



٤٩٦

الْمُؤْمِنُ بِهِ

يُؤْمِنُ

بِدَارِيَّةِ الْمُؤْمِنِ

بِلَّ

بِيَ الْإِنْلَامِ حَسَنِي الْمَوْلَانِي الْمُحْسِنِي

— — — — —

مُؤْمِنُ الْإِنْلَامِ
الْمَوْلَانِي الْمُحْسِنِي

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY PAIR



32101 023669847

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

This book is due on the latest date
stamped below. Please return or renew
by this date.



٤٩٤

الْتَّوْبَهُ الْمُلْكِيَّهُ الْمُسْلِمِيَّهُ

في شرح

رِدَادِ صَاحِبِ السَّرَّاعِ

تأليف

جَهَةُ الْإِسْلَامِ الشَّيْخُ حُسَينُ الْفَرْطُوْسِيُّ الْحُوَيْزِيُّ

مُؤَسَّسَهُ النَّسْرُ الْإِسْلَامِيُّ

التابعه بجماعه المدرسین بقلم المسئله

2271
، 3553
، 666

الكتاب: التوضيح النافع في شرح ترددات صاحب الشرائع
المؤلف: المرحوم الشيخ حسين بن علي الفرطوسي الحويزي
الموضوع: فقه اللغة: عربي عدد الأجزاء: جزء واحد
عدد الصفحات: ٤٧٢ الناشر: مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجامعة المدرسين بقم المشرفة
الطبع: مطبعة مؤسسة النشر الاسلامي الطبعه: الاولى
المطبوع: ٢٠٠٠ نسخة التاريخ: ١٤٠٩ هـ . ق



32101 023669847

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين و الصلاة والسلام على خير خلقه محمد وآله الطيبين
الظاهرين ، وبعد :

إن الجهد المتواصل و السعي الدؤوب الذي قام به أصحاب الأئمة (عليهم السلام) وأساطين الفقه الإسلامي من لدن عصر أئمة أهل البيت (عليهم السلام) لتنظيم الفقه الإسلامي وتنسيقه حقيقة غير خافية على طلبة العلوم الدينية فضلاً عن الفضلاء والعلماء .

و فقهنا الحاضر الذي يمتاز بثرائه و غناه هو نتيجة تلك الجهود الجبارية، ولذلك نراه اليوم منقحاً ومبوباً ومن حيث الاصول والفروع متتسقاً ومستدلاً بحيث يمكننا أن ندعى بجراة أنه ليس لدى أيٍ من الفرق الإسلامية فقه متتطور متكامل كفقهنا هذا، ويتجلى هذا الإدعاء اذا ماقيست الكتب الفقهية أمثال «جوهر الكلام» و «الحدائق الناضرة» و «كشف اللثام» و «التذكرة» و «المبسوط» بالأسفار الفقهية المعاصرة لها من علماء الفرق الإسلامية الأخرى .

و من المتون الفقهية الأصلية التي تتمتع بالدقّة والشراء وقوّة الاستدلال متن «كتاب الشرائع» الذي يعتبر من أهم مؤلفات العالم النحرير فقيه أئمة أهل البيت (عليهم السلام) المغفور له الحقّ الحلي - رضوان الله تعالى عليه - .

و لأهميته القصوى لا زال يحظى بالعناية الفائقة من لدن كبار علماء الفقه الإسلامي ، وقد دونوا شروحًا كثيرة له ، كما لا يزال ينتخب متناً للبحوث الإستدلالية في الحوزات العلمية .

و مما يمتاز به كتاب الشرائع هو أنك لا تجد جملة أو كلمة فيه إلا وترها ترمز الى

١٤٥١ / ١١٦ / ٩٥ ٣٩

مفهوم علمي رصين، بحيث تعتبر مرآة لحقائق خفية و دقائق أنيقة. هذا وفي كثير من المسائل الهامة لدى تعارض الأدلة فيها تجد هذا المؤلف البارع يشير بجملة «وفي تردد» إشارة إجمالية إلى جميع تلك الأدلة المتعارضة، وإذا ما أراد ترجيح إحدى طرفى المسألة تراه يعبر عنه بكلمة «والأظهر» وإذا ما رجح الاحتياط عبر عنه بكلمة «الأحوط»، فهو بتعبيراته الدقيقة هذه يشخص لنا موقفه من المسألة، ومدى رصانة أدلة الطرفين أو الأطراف إجمالاً، كما يحاول من خلالها استعطاف نظر العلماء والمفكرين إلى دقة وعمق هذه المسائل لكي لا يتجاوزوا عنها بدون تتبع وتفتح فيها، ولذلك أخذ جمع من العلماء الأعلام يفكّر بتفصيل وتوضيح ماتكتتفها من غموض وإبهام وألف كتاباً في شرح ترددات صاحب الشرائع وبعضها لا يزال بصورة مخطوطات ثمينة في المكتبات العامة.

ومن تلك الشروح هو هذا الشرح القيم الذي أصبح جاهزاً للطبع ومهيئاً للعرض والإخراج لرواد العلم والفضيلة لمؤلفه المرحوم حجة الإسلام والمسلمين الشيخ حسين علي الفاطمي الحوزي -تغمده الله برضوانه- حيث بذل جهداً جهيداً وأتعب نفسه الشريفة في شرح آراء ونظريات المرحوم المحقق من خلال إلقاء الأضواء على تردداته. وإنّي لما وفقت بقدر ما يسعني من الوقت بطالعته لم يبق لي مجال إلا أن أتعرف بهذه الحقيقة وأقول: إنّ الاسم الذي اختير له وهو: «التوضيح النافع في شرح ترددات صاحب الشرائع» إسم جاء مطابقاً لمسماه وكلام معبر عن الواقع وهو القول الفصل. والمؤلف -قدس سره- من علماء مدينة «خرمشهر» الواقعة في منطقة «خوزستان» حيث شد الرحال عنها بعدما دمرها الصداميون المتتجاوزون في حربهم ضد الثورة الإسلامية في إيران الإسلام، متوجهاً إلى مدينة الأهواز، وقد وفاه الأجل في حادثة في مسيرة لزيارة ثامن الحجج الإمام الرضا (عليه السلام) بخراسان فلبي نداء ربّه الكريم تغمده الله برحمته ورضوانه وأسكنه بحبحة جنانه وجعله وإيانا من يأخذ بجزتهم ويمكث في ظلّهم ويهتدى بهداهم في الدنيا والآخرة -آمين-.

ناصر مكارم الشيرازي

الجامعة العلمية في مدينة قم المقدسة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلوة والسلام على أفضل أنبيائه وخاصية أوليائه محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين.

وبعد - فإن أهمية الكتاب الشريف «شائع الاسلام» للمحقق الحلي - قدس الله نفسه الزكية - لا تخفي على طلاب العلم وأهل الفضل، حيث إن هذا السفر الجليل من جهة اشتتماله الأحكام الفرعية من الطهارة إلى الديات بأسلوبه الأنثيق، وعظمة مؤلفه ومقامه العلمي السامي الذي يعتبر من أساطير الفقهاء من جهة أخرى، صار محطة لأنظار العلماء من الأعوام المتتمادية، حيث شرحه أعظم مجتهدي الإمامية كالشهيد الثاني وصاحب الجواهر - رضوان الله عليهما - .

كماذكره المحقق الكبير العلامة آغا بزرگ الطهراني في الذريعة جاء فيه «(وكتابه هذا هو من أحسن المتون الفقهية ترتيباً وأجمعها للفروع، وقد ولع به الأصحاب من لدن عصر مؤلفه إلى الآن، ولا يزال من الكتب الدراسية في عواصم العلم الشيعية، وقد اعتمد عليه الفقهاء خلال هذه القرون العديدة فجعلوا أبحاثهم وتدريسياتهم فيه وشروحهم وحواشيهم عليه)» .

ومن أجل استفادة طلاب العلم قام سماحة الفضيلة المرحوم الحاج الشيخ حسين الفرطوسى بشرح ما تردد فيه المحقق - رحمه الله - في كتابه، معتمداً على كتابي جواهر الكلام والمسالك وسماه بـ «التوضيح النافع في شرح ترددات صاحب الشائع»، وجدير بالذكر أن المؤلف - رحمه الله - اهتم في حياته اهتماماً كبيراً بطبع هذا الشرح ونشره. وقد

وأفاد الأجل المحتوم - والمؤسسة مشغولة بإعداد طبعه - وهو في طريق خراسان قاصداً زيارة ثامن الحجج الإمام عليّ بن موسى الرضا عليه أفضـل الصلاة والسلام .
وفي الوقت الذي تقوم المؤسسة بطبع ونشر هذا الكتاب تسأـل الله العليّ القدير أن يجعله ذخراً له ولها يوم الحشر ، وأن يتغمـد مؤلفه برحمـته الواسعة ويحشره مع محمدٍ والله المنتجبين إنـه سميـع مجيب .

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجامعة المدرسين بقم المـشـرقـة

بيان وتقديم

بسم الله الرحمن الرحيم وبه ثقي

الحمد لله على نعمائه وإفضاله والصلة والسلام على أشرف أنبيائه وقدوة أصفيائه محمد وآلـه البررة الميامين عليهم أفضل الصلة والسلام. و بعد فيقول العبد المحتاج إلى عفـورـه الغـنيـ حسين بن عليـ الفـطـوـسـيـ
الـحـويـزـيـ:

إعلم أخي القارئ الكريم من أهل العلم ورـوـادـ الفـضـلـ، إـنـ أـشـرفـ العـلـومـ
قدـراـ وأـرـفعـهاـ شـائـناـ بـعـدـ الـعـلـمـ بـالـعـارـفـ الإـلهـيـةـ وـالـأـصـوـلـ الإـعـتـقـادـيـةـ عـلـمـ الـفـقـهـ، إـذـ
بـهـ يـعـرـفـ الـحـلـالـ مـنـ الـحـرـامـ وـبـهـ نـيـلـ السـعـادـةـ وـالـمـرـامـ فـيـ الـبـدـءـ وـالـخـتـامـ عـنـ
انـقضـاءـ الـلـيـالـيـ وـالـأـيـامـ.

ولـماـ كـانـتـ لـهـ الـأـهـمـيـةـ جـاءـتـ الـأـوـامـرـ بـالـتـفـقـهـ فـيـ الـدـيـنـ مـنـ سـادـاتـ الـمـؤـمـنـينـ،
لـهـذاـ تـوجـهـتـ إـلـيـهـ أـفـكـارـ الـأـعـاظـمـ مـنـ رـجـالـ الـمـسـلـمـينـ قـدـيـاـ وـحـدـيـثـاـ، لـاـ سـيـئـاـ مـنـ
شـيـعـةـ أـهـلـ الـبـيـتـ فـقـدـ أـتـبـعـواـ نـفـوسـهـمـ الـزـكـيـةـ وـكـرـسـواـ حـيـاتـهـمـ الـغـالـيـةـ وـسـهـرـواـ
الـلـيـالـيـ بـالـدـرـسـ وـالـتـدـرـيـسـ وـالـبـحـثـ وـالـتـنـقـيـبـ وـالـتـأـلـيـفـ وـالـتـصـنـيـفـ، وـتـحـمـلـواـ
أـنـوـاعـ الـمـشـاقـ فـيـ إـنـجـاحـ مـقـاصـدـهـمـ الـرـاقـيـةـ حـفـظـاـ لـلـتـرـاثـ الـاسـلـامـيـ وـالـثـرـاءـ الـعـلـمـيـ
صـوـنـاـ لـهـ عـنـ الضـيـاعـ، شـكـرـالـلـهـ مـسـاعـيـمـ الـجـبـارـةـ، وـمـنـ أـعـاظـمـ فـرـسانـ ذـلـكـ الـمـيـدانـ وـ
فـطـاحـلـ الـعـلـمـاءـ الـبـرـاشـدـيـنـ إـمامـ الـفـقـهـ وـالـإـسـنـبـاطـ فـيـ عـصـرـهـ الـمـرـحـومـ أـبـوالـقـاسـمـ
نـجـمـ الـدـيـنـ جـعـفـرـ بـنـ الـحـسـنـ بـنـ يـحـيـىـ بـنـ سـعـيدـ الـحـلـيـ الـمـحـقـقـ الـمـتـوفـيـ فـيـ ١٣ـ رـبـيعـ
الـثـانـيـ مـنـ سـنـهـ ٦٧٦ـ هـجـرـيـةـ عـنـ عـمـرـ يـقـارـبـ ٧٤ـ سـنـةـ صـاحـبـ الشـرـائـعـ وـصـاحـبـ
الـمـوـلـفـاتـ الـكـثـيرـةـ الـقـيـمـةـ مـنـهـاـ: النـافـعـ وـالـمـعـتـرـ وـالـمـسـائـلـ الـمـصـرـيـةـ وـالـمـسـائـلـ الـعـرـيـةـ وـالـمـعـارـجـ

في اصول الفقه و غيرها .

وليعظم كتاب شرائع الاسلام خاص فحول العلماء في بحر علومه الفقهية بين شارح للشرائع ومحشى و معلق عليه ولنا الفخر أن نفهم ما حواه هذا السفر الجليل من مطالب راقية وعبارات سهلة التناول عظيمة المضامين بعيدة الضرر .

والذى ألفت نظري القاصر ما تكرر في الكتاب العظيم عند دراستي له في النجف الأشرف وحينما درسته لبعض إخواني هناك وفي مدينة قم المقدسة من بلاد إيران ، هو قوله رحمه الله تعالى (وفيه تردد) ، فأحببت الإطلاع على وجهي أو وجوه المطلب الذي تردد فيه الحقق رحمه الله ، وإن كان هذا مذكوراً في بعض حواشى الكتاب وبعضه في الكتب المطلولة في الفقه . وبعد المراجعة والفحص بادرت في المساهمة قدر الإمكان لأن أشرح وجهي أو وجوه ما يحتمله التردد بعد الاستشارة لبعض أهل هذا الفن من الأساتذة الكبار رحمه الله تعالى إذ شوقي بهذه الخدمة العظيمة تسهيلاً لطلاب العلوم الدينية ، لئلا يتبعوا نفوسهم الشريفة بالتتبع والفحص المستغرق لأوقاتهم الثمينة وخدمة للعلم وأهله ومن الله العون والتسديد .

نذكر مطلب صاحب الشرائع بين قوسين مع الاشارة إلى الطبعة من طبعات الشرائع مع رقم الصفحة التي فيها التردد ، ثم نذكر منشأ التردد ما هو ، ثم نأتي بحججة القول الأول مثلاً ، ودليلًا مختصراً لحجته ، وكذلك القول الثاني أو الأقوال إن كانت هناك ، مع مراعاة الاختصار للمطلب بعبارة موجزة واضحة مع الاشارة إلى الراجح من القولين أو الأقوال تاركين التفصيل والتطويل لأهله . ونستمد من المولى العلي القدير الموفقية والعون على إتمام وإنجاح هذه الخدمة الضئيلة ، راجين من إخواننا القراء الكرام الرضا والسماح . وحسينا الله ونعم الوكيل نعم المولى ونعم النصير .

كتاب الطهارة

في المياه

بعد الحمد و الصلاة والسلام على خير خلقه الصادق الأمين وعلى آله الطاهرين.

قال الحقّ رحمة الله في كتابه شرائع الإسلام الطبعة الجديدة في أربع مجلدات الطبعة الأولى مطبعة الآداب في النجف الأشرف ١٣٨٩ هجرية: ج ١ ص ١٣ في ماء البئر «وهل ينجس بالملاقاة فيه تردد، الأظهر التجيس». منشأ التردد من التعارض بين أدلة الطهارة وأدلة النجاسة في خصوص ماء البئر.

حجّة القائل بالطهارة هو الأصل، أعني الاستصحاب للطهارة بعد الشك في الإنفعال وعدمه عند ملاقاة النجاسة، والعمومات الدالة على عدم انفعال الماء بالملاقاة إما مطلقاً أو مع الكرينة، والأخبار الواردة مثل:

صحيحة اسماعيل بن بزيع عن الرضا عليه السلام: «قال: ماء البئر واسع لا يفسده شيء إلا أن يتغير»^١ بناءً على أن المراد بالإفساد النجاسة. وصحيحته الأخرى عنه عليه السلام مع زيادة في اللفظ.^٢

وصحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام: «قال: سأله عن بئر ماء وقع فيه زنبيل من عذرة رطبة أو يابسة أو زنبيل من سرقين أيصلح الوضوء

١ - و ٢ - الوسائل باب ١٤ من أبواب الماء المطلق حديث ٦-٧.

منها؟ قال: لا بأس»^١.

وصححه معاوية بن عمّار عن أبي عبدالله عليه السلام قال سمعته يقول:
لا يغسل الثوب ولا تعاد الصلاة مما وقع في البئر إلا أن يتن، فإن أتن غسل
الثوب وأعاد الصلاة ونزنـت البئر»^٢.

وصححة أخرى له عنه عليه السلام في الفارة تقع في البئر فيتوضأ الرجل
منها ويصلّي وهو لا يعلم أيعيد الصلاة وينزل ثوبه؟ فقال عليه السلام: لا يعيد
الصلاه ولا يغسل ثوبه^٣، والظاهر أن المراد بالفارة الميتة، كما يشير إليه قوله (وهو
لا يعلم).

وموثقة أبي اسامة وأبي يوسف يعقوب بن عثيم عن أبي عبدالله عليه السلام:
«قال: إذا وقع في البئر الطير والدجاجة والفارأ فانزـت منها سبع دلاء. قلنا: فما
تقول في صلاتنا ووضؤنا وما أصاب ثيابنا؟ فقال: لا بأس به»^٤. إلى غير هذا
من الروايات، واليه ذهب العلامة وأكثر المؤخرين كما في الذخيرة وفي الجواهر
هو الأقوى للأصل.

حجـة القائل بالنـجـاسـة هو الـاجـمـاعـ المـنـقـولـ فيـ كـلامـ جـمـاعـةـ منـ الفـحـولـ، بلـ فيـ
الـسـرـائـرـ وـعـنـ غـيرـهـ تـفـيـ الخـلـافـ فـيـهـ معـ التـصـرـيـحـ بـأـنـ لـاـ فـرـقـ بـيـنـ قـلـةـ المـاءـ وـكـثـرـتـهـ
وـفـيـهـ روـاـيـاتـ مـنـهـ:

صححة محمد بن اسماعيل بن بزيـعـ: «قال: كـتـبـتـ إـلـىـ رـجـلـ أـسـأـلـهـ أـنـ
يـسـأـلـ أـبـاـ الـحـسـنـ الرـضـاـ عـلـيـهـ السـلـامـ عـنـ الـبـئـرـ تـكـوـنـ فـيـ الـمـنـزـلـ لـلـوـضـوـءـ فـيـقـطـرـ فـيـهـ
قـطـرـاتـ مـنـ بـولـ أـوـ دـمـ، أـوـ يـسـقطـ فـيـهـ شـيـءـ مـنـ عـذـرـةـ كـالـبـعـرـةـ وـنـحـوـهـ، مـاـ الـذـيـ

١- الوسائل باب ١٤ من أبواب الماء المطلق حديث ٨.

٢- المصدر الباب حديث ١٠.

٣- المصدر الباب ١ حديث ٩.

٤- المصدر الباب حديث ١٢.

يُطهّرها حتّى يحلّ الوضوء منها للصلوة؟ فوَقْع عليه السلام بخطه في كتابي: ينزع منها دلاء»^١، و هو في قوّة قوله يطهّرها نزح دلاء منها لوجوب تطابق الجواب والسؤال وهو قاضي بالنجاسة قبل النزح.

و منها صحيحة عليّ بن يقطين عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام: «قال: سأله عن البئر تقع فيها الحمامات والدجاجة أو الكلب أو الهرة؟ فقال عليه السلام: يجزيكم أن تنزح منها دلاء فإن ذلك يطهّرها إن شاء الله تعالى»^٢، و طريق الاستدلال بها نظير ما تقدّم في الصيحة المتقدّمة.

و عن أبي عبدالله الصادق عليه السلام: «إذا أتيت البئر وأنت جنب فلم تجد دلواً ولا شيئاً تغرس به فتيمم بالصعيد فإنّ رب الماء رب الصعيد ولا تقع في البئر ولا تفسد على القوم ماءهم»^٣ و طريق الاستدلال بها للنبي عن إفساد ماء القوم بناءً على إرادة النجاسة من الإفساد كما ذكرناه آنفاً في أخبار الطهارة.

ولترجح المصنف رحمة الله أدلة النجاسة على أدلة الطهارة اختار التنجيس فقال: «الأظهر التنجيس»، وهو عند اكثربالقدماء من علمائنا كما تقدّم، ومنذ مائتي عام تقريباً المشهور في المسألة الطهارة وفيها اكثربمن عشرين روایة تدلّ بنطوقها على الطهارة. وروایات التنجيس لعلّ الأكثربمنها تدلّ بمفهومها وإن كان كل من الدلالتين حجّة إلا أنّ الأولى الجمّع بينها، أن نقول النزح للبئر استحبّابي جمّاً بين الروایات والله أعلم بأحكامه.

ج ١٤ قوله رحمة الله: «وفي تضاعفه مع المثال تردد أحوطه التضييف». منشأ التردد هو اختلاف الأصحاب بالتضييف، وعدمه ينشأ من القول بالتدخل وعدمه والمقصود بالمثال وقوع فردين من نوع واحد كوقوع العذرة في

١ - الوسائل الباب ١٤ من أبواب الماء المطلق حديث ٢١

٢ - المصدر باب ١٧ من أبواب الماء المطلق حديث ٢

٣ - المصدر باب ٣ من أبواب التيمم حديث ٢

البئر مرتين.

حجّة القائل بالتضعيف وهو ظاهر اختيار المصنف في هذا الكتاب، واستدلّ عليه في المعتبر بـأنّ النجاسة من الجنس الواحد لا تتزايد إذ النجاسة البولية أو الكلبية موجودة في كلّ جزء فلا تتحقق زيادة توجب زيادة النزح، ولا كذلك الأجناس المختلفة لاختلاف المقتضي وإلاّ حصل التضاعف مطلقاً (أي مع الإتحاد والاختلاف)، لأنّ الأصل عدم تداخل المسببات عند اختلاف الأسباب، ولأنّ كثرة الواقع تزيد مقدار النجاسة فيزيد شياعها في الماء فيناسبه زيادة النزح. وقال صاحب المسالك بعد ذكر عبارة المصنف والأقوى التضعيف مطلقاً.

حجّة القائل بعدم التضعيف هو التداخل وإنّ نزح القدر المشترك بين الأمرين أو الأكثر مقتضي لامتثال الأمرين معاً فيحصل الإجزاء على حدّ ما يقال في تداخل الأغسال. وقد عرفت أنّ علل الشرع معرفات للأحكام فلا يضرّ تعددها على معلول واحد.

وكيف كان فيجب القطع بالتدخل فيما إذا كانت النجاسة المتعددة مما يصدق اسمها على القليل والكثير كالخمر والبول ونحوهما، وحيث اختار المصنف رحمة الله القول الأول قال: «الأحوط التضعيف»، والمسألة في بابها مفصلة فراجع والله أعلم.

ج ١ ص ١٦ قوله رحمة الله: «وما استعمل في رفع الحدث الأكبر ظاهر وهل يرفع به الحدث ثانياً فيه تردد والأحوط المنع».

ينشأ التردد من اختلاف الأصحاب لاختلاف الأدلة بعد اتفاقهم على طهارتة.

حجّة القائل برفعه للحدث ثانياً هو الأصل والعمومات، وصدق اسم الماء على الماء المستعمل، وكون الطهور من صيغ المبالغة فلابد أن يفيد الطهارة مرّة

ثانية بعد إفادته لها في المرة الأولى وصدق الإ茅ثال باستعماله، ولأنّ واجده واحد للماء المطلق فلا يسوع له التيمم أخذًا بظاهر قوله تعالى : «فإن لم تجدوا ماءً فتيمموا».

أقول: لا يبعد القول بالرافعية بعد الخدشة بسند دليل المانع والله أعلم. وذهب المرتضى وابن إدريس وأكثر المتأخرین إلى ابقاءه على الطهوریة، وهو الأظهر كما في المدارک ، ويشهد له مارواه الفضیل بن یسار في الصحيح عن أبی عبد الله عليه السلام «قال: في الرجل الجنب یغسل فیتضھ من الماء في الاناء؟ فقال عليه السلام: لا بأس ما جعل عليکم في الدين من حرج»^١. حجّة القائل بالمنع بأنّ الماء المستعمل مشكوك فيه أي في حصول الطهارة به فلا يحصل معه یقين البراءة، وبقول الصادق عليه السلام في رواية بن سنان «الماء الذي یغسل به الثوب أو یغسل به الرجل من الجنابة لا یجوز أن یتوضأ منه»^٢، وغيره. وقال به الشیخان وابنا بابویه آنَّه غير رافع للحدث، واحتاط به المصنف رحمة الله لتعارض الحجتين وهو سبیل النجاة، والله أعلم.

في الأسئلة

ج ١ ص ١٦ قوله رحمة الله: «وفي سور المسوخ تردد والطهارة أظهر»، ينشأ التردد في سور المسوخ من الخلاف في طهارة المسوخ ونجاسته.

حجّة القائل بطهارتہ هو الأصل، وإنّ كلّ ما ثبت طهارتہ شرعاً فسؤره ظاهر. وهو المشهور بين المتأخرین بل عن الغنیة والخلاف الاجماع عليه، وقد يظهر من منقول عبارة الناصیریات بل في السرائر في باب الأطعمة والأشربة، مضافاً إلى العمومات الواردة في طهارة المسوخ المذکورة في محلّها من الكتب المطولة الفقهیة.

١ - الوسائل الباب ٩ من ابواب الماء المضاف حديث .٥

٢ - الوسائل الباب ٩ من ابواب الماء المضاف حديث .١٣

والسؤر لغة ماء يبقى بعد الشراب، وشرعًا ماء قليل باشره جسم حيوان. حجة القائل بعدم طهارته هو قول بعض الأصحاب بذلك كابن إدريس في السرائر حيث حكم بنجاسة سؤر ما أمكن التحرّز عنه من غير مأكل اللحم من حيوان الحضر غير الطيور، قال: «ولا بأس بأسئار الفار والحيّات وبجميع حشرات الأرض»، وقد يظهر هذا المعنى من عبارة الشيخ في التهذيب بالمنع من سؤر ما لا يُؤكل لحمه من حيوان الحضر غير الآدمي والطيير، إلا ما لا يمكن التحرّز عنه كالهرة والفارة، ويمكن أن يكون هذا القول استناداً للموثق عن الصادق عليه السلام بعد أن سُئل عمّا تشرب منه الحمام «فقال: كلّ ما أكل لحمه فتوضأ من سؤره و اشرب»^١، وفيها دلالة على المدعى بالمفهوم، وإن كان في سندتها بعض الفطحية. واختار المصنف رحمة الله القول الأول، وهو الظاهر من الأدلة قال: «والطهارة أظهر»، واستوجه الكراهة في المعتبر دفعاً لشبهة الاختلاف، واستحسن في المدارك ، وما استحسن في المدارك حسن فراجع وتأمل.

في الموضوع (الجبيرة)

ج ١ ص ٢٣ قوله رحمة الله «وإلا أجزاء المسح عليها سواء كان ما تختبأ ظاهراً أو نجساً وإذا زال العذر استأنف الطهارة على تردد فيه»، منشأ التردد من الإعادة للطهارة وعدمها. حجة القائل بالإعادة هو كون الطهارة مع الجبيرة طهارة اضطرارية فيكون أثراها وهو جواز الدخول في العمل المشروط بها كانتفاء التيمم عند التمكّن من استعمال الماء. واختار الإعادة المصنف رحمة الله في المعتبر وكذلك كاشف اللثام، ومال إليه الفاضل، وعن المبسوط والإيضاح وغيرهما اقتصاراً

١ - وسائل لشيعة الباب ٤ من أبواب الأسئلة حديث ٢ .

على المتيقّن.

حجّة القائل بعدم الإعادة هو كون الطهارة التي جاء بها ذوالجبيرة طهارة مائية جامعة لشروطها في تلك الحال، وعند ارتفاع الضرورة يجري استصحابها لجواز الدخول في الصلاة الأخرى، كما اختار ذلك جماعة من حقّي الفقهاء كصاحب الدروس والحقّ الأول والثاني وكثير من المتأخرین، ولم يتعرّض لهذه المسألة في الروايات مع عموم الإبتلاء بها.

حكم الحائض

ج ١ ص ٢٩ قوله رحمه الله «وفي المبتدئ تردد الأظهر أنها تتحاط للعبادة حتى يضي ثلاثة أيام».

من شأنه في المقام أن المبتدئ يجب عليها ما يجب على ذات العادة من التروك بمجرد رؤية الدم، أو بعد مضي ثلاثة أيام، فيه خلاف بين الأصحاب لتعارض النصوص في الباب.

حجّة القائل بالأول أي بمجرد الرؤية، هو اختيار بعض الأصحاب كما يظهر من الهدایة والمبسوط والجامع وعن الإصلاح كما هو صريح غيرها، بل نسبه في الرياض إلى الشهرة تبعاً لشارح المفاتيح لعموم قوله عليه السلام «فإذا كان للدم حرارة ودفع وسوداد فلتندع الصلاة»^١.

ويشهد له أيضاً صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: أيّ ساعة رأت الدم فهي تفترط الصائم؟^٢

ومؤقّة عبد الله بن بکير عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: المرأة إذا رأت الدم في أول حيضها فاستمرّ الدم تركت الصلاة عشرة أيام ثمّ تصلي عشرين يوماً»^٣.

١ - الوسائل الباب ٣ من أبواب الحيض ح ٢

٢ - الوسائل الباب ٥٠ من أبواب الحيض حديث ٣

٣ - المصدر الباب ٨ من أبواب الحيض حديث ٥.

إلى غير هذا من الروايات.

حجّة القائل بالثاني أي بعد مضي ثلاثة أيام هو ظاهر السرائر والمعابر والذكرة وجامع المقاصد، وهو المنقول عن ابن الجنيد وعلم الهدى وسلام، ولأن مقتضى الدليل لزوم العبادة حتى يتيقّن المسقط، ولا تيقّن قبل استمراره ثلاثة أيام، ومع عدم الإستمرار الأصل العدم ما لم يتحقق.

وقد يستدل عليه بظاهر صحيح عبد الرحمن «قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الحبل ترى الدم وهي حامل كما كانت ترى قبل ذلك في كل شهر هل تترك الصلاة؟ قال عليه السلام: ترك إذا دام»^١.

وبصحيحة صفوان عنه عليه السلام «عن الحبل ترى الدم ثلاثة أيام أو أربعة تصلي؟ قال: تمسك عن الصلاة»^٢. وغير هذا من الصحاح الدالة على المراد، وهو مختار المصنف رحمه الله، وهذا قال: «الأظهر أنها تتحاط للعبادة حتى تمضي لها ثلاثة أيام»، أقول هذا أقرب لبراءة المكلّف وهو سبيل النجاة.

حكم الأموات

ج ١ ص ٣٨ قوله رحمة الله: «وفي وضوء الميت تردد الأشيه أنه لا يجب»، ينشأ التردد من تعارض الأخبار الواردة في هذا الباب.

حجّة القائل بالوجوب هو خبر عبدالله بن عبيد عن الصادق عليه السلام وقد سأله عن غسل الميت فقال عليه السلام: «تطرح عليه خرقه ثم يغسل فرجه ويؤضاً وضوء الصلاة»^٣ الحديث.

وصحيحة حرizer «قال: أخبرني أبو عبدالله عليه السلام قال: الميت يبدء

١ - الوسائل الباب ٣٠ من أبواب الحيض حديث .٢

٢ - الوسائل الباب ٣٠ من أبواب الحيض حديث .٤

٣ - المصدر الباب ٦ من أبواب غسل الميت حديث .٢

بفرجه ثم يوضأ وضوء الصلاة»^١ الحديث، الى غير ذلك من الأخبار. ونسب القول به للشيخ الطوسي وصاحب التزهه، ويظهر من الكافي والاستبصار وعن المقنعة والمذهب أنّ الميت يوضأ.

حجّة القائل بعدم الوجوب مضافاً الى الاصل، التقل عن أهل البيت عليهم السلام في كيفية الغسل وانتقاهم من تلدين أصابعه وغسل يديه الى غسل رأسه وجسده ومن غسله الى تكفيته من غير ذكر الوضوء، بل صححه يعقوب بن يقطين كالصريحة في ذلك فانه قال: «سألت العبد الصالح عليه السلام عن غسل الميت أفيه وضوء الصلاة أم لا؟ فقال عليه السلام: غسل الميت تبدأ بمرافقه فتغسل بالحرّض، ثم تغسل وجهه ورأسه بالسدر الى أن قال: ثم يغسل الذي غسله يده قبل أن يكفنه الى المنكبين ثم اذا كفنه اغتسل»^٢، ونقل عن المقنعة والمذهب وكاشف اللثام وفي المبسوط إن عمل الطائفة على ترك ذلك وهو اختيار المصنف بقوله رحمه الله: «والأئمّة أنة لا يجب».

ويمكن الجمع بين الأخبار برجحان الوضوء وهو استحبابه، وعليك بمراجعة المسألة في بابها من الكتب الفقهية المطولة والله أعلم.

ج ١ ص ٣٨ قوله رحمه الله: « ولو عدم الكافور والسدر غسل بالماء القراب، وقيل لا تسقط الغسلة بفوات ما يطرح فيها وفيه تردد»، ينشأ التردد من وجوب الغسلات الثلاث ومن سقوط الغسلتين بسقوط الخلطيتين.

حجّة القائل بالوجوب مع عدم الخلطيين هو أنه مأمور بالغسلات الثلاث على هيئته، وهي كون الأولى بماء السدر والثانية بماء الكافور والثالثة بماء القراب، فيكون مطلقاً المغسلات واجباً ضرورة استلزم وجوب المركب وجوب اجزاءه

١ - الوسائل الباب ٦ من ابواب غسل الميت حديث ١.

٢ - المصدر الباب ٢ من ابواب غسل الميت حديث ٧.

ولقوله عليه السلام: غسله بماء وسدر^١ فالمأمور به ماء وسدر شيئاً متمايزان وإن امتنجا في الخارج. واختاره بعض الأصحاب كالفضل في جملة كتبه، والدروس والبيان وكثير من المتأخرين لقاعدة لا يسقط الميسور واجب في واجب، ولما دل على عدم سقوط الغسل عن المحرم من سقوط الخلط وحينئذ فلا يلزم من تعذره تعذر.

حجّة القائل بعدم الوجوب هو تعذر المأمور به أعني تغسله بماء السدر وماء الكافور المقتضي لسقوط التكليف به. ولا ريب أن المكلف به هنا ماء سدر وبعد انتفاء السدر لا ينتقل منه إلى مطلق الماء، وفي النافع والمعتر الاكتفاء بالمرة كما عن التلخيص وظاهر الذكرى، واختاره المقدس وكثير من تأخر للأصل، ولعدم الفائدة في تكرار الماء مع حصول النقاء، ولفوائد الحكمة في الغسلتين الأوليين بمجرد تعذر الخلطيين، ولتعذر الكل يتعذر الجزء والمضاف بالمضاف إليه.

في التيمم

ج ٤٨ ص ٤٨ قوله رحمه الله: «ولا يصح التيمم قبل دخول الوقت ويصح مع تضييقه، وهل يصح مع سعته فيه تردد»، ينشأ التردد من اختلاف الآراء من ناحية تضارب الأدلة بالجواز تارة وبالمنع أخرى.

حجّة القائل بجواز التيمم مع سعة الوقت بعد الإتفاق على عدم جوازه قبل دخول الوقت للفرضية، وكذلك أطبقوا على وجوب التيمم عند ضيق الوقت، أما جوازه في أول الوقت مع السعة فقد ذهب إليه الصدوق رحمه الله وقواه في المتهى واستقرّ به في البيان، وقال ابن الجنيد: إن وقع اليقين بفوت الماء آخر الوقت أو غلبة الظن فالتيمم في أول الوقت أحب إلىي، واستجوده المصتف رحمه الله في

المعتبر واختاره العلامة في أكثر كتبه، والدليل على ذلك قوله تعالى «إذا قمت إلى الصلاة فاغسلوا» ، إلى قوله «فإن لم تجدوا ماءً فتيمموا»^١، أوجب التيمم على المكلّف عند إرادة القيام إلى الصلاة إذا لم يجد فلا يتقيّد بغيره عملاً بالأصل.

وقول النبي صلى الله عليه وآله لأبي ذر «يكفيك الصعيد عشر سنين»^٢.

وقول الصادق عليه السلام: «هو بنزلة الماء وأن الله تعالى جعل التراب طهوراً كما جعل الماء طهوراً»^٣. وتدلّ عليه الأخبار الكثيرة الدالة على أنّ التيمم إذا صلّى ثم وجد الماء لا تجب عليه الإعادة لصحيحه زرارة^٤ عن أبي جعفر عليه السلام فراجع وتأمل.

حجّة القائل بعدم جوازه وأنه لا يصح إلا في آخر الوقت هو الإجماع، والروايات الواردة، وهي حجّة الشيخ والسيد المرتضى وجمع من الأصحاب. من الروايات حسنة زرارة عن أحد هما أي أحد الصادقين عليهمما السلام: «قال: إذا لم يجد المسافر الماء فليطلب ما دام في الوقت فإذا خاف أن يفوته الوقت فليتيمم وليصلّ في آخر الوقت»^٥.

وصحيحة محمد بن مسلم بهذا المضمون أيضاً، وهما قاصران السنّد عن إثبات الوجوب فيمكن حلّهما على الإستحباب كما في المدارك في صحيحه محمد بن حمأن، ويشهد لعدم الوجوب قول الصادق عليه السلام: «واعلم أنه ليس ينبغي لأحد أن يتيمم إلا في آخر الوقت» ، فإنّ لفظ لا ينبغي وليس ينبغي ظاهر في الكراهة.

١ - سورة المائدة آية ٦ .

٢ - الوسائل الباب ١٤ من أبواب التيمم الحديث ١٢ .

٣ - المصدر الباب ١٧ من أبواب صلاة الجمعة حديث ١.

٤ - الوسائل الباب ١٤ حديث ٩ من أبواب التيمم.

٥ - المصدر الباب ١٤ من أبواب التيمم حديث ٣.

أقول مقتضى النصوص وتجويز بعض الأساطين له في كتبهم لا يبعد أن يكون الجواز في السعة أقوى والله أعلم.

ج ١ ص ٥ قوله رحمه الله: «فالأفضل تخصيص الجنب به. وقيل: بل يختص به الميت، وفي ذلك تردد» وينشأ التردد من اختلاف الروايات في أولوية أحدهما أو أحدهم به على وجه لا ترجح لبعضها على بعض.

حجّة القائل بتخصيص الجنب به هو ما رواه ابن بابويه في الصحيح عن عبد الرحمن بن أبي نجران أنه سأله أبو الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام عن ثلاثة نفر كانوا في سفر أحد هم جنب والثاني ميت والثالث على غير وضوء وحضرت الصلاة ومعهم من الماء قدر ما يكفي أحد هم، من يأخذ الماء وكيف يصنعون؟ فقال عليه السلام: يغسل الجنب ويدفن الميت بتيمم ويتيمم الذي هو على غير وضوء لأنّ غسل الجنابة فريضة وغسل الميت سنة والتيمم للآخر جائز»^١.

وخبر الحسين بن النظر المروي عن التهذيب والعلل والعيون «قال: سألت أبي الحسن الرضا عليه السلام عن القوم يكونون في السفر فيموت منهم ميت ومعهم جنب ومعهم ماء قليل قد رما يكفي أحد هما أيهما يبدأ به؟ قال: يغسل الجنب ويدفن الميت لأنّ هذا فريضة وهذا سنة»^٢ الحديث، وهذا المضمون خبر الشعبي وغيره وما إلى هذا القول الشيخ في النهاية.

حجّة القائل بتقديم الميت هو أنّ الجنب يستدرك طهارته والميت لا استدرك لطهارته، وبمارواه محمد بن علي عن بعض أصحابه عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: قلت: الميت والجنب يتفرقان فلا يكون الماء إلا بقدر كفاية أحد هما أيهما أولى؟ قال

١ - الوسائل الباب ١٨ من أبواب التيمم حديث ٥. ٢ - المصدر الباب ١١ الحديث ٤.

عليه السلام: يتيم الجنب و يغسل الميت بالماء^١.
أقول: ما اختاره المصنف راجح والتخير بين الجنب والميت حسن،
والله أعلم.

في النجاسات وأحكامها

ج ١ ص ٥١ قوله رحمه الله: «وفي رجيع ما لا نفس له سائلة وبوله تردد»، منشأ التردد فيها غير واضح، لأنّ الأول ظاهر بلا خلاف للأصل مع عدم المعارض له، ويُمكن أن يقال أنّ التردد في الثاني فقط.

حجّة القائل بظهوره صريح الفاضلين وغيرهما بعدم الخلاف فيه وأنّه ظاهر، بل اقتصر في المنهى وغيره على نقله عن كثير من العامة كالشافعي وأبي حنيفة وغيرهما.

و قد يستدلّ عليها بأنّ ميته ودمه ولعابه ظاهر فصارت فضلاً له كعصارة النبات بالفحوى، وباطلاق مادلٌ^٢ على نفي البأس عن موته أو وقوعه في الماء ونحوه، عموم قوله عليه السلام (كل شيء ظاهر حتى تعلم أنه قذر)^٣، وبالسيرة القطعية.

حجّة القائل بنجاسته هو مقتضى قاعدة الإشتغال لزوم التحفظ عنه حال الصلاة ونحوها، حيث لا عسر ولا حرج ولا سيما مع كونه ذا لحم معتبّه، بل ربما قيل باندرج ذي اللحم منه في النصوص السابقة، ولذا مال بعضهم إلى النجاست فيه خاصة إن لم يكن إجماع على الطهارة مطلقاً. ويؤيده ما يأتي في باب الصلاة من عدم جواز الصلاة في جلد ما لا يؤكل لحمه وإن لم يكن له نفس سائلة.

١ - الوسائل الباب ١٨ من أبواب التيمم حديث.^٥

٢ - الوسائل الباب ٣٥ من أبواب النجاسات حديث.^٢

٣ - المستدرك الباب ٣٠ من أبواب النجاسات الحديث.^٤

والحاصل يظهر للمتبوع الطهارة فيما ذكرناه في حجّتي التردد فتأمل جيداً، والله أعلم.

ج ١ ص ٥١ قوله رحمه الله: «وكذا ذرق الدجاج غير الحال والأظهر الطهارة»، ومنشأ التردد هنا إختلاف الأخبار.

حجّة القائل بطهارته هو الأصل، ورواية وهب عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام «لَا بَأْسَ بِخَرْءِ الدَّجَاجِ وَالْحَمَامِ يُصِيبُ التَّوْبَ»^١. ويؤيده صحيح أبي بصير^٢ وغيره عن الصادق عليه السلام «قال: كُلُّ شَيْءٍ يُطِيرُ فَلَا بَأْسَ بِبَوْلِهِ وَخَرْبَتِهِ»، بناة على شمول الطير له.

وشهرة القول بالطهارة بين الأصحاب كما اعترف بها كثير منهم، بل عن صيد الخلاف الاجماع على طهارته، وعن صيد المبسوط أن رجيع ما يؤكل لحمه ليس ينجس عندنا، واختاره ابن بابويه وأكثر الأصحاب و منهم المصنف رحمه الله، ولهذا قال: «والأظهر الطهارة»، وهو المشهور بين كافة المسلمين في عصرنا هذا.

حجّة القائل بنجاسته هو قاعدة الإشتغال، وخبر فارس «قال: كتب إليه رجل يسألة عن ذرق الدجاج يجوز فيه الصلاة فكتب: لا»، الظاهر يعني به الإمام الصادق عليه السلام وهي أي رواية فارس ضعيفة السنّد كما في كتب الرجال، وما عن الصدوق والمنقعة والنهاية من الحكم بنجاسته كما في صلاة الخلاف، بل قد يتوجه منه الإجماع عليها فتدبر وراجع المطولات من الكتب.

ج ١ ص ٥١ قوله رحمه الله: «المي وهو نحس من كل حيوان حلّ أكله أو حرم وفي مني ما لا نفس له تردد، والطهارة أشبه»، ينشأ التردد من اطلاق لفظ المي في النص، ومن الأصل والعمومات وطهارة ميتته.

١ - الوسائل باب ١٠ من أبواب النجاست حديث .٢

٢ - المصدر الباب حديث .١

حجّة القائل بطهارته هو الأصل والعمومات، ولما صرّح به في المعتبر والمتّهى و التذكرة والذكرى و ظاهر كلّ من قيد نجاسته بذى النفس، بل في الرياض أنه المشهور، بل كاد يكون اجمعًاً، ولطهارة ميته ودمه وجميع فضلاه، واختار الطهارة الفاضلان وكثير ممّن تأثّر، بل في مجمع البرهان كان تقيد النصوص بذى النفس للإجماع بل لا نعرف فيه خلافاً، وهو مختار المصنف رحمه الله وهو الأشبه بالقواعد الصحيحة.

حجّة القائل بنجاسته هو الإطلاق في بعض النصوص مع اطلاق النبي في كثير من العبارات ومعاقد الإجماعات، لا سيّما مع تعليم بعضها لكلّ حيوان، وفي الخلاف أنه كله نجس ولو من غير الإنسان، وتردد فيه في المعتبر والمتّهى، ويظهر من كشف اللثام الميل إلى نجاسته للعمومات المتقدمة وأنّها ظاهر الأكثـر، ولعله لتلك الإطلاقات قيل إنه لا دليل على الطهارة، وقاعدة الإشتغال تقتضي التجنب عنه في الصلاة ونحوها فراجع وتأمل ، والله أعلم.

ج ١ ص ٥٢ قوله رحمه الله: «وفي الشعلب والأربب والفأرة والوزغة تردد والأظهر الطهارة»، ينشأ التردد من اختلاف العلماء لاختلاف النصوص.

حجّة القائل بطهارتها هو الأصل والعمومات، ورواية الشيخ في الصحيح عن الفضل بن أبي العباس «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن فضل الهرة والشاة والبقرة والابل والحمار والخيل والبغال والوحش والسبع فلم أترك شيئاً إلا سأله عنه، فقال عليه السلام: لا بأس، حتى انتهي إلى الكلب فقال رجس نجس»^١ الحديث.

وفي الصحيح عن علي بن جعفر عن أخيه موسى عليهما السلام «قال: سأله عن العظاية والحيّة والوزع يقع في الماء فلا يموت فيه أيّ توضاً منه للصلاة؟ فقال

عليه السلام: لا بأس به، سألته عن فأرة وقعت في حب دهن وأخرجت قبل أن تموت أيسعه من المسلم؟ قال عليه السلام: نعم ويتدهن منه^١.
وذهب إلى هذا بعض الأصحاب كالسيد المرتضى^١، قال: لا بأس بأسار جميع حشرات الأرض وبساع ذوات الأربع إلا أن يكون كلباً أو خنزيراً. ونحو هذا عن الشيخ في المبسوط وابن إدريس وعامة المتأخرين وهو اختيار المصنف رحمة الله.

أقول: الظاهر من الأدلة والراجح الطهارة والله أعلم.

حجّة القائل بنجاستها صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى عليهما السلام «قال: سأله عن الفأرة الرطبة قد وقعت في الماء تمشي على الثياب أيصل إلى فيها؟» قال عليه السلام: اغسل ما رأيت من أثراها ومالم تره فانضمه بالماء». وفي الشغل والأرنب مرسلة يونس بن عبد الرحمن عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: سأله هل يجوز أن يمس الشغل والأرنب أو شيئاً من السباع حيّاً أو ميتاً؟» قال: لا يضره ولكن يغسل يده»، ومال إلى نجاستها بعض الأصحاب كالشيخ في النهاية والمفيدي في المقنعة، ونقل عن أبي الصلاح أنه أفتى بنجاسته الشغل والأرنب، وبعد المراجعة يتضح لك ما قدّمناه والله العالم.

ج ١ ص ٥٦ قوله رحمة الله: «وفي جواز اتخاذها لغير الاستعمال تردد والأظهر المع»، منشأ التردد من الأصل مع عدم ظهور الأدلة فيه، ومن تعليل النبوى^٢ بأنّها لهم في الدنيا ولهم في الآخرة.

حجّة القائل بالجواز هو الأصل مع عدم ظهور الأدلة في مطلق الاتخاذ، بل هي ظاهرة في الإستعمال. ومن تعليل النبوى بأنّها لهم في الدنيا ولهم في

١ - الوسائل الباب ٩ من أبواب الأسئلة الحديث.

٢ - كنز العمال ج ٨ ص ١٦ الرقم ٣٦٢.

الآخرة. وقول الإمام الكاظم عليه السلام أنها متعة الذين لا يوقنون،^١ وما إلية الفاضل في مختلف واستحسنه بعض المتأخرين.

حجّة القائل بعدم الجواز مطلقاً هو النهي عن آنية الذهب والفضة وكراحتها الحمولة على أقرب المجازات بعد تعدد الحقيقة ولا ريب أن مطلق الاخبار أقرب من الإستعمال لأنّه أعمّ منه، ولأنّ النهي في الحقيقة نفي، ونفي الحقيقة وكراهة طبيعتها يناسب النهي عن أصل وجودها في الخارج، مع أنّ المتبع للأخبار يظهر له هذا المعنى أي أصل وجودها، بل في المنهى أن تحريم استعمالها مطلقاً يستلزم تحريم أخذها على هيئة الإستعمال، وهذا القول هو المشهور بين الأصحاب، بل قيل بعدم الخلاف، وهو مختار المصنف رحمه الله ولأنّه تضييع للمال كما علل والله أعلم.

كتاب الصلاة

في لباس المصلي

ج ١ ص ٦٩ قوله رحمه الله: «وَفِيمَا لَا تَمْ صَلَوةَ فِيهِ مُنْفَرِدًا كَالْتَكَّةُ وَالْقَلْنِسُوَةُ تَرَدَّدَ وَالْأَظْهَرُ الْكَرَاهِيَّةُ»، مَنْشأُ التَّرَدَّدِ تَعَارُضُ أخْبَارِ الْبَابِ.

حَجَّةُ الْقَائِلِ بِالْجَوَازِ هُوَ الْأَصْلُ، وَرَوْاْيَةُ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ قَالَ «كُلَّمَا لَا تَجْزُو الصَّلَاةُ فِيهِ وَحْدَهُ فَلَا بَأْسُ بِالصَّلَاةِ فِيهِ مُثْلُ التَّكَّةِ الْأَبْرِيسِمِ وَالْقَلْنِسُوَةِ وَالْخُفْقِ وَالْزَّنَارِ يَكُونُ فِي السَّرَاوِيلِ وَيَصْلِي فِيهِ»^١. وَاخْتَارَ الْجَوَازَ كَثِيرٌ مِّنْ أَجْلَاءِ الْعُلَمَاءِ كَالشِّيخِ وَثَانِي الشَّهِيدَيْنِ وَالْحَلَبِيِّ وَكَاشِفِ الرَّمْوزِ، بَلْ هُوَ الْأَشْهَرُ بَيْنَ الْمُتَأْخِرِينَ وَاخْتَارَ الْمُصْنَّفِ رَحْمَهُ اللَّهُ الْجَوَازَ عَلَى كَرَاهِيَّةِ .

حَجَّةُ الْقَائِلِ بَعْدَ الْجَوَازِ هُوَ صَحِيحٌ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْجَبَّارِ «قَالَ: كَتَبْتُ إِلَى أَبِي مُحَمَّدٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَسْأَلَهُ هَلْ يَصْلِي فِي قَلْنِسُوَةٍ حَرِيرٌ مُخْضٌ أَوْ قَلْنِسُوَةٍ دِبِاجٌ؟ فَكَتَبَ: لَا تَحْلُّ الصَّلَاةُ فِي حَرِيرٍ مُخْضٍ»^٢. وَرَوَى مُحَمَّدٌ أَيْضًا فِي الصَّحِيفَةِ أَنَّهُ كَتَبَ إِلَيْهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَسْأَلُهُ عَنِ الصَّلَاةِ فِي التَّكَّةِ الْمُعْمَلَةِ مِنَ الْحَرِيرِ وَأَجَابَهُ بِذَلِكَ^٣. وَذَهَبَ إِلَى هَذَا القَوْلِ الْصَّدُوقِ بَلْ بِالْغَفْنَعِ مِنَ التَّكَّةِ الَّتِي رَأَسَهَا الْأَبْرِيسِمُ، وَمَا إِلَيْهِ الْجَامِعُ وَفَخْرُ الْحَقَّيْنِ وَالْمَتَهَىِ وَالْخُتْلُفُ وَالْمَؤْجَزُ وَمَجْمُعُ الْبَرَهَانِ وَغَيْرُهُمْ مِنَ الْعُلَمَاءِ لَا يَسْعُ ذَكْرُهُمْ فِي هَذَا الْمُخْتَصِرِ.

١ - الوسائل الباب ١٤ من أبواب لباس المصلي حديث ٢ .

٢ - المصدر الباب الحديث ١ .

٣ - المصدر الباب الحديث ٤ .

ج ١ ص ٧٠ قوله رحمه الله: «ولا يجوز للمرأة إلا في ثوبين درع وخارساترة جميع جسدها عدا الوجه والكففين وظاهر القدمين على تردد في القدمين»، منشأ التردد في وجوب ستر القدمين في حال الصلاة للمرأة وعدمه.

حجّة القائل بالوجوب هو صحيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام «عن المرأة ليس لها إلا ملحفة واحدة كيف تصلي؟ قال عليه السلام: تلتقي فيها وتقطي رأسها وتصلي فإن أخرجت رجليها وليس تقدر على غير ذلك فلا بأس»^١، ونحوه كتابه عن أخيه عليه السلام أيضاً.

وخبر المعلى بن خنيس عن أبي عبدالله عليه السلام «عن المرأة تصلي في درع وملحفة ليس عليها إزار ولا مقنعة فقال عليه السلام: لا بأس إذا التفت بها وإن لم تكفلها عرضاً جعلتها طولاً»^٢. وغير هذا من الأخبار، وما إلى ذلك بعض أجزاء الأصحاب. والذي يظهر من عبارة المصنف رحمه الله حيث لم يعقب التردد هنا بشيء، القول بالجواز كما في النافع ميله إلى وجوب سترهما كما هو مقتضى العموم في المستثنى منه.

حجّة القائل بعدم الوجوب هو الأصل، ودعوى الاجماع عليه، ونصوص الدرع والثوب، وهو المشهور بين الأصحاب نقلًا وتحصيلاً من غير فرق بين ظاهريهما وباطنهما، كما صرّح به الشهيدان والمحقق الثاني وغيرهم من العلماء، والعمدة فيه أصل البراءة بعد عدم ما يدلّ على وجوب سترهما، كما أشار إليه المرحوم الحكيم في مستمسكه.

في ذكر الركوع والسجود

ج ١ ص ٨٥ قوله رحمه الله: «الخامس التسبيح فيه، وقيل يكفي الذكر ولو كان تكبيراً أو تهليلاً وفيه تردد»، ينشأ التردد من تعارض الأدلة في كفاية مطلق الذكر أو الذكر المخصوص.

^١ ٢٠ - الوسائل الباب ٢٨ من أبواب لباس المصلي الحديث ٥٢ و ٥٣.

حجّة القائل بـكفاية مطلق الذكر هو جملة من النصوص، كـ صحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام «قلت له: يجزء أن أقول مكان التسبيح في الركوع والسجود لا إله إلا الله والحمد لله والله أكبير؟ قال عليه السلام: نعم»^١، ونحوه صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام و «قال: سأله يجزي عني أن أقول مكان التسبيح في الركوع والسجود لا إله إلا الله والله أكبير؟ قال عليه السلام: نعم»^٢ إلى غير هذا من الأخبار.

حجّة القائل بـ وجوب الذكر المخصوص هو ظاهر جملة من النصوص، كـ صحيح زرارة «سأل أبا جعفر عليه السلام عما يجزي من القول في الركوع والسجود فقال عليه السلام: ثلات تسبيحات في ترسّل و واحدة تامة تجزئ»^٣. وما في موثق سمعاعة «أما ما يجزيك من الركوع فثلاث تسبيحات، تقول سبحان الله ثلاثاً»^٤. وخبر الحضرمي قال «قلت لأبي جعفر عليه السلام: أي شيء حذّ الركوع والسجود؟ قال: تقول سبحان ربّي العظيم وبحمده ثلاثاً في الركوع، وسبحان ربّي الأعلى وبحمده ثلاثاً في السجود، فمن نقص واحدة نقص ثلاث صلاته ومن نقص اثنين نقص ثلثي صلاته ومن لم يُسبّح فلا صلاة له»^٥، ونحو هذه الأخبار غيرها.

وقد نسب هذا القول إلى الأكثـر، بل عن الانتصار والخلاف والغنية والوسيلة الإجماع عليه.

أقول: مقتضى الجمع بين الأخبار التخيير والمعين أحد الأفراد والله أعلم.

١ - الوسائل الباب ٧ من أبواب الركوع حديث ١.

٢ - الوسائل باب ٧ من أبواب الركوع حديث ٢.

٣ - المصدر الباب ٤ من أبواب الركوع حديث ٢.

٤ - المصدر الباب ٥ من أبواب الركوع حديث ٣.

٥ - المصدر باب ٤ الركوع حديث ٥.

ج ١ ص ٨٥ قوله رحمه الله: «وهل يجب التكبير للركوع فيه تردد والأظهر الندب»، ينشأ التردد من ظاهر الأمر به في بعض الأخبار ومن الأصل.

حجّة القائل بالوجوب هو ما في صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام «قال: اذا أردت أن ترکع فقل وأنت منتصب الله اكبر ثم اركع»^١ الحديث. وقد يستفاد من صحيحه الآخر «فارفع يديك وكبر ثم اركع»^٢، وغيره من الأخبار ومال اليه جمع من العلماء كالعماني والديلمي، وظاهر المرتضى بل قيل المفيد رحمه الله.

حجّة القائل بعدم الوجوب هو الأصل، أي أصالة البراءة عند الشك في الوجوب، وظهور خبر أبي بصير «قال: سألهـ يعني الصادق عليه السلامـ عن أدنى ما يجزي في الصلاة من التكبير؟ قال: تكبيرة واحدة»^٣، وخبر زرارة «سئل أبو جعفر عليه السلام عن الفرض في الصلاة؟ قال: الوقت والظهور والقبلة والتوجه والركوع والسجود والدعاء، قال: وما سوى ذلك؟ قال عليه السلام: سنة في فريضة»^٤، وغيرها من الأخبار الدالة على عدم الوجوب، كما هو المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً، واختاره المصنف رحمه الله والله أعلم.

ج ١ ص ٨٦ قوله رحمه الله: «السادس: رفع الرأس من السجدة الأولى حتى يعتدل مطمئناً. وفي وجوب التكبير للأخذ فيه والرفع منه تردد، والأظهر الإستحباب»، منشأ التردد في الوجوب وعدمه هو المنشأ في تكبير الركوع دعوى ودليلًا.

حجّة القائل بعدم الوجوب هو الأصل كما سبق، مضافاً إلى ما تقدم من

١ - الوسائل الباب ١ من أبواب الركوع حديث ١

٢ - المصدر الباب ٢ من استحباب رفع اليدين حديث ١

٣ - المصدر الباب ١ من أبواب تكبيرة الاحرام حديث ٥

٤ - المصدر الباب ٩ من أبواب الركوع حديث ٥

الأخبار الحاصرة للتكبير الواجب في الصلاة بتكثير الإحرام، وادعى صاحب الغنية الإجماع عليه، وهو مختار المصنف رحمة الله.

حجّة القائل بالوجوب هو الأمر بالتكمير عند الأخذ في السجود والرفع منه الوارد في جملة من الأخبار، كما تقدم نظيره في وجوب التكبير عند الأخذ بالركوع فراجع أخبار الباب تقف على المدعى والله أعلم.

التكفير

ج ١ ص ٩١ قوله رحمة الله: «الثاني لا يبطلها إلا عمداً وهو وضع اليدين على الشمال وفيه تردد»، منشأ التردد في المقام من النهي عن هذا الفعل فيبطل، ومن عدم وفاء الدليل فلا بطلان إلا بقصد الجزئية.

حجّة القائل بالبطلان هو المشهور، ودعوى الإجماع عليه للنصوص الواردة، ك الصحيح محمد بن مسلم عن أحد هما عليهمما السلام «قلت: الرجل يضع يده في الصلاة اليمنى على اليسرى؟ فقال عليه السلام: ذلك التكبير لا تفعل»^١، وصحيح زراة عن أبي جعفر عليه السلام «ولا تكفر فانياً يصنع ذلك المحسوس»^٢، ونحوه صحيح حrizي^٣ وغيرها من الأخبار.

حجّة القائل بعدم البطلان هو الأصل، وعدم ظهور الأخبار النافية بالتحريم ربما يظهر منها الكراهة. وعن الاسكافي ترك هذا الفعل مستحبّ، وذهب إلى الكراهة المصنف رحمة الله في المعتبر تبعاً لأبي الصلاح، وتبعهما عليه جماعة لعدم وفاء الأدلة باكثير من الحرمة التشريعية، وهي لا تقتضي بطلان الصلاة إلا بالإتيان بقصد الجزئية، وظاهر الخبر المروي عن كتاب علي بن جعفر عليه السلام يشير إلى الكراهة لأنّه قال: «لا يصلح ذلك فإن فعل فلا يعود

١ و ٢ و ٣ - الوسائل الباب ١٥ من أبواب قواطع الصلاة الحديث .١٤٢٠

له»^١، فإن النهي أعم من الحرمة النفسية والتشريعية، وظاهر المنع في النصوص التشريعية كالنهي عن سائر العبادات غير المشروعة. أقول: مقتضى النهي أنّ البطلان لا يخلو من قوة والله أعلم.

عصص الشعر

ج ١ ص ٩١ قوله رحمه الله: «وفي عصص الشعر للرجل تردد والأشبه الكراهة»، منشأ التردد من الأصل واطلاق الأدلة ومن اجماع الشيخ على عدم الجواز. حجّة القائل بالجواز هو الأصل واطلاق الأدلة وضعف روایة مصادف الدالة على البطلان. ويشعر بعدم الحرمة خبر الداعي عن علي عليه السلام أنه قال «نهاني رسول الله صلى الله عليه وآلـه عن أربع عن تقليل الحصى في الصلاة، وأن أصلـي وانا عاقص رأسي من خلفـي، وأن أحتجـم وأنا صائم، وأن أخصـ يوم الجمعة بالصوم»^٢. والمحـكي عن المفـيد لفـاظاً لا يـنبعـي للرـجل إـنـ كانـ لهـ شـعرـ أنـ يـصـلـيـ وـهـوـ مـعـقـوـصـ،ـ وـغـيرـهـ مـنـ الـعـلـمـاءـ.ـ وـالـكـراـهـةـ أـشـبـهـ بـالـقـوـاعـدـ الصـحـيـحةـ كـمـاـ اختـارـهـاـ المـصـنـفـ رـحـمـهـ اللهـ،ـ وـكـذـلـكـ صـاحـبـ المـدارـكـ وـتـبـعـهـمـ جـمـعـ مـنـ الـأـصـحـابـ فـرـاجـعـ وـتـأـمـلـ.

حجّة القائل بعدم الجواز هو خبر مصادف عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل صلى صلاة فريضة وهو معقوص الشعر قال: يعيد صلاته»^٣، واجماع الشيخ في الخلاف على عدم الجواز. وحـكـيـ عنـ سـلـاـرـ وـالـخـلـيـ وـابـنـ إـدـرـيـسـ وـهـوـ المشـهـورـ بـيـنـ الـمـتـأـخـرـينـ.

١ - الوسائل الباب ١٥ من أبواب قواطع الصلاة حديث ٥ .

٢ - المستدرك الباب ٢٧ من أبواب لباس المصلي حديث ١ .

٣ - الوسائل الباب ٣٦ من أبواب لباس المصلي الحديث ١ .

صلاة الجمعة

ج ١ ص ٩٥ قوله رحمه الله: «وهل الطهارة شرط فيها فيه تردد والأئمّة أنّها غير شرط»، منشأ التردد من التأسي ومن الأصل.

حجّة القائل بشرطية الطهارة في خطبتي الجمعة هو وجوب المواالة بينها وبين الصلاة وكونها ذكراً هو شرط في الصلاة وبدلتها من الركعتين فيكونان بمحكمها، ولو جوب الطهارة عدد فعلهما بقدرهما فكذا في بدهما، ومرسل الفقيه عن أمير المؤمنين عليه السلام «لا كلام والامام يخطب ولا التفات إلا كما يحلّ في الصلاة، وإنما جعلت الجمعة ركعتين الأخيرتين فهي صلاة حتى ينزل الإمام»^١. وفي صحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام «إنما جعلت الجمعة ركعتين لأجل الخطيبين فهي صلاة حتى ينزل الإمام»^٢ وان النبي صلى الله عليه وآله كان يتظاهر قبل الخطبة فيجب إتباعه في ذلك لأدلة التأسي، وقال الشيخ في المسوط والخلاف بشرطيتها.

حجّة القائل بعدم شرطيتها هو الأصل بناءً على جريانه في نحو ذلك ، وكون الخطيبين ذكراً وذكر الله حسن على كل حال ، مع ضعف الأدلة المتقدمة ، ولهذا قال المصنف رحمه الله هنا وفي النافع والمعتبر الأئمّة أنّها غير شرط وفاقاً للسرائر وكشف الرموز والقواعد وال مختلف والتبصرة والذخيرة وغيرها من كتب الفقه ، وعدم وجوب التأسي فيما لم يعلم وجهه والله أعلم.

ج ١ ص ٩٥ قوله رحمه الله: «ويجب أن يرفع صوته بحيث يسمع العدد المعتبر فصاعداً وفيه تردد»، منشأ التردد من أنه المتيقن في براءة الذمة ومن الأصل.

حجّة القائل بالوجوب هو المتيقن في براءة الذمة من الشغل اليقين بعد

١ - الفقيه ج ١ ص ٢٦٩ في وجوب الجمعة وفضلها... ح ١٢٠

٢ - الوسائل الباب ٦ من أبواب صلاة الجمعة الحديث ٤

الشك في تناول الاطلاقات لغيره، وخصوص المروي عن النبي صلى الله عليه وآلـهـ، إنـهـ كان إذا خطـبـ يرفع صـوـتهـ كـأنـهـ منـذـرـ جـيشـ^١ـ، بلـ يـكـنـ منـعـ صـدـقـ الخطـبـةـ بـدـونـ الإـسـمـاعـ وـاـنـهـ لاـ يـحـصـلـ الـيـقـيـنـ بـبـرـاءـةـ الـذـمـةـ بـعـدـ الشـغـلـ إـلـاـ بهـ. وقد اختـارـهـ وصرـحـ بـهـ الفـاضـلـ وـالـشـهـيدـانـ وـغـيرـهـ، وـهـذـاـ قـالـ المـصـنـفـ رـحـمـهـ اللـهـ أـنـهـ يـجـبـ أـنـ يـرـفـعـ صـوـتهـ وـفـيـ المـدـارـكـ أـنـهـ يـجـبـ لـتـأـسـيـ.

حجـةـ القـائـلـ بـعـدـ الـوـجـوبـ هـوـ الأـصـلـ عـنـ دـعـمـ قـيـامـ الدـلـيلـ الـذـيـ يـصـلـحـ لـلـاسـتـدـلـالـ بـهـ، وـضـعـفـ أـدـلـةـ الـوـجـوبـ الدـالـلـةـ عـلـيـهـ، هـذـاـ لـاـ تـهـضـ لـقـطـعـ الأـصـلـ أـعـنـ أـصـلـ الـبـرـاءـةـ عـنـ الشـكـ وـمـاـ إـلـيـهـ بـعـضـ الـأـعـلـامـ وـالـلـهـ أـعـلـمـ بـالـصـوـابـ. جـ ٩٦ـ قولـهـ رـحـمـهـ اللـهـ: «ـوـفـيـ العـبـدـ تـرـدـ»ـ، مـنـشـأـ التـرـدـ فـيـ كـوـنـ الـجـمـعـةـ هـلـ تـنـعـقـدـ بـالـعـبـدـ أـمـ لـ؟ـ.

حجـةـ القـائـلـ بـالـانـعـقادـ هـوـ أـنـ ماـ دـلـلـ عـلـىـ اـعـتـبـارـ العـدـدـ مـنـ الـأـخـبـارـ مـطـلـقـ غـيرـ مـقـيـدـ، فـيـتـنـاـولـ الـعـبـدـ وـغـيرـهـ، وـقـالـ الشـيـخـ فـيـ الـخـلـافـ وـالـمـصـنـفـ فـيـ الـعـتـبـ أـنـهـ تـنـعـقـدـ بـالـعـبـدـ وـالـمـسـافـرـ إـذـ حـضـرـ.

حجـةـ القـائـلـ بـعـدـ الـانـعـقادـ هـوـ مـاـ وـرـدـ مـنـ النـصـوصـ الـكـثـيرـةـ، مـنـهاـ صـحـيـحةـ زـرـارـةـ «ـمـنـهاـ صـلـاةـ وـاحـدـةـ فـرـضـهـ اللـهـ فـيـ جـمـاعـةـ وـهـيـ الـجـمـعـةـ وـوضـعـهـاـ عـنـ تـسـعـةـ عـنـ الصـغـيرـ وـالـكـبـيرـ وـالـمـجـنـونـ وـالـمـسـافـرـ وـالـعـبـدـ وـالـمـرـأـةـ وـالـمـرـيـضـ وـالـأـعـمـىـ وـمـنـ كـانـ عـلـىـ رـأـسـ فـرـسـخـينـ»ـ^٢ـ، وـفـيـ خـطـبـةـ أـمـيرـ الـمـؤـمـنـينـ عـلـيـهـ السـلـامـ «ـالـجـمـعـةـ وـاجـبةـ عـلـىـ كـلـ مـؤـمـنـ...ـ»ـ^٣ـ وـاستـشـنـىـ العـدـدـ المـذـكـورـ، وـمـنـهاـ صـحـيـحـ مـحـمـدـ بـنـ مـسـلـمـ «ـمـنـهاـ صـلـاةـ وـاجـبةـ عـلـىـ كـلـ مـسـلـمـ أـنـ يـشـهـدـهـ إـلـاـ خـمـسـةـ:ـالـمـرـيـضـ وـالـمـمـلـوكـ

١ـ صـحـيـحـ مـسـلـمـ جـ ٢ـ صـ ١١ـ

٢ـ الـوـسـائـلـ الـبـابـ ١ـ مـنـ اـبـوـابـ صـلـاةـ الـجـمـعـةـ الـحـدـيـثـ

٣ـ الـمـصـدـرـ الـبـابـ الـحـدـيـثـ

والمسافر والمرأة والصبي»^١، إلى غير ذلك من الأخبار، وسقوطها عنهم شاهد على عدم مشروعيتها في حقهم فلا تكون صلاتهم صحيحة فكيف تتعقد بهم. وقال الشيخ في المبسوط وجع من الأصحاب بعدم انعقادها بالمسافر والعبد لأنّهما ليسا من أهل فرض الجمعة فكانا كالصبي إلى غير هذا مما دلّ على عدم الانعقاد، فراجع وتأمل والله أعلم.

ج ١ ص ٩٧ قوله رحمه الله: «الرابعة: الإصغاء إلى الخطبة هل هو واجب فيه تردد»، ينشأ التردد من انتفاء فائدة الخطبة بدونه ومن الأصل وبعض الاخبار. حجّة القائل بوجوبه هو انتفاء فائدة الخطبة بدونه خصوصاً الموعظة منها، وما ورد أن آية الاصنات وردت في الخطبة وسميت قرآنًا لاشتمالها عليه، وقول أمير المؤمنين عليه السلام المروي في الدعائم «يستقبل الناس الإمام بوجوههم ويصغون إليه»^٢، وفحوى النصوص الآتية الآمرة بالصمت حال الخطبة والنهاية عن الكلام وكونه مقدمة للسماع، وقال به بعض العلماء كالإيضاح وغاية المراد وغيرهما والله أعلم..

حجّة القائل بعدم الوجوب هو الأصل، وقول الصادق عليه السلام في صحيح ابن مسلم «إذا خطب الإمام يوم الجمعة فلا ينبغي لأحد أن يتكلّم حتى يفرغ من الخطبة»^٣، بناءً على استلزم كراهة الكلام المستفاد من لفظ «لا ينبغي» حتى ادعى الشهيد أنه نص فيها لعدم وجوب الإصغاء. ثم الأمر بالصمت والنهي عن الكلام أعمّ من الإصغاء قطعاً ومنع التلازم بينهما، ومآل إلى عدم الوجوب كثیر من الأعلام رضي الله عنهم.

ج ١ ص ٩٧ قوله رحمه الله: «وكتدا تحرّم الكلام في أثنائها لكن ليس ببطل للجمعة»،

١ - الوسائل الباب ١ من أبواب صلاة الجمعة الحديث ٤.

٢ - المستدرك الباب ١٢ من أبواب صلاة الجمعة الحديث ٥.

٣ - الوسائل الباب ١٤ من أبواب صلاة الجمعة الحديث ١.

أي وكذلك التردد في تحريم الكلام في أثناء الخطبة، ومنشأ التردد تعارض دليل الحرمة ودليل الكراهة.

حجّة القائل بالتحريم مضافاً إلى ما سمعته في وجوب الاصغاء بناءً على تلازمهما، ومن قال بالوجوب هناك قال بالتحريم هنا، ومادل في المرسل عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: «لا كلام والامام يخطب ولا التفات إلا كما يحل في الصلاة»^١. ومارواه الصدوق في مناهي النبي صلى الله عليه وآله «أنه نهى عن الكلام يوم الجمعة والامام يخطب، فمن فعل ذلك فقد لغا ومن لغا فلا جمعة له»^٢، وفي الدعائم عن جعفر بن محمد عليهما السلام «إذا قام الإمام يخطب فقد وجب على الناس الصمت»^٣، إلى غير هذا من الأخبار الدالة بالمنطق تارة وبالمفهوم آخر، وما إلية جمع من الأعلام، بل هو رأي الأكثرون.

حجّة القائل بعدم التحريم هو أصالة الإباحة، وما رواه ابن مسلم في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال «إذا خطب الإمام يوم الجمعة فلا ينبغي لأحد أن يتكلّم حتى يفرغ من خطبته، فإذا فرغ تكلّم ما بينه وبين أن تقام الصلاة»^٤، ولفظ لا ينبغي صريح في الكراهة لا التحريم كما تقدّم ذكره. وفي المحيّي عن التذكرة الإجماع على جواز تحذير الأعمى من الوقوع في البئر أو نهي شخص عن منكر، والمحيّي عن النهاية وغاية المراد أن محل الخلاف في كلام لا يتعلّق به غرض مهم، وعن النهاية يجوز للداخل في أثناء الخطبة أن يتكلّم ما لم يأخذ لنفسه مكاناً، وربما ظهر من الغنية الإجماع على عدم الحرمة، واختارها في المبسوط والمعتر والتبيان وغيرهم قدس الله أسرارهم.

١ - الوسائل الباب ١٤ من أبواب صلاة الجمعة الحديث .٢

٢ - المصدر الباب الحديث .٤

٣ - المستدرك الباب ١٢ من أبواب صلاة الجمعة الحديث ٢ و ٣ و ٤ .

٤ - الوسائل الباب ١٤ من أبواب صلاة الجمعة الحديث .١

ج ١ ص ٩٧ قوله رحمه الله: «وهل يجوز أن يكون أبرض وأخذم فيه تردد والأشبه بالجواز»، ينشأ التردد من جواز الاتمام بهما في الجمعة وغيرها وعدها قوله. حجّة القائل بالجواز هو ما رواه عبدالله بن يزيد «قال: سألت أبي عبدالله عليهم السلام عن المخذوم والأبرص يومئان المسلمين؟ قال: نعم، قلت: هل يبتلى الله بهما المؤمن؟ قال عليه السلام: نعم وهل كتب الله البلاء إلّا على المؤمن»^١، وهذا قال المصنف رحمه الله والأشبه الجواز.

حجّة القائل بعدم الجواز الأخبار المستفيضة منها حسنة زراة عن أبي جعفر عليه السلام «قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا يصلينَ أحدكم خلف المخذوم والأبرص والمحنون والمحدود ولدالزنا»^٢، ومنها صحيحة أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال: «خمسة لا يؤمّون الناس على كلّ حال، المخذوم والأبرص والمحنون والمحدود ولدالزنا»^٣، ورواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام انه قال «خمسة لا يؤمّون الناس ولا يصلّون بهم صلاة فريضة في جماعة، الأبرص والمخذوم ولدالزنا والاعرابي حتّى يهجر والمحدود»^٤، وحكي المنع عن جماعة من العلماء كالشيخ وابن البراج وابن زهرة، وطريق الجمع بين الأخبار الجواز على كراهة في الأبرص والمخذوم.

ج ١ ص ٩٧ قوله رحمه الله: «وكذا الأعمى» أي وكذلك التردد في الأعمى، ينشأ من جواز الاتمام به في الجمعة وغيرها وعدها، لتعارض الأدلة فيه.

حجّة القائل بالجواز هو مضافاً إلى الأصل، صحيحه الحلبـي عن الصادق عليه السلام «لا بأس بأن يصلّي الأعمى بالقوم وإن كانوا هم الذين

١ - الوسائل الباب ١٥ من أبواب صلاة الجمعة الحديث .

٢ - المصدر الباب الحديث ٦ .

٣ - المصدر الباب الحديث ٥ .

٤ - المصدر الباب الحديث ٣ .

يوجهونه»^١ وفي المحكي عن المتهى على جواز إمامته مع ما ذكره في النهاية بأنه استخلف ابن أم مكتوم يوم الناس وكان أعمى قال «قال السبعي: غزا رسول الله صلى الله عليه وآله ثلات عشر غزوة كل ذلك يقتدم ابن أم مكتوم يصلّي بالناس»^٢. وفي الجواهر وقد ظهر من ذلك كله دليل الجواز، مضافاً إلى ما في الحسن «أن زراة سأله أبا جعفر عليه السلام عن الصلاة خلف الأعمى فقال: نعم إذا كان له من يسدده وكان افضليهم»^٣. والمسلم في الفقيه عن الصادقين عليهما السلام «لا بأس أن يؤم الأعمى إذا رضوا به وكان أكثرهم قراءة وأفقيهم»^٤، إلى غير هذا من الأخبار الدالة على الجواز.

حجّة القائل بعدم الجواز هو قول الإمام الصادق عليه السلام «خمسة لا يؤمّون الناس على كل حال: المذوم والأبرص والجنون ولد الزنا والإغريبي»^٥، والأعمى لا يتمكّن من الاحتراز من النجسات غالباً ولأنه ناقص فلا يصلح لهذا المنصب الجليل وماle إلية بعض الأعلام مشترطين السلامة في أمّ الجمعة.

صلاة العيدين

ج ١ ص ١٠١ قوله رحمه الله: «وفي الامصار عقب عشر يقول الله اكبر الله اكبر وفي الثالثة تردد»، ينشأ التردد من الأصل ومن بعض نسخ خبر النقاش.

حجّة القائل بعدم التثليث مضافاً إلى الأصل روایة معاوية بن عمّار عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «والتكبير أن تقول: الله اكبر الله اكبر... والله الحمد، الله اكبر على ما هدانا، الله اكبر على ما رزقنا من بهيمة الأنعام...»^٦، وغيرها

١ - الوسائل الباب ٢١ من أبواب صلاة الجمعة الحديث ١ .

٢ - سنن البيهقي جلد ٣ ص ٨٨ - ٢٥ .

٣ و ٤ - الوسائل الباب ٢١ من أبواب صلاة الجمعة الحديث ٥، ٣ .

٥ - المصدر الباب ١٥ من أبواب صلاة الجمعة الحديث ٥ .

٦ - الوسائل الباب ٢١ من أبواب صلاة العيد الحديث ٤ .

من الأخبار التي لم يذكر فيها الثالث، وعن الخلاف الإجماع عليه. حجة القائل باستحباب الثالث هو ذكر الثالث في بعض نسخ خبر سعيد النقاش قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام لي: أما إن في الفطر تكبيراً ولكنّه مسنون قال: قلت: وain هو؟ قال عليه السلام: في ليلة الفطر في المغرب والعشاء الآخرة وفي صلاة الفجر وفي صلاة العيد ثم يقطع، قال: قلت: كيف أقول؟ قال عليه السلام: تقول الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله والله أكبر الله أكبر والله الحمد الله أكبر على ما هدانا وهو قول الله عزوجل: «ولتكمروا العدة» يعني الصيام «ولتكبروا الله على ما هداكم»^١، كما في الوسائل والتهذيب ومال إلى التثليل جمع بل نسب القول به إلى النهاية والله أعلم.

ج ١ ص ١٠١ قوله رحمة الله: «الاولى التكبير الزائد هل هو واجب فيه تردد والأشب الاستحباب»، ينشأ التردد من تعارض الأخبار الظاهر من بعضها الوجوب ومن البعض الآخر الاستحباب.

حجّة القائل بوجوب التكبير الزائد مضافاً إلى التأسي بأهل البيت عليه السلام هو ظاهر الأمر به، من رواية عبد الله بن سنان في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: التكبير في العيدين في الاولى سبع قبل القراءة، وفي الأخيرة خمس بعد القراءة»^٢، ورواية اسماعيل بن سعد الأشعري في الصحيح عن الرضا عليه السلام «قال: التكبير في العيدين في الاولى سبع تكبيرات قبل القراءة، وفي الأخيرة خمس تكبيرات بعد القراءة»^٣. ورواية هشام بن الحكم في الصحيح عن الصادق عليه السلام^٤ نحو ذلك. وأفتى بالوجوب الكثير من

١ - الوسائل الباب ٢٠ من أبواب صلاة العيد الحديث ٢ .

٢ - الوسائل الباب ١٠ من أبواب صلاة العيد الحديث ١٨ .

٣ - المصدر الباب حديث ٢٠ .

٤ - المصدر الباب ١٠ الحديث ١٦ .

علمائنا كالسيد المرتضى وابن الجنيد وأبي الصلاح وغيرهم رضي الله عنهم. حجّة القائل بعدم الوجوب مضافاً إلى الأصل، هو صحيح زرارة قال : «إن عبد الملك بن أعين سأله أبا جعفر عليه السلام عن الصلاة في العيدين؟ فقال: الصلاة فيها سواء، يكبر الإمام تكبير الصلاة قائماً كما يصنع في الفريضة ثم يزيد في الركعة الأولى ثلاث تكبيرات وفي الأخرى ثلاثة سويعات تكبير الصلاة والركوع والسجود وإن شاء ثلاثاً وخمساً وإن شاء خمساً وسبعاً بعد أن يلحق ذلك إلى وتر»^١ ، فقال الشيخ في التهذيب: ألا ترى أنه عليه السلام جوز الإقتصار على الثلاث تكبيرات وعلى الخمس تكبيرات، وهذا يدل على أن الإخلال بها لا يضر الصلاة، لهذا قال المصنف رحمة الله «الأشباه الاستحباب»، أي الأشباه بالقواعد الصحيحة.

ج ١٠٢ قوله رحمة الله: «وفي خروجه بعد الفجر وقبل طلوعها تردد الأشباه الجواز»، ينشأ التردد من الأصل، ومن صحيح أبي بصير المرادي. حجّة القائل بعدم الحرمة للخارج بين الطلوعين هو الأصل، ولعدم تعلق الوجوب بعدم حصول سببه، ورجحان الأصل على ظاهر النهي في روایة أبي بصير الآتية الذي يمكن حمل النهي على الكراهة، ولأن أبو بصير مشترك بين الثقة والضعف لهذا قال المصنف «الأشباه الجواز»، ومثال إليه غيره من العلماء رحمة الله تعالى^٢.

حجّة القائل بحرمة الخروج بين الطلوعين هو صحيح أبي بصير في قوله عليه السلام: «إذا أردت الشخص في يوم عيد فانفجر الصبح وأنت بالبلد فلا تخرج حتى تشهد ذلك العيد»^٢، وعدم دخول الوقت لا ينفي الوجوب بسبب آخر، والله العالم بالصواب.

١- الوسائل الباب ١٠ من أبواب صلاة العيد، حديث ١٧.

٢- الوسائل الباب ٢٧ من أبواب صلاة العيد حديث ١.

في الخلل

ج ١ ص ١١٥ قوله رحمة الله: «وإن ذكر بعد أن فعل ما يبطلها عمداً أو سهواً أعاد، وإن كان يبطلها عمداً لا سهواً كالكلام فيه تردد والأشباه الصحة»، ينشأ التردد من أنه كاللوقوع في الانتفاء سهواً، ومن أن ذلك من قبيل العمد لا السهو.

حجّة القائل بالصحة وعدم الإعادة هو عموم الأدلة الدالة على العفون عن السهو فيها ونحوهما، فضلاً عن الخصوص ك الصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «في رجل صلى ركعتين من المكتوبة فسلم وهو يرى أنه قد أتم الصلاة وتكلّم ثم ذكر أنه لم يصل غير ركعتين؟ فقال عليه السلام: يتم ما بقي من صلاته ولا شيء عليه»^١، بل و صحيح زراة عنه عليه السلام أيضاً «في الرجل يسهو في الركعتين ويتكلّم؟ فقال: يتم ما بقي من صلاته تكلّم أو لم يتكلّم ولا شيء عليه»^٢، واطلاق غيرهما من الأخبار الكثيرة جداً المصرخ في بعضها بغير الرباعية، ومن أراد الاطلاع على بقية أخبار الباب فليراجع الكتب الفقهية المطلولة والله أعلم.

حجّة القائل بوجوب الإعادة هو أن ذلك من قبيل العمد لا السهو لأن الفرض أنه تكلّم عمداً لذلك بزعم الفراغ.

وللمحكي عن النهاية والجمل والعقود والوسائل والاقتصاد والمهدب والغنية أنه يعيد الصلاة بل في الغنية الاجماع عليه، وعن الحلى أنه أوجب الإعادة اذا نقص ركعة ولم يذكر حتى ينصرف.

أقول: لا يبعد استصحاب الصحة وصدق اسم الصلاة عليها، وما دلّ على اغتفار الزيادة ما عدا الأركان من أجزاء الصلاة سهواً والمناقشة في أدلة القائل بالبطلان ومن أجل ذلك قال المصنف رحمة الله: الأشباه الصحة والله أعلم.

١ و ٢ - الوسائل الباب ٣ من أبواب الخلل الواقع في الصلاة الحديث ٥، ٩.

في السهو

ج ١ ص ١١٩ قوله رحمه الله: «وهل يجب فيها الذكر فيه تردد ولو وجوب هل يتعين بلفظ؟ الأشبه لا»، ينشأ التردد من إطلاق بعض الأخبار والتعرض في بعضها للذكر.

حجّة القائل بعدم وجوبه هو الكثير من الأخبار المتضمنة لاطلاق الأمر بالسجود من غير تعرّض للذكر ولو كان واجباً لذكر في مقام البيان، منها:

صحيح عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام «إذا كنت لا تدرى أربعاً صلّيت أم خمساً فاسجد سجدي السهو بعد تسليمك ، ثم سلم بعدها»^١ وصحيح الحلي عنـه عليه السلام أيضاً «اذا لم تدر أربعاً صلّيت أم خمساً أم نقصت أم زدت فتشهد وسلم واسجد سجدين بغير رکوع ولا قراءة تشهد فيها تشهدأ خفيفاً»^٢.

ويدلّ على عدم وجوب الذكر صريحاً رواية عمار السباطي عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: سأله عن سجدي السهو هل فيها تكبير أو تسبيح؟ قال: لا إنما هما سجدةان فقط»^٣.

حجّة القائل بوجوب الذكر هو الاحتياط في البراءة عن الشغل اليقين، وصحيح الحلي المروي في الفقيه عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال «تقول في سجدي السهو: باسم الله وبالله وصلّى الله على محمد وآل محمد، قال: وسمعته مرّة أخرى يقول: باسم الله وبالله السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته»^٤. وروى الشيخ في الصحيح عن عبيد الله الحلي «قال: سمعت أبا عبد الله

١ - الوسائل الباب ١٤ من ابواب الخلل الواقع في الصلاة الحديث .

٢ - الوسائل الباب ٢٠ من ابواب الخلل الواقع في الصلاة الحديث .

٣ - المصدر الباب الحديث .

عليه السلام يقول في سجدي السهو: بِسْمِ اللَّهِ وَبِاللَّهِ وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِ مُحَمَّدٍ»، إِلَى غَيْرِ هَذَا مِنَ الْأَخْبَارِ الْمُصْرَحَةُ بِالذِّكْرِ، وَقَالَ الْمُصْنَفُ رَحْمَةُ اللَّهِ بَعْدَ التَّرْدُدِ «الْأَشْبَهُ لَا». أَقُولُ: الْمُشْهُورُ عَنِ الْمُتَأْخِرِينَ وَجُوبُ الذِّكْرِ وَإِنْ تَفَوَّتْ صُورَهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

صلاة الجمعة

ج ١ ص ١١٣ قوله رحمة الله: «ولا تتعقد والامام أعلى من المؤموم بما يعتد به كالأبنية على تردد». منشأ التردد من تعارض بعض الأدلة في هذا الباب.

حجّة القائل بعدم انعقاد الصلاة جماعة والامام أعلى من المؤمومين هو المشهور كما عن جماعة، بل عند علمائنا كما عن التذكرة ونحوه ما عن غيرها، وللأصل، وموثق عمّار عن الصادق عليه السلام «سألته عن الرجل يصلّي بقوم وهم في موضع أسفل من موضعه الذي يصلّي فيه؟ فقال: إن كان الإمام على شبه الدكان أو على موضع أرفع من موضعهم لم تجز صلاتهم، وإن كان أرفع منهم بقدر اصبع أو أكثر أو أقلّ إذا كان الارتفاع بطن مسيل، فإن كان أرضاً مبسوطة أو كان في موضع منها ارتفاع فقام الإمام في الموضع المرتفع وقام من خلفه أسفلاً منه والارض مبسوطة إلا أنهم في موضع منحدرة، قال عليه السلام: فلا بأس»^١.

وعن عمّار أيضاً «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يصلّي بقوم وخلفه دار فيها نساء هل يجوز لهنّ أن يصلّين خلفه؟ قال: نعم إذا كان الإمام أسفلاً منها»^٢ الحديث.

حجّة القائل بانعقاد الجمعة مع علوّ الإمام هو مرسل سهل الذي هو من غير

١ - الوسائل الباب ٦٣ من أبواب صلاة الجمعة حديث

٢ - المصدر الباب الحديث.

طرقنا على الظاهر انه قال «رأيت رسول الله صلى الله عليه وآله على المنبر فكبّر وكبّر الناس وراءه ثم ركع وهو على المنبر ثم رجع فنزل القهقرى حتى سجد في أصل المنبر ثم عاد حتى فرغ ثم أقبل على الناس فقال: أيهما الناس فعلت كذا لتأتموا ولتعلموا صلاتي»^١، وادعى في الخلاف الإجماع على انعقادها، ولعله لهذا تردد فيه المصنف.

توضيح مثاً: إن هذا المرسل لا يعارض ما تقدم من المعنى، وأيضاً يوافق ما عن الشافعي بل وأبي حنيفة، أو كونه من خواص النبي صلى الله عليه وآله، أو لأنّها ليست صلاة جماعة بل هو صرف تعليم للصلاحة، وكونه أعلى منهم ليشاهدوها فعله صلى الله عليه وآله، فعلى هذا ومثله لابد من الركون إلى الموثق وغيره القائل بالمنع والله العالم بالصواب.

صلاة المسافر

ج ١ ص ١٣٤ قوله رحمة الله: «ولو كان للتجارة قيل يقصر في الصوم دون الصلاة وفيه تردد». ينشأ التردد من إطلاق القصر في الصوم والصلاحة في بعض الأخبار، ومن تقييده بالصوم في بعض آخر، ومن إطلاق التمام فيما في ثالث.

حجّة القائل بقصر الصوم فقط هو المحكي عن فقه الرضا عليه السلام في باب الصوم آنّه قال: «وإن كان صيده للتجارة فعليه التمام في الصلاة والصوم وروي آنّ عليه الإفطار في الصوم»^٢، بل قيل لم نعرف قائلاً بوجوب التمام في الصوم هنا كما اعترف به بعضهم، بل عن البيان الإجماع عليه وما إلى ذلك جمع من العلماء، بل قيل آنّ مذهب أكثر القدماء. بل لعله لا خلاف فيه بينهم وقال

١ - سنن البيهقي ج ٣ ص ١٠٨

٢ - المستدرك ج ١ كتاب الصوم الباب ٤ من أبواب من يصح منه الصوم الحديث.

به الشيخ في المبسوط.

حجّة القائل بال تمام فيما ما روی عن الصادق عليه السلام انه قال : «أمّا الصيد فانه سعي باطل ، وانما أحلَ الله الصيد لمن اضطر الى الصيد فليس المضطر الى طلبه سعيه فيه باطل ويجب عليه التقصير في الصلاة والصيام إذا كان مضطراً الى أكله ، وإن كان من يطلب التجارة وليس له حرف إلا من طلب الصيد فإنَّ سعيه حقٌّ وعليه التمام في الصلاة والصيام ، لأنَّ ذلك تجارتُه فهو منزلة صاحب الدور الذي يدور في الاسواق في طلب التجارة ، أو كالمكاري والملاح ، ومن طلبه لا هياً وأشاراً وبطراً فإنَّ سعيه ذلك سعي باطل وسفر باطل وعليه التمام في الصلاة والصيام ، وأنَّ المؤمن لفي شغل عن ذلك ، إلى آخر الحديث»^١ . وقيل ان المعروف بين المتأخرین التقصير فيما ، بل في الرياض نسبته الى عامتهم الى زماننا هذا.

ج ١ ص ١٣٦ قوله رحمة الله : «ولونوِي الاقامة عشرًا ودخل في صلاته فعن له السفر لم يرجع إلى التقصير وفيه تردد» ، منشأ التردد من افتتاح الصلاة بنية التمام ومن عدم تحقق الصلاة على التام.

حجّة القائل بإتمامها هو أنَّه افتتح الصلاة تامة وهي على ما افتتحت عليه فيجب التمام ، وفصل بعضهم بين تجاوز المحل فيتم وإن لم يتجاوز لا يتم ، ومال اليه الشيخ وتبعه المصنف رحمة الله ولذا قال لم يرجع إلى التقصير.

حجّة لقائل برجوعه إلى التقصير مضافاً إلى دعوى الاجماع عليه هو صحيح أبي ولاد «قلت لأبي عبدالله عليه السلام : اني كنت نويت حين دخلت المدينة أن أقيم فيها عشرة أيام فأتم الصلاة ثم بدا لي بعد أن لا أقيم بها فما ترى لي أتم أم أقصر؟ قال عليه السلام : إنْ كنت دخلت المدينة وصلّيت بها صلاة فريضة

١ - المستدرك ج ١ الباب ٧ من أبواب صلاة المسافر الحديث .

بتمام فليس لك أن تقصير حتى تخرج منها، وإن كنت حين دخالتها على نيتك المقام ولم تصلّ فيها صلاة فريضة بتمام حتى بذلك أن لا تقيم فأنت في تلك الحال بالخيار»^١ الحديث، فدلل الصحيح على جواز رجوعه إلى التقصير ما لم تصلّ فريضة تماماً ولعدم حصول شرط التمام وهي الاقامة، وقال به العلامة في المنهى وغيره من أعلام الفقه رضي الله عنهم.

١ - الوسائل الباب ١٨ من أبواب صلاة المسافر الحديث.

كتاب الزكاة

فيمن تصرف اليه الزكاة

ج ١ ص ١٦١ قوله رحمه الله: «وأن لا يكون هاشمياً، وفي اعتبار الحرية تردد»، ينشأ التردد من اختلاف الأصحاب في اعتبار هذا الشرط وعدمه.

حجّة القائل باعتبار الحرية هو أن العامل يستحق نصيباً من الزكوة والعبد لا يملّك ومولاه لم يعمل حتّى يكون هو المستحق، وقال به الشيخ في المعتبر وقواه في الجواهر.

حجّة القائل بعدم اعتبارها هو حصول الغرض بعمله وكون العمالة نوعاً من الاجارة والعبد صالح لذلك مع إذن سيده وقواه العلامنة فيختلف ومال اليه المصنف في المعتبر.

ج ١ ص ١٦١ قوله رحمه الله: «وروي رابع وهو من وجّب عليه كفارة ولم يجد فانه يُعتقد عنه وفيه تردد»، منشأ التردد من جواز العتق عنه من الزكوة وعدمه.

حجّة القائل بالجواز هو رواية علي بن ابراهيم في كتاب التفسير عن العالم قال «وفي الرقاب قوم لزمتهم كفارات في قتل الخطأ وفي الظهار وفي الأيمان وفي قتل الصيد في الحرم وليس عندهم ما يكفرون به وهم مؤمنون فجعل الله لهم سهماً في الصدقات ليكفّر عنهم»^١، وعليه يمكن أن يكون المراد بالرقاب من عليهـ الكفارة بمعنى تعلق الحق في رقبته أي ذمته، بل في المدارك أن مقتضاه جواز إخراج الكفارة من الزكوة وإن لم تكن عتقاً، لكنها غير واضحة الإسناد لأنّ عليـ بن ابراهيم أوردتها مرسلة، ومن ثم تردد المصنف في العمل بها وتردده في محلـه.

١ - الوسائل الباب ١ من ابواب المستحقين للزكوة ح ٧.

حجّة القائل بعدم الجواز هو أنّ الكفار إِنْ كَانَتْ مُخِيرَةً فَلَا حَاجَةٌ إِلَى الْعُتْقِ
مَعَ إِمْكَانِ بَاقِيِ الْحَصَالِ وَإِنْ عِجَزَ عَنِ الْعُتْقِ، وَإِنْ كَانَتْ مَرْتَبَةً انتَقَلَ بِالْعِجَزِ
عَنِ الْعُتْقِ إِلَى غَيْرِهِ مِنَ الْحَصَالِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الْاحْتِيَاجُ إِلَى الْعُتْقِ.

أقول: بعد الخدشة برواية ابن إبراهيم وأنها مرسلة وقلنا لذلك تردد المصنف
بِالْعَمَلِ بِهَا، لَكِنْ يَمْكُنُ إِعْطَاءِ ثَمَنِ الرِّقْبَةِ مِنْ سَهْمِ الْفَقَرَاءِ كَمَا أَفْتَىَ بِهِ الشِّيخُ
فِي الْمَبْسوِطِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

زَكَةُ الْفَطَرِ

ج ١ ص ١٧٢ قوله رحمه الله: «الزوجة والمملوك تحجب الزكاة عنها ولو لم يكونا في عياله
إِذَا لم يعلماها غيره، وقيل لا تحجب إلا مع العيلولة وفيه تردد»، منشأ التردد من وجوب الفطرة
لمطلق الزوجية والملكية ومن شرط العيلولة.

حجّة القائل بالوجوب مطلقاً هو اطلاق قول الصادق عليه السلام في خبر
اسحاق بن عمّار «الواجب عليك أن تعطي عن نفسك وأبيك وأمك وولدك
وأمّاتك وخادمك»^١، بل في السرائر يجب اخراج الفطرة عن الزوجات سواءً كنّ
نواشز أو لم يكنّ، وجبت النفقة عليهنّ أو لم تجب، دخل بهنّ أو لم يدخل، دائمات
أو منقطعات، للاجماع والعموم من غير تفصيل من أحد من أصحابنا.

وفي المدارك قد قطع الأصحاب بوجوب فطرة المملوك على المولى
مطلقاً، وعن الشيخ التصريخ بوجوها عن العبد الغائب المعلوم حياته كالمصنف
في المعتبر مع زيادة الآبق والمرهون والمغصوب محتاجاً بوجوب نفقته عليه فتجب
فطرته عليه ومقتضاه كون الفطرة تابعة لوجوب الإنفاق، ولذا قال في المدارك
أنه صرّح الإكثرون بأنّ فطرة الزوجة أنها تجب إذا كانت واجبة النفقة دون الناشر

١ - الوسائل الباب ٥ من أبواب زكاة الفطرة الحديث .٤

والصغرى إلى آخر ما ذكر في محله والله أعلم.

حجّة القائل بالوجوب بشرط العيلولة هو خبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام «كل من ضممت إلى عيالك من حر أو ملوك فعليك أن تؤدي الفطرة عنه»^١، وصحّح عمر بن يزيد «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون عنده الضيف من أخوانه فيحضر يوم الفطري يؤدي عنه الفطرة؟ فقال: نعم الفطرة واجبة على كل من يعول من ذكر أو انشي صغير أو كبير حر أو ملوك»^٢، إلى غير هذا من الأخبار الكثيرة في هذا المضمون الناخص على شرط العيلولة. أقول: مع عدم العيلولة المشهور عدم الوجوب وما أوهمه بعض الاطلاقات فقد عرفت ما فيه والله أعلم.

ج ١ ص ١٧٣ قوله رحمه الله: «وقيل تجب على الورثة وفيه تردد»، من شأنه من أن قبول الموصى للوصية ناقلاً للملك من حينه أو كاشفاً عن سبق ملكه من حين موت الموصى.

حجّة القائل بوجوب الفطرة على الموصى له بناءً على الكشف هو أنّ التركة مع الوصية والدّين باقية على حكم مال الميت لا تنتقل إلى الوارث، وأنّ الوصية مانعة من دخول العبد الموصى به في ملك الوارث فتكون فطرته على الموصى له لأنّ قبوله بعد كاشف عن ملكه من حين موت الموصى.

حجّة القائل بوجوها على الوارث هو أنّ التركة إلى حال قبول الموصى له ملك الوارث، ف تكون الفطرة عليه، وأنّ الوارث مالك ظاهراً ومن الممكن حين تعلق الوجوب يرد الموصى له الوصية، ولعله من هذا تردد المصنف رحمه الله فيه والله أعلم.

١ - الوسائل الباب ٥ من أبواب زكاة الفطرة الحديث ٨.

٢ - المصدر الباب الحديث ٢.

ج ١ ص ١٧٣ قوله رحمه الله: «لو وهب له ولم يقبض لم تجب الزكاة على الموهوب له، ولو مات الواهب كانت على الورثة وقيل لوقيل ومات ثم قبض الورثة قبل ال�لال وجبت عليهم وفيه تردد»، ينشأ التردد من الخلاف بين العلماء في ملك الموهوب له بعد القبول وقبل القبض وعدم ملكه.

حجّة القائل بملكه قبل القبض هو أنّه لا يعتبر القبض من الموهوب له في صحة الملك والهبة فلا تبطل الهبة حينئذٍ بالموت أي موت الموهوب له قبل القبض، لأنّه ليس بشرط على رأي بعض العلماء كالشيخ في الخلاف.

حجّة القائل بعدم الملك هو أنّ القبض شرط في صحة الهبة وتملكها، وعلى هذا فالموهوب أعني العبد مثلاً لم ينتقل إلى الميت أعني الموهوب له فلا ينتقل إلى وارثه لأنّ الوارث يملّك ما ملكه مورثه وإلا فلا، وحيث أنّ البعض يقول ببطلان الهبة بالموت قبل القبض، لهذا تردد المصنف رحمه الله وإن كان القول بوجوب الفطرة على الورثة بمقتضى القاعدة لا يخلو من قوة، فتأمل جيداً.

كتاب الخمس

في مستحقّ الخمس

ج ١ ص ١٨٢ قوله رحمه الله: «وفي استحقاق بني المطلب تردد، أظهره المنع»، منشأه هنا من أصلّة عدم الاستحقاق، ومن الاقتصار على المتيقن.

حجّة القائل بعدم الاستحقاق هو أصلّة عدم الاستحقاق، وتوقف الشغل اليقيني على البراءة اليقينية، والمرسل عن العبد الصالح عليه السلام «وهو لاء الذين جعل الله لهم الخمس هم قرابة النبي صلى الله عليه وآله الذين ذكرهم الله تعالى في كتابه فقال: «وأنذر عشيرتك الأقربين»، وهم بنو عبد المطلب أنفسهم الذكر منهم والانشى ليس فيهم من بيوتات قريش ولا من العرب أحد... إلى أن قال: ومن كانت أمه من بني هاشم وأبواه من سائر قريش فإن الصدقة تخلّ له وليس له من الخمس شيء، لأن الله تعالى قال «ادعوهם لآبائهم...» إلى آخره»^١، وغيره من الأخبار الكثيرة بهذا المعنى، وللجماع المنقول في الانتصار، وهذا قال المصتف رحمه الله «أظهره المنع»، وهو المشهور بين الأصحاب. والله أعلم.

حجّة القائل بالاستحقاق هو الخبر المروي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: «أنا وبنو المطلب لم نفترق في جاهلية ولا اسلام، وشبّك بين أصابعه وقال: بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد... إلى آخر الحديث»^٣، وخبر زرارة

١ - سورة الشعراء الآية ٢١٤ .

٢ - الوسائل الباب ١ من أبواب قسمة الخمس الحديث ٨ .

٣ - كنز العمال ج ٧ ص ١٤٠ .

عن الصادق عليه السلام «لو كان عدل ما احتاج هاشمي ولا مطلبي الى صدقة، إن الله تعالى جعل لهم في كتابه ما كان فيه سعتم»^١، يعني الخمس، ومال الى هذا المفید وابن الجنيد.

ج ١ ص ١٨٣ قوله رحمة الله: «السادسة: الایمان معتبر في المستحق على تردد»، منشأه من الشغل المقتضي للاقتصار على المتيقّن، ومن اطلاق الكتاب والسنة. حجّة القائل باعتبار الایمان هو الشغل المقتضي للاقتصار على المتيقّن، وللجماع المنقول عن الغنية، وكون الخمس كرامة ومودة لا يستحقها غير المؤمن، ولأنّ الخمس عوض الزكاة واعتبار الایمان في مستحقّها اجتماعي، ولذا قطع المصنف رحمة الله في المعتبر باعتبار هذا الشرط.

حجّة القائل بعدم الاعتبار هو اطلاق الآية الشريفة الواردة في وجوب الخمس وتعيين مستحقّه، وهي غير مقيدة للایمان فيه، واطلاق بعض النصوص التي لم تسق بيان سائر الشرائط والله أعلم.

١ - الوسائل الباب ٣٣ من أبواب المستحقين للزكوة الحديث .

كتاب الصوم

فيما يفسد الصوم

ج ١ ص ١٨٩ قوله رحمه الله: «وفي فساد الصوم بوطي الغلام والدابة تردد وإن حرم»، منشأ اختلاف الأخبار في الباب أوجب اختلاف الآراء.

حجّة القائل بفساد الصوم بوطي الغلام والدابة هو المشهور شهرة عظيمة، بل دعوى الاجماع الذي يشهد له التتبع في المقام وكفى به دليلاً، وقال العلامة والمصنف رحمه الله تعالى: إن فساد الصوم بكل من الغلام والدابة تابع لوجوب الغسل، واستدل عليه في الختالف بأن الغسل معلول للجنابة وهي علة للأحكام المذكورة فإذا حصل المعلول دل على وجود العلة فيلزم وجود المعلول الآخر.

حجّة القائل بعدم فساد الصوم هو الأصل أي أصل البراءة من التكليف وصحيح محمد بن مسلم «قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: لا يضر الصائم ما صنع إذا اجتنب ثلاثة خصال الطعام والشراب والنساء والارتماس في الماء»^١، وفي بعض طرق الحديث «والشراب، والانسان ينبغي له أن يحفظ لسانه من اللغو والباطل في رمضان وغيره»^٢.

ج ١ ص ١٩٠ قوله رحمه الله: «والحقنة بالجامد جائزة وبالماء حرامه ويفسد بها الصوم على تردد»، منشأ التردد من اختلاف الأصحاب في حكم الحقنة في حال الصوم. حجّة القائل بفساد الصوم هو صحيح البزنطي عن أبي الحسن عليه السلام أنه سأله «عن الرجل يختنق تكون به العلة في شهر رمضان؟ فقال عليه السلام:

١ و ٢ - الوسائل الباب ١ من أبواب ما يمسك عنه الصائم الحديث . ٢٦١

الصائم لا يجوز له أن يختنق^١، وكما عن المختلف حاكياً له عن الشيخ في المسوط والحمل والقاضي والحلبي وحكي أيضاً عن الارشاد والتحرير والدروس وغيرها، بل في الناصريات لم يختلف في أنها مفطرة.

حجّة القائل بعدم إفساد الحقنة للصوم هو أن الصوم عبادة شرعية انعقدت بمقتضى الشرع فلا يفسد إلا بوجب شرعي عملاً بالأصل السليم عن المعارض. وقال الشيخ في جملة كتبه وابن ادريس: تحريم الحقنة بالمائع خاصة ولا يجب بها قضاء ولا كفارة، واستقرب المصنف في المعتبر تحريم الحقنة بالمائع والجامد دون الافساد للصوم، لكن المشهور بين متاخري المتأخرین أنها تفسد الصوم.

كفاره إفساد الصوم

ج ١ ص ١٩١ قوله رحمه الله: «من أكل ناسياً فظئ فساد صومه فأفطر عامداً فسد صومه وعليه قضاءه وفي وجوب الكفاره تردد الأشبـه الوجـوب»، ينشأ التردد من الخلاف به بين الأصحاب لاختلاف الأدلة الواردة في الباب.

حجّة القائل بوجوب الكفاره هو كما في كل جاهل للحكم إذ ما نحن فيه من أفراده فعليه القضاء والكافرة. مضافاً إلى قاعدة المنع من كل ما يصل إلى الجوف، دعوى الاجماع عليه كما عليه الناصرية والغنية والسرائر وغيرها، ويشمله اطلاق موثقي سمعاعة ((قال: سأله عن رجل لزق بأهله فأنزل؟ قال: عليه إطعام ستين مسكيناً^٢، ومثله الثاني^٣ بتفاوت جزئي. وصحيح ابن الحجاج ((قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يعبث بأهله في شهر رمضان حتى يمـني؟ قال: عليه من الكفاره مثل ما علىـ الذي يـجامع^٤، وخبر الـهـروـي ((قال:

١ - الوسائل الباب ٥ من أبواب ما يمسك عنه الصائم الحديث^٤.

٢ - المصدر الباب ٨ من أبواب ما يمسك عنه الصائم الحديث ١٢ و ١٣ .

٤ - المصدر الباب ٤ ما يمسك عنه الصائم الحديث ١ .

قلت للرضا عليه السلام: يابن رسول الله صلى الله عليه وآله قد روي عن آبائك عليهم السلام فيمن جامع في شهر رمضان أو أفطر فيه ثلات كفارات، وروي عنهم أيضاً كفارة واحدة فبأي الحديثين نأخذ؟ قال عليه السلام: بهما جميعاً، متى جامع الرجل حراماً أو أفطر على حرام في شهر رمضان فعليه ثلات كفارات عتق رقبة وصيام شهرين متتابعين واطعام ستين مسكيناً وقضاء ذلك اليوم، وإن نكح حلالاً أو أفطر على حلال فعليه كفارة واحدة، وإن كان ناسياً فلا شيء عليه^١، وغير هذه الأخبار الذي رتب فيها الكفارة على الجماع ونحوه مما لا ريب في شموله للجاهل والعالم، واختاره المصنف رحمه الله والله العالم بالصواب.

حجّة القائل بعدم وجوبها هوما في المدارك من أنه لا دلالة في شيء من الروايات التي وصلتلينا على تعلق الكفارة بالجاهل اذا الحكم فيها وقع معلقاً على تعمد الافطار، وهو إنما يتحقق مع العلم يكون ذلك الفعل مفسداً للصوم، فإن من أتى بالمفطر جاهلاً كونه كذلك لا يصدق عليه أنه تعمد الافطار وإن صدق عليه أنه تعمد لذلك الفعل.

و عن الشيخ في التهذيب و ابن ادريس أنه اذا جامع أو أفطر جاهلاً بالتحريم لم يجب عليه شيء وظاهرهما سقوطهما معاً، كما عن المتنى احتماله لسقوط القلم عنه، وفي المعتبر الذي يقوى عندي فساد صومه و وجوب القضاء دون الكفارة، وفي المدارك والى هذا القول ذهب أكثر المؤخرين وهو المعتمد. هذا نص ما ذكر صاحب الجوواهر رحمه الله تعالى والله العالم.

ج ١ ص ١٩١ قوله رحمه الله: « ولو خوف فأفطر وجب القضاء على تردد ولا كفارة»، ينشأ من الاكره وعدمه.

١ - الوسائل الباب ١٠ من أبواب ما يمسك عنه الصائم الحديث .

حجّة القائل بعدم وجوب القضاء هو أنّ دفع الخوف عن النفس أولى من الامساك ، وجعله الشيخ في الخلاف اكراهاً وهو في العرف كذلك فيدخل تحت حديث الرفع قوله صلى الله عليه وآله «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما أكرهوا عليه» ، والمراد رفع حكمها ومن جملة القضاء ، ولسقوط الكفاره عنه وهي من جملة أحكامه.

حجّة القائل بوجوب القضاء هو الاكراه الرافع للصوم هو الرافع للقدرة وهو البالغ حد الاحماء لاستحالة التكليف معه لأن القدرة شرط التكليف ، وهو قول الشيخ أيضاً في المبسوط ، ومرسل رفاعة عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: دخلت على أبي العباس بالحيرة إلى أن قال: فأكلت معه وأنا أعلم والله أنه يوم من شهر رمضان، فكان افطاري يوماً وقضائه أيسر عليّ من أن يضرب عنقي ولا أعبد الله»^١ ، وهو نص في القضاء فيكون كذلك في الاكراه جواز الافطار مع وجوب القضاء ، وهو المشهور بين أو عند متأخري المتأخرین وهو الأحوط .

ج ١ ص ١٩٢ قوله رحمه الله: «لزمه الكفاره على قول مشهور وفيه تردد» ، ينشأ التردد من أصله البراءة ، ومن دعوى الاجماع عليها .

حجّة القائل بوجوب الكفاره هو أصله وجوب الكفاره عنه وجوب القضاء ، وخبر المروزي عن الفقيه عليه السلام «اذا اجنب الرجل في شهر رمضان بليل ولا يغتسل حتى يصبح فعليه صوم شهرين متتابعين مع صوم ذلك اليوم ولا يدرك فضل يومه»^٢ . وما في مرسل ابراهيم بن عبد الحميد «فمن اجنب في شهر رمضان فنام حتى يصبح فعليه عتق رقبة او اطعام ستين مسكيناً وقضاء ذلك اليوم ويتم صيامه ولن يدركه أبداً أبداً»^٣ ، الى غير هذا من الروايات .

١ - الوسائل باب ٥٧ من ابواب جواز الافطار للتنقية حديث ٥ .

٢ و ٣ - المصدر باب ١٦ في ابواب تعمد البقاء على الجناية الحديث ٣٠٢ .

كما أَنَّ الحَكِي عن الشِّيخِين وابْنِي زَهْرَة وحَمْزَة وَالْحَلَبِي وَالْحَلَّي وَالْعَلَامَة والشَّهِيد وَالْحَقْقَ الْثَّانِي فِي جَمْلَةِ مَن كَتَبُوهُم رَحْمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى القُولُ بِالْوَجُوبِ، وَفِي جَامِعِ الْمَقَاصِدِ الْاجْمَاعُ عَلَيْهِ لَأَنَّهُ كَتَعْمَدُ الْبَقَاءَ عَلَى الْجَنَابَةِ.

حَجَّةُ الْقَاتِلِ بَعْدَ وُجُوبِ الْكَفَارَةِ هُوَ الْأَصْلُ، وَقَصْوَرُ سَنَدِ الْخَبْرَيْنِ، بَلْ وَ دَلَالَتَهَا لَا طَلَاقَهَا الْكَفَارَةُ عَلَى تَارِكِ الْغَسْلِ حَتَّى الصَّبَحِ، وَالْحَكِي عن الْمُعْتَرِفِ وَالْمُنْتَهَى وَالْمَدَارِكِ وَجَمَاعَةُ مَن مَتَّخَرِي الْمَتَّاخِرِيْنِ عَدَمُ الْوَجُوبِ، وَقَوْلُ الْمُصْنَفِ رَحْمَهُ اللَّهُ عَلَى قَوْلِ مَشْهُورِ تَلْزِمِهِ الْكَفَارَةِ لَعَلَّهُ أَشَارَ إِلَى الْاجْمَاعِ الْمُنْقَوْلُ فِي جَامِعِ الْمَقَاصِدِ.

أَقْوَلُ: المَشْهُورُ فِي زَمَانِنَا عَدَمُ وُجُوبِ الْكَفَارَةِ فِي مَثْلِ الْفَرْضِ، وَمَن قَالَ بِهَا اسْتِحْبَابًا فَهُوَ أَحَوْطُ، وَأَمَّا الْقَضَاءُ فَتَتَقَوَّلُ عَلَيْهِ وَاللَّهُ الْعَالَمُ بِالصَّوَابِ.

في المفترقات

ج ١ ص ١٩٣ قوله رحمه الله: «وَقَيلَ صَبَ الدَّوَاءِ فِي الْأَحْلَلِ حَتَّى يَصُلُّ إِلَى الْجَوْفِ يَفْسُدْهُ وَفِيهِ تَرَدُّدٌ»، يَنْشَأُ التَّرَدُّدُ مِنْ عَدَمِ صَدْقَ الْأَكْلِ وَالشَّرْبِ عَلَيْهِ، وَمِنْ وَصْولِ الْمَفْطَرِ إِلَى الْجَوْفِ فَيُبَطِّلُهُ.

حَجَّةُ الْقَاتِلِ بَعْدَ فَسَادِ الصَّومِ هُوَ صَحِيحُ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ «قَالَ: سَمِعْتُ أَبَا جَعْفَرَ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَقُولُ: لَا يَضِرُّ الصَّائِمُ مَا صَنَعَ إِذَا اجْتَنَبَ ثَلَاثَ خَصَالَ الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ وَالنِّسَاءِ وَالْأَرْتِمَاسِ فِي الْمَاءِ»^١، كَمَا فِي رَوَايَةِ أُخْرَى أَرْبَعَةِ خَصَالٍ عَنْ أَبْنَى مُحْبُوبٍ، فَمُثُلَّ هَذَا الصَّحِيحِ وَغَيْرِهِ الْمُتَضَمِّنِ لَوْجُوبِ الْاجْتِنَابِ عَنِ الْثَّلَاثِ أَوِ الْأَرْبَعِ خَصَالٍ، وَالظَّاهِرُ عَرْفًا الْأَكْلُ وَالشَّرْبُ مِنَ الْفَمِ فَيَجِبُ الْاجْتِنَابُ عَنْهُ وَمَاعِدَاهُ مِنَ الْمُفْطَرَاتِ كَالْحَقْنَةِ بِالْمَاءِ وَغَيْرِهَا يَحْتَاجُ إِلَى دَلِيلٍ

١ - الوسائل باب ١ ما يمسك عنه الصائم حديث ١.

بالخصوص، فالبناء على قاعدة المنع مما يصل إلى الجوف مطلقاً غير ظاهرو في المسالك الاصح عدم الاسداد.

حججة القائل بفساد الصوم هو أنّ الأدلة الدالة على ذلك لم تختص بالمنع عن الأكل والشرب بل في بعضها دلالة على ما هو أعمّ منها، كيف ولو خصّ بها لأشكل الحكم بالافطار بالطعام والشراب الذي يصل إلى الجوف بغير طريق الفم، كما يوجد في زماننا هذا ما يسمى «بالغذية» بالوسائل الطبية مع أنه عرفاً لا يصدق عليه أكل ولا شرب، وكذلك ورد في مفطرية الغبار الواصل إلى الحلق أو الاستنشاق. فالمعتبر في الصوم من مجموع ما قدمنا عدم الاتصال إلى الجوف مطلقاً، فعلى هذا يشكل صب الدواء في الاحليل وفي محكي المبوسط الجزم بمفطريته وفي المختلف أنه الأقرب فتأمل فيه.

القضاء عن الميت

ج ١ ص ٢٠٤ قوله رحمه الله: «ولو كان له ولitan أو أولياء متساوون في السن تساووا في القضاء وفيه تردد»، منشأ التردد من انتفاء الامر من صورة الفرض لا ستواهم في السن ومن صدقه على الجميع.

حججة القائل بوجوب القضاء بالتساوي هو عموم الولي والأولى بميراثه كما في صحیحة حفص بن البختري عن أبي عبدالله عليه السلام «قاله: سأله عن الرجل يموت وعليه صلاة أو صيام؟ قال: يقضى عنه أولى الناس بميراثه، قلت: فإن كان أولى الناس به امرأته؟ فقال: لا إلا الرجال»^١ فإن ذلك كما يتناول المتصدّق يتناول المتعدد، وإذا وجب القضاء تساواوا فيه لامتناع الترجيح من غير مرجع، وفي الجواهر الأقوى ذلك وفقاً للاكثر للعموم المذكور، وفي

١ - الوسائل باب ٢٣ من ابواب احكام شهر رمضان الحديث ٥.

المسالك فلا يسقط ذلك بانضمام غيره اليه وهو الأقوى، والحاصل أن موضوع الوجوب هو الولي بنحو صرف الوجود الصادق على القليل والكثير فكما أنه عيني في ظرف انحصاره بوحدة يكون عينياً أيضاً عند انطباقه على المتعدد فتأمل والله أعلم.

حجّة القائل بعدم وجوب القضاء لأن التكليف بذلك يتعلّق بالولد الأكبر وليس هنا ولد أكبر فما عن ابن ادريس من اسقاط القضاء من رأس للأصل المقتصر في الخروج عنه على المتيقن وهو الولد الأكبر، وكما عن ابن البراج حكى القول بالتخيير بينهما، وقد ضعف القولين صاحب الجواهر رحمه الله وناقش فيها من نواحي أخرى فراجع وتأمل.

ج ١ ص ٤٠٤ قوله رحمه الله: «وهل يقضى عن المرأة ما فاتها فيه تردد»، منشأه من اشتراك الذكور والإناث في الأحكام غالباً ومن أصالة البراءة، وعدم النصّ الصريح في الباب.

حجّة القائل بوجوب القضاء عن المرأة هو ما نسب إلى الأكثر تارة وإلى البعض آخر لقاعدة اشتراكها في الأحكام، ويشهد له صحيح أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام «قال: سألته عن امرأة مرضت في شهر رمضان أو طمثت أو سافرت فماتت قبل خروج شهر رمضان هل يقضى عنها؟ قال عليه السلام: أما الطمث والمرض فلا، وأما السفر فنعم»^١، ونحوه صحيح ابن مسلم^٢، وما في خبر أبي بصير الوارد «فيمن مرضت في شهر رمضان فماتت في مرضها. قال عليه السلام: لا يقضى عنها فإن الله لم يجعله عليها»^٣، فيها دلالة على مشروعية القضاء عن المرأة بناءً على عدم القول بالفصل بين المشروعية والوجوب أو أن

١ - الوسائل الباب ٢٣ من أبواب أحكام شهر رمضان الحديث^٤.

٢ - المصدر الباب الحديث ١٦.

٣ - المصدر الباب الحديث ١٢.

السؤال عن الوجوب لا عن المشرعية والله العالم.

حجّة القائل بعدم وجوب القضاء عنها هو أصالة البراءة، وعدم النصّ الصريح، وقال ابن ادريس لقضاء عن المرأة لأنّ الاجماع اتفقاً انعقد على وجوب القضاء عن الرجل خاصة، والحاقد المرأة به يحتاج الى دليل، وجوبه معلوم مما تقدم.

أقول: القضاء أقوى كما عليه أكثر متأخري المتأخرین فتدبر جيداً والله العالم.

في صوم الكفارات

ج ١ ص ٢٠٥ قوله رحمه الله: «وفي كفارة جزاء الصيد تردد، وتنزيلاً لها على الترتيب أظهر»، منشأ التردد الخلاف بين التخيير والترتيب في خصال الكفارات.

حجّة القائل بالتخيرين خصال الكفارة والصوم عند الفجر عنها هو ظاهر الآية الشريفة قوله تعالى في سورة المائدة آية ٩٥ «يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم يحکم فيه ذواعدل منكم» إلى قوله: «أو كفارة طعام مساكين» الآية، لأنّ لفظ (أو) صريح في التخيير، وفي المسالك القول بالتخير أقوى.

حجّة القائل بالترتيب هو الأخبار الكثيرة الدالة عليه، منها ما عن أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سأله عن حرم أصاب نعامة وحمار وحش؟ قال: عليه بدنـة، قال: قلت: فإن لم يقدر على بدنـة؟ قال: فليطعم ستين مسكيناً، قلت: فإن لم يقدر على أن يتصدق؟ قال: فليصم ثمانية عشر يوماً، والصدقة مـد على كل مـسـكـين»^١، ومنها ما عن داود الرقي عن أبي عبدالله عليه السلام «في الرجل يكون عليه بدنـة واجبة في فداء؟ قال: إذا لم يجد بدنـة فسبع شياه، فإن لم يقدر صام ثمانية عشر يوماً»^٢ إلى غيرها من الروايات فراجع

١ و ٢ - الوسائل باب كفارات الصيد وتوابعها باب الحج الحديث ٣٤٠ .

وتأمل والله أعلم، وقال في المسالك الترتيب أحوط.

ج ١ ص ٢٠٦ قوله رحمه الله: «والحق به من وجب عليه صوم شهر في كفارة قتل الخطأ أو الظهار لكونه مملوكاً وفيه تردد»، منشأه من اشتراك الشهرين في وجوب اشتراط التتابع، ومن اختصاص النص بالمنذور.

حجّة القائل بالحاق الصوم الواجب في كفارة قتل الخطأ والظهار بالشهر المنذور، هو الاكتفاء بخمسة عشر يوماً في المنذور يوجب الحاق صوم الكفار به للاشتراك في الوجوب، وقال به الشيخ ويحيى بن سعيد الفاضل.

حجّة القائل بعدم الاحق هو أن النص الوارد بذلك مختص بالمنذور، حيث وقع السؤال فيه عن رجل جعل عليه صوم شهر، مضافاً إلى هذا فانه قياس محض ولا نقول به اذا لم يكن من باب منصوص العلة، وهذا تردد به المصنف رحمه الله وقال في الجواهر: الأولى الجزم بالعدم دون التردد. أقول: القول بعدم الاحق لا يخلو من قوة والله العالم بالصواب.

كتاب الحج

ج ١ ص ٢٢٥ قوله رحمة الله: «ولو دخل الصبي المister والجنون في الحج ندباً ثم كمل كل واحد منها وأدرك المشعر أجزأ عن حجة الاسلام على تردد»، ينشأ التردد من وقوع بعض الأفعال بنية الندب، ومن بقاء معظم الأفعال واجبة.

حجّة القائل بالاجزاء هو الاجماع المدعى^١، قال في التذكرة: وإن بلغ الصبي أو اعتقد العبد قبل الوقوف بالمشعر، فوقف به أو بعرفة معتقاً وفعل باقي الأركان أجزاء عن حجة الاسلام، وكذا لو بلغ أو اعتقد وهو واقف عند علمائنا أجمع. وفي الخلاف: وإن كملا يعني الصبي والعبد تغيير إحرام كل منها بالفرض واجزء عن حجة الاسلام، وبه قال الشافعي إلى أن قال: دليلنا اجماع الفرقـة وأخبارهم، فاـنـهـمـ لاـ يـخـتـلـفـونـ فيـ هـذـهـ مـسـأـلـةـ وـهـيـ مـنـصـوـصـةـ لـهـمـ.

ثم الظاهر من كلماتهم عدم الفصل بين الصبي والجنون والأدلة الآتية المستدل بها على الحكم في الصبي مطردة في الجنون ولا فرق بينهما فيها.

وفي الجواهر قال: إن الحمل على العبد ليس قياساً بعد ما عرفت من الاجماع وظهور نصوص العبد في عدم الخصوصية له، وإن ناقش بعضهم في الظهور المدعى في نصوص العبد في صحيح شهاب عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل أعتقد عشيّة عرفة عبداً له؟ قال عليه السلام: يجزي عن العبد حجّة الاسلام»^١، وصحيح معاوية بن عمّار «قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ملوك أعتقد

١ - الوسائل الباب ١٧ من ابواب وجوب الحج المحدث.

يوم عرفة قال عليه السلام: إذا أدرك أحد الموقفين فقد أدرك الحج»^١، وليس فيها ظهور فيها نحن فيه كما في مستمسك العروة. وفي المسالك: والمعتمد الأجزاء تعويلاً على الاجماع المنقول، وعدم العلم بالخالف على وجه يقبح فيه. وفي الجواهر: لا ريب في أن الأقوى الأجزاء عن حجة الإسلام، والفتوى مشهورة بالجزاء.

أقول: مقتضى الاطلاقات الغير معارضة بما يستوجب الخروج عنها صحة العمل ومشروعيته في الجملة والله أعلم.

حجّة القائل بعدم الأجزاء هو الأصل، ومنع دلالة الأخبار على الصبي والجنون صريحاً وإنما دلت على العبد، وحملهما عليه قياس كما عن ظاهر النافع وصريح الجامع، وفي المستند نسب المنع إلى جمّع من متأخري المتأخرين وجعله الأظهر، وفي الشريعة والعتبر في الأجزاء تردد، وفي المتن وإن أدرك أحد الموقفين بالغاً في الأجزاء تردد، وفي المدارك التردد في محله وفي المسألة مزيد تفصيل فراجع وتأمل فيه والله العالم بالصواب.

في الإحرام

ج ١ ص ٢٣٨ قوله رحمة الله: «وهل يسقط الدم والحال هذه، فيه تردد»، منشأه من أنه نسك مستقل، ومن أنه جبران لآفات من إحرام الحج من الميقات.

حجّة القائل بأنه نسك مستقل هو أنّ دم هدي القتuce واجب على الممتع وأنه نسك من الناسك أي عبادة خاصة كالطواف والسعى وغيرها من الناسك الواجبة بالأصل. هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل ادعى الشيخ في الخلاف عليه الاجماع واحتتج له أيضاً بقوله تعالى «والبدن جعلناها لكم من شعائر

الله...»^١ الى قوله «فَكُلُوا مِنْهَا»، فمن ناحية كونها من الشعائر أي العبادات التي يعبد الله تعالى بها ومن ناحية الأمر بالأكل منها، ولو كانت جبراناً لما جاز الأكل منها كما لا يجوز الأكل من كفارات الصيد التي وجبت جبراً للحرام. وفي المدارك إن هدي التمع عندها نسك كغيره من أفعال الحج لا تعلق له بالحرام، وفي من تغدر عليه الاحرام من مكه أحرم مما يتتمكن، تدل عليه صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام «قال: سأله عن رجل نسي الاحرام بالحج فذكره وهو بعرفات ما حاله؟ قال: يقول اللهم على كتابك وسنة نبيك ، فقدتم احرامه، فإن جهل أن يحرم يوم التروية بالحج حتى رجع إلى بلده، إن كان قضى مناسكه كلها فقدتم حبه»^٢، ومورد الرواية وإن كان خصوص الناس لكن المفهوم منه مطلق العذر ، مضافاً الى الاجماع كما ذكره المرحوم الحكيم في المستمسك والله أعلم .

حجّة القائل بأن الم Heidi جبران للحرام حيث لم يقع من أحد المواقتستة الخارجة عن مكة المكرمة، هو الظاهر من المسوط اختيار أنه جبران حيث قال فيه: اذا أحرم المتمع من مكة ومضى الى الميقات ومنه الى عرفات صح واعتدى بالاحرام من الميقات لا يلزم دم . قال في الدروس بعد حكاية قول المسوط وهو يشعر بأنه لو أنشأ احرامه من الميقات لا دم عليه بطريق الأولى ، وهذا بناء على أن دم التمع جبران لansk .

و ما ذكره في المسوط مذهب الشافعي فانه شرط في وجوب هدي التمع شروطاً، منها أن لا يعود الى الميقات كما اذا أحرم من جوف مكة واستمرّ عليه فإن عاد الى ميقاته الذي انشأ العمرة منه وأحرم بالحج فلا دم عليه، وكذا لو رجع الى مثل مسافة ذلك الميقات فأحرم منه الى آخر ما ذكر في الكتب المطولة ،

١ - سورة الحج آية ٣٦ .

