وتبع بالمال بعد العتق.

ووجه القرب انّه مع التصديق لم يبق مانع من نفوذ إقرار العبد، فانّه انّما لم ينفذ إقراره؛ لأنّه يتضمّن الضرر بالسيد بالقطع، فكان إقراره على غيره فلا يكون نافذاً،

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب الحدّ في السرقة ج ٣ ص ٣٢٩.

(٢) السرائر: كتاب الحدود باب الحدّ في السرقة وما يتعلّق بذلك ج ٣ ص ٤٩٠.

(٣) في ج: «السبب».

(٤) مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الثالث في حدّ السرقة ص ٧٧١ س ١٧.

وهذا منتفٍ مع التصديق، ومع عدم التصديق يتبع بالمال بعد العتق؛ لاعترافه بما لايتعلّق بحقّ السيد، فكان ماضياً على نفسه؛ لعموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»[١].

قوله رحمه الله: «ولو تاب بعد الإقرار مرتين ـ على رأي ـ أو رجع بعد المرتين لم يسقط».

أقول: هاتان مسألتان اختلف أصحابنا فيها، والمصنّف أشار الى الخلاف في الأُولى وعطف الثانية عليها.

المسألة الأُولى: اذا أقرّ بالسرقة مرتين ثمّ تاب هل يسقط القطع عنه أم لا؟ قال المصنّف: انّه لايسقط، وهو مذهب ابن ادريس فانّه قال: يجب عليه القطع[٢]. ولم يجز للامام والحاكم العفو عنه بحال؛ لأنّه تعطيل لحدود الله تعالى.

وقال الشيخ في النهاية: اذا تاب بعد الإقرار جاز للامام العفو وإقامة الحدّ على حسب ما يراه أردع في الحال[٣].

المسألة الثانية: اذا أقرّ بالسرقة مرتين ثمّ رجع عن إقراره قال الشيخ في النهاية: يسقط عنه القطع[٤].

وقال في المبسوط: لايسقط، فانّه قال فيه: متى رجع عن اعترافه سقط برجوعه عندهم، إلّا ابن أبي ليلى فانّه قال: لايسقط، وهو الذي يقوى في نفسي[٥]. وكذا قال

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: الفصل العاشر في الاقرار ص ٤٤٢ س ١.

(٢) السرائر: كتاب الحدود باب الحدّ في السرقة وما يتعلّق بذلك ج ٣ ص ٤٩٠.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب الحدّ في السرقة ج ٣ ص ٣٣٠.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب الحدّ في السرقة ج ٣ ص ٣٢٩.

(٥) المبسوط: كتاب السرقة ج ٨ ص ٤٠، وفيه: «وهو الذي يقتضيه مذهبنا».

في الخلاف[١]، وهو مذهب ابن البرّاج[٢]، وأبي الصلاح[٣]، وابن ادريس[٤]. واختاره المصنّف في الكتاب، ورجع عن ذلك في المختلف[٥]، فانّه اختار فيه مذهب الشيخ في النهاية في المسألتين جميعاً.

قوله رحمه الله: «ولو سرق ولا يمين له قطعت يسراه، وقيل: رجله».

أقول: القول بأنّه يقطع رجله اليسرى هو أحد قولَي ابن البرّاج[٦]. والقول الآخر له: انّه يقطع يسراه ـ كما ذكره المصنّف في هذا الكتاب ـ ذكر ذلك في الكامل[٧]، وهو مذهب الشيخ في النهاية[٨]، وتبعه ابن حمزة[٩].

قوله رحمه الله: «ولو ظنّها اليمنى فعلى الحداد الدية، وفي سقوط القطع إشكال، ينشأ من الرواية المتضمّنة لعدمه بعد قطع الشمال، ومن عدم استيفاء الواجب».

---

(١) الخلاف: كتاب السرقة المسألة ٤١ ج ٣ ص ٢٠٤ طبعة اسماعيليان.

(٢) المهذّب: كتاب الحدود باب الحدّ في السرقة ج ٢ ص ٥٤٤.

(٣) الكافي في الفقه: فصل في السرقة وحدّه ص ٤١٢.

(٤) السرائر: كتاب الحدود باب الحدّ في السرقة وما يتعلّق بذلك ج ٣ ص ٤٩١.

(٥) مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الثالث في السرقة ص ٧٧١ س ٣٠.

(٦) المهذّب: كتاب الحدود باب الحدّ في السرقة ج ٢ ص ٥٤٤.

(٧) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الثالث حدّ السرقة... ص ٧٧١ س ١٠.

(٨) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب الحدّ في السرقة ج ٣ ص ٣٢٨.

(٩) الوسيلة: كتاب الجنايات فصل في بيان السرقة وأحكامها ص ٤٢٠.

أقول: قد ذكر المصنّف منشأ الإشكال، لكنّ الرواية المشار إليها هي ما رواه محمّد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال: قضى أميرالمؤمنين عليه السلام في رجل أُمر به أن يقطع يمينه فقدّمت شماله فقطعوها وحسبوها يمينه، فقالوا: انّا قطعنا شماله أنقطع يمينه؟ فقال: لا تقطع وقد قطعت شماله[١].

واعلم انّ القول بعدم سقوط القطع هو الذي قوّاه الشيخ في المبسوط[٢].

والقول بأنّه لايقطع هو مذهب الصدوق في كتاب من لايحضره الفقيه[٣].

وابن الجنيد لم يحكم فيها بشيء، بل قال: ومن أُريد قطع يمينه فقدّم شماله فحسبوها يمينه فقطعت فقد روي عن أميرالمؤمنين عليه السلام قال: لايقطع يمينه قد مضى الحكم[٤].

وقوّاه المصنّف في المختلف[٥]؛ لأنّه قد قطع ما يقوم مقامه؛ وللرواية.

قوله رحمه الله: «ولو قامت البيّنة بالسرقة ثمّ أمسكت حتى قطع ثمّ شهدت بالسرقة الثانية ففي قطع الرجل قولان».

أقول: أحد القولين: أنّه يقطع، ذهب إليه الشيخ في النهاية[٦]، ومحمّد

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٨ الحدّ في السرقة... ح ٣ ج ١٠ ص ١٠٤، وسائل الشيعة: ب ٦ من أبواب حدّ السرقة ح ١ ج ١٨ ص ٤٩٦ ـ ٤٩٧.

(٢) المبسوط: كتاب السرقة فصل في من لايقام عليه الحدّ ج ٨ ص ٣٩.

(٣) من لايحضره الفقيه: كتاب الحدود باب حدّ السرقة ذيل الحديث ٥١١٤ ج ٤ ص ٦٤.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الثالث في حدّ السرقة ص ٧٧٨ س ١٦.

(٥) مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الثالث في حدّ السرقة ص ٧٧٨ س ١٨.

(٦) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب الحدّ في السرقة ج ٣ ص ٣٣٣.

ابن بابويه[١]، وابن حمزة[٢].

والقول بأنّه يقطع ثانياً هو ظاهر كلام أبي الصلاح فانّه قال: اذا أقرّ بسرقات أو قامت بذلك بيّنة قطع لأوّلها وأُغرم جميعها[٣]، وأطلق.

وقال المصنّف في المختلف: التحقيق أن نقول: إن شهدت البيّنات بسرقاتٍ متعدّدة قبل القطع قطع على أيّ واحد كان، بحيث لو عفى الأوّل قطع بالثاني وبالعكس، وإن شهد بعضهم بعد قطعه لم يقطع، ويقطع هنا على أسبق الشهادات عند الحاكم، سواء كانت تلك متقدّمة أو متأخّرة[٤].

قوله رحمه الله: «في حدّ المحارب: ولا يشترط كونه من أهل الريبة على إشكال».

أقول: منشأ الإشكال من احتمال اشتراطه؛ للآية[٥]، وهو المشهور من فتوى الأصحاب، ذكره الشيخ في النهاية فقال: المحارب هو الذي يجرّد السلاح ويكون من أهل الريبة[٦].

وقال المفيد: وأهل الدعارة اذا جرّدوا السلاح في دار الاسلام وأخذوا الأموال كان الامام مخيّراً فيهم إن شاء قتلهم[٧] وذكر أحكام المحارب.

---

(١) المقنع: باب حدّ السرقة ص ١٥٠.

(٢) الوسيلة: كتاب الجنايات فصل في بيان السرقة وأحكامها ص ٤١٩.

(٣) الكافي في الفقه: فصل في السرقة وحدّه ص ٤١٢.

(٤) مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الثالث في حدّ السرقة والمحاربة ص ٧٧٣ س ٢.

(٥) المائدة: ٣٣.

(٦) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب حدّ المحارب... ج ص ٣٣٤.

(٧) المقنعة: كتاب الحدود... ص ٨٠٤.

ومن احتمال عدم الاشتراط؛ لعموم الآية[١].

قوله رحمه الله: «وهل يثبت قطع الطريق للمجرّد مع ضعفه عن الإخافة؟ الأقرب ذلك».

أقول: وجه القرب من عموم الآية[٢]، وصدق اسم المحارب عليه على ما فسّره الأصحاب: من انّ كلّ من جرّد السلاح للإخافة وكان من أهل الريبة عند من شرطها، أو مطلقاً عند من لم يشترط.

قوله رحمه الله: «واختلف علماؤنا فقيل: يتخيّر الامام بين القتل والصلب والقطع مخالفاً والنفي، وقيل: إن قتل قتل قصاصاً، وإن عفا الولي قتل حدّاً، ولو قتل وأخذ المال استرجع منه وقطعت يده اليمنى ورجله اليسرى ثمّ قتل وصلب، وإن أخذ المال ولم يقتل قطع مخالفاً ونفى، وإن جرح ولم يأخذ المال اقتصّ منه ونفى، وإن أشهر السلاح وأخاف خاصّة نفى لا غير».

أقول: القول الأوّل هو قول المفيد[٣]، وسلّار[٤]، وابن ادريس[٥]، واختاره

---

(١) المائدة: ٣٣.

(٢) المائدة: ٣٣.

(٣) المقنعة: كتاب الحدود والآداب باب الحدّ في السرقة... ص ٨٠٤.

(٤) المراسم: كتاب الحدود والآداب ص ٢٥١.

(٥) السرائر: كتاب الحدود باب حدّ المحاربين ج ٣ ص ٥٠٥.

المصنّف في المختلف[١].

والقول بالترتيب مذهب الشيخ[٢]، وتبعه ابن البرّاج[٣].

قوله رحمه الله: «ولو قطع يده مقبلاً فهدر في الجناية والسراية، فإن قطع أُخرى مدبراً ضمنها وضمن سرايتها، وإن اندملت فالقصاص في اليد، فإن اندملت الأُولى وسرت في الثانية فالقصاص في النفس، فإن سرقا ثبت القصاص في النفس بقدر نصف الدية، وإن أقبل بعد ذلك فقطع رجله وسرى الجميع قيل: يضمن ثلث الدية أو يقصّ منه بعد ردّ ثلثي الدية، ولو قطع يده مقبلاً ثمّ رجله مدبراً وسرى الجميع قيل: ضمن نصف الدية أو يقتصّ منه بعد ردّ نصف الدية لتوالي الجرحين هنا فصار كالجرح الواحد، بخلاف الأُولى، ولو قيل في الأُولى كذلك كان أقرب؛ لسقوط اعتبار الطرف مع السراية، كما لو قطع واحد يده وآخر رجله ثمّ الأوّل يداً أُخرى وسرى الجميع فانّهما يتساويان قصاصاً ودية».

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب الحدود الفصل الثالث في حدّ السرقة ص ٧٧٩ س ٥.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الحدود باب حدّ المحارب... ج ٣ ص ٣٣٤.

(٣) المهذّب: كتاب الحدود باب حدود المحارب ج ٢ ص ٥٥٣.

أقول: القول المحكي هو قول الشيخ في المبسوط فانّه فرّق فيه بين توالي الجرحين المباحين وبين تخلّل الجرح المحرّم بينهما، فقال:والفصل بينهما انّ الجرحين المباحين تواليا فكان كالجرح الواحد. وفي المسألة التي قبلها قطع يده مباحاً فلمّا ولّي لزمه الكفّ عنه، فاذا قطع يده كان ذلك قطعاً محظوراً، فلّما أقبل بعد ذلك فقطع يده حصل بين القطعين ماليس من جنسه، فلم يبتن أحدهما على الآخر[1].

قوله رحمه الله: «ولو أدّب زوجته على الوجه المشروع قيل: يضمن؛ لأنّ التأديب مشروط بالسلامة، ويشكل بأنّه من التعزير السائغ».

أقول: القول المحكي هو قول الشيخ رحمه الله[2].

قوله رحمه الله: «في المرتدّ: لو شهد بردّته اثنان فقال: كذبا لم يسمع منه، ولو قال: كنت مكرهاً فإن ظهرت منه علامة الإكراه كالأسير قبل، وإلّا ففي القبول نظر، أقربه العدم».

أقول: وجه النظر من حيث إنّ دعواه الإكراه أمر يحتمل.

ومن انّ الحكم بكفر من ثبت إسلامه خطر عظيم من إباحة الدم وغيره، فلا يجوز القطع بكفره، مع احتمال عدمه.

ومن انّ الشارع جعل البيّنة طريقاً الى ثبوت الأحكام، وقد تحقّقت، فوجب

---

(١) المبسوط: كتاب الدفع عن النفس ج ٨ ص ٧٦.

(٢) المبسوط: كتاب الأشربة المسكرة ج ٨ ص ٦٦.

الحكم بها، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لأنّ المشهود عليه مصدّق للبيّنة في صدور الارتداد منه.

ودعواه الإكراه من غير حصول شاهد حال يدلّ على صدقه غير ملتفت إليه شرعاً، إذ هي دعوى مجرّدة عمّا يوجب تصديقه فيها، فلم تكن مقبولة.

ولأنّ دعواه أيضاً تتضمّن تكذيب الشهود؛ لأنّ البيّنة شهدت بالارتداد، وهو يستلزم الاختيار، إذ هو شرطه، فدعواه الإكراه تكذيب للشهود، فلم تكن مسموعة. ومن ثمّ قال رحمه الله: ولو نقل الشاهد لفظه فقال: صدق، لكني كنت مكرهاً قبل، إذ ليس تكذيب.

قوله رحمه الله: «ولو شهدا بالردّة لم تقبل دعوى الإكراه على إشكال، فإنّ الإكراه ينفي الردّة دون اللفظ».

أقول: قد تقدّم وجه النظر فيها، لكنّه ذكرها أوّلاً على الإجمال ثمّ ذكرها مفصّلة.

قوله رحمه الله: «وفي الحكم بارتداد السكران أو إسلامه إشكال، أقربه المنع مع زوال التمييز على رأي».

أقول: قال الشيخ في المبسوط: حكم السكران عندهم حكم الصاحي فيما له وفيما عليه، فإن ارتدّ وهو سكران ثمّ مات كان ماله فيئاً، وإن أسلم وهو سكران حكم بإسلامه، فإن قتله قاتل بعد ارتداده فلا شيء عليه، ولا يقتل إن لم يتب حتى

يمتنع مفيقاً واستظهر في توبته الى حال إفاقته. ثمّ قال ـ بعد كلام آخر ـ: وعندنا انّ السكران يختلف حاله فيما له وفيما عليه، فأمّا طلاقه وعتقه وعقوده كلّها فلا تصحّ عندنا بحال، وأمّا اذا زنى أو لاط أو جنى أو قذف أو سرق فانّه يتعلّق به جميع أحكامه كالصاحي، وأمّا الكفر فينبغي أن نقول: يحكم عليه به ويكون على ما مضى ـ يعني على وفق ما حكاه عن المخالف ـ قال: وكذلك يحكم بإسلامه ويكون على ما مضى[1].

والمصنّف رحمه الله استشكل الحكم بارتداد السكران، ثمّ حكم بأنّ الأقرب المنع مع زوال التميّز.

ووجه القرب انّه مع زوال التميّز يكون غافلاً يستحيل كونه مكلّفاً في تلك الحال كالنائم. وأشار بقوله: «على رأي» الى ما حكيناه عن الشيخ رحمه الله، حيث حكم بارتداده وإسلامه.

قوله رحمه الله: «ولو ارتدّ مختاراً فصلّى صلاة المسلمين لم يحكم بعوده، سواء صلّى في بلاد الاسلام أو دار الحرب على إشكال».

أقول: يريد انّ المرتدّ لايحكم بإسلامه إلّا بعد توبته، فلايكفي صلاته من غير توبة، سواء كانت صلاته قد وقعت في دار الاسلام أو في دار الكفر على إشكال.

منشأه انّ صلاته في دار الكفر لايحتمل إلّا التوبة؛ لأنّه لايمكن حملها على التقية، فانّ التقية في تركها عندهم، بخلاف صلاته في دار الاسلام؛ لإمكان كونها صدرت

---

(١) المبسوط: كتاب المرتدّ ج ٧ ص ٢٨٧.

منه للتقية، ولإمكان أن يأتي بالتوبة بعد الصلاة ويأتي بالاسلام في دار الاسلام.

ومن الحكم بارتداده فلا يحكم بإسلامه إلّا بالتوبة، ولم يحصل، فكان حكم الارتداد باقياً عليه.

واعلم انّ الشيخ في المبسوط لمّا حكى مذهب العامّة في هذه المسألة ـ وانّ منهم من قال: يحكم بإسلامه بالصلاة في دار الحرب دون دار الاسلام، ومنهم من قال: لايحكم بإسلامه مطلقاً ـ قال: ويقوى في نفسي انّه لايحكم له بالاسلام بالصلاة في الموضعين[1].

قوله رحمه الله: «ولو كان عن غير فطرة استتيب، فإن تاب عفي عنه، وإلّا قتل، وروي انّه يستتاب ثلاثة أيام، وقيل: القدر الذي يمكن معه الرجوع».

أقول: امّا الرواية فهي ما رواه الشيخ رحمه الله عن سهل بن زياد عن محمّد ابن الحسن بن شمون عن عبدالله بن عبدالرحمن عن مسمع بن عبدالملك عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال أميرالمؤمنين عليه السلام: المرتدّ تعتزل عنه امرأته ولا تؤكل ذبيحته ويستتاب ثلاثة أيام، فإن تاب وإلّا قتل يوم الرابع[2].

وأمّا القول المشار إليه بقوله: «وقيل» فهو قول الشيخ رحمه الله فانّه قال في المبسوط: وكم يستتاب؟ قال قوم: يستتاب ثلاثاً، وقال آخرون: يستتاب القدر

---

(١) المبسوط: كتاب المرتدّ ج ٧ ص ٢٩٠.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٩ في حدّ المرتدّ ح ٧ ج ١٠ ص ١٣٨، وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب حدّ المرتدّ ح ٥ ج ١٨ ص ٥٤٨.

الذي يمكنه فيه الرجوع، وهو الأقوى، والأوّل أحوط[١].

قوله رحمه الله: «حلّوا شبهتي احتمل الانظار الى أن تحلّ شبهته وإلزامه التوبة في الحال ثمّ يكشف».

أقول: وجه الإنظار انّه كما يجب أن يستتاب يجب حلّ شبهته، وهو مقدور لنا، وكان الإنظار جائزاً؛ لإزالة عذره.

ووجه الثاني: انّه قد يضيق إلزامه الاسلام بعد مضيّ الأيام الثلاثة أو بعد مضيّ زمان يمكنه فيه الرجوع، فلا يجوز ترك الواجب المضيق ولا إبقاؤه على الكفر، ولاينافي ذلك وجوب حلّ الشبهة؛ لإمكان أن تأتي بالاسلام ثمّ تحلّ شبهته.

قوله رحمه الله: «ولو تاب فقتله من يعتقد بقاءه على الكفر قيل: يقتل؛ لتحقّق قتل المسلم ظلماً، ويحتمل عدمه؛ لعدم القصد الى قتل المسلم».

أقول: القول المشار إليه هو الذي قوّاه الشيخ في المبسوط في كتاب قتال أهل الردّة[٢]، وامّا الاحتمال الذي ذكره المصنّف فقد ذكر الوجه فيه.

قوله رحمه الله: «ولو تكرّر الارتداد من الرجل قتل في الرابعة، وروي في الثالثة».

---

(١) المبسوط: كتاب المرتدّ ج ٧ ص ٢٨٢ ـ ٢٨٣.

(٢) المبسوط: كتاب قتال أهل الردّة ج ٨ ص ٧٢.

أقول: الرواية الواردة في هذا الباب المتناولة للمرتدّ وغيره هي ما رواه الشيخ عن يونس عن الكاظم عليه السلام قال: أصحاب الكبائر يقتلون في الثالثة[١].

ولم أظفر في أحاديث أصحابنا برواية على غير المرتدّ الى يومنا هذا ـ وهو الخميس رابع عشر شهر رمضان سنة خمسين وسبعمائة ـ إلّا ما رواه الشيخ في كتابَي الأخبار عن جميل بن درّاج عن أحدهما عليهما السلام في رجل رجع عن الاسلام، قال: يستتاب، فإن تاب وإلّا قتل. قيل لجميل: فما تقول إن تاب ثمّ رجع عن الاسلام؟ قال: يستتاب، فقيل: ما تقول إن تاب ثمّ رجع ثمّ تاب ثمّ رجع؟ فقال: لم أسمع في هذا شيئاً، ولكن عندي بمنزلة الزاني الذي يقام عليه الحدّ مرتين ثمّ يقتل بعد ذلك[٢].

قوله رحمه الله: «ولو قال: أنا مسلم أو مؤمن فالأقرب أنّه إسلام في الكافر الأصلي أو جاحد لوحدانيته، بخلاف من كفره بجحد كتابٍ أو نبيّ أو فريضة ونحوه؛ لأنّه يحتمل أن يكون اعتقاده انّ الاسلام ما هو عليه».

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٧ الحدّ في المسكر... ح ٢٦ ج ١٠ ص ٩٥ ـ ٩٦، وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب مقدمات الحدود وأحكامها العامّة ح ١ ج ١٨ ص ٣١٣ ـ ٣١٤.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٩ حدّ المرتدّ والمرتدّة ح ٥ ج ١٠ ص ١٣٧، الاستبصار: ب ١٤٩ حدّ المرتدّ والمرتدّة ح ٥ ج ٤ ص ٢٥٣، وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب حدّ المرتدّ ح ٣ ج ١٨ ص ٥٤٧.

أقول: الأقرب عند المصنّف انّ الكافر الأصلي اذا اعترف بالاسلام أو الإيمان قبل قوله وحكم بإسلامه؛ للآية[١]، بخلاف الكافر بجحود نبيّ أو فريضة من فرائض الاسلام كجاحد وجوب الصلاة أو الزكاة وأشباههما أو كتاب من كتب الله عزّوجلّ كالتوراة والإنجيل؛ لما ذكره المصنّف من جواز كون اعتقاده انّ الاسلام هو ما يعتقده، فلايكفي إخباره بكونه مؤمناً أو مسلماً مالم يضمّ ما يدلّ على توبته عمّا جحده.

قوله رحمه الله: «والأقرب قبول توبة الزنديق، وهو الذي يستتر بالكفر».

أقول: قال الشيخ في المبسوط: وأمّا الزنديق فقال قوم: تقبل توبته، وقال آخرون: لاتقبل توبته، ورواه أصحابنا[٢]. ولم يجزم في ذلك بقول.

والمصنّف رحمه الله قال: والأقرب قبول توبته.

ووجه القرب انّا متعبّدون بالظاهر، فانّ الاطّلاع على الضمائر غير معلوم لغير الله تعالى، فاذا أتى بكلمة الاسلام وجب قبوله منه؛ للآية[٣]، ولقوله عليه السلام: «أُمرت أن أُقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلّا الله، فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم»[٤] ولإمكان كون الزنديق صادقاً في توبته، فلو قتلناه لكنّا قد قتلنا مسلماً ظلماً بسبب كفر تقدّم على إسلامه، وهو محرّم اتفاقاً.

---

(١) الأنفال: ٣٨.

(٢) المبسوط: كتاب المرتدّ ج ٧ ص ٢٨٢.

(٣) الأنفال: ٣٨.

(٤) عوالي اللآلي: باب الصلاة ح ٣٧ ج ٢ ص ٢٢٤.

قوله رحمه الله: «والحمل بعد ارتدادهما معاً فهو مرتدّ بحكمهما لايقتل المسلم بقتله، وهل يجوز استرقاقه؟ قيل: نعم؛ لأنّه كافر بين كافرين وقيل: لا؛ لأنّ أباه لايسترقّ؛ لتحرّمه بحرمة الاسلام».

أقول: القولان للشيخ رحمه الله، والقول بجواز استرقاقه هو قوله في كتاب المرتدّين من كتاب المبسوط[١]، ومن كتاب المرتدّ أيضاً في الخلاف[٢].

والقول بأنّه لايسترق هو قوله في كتاب قتال أهل الردّة من المبسوط[٣]، وله قول ثالث ذكره في كتاب قتال أهل الردّة في الخلاف وهو: جواز استرقاقه إن كان في دار الحرب، وعدم استرقاقه إن كان في دار الاسلام[٤].

قوله رحمه الله: «المرتدّ إن كان عن فطرة زالت أملاكه عنه في الحال، وقسّمت أمواله أجمع بين ورثته، وبانت زوجته، وأُمرت بعدة الوفاة في الحال وإن لم يدخل على الأقوى».

أقول: وجه القوّة أنّ حكم المرتدّ عن فطرة حكم الميّت إجماعاً منّا، ومن جملتها أنّ زوجته تعتّد عدّة الوفاة من حين ارتداده، سواء دخل أو لا.

---

(١) المبسوط: كتاب المرتدّ ج ٧ ص ٢٨٦.

(٢) الخلاف: كتاب المرتدّ المسألة ١١ ج ٣ ص ١٧٣ ـ ١٧٤ طبعة اسماعيليان.

(٣) المبسوط: كتاب قتال أهل الردّة ج ٨ ص ٧١.

(٤) الخلاف: كتاب قتال أهل الردّة المسألة ١ ج ٣ ص ٢٢٥ طبعة اسماعيليان.

قوله رحمه الله: «امّا المرتدّ عن فطرة فالأقرب عدم دخول شيء من ذلك في ملكه».

أقول: يريد انّه اذا اكتسب المرتدّ عن فطرة باصطياد أو احتطاب أو غير ذلك فهل يدخل في ملكه أم لا؟ الأقرب عنده انّه لايدخل؛ لما بيّناه من كونه في حكم الميّت، ولما لم يدخل شيء من ذلك في ملك الميّت فكذا من هو بحكمه، ولأنّ ارتداده ينافي الملك، وكذلك يزول كلّ ما يملكه عن ملكه في الحال وإن لم يقتل.

قوله رحمه الله: «وهل يثبت الحجر بمجرّد الردّة أو بحكم الحاكم؟ الأقرب الأوّل».

أقول: وجه القرب انّ الارتداد هو علّة الحجر، فيثبت عند وجوده قضاءً للعلّية.

قوله رحمه الله: «امّا الحربي فإن أتلف في دار الاسلام ضمن، والأقرب في دار الحرب الضمان».

أقول: قال الشيخ رحمه الله في المبسوط: المرتدّ اذا أتلف نفساً أو أموالاً نظرت، فإن كان وحده أو في فئة غير ممتنعة فعليه الضمان كالمسلم؛ لأنّه التزم حكم الاسلام ويثبت له حرمته فألزمناه ذلك، ويفارق الحربي؛ لأنّه ما التزم حكم الاسلام، فلهذا لم يكن عليه الضمان[1].

والأقرب عند المصنّف وجوب الضمان على الحربي مطلقاً، سواء كان في ديار الحرب أو في دار الاسلام؛ لأنّه أتلف مالاً مغصوباً بغير حقّ فكان مضموناً عليه.

---

(١) المبسوط: كتاب المرتدّ ج ٧ ص ٢٨٨.

كتاب

الجنايات

كتاب الجنايات

قوله رحمه الله: «امّا لو قصد الى الفعل الذي يحصل به الموت وليس قاتلاً في الغالب ولا قصد به القتل ـ كما لو ضربه بحصاة أو عود خفيف فاتفق القتل ـ فالأقرب انّه ليس بعمد وإن أوجب الدية».

أقول: الأقرب عند المصنّف انّ من رمى غيره بحصاة أو عود خفيف وأشباه ذلك ممّا لايقتل في الغالب ولم يقصد الرامي قتله فاتفق به الموت فانّه ليس بعمدٍ موجب للقصاص.

ووجه القرب انّ في التهجّم على الدم خطراً، والأصل براءة الذمّة من وجوب القصاص.

خلافاً للشيخ حيث قال في المبسوط: اذا جرحه بما له حدّ يجرح ويفسح، ويبضع اللحم كالسيف والسكّين والخنجر وما في معناه ممّا يحدّد، فيجرح كالرصاص والنحاس والذهب والفضة والخشب والقصب والليطة والزجاج، فكلّ هذا فيه القود

اذا مات، صغيراً كان الجرح أو كبيراً، صغيرةً كانت الآلة أو كبيرة؛ لقوله تعالى: ﴿ومن قتل مظلوماً﴾[١].

اذا عرفت هذا فالمصنّف رحمه الله لمّا لم يجعله عمداً موجباً للقود حكم بوجوب الدية؛ لأنّه مات من فعله عدواناً.

قوله رحمه الله: «وإن جرحه جرحاً صغيراً ـ كشرطة الحجام ـ أو غرزه بابره أو شوكة ـ الى قوله: ـ وإن كان الغرز يسيراً أو جرحه بالكبير جرحاً يسيراً ـ كشرطة الحجام ـ فإن بقي من ذلك زمناً حتى مات أو حصل بسببه تشنّج أو تآكل أو ورم حتى مات فهو عمد، وإن مات في الحال بغير تجدّد شيء من ذلك فالأقرب وجوب الدية من ماله».

أقول: وجه القرب أنّه لم يقصد القتل ولا قتل بما يقتل غالباً فلم يكن موجباً للقصاص، ووجبت الدية عليه في ماله؛ لما تقدّم.

خلافاً للشيخ أيضاً حيث قال في المبسوط: وأما إن كان صغيراً كالابرة ونحوها فغرزه فيه فمات فإن كان غرزه في مقتل ـ كالعين وأُصول الأُذن والخاصرة والخصيتين ـ فعليه القود؛ لأنّه مقتل، وإن كان في غير مقتل ـ كالرأس والفخذ والصلب والعضد ـ فإن كان لم يزل زمناً حتى مات فعليه القود؛ للآية، ولأنّ الظاهر

---

(١) المبسوط: كتاب الجراح فصل في صفة قتل العمد وجراح العمد ج ٧ ص ١٦.

انّه منه. وامّا إن مات من ساعته قال قوم: عليه القود؛ لأنّ له سراية في البدن كالمسلّة وقال آخرون: لا قود في هذا؛ لأنّ هذا لا يقتل غالباً كالعصا الصغير. والأوّل أقوى[1].

قوله رحمه الله: «ولو حبس نفسه يسيراً فإن كان ضعيفاً ـ كالمريض ـ فكذلك، وإن لم يكن ضعيفاً وكان لا يقتل غالباً ثمّ أرسله فمات فالأقرب الدية إن لم يقصد القتل أو اشتبه، والقصاص إن قصده».

أقول: وجه القرب انّه لم يحصل قصد القتل ولا فعل ما يقتل غالباً فكان عليه الدية دون القود؛ لما تقدّم، هذا مع العلم بأنّه لم يقصد القتل، وأمّا مع الاشتباه فوجه القرب في عدم كونه موجباً للقصاص، إذ استباحة قتل النفس المعصومة موقوف على العلم بحصول السبب، وهو منتفٍ، فلا يجوز الإقدام على أزهاقها مع الشكّ.

قوله رحمه الله: «ولو حبس الجائع فمات جوعاً فإن علم جوعه لزمه القصاص، ولو ضرب مريضاً ضرباً يقتل المريض دون الصحيح وإن جهله ففي القصاص إشكال».

أقول: وجه الإشكال من احتمال عدم وجوب القصاص؛ لأنّه لم يقصد قتله ولا ضربه بما يقتل غالباً بالنسبة الى اعتقاده فلم يكن عمداً محضاً.

---

(١) المبسوط: كتاب الجراح فصل في صفة قتل العمد وجراح العمد ج ٧ ص ١٦.

ومن احتمال وجوب القصاص؛ لأنّ موته مستند الى فعله، وهو قتله بما يقتل غالباً بالنسبة الى المقتول.

قوله رحمه الله: «فإن نفيناه ففي ايجاب كلّ الدية أو نصفها إحالة للهلاك على الجوعين إشكال».

أقول: يعني لو قلنا: لا قصاص على ضارب المريض اذا لم يعلم مرضه ولم يقصد قتله وأوجبنا المال فهل يلزمه الدية كملاً أو نصف الدية؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّه مات من فعله ومن المرض، إذ لولا كونه مريضاً لم يكن ذلك الضرب قاتلاً، واذا مات بسببين أحدهما منه كان عليه نصف الدية، وكما لو حبسه جائعاً مدة يحتمله الشبعان دون الجائع فمات وكان جاهلاً بجوعه فانّه يضمن نصف الدية إحالة لموته على الجوعين اللذين صدر منه أحدهما.

ومن انّه أتلف نفساً عدواناً، وانّما سقط القصاص لجهله بحاله، ولهذا لو علمه مريضاً قتل به من غير ردّ شيء عليه، ولو كان قد صدر منه بعض السبب لكان مع علمه أيضاً قد مات بفعله وبسبب المرض، فكان لايجوز قتله إلّا بعد ردّ نصف الدية عليه، ولم يقل به أحد.

قوله رحمه الله: «وإن تركه في نار يتمكّن من التخلّص منها لقلّتها أو لكونه في طرفها يمكنه الخروج بأدنى حركة فلم يخرج فلا قصاص، وفي الضمان إشكال، أقربه السقوط إن علم انّه ترك الخروج تخاذلاً، ولو لم يعلم ضمنه».

أقــول: وجه الإشكال من انّ النار تسبّب إتلافه، وقد وقع فيها بفعله، فكان عليه ضمان ديته.

ومن حيث إنّه لمّا كان قادراً على التخلّص منها لقلّتها أو لكونه في طرفها يتخلّص منها بأدنى حركة فلم يفعل كان هو القاتل لنفسه، إذ موته مستند الى لبثه المستند إليه.

والأقرب عند المصنّف التفصيل وهو: انّه إن علم انّه ترك الخروج تخاذلاً فلا ضمان؛ لما قلناه من كونه مستقلاً بقتل نفسه بتخاذله عن الخروج المقدور له، وتجدّد الإحراق بسبب لبثه فيها لا بمجرّد الإلقاء. امّا مع عدم العلم بالتخاذل فانّه يكون مضموناً وإن كان قادراً على الخروج؛ لما ذكره المصنّف من انّ النار قد تدهشه وترعبه وتشنّج أعضاءه بالملاقاة فيذهل عن التخلّص.

قوله رحمه الله: «ولو لم يمكنه الخروج إلّا الى ماء مغرق فخرج ففي الضمان إشكال».

أقــول: لولم يتمكّن الملقى في النار من الخروج منها إلّا الى ماء مغرق فخرج منها إليه فغرق ففي الضمان على من ألقاه الى النار إشكال.

منشأه من انّه انّما مات بالغرق المستند الى فعله باختياره فلا يكون مضموناً عليه.

ومن انّه اضطرّه الى ما يوجب الهلاك؛ لأنّه إن لم يخرج هلك بالحريق، وإن خرج هلك بالغرق، والملقى سبب في علّية الهلاك فكان عليه ضمانه.

قوله رحمه الله: «ولو لم يمكّنه إلّا بقتل نفسه فالإشكال أقوى».

أقـول: المسألة بحالها، ولا يمكنه الخروج من النار إلّا بقتل نفسه، فاذا قتل نفسه احتمل عدم الضمان؛لما قلناه من أنّه لم يتلف بالنار، وانّما تلف بفعله.

ومن انّه اضطرّه الى المهلك. والإشكال هنا أقوى؛ لأنّه بـاشر إزهـاق نـفسه، بخلاف الماء فانّه قد لايغرق بخروجه إليه.

قوله رحمه الله:«ولو غرّقه آخرلقصد التخليص من التلف أو من زيادة الألم فـالأقرب الحـوالة بالضمان على الأوّل».

أقـول: وجه القرب انّ الأوّل متعدّ بإلقائه الى النار، والثـاني مخـلّص قـصد إنقاذه من الهلاك فاتفق هلاكه بغير اختياره، أو انّه أزال عنه أكـثر[1] الآلام. وفي الصورتين هو محسن، وقد قال الله تعالى: ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾[2] فكان الضمان على المتعدّي.

قوله رحمه الله: «وكذا لو قصده فترك شدّه على إشكال».

أقـول: قد فرّق الفقهاء بين تلفه بعد الإلقاء في النار مع قدرته على التخلّص، وبين ما اذا جرحه فترك المداواة للجرح حتى مات، كما ذكره المـصنّف رحمـه الله وغيره من انّ الملقى في النار لم يتلف بمجرّد الإلقاء بل بالإحراق المتجدّد المستند الى لبثه وهو من فعله، بخلاف من ترك مداواة الجرح، فـانّ التـلف مـنها ليس بـترك

---

(١) في ج: «أكبر».

(٢) التوبة: ٩١.

المداواة بل بسراية الجرح، وهي مستندة الى فعل الجارح. امّا القصد اذا قصده غيره فترك شدّه ففيه إشكال.

ينشأ من كونه بمنزلة ترك المداواة، فانّ التلف فيها مستند الى خروج الدم بسبب القصد.

ومن حيث إنّ تلفه مستند الى تجدّد خروج الدم الذي يمكنه شدّه وقطعه، فكان كاللبث في النار باختياره.

قوله رحمه الله: «أن يقتله بسحره إن قلنا: انّ للسحر حقيقة وهو عمد، وقيل: يقتل حدّاً لا قصاصاً، بناءً على انّه لا حقيقة له».

أقول: القائل بأنّه يقتل حدّاً هو الشيخ في الخلاف فانّه قال فيه: اذا أقرّ انّه سحر فقتل بسحره متعمّداً لا يجب عليه القود؛ لأصالة براءة الذمّة، فإنّ كون هذا ممّا يقتل به يحتاج الى دليل، ولأنّا قد بيّنا انّ الواحد منّا لايصحّ أن يقتل غيره بما لايباشر به، إلّا أن يسقيه بما يقتله على العادة مثل السمّ، وليس السحر من ذلك، قال: وقد روى أصحابنا انّ الساحر يقتل، والوجه في هذه الرواية انّ هذا من الساحر إفساد في الأرض والسعي فيها به، فلذلك أوجب فيه القتل[1].