٢ - الوسائل باب ١٤ من ابواب المواقتست حدیث ٨ .

فراجع وتأمل والله أعلم.

ج ١ ص ٢٤٠ قوله رحمه الله: «ولو فعل قيل يعقد واحدة وفيه تردد»، ينشأ التردد من اشتمال النية على الأمرين معاً فإذا بطل أحدهما وقع الآخر صحيحاً، ومن تساويهما في الصحة والبطلان بطلهما دون الآخر ترجيح من غير مرجح. حجة القائل بانعقاد واحدة منها هو الاجماع المحكى عن خلاف الشيخ الطوسي، وبه قال الشافعي، وفي الجواهر لوم تكن نيتها تشيرياً باطلاً وإلا فلا تردد في صحة الأولى التي قارنتها نيتها. نص كلام الشيخ الطوسي: من أهل الحجتين انعقد إحرامه بواحدة منها وكان وجود الأخرى وعدمها سواء لا يتعلّق بها حكم، فلا يجب قضاوها ولا الغدية وهكذا من أهل بعمرتين.

حجـة القـائل نـانـعـقـادـهـمـاـ مـعـاـ وـبـهـ قـالـ أـبـوـ حـنـيفـةـ وـاجـبـ عـلـيـهـ قـضـاءـ أـحـدـهـماـ لـأـنـهـ أـحـرـمـ بـهـاـ وـلـمـ يـتـمـهـماـ،ـ وـقـيلـ بـطـلـانـهـمـاـمـعـاـ لـأـنـ تـصـحـيـحـ وـاحـدـةـ دـوـنـ الـأـخـرـ تـرـجـيـحـ بـلـ مـرـجـحـ.ـ وـفـيـ المـارـكـ إـنـ كـانـ الـمـرـادـ بـنـيـةـ الـحـجـتـيـنـ وـالـعـمـرـتـيـنـ الـإـتـيـانـ بـالـحـجـةـ الثـانـيـةـ أـوـ الـعـمـرـةـ الثـانـيـةـ بـعـدـ التـحـلـلـ مـنـ الـأـوـلـيـ،ـ اـتـجـهـ مـاـ ذـكـرـهـ الشـيـخـ لـأـنـ الـأـوـلـيـ أـوـقـعـتـ نـيـتهاـ صـحـيـحةـ وـضـمـيـمةـ نـيـةـ الـإـتـيـانـ بـالـثـانـيـةـ بـعـدـ التـحـلـلـ مـنـ الـأـوـلـيـ لـأـنـ تـقـضـيـ الفـسـادـ،ـ وـإـنـ كـانـ الـمـرـادـ بـهـ الـإـتـيـانـ بـالـثـانـيـةـ قـبـلـ التـحـلـلـ مـنـ الـأـوـلـيـ وـاحـتـسـابـ الـفـعـلـ الـوـاحـدـ عـنـهـمـاـ فـلـاـ رـيـبـ فـيـ فـسـادـهـ،ـ اـنـتـهـيـ كـلـامـهـ رـفـعـ مـقـامـهـ.

أقول: نية الحجتين أو العمرتين أهم دليل على البطلان انه من باب التشريع الحرم المنهي عنه والنهي في العبادة يوجب الفساد كما استقرب البطلان في القواعد والله العالم.

ج ١ ص ٢٥١ قوله رحمه الله: «والنقاب للمرأة على تردد»، من شأنه من أصلالة الجواز ومن منافاته لكشف الوجه.

حجـةـ القـائلـ بـعـدـ الـحـرـمـةـ هـوـ أـصـالـةـ الـجـواـزـ وـصـحـيـحـ الـعـيـصـ عنـ الصـادـقـ عـلـيـهـ السـلـامـ «الـمـرـأـةـ الـحـرـمـةـ تـلـبـسـ ماـ شـاءـتـ مـنـ الـثـيـابـ غـيرـ الـحـرـيرـ وـالـقـفـازـيـنـ

وكره النقاب...»^١، بل وخبر يحيى ابن أبي العلاء عنه عليه السلام أيضاً «أنه كره لمحرمة البرقع والقفازين»، بناءً على ارادته من البرقع. وأيضاً كراهة النقاب ظاهر الحكيم عن المقنع والجمل والعقود، بل صريح الفاضل في القواعد فراجع وتأمل والله أعلم.

حجّة القائل بحرمة النقاب للمرأة هو النهي الوارد في بعض الروايات، منها ما عن الحلباني عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: مرّ أبو جعفر بأمرأة متنقبة وهي محرمة فقال أحزمي واسفري وجهك وأرخي ثوبك من فوق رأسك فإنك إن تتنقبت لم يتغير لونك»^٢، ومنها عن عبدالله بن ميمون عن جعفر عن أبيه قال عليه السلام «الحرمة لا تتنقب لأنّ احرام المرأة في وجهها واحرام الرجل في رأسه»^٣.

وفي المدارك القول بتحريم النقاب مذهب الأصحاب لا أعلم فيه مخالفًا، وفي الجواهر فالتحقيق حينئذ حرمته بلا تردد، وفي المسالك والأقوى التحريم. أقول: الذي يظهر من مجموع ما ورد في كيفية احرام المرأة وملاحظة أخبار الباب، خصوصاً الخبرين المتقدمين إذا حملنا الكراهة على الحمرة وأشار اليه صاحب وسائل الشيعة، لا يبعد قوة القول بحرمة النقاب للمرأة والله العالم بالصواب.

في أحكام الصيد والكافارة

ج ١ ص ٢٨٤ قوله رحمه الله: «وفي الزنبور تردد والوجه المنع»، منشأه من أصلالة البراءة ومن قوله عليه السلام «إن كان خطأ فلا شيء عليه».

حجّة القائل بجواز تعمد قتل الزنبور هو أصل البراءة، وكونه من المؤذيات،

١ - الوسائل الباب ٣٣ من ابواب الإحرام ح ٩ .

٢ - الوسائل الباب ٤٨ الحديث ١ و ٣ .

وخبري غيات بن ابراهيم^١ وأبي البختري^٢، ولا ينافيها وجوب الكفارة التي وجبت في قتل الصيد خطأ، ولذا جوز في محكى المبسوط قتله مع التكفير كما عن جماعة، على ما في لجوهر نقلًا عن المسالك^٣.

حجّة القائل بعدم الجواز هو النبي في بعض الأخبار، ك الصحيح معاوية بن عمّار عن أبي عبدالله عليه السلام «سألته عن حرم قتل زنبوراً؟ قال: إن كان خطأً فليس عليه شيء^٤، قلت: لا بل متعمداً؟ قال عليه السلام: يطعم شيئاً من الطعام، قلت: إنه أرادني، قال: إن أرادك فاقتله»^٥، ونحوه خبره الآخر^٦ أيضاً، ونحوهما ما رواه يحيى الأزرق «قال: سألت أبي عبدالله عليه السلام وأبا الحسن عليه السلام عن حرم قتل زنبوراً؟ قال إن كان خطأً فليس عليه شيء^٧، قال: قلت: فالعمد؟ قال: يطعم شيئاً من طعام»^٨، والمنع إنما يتوجه إلى العامل وإنما ذكر المصنف رحمة الله حكم الخطأ لدفع توهّم مساواة الزنبور للصيد في اشتراك العامل والخطأ والناسي في لزوم الفدية بقتله واستوجه المصنف رحمة الله المنع، وفي المسالك هو الأقوى يعني رأي المصنف، وفي المدارك الأصح ما اختاره المصنف رحمة الله لصحيحه معاوية بن عمّار وبضمون الرواية أفتى المصنف رحمة الله في النافع، وفي المدارك وهو جيد أي الافتاء فيه. أفعال القول بعدم الجواز لا يخلو من قوة خصوصاً مع ملاحظة ظاهر الأخبار والله أعلم.

ج ١ ص ٢٩١ قوله رحمة الله: «ولو اشترك جماعة في قتله فعلى كل واحد فداء وفيه تردد»، من شأنه من صدق القتل والاصابة على كل، ومن الأصل بعد منع الصدق. حجّة القائل بوجوب الفداء أي الثمن على كل واحد من المحتلين في الحرم، هو أنه يصدق على كل واحد منهم أنه قتله في الحرم كما في القواعد وغيرها، وعن ظاهر الخلاف وجماعة نحو ما سمعته في المحرمين، ولقول الصادق عليه السلام في

١ - الوسائل الباب ٨١ في أبواب تروك الاحرام حديث ١٢ و ٨٠ .

٢ - المصدر الباب ٨ من أبواب كفارات الصيد الحديث ٣ و ٤ و ٥ .

خبر معاوية بن عمّار «أيّ قوم اجتمعوا على صيد فاكروا منه فإن على كلّ انسان قيمته، فإن اجتمعوا في صيد فعلهم مثل ذلك»^١، وما ذكر في مسألة اشتراك المحرمين في القتل ما يستفاد منه قوّة القول بمساواة المحتلين لهم في ذلك أيضاً، كما في الجواهر أنه لا خلاف بيننا في أنه يحرم من الصيد على المحلّ في الحرم ما يحرم على الحرم منه في المحلّ والحرم، مضافاً إلى ما ورد من صحيح الحلبي وحسنه عن الصادق عليه السلام «لا تستحلن شيئاً من الصيد وأنت حرام ولا وأنت حلال في الحرم، ولا تدلن عليه محلاً ولا حرماً فيصطاده»^٢ الرواية.

بل ظاهر محكى المتهي اختصاص الخلاف فيه بالعامة، وقال الشيخ في التهذيب لو اشتراك الحلال والحرام في قتل صيد حرمي وجب على المحلّ القيمة كاملاً وعلى الحرم الجزاء والقيمة معاً، وفي المسالك من اشتراك المحتلين والمحرمين في العلة وهي الإقدام على قتل الصيد خصوصاً إذا كان فعل كل واحد متلفاً وهذا هو الأقوى، أقول: لزوم الفداء على كلّ واحد طريق الاحتياط وهو حسن والله أعلم.

حجّة القائل بوجوب الفداء الواحد على الجميع، هو الأصل بعد منع صدق القتل على المحلّ، وضعف خبر معاوية بن عمّار سندًا ودلالة باحتمال اختصاصه بالمحرمين دود المحتلين كما هو أكثر النصوص في الباب، وكون الصيد ليس بأعظم من الاشتراك في قتل مؤمن إذا لزمت الديّة، ولعله لهذا قال في محكي المبسوط إن قلنا يلزمهم جزاء واحد لكان قويّاً، وقاله به بعض العامة أيّ أوجب جزاء واحداً عليها، وفي المسألة مزيد بيان في محله من كتب الفقه فراجع وتأمل والله العالم بالصواب.

ج ١ ص ٢٩١ قوله رحمه الله: «لكن لو أصابه ودخل الحرم فات ضمه وفيه تردد»،

١ - الوسائل الباب ١٨ من أبواب كفارات الصيد الحديث ٣ .

٢ - الوسائل الباب ١٧ من أبواب كفارات الصيد الحديث ١ .

منشأ التردد من أن الجنائية غير مضمونه لوقوعها في الحلّ، ومن السراية في الحرم وكان سبباً للاتلاف.

حجّة القائل بعدم وجوب الضمان، هو صحيح ابن الحجاج «قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل رمى صيداً في الحلّ فقضى برميته حتى دخل الحرم فمات أعلىه جزاءه؟ قال: لا ليس عليه جزاءه لأنّه رمى حيث رمى وهو له حلال، إنما مثل ذلك مثل رجل نصب شركاً في الحلّ إلى جانب الحرم فوق فيه صيد فاضطرّب الصيد حتى دخل الحرم فليس عليه جزاءه لأنّه كان بعد ذلك شيئاً، فقلت له: هذا القياس عند الناس، فقال: إنما شهّت لك شيئاً بشيء^١، وغيره من الأخبار، وقد صرّح في الفقيه والكافي بنفي الجزاء، وفي المسالك الأقوى عدم الضمان، وفي المدارك والأصح عدم الضمان لصحة مستنته. أقول: القول بعدم الضمان لا يخلو من رجحان، لأنّها جنائية غير مضمونة وقعت خارج الحرم، وأخبار الضمان خالية عن ذكر موت الصيد في الحرم، وإنما ذكرت الموت في أخبار عدم الفداء والله أعلم.

حجّة القائل بوجوب الفداء، هو خبر عقبة بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سأله عن رجل قضى حجه ثم أقبل حتى إذا خرج من الحرم فاستقبله صيد قريباً من الحرم والصيد متوجه نحو الحرم فرمي الصيد فقتلته ما عليه في ذلك؟ قال: يفديه على نحوه»^٢.

وصحّح الحلباني عن أبي عبدالله عليه السلام «قال إذا كنت محلاً في الحلّ فقلت صيداً فيما بينك وبين البريد إلى الحرم فإن عليك جزاءه»^٣ الحديث. لهذه النصوص وغيرها حكي القول بالضمان عن التهذيب والنهي والاستبصار والمبسوط

١- الوسائل الباب ٣٠ من أبواب كفارات الصيد الحديث ٤ .

٢- المصدر الباب الحديث ١ .

٣- المصدر الباب ٣٢ من أبواب كفارات الصيد الحديث ١ .

والمهدب والأصباح والجامع، ولذا اطلق في محكى التهذيب والاستبصار مؤيداً ذلك بما في المسالك من حرمة اللحم وأنه ميتة على القولين، ولما تسمعه من النصوص المشتملة على الضمان للصيد فيما بين البريد والحرم فراجع وتأمل.

ج ١ ص ٢٩٣ قوله رحمة الله: « ولو كان في بلده فيه تردد والأشبه أنه يملك »، منشأه من وجوه الاحرام المانع عن الملك ، ومن بعد الموجب لعدم خروج الصيد فيه عن الملك .

حجّة القائل بوجود المانع عن الملك ، هو الاحرام بدليل الآية الشريفة في سورة المائدة آية ٩٥ قوله تعالى « أَحَلَّ لَكُمْ صِيدَ الْبَحْرِ وَطَعَامَهُ مَتَاعًا لَّكُمْ وَلِلسيَارَةِ وَحَرَمَ عَلَيْكُمْ صِيدَ الْبَرِّ مَا دَمْتُمْ حَرَمًا وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي إِلَيْهِ تَخْشَوْنَ »، وغيرها لأنّه لا يملك الصيد ابتداءً في حال الاحرام فكذلك استدامةً . ونقل صاحب الجواهر عن التذكرة أنّه قطع فيها بزوال ملكه عنه بالاحرام ، واحتاج له بأنّ استدامة الامساك كابتدائه وهو يوم المحرم في الحرم وفي الحل ، ثم قال وبما سمعته سابقاً من تملك المحل في الحرم النائي عنه ، نعم لو كان الصيد في الحرم زال ملكه عنه ، إلى آخر كلامه .

حجّة القائل ببقاء ملكه وعدم خروجه عنه بالاحرام ، هو بعد الموجب لعدم خروج الصيد فيه عن الملك فيقبل دخوله فيه ، لهذا قال المصنف رحمة الله « الأشبه أنه يملك » وافقاً للفاضل وثاني الشهيدين وغيرهما ، وفي الجواهر لا أجد فيه خلافاً صريحاً ، نعم ذلك مقتضى إطلاق بعض الفتاوى والتحقيق خلافه ، لما عرفته في الاستدامة التي يظهر هنا من النص والفتوى تلازمها مع الابتداء وبه يخرج عن عموم الآية الشريفة ، فيبقى حينئذ عموم الملك بأسبابه بحاله .

وبعض الأخبار تشير إلى هذا ، كما عن جميل « قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الصيد يكون عند الرجل من الوحش في أهله ومن الطير يحرم وهو

في منزله؟ قال: وما به بأس لا يضره»^١، ونظيره ما عن محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام^٢ وغيرهما من الأخبار. وفي المسالك هذا هو الاقوى، وفي المدارك: الأصح دخوله في الملك إذا لم يكن معه حال الإحرام سواء كان في بلده أم في غيرها.

أقول: القول بعدم خروجه عن ملكه إذا كان بعيداً عنه لا يخلو من قوة والله العالم.

ج ١ ص ٢٩٧ قوله رحمه الله: «قلع شجر الحرم وفي الكبيرة بقرة ولو كان القالع ملأً وفي الصغيرة شاء وفي ابعاضها قيمة وعندى في الجميع تردد»، ينشأ التردد من قصور المستند وأصالة البراءة، ومن الشهرة ودعوى الاجماع.

حجّة القائل بعدم وجوب الكفارة هو أصالة البراءة وضعف خبر التكفير لأنّه مرسل متراوّك الظاهر كما في الجواهر، بل عن ابن ادريس الجزم بعدم الكفارة قال ولم يتعرض في الاخبار عن الأئمة عليهم السلام لکفارة لا في الكبير ولا في الصغير يعني من الشجر، وقال في المدارك ومن هنا يظهر أنّ المتوجه سقوط الكفارة بذلك مطلقاً كما اختاره ابن ادريس، وإن كان اتباع المنقول أحوط، وفضل بعضهم. وفي المسألة تفصيل آخر في محله. أقول: الاحتياط طريق النجاة لا سيما مع وجود الشهرة العظيمة بين الأصحاب بذلك والله العالم بالصواب.

حجّة القائل بوجوب الكفارة هو الاجماع الذي حكى عن الخلاف وهو الحجّة، بل حكى عن المبسوط والخلاف والغميّة والوسيلة أنّ الكفارة بالتفصيل المذكور، بل الشهرة بين الأصحاب بعد ما رواه الشيخ عن موسى بن القاسم (قال: روى أصحابنا عن أحد هما عليها السلام أنه قال: اذا كان في دار الرجل شجرة من شجر الحرم لم تنزع فإذا أراد نزعها نزعها وكفر بذبح بقرة يتصدق

١ و ٢ - الوسائل الباب ٣٤ من ابواب كفارات الصيد الحديث ١٥ .

بل حمها على المساكين»^١، معتقداً بقول ابن عباس فيما روي عنه «في الدوحة بقرة وفي الجزلة شاة»، كما نقله في الجواهر، وصحيح منصور بن حازم سأل الصادق عليه السلام «عن الاراك يكون في الحرم فاقطعه؟ قال: عليك فدائنه»^٢، بناءً على ارادة البقرة أو الشاة من الفداء والا كان دليلاً لحكم الأبعاض كالموثق أو الصحيح عنه عليه السلام أيضاً «عن الرجل يقطع من الاراك الذي بكة؟ قال: عليه ثمنه يتصدق به»^٣، بل الظاهر ارادة قطع الأبعاض منها، وفي المسالك والعمل على المشهور أقوى والله اعلم.

ج ١ ص ٢٩٧ قوله رحمة الله: «و كذا قيل فيمن قلع ضرسه وفي الجميع تردد»، منشأه من اشتهر الحكم بين الأصحاب ومن أصالة البراءة وقصور الدليل.

حجّة القائل بوجوب الكفاررة على من قلع ضرسه هو خبر محمد بن عيسى عن عدة من أصحابنا عن رجل من أهل خراسان «ان مسألة وقعت في الموسم لم يكن عند مواليه عليه السلام فيها شيء محرم قلع ضرسه، فكتب: يهريق دماً»^٤، وضمان الشاة عن الكافي والمذهب وعن النهاية والمبسط دم، وعن الجامع دم مع الاختيار، وعليه حمل اطلاق الشيخ في محكي المتنى. والأصل في ذلك الخبر المتقدم، وفي المسالك: اشتهر الحكم بين الأصحاب ولا ريب أن الوجوب أولى، وفي الجواهر: أنّ الأقوى وجوهاً كما في التردد السابق، بل وكذا هنا عملاً بالمضمر الذي تشهد القرائن أنه عن الإمام عليه السلام خصوصاً بعد عمل من عرفت به بل قيل إنه المشهور، انتهى. أقول: هذه المسألة كسابقتها والختار هناك المختار هنا وهو الاحتياط والله العالم بالصواب.

حجّة القائل بعدم الوجوب هو البراءة الأصلية أولاً، والاضمار ثانياً، وأنّ

١ - الوسائل الباب ١٨ من ابواب بقية كفارات الاحرام الحديث ١، ٣

٢ - الوسائل الباب ١٨ من ابواب بقية كفارات الاحرام الحديث ٢

٤ - المصدر الباب ١٩ من ابواب بقية كفارات الاحرام الحديث ١.

الرواية غير مسندة للإمام عليه السلام بل احتمل فيها الأسناد، مع أن الحسن الصيقل سأله الصادق عليه السلام «عن المحرم تؤذيه ضرسه أينقلعه؟» فقال: نعم لا بأس به^١، وعن أبيه وابن أخيه نفي البأس عن قلع الضرس ولم يوجبا شيئاً، وفي المدارك هذه الرواية عن محمد بن عيسى ضعيفة السند فلا تصلح لإثبات حكم مخالف للأصل، بل عن المختلف هنا الاستناد إلى البراءة الأصلية أولى والله أعلم.

١ - الوسائل الباب ٩٥ من أبواب ترورك الاحرام الحديث ٢٠

كتاب الجهاد

فيمن يجب عليه

ج ١ ص ٣٠٨ قوله رحمه الله: «ولو تجدد العذر بعد التحام الحرب لم يسقط فرضه على تردد»، منشأ التردد من الأمر بالثبات ومن الشك في الوجوب.

حجّة القائل بعدم سقوط الفرض مع تجدد العذر الخارجي كرجوع الأبوين وصاحب الدين لعموم الأوامر الداللة على الثبات كقوله تعالى «يا أيها الذين آمنوا إذا لقيتم فتنة فاثبتو»^١، وغير ذلك مما دلّ على وجوب الصبر وحرمة الفرار من الزحف وتولية الدبر.

وفي المسالك اذا تجدد العذر بعد التحام الحرب فان كان خارجاً كرجوع الأبوين وصاحب الدين ، لم يعتبر رجوعه لعموم الأوامر الداللة على الثبات حينئذٍ، وإن كان ذاتياً كالمرض والعمى والاقعاد، في السقوط قولان أقرهما ذلك ، لعدم القدرة التي هي شرط الوجوب . وقال ابن الجنيد: يجب الثبات هنا أيضاً وإن ضعف ، هذا وعن الشيخ الطوسي رحمه الله عدم سقوط الفرض عنه في رجوع الأبوين عن الاذن في ذلك الحال والله العالم .

حجّة القائل بسقوط الفرض للشك في الوجوب حين تجدد العذر من اطلاق أدلة السقوط ، وأن طاعة الأبوين فرض عين، والجهاد فرض كفاية، وفرض العين مقدم على فرض الكفاية، وانه صلى الله عليه وآله رد من منعه أبواه^١ .
والأخبار المطلقات ما ورد عن جابر عن أبي عبدالله الصادق عليه السلام «قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وآله فقال : يا رسول الله إني راغب

في الجهاد نشيط، قال: فجاهد في سبيل الله فانك إن تُقتل كنت حيًّا عند الله ترزق وإن قتلت فقد وقع أجرك على الله، وإن رجعت خرجت من الذنوب كما ولدت، فقال: يا رسول الله إن لي والدين كبارين يزعمان أنهما يأنسان بي ويكرهان خروجي، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: أقم مع والديك فوالدي نفسي بيده لأنهما بك يوماً وليلة خير من جهاد سنة^١، إلى غير ذلك من الرويات الدالة على مطلق تقديم حق الوالدين ابتداءً واستدامه والله العالم بالصواب.

في التحكيم

ج ١ ص ٣١٦ قوله رحمة الله: «ويُراعى في الحاكم كمال العقل والاسلام والعدالة وهل يُراعى الذكورة والحرية قيل نعم وفيه تردد»، من شأنه من أصلية عدم الاشتراط، ومن أنّ العبد والمرأة قاصران عن مرتبة الحكم.

حجّة القائل بعدم الاشتراط هو الأصل، واطلاق الفتاوى وانجبار القصور المذكور باعتبار العدالة والمعرفة بالمصالح الحاضرة والمتاخرة، بل واعتبار المعرفة في الأحكام الشرعية كي لا يكون حكمه مخالفًا للشرع كما في الجواهر، وقال أيضًا: وأما الذكورة والحرية فقد عرفت الكلام في اشتراطهما، ولعل الأقوى عدمه لما عرفت.

حجّة القائل باشتراطهما هو قصور المرأة والعبد عن هذه المرتبة، وظهور قوله عليه السلام يعني النبي صلى الله عليه وآله «انزلوهم على حكمكم» في غيرهما أولاً، وثانياً ما قيل يشرط في الحاكم شروط سبعة: أن يكون حرًا مسلماً بالغاً عاقلاً ذكراً فقيهاً عدلاً. وقال في المسالك: باشتراطها أجود، وفي المسوط: أما الحاكم

١ - الوسائل الباب ٢ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه حديث

فلا بد من أن يكون حراً مسلماً بالغاً ثقة من أهل العلم، فإن كان صبياً أو مجنوناً أو امرأة أو عبداً أو فاسقاً أو كافراً لم يجز. أقول: إن كان التعين لصاحب هذا المنصب الخطير بنظر الإمام عليه السلام فلا بد أن يختار من هو صالح له وإلا فلا محيسن من أن يكون فرداً جاماً لمرتبة كاملة دون غيره فتأمل والله أعلم.

مسائل

ج ١ ص ٣٢٥ قوله رحمة الله: «أولى: المرصد للجهاد لا يملك رزقه من بيت المال، إلا بقبضه. فإن حلَّ وقت العطاء ثم مات، كان لوارثه المطالبة به، وفيه تردد»، منشأ التردد من أنه حقه فيكون لوارثه، ومن أنه لا يملكه إلا بالقبض.

حجّة القائل بثبوت الحق للموارث هو أنه حق الميت فينتقل لوارثه كحق الشفعة والخيار وغيرها من الحقوق، وبه قال الشيخ فيما حكى عنه أبي أن لوارثه المطالبة.

حجّة القائل بعدم ثبوت الحق للوارث، هو أن الميت إنما يملك حقه بالقبض، فإذا مات قبله امتنع الملك في حقه. وفي الجوهر الأقوى عدم المطالبة وفقاً للكركي وثاني الشهيدين، وفي الجوهر أيضاً بل لعل عدم استحقاق الوارث حتى لو مات بعد المطالبة، وفي المسالك بل عدم استحقاق الوارث ذلك أيضاً كما في مستحق الزكاة وغيرها من الحقوق لومات بعد المطالبة بها وقبل القبض وهذا ظهر ضعف القول الأول أي الاستحقاق.

أقول: الظاهر هذا هو الأقوى عند التأمل والله أعلم.

في شرائط الذمة

ج ١ ص ٣٣٠ قوله رحمة الله: «وهل له قتلهم واسترقاقهم ومفاداتهم؟ قيل: نعم، وفيه تردد»، ينشأ التردد من أنهم دخلوا بلاد الإسلام بأمان فوجب ردّهم، ومن فساد

الأمان من قبلهم.

حجّة القائل بردّهم إلى مأْمَنِهِمْ هو أَنَّهُمْ دخلوا بِلَادِ الْإِسْلَامِ بِأَمَانٍ، فوجب ردّهُمْ إِلَى مأْمَنِهِمْ، وَبِهِ قَالَ فِي الْقَوَاعِدِ وَمُحْكَيِ الْمُبْسوِطِ، بَلْ عَنِ الْإِيْصَاحِ دُمَّعَ الخَلَافُ فِي الرَّدِّ وَفِي الْجَوَاهِرِ الدُّخُولُ بِالْأَمَانِ يَنْعِي مِنَ الْإِغْتِسَالِ كَمَا هُوَ شَأنُ كُلِّ حَرَبِيِّ دُخُولِ دَارِ الْإِسْلَامِ بِأَمَانٍ فَضْلًا عَنِ الذَّمَّةِ.

حجّة القائل بـأنَّ الْإِمامَ مُخْيَرَ فِيهِمْ هُوَ قَوْلُ الشِّيخِ فِي مُحْكَيِ الْمُبْسوِطِ، نَعَمْ هُوَ مُخْيَرُ بَيْنِ الْقَتْلِ أَوِ الْإِسْتِرْقَاقِ أَوِ الرَّدِّ إِلَى مأْمَنِهِمْ، لَأَنَّ خَرْقَ الذَّمَّةِ نَشَأَ مِنْهُمْ فَلَيْسَ فِيهِ اغْتِيَالٌ وَلَا خِيَانَةٌ فَيُجْرِي عَلَيْهِمْ حِينَئِذٍ حُكْمُ أَهْلِ الْحَرَبِ، وَلَعْلَهُ الأَقْوَى كَمَا فِي الْمُنْتَهَى وَالْمَسَالِكِ وَحَاشِيَةِ الْكَرْكِيِّ وَمُحْكَيِ التَّذَكْرَةِ، بَلْ عَنِ الْعَنْيَةِ الْاجْمَاعِ عَلَيْهِ قَالَ: وَمَتَى أَخْلَى بِشَيْءٍ مِنْهَا -أَيِّ الشَّرَائِطِ- صَارَتْ دَمَاؤُهُمْ هَدْرًا وَأَمْوَالُهُمْ وَأَهْلُهُمْ فَيَئِأً لِلْمُسْلِمِينَ، بَدْلِيلِ الْاجْمَاعِ الْمُشَارِ إِلَيْهِ.

وَمِنْهُ حِينَئِذٍ يُشَكَّلُ الْحُكْمُ بِجُوازِ الرَّدِّ إِلَى المَأْمَنِ الَّذِي قَدْ عَرَفَتْ دُعَوَى الْفَخْرِ فِي الْخَلَافِ فِيهِ، ضَرُورَةً اِنْدَرَاجِهِمْ فِي أَهْلِ الْحَرَبِ الْمُأْمُورِينَ بِقَتَالِهِمْ وَسَبِيلِهِمْ كِتَابًا وَسَتَةً وَإِجْمَاعًا بِقَسْمِيهِ. ثُمَّ قَالَ فِي الْجَوَاهِرِ: فَلَعْلَهُ الأَقْوَى حِينَئِذٍ اِنْتِقَاصُ الْأَمَانِ فِي تَوَابِعِهِ فَتَسْبِي نِسَاءُهُ وَتُسْتَرِقُ ذَرِيَّتُهُ، وَيُتَخِيرُ فِيهِ الْإِمَامُ عَلَيْهِ السَّلَامُ بَيْنَ الْقَتْلِ وَالْمَنِ وَالْإِسْتِرْقَاقِ وَالْفَدَاءِ، عَلَى حَسْبِهِ سَمِعَتْهُ فِي الْأَسِيرِ بَعْدَ وَضْعِ الْحَرَبِ أَوْ زَارَهَا.

أَقُولُ: بَعْدَ الْاِنْحِرَافِ عَنِ شُرُوطِ الذَّمَّةِ يَرْجِعُ أَمْرُهُمْ إِلَى الْإِمَامِ عَلَيْهِ السَّلَامِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

ج ١ ص ٣٣٢ قوله رحمه الله: «وَفِي الْإِجْتِيَازِ بِهِ وَالْإِمْتِيَارِ مِنْهُ تَرَدُّدٌ»، مَنْشأُ التَّرَدُّدِ مِنْ إِطْلَاقِ الْأَمْرِ بِإِخْرَاجِهِمْ مِنْهُ، وَمِنْ أَنَّ الْمَنْسَاقَ مِنْهُ مَنْعِ السَّكْنِيِّ.

حجّة القائل بمنع الاجتياز، هو الأمر بالخروج فيشمل باطلاقه السكنى والاجتياز والامتياز، ويدلّ عليه ما في الدعائم عن جعفر بن محمد عليهما السلام أنه

قال «لا يدخل أهل الذمة الحرم ولا داراً هجرة ويخرجون منها»^١، وحينئذٍ فإن قدم ميرة لا يصل الحرم منع من الدخول إليه، فإن أراد أهل الحرم الشراء منه خرجوا إليه إلى الخل، ولو جاءه رسولًا بعث إليه الإمام عليه السلام من يسمع منه، ولو أراد مشافهة خرج إليه الإمام عليه السلام من الحرم مضافاً إلى خبر بن الجراح المروي من طرق العامة أن آخر ما تكلم به النبي صلى الله عليه وآله أن قال: «أخرجوا اليهود من الحجاز وأهل نجران من جزيرة العرب»^٢، و إلى ما رواه ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وآله أيضاً أنه أوصى بثلاثة أشياء «قال: أخرجوا المشركين من جزيرة العرب وأجيزوا الوفد بنحو ما كنت أجيزهم، وانه قال: لا يجتمع ذميان في جزيرة العرب»^٣ وقال صلى الله عليه وآله: «الْأُخْرَجُنَ الْيَهُودُ وَالنَّصَارَى مِنْ جَزِيرَةِ الْعَرَبِ»^٤، بناءً على أن المراد من جزيرة العرب في هذه الأخبار الحجاز خاصة كما في المتن^٥ وعن المسوط والتذكرة، بل في الأول ونفي بالحجاز مكة والمدينة واليامنة وخير وينبع وفدى ومخالفتها^٦، ويسمى حجازاً لأنه حجز بين نجد وتهامة...، إلى ان قال: وإنما قلنا أن المراد بجزيرة العرب الحجاز خاصة لأنه لو لا ذلك لوجب إخراج أهل الذمة من اليمن وليس بواجب ولم يخرجهم عمر منها وهي من جزيرة العرب، وإنما أوصى النبي صلى الله عليه وآله بإخراج أهل نجران من الجزيرة لأنه صالحهم على ترك الرباء فنقضوا العهد، إلى هذا أشار صاحب الجواهر.

حجّة القائل بالجواز هو الأصل، ولأن المبادر منه منع السكنى لا الاجتياز والامتياز، ولعله الأقوى كما فيه الجواهر وفقاً لجماعة بل في المسالك هو الأشهر

١ - دعائم الإسلام ج ١ ص ٣٨١ . ٠ مستدرك الوسائل ج ٢ الباب ٤٣ من أبواب جهاد العدو الحديث ١ .

٢ - سنن البيهقي ج ٩ ص ٢٠٨ .

٣ - سنن البيهقي ج ٩ ص ٢٠٧ ،

٤ - والخالف: الكور واحدها مخالف.

اقتصاراً فيها خالف الأصل على المتيقن، وما في ايضاح الفوائد في شرح القواعد يجوز لهم الاجتياز بالحجاز والامتياز منه ولا يُمكّن من الاقامة أزيد من ثلاثة أيام. أقول: الجواز لا يخلو من قوة والله أعلم.

ج ١ ص ٣٣٣ قوله رحمه الله: «ولومات قبل المطالبة لم يدفع اليه، وفيه تردد»، منشأه من أن الحيلولة حصلت بالموت فلا يستحق مهرأً، ومن سبق الاسلام عليه.

حجّة القائل بعدم جواز دفع شيء للزوج كما صرّح به الفاضل والكركي وثاني الشهيدين وغيرهم، وفي الجواهر: لا أجد فيه خلافاً لأنّ الحيلولة حصلت بالموت لا بالاسلام، وفي المسالك: والأقوى أنه لا شيء له.

حجّة القائل باستحقاق الزوج للمهر هو سبق الاسلام عليه الموجب للحيلولة، فيستحقق مؤيداً بأصالة بقاء الاستحقاق عند الشك ، وإطلاق قوله تعالى «وآتوه ما أنفقوا»^١.

كتاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

في شروط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

ج ١ ص ٣٤٤ قوله رحمة الله: «وهل يقيم الرجل الحد على ولده وزوجته، فيه تردد»، منشأ التردد من دعوى الشيخ ورود الرخصة في ذلك ، ومن أصلالة المدعى.

حجّة القائل بالجواز هو ما عن الشيخ والقاضي واختاره أول الشهيدين . وفي المسالك أنّ موضع النزاع ما لو كان الأب والزوج بل المولى فقيهاً، وحينئذ يتوجه الجواز لما سيأتي من جواز اقامة الفقيه الحدود في حال الغيبة، ودعوى الشيخ وجود الرخصة في ذلك وليس ما يحكيه إلا كما يرويه مؤيده بما ذكر على كمال سلطنة الوالد والزوج على الولد والزوجة، والسيرة المستمرة على جواز تأدبيهما وتعزيزهما الذي هو قسم من الحدود، وخصوص ما دلّ على تأديب الزوجة بالضرب والهجرة مع التقصير في حقوق الزوجية كتاباً وسنة واجماعاً.

حجّة القائل بعدم الجواز كما عن المفید وابنی زهرة والطبرسی ، وقال ابن إدريس: يقيم على عبده خاصة وغيرهم ، واختاره الكرکي وثاني الشهيدین بل لعله المشهور كما استظره بعضهم ، وقال في المسالك : وقد ظهر بذلك أنّ المدعى أقوى ، وفي محکي الغنية ويجوز للسيد إقامة الحد على من ملكته يمينه بغير إذن الإمام عليه السلام ولا يجوز لغير السيد ذلك إلا بإذنه ، كل ذلك بدليل إجماع الطائفۃ عليه . ومن ذلك وغيره يعلم أنّ المراد بالعموم ما سمعته سابقاً من الإمام ومن أذن له في ذلك ، فالأقوى حينئذ عدم الجواز كما في الجوائز .

أقول: القول بعدم الجواز لا يخلو من قوة إذا لم يكن الأب أو الزوج فقيهاً والله أعلم .

كتاب التجارة

فيما يكتسب به

ج ٢ ص ١٠ قوله رحمة الله: «وفي الفيل تردد والأشباه جواز بيعه للاستفادة بعظمته»، منشأ التردد من عدم وقوع الزكاة عليه كباقي المسوخ بناءً على ذلك، ومن عظم الاستفادة بعظمته وحمله.

حجّة القائل بجواز بيعه هو خبر عبد الحميد بن سعيد قال: «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن عظام الفيل يحمل بيعه أو شرائه الذي يجعل منه الأمشاط؟ فقال: لا بأس قد كان لي - وفي نسخة لأبي منه مشط أو أمشاط»^١، وفي آخر «رأيت أبا الحسن عليه السلام يتمشط بمشرط عاج واشتريته له»^٢، وفي ثالث «عن العاج؟ قال: لا بأس به، وأنّ لي منه لمشطاً»^٣، مضافاً إلى ما عن الخلاف من الاجماع على جواز التمثّط به وجواز استعماله والسرائر ذلك أيضاً على جواز بيع الفيل.

وفي مكاسب الشيخ الأنباري رحمة الله قال: وبالجملة فكون الحيوان من المسوخ والسّباع والحيشات لا دليل على كونه كالنجاسة مانعاً، فالمتعين فيها اشتمل منها على منفعة مقصودة للعقلاء جواز البيع، فكلّ ما جاز الوصيّة به لكونه مقصوداً بالاستفادة للعقلاء فينبغي جواز بيعه، إلا ما دلّ الدليل على المنع منه تعبداً.

وقد صرّح في التذكرة بجواز الوصيّة بمثل الفيل والأسد وغيرها من المسوخ، قال: وإن منعنا من بيعها. وظاهر هذا الكلام أنّ المنع من بيعها على القول به

١ - الوسائل الباب ٣٧ من أبواب ما يكتسب به الحديث ٢ و ٣.

٣ - المصدر الباب ٦٩ من آداب الحمام الحديث ٤.

تعبدًا لا لعدم المالية، وفي المسالك: والأقوى جواز بيعه، وفي الجواهر: أنه لا شك في جواز الانتفاع بعض الفيل منها المسمى بالعاج.

حجّة القائل بعدم جواز بيعه هو عدم وقوع التذكرة عليه كباقي المسوخ بناءً على ذلك، وما عن المسوط من الاجماع على عدم جواز بيع المسوخ واجارتها والانتفاع بها واقتنائها بحال، وحكي عن ابن الجنيد أنه اختار في أثمان مالا يُوكِل لحمه من السباع والمسوخ أن لا يصرف ثمنه في مطعم أو مشرب له ولغيره من المسلمين.

فيما يحرم التكسيب به

ج ١ ص ١٢ قوله رحمه الله: «وفي كلب الماشية والزرع والحائط تردد والأشبه المنع»، ينشأ التردد من مشاركتها ل الكلب الصيد في المعنى المسوغ لبيعه، ومن دليل المانع.

حجّة القائل بجواز بيعها هو الاجماع الحكي عن ظاهر اجارة التذكرة، وفي الجواهر الأشبـه بأصول المذهب وقواعدـه جواز بيعها ككلب الصيد وفـقاً لأبي علي، واجارة المسوط والخلاف والمراسـم والوسـيلة والسرـائر وكشف الرموز والتذكرة والتحرـير والارشـاد والتـبصرة والايـضاح وـشرح الاـرشـاد والدـروس واللمـعة وـحواشـي الشـهـيد والمـقتـصر والمـهـذـب الـبـاعـ وـالتـقـيـح وـايـضـاحـ النـافـعـ وـجـامـعـ المـقـاصـدـ وـغـایـةـ المـرـامـ وـالـمـسـالـكـ وـالـرـوـضـةـ وـغـيـرـهـمـ منـ اـعـاظـمـ الـأـصـحـابـ، بـعـدـ نـقـلـ الـاجـمـاعـ بـقـسـميـهـ عـلـىـ دـعـمـ الفـرقـ بـيـنـ الـكـلـابـ الـثـلـاثـةـ أـوـ الـأـرـبـعـةـ مـعـ الـاتـفـاقـ عـلـىـ جـواـزـ اـجـارـتـهاـ حـتـىـ مـنـ الـمـصـنـفـ رـحـمـهـ اللهـ. وـلـمـ يـفـرـقـ أـحـدـ بـيـنـ الـبـيعـ وـالـاجـارـ لـأـنـهـ اـنـتـفـاعـ فـيـ الـمـوـضـعـينـ.

أقول: يظهر للمتبـعـ أـنـ جـواـزـ الـبـيعـ وـعـدـمـهـ مـنـوـطـ بـالـمـنـافـعـ الـمـعـتـدـ بـهـ العـقـلـائـيـةـ، وـهـذـاـ هـوـ الـمـسـتـفـادـ مـنـ كـلـامـ الـعـلـمـاءـ مـنـ الـقـدـماءـ وـالـمـتـأـخـرـينـ فـرـاجـعـ وـتـأـمـلـ وـالـلـهـ أـعـلـمـ.

حجّة القائل بعدم الجواز أي جواز بيع الكلاب هو ما ورد من النصوص القائلة بأنّ ثمن الكلب سحت، خصوصاً صحيحاً ابن مسلم وعبدالرحمن عن أبي عبدالله عليه السلام «ثمن الكلب الذي لا يصيد سحت»^١، وخبر العماري «سأله أيضاً عن ثمن الكلب الذي لا يصيد؟ فقال: سحت، وأما الصيد فلا بأس»^٢، وخبر أبي بصير «سأله أيضاً عن ثمن الكلب الذي يصيد؟ قال: لا بأس بثمنه والآخر لا يحمل ثمنه»^٣، وخبره الآخر عنه أيضاً في حديث «أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: ثمن الخمر ومهر البغي وثمن الكلب الذي لا يصطاد من السحت»^٤ وخبر الوليد العماري «سأله عن ثمن الكلب الذي لا يصيد؟ فقال: سحت وأما الصيد فلا بأس»^٥ وغيرها من الأخبار. ولهذا قال المصنف رحمة الله الأشبه المنع، وحكي المنع عن الشيوخين في المقنعة والتهابه وبعض متاخرى المتأخرین والله أعلم بالصواب.

في عقد البيع

ج ١٣ قوله رحمة الله: «وهل يشترط تقديم الایجاب على القبول فيه تردد والأشبه عدم الاشتراط»، منشأ التردد من الشك في ترتيب الحكم مع تأخّر الایجاب، ومن أصلّة الجواز.

حجّة القائل باشتراط تقديم الایجاب هو دعوى الشيخ في الخلاف الاجماع عليه، وفيه مناقشة في محلها، وللشك في ترتيب الحكم مع تأخّره مع أنّ الأصل خلافه فانّ القبول مبني على الایجاب فلا بدّ من تأخّره. وفي الجواهر: فيه خلاف والأشهر كما قيل اشتراطه، وكون القبول اضافة فلا يصحّ تقدمها على أحد المضافين، وأنّ القبول فرع الایجاب، هذا كلامه رفع مقامه.

١ و ٢ - الوسائل الباب ١٤ من ابواب ما يكتسب به الحديث ١٩٣ و ٥٠ .

٤ و ٥ - الوسائل باب ١٤ من ابواب ما يكتسب به الحديث ٧٦٦ .

حجّة القائل بعدم الاشتراط هو أصالة الجواز، وما حكى عن القاضي من صدق اسم العقد عليه بدليل صحته في النكاح الذي هو أشد احتياطاً من المقام، ولذا قيل أنه أولى منه بجواز ذلك ، أي بتقديم القبول على الإيجاب وقال به جمع من العلماء.

وفي المسالك الأشبه عدم الاشتراط، وجه العدم من أصالة الجواز، وأنه عقد يحب الوفاء به، ولتساويها في كونه كل منها ينقل ملكه إلى الآخر فإذا جاز للبائع التقدم جاز للمشتري ، ولأن الناقل للملك هو الرضا المدلول عليه بالفاظ الصريحة ولا مدخل للترتيب في ذلك .

أقول:المعروف عند الناس تقديم الإيجاب لأن الموجب هو الذي يعرض ماله للبيع ، وإلا المقصود منه التراضي والتقدم والتأخير ليس شرطاً كما هو المشهور والله العالم بالصواب .

في شروط عقد البيع

ج ١٦ قوله رحمه الله: « ولو ابتع الكافر أباه المسلم هل يصح فيه تردد والأشبه الجواز» ، منشأ التردد من نفي السبيل للكافر على المسلم ، ومن الانعتاق الفوري الذي لا يلحقه صغار.

حجّة القائل بالجواز هو انتفاء السبيل بالعتق قهراً وقال به المصنف رحمه الله ومحكي لل McConnell والنهاية وكافة المتأخرین ، بل عن السرائر أنه مجمع عليه وهو الحجّة بعد العموم^١ جنساً ونوعاً السالم عن معارضته الآية^٢ بعد أن كان الحكم الانعتاق قهراً ، وإن قلنا باستلزماته الملك الضمني الذي هو مقارن للعتق زماناً متقدماً عليه ذاتاً . كتقدّم العلة على المعلول لعدم اندراجه في السبيل المنفي ، ومن ذلك يُعرف

١ - سورة المائدة آية ١ ، سورة النساء آية ٢٩ .

٢ - سورة النساء آية ١٤١ .

حينئذ عموم الحكم لكل من ينعتق عليه قهراً من غير فرق بين الأب وغيره كما في الجواهر.

حجّة القائل بعدم الجواز هو عدم الملك ، كما عن المبسوط قال : اذا اشتري الكافر أباه المسلم لا ينعتق عليه لأنّا قد بتنا أنه لا يملك ، وإذا لم يملك لا ينعتق عليه . وقال ابن البرّاج لا يصحّ ، بل هو مقتضى الحكيم عن الخلاف فيما لو قال الكافر للمسلم اعتقد عبده المسلم عن كفارتي ، كما أنه أحد وجهي الشافعية .

في شروط البيع

ج ١ ص ١٦ قوله رحمة الله : «وفي بيع بيوت مكة تردد والمروي المنع» ، منشأه من أنها مسجد كما في آية الاسراء^١ ، ومن قوله تعالى «سواء العاكس فيه والباد»^٢ .

حجّة القائل بحرمة بيع بيوت مكة هو دلالة الآية الشريفة باطلاقها قوله تعالى «سبحان الذي أسرى بيده ليلاً من المسجد الحرام إلى المسجد الأقصى» الآية ، والمفروض أنه صلى الله عليه وآله أُسرى به من بيت خديجة أو من شعب أبي طالب ، وقيل من دار أم هاني . ومنع الشيخ من بيع بيوت مكة واجارتها ومنع المسلمين من سكناها إذا كانت خالية محتاجاً بآية الاسراء ، وبه خبر عبد الله بن عمر بن العاص عن النبي صلى الله عليه وآله «مكة حرام وحرام بيع رباعها وحرام أجر ببيوتها»^٣ ، والاجماع الحكيم عن الخلاف ، وهو خيرته في الحكيم عن مبسوطه وللمعنة ، بل عن فخر المحققيين نسبته إلى كثير .

حجّة القائل بالجواز هو قاعدة «تسلط الناس على أموالهم»^٤ وغيرها مما

١ - سورة الاسراء آية ١ .

٢ - سورة الحج آية ٢٥ .

٣ - سنن البهجه ج ٥ ص ٣٤ .

٤ - البحارج ٢ ص ٢٧٢ - بيروت .

يقتضي ذلك، مؤيداً بيع عقيل رباع أبي طالب وجملة من الصحابة منازلهم كإضافتها اليهم في قوله تعالى «للقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم»^١ الآية. وفي الجوهر بعد كلام طويل ومن هنا كان المتوجه الجواز كما هو خيرة جماعة، بل في المسالك أنه المشهور بل ينبغي القطع به إذا كان الحجارة من غير الحرم.

ج ٢ ص ١٧ قوله رحمه الله: «وفي اشتراط موت المالك تردد»، ينشأ التردد من اطلاق جواز بيعها فيه من غير اشتراط الموت، ومن الاقتصر على موضع الوفاق وهو موت المولى.

حجّة القائل بجواز بيعها من غير اشتراط للموت هو صحيح عمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام «سألته عن أم الولد تباع في الدين؟ قال: نعم في ثمن رقبتها»^٢، يدل الصحيح بطلاقه المعتمد بعموم «سلط الناس على أموالهم» الشامل للغرض، فيكون حينئذ في الجواز عدم الدليل على المنع من اجماع وغيره، وفي المسالك الأقوى عدم اشتراط موته لاطلاق النص.

حجّة القائل بالاشتراط هو ما رواه عمر بن يزيد في الصحيح قلت للصادق عليه السلام أو قال: قلت لأبي ابراهيم عليه السلام «أسالك، فقال: سل، فقلت: بم باع أمير المؤمنين عليه السلام امهات الأولاد؟ قال: في فكاك رقابهن، قلت: وكيف ذاك؟ فقال: أيّما رجل اشتري جارية فأولدها ثم لم يؤدي ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدى عنه، أخذ ولدها منها وبيعت فادي ثمنها، قلت: فيبعن فيما سوى ذلك من أبواب الدين ووجوهه؟ قال: لا»^٣، الظاهر من قوله عليه السلام «لم يدع الموت» يعني لم يختلف من المال، وإنما كان الأنسب أن يقول ولم يكن عنده من المال أو غيره من العبارات. وذهب جماعة إلى المنع وليس بعيد، لأنّ

١ - سورة الحشر آية ٨

٢ و ٣ - الوسائل الباب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان الحديث ١٩٢.

مورد روایات الجواز موت المولى . ونقل عن المفید المنع من بيعها مطلقاً ما دام ولدھا حیاً والله أعلم .

ج ٢ ص ١٧ قوله رحمه الله : «ولا يمنع جنایة العبد من بيعه ولا من عتقه عمداً كانت الجنایة أو خطأً على تردد» ، ينشأ التردد من الأصل واطلاق الأدلة ، ومن تعلق الحق بعينه .

حجّة القائل بالجواز الأصل ، واطلاق وعموم الأدلة ، لأنّه لم يخرج عن ملك المالك بسبب الجنایة . وتعلق حق الغير أعم في عدم جواز البيع للجنائي خصوصاً إذا كان المولى بالتخير بين الفداء بأقل الأمرين من الأرش والقيمة وبين الدفع للمجنى عليه ، والبيع لا ينافي حق المجنى عليه مطلقاً لأنّه يمكن أن يكون بيع المولى له التزاماً منه بالفداء للمجنى عليه ، ولو لم نقل التزاماً بذلك لم يمنع تعلق الحق من البيع ، غايتها أن لم يفده المولى سلط المجنى عليه على فسخ البيع وأخذ العبد والله أعلم .

حجّة القائل بعدم الجواز هو أنّ حق الغير تعلق بعينه فلا يكون ملكاً طلقاً ، ومن شرط البيع أن يكون ملكاً بلا مانع ، بل عن الشیخ الجزم بعدم بيع الجنائي عمداً الذي يكون التخیر فيه للمجنى عليه به بين القتل والاسترقاق .

ج ٢ ص ١٧ قوله رحمه الله : «ولوباع ما يتعدّر تسليمه إلا بعد مدة فيه تردد» ، من شأنه من العجز عن التسلیم في الحال ، ومن إمكان التسلیم في الجملة .

حجّة القائل بجواز البيع إذا كانت المدة يسيرة لا يسقط معها شيء من المنافع المعتد بها فانه ينبغي القطع بصحته ، وإلا لزم بطلان بيع الشيء الحاضر اذا كان غائباً عن محل المعاملة ، في الجواهر: الأقوى الجواز وفقاً لتصريح جماعة بل لا أعرف مصريحاً بالمنع ، بل ظاهر المصنف رحمه الله وغيره من تردد في ذلك

الميل الى الجواز بعد التردد لوجود المقتضي ، وهو العقد الصادر من أهله في محله مع انتفاء المانع فيه ، وهو تعدد التسلّم لامكانه كما هو المفروض ، غاية الأمر تعدد في الحال وليس شرطاً ، وإلا لزم بطلان بيع السلف فيما لا يوجد حال العقد ، وبطلانه معلوم بالاجماع ، أي بطلان هذا القول .

حجّة القائل بعدم جواز البيع هو أن التسلّم إذا كان يستدعي مدة أو زماناً طويلاً يفوت معه المنفعة من المشتري المعتبها .
أقول : الظاهر كما قال المصنف رحمه الله الجواز مع الخيار جعاً بين الأمرين اذا كانت المدة تفوت بعض المنافع من المشتري وإلا فلا ، قتامّل والله أعلم .

ج ٢ ص ١٨ قوله رحمه الله : « وإن اختلفا فيه فالقول قول المبتاع مع يينه ، على تردد » ، منشأه من تعارض الأصول أو الأصلين ، أصالة عدم الرضا بهذه الصفة وأصالة عدم التغيير .

حجّة القائل بتقديم قول المشتري هو أصالةبقاء يده على الثمن كما في الدروس ، وأصالة عدم وصول الحق اليه كما في غيرها ، نحو دعوى عدم وصول الأجزاء المتصلة من المبيع اليه ، من غير فرق بين طول المدة وقصرها .

ثم المراد من تقديم قول المبتاع كما هو المشهور فيما لو اتفقا على سبق التغيير في المبيع على وجه يوجب الخيار ، كما لو كان المشتري جاهلاً فادعى هو أني لا أعلم بذلك وأدعى البائع عليه أنك قد رأيته ورضيت به ، ولا ريب في أن القول قول المشتري لأصالة عدم العلم به ، وإطلاق ما دلّ على ثبوت الخيار نحو ذلك كما في الجوائز ، وهو الأقوى عنه الأكثر .

حجّة القائل بلزم البيع وأن القول قول البائع هو أصالة لزوم البيع ، وأصالة عدم التغيير ، وصدق المنكر على البائع الذي يترك لوترك ، ولعله لذا قيل : القول قول البائع مع يينه ، وهو لا يخلو من قوة كما في الجوائز ، لانقطاع الأصلين السابقين بما عرفت ما هو كالوارد عليه ، على أن اليه على الثمن كانت يد أمانة

للعقد المقتضي كون المبيع ملكاً للمشتري فعليه اثبات زيادة حقه على ذلك . و مع قطع النظر عن ذلك كله فالمدعى عرفاً هو المشتري ، بل لا يبعد ذلك أيضاً لواتفقاً على تغييره واختلفا في تقدمه على البيع المعلوم تاريخه وتأخره ، ما لم تشهد القرائن الموجبة للعلم بأحد هما لأصالة تأخر الحادث منها على المشهور من جريانها في نحو ذلك .

ج ٢ ص ١٩ قوله رحمه الله : « وهل يصح شراؤه من غير اختبار ولا وصف على أن الأصل الصحة ؟ فيه تردد والأولى الجواز » ، منشأ التردد من أصالة الصحة ، ومن جهة المبيع المستلزم للغرر .

حجّة القائل بصحة البيع من غير اختبار هو أصالة الصحة ، وقوله ابن ادريس والأولى عنه المصنف ومن تأخر عنها ، وللمعومات السالمية عن معارضته دليل الغرر المرتفع بأصل السلامة وبالسيرة القاطعة ، فإنّ كثيراً من الصفات لا تظهر إلا بعد ضرب من التصرفات فيلزم الفساد في أكثر المعاملات ، فانه اذا لم يكف أصل الصحة في المذوق والمشموم لم يكفي في غيرها من الحيوانات ونحوها ، مع أنّ الاطلاق على العيوب كثيراً ما يتوقف على التصرف الكبير في الزمان الطويل ، وخبر ابن العيص « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشتري ما يذاق ، يذوقه قبل أن يشتري ؟ قال : نعم فليذقه ولا يذوقن ما لا يشتري »^١ ، وبعد الاغماض عن سنته افاده ابراد منه المنع من ذوق مال الغير بغير إذنه إلا مع الفحوى بارادة الشراء كما في الجواهر ، فراجع وتأمل والله أعلم .

حجّة القائل بعدم صحة البيع مع عدم الاختبار هو ما حكى عن الشيخين « كلّ شيء من المطعم والمشرب يمكن للانسان اختباره بغير افساد له كالأدهان الطيبة المستخبرة بالشم وصنوف الطيب والحلوات والحموضات

١ - الوسائل الباب ٢٥ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث .

فانه لا يجوز بيعه بغير اختبار له فإن بيع من غير اختبار له كان البيع غير صحيح والمتباعان فيه بالخيار فان تراخيها بذلك لم يكن به بأس»، وعن سلار ما يختبر بالذوق أو الشم اذا لم يفسده الاختبار، اذا بيع من غير اختبار لم ينعقد البيع، ونظيره عن أبي الصلاح ومثله عن ابن البراج، وعن ابن حمزة كل ما امكن اختباره من غير افساده لم يصح بيعه.

في أحكام العقود

ج ٢٧ قوله رحمه الله: «وفي دخول المفاتيح تردد ودخولها أشبه»، منشأه من أنها من توابع الدار، ومن خروجها عن اسم الدار. حجّة القائل بدخولها في بيع الدار هو أنها من توابع الدار وكالجزء من الأغلاق المحكم بدخولها، وهو الأقوى كما في المسالك، ولذا قال المصنف رحمه الله: ودخولها أشبه، أي أشبه بالقواعد الصحيحة.

حجّة القائل بعدم دخولها في البيع هو أن المفاتيح خارجة عن اسم الدار كباقي الألواح التي تنقل لاغلاق الدكاكين.

أقول: ما قوّاه في المسالك قوي وأن المرجع في دخولها وعدمه العرف لأنها من الموضوعات التي يشخصها كتشخيصه للصعيد تقريباً، حيث يناظر الحكم اليه في الموضوعات الخارجية والله أعلم بالصواب.

ج ٢٩ قوله رحمه الله: «الأحجار المخلوقة في الأرض والمعادن تدخل في بيع الأرض لأنها من أجزائها وفيه تردد»، منشأ التردد في الحجارة من كونها من أجزاء الأرض لغةً، ومن عدم صدق اسمها عليها عرفاً والمعادن كالحجارة أيضاً.

حجّة القائل بدخولها في بيع الأرض هو العرف، لأنّ الأحجار والمعادن جزء من الأرض. وفي الجواهر بلا خلاف أجدده فيها مما عدا ثانى الشهيدين، وفي المسالك أنّ الأقوى دخول الحجارة دون المعادن لأن الحجارة من الأجزاء بخلاف المعادن

الخارجة عن الحقيقة والطبيعة، وفي الجواهر أيضاً والأقوى عدم الفرق إذ لا ريب أنّ أرض المعدن قطعة من الأرض المخصوصة لها خصوصية فتدخل في بيعها، وأضعف من ذلك احتمال الخروج في الأحجار.

حجّة القائل بعدم دخول الأحجار والمعادن في بيع الأرض هو عدم صدق الأرض على الأحجار عرفاً وأنّ المعادن خارجة عن حقيقة الأرض ولا تدلّ عليها بأحد الدلالات الثلاث أعني المطابقة والتضمن والالتزام، وقال بعدم دخولها في البيع الشهيد الثاني رحمه الله.

ج ٢ ص ٢٩ قوله رحمه الله: «وَكُذَا إِنْ نَقَصْتَ قِيمَتَهُ بَحْدَثَ فِيهِ كَانَ لِلْمُشْتَرِي رَدْدَهُ وَفِي الأَرْشِ تَرْدَدْ»، من تعبيه على مالك المشتري، ومن آنه مضمون على البائع بأجمعه.

حجّة القائل بلزوم البيع وثبتوت الأرض للتفاوت بين صحيحه ومعييه، هو أنّ المبيع قبل القبض مضمون على البائع بأجمعه فكذا أجزاءه وصفاته، واختاره الشيخ في النهاية والفضل والشهيدان، وحكي عن ابن البراج وأبي الصلاح فراجع وتأمل.

حجّة القائل برد المشتري للمبيع إذا نقصت قيمته أو قبوله مجاناً بدون أرض، قاله الشيخ لأنّه عيب حدث قبل القبض وبعد البيع، وللإجماع المدعى عليه كما عن كشف الرموز، ولأصالة صحة العقد، وقد علم من حكم التلف قبل القبض إرفاق الشارع بالمشتري خاصة دون البائع، وجبر ضرره المشابه للانفساخ إنما هو الخيار ولا يُصلّى براءة ذمة البائع من الأرض، على آنه اذا كان التعيب من الله وهو على ملكه لا من قبل أحد، وهذا خيرة الشيخ في المحكي عن مبسوطه وخلافه وابن ادريس، بل بما ظهر من بعضهم حتى لو كان التعيب من قبل البائع.

أقول: هذا لا يخلو من قوة، أعني إما الرد أو القبول مجاناً وأنّ ضرر المشتري ينجر بثبوت الخيار له والله العالم.

في بيع مالم يقبض

ج ٢ ص ٣٢ قوله رحمه الله: «فإن قال: أقبضه لي ثم أقبضه لنفسك، صحيح الشراء دون القبض، لأنّه لا يجوز أن يتولّ طرف القبض، وفيه تردد»، منشأه من أصالة الجواز، ومن منع تولّي الواحد طرف القبض.

حجّة القائل بالجواز هو الأصل في تولّي طرف القبض لأنّه وَكَلَه في الاقباض، والمغايرة الاعتبارية في القابض والمقبوض منه كافية، ومثله تولّي طرف العقد وهو الأقوى كما في المسالك، وأنّ يعقوب بن شعيب سأله الصادق عليه السلام في الصحيح «عن الرجل يكون له على الآخر أحمال من رطب وتمر فبعث إليه بدنانير فيقول: اشتري هذه واستوف منه الذي لك؟ فقال: لا بأس إذا ائتمنه»^١، وفي الجواهر لا ريب أنّ الأقوى الجواز.

حجّة القائل بعدم جواز تولّي الواحد طرف القبض، لأنّه لا يجوز أن يكون وكيلًا لغيره في قبض حقّ نفسه، هذا ونهي بعض الروايات عن التولّي كما عن الخلبي سأله الإمام الصادق عليه السلام في الصحيح «عن رجل أسلفته دراهم في طعام فلما حلّ طعامي عليه بعث إلى بدرةهم فقال: اشتري لنفسك طعاماً واستوقف حرقك؟ فقال: أرى أن يولى ذلك غيرك وتقوم معه حتى بعض الذي لك، ولا تتول أنت شراءه»^٢، وسأله أيضاً عبد الرحمن البصري في المرسل «عن الرجل أسلف دراهم في طعام فحلّ الذي له فأرسل إليه بدرةهم فقال: اشتري طعاماً واستوقف حرقك، هل ترى به بأساً؟ قال: يكون معه غيره يويفه ذلك»^٣، ولهذا قال المصنّف رحمه الله فيه تردد وإن كان المشهور الجواز كما تقدم وقواه بعض الأعظم.

١- الوسائل الباب ١٢ من أبواب السلف ذيل الحديث.

٢ و ٣- الوسائل الباب ١٢ من أبواب السلف الحديث ١ و ٢.

في أحكام العيوب

ج ٢ ص ٣٧ قوله رحمه الله: «وتثبت التصرية في الشاة قطعاً وفي الناقة والبقرة على تردد»، منشأه من الاجماع على الثبوت، ومن عدم النص في المسألة.

حجّة القائل بثبوت التصرية في الناقة والبقرة هو المشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً، إلحاقاً لها بالمتيقن وهي الشاة، بل عن الشيخ في الخلاف الاجماع عليه بل قيل إن الاجماع يلوح من السرائر والتذكرة، بل ورد في الناقة من النصوص العامة.

و لا فرق بين الإبل والبقر من هذه الناحية إذ لا قائل بالفصل مع المساواة في العلة الموجبة للخيار وهي التدليس إذا كان اللبن هو المقصود، وبه قال ابن الجنيد وابن البراج وابن ادريس لاتحاد طريق المسألتين.

حجّة القائل بعدم ثبوت التصرية في الناقة والبقرة هو عدم النص، لأنّ المتيقن في الشاة، وأمامهما فلان طرقنا لا يشملهما، وفي المسالك في إثبات الحكم المخالف للأصل بغير نص ولا اجماع اشكال، وفي الإيضاح إنّ الأصل عدمه لعدم النص والأقرب عندي عدم الثبوت في غير الشاة، فراجع وتأمل والله أعلم.

ج ٢ ص ٣٩ قوله رحمه الله: «إذا حدث العيب بعد العقد وقبل القبض كان للمشتري ردّه في الأرش تردد»، منشأه من أنّ ضمان الجملة يقتضي ضمان الأجزاء والأول ثابت في التلف قبل القبض فيكون الثاني مثله، ومن أصالة اللزوم وبراءة البايع خرج منه التلف فيبقى الباقي، وهو خيرة الشيخ وابن ادريس، والأول أصحّ كما في المسالك، وقد تقدّم نظيره ص ٢٩ من ج ٢ وفيه بيان وجهي التردد ومزيد توضيح فراجع تجد ما تطلب والله العالم.

في الربا

ج ٢ ص ٤ قوله رحمه الله: «ولو اختلف الجنسان جاز المثال والتفضيل نقداً وفي النسيئة تردد والأحوط المنع»، وفي ص ٥ قوله رحمه الله «وفي النسيئة تردد»، منشأ التردد في الموضعين من ورود الأخبار الصحيحة بالجواز، ومن ورود بعضها في المنع أو الكراهة.

حجّة القائل بالجواز هو الأصل والأخبار الصحيحة، منه النبوى المجمع عليه كما في السرائر قوله صلى الله عليه وآله «إذا اختلف الجنسان فيبعوا كيف شئتم»^١، ومنها صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «إذا اختلف الشيئان فلا بأس به مثلين بمثل يدأ بيد»^٢، ومنها موثق سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: المختلف مثلان بمثل يدأ بيد لا بأس»^٣، وفي موثقه الآخر «سألته عن الطعام والتمر والزبيب؟ قال: لا يصلح منها اثنان بواحد إلا أن تصرفه إلى نوع آخر، فإذا صرفته فلا بأس به اثنين بواحد واكثر من ذلك»^٤، وفي صحيح الحلبى عن الصادق عليه السلام «ويكره قفيف لوز بقفيف زين ولكن صاع حنطة بصاعين من تمر أو بصاعين من زبيب»^٥، وسئله أيضاً في صحيحه الآخر «عن الزبيب بالسمن اثنين بواحد؟ قال: يدأ بيد لا بأس»^٦. وفي الموثق عن منصور ابن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سأله عن البيضة بالبيضتين؟ قال: لا بأس به، والثوب بالثوبين؟ قال: لا بأس به، والفرس

١ - المستدرك ج ٢ ص ٤٨٠ .

٢ - الوسائل الباب ١٣ من أبواب الربا الحديث ١ .

٣ - المصدر الباب الحديث ٩ .

٤ و ٥ - الوسائل الباب ١٣ من أبواب الربا الحديث ٥ و ٣ ومع اختلاف يسير.

٦ - المصدر الباب الحديث ٧ مع اختلاف يسير.

بالفرسين؟ فقال: لا بأس به، ثم قال: كل شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل اذا كان من جنس واحد، فإذا كان لا يكال ولا يوزن فلا بأس به اثنين بواحد»^١ ومنها ما عن الحلبـي عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: ما كان من طعام مختلف أو متعـاً أو شيء من الأشياء يتفاضل فلا بأس بيـعـه مثلين بمثل يـداً بـيد فأمـا نـظـرة فـلا يـصلـح»^٢.

و في الجواهر وأما في النسيئة فإن كان كلـ من العوضين من الأثمان فهو صرف لا يجوز فيه، وإن كان أحدهما منها والآخر من العروض فلا خلاف أجده في جواز التمثال والتفضـل، بل الاجماع بقسمـيه عليه إـذ هو إـما نسيـة أو سـلم وكلـ منها مـجمـع على جوازـه، بل لـعلـه من الضرورـيات المستـغـني عن الاستـنـاد إلى اطلاقـ الأـدـلة وـنـخـوهـ، وإن لم يكن كذلكـ بلـ كان عـرـضاً بـعـرـضـ فـالـمشـهـورـ نقـلاً وـتـحـصـيلاًـ بـلـ لـعلـهـ عـلـيـهـ عـامـةـ المـتأـخـرـينـ وـفـيـ المـسـالـكـ الـأـقـوـيـ الـجـواـزـ لـلـأـخـبـارـ الصـحـيـحةـ عـلـىـ كـراـهـةـ.

حجـةـ القـائلـ بـعـدـ الجـواـزـ هـوـ الـحـدـيـثـ المشـهـورـ «إـنـاـ الـرـبـاـ فـيـ النـسـيـةـ»^٣ بـنـاءـ عـلـىـ شـمـولـهـ لـماـ نـحـنـ فـيـهـ وـفـيـ بـعـضـ الـرـوـاـيـاتـ الـمـتـقـدـمـةـ قـولـهـ «لـاـ يـصـلـحـ»ـ،ـ وـفـيـ بـعـضـهـاـ «وـأـمـاـ النـسـيـةـ فـلاـ يـصـلـحـ»ـ،ـ الـحـتـمـلـ لـلـحرـمـةـ وـفـيـ بـعـضـهـاـ قـوـلـهـ عـلـيـهـمـ السـلـامـ «يـدـاًـ بـيـدـ فـلاـ بـأـسـ»ـ،ـ مـفـهـومـهـ أـنـهـ إـذـ كـانـ نـسـيـةـ فـفـيـهـ الـبـأـســ.

وـقـالـ بـعـدـ الجـواـزـ اـبـنـ أـبـيـ عـقـيلـ وـالـجـنـيدـ وـالـفـيـدـ وـسـلـاـرـ وـابـنـ الـبـرـاجــ أـقـولـ:ـ وـيـعـكـنـ الـجـمـعـ بـيـنـ الـحـجـتـيـنـ بـعـدـ الـفـحـصـ لـأـدـلـةـ الـطـرـفـيـنـ بـالـقـوـلـ بـالـجـواـزـ عـلـىـ كـراـهـةـ،ـ كـمـاـ هـوـ الـمـشـهـورـ بـيـنـ الـكـثـيرـ مـنـ الـعـلـمـاءـ وـالـهـالـلـ الـعـالـمـ بـالـصـوـابــ.

جـ ٢ـ صـ ٤ـ قولـهـ رـحـمـهـ اللهـ:ـ «فـلـوـبـاعـ مـاـ لـاـ كـيـلـ فـيـهـ وـلـاـ وـزـنـ مـتـفـاضـلـاًـ جـازـ وـلـوـ كـانــ

١ـ الـوـسـائـلـ بـابـ ١٦ـ مـنـ اـبـوـابـ الـرـبـاـ حـدـيـثـ ٣ـ

٢ـ الـوـسـائـلـ الـبـابـ ١٣ـ مـنـ اـبـوـابـ الـرـبـاـ حـدـيـثـ ٢ـ

٣ـ كـنـوزـ الـحـقـائقـ فـيـ هـامـشـ جـامـعـ الصـغـيرـ صـ ٧٥ـ طـبعـ عـبـدـ الـحـمـيدـ أـمـهـدـ كـمـاـ فـيـ الـجـواـهـرـ

معدوداً كالثوب بالثوبين وبالثياب والبيضة بالبيضتين والبيض نقداً، وفي النسيئة تردد، والمنع أحوط».

حجّة القائل بجواز التفاضل نقداً ونسيئة هو الأصل والعمومات، ونصوص الباب مستفيضة منها الصحيح المروي في الكتب الثلاث عن الحلبّي عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: لا بأس بع او افة المتع ما لم يكن كيلاً أو وزناً»^١، ومنها الخبر المنجر مثله^٢، ومنها موثق منصور بن حازم سأله الصادق عليه السلام «عن البيضة بالبيضتين؟ قال: لا بأس، والثوب بالثوبين؟ قال: لا بأس، والفرس بالفرسين؟ قال: لا بأس؟ ثم قال: كل شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد فإذا كان لا يكال ولا يوزن فليس به بأس اثنان بوحدة»^٣، وخبره الآخر «سألته عن الشاة بالشاتين والبيضة بالبيضتين؟ قال: لا بأس ما لم يكن كيلاً أو وزناً»^٤، وكذا سأله داود بن الحصين فأجابه بذلك^٥ أيضاً، والخبر المروي بطرق متعددة الصحيح عن عبيد بن زراة قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول «لا يكون الربا إلا فيما يكال أو يوزن»^٦، وصحيح زراة عن الباقر عليه السلام «البعير بالبعيرين والدابة بالدابتين يداً بيد ليس به بأس»^٧ وسائل البصري أبا عبدالله عليه السلام «عن بيع الغزل بالثياب المنسوجة والغزل أكثر وزناً من الثياب؟ فقال: لا بأس»^٨، وسائله أيضاً «عن العبد بالعبدين والعبد بالعبد والدرارهم؟ قال: لا بأس بالحيوان كله يداً بيد

١ - الوسائل الباب ١٧ من أبواب الربا حديث ٣ .

٢ و ٣ - المصدر باب ١٦ من أبواب الربا حديث ٢ و ٣ .

٤ - المصدر الباب حديث ١ .

٥ - المصدر باب ١٧ من أبواب الربا حديث ٢ .

٦ - الوسائل الباب ٦ من أبواب الربا حديث ٣ .

٧ - المصدر الباب ١٧ من أبواب الربا حديث ١ .

٨ - المصدر الباب ١٩ من أبواب الربا حديث ١ .

ونسيئة»^١، الى غير ذلك من النصوص الدالة على المطلوب، بل عن الخلاف ومجمع البيان والتذكرة الجواز وظاهر الغنية والسرائر الاجماع على عدم الربا في المقدار بالعد كما في الجوهر ثم قال: وان كنت لم أتحققه فيما حضرني منها إلا أن الأصل والعمومات كافية في الجواز.

حجّة القائل بعدم الجواز هو أنّ حكم المعدود حكم المكيل والموزون كما عن المقنعة وأبى علي وسلام، فلا يجوز التفاضل في المتباينين مطلقاً نقداً ونسيئة. حجتهم بعد اطلاق حرمة الربا صحيح محمد بن مسلم «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الثوبين الرديرين بالثوب المرتفع، والبعير بالبعيرين، والدابة بالدابتين؟ فقال: كره ذلك على عليه السلام فنحن نكرهه إلا أن يختلف الصنفان»^٢، وصحّح ابن مسکان المروي في الفقيه مرسلاً مقطوعاً «قال: سئل الصادق عليه السلام عن الرجل يقول: عاوضني بفرسي وفرسك وازيدك؟ قال: لا يصلح، ولكن يقول: أعطني فرسك بكذا واعطيك فرسني بكذا وكذا»^٣. الحديث.

أقول: مع أنّ أخبار المنع لا تصلح لمعارضة ما سبق من أخبار الجواز ومعارضة الاجماع إلا أنه يمكن الجمع بينهما، الذي هو أولى من الطرح، القول بالجواز مطلقاً أي سواء كان نقداً أو نسيئة على كراهة والله العالم بالصواب.

ج ٢ ص ٤ قوله رحمه الله: «وفي بيع الرطب باقر تردد والأظهر اختصاصه بالمنع اعتماداً على أشهر الرواين»، منشأ التردد من أصل الجواز، ومن تصريح بعض الأخبار.

حجّة القائل بجواز البيع هو الأصل، واطلاق حلية البيع بقوله تعالى «أحلَّ

١ - الوسائل الباب ١٧ من ابواب الربا حديث ٦.

٢ - المصدر الباب ١٦ من ابواب الربا الحديث ١١.

٣ - المصدر الباب ١٧ من ابواب الربا الحديث ١٦.

الله البيع وحرّم الربا»^١. وموثق سماعة «قال: سئل أبي عبدالله عليه السلام عن العنبر بالزبيب؟ قال: لا يصلح إلا مثلاً بمثل، قال: والتمر والرطب بالرطب مثلاً بمثل»^٢ وخبر ابن أبي الربيع «قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ما ترى في القر والبسر الأحمر مثلاً بمثل؟ قال: لا بأس، قلت: فالبخنج والعنب مثلاً بمثل؟ قال: لا بأس»^٣.

وحكى عن الاستبصار وفي موضع من المسوط وابن ادريس الجواز على كراهة وتبعها بعض متأخري المتأخرین.

حجّة القائل بعدم جواز بيع الرطب بالتمر هو ما ورد عن النبي صلى الله عليه وآله أنه «سئل عن بيع الرطب بالتمر؟ فقال: أينقص إذا جف؟ فقيل: نعم، فقال: لا آذن»^٤، وصحيح الحلبي عن أبي عبدالله الصادق عليه السلام قال: لا يصلح التمر اليابس بالرطب من أجل أن التمر يابس والرطب رطب فإذا يبس نقص»^٥.

وخبر محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر عليه السلام في حديث «أن أمير المؤمنين كره أن يباع التمر بالرطب عاجلاً مثلاً بمثل كيله إلى أجل، من أجل أن التمر الرطب ييبس فينقص من كيله»^٦، والمشهور بين الأصحاب نقاً وتحصيلاً المنع، بل في الغنية وعن الخلاف الاجماع عليه وهو الحجّة بعد النصوص السابقة التي لا وجه للمناقشة فيها كما في الجواهر.

ج ٢ ص ٤٦ قوله رحمه الله: «كالحنطة والدقيق فيبيع أحدهما بالآخر وزناً جائز، وفي

١ - البقرة الآية ٢٧٥

٢ - الوسائل الباب ١٤ من أبواب الربا الحديث ٣ و ٥ .

٤ - المستدرك ج ٢ ص ٤٨٠ .

٥ - الوسائل الباب ١٤ من أبواب الربا الحديث ١ .

٦ - المصدر الباب الحديث ٢ .

الكيل تردد، والأحوط تعديلهما بالوزن»، منشأ التردد من أن الكيل أصل للخنطة، ومن أن الوزن أضبطة وأنه أصل للكيل.

حجّة القائل بعدم جواز بيع أحد هما بالأخر هو ما ذكره صاحب الجواهر: وكيف كان فالظاهر عدم الخلاف في مفروض المسألة في مثاها في عدم جواز البيع بالكيل، لأن الوزن أضبطة لرفع الجهة وأنه أصل للكيل، وهذا المقدار بالوزن لا يباع كيلاً لعدم ارتفاع جهاته به، ومن ناحية الشك في صدق المثلين مع تفاوت الوزن، وأن من أفراد هذه القاعدة ما لا يمكن فيه القول بالكيل كالخنطة بالخبز والسمسم بالشيرج، فالأحوط تعديلهما بالوزن الذي هو الأصل، خروجاً عن خلاف المبسوط وابن البراج حيث قالا في مفروض المسألة لا يباع إلا وزناً وإن مثلاه بالخنطة والخبز.

حجّة القائل بجواز بيع أحد هما بالأخر كيلاً مع التساوي فيه وإن تفاوت في الوزن هو لأن الكيل أصل للخنطة فيستصحب في فروعه كالدقيق والخبز وغيرها. وفي المختلف إن الخنطة من المكيلات وكذا الدقيق، لأن أصله من الخنطة وهي مكيلة فلا يباع أحد هما بالأخر إلا بالكيل، ولا يباع بالوزن وإلقاء الريا، لا يقال اذا بيعا بالكيل حصل الريا أيضاً لأن الخنطة أُنقل من الدقيق فيحصل التفاوت في الوزن وهو عين الريا، لأننا نقول لا اعتبار بالتفاوت في الميزان في الكيل.

وإضافة إلى ذلك هو اطلاق النصوص الصحيحة، منها صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام «قال: الدقيق بالخنطة والسويق بالدقيق مثل بمثل لا يأس به»^١، ومنها صحيح محمد بن مسلم عنه عليه السلام «قال: الخنطة بالدقيق مثلًا بمثل والسويق بالسويق مثلًا بمثل والشعير بالخنطة مثلًا بمثل، لا يأس به»^٢، ومنها عن صفوان عن رجل من أصحابه عن أبي عبدالله

١ و ٢ - الوسائل الباب ٩ من ابواب الربا الحديث ٤ و ٥.

عليه السلام «قال: الخنطة والدقيق لا يأس به رأساً برأس»^١، ومنها ما عن أبي بصير «قال: سألت أبي عبد الله عليه السلام عن الخنطة بالدقيق؟ فقال: اذا كانا سواء فلا يأس، وإلا فلا»^٢.

واحتمل في جامع المقاصد الجواز مطلقاً لاندفاع الغرر والجهالة، واعتبار الشارع له بالكيل مثلاً لا يقضى بعدم حصول العام بدونه، مضافاً إلى أصلية صحة البيع. انتهى كلامه رفع مقامه.

وفي الجوادر التحقيق في أطراف المسألة: إنّه لا ريب في أنّ الاطلاقات تقتضي صحة البيع مع تعارف الكيل في الموزون أصلاً وبالعكس. وفي المسألة زيادة تفصيل تراجع في محلّها من كتب الفقه المطولة والله أعلم.

في الصرف

ج ٤٩ قوله رحمه الله: «وله المطالبة بالبدل قبل التفرق قطعاً وفيما بعد التفرق تردد»، ينشأ التردد من تحقق التقابض في العوضين قبل التفرق، ومن أنّ البدل يقتضي عدم الرضا بالمقبوض قبل التفرق.

حجّة القائل بجواز المطالبة بعد التفرق هو أنّ التقابض تحقق في العوضين قبل التفرق، وأنّ المقبوض وإن كان معيناً إلا أنّ عيبه لم يخرجه عن حقيقته الجنسية، ولأجل ذلك ملكه المشتري وكان نماؤه له من حين العقد إلى حين الرد. والفسخ بالرد طار على الملك بسبب ظهور العيب فيكون البيع صحيحاً وله طلب البدل بعد التفرق، كما هو المشهور بين من تعرض له كالشيخ وابن حمزة والفارض والحقق الثاني والشهيد الثاني أن له ذلك ، أي المطالبة بالبدل.

١ - الوسائل الباب ٩ من أبواب الربا الحديث ٥ .

٢ - الوسائل الباب ٩ من أبواب الربا الحديث ٦ .

و عن أبي علي أنه يجوز الإبدال ما لم يتتجاوز يومين . كما في الجواهر ، وقال بعد كلام له : وهذا ظهر أنَّ الأول كان عوضاً في المعاوضة وقد قبضه قبل التفرق ، فتحقق شرط الصحة فلا يلزم بطلانها بالفسخ الطارئ على العوض المقتضي لعوده إلى الذمة ، وكون البدل عوضاً لا يقتضي نفي عوضية غيره ، فلا يقتضي التفرق قبل قبضه العوض في المعاوضة . ثم قال : فقد ظهر أنَّ الأقوى جواز الإبدال ، كما أنَّ الأقوى عدم اعتبار التقابض في مجلس الرد ، وفأقاً للشهيدين في الحواشي والمسالك والمحقق الثاني في جامعه ، للأصل السالم عن المعارض ، وأدلة التقابض إنما يظهر منها اعتباره في مجلس العقد وقد حصل فغيره على الأصل . انتهى كلامه رفع مقامه . إلى آخر ما هناك من التفصيل في الجواهر أخذنا موضع الحاجة منه والله العالم .

حجَّة القائل بعدم جواز الرد هو أنَّ الإبدال يقتضي عدم الرضا بالقبض قبل التفرق ، وأنَّ المبيع حقيقة إنما هو البدل وقد حصل التفرق قبل قبضه ، فيكون الصرف باطلًا فلا يجوز لهأخذ البدل . وفي الدروس لا يجوز على الأقرب ، وهي ظاهر اللمعة أيضًا .

وأما ما تقدم عن أبي علي في خبر إسحاق عن الكاظم عليه السلام «قال : سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يبيعني الورق بالدنانير واتزن منه فأزن له حتى أفرغ فلم يكن يبني وبينه عمل إلا أنَّ في ورقه نفایة وزيفاً وما لا يجوز ، فيقول انتقدها ورد نفایتها؟ فقال : ليس به بأس ولكن لا يؤخر ذلك أكثر من يوم أو يومين فاما هو الصرف ، قلت : فإن وجدت في ورقه فضلاً مقدار ما فيها من النفایة؟ قال : هذا احتياط لهذا أحبَّ اليَّ »^١ ، وعن الإيضاح أنَّ جواز الإبدال يستلزم عدمه ، لأنَّ رده هو رفع تعين المبيع فيه وهو يستلزم انتفاء كون المردود

١ - الوسائل الباب ٥ من أبواب الصرف الحديث .

المبيع في الماضي والمستقبل. لأن المبيع واحد فلا يكون قد قبض المبيع قبل التفرق فيبطل المصرف، وفيها مزيد كلام يطلب من مظانه.

في بيع الثمار

ج ٢ ص ٥١ قوله رحمه الله: «أما النخل فلا يجوز بيع ثمرته قبل ظهورها عاماً، وفي جواز بيعها كذلك عامين فصاعداً تردد والمروي الجواز»، منشأ التردد من الغرر المنهي عنه، ومن الرواية المخوّة.

حجّة القائل بعدم الجواز هو المشهور نقاًلاً وتحصيلاً للانعدام، فضلاً عن الغرر والجهالة، وللإجماع في السائر قال فيها «... وقد اشتبه على كثير من أصحابنا ذلك وبظنون أنه يجوز بيعها سنتين وإن كانت فارغة لم تطلع بعد وقت العقد، وهذا خلاف ما يجدونه في تصانيف أصحابنا وخلاف إجماعهم وأخبار أئمتهم وفتواهـم»، ولمفهوم خبر أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال «لا تشتري النخل حولاً واحداً حتى يطعم، وإن شئت أن تبتاعه سنتين أو سنتين»^١، وخبر أبي الربيع «قال: أبو عبدالله عليه السلام: كان أبو جعفر عليه السلام يقول: إذا بيع الحائط فيه النخل والشجر سنة واحدة، فلا يباعـ حتى تبلغ ثمرته، وإذا بيع سنتين أو ثلاثة فلا بأس ببيعه بعد أن يكون فيه شيء من الخصـرة أو الخضر»^٢، واطلاق موثق سماعة «قال: سـألتـ أباـ عبدـ اللهـ عليهـ السلامـ عنـ بـيـعـ الثـرـةـ قـبـلـ أـنـ تـدـركـ؟ـ فـقـالـ:ـ إـذـاـ كـانـ لـهـ فـيـ تـلـكـ الـأـرـضـ لـهـ غـلـةـ قـدـ أـدـرـكـتـ فـبـيـعـ ذـلـكـ كـلـهـ حـلـالـ»^٣، وصحـحـ الحـلـبـيـ عنـ أـبـيـ عـبدـ اللهـ عليهـ السلامـ «قالـ:ـ تـقـبـلـ الثـمـارـ إـذـاـ تـبـيـنـ لـكـ بـعـضـ حـلـمـهـ سـنـةـ وـإـنـ شـئـتـ أـكـثـرـ،ـ وـإـنـ لمـ يـتـبـيـنـ لـكـ ثـمـرـهـ فـلـاـ تـسـتـأـجـرـ»^٤، وـغـيـرـهـ مـنـ النـصـوصـ الـتـيـ لـمـ نـذـكـرـهـاـ،ـ وـمـنـهـاـ

١ و ٢ - الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث ١٠ و ٧ .

٣ و ٤ - الوسائل الباب ٢ من أبواب بيع الثمار الحديث ٢ و ٤ .

النصوص التي علقت الجواز على الاطعام والبلغ والدراء وبدوالصلاح وغيرها من أخبار الباب فراجع وتأمل.

حجّة القائل بالجواز هو الصحاح من الأخبار المعلل في بعضها بأنه إن لم يخرج هذه السنة خرج من القابل، منها صحيح يعقوب «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء النخل؟ فقال: كان أبي يكره شراء النخل قبل أن يطلع ثمره السنة، ولكن السنين الثلاث، كان يقول: إن لم يحمل في هذه السنة حمل في السنة الأخرى. قال يعقوب: وسألته عن الرجل يتبع النخل والفاكهه قبل أن يطلع سنتين أو ثلاث سنين أو أربعاً؟ قال: لا بأس أنا يكره شراء سنة واحدة قبل أن يطلع مخافة الآفة حتى يستين»^١، وصحيح سليمان «قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: لا تشتري النخل حولاً واحداً حتى يطعم، وإن شئت أن تبتاعه سنتين فافعل»^٢، وخبر أبي بصير الآخر^٣، وصحيح الحلبـي^٤، وصحيح ربعـي^٥، وصحيح علي بن جعفر^٦ وغيرها من الأخبار.

و ظاهر التذكرة الجواز وإن احتمل المぬع قويًا فيها، ومن هنا مال جماعة من متأنـرى المتأخرـين إلى الجواز، بل هو ظاهر الشهـيد الثاني وفي جامـع المقاصـد أنه لا يخلـونـ من قـوةـ، وفي الجوـاهـرـ لكنـ الانـصـافـ بعدـ ذـلـكـ كـلهـ أنـ الجـواـزـ لاـ يـخلـوـ منـ قـوـةـ وـانـ كانـ الأـحـوطـ خـلاـفـهـ، وـماـلـ إـلـيـهـ المـصـنـفـ وـقـوـاهـ فيـ المسـالـكـ.

أقول: الجواز قوي والاحتياط سبيل النجاة والله أعلم بالصواب.

ج ٢ ص ٥٢ قوله رحمـهـ اللهـ: «ولـوـ أـدـرـكـ ثـمـرـةـ بـسـتـانـ لـمـ يـجـزـيـعـ ثـمـرـةـ بـسـتـانـ الآـخـرـ وـلـوـ ضـمـمـ إـلـيـهـ، وـفـيـهـ تـرـدـدـ»، منـشـأـ التـرـدـدـ منـ أـصـالـةـ الصـحةـ، وـمـنـ جـهـالـةـ الـبعـضـ الآـخـرـ. حـجـةـ القـائلـ بـالـجـواـزـ هـوـ الـأـصـلـ وـعـمـومـ آـيـةـ «أـحـلـ اللـهـ الـبـيـعـ»، وـبعـضـ الروـاـيـاتـ الدـالـةـ عـلـىـ الجـواـزـ وـصـحـةـ الـبـيـعـ معـ الضـمـيمـةـ، وـالـضـمـيمـةـ شـيـءـ يـصلـحـ

بيعه منفرداً والبستان المدرك يصح بيعه منفرداً فيلزم من كله الجواز وهو المطلوب.

ومن الروايات خبر اسماعيل بن الفضل «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن بيع الثرة قبل أن تدرك ؟ فقال: اذا كان له في تلك الأرض بيع له غلة قد أدركت فبيع ذلك كله حلال»^١، الى غير ذلك من ذيل خبر أبي الربيع^٢ ونحوه، مضافاً الى ما قيل من أنه لا إشكال في بيع ما بداعصلاحه لحصول الشرط أو غيره أيضاً لضمه اليه، وقد عرفت عدم الاشكال والخلاف في جواز بيع الثرة الظاهرة مع الضميمة، فيندرج حينئذٍ مفروض المسألة فيها، خصوصاً بعد ما عرفت من عدم اعتبار المتبعية في هذه الضميمة وأنها ليست كضميمة المجهول وإن نوقشت في مثل هذا.

و في الجواهر: فلا ريب في أن الأصح الجواز، وفي الغنية: يجوز بيع الثرة الموجود بعضها المتوقع وجود باقيها عندنا وعند مالك ، وفي القواعد: ولو ظهر بعض الثرة فباعه مع المتتجددة في تلك السنة صحيحاً سواء اتحدت الشجرة أو تكثرت ، وسواء اختلف الجنس أو اتحد.

و في التذكرة: يجوز عندنا بيع الثمار بعد بداعصلاحها مع ما يحدث بعدها في تلك السنة أو سنة أخرى وبه قال مالك ، وفي الدروس: ويجوز اشتراط المتتجددة من الثرة في تلك السنة وغيرها مع حصر السنين ، سواء كان المشترط من جنس البارز أو غيره. ولو شرط ضم ما يتجدد من بستان آخر عاماً أو عامين احتمل الجواز. و ظاهر اللمعة كونه من المسلمين، لأنه قال: و يجوز بيع الخضر بعد انعقادها لقطة ولقطات ، كما يجوز بيع الثرة الظاهرة وما يتجدد في تلك السنة وفي غيرها ،

١ - الوسائل الباب ٢ من أبواب بيع الثمار الحديث .٢.

٢ - الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث .٧.

أي مع ضبطه السنين. وفي الروضة لأن الظاهر منها بمنزلة الضمية إلى المدعوم، سواء كانت متتجددة من جنس الخارج أم غيره. وقال بالجواز كثير من العلماء سدد الله خطاهم والله أعلم.

حجّة القائل بعدم الجواز هو أنّ لكل بستان حكم نفسه لعدده، ورواية عمار عن أبي عبد الله الصادق عليه السلام «سُئل عن الفاكهة متى يحل بيعها؟ قال: إذا كانت فاكهة كثيرة في موضع واحد فاطعم بعضها فقد حلّ بيع الفاكهة كلها، فإذا كان نوعاً واحداً فلا يحل بيعه حتى يطعم، فإن كان أنواع متفرقة فلا يباع شيء منها حتى يطعم كل نوع منها واحدة ثم تباع تلك الأنواع»^١.

وفي محكي الخلاف والمبسوط بل عن الخلاف الاجماع على عدم الجواز، ومقتضاه حينئذ عدم تناول الضمية مثل ذلك ، وعدم تناول نصوص الصحة المتقدمة آنفًا له أيضًا فيبقى مندرجًا في اطلاق دليل المنع. أقول: القول بالجواز لا يخلو من قوة بل هو راجع لمن تتبع أخبار الباب في الجواز وضعف مستند المانع، وفي المسألة مزيد بيان فليراجع في محله والله العالم بالصواب.

في بيع الحيوان

ج ٢ ص ٥٦ قوله رحمة الله: «وتملك المرأة كل واحد عدا الآباء وإن علوا والأولاد وإن نزلوا نسباً، وفي الرضاع تردد، والمنع أشهر»، منشأ التردد من أن الرضاع لحمة كل حمة النسب، ومن النصوص الدالة على الجواز.

حجّة القائل بعدم الجواز أي عدم تملك المرأة المذكورين من الرضاع كالرجل، هو المشهور بين المتأخرین، بل عن بعضهم دعوى الاجماع عليه لقول

١ - الوسائل الباب ٢ من أبواب بيع الثمار الحديث ٥.

الصادق عليه السلام في صحيح أبي بصير وأبي العباس وعبيد الذى رواه الصدوق بأسانيد متعددة «.. ولا يملك -أي الرجل- امه من الرضاع ولا ابنته ولا عمتها ولا خالتها فانهن اذا ملکن عتقن ، وقال: ما يحرم من النسب فانه يحرم من الرضاع مثل ذلك ، وقال: يملك الذكور ما خلا والداً أو ولداً، ولا يملك من النساء ذات رحم محروم ، قلت: يجري في الرضاع مثل ذلك؟ قال: نعم يجري في الرضاع مثل ذلك»^١ ونحوه خبر أبي بصير الآخر^٢ وزاد «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»، وصحيح الحلبى وابن سنان «في امرأة أرضعت ابن جاريتها، فقال عليه السلام: تعتقه»^٣، وفي صحيح عبيد «ولا يملك امه من الرضاعة»^٤، وسئلته ابن سنان ايضاً «عن امرأة ترضع غلاماً لها من مملوكة حتى تفطمها يحل لها بيعه؟ قال: لا، حرم عليها ثمنه، ثم قال: أليس قد قال رسول الله صلى الله عليه وآله: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، قد صار ابنها، فذهببت اكتبه فقال أبوعبد الله عليه السلام: ليس مثل هذا يكتب»^٥ الى غير ذلك من الأخبار الدالة على المنع في الرجل والقرابة في الرجل والمرأة واحدة.

وفي المسالك: والقول بالعدم هو الأقوى لما ذكر من الأخبار، خصوصاً التعليل في بعضها «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»، قوله «الرضاع لحمة كلحمة النسب».

حججة القائل بجواز تملك المرأة للعمودين والأولاد من الرضاع هو الروايات الدالة على جواز تملكها إياهم، منها خبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: اذا اشتري الرجل أباه وanaxاه فلكله فهو حرّ، إلا ما كان من

١- الوسائل الباب ٤ من ابواب بيع الحيوان الحديث ١

٢- الوسائل الباب ٤ من ابواب بيع الحيوان الحديث ٢، ٣ .

٣- الوسائل الباب ٧ من ابواب العتق الحديث ٧ .

٤- الوسائل الباب ٨ من ابواب العتق الحديث ٣ .

قبل الرضاع»^١، ومنها خبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام «في بيع الام من الرضاعة، قال: لا بأس بذلك اذا احتاج»^٢، ومنها خبر أبي عينية «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: غلام بيني وبينه رضاع يحلّ لي بيعه؟ قال: إنما هو ملوك إن شئت بعثه وإن شئت امسكته»^٣.

و في المقنعة لا يصح استرافق المرأة أبوها ولا أولادها ولا أخاها ولا عمتها ولا خالها من جهة النسب وتملكهم من جهة الرضاع.

ج ٢ ص ٥٧ قوله رحمه الله: «إذا حدد في الحيوان عيب بعد العقد وقبل القبض كان المشتري بالختار بين رده وامساكه وفي الأرش تردد»، منشأ التردد وتوجيهه ودليل الحاجة تقدم في تردد ص ٢٩ ج ٢، وجهه والترجيح فيه من أنه من مال البائع قيل القبض وقال في المسالك فيه: والأقوى ثبوت الأرش.

ج ٢ ص ٥٧ قوله رحمه الله: «وهل يلزم البائع أرشه فيه تردد والظاهر لا»، منشأه هنا من المصنف كسابقه وحجه واحدة، إلا أن في المسالك قال: الأجدد الأرش، فراجع تردد ص ٢٩ ج ٢ يكفيك دليلاً على المدعى في الموضوع، لأن فيه كفاية والجميع من باب واحد تقريراً فتأمل فيه.

ج ٢ ص ٥٧ قوله رحمه الله: «ولو قال له الريح لنا ولا خسران عليك فيه تردد والمروري الجواز»، منشأ التردد من عموم «المؤمنين عند شروطهم»، ومن كونه مخالفًا لمقتضى الشركـة.

حجـة القائل بالجواز هو أنها «تجارة عن تراض»^٤، وصحيح رفاعة «قال: سـأـلتـ أـباـ الحـسـنـ عـلـيـهـ السـلـامـ عـنـ رـجـلـ شـارـكـ آـخـرـ فـيـ جـارـيـةـ لـهـ وـقـالـ إـنـ رـجـنـاـ فـيـهـ فـلـكـ نـصـفـ الـرـيـحـ،ـ وـإـنـ كـانـ وـضـيـعـةـ فـلـيـسـ عـلـيـكـ شـيـءـ؟ـ فـقـالـ لـأـرـىـ

١ - ٢ - التهذيب ج ٨ ص ٢٥٤ الحديث ١١٨ و ١١٩ الطبع الحديث .

٣ - الوسائل باب ٤ من ابواب بيع الحيوان الحديث ٤ .

٤ - سورة النساء آية ٢٩ .

بهذا بأساً إذا طابت نفس صاحب الجارية»^١، وخبر أبي الربيع عن الصادق عليه السلام «في رجل شارك رجلاً آخر في جارية له فقال له إن راحت فلك نصفه وإن وضعت فليس عليك شيء؟ فقال: لا بأس بذلك إذا كانت الجارية للسائل»^٢، والى ذلك أشار المصنف بقوله: والمروي الجواز وظاهره الميل إليه، بل إليه ذهب جماعة كالشيخ والفضل في الخلاف والشهيد في الدروس.

حجّة القائل بعدم الجواز هو أنه مخالف لما دلّ على تبعية الربح والخسران لرأس المال، فيكون مخالفًا للسنة التي بمخالفتها يكون مخالفًا للكتاب أيضًا. وبه جزم الحلّي في السرائر قال بعد حكاية ذلك: إنه غير واضح ولا مستقيم لأنّه مخالف لأصول الذهب، لأنّ الخسران على رؤوس الأموال بغير خلاف فاذا شرطه أحدهما على الآخر كان مخالفًا للكتاب والسنة.

وفي المسالك: انه مخالف لمقتضى الشركة بل مقتضى الذهب، وأنّ الربح والخسران تابعين لرأس المال وهو الأقوى والرواية مع كونها واردة في بيع خاص يمكن تأويتها بما يوافق الأصل.

أقول: ما قوّاه في المسالك قويّ ووجيه والله أعلم بالصواب.

في شرائط بيع السلف

ج ٢ ص ٦٢ قوله رحمه الله: «وإذا كان الشيء مما لا يضبط بالوصف لم يصح السلم فيه كاللحوم نيء ومشوية والخبز، وفي الجلد تردد وقيل يجوز مع المشاهدة»، ينشأ التردد من عدم ضبطها، ومن مشاهدتها.

حجّة القائل بعدم الجواز سلماً إذا كان الشيء مما لا يضبط وصفه هو المشهور وبعض الأخبار الناهية، اذ لم يجز فرضه مضموناً بمثله ولا يضبطه

الوصف . وفي خبر جابر «سألت الباقر عليه السلام عن السلف في اللحم؟ فقال: لا تقربنـه فـانه يعطـيك مـرة السـمين وـمرة التـاوي وـمرة المـهزـول ، واشتـرـ معـاينـة يـدـاً بـيـدـ، قال: وـسـأـلـتـه عن السـلـفـ في روـاـيـاـ المـاءـ؟ فـقـالـ: لا تـقـربـنـهاـ فـانـهـ يـعـطـيـكـ مـرـةـ نـاقـصـةـ وـمـرـةـ كـامـلـةـ»^١ ، وـمـنـ عـمـكـ اـمـكـانـ ضـبـطـهـاـ وـمـعـرـفـتـهـاـ عـلـىـ وـجـهـ تـرـقـعـ جـهـاتـهـ ، وـلـاـ يـؤـديـ إـلـىـ عـزـةـ الـوـجـودـ إـلـاـ بـالـمـشـاهـدـةـ التـيـ يـخـرـجـ مـعـهـاـ عـنـ السـلـمـ لـشـدـةـ اـخـتـلـافـ قـيـمـتـهـاـ مـعـهـاـ ، وـمـنـ هـنـاـ كـانـ الـشـهـورـ نـقـلاـ وـتـحـصـيـلاـ الـمـنـعـ ، وـفـيـ الـمـسـالـكـ : وـالـأـجـودـ الـمـنـعـ مـطـلـقاـ لـلـاـخـتـلـافـ وـعـدـمـ الـانـضـبـاطـ .

حـجـةـ القـائـلـ بـالـجـواـزـ مـعـ الـمـشـاهـدـةـ التـيـ تـدـفـعـ مـحـذـورـ الـجـهـالـةـ ، هـوـ قـوـلـ الشـيـخـ الطـوـسيـ رـحـمـهـ اللهـ وـالـقـاضـيـ فـيـهـ حـكـيـ عـنـهـاـ لـارـفـاعـ الـجـهـالـهـ بـالـمـشـاهـدـةـ ، وـرـدـهـ الـمـصـنـفـ رـحـمـهـ اللهـ بـأـنـهـ بـالـمـشـاهـدـةـ يـخـرـجـ عـنـ وـضـعـ الـسـلـمـ ، وـأـجـابـهـ صـاحـبـ الـمـسـالـكـ مـوجـهـاـ كـلـامـ الشـيـخـ بـأـنـهـ اـنـاـ يـخـرـجـ مـعـ تـعـيـنـ الـمـيـعـ ، وـكـلـامـ الشـيـخـ أـعـمـ مـنـهـ فـيمـكـنـ حـمـلـ كـلـامـ الشـيـخـ عـلـىـ مـشـاهـدـةـ جـمـلةـ كـثـيرـةـ يـكـونـ الـسـلـمـ فـيـهـ دـاخـلـاـ فـيـ ضـمـنـهـ ، وـهـذـاـ الـقـدـرـ لـاـ يـخـرـجـ عـنـ الـسـلـمـ كـمـاـ لـوـشـرـطـ الـثـرـةـ مـنـ بـلـدـ مـعـيـنـ أوـ الـغـلـةـ مـنـ قـرـيـةـ مـعـيـنـةـ لـاـ تـحـبسـ عـادـةـ ، هـذـاـ تـوـجـيـهـ الـمـسـالـكـ وـإـنـ اـسـتـجـودـ الـمـنـعـ لـلـاـخـتـلـافـ وـعـدـمـ الـانـضـبـاطـ .

وـفـيـ الـجـواـهـرـ أـلـأـجـودـ الـجـواـزـ بـنـاءـاـ عـلـىـ مـاـ ذـكـرـهـ فـيـ الـمـسـالـكـ ، إـذـ جـعـلـ الـسـلـمـ فـيـهـ كـلـياـ مـعـلـومـاـ مـضـمـونـاـ فـيـ الـذـمـةـ ثـمـ اـشـتـرـطـ الـأـدـاءـ مـنـ الـمـشـاهـدـ ، بلـ قـيلـ إـنـ ظـاهـرـ الـخـبـرـيـنـ يـقـضـيـ الصـحـةـ مـطـلـقاـ ، أـحـدـهـماـ «ـاـنـيـ رـجـلـ قـصـابـ أـبـيـعـ الـمـسـوـكـ قـبـلـ أـنـ أـذـبـ الغـنـمـ؟ـ فـقـالـ عـلـيـهـ الـسـلـامـ:ـ لـيـسـ بـهـ بـأـسـ،ـ وـلـكـنـ اـنـسـبـهـاـ إـلـىـ غـنـمـ أـرـضـ كـذـاـ وـكـذـاـ»^٢ ،ـ وـفـيـ الـآـخـرـ «ـرـجـلـ يـشـتـرـىـ الـجـلـودـ مـنـ الـقـصـابـ فـيـعـطـيـهـ كـلـ يـوـمـ شـيـئـاـ

١ - الوسائل الباب ٢ من أبواب السلف الحديث ١
٢ - المصدر الباب ٥ من أبواب السلف الحديث ٤

معلوماً؟ قال عليه السلام: لا بأس به»^١، وإن نوتش فيما بل الشهرة على خلافها.

وقد يقال بالصحة أيضاً لو فرض إمكان المعلومية بمشاهدة انموذج يرفع الجهالة ولا يؤدي إلى عزة الوجود، ولعل مراد الشيخ ذلك من المشاهدة التي حكم بالجواز معها كما في الجواهر فراجع وتأمل والله أعلم.

ج ٢ ص ٦٣ قوله رحمه الله: «وكذا التردد في جارية حامل لجهالة الحمل، وفي جواز الاسلاف في جوز القز تردد»، منشأ التردد من أنه موصوف والمقصود بالبيع حال من هذه الموانع، ومن الجهالة في الموضوعين.

حجّة القائل بجواز الاسلاف في جارية حامل وفي جوز القز الموصوفان بما يرتفع معه الغرر والجهالة للطبع. وفي الجواهر: الأجدود الجواز في الجميع بعد أن كان المدار في المنع عزة الوجود المعلوم منعها في المقام كما هو واضح، كوضوح جواز الاسلاف في جوز القز لذلك بعد الوصف بالطراوة والبيس واللون والبلد. وفي المسالك: المشهور الأجدود الأول، لإمكان وصف الأول بالصفات المعتبرة في المسلم من غير أداء إلى العسر واعتفار الجهالة في الحمل لأنه تابع. وقال في القراءة والأصح الجواز لأن المقصود بالبيع حال من هذه الموانع والدود ليس بمقصود وهو في حكم المنور الذي لا فائدة فيه.

حجّة القائل بعدم جواز الاسلاف في الجارية الحامل وفي جوز القز، وقال بالمنع الشيخ الطوسي رحمه الله محتاجاً على الأول عزة الوجود وجهالة الحمل وعدم إمكان وصفه، واحتج للثاني -أعني جوز القز- بأنّ في جوفه دوداً ليس مقصوداً ولا فيه مصلحة، فإنه اذا ترك فيه أفسده لانه يقرضه ويخرج منه، وإن مات فيه لم يخبر من حيث إنه ميتة.

ج ٢ ص ٦٥ قوله رحمه الله: «ولودفع خمسين وشرط الباقي من دين له على المسلم اليه، صحيح فيها دفع وبطل فيما قابل الدين، وفيه تردد»، منشأه من أن الدين مقبوض، ومن شرط التقادب في المجلس.

حجّة القائل بالصحة هو أنّ الدين بمنزلة المقبوض في المجلس لأنّه في ذمة المسلم اليه، وقال به المصنف رحمه الله على كراهة، وفي المسالك والأقوى الصحة في الجميع، الظاهر من كلامه أنّ بعض الثن في الذمة أو كله، وفي التقييّح الرائع ولو كان الثن ديناً على البائع صحيح على الأشبه لكنه مكرور.

حجّة القائل بعدم الصحة هو أنّ بيع السلف شرطه التقادب في المجلس، والدين الذي في الذمة ليس تبعيضاً في المجلس، لهذا تردد به المصنف ومنعه ابن ادريس محتجاً بأنه بيع دين بدين، وقال بالبطلان غيره من علمائنا سدّ الله خطاهم.

في دين المملوك

ج ٢ ص ٧٠ قوله رحمه الله: «وكان لرأذن له المالك أن يشتري لنفسه وفيه تردد»، ينشأ التردد من أنه عبد مملوك لا يقدر على شيء، ومن أنه مأذون بالشراء الكاشف عن صحة التصرف.

حجّة القائل بعدم وقوع الشراء للعبد لأنّه لا يملك ما اشتراه فإذا بطل الشراء لنفسه فهل يقع صحيحاً لسيده أم لا؟ يحتمل الأول لأنّه أذن له في الشراء، وأنّه لنفسه أي لنفس العبد، فإذا بطل لنفسه يبقى الأذن في الجملة بالشراء فيكون لسيده. وقيل: لا يقع للسيّد أيضاً لأنّ الأذن في الشراء لنفسه وقع فاسداً، فلا يترتب عليه صحة البيع، لأنّ الأذن تعلق بأمر واحد وهو الابتياع لنفسه، فحيث لم يصحّ كان الابتياع باطلًا لأنّه غير مأذون فيه، وهذا القول هو الذي قوّاه في المسالك.

حجّة القائل بوقوع البيع وأنه يملّك فيما إذا أذن له في ابتياع أمّة كان للعبد وطيّها بهذا الأذن، لأنّها إذا كانت مملوكة للعبد كان جميع التصرفات له حلالاً من جملتها الوطّي . وفي التذكرة أنّ العبد لا يملّك فحينئذ يملّكه المولى الاستحاله ملك لا مالك له، ولكن للعبد استباحة التصرف والوطّي لو كان أمّة لا من حيث الملك بل لاستلزماته الأذن . وفي المسالك جعل منشأ التردد كون العبد يملّك وطّي الأمّة المبتاعة وهذا يحتمل أمرين ... معترفاً بوضوح فسادها معاً، وفي العبارة تشوّيش فراجع وتأمّل فيه والله أعلم.

كتاب الرهن

في شرائط الرهن

ج ٢ ص ٧٦ قوله رحمه الله: «وفي رهن المدبر تردد والوجه أن رهن رقبته إبطالاً لتدبيره»، منشأ التردد من أن الرهن رجوع في التدبير الذي هو من العقود الجائزه، ومن الرهن لا يستلزم نقله عن ملك الراهن.

حجّة القائل بعدم صحة الرهن للمدبر هو أنّه إبطال لتدبيره كما هو رأى المصنف رحمه الله وغيره من المتأخرین، وفي المسالك نسبته للأكثر وأنّ رهن رقبته إبطال لتدبيره كبيعه وهبته ونحوهما في العقود التي يكون الغرض منها تملك من انتقل اليه، أو استيفاء الدين من قيمته إذ لا يتم ذلك إلا بالرجوع في التدبير، الذي هو من العقود الجائزه كغيره من الوصية، فيكون حينئذ قصد شيء منها كافياً في الرجوع للمتنافي بينه وبين القصد السابق كالتدبير.

حجّة القائل بصحّة الرهن للمدبر هو أنّ الرهن لا يستلزم نقله عن ملك الراهن ويجوز فكه، فلا يتحقق التنافي بين الرهن والتدبير كما حکي عن الشیخ، وفي التذكرة يصحّ رهن المدبر عند علمائنا، وفي المبسوط والخلاف يصحّ الرهن ويبطل التدبير، ثم قوی صحتها فإن بيع بطل التدبير وإلا فهو بحاله، وتبعه ابن ادریس وهو حسن. وقيل اذا كان قصد المولى رهنه باقياً على صفة التدبير فيصحّان معاً، أي الرهن والتدبير. وفي المسألة أقوال أخرى فيها تفصيل فراجعها في محلها كما تعرض لها صاحب الجواهر، والمشهور القوي أن الرهن إبطال للتداری لأنّه كالرجوع عنه، كما قواه الشهید الثاني في شرح الملمعة والله أعلم بالصواب.

ج ٢ ص ٧٧ قوله رحمه الله: «ويصح رهن العبد المرتد ولو كان عن فطرة والجاني خطأ

وفي العمد تردد والأشباه الجواز، ينشأ التردد في العمد من استحقاقه القتل فهو بحكم التالف، ومن بقاء ماليته بالفعل ولاحتمال العفو.

حجّة القائل بصحة رهن الجاني عن عمد، هو جواز العفو من المجنى عليه، وفي المسالك الأقوى الجواز كما يصح بيده وقد تقدم، وفي الجوادر الأشباه باصول المذهب الجواز فيها أي في الخطأ والعمد، لحصول المقتضي الذي هو استجمام شرائط الرهن حال الرهانة وعدم المانع، إذ لا يثبت مانعية حق الجنائية عن البيع ونحوه فضلاً عن الرهانة. واحتمال القصاص والاسترقاق للكل وبعض غير قادر، كما إذا جنى وهو رهن إذ لا يعتبر في الاستئثار نفي سائر الاحتمالات.

حجّة القائل بعدم صحة رهن الجاني عمداً، هو أن أمره يرجع إلى المجنى عليه فهو بحكم العدم أو التالف، والمقصود من الرهن اطمئنان صاحب المال وهو مفقود هنا، واحتمال العفو من الجاني لا يثمر الثوقي التام.

وفي المبسوط: إذا كانت الجنائية عمداً فقد وجّب عليه القصاص، وإن كانت خطأً فليس به أن يسلمه إلى من جنى عليهم، فإنها تتعلق برقبة العبد والسيد بالخيار بين أن يفديه أو يسلّمه لبياع في الجنائية، فأيّهما فعل فالرهن على البطلان لأنّه وقع باطلًا في الأصل فلا يصح حتى يستأنف. وفي الخلاف إذا جنى العبد جنائية ثم رهنه بطل الرهن سواء كانت الجنائية عمداً أو خطأً، دليلنا على بطلانه أنه إذا كان عمداً فقد استحق المجنى عليه العبد، وإن كان خطأً تعلق الأرش برقبته فلا يصح رهنه.

في المرتهن

ج ٢ ص ٧٩ قوله رحمة الله: «وإذا شرط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه أو لغيره، أو وضع الرهن في يد عدل معين لزم، وإن لم يكن للراهن فسخ الوكالة على تردد»، ينشأ التردد من أن الوكالة من العقود الجائزه التي من شأنها تسلط كل منها على الفسخ واشتراطها لا

يقتضي لزومها وإلا لم تبطل بالموت، ومن القول باللزوم.

حجّة القائل بجواز الفسخ هو الأصل أي أصل البراءة من اللزوم فيكون كالشروط في العقود الجائزة، ومن أن اشتراط الوكالة لا يقتضي لزومها، ولو كانت كذلك لما بطلت بالموت. وفي المسالك فإذا شرط ذلك فهل للراهن فسخها بعده؟ قوله، أحدهما الجواز إما لأن الوكالة من العقود الجائزة ومن شأنها تسلط كل منها على الفسخ، أو لأن الشروط لا يجب الوفاء بها وإن كانت في عقد لازم، وفيه مناقشة في محلها من كتب الفقه فراجع.

حجّة القائل بعدم جواز الفسخ هو العمومات الواردة من قبل «المؤمنون عند شروطهم»^١، والوفاء بالعقود^٢، ومن الاجماع المنقول عن الغنية. والمشهور بين الأصحاب عدم الجواز لفسخ الوكالة للراهن، وفي السرائر نسبة الخلاف فيه إلى أهل الخلاف مثُلًاً بعدم الخلاف بيننا، وفي الجواهر لعله كذلك فاني لم أجده إلا من الشهيد في اللمعة، وقال به المصنف: إلا أنه تردد فيه. وفي الجواهر أيضًا: إن الوكالة وإن كانت من العقود الجائزة بالذات لكن لا بأس بإنزالها من جهة العارض كالشرط ونحوه، أقول: وهذا القول لا يخلو من قوة والله العالم بالصواب.

في أحكام الراهن والرهن

ج ٢ ص ٨٢ قوله رحمه الله: «ولوباع أو وهب وقف على اجازة المرتهن وفي صحة العتق مع الاجازة تردد والوجه الجواز»، نفس الصفحة قوله رحمه الله: «وكذا المرتهن وفي عنقه مع اجازة الراهن تردد والوجه المنع»، منشأ التردد من كون العتق ايقاعاً فلا يكون موقوفاً لاعتبار التجيز فيه، ومن أن المانع حق المرتهن وقد زال باجازته، وجده التردد الثاني قريب مما سبق.

١ - الوسائل الباب ٢٠ من ابواب المهرور الحديث ٤ .

٢ - سورة المائدة آية ١ .

حجّة القائل بالجواز هو: أنّ المعتق المالك وتعلق حق المرهن مانع، فتى زال بجازة أو فك عمل المقتضي عمله، كما هو واضح في الفك الذي لا ريب في أنّ الإجازة أولى منه بالصحة كما في الجواهر، وفي المسالك من أنّ المانع حق المرهن وقد زال بجازته وهو أقوى، وكذلك التردد الثاني من أنّ المأذون والمأمور بعقد عبده من غيره يصح عتقه وينتقل إلى ملك الأمر والمأذون له قبل ايقاع الصيغة آنناً ما، والتزام مثله في الاذن اللاحقة على معنى حصول الكشف بها عن دخوله في ملكه آنناً ما قبل العتق، كما لو وبه من نفسه فضولاً ثم اعتقد فأجاز المالك الهمة، فإنه ينكشف حينئذٍ وقوع العتق في الملك.

حجّة القائل بعدم الجواز في المقامين، أما الأول فلأنّ العتق ايقاع ولا يصح فضولاً لأنّه يعتبر فيه التجيز، ولا يقع معلقاً على الإجازة المتعقبة لاعتبار نية القربة فيه. وأما الثاني فلأنّ المرهن غير مالك ولا عتق إلا في ملك فيكون كالفضولي لا يصح عتقه، فهو باطل قطعاً ما لم يسبق الاذن في العتق، وهذا استوجبه المصتف المنع كما في القواعد، ومحكمي السرائر والدروس وغاية المراد والتنفيذ وشرح الارشاد والروضة والمسالك، بل قيل إن كثيراً من الأصحاب لم يتوقف في الحكم لأنّ المرهن غير مالك ولا عتق إلا في ملك ، وهو الأقوى والله أعلم.

ج ٢ ص ٨٣ قوله رحمه الله: «وَكَذَا إِنْ رَهَنَ الْأَرْضَ لَمْ يَدْخُلِ الزَّرْعَ وَلَا الشَّجَرَ وَلَا النَّخْلَ وَلَوْقَالْ بِحَقِّوقَهَا وَهَمْ فِيهِ تَرَدْدٌ»، ينشأ التردد من توهم كون الشجر من حقوقها، ومن ظهور عدمه إذ لا يعد من حقوقها لغةً ولا عرفاً.

حجّة القائل بعدم الدخول مطلقاً لعدم تناول اللفظ له، أي لفظ الأرض لا يتناول الشجر والزرع ولو قال بحقوقها، لأن الزرع والشجر ليس من حقوق الأرض لغةً ولا عرفاً. وفي المسالك:الأصح عدم الدخول.

حجّة القائل بدخول الزرع والشجر اذا قال بحقوقها، هو رأي المصتف وفيما عن الشيخ حيث قال في المبسوط:فإن قال بحقوقها دخل البناء والشجر فيه.

أقول: المسألة من المواقف الخارجية يرجع فيها إلى العرف، وإن كان عدم الدخول لا يخلو من قوة.

ج ٢ ص ٨٤ قوله رحمه الله: «ولورهن من مسلم خمراً لم يصح فلو انقلب في يده خلاً، فهو له على تردد»، وجه التردد من استيلاء يد المرهن عليها أي الخمرة فصارت خلاً فهي ملكه، ومن أن يد الراهن لم تزل على الرهن في الجملة فهي له.

حجّة القائل بأنها للمرهن هو أنه بعد فساد الرهانة للخمرة بقيت بلا مالك، فحين انقلابها أصبحت تملك فيملكتها المرهن كسائر المباحثات، لاستيلاء يده عليها مع النية أو بدونها على القولين، خصوصاً إذا كانت الخمرة غير محترمة يعني غير متخصّة للتخليل، وهذا لو غصّبها غاصب فتخلّلت في يده كانت ملكاً له دون المنصوب منه، بل اطلق في القواعد والمحكي عن المبسوط والإياضحة ملكية الغاصب للخمرة المتخلّلة في يده. وفي المسالك إذا كانت غير محترمة فالأقوى أنها للمرهن.

حجّة القائل بأنها للراهن هو أنه أولى بها من المرهن لسبق يده ولا تعارضه يد المرهن، خصوصاً بعد المناقشة بأن مثل هذا كسائر المباحثات. وفساد الرهانة لا ينافي كون اليد للأول، سيما إذا كانت الخمرة محترمة أي إنها متخصّة للتخليل، وهذا قال المصنّف «وفي تردد»، بل في جامع المقاصد والمسالك أنّ الأقوى كونها للأول أي للراهن إذا كانت محترمة.

وفي الجواهر: ولعلّ الأقوى صيرورتها ملكاً للأول على كل حال بالتلخّل، أي سواء كانت محترمة أو غير محترمة، للأولوية التي مبنها حصول المانع للسبب في بعض الأزمنة، فيبقى الباقى على مقتضى عمله فيه نحو ما سمعته في القصير المرهون المنقلب خمراً ثم خلاً، ضرورة كون الجميع من واد واحد فإنّ السبب الذي اقتضى الملك قبل الخمرية باق على حسب استعداده، وإنما منعه حال الخمرية ما دامت باعتبار مادّة على عدم ملكها الذي لا يقتضي بطلان أصل السبب، بل أقصاه بطلان أثره ما دام المانع فإذا زال عمل المقتضي مقتضاه.

ومن هنا لم يشترط في ملكية الاول حصول يده عليه، لأن الملك له هو السبب الاول لا يده، وحينئذ فلا فرق بين المحترمة وغيرها ، وبين الماخوذة قهراً من يده اذا فرض تخللها وغيرها .

وعن غصب التذكرة ما يظهر منه الاجماع على الخمرة المتخللة في يد الغاصب للمغصوب منه حيث نسبه الى مذهبنا ، بل عن غصب الخلاف أنه لا خلاف فيه .
أقول: القول بأنها للراهن لا يخلو من قوة والله أعلم .

كتاب المفلس

في منع التصرف

ج ٢ ص ٩٠ قوله رحمه الله: «وَكَذَا لَوْ أَقْرَبَ عَيْنَ دُفِعَتْ إِلَى الْمَقْرَلَهُ، وَفِيهِ تَرَدُّدٌ»، ينشأ التردد من أن العين التي أقرّ بها ليست من ماله فتدفع للمقرّله، ومن أن حق الغرماء يتعلق بأعيان الأموال وهي منها.

حجّة القائل بنفوذ الاقرار بالعين فتدفع إلى من أقرّ له بها، هو أنها بالاقرار تكون ليست من مال المفلس ليشملها الحجر على ماله. وفي الجواهر بناءً على نفوذ اقراره يتوجه دفعها إلى المقرّله مع التصديق، وإلا خرجت عن ملك المقرّل فلا يتعلق بها حجر ولم يكن للغرماء تعلق بها، واختار العلامـة في الإرشاد والشهـيد وجـمـاعـة نـفـوذ الـاقـرار بـالـدـين أوـالـعـيـنـ، وـهـوـخـيـرـةـ التـذـكـرـةـ وـقـالـ بـثـبـوـتـهـ فيـالـعـيـنـ دونـالـدـينـابـنـاـدـرـيـسـ، وـهـوـاخـتـيـارـ المـصـنـفـ رـحـمـهـالـلـهـ وـإـنـ تـرـدـدـ فـيـهـ بـعـدـ ذـلـكـ .

حجّة القائل بعدم نفوذ الاقرار بها، هو أنه اقرار مناف لحق الغير كالرهن وغيره، كما أنه خيرة المحكي عن المبسوط والتحرير عدمه في النفوذ فيما أي في الدين والعين المقتربـهاـ، فيـشـارـكـ الغـرـمـاءـ لـأـنـ الـاقـرارـ يـعـارـضـ حـقـ الغـيرـ، بلـ هوـ منـدرجـ فيـ الـحـجـرـ عـلـيـهـ فـيـ الـمـالـ، وـفـيـ مـحـكـيـ التـذـكـرـ أـنـهـ تـقـسـمـ أـيـ العـيـنـ عـلـيـ الغـرـمـاءـ، ولـعـلـلـهـ لـعـدـمـ صـحـةـ الـاقـرارـ مـعـ رـدـ المـقـرـلـهـ وـعـدـمـ تـصـدـيقـهـ .

أقول: الذي يظهر من مجموع الأقوال في المسألة عدم النفوذ في الموضعين أي في الدين وفي العين والله العالم.

في اختصاص الغريم بعين ماله

ج ٢ ص ٩١ قوله رحمه الله: «ولو كان النماء متصلةً كالسمن أو الطول، فزادت لذلك قيمته قيل له أخذه لأنّ هذا النماء يتبع الأصل وفيه تردد»، وجه التردد من أنّ الزيادة صفة مخصوصة فلا تعد مالاً، ومن أنّ الزيادة ملكاً للمفلس لأنّها نماء ماله.

حجّة القائل بأن النماء المتصل يتبع الأصل أي للبائع عند إفلاس المشتري، هو أنّ هذه الزيادة مخصوصة صفة وليس من فعل المفلس فلا تعد مالاً له، ولأنّه يصدق على البائع انه وجد عين ماله فيرجع به، وهذا هو قول الشيخ الطوسي رحمه الله وجماعة منهم العلامة.

حجّة القائل بعدم تابعية النماء للأصل وأن النماء للمشتري المفلس، هو أنّ الزيادة ملكاً للمفلس وإن لم تكن بفعله لأنّها نماء ملكه، وأنّ الرجوع في العين على خلاف الأصل فيقتصر فيه على ما لا يستلزم فوات مال المفلس. ولا نسلم أنها بقيت عين ماله بل هي مع شيء آخر، فإن رجع البائع في العين يكون شريكًا للمفلس بقدر الزيادة. ومن هنا كان خيرة جماعة منهم الفاضل في الختلاف وابن الجنيد والحقوق الثاني من أنّ الزيادة للمفلس لكنها لا تمنع من رجوع البائع لعدم سلبها صدق اسم وجدان العين فإذا رجع كان شريكًا معه بالنسبة، كما في الجواهر والله أعلم.

كتاب الحجر

في الموجبات

ج ٢ ص ١٠٠ قوله رحمه الله: «الوصف الثاني الرشد وهو أن يكون مصلحاً لماله، وهل يعتبر العدالة؟ فيه تردد»، منشأ التردد هو الخلاف بين العلماء في اعتبارها وعدمها.

حجّة القائل باعتبار العدالة في رفع الحجر عنه هو الاجماع المنقول عن الغنية، وعن الرّاوندي وابن المكارم وفخر الاسلام اعتبارها، وفي شرح اللمعة قيل يعتبر مع ذلك أي مع الرشد العدالة، فلو كان مصلحاً لماله غير عدل في دينه لم يرتفع عنه الحجر للنبي عن ايتاء السفهاء المال.

وقال الشيخ في مبسوطه: وainاس الرشد منه أن يكون مصلحاً لماله عدلاً في دينه فأما اذا كان مصلحاً لماله غير عدل في دينه أو كان عدلاً في دينه غير مصلح لماله فانه لا يدفع اليه ماله، ومتى كان غير رشيد لا يفك حجره وإن بلغ وصار شيئاً.

حجّة القائل بعدم اعتبار العدالة وكفاية الرشد هو ما في الجواهر بلا خلاف أجدده فيه، بل الاجماع بقسميه عليه بل الكتاب والسنة داللة عليه أيضاً، والمرجع فيه العرف كما في غيره من الألفاظ التي لا حقيقة شرعية لها ولا لغوية مخالفة للعرف.

و عن مجمع البحرين عن الصادق عليه السلام في تفسير الآية الشريفة وهي قوله تعالى «فإن آنستم منهم رشدًا فادفعوا إليهم أموالهم»، انه حفظ المال^١ ، ولعل

١ - الوسائل الباب ٤ من ابواب احكام الوصايا الحديث ٧

مرجع الجميع الى شيء واحد وهو ما صدق عليه عرفاً انه رشيد بالنسبة الى المال، والمشهور نقلأً وتحصيلاً بل في المسالك ومحكي التذكرة نسبته الى أكثر أهل العلم العدم، أي عدم اعتبار العدالة إذ لا ريب في صدق العرف بدونها.

وعن جمجم البیان أن الرشد هو العقل وإصلاح المال، وهو المروي عن الباقي عليه السلام^١.

أقول: بعد التتبع في أطراف المسألة لا يبعد القول بعدم اعتبار العدالة، وأن المسألة مرجعها العرف وهو لا يرى وراء إصلاح المال والاتزان في التصرف في المال، لهذا يقوى في النظر القول بعدم اعتبارها والله العالم بالصواب.

في أحكام الحجر

ج ٢ ص ١٠٢ قوله رحمه الله: «لا يثبت حجر المفلس إلا بحكم الحاكم وهل يثبت في السفيه بظهور سفهه فيه تردد والوجه أنه لا يثبت»، وجه التردد الخلاف في ثبوت الحجر وارتفاعه أنه بحكم الحاكم أم لا في الموضعين.

حججة القائل بثبوت الحجر بظهور السفة وعدم توقفه على حكم الحاكم، هو أن المقتضي للحجر هو السفة فيجب تتحققه وإذا ارتفع زال المقتضى فيجب أن يزول، ولظاهر الآية الشريفة قوله تعالى «إِنَّ آنَسَتُمْ مِنْهُمْ رَشْدًا فَادْفَعُوهُ إِلَيْهِمْ»^٢، حيث علق الأمر بالدفع على ايناس الرشد فلو توقف معه على أمر آخر لم يكن الشرط صحيحاً، ومفهوم الشرط عند المحققين والمفهوم هنا أنه مع عدم ايناس الرشد لا يدفع اليهم، فدل على أن وجود السفة وزواله كافيان فياثبات الحجر ورفعه، لأن السفة والرشد متقابلان، ولظاهر قوله تعالى «فَإِنْ كَانَ

١ - الوسائل الباب ٥ من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٦.

٢ - سورة النساء الآية ٦ .

الذى عليه الحق سفيهاً»^١ الآية، أثبتت عليه الولاية بمجرد السفة فتوقفها على أمر آخر يحتاج إلى دليل وهذا هو الأقوى كما في المسالك.

وفي الجواهر بعد كلام طويل ومن ذلك كله يظهر قوة القول بعدم توقفه ثبوتاً وزوالاً على حكم الحاكم، وفacaً جامعاً المقاصد والروضه والمسالك والكافية والمفاتيح، بل هو خيرة الملة ثبوتاً لا زوالاً، أقول: القول بعدم توقفه على حكم الحاكم لا يخلو من قوة والله أعلم.

حجّة القائل بتوقف الحجر و زواله على حكم الحاكم، هو أنّ الحجر حكم شرعي لا يثبت ولا يزول إلا بدليل شرعي. وأنّ السفة أمر حقي والأنظار فيه تختلف فناسب كونه منوطاً بنظر الحاكم، وهو الذي اختاره المصنّف رحمه الله وفacaً للفاضل ومحكي المبسوط وشرح الارشاد للكركي المشهور توقف الحجر على حكم الحاكم فيقوى حينئذ توقف ازالته عليه، كما ذكره صاحب الجواهر رحمه الله وفي المسألة مزيد بيان فراجع وتأمل والله أعلم.

ج ٢ ص ١٠٢ قوله رحمه الله: «ولو أودعه وديعة فأتلفها ففيه تردد والوجه أنه لا يضمن»، وجه التردد من أن اتلاف مال الغير سبب في ضمانه، ومن تفريط المودع باعطائه وقد نهى الله عنه.

حجّة القائل بضمان السفيه الحجر عليه الوديعة هو العمومات أولاً «كمن أتلف مال غيره فهو له ضامن»، ونحوه «على اليدما أخذت حتى تؤدي»، إلى غير ذلك . وثانياً الإيداع من مكلف بعد أن لم يكن فيه اذناً بالاتلاف ليس تفريطاً ليسقط معه حرمة المال ويخرج به عن عمومات الضمان.

وفي الجواهر: ظهر حينئذ قوة القول بالضمان وفacaً للتذكرة وجامعاً المقاصد

والمسالك والروضه وجمع البرهان على ما حكى عن بعضها، إذ هو حينئذ كالغصب الذي لم أجده خلافاً في ضمانه، بل هو منه ضرورة كون السفيه بالغاً عاقلاً، بل لعله أفحش منه. هذا ما ذكر في الباب الظاهر طبق القواعد الشرعية في الضمان لا يبعد القول به والله أعلم.

حجـة القائل بعدم الضمان هو الأصل أولاً، ثانياً أن المودع فرط في الابداع بعد نهي الله تعالى عن اتـيـان السـفـيهـ المـالـ فهو سبـبـ أـقوـيـ منـ المـباـشرـ، واستوجه المصـنـفـ رـحـمـهـ اللهـ عدمـ الضـمانـ كـماـ عنـ اـرشـادـ الفـاضـلـ.

ولأن اسماعيل بن الامام الصادق عليه السلام «أراد أن يستبعض رجلاً فهـاهـ أبوـعبدـالـلهـ عـلـيـهـ السـلـامـ عـنـ ذـلـكـ لأنـ ذـلـكـ الرـجـلـ كـانـ يـشـرـبـ الـخـمـرـ،ـ فـخـالـفـ وـاسـتـبـضـعـهـ فـاستـهـلـكـ مـالـهـ،ـ فـحـجـ أـبـوـعبدـالـلهـ عـلـيـهـ السـلـامـ وـحـجـ مـعـهـ اـبـنـهـ اـسـمـاعـيلـ،ـ فـجـعـلـ يـطـوـفـ بـالـبـيـتـ وـيـقـولـ:ـ اللـهـمـ أـجـرـنـيـ وـاـخـلـفـ عـلـيـ،ـ فـلـحـقـهـ أـبـوـعبدـالـلهـ عـلـيـهـ السـلـامـ فـهـمـزـهـ بـيـدـهـ مـنـ خـلـفـهـ فـقـالـ لـهـ:ـ مـهـ يـاـ بـنـيـ فـلـاـ وـالـلـهـ مـالـكـ عـلـىـ اللـهـ حـجـةـ وـلـاـ لـكـ اـنـ يـأـجـرـكـ وـلـاـ يـخـلـفـ عـلـيـكـ وـقـدـ بـلـغـكـ اـنـهـ يـشـرـبـ الـخـمـرـ فـائـتـمـنـتـهـ...ـ «اـلـىـ اـنـ قـالـ»ـ:ـ فـإـنـ اللـهـ تـعـالـىـ فـيـ كـتـابـهـ يـقـولـ «ـوـلـاـ تـؤـتـواـ السـفـهـاءـ اـمـوـالـكـ»ـ،ـ فـأـيـ سـفـيهـ أـسـفـهـ مـنـ شـارـبـ الـخـمـرـ،ـ إـنـ شـارـبـ الـخـمـرـ لـاـ يـزـوـجـ وـلـاـ يـؤـتـمـنـ عـلـىـ أـمـانـةـ فـنـ اـتـمـنـهـ عـلـىـ أـمـانـةـ فـاستـهـلـكـهـاـ لـمـ يـكـنـ لـلـذـيـ اـتـمـنـهـ عـلـىـ اللـهـ عـزـوجـلـ أـنـ يـؤـجـرـهـ وـلـاـ يـخـلـفـ عـلـيـهـ»ـ^١ـ.ـ هـذـاـ وـفـيـ الـمـسـأـلـةـ مـزـيدـ تـفـصـيلـ فـيـ بـاـبـاـ مـنـ كـتـبـ الـفـقـهـ وـالـلـهـ أـعـلـمـ.

جـ ٢ـ صـ ١٠٣ـ قولـهـ رـحـمـهـ اللهـ:ـ «ـاـذـ حـلـفـ انـعـقـدـتـ يـمـينـهـ وـلـوـ حـنـثـ كـفـرـ بـالـصـومـ وـفـيـ تـرـدـدـ»ـ،ـ يـنـشـأـ التـرـدـدـ مـنـ أـنـهـ مـنـعـ مـنـ التـصـرـفـ الـمـالـيـ فـيـ كـفـرـ بـالـصـومـ،ـ وـمـنـ أـنـ الكـفـارـ تـصـيرـ حـينـئـذـ وـاجـبـةـ عـلـيـهـ وـهـوـ مـالـكـ لـلـمـالـ فـيـخـرـجـ مـنـ الـمـالـ.

١ - سورة النساء الآية ٥ .

٢ - الوسائل الباب ٦ من ابواب احكام الوديعة الحديث ١

حجّة القائل بوجوب الكفارة بالصوم، هو أن السفيه منع التصرف المالي كما صرّح به الفاضل وثاني الشهيدين والشيخ فيما حكى عن مبسوطه من غير تردد ولا نقل خلاف. وفي المسالك لما كان السفيه أباً مينع من التصرفات المالية فإذا خلف على فعل شيء أو تركه حيث تكون اليمين منعقدة في غيره ينعقد مينه لأنّه لا يتعلّق بالمال ومثله نذر ذلك وعهده، أمّا لو كان متعلق النذر نفس المال بأنّ نذر أباً ميصدق بمال مثلاً فإنّ كأنّ معيناً بطل النذر وإنّ كان في الذمة صحّ... إلى أن قال: فإذا حلف مثلاً على شيء وحنت وجبت عليه الكفارة قطعاً، لأنّه بالغ عاقل، وهل يكفر بالصوم أم بالمال؟ تردد المصنف رحمه الله...، إلى أن قال: والأقوى أنه يكفر بالصوم وبه قطع العلامة في كتبه.

حجّة القائل بوجوب الكفارة بالمال، هو أنّه مالك للمال فتخرج من المال كما تخرج الواجبات من الزكاة والخمس ومؤونة الحجّ الواجب والكفارة التي قد سبق وجوبها على الحجر، أقول: إنّ المحجور عليه منع من التصرف المالي فكل عمل يأتي به صحيح ما لم يكن فيه صرف مال فعلى هذا تكون الكفارة بالصوم أقوى وأوجّه والله العالم.

كتاب الضمان

في الضمان المؤجل والحال

ج ٢ ص ١٠٨ قوله رحمه الله: «والضمان المؤجل جائز اجتماعاً وفي الحال تردد أظهره الجوانز»، منشأ التردد من أن الغرض من الضمان تسهيل الأمر على المضمون عنه فيجوز، ومن أنّ ضمان المؤجل بالحال حال عن الغرض فلا يصح.

حجّة القائل بصحة ضمان المؤجل حالاً، هو العمومات السالمية عن معارضته ما يقتضي اعتبار الأجل فيه كالسلم، واجماع الغنية بناءً على شموله للغرض، وقال به بعض الأصحاب حتى من الشيخ في المكي عن ميسوطه وفي محكى السرائر.

وقد يوجد في بعض الكتب لأصحابنا: ولا يصح ضمان مال ولا نفس إلا بأجل، والمراد بذلك اذا اتفقا على التأخير والأجل فلا بد من ذلك ولا يصح إلا بأجل محروس، فأما اذا اتفقا على التعجيل فيصبح الضمان من دون أجل، وكذا اذا اطلق العقد، والى هذا القول ذهب شيخنا في ميسوطه، وهو حق اليقين لأنّه لا يمنع منه مانع، ومن ادعى خلافه يحتاج الى دليل ولم نجده كما نص عليه في الجواهر، ثم قال: ومقتضى ذلك خروج المسألة عن الخلاف، إذ هو منحصر فيما سمعت من العبارات المحتمل فيها ذلك، مؤيداً بعدم العثور على دليل يدلّ على اعتبار الأجل فيه نحو اعتباره في التسليم، وحينئذ يكون وجهاً للخلاف في المسألة اعتبار الأجل في الضمان وعدمه، وهذا هو الظاهر من العبارة من غير مدخلية حلول الدين وأجله.

أقول: هذا وفي المسألة تفاصيل يطول ذكرها فالقول بصحة الضمان لا يخلو

من قوة والله أعلم.

حجّة القائل بعدم صحة ضمان المؤجل حالاً، هو ما في محكى المقنعة والنهاية لا يصح ضمان نفس أو مال إلا بأجل. وفي محكى الوسيلة إنما يصح الضمان بتعيين أجل المال، وعدّ في محكى الغنية من شروط صحته أن يكون إلى أجل معلوم، ثم عد شرطين آخرين وادعى الاجماع، وظاهر هذه العبارة اعتبار الأجل في الضمان على نحو اعتباره في السلم، وهذا هو الذي أشار إليه في المتن بقوله «فيه تردد».

في الحق المضمون

ج ٢ ص ١٠٩ قوله رحمه الله: «وَكَذَا مَا لِيْسَ بِلَازِمٍ، لَكِنْ يَؤُولُ إِلَى الْلَّزَومِ، كَمَالِ الْجَعَالَةِ قَبْلِ فَعْلِ مَا شَرَطَ، وَكَمَالِ السَّبْقِ وَالرِّمَايَةِ عَلَى تَرَدُّدٍ»، ينشأ التردد من أنّ عقد الجعالة سبب قام لثبوت المال فيضمن، أو جزء سبب فيلزم ضمان ما لم يجب. حجّة القائل بصحّة الضمان بمجرد العقد، هو كضمان الثن في زمن الخيار وغيره لوجود سبب الوجوب وانتهاء الأمر فيه إلى اللزوم، كما نقل عن التذكرة وفاصاً للمحكى عن المبسوط والتحرير وللمختلف وجمع البرهان إلا أنه قال: إذا شرع في العمل، بل لعله المراد ما عن الخلاف والغنية يصح ضمان مال الجعالة اذا فعل ما شرط الجعالة به، بناءً على ارادة الكشف من الشرط المزبور بقرينة استدلاهم عليه بقوله تعالى «وَلَمْ جَاءَ بِهِ حَمْلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ»^١، وقوله صلى الله عليه وآله «الزعيم غارم»^٢.

و مرجع الثاني أي مال السبق والرمایة الى العمومات التي هي العمدة، مضافاً الى ما عن المختلف من الاستدلال عليه بمسיס الحاجة اليه فجاز ضمانه، وكقوله «التي متاعك وعلى ضمانه»، والى ما عن التذكرة من وجود سبب

١ - سورة يوسف الآية ٧٢

٢ - المستدرك ج ٢ الباب ٤ من أبواب الدين والقرض الحديث^٤

الوجود وانهاء الأمر فيه الى اللزوم، كالثمن في مدة الخيار كما ذكره صاحب الجواهر رحمه الله.

حجّة القائل بعدم صحة ضمان مال الجعالة وغيره مما ذكر، هو احتمال عدم سبيبة عقد الجعالة لثبت المال في الذمة، وإنما العقد جزء السبب الذي هو مع العمل، فيكون الضمان حينئذ قبل تمامه ضماناً ما لم يجب، والآية الشريفة محمولة على ارادة التعهد العرفي لا العقدي، وأيضاً لا سبب للوجوب قبل اتمام العمل، وانهاء الأمر الى اللزوم بعد عدم الثبوت فعلاً لا يجدي.

نعم لو قلنا إن عقد الجعالة سبب تام في الثبوت في الذمة وإن عرض له البطلان بعدم تمام العمل أو بالفسخ أو غير ذلك، اتجه حينئذ صحة ضمانه للثبت في الذمة حينئذ فعلاً وإن كان معرضًا للبطلان لأنّه لا ينافي صحة الضمان والظاهر أنّ تردد المصنف في أصل ثبوت مال الجعالة في الذمة قبل العمل، لا أنه متربّد في صحة الضمان بعد الثبوت كما ذكر ذلك صاحب الجواهر رحمه الله، ومثله يجري في مال السبق والرمایة، ويأتي الكلام في بابه إن شاء الله تعالى.

أقول: لا يبعد القول بصحة ضمان ما ثبت في الذمة وإن كان متزللاً ثبوته كالبيع في أيام الخيار، وقد سبق الكلام فيه والله العالم بالصواب.

ج ٢ ص ١٠٩ قوله رحمه الله: «وفي ضمان الاعيان المضمونة كالغصب والمقبوض بالبيع الفاسد، تردد والأسبه الجواز»، منشأ التردد من أنه ضمان مال مضمون على المضمون عنه، ومن أنّ الثابت وجوب الشيء وهو ليس بهال.

حجّة القائل بجواز ضمان الاعيان المضمونة هو العمومات، مثل قوله تعالى «اوفوا بالعقود»^١، وقوله صلى الله عليه وآلـه «الزعيم غارم»^٢ وغير ذلك، ولأنّه

١ - سورة المائدة الآية ١ .

٢ - المستدرك ج ٢ الباب ٤ من أبواب الدين والقرض الحديث .

ضمان مال مضمون على المضمون عنه، كما هو اختيار المصنف والفضل في المحكي عن تحريره وارشاده ومحكي المبسوط كما ذكره صاحب الجوهر، وأما نص عبارة المبسوط قوله: وأما الأعيان المضمونة مثل المغصوب في يد الغاصب والعارية في يد المستuir، اذا شرط ضمانها فهل تصح ضمانها عمن هي في يده أم لا؟ فيه وجهان: أحدهما يصح ضمانها لأنها مضمونة وهو الصحيح. إنتهى كلامه رفع مقامه.

حجّة القائل بعدم جواز ضمان الأعيان المضمونة كالمغصب والمقبوض بالبيع الفاسد، هو الأصل عند الشك فيه عدم ترتّب الأثر في مثل هذا الضمان، وأنّ الضمان كما عرفت هو نقل المال من ذمة إلى أخرى تعريفه هذا، وأما ضمان قيمتها أو مثلها إن كانت مثليّة فهو بعد تلفها، ضمانها قبل حصول السبب ضمان ما لم يجب وهو باطل، ومن هنا كان خيرة ثانى الشهيدين والحققين وفخر الإسلام على ما حكى عنها عدم الجواز، ومن دعوى الاجماع على اشتراط أن يكون مالاً في الذمة في الحق المضمون.

ثم الأعيان المضمونة إنما يجب ردّها وهو ليس بمال في الذمة والغاصب يكون مخاطباً به فيكون الضمان على هذا ضم ذمة إلى ذمة أخرى وهو ليس من أصولنا، وإن ذمة المضمون عنه مشمولة بالرد ما دامت العين موجودة والقيمة أو المثل عند تلفها، ومثله غير كافٍ في الضمان الذي هو نقل المال من ذمة إلى ذمة أخرى. وفي المسالك الأقوى عدم الجواز. أقول: القول بعدم الجواز لا يخلو من قوة فراجع والله أعلم.

في لواحق الضمان

ج ٢ ص ١١٠ قوله رحمه الله: «وكذا لو فسخ المشتري بعيّب سابق، أما لوطالب بالأرش رجع على الضامن لأن استحقاقه ثابت عند العقد وفيه تردد»، منشأ التردد من أنّ

الأرش ثابت حين العقد، ومن أنه لا يثبت إلا بعد الاختيار له.
حجّة القائل بصحّة ضمان الأرش، هو أنّه مال ثابت في ذمة المضمون عنه
كما في القواعد وغيرها، لتحقّق شرط الضمان لأنّ الأرش جزء من الثمن ثابت
وقت الضمان.

وفي شرح اللمعة والحقّ أنه - أي الأرش - أحد الفردان الثابتين تخيراً حالة
البيع فيوصف بالثبوت قبل اختياره كأفراد الواجب اختياراً. والحاصل: أنّ
الأمرتين الثابتة أحدهما تخيراً يصدق عليها أنها ثابتان، لأنّ السبب وهو العيب
كان حاصلاً حالة البيع فالمسبب عنه وهو استحقاق المشتري لاختيار الأرش أو
الردّ كان ثابتاً لامحالة، إذن لا مانع من ضمان الأرش ودرك العيب بعد كونه
ثابتاً ولو تخيراً.

حجّة القائل بعدم صحّة الضمان، هو أنّ الاستحقاق له إنما حصل بعد
العلم بالعيوب واختيار أخذ الأرش، والموجود من العيب حالة العقد ما كان
يلزم به تعين الأرش بل التخيير بينه وبين الرد فلم يتعين الأرش إلا بعد الضمان
أي ضمان الأرش. وحاصل الاستدلال على عدم صحّة ضمان الأرش هنا، أنّ
الضمان يجب أن يكون لشيء قد ثبت وجوده وثبت استحقاق المضمون له إليه
فيضمنه الضامن تأميناً على دركه لدى الحاجة، وعن التحرير الجزم بالعدم كما في
الجواهر.

أقول: يظهر للمتبوع قوة القول بالعدم والله العالم.

ج ٢ ص ١١٢ قوله رحمه الله: «إذا كان الدين مؤجلاً فضمنه حالاً لم يصح، وكذا لو
كان إلى شهرين فضمنه إلى شهر لأن الفرع لا يرجح على الأصل وفيه تردد»، وجه التردد من
عدم رجحان الفرع وهو الضامن على الأصل وهو المضمون عنه، ومن أنّ الذمة
مشغولة بمال وزيادة الأجل ونقصه لا يضرّ بالضمان.

حجّة القائل بعدم صحّة الضمان، هو أنّه يلزم منه ترجيح الفرع على

الأصل، ووافق المصطفى على المنع فخر الإسلام والكركي، بل عن المختلف أنه استحسنه، بل قد عرفت أن الأولي مقتضى ظاهر من اعتبر الأجل في الضمان وإن كان ذلك حقيقة أخرى غير ما نحن فيها، ولذا منع منها هنا من لم يعتبر الأجل فيه كما ذكر ذلك صاحب الجواهر.

حجّة القائل بصحّة الضمان هو أنّ مانعية زيادة الفرع على الأصل غير ثابتة، ودعوى اعتبار مشروعية الضمان على المساواة ممنوعة، كدعوى أن ذلك من ضمان ما لم يجب باعتبار أنّ الحلول زيادة في الحق، وكذا نقصان الأجل أيضًا لا مانع من ذلك، وكذلك دعوى الارفاق لا دليل عليها بل ظاهر الأدلة خلافها كما ذكر ذلك صاحب الجواهر. وفي المسالك قال قد تقدم الكلام في ذلك وأنّ الأقوى صحته فيما، وهو مختار المصنف هناك ولكن رجع من الجزم إلى التردد أو إلى الحكم بخلافه.

أقول: ومن هذا يظهر قوّة القول بصحّة الضمان في الفرض والله أعلم.

كتاب الحوالة

في الشرائط

ج ٢ ص ١١٣ قوله رحمه الله: «ويشترط تساوي المالين جنساً ووصفاً تقصياً من التسلط على الحال عليه إذ لا يجب أن يدفع إلا ما عليه وفيه تردد»، ينشأ التردد من أن حقيقة الحوالة تحويل ما في ذمة الحيل إلى ذمة الحال عليه فلا بد من التساوي، ومن جواز الحوالة على البرئ مع الرضا.

حجّة القائل بشرط التساوي أي تساوي المالين، هو ما عن الشيخ في مبوسطه وابني زهرة وحمزة والقاضي أنه يشترط في صحة الحوالة التساوي في المالين الحال به وال الحال عليه ، بل لعله ظاهر النافع وغيره مما عرف فيه الحوالة بتحويل المال من ذمة إلى ذمة مشغولة بمثله، بل عن التذكرة من مشاهير الفقهاء وجوب المتساوي في الدينين للأصل بعد عدم اطلاق في نصوص الباب.

على أن في الحكم بالبطلان تخلصاً من تسلط على الحال عليه بشيء لم تشتعل ذمته به، لأنّه لا يلزم إلا بدفع مثل ما عليه جنساً ونوعاً ووصفاً. والحاصل: أن الثابت من مشروعية الحوالة النقل المذكور لغيره.

وبعضهم استدل على المطلوب بأن حقيقة الحوالة كما ذكر، تحويل ما في ذمة الحيل إلى ذمة الحال عليه، فإذا كانت على الحيل دراهم وله على الحال عليه دنانير كيف يصير حق المحتال عليه دراهم ولم يقع عقد يوجب ذلك؟ فإن الحوالة إن كانت استيفاء كان بمنزلة من استوفى دينه وأقرضه الحال عليه فحقه الدرارم لا الدنانير، وإن كانت معاوضة فليست على حقيقة المعاوضات التي يقصد تحصيل ما ليس بحاصل من جنس مال أو زيادة قدر أو وصف، وإنما هي

معاوضة إرفاق ومساحة للحاجة، فاشترط فيها التجانس والتساوي لئلا يتسلط على الحال عليه بما ليس في ذمته، إلى آخر ما ذكره صاحب الجوادر رحمه الله واختار بقوله مقتضى الأصول العدم.

حجّة القائل بعدم الاشتراط والجواز مع التساوي وعدمه، هو جواز الحوالة على البرئ كما عن المسوتو في موضع منه والتذكرة والتحرير والتقييم واللمعة والإيضاح وجامع المقاصد وغيرهم اختيار الجواز.

وفي المسالك أنه إن اشترطنا رضا الحال عليه وجوزنا الحوالة على البرئ فلا وجه للمنع أصلًاً، لأنّه لوم يكن على الحال عليه ذلك الجنس لتصح، فإذا كان ورضي تعين الجواز، بل يتعين القول به متى اعتبرنا رضاه خاصة، لأنّ الحوالة إن كانت استيفاء كما هو الظاهر فالاستيفاء جائز بالجنس وغيره مع التراضي، وإن كان اختياراً فكذلك جواز المعاوضة على المختلفين. وليس معاوضة بيع حتى يعتبر فيها التقابض حيث يعتبر فيه نعم قد نقول هنا مع جواز الحوالة على البرئ، إنّ الحق لم يتحول إلى الدنارين وإنما لزم الحال عليه للمحال دنارين وبقيت الدرهم في ذمته للمحيل فيعتبر في التناقض تراض جديد...، إلى آخر كلامه. وأشكل عليه في الجوادر فراجع وتأمل.

في أحكام الحوالة

ج ٢ ص ١١٤ قوله رحمه الله: «إذا قال أحلك علىك فقبض المحيل قصدت الوكالة وقال المحتال إنما أحلكني بما عليك، فالقول قول المحيل لأنّه أعرف بلفظه وفيه تردد»، من شأنه من أنّ المحيل بما قصد لا يعرف إلا من قبله، ومن الأصل إرادة الحقيقة أي الحوالة بعنانها المتعارف.

حجّة القائل بأنّ القول قول المحيل، هو أنّه أعرف بما قصد بلفظه إذ لا يعرف إلا من قبله، مضافاً إلى أصالة بقاء المال ملكاً للمحيل وبقاء حق المحتال في

ذمته، وتعارف عقد الوكالة بنحو ذلك كتعارف اسم التحويل على الوكيل الذي لا دين له، خصوصاً إذا كان المراد الآذن في القبض له لا للموكل، بل عن المسالك نسبته إلى الشيخ رحمه الله وجماعة وإن كنا لم نتحققه كما قال صاحب الجواهر.

نعم في قواعد الفاضل أنه أقرب، وفي المبسot ما لفظه: فأماماً إذا اختلفا فيه فقال المحيل وَكْلَتُكَ في ذلك الحق بلفظ الوكالة، وقال بل أحلتني عليه بديني بلفظ الحوالة، فالقول قول المحيل بلا خلاف لأنهما اختلفا في لفظه فكان هو أعرف به من غيره، هذا في اختلاف اللفظ، والكلام في اتحاده لا يخفى على المتأمل.

حجّة القائل بأن القول قول المحتال، هو أن الأصل إرادة الحقيقة التي هي الحوالة بالمعنى المتعارف بخلاف الوكالة، وإن صحّ عقدها بلفظ التحويل بالقرينة، بل في جامع المقاصد ومكي التحرير ترجيح قول المحتال لأنّه الموقّف للأصل المزبور الذي يجب حمل اللفظ عليه حال التجدد عن القرينة، وإلا لزم الاغراء بالجهل، بل لو قدح احتمال التجوز لقبح في جميع الأبواب من بيع أو صلح واقرار ونكاح وغيرها، فيكون قول المحيل مخالفًا للأصل يكلف بالبينة كما في الجواهر.

وفي المسالك: هذا التوجيه حسن لو سلمنا كون الحوالة مجازاً في الوكالة لكنه محل نظر، لأن الوكالة لما كانت تتحقق في ضمن كل لفظ يدلّ على الآذن بطريق الحقيقة، وكان معنى الحوالة مؤدياً لذلك لأن معنى أحلتك كما يحتمل إرادة تحويل المال من ذمة إلى ذمة، يحتمل إرادة تحويل المطالبة من المحيل إلى المحتال، ففائتها تسليطه على الحال عليه. أو نقول: إن دلالتها على الآذن للمحظى حاصله على التقديرتين، وإنما الكلام في معنى الزائد على الآذن وهو تحويل الحق...، ثم قال: وكون المراد منها الحوالة بالمعنى المتعارف أظهر لا شبهة

فيه، لكنه لا يدل على مجازية الآخر لجواز كونه من باب المشترك الذي يراد به أحد معانيه بقرينة، وإلا فرجم الأمر إلى أنه هل هو من باب الحقيقة أو المجاز أو من باب المشترك الذي دلت القرائن على إرادة أحد معنييه...، إلى أخير ما نقله عنه صاحب الجواهر، ثم يرد عليه من نواحي كثيرة، وذكر الجميع يطول أخذنا محل الحاجة والله أعلم فراجع وتأمل.

ج ٢ ص ١١٤ قوله رحمه الله: «إذا أحال المشتري البائع بالثمن ثم رد البيع بالعيوب السابق بطلت الحوالة لأنها تتبع البيع وفيه تردد»، منشأ التردد من أن الحوالة تابعة للبيع، ومن أن الحوالة ناقلة للمال إلى ذمة الحال عليه إذ هي عقد مستقل.

حجّة القائل ببطلان الحوالة إذا رد بالعيوب المبيعاً كما سبق، هو أنّ الحوالة تابعة لصحة البيع فإذا بطل البيع بطلت، لاستحالة وجود التابع من حيث هو تابع بدون متبعه، وهو مذهب الشيخ الطوسي رحمه الله، قيل: واليه يرجع ما في الإيضاح وجامع المقاصد، وعن مجمع البرهان إنه أقوى لأنها تتبع البيع في ذلك.

وفي القواعد بطلت إن قلنا إنها استيفاء، فإذا بطل الأصل بطلت هيئة الارفاق كما لو اشتري بدراهم مكسرة فأعطاه صاححاً ثم فسخ فإنه يرجع بالصحيح، وإن قلنا إنها اعتراض لم تبطل كما لو استبدل عن الثمن ثواباً ثم رد بالعيوب فإنه يرجع بالثمن لا الشوب، ولعله لهذا التفصيل تردد فيه المصنف رحمه الله كما ذكره في الجواهر، والله العالم بالصواب.

حجّة القائل بعدم بطلان الحوالة، هو الأصل أي أصل اللزوم في عقدها واستصحابه يقتضي عدم البطلان، وهي من توابع البيع يعني أنها اقتضت الحوالة بالثمن الذي هو أحد أركانه لا من توابعه في البطلان، إذ هي عقد مستقل برأسه. وإن قلنا إنها استيفاء لكنه بعقد لازم فلا ينفسخ بانفساخ العقد بخلاف ما لو كان بدفع ونحوه، من حيث إنه ليس عقداً مبنياً على اللزوم، بل هو من توابع الملك بالبيع المفروض انفساخه فيتبعه بخلاف المفروض، الذي قد حصل

الملك به للدين بسبب آخر غير المبيع وهو الحوالة فلا وجه لأنفسها بانفساخه. بل دعوى كونها من التوابع بالمعنى المزبور من المصادر حينئذ، بل لا فرق بين قبض المحتال ما أحيل به وعدمه في ذلك ...، الى آخر ما ذكره صاحب الجواهر، ثم قال: وإن استشكل فيه الفاضل في القواعد من أنّ الحوالة كالقبض وهذا لا يحبس البائع بعدها السلعة.

أقول: اذا انكشف بطلان البيع لا يبعد القول ببطلان الحوالة لأنها تتبعه
والله العالم.

كتاب الكفالة

في أحكام الكفالة

ج ٢ ص ١١٧ قوله رحمه الله: «وإن عين موضعاً لزم، ولو دفعه في غيره لم يبراً. وقيل: إذا لم يكن في نقله كلفة، ولا في تسلمه ضرر، يجب تسلمه، وفيه تردد.»، وجه التردد من عدم الضرر في قبضه، ومن العمل طبق الشرط فلا يجب تسلمه.

حجّة القائل بوجوب تسلمه في غير الموضع المعين له اذا لم يكن ضرر ولا كلفة في قبضه، هو أنه لا خصوصية للمحل المعين وإنما هو دفع الضرر عن المستلم. وقال الشيخ الطوسي في المبسوط: إذا تكفل على أن يسلّمه إليه في موضع فسلّمه إليه في موضع آخر، فإن كان عليه مؤونة في حمله إلى موضع تسليمه لا يلزمته قبوله ولا يبرأ الكفيل، وإن لم يكن عليه فيه مؤونة ولا ضرر لزمه قبولة، انتهى كلامه، وقال به القاضي رحمه الله.

حجّة القائل بعدم وجوب المستلم في غير المكان المعين، هو العمل بالشرط ويشمله حديث «المؤمنون عند شروطهم»^١، وأنه لا يصدق عليه التسلّم التام، وقال به في الجواهر، وفي المسالك لا يجب تسلّمه وإن انتفى الضرر عملاً بالشرط. أقول: القول بعدم وجوب التسلّم في غير الموضع المعين لا يخلو من قوة والله أعلم.

ج ٢ ص ١١٧ قوله رحمه الله: «الثامنة: لا تصح كفالة المكاتب على تردد»، وجه التردد من جواز فسخ الكتابة فلا يصح، ومن جواز عقد المكافحة المشروطة.

حجّة القائل بعدم صحة كفالة المكاتب، هو أنّ الكتابة المشروطة جائزة من قبله فلا يتعين عليه أداء مال فلا تصح كفالته، لأنّ الفرض منها حضوره لأداء ما عليه. وقال الشيخ الطوسي في المبسوط: إذا تكفل ببدن المكاتب لسيده لم يصح، لأن الدين في ذاته لا تصح الكفالة به فلم تصح ببدنه لأجله. انتهى كلامه، ولأن المكاتب يجوز أن يعجز نفسه.

حجّة القائل بصحة كفالة المكاتب المشروط، هو عدم اقتضائه الفساد. وفي المسالك أنه إما عبد أو مديون وكلاهما مجوز للكفالة ومحظ للاحضار، وعن الفاضل جواز كفالة العبد، إلا أنك قد عرفت تقييده له بالأباق، بل ظاهر المحكي عن غيره اعتبار الإباق، وقد عرفت النظر في أصل صحة الكفالة في ذلك، وإن كان لا يخلو من وجہ باعتبار كونه مكلفاً مستحقاً عليه الحضور بخلاف الدابة ونحوها من الأموال، كما ذكر ذلك صاحب الجواهر رحمه الله والله أعلم.

كتاب الصلح

في أحكام النزاع في الأموال

ج ٢ ص ١٢٤ قوله رحمه الله: « ولو صالحهم على احداث روشن، قيل لا يجوز لأنّه لا يصح إفراد الهواء بالبيع وفيه تردد»، منشأ التردد من جواز الصلح على المعلوم والجهول فيصح، ومن أنه فرع على البيع فلا يصح.

حجّة القائل بالجواز هو عمومات الصلح المقتضية جوازه وإن قلنا بعدم إفراده في البيع، لكن في الدروس: أما لوصولوا أي أهل الدرج على ذلك ببعض فإنه لازم مع تعين المدة، وإن كان بغير عوض بين على أصالة الصلح أو فرعية للعارية. وفي التذكرة: ولو صالح واسع الروشن أو الجناح أو السباط أو باب الدرج وأصحاب السكة على وضعه، جاز على الأظهر عندنا. أقول: القول بالجواز قويّ متين والله العالم.

حجّة القائل بعدم الجواز هو عدم صحة إفراد الهواء بالبيع، والصلح فرع البيع كما ذكر الشيخ الطوسي في المبسوط ما لفظه: وإذا أشرع جناحاً إلى زقاق غير نافذ، قد بيّنا أنه لا يجوز له ذلك، لأن ملاكه معينون فإن صالحوه على تركه ببعض يأخذونه منه لم يخبر، كأن في ذلك إفراداً للهباء بالبيع وذلك لا يصح.

ج ٢ ص ١٢٥ قوله رحمه الله: « ولو صالحه على ابقاءه في الهواء، لم يصلح على تردد»، وجه التردد من عدم جواز إفراد الهواء بالصلح تبعاً للبيع، ومن كونه عقداً مستقلاً وهو صلح على منفعة.

حجّة القائل بعدم جواز الصلح، هو عدم إفراد الهواء بالصلح تبعاً للبيع. منع الشيخ الطوسي رحمه الله من الصلح على إبقاء الغصن في الهواء بناءً على أصله

السابق من عدم إفراد الهواء بالصلح تبعاً للبيع، نص عبارة المبسوط: فإن قال صاحب الشجرة لصاحب الدار: صالحني على مال يبذل له ليترك الأغصان بحالها فصالحة، نظر فإن كان الغصن رطباً يؤيد فالصلح باطل، لأنّه مجهول فإنه يزيد في كل حال ولا يعرف قدره، ولأنّه بيع الهواء من غير قرار، وذلك لا يجوز ... إلى آخر كلامه رحمه الله.

حجّة القائل بالجواز هو كون الصلح عقداً مستقلاً، مع عدم كون ذلك صلحاً عن الهواء بل هو صلح عن منفعة قائمة مقام الاجارة كما في الجواهر، فيصبح الصلح على الأغصان الزائدة اذا انتهت في الزيادة بحسب نظر أهل الخبرة، فيصبح مطلقاً على إبقاءها سواء كانت على حائط الجار أو في الهواء، نبه عليه في المسالك وقواه في الجواهر خلافاً للمحكي عن الشيخ الطوسي رحمه الله.

أقول: الأقوى الجواز مع ضبط المدة في الموردين كما سبق والله أعلم.

كتاب الشركة

في أحكام الشركة

ج ٢ ص ١٣٣ قوله رحمة الله: «وهل يفتقر الحيز في تملك المباح الى نية التملك؟ قيل: لا، وفيه تردد.»، من شأنه من أنّ اليد سبب للملك ، ومن أصالة عدم التملك في المباح مطلقاً.

حجّة القائل بعدم افتقار الحيازة الى النية، هو أنّ اليد والسلطنة سبب في الملك ، وهذا تجوز الشهادة بمجرد اليد من دون توقف على أمر آخر، ولأنّ الحيازة سبب لحصول الملك للمباح في الجملة قطعاً بالاتفاق، لأنّ أقصى ما يقول المشترط للنية أنّها سبب ناقص فحصول الملك بها في الجملة أمر محقق . واشترط النية لا دليل عليه فينافي بالأصل ، ومعارضة ذلك بأصالة عدم حصول الملك للمباح إلا بالنية تقتضي تساقطها فيبقى سببية اليد من غير معارض.

ومن أنّه قد تكرر في فتوى الأصحاب ، إنّ ما يوجد في جوف السمكة مما يكون في البحر من أحجار ثمينة وغيرها ، يملكه المشتري ولا يجب دفعه إلى البائع للسمكة ، وأيّد ذلك في جامع المقاصد بأنه لو اشترطت النية في الحيازة في حصول الملك لم يصح البيع قبلها لانقضاء الملك ، كما ذكر ذلك صاحب الجواهر رحمة الله .

حجّة القائل بلزم النية لحيازة المباح للأصل ، أي الأصل عدم الملك في المباح من غير نية ، ومتي تختلف الملك عن النية انتفى الملك حتى لو وضع الحيز يده على شيء غير ناوي ملكه ، لم يكن فيما بينه وبين الله مالكاً لعدم حصول ما يوجبه ، فإنه لم يقصد الحيازة ولا الملك وإنما اتفق له قبضه بيده ، ومع هذا الحكم

له ظاهراً بالملك فلو قال : إني مانويت الملك ولا الحيازة وإنما وضعت يدي عبشاً
كيف يحكم له بالملك قهراً ! هذا مما لا دليل عليه.

وعلى كل حال فالذى أطبق الفأس على فعله ، البناء على ما في اليد ظاهراً
الملك لا الحكم بالملك في نفس الأمر ، والكلام إنما هو في تحقق الملك للمحيز فيما
بينه وبين الله تعالى لا بحسب الظاهر ، وفرق بين الأمرين كما في المسالك ، ثم
قال رحمه الله : واعلم أن المسألة موضع تردد لكثير من أكابر الفقهاء كالمصنف
والشيخ والعلامة في كثير من كتبه وجماعه آخرين ، وجملة الأقوال فيها يرجع الى
ثلاثة ، الاكتفاء بمجرد الحيازة ، والافتقار معها الى النية ، والاكتفاء بالحيازة مع
عدم نية عدم الملك ... ، الى آخر كلامه رفع مقامه .

أقول : المسألة يدور أمرها بين الظاهر والواقع ، في الظاهر أنه مالك والواقع
الله أعلم به .

كتاب المضاربة

في العقد

ج ٢ ص ١٣٧ قوله رحمه الله: « ولو شرط أن يشتري أصلًا يشتركان في غائه كالشجر أو الغنم، قيل: يفسد لأنّ مقتضاه التصرف في رأس المال، وفيه تردد.»، منشأ التردد من أنّ مقتضى العقد التصرف برأس المال بالبيع والشراء، ومن أنّ حصول النماء بسعى العامل.

حجّة القائل بعدم صحة المضاربة في مثل هذا الشرط، هو أنّ مقتضى عقد المضاربة أو مقتضى القراض الذي هو رديف المضاربة، التصرف في رأس المال بالبيع والشراء وتحصيل الربح بالتجارة، وهذا الشرط الأمر ليس كذلك لأنّ فوائده يحصل بغير تصرف بل من عين المال، وبأنّ المضاربة تقتضي معاوضية إحداها بالشراء والآخر بالبيع وأقل ما يتحقق كان بشمرة وربما يظهر الربح والانضاض، المضاربة تدلّ على ملك العامل بالمطابقة وعلى كل واحد بالتضمن فنفعه من أحداها مخالف لمقتضاهما إلى آخر ما ذكر صاحب المسالك رحمه الله.

وفي الجوهر لم أجد من جزم من أصحابنا بالصحة، ثم قال: لا أقل من الشك في تناول الاتلاقات له والأصل الفساد إلى آخر ما هناك . أقول: عدم الصحة لا يخلو من قوة والله أعلم.

حجّة القائل بصحة المضاربة مع هذا الاشتراط، هو أنه حصل إنما بسعى العامل إذ لو لا شراءه لم يحصل النماء، وذلك من جملة الاسترباح بالتجارة كما في المسالك . وفي الجوهر من امكان منع اعتبار ذلك في القراض، الذي هو دفع المال

من ربّه والعمل من العامل والاشتراك فيما يحصل من ذلك سواء أكان نماء فعل أو مال، إذ هو أيضاً مسبب من فعل العامل الذي هو شراء ذي النماء...، ثم قال: لكن يقوى في النظر الأول، أي عدم الصحة، نعم لو قال له: اشتراه وما يحصل من ارتفاع قيمته ومن نماء فهو يبينا، فالأقوى الصحة لإطلاق الأدلة، كما لو اتفق نماء أعيان المضاربة قبل بيعها كالأولد للشاشة مثلاً شارك العامل في النماء قطعاً إلى غير ذلك . وفي المسألة مزيد تفصيل يذكر في محله من كتب الفقه، فراجع وتأمل والله أعلم.

في مال القراض

ج ٢ ص ١٣٩ قوله رحمه الله: «في مال القراض ومن شرطه أن يكون عيناً، وأن يكون دراهم أو دنانير، وفي القراض بالنقرة^١ تردد»، منشأ التردد من عدم كونها دراهم ودنانير، ومن مساواتها لها في المعنى .

حجّة القائل بعدم صحة القراض بدون الشرطين، أعني المال أن يكون عيناً وأن يكون من الدرّاهم والدّنانير، هو الاجماع بقسميه مضافاً إلى ما قيل من أصلّة الفساد هنا السالمة عن معارضته «أوفوا بالعقود»^٢ و «المؤمنون عند شروطهم»^٣ ونحو ذلك ، ومن عدم كون النقرة حينئذ من النقدين ، ومن هذا لم تصرف مخالفًا في عدم الجواز بالنقرة، بل ولا مترددًا غير المصنف كما ذكر ذلك صاحب الجوادر رحمه الله .

و في المسالك وانضباط قيمتها بهما وأصلالة الجواز، وهذا كله مندفع بما ذكرناه من اتفاقهم على اشتراط أحدهما، ومع ذلك لا نعلم قائلاً لجوازه أي القراض

١ - القطعة المذابة من الذهب والفضة.

٢ - سورة المائدة الآية ١

٣ - الوسائل الباب ٢٠ من أبواب المهر الحديث ٤

بها، أي بالنقرة.

حجّة القائل بصحة القراء بـالنقرة، هو مساواتها للنقدin في المعنى حيث إنها من النقدin فإنها النقش وانضباط قيمتها بها. وفي المسالك: نعم ربما أطلقت النقرة على الدرّاهم المضروبة من غير سكة، فإن صحت هذا الأسم كان التردد من حيث إنها قد صارت دراهم ودنانير، وأنا تخلّفت السكّة وهي وصف في النقدin، ربما لا يدح خصوصاً إذا تعامل بها على ذلك الوجه. ذكره صاحب الجوادر ثم عقبه بقوله: مع أنه أيضاً كما ترى بعد معلومية كون الدرّاهم والدينار حقيقة في المسكوك لـالمعاملة، وتخلّف السكّة قادر باعتبار اقتضائه انتفاء صدق اسم الدرّاهم والدينار. والتعامل بغير المنقوش أو المنقوش لا لـالمعاملة لا يتحقق الاسم المزبور، ولو سلم تحقق الاسم بناءً على أنه للأعم من المسكوك لـالمعاملة، فليس حينئذ إلا الصحة، ثم قال رحمه الله. وعلى كل حال فلا وجه للتردد بعد الجزم بـشرطية الدرّاهم والدينار، انتهى.

أقول: قد تقدم القول بعدم صحة القراء بـالنقرة لأنها معتبرة فيما له قيمة، فهي كالثياب والحيوان، وهو الأصح والله العالم.

في الربع

ج ٢ ص ١٤٠ قوله رحمه الله: «ولابد أن يكون الربع مشاعاً، فلو قال: خذه قراضاً والربع لي فسد، ويمكن أن يجعل بضاعة نظراً إلى المعنى ، وفيه تردد. وكذا التردد لو قال: والربع لك.»، ينشأ التردد من ظهور اللفظ في إرادة المعنى الحقيقي، ومن أنه يمكن أن يكون بضاعة .

حجّة القائل بـكونه قراضاً فاسداً، هو ظهور اللفظ في إرادة المعنى الحقيقي الذي هو أعم من الصحيح وال fasid وهو الإشاعة في الربع والشركة، وهذا غير معنى البضاعة الذي هو الإقدام على التبرع في العمل، وليس في الفرض ما يشعر

بذلك بوجه كما في الجواهر.

وفي المسالك لو قال خذه قراضاً والربح لي، ووجه الفساد اختصاصه بالربح المنافي لمقتضى العقد، فان مقتضاه الاشتراك في الربح، وهل يكون بهذه الصيغة بضاعة؟؟ يعني أن العامل يستحق على عمله أجرة، أم يكون قراضاً فاسداً كما يقتضيه الاخلاص بشرط القراض مع التصرير به، المشهور الثاني فيكون الربح للمالك وعليه للعامل الأجرة.

حجّة القائل بصحته بضاعة، هو بالنظر الى المعنى بأن القراض دال على البضاعة وإن كان بلفظ القراض، لأنّ البضاعة توكييل في التجارة تبرعاً، وهي لا تختص بلفظ وما ذكره دال عليها، وأنه لا يحکم بإلغاء اللفظ إذا أمكن حمله على الصحيح.

وذكر القراض وإن كان منافياً بحسب الظاهر، إلا أنه يمكن أن يكون هنا مأخوذاً من معنى المساواة التي هي من أحد هما المال ومن الآخر العمل من غير التفات إلى أمر آخر، وهو أحد ما اشتق منه المعنى الشرعي كما سبق. ولو قيل إن ذلك بحسب اللغة، والحقيقة الشرعية تأبه، أمكن أن يتتجاوز فيه فإن الحقائق اللغوية تصير مجازات شرعية وهو أولى من الفساد.

وفي الختام اختار أنه لا أجرة للعامل، لأنه دخل على ذلك فكان متبرعاً بالعمل، وهذا يحتمل بناءه على البضاعة وعلى القراض الفاسد، وإن زاد عليه لعدم الأجرة نظراً إلى دخوله على التبرع، بل هذا أوضح وهو قوي كما في المسالك. وكذلك حكم التردد لو قال الربح لك، ووجه الفساد مامر والله العالم بالصواب.

في اللواحق

ج ٢ ص ١٤٢ قوله رحمه الله: «العامل أمين لا يضمّن ما يتلف، إلا عن تفريط أو خيانة،

وقوله مقبول في التلف. وهل يقبل بالرد؟ فيه تردد، أظهره أنه لا يقبل.»، وجه التردد من كونه أميناً كالودعي ، ومن أصلاته عدم الرد.

حجّة القائل بقبول قول العامل، هو أنه أمين و ذو يد على المال بإذن مالكه، ولا فرق في دعواه التلف بأمر ظاهر يقيم عليه البينة أو خفي، ولما في عدم قبول قوله من التكليف بما لا يطاق لاحتمال صدقه، فتكليفه بالرد ثانياً فيه ضرر. وقال الشيخ في المسوط: العامل في القراض أمين فيما في يديه كالوكيل، لأنّه يتصرف في مال المالك باذنه كالوكيل، وينظر فإن إدعى العامل تلف المال في يده كان القول قوله لأنّه أمين، وإن ادعى رده إلى مالكه فهل يقبل قوله؟ فيه قولان، أحدهما وهو الصحيح أنه يقبل قوله، وفي الناس من قال لا يقبل قوله، انتهى^١.

حجّة القائل بعدم قبول قوله في الرد، هو أصلالة عدم الرد أولاً، وثانياً يكون المالك منكراً فالقول قوله، لعموم قوله عليه السلام «البينة على المدعى»^١، وقبول قوله في التلف لا يقتضي قبوله في الرد.

وإن قيل إنه أمين، قلنا إنه ليس في الأدلة ما يقتضي قبول قول الأمين في جميع ما يدعيه على وجه يشمل حتى ما نحن فيه. والقياس على الوديع غير جائز عندنا، خصوصاً مع وجود الفرق بينها لأنّ القبض هناك لمصلحة المالك خاصة، بخلاف المقام الذي هو لمصلحتها.

هذا والتكليف برد المثل أو القيمة يرفع التكليف بما لا يطاق، كما سبق في الحجّة السابقة كما في الجواهر. وفي التسقّح: قوله مقبول في التلف ولا يقبل في الرد إلا ببينة على الأشبه، وجه الأشبهة أنه مدّع فيكون كغيره من المدعين فلا يقبل إلا ببينة. وكونه أميناً أمانته ليست خالصة، بل مشوبة بمنفعة نفسه كالمرهن

١ - الوسائل الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى.

وغيره. أقول: القول بعدم القبول في الرد لا يخلو من قوة والله العالم.

ج ٢ ص ١٤٤ قوله رحمه الله: «إذا تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه في التجارة احتسب التالف من الربح، وكذا لو تلف قبل ذلك، وفي هذا تردد»، وجه التردد من أن الربح وقاية لرأس المال، ومن أن التلف قبل الشروع في التجارة يخرجه عن كونه مال قراض.

حجّة القائل باحتساب التالف من الربح، هو أنّه وقاية لرأس المال في شرع المعاملة وعرفها، ولا فرق بين الدوران في التجارة وعدمه لأنّ المقتضي لكونه مال قراض هو العقد لا الدوران، فتى تصوّر بقاء العقد وثبتوت الربح جبر ماتلف مطلقاً.

و المراد بدوران المال في التجارة التصرف فيه بالبيع والشراء، لا مجرد السفر به. وقال الشيخ في المبسوط: وقيل إنه متى تلف من المال شيء بعد أن قبضه العامل كان من الربح بكل حال، سواء كان بعد أن دار في التجارة أو قبل ذلك وهو الصحيح.

حجّة القائل بعدم الاحتساب من الربح اذا تلف جميع مال القراض فجبره بالربح بعد الدوران ممكن أما قبله أي قبل الدوران فلا، هو أنّ التلف قبل الشروع في التجارة يخرج التالف عن كونه مال قراض، ثم قال في الجواهر: إلا أنّ الأقوى عدم الفرق، أي بين الدوران وعدمه والله أعلم.

ج ٢ ص ١٤٤ قوله رحمه الله: «إذا قارض اثنان واحداً وشرط له النصف منها وتفاضلاً في النصف الآخر مع التساوي في المال كان فاسداً، لفساد الشرط وفيه تردد»، وجه التردد من بطلانها لبطلان الشرط، ومن إمكانأخذ الفاضل من حصة العامل.

حجّة القائل بفساد القراض، هو أنّ الربح يجب أن يكون تابعاً للمال، فإذا شرطا له النصف كان النصف الآخر بينهما بالسوية، فشرط التفاوت فيه يكون شرطاً لاستحقاق ربح بغير عمل ولا مال.

أقول: على النحو من الاشتراط بهذه الصراحة القول بالبطلان لا يخلو من قوة
والله العالم.

حجّة القائل بعدم فساد القراض مع الشرط المذكور، هو أنّ أخذ الفاضل
يكون من حصة العامل لا من حصة الشريك ، لأنّ الأصل اقتضى التساوي في
الربح للشريكين مع التساوي في المال ، فيكون شرط التفاوت المذكور من صرفاً
إلى حصة العامل ، بمعنى أنّ شرط الزيادة يكون قد جعل للعامل أقلّ مما جعل
أخذ النقيصة وهو جائز.

هذا مع اطلاقهما شرط النصف له من غير تعين لا يستحقه على كل واحد،
فإنّه كما يحتمل الصحة حملًا على ما ذكرناه يحتمل البطلان ، فيرجح جانب
الصحة لامكاني حمل عمل المسلم عليها ، وقد تقدم أنّ مع التصریح يتوجه
الفساد.

وفي المسألة زيادة بحث أخذنا محل الحاجة منه ، والتفصيل يذكره صاحب
الجواهر أعلى الله مقامه والله العالم.

كتاب المزارعة و المساقاة

في عقد المساقاة

ج ٢ ص ١٥٤ قوله رحمة الله: «وتصح قبل ظهور الثرة، وهل تصح بعد ظهورها؟ فيه تردد»، من شأنه من أن المفروض أولى بالمشروعية، ومن أصلة الفساد بعد الشك في مشروعيتها.

حجّة القائل بالصحة بعد ظهورها، هو أن المفروض أولى بالمشروعية من غير الخارج، لكونه أبعد عن الغرر بالوثيق بالثرة، ولحصول حكمة مشروعية المساقاة وفائدها في المفروض كما في الجواهر.

وفي المسالك اذا ساقاه على الشجر والثرة معدومة مدة يمكن وجودها فيها عادة صحّ اجماعاً، واذا كان بعد ظهورها ولم يبق للعمل فيها مستزد لم يصح اجماعاً، وأما اذا كانت قد ظهرت ولكن بقي لها عمل يحصل به زيادة في الثرة، كالسيق والحرث ورفع أغصان شجر الكرم على الخشب وتأخير النخل، الأجدود الصحة تحصيلاً لتلك الفائدة، ولأن العقد حينئذٍ أبعد عن الغرر للوثيق بالثرة فيكون أولى مما لو كانت معدومة.

حجّة القائل بعدم الصحة هو الأصل، أي فساد العقد بعد الشك في تتحقق موضوع شرع المساقاة، لعدم اطلاق أو عموم بالخصوص فيها يتمسك به في تنقيح موردها، بل قد يشك في تناول «اوفوا بالعقود»^١ و«إلا أن تكون تجارة عن تراض»^٢ لذلك على وجه يقضي بشرعية الفرد المشكوك فيه من العقد الخصوص، الذي قد فرض عدم ما يصلح شارعاً فيه بالخصوص جميع أفراده من

عموم أو اطلاق، ضرورة احتمال ارادة بيان اللزوم خاصة من الآية الأولى في العقود المتعارفة، كاحتمال إرادة بيان شرعية التجارة المعروفة في الخروج عن أكل المال بالباطل، لا أن المراد بيان شرعية كل عقد وكل تجارة على وجه يشمل المقام...، إلى آخر ما ذكره في الجواهر.

هذا وإن الثرة إذا ظهرت فقد حصل المقصود فصارت بمنزلة القراض بعد ظهور الربح، ولأن المقصود من المساقاة ظهور الثرة بعمله. وفي هذين المقدمتين منع ظاهر كما في المسالك.

ولو كان العمل بحيث لولاه لاختلَّ حال الثرة لكن لا يحصل به زيادة كحفظها من فساد الوحش ونحوه، ففتقضي القاعدة عدم الجواز.

وأنت بعد الاحتاطة بأقوال العلماء في المسألة وشمول دليل المساقاة لمثل هذا المورد، فإن المسألة لا تخلو من مناقشة، والأحوط الرجوع إلى الصلح أو الإجارة، كما هو رأي أهل الفن من أهل العلم والله أعلم.

فيما يُساقٌ عليه

ج ٢ ص ١٥٥ قوله رحمه الله: «وفي لاثرة له إذا كان له ورق ينفع به كالثوت والحناء تردد»، وجه التردد من كونها من الأشجار، ومن أن هذه المعاملة على خلاف الأصل.

حجّة القائل بصحة المساقاة هو أنها من الأشجار وغلبة الظن بوجوده في خبير، بل في جامع المقاصد كاديكون معلوماً ومساواة الورق لغيره في كونه شهراً. وفي بعض الأخبار «إن النبي صلى الله عليه وآله عامل أهل خير بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع من النخل والشجر»^١ وما من أدوات العموم كما في الجواهر.

١ - المستدرك ج ٢ الباب ٦ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة الحديث .٥

و في المسالك من أنّ الورق المقصود كاثمرة في المعنى فيكون مقصود المساقاة حاصلاً به والقول بالجواز لا يخلو من قوّة، ومثله ما يقصد زهره كالورد. والمراد بالتوت المبحوث عند الذكر وهو الذي لا يقصد ثمرته، أما الانثى المقصود منه الثرة فجائز اجمعأً.

حجّة القائل بعدم صحتها هو أنّ هذه المعاملة باشتمالها على ضرب من الغرر بجهالة العوض على خلاف الأصل، فيقتصر بها على محلّ الوفاق وهو الثر كما في المسالك .

وقال صاحب الجواهر إنّ في هذه المعاملة من الغرر ما ليس في غيرها، فالمتجه الاقتصار فيها على المتيقن خصوصاً بعد ما عرفت من عدم الاطلاق. ولو قيل بالتفصيل بين المساقاة على هذه تبعاً لغيرها من أشجار الفواكه فيجوز ومستقلة فلا يجوز، لكن وجهاً كالتفصيل في التوت بين كونه في بلاد يكون ورقه ثمرة وغيرها فيجوز في الأول دون الثاني كما في بلادنا الآن، والمراد منه الذكر لا الانثى الذي له ثمر معلوم، انتهى كلامه رفع مقامه .

أقول: جواز المساقاة على ما ينتفع بورقه كالحناء والتوت غير بعيد والله العالم بالصواب.

في عمل المساقاة

ج ٢ ص ١٥٦ قوله رحمه الله: «أما لو شرط أن يعمل الغلام خاص العامل لم يجز وفيه تردد، والجواز أشبه»، منشأ التردد من عدم منافاة ذلك للمساقاة، ومن صيرورة الفائدة بلا عمل .

حجّة القائل بالجواز هو أنّ المراد بالشرط هنا أن يعمل الغلام في الملك المختص بالعامل أو العمل المختص به، أي الخارج عن المال المشترك بينه وبين سيده المساق عليه، ووجه الجواز أنّه شرط سائع فيجوز اشتراطه لأنّه اذا جاز أن

يعمل في المشترك بينه وبين مولاه جاز في المختص كما في المسالك ، ولأجل ذلك قال المصطفى: الجواز أشبه، أي أشبه باصول المذهب وقواعدة.

وفي الميسوط قال: إذا شرط العامل في المساقاة أن يعمل غلام رب المال معه كان ذلك جائزًا ، لأنّه ضمّ مال إلى مال وليس بضمّ عمل إلى مال ، انتهى .
أقول: القول بالجواز لا يخلو من قوّة لأنّه شرط خارج عن نفس المساقاة ، والله العالم بالصواب .

حجّة القائل بعدم الجواز هو أنّه شرط عملاً في مقابلة عمله فصار في قوّة اشتراط جميع العمل على المالك وفساده ظاهر ، والمعروف أنّ المانع من ذلك الشافعي ، لكن المصطفى والعلامة ذكر المسألة على وجه يشعر بالخلاف عندنا ، وقد تكرر هذا منها في مواضع كثيرة ، ذكر ذلك صاحب المسالك أعلى الله مقامه والله العالم .

في الفائدة

ج ٢ ص ١٥٧ قوله رحمة الله : « ولو شرط مع الحصة من النماء حصة من الأصل الثابت لم يصح ، لأنّ مقتضي المساقاة جعل الحصة من الفائدة ، وفيه تردد » ، وجه التردد من أصلية عدم المشروعية ، ومن عموم « أوفوا بالعقود »^١ ، و « المؤمنون عند شروطهم »^٢ .

حجّة القائل بعدم الصحة هو أنّ مقتضي المساقاة جعل الحصة من الفائدة وأنّ الحصة من الاصول تدخل في ملكه ، فلا يكون العمل المبذول في مقابلة الحصة واقعاً في ملك المالك ولا واجباً في العقد ، إذ لا يشرط عليه العمل في ملك نفسه وهو المحكي عن الأكثر كالطوسي والحلبي وغيرهما ، بل في الرياض : لم أقف على مخالف صريحاً ولا ظاهراً ، كما ذكره في الجوهر ، ثم قال :

١ - سورة المائدة الآية

٢ - الوسائل الباب ٤٠ من ابواب المهور الحديث

والتحقيق البطلان مع أخذ الحصة من الأصول عوضاً على حسب الحصة من الفائدة، لعدم ثبوت شرعية المساقاة على هذا الوجه ولا صلاحيتها لتقليل عوض غير الحصة من الفائدة من غير فرق بين الحصة من الأصول والذهب والفضة وغيرهما...، إلى آخر كلامه رفع مقامه.

حجّة القائل بالصحة هو عموم قوله تعالى «أوفوا بالعقود» و«المؤمنون عند شروطهم» ونحو ذلك، الذي جزموا بصحّة اشتراط الذهب والفضة وغيرهما. واحتمال الفرق بينهما بأنّه في الفرض قد جعل الحصة من النماء في مقابل العمل بجميع المال المعقود عليه ومع فرض صيرورة جزء من المال بالشرط لم يكن العمل بجميع المال المملوك للمالك، فلم يستحق مجموع الحصة المشترطة له لا خلله بالشرط وهو العمل بالجميع فيبطل العقد، يدفعه - أي الاحتمال - إنّ الاشتراط المزبور كالاستثناء من العمل بجميع المال، بل هو بيان لاستحقاق الحصة بالعمل فيما يخصّ المالك والباقي بتباعية النماء للملك كما في الجوادر.

أقول: القول بجواز الاشتراط لا يخلو من قوّة لأنّه شرط سائغ والله العالم بالصواب.

ج ٢ ص ١٥٧ قوله رحمه الله: « ولو ساقاه بالنصف إن سقى بالناضح وبالثلث إن سقى بالسايق بطلت المساقاة، لأنّ الحصة لم تتعين، وفيه تردد» وجه التردد من جهة الحصة، ومن يقينها على كل من التقديرين.

حجّة القائل ببطلان المساقاة هو أنّ العمل مجھول والنصيّب كذلك ، مثل بعثتك بدينار مؤجل وبنصفه حال، وبطلان أقوى كما في المسالك . وفي الجوادر: الأشيء بأصول الذهب وقواعد البطلان، لعدم كون ذلك تعيناً رافعاً للجهالة بل ولا جزماً.

وقال الشيخ في المبسوط: اذا ساقاه على أنه لو سقاها بماء السماء أوسيح^١ فله

١ - السياج: الماء الجاري على وجه الأرض، والنضح: الاستقاء على البعير، والغرب: الدلو العظيمة يستنقى بها.

الثالث وإن سقاها بالنضح أو الغرب فله النصف، فالمساقاة باطلة لأنّ هذا عمل مجهول غير معين، ولأنّ نصيبه من الثرة سهم غير معين لأنّه ما قطع على نصيبيه فإذا ثبت أنها فاسدة فالثرة كلها لرب النخل وللعامل أجرة المثل لأنّه لم يسلّم ما شرط له، انتهى كلامه. أقول: هذا القول هو الأقوى والله العالم بالصواب.

حجّة القائل بصحة المساقاة هو أنّ الحصة معينة على التقديررين، كما يصح في الاجارة اذا قال: إن خطته رومياً فلك درهم وإن خطته فارسيّاً فلك درهرين، وإن المساقاة في الحقيقة قسم من الاجارة وقد تقدم فيها سبق أن جنبة البطلان أرجح لما بيننا وجهه فتأمل فيه والله أعلم.

في أحكام المساقاة

ج ٢ ص ١٥٩ قوله رحمه الله: «ولوم يفسخ وتعذر الوصول إلى الحاكم كان له أن يُشهد أنه يستأجر عنه ويرجع عليه على تردد»، ينشأ التردد من لزوم الضرر المنفي لو لم يرجع، ومن أصلالة عدم التسلط على مال الغير.

حجّة القائل بجواز الرجوع هو: إنه إذا لم يرجع المالك على العامل لزم الضرر وهو منفي لأنّ حق العامل ثابت في الثرة، فالأقوى الرجوع كما في المسالك مع نية الرجوع، وقال أيضاً: مقتضى قول المصنف، ولو لم يشهد على تقدير القول بالجواز أي بجواز الرجوع مع الاشهاد ومع عدمه لم يرجع سواء أمكنه الاشهاد أم لم يمكن، لأنّه شرط في جواز الرجوع كإذن الحاكم، فينتفي الرجوع بدون الاشهاد، وهذا أحد الأقوال في المسألة.

القول الثاني: إنه يرجع مع تعذر الاشهاد لا مع إمكانه، كما في إذن الحاكم دفعاً للضرر.

القول الثالث: إنه يرجع مع نيتته مطلقاً، أي أمكن الاشهاد أو لم يمكن، وهذا القول قوّاه في المسالك بقوله: وهو الأقوى. إذ لا مدخل للشهادة في الرجوع

وإنما هي لإثبات حق المالك لو انكر العامل، وهو أمر آخر لا ربط له بجواز الرجوع وعده، وربما قيل بقبول قوله مع يمينه أي المالك وهذا لا يخلو من قوّة. حجّة القائل بعدم جواز الرجوع هو الأصل، أي أنّ الأصل عدم التسلّط على مال الغير بغير اذنه، وفي الجواهر: لوم يشهد لم يرجع المالك على العامل للأصل. والغرض عدم البينة على الاستيellar عنده، بل لعلّ ظاهر العبارة عدم الرجوع حتى لوصدقه العامل، بل وحتى لو كان الاشهاد متعدراً لكونه -أي الاشهاد- حينئذٍ بمنزلة الحاكم.

ثم إن مراد المصنف بالاشهاد الذي جزم بعدم الرجوع مع عدم إحضار عدول المؤمنين على ذلك لأن الولاية لهم مع عدم الحكم لقوله تعالى «إنما ولتكم الله ورسوله والذين آمنوا»^١، قوله تعالى «المؤمنون بعضهم أولياء بعض»^٢ والله أعلم.

١ - سورة المائدة الآية ٥٥

٢ - سورة التوبه الآية ٧١

كتاب الوديعة

في أحكام الوديعة

ج ٢ ص ١٦٨ قوله رحمه الله: «إذا اعترف بالوديعة ثم مات وجهلت عينها، قيل: تخرج من أصل تركته، ولو كان له غرماء فضاقت التركة حاصلهم المستودع، وفيه تردد»، وجه التردد من عموم «على اليدين...»، ومن أنه اعترف بها في حياته.

حجّة القائل بالضمان هو عموم «على اليدين ما أخذت حتى تؤدي»، ولأنه بترك تعينها مفترط فيها فيضمن. ومشاركة المستودع للغرماء عنه ضيق التركة لأنّ اعترافه بالوديعة في حياته أوجب ثبوت يده عليها والتزامه بها إلى أن يردها إلى مالكها، فإذا لم يعلم كان ضامناً لها وأن الأصل بقاوتها في يده إلى الموت وبعد تكوه في جملة التركة، فإذا تعذر الوصول إلى عينها وجب البديل فيكون منزلة الدين فحاصل الغراماء.

حجّة القائل بعدم الضمان هو أنّ اعترافه بها في حياته إنما يقتضي وجوب الحفظ وإلا فذمته برئته من ضمانها، فإذا مات ولم تعلم احتمل تلفها قبل الموت غير تفريط أو ردّها إلى المالك.

والأصل براءة ذمته من الضمان، وكون التلف على خلاف الأصل معارض بهذا الأصل وليس متنافي حتى يتساقطا إذ لا يلزم من بقاياها تعلقها بالذمة كما في المسالك.

هذا وفي الجواهر: إذا كان المراد من المتن وما شابه الحكم بالضمان ب مجرد الاعتراف بها من احتمال الرد إلى المالك والتلف بلا تعد ولا تفريط وغير ذلك لأصالة البناء وعدم التلف وغير ذلك من المحتملات، فيتحقق بقاوتها بل ضمانها

بعدم الاشهاد على شخصها كما حكى عن الاكثر أو المشهور بين الأصحاب، وإن كنا لم نتحققه، بل لعل الظاهر خلافه عند من تأمل كلامهم خصوصاً الفاضل في القواعد وغيره، فإنك قد عرفت عدم صلاحية ما ذكروه لإثبات الضمان الذي مقتضى أصل البراءة بلا واسطة عدمه.

أقول: وفي المسألة نوع تشويش غير واضح وإلا فعدم الضمان مطلقاً لا يخلو من قوة، فتأمل والله العالم بالصواب.

كتاب العارية

في العين المستعارة

ج ٢ ص ١٧٣ قوله رحمه الله: «ولا يستباح وطئ الأمة بالعارية، وفي استباحتها بلفظ الإباحة تردد، والأشباه الجواز»، ينشأ التردد من أن الإباحة مرادفة للتحليل، ومن عصمة الفروج عن الاستمتاع بغير العقد أو الملك.

حجّة القائل بالجواز هو عموم الأخبار التي تضمنت التحليل^١، وهو أعمّ من أن يكون بلفظه أو مرادفه بل وغيرهما مما يفيدها على حسب القانون اللغوي نحو أذنت وسوغت كما نصّ عليها في القواعد.

و استظهره المصّتف وفقاً للفاضل وجامعة من تأّخر عنه ومحكي المسوط والسرائر كما ذكره صاحب الجواهر.

وفي المساك: وكان القول بحلّ الأمة بالتحليل ثابتًا عند علمائنا وجب أن لا يكون خارجاً عن الأمرين «العقد أو التحليل»، وقد اختلفوا في ردّه إلى أيّهما، فذهب المرتضى^٢ إلى أنه عقد والتحليل عبارة عنه، والأكثر و منهم المصّتف على أنه تملك منفعة مع بقاء الأصل لأنّ الخل دائـر مع الأمرين كما ذكرناه، فتأمل فيه والله أعلم.

حجّة القائل بعدم جواز الاستباحة بلفظ الإباحة، هو أن حمل الفروج منحصر في العقد أو التملّك بقوله تعالى «إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم»^٢. وفي الجواهر: فهل يستباح فرج الجارية بلفظ الإباحة المرادف

١ - الوسائل الباب ٣١ من أبواب نكاح العبيد والآماء.

٢ - سورة المؤمنون الآية ٦.

للتخليل؟ فيه خلاف بين الأصحاب، أشهده عدم الجواز، وبعد جملة قال: لكن قد عرفت أن الاحتياط في الفروج مما لا ينبغي تركه، خصوصاً بعد ما قيل هنا من أن الجواز بلفظ التخليل لا يستلزم الجواز بلفظ الاباحة بعد تسلیم تردادهما، والمتيقن من النصوص العقد بلفظ التخليل وإن كان هو كما ترى. وفي المبسوط: وعندنا يجوز بلفظ الاباحة. أقول: القول بالجواز لا يخلو من قوة فتأمل والله العالم.

ج ٢ ص ١٧٣ قوله رحمه الله: « ولو أعاره حائطاً لطرح خشبة، فطالبه بازالتها كان له ذلك، إلا أن تكون أطرافها الآخر مثبتة في بناء المستعين، فيؤدي إلى خرابه، واجباره على إزالة جذوعه عن ملكه، وفيه تردد»، وجّه التردد من أن الإزالة تؤدي إلى الضرر المنفي، ومن معلومية حواز عقد العارية.

حجّة القائل بالمنع هو ما أشار إليه المصنّف من أنّ رجوع المير مستلزم للتصريح في ملك الغير وتخريب بنائه الواقع في ملكه فيمنع منه، لأنّ الثابت له شرعاً إنما هو تفريح ملكه من ملك الغير لا تخريب ملك الغير كما في المسالك. وقد تقدّم في كتاب الصلح من المصنّف أنه لو أعاره جداره لطرح خشبة وضعها وطالبه بعد ذلك بازالتها لم يكن له ذلك، لأنّ المراد به التأييد فهو حينئذ كالعارية للدفن، وللضرر الحاصل بالنقض حيث يفضي إلى خراب ملك المأذون.

وفي المسوط: لا رجوع حتى يخرب لأنّ البناء للتأييد وللضمر، ولو قلنا بالرجوع في غرمه الأرش وجهان.

و في الجواهر: قلت الأصل في هذه المسألة ما حكاه في التذكرة عن الشافعية، و م爐له خمسة و حوجه:

أحداها: أن له الرجوع ويتخير بين البقاء بالاجرة والقلع بالأرش، قال فيها وهو أظهر قولها.

و الثاني: أن له الرجوع والقلع بالأرشن وأما البقاء بالاجرة فتوقف على رضاها

بذلك ، وهو خيرة ثانى الشهيدين والمحققين واستحسنه في المتن.

الثالث: أنّ له الرجوع ولا يجوز له النقض وإنما له الاجرة خاصة ، ومال اليه

الشهيد في الدروس .

الرابع: أنّ له الرجوع والقلع مجاناً .

الخامس: أن ليس له الرجوع بمعنى أنه لا يستفيد به جواز قلع ولا أجرة ، وهو الذي اختاره الشيخ ومن تبعه ، بل هو ظاهر المصنف رحمه الله .

حجّة القائل بجواز الرجوع هو أنه عارية ومن لوازمهما جواز الرجوع فيها ، وما ذكر في حجة المنع لا يصلح له لأن تفريغ مال المستعير مع المطالبة واجب فإذا توقف على تخريب ملكه كان من باب المقدمة التي لا يتم الواجب إلا بها فيجب من هذه الحيثية . والمستعير أدخل الضرر على نفسه ببنائه في ملكه بناءً معرضاً للزوال بالرجوع في البارية التي هي مبئية على الجواز . وفي المسالك: الأقوى الجواز مع الأرش .

وفي الجواهر: إن القول بالرجوع والقلع مجاناً قوي...، ثم قال: إن حكم هذه العارية حكم غيرها من العواري التي يعتبر في بقائهما استدامة الإذن ، فمع فرض انقطاعها يبطل حكمها فيبقى وضع بلا إذن . والضرر اللاحق بالقلع إنما يجيء من خطاب الشارع له بتخلص ملك الغير ورفعه عنه...، إلى آخر كلامه رفع مقامه .

أقول: إن معنى العارية عدم الدوام فلا بأس بالقول بجواز المجبور بالأرش لدفع الضرر المنفي ، فراجع وتأمل والله العالم بالصواب .

كتاب الإجارة

في العقد

ج ٢ ص ١٧٩ قوله رحمه الله: «وَكَذَا لِوَقَالْ بَعْتُكْ سَكَنَاهَا سَنَةً، لَا خَتْصَاصٌ لِفَظِ الْبَيْعِ بِنَقْلِ الْأَعْيَانِ وَفِيهِ تَرْدُّدٌ»، وجه التردد من أنّ البيع موضوع لنقل الأعيان، ومن أنه صرّح بارادة نقل المنفعة.

حجّة القائل بعدم الصحة هو أنّ لفظ البيع مختص لنقل الأعيان ويستحسن في عرف المتشرعة العقد بذلك أي لنقل المنافع مجازاً، كما في الجواهر: الأصح المنع لاستحسان العقد به كالعكس أي عقد البيع بلفظ الإجارة، وفي المسالك الأصح المنع، وفي السرائر جعل المنع أقرب.

وفي اللمعة نصّ العبارة: وإن قال بعسك سكناها سنة مثلاً، في الصحة وجهان مأخذهما أنّ البيع موضوع لنقل الأعيان والمنافع تابعة لها فلا يشمر الملك لو تجور بها في نقل المنافع منفردة وإن نوى به الإجارة، وأنه يفيد نقل المنفعة أيضاً في الجملة ولو بالتبغ فيقوم مقام الإجارة مع قصدها والأصح المنع.

حجّة القائل بصحة الإجارة بلفظ البيع إذ لم يثبت اعتبار لفظ خاص في العقد، بل ظاهر ما وصل اليانا من الأدلة في المقام وغيره كالبيع والنكاف ونحوهما، التوسيعة فيها يعقد به العقد والاكتفاء بكل لفظ يدلّ على انشاء المراد به حقيقةً أو مجازاً غير مستنكر في أمثاله، والمستنكر في مثل ذلك كاستعمال النكاف في البيع وبالعكس لا مطلقاً كما لا يخفى...، الى آخر ما ذكر صاحب الجواهر.

ثم إنّ البيع يفيد نقل المنفعة تبعاً للأعيان، بل لعلّ قيامه أي البيع مقامها

أي الاجازة أنساب من لفظ المعايرية الذي هو حقيقة في إباحة المنفعة مجاناً. وفي العروة الوثقى: لو قال بعترك منفعة الدار أو سكنت الدار مثلاً بذلك، لا يبعد صحته اذا قصد الاجارة.

ج ٢ ص ١٨٠ قوله رحمة الله: «وفي اشتراط ضمانتها من غير ذلك تردد أظهره المنع»، منشأ التردد من عموم «المؤمنون عند شروطهم»، ومن مخالفته لمقتضى الاجارة. حجة القائل بصحة الشرط والعقد هو العمومات «المؤمنون عند شروطهم»^١، واطلاق أدلة العقود، وما حكي عن الأردبيلي والخراساني من الميل الى الصحة وتبعهما في الرياض تمسكاً بالعموم المزبور مع ضعف المعارض لمنع منافاته على اطلاقه، بل هو حيث لم يكن هناك شرط، والخبر عن موسى بن بکير عن أبي الحسن عليه السلام «قال: سأله عن رجل استأجر سفينته من ملاح فحملها طعاماً، فاشترط عليه إن نقص الطعام فعليه فقال عليه السلام: جائز، قلت: إنه ربما زاد الطعام، قال: فقال: أيدّعي الملاح انه زاد فيه شيئاً؟ قلت: لا، قال: لصاحب الطعام الزيادة وعليه النقصان اذا كان قد اشترط عليه ذلك»^٢، وغير هذا الخبر مما دل على نحو ذلك وقد ناقش فيه صاحب الجواهر فراجع وتأمل والله أعلم.

حجّة القائل بعدم الصحة والمنع بدون التعدي والتفريط هو منافاته لمقتضى العقد أو الأمانة، كما قال المصنف: أظهره المنع. وفي الجواهر: بل هو الأشهر بل المشهور بل في جامع المقاصد باطل قطعاً بل لم أجده فيه خلافاً، ولمنافاته لمقتضى ما دل على عدم ضمان الأمانة الشامل بعمومه حال الشرط.

والمستمسك المشهور عدم الصحة لما دل على عدم ضمان الأمانة فيكون

١ - الوسائل الباب ٢٠ من ابواب المهر الحديث ٤ .

٢ - الوسائل الباب ٢٧ من ابواب أحكام الاجارة الحديث ١ ، مع اختلاف يسير.

شرط الضمان مخالفًا للكتاب في قوله تعالى «ما على الحسينين من سبيل»^١، وفي المسألة زيادة تفاصيل تذكر في محلها من كتب الفقه كما في الجواهر.

في شرائط الاجارة

ج ٢ ص ١٩٠ قوله رحمه الله: «فلو أجر الجنون، لم تتعقد اجراته. وكذا الصبي غير المميز. وكذا المميز إلا باذن وليه، وفيه تردد»، وجده التردد غير واضح هنا وهو مخالف لما في البيع سبق من المصنف قوله فلا يصح بيع الصبي ولا شرائه ولو أذن له الولي.

حجّة القائل بعدم الصحة وبطلان الاجارة كما تقدم في عقد البيع من المصنف، وفي المسالك: الأقوى البطلان مطلقاً أي بلغ عشرة أو لم يبلغ أو أذن له الولي أو لم يأذن معللاً بأن عبارته مسلوبة بالأصل، فلا يصحّحها الاذن ولا الاجارة المترقبة للعقد لرفع القلم عنه وهو يقتضي عدم الاعتداد بعبارته شرعاً، وأذن الولي لا يصير الناقص كاملاً. وفي الجواهر: قوله وفيه غير خفي عليك عدم خصوص دليل في المقام يصلاح فارقاً بينه -أي بين- الاجارة والبيع كما أنه لا وجه معتمد به للتتردد في أصل ذلك في المقام.

أقول: هذا ولم نعثر على قائل بالصحة ليكون وجهاً ثانياً للتتردد، خصوصاً بعد قطع المصنف بعدم جواز عقد البيع من الصبي وإن بلغ عشرة عاقلاً، وإن قال بالجواز مع الشرطين بعض إلا أنه ضعيف لا يعتمد به، ومن أجل ذلك تركنا حجة القائل بالصحة أو الجواز إذ لا دليل عليه والله أعلم بالصواب.

ج ٢ ص ١٨١ قوله رحمه الله: «لوقال: إن عملت هذا العمل في اليوم فلك درهمان، وفي غد درهم، فيه تردد، أظهره الجوائز»، وجده التردد من معلومية الاجرة لكل من العملين، ومن أنه واحد غير معين فيكون غرراً.

حجّة القائل بالجواز هو أنّ العمل معلوم وهي الخيطة للثوب المعلوم، والاجرة معلومة درهماً في هذا اليوم ودرهم في الغد، فلا غرر ولا جهة هناك ، وعند الشك الأصل الجواز. واستظهر الصحة في جامع المقاصد واستظهر المصنف الجواز.

حجّة القائل بعدم الجواز هو عدم المعلومية، إذ ليس المستأجر عليه المجموع ولا كل واحد منها والا وجباً، فيكون واحداً غير معين وذلك غرر مبطل للإجارة كاليبيع بثمين نقداً ونسية أو الى أجلين ، فالأجود البطلان كما في المسالك .

ج ٢ ص ١٨٢ قوله رحمه الله: «ولو قدر المدة والعمل، مثل أن يستأجره ليحيط هذا الثوب في هذا اليوم، قيل: يبطل، لأن استيفاء العمل في المدة قد لا يتفق ، وفيه تردد.»، منشأ التردد من أن الزمان قد لا يفي فلا يكون معلوم القدرة عليه ، ومن أنه من قبيل الشرط فتصح الإجارة، فإن عمله في الزمان المعين استحق الاجرة والإخيار المستأجر.

حجّة القائل بالبطلان في صورة تطبيق العمل على الزمان، يعني يبتدئ بأول الزمان وينتهي بآخره هذا قد لا يتفق غالباً المعلل به البطلان، لا ما يظهر من عبارة المصنف من أن الزمان ظرف للعمل بحيث يستوفى العمل في المدة المعينة، فهذا يمكن جعله متفقاً اتفاقاً غالباً أو معلوم عادةً.

وتقريرو وجه البطلان على الوجه المشهور: إنّ الجمع بينها أي بين العمل والزمان على وجه المطابقة يستلزم الغرر، لأنّه يمكن انتهاء الزمان قبل العمل وبالعكس، فإن أمر بالكمال في الأول أي في صورة انتهاء الزمان لزم العمل في غير المدة المشروطة، وإلا كان تاركاً للعمل ، وإن انتهى العمل قبل الزمان وأمر بالعمل حتى ينتهي الزمان لزم منه زيادة العمل الذي وقع عليه العقد...، إلى آخر ما ذكره صاحب المسالك رحمه الله.

و لعل اطلاق البطلان في اللمعة و جامع المقاصد والروضۃ ومحکی التذكرة وشرح

الارشاد والتبيّن في فرض التطبيق في المثال المفروض مبني على معلومية غلبة عدم حصوله، قيل: وهو معنى ما في المبسوط والمهدى وفقه القرآن والسرائر من توجيهه البطلان في المثال بأنّه ربما يحيط الشوب قبل مضي النهار فيبقى بعض المدة بلا عمل وربما لا يفرغ منه بيوم ويحتاج إلى مدة أخرى وتحصيل العمل بلا مدة...، إلى آخر ما ذكره صاحب الجواهر.

أقول: مع ارادة التطبيق القول بالبطلان لا يخلو من قوة والله العالم.
حجّة القائل بصحة الإجارة هو إذا كان المراد بالتطبيق المأمور شرطاً فإن الصحة حينئذٍ يكفي فيها احتمال إمكان التطبيق. وحكي عن المختلف في توجيهه ما اختاره من الصحة، بأن الغرض إنما يتعلّق بفعله تلك المدة، وذكر الانطباق للمبالغة إذ لا ثمرة مهمّة في تطبيقه على الزمان، والفراغ أمر يمكن لا غرر فيه، فعلى هذا إن فرغ قبل آخر الزمان ملك الاجرة لحصول الغرض وهو التعجيل ولا يجب شيء آخر، وإن انقضى الزمان قبله فللمستأجر الفسخ.

لا يقال هذا خروج عن محل النزاع باعتبار أن مفروض المسألة التطبيق لا الظرفية، لما عرفت من أن المقصود تنقيح حال المتعاقدين لو صدر منها التقدير بالمدة والعمل، كما هو مقتضى فرض المسألة التطبيق لا الظرفية.

فإنه يقال هذا حكم المسألة على جميع تقاديرها، وأما احتمال أن المراد في مفروض المتن وغيره البطلان حتى مع إرادة الظرفية المعلوم سعتها فلا وجه له قطعاً والله العالم بالصواب.

ج ٢ ص ١٨٤ قوله رحمه الله: «ويلزم مؤجر الدابة كل ما يحتاج إليه في إمكان الركوب من الوصل والقتب وألتة والحزام والزمام، وفي رفع الحمل وشدة تردد، أظهره اللزوم»، وجّه التردد من قضاء العادة به، ومن عدم ذلك إلا بالشرط.

حجّة القائل باللزوم، هذا هو الأقوى لقضاء العادة به كما في المسالك، وقال به الفاضل والكركي وثاني الشهيدين وغيرهم للعادة أيضاً، بل في القواعد وغيرها

زيادة حّظه ورفع الأهمال وشدها وحطّتها والقائد والسائل، نعم قيد ذلك فيها أي العادة. وعن التذكرة أنه أطلق القول بوجوب هذه الأشياء اذا كانت في الذمة وغدّمه إن كانت معينة، وفي الملة: الأقوى الرجوع فيه الى العرف.

وفي الجواهر: والتحقيق اتباع العادة في جميع ذلك وغيره كالدلالة على الطريق والاركاب مع العجز وايقاف الدابة للصلوة وال الحاجة ونحو ذلك ، وهي مختلفة باختلاف الأزمنة والأمكنة لا يمكن للفقيه ضبطها ، بل ليس هو وظيفة الفقيه وإنما عليه ذكر الحكم كلياً...، الى آخر ما ذكره رحمه الله.

حجّة القائل بعدم اللزوم مطلقاً إلا مع الشرط، هو ما حكي عن التحرير أنه يلزم إذا اشترط المستأجر مصاحبة الموجر، وأما إذا آخر الدابة ليذهب بها المستأجر فجميع الأفعال على الراكب. وعن ثانى الشهيدين إن هذه الأشياء تجب مع اشتراط المصاحبة أو قضاء العادة بها أو كانت الاجارة في الذمة، أما لو كانت مخصوصة بداعية معينة ليذهب بها كيف شاء ولم تقض العادة بذلك فجميع ذلك على الراكب.

وفي الجواهر كل شيء لا تقضي به العادة أو شك فيه لا يجب بعد فرض عدم دلالة لفظ العقد عليه باحدى الدلالات الثلاث ولا دليل شرعى يقتضيه، وقد تقدم في باب البيع فيما يندرج في المبيع ما له نفع تام في المقام، بل هما من واحد. نعم يمكن أن يقال بلزوم هذه الأشياء بالاشتراط ، فيتسلط المستأجر على الخيار عند عدم الوفاء بها ، وهناك مزيد بيان وتوضيح للمسألة فراجع وتأمل والله العالم.

ج ٢ ص ١٨٥ قوله رحمه الله: «ويجوز استئجار المرأة للرضاع مدة معينة باذن الزوج، فإن لم يأذن فيه تردد، والجواز أشبه»، وجه التردد من أصلالة الصحة وعموم الوفاء بالعقد، ومن عدم الدليل على الصحة.

حجّة القائل بصحة استئجار المرأة للرضاع هو أصلالة الصحة، وعموم الوفاء

بالعقد، ولأنها مالكة للمنافع التي لا تتعلق للزوج بها فلها نقلها إلى الغير، ومن تمنع شيئاً من حقوق الزوج فله فسخ العقد لا أنه يقع باطلأً كما قيل نقاً عن العلامة كما في المسالك.

و الجواز أشبه إذا لم يمنع الرضاع حقه كما اختار المصتف رحمه الله وفقاً للكركي والفالضل وثاني الشهيدين، للأصل السالم عن معارضته ما سمعت، بعد فرض وقوع الإجارة حال عدم معارضته حق الزوجة لغيبته أو لمرضه أو لغير ذلك من موانع الاستمتاع على وجه يوثق به عادة، ضرورة اعتبار عدم استغراق الأوقات في الاستمتاع الذي ليس للزوج غيره من باقي منافعها فهي مسلطة عليها...، إلى ما ذكره في الجواهر.

أقول: الظاهر إذا لم ينافي حق الزوج القول بالصحة لا يخلو من قوة والله أعلم.
حجّة القائل بعدم صحة اجارة المرأة بدون إذن زوجها هو أن الزوج ملك منافعها بالعقد فلا يجوز له نقلها إلى غيره، وأنه لا دليل على الصحة، بل عن المبسوط والخلاف والسرائر عدم الجواز لأنّه ملك منافعها، بل لمنافاته لحق الاستمتاع بها ولذا لم يجز لها الصوم -يعني تطوعاً- إلى آخر ما قيل في المسالك والجواهر، وفيها زيادة تفصيل الحجتين فراجع وتأمل والله العالم.

ج ٢ ص ١٨٥ قوله رحمه الله: «وهل يتشرط ذكر الموضع الذي ترضعه فيه؟ قيل: نعم، وفيه تردد.»، وجه التردد من أن بيت المرضعة أسهل، ومن أن بيت الولي أوثق له.
حجّة القائل بالاشتراط في عقد اجارة الرضاع هو أن حكم الاستجرار للرضاع ثابت على خلاف الأصل، لأنّ الأصل في متعلق الإيجار الأعيان ليستوفي منها المنافع. وفي المسالك: الأقوى الاشتراط، وكذا القول في كل موضع يختلف فيه الفعل، وقال به الفاضل في قواعده المحكى من تذكره وثاني المحققين والشهيدين ومحكى المبسوط والوسيلة لاختلاف الحال في السهولة والصعوبة والوثاقة في الحفظ وعدمه وغير ذلك.

حجّة القائل بعدم الاشتراط وأن الاجارة صحيحة بدونه هو الأصل عدم الاشتراط ، ولأنه من تقاوٍت الأغراض لا مما يتوقف عليه ارتفاع الجهة في الاجارة ، ولذا لا يعتبر التعرّض له في باقي الأعمال المتفاوتة بالنسبة إلى ذلك ، بل لعله هذا هو الأقوى وحينئذٍ فلها فراغ ذمتها في أي مكان كما في الجواهر.

ج ٢ ص ١٨٦ قوله رحمة الله: «وهل يجوز استئجار الحائط المزوق للتنزه؟ قيل: نعم، وفيه تردد.»، وجه التردد من أنها منفعة عقلائية، ومن جواز الاستفادة بدون إذن المالك كالاستظلال به.

حجّة القائل بالجواز هو أنه يشتمل على منفعة متقوّمة وعقلائية كتعلم الصنعة الحكمة منه كما يجوز استئجار كتاب فيه خط جيد للتعلم منه لأنه فيه غرضاً صحيحاً . وقال بالجواز ابن ادريس واختاره في التبيّن واستحسنه في المسالك مع توقف تحصيل المنفعة على الاستئجار، وفي الجواهر، الحق الجواز مع عدم السفة.

حجّة القائل بعدم الجواز هو أن ذلك يمكن استفادته بدون إذن المالك ، كما يجوز الاستظلال لحائطه بدون الاذن وبهذا يفرق بين الحائط والكتاب . وقال بالمنع في محكي الخلاف والمبسوط للسفه ولأنها منفعة ليس للمالك منعها كالاستظلال بالحائط.

ج ٢ ص ١٨٦ قوله رحمة الله: «فلو أجر عبداً آبقاً لم تصح ولو ضم إليه شيء ، وفيه تردد.»، ينشأ التردد من عدم القدرة على تسلیم المنفعة، ومن جواز بيعه مع الضميمة.

حجّة القائل بعدم صحة الاجارة هو أنه قياس الاجارة على البيع وهو محّرم عندنا ، ولأن المالك غير قادر على تسلیم المنفعة للمستأجر. وكذا تردد في السرائر والتذكرة وأطلق المنع في الدروس.

حجّة القائل بصحة الاجارة هو أن بيعه مع الضميمة جائز للنص ، وكذا

اجارته بطريق أولى لاحتماها من الغرر ما لا يحتمله البيع. وفي القواعد قيد المنع مع عدم الضميمة مفهومه صحة اجارته معها، وهو الذي اختاره الشهيد محتاجاً بالأولوية، وفي المسالك: الأولى الاقتصار بالحكم على موضع النص والوفاق، نعم لو كان المستأجر يمكن من تحصيله جاز من غير ضميمة كالبيع.

أقول: لكن الانصاف أن القطع بالصحة لا يخلو من مناقشة والله العالم.

ج ٢ ص ١٨٦ قوله رحمه الله: « ولو منعه المؤجر منه سقطت الاجرة، وهل له أن يتلزم ويطلب المؤجر بالتفاوت؟ فيه تردد، والأظهرنعم.»، وجه التردد من عدم بطلان الاجارة إلا بالفسخ، ومن بطلان الاجارة.

حجّة القائل باللزوم وعدم الانفساخ هو الأصل، وله المطالبة بالتفاوت بين المسمى واجرة المثل وليس له إلا المنفعة التي قد فوّتها عليه المالك الغاصب فله قيمتها. كما أن للمؤجر المسمى إلا أنه لما كانت الاجارة من عقود المعاوضة التي تقتضي عوضية ملك بذلك وبقبضها، إلا أن الثاني - أي القبض - لما كان غير معتبر في الصحة - أي في صحة العقد - يجبه الشارع بالخيار ما لم يكن تلفاً سماوياً، لأنه خارج بالنص كما في الجواهر، واستظهره المصنف.

حجّة القائل بسقوط الاجرة وانفساخ العقد تنزيلاً له منزلة التلف قبل القبض المقتضي للانفساخ في البيع وفي المقام لتعذر تحقق المعاوضة حينئذ، فكما أنه مع التلف ليس له غير الاجرة المسممة فكذا هنا، واختار هذا الاحتمال في التذكرة لكن قيده بمنع المؤجر المستأجر من العين من غير أن يستوفي المنافع وقرب ثبوت الخيار لواستوفى.

وما اختاره المصنف من التخيير حسن كما في المسالك، لأن المنفعة صارت حقه فغضبها المؤجر فيجب عليه عوضها كالأجنبي، فيتخير المستأجر بين الفسخ فيسقط المسمى ولا رجوع حينئذ بالتفاوت بين المسمى واجرة المثل، وبين البقاء على الاجارة وأخذ عوض المنفعة، وهو اجرة مثلها فيرجع بالتفاوت وهو الزيادة

عن المسمى إن كان والله العالم بالصواب.

ج ٢ ص ١٨٤ قوله رحمه الله: «وإذا أنهم المسكن كان للمستأجر فسخ الإجارة، إلا أن يعيده صاحبه ويكتنه منه، وفيه تردد.»، منشأ التردد من أصلية اللزوم، ومن ثبوت الخيار بالانهدام.

حجّة القائل بلزم الإجارة هو الأصل إذا أعاده صاحبه بسرعة ومكنه منه على وجه لم يفت الانتفاع بل كان موصولاً بعضه بعض لعدم التضليل حينئذ فيبقى أصل اللزوم بحاله، ومع ذلك تردد به المصنف مما ذكر ومن ثبوت الخيار ب مجرد الانهدام فيستصحب، بل اختياره في جامع المقاصد وقواه في المسالك، وإن ناقش فيه صاحب الجواهر ومنع ثبوت الخيار بمجرد الانهدام من حيث كونه انهاماً وإن لم يفت شيء من المنفعة على وجه تقطيع به أصلية اللزوم، اللهم إلا أن يستبعد الغرض وهو خروج عن محل النزع.

حجّة القائل بانفساخ الإجارة إذا فات أصل الانتفاع ولم يكن أعادته لتعذر المستأجر عليه فله المسمى حينئذ مافات من المنفعة، وإن لم يفت أصل الانتفاع وأمكن إزالته كان للمستأجر الفسخ مع فوات بعض المنفعة للتعييب بالتبغض.

أقول: إذا بادر الموجر إلى تعميرها ولم يفت الانتفاع أصلاً فالقول بعدم الفسخ حتى البطلان لا يخلو من قوة والله العالم بالصواب.

في أحكام الإجارة

ج ٢ ص ١٨٨ قوله رحمه الله: «ولو أجر الوصي صبياً مدة يعلم بلوغه فيها بطلت في المتيقن وصحت في المحتمل ولو اتفق البلوغ فيه، وهل للصبي الفسخ بعد بلوغه؟ قيل: نعم، وفيه تردد.»، وجّه التردد من أن الولاية قبل البلوغ فله الفسخ، ومن وقوع العقد من أهله في محله فلا فسخ.

حجّة القائل بجواز الفسخ هو أنّه لما كان زمان الولاية على الصبي ما قبل البلوغ والرشد، فإذا أجره مدة يقطع ببلوغه في أثنائها فإنّ الإجارة تلزم إلى وقت الكمال، ثم هي موقوفة على اجازة الصبي، واختاره في المبسوط والقواعد والارشاد والتذكرة والسرائر وقواعد الشهيد وغيرهم من أعلام العلامة، لعدم الولاية في هذا الحال كما في الجواهر.

حجّة القائل بلزوم الإجارة حتى بعد الكمال لوقوع الإجارة من أهلها في محلها في وقت لم يعلم لها مناف فتستصحب، بل عن الخلاف الجزم باللزوم، وفي المستمسك : مقتضى ولايته على الطفل في جميع ماله الولاية عليه من ماله ونفسه صحة ما ذكر، إذ لا ريب في أنّ للانسان السلطنة على منافعه المستقبلة فتكون ولويه السلطنة عليها، كما أنّ الحكم في أمواله كذلك، ثم قوى جانب اللزوم ونفوذه تصرّف الولي.

أقول: ويمكن أن يعتبر بأنّ المسألة تختلف بالنسبة إلى مصالح المولى عليهم، في بعضها يلزم بالدوام دون بعض كما في اجارة الوقف لمصلحة الموقوف عليهم وإن كانت بطون عديدة، وفيها تفصيل أكثر في محله والله العالم بالصواب.

كتاب الوكالة

ما يعتبر في الوكيل

ج ٢ ص ١٩٨ قوله رحمه الله: «ويجوز أن تتوكل المرأة في طلاق غيرها، وهل تصح في طلاق نفسها؟ قيل: لا، وفيه تردد.»، ينشأ التردد من اشتراط المغایرة وعدمها في الوكالة.

حجّة القائل بعدم صحة الوكالة هو اشتراط المغایرة بين الوكيل والمطلقة، وقال به الشيخ ابن ادريس وضعفه في المسالك.

حجّة القائل بصحة الوكالة في طلاق نفسها هو الاكتفاء بالمغایرة الاعتبارية، كما اكتفى بها صاحب المسالك، وفي الجواهر: ضرورة اقتضاء عمومات الطلاق الاكتفاء بمثل هذه المغایرة الاعتبارية، نحوما سمعته في غير المقام من نظائره.

ج ٢ ص ١٩٩ قوله رحمه الله: «وهل يتوكّل المسلم للذى على المسلم؟ فيه تردد، والوجه الجواز على كراهة»، وجه التردد من استلزماته السبيل، ومن شهرة الجواز على كراهة.

حجّة القائل بالمنع هو أنه من باب السبيل المنفي في الآية الشريفة. وعن ظاهر المفید والشيخ في النهاية والدیلمي وأبی الصلاح وابن زهرة المنع، بل عن الأئمّة منهم الاجماع عليه، وربما يرشد اليه ما في الحکی عن المخّلف: ويكره أن يتوكّل مسلم لكافر على مسلم، ولم يكره ذلك أحد من الفقهاء دليلاً اجماع الفرقـة، ولأنه لا دليل على جوازه، في العبارة الأخيرة إشعار بإرادـة الحرمة من الكراهة.

حجّة القائل بالجواز على كراهيّة هو العموم السالم عن معارضته ما يقتضي المنع، حتّى الآية الشريفـة^١ فإنـه ليس إثبات سبـيل للكافـر، بل لعلـ مراد الجميع الكراهيـة. وعن المبسـوط: يكرـه أنـ يتـوكل مسلمـ لـكافـر عـلـى مـسـلمـ، وـقالـ بالـجـوازـ عـلـى كـراـهـهـ عـامـةـ الـمـتأـخـرـينـ وـهـوـ الـمـشـهـورـ.

أقوالـ القـولـ بـالـجـوازـ مـعـ الـكـراـهـ طـرـيقـ الـجـمـعـ بـيـنـهـ وـبـيـنـ حـجـةـ الـمـانـعـ وـالـلـهـ أـعـلـمـ.

فيما به تثبت الوكالة

جـ ٢ صـ ٢٠٢ قولـهـ رـحـمـهـ اللـهـ: «ولـاـ خـتـلـفـاـ فـي لـفـظـ الـعـقـدـ بـأـنـ يـشـهـدـ أـحـدـ هـمـاـ أـنـ الـمـوـكـلـ قـالـ: وـكـلـتـكـ، وـيـشـهـدـ الـآـخـرـ أـنـهـ قـالـ: اـسـتـشـتـكـ، لـمـ تـقـبـلـ لـأـنـهاـ شـهـادـةـ عـلـى عـقـدـيـنـ إـذـ صـيـغـةـ كـلـ وـاحـدـ مـنـهـ مـخـالـفـةـ لـلـآـخـرـ، وـفـيـهـ تـرـدـدـ»، وـجـهـ التـرـدـدـ مـنـ أـنـهاـ شـهـادـةـ عـلـى عـقـدـيـنـ فـلاـ تـقـبـلـ، وـمـنـ أـنـ الـوقـتـ وـاحـدـ وـالـعـبـارـةـ مـخـتـلـفـهـ، فـيـجـوزـ.

حجـةـ القـائـلـ بـالـمـنـعـ هوـ أـنـ الشـاهـدـيـنـ بـالـوـكـالـةـ اـخـتـلـفـ تـارـيـخـ ماـ شـهـداـ بـهـ لـمـ يـثـبـتـ الـوـكـالـةـ بـذـلـكـ، لـأـنـ كـلـ صـيـغـةـ وـاقـعـةـ فـي وـقـتـ مـنـهـاـ لـمـ يـقـمـ بـهـ شـاهـدـانـ وـإـحـدـاـهـمـاـ غـيرـ الـآـخـرـ، فـعـ اـخـتـلـفـ الـعـبـارـةـ يـقـضـيـ تـعـدـدـ الـإـنـشـاءـاتـ كـمـاـ لـوـ تـعـدـ الـوقـتـ وـإـنـ اـتـقـتـ الـعـبـارـةـ، هـذـاـ هـوـ الـمـشـهـورـ.

حجـةـ القـائـلـ بـالـجـواـزـ هوـ أـنـ مـرـجـعـهـ إـلـىـ أـنـهاـ شـهـداـ فـيـ وـقـتـيـنـ يـدـلـ عـلـىـ أـنـ اـخـتـلـفـ الـوقـتـ فـيـ الـعـقـدـ نـفـسـهـ لـاـ يـضـرـ لـأـنـهـ فـرـضـ الـمـسـأـلـةـ فـيـ اـخـتـلـافـهـمـاـ فـيـ نـفـسـ الـعـقـدـ، وـإـنـاـ يـضـرـ لـوـ تـكـافـيـاـ فـيـ لـفـظـهـ بـأـنـ شـهـدـ أـحـدـ هـمـاـ أـنـ الـعـقـدـ الـوـاقـعـ مـنـهـ فـيـ الـوقـتـ الـمـعـيـنـ كـانـ بـلـفـظـ وـكـلـتـكـ وـشـهـدـ الـآـخـرـ أـنـ بـعـيـنـهـ كـانـ بـلـفـظـ اـسـتـشـتـكـ، وـهـنـاـ لـاـ إـشـكـالـ فـيـ عـدـمـ الـثـبـوتـ. وـالـذـيـ يـظـهـرـ مـنـ الـعـبـارـةـ إـنـ مـاـ عـدـاـ صـورـةـ

التناقض المحس يثبت به وان اختلف الوقت مطلقاً كما ذكره صاحب المسالك، وفيه مزيد تفصيل تركناه خوف الاطالة فراجع وتأمل.

ج ٢ ص ٢٠٢ قوله رحمه الله: «وكذا لو كان الحق ديناً، وفيه تردد»، منشأ التردد من أن الدين كالعين فلا يؤمر بالتسليم، ومن أن تصديق الغريم يقتضي وجوب التسليم من مال نفسه.

حججة القائل بعدم الأمر بالتسليم هو مساواة الدين للعين، لأن تسليمه إنما يكون عن الموكل ولا ينفذ اقرار الغريم عليه باستحقاق غيره لقبض حقه، وأنه لا يؤمر به إلا إذا كان مبرئاً للذمة على وجه يطالب به بعد ذلك، ومن ثم يجوز لمن عليه الحق الامتناع من التسليم للمالك للاشهاد عليه وهنا ليس كذلك كما عرفت، وأن الدافع على جهة كونه مال الغائب لم يثبت ما يقتضيه. الدفع على غير هذا الوجه غير واجب كما حكاه صاحب الجواهر عن الشيخ ويحيى بن سعيد والفالضل في الارشاد والده وال Kashani إلى آخر ما هناك وفي المسالك أيضاً.

حججة القائل بأنه يؤمر بالتسليم مع تصديق الغريم هو أنه يقتضي وجوب التسليم من مال نفسه، وإذا أنكر من له ذلك - أي الغائب - فهو على حجته فلا أثر له في ذلك، فلا مانع من نفوذه لعموم «اقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^١، وفي الجواهر: بل لعل الأقوى هنا أنه يؤمر بالتسليم وفقاً للمحقق الثاني والشهيد الثاني والحراساني وعن الحلي لاختصاص الاقرار في حقه، ضرورة أنه يدفع الدين من خالص ماله وإذا أنكر من له ذلك فهو على جهته

في اللواحق

ج ٢ ص ٢٠٤ قوله رحمه الله: «ولو كان وكيلاً في قضاء الدين فلم يشهد بالقبض

١ - الوسائل الباب ٣ من أبواب كتاب الاقرار الحديث .

ضمن، وفيه تردد»، ينشأ التردد من أنه تفريط، ومن الأصل عدم الضمان. حجّة القائل بالضمان مع عدم الاشهاد والانكار هو أنه تفريط، كما عن الشيخ والفضل في جملة من كتبه وولده والشهيدين والحق الثاني كما في الجواهر.

حجّة القائل بعدم الضمان هو أنه لا يصدق عرفاً أنه تفريط لا أقل من الشك والأصل عدم الضمان، مضافاً إلى السيرة في المسألة، لهذا تردد في المتن. وكذا القواعد بل كأنه قال به في محكي الخلاف، بل عن الأردبيلي الجزم بذلك كما ذكر ذلك صاحب الجواهر.

ج ٢ ص ٤٠ قوله رحمه الله: «إذا أذن الموكِل لوكيله في بيع ماله من نفسه فباع جاز، وفيه تردد»، وجه التردد من وجود المقتضي وهو الاذن، ومن احتمال التهمة. حجّة القائل بالجواز هو وجود المقتضي وهو إذن المالك له في البيع المذكور، وانتفاء المانع إذ ليس إلا كونه وكيلاً، وذلك لا يصلح للمانعية بناءً على جواز اتحاد الموجب القابل، كما هو المشهور بل الجمع عليه بين المتأخرین، بل عن التذكرة الاجماع عليه في ثلاث مواضع لاطلاق الأدلة وعمومها وخصوص ما ورد منه في الجد والأب والوصي كما في الجواهر، وفي المسالك لا ريب في قوة جانب الجواز.

حجّة القائل بالمنع هو التهمة، ولأنه يصير موجباً قابلاً عند المانع عنه، ولأن المنساق من الأدلة التغاير بين الموجب والقابل لا أقل من الشك والأصل عدم ترتيب الأثر. ولذا حكى الخلاف فيه عن جماعة، بل عن غاية المراد نسبته إلى كثير من أصحابنا.

في التنازع

ج ٢ ص ٦٠ قوله رحمه الله: «لو وَكَلَه بِقِبْضِ دَيْنِه مِنْ غَرِيمٍ لَهُ، فَأَفْرَطَ الْوَكِيلُ بِالْقِبْضِ

وصدقه الغريم وأنكر الموكّل، فالقول قول الموكّل، وفيه تردد.»، وجه التردد من الاختلاف في فعل الوكيل فيقدم قوله، ومن أصلالة بقاء حق الموكّل عند الغريم. حجّة القائل بتقدیم قول الوكيل لأنّه أمينه فينفذ قوله عليه بدعوى التلف، ولأنّ الفعل فعله والأقوى تقديم قول الوكيل كما في المسالك.

حجّة القائل بتقدیم قول الموكّل في مقام انكاره القبض لأنّ الدعوى إنما هي بين المالك الموكّل وبين الغريم ولا نزاع بينه وبين الوكيل، وليس في الأدلة ما يقتضي إلزام الموكّل باقرار الوكيل فيما وكل فيه مع عدم الخصومة معه، وفأقاً للبساط والتذكرة والقواعد وغيرها، بل في شرح الصimirي نسبة إلى فتوى الأصحاب كما ذكره في الجواهر. وفي المسألة مزيد تفصيل فراجع وتأمل والله العالم.

كتاب الوقوف والصدقات

في شرائط الواقف

ج ٢ ص ٢١٣ قوله رحمه الله: «ويعتبر فيه البلوغ وكمال العقل وجواز التصرف، وفي وقف من بلغ عشرًا تردد»، منشأ التردد من أن المروي جواز صدقته، ومن أنه محجور عليه.

حجّة القائل بجواز صحة وقف من بلغ عشر سنين هو فتوى الأصحاب بجواز صدقته، والوقف صدقة كما تقدم فيكون داخلاً كما في التبيح. وأما الرواية المشار إليها عن زرارة عن الباقي على السلام ومثلها عن زرعة عن سماعة عن الصادق عليه السلام «قال: إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز في ماله ما أعتقد أو تصدق أو أوصى على حد معرفة وحق فهو جائز»^١.

ومن وصايا النهاية والمهذب، بل في جامع المقاصد في الوكالة: إن المشهور بجواز تصرفه في الوصية والعتق والصدقة، ولأن الوقف بعض أفراد الصدقة، فعدّ الشيخ وجماعة الحكم إلى الوقف نظراً إلى هذا المعنى أي الصدقة بالمعنى الأعم. وموثق جميل بن دراج عن أحد هماعليهم السلام «قال عليه السلام: يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل وصدقته ووصيته وإن لم يختلم»^٢، وعن الحلبـي وابن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سُئل عن صدقة الغلام ما لم يختلم، قال: نعم إذا وضعها في موضع الصدقة»^٣، لهذا قال المصنف بعد ترددـه: المروي بجواز صدقته، والله أعلم.

١ و ٣ - الوسائل الباب ١٥ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات الحديث ١٦٢٠ .

حجّة القائل بعدم صحة وقف من بلغ عشر سنين هو اطلاقات الأدلة الدالة على الحجر على الغلام والجارية قبل البلوغ، التي منها: قوله صلّى الله عليه وآله «رفع القلم عن الصبي حتّى يحتمل»^١، بل قوله تعالى «وابتلوا اليتامي حتّى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم معهم رشدًا فادفعوا إليهم أموالهم»^٢، فإنه قبل البلوغ والرشد لا يدفع إليه ماله، أي إنّه محجور عن التصرف فيه فكيف يمكنه الوقف؟!

وفي التبيّن: لم ترد روایة بالصریح في جواز وقفه. والحق ما قاله المصنف وهو المنع من وقفه، أمّا أولاً: فلكون الوقف تصرفاً مالياً والحجر عليه يمنع ذلك. وأمّا ثانياً: فلضعف سماعة.

وفي الجواهر: الأصح المنع، وفي اللمعة: وشرط الواقف الكمال وفي الشرح: بالبلوغ والاختيار والعقل ورفع الحجر.
أقول: على هذا القول بالمنع لا يخلو من قوة والله العالم بالصواب.

في شرائط الموقوف عليه

ج ٢ ص ٢١٤ قوله رحمه الله: «وكذا الموقف على من لا يملك ثم على من يملك، وفيه تردد، والمنع أشبه»، وجه التردد من أنه فاقد لشرط صحة الوقف، ومن صحته في من يملك ولا يصح في غيره.

حجّة القائل بالمنع هو ما عرفت من أن شرط الموقوف عليه أن يكون موجوداً حال الوقف ويملك. وفي الجواهر: المنع أشبه بأسوأ المذهب وقواعده، ولا أقل من أن يكون الوقف المفروض في محل شك من الصحة وعدمها في تناول الأدلة لمثله ولو للاطلاقات والعمومات، فعند الشك الأصل الفساد.

١ - الوسائل الباب ٤ من أبواب مقدمة العبادات الحديث . ١١

٢ - سورة النساء، الآية ٦

و لا يخفى أنّ بناء جميع ما سمعته من الأصحاب في المنع على خلو الوقف عن موقفه عليه، ولا ريب في كون ذلك مانعاً ومنافياً لتجزيز الوقف من غير فرق بين ابتداء الوقف وفي أثناءه وفي آخره، مما عساه يظهر من المصنف والدروس من أنّ هذا الشرط إنما هو في ابتداء الوقف، وإلا فلا بأس بالوقف على المعدوم تبعاً للموجود والله أعلم.

حجّة القائل بعدم المنع هو عدم الدليل على إبطاله. كما إذا وقف على عبد أو مجھول ثم على من يملك من أولاده أو الفقراء، بل فيما بدع به وصح في حق الباقيين، وهو مبني على صحة تفريق الصفة. كما حكى عن خلاف الشيخ ومبسوط عن يحيى بن سعيد في الجامع موافقته في الصحة في حق الباقيين، وكأنه مال إليه في غاية المراد حيث أجاب عن دليل المانع بالتزام أنّ هناك موقفاً عليه. وعلى هذا فيصح الوقف على القابل ويبطل على الناقد لشرط الصحة.

ج ٢٦ ص قوله رحمه الله: «وكذا يصح على المرتّد في الحرّي تردد، أشبهه المنع»، وجه التردد من اطلاق أدلة الوقف، ومن أنه تقوية لهم.

حجّة القائل بالجواز هو اطلاق أدلة الوقف على حسب وقفها أهلها. وبأنّ الرسول صلى الله عليه وآله أبّر جماعة من الكفار كابنة حاتم وصفوان بن امية وأبي العاص بن الربيع. وكذلك الإمام علي عليه السلام أبّر أصحاب معاوية وهم محاربون بأن ترك الماء لهم. وكذلك الحسين عليه السلام في أصحاب الحر الرياحي، بل في القرآن الكريم «وإن جاهدك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبها في الدنيا معروفاً»، ولا شبهة أن كل معروف جائز إلا ما خرج بالدليل، والوقف من جملة البر والمعرف فالمناط والإطلاق يشملانه. هذا بالإضافة إلى مثل قوله عليه السلام «اكرم الضيف ولو كان كافراً»، قوله عليه السلام «لكل كبد حرّاً أجر»، إلى غير هذا من الإطلاقات والعمومات.

حجّة القائل بالمنع وعدم الجواز هو أنّه تقوية لهم، وذلـك غير جائز. وبأنه خلاف من أظهر مصاديق الموادـة قال تعالى: «لا تجـد قوماً يؤمنون بالله واليـوم الآخر يـوادون من حـاذ الله ورسـوله»^١، قوله تعالى: «أشـداء على الـكفار»، إلى غيرها من الآيات.

وأنّ الـوقف يـحتاج إلى القرـبة ولا قـربـة في الـوقف علىـ المحـارـب. فالـأدـلة منـصرـفة عنـ مـثـلهـ. هذاـ وـأنـ الحـريـ يـجبـ قـتـلهـ فـلا تـجـوزـ إـعـانـتـهـ. وـلـأـنـ لاـ يـمـلكـ مـالـ المـسـلمـ وـشـرـطـ الـوقفـ إـمـكـانـ الـمـلـكـ.

أقول: وهذا هو الـظـاهـرـ وـعـلـيـهـ المـشـهـورـ، إـذـ أـدـلـةـ الـجـواـزـ لـاـ تـكـفـيـ رـدـاًـ لـهـذـهـ الـأدـلـةـ. وـفـيـ الـمـسـأـلـةـ مـزـيدـ تـفـصـيلـ، فـرـاجـعـ وـتـأـمـلـ وـالـلـهـ أـعـلـمـ.

في شـرـائـطـ الـوقفـ

جـ ٢١٧ـ قولـهـ رـحـمـهـ اللـهـ: «ـوـلـوـ وـقـفـ عـلـىـ أـوـلـادـ أـلـاـصـاغـرـ كـانـ قـبـضـهـ قـبـضاًـ عـنـهـمـ. وـكـذـاـ الجـدـ لـلـأـبـ وـفـيـ الـوـصـيـ تـرـدـدـ، أـظـهـرـهـ الصـحـةـ»، منـشـأـ التـرـدـدـ منـ أـنـهـ كـالـوـليـ، وـمـنـ ضـعـفـ يـدـ الـوـصـيـ.

حجـةـ القـائلـ بـصـحةـ قـبـضـ الـوـصـيـ هوـ أـنـهـ كـالـوـليـ. وـالـظـاهـرـ دـمـ الـحـاجـهـ إـلـىـ قـبـضـ الـوـليـ إـذـ كـانـ الـوـقـفـ تـحـتـ يـدـهـ، إـذـ القـبـضـ حـاـصـلـ فـعـلـاًـ، وـلـاـ دـلـيـلـ عـلـىـ لـزـومـ اـنـشـائـهـ لـأـنـ ظـاهـرـ أـدـلـةـ الـقـبـضـ وـقـوـعـ الشـيـءـ تـحـتـ يـدـ المـتـوـلـيـ وـأـنـ أـصـلـ الـوـلـاـيـةـ كـافـ فيـ ذـلـكـ.

وـ الـمـعـتـرـ هوـ تـحـقـقـ كـوـنـهـ تـحـتـ يـدـ الـوـاقـفـ مـضـافـاًـ إـلـىـ وـلـايـتـهـ عـلـىـ الـمـوـقـفـ عـلـيـهـ فـتـكـونـ يـدـهـ كـيـدـهـ. وـلـاـ يـظـهـرـ لـضـعـفـ الـيـدـ أـثـرـ فيـ ذـلـكـ كـمـاـ فـيـ الـمـسـالـكـ وـاستـظـهـرـهـ الـمـصـنـفـ رـحـمـهـ اللـهـ.

أـقـولـ: القـوـلـ بـالـصـحـةـ لـاـ يـخـلـوـ مـنـ قـوـةـ فـتـأـمـلـ فـيـهـ.

حجّة القائل بعدم صحة قبض الوصي هو إشكال اتحاد الموجب والقابل، وذلك خلاف ظاهر الأدلة الواردة في الموجب والقابل فاللازم تعدد هما في كل الأبواب البيع والنكاح والقبض وغيرها، وإنما خرج الأَب والجَد في باب الوقف وغيره لوجود الدليل الدال على كفاية كون المال تحت يد الأَب في حصول القبض. وللاتحاد المذكور ما حكى عن السرائر وما تشعر به عبارة النافع.

أقول: الظاهر لا دليل على لزوم التعدد في الموجب والقابل وإن ادعى الانصراف فهو بدوي كما لا يخفى.

في اللواحق

ج ٢ ص ٢١٨ قوله رحمة الله: «وليس كذلك افتراكه فإنه إزالة للرق شرعاً فيسري في باقيه فيضمن الشريك القيمة، لأنّه يجري مجرّد الا تلاف، وفيه تردد.»، وجه التردد من سراية العتق، ومن عدم تبدل الوقف فلا سراية.

حجّة القائل بالسراية هو قوله عليه السلام «من أعتق شخصاً من عبد وله مال قوم عليه الباقى»^١، والعموم يشمل الوقف وغيره، وعلى هذا فيسري في الباقي ويضمن الشريك القيمة، لأنّه يجري مجرّد الا تلاف الموجب للضمان. وكيف كان فالقول بالسراية لا يخلو من قوة وفي المسألة زيادة تفصيل في محلها.

حجّة القائل بعدم السراية هو أن الوقف لا يبدل، ولأنّ العتق يحتاج إلى الملك لقوله عليه السلام «لا عتق إلا في ملك». ومن المعلوم أنّ الموقف لا يملك. وإن ظهور أدلة الوقف في بناء العين على وجه لا يؤثر في تغييرها عنه السبب الاختياري كالبيع ودونه كالمبهة ولا القهرى كالارت.

بل لعلّ ما في النصوص من أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث يشير إلى ذلك. فعلى هذا لا ريب في عدم نفوذ العتق فيه مباشرة ولا سراية بطريق أولى لأن

١ - الوسائل الباب ٤١ من أبواب العتق الحديث ٨ .

العتق مباشرةً أقوى من العتق بالسرaya و هو المشهور بين الاكثـر، بل كـاد يكون اجـماعاً كـما في المسـالك.

ج ٢ ص ٢٢١ قوله رحـمه الله: «اذا آجر البـطـن الأول الـوقـف مـدة، ثم انـقـرـضـوا فـي اـثـنـائـهـ، فـانـقـلـناـ: المـوـت... يـبـطـلـ الـاجـارـةـ فـلاـ كـلامـ، وـاـنـ لـمـ نـقـلـ فـهـلـ يـبـطـلـ هـنـاـ؟ـ فـيـهـ تـرـدـدـ، اـظـهـرـهـ الـبـطـلـانـ.ـ»ـ، منـشـأـ التـرـدـ منـ اـطـلاقـ ماـ دـلـ عـلـىـ صـحـةـ الـاجـارـةـ، وـمـنـ اـنـكـشـافـ دـخـولـ غـيرـ مـاـ لـهـمـ مـنـ المـدـةـ فـيـ صـلـاتـهـمـ.

حـجـةـ القـائـلـ بـعـدـ بـطـلـانـ الـاجـارـةـ هـوـ أـنـهـ نـافـذـةـ مـطـلـقاًـ.ـ قـالـواـ لـأـنـ حـالـ الـوقـفـ حـالـ الـمـلـكـ، لـأـنـ الـمـنـفـعـةـ مـلـكـ الـمـوـقـفـ عـلـيـهـ مـلـكـاًـ مـطـلـقاًـ وـالـنـاسـ مـسـلـطـونـ عـلـىـ أـمـوـاهـمـ، وـيـشـمـلـهـ عـمـومـ مـاـ دـلـ عـلـىـ صـحـةـ الـاجـارـةـ وـلـزـومـهـاـ.

نعم اذا كان البـطـنـ المؤـخرـ نـاظـراًـ عـلـىـ الـوقـفـ وـآـجـرـ بـصـلـحةـ الـوقـفـ لاـ لـصـلـحةـ لـمـ يـبـطـلـ.ـ وـكـذـاـ لـوـ كـانـ الـمـوـجـرـ هـوـ النـاظـرـ وـلـمـ يـكـنـ مـوـقـفـاًـ عـلـيـهـ.ـ وـقـوـلـ آخرـ لـصـلـحةـ الـاجـارـةـ هـوـ أـنـ الـمـقـدـارـ الزـائـدـ عـلـىـ عمرـ الـبـطـنـ الـمـوـجـرـ يـتـوقـفـ عـلـىـ الـاجـارـةـ،ـ وـهـذـاـ مشـهـورـ لـاطـلاقـ أـدـلـةـ الـعـقـدـ وـأـدـلـةـ الـفـضـوـلـ.ـ وـاحـتـيـاجـ الـفـضـوـلـ إـلـىـ الـجـيـزـيـ فيـ حـالـ الـعـقـدـ خـالـ عنـ الدـلـيلـ كـماـ حـقـقـ فـيـ مـحـلـهـ.

حـجـةـ القـائـلـ بـطـلـانـ الـاجـارـةـ هـوـ أـنـ لـيـسـ مـلـكـهـمـ مـطـلـقاًـ بـلـ مـلـكـهـمـ مـاـ دـامـواـ أـحـيـاءـ، لـأـنـهـ مـفـرـوضـ كـوـنـهـ لـلـبـطـوـنـ،ـ وـإـلـاـ كـانـ لـبـعـضـ الـبـطـوـنـ دـوـنـ بـعـضـ وـهـوـ خـلـفـ.ـ هـذـاـ هـوـ الفـرـقـ بـيـنـ اـجـارـةـ الـمـالـكـ لـمـلـكـهـ وـاجـارـةـ الـمـوـقـفـ عـلـيـهـ مـعـ اـشـتـراكـهـمـ فـيـ اـيـقـاعـ عـقـدـ لـازـمـ مـنـ الـطـرـفـيـنـ وـمـنـ شـائـهـ أـنـهـ لـاـ يـبـطـلـ بـالـمـوـتـ.

وـوـجـهـ الـفـرـقـ:ـ إـنـ مـلـكـ الـمـوـقـفـ عـلـيـهـ غـيرـ تـامـ،ـ فـإـنـ بـاـقـيـ الـبـطـوـنـ هـمـ اـسـتـحقـاقـ فـيـ الـمـلـكـ بـأـصـلـ الصـيـغـةـ لـاـ بـالـتـلـقـيـ عـنـ الـمـوـقـفـ عـلـيـهـ بـحـيثـ لـوـ تـصـرـفـ قـبـلـ الـاـنـتـقـالـ صـحـ فـيـمـوـتـ الـمـوـجـرـ مـنـ الـبـطـوـنـ تـبـيـنـ اـنـتـهـاءـ حـقـهـ بـموـتهـ فـيـكـونـ اـجـارـتـهـ بـالـنـسـبـةـ إـلـىـ بـقـيـةـ الـمـدـةـ تـصـرـفـاًـ فـيـ حـقـ غـيرـهـ فـيـتـوقـفـ عـلـىـ اـجـازـتـهـ،ـ بـخـلـافـ اـجـارـةـ الـمـالـكـ فـاـنـ لـهـ نـقـلـ مـاـلـهـ صـحـيـحاًـ وـاـتـلـافـهـ كـيـفـ شـاءـ مـنـ غـيرـ مـرـاعـاهـ الـوارـثـ.

وقال بالبطلان في الخلاف والتذكرة والدروس والإيضاح وغيرهم من العلماء -رضي الله عنهم- المراد بالبطلان كما قدمنا وقوفه على اجازة البطن المتلقى كما يدل عليه والله العالم.

ج ٢ ص ٣٢١ قوله رحمه الله: «وهل تصير أم ولد قيل: نعم، وتعتق بموته وتؤخذ القيمة من تركته لمن يليه من البطون، وفيه تردد.»، وجه التردد من استحاله ثبوت العوض عليه نفسه، ومن أن الواطئ متلف لها فيلزمها ضمانها في تركته. حجة القائل بالأول أي صيرورتها أم ولد وتؤخذ القيمة من تركته لباقي البطون، لأنها يصير كأحد ماليكه لتحقق علوقها منه في ملكه وهو سبب صيرورتها أم ولد بالنص والاجماع، كما في المسالك، وكما عن ظاهر التذكرة وشرح الارشاد للتنجز والإيضاح.

وعلى تقدير صيرورتها أم ولد فلا خلاف في ترتيب الحكمين المزبورين وهم الانعتاق وأخذ القيمة من تركته كما في الجواهر، بل عن التذكرة والإيضاح لا تفاق على ذلك ، بل عن المبسط: إن الناس متسلمون علىأخذ قيمتها من تركته وإنما الخلاف فيما يعمل بالقيمة.

هذا ليس محل كلامنا وله محل آخر من كتب الفقه المطلولة فراجع وتأمل
والله سبحانه أعلم.

حجّة القائل الثاني هو عدم سبيبة الاستيلاد للانفاق مع ظهور الأدلة في عدم تغيير الوقف بالأسباب الاختيارية والقهرية، مضافاً إلى خصوص استصحاب بناء حكم الوقف لزومه ودوامه المقدم على عموم الاستيلاد، والسامِل عن معارضته بعد معارضته بعمومات الوقف. وبهذا قال ثاني المحقدين والشهيدين وخصوصاً بناءً على عدم اقتضاء الملك الواقفي الانعتاق، ولذا صح وقف من ينعتق على الموقوف عليه عند بعض كما ذكر صاحب الجواهر أعلى الله مقامه . وفي المسألة تفاصيل أخرى في محلها فراجع وتأمل.

كتاب اهبات

في حكم اهبات

ج ٢ ص ٢٣٢ قوله رحمه الله: « ولو تلفت والحال هذه أو عابت لم يضمن الموهوب له، لأن ذلك حدث في ملكه، وفيه تردد»، وجّه التردد من أن الواهب نقص ماله فله أرضه، ومن أنه حال النقص كان مال الموهوب له فلا حق عليه.

حجّة القائل بضمّان الموهوب له هو أن الواهب لم يعطه ماله مجاناً حتى يكون النقص غير مضمون، بل النقص مضمون بالمثل أو الشرط. فإذا تعذر وفاء المتهب بالشرط كان عليه أن يدفع عوض النقص. وتشمله العمومات من «على اليد» أو «الوفاء بالعقد» وغيرهما، ولأن الموهوب له يجب عليه أحد الأمرين إما الرد أو دفع العوض، فإذا تعذر الأول وجب الثاني. وقال به ابن الجنيد من القدماء وبعض المتأخرین.

ثم المراد بالضمّان هنا وجوب دفع العوض اذا كان معيناً والمثل أو القيمة اذا كان مطلقاً، لأنّه هو مقتضى الأمر بالوفاء وقوله «المؤمنون عند شروطهم» وغير ذلك مما تقدم سابقاً، لا القيمة على كل حال لأن العين مضمونة على القابض. والشرط لا يجب عليه قبوله إذ فيه أنها مضمونة بالعوض لا غير...، إلى آخر ما ذكره صاحب الجواهر، وإن كان فيه زيادة تفصيل فراجع.

أقول: بعد التأمل القول بالضمّان لا يخلو من قوة والله سبحانه العالم.

حجّة القائل ي عدم ضمّان الموهوب له هو أن ذلك أي التلف أو النقص حدث في ملك المتهب فلم يلزم الموهوب له ضمانه، ولأن المتهب لا يجب عليه دفع العوض كمامر، بل للواهب الرجوع في العين. وإنما حصل

التفريط منه بتركها في يد من يجوز له ذلك فيها بتسليطه .
و في المبسوط ليس للواهب الرجوع لأن التلف والنقسان وجد في ملكه وما
حصل في ملكه لا يرجع به عليه، وهذا هو مذهبنا .

وبهذا قال المصنف رحمة الله ثم تردد ، وجزم به العلامة في التذكرة وولده في
الشرح للعلة التي ذكرها المصنف ، وإن كان التلف أو العيب بعمل الموهوب له
كما في الجواهر .

أقول : وهذه المسألة ذات فروع عديدة في كيفية الضمان وعدمه يطول
الكلام بذكرها ، تراجع في محلها من اكتسب الفقهية المطلقة والله سبحانه ولي
ال توفيق وهو خير معين .

كتاب السبق والرمادة

في اشتراط المبادرة والمحاطة

ج ٢ ص ٢٣٨ قوله رحمه الله: «وفي اشتراط المبادرة والمحاطة تردد، الظاهر أنه لا يشترط»، وجه التردد من أصله عدم الاشتراط، ومن تفاوت الأغراض في كل واحد منها.

حجّة القائل بعدم الاشتراط هو الأصل، أي أصله عدم الاشتراط مع صحة العقد. وعلى هذا فهل يحمل العقد عند الاطلاق على المحاطة أو المبادرة؟ قولان: أشهرهما الحمل على المحاطة، ومعناها اشتراطه استحقاقه لمن خلص له من الاصابة عدد معلوم بعد مقابلة إصابات أحدهما باصابات الآخر وطرح ما اشتراكا فيه. إذ اشتراط السبق إنما يكون لاصابة معينة من أصل العدد المشترط في العقد، وذلك يتضمن اكمال العدد كله ليكون الاصابة المعينة منه، فانهـا اذا عقدـا علىـ أنـ منـ أصـابـ خـمسـةـ منـ عـشـرـينـ كانـ لهـ كـذـاـ فـقـضـاهـ رـميـ كـلـ مـنـهـاـ العـشـرـينـ. وـالـاـ لمـ يـتـحـقـ كـوـنـ الـخـمـسـةـ الـتـيـ حـصـلـتـ الـاصـابـةـ بـهـاـ مـنـ الـعـشـرـينـ، وـذـكـرـ هـوـ مـعـنـيـ الـمحـاطـةـ وـهـوـ أـجـودـ فـائـدـةـ فـيـ الرـمـيـ. وـاسـتـظـهـرـهـ المـصـنـفـ رـحـمـهـ اللهـ وـقـوـاهـ صـاحـبـ الـجـواـهـرـ.