أمّا المصنّف رحمه الله فانّه بنى ذلك على انّه هل للسحر حقيقة أم لا؟ فإن قلنا: انّ له حقيقة قتل به قتل قود، أو إن قلنا: لا حقيقة له لم يقتل.

والشيخ في المبسوط أطلق القول: بأنّه يقتل، فقال: اذا سحر رجلاً فمات من

---

(١) الخلاف: كتاب كفّارة القتل المسألة ١٦ ج ٣ ص ١٦٣ طبعة اسماعيليان.

سحره سئل، فإن قال: سحري يقتل غالباً وقد سحرته وقتلته عمداً فعليه القود، كما لو أقرّ انّه قتله عمداً[١].

قوله رحمه الله: «ولو ألقاه في البحر فالتقمه الحوت قبل وصوله فعليه القود على إشكال، ينشأ من تلفه بسبب غير مقصود».

أقول: ومن كون الإلقاء سبباً.

قوله رحمه الله: «ولو جرحه ونهشته حيّة فمات منهما فعليه نصف الدية أو يقتصّ بعد ردّ النصف، ولو جرحه مع ذلك سبع فعليه الثلث، ويحتمل النصف».

أقول: امّا الثلث فظاهر؛ لأنّه مات من فعل الجارح والحيّة والسبع فكان عليه الثلث، وأمّا احتمال النصف فلأنّه مات من فعلين،أحدهما: مضمون وهو فعل الجارح، والآخر: غير مضمون وهو فعل الحيّة والأسد، ولا اعتبار بتعدّد الفاعلين لما ليس بمضمون.

قوله رحمه الله: «ولو جعل السمّ في طعام صاحب المنزل فوجده صاحبه فأكله من غير شعور فمات قيل: عليه القود، ويحتمل الدية».

---

(١) المبسوط: كتاب كفّارة القتل فصل في حكم الساحر اذا قتل بسحره ج ٧ ص ٢٦٠.

أقـول: القائل بذلك هو الشيخ في المبسوط فانّه قال: فإن جعله في بيت مالكه ولا علم له بالسمّ فدخل بيت نفسه فوجد طعامه فأكله فالأقوى عندي انّ عـليه القود[1].

والمصنّف جعل سقوط القود الى الدية احتمالاً، فانّه لم يلجئه الى الأكل فلم يلزمه القصاص ولزمته الدية؛ لأنّه تلف من السمّ، وهو مغرور في أكله لجهله.

قوله رحمه الله: «ولو قطع واحـد يـده وآخـر رجله فاندملت إحداهما وهلك بالأُخرى فمـن اندمل جرحه فعليه ضمان ما فعل، والآخر قاتل عليه القصاص في النفس أو الدية، لكن يُقتل بعد ردّ دية الجرح المندمل على إشكال».

أقـول: يريد اذا كان عمداً فعليه القصاص في النفس، وإلّا فالدية بعد ردّ دية الجرح المندمل على إشكال.

ينشأ من انّه لايؤخذ الكامل بالناقص وقد أخذ ديتها فيردّ.

ومن انّ للنفس وحدها دية مقدّرة، ولأنّه يلزم انّـه اذا قـتل مـقطوع اليـدين والرجلين والأُذنين انّه لايكون لوليّ الدم قتله حتى يردّ عليه ديات متعدّدة.

قوله رحمه الله: «هـذا اذا كـان المـقهور بـالغاً عاقلاً، فلو كان غـير ممـيّز ـ كـالطفل والمجـنون والجاهل بإنسانية المرمى ـ فالقصاص على الآمر ـ الى قوله: ـ وقيل: يقتصّ منه إن بلغ عشراً».

---

(١) المبسوط: كتاب الجراح فصل في صفة قتل العمد وجراح العمد ج ٧ ص ٤٦.

أقــول: يريد انّ حكم الإكراه المذكور مختصّ بالبالغ العـاقل، فـامّا اذا كـان المأمور صغيراً أو مجنوناً أو جاهلاً بإنسانية المرمى فلا قود.

وقوله: «وقيل: يقتصّ منه اذا بلغ عشراً» إشارة الى ظاهر قول الشيخ في النهاية والمبسوط.

فانّه قال في النهاية: ومتى كان القاتل غير بالغ وحدّه عشر سـنين فـصاعداً أو يكون مع بلوغه زائل العقل بأن يكون مجنوناً أو مؤوفاً فإن قتلها وإن كان عـمداً فحكمه حكم الخطأ[1].

وقال في المبسوط: الذي يقتضيه عموم أخبارنا انّ المراهق اذا جاز عشر سنين فانّه يجب عليه القود، وانّ عمده عمد[2].

قوله رحمه الله: «والمملوك المميّز يتعلّق برقبته، وقيل: إن كان المملوك صـغيراً أو مجـنوناً سـقط القود ووجبت الدية».

أقــول: هذا القول المشار إليه هو قول الشيخ في الخلاف فانّه قال فيه: اختلفت روايات أصحابنا في انّ السيد اذا أمر عـبده بـقتل غيره فــقتله فـعلى مـن يجب القود؟ ـ الى أن قال: ـ والأقوى في نفسي أن نقول: إن كان العبد عالماً بأنّه لا يستحقّ القتل أو متمكّناً من العلم فعليه القود، وإن كان صغيراً أو مجنوناً فانّه يسقط القـود ويجب فيه الدية[3].

---

(١) النهاية ونكـتها: كـتاب الديـات بـاب أقسـام القـتل ومـا يجب فـيه القـود والديـة ج ٣ ص ٣٥٨ـ٣٥٩.

(٢) المبسوط: كتاب الجراح فصل في صفة قتل العمد وجراح العمد ج ٧ ص ٤٤.

(٣) الخلاف: كتاب الجنايات المسألة ٣٠ ج ٣ ص ٩٨.

قوله رحمه الله: «ولو قال: اقتل نفسك فإن كان مميّزاً فلا قود، وهل يتحقّق إكراه العاقل هنا؟ إشكال».

أقول: ينشأ من عدم تصوّر الإكراه هنا، إذ المكره انّما يفعل ما أُكره عليه خوفاً من القتل، فلا يتصوّر فعل القتل خوفاً من القتل.

ومن تفاوت أسباب القتل في السهولة والصعوبة، فربّما عدل الى سبب أسهل من غيره خوفاً من الأصعب.

قوله رحمه الله: «فلو اعترف الولي بكونه عالماً بتزويرهم وباشر القصاص فالقصاص عليه دون الشهود، ولولم يباشر فالقصاص على الشهود خاصّة على إشكال، ينشأ من إستناد القتل الى الشهادة والطلب، فإن شركنا ففي التنصيف إشكال».

أقول: ينشأ من احتمال النصف؛ لأنّ القتل استند الى سببين ـ يعني طلب الولي وشهادة الزور ـ وكونه عالماً بها، وهو يقتضي أن يكون على الولي نصف الدية.

ومن احتمال وجوب مقدار نسبة الطلب الى عدد الشهود من الدية، فانّ شهادة الزور وان كانت سبباً واحداً إلّا انّ حكم السبب الواحد يتعدّد بتعدّد فاعليه، ويوضح ذلك: انّه لو صدر من واحد جرحان ومن آخر ثمّ سرى الجميع كان الضمان عليهما بالسوية، ولو صدر الجرحان من اثنين والآخر من ثالث كان على الثالث بالثلث.

قوله رحمه الله: «ويمنع من الميراث على إشكال».

أقـول: يريد اذا أكره الانسان غيره على قتل واحد فقتله فالقود على القاتل، وليس على المكره قصاص ولا كفّارة، وهل يمنع من ميراث المقتول؟ فيه إشكال.

ينشأ من مشاركته للقاتل في تعجيل قتله ليعجّل له الميراث فيقابل بنقيض مطلوبه كالقاتل، ولأنّ قتل القاتل مستند الى الداعية المستندة الى المكره، ولهذا حكم بعضهم بأنّ القود على المكره لضعف المباشر.

ومن وجود المقتضي للميراث وهو النسب ـ مثلاً ـ وعدم المانع ـ أعني القتل ـ فانّ اسم القاتل يتناول المباشر حقيقة.

قوله رحمه الله: «ولو كان الجاني واحداً دخلت دية الطرف في دية النفس إجماعاً، فإن ثبتت صلحاً فإشكال».

أقـول: ينشأ من انّ غرض الصلح انّما هو إبقاؤه وإسقاط استحقاق إزهاق نفسه، وذلك لايقتضي دخول الطرف.

ومن سقوط استحقاق القصاص في الطرف بسبب استحقاق القصاص في النفس لدخوله فيها، فإسقاطه يقتضي إسقاطه.

وأقول: هذا مبنيّ على دخول قصاص الطرف في قصاص النفس، وسيأتي البحث فيه.

قوله رحمه الله: «وهل يدخل قصاص الطرف في قصاص النفس؟ قيل: نعم إن اتّحدت الضربة، وإن فرّق لم يدخل».

أقــول: للشيخ في هذه المسألة قولان:

أحدهما: هذا القول المشار إليه بقوله: «قيل: نعم» ذكر ذلك في النهاية فانّه قال: يقتصّ منه إن فرّق ذلك، وإن ضربه ضربة واحدة لم يكن عليه أكثر من القتل[١].

والآخر ما ذكره في المبسوط[٢] والخلاف[٣] فانّه قال فيهما: يدخل قصاص الطرف في قصاص النفس، وأطلق.

قوله رحمه الله: «وهل لها القصاص في إصبعين من دون ردّ؟ إشكال».

أقــول: يريد لو قطع رجل أربع أصابع من امرأة فهل لها أن تقطع من الرجل إصبعين من غير أن تستردّ من الرجل شيئاً آخر؟ فيه إشكال.

منشأه اقتضاء جناية هذه انّها اذا طلبت القصاص ليس لها ذلك حتى تردّ عليه دية إصبعين.

ومن انّه لو قطع منها إصبعين لا غير كان لها القصاص فيهما قطعاً، فثبوته في أكثر منهما أولى.

ثمّ قال رحمه الله: ويقوى الإشكال لو طلبت القصاص في ثلاث والعفو عن الرابعة.

أقــول: الفرق بين هذه والتي قبلها انّ أقلّ مراتب المرأة هنا أن تكون على النصف من الرجل، فإصبعان منه مقابل الأربع المقطوعة منها، بخلاف الثلاثة من

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب ديات الأعضاء والجوارح والقصاص فيها ج ٣ ص ٤٤٥.

(٢) المبسوط: كتاب الجراح فصل في صفة قتل العمد وجراح العمد ج ٧ ص ٢٢.

(٣) الخلاف: كتاب الجنايات المسألة ٢٣ ج ٣ ص ٦٥.

الرجل فانّه يكون أزيد من حقّها. ويحتمل المساواة؛ لأنّه لو انفرد بقطع الثلاث منها لكان لها أن تقطع منه ثلاثاً.

ثمّ قوله رحمه الله: «فإن أوجبنا أخذ إصبعين فلا يطالب بزائد أرشاً ولا قصاصاً، وهل يتخيّر حينئذٍ؟ الأقرب ذلك».

أقول: يريد اذا جوّزنا لها أن تقطع إصبعين من الرجل من دون الردّ هل يجب على الرجل إجابتها الى ذلك أم لا؟ فإن قلنا بذلك لم يكن لها المطالبة بزائد على ذلك من أرش ولا قصاص وحينئذٍ هل تكون مخيّرة بين قطع إصبعين منه من دون ردّ وبين قطع أربع منه مع ردّ دية إصبعين؟ الأقرب ذلك، وذلك ظاهر، فانّه قد كان لها أن تقطع منه أربعاً بعد ردّ دية إصبعين، وقد جوّزنا لها العدول عن ذلك الى قطع إصبعين من غير ردّ، وذلك معنى كونها مخيّرة فيهما.

قوله رحمه الله: «ولو قطع يمين رجل ومثلها من آخر قطعت يمينه بالأوّل ويسارة بالثاني، فإن قطع يد ثالث قيل: وجبت الدية، وقيل: يقطع رجله».

أقول: القول الأوّل لابن ادريس[1]، واختاره الشيخ نجم الدين في كتاب الشرائع[2].

---

(١) السرائر: كتاب الديات والجنايات باب ديات الأعضاء والجوارح والقصاص فيها ج ٣ ص ٣٩٦ ـ ٣٩٧.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب القصاص القسم الثاني في قصاص الطرف ج ٤ ص ٢٣٤.

والقول الثاني مذهب الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: ومن قطع يمين رجل قطعت يمينه بها، فإن لم يكن له يمين وكان له يسار قطعت به، وإن لم يكن له يدان قطعت رجله باليد، وإن لم يكن له يدان ولا رجلان كانت عليه الدية لا غير وسقط القصاص، وكذلك اذا قطع أيدي جماعة قطعت يداه بالأوّل فالأوّل والرجل بالآخر فالآخر، وما يبقى بعد ذلك كانت له الدية لا غير[1]. وتبعه على ذلك ابن البرّاج[2] في الكامل، وأبو الصلاح[3]، وهو مذهب ابن الجنيد[4].

قوله رحمه الله: «ولو اشترك حرّ وحرّة فللولي قتلهما ويؤدّي نصف الدية الى الرجل خاصّة، وقيل: يقسّم أثلاثاً، وليس بجيّد».

أقول: القول المحكي هو قول الشيخ المفيد رحمه الله فانّه قال: اذا اجتمع رجل وامرأة على قتل رجل حرّ عمداً كان لأولياء المقتول قتلهما جميعاً، ويؤدّون الى ورثتها خمسة الآف درهم يقسّمونها على ثلاثة أسهم: لورثة الرجل الثلثان، ولورثة المرأة الثلث[5]. والمصنّف رحمه الله استضعف هذا القول واختار أن يكون

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب ديات الأعضاء والجوارح والقصاص فيها ج ٣ ص ٤٤٧.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات الفصل الخامس في ديات الأعضاء ص ٨٠٩ س ٣٢.

(٣) الكافي في الفقه: الضرب الخامس من أحكام القصاص ص ٣٨٩.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات الفصل الخامس في ديات الأعضاء ص ٨٠٩ س ٣٢.

(٥) المقنعة: كتاب القضاء والشهادات ...باب اشتراك الأحرار والعبيد والنساء والرجال والخناثى والصبيان والمجانين في القتل ص ٧٥٢.

الردّ مختصّاً بورثة الرجل.

واستدلّ عليه في المختلف بأنّ المرأة جنت على نصف نفس الرجل فكان عليها ضمانه، ومع قتلها يكون الفاضل للرجل خاصّة؛ لأنّ القدر المستوفى منه أكثر من جنايته بقدر الضعف، والمستوفى من المرأة بقدر جنايتها فلا يردّ عليها شيء[١]. وهذا القول مذهب الشيخ في النهاية[٢]، وتبعه ابن البرّاج[٣].

ثمّ قال المصنّف رحمه الله: «وله قتل الرجل فتؤدي المرأة الى أوليائه ديتها، وقيل: نصف ديتها، وليس بمعتمدٍ».

أقول: القول المشار إليه هو قول الشيخ في النهاية[٤]، وتبعه ابن البرّاج[٥].

قوله رحمه الله: «وهل يقتل الكامل بالناقص من غير ردّ؟ الأقرب انّه لابدّ من الردّ».

أقول: يريد اذا قتل العبد الكامل عبداً ناقصاً ـ كمن كانت قيمته ألف دينار مثلاً قتل عبداً يساوي عشرة دنانير ـ هل يقتل به؟ الأقرب عند المصنّف عدم القتل من غير ردّ التفاوت على سيد الكامل؛ لأنّه يكون قد استوفى أكثر من حقّه، وهو خلاف المعقول.

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات الفصل الثالث في الاشتراك في الجنايات ص ٧٩١ س ٦.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب الواحد يقتل اثنين أو أكثر منهما ج ٣ ص ٣٨١.

(٣) المهذّب: كتاب الديات باب قتل الاثنين أو أكثر منهما بواحد ج ٢ ص ٤٦٨.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب الواحد يقتل اثنين أو أكثر منهما ج ٣ ص ٣٨١.

(٥) المهذّب: كتاب الديات باب قتل الاثنين أو أكثر منهما بواحد ج ٢ ص ٤٦٨.

قوله رحمه الله: «وهل له الاسترقاق مع إجابة مولاه الى المفاداة؟ الأقرب ذلك».

أقول: وجه القرب انّ الشارع سلّط المولى على إزالة ملك القاتل عن مملوكه بقتله، فإزالته مع بقائه أولى؛ لما تضمّنه العفو المطلوب للشارع.

قوله رحمه الله: «ولا يضمن مولى القاتل جنايته، واذا فداه مولاه فالأقرب انّه يفديه بأقلّ الأمرين من أرش الجناية وقيمة القاتل، وقيل: يفديه بالأرش».

أقول: القولان للشيخ[1] رحمه الله، وقد تقدّم.

قوله رحمه الله: «والمدبّر كالقنّ ـ الى قوله:ـ أو يفديه مولاه بقيمة الجناية أو بالأقلّ من قيمتها وقيمته على الأقوى».

أقول: قد تقدّم ذكر الخلاف مراراً.

وأمّا وجه القوّة انّ حقّ المولى إمّا القصاص أو الاسترقاق، فإنّ المولى لا يضمّن عبده، فاذا عدل عنها الى مالم يكن له أكثر من قيمة ما تعلّق حقّه به.

قوله رحمه الله: «وقيل: لا يبطل، بل ينعتق بموت مولاه الذي دبّره، وهل يسعى حينئذٍ في قيمة المقتول أو قيمة رقبته؟ خلاف».

---

(١) الخلاف: كتاب الجنايات المسألة ٥ ج ٣ ص ٨٩.

أقـول: الكلام في هذه المسألة في مقامين:

الأوّل: هل يبطل تدبير المدبّر القاتل لعبد غيره اذا دفعه مولاه الى مولى المقتول؟ قال الشيخ لايبطل[١]، وإليه أشار المصنّف بقوله: «وقيل: لايبطل».

وقال ابن ادريس: يبطل تدبيره؛ لأنّ سيد المملوك قد ملكه[٢].

المقام الثاني: على تقدير القول بأنّه لايبطل تدبيره هل يسعى في دية المقتول إن كان حرّاً أو قيمته إن كان عبداً أو في قيمة نفسه على التقديرين؟ اختار الشيخ في النهاية الأوّل[٣]، والصدوق في المقنع الثاني[٤]. والى ذلك أشار المصنّف بقوله: «فيه خلاف».

قوله رحمه الله: «ولو قتل خطأً فعلى الامام بقدر ما فيه من الحرّية، وللمولى الخيار بين فكّ نصيب الرقبة من الجناية وبين تسليم حصّة الرقّ ليقاصّ بالجناية، وقيل: اذا أدّى نصف ما عليه فهو كالحرّ».

أقـول: هذا القول المشار إليه هو ظاهر كلام الشيخ في الاستبصار حين أورد رواية محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أميرالمؤمنين عليه السلام

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب القود بين الرجال والنساء... ج ٣ ص ٣٩٢.

(٢) السرائر: كتاب الديات والجنايات باب القود بين الرجال والنساء والعبيد والأحرار والمسلمين والكفّار ج ٣ ص ٣٥٤.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب القود بين الرجال والنساء... ج ٣ ص ٣٩٣.

(٤) المقنع: باب الديات ص ١٩١.

في مكاتب قتل، قال: يحسب منه ما عتق منه فيؤدّي دية الحرّ وما رقّ منه دية العبد. ثمّ أورد رواية علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام في حديث طويل ـ الى أن قال: ـ وسألته عن المكاتب اذا أدّى نصف ما عليه، قال: هو بمنزلة الحرّ في الحدود، وغير ذلك من قتل وغيره. فقال رحمه الله: الوجه في الجمع بينهما أن يحمل الخبر الأوّل على التفصيل الذي تضمّنه الخبر الأخير، فنقول: يحسب فيؤدّي منه بحساب الحرّية مالم يكن أدّى نصف ديته، فاذا أدّى ذلك كان حكمه حكم الأحرار على ما تضمّنه الخبر الأخير[١].

وما ذكره المصنّف في الكتاب هو قول الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: ومتى قتل مكاتب حرّاً فإن كان لم يؤدّ من مكاتبته شيئاً أو كان مشروطاً عليه وإن أدّى من مكاتبته شيئاً فحكمه حكم المماليك سواء، وإن كان غيرمشروط عليه وقد أدّى من مكاتبته شيئاً كان على مولاه من الدية بقدر ما بقي من كونه رقّاً، وعلى إمام المسلمين من بيت المال بقدر ما تحرر منه[٢]. وابن ادريس اختار هذا القول[٣].

قوله رحمه الله: «ولو اعتاد الحرّ قتل العبيد قيل: قتل حسماً للفساد، وفي ردّ الفاضل إشكال».

أقول: امّا القول المشار إليه فهو قول الشيخ رحمه الله في كتاب التهذيب[٤] والاستبصار[٥].

---

(١) الاستبصار: ب ١٦٢ في دية المكاتب ح ١ و ح ٢ وذيل الحديث ٢ ج ٤ ص ٢٧٦ ـ ٢٧٧.

(٢) النهاية ونكتها: باب القود بين الرجال والنساء... ج ٣ ص ٣٩٣.

(٣) السرائر: كتاب الديات والجنايات باب القود بين الرجال والنساء والعبيد والأحرار والمسلمين والكفّار ج ٣ ص ٣٥٤ ـ ٣٥٥.

(٤) تهذيب الأحكام: ب ١٤ القود بين الرجال والنساء... ذيل الحديث ٥٤ ج ١٠ ص ١٩٢.

(٥) الاستبصار: ب ١٥٨ أنه لايقتل حرّ بعبد ذيل الحديث ٧ ج ٤ ص ٢٧٣.

وأمّا وجه الإشكال في ردّ الفاضل من دية الحرّ على قيمة العبد فنشأ ذلك من انّ الكامل لا يؤخذ بالناقص، ولا منافاة بين جواز قتله وردّ الناقص، كالرجل الحرّ اذا قتل امرأة حرّة.

ومن احتمال قتله من غير ردّ؛ لأنّه يقتل حدّاً لفساده لا قصاصاً كالمحارب.

قوله رحمه الله: «ولو قتل المولى عبده أُدّب وكفّر، وقيل: يلزم بالقيمة صدقةً».

أقول: هذا القول المشار إليه هو قول الشيخ في النهاية، فانّه قال فيها: ومن قتل عبده متعمّداً كان على الامام أن يعاقبه عقوبة تردعه عن مثله في المستقبل، ويغرمه قيمة العبد، ويتصدّق بها على الفقراء[1].

قوله رحمه الله: «ولو كان للذمّي عبد مسلم وجب بيعه عليه، فإن قُتل قبل ذلك فالأقرب انّ فيه قيمته مالم يتجاوز دية الحرّ المسلم».

أقول: وجه القرب انّه مسلم فلا تتقدّر قيمته بدية أهل الذمّة إعظاماً للاسلام.

قوله رحمه الله: «وهل يفتكّه مولاه بالأرش أو بالأقل؟ الأقرب الثاني، والأقرب انّ له الافتكاك هنا وإن كره المجروح أو أراد الأرش».

أقول: أمّا وجه القرب في افتكاكه بالأرش أو الأقلّ فقد تقدّم مراراً، وأمّا اذا

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب القود بين الرجال والنساء... ج ٣ ص ٣٩٤.

عدل المجروح عن القصاص الى الأرش وأراد استرقاقه وبيعه وأراد المالك افتكاكه فالأقرب انّ للمالك افتكاكه؛ لأنّ تسلّط الغير على ملك غيره على خلاف الأصل، ولمّا عدل عن القصاص الى الأرش فبذله السيد كان تسلّط المجروح على استرقاقه أو بيعه على خلاف الأصل، ولأنّه تصرّف في ملك الغير بغير إذنه فكان قبيحاً ممنوعاً منه.

قوله رحمه الله: «ولو قتل العبد حرّين على التعاقب اشتركا فيه مالم يحكم به للأوّل، وقيل: للثاني، والأوّل أولى».

أقول: القولان للشيخ رحمه الله، فقال في الاستبصار[1] مثل قول المصنّف، وهو قول ابن ادريس[2]، وظاهر كلام ابن الجنيد[3].

والقول الثاني للشيخ، انّه يحكم به للثاني، وهو قوله في النهاية[4].

ووجه أولويّة الأوّل ما استدلّ عليه في المختلف[5] بما استدلّ به الشيخ في

---

(١) الاستبصار: ب ١٥٩ العبد يقتل جماعة أحرارٍ واحداً بعد الآخر ذيل الحديث ١ ج ٤ ص ٢٧٤.

(٢) السرائر: كتاب الديات والجنايات باب القود بين الرجال والنساء والعبيد والأحرار... ج ٣ ص ٣٥٦ ـ ٣٥٧.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات الفصل الثالث في الاشتراك في الجنايات ص ٧٩٥ س ٢٩.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب القود بين الرجال والنساء... ج ٣ ص ٣٩٤ ـ ٣٩٥.

(٥) مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات الفصل الثالث في الاشتراك في الجنايات ص ٧٩٥ السطر الأخير.

الاستبصار[١]، وهو ما رواه الحسن بن محبوب عن علي بن رئاب عن زرارة عن الباقر عليه السلام في عبد جرح رجلين، قال: هو ما بينهما إن كانت الجناية تحيط بقيمته، قيل له: فإن جرح رجلاً في أوّل النهار وجرح آخر في آخر النهار؟ قال: هو بينهما مالم يحكم الوالي في المجروح الأوّل، قال: فإن جنى بعد ذلك جناية فإنّ جنايته على الآخر.

قوله رحمه الله: «ولو أعتقه مولاه بعد قتل الحرّ عمداً ففي الصحّة إشكال».

أقول: وجه الإشكال من احتمال الصحّة؛ لأنّه لم يخرج بالجناية عن الرقّ. ومن انّه يمنع حقّ الغير ـ أعني المجنى عليه ـ فانّ له الاسترقاق، والعتق ينافي ذلك.

ثمّ قوله رحمه الله: «ولو كان خطأً صحّ العتق إن كان مولى الجاني ملّيّاً، وإلّا فالأقرب المنع».

أقول: أمّا الصحّة فعلى تقدير ملاة السيد فانّ المقتضي لصحّة العتق ـ وهو الملك ـ موجود، والمانع ـ وهو تعلّق حقّ الغير ـ منتفٍ، إذ حقّه إمّا دفعه أو الأرش أو الأقلّ، والخيار في تعيين أحدها الى السيد.

قوله رحمه الله: «ولو اشترك حرّ وعبد ـ الى قوله: ـ وقيل: يؤدّي الى سيد العبد ثمنه خاصّة، وليس بجيّد».

---

(١) الاستبصار: ب ١٥٩ العبد يقتل جماعة أحرار... ح ٢ ج ٤ ص ٢٧٤، وسائل الشيعة: ب ٤٥ من أبواب القصاص ح ١ ج ١٩ ص ٧٧.

أقـول: هذا القول المشار إليه هو قول الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: فاذا قتل رجل حرّ ومملوك رجلاً على العمد كان أولياء المقتول مخـيّرين بـين أن يـقتلوهما ويؤدّوا الى سيد العبد ثمنه[١]، وهو قول المفيد[٢]، وتبعهما ابن البرّاج[٣].

وهذا القول ليس بجيّد عند المصنّف؛ لأنّ أولياء المقتول قد استحقّوا في رقبة العبد نصف النفس، فلا يضمنوا ما دخل تحت مستحقّهم. نعم، لو كانت قيمة العبد زائدة على النصف دفع الأولياء الى سيده الزيادة مالم تتجاوز قيمته دية الحرّ فيردّ إليهما.

قوله رحمه الله: «ولو قطع واحد رجله وآخـر يده ـ الى قوله[٤]: ـ كان له إمساكه ومطالبة كلّ واحد بنصف القيمة، وكذا لو قـلع آخـر عـينه وقطع آخر أُذنه، وقيل: يدفعه إليهـما ويـلزمهما الدية أو يمسكه مجّاناً، كما لو كانت الجنايتان من واحد».

أقـول: هذا القول المشار إليه هو الذي قوّاه الشيخ في المبسوط، فانّه قال فيه: لو قطع يدي عبد كان عليه كمال قيمته ويسلم العبد عندنا، واذا قطع رجلُ رِجل عبد والآخر يده كان عليهما كمال قيمته، على كلّ واحد منهما نصفه، ويمسك المولى العبد هنا بلا خلاف، وفي الأوّل خلاف. ومنهم من ساوى بين المسألتين فجعل العبد من

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب الواحد يقتل اثنين أو أكثر منهما ج ٣ ص ٣٨٢ ـ ٣٨٣.

(٢) المقنعة: كتاب القصاص والشهادات ... باب اشتراك العبد والحرّ في القتل ص ٧٥١.

(٣) المهذّب: كتاب الديات باب قتل الاثنين أو أكثر منهما بواحد ج ٢ ص ٤٦٨ ـ ٤٦٩.

(٤) كذا في جميع النسخ، والصواب أنّ عبارة «الى قوله» زائدة كما في متن القواعد.

الجانبين، وهو الأقوى[١].

والذي اختاره المصنّف في الكتاب من إمساك العبد ومطالبته الجانبين بقيمته، وهو قول ابن ادريس[٢].

قوله رحمه الله: «ولو قطع العبد يد حرّ وقيمته مائتان وإصبع آخر احتمل قسمته أسداساً، ولو كانت قيمته مائة فكذلك، ويحتمل التنصيف، والأوّل أقوى».

أقول: مراده باحتمال التنصيف في المسألة الثانية، ولم يتعرّض للاحتمال الآخر في الأُولى، ونحن نذكر المسألتين والاحتمالين في كلّ منهما.

امّا الأُولى: فيحتمل فيها أن يكون العبد بينهما أسداساً، كما ذكره المصنّف. ووجه ذلك انّ نسبة دية الإصبع الى مجموع ديتَي اليد والإصبع نسبة السدس، فكان له مثل تلك النسبة، ويحتمل أن يكون له الثلث؛ لأنّ صاحب اليد لو انفردت جنايته لكان له مجموع المائتين، وصاحب الإصبع لو انفردت جنايته لكان له نصفها، فاذا اجتمعا قسّمت قيمة العبد عليهما بالنسبة فتكون أثلاثاً.

وأمّا الثانية: فيحتمل فيها أن يكون بينهما أسداساً؛ لما قلناه في الأوّل، وأن يكون بينهما نصفين؛ لأنّ كلّاً من الجنايتين لو انفردت لكان للمجنى عليه كمال قيمته، واذا كان كلّ منهما يستحقّ الجميع عند الانفراد اقتضى ذلك أن يكون بينهما بالسوية عند الاجتماع.

---

(١) المبسوط: كتاب الجراح ج ٧ ص ١٠٨.

(٢) السرائر: كتاب الديات والجنايات باب القود بين الرجال والنساء... ج ٣ ص ٣٥٦.

قوله رحمه الله: «ولو قطع يده وهو رقّ قيمته ألف فعليه النصف، فلو تحرّر وقطع آخر يده وثالث رجله ثمّ سرى الجميع سقطت دية الطرف ووجب على الجميع دية النفس، فعلى الأوّل ثلث الألف بعد أن كان عليه النصف للمولى، وعلى الآخرين الثلثان للورثة، وقيل: للمولى هنا أقلّ الأمرين من ثلث القيمة وثلث الدية».

أقول: القول المشار إليه هو قول الشيخ في المبسوط[1]. وماأفتى به المصنّف هنا هو قول الشيخ في الخلاف[2]، وتوقّف المصنّف في المختلف[3] في القولين.

قوله رحمه الله: «ولو قطع يد عبد فعتق ومات احتمل أن يصرف الى السيد أقلّ الأمرين من كلّ الدية أو كل القيمة، يعني أنّ الواجب أقلّ الأمرين من كلّ الدية أو كلّ القيمة ممّا لزمه أخيراً بالجناية على الملك أوّلاً أو مثل نسبته من القيمة. ويحتمل أن يصرف أقلّ الأمرين، بمعنى أنّ المصروف إليه أقلّ الأمرين ممّا لزمه أخيراً

---

(١) المبسوط: كتاب الجراح ج ٧ ص ٣٧ـ٣٨.

(٢) الخلاف: كتاب الجنايات المسألة ٢٧ ج ٣ ص ٩٦ طبعة اسماعيليان.

(٣) مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات الفصل السابع في اللواحق ص ٨٢٤ س ٦.

بالجناية على الملك أوّلاً أو بمجرّد أرش الجناية. ولو قطع إحدى يدَي عبد فعتق ثمّ جرحه اثنان وسرى الجميع فعلى الجاني دية واحدة، وعلى الجاني في الرقّ الثلث. وللسيد على أحد الاحتمالين أقلّ الأمرين من ثلث الدية أو مثل نسبته من القيمة وهو ثلث القيمة، وعلى الاحتمال الآخر أقلّ الأمرين من ثلث الدية أو نصف القيمة وهو أرش جناية الملك، فلو عاد فجرح جرحاً آخر في العتق وجب عليه ثلث الدية، ولكن بجراحتين حصّة جناية الرقّ نصفه وهوالسدس، فالمصروف الى السيد أقلّ من سدس الدية أو سدس القيمة على احتمال، أو الأقلّ من سدس الدية أو نصف القيمة».

أقول: هذه المسألة ممّا يتوقّف في فهمها بعض الطلاب، فلنبدأ أوّلاً بكشفها ليحصل تصوّرها، ثمّ نذكر بعد ذلك الحكم عليها مع كلّ واحد من الاحتمالين، فنقول:

نفرض عبداً له قيمة تنقص عن الدية ـ فلنفرض قيمته تسعمائة دينار ـ وقطع واحد يده ثمّ اعتق فجرحه اثنان جرحين وسرى الجميع الى نفسه فمات وجب على الجميع دية واحدة، وقد كان على الأوّل نصف القيمة، وهو أكثر ممّا يجب عليه أخيراً، وذلك لأنّ دية الطرف تدخل في دية النفس. وما يستحقّ السيد من ذلك يحتمل أقلّ الأمرين ممّا يلزم الجاني أخيراً بسبب جنايته على الملك أوّلاً، وهو ثلث

الدية ثلثمائة دينار وثلاثون ديناراً وثلث دينار، أو مثل نسبته ـ أي مثل نسبة الثلث الى قيمة العبد ـ وذلك ثلث القيمة ثلثمائة دينار. ويحتمل أقلّ الأمرين ممّا لزمه أخيراً بسبب جنايته على الملك أوّلاً ـ وهو ثلثمائة دينار وثلاثة وثلاثون ديناراً وثلث[1] ـ أو مجرّد أرش الجناية ـ أعني نصف قيمة العبد أربعمائة وخمسين دينار ـ فأقلّ الأمرين على الاحتمال الأوّل ثلثمائة دينار ـ وهو ثلث القيمة ـ وأقلّهما على الاحتمال الثاني ثلث الدية ثلثمائة دينار وثلاثة وثلاثون ديناراً وثلث دينار.

ووجه الاحتمال الأوّل انّ مستحقّ السيد وإن كان أوّلاً نصف القيمة لكن بسبب دخول دية الطرف في دية النفس صار حقّه الثلث، وحقّه إنّما هو في القيمة، إذ لا تعلّق له بالدية؛ لأنّها استحقّت بسبب الحرّية فكان المستحقّ له ثلث القيمة.

ووجه الثاني أنّه كان مستحقّاً لنصف القيمة ـ وهو أكثر من ثلث الدية ـ والحرّية المتجدّدة لم يقتض زيادة حتى يسقط حقّه منها، وانّما أوجبت قصاصاً فالواجب بعد العتق داخل فيما وجب للسيد أوّلاً.

ثمّ انّ المصنّف رحمه الله فرّع مسألة أُخرى يُبنى حكمها على حكم الاحتمالين المذكورين، وهو: انّ الجاني أوّلاً عاد فجرح العبد المعتق جرحاً آخر بعد عتقه وسرى الجميع الى نفسه فمات وجب على الثلاثة الدية أثلاثاً، فعلى جاني الجراحتين أوّلاً وأخيراً منها ثلث الدية؛ لأنّه واحد من ثلاثة، ولكن لجراحتين[2]، إحداهما: في حال الرقّ تتعلّق بالسيد، والأُخرى: في حال العتق تتعلّق بالوارث. فما الذي يستحقّه السيد من هذا الثلث يُبنى على الاحتمالين: فعلى الأوّل: يكون للسيد في

---

(١) ليس في ج «وثلث».

(٢) في ش: «بجراحتين».

المثال المفروض مائة وخمسون ديناراً، وذلك هو أقلّ الأمرين من سدس الدية وسدس القيمة، وعلى الثاني: يكون للسيد مائة وستة وستون ديناراً وثلثا دينار، ولأنّها أقلّ الأمرين من السدس والأرش. فالحاصل انّ الترديد بين قولنا: أقلّ الأمرين هل هو بين ثلث الدية وثلث القسمة أو بين ثلث الدية وبين الأرش؟

قوله رحمه الله: «ولا يُقتل مسلم بكافر، وقيل: إن اعتاد قتل أهل الذمّة قتل قصاصاً بعد ردّ فاضل دية المسلم».

أقول: القول المشار إليه هو قول الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: اذا قتل المسلم ذمّياً عمداً وجب عليه ديته ولا يجب عليه القود، إلّا أن يكون معتاداً لقتل أهل الذمّة، فإن كان كذلك وطلب أولياء المقتول القود كان على الامام أن يقيد به بعد أن يأخذ من أولياء الذمّي ما يفضل من ديته فيردّه على ورثته[1]. ونحوه قال المفيد[2]، ومحمّد بن بابويه، إلّا انّه لم يشترط الاعتياد، بل أطلق القول في المقنع فقال فيه: وإن قطع المسلم يد المعاهد خيّر أولياء المعاهد فإن شاؤوا أخذوا دية يده، وإن شاؤوا قطعوا يد المسلم وادّوا إليه فضل ما بين الديتين، واذا قتله مسلم صنع كذلك[3].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب القود بين الرجال والنساء ج ٣ ص ٣٨٩.

(٢) المقنعة: كتاب القصاص والشهادات... باب القود بين الرجال والنساء والمسلمين والكفّار والعبيد والأحرار ص ٧٣٩.

(٣) المقنع: باب الديات ص ١٩١٠.

وابن الجنيد قال قولاً ثالثاً وهو: انّه يُقتل مع اعتياده لا قوداً، بل لفساده[١].

ولابن ادريس قول رابع وهو: انّه لايُقتل المسلم به، سواء اعتاد أم لا[٢].