وقيل: يحمل اللفظ على المبادرة، لأنـاـ الغـالـبـ فـيـ المـفـاضـلـةـ، وـلـأـنـ المـتـبـادرـ منـ اـشـتـراـطـ السـبـقـ لـمـ أـصـابـ عـدـدـ مـعـيـنـاـ اـسـتـحـقـاقـهـ إـيـاهـ مـتـىـ ثـبـتـ لهـ ذـكـرـ الـوـصـفـ. وـعـلـىـ كـلـ حـالـ لـاـ وجـهـ لـلاـشـتـراـطـ بـعـدـ فـرـضـ الـاـنـصـارـفـ الـمـزـبـورـ، نـعـمـ لـوـ فـرـضـ عـدـمـ اـنـصـارـفـ الـاـطـلـاقـ اـتـجـهـ الـاشـتـراـطـ حـيـنـئـ لـلـغـرـرـ، وـهـذـاـ القـولـ لـاـ يـخـلـوـ مـنـ قـوـةـ وـالـلـهـ الـعـالـمـ.

حجّة القائل بالاشترط هو اشتراط التعرض في العقد لأحد هما، أي المحاطة والمبادرة، لأنّ حكم كل واحد منها مختلف للآخر فإذا أهمل بطل العقد لتفاوت الأغراض. وإنّ من الرّماة من تكرّر اصيابه في الابتداء وتقلّل في الانتهاء ومنهم بالعكس، وهذا اختيار الفاضل في التذكرة واستجوده في المسالك.

وفي المبسوط: لا تصحّ المفاضلة إلا بسبعين شرایط وهو: أن يكون الرشق وعدد الاصيابة معلوماً، وصفة الاصيابة معلومة، والمسافة معلومة، وقد الغرض معلوماً، والسبق معلوماً وأن يشترط مبادرة أو محاطة، ثم قال بعد سطور: واما ذكر المبادرة والمحاطة، قال قوم: هو شرط، وقال آخرون: ليس بشرط.

كتاب الوصايا

في الموصى به

ج ٢٤٧ قوله رحمه الله: « ولو أوصى بنصف ماله مثلاً فأجاز الورثة ثم قالوا: ظننا أنه قليل، قضى عليهم بما نظنوه وأحلفوا على الزائد، وفيه تردد»، وجه التردد من أن الاجازة تشمل القليل والكثير، ومن عدم تعلق الاجازة بالجميع.

حجّة القائل بتعلق الاجازة بالجميع هو أنّها تؤثّر فيها تعلّقت به سواء كان المحيز ظاناً أو قاطعاً أو مجرداً، لعدم مدخلية ذلك في الموضوع. وتقييد الاجازة بالظنون مع ظهور مفادها في خلافه مخالف للضوابط الشرعية، لأنّه يجب الأخذ بظاهر اللفظ الذي له معنى في الواقع كما في الإقرار والندر وغير ذلك.

وفي المسالك الرجوع إلى قولهم رجوع عن لفظ متيقن الدلالة على معنى يعم الجميع إلى دعوى ظن يجوز كذبه.

حجّة القائل بتقييد الاجازة بما نظنوه هو: أولاً الأصل عدم الزيادة. وثانياً أن المال محمل وهو النصف مما يخفى، وأن دعواهم يمكن أن تكون صادقة ولا يمكن الاطلاع عليها إلا من قبلهم، لأنّ الظن من الأمور النفسانية فلوم يرتب عليها أثر مع اليدين لزم الضرر على الورثة لتعذر إقامة البيينة على دعواهم. ثم قال في المسالك: والأقوى القبول - أي قبول قولهم - وحينئذٍ فيدفع إلى الموصى له نصف ما ظنوه.

وفي الجواهر: وكيف كان فحيث تنزل الاجازة على المظنون ولو للقرائن، يدفع إلى الموصى له نصف ما ظنوه وثلث باقي التركة لنفوذ الوصية في ثلاثة. وعدم الاجازة إنما أبطل الوصية في الزائد عليه بالنسبة إليه خاصة، بخلاف ما

ظنوه فان الوصية نفدت في ثلاثة والزائد عليه للاجازة، كما هو واضح، تم كلامه رفع مقامه.

أقول: لو قالوا ظننا أنه ألف درهم فبان ألف دينار قضى عليهم بصحة الاجازة في خمسمائة درهم. ويعکن أن يقال أنه يعطى ثلث الألف دينار بالوصية وسدس الألف درهم بالاجازة، لأنهم لما ظنوا أن الترفة ألف درهم فأجذروا الوصية بنصفها فقد ظنوا أن الزائد المجاز سدس الألف درهم فتصالح الاجازة فيه لغير، فهذا القول متيقن فتأمل فيه.

فيما لرأوته باخراج بعض ولده

ج ٢ ص ٢٤٩ قوله رحمه الله: «وهل يلغى اللفظ فيه تردد»، ينشأ التردد من أنه مخالف للقواعد الشرعية، ومن القول بالصحة فيخرج من الثالث. حجّة القائل بالبطلان هو أنه مخالف للنص القرآني في قوله تعالى «يوصيكم الله في أولادكم»^١، ومخالف للسنة كما سمعت، ولأنه من الحيف في الوصية الذي ورد فيه إنه من الكبائر:

عن مسعدة بن صدقة عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهم السلام «قال: قال علي عليه السلام: الحيف في الوصية من الكبائر»^٢. وبهذا الاسناد قال: «قال علي عليه السلام: ما أبالي أضررت بولدي أو سرقتهم ذلك المال»^٣، وفي حديث «أضررت بورثتي».

وعن مسعدة بن صدقة عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهم السلام «قال: من عدل في وصيته كان كمن تصدق بها في حياته، ومن جار في وصيته لقى الله

١ - سورة النساء آية ١١ .

٢ - الوسائل الباب ٨ من أبواب احكام الوصايا الحديث ٣ .

٣ - الوسائل الباب ٥ من أبواب احكام الوصايا الحديث ١ .

عزوجل يوم القيامه وهو عنده معرض»^١.

والصحيح عن سعد بن سعد «قال: سأله - يعني أبي الحسن الرضا عليه السلام - عن رجل كان له ابن يدعى فنفاه وأخرجه من الميراث، وأنا وصييه فكيف أصنع؟ فقال عليه السلام: لزمه الولد لإقراره بالمشهد، لا يدفعه الوصي عن شيء قد علمه»^٢، إلى غير ذلك من الأخبار.

و عليه الأكثر كما عن المسالك والكتفافية، أو المشهور كما عن المختلف والإيضاح والمذهب الرابع، أو المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً كما في الجوواهـر، أو أنه الذي عليه الأصحاب المشعر بالاجماع كما عن المقتصر، خلافاً لـمن عمل برواية السري التي حكم بضمونها الصدوق وهي قبضة خاصة.

أقول: الآية وهذه الروايات بضميمـة ما تقدم تدلـ على المنـع عن مطلق إخراج الوصي ورثـه وإن لم يكونـوا أولاً^ا.

حجـة القـائل بعدـم البـطـلـان هو أنـ اللـفـظـ غير لـاغـيـ بل حـكمـ حـكمـ منـ أـوصـىـ بـجـمـيعـ مـالـهـ، فـلـفـظـهـ صـحـيـحـ إـلاـ أـنـ يـنـفـذـ مـنـ الثـلـثـ خـاصـةـ دونـ غـيرـهـ إنـ لمـ يـجـزـ الـورـثـةـ، أيـ أـنـهـ وـصـيـةـ باـخـرـاجـهـ مـنـ الثـلـثـ فـيـكـونـ الثـلـثـ كـبـاقـيـ الـورـثـةـ، فـهـوـ الحـكـيـ عنـ الـخـلـفـ وـعـنـ الـخـراسـانـيـ أـنـهـ اـسـتـظـهـرـهـ.

وـ فيـ الـجوـاهـرـ قدـ يـقـالـ لـهـ أـنـ الـوـصـيـ بـالـخـرـاجـ وإنـ لمـ تـكـنـ وـصـيـةـ بـالـبـاقـيـ للـبـاقـيـ لـكـنـهـ نـفـسـهـاـ وـصـيـةـ، ضـرـورـةـ عـدـمـ الـفـرـقـ فـيـهـ بـيـنـ الـأـمـرـ وـالـنـهـيـ وـالـاعـطـاءـ وـعـدـمـهـ فـيـ نـفـوذـ جـمـيعـ مـاـ أـوصـىـ بـهـ مـنـ الثـلـثـ. فـهـوـ كـمـاـ لـوـصـرـحـ بـاـخـرـاجـهـ مـنـ الثـلـثـ فـاـنـهـ لـاـ اـشـكـالـ فـيـ اـخـتـصـاـصـ غـيـرـهـ مـنـ الـوـرـثـةـ بـهـ، لـاـ الـوـصـيـ بـهـ لـهـمـ بـلـ إـخـرـاجـ الـولـدـ مـثـلـاـ مـنـهـ فـيـبـقـىـ إـرـثـاـ لـغـيـرـهـ، إـلـىـ آخـرـ كـلـامـهـ رـفـعـ مـقـامـهـ وـالـلـهـ أـعـلـمـ.

١ - الوسائل الباب ٨ من أبواب أحكام الوصايا الحديث .٢

٢ - المصدر الباب ٩٠ من أبواب أحكام الوصايا الحديث .١

في الاشهاد على الوصية

ج ٢ ص ٢٥١ قوله رحمة الله: «وهل تقبل شهادة شاهد مع اليدين فيه تردد، أظهره المنع»، وجه التردد من أنه ليس مالاً ولا يقصد به المال، ومن أنه إرفاق وتبسيير. حجّة القائل بعدم قبول الشهادة بشاهد ويعين هو أن ضابط قبول شهادة الشاهد مع اليدين ما كان من حقوق الآدميين مالاً أو المقصود منه المال. وقد قطع الأصحاب بالمنع من غير نقل خلاف في المسألة ولا تردد، ووافقهم المصنف في مختصر الكتاب على القطع بالعدم. كما ذكره في المسالك واستوضح المنع من قبولها فيها، بل عن الرياض إن النصوص متفقة الدلالة على انحصر قبولها في الحقوق المالية.

حجّة القائل بقبول الشهادة مع اليدين هو أن الأقوال في المسألة ثلاثة: الأول أن ثبوت الحق بشاهد ويعين يختص بالدين. الثاني أنه يختص بالمال مطلقاً أعم من الدين وهو المشهور. الثالث أنه يثبت بها مطلق حقوق الناس سواء كانت من قبل الأموال أم كانت من غيرها كالطلاق والعتق والخلع والتدبير وما شاكل ذلك، وما إلى هذا القول السبزواري وصاحب الجواهر.

هذا وإطلاق الأدلة يعلم منه قبول شهادة العدل الواحد مع اليدين في الوصية بالمال أو الولاية المستلزمة له، بل مطلق الحقوق، كما جاء في صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «قال: لو كان الأمرلينا أجزنا شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع عين الخصم في حقوق الناس، فأمّا ما كان من حقوق الله تعالى أو رؤية الهلال فلا»^١، واستقرب الثبوت السيد الإيزدي في العروفة الوثقى.

أقول: لا يبعد ثبوتها بها إذا تضمنت الشهادة المال والله سبحانه أعلم.

في الموصى له

ج ٢ ص ٢٥٣ قوله رحمه الله: «وفي الوصية للحربي تردد، أظهره المنع»، وجه التردد من عموم الوصية واطلاقها، ومن النبي عن موادة الكفار حجة القائل بصحة الوصية للكافر مطلقاً سواء كان رحماً أم أجنبياً هو اطلاق أدلة الوصية، وما دلّ على وجوب انفاذ الوصية وحرمة تبديلها، وأنها على حسب ما أوصى به الموصي. والنصوص التي سنذكرها مستفيضة على انفاذ الوصية ولو كان الموصى له يهودياً أو نصريانياً. وقد ذهب إلى ذلك اطلاق السرائر والجامع وصريح غاية المراد والمآل، ونفى عنه البعض في الكفاية كما في مفتاح الكرامة، بل عن جمع البيان دعوى الاجماع على جواز أن يبرّ الرجل من يشاء من أهل الحرب قرابة كان أو غير قرابة.

في صحيح محمد بن مسلم «قال: سألت أبي جعفر عليه السلام عن الرجل أوصى به في سبيل الله؟ قال: أعطه إن أوصى له به وإن كان يهودياً أو نصرياً، إن الله عزوجل يقول «فن بذلك بعد ما سمعه فإنما إثمهم على الذين يبدلونه»^١. وعن علي بن مهزيار عنه عليه السلام بهذا المضمون. وعن الريان بن شبيب «قال: سألت الرضا عليه السلام فقلت: إن اختي أوصت بوصية لقوم نصارى وأردت أن أصرف ذلك إلى قوم من أصحابنا مسلمين، فقال: امض الوصية على ما أوصت به، قال الله تعالى «إنما إثمهم على الذين يبدلونه»^٢، إلى غير هذا من الروايات كما لا يخفى على من راجع الوسائل المستدركة.

وفي الجواهر قال: وما عرفت يظهر لك قوة القول بالجواز مطلقاً، من غير فرق بين الحربي وغيره والقريب وغيره.

١ - الوسائل الباب ٣٢ من أبواب أحكام الوصايا الحديث .

٢ - الوسائل الباب ٣٥ من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١ والآية ١٨١ من سورة البقرة.

أقول: لا يخفى على من راجع الأخبار وبعض التأييدات من الآيات والروايات يقوى في النفس القول بالجواز والله سبحانه وتعالى .
 حجة القائل بعدم صحة الوصية للكافر مطلقاً قريباً أو بعيداً هو أنها مودة وقد نهى الله عنها بقوله تعالى «لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا آباءهم أو أبناءهم»، ومنها يعلم عدم الفرق بين الأرحام وغيرهم اذا كانوا حربين. قوله تعالى «اما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم. الى قوله: أن تتو لهم»^٢.

وبأن الحربي غير قابل للملك ، وبأنه وما معه ملك للمسلم. وبأنه لوضحت الوصية وجوب تنفيذها ، وهو منافٍ لما دلّ على أخذ المال من الحربي ، ولجملة من الروايات المذكورة في محلها بضميمة أن الكافر الحربي يصرف الموصى به إلى المحرمات ، وأنه من الاعنة على الام وتنقية الباطل ، وبأنه يشتري به السلاح ، ويحرم بيع السلاح من المحارب ، الى غير ذلك من المؤيدات والله سبحانه وتعالى .

في الأووصياء

ج ٢ ص ٢٥٦ قوله رحمه الله: «اما لومات او فسق لم يضم الحاكم الى الآخر وجاذه الانفراد لأنه لا ولاية للحاكم مع وجود الوصي ، وفيه تردد» ، ينشأ التردد من عدم الولاية للحاكم ، ومن عدم رضا الموصي بانفراد الواحد.

حجة القائل بجواز انفراد الوصي هو تعذر اجتماع الوصيين لمنع من جنون أو فسق أو موت وغيره. فالوصي الآخر يستقل بالعمل بالوصية من غير أن يضم الحاكم الشرعي اليه بدلأ ، لأنه لا ولاية للحاكم مع وجود الوصي . وقد ذهب

١ - سورة المجادلة آية ٢٢ .

٢ - سورة المتحنة آية ٩ .

إلى هذا الرأي المصنف رحمه الله وإن تردد به، وذهب إليه أكثر الأصحاب على ما في محكى الشرائع للصيمرى والكافية ذكره صاحب الجواهر. وفي الخلاف: وإن مات أحد هما فليس للحاكم أن ينصب وصياً آخر لأنّ الميت له وصي ثابت، وهو وجه من وجوه ما ذكره والله أعلم.

حجّة القائل بعدم جواز انفراد الوصي هو: أن الوصي لم يرض برأي أحد هما منفرداً فتصرّفه وحده منافٍ لمقصود الوصي. وأيضاً منع من انتفاء ولاءة الحاكم مع مطلق الوصي، بل مع المنفرد لأنّ ولاءة الحاكم تتعلق بما لا يشرع انتفاءه لغيره من أحکام الميت هنا، وهو هنا موجود. ويمكن أن يدعى أنّ أحد الوصيين على الاجماع ليس وصياً حقيقياً بل جزء وصي والأقوى وجوب الضم، وليس للحاكم أن يفوض إليه وحده كما في المسالك. ومن هنا كان ذلك خيرة الفاضل في قواعده ومحكى ارشاده وخبريه والشهيدين وفاضل الرياض، بل هو المحكى عن فخر الدين وجماعة.

أقول: الحق أن اختلاف ذلك الأمر باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال التي لا يمكن للفقيه تنقيحها والله أعلم بالصواب.

ج ٢ ص ٢٥٧ قوله رحمه الله: «وفي شرائطه لنفسه من نفسه تردد، أشبهه الجواز».

وجه التردد من أنه بيع صدر من أهله في محله ، ومن أنّ الواحد لا يكون موجباً قابلاً.

حجّة القائل بالجواز هو المشهور، وجود المقتضي وانتفاء المانع، وصدر العقد من أهله في محله فتشمله العمومات والاطلاقات، وأنهولي فلا يمنع عن عمله الذي فيه الصلاح أو عدم الفساد.

ويؤيده ما رواه المشايخ الثلاثة عن الهمداني «قال: كتبت مع محمد بن يحيى هل للوصي أن يشتري من مال الميت إذا بيع فيمن زاد يزيد ويأخذ

لنفسه؟ قال عليه السلام: يجوز إذا اشتري صحيحاً^١.

ويؤيده ما دل على اشتراء الأب من مال ولده وأنه يجوز في النكاح ففي المقام أولى، للاح提اط في النكاح بما لا يحتاط بثله في المقام. وهذا هو الذي اختاره الشهيدان، بل في الجواهر هو الأقوى.

أقول: مقتضى الوصية العمل حسب المتعارف في كل الشؤون جاز للوصي البيع والشراء وغيرهما بالنسبة إلى ماله سواء لنفسه أو لغيره، وهذا لا يخلو من قوة والله سبحانه العالم.

حجّة القائل بعدم الجواز هو وجوب التغاير بين الموجب والقابل، وهو في المقام مفقود. وقياسه على شراء الأب من مال ولده قياس.

ولما روي عن بن مسعود من «أن رجلاً أوصى إلى رجل ببيع فرس له فاشتراه الوصي لنفسه واستفتى عبد الله بن مسعود، فقال: ليس له ذلك»^٢ وفي محكي الخلاف بعد أن حكى ذلك عن ابن مسعود قال: ولا يعرف له مخالف.

وللأخبار المانعة عن شراء الوكيل لنفسه الذي هو بمنزلة الوصي كما في الجواهر، وفيه مناقشة.

ج ٢ ص ٢٥٧ قوله رحمه الله: «ولو لم يكن هناك حاكم جاز أن يتولاه من المؤمنين من يوثق به، وفي هذا تردد»، وجه التردد من أنه تعاون على البر، ومن أنه يحتاج إلى إذن شرعى.

حجّة القائل بجواز تولي المؤمنين انفاذ الوصية تعذر الحاكم هو من باب الحسبة والمعاونه على البر والتقوى المأمور بها في قوله تعالى «وتعاونوا على البر والتقوى»^٣.

١ - الوسائل باب ٨٩ من أبواب أحكاموصايا الحديث.

٢ - المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٢٣٨.

٣ - سورة المائدة الآية ٣.

وفي الجواهر: هذا هو المشهور بين الأصحاب من ثبوت الولاية لهم على مثل ذلك، للمعتبرة المستفيضة^١ المؤيد بهما دلّ على الحسبة وحسن الاحسان^٢، ولولاية المؤمنين بعضهم على بعض^٣ وغير ذلك. خرج منه ما أجمع على عدم ولايتهم، فيبقى الباقى داخلاً في العموم ومنه ما نحن فيه، ولأن ذلك من المعروف ودليل الاذن فيه الأمر بالمعروف، وهذا كافٍ في الاذن الشرعي ادعى عدم وجوده كما سبق، وهو اختيار الشيخ في النهاية^٤ قال: اذا مات انسان من غير وصيّة كان على الناظر في امور المسلمين أن يقيم له ناظراً ينظر في مصلحة الورثة، فإن لم يكن السلطان الذي يتولى ذلك جاز لبعض المؤمنين أن ينظر في ذلك من قبل نفسه ويستعمل فيه الأمانة ويكون فعله صحيحاً، كما ذكره في التقيح الرائع. أقول: القول بالجواز لا يخلو من قوة وفيه روايات تدلّ على ما نحن فيه والله سبحانه العالم.

حجّة القائل بعدم الجواز هو الأصل أولاً، وثانياً أن ذلك أمر موقوف على الاذن الشرعي وهو منتفٍ، وبه قال القاضي، وقال ابن ادريس في السرائر: الصحيح أنه اذا لم يكن سلطان يتولى ذلك فالامر فيه الى فقهاء شيعته من ذوي الرأي والصلاح، فانّهم عليهم السلام قد ولهـم هذه الامور، ولا يجوز لمن ليس بفقيـه أن يتولـى ذلك وإن كان ثقة. وفي المسألة مزيد بيان تركناه خوف التطويل والله سبحانه أعلم.

في الواقع

ج ٢ ص ٢٦٠ قوله رحمـه الله: «إذا أوصـى له بدار فانهـمت وصارـت بـراـحاً، ثم مـات

١ - الوسائل الباب ٨٨ من ابواب احكام الوصايا حديث ٢٥١.

٢ - سورة المائدة آية ٩١.

٣ - نفس السورة آية ٧١.

٤ - النهاية ٦٠٨.

الموصي بطلت الوصية، لأنها خرجت عن اسم الدار، وفيه تردد»، وجّه التردد من فوت متعلق الوصية، ومن بقاء بعض الأجزاء.

حجّة القائل ببطلان الوصية هو فوات متعلقها وهي الدار، لأنّها مجموع مركّب من العرصة والسلف وباقي الأجزاء، والمركب يفوت بفوات بعض أجزاءه خصوصاً الموجب لفوات حقيقته فتبطل الوصية، لأنّ الوصية ليست داراً والله أعلم.

حجّة القائل بعدم البطلان هو بقاء بعض الأجزاء المتعلق حق الموصى له بها. كالعرصة في ضمن المجموع، فلا يفوت البعض بفوات البعض الآخر بعد أن كانت الوصية بكل جزء جزء وإن أدتها بالوصية باسم المجموع. وربما فصل بعضهم: بأنه إن كان الموصى به داراً معينة فانهدمت، فالوصية باقية لانتفاء الدليل الصالح للبطلان. وتغيير الاسم لم يثبت كونه قادحاً، والباقي منها بعض ما أوصى به.

وإن كان قد أوصى له بدار من دوره فانهدمت جميع دوره قبل موته، بطلت لانتفاء المسمى. واستحسنـه في المسالك كما في الجواهر، ثم أشكل على هذا التفصيل بقوله: ضرورة الاكتفاء في البطلان بانتفاء الموصى به ...، إلى آخر ما ذكره والله العالم بالصواب.

ج ٢ ص ٢٦٢ قوله رحمه الله: «وفي ثبوت المثل تردد»، وجّه التردد من أن النكاح لا يكون بدون مهر، ومن أن المهر حق الورثة.

حجّة القائل بثبوت مهر المثل هو: أن المهر للذى عينه زائداً عن الثلث فيبطل، فيثبت لها مهر المثل ويجرى مجرى أرش الجنائية التي هي من أصل التركة، وهذا على القول بأن منجزات المريض تكون من أصل المال حتى ولو زاد على الثلث. وفيه كلام طويل حول المنجزات وروايات كثيرة عن أهل بيت العصمة لسناب ضد دليانها. وفي المسالك: أن ثبوت المهر يستلزم الدور الباطل، وفيه تفاصيل

تطلب من محلها من كتب الفقه المطولة والله سبحانه وتعالى أصلًا.

حجّة القائل بعدم ثبوت مهر المثل لأنّه حقّ الورثة فلا مهر لها أصلًا.

وفي المسالك: ويمكن أن يريد المصنف بصحّة النكاح ثبوته في المال، فيتربّ عليه استباحة وطهراً بذلك القصد، لأنّه محظوظ بصحّته إلى الموت، ووجه الصحة وجود المقتضي وهو صدور العقد من أهله في محله، وانتفاء المانع إذ لا حقّ بغيره الآن في رقبتها، واحتتمل أيضًا بطلان النكاح في المسالك، وفصل في المسألة تفاصيل أخرى يطول بيانها فراجع وتأمل.

كتاب النكاح

في صيغة العقد

ج ٢ ص ٢٧٣ قوله رحمه الله: «والعبارة عن الإيجاب لفظاً: زوجتك وأنكحتك، وفي متعتك تردد، وجوائزه أرجح»، ينشأ التردد من كونه من ألفاظ النكاح، ومن كونه حقيقة في المنقطع مجازاً في الدائم.

حجّة القائل بالجواز هو أن لفظة المتعة من ألفاظ النكاح لكونه حقيقة في النكاح المنقطع، فهو من الألفاظ الصريحة في النكاح في الجملة. وكون الأجل جزء مفهومه فيكون اطلاقه على المجرد منه استعمالاً في غير ما وضع له -الذي هو عالمة المجاز- لا يقدح، وإلا لقدح فيه لفظ زوجتك أيضاً، لأنّه مشترك بين الدائم والمنقطع، فاستعماله في الدائم استعمال في غير ما وضع له.

و كما أنّ الدائم لا يستفاد من زوجتك إلا بضميمة تجرده من الأجل، فكذا يستفاد بمتّعتك ، ولذا اختار الجواز في الشرائع والختصر النافع والقواعد والارشاد، ويشهد له ما ورد من انقلاب المنقطع دائماً إذا لم يذكر فيه الأجل نسبياً، الرواية عن عبدالله بن بكر «قال: قال أبو عبد الله عليه السلام في حديث: إن سمي الأجل فهو المتعة، وإن لم يسم الأجل فهو نكاح بات»^١ هذا ولا يبعد كفاية لفظ المتعة لافادته مفهوم النكاح وإن المتعة صالحة للأمررين ، والله سبحانه العالم.

حجّة القائل بعدم الجواز هو أنه لا كلام في كون (متّع) حقيقة في المنقطع، فيكون مجازاً في الدائم، وإلا لزم الاشتراك ، ولا يجوز استعمال الألفاظ

المجازية في العقود. وأيضاً أصالة عصمة الفرج خرج منه موضع الاجماع فيبقى الباقي على أصله. وإن في النكاح شوب عبادة فهو توقيفي، وعلى هذا فلا يكفي بلفظ المتعة في النكاح الدائم. كما عن التذكرة وال مختلف، وفي كشف اللثام نسبته الى الأكثر، وعن ظاهر السيد في الطبريات الاجماع عليه.

وفي المسالك الاستدلال له بأصالة عدم ترتب الأثر عليه للشك في جوازه، لأنّه حقيقة في المنقطع مجاز في الدائم. والعقود اللاحزمة لا تقع بالمجاز. هذا وأن الفقهاء عينوا للعقود اللاحزمة أفالطاً تتعقد بها فالنكاح أولى بلا ريب.

وفي الجواهر: لا ريب في أن الاحتياط لا ينبغي تركه، خصوصاً في النكاح الذي فيه شوب العادات المتعلقة من الشارع، والأصل تحريم الفرج إلى أن يثبت سبب الحل شرعاً. هذا وأن الاحتياط سبيل النجاة والله سبحانه وتعالى.

ج ٢ ص ٢٧٣ قوله رحمه الله: «ولو قال: زوجت بنتك من فلان، فقال: نعم، فقال الزوج: قبليت، صح لأنّ نعم يتضمن اعادة السؤال ولو لم يعد اللفظ، وفيه تردد»، وجه التردد من أنّ نعم من ألفاظ الجواب، ومن أنّ جزء العقد غير مذكور.

حجّة القائل بصحة العقد هو ما أشار اليه المصتف من أنّ نعم من ألفاظ الجواب تمحّف بعدها الجملة ويقوم نعم مقامها. فإذا قصد بها الانشاء فقد أوجب لأنّه في قوة قوله نعم زوجت بنتي من فلان، فإذا قيل الزوج تم العقد وأفاد المطلوب، لأنّه ايجاب وقبول بالصراحة فلا مانع فيه.

وهو المحكي عن الشيخ ابن حمزة والنافع والارشاد واستشكل فيه في القواعد لشموليّة العقد باطلاقها، وهذا القول لا يخلو من قوة والله سبحانه أعلم بالصواب.

حجّة القائل بعدم صحة العقد هو أنّ جزء العقد غير مذكور باللفظ وإن وجد ما يدلّ عليه. وعلل ذلك - أي عدم الصحة - بأنه من قبيل الاتياع بالمجازات المستكورة عرفاً. لأنّ الحذف والتقدير اعتماداً على السؤال إنما يكون في

الجواب الخبري لا فيها لوقصد الإنشاء، فإنه يكون ابتداء كلام. وإذا كان الإنشاء بنحو مستنكر عرفاً لا يصح لأنّ اطلاق الصحة منزل على العرف. هذا وأنّ الثابت كون أحد اللفظين أو الألفاظ الثلاثة سبباً في النكاح وهي: زوجت وأنكحت ومتّعت، فيجب الاقتصار عليها، لأنّ الأسباب لا تقاد ولا يلزم من تمامية السبب في شيء تماميته فيها هو صريح فيه، وهذا هو الأشهر بين الأصحاب. وفي التسقّح النافع: والأولى عدم الواقع، وهو اختيار العلامة في المختلف وولده.

أقول: الاحتياط سبيل النجاة في مثل هذه الموارد والله العالم.

ج ٢ ص ٢٧٤ قوله رحمه الله: «لا عبرة في النكاح بعبارة الصبي ايجاباً وقبولاً، ولا بعبارة المجنون، وفي السكران الذي لا يعقل تردد، أظهره أنه لا يصح»، وجّه التردد من كونه كالمجنون، ومن إطلاق الأدلة.

حجّة القائل بعدم صحة عقد السكران هو أنه كالمجنون الذي سلب حكم عبارته شرعاً ولو أجاز بعد الإفاقه، فإنها لا تؤثّر فيه للأصل، ولأنّ المعتبر قصد المكلّف إلى العقد، والغرض عدم القصد حال السكر. والإجازة المتأخرة إنما تؤثّر في العقد الصحيح في نفسه لا في الباطل من أصله.

واستظهر المصنّف وجماعة عدم الصحة ولو تعقبته الإجازة، ومع ذلك فيه روایة رفع القلم المشهورة عن علي عليه السلام «أنه كان يقول في المجنون والمعتوه الذي لا يفيق والصبي الذي لم يبلغ: عمدّهما خطأ تحمله العاقلة وقد رفع القلم عنّهما»^١، بناءً على شموله لما نحن فيه.

حجّة القائل بصحة العقد اذا تعقبته الإجازة بعد افاقته من السكر هو إطلاق الأدلة السالم عن معارضته ما يقتضي سلب حكم عبارته، إذ يمكن كونه

كالمكره الذي يصح عقده برضاه المتأخر.
وذهب جماعة الى الصحة كما عن الشيخ في النهاية، وابن البراج والصدوق في الفقيه والمقنع وشرح النافع والكافية والحدائق والوسائل وشرح المفاتيح وفي الجواهر: أنه مال اليه غير واحد من متأخري المتأخرين، وذكر منهم سيد المدارك وفي المستند اختياره مستندين الى صحيحة بن بزيع «قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكت، فزوجت نفسها رجلاً في سكرها، ثم أفاقت فأنكرت ذلك، ثم ظنت أنه يلزمها ففزعـت منه، فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج، أحـلالـ هوـلـاـ أمـ التـزوـيجـ فـاسـدـ لـمـكـانـ السـكـرـ ولاـ سـبـيلـ لـلـزـوـجـ عـلـيـهـ؟ـ فـقـالـ عـلـيـهـ السـلـامـ:ـ إـذـاـ أـقـامـتـ بـعـدـ مـاـ أـفـاقـتـ فـهـوـ رـضـاـ مـنـهـ،ـ قـلـتـ:ـ وـيـجـوزـ ذـكـرـ التـزوـيجـ عـلـيـهـ؟ـ فـقـالـ عـلـيـهـ السـلـامـ:ـ نـعـمـ»^١.

وكيف كان الرواية وإن كانت في السكري لكن اللازم أن نتعدي إلى سائر العقود ومنه عقد السكران، وكأنه لهذا كان ظاهر الشائع التردد في عقد السكران مطلقاً. وقال في الجواهر: أنه محل الخلاف وأنه لا يختص بعقد السكري. أقول: قد عمل بهذه الرواية بعض العلماء ومنهم السيد في المستمسك، والعمل بها لا بأس وإن كان الاحتياط لا يترك في مثل الزوج والله أعلم.

في مسائل أولياء العقد

ج ٢ ص ٢٧٨ قوله رحمه الله: «إذا زوجها الولي بدون مهر المثل، هل لها أن تعتراض؟ فيه تردد، والأظهر أن لها الاعتراض»، وجـهـ التـرـدـدـ منـ اـطـلاقـ النـصـوصـ فيـ الأـبـ وأـولـويـتهـ،ـ وـمـنـ إـنـاطـةـ تـصـرـفـ الـوـلـيـ بـالـمـصـلـحةـ.

١ - الوسائل الباب ١٤ من أبواب عقد النكاح الحديث .

حجّة القائل بعدم صحة الاعتراض لها هو اطلاق النصوص الواردة في الأب، وأنه أولى بها، وأن له العفو عن المهر بعد ثبوته، ولأنّ المقصود من النكاح النسل والتحصين ونحوهما لا المهر، فيكون حينئذٍ هو نفسه مصلحة خالية عن المفسدة.

وفي جامع المقاصد: إن المعتمد في الفتوى هو عموم دليل الولاية، وللصلاح المستفيضة النافية للأمر لها في تزويج أيها المندرج فيه الجد له أو الملحق به بالأجماع، منها:

ما عن عبدالله بن الصلت «قال: سألت أبي عبدالله عليه السلام عن الجارية الصغيرة يزوجها أبوها لها أمر اذا بلغت؟ قال: لا، ليس لها مع أيها أمر»^١.
ومنها ما عن محمد بن اسماعيل بن بزيع «قال: سألت أبي الحسن عليه السلام عن الصبيّة يزوجها أبوها، ثم يموت وهي صغيرة فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها، يجوز عليها التزويج أو الأمر إليها؟ قال عليه السلام: يجوز عليها تزويج أيها»^٢، ونحوهما غيرهما.

والمحكي عن الشيخ عدم الاعتراض للاطلاق الذي عرفت أنه غير مساق بذلك، ولأولويته من العفو عنه بعد ثبوته.

أقول: الحاصل من هذه المسألة أنها منوطـة بالمصلحة، فإذا كانت هناك مصلحة تقتضي ذلك ، يصح العقد والمهر ويلزم ، والله العالم بالصواب.

حجّة القائل بصحة الاعتراض لها هو أن مجرد المصلحة غير كافٍ في عدم الاعتراض. وأن أدلة نفي الضرر مقدمة على اطلاق أدلة الولاية. وإن تعدّي الحكم عن العفو إلى نقصان المهر غير ظاهر، لأنّ نقص المهر ربما يكون مهانة على الزوجة بخلاف العفو.

لـهـذا وـمـثـلهـ قالـ المـصنـفـ بـعـدـ التـرـددـ:ـ وـالـأـظـهـرـ أـنـ هـاـ الـاعـتـراـضـ،ـ وـلـمـ يـتـعرـضـ
لـوـردـ الـاعـتـراـضـ وـأـنـ خـصـوصـ المـهـرـ أـوـ الـعـقـدـ نـفـسـهـ.

وـقـدـ ذـكـرـ فـيـ المـسـالـكـ وـغـيـرـهـ وـجـهـينـ أـوـ قـولـينـ.ـ وـقـدـ تـبـعـ المـصنـفـ صـاحـبـ
الـجـواـهـرـ فـيـ اـخـتـيـارـ ثـانـيـهـاـ،ـ لـأـنـ الـوـاقـعـ فـيـ الـخـارـجـ أـمـرـ وـاحـدـ مـشـخـصـ فـأـمـاـ أـنـ يـكـونـ
صـحـيـحاـ بـلـ إـجـازـةـ أـوـ مـوـقـوـفـ عـلـيـهـاـ،ـ وـلـاـ بـحـالـ لـلـتـفـكـيـكـ فـيـهـ بـيـنـ ذـاتـ الـعـقـدـ
فـيـصـحـ،ـ وـبـيـنـ الـمـهـرـ فـيـتـوقـفـ عـلـىـ إـجـازـةـ.ـ وـلـذـاـ لـوـعـقـدـ فـضـولـاـ بـمـهـرـ خـاصـ لـمـ يـجـزـ
لـلـأـصـيـلـ إـجـازـةـ الـعـقـدـ دـوـنـ الـمـهـرـ.

وـفـيـ المـسـالـكـ اـخـتـارـ الـأـوـلـ لـأـنـ الـعـقـدـ صـحـيـحـ،ـ وـأـمـاـ الـمـانـعـ مـنـ قـبـلـ الـمـهـرـ وـيمـكـنـ
جـبـرـهـ بـفـسـخـهـ خـاصـةـ وـالـرـجـوعـ إـلـىـ مـهـرـ الـمـثـلـ،ـ وـلـاـ نـسـلـمـ أـنـهـاـ وـاحـدـ بـلـ اـثـنـانـ لـاـ
تـلـازـمـ بـيـنـهـاـ كـمـاـ ذـكـرـهـ صـاحـبـ الـمـسـمـسـكـ.ـ وـفـيـ الـمـسـأـلـةـ مـزـيدـ بـيـانـ يـطـلـبـ مـنـ الـكـتـبـ
الـمـطـوـلـةـ فـرـاجـعـ وـتـأـمـلـ وـالـلـهـ أـعـلـمـ.

جـ ٢ـ صـ ٢٨٠ـ قـوـلـهـ رـحـمـهـ اللـهـ:ـ «ـلـاـ لـوـلـيـةـ لـلـامـ عـلـىـ الـوـلـدـ،ـ فـلـوـزـوـجـتـهـ فـرـضـيـ لـزـمـهـ الـعـقـدـ،ـ
وـإـنـ كـرـهـ لـزـمـهـ الـمـهـرـ،ـ وـفـيـ تـرـدـدـ،ـ وـرـبـماـ حـمـلـ عـلـىـ مـاـ إـذـاـ آـدـعـتـ الـوـكـالـةـ عـنـهـ»ـ،ـ وـجـهـ التـرـدـ مـنـ
الـأـصـلـ،ـ وـمـنـ خـبـرـ مـحـمـدـ بـنـ مـسـلـمـ.

حـجـةـ الـقـائـلـ بـعـدـ لـزـومـ الـمـهـرـ لـلـامـ هـوـ الـأـصـلـ،ـ أـيـ أـصـالـةـ بـرـاءـةـ ذـمـتـهاـ فـشـغـلـهـاـ
يـحـتـاجـ إـلـىـ دـلـيلـ.ـ وـلـأـنـهـ كـالـأـجـنبـيـ فـيـ اـنـتـفـاءـ الـوـلـيـةـ،ـ إـنـ رـضـيـ بـعـقـدـهـ صـحـ وـلـزـمـهـ
الـمـهـرـ وـإـلـاـ فـلاـ.

وـفـيـ المـسـالـكـ:ـ اـتـقـقـ الـأـصـحـابـ عـدـاـبـنـ الـجـنـيدـ عـلـىـ أـنـ لـلـامـ لـاـ لـوـلـيـةـ هـاـ عـلـىـ
الـوـلـدـ مـطـلـقاـًـ.ـ فـلـوـزـوـجـتـهـ بـغـيـرـ إـذـنـهـ تـوـقـفـ عـلـىـ إـجـازـتـهـ،ـ سـوـاءـ كـانـ قـبـلـ الـبـلوـغـ أـمـ
بـعـدـهـ،ـ إـنـ أـجـازـ لـزـمـهـ الـعـقـدـ وـالـمـهـرـ،ـ وـإـنـ رـدـ بـطـلـ الـعـقـدـ وـتـبـعـهـ الـمـهـرـ كـغـيرـهـ مـنـ عـقـودـ
الـفـضـولـيـ.

وـفـيـ بـعـضـ الـنـصـوصـ يـغـرـمـ الـفـضـولـيـ نـصـفـ الـمـهـرـ،ـ كـمـاـ فـيـ صـحـيـحـ الـحـدـأـءـ عـنـ
أـبـيـ عـبـدـ اللـهـ عـلـيـهـ السـلـامـ «ـفـيـ رـجـلـ أـمـرـ رـجـلـاـ أـنـ يـزـوـجـهـ اـمـرـأـةـ مـنـ أـهـلـ الـبـصـرـةـ مـنـ

بني تميم، فزوجه امرأة من أهل الكوفة من بنى تميم، قال عليه السلام: خالف أمره، وعلى المأمور نصف الصداق لأهل المرأة، ولا عدة عليها ولا ميراث بينهما، فقال بعض من حضر: فإن أمره أن يزوجه امرأة ولم يسم أرضاً ولا قبيلة، ثم جحد الامرأن يكون أمره بذلك بعد ما زوجه؟ فقال عليه السلام: إن كان للمأمور بيّنة أنه كان أمره أن يزوجه، كان الصداق على الامر، وإن لم يكن له بيّنة كان الصداق على المأمور لأهل المرأة، ولا ميراث بينها ولا عدة عليها، ولها نصف الصداق إن كان فرضاً لها صداقاً^١ وفي الجواهر وان كان لم نجد قائلاً به صريحاً.

وفي الجواهر أيضاً: لم نجد للقول بضمان المهر كاملاً دليلاً، وقال أيضاً: وربما حمل على ارادة أن المهر لازم لامة لا عليها، أي لها استعادته لو كانت دفعته، والامتناع عنه مع عدم الدفع، وعلى التقديرين هو لها لا عليها. نعم يفهم منه حينئذ عدم لزومه للولد مع الاجازة بل على الام، ولعله لبذهما إياه من نفسها تكون كمن ضمن عن الزوج للزوجة والله العالم.

حجّة القائل بلزم المهر ألم الولد هو خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «أنه سأله عن رجل زوجته أمه وهو غائب؟ فقال عليه السلام: النكاح جائز إن شاء المتزوج قبل وإن شاء ترك، فإن ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لامة»^٢، وفي الوسائل حمل بعض علمائنا لزوم المهر لامة على دعواها الوكالة. وعن الشيخ في نهاية الفتوى به، أي بالخبر المذكور، وفي الرياض الأقوى ضمان المهر كاملاً على تقدير صحة دعوى إن ادعاء الوكالة بمجرده يوجب المهر كاملاً وإلا فالبحث فيه ساقط من أصله إلى آخر كلامه كما نقله صاحب الجواهر والله أعلم.

١ - الوسائل الباب ٢٦ من أبواب عقد النكاح الحديث .

٢ - المصدر الباب ٧ من أبواب عقد النكاح الحديث .

ثبوت النسب مع وطئ الشبهة

ج ٦٢ قوله رحمه الله: «وإن احتمل أن يكون منها، استخرج بالقرعة على تردد، والأشبه أنه للثاني»، وجه التردد من أنها فراش لكل منها، ومن زوال فراش الأول بالطلاق، ومن عدم زواله فالمسألة ذات ثلاثة أقوال.

حجّة القائل بالأول وهو القرعة، لاحتمال أن يكون منها فيما حكى عن مبسوط الشيخ الطوسي مؤذناً بالاجماع عليه، وحکاه في الكشف عن فخر الاسلام لأنها لكل أمر مشكل وهذا منه بعد اشتراك الفراش بينها وان كان التكون منها. وتعارض الاصول في إلحاقه بكل منها، ولذا قال في كشف اللثام في رد الأصل بأنه كما أن الأصل عدم التكون سابقاً فالاصل عدم التكون لاحقاً، فالاصل بالنسبة إلى كل منها عدم النسب، لكن مع ذلك تردد به المصنف. أقول: بعد التأمل في روایات وأدلة الباب القول بالقرعة غير بعيد والله أعلم.

حجّة القائل بالثاني وهو إلحاقه بالزوج الثاني اختاره المصنف بعد التردد. بل في المسالك نسبته الى الأكثـر من الأصحاب معللاً له بأن فراش الأول قد زال بالطلاق، وفراش الثاني ثابت فهو أولى من الزائل. ولأن صدق المشتق على ما وجد فيه المعنى المشتق منه حالته أولى من سبق مع التعارض، للخلاف المشهور أنه مع سبقه يكون مجازاً لا حقيقة. وقواته في المسالك ، وفيها مزيد تفصيل فراجع. حجّة القائل بالثالث وهو إلحاق الولد بالزوج الأول بناءً على القول بأن الطلاق غير مزيل حكم الفراضية، ولذا يلحق به مع عدم معارضته غيره. ويمكن الاستدلال على المطلوب بالنصوص الواردة في الجارية، بناءً على عدم الفصل ، ومن النصوص:

صحیح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام: «إذا كان للرجل منكم

الجارية يطئها فيعتقها، فاعتدت ونکحت، فان وضعت لخمسة أشهر فانه من مولاهما الذي اعتقها، فان وضعت بعد ما تزوجت لستة أشهر فانه لزوجها الأخر) ^١.

و منها المرسل عن زرارة «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل اذا طلق امرأته، ثم نکحت وقد اعتدت ووضعت لخمسة أشهر فهو للأول وان كان ولد انقض من ستة أشهر فهو لامم ولأبيه الأول وان ولد لستة أشهر فهو للأخر» ^٢.
و منها المرسل عن أحد هما عليه السلام «في المرأة تتزوج في عدتها؟ قال: يفرق بينها وتعقد عدة واحدة منها جميعاً، وإن جاءت بولد لستة أشهر أو أكثر فهو للأخر، وإن جاءت بولد أقل من ستة أشهر فهو للأول» ^٣.

و منها خبر أبي العباس «قال: إذا جاءت بولد لستة أشهر فهو للأخر، وإن كان أقل من ستة أشهر فهو للأول» ^٤.

إلا أنها غير وافية بتمام المطلوب الذي منه وطؤ الشبهة لا بعقد، اللهم إلا أن يدعى عدم القول بالفصل، أو يدعى أن خبر أبي العباس شامل له، أو يقال: إن الحكم فيه للأول لعدم زوال فراشه، أو تعيين فيه القرعة كما سبق، كما ذكره صاحب الجواهر رحمه الله.

في شروط الرضاع وأحكامه

ج ٢ ص ٢٨٢ قوله رحمه الله: «وفي نكاح الشبهة تردد، أشبهه تنزيله على النكاح الصحيح»، وجه التردد من أن الشبهة كالنكاح الصحيح فينشر حرمة، ومن أنها

١ - الوسائل الباب ٥٨ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث .

٢ - المصدر الباب ١٧ من أبواب احكام الأولاد الحديث ١١ .

٣ - المصدر الباب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمساهمة الحديث ١٤ .

٤ - المصدر الباب ١٧ من أبواب احكام الأولاد الحديث ١٢ .

كالزنا فلا ينشر الحرمة، وفيها قولان.

حجّة القائل بالأول وهو أن نكاح الشبهة يلحق بالنكاح الصحيح فينشر الحرمة في النسب، واللبن تابع له، واستدلّ للحرمة بما في الجواهر بعد أن قوى الحرمة بالإجماع المحكي عن التذكرة المعتمدة ببني الخلاف في محكي المبسوط، وبالشهرة العظيمة نقلًا وتحصيلًا، بل عن ابن المنذر نسبته إلى علماء الأمصار وعدّ منهم أصحاب النص وهم الإمامية. والعمدة في تأييده ذلك وبالآلية الشريفة «... وامهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة...»^١.

وقال في الجواهر: فلا ريب حينئذٍ في اللحوق بال الصحيح، للعمومات المؤيدة بما يحصل من استقراء مشاركته لل صحيح في لحوق الأولاد به والإعتداد والمهر ونحو ذلك، من الظن لتزنيله منزلتيه إلا ما خرج، وفي اللمعة: وإنما يحرم الرضاع بشرط كونه عن نكاح، دواماً ومتعة وملك يمين وشبهة على أصحّ القولين مع ثبوتها، أي مع ثبوت الشبهة.

أقول: القول بإلحاقه بال صحيح لا يخلو من قوة والله أعلم.

حجّة القائل بالثاني وهو عدم إلحاقه بالنكاح الصحيح هو: الأصل أولاً، ومنع عموم الرضاع المطلق في الآية لسابقه، والأخبار المنصرفة إلى غير الشبهة، لقدرتها واحتصاص الملحق لها بالنسبة من الإجماع بغير محل الخلاف. مضافةً إلى مفهوم صحيح بن سنان «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن لبن الفحل؟ قال: هو ما أرضعت امرأتك من لبنك ولبن ولدك ولد امرأة أخرى فهو حرام»^٢.

وقال ابن ادريس: فأمّا عقد الشبهة ووطئ الشبهة، فعندها لا ينشر الحرمة

١ - سورة النساء آية ٢٣.

٢ - الوسائل الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث ^٤.

ولا يثبت به تحريم المعاشرة بحال. وفي الشرائع: وأما الوطؤ بالشهمة فالذى خرّجه الشيخ أنه بمنزلة النكاح الصحيح، وفيه تردد، أظهره أنه لا ينشر الحرمة، ونحوه في النافع، وتردد العلامة في القواعد.

ج ٢ ص ٢٨٣ قوله رحمه الله: «ولو ارتفع من شدي الميّة أو رفع بعض الرضاعات وهي حيّة ثم أكملها ميّة، لم ينشر لأنها خرجت بالموت عن التحاق الأحكام، فهي كالبهيمة المترضعة وفيه تردد»، منشأ التردد من إطلاق أدلة الرضاع، ومن أنها خرجت بالموت عن كونها مرضعة عرفاً.

حجّة القائل بعدم نشر الحرمة في حال موت المرضعة هو الأصل، أي أصل الاباحة حتى يثبت المزيل، فهي كالبهيمة المرضعة التي قد عرفت عدم نشر الحرمة بين الرضيعين منها والنائمة والغافلة والمغمى عليها ونحوها قد خرجن بالدليل على عدم اعتبار القصد، فيبقى اعتبار الحياة المستفاد من قوله تعالى «أرضعكم» وغيره بحاله. كل ذاك مع عدم ظهور خلاف فيه، بل في كشف اللثام: لا حكم للبن الميّة بالاتفاق، وأيضاً كما يظهر من التذكرة كما في الجواهر.

وفي المسالك: المشهور بين الأصحاب أنه يشترط في نشر الحرمة بالرضاع كون المرضعة حيّة لقوله تعالى: «وامهاتكم اللائي أرضعنكم»، الظاهر من الآية الشريفة أنها مباشرة للرضاع، والميّة ليست كذلك.

وفي شرح اللمعة: الأقوى اعتبار حياة المرضعة. فلو ماتت في أثناء الرضاع فاكملا النصاب ميّة لم ينشر، وإن تناوله الإطلاق العبارة وصدق عليه اسم الرضاع حلاً على المعهود المتعارف وهو رضاع الحيّة. وفي المسوط: لبن الميّة لا ينشر الحرمة، إلى آخر كلامه.

أقول: القول بعدم نشره الحرمة لا يخلو من قوة.

حجّة القائل بنشر الحرمة برضاع الطفل من الميّة هو إطلاق أدلة الرضاع،

الذي يجب الخروج عنه بدليل كما عرفت، لا أقل من الشك . وأيضاً يشمله قوله صلى الله عليه وآله «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^١ . ثم ل المسلم عدم صدق الرضاع في النائمة والميته مثلاً، فقد تحقق الرضاع لأنّه عبارة عن مصّ اللبن من الثدي . فيدخل في عموم أدلة الرضاع كما تقدم، وغيره من الأحاديث . و في شرح اللمعة: و دلالة الأدلة اللغوية على الرضاع بالاختيار كقوله تعالى «وامّهاتكم اللائي أرضعنكم»، واستصحاباً لبقاء الحال .

و من هنا يظهر وجه تردد المصنف رحمه الله واستدلّ أيضاً بأنّ المتفاهم من الألفاظ الواردة بتحريم الرضاع هو الرضاع من المرأة الحية . كما قدمنا الاشارة إليه سابقاً، والله سبحانه العالم بالصواب .

في أحكام الرضاع

ج ٢ ص ٢٨٥ قوله رحمه الله: «وفي الكل تردد»، وجه التردد من أنه مال فيضمن، ومن أنه منفعة البعض وهي ليست مالاً فلا ضمان . حجة القائل بالضمان فيما اذا كان الرضاع بفعل الكبيرة بأن تولته من غير ضرورة اليه . وقد اختلف في حكم المهر، فقيل: يجب للصغيرة على الزوج نصف المهر، لأنّه فسخ قبل الدخول من غير جهة الزوجة فجري مجرى الطلاق . وهذا مذهب الشيخ في المبسط وتبعه عليه جماعة .

و قيل: يجب عليه جميع المهر، لأنّ المهر يجب جميعه بالعقد كما سيأتي . ولا ينتصف إلا بالطلاق، وهذا ليس بطلاق فإلحاقه بالقياس، فيستحق وجوبه إلا أن يثبت المزيل، هذا اذا كان سمي لها مهرأ . ولو كانت مفروضة البعض قيل: وجبت المتعة إلحاقاً لهذا بالفسخ بالطلاق . وفي المسألة أقوال أخرى ذكر

١ - الوسائل الباب ١ من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث .

تفصيلها صاحب المسالك فراجع وتأمل والله أعلم.

حجّة القائل بعدم الضمان هو أنّ المرضعة محسنة للصغيرة الرضيعة وما على المحسنين من سبيل. وقال الشيخ في الخلاف: لا تضمن المرضعة مطلقاً سواء قصدت أم لم تقصد، لأنّ منفعة البعض لا تضمن بالتفويت بدليل ما لو قتلت الزوجة نفسها أو قتلتها قاتل أو ارتدت أو أرضعت من ينفسخ نكاحها بإرضاعه، فإنّها لا تغرم للزوج شيئاً.

وبالجملة فالبعض ليس كمالاً مطلقاً، وإنما يحاق به في بعض الموضع لا يوجب إلحاقه به مطلقاً، وما يخرجه عن اللاحاق بمال جواز تقويض البعض، وعدم لزوم شيء على تقدير عدم الطلاق، والمال ليس كذلك.

وفي الجوهر: المتوجه الجزم بعدم ضمان منفعة البعض - ثم قال بعد كلام طويل ذكره فيه جملة من الصور التي ذكرها صاحب المسالك في الضمان وعدمه: ولكن لا يخفى ما في جميع ذلك بعد أن عرفت أنّ المتوجه سقوط المهر، وأنّ البعض ليس من الأموال... وكان جملة من كلامهم في المقام تبعوا به ما وقع لأبي حنيفة وصاحبيه والشافعي. والتحقيق ما عرفت إن لم يكن اجماع أو دليل خاص. إنتهى كلامه رفع مقامه.

أقول: القول بعدم الضمان لا يخلو من قوة، والمصالحة على هذا أحوط، والله العالم بالصواب.

ج ٢ ص ٢٨٦ قوله رحمه الله: «نعم لو كانت موطدة بالعقد يرجع به عليها ويتعلق برقبتها، وعندي في ذلك تردد»، وجه التردد يظهر مما سبق من أنّ البعض هل يضمن بالتفويت أم لا.

حجّة القائل بالأول وهو تغريم الزوج للزوجة الصغيرة، وضمان المملوكة للزوج: إنّها مفوترة عليه منفعة البعض وتلزمها قاعدة الإتلاف، أي «من أتلف مال غيره فهو له ضامن». فإن كانت مملوكته فلا شيء عليها، لأنّها وما تملك

ملكه ولا يثبت على ماله مال. وإذا كانت موطوءة بالعقد أو مكاتبة يتعلق برقبتها، لأنّها من قبيل الأموال التي تتبع بها بعدد العتق، وهو المراد من التعلق، كما ذكره في الجواهر.

حجّة القائل بعدم الضمان قال في المسالك : وقال الشيخ في الخلاف: لا تضمن المرضعة مطلقاً سواء قصدت الفسخ أم لم تقصد، لأنّ منفعة البعض لا تضمن بالتفويت بدليل لو قتلت الزوجة نفسها أو قتلتها قاتل أو ارتدت أو أرضعت من ينفسخ نكاحها بإرضاعه فإنه لا يغرم للزوج شيئاً... إلى آخر كلامه.

و التفصيل كما أشرنا إليه في الكتب المطولة وذكرنا في ماسبق قوة القول بعدم الضمان والله أعلم.

من توابع المصاهرة

ج ٢ ص ٢٨٩ قوله رحمه الله: «وأما الوطىء بالشبهة، فالذي خرجه الشيخ: أنه ينزل منزلة النكاح الصحيح. وفيه تردد، والأظهر أنه لا ينشر»، وجه التردد من إجماع الأصحاب على تنزيل الشبهة منزلة الصحيح، ومن الزنا محْرَم، فالشبهة أولى وأصالحة الحل. حجّة القائل بالحاق الشبهة بالنكاح الصحيح هو المشهور، ونسبة المصنف إلى تخريج الشيخ الطوسي. ووجه التخريج أنه مساوي للصحيح في جميع ترتيب أحكامه من لحق النسب، وثبوت المهرية، والعدة، وسقوط الحد وهذه الأحكام معلولة للوطئ الصحيح، ومنها بنشر الحرمة به مع سبق الوطئ، لثبوته في الزنا بالنص الصحيح مع تحريم الزنا، فيكون في الشبهة أولى، لأنّه وطؤ محْرَم شرعاً، فيكون إلحاقه بالوطئ الصحيح في ثبوت حرمة المصاهرة أولى من الزنا.

حجّة القائل بعدم نشر الحرمة هو أنّ وطئ الشبهة ما ليس بمستحق وعند الشك الأصل الحليّة، هذا أولاً، وعدم النص على نشره الحرمة كما أشار إليه

المصنف، وضعف تخریج الشیخ كما في المسالک.

وقال ابن ادريس: إن عقد الشبهة ووطئ الشبهة فعندها لا ينشر الحرمة ولا يثبت به تحريم المصاہرة بحال، كما ذكره في المستمسك، ونحوه في النافع، وتوقف العلامة في القواعد. وفي المسألة بعض الأقوال فراجع وتأمل، والله سبحانه أعلم.

في المنظورة والملموسة

ج ٢ ص ٢٨٩ قوله رحمه الله: «وما لا يسوع لغير المالك كنظر الفرج، والقبلة، ولمس باطن الجسد بشهوة، فيه تردد، أظهره أنه يثمر الكراهة»، وجه التردد من بعض النصوص بالحرمة، ومن بعض الجواز.

حجّة القائل بحرمة الجارية على الابن والأب المنظورة أو الملموسة بشهوة هو المشهور. اختاره الشیخ وأتباعه والعلامة في مختلف محتجاً بوجوهه:
 الأول: قوله تعالى «وحلائل أبناءكم»^١، خرج الملك المجرد عن الوطع والنظر واللمس والقبلة اجماعاً، فيبقى الباقي على عمومه. هذا وإن نُوقش في صدق الحلائل على المالك.

الثاني: أن النظر واللمس بشهوة أقوى في نشر الحرمة من العقد المجرد، وقد ثبت التحريم مع العقد المذكور فيثبت معهما وهو المطلوب.

الثالث: روایة محمد بن اسماعيل بن بزيع في الصحيح «قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الجارية فيقبلها هل تخلّ لولده؟ فقال: بشهوة؟ قلت: نعم قال: ما ترك شيئاً إذا قبلها بشهوة، ثم قال ابتداءً منه: إن جردها ونظر إليها بشهوة حرمت على أبيه وابنه. وقلت: إذا نظر إلى جسدها؟ فقال: إذا نظر إلى فرجها وجسدها بشهوة حرمت عليه»^٢.

١ - سورة النساء آية ٢٢.

٢ - الوسائل الباب ٣ من أبواب ما يحرم بالمحاشرة الحديث ١.

وصحيـح بن سـنان عن أـبي عـبد الله عـلـيـه السـلام «فـي الرـجـل تـكـون عنـه الجـاريـة يـجـرـد وـيـنـظـر إـلـى جـسـدـها نـظـرـشـهـوة، هـل تـخل لـأـبـيه؟ وـإـن فـعـل أـبـوه هـل تـخل لـابـنه؟ قـال: إـذـا نـظـر إـلـيـها بـشـهـوة وـنـظـرـمـنـهـا إـلـى مـا يـحـرـم عـلـى غـيرـه، لـم تـخل لـابـنه، وـإـن فـعـل ذـلـك الـابـن لـم تـخل لـلـأـب»^١، وـخـبـر مـحـمـد عـن أـبـي عـبد الله عـلـيـه السـلام «إـذـا جـرـد الرـجـل الجـاريـة، وـوـضـعـيـدـهـعـلـيـهـا، فـلـا تـخل لـابـنه»^٢ وـخـبـر العـيـصـ بن القـاسـم عـنـه عـلـيـه السـلام أـيـضاً «إـذـنـي مـا تـحرـم بـه الـولـيدـة تـكـون عنـه الرـجـل عـلـى وـلـدـه، إـذـا مـسـهـا أـوـجـرـدـهـا»^٣، وـخـبـرـ بن سـنان عـنـه عـلـيـه السـلام أـيـضاً «فـي الرـجـل تـكـون عنـه الجـاريـة، فـيـكـشـف فـيـراـهـا، أـو يـجـرـدـهـا لـا يـزـيدـعـلـى ذـلـك، قـال: لـا تـخل لـابـنه»^٤، وـخـبـرـ دـاـودـ الـبـزاـريـ «سـأـلـتـه عـن رـجـل اـشـتـرـيـ جـاريـة فـقـبـلـهـا؟ فـقـال: تـحرـم عـلـى وـلـدـه»^٥، إـلـى غـيرـهـذا مـنـ الـرـوـاـيـاتـ.

أـقـولـ: حـرـمةـ الجـاريـةـ المـلـمـوسـةـ بـشـهـوةـ وـالـنـظـرـةـ إـلـىـ ماـ لـاـ يـحـلـ النـظـرـإـلـيـهـ لـغـيرـ المـالـكـ إـنـ كـانـ بـشـهـوةـ أوـ نـظـرـإـلـىـ فـرـجـهـاـ وـلـوـبـدـونـ شـهـوةـ حـرـمتـ عـلـىـ اـبـنـهـ. وـكـذـلـكـ حـرـمةـ عـلـىـ الـأـبـ، لـاـ يـخـلـوـمـنـ قـوـةـ. وـالـلـهـ الـعـالـمـ.

حـجـّـةـ القـائـلـ بـعـدـ حـرـمةـ هـوـ أـنـ جـائزـ مـكـروـهـ لـأـصـالـةـ الـحـلـ، وـعـمـومـ «وـأـحلـ لـكـمـ مـاـوـرـاءـ ذـلـكـ»^٦ وـ«ـمـاـ طـابـ لـكـمـ مـنـ النـسـاءـ»، «ـأـوـ مـلـكـتـ أـيـمانـكـمـ»^٧ وـقـالـ اـبـنـ اـدـرـيسـ: لـاـ تـحرـمـ عـلـىـ أـحـدـهـمـاـ لـوـنـظـرـالـآخـرـأـوـلـمـسـ. وـاختـارـهـ المـصـنـفـ وـالـعـلـامـةـ فـيـ اـكـثـرـ كـتـبـهـ وـغـيرـهـمـ. وـلـمـوـثـقـ عـلـيـ بنـ يـقطـنـ، عـنـ العـبـدـ الصـالـحـ عـلـيـهـ السـلامـ «عـنـ الرـجـلـ يـقـبـلـ الجـاريـةـ، يـبـاشـرـهـمـاـ مـنـ غـيرـ جـمـاعـ، دـاـخـلـأـوـخـارـجـ، أـتـخلـ لـابـنهـأـوـلـأـبـيهـ؟ قـالـ: لـاـ بـأـسـ»^٨، وـخـبـرـ عـبـدـ اللهـ بنـ يـحيـىـ الـكـاهـلـيـ عـنـ أـبـي

١ وـ٢ـ - الـوـسـائـلـ الـبـابـ ٣ـ مـنـ اـبـوابـ ماـ يـحـرـمـ بـالـمـصـاـهـرـةـ الـحـدـيـثـ ٦ـ ، ٤ـ .

٣ وـ٤ـ وـ٥ـ - الـوـسـائـلـ الـبـابـ ٧٧ـ مـنـ اـبـوابـ نـكـاحـ الـعـبـيدـ وـالـإـمـاءـ الـحـدـيـثـ ١ـ ، ٢ـ ، ٤ـ .

٦ وـ٧ـ - سـوـرةـ النـسـاءـ آيـةـ ٤ـ ، ٣٢ـ .

٨ - الـوـسـائـلـ الـبـابـ ٧٧ـ مـنـ اـبـوابـ نـكـاحـ الـعـبـيدـ وـالـإـمـاءـ الـحـدـيـثـ ٣ـ .

عبدالله عليه السلام «قال: سأله عن رجل تكون له جارية فيضع أبوه يده عليها من شهوة، أو ينظر منها إلى ما يحرم من شهوة، فكره أن يمسها ابنه»^١.
و يؤيد الجواز والحلية الأخبار الحاضرة للإماء المحرمات في عشرة، والكلام في المسألة يطول، تركناه لقلة الابلاء به في الحال.

في أحكام اختلاف دين الزوجين

ج ٢ ص ٢٩٧ قوله رحمه الله: «ولو لم يسم مهرًا و الحال هذه كان لها المتعة كالمطلقة، وفيه تردد»، وجه التردد، من أنها كالمطلقة فعلها المتعة، ومن أصلالة البراءة.
حجّة القائل بثبوت المهر هو أن الفسخ، متى كان بعد الدخول فالمهر بحاله، لاستقراره بالدخول فيستصحب، وهو محل وفاق، فإن كان الفسخ جاء من قبل المرأة كما لو أسلمت دونه، فلا شيء لها عليه، لأن المُستقطع منها، وإن كان من قبل الزوج كما لو أسلم دونها، فالمشهور أن عليه نصف المهر، لأنّها فرقة من قبله قبل الدخول فاشبهت الطلاق، ونسبة إلى الشهرة تنبيهاً على ضعف دليله. فالقول بثبوت الجميع أقوى.

حجّة القائل بعدم ثبوت المهر لها، هو وإن كان من قبل الزوج، لأنّه فسخ، والفسخ ليس بطلاق، وحمله عليه قياس من نوع عندنا. فالوجه عدم ثبوت شيء لها عليه، للأصل، وافقاً لجماعة، فالمتجه ذلك مع الدخول فضلاً عن عدمه لقاعدة الاقرار. اللهم إلا أن يقال إن استيفاء البعض من قبل الأسباب التي تترتب عليها مسبباتها، فهي حينئذٍ كاتلاف كافر مالاً من كافر مثلاً على وجه لم يتلزم به في دينهم، ثم أسلم وكان من دين الاسلام التزامه، فإنه يجب عليه أداؤه له. كما في الجواهر، فراجع وتأمل.

١ - الوسائل الباب ٣ من ابواب ما يحرم بالتصاهرة الحديث . ٢

في أن إباق العبد طلاق امرأته

ج ٢ ص ٢٩٩ قوله رحمه الله: «روي، أن إباق العبد طلاق امرأته، وإن منزلة الارتداد، فإن رجع وهي في العدة، فهي امرأته بالنكاح الأول، وإن رجع بعد العدة، وقد تزوجت، فلا سبيل له عليها، وفي العمل بها تردد»، منشأ التردد من الرواية، ومن الأصل بقاء الزوجية.

حجّة القائل بانتفاء الزوجية وسقوط النفقة عن مولى العبد هو ما رواه الشيخ والصدوق عن ابن محبوب عن الحكم الأعمى وهشام بن سالم، عن عمّار السباطي، عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سألته عن رجل، أذن لعبده في تزويج امرأة، فتزوجها، ثم إن العبد أبقي من مواليه، فجاءت امرأة العبد تطلب نفقتها من موالي العبد؟ فقال: ليس لها على مولاه نفقة، وقد بانت عصمتها منه، فإن إباق العبد طلاق امرأته، هو منزلة المرتد عن الإسلام، قلت: فإن رجع إلى مواليه ترجع إليه امرأته؟ قال: إن كان قد انقضت عدتها منه ثم تزوجت غيره، فلا سبيل له عليها، وإن لم تتزوج ولم تنقض العدة، فهي امرأته على النكاح الأول»^١.

وقد نقل المصنف مضمون الرواية وعمل بها الصدوق على ما حكى عنه، والشيخ في النهاية وابن حمزة في الوسيلة. قال الشيخ: إذا أذن الرجل لعبده في التزويج فتزوج ثم أبقي، لم يكن لها على مولاه نفقة، وقد بانت من الزوج، وعليها العدة منه، فإن رجع قبل خروجها من العدة كان أملاك برجعتها، وإن عاد بعد انقضاء عدتها، لم يكن له عليها سبيل.

وقال ابن حمزة: وإذا تزوج عبد بأمة غير سيده ورضي سيدا هما، ثم أبقي العبد بعد الدخول، بانت منه ولزمتها العدة، فإن رجع قبل انقضائهما، كان أملاك

١ - الوسائل الباب ٧٣ من أبواب نكاح العبيد والآماء الحديث.

بها، وإن رجع بعد انقضاء العدة، لم يكن له عليها سبيل، ولا تلزم سيده نفقة، كما في الجواهر من باب النكاح.

حجّة القائل ببقاء الزوجية، ووجوب النفقة، هو-الأصل أي أصل بقاء الزوجية-، ويتبعها وجوب النفقة على مولاه، لعدم دليل صالح يخرجها عن الأصل، وفي شرح الممعنة: لا يحکم بفسخ نكاح العبد بباقه، وإن لم يعد في العدة، على الأقوى، لأصالة بقاء الزوجية، ورواية عمار السباطي ضعيفة السند، لأنّ عماراً وإن كان ثقة إلا أنه فطحي، لا يعتمد بما ينفرد به.

ونبه بالأقوى، على خلاف الشيخ في النهاية، حيث عمل بضمونها، وتبعه ابن حمزة إلا أنه خصّ الحكم بكون العبد زوجاً لأمة غير سيده، وقد تزوجها بإذن السيدين.

ثم قال الشهيد الثاني: والحق المنع مطلقاً- أي سواء كان العبد الآبق زوجاً لأمة سيده أم لغيره- ووجوب النفقة على السيد، ولا تبين المرأة إلا بالطلاق. وقال ابن ادریس: الذي يقتضيه الأصل، أن الزوجية باقية، ونفقة ثابتة على مولاه، لعدم دليل قاطع على خلاف ذلك. قال في التسقیح الرابع: وما قاله يعني ابن ادریس- جيد.

أقول: القول ببقاء الزوجية لا يخلو من قوة والله أعلم.

في نكاح الشغار وبطلانه

ج ٢ ص ٣٠١ قوله رحمه الله: «والنكاح، لا يدخله الخيار، فيكون لها مهر المثل، وفيه تردد»، وجه التردد، من أنه شرط باطل، يشتمل عليه العقد، فيبطله، ومن أنه شرط سايغ، يمكن الوفاء به، اذا كان الزوج كفوأ.

حجّة القائل ببطلان الشرط وثبوت مهر المثل، هو أنّ نكاح الشغار إنما يبطل لأنّه تشريك للبضع، بين كونه مهراً للزوجة المنكوبة وملكاً للزوج. هذا

المعنى هو الذي استظهره في المسالك فعلى هذا يصح النكاح، ولكن يبطل المهر، لأنّه شرط المصنف للتزويج، والشرط من جملة العوض المقترن مع في سائر المعارضات، وشرط التزويج غير لازم، بناءً على أنّ العقد اللازم اذا اقترن به شرط صار جائزاً، لا لازماً أو لأنّه غير متعلق بالفاقد إذ لا يجب على المرأة الاخرى الوفاء بذلك، فيكون الشرط فاسداً، لأنّ فواته يوجب الخيار، وهو منتف في النكاح، فيجب أن يردّ الى المسمى ما نقص منه لأجل الشرط، وهو مجھول أضيف الى معلوم فيصير الكل مجھولاً، فيبطل الصداق للجهالة، فيجب مهر المثل لأنّ النكاح لا يفسد بفساد الصداق. هذا خلاصة توجيه المسألة، واختيار الشيخ في المبسوط والله اعلم.

حجّة القائل بعدم البطلان هو أنّه شرط سايع يمكن الوفاء به، إذا كان الزوج كفواً والعائد واليأ. وعلى تقدير عدم الولاية لا يجنب القطع بفساده، بل مع تعدد الشرط لإمكان إجابتها الى ذلك ، ولا تمنع أنّ الشرط في اللازم يجعله جائزاً - وقد تقدم - وعموم الأمر بالوفاء بالعقد والمؤمنون عند شروطهم يشمله. أقول: لا يبعد القول بصحة العقد وبطلان المسمى كما هو المشهور، والظاهر أنّه لم يتردّد غير المصنف رحمة الله. والله العالم بالصواب.

في أحكام النكاح المنقطع

ج ٢ ص ٣٠٧ قوله رحمة الله: «لا يقع بها طلاق. وتبين بانقضائه المدة، ولا يقع بها ايلاء، ولا لغان، على الأظهر، وفي الظهار تردد أظهره أنه يقع»، وجه التردد، من صدق الزوجية، ومن كون أحكامها على خلاف الأصل.

حجّة القائل بوقوع الظهار على الزوجة المتمتع بها هو عموم الآية الشريفة الواردة في الظهار قوله تعالى «والذين يظاهرون من نسائهم»^١ وأنّ المتمتع بها

زوجة، فتدرج في إطلاق الأدلة وعمومها، ولم يخص بال دائمات من النساء، بخلاف ما سبق من اللعان والإيلاء والارث، فإن هذه الثلاثة، لا تكون للنساء المتمتعات، والإلتزام بأحد الأمرين لا يوجب التخصيص فجاز اختصاصه بن يكن معه أحد الأمرين، وهو الدائم كما استظهره المصنف، وفقاً للمحكي عن الأكثـر، ومنهم ابن ادریس، في بعض فتاواه، وفي اللمعة: ويقع بها الظهار على أصح القولين لعموم الآية.

أقول: القول بوقوع الظهار لا يخلو من قوة، والله سبحانه أعلم.

حجـة القائل بعدم وقوع الظهار على المتمتع بها هو أصالة بقاء الحال، لأن المظاهر يلزم بالفيـة أو الطلاق، ولا طلاق في المـتعـة، ولا يجب الوطـئ فيـلزم بالـفيـة مع أنـ إيجـابـها وـحدـها لـيسـ عـلـيـهـ دـلـيـلـ وـإـقـامـةـ هـبـةـ المـدـةـ مـقـامـ الطـلاقـ لا دـلـيـلـ عـلـيـهـ، وـرـوـاـيـةـ اـبـنـ فـضـالـ عـمـنـ أـخـبـرـهـ عـنـ الصـادـقـ عـلـيـهـ السـلـامـ «ـقـالـ لـاـ يـكـونـ الـظـهـارـ إـلـاـ عـلـىـ مـثـلـ مـوـضـعـ الطـلاقـ»^١ قال في التـقـيـعـ الرـائـعـ: إنـهـ كـالـطـلاقـ وـالأـصـلـ فـيـ التـشـبـيـهـ الـعـمـومـ وـالـطـلاقـ لـاـ يـقـعـ هـنـاـ فـكـذـاـ الـظـهـارـ، وـلـأـنـ لـازـمـ الـظـهـارـ جـواـزـ الـمـرـاقـقـةـ وـالـإـلـتـزـامـ بـالـفـيـةـ وـكـلـاـهـماـ مـنـفـيـانـ هـنـاـ، وـأـنـفـاءـ الـلـازـمـ مـسـتـلزمـ لـأـنـفـاءـ الـلـازـمـ، وـاخـتـارـهـ اـبـنـ بـابـويـهـ وـابـنـ الجـنـيدـ وـابـنـ اـدـرـيـسـ فـيـ السـرـائرـ^٢.

جـ ٢ صـ ٣١١ قوله رـحـمـهـ اللهـ: «ـفـانـ هـاـيـاهـاـ عـلـىـ الزـمـانـ، قـيـلـ: يـجـوزـ أـنـ يـعـقدـ عـلـيـهـ مـتـعـةـ فـيـ الزـمـانـ الـمـخـصـ بـهـ. وـهـوـمـرـوـيـ وـفـيـهـ تـرـدـدـ»، مـنـشـأـ التـرـدـدـ مـنـ أـنـ المـرـوـيـ الـجـواـزـ، وـمـنـ لـزـومـ تـبـعـضـ الـبـصـعـ.

حجـةـ القـائـلـ بـالـجـواـزـ أـيـ جـواـزـ العـقـدـ مـتـعـةـ عـلـىـ الـأـمـةـ الـمـهـاـيـةـ فـيـ زـمـانـهاـ الـمـخـصـ بـهـ: روـيـ عـنـ مـحـمـدـ بـنـ قـيـسـ صـحـيـحاـ فـيـ الـكـافـيـ وـالـتـهـذـيبـ، فـيـ بـابـ السـرـاريـ

١ - الوسائل باب ٢ من كتاب الظهار الحديث .٣

٢ - السرائر صفحة .٣١٢

وملك اليدين، عن أبي جعفر عليه السلام وفي الفقيه عن محمد بن مسلم عنه عليه السلام أيضاً قد عمل بها ابن ادريس وجماعة منهم الشهيد في اللمعة وفاضلا الكشف والرياض كما في الجواهر.

«قال: سأله عليه السلام عن جارية بين رجلين دبراهما جميعاً، ثم أحل أحدهما فرجها لشريكه؟ قال: هي له حلال وأيهمامت قبل صاحبه فقد صار نصفها حراً من قبل الذي قدمات، ونصفها مدبراً، قلت: إن أراد الثاني منها أن يمسها ألل ذلك؟ قال: لا، إلا أن يثبت عتقها، ويتزوجها برضاء منها متى ما أراد. قلت له: أليس قد صار نصفها حراً وقد ملكت نصف رقبتها، والنصف الآخر للباقي منها؟ قال: بلـ. قلت: فإن هي جعلت مولاها في حل من فرجها له ذلك؟ قال: لا يجوز ذلك. قلت: ولم لا يجوز له ذلك وقد أجزت للذى كان له نصفها، حين أحل فرجها لشريكه منها؟ قال: إن الحرمة لا تهب فرجها، ولا تعيره، ولا تحلله ولكن لها من نفسها يوم وللذى دبرها يوم فإن أحب أن يتزوجها متعة في اليوم الذى تملك فيه نفسها، فيتمتع منها بشيء قليل أو كثراً»^١ وهي صريحة، في المدعى أولاً وآخرأ.

أقول: القول بالجواز قوي، وإن كان الاحتياط خلافه.

حجّة القائل بعدم الجواز هو لزوم تبعيض السبب فانها لم تخرج بالمهایاة عن ملك المولى، على أنّ منافع البعض لا تعلق لها بالمهایاة، وإلا حلّ لها المتعة بغيره في أيامها وهو باطل اتفاقاً. على ما في المسالك ومحكمي نهاية المرام.

و لأنّ الفرج كما أنه لا يستباح بسبعين مختلفين انه لا يباح وطؤها أيضاً بالعقد لاستلزمـه تعدد السبب، ولأنّ المرأة ليس لها تحليل نفسها بخلاف الشريك ، فإذا هـا يـاها وعقدـ عليها متعة في أيامها ، فالاكثر على منعـه لأنـه لا

١ - الوسائل الباب ٤١ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث .

يخرج من كونه مالكاً لذلك البعض بالمهياة، وهو يمنع من العقد لاستحالة العقد على ملكه.

وإليه اشار المصنف بقوله لما ذكر من العلة، فالقول بالمنع أصح - كما في المسالك - ثم قال: واعلم أنه لا يخفى أن المولى لو أذن لها في النكاح صحيح دواماً ومتعة، لاتحاد السبب - أي سبب الاباحة بالعقد، والمهر بينهما بقدر الاستحقاق - .

ولأن البعض لا يتبعض بل يستباح، إما بالعقد لا غير أو الملك لا غير لقوله تعالى «إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم»^١، حصر الاباحة في الأمرين على سبيل منع الخلوي الاستباحة ومنع الجمع بينهما، كما في التبيغ الرائع. أقول: الاحتياط سبيل النجاة سيما في الفروج والله العالم.

في العيوب

ج ٢ ص ٣١٣ قوله رحمه الله: «لوباع أنته، وادعى أن جلها منه، وأنكر المشتري، لم يقبل قوله، في إفساد البيع، ويقبل في التحاق الولد، لأنه إقرار لا يتضرر به الغير وفيه تردد»، وجه التردد من قبول قول البائع، حيث لا ضرر في إلحاق الولد به، ومن عدم القبول، لتوقع الضرر بنفوذ الإقرار.

حجّة القائل بقبول قول البائع في التحاق الولد به هو عدم الضرر على مشتري الجاريه في كون عنده إبناً للبائع حيث لا يمنع استرقاقه للمشتري، وهو المطلوب، فيحكم بكونه ولداً للبائع مملوكاً هو وامه للمشتري، ولا مانع من قبول أحد جزئي الدعوى وهو الإلحاق. كما عن الخلاف والسرائر، ولا يقبل في دعوى أن الحمل منه هو الجزء الثاني من الدعوى، لأنّه يستلزم إفساد البيع المخالف

للاصل، كما هو في كل مورد أحد المتباعين يدعى الصحة والآخر يدعى الفساد، قدم قول مدعى الصحة مع عدم البيته للأخر.

حجّة القائل بعدم قبول قول البائع هو توقع الضرر على المشتري إذا قبل إقرار البائع بالحمل، لإمكان موت المقر عن غير وارث ويختلف تركه فإنه على تقدير ثبوت النسب يشتري الطفل من التركة قهراً على سيده -أعني المشتري- ليرث من مال المقر، وذلك ضرر على مالكه المشتري للجارية، فلا يكون الإقرار نافذاً. و في المسالك قوى نفوذ الإقرار بالنسبة إلى المقر فقط، ولا ينفذ على المشتري، وذكر هذا فائدة في محلها. وفي الجواهر ضعف تردد المصّتف، حيث قال: لعدم وجه يعتد به للتراجُّد، مع عدم التضرر على المشتري، والله أعلم بالصواب.

ج ٢ ص ٣١٨ قوله رحمة الله: «وقد يشترط في المتجدد أن لا يعقل أوقات الصلاة، وهو في موضع تردد»، منشأ التردد من إطلاق النصوص ومن المرسل المؤيد بالرضوي، وأصالة اللزوم.

حجّة القائل بجواز الفسخ لها اذا جن زوجها هو إطلاق النصوص الذي لا فرق فيه بين الجنون السابق واللاحق.

منها خبر ابن أبي حمزة «قال: سئل أبو ابراهيم عليه السلام عن امرأة يكون لها زوج قد اصيب في عقله بعد ما تزوجها، أو عرض له جنون؟ قال: لها أن تنزع نفسها منه إن شاءت»^١.

و منها صحيح الحلبـي عن أبي عبدالله عليه السلام «أنه قال في رجل يتزوج إلى قوم، فإذا امرأته عوراء، ولم يبيّنوا له. قال: لا يردد، إنما يردد النكاح، من البرص والجذام والجنون والعلف». قلت: أرأيت إن كان قد دخل بها، كيف يصنع بهـرها؟ قال: لها المهر بما استحلّ من فرجها، ويغـرم ولـيـها الذي أنـكـحـها

١ - الوسائل الباب ١٢ من أبواب العيوب والتديليس الحديث .

مثل ما ساق اليها»^١ ورواه في الكافي «سألته عن رجل يتزوج الى قوم فاذا امرأته عوراء، ولم يبيّنوا له؟ قال: يردد النكاح من البرص والجذام والجنون والعلف»^٢.

نفهم من هذه الأخبار، أنّ لها الفسخ في الجنون المتجدد بعد العقد مطلقاً، وطأ أم لا، عقل أو لا يعقل أوقات الصلاة وفي المسالك: الأقوى، عدم اشتراط أنه لا يعقل أوقات الصلوات لعدم وجود دليل باطلاقه لجميع أقسامه، لأنّ الجنون فنون واجماع بينها فساد العقل كيف اتفق.

و العمده في المطلب، الاتفاق على كون الجنون عيباً مطلقاً، مع عدم وجود دليل مخصوص، والله العالم.

حجّة القائل بعدم جواز الفسخ، إلا اذا كان لا يعقل أوقات الصلاة وإلا فلا خيار لها، للأصل، أي أصل لزوم العقد، إلا أن يثبت المزيل وللمرسل المروي «أنه إن بلغ به الجنون مبلغاً لا يعرف أوقات الصلاة، فرق بينهما فان عرف أوقات الصلاة فلتصرّب المرأة معه فقد بليت»^٣.

وما عن الفقه المنسوب الى الرضا عليه السلام «إذا تزوج رجل، فأصابه بعد ذلك جنون، فبلغ منه مبلغاً، حتى لا يعرف أوقات الصلاة، فرق بينهما، وإن عرف أوقات الصلاة، فلتصرّب المرأة، فقد ابتليت»^٤. هذا في الجنون المتجدد، وأما الجنون السابق، فلها الخيار مطلقاً. هذا قال المصنف: وقد يشترط في المتجدد الخ.

و حكى عن ابن بابويه والمفيد والشيخ وبني زهرة والبراج وادريس،

١ - المصدر الباب ٢١ صدر الحديث وذيله الحديث ٥٦.

٢ - الكافي ج ٥ ص ٤٠٦.

٣ - الوسائل الباب ١٢ من ابواب العيوب والتديليس الحديث .٣

٤ - المستدرك الباب ١١ من ابواب العيوب والتديليس الحديث .١

تقيد الجنون، بما إذا كان لا يعقل معه أوقات الصلاة، وإلا فلا خيار لها، بل في الرياض، نسبته إلى الأكثرون. وفي المسالك قال: ويمكن على هذا أن يتمسك في المتجدد، بعد العقد مطلقاً، باستصحاب لزوم العقد، في غير موضع الوفاق، انتهى^١.

وفي المسألة مزيد تفصيل أخذنا منه موضع الحاجة، كما في الجواهر، والله أعلم.

ج ٢ ص ٣١٩ قوله رحمه الله: «وهل يفسخ بالجب؟ فيه تردد» وجه التردد، من أنه من عيوب الرجل، ومن عدم النص الخاص.

حجّة القائل بجواز فسخ المرأة، إذا كان زوجها محبوباً -يعني مقطوع الذكر- هو الضرر المنفي وشمول صحيح الكافي «قال سألت أبا عبدالله عليه السلام: عن امرأة ابتعل زوجها، فلا يقدر على الجماع أبداً، أتفارقه؟ قال: نعم إن شاءت»^١ وصحيح أبي بصير -يعني المرادي-. «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة ابتعل زوجها فلا يقدر على الجماع اتفارقه؟ قال: نعم إن شاءت»^٢ أقول: هذان الصحيحان يشملان مثل المحبوب بشرط أن لا يبقى له ما يمكن معه الوطء ولو قدر الحشمة، وإلا فلا خيار لها.

هذا هو المشهور بين الأصحاب إن الجب من جملة عيوب الرجل، ولم ينقل أحد فيه خلافاً، سوى المصنف تردد فيه، وكون المحبوب بمعنى الخصى والعن، بل أعظم منها لقدرة الأول على الإيلاج، واحتمال براء الثاني، وفي الجواهر: لا أجده فيه خلافاً. بل عن المبسوط والخلاف: نفيه عنه. فالجب المذهب كونه عيباً كما في المسالك.

أقول: هذا هو المختار، لأجل الضرر المنفي، وإنه يشارك غيره من العيوب في

١ و ٢ - الوسائل الباب ١٤ من أبواب العيوب والتلبيس الحديث ٦١٦.

العلة، التي من أجلها جاز الفسخ، والله العالم.

حجّة القائل بعدم جواز الفسخ للمرأة اذا كان الرجل مجبوياً هو أصله صحة العقد هذا أولاً، ومن عدم النص عليه بالخصوص وانما الوارد في النصوص الفسخ بالخاص والعن، لأنها من عيوب الجماع، ولما كان الحكم بالخيار في هذه العيوب على خلاف الأصل فلا بد لثبتها من دليل صالح ليخرجها عن حكم الأصل، وإلا فالاصل في العقد اللزوم وليس للجبن دليل صالح، فراجع وتأمل، والله أعلم.

ج ٢ ص ٣٢٠ قوله رحمة الله: «وأما العرج فيه تردد، أظهره دخوله في أسباب الفسخ، إذا بلغ الأقعاد» وجه التردد، من صدق الزمانة في بعض الأخبار، ومن أصله الزوم.

حجّة القائل بجواز الفسخ للعرج في المرأة هو: عيب نصيحة داود بن سرحان عن الصادق عليه السلام «في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء؟ قال: تردد على ولئها، ويكون لها المهر على ولئها - تمام الحديث - قال: وإن كان بها - يعني المرأة - زمانة لا تراها الرجال، أجيزة شهادت النساء عليها». ^١

و صحيح محمد بن مسلم «قال: قال أبو جعفر عليه السلام: تردد العمياء والبرصاء والخدماء والعرجاء» ^٢ لهذا ذهب «إلا أنه عيب» الشیخان في النهاية والتهذيب والمقنعة، وابن الجنيد وأبو الصلاح، وأكثر الأصحاب، ولم يذكروا أنه بين، أم لا يبلغ حد الأقعاد، أم مطلقاً، وغيرهم قال: بأنه عيب إلا أنهم يشترطون أن يكون بيناً. ذهب اليه العلامة في المختلف، ونقله عن ابن ادریس، واستدل عليه بالروایتين السابقتين، وفي التحریر نسبة الى الشيخ في النهاية والتهذيب، مع أن

١ - الوسائل الباب ٢ و ٤ من ابواب العيوب والتديليس الحديث ١٦.

٢ - الوسائل الباب ١ من ابواب العيوب والتديليس الحديث ٧.

الشيخ لم يعتد بذلك ، وهو يدل على أن مراده بالبين ، ما كان ظاهراً بالحسن ، وان لم يبلغ حداً، يمنع من التردد إلا بالمشقة الكثيرة، لأن الرواية لا تدل على أزيد من كونه بيّناً في الحسن ، بحيث يتحقق مسمى العرج . وكذا كلام الشيخ والجماعة ، وعلى هذا يرجع القولان ، الى قول واحد ، قوله ثالث ذهب اليه المصنف والعلامة في القواعد والارشاد هو أن العرج ما يبلغ حد الاقعاد ، الذي يجوز معه الفسخ ، معناه يبلغ حداً ، يعجز معه عن المشي ، وفي تسمية مثل هذا عرجاً ، ويفهم من هذا القيد هو استبعاد كون مطلق العرج عيناً موجباً للخيار ، الى غير هذا كمافي المسالك .

حجّة القائل بعدم جواز الفسخ بالعرج في المرأة مطلقاً ، هو أصالة اللزوم ، أي لزوم العقد أولاً ، وحصر العيوب في صحيحة الحلبـي عن أبي عبدالله عليه السلام أنه «قال في الرجل يتزوج الى قوم ، فاذا امرأته عوراء ولم يبيتوا له؟ قال: لا ترد قال: إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعقل»^١ فإنه إنما يدل على الحصر ، كما هو الظاهر من كلام الشيخ في المبسوط والخلاف ، فإنه لم يعد العرج من عيوب المرأة . وكذلك ابن البراج ، وهو الظاهر من الصدقـ، فإنه في المقنع عد العيوب ، ولم يذكره ، وفي المسألة كلام .

في أحكام العيوب

ج ٢ ص ٣٢٠ قوله رحـمه الله: «وفي المتجدد بعد العقد، وقبل الدخـول، تردد، أظهره أنه لا يبيـح الفسخ» وجـه التردد، من إطلاق بعض النصوص الردـ بها ، ومن أصالة اللزوم .

حجـة القائل بعدم جواز الفسخ ، بالعيـب المتجدد في المرأة ، بعد العقد ، وقبل

١- المصـدر الباب ١ من أبواب العيوب الحديث . ٦

الدخول، هو التمسك، بمقتضى العقد السليم عن المعارض، بل هو المشهور، شهرة عظيمة، كادت تكون إجماعاً، بل لعلها كذلك، في الأعصار المتأخرة، كما في الجواهر.

وذهب بن ادريس والمصنف، وبباقي المتأخرین، الى عدم الفسخ به، محتجین بأنَّ العقد وقع لازماً، فيستصحب، وبأنَّ أمر النكاح مبني على الاحتياط. وقال صاحب الجواهر: ومع قطع النظر عن النصوص أجمع، فلا ريب في استصحاب اللزوم، الذي هو مقتضى الأصل في العقود والضرر من جر بامكان الطلاق منه.

وفي اللمعة: لا خيار للزوج لو تجددت هذه العيوب بعد العقد، وإن كان قبل الوطئ في المشهور. تمسكاً بأصالة اللزوم واستصحاباً لحكم العقد واستضعافاً لدليل الخيار.

حجّة القائل بجواز الفسخ، بالعيوب المتتجددة بعد العقد، وقبل الدخول، هو إطلاق بعض النصوص، وأنَّ النكاح يردها، منها صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «قال: تردد البرصاء والعبياء والعرباء»^١ ومنها عن رفاعة بن موسى عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: تردد المرأة من العفل والبرص والجذام والجنون، وأما ما سوى ذلك فلا»^٢ ومنها عن زيد الشحام عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: تردد البرصاء والمحنونة والمحذومة، قلت: العوراء؟ قال: لا»^٣ ومثله «عن عبد الرحمن عن أبي عبدالله عليه السلام»^٤.

وغيرها من الأخبار، الذي تقدم ذكر بعضها فهي مطلقة في ثبوت الخيار بهذه العيوب، حيث يجد لها الزوج تناول ما قبل الدخول وما بعده. وحکي في الجواهر عن المبسوط والخلاف، وظاهر أبي علي، ثبوت الخيار بذلك.

١ و ٢ و ٣ و ٤ - الوسائل الباب ١ من أبواب العيوب و التدلیل الحدیث ٦٧٦ و ٦٧٢ و ١٣.

أقول: لا يخفى على المتبع، لكلمات العلماء، وفحوى بعض الأخبار، لا يبعد القول بعدم جواز الفسخ، وكما سبق، ضرر الزوج ينجرى بالطلاق، والاحتياط طريق النجاة، والله سبحانه العالم بالصواب.

في أحكام المهر

ج ٢ ص ٣٢٧ قوله رحمه الله: « ولو زوجها الولي بدون مهر المثل، أو لم يذكر مهراً، صح العقد وثبت لها مهر المثل بنفس العقد، وفيه تردد» وجه التردد من أن الولي له نظر المصلحة، ومن أنه لانكاح إلا بمهر.

حجّة القائل بصحة العقد لو زوجها الولي إما مصلحة هناك أو عدم مفسدة، ويثبت لها مهر المثل بنفس العقد، وثوقاً بنظره، وهوأشبه بإطلاق الأدلة، المقتضي جواز تصرف الولي، في البعض والمال وغيرهما مع المصلحة، ولأنّ له العفو عن المهر كما أشار إليه في الآية الشريفة «أو يغفو الذي بيده عقدة النكاح»^١ فالمتجه صحة ذلك معها، أي مع المصلحة كما في الجواهر وقد تقدم نظيره للمسألة في الاعتراض ص ٢٠١ من هذا الكتاب فراجع والله سبحانه وأعلم.

حجّة القائل بعدم الصحة، هو أنه «لانكاح إلا بمهر» كما في بعض النصوص^٢، هذا وأنه ضرر على المرأة، وهو منفي، وأدلة مقدمة على إطلاق أدلة الولاية، كما أشار إليه في المستمسك، خصوصاً إذا لم تكن مصلحة هناك في أصل النكاح، أو في خصوص المهر بالأقل، أو التفويض، كان العقد أو المهر فضوليّاً أو باطلًا، وإنّ لها الخيار، كما تقدم في المسألة السابقة، بل لو سلّم عدم

١ - سورة البقرة آية ٢٣٧.

٢ - الوسائل الباب ٢ من أبواب عقد النكاح الحديث ٦٤٦ و ٦٤٧.

جواز التفويض له، أو المهر بالأقل، كان المتوجه، ثبوت مهر المثل، بالدخول لا بالعقد، لأنّه لانكاح إلا بهر، كما أشرنا اليه، فمع فرض فساد التفويض، والمسمي ليس إلا مهر المثل، الذي هو عوض شرعي، فهو حينئذٍ إتلاف، لبعض الغير بغير عوض، فلا يجوز، كما لا يجوز في المعاوضات على الأموال، ونسب هذا القول إلى ميسوط الشيخ، ولم نتحققه، كما وأشار إليه في الجواهر، والله سبحانه العالم

ج ٣٢٨ قوله رحمه الله: «ولو نقصت عينه أو صفتة، مثل عور الدابة، أو نسيان الصنعة، قيل: كان له نصف القيمة سليماً، ولا يجر علىأخذ نصف العين، وفيه تردد» منشأ

التردد من أنّها معيبة فله نصف القيمة، ومن وجود العين فيرجع بنصفها.

حجّة القائل بالرجوع بنصف القيمة سليماً، هو تنزيل العين بالتغيير، منزلة التالفة، لأنّها على هذه الحالة، غير ما فرضت في الآية، وحينئذٍ فيرجع عليها بأقل الأمرين، من نصف قيمة يوم الصداق ويوم القبض، كما مرّ وهذا قول الشيخ في المحكي عن ميسوطه، ويحيى بن سعيد في المحكي عن جامعه، وفي كشف اللثام: قد يقال منشأ الخلاف إنّ معنى «ما فرضتم»، هل هو الماهية وحدتها، أو مع صفاتها، فعلى الأول تبيّن الرجوع في نصف العين، وعلى الثاني يتخيّر أو يتعمّن القيمة.

قلت: قد يستفاد من خبر علي بن جعفر عن أخيه عن أبيه عليه السلام أنّ علياً عليه السلام «قال في الرجل يتزوج المرأة على وصيف، فيكبر عندها، ويريد أن يطلقها، قبل أن يدخل بها، قال: عليها نصف قيمته، يوم دفعه إليها لا ينظر في زيلق ولا نقصان»^١ تعين القيمة على الوجه المزبور، من غير أرش بناءً على أنّ المراد عدم النظر إلى زيادة العين ونقصتها، إلى آخر ما ذكر صاحب الجواهر، والله أعلم.

١ - الوسائل الباب ٣٤ من أبواب المهر الحديث. ٢.

حجّة القائل بأنّه يرجع بمنصف العين، هو قوله تعالى «فنصف ما فرضتم»^١ وهي عين المفروض، ولأنّ العين المفروضة إن كانت قائمة بهذه الحال فاللازم أخذها، وإنّ التعيب وإن كان في ملكها، لا ينافي ضمانها الارش للزوج، ضرورة كونه كتلف العين على ملكها الموجب لضمانها قيمتها له، بل ضمانها مستلزم لضمان أجزائها وصفاتها وأرش ذلك كقيمة العين.

فالمحتج حينئذٍ كما في القواعد والمسالك، الرجوع بمنصف العين مع الأرش، لأنّ التعيب بذلك، خصوصاً مثل نسيان الصنعة، لا يخرج العين عن حقيقتها، وبقبضها العين، تدخل في ضمانها كلاً أو جزءاً أو صفةً.

والذي حكاه المصنف، من التخيير بين أخذ الزوج نصف وبين أخذ نصف العين، من غير أرشن، وهو اختيار الشيخ في المبسوط، أما أخذ النصف لقوله تعالى «فنصف ما فرضتم» كما سبق، والعين هي المفروضة، وإن كانت قد نقصت، وأما عدم الأرش فلحدوث النقص في يدها، والعين ملكها، فلا يكون مضموناً عليها. أما لو بقيت العين في يد الزوج، فإنه حينئذٍ ملكها، فيكون مضموناً عليه، فلها أن ترجع عليه بالأرش كما مرّ.

وفي المسألة تفاصيل أخرى بالنسبة إلى حدوث العيب، أنه بسببها أو بسبب أجنبى أو من الله ذكر الجميع في المسالك، فراجع وتأمل، والله سبحانه أعلم.

فيما إذا طلق قبل الدخول

ج ٢ ص ٣٢٩ قوله رحمه الله: « ولو كان تعليم سورة؟ قيل: يعلّمها النصف من وراء حجاب، وفيه تردد» ينشأ التردد من حرمة سماع صوتها، ومن اختلاف الألفاظ بسهولة وصعوبته.

حجّة القائل بلزوم التعليم نصف السورة هو اذا طلّقها قبل الدخول فان كان علّمها رجع عليها بنصف الاجرة كتعليم الصنعة، وإن لم يكن علّمها فليس الحكم كالصنعة، لأنّ تعلم نصف السورة حينئذٍ أمر ممكّن في نفسه هذا قيل: جاز تعليمها النصف من وراء حجاب، لأنّه موضع ضرورة كمعاملة الأجنبية، أو لأنّه تعليم واجب، أو لأنّ مطلق سماع صوتها ليس بمحرم. واستوجهه الشيخ في مبوسطه حيث قال: وهل له أن يلقنها ما استقرّت عليه؟ قيل: وجهان، أحدهما ذلك من وراء حجاب، وهو الأقوى عندي. وقال: صاحب الجواهر: ينشأ التردد من حرمة سماع صوتها وإن كان الأقوى جوازه. أقول: الظاهر أنّ لزوم التعليم لا يخلو من قوة والله أعلم.

حجّة القائل بعدم جواز التعليم هو أنها ترجع عليه بنصف الاجرة كالصنعة لأنّ الزوج صار أجنبياً بناءً على حرمة سماع صوت المرأة مطلقاً أو جوزناه ولكن خيف الفتنة أو لم يكن ذلك إلا بالخلوة المحرمة رجعت عليه بالاجرة لتعذر الرجوع إلى نصف الصداق المفروض بمانع شرعي فيكون كالمانع العقلي. وقيل: ترجع بنصف الاجرة مطلقاً لما ذكر من الموانع ولأنّ نصف السورة يعسر الوقوف عليه لاختلاف الآيات في سهولة التعليم وصعوبته، وفي كشف اللثام وغيره اذا لم يكن التعلم إلا بالخلوة المحرمة أو مع خوف الفتنة فالرجوع بنصف الاجرة قطعاً فراجع وتأمل.

اذا شرط أن لا يخرج المرأة من بلد़ها

ج ٢ ص ٣٣٠ قوله رحمه الله: «وإن أخرجها إلى بلد الإسلام كان الشرط لازماً وفيه تردد»، منشأ التردد من لزوم الشرط، ومن مخالفته للالصowl.

حجّة القائل بلزوم الشرط هو الهمومات وخصوص «رواية علي بن رئاب في الحسن عن الكاظم عليه السلام قال: سئل وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة

على مائة دينار عل أن تخرج معه إلى بلاده فإن لم تخرج معه فإن مهرها خسون ديناراً إن أبىت أن تخرج معه إلى بلاده قال عليه السلام: إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك وها مائة دينار التي أصدقها إليها، وإن أراد أن يخرج بها إلى بلاد المسلمين ودار الإسلام فله ما اشترط عليها والمسلمون عند شروطهم، وليس له أن يخرج بها إلى بلاده حتى يؤدي إليها صداقها أو ترضي منه من ذلك بما رضيت وهو جائز له^١.

وهو الذي اختاره المصنف في النافع والشيخ في النهاية وجماعة منهم العلامة في أكثر كتبه عملاً بعموم الأمر بالوفاء بالشرط وهو شرط يتعلق به غرض صحيح فالقول باللزم لا يخلو من قوة والله سبحانه أعلم.

حجّة القائل ببطلان الشرط والمهر هو مخالفته للاصول لجهالة المهر لأنّه مائة دينار على تقدير وحسون ديناراً على تقدير، وذلك يقتضي الجهالة وعدم التعين مع صحة العقد لعدم ارتباطه بالشروط الخارجة عنه، فيثبت مهر المثل كما تقدم في نظائره من المهر الغير المعلومة أو غير المملوكة إلى غير ذلك.

وفي التبيّن الرابع: لو شرط لها مهرأً إن أخرجها إلى بلاده ونصفه إن لم تخرج هل لذلك حكم أم لا؟ قال ابن ادريس: ليس لذلك حكم بل تجب عليها طاعته إلى أي بلد أراده ويلزمه مهر المثل لجهالة المذكور في العقد. وقد ناقش في الرواية السابقة صاحب المسالك فراجع وتأمل والله سبحانه أعلم بالصواب.

شرط الخيار في النكاح

ج ٢ ص ٣٣٠ قوله رحمه الله: «لو شرط الخيار في النكاح بطل العقد وفيه تردد» وجه التردد من أنه ليس من عقود المعاوضات، ومن وجود المقتضي لصحة العقد.

١ - الوسائل الباب ٤٠ من أبواب المهر الحديث .٢

حجّة القائل ببطلان العقد بشرط الخيار هو أن النكاح ليس من عقود المعاوضات المقابلة لخيار الشرط بل فيه شائبة العبادة، فالشرط يخرجه عن وضعه ولكونه غير مشروع فيكون مخالفًا للكتاب والسنّة وهذا هو المشهور بين الأصحاب بل لا أحد فيه خلافاً في بطلان الشرط كما في الجواهر، بل لعلّ الاجماع بقسميه عليه معلومية عدم قبول عقد النكاح لذلك.

وفي مكاسب البيع الأننصاري عن الحلف والمبسot والسرائر وجماع المقاصد والمسالك وكشف اللثام وغيرهم الاجماع عليه، وقد استدلوا لذلك بأن النكاح لا يدخل فيه التقابل فلا يدخل فيه الشرط لتلازمهما، وبالسيرة القطعية وبحصر أسباب الرد في امور خاصة مذكورة في باب العيوب التي توجب الرد، والحصر يفيد عدم صحة الرد بغير تلك العيوب، فإذا دخل فيه الخيار كان معناه صحة الرد بغير تلك العيوب، وأن اشتراط الخيار يفضي إلى فسخه بعد ابتدال المرأة وهو ضرر، وهذا وجوب بالطلاق قبل الدخول نصف المهر جبراً له كما في المستمسك، وهذا يكون اشتراط الخيار في العقد منافيًّا لقتضاه المستفاد من الأدلة الشرعية ومن هنا كان هذا الشرط مبطلاً للعقد.

حجّة القائل بصحة العقد و بطلان شرط الخيار هو وجود المقتضي لصحة العقد لاجتماع شرائط الصحة فيه، لأنّ الفرض وانتفاء المانع إذ ليس إلا اشتراط الخيار فيه، وإذا كان العقد غير قابل للخيار لغى شرطه وعمل بمقتضى العقد لأصالة الصحة وعموم «أوفوا بالعقود» كما لو اقترن بغيره من الشروط الفاسدة، لأن كل واحد من العقد والشرط أمر منفك عن الآخر فلا يلزم من بطلان أحدهما بطلان الآخر.

و عن ابن ادريس أن العقد لا يبطل قال فيما حكى عنه: لا دليل على بطلان العقد من كتاب ولا سنّة ولا اجماع بل الاجماع على الصحة، لأنّه لم يذهب إلى البطلان أحد من أصحابنا وإنما هو من تخريج المخالفين وفروعهم.

اختاره الشيخ على عادته في الكتاب، أقول: القول بالصحة لا يخلو من قوة لأن جميع الشروط منافية لمقتضى العقد، والله سبحانه العالم بالصواب.

فيمالأصدق المرأة عبداً

ج ٢ ص ٣٣٢ قوله رحمة الله: « ولو دفعت نصف القيمة ثم رجعت في التدبير قيل: كان العود في العين لأن القيمة أخذت لمكان الحيلولة وفيه تردد» وجه التردد من أن العين الحق المفروض، ومن وجود المانع فينتقل إلى البدل.

حجّة القائل بلزم دفع العين هو لأن حقه في العين بالأصل لأنها المفروض وإنما انتقل عنها إلى القيمة لمانع التدبير، فإذا زال المانع عاد إلى حقه كدفع الغاصب القيمة عن العين المغصوبة لتعذرها ثم قدر عليها، فإن دفع القيمة لم يقع على وجه المعاوضة بل لمكان الحيلولة بينه وبين حقه، فاذ أمكن الوصول إلى حقه تعين.

وقال الشيخ في المبسوط ما لفظه: «وان أصدقها شيئاً بعينه فقبضته وخرج عن ملكها ببيع أو هبة أو غير ذلك ثم عاد إليها بحاله ثم طلقها قبل الدخول بها كان لهأخذ نصفه بحاله لأنّه عين ماله.

وفي المبسوط أيضاً قال: طلقها و العبد مدبر فلم يأخذ القيمة حتى رجعت في التدبير بالقول أو الفعل، كان بالخيار بين أن يرجع إلى نصف العين أو إلى نصف القيمة.

وفيهم من قال: ليس له الرجوع في عينه لأن حقه وجب في القيمة حين الطلاق، وليس له نقله عن القيمة إلى غيرها إلا برضاهما والأول أقوى لأنّه عين ماله. انتهى .

أقول: الرجوع بالعين إذا طلبتها هو الأحوط إلا إذا انتقلت عنها فبأقل لازم وفي الجائز ما أشرنا إليه والله سبحانه العالم.

حجّة القائل بعدم الرجوع بالعين هو أنّ حقه وجب في القيمة حين الطلاق لوجود المانع فليس له نقله إلى غيرها ، وفي المسالك: الأقوى عدم الرجوع لأنّ حقه بالطلاق يتعلّق بالعين مع وجودها وعدم المانع من دفعها وبيدها مع المانع ، والفرض وجوده فيكون حقه في القيمة ويسقط من العين فيستصحب كما لو وجدها قد باعته ثم عاد إلى ملكها بعد ذلك ، ويقوى الاشكال لو كان الرجوع بعد الطلاق وقبل دفع القيمة من حيث إنّه لم يقبض حقه .

وفي المسالك حكى عن المبسوط التخيير هنا بين الرجوع إلى نصف العين أو نصف القيمة ، ثم قال في المسالك: هذا كله بناءً على أن التدبير يمنع من الرجوع والأقوى عدمه . فراجع وتأمل فيه .

فيما لو أدى الوالد المهر عن ولده

ج ٢ ص ٣٣٣ قوله رحمه الله: «لو أدى الوالد المهر عن ولده الكبير تبرعاً ثم طلق الولد رجع الولد بنصف المهر، ولم يكن للوالد انتزاعه -يعني ما ذكرناه في الصغير- وفي المسألتين تردد» وجه التردد من أن المهر عوض البعض وهو ملك للولد ومن قوله تعالى «فنصف ما فرضت» والفارض الأب .

حجّة القائل برجوع نصف المهر للولد في المسألتين هو أنّ الأب تبع فهو بمنزلة الهبة وانتقاله للمرأة بالعقد بمنزلة التصرف باهبة ، وعوده إلى الولد المطلق بملك جديد، فأشبه ما لو وهب الأب لأجنبي ثم وهب الأجنبي للابن أو يجري مجرى هبة المرأة للابن، وأن المهر عوض البعض وهو ملك للولد قطعاً .

و الظاهر من النصوص^١ والفتاوي أن الطلاق مملك لا فاسخ، يعود به

١ - الوسائل الباب ١٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء والباب ٢٤ و ٣١ و ٣٥ و ٣٦ من أبواب المهر.

السبب الأول بل ظاهر المحكي عن الشيخ الاجماع عليه، وحينئذ لا فرق بين دفع الأب وعدم دفعه، بل ولا بينه وبين الضمان تبرعاً ولا بين كونه عيناً أو ديناً، ضرورة عدم الفرق في تسبيبه الملك لنصف العين أو الدين فيطالب به الأب، ولعله هذا اعترف في المسالك بعدم ظهور الفرق بين الدفع وعدمه في الصبي المعرس برجوع الولد بالنصف. إلا أنه قال: إن ذلك يتم لو كان الأب متبرعاً بالدفع عن الصغير.

أقول: هذا القول لا يخلو من قوة أي رجوع النصف على الولد المطلق والله سبحانه وأعلم.

حجّة القائل برجوع النصف إلى الوالد إذا طلق قبل الدخول هو أنّ دفع الوالد إنما هو للوفاء عمّا في ذمة الولد تحقيقاً أو تقديرأً، كما في الصبي المعرس الذي كان ينبغي صيرورة العوض في ذمته مقابل البعض الذي ملكه على حسب المعاوضات كما يؤمّن إليه التعبير في بعض النصوص^١ بضمان الوالد، المشرع بكونه كالضمان عنه، فمع الطلاق الذي هو فسخ عقد النكاح يعود النصف إلى من دفعه وفاء نحو الفسخ بالعيوب في البيع الذي دفع فيه الثمن عن المشتري تبرعاً مثلاً، كما في محكي السرائر: الحكم برجوع النصف للوالد.

ومن هنا جزم في القواعد بأنه لو طلق الولد قبل أن يدفع الأب عن الصبي المعرس سقط النصف عن ذمة الأب والابن ولم يكن للابن مطالبة الأب بشيء. وفي كشف اللثام أنه ظاهر لأنّه بضمانه تمام المهر للمرأة لا يثبت للابن عليه شيء وإنما ينتقل إليه المهر بدفعه عنه إليها.

كما أنّ المديون لا يطالب الضامن عنه بشيء إذا أبرأه المضمون له، نعم لو كان المهر عيناً للأب ملكتها المرأة بالاصداق وإن لم يقبحها، فإذا طلقها رجع

الىه لا الى الأب نصفها، فتأمل لأنّ في المطلب نوع من الغموض والله سبحانه العالم بالصواب.

في القسم ولو حقه

ج ٢ ص ٣٣٦ قوله رحمه الله: «ولوبات عند الأمة ليلة ثم اعتقت قبل استيفاء الحرة؟ قيل: يقضى للأمة ليلة لأنّها ساوت الحرة وفيه تردد» ينشأ التردد من أنها ساوت الحرة فلها حق، ومن أنها لم تساوي الحرة بعد.

حجّة القائل بلزم قضاء ليلة للأمة المعتقة لأنّها ساوت الحرة قبل توفيقها حقها، وفي المسالك: إن كان العتق قبل الشروع في نوبة الحرة أو بعده إلى آخر الليلة الأولى اقتصر عليها، وإن كانت بعد الشروع في الليلة الثانية قضى للأمة ليلة أخرى لأنّها ساوت الحرة قبل تمام نوبتها، فيستوي بينها، وهذا قول الشيخ الطوسي في المبسط.

حجّة القائل بعد لزوم القضاء بل يبيت عند الحرة ليلتين ولا شيء للمعتقة في هذا الدور، سوى الليلة التي لها لأنّها استوفت حقها قبل أن تعتق، فلا يجب لها شيء بل يبتدئي بالقسمة بعد توفيقها الحرة حقها، وهذا أقوى كما في المسالك.

ثم قال: و الضابط على هذا أنّ الأمة متى اعتقت بعد استيفاء حقها من النوبة فلا شيء لها، وأعطيت الحرة حقها كاملاً سواء كانت نوبتها متقدمة أو متأخرة، ومتى اعتقت قبل تمام نوبتها الحمل لها نصيب الحرة والله الموفق والمعين.

ج ٢ ص ٣٣٦ قوله رحمه الله: «وهل يجوز العدول عن خرج اسمها إلى غيرها؟» قيل: لا لأنّها تعينت للسفر، وفيه تردد وجه التردد من أنها خرجت بالقرعة، ومن أن القرعة ليست من الملزمات.

حجّة القائل بعدم جواز العدول عن أخرجتها القرعة هو أنه لو لا العمل بها

لانتفت فائتها وهذا قال الشيخ في المسوط ما نصه: فإذا أقرع بينهن فخرج سهم واحدة تعين حقها وليس له أن يعدل بالسفر إلى غيرها. وقال به صاحب الوسيلة كما نقل عنه صاحب الجواهر.

حجّة القائل بجواز العدول هو الأصل السالم عن معارضته ما يقتضي كون القرعة من الملزمات، بل فائتها استحباب اختيارها للسفر، وقوى هذا صاحب الجواهر، ولأن الاستصحاب تبرع إذ الزمان لا تستحق فيه الزوجات القسم، وفائدة القرعة رفع المشقة عن قلوب التخلّفات حيث لم يصحبها بمجرد الميل والاهوى وذلك وجه الأفضلية، إذ لم يثبت ما يدل على خلافه، والله سبحانه أعلم.

ج ٢ ص ٣٣٨ قوله رحمه الله: «لو طاف على ثلات و طلق الرابعة بعد دخول ليلتها ثم تزوجها قيل: يجب لها قضاء تلك الليلة وفيه تردد» ينشأ التردد من أنه حقها، ومن خروجها عن الزوجية.

حجّة القائل بقضاء تلك الليلة هو أنه حق استقر في ذمته وقد أمكنه التخلّص منه فيجب، وقال الشيخ في المسوط: إذا كان له أربع زوجات فقسم هن ليلة ليلة، وطاف عليهن فلما كان ليلة الرابعة طلقها، فقد فعل فعلًا محراً أو أثم، لأن تلك الليلة حقها إلا أن تحلل منه، فإن تزوج بها ثانيةً مثل أن طلقها طلاقاً رجعياً فراجعتها أو بائناً فاستحلّها، وعقد عليها عقداً ثانياً فانه يلزمها أن يقضى لها تلك الليلة. هذا تمام كلامه رحمه الله، وفي المسالك إن الأقوى وجوب القضاء لمنع الملازمة بين الخروج عن الزوجية وسقوط الحقوق المتعلقة بها.

حجّة القائل بعدم وجوب القضاء هو سقوط حقها بالطلاق وخروجها عن الزوجية، وإن كان آثماً في طلاقها بعد دخول ليلتها. كما في المسالك عن الشيخ الطوسي وغيره بل ظاهره المفروغية من حرمتها إلا أنه لا يبطل الطلاق، لأنّه تفوّيت حقّ خارج عن الطلاق فيكون كالبيع وقت النداء كما مثلوا له، وقيل:

إنه لا إثم عليه معللاً أن وجوب القسم مشروط بالبقاء على الزوجية ولا يجب عليه تحصيل الشرط.

في أحكام الأولاد

ج ٢ ص ٣٤٢ قوله رحمة الله: « ولو حصل مع ولادته إمارة يغلب بها الظن أنه ليس منه؟ قيل: لم يجز له إلحاقه به ولا نفيه بل ينبغي أن يوصي له بشيء ولا يورثه ميراث الأولاد وفيه تردد» وجه التردد من اضطراب الأخبار الملزم بعضها بالولد، ومن اشتراط المشابهة وعدمها في بعض آخر.

حجّة القائل بلزم الولد و لحقوقه بولاتها هي النصوص الخاصة^١ والعامّة المصرحة بـلـحقـوقـهـ حتـىـ فـضـلـاـ عنـ الـهـمـةـ بلـ «ـخـبرـ حـرـيزـ عـنـ أـبـيـ عـبـدـ اللهـ عـلـيـهـ السـلـامـ فـيـ رـجـلـ كـانـ يـطـأـ جـارـيـةـ وـأـنـهـ كـانـ يـبعـثـهـ فـيـ حـوـائـجـهـ وـأـنـهـ حـبـلتـ وـأـنـهـ بـلـغـهـ عـنـهـ فـسـادـ فـقـالـ:ـ أـبـوـ عـبـدـ اللهـ عـلـيـهـ السـلـامـ إـذـاـ وـلـدـتـ أـمـسـكـ الـوـلـدـ وـلـاـ يـبـيعـهـ وـيـجـعـلـ هـاـ نـصـيـباـ فـيـ دـارـهـ،ـ فـقـالـ لـهـ:ـ رـجـلـ يـطـأـ جـارـيـةـ وـأـنـهـ لـمـ يـكـنـ يـبعـثـهـ فـيـ حـوـائـجـهـ وـأـنـهـ اـتـهـمـهـاـ وـحـبـلتـ فـقـالـ:ـ إـذـاـ هـيـ وـلـدـتـ أـمـسـكـ الـوـلـدـ وـلـاـ يـبـيعـهـ وـيـجـعـلـ هـاـ نـصـيـباـ مـنـ دـارـهـ وـمـالـهـ،ـ وـلـيـسـ هـذـهـ مـثـلـ تـلـكـ»^٢ وـ «ـخـبرـ عـبـدـ الـحـمـيدـ بـنـ اـسـمـاعـيـلـ الـذـيـ رـوـاهـ الـمـاـشـيـخـ الـثـلـاثـةـ قـالـ:ـ سـأـلـتـ أـبـاـ عـبـدـ اللهـ عـلـيـهـ السـلـامـ عـنـ رـجـلـ كـانـتـ لـهـ جـارـيـةـ يـطـأـهـاـ وـهـيـ تـخـرـجـ فـحـبـلتـ فـخـشـيـ أـنـ لـاـ يـكـونـ مـنـهـ،ـ كـيفـ يـصـنـعـ أـيـبـعـهـ الـجـارـيـةـ وـالـوـلـدـ؟ـ قـالـ:ـ يـبـعـهـ الـجـارـيـةـ وـلـاـ يـبـعـهـ الـوـلـدـ وـلـاـ يـورـثـهـ مـنـ مـيرـاثـهـ شـيـئـاـ»^٣.

وـ «ـخـبرـ سـعـيدـ بـنـ يـسـارـ قـالـ:ـ سـأـلـتـ أـبـاـ الـحـسـنـ عـلـيـهـ السـلـامـ عـنـ رـجـلـ تـكـونـ

١ - الوسائل الباب ٥٨ من أبواب نكاح العبيد والأماء.

٢ - المصدر الباب الحديث.^٣

٣ - الوسائل الباب ٥٦ من أبواب نكاح العبيد والأماء الحديث.^٤

له الجارية يطيف بها وهي تخرج فتتعلق؟ قال: يتهمها الرجل أو يتهمها أهله؟ قال: أما ظاهرة فلا، قال: إذا لزمه الولد^١ إلى غير ذلك من النصوص^٢ التي يمكن دعوى توادرها في عدم اعتبار المشابهة في اللحوق بالأولاد شرعاً ولعله هذا تردد فيه المصنف، والله سبحانه أعلم.

حجّة القائل بعدم جواز الحاقه ولا نفيه بل يوصي له بشيء من ماله ولا يورثه ميراث أولاده اذا حصلت إمارة يغلب بها الظن انه ليس منه، كما في بعض الأخبار الدالة على ذلك كما اشير الى بعضها وهو قول جماعة بل المشهور قال به كما في الجواهر.

و ما يدلّ عليه «خبر محمد بن اسماعيل الخطاط كتب اليه يسأله عن ابن عم له كانت له جارية تخدمه وكان يطؤها، فدخل يوماً منزله فأصابها معها رجلاً تخدشه فاستراب بها، فهدد الجارية فأقرت أنّ الرجل فجرها ثم أنها حبت بولده؟ فكتب: إنّ كان الولد لك أوفيته مشابهة منك فلا تبعها، فإنّ ذلك لا يحل لك، وإن كان الابن ليس منك ولا فيه مشابهة منك فبעה وبع الجارية أمه»^٣.

و «خبر يعقوب بن يزيد كتب الى أبي الحسن عليه السلام في هذا العصر رجل وقع على جارية ثم شك في ولده فكتب: إنّ كان فيه مشابهة منه فهو ولده»^٤.

هذا وفي المسالك الحق أنّ الأخبار الصحيحة المتفق عليها أنّ الولد للفراش وللعاهر الحجر، فلا عبرة بالمشابهة وعدمها، وأنّ الولد المذكور إنّ حق بأبيه فهو حُرّ وارث، وإلا فهو رقّ فلا قسم ثالث، ثم قال: والأقوى الاعراض عن مثل هذه الروايات والأخذ بالجمع عليه من أنّ الولد للفراش حيث تجتمع فيه شرائط

١ - الوسائل الباب ٥٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث.

٢ - المصدر الباب ١٠٥ من ابواب احكام الارؤاد الحديث.^٤ والمستدرک الباب ٧٦ منها الحديث ١.

٣ - الوسائل الباب ٥٥ من ابواب النكاح العبيد والاماء الحديث ٤-٥.

إلحاقه به، والله سبحانه العالم بالصواب.

ج ٢ ص ٣٤٥ قوله رحمه الله: «لوا دعى الأب وجود متبرعة، وانكرت الام فالقول قول الأب لأنّه يدفع عن نفسه وجوب الاجرة على تردد» وجه التردد من كون الام منكرة لما يدعى ومن أن الحق ثابت لها وهو يدعى اسقاطه.

حجّة القائل بتقديم قول الأب هو لأنّه يدفع عن نفسه وجوب الاجرة، فهو حينئذٍ منكر وهي مدعية وجوهاً عليه. وهذا هو المعني عن الشيخ في المسوط وهذا نصه: فإن صدقته في أنه يجد متطوعه نقله ولا كلام، وإن كذبته، فالقول قوله لأنّها تريد شغل ذمته بایحاب الاجرة لها عليه والأصل براءة ذمته.

وفي المسالك: من أنّ الام تدعي شغل ذمة الأب بالاجرة، وهو ينفي ذلك عن نفسه، والأصل براءة ذمته منها، ولأنّه يتعرّض عليه إقامة البينة على ما يقوله فيصدق بيمنيه، وهو الأشهر.

حجّة القائل بتقديم قول الام لأنّها منكرة لما يدعى من وجوب المتبرعة، والأصل عدمه فيكون القول قوتها، لأنّ المدعى ولأنّ الحق ثابت لها وهو يدعى إسقاطه بوجود المتبرعة، والأصل عدم سقوطه إلى أن يثبت. كما عن السرائر لأصالحة أحقيّة الام، كما في بعض النصوص.

في الخبر عن الحليبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: الحبل المطلقة فينفق عليها حتى تضع حملها، وهي أحق بولدها حتى ترضعه بما قبله امرأة أخرى، إن الله تعالى يقول «لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده»^١.

و «سئل أبو عبدالله عليه السلام عن الرجل يطلق امرأته وبينها ولد، أيهما أحق بالولد؟ قال: المرأة أحق بالولد ما لم تتزوج»^٢.

و خبر أبي الصباح الكناني، عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: إذا طلق

الرجل المرأة وهي حبلى أُنفق عليها حتى تضع حملها، وإذا وضعته أعطاها أجرها ولا يضارها إلا أن يجد من هو أرخص أجراً منها، فإن هي رضيت بذلك الأجر، فهي أحق بابتها حتى تفطمها^١.

وخبر أبي العباس «قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل أحق بولده أم المرأة؟ قال: لا بل الرجل، فإن قالت المرأة لزوجها الذي طلقها: أنا أرضع ابني بمثل ما تجده من يرضعه، فهي أحق به»^٢، إلى غير ذلك من الأخبار. على هذا وجود المبررة كالمانع الذي يحتاج مدعيه إلى بينة عليه، خصوصاً مع إمكان إقامتها عليه. إلى غير ذلك مما جاء فيه أحقيّة الأم إذا لم تكن مضارة بزيادة الطلب، وإنما طلبت ما يطلب غيرها، فراجع المطولات وتأمل فيها والله أعلم.

في الحضانة

ج ٢ ص ٣٤٦ قوله رحمه الله: «إِنْ فُقدَ الْأَبُونَ، فَالْحَضَانَةُ لِأَبِ الْأَبِ، فَإِنْ عَدَمَ، قِيلَ: كَانَتْ الْحَضَانَةُ لِأَقْرَبِ، وَتَرَبَّوَا تَرْبِيبَ الْإِرْثَ، نَظَرًا إِلَى الْآيَةِ، وَفِيهِ تَرْدُّدٌ»، منشأ التردد من آية «أولوا الأرحام»، ومن انتقال الحضانة لوصي الجد للأب أو الحاكم الشرعي.

حجّة القائل بانتقال الحضانة إلى الأرحام بعد فقد الأبوين والجد للأب هو الأولى بغيره فإن اتحد وإلا أقرع بينهم وهو الذي اعتمد في المسالك، للآية الشريفة - قوله تعالى «وَأُولَئِنَّ الْأَرْحَامَ بَعْضُهُمْ أُولَئِنَّ بَعْضَهُمْ فِي كِتَابِ اللَّهِ»^٣ الآية. فإن الأولوية تشمل الإرث والحضانة وغيرهما، ولأنّ الولد مضطر إلى التربية والحضانة. فلا بد في الحكمة من نصب قيمها والقريب أولى به من بعيد.

١ - الوسائل الباب ٨١ من أبواب أحكام الأولاد الحديث، و٥.

٢ - سورة الانفال آية ٧٥.

وعلى هذا فع الأبوين يُنظر في الموجود من الأقارب ويقدّر لوكان وارثاً، ويحكم له بحق الحضانة. ثم إن اتحد اختص، وإن تعدد أقرع بينهم، لما في اشتراكها من الأضرار بالولد. هذا وفي المسألة أقوال أخرى:

منها: إنه مع فقد الأبوين تكون الحضانة للأب مقتدماً على غيره من الأخوة والاجداد والجدات وإن شاركوه في الارث. وهذا هو الذي قطع به المصنف والعلامة في بعض كتبه، وجماعة منهم الشيخ في موضع من مسوطه وأبن ادريس مع اقتصاره في الحضانة على الأبوين، ووجهه أن الجد للأب أب في الجملة فيكون أولى من غيره، إلى آخر ما في المسالك، وإن أشكال عليه.

و منها: إنه مع فقد الأبوين ينتقل الحكم إلى الأجداد ويقدمون على الأخوة وإن شاركوه في الارث، ومع فقدهم ينتقل إلى باقي الورثة أي على مراتب الإرث، وهذا خيرة العلامة في الإرشاد.

و منها: إنه مع فقد الأب تقوم أمّه مقامه، إلى غير ذلك من الأقوال التي يطول ذكرها تطلب من محالها.

حجّة القائل بانتقال الحضانة للوصي للأب ثم للوصي للجد هو أنها نائبة عنها ويقومان مقامها، ومنها حضانة الطفل وتربيته والسعى في مصالحه ومفاسده. وعن ابن ادريس إن الحضانة للجد من الأب مع فقد الأبوين، ومع عدمه فإن كان للولد مال استأجر الحكم الشرعي من يحضرنه، وإلا كانت حكم حضانته حكم الإنفاق تجب على الناس كفاية.

وربما قيل إنه ظاهر المصنف أيضاً، وإن كان فيه إن تردد في انتقالها إلى الأرحام أعم من ذلك صيرورتها إلى الوصي الذي سمعته أو إلى الحكم بعده، أو من أول الأمر باعتبار أنه ولد من لا ولد له فيحضرنه حينئذٍ من بيت المال، إلى غير هذا من الأقوال، وإن كان لا دليل يخصّ الحضانة ببعض دون بعض بل الدليل يخصّ الأبوين والله أعلم.

ج ٢ ص ٣٤٦ قوله رحمه الله: «قال الشيخ إذا اجتمعت اخت لأب واخت لام، كانت الحضانة للاخت من الأب نظراً إلى كثرة النصيب في الإرث والاشكال في أصل الاستحقاق، وفي الترجيح تردد»، وجه التردد من تساويهما في الدرجة، ومن زيادة النصيب في الارث المقتضي للقرب في استحقاق الحضانة.

حجّة القائل بعدم الترجيح هو أن الاختين متساويتين في الدرجة التي يستحقان بها الارث. وزيادة النصيب أعمّ من كونها للقرب المقتضي للاختصاص في الحضانة. ومن هنا كان المحكي عن الشيخ في موضع من مبوسطه أنه قال: وإن قلنا أنها سواه ويقرع بينها كان قوياً.

ثم إن المصتف تردد في موضوعين: أحدهما في أصل استحقاق الاختين للحضانة، نظراً لما تقدم من عدم النص عليها بالخصوص في غير الأبوين، ومن عموم آية الأرحام^١. والتردد الثاني ما نحن فيه على تقدير الاستحقاق أن من كان نصبيه أكثر في الميراث يكون أولى بالحضانة من يشاركه في الدرجة كالاخت من الأب والاخت من الأم، مع أن آية الأرحام تقتضي تساويهما في الحضانة من حيث الاشتراك في الميراث، وإن تقاضلا فيه، وفي المسالك: الأقوى تساويهما.

حجّة القائل بترجح الاخت للأب: القائل بهذا الشيخ في المبوسط والخلاف محتاجاً على الترجيح بآية أولوا الأرحام، وإن كثرة النصيب في الارث تدلّ على زيادة القرب. فكما أن زيادة النصيب توجب الترجح في الميراث، فكذا في المرتبة نفسها فتكون أولى، لأنّ البنت من السببين أولى من السبب الواحد وهي الاخت من الأم فقط. والاشكال في ذلك كما أشرنا إليه سابقاً من أنه لا دليل على أصل استحقاق الحضانة، فضلاً عن الترجح، بل الدليل في الأبوين كما

١ - سورة الانفال آية ٧٥.

ذكرناه أول البحث والله العالم بالصواب.

ج ٢ ص ٣٤٦ قوله رحمه الله: «إذا طلبت الام اجرة زائدة عن غيرها، فله تسليمه الى الأجنبية، وفي سقوط حضانة الام تردد، والسقوط أشبه»، وجه التردد ينشأ من تبعية الحضانة للرضاع، ومن أنها حقان متغيرة لا يسقط أحد هما بالآخر.

حجّة القائل بسقوط الحضانة مع عدم الرضاع هو أن الحضانة تابعة بحسب العادة الى الرضاع. ولزوم العسر والحرج زماناً ومكاناً في تفريقيهما، وظهور لفظ النزع، بل دلالة رواية داود بن الحسين عن أبي عبدالله عليه السلام (قال: «والوالدات يرضعن أولادهن») قال: مadam الولد في الرضاع فهو بين الأبوين بالسوية، فإذا فطم فالآب أحق به من الام، فإذا مات الآب فالم أمّ أحق به من العصبة، وإن وجد الآب من يرضعه بأربعة دراهم، وقالت الام: لا ارضعه إلا بخمسة دراهم، فإن له أن ينزعه منها، إلا أن ذلك خير له وأوفق به أن يترك مع امه)^١، الحديث.

وعلى كل حال فالسقوط أشبه باصول المذهب وقواعد، ضرورة معلومية أصلية أحقيّة الوالد بولده المنسوب اليه، إلا أنه خرج عنها الحضانة التابعة للرضاع، لأنها المتيقنة من النص فيبقى غيرها على الأصل.

حجّة القائل بعدم سقوط الحضانة مع عدم الرضاع: لأنها حقيقة متغيرتان، أي الحضانة والرضاع، فلا يلزم من سقوط حقها من أحد هما سقوطه من الآخر. وقواه في المسالك وقال: الضرر والحرج بذلك لا يبلغ حدّاً يسقط الحق الثابت، وضعف سند الرواية المتقدمة وقال: يمكن حمله على نزعه من الرضاع لا مطلقاً حتى من الحضانة. وعلى هذا فتأتي المرضعة اليه إن أمكن، وإن حمل الولد اليها وقت الحاجة، فإن تعذر جميع ذلك سقط حقها من الحضانة حينئذ إن

١ - الوسائل الباب ٨١ من أبواب احكام الاولاد الحديث .

لم تتبع بالارضاع الى أن توجد مرضعة تأني اليه ويع肯 نقله اليها، كما مر لأن حفظ الولد واجب ولا يتم إلا بذلك ، والضرر يتحقق حينئذ، انتهى ما ذكره صاحب المسالك .

أقول : الذي ذكره من هذه الشروط ليس بعيد والله أعلم .

في النفقات

ج ٢ ص ٣٤٧ قوله رحمه الله: «وفي وجوب النفقة بالعقد أو بالتمكين تردد، أظهره بين الأصحاب وقف الوجوب على التمكين»، ينشأ التردد من أنه يجب بالعقد لحصول المعلقة، ومن أن عدم التمكين نشوز فلا تجب إلا به .

حجّة القائل بوجوب النفقة بالعقد كالمهر لا بالتمكين هو دلالة الأدلة العامة على وجوبها للزوجة من دون تقييد، كما يستفاد من بعض الآيات الشريفة ومن السنة أيضاً.

أما من الكتاب فقوله تعالى: «وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف»^١، و«أدنى الآتغولوا»^٢، و«فامساك بمعرفه أو تسريح باحسان»^٣، و«عاشروهن بالمعروف»^٤ و«الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم»^٥، إلى غير ذلك من الآيات الدالة على ما نحن فيه .

ومن السنة ما روی عن أبي عبد الله الصادق عليه السلام «في قوله تعالى ((ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاها الله)) قال عليه السلام: إن انفق عليها ما يقيم

١ - البقرة آية ٢٣٣

٢ - سورة النساء آية ٣

٣ - سورة البقرة آية ٢٢٩

٤ و ٥ - سورة النساء آية ١٩ و ٣٤

ظهرها مع كسوة، وإنما فرق بينهما»^١. وعن أبي بصير «قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: من كانت عنده امرأة فلم يكسسها ما يواري عورتها، ويطعمها ما يقيم صلبها، كان حفاظاً على الإمام أن يفرق بينها»^٢. وعن إسحاق بن عمّار أنه سأله أبا عبد الله عليه السلام «عن حق المرأة على زوجها؟» قال عليه السلام: يشبع بطنه ويكسو جثتها، وإذا جهلت غفر لها»^٣ وفي خبر عن بنسة عنه عليه السلام أيضاً «إذاكساها ما يواري عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها، أقامت معه، وإنما طلقها»^٤، إلى غير ذلك من النصوص^٥ الكثيرة التي فوق حد التواتر كما في الجواهر.

ومنها ما روي «أن هند امرأة أبي سفيان جاءت إلى الرسول صلى الله عليه وآله فقالت: إن أبي سفيان شحيح لا يعطيوني ولدي إلا ما أخذ منه سراً وهو لا يعلم، فهل علىي من ذلك شيء؟ فقال صلى الله عليه وآله: خذيه ما يكفيك ولدك بالمعروف»^٦.

ويستفاد من خبر هند وراء وجوب النفقة مطلقاً للزوجة فوائد أخرى لاحاجة لنا بذكرها في هذا الحل، ذكرها مفصلة إلى (١٠) فوائد صاحب المسالك، هذا وإن الوجوب للنفقة ثابت، غاية ما في الباب أن النشوذ مانع من وجوب الإنفاق كان الشرط عدم المانع، فما لم يوجد المانع يستمر الوجوب المعلق على الزوجية الحاصلة بالعقد. فالعقد يكون مثبتاً والنشوز مسقطاً والله العالم بالصواب.

حجّة القائل بوجوب النفقة بالتمكين هو أن المهر وجب بالعقد وهو لا

١ - الوسائل الباب ١ من أبواب النفقات الحديث .

٢ - الوسائل الباب ١ من أبواب النفقات الحديث .

٣ و ٤ و ٥ - الوسائل الباب ١ من أبواب النفقات الحديث .

٦ - كنز العمال ج ٨ ص ٣٠٣ الرقم ٥١٧١ .

يوجب النفقة، لأنّه لا يوجب عوضين مختلفين وهم المهر والنفقة، ولأنّ النفقة مجهولة بالجملة، والعقد لا يوجب مالاً مجهولاً.

ولما روي أنّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ تَرَوْجَ وَدَخَلَ بَعْدَ سَنِينَ لَمْ يَنْفَقْ إِلَّا بَعْدَ دُخُولِهِ. وَلِقَوْلِهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ «اتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ، فَإِنَّهُنَّ عَوَارِي عَنْ كُمَّ اتَّخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ، وَاسْتَحْلَلْتُمْ فِرْوَاهِنَّ بِكَلْمَةِ اللَّهِ^١ وَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقَهُنَّ وَكَسُوتَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»^٢، أَوْجَبَ هُنَّ إِذَا كُنَّ عِنْدَ الرِّجَالِ وَهُوَ يَدِلُّ عَلَى التَّمْكِينِ. وَلأنَّ الأَصْلَ بِرَاءَةُ الْذَّمَّةِ مِنْ وَجْبِ النَّفَقَةِ، خَرَجَ مِنْهُ حَالَةُ التَّمْكِينِ بِالْإِجْمَاعِ فَيُبَقِّيُ الْبَاقِي عَلَى الأَصْلِ. وَقَدْ نَاقَشَ فِي هَذِهِ الْأَدَلَّةِ صَاحِبُ الْمَسَالِكَ، تَرَكَنَا ذِكْرَ الْمَنْاقِشَ لَطْوَهَا.

وَفِي الْمُبْسُطِ قَالَ: إِذَا كَانَا كَبِيرِينَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَصْلُحُ لِلَاسْتِمَاعِ، فَالنَّفَقَةُ تُحْبَبُ فِي مُقَابِلَةِ التَّمْكِينِ مِنِ الْاِسْتِمَاعِ، لِأَنَّهُ لَوْ وَجَدَ العَقْدُ دُونَ التَّمْكِينِ فَلَا نَفَقَةُ، وَلَوْ وَجَدَ التَّمْكِينَ وَجِبْتَهُ، وَإِنْ نَشَرَتْ سُقْطَتْ. وَفِي الْجَوَاهِرِ اسْتَظَهَرَ وَجْبُ النَّفَقَةِ بِالتَّمْكِينِ مِنْ بَيْانِ حَقْقِ الزَّوْجِ بِتَفْصِيلٍ طَوِيلٍ لَا يَخْلُو مِنْ فَائِدةٍ، فَرَاجِعٌ وَتَأْمَلُ.

في نفقة الأقارب

ج ٢ ص ٣٥٢ قوله رحمه الله: «تحب النفقة على الآباء والأبوين والأولاد اجمعًا، وفي وجوب الانفاق على آباء الآباء وامهاتهم تردد، أظهره الوجوب»، وجه التردد من الانفاق على الوجوب، ومن الأصل.

حجّة القائل بوجوب الانفاق على آباء الآباء وامهاتهم هو صدق إطلاق الآباء والأولاد عليهم بطريق الحقيقة، لأنّه اطلق عليهم لفظ الآباء في الآية

١ - المستدرك الباب ٦٧ من أبواب مقدمات النكاح الحديث.

٢ - المصدر الباب ١ من أبواب النفقات الحديث.

الشريفة قوله تعالى «وابتَعَتْ مَلَّةً آبَائِي إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ»^١ وقوله تعالى «مَلَّةً أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ». والأصل في الاطلاق الحقيقة، وان قيل: إن الاستعمال أعم من الحقيقة.

وفي المسالك: ولا نعرف أولاً نعلم مخالفًا من أصحابنا في دخوهم هنا، ثم قال: وكيف كان فالمذهب وجوب الإنفاق على الجميع، وتردد المصنف طبق أصوله أنه لا يعتد بحججية الاجماع بهذا المعنى كما نتبه عليه في مقدمة المعتبر، ولضعف الدليل قال هنا: الأظهر الوجوب.

وفي الجواهر: للظن إن لم يكن القطع بارادة من علا منهم من الوالدين والأبوين هنا، ولو بمعونة الاتفاق ظاهراً، مضافاً إلى ما يشعر به الخبر في الزكاة عن زيد الشحام عن أبي عبدالله عليه السلام قال: في الزكاة يعطى منها الأخ والاخت، والعم والعمة، والخال والخالة، ولا يعطي الجد ولا الجدة»^٢، خصوصاً بعد استفاضة النصوص^٣ وانعقاد الاجماع على حرمتها على واجبي النفقة. فليس النبي عن اعطائهم حنيذٍ إلا لوجوب نفقتها إلى غير هذا مما ذكر في محله.

أقول: بوجوب النفقة للعمودين مما لا شك فيه بعد الاتفاق، إلا ما عن المصنف تردد فيه في الشرائع ونسبة التردد إلى العلامة في القواعد واختيار المصنف اللزوم والله سبحانه وأعلم.

حجّة القائل بعدم وجوب الإنفاق عليهم هو الأصل، أي أصل البراءة. ومن عدم دخوهم في اطلاق الوالدين والأبوين، وامكان اراده المجاز في الاطلاق الصدق النفي الذي هو من دلائل المجاز، ولعله لهذا تردد به العلامة في القواعد. وما ذكره المصنف من وجه التردد في الآباء يأتي مثله في الأبناء للشك

١ - سورة يوسف آية ٣٨

٢ - الوسائل الباب ١٣ من ابواب المستحقين للزكاة الحديث ^٣

٣ - المصدر الباب ١٤ و ١٣ من ابواب المستحقين للزكاة كتاب الزكاة.

والخلاف في اطلاق اسم الولد على ولد الولد. وقد تقدم البحث فيه في الوقف
وأن المصنف اختار عدم دخوله في اطلاق الولد، فكان الأولى التعرض له هنا.
ثم قال في المسالك - كما تقدم ذكره - : وكيف كان فالمذهب وجوب الانفاق على
الجميع. وهذا هو المختار الذي أشرنا اليه قبل قليل والله سبحانه وأعلم.

كتاب الطلاق

في المواحق - في طلاق المريض -

ج ٣ ص ٢٧ قوله رحمه الله: «وفي ثبوت الإرث مع سؤالها الطلاق تردد، أشبهه أنه لا إرث»، منشأ التردد من اطلاق النصوص، ومن التقييد في بعضها.

حجّة القائل بأنّها ترث هو أن الطلاق في تلك الحال - أي حال المرض -

يوجب الإرث، دليلاً اطلاق النصوص كما في:

رواية أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: إذا طلق الرجل المرأة في مرضه، ورثته مادام في مرضه ذلك ، وإن انقضت عدتها إلا أن يصح منه. قلت: فإن طال به المرض؟ قال: ما بينه وبين سنة»^١.

و روایة عبد الرحمن بن الحجاج عن حديثه عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل طلق امرأته وهو مريض؟ قال: إن مات في مرضه ولم تتزوج ورثته، وإن كانت قد تزوجت فقد رضيت بالذى صنع لا ميراث لها»^٢.

و روایة مالك بن عطية عن أبي الورد كلّيهما عن أبي جعفر عليه السلام «قال: إذا طلق الرجل امرأته تطليقة في مرضه ثم مكث في مرضه حتى انقضت عدتها، فانّها ترثه ما لم تتزوج، فإن كانت تزوجت بعد انقضاء العدة فانّها لا ترثه»^٣ إلى غير هذا من الروايات.

و حكى عن الشيخ في المبسوط والخلاف وتابعه ابن ادریس وغيره القول بأنّها ترث، المستند هذه الاطلاقات من روایات أهل البيت عليهم السلام.

١ و ٢ و ٣ - الوسائل الباب ٢٢ من ابواب أقسام الطلاق واحكامه الحديث . ٦، ٥، ٤، ٣

حججة القائل بعدم ارثها اذا سألت الطلاق أو خالعه أو بارأته، خصوصاً خبر الهاشمي «قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا ترث المختلفة ولا المباراة ولا المستأمرة في طلاقها من الزوج شيئاً، اذا كان ذلك منهن في مرض الزوج وان مات، لأن العصمة قد انقطعت منهن ومنه»^١، وهذه الرواية ظاهرة في اعتبار التهمة، لأن المذكورات لا يتم المطلق فيها من حيث إن الطلاق مستند إلى مطالبيهن وبذل المال والعلة منصوصة. وذهب إليه الشيخ في الاستبصار وتابعه العلامة في المختلف والارشاد، لانتفاء مقتضى الإرث. وهو التهمة، ولرواية الهاشمي السابقة.

وفي المسالك: ما لو سأله الطلاق لانتفاء التهمة بسؤالها وما لو خالفها، إن قلنا إن الخلع طلاق أو اتبع بطلاق لاستناد السبب إليها ببذل المال فانتفت التهمة ولو لم يجعله طلاقاً فأولى بعدم ثبوت الإرث، لأن الحكم في النص معلق على الطلاق. أما مع التهمة أو بدونها وهما منتفيان مع الخلع. انتهى محل الحاجة من كلامه رفع مقامه.

فيما يزول به تحريم الثلاث

أقول: الذي يظهر من مطاوي الأخبار و كلمات بعض الأصحاب، إن ثبوت الميراث إذا كانت هناك تهمة وأضرار بالزوجة، وإذا انتفى ذلك انتفى الميراث كما نحن بصدده بيانه والله أعلم.

ج ٣ ص ٢٨ قوله رحمه الله: «ويعتبر في زوال التحرم شروط أربعة: أن يكون الزوج بالغاً، وفي المراهن تردد، أشبه أنه لا يحلل»، ينشأ التردد من أصلالة بقاء التحرم، ومن الإطلاق وأهلية المراهن لذوق العسيلة.

١ - الوسائل الباب ١٥ من أبواب ميراث الأزواج الحديث .

حجّة القائل بعدم تحليل المراهق هو الأصل، ومكاتبة علي بن الفضل الواسطي «قال: كتبت إلى الرضا عليه السلام رجل طلق امرأته الطلاق الذي لا تحل له حتى تنكر زوجاً غيره، فتزوجها غلام لم يحتمل. قال عليه السلام: لا حتى يبلغ، فكتبت إليه: ما حدّ البلوغ؟ قال: ما أوجب الله على المؤمنين الحدود»^١، وفافقاً للمشهور شهرة عظيمة، والمروي^٢ في طرق العامة والخاصة عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَذِرِيهِ من اعتبار ذوق العسيلة من الجانين، وهو لا يتحقق إلا في البالغ، ببناء على أن المراد منه الانزال كما عن بعضهم. مضافاً إلى إمكان دعوى ظهور الكتاب^٣ والسنّة^٤ في أن الحلال زوج آخر مستقل بالعقد، خصوصاً وقد جاء في الآية بعد ذلك قوله تعالى «إِن طلقَهَا»، ومن المعلوم أن الطلاق لا يصدر عن غير بالغ. وذهب المصنف وأكثر المتأخرین إلى المنع لأن الصبي لا اعتبار بأفعاله لرفع القلم عنه.

حجّة القائل بالاكتفاء تحليل المراهق وهو المقارب للبلوغ بحيث يمكن بلوغه بغير السن وهو ابن العشر سنين فصاعداً هو عموم قوله تعالى «حتى تنكر زوجاً غيره»، الصادق على الصغير والكبير.

ذهب الشيخ في كتابي الفروع وابن الجنيد إلى الاكتفاء به في التحليل. وفي المسالك: إن رفع القلم عن الصبي لا ينافي اعتداد المكلّف بفعله. وترتب الأثر يجب عليه كما يجب عليها الغسل لوطيه خصوصاً مع دخوله في اطلاق الآية الشريفة. والمراهق له لذة الجماع وكذلك المرأة تلتذبه، فيتناوله الخبر الذي يقول

١ - الوسائل الباب ٨ من أبواب اقسام الطلاق واحكامه الحديث .^١

٢ - سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٧٤، والوسائل الباب ٤ من أبواب الطلاق واحكامه الحديث ١٣١ والباب ٧ منها حديث ٢٩١ .^٢

٣ - سورة البقرة آية ٢٣٠ .^٣

٤ - الوسائل الباب ٤ و ٧ من أبواب اقسام الطلاق .^٤

«تدوّق عسيلته» التي هي اللذة في الجماع، وبه قال ابن الجنيد.
أقول: لا يبعد قوّة القول باشتراط البلوغ كما هو المشهور، لحصول الاطمئنان
بالتحليل بعد ثبوت الحرمة القطعية. وهو موافق للاح提اط والله سبحانه أعلم.

في الرجعة

ج ٣٠ قوله رحمه الله: « ولو قال راجعتك اذا شئت او ان شئت، لم يقع ولو قال
شئت، وفيه تردد» وجه التردد من أنه معلق فلا تصح، ومن أن المراجعة الممسك
بالزوجية.

حجّة القائل بعدم صحة المراجعة المعلقة على الإشاعة ومجيء رأس الشهر
مثلاً هو المشهور، لمنافاته لظاهر ما دلّ على السببية المنافية لتأخر الأثر الترتيب
عليها كسائر العقود كما في الجواهر، بل نسبة في المسالك إلى الشيخ وأتباعه
ومتأخرین، لنحو ما سمعته في غير الرجعة من أقسام العقود والإنشاءات.
وقال في المسالك: الأشهر عدم الواقع - أي وقوع الرجعة - بالتعليق كما هو في
الطلاق، ثم قال: حتى عند من يجوز تعليق الطلاق إلحاقاً للرجعة بالنكاح، أي
كم أن التعليق بالنكاح يبطله فكذلك الرجعة، لأنها ايقاع فلا تقبل التعليق
كالطلاق.

وفي الجواهر: إنه لا شك في احتياج الرجوع بعد حصول مقتضى الفسخ إلى
سبب. ولم يثبت سببية المعلق ولا إطلاق يتمسك به فالأصل عدم حصوله.
حجّة القائل بصحّة الرجعة مع التعليق هو أصلّة الصحة، ولعموم قوله
صلى الله عليه وآله «المؤمنون عند شروطهم». وفي كشف اللثام من أنه لا يشترط
في الرجعة إلا الممسك بالزوجية.

ولذا تحقق بالأفعال الدالة عليه، فلا يشترط فيها - أي الرجعة - الایقاع ولا
الإنشاء.

و في الجوادر: إنه يكفي فيها التمسك بالزوجية السابقة المجرد عن أصل الإنشاء، فضلاً عن إنشاء معنى الرجوع. فيتجه حينئذ البحث عن صحتها مع التعليق. اللهم إلا أن يقال: إنها بعد أن لم تكن من أقسام الایقاع المعتبر فيها ذلك، ولو بظاهر أدلة التسبيب، تصح في المعلق على حسب غيرها من أقسام الإنشاء القابل لذلك. نحو قول السيد لعبدة أكرم زيداً إن جاءك أو إذا جاءك رأس الشهر وهو ذلك، فإن إنشاء ها حيث يؤتى به من هذا القبيل لامن قبيل إنشاء الایقاع وقال أيضاً: إنه يكفي اطلاق أدلة الرجعة التي قد عرفت مفادها تتحققها بما يحصل من قول أو فعل يقتضي البقاء على الزوجية السابقة، وإن لم يقصد إنشاء معنى الرجوع. ولا ريب في حصوله أنت زوجتي إذا جاء رأس الشهر أو إذا رضيتي أو رضي زيد، وحصل المعلق عليه. انتهى كلامه.

أقول: الرجعة كالعقد الجديد، كما أنه لا يجوز تعليق العقد بصفة وهذه كذلك. والمسألة لا تخلو من اشكال والاحتياط سبيل النجاة والله أعلم.

ج ٣٠ قوله رحمه الله: «ولو طلقها رجعية، فارتدىت فراجع لم يصح، كما لا يصح ابتداء الزوجية، وفيه تردد»، منشأ التردد من أنّ الطلاق رافع لحكم الزوجية رفعاً متزلاً، ومن أنها زوجة والسبب الرافع للزوجية انقضاء العدة.

حججة القائل بالأول أي الحرمة - هو تحريم وطبيها بغير الرجعة، ووجوب المهر بوطيها على قول، وتحريمها بالطلاق اذا كمل عدد العدة. ولما كان ابتداء نكاح المرتدة ممتنعاً بني على أنّ الرجعة هل هي نكاح مبتدأ أو استدامة وازالة لما كان طرأ عليه من السبب الذي لم يتم.

واحتاج على عدم الجواز أيضاً بأنّ الرجوع تمسك بعصم الكواфер، وهو منهي عنه نهي فساد لقوله تعالى «ولا تمسكوا بعصم الكواфер»^١. والرجعة اثبات لما

صار بالقوة بالفعل، فان الطلاق أزال قيد النكاح بالفعل والرجعة سبب قابل أو فاعل لحصوله بالفعل فكان كالمبتدأ، وشرط تحقق الأثر من الفاعل قبول الحل وبالارتداد زال القبول. وأن المقصود من الرجعة الاستباحة وهذه الرجعة لا تفید الاباحة فانه لا يجوز الاستمتاع بها ولا الخلوة معها مادامت مرتدة، كما في المسالك :

حجـة القائل بالثاني - أي أنها زوجة - هو عدم وجوب الحد بوطيبها، ووقوع الظهور واللعان والايلاء بها، وجواز تغسيل الزوج لها وبالعكس. فهي بمنزلة الزوجة، فالمطلقة رجعياً زوجة.

وفي كشف اللثام نسبته الى المفهوم من الأخبار والأحكام والفتاوی، وزاد بأنها لولم تكن زوجة كانت الرجعة تجديد نكاح. ولو كان كذلك لافتقر الى اذنها، ضرورة عدم مدخلية ذلك في صحة رجوعها مرتدة. كضرورة عدم كونها زوجة حقيقة وإلا لم يكن للرجوع بها معنى، وإنما لها أحكام الزوجية. وكذا بناء المسألة على أن الرجعة ابتداء نكاح أو استدامـة، إذ على التقديرين يتوجه عدم صحة الرجعة لانفسـاخـ النـكـاحـ بالـرـدـةـ، فلا معنى لاستدامـتهـ. انتهىـ.

وفي المسألة زيادة تفصيل لأنـها لا تخلـوـ منـ تعـقـيـدـ فيـ أـصـلـ التـرـددـ، وفيـ المـنشـأـ هلـ المـنـشـأـ شـيـئـاـ أوـ شـيـءـ وـاحـدـ. كـمـاـ أـشـارـ إـلـيـهـ صـاحـبـ الجـواـهـرـ، فـرـاجـعـ وـتـأـمـلـ والله أعلم بالصواب.

ج ٣١ قوله رحمـهـ اللهـ: «لوـاـدـعـيـ أـنـهـ رـاجـعـ زـوـجـتـهـ الأـمـةـ فيـ العـدـةـ، فـصـدـقـتـهـ، فـأـنـكـرـ المـولـيـ وـادـعـيـ خـروـجـهـ قـبـلـ الرـجـعـةـ، فـالـقـوـلـ قـوـلـ الزـوـجـ. وـقـيـلـ: لـاـ يـكـلـفـ الـيـمـينـ، لـتـعـلـقـ حـقـ النـكـاحـ بـالـزـوـجـيـنـ، وـفـيـهـ تـرـدـدـ»، وـجـهـ التـرـدـدـ مـنـ تـعـلـقـ حـقـ بـالـزـوـجـيـنـ، وـمـنـ أـنـ حـقـ المـولـيـ اـنـماـ يـسـقـطـ زـمـنـ الزـوـجـيـةـ لـاـ مـعـ زـوـاـهـاـ.

حجـةـ القـائـلـ بـتـقـدـيمـ قـوـلـ الزـوـجـ هـوـ أـنـ الرـجـعـةـ تـفـيـدـ اـسـبـاحـ الـبـضـعـ، وـهـوـ حـقـ يـتـعـلـقـ بـالـزـوـجـيـنـ فـقـطـ. فـعـمـ تـصـادـقـهـاـ عـلـىـ صـحـتـهاـ شـرـعـاـ لـمـ يـعـتـرـ رـضاـ المـولـيـ،

ولا يفتقر الى اليدين على الزوج للمرأة لصادقتها، ولا للمولى لعدم اعتبار رضاه. وفي الجواهر: فالقول قول الزوج فلا يقبل من المولى إلا ببيته، لأنّ الأمر في العدة اليين، ولكن الحق بينهما وقد ارتفعت سلطنة المولى عنهم بالنكاح مادامما عليه. ومن المعلوم أن الطلاق الرجعي والرجعة فيه من توابعه فالامر فيه اليهما. بل قيل -والسائل الشيخ فيها حكي عنه- : إنه لا يكلف الزوج اليدين على ما ادعاه لما مرّ من انحصر تعلق النكاح بالزوجين.

حجّة القائل بتقديم قول المولى هو أن حق المولى إنما يسقط زمن الزوجية لا مع زواها. وهو الآن يدّعى عود حقه والزوج ينكره، فتوجه اليدين عليه. وهذا يظهر من تعلق الحق بالزوجين فقط، فإن ذلك إنما هو في زمن الزوجية إذ قبلها الحق منحصر في المولى، وكذلك بعدها، والنزع هنا في ذلك ، فالقول باليدين أجود، بل يحتمل تقديم قول المولى لقيامه في ذلك مقام الزوجة، وقولها مقدم على الوجه المتقدم فلا أقل من توجه اليدين على الزوج كما في المسالك.

ومن كون المولى في الحقيقة مدّعياً لارتفاع علة النكاح فيتوجه له اليدين عليه -أي على الزوج- لعموم «اليدين على من أنكر»^١. كما لو ادعى عليه الطلاق البائن مثلاً، ولعله الأقوى كما ذكره صاحب الجواهر والله سبحانه أعلم.

في العدة

ج ٣ ص ٣٤ قوله رحمه الله: «أما لو كان مقطوع الذكر سليم الاثنين، قيل: تجب العدة لإمكان الحمل بالمساحة، وفيه تردد»، وجّه التردد من إمكان الحمل بالمساحة، ومن أن العدة تترتب على الوطى والدخول.

حجّة القائل بوجوب العدة لإمكان الحمل عادة بالمساحة مع بقاء الاثنين

١ - الوسائل الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم الحديث .

حيـنـيـدـ. وـمـنـ الـمـلـوـمـ أـنـ الـأـصـلـ فـيـ الـاعـتـدـادـ الـحـمـلـ وـالـتـحـرـزـ عـنـ اـخـتـلاـطـ الـمـاءـيـنـ، وـلـذـاـ اـنـتـفـيـ عـمـنـ لـاـ يـحـتـمـلـ ذـلـكـ فـيـهـاـ. وـلـشـمـولـ الـمـسـ وـالـدـخـولـ لـذـلـكـ وـغـيـرـهـ، خـرـجـ غـيـرـهـ مـنـ الـمـلـامـسـ بـسـائـرـ الـأـعـضـاءـ بـالـاجـمـاعـ وـمـسـ مـجـبـوبـ الـذـكـرـ وـالـأـنـثـيـنـ جـمـيـعـاـ بـالـعـلـمـ عـادـةـ بـبـرـاءـةـ الرـحـمـ، وـبـيـقـ هـذـاـ الـمـسـ دـاخـلـاـ مـنـ غـيرـ مـخـرـجـ لـهـ.

وـلـفـظـ الـمـبـسوـطـ: وـاـنـ كـانـ قـطـعـ جـمـيـعـ ذـكـرـهـ فـالـنـسـبـ يـلـحـقـهـ، لـأـنـ الـخـصـيـتـيـنـ إـذـاـ كـانـتـاـ باـقـيـتـيـنـ فـالـانـزـالـ مـمـكـنـ، وـعـيـكـ أـنـ يـسـاحـقـ فـيـنـزـلـ. فـإـنـ حـمـلتـ مـنـهـ اـعـتـدـتـ بـوـضـعـ الـحـمـلـ، وـاـنـ لـمـ تـكـنـ حـامـلـاـ اـعـتـدـتـ بـالـشـهـورـ. وـلـاـ يـتـصـورـ أـنـ تـعـتـدـ بـالـاقـرـاءـ، لـأـنـ عـدـةـ الـاقـرـاءـ اـنـاـ تـكـوـنـ عـنـ طـلاقـ بـعـدـ دـخـولـ، وـالـدـخـولـ يـتـعـدـدـ مـنـ جـهـتـهـ.

حـجـةـ الـقـائـلـ بـعـدـ وـجـوبـ الـعـدـةـ هـوـ أـنـاـ تـرـتـبـ عـلـىـ الـوـطـيـ وـالـدـخـولـ وـنـحـوـهـماـ مـاـ لـاـ يـصـدـقـ عـلـىـ الـمـسـاحـةـ، وـالـمـسـ حـقـيقـةـ فـيـ عـرـفـ الشـرـعـ أـوـ مـحـازـمـشـهـورـ فـيـ الـوـطـيـ. وـكـذـاـ الدـخـولـ بـهـاـ، فـلـأـقـلـ مـنـ تـبـادـرـهـ إـلـىـ الـفـهـمـ عـلـىـ أـنـهـ مـطـلـقـ يـقـيـدـ بـمـاـ دـلـلـ عـلـىـ اـعـتـبـارـ التـقـاءـ الـخـتـانـيـ وـالـادـخـالـ وـنـحـوـهـماـ. وـاـمـكـانـ الـحـمـلـ بـمـسـاحـقـتـهـ لـاـ يـكـفيـ فـيـ الـعـدـةـ بـعـدـ أـنـ كـانـ مـوـضـوعـهـاـ فـيـ النـصـ وـالـفـتـوـيـ الـدـخـولـ وـنـحـوـهـ مـاـ لـاـ يـشـمـلـ الـمـسـاحـةـ.

فـنـ الـنـصـوـصـ الـقـائـلـةـ بـوـجـوبـ الـعـدـةـ بـالـدـخـولـ وـعـدـمـهـ بـعـدـمـهـ مـاـ عـنـ الـخـلـيـ عنـ أـبـيـ عـبـدـالـلـهـ عـلـيـهـ السـلـامـ «قـالـ: إـذـاـ طـلـقـ الرـجـلـ اـمـرـأـتـهـ قـبـلـ أـنـ يـدـخـلـ بـهـاـ فـلـيـسـ عـلـيـهاـ عـدـةـ، تـزـوـجـ مـنـ سـاعـتـهاـ إـنـ شـاءـتـ وـتـبـيـنـهـاـ تـطـليـقـةـ وـاـحـدـةـ. وـإـنـ كـانـ فـرـضـ هـاـ مـهـرـاـ فـنـصـفـ مـاـ فـرـضـ»^١ـ، وـغـيـرـهـاـ مـنـ الـرـوـاـيـاتـ الـمـتـعـدـدـةـ بـهـذـاـ الـمـضـمـونـ فـرـاجـعـ وـتـأـمـلـ.

١ - الوسائل الباب ١ من أبواب العدد الحديث ٤.

في عدة الوفاة

ج ٣ ص ٣٨ قوله رحمة الله: «وتستوي في ذلك الصغيرة والكبيرة والمسلمة والذمية. وفي الأمة تردد، أظهره لاحداد عليها»، ينشأ التردد من عموم أو اطلاق الأدلة، ومن نفي الحداد عنها في بعض الأخبار.

حجّة القائل بوجوب الحداد على الجميع حتى الأمة هو النبوى قوله صلى الله عليه وآله «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً»^١، وهو عام لم يفرق فيه بين الزوجات. وقال به الشيخ في المسوط وابن ادريس في السرائر وظاهر أبي الصلاح وسلام رابن حمزة فأوجبوا الحداد عليها كاحرة للنبي المذكور.

ومن النصوص الشاملة لها ما عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام «قال: إن مات عنها زوجها وهو غائب فقامت البينة على موته، فعدتها من يوم يأثيرها الخبر أربعة أشهر وعشراً، لأنّ عليها أن تحدّ عليه في الموت أربعة أشهر وعشراً، فتمسّك عن الكحل والطيب والأصباغ»^٢. إلى غير هذا من الروايات المطلقة والله سبحانه العالم.

حجّة القائل بعدم وجوب الحداد على الزوجة الأمة هو الأصل - أي أصل البراءة. ويؤكده صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام «أن الحرة والأمة كلتيهما إذا مات عنها زوجهما سواء في العدة، إلا أنّ الحرة تحد والأمة لا تحد»^٣، وفاماً لجماعة، بل قيل: إنه الأشهر لا حداد عليها. وقال به الشيخ في النهاية وتبعه القاضي وهو مذهب ابن الجنيد ومتقدمي أصحابنا و اختياره المصنف والعلامة في القواعد للأصل المتقدم والرواية وفي المسالك: الأقوى ما اختاره

١- سنن ابن ماجة ٦٧٤ / ١ وسنن البيهقي ج ٧.

٢ و ٣- الوسائل الباب ٢٩ و ٤٢ من أبواب العدد الحديث ٢٩.

المصنف صاحب الشريعة من عدم وجوبه على الأمة.

ج ٣ ص ٤٠ قوله رحمه الله: «لا نفقة على الغائب في زمان العدة ولو حضر قبل انقضائها، نظراً إلى حكم الحاكم بالفرقة، وفيه تردد»، ينشأ التردد من أنها عدة وفاة فلا تستتبع النفقه، ومن أنها بحكم الزوجة مادامت في العدة فلها النفقة.

حجّة القائل بسقوط النفقة هو أصلالة البراءة، وأنها عدة نشأت من حكم الحاكم بالفرقة. فهي إما عدة وفاة وإن جاز له الرجوع في أثنائها، أو عدة طلاق ولكن لا دليل على النفقة فيها. فإن جاز له الرجوع بدعوى ظهور الأدلة في أنّ نفقه المطلقة الرجعية فيما لو طلقها هو، لا الطلاق في مثل الفرض الناشيء من حكم الحاكم الذي هو باق على مقتضى أصلالة البراءة بعد خروج المرأة عن الزوجية.

وفي المسالك: الأقوى عدم وجوبها مطلقاً أي سواء رجع في العدة أو بعدها.

أقول: سقوط النفقة لا يخلو من قوة والله سبحانه وأعلم بالصواب.

حجّة القائل بوجوب النفقة هو ظهور النصوص في كونه طلاقاً رجعياً، وإن كان المباشر له الولي الشرعي الذي هو أولى من الوكيل بل يظهر من بعض النصوص أن حكم العدة فيه حكم العدة الرجعية وإن لم يكن ثم طلاق.

وفي المسالك: من أنها بحكم الزوجة ما دامت في العدة فيجب لها النفقة لو حضر قبل انقضائها، فلو أنها زوجة لما صح له ذلك إلا بعقد جديد، وخصوصاً على القول بأنّ الولي يطلقها، لأنّ الظاهر أنّ الطلاق الرجعي لـمّا ظهر من الروايات أنه يراجعها إذا حضر. والطلاق الرجعي لا يسقط النفقة، ولأنّها محبوسة عليه في هذه الحالة فناسب وجوب نفقتها حال العدة. ولو كان حضوره بعد انقضاء العدة فأولى بعد الوجوب للحكم بالبينونة. ويحتمل وجوب قضاء نفقه زمن العدة وإن انقضت، لأنّ نفقه الزوجة تقضي، وقد ظهر الزوج في زمانها فلم تكن عدة وفاة حقيقة، ولو قلنا بأنه أحق بها بعد العدة، احتمل وجوب

النفقة لما بعد العدة أيضاً لما ذكروا. انتهى كلامه رفع مقامه.

ج ٣ ص ٤ قوله رحمه الله: «لا يرثها الزوج لومات بعد العدة. وكذا لا ترثه، والتزدد لوات أحدهما في العدة، والأشبه بالإرث»، وجه التردد من أن العدة عدة وفاة، ومن بقاء حكم الزوجية.

حجّة القائل بعدم التوارث: هذه المسألة ترتبط بما قبلها وهي زوجة المفقود يعني اذا مات هو أو زوجته بعد حكم الحكم بالفرقة، فاما أن يكون موته في أثناء العدة أو بعدها قبل التزويع أو بعده. وفي الأخير لا توارث بينها قطعاً لانقطاع عصمة النكاح رأساً، لما عرفت من أنه لو حضر وقد تزوجت لا سبيل له عليها. وكذا لو كان ذلك بعد العدة، بناءً على انتفاء سبيله عنها ببيانونتها بانقضاء العدة.

وعلى القول بأنه لو حضر حينئذٍ كان أحق بها، يحتمل ثبوت التوارث، لظهور كونه موجوداً في تلك الحال المقتضي لبقاء الزوجية في نفس الأمر، وكونه أحق بها على تقدير ظهور دليل على أن الحكم بالبيرونة مبني على الظاهر ومستمر مع الاشتباه، لا مع ظهور الحال. والأقوى عدم الإرث وإن قلنا بذلك ، لأنّ المشهور حكم بانقطاع العصمة بينها بانقضاء العدة. وحكمه بكونه أولى على تقدير حضوره لدليل خارج لا يقتضي الحكم في غيره، بل يبقى على أصل النفي الحاصل بانقضاء العدة الموجب لرفع التوارث شرعاً.

وأما لومات أحدهما وهي في العدة فهي ثبوت الإرث قولان: أحدهما ما نحن بصدده بيانه وهو عدم التوارث، لأنّ العدة عدة وفاة وهي تقتضي نفي الإرث، كما ذكره صاحب المسالك رحمه الله.

حجّة القائل بشبوت الإرث اذا مات أحدداها وهي في العدة هو بقاء الزوجية بما قد علم، ولأنّ العدة في حكم الرجعة كما عرفت، وهي لا تقطع التوارث بين الزوجين. وجعلها عدة وفاة مبني على الظاهر وعلى وجاه الاحتياط، وإلا لم يجتمع

الطلاق، فإذا تبين خلاف الظاهر رجع حكم الطلاق الرجعي أو الزوجية من رأسه. واختاره المصنف وقواه في المسالك.

أقول: هذا القول ليس ببعيد لمن تصفح مضامين أخبار أهل البيت عليهم السلام، والله سبحانه أعلم بالصواب.

في سكنى المطلقة

ج ٣ ص ٤٣ قوله رحمه الله: « ولو طلقت في مسكن دون مستحقها، جاز لها الخروج عند الطلاق إلى مسكن يناسبها، وفيه تردد»، وجه التردد من أنه حقها، ومن حرمة الخروج.

حجّة القائل بجواز المطالبة والخروج حال العدة: قد عرفت أن المطلقة ملزمة مسكن الطلاق مع الاختيار، فلو عرض له انهدام لا يقبل الاصلاح وهي ساكنة فيه جاز اخراجها إلى غيره. وكذا لو كان مستعاراً ورجع المuir فيها، أو مستأجرًا وانقضت مدة الاجارة. والغرض المهم ملزمة المرأة للمسكن فلو كان دون مستحقها وكانت راضية به زمن الزوجية لم يجب عليها الرضا به بعد الطلاق، بل لها المطالبة بمسكن يليق بها. كما أنه لو أسكنها في منزل رحب يزيد عن عادتها فله نقلها منه بعد الطلاق إلى منزل يليق بها، وهو القول بتحري الأقرب فالأقرب وجوباً. والمصنف تردد في جواز خروجها إلى مسكن يليق بها إذا كانت وقت الطلاق في الأدون راضية به كما ذكر ذلك صاحب المسالك رحمه الله تعالى.

حجّة القائل بعدم جواز خروجها من المسكن الذي طلقت فيه هو عموم النهي عن إخراجهن من بيتهن وعن خروجهن منه كتاباًً وسنة، الشامل لموضوع النزاع هو ما روى محمد بن علي بن جعفر عن الرضا عليه السلام في قوله

تعالى: «ولا تخرجوهن من بيتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة» قال: يعني بالفاحشة قال: أذاهَا أهل الرجل وسوء خلقها، فإذا فعلت فإن شاء أن يخرجها من قبل أن تنقضي عدتها فعل^١، ونحو هذه الرواية رواية علي بن أسباط عنه عليه السلام، وغيرها من الأخبار الواردة في هذا المضمون. هذا هو المشهور بين الأصحاب. وقيل الفاحشة هي التشوز، فإن طلّقها على نشوذ سقط حقها من السكني، وهو بعيد. وقيل: الفاحشة كل امعصية لله تعالى، وهذا أقرب إلى الظاهر وفي المسألة أقوال أخرى تركنا ذكرها فراجع وتأمل.

١ - الوسائل الباب ٢٣ من أبواب العدد الحديث .

كتاب الخلع والمبارة

في فدية الخلع

ج ٣ ص ٥ قوله رحمه الله: «ويصح بذل الفداء منها ومن وكيلها ومن يضممه بإذنها. وهل يصح من المتبرع فيه تردد، والأشبه المنع»، وجه التردد من أنّ البذل نسب إليها في الآية الشريفة، ومن جواز فداء الأمة نفسها بمال سيدها مع الاذن. حجّة القائل بلزوم الفداء من المختلفة أو وكيلها هو أصلالة بقاء النكاح إلى أن يثبت المزيل، وقوله تعالى «فلا جناح عليهما فيما افتدى به»^١. وبذل وكيلها في معنى بذلها لأنّه يبذل من مالها بإذنها، وكذا بذله من يضممه في ذمته بإذنها، فيقول للزوج: طلق زوجتك على مائة وعلى ضمانها. والفرق بينه وبين الوكيل أن الوكيل يبذل من مالها بإذنها، وهذا يبذل من ماله بإذنها ليرجع عليها بما يبذله بعد ذلك. فهو في معنى الوكيل الذي يدفع العوض عن الموكّل من ماله بإذنه ليرجع به عليه، فدفعه بمنزلة إقراضه لها وإن كان بصورة الضمان.

وأما بذله من المتبرع عنها، بأن يقول: طلق زوجتك بمائة من مالي، بحيث يكون عوضاً للخلع، في صحّته قوله: أظهره بين الأصحاب، هو الذي اختاره المصنّف والشهيد والشيخ الطوسي وغيرهم من الأصحاب، عدم الجواز كما في المسالك بل فيها قال: لم يعرف القائل بالجواز منا، إلى آخر ما ذكره فيها، في الجواهر أيضاً.

حجّة القائل بصحة الفداء ولو من المتبرع هو مذهب جميع من خالفنا من

الفقهاء، إلا من شدّ منهم، ومبني القولين على أن الخلع فداء أو معاوضة، أو على أنه طلاق أو فسخ.

فعلى القول بأنه فداء و طلاق يصح من المتبّع الأجنبي، لجواز الافتداء منه وبذل مال له ليطلقها، كما يصح التزام المال ليعتق عبده. وقد يتعلّق به غرض بأن كان ظالماً بالامساك و تعرّر ازالة يده بالحجّة، أو كان يتغيّر العشرة و يمنع الحقوق فأراد الخليع تخليصها.

و على كونه طلاقاً فالطلاق يستقل به الزوج فجاز أن يسأله الأجنبي على مال. كما اذا قال: الق متعاك في البحر وعليّ كذا. وعلى القول بأنه معاوضة فقد تقدّم ما يدلّ على منعه. إلى آخر ما ذكره في المسالك، وفي المسألة زيادة تفصيل تطلب من محلّها في الكتب المطولة.

أقول: القول بعدم الصحة من المتبّع لا يخلو من قوة، والله سبحانه أعلم.

ج ٣ ص ٥ قوله رحمه الله: «فإن لم ترض يدفع البذل، صح الخلع، وضمن المتبّع، وفيه تردد»، وجّه التردد من أنه ضمان لأجنبي كما تقدّم، ومن أنه كالفضوليّ. حجّة القائل بصحّة الخلع وضمان المتبّع إذا رضيّت به هو ما قدّمناه -من القول: الق متعاك في البحر وعليّ ضمانه لو قلنا به ، فهو من باب الفضولي الذي يتوقف على اجازتها الكاشفة عن الصحة وقت البذل وعدمها، لما تقدم في بحث الفضولي وأنه جار على الضوابط الشرعية. وأماماً ضمان ذلك فلا أثر له، اللهم إلا أن يكون بعنوان الشرطية والتوصعة في أمر الفداء، لكن بعد البناء على صحته من المتبّع كما في الجواهر، فتأمل به جيداً.

حجّة القائل بعدم صحة الخلع بهذا المعنى هو مرجعه إلى ضمان الأجنبي أيضاً، الذي قد عرفت عدم مشروعيته، بل هو ضمان ما لم يجب. ويحتمل عدم الصحة لأنّ مرجعه إلى التبرّع حيث لا تجيز بذل ما لها، فلا يصح. لكن قد ورد صحة ضمان ما لم يجب في مواضع لميسّ الحاجة كما في «الق

متاعك في البحر وعلى ضمانته» حذراً من غرق السفينة كما تقدم. وقد تمسي الحاجة هنا إلى مثل ذلك، وعدم الصحة لا يخلو من قوة كما في المسالك، ولو قلنا بصحمة ضمان ما لم يجب لا يقتضي صحة ما نحن فيه، لأنّه من القياس الباطل عندنا، كما ذكره صاحب الجوواهـ رحـمه الله تعالى والله أعلم.

في أحكام الخلع

ج ٣ ص ٥٥ قوله رحـمه الله: «وإن طلق واحدة قيل: له ثـلث الألـف لأنـها جعلـته في مقابلـةـ الثـلـاثـ فـاقـضـىـ تقـسـيـطـ المـقـدـارـ عـلـىـ الطـلـقـاتـ بـالـسـوـيـةـ، وـفـيـهـ تـرـدـ»، منـشـأـ التـرـدـ مـنـ آنـهاـ جـعـلـتـهـ فيـ مقـاـبـلـةـ المـجـمـوـعـ فـلـهـ ثـلـثـ الأـلـفـ، وـمـنـ آنـهاـ شـرـطـتـ الثـلـاثـ فـلـاـ يـسـتـحـقـ شـيـئـاـ.

حجـةـ القـائـلـ بـالـأـوـلـ هوـ جـعـلـ الـجـمـلـةـ فيـ مقـاـبـلـةـ الثـلـاثـ، فـلـأـنـهـ طـلـقـ وـاحـدـةـ خـاصـةـ فـيـسـتـحـقـ ثـلـثـ الأـلـفـ، لأنـ جـعـلـ الأـلـفـ فيـ مقـاـبـلـةـ عـدـدـ يـقـضـيـ تـغـرـيقـهـ عـلـىـ آـحـادـ دـلـكـ العـدـ. وـقـدـ حـصـلـ ثـلـثـهـ فـيـكـونـ لـهـ ثـلـثـ الأـلـفـ، كـماـ ذـكـرـهـ فـيـ المسـالـكـ نـقـلاـًـ عـنـ مـبـسوـطـ الشـيـخـ الطـوـسيـ رـحـمهـ اللهـ.

حجـةـ القـائـلـ بـالـثـانـيـ هوـ: أنـ بـذـلـ الأـلـفـ شـرـطـ فـيـ هـذـاـ العـدــ أـعـنيـ الثـلـاثـ طـلـقـاتــ. فإذاـ طـلـقـ وـاحـدـةـ كـذـلـكـ نـقـلـهـ فـيـ المسـالـكـ عنـ مـوـضـعـينـ فـيـ المـبـسوـطـ أـنـهـ قالـ: لاـ يـسـتـحـقـ شـيـئـاـ، وـهـوـ الـذـيـ يـرـشـدـ إـلـيـهـ تـرـدـ المـصـنـفـ. لأنـ بـذـلـ فـيـ مقـاـبـلـةـ المـجـمـوـعـ منـ حـيـثـ هوـ، كـماـ حـقـقـ فـيـ مـحـلـهـ. وـلـمـجـمـوـعـ حـالـةـ وـهـيـ الـبـيـنـوـنـةـ لـمـ تـحـصـلـ لـكـلـ وـاحـدـ مـنـ آـحـادـهـ فـلـاـ يـسـتـحـقـ شـيـئـاـ، وـقـوـاهـ فـيـ المسـالـكـ فـهـوـ طـلـاقـ بـشـرـطـ وـلـمـ يـحـصـلـ. وـتـحـرـيرـهـ إـنـ المـصـنـفـ نـقـلـ فـيـ الشـيـخـ آـنـهـ إـذـاـ قـالـتـ: طـلـقـنـيـ بـأـلـفـ فـطـلـقـهـاـ لـمـ يـصـحـ، لأنـهـ طـلـاقـ بـشـرـطـ الثـلـاثـ، فـإـذـاـ لـمـ يـوـقـعـ الثـلـاثـ لـمـ يـوـجـدـ الشـرـطـ، فـلـمـ يـسـتـحـقـ شـيـئـاـ، وـفـيـ الـمـسـأـلـةـ زـيـادـةـ تـفـصـيـلـ، ذـكـرـذـلـكـ صـاحـبـ المسـالـكـ فـرـاجـعـ وـتـأـمـلـ وـلـلـهـ أـعـلـمـ.

كتاب الظهار

في صيغة الظهار

ج ٣ ص ٦٢ قوله رحمه الله: «وفي وقوعه موقعاً على الشرط تردد، أظهره الجواز»، وجه التردد من أنه كالطلاق وهو لا يقبل التعليق، ومن قيام الأدلة على الجواز. حجّة القائل بعدم الواقع - أي وقوع الظهار - هو أصلالة بقاء الحال، والشك في السبب، ولرواية القاسم بن محمد الزيات «قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: إني ظهرت من امرأتي. فقال: كيف قلت؟ قال: قلت أنت على كظهر أمي إن فعلت كذا وكذا، فقال لي: لا شيء عليك ولا تعد»^١، ولا شيء للعموم لأنّه نكارة في سياق نفي فيلزم منه نفي الكفارة الالزمة للظهار. ونفي اللازم يستلزم نفي المزوم.

وعن ابن بكر عن رجل «قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: إني قلت لامرأتي أنت على كظهر أمي إن خرجت من باب الحجرة، فخرجت. فقال: ليس عليك شيء، فقلت: إني أقوى على أن أكفر، فقال: ليس عليك شيء، فقلت: إني أقوى على أن أكفر رقبة ورقبتين، فقال: ليس عليك شيء، قويت أو لم تقو»^٢. أقول: القول بالعدم لا يخلو من قوة والله سبحانه العالم.

ورواية ابن فضال مرسلاً عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: لا يكون الظهار إلا على مثل موضع الطلاق»^٣، والطلاق لا يقع معلقاً على الشرط كما سبق. فكذلك الظهار، وقال به السيد المرتضى في الانتصار القاضي في كتابيه

والتي وسلاّر وابن زهرة، وحكاہ بن أدریس في السرائر عن المفید واختاره، وهو قوی کما في التتفیج الرائع لما تقدّم في الطلاق أنه لا يقع مع الشرط. والروایتان السابقتان وإن نوقش فيما إلا أنهما مواقفتان للأصل والله سبحانه العالٰم.

حجّة القائل بوقوع الظهار مع الشرط هو رواية حریز في الصحيح عن الصادق عليه السلام «قال: الظهار ظهاران، فأحدهما أن يقول: أنت على ظهير أُمي ثم يسكت فذلك الذي يكفر، فإذا قال: أنت على ظهير أُمي إن فعلت كذا وكذا ففعل وحنت، فعليه الكفاراة حين يحيث»^١.

وصحیح ابن الحجاج عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: الظهار ضربان: أحدهما فيه الكفاراة قبل المواقعة، والآخر بعدها، فالذی يکفر قبل المواقعة فهو الذي يقول: أنت على ظهير أُمي ولا يقول إن فعلت بك كذا وكذا، والذي يکفر بعد المواقعة الذي يقول: أنت على ظهير أُمي إن قربتك»^٢.

و عن عبد الرحمن بن أبي نجران عن عبد الرحمن بن الحجاج «قال: سمعت أبي عبدالله عليه السلام يقول: إذا قال الرجل لامرأته أنت على ظهير أمه لزمه الظهار، قال لها دخلت أو لم تدخل خرجت أو لم تخرج، أو لم يقل لها شيئاً فقد لزمه الظهار»^٣، مضافاً إلى العمق كتاباً وسنة وقال: بل عمل بهذه الروایات الشیخ في النهاية والمبسوط والخلاف وابن بابویه وابن حمزة، واختاره المصنف لعموم الآیة، فإنه كما يتناول المطلق يتناول المشروط والله سبحانه العالٰم بالصواب.

ج ٣ ص ٦٢ قوله رحمه الله: «لو قال أنت طالق ظهير أُمي وقع الطلاق ولغى الظهار، قصد الظهار أو لم يقصد. وقال الشیخ: إن قصد الطلاق والظهار صح إذا كانت المطلقة رجعية، فكانه قال: أنت طالق، أنت على ظهير أُمي، وفيه تردد»، وجه التردد من وقوع الظهار لأنها مخاطبة بهما، ومن أنّ كلمة الظهار غير صريحة فيه.

حجّة القائل بوقوع الظهار بقوله أنت طالق كظهر أمي هو قول الشيخ الطوسي، لأنّ كلمة الخطاب السابقة وإن صرّفت أولاً إلى الطلاق، ولكنها تعود إلى الظهار أيضاً مع النية ويصير كأنه قال: أنت طالق أنت كظهر أمي. وقيد الشيخ بكون المطلّقه رجعية.

حجّة القائل بعدم وقوع الظهار هو: أنّ اللفظ ليس صريحاً في الظهار بانقطاع الخطاب عنه، والنية غير كافية عندنا في وقوع ما ليس بصريح، وإنما يتوجّه هذا عند من يعتد بالكافية اعتماداً على النية، بل بعض من اعتد بالكافية ردّ هذا أيضاً، بناءً على ما ذكرناه من أنا إذا استعملنا قوله -أنت طالق- في ايقاع الطلاق لم يبق إلا قوله كظهر أمي وأنه لا يصلح كناءة، إذ لا خطاب فيه. وأيضاً فالالأصل في هذا الترتيب أن تكون الجملة الواقعـة بعد النكارة وصفاً لها فالعدول بها عن أصلها خلاف الصريح، وليس هذا كتعدد الخبر على المبتدأ الواحد، لأن ذلك حيث يصلح الثاني للخبرية بالوضع وليس كذلك هنا، ثم قال صاحب المسالك رحمـه اللهـ بعد هذا الكلام: والأصح عدم وقوع الظهار، والله أعلم.

في شرائط المظاهرة

ج ٣ ص ٦٤ قوله رحمـه اللهـ: «وفي اشتراط الدخول تردد، والمروي اشتراطه، وفيه قول آخر مستندـه التمسـك بالعمـوم»، منشأ الترددـ من أنه مرويـ، ومن التمسـكـ بالعمـومـاتـ.

حجّة القائل باشتراط الدخول هو صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام «قال: في المرأة التي لم يدخلـ بها زوجـهاـ، قالـ: لا يقعـ عليهاـ إيلـاءـ ولاـ ظهـارـ»^١. وفي صحيح الفضلـ بنـ يسارـ «قالـ: سـأـلـتـ أـبـاـ عـبـدـ اللهـ

١ - الوسائلـ البابـ ٨ـ منـ أبوابـ كتابـ الظهـارـ الحـديثـ .٢

عليه السلام عن رجل مملوك ظاهر من أمرأته؟ فقال لي: لا يكون ظهار ولا ايلاء حتى يدخل بها^١، الى غير ذلك من النصوص المعتضدة بعمل الشيخ الطوسي والصادق وأكثر المتأخرین كما في المسالك.

أقول: الاشتراط قوي لثبت تخصيص الكتاب بالخبر الواحد في الاصول. حجّة القائل بعدم اشتراط الدخول هو الخبر الوارد عن ابن فضال عمن أخبره عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: لا يكون الظهار إلا على مثل موضوع الطلاق»^٢، لأنّ الطلاق لا يشترط فيه الدخول. فكذلك الظهار، وقال به المفید والمرتضى وسلام روابي ادريس وزهرة.

و من عموم الكتاب قوله تعالى «الذين يظاهرون من نسائهم»^٣، يشمل المدخول بها وغيرها، والله العالم.

ح ٣٤ ص ٦٤ قوله رحمه الله: «وفي الموطوعة بالملك تردد، والمروي أنه يقع كما يقع بالحرّة»، وجه التردد من الأصل، ومن أنه مروي.

حجّة القائل بعدم وقوع الظهار في الأمة هو الأصل، وخبر حمزة بن حمأن «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل جعل جاريته عليه كظهر أمه؟ قال: يأتيها وليس عليه شيء»^٤، وربما يؤيد ما نحن فيه من خبرى حمزة بن حمأن وقضية تزويجه من بنت بكر^٥، وذكر ذلك لأبي عبدالله عليه السلام أنه ظاهر من إمامه فأمره أن يقرّهن.

وللمحکي عن بنى أبي عقيل و حمزة و البراج و إدريس، والمفید وأبی

١ - الوسائل الباب ٨ من ابواب كتاب الظهار الحديث .

٢ - الوسائل الباب ٢ من كتاب الظهار الحديث .

٣ - سورة المجادلة آية ٢ .

٤ - الوسائل الباب ١١ من كتاب الظهار الحديث .

٥ - المصدر الباب ٦ من كتاب الظهار الحديث .

الصلاح وسلاماً رأه لا يقع عليها - أي الأمة - لقوله عليه السلام في الخبر السابق «لا يكون ظهاراً إلا على مثل موقع الطلاق». ولأنّ الظهار كان في الجاهلية طلاقاً كما سبق والطلاق لا يقع بها. ولأنّ المفهوم من النساء في الآية الزوجة ولو رود السبب فيها، وإن اجتب عن ضعف السند في رواية بن حمran فراجع وتأمل والله سبحانه أعلم.

حجّة القائل بوقوع الظهار من الأمة الموطعة بالملك هو دخوها في عموم قوله تعالى «والذين يظاهرون من نسائهم»، اذا قلنا بعدم الانصراف الى الزوجة، ول الصحيح محمد بن مسلم عن أحد هما عليهما السلام «قال: سأله عن الظهار على الحرة والأمة؟ فقال: نعم». وخبر حفص بن البختري عن الصادق أو الكاظم عليهما السلام «في رجل كان له عشر جوار فظاهر منهن جميعاً؟ فقال: عليه عشر كفارات»^٢. وموثقة اسحاق بن عمار عن الكاظم عليه السلام «قال: سأله في الرجل يظاهر من جاريته؟ قال: الحرة والأمة في هذا سواء»^٣.

وذهب الشيخ وابن حمزة وجماعة من المتأخرین الى الواقع. وقال في المسالك: وهو أصحّ القولين، وقوّاه في الجواهر وفاماً للمشهور. أقول: القول به لا يخلو من قوة والله سبحانه أعلم.

في الكفارات

ج ٣ ص ٦٧ قوله رحمه الله: «و كفارة من أفتر يوماً، نذر صومه، على أشهر الروايتين. وكذا كفارة الحنى في العهد، وفي النذر على تردد»، منشأ التردد هنا من الخلاف في كفارة العهد واليمين لاختلاف الروايات الواردة في الباب.

حجّة القائل بأنّ كفارة العهد واليمين مخيرة ككفارة شهر رمضان في مقام

١ و ٢ و ٣ - الوسائل الباب ١١ من كتاب الظهار الحديث و ٢٠٣ .

الحدث هو خبر علي بن جعفر عن أخيه موسى عليهما السلام «قال: سأله عن رجل عاهد الله تعالى في غير معصية ما عليه إن لم يف بعهده؟ قال: يعتق رقبة، أو يتصدق بصدقة، أو يصوم شهرين متتابعين»^١.

و عن أبي بصير عن أحد هما عليهما السلام «قال: من جعل عليه عهد الله و ميثاقه في أمر الله طاعة فحنت فعليه عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكيناً»^٢.

و خبر عبد الملك بن عمر عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سأله عنمن جعل الله عليه أن لا يركب حرماً سماه فركبه؟ قال: لا ولا أعلم إلا قال: فليعتق رقبة أو ليصوم شهرين متتابعين أو ليطعم ستين مسكيناً»^٣.

و مكاتبة ابن مهزيار للهادي عليه السلام «كتبت اليه: يا سيدي رجل نذر أن يصوم يوماً لله، فوقع ذلك اليوم على أهله ما عليه من الكفار؟ فأجاب: يصوم يوماً بدل يوم و تحرير رقبة مؤمنة»^٤ الحديث. بناءً على أن المراد من الرقبة بعد التخيير. هذا هو المشهور، بل عن الانتصار والغنية الاجتماع عليه، وهما الحجّة بعد تأييدهما بخبر العهد الذي هو مثلك كما تقدم، ولا فرق بين النذر والوعيد عند الشيوخين رحمهما الله.

حجّة القائل بأنها كفارة مبين في مخالفة العهد والنذر هو قول الصدوق في المقنع أنها كفارة مبين فيها، معتمداً على رواية حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام «قال: سأله عن كفارة النذور؟ فقال: كفارة النذور كفارة اليدين»^٥.

١ - الوسائل الباب ٢٤ من أبواب الكفارات الحديث ١ و ٢.

٢ - المصدر الباب ٢٣ من أبواب الكفارات الحديث ٧.

٣ - الوسائل الباب ١٠ من أبواب بقية الصوم الواجب الحديث ٣.

٤ - المصدر الباب ٢٣ من أبواب الكفارات الحديث ١.

و عن الحلبـي عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: إن قلت لله عليـ فكفارـة
يمـن»^١.

و خـبر صـفوان الجـمال عن أبي عبد الله عليه السلام «قلـت له: بأـبي وأـمي
جعلـت على نـفسي شيئاً إلى بـيت الله؟ قال: كـفـرـيـنـكـ، فإـنـما جـعـلـتـ عـلـىـ نـفـسـكـ
يمـيـنـا»^٢ الحـديثـ.

و لـصـحـيـحـ ابنـ مـهـزـيـارـ «قال: كـتبـ بـنـدارـ مـولـيـ اـدـريـسـ: يـاسـيـديـ أـفـيـ نـذـرـتـ
أـنـ أـحـرـمـ كـلـ سـبـتـ وـإـنـ أـنـاـ لمـ أـصـمـهـ ماـ يـلـزـمـنـيـ منـ الـكـفـارـةـ؟ فـكـتـبـ إـلـيـهـ وـقـرـأـتـهـ:
لـاـ تـرـكـهـ إـلـاـ مـنـ عـلـةـ، وـلـيـسـ عـلـيـكـ صـومـهـ فيـ سـفـرـ وـلـاـ مـرـضـ، إـلـاـ أـنـ تـكـوـنـ نـوـيـتـ
ذـلـكـ، وـإـنـ كـنـتـ أـفـطـرـتـ فـيـهـ مـنـ غـيرـ عـلـةـ فـتـصـدـقـ بـقـدـرـ كـلـ يـوـمـ سـبـعةـ
مـسـاكـينـ»^٣.

و أـمـاـ كـفـارـةـ الـيـمـنـ فـيـ الـعـهـدـ بـعـدـ الـحـنـثـ كـمـاـ قـدـمـنـاـ، نـظـرـاـ إـلـىـ ضـعـفـ روـايـيـ
وـجـوبـ التـخـيـرـ، وـكـوـنـهـ كـالـيـمـنـ فـيـ الـالـتـزـامـ، وـلـأـصـالـةـ الـبـرـاءـةـ مـنـ الزـائـدـ. وـاعـلـمـ إـنـ
قولـ المـصـنـفـ فـيـ المـتنـ -وـكـذـاـ كـفـارـةـ الـحـنـثـ فـيـ الـعـهـدـ وـفـيـ النـذـرـ عـلـىـ تـرـددـ. يـقـضـيـ
إـيـجابـ الـكـفـارـةـ الـخـيـرـةـ فـيـ خـلـفـ الـعـهـدـ وـالـنـذـرـ مـطـلـقاـ كـمـاـ فـيـ حـكـمـ إـذـ كـانـ النـذـرـ
صـومـاـ فـافـطـرـهـ، لـكـنـ فـيـ الـافـطـارـ يـحـرـمـ وـفـيـ باـقـيـ أـفـرـادـ النـذـرـ وـمـطـلـقـ الـعـهـدـ عـلـىـ تـرـددـ،
إـلـىـ آـخـرـ مـاـ ذـكـرـهـ صـاحـبـ الـمـسـالـكـ، وـفـيـهـ تـفـصـيلـ آـخـرـ فـيـ الـمـسـأـلـةـ فـرـاجـعـ وـتـأـمـلـ
وـالـلـهـ سـبـحـانـهـ أـعـلـمـ.

جـ ٣ـ صـ ٦٩ـ قولـهـ رـحـمـهـ اللـهـ: «الأـوـلـ: الـإـيمـانـ وـهـوـ مـعـتـرـفـ فـيـ كـفـارـةـ القـتـلـ إـجـمـاعـاـ، وـفـيـ غـيرـهـ
مـعـ التـرـددـ، وـالـأـشـبـهـ اـشـتـرـاطـهـ»، منـشـأـ التـرـددـ مـنـ التـقـيـيدـ بـالـإـيمـانـ فـيـ بـعـضـ الـأـدـلـةـ، وـمـنـ
الـاطـلاقـ فـيـ بـعـضـهـاـ.

حـجـةـ الـقـائـلـ باـشـتـرـاطـ الـإـيمـانـ فـيـ الرـقـبـةـ الـمـعـتـقـةـ فـيـ كـفـارـةـ الـظـهـارـ وـغـيرـهـ هـوـ مـاـ

١- الوسائل الباب ٢٣ من أبواب الكفارات الحديث ٤٣.

٢- الوسائل الباب ٧ من أبواب بقية الواجب كتاب الصوم الحديث ٤.

ورد عن الحلبـي عن أبي عبد الله عليه السلام «في قوله تعالى «فتـحرير رقبة مؤمنة» قال: يعني مقررة بالإمامـة»! وعن الحسين بن سعيد عن رجالـه عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: قال رسول الله صـلـى الله عـلـيـه وآلـه وـسـلـيـه: كل العـقـق يـجـوزـه المـولـود إـلاـ في كـفـارـةـ القـتـلـ، فـإـنـ اللهـ تـعـالـىـ يـقـولـ «فتـحرير رقبة مؤمنة»، قال: يعني بذلك مقررة قد بلـغـتـ الحـنـثـ وـيجـزـيـ في الـظـهـارـ صـبـيـ بـنـ ولـدـ في الـاسـلامـ»^٢ الحديثـ. وعن عليـ بنـ جـعـفرـ عنـ أـخـيهـ مـوـسـىـ عـلـيـهـمـاـ السـلـامـ «قالـ: سـأـلـتـهـ عـنـ الـظـهـارـ هـلـ يـجـوزـ فـيـهـ عـتـقـ صـبـيـ؟ فـقـالـ: إـذـاـ كـانـ مـوـلـودـاـًـ ولـدـ فيـ الـاسـلامـ أـجـزـاءـ»^٣.

وـاشـطـاطـ المـصـنـفـ وـفـاقـاـ لـلـمـحـكـيـ عـنـ السـيـدـ وـالـشـيـخـ وـالـحـلـبـيـ وـغـيـرـهـ،ـ بلـ فيـ الـرـيـاضـ وـغـيـرـهـ نـسـبـتـهـ إـلـىـ الـأـكـثـرـ،ـ بلـ عنـ اـنـتـصـارـ الـأـوـلـ وـكـشـفـ الـحـقـ الـاجـمـاعـ عـلـيـهـ.ـ كـمـاـ فيـ الـجـواـهـرـ،ـ هـذـاـ وـلـقـادـعـةـ الـاحـتـيـاطـ الـوـاجـبـ مـرـاعـاتـهـ عـنـدـ كـثـيرـ فيـ مـثـلـ الـمـقـامـ تـحـصـيـلـاـ لـلـبـرـاءـةـ الـيـقـيـنـيـةـ مـنـ يـقـيـنـ الشـغـلـ،ـ وـيـؤـيـدـهـ مـاـ دـلـّـ عـلـىـ دـمـ جـواـزـ عـتـقـ الـكـافـرـ مـنـ الـاجـمـاعـ الـمـحـكـيـ،ـ وـفـيـ الـمـطـلـبـ مـزـيدـ تـوـضـيـحـ فـيـ حـمـلـهـ فـرـاجـعـ وـتـأـمـلـ.ـ حـجـةـ الـقـائـلـ بـعـدـ الـاـشـطـاطـ هـوـمـاـ وـرـدـ عـنـ أـبـانـ وـغـيـرـهـ عـنـ أـبـيـ عـبـدـ اللهـ عـلـيـهـ السـلـامـ فـيـ حـدـيـثـ الـظـهـارـ»^٤ «قالـ: ثـمـ أـنـزـلـ اللهـ الـكـفـارـ فـيـ ذـلـكـ فـقـالـ: «الـذـينـ يـظـاهـرـونـ مـنـ نـسـائـهـمـ ثـمـ يـعـودـونـ لـماـ قـالـواـ فـتـحرـيرـ رـقـبـةـ مـنـ قـبـلـ أـنـ يـتـمـاسـ ذـلـكـ تـوـعـظـونـ بـهـ وـالـلـهـ بـمـاـ تـعـمـلـونـ خـبـيرـ»^٥.

وـعـنـ أـبـيـ بـصـيرـ عـنـ أـبـيـ عـبـدـ اللهـ عـلـيـهـ السـلـامـ «قالـ: سـمـعـتـهـ يـقـولـ: جاءـ رـجـلـ إـلـىـ رـسـوـلـ اللهـ صـلـىـ اللهـ عـلـيـهـ وـآلـهـ وـسـلـيـهـ فـقـالـ: ياـ رـسـوـلـ اللهـ ظـاهـرـتـ مـنـ اـمـرـأـتـيـ،ـ قـالـ: اـذـهـبـ فـاعـتـقـ رـقـبـةـ،ـ قـالـ: لـيـسـ عـنـديـ،ـ قـالـ: اـذـهـبـ فـصـمـ شـهـرـيـنـ مـتـابـعـيـنـ،ـ

١ و ٢ و ٣ الوسائل الباب ٧ من ابواب الكفارات الحديث ٥-٦-٩.

٤- المصدر الباب ١ من ابواب الكفارات الحديث ٧.

٥ - سورة المجادلة آية ٣.

قال: لا أقوى، قال: اذهب فاطعم ستين مسكيناً، قال: ليس عندي، قال: فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: أنا أتصدق عنك فأعطيك تمرة لاطعام ستين مسكيناً، قال: اذهب فتصدق بهاء، فقال: والذي بعثك بالحق ما أعلم بين لابتيها أحداً أحوج إليه مني ومن عيالي، قال: فاذهب فكل واطعم عيالك^١ و يؤيد هذا ما روي^٢ من فعل علي عليه السلام أنه اعتق عبداً نصراانياً فأسلم. وذهب جماعة الى عدم اشتراط الایمان في غير كفارة القتل للأصل، منهم الشيخ في المسوط والخلاف وابن الجنيد. ثم المراد بالایمان هو الاسلام وهو الاقرار بالشهادتين لا معناه الخاص وهو التصديق القلبي بهما والله سبحانه أعلم بالصواب.

ج ٣ ص ٧٠ قوله رحمة الله: «ولو أسلم المراهق لم يحكم باسلامه على تردد»، وجه التردد من ارتفاع القلم عنه، ومن تمامية عقل المميز واعتبار الشارع له. حجة القائل بعدم الحكم باسلام المراهق هو اطلاق مادل^٣ على سلب عبارته أو تصرفاته، لأنه رفع القلم عنه التي من جملها الاسلام، مؤيداً بما سمعته من النصوص^٤ التي ذكرت في محلها المشتملة على اعتبار البلوغ لتحقق الایمان، كما في الجواهر وقال في المسالك: والوجه عدم الحكم باسلامه قطعاً للموانع التي ذكرها في محلها.

حجّة القائل بالحكم باسلامه هو اعتبار عبارته في الوصيّة والصدقة وغيرها، وتمام عقل المميز واعتبار الشارع له في الاسلام أولى، ولأنّ الاسلام يتعدى من فعل الأب اليه على تقدير كون أحد أبويه مؤمناً، فباشرته للايمان مع عدم ايمان

١ - الوسائل باب ٢ من أبواب الكفارات الحديث .

٢ - الوسائل باب ١٧ من أبواب كتاب العتق الحديث .

٣ - المصدر باب ٢ من كتاب الحجر و ٣٢ من مقدمات الطلاق من كتابه .

٤ - المصدر باب ٧ من أبواب الكفارات .

أبويه أقوى.

و إطلاق ما دلّ^١ على حصول الاسلام بقول الشهادتين إنما هو لبيان عدم الحاجة الى قول آخر غير قولهما. نحو اطلاق كل عقد وايقاع المعلوم تقييده بصحبة العبارة كما في الجواهر، والله سبحانه أعلم.

ج ٣ ص ٧١ قوله رحمة الله: «فهل يجزي عند أدائها؟ قيل: نعم لتحقق عتق الرقبة، وفيه تردد»، منشأ التردد من تحقق العتق الذي هو مقصود الشارع، ومن منع كون المقصود عتقها أي الرقبة مطلقاً.

حجّة القائل بالجزاء عند أداء حصة الشرك لتحقق عتق الرقبة، الذي هو مقصود الشارع، أي أنّ الموسر إذا أعتقد نصيبيه من العبد المشترك سرى إلى نصيبي صاحبه.

و هل تحصل السراية بنفس اللفظ أو بأداء القيمة؟ أوجه، وعليها يتفرع إعتقد العبد عن الكفاره. فالمشهور بين الأصحاب صحته إذا نوى عتقه عن الكفاره. أما نصيبيه ظاهر، وأما في الباقي فلأنّ سبب استحقاق عتقه إعتقد نصيبيه وقد اقترنـتـ بهـ فيهـ الكفارـ، وـالـعـتـقـ فيـ الـبـاـقـيـ يـتـبعـ العـتـقـ فيـ نـصـيـبـهـ، فـكـمـاـ يـتـبعـهـ فيـ أـصـلـ العـتـقـ جـازـ أـنـ يـتـبعـهـ فيـ الـوـقـوـعـ عنـ الـكـفـارـ.

و لا فرق في الاجزاء على هذا بين أن يوجه العتق على جميع العبد وبين أن يوجهه على نصيبيه، لحصول العتق بالسراية في الحالتين كما في المسالك، ثم قال: وعلى تقدير الاجزاء، فهل تكفي النية الاولى لنصيب الشرك أم يحتاج الى تحديد النية عند أداء القيمة؟ وجهاه: أحدهما اختاره الشيخ في المبسوط انه يكفي نيته عند التلفظ، لأنّ النية اقترنـتـ بالـعـتـقـ إـلـاـ أـنـ العـتـقـ حـصـلـ عـلـىـ تـرـتـبـ وـتـدـرـجـ، إـلـىـ آـخـرـ ماـ ذـكـرـهـ صـاحـبـ المسـالـكـ، وـفـيهـ تـفـاصـيلـ اـكـثـرـ أـخـذـنـاـ مـنـهـ مـحـلـ الـحـاجـةـ.

والله العالم.

حجّة القائل بعدم الاجزاء هو أن العتق للكفار هو عتق الشق الثاني من العبد افنا حاصل بسبب بذل العوض، لا بسبب الكفاره خصوصاً إذا كان معيساً. وقال ابن الجنيد بعدم اجزاء هذا العتق عن الكفاره، لأنّ عتق السراية حصل بغير قصده بل بالنبيه عليه. ويصدق أن يقال ما أعتقد جميع العبد وإنما اعتق نصبيه، وعتق عليه الباقى بحكم الشرع. قال صاحب المسالك : وهذا قول موجّه إلا أنّ الأشهر الأجزاء.

أقول: ما قاله صاحب المسالك من الاجزاء لا يخلو من قوة والله سبحانه وأعلم.

ج ٣ ص ٧٤ قوله رحمه الله: «ولو قال له قائل: اعتقد ملوكك عن كفارتك ولك على كذلك، فأعتقد، لم يجز عن الكفاره لأنّه قصد العوض، وفي وقوع العتق تردد»، وجه التردد من أنه عتق وقع من أهله في محله، ومن أنه لم ينبو العتق مطلقاً.

حجّة القائل بوقوع العتق مجردأ عن الكفاره هو أنّه جامع للشرائط من أهله في محله، وإن قصده للكفاره يستلزم قصد مطلق العتق، لأنّ المطلق موجود في ضمن المقيد. وقد تعرّد العتق عن الكفاره لمانع العوض، فيقع المطلق لأنّ العوض لا ينافييه. كما عن المبسوط، بل في غاية المراد هذا هو الاصح، وفي كشف اللثام هو الأجدود، والله سبحانه وأعلم.

حجّة القائل بعدم وقوع العتق لأنّه لم ينبو العتق مطلقاً وإنما نواه عن الكفاره، فلو وقع عن غير الكفاره لزم وقوعه بغير نية، وقد قال صلى الله عليه وآله «إنما الأعمال بالننيات». ويترفع على ذلك لزوم العوض للأمر. فحكم الشيخ بلزم العوض تفريقاً على القول بصحّة العتق المطلق لأنّه فَعَلَ ما أمره به فاستحق العوض. كغيره من الأعمال، واستحسنه المصنف، هذا ما ذكره في المسالك، وأورد على قول الشيخ بأنه لم يقع العوض عنه - وهو العتق عن الكفاره- ولا وقع

العقل له فلا يستحق العوض، الذي هو الجعل على ذلك . ومن هذا قيل: إنَّ الحكم بلزم العوض وعدم الاجزاء عن الكفارة مما لا يجتمعان، هذا وفي المسألة مزيد بيان وتفصيل لايسعها هذا المختصر فراجع وتأمل .

ج ٣ ص ٧٥ قوله رحمه الله: «وهل يأثم مع الافطار؟ فيه تردد، أسببه عدم الامم فيه»، منشأ التردد من وجوب المتابعة، فالخلل بها آثم، ومن أن جواز التفريق دليل على عدم الامم .

حجّة القائل بالآثم اذا أفتر لا لعذر هو أن التتابع في الشهرين عرفاً ولغةً باكمالهما، فإذا لم يحصل الاكمال فلا أقل من الآثم .

والاستبعاد في الاجزاء مع عدم التتابع النصوص الواردة منها ما عن أبي بصير «قال: سألت أبي عبدالله عليه السلام عن قطع صوم كفارة اليدين وكفارة الظهور وكفارة القتل، فقال إن كان على رجل صيام شهرين متتابعين فأفطر أو مرض في الشهر الأول، فإن عليه أن يعيد الصيام، وإن صام الشهر الأول وصام من الشهر الثاني شيئاً ثم عرض له ماله فيه عذر، فإن عليه أن يقضى»^١ .

ومنها ما عن جميل و محمد بن حمران عن أبي عبدالله عليه السلام «في الرجل الحر يلزمه صوم شهرين متتابعين في ظهار فيصوم شهراً ثم يمرض؟ قال: يستقبل فإن زاد على الشهر الآخر يوماً أو يومين بني على ما بقي»^٢ .

وقال الشيخ في المبسوط: اذا عجز عن الاعتقاق وشرع في الصيام فعليه أن يصوم شهرين متتابعين. فإن أفتر في أثناء الشهرين لم يخل إما أن يفتر لعذر أو لغير عذر، فإن أفتر لغير عذر لزمه الاستئناف للصوم ولا يجوز له البناء أي وقت كان من الشهر الأول أو في الشهر الثاني عندهم - أي العامة - .

وعندنا - أي الشيعة - إن كان افطاره بعد أن صام شهراً ومن الثاني شيئاً

١ - الوسائل الباب ٣ من أبواب بقية الصوم الواجب الحديث ٣-٦

كان مخطئاً وجازله البناء. وهكذا الحكم فيه اذا سافر في أثناء الشهرين يوماً، فعلى مذهبهم يقطع التتابع وعلى مذهبنا مثل ما ذكره في الافطار سواء. انتهى كلامه.

أقول: يمكن مراده في قوله كان مخطئاً، أي مأثوماً، ونقل عن المفید وابن الجنید وابن زهرة القول بالاثم. كما في التتفیق الرائع والله العالم بالصواب. حجۃ القائل بعدم الاتم في التفریق في الشهر الثاني هو الأصل. ولأن التتابع إن صدق بذلك فلا وجه للاثم لتحقق الامثال، وإلا لم يجز كما في المسالك، ول الصحيح الحلبی عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال: «والتابع أن يصوم شهراً و من الآخر شيئاً أو أياماً منه»^١ الحديث.

وذهب الأکثر الى عدم الاتم بذلك وفي المسالك: ويتحقق التتابع في الشهرين بصوم شهر متتابع ومن الثاني شيئاً ولو يوماً، فإذا فرق بعد ذلك لم يقدح في التتابع إجماعاً منا، مضافاً إلى خبر سماعة بن مهران «قال: سألت أبي عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون عليه صوم شهرين متتابعين، أيفرق بين الأيام؟ فقال: اذا صام اکثر من شهر فوصله ثم عرض له أمر فأفطر فلا بأس، فإن كان أقل من شهر أو شهراً فعليه أن يعيد الصيام»^٢.

وخبر منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال: «في رجل صام في ظهار شعبان ثم أدركه شهر رمضان؟ قال: يصوم شهر رمضان ويستأنف الصوم، فإن هو صام في الظهار فزاد في النصف يوماً قضى بقيته»^٣، إلى غير ذلك مما هو موافقاً لسهولة الملة وسماحتها ونفي الحرج في الدين وارادة التخفيف واليسر، ولا حاجة إلى تکلف الاستدلال كما في الجواهر، لهذا قال المصنف: أشبهه

١ - الوسائل الباب ٣ من ابواب بقية الصوم الواجب كتاب الصوم الحديث ٩ و ٥.

٢ - المصدر الباب ٤ الحديث ١.

عدم الامْثُ فيه وهو المشهور
أقول: وعليه أغلب المتأخرین ومتأنّی المتأخرین ولا يخلو من قوة والله
سبحانه أعلم بالصواب.

ج ٣ ص ٧٨ قوله رحمه الله: «اذا كان له مال يصل اليه بعد مدة غالباً، لم ينتقل فرضه
بل يجب الصبر، ولو كان مما يتضمن المشقة بالتأخير كالظهور، وفي الظهار تردد»، وجه التردد
من أنّ الظهور كغيره يلزم الصبر، ومن لزوم الضرر والمشقة بترك الجماع.
حجّة القائل بلزوم الصبر في كفارة الظهور لمن لم يجد المال أو الرقبة في الحال
هو أن الكفاراة على التراخي والوجودان محقق في الجملة فيجب الصبر إلى أن
يتتمكن، وهي مما يتوقع وجودها غالباً. فلم ينتقل فرضه في المرتبة إلى الصيام.
هذا في غير الظهور وأما فيه فإن لم يتضرر بترك الجماع فكذلك ، أي يلزم الصبر،
وقال الشيخ في المسوط: فيه وجهان: أحدهما يؤخر إلى أن يصل ويعتق ولا ينتقل
إلى الصوم، لأن ذلك لا يفوت، وهو الأقوى عندي. إنّى كلامه.

حجّة القائل^{*} بانتقال الفرض إلى الصوم هو قاعدة لا ضرر ولا ضرار، ولزوم
الخرج المنفي في الدين، وسهولة الملة وسماحتها، وسقوط كثير من التكاليف بها.
فيتجه حينئذ الانتقال إن صدق معه إسم الواحد، كانتقال المكلف به إلى التيمم
مع وجدان الماء بالمشقة في استعماله مثلاً، بل الأصح ذلك مع فرض بلوغ المشقة
حداً يسقط معها التكاليف، كما هو واضح كما في الجواهر وفي المسالك: وفي الانتقال
إلى الصوم قوّة.

والوجه الثاني الذي ذكره الشيخ في المسوط قوله: والثاني لا يؤخر بل يصوم
في الحال، لأنّ عليه ضرراً في التأخير.

أقول: اذا كان الضرر ما لا يتحمل فالقول بانتقال الفرض لا يخلو من قوة،
والله سبحانه أعلم.

كتاب الایلاء

في المؤلي وشروطه

ج ٣ ص ٨٤ قوله رحمه الله: «وفي صحته من المحبوب تردد أشبهه الجواز وتكلفه العاجز»، منشأ التردد من عموم الآية، ومن فقده شرط الصحة.

حجّة القائل بصحة الایلاء من المحبوب هو عموم الآية الشريفة قوله تعالى «للذين يُؤلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِبَصُ أَرْبَعَةً أَشْهُرٍ فَإِنْ فَأْوَ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطلاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ»^١، حيث إن الآية عامّة تشمل الخصي وصاحب البيضتين ومقطوع الذكر كلاً أو بعضاً وسامتها.

و إطلاق بعض الروايات منها ما عن أبي مرِيم عن أبي جعفر عليه السلام «قال: المؤلي يوقف بعد الأربعـة أشهر فإن شاء إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، فإن عزم الطلاق فهي واحدة وهو أملك برجعتها»^٢ حيث إن لفظ المؤلي يشمل الجميع، وغير هذه من الروايات المطلقة.

وفي المبسوط ما لفظه: ومن قال يصلح يتربص أربعة أشهر ثم وقف ليفيء أو يطلق، فإن طلق فلا كلام، وإن طلبت الفيضة قلنا: لا يُقدر على فيئة القادر ولكن يفيء فيئة معذور، وهي أن يقول: ندمت على ما كان مني ومتى قدرته فعلت، هنا لا يمكنه هذا فيقول: ندمت على ما كان مني ولو كنت قادرأً فعلت، فإذا فعل هذا فقد وفاتها حقها، وإن امتنع من الأمرتين فعلى ما مضى

١ - سورة البقرة آية ٢٢٦ و ٢٢٧ .

٢ - الوسائل الباب العاشر من أبواب الایلاء الحديث .

من الخلاف، وهذا أقوى عندي لعموم الآية. انتهى كلامه. ووافقه في السرائر والتبصرة والتلخيص وقواه المصنف للعموم المذكور، ولا يقدح عجزه كما في المريض. حجّة القائل بعدم صحة وقوع الايلاء من المحبوب هو فقدانه شرط الصحة، لأنّه لما كان متعلق الايلاء وطي الزوجة وشرط الاضرار بها، اعتبر إنّ كان ذلك في حقه بأن يكون صحيح الذكر يمكّنه الجماع وان كان خصيّاً لبقاء الجماع. أما المحبوب فإن بقي له بقية يمكّنه الجماع بها فلا إشكال في صحة ايلائه، وإنّ في صحته قوله تعالى: أحدهما المنع لما ذكرناه من فقد الشرط وعدم إمكان متعلق الحلف. كما لو حلف أن لا يصعد إلى السماء، وهذا هو الأصح كما في المسالك وفي شرح اللمعة: والأقوى عدم الواقع، لأنّ متعلق اليدين ممتنع كالصعود إلى السماء، ولأنّ شرطه الاضرار بها، وهو غير متتصور هنا.

في المؤى منها وشروطها

ج ٣ ص ٨٥ قوله رحمه الله: «ويشترط أن تكون منكوبة بالعقد لا بالملك، وأن تكون مدخولاً بها، وفي وقوعه بالمستمنع بها تردد، أظهره المنع»، وجه التردد من تبادر الدائمة من النساء، ومن خصيصها بالأية الشريفة.

حجّة القائل بعدم وقوع الايلاء من المتمتع بها هو إما لتبادر الدائمات من النساء، أو بظهور قوله تعالى «وإن عزموا الطلاق» بعد قوله تعالى «للذين يؤلون من نسائهم»^١، في قبول المؤى منها للطلاق، وهو منتف عن المتمتع بها. ولا قيل: إن لازم صحة الايلاء جواز مطالبتها بالوطى، وهو غير مستحق للمستمنع بها. ولأصالحة بقاء الحال في موضع النزاع. ولقول الصادق عليه السلام في صحيح ابن أبي يعفور «لا ايلاء على الرجل من المرأة التي تمنع بها»^٢. وفي المسالك:

٢ - التهذيب ج ٨ ص ٨ الرقم ٢٢.

١ - سورة البقرة آية ٢٢٦.

المشهور بين الأصحاب اشتراط الدوام في المؤلّى منها، نفلاً عن صاحب الجواهر. حجّة القائل بوقوع الأياء من المتمع بها هو المحكى عن المرتضى من الواقع بها، للعموم في الآية الشريفة السابقة، لأنّها من جملة النساء الذي لا يخصّصه عود الصمير إلى بعض المذكورات سابقاً، وطالبتها مشروطة بالدوام نظراً إلى الغاية، وهو لا يستلزم عدم وقوعه بدون المطالبة. والأصل مقطوع بـالإياء الثابت بالآية الشريفة، وقد تقدّم البحث عن هذه المسألة في باب النكاح كما في المسالك.

في أحكام الأياء

ج ٣ ص ٨٧ قوله رحمه الله: «ولو تجددت أعذارها في أثناء المدة، قال في المبسوط تنقطع الاستدامة عدا الحيض، وفيه تردد»، منشأ التردد من أنّ الحق لها والعدر من قبلها، ومن إطلاق الأدلة.

حجّة القائل بـانقطاع الاستدامة عدا الحيض - أي أنّ مدة الحيض لا تقطعها - لا تحسب من المدة فإذا زال العذر بنت على ما مضى من المدة قبل العذر كما في حاشية الكركي والمسالك، لأنّ الحق لها والعدر من قبلها. ومدة التربص حق للزوج فلا يجب عليه منها ما لا قدرة له على الفئة فيه، بل في كشف اللثام تستأنف مدة التربص لمنعها من ابتداء الضرب... إلى أن قال: وإنما يستأنف ولا يبني على ما مضى لوجوب المتابعة في هذه المدة. كصوم كفارة الظهار ونحوه، وفيه منع واضح.

وعلی كلّ حال تنقطع المدة بتتجدد أعذارها الشرعية والحسنة عند الشيخ الطوسي، نعم يستثنى من ذلك خصوص الحيض، فإنه لا يقطعها إجماعاً، أو لأنّه لقطع لم تسلم مدة التربص أربعة أشهر لتكرر الحيض في كل شهر غالباً. كما في الجواهر، وفي المسالك أيضاً فراجع وتأمل.

حجّة القائل بعدم قطع الاستدامة مطلقاً هو إطلاق الأدلة. والأكثر على عدم

الفرق بين الحيض وبين غيره في عدم قطع الاستدامة، لقيام فئة العاجز مقام الوطي من القادر، وهو في حكم العاجز. وهذا أقوى كما في المسالك. أما أعدار الرجل فلا يقطع المدة ابتداءً ولا استداماًً اجماعاً، للطلاق المذكور.

ج ٣ ص ٨٨ قوله رحمة الله: «قال في المسوط: المدة المضروبة بعد الترافع لا من حين الايلاء، وفيه تردد»، وجده التردد من أنه حقها فيتوقف على مطالبتها، ومن ظاهر الآية حيث رتب التريص على الايلاء.

حجّة القائل بضرب المدة بعد الترافع هو ما عن تفسير العياشي عن العباس بن هلال عن الرضا عليه السلام «ذكر لنا أن أجل الايلاء أربعة أشهر بعد ما يأتيان السلطان»^١.

وحسن أبي بصير المروي عن تفسير علي بن ابراهيم عن الصادق عليه السلام « وإن رفعته إلى الإمام أنظره أربعة أشهر، ثم يقول له بعد ذلك : إما أن ترجع إلى المناكحة وأما أن تطلق ، فإن أبي حبسه أبداً»^٢.

وللمروي عن قرب الاسناد عن البزنطي عن الرضا عليه السلام «أنه سأله صفوان وأنا حاضر عن الايلاء، فقال : إنما يوقف إذا قدمته إلى السلطان فيوقفه السلطان أربعة أشهر، ثم يقول له إما أن تطلق وأما أن تمسك»^٣.

وخبر أبي مريم عن أبي عبدالله عليه السلام «عن رجل آلى من امرأة ، قال : يوقف قبل الأربعة أشهر وبعدها»^٤ ، إلى غير هذه من الروايات وقال به في المسوط ومحكي السرائر والغنية وجامع المقاصد وغيرها ، بل في المسالك هو المشهور ، بل ادعى عليه الاجماع فراجع وتأمل .

حجّة القائل بضرب المدة من حين الايلاء هو عรวม الآية^٥ والأخبار^٦

١ و ٢ و ٣ - الوسائل الباب ٨ من أبواب الايلاء الحديث ٥-٦-٧.

٤ - الاستبصار ج ٣ ص ٢٥٥ . ٥ - البقرة آية ٢٢٦ .

٦ - الوسائل الباب ٩ من أبواب الايلاء .

والأصل والحكمة، لأن الأربعـة أـشهر غـاية صـبرها. وانـسبـاق اـبـتدـائـه من الـإـيلاـعـ وغـيرـذـلـكـ ، بلـعـنـابـنـأـبـيـعـقـيلـ وـابـنـجـنـيدـأـنـهـمـنـحـينـالـإـيلاـعـ ، بلـهـوـخـيرـةـ الفـاضـلـ فـيـالـمـخـتـلـفـ وـولـدـهـ فـيـالـشـرـحـ ، بلـجـزـمـ بـهـ فـيـالـمـسـالـكـ لـتـرـتـيـبـ التـرـبـصـ فـيـ الـآـيـةـ السـابـقـةـ عـلـىـ الـإـيلاـعـ فـلـاـ يـشـرـطـ بـغـيرـهـ.

ولـقولـ الصـادـقـ عـلـيـهـ السـلـامـ فـيـ حـسـنـ بـرـيـدـ بـنـ مـعـاوـيـةـ «لاـ يـكـونـ إـيـلاـعـ إـلـاـ إـذـآـلـىـ الرـجـلـ أـلـاـ يـقـرـبـ اـمـرـأـتـهـ وـلـاـ يـسـهـاـوـلـاـ يـجـمـعـ رـأـسـهـ وـرـأـسـهـاـ ، فـهـوـ فـيـ سـعـةـ ماـ لـمـ تـمـضـ أـلـارـبـعـةـ أـشـهـرـ. فـإـذـاـ مـضـتـ أـلـارـبـعـةـ أـشـهـرـ وـقـفـ ، فـإـمـاـ أـنـ يـفـءـ وـإـمـاـ أـنـ يـعـزـمـ عـلـىـ الطـلاقـ»^١. وـنـحـوـ حـسـنـ الـحـلـبـيـ^٢ وـأـبـيـ بـصـيرـ^٣ عـنـهـ عـلـيـهـ السـلـامـ ، وـالـهـ يـبـلـيـلـ المـصـنـفـ هـنـاـ.

هـذـاـ مـضـافـاـ إـلـىـ منـعـ اـحـتـيـاجـ الـمـدـةـ إـلـىـ الضـربـ ، بلـهـوـمـقـتضـىـ الـحـكـمـ الشـرـعـيـ الثـابـتـ بـالـآـيـةـ الشـرـيفـةـ السـابـقـةـ الذـكـرـ وـالـرـوـاـيـةـ السـابـقـةـ الـمـرـتـبـةـ عـلـىـ مضـيـ الـمـدـةـ المـذـكـورـةـ مـنـ حـينـ الـإـيلاـعـ وـاثـبـاتـ تـوقـفـهـاـ عـلـىـ الـمـرـافـعـةـ يـحـتـاجـ إـلـىـ دـلـيلـ ، وـهـوـ مـنـتـفـ.

أـقـولـ: لاـ يـبـعـدـ تـرـجـيـحـ القـوـلـ الـأـوـلـ وـهـوـ ضـربـ الـمـدـةـ مـنـ حـينـ التـرـافـعـ إـلـىـ الـإـمامـ الـعـادـلـ ، وـالـلـهـ سـبـحـانـهـ الـعـالـمـ بـالـصـوـابـ.

١ - الوسائل الباب ١٠ من أبواب الإيلاع الحديث.

٢ - المصدر الباب ٨ من أبواب الإيلاع الحديث.

٣ - المصدر الباب ٩ من أبواب الإيلاع الحديث.

كتاب اللعان

في أسباب اللعان

ج ٣ ص ٩٥ قوله رحمه الله: «ولا يلحق الولد الخصي المحبوب على تردد»، وجّه التردد من عدم التولّد منه عادة، وعن عدم العلم لنا بالواقع.

حجّة القائل بعدم إلحاق الولد بالخصي المحبوب - وهو الذي لا ينزل في الظاهر والمحبوب الذي قطع ذكره وانشيه بحسب العادة. أنه لا يتولّد منه الولد لعدم الإيلاج والانزال. فمثل هذا لا يلحقه الولد في ظاهر المذهب، ولا يحتاج إلى اللعان لأنّه لا ينزل كما سبق، ولا جرت العادة بأن يخلق مثله ولد. وقواه الشیخ في المبسوط.

حجّة القائل بإلحاق الولد به هو عدم العلم لنا بما يكون التكون منه في الواقع، فيمكن حصوله بالمساحة ولا عادة مستقرة في ذلك. فإنه لوفرض خصي محبوب كانت له زوجة فساحقها فحملت لا يمكن القطع عادة بكون الولد من غيره، لعدم اكتشاف أمر التكون لنا. ومن هنا قال المصنف وغيره أنه يلحق ولد الخصي الذي يلتج ولا ينزل والمحبوب الذي قطع ذكره وانشيه ولكن ينزل بهما، ولا ينتفي ولد أحدهما إلا باللعان، والله سبحانه العالم.

في أحكام اللعان

ج ٣ ص ١٠٠ قوله رحمه الله: «ولو اعترفت بعد اللعان، لا يجب عليها الحد، إلا ان تقر أربع مرات، وفي وجوبه معها تردد»، منشأ التردد من اندفاع الحد باللعان، ومن عموم ايجاب الاقرار أربعاً للحد.

حجّة القائل باندفاع الحد باللعان هو فحوى بعض النصوص القائلة بأنّ اللعان قد مضى. كما في صحيح الحلبّي عن الصادق عليه السلام «في رجل لاعن امرأته وهي حبلى، ثم ادعى ولدها بعد ما ولدت وزعم أنه منه، قال: يُردد إليه الولد ولا يجلد لأنّه قد مضى التلاعنة»^١.

و صحيحه الآخر «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل لاعن امرأته وهي حبلى قد استبان حملها وأنكر ما في بطنه، فلما وضعت اذعاه وأقرّيه وزعم أنه منه، قال: يردد إليه ولده ويرثه ولا يجلد، لأنّ اللعان قد مضى»^٢، إلى غير ذلك من الروايات الواردة في هذا المضمون.

و اختار هذا القول في النهاية والسرائر وجامع المقاصد وغيرها. قال في المسالك: والمصنّف تردد في ذلك نظراً إلى أنها أقرت بزنا سقط حده باللعان، لقوله تعالى «ويدرؤعنها العذاب أربع شهادات بالله»^٣ فلا يعود. وفي الجواهر: الأقوى سقوط الحد هنا وإن أقرت به أربعاء.

حجّة القائل بثبوت الحد إذا اعترفت بالزنا بعد اللعان هو أنه لم يجب عليها مجرد الاقرار اجتماعاً، لأنّ حد الزنا لا يثبت على المقر إلا أن يقرّ أربع مرات. وعلى تقدير إقرارها أربعاء في وجوب الحد عليها قولان، أشهرهما وجوب الحد لعموم مادل على وجوبه على من أقرّيه أربعاء مكلفاً حرّاً مختاراً. وقواه في المسالك، وذهب إليه الشيخ الطوسي في النهاية وأتباعه وابن إدريس والعلامة للعموم المذكور.

ج ٣ ص ١٠١ قوله رحمه الله: «لأنّ تصادق الزوجين على الزنا لا ينفي النسب، إذ هو ثابت بالفراش، وفي اللعان تردد»، وجه التردد من ثبوت النسب للولد ظاهراً، ومن أن-

١ - الوسائل الباب ٦ من أبواب اللعان الحديث ٤، ٢.

٣ - سورة النور آية ٨.

اللعان هنا غير متصور.

حجّة القائل بثبوت النسب ظاهراً و عدم اللعان لاعترافها بعدم الاحسان، فإذا قذفها بالزنا و صادقت عليه قبل اللعان، سقط عنه الحد لعدم حصول موجبه، إلا أن يقر أربعاً فإن ولدت من الوطى الذي تصادقا عليه بأنه زنا فهو لاحق بها شرعاً، لأنّها فراش والولد للفراش. و قولهما في نفيه غير مقبول، لأنّه إقرار في حق الغير، فإن تلاعنا انتفى عنه حينئذ. هذا ما ذكره الشيخ الطوسي في المبسوط، وهو جيد في محله كما نقله صاحب المسالك. وفي كشف اللثام: وينشأ الاشكال من أن اللعان على خلاف الأصل، ولم يظهر لنا ثبوته إلا اذا تكاذبا، ولا تكاذب هنا.

حجّة القائل بثبوت اللعان هو عموم ثبوته لنفي الولد، لأنّها اذا كانت هي المصدقة وهناك نسب - أي مشتبه في كونه من الزنا الذي قذفها به الزوج - فلا ينتفي الولد بمجرد تصديق الزوجة زوجها فيما قذفها به من الزنا، لأنّه إقرار في حق الغير - أي في حق الولد - لأن تصدقها ضدّ مصلحة الولد، فإقراراها لا ينفذ بحق الولد. فإذا صادقه على أصل الزنا دون كون الولد منه، توجّه اللعان منها لإمكان شهادتها بكذبه في نفيه وإن ثبت زناها.

وقال في المسالك: في مثل هذه الصور الأقوى ثبوت اللعان. وقال في الجواهر حاكياً عن الشيخ الطوسي: أما نفي الولد فلا، إذ الاعتراف بالزنا لا ينافي لحق الولد، لقاعدة الفراش التي شرع اللعان لها، بل قد يقال لصحة اللعان منها أيضاً في صورة اعترافها بالجهل، واحتمال الأمرين لإمكان شهادتها بالله على كذبه في نفيه مع فرض الالحاق به شرعاً. وأما لعانه فلعله لعلمه بعدم الوطى الموجب للالحاق به. وبالجملة فالتردد الواقع من المصنف فيما ذكره الشيخ وتبعه عليه الفاضل في القواعد في غير محله... إلى آخر ما ذكره صاحب الجواهر، وفيه تفصيل أكثر أخذنا محل الحاجة منه والله أعلم.

كتاب العتق

في صيغة العتق

ج ٣ ص ١٠٥ قوله رحمه الله: «أما العتق فعبارةه الصريحة التحرير، وفي الاعتق تردد»، وجّه التردد من أنه مرادف للتحرير، ومن أنه كناية عنه فلا يقع به. حجّة القائل بوقوع العتق بلفظ الاعتق كـ«أعتقتك»، أو أنت معتق أو عتيق»، أنه هو الأصح. لدلالته عليه لغةً وعرفاً وشرعًا، بل استعمال العتق به أكثر من لفظ التحرير. كما هو كثير في عبارات الفقهاء وكلام النبي صلى الله عليه وآله والائمة الأطهار عليهم السلام.

ففي قوله صلى الله عليه وآله كما عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: مَنْ أَعْتَقَ مُسْلِمًا أَعْتَقَ اللَّهَ الْعَزِيزَ الْجَبَارَ بِكُلِّ عَضُوٍّ مِنْهُ عَصْوًا مِنَ النَّارِ»^١. وعن معاوية بن وهب عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث طويل «قال: ولقد أعتق علي عليه السلام ألف مملوك لوجه الله عزوجل دبرت فيهم يداه»^٢، إلى غير هذا لكثير من الروايات.

وفي شرح الممعنة: والأقرب وقوعه به لغلية الاستعمال، أي وقوع العتق بقوله أنت عتيق أو معتق، ثم قال: واتفق الأصحاب على صحته، أي على صحة التحرير بلفظ العتق، في قول السيد لأمته: أعتقتك وتزوجتك وجعلت مهرك عتكلك.

حجّة القائل بعدم وقوع العتق بلفظ الاعتق كما فيمن قال لأمته: أعتقتك

١ و ٢ - الوسائل الباب ١ من أبواب العتق الحديث ٣ و ٤.

وجعلت عتقك صداقك ، هل هو إنشاء العتق بذلك أو هو إخبار لها بالحال ، وإن كان العتق قد حصل قبل ذلك بقوله: هي حرة وجعلت عتقها صداقها. وإن كان الظاهر من العبارة الانشاء لكن في الروضة: إن ظاهرهم عدم العتق بهذه العبارة، بل وبالتصريح مختصاً كـ«حررتك»، ولعله لبعده عن الانشاء وقيام الماضي مقام الانشاء في العقود على وجه النقل، خلاف الأصل فيقتصر فيه على محله. وفي الجواهر المتجه الاقتصار على الصيغة من التحرير بـ«أنت حرّ»، دون «أنت عقيق أو معتق»، ضرورة كون المدار على ما ثبت من النصوص إنشاء التحرير به، وليس هو إلا أنت حرّ مثلاً، واعتقتك بناءً على أحد الوجهين في النصوص المذكورة. فلا وجه للاحاق غيرها بها من الصيغ، لأن الصالة عدم ازالة الرق كما نصّ على ذلك كله صاحب الجواهر.

ج ٣ ص ١٠٦ قوله رحمة الله: «ولو قال لأمته يا حرّة وقد العتق، في تحريرها تردد، والأشبّه عدم التحرير، لبعده عن شبه الانشاء»، منشأ التردد من أنها بغير هيئة الصيغة المعهودة، ومن أنها مجاز بحرف النداء عن معنى أنت.

حجّة القائل بعدم التحرير هو بُعد النداء عن الانشاء، والتحرير يحتاج إلى إنشاء. والأشبّه عند المصنف وغيره عدم التحرير، في كشف اللثام: إنما هو إنشاء للنداء وإن جاز التجوز به عنه، أي عن الانشاء لكنه استعمال نادر يُعد من الكنایات وفي المسالك: والعتق لا يقع بالكنایة عندنا ، وهذا أشبّه.

حجّة القائل بوقوع التحرير بالنداء إذا قصده هو أن الغرض عدم إرادة معنى النداء منه، بل المراد منه إنشاء العتق وليس فيه إلا التجوز بموضوع الصيغة وهو أنت من حروف النداء. ومن المعلوم أنّ موضوع الصيغة لا يعتبر فيه إلا ما يميزه من لفظ «أنت» و «هو» و «هذا» و «فلان» وغيرها من الألفاظ الحقيقة أو المجازية المعينة له ، وإنما الممنوع الكنایة والتجوز بمجموع الصيغة الذي هو حرّ ، كما ذكره في الجواهر، وفيه مزيد بيان أخذنا منه محل الحاجة.

و في المسالك ومن العامة من قطع بوقوع العنق بالنداء بقصد الاعتقاق قطعاً، ومع الإطلاق لو قصد النداء بالاسم على خلاف، بمعنى أنه لا يقبل منه دعوى النداء ظاهراً على أحد الوجهين.

ج ٣ ص ١٠٦ قوله رحمه الله: « ولو كان اسمها حرّة، فقال: أنت حرّة، فان قصد الإخبار لم تُنْتَقَ، وان قصد الانشاء صحّ. ولو جهل منه الأمران ولم يكن الاستعلام، لم يحكم بالحرّية لعدم اليقين بالقصد، وفيه تردد»، وجه التردد من العمل بحقيقة اللفظ، ومن التمسك بالاحتمال.

حجّة القائل بالحرّية في مقام جهل الحال بالموت وغيره ولم يعلم قصده، هو أن اللفظ صريح بالحرّية والصريح لا يحتاج إلى الإخبار عن قصده كما هو معلوم، ذكره صاحب المسالك.

حجّة القائل بعدم الحرّية هو أن اللفظ خرج عن الصراحة باحتمال إرادة الإخبار عن الاسم، أي لاحتمال أنه قصد الإخبار باسمها لا إنشاء الحرّية. ومع قيام الاحتمال يستصحب بقاء حكم الرّق، وهذا أولى إن لم تحصل قرينة خارجية ترجح جانب الإنماء، فإن ترجيحه بحسب حال اللفظ قريب الأمر، فإن انضمّ إليه قرينة أخرى زاده قوّة وكان العمل به أقوى. كما ذكره في المسالك، وفي اللّمعة قوّى عدم الواقع.

أقول: عدم الحرّية وجيه جداً لأصالة الرقية المحكمة من غير معارض لها، والله سبحانه وأعلم.

في شروط المُعتيق

ج ٣ ص ١٠٧ قوله رحمه الله: «وفي عنق الصبي - اذا بلغ عشرًا - وصدقته تردد، ومستند الجواز روایة زارة عن أبي جعفر عليه السلام»، وجه التردد من عدم الاعتداد بعباراته، ومن ورود الدليل في جواز عنته.

حجّة القائل بعدم الاعتداد بعبارة الصبي إذا بلغ عشرًا كما في باب النكاح، أنه لا عبرة في النكاح بعبارة الصبي كغيره من العقود ايجاباً وقبولاً لا لنفسه ولا لغيره. كما في الجواهر، ومنعه ابن ادريس نظراً إلى كونه محجوراً عليه، واختاره العلامة وهو ظاهر قول ابن الجنيد، أي المعن.

وفي هذا الباب من العتق فيه خلاف، فالأكثر كما في كشف اللثام، على عدم صحة عتقه لإطلاق الأدلة في سلب عبارته. وفي شرح اللمعة: فلا يقع - أي العتق - من الصبي وإن بلغ عشر سنين.

حجّة القائل بصحة عتقه هو ما رواه الشيخ الطوسي عن موسى بن بكيرون زرارة عن أبي جعفر عليه السلام «قال: اذا أتى على الغلام عشر سنين، فإنه يجوز له من ماله ما اعتقد وتصدق على وجه المعروف فهو جائز»^١. وباسناده عن صفوان بن يحيى عن موسى بن بكيرون مثله، إلا أنه قال: «على حد معروف وحق فهو جائز»^٢، بل رواه الكليني أيضاً عن عدة من أصحابنا، عن سهل بن زياد وأحمد بن محمد بن عيسى جميعاً، عن صفوان بن يحيى ... الخ.

وفي النافع أسنده إلى رواية حسنة وظاهره الميل إليه، بل ربما يؤتيده ما تقدّم من جواز وصيته بالمعروف التي منها العتق بل منها التدبير، بناءً على أنه وصية به، وذلك لاستبعاد صحته تدبيراً وعدمها تنجيزاً، وإن ناقش في الرواية صاحب المسالك فطرحها تارة، وحملها على معنى آخر ثانية. كما ذكره في الجواهر، فراجع وتأمل.

في أحكام العتق

ج ٣ ص ١٠٩ قوله رحمه الله: «وأختلفت القيمة ولم يمكن التعديل، أخرج ثلثهم قيمة وطرح اعتبار العدد، وفيه تردد»، وجّه التردد من اعتبار القيمة كانت التركة أثلاً ثاً

^١ و ٢ - الوسائل الباب ٥٦ من أبواب العتق كتاب العنق الحديث ١

لكن العدد مختلف، ومن اعتبار العدد وجعلت كل عبدين سهماً إذا كانوا ستة لكن اختلفت القيمة.

حجّة القائل باعتبار القيمة وترك العدد كما أن القيمة للدار إذا لم يكن بالمساحة والجزاء عدل بالقيمة، وإن القسمة في غير مقام العتق كذلك. ووافق عليه الاكثرون من علمائنا كما نقل عن الرياض، بل عن ظاهر المسوط الاجماع عليه. وفي الجواهر: الأقوى الأول ضرورة كون المقام كغيره. وفي المسوط: الأول أصح عندنا. وفي المسالك: وفي تعديلهما بالقيمة أو العدد وجهان، أظهرهما اعتبار القيمة، فيجعل الواحد ثلثاً والاثنين ثلاثة ثلثاً، لأن المقصود الذاتي من العبيد المالية دون الاشخاص.

حجّة القائل باعتبار العدد وترك القيمة هو أن يضم إلى كل من قيمته ألف واحداً من الثلاثة الذين قيمتهم ألف، فيكون عبدان بأكثر من ألف، وعبدان بأقل من ألف، وعبدان بـألف، لأن النبي صلى الله عليه وآله جعل كل عبدين جزءاً^١

فالذى يعتبر العدد يقرع، فإن خرج القرعة الحرية على الذين قيمتها ألف عتقاً ورُقّ الباقيون، وإن خرجت القرعة الحرية على الذين قيمتها أكثر من ألف، لم يكن عتقها معاً، فنعيد القرعة بينهما، فإن خرجت الحرية لمن قيمتها ألف عتق ورُقّ الآخر والباقيون، وإن خرجت الحرية على من قيمتها أقل من ألف عتق وعтик من الذي قيمتها ألف تمام الثلث ورُقّ بقيمتها والباقيون. وخبر الأنصارى المستبعد منه تساوى القيمة، بل عن بعض العامة الجزم باعتبار العدد في التعديل، وإن وافقنا على أنه ينعتق إلا الثالث قيمة، كما ذكره في الجواهر، وفيه مزيد بيان وتوضيح فراجع وتأمل، فإنه دقيق والله أعلم.

ج ٣ ص ١١٠ قوله رحمه الله: «إذا اعتقد ملوكه عن غيره باذنه، وقع العتق عن الأمر، وينتقل الى الأمر عند الأمر بالعتق ليتحقق العتق في الملك، وفي الانتقال تردد»، منشأ التردد من الخلاف في وقت انتقال الملك للأمر، هل هو عند الفراغ من العتق أو من أول الشروع؟

حجّة القائل بانتقال الملك الى الآخر هو قول الشيخ الطوسي ، إنه ينتقل بعد قول العتق «أعتقدت عنك» ثم ينعتق بعده، إذ اقتضاء العلة الواحدة الشيئين بالترتيب بينهما ممكن ثابت. على نحو ما قلنا في شراء من ينعتق عليه، ونحوه ما يقال فيها لوقاً: «أنت وكيلي على بيع داري» مثلاً، فيقبل الوكالة بأن باع مثلاً ، فإن البيع حينئذٍ كاشف عن قبول الوكالة، وهو ايجاب للبيع وقد حصل في زمان واحد لكنها متربّان طبعاً. ونظائره في ذلك كثيرة، بل قد يقال: إنه يكفي في الصحة اتحاد زمانها، لصدق كون العتق في ملك ، إذ ليس معناه اعتبار سبق الملك على العتق زماناً.

وبالجملة فالظاهر اتفاق الأصحاب على المسألة والاتفاق على الاجزاء على أي نحو من أنحاء الانتقال الى آخر ما ذكره في الجواهر. وفيه أقوال أخرى تركنا ذكرها، واتفاقهم على مثل الاجزاء يكفي وإن اختلفت الأنظار في الكيفية، والله أعلم بالصواب.

حجّة القائل بالانتقال بشروعه في لفظ الاعتقاد وينعتق اذا تم اللفظ ، بمجموع الصيغة فالجزء علة للملك وهو ملك الأمر، والكل سبب لزوال ملكه عنه بالاعتقاد. وهذا نقل عن المفيد والعلامة والفارخر، وهذا الأمر جاء في كثير من الأبواب مفروغ من صحته، بل هو نحو ما لوقاً المالك : «اعتقد عبيدي عن كفارتك بكذا» مثلاً ، فأعتقده فإنه يدخل في ملكه بذلك بعد تقدم الكلام المزبور من المالك ، الذي صار كالايجاب لوفرض وقوع العتق مقارناً ، وإلا كان توكيلاً له في تملك العبد متى شاء بالثمن المزبور، ومن ذلك يعرف النظر في كثير من

الكلمات في المقام.

و قيل : يحصل الملك بالأمر المقترب بصيغة العتق ، فيكون تمام الصيغة كاشفًا عن سبق الملك عليها ، وعدم ايقاعها بعد الاستدعاء . ومن هذا ومثله من الاشكالات قال المصنف : إن الوجه الاقتصار على الثرة ، وهي صحة العتق عن الأمر وبراءة ذمته من الكفاره . ولا يجب البحث عن وقت الانتقال - أي انتقال الملك للآخر . وهو الصحيح ، لأن البقية من الأقوال احتمالية ، والله العالم بالصواب .

ج ٣ ص ١١٠ قوله رحمه الله : « اذا اعتقد ثلاثة إماء في مرض الموت ، ولا مال له سواهن اخرجت واحدة منهن بالقرعه ، فإن كان بها حمل تحدد بعد الاعتقاد فهو حر جماعاً . وإن كان سابقاً على الاعتقاد ، قيل : هو حر أيضاً ، وفيه تردد » ، منشأ التردد من أنه تابع لأمة فيكون حرأ ، ومن بقائه على أصل الرقية لعدم المقتضي .

حجّة القائل بحرية الحمل اذا كان سابقاً على الاعتقاد هو أنه تابع لأمة . كما في روایة السکونی عن جعفر عن آبائهما علیهم السلام « في رجل أعتقد أمة وهي حبل فاستثنى ما في بطنه؟ قال : الأمة حرّة وما في بطنه حرّ، لأن ما في بطنه منها »^١ ، وعمل الشیخ الطوسي بضمونها ، وتبعه جماعة للتعليق المذكور .

نص كلام الشیخ في المسوط : فإن كانت حاملاً حين الاعتقاد عتق ، وعند حملها تبعاً لها ، وكان عليه الولاء لأنّه قد مسّه دم . وقال ابن ادریس : الأصل حرية ما في بطنه ، ولا دليل يعارضه من كتاب ولا سنة . نعم هو مذهب الشافعی ، بناءً على أنّ الحمل كبعض أعضائها فيعتق بالسرایة كما في التبيّح .

حجّة القائل ببقاء الحمل على الرق هو عدم المقتضي للحرية شرعاً ولاعرفاً . فيبيق على أصل الرقية ، بل هو أولى من البيع في ذلك كما ذكره صاحب

الجواهر. وقال في المسالك: أكثر علمائنا على أنّ الحمل في حكم المنفصل من أمه، ولا يتبعها في العتق ولا في البيع، ولا غيرهما ما لم يصرّح بادخاله. وفي اللمعة الدمشقية ما لفظه: وعتق الحامل لا يتناول الحمل، كما لا يتناوله البيع وغيره، لل McGuire - أي مغايرة الحمل للحامل - فلا يدخل أحدهما في مفهوم الآخر، سواء استثناه أم لا، وسواء علم به أم لا.

أقول: من لاحظ وتتبع كلام السلف يجد هذا القول لا يخلو من قوة، والله أعلم.

ج ٣ ص ١١٣ قوله رحمه الله: «وإذا دفع المعتق قيمة نصيب شريكه، هل ينعتق عند الدفع أو بعده فيه تردد، والأشبه أنه بعد الدفع، ليقع العتق عن ملكه»، وجه التردد من أنه يقع بعد الاداء ليقع العتق عن ملك ، ومن إمكان وقوعهما معاً.

حجّة القائل بالانتعاق بعد دفع القيمة هو الذي اختاره الشيخ الطوسي : إن السراية في العتق تقع بعد أداء القيمة ليقع العتق عن ملك ، لعموم ما ورد عن مسمع بن سيار عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا عتق إلا بعد ملك ، أو إلا في ملك »^١ ، وأنه يثبت الولاء له ، وهو يقتضي وقوع العتق في ملك .

حجّة القائل بالسراية للعтик عند دفع القيمة ليقع العتق والملك مقتربين ، هو الذي مال اليه المصنف أنهما يقعان معاً - أي الملك والعتق - ويكون الملك قبل تمام الدفع ضمنياً كما في عتيق المأمور، واستحسنه في المسالك ، ويجرى على القول بتعجيل السراية توجّه الحكم بعتقهما معاً أيضاً من غير تأخّر السراية عنه لما ذكر. ولظهور الأدلة في انتعاقه بمجرد الاداء.

وقال في الجواهر: لا إشكال في احتياج العتق هنا الى صيغة، هذا

١ - الوسائل باب ٥ من أبواب العتق الحديث . ٢

والمشهور بين الأصحاب حصول العتق في باقي المملوك ، للسرaya اليه من الجزء الذي اعتقد في الجملة . والأصل فيه قوله النبي ﷺ «من اعتقد شقاصاً له من عبد وله مال قوم عليه الباقي» . ومن طريق آخر قال ﷺ : «من اعتقد شقاصاً من عبد اعتقد عليه كله»^١ .

ج ٣ ص ١١٣ قوله رحمه الله : «وإذا ملك شقاصاً من ينعتق عليه لم يقوم عليه إن كان معسراً . وكذلك لو ملكه بغير اختياره ، ولو ملكه اختياراً وكان موسراً ، قال الشيخ : يقوم عليه ، وفيه تردد» ، منشأ التردد من أن الملك مع العلم بمنزلة مباشرته العتق ، ومن أنه اختار الملك لا العتق .

حجّة القائل بالتفوييم هو الذي ذهب إليه الشيخ في المبسوط وجماعة معه ، معلّلين أنّ ملكه مع العلم بأنه ينعتق عليه بمنزلة مباشرته للعtec ، لتساويهما السببية ، فيتناوله عموم «من اعتقد شقاصاً له من عبد وله مال قوم عليه الباقي» ، كما سمعت الحديث النبوى ، لأنّ فاعل السبب اختياراً كفاعل المسبب كما ذكره صاحب المسالك .

حجّة القائل بعدم التفوييم هو أنه إنما اختار الملك لا العتق ، فلا يصدق عليه أنه أعتقد حقيقة وأيضاً نمنع أن اختيار السبب يوجب اختيار المسبب مطلقاً ، أو فعله يقتضي فعله ، لأن المسبب يتربّى على السبب على وجه الإيجاب لا الاختيار .

ولوقيل بالفرق بين العالم بالحكم والنسب فيسري عليه العتق ، والجاهل بهما أو بأحدهما فلا يسري كان حسناً ، إذ لا يتوجه اختيار المسبب لمختار السبب بدون ذلك كما ذكره في المسالك .

ج ٣ ص ١١٤ قوله رحمه الله : «وفي عتق من مثل به مولاه تردد ، والمروي أنه

ينعق»، وجه التردد من النصوص الواردة، ومن الأصل الذي استند إليه ابن ادريس. حجّة القائل بعتق من مثل به مولاه هو ما روي في مرسل جعفر بن محبوب عن الصادق عليه السلام أنه قال: «كل عبد مثل به فهو حر»^١. وعن هشام بن سالم عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام «قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في من نكل بمملوكه أنه حر لا سبيل عليه، سائبه يذهب فيتولى إلى من أحب فإذا ضمن حدثه فهو حر»^٢، قال الصدوق وروي «في امرأة قطعت يدي ولديتها أنها حرّة لا سبيل لمولاتها عليها»^٣. إلى غير ذلك من النصوص المنجبرة بالشهرة العظيمة التي لا مخالف لها إلا ابن ادريس.

وقال الشيخ في الخلاف: اذا عمى العبد أو أقعد أو نكل به صاحبه انعقدت عليه اجماع الفرقـة وأخبارهم، إلى غير ذلك.

أقول: القول بعتق من مثل به مولاه لا يخلو من قوة والله سبحانه أعلم.

حجّة القائل بعدم عتق من مثل به: والمخالف في عدم الانتقام هو ابن ادريس رحمه الله تعالى قال: إن الأصل الحرية إلا ما ثبت رقه مثلاً. وفي الحقيقة: الحكم في انتقام المملوك بهذه العوارض كالعمى والاقعاد والتتكيل غير واضحة، لأنّ عجزه عن الاكتساب يناسبه استصحاب الرق، لتجب نفقة على المولى. فليقتصر منه على محل الوفاق أو النص الصالح لإثبات الحكم. كما ذكره صاحب المسالك، ثم قال: والواجب الرجوع في موضع الاشتباه إلى حكم الأصل، وهو استصحاب حكم الرق إلى أن يثبت المزيل.

أقول: لعل ابن ادريس رحمه الله ناظر إلى هذا المぬ الذي نصّ عليه صاحب المسالك، والله سبحانه العالم بالصواب.

^١ و^٢ و^٣ - الوسائل الباب ٢٢ من أبواب العتق، كتاب الحديث ٢ و ٣

كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاد

ج ٣ ص ١١٧ قوله رحمه الله: «التدبير: هو عتق العبد بعد وفاة المولى». وفي صحّة تدبيره بعد وفاة غيره كزوج المملوكة، ووفاة من يجعل له خدمته تردد، أظهره الجواز، ومستنده النقل»، منشأ التردد من عدم الفرق بين الأشخاص، ومن تخصيص التدبير بوفاة المولى فقط.

حجّة القائل بصحة تدبير المملوك وتعليقه على وفاة غير المولى من زوج أو مخدوم المملوك هو الأصل، أي الأصل الأولي هو أنّ التعليق على الأشخاص من غير فرق بينهم، سواء كان المعلق على وفاته المولى أو الزوج أو المخدوم.

و لصحيحه يعقوب بن شعيب «قال: سألت أبي عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له الخادم فيقول: هي لفلان تخدمه ما عاش فإذا مات فهي حرّة، فتأبق الأمة قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ست سنين ثم يجدها ورثته، ألم أن يستخدموها إذا أبقيت؟ قال: إذا مات الرجل فقد عتقت»^١.

ولرواية الحسن بن محبوب عن محمد بن حكيم «قال: سألت أبي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام عن رجل زوج أمته من رجل حرّ قال لها: اذا مات الزوج فهي حرّة، فمات الزوج، قال: اذا مات الزوج فهي حرّة، تعتد عدة المتوفى عنها زوجها، ولا ميراث لها منه، لأنّها إنما صارت حرّة بعد موت الزوج»^٢.

١ - الوسائل الباب ١١ من أبواب التدبير الحديث ١-٢.

و اختلف الأصحاب في صحة العتق معلقاً على وفاة غير المولى في الجملة، وذهب إلى الصحة جماعة منهم المصنف والعلامة وقبله الشيخ الطوسي وأتباعه، استناداً إلى الروايات التي ذكرنا بعضها، بل المشهور ذهب إلى هذا.

حجّة القائل بتخصيص التدبير بوفاة المولى فقط هو العمل بالمتيقّن،
ذهب إليه ابن ادريس وهذا دليله:

إنّ القدر المتيقّن من التدبير هو المعلق على وفاة المولى ، دون غيره من زوج أو مخدوم ، فهما محل تأمل .

خلاصة دليله الثاني : إن التدبير الوارد في الشرع هو التدبير المعلق على وفاة المولى ، ولا يتعدى إلى غيره .

خلاصة دليله الثالث : إن التدبير يبطل بالإباق ، ولا خلاف في ذلك سواء كان الإباق من المولى أم من غيره ، لملازمة بينهما .

ثم رد رحمة الله على الصحّيحة المقدمة التي استدلّ بها على الجواز المشهور، بأنها مخالفة للاجماع ، لأنّ الاجماع قام على بطلان التدبير بالإباق مطلقاً - أي سواء كان من المولى أم من غيره - .

هذا خلاصة ما أشار إليه صاحب اللمعة وبعض التعاليق عليها ، وإن أجاب على أدلة ابن ادريس .

أقول : لا يخفى أنّ المسألة لا تخلو من خفاء ، حيث إن بعضهم جعلها مستقلة لا ربط لها بالتدبير المصطلح وأنها وصيّة في العتق ، وبعض جعلها من التدبير المعلق على موت أي فرد كان ، وبعض خصّها بموت المولى فقط . فهي معركة للآراء ، وفيها تفاصيل مطولة كما في المسالك والجواهر ، لا يسع ذكر الجميع هذا المختصر ، ولا يمكن القطع بشيء مما ذكر فراجع وتأمل ، والله سبحانه العالم بالصواب .

صيغة التدبير وما يشترط فيها

ج ٣ ص ١١٨ قوله رحمه الله: «وفي اشتراط نية القرية تردد، والوجه أنه غير مشرط»، وجه التردد من أن التدبير وصية فلا يشترط فيها نية القرية، ومن أنه عتق بشرط فيحتاج إلى نية.

حجّة القائل بعدم اشتراط نية القرية في التدبير هو أنه وصية في العتق بعد الوفاة، فلا حاجة للنية كسائر الوصايا.

وقال في الجواهر: والوجه عند الشيخ والمصنف وجماعه ممن تبعهما، أنه غير مشرط، لإطلاق الأدلة، ولما سترى من كونه وصية لاعتقاً ولا خلاف في عدم اعتبار النية في الوصية.

وفي اللمعة الدمشقية: ولا يشترط في صحته نية التقرب به إلى الله تعالى، وإن توقف عليه حصول الثواب على الأقوى، للأصل، وأنه وصية لا عتق بصفة - أي لا أنه عتق بصفة كونه بعد الموت - حتى يحتاج إلى قصد القرية، فالمسألة مبنائية.

أقول: لا يبعد عدم الاشتراط لترجح الوصية بالعتق في محله. وقوى عدم الاشتراط صاحب المسالك، والله سبحانه أعلم.

حجّة القائل باشتراط نية القرية في التدبير بناءً على أنه عتق - لكنه غير منجز - ثبت مشروعيته، فيشمله حينئذ ما دلّ على أنه لا عتق إلا ما أُريد به وجه الله تعالى. كما في رواية غير واحد، عن أبي عبد الله عليه السلام^١، وغيره من الأدلة التي دلت على اعتبار القرية في العتق. مضافاً إلى الاجماع المحكمي عن المرتضى على ذلك ، وعلى عدم جواز تدبير الكافر لعدم تأتي نية التقرب منه.

١ - الوسائل الباب ٤ من أبواب العتق كتاب العتق الحديث .

وقال الشيخ في الخلاف: المسألة الأولى من كتاب التدبير إذا قال لعبدة: أذامت فأنت حر أو محرر أو عتيق أو معتق، كان صريحاً غير أنه لابد فيه من النية. كما نقوله في صريح الطلاق والعتاق، فإن عرى عن النية لم يكن له حكم، وقال الفقهاء: ذلك صريح لا يحتاج إلى نية. انتهى كلامه. وفي المبسوط: لابد من النية عندنا.

أقول: المسألة تبني على أن التدبير وصية فلا حاجة إلى النية، وإن قلنا التدبير عتق يحتاج إلى النية، والظاهر أن التدبير بالوصية أشبه. كما قدمنا بيانه، والله أعلم.

في المباشر

ج ٣ ص ١٢٠ قوله رحمه الله: « ولو كان عن فطرة لم ينعتق المدبر بوفاة المولى، خروج ملكه عنه، وفيه تردد»، وجه التردد من خروج المدبر عن ملكه، ومن سبق حق المدبر على حق الوارث.

حجّة القائل بعدم انعتاق المدبر إذا مات مولاًه بعد الارتداد عن فطرة هو خروج الملك عنه بالارتداد. فلم يحصل شرط صحة العتق، الذي هو استمرار الملك للمولى إلى الموت، والشرط عدم عند عدم شرطه حتى يعتق عن ملكه، لأنّه لا عتق إلا في ملك. ومنهم من قال: لا يعتق لأنّ العتق وصية، فلا ينفذ منها شيء حتى يحصل للوارث مثلاً، وما حصل للوارث.