قوله رحمه الله: «ولو وجب على زانٍ أو لائطٍ قتل لم يجب على قاتله دية ولا قود؛ لما روي انّ علياً عليه السلام قال لرجل قتل رجلاً ادّعى أنّه وجده مع امرأته: عليك القود إلّا أن تأتي بالبيّنة، وهذا حكم ينسحب على كلّ قريب للرجل أو ولد أو مملوك، وهل ينسحب على الأجانب؟ إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حصول السبب المبيح لدمه ـ وهو الزنا ـ فلا يقاد به قاتله؛ لأنّ المباح غير مضمون.

ومن عموم النفس بالنفس، خرج منه ما تضمّنته الرواية[٣]، فيبقى ما عداه على أصل المنع.

قوله رحمه الله: «ولو قتل عبد مسلم عبداً مسلماً لكافر فالأقرب سقوط القود».

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات الفصل الثالث في الاشتراك في الجنايات ص ٧٩٤ س ١٦.

(٢) السرائر: كتاب الديات باب القود بين الرجال والنساء... ج ٣ ص ٣٥٢.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ٢٨ في الزيادات ح ٩ ج ١٠ ص ٣١٤، وسائل الشيعة: ب ٦٩ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به ح ٢ ج ١٩ ص ١٠٢.

أقـول: وجه القرب من انّ المستحقّ لقتل المسلم على تقدير ثبوته هو الكافر، ولهذا لو أسقطه الكافر سقط، لكن استحقاق الكافر قتل المسلم منفي؛ لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾[١].

قوله رحمه الله: «ولو قتل الذمّي مسلماً عـمداً دفع هو وماله الى أولياء المقتول، ويتخيّرون بين قتله واسـترقاقه، وفي اسـترقاق ولده الصـغار قولان».

أقـول: أحد القولين: استرقاق الأولاد الصغار، ذهب إليه الشيخ في النهاية[٢]، وهو مذهب المفيد[٣]، وسلّار[٤]، وابن حمزة[٥].

والقول الآخر: المنع من استرقاق الأولاد، وهو قول ابن ادريس[٦].

وأطلق السيد[٧]، وابن بابويه[٨] القول بأن يدفع الى أولياء المقتول إن شاؤوا قَتْلَهُ

---

(١) النساء: ١٤١.

(٢) النهاية ونكتها: باب القود بين الرجال والنساء... ج ٣ ص ٣٨٧ ـ ٣٨٨.

(٣) المقنعة: كتاب القصاص والشهادات... باب القود بين النساء والرجال... ص ٧٤٠.

(٤) المراسم: ذكر أحكام الجنايات في القصاص ص ٢٣٥.

(٥) الوسيلة: كتاب القتل والشجاج وما يتعلّق بذلك... ص ٤٣٤ ـ ٤٣٥.

(٦) السرائر: كتاب القود بين الرجـال والنسـاء والمسـلمين والكـفّار والعـبيد والأحـرار ج ٣ ص ٣٥١.

(٧) الانتصار: كتاب الحدود والقصاص والديات ص ٢٧٥.

(٨) المقنع: باب الديات ص ١٩١.

قَتَلَهُ السلطان، وكان ماله أيضاً لورثة المسلم. ومثله قال الصدوق[١]، ولم يتعرّضا لذكر الأولاد نفياً ولا إثباتاً.

قوله رحمه الله: «ولو جرح المسلم مثله فارتدّ ثمّ مات اقتصّ في الجرح خاصّة لا في النفس ويقتصّ وليّه المسلم، فإن لم يكن استوفاه الامام، وقيل: لا قود ولا دية؛ لأنّ قصاص الطرف وديته يدخلان في قصاص النفس وديتها، والنفس هنا غير مضمونة، ويشكل بما أنّه لايلزمه من الدخول السقوط فيما ثبت لمانع يمنع من القصاص في النفس».

أقول: القول المشار إليه هو قول الشيخ في المبسوط حيث قال فيه: والذي يقوىٰ في نفسي ويقتضيه مذهبنا انّه لا قود عليه في قطع الطرف ولا دية؛ لأنّا بيّنا أنّ الطرف يدخل قصاصه في قصاص النفس وكذلك ديته، فهنا النفس غير مضمونة، فوجب أن لا يجب فيها القصاص ولا الدية بحال[٢]. والمصنّف رحمه الله استشكل ذلك، ووجه الإشكال ممّا ذكره الشيخ، وممّا ذكره المصنّف أيضاً.

واعلم انّ الشيخ في المبسوط قال ـ قبل ذلك حين أورد المسألة ـ: قال قوم: لا

---

(١) كذا في جميع النسخ، والظاهر أنّ الصدوق هو ابن بابويه كما هو المعروف في الكتب الاستدلالية، راجع المختلف: الفصل الثاني في الاشتراك في الجنايات ص ٧٩٣، والإيضاح: ج ٤ ص ٥٩٦.

(٢) المبسوط: كتاب الجراح ج ٧ ص ٢٨.

قصاص فيها، وقال آخرون: فيها القصاص، وهو الأقوى؛ لظاهر الآية[١].

قوله رحمه الله: «وإن حصلت سراية وهو مرتدّ ثمّ عاد ومات فالأقرب القصاص، إذ العبرة بالمضمونة حالة الاستقرار، وقيل: لا قصاص؛ لاستناد الموت الى جميع السراية التي بعضها غير مضمون، نعم تثبت الدية».

أقول: القول المشار إليه هو قول الشيخ في المبسوط أيضاً فانّه قال فيه: إن أقام على الردّة مدّة سرى فيها الجرح ثمّ عاد الى الاسلام فلا قود؛ لأنّ القصاص انّما يجب في القطع وكلّ السراية، بدليل انّه لو قطع مسلم يد مسلم فارتدّ المقطوع ومات على ردّته لا قود عليه، ولو قطع يد مرتدّ فأسلم المرتدّ ومات مسلماً لا قود فيه، فاذا كان وجوبه بالقطع وكلّ السراية فانّ بعض السراية هنا هدر؛ لأنّها حال الردّة فقد مات من أمرين: مضمون وغيرمضمون، فسقط القود؛ لأنّ القصاص لا يتبعّض[٢].

واعلم انّ قول المصنّف بثبوت القصاص مذهب ابن الجنيد فانّه قال: لو جرح مسلم مسلماً وارتدّ المجروح ثمّ أسلم فمات مسلماً كان القود عندي للأولياء إن أحبّوا؛ لأنّ توسّط الحال بالردّة لا حكم لها، مع وجوب القود في ابتداء الخيانة لو كانت نفساً، وانتهائها لما آلت الى النفس، ولأنّ حكم الردّة غير مسقط حقّ المسلم اذا أسلم بعدها[٣].

---

(١) المبسوط: كتاب الجراح ج ٧ ص ٢٧.

(٢) المبسوط: كتاب الجراح ج ٧ ص ٢٦.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات الفصل السابع في اللواحق ص ٨٢٠ س ١٦.

قوله رحمه الله: «وروي أنّه يقتصّ من الصبي اذا بلغ عشراً، وروي خمسة أشبار ويقام عليه الحدود، والأقرب انّ عمد الصبي خطأٌ محض، ويلزم جنايته العاقلة حتى يبلغ».

أقول: الرواية الأُولى هي ما رواه الشيخ رحمه الله عن أبي بصير عن الباقر عليه السلام انّه سئل عن غلام لم يدرك وامرأة قتلا رجلاً، فقال: إن خطأ المرأة والغلام عمد، فان أحبّ أولياء المقتول أن يقتلوهما قتلوهما ويردّون على أولياء الغلام خمسة الآف درهم، وان أحبّوا أن يقتلوا الغلام قتلوه وتردّ المرأة على وليّ الغلام ربع الدية... الى آخر الحديث[1].

أقول: المصنّف في المختلف لمّا أورد هذه نقل عن الشيخ رحمه الله انّه حمل هذه الرواية على انّ معنى قوله عليه السلام «لم يدرك» يعني حدّ الكمال؛ لأنّه اذا بلغ خمسة أشبار أو بلغ عشر سنين اقتصّ منه[2].

وأعلم انّا الى الآن لم نظفر برواية تدلّ على القصاص منه اذا بلغ عشر سنين سوى رواية أبي بصير هذه، ولم يذكر في التهذيب العشر سنين بل خمسة أشبار. ولعلّ المصنّف رحمه الله وقف عليها في موضع آخر.

والرواية الثانية هي ما رواه الشيخ عن السكوني عن الصادق عليه السلام قال: قال أميرالمؤمنين عليه السلام في رجل وغلام اشتركا في قتل رجل فقتلاه، فقال

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢١ اشتراك الأحرار والعبيد والنساء... ح ٣ ج ١٠ ص ٢٤٢ ـ ٢٤٣، وسائل الشيعة: ب ٣٤ من أبواب القصاص ح ١ ج ١٩ ص ٦٤.

(٢) مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات الفصل الأوّل في أقسام القتل ص ٧٨٥ س ٢٨.

أميرالمؤمنين عليه السلام: اذا بلغ الغلام خمسة أشبار اقتصّ منه، واذا لم يكن قد بلغ خمسة أشبار قضي بالدية[١].

وبالرواية الأُولى عمل الشيخ في النهاية[٢]، وبالثانية عمل الصدوق[٣]، والمفيد[٤].

قوله رحمه الله: «وهل يثبت القود على السكران؟ أقربه عدم الثبوت، وفيه إشكال؛ لإجرائه مجرى العاقل في الأحكام».

أقول: ومن انّه زائل العقل، والقصد الى القتل شرط في تحقّق العمد الموجب للقصاص، ومن ثمّ قال المصنّف: الأقرب عدم الثبوت.

قوله رحمه الله: «ولو بنّج نفسه أو شرب مرقداً لا لعذر فقيل: كالسكران، وفيه نظر».

أقول: القول المشار إليه إشارة الى قول الشيخ[٥] رحمه الله.

ووجه النظر انّه كالسكران لاشتراكهما في كون كلّ منهما فعل ما أزال عقله باختياره، فأجريت عليه أحكام المختار.

ومن زوال عقله بالبنج وعقله بالمرقد فكان كالمغمى عليه والنائم، بخلاف

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢١ اشتراك الأحرار والعبيد والنساء والرجال والصبيان ح ٤ ج ١٠ ص ٢٤٣ ـ ٢٤٤، وسائل الشيعة: ب ٣٦ من أبواب القصاص ح ١ ج ١٩ ص ٦٦.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب ضمان النفوس وغيرها ج ٣ ص ٤١٦ ـ ٤١٧.

(٣) المقنع: باب الديات ص ١٨٦.

(٤) المقنعة: كتاب القضاء والشهادات... باب ضمان النفوس ص ٧٤٨.

(٥) المبسوط: كتاب الجراح ج ٧ ص ٥٠.

السكران؛ لوقوع الاتفاق على إجراء الأحكام عليه غالباً.

قوله رحمه الله: «والأعمى كالمبصر على رأي، وروي انّ عمده كالخطأ تؤخذ الدية من عاقلته».

أقول: اختلف أصحابنا في عمد الأعمى، فقال المصنّف رحمه الله: انّ عمده كعمد المبصر يجب به القصاص، وهو قول ابن ادريس[١].

وقال جماعة منهم: انّ عمده خطأ، وهو قول ابن الجنيد[٢]، والشيخ في النهاية[٣]، وتبعه ابن البرّاج[٤]، وظاهر كلام ابن حمزة مستندين في ذلك الى الرواية التي أشار المصنّف إليها، وهي ما رواه الشيخ عن محمّد الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل ضرب رأس رجل بمعول فسالت عيناه على خدّيه فوثب المضروب على ضاربه فقتله، قال: فقال أبو عبدالله عليه السلام: هذان معتديان جميعاً، فلا أرى على الذي قتل الرجل قود؛ لأنّه قتله حين قتله وهو أعمى، والأعمى جنايته خطأ تلزم عاقلته، يؤخذون بها في ثلاث سنين في كلّ سنة نجماً، فإن لم يكن للأعمى عاقلة لزمته دية ما جنى في ماله، يؤخذ بها في ثلاث سنين، ويرجع الأعمى على ورثة ضاربه بدية عينيه[٥].

---

(١) السرائر: كتاب القصاص باب ضمان النفوس وغيرها ج ٣ ص ٣٦٨.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات الفصل الرابع في ضمان النفوس وغيره ص ٧٩٩ س ٣١.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب ضمان النفوس وغيرها ج ٣ ص ٤١٥.

(٤) المهذّب: كتاب الديات ج ٢ ص ٤٩٥.

(٥) تهذيب الأحكام: ب ١٨ ضمان النفوس وغيرها ح ٥١ ج ١٠ ص ٢٣٢ ـ ٢٣٣، وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب العاقلة ح ١ ج ١٩ ص ٣٠٦.

قوله رحمه الله: «ولو نفى مولوداً باللعان قتل به، فإن عاد بعد اللعان واعترف به ثمّ قتله فالأقرب القصاص».

أقول: وجه القرب عموم قوله تعالى: ﴿ولكم في القِصاص حياة﴾[1] وقوله تعالى: ﴿النفسَ بالنفس﴾[2] وموضع النزاع داخل تحت العموم.

قوله رحمه الله: «امّا القرض والبيع وغيرهما من المعاملات فإشكال، ينشأ من تقصيره بالنسيان، والأقرب السماع أيضاً».

أقول: يريد اذا ادّعى على جماعة انّ واحداً منهم قد اقترض منه مالاً أو اشترى منه عيناً بثمن ونسي تعيينه هل تسمع هذه الدعوى كما تسمع لو كان المدّعي به قتلاً أو غصباً أو سرقة أو لا؟ فيه إشكال.

ينشأ ممّا ذكره.

ومن انّ الحقّ لايسقط بتقصير صاحبه عمّن هو عليه، ولأنّ الانسان في معرض النسيان، ولإمكان حصول شواغل لا من جهة تقصيره بل من عوارض خارجة توجب له الغفلة عن معاملة، وهو الأقرب عند المصنّف.

قوله رحمه الله: «أن تكون مفصّلة في نوع القتل واشتراكه أو انفراده ـ الى قوله: ـ ولولم يبيّن قيل:

---

(١) البقرة: ١٧٩.

(٢) المائدة: ٤٥.

طرحت دعواه وسقطت البيّنة بذلك، إذ لايمكن الحكم بها، وفيه نظر».

أقول: هذا القول المشار إليه هو الذي حكاه الشيخ في المبسوط حيث قال فيه: فإن ادّعى على رجل انّه قتل ولياً له ولم يقل عمداً ولا خطأً وأقام شاهداً واحداً يشهد له بما ادّعاه قال قوم: لا يكون لوثاً؛ لأنّه لو حلف مع شاهده لم يمكن الحكم له بيمينه؛ لأنّا لا نعلم صفة القتل فيستوفي موجبه فسقطت الشهادة[1].

وهذا القول مطابق لما اختاره في الكتاب المشار إليه فانّه قال: والدعوى تتحرّر بثلاثة أشياء: بأن يسئل عن القتل ونوع القتل وصفة القتل ـ الى أن قال: ـ وانّما اعتبرنا هذا التفصيل؛ لأنّه لولم يفصّل لم يمكن الحكم؛ لأنّه لايدري بماذا يحكم[2].

والمصنّف تردّد في ذلك وقال: فيه نظر، منشأه ممّا ذكره الشيخ، ومن إمكان علم الولي بصدور القتل من شخص وجهله بصفته، فلولم يشرع لهما الدعوى أدّى الى ضياع حقّه.

قوله رحمه الله: «ولو ادّعى على شخص تفرّده بالقتل ثمّ ادّعى على غيره الشركة لم تسمع الدعوى الثانية، سواء برئ الأوّل أو شركه؛ لأنّه أكذب نفسه في الثاني بالدعوى أوّلاً، فلو صدّقه المدّعى عليه ثانياً فالأقرب جواز المؤاخذة».

---

(١) المبسوط: كتاب كفّارة القتل فصل في ذكر الشهادة على الجنايات ج ٧ ص ٢٥٥.

(٢) المبسوط: كتاب القسامة ج ٧ ص ٢٣٠.

أقـول: وجه القرب ظاهر، وذلك لأنّه ادّعى عليه بحقّ وصدّقه المدّعى عليه فيه.

قوله رحمه الله: «ولا العبد، فإن صدّقه مـولاه فالأقرب القبول».

أقـول: يريد لاعبرة بإقرار العبد بالجناية، كما لا عبرة بإقرار الصغير والمجنون؛ لأنّه إقرار في حقّ الغير، فلا يسمع عليه، امّا لو صدّقه المولى فالأقرب القبول.

ووجه القرب انّ الحقّ المقرّ به انّما يتعلّق بالعبد والسيد، وقد اتفقا على صدوره من العبد فكان ماضياً.

قوله رحمه الله: «فلو شهد أحدهما بـأن قـتله غدوةً والآخر عشيةً أو شهد أحدهما انّـه قـتله بالسيف والآخر بالسكّين أو شهد بأنّه قـتله في مكان والآخر في غيره لم يقبل، وقـيل: يكـون لوثاً، ويشكل بالتكاذب».

أقـول: القول المشار إليه هو قول الشيخ رحمـه الله في المـبسوط[1] في فـصل الشهادة على الجنايات، واستشكل ذلك المصنّف رحمه الله.

ووجه الإشكال من انّ الولي اذا ادّعى ما يطابق شهادة أحد الشاهدين وعضد دعواه شهادة ذلك الشاهد فقد حصل اللـوث؛ لإطـلاق الأصـحاب انّـه يحـصل بالشاهد الواحد، وما ذكره المصنّف وهو: انّ شهادة الواحد انّما تكون لوثاً لو خلت

---

(١) المبسوط: كتاب كفّارة القتل فصل في ذكر الشهادة على الجنايات ج ٧ ص ٢٥٤.

عمّا يكذبها، وكلّ من الشاهدين يكذب صاحبه.

قوله رحمه الله: «ولو شهد أحدهما بالقتل عمداً والآخر بقتله خطأً ففي ثبوت أصل القتل إشكال».

أقول: منشأه اتفاق الشاهدين على أصل القتل يوجب الحكم به؛ لما ثبت من وجوب قبول شهادة الشاهدين بالشيء الواحد.

ومن انّ القتل العمد مغاير للقتل الخطأ، فلا تكون شهادتهما بشيء واحد.

قوله رحمه الله: «ولو شهد اثنان على زيد بأنّه قتل وآخران على عمرو بأنّه القاتل سقط القصاص وعليهما الدية نصفان، وإن كان خطأ فعلى العاقلتين للشبهة بتصادم البيّنتين، ويحتمل تخيّر الولي في تصديق أيّهما شاء كالإقرار».

أقول: وجه الاحتمال انّ الاعتبار بالبيّنة المطابقة لدعوى المدّعي، فاذا طابقت دعواه إحدى البيّنتين فقد صدق عليه انّه ادّعى حقّاً وأقام بيّنة تثبت به دعواه.

وأقول: يحتمل قوياً سقوط البيّنتين؛ لأنّهما تكاذبتا، والبيّنة انّما تُسمع اذا خلت عن المعارض، فكلّ من المشهود عليهما له بيّنة توجب دفع الدعوى عنه.

قوله رحمه الله: «ولو شهد بأنّه قتل فأقرّ آخر انّه القاتل وبرئ المشهود عليه تخيّر الولي في قتل أيّهما شاء ولا سبيل له على الآخر، وفي الرواية

المشهورة تخيّر الولي في قتل المشهود عليه فيردّ المقرّ نصف ديته وله قتل المقرّ ولا ردّ؛ لتفرّده، وله قتلهما بعد أن يردّ على المشهود عليه نصف الدية دون المقرّ، ولو أراد الدية كانت عليهما بالسوية، وفي التشريك في القصاص أو الدية إشكال».

أقول: الرواية المشار إليها هي ما رواه زرارة في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن رجل قتل فحمل الى الوالي وجاء قوم فشهدوا عليه انّه قتله عمداً فدفع الوالي القاتل الى أولياء المقتول ليقاد به فلم يريموا[1] حتى أتاهم رجل فأقرّ عند الوالي انّه قتل صاحبهم عمداً وانّ هذا الرجل الذي شهد عليه الشهود بريء من قتل صاحبهم فلا تقتلوه وخذوني بدمه، قال: فقال أبوجعفر عليه السلام: إن أراد أولياء المقتول أن يقتلوا الذي أقرّ على نفسه فليقتلوه ولا سبيل لهم على الآخر، ولا سبيل لورثة الذي أقرّ على نفسه على ورثة الذي شهد عليه، وإن أرادوا أن يقتلوا الذي شهد عليه فليقتلوه ولا سبيل لهم على الذي اقرّ، ثمّ ليؤدّي الذي أقرّ على نفسه الى أولياء الذي شهد عليه نصف الدية، قلت: أرايت إن أرادوا أن يقتلونهما جميعاً؟ قال: ذلك لهم، وعليهم أن يؤدّوا الى أولياء الذي شهد عليه نصف الدية خاصّة دون صاحبه ثمّ يقتلوهما به، قلت: فإن أرادوا أن يأخذوا الدية؟ قال: فقال: الدية بينهما نصفان؛ لأنّ أحدهما أقرّ والآخر شهد عليه، قلت: كيف جعل لأولياء الذي شهد عليه على الذي أقرّ نصف الدية حين قتل ولم يجعل لأولياء الذي أقرّ على أولياء الذي شهد عليه ولم يقرّ؟ قال: فقال: لأنّ الذي شهد عليه ليس مثل

---

(١) أي لم يبرحوا.

الذي أقرّ، الذي شهد عليه لم يقرّ ولم يبرئ صاحبه، والآخر أقرّ وأبرأ صاحبه، ولزم الذي أقرّ وأبرأ صاحبه مالم يلزم الذي شهد عليه ولم يقرّ ولم يبرئ صاحبه[١].

واعلم أنّ الشيخ رحمه الله في النهاية[٢] عمل على هذه الرواية، وتبعه ابن البرّاج[٣].

وخالف ابن ادريس في ذلك فقال: ولي في قتلهما جميعاً نظر، ثمّ اختار بعد كلام طويل التخيير[٤]، كما ذهب إليه المصنّف.

والمصنّف رحمه الله استشكل التشريك في القصاص أو الدية، ومنشأه ما ذكره ابن ادريس من انّ البيّنة والإقرار تضمّنا الانفراد، ومن ورود الرواية بذلك.

قوله رحمه الله: «وإن نكل قضى عليه مع يمين المدّعي، أو بغير يمينه على الخلاف».

أقول: يريد انّه اذا تجرّدت الدعوى عن اللوث كانت كغيرها من الدعاوىٰ تتوجّه على المنكر يمين واحدة ومع نكوله اليمين على المدّعى عليه، ويقضى له بيمينه أو بمجرّد النكول؟ على ما تقدّم ذكره في الخلاف في باب القضاء.

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١٢ البيّنات على القتل ح ١٨ ج ١٠ ص ١٧٢ ـ ١٧٣، وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به ح ١ ج ١٩ ص ١٠٨.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب البيّنات على القتل وعلى قطع الأعضاء ج ٣ ص ٣٧٥ـ٣٧٧.

(٣) المهذّب: كتاب الديات باب البيّنات على القتل والقسامة ج ٢ ص ٥٠٢.

(٤) السرائر: كتاب الديات والجنايات باب البيّنات على القتل وعلى قطع الأعضاء ج ٣ ص ٣٤٢.

قوله رحمه الله: «ولو نكلوا جميعاً فقال: ظهر لي الآن لوث معيّن بعد دعوى الجهل ففي تمكينه من القسامة إشكال».

أقول: لو ادّعى قتل المقتول على جماعة القاتل منهم واحد وانّه لا يعلمه ولم يكن له لوث فتوجّهت اليمين عليهم فنكلوا جميعاً عن اليمين، فقال الولي بعد ذلك: ظهر لي الآن لوث على واحد معيّن وأنا أُقسم عليه، ففي تمكينه من القسامة إشكال.

ينشأ من أنّ النكول عن اليمين لوث؛ لأنّه أمارة يغلب معها ظنّ الحاكم صدق المدّعي.

ومن كونه قد سبق منه الاعتراف بأنّه لايعلم خصوصية القاتل، وذلك ينافي دعوى المعيّن فلا تسمع.

قوله رحمه الله: «إبهام الشاهد المقتول كقوله: قتل أحد هذين ليس بلوث، ولو قال: قتله أحد هذين فهو لوث؛ لأنّ تعيين القاتل يعسر، ويحتمل عدم اللوث في الموضعين».

أقول: وجه هذا الاحتمال انّ الشاهد الواحد انّما يفيد ظنّ الحاكم بصدق المدّعي اذا جزم بالشهادة لمستحقّ الحقّ والمستحقّ عليه، وأحدهما منتفٍ في كلّ واحد من الصورتين؛ لأنّه كما انّ للشاهد في الصورة الأُولى قطع بالمشهود عليه شكّ في المشهود له فكذا في الثانية، فانّه كما قطع بالمشهود له شكّ في المشهود عليه فكانتا متساويتين في عدم إفادة الظنّ بصدق المدّعي ـ أعني اللوث ـ.

قوله رحمه الله: «لو ظهر اللوث في أصل القتل دون وصفه من عمد أو خطأ ففي القسامة إشكال، ينشأ من جهالة العدم من العاقلة والجاني».

أقول: ومن احتمال تعيين وليّ الدم، كما لو قال الشاهد: قتله أحد هذين، فانّ الفقهاء جعلوه لوثاً وإن كان المستحقّ عليه مجهولاً.

قوله رحمه الله: «ولو كان وقت القتل محبوساً أو مريضاً ولم يمكن كونه قاتلاً إلّا على بُعد فالأقرب سقوط اللوث».

أقول: وجه القرب من وجود الأمارة المعارضة للّوث المقتضي للشكّ عند تعارض الأمارتين.

قوله رحمه الله: «تكاذب الورثة هل يبطل اللوث؟ إشكال، ينشأ من أنّ المدعي ظهر معه الترجيح فلا يضرّ فيه تكذيب الآخر، كما لو أقام شاهداً واحداً بدَين حلف وإن أنكر الآخر الدين، ومن ضعف الظنّ بالتكذيب، والأوّل أقوى».

أقول: وجه القوّة انّ مطلق تكذيب الدعوى غير قادح؛ لوجوده في تكذيب المدّعى عليه، فانّه أيضاً مكذب للشاهد من غير أن يكون ذلك قادحاً، وانّما القادح لو كذب الشاهد مثله.

قوله رحمه الله: «ولو قال أحدهما: قتله هذا وحده، وقال الثاني: بل هذا مع آخر، فإن قلنا بعدم الإبطال مع التكاذب حلف الأوّل على الذي عينه واستحقّ نصف الدية وحلف الثاني عليهما واستحقّ كلّ واحد الربع، وإن قلنا بالإبطال حصل التكاذب في النصف، واحتمل حينئذٍ سقوط حكمه بالكلّية، وعدمه، فيحلف الأوّل على الذي عيّنه واستحقّ الربع، ويحلف الآخر عليه ويأخذ الربع، ولا يحلف على الآخر لتكذيب الآخر له».

أقول: امّا احتمال سقوط حكم اللوث بالكلّية فلوجود التكاذب؛ لأنّ قتله بالانفراد مغاير لقتله بالاشتراك، والتكاذب مسقط للّوث؛ لأنّ التفريع هنا على تقدير كون تكاذب الورثة مسقط اللوث.

وأمّا احتمال عدم سقوطه بالكلّية بل يكون لوثاً في النصف فلعدم التكاذب فيه، فانّ مدّعي الإنفراد يدّعي الجميع فيدخل فيه النصف، ومدّعي الاشتراك مدّعي النصف، فالتكاذب انّما حصل فيما زاد على النصف، فسقط اعتباره فيه دون ما اتفقا عليه.

قوله رحمه الله: «وهل يشترط توالي الأيمان في مجلس واحد؟ الأقرب عدمه».

أقول: وجه القرب من انّها أيمان متعدّدة فلا يشترط تواليها، ولأنّ الأصل عدم الاشتراط.

قوله رحمه الله: «وفي الاكتفاء بقسامة قوم المدّعي عن قسامته أو بقسامة قوم المنكر إشكال».

أقول: وجه الإشكال أنّ الأصل في اليمين أن لا يحلف الانسان لإثبات حقّ لغيره ولا إسقاط حقّ عن غيره، فلو لم يحلف المدّعي مع قومه لكان قد ثبت حقّه لمجرّد يمين غيره، وكذا لو لم يحلف المنكر وحلف عنه قومه لكان قد سقط عنه الدعوى بمجرّد يمين الغير، وهو خلاف المعهود من الشرع.

ومن كون هذا الشرط غير معتبر في القسامة، فإنّ يمين قوم كلّ منهما إنّما هي لإثبات حقّ الغير وإسقاط حقّ عن الآخر، واذا لم يكن هذا الشرط معتبراً في القسامة ففي الاعتبار بحصول الخمسين منه ومن قومه من غير اعتبار خصوصية الحالف، وهو حاصل هنا فكان كافياً.

قوله رحمه الله: «فإن امتنع ولم يكن له من يقسّم ألزم الدعوى، وقيل: له ردّ اليمين على المدّعي».

أقول: القول المشار إليه هو قول الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: فإن كانت اليمين في جنبة المدعي ابتداءً، مثل أن ادّعى قتلاً ومعه لوث ـ الى أن قال بعد كلام طويل: ـ وقال آخرون ـ وهو الصحيح عندنا ـ: انّها تردّ عليه[1].

قوله رحمه الله: «وفي عدد القسامة الخطأ وعمد الخطأ قولان، أقربهما مساواتها للعمد، وقيل: خمس وعشرون يميناً، وهو مشهور».

---

(١) المبسوط: كتاب القسامة ج ٧ ص ٢٢٨ ـ ٢٢٩.

أقول: اختلف أصحابنا في عدد القسامة فيما عدا القتل عمداً ـ وهو الخطأ وشبيه الخطأ ـ على قولين:

أحدهما: مساواته لعددها في العمد وهو خمسون يميناً، وهو قول المفيد[١]، وسلّار[٢]، وابن ادريس[٣]، وظاهر كلام ابن الجنيد[٤]، واختاره المصنّف في هذا الكتاب.

والآخر: انّه خمسة وعشرون يميناً، كما حكاه المصنّف في الكتاب، وهو قول الشيخ في النهاية[٥]، و المبسوط[٦]، و الخلاف[٧]، و ابن البرّاج[٨]، و ابن حمزة[٩]، واختاره المصنّف في المختلف[١٠].

ووجه قرب الأوّل انّه أحوط، ولأنّ متعلّقهما أغلظ؛ لكونه عوضاً عن النفس.

قوله رحمه الله: «ويثبت القسامة في الأعضاء

---

(١) المقنعة: كتاب القضاء والشهادات... باب البيّنات على القتل ص ٧٣٦.

(٢) المراسم: ذكر أحكام البيّنات ص ٢٣٢.

(٣) السرائر: كتاب الديات والجنايات باب البيّنات على القتل وعلى قطع الأعضاء ج ٣ ص ٣٣٨.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات الفصل الثاني فيما يثبت به القتل ص ٧٨٩ س ١.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب البيّنات على القتل وعلى قطع الأعضاء ج ٣ ص ٣٧٢.

(٦) المبسوط: كتاب القسامة ج ٧ ص ٢١١.

(٧) الخلاف: كتاب القسامة المسألة ٤ ج ٣ ص ١٥٣.

(٨) المهذّب: كتاب الديات باب البيّنات على القتل والقسامة ج ٢ ص ٥٠٠.

(٩) الوسيلة: فصل في بيان أحكام الشهادة على الجنايات والقسامة ص ٤٦٠.

(١٠) مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات الفصل الثاني فيما يثبت به القتل ص ٧٨٩ س ١.

كثبوتها في النفس، لكن إن كان في العضو دية النفس ـ كالذكر والأنف ـ فالقسامة خمسون، وقيل: ستة أيمان، وإن كان أقلّ فبحساب النسبة من الخمسين أو من ستة على رأي».

أقول: القول المشار إليه بأنّه ستة أيمان قول الشيخ في النهاية[١]، والخلاف[٢]، والمبسوط[٣]، وتبعه ابن البرّاج[٤]، وابن حمزة[٥]. وما ذكره المصنّف في الكتاب من انّه خمسون يميناً هو مذهب سلّار[٦]، وابن ادريس، ونقله عن المفيد[٧]، واختاره المصنّف في المختلف[٨].

قوله رحمه الله: «والأقرب انّه لايجب أن يقول في اليمين: إنّ النيّة نيّة المدّعي».

أقول: وجه القرب انّ الحكم بوجوب ذلك على الحالف حكم شرعي يتوقّف على دليل شرعي ولم يثبت، ولأصالة البراءة.

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب البيّنات ج ٣ ص ٣٧٣.

(٢) الخلاف: كتاب القسامة المسألة ١٢ ج ٣ ص ١٥٥ ـ ١٥٦ طبعة اسماعيليان.

(٣) المبسوط: كتاب القسامة ج ٧ ص ٢٢٣.

(٤) المهذّب: كتاب الديات باب البيّنات ج ٢ ص ٥٠١.

(٥) الوسيلة: كتاب الجنايات فصل في بيان أحكام الشهادة... ص ٤٦٠.

(٦) المراسم: ذكر أحكام البيّنات ص ٢٣٢.

(٧) السرائر: كتاب الديات والجنايات باب البيّنات على القتل وعلى قطع الأعضاء ج ٣ ص ٣٤٠ـ٣٤١.

(٨) مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات الفصل الثاني فيما يثبت به القتل ص ٧٨٩ س ١٤ والذي اختاره هو قول الشيخ.

قوله رحمه الله: «ولو أقام المولى شاهداً بقتل الخطأ أو قتل الحرّ ففي الاكتفاء باليمين الواحدة أو وجوب الخمسين إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّ العبد انسان مملوك للغير، فيحتمل أن يكون اليمين فيه يميناً واحدة اعتباراً بالمالية.

ويحتمل الخمسون؛ لأنّه انسان يتناوله قوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمّداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها﴾[1] كما يتناول الأحرار، بخلاف الدابة التي هي ملك محض فيكون طريق الثبوت فيها هو الطريق في الأحرار، وهي مع اللوث القسامة خمسون يميناً على ما اختاره المصنّف.

قوله رحمه الله: «ولو أوصى بقيمة المقتول حلف الوارث القسامة، فإن امتنع ففي إحلاف الموصى له إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّ المدّعى به لو ثبت لكان للموصى له، فجاز أن يحلف عليه.

ومن حيث إنّه انّما يكون وصية لو دخل في ملك الموصي، فلو حلف الموصى له كان قد أثبت حقّاً لغيره بيمينه، وهو غيرجائز. وهذا الاحتمال الأخير هو الذي قوّاه الشيخ في المبسوط[2].

---

(١) النساء: ٩٣.

(٢) المبسوط: كتاب القسامة ج ٧ ص ٢١٨.

قوله رحمه الله: «والأقرب المنع من قسامة الكافر على المسلم».

أقول: قال الشيخ في المبسوط: اذا كان المقتول مسلماً والمدّعى عليه مشركاً أقسم وليّ المسلم على ذلك واستحقّ بلا خلاف فيه؛ لأنّ قضية الأنصار فيه كانت مع اليهود، وإن كانت بالضدّ وكان المقتول مشركاً والمدّعى عليه القتل مسلماً قال قوم مثل ذلك: يقسّم وليّه ويثبت القتل على المسلم، وقال قوم: لا قسامة لمشرك على مسلم. والأوّل أقوى عندنا؛ لعموم الأخبار، غير انّه لايثبت به القود، وانّما يثبت به المال[1].

والأقرب عند المصنّف انّه لا قسامة؛ لأنّه سبيل للكافر على المسلم، وهو منفيّ بقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾[2].

قوله رحمه الله: «ولو ارتدّ الولي منع القسامة، فإن خالف وقعت موقعها؛ لأنّه نوع اكتساب، وهو ممنوع منه في مدّة الإمهال وهي ثلاثة أيام، وكما يصحّ يمين الذمّي في حقّه على المسلم فكذا هنا، فاذا رجع الى الاسلام استوفى بما حلفه في الردّة. ويشكل بمنع الارتداد من الإرث، وانّما يحلف الولي وقد خرج عن الولاية».

---

(١) المبسوط: كتاب القسامة ج ٧ ص ٢١٦.

(٢) النساء: ١٤١.

أقول: هذا قول الشيخ رحمه الله في المبسوط[١] إلّا قوله: «وكما يصحّ يمين الذمّي في حقّه على المسلم فكذا هنا» والمصنّف رحمه الله استشكل ذلك؛ لما ذكره من انّ الكفر مانع للإرث، وقد خرج بكفره عن الولاية، فلم يكن له أن يقسم.

قوله رحمه الله: «ولو استوفى بالقسامة فقال آخر: أنا قتلته منفرداً قيل: يتخيّر الولي، والأقرب المنع؛ لأنّه إنّما يقسّم مع العلم فهو مكذب الإقرار».

أقول: القول المشار إليه بأنّه يتخيّر هو قول الشيخ في الخلاف[٢]، ومنعه في المبسوط[٣]، وهو الأقرب عند المصنّف؛ لما ذكره في الكتاب.

قوله رحمه الله: «وقيل: يحبس المتهم في الدم مع التماس خصمه حتى يحضر البيّنة».

أقول: القول المشار إليه بأنّه يحبس في تهمة الدم هو قول الشيخ في النهاية[٤]، وابن البرّاج[٥]، وابن حمزة[٦]. إلّا أنّ الشيخ وابن البرّاج قدّرا مدّة حبسه بستة أيام، وقدّره ابن حمزة بثلاثة أيام. ومنع ابن ادريس[٧] من حبسه بمجرّد التهمة.

---

(١) المبسوط: كتاب القسامة ج ٧ ص ٢٢٠.

(٢) الخلاف: كتاب القسامة المسألة ١٦ ج ٣ ص ١٥٧ طبعة اسماعيليان.

(٣) المبسوط: كتاب القسامة ج ٧ ص ٢٤٣.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب البيّنات... ج ٣ ص ٣٧٨ ـ ٣٧٩.

(٥) المهذّب: كتاب الديات باب البيّنات ج ٢ ص ٥٠٣.

(٦) الوسيلة: كتاب أحكام القتل فصل في بيان الشهادة ص ٤٦١.

(٧) السرائر: كتاب الديات باب البيّنات ج ٣ ص ٣٤٣.

قوله رحمه الله: «واذا اختلفت سهام الوارث احتمل تساويهم في تقسيط الخمسين عليهم وتكميل المنكسر والتقسيط بالحصص فيحلف الذكر ضعف الأُنثى، فإن جامعها خنثى احتمل مساواته للذكر وإن أخذ أقلّ احتياطاً، وإن يحلف الثلث».