وحجّة القائل ببقاء التدبير مع ارتداد المولى عن فطرة هو أنه ينعتق تزيلاً للردة منزلة الموت، ومن سبق حق المدبر على حق الوارث فلا ينتقل إليه، خصوصاً عند من يمنع من بيع المدبر، فإذا مات السيد انعتق ثلاثة لا غير، إذ لا مال له سواه. وهل يعجل للورثة الشisan؟ يحتمله لعدم فائدة حبسه عنهم، إن لم نقل بقبول توبته، وإلا فالفائدة محتملة بتجدد مال له آخر على تقدير التوبة كما

في المسالك. وفي المبسוט أطلق القول ببقاء التدبير مع الارتداد.
أقول: القول الأول قوي، وهو بطلان التدبير للوجه السابق وانتقال المال عنه
ب مجرد الارتداد. ومن جملة المال العبد فينتقل الى الوارث. والله أعلم.

ج ٣ ص ١٢٠ قوله رحمه الله: «ولو ارتد لا عن فطرة، ثم دبر، صح على تردد»، وجه
التردد من عدم اعتبار نية القرية، ومن أنه محجور عليه.

حجّة القائل بصحة تدبير من ارتد لا عن فطرة بناءً على عدم اعتبار القرية في
التدبير، لإطلاق الأدلة، وعدم خروج مال المرتد عن ملكه بالارتداد المذكور،
ولكن مع ذلك قال المصنف: على تردد.

قال في الجواهر: لا وجه للتردد بعد جزمه بصحة تدبير الكافر المبني على عدم
اشتراط القرية. ومن هنا جزم بالصحة في القواعد على تقدير عدم الاشتراط، إلا
أنه قال: فإن تاب نفذ وإلا فلا، وظاهره أنّ الصحة مراعاة بذلك.

حجّة القائل بعدم صحة نفوذ تدبير المرتد لا عن فطرة مع عدم التوبة هو أنه
محجور عليه كالسفه، على وجه لا يصح التصرف فيه، وإن لحقته التوبة التي
تفك الحجر عنه حين حصولها لا فيها تقدم عليها، بل حكى في شرح ترددات
الكتاب عن المبسוט الحكم بالبطلان للحجر المذكور.

كما ذكر في كشف اللثام تبعاً للدروس وللصيمرى تعليل عدم النفوذ مع عدم
التوبة للحجر. ولعلّ وجه التردد حينئذٍ على معنى أنه يصح جزماً، لعدم ثبوت
الحجر عليه. وتحمل الصحة مراعاة أو على معنى أنه يصح، ولكن قد تردد في
الصحة لكونه محجوراً عليه كما في الجواهر.

في أحكام التدبير

ج ٣ ص ١٢١ قوله رحمه الله: «ولو أعتقد صاحب الحصة القن، لم يجب عليه فك الحصة
المدبرة على تردد» منشأ التردد من الأصل، ومن القول بالسراية.

حجّة القائل بعدم وجوب فك الحصة المدبرة هو عدم المقتضي لذلك، فأصالة البقاء بحالها. وقال الشيخ في المسوط: وان أعتقد سيد القرن نصبيه فيه، قال قوم: يقوم عليه النصف الذي هو مدبر، وقال آخرون: لا يقوم، وهو الأقوى عندى.

و قال في الخلاف: اذا كان بينهما فدبر أحدهما نصبيه وأعتقد الآخر نصبيه، لم يقوم عليه هذا النصف المدبر، والدليل أنّ الأصل براءة الذمة. وتقوم ذلك عليه يحتاج الى دليل، ثم قال: وللشافعي فيه قولان، أحدهما مثل ما قلنا، والثاني يقوم عليه.

حجّة القائل بوجوب فك الحصة المدبرة هو سراية العتق. كما حكى عن المرضي وبعض العامة من القول بالسراية، كالعتق المنجز، لأنّه يوجب استحقاق العتق بالموت، فصار كالاستيلاء الموجب لتقوم حصص الشركاء عليه. وإن أشكّل على هذا بالفرق بين الاستيلاء والتدبير، من أنّ الأول كاً لخلاف حيث إنّه يمنع التصرف بالبيع ونحوه ولا سبيل الى دفعه، بخلاف الثاني وهو التدبير لإمكان الرجوع.

وفي المسالك: إذا كان المعتق هو الشريك الذي لم يدبّر، فهل يسري الى نصيب شريكه المدبر؟ القولان السابقان: فعند الشيخ لا يسري، لأنّ حصة التدبير لها جهة عتق. والأكثر وهو الأصح على ثبوت السراية، لأنّه لم يخرج عن ملكه بالتدبير. هذا نصّ كلامه رفع مقامه، فراجع وتأمل فيه والله أعلم.

في أركان المكاتبنة

ج ٣ ص ١٢٦ قوله رحمة الله: «ويعتبر في الموجب البلوغ وكمال العقل والاختيار وجواز التصرف، وهل يعتبر الاسلام؟ فيه تردد، والوجه عدم الاشتراط»، منشأ التردد من كون المكاتبنة عتقاً ببعض وهي عبادة، ومن منع كونها عتقاً وإن ترتب عليها التحرير.

حجّة القائل باعتبار الاسلام هو أن الكتابة عتق بعوض، وهو لا يصح من الكافر مطلقاً - أي سواء كان مقرأً بالله تعالى أو جاحداً، كما تقدم من كون العتق عبادة تحتاج إلى نية القرية فلا تصح من الكافر. ومال في الرياض إلى عدم جواز كتابة الكافر إن لم يكن أجمعـاً. ولأصلـة الفساد بعد اختصاص أدلة مشروعـية الكتابة كتاباً ١ـة بالـمسلم، الذي هو المخاطـب بالآية الشرفـة قوله تعالى «وَكَاتِبُهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا»^٢، الخـير المراد به الإيمـان كما في بعض النصوص الذي يزعمـه الكافـر شـرـاً.

ولا عموم في السنة ولا إطلاق سوى موثقة سماعـة^٣، عن أبي عبدالله عليهـ السلام، المتـبادر منها كونـ المـولـي مـؤـمنـاً لا مـطـلـقاً، مضـافـاً إلى ظـهـورـ قوله عليهـ السلام «(وـالـمؤـمنـ معـانـ)» في كـونـ العـبدـ مـؤـمنـاً، ولا يـكونـ عـبدـاً لـلكـافـرـ غالـباً معـ أنهـ لا تـصلـحـ مـكـاتـبةـ الـكـافـرـ لهـ عندـ جـمـاعـةـ، لـوجـوبـ إـخـرـاجـ الـمـسـلـمـ عنـ مـلـكـ الـكـافـرـ فـورـاًـ، وـمـنـ آـنـ الآـيـةـ السـابـقـةـ اـخـتـصـاصـ الـخـطـابـ بـالـمـسـلـمـ، وـعـدـمـ مـوـجـبـ الـلـتـعـدـيـةـ لـاـ فيـ سـنـةـ وـلـاـ فيـ إـجـمـاعـ. هـذـاـ خـلاـصـةـ ماـ ذـكـرـ صـاحـبـ الـجـواـهـرـ، ثـمـ قـالـ: وـالـقـولـ بـالـاعـتـبارـ وـلـوـ لـمـ يـكـنـ عـلـىـ عـدـمـهـ اـجـمـاعـ، لـعـلـهـ لـاـ يـخـلـوـ مـنـ قـوـةـ. وـفـيـ التـنـقـيـحـ وـالـقـولـ بـالـاعـتـبارـ وـلـوـ لـمـ يـكـنـ عـلـىـ عـدـمـهـ اـجـمـاعـ، لـعـلـهـ لـاـ يـخـلـوـ مـنـ قـوـةـ. وـفـيـ التـنـقـيـحـ وـالـرـائـعـ وـمـنـ آـنـهاـ آـيـةـ الـمـكـاتـبةـ. آـيـةـ دـينـيـ فـيـشـتـرـطـ فـيـ مـوـجـبـ الـاسـلـامـ كـالـعـتـقـ، فـرـاجـعـ وـتـأـمـلـ.

حجّة القائل بعدم اعتبار الاسلام هو منع كونـ المـكـاتـبةـ عـتـقاًـ، وإنـ تـرـتبـ عـلـيـهاـ التـحـرـيرـ الـذـيـ هوـ أـعـمـ منـ العـتـقـ الـذـيـ عـرـفـ ظـهـورـ الـأـدـلـةـ فيـ اعتـبارـ الـنـيـةـ فـيـهـ. هـذـاـ إـنـ قـلـنـاـ بـعـدـمـ صـحـةـ الـعـتـقـ مـنـ الـكـافـرـ أوـ خـصـوصـ الـجاـhadـ اللـهـ تـعـالـىـ، وـإـلـاـ اـشـكـالـ أـصـلـاًـ لـإـطـلاقـ الـأـدـلـةـ بـلـاـ مـعـارـضـ.

١ - الوسائل الباب ١ من ابواب المكاتبة.

٢ - سورة النور آية ٣٣.

٣ - الوسائل الباب ٢ من ابواب المكاتبة حديث ١.

و في شرح اللمعة الدمشقية: ولا يشترط الاسلام في السيد، ولا في العبد بناً على أنها - أي الكتابة - ليست بيعاً ولا ملحقة به، بل هي عقد برأسها والأصل يقتضي جوازها، أي الأصل يقتضي عدم إشتراط الاسلام، لأن القيد المشكوك اعتباره ينفي بالأصل، وهو أصل العدم. فعلى هذا تصح الكتابة في غير المسلم، سواء كان في المولى أم في العبد.

و في التقيح الرابع: اختار المصنف والعلامة في مختلف عدم اشتراط الاسلام فيما لو كان السيد وعبده كافرين، لما قلنا من أنها نوع معاوضة، وهي صحيحة من الكافر، ومتي جوزنا عتق الكافر فالجواز هنا أولى.

أقول: لا يخفى على المتبع قوة القول بعدم اعتبار الاسلام، والله العالم بالصواب.

ج ٣ ص ١٢٦ قوله رحمه الله: «ويعتبر في الملوك البلوغ، وكمال العقل، وأنه ليس لأحد هما أهلية القبول، وفي كتابة الكافر تردد، أظهره المنع»، وجه التردد من إطلاق دليل الكتابة وأنها معاملة، ومن اشتراط الخير المفسر بالآية بالدين.

حجّة القائل بعدم اشتراط الاسلام في المكاتب هو أن دليل الكتابة مطلق، وأنها كالبيع ونحوه، أي أنها معاملة مستقلة. وقال في المسالك: وأما استلزم إعانة الكافر المؤذنة مطلقاً منوعة. وقد حققناه في باب الوقف والصدق، ومن ثم قيل بجواز كتابته كما يجوز عتقه، لأنها معاوضة يغلب فيها جانب المالية فلا تمنع بين المسلم والكافر.

حجّة القائل باشتراط اسلام العبد المكاتب هو قوله تعالى «إن علمتم فيهم خيراً»^١، بناءً على تفسيره بالدين، إذ الإيمان مؤيد بالأمر بالاعتناء من الزكاة ولغير المسلمين لا تعطى، والنهي عن مواد الكفار. هذا قال المصنف «أظهره

المنع» وفacaً للاكتر على ما قيل، بل عن الانتصار والغنية الاجماع عليه، معتقداً بعدم نقل خلاف فيه من أحد من القدماء وانما ابتداء الخلاف فيه من الفاضل في المختلف وتبعه بعض من تأخر عنه كالشهيدين، مع أن الشهيد الأول قد وافق المشهور في غير واحد من كتبه كالقواعد وغيرها، هذا ما ذكره صاحب الجواهر. وقال في المسالك المسألة مبنية على أن الخير المجعل شرطاً في الآية الشريفة في الكتابة هو الدين أو هو المال أو المال خاصة، فعلى الأولين لا تصح كتابة الكافر، لعدم الشرط المقتضي لعدم المشروع.

وفي اللمعة الدمشقية: وقيل يشترط اسلام العبد مطلقاً - أي سواء كان المولى مسلماً أو كافراً - نظراً إلى أن الدين داخل في مفهوم الخير في الآية المتقدمة، الذي هو شرطها، ولأن المكاتب يؤتى من الزكاة ويتعدّر هنا - أي فيما إذا كان المكاتب كافراً - . هذا خلاصة ما ذكر في محله في المسألة، وفيها زيادة بحث وإشكال فراجع وتأمل، والله سبحانه أعلم.

ج ٣ ص ١٢٦ قوله رحمه الله: «ويجوز أن تتساوی النجوم وأن تختلف، وفي اعتبار اتصال الأجل بالعقد تردد»، وجه التردد من أصل الصحة، ومن أصله بقاء الملك.

حجّة القائل بصحة العقد - أي عقد الكتابة - هو الأصل، وجود المقتضي للصحة، لأن عقد اشتمل على أجل ومال. وقال في المسالك: هذا هو الأظهر، واحتاره الأكثر وقد تقدم الخلاف في نظائره من الإجارة وغيرها. وفي اللمعة: وفي اشتراط اتصاله، أي اتصال شرط الأجل بالعقد قولان، أجودهما العدم للأصل.

حجّة القائل بعدم الصحة في مقام عدم اتصال الأجل بالعقد هو الأصل، أي الأصل بقاء الملك وعدم نقل مثله، وهو اختيار الشيخ في المبسوط، كما نقله عنه صاحب المسالك، ولأن هذا غير معهود - أي عدم الاتصال - كما في المتعة وغيرها. بيان صورة التساوي والاختلاف، أما الأول كأن يقول: مائة دينار مثلاً كل شهر عشرة، أما الثاني من أن يقول: مائة دينار في سنة، في شهر حرم عشرين،

وفي شهر صفر عشرة، وفي أشهر الربعين والخمادين لا شيء، وفي شهر رجب عشرين، وفي شهر رمضان خمسة عشر، والباقي خمسة وثلاثون في أول ذي الحجة لا تصال الأجل، مقابلة أن يكتبه في محرم على أن يدفع من شهر رجب. هذا ما أردنا بيانه والله سبحانه وتعالى أعلم.

ج ٣ ص ١٢٧ قوله رحمه الله: «ولو قال: على خدمة شهر بعد هذا الشهر ، قيل: يبطل على القول باشتراط اتصال المدة بالعقد، وفيه تردد»، وجهاً للتردد يفهم من سابقه وإنما أفرده وحده لبيان أنه لا فرق في اشتراط المال أو الخدمة، الخلاف هو الخلاف وإن استنطر المنع في باب الخدمة، ونقل البطلان عن الشيخ في مبسوطه.

وقال صاحب المسالك : إنّ هذا من جملة افراد المسائل المتفرعة على اشتراط اتصال الأجل بالعقد وعدمه، فلا وجه لا فراده وإنما خصّه حملًا للسابق على المال، بأن شرط عليه مائة دينار مثلاً، يؤديها بعد شهر أوّله بعد هذا الشهر، فذكر اشتراط الخدمة كذلك . هذا خلاصة ما ذكره.

في أحكام المكاتب

ج ٣ ص ١٢٨ قوله رحمه الله: «وهل للمولى إجبارهم على الأداء؟ فيه تردد»، من أصلالة البراءة، ومن أنّ حكم الولد حكم أبيه فللسيد ولایة الإجبار.

حجّة القائل بعدم الإجبار هو أصلالة البراءة، وكون الإجبار على خلاف الأصل، فلا يصار إليه إلا بدليل، وليس للمولى إجبار الوارث على أداء مال الكتابة، وإن كان له إجبار العبد المكاتب.

وقال في المسالك: ووجه عدم الإجبار هو بطلان المعاملة وعدم وقوعها معهم، فلا يلزمهم أداؤها. وقيل: مال الكتابة من الأصل، ويرث وارث المكاتب ما بيقي. واختاره بعض الأصحاب كما حكي عن الإسکافي والصدوق، وهو الظاهر من صحیحة بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام «في مكاتب بیوت وقد أدى

بعض مكاتبه وله ابن من جاريته، قال: إن اشترط عليه إن عجز فهو ملوك، رجع ابنه ملوكاً والجارية، وإن لم يكن اشترط عليه، أدى ابنه ما بقي من مكاتبه وورث مابقى»^١، وهذا المضمون صحيح جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام^٢. والرواية التي أشار إليها المصتف رواية جهل وابن سنان وغير هذا من الروايات بهذا المضمون. وفي المسألة زيادة تفصيل يراجع في الكتب المطولة فراجع وتأمل.

حجّة القائل باجبارهم على الاداء كما يخبر من تحرر بعضه على فك باقيه، لأنّه بحكم الدين. وفي التبيّح الرائع: هذا هو مذهب الشيخ في المبسوط والنهاية والخلاف، استناداً إلى رواية محمد بن قيس عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتب توفي وله مال، قال: يقسم ماله، على قدر ما اعتق منه لورثته، ومالم ينعتق يحسب منه لأربابه الذين كاتبوه، هوماله»^٣. ورواية بريد العجلاني عن الباقر عليه السلام «قال: سأله عن رجل كاتب عبداً له على ألف درهم، ولم يشترط عليه حين كاتبه، إن هو عجز عن مكاتبه فهو رد في الرق، وأن المكاتب أدى إلى مولاه خمسمائة درهم، ثم مات المكاتب وترك مالاً وترك ابنًا له مدركاً؟ قال: نصف ما ترك المكاتب من شيء فإنه مولاه الذي كاتبه، والنصف الباقي لابن المكاتب، لأن المكاتب مات ونصفه حرّ ونصفه عبد للذي كاتبه، فإن أدى إلى الذي كاتب أباه ما بقي على أبيه، فهو حرّ لا سبيل لأحد من الناس عليه»^٤. وعلى هذا المولى يرث من تركه مكاتبه بمقدار مابقى عليه من العبودية، ويكون الباقي لولده، ويلزمه أن يؤدي إلى مولى أبيه ما كان بقي على أبيه ليصير هو حرّاً، ويستحقّ ما بقي من المال.

١ و ٢ - التهذيب ج ٨ ص ٢٧٢ حديث ٢٤٢ .

٣ و ٤ - التهذيب ج ٨ ص ٢٦٦ رقم ٩٦٩ حديث ٢٧٤ و ص ٢٧٤ رقم ٩٩٩ حديث ٣٢ .

وقال في المسالك: و هل يجبرون على السعي؟ فيه وجهان، أصحهما ذلك.
 وقال في اللمعة الدمشقية: ويؤدي الوراث التابع له في الكتابة -أي كولد العبد من أمته- كما لو قال المولى للعبد المكاتب حين المعاملة إن الولد منك مكاتب أيضاً، يؤدي مال الكتابة لأنّه تحرر منه -أي من هذا الولد التابع- بنسبة ما تحرر من أبيه، وبقي الباقى لازماً له. وللمولى إجباره على الأداء للباقي كما له إجبار المورث، لأنّه دين فله إجباره على أدائه.

أقول: هذا القول لا يخلو من قوة، والله سبحانه أعلم.

في تصرفات المكاتب

ج ٣ ص ١٣٢ قوله رحمه الله: «وإذا قبله، فإن أدى مال الكتابة عتق المكاتب وعقد الآخر مع عتقه، وإن عجز ففسخ المولى استرقها، وفي استرافق الأب تردد»، ينشأ التردد من أنه يعتق بعقد ولده و يسترق كذلك ، ومن تشبيته بالحرية .

حجّة القائل باسترافقه، وأنه يتبع ولده المكاتب هو أن تصرف المكاتب مشروط بالغبطة والمنفعة للملك ، فلا يصح شراء من ينعتق عليه كأبيه وابنه وغيرهما، إلا بإذن المولى، لأنّ فيه تفويتاً للملك بالعقد، وربما قيل بالجواز لأنّه اشتري ملوكاً لا ضرر على المولى في شرائه، وهذا كان كسبه له، وإذا عاد المكاتب في الرق عاد المملوك المشترى كال الأجنبية.

وهذا ضعيف، لأنّ في ابتياع من ينعتق عليه اتلاف المال مع عدم جواز بيعه والتكتسب به غير جائز له وإن لم يعتق في الحال. ولو وهب منه أو أوصى له به، فإن لم يقدر الموهوب أو الموصى به له، لصغر أو مرض أو غيرهما، وكان يلزم المكاتب نفقته، لم يجز له قبوله، لأنّ نفقته تلزمه من حيث هو ملوك ، وإن كان يقدر على التكتسب ويقوم بكفاية نفسه، جاز قبوله، لأنّه لا ضرر عليه في القبول. ثم لا يعتق عليه وأما يعتق بعتقه ويرق برقه ، وليس له بيعه. واستوجه بعد هذه

الخلاصة في المسالك التبعية في الاسترقة والانعتاق.

أقول: هذا لا يخلو من قوة حيث لم يتضرر به المولى.

حجّة القائل بعدم التبعية هو أنّ الأب مثلاً، الذي اشتراه المكاتب أو وهب أو أوصى له به تشبيث بالحرية بسبب جريانه في ملك ولده. وهذا الوجه استضعفه صاحب المسالك حيث قال: ولم يذكر في المسألة احتمالاً غير المصنف.

وفي الجواهر: وهو كما ترى، ضرورة أنّه لا سبيل إلى إبطال القبول بعد صحته، ولا إلى عتق الأب مع استرقة الولد. ولعله لذا لم يحك عن غير المصنف إحتمال ذلك ، والله أعلم .

ج ٣ ص ١٣٣ قوله رحمه الله: « ولو كان المملوك أبا المكاتب، لم يكن له افتكاكه بالأرض، ولو قصر عن قيمة الأب، لأنّه يتّجه بالخلاف على التصرف فيه، ويستبقي ما لا ينتفع به، لأنّه لا يتعرّف في أبيه، وفي هذا تردد»، وجه التردد من أنّه تعجّيل بالخلاف على ما في التصرف فيه، ومن إمكان فرض المصلحة والغبطة.

حجّة القائل بمنع افتكاكه للأب إذا قصر الأرش عن قيمة الأب، لأنّه يتّجه بالخلاف على التصرف فيه، ويستبقي الأب الذي لا ينتفع به، لأنّه لا يتصرف في أبيه. وقال الشّيخ في المسوّط: وإن جنّ هذا العبد جنائياً يتعلّق أرشهها برقبته، لم يكن للسيّد أن يفديه لأنّه يخرج عن عبده عوضاً ينتفع به ويتصّرف فيه، ويستبقي ما لا ينتفع به ولا يتصرف فيه، فلم يجز له ذلك.

حجّة القائل بعدم منع افتكاكه هو إمكان فرض الغبطة والمصلحة في فكه، بزيادة كسبه - أي كسب المكاتب - فإذا كان الأب يساعد في الكسب، فهي مصلحة تحوز ذلك.

وبعضهم من قال: إنّ مرجع التردد فيه إلى الاشكال في جواز شرائه وعدمه. فإنّ أجزناه فذاك ، وإلا فلا كما نقله في الجواهر، عن حاشية الكركيي المسالك فراجع، وتأمل والله أعلم.

كتاب الإقرار

في الصيغ المهمة

ج ٣ ص ١٤٦ قوله رحمه الله: «وكذا لو قال: عظيم جداً كان كقوله عظيم، وفيه تردد»، وجه التردد من أن العظيم جداً كالعظيم لأصاله البراءة، ومن أن العظيم جداً يحتمل المبالغة والكثرة.

حجّة القائل بعدم الفرق بين اللفظين - أي العظيم جداً والعظيم - هو ما دلّ عليه اللفظ والأصل البراءة من الزائد، فيقتصر على المتيقن الذي فسّره المقرئ بأقل ما يتمّلّ. كما لو أطلق اللفظ من وصفه بالعظمة، لأنّه يحتمل أن يريد به عظيم خطّره بکفر مستحلّه وزر غاصبته.

وليس في العظيم وما في معناه حدّ في الشعّ، ولا في العرف، ولا في اللغة. والناس يختلفون في ذلك فبعضهم يستعظام القليل نظراً إلى ما ذكرناه من الوزر مثلاً، وبعضهم يستعظامه لشحّه واعتنائه بمال، إلى غير ذلك كما ذكره صاحب المسالك وغيره.

أقول: يقبل تفسيره ولو وصفه بالعظمة، إذ لا دلالة بها على أكثر مما فسره، ولا يكلف بأكثر مما فسر به غير الموصوف بهذه الأوصاف، والله سبحانه أعلم.

حجّة القائل بالفرق بين اللفظين الموصوف بالعظمة وغيره، هو احتمال اقتضاء لفظ العظيم جداً المبالغة في الكثرة، وهو يقتضي زيادة المال عما دلّ عليه اللفظ الخالي عنها - يعني العظمة -، فعلى هذا فلا يقبل تفسيرهما بأمر ومباع واحد، يعني الموصوف بلفظ العظمة والخالي منها. وعلى كل المشهور الدليل الأول، أي يقبل تفسيره وإن وصفه بتلك الصفة كما ذكره صاحب الجواهر، ونفي

عنـه الخلاف. وكـذلك في المسـالك، وأـشار أيضاً أنـ التـرددـ في هـذا اـختـصـ به المـصنـفـ وـلم يـذـكرـهـ غـيرـهـ.

في الإقرار المستفاد من الجواب

ج ٣ ص ١٤٩ قوله رحمـهـ اللهـ: «ولـوقـالـ: أـلـيـسـ لـيـ عـلـيـ كـذـاـ؟ـ فـقـالـ: بـلـ،ـ كـانـ إـقـرـارـاـ،ـ وـلـوـقـالـ:ـ نـعـمـ لـمـ يـكـنـ إـقـرـارـاـ،ـ وـفـيهـ تـرـدـدـ»ـ يـنـشـأـ التـرـدـدـ مـنـ وـقـوعـ (ـنـعـمـ)ـ فـيـ مـحـلـ (ـبـلـ)،ـ وـمـنـ

أنـهاـ حـرـفـ تـصـدـيقـ فـلاـ تـفـيدـ الإـقـرارـ.

حـجـةـ القـائـلـ بـوـقـعـ الـإـقـرارـ بـ(ـنـعـمـ)ـ لـعـدـمـ الفـرقـ بـيـنـهـماـ هوـقـيـامـ (ـنـعـمـ)ـ مـقـامـ (ـبـلـ)ـ لـغـةـ وـعـرـفـاـ.ـ أـمـاـ عـدـمـ الفـرقـ ظـاهـرـ،ـ حـيـثـ شـاعـ اـسـتـعـمـالـ أـحـدـهـماـ مـكـانـ الـآـخـرـ.ـ وـأـمـاـ الـلـغـةـ فـنـهـاـ (ـقـوـلـ النـبـيـ صـلـىـ اللـهـ عـلـيـهـ وـآلـهـ لـلـأـنـصـارـ:ـ أـلـسـتـ تـرـوـنـ لـهـمـ

ذـلـكـ؟ـ فـقـالـوـاـ:ـ نـعـمـ»ـ.

وـمـنـهاـ قـوـلـ الجـحدـرـ بـنـ مـالـكـ أـنـشـدـ هـذـيـنـ الـبـيـتـيـنـ:

إـلـيـسـ الـلـيـلـ يـجـمـعـ أـمـ عـمـرـوـ	وـإـيـانـاـ فـذـاكـ بـنـاـ تـدـانـيـ
نـعـمـ وـأـذـىـ الـهـلـالـ كـمـاتـرـاهـ	وـيـعـلـوـهـاـ النـهـارـ كـمـاـ عـلـانـيـ ^١
وـنـقـلـ فـيـ الـمـغـيـ سـيـبـويـهـ وـقـوعـ (ـنـعـمـ)ـ فـيـ جـوـابـ أـلـسـتـ،ـ وـعـنـ جـمـاعـةـ مـنـ	
الـمـقـدـمـيـنـ وـالـمـتأـخـرـيـنـ جـوـازـهـ،ـ وـقـوـاهـ الشـهـيدـ الـأـوـلـ كـمـاـ فـيـ شـرـحـ الـلـمـعـةـ.	

حـجـةـ القـائـلـ بـعـدـ وـقـعـ الـإـقـرارـ بـجـوـابـ بـ(ـنـعـمـ)ـ هـوـأـنـ (ـنـعـمـ)ـ حـرـفـ تـصـدـيقـ كـمـاـ تـقـدـمـ،ـ فـإـذـاـ وـرـدـ عـلـىـ النـفـيـ الدـاخـلـ عـلـيـهـ اـسـتـفـهـامـ كـانـ تـصـدـيقـاـ.ـ أـيـ تـصـدـيقـاـ لـلـنـفـيـ.ـ فـيـنـاـ فـيـ الـإـقـرارـ.ـ وـهـذـاـ نـسـبـ إـلـىـ اـبـنـ عـبـاسـ إـنـ الـخـاطـبـيـنـ بـقـوـلـهـ

١ـ اـنـشـدـ هـذـيـنـ الـبـيـتـيـنـ ضـمـنـ اـبـيـاتـ حـيـنـ أـمـرـهـ الـحجـاجـ الشـقـقـيـ إـلـىـ السـجـنـ فـقـالـ لـبعـضـ مـنـ يـرـيدـ الـخـروـجـ إـلـىـ الـيـمـاـمـةـ تـحـمـلـ عـنـيـ شـعـراـ وـالـشـاهـدـ فـيـ وـقـعـ نـعـمـ اـثـبـاتـاـ فـيـ جـوـابـ اـسـتـفـهـامـ النـفـيـ وـامـ عمرـ صـاحـبةـ الشـاعـرـ.

تعالى «أَلست بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلْ»^١، لو قالوا نعم كفروا. فيكون التقدير حينئذٍ -أي حين كون (نعم) تصديقاً للنفي- ليس لك علىَّ ، فيكون انكاراً لا إقراراً.

وعلى كل حال في مقام الاطلاق هذا معناها، ولكن استعملت في المعنى الآخر، أي لإثبات النفي نظير (بل) كما اعترف به جماعة، واشهرت فيه عرفاً، حتى أجاب بعضهم عما نقل عن ابن عباس بأن الاستفهام التقريري خبر موجب وليس نفياً، فيجوز وقوع (نعم) في جوابه أيضاً، ولم يكن كفراً.

أقول: فعلى هذا القول الأول الذي يقول بوقوعها مكان (بل) لا يخلو من قوة، فيكون إقراراً يلزم به المقر، والله سبحانه أعلم.

في صيغ الاستثناء

ج ٣ ص ١٤٩ قوله رحمة الله: «الثانية الاستثناء من الجنس جائز، ومن غير الجنس على تردد»، وجه التردد من شهرة الجواز مطلقاً، ومن عدم الجواز من غير الجنس عند بعضهم.

حجّة القائل بالجواز مطلقاً هو المشهور بين العلماء جواز الاستثناء من الجنس وغيره، وقوعه في القرآن وفصيح اللغة كثيراً. كقوله تعالى «لا يسمعون فيها لغوا إسلاماً»^٢، وقوله تعالى «ما لهم به من علم إلا اتباع الظن»^٣، إلى غير هذا من الآيات. والخلاف في كون الاستعمال على نحو الحقيقة أو المحاز عنه التحقيق على نحو المجاز.

وفي الجواهير: الاستثناء من الجنس جائز اجماعاً بقسميه، بل ومن غير الجنس وإن قال المصنف على تردد، والفضل على الأقوى، مشيراً بوجود الخلاف فيه ببيننا،

١- سورة الأعراف الآية ١٧٢.

٢- سورة مريم آية ٦٢.

٣- سورة النساء آية ١٥٧.

بل عن القاضي في شرح المختصر: لا نعرف خلافاً في صحته لغةً. ووروده في كلام العرب والقرآن والسرأنه استثناء لتوهم الدخول أو للتماثبة. مثل «فسجد الملائكة كلّهم أجمعون إلا إبليس»^١، مع أنه كان من الجن كما في القرآن الحكيم، فإنه إنما استثنى لأنّه حيث كان فيهم شمله الأمر فاستثنى. وكذلك: جاء بنو هاشم إلا غلمانهم، إلى غير ذلك من الأمثلة، والله سبحانه أعلم.

حجّة القائل بعدم الجواز هو ما ذكره صاحب الجوادر عن الفاضل في التذكرة، منع الاستثناء من غير الجنس عن أبي حنيفة إلا في المكيل والموزون والمعدود بعضها من بعض. وحكي عن محمد بن الحسن وزفر وأحمد بن حنبل عدم جوازه مطلقاً بحال، بل عند سعد الدين في شرح الشجاع حكايته في الجملة عن الأدمي. وتحقيق المسألة في الأصول، والله سبحانه أعلم بالصواب.

في المقوّى شرائطه

ج ٣ ص ١٥٢ قوله رحمه الله: «ويقبل إقرار المفلس، وهو يشارك المقر له الغرماء أو يأخذ حقه من الفاضل؟ فيه تردد»، منشأ التردد من سبق حقهم، ومن أن الإقرار كالبينة، وهي توجب تقديم حق الغير.

حجّة القائل بمشاركة الغرماء-أي المقر له -لأنه عاقل فينفذ تصرفه، وعموم الخبر بقسمة ماله بين غرمائه والمقر له أحدهم، ولأنّ الإقرار كالبينة شرعاً في الإثبات، واحتمال التهمة يدفعه أنّ الإقرار في حقه أكثر منه ضرراً في حق الغرماء، ولأنّ الظاهر من حال الإنسان أنه لا يقر بدين عليه مع عدمه.

والمصنف قطع بمشاركة، وأستقرّ به العلامة في التذكرة والتحرير، وقبلهما الشيخ في المبسوط، بل عن غاية المراد حكايته عن أبي منصور الطبرسي، وعن

الحواشي القبول في صورة عدالة المقر، مستدلين بعموم «إقرار العقلاء...»، وبأنه لوم يقبل ضاع حق المقر له، وكثيراً ما كان ثابتاً، وقد ورد عدم بطلان حقوق المسلمين، وبأنه كالبيّنة فكما تقبل مطلقاً يقبل كذلك، وبأنه كثيراً ما يكون دينه للغرماء ثابتاً باقراره فإذا لم يثبت دينه باقراره الجديد، لزم الفرق بين إقراريه من غير فارق، فراجع وتأمل.

حجّة القائل بتقديم المقر له على الغرماء هو إن الإقرار كالبيّنة، وهي توجب تقديم حق من أقيمت له، بل إنّ كان الإقرار بدين سابق على الحجر، وفضل شيء من ماله كما ذكره المصنف، أخذ منه وإلا انتظريساره، وإن كان الإقرار بعين، فإن فضلت دفعت إلى المقر له، وإلا لزمه مثلها أو قيمتها كما في المسالك. وقيل: إن المفلس لو كانت عنده عين تزيد، وكانت موجودة فحجر عليه، كان صاحب العين أولى بها من بقية الغرماء. وكذلك بالنسبة للميت وإن لم تف التركة بديونه. وفي المسالك قال -فيما اشار اليه المصنف من تعلق حق الغرماء باعيان أمواله- : وهذا الاشكال بعينه وارد في الدين على القول بالمشاركة، إذ لا فرق بين أخذه بعض الاعيان بموجب التقسيط مساواة لهم، وبين أخذه ذلك البعض تقديماً له عليهم مع تعلق حقهم بالعين. فالقول بعدم النفوذ معجلاً فيها أقوى، وما ينفرد به العين لو قلنا بنفوذ الإقرار معجلاً تسليمها إلى المقر له، وإن قصر باقي المفلس عن ديون الغرماء، لأنّ الضرر إنما هو بالدين وصاحب العين يختص بها. وأعلم أن جملة الأقوال في المسألة اتفقت على قدر الاحتمالات الممكنة وهي أربعة في نفوذها فيها -أي العين والدين- واختاره العلامة في الإرشاد والشهيد وجماعة، وأثباته فيها وهو خيرة التذكرة، وثبتته في العين دون الدين ذهب إليه ابن ادريس، وبالعكس وهو ظاهر المصنف في الكتاب وإن كان بعد ذلك تردد. وربما قيل إنها خمسة أقوال، بزيادة القول بأن العين تؤخر، ويقسم غيرها بين الغرماء، والله العالم بالصواب.

كتاب الأيمان

فيما به ينعقد اليين

ج ٣ ص ١٦٩ قوله رحمه الله: «وكذا ينعقد بقوله: وجلال الله، وعظمته الله وكبرياء الله، وفي الكل تردد»، وجه التردد من أن بعض الصفات غير الذات فلا ينعقد بها اليين، ومن أنه اذا أراد الحالف نفس الذات فينعقد.

حجّة القائل بعدم انعقاد اليين هو أن اشتراك القدرة والعلم يمنع من الانعقاد بها وإن قصد بها الله تعالى كغيرهما من أسمائه المشتركة من غير أغليبيته عليه تعالى، والعظمة والجلال والكبرياء كذلك، لأنها تستعمل في الصفة الزائدة، وربما أطلقت على ما يطلق عليه القدرة والعلم، ويقول الانسان: عاينت كبرياء الله وعظمته، ويريد مثل ذلك، ولأن هذه الصفات ليست من أسماء الله تعالى الغالبة ولا المشتركة، فلا ينعقد بها اليين، لأنها لا تنعقد إلا بالله وأسمائه.

حجّة القائل بانعقاده هو أن هذه الصفات وإن شاركت القدرة والعلم في الصفات، لكنها ليست من الصفات التي ذهب بعضهم الى زيادتها على الذات، وإنما مرجعها الى ذاته تعالى المتصف بالكبرياء والعظمة والجلال، بل عن المبسوط الاجماع على ذلك . ومنه يعلم قوة ما ذكرنا من أهمية الحلف بالله للحلف بذاته، والامور الانتزاعية الراجعة اليها كالكبرياء والعظمة والجلال، كما في المسالك، وتعرض له في الجواهر.

والحق ما اختاره العلامة في مختلف، وهو إنّه إن قصد الحالف الحلف بالله، كانت يميناً، لأنّ الحق يراد به الثابت لأنّه نقيض الباطل، فكأنه قد حلف بشivot الله أي وجوده الذي هو نفس ذاته، وإن لم يقصد ذلك لم يكن يميناً لما تقدم. أقول: وهذا لا يخلو من قوة والله العالم.

ج ٣ ص ١٧١ قوله رحمه الله: «ولا يدخل الاستثناء في غير اليدين، وهل يدخل في الاقرار؟ فيه تردد، والأشبه أنه لا يدخل»، منشأ التردد من أنّ الاقرار تنجيز والاستثناء ينافي، ومن القول بدخوله في الاقرار.

حجّة القائل بعدم دخول الاستثناء في الاقرار بالمشيئه - أي مشيئه الله تعالى - هو قول أكثر أصحابنا و منهم المصنف ، ولأنه يكون تعقب الاقرار بالاستثناء كتعقبه بالبطل ، فيلغو الاستثناء ويلزم الاقرار . وقال في المسالك : وهذا أقوى ، وفي الجواهر : الأشهر ، بل المشهور أنه لا يدخل ، وفي الخلاف : لا يدخل الاستثناء بمشيئه الله إلا في اليدين فحسب . وبه قال مالك .

أقول : هذا القول لا يخلو من قوة والله سبحانه العالم بالصواب .

حجّة القائل بدخول الاستثناء في الاقرار ، هو قول الشيخ الطوسي حيث قال بصحته في الطلاق والعتاق والاقرار ، بمعنى أنه توافقه أيضاً استناداً إلى عموم ما دلّ على دخوله في اليدين . وتعليق الطلاق والعتق والاقرار على المشيئه يمين أيضاً ، وإن لم يكن بالله ، ومن جوز دخول الاستثناء في الاقرار العلامة في المختلف ، نظراً إلى أنّ الاقرار المعلق لا يصحّ ، فيكون تعليقه على المشيئه موقفاً له ، ولأصالحة براءة الذمة من موجبه . كل ذلك اذا لم يقصد بالمشيئه التبرك وإلا لم يضر في الجميع . كما في المسالك ، والله سبحانه أعلم .

ج ٣ ص ١٧١ قوله رحمه الله: «والحروف التي يقسم بها الباء ، والواو ، والتاء . وكذا لو خفض ونوى القسم ، من دون النطق بحرف القسم ، على تردد ، أشبهه الانعقاد» ، وجّه التردد من وروده لغة ، ومن أنّ العادة لم تستمر بالخلف كذلك .

حجّة القائل بالانعقاد اذا قال : الله لا أ فعلن ، هو وروده لغة ، ومنه قول النبي صلى الله عليه وآلـه لركانـه : «الله ما اردت إلا واحدة»^١ ، وكون الجرـ مشعرـاً

بالصلة الخاضصة وبناء اللغة على الحذف والتقدير كما في الجواهر، وقواه في المسالك، واختياره المصنف كما في المتن، لاندراجه في إطلاق الأدلة بعد أن يكون صحيحاً في اللغة. نعم لورفع أو نصب، أشكال إجراء حكم اليدين عليه، فراجع وتأمل.

حجّة القائل بعدم الانعقاد هو أن العادة لم تشتهر بالخلاف كذلك، يعني بالشخص وحده بدون حروف القسم، ولا يعرف هذا إلا الخواص من الناس، أي من أهل الفن، والأصل البراءة وقال في الخلاف: اذا قال الله بكسر الماء بلا حرف قسم لا يكون يميناً، وبه قال الشافعي وجميع أصحابه، الدليل: إن القسم لا يكون إلا بحرف القسم وهي الباء، والواو، والتاء وليس لها واحدة منهم، وما قالوه أجازه أهل اللغة على الشذوذ. وهذا لا يخلو من إشكال على ما قرروه، والله سبحانه أعلم.

ج ٣ ص ١٧١ قوله رحمه الله: «ولو قال: ها الله، كان يميناً، وفي أيمان الله تردد، من حيث هو جمع يمين، ولعل الانعقاد أشبه» ينشأ التردد من أنه موضوع للقسم عرفاً، ومن أنه جمع يمين على قول.

حجّة القائل بالانعقاد هو أنه موضوع للقسم في العرف، بل ينبغي الجزم به بعد ما سمعت من النص عليه، ولا مدخلية لكونه إسماً أو حرفاً أو مفرداً أو مشتقاً من اليدين أو جمعاً في ذلك، بعد تعارف القسم به. والغالب فيه رفعه على الابتداء، وإضافته إلى اسم الله والتقدير أيمان الله قسمي، ولكن يجوز جرّه بحرف القسم كما في الجواهر، وفي المسالك: وهذا أقوى، والأغلب في هذا رفعه بالابتداء، وأضافته إلى اسم الله تعالى، فراجع وتأمل.

حجّة القائل بعدم الانعقاد بـ«أيمان الله» حيث هو جمع يمين على قول الكوفيين وهمزته همزة قطع فيكون القسم به لا بالله، بل وعلى القول الآخر يكون القسم بوصف من أوصافه الذي هو اليمن والبركة لا باسمه. وقال في المسالك: وقد

ذكر الفاضل اللغوي ابن بري في الاستدراك على الصحاح في هذه الكلمات إحدى وعشرين لغة، أربعة في «أين» فتح الهمزة وكسرها مع ضم النون وفتحها، وأربع في «لين» باللام المكسورة والمفتوحة والمضمومة، ولغتان في «ين» بفتح النون وضمها، وثلاث لغات في «أيم» بفتح الهمزة وكسرها مع ضم الميم وبفتح الهمزة مع فتح الميم، ولغتان في «ام» بكسر الميم وضمها مع كسر الهمزة فيها، وثلاث في «من» بضم الميم والنون وفتحهما وكسرهما، و«م» بالحركات الثلاث وكل ذلك يقسم به.

أقول: القول بالانعقاد لا يخلو من قوة والله العالم.

في الحالـ وشرائطـه

ج ٣ ص ١٧٢ قوله رحمه الله: «ويصح اليمن من الكافر. كما يصح من المسلم، وقال في الخلاف لا يصح، وفي صحة التكفير منه تردد»، وجه التردد من عدم حصول نية القرابة، ومن احتمال أن يراد بالقرابة التقرب وإن لم يحصل له القرب. حجة القائل بصحة التكفير من الكافر هو احتمال كون المراد من نية القرابة قصد التقرب إلى الله تعالى، سواء حصل القرب والثواب أم لا بنحو ما تقدم في عتق الكافر، ومن حيث إن بعض خصال الكفار قد يشكي في اعتبار نية القرابة فيها - كالإطعام والكسوة، كما يقوله العامة، فانهما لا يعتبرون النية إلا في الصوم من خصال الكفار، لصدق الاطعام ونحوه بدونها.

حجـة القـائل بعدـم صـحة التـكـفـير منـ الكـافـر لوـ حـنـثـ هوـ [إنـ] الـظـاهـرـ منـ مـذـهـبـ الأـصـحـابـ عدمـ صـحـتهاـ منـهـ حالـ الـكـفـرـ لأنـهاـ منـ الـعـبـادـاتـ المشـروـطةـ بنـيةـ القرـبةـ فيهاـ، وهيـ مـتـعـذـرـةـ فيـ حقـ الـكـافـرـ سواءـ عـرـفـ اللهـ أـمـ لاـ، لأنـ المرـادـ منـ القرـبةـ ماـ يـتـرـتـبـ عـلـيـهـ الثـوابـ، وـهـوـ مـنـتـفـ فيـ حقـهـ. كماـ فيـ المسـالـكـ، وـقـالـ فيـ الجـواـهـرـ: وـعـلـيـ كـلـ حـالـ فـتـرـدـهـ - أيـ المـصـنـفـ - فيـ غـيرـ مـحـلـهـ، ولـذـا جـزـمـ كـلـ منـ قالـ

بصحة يمينه بعدم صحة التكفير منه حال كفره، لكن قال: ذلك لا يمنع صحة اليمين، وترتب الحنث عليها، وعقابه عليها لومات كافرًا. انتهى كلامه.

أقول: هذا قوي أعني عدم الصحة، وصرف الاحتمال لا يجدي في صحة التكفير، والله العالم بالصواب.

في الأيمان المتعلقة بالأكل والمشرب

ج ٣ ص ١٧٣ قوله رحمة الله: «إذا حلف لا يأكل طعاماً اشتراه زيد، لم يحنث بأكل ما يشتريه زيد وعمرو ولو اقتسماه، على تردد»، ينشأ التردد من أنّ القسمة تميز لما اشتراه زيد، ومن أنّ الذي اشتراه غير معين.

حجّة القائل بأنه يحنث بالأكل مما اشتراه زيد وعمرو لأنّهما اشتراه، فكل واحد منها قد اشتري نصفه، ومن ثم كان على كل واحد نصف ثمنه، وإذا كان لزيد نصفه فقد أكل من طعام اشتراه زيد. وقوى هذا الشيخ في المسوط لأنّهما اشتراه كأن كل واحد منها قد اشتري نصفه عرفاً، ومن ثم ثبت لكل منها الخيار في الحيوان أو المجلس أو غيرهما. كما أنه يثبت لكل منها جميع أحكام المشتري والبائع، وحيثئذٍ فإذا لزيد نصفه، فقد أكل من طعام اشتراه زيد. وفي الجواهر: لعله لا يخلو من قوة.

حجّة القائل بعدم الحنث بالأكل هو أنّ الشراء عقد واحد، فإذا اشترك فيه اثنان ولم ينفرد أحدهما به، اختص كل واحد منها في العرف بنصفه، فلم تكمل الصفقة لأحدهما، فلم يقع الحنث، لأنّ الأسماء في الأيمان تتبع العرف، وحيثئذٍ فلي sis فيه جزء يقال إن زيداً انفرد بشرائه، بل كل جزء يقال إنه اشتراه زيد وعمرو. فهو كما لو حلف لا لبست ثوب زيد، فلبس ثوباً لزيد وعمرو، أو قال لا دخلت دار زيد، فدخل داراً لزيد وعمرو. وهذا اختيار المصتف، والآخر ومنهم الشيخ في الخلاف.

أقول: هذا المطلب مرجعه الصدق العرفي لأن الأحكام تتبع المواضيع
الخارجية، ومرجع تشخيصها العرف، فإذا صدق أنه أكل طعام زيد يحيث، وإلا
فلا، والله سبحانه أعلم.

ج ٣ ص ١٧٤ قوله رحمه الله: «إذا حلف لا أكلت رؤوساً، إنصرف إلى ما جرت العادة بأكله غالباً كرؤوس البقر والغنم والأبل، ولا يحيث برؤوس الطيور والسمك والجراد، وفيه تردد»، منشأ التردد من أن الرؤوس لها حقيقة لغوية في معناها العام، ومن أن العرف خصّها عند الإطلاق بما تعارف بينهم.

حجّة القائل بالحنث إذا أكل أي رأس كان، هو الرؤوس على معناها اللغوي، لأنّها حقيقة لغوية في جميع هذه الأشياء وأشباهها، وفي الجواهر: نعم لو فرض تقديم الحقيقة لأنّها الأصل، اتجه حينئذ الحنث بأكل الجميع. وفي المسالك: وقد اختلف الفقهاء في حملها - أي الرؤوس - على معناها العام، أو على بعض أفرادها، وهي النعم وما شابها، فالاكثر على الثاني ترجيحاً للعرف على اللغة، وعلى الأول حملها ابن ادريس حملاً للفظ على معناه لغة، لعدم انضباط العرف. أقول: الضابط على جميع تقادير المسألة هي اللغة، وأما العرف فلا ضابط له، لأنّه بختلف باختلاف الأمكنة. كما هو في زماننا هذا والله العالم.

حجّة القائل بحمل الألفاظ على المعنى المتعارف عادة، هو قول الأكثرون: إن العرف خصّها عند إطلاق القائل: أكملت رؤوساً، أو اشتري لنا رؤوساً، التي تميّز عن الأبدان وتشوّى وتطبخ وتتابع بانفرادها. وهي رؤوس الأبل والبقر والغنم وغير ذلك ، فالعادة ناقلة عن الحقيقة أو مخصوصة. وفي المسالك: وإن كان المختار من ذلك ترجيح العرف على اللغة اذا كان منضبطاً، والمعتبر منه عرف الحالف.

أقول: عند الشك في حمل اللفظ على أي معانٍ، إنما يحيث بالمتيقن دون غيره، هذا إذا لم ينوه الحالف شيئاً معيناً وإنما تعين ذلك المعين، والله سبحانه

العالم.

ج ٣ ص ١٧٤ قوله رحمه الله: «وَكَذَا لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلْ لَحْمًا، فَأَكَلَ الْيَةَ، لَمْ يَحْنِتْ، وَهُلْ يَحْنِتْ بِأَكْلِ الْكَبِدِ وَالْقَلْبِ؟ فِيهِ تَرَدُّد»، وجه التردد من أنها معناه، ومن عدم انصراف اللفظ إليها.

حجّة القائل أنه يحنث إذا أكل القلب أو الكبد، هو أنها معنى اللحم ويقومان مقامه. وقال الشيخ في الخلاف بان اسم اللحم يطلق عليهما - أي على القلب والكبد. لقوله تعالى «وَمَنْ كَلَّ تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا». ويعوده في القلب قوله صلى الله عليه وآله «إِنَّ فِي الْجَسَدِ مَضْعَةً...»^١ أو في الإنسان، والمضعة القطعة من اللحم.

حجّة القائل بعدم الحنث إذا حلف لا يأكل لحماً، فأكل القلب أو الكبد هو: عدم انصراف اللفظ إليها عند الإطلاق، كما إذا قال السيد لعبد: اشتري لنا لحماً، فاشتراهما - أي القلب أو الكبد. مدعياً أنها داخلان تحت إطلاق الأمر، فإن العبد يستحق اللوم، وينبع من دخولهما عرفاً وهو آية الحقيقة، ولصحة السلب يقال ما اشتريت لحماً إذا اشتري كبداً أو قلباً، ولعل هذا ظهر عرفاً. كما في المسالك.

أقول: الحق تقدم يؤخذ بالمتيقن حين الإطلاق والشمول للموضوع، وهذا يختلف باختلاف الأمكنة وما تعارف عندهم.

ج ٣ ص ١٧٤ قوله رحمه الله: «إِنَّمَا الْفَاكِهَةَ يَقُولُ عَلَى السِّرْمَانِ وَالْعَنْبِ وَالرَّطْبِ، فَمَا حَلَفَ لَا يَأْكُلْ فَاكِهَةَ حَنَثَ بِأَكْلِ كُلِّ وَاحِدٍ مِّنْ ذَلِكَ، وَفِي الْبَطِيخِ تَرَدُّد»، وجه التردد من صدق الفاكهة عليه ومن أنه جزء الخضر وات.

حجّة القائل بأنه يحنث بأكل البطيخ إذا حلف على أكل الفاكهة هو:

صدق اسم الفاكهة عليه، لقول النبي ﷺ: «نعم الفاكهة البطيخ» ، وما روي أيضاً عنه صلّى الله عليه وآلـهـ وآلهـ ما يحب من الفاكهة العنـبـ والـبـطـيـخـ ، ولأنـ لهـ نـضـجـاـ وـادـرـاـكـاـ كالـفـوـاـكـهـ . قالـ الشـيـخـ فـيـ الـمـبـسـوـطـ: فإنـ حـلـفـ لاـ يـأـكـلـ فـاكـهـةـ ، فأـكـلـ القـثـاءـ وـالـخـيـارـ ، لمـ يـحـنـثـ لـأـهـنـاـ مـنـ الـخـضـرـ ، فإنـ أـكـلـ بـطـيـخـاـ حـنـثـ ، لأنـ لـهـ نـضـجـاـ كـنـضـجـ الرـطـبـ يـحـلـوـ اـذـاـ نـضـجـ وـيـؤـكـلـ كـالـعـنـبـ وـالـرـطـبـ ، فـلـهـذـاـ كـانـتـ مـنـ فـاكـهـةـ إـنـتـهـيـ كـلـامـهـ .

أقول: كما ذكرنا سابقاً المرجع في الحنث وعدمه إلى الصدق العرفي، وإلا فلا يحـنـثـ إـذـاـ لـمـ يـكـنـ الـمـوـضـوعـ مـعـيـنـاـ لـلـأـصـلـ ، وـالـلـهـ سـبـحـانـهـ الـعـالـمـ بـالـصـوـابـ . حـجـةـ الـقـائـلـ بـعـدـ الـحـنـثـ إـذـاـ أـكـلـ الـبـطـيـخـ هـوـ أـنـهـ مـنـ الـخـضـرـوـاتـ ، وـيـؤـيـدـهـ ماـ عنـ زـرـارـةـ ، عنـ أـبـيـ جـعـفرـ وـأـبـيـ عـبـدـ اللـهـ عـلـيـهـمـ السـلـامـ «أـنـهـمـ قـالـاـ: عـفـىـ رـسـوـلـ اللـهـ صـلـىـ اللـهـ عـلـيـهـ وـآلـهـ وـآلهـ مـنـ الـخـضـرـ فيـ بـابـ الزـكـاـةـ ، قـلـتـ: وـمـاـ الـخـضـرـ؟ـ قـالـاـ: كـلـ شـيـءـ لـاـ يـكـوـنـ لـهـ بـقـاءـ الـبـقـلـ وـالـبـطـيـخـ وـالـفـوـاـكـهـ»^١ ، الـحـدـيـثـ . فـيـ الـجـواـهـرـ الـعـطـفـ يـقـنـصـيـ الـمـغـاـيـرـةـ ، وـفـيـ الـمـسـالـكـ أـسـنـدـاـ الـقـوـلـ بـأـنـ الـبـطـيـخـ مـنـ الـخـضـرـوـاتـ إـلـىـ الـقـيلـ ، ثـمـ عـقـبـاـ الـقـيلـ بـأـنـ الـمـرـجـعـ فـيـ الـعـرـفـ ، إـنـ فـقـدـ فـلـاـ حـنـثـ لـلـأـصـلـ . كـمـاـ تـقـدـمـ فـرـاجـعـ وـتـأـمـلـ .

في الأيمان المتعلقة بالأفعال

ج ٣ ص ١٧٥ قوله رحمـهـ اللـهـ: «وـكـذـاـ الـبـحـثـ فـيـ اـسـتـدـامـةـ الـلـبـسـ وـالـرـكـوبـ ، أـمـاـ التـطـيـبـ فـيـهـ تـرـدـدـ ، وـلـعـلـ الـأـشـبـهـ أـنـهـ لـاـ يـحـنـثـ بـالـاسـتـدـامـةـ» وـجـهـ التـرـدـدـ مـنـ عـدـمـ صـدـقـ النـسـبـةـ إـلـىـ الـمـدـةـ ، وـمـنـ صـدـقـ اـسـمـ التـطـيـبـ عـلـيـهـ فـعـلـاـ .

١ - المستدرك كتاب الأطعمة والأشربة الباب ٦١ من أبواب الأطعمة المباحة الحديث^٤ .

٢ - الوسائل الباب ١١ من أبواب ما تجب فيه الزكاة الحديث ٩ من كتاب الزكاة.

حجّة القائل بعدم الحنث إذا حلف أنه لا يتطيّب باستدامة الطيب الباقي أثره، لأنّه لا يقال تطيّب شهراً مثلاً، بل منذ شهر وإن كان باقياً عليه كالطهارة مع بقائه عليها، وإنما يحرّم استدامة الطيب على المحرّم بدليل من خارج ، كتحريم شمّه عليه، ولصحة السلب فإنه يصح أن يقال ما تطيّب منذ يومين، وما تطيّب اليوم، وإن كان أثراً الطيب باقياً . وهو مختار المصنف في المتن حيث قال: ولعلّ الأشبه أنه لا يحنث بالاستدامة . وقوّاه في المسالك وقال: لأنّه لم يحلف على أن لا يكون متطيّباً، بل على أنه لا يتطيّب وبينهما فرق.

أقول: هذا من ناحية المغایرة بين الابتداء والاستدامة.

حجّة القائل بأنّه يحنث بالاستدامة، هو احتمال اتحاد الابتداء والاستدامة وعدم المغایرة بينها، لأنّه يصدق عليه الآن أنه متطيّب ولو مجازاً . كما في الجواهر، ولأنّه يحرّم عليه استدامته في الاحرام.

أقول: احتمال الاتحاد لا يخلو من ضعف، بل هما متغايران - أي الابتداء والاستدامة - في الطهارة والنكاح والطيب، فهذه الثلاثة متى حلف لا يفعل واحداً منها حنث بالابتداء دون الاستدامة، وهذا قوي جداً، والله سبحانه العالم.

في مسائل العقود

ج ٣ ص ١٧٨ قوله رحمه الله: «وفي الوقف والصدقة تردد، من شأنه متابعة العرف في افراد كل واحد باسم»، ينشأ التردد من شمول الهمة لهم بالمعنى الأعم، ومن افراد كل واحد باسم خاص.

حجّة القائل بالحنث إذا حلف لا وهبت له بالوقف أو الصدقة عليه، هو دخول الوقف والصدقة بالهمة، لأنّ كل واحد منها تملّيك مجاني. وفي المسالك: لا إشكال في تناول العطية المتبع بها لجميع ما ذكر، لأنّ العطية المتبرعة أعم من تعلّقها بالعين والمنفعة، فيدخل في الأول - أي العين - الهدية والوقف والصدقة،

واما الاشكال في مساواة الهمة للعطية.

وفي الجواهر: نعم يقوى لحقوق ما عرفت من الصدقة التي هي في الحقيقة هبة بعض هو القرب الى الله تعالى. وثبتت بعض أحكامها خاصة بها ، كعدم جواز رجوع بها ونحوه، لا ينافي ذلك أيضاً، ضرورة اختصاص جملة من أفراد المطلق باسم وأحكام لا تثبت في غير الفرد المذكور كالسلم ونحوه، فإن هبة الرحم تختص بعدم جواز الرجوع بها ولم تخرج بها عن اسم الهمة، وحينئذ فكل صدقة هبة ولا عكس، بينهما عموم من وجه.

وقال الشيخ في المبسوط ما لفظه: اذا حلف «لا وهبت له» فاهمة عبارة عن كل عين يملکه ايها تبرعاً بغير عرض، فإن وهب له أو أهدى اليه أو نحله أو أعمره أو تصدق عليه صدقة طوع، حنت بذلك. إنتمي كلامه.
أقول: الاشكال في الوقف فقط، لأنه لا يتناوله لفظ ولو كان كذلك لاطلقت الهمة عليه، وهو خلاف الظاهر، والله أعلم.

حجّة القائل بعدم الحنت إذا حلف على عدم الهمة ووقف وتصدق، هو عدم تناول الهمة للوقف المقطوع بكونه ليس هبة، إسماً ولا حكماً، بل عن ابن ادريس عدم الخلاف فيه والجزم بأنه لا يبرأ الحالف على الهمة بالوقف ولا بالصدقة، لافراد كل باسم، والأصل براءة الذمة للفرق بين الهمة والصدقة.

وفي الجواهر: لا تردد في عدم تناوحاً - أي الهمة - الوقف المقطوع بكونه ليس هبة إسماً ولا حكماً، بل عن ابن ادريس عدم الخلاف فيه.

وفي المسالك: لا تطلق الهمة على هبة المنفعة، ولا على الصدقة، لاختلافها إسماً ومقصوداً وحكماً. أما الاسم فن تصدق على فقير لا يقال وهبه، وأما المقصود فالصدقة يراد بها التقرب الى الله تعالى، واهمة لاكتساب المودة أو الأعم، وأما الحكم فلا ين النبي صلى الله عليه وآله كان لا يأكل الصدقة ويأكل الهمة والهدية. وكذلك الوقف، خصوصاً على القول بعدم انتقال الملك الى

الموقوف عليه، الى آخر كلامه، أقول: الوقف ما قدمنا والله أعلم.

ج ٣ ص ١٧٨ قوله رحمه الله: «ولو قال: لا ضربت، فأمر بالضرب، لم يحيث، وفي السلطان تردد، أشبهه أنه لا يحيث إلا بال مباشرة»، وجه التردد من إسناد الفعل حقيقة المباشرة، ومن أن فعل الغير مجاز راجح.

حجّة القائل بعدم الحنث إذا أمر بالضرب هو أن إسناد الفعل الى نفسه حقيقة المباشرة، ولا عرف هنا بحيث هجر المعنى الحقيقي على وجه يكون استعماله فيه مجازاً، ضرورة الصدق حقيقة لو باشر الفعل بنفسه، فالعمل حينئذ بالحقيقة، والاستصحاب لحكمها أولى، ولأن حكم اليدين تابع لفداد اللفظ حقيقة، حتى لو كان سلطاناً ومن عادته عدم المباشرة، فإنه لا يحيث بأمر الغير بالضرب، لأن إسناد الضرب الى الأمر مجاز.

أقول: لعله لهذا اختاره المصنف في المتن، والله أعلم.

حجّة القائل بالحنث إذا أمر غيره بالفعل، خصوصاً إذا لم يكن من عادته المباشرة كالسلطان، هو الانساق العرفي أو لغبته استعماله في العرف، وقال في المسالك: ذهب جماعة الى الحنث لغبته استعماله في العرف، وفيه قوة. ومثله حلف السلطان ونحوه، من يترفع عن مباشرة الضرب، وقال أيضاً: القول بالحنث إذا أمر السلطان فيه قوة.

وفي الجوادر ذكر تردد المصنف وقال بعدم الحنث عند المصنف، وعقبه بقوله: وقد عرفت أن الأشبه خلافه، أي الأشبه الحنث.

أقول: هذا الاستعمال مجازـ أي إسناد الضرب الى السلطانـ إلا أنه صحيح في باب اليدين مع قصدهـ هذا وفي المسألة بعض النقاش كما تقدم من تقديم الحقيقة أو العرف أو الشرع، أو أنه حقيقة ومجاز، وتفاصيل أخرى أخذنا محل الحاجة منها، والله سبحانه أعلم بالصواب.

ج ٣ ص ١٧٨ قوله رحمه الله: «ولو توكل لغيره في البيع والشراء، ففيه تردد، والأقرب

الحنث لتحقق المعنى المُشتق منه»، وجّه التردد من أنه باع واشترى، ومن صحة نفيه عنه.

حجّة القائل بالحنث إذا حلف أن لا يبيع ولا يشتري، فإن باع لنفسه فلا إشكال في الحنث. وأما إذا توكل لغيره في البيع والشراء، فإنه يحنث أيضاً. كما اختاره المصنف لتحقق البيع والشراء، لأنّ البايّع والمُشتري مشتقان من البيع والشراء وقد تحقق المعنى المُشتق منه، لأنّه أعمّ من وقوعه لنفسه ولغيره، واستظهر صاحب المسالك الحنث. وكذا في القواعد.

حجّة القائل بعدم الحنث إذا توكل لغيره في البيع هو صحة نفي البيع والشراء عنه عرفاً، فيقول: ما بعت ولا اشتريت، بل المشتري فلان والبايّع زيد وأنا وكيله. ومثل له في الجواهر: إذا حلف لا أتزوج ولا أنكح، إذ لا يقال للوكيل أنه تزوج أو نكح. إنتهى، فالمسألة كما سبق تعود إلى الانسياق.

في مسائل متفرقة

ج ٣ ص ١٧٩ قوله رحمه الله: «أما لو قال لا ركبت دابة المكاتب، حنث بركوبها، لأنّ تصرف المولى ينقطع عن أمواله، وفيه تردد»، منشأ التردد من أنه مالك في الجملة، ومن أنّ ملك المكاتب غير قائم.

حجّة القائل بالحنث إذا حلف المولى على عدم ركوب دابة المكاتب فرركبها -سواء كان المكاتب مشروطاً أو مطلقاً- هو انقطاع تصرف المولى عنه، وتحقق ملك المكاتب ملكاً متزلزاً قبل التحرير الكامل. وفي الجواهر الحق الحنث مطلقاً أي سواء كان مطلقاً أو مشروطاً، للصدق عرفاً على وجه لا ينافي الحجر عليه بأحد أسبابه، كما لا ينافي الحجر ملكية الحر، بل الظاهر تحقق حقيقة الإضافة بهذا المقدار من الملك. وفي المسالك استظهر الحنث مطلقاً، لثبت الملك في الجملة كما سبق.

حجّة القائل بعدم الحنث إذا حلف على عدم ركوب دابة المكاتب، هو عدم تمامية الملك للعبد، ولذا يمنع التصرف فيه بغير الاكتساب، مع أنه -أي العبد- بعرض العود رقاً فيما إذا لم يؤدي مال الكتابة، فيرجع هو وماله إلى مولاه. وربما فرق بين المكاتب المطلق والمشروط فأثبتوا الحنث في الأول دون الثاني.

أقول: ثبوت الحنث كما تقدم لا يخلو من قوة، والله سبحانه أعلم.

ج ٣ ص ١٨٢ قوله رحمه الله: «ولو حنث من غير إذنه، كان له منعه، ولو لم يكن الصوم مضرًا، وفيه تردد»، وجه التردد من أن سبب الوجوب مأذون فيه، ومن أنه له باليمين منعه من الحنث.

حجّة القائل بوجوب الكفارة بالصوم على العبد المأذون من مولاه في اليمين إذا حنث من غير إذنه لزمه الصوم وليس للمولى منعه، هو إطلاق أدلة وجوب الكفارة، و«لا طاعة لخليق في معصية الخالق»، فيصوم كسائر الواجبات، وأنّ الحنث يستعقب الكفارة، فالإذن في اليمين إذن في التكفير. كما أنّ الإذن في الاحرام إذن في بقية أفعال الحج، كما في المسالك.

وفي الجواهر إن سبب الوجوب مأذون فيه والحنث من لوازمه وتوابعه، والإذن في الشيء إذن في لوازمه. وأيضاً الصوم صار واجباً وليس للمولى منعه مما وجب عليه، ثم قال: الأقوى وجوب التكفير عليه بالصوم مطلقاً.

حجّة القائل بعدم وجوب الصوم بدون إذن المولى، هو أنه إذا أذن له في اليمين فقد منعه من الحنث بها، واختاره الشيخ في المبسوط. هذا إذا حنث بدون إذنه كان له منعه من الصوم كغيره من افراد الصوم. والإذن في اليمين لا ينافيه إذ هي ليست إذناً في الحنث كما سبق، حتى تستبع الدليل في التكفير. كما في الجواهر، ثم قال: وبعضهم فصل بين الصوم المضر فلا يجوز، وبين غيره فله، واختيار المنع المصنف، وهو متين والله أعلم.

كتاب النذر

في النادر وشروطه

ج ٣ ص ١٨٥ قوله رحمة الله: «وَإِنْ أَجَازَ الْمَالِكُ فِي صَحَّتِهِ تَرْدُّدُ، أَشْبَهُهُ الْلَّزَومُ» مِنْشأً
التردد من عموم الوفاء بالنذر، ومن أنه لا يقدر على شيء.
حجّة القائل بالصحة اذا أجاز المالك لملوكيه قبل إيقاع الصيغة أو بعدها هو
عموم «ويوفون بالنذر»^١ الوفاء كما في الآية الشريفة «أوفوا بالعقود» فيشمل ما
نحن فيه، وهو نذر العبد من دون إذن سيده، فلا تخصيص في البين يختصص
العموم.

والخبر المروي عن أبي عبدالله عليه السلام أن علياً كان يقول «ليس على
الملوك نذر إلا أن يأذن له سيده»^٢.

والحاصل: أن الأدلة الواردة في الكتاب والسنة عامة تدل على وجوب الوفاء
بتمام أفراد النذر، سواء كان النادر حراً أم عبداً.

وفي اللعمة الدمشقية قول آخر هو قوله: والأقوى وقوعه بدون إذن باطلأ، أي
أنه لا ينعقد نذرها بإجازة المولى بعد وقوع النذر.

حجّة القائل بعدم صحة نذر العبد وإن أجاز المالك هو قوله تعالى «لا يقدر
على شيء وهو كلّ على مولاه»^٣.

١ - سورة الإنسان آية ٧.

٢ - الوسائل الباب ١٥ من أبواب كتاب النذر الحديث.

٣ - سورة النحل آية ٧٦.

ولأنه محجور عليه في جميع تصرفاته والتزاماته، فلا يبعد القول بوقوع النذر باطلاقاً لعدم قابلية المحل، وأيضاً جواباً عما سبق أن وجوب الوفاء وإن كان عاماً يشمل مثل هذا النذر لكنه مخصوص بالنص الوارد في غير العبد، فخرج بهذا النص نذر العبد من دون إذن سيده، فهو غير داخل تحت العموم، لا أن العموم مخصوص بنذر العبد الذي نهاه سيده عنه، حتى يقال بدخول نذر العبد الذي لم يأذن له سيده تحت العموم فيشمله العموم فيجب الوفاء به، وإن نذر العبد المزني عن النذر خارج عن العموم فلا يشمله ولا يجب الوفاء به.

أقول: على هذا التقرير بطلانه لا يخلو من قوة والله سبحانه أعلم.

في متعلق النذر

ج ٣ ص ١٨٧ قوله رحمه الله: « ولو نذر أن يحج ولم يكن له مال فحج عن غيره أجزأ عنها على تردد»، ينشأ التردد من أنه أوجب الحج على نفسه بالنذر، ومن الرواية القائلة بالجزاء.

حجّة القائل بكفاية الحج عن غيره عنهم اذا نذر ولم يكن له مال هو أنه يصدق عليه أنه حج البيت وصحيح رفاعة « قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل حج عن غيره ولم يكن له مال، وعليه نذر أن يحج ماشياً، أيجزي عنه عن نذره؟ قال: نعم »^١. وأفتى الشيخ الطوسي بضمونها في النهاية وقال بالإجزاء.

حجّة القائل بعدم الاجزاء ذهب اليه الأكثرا لأنّها سببان مختلفان - أي نذر الحج، والحج عن الغير فلا يجزي أحدهما عن الآخر، ومن أنه أوجب على نفسه الحج، كحج الاسلام الذي لا يجزي عنه الحج عن غيره، ولأنّ الأصل عدم

١ - الوسائل الباب ٢١ من ابواب كتاب النذر والعقد الحديث .

تداخل الأسباب.

أقول: هذا لا يخلو من قوه والرواية محمول على غير هذا.

في مسائل الصوم

ج ٣ ص ١٨٩ قوله رحمه الله: «ولونذر الصيام في بلد معين قال الشيخ: صام أين شاء، وفيه تردد» وجه التردد مما ذكره الشيخ، ومن أن الصوم المنذور المقيد. حجة القائل بجواز اتباع الصوم المنذور في مكان معين يصومه أين شاء هو عدم تعين المكان، لأن الصوم لا يحصل بكونه في مكان دون آخر صفة زائدة على كماله في نفسه، فلا وجه لترجيح إيقاعه في مكان دون آخر، وهو اختيار الشيخ الطوسي رحمه الله.

حجّة القائل بعدم الجواز هو أن المنذور الصوم المقيد بكونه في المكان الخصوص فيجب الوفاء به عملاً بعموم الأمر بالوفاء بالنذر، ولا يتحقق إلا بذلك - أي إلا بالقيد المعين -.

ولأن الصوم المطلق غير منذور حتى يقال بإجزاء الصوم حيث شاء، ولا القيد - أعني المكان المعين - حتى يقال أنه لا مزية فيه، وإنما هو من قبيل نذر المباح، بل هو الصوم المقيد بكونه في المكان الخصوص، ولا شك أنه عبادة راجحة فلا مانع من انعقاده.

وأيضاً فطلاق المكان لا يخلو عن المزية، فإن الصوم في بعض الأمكنة أشق فيكون أفضل، لأن «أفضل الأعمال أحزمها» وبعضها أسهل، فيكون قد قصد بتعيينه التخفيف على نفسه وهو أمر مطلوب شرعاً وعقلاً، والعبادة المقيدة به صالحة للنذر فيتعين عملاً بالعموم، هذا ما ذكره في المسالك وقواه مطلقاً. ثم ذكر قوله ثالثاً للعلامة تعين ذي المزية دون غيره، لأن المكان ذي المزية راجح، فينعقد نذره.

وقد روى الصدوق «أنّ صوم يوم في مكة المكرمة كصوم سنة في غيرها» وادعى ولده في الشرح: أنّ الإجماع واقع على تعين ذي المزية وإنما الخلاف في غيره. وتنظر في هذه الدعوى صاحب المسالك.

أقول: القول بالانعقاد والإتيان به على طبق ما عين لا يخلو من قوة والله سبحانه وأعلم.

ج ٣ ص ١٨٩ قوله رحمه الله: «أما لونذر الصلاة في مكان لا مزية فيه للطاعة على غيره قبل: لا يلزم وتحب ويجزي إيقاعها في كل مكان، وفيه تردد» وجه التردد من عدم المزية فلا يلزم المكان، ومن أن المنذور الصلاة المقيدة.

حجّة القائل بوجوب الصلاة في أي مكان هو أن العمل محظوظ ذاتاً فيحب، والمكان الفاقد للمزية لا يلزم خلوه عن الرجحان المعتبر في النذر، ورجحان المكان مزية، فمع فرض عدمها لا ينعقد النذر ولكن تحب الصلاة التي هي متعلقة بالنذر وعدم وجوب المقيد لا ينافي وجوهها، فعلى هذا يجزي إيقاعها في كل مكان حصل بعد هذا البيان.

حجّة القائل بوجوب المقيد هو ما هو مكرراً، من أنه لا دليل على رجحان أوصاف المنذور، إذ ليست هي المنذور فيكفي الرجحان في المنذور وليس في الفرض المنذور للمكان خاصة حتى يرد أنه لا رجحان فيه، بل الصلاة الواقعة فيه ولا شبهة في رجحانها فينعقد نذرها كالصلاحة المنذورة في الوقت المعين مطلقاً بل قد سمعت غير مرة إن ذلك هو الأقوى لعموم الأدلة، وللإجماع، كما ذكر ذلك صاحب الجواهر عن المسالك.

أقول: قدمنا في الصوم في التردد السابق أنه لا يخلو من قوة والله سبحانه وأعلم.

ج ٣ ص ١٩٣ قوله رحمه الله: «إذا نذر أن يصوم أول يوم من شهر رمضان لم ينعقد، لأن صيامه مستحق بغير النذر، وفيه تردد» ينشأ التردد من أنه مستحق قبل النذر، ومن النص الوارد في صحته.

حجّة القائل بعدم انعقاد النذر لصوم الواجب هو أنّ صومه متعيّن في أصل الشرع، فإيجابه بالنذر تحصيل الحاصل، ولأنّه على تقدير كونه يوماً من رمضان قد استحق صيامه بالأصل ولا يمكن أن يقع فيه غيره والنذر غيره، وذهب جماعة إلى عدم الانعقاد منهم السيد المرتضى والشيخ أبوالصلاح وابن ادريس لهذه العلة.

حجّة القائل بصحة النذر وانعقاده للواجب سواء كان أول يوم من رمضان وغيره هو صحة اليدين على فعل الواجب وترك الحرام وفيه روایات^١ كثيرة مضافاً إلى عموم أدلة^٢ النذر، راجع ما ذكرناه من المصادر.

ثم إنّ الواجب طاعة مقدورة للنادر فينعقد نذره لأنّ ذلك متعلق النذر وإيجاب صومه بأصل الشرع لا ينافي وجوبه من طريق آخر، فيكون من باب تعدد السبب وإنّ النذر يفيد زيادة الإنبعاث حذراً من الكفارة وهو نوع من اللطف. وذهب أكثر المتأخرین إلى الصحة. ذكره وقواه صاحب المسالك والدليل كما ذكرنا عموم الأدلة.

أقول: القول بالصحة لا يخلو من قوة والله سبحانه العالم بالصواب.

١ - الوسائل الباب ٢٣ من كتاب الإيمان.

٢ - سورة الحج آية ٢٩ وسورة الإنسان آية ٧ والوسائل الباب ٢٣ من أبواب الكفارات الحديث ٦ من كتاب الإلإاء والكافارات.

كتاب الصيد والذباحة

اختصاص الإبل بالنحر وغيرها بالذبح

ج ٣ ص ٢٠٥ قوله رحمه الله: «فإن نحر المذبوح أو ذبح المنور فات لم يحل، ولو أدركت ذكائه فذكى حل، وفيه تردد»، منشأ التردد من اشتراط الحياة المستقرة، ومن عدم اشتراطها.

حجّة القائل بخلية الذبحة هو وجود المقتضي - أي التذكية الشرعية - ويكون نحر المذبوح وذبح المنور أولاً كالجرح - أي الحيوان المحروم قبل تذكيره أو قبل نحره قبل الموت - كما في الجواهر وهو مختاره، وقال في المسالك: أن المعتبر هو الثاني - أي خروج الدم - والحركة بعد الذبح لا الحياة المستقرة. وهو المحكي عن أكثر القدماء كإسکافي والصدقوق وبهاده الشيخ، وابني براج وزهرة وأبي الصلاح وسلام والطبرسي، في جامع الجوامع والنافع والتبصرة والدروس ويحيى بن سعيد والروضه وغاية المرام وغيرهم.

أقول: هذا هو الأقرب، للأصل، بعد عدم الدليل على استقرار الحياة، لأن الأدلة دلت على الحركة أو خروج الدم والله أعلم.

حجّة القائل بعدم الخلية، هو أن شرط حل المذكى وقوع التذكية حال استقرار الحياة، وهو مفقود هنا، لأن كل واحد من الذبح والنحر يرفع استقرار الحياة، فلا تُفيد التذكية حلاً كما لو ذبحه أو نحره وقد أشرف على الموت، والتذكية إنما توجب الحل حيث تقع على محل قابل لها وهو مفقود في الغرض. والتحقيق: إن الحكم يرجع إلى ما يعتبر في الحل من الحياة، فإذا اعتبرنا استقرارها كما هو المحكي عن الخلاف والمبسوط وانني حمزة وإدريس والفضل

ولده واللمعة وغاية المراد وكنز العرفان والصimirي في تلخيص الخلاف والمقدس الأردبيلي والفضل الاسترابادي، وعن الروضة نسبته إلى المتأخرین، وفي الجوادر بل لعله ظاهر المرتضى في المسائل الناصرية والطبرسي في مجمع البيان وغيرهم، وفي الشراح: ومعنى المستقرة التي يمكن أن يعيش مثلها اليوم والأيام.

أقول: الظاهر للمتبوع أن الاستقرار بهذا غير معتبر فالحركة أو خروج الدم يكفي في حلية الذبيحة والله سبحانه العالم.

ما لا يقع عليه الذكاة من الحيوانات وما يقع

ج ٣ ص ٢١٠ قوله رحمه الله: «الثاني في الحشرات كالفارة وابن عریس والضب وفي وقوع الذكاة عليها تردد، أشبهه أنه لا يقع» وجه التردد من الانتفاع بجلد بعضها، ومن أصلالة عدم التذكية.

حجّة القائل بوقوع الذكاة عليها هو أن السبب في صحة تذكية المأكول الانتفاع بلحمه وجلده، وهذا يتحقق في جلد بعضها كالضب وغيره، كما ذكره صاحب المسالك عن المرتضى والشهید بوقوع الذكاة على بعض المسوخ التي هي من جملة الحشرات كالضب ونسبة إلى الأکثر أو المشهور، وفي اللمعة: القول بوقوع التذكية شاذ.

حجّة القائل بعدم وقوع التذكية عليها فحكمها حكم المسوخ هو أن الذكاة حكم شرعي يتربّ عليه طهارة ما حكم بكونه ميتة، وهذا أمر يتوقف على دليل صالح مخرج عن حكم الأدلة الدالة على نجاسته الميتة وأجزائها التي تحلى الحياة والجلد منها، وهو مفقود لظهور فساد الأصل في المسوخ، وهنا أيضاً ومنع مشاركة المذكورات للمأكول للرحم، هذا تردد المصنف واختار عدم وقوع التذكية عليها والله أعلم.

ج ٣ ص ٢١٠ قوله رحمه الله: «الرابع السباع كالأسد والنمر والفهد والشعلب، وفي وقوع

الذكاة عليها تردد والوقوع أشبه» منشأ التردد من روایات الواقع، ومن أصلة عدم الواقع.

حجّة القائل بواقع التذكية على المذكورات في المتن هو موثقة سماعة «قال: سألته عن جلود السباع أينتفع بها؟ قال: إذا رميت وسميت فانتفع بجلده وأما الميّة فلا»^١ وموثقته الأخرى أيضًا «قال: سألته عن لحوم السباع وجلودها؟ فقال: أما لحوم السباع والسباع من الطير والدواب فإننا نكرهه وأما الجلود فاركبوا عليها ولا تلبسوا شيئاً منها تصلون فيه»^٢ فإنه لولا وقوع التذكية عليها لم يجز الإنفصال بجلودها لأنّها ميّة.

قال في كشف اللثام: المشهور الواقع، بل في غاية المراد: لا نعلم فيه خلافاً، بل عن بعض: دعوى الاتفاق عليه، بل عن السرائر: دعوى الاجماع عليه، وفي المستند: إنّ الواقع هو الحق المشهور كما في المسالك والمفاتيح وشرحه، بل في الأخير وعن الشهيد: إنه لا يعلم في ذلك مخالف، وفي المفاتيح: إنه مذهب الكل.

أقول: الأقرب ما ذكره المشهور، بل السيرة في جميع الأعصار والأمسكار على استعمال الجلود، والله سبحانه أعلم.

حجّة القائل بعدم الواقع هو الأصل، وضعف الروايتين الموثقتين سنداً، وقال في المسالك: بعد تضييف أدلة المجوزين وضعف روایتي سماعة ثم ذكر إنّ إثبات طهارة الميّة بمثل هذه الأدلة بعيد، وأما الاستدلال بالأصحاب مفتون بجواز استعمال جلود السباع بل جلود ما عدا الكلب والخنزير بعد الذكاة، فلو لا وقوعها عليها لما صح ذلك كما احتج به الشهيد في الشرح.

فالاستدلال بموضع النزاع عليه، فإن كان من مجرد الفتوى فلا يتحقق ما فيه، وإن كان من ظهور الإجماع عليه فمثله في جلود المسوخ والحيشرات ولا يقولون به،

١ و ٢ - الوسائل الباب ٢ من أبواب لباس المصلي والباب ٣ من أبواب الاطعمة المحرمة حديث ٤.

إلى آخر ما ذكر في المسالك واستقر به في الجوادر فراجع وتأمل والله سبحانه أعلم.

ما يثبت في آلة الصائد يملكه ناصيّها

ج ٣ ص ٢١١ قوله رحمه الله: «ولو اخْذَ مِوْلَةً لِلصَّيْدِ فَشَبَّ بَحْثًا لَا يُمْكِنُ التَّخلُّصُ مِنْ يَمْلُكُهُ بِذَلِكَ، لَأَنَّهَا لِيْسَ آلَةً مَعْتَادَةً، وَفِيهِ تَرْدُّدٌ» ينشأ التردد من انتفاء كونها آلة للإصطياد عادة، ومن كونه مع القصد بمعناه.

حجّة القائل بعدم ملكية الصيد الواقع في المولحة المعدة لذلك هو الأصل - أي بقاء الصيد على الإباحة إلى أن يوجد سبب ملك - وإن قصد به التملك بأن اتخاذ المولحة للصيد لأنّها ليست آلة معتادة تدخل في إطلاق الأدلة القاطعة، لأصلّة عدم تملكه، ومن ثم لا يتبدّل الذهن إليها عند الإطلاق، والشارع المقدّس إنما يحمل الحكم على الحقيقة الشرعية أو العرفية وما مفقودان، لهذا قال المصطفى: لم يملكه بذلك.

وفي اللعمة: ولا يملك ما عَشَشَ في داره أو وقع في موحلته أو وتب إلى سفينته لأن ذلك لا يعد آلة للإصطياد ولا إثباتاً للملك، نعم يصير أولى به من غيره، ولو تحطّى الغير فعل حراماً، وفي ملكه وله بالأخذ قولان...، إلى آخر كلامه والله سبحانه أعلم.

حجّة القائل بملكيته هو ثبوت يده عليه مع القصد إلى تملكه، وهذه الأمور وإن لم تكن آلة معتادة إلا أنها تصلح للأدلة، لأنّها قد أوصلته إليه، فإذا انضم إليها قصد التملك تحقق الملك، لأنّ المعتبر في تملك المباحثات وضع اليد عليها مع نيتها، وهو متحقق هنا، والآلة المعتادة لم تقتضي الملك من حيث كونها معتادة بل من إزالة المنفعة، وهو موجود في المتنازع كما في المسالك.

وفي اللعمة: وكونه مع القصد بمعناه وهو الأقوى، أي يكون السفينة والمدار والمولحة مع قصد الصيد بهذه الأشياء يكون بمعنى الصيد. وفي الجوادر: إن المدار

على كل ما يعمل للإصطياد به ومن هذا يظهر أنه لا ينبغي التردد في الشرائع فيما اتخذه موصولة للصيد فتشبّه بحث لا يمكنه التخلص، لأنّها ليست آلة معتادة، إذ أيّ فرق بين ذلك وبين نصب الشبكة، ومجرد أنه لا يصدق عليه الآلات المتعارفة لا يوجب عدم صدق السبق والإصطياد مما هو معيار الحكم، ولذا لوشغل ناراً للإسقاط الجراد ونحوه فسقط فيها ملكها، لصدق العنوانين المذكورين. ويفيد ذلك التعليل في بعض الروايات مثل «قوله عليه السلام في صحيح الحلبـي في مسألة دخول السمكة في الحظيرة: لا بأس به إن تلك الحظيرة إنما جعلت ليصطاد بها»^١ ومثله غيره والله أعلم.

١ - الوسائل باب ٣٥ من أبواب الذبائح الحديث.

كتاب الأطعمة والأشربة

بيان ما يحرم من أجزاء الذبيحة

ج ٣ ص ٢٢٣ قوله رحمه الله: «وفي المثانة والمرارة والمشيمة تردد أشبه التحرم» وجه التردد من دلالة بعض الروايات على التحرم، ومن ضعف مستند الحرمة.

حجّة القائل بتحريم المرارة والمشيمة هو رواية ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام «قال لا يؤكل من الشاة عشرة أشياء، الفرث والدم والطحال والنخاع والعلبا والغدد والقضيب والانثيان والحيوان والمرارة»^١.

ورواية اسماعيل بن مرار عنهم عليهم السلام «قال لا يؤكل ما يكون في الإبل والغنم والبقر وغير ذلك مما لحمه حلال، الفرج بما فيه ظاهره وباطنه، والقضيب والبيضتان والمشيمة، وهي موضع الولد، والطحال لأنّه دم، والغدد مع العروق، والنخاع الذي يكون في الصلب، والمرارة والحدقة والخرزة التي تكون في الدماغ»^٢ وما في معناهما روايات أخرى ما ذكرنا. فالشيخ في النهاية: حكم بتحريم جميع ما ذكر إلا المثانة، فإنه لم يتعرض لها، ووافقه ابن إدريس: وزاد المثانة. وتبع الشيخ على ذلك جماعة من العلماء ومنهم المصنف والله العالم.

حجّة القائل بعدم تحريم المرارة والمشيمة من ناحية الدليل السابق، بل بدليل آخر هو ما ذكره في اللمعة بعد ذكر تحريم الشيخ ومن تبعه قال فيها: ومستنده الجميع غير واضح لأنّه روايات يتلفق من جميعها ذلك، بعض رجالها ضعيف

١ و ٢ - الوسائل الباب ٣١ من أبواب الأطعمة المحرمة الحديث ٣٤ و ٣٥.

وبعضها مجهول والمتيقن منها -أي من حرمة هذه الأشياء المذكورة- تحرير ما دل عليه دليل خارج كالدم وفي معناه الطحال وتحريمه ظاهر من الآية الشريفة قوله تعالى «إِنَّمَا حَرَمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخَنِزِيرِ وَمَا أُهْلَكَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ»^١. فتحريم الجميع يمكن أن يكون من ناحية الإستخبات كما أشار إليه المصنف واختار ذلك العلامة في المختلف وابن الجنيد: أطلق كراهية بعض هذه المذكورات، ولم ينص على التحرير شيء، نظراً إلى أصل عدم الحرمة، والروايات يمكن أن يستدل بها على الكراهة إلا أن يدعى استخبات الجميع، فإذا ثبتت تثبت الحرمة، فحرمتها إذن تكون من باب الإستخبات لا من باب الإستناد إلى هذه الروايات التي تقدم ذكر بعضها، وقوى في المسالك ما قاله المصنف من الحرمة للإستخبات.

أقول: القول بحرمة المذكورات من ناحية الإستخبات لا يخلو من قوة والله سبحانه أعلم بالصواب.

في حكم دخان الأعيان النجسة والمنتجمسة

ج ٣ ص ٢٢٦ قوله رحمه الله: «ودواخن الأعيان النجسة عندنا ظاهرة، وكذا كل ما أحالته النار فصيرته رماداً أو دخاناً على تردد» وجه التردد من أن الدخان حقيقة أخرى ومن احتمال تصاعد أجزاء نجسة قبل الإستحالة.

حجّة القائل بالظهور هو تحقق الإستحالة المقتضية للطهارة، فإن الدخان حقيقة أخرى مخالفة لحقيقة الدهن وصفاته، وكذا القول في كل دخان بالنسبة إلى أصله، وعلى هذا فتحريم الإستصبح به تحت الظلال تعبد شرعى لا نعلم وجهه، كما قال صاحب المسالك.

وقد مررت هذه المسألة في باب الطهارة: وإن النار تطهر ما أحالته رماداً أو دخاناً من الأعيان النجسة. وهو المشهور بين الأصحاب نقاً وتحصيلاً شهرة كادت تكون إجماعاً كما في جامع المقاصد وظاهر التذكرة وعن السرائر فيها وغيرهم وظاهر الذكرى: أن الناس مجتمعون على عدم التوقي عن رماد الأعيان النجسة بل عن دخانها وأبخرتها. إلى غير ذلك فراجع وتأمل.

حجّة القائل بنجاسة الدخان هو اختيار الشیخ في المبسوط فيما حکي عنه التصریح بنجاسة خصوص دخان الدهن النجس، لكن علّه بأنّه لا بدّ من تصاعد بعض أجزائه قبل إحالة النار لها بواسطة السخونة، وهذا واضح الخروج عن محل البحث، كالمحکي عن نهاية الفاضل بعد حكمه بطهارة الدخان مطلقاً للإستحالة كالرماد، وأنّه لو استصحب شيئاً من أجزاء النجاسة باعتبار الحرارة المقتضية للصعود فهو نجس، وهذا نهي عن الإستصحاب بالذهب النجس تحت الظلال لعدم انفكاك ما يتسلّل عن استصحاب أجزاء دهنية اكتسبت حرارة أوجبت ملاقاته الظل وإن كان فيه نظر من جهات ذكرت في محلها كما في الجواهر^١.

هذا والقول بالتعبد على تقدير عدم النجاسة مشروط بوجود دليل يقتضيه ولا يظهر عليه أبداً عدمه بل ظهور الدليل في خلافه فلا كما في المسالك.
أقول: لا يخفى على من تتبع كلامات الأصحاب يظهر له قوة القول بالطهارة والله سبحانه أعلم.

في جواز أكل المارة من الفواكه من غير إفساد

ج ٣ ص ٢٢٨ قوله رحمه الله: «وَكَذَا مَا يَمْرِبُهُ الْإِنْسَانُ مِنَ النَّخْلِ، وَكَذَا الزَّرْعُ وَالشَّجَرُ عَلَى تردد» منشأ التردد من عموم المنع، ومن ورود الدليل بالجواز.

حجّة القائل بالمنع هو الأصل - أي الأصل تحريم التصرف في مال الغير بغير إذنه بالأكل وغيره. ولقوله تعالى «ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل»^١ وقوله صلى الله عليه وآله «المسلم على المسلم حرام ماله ودمه وعرضه» ويفيده صحيح علي بن يقطين «سألت أبي الحسن عليه السلام عن الرجل يمْرِ بالثرة من الزرع والنخل والكرم والشجر والمباطخ وغير ذلك من الثمر، أيمْلِ له أن يتناول منه شيئاً ويأكل من غير إذن صاحبه، وكيف حاله إن نهاه صاحب الثرة وأمره القيم وليس له وكم الحد الذي يسعه أن يتناول منه؟ قال: لا يحل له أن يأخذ منه شيئاً»^٢ ومرسل مروان بن عبيد «قلت للصادق عليه السلام: الرجل يمْرُ على فراخ الزرع، يأخذ منه سنبلة؟ قال: لا. قلت: أي شيء السنبلة؟ قال: لو كان كل من يمْرُ به يأخذ منه سنبلة لا يبقى منه شيء»^٣ وخبر مساعدة بن زياد المروي عن قرب الإسناد «عن جعفر بن محمد عليهما السلام أنه سئل عمما يأكل الناس من الفاكهة والرطب مما هو حلال لهم؟ فقال: لا يأكل أحد إلا من ضرورة، ولا يفسد إذا كان عليها بناء يحاط ومن أجل الضرورة نهى رسول الله صلى الله عليه وآله أن يبني على حدائق النخل والثمار بناء لكي لا يأكل منها أحد»^٤.

واختار هذا المرتضى في المحكي عنه في المسائل الصيداوية، والفضل في مكاسب المختلف وإن توقف في الأطعمة، والحقق الثاني وغيرهم من المتأخرین ومتأنریهم. وقال في الجوواهر: اختاره الاستاذ الكبير. الظاهر أنه الشيخ جعفر الكبير صاحب كشف الغطاء - رحمه الله -. هذا وإن ناقش في بعضها صاحب الجوواهر فراجع وتأمل والله أعلم.

حجّة القائل بالجواز مع عدم العلم أو الظن بالكرابة هو المشهور بين الأصحاب نقاًلاً وتحصيلاً بل في مختلف عن السرائر: إذا مرّ الإنسان بالثر جاز له

١- سورة البقرة آية ١٨٨.

٢ و ٣ و ٤- الوسائل الباب ٨ من أبواب بيع الثمار الحديث ١-٦٧

أن يأكل منها قدر كفایته ولا يحمل منها شيئاً. وأجمع عليه الأصحاب لأن الأخبار في ذلك متواترة، وعن الخلاف: الإجماع أيضاً في النخل والفواكه. وفي الرياض: لم نقف على مخالف فيه من قدماهم إلا ما يحکى عن المرتضى في بعض كتبه. ويدلّ عليه مضافاً إلى ذلك كما في الجوائز: قول الصادق عليه السلام في خبر عبدالله بن سنان «لا بأس بالرجل يير بالثمرة ويأكل منها ولا يفسد قدنه»، نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن تبني الحيطان في المدينة لمكان المارة قال: وكان إذا بلغ نخلة أمر بالحيطان فخرقت لمكان المارة»^١ ومرسل الفقيه «من مر بيستان أو بساتين فلا بأس أن يأكل من ثمرها ولا يحمل شيئاً»^٢ وقد قال محمد بن مروان للصادق عليه السلام في المرسل المروي بطرق ثلاثة «أمر بالثمرة فـأـكل منها؟ قال: كل ولا تحمل»^٣ وزاد في أحد طرقه «قلت: جعلت فداك إن التجار قد اشتروها ونقدوا أموالهم قال: اشتروا ما ليس لهم» إلى غير هذا من الروايات البالغ حد التواتر كما سبق، وفي المسألة اكثـر تفصيل أخذنا محلـ الحاجـه، وقد ظهر من مجموع ما ذكرنا قوله القول بالجواز كما أشار إليه صاحب الجوائز
-رحمـه اللهـ.

ج ٣٠ ص ٢٣٠ قوله رحمـه اللهـ: «وإن كان صاحـبـ الطعام ضعيفـاً لا يـتـنـعـ، أـكـلـ الطـعـامـ وـضـمـنـهـ، وـلـمـ تـخـلـ الـمـيـتـةـ، وـفـيـهـ تـرـدـدـ» وجه التردد من وجود الطعام فلا اضطرار، ومن حرمة طعام الغير فتحـلـ المـيـتـةـ.

حجـةـ القـائـلـ بـحرـمةـ أـكـلـ المـيـتـةـ إـذـاـ تـمـكـنـ منـ طـعـامـ الغـيرـ وـضـمـنـ ثـمـنـهـ، هـوـ أـنـ تحـريمـ مـالـ الغـيرـ عـرـضـيـ بـخـلـافـ المـيـتـةـ، وـقـدـ زـالـ عـرـوـضـ أـكـلـ مـالـ الغـيرـ بـالـإـضـطـرـارـ فـيـكـونـ أـوـلـىـ مـنـ المـيـتـةـ. كـمـاـ فـيـ الدـرـوـسـ أـنـهـ معـ قـدـرـتـهـ عـلـىـ قـهـرـ الغـيرـ عـلـىـ طـعـامـهـ بـالـثـمـنـ أـوـ بـدـوـنـهـ مـعـ تـعـذرـهـ أـيـ تـعـذرـ الثـمـنـ عـلـىـ المـضـطـرـ. لـاـ يـجـوزـ لـهـ أـكـلـ

١ - الوسائل الباب ٨ من أبواب بيع الثمار الحديث ١٢، ٨ مع اختلاف يسير، ٤.

٢ - الوسائل الباب ٨ من أبواب بيع الثمار الحديث ٢.

الميّة، بل يأكل الطعام ويضمّنه لمالكه، فإن تعذر عليه قهره أكل الميّة.
 حجّة القائل بجواز أكل الميّة وحرمة أكل مال الغير هو الذي ذكره صاحب المسالك ونسب اختياره إلى المصطفى: أنه يأكل الميّة ويدع طعام الغير، لأنّ الميّة محرومة لحق الله تعالى، وحقوق الله مبنية على المساهلة، ولأنّ إباحة الميّة للمضطرب منصوص عليها بقوله تعالى «فمن اضطرر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه»^١
 وجواز الأكل من مال الغير بغير إذنه يؤخذ من الإجتہاد ولأنّ الميّة يتعلق بها حق واحد لله تعالى وماл الغير يتعلق به الحقان واستغلال ذمته.

وفي الجوافر: والأولى الإستدلال بصدق الإضطرار بعد إطلاق الأدلة وعمومها بحرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه، والممنوع شرعاً كالممنوع عقلاً، فيتتحقق الإضطرار الذي هو عنوان الرخصة، ومنه يعلم وجه ضعف احتمال أكل الطعام لصدق القدرة على إطعام حلال العين، فأأشبه ما إذا كان المالك حاضراً وبذله له، والتصرف في مال الغير منجبر بشبوت عوضه في الذمة، وأضعف منه احتمال تخierre بين الأمرين لتعارض الحلين، ثم تنظر فيه، وقال: ودعوى الفرق بينه وبين الغائب، بأنّ الغائب غير مخاطب بدفعه إلى المضطرب، وما له باق على أصل احترامه، بخلاف الحاضر فإنه مأمور شرعاً بدفعه فإذا امتنع جاز أنْخذه قهراً موافقة لأمر الشارع، ولم يكن بسبب في ذلك مضطراً إلى الميّة، هذه الدعوى واضحة الفساد، ولعله لهذا تردد به المصنف.

أقول: ما ذكره صاحب الجوافر غير بعيد بالنسبة للقواعد الشرعية والله سبحانه العالم بالصواب.

كتاب الغصب

في السبب

ج ٣ ص ٢٣٥ قوله رحمه الله: «فلو سكن الدار مع مالكها قهراً، لم يضمن الأصل». وقال الشيخ: يضمن النصف، وفيه تردد» وجه التردد من عدم الاستقلال، ومن صدق الغصب عليه عرفاً.

حجّة القائل بعدم ضمان الأصل على الغاصب -أي جميع الدار- لعدم استقلاله لإثبات يده، بل مقتضى اطلاقه عدم الفرق بين ضعف المالك وقوته، لأنّ الغرض عدم رفع يده، بل هي باقية على نحو ما لو كان قوياً. ولما كان الغصب عند المصنف إنما يتحقق بالاستقلال بإثبات اليد على المال، لم يتحقق عنده الغصب بسكنى الدار مع مالكها قهراً، لعدم استقلاله بشيء معين، بل كلّ محلّ منها يد المالك باقية عليه في الجملة.

حجّة القائل بضمان الغاصب لنصف الدار هو اجتماع يديهما واستئنافهما عليها. وربما قيل بأنه على هذا التقدير مستقل بالنصف أيضاً على وجه الإشاعة. والسائل بضمان النصف الشيخ الطوسي وتبعه الأكثرون، وقواه في المسالك، وفي الجوواهر: بل المشهور، بل لا نجد فيه خلافاً محققاً.

ولكن في المتن وتبعه بعض ما سمعت من التردد، من عدم تحقق الغصب الذي هو الاستقلال بإثبات اليد. وهذا قال في الجوواهر: لم نجد هذا القول لأحد من تقدم المصنف، وإن حكاه المصنف في النافع قوله، إلا أنه باطل، لصدق الغصب بذلك عرفاً، وفي المسألة زيادة تفصيل وأقول ذكرها صاحب الجوواهر، فراجع وتأمل فيه.

أقول: الغصب هو إثبات اليد على ملك الغير عدواً سواء رفع المالك أو لم يرفع، فيضمن النصف وعليه الفتوى كما اختاره العلامة، في المختلف، والله أعلم.

ج ٣ ص ٢٣٦ قوله رحمة الله: «ولو استأجره في عمل، فاعتقله ولم يستعمله، فيه تردد، والأقرب أن الأجرة لا تستقر لمثل ما قلناه»، منشأ التردد من أن منافع الحر لا تضمن إلا بالتفويت، ومن وجوب الأجرة بنفس العقد على المنفعة.

حجّة القائل بعدم استقرار الأجرة هو: إن منافع الحر لا تدخل تحت اليد تبعاً له، سواء كان قد استأجره لعمل فاعتقله ولم يستعمله أم لا. وقال به في التحرير وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد والمسالك والروضة والرياض وغيرها، على ما حكى عن بعضها لمثل ما قلناه من أن منافع الحر تضمن بالاستيفاء لا بالفوائد، فنفعته في المدة المزبورة غير مضمونة على الحابس وفي اللمعة: والحر لا يضمن بالغصب عيناً ومنفعة، لأنّه ليس مالاً، فلا يدخل تحت اليد، إشارة إلى قوله صلى الله عليه وآله «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^١.

أقول: الاستيلاء على الحر بالحبس مثلاً لم يتحقق الغصب لا بالنسبة إلى عينه ولا بالنسبة إلى منفعته، سواء كان صغيراً أو كبيراً، وإن أثم بذلك فليس عليه ضمان، والله العالم بالصواب.

حجّة القائل باستقرار الأجرة في ذمته - أي الحبس - هو أصلالة بقاء العمل في الذمة، وهو وجوب الأجرة بنفس العقد على المنفعة التي كان مالكها سبباً في ضياعها باعتقاله، فيستقر في ذمته. كما لو قدرها بزمان حبسه حتى انقضى ذلك الزمان، فإنّه لا إشكال في استقرار الأجرة، فليكن هنا كذلك. والفرق بين العمل المطلق وبين المقدر بالزمان، فإن المطلق لا يختص بهذه المدة التي حبسه فيها وإن أمكن استيفاءه وإنما هو ثابت في الذمة، وزمانه أمر كلّي غير مشخص بوقت،

١ - المستدرك الباب ١ ص ١٠ كتاب الغصب الحديث ٤، وسنن البيهقي ج ٦ ص ٩٥.

فالاصل بقاءه في الذمة الى أن يستوفي. ومنافع تلك المدة غير داخلة تحت يد العاصب، الى آخر ما ذكره صاحب المسالك رحمة الله.

ج ٣ ص ٢٣٦ قوله رحمة الله: «ويضمن الخمر بالقيمة عند المستحل، لا بالمثل، ولو كان المتلف ذمياً على دمي، وفي هذا تردد»، وجه التردد من أنه مال مملوك لهم وهو مثلي، ومن أنه يمتنع في شرع الاسلام الحكم باستحقاق الخمر.

حجّة القائل بالضمان بالمثل هو أنه مال يملك عندهم وهو مثلي، فيضمن بمثله ولا مانع منه هنا. وقد أمرنا باقرارهم على ما عندهم^١. وفي شرح اللمعة: وقيل يضمن الكافر المثل لإمكانه في حقه، أي لإمكان الضمان للمثل في حق الكافر من حيث إنه مملوك له -أي للكافر-. المتلف يمكنه دفعه سراً، ثم ردّ هذا القول بأنّ استحقاقه كذلك يؤدي إلى اظهاره عند المراجعة، الى آخر ما هناك .

حجّة القائل بالضمان بالقيمة هو أنه يمتنع في شرع الاسلام الحكم بثبت حمر في ذمة أحد وان كنا لا نتعرض لهم إذا لم يتظاهروا بها، فامتنع الحكم بالمثل لذلك ، فوجب الانتقال الى القيمة. كما لو تعذر المثل في المثلي ، والأقوى ثبوت القيمة إذا ترافقوا علينا. ولا يلزم منه التظاهر بها، لأنّ المانع التظاهر بشرها والمعاملة عليها، لا مطلق البحث عنها بحيث يبطل حقها اللازم على حسب اقرارهم عليها. وإنما امتنع الحكم عليهم بالمثل لما تقدم من منافاته لشرع الاسلام، كما ذكره صاحب المسالك ، وفي الجوهر: ولعلّ هذا أقوى ، خصوصاً مع ملاحظة اشتراط التستر في احترامها، فتى حكم لهم ظاهراً زال احترامها، والله أعلم.

في أسباب آخر

ج ٣ ص ٣٣٧ قوله رحمة الله: «الثاني: لو غصب شاة، فمات ولدها جوعاً، في الضمان

تردد. وكذا لو حبس مالك الماشية عن حراستها، فاتفاق تلفها. وكذا التردد لو غصب دابة، فتبعها «الولد»، منشأ التردد في هذه الثلاثة من عدم الاستقلال بإثبات اليد على الولد والماشية، ومن أنه سبب في الإتلاف.

حجّة القائل بعدم الضمان، هو عدم الاستقلال بإثبات اليد على الولد والماشية، فلا يتحقق الغصب، فينتفي الضمان في الثلاث. وقال في الجواهر بعد ذكر أقوال الفقهاء:

«وإنك قد عرفت كون السبب هو ما دلت عليه النصوص المزبورة، أو أحق به بجماع ونحوه، وما عداه فالاصل براءة الذمة من الضمان به. فالمتجه عدم الضمان حينئذٍ في المسائل المفروضة بعد فرض الشك في السببية الشرعية بالمعنى الذي ذكرناه، ولا يجدي كونها أسباب بالظاهر عرفية أو مشابهة لما في النصوص مما ذكر فيها الضمان به بعد حرمة القياس عندنا، وعدم الاجماع على الإلحاد، وعدم دلالة عرفية على وجه يندرج فيها»، فراجع تفصيل ما ذكره رحمة الله عليه.

حجّة القائل بالضمان هو أنه سبب في الإتلاف، إذ لواه لم يتحقق التلف. ثم إن قصد توقع العلة في التلف بغصب الشاة والدابة وحبس المالك عن حراسة الماشية حيث يكون التلف متوقعاً ثابتاً، ومعه فالضمان لازم، لضعف المباشرة.

وفي المسالك: حيث قال في المسائل الثلاث: «والحق أنّ منشأ التردد إنما يكون من الشك في السببية هنا، إذ لو سلمت لم يبق إشكال في الضمان، ومنشأ الشك فيها مبني على تعريف السبب، فعلّي ما ذكره المصنف من تعريفه إذا مات الولد جوعاً بحيث لو لا غصب الام لامات عادة فالسببية متحققة فيه... والأصح الضمان مع استناد التلف الى فعل الغاصب، بمعنى أنه لو لا الغصب والحبس لما تلفت عادة وفي الإيضاح «منشأ النظر في الأول من أنه مات بسببه، لصحة

استناده اليه عرفاً، ولأنَّ السبب هو فعل ما يحصل اهلاك عنده لعلة سواه» الى آخر مَا ذكره في محله فتأمل.

أقول: الظاهر أنه ضامن لأنَّه لا يلزم من عدم الغصب عدم الضمان، لعدم انحصار السبب الموجب للضمان بالغصب، والله سبحانه العالم.

ج ٣ ص ٢٣٨ قوله رحمه الله: «أما لوفتح رأس الظرف، فقلبيه الريح أوذاب بالشمس، في الضمان تردد، ولعلَّ الأشبَهَ أَنَّه لا يضمِنُ»، وجه التردد من أنَّه لم يحصل بفعله التلف، ومن أنَّه لولا الفتح لما ضاع ما فيه.

حجَّة القائل بعدم الضمان، هو الشك في السببية المزبورة شرعاً على وجه يترتب عليها الضمان، خصوصاً بعد عدم تعارف قصد الاتلاف بالفتح بتوقع الهبوب -أي الريح-، والأصل البراءة، كما في الجوادر. وهو الذي اختاره المصنف، لأنَّ اهلاك لم يحصل بفعله، ولا فعله مما قصد به ذلك العارض، وإنما الريح كالمباشر فيبطل حكم السبب.

حجَّة القائل بالضمان هو أنَّ فعله سبب تلفه، إذ لولا الفتح لما ضاع ما فيه، ولم يتخلل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه، فوجب الضمان، إذ هو كما لو جرح إنساناً فأصابه الحر أو البرد فسرت الجراحة، فإنه يضمن فكذا هنا، بل عن جمع البرهان: لا إشكال في الضمان إذا علم كون فعله سبباً فقط لا غير ولم يعلم استناده الى غيره بالكلية، وقال بالضمان الفخر في الحكي من شرح الارشاد وغاية المراد والدروس وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك كما ذكره في الجوادر.

أقول: القول بالضمان في الجميع لا يخلو من قوة والله سبحانه العالم.

في حكم المغصوب

ج ٣ ص ٢٤٠ قوله رحمه الله: «ولا عبرة بزيادة القيمة ولا بنقصانها بعد ذلك على تردد»، وجه التردد من أنَّ أول وقت ضمان العين يوم الغصب، ومن أنَّ الحالات

مضمونة بالقيمة العليا.

حجّة القائل بضمان قيمة المغصوب إذا تلف عند الغاصب أول يوم الغصب، هو أنه أول وقت ضمان العين، ذهب اليه الشيخ في موضع من المبسوط، ونسبة المصنف إلى الأكثـرـ ووجهـهـ أنهـ أولـ دخـولـ العـيـنـ فيـ ضـمـانـ الغـاصـبـ،ـ والـضـمـانـ إـنـماـ هوـ الـقـيـمـةـ فـيـقـضـىـ بـهـ حـالـةـ اـبـتـدـائـهـ.

وضعف هذا القول بأنّ الحكم بالضمان للعين حينئذٍ، بمعنى أنها لو تلفت وجب بدها وهو القيمة لا وجوب قيمتها، فإنّ الواجب ما دامت باقية ردها، ولا ينتقل إلى القيمة إلا مع تلفها. وهناك قول آخر في الضمان، وهو ضمان القيمة يوم التلف، وذهب إليه ابن البراج والعالمة في المختلف، ونسب هذا القول في الدروس إلى الأكثـرـ،ـ ووجهـهـ هذاـ القـوـلـ مـاـ دـامـتـ مـوـجـودـةـ لـاـ حـقـ مـالـكـهاـ فيـ الـقـيـمـةـ زـادـتـ أـمـ نـقـصـتـ،ـ وـقـوـاهـ فـرـاجـعـ وـتـأـمـلـ.

حجّة القائل بضمان أعلى القيم بين الغصب والتلف، وهو مذهب الشيخ في موضع آخر من المبسوط وفي الخلاف والنهاية، واختاره ابن ادريس واستحسنه المصنف، لأنّه مضمون على الغاصب في جميع الحالات التي من جملتها حالة أعلى القيم، ولو تلف فيها لزم ضمانه. فكذا بعده، ولأنّه يناسب التغليظ على الغاصب.

وضعف هذا القول بما تقدم، من أنّ الزيادة للسوق ما دامت العين باقية. غير مضمونة، ولا يلزم من ضمانها لو تلفت في تلك الحالة ضمانها مع عدم تلفها، لأنّ ضمان القيمة على تقدير تلفها حينئذٍ ماجاء من قبل الزيادة، بل من حيث الانتقال من ضمان العين إلى القيمة لفوائد العين، وهو منتف على تقدير عدم تلفها في تلك الحالة العليا. ومؤاخذة الغاصب بالأشق لا يجوز بغير دليل يقتضيه، إلى آخر ما ذكره صاحب المسالك.

والذين يرجح هذا القول -أعني أعلى القيم- صحيحـةـ أبيـ ولـادـ،ـ عنـ أبيـ

عبدالله عليه السلام في اكتراء البغل ومخالفة الشرط، ما يدل على هذا القول، ويُمكن أن يستفاد منه اعتبار الأكثر منه أي من يوم الغصب إلى يوم التلف.

نَصَّ الصَّحِيحةِ عَنْ أَبِي لَوَادَ «قَالَ: إِذْ تَرِيتَ بَغْلًا إِلَى قَصْرِ ابْنِ هَبِيرَةَ ذَاهِبًا وَجَائِيًّا بِكَذَا وَكَذَا، وَخَرَجْتَ فِي طَلْبِ غَرِيمٍ لِي فَلَمَّا صَرَّتْ قَرِيبَ قَنْطَرَةِ الْكَوْفَةِ خَبَرْتَ أَنَّ صَاحِبَيِ التَّوْجِهِ تَوَجَّهَا إِلَى النَّيلِ فَتَوَجَّهَتْ نَحْوَ النَّيلِ، فَلَمَّا أَتَيْتَ النَّيلَ خَبَرْتَ أَنَّهُ تَوَجَّهَ إِلَى بَغْدَادَ فَاتَّبَعْتَهُ فَظَفَرْتَ بِهِ، وَرَجَعْتَ إِلَى الْكَوْفَةِ، إِلَى أَنْ قَالَ: فَأَخْبَرْتَ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامَ فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: أَرَى لَهُ عَلَيْكَ مِثْلَ كَرَاءِ الْبَغْلِ ذَاهِبًا مِنَ الْكَوْفَةِ إِلَى النَّيلِ، وَمِثْلَ كَرِيِّ الْبَغْلِ مِنَ النَّيلِ إِلَى بَغْدَادَ، وَمِثْلَ كَرِيِّ الْبَغْلِ مِنْ بَغْدَادَ إِلَى الْكَوْفَةِ، وَتَوْفِيهِ إِيَاهُ. قَالَ: قَلْتُ: جَعَلْتَ فَدَاكَ قَدْ عَلَفْتَهُ بِدِرَاهِمٍ فِي عَلَفَهُ؟ قَالَ: لَا إِنَّكَ غَاصِبٌ. فَقَلَتْ: أَرَيْتَ لَوْ عَطَبَ الْبَغْلُ أَوْ نَفْقَهُ أَلِيسَ كَانَ يَلْزَمُنِي؟ قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: نَعَمْ قِيمَةُ بَغْلٍ يَوْمَ خَالِفَتْهُ قَلَتْ: فَإِذَا أَصَابَ الْبَغْلَ كَسْرًا أَوْ دَبْرًا أَوْ عَقْرًا؟ فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: عَلَيْكَ قِيمَةُ مَا بَيْنَ الصَّحَّةِ وَالْعَيْبِ يَوْمَ تَرَدَّهُ...»^١ إِلَى آخرِ الْحَدِيثِ، أَخَذْنَا مَوْضِعَ الْحَاجَةِ مِنْهُ. وَقَوْاْهُ فِي الْلِّمْعَةِ عَمَلًا بِالْخَبْرِ الْمُزَبُورِ وَهُوَ صَحِيحٌ أَبِي لَوَادَ.

ج ٣ ص ٢٤١ قوله رحمه الله: «ولو جنى الغاصب عليه، بعادون النفس، فإن كان تمثيلاً، قال الشيخ: **عنيق** وعليه قيمته، وفيه تردد»، وجه التردد من ورود الدليل على الحرية، ومن الاقتصار على الأصل وهو عدم الانتقام.

حجّة القائل بانعتاق العبد إذا مثل به الغاصب، هو قول الصادق عليه السلام في مرسل ابن حمّوب «قال: كل عبد مثل به فهو حر وغم قيمته للملك»^٢، الذي لا ينافي ذكر المولى في غيره من الروايات لرواية أبي بصير،

١ - الوسائل الباب ٧ من أبواب الغصب الحديث.

٢ - الوسائل الباب ٢٢ من كتاب العق الْحَدِيث.

عن أبي جعفر عليه السلام «قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن نكل بملوکه، أنه لا سبيل عليه سائبة»^١، لعدم التنافي بين الحكم بعتقه على المولى المنكلا فيه، وعتقه على كل من نكل.

وقد خالف ابن ادریس في العتق بتنكيل المولى فضلاً عن غيره، والمصنف تردد أيضاً في عتقه بتنكيل مطلقاً لذلك، ومنه منشأ تردد هنا...، الى آخر ما ذكره في المسالك، مؤيداً بأنّ الحكمة في الاعتقاد بتنكيل المولى جبر وهن المنكلا لما فاته من التكسب، وقال به الشيخ الطوسي كما في المتن.

حجّة القائل بعدم انتقاد العبد اذا مثل به الغاصب، هو الاقتصار في الحكم على تنكيل المولى، وقوفاً فيما خالف الأصل على مورده وهو المولى، ولأنّ عتقه مؤاخذة له على سوء فعله. والمخالف للأصل هو الانعتاق بلا عتق، ولعموم قوله صلى الله عليه وآله «لا عتق قبل ملك ، أو إلا في ملك». ولأصالةبقاء الرقية في موضع الشك ، وهذا هو المعتمد. كما ذكره صاحب المسالك ، وقال صاحب الجوواهر: إنّ المتوجه الاقتصار على تنكيل المولى الذي هو المنساق نصاً وفتوى ، كما هو واضح من تأمل .

ج ٣ ص ٢٤١ قوله رحمة الله: «أما لو استغرقت ديتها قيمته، قال الشيخ: كان المالك مخيراً بين تسليمه وأخذ القيمة وبين امساكه ولا شيء له، تسوية بين الغاصب في الجنابة وغيره، وفيه تردد»، ينشأ التردد من الجمع بين العوض والمعوض، ومن أن المدفوع عوض عن الفائد.

حجّة القائل بدفع القيمة للمولى ويأخذ الناصب العبد هو أن المقتضي لدفعه إلى الجاني إذا أحدث فيه قيمة التحرز من الجمع للمالك بين العوض والمعوض، وهذا المعنى موجود في الغاصب، فيستويان في هذا الحكم لاشتراكيهما

١ - الوسائل الباب ٢٢ من كتاب العتق الحديث .٢

في المقتضي.

ولرواية أبي مرير، عن أبي جعفر عليه السلام «قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في أنف العبد أو ذكره أو شيء يحيط بقيمتها، أنه يؤدي إلى مولاه قيمة العبد ويأخذ العبد»^١، وهي شاملة بإطلاقها للغاصب، واختاره الشيخ الطوسي في المبسot.

حجّة القائل بدفع الغاصب القيمة مع العبد للمولى هو أن النصوص الواردة مختصة بغير الغاصب الذي فيه ضمان اليد، بل جزم الخل والفضل ولوه والشهيدان والكركي بوجوب دفع الغاصب إياه مع القيمة وإن كانت الجنائية من غيره، وذلك لأن العبد مضمون، وكل عضوه كذلك، فكل عضوفات منه يلزمها قيمته مع أصلاته بقاء العبد على ملوكه.

ومن هنا ربما اجتمع للمالك عدة قيم، كما لوقعه واحد رجله وآخر يده وثالث عينه ورابع اذنه، فإن للسيد إمساكه ومطالبة كل منهم بقيمة ما جنى، كما نصوا عليه في باب الديات. ولا جمع بين العوض والمعرض، لأن العوض قيمة العضو، والمعرض ذلك العضو الفائت لا العبد، ولذا لوقعه إحدى يديه ودفع عليه نصف القيمة لم يجب عليه تسليم نصف العبد.

كل ذلك مضافاً إلى الضرر على تقديره الدفع وعدمه، خصوصاً إذا كان العبد كسبوباً لا يمنعه قطع أنفه مثلاً، وحمل الغاصب على الأجنبي قياس. وفي المطلب مزيد بيان كما في الجواهر، فراجع وتأمل، والله سبحانه العالم.

ج ٣ ص ٢٤٢ قوله رحمه الله: «أما لو أخذ فرداً من خفين يساويان عشرة، فتلف في يده وبقي الآخر في يد المالك، ناقصاً عن قيمته بسبب الانفراد، رد قيمة التالف لو كان منضماً إلى صاحبه، وفي ضمان ما نقص عن قيمة الآخر تردد»، منشأ التردد من أنه لم يدخل تحت

١- الوسائل الباب ٣٤ من أبواب ديات الأعضاء الحديث ١ من كتاب الديات.

يده كي يكون مضموناً عليه، ومن عدم اخصار الضمان في الغصب حجّة القائل بعدم الضمان الى نقص الفرد الآخر، هو عدم غصبه والأصل البراءة من ضمان النقصان، فيلزم بضمان الفرد المغصوب فقط.

و في الجواهر: «إلا أنه قد عرفت تحقيق الحال عندنا في مثل الضمان بذلك، ونحوه مما لم يتضح لنا اندراجه في المستفاد من نصوص الضمان به، والأصل البراءة». وفي المطلب مزيد تفصيل تجده في محله من كتب الفقه المطولة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

حجّة القائل بضمان الفرد المغصوب ونقص الثاني هو أن الفرد المغصوب ضمانه قطعي ، والآخر حصل نقصه بسبب التفريق المستند اليه من غير أن يكون غاصباً له، فيكون كحبس المالك عن حراسة الماشية فتلفت، فيحتمل ضمان النقص للسببية . وقد تقدم أنه يتحقق بالسببية وإن لم يكن هناك غصب، وقواء في محكي الإيضاح وجامع المقاصد، وفي المسالك هو الأصح .

وفي شرح اللمعة: «ولو غصب ما ينقصه التفريق مثل الحفين والمصراعين، فتلف أحدهما قبل الرد ضمن قيمته - أي قيمة التالف مجتمعاً مع الآخر- ونقص الآخر، فلو كان قيمة الجميع عشرة وقيمة كل واحد مجتمعاً خمسة ومنفرداً ثلاثة، ضمن سبعة، لأن النقصان الحاصل في يده مستند الى تلف عين مضمونة عليه، وما نقص من قيمة الباقي في مقابلة الاجتماع فهو بفوائط صفة الاجتماع في يده» هذا خلاصة ما أردنا بيانه في هذا المختصر، وفيه أوجه في محالها، فراجع وتأمل .

أقول: القول بضمان سبعة لا يخلو من ربحان والله أعلم.

ج ٣ ص ٢٤٣ قوله رحمه الله: «ولو أغلى الزيت فنقص ضمن النقصان. ولو أغلى عصيراً فنقص وزنه، قال الشيخ: لا يلزمه ضمان النقيصة، لأنها نقيصة الرطوبة التي لا قيمة لها، بخلاف الأولي، وفي الفرق تردد وجه التردد من أنه مضمون، ومن أن الذاهب رطوبة لا

قيمة لها.

حجّة القائل بضمان النقصان في كلا الحالين هو أنه مضمون كالزيت واستظهره صاحب المثالك، واستضعف القول الآخر القائل بعدم الضمان من كونها رطوبة مائية لاقيمتها وإن آلت إلى الذهاب في الاستقبال فإنه لا يمنع من نقوبيها في الحال. وقال في الجواهر: «فيه منع، ولذا كان أكثر المتأخرین أو جميعهم على خلافه، وذلك لأن الواقع نقص محسوس في العين فيجب بدلـه مع منع كون الذاهب أجزاء مائية خاصة بخلاف الزيت وإن تفاوتـا بالعلة والكثرة».

حجّة القائل بعدم الضمان فيما إذا نقص وزن العصير بالغليان، هو قول الشيخ الطوسي في محكي المبسوط، بل الخلاف، لأنـها نقىصة الرطوبة التي لا قيمة لها إذ النار تعقد أجزاء العصير، وهذا تزيد حلاوته، بخلاف الذاهب من الزيت فإنه مالية وزيت متقوّم، فيعزم.

أقول: الفرق بين المقامين مشكل يحتاج إلى تتبع وتأمل، فراجع والله العالم بالصواب.

ج ٣ ص ٢٤٧ قوله رحـمه الله: «ولومات ولدها في يـد الغـاصـب، ضـمنـه. ولو وضـعـته مـيـتاً، فـيلـمـ لا يـضـمنـ، لأنـا لا نـعـلـمـ حـيـاتـهـ قـبـلـ ذـلـكـ، وـفـيهـ تـرـدـدـ»، وجـهـ التـرـددـ من عدمـ العـلـمـ بـحـيـاتـهـ، ومنـ أـنـ يـدـ الغـاصـبـ يـدـ ضـمـانـ.

حجّة القائل بعدم الضمان هو أنه لا نعلم كونـهـ حـيـاً قـبـلـ ذـلـكـ، ووجـوبـ شيءـ فـرعـ ثـبـوتـ الـحـيـاـةـ، لأنـ إـنـماـ يـقـوـمـ بـعـدـ سـقـوـطـهـ حـيـاً، وـقـالـ الشـيـخـ فيـ محـكـيـ المـبـسـوـطـ وـتـبـعـهـ التـحـرـيرـ وـالـدـرـوـسـ ماـ لـفـظـهـ: «لوـ أـحـبـلـهـ الـغـاصـبـ جـاهـلاًـ بـالـتـحـرـيمـ ثـمـ وـلـدـتـهـ مـيـتاًـ، لمـ يـضـمـنـ الـغـاصـبـ قـيـمـةـ الـوـلـدـ لـأـنـهـ لاـ يـعـلـمـ كـوـنـهـ حـيـاًـ قـبـلـ هـذـاـ، وـلـأـنـهـ مـاـ حـالـ بـيـنـهـ وـبـيـنـ سـيـدـهـ فـيـ وـقـتـ التـصـرـفـ، وـلـوـ ضـرـبـهـ أـجـنبـيـ فـأـلـقـتـ الجـنـينـ مـيـتاًـ فـعـلـيـ الضـارـبـ الضـمـانـ، لأنـ الـالـقـاءـ عـقـيـبـ ضـرـبـ بـطـنـهاـ مـسـقطـ لـلـوـلـدـ غالـباًـ، بـخـلـافـ مـاـ إـذـاـ سـقـطـ لـنـفـسـهـ، لأنـ الـأـصـلـ الموـتـ حتـىـ يـعـلـمـ غـيـرـهـ»، هـذـاـ كـلـامـهـ

رفع مقامه ذكره صاحب الجواهر.

حجّة القائل بضمّانه ولو سقط ميتاً هو أنّ عدم العلم بحياته ثابت على التقديرين، فإنّ كان مؤثراً في عدم وجوب شيء فلا أثر للضرب، وقال في المسالك: «والوجه أنّ الغاصب يضمن دية الجنين أو جنين أمة، سواء كان سقوطه بجنايته أم لا، لكن على تقدير كونه بجنايته فللمالك دية جنين أمة وبافي دية جنين الحرة لللامام، لأنّ القاتل لا يرث، والأمة رقيقة لا ترث أيضاً. إنتهى كلامه. وقال به جامع المقاصد والارشاد، وتنظر فيه صاحب الجواهر بعد كلام

طويل، فراجع.

أقول: إنّ القول بالضمّان لا يخلو من شبهة.

كتاب الشفعة

فيما ثبت فيه الشفعة

ج ٣ ص ٢٥٣ قوله رحمه الله: «وفي ثبوتها في النهر والطريق والحمام وما تضرّ قسمته تردد، أشبه أنها لا ثبت»، ينشأ التردد من أصالة عدم ثبوتها في محل النزاع، ومن عموم أدلة ثبوتها.

حجّة القائل بعدم ثبوت الشفعة في المذكورات وما يحصل به ضرر هو الأصل، أي أصالة عدم الشفعة إلا فيما خرج بالدليل، لأنّ الشفعة تسليط على مال الغير وهو خلاف «الناس مسلطون على أمواهم»، وأيضاً دليل لا ضرر، مضافاً إلى بعض النصوص المشتملة على نفيها في النهر والطريق والرحي والحمام منها:

رواية السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا شفعة في سفينة ولا في نهر ولا في طريق»^١، وزاد في الفقيه «ولا رحي ولا حمام». ومثل هذين الروايتين غيرهما.

وذهب إليه المشهور قال في مفتاح الكرامة: إشتراط قبول القسمة خيرة الهاية والخلاف والبساط والمراسم والمهدب والوسيلة والشرياع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والاختلاف والإيضاح وغاية المراد والمقتصر والشيخ وجامع المقاصد والروضة، وهو الظاهر من كشف الرموز وشرح الإرشاد لولد المصنف والمهدب البارع، ونفي عنه البعد في مجمع البرهان، وهو المحكى عن علي بن بابويه وعليه المؤاخرون، كما في الدروس،

١ - الوسائل الباب ٨ من أبواب كتاب الشفعة الحديث .

وعليه الفتوى كما في التتفيج، ومذهب اكثـر علمائـنا كما في التذكرة والمشهور كما في مجموع البرهان، وخصوصاً بين المتأخرـين كما في المسالك وأكثـر المتأخرـين كما في جامـع المقاصـد.

وكيف كان فـالمسئـلة لا تخلـو من اشكـالـ، والقدر المتـيقـن هو جواز الشـفـعة في ما وقع عليه الا تـفاـقـ ما قـدـمنـا وما عـادـاه محلـ تـوقـفـ، وـاللهـ أعلمـ.

حجـةـ القـائلـ بـثـبـوتـ الشـفـعةـ مـطـلـقاـ قـبـلـ الـقـسـمـةـ أوـ لـمـ يـقـبـلـ،ـ هـوـ الـعـمـومـاتـ أوـ الـاطـلاقـاتـ الدـالـةـ عـلـىـ ثـبـوتـهاـ مـطـلـقاـ مـنـ غـيرـ تـخـصـيـصـ،ـ هـذـاـ وـإـنـ الـمـقـتـضـيـ لـثـبـوتـ الشـفـعةـ وـهـوـ إـزـالـةـ الضـرـرـ عـنـ الشـرـيكـ قـائـمـ فـيـ غـيرـ الـمـقـسـومـ،ـ بـلـ هـوـ أـقـوىـ،ـ لـأـنـ الـمـقـسـومـ يـكـنـ التـخـلـصـ مـنـ ضـرـرـ الشـرـيكـ بـالـقـسـمـةـ.ـ بـخـلـافـ غـيرـهـ مـنـ الـرـوـاـيـاتـ مـاـ عـنـ اـبـنـ حـمـزةـ الـغـنـوـيـ عـنـ اـبـيـ عـبـدـ اللهـ عـلـيـهـ السـلـامـ «ـقـالـ:ـ سـأـلـتـهـ عـنـ الشـفـعةـ فـيـ الدـوـرـ أـشـيـاءـ وـاجـبـ لـلـشـرـيكـ،ـ وـيـعـرـضـ عـلـىـ الجـارـ فـهـوـ أـحـقـ بـهـاـ مـنـ غـيرـهـ؟ـ فـقـالـ:ـ الشـفـعةـ فـيـ الـبـيـوـعـ اـذـاـ كـانـ شـرـيـكاـ فـهـوـ أـحـقـ بـهـاـ بـالـثـنـيـنـ»ـ^١.