أقول: امّا احتمال وجوب الخمسين عليهم بالسوية فلأنّ كلّ واحد من الذكر والأُنثى مدِّع أو منكر، ولا مدخل لوصفي الذكورة والأُنوثة في الأيمان. وامّا احتمال التقسيط فمن حيث إنّ القسامة ليست على حدّ باقي الأيمان، وتعدّد السبب باختلاف المدّعى به، ولهذا كانت اليمين فيما فيه أقلّ من دية النفس بحسابه من الدية.

ثمّ انّ المصنّف رحمه الله فرّع على احتمال التقسيط فرعين، أوّلهما: لو كان المقسِم ذكراً أو أُنثى حلف الذكر ضعف الأُنثى ويكمل المنكسر به، فهاهنا يحلف الذكر أربعة وثلاثين يميناً والأُنثى سبع عشرة يميناً؛ لأنّ اليمين لا يتبعّض، فيكون المجموع أحد وخمسين يميناً. الثاني: لو كان معهما خنثى احتمل في الخنثى وجهان:

أحدهما: أن يحلف مثل الذكر احتياطاً؛ لأنّه يمكن أن يكون ذكراً، فلا يتيقّن ثبوت دعواه إلّا اذا حلف يمين الذكر، وحينئذٍ يحلفون خمسين يميناً الذكر عشرون والخنثى عشرون والأُنثى عشرة ولا كسر.

ويحتمل أن يحلف الثلث؛ لأنّ عليه نصف ما على الرجل ونصف ما على المرأة، ونسبة النصف الى المجموع نسبة الثلث، فعلى هذا يحلف الخنثى سبع عشرة يميناً؛ لأنّ عليه ثلث الخمسين وثلثها ستة عشر وثلثان واليمين لا يتبعّض، فيكمل المنكسر

بأُخرى، ويحلف الذكر ثلاثاً وعشرين يميناً؛ لأنّ عليه من الخمسين أربعة أتساعها ـ وهو اثنان وعشرون وتسعان ـ فيكمل أُخرى، وتحلف الأُنثى اثني عشرة يميناً، لأنّ عليها نصف أيمان الذكر ينكسر فيكمل بأُخرى.

قوله رحمه الله: «القتيل إن كان واحداً استحقّ الاستيفاء جميع الورثة ـ وهم كلّ من يرث المال ـ عدا الزوج والزوجة فانّهما لا يستحقّان قصاصاً، بل إن أخذت الدية صلحاً في العمد أو أصلاً في الخطأ وشبهه ورثا نصيبهما منها، وإلّا فلاحظ لهما في استيفاء القصاص ولا عفوه، وقيل: لا يرث القصاص إلّا العصبة، فلا يرث من يتقرّب بالأُم ولا النساء عفو ولا قود، والأوّل أقرب».

أقول: اختلف أصحابنا في وارث القصاص على قولين:

أحدهما: ما اختاره المصنّف في هذا الكتاب وهو: انّه كلّ وارثٍ للمال عدا الزوج والزوجة، وهو مذهب الشيخ في المبسوط[1]، وابن ادريس[2].

والآخر: انّه العصبة، وانّه ليس للنساء عفو ولا قود، وهو قول الشيخ في الاستبصار[3]، وإليه أشار المصنّف بقوله: «وقيل».

---

(١) المبسوط: كتاب الجراح ج ٧ ص ٥٤.

(٢) السرائر: كتاب الديات فصل في أقسام القتل ج ٣ ص ٣٢٨.

(٣) الاستبصار: ب ١٥٣ انّه ليس للنساء... ذيل الحديث ٤ ج ٤ ص ٢٦٣.

قوله رحمه الله: «واذا كان الولي واحداً جاز أن يستوفي من غير إذن الامام على رأي، والأقرب التوقّف على إذنه خصوصاً الطرف».

أقول: القولان للشيخ بالجواز من غير توقّف على إذن الامام هو مذهبه في المبسوط[١] في موضع منه. وفي موضع آخر منه وفي الخلاف: انّه يتوقّف على إذن الامام، لكنّه أوجب على غير من بادر من غير إذن التعزير[٢]. وفي الخلاف: ليس عليه تعزيز[٣].

والأقرب عند المصنّف في هذا الكتاب التوقّف على إذن الامام خصوصاً في الطرف؛ لما استدلّ به الشيخ في المبسوط: بأنّه من فروض الامام، وحذراً من التخطّي في الطرف الى غير المستحقّ. واختار في المختلف عدم التوقّف على الإذن[٤]؛ لعموم قوله تعالى: ﴿فقد جعلنا لوليه سلطاناً﴾[٥].

قوله رحمه الله: «ولو كان منهم من لايحسنه كالنساء فالأقرب كتبة اسمه، بحيث لو خرج فوّض الى من شاء».

أقول: يريد لو كان في مستحقّي القصاص من لايحسن مباشرة استيفائه

---

(١) المبسوط: كتاب الجراح ج ٧ ص ٥٦.

(٢) المبسوط: كتاب الجراح ج ٧ ص ١٠٠.

(٣) الخلاف: كتاب الجنايات المسألة ٨٠ ج ٣ ص ١١٣ طبعة اسماعيليان.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القصاص الفصل السابع في اللواحق ص ٨٢٤ س ١٨.

(٥) الإسراء: ٣٣.

كالمرأة عند من جعل للنساء حقّاً في القصاص فالأقرب انّها تدخل في القرعة بين المستحقّين؛ لاستيفائه، بحيث لو خرج اسمها كان لها أن تفوّض مباشرته الى من شاءت.

ووجه القرب ظاهر؛ لأنّ مستحقّ القصاص مخيّر بين استيفائه مباشرة أو توكيلاً، وعجزه عن أحدهما لايقتضي سقوط حقّه من الآخر.

قوله رحمه الله: «وقيل: يجوز لكلّ منهم المبادرة ولا يتوقّف على إذن الآخر، لكن يضمن حصص من لم يأذن».

أقول: القول المشار إليه هو قول الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: واذا ورثه ورثة وكانوا أهل رشد لا يولّى عليهم فليس لبعضهم أن يستوفيه بغير إذن شريكه، فإن كان شريكه حاضراً فمتى يستأذنه، وإن كان غائباً فحتى يحضر الغائب، ولا خلاف في هذين الفصلين عندهم، وعندنا له أن يستوفيه بشرط أن يضمن للباقين ما يخصّهم من الدية[1].

وكذا قال في الخلاف حيث قال فيه: مسألة: اذا كان أولياء المقتول جماعة لا يولّى على مثلهم جاز لواحد منهم أن يستوفي القصاص وإن لم يحضر شركاؤه، سواء كانوا في البلد أو كانوا غائبين، بشرط أن يضمن لمن لم يحضر نصيبه من الدية[2].

قوله رحمه الله: «ولو كان فيهم صغير أو غائب

---

(١) المبسوط: كتاب الجراح ج ٧ ص ٥٤.

(٢) الخلاف: كتاب الجنايات المسألة ٤٢ ج ٣ ص ١٠٢ طبعة اسماعيليان.

أو مجنون قيل: كان للحاضر الاستيفاء وكذا للكبير والعاقل، لكن بشرط أن يضمن نصيب الغائب والصبي والمجنون من الدية، ويحتمل حبس القاتل الى أن يقدم الغائب، ويبلغ الصغير ويفيق المجنون».

أقول: القول المشار إليه هو قول الشيخ في الكتابين[1] امّا المصنّف فقال: يحتمل حبس القاتل... الى آخره؛ لأنّ القتل غير مختصّ بالحاضر والكبير والعاقل، والقتل لايتبعّض، فوجب تأخيره الى زوال أعداد الشركاء، حذراً من تضييع حقوق باقي الشركاء، فيحبسه الحاكم لحفظ حقّ المولى عليهم والغائب، إذ على الحاكم أن يتولّى حفظ حقوقهم، وحفظه هنا بحبس المستحقّ عليه.

قوله رحمه الله: «ولو كان المستحقّ للقصاص صغيراً أو مجنوناً وله أب أو جدّ قيل: ليس لأحد الاستيفاء حتى يبلغ الصغير أو يفيق المجنون، سواء كان في النفس أو الطرف، ويحبس القاتل حتى يبلغ أو يفيق؛ لأنّه تفويت، بمعنى انّه لايمكن تلافيه، وكلّ تصرّف هذا شأنه لايملكه الولي ـ كالعفو عن القصاص والطلاق والعتق ـ ولو قيل للولي الاستيفاء كان وجهاً».

---

(١) المبسوط: كتاب الجراح ج ٧ ص ٥٤، الخلاف: كتاب الجنايات المسألة ٤٣ ج ٣ ص ١٠٢ طبعة اسماعيليان.

أقـول: القول المشار إليه هو قول الشيخ في كتابيَ المبسوط والخلاف، فقال في المبسوط: فإن كان الوارث واحداً يولى عليه مجنون أو صغير وله أب أو جدّ، مثل أن قتلت أُمّه وقد طلّقها أبوه فالقود له وحده، وليس لأبيه أن يستوفيه، بل يصبر حتى اذا بلغ كان ذلك إليه، سواء كان القصاص طرفاً أو نفساً، وسواء كان الولي أباً أو جدّاً أو الوصي الباب واحد، وفيه خلاف، واذا ثبت أنّه ليس للـوالد أن يـقتصّ لولده الطفل أو المتولّي فانّ القاتل يحبس حتى يبلغ الصبي أو يفيق المجنون؛ لأنّ في الحبس منفعتهما معاً[1]. ومثله في الخلاف[2]، إلّا انّه لم يتعرّض بحبسه.

والمصنّف كأنّه استضعف هذا القول فقال: لو قيل بأنّه للولي الاستيفاء كان وجهاً، وانّما قال ذلك لأنّه قام مقامه ووالٍ عليه، يثبت له ما يثبت للمولّى عليه، تحقيقاً لمعنى الولاية.

قوله رحمه الله: «ولو بدر منهم واحد فقتله من غير إذن الباقين عزّر، وهل يستحقّ القصاص؟ إشكال، ينشأ من انّ له نصيباً في نفسه، ومن انّه تعمّد قتل من يكافيه ظلماً مع العـلم بـالتحريم، والأوّل أقرب».

أقـول: وجه القرب انّ في أصل المسألة خلافاً، فانّ الشيخ[3] رحمه الله جوّز لبعضهم القتل مع ردّ ما يخصّ الباقين من الدية على ما تقدّم، فأقلّ مراتبه أن يكون شبهة فيسقط القصاص.

---

(١) المبسوط: كتاب الجراح ج ٧ ص ٥٤ ـ ٥٥.

(٢) الخلاف: كتاب الجنايات المسألة ٤٣ ج ٣ ص ١٠٢ طبعة اسماعيليان.

(٣) المبسوط: كتاب الجراح ج ٧ ص ٥٤.

قوله رحمه الله: «وهل للولي الآخر مطالبة تركة القاتل أو مطالبة المستوفي أو يتخيّر؟ الأقرب الأخير».

أقول: لأنّ كلّ واحد منهما متعدٍّ، أمّا الأوّل فظاهر؛ لأنّه قاتل مورّثه، وقد فات محلّ القصاص فيرجع على تركته بنصيبه من الدية. وأمّا الآخر فانّه أتلف حقّه فكان ضامناً لعوضه.

قوله رحمه الله: «القتل اذا تعدّد استحقّ القصاص بسبب كلّ مقتول، فلو عفا بعض المستحقّين كان للباقي القصاص، فإن اجتمعوا على المطالبة فقتلوه استوفوا حقوقهم، فهل لبعضهم المطالبة بالدية وللباقين القصاص إشكال».

أقول: وجه الإشكال من انّه أتلف على كلّ واحد منهم نفساً كاملة غير متعلّقة بباقي النفوس المتلفة، وانّما يملك بدلاً واحداً، فكان كمن لم يقتصّ الدية؛ لتعدّد المبدل عنه، ولئلّا يطل دم المسلم.

ومن قوله صلّى الله عليه وآله: لايجني الجاني على أكثر من نفسه[1].

قوله رحمه الله: «وفي وجوب قتله بواحد امّا بسابق أو بالقرعة أو مجّاناً وأخذ الديات للباقين إشكال أيضاً».

---

(١) عوالي اللآلي: باب القصاص ح ٢٥ ج ٣ ص ٥٨٣.

أقـول: الإشكال في هذه المسألة في موضعين، أحدهما: هل يقتصّ منه لواحد أو تؤخذ الدية للباقين أم لا؟ فيه الإشكال المتقدّم وقد مرّ توجيهه، والآخر: انّه على تقدير أن يقتل بواحد وتؤخذ الدية لمن عداه هل يختصّ بالسابق أو يقرع بين الجميع وقتل من تخرجه القرعة أو يكون لكلّ منهم المبادرة الى قتله، فمن قتله استوفى وأخذ الباقون الدية؟ فيه إشكال.

منشأه احتمال تقديم السابق؛ لأنّه استحقّ القصاص منفرداً من غير معارض قبل تعلّق حقوق الباقين.

ومن احتمال القرعة؛ لأنّ السبب المقتضي لاستحقاق القصاص ـ هو قتل النفس الكافئة عمداً عدواناً ـ موجود بالنسبة الى كلّ واحد فتعيّن القرعة

ومن احتمال جواز مبادرة كلّ واحد منهم الى قتله مجّاناً؛ لأنّ كلّ واحد منهم مستحقّ لإزهاق نفسه؛ لوجود سبب الاستحقاق بالنسبة الى كلّ واحد منهم فكان له ذلك، إذ لاتعلّق لاستحقاق أحدهم بغيره.

قوله رحمه الله: «ولو بدر واحد فقتله استوفى حقّه وكان للباقين المطالبة بالدية على إشكال، ينشأ من فوات الاستحقاق؛ لفوات المحل».

أقـول: ومن انّ تعذر استيفاء الحقّ لايوجب سقوطه بل يقتضي الانتقال عنه الى عوضه، ولقوله صلّى الله عليه وآله: لايطل دم امرئ مسلم[1]. والأوّل من الوجهين هو اختيار الشيخ في المبسوط[2].

---

(١) دعائم الاسلام: كتاب الديات فصل في ذكر القسامة ح ١٤٨٧ ج ٢ ص ٤٢٩.

(٢) المبسوط: كتاب الجراح ج ٧ ص ٥٤.

قوله رحمه الله: «ولو قتله أجنبي خطأً كان للجميع الدية عليه بالسوية، وأخذ وليّ كلّ واحد منهم من تركته كمال حقّه على إشكال».

أقول: هذا الإشكال مبنيّ على انّه اذا قتل هل يسقط حقوق الباقين أم لا؟ وقد تقدّم ذكره.

قوله رحمه الله: «ولو ادّعت الحبل ثبت بشهادة أربعة من القوابل، ولولم يوجد شهود فالأولى الاحتياط بالصبر الى أن يعلم حالها».

أقول: لو كان للقاتل امرأة فأُريد القصاص منها فادّعت كونها حاملاً ولم يكن لها شهود بالحمل من القوابل الأربع فالأولى تأخير القصاص الى أن يتحقّق خلوّها من الحمل ويقتصّ منها حينئذٍ؛ لأنّه أحوط، إذ قد يمكن صدقها ويكون قد أتلف حملاً ظلماً، وهو غير جائز، فلا يمكنه الحاكم من ذلك.

قوله رحمه الله: «ولو عفا المقطوع فقتله القاطع اقتصّ الولي في النفس بعد ردّ دية اليد على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من سقوط حقّ القصاص في اليد بالعفو، فليس له أن يأخذ كاملاً بناقص.

ومن انّ قصاص الطرف يدخل في قصاص النفس، وهذا الاحتمال الأخير هو مذهب الشيخ في المبسوط[1].

---

(١) المبسوط: كتاب الجراح فصل في صفة قتل العمد وجراح العمد ج ٧ ص ٢٨.

قوله رحمه الله: «وكذا لو قتل من قطعت يده بعد أن يردّ عليه دية اليد إن كان المجنى عليه أخذ ديتها أو قطعت في قصاص على إشكال».

أقول: يعني وكذا يقتل من قتل مقطوع اليد بعد أن يردّ مقطوع اليد على الكامل دية اليد إن كان قد أخذ المقطوع دية اليد من الجاني عليه أو قطعت قصاصاً على إشكال.

منشأه من انّ قصاص النفس لايتبعّض، فلوليّ المقتول نفس كاملة.

ومن انّ الكامل لايؤخذ بالناقص من غير جبر النقص بالردّ.

قوله رحمه الله: «ولو ضرب وليّ الدم الجاني قصاصاً وتركه بظنّ القتل فعالج نفسه وبرئ لم يكن للولي القصاص بالنفس حتى يقتصّ منه بالجراحة، على رواية ضعيفة، والوجه انّ له قتله ولا قصاص عليه اذا ضربه بما له الاقتصاص منه، كما لو ظنّ بأنّه عتقه ثمّ ظهر خلافه فله قتله ولا يقتصّ من الولي».

أقول: الرواية الضعيفة المشار إليها هي ما رواه الشيخ في التهذيب عن علي ابن مهزيار عن ابراهيم بن عبدالله عن أبان بن عثمان عمّن أخبره عن أحدهما قال: أُتي عمر بن الخطاب برجل قتل أخا رجل، فدفعه إليه وأمره بقتله، فضربه الرجل حتى رأى انّه قد قتله، فحمل الى منزله فوجدوا به رمقاً فعالجوه حتى برئ فلمّا خرج أخذه أخ المقتول فقال له: أنت قاتل أخي ولي أن أقتلك، فقال له: قد قتلتني

مرة، فانطلق به الى عمر فأمر بقتله، فخرج وهو يقول: يا أيها الناس قد والله قتلني، فرّوا به الى أميرالمؤمنين فأخبره خبره، فقال: لاتعجل عليه حتى أخرج إليك، فدخل على عمر فقال: ليس الحكم فيه هكذا، فقال: ما هو يا أبا الحسن؟ فقال: يقتصّ هذا من أخ المقتول الأوّل ما صنع به، ثمّ يقتله بأخيه، فنظر انّه إن اقتصّ منه أتى على نفسه، فعفا عنه وتتاركا[1].

ووجه ضعف الرواية كونها مرسلة، وكون أبان ضعيفاً؛ لأنّ المصنّف رحمه الله قال في الخلاصة: أبان بن عثمان الأحمر، قال الكشي رحمه الله: قال محمّد بن مسعود: حدثني علي بن الحسن قال: كان أبان بن عثمان من الناووسية، وكان مولى لبجيلة، وكان يسكن الكوفة. ثمّ قال أبو عمرو الكشي: إنّ العصابة أجمعوا على تصحيح ما يصحّ عن أبان بن عثمان والإقرار له بالفقه[2].

والأقرب عند المصنّف التفصيل وهو: انّه إن كان قد ضربه بما له ضربة كان له قتله من غير قصاص عليه في الجراح؛ لأنّه استحقّ إزهاق نفسه، والذي فعله من الجراح مباح؛ لأنّ التقدير انّه جرحه بما له فعله، كما لو ضرب عنقه فظن انّه مات، والمباح لايوجب القصاص.

قوله رحمه الله: «ولو قطع يهودي يد مسلم فاقتصّ المسلم ثمّ سرت جراحة المسلم فللولي قتل الذمّي، ولو طالب بالدية كان له دية المسلم

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢٤ القصاص ح ١٣ ج ١٠ ص ٢٧٨، وسائل الشيعة: ب ٦١ من أبواب القصاص في النفس ح ١ ج ١٩ ص ٩٤.

(٢) رجال العلّامة: الباب الثامن رقم ٣ ص ٢١ ـ ٢٢.

إلّا دية يد الذمّي على إشكال. وكذا الإشكال لو قطعت امرأة يده فاقتصّ ثمّ سرت جراحته فللولي القصاص، فلو طالب بالدية فله ثلاثة أرباعها، ولو قطعت يديه ورجليه فاقتصّ ثمّ سرت جراحاته فلوليّه القصاص في النفس دون الدية؛ لأنّه استوفى ما يقوم مقامها، وفيه إشكال، من حيث إنّ المستوفي وقع قصاصاً، وللنفس دية بانفرادها».

أقول: قد ذكر المصنّف وجه الإشكال في المسألة الأخيرة وهو بعينه وجه الإشكال في المسألتين السابقتين، إلّا انّه في الأخيرة قد استوفى جميع ما يقوم مقامها، وفي الأوليين استوفى البعض.

واعلم انّ الشيخ أبا جعفر رحمه الله تعالى ذكر المسائل الثلاث في المبسوط، ونقل عن بعض الفقهاء كما ذكره المصنّف في الأُوليين وهو: انّه اذا طلب الولي الدية كان له دية المسلم لا دية اليد الناقصة ـ أعني دية يد ذمّي أو دية يد امرأة ـ وفي الأخيرة اذا طلب الولي الدية لم يكن له شيء؛ لأنّه استوفى ما يقوم مقامها ونقل عن بعضهم انّ للولي في الأُوليين اذا طلب الدية كان له أخذ الدية؛ لأنّه أخذ ما يقوم مقامه دية يد مسلم فبقي له نصف الدية. وقوّى القول الأوّل[1].

قوله رحمه الله: «ولو كانت يد المقطوع كاملة ويد القاطع ناقصة اصبعاً فللمقطوع القصاص،

---

(١) المبسوط: كتاب الجراح فصل في صفة قتل العمد وجراح العمد ج ٧ ص ٦٢ ـ ٦٥.

وفي أخذ دية الإصبع الفائتة قولان، أحدهما: ذلك مطلقاً، والثاني: إن كان أخذ ديتها».

أقول: القولان المشار إليهما للشيخ، فالأوّل منها قوله في الخلاف[١]، والثاني في المبسوط[٢].

قوله رحمه الله: «ولو قطع يميناً فبذل شمالاً فقطعها المجنى عليه جاهلاً قيل: سقط القصاص، ويحتمل بقاؤه فيقطع اليمنى بعد الاندمال حذراً من توالي القطعين».

أقول: هذا القول إشارة الى ما ذكره الشيخ في المبسوط فانّه قال: اذا وجب القصاص في يمين رجل فقال المجنى عليه: أخرج يمينك أقتصّها فأخرج يساره فقطعها المجنى عليه فهل عليه القود والضمان بقطع يساره نظرت ـ الى قوله: ـ والذي يقتضيه مذهبنا انّه يسقط عنه القود؛ لأنّا قد بيّنا فيما تقدّم انّ اليسار تنقطع باليمين اذا لم يكن يمين، ثمّ قال: وما ذكروه قوي[٣]. يعني به عدم سقوط القود، كما كان حكاه عن المخالفين.

والمصنّف قال: ويحتمل بقاء استحقاق القصاص في اليمين؛ لأنّه استحقّ قطع اليمين، واليسرى انّما قطعها لغرور المجنى عليه عالماً، فكان الباذل متلفاً ليسراه، فلا يسقط به حقّ المجنى عليه.

---

(١) الخلاف: كتاب الجنايات المسألة ٦٠ ج ٣ ص ١٠٨ طبعة اسماعيليان.

(٢) المبسوط: كتاب الجراح فصل في القصاص والشجاج وغير ذلك ج ٧ ص ٧٩.

(٣) المبسوط: كتاب الجراح فصل في القصاص والشجاج وغير ذلك ج ٧ ص ١٠٠ ـ ١٠١.

قوله رحمه الله: «ولو قطعها المجنى عليه عالماً بأنّها اليسرى قيل: سقط القطع؛ لأنّه ببذلها للقطع كان مبيحاً فصار شبهة».

أقول: القول المشار إليه أيضاً للشيخ[1] رحمه الله.

قوله رحمه الله: «ولو اتفقا على بذلها بدلاً لم تصر بدلاً، وعلى القاطع الدية، وله قصاص اليمين على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّه رضي بقطع اليسار عن اليمين، فتضمّن ذلك العفو عن القصاص في اليمين.

ومن حيث إنّ المعاوضة فاسدة، والفاسد لايترتّب عليه أثر.

قوله رحمه الله: «وكذا لو قطع اصبعاً من الست لم يكن عليه قصاص، وما الذي يجب عليه يحتمل دية الزائدة؛ لأصالة البراءة، ونصف الديتين، وسدس دية الكفّ، وسدس دية الزائدة؛ لأنّ الكفّ لو قطعت ضمنت بدية يده ودية إصبع زائدة، فعند الاشتباه قسّطت الدية ودية الزائدة على الجميع».

أقول: يريد وكذا لو كان له ست أصابع منها زائدة غير متميّزة عن

---

(١) المبسوط: كتاب الجراح ج ٧ ص ١٠١.

الأصليات بل الست متماثلة فقطع واحد منها إصبعاً ما الذي يجب على القاطع؟ ذكر المصنّف فيها ثلاثة أوجه:

أحدها: دية إصبع[١] زائدة ـ يعني ثلث دية الأصلية ـ لأنّ دية الزائدة متيقّن، ومازاد عليه مشكوك فيه، فلا يلزم الجاني الزيادة، عملاً بأصالة براءة الذمّة.

الثاني: نصف الديتين؛ لأنّ المقطوعة يحتمل أن تكون زائدة، ويحتمل أن تكون أصلية، والاحتمالان متساويان، فكان له نصف الديتين، كما لو قتل جنيناً ولجته الروح ولا يعلم كونه ذكراً ولا أُنثى فانّه يلزمه نصف الديتين؛ لأنّ توريث الخنثى نصف النصيبين لما كانت مستندة احتمال كونه ذكراً أو[٢] كونه أُنثى.

الثالث: سدس دية الكفّ وسدس دية الزائدة كما ذكره المصنّف، مع انّه لو قطع الكفّ مع الأصابع الست لزمه دية الكفّ ودية الزائدة قطعاً، وذلك خمسمائة دينار وثلاثة وثلاثون ديناراً وثلث الدينار، فمع قطع الواحدة مفردة قسّط ذلك على ستة؛ لأنّ الإصبع واحدة من ستة.

لا يقال: انّما يكون له السدس من دية مجموع الكفّ والأصابع لو كانت الإصبع سدساً من المجموع، وانّما هي سدس الأصابع لا غير.

لأنّا نقول: دية الكفّ مع الأصابع هي مساوية لدية مجموع الأصابع، فانّ القاطع لو قطع الأصابع الست من دون الكفّ لكان عليه مثل ذلك ـ وهو خمسمائة دينار عن الأصابع الخمس الأصلية ـ ودية الزائدة وهو ثلث دية الأصلية ـ وهو ثلاثة وثلاثون ديناراً وثلث دينار ـ فكان عليه عند الاشتباه سدس دية المجموع.

---

(١) في ج: «الاصبع».

(٢) في ج: «و».

قوله رحمه الله: «ولو قطع أنملة عليا ووسطى من آخر فإن سبق صاحب العليا اقتصّ ثمّ يقتصّ لصاحب الوسطى، ولو سبق صاحب الوسطى أخّر الى أن يقتصّ صاحب العليا، فإن عفا على مال أو مطلقاً كان لصاحب الوسطى القصاص بعد ردّ دية العليا على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من انّ القصاص يؤدّي الى استيفاء غير حقّه فيمنع منه، فانّ الجنايات المتضمّنة للتعزير يمنع من القصاص فيها خوفاً من تجويز أخذ مازاد، فمع تيقّن أخذ الزائدة يكون المنع أولى.

ومن عموم جواز الاقتصاص وأخذ الزائد من المتعدّي لايمنع، كما لو عفا أحد الوليين عن الاقتصاص فانّ للآخر أن يقتصّ في النفس بعد ردّ نصيب الآخر فكذا هنا.

قوله رحمه الله: «ولو صارت الأُخرى باطشة ففي إلحاقها بالأصلية إشكال».

أقول: يريد لو كان له يدان باطشة وزائدة فقطع واحد يده الباطشة فصارت الزائدة بعد ذلك باطشة ففي إلحاقها بالأصلية ـ أي بأن يكون حكمها حكم الأصلية في القصاص والدية ـ إشكال.

ينشأ من كونها زائدة قد كان معلوماً، فلا يتغيّر حكمها بتجدّد البطش، فيكون فيها ثلث دية الأصلية كما كانت.

ومن انّها الآن باطشة، والبطش هو المقتضي لكون العضو أصلياً فكانت كالأصلية.

قوله رحمه الله: «ولو أبرأه عن الجناية فسرت الى الكفّ فلا قصاص في الإصبع بل في الكفّ إن ساواه في النقص أو في الباقي ويطالب بالحكومة، ولو سرت الى النفس كان للولي القصاص في النفس بعد ردّ ما عفي عنه على إشكال».

أقول: يريد لو قطع إصبع غيره عمداً فعفا المجنى عليه عنها فسرت الى الكفّ كان الحكم ما ذكره، وإن سرت الى النفس قال الشيخ في المبسوط: الذي رواه أصحابنا انّه اذا جنى عليه فعفا المجنى عليه عنها ثمّ سرى الى نفسه انّ لأوليائه القود اذا ردّوا دية ما عفي عنه على أولياء المقتصّ منه، وإن لم يردّوا لم يكن لهم القود[1]. فهذا يشعر منه بالتوقّف في ذلك.

والمصنّف أيضاً استشكل ذلك من حيث إنّه يصدق على الجاني انّه قتل عمداً عدواناً، وعفوه عن الإصبع لايوجب سقوط حقّه من القصاص في النفس؛ لدخول الطرف في النفس.

ومن انّ الناقص انّما يؤخذ بالكامل بعد التفاوت.

قوله رحمه الله: «ولو قال: عفوت عنها وعن سرايتها صحّ العفو عنها، وفي صحّته في السراية إشكال، وقيل: صحّ عنها وعمّا يحدث عنها».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّ صاحب الحقّ قد عفا، والأصل صحّة العفو.

---

(١) المبسوط: كتاب الجراح فصل في عفو المجنى ج ٧ ص ١١٠.

ومن انّ العفو انّما يصحّ عمّا يثبت للعافي فقبل السراية يكون عفواً عمّا لم يجب، فلا يكون مسقطاً لما يتجدّد من الحقّ، كما لو أبرأه عمّا يستدينه منه.

وقول المصنّف رحمه الله: «وقيل» إشارة الى قول الشيخ في الخلاف فانّه قال فيه: مسألة: اذا قطع إصبع غيره صحّ للمجنى عليه أن يعفو عنها وعمّا يحدث عنها من الدية، فاذا فعل ثمّ سرى الى النفس كان عفوه ماضياً من الثلث؛ لأنّه بمنزلة الوصية[1].

وللشيخ في المبسوط قول آخر وهو: انّه إن كان بلفظ الوصية صحّ من الثلث[2].

ولابن الجنيد قول ثالث فانّه قال: وعفو المقتول خطأ عن جنايته كوصيته يصحّ فيها ما يصحّ من وصاياه، امّا عفوه عن القاتل عمداً فباطل لايصحّ لوجهين، أحدهما: انّه عفا عمّا لايملك، والثاني: انّه وصية للقاتل عمداً، وهي لاتصحّ عندنا[3].

والمصنّف رحمه الله قال: العفو كالوصية في انّه يخرج من الثلث، وانّه يصحّ فيما وجب لافيما تتجدّد، والوصية تجوز للقاتل عمداً على التفصيل الذي سبق في كتاب الوصية، والذي فصّله في الوصية هو: انّه إن أوصى له قبل القتل أو ما يوجبه لم يندرج فيه القاتل، كما اذا قال: اعطوا أولادي واخوتي كذا ثمّ يقتله أحدهم فانّه يمنع كما يمنع من الميراث؛ لوجود المقتضي للمنع هناك ـ وهو مقابلته بنقيض مقصوده من الاستعجال في أخذ المال ـ ولقضاء العرف بالمنع. امّا لو نصّ عليه بعد فعل ما يوجب القتل فالأولى الصحّة.

---

(١) الخلاف: كتاب الجنايات المسألة ٨٦ ج ٣ ص ١١٤ طبعة اسماعيليان.

(٢) المبسوط: كتاب الجراح فصل في عفو المجنى عليه بموت ج ٧ ص ١١٠ ـ ١١١.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات فصل السابع في اللواحق ص ٨٢٠ س ٢٦.

يبقى الإشكال على هذا التفصيل فيما لو أوصى بلفظ عام بعد فعل ما يوجب القتل يندرج فيه الجاني، والأقوى فيه المنع أصلاً، عملاً بالعرف.

قوله رحمه الله: «ولو أبرأ العبد الجاني لم يصحّ على إشكال».

أقول: منشأه انّ من العبد باشر الجناية فكان العفو صحيحاً.

ومن انّ الجناية في الحقيقة تتعلّق بالسيد؛ لأنّه ملكه، والعفو توجه عن العبد فلايقع عن السيد فكان حكم الجناية باقياً.

قوله رحمه الله: «ولو قطع يمين مجنون فوثب المجنون فقطع يمينه قيل: تقع قصاصاً، وقيل: لا، ويكون قصاص المجنون باقياً، ودية جناية المجنون على عاقلته».

أقول: الذي وصل إلينا من أقوال أصحابنا في هذه المسألة قول الشيخ في المبسوط، وقول الشيخ نجم الدين في الشرائع.

امّا الشيخ في المبسوط فقال فيه: فامّا إن وثب المجنون فقطع يد الجاني فهل يكون قصاصاً أم لا؟ قال بعضهم: يكون قصاصاً؛ لأنّ المجنون اذا كان له حقّ معيّن فأتلفه كان بمنزلة الاستيفاء، كما لو كان له وديعة عند غيره فهجم عليها فأتلفها فلا ضمان على المودع. وقال بعضهم ـ وهو الأقوى ـ: لايكون ما فعله استيفاء لحقّه بحال ولا يكون قصاصاً؛ لأنّ المجنون لايصحّ منه استيفاء حقّه[1].

---

(١) المبسوط: كتاب الجراح فصل في القصاص والشجاج ج ٧ ص ١٠٥.

وأمّا الشيخ نجم الدين فقال في الشرائع: ولو قطع يمين مجنون فوثب المجنون فقطع يمينه قيل: وقع الاستيفاء موقعه، وقيل: لايكون قصاصاً؛ لأنّ المجنون ليس له ولاية الاستيفاء، وهو أشبه، وقيل: يكون حقّ المجنون باقياً على الجاني، ودية جناية المجنون على عاقلته[١].

والمصنّف اختار في هذا الكتاب هذا القول الأخير.

وأقول: وقول المصنّف يتأتّى على انّ من قطع يمين غيره ولا يمين له قطعت يساره؛ لأنّ الجاني لم يبق له يمين حتى يثبت القصاص فيها.

والشيخ في المبسوط أوجب على الجاني دية يمين المجنون في ماله، وأوجب للجاني دية يده على عاقلة المجنون[٢].

قوله[٣] رحمه الله: «ولو قطع العاقل عدّة أعضاء خطأً جاز أخذ دياتها وإن زادت عن دية النفس، وقيل: يقتصر على دية النفس، فإن سرت فلا شيء في الباقي؛ لأنّ دية الطرف تدخل في دية النفس إجماعاً، وإن اندملت أخذ دية الباقي».

أقول: القول المحكي هو قول الشيخ في مسائل الخلاف[٤].

---

(١) شرائع الاسلام: كتاب القصاص القسم الثاني في قصاص الطرف ج ٤ ص ٢٤٠.

(٢) المبسوط: كتاب الجراح فصل القصاص والشجاج ج ٧ ص ١٠٥.

(٣) عبارة «قوله رحمه الله: ولو قطع... في مسائل الخلاف» ليست في«ج» و «ش».

(٤) الخلاف: كتاب الجنايات المسألة ٦٦ ج ٣ ص ١٠٩ طبعة اسماعيليان.

قوله رحمه الله: «ولو قلعها ذو عينين اقتصّ له بعين واحدة، وفي الردّ قولان».

أقول: يريد اذا قلع ذو العينين عين الأعور خلقة أو قد ذهبت بآفة من قبل الله تعالى كان له أن يقلع من ذي العينين عيناً واحدة، وهل له أن يستردّ مع ذلك نصف الدية أم لا؟ فيه قولان:

أحدهما: لا ردّ، وهو قول المفيد[١]، وابن ادريس[٢]، وظاهر كلام الشيخ في الخلاف[٣].

والقول الآخر: انّه يستردّ نصف الدية، وهو قول الشيخ في النهاية[٤] والمبسوط[٥]، وقول ابن الجنيد[٦].

قوله رحمه الله: «ولو خلت أجفان المجنى عليه من الأهداب ففي القصاص إشكال».

أقول: منشأه من انّها تابعة للأجفان.

ومن انّها تجري مجرى الأعضاء؛ لأنّ لها مقدراً.

قوله رحمه الله: «ويثبت القصاص في الأهداب والأجفان وشعر الرأس واللحية على إشكال،

---

(١) المقنعة: كتاب الديات والشهادات... باب دية عين الأعور ص ٧٥٩.

(٢) السرائر: كتاب الديات باب ديات الأعضاء ج ٣ ص ٣٨١.

(٣) الخلاف: كتاب الديات المسألة ٢٢ ج ٣ ص ١٢٤ طبعة اسماعيليان.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الديات في ديات الأعضاء ج ٣ ص ٤٣١.

(٥) المبسوط: كتاب الديات فصل في أقسام القتل ج ٧ ص ١٤٦.

(٦) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القصاص الفصل الخامس في الديات ص ٨٠٣ س ٣٤.

ينشأ من انّه إن لم يفسد المنبت فالشعر يعود، وإن أفسده فالجناية على البشرة، والشعر تابع، فإن نبت فلا قصاص».

أقول: ومن عموم قوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[1].

قوله رحمه الله: «ولو قطع المارن فقطع القصبة فاقد المارن احتمل القصاص وعدمه».

أقول: وجه الاحتمال القصاص من تحقّق المماثلة؛ لأنّ كلّاً من الجاني والمجنى عليه فاقد المارن يثبت بينهما القصاص، عملاً بظاهر عموم ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ .

ومن انّه ليس له مفصل معيّن فجرى مجرى الجناية على كسر العظام.

قوله رحمه الله: «ولو قطع الرجل حلمة ثدي المرأة فلها القصاص إن لم نوجب فيها كمال الدية».

أقول: الذي يفهم من هذا الكلام انّ مراد المصنّف رحمه الله بقوله: «لها القصاص إن لم يوجب له كمال الدية» امّا إن أوجبنا له كمال الدية لم يكن لها القصاص، وهو ممنوع، بل نحمل على انّ المراد إن لم نوجب له كمال الدية كان لها

---

(١) البقرة: ١٩٤.

القصاص من غير ردّ شيء على الرجل. وإن أوجبنا له كمال الدية كان لها القصاص أيضاً مع ردّ التفاوت فيها عليه.

ثمّ قال المصنّف رحمه الله: «فهل ترجع المرأة بالتفاوت إن أوجبنا لها الكمال وله الثمن؟ فيه نظر، أقربه العدم».

أقول: لولم نوجب للرجل كمال الدية كان لها القصاص ـ كما تقدّم ـ لكن هل تستردّ المرأة من الرجل التفاوت لو قلنا: إنّ في حلمة ثدي المرأة ديتها وفي حلمة الرجل الثمن من ديته؟ هل تستردّ المرأة من الرجل التفاوت[1]؟ فيه نظر.

ينشأ من انّ الرجل أكمل من المرأة فلا أقلّ من المساواة وقد قطعت العضو المماثل، ولأنّه المشروع المستفاد من قوله تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[2].

ومن انّ هذا العضو من المرأة أكمل منه من الرجل.

والأقرب العدم؛ لأنّ الناقص يؤخذ بالكامل ولا ردّ، كما تقطع اليد الشلاء بالصحيحة من غير ردّ.

ثمّ قال المصنّف رحمه الله: «ولو انعكس الفرض فلا قصاص على تقدير قصور دية حلمة الرجل».

---

(١) عبارة «هل تستردّ المرأة من الرجل التفاوت» في جميع النسخ، والظاهر انّها زائدة.

(٢) البقرة: ١٩٤.

أقـول: إن أراد انّه لا قصاص مطلقاً منع منه ـ كما تقدّم ـ لأنّ قصور عضو الجاني عن دية عضو المجنى عليه لا يمنع من القصاص بل يقتصّ بعد ردّ التفاوت، كما للمرأة اذا قطع الرجل يدها أن تقتصّ منه بعد أن تردّ عليه ربع دية الرجل.

قوله رحمه الله: «ولو قلع سنّ مثغر ـ وهو من سقطت سنّه ونبت بدله مع سنخه وهو أصله الذي يكون بين اللحم ـ وجب القصاص ـ الى أن قال: ـ ولو عادت قبل القصاص ناقصة أو متغيّرة ففيها الحكومة، وإن عادت كاملة قيل: لا قصاص ولا دية، والأقرب الأرش».

أقـول: هذا القول المشار إليه هو ظاهر كلام ابن البرّاج في المهذّب حيث قال فيه ـ بعد كلام طويل ـ: وان رجعت كما كانت سالمة من التغيّر والنقصان لم يكن فيها قصاص ولا دية[1]. والأقرب عند المصنّف الأرش.

ووجه القرب انّ الجاني أوجب نقصاً على المجنى عليه فلا يضيع عليه.

قوله رحمه الله: «وقيل: في سنّ الصبي بعير مطلقاً».

أقـول: القول المشار إليه هو قول أبي الصلاح[2]، وابن حمزة[3]، واختاره

---

(١) المهذّب: كتاب الديات باب القصاص والشجاج ج ٢ ص ٤٨٣.

(٢) الكافي في الفقه: كتاب الديات الضرب السادس من الأحكام ص ٣٩٨.

(٣) الوسيلة: كتاب أحكام القتل والشجاج... ص ٤٤٨.

المصنّف في المختلف[١].

قوله رحمه الله: «ولا يثبت القصاص قبل الاندمال؛ لجواز السراية الموجبة للدخول، والأقرب الجواز».

أقول: وجه القرب عموم الآية، وهو قوله تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[٢] سوّغ الاقتصاص عقيب الجناية، بدلالة الفاء الدالّة على التعقيب.

قوله رحمه الله: «واذا قطع يدَي رجل ورجليه خطأً ورأينا المجنى عليه ميّتاً فادّعى الجاني موته من السراية وادّعى الولي الاندمال والموت بغيرها فإن لم يحتمل الاندمال لقصر الزمان صدق الجاني، وفي إحلافه إشكال».

أقول: يريد المصنّف بالخطأ شبيه العمد أو في موضع لايلزم العاقلة، كما لو ثبتت الجناية بإقراره، إذ لو ثبتت الجناية بالبيّنة ـ مثلاً ـ وكانت خطأً محضاً كانت الدعوى بين وليّ المقتول وبين عاقلة الجاني.

امّا على الوجه الذي تأوّلناه تبقى الدعوى بين الولي و بين الجاني، فإن لم يحتمل

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القصاص الفصل الخامس في ديات الأعضاء ص ٨٠٦ س ١٩.

(٢) البقرة: ١٩٤.

اندمال القطع قدّم قول الجاني، وفي إحلافه إشكال.

ينشأ من عموم قوله عليه السلام: واليمين على من أنكر[١].

ومن انّ الغرض انّ دعوى الولي غير محتملة، فلا تسمع ولا تتوجه بها يمين.

قوله رحمه الله: «امّا لو قطع يد واحدة ثمّ وجد ميّتاً فادّعى الولي السراية والجاني الاندمال قدّم قول الجاني إن احتمل الزمان، وإلّا قول الولي. ولو كان قصيراً فقال الجاني: مات بسبب آخر وقال الولي: مات بالسراية قدّم قول الولي، ويحتمل الجاني».

أقول: وجه هذا الاحتمال انّ قول كلّ منهما محتمل، فيرجع الى أصالة براءة الذمّة فيما زاد على دية اليد.

قوله رحمه الله: «ولو اختلفا في المدّة قدّم قول الولي على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من تعارض عدم تقدّم الجناية في الزمان الذي يدّعيه الجاني، وأصالة براءة ذمّة الجاني فيما زاد على دية اليد.

قوله رحمه الله: «ولو ادّعى الجاني شلل العضو المقطوع من حين الولادة أو عمي عينه المقلوعة

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٨٩ من كيفية الحكم والقضاء ح ٤ ج ٦ ص ٢٢٩، وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب كيفية الحكم ح ١ ج ١٨ ص ١٧٠ وفيه: «على المدّعى عليه».

وادّعى المجنى عليه الصحّة فإن كان العضو ظاهراً قدّم قول الجاني؛ لإمكان إقامة البيّنة على سلامته، وإن كان مستوراً احتمل تقديم قول الجاني والمجنى عليه، وكذا الإشكال لو ادّعى الجاني تجدّد العيب».

أقول: منشأه من أصالة السلامة وأصالة البراءة.

قوله رحمه الله: «ولو أضاف الى بعضه فقال: عفوت عن نصفك أو يدك أو رجلك ففي القصاص إشكال».

أقول: منشأه من انّه أسقط بعضاً لايتحقّق إلّا بإسقاط الجميع، فكان كالعفو عن جميعه.

ومن دلالة لفظه على ما لايصحّ إفراده بالعضو، والأصل بقاء حقّه.

قوله رحمه الله: «اذا عفا عن القصاص الى الدية فإن بذلها الجاني صحّ العفو، وهل يلزمه؟ الأقرب ذلك».

أقول: وجه القرب انّ قبوله لذلك يتضمّن حفظ نفسه، وحفظ النفس واجب.

قوله رحمه الله: «ولو اقتصّ بما ليس له الاقتصاص به ـ كقطع اليدين والرجلين ـ فالأقرب انّه يضمن الدية دون القصاص؛ لأنّه ليس معصوم الدم بالنسبة إليه».

أقول: المصنّف ذكر في هذه المسألة حكمين، أحدهما: انّه يضمن الدية، والآخر: عدم القصاص. امّا الحكم الثاني: فلما ذكره المصنّف، وأمّا الأوّل: فلأنّه ممنوع من الاستيفاء على هذا الوجه، فقد أقدم على جنايته على غيره بغير حقّ فكان ضامناً، ولما كان غير معصوم الدم بالنسبة إليه بل له إزهاق نفسه على وجه آخر سقط القصاص؛ للشبهة، فتتعيّن الدية.

ثمّ قال المصنّف رحمه الله: «وله القود بعد ذلك، فإن عفا على مال فالأقرب القصاص».

أقول: امّا القود فلانّه كان مستحقّاً له ولم يستوفيه فكان باقياً، لكن لو عفا على مال فالأقرب عنده القصاص؛ لأنّ التقاصّ مبنيّ على ضمان الدية، ولما تقدم انّ الأقرب عنده ثبوت الدية كان الحكم هنا التقاصّ؛ لأنّ كلّاً منهما قد وجب له المال على صاحبه فيتقاصّان كغيرهما.

قوله رحمه الله: «في الديات: ولو أوقعه غيره فماتا فدية المدفوع على الدافع، وكذا دية الأسفل، وقيل: إنّها على الواقع ويرجع بها على الدافع، وكذا لو مات الأسفل خاصّة».

أقول: القول المشار إليه هو قول الشيخ في النهاية فانّه قال: واذا دفع انسان من علوّ على غيره فمات الأسفل أو الأعلى أو ماتا جميعاً لم يكن على واحد منهما شيء، وإن كان الذي وقع دفعه دافع أو أفزعه كانت دية الأسفل على الذي وقع عليه ويرجع هو بها على الذي دفعه، وإن كان أصابه شيء رجع عليه به أيضاً[1].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب في ضمان النفوس ج ٣ ص ٤١٣.

قوله رحمه الله: «والطبيب يضمن ـ الى قوله:ـ وإن كان حاذقاً وأذن له المريض فآل علاجه الى التلف فالأقرب الضمان في ماله».

أقول: وجه القرب انّه شبيه عمد.

قوله رحمه الله: «وروي انّ علياً عليه السلام ضمن ختّاناً قطع حشفة غلامٍ، وهو حسن».

أقول: الرواية المشار إليها هي ما رواه الشيخ في التهذيب عن الصفّار عن إبراهيم بن هاشم عن النوفلي عن السكوني عن جعفر عن أبيه عليهما السلام انّ علياً عليه السلام ضمن ختّاناً قطع حشفة غلام[1].

وهذا الحكم الذي تضمّنته الرواية حسن، إذ لو لم تردّ هذه الرواية لكان الحكم كذلك، إذ الطبيب يضمن ما يجنيه في ماله، فانّه من باب الخطأ شبيه العمد.

قوله رحمه الله: «ولو أتلف النائم بانقلابه أو حركته فالضمان على عاقلته، وقيل: في ماله».

أقول: القول المحكي هو قول الشيخ في النهاية حيث قال فيها: ومن نام فانقلب على غيره فقتله كان ذلك شبيه العمد يلزمه الدية في ماله خاصّة، وليس عليه قود[2].

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١٨ ضمان النفوس ح ٦١ ج ١٠ ص ٢٣٤، وسائل الشيعة: ب ٢٤ من أبواب موجبات الضمان ح ٢ ج ١٩ ص ١٩٥.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب ضمان النفوس وغيرها ج ٣ ص ٤١٢.

قوله رحمه الله: «ولو انقلبت الظئر فقتلت الصبي لزمها الدية في مالها إن طلبت الفخر، وعلى العاقلة إن كان للحاجة، والأقرب العاقلة مطلقاً».

أقول: التفصيل المذكور هو قول الشيخ في النهاية[1]، والأقرب عند المصنّف انّ الدية لازمة للعاقلة مطلقاً؛ لأنّه خطأٌ محض.

قوله رحمه الله: «ومن أعنف بزوجته في جماعها قُبلاً أو دُبراً أو ضمّاً فماتت ضمن الدية، وكذا الزوجة، وقيل: إن كانا مأمونَين فلا ضمان».

أقول: هذا قول الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: واذا أعنف الرجل على امرأته أو المرأة على زوجها وقتل أحدهما صاحبه فإن كانا متّهمين أُلزما الدية، وإن كانا مأمونَين لم يكن عليهما شيء[2].

قوله رحمه الله: «التسبيب: وهو كلّ ما يحصل التلف عنده بعلّة غيره، إلّا انّه لولاه لما حصل من العلّة تأثير ـ كالحفر مع التردّي ـ وهو موجب للضمان أيضاً، وفي منعه الإرث إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّ له مدخلاً في القتل فكان كالمشارك في

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب ضمان النفوس وغيرها ج ٣ ص ٤١٠ ـ ٤١٢.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب ضمان النفوس وغيرها ج ٣ ص ٤١٢ ـ ٤١٣.

القتل، وذلك يقتضي المنع من الإرث.

ومن انّه ليس بقاتل، ولأنّ المقتضي لاستحقاقه الميراث ـ وهو السبب أو النسب ـ موجود قطعاً، والمانع مشكوك فيه.

قوله رحمه الله: «ولو صاح بصبي فارتعد وسقط من سطح ضمن الدية، وفي القصاص نظر».

أقول: وجه النظر من حيث إنّ ذلك بالنسبة الى الصغير، كالإلجاء الى الوقوع الموجب للإتلاف، وقد فعل عمداً فيكون كقاتل العمد، وهو موجب للقصاص.

ومن انّ التهجّم على الدماء محترز عنه، فلا يحكم به مع عدم اليقين لما يوجبه.

قوله رحمه الله: «ولو صاح ببالغ فمات فلا دية على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من انّه سبّب الإتلاف فكان مضموناً لا بالقصاص؛ لعدم تعيّن سببه وحصول الشبه فكان عليه الدية.

ومن أصالة البراءة، واحتمال حصول الموت عند الصيحة اتفاقاً لا بها.

قوله رحمه الله: «ولو كان مريضاً أو مجنوناً أو اغتفله وفاجأه بالصيحة فإن كان بالغاً كاملاً فمات أو زال عقله ضمن الدية في ماله، وقيل: على العاقلة، وفيه نظر؛ لأنّه قصد الإخافة فهو شبيه عمد».

أقـول: القول المشار إليه هو قول الشيخ رحمه الله في المبسوط فانّه قال فيه: وهكذا لو كان جالساً في غفلة فاغتفله الصائح فصاح به مفزعاً له فسقط فمات فالدية على عاقلته والكفّارة في ماله[1]. وفيه نظر؛ لما ذكره المصنّف رحمه الله.

قوله رحمه الله: «ولو كان معه صبي فقرّبه من طريق السهم اتفاقاً لا قصداً ففي الحوالة بالضمان على المقرّب من حيث إنّه عرّضه للتلف أو على الرامي إشكال».

أقـول: ومن انّ الرامي هو القاتل.

وأقول: ليس المراد انّه اذا كان على الرامي يكون في ماله بل قد يكون على عاقلته، كأنّه قال: الضمان بسبب التقريب في طريق الرمي فيكون على المقرّب، أو بسبب موته بالسهم. ودليل هذا التأويل انّ الرامي إن قصده بالرمي كان قاتل عمد فوجب القود، أو لايكون فالضمان على العاقلة بسبب الرامي.

قوله رحمه الله: «ويضمن من أخرج غيره من منزله ليلاً الى أن يعود، فإن لم يعد فالدية، وفي المنع من الإرث نظر».

أقـول: وجه النظر من وجود المقتضي للإرث ـ كما تقدّم ـ وعدم اليقين بحصول المانع منه، ومن إجراء حكم القاتل عليه بإلزامه الدية.

---

(١) المبسوط: كتاب الديات دية الكفّار ج ٧ ص ١٥٨.

قوله رحمه الله: «ولو وجد مقتولاً وادّعى قتله على غيره وأقام شاهدين برئ وضمن القاتل، وإن لم يقم بيّنة فالأقرب سقوط القود ووجوب الدية عليه».

أقول: وجه القرب من حيث إنّه لم يثبت كونه قاتلاً، غايته الاحتمال، ولا يقتل بمجرّد الاحتمال.

واعلم انّ الشيخ رحمه الله قال في النهاية: ومن دعا غيره ليلاً وأخرجه من منزله ـ الى قوله: ـ فإن وجد قتيلاً كان على الذي أخرجه القود، أو يقيم البيّنة بأنّه بريء من قتله، فإن لم يقم بيّنة وادّعى انّ غيره قتله طولب بإقامة البيّنة على القاتل، أو إحضاره ليحكم معه بما تقتضيه شريعة الاسلام، فإن تعذّر عليه ذلك كان عليه القود، أو الدية يسلمها الى أوليائه اذا رضوا بها عنه. وقد روي انّه اذا ادّعى انّه برئ من قتله ولم تقم عليه بيّنة بالقتل كان عليه الدية دون القود، وهذا هو المعتمد[1].

قوله رحمه الله: «ولو وجد ميّتاً ففي إلزامه بالدية إشكال».

أقول: وجه الإشكال من أصالة البراءة، ومن انّه ضامن الى أن يعود. وهذا الاحتمال الآخر هو مذهب الشيخ في النهاية[2].

قوله رحمه الله: «وروى عبدالله بن طلحة عن الصادق عليه السلام... الى آخره».

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب ضمان النفوس وغيرها ج ٣ ص ٤٠٦ ـ ٤٠٨.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب ضمان النفوس وغيرها ج ٣ ص ٤٠٨.

أقول: هذه الرواية المشار إليها هي ما رواه الشيخ في التهذيب عن علي ابن ابراهيم عن أبيه عن محمّد بن حفص عن عبدالله بن طلحة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجل سارق دخل على امرأة ليسرق متاعها، فلمّا جمع الثياب تابعَته نفسه فكابرها على نفسها فواقعها فتحرّك ابنها فقام فقتله بفأس كان معه، فلمّا فرغ حمل الثياب وذهب ليخرج حملت عليه بالفأس فقتلته، فجاء أهله يطلبون بدمه من الغد، فقال أبوعبدالله عليه السلام: اقض على هذا كما وصفت لك، فقال: يضمن مواليه الذين طلبوا ديته دية الغلام، ويضمن السارق فيما ترك أربعة آلاف درهم لمكابرتها على فرجها انّه زانٍ، وهو في ماله غرامة، وليس عليها في قتلها ايّاه شيء؛ لأنّه سارق[1]. والمصنّف رحمه الله ذكر تأويل هذه الأحكام في الكتاب.

قوله رحمه الله: «وعنه عليه السلام في امرأة أدخلت صديقاً لها ليلة بناء زوجها بها الحجلة، فلمّا أراد الزوج مباضعتها ثار الصديق فاقتتلا، فقُتل الصديق فقتلت هي الزوج، انّها تضمن دية الصديق وتُقتل بالزوج[2]، وفي السند ضعف، والأقرب سقوط دم الصديق».

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١٥ من القضاء في قتيل الزحام... ح ٢٨ ج ١٠ ص ٢٠٨ ـ ٢٠٩، وسائل الشيعة: ب ٢٢ من أبواب قصاص النفس ح ٥ ج ١٩ ص ٤٣ ـ ٤٤.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ١٥ من القضاء في قتيل الزحام... ح ٢٩ ج ١٠ ص ٢٠٩، وسائل الشيعة: ب ٢١ من أبواب موجبات الضمان ح ١ ج ١٩ ص ١٩٣.

أقول: الرواية هي أيضاً ما رواه عليّ بن إبراهيم بالسند المذكور الى عبدالله ابن طلحة، وسند الرواية ضعيف؛ لأنّ عبدالله بن طلحة بتريّ المذهب، وحينئذٍ فالأقرب سقوط دم الصديق؛ لأنّ الزوج قتله دفاعاً.

قوله رحمه الله: «ويضمن معلّم السباحة الصغير اذا غرق، وإن كان وليّه أو من أذن له الولي على إشكال؛ لأنّه تلف بتفريطه في حفظه وغفلته عنه».

أقول: ومن أصالة البراءة.

ومن كونه ممّا تمسّ إليه الحاجة فيكون مشروعاً، فلا يتعقّبه ضمان، فكان الأولى أن يناط ذلك بالتفريط، فيقال: إن فرّط في حفظه ضمن، وإلّا فلا.

قوله رحمه الله: «ولو كان في طريق مسلوك لمصلحة المسلمين قيل: لا ضمان؛ لأنّه حفر سائغ».

أقول: القول المشار إليه بانّه لاضمان عليه هو قول الشيخ في النهاية[1] والمبسوط[2].

قوله رحمه الله: «ولو حفر في مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه احتمل الضمان، ونصفه إن كان

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب ضمان النفوس وغيرها ج ٣ ص ٤١٧.

(٢) المبسوط: كتاب الديات ج ٧ ص ١٨٦.

الشريك واحداً، والثلثين إن كان اثنين وهكذا، والنصف مطلقاً».

أقول: لو حفر بئراً في ملك مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه كان ضامناً، وفي مقدار ما يضمنه ثلاثة أوجه ذكرها المصنّف:

أحدها: ضمان المتردّي أجمع؛ لأنّه متعدٍّ بالحفر لما يتضمّن من التصرّف في ملك الغير بغير إذنه، فيكون ضامناً لما يحدث بسببه.

الثاني: سقوط الضمان عنه بالنسبة الى مايملكه؛ لأنّ العدوان منه انّما هو بسبب ملك غيره، فيسقط عنه من الضمان مقابل ملكه ويضمن الباقي، فعليه النصف اذا كان شريكاً لواحد، والثلثان إن كانا اثنين، وهكذا لو كانوا ثلاثة ضمن ثلاثة أرباع المتردّي.

الثالث: انّه يضمن النصف مطلقاً؛ لأنّ المتردّي تلف بالحفر الذي بعضه مضمون، والآخر غيرمضمون، فيكون عليه النصف، إذ لا عبرة بتعدّد أحد السببين، كما لو جرحه واحد جرحاً والآخر جرحين ومات من الجميع فإنّ الضمان عليهما بالسوية.

قوله رحمه الله: «لو جاء السيل بحجر فلا ضمان على أحد وإن تمكّن من إزالته، فإن نقله الى موضع آخر من الشارع ضمن، لو كان الى ما هو أقلّ سلوكاً فيه إشكال».

أقول: من حيث إنّه يصدق عليه انّه وضع حجراً في طريق المسلمين فيضمن. ومن حيث إنّه قصد الإحسان فليس عليه ضمان، كما لو حفر بئراً في طريق المسلمين لمصلحتهم.

قوله رحمه الله: «ولو وضع حجراً وآخران آخر فتعثّر بهما انسان فمات احتمل تقسيط الضمان أثلاثاً، وأن يكون النصف على الأوّل».

أقول: وجه الاحتمال الأوّل انّه مات من فعل ثلاثة أشخاص فكان عليهم الضمان أثلاثاً.

ومن انّه مات بسبب وضع الحجرين، وأحدهما صدر من واحد والآخر من آخرين، فكان عليه النصف وعليهما النصف الآخر.

قوله رحمه الله: «واذا بنى حائطاً في ملكه أو مباح فوقع الحائط على انسان فمات فلا ضمان، سواء وقع الى الطريق أو الى ملكه، وسواء مات بسقوطه عليه أو بغباره إن كان قد بناه مستوياً على أساس يثبت مثله، وإن بناه مائلاً الى ملكه فوقع الى غير ملكه أو الى ملكه إلّا انّه طفر بشيء من الآجر والخشب وآلات البناء الى الشارع فأصاب انساناً لم يضمن؛ لأنّه متمكّن من البناء في ملكه كيف شاء، وما تطاير الى الشارع لم يكن باختياره، ولو قيل: بالضمان إن عرف حصول التطاير كان وجهاً».

أقول: لأنّه اذا عرف حصول تطاير الآلات الى الشارع أو ملك الغير كان كأنّه قد وضعه فيها، كما لو أجّج ناراً في ملكه وعرف انّها تتعدّى الى ملك الغير فانّه يكون ضامناً.

قوله رحمه الله: «فلو وقع الميزاب على أحد فمات ففي الضمان قولان».

أقول: أحد القولين: انّه يضمن، ذهب إليه الشيخ في المبسوط[١] والخلاف[٢]. والقول الآخر: عدم الضمان، ذهب إليه ابن ادريس[٣].

قوله رحمه الله: «وكذا لو سقط من الروشن أو الساباط خشبة فقتلت، والأقرب انّ الساقط إن كان بأجمعه في الهواء ـ بأن انكسر الميزاب أو الخشبة فوقع ما هو في الهواء ـ ضمن الجميع، وإن وقع الجميع ضمن النصف».

أقول: وكذا القولان لو وقع الساباط والروشن الى شارع أو ملك الغير فمات أو تعيّب فالأقرب عند المصنّف التفصيل وهو: انّه إن وقع من الميزاب أو الساباط أو الروشن شيء فأتلف فإن كان قد وقع الذي في الهواء لا غير ضمن صاحب الميزاب أو الساباط أو الروشن الجميع؛ لأنّ حكم هواء الشارع حكمه، فكان كما لو أتلف شيء وضعه في الشارع، وإن وقع الجميع ـ أعني وقع ما هو في الهواء وما هو على ملكه ـ ضمن النصف؛ لأنّه تلف لسببين، أحدهما: في ملكه وهو غير مضمون، والآخر: الى الشارع وهو مضمون.

---

(١) المبسوط: كتاب الديات فصل في وضع الحجر وميل الحائط ص ١٨٨ ـ ١٨٩.

(٢) الخلاف: كتاب الديات المسألة ١١٩ ج ٣ ص ١٤٦ طبعة اسماعيليان.

(٣) السرائر: كتاب الديات والجنايات أحكام ضمان النفوس ج ٣ ص ٣٧٠.

قوله رحمه الله: «ولو نام في المسجد معتكفاً فلا ضمان عليه، وغيره إشكال».

أقول: يريد لو نام أحد في المسجد فيعثر به غيره فإن كان معتكفاً فلا ضمان عليه؛ لأنّه مشروع له ذلك في المسجد، أمّا لو لم يكن معتكفاً فيحتمل ذلك أيضاً؛ لأنّه جائز فلا يكون مضموناً، ومن كراهية النوم في المسجد، وحينئذٍ يكون قد تلف الغير بسببه، كما لو نام في الشارع فتعثّر به غيره.

قوله رحمه الله: «وراكب الدابة يضمن ما تجنيه بيديها ورأسها مباشرة لا تسبيباً، كما لو أصاب شيء من موقع السنابك عين انسان وأبطل ضوءها أو أتلفت برشّاش ماء خاضته على إشكال».

أقول: من انّه يضمن ما تجنيه بيديها، وهذا الإتلاف من هذا الباب.

ومن أصالة براءة الذمّة، خرج منه ما أتلفه بذلك مباشرة، فيبقي ما عداه منفيّاً بالأصل.

قوله رحمه الله: «ولو بالت الدابة أو راثت فزلق انسان فلا ضمان، إلّا مع الوقوف على إشكال».

أقول: منشأه من احتمال الضمان؛ لأنّه لم يكن له الوقوف بها، وبولها حدث عند الوقوف الممنوع منه.

ومن انّ الوقوف لا يوجب بولها ولا يدخل تحت قدرته بحيث يتحرّز منه،

بخلاف الجناية بأعضائها فأنّه مفرط فيه بسبب عدم مراعاته له[١].

قوله رحمه الله: «ولو دخلت زرعه المحفوف بزرع الغير لم يكن له إخراجها إليه مع الإتلاف بل يصبر، ويضمن المالك مع التفريط، ومع عدمه إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّه نقص دخل على مال الغير بسبب دابة غيره، فكان ضمان ذلك على مالكها، كما لو أدخلت رأسها في قدر لم يمكن إخراجه إلّا بكسر القدر وانتفى التفريط عن المالك وصاحب القدر.

ومن انّ المالك لم يصدر منه تفريط ولا تصرف في ملك الغير بوجه ولا تعرض له بوجه، والأصل براءة ذمّته مالم يحصل منه سبب يوجب الضمان ولم يحصل.

والتحقيق في هذه المسألة أن يقال: إنّ حصول الدابة في ملك الغير يوجب حصول ضرر بمالك الزرع ولا يجب عليه تحمّله، واذا أخرجها الى زرعه يضمن إدخالها الى زرع غيره، وهو غير جائز، ولم يحصل من المالك تفريط، فحينئذٍ نقول: مالك الدابة امّا أن يكون مولى عليه لصغره أو غيره أو يكون غائباً أو مكلّفاً حاضراً، فإن كان مكلّفاً حاضراً فإمّا أن يتّفق صاحب الزرع ومجاوروه على إخراجها أو إبقائها بعوضٍ أو غيره أو لا، فإن اتّفقوا على أمر فذاك، وإن تعاسروا رفع صاحب الزرع أمره الى الحاكم أخرجها ولزم مالكها ضمان ما يتلف بإخراجها؛ لأنّه لمصلحته، وإن كانت لمولى عليه أو لغائب أخرجها الحاكم وكان ما يتلف

---

(١) في ج: «مراعاتها له».

بإخراجها على مال المولى عليه أو الغائب؛ لأنّه لمصلحته أيضاً. أمّا لو تعذّر الحاكم لم يكن لصاحب الزرع إخراجها الى ملك جاره فكان عليه الصبر حتى يرجع، وهل يرجع على صاحب الدابة أم لا؟ فيه الإشكال، وقد تقدّم ذكر منشأه.

قوله رحمه الله: «أمّا لو سقط الحجر بالسيل على طرف البئر ففي ضمان الحافر إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّ الضمان محال على أسبق السببين ـ وهو التعثّر بالحجر ـ فلا يكون على الحافر ضمان.

ومن انّ الاعتبار بأسبق السببين مع صدورهما من اثنين عدواناً، وهنا العدوان من الحافر لاغير، وهكذا لو وضع واحد الحجر في ملك نفسه وحفر آخر بئراً عدواناً ضمن الحافر وإن كان مسبوقاً بالتعثّر بالحجر.

قوله رحمه الله: «ولو حفر بئراً قريب العمق فعمّقها غيره فالضمان على الأوّل أو يشتركان إشكال».

أقول: وجه الإشكال من انّ ما حفره الأوّل يجري مجرى أسبق السببين فيكون الضمان مختصّاً به.

ومن انّه مات من التردّي، وهو سبب واحد حصل منهما، فكان الضمان عليهما.

قوله رحمه الله: «ولو تعثّر بقاعد فالضمان على القاعد، ولو تعثّر بواقف فضمان الواقف على

الماشي؛ لأنّ الوقوف من مرافق المشي والماشي هدر، ويحتمل مساواة القعود».

أقول: وجه هذا الاحتمال انّ الطريق وضع للاستطراق فلم يكن له الوقوف، كما ليس له القعود.

قوله رحمه الله: «ولو تردّى في بئر فسقط عليه آخر فضمانهما على الحافر، وهل لورثة الأوّل الرجوع على عاقلة الثاني بنصف الدية حتى يرجعوا به على الحافر؟ إشكال».

أقول: منشأه احتمال عدم الرجوع على العاقلة، بل يرجعان على الحافر؛ لأنّ الأوّل وإن كان قد مات بسبب التردّي ووقوع الثاني عليه إلّا انّ مباشرة الثاني ضعفت[1] بسقوطه بغير اختياره، فكان السبب أقوى.

قوله رحمه الله: «وروى محمّد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال: قضى أميرالمؤمنين عليه السلام... الى آخره، وروى مسمع عن الصادق عليه السلام انّ علياً عليه السلام قضى... الى آخره».

أقول: الرواية الأُولى هي ما رواه الشيخ في التهذيب عن الحسين بن سعيد عن النضر عن عاصم عن محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى

---

(١) في ج: «ضعيف».

أميرالمؤمنين عليه السلام في أربعة نفر اطّلعوا في زبية الأسد فخرّ أحدهم فاستمسك بالثاني واستمسك الثاني بالثالث واستمسك الثالث بالرابع، فقضى بالأوّل فريسة الأسد، وغرم أهله ثلث الدية لأهل الثاني، وغرم الثاني لأهل الثالث ثلثي الدية، وغرم الثالث لأهل الرابع دية كاملة[1].

وأمّا الرواية الثانية فهي ما رواه الشيخ في التهذيب أيضاً عن سهل بن زياد عن محمّد بن الحسن بن شمون عن عبدالله بن عبدالرحمن الأصم عن مسمع بن عبدالملك عن أبي عبدالله عليه السلام انّ قوماً احتفروا زبية الأسد باليمن فوقع فيها الأسد فازدحم الناس عليها ينظرون الى الأسد، فوقع رجل فتعلّق بآخر وتعلّق الآخر بالآخر والآخر بالآخر فجرحهم الأسد فمنهم من مات من جراحة الأسد ومنهم من أُخرج فمات، فتشاجروا في ذلك حتى أخذوا السيوف، فقال أميرالمؤمنين عليه السلام: هلمّوا أقضي بينكم، فقضى انّ للأوّل ربع الدية، والثاني ثلث الدية، والثالث نصف الدية، والرابع الدية كاملة، وجعل ذلك على قبائل الذين ازدحموا، فرضي بعض القوم وسخط بعض، فرفع ذلك الى النبي صلّى الله عليه وآله وأخبروه بقضاء علي أميرالمؤمنين عليه السلام فأجازه[2].

والمصنّف رحمه الله ذكر انّ الرواية الأُولى مشهورة، وتأوّل الثانية بما ذكره في الكتاب في المسألة احتمالين على تقدير التشريك بين المباشر والسبب، وذكر الوجه

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢٠ الاشتراك في الجنايات ح ١ ج ١٠ ص ٢٣٩، وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب موجبات الضمان ح ٢ ج ١٩ ص ١٧٦.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٢٠ الاشتراك في الجنايات ح ٢ ج ١٠ ص ٢٣٩، وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب موجبات الضمان ح ١ ج ١٩ ص ١٧٥ ـ ١٧٦.

في ذلك، وكذا صاحب الشرائع[١].

قوله رحمه الله: «ولو غلبتها الدابتان احتمل إهدار الهالك إحالة على الدواب، واحتمل الإحالة على ركوبهما».

أقول: امّا وجه كون الجناية هدراً إحالة على فعل الدابتين فلأنّ الجناية وقعت منهما عند عدم[٢] تمكّن الراكبين من منعهما؛ لأنّ التقدير انّ الدابتين غلبتهما فكانت الدابتان مستقلّتين بالجناية.

وأمّا وجه الضمان فلأنّ الدابتين وإن غلبتهما لكنه مستند الى ركوبهما، فكان أصل السبب منهما، وهو مقتضٍ لكون الضمان عليهما.

قوله رحمه الله: «لو كان في طريق ضيّق والمصدوم واقف قيل: يضمن المصدوم؛ لأنّه فرط بوقوفه».

أقول: هذا القول المشار إليه هو قول الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه ـ بعد كلام طويل ـ: فامّا إن كان واقفاً في موضع ضيّق ـ وهو إن وقف في طريق ضيّق للمسلمين ـ فصدمه هاهنا وماتا معاً فدية الصادم مضمونة؛ لأنّه تلف بسبب كان فرط فيه الواقف، وذلك لأنّه وقف في موضع ليس له أن يقف فيه[٣].

---

(١) شرائع الاسلام: كتاب الديات ج ٤ ص ٢٥٩.

(٢) لفظ «عدم» ليس في ج.

(٣) المبسوط: كتاب الديات ج ٧ ص ١٦٧.

قوله رحمه الله: «وقيل: واشترك ثلاثة في هدم حائط فوقع على أحدهم فمات ضمن الباقيان ديته؛ لأنّ كلّ واحد منهم ضامن لصاحبه، والأقرب انّ عليهما ثلثي ديته».

أقول: القول المشار إليه نقله الشيخ نجم الدين[1] عن الشيخ في النهاية.

والشيخ رحمه الله جعله في النهاية رواية، فقال: وروى أبوبصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قضى أميرالمؤمنين عليه السلام في حائط اشترك في هدمه ثلاثة نفر فوقع على واحد منهم فمات فضمن الباقيان ديته؛ لأنّ كلّ واحد منهم ضامن لصاحبه[2].

قوله رحمه الله: «ولولم يكن خوف فقال: ألقه وعليَّ ضمانه فالأقرب عدم الضمان».

أقول: وجه القرب انّه ضمان مالم يجب، وانّما شرع حالة الخوف لمكان الحاجة والضرورة، وهما منفيّان هنا.

قوله رحمه الله: «ولو قال حالة الخوف: ألقه وعليَّ ضمانه وكان المالك أيضاً خائفاً فالأقرب انّ على الضامن الجميع».

أقول: وجه القرب انّ الضمان حالة الخوف مشروع لما تمسّ إليه الحاجة

---

(١) شرائع الاسلام: كتاب الديات ج ٤ ص ٢٥٤ ـ ٢٥٥.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب الاشتراك في الجنايات ج ٣ ص ٤٢٧ ـ ٤٢٨.

والضرورة، وذلك يتحقّق في حقّ الضامن، فالمقتضى لصحّة الضمان موجود، وكون المالك خائفاً لا يمنع من كون الضمان عليه؛ لعدم المنافاة.

قوله رحمه الله: «ولو كان المحتاج الى الإلقاء هو المالك فألقاه بضمان غيره فالأقرب انّه لايحلّ له الأخذ».

أقول: وجه القرب انّ الضمان بالنسبة الى الضامن غير مشروع؛ لأنّه ضمان ما لم يثبت في الذمّة، وليس له إليه حاجة فلا يكون صحيحاً، واذا لم يكن الضمان صحيحاً لم يكن له أن يأخذ مال الضامن بسبب فاسد.

قوله رحمه الله: «ولو جرح مرتدّاً فأسلم فعاد الجارح مع ثلاثة فجرحوه فالجناة أربعة وعلى كلّ واحد ربع الدية، والجاني في الحالتين يلزمه الربع بجراحتين، إحداهما: هدر فتعود حصّته الى الثمن، ويحتمل التوزيع على الجراحات فيقال: انّها خمس، فيسقط الخمس ويبقى على كلّ واحد من الأربعة خمس الدية».

أقول: وجه القرب انّه مات من خمس جراحات، واحدة منها هدر وقعت في حال الارتداد فسقط ما قابلها، وهو جزء من خمسه من دية المسلم، وبقي على الجناة أربعة أخماس الدية على كلّ واحد منهم خمس.

قوله رحمه الله: «وقضى أمير المؤمنين عليه السلام في جارية ركبت أُخرى فنخستها

ثالثة فقمصت المركوبة فصرعت الراكبة انّ دية الراكبة نصفان بين الناخسة والمنخوسة، وفي الرواية ضعف السند، وقيل: يسقط الثلث؛ لركوبها عبثاً، ويجب الثلثان على الناخسة والقامصة، وقيل: إن ألجأت الناخسة القامصة فالدية على الناخسة، وإلّا فالقامصة».

أقول: الرواية هي ما رواه الشيخ في التهذيب عن محمّد بن أحمد بن يحيى عن أبي عبدالله عن محمّد بن عبدالله بن مهران عن عمرو بن عثمان عن أبي جميلة عن سعد الأسكاف عن الأصبغ بن نباتة قال: قضى أميرالمؤمنين عليه السلام في جارية ركبت أُخرى فنخستها جارية أُخرى فقمصت المركوبة فصرعت الراكبة فماتت، فقضى بديتها نصفين بين الناخسة والمنخوسة[1]. وهذه الرواية ضعيفة السند؛ لأنّ أبا جميلة ضعيف.