وـماـ عـنـ يـونـسـ عـنـ بـعـضـ رـجـالـهـ عـنـ اـبـيـ عـبـدـ اللهـ عـلـيـهـ السـلـامـ فـيـ حـدـيـثـ «ـقـالـ:ـ الشـفـعةـ جـائزـةـ فـيـ كـلـ شـيـءـ مـنـ حـيـوانـ اوـ أـرـضـ اوـ مـتـاعـ»ـ^٢ـ الـحـدـيـثـ.ـ الـغـيرـهـذـاـ مـنـ الـعـمـومـاتـ.

وـقـالـ بـهـ السـيـدـ الـمـرـتضـيـ وـأـبـيـ الـمـكـارـمـ وـأـبـيـ اـدـرـيـسـ وـأـبـيـ عـلـيـ وـالـقـاضـيـ،ـ وـحـكـاهـ فـيـ الـايـضـاحـ عـنـ الـمـفـيدـ،ـ وـنـسـبـهـ فـيـ الـمـفـاتـيحـ إـلـىـ السـيـدـ وـالـحـلـيـ وـأـكـثـرـ الـمـتـقدـمـينـ،ـ وـاخـتـارـهـ وـكـانـهـ قـالـ بـهـ اوـ مـالـ يـهـ فـيـ الـمـسـالـكـ،ـ وـفـيـ الـدـرـوـسـ:ـ إـنـ الـقـوـلـيـنـ مشـهـورـانـ وـلـاـ تـرـجـيـحـ فـيـ الـكـفـاـيـةـ،ـ وـفـيـ الـحـدـائقـ:ـ إـنـ هـذـاـ الشـرـطـ أـيـ شـرـطـ الـقـسـمـةــ ذـكـرـهـ جـملـةـ مـنـ الـمـتـأـخـرـينـ كـالـعـلـامـةـ فـيـ الـاـرـشـادـ.

١ - الوسائل الباب ٢ من ابواب الشفعة الحديث .

٢ - الوسائل الباب ٥ من ابواب الشفعة الحديث .

أقول: هذا القول أقرب إلى الصناعة بعد المناقشة في أدلة المشهور. وفي المسألة بعض التفاصيل، والاحتياط لا ينبغي تركه والله العالم.

ج ٣ ص ٢٥٤ قوله رحمه الله: «وفي دخول الدولاب والناعورة في الشفعة اذا بيع مع الأرض تردد»، وجه التردد من أنها منقولان في أنفسهما، ومن عدم جريان العادة بنقلهما.

حجّة القائل بدخول الدولاب والناعورة في الشفعة تبعاً، هوتناول إسم الدار والحمام والبستان لها اذا كان من جملة المرافق، لتناوتها للأبواب المثبتة عادة مع قبوها للنقل في نفسها. وقوى هذا صاحب المثالك ، وفي الجواهر: الأصح ثبوتها - أي الشفعة - كما حكي عن التحرير والإيضاح والدروس وجامع المقاصد وغيرها. ومقتضى القاعدة أن دخول الشفعة مع البيع منضمأً وعدم الدخول مع البيع منفرداً.

حجّة القائل بعدم دخولهما في الشفعة هو أنها منقولان في أنفسهما، بناءً على عدم الثبوت فيما ينقل، كما في مجمع البرهان، يمكن عدم الدخول لأنها منقوله حقيقة، وفي التذكرة: الأقرب عدم الدخول، كما أنها لو بيعاً منفردين عن الأرض فلا إشكال بين القائلين بعدم ثبوت الشفعة فيها، لأنها لا تثبت في المنقول، كما لا خلاف بينهم في أنه لا تدخل الحبال التي ترتكب عليها الدولاب في الشفعة لنفس العلة التي ذكرناها، وهي الدخول في المنقولات، والله أعلم بالصواب.

فروع في الشفعة مع كثرة الشفعاء

ج ٣ ص ٢٥٧ قوله رحمه الله: «الخامس: لوقال الحاضر لا آخذ حق يحضر الغائب، لم نبطل شفعته لأن التأخير لغرض لا يتضمن الترك، وفيه تردد» وجه التردد من أن الأخذ بالشفعة فوري، ومن أن التأخير لعدراً ليمعن.

حجّة القائل ببطلان شفعته هو أنه مقصّر في كون مثل ذلك عذرًا، فإن

ضرره لا يدفع بضرر المشتري، والشفعة مبنية على القهر فينبعي أن يقتصر فيها على موضع اليقين، وحكي الاجماع على الفورية التي ينافيها التراخي لتمكنه من الآخذ ولا أقل من الشك في كون ذلك عذراً، كما في الجواهر.

حجّة القائل ببقاء شفعته هو أنه يجاب إلى ذلك لظهور عذرها بتزليل ملكه وبذل كل الثمن في مقابلة ما لا يبقى ببقائه، وفي المسالك: الأقوى الجواز، وهو خيرة الدروس، وفي القواعد: لو قال الحاضر لا آخذ حتى يحضر الفاتب لم تبطل شفعته على أشكال، وقال في مفتاح الكرامة: إن عدم بطلان الشفعة هو الذي قوّاه في المبسوط والمسالك وقربه في التذكرة، وفي الدروس: إن فيه قوة، ثم بين وجه الاشكال وهو التمكن بالأخذ.

أقول: بعد ثبوت الشفعة فهل الفورية شرط فيها؟ الأصل عدم اعتبارها، لأنها قيد زائد، فإذا انتفى القيد القول بالبقاء لا يخلو من رجحان والله العالم.

في أخذ الشفعة

ج ٣ ص ٢٦٢ قوله رحمه الله: «وفي جواز التأخير مع بقاء الشفعة تردد»، منشأ التردد من أن الشفعة على الفور ومن التأخير لغرض الانتفاع بالثمن.

حجّة القائل بعدم جواز التأخير للشفعة هو أنها فورية ومثل ذلك لا يثبت عذراً. كما لو بيعت الأرض في غير وقت الانتفاع فإنه لا يجوز تأخير الأخذ إلى وقته إجماعاً، وفي الخلاف والإيضاح وجامع المقاصد ومحكي التذكرة وظاهر التحرير لا يجوز له التأخير، وفي المسالك: لا يخلو من قوة لأن الشفعة على الفور.

حجّة القائل بجواز تأخير الشفعة هو أنه لا يجب عليه بذل الثمن الموجب للانتفاع به من غير مقابل، بل يجوز له حينئذ تأخير الأخذ بالشفعة، لأن تعجيله ملزم لتعجيل الثمن.

وفي الجواهر: إن الشفعة وإن كانت على خلاف الأصل إلا أنه بعد تعلّقها

يكون مقتضى الأصل بقاءها، بعد عدم دليل على الفورية على وجه ينافي ذلك، خصوصاً بعد ما سمعت ما ذكره من الأعذار التي لا تتطبق إلا على إرادة سقوطها مع إيمانها رغبة عنها لا مع الغرض المعتمد به عنده العقلاء. تم كلامه رفع مقامه وهو مختاره.

ج ٣ ص ٢٦٣ قوله رحمه الله: « ولو عفا أحد الوراث عن نصيبي لم يسقط، وكأن لم يعف أن يأخذ الجميع، وفيه تردد ضعيف»، وجّه التردد من احتمال سقوط أصل الشفعة، ومن أنها لا تسقط لبقاء الوارث.

حجّة القائل بسقوط أصل الشفعة بعفو البعض كما لوأسقطها المورث، لأنّ الوارث يقوم مقام مورثه فعفوه عن نصيبيه كعفو المورث عن البعض فيسقط الباقى، وهذا هو الوجه الضعيف، بل لم يذكره كثير، وجّه ضعفه ظاهر لأنّها شفعة واحدة اشترك بها الوراث.

حجّة القائل بعدم سقوط الشفعة بعفو البعض هو أنّ الحق للجميع فلا يسقط حق واحد بترك غيره ولم يجز تعويض الصفة على المشتري، فالمستحق للشفعة يأخذ الجميع أو يترك ، وإن الشفعة حق واحد، فليست إلا شفعة واحدة وان تكثّر المستحق لها من الوراث على وجه توزع عليهم على قدر النصيب لأخذوا بها.

وبهذا يظهر الفرق بين المقام وبين العفو من أحد الشركاء في البيع وغيره مثلاً، بناءً على ثبوتها مع الكثرة، لأنّها باعتبار تعدد مستحقها أصلّة كانت بمنزلة تعدد الشفعتين، كما يذكر ذلك في محل من كتب الفقه المطلولة فراجع وتأمل.

ج ٣ ص ٢٦٤ قوله رحمه الله: «وكذا لو كان وكيلًا لأحد هما، وفيه تردد، لما فيه من إمارة الرضا بالبيع»، وجّه التردد من أنّ الضمان مسقط للشفعة، ومن عدم سقوطها لعدم المقتضي للبطلان.

حجّة القائل بالسقوط هو أن الشريك ضمن عن الشفيع الدرك ، وهو

عهدة المبيع عن البائع أو الثمن عن المشتري أو للبائع على تقدير ظهوره مستحقةً للغير. قيل ببطلان الشفعة، لأنَّه يدلُّ على الرضا بالبيع، ورجحه في المختلف وهو محكى المبسوط أيضاً.

حجَّة القائل بعدم سقوط الشفعة هو عموم النص، ولأنَّ الشفعة متربة على لزوم البيع من حيث أنها معلولة للبيع فيتوقف لزومها على لزوم البيع، ومن حيث وقوع البيع ومجده موجب للشفعة، وفي موضع من جامع المقاصد: للوكيل في الشراء والبيع أنْ يأخذ بالشفعة قولًا واحدًا، وإنْ حكى هو في موضع آخر عن المختلف السقوط، لحصول الرضا بالبيع، وهو مسقط.

وقال في الجواهر: وعلى كل حال فالتحقيق عدم السقوط، ثم قال بعد هذا: ضرورة عدم كون مطلق الرضا بالبيع مسقط لها -أي للشفعة-، فإنَّ البيع هو السبب في ثبوت الشفعة. فتلخص من مجموع الأقوال في الباب عدم سقوط الشفعة على هذا المنوال، والله أعلم بالصواب.

ج ٣ ص ٢٦٤ قوله رحمه الله: «ولو كان قيمة الشخص والحال هذه أقل من قيمة العبد هل يرجع الشفيع بالتفاوت؟ فيه تردد»، ينشأ التردد من أنه الثمن الذي اقتضاه العقد، ومن أنه الثمن الذي استقرَّ على المشتري.

حجَّة القائل برجوع الشفيع بالتفاوت هو أنَّ الثمن الذي استقرَّ على المشتري قيمة الشخص والشفيع إنما يأخذ بالثمن الذي استقرَّ نحو ما تقدم في الأرش. وحكي عن الشيخ الرجوع بالتفاوت والرجوع عند زيادة قيمة الشخص على قيمة العبد، والذي يظهر من عبارته التردد لا القول بالرجوع فيها، كما ذكر في الجواهر ج ٣٧ ص ٤١٦.

حجَّة القائل بعدم الرجوع هو إنما يرجع الشفيع بالثمن الذي اقتضاه العقد حين الأخذ بالشفعة، وليس القيمة التي أخذها البائع من الثمن في شيء، والزيادة استحقها البائع على المشتري بسبب الفسخ حال انتقال العين من ملكه

بالسبب المذكور، فلا حق للشفيع فيه، وهو الأشبہ بالقواعد، وقال به الفاضل والكركي والشهید الثاني كما في الجواهر ج ٣٧ / ص ٤١٦ كما لا حق للمشتري على الشفيع لوزادت قيمة الشخص التي دفعها للبائع على قيمة العبد والله أعلم. ج ٣ ص ٢٦٥ قوله رحمه الله: «ولونزل عن الشفعة قبل البيع، لم تبطل مع البيع، لأنَّه اسقاط ما لم يثبت، وفيه تردد»، وجه التردد من أنَّ السقوط حقه فاسقطه، ومن أنه ليس بحقه فلا تسقط.

حجَّة القائل بالسقوط هو أنَّ الحق له فإذا أسقطه سقط، كما لو أسقطه بعد البيع، وأنَّه دالٌّ على الرضا بالبيع، بل أبلغ من الاسقاط كما في المسالك، وهو مبطل للشفعة. وظاهر كلمات بعضهم السقوط كما عن غایة المراد وجمع البرهان، بل قد يلوح الميل إلى السقوط من الدروس كما أشار إليه في الجواهر، وفي النهاية: إن عرض البائع الشيء على صاحب الشفعة بشمن معلوم فلم يرده فباعه من غيره بذلك الثن أو أزيد عليه، يكن لصاحب الشفعة المطالبة، وإن باع بأقل كأن له المطالبة، وفيها أيضًا: إذا علم الشرك بالبيع ولم يطالب بالشفعة، أو شهد على البيع، أو بارك للبائع فيما باع أو للمشتري فيما ابتعى لم يكن له المطالبة بعد ذلك بالشفعة. وكذلك في المقنعة ما يشبه المقام، إلى غير ذلك مما في الكتب المطلولة، فراجع وتأمل والله أعلم.

حجَّة القائل بعدم السقوط وهو ما انفردت به الإمامية أنَّ حق الشفيع لا يسقط إلا أن يصرح باسقاط حقه، بل قيل: إنَّ ظاهر الانتصار الاجماع على ذلك، بل في النبوي المروي في التذكرة عن جابر عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلَهُ وَسَلَّمَ «الشفعة في كل مشترك في أرض أو ربع أو حائط، لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع»^١، المراد منه الأخذ بالشراء أو تركه.

و في الدروس وغيرها من كتب الأصحاب قال رسول الله صلى الله عليه وآله «لا يحل أن يبيع حتى يستأذن شريكه فإن باع ولم يأذن فهو أحق به»^١. وكذلك التردد المذكور لو شهد على البيع أو بارك للمشتري، لأنه ليس بأبلغ من الاستفاط، وغير ذلك مما ذكر في محله، والله سبحانه أعلم.

ج ٣ ص ٢٦٦ قوله رحمة الله: «وكذا لو تلف الثمن المعين قبل قبضه لتحقق البطلان على تردد في هذا»، منشأ التردد من تبعية الشفعة للبيع وقد بطل، ومن ثبوت حق الشفعة بالبيع فلا يقدح طر و الفسخ.

حجّة القائل ببطلان الشفعة هو بطلان البيع وهي تابعة له، وقال به الشيخ والفضل في مكي المسوط والتذكرة، ومال اليه في الجواهر وفي المسالك: من مبطلات الشفعة أن يتلف الثمن المعين قبل قبضه، فإنه يحكم ببطلان البيع ويتبعه بطلان الشفعة، وفي المسألة مزيد بيان في محله.

حجّة القائل بعدم البطلان هو ما تقدم في الإقالة والرد بالعيوب، من أنّ حق الشفعة أو الشفيع ثابت بالبيع فلا يقدح فيه طر و الفسخ، سواء كان سابقاً أو لاحقاً، بعدها كان من حينه لا من أصله، ولأجل هذا جزم ثانٍ الشهيدين ببقاء الشفعة، كما المحكي عن الفاضل والختلف وولده والشهيد، وفي المسألة أقوال أخرى، فراجع.

أقول: القول ببطلان لا يخلو من قوة، لأنّ الشفعة تابعة للبيع وقد بطل فتتبعه، والله سبحانه أعلم.

ج ٣ ص ٢٦٧ قوله رحمة الله: «إذا ادعى أنه باع نصيبيه من أجنبي، فأنكر الأجنبي، قضي بالشفعة للشريك بظاهر الاقرار، وفيه تردد»، وجّه التردد من توقف الشفعة على ثبوت البيع، ومن منع توقفها على هذه الصورة لاعتراف المالك بثبوت الشفعة.

حجّة القائل بثبوت الشفعة هو اقرار البايع باستحقاق الشفيع مع عدم المانع، وفاقاً للفاضل والشهيدين والكركي للاقرار المزبور الذي لا ينافيه عدم نفوذه في حق المشتري بعد انكاره له والشفعة تتبع البيع. واختاره الشيخ بقوله: إن ثبوت الشفعة باقرار ذي اليد بها، فيحکم عليه لعموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»، ومحصل اقراره أن ما بيده مستحق للأخر بالشفعة للمقرّر له، فلا مانع من نفوذه، فراجع وتأمل.

حجّة القائل بعدم ثبوت الشفعة هو أنّ الذي تقتضيه اصول أصحابنا ومذاهبهم أنّ الشفعة لا تستحق إلا بعد ثبوت البيع، كما عن الحلي، ويستتحقها ويرأخذها من المشتري دون البايع، والبيع ما صحّ ولا وقع ظاهراً، ولا يحل لحاكم أن يحکم بأنّ البيع حصل وانعقد، فكيف يستحق الشفعة في بيع لم يثبت عند الحاكم؟ وكيف يأخذها من البايع؟! ثم قال: وأيضاً الأصل أن لا شفعة، فمن أثبتها إحتاج إلى دليل قاطع، واستجود في الجوادر كلام الحلي تأمل كلامه رفع مقامه.

كتاب إحياء الموات

في حريم النهر

ج ٣ ص ٢٧٣ قوله رحمه الله: « ولو كان النهر في ملك الغير، فادعى الحريم قضي به له مع يمينه، لأنّه يدعى ما يشهد به الظاهر، وفيه تردد»، منشأ التردد بما ذكر من شهادة الظاهر لصاحب النهر بالحرم. ومن أَنْ يد الغير على ملكه الذي من جملته موضع الحريم. حجّة القائل بالقضاء له هو أنّ الظاهر معه لأنّ الحريم لا ينفك عن النهر غالباً فيحتمل تقديم صاحب النهر لشهادة الظاهر فيحلف على إثباته.

حجّة القائل بعدم القضاء به له هو أَنْ يد الغير على ملكه الذي من جملة الملك موضع الحريم، وهو مانع من إثباته، ومن أجل ذلك لم يثبت الحريم للأملاك المجاورة، ويحتمل تخليف صاحب الملك لأنّه الداكل في تساوتها في الدعوى، فيتحالفان ويقضى بالاشراك ، ويمكن أن يقال بتقديم صاحب الأرض على غيره، كما قواه في المسالك ، ولا يد لصاحب النهر إلا على النهر، وإنما اليد لصاحب الأرض، وهذا أقوى من اقتضاء النهر الحريم وقواه في الجوادر أيضاً فراجع وتأمل لأنّه لا يخلو من دقة.

عدم سقوط الأولوية في سكنى الدار بالمخارقة لعذر

ج ٣ ص ٢٧٧ قوله رحمه الله: « ولو فارق لعذر قيل: هو أولى عند العود، وفيه تردد، ولعل الأقرب سقوط الأولوية» وجه التردد من أنّه سابق اليه، ومن أَنَّ الأصل عدم الأولوية .

حجّة القائل بالأولوية هو أنّ المفارق للمسكن - الذي سكنه لعذر كزيارة

وغيرها - ناويًّا العود هو أولى به، وإن لم يكن له به رحل لصدق كونه سابقاً، وأن ماسبق اليه في يده وفي قبضته. وفي التذكرة: لفارق لعذر أياماً قليلة، فهو أحق به إذا عاد، لأنَّه أَلَفَه. واستحسنَه في المسالك، وقواه في الروضة، بل قد يظهر من اللمعة: عدم بطلان حقه مطلقاً، أي طالت المدة أو قصرت. وفي التحرم: لا إشكال فيبقاء حقه حيث فارق لعذر. ونحوه عن الكفاية، وفي المسألة أقوالُ آخر فراجع.

حجَّة القائل بعدم الأولوية وسقوط حقه هو أنَّ الأصل عدم الأولوية في مثل المقام، واستقرب الحق سقوط حقه، بل في القواعد والإرشاد الجزم بذلك ، بل في الروضة نسبة إلى الأكثـر، وفي جامـع المقاصـد: والظاهر أنَّ مفارقتـه من غير أن يـقـيـر رحلـه مـسـقط لأولـويـتهـ، ولو قـصـرـ الزـمانـ جـداًـ. واستـوجـهـ صـاحـبـ الجـواـهـرـ عدمـ ثـبوـتـ حقـ للـسـابـقـ، وـعـلـىـ أـيـ حـالـ لـيـسـ فـيـ المـاقـمـ أـدـلـةـ شـرـعـيـةـ يـتـضـحـ مـنـهاـ الـحـالـ. أـقـوـلـ: الـحـقـ أـنـ الـمـسـأـلـةـ غـيرـ مـنـقـحةـ وـعـدـمـ الـأـوـلـيـةـ أـولـىـ وـأـقـوـىـ وـالـلـهـ سـبـحـانـهـ العالمـ.

هل يجوز للسلطان إقطاع المعادن

ج ٣ ص ٢٧٨ قوله رحمه الله: «وفي جواز إقطاع السلطان المعادن والمياه تردد» ينشأ التردد من عموم ولايته، ومن أن الناس فيها شرع.

حجَّة القائل بالجواز هو عموم ولاية السلطان، وهي ولاية الفقيه المستفادة من قوله تعالى «أولى بالمؤمنين من أنفسهم»^١ وفي الجوادر استدل لصحة الإقطاع بكونه من الأنفال بضميمة أن الناس مسلطون على أمواهم كما في الحديث المروي في البخار (ج ٢ ص ٢٧٢ الطبعة الحديثة).

١ - سورة الأحزاب آية ٦.

و في خبر اسحاق «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الأنفال؟ فقال: هي التي قد خربت. إلى أن قال - والمعادن منها»^١ وفي المرسل «عن الصادق عليه السلام أنه سُئل عن الأنفال؟ فقال: منها المعادن والآجام. الحديث» وعن داود بن فرقد «عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت: وما الأنفال؟ قال: بطون الأودية ورؤوس الجبال والآجام والمعادن. الحديث»^٢.

و في كتاب عاصم الحناط عن أبي بصير «عن الباقي عليه السلام قلت له: وما الأنفال؟ قال: منها المعادن... الحديث»^٣.

و على هذا فإذا كان المعادن للإمام وهو مسلط على ماله كان له اقطاعه، بالإضافة إلى ما ورد في نصوص الأنفال إنما كان الله فهو لرسوله يضعه حيث شاء، وكذلك الإمام بعده، وعليه فلا إشكال في أن للإمام الإقطاع بل هو من ضروريات مذهب الشيعة والله أعلم.

حجّة القائل بعدم الجواز هو أن مورد الإقطاع الموات بإعتبار كونه كالتحجير، وقد علم أنه لا تندرج فيه المعادن، ولو لم يأتي من أن المشهور كون الناس فيها شرعاً، فلا وجه لإقطاعها حينئذ وفي المسالك: وهل للإمام إقطاعها فيه قولان، أظهرهما العدم لأن الناس فيها شرع - أي سواء - وفيها رواية عن إقطاع الرسول الأكرم صلى الله عليه وآله، وفي المسألة خلاف فراجع وتأمل منها.

حق من أحى أرضًا وشارك سابقين له في ماء أرضهم

ج ٣ ص ٢٨٠ قوله رحمه الله: «لأحى إنسان أرضًا ميتة على مثل هذا الوادي، لم يشارك السابقين، وفُسِّم له مما يفضل عن كفايتهم، وفيه تردد» وجّه التردد من عدم المشاركة

٣٨١ - الوسائل الباب ١ من أبواب الأنفال من كتاب الخمس الحديث ٢٠ و ٣٢ و ٢٨ والجواهر ج

للسابقين، ومن إباحة النهر في الأصل.

حججة القائل بعدم المشاركة للسابقين لأنهم سابقون إليه فيشملهم من سبق، فلا يصح إحياء المتأخر مع ضيق الماء للإحياء إلا بإذن السابقين، لأنّه يكون وسيلة إلى منع حقهم من النهر على طول الأزمنة، لا سيما إذا كان المحيي أقرب إلى فوهة النهر، والسابقون أولى منه بإحياء أرضهم الذي به استحقوا مرافقتها، ومن أعظم المرافق الماء فلا يستحق اللاحق إلا بعد استيفاء السابقين إذا لم يفضل عن كفافتهم شيء ولا شيء لهذا المحيي. وقال به الشيخ والفالضل والكركي وغيرهم من عرض للمسألة.

حججة القائل بمشاركة لهم هو أنّ هذا المحيي يشارك السابقين بمعنى ستحقاق نوبة بعد نوبتهم، كالذي قبله وإن احتاج السابق قبل أخذته النوبة، وعلل بأنّ النهر مباح بالأصل وإنما استحقه من سبق بسبب الإحياء، وقد شاركهم المتأخر بنفس السبب، وهو الاحياء كما يشارك من قبله السابق عليه. وفي المسالك: هذا إنما يتوجه القول بالمشاركة اذا قلنا بأنّ الأعلى يجب عليه الإرسال لمن بعده بعد سقيه وإن احتاج إليه مرة أخرى وهو وجہ في المسألة^١، وأما جهة وجوب الإرسال لقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ في خبر عبادة بن الصامت «ويرسل الماء إلى الأسفل حتى تنتهي الأرضي»^٢ وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ في رواية الصادق عليه السلام «ثم يرسل الماء إلى الأسفل»^٣ إلى غير هذا من الأحاديث، والحاصل إنّه ينسك في صدق من سبق على السابق أم لا فالأسفل بقاء الإباحة وبقاء حق اللاحق في الاستفادة وعدم حق السابق والله سبحانه أعلم.

١ - مسالك ج ٢ ص ٢٩٥.

٢ - سنن البيهقي ج ٦ ص ١٥٤.

٣ - الوسائل الباب ٨ من كتاب احياء الموات الحديث ١.

كتاب اللقطة

في جواز التقاط الطفل المميز

ج ٣ ص ٢٨٣ قوله رحمه الله: «وفي الطفل المميز تردد، أشبهه جواز التقاطه لصغره وعجزه عن دفع ضرورته» منشأ التردد من أنه مستقل في الامتناع، ومن حاجته إلى التربية.

حجّة القائل بجواز التقاطه هو صدق كونه لقيطاً، بعد أن يكون ضائعاً ومرمياً ومنبوذاً، بل لعل إطلاق الإلتقاط على يوسف الصديق^١ عليه السلام أقوى شاهد على ذلك لأنّه كان مميّزاً. وقال بالجواز: الفاضل والشهيدان والكركي، وظاهر محكى الوسيلة والغنية وظهور فحوى النصوص في جواز الإلتقاط بل في التذكرة المفروعة من وجوبه كفاية، وإنما الكلام في مشروعية أصل الإلتقاط كما في بعض النصوص.

ومن النصوص قول الصادق عليه السلام في خبر زرارة «اللقيط لا يشتري ولا يباع»^٢ وقال عليه السلام في خبر اسماعيل المدائني «المنبوذ حرّ فإن أحبت أن يواли غير الذي رباه والاه فإن طلب منه الذي رباه النفقه وكان مؤسراً رد عليه وإن كان معسراً كان ما أنفقه عليه صدقة»^٣ وعنه في خبر عبد الرحمن عن أبيه «عن الباقي عليه السلام: المنبوذ حرّ»^٤ إلى غير ذلك من النصوص الدالة بفحوها على جواز التقاط غير الكبير والله أعلم.

١ - سورة يوسف آية ١٠.

٢ و ٣ و ٤ - الوسائل الباب ٢٢ من كتاب اللقطة الحديث ١ و ٢ و ٣.

حجّة القائل بعدم جواز التقاط المميّز هو أنّه مستقل بالإمتناع خصوصاً إذا كان مراهقاً، فلا يتولّ أمره إلا الحاكم، بل لعل منه يظهر النظري استثناء الكركي وثاني الشهيدين المراهق منه تبعاً للمحكى عن المبوسط، بل مال إليه في الدروس لأنّه مستغن عن التعهد والتربية فكان كالبالغ في حفظ نفسه.

هل يجب على المسلمين الإنفاق على اللقيط

ج. ٣ ص ٢٨٤ قوله رحمه الله: «وبذل النفقة عليهم واجب على الكفاية، لأنّه دفع ضرورة مع التمكن وفيه تردد» وجه التردد من دفع الضرر، ومن أصلّة عدم الوجوب.

حجّة القائل بالوجوب كفاية على المسلمين هو دفع الضرورة مع التمكن، وإنما جاز للاستعانة بهم مع كون الملقط كأحدهم لرجاء أن يوجد فيهم متبرع، إذ لا يجب على الملقط التبرع فإن أنفق المتبرع وإلا كان الملقط وغيره سواء في الوجوب، لأنّه من باب إعانة المضطر الواجبة كفاية في جميع الأبواب. وفي المسالك هو المشهور يعني الوجوب كفاية.

حجّة القائل بعدم الوجوب هو الأصل عدم الوجوب لإمكان تأدّيه بالإقراض عليه والرجوع به مع قدرته - أي اللقيط - ولعله لذلك عبر في المقنعة وأنّها بلفظ ينبغي مشعرًا بالندب.

هل ما يوجد بين يدي اللقيط ملك له

قال في المقنعة: إذا التقاط المسلم لقيطًا فهو حر غير ملوك ، وينبغي له أن يرفع خبره إلى سلطان الإسلام ، ليطلق النفقة عليه من بيته ، فإن لم يوجد سلطان ينفق عليه إستعان واجده بال المسلمين في النفقة ، فإن لم يجد من يعينه على ذلك أنفق عليه ، وكان له الرجوع عليه بنفقته إذا بلغ وأيسر - أي اللقيط - إلا أن يتبرع بما أنفقه عليه ، إلى آخره .

و بعین هذه العبارة عَبَرَ في النهاية وفي الوسيلة أَيْضًا: اذا التقط حِرَّاً صغيراً رفع خبره الى الحاكم الشرعي لينفق عليه فإن لم يجد أنفاق هو عليه إن لم يعنه أحد فادا بلغ وأيسر رجع عليه إن شاء.

و في الغنية ما يشبه هذا، و تحتاج المسألة الى تفصيل أكثر لا يسعه هذا المختصر فراجع وتأمل والله سبحانه العالم بالصواب.

ج ٣ ص ٢٨٥ قوله رحمه الله: «وَفِيمَا يُوجَدُ بَيْنَ يَدِيهِ أَوْ مَا جَانَبَهُ تَرَدَّدُ أَشْبَهُهُ أَنَّهُ لَا يَقْضِي لَهُ» ينشأ التردد من خروجه عن يده لبعده عنه، ومن منع الخروج بذلك.

حجّة القائل بالقضاء له هو أَنَّ يَدَهُ عَلَيْهِ كَمَا فِي مُحْكَمِ الْمُبَوْطِ مَا لِفَظِهِ: وَأَمَا مَا كَانَ قَرِيبًا مِنْهُ مُثْلًا أَنْ يَكُونَ بَيْنَ يَدِيهِ صَرَّةٌ فَهُلْ يَحْكُمُ بِأَنَّ يَدَهُ عَلَيْهَا أَمْ لَا؟ قيل: فيه وجهان، ثانهما: أن تكون يده عليه، لأن العادة جرت بأن مابين يديه يكون له، مثل الإناء بين يدي الصراف والميزان وغيرهما - كأن الشيخ - رحمه الله - أشار بذلك الى مساواة يد الصغير ليد الكبير التي صرّح بها في أول كلامه كالمصنف. ولا ريب في الحكم بأن الأمة الموضع في السوق قرب الشخص البالغ فكذا هنا، خصوصاً مع انصمام قرينة أخرى الى ذلك ، كما لو وجدت رقعة معه أو في ثيابه فيها إن ذلك له، بل عن الفاضل في التذكرة أنه استقرّ به الحكم بأنه له معها - أي مع القرينة - لأنها في الدلالة على ذلك أقوى والله العالم.

حجّة القائل بعدم القضاء له هو خروجه عن يده، هذا قال المحقق: أَشْبَهُهُ أَنَّه لا يقضى له. وتبعه الفاضل والكركي والشهيدان، وفي المثال: الأقوى عدم الحكم به له بذلك ، إلا مع القرينة القوية الموجبة للظن القوي. وقال الكركي حيث قال في شرح قول الفاضل في القواعد: ولا يحکم له بما يوجد قریباً منه أو ما بين يديه أو على دَكَّةٍ هو عليها ولا بالکنز تحته، وإن كان معه رقعة إنه له على إشكال، إلى آخر كلامه، وقال الشهيد في الدروس: لا يقضى بما قاربه مما لا يد له عليه، ولا هو يحکم يده، إلا أن تكون هناك إمارة قوية. وقال في الجواهر: إن

دعوى إثبات اليد أو الملكية، بمثل هذه الإمارات الظنية لا نعرف لها وجهاً.
أقول: لا يبعد عدم القضاء له به في مثل هذه الأمور الظنية والله العالم
بالصواب.

في قاعدة التغليب

ج ٣ ص ٢٨٨ قوله رحمه الله: «قال الشيخ: يرجع المسلم على الكافر والحر على العبد وفيه تردد» وجه التردد من ترجيح دعوى المسلم، ومن عدم الترجح لعموم الأخبار.
حجّة القائل بالترجح هو قاعدة التغليب فيما - أي في المسلم والحر - وقال به الشيخ الطوسي وتبعه الفخر والشهیدان، وعن الأردبیلی: الميل الى ترجح المسلم والحر مطلقاً. وعن أبي علي: ترجح الحر فان قامت بینة أنه ولد عبد الحقناه به نسبة، وأقررناه على الحرية إلا أن تقوم البينة أنه ولد من أمة.

حجّة القائل بعدم الترجح هو عموم الأخبار^١ في «من تداعوا نسباً بناءً على أنها من سنسخ واحد» وعن الحلال والتذكرة: الجزم بعدم الترجح والرجوع الى القرعة. وفي جامع المقاصد: إنه الظاهر - أي عدم الترجح - سواء كان الإلتقطاط في دار الكفر أو الاسلام. وفي المسالك: الأظهر عدم الترجح مطلقاً. وفي المختلف: إن المشهور عدم الترجح مطلقاً.

أقول: وهذا التردد في محله لتكافؤهما في الدعوى، ولا مردح لأن جميع المرجحات مجرد اعتبارات لا دليل شرعي عليها، فراجع وتأمل والله سبحانه العالم بالصواب.

هل أخذ البقرة والحمار الضال منوع كالبعير

ج ٣ ص ٢٨٩ قوله رحمه الله: «وكذا حكم الدابة وفي البقرة والحمار تردد أظهره

١ - الوسائل الباب ١٠ من ابواب ميراث ولد الملاعنة الحديث ١ من كتاب الفرائض.

المساواة» منشأ التردد من مشاركتها في الإمتناع، ومن الوقوف في النهي على موضع النص.

حجّة القائل بعدم جواز أخذ البقرة والحمار هو مشاركتها للدابة في العدو، والإمتناع من صغير السباع، وكون المفهوم من فحوى المنع من أخذ البعير هو قدرته على الإمتناع مما يملكه المساواة.

وهو خيرة الشيخ في البيان، والفضل والشهيدين والكركي والمقداد، وظاهر الحال على ما حكى عن بعض، لأن ذلك منهم من فحوى المنع من أخذ البعير، باعتبار استغنائه بالرعى والشرب وكونه محفوظاً من صغار السباع.

حجّة القائل بجواز أخذ البقرة والحمار هو الوقوف في النهي على موضع النص، ومنع مساواتهما في القوة للدابة والبعير خصوصاً الحمار فإن أكل الذئب له غالب والأجود إلهاق البقرة به وفي التحرير والمسالك والكافية قد قرب الجواز بل قيل: إنّه يقتضيه كلام الجماعة إذ لا ريب في عدم امتناع الحمار من الذئب. وفي الجوادر قد يقال: أنه لا دلالة في النصوص على عدم جواز أخذ الدابة، فضلاً عن غيرها إذا كانت صحيحة، وإن لم تكن في كلام ولا ماء، بل لعلّ ظاهر النصوص خلافها، فلا وجه للإلهاق بالبعير الذي ورد فيه «لا تهجه وضلّ عنه» ونحو ذلك، وقياس غير البعير عليه خصوصاً مثل البقرة والحمار كما ترى.

أقول: ولا يبعد جواز الأخذ حفظاً للمال من التلف والله سبحانه أعلم.

ج ٣ ص ٢٨٩ قوله رحمه الله: «والأخذ بالخيار إن شاء ملكها ويضمن على تردد» وجه

التردد من كونها في حكم التالف ومن عموم على اليد.

حجّة القائل بجواز الأخذ للشاة في الغلة هو كونها معرضة للتلف لأنّها لا تمتّع من صغير السباع ولقوله صلى الله عليه وآلـه وسلم «هي لك أو لأخيك أو للذئب»^١ فكانت بحكم التالف، بل في الجوادر حكى عن التذكرة وغيرها

نسبة الى علمائنا، بل عن المذهب البارع والختصر وغاية المرام: الإجماع عليه. بل عن أبي عبدالبّر: إجماع العامة على أنّ ضالة الغنم في الموضع المخوف له اكملها من غير ضمان، مضافاً الى النصوص الصحيحة والحسنة. إنتهى كلام الجوهر ج ٣٨٣ / ص ٢٣٣.

ثم لا يخفى الظهور في بعضها في إرادة ما يتحقق به التلف إن لم يؤخذ، فعدم الضمان لا إشكال فيه، ضرورة ظهور بعض الأدلة في تملك المأمور المنافي للضمان معه، وإن قال بعضهم في الضمان قوله يمكن أن يكون في غير محله، والله سبحانه أعلم.

حجّة القائل بعدم الجواز بدون ضمان والضمان هو الأشهر، إما مطلقاً أو عند ظهور المالك ، ولأنّها مال الغير ولا يوجد دليل ناقل عن حكم ضمانه، وإنما المتيقن عليه جواز التصرف فيها، هذا ولعموم على اليد ما أخذت حتى تؤدي، ولعموم إذا جاء طالبه رده اليه، وفي المسالك: القول بالضمان خصوصاً مع ظهور المالك أظهر. وفي المقنعة والنهاية ومحكي المراسم: أنه يأخذ وهو ضامن لقيمتها، من غير تصريح بالمطالبة، ولا بالملك . وعن المسوط والسرائر بـلـ والوسيلة: له أن يأكلها على أن تكون القيمة في ذمته، إذا جاء صاحبها ردها اليه. وعن الإيضاح: أنه يغرم إذا وجد وطلب.

أقول: لا يبعد القول بالتصرف مع الضمان ولا منافاة بينها والله سبحانه أعلم.

في حكم الشاة التي توجد في الفلاة

ج ٣ ص ٢٨٩ قوله رحمه الله: «وفي حكمها كل ما لا يمتنع من صغير السبع، كأطفال الإبل والبقر والخيل والحمير على تردد» وجه التردد من مشاركته للشاة، ومن عدم النص عليه.

حجّة القائل بالأول - أي في حكم الشاة - كل ما لا يمتنع من صغير السبع،

وإن كان أصله الإمتنان هو المشهور بين الأصحاب، وهو أطفال الإبل والبقر والحمير والخيول والأوز والدجاج، حكمه حكم الشاة، في جواز تملكه في الفلاة لمشاركته له في العلة المحوزة، وهي كونه في حكم التالف. ولمفهوم قوله صلى الله عليه وآله وسلم «هي لك أو لأخيك أو للذئب» كما في المسالك وفي التذكرة: نسبة إلى علمائنا. وقال به الشيخ سلار والخلبي والفضلان والشهيدان صريحاً.

حجّة القائل بالثاني - أي عدم الإلحاد بالشاة - هو عدم النص عليه، فإذا لحاقه قياس فيبقى على أصلالة بقاء الملك على المالك، ويتحققه لقطة الأموال فيعرف سنة ثم يتملکها إن شاء ويضمن أو يتصدق بها، وجزم بعدم الإلحاد في الكفاية والمفاتيح وعن الآبي وأبي العباس: الإقتصار على جواز الأخذ. بل قال ثانى الشهيدين والمقدس الأرديلي والخراساني: إن الإلحاد قياس. وهذا تردد المصطفى، خصوصاً بعد ما علم من مذهبة عدم حجية منصوص العلة، فلا يلحق حينئذ ويكون حكمه حكم لقطة المال الصامت في التعريف وغيره.

أقول: القول بالإلحاد لا يخلو من قوة لأنّه بحكم التالف بعد ما سمعت من الشهرة والفتاوي والله سبحانه العالم بالصواب.

في التقاط العبد بدون الاذن

ج ٣ ص ٢٩٠ قوله رحمة الله: «وفي العبد تردد أشبه الجواز لأن له أهلية الحفظ» وجه التردد من أهليته للحفظ، ومن عدم قابلية للتملك .

حجّة القائل بجواز التقاط العبد هو الأصل السابق فإن له أهلية الحفظ والأمانة، وعدم ظهور النصوص في اعتبار الحرية، بل ظاهر التذكرة: الإجماع عليه. بل لم يحكَ الخلاف إلا عن أبي علي كما اعترف به غير واحد، بل لم يتردد به أحد قبل المصنف: وفي المسالك: الأشهر الجواز سواء أذن المولى أم لا. وفي الجواهر:

إلا إن التأمل هنا يقتضي جواز التقاطه مع إذن المولى.

أقول: الظاهر من مجموع ما ذكر في الباب قوله جواز التقاطه والله سبحانه أعلم حجّة القائل بعدم الجواز هو أن الأغلب في اللقطة الإكساب، وهو مسلوب عنه بالنسبة إلى نفسه، وقال به ابن الجنيد. ولرواية^٢ أبي خديجة «عن الصادق عليه السلام سأله الحاربي عن المملوك يأخذ اللقطة؟ فقال: مال المملوك واللقطة، لا يملك من نفسه شيئاً فلا يتعرض لها المملوك»^١ إلى آخره، وعدم قابلية العبد للتملك الذي تضمنته النصوص والفتاوی وفي المسألة زيادة تفاصيل فراجع وتأمل والله سبحانه العالم بالصواب.

حكم ما لو أتلف العبد اللقطة وعلم المولى بها قبل التعريف

ج ٣ ص ٢٩٤ قوله رحمة الله: «وفيأخذ لقطة الحرم هؤلاء تردد ينشأ من كونهم ليسوا أهلاً للإستئمان» منشأ التردد من عدم أهلية الإستئمان، ومن عموم أدلة الجواز. حجّة القائل بعدم جواز التقاط أربعة - الصبي والجنون والكافر والفاقد - هو أن اللقطة استئمان ممحض، وليس بمتلك وليس هؤلاء أهلية الإستئمان، وصرّح في القواعد: باشتراط العدالة في الملقط. وفي الدروس: أربعة لا يجوز لهم أخذ لقطة الحرم الصبي والجنون والكافر والفاقد، لأنّها أمانة ممحضة. وكذا المسالك بل في التذكرة وإن لم يصرح فيها بالجنون، بل والتحرير وإن تردد في الفاقد. وفي المسألة تفاصيل تطلب من مظانها فتأمل والله أعلم. حجّة القائل بالجواز هو إطلاق أو عموم أدلة الإلتقط الدالة على الجواز على كراهة. وفي الجواهر: التحقيق الجواز ولكن على شدة كراهة. نعم ربما يدلّ على ذلك في الجملة ما رواه في خبرى الفضل بن يسار

١ - الوسائل الباب ٢٠ من كتاب اللقطة حديث .

«سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يجد اللقطة في الحرم؟ قال: لا يمسها، وأما أنت فلا بأس لأنك تعرفها» وفي الخبر الآخر «سألت أبا جعفر عليه السلام عن لقطة الحرم؟ فقال عليه السلام: لا تمس أبداً حتى يجيء صاحبها فیأخذها، قلت: فإن كان مالاً كثيراً؟ قال عليه السلام: فإن لم يأخذ إلا مثلك فليعرفها»^٢.

أقول: القول بالجواز قوي بالنسبة الى المكلف من هؤلاء على كراهة شديدة والله سبحانه أعلم بالصواب.

ج ٣ ص ٢٩٥ قوله رحمه الله: « ولو علم المولى قبل التعريف ولم يستنزعها منه ضمن لتفريطه بالإهمال إذ لم يكن أميناً وفيه تردد» ينشأ التردد من أصلالة براءة ذمته، ومن وجوب حفظ مال الغير.

حجّة القائل بعدم الضمان هو أصلالة براءة ذمة المولى، بل قد يقال بعدم الضمان، وإن قلنا بوجوب انتزاع مال الغير من يد العبد الغير المأذون من مولاه بالإلتقطاط وهو أمر تعبدى لا يقتضي الضمان.

وفي المسالك: الأظهر عدم الضمان مطلقاً إلا أن يأذن له في الإلتقطاط ثم لا يكون أميناً، فإنه يضمن بالتقدير في الإنزعاج، هذا والذى يفهم من مجموع ما في الباب عدم الضمان مع عدم الإذن بالإلتقطاط.

حجّة القائل بالضمان هو أنّ يد العبد كيد مولاه فتركها عنده مع عدم أمانته يكون تفريطاً في مال الغير الذي صار منزلة ما هو بيده. وفي المسالك إن أوجبنا - أي الإنزعاج - على المولى احتمل الضمان عليه. وفي الدروس: لو كان العبد غير مميز إتجه الضمان - أي ضمان المولى. وكأنّ صاحب الدرس نزل العبد منزلة دابته حيث يجب منها منعها من إتلاف مال الغير ولو قبضها المولى - أي اللقطة في يد العبد - ثم ردّها اليه مع كونه غير أمين، فيفي التذكرة التصریح بضممان المولى بل قيل الظاهر أنه لا خلاف فيه وهو مطلب آخر غير ما نحن فيه.

كتاب الفرائض

في أحكام موانع الارث

ج ٤ ص ١٥ قوله رحمه الله: «يفك الأبوان لارات اجماعاً، وفي الأولاد تردد» ينشأ التردد من الاقتصر على المتيقن، ومن محكيّ الاجماع.

حجّة القائل بعدم فك غيرالأبوين هو المنع عن عتق من عداهما، وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع المتيقن، ذهب الى ذلك سلّار صريحاً وابنا بابويه ظاهراً، وقول آخر باضافة الأولاد، ثالث اضافة باقي الأقارب، ورابع فك كلّ وارث وإن كان زوجاً أو زوجة، وفتوى الشيخ وظاهر بن زهرة، وفيه نصوص واردة في محالها، راجع وتأمل.

حجّة القائل بفك الأولاد، مضافاً الى محكيّ الاجماع بعض النصوص، منها عن اسحاق بن عمّار «قال: مات مولى لعلي عليه السلام فقال: انظروا هل تجدون له وارثاً؟ فقيل له: إن له ابنتين باليمامية مملوكتين، فاشتراهما من مال الميت، ثم دفع إليهما بقية الميراث»^١.

و منها عن سليمان بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل مات وترك ابناً له مملوكاً ولم يترك وارثاً غيره، فترك مالاً، فقال عليه السلام: يشتري الابن ويعتق ويورث ما باقى من المال»^٢ الى غير ذلك من النصوص، وهو قول المفيد وابن إدريس وجماعة، واستظهره المصتف لصلاحية بعض ذلك لقطع الأصل، فضلاً عن جميعه، خصوصاً مع شذوذ المخالف كما في الجواهر والله سبحانه أعلم.

١ و ٢ - الوسائل الباب ٢٠ من ابواب موانع الارث حديث ١٠٩٨.

ج ٤ ص ١٩ قوله رحمة الله: «وهل يحجب القاتل فيه تردد، والظاهر أنه لا يحجب»، وجه التردد من أنه المشهور، ومن عموم الآية الشريفة.^١

حجّة القاتل بعدم حجب الأخ القاتل للأُمّ هو المشهور، لطلاق دليل «إن القاتل لا يرث»، وحيث لا يحجب، حيث يعرف المناط في ذلك ، من دليل عدم حجب الكافر والمملوك . وفي الجواهر وفاماً للمشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة ، بل عن الخلاف اجماع الطائفة بل العامة عليها ، لأنقراض خلاف ابن مسعود، بل ربما استدلّ لذلك في الصحيح عن محمد بن مسلم «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المملوك والمشرك يحجبان إذ لم يرثا؟ قال عليه السلام: لا»^٢ وكذلك روى الفضيل بن يسار عنه عليه السلام.

وأما القاتل فالمشهور أنه مثلهما في عدم الحجب، بل ادعى الشيخ في الخلاف الاجماع عليه ، لمشاركة لها في العلة الموجبة للحكم ، والله أعلم.

حجّة القاتل بالحجب هو عموم الآية الشريفة، وصدق الاخوة على القاتل ومنع التعدي ، فإن العلة ليست منصوصة ، بل مستبطة ، فيكون الاخلاق بها قياساً ، لا يقول الأصحاب به بالاجماع من نوع ، فإن الصدوقين وابن أبي عقيل قالوا: يحجب القاتل ، وعللوا حجب الاخوة بما روي من أنهم عياله وعليهم نفقتهم ، ونفقة القاتل لا تسقط عن الأب ، بخلاف المملوك ، أما الكافر فقد تقدم أن نفقته واجبة حيث يكون معصوم الدم ، لكنه خرج بعض خاص فيبقى غيره على الأصل . كما في المسالك .

في الارث بالولاء

ج ٤ ص ١٩ قوله رحمة الله: «وفي اشتراط وجودهم منفصلين لا حلاً تردد، أظهره أنه

١ - سورة النساء آية ١١

٢ - الوسائل الباب ١٤ من أبواب ميراث الأبوين الحديث ١

شرط» منشأ التردد من عموم حجب الاخوة، ومن الشك في تحقق الاخوة. حجّة القائل باشتراط الانفصال هو كون المنساق نصاً وفتوى، بل قد يشك في تتحقق الاخوة قبل الانفصال، وانتفاء العلة التي هي اتفاق الأب عليهم.

وخصوص قول الصادق عليه السلام في خبر العلاء بن الفضيل المنجر بالعمل قال عليه السلام «إن الطفل والوليد لا يحجب ولا شيء لكته البطن وإن تحرك إلا ما اختلف عليه الليل والنهار»^١ إلى آخر الحديث.

حجّة القائل بعدم الاشتراط، هو أنّ الحمل يحجب في غير المقام كما سبق، بل لعلّ المقام أولى منه، بل ربما تجري بعض الأدلة السابقة هنا من صدق الاخوة، ولو في المتأخر عن زمان الموت، بل قد يدعى صدق اسم الاخوة عليه حملًا، فيتجه حينئذ التشكّب بأصالة عدم الاشتراط، خصوصاً بعد الشهرة العظيمة، بل لم يعرف القائل بالعدم، بل قيل إنه لا خلاف فيه، بل لم يعرف التردد فيه قبل المصنف لأنسباق وجود الاخوة من الكتاب والستة كما تجده مفصلاً في الجواهر.

ج ٤ ص ٣٧ قوله رحمه الله: «ومع عدم الأبوين والولد يرثه الاخوة، وهل ترث الأخوات على تردد، أظهره نعم» وجه التردد الخلاف بين العامة والخاصة في الارث بالولاء نقول «للإمام من لا وارث له» ويقولون لبيت المال.

حجّة القائل بثوريث الأخوات، لا أنّ الارث بالولاء يخص الذكور، تردد المصنف بتوريثهنّ، ثم استظهر الجوازهما في الخلاف والمبسوط، قال الشيخ: الولاء يجري بجري النسب، ويرثه من ذوى الأنساب على حد واحد، دليلاً إجماع الفرقـة، وقوله صلى الله عليه وآلـه «الولاء لحمة كلـحمة النسب، لا يباع

١ - الوسائل الباب ١٣ من أبواب ميراث الأبوين والأولاد حديث .

ولا يوهب» وفي النسب يكون للأب السادس والباقي للابن فكذلك يجب في الولاء مثله. وقال المصنف: على تردد أظهره نعم.

حجّة القائل بعدم التوريث، بل يختص بالرجال الاخوة دون النساء، هو ما في الخلاف إنّ من أصحابنا من قال إنّه ترث النساء من الولاء شيئاً وإنما يرثه الذكور، وفيه أيضاً أي في الخلاف ولا يرث أحد من البنات ولا الأخوات مع الاخوة شيئاً، وفي الجواهر قد سمعت ما فيه وفي المسالك، والأظهر أنّ الأخوات لا يرثن منه مطلقاً، والله سبحانه وتعالى.

ج٤ ص ٣٩ قوله رحمه الله: «هل يرثها مولى امها فيه تردد» وجه التردد من اطلاق الحديث يجز الأب الولاء، ومن لحوق النسب به دون الأم.

حجّة القائل بالارث، هو انحرار الولاء اليه بعتق الأب، لإطلاق روایة عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: قال علي عليه السلام يجز الأب الولاء اذا اعتقد» واستقرب الجر في الجواهر فقال: فالاقرب حينئذ حصول الجر، نعم كل واحدة منها جرت نصف ولاء اختها اليها، لأنها اعتقدت نصف، ولا ينجر الولاء الذي عليها بعتق الأب في وجه فيقي نصف ولاء كل واحدة منها مولى امها وإن لم نقل بالجر فالولاء كله له، الى آخر كلامه رفع مقامه.

حجّة القائل بعدم الارث هو أنّ لحوق النسب بالأب لا بالأم، فلا ولاء حينئذ لأحد عليهما وأنه ليس بعتق، وإنما هو اعتقد، فلا يفيد ولاء كي يجز، واستقرب به المصنف إذ لا يجتمع استحقاق الولاء بالنسب والعتق.

ج٤ ص ٣٩ قوله رحمه الله: «قال الشيخ يرجع الولاء الى مولى الأم وفيه تردد» وجه التردد من الأصل عدم الانحرار، ومن حديث اللحمة.

حجّة القائل بعدم رجوع الولاء، دليلاً هو الأصل عدم الانحرار، وفي القواعد

الأقرب العدم، بل عن المبسوط قبل ذلك الاعتراف به، كما ذكره صاحب الجواهر، على هذا يكون الميراث للضامن، أي ضامن الجريمة، وإن لم يكن يرجع لللامام، لأنّه وارث من لا وارث له، لكن قد عرفت فيما مضى، أنّ الأول لا يخلو من قوّة، كما قوّاه صاحب الجواهر رحمه الله.

حجّة القائل برجوع الولاء إلى مولى الأم، هو قول الشيخ في المبسوط، معللًا بقوله: لأنّ الولاء لحمة كلّ حمة النسب، والنسب لا يزول بوجود من هو أولى، وإن منع من الميراث، فإذا عدم الأول عاد حقّ البعيد، لتحقّق السبب المقتضي للميراث عند فقد الولاء، والله سبحانه أعلم.

في ميراث الغرق والمهدوم عليهم

ج٤ ص ٥٠ قوله رحمه الله: «وفي ثبوت هذا الحكم بغير سبب المهدوم والغرق مما يحصل معه الإشتباه تردد» ينشأ التردد من حصول الإشتباه، ومن الوقوف على الأصل.

حجّة القائل باطّراد الحكم، هو لأنّ الإشتباه في المهدوم عليهم والغرق حصل بسبب آخر، وهو القتل أو الحرق، كلام الشيخ الطوسي في النهاية يؤذن بطرده مع أسباب الإشتباه بل قيل إنّه صريح النهاية وصريح ابن علي وأبي الصلاح، وابني حمزة، وسعيد، والحقّ الطوسي، وظاهر المبسوط والسرائر والمراسيم والمذهب للإشتراك في الإشتباه الذي هو العلة، كما ذكره صاحب الجواهر وما في الرياض إلى الاطّراد، واحتجّ عليه بحجّة يطول ذكرها، فراجع وتأمل.

حجّة القائل بعدم الطرد، هو الاقتصر على ما خالف الأصل، وعلىه الأكثر كما في الروضة والمسالك، على عدم الطرد، بل عن الكفاية نسبته إلى الأصحاب، وقوّاه في الجواهر، ولأنّه قياس على المهدوم عليهم والغرق، مضافاً إلى ما روي أنّ قتلى الإمامة وصفين والحرّة، لم يرث بعضهم من بعض، وعلى كلّ حال ما ذهب إليه الأكثر متيّن، لا يشكّل تعديّة الحكم من الغرق والمهدوم عليهم إلى الأسباب

الآخرى التى يشتبه حال موتهم والسابق منهم من غيره، والله سبحانه العالم.
ج ٤ ص ٥٠ قوله رحمه الله: «وفي وجوب تقديم الأضعف في التورث تردد» وجه التردد من ورود النص، ومن أصلالة عدم الوجوب.

حجّة القائل بوجوب تقديم الأضعف أي الأقل نصيباً في الميراث هو خبر الفضل بن عبد الملك «عن أبي عبد الله عليه السلام في امرأة وزوجها سقط عليهما بيت، فقال عليه السلام: يورث المرأة من الرجل ثم يورث الرجل من المرأة».^١
وخبر عبيد بن زرارة «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل سقط عليه وعلى امرأته بيت، فقال عليه السلام: تورث المرأة من الرجل ثم يورث الرجل من المرأة»^٢ وخبر محمد بن مسلم «عن أحد هما عليهما السلام مثل ذلك» لهذا قال في محكي المقنعة والنهاية والسرائر والوسيلة والتبصرة واللمعة وتعليق الفقيه يجب التقديم، وفي المبسوط يجب ذلك ، لكن لا يتغّير به حكم ، غير أنّا نتبع الأثر في ذلك ، أقول:
الأثر هي الأخبار التي ذكرنا بعضها فراجع البعض الآخر في محلّها ، من كتب الأخبار.

حجّة القائل بعدم الوجوب هو الأصل، أي أصلالة عدم الوجوب، قال في الإيجاز، ومحكي الاصلاح والقطب علي بن مسعود والغنية وظاهر الكافي أنه لا يجب، لانفقاء الفائدة وقصور دليل الوجوب، كما أشار إليه في المسالك وضعفه بإثبات الفائدة والتعبد بالصرف، فراجع وتأمل ، والله سبحانه أعلم .

١ و ٢ - الوسائل الباب ٦ من أبواب ميراث الغرق والمهدوم عليهم الحديث ١-٢.

كتاب القضاء

في صفات القاضي

ج ٤ ص ٦٧ قوله رحمه الله: «وهل يشترط علمه بالكتابه فيه تردد» وجه التردد من اضطراره لمعرفة الواقع، ومن أصالة عدم الإشتراط.

حجّة القائل بالاشتراط، هو اضطراره الى معرفة الواقع والأحكام التي لا يتيسّر ضبطها غالباً إلا بها، وهذا اختيار الشيخ والمصنف واكثر الأصحاب، والنبي صلى الله عليه وآله محفوظ بالعصمة المانعة صلى الله عليه وآله من السهو والغلط، الرافع للإحتياج إليها.

حجّة القائل بعدم اشتراط العام بالكتابة، هو أصالة عدم الاشتراط، وكونها غير معبرة في النبوة التي هي اكمل المناصب، ومنها يتفرع الأحكام والقضاء، وقد كان رسول الله صلى الله عليه وآله امّيّاً لا يحسنها صلى الله عليه وآله كمانبه عليه قوله تعالى «وما كنت تتلو من قبله من كتاب ولا تخطه بيمنيك اذا لاراتب المبطلون»^١.

وفي الجواهر لا دليل على الإشتراط، سوى الاعتبار المزبور الذي لا ينطبق على أصولنا، بل إطلاق دليل النصب في نائب الغيبة يقتضي عدمه، على أنه يمكن الاستغناء بوضع كاتب، بل وغير الكتابة من طرق الضبط، بل ربما لا يحتاج إليها.

أقول: عدم الإشتراط لا يخلو من قوّة، والله العالم.

١ - سورة العنكبوت آية ٤٨.

ج ٤ ص ٦٨ قوله رحمه الله: «وفي انعقاد قضاء الأعمى تردد أظهره أنه لا ينعقد» ينشأ التردد من الأصل، ومن قصوره.

حجّة القائل بالانعقاد هو الأصل، أي الأصل عدم اشتراط البصر، ومنع كلية نفوذ شهادته في الأمور، والغرض حصول التمييز بين الخصوم، ولو بنصب شاهدين عليه، وأن شعيباً كان أعمى وهونبيٌ عليه السلام في ضمن ولايته القضاة، كما في المسالك وفي الجوادر البصر كما ترى مخالف ما عرفت، مجرد اعتبار، لا ينطبق على أصولنا، ويمكن رفعه بوضع مميز، أو بغيره، إذ طرق التمييز غير منحصرة في البصر، وربما لا يحتاج إلى ذلك، كما هو واضح، هذا كلامه رفع مقامه.

حجّة القائل بعدم الانعقاد، هو أنه قاصر، وأن الأعمى لا تنفذ شهادته في بعض القضايا، والقاضي تنفذ شهادته في الكل، واستظر المصنف ذلك، وفي المسالك الأشهر أو الأظهر ذلك، أي عدم الانعقاد، لافتقاره إلى التمييز بين الخصوم، وتعدّر ذلك مع العمى، وعمى شعيب عليه السلام على تقدير تسليمه ليس بحجّة في شرعنا، ولا على القاضي غير النبي صلى الله عليه وآله كأنجبار النبوة بالعصمة، والله سبحانه أعلم.

في شرائط القاضي

ج ٤ ص ٦٩ قوله رحمه الله: «فإن قلد الأفضل جاز، وهل يجوز العدول إلى المفضول، فيه تردد، والوجه الجواز» وجه التردد في الاشتراك في الأهلية، ومن الظن بقول الأعلم أقوى.

حجّة القائل بجواز العدول هو اشتراكهما في أهلية القضاء، ومن المعلوم من إفتاء الصحابة في صدر الإسلام مع اختلافهم في الفضيلة، وعدم النكير عليهم، فيكون ذلك أجماعاً، منه على الجواز، ولما في معرفة الأفضل من العسر والحرج على العمami، واستوجه المصنف ذلك معللاً أن خلل المفضول من جبر بنظر

الإمام عليه السلام، الذي نصبه، وإن كان هذا إنما يتم فيما إذا كان في عصر الإمام عليه السلام، واظلاعه على أحكماته، واستظهر الجواز صاحب الجواهر، لإطلاق أدلة النصب المقتضي حجية الجميع على جميع الناس.

حجّة القائل بعدم الجواز، هو أنّ الظن بقول الأعلم أقوى، فيجب اتباعه إذ أقوال المفتين بالنسبة إلى المقلّد كالأدلة بالنسبة إلى المحتد في وجوب اتباع الراصح وخبر عمر بن حنظلة «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا، بينهما منازعة في دين أو ميراث فتحاكمَا إلى السلطان وإلى القضاة، أيحل ذلك؟ قال: من تحاكم إليهم في حق أو باطل، فإنما تحاكم إلى الطاغوت وما يحکم له فإنما يأخذ سحتاً، وإن كان حقاً ثابتاً له، لأنّه أخذه بحکم الطاغوت، وما أمر الله أن يكفر به قال الله تعالى «يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت وقد أمرُوا أن يكفروا به»^١، قلت: فكيف يصنعن؟ قال ينظران من كان منكم من قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا، وعرف أحکامنا، فليرضوا به حكماً، فإني قد جعلته عليكم حاكماً فإذا حكم بحکمتنا فلم يقبل منه، فإنما استخفت بحکم الله، علينا رد، والرّاد علينا الرّاد على الله وهو على حد الشرك بالله»^٢ الحديث.

أقوال: يفهم من مقبولة ابن حنظلة الرجوع إلى العالم بالأحكام بدون قيد الأعلم، والله سبحانه أعلم.

ج ٤ ص ٨٢ قوله رحمه الله: «إذا تمت الدعوى هل يطالب المدعى عليه بالجواب، أم يتوقف ذلك على التماس المدعى، فيه تردد» وجه التردد من أنه حق للمدعى فيقف على طلبه، ومن شاهد الحال على الطلب.

١ - سورة النساء آية ٦٠ .

٢ - الوسائل الباب ١١ من أبواب صفات القاضي الحديث ١

حجّة القائل بالأول، هو التوقف على التماس المدعى، قال به في السرائر والشروع والإرشاد والوسيلة والدروس وغيرها، بل قيل إنّه الأشهر، بل عن المبسوط عندنا مشرعاً بالإجماع عليه على ما نقل عن بعضهم، وقال في القواعد: الأقرب إنّ الحاكم لا يبتداً بطلب الجواب من الخصم، إلا بعد سؤال المدعى ذلك، لأنّه حقّ له، فيتوقف على المطالبة، والله أعلم.

حجّة القائل بالثاني، هو مطالبة الحاكم المدعى عليه بالجواب، ولو يتوقف بشاهد الحال بدون سؤال، وذهب إليه في النهاية والكافي والغنية والمراسيم والتحرير والجمع وغيرهم، وما في المسالك قيام شاهد الحال على إرادته ذلك، إنّ من المعلوم عادةً أنّ الإنسان لا يحضر خصمه مجلس الحكم، إلا لإرادة فصل الدعوى بينه وبين خصمه، المتوقف على سماع جوابه، وفي الجواهر استوجه ذلك، وفأقاً للمحكي عن جماعة، للأصل، ولكونه حقّاً للحاكم المنصوب لقطع الخصومات، إلا أن يسقط المدعى حقّه، والله أعلم.

ج ٤ ص ٨٥ قوله رحمه الله: « ولو شهدت على صبي، أو جنون، أو غائب، في ضم اليدين إلى البينة، تردد» ينشأ التردد من كونهم كالميت، ومن أنّ معقد النص الميت.

حجّة القائل بضم اليدين، هو كون الصبي، والجنون، والغائب، كالميت، في عدم اللسان، المحتمل على تقدير وجوده الجواب بما يقتضي البراءة منه، بل هو مقتضى منصوص العلة، في الخبر (قلت للشيخ يعني موسى بن جعفر عليه السلام كما عن الفقيه: أخبرني عن الرجل، يدعى قبل الرجل الحق، فلا يكون له البينة بما له، قال: فيمین المدعى عليه فإن حلف فلا حق له، وإن لم يحلف فعليه، إلى أن قال: فإن كان المطلوب بالحق قدمات، فاقسمت عليه البينة، فعل المدعى اليدين بالله الذي لا إله إلا هو قد مات فلان وإن حقه عليه، فإن حلف، وإن فلا حق له، لأنّا لاندرى لعله وفاه ببینة لانعلم موضعها، أو بغير بینة قبل الموت فمن ثم صارت عليه اليدين مع البینة، فإن ادعى

ولا يَبْيَنْهُ فَلَا حَقٌّ لَهُ لَأَنَّ الْمَدْعُى عَلَيْهِ لَيْسَ بِحَقٍّ وَلَوْ كَانَ حَيَاً لَأَلْزَمَ الْيَمِينَ، أَوْ
الْحَقُّ أَوْ يَرِدُ الْيَمِينَ عَلَيْهِ، فَنَمَّ مَمْ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ عَلَيْهِ حَقٌّ.

أقول: فما نحن فيه كذلك ، وهو المحكي عن الأكثربل المشهور ومنهم الشيخ في المبسوط والفضل والشهيد كما في الجواهر، والله سبحانه أعلم.

حجّة القائل بعدم ضمّ اليدين، هو أنّ معقد النصّ والفتوى الميت، فلا يقاس عليه غيره، لحرمة القياس عندنا، لهذا قال المصنّف: أشبهه أنه لا يمين، ووافق المصنّف جماعة خصوصاً في الغائب الذي ورد فيه مرسل جميل بن دراج عن جماعة عنّها عليه السلام «قال: الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البينة، وييأى ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب، ويكون الغائب على حجته إذا قدم، ولا يدفع المال إلى الذي أقام البينة إلا بكتلاء»^٢ ونحوه «قول الياقوت عليه السلام في خبر محمد بن مسلم» إلا أنّ فيه إذا لم يكن ملياً إذ لا ريب في ظهورهما، ولو للإطلاق في عدم اعتبار اليدين معها بل «قوله عليه السلام: ويكون الغائب على حجّته» مشعر بالفرق بينه وبين الميت، بأنّ له حالاً يقيم به حجّته في نقض البينة المزبورة، وهو إذا حضر، بخلاف الميت، بل هو جار أيضاً في الصبي والجنون حال البلوغ والإفادة، والله سبحانه العالم بالصواب.

ج ٤ ص ٨٦ قوله رحمه الله : « ولو اشتمل الحكم على الحقين قضي بما يختص الناس ، كالسرقة يقضي بالغرم ، وفي القضاء بالقطع ، تردد » ينشأ التردد من حيث إنّه حق الله فلا يثبت ، ومن أنّهما معلوماً علة واحدة .

حجّة القائل بعدم القضاء، هو أنّ بناء حقوق الله تعالى مبنية على التخفيف، ولذا تدرأ بالشبهة، التي يكفي فيها احتمال أنّ الغائب حجّته تبطل

١- الوسائل الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم الحديث ١.

٢- المصدر الباب ٢٦ من أبواب كيفية الحكم الحديث .

الحجّة التي قامت عليه بها فيقضى بالبيّنة بالغرم دون القطع لما ذكرنا، والله سبحانه أعلم.

حجّة القائل بالقضاء في الموردين، هو أنّها معلولان لعلة واحدة، فلا وجه لتبسيط مقتضاهما، فلا يثبت أحدهما دون الآخر، بل في المسالك أنّ باي الأصحاب قطعوا بالفرق وانتفاء القطع نظراً إلى وجود المانع، من الحكم في أحدهما دون الآخر، وتختلف أحد المعلولين لمانع، واقع كثيراً، ومنه في هذا المثال لو أقرّ بالسرقة مرّة، فإنه يثبت عليه المال دون القطع، ولو كان المقرّ محجوراً عليه في المال، ثبت الحكم في القطع دون المال.

أقول: خلاصة ما تقدم أنّه لا إشكال في الحكم بالمال لأنّه حق الناس، فيشمله دليل القضاء على الغائب، وهذا هو المشهور بينهم، أمّا حق الله فالمشهور أنّه لا يقضى به، وإن كان في المسألة بعض المناقشات، تركنا بيانها لطوها، لمنافاتها هدفنا الاختصار في الموضوع، والله سبحانه أعلم بالصواب.

جـ ٤ ص ٨٦ قوله رحمه الله: «لو كان صاحب الحقّ غائباً فطالب الوكيل فادعى الغريم التسلّم إلى الموكِل ولا بُيَّنة في الالزام تردد» وجه التردد، من الوقوف في الحكم، ومن التعجل بالحكم وإلغاء دعوه.

حجّة القائل يتوقف الحكم، هو احتمال أداء الغريم للموكِل فتعجل إلزامه بالأداء إضرار به وهو منفي فوجب التوقف حتى يثبت الحكم بالأأخذ أو نقضيه. حجّة القائل بالتعجل، هو الأشبه باصول المذهب وقواعده، كما نبه عليه المصتف في المتن، التي منها عدم دفع الحقّ المقطوع به شرعاً بالمحتمل والتصرّر، مع أنّه معارض باحتمال مثله، أيضاً لا يلتفت إليه، بعد أن كان هو مقتضى ظاهر الشرع، نعم قد يقال بلزم التكفيل لطلبه الدافع، وإنّ الضرر المترتب على حكم الشرع لا يلتفت إليه، كما في المسالك، وهذه المسألة واقعية وقعت في مرو، وأفتى بعض العلماء بالالزام والتعجل، محجتاً بما أشار إليه المصتف وهو قوي متين،

والله أعلم بالصواب.

ج ٤ ص ٨٩ قوله رحمه الله: «ولورَدُ المنكِرِ اليَمِينَ ثُمَّ بِذَهَاقِلِ الْأَحْلَافِ، قَالَ الشِّيخُ لِيْسَ لَهُ ذَلِكَ إِلَّا بِرْضَا الْمَدْعِيِّ وَفِيهِ تَرَدُّدٌ مُنْشَأٌ أَنَّ ذَلِكَ تَفْوِيْضٌ لَا إِسْقَاطٌ» وَجَهَ التَّرَدُّدُ، مِنْ أَنَّ بَذَلِ الْمَنْكِرِ اليَمِينَ إِسْقَاطٌ حَقٌّ، وَمِنْ أَنَّهُ إِبَاحةٌ لِهِ الرَّجُوعُ.

حَجَّةُ القَائِلِ بِالْأَوَّلِ هُوَ أَنَّ الْأَصْلَ فِي الْيَمِينِ، كَوْنُهَا فِي جَانِبِ الْمَنْكِرِ ابْتِدَاءً، فَإِذَا رَدَّهَا الْمَنْكِرُ إِلَى الْمَدْعِيِّ صَارَتِ فِي جَانِبِهِ بِالْعُرْضِ، فَإِذَا بَذَلِ الْمَنْكِرِ اليَمِينَ بَعْدَ أَنْ حَلَّفَ الْمَدْعِيِّ فَلَا حَقٌّ لَهُ إِجْمَاعًا، لِسَقْطِ الْحَقِّ الَّذِي يَتَرَبَّ عَلَيْهِ اليَمِينَ بِحَلْفِهِ، فَإِذَا بَذَلَهَا بَعْدَ أَنْ رَدَّ، وَقَبْلَ أَنْ يَحْلِفَ الْمَدْعِيِّ سَوَاءَ أَبْقَلَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ بِوْجْهِهِ وَلَمْ يَأْمُرْهُ بِالْحَلْفِ، أَمْ أَمْرَهُ وَلَمْ يَفْعُلْ، أَمْ اَنْتَفَى الْأَمْرَانِ، فَهَلْ لَهُ ذَلِكَ؟ قَالَ الشِّيخُ فِي الْمُبْسُطِ: لَا لِإِنْتِقاْلِهَا حَقِّيَّةُ الْمَدْعِيِّ بِنَفْسِ الرَّدِّ، فَصَارَ لَا حَقٌّ لِلْمَنْكِرِ فِيهَا، لَا سَتْحَالَةٌ أَنْ يَكُونَ كُلُّ مِنْهَا مَطَالِبًا.

حَجَّةُ القَائِلِ بِالثَّانِيِّ، هُوَ عَدَمُ السَّقْطِ، أَيُّ الْمَنْعِ مِنْ أَنَّ ذَلِكَ يَقتضي إِسْقَاطَ حَقِّهِ مِنْهَا، وَإِنَّمَا فَوْضُهَا إِلَى الْمَدْعِيِّ، فَإِذَا لَمْ يَسْتَمِرْ رِضَاَهُ بِالتَّفْوِيْضِ، كَانَ لِهِ الرَّجُوعُ، لِأَصْالَةِ بقاءِ حَقِّهِ كَمَا كَانَ، لِأَنَّ اليَمِينَ تَلَزِّمُ الْمَنْكِرَ شَرْعًا، فَرَدَّهَا عَلَى الْمَدْعِيِّ تَكُونُ إِبَاحةٌ لَهُ أَنْ يَحْلِفُ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ إِبَاحَتِهِ اليَمِينَ خَرْوَجَهَا عَنْهُ، كَمْ أَبَاحَ لِلْغَيْرِ طَعَامَهُ، فَلَهُ الرَّجُوعُ فِيهِ قَبْلَ أَنْ يَأْكُلَ، وَهُنَا أَقْوَى، لِأَنَّ الرَّدِّ أَعْمَّ مِنِ الْإِسْقَاطِ، وَالْأَصْلُ بقاءُ الْحَقِّ الثَّابِتُ قَبْلَ الرَّدِّ، مَعَ الشُّكُّ فِي الْمَسْقَطِ، وَاللَّهُ سَبَّحَانَهُ أَعْلَمُ.

ج ٤ ص ٩١ قوله رحمه الله: «لَوْ كَانَ لَهُ بَيِّنَةٌ، فَأَعْرَضُ عَنْهَا وَالْمَنْكِرُ مِنْهَا أَوْ قَالَ أَسْقَطَتِ الْبَيِّنَةَ وَقَنَعَتِ بِالْيَمِينِ، فَهَلْ لَهُ الرَّجُوعُ؟ قَيلَ: لَا، وَفِيهِ تَرَدُّدٌ، وَلَعِلَّ الْأَقْرَبُ جَوَازُهُ» يَنْشَأُ التَّرَدُّدُ، مِنْ أَنَّهُ حَقٌّ فَأَسْقَطَهُ، وَمِنْ أَصْالَةِ البقاءِ.

حَجَّةُ القَائِلِ بِسَقْطِ حَقِّهِ، هُوَ عَدَمُ جَوَازِ الرَّجُوعِ إِذَا أَعْرَضَ بِنَفْسِهِ عَنْ تَقْدِيمِ بَيِّنَتِهِ، فَيَكُونُ حَالَهُ حَالَ مَنْ أَعْرَضَ عَنْ مَالِهِ وَأَلْقَاهُ فِي الشَّارِعِ، حِيثُ لَيْسَ لَهُ

أن يأخذه من يد من تملكه، وقال به الشيخ في محيي المسوط، وتبعه ابن إدريس فيما حكى عنه، محتجاً بأن إقامة البينة واليمين حق له وقد أسقطه، فيسقط بالإسقاط، فعده يحتاج إلى دليل.

حجّة القائل بعدم السقوط، هو أصالة البقاء، اختاره المصنف، ومنع كون ذلك إسقاطاً على وجه يقتضي الإبطال، وإنما غايتها الإعراض وهو لا يسقط الحق، ولأن العدول إلى يمين المنكر لا يوجب براءة ذمته من الحق، ولا ملكه للعين، وهو دليل على بقاء الحق، فله إقامة البينة واليمين على ثبوت حقه والإستيفاء، هذا هو الأقوى كما في المسالك وفي الجواهر، بل هو الظاهر، بل يمكن القطع به، وكيف كان، فإذا أعرض عن البينة والتمس يمين المنكر وقبل أن يخلف رأى أن يقدم بينته، فالظاهر أن له ذلك، لأنّه لا دليل على أن إرادته عدم التقاديم، موجبة لسقوط البينة، لهذا قال المصنف بعد ترددः الأقرب الجوار، والله سبحانه أعلم.

ج، ص ٩٢ قوله رحمه الله: «أما لوادعي الصغير الحري الإنفات بعلاج، لا بين ليتخلص عن القتل، فيه تردد، ولعل الأقرب، أنه لا يقبل إلا مع البينة» وجه التردد من أصالة عدم البلوغ، ومن جعل الشارع له علامه البلوغ.

حجّة القائل بقبول قوله من غير يمين، هو الشبهة، وأن الحدود تدرأ بالشبهات، خصوصاً في المقام الذي يقتضي الأصل عدم بلوغه، الذي هو شرط قبول اليمين فيلحق بالذري ويفعل قوله بغير يمين، لمشاركته لها في كون الحدّ حقاً لله تعالى ويرجع إليه فيه، وفي المسالك الأقوى أو الأولى قبول قوله بغير يمين، عملاً بالشبهة واحتياطاً في الدماء التي لا يستدرك فائتها.

أقول: المشكوك بلوغه لا يقبل من جهة الإقرار لعدم تحقق الموضوع، الذي لا يتحقق الحكم إلا به، والله سبحانه العالم بالصواب.

حجّة القائل بعدم قبول قوله، هو أنه محكوم ببلوغه ظاهراً، ومستحق للقتل

كذلك ، فلا يزول بمجرد دعواه العلاج في الإنبات ، واليمين مانعة من القتل ، ولم توجد أي لم تصح من الصبي ، واختاره المصطف أي عدم قبول قوله مطلقاً ، إلا بالبينة ، لوضع الشاعر الإنبات علامة البلوغ وقد وجدت ، أي العالمة ، ودعواه المعالجة خلاف الظاهر ، فيفتقر إلى البينة .

أقول: هذا ما في المسألة من بيان مختصر ، وفيها بعض التفاصيل والأقوال الأخرى ، تطلب من محاها ، فراجع وتأمل .

ج ٤ ص ٩٢ قوله رحمه الله: «و ضابطه ما كان مالاً، أو المقصود منه المال، وفي النكاح تردد» منشأ التردد في النكاح من اختصاص قبول الشاهد واليمين بالمال ، ومن الشك في تضمنه للمال .

حجّة القائل بثبوت النكاح بالشاهد واليمين ، هو إذا كان المدعى الزوجة ، لأنّها تدعى إثبات مهر ، أو نفقة ، بخلاف الزوج ، واستقر به في القواعد ، ووافقه عليه في المسالك ، وعن بعضهم تقيده الثبوت بما إذا كان دعواها بعد الدخول أو التسمية ، لأنّهما يثبتان المال ، وضعفه في المسالك بأنّ النفقة لا تتوقف على الأمرين ، أعني الدخول والتسمية ، ومفوضة المهر تدعى مهراً في الجملة مطلقاً ، والله أعلم .

حجّة القائل بعدم ثبوت النكاح بشاهد ويمين ، هو أنّ المقصود بالذات بالنكاح الإحسان والتناسل ، وإقامة السنة ، وكف النفس عن الحرام ، والمهر والنفقة تابعان مع أنّهما مختلفان في دعوى الرجل إليها ، فحصل من ذلك عدم ثبوته كما في المسالك ، والله أعلم .

ج ٤ ص ٩٦ قوله رحمه الله: «وأما القول مشافهة، فهو أن يقول للآخر حكمت بكذا أو أنفذت أو أمضيت، فيفي القضاء به تردد نصّ الشيخ في الخلاف أنه لا يقبل» ينشأ التردد ، من أنه الشهر ، ومن قول الشيخ الطوسي .

حجّة القائل بقبول قوله ، لو قال حكمت بكذا أو أنفذت أو أمضيت هو ما

في الإيضاح، أنّ من يكون فعله ماضياً يكون قوله ماضياً أيضاً، وفي الجواهر أقربه القبول، وهذا هو المشهور بينهم وهو المتعين، لما ذكره المسالك قال بجوازه مع الشهادة على حكمه، فمع مشافهته أولى، ولما عن بعض من أنّ وقوع الحكم لا يعرف إلا من قبله فيدلّ على سماع قوله فيه كل ما دلّ على أنّ ما لا يعرف إلا من قبل شخص يكون قوله حجّة فيه، ولما في الجواهر من أنّ مقتضى كونه حجّة من قبلهم عليه السلام «وأن الراد عليه راد عليهم»^١ وجوب قبول قوله، سواء كان في الحكم أو في الإخبار بالحكم، إلى غير هذا من المرجحات، وإن ناقش فيها بعضهم. هذا بعض نواحي المسألة وفيها كثير من التفاصيل والأمثلة التي لا يسعها هذا المختصر والله العالم.

حجّة القائل بعدم القبول، هو الذي نصّ عليه الشيخ في الخلاف حيث قال إذا قال الحاكم لحاكم آخر، قد حكمت بكذا أو مضيت كذا أو نفذت كذا لا يقبل منه ذلك إلا أن تقوم بيّنة يشهدان على حكمه وبما حكم به، ولا يحكم بقوله، وبه قال محمد بن الحسن ومالك ذكره في مسألة ٤٢ ص ٦٠٢.

وفي التنقح الرائع، قال: إنهاء الحاكم حكمه إلى حاكم آخر، إما أن يكون كتابة أو مشافهة أو شهادة، وعلى التقادير الثلاثة لا اعتبار عند أكثر الأصحاب إلا على وجه يأتي، خلافاً لابن الجنيد فإنه اعتبره في حقوق الناس دون الحدود، وخلافاً لابن حمزة، فإنه اعتبره باليقنة فإن شهدت البيّنة على التفصيل حكم به وتفصيل الإستدلال، أما الكتاب سواء كان مختوماً أو غير مختوم، فلما رواه طلحة بن زيد «عن الصادق عليه السلام أنّ علياً عليه السلام ما كان يجيز كتاب قاض إلى قاض في حد ولا غيره، حتى وليت بنو أمية فأجاز وباب البيّنات»^٢ ومثله روى السكوني عن الصادق عليه السلام أيضاً^٣ وهاتان الروايتان وإن ضعفتا إلا

١ - الوسائل الباب ١١ من أبواب صفات القاضي حديث ١.

٢ - التهذيب ج ٦ ص ٣٠٠

أنّهما تنجبران بالشهرة، وأمّا المشافهة فقد نصّ الشيخ في الخلاف إنّها مثل الكتابة في عدم القبول، قدّمنا في صدر البحث إلى غير هذا، والله العالم بالصواب.

ج٤ ص ٩٨ قوله رحمه الله: «وإن لم يحضر الخصومة فحكي لها الواقعة، وصورة الحكم وسمى المحاكمين بأسمائهما، وأبائهما، وصفاتها، وأشهدهما على الحكم، ففيه تردد، والقبول أولى» ينشأ التردد من أنّ حكم الحاكم الثاني بغير علم، من أنّه الحكم الأول حق فالثاني مثله.

حجّة القائل بعدم الجواز، هو أنّ حكم الحاكم الثاني، قوله بما لا يعلم، وهو مني عنده بقوله تعالى «أتقولون على الله ما لا تعلمون»^١ وبغيره من الآيات والروايات فيقتصر فيما خالفه على موضع الوفاق وما يوجب تمام الاحتياط، وهو الصورة الأولى كما ذكره صاحب المسالك رحمه الله تعالى.

حجّة القائل بنفوذ حكم الثاني، هو أنّه كلما كان حكم الحاكم ماضياً، كان إخباره به ماضياً، لكن المقدم حق فالثاني مثله، وحقيقة المقدم واضحة، والملازمة ظاهرة، لأنّ غایة الحضور سمعاًهما الحكم، إذ لا عبرة بما وقع في المجلس غيره من الداعي، وشهادة الشاهدين وتعديلهم مالم يحصل الحكم، وهو عبارة عن الإخبار بثبتوت الحق من أهله بلفظ حكمت ونحوه، وصورة النزاع إخبار بذلك.

فلا ترجيح لأحدهما على الآخر ولأنّ الأدلة السابقة الدالة على تسويغ أصل هذا الانفاذ آتية في هذه الصورة، فكان القول بالقبول أقوى كما في المسالك وهذا الذي اختاره المصنّف والأكثر، والله العالم.

ج٤ الصفحة نفسها قوله رحمه الله: «فحكمت أو أمضيت في الحكم به تردد» وجه التردد هنا هو عين ما سبق قبله في المسألة الأولى، مع أنّ القبول أرجح خصوصاً

مع إحضار الكتاب المتضمن للدعوى، وشهادة الشهود لتأكد إخباره بذلك ، وقد سبق أن الأقوى قبول إخباره بحكمه للمدعى على فلان الغائب أو الحاضر في كذا، من دون ذكر شيء من ذلك.

و كذلك التردد الآتي، أن في حكمه تردد قد تقدم الكلام فيه، وأن القبول أرجح.

أقول: فهذه المسائل الثلاثة المترددة فيها، من باب واحد تقريرياً، مع تفاوت جزئي، ورجحان القبول فيها لا يخلو من قوّة، وإن كان بعض الأعلام ناقش في بعضها، والمتتبع عند المراجعة يقف على ما بيناه في هذا المختصر، والله سبحانه العالم.

ج ٤ ص ١٠٣ قوله رحمه الله: «وقيمة جزء ذلك الملك متساوية، سوية السهام على أقلهم نصيباً، فجعلت أساساً، ثم كم تكتب رقعة فيه تردد» وجه التردد من عدد الشركاء، ومن عدد السهام.

حجّة القائل بكتابتها بعدد أسماء الشركاء، هو إنما تخرج القرعة مرتين ويكتفى بها عن الثالث، فإذا أمكن الاقتصار فلا معنى للتطويل، والظاهر أن مراد المصنف سلوك الطريق الأسهل، لا أن غيره غير جائز، كما لا يخفى.

حجّة القائل بالثاني، هو أنه تكتب على عدد السهام، فتكون ستة رقاع، باسم صاحب السادس واحدة، ورقطان باسم صاحب الثالث، وثلاثة بإسم صاحب النصف، وعلله، وقوّاه في المبسوط بقوله، لأن كل من كان سهمه أكثر، كان حظه أوفر، وله مزية على صاحب الأقل، فإذا كتب لصاحب النصف ثلاث رقاع كان خروجه أسرع وأقرب، فإذا كتب له واحدة، كان خروج قرعته، وقرعة صاحب السادس سواء، فلهذا قيل يكون له أكثر من رقاع غيره.

و الحاصل: إذا تعسر الشركاء في أنه، هل يكتب اسم الشركاء أو اسم السهام، كان الخيار بيد الحاكم الشرعي لأنّه المبين لإنهاء النزاع، أو الرجوع للقرعة، وفي المسألة مزيد بيان، تفصيله في محله، والله سبحانه العالم.

ج ٤ ص ١٠٧ قوله رحمه الله: « ولو أدعى المنكر، فسوق الحاكم، أو الشهود ولا بيته فادعى علم المشهود له في توجيه اليمين على نفي العلم تردد، أشبه به عدم التوجّه »، منشأ التردد، من أنه ينتفع به، ومن أنه لا يدعى حقاً لازماً.

حجّة القائل بتوجّه اليمين على المدعى حيث لا يتنّي، أنه ينتفع به في حق لازم، كما لو قذف الميت وطلب الوارث للحدّ، فادعى عليه العلم بالزناء، فأنكر، فله تحليفه على نفي العلم، كما عن التحرير والارشاد وغاية المراد.

أقول: لزوم قبول الدعوى إذ لم تقبل لزم ضياع الحق، ولذا ذهب جماعة إلى قبول مثل هذه الدعوى، وإن كان المشهور خلافه، والله أعلم.

حجّة القائل بالعدم أي عدم توجّه اليمين لأنّه لا يدعى حقاً لازماً، ولا يثبت بالنكول، ولا باليدين المردودة، ولا لأنّه يثير فساداً، ولا لأنّه كالدعوى على القاضي، والمشهود بالكذب وهي غير مسموع بدون البيّنة قطعاً، وإن كان ينتفع بتذكرهما أنفسهما لأنّه يثير فساداً عاماً، واختاره في الدروس واستوجهه في المسالك ومحكي الإيضاح.

أقول: عدم توجّه اليمين قويٌ وجيه، كما أشار إليه المصنّف بقوله «الأشبه عدم التوجّه» والله سبحانه العالم بالصواب.

ج ٤ الصفحة نفسها قوله رحمه الله: «وفي الإلزام بالجواب عن دعوى الإقرار تردد» ينشأ التردد من أنه ينتفع به، ومن أنّ الحق لا يستحق بالإقرار في الواقع.

حجّة القائل بالإلزام، هو أنه ادعى عليه الإقرار له بالحق، فهل تسمع الدعوى بمعنى توجّه اليمين على المدعى عليه لو أنكر، نعم لأنّه ينتفع به مع التصديق، وأن ثبوته يوجب الحق ظاهراً واستظهراً في المسالك هنا سمع الدعوى،

لأن المعتبر ثبوت الحق ظاهراً، واعترافه ينفعه، ونکوله يثبت عليه الحق، أو مع بين المدعى، والمدعى يجوز له الحلف على أنه اقر له بذلك، ويثبت به الحق إذ لا يشترط في استحقاق المقر له علمه بالسبب المقتضي للإقرار، بل يجوز له أخذه تعويلاً على إقراره، عموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» يشمله، وفي الجواهر لعله كذلك، وفي القواعد ومحكم الإيضاح وغاية المرام أنه الأقرب.

حجّة القائل بعدم الإلزام، هو أن الحق لا يستحق بالإقرار في نفس الأمر، وإن كان ثبوته يوجب الحق ظاهراً، فلا توجب دعواه حقاً لازماً للمدعى عليه، فينحصر طريقه بالبينة لعموم قوله صلى الله عليه وآله «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه»^١. نعم قد يقال بعدم إلزامه باليدين على نفي ذلك بخصوصه، إذا بذل اليمين على براءة ذمته، الذي يأتي على ذلك كله على نحو ما تسمعه، في عدم إلزامه بجواب دعوى أنه أقر به، أو باعه بشمن في ذمته، أو نحو ذلك، والله سبحانه العالم.

ج ٤ ص ١٠٩ قوله رحمه الله: « ولو كان المدين جاحداً وللغمي بيته، يثبت عند المحاكم والوصول إليه مكن، في جواز الأخذ تردد أشبه الجواز » ينشأ التردد من عموم جواز الإقتصاص، ومن التسلط على مال الغير خلاف الأصل.

حجّة القائل بالجواز، هو عموم أدلة الإقتصاص، وقال بها الأكثر، كما في كشف اللثام وغيره وهو الذي ذكره الشيخ في الخلاف والمبسوط ومحكم التهذيب والنهایة، وقواه في المسالك ودليله عموم الإذن في الإقتصاص في الكتاب الكريم قوله تعالى «والحرمات قصاص فن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»^٢ و«فيعاقبوا بمثل ما عوقبتم

١ - الوسائل الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم.

٢ - سورة البقرة آية ١٩٤

به»^١ وفي السنة نذكر منها خبر جميل بن دراج «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل الدين، فيجحده، فيظفر من ماله بقدر الذي جحده، أيأخذه وإن لم يعلم الجاحد بذلك؟ قال: نعم»^٢. ومنها صحيحة «داود بن زرين، قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام: إني أخالط السلطان فتكون عندي الجارية فياخذونها، والدابة الفارهة يبعثون فياخذونها، ثم يقع لهم عندي المال، فلي آخذ؟ فقال عليه السلام: خدمت ذلك ولا تزد عليه»^٣. و منها صحيحة «ابن زرين قلت لأبي الحسن عليه السلام: إني اعامل قوماً فربما أرسلوا إلي فأخذوا مني الجارية والدابة، فذهبوا بها مني، ثم يدور لهم المال عندي، فآخذ منه بقدر ما أخذوا مني؟ فقال عليه السلام: خذ منهم بقدر ما أخذوا منك ولا تزد عليه»^٤، ومنها صحيح «أبي بكر، قلت له: رجل لي عليه دراهم فجحدني وحلف عليها، أيجوز لي إن وقع له قبلى دراهم أن آخذ منه بقدر حقي؟ قال: فقال عليه السلام: ولكن هذا كلام، قلت: وما هو؟ قال: تقول اللهم لا آخذه ظلماً ولا خيانة، وإنما آخذه مكان مالي الذي آخذ مني لم أزد عليه شيئاً»^٥، ومثله خبر علي بن مهزيار^٦. أقول: الحاصل من ظاهر إطلاق النص والفتوى، أنه يأخذ بقدر ما أخذ منه، والله سبحانه العالم.

حجّة القائل بعدم الجواز إلا بإذن الحاكم الشرعي، هو أنّ التسلط على مال الغير على خلاف الأصل، فيقتصر منه على موضع الضرورة، وهي هنا منتفية، وأنّ الممتنع من وفاء الدين يتولى القضاء عنه الحاكم، ويعين من ماله ما يشاء، ولا ولية لغيره، وهذا خيرة المصنف في النافع، بل حكى عن تلميذه الآبي في كشفه، والفخر في إيضاحه إلى غير ذلك من الإعتبارات، التي لا تصلح مدركاً

١ - سورة التحلية آية ١٢٦.

٢ و٣ و٤ و٥ و٦ - الوسائل الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به الحديث ١١٠ و٤٧ و٨.

للحكم، فضلاً عن معارضته الدليل الجواز، كما أشار إليه صاحب الجواهر، والله سبحانه وتعالى.

ج ٤ ص ١٠٩ قوله رحمه الله: «نعم لو كان المال وديعة عنده، في جواز الاقتراض تردد، أشبه الكراهة» وجه التردد من دلالة بعض الأخبار على الجواز، ومن دلالة بعضها على النهي عن مطلق الأمانة.

حجّة القائل بالجواز أي جواز الإقتراض، هو عين ما تقدّم، أي عموم الأدلة السابقة، خصوصاً صحيحة أبي العباس البقياق، أنّ شهاباً ماراً في رجل ذهب له بآلف درهم، واستودعه بعد ذلك ألف درهم، قال أبو العباس، فقلت له: خذها مكان الألف التي أخذت منك، فأبى شهاب. قال: فدخل شهاب على أبي عبدالله عليه السلام فذكر له ذلك، فقال: أمّا أنا فأحبّ أن تأخذ وتحلف^١ وهذا الخبر يدلّ على الجواز، من غير كراهة. لأنّه عليه السلام لا يحب المكرور، وخبر عليّ بن سليمان «قال: كتبت إلى إيه رجل غصب مالاً أو جارية، أو ثمّ وقع عنده مال بسبب وديعة، أو قرض مثل خيانة، أو غصب مثل ماخانه، أو غصبه، أبحل له حبسه عليه، أم لا؟ فكتب عليه السلام: نعم، يحلّ له ذلك إن كان بقدر حقّه، وإن كان أكثر، فيأخذ منه ما كان عليه، ويسلم الباقي إليه إن شاء الله تعالى^٢» وقال به الأكثر من المؤخرين كما في الجواهر وذهب إليه التهذيب والسرائر والشائع والنافع والمخالف والإرشاد والتحرير وشرح الشرائع للصimirي والتتفيق والنكت والمسالك كما نقل عن بعضهم، والله العالم.

حجّة القائل بعدم الجواز، هو عموم قوله تعالى «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤْدُوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا»^٣ وخبر ابن أخ الفضيل بن يسار «قال: كنت عند أبي

١ - المصدر الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به حديث ٩٦ و ٩٧.

٣ - سورة النساء آية ٥٨.

عبد الله عليه السلام، ودخلت امرأة، و كنت أقرب القوم إليها، فقالت: أسأله؟ فقلت: عن ماذا؟ فقالت: إن أبي مات، وترك مالاً في يد أخي ، فأتلفه، ثم أفاد مالاً فأودعنيه ، فلي أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شيء ، فأخبرته بذلك ، فقال: لا ، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أَدَّ الْأُمَانَةَ إِلَى مَنْ أَتَمْنَكَ ، ولا تخن من خانك »^١ وخبر سليمان بن خالد «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقع لي عنده مال، فكابرني عليه وحلف، ثم وقع له عندي مال، فأخذه لمكان مالي الذي أخذه وأجحده وأحلف عليه كما صنع، قال عليه السلام: إن خانك فلا تخنه، ولا تدخل فيها عتبه عليه»^٢.

وصحيح معاوية بن عمّار «عن أبي عبد الله عليه السلام، قلت له: الرجل يكون لي عليه حق، فيجحدنيه، ثم يستودعني مالاً، ألي أن آخذ مالي عنده؟ قال عليه السلام: هذه الخيانة»^٣، إلى غير هذا من الروايات الناهية عن ذلك ، وبه قال الصدوق في أكثر كتبه، والتقي، والحلبي، والكيدري، والطبرسي ، وابن زهرة ، ونسبة في محكي التعرير إلى الشيخ، ووافقهم بعض متأخري المتأخرین، بل عن ابن زهرة، أنه بعد أن أفتى بالمنع، ادعى الإجماع عليه، ودليلهم بعض الروايات، كما ذكرنا بعضها، التي لا تقاوم روايات المشهور، فعلى هذا أدلة التقاضى قوية، وأدلة المنع ناقش بها بعض ، وفي المسألة مزيد بيان ينافي الاختصار المطلوب في هذا الكتاب، والله أعلم بالصواب.

ج٤ ص ١١٣ قوله رحمه الله: «وفي القولين تردد» وجه التردد، من التعارض فالقرعة، ومن تقديم أحد القولين.

حجّة القائل بالقرعة، هو أنّ الغرض العقد الواحد في الوقت الواحد صحيح وباطل بمقتضى البينتين، اذاً لابد من القرعة بينهما، ويحكم لمن خرج اسمه مع

١ و ٢ و ٣ - الوسائل الباب ٨٣ من ابواب ما يكتسب به الحديث . ١١-٧-٣

يمينه، مع فقد المرجحات، للنصوص^١ الواردة بالنسبة إلى القرعة. وإنما الكل أمر مشكل، وهذا اختيار الشيخ في المسوط، وكيف كان، ففقطى القاعدة، إنه لو تعارضت البيتان، فقد يكون الأمر في للتعارض الموجب للترجيح بالأعدلية، والأكثرية ثم القرعة واليمين، فيما إذا قلنا تسمع بيته المنكر، كما تسمع بيته المدعى، أو كان اختلاف في أن الاجرة دينار أو درهم، فإنها وإن اختلفتا زيادة ونقصه، إلا أنها عنوانان إلى غير ذلك من الأمثلة، وقد يكون الأمر يوجب تقديم بيته مدعى الأكثريّة، كما لو اختلفا في أن الاجرة ألف، أو العين، حيث إن مدعى الألفين مدع، ومدعى الألف منكر للزيادة، بعد اتفاقهما في الألف، فاللازم أن يأتي مدعى الزيادة بالبيبة، وقد أتى بها والمنكر ليس عليه البيبة، فلا تسمع بيته، ويكون الأمر حينئذ كما ذكره الحلي، ومنه يعرف وجه النظر في قول الشيخ أولاً، بأنه إذا كان ترجيح، فليس الترجيح بالقرعة فقط، بل أولاً بالأعدلية، ثم الأكثريّة، ثانياً بالقرعة، هذا بعض ما في المسألة، وفيها احتمالات أو وجوه أخرى، في بابها تراجع، والله أعلم.

حجّة القائل بترجيح بيته المؤجر، هو قول الحلي في السرائر، أنه يقضى بيته المؤجر، لأن القول قول المستأجر لوم تكن بيته، ومن كان القول قوله كالبيبة في طرف المدعى، وعلى هذا نقول: المؤجر مدع الزيادة وقد أقام البيبة بها، فيجب أن تثبت، والحاصل أنه لو كان الإختلاف في الجنس، حصل التعارض والترجح، وإن كان الإختلاف في القدر، فالمقدم قول من يدعي الزيادة بيته، ثم في اختلاف الجنس إن كان ترجيح بالأعدلية والأكثرية فهو، وإلا القرعة، فمن خرج اسمه وحلف قدم، وإن أبي عن الحلف قدم، وإن أبي عن الحلف قدم قول الآخر مع الحلف احتياطاً، وبدونه على الأقرب، والله أعلم.

ج ٤ ص ١١٤ قوله رحمه الله: « ولو فسخ أحدهما، كان للآخر، أخذ الجميع لعدم المزاحم، وفي لزوم ذلك تردد؟ أقربه اللزوم» ينشأ التردد، من وجود المقتضي فيلزم، ومن ثبوت الخيار بالأصل.

حجّة القائل باللزوم، هو أن فسخ أحدهما يثبت أخذ الجميع للآخر، لعدم المزاحم له، ويلزم أخذ الجميع، وهو الأصح كما في المسالك، لوجود المقتضي، وهو قيام بيضة بشرائه وانتفاء المانع، إذ ليس هناك مانع من أخذ الجميع، إلا دعوى الغريم الآخر، وقد انتفت بتركه الأخذ، ولأن المقتضي للخيار تبعيض الصفقة، وقد انتفى واستقرّب المصطف اللزوم.

حجّة القائل بعدم اللزوم، هو أنه قد ثبت له الفسخ ابتداءً، والأصل البقاء؛ أي خيار الفسخ فيستصحب، وحكي عن الشيخ الطوسي، أنه ليس له أخذ الجميع، لأنّ الحاكم قد قضى له بنصفها دون النصف الآخر، فلا يعود إليه.

أقول: اللزوم لا يخلو من قوّة، وفي المسألة تفاصيل أخرى في محلّها، فراجع وتأمل، والله العالم بالصواب.

كتاب الشهادات

ج ٤ ص ١٢٨ قوله رحمة الله: «وفي اشتراط إصلاح العمل زيادة عن التوبة تردد و الأقرب الإكتفاء بالإستمرار، لأن بقاءه على التوبة إصلاح ولو ساعة». وجه التردد من الآية الشريفة إلا الذين تابوا وأصلحوا، ومن الإكتفاء بالتوبة.

حجّة القائل بالإشتراط، أي يشترط في عدالته وقبول شهادته التوبة وإصلاح العمل بدليل قوله تعالى «إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا»^١ وقوله «إلا من تاب وآمن وعمل عملاً صالحًا فاولئك يبَدِّلُ اللَّهُ سَيِّئَاتِهِمْ^٢ حسنات» وما عن الخلاف وجامع المقاصد ومتشابه القرآن لابن شهرashوب، أنه لا بد مع التوبة التي هي أكذاب نفسه هو أن يقول القذف باطل وحرام وظهور عمل صالح منه وإن قل، قيل وهو ظاهر الغنية والاصلاح وفي المبسوط والسرائر أنه لا بد منه إذا قذف، قذف سب، لا إذا قذف قذف شهادة لافتراقهما في ثبوت فسق القاذف، قذف سب بالنص، وفسق الآخر بالإجتهداد، كما في الجواهر، والله أعلم.

حجّة القائل بعدم الإشتراط، هو أن المراد بالإصلاح أكذاب نفسه بين الناس، الذي يكون به إصلاح لما أفسده من عرض المقدوف بقذفه، وذلك لظهور النصوص، أو صراحتها في مغفرة ذنب القاذف بالتوبة، وأكذاب نفسه، وأنه لا يحتاج بعد ذلك إلى أمر آخر، والآية ذكرت التوبة والإصلاح، فيعلم

١ - سورة النور آية ٥.

٢ - سورة الفرقان آية ٧٠.

حينئذٍ كون المراد ذلك ، لأنّ كلامهم عليهم السلام كالتفسير لها ، كما في الجواهر وإليك بعض نصوص الباب .

منها ما عن أبي الصباح الكناني « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن القاذف بعد ما يقام عليه الحدّ ، ما توبته ؟ قال : يكذب نفسه ، قلت : أرأيت إن أكذب نفسه وتاب قبل شهادته ؟ قال : نعم »^١ .

و منها ما عن القاسم بن سليمان « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يقذف الرجل ، فيجلد حداً ، ثم يتوب ، ولا يعلم منه إلا خير ، أتجوز شهادته ؟ قال : نعم . ما يقال عندكم ؟ قلت : يقولون توبته فيما بينه وبين الله ولا تقبل شهادته أبداً ، فقال عليه السلام : بئس ما قالوا كان أبي يقول : إذا تاب ولم يعلم منه إلا خير جازت شهادته »^٢ وغيرها من الروايات .

وعن الوسيلة وظاهر المقنع والنهاية ما هو الأقرب عند المصنف ، الإكتفاء باستمرار التوبة ، لأنّ التوبة هي إصلاح .

أقول : هذا القول لا يخلو من قوّة ومتين ، والله سبحانه العالم بالصواب .

ج ٤ ص ١٢٦ قوله رحمة الله : « لبس الحرير للرجال في غير الحرب اختياراً محظوظاً ، تردد به الشهادة ، وفي المتكأ عليه ، والإفتراض له ، تردد ، والجواز مروي » وجه التردد ، من الأصل ، ومن المنع عن بعض .

حجّة القائل بجواز التكائنة على الحرير ، والإفتراض له هو الأصل ، وما روی عن أهل البيت عليهم السلام كصحيحة « عليّ بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال : سأله عن فراش حرير ومثله من الدبياج ، ومصللى من حرير ومثله من الدبياج ، يصلح للرجل النوم عليه ، والتكائنة والصلة عليه ؟ قال : يفرشه ، ويقوم عليه ، ولا يسجد عليه »^٣ ، ولأنّ النهي عنه في النصوص المعترضة ،

١ - الوسائل الباب ٣٦ من أبواب الشهادات الحديث ١-٢ .

٣ - الوسائل الباب ١٥ من أبواب لباس المصلي حديث ١ .

معلق على اللبس فيبقى غيره على الأصل، وقال به المصنف، وفي المسالك، الأصح حجّة القائل بعدم الجواز.

حجّة القائل بعدم الجواز، هو ما ورد «عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ» (هذان -أي الحرير والذهب- محظى على ذكر امي) ^١ يستدلّ بعموم التحرّم على الرجال، وما عن الفقه الرضوي «لا تصلي على شيء من هذه الأشياء إلا ما يصلح لبسه» ^٢ وقيل حكى العلامة في المختلف، عن بعض المتأخرین القول بالمنع، وأن ابن حمزة في الحکی عن الوسیلة في كتاب المباحثات، ممّن صرّح بالمنع «قال: وما يحرم عليه لبسه بحرم فرشه والتذرّبه، والإتكاء عليه وإسباله سترًا» بل عن المبسوط مثل ذلك أيضًا، وتردد فيه في النافع، وقال بعدم الجواز الشافعي وأحمد، والله سبحانه العالم.

حجّة ص ١٣١ قوله رحمه الله: «أمّا المطلق إذا أدى من مكانتيه شيئاً، قال في النهاية تقبل على مولاه بقدر ما تحرر منه، وفيه تردد! أقر به، المنع» ينشأ التردد، من صدق المملوک عليه، ومن خبر بن مسکان.

حجّة القائل بعدم قبول شهادته، هو صدق العبد والمملوک عليه، ولأنّ الرقمان، فما لم يزل بتمامه لم يقبل، ولأنّه لا تهتدي عقولنا إلى القبول في بعض المشهود فيه دون بعض، فلا نقول به إلا فيما أجمع عليه، أو دلّ عليه دليل قاطع، واستقر به المصنف وفاقاً للمشهور، وفي الجواهر القول بكونه كالقتل حينئذ هو الأقوى للأصل، وقاعدة عدم تبعيض السبب، إلى آخر كلامه.

أقول: القول بالمنع متين جداً، لا سيما مع ملاحظة قصور خبر بن مسکان الآتي عن التخصيص، والله سبحانه أعلم.

حجّة القائل بقبوله شهادته على مولاه هو خبر ابن مسکان بن أبي بصير سأله

١ و ٢ - مستدرك الوسائل الباب ٢٤ من أبواب لباس المصلي الحديث ٢-١

عن شهادة المكاتب كيف تقول فيها فقال: تجوز على قدر ما عتق، إن لم يكن اشترط عليه، إنك إن عجزت رددناك ، فان كان اشترط عليه ذلك لم تجر شهادته، حتى يؤدي أو يستيقن أنه قد عجز، قال: قلت: كيف يكون حساب ذلك ، قال: إذا كان قد أدى النصف أو الثالث فشهادتك بـألفين على رجل أعطيت من حركك بحساب ما أعتق النصف من الألفين»^١ وعلى هذا أن الخبر مع إضماره، وعدم الوجه الظاهر من بعض فقراته معرض عنه بين الأصحاب، والله أعلم بالصواب.

ج ٤ ص ١٣١ قوله رحمة الله: «أما في حقوق الله أو الشهادة للمصالح العامة، فلا يمنع، إذ لا مدعى لها، وفيه تردد» ينشأ التردد من عموم الأدلة على الرد، ومن ثبوت الفرق بينها وبين حق الأدمي .

حجّة القائل بعدم المنع من التبرع بالشهادة في حقوق الله تعالى، كشرب الخمر والزنا أو المصالح العامة كالقنطر والمدارس وغيرها، هو الفرق بين حقوق الله والمصالح العامة، وبين حقوق الأدميين، الموجب لاختصاص المنع بالثاني دون الأول، لأن حقوق الله تعالى أو المصالح لا مدعى لها، فلو لم يشرع التبرع فيها لعطلت، وهو غير جائز، ولأنه نوع من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهو واجب، وأداء الواجب لا يعد تبرعاً، وهذا هو الأقوى، كما في المسالك ، وهو المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة، وقواه في الجواهر، والله أعلم.

حجّة القائل بالمنع من قبولها، هو بناء حقوق الله تعالى على التخفيف اتفاقاً، نصاً وفتوى، وإنها تؤدي إلى التهمة المزبورة، بل في الرياض ليس في شيء مما ذكر ما يفيد تقييد الأدلة، المانعة عن قبوله مع التهمة بعد حصولها، كما هو فرض المسألة بحقوق الأدميين خاصة، ومحرر عدم المدعى لحقوق الله تعالى لا يدفع

التهمة، ولا يفيد التقيد المزبور، إذ لا دليل على إفادته له من إجماع أو رواية، وأداء عدم القبول فيها إلى سقوطها، لا دلالة فيه على أحد الأمرين أصلًا، ولا مذور في سقوطها مع عدم قبوها، بل هو مطلوب للبناء على التخفيف، كما قدمنا، وفي المسألة تفاصيل في محلها، فراجع وتأمل.

ج ٤ ص ١٣٣ قوله رحمه الله: «ويتحقق كل واحد من هذه، بتواتي الأخبار من جماعة، لا يضمهم قيده المuadaدة، أو يستفيض ذلك حتى ياتح العلم، وفي هذا عندي تردد» وجه التردد من كفاية الظن، ومن عدم الدليل.

حجّة القائل بكفاية الظن، هو هذا القسم الثاني من الشهادة، التي يكتفي بالسماع كالنسبة، فيجوز أن يشهد بالتسامع، إنّ هذا الرجل بن فلان، وهذه المرأة بنت فلان مثلاً، وصفة التسامع أن يسمع الشاهد الناس ينسبون المشهود بنسبيه إلى فلان، بل لو حضر جماعة لا يرتتاب في صدقهم، فأخبروه بنسبيه دفعه واحدة، على وجه إفاده الغرض جازله الشهادة.

حجّة القائل بعدم كفاية الظن، هو أن ذلك خلاف الأصل، فاثباته يحتاج إلى دليل صالح يخرجه عنه، ومجرد ما ذكروه من السمع والظن غير كاف في إثباته، لامكان العلم بكثير من هذه الأشياء، وهذا تردد به المصنف، ثم الكلام في أصل المسألة، وهو الإكتفاء بالتسامع، وهي الاستفاضة، وظاهر الإتفاق عليه في الجملة، وإن حكي عن الإسکافي الإقتصار فيه على النسب خاصة، وعن الإصباح ثلاثة، النسب، الموت، والملك المطلق، وبعضهم زاد على هذا تفاصيلها في محلها والله العالم.

ج ٤ ص ١٣٦ قوله رحمه الله: «وفي العتق والنكاح والقصاص تردد، أظهره ثبوته بشاهد وامرأتين» وجه التردد اختلاف الروايات في الآخرين.

حجّة القائل بالثبت بالشاهد والمرأتين، هو الروايات الواردة فيها من الأخبار، خبر زرارة «سأل الباقر عليه السلام عن شهادة النساء، تجوز في

النكاح؟ قال: نعم، ولا تجوز في الطلاق «إلى أن قال» قلت: تجوز شهادة النساء مع الرجال في الدم؟ قال: لا^١ «وقال أمير المؤمنين عليه السلام في خبر الكناني: شهادة النساء تجوز في النكاح» وقال فيه أيضاً «تجوز شهادتهن مع الرجال في الدم»^٢ وغيرها من الروايات الكثيرة، وجوز الشهادتين في القواعد، وفاصاً للمحكمي عن المبسوط في العتق والقصاص وللمحكمي عن المقنع والإستصار في القصاص.

حجّة القائل بعدم الثبوت، هو خبر السكوني عن الصادق عليه السلام عن أبيه عن علي عليه السلام أنه كان يقول «شهادة النساء لا تجوز في طلاق، ولا نكاح، ولا في حدود إلا في الديون، وما لا يستطيع الرجال النظر إليه»^٣ ورواية ربعي «عن الصادق عليه السلام قال: لا تجوز شهادة النساء في القتل»^٤ ورواية محمد بن الفضيل «عن الرضا عليه السلام قال: لا تجوز شهادتهن في الطلاق، ولا في الدم»^٥ ومحل الإشكال شهادتهن منضمات إلى الرجال، وأمّا شهادتهن منفردات فلا تقبل شهادتهن قطعاً، هذا خلاصة ما في المسألة من خلاف، وفيها تفصيلات أخرى، من الجمع بين الروايات بحمل المانع على انفرادهن، والجائز على انضمamen إلى الرجال، والله أعلم.

حجّة ٤ ص ١٣٧ قوله رحمه الله: «وفي الوقف تردد، أظهره أنه يثبت بشاهد وامرأتين، وبشاهد ويين» منشأ التردد، من انتقاله إلى الله تعالى، من انتقاله إلى الموقوف عليهم.

حجّة القائل بعدم ثبوت الوقف بشاهد وامرأتين، أو بشاهد ويين، هو أنه ليس بحال للموقوف عليهم بل لهم الإنفاع به فقط، ولأن حقوق الله تعالى المالية، فليس عليها نص بخصوصها، لكن مما كان الأصل في الشهادة شهادة

١ و٢ و٣ و٤ و٥ - الوسائل الباب ٢٤ من كتاب الشهادات الحديث ١١ و٢٥ و٤٢ و٢٧ و٧.

الرجلين، وكان مورد الشاهد واليمين، والشاهد والمرأتين الديون، ونحوها من حقوق الآدميين، قصر على مورده، ويبقى غيره على الأصل.

حجّة القائل بثبوته بشاهد ويمين، وشاهد وامرأتين، هوأنه مال، ومن حقوق الناس قطعاً، بل تجرى جميع أحكام الملك، وفاصاً للمحكي عن المبسوط وابني إدريس والبراج أنه يثبت، وفي المسالك الوقف، بناءً على أنه ينتقل إلى الله تعالى، أو إلى الموقوف عليه، أو يبقى على ملك المالك، فعلى الثاني يثبت بالشاهد والمرأتين، وبالشاهد واليمين، والأقوى ثبوته بالشاهد والمرأتين مطلقاً، أي سواء كان الوقف على مخصوص، لكنه حلفه، انتهى كلامه.

أقول: الظاهر أنه من حقوق الآدميين فثبوته غير بعيد، والله سبحانه العالم.

ج ٤ ص ١٣٩ قوله رحمه الله: «وإليه أن يسمعه يقول: أنا أشهد لفلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا. ويذكر السبب، مثل أن يقول: من ثمن ثوب، وعقار، إذهبي صورة جزم، وفيه تردد» وجه التردد من الاستناد إلى سبب صحيح، ومن تطرق الإحتمال.

حجّة القائل بالأقل صورة للجزم، هوأنّ الغالب على الناس الجهل، بطريق التحمل للشهادة، فربما إلى ما لا يجوز التحمل به، فإذا ذكر السبب زال الريب، للإختلاف في المراتب، فإذا قال: أشهد أن لفلان على فلان كذا، وأشهد من على شهادته، بل ذكر غير واحد، منهم الشيخ في المحكي عن مبوسطه، أنه يليه، أي يقرب من ذلك في جواز التحمل أن يسمعه يقول عند غير الحاكم: أنا أشهد على فلان بن فلان لفلان بن فلان بكذا، ويذكر السبب مثل أن يقول من ثمن ثوب، أو عقار، إذهب صورة جزم وشهادة عرفاً، فتندرج في مادلة من الشهادة على الشهادة، بل تندرج في جميع الأدلة، كما في الجواهر، ثم قال آخر المطلب: مع الكيفية المزبورة، وقد عرفت عدم الخلاف في اعتباره.

أقول: القبول مقبول، لعدم تطرق الإحتمال، لأنّ عدالة الشهود تكفي في صحتها، والله أعلم.

حجّة القائل بالثاني، هو تطـّرق الإحتمال، من اعتياد التسامح بأمثال ذلك، في غير مجلس الحكومة، واحتمال الوعد وغيره، فلا يقين بإرادة المعنى الحقيقي للشهادة بذلك، خصوصاً بعد استقراء حال كثير من القائلين نحو ذلك، بطلب الشهادة منهم بما قالوه بعد المرافعة والخاصمة، وامتناعهم من ذلك، فلا يقين حينئذٍ بشهادة للأصل، والله أعلم.

ج٤ ص ١٤٠ قوله رحمه الله: «وتقبل شهادة النساء على الشهادة فيما يقبل في شهادة النساء منفردات كالعيوب الباطنية والاستهلال والوصية وفيه تردد أشبهه المنع» ينشأ التردد، من منع قوم منها، ومن تحويز آخرين.

حجّة القائل بالجواز أي جواز شهادتهن فرعاً، هو الإجماع الذي احتجّ به الشيخ الطوسي في الخلاف، والأخبار الواردة، وقواه في المبسوط، وجوزه ابن الجنيد، والعلامة في اختلاف للأصل، وعموم قوله تعالى «فإن لم يكونا رجلين فرجل وأمرأتان»^١. وعموم رواية السكوني «عن الصادق عليه السلام: أنّ علياً عليه السلام قال: شهادة النساء لا تجوز مطلقاً، في طلاق، ولا نكاح، ولا حدود إلا في الديون، وما لا يستطيع الرجال النظر إليه»^٢ وذلك شامل للشهادة الأصلية والفرعية، ولأنّ شهادتهن أصلاً ثابتة، فالفرع أولى لاستناده إلى شهادة الأصل أو مساويها.

حجّة القائل بالمنع، أي عدم جواز شهادتهن فرعاً، هو المشهور خصوصاً عند المؤخرين، وفي الجوائز بل لم أقف فيهم على مخالف، وإن تردد فيه بعضهم، لكنه في غير محله، للأصل، بعد ظهور النصوص في اعتبار الرجلين في الشهادة على الشهادة السالم عن معارضه الإطلاق المزبور، الظاهر في قبول شهادتهن عليه،

١ - سورة البقرة آية ٢٨٢.

٢ - الوسائل الباب ٢٤ من كتاب الشهادات الحديث ٤٢.

نفسه الذي لا تطلع عليه الرجال غالباً، لا الشهادة عليه، التي هي عكس ذلك، إنها كلامه رفع مقامه.

أقول: القول بالمنع، أي عدم الجواز لا يخلو من قوّة، والله سبحانه العالم بالصواب.

ج ٤ ص ١٤٢ قوله رحمه الله: «وفي الحكم بجدة القذف والقصاص تردد، أشبه الحكم لتعلق حق الأدمي به» ينشأ التردد، من أنه حق الله تعالى، ومن أنه حق الأدمي أيضاً فهو مشترك بينهما.

حجّة القائل بعدم الحكم، هو المشهور، إذا كان الحق الله تعالى، كحد الزنا وشرب الخمر لم يحكم به، لوقوع الشبهة الدارئة للحد، ولو اشترك الحد كالقذف والقصاص، في جواز الحكم عند القائل به، لأن بناءه على التخفيف، ودرئه بالشبهة التي لا فرق في الدو بها، بين المختص لله تعالى والمشترك بينه وبين الأدمي.

حجّة القائل بجواز الحكم، هو أن الشبهة بالنسبة إلى حق الله تعالى وغير شبهة في حق الأدمي باعتبار بناء حق الله تعالى على التخفيف دون حق الأدمي والمصنف رجح حق الأدمي، وعلى هذا، لو كان المشهور به السرقة، حكم بالمال خاصة دون القطع، وفي المسالك عدمه فيها قوي، والله العالم.

ج ٤ ص ١٤٣ قوله رحمه الله: «وفي نقض الحكم لما عدا ذلك من الحقوق تردد» وجه التردد من نفوذ الحكم، ومن عدم استقرار الحكم.

حجّة القائل بعدم نقض الحكم هو إن كانت الشهادة في مال استوفى لأنّ القضاء قد نفذ فيه وليس هو ما يسقط بالشبهة حتى يتأثر برجوع الشهود.

حجّة القائل بنقض الحكم، هو عدم الإستيفاء لأن الحكم لم يستقر بعد، والظن قد اختل برجوع الشهود، وإن كانت الشهادة في حد، قيل لم يستوف لأنّه مبني على التخفيف، ويدرك بالشبهة وهي متحققة بالرجوع وإن كان حق

آدمي، أو مشتركاً فوجهان: من تغلب حق الآدمي، وجود الشبهة الدارئة له في الجملة كماسبق، والله سبحانه العالم.

ج ٤ ص ١٤٤ قوله رحمه الله: «ولو كان عشرنسوة مع شاهد، فرجع الرجل، ضمن السادس، وفيه تردد» منشأ التردد، من عدم الثبوت بشهادتهن، ومن أنه جزء البيينة. حجّة القائل بضممان الرجل السادس، هو أنه لا يثبت بالنساء فقط منفردات، فإذا رجع الرجل ضمن السادس، لأن الحكم ثبت بالجميع، ولأن المتأتين بمنزلة الرجل، فالعاشر من النساء بمنزلة خمسة رجال، فإذا رجع السادس يتحمل السادس، فما حكى عن الشيخ ويحيى بن سعيد ضمن بقسطه، لثبوت الحكم بالجميع، ومفهوم صحيح مسلم^١ الدالة على ضمان الثالث، أو النصف، لأنّه نصف البيينة لأنّ الغرض توقف الثبوت على الرجل، ولا فرق فيهن بين اثنين من النساء أو ألف، إلى آخر ما هناك فتدبر، والله أعلم.

حجّة القائل بعدم ضمان السادس بل يضمن النصف، هو ما تقدم من أن الرجل نصف البيينة وعليهن النصف، لا المفروض توقف الثبوت على الرجل، ولا فرق بين الإثنين وألف امرأة، وهذا رأي أبي يوسف، ومحمد، وهذا تردد المصطفى كما في الجواهر ثم قال: التردد في غير محله، لما عرفت، أنه لورجعت امرأة واحدة منه مع الرجل فعلى الراجع مثل ما عليه لورجع الجميع، فعلى رأي أبي يوسف، على الرجل النصف، وعليها نصف العشر، وعلى ما اختاره صاحب الجواهر على الرجل السادس، وعلى المرأة الراجعة نصف السادس، والله أعلم.

ج ٤ ص ١٤٥ قوله رحمه الله: «ولو كان المباشر للقصاص هو الولي، في ضمانه تردد، والأشبه أنه لا يضمن» منشأ التردد من مباشرته للفعل، ومن قوّة سبيّة الحكم. حجّة القائل بضممان المباشر، هو أنّ الولي، هو المستوفى لحّقه، الذي تبيّن

١ - الوسائل أباب ١١ من كتاب الشهادات الحديث .

عدمه، وكان بإذن الحاكم، فيكون كفعله خطأ أي ك فعل الولي.

حجّة القائل بعدم الضمان، هو أنّ المشهور به إذا كان قتلاً ، أو قطعاً، أو حداً، واستوفى وتعذر التدارك ، فضمانه في بيت المال ، لأنّه من خطأ الحكام، وحكم خطائهم كذلك ، ولا فرق بين أن يكون المباشر للفعل، هو الولي أو غيره، لأنّ استيفاء الولي مستندًا إلى أخذ حقّه، الذي تبيّن عدمه، وبهذا قال المصنف وتبعه الفاضل بعدم الضمان، مع حكم الحاكم وإذنه.

أقول: عدم الضمان لا يخلو من قوّة. والله سبحانه وتعالى.

كتاب الحدود والتعزيرات

ج٤ ص ١٥٠ قوله رحمه الله: «ويسقط الحد مع الإكراه، وهو يتحقق في طرف المرأة قطعاً، وفي تحققه في طرف الرجل تردد والأسباب إمكانه» وجه التردد، من إمكانه في حقه، ومن عدم الإمكان.

حجّة القائل بإمكان تحقق الإكراه في طرف الرجل، هو أنّ انتشار العضو، يحدث عن الشهوة، وهي أمر طبيعي، لا ينافيها تحريم الشرع، كما في المسالك، وفي كشف اللثام، لأنّ التخويف بترك الفعل، والفعل لا يخاف منه، فلا يمنع الانتشار، وفي المسالك وعلى كلّ حال فلا حدّ للشبهة.

حجّة القائل بعدم إمكان الإكراه في حقّ الرجل، هو ما عن الغنية الجزم بعده، لأنّ الإكراه يمنع من انتشار العضو، وابن عاث القوى، لتوقفهما على الميل النفسي، المنافي لانصراف النفس، عن الفعل المتوقف عليه صدق الإكراه، وفي الجوادر أنّ المتوجه الحدّ، بناءً على عدم تحقق الإكراه فيه، ضرورة استلزم حصوله حينئذ، لعدم كونه مكرهاً فيه، والله أعلم.

ج٤ ص ١٥٠ قوله رحمه الله: «فلو وطأ المجنون عاقلة، وجب عليه الحد رجماً، أو جلداً، هذا اختيار الشيختين، وفيه تردد» ينشأ التردد من الرواية، ومن رفع القلم.

حجّة القائل بوجوب الحد على المجنون الزاني، هو خبر أبيان بن تغلب قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: إذا زنى المجنون، أو المعتوه جلد الحد، وإن كان محصناً رجم، قلت: وما الفرق بين المجنون والمجنونة والمعتهوه والمعتهوه؟ فقال: المرأة إنّما تؤتى، والرجل يأتي، وإنّما يزني إذا عقل، كيف يأتي اللذة؟ وإنّ المرأة

إنما تستكره ويفعل بها، وهي لا تعقل ما يفعل بها»^١ وعن المبسوط نسبته إلى روایة الأصحاب، مشعرًا بدعوى الإجماع، هو اختيار الشیخین كما سبق، والصدقوق والقاضی وابن سعید فيما حکي عنه.

حجۃ القائل بعدم جواز الحد على المجنون، هو حديث رفع القلم الذي استدل به أمیر المؤمنین عليه السلام على عمر حين أمر بحد المجنونة، في المروی عن إرشاد المفید (قال له: أما علمت أن هذه مجنونة، وأن النبي صلی الله عليه وآلہ قال: رفع القلم، فإنها مغلوبة على عقلها ونفسها)^٢ واستدل بنحو هذا أيضًا «في سقوط الحد عن المجنون، الذي كان أحد الستة، الذين اخذوا بالزنا»^٣ ونحوه ما في الصحيح «عن أحد هما عليهم السلام في امرأة مجنونة زنت، قال: إنها لا تملك أمرها، ليس عليها شيء»^٤ مضافاً إلى صحيح «حمد بن عيسى عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليه السلام قال: لا حد على مجنون حتى يفيق، ولا على صبي حتى يدرك، ولا على النائم حتى يستيقظ»^٥ وما عن «الفضیل بن یسار قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام، يقول: لا حد لمن لا حد عليه»، يعني لو أن مجنوناً قدف رجلاً لم أر عليه شيئاً، ولو قذفه رجل فقال: يازان، لم يكن عليه حد»^٦ إلى غير ذلك، مما ورد فيه، وقال به أي بعدم الحد كافية المتأخرین، حتى المصنف في نکت النهاية، بل هو الحکی عن صريح الغنية، وظاهر السرائر في البرهان أنه یشترط في إحصان الرجل، كون المرأة المزني بها عاقلة بالغة، فلو زنا المحسن بمجنونة وصغيرة فلارجم، إلى آخر ما ذكره صاحب الجواهر.

١ - وسائل الباب ٢١ من أبواب حد الزنا الحديث ١-٢.

٢ - الارشاد: ص ١٠٩.

٣ - وسائل الباب ١ من أبواب حد الزنا الحديث ١٧.

٤ - المصدر الباب ٨ من أبواب مقدمات الحدود الحديث ١.

٥ - المصدر الباب ١٩ من أبواب مقدمات الحدود الحديث ١.

أقول: القول بسقوط الحد فيها نحن فيه قوي ومتين، والله العالم بالصواب.

ج ٤ ص ١٥١ قوله رحمة الله: «ولو أقرّ أربعاً في مجلس واحد، قال: في الخلاف والمتسوط لم يثبت وفيه تردد» منشأ التردد من اشتراط تعدد المجالس، ومن عدم الإشتراط.

حجّة القائل بثبوت الحد بالإقرار أربعاً في مجلس واحد، هو أصلالة عدم اشتراط التعدد، قضية ما عز بن مالك وقعت اتفاقاً، مع أنها ليس صريحة في اختلاف المجالس، وروايته الخاصة السابقة، مطلقة، وقال به الأكثرون، ومنهم الشيخ في النهاية، والشهيد، وتابعهما، وابن إدريس، وفي المسالك الأقوى عدم الإشتراط، لعدم دليل يقتضيه، أي الإشتراط والله أعلم.

حجّة القائل باشتراط تعدد مجالس الإقرار، هو أنّ قضية ما عز بن مالك، أقرّ في أربعة مجالس أو مواضع، والأصل براءة الذمة من هذه العقوبة بدون التعدد، ولأنّ هذا الإختلاف مع ورود الواقعة كذلك، شبهة يدرء بها الحد، وهي عدم التعدد، وذهب إليه الشيخ في الخلاف والمتسوط، وابن حمزة، وفي المسألة تفاصيل أخرى لا يتحملها هذا المختصر، والله سبحانه أعلم بالصواب.

ج ٤ ص ١٥٢ قوله رحمة الله: «ولو قال زنيت بفلانة، لم يثبت الزنا في طرفه حتى يكرره أربعاً، وهل يثبت القذف للمرأة فيه تردد» وجه التردد، من أنّ ظاهره القذف، ومن أنه نسب الزنا لنفسه.

حجّة القائل بثبوت القذف، هو أنّ ظاهره القذف عرفاً، وأنّ هتك حرمتها، وأنّ حد القذف للمقدوف فلا يدرء بالشبهة.

ويؤيده قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ في خبر السكوني «عن جعفر عن أبيه عن علي عليهما السلام قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: لا تسألو الفاجرة من فجرَبَكِ، فكما هان عليها الفجور، يهون عليها أن ترمي البريء المسلم»^١ وبهذا

١ - الوسائل الباب ٤١ من أبواب حد الزنا الحديث.