والشيخ رحمه الله في النهاية[2]، وجماعة من الأصحاب ذهبوا الى ما تضمّنته الرواية.

والقول المشار إليه انّه يسقط الثلث لركوبها عبثاً هو قول المفيد رحمه الله[3].

والتفصيل المذكور في الكتاب هو قول ابن ادريس[4].

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢٠ الاشتراك في الجنايات ح ١٠ ج ١٠ ص ٢٤١، وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب موجبات الضمان ح ١ ج ١٩ ص ١٧٨.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب الاشتراك في الجنايات ج ٣ ص ٤٢٢ ـ ٤٢٣.

(٣) المقنعة: كتاب القضاء... باب الاشتراك في الجنايات ص ٧٥٠.

(٤) السرائر: كتاب الديات والجنايات باب الاشتراك في الجنايات ج ٣ ص ٣٧٣ ـ ٣٧٤.

قوله رحمه الله: «وروى محمّد بن قيس عن الباقر عليه السلام انّ علياً عليه السلام قضى في أربعة شربوا المسكر فجرح اثنان وقتل اثنان انّ دية المقتولين على المجروحين بعد أن ترفع دية المجروحين من الدية، وروى السكوني انّه جعل دية المقتولين على قبائل الأربعة وأخذ جراحة الباقين من دية المقتولين».

أقول: الرواية الأُولى هي ما رواه الشيخ في التهذيب عن أحمد بن محمّد عن ابن أبي نجران عن عاصم بن حميد عن محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أميرالمؤمنين عليه السلام في أربعة شربوا فسكروا فأخذ بعضهم على بعض السلاح فاقتتلوا فقتل اثنان وجرح اثنان فأمر بالمجروحين فضرب كلّ واحد منهم ثمانين جلدة، وقضى دية المقتولين على المجروحين، وأمر أن تقاس جراحة المجروحين فترفع من الدية، وإن مات أحد من المجروحين فليس على أحد من أولياء المقتولين شيء[1].

والرواية الأُخرى هي ما رواه الشيخ رحمه الله في التهذيب فقال: النوفلي عن السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: كان قوم يشربون فيسكرون فيتباعجون بسكاكين كانت معهم فرفعوا الى أميرالمؤمنين عليه السلام فسجنهم فمات منهم رجلان وبقي رجلان، فقال أهل المقتولَين: أقدهما بصاحبنا، فقال علي عليه السلام

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢٠ الاشتراك في الجنايات ح ٦ ج ١٠ ص ٢٤٠، وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب موجبات الضمان ح ١ ج ١٩ ص ١٧٢ ـ ١٧٣.

للقوم: ما ترون؟ قالوا: نرى أن تقيدهما، قال علي عليه السلام: فلعلّ ذينك اللذين ماتا قتل كلّ واحد منهما صاحبه؟ قالوا: لاندري، فقال علي عليه السلام: بل أجعل دية المقتولَين على قبائل الأربعة وأخذ دية جراحة الباقين من دية المقتولَين. قال الشيخ رحمه الله في التهذيب ـ عقيب ذلك ـ: ذكر إسماعيل بن الحجّاج بن أرطاة عن سماك بن حرب عن عبيد بن أبي الجعد قال: كنت أنا رابعهم فقضى علي عليه السلام هذه القضية فينا[1].

قوله رحمه الله: «روى محمّد بن قيس عن الباقر عليه السلام، والسكوني عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام انّه قضى في ستة غلمان كانوا في الفرات فغرق واحد فشهد اثنان على الثلاثة انهم غرّقوه وشهد الثلاثة على الاثنين انّهما غرّقاه، فقضى بالدية ثلاثة أخماس على الاثنين وخمسين على الثلاثة».

أقول: هذه الرواية هي ما رواه الشيخ في التهذيب عن عليّ بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلي عن السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: رفع الى أميرالمؤمنين عليه السلام ستة غلمان كانوا في الفرات فغرق واحد منهم فشهد ثلاثة منهم على اثنين انّهما غرّقاه وشهد اثنان على الثلاثة انّهم غرّقوه، فقضى علي

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢٠ الاشتراك في الجنايات ح ٥ ج ١٠ ص ٢٤٠ وفيه «عبدالله بن أبي الجعد»، وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب موجبات الضمان ح ٢ ج ١٩ ص ١٧٣.

عليه السلام بالدية ثلاثة أخماس على الاثنين وخمسين على الثلاثة[١].

قوله رحمه الله: «والأقرب انّه لايجب قبول القيمة السوقية مع وجود الابل».

أقول: هذا ظاهر، فانّ المستحقّ للولي الابل، فلا يلزمه قبول عوضها.

قوله رحمه الله: «وهل التلفيق من جنسين فمازاد؟ إشكال».

أقول: منشأه من انّ الواجب أحد الأجناس المعيّنة، والملفق من جنسين ليس واحد منهما.

ومن انّ الشارع أقام كلّ واحد مقام الآخر فجعله مساوياً له، فاذا جاز العدول من ألف شاة الى مائة من الابل وبالعكس وكان الخيار إليه في ذلك جاز العدول من بعض أحدهما الى بعض الآخر، وإلّا لما كانا متساويين.

قوله رحمه الله: «ودية شبيه العمد مائة وثلاث وثلاثون منها حقة، وثلاث وثلاثون بنت لبون، وأربع وثلاثون ثنية طروقة الفحل. وروي ثلاثون بنت لبون، وثلاثون حقة، وأربعون خلفة ـ وهي الحامل ـ».

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢٠ الاشتراك في الجنايات ح ٣ ج ١٠ ص ٢٣٩، وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب موجبات الضمان ح ١ ج ١٩ ص ١٧٤.

أقــول: الرواية المشار إليها هي ما رواه الشيخ رحمه الله في كتابَي الأخبار عن عليّ بن إبراهيم عن أبيه عن بعض أصحابه عن عبدالله بن سنان والحسين بن سعيد عن حمّاد عن عبدالله بن المغيرة والنصر بن سويد جميعاً عن ابن سنان قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: قال أميرالمؤمنين عليه السلام: في الخطأ شبيه العمد أن يقتل بالسوط أو بالعصا أو بالحجر، أنّ دية ذلك تغلظ وهي: مائة من الابل، منها: أربعون خلفة بين ثنية الى بازل عامها، وثلاثون حقة، وثلاثون بنت لبون[1].

قوله رحمه الله: «ودية الخطأ المحض عشرون بنت مخاضٍ، وعشرون ابن لبون ذكر، وثلاثون بنت لبون، و ثلاثون حقة. و روي خمس وعشرون بنت مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة».

أقــول: هذه الرواية هي ما ذكره الشيخ في كتابَي الأخبار عن عليّ بن محمّد ابن عيسى عن يونس عن محمّد بن سنان عن العلا بن الفضل عن أبي عبدالله عليه السلام انّه قال: في قتل الخطأ مائة من الابل أو ألف من الغنم أو عشرة آلاف درهم أو ألف دينار، فإن كانت الابل فخمس وعشرون بنت مخاض، وخمس

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١١ القضايا في الديات والقصاص ح ١٤ ج ١٠ ص ١٥٨ ـ ١٥٩، الاستبصار: ب ١٥١ باب مقدار الدية ح ٤ ج ٤ ص ٢٥٩، وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب القصاص في النفس ح ١١ ج ١٩ ص ٢٧.

وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة[١].

قوله رحمه الله: «ولو رمى في الحلّ الى الحرم فقتل فيه غلّظ، وفي العكس إشكال».

أقول: منشأه من انّه لم يقتل في الحرم فلا يغلظ، ولأصالة البراءة.

ومن تغليب حرمة الحرم، كما لو رمى صيداً من الحرم فأصاب في الحلّ فانّ الكفّارة تلزمه تغليباً لحرمة الحرم، والتغليظ للحرمة.

قوله رحمه الله: «فإن جنى في الحرام اقتصّ منه؛ لانتهاكه حرمة الحرم، وقيل: وكذا في مشاهد الأئمة عليهم السلام».

أقول: هذا القول المشار إليه هو قول الشيخ في النهاية فقال: ومن قتل غيره في الحرم أو أحد أشهر الحرم ـ رجب وذي القعدة وذي الحجّة والمحرّم ـ وأُخذت منه الدية كان عليه دية وثلث دية للقتل وثلث الدية لانتهاكه حرمة الحرم وأشهر الحرم، وإن طلب منه القود قتل بالمقتول، فإن كان انّما قتل في غير الحرم ثمّ التجأ إليه ضيّق عليه في المطعم والمشرب، ويمنع من مخالطته ومبايعته الى أن يخرج فيقام عليه الحدّ، وكذلك الحكم في مشاهد الأئمة عليهم السلام[٢].

قوله رحمه الله: «وولد الزنا اذا أظهر الاسلام مسلم على رأي».

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١١ باب القضايا في الديات والقصاص ح ١٣ ج ١٠ ص ١٥٨، الاستبصار: ب ١٥١ مقدار الدية ح ٢ ج ٤ ص ٢٥٨.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الديات ب ٥ باب من لايعرف قاتله... ج ٣ ص ٤٠٤ ـ ٤٠٦.

أقـول: هذا هو المشهور بين الأصحاب، خلافاً لابن ادريس حيث قال: هو كافر[١]، وهو الظاهر من كلام السيد في الانتصار حيث قال فيه: ممّا انفردت به الامامية القول بأنّ دية ولد الزنا ثمانمائة درهم[٢].

قوله رحمه الله: «وروي انّ دية الذمّي كدية المسلم، وروي أربعة آلاف درهم وحملا على المعتاد لقتلهم».

أقـول: الرواية الأُولى هي ما رواه الشيخ في كتابَي الأخبار عن إسماعيل ابن مهران عن ابن المغيرة عن منصور عن أبان بن تغلب عن أبي عبدالله عليه السلام قال: دية اليهودي والنصراني والمجوسي دية المسلم[٣].

وما رواه الحسين بن سعيد عن فضالة عن أبان عن زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: من أعطاه رسول الله صلّى الله عليه وآله ذمّة فديته كاملة، قال زرارة: فهؤلاء؟ قال أبو عبدالله عليه السلام: وهؤلاء من أعطاهم ذمّة[٤].

والرواية الأُخرى هي ما رواه الشيخ أيضاً في كتابَي الأخبار عن محمّد بن خالد عن القاسم بن محمّد عن علي عن أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم، ودية المجوسي ثمانمائة درهم.وقال أيضاً: إنّ

---

(١) السرائر: كتاب العتق ج ٣ ص ١٠.

(٢) الانتصار: مسائل الحدود والقصاص ص ٢٧٣.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ١٤ القود بين الرجال... ح ٣٢ ج ١٠ ص ١٨٧، الاستبصار: ب ١٥٦ باب مقدار دية أهل الذمّة ح ٨ ج ٤ ص ٢٦٩.

(٤) تهذيب الأحكام: ب ١٤ في القود بين الرجال... ج ٣٣ ج ١٠ ص ١٨٧، الاستبصار: ب ١٥٦ في مقدار دية أهل الذمّة ح ٩ ج ٤ ص ٢٦٩.

للمجوس كتاباً يقال له: جاماس. وهو اشارة الى ما حمله الشيخ فانه قال في التهذيب: قال محمّد بن الحسن: الوجه في هذه الأخبار أن نحملها على من يتعوّد قتل أهل الذمّة[1]. والى ذلك أشار المصنّف بقوله: «وحملا».

قوله رحمه الله: «وليس له الإمساك والمطالبة بالقيمة، ولا ببعضها على إشكال».

أقول: المراد لو قتل الحرّ عبداً كان عليه قيمته عمداً كان أو خطأً، ويتخيّر المالك في الجناية على طرفه اذا كان فيه من الحرّ كمال الدية بين دفعه والمطالبة بقيمته. وهل للمالك اذا طلب البعض إمساكه وطلب دية البعض، كما لو كان الحرّ قد قطع يديه فقال المالك: أنا أرضى بدية يد واحدة وأمسك العبد؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّ الشارع جعل له امّا كمال الدية مع دفعه أو إمساكه مجّاناً.

ومن انّه لو قطع واحدة كان له إمساكه والمطالبة بنصف القيمة، فاذا رضي بذلك عند قطعها يكون أولى.

قوله رحمه الله: «وفي المسلم عبد الذمّي أو المسلمة جارية الذمّي إشكال».

أقول: منشأه إطلاق الأصحاب انّ دية العبد قيمته مالم تتجاوز دية مولاه، ودية الأمة قيمتها مالم تتجاوز دية مولاتها، وهو يتناول العبد والأمة المسلمين وغيرهما.

ومن انّ المسلم لايقدر بدية أهل الذمّة.

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ١٤ في القود بين الرجال... ح ٣٤ وذيله ج ١٠ ص ١٨٧، الاستبصار: ب ١٥٦ في مقدار دية أهل الذمّة ح ١٠ وذيله ج ٤ ص ٢٦٩.

قوله رحمه الله: «واذا جنى العبد ـ الى قوله:ـ وفي قدر الفداء قولان».

أقول: القولان للشيخ[١]، وقد تقدّم ذلك.

قوله رحمه الله: «وكذا أُمّ الولد على الأقوى».

أقول: أقوى القولين عند المصنّف: انّ حكم جناية أُمّ الولد حكم جناية القنّ لاتلزم مولاها، وهو اختيار الشيخ في الخلاف؛ لأصالة براءة ذمّة السيد[٢].

والقول الآخر: انّه على مولاها، وهو قول الشيخ في المبسوط[٣]، وتبعه ابن البرّاج[٤].

قوله رحمه الله: «وفي شعر اللحية الدية إن لم ينبت، فإن نبت فالأرش، وقيل: ثلث الدية».

أقول: القول المشار إليه هو قول الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: وفي اللحية اذا حلقت فلم ينبت الدية كاملة، فإن نبتت كان فيها ثلث الدية[٥]. ومثله قال في الخلاف[٦].

---

(١) المبسوط: كتاب الجراح ج ٧ ص ٧.

(٢) الخلاف: كتاب الديات ذيل المسألة ٨٨ ج ٣ ص ١٣٨ طبعة اسماعيليان.

(٣) المبسوط: كتاب الديات دية الكفّار ج ٧ ص ١٦٠.

(٤) المهذّب: كتاب الديات باب القصاص والشجاج ... ج ٢ ص ٤٨٨.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب الديات في ديات الاعضاء ج ٣ ص ٤٤٠.

(٦) الخلاف: كتاب الجنايات المسألة ٩١ ج ٣ ص ١١٥ طبعة اسماعيليان.

قوله رحمه الله: «وفي الأهداب الدية على رأي».

أقول: اختلف أصحابنا في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

أحدها: كمال الدية، ذكره المصنّف هنا، وهو قول الشيخ في المبسوط[١] والخلاف[٢]، وتبعه ابن حمزة[٣].

الثاني: فيها نصف الدية، وهو قول ابن البرّاج[٤].

الثالث: الأرش، وهو قول ابن ادريس، واختاره المصنّف في المختلف وقال ـ لمّا حكى مذهب ابن ادريس ـ: وهذا القول لابأس به[٥].

قوله رحمه الله: «فإن قطعت الأهداب بالأجفان فديتان، ولو قيل: بالأرش حالة الانفراد وبالسقوط حالة الاجتماع أمكن».

أقول: المصنّف جعل قول ابن ادريس احتمالاً، فانّ ابن ادريس أوجب فيه الأرش إن قلع منفرداً قال: لأنّ النصّ انّما ورد في شعر الرأس واللحية وشعر الحاجبين، وحمل غيره قياس، والأصل براءة الذمّة، واذا قلع مع الأجفان كان في

---

(١) المبسوط: كتاب الجراح دية الأجفان ج ٧ ص ١٣٠.

(٢) الخلاف: كتاب الديات مسألة ٢٥ ج ٣ ص ١٢٥ طبعة اسماعيليان.

(٣) الوسيلة: فصل في أحكام الشجاج ص ٤٤٧.

(٤) المهذّب: كتاب الديات باب القصاص والشجاج ج ٢ ص ٤٧٤.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات الفصل الخامس في ديات الأعضاء ص ٨٠٢ س ١٤.

الجميع دية الأجفان فحسب؛ لأنّ الأهداب تتبع الأجفان، فكان كما لو قطع اليد وعليها شعر[١].

قوله رحمه الله: «ولو كانت للأمة فزادت قيمتها فالأقرب التعزير».

أقول: لو كان للأمة لحية فقلعها أحد عدواناً فزادت قيمة الأمة بذلك فالأقرب عند المصنّف التعزير لا غير.

ووجه القرب انّه غير متقوّم ولا فات بسببه شيء من القيمة، فلم يكن عليه شيء سوى التعزير؛ لتعدّيه.

قوله رحمه الله: «وفي خسف العوراء ثلث دية الصحيحة، وروي الربع».

أقول: الرواية المشار إليها ما رواه الشيخ في التهذيب عن علي عن أبيه عن أحمد بن محمّد بن أبي نصر عن أبي جميلة مفضل بن صالح عن عبدالله بن سليمان عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل فقأ عين رجل ذاهبة وهي قائمة، قال: عليه ربع دية العين[٢].

قوله رحمه الله: «وفي الأجفان الدية، وفي كلّ جفن الربع، وقيل: في الأعلى ثلثا الدية، وفي

---

(١) السرائر: كتاب الديات والجنايات باب دية الأعضاء ... ج ٣ ص ٣٧٨ ـ ٣٧٩.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٢٣ في دية عين الأعور... ح ٦ ج ١٠ ص ٢٧٠، وسائل الشيعة: ب ٢٩ من أبواب ديات الأعضاء ح ٢ ج ١٩ ص ٢٥٤.

الأسفل الثلث، وقيل: في الأعلى الثلث وفي الأسفل النصف».

أقول: القول بأنّ في الأعلى الثلثين وفي الأسفل الثلث هو قول الشيخ في الخلاف[١]، والقائل بأنّ في الأعلى الثلث وفي الأسفل النصف هو ابن الجنيد[٢]، والمفيد[٣]، والشيخ في النهاية[٤]، وسلّار[٥]، وابن حمزة[٦]، وأبو الصلاح[٧].

قوله رحمه الله: «ولو قطع المارن ثمّ القصبة فالأقرب ثبوت الدية في المارن والحكومة في القصبة».

أقول: الأقرب عند المصنّف انّه اذا قطع القصبة منفردة بعد قطع المارن كان فيها الحكومة.

ووجه القرب انّه من قطع عضواً ليس فيه مقدّر فكان فيه الحكومة، إذ المقدّر انّما هو في قطع الأنف بأجمعه، والمارن والقصبة وحدها ليست أحدهما.

---

(١) الخلاف: كتاب الديات المسألة ٢٤ ج ٣ ص ١٢٤ طبعة اسماعيليان.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات الفصل الخامس في ديات الأعضاء ص ٨٠٢ س ٢.

(٣) المقنعة: كتاب القضاء والشهادات والقصاص والديات ب ١٧ في الأعضاء والجوارح... ص ٧٥٥.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الديات ب ٨ في ديات الأعضاء والجوارح... ج ٣ ص ٤٢٩.

(٥) المراسم: ذكر أحكام الجناية ص ٢٤٥.

(٦) الوسيلة: فصل في بيان أحكام الشجاج... ص ٤٤٧.

(٧) الكافي في الفقه: الضرب السادس في الأحكام ص ٣٩٦.

قوله رحمه الله: «والروثة وهي الحاجز بين المنخرين وفيها نصف الدية على رأي، وقيل: الثلث، وقيل: الروثة هي مجمع المارن».

أقول: في تفسير الروثة قولان:

أحدهما: انّه الحاجز بين المنخرين، كما ذكره المصنّف، وابن سعيد[١].

وقال ابن بابويه: هي مجمع المارن والأنف[٢]، وهو قريب من قول أهل اللغة، فانّ صاحب الصحاح قال: الروثة هي طرف الارنبة[٣].

وأمّا تقدير ديتها فقال الشيخ في النهاية[٤] والمبسوط[٥]: نصف الدية.

والمصنّف رحمه الله نقل الثلث قولاً آخر، وجعله الأقرب، لأصالة براءة الذمّة ممّا زاد عليه ما لم يقم عليه دليل، ولم يثبت.

قوله رحمه الله: «ولو أبانه فردّه احتمل الحكومة والدية».

أقول: لو أُبين الأنف بالجناية فردّه المجنى عليه بحرارته حتى التحم مكانه احتمل أن يكون فيه الحكومة؛ لأنّ العضو باقٍ في محلّه كما كان ملتحماً فكان عليه الأرش، عملاً بأصالة براءة الذمّة ممّا زاد عليه، واحتمل وجوب الدية؛ لصدق انّه

---

(١) شرائع الاسلام: كتاب الديات في الجناية على الأطراف ج ٤ ص ٢٦٣.

(٢) من لايحضره الفقيه: ب ١٨ في دية جوارح الانسان ج ٤ ص ٨١.

(٣) الصحاح: ج ١ ص ٢٨٤ مادة: «روث».

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب في القصاص وديات الشجاج ج ٣ ص ٤٥٥.

(٥) المبسوط: كتاب الديات دية الأنف ج ٧ ص ١٣١.

أبان الأنف، وقد استحقّت الدية بالإبانة فلا تسقط المتجدّدة بعد الاستحقاق بإعادته.

قوله رحمه الله: «وفي الشفتين الدية إجماعاً، واختلف في التقسيط فقيل: في العليا الثلث وفي السفلى الثلثان؛ لأنّ فيها مع الجمال زيادة المنفعة بإمساك الطعام والشراب، وقيل: في العليا خمسا الدية وفي السفلى ثلاثة أخماسها، وقيل: في العليا النصف وفي السفلى الثلثان وفيه زيادة لم تثبت، وقيل: بالسوية، وهو حسن».

أقول: القول بأنّ في العليا الثلث وفي السفلى الثلثين هو قول المفيد[١]، والشيخ في المبسوط[٢]، وسلّار[٣]، وأبي الصلاح[٤].

والقول بأنّ في العليا خمسين وفي السفلى ثلاثة هو قول الشيخ في النهاية[٥] والخلاف[٦] وكتابيَ الأخبار[٧]، ومحمّد بن بابويه في المقنع[٨]،

---

(١) المقنعة: كتاب القضاء والشهادات... باب ديات الشجاج... ص ٧٦٧.

(٢) المبسوط: كتاب الديات ج ٧ ص ١٣٢.

(٣) المراسم: كتاب المواريث أحكام الجناية على ما دون النفس... ص ٢٤٤.

(٤) الكافي في الفقه: الضرب السادس من أحكام الديات ص ٣٩٨.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب في ديات الأعضاء... ج ٣ ص ٤٣٤.

(٦) الخلاف: كتاب الديات المسألة ٣٠ ج ٣ ص ١٢٥ طبعة اسماعيليان.

(٧) تهذيب الأحكام: ب ٢٢ في ديات الأعضاء والجوارح... ذيل الحديث ٨ ج ١٠ ص ٢٤٦، الاستبصار: ب ١٧١ في ديات الأعضاء ذيل الحديث ٤ ج ٤ ص ٢٨٨.

(٨) المقنع: باب الديات ص ١٨٠.

وقول ابن حمزة[١].

والقول بأنّ في العليا النصف وفي السفلى الثلثين هو قول ابن الجنيد[٢].

قال المصنّف رحمه الله: «وفيه زيادة لم تثبت» ونقل هذا القول عن ابن بابويه، وهو منقول عن ظريف بن ناصح، قال صاحب الشرائع: وهو نادر[٣]. وفيه مع ندوره زيادة لامعنى لها.

والقول بالتسوية بين العليا والسفلى هو قول الحسن بن أبي عقيل[٤]، واستحسنه المصنّف.

قوله رحمه الله: «ولو تقلّصت الشفة قيل: الدية، ويحتمل الحكومة».

أقول: القول المشار إليه قول الشيخ في المبسوط[٥]، وقال المصنّف: «يحتمل الحكومة».

ووجه هذا الاحتمال أصالة براءة الذمّة، مع عدم قيام ما يدلّ على الزيادة عن الحكومة، فلا يتسلّط على الغير إلّا بيقين.

قوله رحمه الله: «ولو قطع نصف لسانه فذهب

---

(١) الوسيلة: فصل في بيان أحكام الشجاج... ص ٤٤٣.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات ص ٨٠٤ س ٩.

(٣) شرائع الاسلام: كتاب الديات الجناية على الأطراف ج ٤ ص ٢٦٤.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات الفصل الخامس في ديات الأعضاء ص ٨٠٤ س ١٧.

(٥) راجع المبسوط: كتاب الديات ج ٧ ص ١٣٢ حيث أفتى بالحكومة.

ربع الحروف فربع الدية، ولو كان بالعكس فنصف الدية، والأقرب اعتبار الأكثر مع الاختلاف».

أقول: لو قطع بعض اللسان فذهب مساويه من الحروف كما لو قطع نصفه فذهب نصفها فلا إشكال في لزوم نصف الدية، امّا مع الاختلاف كما لو قطع نصف لسانه فذهب ربع حروفه أو بالعكس فالأقرب عند المصنّف اعتبار الأكثر، فيلزمه النصف على كلّ واحد من التقديرين.

ووجه القرب امّا على تقدير أن يكون الأكثر نصف الحروف فظاهر؛ لأنّ الجناية على اللسان تعتبر بالحروف، فما نقص منها أخذ مقابله من الدية. وأمّا العكس فلأنّه لسان صحيح، وفيه الدية، فيكون في أبعاضه بنسبته من الدية كالشفتين.

قوله رحمه الله: «لو ادّعى الصحيح ذهاب نطقه عند الجناية صدق مع القسامة؛ لتعذّر البيّنة وحصول الظنّ المستند الى السبب بصدقه، وروي ضرب لسانه بأُبرة فإن خرج الدم أسود صدق، وإن خرج أحمر كذب».

أقول: الرواية المشار إليها هي ما رواه الشيخ في التهذيب عن علي عن أبيه عن محمّد بن الوليد عن محمّد بن الفرات عن الأصبغ بن نباتة قال: سئل أميرالمؤمنين عليه السلام عن رجل ضرب رجلاً على هامته فادّعى المضروب انّه لايبصر شيئاً ولا يشمّ الرائحة وانّه قد ذهب لسانه، فقال أميرالمؤمنين عليه السلام: إن صدق فله ثلاث ديات، فقيل يا أميرالمؤمنين: فكيف نعلم انّه صادق؟ فقال: امّا ما ادّعاه انّه

لايشمّ الرائحة فانّه يدنى منه الحراق فإن كان كما يقول، وإلّا نحى رأسه ودمعت عينه. وأمّا ما ادّعاه في عينه فانّه يقابل بعينه عين الشمس فإن كان كاذباً لم يتمالك حتى يغمض عينه، وإن كان صادقاً بقيتا مفتوحتين. وأمّا ما ادّعاه في لسانه فانّه يضرب على لسانه بالأُبرة فإن خرج الدم أحمر فقد كذب، وإن خرج أسود فقد صدق[1].

قوله رحمه الله: «ولو ذهب الكلام بقطع البعض ثمّ عاد قيل: يستعاد؛ لأنّه لو ذهب لما عاد، وقيل: لا، والأقرب الاستعادة إن علم انّ الذهاب أوّلاً ليس بدائم، وإلّا فلا».

أقول: القولان للشيخ رحمه الله فقال في المبسوط: يستعاد؛ لأنّه قال فيه: لأنّه لمّا نطق بعد أن لم ينطق علمنا أنّ كلامه ما كان ذهب، إذ لو كان ذهب ما عاد[2].

وقال في الخلاف: لايستعاد[3].

وفصّل المصنّف رحمه الله فقال: الأقرب الاستعادة إن علم انّ الذاهب أوّلاً لم يكن دائماً، يعني لو علم أهل الخبرة انّ الذهاب لعارض غير دائم بل يعود ثمّ عاد استعيدت الدية، وإلّا فلا؛ لأنّه هبة متجدّدة من الله تعالى بعد استحقاق المجنى عليه لها.

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢٢ في ديات الأعضاء... ح ٨٦ ج ١٠ ص ٢٦٨، وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب في ديات المنافع ح ١ ج ١٩ ص ٢٧٩.

(٢) المبسوط: كتاب الديات ج ٧ ص ١٣٦.

(٣) الخلاف: كتاب الديات المسألة ٣٦ ج ٣ ص ١٢٧.

قوله رحمه الله: «ولو قطع نصف اللسان فأزال ربع الكلام فعليه نصف الدية على ما اخترناه، وعلى قول أصحابنا الربع، فلو قطع آخر الباقي وجب على قول أصحابنا ثلاثة أرباع الدية، وعلى ما اخترناه كذلك اعتباراً بالمنفعة على القولين، ولو كان بالعكس فعلى الأوّل نصف الدية، وعلى الثاني ثلاثة أرباع الدية».

أقول: هذا تفريع على ما تقدّم وهو: انّه اذا قطع نصف لسانه فذهب ربع حروفه ثمّ قطع آخر الباقي فعلى قول المصنّف على الأوّل النصف، وعلى الثاني ثلاثة أرباعه على القولين ـ أي على القول الذي اختاره المصنّف وعلى قول الأصحاب ـ.

امّا على قول المصنّف؛ لأنّه اعتبر الأكثر من نصف المنفعة واللسان الصحيح، والأكثر هنا هو ثلاثة أرباع الحروف فعليه ثلاثة أرباع الدية.

وأمّا على قول الأصحاب فلأنّ الاعتبار بالحروف مطلقاً، والزائل حينئذٍ باقي الحروف وهي ثلاثة أرباعها.

قوله رحمه الله: «فإن زاد عددها على ما ذكرناه كان في الزائد ثلث دية الأصل إن قلع منفرداً، وإن قلع منضمّاً فلا شيء فيه، وقيل: فيها حكومة لو قلعت منفردة».

أقول: القول المشار إليه هو قول المفيد فانّه قال: وما زاد على هذه الأسنان في العدد فليس له دية موظّفة، لكن ينظر فيما ينقص من قيمة صاحبه بذهابه منه إن لو

كان عبداً، ويعطى بحساب دية الحرّ منه[١].

قوله رحمه الله: «ولو قلع سنّ الصغير غير المثغر انتظر به سنة، فإن نبت فالأرش، وإن لم ينبت فدية المثغر كاملة، وقيل فيها بعير مطلقاً».

أقول: قد تقدّم ذكر الخلاف في هذه المسألة.

قوله رحمه الله: «ولو اضطربت لكبر أو مرض ففي الكمال إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث تناول اسم السنّ لها فكان فيها الدية، وهوالذي قوّاه الشيخ في المبسوط[٢].

ومن حيث إنّها نقصت عن الأسنان في المنافع فيلزمه الحكومة.

قوله رحمه الله: «وقيل: في الزائد ثلث دية الأصلية»

أقول: يريد لو كان له يد زائدة فقطعت قال الشيخ في المبسوط: كان فيها ثلث دية الأصلية[٣]، والى ذلك أشار المصنّف بقوله: «وقيل».

قوله رحمه الله: «وفي الذراعين الدية، وكذا في

---

(١) المقنعة: كتاب القضاء والشهادات... باب ديات الأعضاء ص ٧٥٦.

(٢) المبسوط: كتاب الديات ج ٧ ص ١٣٩.

(٣) المبسوط: كتاب الديات ج ٧ ص ١٤٤ ـ ١٤٥.

العضدين، وفي كلّ واحدة النصف، ويحتمل الحكومة».

أقول: وجه الاحتمال انّه عضوٌ ناقص فاقد المنفعة، فلم تكن فيه الدية، فتعيّن فيه الحكومة.

قوله رحمه الله: «وقيل: في الإبهام ثلث دية اليد، وفي الأربعة الباقية الثلثان».

أقول: القول المشار إليه هو قول أبي الصلاح[١]، وابن حمزة[٢]. وجعل الشيخ رحمه الله ذلك في النهاية رواية، وكذا في المبسوط.

فقال في النهاية: وفي أصابع اليدين الدية كاملة، وفي كلّ واحدة عشر الدية. وقد روي انّ في الإبهام ثلث دية اليد، وفي الأربع أصابع ثلثي ديتها بينها بالسوية[٣].

وقال في المبسوط: وأمّا الأصابع اذا قطعها وحدها دون الكفّ ففيها نصف الدية، والواجب فيها بالسوية كلّ إصبع عشر من الابل. وروى أكثر أصحابنا انّ في الإبهام ثلث الدية، وفي الأربع ثلثي الدية[٤].

قوله رحمه الله: «وروي انّه اذا كسر فجبر على غير عيب فمائة دينار، وإن عثم فألف».

---

(١) الكافي في الفقه: الديات ص ٣٩٨.

(٢) الوسيلة: فصل في أحكام الديات ص ٤٥٢.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب ديات الأعضاء ج ٣ ص ٤٤٠.

(٤) المبسوط: كتاب الديات ج ٧ ص ١٤٣.

أقـول: يعني اذا كسر الظهر.

والرواية المشار إليها هي ما رواه الشيخ في التهذيب عن محمّد بن الوليد عن محمّد ابن الحسن الصفّار عن أحمد بن محمّد بن عيسى عن الحسن بن علي بن فضّال عن ظريف بن ناصح قال: حدّثني رجل يقال له: عبدالله بن أيوب قال: حـدّثني أبـو عمرو المتطبّب قال: عرضت هذه الرواية على أبي عبدالله عليه السلام، وروى عليّ ابن إبراهيم عن أبيه عن ابن فضّال ومحمّد بن عيسى عن يونس جميعاً عن الرضا عليه السلام قالا: عرضنا عليه الكتاب فقال هو: نعم هي حقّ، فقد كان أميرالمؤمنين عليه السلام يأمر عمّا له بذلك ـ بعد كلام طويل من كلام أميرالمؤمنين عليه السلام في كتاب ظريف المنقول بهذا الاسناد وغيره ـ: وإن كسر الصلب فجبر على غير عثم ولا عيب فديته مائة دينار، وإن عثم فديته ألف دينار[1].

قوله رحمه الله: «وفي حلمتَي ثدي المرأة عـلى إشكال، وكذا قيل في حلمتَي الرجل، وقيل: فيهما ربع الدية، وفي كلّ واحدة الثمـن مـائة وخمسـة وعشرون ديناراً».

أقـول: القول بأنّ في حلمتَي الرجـل ديـته هـو قـول الشـيخ في الخـلاف[2] والمبسوط[3].

---

(١) تهذيب الأحكـام: ب ٢٦ في ديـات الشـجاج... ح ٢٦ ج ١٠ ص ٢٩٥ و ٣٠٤، وسـائل الشيعة: ب ١٣ من أبواب ديات الأعضاء ح ١ ج ١٩ ص ٢٣١.

(٢) الخلاف: كتاب الديات المسألة ٦٥ ج ٣ ص ١٣٢.

(٣) المبسوط: كتاب الديات ج ٧ ص ١٤٨.

والقول بأنّه الربع هو قول ابن حمزة حيث قال: وفي قطع حلمة ثدي الرجل ثمن الدية[١]، وهو ظاهر كلام ابن الجنيد فانّه قال: في حلمة ثدي الرجل ربع دية الثدي[٢]. امّا المرأة ففيه إشكال.

منشأه من عموم كلّ عضو يكون في الانسان فيه ديته.

ومن أصالة البراءة، والعموم انّما يستدلّ به مع عدم ورود النصّ على خلافه، والحلمتان قد ورد فيهما مقدّر من الرجل مختلف فيه، فكان الحدّ في المرأة مشكوكاً فيه، والمتيقّن الحكومة.

قوله رحمه الله: «ولو داس بطنه حتى أحدث فعل به ذلك أو يفتدي نفسه بثلث الدية، ولو قيل بالحكومة كان وجهاً».

أقول: علّة هذا الوجه انّ فيه تغريراً أو خطراً في النفس، ولا وثوق بحصول المماثلة في الاقتصاص.

قوله رحمه الله: «فإن قطع بعض الحشفة نسب المقطوع الى الحشفة خاصّة، فإن كان المقطوع نصفها فنصف الدية، وإن كان ثلثاً فالثلث، وعلى هذا اذا لم يتخرّم مجرى البول، فإن اختلّ المجرى

---

(١) الوسيلة: فصل في بيان أحكام الشجاج والجراح... ص ٤٥٠.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديات الفصل الخامس في ديات الأعضاء ص ٨٠٩ س ٢.

احتمل الجزء المسقط والحكومة معاً، واحتمال أكثرهما كما قلنا في اللسان والكلام».

أقول: امّا الاحتمال الأوّل فوجهه: انّه أذهب جزء من الحشفة، ففيه بقدر ذلك الذاهب من الدية بالنسبة الى أصل الحشفة، وأذهب بعض منفعة مجرى البول بالجزم، ففي تلك المنفعة حكومة؛ لعدم التقدير الشرعي فيها.

ووجه الثاني: انّه جنى جناية واحدة فضمنت نقصاً، فكان عليه أكثر الأمرين من الحدّ المقدّر في الحكومة. ولأنّه المتيقّن، ومازاد عليه مشكوك فيه فيكون منفيّاً بالأصل.

قوله رحمه الله: «وفي الخصيتين الدية، وفي كلّ واحدة النصف، وروي في اليسرى الثلثان وفي اليمنى الثلث؛ لأنّ الولد يخلق من اليسرى».

أقول: الرواية المشار إليها هي ما رواه الشيخ في التهذيب عن عليّ ابن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي نصر عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: كلّ ما كان في الجسد منه اثنان ففيه نصف الدية مثل اليدين والعينين، قلت: فرجل فقئت عينه، قال: نصف الدية، قلت: رجل قطعت يده، قال: فيه نصف الدية، قلت: فرجل ذهبت إحدى بيضتيه، قال: إن كانت اليسار ففيها ثلثا الدية، قلت: ولِمَ، أليس قلت: ما كان في الجسد منه اثنان ففيه نصف الدية؟ قال: لأنّ الولد من البيضة اليسرى[1].

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢٢ في ديات الأعضاء... ح ٢٢ ج ١٠ ص ٢٥٠، وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب ديات الأعضاء ح ١ ج ١٩ ص ٢١٣.

قوله رحمه الله: «وهل ينفسخ نكاحها أم يتوقّف تزويجها بغيره على طلاقه؟ الأقرب الثاني».

أقول: يريد انّ المفضاة المذكورة تحرم عليه أبداً، وهل تبين منه أو يتوقّف تزويجها بآخر على طلاق زوجها؟ الأقرب انّه يتوقّف.

ووجه القرب انّ الأصل بقاء العقد الصحيح، ولا يلزم من عروض التحريم البينونة.

قوله رحمه الله: «ومع تزويجها بغيره هل تسقط نفقتها عن الأوّل؟ إشكال»

أقول: وجه الإشكال انّ النفقة بسبب الزوجية وعدم صلاحيتها لغيره من الأزواج، وقد زال المقتضي فيزول الحكم ـ أعني وجوب الانفاق ـ.

ومن ورود النصّ بوجوب الإنفاق عليها الى أن يموت أحدهما.

قوله رحمه الله: «وهل تلحق النحيفة التي يغلب على الظنّ الإفضاء بوطئها بالصغيرة؟ الأقرب المنع إلّا الدية، فانّ الأقرب ثبوتها».

أقول: لو كانت الزوجة البالغة نحيفة جدّاً بحيث يغلب على الظنّ إفضاؤها بالوطء كالصغيرة، يعني تحريم وطئها على الزوج ووجوب الدية.

والأقرب عند المصنّف عدم التحريم؛ لأنّها زوجة بالغة، فيكون وطؤها مباحاً؛ لعموم ﴿إلّا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانّهم غير ملومين﴾[1] ولأصالة عدم

---

(١) المؤمنون: ٦.

التحريم. امّا الدية اذا اتفق الإفضاء فانّ الأقرب عنده وجوبها؛ لأنّها جناية حصلت بفعله فكانت مضمونة عليه في ماله.

قوله رحمه الله: «ولو كانت المكرهة بكراً ففي وجوب أرش البكارة مع المهر نظر، أقربه ذلك».

أقول: وجه النظر من انّه فعل واحد فوجب مهر المثل، والأصل براءة الذمّة ممّا زاد عليه منه.

ومن حصول جناية أُخرى ـ وهي إذهاب البكارة ـ فالمهر عوض الوطء بالإكراه، والأرش للبكارة، وهو الأقرب؛ لأنّ تداخل الحقّين على خلاف الأصل.

قوله رحمه الله: «واختلف في تفسير الإفضاء قيل: أن يزيل الحاجز بين القُبل والدُبر، وقيل: مخرج البول والحيض، وهو أقرب؛ لأنّ الحاجز بين القُبل والدُبر عصب قويّ يتعذّر إزالته بالاستمتاع، والحاجز بين مدخل الذكر ومخرج البول رقيق، فاذا تحامل عليهما فربّما انقطعت تلك الجلدة، ومع هذا فالأقرب عندي وجوب الدية بكلّ منهما».

أقول: التفسير الأوّل للإفضاء قول الشيخ في المبسوط فانه قال فيه: الإفضاء أن يجعل مدخل الذكر ـ وهو مخرج المني والحيض ومخرج الولد ومخرج البول ـ واحداً، فانّ مدخل الذكر ومخرج الولد واحد ـ وهو أسفل الفرج ـ ومخرج البول من

ثقبه كالإحليل في أعلى الفرج، وبين المسلكين حاجز رقيق فالإفضاء إزالة ذلك[١].

والتفسير الثاني حكاه الشيخ في المبسوط فقال فيه: قال كثير من أهل العلم: الإفضاء أن يجعل مخرج الغائط ومدخل الذكر واحداً، وهذا غلط؛ لأنّ ما بينهما حاجز عريض قويّ[٢].

والأقرب عند المصنّف وجوب الدية بكلّ منهما؛ لصدق اسم الإفضاء عليهما، وهو قوله في المختلف[٣] أيضاً.

قوله رحمه الله: «وهل يتعلّق أحكام الإفضاء لو فعله بغير الوطء؟ الأقرب لا، إلّا الدية فانّها تجب لو فعله بسكّين وشبهها».

أقول: لو حصل الإفضاء بغير الوطء ـ كما لو قطع الحاجز بسكّين أو غيره ـ هل يتعلّق به أحكام الإفضاء من وجوب الإنفاق والتحريم المؤبّد والمهر؟ الأقرب عند المصنّف عدم تعلّق ماعدا الدية، فهاهنا حكمان:

أحدهما: عدم تعلّق ما غاير الدية بذلك. ووجه القرب في ذلك انّ سبب التحليل ـ وهو الزوجية ـ موجود ـ وهو العقد الصحيح ـ والأصل بقاؤه، خرج منه الإفضاء بالوطء، فيبقى ماعداه على أصالة البقاء. وامّا الإنفاق فانّه تابع للزوجية،

---

(١) المبسوط: كتاب الديات ج ٧ ص ١٤٩.

(٢) المصدر السابق.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات الفصل الخامس ديات الأعضاء ص ٨٠٨ س ٢١.

فيبقى ما ثبت، بخلاف الإنفاق بسبب الإفضاء فانّه لازم حتى يموت أحدهما، وهو معلّق على الإفضاء بالوطء، والأصل براءة الذمّة منه.

الحكم الثاني: وجوب الدية. ووجه القرب فيها انّها جناية حصلت من الزوج لها مقدّر فلزمه ذلك المقدّر.

قوله رحمه الله: «ولو اندمل صلح ففي زوال التحريم نظر».

أقول: وجه النظر انّ التحريم انّما كان بسبب كونها مفضاة لا تصلح للوطء وقد زالَ، فيزول التحريم لزوال سببه.

ومن حكم الشارع بانّها تحرم عليه أبداً بسبب ما صدر منه من الإفضاء، وذلك ينافي الحكم بصيرورتها حلالاً للثاني بين دوام التحريم ومطلق الإباحة.

قوله رحمه الله: «وهل تسقط الدية الى الحكومة؟ إشكال».

أقول: ينشأ من كون وجوب الدية قد ثبت بسبب الإفضاء.

ومن نقص الجناية بسبب زوال أثرها، فلاتكون ديته مساوية للجناية التي يدوم أثرها، ولما لم يكن مقدار ذلك النقص مضبوطاً ولا معلوم المقدار تعيّنت الحكومة.

قوله رحمه الله: «ولو افتضّ بكراً بإصبعه فخرق مثانتها فلم تملك بولها فعليه ثلث ديتها، وفي رواية الكلّ، وهو أولى، وعليه مهر المثل أيضاً».

أقـول: قال الشيخ رحمه الله في التهذيب ـ في آخر ما حكاه من كتاب ظريف ابن ناصح ـ: وقضى ـ يعني أميرالمؤمنين عليه السلام ـ في رجل افتضّ جارية بإصبعه فخرق مثانتها فلم تملك بولها فجعل لها ثلث الدية مائة وستة وستين ديناراً وثلثي دينار، وقضى لها عليه صداقها مثل نساء قومها. ثمّ قال: وفي رواية هشام ابن إبراهيم الدية كاملة[1]. وهي المشار إليها بقول المصنّف: «وفي رواية الكلّ» قال المصنّف: «وهو أولى» أقول: لأنّه أتلف منفعة، وهي استمساك البول.

قوله رحمه الله: «ولو مات قبل اليأس من عوده ففي عدم وجوب الدية إشكال».

أقـول: وجه الإشكال من صدق انّه قد زال عقله ولم يُعد.

ومن عدم اليأس من عوده، فلم يحصل اليقين بالسبب المقتضي لوجوب كمال الدية مع أصالة براءة الذمّة.

قوله رحمه الله: «وروي انّ من ضرب على رأسه فذهب عقله انتظر به سنة، فإن مات فيها قيد به، وإن بقي ولم يرجع عقله ففيه الدية».

أقـول: الرواية المشار إليها هي ما رواه الشيخ في التهذيب عن الحسن ابن محبوب عن جميل بن صالح عن أبي عبيدة الحذّاء قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل ضرب رجلاً بعمود فسطاط على رأسه [ضربة واحدة]

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢٦ في ديات الشجاج وكسر... ذيل الحديث ٢٦ ج ١٠ ص ٣٠٨، وسائل الشيعة: ب ٣٠ من أبواب ديات الأعضاء ح ٢ و ٣ ج ١٩ ص ٢٥٦.

فأجافه حتى وصلت الضربة الى الدماغ فذهب عقله، فقال: إن كان المضروب لايعقل [منها] أوقات الصلوات ولا يعقل ما قال ولا ما قيل له فانّه ينتظر به سنة، فإن مات فيما بينه وبين السنة أُقيد به ضاربه، وإن لم يمت فيما بينه وبين سنة ولم يرجع إليه عقله أُغرم ضاربه الدية في ماله لذهاب عقله[1].

قوله رحمه الله: «ولو رجع في أثناء مدّة الانتظار فالأرش، ولو مات فالأقرب الدية».

أقول: يريد لو ضربه فذهب سمعه وحكم أهل الخبرة بعوده بعد مدّة ومات في مدّة انتظار عوده فالأقرب عند المصنّف وجوب الدية؛ لأنّه يصدق عليه انّه أذهب سمعه ولم يعُد.

قوله رحمه الله: «الإبصار وفي فقده الدية، وإن كان من الأعشى والذي على عينه بياض يتمكّن معه النظر على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من صدق انّه أذهب نظره.

ومن انّه بصير ناقص، فلا يساوي في الدية البصير التامّ.

قوله رحمه الله: «ولو مات قبل الانقضاء أو قلع آخر عينه فالأقرب الدية أيضاً».

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢٢ في باب دية الأعضاء والجوارح... ح ٣٦ ج ١٠ ص ٢٥٢، وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب ديات المنافع ح ١ ج ١٩ ص ٢٨١.

أقـول: يريد لو أذهب ضوء عينيه وحكم أهل الخبرة برجاء عوده في مـدّة فتربّص به فمات قبل انقضائها أو قلع آخر عينه فالأقرب عند المـصنّف وجـوب الدية؛ لما تقدّم مثله في السمع، وهو انّه يصدق عليه انّه قد أذهب ضوء عينه ولم يعُد.

قوله رحمه الله: «ولـو زال الضـوء فـحكـم العارفون بعوده فقلع آخر عينه قبل مضيّ المدّة، فإن اتّـفقوا عـلى انّ الضـوء لم يكـن قـد عـاد فالأقرب انّ على الأوّل الدية وعلى الثاني ديـة العين الفاقدة للضوء، وهي ثلث دية الصحيحة».

أقـول: قد تقدّم وجه القرب في وجوب الدية على الأوّل، لكن كرّر هـاهنا لأجل حكم الثاني، وهو الذي قلع عينه قبل انقضاء المدّة فما الذي يجب عليه؟ قال: ثلث دية الصحيحة؛ لأنّ التقدير انّ القالع قلعها وهي فاقدة الضوء فيكون فيها ثلث دية الصحيحة.

قوله رحمه الله: «وروي انّه يقرب إليه الحراق، فإن دمعت عيناه ورد أنفه فهو كـاذب ويحـلف الجاني، فإن بقي فهو صادق»[1].

أقـول: قد تقدّم ذكر الرواية[2].

---

(١) تهـذيب الأحكـام: ب ٢٢ في ديـات الأعـضاء والجـوارح... ح ٨٦ ج ١٠ ص ٢٦٨، وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب ديات المنافع ح ١ ج ١٩ ص ٢٧٩.

(٢) راجع ص ٧٨٠ من هذا الجزء.

قوله رحمه الله: «وإن كان لايحسن بعض الحروف فهل تنتقص الدية أو يكون كضعيف القوى؟ إشكال».

أقول: لو جنى واحد على غيره فأذهب نطقه وكان المجنى عليه لايحسن بعض الحروف قبل الجناية ففي استحقاقه لكمال الدية أو ينقص منها بقدر الفائت؟ فيه إشكال.

ينشأ من انّ في إذهاب النطق الدية، وهذا قد ذهب نطقه الذي كان له ويجري مجرى ضعيف القوى، فانّه لاينقص منه شيء بسبب ضعفه فكذا هنا.

ومن ورود النقل بأنّ الجناية على اللسان توزّع على مجموع الحروف، فلا يلزمه ما لا يذهب بجنايته.

قوله رحمه الله: «المضغ، فاذا صلب مغرس لحيته فعليه الدية على إشكال».

أقول: منشأه من كونه منفعة واحدة.

ومن عدم النصّ عليه عيناً، وأصالة براءة الذمّة من وجوب الدية.

قوله رحمه الله: «في سلس البول الدية، وقيل: إن دام الى الليل فالدية، وإن كان الى الظهر فالنصف، وإن كان الى ضحوه فالثلث، والظاهر انّ المراد في كلّ يوم».

أقول: التفصيل المشار إليه بحسب الأوقات المذكورة هو قول الشيخ في

النهاية، إلّا انّ المصنّف هاهنا نقل انّه إن دام الى الزوال كان فيه النصف.

والشيخ في النهاية قال: فإن أصابه سلس البول ودام الى الليل فازاد عليه كان فيه الدية كاملة، وإن كان الى الظهر ثلثي الدية، وإن كان الى ضحوه ثلث الدية وعلى هذا الحساب[١]. وكذا قال ابن حمزة[٢]، وابن ادريس[٣]، وابن سعيد نقل انّه الى الزوال ثلثي الدية[٤]. فإن كان قد قال أحد غيرهم بالنصف الى الزوال فهو قول لم نقف عليه في كتب أصحابنا.

قوله رحمه الله: «الخارصة، وهي التي تقشر الجلد وتخدشه وفيها بعير، وهل هي الدامية؟ قيل: نعم، والأقرب المغايرة».

أقول: القول المشار إليه انّ الخارصة هي الدامية قول الشيخ في النهاية[٥] وكذا في الخلاف[٦] والمبسوط[٧].

والأقرب عند المصنّف المغايرة، وهو قول المفيد[٨]، وسلّار[٩]، وقول السيد في الانتصار[١٠].

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب في ديات الأعضاء... ج ٣ ص ٤٤١.

(٢) الوسيلة: فصل في بيان أحكام الشجاج والجراح... ص ٤٥٠.

(٣) السرائر: كتاب الديات باب ديات الأعضاء... ج ٣ ص ٣٩١.

(٤) شرائع الاسلام: كتاب الديات ج ٤ ص ٢٧٤.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب في القصاص وديات الشجاج ج ٣ ص ٤٥٢.

(٦) الخلاف: كتاب الجنايات المسألة ٥٧ ج ٣ ص ١٠٧ طبعة اسماعيليان.

(٧) المبسوط: كتاب الديات ج ٧ ص ١٢٢.

(٨) المقنعة: كتاب القصاص والشهادات... باب في ديات الشجاج... ص ٧٦٥.

(٩) المراسم: كتاب المواريث ذكر أحكام الجراح والشجاج... ص ٢٤٧.

(١٠) الانتصار: مسائل الحدود والقصاص والديات ص ٢٧٦.

ووجه القرب ما رواه الشيخ في التهذيب عن محمّد بن علي بن محبوب عن أحمد ابن محمّد عن الحسن بن علي عن ظريف عن منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام في الخارصة تشبه الخدش بعير، وفي الدامية بعيران... الحديث[١].

قوله رحمه الله: «ولو نفذت نافذة في شيء من أطراف الرجل ففيه مائة دينار على قول».

أقول: القول المشار إليه هو ما ذكره ظريف بن ناصح في كتابه فقال: والنافذة اذا نفذت من رمح أو خنجر في شيء من الرجل في أطرافه فديتها عشر دية الرجل مائة دينار[٢].

قوله رحمه الله: «وإن أحدث تغيّر لون فإن كان احمراراً في الوجه فدينار ونصف ـ الى قوله:ـ وهل ينسب العضو الذي ديته أقلّ كاليد والرجل بل والإصبع كنسبة البدن أو كنسبة دياتها؟ الأقرب الأوّل».

أقول: وجه القرب من عموم انّها في البدن على النصف، والظاهر انّ المراد بالبدن ماعدا الوجه والرأس.

قوله رحمه الله: «ولولم ينقص بالجناية ـ كقطع

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢٦ في ديات الشجاج... ح ١٦ ج ١٠ ص ٢٩٣، وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب ديات الشجاج والجراح ح ١٤ ج ١٩ ص ٢٩٣.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٢٦ ديات الشجاج... ذيل الحديث ٢٦ ص ٣٠٨.

السلعة والذكر ـ فالأقرب أخذ أرش نقصه حين الجناية مالم تستغرق القيمة».

أقـول: هذا الحكم لايتأتّى في الذكر؛ لأنّ المجنى عليه إن كان حرّاً ففيه ديته، وإن كان عبداً ففيه قيمته، ويتخيّر مولاه بين دفعه وأخذ القيمة أوإمساكه مجّاناً. امّا قطع السلع فسيأتي البحث فيه؛ لانتفاء المقدّر فيها شرعاً، فيكون فيها الأرش، فاذا فرض انّ قيمته زادت بقطعها فالأقرب عند المصنّف أخذ نقصه وقت الجناية؛ لأنّه حال الجناية في معرض السراية الى نفسه، فيفرض حينئذٍ قطعاً، فيكون مستحقّاً للمجنى عليه إن كان حرّاً، ولمولاه إن كان عبداً، فلا يزول استحقاقه بتجدّد زيادة القيمة عند الاندمال.

قوله رحمه الله: «وتتساوى المرأة والرجل دية وقصاصاً في الأعضاء والجراح حتى تبلغ الثلث، ثمّ تصير المرأة على النصف، سواء كان الجاني رجلاً أو امرأة، على إشكال في المرأة».

أقـول: لا إشكال في ثبوت القصاص بين المرأتين ولا في الدية فيما زاد على الثلث، فانّ المرأتين تتساويان فيه قطعاً، كما لو قطعت امرأة يد امرأة شبيه عمد، فانّ فيها مائتين وخمسين ديناراً، وفي خمس أصابع من المرأة كذلك قطعاً.

وانّما الإشكال فيما اذا كانت جناية المرأة على المرأة فيما نقص عن الثلث، كما لو قطعت المرأة إصبع امرأة اُخرى فيحتمل أن يكون فيها مائة دينار كالرجل؛ لعموم قولهم: تتساوى المرأة والرجل دية وقصاصاً ما لو تبلغ الثلث، وهذه داخلة تحت العموم.

ومن انّ في مجموع أصابع المرأة مائتين وخمسين ديناراً، وهو يقتضي توزيعها على الخمسين، فيكون في كلّ واحدة خمسون، خرج منه ما اذا كان الجاني رجلاً؛ للنصّ، فتبقى المرأة على الأصل، مع انّ الأصل براءة الذمّة من وجوب الزيادة.

قوله رحمه الله: «ومن لا وارث له فالامام وليّ دمه يقتصّ في العمد أو يأخذ الدية، وكذا يأخذ الدية في الخطأ، وهل له العفو فيهما؟ الأقرب المنع».

أقول: وجه القرب انّه المشهور بين الأصحاب، ذهب إليه ابن الجنيد[١]، والشيخ[٢]، وابن البرّاج[٣]، فانّهم منعوا من العفو في العمد. والمفيد أيضاً منع من العفو فيه وفي الخطأ[٤].

ويدلّ على ذلك أيضاً ما رواه الشيخ عن أبي ولّاد عن الصادق عليه السلام في الرجل يقتل وليس له ولي إلّا الامام انّه ليس للامام أن يعفو، وله أن يقتل ويأخذ الدية[٥]. وهذا الحكم يتناول العمد والخطأ.

وابن ادريس جوّز له العفو عن القصاص والدية[٦].

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب الديات فصل في دية القتل ص ٧٨٨ س ٣٠.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الديات ب ١ في أقسام القتل... ج ٣ ص ٣٧١.

(٣) المهذّب: كتاب الدية والقصاص باب أقسام القتل ج ٢ ص ٤٦٠.

(٤) المقنعة: كتاب القضاء والشهادات... ب ١٠ ص ٧٤٣.

(٥) تهذيب الأحكام: ب ١٣ من القضاء في اختلاف الأولياء ح ١١ ج ١٠ ص ١٧٨، وسائل الشيعة: ب ٦٠ من أبواب القصاص في النفس ح ١ ج ١٩ ص ٩٣.

(٦) السرائر: كتاب الديات والجنايات ج ٣ ص ٣٣٦.

قوله رحمه الله: «اذا أوضحه موضحتين في كلّ واحدة خمس من الابل، ولو أوصل الجاني بينهما ـ على إشكال ـ أو سرتا فذهب الحاجز بينهما صارتا موضحة واحدة».

أقول: وجه الإشكال في وصل الجاني بينهما من حيث إنّه جنى آخر فلا تسقط ما في ذمّته ووجب عليه بجنايته، خصوصاً اذا كان متعدّياً بها.

ومن حيث إنّهما صارتا موضّحة واحدة فلا يلزمه أزيد من ديتها، كما لو سرتا فصارتا واحدة، ولأصالة براءة الذمّة.

قوله رحمه الله: «لو أوضح رأسه في موضعين فانحرق ما بينهما في الباطن خاصّة امّا بفعله أو بسرايته وبقى ظاهر البشرة سليماً فالأقرب لزوم ديتين».

أقول: وجه القرب من حيث إنّ الأصل بقاء ما كان مستحقّاً للمجنى عليه على ما كان، وهما متّصلان ظاهران فكان لهما حكم الموضّحتين.

قوله رحمه الله: «ولو شجّه في رأسه ووجهه ففي تعدّد الدية إشكال، ينشأ من كونهما عضواً واحداً».

أقول: ومن انّ المتعارف مغايرة الوجه والرأس لتغاير اسمهما، ولهذا قيل: حكم الجناية في الرأس والوجه واحد، ولو كانا واحداً كان تكراراً، كأنّه قيل: حكم الرأس والرأس واحد.

قوله رحمه الله: «لو أوضحه اثنتين وهشمه فيهما واتّصل الهشم باطناً فهما هاشمتان على إشكال؛ لأنّ الهاشمة تابعة للموضحة، والموضحة هنا متعدّدة».

أقول: ومن اتّصال الهشم فيكون واحداً، ولا يشترط في الهاشمة تفريق الاتصال ظاهراً، بل يجب الهاشمة وإن لم يكن حرج بمجرّد الهشم الباطن.

قوله رحمه الله: «ولو أجافه ثمّ عاد الجاني فوسع الجائفة أو زاد في غوره فدية الجائفة على إشكال».

أقول: وجه الإشكال من حيث إنّها جناية متعدّدة مغايرة للأُولى فتتعدّدان. ومن اتصالها مع اتّحاد الجاني فلا يتعدّد؛ لأصالة البراءة.

قوله رحمه الله: «ولو خيطت ففتقها آخر فإن كانت بحالها لم تلتئم ولم يحصل بالفتق جناية قيل: لا أرش ويعزر، والأقرب الأرش».

أقول: القول المشار إليه هو قول الشيخ في المبسوط فانّه قال فيه: فإن خيط جائفته ثمّ جاء آخر وفتقها فيه ثلاث مسائل نظرت، فإن كان قبل الاندمال فلا ضمان عليه وعليه التعزير[1].

والأقرب عند المصنّف الارش؛ لما يتضمّن من الألم بالفتق والاحتياج الى تكرار الخياطة.

---

(١) المبسوط: كتاب الديات ج ٧ ص ١٢٤.

قوله رحمه الله: «وإن كان لذمّيٍ فعشر دية أبيه ثمانون درهماً، وروي عشر دية أُمّه، والأقرب حملها على ما لو كانت مسلمة».

أقول: الرواية المشار إليها هي ما رواه الشيخ في التهذيب عن محمّد بن علي ابن محبوب عن أحمد عن النوفلي عن السكوني عن جعفر عليه السلام عن علي عليه السلام انّه قضى في جنين اليهودية والنصرانية والمجوسية عشر دية أُمّه[1]. فاستقرب المصنّف حملها على ما اذا كانت أُمّه مسلمة، ووجه القرب انّ فيه جمعاً بين الروايتين.

قوله رحمه الله: «وإن كان مملوكاً فعشر قيمة أُمّه الأمة، ولو كانت أُمّه حرّة فالأقرب عشر قيمة أبيه، ويحتمل عشر قيمة الأُمّ على تقدير الرقّية».

أقول: مراده اذا كان الجنين رقّاً وأبوه رقّ وأُمّه حرّة فيحتمل هنا أن تكون دية هذا الجنين عشر قيمة أبيه؛ لأنّ الأصل تبعية الولد لأبيه، خرج منه ما اذا كانت أُمّه أمة فبقي ماعداه.

ويحتمل عشر قيمة أُمّه لو كانت أمة؛ لأنّ دية الجنين بالقياس الى أُمّه، وكونها حرّة لا قنّاً في اعتبار قيمتها على تقدير كونها أُمّه.

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢٥ في الحوامل والحمول... ح ٢٤ ج ١٠ ص ٢٨٨، وسائل الشيعة: ب ١٨ من أبواب ديات النفس ح ٣ ج ١٩ ص ١٦٦.

قوله رحمه الله: «ولولم تتمّ خلقته قيل: فيه غيره عبد أو أمة».

أقول: القول المشار إليه هو قول ابن الجنيد فانّه قال: واذا أُلقي الجنين ميّتاً من غير أن تبين حياته بعد الجناية على الأُمّ كان فيه غرّة عبد أو أمة اذا كانت الأُم حرة مسلمة، وقدر قيمة الغرّة قدر نصف عشر الدية[١].

والمشهور بين أصحابنا انّ فيه مائة دينار، ذهب إليه الشيخان[٢]، والمرتضى[٣]، والصدوق[٤]، وأبو صلاح[٥]، وسلّار[٦]، وابن البرّاج[٧]، وابن حمزة[٨]، وابن ادريس[٩]، وابن سعيد[١٠].

ولابن أبي عقيل فيه قول ثالث فقال: دية الجنين عند آل الرسول عليهم السلام اذا كانت مضغة مالم ينبت له العظم أربعون ديناراً أو غرّة عبد أو أمة بقيمة ذلك، فإن

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القصاص الفصل السادس في الجراحات ص ٨١٣ س ١٥.

(٢) المقنعة: كتاب القضاء والشهادات... باب في الحوامل والحمول...ص ٧٦٣، المبسوط: كتاب الديات فصل في دية الجنين ج ٧ ص ١٩٣.

(٣) الانتصار: مسائل الحدود والقصاص والديات ص ٢٦٤.

(٤) المقنع: باب الديات ص ١٨٠.

(٥) الكافي في الفقه: الديات ص ٣٩٣.

(٦) المراسم: في ذكر ضمان النفوس ص ٢٤٢.

(٧) المهذّب: كتاب الديات باب دية الجنين... ج ٢ ص ٥٠٩.

(٨) الوسيلة: فصل في بيان دية الجنين والميّت ص ٤٥٦.

(٩) السرائر: كتاب الديات والجنايات باب دية الأعضاء والجوارح ج ٣ ص ٤٠٠.

(١٠) لم نعثر عليه في الشرائع تحت عنوان «ولو لم تتمّ...» وأفتى بـ«مائة دينار» تحت عنوان «لو تمّ خلقته...» راجع الشرائع: ج ٤ ص ٢٨٠ ـ ٢٨١.

كان قد نبت له العظم وشقّ له السمع والبصر ففيه الدية كاملة[١].

قوله رحمه الله: «وقيل بتوزيع الدية على أخواله، فإن كان نطفة قد استقرّت في الرحم فعشرون ديناراً ـ الى قوله: ـ قيل: وفيما بين كلّ مرتبة بحسابه، فقيل: معناه بأنّ في كلّ يوم زيادة دينار في جميع المراتب، فانّ النطفة تمكث عشرين يوماً... الى آخره. وروي انّ لكلّ نطفة تظهر في النطفة دينارين».

أقول: القائل بتوزيع الدية على أحوال الجنين هو الشيخ في النهاية[٢]، وقول ابن ادريس[٣]. وخالفهما في ذلك من قال: بالغرّة. ثمّ قال في النهاية: وفيما بين ذلك فبحسابه[٤].

وكذا قال ابن ادريس، إلّا انّ ابن ادريس قال: معناه أنّ بين النطفة والعلقة عشرين يوماً، فانّه قال: الجنين الولد مادام في البطن وأوّل ما يكون نطفة، وفيها بعد وضعها في الرحم بعشرين يوماً عشرون ديناراً، ثمّ بعد العشرين يوماً بكلّ يوم دينار الى أربعين يوماً أربعون ديناراً وهي دية العلقة، فهذا معنى قولهم: وفيما بينهما بحساب ذلك[٥].

---

(١) المختلف: كتاب القصاص والديات الفصل السادس في الجراحات ص ٨١٣ س ١٦.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب في دية الجنين ج ٣ ص ٤٥٨ ـ ٤٥٩.

(٣) السرائر: كتاب الديات باب دية الجنين ج ٣ ص ٤١٦.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب في دية الجنين ج ٣ ص ٤٥٩.

(٥) السرائر: كتاب الديات باب دية الجنين ج ٣ ص ٤١٦.

والرواية المشار إليها هي ما رواه الشيخ في التهذيب عن محمّد بن الحسن الصفّار عن محمّد بن الحسين بن أبي الخطاب عن محمّد بن إسماعيل عن صالح بن عقبة عن يونس الشيباني قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: فإن خرج في النطفة قطرة دم؟ قال: القطرة عشر النطفة فيه اثنان وعشرون ديناراً، قال: قلت: فإن قطرت قطرتين؟ قال: أربعة وعشرون ديناراً، قلت: فإن قطرت ثلاثاً؟ قال: ستة وعشرون ديناراً، قلت: فأربع؟ قال: فثمان وعشرون ديناراً، وفي خمسة ثلاثون ديناراً ومازاد على النصف، فعلى حساب ذلك حتى تصير علقة، فاذا صار علقة ففيها أربعون[1].

قوله رحمه الله: «وعليه نصف دية ذكر ونصف دية أُنثى للجنين إن لم يعلم الذكورة ولا الأُنوثة، وإن علم أحدهما لزمته ديته، وقيل: القرعة مع الجهل».

أقول: ما ذكره من نصف الديتين في الجنين بعد العلم بالجناية هو المشهور بين أصحابنا، قاله ابن الجنيد[2]، و الشيخان[3]، و سلّار[4]، وابن البرّاج[5]،

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢٥ في الحوامل والحمول... ح ٧ ج ١٠ ص ٢٨٣ ـ ٢٨٤، وسائل الشيعة: ب ١٩ من أبواب ديات الأعضاء... ح ٥ ج ١٩ ص ٢٣٩.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات الفصل السادس في الجراحات ص ٨١٤ س ٢٣.

(٣) المقنعة: كتاب القضاء والشهادات... ب ٢٠ في الحوامل والحمول... ص ٧٦٢، النهاية ونكتها: كتاب الديات باب دية الجنين ج ٣ ص ٤٥٩ ـ ٤٦١.

(٤) المراسم: في ذكر ضمان النفوس ص ٢٤٢.

(٥) المهذّب: كتاب الديات باب دية الجنين... ج ٢ ص ٥١٠.

وابن حمزة[١]. والقول بالقرعة قول ابن ادريس[٢].

قوله رحمه الله: «يتعلّق بكلّ إلقاء ممّا سبق من النطفة ـ على رأي ـ أو العلقة أو المضغة أو العظم أو الجنين أُمور ثلاثة: وجوب الدية، وانقضاء العدّة، وصيرورة الأمة أُمّ ولد».

أقول: الإشارة بالخلاف في تعلّق هذه الأحكام الثلاثة بالنطفة الى كلام الشيخ في النهاية[٣]، وابن سعيد ذكر انّه انّما يتعلّق بوضع النطفة الدية لا غير[٤].

وتردّد المصنّف في كون الأمة تصير مستولدة بالنطفة فقال: «وفي كون الأمة بوضع النطفة أُمّ ولد نظر» من حيث إنّه مبدأ يكون للولد منه فيكون لها حكم الاستيلاد، إذ ليس المراد أن يكون لها ولد حقيقة فجرت مجرى العلقة.

ومن انّ النطفة ليس فيها تغيّر ولا استحالة فلا يكون لها حكم المستولدة؛ لبُعد النطفة عن مُسمّى الولد.

قوله رحمه الله: «لو خفي على القوابل وأهل المعرفة كون الساقط مبدأ نشوء انسان فالأقرب حكومة باعتبار الألم بالضرب».

---

(١) الوسيلة: فصل في بيان دية الجنين ص ٤٥٦.

(٢) السرائر: كتاب الديات والجنايات باب دية الجنين... ج ٣ ص ٤١٧.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب في دية الجنين ج ٣ ص ٤٥٨.

(٤) شرائع الاسلام: كتاب الديات ج ٤ ص ٢٨١.

أقول: لو ضرب انسان امرأة فسقط منها شيء وخفي على القوابل وأهل الخبرة كون الساقط مبدأ نشوء انسان ولم يتحقّقوا كونه نطفة أو علقة أو غير مبدأ نشوء انسان ـ بأن يكون دماً أو غيره ممّا غاير الحمل ـ لم يثبت له حكم الجنين؛ لعدم العلم بكونه جنيناً، والأصل براءة الذمّة، وهل فيه حكومة؟ الأقرب عند المصنّف ذلك؛ لما تضمّنه ضرب الجاني من الألم.

قوله رحمه الله: «ولو كانت أمة فأعتقت ثمّ ألقته فللمولى عشر قيمة أُمّه يوم الجناية والزائد بالحرّية لورثة الجنين، وقيل: للمولى أقلّ الأمرين من عشر قيمة الأمة يوم الجناية أو الدية؛ لأنّ العشر إن كان أقلّ فالزيادة بالحرّية لوارث الجنين لا للمولى، وإن كانت الدية أقلّ فهي له؛ لأنّ حقّه نقص بالعتق، وهو بناءً على القول بالغرّة، أو على تجويز زيادة جنين الأمة على جنين الحرّة».

أقول: القول المشار إليه هو قول الشيخ رحمه الله في المبسوط، لكنه جعل دية الجنين الحرّة مائة دينار[1]. ولا يتأتّى أقلّ الأمرين على هذا القول؛ لأنّ جنين الأمة اذا كان عشر قيمة الأُمّ، وقيمة الأُمّ لاتزيد على دية الحرّة؛ لأنّه إن زاد عليها ردّ إليها. وانّما يتأتّى على القول بالغرّة، أو على تجويز أن يكون دية جنين الأمة زائدة على جنين الحرّة، بأنّ تكون قيمة الأمة أزيد من دية الحرّة، ولا يلزم من ردّ

(١) المبسوط: كتاب الديات فصل في دية الجنين ج ٧ ص ١٩٨.

قيمة الأمّ الى دية الحرّ ردّ جنينها.

وأقول: ولا يتأتّى أيضاً على القول بالغرّة عند من قدّرها بالأربعين كابن أبي عقيل[١]، ولا من قدّرها بخمسين كابن الجنيد[٢].

قوله رحمه الله: «ولو كان أحد الأبوين ذمّياً والآخر وثنياً فإن كان الذمّي هو الأب فهو مضمون، وإلّا فإشكال».

أقول: وجه الإشكال من كون الولد تابعاً لأبيه وهو وثني فلا يكون مضموناً. ومن كونه يتبع أشرف الطرفين، والذمّي أشرف من الوثني فيكون تابعاً له فيضمن.

قوله رحمه الله: «وكذا لو قتل عبداً حربياً لمسلم فالأقرب القيمة».

أقول: وجه القرب من انّه مال لمسلم، فكان مضموناً بقيمته لمالكه المسلم.

قوله رحمه الله: «لو ضرب السيد بطن جاريته ثمّ أعتقها ثمّ ألقت جنيناً فعليه الضمان على إشكال، ينشأ من انّ الجناية لم تقع مضمونة، كما لو جرح عبده ثمّ أعتقه».

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات الفصل السادس في الجراحات ص ٨١٣ س ٢٨.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات الفصل السادس في الجراحات ص ٨١٣ س ٣٧.

أقـول: اعلم انّ الإشكال انّما يتأتّى على قول الشيخ: من انّ الحمل يتبع الأُمّ في العتق[1]، امّا على قول المصنّف فلا يتأتّى الإشكال في ذلك؛ لأنّ الجنين امّا أن يكون رقّاً أو حرّاً، فإن كان رقّاً فامّا له أو لغيره، وإن كان حرّاً فامّا منه أو من غيره، فالأقسام أربعة:

الأوّل: أن يكون رقّاً له، فلا إشكال في عدم الضمان؛ لأنّه جناية على ماله اذا لم يعتق بعتقها.

الثاني: يكون رقّاً لغيره، ولا إشكال في كونه مضموناً لمالكه.

الثالث: أن يكون حرّاً منه، ولا إشكال في كونه مضموناً لوارثه غير الأب؛ لأنّه بحكم القاتل.

الرابع: أن يكون حرّاً من غيره، ولا إشكال أيضاً في كونه مضموناً لوارثه، فظهر انّ الإشكال المذكور انّما يتأتّى على قول الشيخ؛ بأن يكون مملوكاً للضارب، مع انّه لم يعتق بعتقها، فهل يضمنه أم لا؟ يحتمل الضمان اعتباراً بحال الإلقاء، وعدمه اعتباراً بحال الجناية[2]، كما قال المصنّف.

قوله رحمه الله: «وفي قطع رأس الميّت المسلم الحرّ مائة دينار ـ الى قوله: ـ وهذه الدية يتصدّق بها عنه ليس لوارثه فيها شيء وإن كان سيداً، وهل يقضي منها ديته واجباً؟ إشكال، وقيل: انّها لبيت المال».

---

(١) المبسوط: كتاب الديات فصل في دية الجنين ج ٧ ص ٢٠٧.

(٢) المبسوط: كتاب الديات فصل دية الجنين ج ٧ ص ١٩٧.

أقـول: وجه الإشكال من انّه تجري مجرى الدية فتصرف في الدّين كالدية. ومن انّه تعيّن للصدقة فلا يصرف في الدّين، والفرق بينه وبين الدية انّ الديـة تورث بخلاف هذا.

والقول المشار إليه بأنّه يكون لبيت المال هو قول السيد المرتضى[١] رحمه الله.

قوله رحمه الله: «الحيوان إن كان مأكولاً كالابل والبقر والغنم فأتلفه بالذكاة وجب الأرش، وهو تفاوت ما بين كونه حيّاً وميّتاً، وقيل: القيمة».

أقـول: القول المشار إليه هو قول الشيخين[٢] رحمهما الله.

قوله رحمه الله: «وإن لم يقع عليه الذكـاة فـإن كان كلب صيد ففيه أربعون درهماً، وقيل: يختصّ السلوقي، وهو منسوب الى قـرية. وروي انّ في كلب الصيد فيه قيمته».

أقـول: القول المشار إليه هو قـول الشـيخ في النهـاية[٣]، وقـول المـفيد[٤]، وابن البرّاج[٥].

---

(١) الانتصار: مسائل الحدود والقصاص والديات ص ٢٧٢.

(٢) المقنعة: كتاب القضاء والشهادات... باب في الجنايات عـلى الحـيوان... ص ٧٦٩، النهـاية ونكتها: كتاب الديات باب في الجنايات على الحيوان ج ٣ ص ٤٦٦.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب في الجنايات على الحيوان ج ٣ ص ٤٦٦.