الإسناد «عن علي عليه السلام: قال إذا سألت الفاجرة من فجرتك؟ فقلت فلان، جلدها حدين، حداً للفجور، وحداً لغريتها على الرجل المسلم»^١. حجّة القائل بعدم ثبوت الحد، هو أنّ نسبة الزنا إلى نفسه، لا تستلزم زناها، لاحتمال الإشتباه والإكراه، فلا يكون إقراره بالزنا على نفسه، قدفاً لها بذلك، وربما كان في صحيح محمد بن مسلم «عن الباقي عليه السلام في رجل، قال لأمرأة: يا زانية أنا زنيت بك، قال: عليه حد واحد لقذفه إليها وأما قوله: أنا زنيت بك، فلا حد عليه (فيه) إلا أن يشهد على نفسه أربع مرات بالزنا عند الإمام»^٢ فيه نوع إيماء إلى عدم القذف بالقول المزيور، والله العالم.

ج ٤ ص ١٥٥ قوله رحمه الله: «ولو زتني بها الجنون، فعلها الحد كاملاً، وفي ثبوته في طرف الجنون تردد، والمروري أنه يثبت» ينشأ التردد، من دليل الحد، ومن رفع القلم. حجّة القائل بثبوت الحد على الجنون، هو رواية أبيان بن تعقب «عن الصادق عليه السلام قال: إذ زني الجنون أو المعتوه، جلد الحد، وإن كان محسناً رجم، قلت: وما الفرق بين الجنون والجنونة، والمعتوه والمعتوه؟ فقال: المرأة إنما تؤتي، والرجل يأتي، وإنما يزني إذا عقل، كيف يأتي اللذة؟ وإن المرأة إنما تستكره ويفعل بها، وهي لا تعقل ما يفعل بها»^٣ إسناداً إلى هذه الرواية وقد تقدم ذكرها، ذهب الشيوخان وجماعه إلى ثبوت الحد عليه كاملاً، حتى لو كان محسناً رجم.

حجّة القائل بعدم ثبوت الحد عليه، هو عدم تكليفه، والحد عقوبة ليتوقف على ثبوت التحرم في فاعل موجهاً، وهو منتف عنه، وذهب إلى هذا الشيخ في كتاب الفروع وأبن إدريس، وأكثر المتأخرین وأجابوا عن الرواية السابقة مع ضعف الطريق، على الجنون أدواراً وزنى حال صحوته وعقله، وفي المسالك هذا هو

١ - الوسائل الباب ٤١ من أبواب حد الزنا الحديث.

٢ - الوسائل الباب ١٣ من أبواب حد القذف الحديث.

٣ - الوسائل الباب ٢١ من أبواب حد الزنا الحديث.

الأصح، وقال به العامة، لأنّه رفع القلم عنه، كما تقدّم، وفي الجواهر وحينئذٍ فالأصح عدم الحدّ عليه.

أقول: عدم ثبوت الحدّ لا يخلو من قوّة، والله العالم بالصواب.

ج٤ ص ١٦٣ قوله رحمة الله: «ولو قال ولدت من الزنا، في وجوب الحدّ لاته تردد لاحتمال انفراد الأب بالزنا» وجه التردد، من احتمال انفراد الأب، ومن احتمال انفراد الآم انفراد الأم.

حجّة القائل بثبوت الحدّ لللام، لأنّه قذفها بالزنا، هو احتمال انفراد الآم بالزنا والأب مكره، أو مشتبه، وفي المسالك الأشهر ثبوته، لتصريحه بتولّده من الزنا، فيكون قذفاً صريحاً يثبت به الحدّ، لكن يقع الإشتباه في متعلقه، هو مستحق الحدّ، ذهب الشیخان والقاضي والمصنّف في النكّت وجماعة، أنّه الآم لاختصاصها بالولادة ظاهراً، وقد عزا الولادة إلى الزنا بحرف الجرّ، ومقتضاه نسبة الآم إلى الزنا، لأنّه على هذا التقدير تكون ولادتها له عن زنا، ولأنّه الظاهر عرفاً، والحقيقة العرفية أولى من اللغوية كما ذكره صاحب المسالك وفيه مزيد بيان لا يسعه هذا المختصر، فراجع وتأمل.

حجّة القائل بثبوت الحدّ للأب، هو احتمال كون الآم مكرهة. أو مشتبه عليها، فيكون الأب متفرداً بالزنا، ومع الإحتمال يسقط الحدّ للشبهة الدارئة، وصراحة اللفظ في القذف، مع اشتباه المذوق لا يوجب الحدّ لتوقفه على مطالبة المستحق، وهو غير معلوم، وكون الولد منها، وإذا تعدد الإحتمال في اللفظ بالنسبة إلى كلّ واحد منها، لم يعلم كونه قذفاً لأحدهما بخصوصه ولا المستحق، فتحصل الشبهة الدارئة للحدّ، وهذا هو الظاهر من كلام المصنّف هنا، لأنّ قوله لاحتمال انفراد الأب، لا يريد أنّ الأب داخل في القذف على التقديرتين، بل يريد كما يحتمل النسبة للأب يحتمل كونها للام.

وقال في المسالك: نسبة إلى القيل أنّ متعلق القذف الأبوان معاً، لأنّ نسبة

إليها واحدة، فلا اختصاص لأحدهما دون الآخر، لأن الولادة إنما تتم بهما، فهما والدان لغةً وعرفاً، وقد نسبت الولادة إلى الزنا وهي قائمة بهما، فيكون القذف لهما، وهو أحد قولي العلامة والشهيد في الشرح، وقوله أنه لا يثبت القذف لهما، وفي الجواهر قلت الإنصاف تحقق الاشتباه موضوعاً وحكمًا، فالمتجه السقوط في العبارة المزبورة.

أقول: هذا القول لصاحب الجواهر متيقن ولا يخلو من قوّة، والله العالم بالصواب.

ج ٤ ص ١٦٣ قوله رحمه الله: «ولوقال زنيت بفلانة، أو لطت بفلان، فالقذف للمواجه ثابت وفي ثبوته للمنسوب إليه تردد» ينشأ التردد، من ثبوته لأن الزنا فعل واحد، ومن منع الاتحاد لأن الموجب في الفاعل غيره في المفعول.

حجّة القائل بشبوت حدين، هو أن الزنا فعل واحد متى كذب في أحدهما كذب في الآخر؛ إذ هو واقع بين اثنين، نسبة أحدهما إليه بالفاعلية كنسبة الآخر إليه بالمفعولية فهو قذف لهما، هذا قول الشيخ في الهامة والمبسوط كما حكى عنهما، ونحوه عن المفيد وجماعة، بل عن الخلاف والغنية الإجماع عليه وفي المسالك، والحق أنها فعل واحد واختلاف النسبة يجوز اختلاف الحكم كما ذكر، لا خلاف الفعل، والله سبحانه وتعالى.

حجّة القائل بعدم ثبوت القذف للمنسوب إليه، هو اعتراض المصنف بأنّه لا نسلم أنّه فعل واحد، لأن الموجب في الفاعل التأثير، وفي المفعول التأثر، وهما متغيران، وعلى هذا ممكن أن يكون أحدهما مختاراً دون الآخر، فهو إن لم يكن متعددًا حقيقة، فحكمًا باعتبار اختلاف الحكم، فلا أقل من تتحقق الشبهة الدارئة للحد بذلك ، بل قيل أنّه يدلّ عليه ظاهر الصحيح الوارد في نظير البحث «في رجل قال لأمرأته : يا زانية أنا زنيت بك ، قال عليه السلام : عليه حد واحد لقذفه إياها وأمّا قوله أنا زنيت بك فلا حدّ عليه إلا أن يشهد على نفسه أربع مرات عند

الإمام»^١ من حيث نفي الحدّ فيه أصلًا، ومن هنا كان المُحْكَي عن ابن إدريس والفضل في التحرير العدم، وفي الجواهر وهو لا يخلو من قوّة، والله سبحانه العالم بالصواب.

ج ٤ ص ١٦٤ قوله رحمه الله: «ولو ادعى المقدوف الحرية وأنكر القاذف، فإن ثبت أحدهما عمل عليه وإن جهل فيه تردد أظهره أنّ القول قول القاذف لطرق الإحتمال» وجه التردد، من أصلّة الحرية، ومن أصلّة البراءة.

حجّة القائل بتقديم قول القاذف، هو الأصل، أي أصلّة البراءة من ثبوت الزائد، وهذا قول الشيخ في الخلاف إذا قذف رجلًا ثم اختلفا، فقال المقدوف انحرّ فعليك الحدّ، وقال القاذف أنت عبد فعليّ التعزير كان القول قول القاذف، ثم قال: دليلنا الأصل براءة الذمة للقاذف، ولا تشغّل، ولا يوجب عليه شيء إلا بدليل وفي المسالك قال: الأقوى ما اختاره المصنف من تقديم قول القاذف لتعارض الأصلين المقتضي لقيام الشبهة في الزائد فيسقط، كما في المسالك والله سبحانه العالم.

حجّة القائل بتقديم قول المقدوف، هو أصلّة الحرية، واحتاره في المبسوط، وقال رحمه الله القولان، وهم قول القاذف والمقدوف كلاهما جميعاً قويان، كما ذكر ذلك صاحب المسالك، والله العالم بالصواب.

ج ٤ ص ١٦٩ قوله رحمه الله: «أما التر إذا غلى، ولم يبلغ حد الإسکار، في تحريره تردد والأشبـه بقاوه على التحليل حتى يبلغ» وجه التردد، من دعوى إطلاق إطلاق إسم النبيذ عليه، ومن أصلّة الإباحة.

حجّة القائل بتحرير العصير التري بالغليان هو بعض الأخبار العامة الشاملة لمثل ما نحن فيه منها «قول الصادق عليه السلام في صحيح ابن سنان: كل عصير

١ - الوسائل الباب ١٣ من أبواب حد القذف الحديث.

أصابته النار، فهو حرام حتى يذهب ثلاثة ويبقى ثالثه»^١ «وفي خبر ذريخ إذانش العصير أو غلى ، حرم»^٢ ونحوهما في إفادة التحرير غيرهما كموثق عمار بعد أن «سأله عن النصوح المعتق، كيف يصنع به حتى يحل؟ قال: خذ ماء التمر فاغله حتى يذهب ثلاثة أو ثلثاماء التمر»^٣ ومثله خبره الآخر^٤ وغير ذلك مما ورد في الباب فراجع وتأمل والله العالم.

حجّة القائل بعدم التحرير، هو دعوى الإجماع على ذلك، كما عن حواشى القواعد والمقاصد العلية في غير الزبيب، بل في الحداائق الظاهر أنه لا خلاف في طهارة الزبيب أيضاً، كما عن الذخيرة إني لا أعلم بنجاسته قائلاً وفي الجواهر لا ريب في ضعفه أي ضعف القول في التمر بل الأصل والعمومات وما تقدم من الإجماع وغيره، بل ينبغي القطع بفساده، بناءً على حلّيته وعدم حرمتها، وإن لم يذهب ثلاثة بالغليان كما هو الأظهر الأشهر بل المشهور بل في الحداائق إنه كاد يكون إجماعاً هو اجماع في الحقيقة فإنما لم نقف على قائل بالحرمة، ممن تقدمنا من الأصحاب رضوان الله عليهم، ومن عدم صحة إطلاق النبيذ عليه، أي على العصير التمرى كما في المسالك ، والله سبحانه العالم بالصواب.

حجّة ص ١٧٠ قوله رحمه الله: «لو شهد واحد بشريها وآخر بقيئها وجوب الحد، ويلزم على ذلك وجوب الحد لشهادها بقيئها نظراً إلى التعليل المروي وفيه تردد» ينشأ التردد من احتمال الإكراه، ومن الأصل خلافه.

حجّة القائل بوجوب الحد لشهادها بقيئها، نظراً إلى تعليل الإمام علي عليه السلام في خبر الحسين بن يزيد الذي رواه المشايخ الثلاثة «عن أبي عبدالله

١ - الوسائل الباب ٢ من أبواب الاشربة المحمرة الحديث .

٢ - الوسائل الباب ٣ من أبواب الاشربة المحمرة الحديث .

٣ - المصدر الباب ٣٢ نفس الابواب الحديث .

٤ - المصدر الباب ٣٧ نفس الابواب الحديث .

عن أبيه عليهم السلام المنجرب بما عرفت، قال: أتى عمر بن الخطاب بقدامة بن مظعون، فشهد عليه رجلان أحدهما خصي، وهو عمر التميمي، والآخر المعلى بن الجارود، فشهد أحدهما أنه رأه يشرب، والآخر أنه رأه يقي الخمر، فأرسل عمر إلى ناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله، فيهم أمير المؤمنين عليه السلام فقال له عمر: ما تقول يا أبا الحسن، فإنك الذي قال له رسول الله صلى الله عليه وآله: أنت أعلم هذا الأمة وأقضهاها، فإن هذين قد اختلفا في شهادتهما، قال: ما اختلفا في شهادتهما وما قاعدهما حتى شرها^١، فمن هنا يتوجه وجوب الحد لشهادتها بقيئها، كما عن الشيخ التصريخ به، بل عن بعض دعوى الشهرة عليه، وفي المسالك الأشهر قبول الشهادة منها على القيء، وإن كانت شهادة على فعلين، والأصل عدم الإكراه، والله أعلم.

حجّة القائل بعدم الوجوب، هو أن القيء وإن استلزم الشرب إلا أن مطلق الشرب لا يكفي في إثبات الحد، بل لا بدّله من وقوعه على وجه الإختيار، ومنطلقه أعم منه ومن الإكراه، وربما قصره بعضهم على موضع النص، نظراً إلى قيام الإحتمال المذكور، وكونها شهادة على فعلين، وتردد فيه جماعة، منهم الفاضل وابن طاووس لاحتمال الإكراه في درء الحد للشبهة، والله سبحانه العالم.

ج٤ ص ١٧٥ قوله رحمه الله: «وَقَيْلٌ إِذَا كَانَ الْمَالِكُ مَرَاعِيًّا لَهُ كَانَ مُحرِزاً، كَمَا قطع النبیي صلی الله عليه وآلہ سارق مئزر صفوان في المسجد، وفيه تردد» وجه التردد، من كون الرعاية حرزاً، ومن عدم صدق الحرز عرفاً.

حجّة القائل بوجوب القطع مع مراعاة المالك، هو أنه محرز هو المحکي عن الشيخ في المسotto والخلاف وأن النبیي صلی الله عليه وآلہ قطع بذلك سارق مئزر صفوان ابن امية وهو في المسجد وقد روی بطرق عديدة منها حسن الحلبي (عن

١ - الوسائل الباب ١٤ من أبواب حد المسکر الحديث ٠٠١

أبي عبدالله عليه السلام سأله عن الرجل يأخذ اللص يرفعه أو يتركه، قال: إن صفوان من أميّة كان مضطجعاً في المسجد الحرام موضع رداءه، وخرج يهريق الماء، فوجد رداءه قد سرق حين رجع إليه، فقال: من ذهب برداي، فذهب يطلبه فأخذ صاحبه فرفعه إلى النبي صلى الله عليه وآله فقال: إقطعوا يده فقال صفوان: تقطع يده من أجل رداي يا رسول الله، قال: نعم، قال: فأنا أحبه له، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: فهلاً كان هذا قبل أن ترفعه إليّ، قلت: فالإمام بننزلته إذا رفع إليه قال: «نعم»^١ ومنها أنّ صفوان نائم فأخذ من تحته، ومنها أنه نائم وجعله تحت رأسه وسرق منه، وكان متوسداً له، ومن هنا كان المحكى عن المبسوط فرض المسألة على هذا الوجه والإكتفاء في حرز الثوب بالنوم عليه، أو الاتقاء عليه، أو توسيده، وفي المسألة زيادة بيان فراجع الكتب المطلولة، والله أعلم.

حجّة القائل بعدم القطع بالسرقة من المساجد، هو أنّه مأذون في دخوها ولا يصدق الحرز عرفاً في المساجد، بل لعله من باب الإختلاس الذي فيه التعزير كما في بعض النصوص^٢، ولا أقلّ من الشك في كونه سارقاً أو محتلساً فيدرأ عنه الحدّ وما قيل من أنّ السارق إن أخذ المال مع نظر المالك إليه لتحقق مراعاة لم يحصل الشرط وهو أخذه سراً، وإنما يكون مستلباً غاصباً وهو لا يقطع، وإن كان مع الغفلة عنه لم يكن محزاً بالمراعاة وفيه تفصيل أكثر فراجع وتأمل.

ج ٤ ص ١٧٦ قوله رحمه الله: «وَكُذا إِذَا كَانَ الْإِنْسَانُ فِي دَارَهُ وَأَبْوَابَهَا مَفْتُوحَةً، وَلَوْنَامٌ زَالَ الْحَرْزُ وَفِيهِ تَرَدُّدٌ» منشأ التردد مبني على تفسير الحرز بما ليس لغير المالك دخله، أو بما كان سارقه على خطر أو بما كان مغلقاً عليه.

١ - الوسائل الباب ١٧ من أبواب مقدمات الحدود الحديث .٢

٢ - الوسائل الباب ١٢ من أبواب حد السرقة .

حجّة القائل بالقطع على تفسير الحرز بما ليس لغير المالك دخوله أو مكان سارقه على خطر وخوف، أو الحرز بحسب العادة والعرف، فعلى هذه الوجوه يقطع، هو ما ادعاه الشيخ الطوسي لتحقق الحرز على هذه التقديرات.

حجّة القائل بعدم القطع، هو أنّ الحرز ما كان مغلقاً ومقفلأً أو مدفوناً، فلا يقطع، لأنففاء هذه الصور في الدار المفتحة الأبواب، نعم لو كان باب الحرز على بيت داخل في الدار التي لها باب مغلق على ذلك البيت أو داخل في بيت آخر كذلك كباب الخزينة إتجه حينئذٍ القطع بسرقتها، لكنها حينئذٍ في حرز، كما ذكره صاحب الجواهر رحمه الله تعالى.

ج ٤ ص ١٧٩ قوله رحمه الله: «لو أخرج المال وأعاده إلى الحرز لم يسقط الحدّ لحصول السبب الموجب التام وفيه تردد» وجه التردد من حصول سبب القطع، ومن عدم مراقبة المالك.

حجّة القائل بالقطع هو ما أشار إليه المصتفي، من حصول السبب التام للقطع وهو إخراج النصاب من الحرز على وجه السرقة فثبتت به القطع وهو قول الشيخ في المبسوط والخلاف كما نقله عنه في المسالك وأيضاً، أنّ مجرد رده إلى الحرز لا يكفي في براءة السارق من الضمان، من دون أن يصل إلى يد المالك ومن ثمّ لو تلف قبل وصوله إليه ضمنه، فله المراقبة حينئذٍ، ويترتب عليها ثبوت القطع والله العالم.

حجّة القائل بعدم القطع، هو أنّ القطع موقوف على مراقبة المالك، ومع رده إلى محله ليس له المراقبة، لوصول حقه إليه، وهذا يرجع إلى منع كون السرقة على الوجه المذكور سبباً تاماً في ثبوت القطع لتوقفه على المراقبة ولم تحصل، وعلى هذا يصير النزاع كاللفظي أو في قوة اللفظي كما ذكره صاحب المسالك رحمه الله تعالى والله سبحانه أعلم.

ج ٤ ص ١٧٩ قوله رحمه الله: «لو أخرج قدر النصاب دفعه وجب القطع، ولو أخرجه

مراً في وجوبه تردد أصحه وجوب الحد» ينشأ التردد من العموم ومن الأصل. حجّة القائل بوجوب الحد لو أخرج النصاب مرات متعددة، هو أنه يصدق عليه إخراج النصاب من الحرز، وشروط الدفعـة الواحدة في الإخراج، غير معلوم عند المصنف، وفـقاً للمـحـكـي عن المـبـسـط والـسـرـائـر والـجـواـهـر ولا فـرقـ بين الدفعـات، طـالـ الزـمـانـ أمـ قـصـرـ، وـالـلـهـ سـبـحـانـهـ أـعـلـمـ.

حجّة القائل بعدم القطع هو عدم صدق السرقة من الحرز في الدفعـة الثانية بعد الـهـتكـ للـحرـزـ فيـ المـرـةـ الـأـوـلـىـ خـصـوصـاًـ معـ طـولـ المـدـةـ الزـمـانـيـةـ بـيـنـ الدـفـعـتـيـنـ، بـحـيـثـ يـعـدـ الجـمـيعـ فـيـ العـرـفـ سـرـقـةـ وـاحـدـةـ، إـذـ العـرـفـ المـدارـ عـلـيـهـ، معـ عـدـمـ عـلـمـ الـمـالـكـ وـإـهـمـالـهـ وـلـاـ أـقـلـ منـ أـنـ يـكـونـ ذـلـكـ هـوـ الـمـتـيقـنـ، وـغـيـرـهـ شـبـهـ يـسـقطـ معـهـاـ الـحـدـ، بلـ هـوـ خـيـرـةـ الـفـاضـلـ فـيـ الـقـوـاعـدـ، ولـذـاـ كـانـ الـمـحـكـيـ عنـ أـبـيـ الصـلـاحـ اـعـتـبـارـ ذـلـكـ، أـيـ قـصـرـ الـزـمـانـ بـيـنـ الدـفـعـتـيـنـ حـتـىـ تـكـوـنـ سـرـقـةـ وـاحـدـةـ عـرـفـاًـ وـقـوـاهـ فـيـ الـمـسـالـكـ وـالـلـهـ سـبـحـانـهـ أـعـلـمـ.

جـ٤ـ صـ١٨٠ـ قولـهـ رـحـمـهـ اللـهـ: «ـوـهـلـ يـشـتـرـطـ مـنـ أـهـلـ الرـبـبـةـ فـيـهـ تـرـدـدـ أـصـحـهـ أـنـهـ لـاـ يـشـتـرـطـ مـعـ الـعـلـمـ بـقـصـدـ الـافـاضـةـ»ـ وـجـهـ التـرـدـ مـنـ عـمـومـ الـآـيـةـ، وـمـنـ الـقـدـرـ الـمـتـيقـنـ.

حجّة القائل بعدم الإشتراط، هو عموم الآية الشريفة «إنما جـزـاءـ الـذـينـ يـحـارـبـونـ اللـهـ وـرـسـولـهـ»^١ـ جـمـعـ مـعـرـفـ يـدـلـ علىـ عـمـومـ، ولـصـحـيـحةـ اـبـنـ مـسـلـمـ «ـعـنـ الـبـاقـرـ عـلـيـهـ السـلـامـ قـالـ:ـ مـنـ شـهـرـ السـلـاحـ فـيـ مـصـرـ مـنـ الـأـمـصـارـ فـقـرـ اـقـتـصـ مـنـهـ وـنـفـيـ مـنـ تـلـكـ الـبـلـدـ، وـمـنـ شـهـرـ السـلـاحـ فـيـ مـصـرـ مـنـ الـأـمـصـارـ وـضـرـبـ وـعـقـرـ وـأـخـذـ الـمـالـ وـلـمـ يـقـتـلـ، فـهـوـ مـحـاسـبـ فـيـ جـزـاءـ الـمـحـارـبـ، وـأـمـرـهـ إـلـىـ الـإـمـامـ، إـنـ شـاءـ قـتـلهـ وـصـلـبـهـ، وـإـنـ شـاءـ قـطـعـ يـدـهـ وـرـجـلـهـ، قـالـ:ـ وـإـنـ ضـرـبـ وـقـتـلـ وـأـخـذـ الـمـالـ فـعـلـ الـإـمـامـ أـنـ يـقـطـعـ يـدـهـ الـيـتـمـيـ بالـسـرـقـةـ، ثـمـ يـدـفـعـهـ إـلـىـ أـوـلـيـاءـ الـمـقـتـولـ فـيـتـبعـونـهـ بـالـمـالـ ثـمـ

يقتلونه»^١ الى آخر الحديث أخذنا منه محل الحاجة في الحديث علق الحكم وإن لم يكن من أهل الريبة إذا جرّد السلاح لإخافة الناس والله سبحانه وتعالى.

حجّة القائل بالإشتراط، هو أنه المتيقن والحدود تدرأ بالشبهات، وظاهر الهاية والقاضي والرأبدي من الإشتراط، بل هو صريح الدروس وفي الجواهر، أو يقال فيتوقف الحكم بذلك على كونه من أهل الريبة، بل لعله لا يخلو من وجه.

ج ٤ ص ١٨٠ قوله رحمه الله: «وفي ثبوت هذا الحكم لل مجرد مع ضعفه عن الإخافة تردد أشبه الثبوت» وجه التردد من العمومات، ومن القصد المذكور.

حجّة القائل بثبوت الحكم، أي حكم المحارب، هو عموم الآية السابقة ((الذين يحاربون الله ورسوله)) واستقر به في القواعد، وعليه يكتفى بقصد الإخافة فقط وهذا قال المصنف: أشبه الثبوت، وفي الجواهر قد يقال إنّ ضعفه عن الإخافة لمعظم الناس لا ينافي قوته على الإخافة لما هو أضعف منه، ولن لا يعقل كالطفل والجنون ونحوهما، ومن هنا اتجه منع اعتبار الشوكة، إلى آخر كلامه رحمه الله تعالى.

حجّة القائل بعدم ثبوت الحكم، هو عدم اندرج مثل ذلك، مع فرض الضعف عن الإخافة مطلقاً، لكل أحد في إطلاق الآية الشريفة ونحوها، خصوصاً بعد ما ذكر في القواعد من اعتبار الشوكة، المعلوم انتفاءها في مثل الفرض، المعتصم بدراً الحد بالشبهة وغيره، إلى غير ذلك مما ذكر في الكتب المطولة، ولا يسع ذكرها في هذا المختصر، والله سبحانه وتعالى.

ج ٤ ص ١٨٥ قوله رحمه الله: «لوزوج بنته المسلمة لم يصح لقصور ولاته عن التسلط على المسلم، ولو زوج امهه في صحة نكاحها تردد أشبه الجوان» منشأ التردد من الأصل، ومن انتفاء السبيل.

١ - الوسائل الباب ١ من أبواب حد المحارب الحديث .

حجّة القائل بجواز تزويج المرتد عن ملة أمهه المسلمة هو الأصل، أي أصالةبقاء ولaitه عند الشك في زواها، ولقوة الولاية المالكية، ومن أجل ذلك يملّك الكافر المسلم، وإن أخبر على بيته ويقدم اختياره المشتري على اختيار الحاكم الشرعي، لهذا قال المصنف أشبهه الجواز، كما عن التحرير للعلامة الحلي استقرب بقاء ولaitه عليها، والله سبحانه العالم.

حجّة القائل بعدم الجواز وعدم صحة النكاح هو انتفاء السبيل في قوله تعالى «ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا»^١ ولأنه محجور عليه وفي الجواهر الأقوى العدم، أي عدم الجواز، وجزم العلامة في القواعد بزوال الولاية، وكذلك الشهيد في الدروس وفي المسالك وهو الأقوى أي الزوال لشبوث الحجر عليه المانع منها مطلقاً.

ج ٤ ص ١٨٦ قوله رحمه الله: «إذا قتل المرتد مسلماً عمدأَفْلَوْلِي قتله فوراً، ويسقط قتل الردة، ولو عفا الوالي قتل بالردة، ولو قتل خطأً كانت الدية في ماله مخففة مؤجلة لأنّه لا عاقلة له على تردد» ينشأ التردد، من أنّه لا عاقلة له، ومن أنّ المسلمين يرثونه.

حجّة القائل بشبوث الديمة في مال المرتد عن ملة إذا قتل مسلماً خطأً، هو أنه لا عاقلة له، وهي مخففة لا مغلوظة إلى ثلاثة سنين، وأنّ المسلمين لا يعقلون كافراً ولا الكفار لأنّهم لا يرثونه فلا يعقلونه كما عن إطلاق المبسوط والمحقق في الشرائع، وقد صرّح بالإطلاق القواعد.

حجّة القائل بشبوث الديمة على العاقلة من المسلمين، هو أنّهم يرثونه ومن كان الإرث له كان العقل عليه، وهذا أوفق بالقواعد والله العالم.

ج ٤ ص ١٨٦ قوله رحمه الله: «وفي القصاص تردد لعدم القصد إلى قتل المسلم» ينشأ التردد من تحقق قتل المسلم، ومن عدم صدق القصد.

حجّة القائل بشبوط القصاص، هو تتحقق قتل المسلم ظلماً ويشمله عموم النفس بالنفس^١ وقال به الشيخ في محيي المسوط والخلاف وابن شهراشوب في محيي متشابه القرآن، لأنّه لا يطلق عليه الإرتداد بعد التوبة قطعاً، وإن أطلقه عليه الجاهل بحاله، كل ذلك ، مضافاً إلى ظهور إطلاقه من الحبس في توبته، وغير ذلك من أدلة القصاص كما ذكره في الجواهر.

حجّة القائل بشبوط الديمة دون القصاص، لأنّ مثل هذا القتل لا يسمى عمداً، فإن قوله تعالى «ومن يقتل مؤمناً متعمداً»^٢ ونحوه ظاهر في إرادة العمد إلى متحقق الوصف، ويؤيده قتل بعض الصحابة المسلمين، وأنّ الرسول صلّى الله عليه وآلـه تبرأ من عمله، ومع ذلك لم يقتل القاتل به لأنّه أخطأ في ظنه أنّ إسلامه صوريٍ وليس بواقعيٍ، وقد قال له رسول الله صلّى الله عليه وآلـه: هلا شفقت قلبه، كما تجد القصة في تفسير قوله تعالى «ولا تقولوا من ألقى اليكم السلام لست مؤمناً»^٣ كما يؤيده أيضاً ما ذكره الفقهاء في مسألة تفليس الكفار بال المسلمين حيث يقتلهم المسلمين، والديمة على بيت المال، أنه قتل المسلم عمداً. و كأنه لهذا حكم الشيخ في محيي الخلاف من كتاب زكاة الفطرة، إنّ من قتل مسلماً في دار الحرب بظنّ أنه كافر لم يكن عليه أزيد من الكفارة، هذا بالإضافة إلى أنّ القصاص حدّ يدرأ بالشبهة وفي المقام أظهر مصاديق الشبهة، وهذا أفتى في المسالك والجواهر، والله سبحانه العالم بالصواب.

ج ٤ ص ١٩٢ قوله رحمه الله: «إذ أدب زوجته تأدباً مشروعاً، فماتت قال الشيخ: عليه ديتها لأنّه مشروط بالسلامة، وفيه تردد» وجه التردد من أنه تعزير ساينغ، ومن أنه مشروط.

١ - سورة المائدة آية ٤٥ .

٢ - سورة النساء آية ٩٣ - ٩٤ .

حجّة القائل بالضمان و وجوب الديمة على الزوج، هو أنّ الظاهر الإتفاق على أن تأديب الولد مشروط بالسلامة، وأنّه يضمن الوالد ما جنى عليه بسبب التأديب، وإنما الخلاف في تأديب الزوجة، قال الشيخ وجماعه إدعوا أن الحكم في الزوجة كالولد، وبه قطع في الدروس والاذن الشرعي في التأديب، لainاني الضمان المستفاد من عموم الأدلة.

حجّة القائل بعدم الضمان، هو أنه تأديب سايغ، وتعزير جائز، فينبغي أن لا يوجب ضماناً، كالتعزير الحاصل من المحكّم وإذن الشارع فيه إذن في لوازمه، ولذا تردد الحقّ والقواعد في مسألة تأديب زوجته، والمقتضي لجواز تأديب الزوجة قويٌ مدركاً، حيث إنه من صوص القرآن الشريف بقوله تعالى «واضربوهن»^١ إلا أن ذلك لا يخرج عن حكم الأصل، إذ قلنا في تأديب الولد على وجه الجواز، أقول: لا يبعد القول بالضمان ولا منافاة بينه وبين جواز التأديب والإذن تؤثر في الحرمة التكليفية. والله العالم.

ج ٤ ص ١٩٣ قوله رحمة الله: «وإن كان أجنبياً، في القود تردد الأشبه الديه في ماله» وجه التردد، من شرط السلامة، ومن عدم قصد القتل.

حجّة القائل بثبوت القصاص فيمكن كأن به سلعة وهي العقدة في الرأس أو البدن، إذا كان بالغاً عاقلاً، وأمر إنساناً بقطع سمعته، فاتفق أن مات بذلك، فعليه أي القاطع القود، لأنّه مباشر وحصل بفعله، وفي الدروس أطلق الحكم بالقصاص على القاطع، قاطعاً به. وفي الجواهري علم من ذلك كلّه، إشتراط السلامة فيما يفعله من الإحسان والمصلحة، فمع فرض عدم مصادفة ذلك في الواقع يتربّض الضمان، لإطلاق دليله والله العالم.

حجّة القائل بثبوت الديمة وسقوط القصاص عن القاطع، هو أنّه محسن وما

على الحسينين من سبيل ، وللأصل وأنه من شبيه العمد ولم يقصد القتل ولم يكن قطع السلعة مما يقتل غالباً، وفي المسالك : يجب الدية خاصة كما اختاره المصنف .

أقول: ثبوت الديمة لا يخلو من قوة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب القصاص

ج ٤ ص ١٩٦ قوله رحمه الله: «أَمَا لَوْ حُبِسَ نَفْسُهُ يَسِيرًا لَا يُقْتَلُ مُثْلُهُ غَالِبًا ثُمَّ أَرْسَلَهُ فَمَا فِي الْقَصَاصِ تَرْدُدٌ وَالْأَشْبَهُ الْقَصَاصُ» منشأ التردد، من عدم القتل غالباً، ومن قصد الفعل فاتفاق القتل.

حجّة القائل بعدم كونه عمداً هو، أنه قصد الفعل فاتفاق القتل، كالضرب بالعصا والعود الخفيف وحبس النفس قليلاً، فالأشهر، بل الأظهر: أنه ليس بعمد يوجب القود، بل شبيه العمد، لعدم تعمّد القتل بالقصد إليه، ولا بالنظر إلى الفعل الذي في معناه كما في المسالك ولصحيحة أبي العباس «عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت له: أرمي الرجل بالشيء الذي لا يقتل مثله، قال: هذا خطأ، ثم أخذ عصاة صغيرة فرمى بها، قلت: ارمي الشاة فأصيب رجلاً قال: هذا الخطأ الذي لا شك فيه، والعمد الذي يضرّ بالشيء الذي يقتل بمثله»^١ ورواية يونس عن بعض أصحابه «عن أبي عبدالله عليه السلام قال: إن ضرب رجل رجلاً بعصا أو بحجر، فمات من ضربة واحدة قبل أن يتكلّم فهو شبيه العمد فالدية على القاتل»^٢ إلى آخر الحديث والله أعلم.

حجّة القائل بشبوّت القصاص، هو أنه عمد يحب في القود وهو اختيار الشيخ في المسوط، لرواية أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لو أنّ رجلاً

١ و ٢ - الوسائل الباب ١١ من أبواب القصاص بالنفس الحديث ٧ . ٥

ضرب رجلاً بخزفة، أو بأجرة، أو بعد فمات كان عمدًا»^١ ومثلها روایة جحيل بن دراج عن بعض أصحابنا «عن أحد هما عليهما السلام قال: قتل العمد كلما عمد به الضرب فعليه القود، وإنما الخطأ أن تريده الشيء فتصيب غيره»^٢ وهذا المعنى روایة الحلبی قال: «قال أبو عبدالله عليه السلام: العمد كل ما اعتمد شيئاً فأصابه بمديدة، أو بحجر أو بعصا أو بوكزة، فهذا كله عمد، والخطأ من اعتمد شيئاً فأصاب غيره»^٣ وإن ناقش صاحب المسالك في الروايات الثلاثة من الإرسال في بعضها ومن ضعف السند في بعض، وقال المصنف في المتن بالقصاص.

أقول: إذا لم يكن قاصداً القتل فالقصاص لا يخلو من إشكال، والله سبحانه أعلم.

ج ٤ ص ٢٠٠ قوله رحمه الله: «يصح الإكراه فيها دون النفس، فلو قال: إقطع يد هذا، أو هذا، وإن قلت فاختار المكره أحد هما في القصاص تردد» منشأ التردد، من عدم إمكان التخلص، ومن تحقق الإختيار بالقصد.

حجّة القائل بثبوت القصاص على الامر دون المباشر، هو عدم التخلص من الجميع فجاز له القطع لتعارض الأهمّ والمهمّ، فكان كالإجلاء إلى واحد منها، وقواه في المسالك ، وقال: لأنّ القصد إلى التعين من ضرورة الإكراه فهو ملحاً إلى ابراز أمر كلي في الوجود لا يتم إلا بایجاده في شخص معين، ولأنّ الإكراه على المعين تخير في الأوقات، حيث لا يكرره على التعجيل وكما أنّ تعين وقت الفعل إذا جاء باختيارة لا يخرجه عن حد الإكراه، فكذا التخير في صفة القتل والإتفاق على أنه غير قادر، فكذا في المتنازع فيه كما ذكره في المسالك .

أقول: ثبوت القصاص على المكره بالكسر محل إشكال، لأنّه لم يكن مباشراً

لقطع اليد حتى يثبت عليه، وإنما القاطع المكره بالفتح باختياره ولو من جهة دفع الضرر الأهم وهو حفظ النفس من القتل، ولا يتوجه القصاص على المأمور المكره لأنّ صدور القطع منه، ليس عدواناً وظلماً الذي هو الموضوع للقصاص وثبتت عليه، لأنّ قطع يد المسلم لا تذهب هدرًا، كما أشار إليه في مباني تكملة المنهج، فراجع وتأمل.

حجّة القائل بعدم ثبوت القصاص على الأمر هو أنّ التعين عار من الإكراه، فيكون المباشر مختاراً في ذلك إذ الأمر بالكلي الذي منه الأمر الإكراهي، ليس أمراً بجزء من جزئياته على اليقين، وإن كان هولاً يتحقق إلا بأحد هما، فهو أي المأمور المكره تحقق منه الإختيار بالقصد إلى أحد هما، ولم يكرهه الأمر عليه بخصوصه، وقد تحقق في الأصول كما قدمنا أنّ الأمر بالكلي ليس أمراً بجزئي من جزئياته على التعين، كما ذكره صاحب المثالك، والحاصل أنه يثبت على المباشر الديمة دون القصاص باعتبار ما قدمناه، من أن لا يضيع قطع يد مسلم هدرًا والله أعلم.

ج ٤ ص ٢١١ قوله رحمه الله: «ولو قتل الذمي مسلماً عمداً دفع هو وما له إلى أولياء المقتول، وهم مخرون بين قته واسترقاقه، وفي استراق ولده الصغار تردد أشبهه بقاوئهم على الحرية» وجه التردد، من تبعية الولد لأبيه، ومن أصالة بقاوئهم على الحرية.

حجّة القائل باستراق أولاده الصغار هو، أنّهم تابعون لأبيهم وقد ثبت له الإستراق، وأنّ المقتضي لحقن دمه وما له ونفي استراقهم، هو التزامهم بشروط الذمة وبقتل الذمي للمسلم خرق الذمة، فتجري عليه أحكام أهل الحرب التي من جملتها إستراق أصغر أولاده، وحكي عن المفید وسلام وأبی حمزة ذلك للتبعية المذكورة.

حجّة القائل لعدم الاستراق هو أصالة بقاوئهم على الحرية لانعقادهم عليها

وجنائية الأب لا تخطاه لقوله تعالى «ولا تزر وازرة وزر اخرى»^١ ومن منع استلزم القتل خرق الذمة مطلقاً ورواية ضريس الكناسي عن أبي جعفر وابن سنان «عن أبي عبدالله عليه السلام في نصراوي قتل مسلماً فلما أخذ أسلم قال: أقتله به، قيل: فإن لم يسلم؟ قال: يدفع إلى أولياء المقتول، فإن شاؤا قتلوا، وإن شاؤا عفوا، وإن شاؤا استرقوا، وإن كان معه عين مال قال: دفع إلى أولياء المقتول وما له»^٢ الحديث، فهي أي الرواية خالية عن ذكر أو حكم أولاده وأصلة الحرية تنفي الاسترقاق وعلى تقدير الحكم بخرقه الذمة لا يكون استرقاق أولاده مختصاً بورثة المقتول، فإذا جرى عليهم أحكام أهل الحرب، يلزم اشتراك المسلمين فيهم لأنهم فيء أو اختصاص الإمام عليه السلام بهم لا اختصاص أولياء المقتول، والأقوى عدم الإسترقاق كما في المسالك واستظهير ذلك المصنف في المتن وفقاً لابن إدريس، ومن تأخر عنه للأصل المذكور.

أقول: الأجد عدم الإسترقاق ولا يخلو من قوة، والله سبحانه العالم.

ج ٤ ص ٢١٣ قوله رحمه الله: «وإن حصلت سراية وهو مرتد ثم عاد وتمت السراية حتى صارت نفسها، في القصاص تردد، أشبه ثبوت القصاص» وجه التردد من تخلّل الهدر بين الجرح والموت، ومن التكافؤ عند الموت.

حجّة القائل بعدم القصاص هو أن السبب المقتصي للقصاص هو السراية مركبة من أجزائها الواقعه زمن العصمة، وغيره، فيكون موته بسبعين، أحد هما مضمون، والآخر غير مضمون، ولأنه صار إلى حالة لومات فيها لم يجب القصاص، فصار ذلك شبهة دارئة له، وقال الشيخ في المبسوط واتباعه معللاً أن وجوبه مستند إلى الجنائية، وكل السراية وهذه بعضها هدر، أي في حال الردة،

١ - سورة الانعام آية ١٦٤.

٢ - التهذيب ج ١٠ ص ١٩٠.

فلم تكن السراية بأشجعها مضمونة، بعد فرض مقارنة بعضها حال الإرتداد، والقصاص لا يتبعض كما في الجواهر.

حجّة القائل بثبوت القصاص هو أنّه مضمون بالقصاص في حالي الجرح والموت، فلا نظر إلى ما يخللها، ولأنّ الجنائية مضمونة قطعاً، وليس خطأ، لأنّه الغرض، ولا على غير المكافئ، والعمد موجب للعقوبة، حيث كان مضموناً مع المكافأة، ولأنّه كشريك السبع، فإنه يقتصر منه وإن كان للسبعين شركة، واختاره المصنف، وقبله الشيخ في الخلاف والفضل وغيره والمحكي عن أبي علي والشيخ في الخلاف: أنّ الإعتبار في الجنائية المضمونة بحال الإستقرار والفرض أنه مسلم حاليه، فلا يسقط الضمان بالإرتداد المتخلل بين الإرتداد والإستقرار، بعد تحقق عنوان القصاص، واستظهر ثبوت القصاص في مبني تكملة المنهاج، قال: والوجه فيه أنّه مسلم حال الموت، وإن كان ارتداده عن فطرة فضلاً عن غيره فهو مسلمحقيقة، وتترتب عليه أحكام الإسلام، وعليه أنّ شرط القصاص وهو التساوي في الدين موجود.

أقول: على هذا القول بثبوت القصاص لا يخلو من قوّة.

ج، ص ٢١٣ قوله رحمه الله: «إذا قتل مرتد ذميًّا، في قتله تردد» ينشأ التردد من تحريم المرتد بالإسلام ومن أنّ الكفر كالملة الواحدة.

حجّة القائل بعدم القصاص في المرتد إذا قتل ذميًّا هو: محترم بالإسلام، وهذا لم يجز للمرتد نكاح الذمية، ولا يرثه وارثه الذميّ، بل يرثه الإمام مع فقد المسلمين بخلاف الذميّ، ولأنّه يجب عليه قضاء الصلوات، ويحرم استرقاقه، ولا يمكن الذميّ من نكاح المرتدّة، فكما امتنع القود مع حقيقة الإسلام، فكذا مع حكمه، كما ذكره في المسالك.

حجّة القائل بوجوب القصاص هو إطلاق الأدلة، أي أدلة القصاص المقتصر في الخروج عنها، على عدم قتل المسلم بالكافر، إذ لا دليل على اعتبار

التساوي على وجه يقتضي خروج المفروض، وقوى المصنف قتل المرتد بالذميّ واستظهاره في المسالك وهو قول الشيخ في الخلاف والميسوط، والفضل وغيره، ممّن تأخر عنه، والوجه ما أشار إليه، من أنّ الكفر كملة الواحدة.
أقول: القول بالقصاص لا يخلو من قوّة، والله سبحانه العالم.

ج ٤ ص ٢١٣ قوله رحمه الله: «لوقت ذمي مرتدًا قتل به، لأنّه محقون الدم بالنسبة إلى الذميّ أفقاً لقتله مسلم فلا قود قطعاً، وفي الديمة تردد: والأقرب أنه لادية» وجه التردد، من أنه مباح الدم، ومن أنه محقون الدم بالنسبة إلى غير الإمام فتجب الديمة.

حجّة القائل بعدم وجوب الديمة إذا قتل المسلم المرتد، هو الأصل وعدم احترام نفسه وإن أثم غير الإمام بقتله، واستقرب ذلك المصنف رحمه الله والفضل وغيرهما، إذًا لا قصاص على قاتله، بل ولا دية، لأنّه مهدور الدم بين المسلمين.

أقول: هذا القول قويّ، لأنّه لا دليل على ثبوت الديمة في قتل المسلم الكافر غير الذميّ والله العالم.

حجّة القائل بثبوت الديمة، هو أنه محقون الدم بالنسبة إلى غير الإمام، وأن دعوى اختصاص عدم الاحترام بالنسبة للمسلمين خاصة، لا دليل عليها، ومن هنا احتمل وجوب الديمة، لأنّه محقون الدم بالنسبة إلى غير الإمام عليه السلام كما ذكره صاحبه الجواهر، والله أعلم.

ج ٤ ص ٢١٤ قوله رحمه الله: «ولو ولد مولود على فراش مدعىَن له كالأمة أو الموطوعة بالشبهة في الطهر الواحد فقتلاه قبل القرعة لم يقتلها به، لتحقيق الإحتمال بالنسبة إلى كل واحد منها ولو رجع أحدُهما ثم قتلاه لم يقتل الرابع، والفرق أنّ البنوة هنا تشتبّه بالفراش لا مجرد الدعوى، وفي الفرق تردد» وجه التردد من الفراش المشترك ، ومن اعتراف الرابع بما يستلزم القوّد.

حجّة القائل بعدم القصاص على أحدِهما هو المشهور، بخلاف السابق، يعني

بعد القرعة، والفرق بين المقامين ما أشار إليه المصنف، من أنّ البنوة هنا تثبت بالفراش المشترك بينهما، كما تثبت تبعاً للفراش المنفرد، على ما تقرّر في بابه، وهذا الأمر لا يدفعه الرجوع بخلاف المدعى للبنوة بغير فراش فإنّ ثبوت الولادة فيه تابع للدعوى، وبهذا الحكم تبعاً للفرق المذكور جزم الشيخ في المسوط والعلامة في كتبه، وتردّد به المصنف.

حجّة القائل بثبوت القصاص على الراجع هو اعتراف الراجع بما يستلزم ثبوت القود عليه، فيلزم بوجب اقراره وجزم الكركي في حاشية الكتاب بقتل الراجع أيضاً، ومن أنّ الرجوع هنا صحيح قطعاً، ناف للنسب عن الراجع من غير لعان، فتنتفى الآبوبة المانعة من القصاص، فيثبت عملاً بمقتضى الأدلة، وعدم المانع، كما ذكره صاحب الجواهر والله سبحانه وتعالى سبحانه العالم.

ج ٤ ص ٢١٦ قوله رحمة الله: «وفي ثبوت القود على السكران تردد: والثبوت أشبه» ينشأ التردد من أنّ الشارع لم يعذر السكران مطلقاً، ومن انتفاء القصد بالعمد.

حجّة القائل بثبوت القود على السكران مطلقاً هو أنّ الشارع المقدس لم يعذر السكران مطلقاً، بل نزله منزلة الصاحي فيقتضي منه، وهو اختيار الأكثرين كما في المسالك بل قد يظهر من غاية المراد نسبته إلى الأصحاب مشمراً بالإجماع عليه، بل في الإيضاح دعواه صريحاً عليه، ناسباً له مع ذلك إلى النصّ، ولعله أراد بالنصّ خبر السكوني «عن أبي عبد الله عليه السلام قال: كان قوم يشربون فيسكونون، فيتباعجون بسكاكين كانت معهم، فرفعوا إلى أمير المؤمنين عليه السلام فسجّنهم، فمات منهم رجلان وبقي رجلان، فقال أهل المقتولين: يا أمير المؤمنين أقدّهما بصاحبينا فقال للقوم: ما ترون، فقالوا: نرى أن تقييدهما، فقال عليّ عليه السلام لل القوم: فعلّ ذينك اللذين ماتا، قتل كلّ واحد منها صاحبه، قالوا: لا ندرى، فقال عليّ عليه السلام: بل أجعل دية المقتولين على

قبائل الأربعة، وآخذ دية جراحة الباقيين من دية المقتولين»^١ الحديث.
ومثله صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين^٢ وساق الحديث بتفاوت بينها قوله (ع): فلعل إلى آخره ظاهر في المفروغية عن كون القود عليهما، لفرض العلم بأن الباقيين قتلوا هما، وهذا ما في الجواهر والله سبحانه وتعالى.

حجّة القائل بعدم ثبوت القود على السكران، هو أنّ القصد شرط في العمد، وهو منتف في حقّه، وتزيله منزلة الصاحي مطلقاً منوع، ولعلّ هذا أظهر، أي عدم القصاص كما في المسالك وفاقاً للفاضل في الإرشاد، بل والقواعد وإن قال على إشكال مما عرفت، من انتفاء العمد والإحتياط في الدم، إلا أنّ الأقوى ما عرفت، كما ذكره صاحب الجواهر.

ج ٤ ص ٢١٦ قوله رحمه الله: «أئمّا من ينجّ نفسه أو شرب مرقداً، لا لعذر، فقد أحرقه الشيخ بالسكران، وفيه تردد» وجه التردد: من مساواته له في المقتضي، ومن قوة المؤاخذة.

حجّة القائل بشبوث القصاص على من بنجّ نفسه، أو شرب مرقداً، هو أنّ الشيخ الطوسي أحرقه بالسكران في ثبوت القصاص عليه، بل عن الشيخ أيضاً: إلحاد شارب الأدوية المبتلة بغير عذر، كل ذلك للتتساوي في زوال القصد، بالإختيار، لا لعذر، ووافقه الفخر في الإيضاح كما ذكره صاحب الجواهر.

حجّة القائل بعدم ثبوت القصاص، هو عدم الدليل على الإلحاد، بعد فرض عدم صدق السكران على شيء منهم، وإمكان الفرق بشدة التوعّد عليه، وغيره، ولو منعنا من القود من السكران، فهنا أولى خصوصاً في شارب المرقد، لعدم زوال عقله بذلك، فإلحاده بالسكران بعيد، كما في المسالك والله سبحانه وأعلم.

١ و ٢ - الوسائل الباب ١ من أبواب موجبات الضمان كتاب الديات حديث ١-٢.

ج٤ ص ٢١٦ قوله رحمه الله: «وفي الأعمى تردد: أظهره، أنه كالمبصر في توجيه القصاص بعده» ينشأ التردد من أنه كالمبصر، لوجود المقتضي، ومن الروايات أن عمده خطأ.

حجّة القائل بوجوب القصاص على الأعمى بتعتمد القتل، هو وجود المقتضي له، وهو القصد إلى القتل وانتفاء المانع، لأنّ الأعمى لا يصلح مانعاً، مع اجتماع شروط القصاص من التكليف والقصد ونحوهما، ولعموم الأدلة من الآيات والروايات المتناولة له، وانتفاء التخصيص لما ذكرناه، وذهب ابن إدريس، وجملة من المتأخرين، إلى أنّ الأعمى كالمبصر في وجوب القصاص، كما ذكره صاحب الجواهر واستظهر ذلك المصنف والله أعلم.

حجّة القائل بعدم توجّه القصاص على الأعمى، هو الأظّهر، نعم ثبتت
الديّة على عاقلته وإن لم تكن له عاقلة، فالدّيّة في ماله، وإلا فعل الإمام
عليه السلام، وفاق جماعة من القدماء منهم الشيخ وأبو علي والصّهرشتي،
والطبرسي، وابنا البرّاج وحمزة، وظاهر الصّدوق رحمة الله تعالى، بل في غاية المرام
إنّ هذا هو المشهور بين الأصحاب وافقه في ذلك الشّهيد الثاني في روض الجنان
وتدلّ على ذلك صحيحـة الحـلـي (قال: سـأـلتـ أـبـا عـبـدـالـلـهـ عـلـيـهـ السـلـامـ عـنـ رـجـلـ
ضـرـبـ رـأـسـ رـجـلـ بـعـوـلـ فـسـالـتـ عـيـنـاهـ عـلـىـ خـدـيـهـ، فـوـثـبـ المـضـرـوبـ عـلـىـ ضـارـيـهـ
عـلـىـ قـتـلـهـ، قـالـ: فـقـالـ أـبـوـ عـبـدـالـلـهـ عـلـيـهـ السـلـامـ: هـذـاـ مـتـعـدـيـاـنـ جـمـيـعـاـ، فـلـأـرـىـ عـلـىـ
الـذـيـ قـتـلـ الرـجـلـ قـوـدـاـ، لـأـنـهـ قـتـلـهـ حـينـ قـتـلـهـ وـهـ أـعـمـىـ، وـالـأـعـمـىـ جـنـايـتـهـ خطـأـ،
يـلـزـمـ عـاـقـلـتـهـ يـؤـخـذـونـ بـهـ فـيـ ثـلـاثـ سـنـينـ، فـيـ كـلـ سـنـةـ نـجـمـاـ إـنـ لـيـكـنـ لـلـأـعـمـىـ
عـاـقـلـةـ، لـرـمـتـهـ دـيـةـ مـاـ جـنـيـ فـيـ مـالـهـ، يـؤـخـذـ بـهـ فـيـ ثـلـاثـ سـنـينـ وـيـرـجـعـ الـأـعـمـىـ عـلـىـ
وـرـثـةـ ضـارـيـهـ بـدـيـةـ عـلـيـنـيـهـ)ـ ١ـ.

١- المسائٰ الاب ١٠ من ابواب العاقلة الحديث .

و معتبرة أبي عبيدة «قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن أعمى فقائين صحيح فقال: إنّ عمد الأعمى مثل الخطأ هذافي الديمة في ماله، فإن لم يكن له مال، فالدية على الإمام عليه السلام ولا يبطل حقّ امرء مسلم»^١ إلى غير ذلك كما ذكره في المسالك.

أقول: عمد الأعمى لا يعلم إلا بالإقرار منه، وإنما المسألة مشكلة والله أعلم.

ج ٤ ص ٢١٧ قوله رحمه الله: «ولو حرر الداعي بتعيين القاتل وصفة القتل ونوعه، سمعت دعواه، وهل تسمع منه مقتضراً على مطلق القتل، فيه تردد أشبهه القبول» ينشأ التردد من انتفاء فائدة الداعي، ومن احتمال علم الولي بتصور القتل.

حجّة القائل بعدم سماع الداعي هو انتفاء فائدة الداعي حيث لم يبيّن أنه عمد أو خطأ مخصوص أو شبيه عمد، وقع بالإشتراك أو الإنفراد، لأنّه بدون تفصيل، حيث لا يمكن استيفاء موجبهما من دون العلم بصفتها فلا تفيده الشهادة على مقتضاهما ولا اليدين كما في المسالك؛ وفي القواعد جعل من شرائط سماع الداعي أن تكون مفصلة، لكن قال أيضاً: فلو أجمل استفصله الحكم، وردّهذا أنّ مقتضى كون ذلك شرطاً أن للحاكم الإعراض عنه، حتى يذكرها مفصلة، إلى آخره والله العالم.

حجّة القائل بسماعها مطلقة هو احتمال علم الولي بتصور القتل من شخص، وجهله بصفة القتل فلو لم تسمع دعواه، لزم ضياع الحق وقد تقدم البحث في سماع الداعي الجملة مطلقاً في القضاء، ثمّ على تقدير القبول لو ثبت المطلق بالشهادة.

كذلك وبالإین رجع إلى الصلح ويتحمّل ثبوت الديمة إحتياطاً في الدماء واقتصاراً على المتيقّن ويشكل بنع كون ذلك هو المتيقّن، لأنّ القتل أعمّ من

١ - الوسائل الباب ٢٥ من أبواب القصاص في النفس الحديث.

كونه موجباً للدية على القاتل، كما لا يخفى كما في المسالك واستقرب المصنف سماها أي أنها على إجماتها مسموعة، لكن مع الإستفصال بل هو ظاهر الفاضل وفي الجوادر المتوجه أن يقال بعدم لزوم الإستفصال، مع فرض سماها مجملة، نعم لولم نقل بسماها مجملة، أمكن القول حينئذ بسماها مع الإستفصال، لأن الأصل في الدعوى القبول حتى يتحقق أنها مجملة، إلى آخر ما ذكره رحمة الله، والله سبحانه أعلم.

ج ٤ ص ٢١٧ قوله رحمة الله: «ولوم يبين قيل طرحت دعواه وسقطت البينة بذلك، إذ لا يمكن الحكم بها وفيه تردد» وجه التردد من عدم الفائدة، ومن إمكان إثبات أصل القتل، حجة القاتل بطرح الدعوى وسقوط البينة هو عدم الفائدة فيها إذ بدون العلم بصفة الدعوى من العمد أو الخطأ فلا تفيض الشهادة على مقتضاهما، ولا يمين، وقال الشيخ في المحكي عن المبسوط طرحت الدعوى وسقطت البينة بذلك، إذ لا يمكن الحكم بها.

حجّة القاتل بسمع الدعوى هو أنّ مقتضى الإطلاقات سماها كما تقدم في المسألة السابقة، إذ قد يعلم الولي بتصور القتل من شخص، ويجهل صفة القتل من عمد أو خطأ، ولو لم تسمع دعواه، لزم ضياع الحق وطلّ الدم، بل ظاهر المصنف اختياره أي السمع فيما تقدم، بل ينبغي الجزم بذلك، بناءً على ما سمعته في المسألة السابقة، بل لا وجه لعدم السمع هنا، بناءً على ترتب الديمة، مع ثبوت أصل القتل احتياطاً في الدماء واقتصاراً على المتيقن، وإن كان قد يشكل بمنع كون ذلك هو المتيقن لأنّ القتل أعمّ من كونه موجباً للدية أو القتل، لكن يمكن دفع الإشكال بأنه يستفاد من استقرار النصوص منها «لا يطلّ دم امرء مسلم»^١ ثبوت الديمة مع عدم العلم بصفة القتل كما ذكر ذلك كله

١ - الوسائل الباب ١٩ من أبواب القصاص في النفس الحديث .

صاحب الجوائز والله العالم.

ج٤ ص ٢٢٠ قوله رحمه الله: «لو شهدنا لمن يرثانه أن زيداً جرمه بعد الإنذار، قبلت، ولا تقبل قبله، لتحقق التهمة على تردد» وجه التردد من أنه يجرّها نفعاً، ومن عدم ثبوت الرد بطلقة التهمة.

حجّة القائل بعدم قبوليها ممّن يرثه هوأنه تقدّم في باب الشهادات إنّ من شرط قبول الشهادة الإنفصال عن التهمة، وإن من أسباب التهمة أن يجرّ بالشهادة نفعاً إلى نفسه، أو يدفع بها ضرراً، فلن صور الجرّ أن يشهد على جرح موته قبل الإنذار، لأنّه لومات كان الإرث له، فكأنّه يشهد لنفسه، ولو كان بعد الإنذار قبلت، لانتفاء المانع، وكذا لو شهد قبل الإنذار ثمّ أعادها بعده، لانتفاء التهمة الثابتة بسبب الجرح متربّة على شهادة المستحق لها، وذلك نفع واضح، إلى آخر ما ذكره، واستظهره في المسالك.

حجّة القائل بقبول شهادته هو إمكان مساواة الشهادة بالجرح للشهادة بالمال لأنّه ثبت بالشهادة حالة المرض للمشهود له، وإن انتقل عنه بعد إلى الشاهد، فليست الشهادة مما يجرّ نفعاً لنفسه ابتداءً لإمكان البرء من مرضه أو يوصي به إلى آخر ما فضله صاحب المسالك، فالشهادة بالجرح كذلك تقبل بدعوى أنّ الديمة لا تنتقل إلى الوارث ابتداءً، بل يتلقاها عن الميت، ومن ثم قضى منها ديونه ونفذت منها وصاياه، فتكون كالشهادة على المال، والله العالم بالصواب.

ج٤ ص ٢٢٣ قوله رحمه الله: «ولو قال الشاهد قتله أحد هذين كان لوثاً، ولو قال قتل أحد هذين لم يكن لوثاً، وفي الفرق تردد» منشأ التردد من احتمال عدم اللوث فيها، ومن احتمال اللوث في الأمرين.

حجّة القائل بعدم اللوث في الموردين هو الإشتراك في الإبهام المانع من حصول الظن بالمعين، واحتمال القول أنّ إطلاق الأدلة يقتضي سماع دعوى

المدعى في نحو ذلك ، لعدم معلومية خروج هذا الفرد منها ، يدفعه ، مع أنّ مقتضاه عدم الفرق بينهما ما عرفته من الإجماع على اعتبار الأمارة ، التي تشهد بصدق المدعى المقيد للإطلاق المزبور ، ولا ريب في عدم حصوتها على المعين فيها للإشترك فلابدّ من أمارة أخرى على المعين حتى يكون لوثاً وإلا فلا يكفي القدر المشترك ، إلى آخر ما ذكره صاحب الجواهر رحمة الله عليه .

حجّة القائل باللوث فيها هو باعتبار حصول الأمارة على دعوى المدعى ولو في الجملة ، وحصول الأمارة الشاهدة بصدق المدعى من غير فرق في ذلك بين القاتل والمقتول ، وكان المصنف وغيره لاحظوا ذلك فذكروا التردد في الفرق ، فيكون المراد أنّه لوث فيها ، لا أنّه ليس لوثاً فيها كما ذكره صاحب الجواهر .
أقول: ما ذكره ليس بعيداً لما له من شبيه فيما تقدّم من مسائل هذا الباب وله في بعض النصوص^١ شاهد على عدم إبطال دم المسلم . فراجع وتأمل والله أعلم بالصواب .

جـ ٤ ص ٢٢٤ قوله رحمة الله: «ولو كان المدعى عليهم أكثر من واحد ففيه تردد أظهره أنّ على كلّ واحد خمسين يميناً كما لو انفرد ، لأنّ كلّ واحد منهم يتوجه عليه دعوى بانفراده» منشأ التردد من أصلالة براءة الذمة من الرائد ، ومن أنّ الدعوى واقعة على كلّ واحد منهم .

حجّة القائل بالإكتفاء بالخمسين يميناً هو المحكي عن الشيخ الطوسي في الخلاف إكتفى بالخمسين منهم أجمع ، مدعياً عليه الإجماع أي إجماع الفرق وأخبارهم وأصلالة البراءة أي براءة الذمة من الزائد ، وقد ورد في بعض النصوص^٢ من أنّه إذا ادعى الرجل على القوم أنّهم قتلوا كانت اليدين المدعى الدم قبل

١ - الوسائل الباب ٨ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به عدّة روایات .

٢ - الوسائل الشيعة الباب ١٠ من أبواب دعوى انقتل وما يثبت به عدّة روایات .

المدعى فعل المدعى أن يجيء بخمسين يختلفون أن قلناً قتل فلاناً، فيدفع إليهم الذي حلف عليه، وإن لم يقسموا فإن على الذين ادعى عليهم أن يخلف منهم خمسون ما قتلنا وظاهره كفاية الخمسين وإن كان المدعى عليهم القوم، بل لعل إطلاق غيره أيضاً كذلك ، والله سبحانه العالم.

حجّة القائل بأنّ على كلّ واحد منهم خمسين يميناً هو المشهور بين الأصحاب، واستظهاره المصنف وفقاً للمبسot وغیره من تأخر عنه، ويدلّ على ذلك صحيحة بريد بن معاویة «عن أبي عبدالله عليه السلام: حلف المدعى عليه قسامة خمسين رجلاً»^١ فإنّ مقتضاه أنّ كلّ من انطبق عليه عنوان المدعى عليه، كانت وظيفته الإتيان بقسامة خمسين رجلاً على التفصيل المذكور، كما في تكملة المنهاج وفي المسالك هذا هو الأصحّ وعلّه بأنّ الدعوى واقعة على كلّ واحد منهم بالدم، ومن حكمها حلف المنكر خمسين يميناً.

أقول: هذا القول لا يخلو من قوّة، والله سبحانه العالم.

ج٤ ص ٢٢٥ قوله رحمة الله: «ويشترط في القسامة علم المقسم، ولا يكفي الظنّ وفي قبول قسامة الكافر على المسلم تردد أظهره المنع» منشأ التردد من إطلاق الروايات، ومن أنها سبيل منفيّ.

حجّة القائل بقبول قسامة الكافر، هو إطلاق رواية ابن سنان «عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سأله عن القسامة، فقال: هي حقّ، ولو لا ذلك لقتل الناس بعضهم بعضاً ولم يكن شيء، وإنما القسامة حوط يحاط به الناس»^٢ وقوله عليه السلام في حديث آخر «إنما القسامة نجاة للناس»^٣ وغير ذلك من الروايات مما يظهر منها مشروعية القسامة للناس كافة الذي مقتضى أصله الإشتراك ، وليس المراد من هذه الأخبار أن القسامة شرعت لل المسلمين خاصة

١ و ٢ و ٣ - الوسائل الباب ٩ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به الحديث ٢٨٦٣ و ٢٨٦٤.

كي يكون معارضًا لها، فيحتاج فيه إلى الجمع بالإطلاق والتقييد كما تخيله بعض، وعدم ثبوت القود بالقسمامة لعدم استحقاق الكافر له على المسلم، لا ينافي ثبوت القتل عمداً لها، لاستحقاق الديمة كما لو قامت البينة ووجوب المال بها ابتدأ على المسلم كالشاهد واليمين، غير مناف لشيء من الأدلة بل إطلاقها يقتضيه، وذهب إلى هذا جماعة من الأصحاب، منهم الشيخ في محيي المبسوط والعلامة في مختلف كما في الجواهر، وقواه هو أيضاً.

حججة القائل بعدم قبول قسامه الكافر على المسلم، بل خاصة فيما إذا كان القتيل مسلماً، هو خبر أبي بصير «عن أبي عبدالله عليه السلام قال: إن الله حكم في دمائكم بغير ما حكم به في أموالكم، حكم في أموالكم أنّ البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه، وحكم في دمائكم أنّ البينة على المدعى عليه والمدعى واليمين على المدعى عليه، وحكم في دمائكم أنّ المستفاد من صحيحة ابن سنان أنّ جعل القسامه إنّما هو لتنع الناس عن القتل مخافة القصاص» (قال ابن سنان: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: إنّما وضعت القسامه لعنة الحوط يحتاط على الناس لكي إذا رأى الفاجر عدوه فرّ منه مخافة القصاص) ^١ وفي ذيل (صحيح بريد بن معاوية حاكياً عن رسول الله صلى الله عليه وآله أنّه قال: إنّما حقن دماء المسلمين بالقسمامة) ^٢ الحديث، واختار هذا القول أي عدم قبول القساممة للكافر جماعة منهم الشيخ في الخلاف، والمحقق في الشرائع والعلامة في التحرير والقواعد إلى آخر ما ذكر في محله لأنّ فيه تفصيلاً أكثر لا يسعه هذا المختصر، والله سبحانه العالم بالصواب.

ج ٤ ص ٢٢٧ قوله رحمة الله: «إذا اتهم واتس الولي حبسه حتى يحضر بيته، في إجابته

١ و ٢ - الوسائل الباب ٩ من أبواب دعوى القتل حديث ٤٦ و ٩.

٣ - الوسائل الباب ٩ من أبواب دعوى القتل حديث ٣.

تردد» منشأ التردد من الرواية، ومن تعجيل العقوبة. حجّة القائل بجواز حبسه ستة أيام للتهمة هو قول الشيخ الطوسي وأتباعه والطبرسي وتبعه الفاضل في قواعده وغيرهم استناداً إلى رواية السكوني «عن أبي عبدالله عليه السلام أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ كان يحبس في تهمة الدم ستة أيام، فإن جاء الأولياء ببيان ثبتت، وإلا خلى سبيله»^١ وفي المكفي عن المختلف: التحقيق أن نقول إن حصلت التهمة للحاكم بسبب، لزم الحبس ستة أيام، عملاً بالرواية، وتحفظاً للنفوس عن الإتلاف، وفي الجواهر لا يخلو العمل بالرواية المذكورة من قوة، لاعتراض الخبر بعمل من عرفت، إلى أن قال: خصوصاً في المقام المطلوب فيه الاحتياط والتحفظ، إلى آخر كلامه رفع مقامه والله العالم.

حجّة القائل بالعدم، هو أصل البراءة وغيره، وهو تعجيل عقوبة لا مقتضي له، ولذا كان خيرة الحلي والفخر وجده وغيرهم على ما حكي العدم، وعن ابن إدريس أنه ردّ الرواية المذكورة محتاجاً بمخالفتها للأدلة من تعجيل العقوبة قبل ثبوت موجتها، وفي المسالك: الأصح عدم الحبس قبل ثبوت الحق مطلقاً وفي اللمعة: فعدم جوازه أجدود، أي عدم جواز الحبس.

أقول: القول بعدم الحبس مطلقاً ما لم يثبت الموجب لا يخلو من قوة، والله سبحانه العالم.

جـ ٤ ص ٢٣١ قوله رحمه الله: «إذا قتل جماعة على التعاقب ثبت لولي كل واحد منهم القود ولا يتعلّق حق واحد بالآخر، فان استوف الأول سقط حق الباقين لا إلى بدل على تردد» ينشأ التردد، من أن الواجب القصاص، ومن أن الديمة لا تجب إلا صلحاً.

حجّة القائل بسقوط حق الباقين، هو أن الواجب القصاص عندنا، وقد فات محله، وليس المقام من اشتراك الأولياء في القصاص المقتضي لضممان المستوفى،

١- الوسائل الباب ١٢ من أبواب دعوى القتل حديث .

خُصّص الباقين كما عرفت، ضرورة استحقاق كلّ منهم القصاص مستقلاً لا مدخلية له في الآخر، كما هو واضح وكما عن الشيختين وأبي حمزة والبراج وسعيد وإدريس والشهيد بل عن المبسوط والخلاف الإجماع عليه كما في الجواهر. أقول: لا يبعد القول بسقوط حقّ الباقين لأنّ الجاني لا يحيى على أكثر من نفسه، والله سبحانه العالم بالصواب.

حجّة القائل بعدم سقوط حقّ الباقين، هو أنّ الجاني قد أتلف على كلّ واحد منهم نفساً كاملاً لا تعلق لها بباقي النفوس المتلفة، وإنّما يملّك الجاني بدلاً واحداً فكان لمن لم يتقصّ الديمة، لتعذر البدل ولئلاً يبطل دم امرئ مسلم. ولفحوى ما تسمعه لوقته أجنبي أو مات ولأنّ الولي لو انفرد كان له القصاص أو العفو على الديمة، بل عن أبي علي والفضل في الإرشاد وموضع من القواعد وولده في موضعين من الإيضاح والمقداد، أنّ لغيره الديمة أي لغير القاتل هذا، وفي المسألة مزيد بيان، والله العالم بالصواب.

ج ٤ ص ٢٣٢ قوله رحمه الله: « ولو قطعت يديه ورجليه فاقتصر ثم سرت جراحاته كان لوليّه القصاص في النفس وليس له الديمة، لأنّه استوف ما يقوم مقام الديمة، وفي هذا كله تردد لأنّ النفس دية على انفرادها» ووجه التردد من الجمع بين العوض والمعوض، ومن أنّ للنفس دية على انفرادها.

حجّة القائل بالأول هو القول المحكي في المسائل الثلاث قبل التردد للشيخ في المبسوط، ووجه الحكم أنّ المقتول إذا كان مقطوع اليد بجناية غير القاتل وقد أخذ ديتها، لا يقتل الجاني إلا بعد ردّ دية اليدي فإذا أخذ منه الديمة، فتوتحذ الديمة إلا دية اليدي، فكذا هنا، لأنّ كل واحد من المسلم والرجل قد استوف عوض ما جنى عليه، وهو قطع يد الذمي والمرأة فله الديمة، إلا قدر ما استوفى وفي الثالثة يكون قد استوفى ما يقوم مقام الديمة، وليس له غيره، كما لو أخذ دية اليدي والرجل لأنّه لو أخذ دية تامة اجتمع له العوض والمعوض، وزيادة في الأخيرة، وبعضه

في الأولين وهو غير جائز، ولأنه يكون الاستيفاء قد وقع مرتين وهو ظلم، إلى آخر ما ذكره في المسالك وزاده تفصيلاً صاحب الجواهر، فراجع وتأمل فإنه دقيق.

حجّة القائل بالثاني هو الذي أشار إليه المصطفى، من أن للنفس دية على انفرادها، وما استوفاه في الأعضاء سابقاً وقع قصاصاً فلا يمنعأخذ عوض النفس، وتقريره: أن العدوان قد حصل من الجاني فيثبت في مقابلته بمثله أو بدله ما لم يمنع مانع، أمّا حصول العدوان فلأنه حصل بسرایة مضمونة، وفرع المضمون مضمون، وأمّا وجوب المقابلة بالمثل، فلقوله تعالى «فَنِ اعْتَدْتُ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدْتُ عَلَيْكُمْ»^١ والبدل لقوله تعالى «فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلَيْهِ سَلْطَانَّا»^٢ وثبتت كون الديمة بدلأ عن النفس شرعاً، وأمّا عدم المانع فلأنه ليس الإستيفاء بعض فإن اقصاه في اليدين والرجلين وهو بالنسبة إلى النفس بعض وذلك غير مانع، لأن المستوفى وقع قصاصاً عن الفعل الأول لا عن السراية الحادثة، فلا يكون له تأثير في إسقاط عوض النفس، كما فصله صاحب المسالك.

ج ٤ ص ٢٣٩ قوله رحمة الله: «إذا قطع ييناً ببذل شمالاً فقطعها الجنى عليه من غير علم قال في المسوط: يقتضي مذهبنا سقوط القود وفيه تردد لأن المتعين قطع اليمني فلا يجزي باليمن مع وجودها» ينشأ التردد من إطلاق اليد في الأدلة، ومن اعتبار المماثلة في القصاص.

حجّة القائل بسقوط القصاص فيما إذا قطع الجنى عليه اليسرى هو إطلاق أدلة اليد باليد، وبه قال الشيخ في المسوط: أن مقتضى مذهبنا سقوط القود، لأن اليسار تكون بدلأ عن اليمن في الجملة ولصدق اليد باليد في روایة حبيب

١ - سورة البقرة آية ١٩٤ .

٢ - سورة الاسراء آية ٣٣ .

السجستاني «قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قطع يدين لرجلين اليدين، قال: فقال: يا حبيب تقطع يمينه للذى قطع يمينه أولاً وقطع يساره للرجل الذى قطع يمينه أخيراً، لأنّه إنما قطع يد الرجل الأخير ويمينه قصاص للرجل الأول قال: فقلت: إنّ علياً عليه السلام إنما يقطع اليد اليمنى والرجل اليسرى، فقال: إنما كان يفعل ذلك فيما يجب من حقوق الله تعالى فأمّا يا حبيب حقوق المسلمين فإنه تؤخذ لهم حقوقهم في القصاص اليد باليد إذا كانت للقاطع يد، أو يدان»^١ الحديث، وفي المسالك فلا قصاص بقطع اليسار على المقتضى قطعاً، لأنّ الفرض جهله وكون البازل المقتضى منه فلا عمد فيه إلى قطعها عدواً كي يتحقق موضوع القصاص. والله أعلم.

حجّة القائل بعدم سقوط القصاص هو أنّ المتعين القصاص قطع اليدين، فلا تخزى اليسرى مع وجودها، وعلى هذا يكون القصاص في اليدين باقياً، ولكن يؤخر حتى يندمل اليسار توقياً من السراية على النفس، وهو خيرة أكثر المتأخرين، كما عن التهذيب بل عن المبسوط أنه قويّ أيضاً وكتشاف اللثام قال: فيضمن نصف السراية، بخلاف ما لو قطع يدين فإنه يواли بين القطع، فإنّ السراية إن حصلت فعن غير مضمون، وفي تكميلة المنهاج اعتبار المماثلة في مفهوم القصاص وأنّ اليد اليسرى لا تكفي عن اليد اليمنى مع وجودها، والإطلاق قد قيّد بذلك أي بما يتضمنه مفهوم القصاص، فالمتجه أن للمجنى عليه أن يقطع يده اليمنى، والله سبحانه أعلم بالصواب.

جـ ٤ ص ٢٤٠ قوله رحمه الله: «ولو اتفقا على بذلها بدلاً لم تقع بدلاً، وكان على القاطع ديتها، وله القصاص في اليمنى لأنّها موجودة وفي هذا تردد» ينشأ التردد من عدم مشروعية القصاص، ومن تضمنه العفو عمّا له القصاص.

حجّة القائل بعدم وقوع اليسار بدلًا عن اليمين هو عدم صحة الاتفاق لعدم الإذن شرعاً في ذلك لأنّه غير مشروع القصاص في غير م浑 الجنائية، بل هو ليس قصاصاً، ولا إذن من الشارع للإنسان في بدنـه، ومن هنا كان على القاطع ديتها مع الإشتباه وإلا فعليه القصاص، وله القصاص في اليمين لأنّها موجودة، وقد بطل الإتفاق المزبور فهو على استصحابـ بقاء حقّه، كما ذكره صاحبـ الجوادر رحـمه الله تعالى.

حجّة القائل بصحـة البـدـلـية بعد الإتفـاقـ منهاـ هوـ أنـ هـذاـ يتضـمنـ العـفوـ عـمـاـ لهـ منـ القـصـاصـ وإنـ كـانـ الإـتفـاقـ غـيرـ صـحـيـحـ كـماـ قـدـمـناـ ،ـ ولـعـلـ منـ ذـلـكـ يـحـصـلـ الإـشـكـالـ أـيـضاـ،ـ فـيـ القـصـاصـ لـلـيـسـارـ أوـ الـدـيـةـ إـذـ اـحـتـمـالـ ثـبـوتـ أـحـدـهـاـ عـلـىـ المـقـتضـيـ معـ سـقـوـطـ حـقـهـ أـصـلـاـ فيـ الـيـمـينـ وـاضـحـ الـضـعـفـ ،ـ نـعـمـ قـدـ يـحـتـمـلـ سـقـوـطـ حـقـهـ مـنـ القـصـاصـ خـاصـةـ وـإـنـتـقـالـ إـلـىـ الـدـيـةـ فـيـقـاـصـانـ حـيـنـئـذـ مـعـ التـساـويـ ،ـ وـإـلـاـ كـمـاـ لوـ كـانـ أـحـدـهـاـ رـجـلـاـ وـالـآخـرـ اـمـرـأـ اـعـطـيـ التـفاـوتـ مـنـ كـانـ عـلـيـهـ ،ـ هـذـاـ مـاـ ذـكـرـهـ صـاحـبـ الـجـواـهـرـ أـيـضاـ وـفـيـ الـمـسـأـلـةـ تـفـصـيلـ أـكـثـرـ ،ـ فـرـاجـعـ وـتـأـمـلـ .ـ وـالـلـهـ سـبـحـانـهـ أـعـلـمـ .ـ

ج ٤ ص ٢٤ قوله رحـمه الله: «ولـوـ اـخـتـلـفـاـ فـالـقـوـلـ قـوـلـ الـوـلـيـ وـفـيـهـ تـرـدـ» يـنـشـأـ التـرـدـ منـ أـصـالـةـ عـدـمـ مـضـيـ الـدـيـةـ وـمـنـ أـصـالـةـ اـبـرـائـهـ عـنـ الزـائـدـ عـلـىـ نـصـفـ الـدـيـةـ .ـ

حجّة القائل بتقدـيمـ قولـ الـوـلـيـ فيـ عـدـمـ مـضـيـ مـدـةـ يـنـدـمـلـ فيـ مـثـلـهـ هوـ الأـصـلـ ،ـ أـيـ أـنـ الأـصـلـ عـدـمـ مـضـيـ الـدـيـةـ فـالـوـلـيـ فيـ هـذـهـ الـمـسـأـلـةـ كـالـجـانـيـ فـيـ سـبـقـ ،ـ وـقـالـ بـهـ الشـيـخـ فـيـ الـمـبـسـطـ وـفـيـ الـمـسـالـكـ هـذـاـ هـوـ الـأشـهـرـ ،ـ وـالـلـهـ أـعـلـمـ .ـ

حجّة القائل بتقدـيمـ قولـ الـجـانـيـ هوـ أـصـالـةـ الـبرـاءـةـ مـمـاـ زـادـ عـلـىـ نـصـفـ الـدـيـةـ وـمـنـهـ يـعـلـمـ صـحـةـ ماـ ذـكـرـ سـابـقاـ فـيـ الصـورـةـ الـأـوـلـىـ ،ـ وـهـذـاـ تـرـدـ وـلـاـ يـبـعـدـ تـقـدـيمـ قولـ الـجـانـيـ تـرجـيـحاـ لـأـصـلـ بـرـاءـةـ الـذـمـةـ عـلـىـ عـدـمـ وـجـودـ سـبـبـ آخـرـ وـفـيـ زـيـادـةـ بـيـانـ لـاـ يـسـعـهـ هـذـاـ المـخـتـصـرـ ،ـ وـالـلـهـ سـبـحـانـهـ أـعـلـمـ .ـ

ج ٤ ص ٢٤١ قوله رحمة الله: « ولو سرت إلى نفسه كان للولي القصاص في النفس بعد رد ما على عنه ولو صرّح بالعفو صرّح فيما كان ثابتاً وقت الإبراء وهو دية الجرح، أمّا القصاص في النفس أو الديمة ففيه تردد لأنّه إبراء مما لم يجب» وجه التردد من أنّه إسقاط ما لم يجب، ومن الأصل صحة الإبراء والعفو.

حجّة القائل بعدم صحة العفو هو أنّه إسقاط الشيء قبل ثبوته غير منتظم هذا الواقت على العفو عن الجنائية أمّا لو أضاف إليه ما يحدث في اعتبارها فيما يحدث قولهن أصحّهما أنّ هذه الألفاظ لاغية ويلزمه ضمان ما يحدث كما ذكره صاحب المسالك والله أعلم.

حجّة القائل بصحّة الإبراء وعدم لزوم ضمان ما يحدث هو أنّ الجنائية على الطرف سبب لفوات النفس التي لا تباشر بالجنائية، وجود السبب كوجود المسبّب، ولوجوب الوفاء بالوعد، وعموم «المؤمنون عنه شروطهم» ولعموم قوله تعالى «فَنِ تَصْدِقُ بِهِ فَهُوَ كَفَارَةٌ لَهُ»^١ وثبتت الإبراء عن الجنائية قبلها شرعاً للطيب والبيطار فيبنتها وبين السراية أولى ولأنّ الأصل صحة العفو المناسبة لما ورد من الترغيب فيه شرعاً ترغيباً يكون عبادة، وقال به الشيخ في الخلاف وكأنّه مال إليه أو قال به الشهيدان في غاية المراد والروض والمقدس الأردبيلي في جمع البرهان لما قدمناه، وفي المسألة تفاصيل في محلها، فراجع وتأمل والله العالم.

١ - سورة المائدة آية ٤٥.

كتاب الديات

ج ٤ ص ٢٤٥ قوله رحمه الله: «وهل تقبل القيمة السوقية مع وجود الإبل فيه تردد و الأشيه لا» منشأ التردد من أنها واجبة أصالة، ومن قيام القيمة مقامها.

حجّة القائل بعدم تعيين القيمة السوقية على الولي، إلا بالتراضي، هو أنها واجبة بالأصل أي الإبل، فلا ينتقل إلى القيمة إلا بالتراضي، والولي يستحقّ الإبل، فلا يلزمها قبول غيرها، وقال بعدم تعيين القيمة عليه الفاضل، وولده، وثاني الشهيدين، وأبو العباس، وغيرهم، على ما حكى عن بعضهم للأصل، بعد ظهور الأدلة في وجوب أعيانها كما لا يحجب على الجاني ذلك لو اقترحها الولي أي اقترح القيمة، ثم قال في الجواهر لا دليل على إجزاء القيمة حتى مع التعذر أي تعذر الإبل، والله سبحانه أعلم.

حجّة القائل بصحّة قيام القيمة السوقية مقام العين، ويحتمل وجوب القبول مع فقد القاتل لها أي للإبل لما عرفت، مع أصالة البراءة واستضعفه في الجواهر وحكي عن مبسوط الشيخ من أنّ الذي يقتضيه مذهبنا أنه إذا كان من أهل الإبل وبذل القيمة قيمة مثله كان له ذلك، ثم قال: وإن قلنا ليس ذلك كان أح祸ط، فاما إن كان من أهلها فطلب الولي القيمة، لم يكن قوله ذلك، واستضعف هذا في الجواهر، وقال: إنّ مقتضى المذهب وجوبها أجمع تخيراً من غير فرق بين أهل الإبل وغيرهم، إلى آخر ما هناك ، والله سبحانه العالم بالصواب.

ج ٤ ص ٢٤٦ قوله رحمه الله: «لورمى في الحل إلى الحرم فقتل فيه لزم التغليظ، وهل يغلظ مع العكس، فيه تردد» وجه التردد من أصالة عدم التغليظ، ومن حصول سبيه في الحرم .

حجّة القائل بعدم التغليظ هو: الأصل أي أصالة عدم التغليظ أي تغليظ

الدية في صورة وقوع القتل في الأشهر الحرم والحرم الشريف، قال في اللمعة: فيه نظر بين أي في إلحاد الحرم الشريف بالأشهر الحرم بوجهين ذكروها وهما الإشتراك في الحرمة، وتغليظ حرمة قتل الصيد في المقتضيان لتغليظ الدية نظر، وجه النظر إن هذا الإلحاد قياسي لا نقول به لأن الإشتراك في الحرم لا يوجب الإشتراك في الحكم وهو وهذا الحكم غير تمام لتوقف الحقق والفضل وأبي العباس والمقداد وغيرهم في ذلك ، وذكر بعضهم عدم النص على ذلك لمناقشته بعضهم في أدلة المحوزين لتغليظ الدية في القتل في الحرم، والله العالم بالصواب.

حجّة القائل بلزوم التغليظ هو الإجماع المحكي عن الخلاف قال الشيخ: إجماع الأمة وأخبارهم وعن غاية المرام والغنية الإجماع عليه، وقال به الأكثر كما عن كشف اللثام بل المشهور كما في مجمع البرهان بل في ظاهر المحكي عن الشيخ في موضوعين من المبسوط وعن ابن إدريس في السرائر ومن هنا أخذ الشيخ في التهذيب في عنوان الباب القتل في الحرم مقابل القتل في الأشهر الحرم، وكيف كان فقد استند في ذلك إلى صحيحة زرارة «قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: رجل قتل في الحرم قال: عليه دية وثلث»^١ الحديث، وروايته الثانية «قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: رجل قتل رجلاً في الحرم قال: عليه دية وثلث»^٢.

و على هذا فإذا تم الإجماع في المسألة على أن حكم القتل في الحرم حكم القتل في الأشهر الحرم، فهو المراد، إلا أنه ناقش في تمامية الإجماع لتوقف بعض الأصحاب في المسألة كما ذكر في تكملة المنهاج، وأماما الروايتان فقد ناقش فيما من ناحية السند تارة، ومن الدلالة أخرى، فلا يسعنا في هذا اختصر استقصاء جميع ما فيها فراجع المسألة في محلها من كتب الفقه والله العالم بالصواب.

١ - الوسائل الباب ٢ من أبواب ديات النفس حديث ٤.

٢ - المصدر الباب ٨ من أبواب بقية الصوم الواجب حديث ٢.

ج ٤ ص ٢٤٨ قوله رحمه الله: «ويستوي في ذلك كله القن والمدبر، ذكرًا كان أو اثنى، وفي أم الولد تردد» ينشأ التردد من بقاء الرق، وعن عموم النهي عن بيع امهات الأولاد.

حجّة القائل بأنّ الولد كالقن في جواز استرقاق الجنّى عليه لها أو ورثته هو أنّ الثابت في القتل الخطأ هي الديمة وبما أنّ دية جنائية العبد أو الأمة في رقبته ولا عاقلة له فلا يلزم المولى بدفعها لفرض عدم شيء عليه، نعم له ذلك إذا أراد فك رقبته كما يدل عليه صحيحنا ابن حمأن وجميل الآتيتان وعلى هذا فإن لم يدفع مولى القاتل الديمة فلو لي المقتول أن يسترقه روى محمد وجميل جميعاً «عن أبي عبدالله عليه السلام في مدبر قتل رجلاً خطأ قال: إن شاء مولاه أن يؤدي إليهم الديمة وإلا دفعه إليهم يخدمهم، فإذا مات مولاه يعني الذي أعتقه رجع حرّاً»^١ الحديث، فلا فرق بين المكاتب أو القن أو أم الولد، وفي المسألة تفصيل وروايات تدل على هذا المعنى في محلها فراجع وتأمل.

حجّة القائل بأنّ جنائية أم الولد خطأ على سيدتها هو خبر مسمع بن عبد الملك» عن أبي عبدالله عليه السلام قال: أم الولد جنائيتها في حقوق الناس على سيدتها وما كان من حقوق الله تعالى في الحدود فإن ذلك في بدنها»^٢ الحديث، وذهب إلى الشيخ الطوسي إسناداً إلى هذه الرواية وإن كانت فيها مناقشة من ناحية السند، والأصح أنه خلاف في الملوك كما ذهب إليه المصنف رحمه الله.

ج ٤ ص ٢٥١ قوله رحمه الله: «ولو كان مع المارضي فقرره من طريق السهم لا قصد فأصابه فالضمان على من قربه لا على الرامي لأنّه عرضه للتلف وفيه تردد» وجه التردد من حيث إنّ المقرب عرضه، ومن أنّ الرامي هو المباشر حقيقة.

١ - التهذيب ج ١٠ ص ١٩٧.

٢ - الوسائل الباب ٤٣ من أبواب القصاص في النفس الحديث .١

حجّة القائل بضمان المقرب للصبيّ من طريق السهم، هو أنّه عرضه إلى التلف تعريضاً قوياً شبيهاً بال المباشرة، وعن التحرير: أنّه مباشر لأنّه كالداعف في البئر والرامي كالحائز له كما عن القاضي والتحرير من أنّ الضمان على السبب دون المباشر وهو الرامي، نظراً إلى عدم قصد الرامي فكان كالممسك والمقرب كالذابح.

حجّة القائل بضمان الرامي هو أنّه حقيقة مباشر، وال المباشر مقدم على السبب مع الإجتماع وهو خيرة الفخر فيها حكي عنه الضمان على عاقلة الرامي، وفي الجواهر الظاهر كون الغرض من جزئيات مسألة المباشرة والتسبيب ولا ريب في تقديم الأول مع فرض اتحادهما في الجهل والعلم لقوة المباشرة على غيرها واحتمال الشركة ضعيف، فترتّب حينئذ القصاص أو الديمة على عاقلة الرامي أو عليه في صورة يكون شبيه عمد كما أنّه لا ريب في تقديم العالم منها على الجاهم، هذا كلامه رفع مقامه. وقال الاستاذ السيد الخوئي في تكميلة المنهاج: فهل الديمة على العابر أو الرامي أو على عاقلته؟ فيه خلاف، والأقرب: هو التفصيل، بيان ذلك أنّ كلاً من المصطحب والرامي تارة يكون عالماً بأنّ العبور من هذا المكان في معرض التلف، وآخر يكون جاهلاً، وثالثة يكون أحد هما عالماً والآخر جاهلاً فعلى الغرض الأول والثاني لا يبعد اشتراكهما في القتل لاستناده والحال هذه إلى كلّيهما معاً عرفاً، غاية الأمر أنّ القتل على الأول يدخل في القتل الشبيه بالعمد لانصراف أدلة القتل الخطأ المحسّن عن ذلك فتكون الديمة عليهما، وعلى الفرض الثاني يدخل في الخطأ المحسّن فالديمة فيه على عاقلتهما، ومن هنا يظهر حال الغرض الثالث يعني إذا كان أحد هما عالماً والآخر جاهم فإن القتل مستند إليهما معاً، غاية الأمر أنّه بالإضافة إلى الجاهم خطأ محسّن وبالإضافة إلى العالم شبيه عمد وكذا الحالة في غير الرمي من أسباب القتل وقوى هذا السيد الخوئي وما يرى وجهاً لتردد المصطف ولا لإطلاق القاضي والتحرير في تضمين السبب

فيكون ما أفاده السيد شقاً ثالثاً وقد استبعد هذا في الجواهر وهو الإشراك في الضمان، والله سبحانه العالم بالصواب.

ج ٤ ص ٢٥٢ قوله رحمه الله: «وإن وجد مقتولاً وادعى قتله على غيره، وأقام بيته فقد برئ، وإن عدم البيته في القود تردد والأصح أنه لا قود» ينشأ التردد من ظاهر خبر ابن أبي المقدام، ومن أصلالة البراءة.

حجّة القائل بثبت القود هو ظاهر صحيحة عمر بن أبي المقدام (قال: كنت شاهداً عند البيت الحرام، ورجل ينادي بأبي جعفر المنصور وهو يطوف وهو يقول: يا أمير المؤمنين إن هذين الرجلين طرقا أخي ليلاً فآخر جاه من منزله فلم يرجع إلّي، والله ما أدرى ما صنعنا به، فقال لهم: ما صنعتم به، إلى أن قال: فقال لـ جعفر بن محمد عليه السلام وهو قابض على يده: يا جعفر اقض بينهم، فقال: يا أمير المؤمنين اقض بينهم أنت فقال له: بمحقّي عليك إلا قضيت بينهم، قال: فخرج جعفر عليه السلام فطرح له مصلّى قصب، إلى أن قال: فقال جعفر عليه السلام: يا غلام اكتب: بسم الله الرحمن الرحيم، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: كل من طرق رجلاً بالليل فأخرجه من منزله فهو له ضامن، إلا أن يقيم البينة أنه قد ردّه إلى منزله، ياغلام نحّ هذا واضرب عنقه، فقال: يا بن رسول الله ما قتلتني أنا ولكنّي أمسكته فجاء هذا فوجأه فقتله فقال: أنا ابن رسول الله صلى الله عليه وآله ياغلام نحّ هذا واضرب عنق الآخر فقال: والله يا بن رسول الله والله ما عذبته ولكنّي قتلتني بضربة واحدة، فأمر أخاه فضرب عنقه، ثم أمر بالآخر فضرب جنبيه وحبسه في السجن ووقع رأسه يحبس عمره ويضرب كلّ سنة خمین جلدة»!^١

وتويدها رواية عبدالله بن ميمون «عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: إذا

١ - الوسائل الباب ١٨ من أبواب القصاص في النفس الحديث.

دعا الرجل أخاه بليل فهو له ضامن حتى يرجع إلى بيته»^١ وهذا الاختلاف ظاهر بين الأصحاب بل عن الغنية وغاية المرام الإجماع على ذلك للروایتين المذکورتين يثبت القوْد إذا لم تقم البَيْتَة، هذا، وقد ناقش صاحب تكملة المنهاج في رواية أبي المقدام، ثُمَّ قال: إنها قضيَّة في واقعه، فراجع وتأمل في الموضوع، والله سبحانه العالم بالصواب.

حجَّة القائل بعدم ثبوت القوْد هو أصلَة البراءة والإحتياط في خطر الدماء وأعمىَة الضمان منه، وبه قال المصنف بقوله: الأصح أن لا قوْد عليه، وفي الجوَاهِرِ: لا أجد فيه خلافاً بين من تعرض له سوى ما حكى عن المفید وأتباعه إلى أن قال فيه: وعلى كل حال فلا قوْد ولكن عليه الديمة في ماله، لما عرفته من اقتضاء الضمان عليه نصاً وفتوى، مضافاً أصلَة براءة العاقلة.

أقول: هذا خلاصة المطلب في هذه المسألة ولا يخفى ما فيها من الخلاف والنقض والإبرام وفيها تفاصيل لا يسعها هذا اختصر فراجع المسألة في محلها وتأمل فيها، والله العالم بالصواب.

جـ ٤ ص ٢٥٢ قوله رحمه الله: «وإن وجد ميتاً في لزوم الديمة تردد ولعل الأشبه أنه لا يضمن» ينشأ التردد من عموم النص ومن أصلَة البراءة.

حجَّة القائل بالضمان هو الإطلاق نصاً وفتوى في كونه بذلك يكون كضمان المال، بل عن ابن إدريس أنَّ به رواية مضافاً إلى قاعدة عدم بطidan دم المسلم، وهو المحكى عن المقنة والنهایة والمراسيم والوسائل والنافع وكشف الرموز وتعليق النافع، بل قيل إنَّ أشهر، بل هو مقتضى إطلاق معقد المحكى من إجماع الغنية، نعم قيده في الأربع المتقدمة بما إذا أدعى الموت حتف أنفه وعجز عن إثباته، بخلاف غيرها الذي أطلق فيه ذلك سواء ادعاه وعجز عن الإثبات أو سكت

١ - الوسائل الباب ١٨ من أبواب القصاص في النفس الحديث . ٢

كما في الجوهر ثم قال: هو قوي مع احتمال القتل بأثر غير ظاهر أَمَا مع العلم به أنه حتف نفسه فالمتجه عدم الضمان إذا هو ليس كمال المضمون، إلى آخر ما ذكره أقول: القول بالضمان لا يخلو من قوّة لما ذكر من الإطلاق الذي به ينقطع الأصل المذكور. والله سبحانه أعلم.

حجّة القائل بعدم الضمان هو أصل البراءة وقاعدة الإقتصار كما في القواعد وغيرها، وبه قال المصطفى: الأشبه أنّه لا يضمن، كما في مبكي التحرير والمحظى، للأصل المزبور مع قاعدة الإقتصار فيما خالف الأصل على المتيقن وهذه القاعدة ضرورة حجية الظاهر كالمتيقن كما في الجوهر وفي المسالك في الضمان وجهان، من عموم النصّ وانتفاء التهمة مع أصالة البراءة، ولعله أجود، وفي المسألة مزيد بيان فراجع وتأمل، والله العالم.

ج٤ ص ٢٥٣ قوله رحمه الله: «وفي تضمين دية الصديق تردد أقر به أن دمه هدر» وجه التردد من أنّه لا دليل على ضمانها، ومن روایة فيها ضعف.

حجّة القائل بعدم ضمانها الصديق، هو أنّ دمه هدر، ولا دليل على الضمان وفاقاً لجماعة منهم الحقّ والحلبي والفخر والكركي، ولعله المشهور، والوجه فيه ما قدمنا من عدم الدليل، كما في تكميلة المنهاج في فروع التسبيب، ووردت في ذلك روایات منها خبر الجرجاني «عن أبي الحسن عليه السلام في رجل دخل دار رجل للتلصص أو الفجور، فقتلته صاحب الدار، أُيقتل به أم لا؟» قال: إنّ من دخل دار غيره فقد اهدر دمه، ولا يجب عليه شيء^١. أقول: الظاهر أنّ الرجل مهدور الدم فلا شيء على قاتله. والله سبحانه أعلم.

حجّة القائل بضمان المرأة دية الصديق، هو ما رواه إبراهيم بن هاشم

١ - الوسائل الياب ٢٧ من أبواب القصاص في النفس الحديث . ٢

عن محمد بن حفص عن عبيدة الله بن طلحة «عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت: رجل تزوج امرأة فلما كان ليلة البناء عمدت المرأة إلى رجل صديق لها فأدخلته الحجارة، فلما دخل الرجل يياضع أهله ثار الصديق واقتلا في البيت، فقتل الزوج الصديق وقامت المرأة فضررت الزوج ضرورة فقتلته بالصديق قال: تضمن المرأة دية الصديق وتقتل بالزوج»^١ وفي الجواهر لم أجدها عاملاً على ظاهرها، نعم ذكره الشيخ وغيره بعنوان الرواية، ومن أجل ذلك قال المصنف هنا: وفي تضمين دية الصديق تردد، واستقرب عدم الضمان.

أقول: في المسألة زيادة تحقيق وتنقیح يوجد في محله من المطولات والله سبحانه وأعلم.

ج ٤ ص ٢٥٦ قوله رحمه الله: «وفي ضمان جنائية الهرة المملوكة تردد» منشأ التردد من إلحاقها بالدوااب المصنفة الجنائية ومن عدم تحقق التفريط بالإضافة إلى الهرة. حجّة القائل بضمان جنائية الهرة المملوكة ، هو إلحاقها بغيرها من الدواب كالبعير المتعلم ، والكلب العقور وغيرهما التي عرفت الضمان بها مع التفريط في حفظها ، قال الشيخ الطوسي يضمن بالتفريط مع الضراوة أي ضاربة ، وتبعه ابن حمزة وابن إدريس والفارض وثاني الشهيدين وغيرهم كما في الجواهر ثم قال: لم أجده قولًا بعدم الضمان.

حجّة القائل بعدم الضمان ، هو عدم جريان العادة بربطها وحفظها بخلاف الدواب الآخرى وفي تكملة المنهاج: الأظهر عدم الضمان مطلقاً، كما هو أحد أقوال العامة عدم الضمان ، والوجه في ذلك هو أنّ الظاهر عدم تتحقق التفريط بالإضافة إلى الهرة حيث إنّ العادة قد جرت على التحفظ عن الهرة لا على حفظها عن التعدي فإنّها متعدية في طبعها ، مملوكة كانت أم لم تكن ، ولا

ضمان في جنائية العجماء فإنها جبار وعليه فلا يوجب الضمان أصلاً، والله أعلم.

ج ٤ ص ٢٥٧ قوله رحمه الله: «راكب الدابة يضمن ما تجنيه بيدها وفيما تجنيه برأسها تردد، أقر به الضمان لتمكينه من مراعاته» وجه التردد من مساواة الرأس لليدين، ومن أنه خلاف الأصل.

حجّة القائل بضمان جنائية الدابة برأسها هو مساواته لليدين في التمكّن من حفظه فتساويه في الحكم.

و هو خيرة الشيخ في المبسوط واستقرب المصنف الضمان لتمكن الراكب من مراعاته المستفاد من التعليل في صحيح الحلبي^١ («لأنَّ رجليها خلفه إن ركب») وكذا صحيح سليمان^٢ («لأنَّ رجلها خلفه إذا ركب») بتفاوت جزئي في التعبير مفهومه أنَّ الرأس أمامه، بل مقتضى إطلاق أكثر الروايات الضمان وإن لم يكن عن تفريط وقال به الحلبي والفاضلان والشهيدان وغيرهم على ما حكى عن بعضهم بل في الرياض نسبته إلى الأكثر بل ظاهر محكي المبسوط الإجماع عليه، بل الظاهر بجميع مقاديم بدن الدابة للتعليق المتقدم في الصحيحتين، وفي الجواهر لم أجد قائلاً صريحاً بعدم الضمان.

أقول: المستفاد من مجموع ما ذكرنا أنَّ القول بالضمان لا يخلو من قوة والله أعلم.

حجّة القائل بعدم الضمان، هو أنَّ هذا الحكم على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورد النص والأصل براءة الذمة من الضمان فيما لا تفريط فيه مطلقاً، وهو ظاهر الشيخ في الخلاف وإطلاق النبي أنَّ لا ضمان في جنائية العجماء فإنها جبار وإن استظهر من اقتصاد المراسم والغنية والخلاف والنافع على ضمان اليدين دون الرأس ويفيد ذلك خبر إسحاق بن عمار^٣ عن جعفر عن أبيه أنَّ علياً عليهم السلام

١ - الوسائل الباب ١٣ من أبواب موجبات الضمان الحديث ٩-٣.

٢ - الوسائل الباب ١٣ من أبواب موجبات الضمان الحديث ١٠.

كان يضمن الراكب ما وطنت الدابة بيدها ورجلها إلا أن يبعث بها أحد، فيكون الضمان على الذي عبّث بها ، وفي المسألة مزيد بيان فراجع وتأمل.

ج ٤ ص ٢٥٨ قوله رحمه الله: « ولو قال وعلى ضمانه ضمن دفعاً لضرورة الخوف ولو لم يكن خوف فقال ألقه وعلى ضمانه في الضمان تردد أقربه أنه لا يضمن» ينشأ التردد من عموم المؤمنون عنه شروطهم ، ومن كون الضمان على خلاف الأصل . حجّة القائل بالضمان ، هو عموم «المؤمنون عنه شروطهم» وقاعدة المعزور وعموم الوفاء بالعقود وأن السيرة العقلائية قد جرت على ضمان من أمر غيره بإتلاف ماله لا مجاناً فأئلته وهي حجة في المقام ، وأيضاً أن السيرة لا تختص بالغرض العقلائي في الإتلاف، وهذا قال في تكلمة المنهاج: والأقرب الضمان ، وفي الجوائز وهو قوي جداً.

حجّة القائل بعدم الضمان ، هو أن الضمان على خلاف الأصل واستقر به المصنف وفاقاً للشيخ والقاضي والفضل وولده والكركي وغيرهم بل عن المبسوط نفي الخلاف فيه أو حكايته كما في كشف اللثام بل في المثالك عنه الإجماع عليه ، والله العالم .

ج ٤ ص ٢٦٢ قوله رحمه الله: «وفي الأهداب تردد قال في المبسوط والخلاف الدية إن لم يثبت» وجه التردد من القول بالأرش ، ومن القول بالدية.

حجّة القائل ثبوت الدية كاملة في الأهداب مع عدم نباتها ، هو مذهب الشيخ في المبسوط والخلاف وابن حمزة والعلامة في القواعد للحديث العام من أنّ فيما كان من الأعضاء إثنان ففيهما الدية إلى آخره بل في الروضة نسبة إلى الأكثر وعن الوسيلة نسبة إلى روایة وعن القاضي أنّ فيها نصف الدية كالحاجبين حكاها عنه الشهيدان وغيرهما والله أعلم .

حجّة القائل بعدم الدية و ثبوت الأرش حالة انفراد الأهداب عن الأجهاف والسقوط حالة الإجتماع ، هو عدم دليل صالح يدلّ على التعين كشعر

السعدين وغيره، قال ابن إدريس واختاره المصنف والعلامة في المختلف والتحرير وفي المسالك وهو الأصح وفي الجواهر وهو الأقوى بعد عدم دليل معتبر على التقدير المزبور والله سبحانه أعلم.

ج ٤ ص ٢٦٦ قوله رحمه الله: « ولو كسر ما برز عن اللة فيه تردد والأقرب أَنْ فيه دية السن» وجه التردد من صدق السن عرفاً، ومن أصل البراءة.

حجّة القائل بثبوت دية السن، هو أَنَّه يسمى ستان لغةً وعرفاً، قال الشيخ في المبسوط: السن ما شاهدته زائداً على اللثة والسنخ أصله، واستقر به المصنف وفاماً للشيخ والخليل والفضل والشهيدين وغيرهم على ما حكي عن بعضهم بل عن جمع البرهان نسبته إلى ظاهر الأكثر لأنَّ المنساق من النص والفتوى بل لا يمكن فيه معرفة المساحة كي تكون الدية بقدرها كما في الجواهر واستظهروه صاحب المسالك والله أعلم.

حجّة القائل بعدم ثبوت دية السن فيه هو أصل البراءة واتحاد العضو ولشمول اللفظ للكلّ ولذا يقال قلع سنه وانكشفت اللثة عن سنه ونحو ذلك، وفي المسالك أَنَّ المستور باللثة بعض السن، ومن ثم قلع سنه، إلى آخره. ثم قال: وإصالة البراءة من ايجاب الزايد، والأول أظهر يعني ثبوت دية السن، والله أعلم.

ج ٤ ص ٢٧٠ قوله رحمه الله: « ولو كانت المكرهة بكرأً، هل يجب لها أرش البكاراة زائداً على المهر فيه تردد والأشه وجوبه» ينشأ التردد من تعدد الأسباب، ومن دخوله في المهر.

حجّة القائل بوجوب الأرش للبكاراة زائداً على المهر هو أصالة تعدد المسببات بتنوع الأسباب فتفترض حينئذ أمة وتقوم بكرأً تارة وثيباً أخرى فيأخذ التفاوت مع مهر المثل، ودية الإفضاء، بل عن المبسوط أَنَّه مذهبنا لأنَّه لا دليل على دخوله في أرش الإفضاء وفي المسالك والأقوى وجوب الجميع للمكرهة بين

أرش البكارة والمهر، لأنّ الأرش عوض جزءٍ فائتٍ، والمهر يجب عوضاً عن وطئ الفكر فلا يتداخلان.

حجّة القائل بالتدخل أي الأرش يدخل في المهر هو أنّه لا دليل على أنّ لإزالة البكارة أرشاً زائداً على المهر ماعداً دعوى أنّ تعدد السبب يوجب تعدد المسبب، كما سبق وما ذكره في المسالك بأنّ تفويت الجزء يوجب الأرش كما ذكرناه، ففيه أنّ المهر الذي تستحقه البكر حسب الروايتين الآتيتين هو مهر البكر وعليه فالزائد ملحوظ فلا يكون تفويت هذا الجزء هدراً، كما لا يكون على خلاف أصلّة تعدد السبب بتنوع سببه، والرواياتان إحداهما معتبرة طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه «عن علي عليهم السلام قال: إذا اغتصب الرجل أمة فاقتضها فعليه عشر قيمتها وإن كانت حرّة فعليه الصداق»^١.

و ثانيةً صحيحة عبد الله بن سنان «قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك ما على رجل وثب على امرأة فحلق رأسها، قال: يضرب ضرباً وجيعاً ويحبس في سجن المسلمين حتى يستبرء شعرها «إلى أن قال» فقال عليه السلام: يا بن سنان إنّ شعر المرأة وعذرتها شريكان في الجمال، فإذا ذهب بأحدّها وجب لها مهر كملّاً»^٢.

فإنّ ورود الروايتين في مقام البيان وسهوهما عن الأرش زائداً على المهر دليل على عدم وجوبه، كما ذكره مفصلاً الاستاذ الخوئي في تكمّلة المنهاج واختاره كما أشار في خاتمة كلامه فقال: فالنتيجة أنّ الصحيح ما ذكرناه والله أعلم.

ج ٤ ص ٢٧٦ قوله رحمة الله: «ولو أوضحته اثنين وھشمھ فيما واتصل المھشم باطنًا قال في المبوسط: مما هاشمتان وفيه تردد» ينشأ التردد من تبعية الھاشمة للموضحة، ومن منع

١ - الوسائل الباب ٤٥ من أبواب المهر الحديث .٢

٢ - المصدر الباب ٣٠ من أبواب ديات الأعضاء الحديث ١

التبعية.

حجّة القائل بأنّها هاشمتان، هو اتصال المهمش باطنًا بالمضحيتين، قال في المبسوط: هما اثنان لأنّ المهاشمة تابعة للموضحة وإن لم تتأخر عنها في مراتب الشجاج فهي المشتملة على الإيضاح وانكسار العظم جيّعاً، ولا يكفي فيها الإنكسار والموضحة في الفرض متعددة.

حجّة القائل بأنّها هاشمة واحدة هو امكان منع التبعية المزبورة لعدم الدخول في المفهوم لغة، ولذا ثبت الحكم في الكسر وإن لم يكن جرح فهي حينئذ هاشمة متعددة باعتبار ايصالها وإن تعددت الموضحة كما ذكره صاحب الجواهر، والله سبحانه العالم بالصواب.

ج٤ ص ٢٨٢ قوله رحمة الله: « ولو عزل الجامع اختياراً عن الحرة ولم تؤذن، قيل يلزم ذلك عشرة دنانير وفيه تردد أشبهه أنه لا يجب» منشأ التردد من الأصل، ومن الرواية عن علي عليه السلام.

حجّة القائل بعدم لزوم الديمة هو الأصل وجواز العزل، وأنّ المشهور بين الأصحاب عدم الديمة وتدلّ على ذلك عدة روايات منها صحيحـة «محمد بن مسلم قال: سألت أبي عبدالله عليه السلام عن العزل، فقال: ذاك إلى الرجل يصرفه حيث شاء»^١.

ومنها معتبرة «عبدالرحمن بن أبي عبدالله قال: سألت أبي عبدالله عليه السلام عن العزل؟ فقال: ذاك إلى الرجل»^٢ وغيرهما من الروايات التي تأبى عن ثبوت الديمة واستظهـره في تكلـة مبـاني المنهـاج وفي المسـالك، والأـصح عدم الوجـوب للأـصل وجواز العـزل على أـصح القـولـين أـيضاً، فـلا يـتعـقـبه ضـمانـ والـمحـكي عنـ المعـظـمـ كـالـحـلـيـ والـفـاضـلـ فـيـ الـخـلـفـ وـثـانـيـ الـمـحـقـقـينـ وـالـشـهـيدـينـ وـغـيرـهـ

١ و ٢ - الوسائل الباب ٧٥ من أبواب مقدمات النكاح وأدابه الحديث ٢-١

عدم الوجوب وفي الجوادر فلا ريب في أن الأقوى الجواز، والله سبحانه أعلم.

حجّة القائل بلزوم الديمة هو ما روی صحیحًا عن علیٰ علیه السلام من وجوهها على من افزع مجامعاً فعزل قال: قضى أمیر المؤمنین علیه السلام في الرجل يفزع عن عرسه فيعزل عنها الماء» وقال به جماعة منهم الشیخ والقاضی وأبو الصلاح وإنما حمزة وزهرة والکیدری والحقّق في الشرائع في كتاب النکاح والفضل بل عن الغنیة والخلاف دعوى الإجماع على ذلك.

أقول: القول بعدم اللزوم لا يخلو من قوّة، والله سبحانه العالم بالصواب.

ج ٤ ص ٢٨٧ قوله رحمه الله: «ولو كان أسيراً قال الشیخ ضمن الديمة والکفارۃ لأنّه لا قدرة للأسرى على التخلص وفيه تردد» وجه التردد من عموم الأدلة، ومن أصل البراءة.

حجّة القائل بضمان الديمة والکفارۃ، هو عموم الآية الشریفة قوله تعالى ((إِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوًّا لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحرِيرُ رَقْبَةِ مُؤْمِنٍ))^١ قالوا: المعنى فيه وإن كان في قوم عدو لكم مع كونه مؤمناً وإن كان المقتول أسيراً، فقد قال الشیخ بوجوهرها كالکفارۃ متحجاً بعموم قوله تعالى ((وَمَنْ قُتِلَ مُؤْمِنًا خَطًّا فَتَحرِيرُ رَقْبَةِ مُؤْمِنَةِ إِلَى أَهْلِه))^٢ وهذا مؤمن فيجيبان معاً بقتله، وتبع الشیخ غيره من العلماء عملاً بظاهر الآية وقوله صلى الله عليه وآله في النفس المؤمنة ما به من الإبل، وزاد الشیخ في المبسوط بأنّ الأسرى غير مختار في كونه هناك فلا تقدير منه بخلاف غيره، والله سبحانه العالم.

حجّة القائل بعدم الضمان، هو أصل البراءة وظاهر إطلاق الآية السابقة المعتصد بإطلاق الفتوى وما إلیه في الرياض، وفي الجوادر: إلا أن ذلك كله كما ترى لا يصلح الخروج عمّا عرفت، وفي المسألة مزيد بيانه والله العالم.

ج ٤ ص ٢٩٢ قوله رحمه الله: «ولو لم يكن وارث سوى العاقلة فإن قلنا الأب لا يرث فلا دية وإن قلنا يرث فيأخذ من العاقلة تردد» منشأ التردد، من أن العقل شرع للدفع عن العاقل لا له، ومن أن القاتل خطأ يرث.

حجّة القائل بمنع أخذ الديمة، هو أن العقل إنما شرع للدفع عن القاتل خطأً لا للقاتل نفسه، وإنّه يستلزم أن القاتل يقتل ويأخذ الديمة وهو بعيد، وفي المسالك على القول بأنه يرث من العاقلة هل يأخذها من العاقلة أم لا، والأصح المنع أو العدم، أي أخذ الديمة من العاقلة ودفعها إلى الوارث القاتل فيأخذ من عاقلته عوض ما جناه غير معقول، ويمكن أن يستدلّ باطلاق الأخبار التي مقتضاها عدم الفرق بين أقسام العقل سواء كان عمداً أو خطأً، منها صحيحة أبي عبيدة «قال سألت أبي جعفر عليه السلام عن امرأة شربت دواء وهي حامل ولم يعلم بذلك زوجها فألقت ولدها، قال: إن كان له عظم وقد نبت عليه اللحم عليها دية تسلّمها إلى أبيه، «إلى أن قال» قلت له: فهي لا ترث ولدها من ديتها مع أبيه قال: لا، لأنّها قتلته فلا ترثه»^١.

و منها صحيحة محمد بن قيس «عن أبي جعفر عليه السلام قال: المرأة ترث من دية زوجها ويرث من ديتها ما لم يقتل أحد هما صاحبه»^٢ ومنها صحيحة عبيد بن زرارة «عن أبي عبدالله عليه السلام قال: للمرأة من دية زوجها وللرجل من دية امرأته ما لم يقتل أحد هما صاحبه»^٣ إلى آخر ما هناك .

حجّة القائل بعدم منع أخذها هو عموم الأحاديث الدالة على لزوم الديمة للعاقله، وتسويتها إلى الأولياء، ولا شك أنّ الولي هو الأب هنا فيجب التسليم إليه عملاً بالعموم، وأن القاتل خطأ يرث واطلاق الآية الكريمة قوله تعالى «ومن

١ - الوسائل الباب ٨ من أبواب موانع الارث الحديث ٢-١

٢ - المصدر الباب ١١ من أبواب موانع الارث الحديث .١

قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله)^١. حيث إنّ الظاهر منها هو أنّ الدية على القاتل ولا بدّ من تسليمها إلى أهل المقتول سواء كان المسلم هو القاتل نفسه كما في شبيه العمد، أو غيره كما في القتل الخطأ وعلى كلّ حال فن اشتغلت ذمته بالدية غير من يسلم اليه الدية، ويؤيد ذلك ذيل الآية وهو قوله تعالى ((إلا أن يصدقوا)) كما في التكملة والله أعلم.

أقول: في المسألة أقوال بالنسبة إلى إرث الأب القاتل وعدم إرثه نفس الدية أو من غيرها تفاصيل لا يمكن التعرض لها، لأنّه ينافي سبك الكتاب المبني على الإختصار، والحمد لله أولاً وأخراً اللهم قرّبنا من رحمتك ، وباعذر بيننا وبين معصيتك ، وعاملنا في أفعالنا بطفلك ، ولا تعاملنا بعذلك ، وضاعف لنا الثواب في الآخرة بما يصلحنا ويرضيك ، واجعل ما كتبناه في هذه الأوراق حجّة لنا يوم نلقاك ، ووسيلة في الوصول إلى تحصيل رضاك إنك ذوالفضل القديم والمن العظيم ، والحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على سيدنا محمد سيد المرسلين آلـ الطاهرين.

إلى هنا تم كتاب «التوضيح النافع في شرح ترددات صاحب الشرائع» تم الفراغ من تسويد هذه الصحائف في الليلة المباركة الثالث والعشرين من شهر رمضان المبارك عند طلوع فجر تلك الليلة من سنة ألف والأربعين وستة (١٤٠٦) هجرية على مهاجرها آلاف التحية والثناء الموافق الثاني عشر من الشهر الثالث من سنة ١٣٦٥ هجري شمسي حرّره بيده الفانيه الحسين بن علي الفطحي الحويزي عفا الله عن سيناته وأحسن عاقبته وهو خير معين آمين.

فهرس الموضوعات

كتاب الخمس	٣	المقدمة
٤٨ في مستحق الخمس	٥	بيان وتقديم
كتاب الصوم		كتاب الطهارة
٥٠ فيما يفسد الصوم	٧	في المياه
٥١ كفارة إفساد الصوم	٧	في الأسئار
٥٤ في المنطرات	١٢	في الوضوء «الجبرة»
٥٥ القضاء عن الميت	١٣	حكم الحائض
٥٧ في صوم الكفارات	١٤	حكم الأموات
كتاب الحج	١٦	في التيمم
٦٠ في الإحرام	١٩	في النجاسات وأحكامها
٦٣ في أحكام الصيد والكفارة	٢٤	كتاب الصلاة
كتاب الجهاد		في لباس المصلي
٧١ فيما يجب عليه	٢٥	في ذكر الركوع والسجود
٧٢ في التحكيم	٣٠	صلوة الجمعة
٧٣ في شرائط الذمة	٣٥	صلوة العيددين
كتاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر	٣٨	في الخلل
٧٧ في شروطها	٣٩	في السهو
كتاب التجارة	٤٠	صلوة الجمعة
٧٨ فيما يكتسب به	٤١	صلوة المسافر
٧٩ فيما يحرم التكتسب به	٤٢	كتاب الزكاة
٨٠ في عقد البيع	٤٤	فيمن تصرف اليه الزكاة
٨٢ في شروط البيع	٤٥	زكاة الفطرة

	كتاب الصلح	٨٧	في أحكام العقود
١٣٦	في أحكام النزاع في الأملاك	٨٩	في بيع ما لا يقبض
	كتاب الشركة	٩٠	في أحكام العيوب
١٣٨	في أحكام الشركة	٩١	في الربا
	كتاب المضاربة	٩٧	في الصرف
١٤٠	في العقد	٩٩	في بيع الثمار
١٤١	في مال القراض	١٠٢	في بيع الحيوان
١٤٢	في الربح	١٠٥	في شرائط بيع السلف
١٤٣	في اللواحق	١٠٨	في دين الملوك
	كتاب المزارعة والمساقاة		كتاب الرهن
١٤٧	في عقد المساقاة	١١٠	في شرائط الرهن
١٤٨	فيما يساقى عليه	١١١	في المرهن
١٥٠	في القائدة	١١٢	في أحكام الراهن والرهن
١٥٢	في أحكام المساقاة	١١٦	كتاب المفلس
	كتاب الوديعة		في منع التصرف
١٥٤	في أحكام الوديعة	١١٧	في اختصاص الغريم بعين ماله
	كتاب العارية		كتاب الحجر
١٥٦	في العين المستعاره	١١٨	في الموجبات
	كتاب الإجارة		في أحكام الحجر
١٥٩	في العقد	١١٨	كتاب الضمان
١٦١	في شرائط الإجارة	١٢٣	في الضمان المؤجل والحال
١٦٨	في أحكام الإجارة	١٢٤	في الحق المضمن
	كتاب الوكالة		في لواحق الضمان
١٧٠	ما يعتبر في الوكيل	١٢٩	كتاب الحوالة
١٧١	فيما تثبت الوكالة	١٣٠	في الشرائط
١٧٣	في التنازع		في أحكام الحوالة
	كتاب الوقف والصدقات		كتاب الكفالة
١٧٥	في شرائط الواقف	١٣٤	في أحكام الكفالة

٢٣٥	في القسم ولوحقه	١٧٦	في شرائط الموقوف عليه
٢٣٧	في أحكام الأولاد	١٧٨	في شرائط الوقف
٢٤٠	في الحضانة		كتاب الهبات
٢٤٤	في النفقات	١٨٢	في حكم الهبات
٢٤٦	في نفقة الأقارب		كتاب السبق والرمایة
	كتاب الطلاق	١٨٤	في اشتراط المبادرة والمحاطة
٢٤٩	في طلاق المريض		كتاب الوصايا
٢٥٠	فيما يزول به تحريم الثلاث	١٨٦	في الموصى به
٢٥٢	في الرجعة	١٨٧	فيما لوأوصى بإخراج بعض ولده
٢٥٥	في العدة	١٨٩	في الإشهاد على الوصية
٢٥٧	في عدة الوفاة	١٩٠	في الموصى له
٢٦٠	في سكني المطلقة	١٩١	في الأوصياء
	كتاب الخلع والمباراة	١٩٤	في اللواحق
٢٦٢	في فدية الخلع		كتاب النكاح
٢٦٤	في أحكام الخلع	١٩٧	في صيغة العقد
	كتاب الظهار	٢٠٠	في مسائل أولياء العقد
٢٦٥	في صيغة الظهار	٢٠٤	ثبوت النسب مع وطئ الشبهة
٢٦٧	في شرائط المظاہرة	٢٠٥	في شروط الرضاع وأحكامه
٢٦٩	في الكفارات	٢٠٨	في أحكام الرضاع
	كتاب الإيلاء		في أحكام اختلاف دين الزوجين
٢٧٩	في المؤلي وشروطه	٢١٣	في نكاح الشغار وبطلانه
٢٨٠	في المؤلي منها وشروطها	٢١٥	في أحكام النكاح المنقطع
٢٨١	في أحكام الإيلاء	٢١٦	في العيوب
	كتاب اللعان	٢١٩	في أحكام العيوب
٢٨٤	في أسباب اللعان وأحكامه	٢٢٤	في أحكام المهرور
	كتاب العتق	٢٢٦	فيما لوطلق قبل الدخول
٢٨٧	في صيغة العتق	٢٢٨	شرط الخيار في النكاح
٢٨٩	في شروط المعтик	٢٣٠	في مال الأذى والمال المهر عن ولده
٢٩٠	في أحكام العتق	٢٣٣	

كتاب إحياء الموات		كتاب التدبير والمكاتبه والاستيلاد	
٣٦٥	في حريم النهر	٢٩٩	صيغة التدبير وما يشترط فيها
٣٦٦	هل يجوز للسلطان إقطاع المعادن	٣٠٠	في المباشر
	كتاب اللقطة	٣٠١	في أحكام التدبير
٣٦٩	في جواز التقاط الطفل المميت	٣٠٢	في أركان المكاتبه
٣٧٠	هل يجب على المسلمين الإنفاق على اللقيط	٣٠٦	في أحكام المكاتبه
٣٧٥	في التقاط العبد بدون الأذن		كتاب الإقرار
	كتاب الفرائض	٣١٠	في الصيغ المهمة
٣٧٨	في أحكام موانع الارث	٣١٣	في المقر و شرائطه
٣٧٩	في الارث بالولاء		كتاب الأيمان
	كتاب القضاء	٣١٥	فيما به ينعقد اليدين
٣٨٤	في صفات القاضي	٣١٨	في الحالف و شرائطه
٣٨٥	في شرائط القاضي		كتاب النذر
	كتاب الشهادات	٣٢٨	في الناذر و شروطه
٤٠٣	في بيان ما يعتبر في توبية القاذف	٣٢٩	في متعلق النذر
٤٠٤	ترة شهادة لابس الحرير في غير الحرب		كتاب الصيد والذبحة
	كتاب الحدود والتعزيرات	٣٣٣	اختصاص الإبل بالحر و غيرها بالذبحة
٤١٤	فيما يسقط به الحد	٣٣٦	ما يثبت في آلة الصيد يملكه ناصيها
٤١٦	فيما يثبت به الزنا		كتاب الأطعمة والأشربة
٤٢٥	في حكم المحارب	٣٣٨	بيان ما يحرم من أجزاء الذبيحة
	كتاب القصاص		كتاب الغصب
٤٣٣	حكم مالقتل الذمي مسلماً عمدأ	٣٤٤	في السبب
٤٣٥	حكم مالقتل المرتد ذميأ	٣٤٨	في حكم المغصوب
٤٣٧	في ثبوت القود على السكران		كتاب الشفعة
	كتاب الدييات	٣٥٦	في ثبت في الشفعة
٤٥٢	في أقسام القتل ومقادير الدييات	٣٥٨	فروع في الشفعة مع كثرة الشفعاء
٤٦٢	في ديات الأعضاء	٣٥٩	في أخذ الشفعة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
 الْحَمْدُ لِلَّهِ وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى مُحَمَّدٍ نَبِيِّ اللَّهِ وَعَلَى أَلِّهِ آلِ اللَّهِ
 لَقَدْ قَامَتْ مَوْسَسَةُ النَّشْرِ الْإِسْلَامِيَّةُ التَّابِعَةُ لِجَمَاعَةِ الْمُدْرِسِينَ فِي الْحُوزَةِ الْعُلُومِيَّةِ
 بِقَمَ الْمُشَرَّفَةِ بِنَشَاطَاتِ وَاسِعَةٍ فِي مَجَالِ نَشْرِ الْمَعْرِفَةِ وَإِحْيَا التِّرَاثِ الْإِسْلَامِيِّ وَ
 إِلَيْكُمْ سَرِداً لِبعضِ مَنْشُورَاتِهَا:

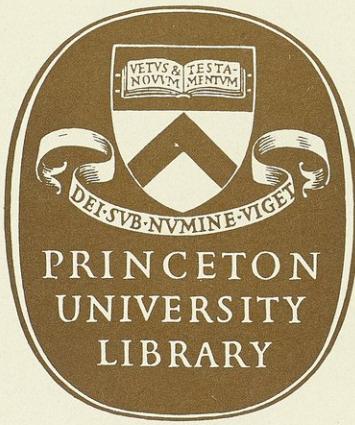
أ- من الكتب التي تم طبعها أخيراً

- | | |
|---------------------------------|---|
| تأليف عدّة من الفضلاء | ١- الأمثل في تفسير كتاب الله المنزل |
| بإشراف ناصر مكارم الشيرازي | الجزء الأول |
| = الشیخ یوسف البحاری | ٢- الحدائق الناضرة ج ١٦ |
| = = = | ٣- الحدائق الناضرة ج ٢١ و ٢٣ و ٢٤ |
| = الشیخ مرتضی الأنصاری | ٤- فوائد الاصول |
| = الكاظمي الخراساني | ٥- فوائد الاصول ج ١ و ٢ (تقریر بحث آیة الله الثاني) |
| = الكاظمي الخراساني | ٦- فوائد الاصول ج ٢ (تقریر بحث آیة الله الثاني) |
| = الشیخ محمد المؤمن | مع حواشی آیة الله آغا ضیاء الدین العراقي |
| = الشیخ عبد الله الجوادی الآملي | ٧- الصلاة ج ١ (تقریرات بحث المحقق الداماد) |
| = الشیخ جعفر السبعاني | ٨- الصلاة ج ٢ (تقریرات بحث المحقق الداماد) |
| | ٩- الوهابية في الميزان |

- ١٠- جمع الفائدة والبرهان
في شرح إرشاد الأذهان
- ٦- ج
١١- قاعدة لا ضرر وإفادة القدير
- ١٢- معلم الدين وملاذ المحتدين
- ١٣- منتقى الجمان ج ٢ و ٣
- ٤- أدب الحسين ومحاسنه
- ٥- المهدى البارع ج ١
- ٦- مبعوث الحسين عليه السلام
- ٧- كشف المراد (في شرح تجريد الاعتقاد)
مع تعليقات عليه
- ٨- الصلة ج ٣ (تقارير بحث الحقائق الدالة)
- ٩- تأويل الآيات الظاهرة
- المقدس الأردبلي = تحقيق الشيخ مجتبى العراقي
والشيخ على بناء الاشتهرى وأغا حسين اليزدي
- = شيخ الشريعة الاصفهانى
- = الشيخ حسن ابن الشهيد الثانى
- تحقيق لجنة التحقيق في مؤسسة النشر الاسلامي
- = الشيخ حسن ابن الشهيد الثانى
- تحقيق على اكبر الغفارى
- = الشيخ أحمد صابرى المهدانى
- = ابن فهاد الحلى
- تحقيق الشيخ مجتبى العراقى
- = محمد على عابدين
- = العلامة الحلى
- تحقيق الشيخ حسن زاده الاملى

ب- من الكتب التي تحت الطبع

- ١- من هو المهدى ؟
- ٢- الحدائق الناضرة (ج ١٧ و ١٨ و ١٩ و ٢٠ و ٢١)
- ٣- رياض السالكين ج ١
- ٤- شرح الأخبار في فضائل الأئمة الأطهار = القاضي النعمان بن محمد
- ٥- وقعة الطف
- ٦- الإمام الصادق (ج ١ و ٢)
- ٧- كفاية الأصول
- ٨- الصلة ج ٣ (تقارير بحث الحقائق الدالة)
- ٩- تأويل الآيات الظاهرة
- تحقيق لجنة التحقيق في مؤسسة النشر الاسلامي
- = الشيخ عبدالله الجوادى الاملى
- = السيد علي الحسيني الاسترابادى



مکتبہ ملی