(٤) المقنعة: كتاب القضاء والشهادات... باب في الجنايات على الحيوان ص ٧٦٩.

(٥) المهذّب: كتاب الدية والقصاص... باب الجنايات على الحيوان ص ٥١٢.

وابن ادريس قال: كلب الصيد سواء كان سلوقياً أو غير ذلك اذا كان معلّماً للصيد أربعون درهماً[١]. وابن الجنيد أوجب فيه القيمة[٢]، واستحسنه المصنّف في المختلف[٣]، وعليه دلّت الرواية. والسلوقي منسوب الى قرية باليمن يقال لها: سلوق.

وأمّا الرواية المشار إليها فهي ما رواه الشيخ في التهذيب عن علي عن أبيه عن النوفلي عن السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام في من قتل كلب الصيد قال: يقوّمه، وكذلك البازي، وكذلك كلب الغنم، وكذلك كلب الحائط[٤].

قوله رحمه الله: «وفي كلب الغنم كبش، وقيل: عشرون درهماً».

أقول: القول المشار إليه بأنّه عشرون درهماً هو قول الشيخ في النهاية[٥].

قوله رحمه الله: «وفي كلب الحائط عشرون درهماً على قول».

أقول: هذا قول الشيخ في النهاية[٦].

---

(١) السرائر: كتاب الديات والجنايات باب الجنايات على الحيوان ص ٥١٢.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات الفصل السادس في الجراحات ص ٨١٥ س ٢٩.

(٣) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات الفصل السادس في الجراحات ص ٨١٥ س ٣٦.

(٤) تهذيب الأحكام: ب ٢٧ في الجنايات على الحيوان ح ٨ ج ١٠ ص ٣١٠، وسائل الشيعة: ب ١٩ من أبواب ديات النفس ح ٣ ج ١٩ ص ١٦٧.

(٥) النهاية ونكتها: كتاب الديات ب ١١ في الجنايات على الحيوان ج ٣ ص ٤٦٦.

(٦) المصدر السابق.

قوله رحمه الله: «وهل يشترط في كلب الصيد أن يكون صائداً أو معلّماً؟ الأقرب ذلك».

أقول: وجه القرب انّه اذا لم يكن صائداً ولا معلّماً لا يسمّى كلب صيد.

قوله رحمه الله: «وروي انّ الماشية اذا جنت على الزرع ليلاً يضمن صاحبها ولا يضمن نهاراً؛ لأنّ على صاحب الماشية حفظها ليلاً وعلى صاحب الزرع حفظه نهاراً، والوجه انّ صاحب الغنم يضمن مع التفريط، ليلاً كان أو نهاراً، ولا يضمن مع عدمه مطلقاً».

أقول: الرواية المشار إليها هي ما رواه الشيخ في التهذيب عن أحمد بن محمّد عن محمّد بن عيسى عن عبدالله بن المغيرة عن السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام قال: كان علي لا يضمن ما أفسدت البهائم نهاراً، ويقول: على صاحب الزرع حفظ زرعه، وكان يضمن ما أفسدت البهائم ليلاً[1].

والوجه عند المصنّف اعتبار التفريط، فإن فرّط صاحب الغنم ضمن، سواء كان ليلاً أو نهاراً، وإن لم يفرّط فلا ضمان عليه، ليلاً كان أو نهاراً. وانّما عدل عن العمل بالرواية لضعفها، فإن في طريقها السكوني، وهو عاميّ المذهب.

قوله رحمه الله: «لو رمى واحد صيداً فأثبته

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٢٧ في الجنايات على الحيوان ح ١١ ج ١٠ ص ٣١٠، وسائل الشيعة: ب ٤٠ من أبواب موجبات الضمان... ح ١ ج ١٩ ص ٢٠٨.

ملكه، فإن رماه آخر فأتلفه فإن كان بالذكاة فعليه ضمان ما نقص بالذبح وحلّ أكله، وإن كان قد أصاب غير الحلق فأتلفه حرم أكله وعليه قيمته معيباً بالجرح الأوّل، وإن لم يوجه الثاني وسرى الجرحان ومات فإن كان الأوّل لم يتمكّن من ذبحه ـ مثل أن أدركه وقد مات أو أدركه وقد بقي من حياته ما لا يتّسع الزمان لذبحه ـ فهو حرام وعلى الثاني كمال قيمته معيباً بالأوّل، وإن قدر الأوّل على تذكيته فإن ذكّاه حلّ وعلى الثاني أرش الجرح إن كان قد أفسد جلده أو لحمه، وإن لم يذكّه حتى مات من الجرحين معاً حرم أكله، وهل يجب على الثاني كمال القيمة معيباً بالأوّل؟ يحتمل ذلك؛ لأنّ ترك تذكية الأوّل لا يسقط عنه الضمان، كما لو جرح شاة غيره ولم يذكّها المالك حتى ماتت فالأقرب أنّ القيمة عليهما فيسقط ما قابل فعل المالك».

أقول: وجه القرب أنّ التقدير انّه مات من الجرحين معاً وهما مستندان[1] إليهما، فلا يختصّ إحدهما بالضمان مع اشتراكهما في سبب الهلاك.

---

(١) في ج: «يستندان».

ثمّ قال رحمه الله: «وما الذي يجب على الثاني يظهر بفرض تضمين الأوّل في صورة كون الصيد لغيرهما أو في عبد الغير أو دابته، فنقول: اذا جنى شخص على عبد غيره أو صيده وقيمته عشرة دراهم فصار يساوي تسعة ثمّ جنى الثاني فصارت قيمته ثمانية ثمّ سرى الجرحان فأرش جناية كلّ واحد منهما درهم، فيحتمل ستة أوجه الأوّل: أن يكون على كلّ واحد منهما أرش جنايته ونصف قيمته بعد الجنايتين، ولا يدخل أرش كلّ واحد منهما في دية النفس، فيكون على كلّ واحد منهما خمسة».

أقول: وجه هذا الاحتمال انّ الجنايتين متساويتان؛ لأنّ الأوّل نقص بجنايته مقدار درهم والثاني جنى بمقدار درهم آخر فتساويا في الأرش، ثمّ سرت الجنايتان الصادرتان منهما الى قيمته ثمانية فتلفت الثمانية بسراية الجنايتين فضمناها، فعلى كلّ واحد منهما أربعة وأرش جنايته درهم فكمل على كلّ واحد منهما خمسة، ولهذا لو اندمل جرح الأوّل استقرّ عليه درهم من العشرة، ثمّ اذا جنى عليه الثاني بعد اندمال جرح الأوّل بمقدار درهم واندمل جرحه استقرّ عليه درهم، واذا أتلفه ثالث وقيمته ثمانيه لزمته الثمانية، فسراية جنايتهما بمنزلة إتلاف الثالث فلزمهما ما لزم الثالث.

ثمّ قال رحمه الله: «الثاني: أن لا يدخل أرش جناية الأوّل في بدل النفس، ويدخل أرش

جناية الثاني، وعلى كلّ واحد منهما نصف قيمته بعد جناية الأوّل؛ لأنّه جنى على صيد ما جنى عليه غيره فأوجبنا عليه الأرش، فعلى الأوّل خمسة ونصف، وعلى الثاني أربعة ونصف».

أقول: ويؤيّد ذلك انّ الأوّل انفرد بإتلاف ما قيمته درهم واشترك هو والثاني في إتلاف التسعة فكان على الأوّل ضمان ما انفرد به، وعليهما ضمان ما اشتركا فيه.

ثمّ قال رحمه الله: «الثالث: يدخل نصف أرش جناية كلّ منهما في بدل النفس، وعلى كلّ منهما نصف قيمته يوم جنايته؛ لأنّه لو انفرد بالجناية دخل جميع الأرش في بدل النفس، فاذا شاركه غيره سرت جنايته الى نصف النفس، فدخل نصف الأرش في بدل نصفها ولم يدخل النصف الباقي في بدل النصف الباقي؛ لأنّه ضمنه غيره، فلا يدخل أرش جنايته في بدل نفس ضمنه غيره، كما لو قطع يد رجل ثمّ قتله آخر لم يدخل دية اليد في دية النفس ويكون عليه نصف قيمته يوم جنايته، فعلى الأوّل خمسة ونصف، وأمّا الثاني فيدخل نصف أرش جنايته في بدل النفس ولا يدخل كلّه وعليه نصف قيمته يوم جنايته فعليه خمسة، ويرجع الأوّل على الثاني بنصف

أرش جناية الثاني ـ وهو النصف الذي دخل في نصف بدل النفس ـ لأنّه جنى على ما دخل في ضمان الأوّل، فإن من جنى على ما ضمنه غيره ضمنه له، كالجاني على المغصوب يضمنه للغاصب اذا دفع الغاصب على المالك، فإن رجع المالك على الأوّل بخمسة ونصف رجع على الثاني بأربعة ونصف ويرجع الأوّل على الثاني بنصف، وإن رجع على الأوّل بخمسة رجع على الثاني بخمسة».

أقول: هذا الاحتمال مثل الأوّل؛ لأنّه اقتضى أن يستقرّ على كلّ منهما خمسة، والفرق بينهما انّ في هذا الاحتمال تخيّر المالك في الرجوع على الأوّل بخمسة ونصف وعلى الثاني بأربعة ونصف فيرجع الأوّل على الثاني بنصف؛ لما ذكره المصنّف، وإن أراد رجع على كلّ منهما بخمسة.

ثمّ قال رحمه الله: «فلو كانت جناية الأوّل ثلاثة والثاني درهماً فعلى الأوّل نصف أرش الجناية درهم ونصف ونصف قيمته يوم الجناية خمسة، وعلى الثاني أربعة ونصف أرش الجناية ونصف قيمته يوم جنايته، ويرجع الأوّل على الثاني بنصف درهم، ويستقرّ على الأوّل ستة، وعلى الثاني أربعة».

أقـول: وكذا على الاحتمال الأوّل في الضمان لا في الخيار والرجوع؛ لأنّه على الاحتمال الأوّل يضمن كلّ منهما أرش جنايته ولا يدخل أرش أحدهما في بدل النفس، فعلى الأوّل في صورة هذا الفرض أرش جنايته ثلاثة، وعلى الثاني أرش جنايته درهم ويضمنان الستة الباقية بسراية جنايتهما، فعلى كلّ منهما ثلاثة من الستة الباقية، فكمل على الأوّل ستة، وعلى الثاني أربعة.

ثمّ قال رحمه الله: «الرابع: يدخل نصف أرش جناية كلّ منهما في بدل النفس، وعلى كلّ واحد منهمانصف قيمته يوم جنايته عليه ولا يرجع الأوّل بشيء؛ لأنّه لم يضمن الجميع ولم يجن على ما دخل في ضمان الأوّل، فعلى الأوّل خمسة ونصف، وعلى الثاني خمسة تصير عشرة ونصفاً يبسّط العشرة عليها، فعلى الأوّل خمسة ونصف من عشرة ونصف من عشرة، وعلى الثاني خمسة من عشرة ونصف من عشرة، وطريقه إن تضرب ما على كلّ واحد منها في القيمة فما اجتمع قسمته على عشرة ونصف فتأخذ من كلّ عشرة ونصف درهماً، فتضرب الخمسة ونصفاً ـ التي هي على الأوّل ـ في عشرة تصير خمسة وخمسين، تأخذ من كلّ عشرة ونصف واحداً فيكون ما يخصّها خمسة دراهم وسبع

درهم وثلثي سبع درهم، ثمّ تضرب ما على الآخر ـ وهو خمسة ـ في عشرة تكون خمسين تقسّمها على عشرة ونصف يكون أربعة وخمسة أسباع وثلث سبع».

أقول: وجه هذا الاحتمال ماتقدّم من وجوب دخول أرش كلّ منهما في بدل نصف النفس، وهو يقتضي أن يكون على كلّ منهما نصف درهم، ويضمن كلّ منها نصف النفس يوم جنايته، وقيمة نصفها وقت جناية الأوّل خمسة فيكمل عليه خمسة ونصف، والثاني عليه مع نصف أرش جنايته نصف قيمة النفس يوم جنايته وذلك أربعة ونصف فيكمل عليه خمسة، والمالك يستحقّ عشرة فيكون ما يستحقّه على ستة ما يستحقّ عليهما ـ وهو عشرة ونصف ـ والطريق ما ذكره المصنّف.

ثمّ قال رحمه الله: «الخامس: يدخل أرش جناية كلّ منهما في بدل النفس وعلى كلّ منهما نصف قيمته يوم جنايته، فعلى الأوّل نصف قيمته يوم الجناية خمسة، وعلى الثاني أربعة ونصف ويضع نصف درهم».

أقول: وجه هذا الاحتمال انّ أرش الجناية يدخل في ضمان النفس؛ لأنّ الجاني اذا كان واحداً دخل أرش جنايته في بدل النفس وضمن النفس لاغير، فاذا تعدّدوا لم يتغيّر الحكم الشرعي فيدخل أرشهما جميعاً في بدل النفس، ثمّ كلّ منهما يضمن نصف النفس وقت جنايته فيلزم الأوّل خمسة نصف القيمة يوم جنايته، والثاني أربعة ونصفاً نصف قيمته يوم جنايته، ويلزم من ذلك أن ينقص على المالك نصف درهم يكون ضائعاً منه.

ثمّ قال رحمه الله: «السادس: يدخل أرش جناية كلّ واحد منهما في بدل النفس، ويفرض كلّ واحد منهما كأنّه انفرد بقتله، ويوجب عليه كمال قيمته يوم جنى عليه، ويضمّ إحدى القيمتين الى الأُخرى، ويقسّم ما اجتمع على عشرة، فتبسّط تسعة عشر على عشرة، فيكون على الأوّل عشرة من تسعة عشر من عشرة، وعلى الثاني تسعة من تسعة عشر من عشرة».

أقول: وجه هذا الاحتمال أظهر من الذي قبله، لكنّه يتضمّن أن لا يضيع على المالك شيء من حقّه ويقسّط الواجب من القسمة على الجنايتين على نسبة جنايتهما.

ثمّ قال رحمه الله: «ولو جنى الأوّل خمسة والثاني درهماً فالأوّل جنى وقيمته عشرة والثاني جنى وقيمته خمسة، تبسّط العشرة على خمسة عشر، فعلى الأوّل عشرة ثلثا العشرة، وعلى الثاني خمسة ثلث العشرة».

أقول: هذا تفريع على الاحتمال الآخر، وهو ظاهر ممّا سبق.

واعلم انّ حكم هذا الفرض وتنزيله على باقي الاحتمالات يعرف ممّا تقدم.

ثمّ قال رحمه الله: «وكلّ واحد من هذه الوجوه لايخلو من دخل، فانّ الأوّل يقتضي عدم دخول

أرش الجناية في بدل النفس، وتساويهما في الضمان مع اختلاف القيمتين وقت جنايتهما، وهو ظلم للثاني».

أقول: لقائل أن يقول: لانسلّم انّ ذلك ظلم للثاني، وذلك لأنّ جناية الثاني أكثر ممّا جناه الأوّل؛ لأنّ الأوّل أتلف درهماً من العشرة وهو العشر، والثاني أتلف درهماً من تسعة وهو التسع، والتسع أزيد من العشر، فزيادة القيمة عند جناية الأوّل مقابله قصور أرش جنايته عن أرش جناية الثاني وبالعكس فتساويا.

ثمّ قال رحمه الله: «وكذا الوجه الثالث ظلم أيضاً».

أقول: قد تقدّم منع كونه ظلماً وسند المنع.

ثمّ قال رحمه الله: «ويضعف الثاني بأنّ فيه إسقاط حكم جناية الثاني؛ لأنّها صارت نفساً، وأوجب أرش جناية الأوّل وقد صارت نفساً».

أقول: «قد تقدّم وجه الفرق وهو انّ الأوّل لمّا جنى بما قيمته درهم لم يكن له مشارك فانفرد بضمان ماجناه من الأرش، بخلاف الثاني؛ لأنّه جنى على ما دخل في ضمان الأوّل، فكان ضمان الثاني بعد أرش الأوّل عليهما.

ثمّ قال رحمه الله: «والرابع: ضعيف أيضاً؛ لأنّه أوجب نصف أرش الجناية، وهو في الحكم كأنّه بجنايته متلف لنصف الصيد، فكان يجب أن يدخل أرش جميعها في نصف النفس».

أقـول: يريد وكان يجب أن يدخل جميع أرشه في جنايته وهو نصف العشرة، ولقائل أن يمنع من وجوب دخول جميع أرش كلّ واحد في جنايته مطلقاً، بل اذا كان مستقلّاً بإتلاف النفس دخل جميع أرشه في بدل جميع النفس، وذلك يقتضي أن يدخل النفس في النصف لا جميع الأرش في النصف.

ثمّ قال رحمه الله: «ويبطل الخامس؛ لأنّه لم يوجب لصاحب الصيد كمال ماله وقد أتلف».

أقـول: هذا حقّ؛ لأنّهما استقلّا بإتلاف ما قيمته عشرة، فيكون يضمنان للمالك تسعة ونصفاً ويضيع عليه نصف.

ثمّ قال رحمه الله: «والسادس ضعيف؛ لما فيه من إلزام الثاني زيادة لا وجه لها».

أقـول: الزيادة المشار إليها الذي ادّعى المصنّف رحمه الله انّه لا وجه لها هي أربعة أجزاء ونصف جزء من تسعة عشر جزءً من درهم، وذلك لأنّا اذا بسّطنا كلّ درهم على تسعة عشر كان على الأوّل مائة جزء وهي خمسة دراهم وخمسة أجزاء من تسعة عشر جزءً من درهم، وعلى الثاني تسعة وهي أربعة دراهم وأربعة عشر جزء من تسعة عشر جزءً من درهم، وقد جنى على ما قيمته تسعة فأتلف نصفها، وكان ينبغي أن يكون عليه أربعة دراهم ونصف وهو أربعة دراهم وتسعة أجزاء ونصف جزء من تسعة عشر جزءً من درهم، فما التزم من زيادة أربعة ونصف لا وجه لها.

وأقـول: لقائل أن يمنع عدم الوجه، فانّا قد بيّناه.

ثمّ قال رحمه الله: «والأقرب عندي الأخير؛ لأنّ الأوّل أتلف نصف النفس وقيمتها عشرة فيكون عليه خمسة، والثاني أتلف النفس وقيمتها تسعة فيكون عليه أربعة ونصف، فيقسّم عشرة على تسعة ونصف، فعلى الأوّل ما يخصّ خمسة، وعلى الثاني ما يخصّه أربعة ونصف».

أقول: قد ذكر المصنّف وجه القرب.

قوله رحمه الله: «القتل إن كان عمداً وتراضى الجاني والأولياء على الدية فهي على الجاني في ماله، فإن مات أُخذت من تركته، فإن هرب قيل: أُخذت من عاقلته».

أقول: القول المشار إليه هو قول السيد المرتضى[1]، والشيخ في النهاية[2]، وابن البرّاج[3]، وابن زهرة[4]، وأبي الصلاح[5].

قوله رحمه الله: «وقيل: العصبة هو من يرث الدية، وليس بجيد؛ لأنّ الزوجين والمتقرّب بالأُمّ

---

(١) لم نعثر عليه في المصادر المتوفّرة لدينا ونقله عنه في إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٧٤١.

(٢) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب في أقسام القتل... ج ٣ ص ٣٦٤ ـ ٣٦٥.

(٣) المهذّب: كتاب الدية والقصاص باب أقسام القتل ج ٢ ص ٤٥٧.

(٤) الغنية «الجوامع الفقهية»: الحدود والديات ص ٥٥٨ س ٢٨.

(٥) الكافي في الفقه: أحكام الديات ص ٣٩٥.

على الأصحّ يرثون الدية وليسوا عصبة، وكذا المتقرّب بالأب اذا كان أُنثى».

أقول: القول المشار إليه هو قول المفيد فانّه قال: وتؤخذ دية الخطأ من عاقلة القاتل وهم عصبته الرجال دون النساء، ولا تؤخذ من اخوته من أُمّه شيء ولا من أخواله[1].

وهذا القول ـ أعني كون العاقلة هم العصبة وهم الذين يرثون الدية ـ ليس بجيد عند المصنّف؛ لأنّ الدية يرث منها الزوج والزوجة وليسا من العصبة، وكذا الأصحّ عنده انّ كلالة الأُمّ يرثون من الدية وليسوا عصبة، وكذلك المتقرّب بالأب اذا كان أُنثى يرث عند المصنّف من الدية وليسوا عصبة، وقد تقدّم هذا الحكم في كتاب الفرائض.

قوله رحمه الله: «والعقل يختصّ الذكور من العصبة دون الاناث ودون الزوجين والمتقربّ بالأُمّ، وقيل: الأقرب ممّن يرث بالتسمية ومع عدمه يشترك في العقل بين من يتقرّب بالأُمّ مع من يتقرّب بالأب أثلاثاً».

أقول: هذا القول المشار إليه هو الظاهر من كلام ابن الجنيد فانّه قال: والعاقلة هم المستحقّون لميراث القاتل من الرجال العقلاء، سواء كانوا من قِبل أبيه أو من قِبل أُمّه، فإن تساوت القرابتان كالأُخوة للأب والأُخوة من الأُمّ كان على الاخوة

---

(١) المقنعة: كتاب القضاء والشهادات... باب القضاء في الديات ص ٧٣٥.

للأب الثلثان وعلى الاخوة للأمّ الثلث، سواء كان المستحقّ للميراث رجلاً واحداً أو جماعة، ولا يلزم ولد الأب شيئاً إلّا بعد عدم الولد والأب، ولا يلزم ولد الجدّ شيئاً إلّا بعد عدم الولد للأبوين[١].

والذي يؤكّد هذا ـ أنّ هذا القول المشار إليه منسوب الى ما ذكره ابن الجنيد ـ انّ الشيخ نجم الدين رحمه الله لما نقل هذا القول عن بعض الأصحاب قال: استناداً الى رواية سلمة بن كهيل عن أميرالمؤمنين عليه السلام[٢]. وهي ما رواه الصدوق في كتاب من لايحضره الفقيه عن الحسن بن محبوب عن مالك بن عطية عن أبيه عن سلمة بن كهيل قال: أُتي أميرالمؤمنين عليّ بن أبي طالب عليه السلام برجل من أهل موصل قد قتل رجلاً خطأً، فكتب أميرالمؤمنين عليه السلام الى عامله بها وقال في كتابه: اسأل عن قرابته من المسلمين فإن كان من أهل موصل ممّن ولد بها وأصبت له قرابة من المسلمين فاجمعهم إليك، ثمّ انظر فإن كان هناك رجل يرثه له سهم في الكتاب لايحجبه أحد من قرابته فالزمه الدية وخذه بها في ثلاث سنين، وإن لم يكن له من قرابته واحد له سهم في الكتاب وكانوا قرابته سواء في النسب ففضّ الدية على قرابته من قِبل أبيه وعلى قرابته من قِبل أُمّه من الرجال المدركين من المسلمين، ثمّ اجعل على قرابته من قِبل أبيه ثلثي الدية، واجعل على قرابته من قبل أُمّه ثلث الدية... الحديث[٣].

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات فصل في دية القتل ص ٧٨٧ س ٢.

(٢) شرائع الاسلام: كتاب الديات النظر الرابع في اللواحق ج ٤ ص ٢٨٨.

(٣) من لايحضره الفقيه: كتاب الديات باب العاقلة ح ٥٣٠٨ ج ٤ ص ١٣٩، وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب العاقلة ح ١ ج ١٩ ص ٣٠٠ ـ ٣٠١.

قوله رحمه الله: «وقيل: لا يدخل في العقل الآباء والأولاد، والأقرب دخولها».

أقول: القول المشار إليه هو قول الشيخ رحمه الله في كتابَي المبسوط[١] والخلاف[٢]، وتبعه ابن البرّاج[٣].

والأقرب عند المصنّف دخولهم، واختاره في المختلف أيضاً واستدلّ عليه فيه بأنّه أشهر بين الأصحاب[٤]، وهو مذهب المفيد[٥]، وابن الجنيد[٦].

قوله رحمه الله: «وعلى المنع من دخول الأولاد وإن نزلوا والآباء وإن علوا من العقل، ولو كان الابن ابن ابن عمّ احتمل أن يعقل من حيث إنّه ابن ابن عمّ لا من حيث البعضية».

أقول: وجه هذا الاحتمال ظاهر؛ لأنّه تفريع على انّ الولد لايعقل وابن العمّ يعقل، فاذا اجتمعا في شخص واحد مثل أن تتزوّج امرأة بابن عمّها فولدها منه ابنها وابن ابن عمّها، فاذا قتلت خطأً دخل في العقل من حيث إنّه عصبة ـ لكونه ابن ابن عمّ ـ لا من حيث إنّه من أبعاضها أي من جهة كونه ابناً لها.

---

(١) المبسوط: كتاب الديات فصل في العاقلة ج ٧ ص ١٧٣.

(٢) الخلاف: كتاب الديات المسألة ٩٨ ج ٣ ص ١٤٠ طبعة اسماعيليان.

(٣) المهذّب: كتاب الديات باب العاقلة ج ٢ ص ٥٠٣.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات ص ٧٨٧ س ١٢.

(٥) المقنعة: كتاب القضاء والشهادات... باب في البيّنات على القتل ص ٧٣٥.

(٦) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات الفصل الأوّل في أقسام القتل ص ٧٨٧ س ٢.

قوله رحمه الله: «وقيل: مادام المعتق حيّاً فلا يرتق الى عصباته».

أقول: أكثر نسخ القواعد خالية من لفظ «وقيل» وكذا نسخة الأصل التي بخطّ المصنّف قدس الله روحه، فليس في متن الكتاب بل هو ملحق، وأكثر الأصحاب من الطلّاب قالوا: انّها ليست بخطّ المصنّف، وأمّا كتب أصحابنا المصنّفين فانّها خالية من هذا القول، ولعلّ ذلك قول من لم نظفر به، لكنّه موجود في بعض كتب المخالفين بهذا اللفظ بعينه.

قوله رحمه الله: «وتحمل العاقلة دية الموضحة[١] إجماعاً، وهل تحمل ما نقص؟ قيل: نعم، وقيل: لا؛ لرواية فيها ضعف».

أقول: القولان للشيخ رحمه الله.

فقال في الخلاف: والذي تحمله العاقلة عن الجاني هو قدر جنايته، قليلاً كان أو كثيراً[٢]. وتبعه ابن ادريس[٣].

وقال في النهاية: لا يحمل في الجراح على العاقلة إلّا الموضحة فصاعداً[٤]. وتبعه ابن البرّاج في الكامل، وهو قول ابن الجنيد[٥].

---

(١) الموضحة: هي التي تكشف عن وضح العظم أي بياضه.

(٢) الخلاف: كتاب الديات المسألة ١٠٦ ج ٣ ص ١٤٣ طبعة اسماعيليان.

(٣) السرائر: كتاب الديات والجنايات ج ٣ ص ٣٣٤.

(٤) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب في أقسام القتل... ج ٣ ص ٣٦٨.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات الفصل الأوّل في دية القتل ص ٧٨٧ س ٣٠.

وجعل الشيخ في المبسوط هذا القول رواية، فقال: روى أصحابنا انّه لاتحمل العاقلة إلّا أرش الموضحة فصاعداً، فأمّا ما دونه ففي مال الجاني[١]. وهذا الأخير هو اختيار المصنّف في المختلف[٢].

وأمّا الرواية المشار إليها هي ما رواه الشيخ في التهذيب عن عليّ بن إبراهيم عن أبيه عن ابن فضّال عن يونس بن يعقوب عن أبي مريم عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أميرالمؤمنين عليه السلام أن لا تحمل العاقلة إلّا الموضحة فصاعداً، وقال: ما دون السمحاق[٣] أجر الطبيب سوى الدية[٤].

ووجه ضعف هذه الرواية انّ في طريقها الى أميرالمؤمنين عليه السلام عليّ ابن فضّال، فإن كان الحسن ففيه قول، فانّه فطحيّ المذهب.

قوله رحمه الله: «وفي اشتراط اتّحاد الجرح إشكال».

أقول: يعني مع القول بأنّها لاتحمل ما دون الموضحة، وانّما تحمل الموضحة فما فوقها، فهل يشترط فيها أن تكون دية الموضحة بجرح واحد؟ بمعنى لو جرحه جرحان كلّ واحد منهما واحد لاتبلغ الموضحة ودية المجموع تبلغ دية الموضحة أو تزيد عليها هل تحمله العاقلة؟ فيه إشكال.

---

(١) المبسوط: كتاب الديات ج ٧ ص ١٧٨.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات الفصل الأوّل في دية القتل ص ٧٨٧ س ٣٥.

(٣) السمحاق: هي التي تبلغ السمحاقة، وهي جلدة تغشي العظم.

(٤) تهذيب الأحكام: ب ١٢ في البيّنات على القتل ح ٩ ج ١٠ ص ١٧٠، وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب العاقلة ح ١ ج ١٩ ص ٣٠٢ـ٣٠٣.

ينشأ من انّ الجاني قد جنى بما فوق الموضحة فتحمله العاقلة.

ومن انّ كلّ واحد منها قد وجب على الجاني في ماله ولا تعلّق بشيء من الجنايات بما غيارها فكان المجموع على الجاني في ماله، ولأنّ الأصل براءة ذمّة العاقلة من ضمان جناية الغير، خرج منه دية الموضحة بالجناية بالإجماع، فيبقى ما عداه على حكم الأصل.

قوله رحمه الله: «ويقسّط على الغني عشرة قراريط وعلى الفقير خمسة، وقيل: بحسب ما يراه الامام».

أقول: القولان للشيخ رحمه الله في المبسوط والخلاف، فانّه قال في المبسوط في موضع منه: وأكثر ما يحمله كلّ رجل من العاقلة نصف دينار وإن كان موسراً، وربع دينار إن كان متجمّلاً؛ لأنّ هذا القدر لا خلاف فيه، ومازاد عليه ليس عليه دليل، والأصل براءة الذمّة[١]. وتبعه ابن البرّاج[٢].

وقال في موضع آخر بعد ذلك: الذي يقتضيه مذهبنا أن لا يقدّر ذلك، بل يقسّم الامام على ما يراه من حالة من الغنى والفقر[٣]. وتبعه ابن ادريس[٤] في ذلك.

والأوّل ـ أعني التقدير بنصف الدينار على الغني وربع الدينار على الفقير ـ مذهبه في الخلاف[٥].

---

(١) المبسوط: كتاب الديات فصل في العاقلة ج ٧ ص ١٧٤.

(٢) المهذّب: كتاب الديات باب العاقلة ج ٢ ص ٥٠٤.

(٣) المبسوط: كتاب الديات فصل في العاقلة ج ٧ ص ١٧٨.

(٤) السرائر: كتاب الديات والجنايات ج ٣ ص ٣٣٣.

(٥) الخلاف: كتاب الديات المسألة ١٠٥ ج ٣ ص ١٤٢ طبعة اسماعيليان.

قوله رحمه الله: «فلو كانت الدية ديناراً وله أخ لاغير أخذ منه نصف دينار والباقي من بيت المال، وقيل: على الأخ؛ لأنّ ضمان الامام مشروط بعدم العاقلة أو عجزهم».

أقول: القول المحكي اختاره ابن سعيد في الشرائع: لو زادت الدية على العاقلة أجمع قال الشيخ: يؤخذ الزائد من الامام حتى لو كانت الدية ديناراً وله أخ أخذ منه عشرة قراريط والباقي من بيت المال، ثمّ قال: والأشبه إلزام الأخ بالجميع اذا لم تكن عاقلة سواه؛ لأنّ ضمان الامام مشروط بعدم العاقلة أو عجزهم عن الدية[1].

قوله رحمه الله: «ولو زادت العاقلة على الدية قيل: يخصّ الامام من شاء، والأقرب التوزيع على الجميع».

أقول: القول المشار إليه هو الذي قوّاه الشيخ في المبسوط حيث قال فيه: اذا كانت الدية أقلّ من عدد العاقلة قال قوم: يوزّع على الكلّ بالحصص حتى يكونوا في العقل سواء، وقال آخرون: للامام أن يخصّ بالعقل من شاء منهم على الغني نصف دينار وعلى المتجمّل ربع دينار، ولا شيء على الباقين؛ لأنّ في توزيعها على الجميع بالحصص مشقّة، وربما لزم على جنايتها أكثر منها. ثمّ قال: وهذا أقوى[2].

والأقرب عند المصنّف التوزيع على الجميع بالحصص، وهو قول الشيخ في الخلاف فانّه قال فيه: يوزّع على الجميع بالحصص؛ لأنّ الدية وجبت على العاقلة

---

(١) شرائع الاسلام: كتاب الديات النظر الرابع في العاقلة ج ٤ ص ٢٩٠.

(٢) المبسوط: كتاب الديات ج ٧ ص ١٨٠ مع اختلاف.

كلّهم، فمن خصّ بها قوماً دون قوم فعليه الدلالة[١]. فقد ظهر من هذا الاستدلال في الخلاف وجه القرب.

قوله رحمه الله: «ولو فقدت العاقلة أو كانوا فقراء أو عجزوا عن الدية أُخذت من مال الجاني، فإن لم يكن له مال فعلى الامام، وقيل: انّ ضمان الامام مقدّم على الجاني».

أقول: القول المشار إليه هو قول الشيخ في الخلاف فانّه قال فيه: القاتل لايدخل في العقل بحالٍ مع وجود من يعقل من العصبات وبيت المال[٢].

وما ذكره في الكتاب من ضمان الجاني هو قول الشيخ في النهاية فانّه قال فيها: ومتى كان للقاتل مال ولم يكن للعاقلة شيء أُلزم القاتل خاصّة الدية[٣]، وتبعه سلّار[٤]، وأبو الصلاح[٥].

قوله رحمه الله: «ودية عمد الخطأ والعمد المحض في مال الجاني خاصّة، فإن مات أو هرب أو قتل قيل: أُخذت من الأقرب إليه ممّن يرث ديته، فإن لم يكن فمن بيت المال، وقيل: على الجاني وينتظر قدومه أو غناه».

---

(١) الخلاف: كتاب الديات المسألة ١١٠ ج ٣ ص ١٤٤ طبعة اسماعيليان.

(٢) الخلاف: كتاب الديات المسألة ٩٩ ج ٣ ص ١٤١ طبعة اسماعيليان.

(٣) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب في أقسام القتل... ج ٣ ص ٣٦٧.

(٤) المراسم: ذكر أحكام الجنايات في القضاء ص ٢٣٩.

(٥) الكافي في الفقه: الديات ص ٣٩٥.

أقـول: القول الأوّل هو قول الشيخ في النهاية حيث قال فيها: وأمّا دية قتل الخطأ شبيه العمد فانّها تلزم القاتل في ماله خاصّةً، فإن لم يكن له مال استسعى فيها أو يكون في ذمّته الى أن يوسّع الله عليه، فإن مات أو هرب أخذ أولى الناس إليه بها، فإن لم يكن له أحد أُخذت من بيت المال[١]. وتبعه ابن البرّاج[٢].

والقول الثاني هو قول ابن ادريس[٣].

قوله رحمه الله: «ولو لم يكن وارث سوى العاقلة فلا دية، وإن قلنا: إنّ القاتل خطأ يرث ففي إرثه هنا نظر».

أقـول: قد مرّ الخلاف في كتاب المواريث في انّ قتل الخطأ هل يمنع من الميراث أم لا؟ فعلى القول بأنّه يرث لولم يكن وارث سوى القاتل هل تؤخذ الدية من العاقلة ويرثها القاتل؟ فيه نظر.

ينشأ من انّه قاتل، فلا يليق به أن يطالب الغير بعوض عن قتله.

ومن انّ قتل الخطأ يوجب الدية على العاقلة، وهو لايمنع من الميراث، وكانت حقّاً له.

قوله رحمه الله: «وقاتل العمد اذا أُخذت الدية منه صلحاً وجبت الكفّارة إجماعاً، وإن قتل قوداً قيل: لا تجب الكفّارة في ماله».

---

(١) النهاية ونكتها: كتاب الديات باب في أقسام القتل... ج ٣ ص ٣٦٩ ـ ٣٧٠.

(٢) المهذّب: كتاب الديات باب أقسام القتل ج ٢ ص ٤٥٨.

(٣) السرائر: كتاب الديات والجنايات ج ٣ ص ٣٣٥.

أقـول: القول المحكي هو قول الشيخ رحمه الله في المبسوط حيث قال فيه: من الناس من قال: قاتل العمد انّما تجب عليه الكفّارة اذا أُخذت منه الدية، فامّا اذا قتل قوداً فلا كفّارة عليه، وهذا الذي يقتضيه مذهبنا[١]. وتبعه ابن ادريس[٢].

وابن سعيد لمّا حكى ذلك عن الشيخ قال: فيه إشكال، ينشأ مـن كـون القـتل سبباً[٣].

واختار المصنّف في المختلف وجوب الكفّارة[٤].

قوله رحمه الله: «ولو قتل صبي أو مجنون مسلماً ففي إيجاب الكفّارة نظر، أقربه العدم، والأقـرب وجوبها على الذمّي».

أقـول: قال الشيخ في المبسوط: يجب كفّارة القتل في حـقّ الصـبي والمجـنون والكافر، وقال قوم: لايجب، والأوّل أقوى؛ لعموم الآية[٥].

والمصنّف رحمه الله تردّد في حقّ الصبي والمجنون وقال: فيه نظر.

ينشأ مما ذكره الشيخ رحمه الله.

ومن خروج كلّ منهما عن التكليف، امّا الذمّي الكافر فالأقرب عنده وجوب الكفّارة؛ لوجود المقتضي ـ وهو القتل ـ وعدم المانع ـ وهو الخروج عن التكليف ـ لأنّ الكفّار عندنا مخاطبون بجميع فروع العبادات، كما انّهم مكلّفون بأُصول الدين.

---

(١) المبسوط: كتاب كفّارة القتل ج ٧ ص ٢٤٦.

(٢) السرائر: كتاب الديات والجنايات ج ٣ ص ٣٣٠ ـ ٣٣١.

(٣) شرائع الاسلام: كتاب الديات في كفّارة القتل ج ٤ ص ٢٨٧.

(٤) مختلف الشيعة: كتاب القصاص والديات الفصل الأوّل في دية القتل ص ٧٨٦ س ٣٥.

(٥) المبسوط: كتاب كفّارة القتل ج ٧ ص ٢٤٦.

الفهارس

١ـ فهرس الآيات
٢ـ فهرس الأحاديث
٣ـ فهرس الموضوعات

فهرس الآيات

فهرس الأحاديث

ـ أ ـ

-ج-

-ح-

-خ-

-د-

-ق-

- ي -

فهرس الموضوعات